



תרופות במשפט הפרטי

עמית דוקטור



ז"ר מיטל גמבא
תשפ"ב - 2022

שיעור 1 - 02/03

תרופות = remedies

תרופות הן מענה של המשפט לפגיעה בתובע. ישנם סוגים שונים של תרופות- פיצויים (מוסכמים, קיום, פיצויים עונשיים ומסוגים שונים), צווים וכו'. יש סעדים בהרבה תחומים אבל אנחנו נדבר בעיקר על משפט פרטי. יש סעדים מסוגים שונים, מנהליים, עונשיים. נתעסק בתחומים שונים במשפט הפרטי: חוזים, נזיקין, קניין, עשיית עושר. החלוקה לתחומים עוזרת לנו לגלות מה מיוחד בכל תחום וגם מה הקשר בינו לבין תחומים אחרים.

החלוקה הזו היא יחסית חדשה מהמאה ה-19, הכל היה תחת **קורת גג אחת, מטריה אחת** של המשפט הפרטי. אחרי המאה ה-19, התקופה הקלאסית, במשפט האמריקאי, **המשפט נתפס כמדע**- מתחילים להבחין בין המקרים. ההתבוננות על המשפט כמדע עזרה למשפט להיות מאוד הגיוני, ברור וגם היום יש מי שתופס את המשפט כמדע. אבל יש כאן גם **מחיר לחלוקה הזו**. מצד אחד, נתן ייחוד, יודעים איפה נמצאים ומה ואיפה לחפש, יש סוגיות שיכולו להיבחן בתחומים שונים, זה לא שחור או לבן. **דוגמה:**

חוק המקרקעין, שימוש בכוח נגד הסגת גבול

18. (א) המחזיק במקרקעין כדין רשאי להשתמש בכוח במידה סבירה כדי למנוע הסגת גבולו או שלילת שליטתו בהם שלא כדין.

(ב) תפס אדם את המקרקעין שלא כדין רשאי המחזיק בהם כדין, תוך שלושים ימים מיום התפיסה, להשתמש בכוח במידה סבירה כדי להוציא מהם

פקודת הנזיקין, הגנה מיוחדת

24. בתובענה על תקיפה תהא הגנה לנתבע אם –
(תיקון מס' 9) תש"ס-2000

(2) השתמש במידה סבירה של כוח כדי למנוע את התובע מהיכנס שלא כדין למקרקעין, או כדי להרחיקו מהם אחרי שנכנס אליהם, או שהה בהם, שלא כדין, והכל כשהנתבע היה תופשם או פעל מכוחו של תופשם; ואולם אם נכנס התובע, או ניסה להיכנס, למקרקעין שלא בכוח, תנאי להגנה הוא שהנתבע ביקש תחילה את התובע שלא להיכנס לשם, או לצאת משם אחרי שנכנס, ונתן לו הזדמנות סבירה למלא בקשתו בדרכי שלום;

הסגת גבול- מי שמשיג גבול, ניתן לבקש ציווי של בימ"ש או להוציא אותו תוך שימוש בכוח במידה סבירה **(ס' 18 לחוק המקרקעין)**. בנוסף, במקום אחר- תנתן הגנה מיוחדת על שימוש בכוח למען הוצאה מהשטח שלך- תנאי להגנה יהיה שהוא השתמש בכוח בצורה סבירה, וגם שלפני שהשתמש בכוח, הוא ביקש שיצאו **(ס' 24 לפקודת הנזיקין)**. ז"א משני הסעיפים- אנחנו לא יכולים להפעיל כוח גם אם הוא משיג גבול, כל עוד הוא לא הסכים. אבל- ס' 18 מאפשר להפעיל כוח מקסימום תוך 30 יום, אבל 24 לא מגביל. אם עשיתי את זה אחרי 60 ימים כי למשל הייתי בחו"ל, האם מותר לי להוציא מישהו מהבית שלי? לפי חוק המקרקעין אז לא, לפי פקודת הנזיקין אז כן אוכל, תחול עליי הגנה, אני לא תוקף. זה מחיר שאנחנו משלמים על החלוקה לקטגוריות. יש פה סיטואציה שהיא גם קניינית וגם נזיקית.

היום אנחנו מבינים את המחיר, אז אנחנו חוזרים קצת אחורה, אבל אז מאבדים את יתרון העומק בכל תחום, כך או כך יהיה מחיר.

נפרט קצת על התחומים, ארבעה ענפי משפט עיקריים:1. דיני חוזים

שני צדדים הגיעו להסכמה, עסקה. איזה רעיונות חוזים מבטאים?
 הסתמכות; ודאות וציפיה; תועלת; אוטונומיה- מיקסום האוטונומיה, מיקסום הבחירה של הצדדים בצורה מיטבית, אם נחשוף אותם לעולם שלם לתחום שלם, הם ימקסמו את הפוטנציאל שלהם ויבחרו דברים שאולי לא ידעו ולא הכירו קודם; תועלת- הגישה הכלכלית- העלאת התשואה החברתית- כל צד נכנס לחוזה כי יש לו אינטרס וכדי לקבל יותר.
אבל למה צריך דיני חוזים? כי בעולם מושלם חוזים מקיימים את כל הערכים הללו. אבל אנחנו לא בעולם מושלם. לפעמים דברים לא הולכים כמו שצריך ובשביל צריך חוזה ומשפט. דיני חוזים הם ליום שבו משהו לא יהיה בסדר, למשל: הפרה.

2. דיני נזיקיןאיזה רעיון מרכזי הם מבטאים?

מה זה דיני נזיקין? משהו לא טוב קרה, נגרם נזק. יש מישהו אשם. (דיני אשם) בארה"ב למשל, הקורס נקרא tort law - **דיני אשם**.

- אשם מוסרי- כשמישהו עשה משהו שיש לו משמעות מוסרית, יש התנגשות בין רעיונות, מצפון, יש משהו לא בסדר, התנגשות עמוקה.
- אשם חברתי- למשל עוולה נזיקית, לא קרה משהו בעייתי מוסרית. למשל: תאונת דרכים, רשלנות רפואית.

יסוד הנזק- צריך להיות נזק מוחשי אבל לא תמיד, למשל תקיפה או הסגת גבול. האם יש נזק? יש אבל לפעמים הוא לא חייב להיות מוחשי. המשפט הוא יצירה נורמטיבית, למשל פגיעה בזכות זה נזק. תמיד יש נזק נורמטיבי, לפעמים אנחנו פשוט מניחים שהוא קיים אבל לפעמים לא צריך להניח שהוא קיים, מבחינת המשפט אין נזק (כמו בדוגמאות שהזכרנו) אבל בתכלס יש נזק נורמטיבי (כמו זכות).

למה צריך דיני נזיקין? בעולם מושלם דברים יכולים לקרות (להגרם) אבל לא יהיה בהם אשם. אבל העולם לא מושלם ואנשים מפשלים או עושים דברים בכוונה, נזקים קורים.

- **תרופה בדיעבד**- תרופה שמגיעה לאחר מעשה- דיני הנזיקין נותנים בטחון- אני יודע שאם יקרה לי משהו רע ואנזק, אני אקבל משהו. למשל, אדם עיוור כתוצאה מתאונה לא יוכל לקבל את הראייה שלו, אבל הוא יוכל להמשיך את חייו, לממש עצמו. זה אומר שלתרופה יש תפקיד מאוד משמעותי ביכולת שלנו להמשיך הלאה, לאחר התאמה למצב החיים החדש. יש משמעות עצומה להיבט התרופתי של המשפט בעולם האמיתי. המשפט נועד כדי לתת לנו מענה לאינטראקציות בין אחד לשני לא בעולם מושלם, אלא כשיש פקשויים.
- **תרופה עם הגיון מלכתחילה**- מניעה והרתעה- אנחנו צריכים את דיני הנזיקין כי הם יוצרים הרתעה, אנשים ימנעו מליצור נזק.
מה זה הרתעה? מניעה שלא לעשות משהו.

3. דיני קניין

איזה רעיון תיאורטי הם מבטאים?

שליטה - שליטה על רכוש או בעלות. כשפוגעים לך בשליטה במשהו ששיך לך או לך, פוגעים לך באוטונומיה, מצרים לך את האפשרויות לפעול בעולם, לממש את עצמך.

אוטונומיה - כשפוגעים לנו ברכוש פוגעים ביכולת שלנו לבחור, לממש את עצמנו. גם אם אין נזק ממשי. יש כאן גם היבט נורמטיבי- פגיעה בזכות, לא חייב נזק ממשי. לדוג' פגיעה ברכב, מצרה את האפשרות להתנייד.

למה צריך דיני קניין? בעולם מושלם לא תהיה פגיעה בקניין שלנו, במה ששיך לנו. אבל העולם לא מושלם. תרופות יגנו עליי ויאפשרו לי להתנהל בעולם, לעשות סדר.

שיעור 2 - 09/03

4. דיני עשיית עושר ולא במשפט

התפתחות היסטורית - זה דינים שהתפתחו היסטורית מתהליך של התבגרות המשפט, מערכת המשפט המרכזית באנגליה, נראה כי לא יכולה הייתה לתת את המענה בכל מיני סיטואציות שלא נוח לנו איתן. והיה צריך למצוא מערכת אלטרנטיבית. Kings bench, ניסו למצוא פתרונות למצבים שהמשפט הרגיל לא נתנה להם מענה. התפתח מתוך צורך במתן תרופה מתאימה.

הבטחה מרומזת ו"מעין חוזים" - Lord Mansfield הוא היוצר של דיני עשיית עושר במשפט המודרני. בפס"ד **moses v. macferlan** הייתה הסכמה בין הצדדים שלא עלתה לגדר חוזה. והלורד הזה אומר דברים פשוטים אבל הם בראו תחום משפטי חדש: נכון, לא היה חוזה, אבל עקרונות היושר והצדק מחייבים אותנו להכיר במה שהיה שם. נוצר תחום "מעין חוזים" - ומאוחר יותר - דיני עשיית עושר. שהתפתח בגלל הצורך לתת תרופה, לתת מענה כשלא היה אפשר. המשפט בעצם הבין שהוא לא מספיק ולכן התרחב.

הבטחה מרומזת ו"מעין חוזים"

דוקטרינת הויתור על עוולה נזקית (waiver of tort) - אתה יכול לתבוע בנוזיקין, ואתה יכול מצד שני גם לתבוע על הרווחים של המעוול כלפיך, אתה צריך לוותר על העילה הנוזיקית שלך ובמקום זה להתמקד ברווחי הנתבע (המעוול).

חובת השבה - ס' לחוק דיני עשיית עושר ולא במשפט

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.
 - (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.
- ← ז"א שאם מישהו מתעשר על חשבונך, לא לפי זכות, צריך להשיב. ס' ב אומר שזה תקף גם אם קיבלת את טובת הנאה מפעולה שלך או של אחד
- ← שלושה יסודות מצטברים: התעשרות של הזוכה, לא כדון, ועל חשבון המזכה.

בדיני עשיית עושר יש שתי אפשרויות של התעשרות:

1. **נתבע אקטיבי**- ביצע פעולה וכך התעשר, ברור שמשהו לא בסדר קרה ומישהו קיבל משהו שלא היה מגיע לו. למשל, נאמן שמשתמש במידע שלו למטרות רווח.
2. **נתבע פסיבי**- סעיף ב'- סיטואציה בה מוטלת על אדם אחריות במשפט למרות שהוא לא עשה דבר. זה נראה לנו מאוד אינטואיטיבי כי הוא קיבל משהו שלא מגיע לו. אבל זה לא כל כך בטוח, כי הוא היה פסיבי, אנחנו לא מטילים אחריות על אנשים בגלל טעויות של אחרים, אין את זה בשום מקום אחר במשפט חוץ מכן.
זה קורה הרבה במקרים של בנקים: בנק יכול לשלם פעמיים או שילם בטעות.
פרשה שערורייתית- **city bank פרשת רבלון**- לרבלון יש הרבה מלווים מול חברות גדולות. החברה נכנסת לקשיים והמלווים שלא יודעים אם הם יזכו לכסף חזרה מההלוואה. הגיע המועד לשלם ריביות למלווים לפי ההסכם מול רבלון. פקיד בנק במקום להעביר ריבית בסך מיליון דולר הוא מעביר בסך ביליון דולר למלווים. בבנק הבינו את הטעות, חלק מהמלווים מחזירים את הכסף וחלק לא (יותר מחצי מהם). כעיקרון יש חובת השבה אך המשפט מסובך והתמונה הרבה יותר מורכבת מזה. הפרשה הזאת מראה לנו עד כמה טעויות זה דבר שגרתני, קיצוני ועד כמה הרעיון הזה של דרישת השבה, קורה במקרים שאינם חוזיים. בעבר, זה לא היה נחשב עילת תביעה, אין פה חוזה, זה התפתחות של המשפט.

למה צריך דיני עשיית עושר? העולם לא מושלם. אנשים כן מתעשרים על חשבון אחרים, ואנשים כן עושים טעויות. יש סיכון. ולכן כל עסקה תהיה יקרה יותר, נבנה עסקאות חכמות, יותר ביטוחים, ערבויות, נעלה את המחיר החוזי. ז"א שנחיה בעולם מאוד יקר בו אנשים כל המזן חוששים ולא בטוחים באמת. וזה הכוח של דיני עשיית עושר.

אבל החלוקה לקטגוריות הזו היא קצת אשליה, כי יש הרבה מקרים שיש חפיפה. כדי להבין באיזו קטגוריה אנחנו נמצאים נצטרך שפה אחרת.

תיאוריה

מחלוקה תיאורתית לקטגוריות נעבור לדבר על ראיונות תיאורטיים- האם אפשר לדבר בשפה אחת על התרופות של הדינים השונים? יש רעיון על כלשהו?

קטע צפיה- leibeck v. mcdonalds restaurants

אישה מבוגרת קנתה קפה במקדונלדס והוא נשפך עליה האוטו והיא קיבלה כוויות בדרגה מאוד חמורה. מסתבר שמקדונלדס מוכרים את הקפה שלהם במעלות ממש גבוהות. הם לא היו מוכנים לבוא לקראתה או לעזור לה לשלם את המחיר של הטיפול הרפואי ולא השאירו לה ברירה חוץ מבימ"ש. זה היה מאוד חדשני שאישה פרטית "מנצחת" חברה גדולה. לאחר מכן כל התאגידים החלו לצאת בקמפיינים נגד המקרה ולהוציא את הגברת לא בסדר כדי שלא יפעלו כמוה.

הסיפור הזה מראה לנו דוגמה למה אנחנו צריכים תרופות:

1. **התרעה** - ברגע שיראו שמקדונלדס שילמה על הטעות שלה, אנשים אחרים יזהרו שלא לפשל. החברה יודעת שאם תמשיך להתעלם מבעיה היא תשלם.
2. **צדק חלוקתי** - אמירה פוליטית, החלש ניצח את החזק (תאגיד ענק), ולפעמים התרופות תורמות לכך. סיפור של האזרחי הקטן מול תאגיד ענק. תרופה היא מכשיר לצדק במובן החלוקתי- הגנה על קבוצה חלשה.
3. פיצוי על פגיעה פיזית, החזר על הוצאה רפואית.
4. אבל **אולי אין תכלית מאחורי הפיצוי**? אולי הרעיון הוא שמישהו עשה משהו לא בסדר ומישהו נפגע ואנחנו פשוט רוצים שמישהו יישא באחריות על הנזק שנגרם. זו תיאוריה פוזיטיבית של המשפט, שאומרת שלא צריך הרתעה ולא צריך צדק מתקן, לא צריך את כל הדברים האלה. המשפט הוא התפתחות היסטורית שמורכב מרעיונות שונים (הרתעה, צדק חלוקתי) כי הוא נוצר מאיפשהו. הוא לא מגלם אחד מהם, אלא פשוט מורכב מכל מיני חלקים שונים שנוצרו מסיטואציות חברתיות שקרו ויצרו נורמה. לא צריך לטעון שיש רעיון כללי שאחיד לכולם.

תיאוריות של תרופות

תרופות בראי גישה פוזיטיבית (Goldberg & Zipursky)

1

המשפט הפוזיטיבי הוא אסכולה שטוענת כי המשפט הוא יצירה חברתית אנושית שלא בהכרח מחפשת הגיון, מוסר, או ערך אחיד.

כשמדברים על משפט פוזיטיבי למעשה יכולים לשאול מה המצוי ומה הרצוי, בעוד שבעולם האמיתי זה לא יישאל. הפוזיטיבי זה הכללים, הדוקטרינה. לומר שתיאוריה היא פוזיטיבית זה כביכול דבר והיפוכו. התיאוריה אומרת ברמה הבסיסית שלה שצריך להטיל אחריות על האשם. יש זכויות ויש חובות, יש חובה הדדית לא להזיק וכנגדה יש זכות של אנשים שלא יזיקו להם, וברגע שהיא נפגעת, הפרו את הזכות הראשונית של האדם- הזכות שלא יזיקו לו (כרגע זה דיני נזיקין אבל זה יתחבר אח"כ לשאר התחומים). ואם נפגעת לי הזכות הראשונית שלא יפגעו בי, קמה לי זכות משנית- תרופה אם עמדתי בכל התנאים (להוכיח שהחובה הופרה וכו'). הזכות המשנית: אחרי שהוכחתי את כל יסודות התביעה שלי והראתי שפגעו לי בזכות הראשונית אני יכולה לבקש מהמדינה את הזכות המשנית- לקבל תרופה על מה שעשו לי.

המנגנון שמאפשר את התרופה: המדינה היא שחקן מרכזי בתוך המערכת התרופתית (הזכות לתרופה) בדיוק כמו שהיא שחקן שמאפשר את זכות ההצבעה. ז"א שהזכות שלי לקבל תרופה היא תלויה ברעיון שהמדינה צריכה לאפשר לי דבר כזה. אני צריך להוכיח שהזכות שלי נפגעה ולבקש רשות מהמדינה. והיא חייבת להעניק לנו כמו שהיא חייבת לנו זכויות אחרות.

לפי מיטל, הקושי הגדול פה הוא שלא ברור למה חייבים לערב את המדינה כשחקן, כי אמנם יש לנו זכויות מול המדינה, אבל כאן זה משפט פרטי. אי אפשר להשוות זכות שלי מול אדם אחר לזכות שלי מול המדינה. למדינה אין פה כובע ציבורי אלא פרטי וזה מודל בעייתי.

אבל מעבר למנגנון, האם יש רעיון נורמטיבי שעומד מאחורי התרופה? לא. הרעיון הוא פשוט שהמעוול יישא באחריות, אין הגיון על אחר.

מה התרופה מבטאת? מה שהוגן וסביר בנסיבות העניין. (לא לפי הרתעה, לא לפי עקרונות אחרים) לפי מה שעשו לי, לפי מה ששברו לי, שווי שוק וכו'.

תרופות בראי הצדק המתקן

2

יש גישות שונות של צדק מתקן. נתמקד בתפיסה דומיננטית בשנים האחרונות שמיוחסת למלומד ארנסט וינריב.

פס"ד palsgraf - אמריקאי

גברת מחכה לרכבת ובזמן הזה עוברת רכבת אחרת. לרכבת החדשה רצים לרכבת ולא מספיקים, אחד מהם עם חבילה בידיו, הם דוחפים ונעזרים אחד בשני, החבילה נופלת מהידיים של אותו אדם. מסתבר שבחבילה היו זיקוקים. והגברת נפל עליה מוט מברזל או משהו על הראש, היא מהחבלה התחילה לגמגם ואז הפכה עיוורת. היא תובעת את הרכבת ולא מקבלת שום פיצוי.

השופט קרדוזו: לא הופרה חובה כלפי הגברת פלסגרף. החובה היא כלפי הנוסע שלא הספיק לרכבת, הוא יכול היה להפגע כשניסה להספיק את הרכבת. יש פה חובה. אנשי הרכבת התנהגו בצורה מאוד לא זהירה אבל לא מול פלסגרף. לא יכול להיות שנהיה חייבים חובת זהירות אינסופית.

יש גבול לאנשים שאנחנו חייבים כלפיהם את החובה. (נלמד בנוזיקין מה המבחנים) ואנחנו לא חייבים חובת זהירות כלפי כולם, ואם הופרה כלפי מישהו חובת זהירות, אז רק לו הייתה זכות שנפגעה. **אם הופרה חובה נגדך אז אפשר לומר שיש לך זכות אבל אם אין לך זכות אי אפשר להגיד שהופרה חובה כלפיך - זו נקודת המוצא כדי להבין צדק מתקן.**

שני רעיונות מרכזיים של תרופות בראי צדק מתקן (ארנסט וינריב):

א. קורלטיביות - ארנסט וינריב נשען על רעיון עתיק של צדק, **צדק אריסטוטלי**, לפיו צדק במשפט הוא רעיון כמותי של פלוס ומינוס. אם מישהו נפצע הוא נמצא במינוס והפוצע הוא בפלוס. כדי לתקן את זה צריך להחזיר. זה צדק כמותי. מה שאריסטו אומר שאנחנו נמצאים בשייזוף משקל נורמטיבי, קו ישר שעובר בין כולם. צדק מתקן רלוונטי להרבה תחומים, תיאוריה רחבה (חוזים, עשיית עושר, קניין וכו').

מה אנחנו מבינים מהרעיון הזה?

← הרעיון הזה מסביר למה **המדינה לא מפצה אלא הפוגע**. הדרך היחידה להשיב את האנשים לשוויון נורמטיבי זה אם האחד יפצה את השני. יש הגיון פנימי פשוט ועמוק. דרך המבנה של המשפט הפרטי, אנחנו יכולים להבין למה התובע והנתבע הם הצדדים שביניהם המנגנון התרופתי צריך להתקיים. לא יכול להיות שהמדינה תפצה.

← פיצוי צריך להיות **מדוייק ותואם למינוס**. אם נפצעת 100 אז אתה צריך פיצוי 100.

ארנסט וינריב לוקח את המבנה של אריסטו ומוסיף לו תוכן. פלוס ומינוס של מה? הוא מסכים עם אריסטו ואומר שהפיצוי חייב לבוא מהתובע כדי להשיב שיווי משקל נורמטיבי, אבל מה מכיל שיווי המשקל הנורמטיבי הזה? איזה תוכן הוא יוצק? תיאוריות אישיות. **ההבחנה בין פגיעה נורמטיבית לפגיעה עובדתית.**

מן המבנה אל המהות - פגיעה עובדתית - לקחת מאה תחזיר מאה (אריסטו). פגיעה נורמטיבית, לפי תפיסות של אישיות - קאנט והגל: לכל אחד יש את הזכות לממש את עצמו ואת החובה לא להתערב למישהו אחר ביכולת לממש עצמו. כשמישהו פוגע בנו, לוקח לנו משהו, הוא פוגע ביכולת שלנו לממש את עצמו באמצעות מה ששיך לנו, הגוף שלנו וכו'. ז"א פלוס ומינוס במובן של פגיעה נורמטיבית במה ששייך לנו. לא מספיק שנגיד כמו אריסטו מי צריך להחזיר למי, אלא ממה חשוב איזה סוג של פגיעה הייתה כדי שנדע להתאים את הפיצוי. הפיצוי צריך להיתפר עבור מידותיה המדויקות של הפגיעה בזכות, אחרת המצב לא ישוב לשיווי משקל. המבנה של אריסטו הוא לבנה ראשונה עליה הוא יוצק תוכן נורמטיבי. לא תמיד אפשר להחזיר את המצב בדיוק לקדמותו. המטרה לעשות את המקסימום (למשל להוסיף ריבית).

התרופה מחזירה את שיווי המשקל בין הצדדים לנקודת ההתחלה. היא מאפשרת לרפא את אי-הצדק שנוצר בין התובע והנתבע המסוימים. to make the plaintiff whole again. הניזוק מול המזיק, התרופה מול הפגיעה. צריכה להיות התאמה בין סוג (איזה פגיעה זו?) הפגיעה בזכות לתרופה והתאמה בין היקף הפגיעה בזכות לבין התרופה - כך מוצאים את התרופה המתאימה (רעיון המכסה והסיר)

ב. המשכיות - התרופה היא חלק בלתי נפרד מהמבנה של המשפט הפרטי, זה לא דבר זר (בשונה מגולדברג וזיפורצקי). משום שהיא מגלמת את הזכות שנפגעה. זו המשכיות. התרופה היא המשכיות של הפגיעה, היא לא מגיעה מבחוץ, אלא המשך של הפגיעה, בהתאם להיקפה וסוגה יקבעו את התרופה. (גולדברג וזיפורצקי חושבים שמה שהוגן וסביר בלי קשר לפגיעה). לפי צדק מתקן, הזכות לעולם ממשיכה להתקיים, למשל אם נגנבה ממני מכונת הזכות שלי במכונת עדיין קיימת. ההשבה או השווי הכספי מגלמים את הזכות שהמשיכה להתקיים. התרופה מגלמת את הרעיון של הזכות שנפגעה וממשיכה לפעום, הפעם בדמותה של תרופה.

תרגיל כיתה

רונה לרונו: "עדיף לך לתבוע בעילה מכוח עשיית עושר מאשר בעילה נזיקית".

האם ישנו תנאי שבו האמירה הזו נכונה? נמקי.

תשובה שלי עם קצת תוספות מהכיתה: זה נכון אם אני לא יכול להוכיח בוודאות שנעשה לי נזק (למשל, היבט חוסר בראיות או קושי בהוכחה, פערי מידע, כמו מצבים שהנכס נמצא אצל מישהו אחר, או שהנזק עתידי). בנוסף, אם הנתבע הוא היה פאסיבי אז אתה לא יכול להוכיח בקלות שהוא המעוול שלך. ואז אתה לא בטוח תזכה לתביעה נזיקית. מצד שני, אם הנתבע היה אקטיבי אז זה ברור שהוא המעוול, הוא יצר את הנזק ואז התרופות יוטלו עליו.

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

שיעור 3- 23/03צדק מתקן- מן התיאוריה אל הפרקטיקה**olwell v. ney פס"ד**

מישהו רכש מפעל לאריזת ביצים מבעליו. מחוץ לחוזה נשארה מכונת לשיטפת ביצים וחמתו ביניהם על המכירה. (ז"א שדיני החוזים אינם רלוונטים) שום דבר לא קרה עד שבעל המפעל החדש שם לב והחליט להוציא את המכונה ממקום אחסון שהיה שם. השתמש בה שלוש שנים. ואז גילה הבעלים הקודמים של המפעל שהוא הבעלים של המכונה ודווקא לא היה אכפת לו, הוא הציע לבעלים הנוכחים שישלם לו את מחיר המכונה באותו עת (600 דולר) והוא לא מוכן לשלם לו את המחיר אלא 50 דולר.

יש ויכוח גדול- גם בספרות מבקרים את הפס"ד. לבימ"ש עמדו מספר אפשרויות:

- 1) נזיקין- איזה נזק קרה לבעל המכונה? למשל בלאי, אבל גם בלאי יהיה לא מאוד גבוה, וגם כנגד הטענה על בלאי יש טענות הגנה על בלאי שאומרת שדווקא בשימוש במכונה הוא שמר עליה ואם לא הייתה בשימוש היא הייתה צוברת בלאי. ואם הנזק הוא אפסי, אפשר לתבוע משהו אחר?
- 2) התעשרות שלא כדין- ניתן לתבוע לפי בקשת התובע 600 דולר עבור השימוש שנעשה לא כדין. הוא חסך כסף על חשבון הבעלים הקודמים כאשר לא קנה מכונה או לא שכר עובדים שישטפו את הביצים, דמי שימוש במכונה (600 דולר) עבור השימוש שנעשה שלא כדין ולא בהסכמה.
- 3) בלי שום קשר, ניתן לבקש צו מניעה- לבקש שיפסיק להשתמש במכונה מעתה.

מה שבימ"ש בחר לעשות זה סעד אחר- פיצוי הרבה יותר גבוה משווי שימוש (1560 דולר), הוא אמר שיכול להיות שהמפעל חסך כסף בזכות זה שהשתמש שלא בהסכמה בנכס של מישהו אחר: במה הוא חסך? בעלויות של שטיפת הביצים: 10 דולר לשכור פועלים כפול כל השבועות (156), 1560 דולר. זה מספרים שהרבה יותר גבוהים גם מבלאי. (אגב, בסוף ההחלטה הופחתה כי התובע אפילו לא ביקש סכום כזה גדול).

פס"ד זה מכניס לתוכו את הנושא של שימוש בנכס זולת שלא כדין. ולכן הוא עורר הרבה שיח. מקום להרבה מחלוקות. הויכוח מתעורר ביחוד לאור גישת הצדק המתקן: זו תיאוריה של זכויות שמסתכלת על פגיעה בזכויות, כאן הזכות שנפגעה זו הזכות לשימוש בנכס. הפיצוי צריך להיות תואם לפגיעה בזכות. אז הפיצוי צריך לבטא את שווי השימוש בנכס. בנוסף, התרופה צריכה להיות תואמת להיקף הנזק שנעשה. הפיצוי בעצם נעשה בצורה מדויקת לפגיעה בזכות. לכן אנשי הצדק המתקן חולקים על החלטת בימ"ש. נכון היה פה רווח של מישהו שלא כדין. אבל זה לא יכול להיות הפיצוי כי הוא לא הולם את הפגיעה בזכות. מה זה קשור לתת לו את שווי ההשכרה של עובדים של שטיפת ביצים כי הזכות שלו שנפגעה זה לא קבלת עובדים שישטפו לו את הביצים, שישטפו עבורו, אלא הזכות שנפגעה היא הזכות לשימוש במכונה, ולכן הפיצוי לא תואם את סוג הזכות שנפגעה. **על התרופה להקבע בהתאם ולעמוד על שווי השימוש במכונה**. זה מראה כמה חשוב להבין מה הזכות שנפגעה, כי כך נדע להתאים את הפיצוי הרלוונטי לפי הצדק המתקן.

לעומת זאת, אנשי הניתוח הכלכלי של המשפט טוענים כי בימ"ש צדק ואנשי הצדק המתקן טועים. למה? כי הם יעדיפו למנוע מצבים שבהם אנשים מתעשרים על חשבון אחרים, שאנשים משתמשים ברכוש של אחר, ולכן יש לעודד את כל התמריצים לעשות כן, לבטל את כל הרווחים ו"להעניש" על כך, כי אנחנו לא רוצים עולם כזה, זה לא יעיל, זה עולם בו החזק שולט, כי אז נפחד לבצע עסקאות וכו'. זה בתפיסה כלכלית נטו. אבל במשפט יש שיטות שמשתלבות ולא רק שיטה אחת.

אבל מי מהם צודק? אנחנו לא כאן כדי להכריע, אלא רק כדי להציג את הגישות. אבל בימי"ש לרוב אוהב ללכת עם הצדק המתקן.

צווי מניעה בראי הצדק המתקן

עד עכשיו דיברנו על פיצויים, זו התרופה הכי נפוצה שיש. על מנת לדבר על צווי מניעה בראי התיאוריה, נתייחס בקצרה למאפיינים של תביעה שבמוקדה צו מניעה.

מטרד ליחיד (סעיף 44 (א) לפקודת הניזקין): מיטרד ליחיד הוא כשאדם מתנהג בעצמו או מנהל את עסקו או משתמש במקרקעין התפוששים בידו באופן שיש בו הפרעה של ממש לשימוש סביר במקרקעין של אדם אחר או להנאה סבירה מהם בהתחשב עם מקומם וטיבם; אך לא ייפרע אדם פיצויים בעד מיטרד ליחיד אלא אם סבל ממנו נזק.

סייפא הסעיף מתייחס לפיצויים, לא מוזכר צו מניעה. אפשר לתבוע פיצוי גם על נזק שנגרם, שהיה בעבר, שהתמשש והוכח. בדרי"כ במטרדים, פעולה מתמשכת של הנתבע ופגיעה מתמשכת לתובע, רוצים להפסיק את המטרד ולכן בדרי"כ ילכו לצו מניעה, אבל כן מתייחסים בחוק גם לפיצוי, במקרה שהתרחש נזק.

מטרד היא עוולה מתמשכת, בסוג כזה של עוולות, לא יספיק לי פיצוי, אני ארצה גם צו, אני צריכה משהו מעבר שיעזור להפסיק.

יש מקרים כאלה שאנחנו מערבים שני סוגים של תרופות, פיצוי משולב- צו מניעה ופיצוי (על הנזק שמתמשש).

צדק מתקן בראי צוויים- זה קצת בעיה כי איך אפשר לתקן משהו שלא קרה? צדק מתקן זו תיאוריה של זכויות, הרעיון הוא שהתרופה צריכה להיות תואמת לפגיעה בזכות. אם הזכות שנפגעה לי היא מתמשכת, למשל במקרה של מטרד, פגיעה מתמשכת בזכות שלי להשתמש באופן סביר בנכס שלי, ולכן התרופה צריכה להיות כזו שתאפשר לי להשתמש באופן סביר בנכס שלי. בנוסף, עדיין אם נגרם לי נזק ואני יכולה להוכיח אותו, אני יכולה גם לקבל פיצויים. צדק מתקן בא לממש את הזכות שלי שנפגעה.

תרופות בראי תפיסה כלכלית של המשפט הפרטי

3

הגיון שונה מהותית מההיגיון של הצדק המתקן. לניתוח הכלכלי לא אכפת מהתובע והנתבע, התרופה בראי הניתוח הכלכלי לא קשורה לתובע והנתבע המסוימים. כי הניתוח הכלכלי זו תיאוריה אינסטרומנטלית של המשפט, ז"א שהתרופה רוצה להשיג מטרה, אין לה הגיון או רעיון פנימי של צדק, אלא להשיג מטרה: יעילות (efficiency), מקסום רווחה מצרפית (maximizing social welfare).

התפתחות היסטורית

Jeremy bentham דיבר במונחים של תורת מוסר תועלתנית- הנאה וסבל: אנשים מונעים מהכוחות של להימנע מסבל ולמקסם הנאה- "עקרון האושר המרבי".

במחצית השנייה של המאה ה-19 לוקחים את הרעיונות האלה לתוך תורת הכלכלה. מה אנחנו רוצים למקסם? אושר? עושר? הנאה? ועם השנים התחילו להבין שמה שרוצים למקסם זה רווחה (wealth), תועלת לא תמיד יכולה להיות במדדים של כסף, אלא רווחה (wealth). מיקסום רווחה מצרפית. זה מושג דומה ליעילות אבל זה לא רק יעילות, היום נהוג לדבר על מקסום רווחה מצרפית.

אז איך נדע אם תרופה מסוימת היא ראויה לפי מקסום רווחה כלכלית?

כלל יעיל הוא כלל ראוי. תרופה היא ראויה אם היא מגדילה את הרווחה המצרפית באופן אופטימלי.

למשל, בדיני חוזים קל להבין מדוע החוזה הוא כלי למיקסום הרווחה של הצדדים, משום שלחוזה נכנסים הצדדים אם החוזה שווה להם יותר ממה שהיה קודם, אז כל צד הרוויח יותר והעוגה גדלה. לדוגמה מישהו מוכר מוצר, הוא ימכור אותו במחיר גבוה ממה שהוא שווה עבורו = ירוויח, והצד השני יקנה אותו בפחות ממה שהוא שווה לו = ירוויח.

בנזיקין, איך אפשר להגדיל את העוגה? בנזיקין אנחנו לא יכולים להוסיף לרווחה המצרפית, כי אם נוצר נזק ונפצה עליו, יוצר חוסר במקום אחר. ולכן **נפעל לצמצום עלויות**. הכלים המשפטיים והתרופות יכוונו לצמצום הוצאות: הוצאות הנזק ועלויות המניעה שלהם.

אם כך, שלושה הקשרים שונים לממש את המטרה הזו בתרופות **בדיני נזיקין**:

- 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.

אז איך תרופות במשפט הפרטי עוזרות לנו לנגוס פחות בעוגה המצרפית שלנו- לצמצם עלויות:

פיצויים במצב של רשלנות

א

נדגים את ההיגיון באמצעות שני כללים בסיסיים- רשלנות:

1. **תנאי 1- נוסחת הנד-**

דוגמה- אילנית גורמת לתאונה שעלות הנזק הצפוי שלה 10 (תוחלת הנזק היא 10- המכפלה). האם יש דרך להגדיל את הרווחה המצרפית? לא, אבל כיצד נצמצם את ההפסד החברתי שנגרם מהתאונה? נוסחת הנד: $B < PL$ (B- עלות המניעה של הנזק, P- הסיכוי להתממשות הנזק, L- הנזק). ז"א שעלות מניעת הנזק צריכה להיות קטנה מהסתברות לקרות הנזק כפול הנזק עצמו. (תוחלת הנזק זו המכפלה). במצב כזה, שאפשר למנוע את הנזק בעלות יותר נמוכה מתוחלת הנזק, צריך לעשות זאת. נרצה שהמזיק הפוטנציאלי ינסה למנוע את הנזק, כי כך נפסיד פחות באופן מצרפי, לעומת מצב בו יתממש הנזק.

בדוגמה של אילנית- אם עלות מניעת הנזק היא 5 (למשל, התקנת גלאי או נסיעה איטית) אז אילנית צריכה למנוע את הנזק.

מה בימ"ש יעשה? יטיל עלייך אחריות נזיקית כדי למנוע ממך לעשות את זה. איך בימ"ש יעשה את זה? יקבע פיצויים.

אם עלות מניעת הנזק גבוהה יותר למשל 11, לא נטיל עליה אחריות, ולכן עינת שיודעת את זה לא תמנע מלעשות את זה.

הרעיון הזה מאפשר לנגוס כמה שפחות בעוגה המצרפית- יעילות.

2. תנאי 2- מונע הנזק הזול

כשאנחנו רוצים להטיל אחריות על אנשים בצורה יעילה, נשתמש ברעיון הזה כמשלים. **דוגמה:** יש שתי חלקות באחת חקלאי שמגדל תירס ובשניה מגדלים צאן ולפעמים הצאן עובר לשדה והורס את התירס ונניח שתוחלת הנזק לשדה התירס היא 10. עלות מניעת הנזק לבעל הצאן היא למשל 8 (למשל אם יעסיק רועה צאן). לפי נוסחת הנד, נטיל על רועה הצאן את האחריות ברשלנות, נצפה ממנו למנוע את הנזק. אבל צריך להסתכל גם על הניזוק עצמו- מגדל התירס. למגדל התירס יעלה 6 ליצור גדר שתגן על היבול מפני הצאן. אז עכשיו תוחלת הנזק היא 10, עלות המניעה של המזיק היא 8 ועלות המניעה של הניזוק היא 6. לפי גישה זו, נרצה שמגדל התירס ימנע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר. נרצה לנגוס בעוגה כמה שפחות, כי אם ניתן למנוע את הנזק בפחות נעדיף את זה. לא אכפת לניתוח הכלכלי של המשפט מי גרם לנזק אלא משנה מה הרווחה המצרפית. ז"א זה תנאי מצטבר לנוסחת הנד, גם אם היינו לפי נוסחת הנד רוצים להטיל עליו אחריות לרשלנות, לא היינו עושים זאת כי היינו רוצים שמגדל התירס ישם גדר בעלות נמוכה יותר.

שוקל הנזק הטוב, לעומת מונע הנזק הזול- קלברזי והירשקופף

זו אמירה תיאורטית וכרגע לא התקבלה בפסיקה עוד, אבל את הרעיון כן אפשר לראות בכל מיני הסדרים חקיקתיים, בדרך כלל בחקיקה הכלל יופיע בקשר לבנקים, יצרנים וכו' ולא בנוגע לאדם הפרטי.

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

מי שוקל הנזק הטוב? לפי קלברזי והירשקופף, לא תמיד ניתן לדעת מיהו. מחליטים לפי תכונות, למשל בנקים הרבה פעמים יהיו (כי הם מקיימים כל אינטרקציה פעמים רבים עם הרבה אנשים, יש בידיהם את המידע הרלוונטי למניעה, אלו מקרים שקורים שוב ושוב עבורו באינטרקציות שונות). שוקל הנזק הטוב הוא הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשקול איך להפחית את עלויות התאונות ועלויות מניעתן, ויכול לפעול על סמך שקילתו. הוא מי שיודע מי הוא מונע הנזק הזול. הוא יכול להיות גם מונע הנזק הזול בעצמו וגם הצד השני. אם אנחנו יודעים מראש לא רק מי ימנע את הנזק הזול אלא גם מי ידע מראש מי ימנע את הנזק הזול, אז זיהינו את הגורם שהייתה צריכה למנוע את הנזק, בין אם למנוע בעצמו, ובין אם ליידע את הצד השני.

יתרונות של הגישה:

(1) התגברות על פערי מידע

(2) הפחתת עלויות אדמיניסטרציה- זה חוסך לנו את ההתעסקות של מי באמת יכול היה למנוע את הנזק, זה חוסך הרבה עלויות כשצריך להוכיח מי יכול היה למנוע את הנזק, כמו עלויות אדמיניסטרציה.

אבל יש גם קושי ברעיון- האם בהכרח בנק למשל הוא תמיד היודע הטוב ביותר? מה קורה במקרה שבו לא יעיל להטיל אחריות על שוקל הנזק הטוב ביותר? מה קורה אם שוקל הנזק הוא לא מונע הנזק הזול? אז לא היינו רוצים להטיל עליו אחריות. ברור מי שוקל הנזק הטוב, אך הוא עשה ככל יכולתו להיות זהיר, ומונע נזק הזול, התנהג באופן לא זהיר. ואז אם יש גורמים שהם תמיד שוקלי הנזק הטובים ביותר, אנחנו לא נהיה זהירים מולם, כי כביכול תוטל עליהם האחריות. נראה **דוגמה** לקושי ופתרון אפשרי לו:

סי' 2 לחוק האחריות למוצרים פגומים:

יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק גוף כתוצאה מפגם במוצר שייצר (להלן - הנפגע), ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן.

← ז"א שלפי סי' זה יצרנים הם שוקלי הנזק הטוב

סי' 4 (ב) לחוק האחריות למוצרים פגומים:

לא תהיה זו הגנה ליצרן שהתרשלות הנפגע תרמה לגרימת הנזק, אולם אם נהג הנפגע בהתרשלות חמורה, רשאי בית המשפט להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו.

← ז"א שלרוב היצרן יהיה מונע הנזק הזול ביותר ושוקל הנזק הטוב ביותר, אבל זה לא אומר שללקוח מותר להתנהג איך שהוא רוצה, ולכן בגלל שהוא היה מאוד מאוד לא זהיר, הוא היה מונע הנזק הזול בסיטואציה. כלומר, כאשר יש התרשלות חמורה מצד הלקוח, ניתן לתמרץ גם אם הלקוח למנוע את הנזק. במקרה הזה, נפטור את היצרן מתשלום של פיצוי או של פיצוי מלא.

לסיכום, שני הרעיונות האלה (מונע הנזק הזול ושוקל הנזק הטוב), מאפשרים לפתור את המזיק מפיצוי לניזוק, גם אם המזיק נמצא רשולן.

שיעור 4 - 30/03

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

ב

כלל של רשלנות (negligence) - פוטר את המזיק מאחריות לפצות את הניזוק במקרים בהם ההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק, לפי הגישה הכלכלית, לא נהיה מעוניינים במניעת הנזק אם מניעה שלו עולה יותר מתוחלת הנזק- אי יעילות.

כלל של אחריות מוחלטת/חמורה (strict liability) - המזיק מפצה על הנזק שנגרם בכל מקרה, גם אם העלויות גבוהות.

דוגמה: אי יכול להשקיע 90 כדי למנוע תוחלת נזק של 100. האם סביר שישקיע במניעת הנזק? (תחת כלל של רשלנות? או תחת כלל של אחריות מוחלטת?)

כן, אם אי' רציונלי יעדיף ככל הנראה להשקיע את הכסף כי יעדיף להוציא 90 ולא 100. מדובר באי שוויון לפי נוסחת הנד- יעדיף לשלם 90 כדי למנוע נזק 100.

- לפי משטר של רשלנות- אם הוא לא ישקיע 90 במניעת הנזק והוא יתממש, תוטל עליו אחריות לפצות. ולכן יעדיף לשלם.

- לפי משטר אחריות מוחלטת, הוא גם יעדיף לשלם, כי אם תוטל עליו האחריות עדיין יעדיף לשלם 90 מאשר 100. וגם אם אני יודע שבוודאות האחריות תוטל עליי, אני עדיין אעדיף לשלם 90 ולא 100. (לשאול מתרגל- אבל אם לא בטוח שהאחריות תוטל עליי?)

האדם ירצה להשקיע במניעת הנזק גם תחת כלל הרשלנות וגם תחת כלל של אחריות מוגברת, כיעדיף להשקיע 90 מאשר לשלם 100.

דוגמה 2: אם עלות הנזק נשארת 100 אבל עלות מניעת הנזק היא 150, האם ישקיע במניעת הנזק?

לא, עלות ההשקעה גבוהה מתוחלת הנזק לפי הגישה הכלכלית. גם אם תוטל עליי אחריות לשלם, עדיף לי לשלם 100 מאשר 150. גם אם בוודאות נצטרך לפצות וגם אם לא בטוח שנצטרך לפצות, נעדיף לא לשלם 150, אלא רק 100.

אז- **מה ההבדל בעצם בין שני המשטרים?:** א' תמיד יפעל באופן יעיל, חוץ מהעובדה שבאחריות מוגברת אני בכל מקרה אצטרך לשלם. ההבדל הוא בהשפעה על רמת הפעילות של הצדדים.

דוגמה (מבוססת על פוזנר):

רכבת נוסעת 3 פעמים בשבוע, עוברת ליד חווה ומדי פעם יוצאים ממנה גיצים שגורמים לשרפות. נניח שטכנולוגיית הרכבת לא יכולה למנוע את הנזק. תחת כלל של רשלנות: הרכבת לא התרשלה (כי היא הרי לא יכולה למנוע את הנזק בכלל) ולכן היא לא תשלם פיצוי לבעל החווה וגם לא תשנה דבר בפעילות שלה ולכן בעל החווה ינסה לעשות דברים בשדה שלו כדי למנוע את השרפות. תחת כלל של אחריות מוגברת: הרכבת כן תשלם פיצוי על כל נזק שנגרם לחווה לכן היא עשויה להפחית מפעילותה. למשל היא עשויה לפעול פחות פעמים בשבוע, כדי לצמצם את הסיכוי לנזק כי היא תצטרך כעת גם לשלם פיצויים.

לסיכום, הצדדים אמנם יפעלו תמיד בצורה יעילה אבל המשטר יכול להשפיע על רמת הפעילות של המזיק או של הניזוק. במשטר של רשלנות ישפיע על התנהגות הניזוק (החווה) ובמשטר אחריות מוגברת ישפיע בעיקר על התנהגות המזיק (הרכבת).

עולה כאן גם ביקורת על אחריות מוגברת: משטר שכזה מעודד אנשים לקחת סיכון מוסרי, אנשים לא יזהרו משום שבכל מקרה יצטרכו לפצות. חסרון נוסף הוא שלניזוק אין תמריץ למנוע את הנזק בעצמו כי הוא יודע שבכל מקרה יפוצה עליו. כיצד אפשר לפתור את זה? שקלול הפחתת הפעילות של הרכבת, כמה הרכבת משנה את הפעילות שלה בעקבות הכלל המשפטי של אחריות מוגברת, אל מול האלטרנטיבה של כמה החקלאי משנה את רמת הפעילות שלו תחת כלל רשלנות. לוקחים את שניהם ומשקללים אותם כאשר חושבים על הכלל היעיל שצריך להיות. המשפט יוצר כל מיני חריגים (כמו שראינו על יצרנים ולקוחות), לפיהם למרות האחריות המוגברת, הנזק יהיה על הניזוק (למשל: "פעילות מכוונת"- למשל כשמישהו קופץ לכביש בכוונה).

פיצויים או צו מניעה- השפעתן של עלויות עסקה על התרופה

ג

איך נדע מתי נבחר בפיצויים ומתי בצו מניעה? נבין האם יש עלויות עסקה. לפי התיאוריה הכלכלית לעלויות עסקה יש חלק משמעותי בהשפעה על התרופה הרלוונטית.

התיאוריה של coase

יש לתת לשחקנים לפעול עצמאית ולהגיע לפתרון יעיל ללא התערבות בימ"ש. לפי תיאוריה זו, לא משנה מה הכלל המשפטי, התוצאה תמיד תהא יעילה בסוף.

דוגמה: בוקר מגדל פרות (200 יח' תועלת), החקלאי מגדל עגבניות (80 יח' תועלת). אם לא יעשו כלום, הפרות ירמסו את העגבניות ויחסלו את השדה החקלאי. הנזק יכול להמנע אם נקים גדר. גדר תעלה לחקלאי 60 ולבוקר תעלה 100.

	בוקר	חקלאי	
יח' תועלת	200	80	
עלות גדר	100	60	

מה האופציות שעומדות לפנינו?

1. **צו מניעה** - יאמרו לבוקר, אם אתה לא בונה גדר, לא תוכל בכלל לגדל בקר- ניתן לך צו מניעה. במקרה כזה יעדיף הבוקר לשים גדר, אחרת לא ירוויח כלל (ויכול להרוויח 200 מהבקר, אז עדיף לא להרוויח 100-200-100 מאשר כלום שירוויח אם יהיה צו מניעה. (בפועל, הבוקר יכול להציע לחקלאי עסקה שיביא לו חלק מהעלות של הגדר (חלק מתוך ה-100 שהוא צריך לשלם לגדר, ובתמורה הוא יבנה אותה וכך שניהם יוכלו להרוויח).
 2. **רגולציה**-הסדר חקיקתי מסויים- תחייב את החקלאי לגדר את השטח שלו- וכך הוא ישלם 60.
 3. **אין כלל משפטי**- החקלאי ישלם 60. על הבוקר לא מוטל צו מניעה, החקלאי צריך למנוע איכשהו את ההפסד של עצמו. במצב כזה החקלאי ישלם 60 לבנות את הגדר, כי זה עדיף לו מאשר לא להרוויח כלל (להפסיד 80).
 4. **פיצוי על נזק**- הבוקר יכול לבנות גדר אבל אם יגרם נזק, יצטרך לפצות את החקלאי- הבוקר ישלם לחקלאי 80. בפועל, סביר כי הבוקר יציע לחקלאי עסקה שהחלקאי יבנה את הגדר והבוקר ישלם לו בין 60-80, כך גם העלות הכללית לגדר תהיה נמוכה יותר וגם הבוקר יוציא פחות מ-100.
- אם כך, במצב 1 ו-4 זה לא מה שבאמת יקרה, כי לבוקר יהיה שווה יותר להציע עסקה לחקלאי (כדי שיהיה יעיל יותר). גם במצבים של הטלת חובה להקים גדר או לפצות, הצדדים יעשו את הצעד היעיל ביותר (בעולם אידיאלי). **אז עם או בלי הכלל המשפטי תקרה התוצאה היעילה ביותר. אז בכל מקרה, נראה שהחקלאי יבנה את הגדר בעסקה כלשהי בין החקלאי לבוקר (כי זה הכי יעיל שהוא ימנע את הנזק באופן הזול ביותר).**

עלויות עסקה והשפעתן על התרופה

קלברזי ומלמד (calabrese & melamed)

נניח מצב של 10 מזהמים ו-1000 מזדהמים. אם יעיל לזהם (למשל הנזק מהזיהום הוא 10 מיליון אבל התועלת של הזיהום היא 20 מיליון). האם תהיה עסקה בין המזהמים למזדהמים? כנראה שלא בכלל סחטנות או טרמפיסטיות.

לפני רגע ראינו שהדבר היעיל יקרה. האם בסיטואציה כזאת הדבר היעיל בהכרח יקרה או שיש משהו שיוביל לשינוי בתוצאה?

למזהמים משתלם להמשיך לזהם, לכן לכאורה נראה שהדבר היעיל לעשות הוא שעדיף למזהמים להציע למזדהמים עסקה ולשלם עלויות עסקה או פיצויים למזדהמים, כיוון שהתועלת שלהם גבוהה יותר. אבל, למזדהמים יש זכות וטו והם יכולים לאיים או ללכת לבימ"ש ולכן תיתכן סחטנות- המזדהמים יכולים להגיד שיש להם זכות לבקש צו מניעה ואם המזהמים לא רוצים בכך, עליהם לשלם פיצויים גדולים יותר. וכך יכול לצאת מצב שהפיצוי יגדל ויהיה יותר גדול מהתועלת וכך כבר לא ישתלם למזהמים לעשות עסקה כזאת.

← **סחטנות**- חשש מהמזדהמים: שישחטו פיצויים גבוהים יותר, יטילו וטו או יתאגדו.

אמנם לא רואים בדוגמה הזו, אך במצב אחר יכול להיות מצב הפוך בו מזהם אחד יגיד שמזהם אחר צריך לשלם יותר פיצויים כי יותר משתלם שהוא יעשה את זה ובכך המזהם הראשון יהיה "טרמפיסט" על השני. **הפיצוי יעיל כלכלית רק כאשר הוא מתחלק שווה בין כל המזהמים**. ברגע שמזהמים אחרים צריכים לשלם על מזהמים טרמפיסטים יכול להיווצר מצב לא יעיל כלכלית לאלה שכן מפצים. המזהם שיבחר לשלם פיצויים יצטרך לשלם יותר, לכן עלות העסקה תהיה גבוהה יותר ותהא לא יעילה, ולכן ייתכן שלא תהיה עסקה.

← **טרמפיסטיזציה** - חשש מהמזהמים: שיטילו אחריות על חלק מהמזהמים, דבר שיגדיל את העלויות של מי שהאחריות עליהם ואלו שלא נושאים באחריות יחשבו טרמפיסטים.

קלברזי ומלמד מציעים כללים בנוגע לעלויות העסקה, שמתמודדים עם הבעיות הללו ומסבירים איזה כלל צריך לחול בכל סיטואציה:

כלל	זכאות	הגנה	
1	מזדהם	כלל קנייני	צו מניעה
2	מזדהם	כלל אחריות	פיצויים
3	מזהם	כלל קנייני	צו מניעה
4	מזהם	כלל אחריות	פיצויים
5	מזדהם	כלל אי-עבירות	
6	מדהם	כלל אי-עבירות	

- זכאות- מי יכול ללכת לבימ"ש ולומר- מזהמים לי, פוגעים בי וכו' ולבקש סעד (במילים אחרות- למי נפגע אינטרס)
- הגנה- איזו מידה של הגנה על הצד שיש לו זכאות לרוץ לבימ"ש.
- עבירות= הגנה על הזכאות- קביעה איך הנכס יעבור מיד ליד. כאשר משהו לא רצוני גורם לנכס לעבור, זה נקרא עבירות. זו פגיעה בזכות (העברת הנכס נגד רצוני).

1. כלל קנייני:

- למזדהם יש זכאות (לאוויר נקי), הגנה: צו מניעה. **(כלל 1)**.
- למזהם יש זכאות לזהם בקניין שלו. **(כלל 3)**.

2. כלל אחריות:

- למזדהם יש זכאות (לאוויר נקי), הגנה: פיצוי בדיעבד. **(כלל 2)**.
- למזהם יש זכאות לדרוש פיצוי על עלויות מניעת הזיהום **(כלל 4)**.

3. כלל אי-עבירות:

- למזדהם: הגנה יותר חזקה מצו מניעה, לא משנה אם המזדהם מסכים או לא מסכים למטרד. לא נאפשר לא זיהום ולא עסקה. **(כלל 5)**.
- למזהם: אסור למזהם להפסיק את הזיהום. לא משנה אם הוא מסכים לעסקה להפסקת הזיהום. **(כלל 6)**.

נתעסק בעיקר בכלל הראשון והשני:

1. כלל ראשון- כלל קנייני- (property rule)

למזדהם יש זכאות ללכת לבימ"ש כי הוא זה שנפגע מהזיהום. יש לו זכאות לחיות עם אוויר נקי. הגנה על המזדהם תהיה צו מניעה- אי אפשר לקחת לו את הזכות לאוויר נקי אם לא יסכים לכך. **נבחר בכלל הזה אם עלויות העסקה נמוכות (עד אפסיות)**, כי אז כנראה שהמזדהמים ימשיכו לזהם. אנחנו רוצים ליצור הרתעה של המזדהמים. אנחנו רוצים להרתיע ולכן צריך כלל הגנה חזק על הזכות- צו מניעה. אם עלויות העסקה נמוכות- העסקה צריכה להתקיים.

2. כלל שני- כלל אחריות

למזדהם יש זכות לחיות באוויר נקי, אבל למזהם זכות לקחת לו את האוויר הנקי ולפצות אותו בדיעבד. כאן תהיה הגנה חלשה יותר- כלל של פיצוי בדיעבד. **נבחר בכלל זה אם עלויות העסקה גבוהות (או שהייתה סחטנות)** ואז בימ"ש יתערב כדי לקיים את העסקה היעילה שיכול להיות שלא קרתה. ננסה למנוע סחטנות- בימ"ש יקבע פיצוי בדיעבד כדי שהצדדים שיכולים להיות סחטנים ימנעו מסחטנות (הרתעה) כי הם יודעים שכשיגיעו לבימ"ש יקבלו פיצוי ולא צו מניעה.

אמרת אגב-

יש מצבים בהם הפיצוי תלוי בשאלה האם הייתה התרשלות, ויש מצבים בהם הפיצוי לא תלוי באם הייתה התרשלות – ואלו מצבים של אחריות מוגברת/ מוחלטת. **למשל, בדוגמת הרכבת**: במשטר אחריות מוגברת היא תשלם פיצוי למרות שלא התרשלה ולכן עשויה להפחית מפעילותה. הביקורת האפשרית על כלל זה של אחריות מוגברת הוא שלניזוק לא יהיה שום תמריץ למנוע את הנזק כי הוא יודע שבכל מקרה יקבל פיצוי. בנוסף, המזיק לא יזהר למנוע את הנזק כי הוא יודע שבכל זאת ישלם. ההבדל המשמעותי בין אחריות מוגברת לאחריות מוחלטת- אשם תורם. באחריות מוגברת נתייחס יותר לאשם תורם ובאחריות מוחלטת נתייחס לאשם תורם רק במצבים נדירים.

איך נבין את אתא נ' שוורץ לאור כללי ההגנה מסוג אחריות וקניין של קלברזי ומלמד?

עובדות: מטרד של רעש לבעל הבית הסמוך למפעל.

בימ"ש: רואה בדיעבד שעלויות העסקה גבוהות ואז הוא אומר, אם נאפשר כאן צו מניעה, ניתן יד להתקיימות עסקה לא יעילה (כביכול צריך ללכת לכלל 2). ולכן נאמר לו לבקש סעד אחר. לאחר הפס"ד בעליון, שוורץ מבקש מהמפעל שירכוש את הנכס במחיר שגבוה בהרבה ממחיר השוק (סחטנות), המפעל לא יכול לפצות במחיר כזה גבוה כי אז כל השכנים ירצו כזה פיצוי. עלויות העסקה גבוהות כי הוא שהוא נכנע לפיצוי מאוד גבוה שיכול לסכן אותו או שהוא מפסיק את האוורור שיוצר את הרעש ואז הוא גם מפסיד מאוד. לכן המפעל פונה לשר האוצר ומבקש ממנו להפעיל את סמכותו לפי פקודת הקרקעות (שר האוצר יכול להפקיע את הנכס מבעלות פרטית כשהרכישה מועילה לציבור). רק כך המפעל יכול להמשיך להתקיים.

אתא נ' משרד האוצר

בימ"ש: מתבסס על אמירת שמגר באתא נ' שוורץ שאם המפעל יוכיח שהמטרד לא ניתן לסילוק ויש נסיבות שמצריכות התבוננות נוספת, המפעל יוכל לפנות לבימ"ש לשנות את החלטותיו. המפעל שמעסיק הרבה עובדים ויש בעיה לציבור, הפיצוי שדורשים התובעים גבוה מדי (פי 3 מהמחיר בשוק). אם הפיצוי היה רגיל, הייתה יכולה להיות עסקה יעילה אבל היא נמנעה בגלל סחטנות, וכדי למנוע את סגירת המפעל וההשלכות שלה, המפעל מפקיע את דירתו של שוורץ באמצעות שר האוצר. ז"א ששוורץ מקבל פיצוי בשווי דירתו- כלל מס' 2 של קלברזי ומלמד. ונמנעה סחטנותו.

תרגיל כיתה

שולמית: בנסיבות מטרד, תינתן הגנה חזקה. לעיתים תעמוד בפני המוטריד בנוסף הגנה לגבי הנזק הממוני שנפגע.

1. על איזו הגנה מדברת שולמית?
2. כיצד ניתן להצדיק את ההגנה/הגנות עליהם שולמית מדברת בראי הצדק המתקן?

תשובה שלי:

1. בנסיבות מטרד תינתן הגנה חזקה שהיא צו מניעה, זו הגנה חזקה משום שהיא מגנה על הניזוק מהמטרד, באופן כזה שלא תאפשר את המשך קיומו. לעיתים תעמוד בפניו הגנה נוספת בעבור נזק ממוני- מדובר בפיצוי בדיעבד, יעמוד רק במקרים בהם ניתן יהיה להוכיח את הנזק הממוני של המטרד.
2. את ההגנה הראשונה- צו מניעה על מטרד נסביר באמצעות צדק מתקן: צו המניעה הוא תרופה שמגיעה לאחר שנפגעה לניזוק זכות. הזכות היא שימוש בנכסו. לפי גישת הצדק המתקן נתאים תרופה לניזוק לאחר שזכותו נפגעה, ונחזיר את המינוס שנוצר, לפי אופי הזכות והיקפה. במצב כזה, צו מניעה ישלים את המינוס שצפוי היה להיווצר אם המטרד היה ממשיך. וכך יהווה את המשך קיום זכותו של הנפגע את ההגנה השנייה- פיצוי בדיעבד, נצדיק באמצעות צדק מתקן: לניזוק של המטרד נפגעה זכות שהיא הזכות להשתמש באופן סביר בנכסו, ולכן יש לפצותו על כך, מתוקף פגיעתו בזכות זו, התרופה שממשיכה זכות זו ומפצה על המינוס שנוצר היא פיצוי על אי השימוש הסביר בנכסו.

תשובה של מיטל:

1. קלברזי ומלמד משתמשים בביטוי "כללי הגנה" ביחס לתרופות במשפט הפרטי. באופן ספציפי, מדברת שלומית על צו מניעה, שנחשב להגנה חזקה במיוחד, שנועד למנוע פגיעה מתמשכת שנגרמת ע"י מטרד. בנוסף להגנה זו, ייתכן כי תנתן תרופה של פיצוי כספי לגבי נזק שהמוטרד יצליח להוכיח כי התממש בפועל (ס' 44 לפקודת הניזוקין)
2. לפי הצדק המתקן, הפיצוי יתקבל בהתאם לפגיעה בזכות ובהתאם להיקפה. למשל, אם נמנע מן המוטריד לגור בנכס שלו בתקופת המטרד, ועל כן עבר לגור במקום אחר, ייאמד הפיצוי בהתאם למחיר השוק של מגורים בנכס דומה. צו המניעה, הוא התרופה המתאימה לפגיעה מתמשכת בזכותו של המוטריד (פיצוי הוא תרופה לא מתאימה לסוג פגיעה זו)

** כדאי לציין על מי אנחנו נסמכים (אנשים או חוקים)

** בצדק מתקן- צריך להבין איזו זכות נפגעה כדי להבין איזו תרופה צריך לתת, לעיתים נפגעו כמה זכויות ואז אולי מתאימה תרופה שונה לכל אחת.

** מטרד הוא בדר"כ במקרקעין, אם זה פגיעה אחרת, אז זו עוולה אחרת. מטרד יכול להיות לא רק מקרקעין, אלא גם שימוש לא מורשה בנכס (למשל סיפור מכונת שטיפת הביצים).

** תמיד טוב לתת דוג' זה ממחיש שהבנו לעומק.

שיעור 5- 06/04**מה עשינו עד כה?**

- החלוקה הג"ג של המשפט הפרטי- מסיטואציות עובדתיות ל"משפט כמדע".
- ראינו חפיפה של כללים בתחילת הקורס (ס'18 לחוק המקרקעין, 24 לפקני"ז- דוגמה להתנגשות דיסקריפטיבית).
- דיברנו על התיאוריה- "המישור הרעיוני" של המשפט ("פיצוח" מקרים קשים של חפיפות; הבנה טובה יותר של החלטת בימ"ש לגבי התרופה (פרשנות) וחשיבה ביקורתית, למה נותנים תרופה, איזו תרופה וכו').

מה הקשר בין התיאוריה לפרקטיקה?

התיאוריה חשובה בשל המון סיבות. אחת מהן היא שאנחנו לא תמיד מבינים את פסיקת בימ"ש, לפעמים הם מנמקים לפי תיאוריות אבל לפעמים לא מנמקים ואז צריך לנסות להבין מה הם אומרים. סיבה נוספת היא שנוכל לבקר את בימ"ש, לראות דרכים חלופיות. ובכלל- לחזור לרעיון של קטגוריות באופן תבונתי יותר. לפעמים מאוד קשה להבין מה קו הגבול שלנו – באיזה דינים אנחנו מתעסקים? אולי אם נחשוב על איזה אינטרס יש להגן פה: יהיה קל יותר לפתור את השאלה, גם במידה שהיא עומדת על קו הגבול בין הדינים.

אנחנו הולכים לראות מקרי קצה של חפיפות פוטנציאליות בין תחומי המשפט הפרטי. לגבי כל מקרה נדגים כיצד החיבור בין הרעיונות התאורטיים לבין המשפט עוזר לנו להבין מה צריכה להיות התרופה במצבי גבול כאלה. ננסה להבין מה "סיפור העובדתי" מה האינטרס של התובע שעליו נרצה להגן בנסיבות מסויימות ולפיכך מה התרופה הרלוונטית.

חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין

הקשר בין קניין לנזיקין: שאלת הקשר ההיסטורי, דיני נזיקין כמגינים על הקניין: הרבה פעמים דיני נזיקין נתפסים בעינינו ככאלה שמטרתם להתמודד עם פגיעה קניינית, אבל זה לא באמת המצב ודיני נזיקין הן יותר רחבים מכך (למשל, שלמות הגוף- רשלנות, זו דוגמה שמשקפת את ההבדל בין הדינים)

אבל בכל זאת, ברור שיש פה קשר משמעותי, ויש לדיני נזיקין תפקיד חשוב בהגנה על קניין.

נשאל מהרעיון של קלברזי ומלמד על כללי קניין וכללי אחריות: הם מציעים חלוקה לכללי הגנה לפי זכאות (מי זכאי ללכת לבימ"ש ולבקש הגנה), לאחר שאנו יודעים למי הזכות, נקבע איזו הגנה נרצה לתת לו? התעסקנו בשני סוגי הגנות: הגנה חזקה על הזכאות שקראו לה "כלל קנייני" (רק בהסכמתו של מי שיש לו זכאות) והגנה חלשה יותר שקראו לה "כלל אחריות".

ההגנות מתמקדות **בעבירות** הזכאות בין הצדדים (האם כדי להעבירה נדרשת הסכמה?). בכלל קנייני- נדרשת הסכמה שיל מי שיש לו זכאות כדי להעבירה. בכלל אחריות- יש הגבלה חלשה יותר על זכאות והיא יכולה להילקח עם פיצוי בדיעבד.

נשתמש במושגים שלהם כדי לפתור שאלות פוזיטיביות של המשפט על הקשר בין דיני קניין לנזיקין. נבין שאולי "כלל קנייני" משמעותו כלל שמגן על הקניין. ונתייחס לצורך העניין לכלל אחריות ככלל שהוא נזיקי.

מסקנה אפשרית שעולה מהחלוקה שלהם שתואמת את השמות שהם נתנו לכללי ההגנה: בדיני הקניין ההגנה על זכות היא באמצעות הדרישה להסכמה, ובדיני הנזיקין ההגנה היא באמצעות פיצויים.

מה האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות הסכמה בלבד?

האינטואיציה הכי חזקה כשמדברים על קניין היא מתן שליטה למי שהקניין שלו, שליטה על האינטרס של בעל הזכות. ז"א הגנה חזקה, כלל קנייני שרוצה להגן על שליטה על האינטרס של בעל הזכות.

מה האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות פיצוי בדיעבד?

הגנה על שווי (כסף) של האינטרס. ז"א הגנה חלשה, שרוצה להגן באופן חלש יותר, רק על השווי של הנכס שלי.

← נבחן אם החלוקה לכלל קנייני וכלל אחריות שהציעו קלברזי ומלמד, יכולים לעזור לנו להבין איך לפתור מקרי ביניים.

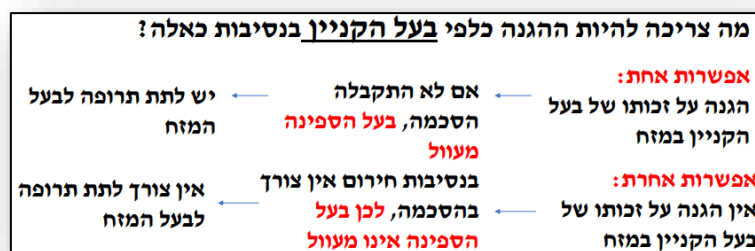
פס"ד vincent v. lake erie transportation

סערה בים. בעל ספינה מגיע למזח וקושר את הספינה שלו. הוא מחליט לקשור את הספינה למזח כדי שלא תסחף, ובגלל הסערה נגרם נזק רציני למזח. לבעל המזח הייתה זכות קניינית במזח שלו. ז"א שכדי לקשור את הספינה למזח היה צורך בקבלת הסכמה ממנו. למה הוא לא מבקש הסכמה? הוא מיהר והסערה הייתה חזקה.

מה צריכה להיות ההגנה כלפי בעל הקניין בנסיבות האלה?

אפשרות אחת: הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח ← אם לא התקבלה הסכמה, אז בעל הספינה הוא מעוול ← יש לתת תרופה לבעל המזח.

אפשרות שנייה: אין הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח ← בנסיבות חירום, אין צורך בהסכמה, לכן בעל הספינה אינו מעוול ← אין צורך לתת תרופה לבעל המזח



עכשיו נשאלת השאלה- איזו אפשרות נראית נכונה?

בימ"ש:

דעת המיעוט: יש מצב חירום וזה היה צורך אמיתי, לכן אין עוולה, במקרה כזה אנחנו רוצים שאנשים יצילו את עצמם ואת רכושם. האם תהיה תרופה? לא.

דעת הרוב: מסכימה חלקית עם דעת המיעוט: לבעל הספינה היה מותר לקשור את ספינתו למזח ללא הסכמת הבעלים. יותר מזה, אם הייתה לו זכות לקשור את הספינה בנסיבות חירום, אז לבעל המזח יש חובה לקבל את הזכות הזו, הוא צריך לאפשר לו לקשור את הספינה. ועדיין, צריך לתת פיצוי של בעל הספינה- הייתה אמנם התנהגות כדין אבל צריך לתת פיצוי על הנזק שנגרם לבעל המזח.

איך נסביר את דעת המיעוט? בעת חירום הקניין עובר להיות נחלת הכלל, לא נדרשת הסכמה. (האם זה לא מרחיק לכת?)

איך נסביר את דעת הרוב? כשאנחנו במצב חירום אנחנו יכולים להשתמש ללא הסכמה בקניין של אחר, כלומר, בעל הקניין במזח "איבד את השליטה שלו" (היכולת לקבוע תנאים לשימוש בנכס שלו בעת צורך). **כיצד בכל זאת מגיעה לו הגנה?** אבל אם פגעת בזכות אחרת שלא קשורה לשימוש, התרופה תינתן בעבור זה. זה שאתה יכול להשתמש לא אומר שאתה עכשיו הבעלים של המזח, ניתנה לך האפשרות להשתמש בקניין ולא האפשרות לפגוע ברכוש. התרופה היא לא על השימוש אלא על הנזק. הזכות של הבעלים לא הועברה, ז"א שהזכות שלך לשימוש היא לא זכות מוחלטת זה לא כמו בעלות. לכן אם המזח נפגע תצטרך לפצות אותו.

הגנה	זכאות	כלל
כלל קנייני	בעל המזח	1
כלל אחריות	בעל המזח	2

לפי **קלברזי ומלמד**, לבעל המזח יש זכאות, **הזכאות לא השתנתה: ברוך** שמי שיכול לבוא לביהמ"ש הוא בעל המזח, גם בכלל אחד וגם בכלל שתיים. מה שמשנתנה זה ההגנה בעת חירום. ההגנה החזקה על בעל זכאות קניינית ("כלל קנייני") עוברת טרנספורמציה להגנה חלשה יותר- הגנה מסוג פיצוי

בלבד ("כלל נזיקי"). ביהמ"ש למעשה אומר שבזמן חירות מה שמשנתנה זה ההגנה ולא הזכאות – ניתן לעבור מכלל קנייני לכלל אחריות בשל מצב החירום – כך קלברזי ומלמד היו מסבירים את דעת הרוב.

האם יש היגיון כלכלי במעבר מכלל קנייני לכלל אחריות בעת צורך (מצב חירום)? הרי קלברזי ומלמד דיברו בהקשר של עלויות עסקה (כשהן גבוהות נשתמש בכלל הגנה חלש, וכשהן נמוכות בכלל הגנה חזק). והאם זה מתיישב עם הרעיון של קלברזי ומלמד?

תשובה: שני אנשים יכולים לסגור עסקה רק אחד עם השני (מונופול דו צדדי), העסקה יעילה, אנחנו רוצים שהספינה תקשר כי אחרת היא תטבע באגם ויכול להיות גרוע. המונופול הדו צדדי יכול לגרום לעלויות עסקה/ סחטנות. כשיש עלויות עסקה גבוהות, בימ"ש ייתן פיצוי כדי למנוע מצב של סחטנות.

התרופה הראויה בעניין vincent

הפקעה פרטית במקרי הצורך? אנחנו יודעים שהמדינה יכולה להפקיע רכוש של אדם אחר. במקרה הזה יש הפקעה פרטית. הפקעה פרטית זה ממש לא מובן מאיליו מה עם הקניין? כאן, עוברים למצב של הפקעה פרטית, יש לזה משקל רב, גורם לזוז באי נוחות.

הכלל שניתן לחלץ מפסק הדין: מחלוקות עד עצם היום הזה, עם זאת, נראה שלפי דעת הרוב, במקרה של צורך אקוטי, בעל הצורך יוכל להשתמש בנכס לא רשות מבעליו, אך אם יגרם נזק לנכס יהיה עליו לפצות את הבעלים.

חפיפה רעיונית בין נזיקין לחוזים

הבדל מהותי בין שניהם: אמנם בשניהם יש מערכת יחסים בין שני אנשים אבל בחוזים אתה עושה הסכם עם מישהו שאתה מכיר ובנזיקין אלו זרים. בנוסף, בחוזים זו אינטרקציה רצונית (voluntary transactions) ובנזיקין זו אינטרקציה לא רצונית (involuntary transactions).

יש **מקרי ביניים** בהם מתקיימת עסקה רצונית לצד עסקה לא רצונית: הסדרה כפולה, למשל במצבים של רשלנות מקצועית: לדוג' עו"ד- לקוח, רופא- חולה. למשל חתמתי על חוזה עם עו"ד והוא התרשל, אז יש לי גם חוזה איתו אבל גם גרם לי נזק. ואז התרופה יכולה להגיע גם דרך דיני החוזים וגם דרך דיני הנזיקין. הסדרה כפולה.

איך נדע איזו תרופה לתת במצבי ביניים. הקושי נובע מכך שהתרופה לא נובעת מחלוקה לקטגוריות: חוזים או נזיקין. במקרים כאלה נצטרך להכריע על איזה אינטרס שנפגע נרצה להגן.

- **חוזים**- הגנה על הרצון של הצדדים להקצות לא רק את הקניין שלהם אלא גם את הסיכונים (למשל- מה יקרה אם העסקה לא תתממש וכו'), התרופה תגן על אינטרסים של סיכונים.
- **נזיקין**- בדרי"כ נדבר על אינטרסים של הגנה על שלמות הגוף/ זכויות אחרות, כולל זכויות חוזיות (ס' 62 לפקני"ז- גרם הפרת חוזה).

Hawkins v. mcgee

עובדות: הרופא הבטיח יד מושלמת ותקינה (מהבחינה הזו שאין בה צלקת, מבחינת הוקינס עניין אותו יד רגילה, יפה, עניין אותו הנראות) להוקינס שהייתה לו צלקת מכוויה ביד, באמצעות השתלת רקמות מהחזה. אחרי הניתוח צמחו לו שיערות על כף היד.

שיעור 6- 27/04

שתי אפשרויות לתרופה:

1. נזק שנגרם- דיני נזיקין- כאב וסבל כתוצאה מביצוע החוזה, פיצוי על הסבל שנגרם להוקינס מהניתוח.
2. הפרת חוזה- דיני חוזים- פיצויי ציפייה

נפסק: בדיון הראשון, פיצויי נזיקין מהסבל של אחרי הניתוח, אבל בפס"ד של הערעור התוצאה השתנתה ופסקו לו פיצויי ציפייה ולא כאב וסבל שהיה בגדר הסיכונים הצפויים. פיצויי הציפייה יהיו לקבל יד שהיא מושלמת ב-100%. איך יחושבו פיצויים כאלה?

100% יד מושלמת) – (יד שעירה) = פיצויי ציפיה

פיצויי ציפייה מבטאים את ההפרש בין מה שציפיתי לקבל לבין מה שקיבלתי באמת.

מדוע הדיון בפס"ד לא התמקד בעוולת הרשלנות?

אם היינו מוכיחים שיש רשלנות, מה היה גובה הפיצוי? כנראה לא היה משתלם ללכת על הרשלנות. כי זה יחושב לפי הנזק מול המצב הקודם שהיה (השבת המצב לקדמותו), אולם ייתכן שהמצב כרגע הוא טוב יותר כי אמנם יש שיער אבל אין צלקת, השבת המצב לקדמותו לא בטוח אומרת להחזיר אותו למצב טוב.

לפי גישת צדק מתקן, יש לתת תרופה על זכות שנפגעה. פגיעה בזכות לשלמות הגוף, חישוב הנזק יעשה תוך הבאה בחשבון של יד שעירה מול יד מצולקת. אם יד מצולקת שווה 17 ויד מצולקת שווה 20 זה פיצוי קטן, ולכן עדיף לנו להגן על פיצויי ציפייה. גם שם קיים צדק מתקן, לא רק בנוזיקין, גם בחוזים- הגנה על זכות הציפייה. פגיעה בשלמות הגוף מביאה אותנו לפיצוי שונה מפגיעה בציפייה החוזית.

חפיפה רעיונית בין דיני עשיית עושר לנזיקיןפס"ד moore v. regents of the university of california

מור היה חולה בלוקמיה נדירה, מגיע לרופא שנמצא בבי"ח באוניברסיטת קליפורניה ששולח אותו להרבה בדיקות. הרופא מגלה בבדיקות שהתאים הסרטניים שלו יש להם פוטנציאל לייצר פטנט ולרפא חולים אחרים. הרופא מצליח ומייצר פטנט עם פוטנציאל רווח עצום. מור מגלה את זה ורוצה להשתתף ברווחים. אגב, הוא החלים מאותו סרטן. איזה תרופה מגיעה למור? ברור לנו שלמור מגיעה תרופה כלשהי, אך איך נדע מה? אולי על התרומה שלו לפטנט (השתתפות בטיפולים וכו').

טענות שעלו:

1. גזל-

- עוולת הגזל עוולה נזיקין ומגנה על קניין, מגדירה נטילת קניין כך: גזל הוא כשהנתבע מעביר שלא כדין לשימוש עצמו מיטלטליו שזכות להחזיקם היא לתובע (ס' 52 לפקני"ז).
- תרופה: תרופה נזיקית (ס' 55 לפקני"ז- השבת גזל), או בעשיית עושר (השבת טובת הנאה- ס' 1 לחוק עשיית עושר ולא במשפט).
- הבעייתיות: האם רקמות אדם שהוסרו ממנו הן עדיין קניינו?

2. 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 רעיון של דוקטרינת ההסכמה. דוקטרינת ההסכמה מדעת מחייבת רופאים לגלות למטופלים שלהם את כל המידע הרלוונטי לטיפול (כולל טיפולים משלימים וכו'), למה? כי אם הוא לא גילה, המטופל לא יכול להסכים לכל האפשרויות. בעבר היו טוענים במצב זה לתקיפה.
- הבעייתיות: על מה נועד להגן הרעיון שבבסיס החובה לקבל את הסכמתו לדעת של המטופל? אמון המטופלים ברופאים.

הבעיה עם קביעת בית המשפט:

הפרת חובת הגילוי מרופא (דוקטרינת הסכמה מדעת) דורשת מתובע להוכיח קשר סיבתי בין הפרת חובת הגילוי לנזק שלו; על התובע להוכיח שאילו הרופא חשף בפניו את המידע, הוא (התובע מטופל), היה מחליט שלא לעבור את הטיפול.

כדי לדעת איזו תרופה מגיעה למור, צריך לחשוב על איזה אינטרס אנו רוצים להגן בנסיבות? האם זה אינטרס שלמות הגוף?

בימ"ש בפס"ד נטה לתקיפה. מה הפיצוי שיכול להיות אם נלך על הרעיון של תקיפה? על איזה אינטרס אני רוצה להגן (מעבר לפגיעה באוטונומיה), האינטרס שנפגע הוא שלא גילו לי, שלא הסכמתי לטיפול.

במקרה שלא גילו ונגרם לי נזק מניתוח למשל, אני אקבל פיצויי על הנזק שנגרם לי, כי אם הייתי יודעת כנראה לא הייתי מסכימה לניתוח. אבל במקרה הזה, אם הרופא היה מגלה לו את הדבר הזה, יכול להיות שהוא עדיין מסכים כשהוא היה מבין שהוא יכול לעזור. אז דיני הנזיקין (שלמות הגוף) לא יתנו לנו את התרופה שאנחנו רוצים. אבל האפשרות העדיפה לא נדונה בפס"ד ונגיעה אליה בעצמו. דיני קניין גם לא כל כך כי אנחנו לא בטוחים אם יש זכות קניינית שלי על תאים (זה תחום מפותח). מה שנפגע כאן זה האמון בין הרופא למטופל. חשובה לנו מערכת היחסים המיוחדת בין המטופל לצוות הרפואי.

האינטרס המוגן אם כן, אמון המטופלים בצוות הרפואי, על הרופאים לגלות מידע למטופלים על הטיפול לרבות מידע על האינטרסים הכלכליים שבטיפול מכוח חובת האמון כלפיהם כדי להקטין ביכון לניגוד אינטרסים. יש פה פגיעה חמורה, כי יחסי אמון זה מוסד מאוד משמעותי בדיני היושר. אנחנו רוצים שהרופאים יטפלו במטופלים בהתאם לצרכים של המטופל ולא בהתאם לצרכי המטפל. במקרה הזה הייתה התנגשות בין האינטרסים הכלכליים של המטפל ושל המטופל.

בהנחה שהזכות לאמון באמת קיימת, התרופה צריכה להיגזר משם. לשם כך צריכה להיות מוקנית למור זכות גם למידע כלכלי הטמון בטיפול בו. מה התרופה שיכולה להתאים לשלילת זכותו של מור במידע על האינטרס הכלכלי שלו?

שלילת רווחים שבאו לרופא כתוצאה מהפרת זכות. **ס' 1 לחוק עשיית עושה**: "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, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה".

הסעיף מבטא את העיקרון הכללי של עשיית עושה, לכן אם מישהו מפר זכות של אחר, מן הסתם לא פעל לפי הדין, ואם התעשר בעקבות כך יש כאן התעשרות שלא כדין. הרופא נתפס כמחזיק את הרווחים שהופרו כתוצאה מהפרת זכות של מור ב"נאמנות" עבורו.

מה הקשיים באומדן הרווח שניתן לייחס לשלילת זכותו של מור?

1. **קושי (אי וודאות של) סיבתי עובדתי**- יש פה תרומה של התאים למחקר, אבל לא ניתן לדעת כמה בדיוק מתוך הרווחים שהצפויים הם היו גורמים. אנחנו פשוט לא יודעים הכל, לא יודעים מה הקשר בין התאים לרווחים ומה חלקם של התאים בתוך הרווחים. לא תמיד ניתן לחלק את הגורמים השונים שהובילו לרווח.

2. **קושי (אי וודאות של) בעיית ההיפותזה** - הוא שבדר"כ כשמשוהו נפגע נלך לעסקאות דומות להשוואה, אבל פה זה פרוייקט ייחודי וגדול שקשה למצוא דומים לו. או מה היה קורה אם הרופא כן היה שואל ואולי הוא כן היה מסכים. כיצד נדע מה הסכום שהצדדים היו מסכימים לגביו בעסקה היפותטית שלא התקיימה?

סעדים מן היושר

דיני עשיית עושר הגיעו מדיני היושר, בלועזית equity. מערכת המשפט של common law ומערכת המשפט של אקוויטי במערכת המשפט האנגלית התאחדו וזה המשפט המקובל שאנחנו מכירים היום.

- במשפט האנגלי מעמדו של ה king's bench לעומת מערכת המשפט של ה common pleas.
- סטייה מהחלטות המשפט המקובל משיקולי צדק.
- איזה דינים התפתחו מדיני יושר? מערכת המשפט של הקומון לו ומערכת האקוויטי אוחדו בשנות ה-90. כיום הן מהוות את המשפט המקובל המוכר לנו.

סעדים מן היושר, נדבר על:

1. נאמנות קונסטרוקטיבית
2. עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר)

נאמנות קונסטרוקטיבית

פס"ד snepp v. united states

פס"ד אמריקאי. משרת ב-cia סיים את פקידו וחתם על חוזה שאסור לו לפרסם מידע בנוגע לשירות שלו על הארגון מבלי להעביר אותו צנזורה. לימים הוא מוציא ספר והוא מספר בו על פעולות ממלחמת ויאטנם שקשורות בשירות שלו ומבלי להעביר אישור של צנזור של הארגון (למרות שלא היה שם פרטים בעייתיים). התברר שבספר לא פורסם אין שום דבר שלא עובר צנזורה (ז"א כל התוכן אינו סודי). לא היה על כך מחלוקת. המדינה מבקשת את הרווחים שסנף הרוויח מפרסום הספר.

השאלה: בנסיבות האם מגיעה תרופה למדינה, ואם כן, איזו תרופה?

דעת המיעוט: אין לתת סעד למדינה, כיצד ניתן להצדיק החלטה זו?

- 1- טיעון סיבת- המדינה לא יכולה לטעון שנגרם נזק, כי המידע לא היה סודי. כנראה אם הוא היה מעביר צנזור הם היו אומרים שכן אפשר לפרסם. קש"ס- מבחן האלמלא.
- 2- טיעון המבוסס על חופש הביטוי- בארה"ב חופש הביטוי הוא ערך מאוד משמעותי, בימ"ש אומר שאין פגיעה במדינה ולעומת זאת אם היו מבקשים תרופה ויקבלו אותה, אנשים ירתעו מלפרסם דברים שאולי הם משמעותיים ואנחנו רוצים שיצאו החוצה. הנזק שיגרם לחופש הביטוי הוא הרבה יותר גרוע מהנזק שלא קרה בכלל למדינה.
- 3- טיעון נזיקי- לא נגרם נזק- המדינה בעצמה אומרת שלא היה נזק. (אבל אפשר לטעון שגם אם לא רואים נזק עובדתית, יכול להיות נזק נורמטיבי (דיברנו על זה בגישת הצדק המתקן) אולי נפגעה זכות (למשל הזכות לנאמנות), שלא ניתן לראות. גם אם נסכים עם טענה זו, קשה לאמוד אותה).

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

המשך ופירוט אחרי הרצאת אורח.

שיעור 7 - 11/05**הרצאת אורח- תובענות ייצוגיות- ד"ר עומר פלד**

למה צריך לדבר על תובענות ייצוגיות? למה תרופות מקבלות תבנית מיוחדת בתובענות ייצוגיות? במשפט הפרטי יש לכל אדם זכויות כלפי העולם, למשל זכות לקניין (זכות In rem) הזכות למנוע מאנשים אחרים לעשות שימוש בנכסים שלי. למשל הזכות לשלמות הגוף. אבל יש גם זכויות אישיות, למשל זכויות חוזיות, בהן לכל אדם יש זכויות כלפי אדם ספציפי. ומהזכויות הבסיסיות האלה נגזרו גם זכויות נוספות, כמו זכות לפיצוי בניזקין, זכות אכיפה של חוזה בעת הפרה וכו'.

בשנים האחרונות חלה הרחבה מזכויות ציבוריות שבין אדם מדינה שזלגו למשפט הפרטי, למשל: פרטיות (נכנסה למשפט הפרטי בחוק הגנת הפרטיות), וגם איסור אפליה. שתי זכויות שבעבר היו ציבוריים אל מול המדינה וכיום הן זלגו למשפט הפרטי. למשל בעבר איסור אפליה היה רק על המדינה אבל היום זלג גם לפרטי ובשני תחומים מאוד מרכזיים: מקומות עבודה, וצרכנות.

מה המטרה של סעדים במקרים של הפרת זכויות כאלה? = מה המטרה של תרופות?

שמירה על זכויות ופיצוי על פגיעה בהן - להשיב את המצב לקדמותו. המטרה היא גלגול של הזכות, הוא חלק ממנה. אם פגעו לי בזכות צריך להשיב את המצב לקדמותו. פיצוי. וגם סעד יכול לשמור על קיום הזכות- דרך לשמר אותה, למשל צו מניעה.

יעילות כלכלית - הגישה הכלכלית למשפט באה להסביר סעדים לא כמשהו שבא לאדם הפרטי לעזור לו, אלא התכלית של הסעד זה ליצור הרתעה מפני אנשים אחרים. התובע הוא בעצם אוכף באופן פרטי אינטרס ציבורי, ולכן הוא זה שיקבל את הפיצוי. השאלה העולה היא האם במצב כזה כל עוד הנתבע משלם, האם משנה האם התובע הוא זה שיקבל את הכסף? נראה לכאורה שלא אבל התשובה היא כן כי אם הוא יקבל יהיה לו אינטרס לתבוע בכלל. מטרת הפיצוי לתובע לפי הגישה היא לגרום למוטיבציה, לא אכפת להם מהכיס האישי שלו.

אז שתי המטרות העיקריות שנתמקד בהן הן (1) **הגשמת הזכות** ו(2) **הרתעה**.

מערכת המשפט שלנו לא טובה בלשמור על המטרות הללו. יש בעיה של אכיפה של זכויות פרטיות. למה? אם נסתכל על זכות במובן מוחלט - ז"א שכל פעם שיש לי גריעה בנכסים אני אקבל סעד. אנחנו לא עומדים על כל הזכויות שלנו. (אם מישהו דרך לי על הרגל לא אתבע אותו). אבל השאלה היא האם תת אכיפה קיימת גם במקומות שהם לא בסדר? למשל אנשים שמתים כתוצאה מרשלנות רפואית, לא תמיד המשפחות שלהם תובעות. (הפיצוי שאפשר לקבל הוא מאוד גבוה והמשתנה העיקרי הוא גיל, כך שלמשל ילד שנפטר מרשלנות רפואית המשפחה יכולה לקבל כ-4 מיליון). בארה"ב בדקו כמה אנשים מגישים תלונות כאלו. בהרווארד לקחו הרבה תיקים ונתנו לרופאים לבדוק האם היו טעויות קריטיות במקרה הרפואי, והממסד הרפואי קבע שמדובר במקרים של רשלנות (והרי בדרי"כ מערכת המשפט הולכת עם מערכת הרפואה אם הם בעצמם חושבים שהייתה רשלנות) והם מצאו ש 2%-3% מהם הגישו תביעה בלבד.

בישראל אין תיעוד על הדברים האלה, אבל מה שכן מתועד זה ההודעות של חברת הביטוח בית החולים שעומדים לתבוע אותה. 90 אחוז מהם נסגרו בגלל התיישנות. גם בישראל שיעור בתביעות שבאמת הוגשו בפועל מסך כל המקרים (גם כאלה שהודיעו עליהם וגם כאלה שלו הוא 2%-3%.

מה הן הבעיות של תת אכיפה?

1. פערי מידע - יש כמה שכבות של חסמי מידע:

○ מידע על הזכות -

- לא תמיד אנשים יודעים על הזכות שמגיעה להם (למשל במקרה של אפליה, לא תמיד כולם מודעים לזה שיש להם זכות להיות מוגנים מפני אפליה, או לא מודע לחובות של הרופא כלפי, לא מודע שזה מקנה לו זכות תביעה).
- לא תמיד אני יודע שפגעו לי בזכות - למשל אני לא יודע שהבנק לקח לי או עשה משהו שאסור.

○ מידע משפטי

2. עלות - תועלת -

- העלות גבוהה - אם אני מבין שאני צריך להשקיע כסף בעוד זמן ממושך, וגם יש סיכוי שאני אפסיד, אז אני לא אגיש תביעה כי העלות גבוהה. לפעמים הסיכון לא שווה את התשלומים הגדולים להליך.
- תועלת נמוכה - אבל לפעמים התועלת מאוד נמוכה גם - למשל לקבל פיצוי מאוד נמוך. לא שווה לקחת את הסיכון גם כשהתמורה מאוד נמוכה.
- עלות ניהול תיק גבוהה - לפעמים התועלת משמעותית אבל הניהול של התיק מאוד יקר, כמו במקרים שנדרשת חו"ד של מומחה. כמו במקרה של עמותת אזרחים למען הסביבה נ"א לקון מרכז מיחזור (2003) בע"מ ואח': שם נדרשת חו"ד של מומחים בנוגע למחלת הסרטן.

3. מוטיבציה -

- מוטיבציה חיובית לא להגיש תביעה כלפי הנתבע - כי אני אוהב אותו או מעריך אותו
 - היו מחקרים שהראו שבתי חולים שמנהלים מדיניות של התנצלות הרופא, יש פחות תביעות.
 - בנוסף, יש מתאם הרבה יותר גדול בין כמה שהמטופל חושב שהרופא נחמד לבין ההחלטה אם לתבוע, לעומת למשל איכות הטיפול בפועל על ההחלטה אם לתבוע.
- מוטיבציה שלילית - למשל אני לא רוצה להגיד תביעה כי אני מפחד מהנתבע, למשל כי הוא הבוס שלי.

אבל מה הבעיה בעצם בתת אכיפה?

למה זה לא בסדר אם אני פשוט לא מגיש תביעה?

1. בעיה חוקתית - כשאנשים לא עומדים על הזכות שלהם, הם לא ממשמשים את הזכות שלהם לפנות לערכאות כשמגיע להם, זו זכות הגישה לערכאות והיא זכות חוקתית. ובמערכת דמוקרטית אנשים צריכים לדעת שיש להם את הגישה לעמוד על הזכויות שלהם, שהמדינה מאפשרת להם זאת.

2. בעיה חברתית -

- פגיעה בהרתעה - אם אני לא מגיש תביעות, צדדים שלישיים נפגעים כי זה פוגע בהרתעה, כי הנתבעים לעתיד לא יהיו בטוחים שיתבעו אותם.
- בעיה של תת אכיפה היא לא שוויונית - למשל אנשים שיש להם בעיית גישה למידע או בעיית מימון, יש להם חסמי גישה ומממשים את הזכויות שלהם פחות.
- וכך אנחנו גם מחריפים יותר את אי השוויון, כי אם הם לא מגישים תביעות לא כולם עומדים על התביעות שלהם והזכויות שלהם.
- 3. בעיה פרטית - פרטים לא יוכלו לממש את זכויותיהם שנפגעו.
- 4. בעיה מוסדית -

- שרירותיות - הסעדים שניתנים הופכים להיות שרירותיים גם מהצד של הנתבע וגם של התובע. מהצד של התובע - הזכות שלך תלויה בגרומים אקראיים - למשל אם שרטו לי את האוטו לא אגיש תביעה וגם זה שריטה רצינית גם אגיש תביעה. אבל גם מהצד של המזיק - הרעיון שאני פועל בעולם ואני יכול לעשות התנהגויות שפוגעות בזכויות של אחרים והאפשרות שיתבעו אותי היא שרירותית, כך שהסעד שנאי נדרש לשלם לא תלוי בהתנהגות שלי.
- בעיה מוסדית נוספת היא שבימ"ש נהנה מתת אכיפה - בימ"ש היו מוצפים. מערכת המשפט בעצם חייבת קיום של תת אכיפה למרות שהיא לא חוקתית ויוצרת בעיות חברתיות, חוקתיות וחברתיות.

איך פותרים את הבעיה של תת אכיפה?

בלתי אפשרי המערכת המשפטית הקיימת בשל הסיבות המצוינות לעיל.

בעיה של תת הרתעה -

○ פתרונות בתחום התרופות :

נפתור תת הרתעה עי יצירה אופטימלית של הרתעה, הבעיה פה היא שקשה לעשות הרתעה כשרק אחד מתוך עשרים נפגעים תובע, למשל לתת פיצוי עונשי - אם אחד מתוך 20 תובע אז ניתן פיצוי פי 20. בדין אין פיצוי עונשי, ובבתי המשפט בישראל אין הרבה מקרים בהם ניתן פיצוי עונשי, ואם כן ניתן אז זה כדי לפתור תת אכיפה, אבל יש פיצויים מסוג אחר :

- למשל בחוק הגנת הצרכן יש **פיצויים לדוג'** - שהם לא סתם ללא הוכחת נזק אלא פיצויים שמקבלים אם הצרכן התריע שהצד השני מפר את התקנות והוא לא הפסיק. הרעיון הזה של פיצויים לדוג' הוא לעודד תביעות.
- מנגנון דומה הוא **ריבית עונשית** (חוק חוזה ביטוח) או ריבית הלנת שכר, זה אומר שאנחנו יוצרים ריבית שונה למליני שכר ולחברות ביטוח. ההבדל בין זה לבין פיצויים לדוגמה שריבית מכניסה למשוואה לחץ של זמן, כל יום שעובר מצטברת ריבית.

○ תביעות בהן מעבירים את זכות התביעה ממישהו למישהו אחר :

- למשל בארה"ב יש תביעות "**קוויט אם**" תביעות שאדם מגיש כנגד מישהו שהוא חושב שפגע במדינה. זו יוצר הזדמנות למשל לעובד לתבוע את החברה שהוא עובד בה בטענה שהיא פוגעת במדינה. זה פותר בעיית הרתעה כי מי שיכול לממש את התביעה יממש אותה. אבל זה לא מגן על זכויות הפרט כי בעצם שוללים ממך את הסעד ומישהו אחר מקבל אותו.

- **תביעה נגזרת-** כשעובד בחברה מגלה שיש לו זכות תביעה שאינה מתממשת, הוא יכול להגיש ולהכריח אותה (את החברה) לממש את התביעה. מצב על מניות יכול לחייב את החברה להגיש תביעה. מתי תביעה כזו לא תוגש? לרוב כשהתביעה של החברה היא נגד המנכ"ל ואז המנכ"ל לא יחליט על להגיש אותה. במקרה הזה החברה היא שתקבל את הסעד ולא הנתבע הנגזר, אך הוא יקבל פיצוי מהמשרד.
- **תביעות פליליות-** ואז עולה השאלה מה בכלל היתרון של תביעה אזרחית כיתרון הרתעה? כי יש בעיה של תת אכיפה מנהלית- פלילית שנובעת מכל מיני גורמים: אחד יכול להיות בעיית מידע של האוכף הציבורי, לעומת האוכף הפרטי שמחזיק ביותר אינפורמציה. אנחנו מעדיפים להפריט הרבה דברים, כי הם נעשים טוב יותר במגזר הפרטי. בין השאר במימוש הזכויות הפרטיות.

תביעה ייצוגית

תובענה ייצוגית = אנשים שבשם מוגשת התביעה שקיימת להם זכות עקרונית לתביעה. והתובע הייצוגי הולך לבימ"ש ומבקש להגיש תביעה בשם כולם. והם יקבלו את הסעד. הם לא בחרו להיות בקבוצה וזה לא שהם לא מתאגדים, אלא התביעה מוגשת בשםם.

פס"ד מפרץ חיפה- זו תביעה שמוגשת בשם כל תושבי מפרץ חיפה והאזור שסובלים ממחלת סרטן. הם לא יודעים רובם שמתנהלת תובענה ייצוגית בשםם נגד המפעלים על המחלות שנגרמו. וכל חברי הקבוצה יהיו זכאים לסעד.

זה פותר את בעיית העלות מול תועלת- כי אם מתנהלת בשםם תביעה, כי למשל להביא חו"ד יקרה בעבור 1500 אנשים זה שווה.

למשל תביעה צרכנית אזרחית על הגבלים עסקיים (תביעה כנגד מונופול למשל) דורשות חו"ד כלכלית שיכולה להיות מאוד יקרה. אבל בתביעה ייצוגית הסכום הכולל של התביעה עולה מאוד, גם אם הסכום המצטבר של התביעות הקטנות הוא נמוך יותר.

זה פותר גם את בעיית פערי המידע- אני לא צריך שכולם ידעו על הזכות, אלא מספיק שאחד יידע, ואפילו לא חייב אחד, אלא מספיק עו"ד שידע שיש כאן זכות ושיש עילה לתביעה ייצוגית. זה פותר את פערי המידע בעוד מישור- צריך לגלות את קיום התביעה ואת העילה לתביעה ולא תמיד נגלה אותו, אם אין תמריץ לאתר תביעה, אף אחד לא יאתר אותה. ולכן תובענה ייצוגית מעודדת אנשים להפר מידע, לאתר הפרות, נותנת תמריץ כי יש הליך לנהל וההליך שווה..

זה פותר גם את בעיית המוטיבציה- למשל עובדים יפחדו מאוד להגיש תביעה אישית, אבל אם ידעו שיקבלו סעד עצמי אם נגיש תביעה בשם כולם, אז יסכימו. צריך רק אחד שיסכים להגיש בשם כולם, וכולם יקבלו סעד. ואם זה נורא מפחיד, אז אף אחד לא ירצה. ולכן החוק מאפשר בשתי נסיבות (אם לא מוצאים את התובעים, או אם אף אחד לא מוכן לתבוע) תביעה בשם ארגון, בשם חברי קבוצה שהוא לא נמנע עליהם (למשל **במפרץ חיפה**, ארגון מגיש תביעה בשם חולי סרטן).

מטרות התובענה הייצוגית:**לפי ס' 1:**

1. מימוש זכויות הגישה לבימ"ש.
 2. הרתעה,
 3. מתן סעד הולם,
 4. ניהול הוגן של תביעות: (גם כלפי הקבוצה וגם כלפי בית המשפט- כי אם זו לא הייתה תביעה ייצוגית אלא המון תביעות שונות וקטנות, אז כל תביעה הייתה מגיעה למקום אחר בבימ"ש ולשופט אחר בערכאה אחרת ולכן היו נוצרות המון הלכות שונות והמון הליכים שונים).
- החוק לתובענות ייצוגיות כל כך מכיר בבטיחה הזו, שהוא קובע שאם מוגשת עוד תביעה ייצוגית על אותה עילה עם קבוצות שונות ועם נתבעים אחרים, אז חייבים להודיע על כך לבית המשפט כדי שהוא יוכל להיערך לזה.
- היה פס"ד שביטא את זה- קבוצת עו"ד תבעה חברת השכרת רכבים על שחייבו אותה על חוסר בדלק בהחזרה של האוטו, ועשתה זאת בבתי משפט מחוזיים שונים מול חברות השכרה שונות והנתבע הראשי היה אחר (כל פעם עו"ד אחר). ובימ"ש אומר שלפי הסעיף הזה.

מה הם הסעדים שניתן לקבל בתביעה ייצוגית?

אם תביעה ייצוגית זה כלי פרוצדורלי בלבד, שנועד לאחד הרבה תביעות יחד, אז מה היינו מצפים שיהיה הסעד?

לפי המטרה של ניהול יעיל והוגן- יש מתח בין ניהול יעיל והוגן לבין חלוקת סעדים יעילה והוגנת. כי יש איתה שני קשיים: (1) לפעמים להביא את הסעד לכל חבר קבוצה זה יקר (2) לפעמים החלוקה לאנשים יותר יקרה מהכסף שהם מקבלים (למשל עלות משכורת למחלק וכו')

אם עו"ד מנהל תביעה בלי ייפוי כוח, צריך לתת אישור מיוחד לנהל תביעה כזו. כדי לבדוק אם בכלל יש קבוצה כזו. דבר נוסף שבדקים בשלב האישור הוא אם לתביעה יש סיכוי להצליח ולכן מרגע שהיא אושרה בדרכי כבר מגיעים מאוד מהר לפשרה.

התפיסה של תובענות ייצוגיות ככלי ליצירת הרתעה ולאכיפה משנה את הסעדים המהותיים בדין הפרטי:

דרך ראשונה: לפי ס' 20, הוא מאפשר לבימ"ש **למנות גוף הייצוגי לבימ"ש שיקבע את הסעד** (בעוד שתובענות בדינים אחרים, כמו נזיקין למשל, לא מאפשרים דבר כזה).

מה קורה אם העלות יותר גדולה מהנזק? **בימ"ש יכול לקבוע בקירוב את הפיצוי**. בנוסף, ניתן לפסוק **סעד לטובת הציבור** (ולא לטובת הקבוצה) למשל תרומה של כסף למטרה שחשובה להם. מנגנון נוסף הוא **פיצוי לאוצר המדינה**, אם לא מוצאים את הנפגעים. הרעיון הזה של סעד לטובת הציבור הוא בעייתית כי הוא מונע ממישהו פרטי את הסעד שלו. זה כי תביעה ייצוגית מונעת מאדם את הזכות שלו לגשת בעצמו לתבוע בבימ"ש, ולכן החוק פותר את זה ואומר שחייב לפרסם בתקשורת אם עושים תביעה ייצוגית ומי שרוצה לצאת ממנה ולנהל הליך פרטי יכול. זו דרך שדיני התובענות הייצוגיות משפיעים על הדין המהותי שהם לוקחים את הזכות מאדם פרטי.

דרך שניה: מתן פיצוי לפי הסתברות (למשל מקרה תנובה שלמדנו בניקין), בתובענות ייצוגיות זה הפך להיות הכלל. או פיצוי ממוצע לפי נזק (ואז קרה שיש כאלה שקיבלו הרבה יותר ממה שהם ניזוקו ויש כאלה שקיבלו פחות), זה בהחלט משנה את הזכות של אנשים שאם היו נגשים בתביעה רגילה אז היו צריכים להוכיח נזק והיו מקבלים פחות ממה שניתן להם בתביעה הייצוגית.

שיעור 8 - 18/05

נזכיר:

סעדים מן היושר:

1. נאמנות קונסטרוקטיבית
2. עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר)

כותבת שוב את:

פס"ד snepp v. united states

פס"ד אמריקאי. משרת ב-cia סיים את פקידו וחתם על חוזה שאסור לו לפרסם מידע בנוגע לשירות שלו על הארגון מבלי להעביר אותו צנזורה. לימים הוא מוציא ספר והוא מספר בו על פעולות ממלחמת ויאטנם שקשורות בשירות שלו ומבלי להעביר אישור של צנזור של הארגון (למרות שלא היה שם פרטים בעייתיים). התברר שבספר לא פורסם אין שום דבר שלא עובר צנזורה (ז"א כל התוכן אינו סודי). לא היה על כך מחלוקת. המדינה מבקשת את הרווחים שסנפ הרוויח מפרסום הספר.

השאלה: בנסיבות האם מגיעה תרופה למדינה, ואם כן, איזו תרופה?

דעת המיעוט: אין לתת סעד למדינה, כיצד ניתן להצדיק החלטה זו?

- 1- טיעון סיבתי- המדינה לא יכולה לטעון שנגרם נזק, כי המידע לא היה סודי. כנראה אם הוא היה מעביר צנזור הם היו אומרים שכן אפשר לפרסם. קש"ס- מבחן האלמלא.
- 2- טיעון המבוסס על חופש הביטוי- בארה"ב חופש הביטוי הוא ערך מאוד משמעותי, בימ"ש אומר שאין פגיעה במדינה ולעומת זאת אם היו מבקשים תרופה ויקבלו אותה, אנשים ירתעו מלפרסם דברים שאולי הם משמעותיים ואנחנו רוצים שיצאו החוצה. הנזק שיגרם לחופש הביטוי הוא הרבה יותר גרוע מהנזק שלא קרה בכלל למדינה.
- 3- טיעון נזיקי- לא נגרם נזק- המדינה בעצמה אומרת שלא היה נזק. (אבל אפשר לטעון שגם אם לא רואים נזק עובדתית, יכול להיות נזק נורמטיבי (דיברנו על זה בגישת הצדק המתקן) אולי נפגעה זכות (למשל הזכות לנאמנות), שלא ניתן לראות. גם אם נסכים עם טענה זו, קשה לאמוד אותה).

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

- 1- הסבר פוזיטיבי של פסק הדין (דוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית)
הסוכן נתפש כמי שהפר חובת נאמנות כלפי הארגון/ המדינה ומשכך כמי שמחזיק בנאמנות הקונסטרוקטיבית ברווחי התמלוגים שבאו לו מהפרת החובה הזאת- פרסום הספר ללא צנזורה. דיני העושר יצרו לאורך השנים כל מיני סעדים מיוחדים במקרים בהם המשפט הנוקשה לא נותן מענה, ודוקטרינת הנאמנות הקונסטרוקטיבית היא אחת כזו.

מהי נאמנות קונסטרוקטיבית?

להבדיל מ"נאמנות רגילה"- הרעיון של נאמנות רגילה מגיע מעולם החוזים. לחוזה נאמנות יש שני צדדים: נהנה ונאמן. הנהנה זכאי לכך שנאמן יפעל מכוח החוזה ולפי התנאים של החוזה לטובת הנהנה. נאמן לא יכול להשתמש במידע שמגיע מתוקף נאמנות כדי לעשות לביתו. (עו"ד- לקוח). הרעיון של נאמנות הוא וכשחוזה מופר אפשר לתבוע על הפרה. כאן מגיעה הנאמנות הקונסטרוקטיבית, לא רוצה לתבוע רק על נזק אלא גם הרווחים שעשית מתוקף כך שאתה מחזיק בנאמנות הזו. זה לא רק שלילת רווחים אלא היא יוצרת עילה וגם סעד מעבר לסעדים על הפרת חוזה. הנאמנות המהותית מהווה סעד ומעבר לכך אין לה ערך מהותי. הסעד הזה מאפשר לנפר (לתובע) לשלוח את ידו לרווחים כי הצד השני מחזיק עבורו את הרווחים האלה. לרוב כשנדבר על נאמנות זה יהיה מכוח חוזה.

מקורה של הנאמנות הקונסטרוקטיבית בדיני היושר.

במסגרת תרופת הנאמנות הקונסטרוקטיבית, הנאמן לא לקח על עצמו בהסכמה מרצונו- מדובר בקונסטרוקציה משפטית. המשמעות: תופסים את הנתבע- "הנאמן" כמי שמחזיק את הרווח שהופק על ידו עבור התובע.

מאפיינים של שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית

- א. קיומה של מערכת יחסים מיוחדת (כאן למשל, סוכנות ביון תלויה מאוד מאוד בכך שהסוכנים שלהם יבקשו חריגה מחובת הסודיות).
- ב. המטרה: למנוע התעשרות שלא כדין
- ג. ככל שחוסר תום הלב של המתעשר שלא כדין גדול יותר, ביהמ"ש יאפשר להשתמש בסעד זה. גם במובן של היקף התרופה, אבל גם- האם בכלל יתנו לך את התרופה שהיא מאוד משמעותית.

2- הסבר תיאורטי של פסק הדין:

- שיקולי יעילות מנקודת מבט בדעבדית (expost)- פגיעה בחופש הביטוי אל מול נזק אפסי יעילות לאחר התרחשות הנזק. כבר קרה אירוע הנזק (אם היה נזק ואם לא) איך אנחנו יוצרים רווחה מצרפית, יעילות.
- איך גישה זו תצדיק את דעת המיעוט (שלא צריך לפצות)? (1) לא נגרם נזק. (2) פגיעה בחופש הביטוי, ולא רוצים שאנשים יורתעו מחופש הביטוי.
- לעומת יעילות מנקודת מבט לכתחילית (exante)- תוחלת נזק פוטנציאלית עצומה מנסים מלכתחילה לפעול בצורה יעילה, או לצמצם הוצאות או בדרכים אחרות.
- יש פה פוטנציאל לנזק, שאולי לא יתממש אבל תוחלת הנזק היא עצומה. הפעם לא קרה נזק אבל מה יהיה בפעם הבאה. אם היה קורה נזק, לא היה אפשר לשערך אותו בנזק זה יכול היה להיות קטסטרופלי. תוחלת נזק פוטנציאלית עצומה (irreparable loss).

הסבר זה עשוי להסביר גם מדוע יש להביע ספק בפסק הדין של המיעוט (לפיו נגרם נזק אפסי למדינה ולכן אין לתת סעד). נניח שקרה נזק כתוצאה מהפרסום, מה המדינה הייתה צריכה לעשות לו רצתה לתבוע פיצוי בגינו? לא בטוח שהיא תתבע כי המדינה כדי לבקש פיצוי על נזיקין תצטרך להוכיח נזק. האם היא תרצה להוכיח את הנזק שלה? שכולם ידברו על זה? אולי היא הייתה חושפת אם הנזק לא היה חמור, אבל אם זה היה נזק בעייתי לא בטוח שהיא הייתה תובעת בנזיקין ולכן

יותר מתמיד אפשר לראות שעשיית עושר הוא כלי מדהים, לא צריך להוכיח נזק בכלל, אלא רק את ההתעשרות בצד האחר. (גם זה קצת מורכב, אבל להוכיח נזק על כל המשמעויות, בעיקר שמדובר במקרה עדין כזה, אין ספר שיש קשיים ובעיות). לכן לא בטוח שדעת המיעוט צודקת, יכול להיות שהיה נזק ואנחנו פשוט לא יודעים את זה מפסק הדין.

דוג' לאימוץ רעיון הנאמנות הקונסטרוקטיבית בחקיקה הישראלית

חוק חילוט רווחים מפרסומים שעניינם עבירות: ס'2(א):

צו בקשר לרווחי העבירה

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

שאלה מעניינת שמעלה החוק הזה - האם סנפ הוא עבריין?

החוק מאפשר למדינה לחלט את הכספים שהגיעו לידו של עבריין אם פרסם ספר בנושא והתעשר כתוצאה מעבירת הפרסום. אנחנו רואים שדיני עשיית עושר שולחים ידיים ולא רק נכנסים לפסיקה אלא גם לחקיקה.

למשל דוג' נוספות לאימוץ רעיון הנאמנות הקונסטרוקטיבית בחקיקה הישראלית

- **ס' 15 לחוק הנאמנות** - נאמן שמרוויח לא כדין מהפרת חובת הנאמנות צריך להחזיר
- **ס' 52 לחוק ניירות ערך** - הסדר בנוגע לשימוש במידע פנים - אם מישהו הרוויח מעסקה שעשה תוך שימוש במידע פנים החברה שבנייר הערך שלה נעשתה העסקה, לתבוע מאותו אדם. זו תופעה מאוד רווחת כי לפעמים אנשים מספרים על החברה שלהם ועל העבודה בלי לשים לב.

עקיבה מושגית (עקיבה מן היושר)

בדיני עשיית עושר הרבה סעדים הם דומים וגם הרבה לא מוכרים.

Following לעומת tracing

בדרי"כ עקיבה זה במושגים של פולואינג (אני עוקב אחרי החפץ שלי גם אם הוא נמצא אצל מישהו אחר אחרי שהעברתי אותו) טרייסינג זה מושג קצת אחר - **עקיבה מושגית, מן היושר** - אנחנו לא רק עוקפים אחרי הנכס, אלא אם הנכס הומר בכסף, אני יכולה לעקוב אחרי הגלגולים השונים שלו (למשל נמכר בכסף, אז לעקוב אחרי הכסף)

השאלה שבסיס עקיבה מן היושר: האם האדם יכול להתחקות אחר גלגול הנכס שניטל ממנו לרבות הרווח (אם יש כזה)?

Foskett v. mckeown

עובדות: עו"ד השתמש בכספים שהוחזקו על ידי בנאמנות על ידי לקוחות שלו כדי לשמש על פרמיית ביטוח החיים שלו. בסוף הוא מת ואחרי שהוא מת משתחררים כספי הביטוח. מה הלקוחות תובעים? את הכספים של הביטוח מהעזיבון. כי עם הכסף שלהם הוא שילם את הפרמיה של הביטוח, והכספים שהשתחררו מהביטוח לאחר המוות הם לגול הכסף שהם השקיעו בלי שרצו, תוך הפרת חובת הנאמנות.

בימ"ש: איפשר להם להתחקות אחרי כספי הפוליסה שהשתחררו באופן יחסי לזמן שהוא שילם מהכסף שלהם (נגיד שילם מהם רק שנתיים אז רק את האחוז הזה מתוך מה שישלם). חישוב יחסי לחלק שכספים שימש בתשלום הפרמיה.

מה הקושי בפס"ד הזה?

יכול להיות שאם הלקוחות לא משלמים את כספי הפרמיה בכלל, אולי בכלל לא הייתה פרמיה. אבל זה לא הקושי העיקרי - **הקושי העיקרי:** יש פה שני צדדים תמי לב - האישה והילדים של העו"ד, לפעמים כספי ביטוח זה הבדל בין חיים נורמלים לחיים מורכבים. זה קצת מוזר ברמה המוסרית. שייקחו את הכסף שמגיע למשפחה. אולם זה לא השפיע על פסק הדין.

איזה סעדים אחרים ניתן היה להעניק?

השבה בגובה הכספים שניטלו בתוספת הפרשי ריבית והצמדה - באופן עקרוני כשמבקשים סעד מאוד רציני, לא תמיד בימ"ש יהיה נאות לתת אותו, בייחוד כשהצד הנשי תמי לב (המשפחה) ולכן עו"ד יבקשו לרוב השבה. זה מאוד תלוי במעשה, בחומרת הבעייתיות של הפרת הנאמנות וכו'. כי הסעד הזה יכול ליצור מצב שאנשים אחרים "יחכו" עד שהעו"ד ימות אם יודעים שהוא חולה ושהוא גונב כסף. כדי לקבל את אותה תרופה גדולה שקיבלו.

כיצד ניתן להצדיק את פסק הדין?

הרי התרופה שניתנה שמה את הלקוחות במצב הרבה יותר טוב ממה שהיו לפני שנפגעו.

- **שיקולי הרתעה:** בהסתכלות של ניתוח כלכלי, אם לא יהיה את הסעד הזה אז אולי החוק לא יעיל - אם אני יודעת שאוכל לקבל רק 100 בחזרה ממה שלקחו ממני, וגם המעוול יודע את זה אז הוא יגיד אני אין לי בעיה לקחת, ואני יודעת שבסוף גם העזיבון יזכה בכסף, אז הוא יגנוב מאנשים. אז בעצם התרופה, הסעד הזה, נותנת תמריץ להתנהג אופן טוב. אנחנו שוללים את התמריץ של עו"ד הבאים להתנהג כמוהו, כי לא העזיבון שלהם יקבל, אלא הלקוחות.
- יחסים מיוחדים של אמון בין עו"ד ללקוחותיו.

פס"ד attorney general of hong-kong v. reid

עובדות: התובע הכללי של הונג קונג מטעם בריטניה מגיע להסדרי שוחד עם כל מיני נאשמים בעניינם. הוא צבר מיליונים.

מה הסעד שבריטניה יכולה לתבוע? המדינה (המעסיקה של ריד) יכולה לתבוע ממנו את הכספים שהפיק כתוצאה מהפרת חובת הנאמנות שלו כלפיה.

מה הבעיה? שבמקרה הזה לא היה ניתן לתבוע את הכסף כי בכסף הוא קנה אדמות בניו זילנד, חלקן רשומות על שמו וחלקן על ידי אנשים אחרים.

אז צריך להתחקות אחר הגלגול של הכספים, צריך להוכיח שהכספים הם אלו ששילמו על האדמות בניו זילנד. ואז המדינה תהיה הבעלים של האדמות בניו זילנד.

הסעד שניתן - המדינה הוכרה כבעלים של החלקות שנקנו בכספי השוחר והן מוחזקות בנאמנות על ידי הנתבע ושלוחיו.

מה משותף לשני פסקי הדין האחרונים?

נכס ניטל שלא כדין, ועבר גלגולים. התובעים בעלי זיקה קניינית בכספים שניטלו שלא כדין עקב היחסים המיוחדים בין התובעים לנתבע. לכן הוכרה יכולתם של התובעים לעקוב אחר הכספים לתוך הנכסים שנקנו מהם. היו יחסים מיוחדים, אבל האמת שזה לא רלוונטי למצב של עקיבה מושגית כ"כ.

תנאים לקיום עקיבה מושגית (מן היושר):

1. לתובע יש זכות קניין בנכס (לרבות כספים) שהנתבע השתמש בו ללא הסכמתו
2. אפשר לעקוב אחר גלגולי הנכס - זו דרישה פונקציונלית. מי אמר שאפשר לעקוב אחר גלגולי הנכס?
3. תיתכן דרישה נוספת של הפרת יחסי אמון - ולא תמיד, תיתכן (למשל במשפט האנגלי ולאן דווקא בכל מקום) וזה בגלל שזה סעד שלא ניתן בקלות ונותן תרופה משמעותית.

קומפני פריזיאן נ' פלאטו שרון - מדגים את התנאי ה-2

עובדות: הוציא במרמה כספים מחברה צרפתית ולכאורה השתמש בהם לרכישת נכסים שונים המוחזקים בידי חברות שבשליטתו ורכז חפצי אמנות רכבים ועוד, חלקם נרשמו על שם אימו.

האם ניתן סעד של עקיבה: לא. כי לא הצליחו לאתר את הנכסים שהם גלגולי הנכס, מטעמים ראייתיים. מדובר בתנאי השני כדי לאפשר עקיבה מושגית - לא הצליחו להתחקות אחר גלגולי הכספים. ניתנו סעדים פרוצדורליים אחרים עליהם לא נרחיב אבל זה אומר שבימ"ש כן ניסה לעשות דברים אחרים כדי לטפל בבעיה הזאת. סעד העקיבה הוא חזק מאוד, משמעותי מאוד, ולא יינתן בערך אלא צריך להוכיח את התנאים.

יתרונות מרכזיים של עקיבה מן היושר על פני השבת הכספים ש"נגזלו":

1. זכות קניינית בפירות העוולה; עדיפות על יתר הנושים
2. קרקעות, כספי הביטוח שהשתחררו - מה משותף לאלה?

המשך פירוט אחרי הרצאת אורח

שיעור 9 - 25/05

הרצאת אורח: סעדים בקניין רוחני/ עו"ד עמרי נחום טוויג

בעולם הקניין הרוחני, הזכויות מעוגנות בחוקים שונים, מדובר בזכויות שהם לא טבעיות אלא שהמשפט והמחוקקים בעולם יוצרים. למשל אם אנחנו חושבים שצריך להיות זכות ויוצרים על יצירות, הזכות הזאת יוצרת איזון בין כל מיני תכליות מתחרות כמו: תמריץ לאמנים, או מידת הגישה לציבור להגיע ליצירות. דרך יצירת החוקים אנחנו מהנדסים איך הזכות נראית. הסעדים הם חלק משמעותי מעניין הזה של בניית הזכות ואיך היא נראית. הסעדים מאפשרים לרוב דיוק בין התכליות של הזכויות.

מה זה קניין רוחני? למה בעצם קיימים הדינים שעוסקים בקניין רוחני?

קניין רוחני זה שם קיבוצי לכל מה שבא להגן על קניין שאינו גשמי. נכס מידע למשל. הזכויות הן על הידע הקונספטואלי ולא חפץ. כולם עוסקים היצירה אנושית: יכול להיות באמנות (ספרות, קולנוע, שירה, מוסיקה) או יצירה תועלתנית (שיש בה שימוש מידתי, כמו-טכנולוגיה-הייטק ולא-טק, תהליכי ייצור, רכיבים של מוצר וכו'). או תהליכי יצירה שמייצרים את התוכן האינטלקטואלי שאנחנו צורכים (יצירה במוזיאון או שיר).

בבסיס דיני הקניין הרוחני-יש תובנה שאומרת: יצירה אנושית היא דבר טוב חברתית, אחרת המשפט לא היה מתעסק בזה ובטח שלא מתמרץ את זה. בתוך הגבולות האלה: איך בני האדם דואגים שיהיה לאנשים תמריץ ליצור?

יצירה נתפסת בכל מיני אופנים: (1) יצירה היא טבעית לאדם, האדם אוהב ליצור ולכן תמיד יצור (2) אם אנחנו חושבים בתפיסה כלכלית (תמריצים ותועלות) ההנחה היא שאם לאנשים לא יהיה תמריץ הם לא יצרו. למשל- אני יצרתי ספר חדש ורוצה לפרסמו, אם אין משפט, אם אפרסם יכולים להעתיק אותו ועלות העתקה היא מינימלית מאוד. אני כשיצרתי את הספר הושקע זמן ומאמץ וכישורים ולכן הייתה לי עלות גבוהה ליצירה. כדי שיהיה לי כדאי ליצור אני צריך לכל הפחות להחזיר את העלות הזו ואולי גם להרוויח משהו. אם משהו העתיק בעלות אפס, מספיק שהם ימכרו בממש מעט מעל אפס, בגלל שהעלות שלהם הייתה אפסית, אז יהיה להם רווח, אבל אני צריך למכור במחיר יותר גבוה מההוצאות שהוצאתי כדי להרוויח משהו, ולכן תמיד יקנו מהם, כי הם תמיד מוכרים זול יותר. אני לא ארוויח ולכן לא יהיה לי אינטרס ליצור מלכתחילה.

כאן נכנסת החברה: לא רוצה לייצר מצב שאנשים לא יצרו כי יצירה היא בעלת ערך חברתי השאלה איך אנחנו מאפשרים להם ליצור ושיהיה להם תמריץ לכך. איך למשל?

1) מימון- לחלק מענקים לאנשים שיוצרים. כחברה בייחוד בישראל אנחנו לא אוהבים שהמדינה היא זו שמחלקת את המשאבים הללו, אז הולכי למנגנונים אחרים.

2) הגדרת זכות קניין- מתן זכות אכיפה פרטית, זכות להדיר אחרים מהיצירה האינטלקטואלית לתקופה מסוימת בתנאים מסוימים כדי לאפשר ליוצרת להחזיר את עלות השקעתה ולהרוויח.

ואפשר להשתמש בעוד כלים אחרים אבל בעולם קפיטליסטי בו השוק מסדיר את עצמו, זה המנגנון שבחרנו: מי שסופר טוב יותר ירוויח יותר. במובן הזה, הרעיון של הקניין הרוחני הוא להדיר אחרים מלקחת את היצירה ולהעתיק אותה לתקופה מסוימת, בתנאים מסוימים, על מנת שהסופרת תוכל לקבל רווח ולא לצאת מופסדת.

אבל- כדי שיהיה לזה ערך חברתי אנחנו גם צריכים שהחברה תשתמש ביצירות, ז"א שתהיה גישה אליהם. האיזון בין שני הכוחות האלה (התמריץ ליצור והגישה ליצירה) הוא זה שמהנדס לנו איך נראות זכויות הקניין הרוחני.

איך נאזן בין תמריץ לבין גישה:

1) **נוכל לקבוע מה הזכות מכילה ומה לא-** ככל שנכניס יותר דברים לכות היא תיתן פחות גישה אבל יותר תמריץ.

2) **תקופת ההגנה של הזכות-** אם ניתן ל100 שנה זה מאוד משמעותי. לעומת חודשיים.

3) **עוצמת הסעדים** - עוצמת הסעד שאנחנו יודעים לתת על הפרה של הזכות תאזן בין הגישה לבין התמריץ. למשל, אם היינו יודעים שיש זכות, אבל בגין הפרתה, מקבלים 10 שח לעותק (מחיר נמוך מאוד). אם עותק עולה 50 שח אז הסעד די חלש והפוך. מצד שני אם ניתן פיצוי גדול ללא הוכחת נזק לכל הפרה אז זה סעד חזק. עוצמת הסעד לא רק מאזנת בין תמריץ לגישה אלא גם למשל מספקת הרתעה.

4) **אכיפה של זכויות יוצרים** - במדינה בה אין אכיפה של הזכויות זה כאילו אין זכויות. לדוגמה סין היא מדינה שיש בה בעיתיות לגורמים זרים לאכוף את זכותם לקניין רוחני.

סוגי הסעדים שיש בעולם הקניין הרוחני:

יש שלושה סעדים עיקריים ועוד כמה דברים נלווים שהם "כאילו סעד"

1. צו מניעה- ההגשמה הכי מלאה של היכולת להדיר אנשים אחרים, למנוע מהם להשתמש ביצירה.
2. פיצויים
3. השבה- שבתוכה יש גם השבת רווחים, או השבת מה שנגנב למשל.

בכל אחד מהסעדים יש ניואנסים לכל ענף בקניין הרוחני, למשל: בדיני סימני המסחר (מה שמאפשר לחברה לשלוט בלוגו שלה למשל) יש סעד דיפולט- שלא נתון לשיקול דעת- צו מניעה. בימ"ש צריך לתת צו מניעה אם הופרה הזכות, הוא רשאי לפסוק גם פיצויים, והשבה היא לא סעד פורמלי בדיני סימני המסחר כי סימני המסחר הם תחום לא קלאסי של דיני קניין, הם לא נועדו לעזור ליצרן אלא למנוע הטעיה של צרכנים (שידעו לזהות באיזה מוצר מדובר) ולכן השבה, שקונספטואלית הוא סעד יותר קנייני, הוא פחות בשימוש כאן.

יש הבחנה בין שני סוגים של סימני מסחר:

- א- סימן מסחר רשום- רשמנו אותו במדינה, אם יש לנו סימן כזה, יש לנו את כל קשת הסעדים שהחוק מאפשר.
- ב- סימן מסחר לא רשום אך מוכר היטב- אם לא רשמנו אותו ובשום מקום לא כתוב שהוא שלנו, אבל ניתן להוכיח כי הוא מוכר היטב. במקרה זה אין לנו את כל הסעדים: צו מניעה נקבל אבל פיצויים לא, אין לנו זכות לפיצויים על הפרה של סימן מסחר מוכר היטב ולא רשום. זה כי אנחנו רוצים לעודד אנשים ללכת ולרשום, כמו שאמרנו, כדי להגן על הצרכן, ולכן שוללים מאיתנו סעד מסוים אם לא "עמדנו בחובת" הרישום.

וזה דוגמה לכך שחוקק יוצר בתוך אותה זכות שני תתי זכויות: באמצעות הסעדים יוצרים זכויות קצת שונות- מבחני ההפרה שלהן הם זהים, והן בתחום של רישום סימנים, אבל הסעדים יוצרים זכות רחבה יותר במקרה של רישום הסימן.

דיני הפטנטים - עוסקים בחדשנות

נותנים הגנה להמצאות שהן חדשניות ושימושיות. מקבלים זכות על פטנט בתנאי

- (1) חדשות- שלא היה מעולם דבר כזה, אין תיעוד שלה
- (2) שהן חדשניות- מוסיפות משהו לידע האנושי, מקדמות אותו צעד אחד קדימה.

הזכות על פטנט נותנת לנו לעשות מה שאנחנו רוצים עם הפטנט שלנו לתקופה של 20 שנה ואחריהם כל העולם יכול לעשות שימוש במידע הזה. אנחנו מחויבים לפרשם את הפטנט שלנו ואז כולם ידעו עליו. ההגיון הוא שעד תום ה-20 שנה אני יכול לכסות את העלויות שלי.

גם בפטנטים יש **זכות ברורה מפורשת לקבל צו מניעה** על הפרות, כי אם לא נוכל למנוע ממתחרים להתחרות בנו אז אין לנו מונופול על הפטנט. גם פיצויים זה סעד מפורש שניתן לקבוע, אבל צריך **להוכיח את הנזק** שנגרם לנו. בפטנטים הרבה פעמים **קל להוכיח** את הנזק כי הוא בא לידי ביטוי במכירות, אובן מכירות וכו'. ובגלל שזה פעילות תעשייתית זה מספרים שמאוד קל לכמת. לגבי **השבה**, בפטנטים יש סעד השבה כי זו זכות הרבה יותר קניינית. מה שיוצרת זכות ההשבה הוא מעניין: הרבה פעמים בעל הפטנט מייצר ועושה משהו ואז אני רואה מישהו אחר שלא מתחרה אמנם במוצר, אבל דורך על הרגליים שלי. אני לא ארצה צו מניעה כי הוא לא מתחרה שלי אלא השבה, לא השבה של מה שהוא מייצר אלא במובן של **השבת רווחים**. השבת רווחים יכולה לכפות על מישהו לעשות איתי הסכם ולקנות ממני תמלוגים. הפטנט קיים, מייצרים אותו באפיק אחד, והשני אומר שהוא יודע לעשות עם זה עוד משהו. וזה דווקא טוב אם יהיה הסכם זה יעשיר את הפטנט והיצירה, שאם לא יהיה הסכם ניתן יהיה לעשות את זה רק אחרי 20 שנה. לא כולם יודעים לעשות את ההסכם הזה ולפעמים יש אי בהירות משפטית ואני לא יודע אם יש עוד מישהו שפועל בדומה לי. בימ"ש יודע לייצר מנגנון פסיקה שנותן סעד השבה מתמשך בדיוק כדי לאפשר את התועלת החברתית מכך שעוד מישהו יעבוד בצמוד לי.

איפה זה הכי משמעותי? לא במצבים בהם יש תחרות ישירה, ומישהו רוצה להעתיק פטנט של מישהו אחר ולהתחרות בו ראש בראש, אלא כשמדובר **בהמצאות משפרות**: אני המצאתי פטנט ומישהו המציא משהו שמתבסס על הפטנט שלי אבל הוסיף עליו משהו. מה עושים במצב כזה? הממציאה השנייה יכולה לרשום פטנט על מה שהוסיפה, אבל בהיעדר הסכמה מהממציא המקורי, היא לא יכולה לייצר אותו עם החלק שלו (הראשון). אבל במצב כזה גם הממציא המקורי לא יכול לייצר את שני החלקים יחד. הממציא השני חוסם את הראשון מלקחת את ההמצאה שלו עוד סעד קדימה, כי אני רוצה להשיג שיתוף פעולה, אני רוצה לתמרץ אותו לעשות את זה איתי. **הזכות המשפטית, האפשרות לרשום פטנט רק על התוספת** מאפשרת לייצר **מחסום**, תמריצים צולבים שמביאים את הצדדים **בדו"כ לעסקה**. יכול להיות מחסום מוחלט במקרים שהממציא המקורי לא יתפוס את הערך המוסף של התוספת על המצאתה, ואז התמחור של התוספת לא יעבוד והם לא יוכלו להגיע להסכמה.

במצב כזה שהם **לא מגיעים להסכמה**, מה יוכלו לעשות? (1) אפשרות ראשונה היא שהמקורי ימשיך לייצר רק את החלק שלו כל החיים, ומי שהוסיף יצטרך לחכות 20 שנה ואז להוסיף את חלקו. (2) אפשרות נוספת היא ששני הצדדים יכולים להפר את הזכות. אבל יש צו מניעה, אז מה הפתרון? בפועל, בתי משפט במצבים מסוימים מייצרים איזונים ששוללים או **מגבילים את האפשרות לקבל צו מניעה** כדי להימנע מבזבוז חברתי. ואז אם צו המניעה לא רלוונטי, נשאר השבת רווחים, אבל זו **לא תהיה השבת רווחים מלאה** כי הרווח המלא כולל בתוכו את התוספת שהוסיף השני. ואז לסעד יש תפקיד מוזר- בעצם נוצר מעין הסכם בכפייה. למה? כי זה לא שהצדדים "מתאבדים על עסקה" אלא לא הצליחו להגיע לעסקה בגלל פערי מידע או תפיסה שונה של

הנתונים. קונספטואלית הם היו רוצים לעשות עסקה. פתאום מודל הסעדים באופן שבימ"ש רוצה ליישם אותו, בעצם מעצב את גבולות הגזרה של הזכות אבל גם מעט משנים אותה. כשאנחנו חושבים על זכות קניין הזכות מוגנת אבל מודל כזה הופך את הזכות לכלל אחריות (קלברזי ומלמד). זה ממש שינה את החשיבה על הזכות מזכות קניין הרמטית לזכות הנאה כלכלית שטובה בסוף לשני הצדדים ומאפשרת עסקאות כאלה כשיש פערי מידע.

אנחנו רואים שהסעדים בעולמות הקניין הרוחני הם רחבים ומתפקדים בדרכים שונות, משפיעים מאוד על עיצוב הזכות ומערכות היחסים בין השחקנים השונים.

זכויות יוצרים

שאלות דומות אך המתח מתעורר בצורה רחבה והפתרון לכך הוא בסעדים.

בניגוד לפטנטים, זכות יוצרים לא מגנה על חדשנות, טכנולוגיה אלא על תוצרים אקספרסיביים: מוסיקה, אומנות, תכנות מחשב. זכות יוצרים קיימת מרגע שיצרנו את היצירה שלנו ונתנו לה **קיבוע אובייקטיבי**: על דף נייר, מחשב וכו', מרגע זה היצירה שלנו מוגדרת וקיימת בכל העולם. לא צריך לרשום אותה, ולא להוכיח חדשנות למשל, ז"א שקל מאוד לקבל אותה. הסף מאוד נמוך לזכות, רק צריך להראות שהמקור ליצירה הוא אנחנו, כלומר שלא גנבנו, וגם להראות שבריר של יצירתיות בי. אז **הרף כדי לקבל אותה הוא מאוד נמוך אבל הזכות היא מאוד רחבה**- תקופת ההגנה עליה היא כל חיי היוצר +70 שנה. תמריץ מאוד גדול ליוצרים וגישה קטנה לציבור.

זכות היוצרים מאזנת את זה דרך החרגות בתוך הזכות: למשל היא מגנה רק על הביטוי הקונקרטי של היצירה ולא על הרעיון שבבסיסה (למשל כל אחד יכול לכתוב ספר על עולם הקוסמים ועל ילד שחי בעולם כזה עם חברים שלו, אבל אנחנו לא יכולים לכתוב ספר על הארי רון והרמיוני שנוסעים להוגוורטס דרך רציף 9 ושלושה רבעים). וזה מגביל את הזכות.

יש הגנה שנקראת **שימוש הוגן**- משתמשים ביצירה באופן שהוא על פניו מפר אבל עושים את זה במצבים עם ערך חברתי, למשל במקרים של עולמות חופש הביטוי- ביקורת סאטירה וכו'.

עוד כלי לאיזון הזכות הוא הסעדים:

מצד אחד זכות היוצרים מאפשרת **צו מניעה**, וגם **פיצויים ללא הוכחת נזק עד 100,000 ש"ח** בישראל לכל הפרה) למה? כי קשה להראות נזקים כי מישהו יכול להרוויח מזה כסף אבל עדיין לא בטוח שזה פגע בי ולכן מציעים פיצויים ללא הוכחת נזק, וגם כדי ליצור הרתעה מסוימת מפני הפרה של הזכות. גם כאן יש גם **השבה בעין וגם השבת רווחים**.

למה אמרנו "**מאפשרת**" צו מניעה ולא מחייבת, כי בישראל ומקומות בעולם, צו המניעה זכויות יוצרים הוא לשק"ד של בימ"ש. ואז השאלה היא מתי הוא יתן צו מניעה? החוק לא קובע, משאיר **שק"ד שיפוט** וזה מאפשר לבימ"ש לאפשר סעד מרובד (עם דרגות שונות) יהיו נסיבות שלא מצדיקות צו מניעה: בזכות יוצרים (שלא כמו בפטנטים) אם יצרתי יצירה ראשונה ויוצרת אחרת יצרה שמתבססת על היצירה שלי, יש שם דברים שהם שלי ויש דברים תוספת, אם היינו הולכים לפי הגישה של פטנטים היינו אומרים שהיצירה המקורית תישאר בבעלותי והתוספת תהיה של המחדשת ואז יש מחסום כמו שדברנו עליו. אבל בזכויות יוצרים אין דבר כזה דבר, אם נוצרה יצירה נגזרת בלי הסכמה של היוצר הראשון, הבעלות על היצירה הנגזרת

היא של היוצר הראשון. וזה לטענתו בעיה. אבל לפני שזה בעיה, זה מגדיל את התמריץ ליצור כי זה נותן לי בעלות לא רק על השוק של היצירה שלי אלא גם על שווקים נוספים של יצירות אחרות.

יש פה **סירוב מוחלט בלי סיבה ליצירות המשך**, וזה פוגע גם בשוק (כמו למשל שיש כלל שאוסר על מונופול לסרב לסחר עם מישהו). הכוח המאוד משמעותי הזה ליוצר הראשון בדרי"כ יעצור את יוצר השני מליצור.

1. **אפשרות אחת-** היא **מנגנון שמאפשר לנו לבקש מבית המשפט לא לתת צו מניעה**. אחד הקשיים בזה, הוא ששק"ד הזה לא מגובה בחקיקה נוצרת הרבה אי וודאות. אני בתוך יוצר שני מהמר כי אין לי דרך לצפות אם בימ"ש ייתן צו מניעה או לא. אבל גם במצבים בהם לא ייתן צו מניעה, זה לא שאני אוכל לעשות שימוש חופשי ביצירה, אלא הסעד הבא יהיה השבת רווחים. אז אני גם בחוסר וודאות אם אקבל צו מניעה, וגם לא יודע כמה רווחים הוא ייתן ליוצר הראשון, ואז גם אם לא ניתן צו מניעה לא כדאי לי ליצור. ההסתברות ליצירות שניות היא מאוד קטנה במקרה הזה.

2. **אפשרות שנייה-** הוא מציע **להשתמש באותה זכות השבת רווחים עתידיים**, אבל להשתמש בה **כברירת מחדל ולהתוות לה גבולות**: להגיד ליוצרים שניים: אתם לא צריכים יותר לבקש רשות ולא חשופים לסיכוי שהיוצר הראשון לא יאשר לכם להמשיך את היצירה. אתם יכולים ליצור אוז לפנות לבמ"ש לסעד הצהרתי שיקבע שמותר לנו ליצור את היצירה הזאת ואז גם שיקבע מראש מה תהיה החלוקה בין הצדדים. אנחנו גם ודאיים כלפי זה שמאושר שנעשה את זה וגם מה תהיה החלוקה בין הצדדים. ולא רק שזה נותן וודאות כמעט מוחלטת שזה יקרה, זה מעודד את הצדדים לעשות עסקה ולוותר על שלב מאוחר יותר של בימ"ש ותביעה על הפרה. ההשערה שלו היא שרוב העסקאות במצב כזה יגמרו בהסכמה, כדי למנוע עלויות וכי הצדדים יודעים יותר טוב.

מתי זה יגיע לבימ"ש? במקרי קצה, ובמקרים כאלה גם חשוב שזה יגיע לבימ"ש: (1) כשהשניים לא מסכימים כדי לעשות הסכם (2) כשיש מחלוקת בין הצדדים האם זו יצירה חדשה או למשל העתקה, כי הדבר הנוסף הוא קטן ממש, ואז הוא ירצה צו מניעה, כי זו העתק ולא יצירה נגזרת (3) היוצר השני יגיד שזה נכון שאפשר ללכת לרישיון כזה ולהסכים על פיצויים לפי שבימ"ש יגיד, אבל יכול להיות שהוא רוצה כלל שבימ"ש יקבע שהיצירה הנגזרת בכלל לא מפרה את זכויות היוצרים, זה לא יצירה נגזרת. או שיצירה שלי היא שימוש הוגן (אני אמנם מפר אבל יש פה ערך חברתי אז מותר).

במצבים האלה **חשוב שהמקרים האלה יגיעו לבימ"ש**, כדי שבימ"ש יגדיר ויקבע מה קורה במקרים הללו, ואחרי שהוא יקבע זאת, יגיעו פחות מקרים לבימ"ש כי כבר ידעו מה קורה בכל מקרה.

זה המודל שהוא מציע, הוא חושב שהוא **יפחית את המקרים שמגיעים לבימ"ש והפחתה של סכסוכים ויעודד את השוק להגיע להסכמות**.

שיעור 10 - 01/06**תרגיל כיתה**

1. בנסיבות הדומות לאלה שנלמדו בכיתה בעניין *moor v. regent* באם הסעד המבוקש הוא נאמנות קונסטרוקטיבית, אין רלוונטיות לשיקול הסכמה או העדר הסכמה מצידו של התובע.
2. מקורה של העקיבה המושגית בדיני היושר
3. בעניין *snepp v. united states* נאמד הסעד על פי שיעור הנזק שנגרם.

תשובה של מיטל

1. לא נכון, נושא ההסכמה קריטי. אמנם לא לצורך תחולת דוקטרינת ההסכמה מדעת, אך כן לעניין הפרת חובת האמון (דיברנו על משמעות של גילוי והסכמת המטופל גם לגבי האינטרס הכלכלי של הרופא בטיפול). (אפשר להרחיב ולומר שמהרגע שאין הסכמה כל התנאים לנאמנות) קונסטרוקטיבית לא מתקיימים – לא חייב).
2. נכון, קראנו לעקיבה מושגית עקיבה מן היושר להבדיל מעקיבה קניינית. עקיבה מושגית היא מדיני היושר כמו גם הנאמנות הקונסטרוקטיבית.
3. לא נכון. הנזק נאמד לפי רווחיו של הסוכן (מצופה להרחיב יותר בהסבר).

תזכורת: פס"ד *attorney general of hong-kong v. reid*

עובדות: התובע הכללי של הונג קונג מטעם בריטניה מגיע להסדרי שוחד עם כל מיני נאשמים בעניינם. הוא צבר מיליונים.

מה הסעד שבריטניה יכולה לתבוע? המדינה (המעסיקה של ריד) יכולה לתבוע ממנו את הכספים שהפיק כתוצאה מהפרת חובת הנאמנות שלו כלפיה.

מה הבעיה? שבמקרה הזה לא היה ניתן לתבוע את הכסף כי בכסף הוא קנה אדמות בניו זילנד, חלקן רשומות על שמו וחלקן על ידי אנשים אחרים.

תזכורת: תנאים לקיום עקיבה מושגית (מן היושר):

1. לתובע יש זכות קניין בנכס (לרבות כספים) שהנתבע השתמש בו ללא הסכמתו
2. אפשר לעקוב אחר גלגולי הנכס- זו דרישה פונקציונלית. מי אמר שאפשר לעקוב אחר גלגולי הנכס?
3. תיתכן דרישה נוספת של הפרת יחסי אמון- ולא תמיד, תיתכן (למשל במשפט האנגלי ולא דווקא בכל מקום) וזה בגלל שזה סעד שלא ניתן בקלות ונותן תרופה משמעותית.

יתרונות מרכזיים של עקיבה מן היושר (עקיבה מושגית) על פני השבת הכספים ש"נגזלו":

1. פונקציונלית- לעיתים, אי אפשר עוד לעקוב אחר הנכס המקורי, לא רק אחרי ה"לבוש החדש" שלו.
2. זכות קניינית בפירות העוולה; ברגע שיש לנו עקיבה יש לנו זיקה קניינית מאוד ברורה, ניתן לעקוב אחרי הכספים, יש לנו עדיפות על יתר הנושים, "בטחון" גדול יותר להשגת הכספים ואף יותר.
3. קרקעות, כספי הביטוח שישתחררו. **המשותף לאלה** – הגדילו לתובע את הכיס (כמובן שלא במכוון)

פיצוי עונשי

פיצוי עונשי הוא רכיב פיצויי המגלם הוקעה חברתית, הרתעה (אפילו אחרי שהשיבו את המצב לקדמותו). יש על כך המון ביקורת בספרות, יד בתי המשפט אינה קלה כאשר הם מאפשרים פיצוי עונשי. הפיצוי העונשי מהווה "חיה מאוד מוזרה".

פיצוי עונשי ודיני חוזים, היתכן?

סגרת חוזה עם מישהו, האם יכולים לקחת ממני פיצוי עונשי? העמדה המקובלת היא שאין מקום לתת פיצוי עונשי במסגרת דיני החוזים (עקיפת המנגנון החוזי; תכנון אוטונומי של הצדדים לגבי מושג העסקה והסיכומים במסגרתה). עם זאת יש הטוענים שניתן להעניק תרופה עונשית במסגרת חוזה, אם ההפרה לוותה במעשה שהוא עולתי במובן הנזיקי. דהיינו עיקר הדיון בפיצוי עונשי נעשה בהקשר הנזיקי. על מנת להעניק פיצוי עונשי צריך התנהגות חמורה מאוד, לכן הוא מזכיר לנו יותר עוולה שהיא מתקשרת לדיני הנזיקין. אם לא חלה בדיני הנזיקין על אחת כמה וכמה שלא תחול בחוזים (כי חוזים פחות חמור).

דוגמה 1: א' נוהג ברכב ומנסה באופן מכוון לפגוע בהולך רגל ב'. לב' נגרם נזק לרגלו לצמיתות.

דוגמה 2: א' נוהג ברכב ובלי כוונה פוגע בהולך רגל ב'. לב' נגרם נזק לרגלו לצמיתות.

האם הפיצוי לב' בדוגמה 1 צריך להיות שונה מהפיצוי שלה בדוגמה 2? אנחנו לא נמצאים במגרש הפלילי, אנחנו נמצאים במשפט הפרטי (מוגשת תביעה אזרחית), ירצו שישלם יותר כי עשה משהו חברתית לא ראוי ולא מוסרי – זאת בעצם הבעיה כי אנחנו במשפט הפרטי.

נניח שנרצה למרות הקושי לאפשר פיצוי שונה כדי להעניש את הנהג בדוגמה הראשונה (נרצה להעניק לו פיצוי עונשי בכל זאת): התובע יגיד שמגיע לו פיצוי על הנזק, ופיצוי נוסף לשם גינוי ההתנהגות (הפיצוי העונשי).

מה הקשיים הכרוכים בכך?

1. "בעיית ענישה" – עונש במשפט הפרטי?

2. "בעיית היריבות" – נניח שעונש אכן מגיע לנתבע, כיצד נצדיק שדווקא התובע מקבל את הפיצוי? בראיית צדק מתקן יש פה בעיה. שכן בצדק מתקן ברור שמגיע לב' לקבל את הפיצוי עקב הפגיעה, אך לא ברור שמגיע לב' לקבל את הפיצוי העונשי מהפגיעה. למה שבי' יקבל את הפיצוי העונשי שנועד לכוון התנהגות? למה לא להעניק אותו לעמותה מסוימת למשל? או למדינה?

צידוק לפיצוי עונשי בראי שיקולי יעילות:

דוגמה: נניח שנרצה להעניק פיצוי עונשי בנתונים הבאים: נזק פיזי: 80, פיצוי עונשי: 160, סה"כ פיצוי: 240.

למה שנרצה את הדבר הזה?

1. בעיית היריבות: על פניו אנחנו בעולם שמעניין אותנו רק יעילות, לכן התובע, האזרח, משמש ל"סוכן מדינה", שווה לנו לפתור את הקשיים כי צריך מישהו שישמש כסוכן, כלומר שיהיה שווה לו ללכת לבית משפט ולהוכיח הכל, לעבור את כל ההליך. דהיינו לשם עידודו לביצוע ההליך הוא שיקבל את הפיצוי.

2. בעיית הענישה: נפתרת על ידי **שיקולי הרתעה**. העיקר הוא שנשיג את ההרתעה, זה לא משנה לנו מי יקבל את הכסף.
כך נפתור את כל הקשיים.

האמנם? האם התובע צריך את כל הפיצוי הענשי על מנת להיכנס להליך? לא מספיק לו את הפיצויים שהיה מקבל בלי הפיצויים העונשיים?

ניקח את אותה הדוגמה, **נניח שבוצעה עוולה באופן שמצדיק לקבל פיצוי עונשי. נתון:** ללא הפיצוי העונשי הנזק הוא 80. יחד עם התוספת העונשית הפיצוי יעמוד על 240 (תוספת עונשית של 160).

האם פיצוי בגובה 240 מתמודד עם בעיית היריבות? האם הרתעה משמעותה פיצוי עונשי דווקא לתובע? התובע יהיה סוכן המדינה (לתבוע גם את הפיצוי העונשי) גם תמורת $20 + 80$.

הרתעה תהיה גם אם הסוכן יקבל $20 + 80$ וקופת המדינה תגדל ב140.

כלומר **מבחינת הרתעה תתקבל אותה תוצאה: לא נפתרה בעיית היריבות.**

שיקולי הרתעה לבדם לא יכולים להצדיק את הפיצוי העונשי, כי רואים שיכולים לתת פחות מהפיצויים העונשיים לתובע בשביל להניע אותו לתבוע על הגינוי החברתי וההיבט המוסרי. הפיצוי העונשי לא יעיל לפי שיקולי יעילות, כי התובע יעשה את זה ויתבע גם עבור פחות, שיקולי ההרתעה יעבדו גם ללא הפיצוי העונשי.

סיכום ביניים:

1. בעיית הענישה: מבטאת שיקולי הרתעה: יכול לפתור את הקושי: מדוע מישהו יכול להעניש אחר במשפט הפרטי. אולי יכול לפתור את שאלת הענישה. אולי מהווה הצדקה.
2. בעיית היריבות: מדוע כל הפיצוי העונשי מגיע לתובע? קושי שנשאר פתוח.

צידוק לפיצוי עונשי בראי צדק מתקן?

אמרנו שזה יהיה פחות רלוונטי כי בצדק מתקן מעניין אותו רק הצדדים והשבת המצב לקדמותו – לא מעניינים אותנו שיקולי הרתעה וכו'.

פס"ד Jacques v. Stenberg

עובדות: פס"ד על השגת גבול. משפחת ג'ק גרה בחלקה ולידה שכנים. אחד השכנים רכש קרוואן מסטנברג. סטנברג רוצים לספק לו את הקרוואן אבל בשל מזג אוויר קשה צריכים לעבור דרך החלקה של ג'ק על מנת לעזות כן. ג'ק לא מסכים שידרכו במקרקעין שלו (זכותו). החברה סטנברג מחליטים לעשות זאת בכל אופן, ולהשיג גבול. ג'ק תובע אותם על השגת גבול. כאמור בהשגת גבול לא צריך להוכיח נזק, עם זאת, לרוב לא נתבע מישהו שעבר והלך כי כל שרוצים זה שהוא יצא (יינתן לרוב צו מניעה וייסגר העניין). ג'ק לעומת זאת רצה פיצוי עונשי, הרי הוא סירב להם והם עברו בכל זאת. הוא קיבל דולר אחד על השגת הגבול עצמה, ומאה אלף דולר על כך שהשגת הגבול הייתה מכוונת. התנהגות הנתבע הייתה כה חמורה שנוצרה עוולה חדשה; לדוגמה, הסגת גבול עם או בלי כוונה היא עוולה שונה.

איך ניתן להצדיק זאת?

אולי אם נבין את פסה"ד לפי ראי הצדק המתקן נבין משהו על פיצוי עונשי שלא הצלחנו בראי שיקולי יעילות.

1. תיאוריה ראשונה לפיצוי עונשי בראי שיקול צדק מתקן:

רוברט סטיבנס: עוולה היא עוולה היא עוולה. מישהו ביצע השגת גבול, עם זאת יש פה עוולה חדשה במקרה הזה, עדיין הסגת גבול אבל הפרה בוטה יותר של זכות שמבחינה נורמטיבית גורמת לנזק חמור יותר. לכן הגיוני שאם ההפרה חמורה יותר (כי נעשתה בכוונה), נוכל להצדיק בראי הצדק המתקן פיצוי גדול יותר. התנהגות הנתבע הייתה כה חמורה שנוצרה עוולה חדשה; לדוג' השגת גבול עם או בלי כוונה היא עוולה שונה.

האם בעיית היריבות נפתרה? כן, בהנחה שסטיבנס צודק, אם הפגיעה בזכות גדולה יותר ואנחנו נמצאים בראי הצדק המתקן, נתאים את הפיצוי לפגיעה. אם הפגיעה גדולה יותר גם הפיצוי יהיה גדול יותר. על פניו פותר את בעיית היריבות. התשובה של סטיבנס מאפשרת להבין מדוע יש לתת פיצוי 240 במקום 80 ומדוע יש לתת את הפיצוי דווקא לניזוק.

האם נפתרה בעיית הענישה? יש כאן ניסיון להתמודד עם הבעיה דרך יצירת עוולה חדשה (למשל "הסגת גבול בנסיבות מחמירות" – גובה הפיצוי כגובה הפגיעה בזכות). למרות שנפתרת בעיית היריבות, לא בטוח שנפתרת בעיית הענישה (אפשר להתווכח על זה).

2. תיאוריה שנייה לפיצוי עונשי בראי הצדק המתקן (nezar):

לדוגמה, גרימת נזק בכוונה עשויה להוביל לנזק במובן של loss – הפסד לצד נזק מוסרי. הפיצוי העונשי לא ניתן על הנזק (loss), אלא על הדרך שבה הוא נגרם שהובילה לנזק מוסרי. ענישה פלילית מגלמת את הגיוני המוסרי של המדינה; להבדיל ממשמעותה של ענישה נזיקית, היא תרופה על נזק מוסרי.

הוא אומר למעשה שאין עוולה חדשה, יש פה מעשה עוולתי שאינו בסדר, זה יכול לגרום לכמה נזקים שכל שצריך זה להוכיח אותם. כשמישהו עושה משהו לא בסדר כמו תרמית למשל, זה יכול לגרום לנזק של 100, 200 וכו', וכל שצריך לעשות זה להוכיח אותו, ולפי הנזק שנגרם יקבע הפיצוי. אנחנו נמצאים בעולם עוולה שגורמת לשני סוגי פיצויים. הראשון: רגיל: במקרה הנהג - נזק גוף. השני: עצם הדרך בה נגרם הנזק גורמת לנזק נוסף לנדרס עצמו: נזק מוסרי. עצם העובדה שמישהו התייחס למישהו אחר בצורה שמבחינה מוסרית צריך להוקיע אותה, הוא גרם לאדם עצמו לנזק שאפשר לקרוא לו נזק מוסרי. כך ברור שיש שני סוגי פיצויים שניתן להעניק: הראשון גופני והשני מוסרי.

האם ההצעה של אמיר נאזר מצליחה לפתור את בעיית היריבות? פותר את בעיית היריבות.

האם ההצעה של אמיר נאזר מצליחה לפתור את בעיית הענישה? אולי. גם כאן הסבר תואם את המבנה של המשפט הפרטי. המטרה היא לא גיוני מוסרי, אלא פיצוי על נזק מוסרי שנגרם על ידי התנהגות עוולתית. כלומר נשארנו עם סימן שאלה בנוגע לפתרון בעיית הענישה.

אז אנחנו לא בטוחים האם הצדק המתקן באמת פותר לנו את שתי בעיות. נשאר עם השאלה האם פיצוי עונשי בכלל ראוי? בפועל הוא ניתן לפעמים על ידי בתי המשפט. התשובה באמת היא שהשאלה נשאר פתוחה בנוגע לכימות, מי קבע כמה לפסוק לפיצוי עונשי ועל פי מה?

עד עכשיו עסקנו בנזקים. מה לגבי רווחים?

המשך פיצויים עונשיים- אחרי הרצאת אורח.

שיעור 11 - 08/06**הרצאת אורח- דיני התכנון והבנייה- על התפר שבין המשפט הציבורי למשפט הפרטי/ עו"ד שירלי תומר****מבוא: מבנה מערכת התכנון**

חוקי יסוד – חקיקה ראשית – חקיקת משנה: תקנות, ורוב עולם התכנון ובנייה שנמצא בתוכניות בניין עיר. למעשה עולם התכנון והבנייה נכנס בחקיקת משנה, כך יש גם לפרשו.

כשמשפטים באים לפרש תכנית מתאר עיר – יבואו כפי שהיו באים לפרשנות חוק, לעניינינו תקנה, מה ההגיון התכנוני מאחורי התמ"א כמו שהיא מולנו.

פירמידת התוכניות

תכנית המתאר הארצית – חלות לרוב בעל כל מרחב המדינה, מחולקות לפי נושאים: חופים – תמ"א 13 וכו'. מאפיין תכנית המתאר הארצית הוא הכללה, מעט פרטים, התייחסות לעקרונות כלליים (מתוקף העובדה שמתייחסת לכלל הארץ וקשה לפרט)

תכנית מתאר מחוזית: פריסת ישובים, שטחים ירוקים, תחבורה ציבורית. כוללת בהוראות איך מחילים תוכניות מתאר מקומיות ואיך ליישם את זה במחוזות מסוימים.

תוכניות מתאר מקומיות: עקרונות ברמת פירוט גבוהה יותר למרחב מקומי מסוים: שכונה/ אזור/ משהו נקודתי מסי' מגרשים. סוג מסוים וחשוב: תכנית מתאר מקומית וכוללנית: ניסוח חשוב כי זה המסמך שקובע את החזון התכנוני או חלק ממנו של מקום/ עיר מסוים להרבה שנים קדימה (הוראות לשימור מבנים וכו')

תוכניות מתאר מפורטות: קווי בניין, חלוקה למגרשים, מספר קומות, פירוט שנדרש לקבלת היתר בנייה. _ לעיתים יהיה תוכניות מתאר מפורטות ומקומיות יחד.

היתר בנייה

*** חשוב: כל תכנית חייבת לתאום את התוכניות שמעליה והיתר הבניה חייב לתאום את כל הפירמידות שמעל.

דוג' - רצו לאשר בנייה בקרבה לדרך נמיר, ולפי התכנית המקומית אסור לבנות בקרבת 50 מ' לכביש. המועצה טענו שאפשר: (1) או לבנות במגבלות התכנית הארצית ולשמור על המרחק (2) או

פירמידת הועדות- פירדמידה מוסדית

מועצה ארצית לתכנון ולבנייה- יש לה מועצת משנה.

ועדה לתשתיות לאומיות- עוסקת באישור תשתיות כאלה כמו רכב קלה

ועדות מחוזיות- עוסקות בתכנון מקומי

ועדות מקומיות- עוסקות בתכנון המקומי

ההבדל ביניהן הוא הבדל נושאי, ירשנו את החלוקה הזאת מהמנדט הבריטי, רוב העשייה נמצאת בועדה המחוזית, ויש ביקורות שמערכת התכנון עובדת מאוד לאט ולוקח הרבה שנים לאשר תכניות, הועדות המחוזיות עמוסות מאוד ולכן המחוקק מעביר עוד רפורמות כדי להוסיף עוד סמכויות למקומיות ולאפשר להן לעבוד באופן יותר עצמאי ולהוריד עומס מהועדות המחוזיות. כחלק מרפורמה לפני 10 שנים חילקו את הועדות המקומיות לדרגות- יש כאלה עם יותר סמכויות, עד כמעט עצמאיות, ויש כאלה עם פחות סמכויות, לפי אופן התפקוד, עד כמה שומרות על טוהר מידות, מערכת טכנולוגית מפותחת וכו'. זה מבטא תפיסה שאומרת **שלוועדה המקומית יש הרבה יתרונות**, מצד אחד היא מאוד קרובה לשטח ומבינה את צרכי השטח, אבל מצב שני זה **גם חסרון** כי קרבה לשטח יוצרת גם חשיפה ללחצים ובעיות של טוהר מידות.

נחיצות דיני התכנון

צידוקים לקיום דיני התכנון והבנייה

אם נסווג את דיני התכנון והבנייה זה לכאורה משפט ציבורי. האזרח בעל הקרקע מול הרשות, ועדות מקומיות, אזורים וכו'. אבל היא מציעה רעיון שכשבאים לפתור בדילמה בתחום הבנייה, כמעט אף פעם אי אפשר להסתפק במשפט הציבורי, חייבים לייבא עקרונות מהמשפט הפרטי, כי זה כמעט אף פעם לא האזרח מול הרשות, אלא כמעט תמיד כורך גם צדדים שליליים: החברה, קונים וכו'. וזה מה שנדבר עליו:

למה בכלל צריך דיני תכנון ובנייה? למה לא מספיק רק דיני המשפט הפרטי (דיני חוזים, קניין וכו'). לפי **ניתוח כלכלי**, חייבים כוח כופה של המשפט הציבורי של דיני התכנון והבנייה. למה זה?

צידוקים לקיומם של דיני תכנון מול שוק פרטי:

1. **הקמת מקומות לטובת הציבור** - כמו גינה ציבורית. שתי בעיות במגזר הציבורי- **חוסר מוטיבציה**

בגלל עלויות עסקה וסחטנות.

חוסר מוטיבציה בגלל עלויות עסקה - זה מעלה את שווי הנכסים של האדם הפרטי בסביבה. אבל מצד שני אין לאדם הזה שום תמריץ ללכת ולרכוש את הקרקע הזאת כדי להקים גינה. הרבה יותר משתלם שאחרים יקנו את הגינה ואני רק אהנה ממנה. אבל אם זה היה רק במגזר הפרטי, כמעט לא היו מוצרים ציבוריים כאלה, כמו גינות משחק.

סחטנות - גם אם היינו מתגברים על התמריץ השלילי, היינו נתקלים בתופעות של סחטנות- למשל כדי לסלול כביש, צריך לסלול הרהב חלקות. אם זה היה נופל על השוק הפרטי, הוא היה צריך לאסוף הרבה חלקות מהרבה אנשים פרטיים, ויכול להיות שאחד מהם היה מכשיל את כל העניין או סוחט אותו, אתה חייב את ההסכמה שלי ולכן תשלם יותר למשל. מצד שני המדינה פשוט מפקיעה את הקרקע וכו'. כנראה שבלי הדינים הכופים של דיני התכנון והבנייה לא היינו מקימים מוסדות ציבוריים.

דוג' לכך שאי אפשר להסתדר בלי הכוח של דיני תכנון: תמ"א 38 - דוג' למוצר ציבורי שהשוק הפרטי עושה את העבודה, המון מקרים האנשים רוצים לחזק את הבתים שלהם ולשפר אותם. והמדינה לא עובדת על חיזוק המבנים. וזה מצד אחד עבד אבל מצד שני לא כולם מחזקים בתים ויש הרבה מאוד סחטנות ומחירים מופקעים.

2. **צמצום השפעות מזיקות של שימושים לא תואמים** - נרצה להפחית שימושים מזיקים כשי לחיות בצורה טובה יותר. אם יש לי מפעל ואני מזהמת, אז הנזק הוא לכל הציבור. הטענה היא שאי אפשר להגיע לעשות מספיק מגבלות על שימושים מזיקים (זיהום, צפיפות וכו') כשהשוק הוא פרטי, כי אם רק אני אפסיק זה בקטנה לא עוזר ממש.
3. **התפתחות "טבעית" של מידע** - יש התפתחות של מידע, לרשויות התכנון יש יכולת לאסוף מידע, ביקוש והיצע, נתונים דמוגרפיים. אם השוק יהיה פרטי ייקח זמן לאסוף את המידע ולא תמיד אפשרי.
4. **צדק חלוקתי** - שוק פרטי לא ייתן דעתו להיבטים של צדק חלוקתי בעוד שידיני התכנון והבנייה כן מונחים על ידי עקרונות של צדק חלוקתי: צמצום פערים והבטחת סביבת מגורים ותעסוקה באיכות סבירה לכל האוכלוסייה. כמו פיצוי על נזק תכנוני- כשועדה מחוזית מאשרת תכנית טובה שמשפיעה לטובה על הציבור אבל יש לה גם השלכות שליליות לציבור מסוים, בעל הקרקע הניזוק יכול לדרוש פיצויים מהועדה המקומית ועליה לשלם לו מתוך הקופה הציבורית על ירידת הערך.

קניין מול תכנון - זכות הבעלות

- סי' 3 לחו"י כב"ה** מבטא את עקרון האוטונומיה ואת חשיבות הקניין.
- סי' 2 לחוק המקרקעין** - יש לך זכות לעשות מה שאתה רוצה כל שימוש כבעל הקרקע, למעט אם יש מגבלה על פי הדין.
- סי' 145 לחוק התכנון והבנייה** - אין לעשות כל שימוש במקרקעין, אלא על פי היתר בנייה שניתן כדין ותואם לכל פירמידת תוכניות בניין העיר החלות על המקרקעין". הכל אסור חוץ ממה שקבוע בחוק (הפוך מחו"י כב"ה)
- סי' 8 לחו"י כב"ה** - פסקת ההגבלה, לא פוגעים בזכות לפי חו"י אלא אם עונה על פסקת ההגבלה. ז"א שכן ניתן לפגוע בזכות הקניין פגיעה מסויימת תאם עומדת בפסקת ההגבלה.

חוק התכנון והבנייה - האם נחוצה הגבלה כזו על זכות הקניין?

פס"ד חוף התכלת

קבעו שהמתחם יהיה לדירות נופש. ועלתה השאלה האם דירות נופש הן פרטיות שכל אחד יכול לגור מתי שרוצה או שדירות נופש זה מוצר שחייב לעבור לידי הציבור באופן חלקי או אחר. והאם הפגיעה הזו עומדת בתנאי פסקת ההגבלה?

בימ"ש: יש פה משאב ייחודי, חוף הים, ויש אינטרס ציבורי שכל הציבור ייהנה מהמשאב הזה, אז הפגיעה בקניין היא לתכלית ראויה ולכן עומדת בפסקת ההגבלה. המשמעות היא שכל בעל דירה יהיה חייב למסורה לציבור, זה אמנם פגיעה בזכות הקניין של היחידה אבל עומדת בפסקת ההגבלה.

ומה שאפשר לקחת מהפס"ד שזכות הקניין זה דבר מאוד חשוב אבל אין מנוס לפגוע בה לפעמים כדי שיהיה לציבור שימוש צודק בקרקע ונכון לציבור כולו.

המתח בין קניין לתכנון- המשך

ראינו שדיני התכנון יכולים להגביל את זכות הקניין, אבל השאלה אם גם דיני הקניין יכולות להגביל את דיני התכנון?

שימוש משותף:

בניה בקרקע משותפת/ תוספת בנייה בבית משותף - ס' 30 לחוק המקרקעין- כל דבר שחורג שימוש רגיל בקרקע משותפת טעון הסכמה של כל השותפים. המקרה הזה דרוש הסכמה של כולם. יש הקלות מסוימות: למשל בבית משותף, חוק המקרקעין קובע שאם רוצה להרחיב דירה צריך הסכמה רק של 75 אחוז, או שתמ"א דורש רוב בעלי הדירות. אבל עדיין כדי לממש זכויות תכנוניות בעל הקרקע הוא לא אדון לעצמו. במקרים של שותפות נדרשת אף הסכמה מלאה: למשל בשותפות של מגרש או הסכמה חלקית למשל בית משותף.

מצד שני, **תקנון הרישוי- מנגנון ידוע-** כדי להגיש בקשה להיתר בניה צריך הסכמה של כל השותפים, אבל יש חלופה, אם חלק מהשותפים לא חתמו והרוב כבר הסכימו, אז ניתן לשלוח הודעה ולצאת לדרך עם היתר הבנייה.

הנושא הזה עולה בפס"ד הועדה המקומית גבעתיים נ' בני אליעזר

בית משותף בגבעתיים בו רק שתי דירות. הגג שלהן הוא רכוש משותף, לא שייך ספציפית לאחת מהדירות, לכן כדי להרחיב דירה מסוימת על הגג, צריך הסכמה של 75% לפי חוק המקרקעין.

בימ"ש עליון: שאל מה עושים במצב כזה, לכאורה כל אחד מהבעלים יש לו זכות וטו על הרחבה של השכן שלו בבית השני.

נקבע: הסמכות של מוסד התכנון זה לדון רק בשאלות תכנוניות- מספר קומות, קווי בנייה ניסוח מסמך תכנוני, לא ידונו ולא יכריעו בשאלות קנייניות של הזכות בקרקע, אבל אם הועדה המקומית שאמורה להוציא את ההיתר סבורה שאין למבקש ההיתר תימוכין קנייניים, הועדה רשאית לעכב את הבקשה. למשל יגיד לשותף שאין הזכות הקניינית לממש את ההיתר כי הוא חייב את ההסכמה שלי, במקרה הזה הועדה המקומית רשאית להגיד שהיא לא דנה בעניין בינתיים, יש לזה משמעות כבדת משקל למבקש ההיתר, כי הוא חייב ללכת לבימ"ש ולעתור לצו הצהרתי שיקבע שיש לו זכות בקרקע, כי הוא לא יכול לקבל את היתר הבנייה עד שלא יביא פס"ד הצהרתי שקובע את הזכויות שלו בקרקע. רצו למנוע מצב שהועדות מבזבזות את הזמן שלהן בשאלות קנייניות כשלא בטוח שיש להם זכויות קנייניות.

זה העלה שאלות מה זה אומר תימוכין קנייניים? באיזה רמה אני צריכה להוכיח את הזכות הקניינית שלי.

פס"ד טליאט

לפני שנתיים, בימ"ש שינה קצת את דעתו: לפי הפסיקה של העליון היום חייבים חתימה פוזיטיבית של 75%.

דוגמאות לשני מקרים שעו"ד שירלי השתתפה בהם:

1. קרקע בהרצליה שרשומה על חברת גוש חלקה. זו דרך לייצר שיתוף במקרקעין, זו ממש חברה אבל הייחוד שלה זה שכל המטרות שלה זה נכס מקרקעין והיא מנהלת את הנכס, כל אחד מהמגרשים הללו חכור על ידי החברה. הלקוחות שלה הגישו בקשה להיתר. בחוזה המכירה בין החברה לבעלים היה כתוב שכל בקשת היתר צריכה לקבל אישור החברה זה יותר מחמיר מחוק המקרקעין וממש זכות וטו של החברה. מי שמקורב יותר להנהלת החברה יאושר לו יותר. הלקוחות רצו להרחיב את ביתם והחברה סירבה. לסיכום: חברה שמטפלת בחלקת מקרקעין, החברה חותמת על זכות חכירה לכל אחד מבעלי המניות החברה. חוזה החכירה אמר שכל בקשה להיתר צריכה לקבל הסכמה של החברה.

2. בנייה על רכוש פרטי: פרויקט תמא 38. ייצגה בעלי דירות שהתנגדו לפרוייקט. לפי בקשת ההיתר של אותו פרויקט, הועדה המקומית דרשה לייצר מעבר צמוד לשטח הדירה ולחסום את קיר הדירה, ממש להיצמד עליה, אבל יותר מזה היזם ביקש בבקשת ההיתר, שהקיר של השטח שיבנה יימצא בתוך תחום הדירה של הלקוח, כלומר נדרש להרוס את קיר הדירה.

הסיבה שנושאים הקניין הפרטי ולא רק תכנון טהור הם מאוד חשובים בתחום של תכנון ובנייה כי הם יכולים להקל או להקשות על בירור דילמות כי הם נותנים כלים שהם יותר קלים מהמשפט המנהלי. אם מגיעים לטענות נגד חוק התכנון והבנייה עצמו, הרבה יותר קשה כשאנשים פרטיים להמודד עם ועדות התכנון כי יש להם הרבה רשתות הגנה שעוזרות להן להתגבר על התנגשויות האלה, **מנגנוני הגנה של רשויות המדינה:**

- מתחם הסבירות - בימ"ש לא יתערב לרשות המיקמוית בשק"ד, כל עוד היא פעלה במתחם הסבירות. ולהוכיח שרשות מקומית חרגה ממתחם הסבירות זה קשה להוכיח.

- חזקת התקינות המעשה המנהלי - המחוקק נותן כוח לרשות כדי שהיא תוכל לפעול ללא פחד.

- בטלות יחסית - יש להבחין בין עצם קיום פגם בהליך לבין תוצאת הפגם שהיא לא בהכרח ביטול ההחלטה. לא כל פגם משמעו ביטול הפעולה המנהלית. גם אם מגלים איזה פגם בזכות, ועדה שלא פרסמה בקשה כמו שצריך, הבטלות היא בטלות יחסית, ז"א נכון היה פגם ואני עכשיו אתקן אותו, לא פרסמתי אז עכשיו אפרסם וכו'. זה מטיל על בעלי הקרקע חובה להיות מאוד ערניים כי אם הרשות לא עשתה מה שהיא צריכה אז המקסימום זה שנעלה על זה ונעיר והם יקנו את זה כי זה בטלות יחסית, יתקנו את זה עכשיו. השאלה: האם אפשר לרפא את הפגם בצורה אחרת, אך זה לא אומר שההחלטה תהיה בטלה, אלא אם הפגם מאוד קיצוני ופוגע בזכויות יסוד. לרוב לא מבטלים

קשה מאוד להתמודד עם רשויות הכנון בדברים שהם בלב העשייה התכנונית, אבל במקרים שהם פגיעה באדם, דמוקרטיה, פגיעה בשוויון זה קל יותר.

פיצוי בגין פגיעה תכנונית לעומת פיצוי נזיקי

ס' 197 לחוק התכנון והבנייה: התניית הליכי תכנון בכתב שיפוי (תיקון מס' 115) תשע"ז-2017

א. (א) (1) מוסד תכנון הדין בתכנית רשאי להתנות את הפקדת התכנית, או את אישורה, בהפקדת כתב שיפוי מלא או חלקי מפני תביעות לפי סעיף 197, בשים לב, בין השאר, למהות התכנית והיקפה, למידת תרומתה לצורכי ציבור ולזהות הנהנים ממנה;

(2) מוסד תכנון רשאי להתנות מתן היתר בהפקדת כתב שיפוי כאמור בפסקה (1) אם נקבעה הוראה המתירה זאת בתכנית שאושרה לפני יום ט"ו בכסלו התשע"ז (15 בדצמבר 2016) (בסעיף זה – המועד הקובע).

(ב) הסמכות לדרוש הפקדת כתב שיפוי כאמור בסעיף קטן (א) תהיה נתונה גם לוועדה מקומית הדנה בבקשה למתן היתר מכוח תכנית שבה נדרש אישור מוסד תכנון שאינו רשות רישוי, לפי שיקול דעתו, כתנאי למתן ההיתר, ובלבד שנקבעה בתכנית הוראה המתירה זאת, והכול לגבי אותו חלק של הבקשה שנדרש לאישור כאמור; ואולם לעניין תכנית כאמור שאושרה לפני המועד הקובע, תהיה רשאית הוועדה המקומית לדרוש כתב שיפוי כאמור בסעיף קטן זה, אף אם לא נקבעה באותה תכנית הוראה המתירה זאת.

(ג) שר הפנים, בהסכמת שר המשפטים, יקבע נוסח אחיד לכתב שיפוי כאמור בסעיף זה, ויכול שיקבע נוסחים שונים לעניין סוגים שונים של תכניות.

הרציונל לס' 197: בימ"ש מלמד עליו בפס"ד מפורסם "פרי הארץ":

- הרציונל הראשון של צדק חלוקתי, כשמשרד התכנון מאשר תכנית טובה לחברה כמעט תמיד יהיו לה גם השלכות שליליות שלפגיעה בפרט. דוג' בניית שכונת מגורים ליד צמודי קרקע: פחות טוב להם.
- יעילות כלכלית- צריך לראות שהתועלת עולה על הנזק מאותה התוכנית לכן לא יאשרו תכנית שהנזק עולה על התועלת. למשל: תכנית לשימור מבנים. אם ועדה מקומית יודעת שאם תאשר תכנית לבניין לשימור וזה אומר שלא יהיה ניתן להוסיף זכויות בנייה, אז היא לא עשה את זה על בניין שיש לו ערך שימורי פעוט, אלא רק כאלה עם ערך רב בשימורם.

בסיס מנגנון הפיצוי לפי ס' 197: הפגיעה שהיא ברת פיצוי היא פגיעה בקרקע ולא באדם (לא בבעלים), זה נכון שירידת הערך של הקרקע תפגע גם בבעלים אבל הבדיקה שהועדה עושה זה האם שווי הקרקע נפגע.

פס"ד נתב"ג 2000

תכנית להרחבת שדה התעופה, הרבה תביעות של המושבים שהעלו טענה שהרעש של המטוסים עובר את הרעש הסביר לפי המדדים המקובלים.

בימ"ש: הרעש הסביר לפי האדם הסביר הוא לא רלוונטי לס' 197 כי הדבר היחיד שאנחנו כועדה מקומית בודקים זה האם נגרמה ירידת ערך לקרקע.

ס' 200: סייג לפיצוי: "לא יראו קרקע כנפגעת אם נפגעה על ידי הוראה שבתכנית הנמנית עם אחת ההוראות המפורטות להלן ובלבד שהפגיעה אינה עוברת את תחום הסביר בנסיבות הענין ואין זה מן הצדק לשלם לנפגע פיצויים."

אז יש שלושה תנאים שהועדה המקומית צריכה להוכיח כדי להראות שהיא פטורה מפיצוי אחרי שהפרט תבע פיצוי:

1. עונה על קטגוריות של הפטור
2. פגיעה שלא עולה על הסביר- זה התנאי המעניין

בפס"ד הורוביץ נקבעה רשימת קריטריונים לקביעה האם הועדה המקומית הצליחה או לא להוכיח שהנזק עולה על הסביר:

○ עוצמת הפגיעה

- מידת פיזור הנזק- עד כמה הנזק מפוזר על מעט או הרבה אנשים או ממוקד על אדם אחד, ולכן הסיכוי שיפתרו את הרשות הוא נמוך יותר.
 - חיוניות האינטרס הציבורי- יש תכניות מאוד נקודתיות שמועילות למשל רק לבעלי התכנית הספציפית.
3. מבחן הצדק- עפ"י הנסיבות ונתון לשק"ד.

התיאוריה מאחורי ס' 200- תיאוריה של האחריות החברתית שעולה בזכות הקניין

זכות הקניין היא לא חד מימדית אלא מורכבת מהרבה תתי זכויות וגם מחובות. הזכות להשתמש בקרקע, הזכות להוריש אותה, להעבירה אותה, לפרק שיתוף. אחת מהחובות היא **חובת האחריות החברתית**, שאומרת שכל בעל קרקע הוא חלק ממכלול, מחברה והחברות שלו בציבור מטילה עליו אחריות כלפי שאר בעלי הקרקע, וכדי לקיים חברה תקינה ומערך מועיל של שימושי קרקע, מוצדק לפגוע לפעמים קצת בכל אחד מבעלי הקרקע כדי שהרווחה המצרפית של כולם תגדל. אז כל פעם מישהו נפגע קצת אבל לפי התיאוריה זה יוצדק. מוצדק לדרוש מבעל הקרקע לספוג נזק מסוים ומידתי כדי שהציבור ייהנה מרווחה מצרפית כללית.

ממשק דיני התכנון והבניין עם דיני הנזיקין

פס"ד רות קטן

השאלה המשפטית: האם תביעה לפי ס' 197 היא מישור מקביל לתביעה נזיקית או מישור חליפי? האם אפשר לתבוע גם וגם?

בימ"ש עליון: לא. נזק שמכוסה לפי 197 או אפילו בר פיצוי בכלל לפי 197 אי אפשר לתבוע בנזיקין. למה?

- ראשית, למנגנון פיצוי תכנוני יש מערכת של איזונים: כל פגיעה אובייקטיבית היא תיאורטית ברת פיצוי ומכוסה (למעט 200). זה מאוד מקל על הבעלים ומצד שני יצר כלים שמקשים על הבעלים. אי אפשר לעקוף את אותו מערך איזונים ולתבוע גם נזיקית.
- שנית, כל מצב שעונה על ס' 200 נרצה לפטור, ואם נתבע נזיקית לא נוכל לממש פטורים אלו שמופיעים בחוק התכנון והבנייה.
- שלישית, מערכת השיקולים היא מאוד שונה ולכן צריך הפרדה, בנזיקין מדברים על צדק מתקן, רוצים להרתיע את המעוול, להעמיד את הנפגע כמו שהיה לפני הנזק ושהמזיק יישא בנזק. אולם, כשהקונפליקט הוא בין האדם לרשות מערכת השיקולים היא אחרת, לרשות יש שיקולי רוחב, אינטרסים ציבוריים, ערכים וכו', ולא נרצה להטיל עליה את כל חובות הפיצוי, אלא רק חובת פיצוי שמאזנת בין הקניין הפרטי לבין שיקולי הרוחב להם הועדה המקומית דואגת.

פס"ד קובע חריג: כאשר לתובע אין כלל זכות תביעה לפי 197 (למשל במצב של קרקע שלא גובלת) קיימת זכות לתביעה על פי נזיקין אך הדין המהותי יהיה על פי המשפט המנהלי. לדעתה זה לא מתיישב עם מה שאמרנו קודם. כי אם יש מערכת איזונים אז חלק ממערכת האיזונים זה לקבוע מי רשאי לתבוע ומי לא, בכוונה שמו איזושהו גבול מי מותר לו לתבוע ולמי לא.

מיטל מוסיפה : נוצר פרדוקס : מי שהקרקע שלו גובלת ונפגע יותר, יכול לתבוע רק לפי 197, ואז הוא תחת יותר מגבלות. לעומת מי שהקרקע שלו מרוחקת יותר, הוא יכול לתבוע נזיקת ולא להיות תחת ההגבלות של דיני התכנון והבנייה ולא תחת הגבלה של אינטרסים ציבוריים ולכן יכול להיות שיקבל יותר.

האם ניתן לפצות על הפקעת קרקע, על ידי תכנית (זכויות בנייה) ולא על ידי פיצוי?

בישראל ניתן להפקיע קרקע בשתי דרכים לפי החוק :

1. דרך הפקעה רגילה- לפי פקודת הרכישה לצרכי ציבור. הרשות נוטלת את הבעלות וגם את הרישום ומפצה את הניזוק פיצוי כספי.
2. תכנית לאיחוד וחלוקה- הפיצוי על ההפקעה ניתן בדרך של זכויות בנייה : הדוגמה היא של חלקת קרקע שלכל אחד מהבעלים יש שטח של 20% ממנה. איחוד וחלוקה זה מצד שהחלוקה הקיימת לא מתאימה לחלוקה החדשה שרוצים לעשות : שלב ראשון זה מחיקת כל הגבולות והפיכה של חטיבת קרקע לחטיבה מאוחדת בבעלות כל הבעלים ואז חלוקה חדשה לפי התכנון החדש. במקרה הזה יש הרבה שטחים שהופרשו לטובת הציבור. השינוי התכנוני בעצם הקטין את החלקות הישנות. כל אחד מהבעלים קיבל זכויות חדשות במיקום אחד, ככה"נ ביחד עם בעלים אחרים, שטח הקרקע קטן יותר אבל הוא שווה הרה יותר כי אם קודם זה היה קרקע חקלאית עכשיו ז הקרקע למגורים עם גן ילדים לידה ועם גינה ציבורית. אז לא צריך לשלם פיצויים כי אמנם השטח קטן אבל השווי עלה. בכל הדבר הזה של איחוד וחלוקה יש עקרון אחד מרכזי- עקרון השוויון היחסי : איך יודעים איך להקצות את המגרשים הפרטיים בין בעלי הקרקע הקודמים? בודקים לגבי כל אחד מבעלי הקרקע מה היה החלק היחסי בשווי בשטח שקדם לתכנית, ובמצב החדש, בודקים בשטח המשובח, ומחלקים לכל אחד את האחוז השווי של השטח החדש, זה תמדי יוצר הרבה דילמות, כי כל אחד מהבעלים רוצה להוכיח שבמצב הקודם השטח שלו היה שווה יותר, כי זה ייתן לו חלק שווה יותר. ככל שחלק של אחד גדול יותר, ככה קטן האחוז של שותפו.

המשמעות של פיצוי זה שיקול תכנוני מאוד לגיטימי כי דיני התכנון לא נוגעים רק לדברים טכניים של שימושים נכונים וכו', כל הנושא של חלוקת העושר וצדק חלוקתי זה שיקול תכנוני לכל דבר ועניין. בנוסף- כולם מרוויחים מהדבר הזה- בעלי השטחים שמצטרפים לתכנית מקבלים זכויות בנייה, הרושיות לא צריכות לפצות, והבעלים הקיימים שבתכנית- מקבלים משהו ששווה ערך- הם לא יכולים לבקש מעבר גם פיצויים כי אז זה התעשרות יתר.

תיאורית מסך הבארות

מדברת על איך אנחנו כחברה נקבע מהו הכלל המוסרי והצודק לפיו נרצה לפעול. נדמיין שאנחנו נמצאים מאחורי מסך בארות שם אנחנו לא יודעים לאיזה צד אנחנו שייכים? מה היינו בוחרים? במצב כזה כל הצדדים היו בוחרים לחלוק את עוגת הקרקע גם עם הבעלים של הקרקע שעומדת להיות מופקעת.

שיעור 12 - 15/06פיצויים עונשיים - תזכורת:

- בחנו את ההצדקה המרכזית לפיצויים עונשיים - הרתעה
- הצענו הסברים אחרים על בסיס **צדק מתקן**. ראינו שגם המודלים של צדק מתקן לא עושים עבודה שלמה

חישוב פיצוי עונשי - בראייה כלכלית (שיקולי הרתעה ובעיית האכיפה)

אנשי המשפט והכלכלה רוצים להרתיע, נדאג להכפיל את הנזק בהתאים לבעיית האכיפה.

דוג: אם אני מבצעת תרמית והיא גורמת לנזק, ואני יודעת שיש 10% שיכולים לתפוס אותי ולאכוף ואני גרמתי נזק של 100%, האם הפיצוי שאני צריכה לשלם הוא 10? תוחלת הנזק היא רק 10 (הסתברות כפול הנזק), ז"א קטנה פי 10. במצב זה אני לא אמנע מהנזק כי יש 90% שלא אתפס וגם אם אתפס אז תוחלת הנזק קטנה פי 10. אז פיצוי עונשי יהיה שהפיצוי יהיה גדול פי 10 - הפיצוי צריך להיות גדול יותר פי 10 - אלף.

אם אני יודעת שאני גורמת לנזקים בעולם וגרמתי נזק של 100, אני תמיד רואה תוחלת נזק שקטנה פי 10, כי אני יודעת שיהיה קשה לתפוס אותי ולאץ אותי לשלם, אבל רוצים שאני אשלם את תוחלת הנזק האמיתית שאני גרמתי לה. כדי שאני אראה נכון את הנזק שאני גורמת לו בעולם, צריך להכפיל. זה **פיצוי עונשי**. **בפס"ד אטינגר** - מסבירים את הרעיון הזה.

הרעיון הוא שכדי ליצור הרתעה אמיתית ושנאשים יראו את הנזק שהם גרמו באמת, צריך להתמודד עם בעיית האכיפה ולכן להכפיל את הפיצוי.

את אותו רעיון אפשר לבטא **בעשיית עושר**: נניח שאני נאמן וגרמתי לעצמי להתעשר ב-100 ויודעת שבדר"כ נאמנים לא נתפסים. יש בעיה מאוד חמורה של ענייני אינפורמציה כי לנאמן יש הרבה יותר מידע. אני לוקחת לכיסי 100 אבל רק 10% שיתפסו אותי. לכן תוחלת הרווח שלי היא 90 ותוחלת הנזק היא 10 אז עדיף לי להרוויח. זה יוצר תמריץ לגנבות כאלה. אם לקחתי 100 ואני צריך להחזיר רק 10%. אז כדי שזה ירתיע אותי צריך להכפיל פי 10. יצטרך לפצות 1000.

העקרון: הסיכוי להיתפס - הוא גורם לי להיות פחות זהירה או נותן לי תמריץ לגנוב.

פיצויים ואפליה

מחקר של מיטל // לא בחומר למבחן

1. "אפליה מובנית" - אפליה שקיימת בחברה (נשים מרוויחות פחות מגברים, מזרחים מרוויחים פחות, אנשים בפריפריה מרוויחים פחות) המשפט מאמץ אותה לתוכו באופן מפורש, לכן היא גם מפורשת וחוקית. כל אלו הן נתונים שהם עובדות.
2. אפליה בלתי מודעת - אפליה שהוצאה המשפטית מבטאת מבלי שים לב, והיא (לרוב) לא חוקית.

פס"ד אבו-חנא-התמודדות עם אפליה מובנית

תינוקות ערביה בת 5 חודשים נפצעת בתאונה. וצריכים לחשב את פוטנציאל ההשתכרות שלה בעתיד.

השאלה המשפטית: כיצד יש לחשב את אובדן כושר השתכרות של התינוקת. (ההפרש בין כושר ההשתכרות אלמלא התאונה, לכושר ההשתכרות בעקבות התאונה, בסביבה של אי ודאות גדולה יחסית).

עד פס"ד אבו-חנא, גם אם לא יודעים מה כושר ההשתכרות של האדם, הייתה נטייה **לחשוב סובייקטיבי** של אובדן כושר השתכרות (מאפייני הניזוק, לאיזה מגזר או מגדר הניזוק), כלומר, תינוקת שתהיה אישה ערבייה בכפר בו היא מתגוררת.

ריבלין: חידוש - זה עניין שהשתנה לא רק בישראל אלא גם בעולם (יש הרבה מדינות שמסתמכות על הפס"ד של ריבלין ומסתכלות על ישראל כמדינה בה הונהג הדין הנכון). **יש לחשב לפי השכר הממוצע במשק.**

בימ"ש איתגר את המקום של אפליה מובנית, אנחנו לא יודעים מי הבן אדם ובימ"ש אמר שהוא לא יכול להכריע מי האדם יהיה (אם תהיה עקרת בית בכפר או אשת הייטק) בית המשפט מותח את גבולות היכולת להתמודד עם אפליה מובנית בחישוב אובדן כושר השתכרות.

אפליה בלתי מודעת

אפליה שהתוצאה המשפטית מבטאת מבלי שים לב, והיא (לרוב) לא חוקית. איך הרעיון הזה שאנחנו חושבים שאנחנו לא מוטים או מתאמצים שלא להיות מוטים, מתבטא בדיני הניזקין ומבטל אותם?

סרטון: שופט בנט, מספר שאמא שלו נפטרה ואשה אפרו-אמריקאית גידלה אותו. ואז הוא עשה מבחן שבודק גזענות, ויצא שהוא גזען (יש לו הטיות) והוא עשה עוד ועוד פעמים ועדיין יצאה התוצאה הזאת. למרות שהוא חשב שהוא ממש לא גזען.

מה הבעיה עם הטיה?

יכול להיות שבסדר לנו עם מחשבות כאלה, אבל הטיה באה לידי ביטוי בקבלת החלטות.

מה הבעיה עם קבלת החלטות תחת הטיה?

אני חושבת שאני לא מונעת מהטיה אבל אני כן. **מה הבעיה שאהיה מנוהלת מהטיות?** אי אפשר להיפטר מהשפעה של הטיות. מתגבר הסיכון שמקבל החלטה יטה (יקבל החלטה שגויה), למשל אם שני מצבים דומים יקבלו פיצויים שונים.

איך החלטה שגויה תבוא לידי ביטוי בדיני הנזיקין? פיצויים:

- 1) להשפיע על גובה הפיצוי (נמוך יותר או גבוה יותר)
- 2) להשפיע על עצם ההחלטה אם לפצות בכלל- יכולים לפטור מאחריות.

דוג' ראשונה למקרים בהם אנחנו רואים איך הטעיה משפיעה על קבלת החלטותמחקרן של תמר קריכלי ויפעת ביטון- אפליה בלתי מודעת בפיצויים

מחקר אמפירי:

המשתתפים הקבועים: השתכרות במועד התאונה ומשלח היד. ז"א חיפשו אנשים שמרוויחים אותו דבר ויש להם אותו משלח יד וקרתה להם תאונה דומה אז אתה אמור לקבל אותו פיצוי. הם פסלו הרבה פסקי דין שלא התאימו. המחקר מאוד הסעיר את השופטים והשופטות כי לא העלו על הדעת שדבר כזה יכול להשפיע והוא השפיע. בדקו הטעיה על בסיס מגדר למשל.

אובדן כושר השתכרות מחשבים לפי ההפרש בין כמה הניזוק הרוויח לפני התאונה וכמה הוא ירוויח עכשיו. ברגע בו אנחנו צריכים לקבל החלטה כמה הוא ירוויח בעתיד, יכולות להכנס הטיות. (כמה הוא ירוויח עכשיו כשהוא ניזוק).

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

אבל עכשיו נראה מקרה חמור יותר של אפליה בלתי מובנית:אפליה שפוטרת מאחריות כליל

רקע- רשלנות רפואית: מחקרים רבים ברפואה מוצאים קשר בין סטריאוטיפים גזעיים ומגדריים שגורמים לרופאים להעריך בחסר את חומרת המצב הרפואי, ובהתאם להציע טיפול פחות לשחורים ונשים בארה"ב.

זה קיים למשל בהקשרים גזעניים. נעשו הרבה מחקרים שמוכיחים ששחורים מקבלים טיפול רפואי פחות מלבנים. וגם שילדים שחורים עם בעיית אפנדיציט קיבלו פחות משככי כאבים מילדים לבנים. זה לא רק מחקרים של כאב וסבל אלא גם הראו שזה משפיע על הפניות של רופאים לצינתור- הפנו יותר לבנים מאשר שחורים לאחר שראו רק את התיק הרפואי וכולם הייתה אותה בעיה לבבית. זה לא בחן סטריאוטיפ של כאב וסבל אלא סטריאוטיפ של אמניות, הם תפסו את השחורים לא אמינים. **ההטיות של הצוות מתרגמות לטיפול רפואי פחות.**

הרעיון הזה של סטריאוטיפים שמשפיעים על הטיפול הרפואי באו לידי ביטוי גם בשוני מגדרי. נשים נתפסות כרגשניות יותר, מגזימות יותר. הרבה נשים שמגיעות עם בעיות נשלחות הבייתה לניטור לפעמים עם טיפול פחות אינטנסיבי ופחות יקר לעומת גברים.

איך זה בא לידי ביטוי בדיני נזיקין?

סטנדרט הזהירות הנזיקי (האם הרופאה התרשלה) **נקבע על פי סטנדרטים רפואיים**: מה רופא סביר היה עושה לפי הפרקטיקה הרפואית- נבדוק מה רופאים בדרי"כ עושים במקרה מסוים: לפי ספרות, לפי מה נהוג בבי"ח.

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

מצד שני, אפשר לחשוב שרופא סביר הוא לפעמים גם רופא מוטה.

רופאים יטענו שמצפים מהם להתנהג בצורה סבירה, והפרקטיקה מאפשרת לרופא לבחון אדם ולקבל החלטה. כל החלטה היא סבירה אם הייתה מחשבה לפנייה, כל עוד אפשר להגיד שהטיפול הזה סביר אז הרופא התנהג בצורה סבירה, ולכן גם אם תוכיחי שנשים מקבלות יחס שונה או שחורים, יכול להיות עדיין שלא התרשלת, שהתנהגתי בצורה סבירה. מותר לי לבחור כל מיני דרכי טיפול, כל עוד אני עומד בפרקטיקה. וזה לא אומר שהתרשלת. אם אפשר להוכיח שהטיפול היה לא סביר במקרה, אז זה סיפור אחר, אבל אם הטיפול סביר אז אין פה התרשלות, הוא התנהג באופן סביר, גם אם השוני הזה שנובע מהטיה הוא משהו סדרתי וקבוע.

דוגמה:

מתי אנחנו רוצים שמישהו ימנע נזק ברשלנות? כשתוחלת הנזק גבוה מהעלות למניעת הנזק. אם יותר זול ויעיל למנוע את הנזק נרצה שימנעו אותו.

מטופלת מגיעה לבית החולים בשל מחלה עם תוחלת נזק של 250. אנחנו רוצים שימנעו את הנזק אם העלות למניעתו היא יותר נמוכה.

יש שני טיפולים שונים שהעלות החברתית הכוללת של שניהם: היא זהה- העלויות של שני הטיפולים 100. הטיפול יעיל באותה מידה כי הם עולים אותו דבר ושניהם גם סבירים מבחינה רפואית באותה מידה, אבל:

- **טיפול A-** כרוך בעלות יותר גדולה לבי"ח וסיכון יותר קטן למטופל
- **טיפול B-** כרוך בעלות יותר קטנה לבי"ח וסיכון יותר גדול למטופל.

נתון נוסף: נניח שהסטנדרט הרפואי (שנקבע לפי תמותת חולים, מה קורה בבי"ח וכו) קובע שהטיפול היקר יותר, נניח שלפי התקינה הרפואית 2 מתוך 5 מטופלים צריכים לקבל אותו.

נניח שבבי"ח כלשהו סטטיסטית כשמטופלים לבנים מגיעים 2 מתוך 5 מקבלים את הטיפול היותר יקר אבל שחורים מקבלים רק 1 מתוך 5.

רון הוא אדם שחור שהגיע לבי"ח עם הבעיה הזו ומקבל את הטיפול הפחות יקר. הטיפול נכשל ורון מת. אם נטען שלרון מגיע פיצוי, מה הקושי המשפטי?

1. קושי נורמטיבי- הרופאים התנהגו בצורה סבירה לפי הסטנדרטים הרפואיים. המשמעות שאנחנו נותנים לסבירות זה- להסתכל **עובדתית** מה העובדות, מה קורה במקרים אחר או מה הפרקטיקה, ואז לומדים מה סביר. אולם, המונח סבירות טמון שחובו גם **הנחה נורמטיבית** "מה ראוי" ולא רק אמפירית. הדרך לדעת מה ראוי זה למשל לראות איך אנשים אחרים מתנהגים, מה הפרקטיקה הנהוגה. לכן החלטה שהתקבלה תוך השפעה של הטיה גזענית או מגדרית היא לא סבירה ולכן רשלנית.
2. אם כן, הקושי הבא הוא להתמודד עם קושי ראיתי: אמרנו ש-2 מתוך 5 לבנים מקבלים את הטיפול היקר ו-1 מתוך 5. מה הסיכויים שרון השחור שקיבל את הטיפול הזול, קיבל את הטיפול הסביר (b) כתוצאה מהטעיה? $1/4$. למה? אחד מתוך ארבעת האנשים השחורים שקיבלו b היה צריכים לקבל a.
- אז מה הבעיה? יש בעיה ראיתית, כי עדיין יש רק $1/4$ סיכויים שהוא קיבל את הטיפול בגלל הטעיה, הוא צריך להוכיח קש"ס בין הנזק שקרה לו לבין הטעיה. הוא צריך להוכיח מעל מאזן הסתברויות שזה מעל 50%. ולכן גם אם הצלחנו להוכיח הטעיה לא נוכל לקבל פיצוי, כי הוא הוכיח רק 25%.
- אלא אם כן: נכיר **באחריות הסתברותית**. בארה"ב כן מכירים בה: אם מישהו מהקבוצה המופלה סטטיסטית לא החלים וקיבל את טיפול B ניתן לפצות פיצוי יחסי ביחס של $1/4$. אבל לפי המצב המשפטי הקיים בישראל לא מכירים באחריות הסתברותית, ולכן לא יקבלו היום אנשים פיצויים על אפליה.

לסיכום: הטיות שאנחנו לא מודעים אליהם, משפיעות על גובה הפיצוי או בכלל על השאלה האם להטיל פיצוי.