סיכום לתרופות, מבוסס על המחברת של יהלי

**מה הן תרופות?** סעד שנותן המשפט לניזוק (שלרוב הוא גם התובע) בגין נזק/ פגיעה שנגרמו לו, ומשמשים כמענה משפטי לפגיעה זו. קיימים סעדים בתחומים רבים, כגון סעדים עונשיים (כלא, עבודות שירות..), מנהליים ועוד. אולם אנו נתמקד בסעדים מתחום המשפט הפרטי.  
הסעדים המוכרים בתחום זה הם הפיצויים השונים (כגון פיצויים עונשיים לפי ס' 77), ויש הסוברים שאף היפוך נטל הראייה נחשב כתרופה.

המשפט הפרטי

המשפט הפרטי נתפס כסטרילי, כלומר לרוב נבין באיזה תחום אנו נמצאים. קיימים 4 תחומים מרכזיים הקשורים זה לזה (חוזים, נזיקין, עשיית עושר וקניין)  
 3 התחומים הראשונים נמצאים תחת הכותרת של **דיני חיובים** ועוסקים בשאלה מה אנשים מסויימים חייבים לאנשים אחרים. לעומת דיני קניין שם השאלה היא מה שייך למי בחיובים חפץ יכול להיות שלי לכאורה אך אצטרך למסור אותו לאחר.  
דיני חיובים עוסקים בזכויות גברא (in personal), אני מול אדם אחר. הזכויות והחובות של שאר העולם לא משתנים. לעומת דיני קניין שעוסקים בזכויות כולי עלמא (in rem), ומופנות כלפי כל העולם.

1. **דיני חוזים**: קיימת לי חובה לפעול לפי התנאים אליהם התחייבתי כאשר כרתי חוזה. חובה זו היא כלפי האדם איתו כרתי את החוזה, ולא כלפי כל העולם. לפיכך מדובר בזכות גברא ובדיני חיובים. הגדרה: חוזה הוא מקור לזכויות וחובות בין צדדים מוגדרים וספציפיים.
2. **דיני נזיקין**: קיימת לי אחריות (חובת זהירות) לנזק שגרמתי לאדם אחר ולכן אני חייבת לו פיצויים. האחריות שקיימת לי היא רק כלפי הניזוק לו גרמתי לנזק, ולא כלפי כל העולם. לפיכך דיני חיובים.
3. **דיני עשיית עושר**: קיימת חובה לצד שהתעשר על חשבון האחר לשלם/להחזיר/לפצות את הצד האחר. תחום המשלב בין דיני קניין לדיני חיובים. אולם, החובה היא רק כלפי האדם שהפסיד/ניזוק כתוצאה מהתעשרותו של אדם אחר שלא כדין, ולא כלפי כל העולם. לפיכך זכות גברא ודיני חיובים.
4. **דיני קניין:** מחלקים את הנכסים בעולם וקובעים מי הבעלים של נכס מסוים. הבעלים יכולים להיות פרטיים/ציבוריים. לדוג': הבעלים יכול להיות גם הציבור עצמו. זכות כלפי כל העולם (כולי עלמא). כלומר עומדת חובה לכל העולם לכבד את זה שהבית שלי הוא שלי ולא להשתמש בו ללא רשותי.

ההבחנה בין תחומים אלה חשובה גם על מנת שנדע להבין מה דומה ביניהם, וכך נדע את כל האפשרויות הקיימות כאשר מתרחש מקרה מסוים הכולל בתוכו שני תחומים או יותר – נדע מה הן התרופות העומדות לנו ונוכל לכוון לתרופה הרצויה ביותר. בנוסף התחומים משפיעים זה על זה ומושפעים זה מזה.

המשפט כמדע: השם תרופות, מגיע מהמדע. כשם שתרופות נועדו לרפא מחלה כך תרופות בעולם המשפט נועדו לרפא (לתקן) עוולה.

חלוקה לתחומים שונים. טוב או רע? החלוקה מעניקה וודאות לגבי התחום בו אנו נמצאים. מצד שני החלוקה עצמה אינה מוחלטת כיוון שיש מקרים שהחוק מתייחס אליהם מ 2 תחומים שונים, נוצרת חפיפה העלולה להוביל להתנגשות.

הסגת גבול היא מקרה אחד כזה. ההסגה מוסדרת בחוק הן בחוק המקרקעין והן בפקודת הנזיקין.  
מבחינה תיאורטית החפיפה רצויה, אך פרקטית היא מייצרת בעיות וחוסר וודאות.

-ס' 18(ב) לחוק המקרקעין, שקובע כי אם אדם תפס מקרקעין של אחר שלא כדין, המחזיק במקרקעין כדין רשאי, בתוך 30 ימים מיום התפיסה של מסיג הגבול, להשתמש במידה סבירה של כוח כדי להוציאו משם.

-לעומתו, ס' 24 לפקנ"ז מעניק הגנה מיוחדת למי שהשתמש במידה סבירה של כוח כדי להימנע מהתובע להיכנס שלא כדין למקרקעין, ללא ציון מגבלת 30 הימים. כמו כן, תנאי להגנה הוא שתופס המקרקעין כדין, ניסה תחילה למנוע או להוציא את מסיג הגבול בדרכי שלום, שאם לא, הדבר יעלה כדי עוולת התקיפה.

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

**דיני חוזים**

**מה הרעיון המרכזי שמבטאים דיני חוזים?** הסדרת הסכמה בין הצדדים בהקשר לעסקה מסוימת. אמנם גם לפני דיני החוזים הגיעו אנשים להסכמה ביניהם, אולם דיני החוזים מעניקים מס' נקודות נוספות והן:

1. **הסתמכות וודאות ציפייה:** מעניק ביטחון לשני הצדדים להסתמך על החוזה, גם כשהעסקה מורכבת.
2. **אוטונמיה:** פלר ודגן בספרם טוענים כי הצגת מגוון חוזים לציבור, יפתח להם את הראש ובכך הם יוכלו להתקשר בחוזים שיממשו ויבטאו את רצונם (והאוטונומיה שלהם) בצורה טובה יותר.
3. **תועלת כלכלית:** בעקבות האוטונומיה בכריתת חוזים הציבור ממקסם את מימוש הרצונות שלו ובכך גדלה התועלת המצרפית.בנוסף, כיוון שהפרטים יכולים להסתמך על החוזה, כל צד יכול להשיג את מה שהוא רוצה בצורה הטובה ביותר עבורו, וכך גדלה הרווחה המצרפית.

אמנם הרווחה המצרפית הייתה גדלה בכל מקרה, גם ללא דיני חוזים, בצורה טבעית. אך האחרונים מעניקים הוגנות בכך שהם מסדירים מצבים בהם החוזים מופרים או מסוכלים.

**דיני נזיקין**

**מה הרעיון המרכזי שמבטאים דיני נזיקין?** עוולה ואשמה.

1. **דיני אשם:** קיימים שני סוגים של אשם. אשם חברתי בו החוק הוא הקובע כי מעשה מסוים נחשב לעוולה. אשם מוסרי שהמצפון עצמו מכתיב. בו קיימת התנגשות בין המצפון למעשי אדם – אינטואיטיבי. לדוג': נסיעה מעל המהירות המותרת נחשבת כאשם חברתי ולא מוסרי.
2. **יסוד הנזק:** יש להוכיח כי מעשה העוולה הוא זה שגרם לנזק. אולם קיימים חריגים בהם אין צורך להוכיח נזק, כגון הסגת גבול. *האמנם?* ניתן לטעון כי מתקיים **נזק נורמטיבי** גם אם לא ריאלי, כיוון שהפגיעה בזכות (של הניזוק) היא עצמה נחשבת לנזק.

משפט הוא לא מדע אלא יצירה נורמטיבית (המצב הרצוי מבחינה מוסרית, חברתית), לכן פגיעה בזכות נחשבת כנזק נורמטיבי. כיוון שה-"מזיק" מפר את זכותו של ה"ניזוק" ולפיכך פוגע במצב הרצוי – הנורמטיבי על אף שאינו יוצר נזק מוחשי – ריאלי. (לדוג': בעוולת התקיפה אין צורך להוכיח שנגרמה פגיעה פיזית).

דיני הנזיקין נועדו להכווין התנהגות על מנת להעניק לאנשים ביטחון לחיות את חייהם בצורה סבירה. מצד אחד אנחנו רוצים להרתיע אנשים על מנת למנוע נזק מלכתחילה, מצד שני איננו רוצים למנוע מאנשים לחיות ולגרום להרתעה ביתר. לפיכך קיימים שני סוגי תרופות בנזיקין:

1. **תרופה עם היגיון בדיעבדי (ex-post)**: ההתמקדות בניזוק. מטרת התרופה היא להחזיר, עד כמה שניתן, את המצב לקדמותו. לאפשר לאדם להמשיך לחיות את חייו למרות הנזק שנגרם לו.
2. **תרופה עם היגיון לכתחילי (ex-ante):** ההתמקדות במזיק. מטרת התרופה היא ליצור הרתעה ולמנוע את הנזק מלכתחילה. למנוע את הסטייה מסטנדרט הזהירות.

**דיני קניין**

**מה הרעיון המרכזי שהם מבטאים?** שמירה על שליטתו של בעל הקניין על רכושו.  
זכות האדם בקניינו כוללת בתוכה גם קניין רוחני, כלומר האוטונומיה שלו להגשמה עצמית והזכות להחזיק בקניינו ולעשות בו כרצונו.

בעולם בו אנו חיים כל אדם צורך יותר ממה שהוא צריך, כל אדם לוקח מה שהוא יכול ולכן ללא דיני קניין היה נוצר מצב בו החזק גובר על החלש. לפיכך דיני קניין שומרים אף על השוויון בין החזק לחלש.

**דיני עשיית עושר ולא במשפט**

**מה הרעיון המרכזי שהם מבטאים?** השבת הרווח לאדם ממנו התעשרו שלא כדין.  
ההתמקדות אינה בנזק שנגרם לניזוק אלא **ברווח/התועלת** שהרוויח הנתבע (הזוכה) על חשבונו של התובע (המזכה). המזכה לא חייב בהכרח להפסיד כתוצאה מהרווח של הזוכה וכן אין צורך בהוכחת נזק.

דיני עשיית עושר התפתחו מדיני היושר.  
דיני היושר – התפתחו בארה"ב ומיועדים לשמש כאלטרנטיבה להשגת "צדק טבעי" (אינטואיטיבי) כאשר תוצאת המשפט הנורמטיבית אינה מהווה סעד מתאים או מגיעה לסעד שגורר אחריו תחושת אי צדק.

דיני יושר עוסקים בסוגיות "מעין חוזיות" ומטרתם להעניק סעד מן היושר לסיטואציות שמערכת המשפט הרגילה לא מספקת מענה. אחת הדרכים היא דרך חוזים מכללא (תנאי שלא נכתב במפורש בחוזה אך רואים אותו כמובן מאליו לשני הצדדים, סוג של הבטחות מרומזות).

Moses v. macfelan: מקרה בו הצדדים הגיעו להסכמה אך לא נחתם חוזה. הלורד סנפילד קבע כי אמנם מערכת המשפט הרגילה אינה עוסקת בסיטואציות כאלו, אך היושר מחייב אותו לפסוק שמתקיימת התחייבות מעין חוזית.

במהלך פסק הדין מוזכרת העובדה כי לא ניתן לתבוע גם בנזיקין וגם בעשיית עושר. התובע צריך לבחור אם הוא תובע על הנזק שנגרם לו או שהוא דורש את רווחי הצד השני ולוותר על תביעה נזיקית.

קיימים 3 יסודות מצטברים בס' 1 לדיני עשיית עושר: התעשרות (של הזוכה)+שלא כדין+מאדם אחר(המזכה).

1. **התעשרות הזוכה:** ההתעשרות אינה חייבת להיות כסף היא יכולה להיות גם נכס, שירות, טובת הנאה וכדו' (הפקת רווח). ההתעשרות יכולה להיות הן פאסיבית והן אקטיבית (התנהגות עוולתית).  
   נתבע פסיבי – לא פעל על מנת לזכות בטובת הנאה. (לדוג': הועבר סתם כסף לחשבוני עקב טעות).  
   נתבע אקטיבי – עשה פעולה על מנת לזכות בטובת הנאה. (לדוג': זיוף מסמכים כדי שהכסף יועבר).
2. **באה מהמזכה:** צריך להתקיים קשר בין הרווח שהרוויח הזוכה למזכה.
3. **שלא על פי זכות שבדין:** יש לבדוק האם ההתעשרות נעשתה שלא כדין. ייתכן ויהיו פעמים בהם אדם אחר התעשר על חשבון אדם אחר, אך הדבר נעשה כדין ואז לא יתקיים יסוד זה בעשיית עושר.

סיטי בנק נ' רבלון: פקיד בסיטי בנק העביר בטעות את הסכום הכולל של כל המועדים (כמו תשלומים) לרבלון, במקום רק את הסכום שהיה צריך להעביר לרבלון באותו מועד. סיטי בנק פונה לספקים של רבלון במיידיות בבקשה להחזיר את הסכום שקיבלו, חלקם מסרבים. בתביעה רבלון טוענים שלא מתקיים התנאי "שלא כדין" היות שהסכום אשר הועבר אליהם היה אמור להגיע לידיהם בסופו של דבר.  
רבלון טענו להגנה **discharge for value** – אדם שהועבר אליו תשלום בטעות אך הוא העניק תמורה בעדו, והיה תם לב בנוגע לתשלום שהועבר אליו, זכאי לפטור מהשבה.

**סעדים שניתן לקבל בדיני עשיית עושר**

1. **השבת הרווח שהרוויח כתוצאה מההתעשרות הלא חוקית –** הרווח שהרוויח בפועל הזוכה. כאשר מדובר בהתעשרות עוולתית הזוכה היה אקטיבי וחסר תם לב הוא ישיב את הגבוה מבין השניים.
2. **השבת הזכיה עצמה ולא הרווחים מהזכיה –** הנזק שנגרם למזכה. כאשר מדובר בהתעשרות לא עוולתית בה הזוכה היה פסיבי ותם לב הוא ישיב את הנמוך מבין השניים.

לדוגמא: **שימוש בלתי מורשה (גזל).** ראובן גנב לשמעון את רכבו והשתמש בו כדי לבצע משלוחי פרחים לחג האהבה. ראובן התעשר התעשרות עוולתית ולפיכך עליו להחזיר לשמעון את הגבוה מבין השניים.  
שמעון יכול לתבוע את ראובן על שווי השימוש ברכב הגנוב (הנזק שנגרם למזכה-שמעון) ולחלופין על שווי הרווח שהרוויח ראובן מהשימוש ברכב למשלוחים (הרווח בפועל של הזוכה-ראובן).

ללא דיני ע"ע: העלאת אמצעי זהירות – תייקר את עלויות העסקה – כלכלה צומחת בקצב איטי.

אדרס נ' ג'ונס**:** חברת אדרס כרתה חוזה עם חברת הרלו, בו הרלו התחייבו לספק לה ברזל, הרלו לא סיפקה את כל הברזל (וטענה כי החוזה סוכל בעקבות מלחמת יום כיפור). הטענה לא התקבלה וביהמ"ש הסכים עם הטענה של אדרס, לפיה הרלו לא עמדו בהתחייבותם כיוון שמחיר הברזל עלה והם מצאו עסקה יעילה יותר עבורם. יש התייחסות לעניין של "שלילת רווחי המפר" כלומר חוזים יש לקיים ומי שלא מקיים (המפר) לא צריך להרוויח מכך (אלא להפסיד), לפיכך שוללים ממנו את הרווח.

**תיאוריות של תרופות – הרעיון מאחורי הכלל המשפטי**

[Liebeck v. McDonald's Restaurants](https://www.youtube.com/watch?v=KNWh6Kw3ejQ): סטלה בת 79 נכוותה ברגליה ברמה 3 מקפה רותח אשר קנתה במקדונלדס כאשר ניסתה להוסיף סוכר לקפה, עת שהתה ברכב חונה ליד מושב הנהג. נזקקה לטיפול רפואי יקר מאוד שכמעט הוביל למותה וכן הייתה מוגבלת שנתיים.

סטלה פנתה למקדונלדס בדרישה לכיסוי ההוצאות הרפואיות (בסך 20 אלף דולר) וכאשר סירבו, פנתה לתביעה בביהמ"ש. שם התברר כי הטמפ' עולה בהרבה על המקובל והתגלו יותר מ 700 מקרים בהם אנשים נכוו גם כן מחום הקפה. נקבע כי מקדונלדס אשמה והיא חוייבה בפיצוי של 640 אלף דולר.

כמה נקודות שעולות מפסק דין זה:

* **צדק מתקן –** הפיצוי מפצה על הפגיעה הפיזית ואולי אף על הנפשית ומטרתו להשיב עד כמה שניתן את המצב לקדמותו.
* **צדק חלוקתי –** פסק הדין מגן על הקבוצה המוחלשת. האזרח הקטן מול תאגידי ענק.
* **הרתעה יעילה –** הסכום הגבוה מכריח את מקדונלדס להבין כי היא חשופה לתביעות נוספות ולכן עליה לשנות את הנהלים (הקפה הרותח). ההבנה שהיא משלמת ביוקר על בעיות שהיא יוצרת.
* **ראיה פוזיטיבית –** המעוול צריך לשאת באחריות על הנזק לו גרם.

**תרופות בראיה פוזיטיבית (גולדברג וציפורסקי).**

קיימת חובה בסיסית והדדית לא להזיק אחד לשני.  
**זכות ראשונית –** לכל אדם קיימת זכות שלא יזיקו לו. **זכות משנית –** אם נפגעה הזכות הראשונית (עליו לעמוד בנטל ההוכחה כי היא הופרה), עומדת לנפגע זכות משנית לבקש מהמדינה לתבוע תרופה בגין הפגיעה.

המדינה היא הריבון והיא שחקן מרכזי אותו בוחרים שני הצדדים להכניס והיא המעניקה לניזוק את הזכות לתבוע את המזיק ולקבל ממנו תרופות. תרופה זו מגלמת את מה שהוגן וסביר בנסיבות העניין.

**ביקורת על הגישה הפוזיטיבית:** מדובר במשפט הפרטי ולכן המדינה נמצאת במשפט זה בכובעה הפרטי ולא הציבורי, ולכן מתקיימת בעיה כאשר היא מתערבת בצורה אנליטית במשפט הפרטי. לא ניתן להשוות את זכות הפרט לקבל תרופה מפרט אחר לזכות של הפרט מול המדינה. בנוסף קיימות דרכים רבות למה נחשב כ"הוגן וסביר" ובמקרים בהם אין תקדימים נוצר מצב בעייתי.

**תרופות בראיית צדק מתקן (ארנסט ווינריב)**

בניגוד לתיאוריה הפוזיטיבית של גולדברג וציפורסקי, הצדק המתקן של ווינריב שלמה אנליטית וניתן לומר כי היא הכי טהורה במשפט הפרטי.  
זאת כיוון שהיא מצליחה להסביר את כל המתרחש במסגרת הגבולות בעולם שלה.  
אדם פגע בזכות כלשהי של אדם אחר – עליו לפצות אותו.

[Palsgraf v. long Island Railroad (1928)](https://www.youtube.com/watch?v=G-9cIaMhtUE&t=90s): נוסע מיהר לרכבת ועובדי הרכבת עזרו לו לעלות, כתוצאה מכך נשמטה החבילה שהחזיק הנוסע ובה היו זיקוקים. הזיקוקים התפוצצו וכתוצאה מכך אחד העמודים נשבר, התעופף ופגע בגברת פלסגרף. גברת פלסגרף סבלה מנזק מוחי שגרם לה לגמגום עד שהפכה לאילמת. פלסגרף תבעה את הרכבת בטענה שעובדיה התרשלו.

**השופט קרדוזו:** חובת הזהירות של עובדי הרכבת היא רק כלפי בעל הזיקוקים, אך לא מתקיימת חובת זהירות כלפי פלסגרף ולכן עובדי הרכבת לא פגעו בשום זכות שלה. גב' פלסגרף צריכה להראות שעובדי הרכבת חבים לה חובת זהירות קונקרטית ונורמטיבית והרי הם לא יכלו לצפות שהיא תיפגע מהזיקוקים וכן לא היו צריכים לצפות שהיא תיפגע שכן לא יכלו לדעת שהחבילה מכילה זיקוקים. לפיכך זכותה לא נפגעה.

לפי ראיית הצדק המתקן כאשר נפגעה זכות הופרה חובה וכן להפך (כאשר הופרה חובה נפגעה זכות). אולם בפס"ד פלסגרף לא הופרה חובה (חובת הזהירות לעיל) ולפיכך לא נפגעה זכות.

בטרם תובעים בנזיקין יש לשאול את 3 השאלות הבאות: האם לתובע יש זכות (ומה היא)? האם קיימת למזיק חובה נזיקית כלפי התובע? האם אותה חובה הופרה?

כדי להבין תרופות בראי צדק מתקן נתייחס ל 2 רעיונות:

1. **קורלטיביות (בעל יחס הדדי) –** התאמה/ יחסי גומלין בין הצדדים. התרופה צריכה להיות קורלטיבית (מותאמת) לנזק שנגרם. החובה שהופרה צריכה להיות קורלטיבית לפגיעה בזכות. (הסיר והמכסה).

**הקורלטיביות** מתאימה **לצדק המתקן של אריסטו –** גישה כמותית של צדק "פלוס ומינוס".  
מבנה של הצדק המתקן: כולם שווים מבחינה נורמטיבית, כל אחד ומה שיש לו. לכאורה קיימים שני מקטעים השווים באורכם כאשר אדם אחד גורם לנזק ופוגע בזכות של אדם אחר הוא "לוקח" חלק מהמקטע של האדם בו פגע, המשקף את היקף הפגיעה (מינוס), ומוסיף למקטע שלו כרווח (פלוס). לקיחה זו מפרה את השוויון וגורמת לנפגע להיות במינוס ולפוגע להיות בפלוס, לכן בצדק מתקן יש להשיב את המצב לקדמותו ולהחזיר את המקטע שנלקח מהצד הפוגע (פלוס) לצד שנפגע (מינוס).  
\* צדק מתקן אריסטוטלי הוא מצב בו נשמר השוויון בין הצדדים (מבחינה כמותית) לכן אם המדינה תפצה עדיין יהיה חוסר שוויון בין הצדדים.

מן המבנה אל המהות: ווינריב לוקח את הבסיס של אריסטו ומוסיף עליו תפיסות שפותחו ע"י פילוסופים. לכל אדם עומדת הזכות לממש את עצמו ואת החובה לאדם אחר לא לפגוע בזכות זו (אבו חנא). כאשר אדם אחד פוגע בזכותו של אדם אחר, דרך הפרת חוזה/שלמות הגוף/שימוש לא מורשה בקניין וכו', הוא "נוגס" בזכות האדם לממש את עצמו ולכן הפגיעה היא פגיעה נורמטיבית ומופר שיווי המשקל בין הצדדים כך שכעת הפוגע נמצא בפלוס והנפגע נמצא במינוס.[[1]](#footnote-2)  
  
הרעיון של תרופות במשפט הפרטי: **התרופה מחזירה את שיווי המשקל – האיזון בין הצדדים לנק' ההתחלה. "מרפאת" את אי הצדק שנוצר בין המזיק לניזוק כתוצאה מהפגיעה בזכות.**לפי הצדק המתקן המשפט לא משמש כאינסטרומנטלי אלא הוא בעל היגיון עצמי משלו.

1. **המשכיות –** הזכות מעולם לא פגה אלא שורדת את הפגיעה וממשיכה להתקיים דרך התרופה.  
   לדוג': ראובן גנב משמעון רכב, התרופה היא השבת הרכב לשמעון. בכך זכותו של שמעו ברכב מעולם לא פגה אלא היא ממשיכה להתקיים ע"י כך שראובן מחזיר לשמעון את רכבו.  
   ההמשכיות היא אינסטרומנטלית במשפט הפרטי.

* צריכה להיות קורלטיביות בין התרופה לנזק שנגרם – לזכות שהופרה (הסיר והמכסה, התפוח הנגוס). כיוון שרק כאשר יש התאמה בין התרופה לסוג הפגיעה בזכות אז יכולה להתקיים המשכיות.[[2]](#footnote-3)
* צדק מתקן עוסק רק ב**השבת המצב לקדמותו**  ואינו כולל בתוכו שיקולים אחרים כגון יעילות או צדק חלוקתי (אין התייחסות למוצא/גזע של הצדדים), המטרה היא להביא לתוצאה הצודקת מהשיקולים:  
  1. פיצוי הניזוק  
  2. ע"י המזיק בלבד (המדינה לא יכולה לתקן את אי הצדק)  
  3. הלימה בין סוג הפגיעה והיקפה לתרופה.  
  4. השבת המצב לקדמותו **ככל הניתן** (לא ניתן להשיב לעיוור את ראייתו, לכן אומדים את שווי הנזק בכסף).

כאשר הרווח של הנתבע גבוה מהנזק שנגרם לתובע כדאי לתובע לתבוע בעשיית עושר ולא בנזיקין.

**צדק מתקן בפרקטיקה**[Olwell v. Ney (1946)](https://www.youtube.com/watch?v=dWXt_1Fw0Rk)**:** התובע מכר את המפעל שלו לאריזת ביצים לנתבע ללא מכונה לשטיפת ביצים, אותה אכסן במקום קרוב שעליו ידע הנתבע. הנתבע השתמש במכונה במשך 3 שנים ללא אישורו של התובע. התובע הציע למכור לו את המכונה ב 600 דולר אך הנתבע סירב והציע הצעות נמוכות מזו ועל כן olwell תבע את הנתבע על שימוש בלתי מורשה ודרש ממנו פיצויים.

**קיימות 3 חלופות שונות של תרופה שניתן להעניק לבעל המכונה (התובע):**

1. השבה בלבד, פטור מפיצוי כיוון שלא נגרם נזק למכונה
2. תשלום שהיה משלם בעל המפעל לו היה שוכר את המכונה מבעליה.
3. הרווח שהרוויח (חסך) בעל המפעל משימוש במכונה.

בית המשפט בחר באפשרות השלישית. הנתבע היה צריך לשלם את הסכום שהיה משלם לו היה שוכר עובדים שישטפו את הביצים במקום המכונה (1560 דולר). כיוון שזה הסכום שאותו חסך בעל המפעל כאשר השתמש במכונה ללא רשות. (הרווח של הזוכה על חשבון המזכה).  
ניתן לראות כי מתקיימים התנאים לע"ע: התעשרות שלא כדין על חשבונו של אחר.

**ביקורת של צדק מתקן לפי ווינריב:** לדעתו מתקיימת חריגה מהמהות של צדק מתקן – השבת המצב לקדמותו. התרופה שביהמ"ש העניק אינה רק משיבה את המצב לקדמותו אלא עושה מעבר.  
הזכות שנפגעה היא השימוש במכונה ללא רשות ולכן לכאורה התרופה צריכה להיות שווי השימוש במכונה (קוהרנטיות) בלבד.  
לפי הצדק המתקן, התרופה צריכה לתקן את הפגיעה בזכות המסויימת, ללא התייחסות לרווח המעוול.

**צדק מתקן וצווי מניעה –** מיטרד ליחיד (ס' 44 לפקנ"ז)

מטרד ליחיד היא פעולה **מתמשכת** של הנתבע שגורמת לפגיעה **מתמשכת** של התובע לשימוש סביר או הנאה סבירה מהמקרקעין שלו. הניזוק יכול לתבוע את המזיק ולבקש פיצוי על סבל במידה ונגרם לו וכן צו מניעה עתידי להפסקת המיטרד. לפי ס' 71 לפקנ"ז ניתן לתת צו מניעה גם אם לא נפסקו פיצויים.

כיצד צו מניעה מתיישב עם צדק מתקן?

לכאורה מתקיימת בעיה: כיצד ניתן להעניק סעד של השבת המצב לקדמותו כאשר לרוב טרם נגרם הנזק?

פיצוי לא תמיד יתקן את המצב במקרה של מטרד, כיוון שלא תמיד נגרם נזק וגם אם כן, עדיין מתקיים מצב של נזק עתידי שעלול להתרחש כתוצאה מהמטרד לכן התרופה המתאימה **והקורלטיבית** היא מניעה של נזק עתידי. (סיר ומכסה). צו המניעה הוא הדרך להפסיק את המטרד. המטרד עצמו הוא הפוגע בזכותו של היחיד.

אם נסתכל בהיבט של **המשכיות,** הרי שהסעד המתאים הוא כזה אשר יאפשר את המשך הזכות ללא תלות בזמן (אלא רק בהתאמה לטיב הפגיעה). לפיכך תרופה בהתאם לצדק המתקן תכלול לא רק כזו המונעת אי צדק שהתרחש אלא אף תרופה המונעת אי צדק שעלול להתרחש (עתידי) ולכן במטרד צו מניעה משמש כסעד המתאים ביותר להשבת המצב לקדמותו ולהמשכיות קיום הזכות. **צו מניעה מגשים שיקולי צדק מתקן.**

**תרופות בראייה כלכלית של המשפט הפרטי**

התפיסה הכלכלית, בניגוד לצדק מתקן, היא תפיסה אינסטרומנטלית של המשפט הפרטי. היא אמורה לקדם שיקולי יעילות ומקסום רווחה מצרפית. ההתמקדות אינה במזיק והניזוק הספציפיים אלא ברווחה המצרפית, לפיכך אין חשיבות למקור ממנו מגיעה התרופה (הפיצוי, כגון המדינה). התרופה היא אמצעי להשגת מטרה. **מטרת העל – מקסום הרווחה המצרפית (צמצום הנזק והפחתת העלויות למניעתו). הגדלת העוגה.**

ההתפתחות ההיסטורית

**ג'רמי בנתהאם** אבי תורת התועלתנות תיאר את בני האדם כמונעים ע"י שני כוחות מרכזיים: אושר וסבל. כאשר מטרתם היא מקסום האושר והפחתת הסבל.  
עיקרון האושר המירבי – תיעדוף מקסום אושר מסבל. המחוקק צריך לחוקק את החוקים בצורה שתגרום לאושר הרב ביותר לכמות האנשים הגדולה ביותר.

במחצית השנייה של המאה ה 19 – כלכלנים הפכו את עיקרון האושר המירבי מתיאוריה לפרקטיקה בתורת הכלכלה באופן כללי ובאופן ספציפי על יחידות אושר המזוהות עם התפיסה הכלכלית של המשפט.  
**מאושר לעושר (פוזנר) –** פוזנר לפי אסכולת שיקגו תרגם אושר כעושר והתייחס לאושר כיחידות של עושר**.  
מעושר לרווחה מצרפית/יעילות כלכלית (קלברזי) –** קלברזי לפי אסכולת ייל, הבין שלא כל אושר ניתן לתרגם לעושר ויש תועלות שאינן נמדדות בכסף ולכן מדיבור על עושר השיח עבר לדיבור על רווחה/יעילות.

האינטואיציה מאחורי הניתוח הכלכלי של דיני חוזים/נזיקין

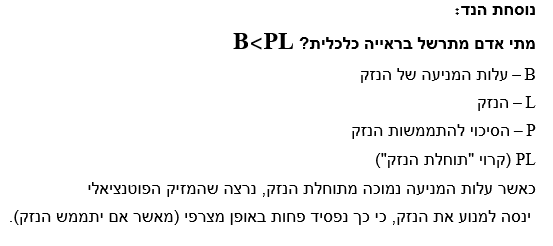
**דיני חוזים –** קל להבין מדוע החוזה הוא כלי למיקסום יעילות ורווחה מצרפית. כל צד משיג יותר ממה שהוא נותן מנקודת מבטו. בצורה הזו העוגה של כל צד גדלה – דבר המשפיע (לחיוב) על הגדלת העוגה המצרפית.

**דיני נזיקין –** קשה להבין כיצד ניתן להגדיל את העוגה, כיוון שאנחנו בעולם של נזק. תמיד התרחש נזק והעוגה תצטמצם לכן לא ניתן להגדיל את העוגה והרווחה המצרפית. עם זאת, ניתן לנסות לצמצם עד כמה שניתן את הקטנת העוגה, כלומר הקטנת עלויות נזקים וצמצום עלויות מניעת הנזקים עד כמה שניתן.

תרופות בדיני נזיקין מנק' מבט כלכלית

**פיצויים במצב של רשלנות –** במקרים אלו נק' מבטל כלכלית באה לידי ביטוי באמצעות: נוסחת הנד, מונע הנזק הזול ושוקל הנזק הטוב ביותר. תחילה נפעל לפי נוסחת הנד ואחכ לפי מונע הנזק הזול.

* **נוסחת הנד –** האם האדם התרשל?כדי לדעת נבדוק האם האדם התנהג בצורה סבירה**.**לפי נוסחה זו פיצויים יעילים רק כאשר **עלות מניעת הנזק קטנה מתוחלת הנזק.  
  דוגמא:** אילנית גרמה לתאונה שעלות הנזק שלה היא 10.[[3]](#footnote-4)  
  במידה ועלות מניעת הנזק היא 5, יותר יעיל **למנוע** את הנזק ולכן אילנית הייתה צריכה למנוע אותו.  
  במידה ועלות מניעת הנזק היא 15, יותר יעיל שהנזק **התממש** ולכן אילנית לא הייתה צריכה למנועו.

**מטרת על –**הקטנת נזק מראש ככלהניתן.

כאשר תוחלת הנזק (PL) גבוהה מעלות מניעת הנזק (B), והמזיק לא מנע את הנזק הוא ייחשב כרשלן לפי הראייה הכלכלית ויצטרך לפצות את הנפגע – הניזוק כתוצאה מהתרשלותו (יחויב בדיני נזיקין).

הסיכוי להתממשות הנזק היא דבר חשוב כיוון שלא יעיל שאנשים יישארו בבית מחשש שיגרמו לנזק.

**התרשלות: הנזק X הסיכוי להתממשות הנזק = תוחלת הנזק** גדולה ממניעת **מהנזק.**

**ביקורת:** כיצד ניתן לחשב את העלויות של כל רכיב בנוסחה? כיצד ניתן לכמת?  
\* באמצעות קירוב ואי שוויון. (מספיק להגיע בקירוב לאי שוויון, לא צריך את העלות המדויקת).

* **מונע הנזק הזול -**  כדי למזער נזקים באמת, ההסתכלות אינה רק על המזיק. אלא הסתכלות כללית האם גם הניזוק/צד שלישי היה יכול לפעול על מנת למנוע את הנזק והאם אצלו עלות מניעת הנזק הייתה קטנה מהנזק?. לפי מונע הנזק הזול **נבדוק מי היה יכול למנוע את הנזק בעלות הנמוכה ביותר ועליו תוטל האחריות.**
* **יישוב 2 הרעיונות ביחד –** מונע הנזק הזול מתווסף לנוסחת הנד. אם תוחלת הנזק היא 10, המזיק היה יכול למנוע ב 8 והניזוק היה יכול למנוע ב 5. לפי נוסחת הנד המזיק צריך למנוע את הנזק, אך כאשר נוסיף את מונע הנזק הזול הניזוק צריך למנוע את הנזק והוא בעל האחריות.
* **בפס"ד אתא נ' שוורץ** נראה כי השופטים מעדיפים שיקולי צדק מתקן על פני ראייה כלכלית, למרות שהם מתייחסים לשיקולים כלכליים. **המטרה: לתמרץ את האדם שיכול למנוע את הנזק בעלות הזולה ביותר.**
* **שוקל הנזק הטוב** (קלברזי והירשקופף) – שכלול של שיטת מונע הנזק הזול. הצד שנמצא בעמדה הטובה ביותר לשערך את גודל הנזק ואת עלות מניעתו עליו מוטלת האחריות למנוע את הנזק/ להודיע למונע הנזק הזול. הכלל לא אומץ בפסיקה אולם ניתן להסביר בעזרתו הסדרים חקיקתיים. הטלת האחריות היא על בעל המידע הרב ביותר או בעל היכולת להשגת מידע זה.  
  לדוגמא: בנקים, חברות גדולות, בעל מקצוע, יצרנים (שחקן חוזר). אך אין וודאות מוחלטת.
* **יתרונות:** התגברות על פערי מידע – לשוקל הטוב יש את המידע אודות מונע הנזק הזול. הפחתת עלויות אדמינסטריציה – לביהמ"ש יש טורח גדול וקושי לחשב מי הוא מונע הנזק הזול, אך כאשר יש צד שהוא יצרן/בנק (שוקל הנזק הטוב) יותר קל לזהות אותו.
* **קושי מסוים:** צד אחד שוקל הנזק הטוב והצד השני בעמדה טובה יותר למנוע את הנזק.

**מקרים בהם לא יעיל להטיל אחריות על שוקל הנזק הטוב**

לדוגמא כאשר היצרן הוא שוקל הנזק הטוב אך הצד השני – הצרכן בעל פוטנציאל גדול יותר למנוע את הנזק ולכן רוצים לתמרץ אותו למנוע את הנזק ולא את היצרן, במקרה הספציפי. דוגמא מחוק האחריות למוצרים פגומים:   
**ס'2(א):** "יצרן חייב לפצות את מי שנגרם לו נזק כתוצאה מפגם... ואין נפקא מינה אם היה או לא היה אשם מצד היצרן".

**ס' 4**: "לא תהיה זו הגנה ליצרן... אולם אם נהג הנפגע **בהתרשלות חמורה,** רשאי ביהמ"ש **להפחית את סכום הפיצויים בהתחשב במידת התרשלותו".**

בס' 2 ניתן לראות שמוטלת אחריות מוחלטת על היצרן (שוקל הנזק הטוב), גם כשאינו אשם. אולם ניתן לראות שבס' 4 במצב של **התרשלות חמורה** מצד הצרכן, על אף שאינו שוקל הנזק הטוב, האחריות מוטלת עליו והוא יקבל "עונש" של הפחתת הפיצוי כדי לתמרץ אותו למנוע את הנזק לכתחילה למרות שאינו שוקל הנזק הטוב. למעשה מדובר בחריג, מצב בו הצרכן הוא שוקל הנזק הטוב ומתקיים אשם תורם של הצרכן לנזק.

* החשיבה מלכתחילה לא פוגעת בצפיות כיוון שהיא מתמרצת אנשים לחשוב באופן טבעי איך למנוע נזקים עתידיים.
* שוקל הנזק הטוב לא יהיה מונע הנזק הזול כמו בדוגמא לעיל כשהצרכן התרשל בצורה חמורה. (נניח לא פעל לפי הוראות היצרן).
* כאשר שוקל הנזק הטוב העביר את המידע למונע הנזק הזול והוא לא מנעו, תוטל עליו האחריות.
* שוקל הנזק הטוב ומונע הנזק הזול מאפשרים להטיל את האחריות על הניזוק במקום על המזיק.

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

**כלל של רשלנות –** רק במקרים בהם התקיימה רשלנות, ישלם המזיק (הרשלן) על הנזק שנגרם מכך.  
רק כאשר עלות מניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק (נוסחת הנד) – תוטל אחריות ויש לפצות.

**כלל של אחריות חמורה/מוחלטת –** המזיק מפצה על הנזק שנגרם בכל מקרה, ללא קשר לרשלנות או לא. בין אם עלות מניעת הנזק גבוהה או נמוכה ממניעת הנזק, תוטל אחריות ויש לפצות.  
אחריות חמורה – יכול להתקיים אשם תורם, אשר מפחית את גודל האחריות וגודל הפיצוי.  
אחריות מוחלטת – אין מקום לאשם תורם.

**דוגמא 1: תוחלת הנזק = 90. עלות מניעת הנזק = 100.**האם ישקיע במניעת הנזק בכלל של רשלנות? לא, כיוון שיותר זול שהנזק יקרה ולכן כשיגיע לביהמ"ש לא תוטל עליו אחריות, כיוון שהעדיפות היא שהנזק התרחש (נוסחת הנד).  
האם ישקיע במניעת הנזק באחריות מוגברת/מוחלטת? לא, כיוון שהוא יואשם בכל מקרה ולכן לא הגיוני שהוא ישלם יותר בשביל למנוע את הנזק, אלא הוא יעדיף את המצב בו הוא ישלם פחות בביהמ"ש.

**דוגמא 2: תוחלת הנזק = 120. עלות מניעת הנזק = 100.**האם ישקיע במניעת הנזק בכלל של רשלנות? כן, כיוון ש 100 יותר זול מ 120 ובמקרה ויגיעו לבימה"ש לא תוטל עליו אחריות כיוון שהוא עשה ככל הניתן כדי למנוע את הנזק. והתנהג בצורה יעילה לפי נוסחת הנד.  
האם ישקיע במניעת הנזק באחריות מוגברת/מוחלטת? כן, כיוון ש 100 יותר זול מ 120 והוא יעדיף לשלם פחות ולנסות למנוע את הנזק מאשר להסתכן בלשלם יותר.

לכאורה בשני המקרים, התוצאה של התנהגות המזיק זהה. אך ההבדל הוא בהשפעה על **רמת הפעילות** של המזיק. בעוד שבמשטר של רשלנות כאשר תוחלת הנזק נמוכה מעלות מניעת הנזק והמזיק לא מנע את הנזק והנזק נגרם הוא לא יידרש לשלם פיצויים ולא תוטל עליו אחריות בראיה כלכלית. לעומת זאת, במשטר של אחריות מוגברת/מוחלטת בין אם תוחלת הנזק נמוכה/גבוהה מעלות מניעת הנזק ובין אם המזיק פעל למניעתו או לא, במידה והנזק התרחש תוטל עליו אחריות בין כה וכה והוא יחויב בפיצויים (לא התייחסתי לאשם תורם).

**הדוגמא של פוזנר להמחשת ההבדל:** רכבת נוסעת 3 פעמים בשבוע ועוברת ליד חווה. מדי פעם יוצאים גיצים הגורמים לשריפות. הרכבת אינה יכולה לעשות דבר כדי למנוע את הנזק.

**במשטר של רשלנות –** הרכבת לא תישא באחריות, כיוון שאינה יכולה למנוע את הנזק ולפיכך לא התרשלה. היא לא תצטרך לשלם פיצוי לבעל החווה. החוואי שיבין כי לא יקבל פיצוי מהרכבת, יפעל בעצמו למניעת הנזק לחווה (יבנה גדרות/יזיז את החווה למקום אחר וכו'). **הניזוק ישנה את התנהגותו.**

**במשטר של אחריות מוחלטת –** הרכבת תישא באחריות. ביהמ"ש יטיל עליה אחריות והיא תשלם פיצוי לבעל החווה. החוואי שיבין כי יקבל פיצוי מהרכבת לא יעשה דבר על מנת למנוע את הנזק, גם אם ביכולתו לעשות כן כיוון שהוא יודע שיפוצה בכל מקרה. אולם הרכבת תשקול האם להמשיך במתכונתה הרגילה או לשנותה (לדוג' להפסיק לגמרי לנסוע או להפחית את נסיעותיה לפעמיים בשבוע). **המזיק ישנה את התנהגותו.**

**ביקורת על אחריות מוחלטת**

* **סחטנות/הרתעה בחסר –** המזיק לא יפעל למניעת/הקטנת הנזק אם ידע שבכל מקרה הוא יצטרך לשלם**.** בנוסף הניזוק לא יפעל למניעת/הקטנת הנזק אם ידע שבכל מקרה הוא יקבל פיצוי.(יעילות)**.**
* **פגיעה ברווחה המצרפית –** נמשיל על הרכבת; ייתכן והרכבת מגדילה את הרווחה המצרפית יותר מהחווה ולכן אם היא תיסע פעמיים בשבוע במקום 3, למרות שהחווה לא תיפגע, הרווחה המצרפית תקטן. לפיכך יש לבדוק מה מגדיל יותר את העוגה, שינוי רמת הפעילות של החוואי או של הרכבת?.
* **יעילות –** לא בהכרח יעיל שהמזיק יישא בנזק. ייתכן וזול יותר לניזוק למנוע את הנזק אך כיוון שהוא יודע שבאחריות מוחלטת המזיק תמיד ישלם הוא לא יפעל למניעת הנזק.הניזוק הופך לאדיש.

**עלויות עסקה והשפעתן על התרופה – פיצויים או צו מניעה**

**התיאוריה של קוז –** חקלאי בעל שדה תירס (**80 יח' תועלת**) שכן לבוקר המגדל בשטחו פרות (**200 יח' תועלת**). במצב סטטי, הפרות רומסות/אוכלות את התירס ונוצר נזק של 80-.  
ניתן למנוע את הנזק באמצעות הקמת גדר שהעלות שלה היא **60** לחקלאי ואילו **100** לבוקר.

**חקלאי –** 80 יח' תועלת.  
עלות הקמת גדר – 60.

**בוקר –** 200 יח' תועלת.  
עלות הקמת גדר – 100.

**נתייחס ל 4 מצבים: קוז עוסק בעולם מושלם.**

1. **אין כלל משפטי –** החקלאי יבנה גדר. עדיף לו לשלם 60 ולהרוויח 20 יח' תועלת. (60 – 80 =20)**.**
2. **צו מניעה (הבוקר מחויב לבנות גדר) –** הבוקר יעשה עסקה עם החקלאי וישלם לו בטווח 60-99 ובתמורה החקלאי יבנה בשבילו את הגדר (ב 60). משתלם לבוקר לבנות גדר כיוון שגם אם החקלאי לא יסכים לעסקה, עדיין הבוקר ישלם 100 וירוויח 100. (100 – 200 = 100).
3. **רגולציה (החקלאי מחויב לבנות גדר) –** החקלאי יבנה את הגדר ב 60. (או שיוטלו עליו סנקציות).[[4]](#footnote-5)
4. **פיצויים (הבוקר צריך לפצות אם נגרם נזק) –** הבוקר יעשה עסקה עם החקלאי שהוא ישלם לו בטווח 60-79 ובתמורה החקלאי יבנה את הגדר (ב 60). במידה והחקלאי יסרב (למרות שלא משתלם לו) הבוקר לא יבנה גדר כיוון שהפיצויים (80 יח' תועלת) נמוכים מעלות הקמת הגדר (100).

ניתן לראות שבכל מקרה תתרחש התוצאה היעילה ביותר והחקלאי יבנה את הגדר ב 60 (מונע הנזק הזול). למרות ההיגיון יש צורך **בכלל משפטי** כי העולם לא מושלם ולא תמיד 2 הצדדים רציונליים או בעלי מידע זהה.

במצבים של צו מניעה או פיצויים, בהם הבוקר עושה עסקה עם החקלאי, החקלאי תמיד יבקש 61+ כיוון שהאחריות לבניית גדר אינה מוטלת עליו ולכן הוא ירצה להרוויח בתמורה לבניית הגדר. במידה והחקלאי/הבוקר לא יסכים לעסקה, החקלאי יפנה לביהמ"ש ויבקש צו מניעה/פיצויים אם נגרם נזק.

**התיאוריה של קלברזי ומלמד –** בניגוד לקוז, עוסקים בעולם הזה שאינו מושלם ובמצבים העלולים להתקיים. **לדוגמא:** מצב בו יש 10 מזהמים ו 1000 מזדהמים. יעיל לזהם (נזק הזיהום= 10 מיליון. תועלת הזיהום = 20 מיליון). האם תתקיים עסקה בין המזהם למזדהם?

לכאורה, לפי התיאוריה של קוז – כן, עסקה היא המצב היעיל. התועלת של המזהם גדולה מתועלת המזדהם, אולם למזדהם יש זכות וטו ולכן הוא יכול לפנות לביהמ"ש בבקשה לצו מניעה. לפיכך הצדדים ירצו להגיע להסכם ביניהם. אולם ייתכנו מצבים בהם העסקה לא תתקיים על אף שהיא היעילה, בגלל שני גורמים:

**סחטנות –** במהלך המו"מ ייתכן והמזדהמים יפעלו בסחטנות וינצלו את זכות הוטו לדרוש מהמזהמים פיצוי גדול (העולה על צו המניעה ועל תועלת העסקה) ובתמורה לא ישתמשו בזכותם לצו מניעה כנגד המזהמים.

**טרמפיסטיות –** מזהם אחד יטיל את רוב האחריות על מזהם אחר ויטען כי עליו לשלם יותר, כל מזהם יחכה לראות מה יעשה המזהם האחר ובמצב כזה לא תתקיים עסקה.

**עלויות עסקה:**בגלל טרמפיסטיות וסחטנות, קלברזי ומלמד מציעים כללים להתמודדות עם מצבים בהם עסקאות יעילות נפגעות. (מספיק לדעת את שני הכללים הראשונים). כלל אי עבירות חזק מכלל קנייני שחזק מכלל אחריות.

מתי זכאי כל אחד ללכת לבית המשפט ולאיזו תרופה הוא זכאי?

מזדהם:  
**כלל קנייני –** כל מזדהם זכאי לאוויר נקי ולכן יכול לדרוש **צו מניעה** (וטו במקרקעין). כאשר עלויות העסקה נמוכות, המצב היעיל הוא מזהם הפונה למזדהם להצעת עסקה. במקרה והמזהם לא עושה זאת, הוא מונע עסקה יעילה ולכן ביהמ"ש יעניק תרופה חזקה של צו מניעה, כדי ליצור הרתעה ולעודד עסקאות יעילות. **כלל אחריות –** כל מזדהם זכאי לאוויר נקי ולכן יכול לדרוש **פיצוי כספי.** כאשר עלויות העסקה גבוהות, לעיתים ינסו המזדהמים לפעול בסחטנות או שתתקיים טרמפיסטיות בין המזהמים, ולכן ביהמ"שיעניק תרופה פחות חזקה של פיצויים, לעודד עסקאות. כאשר אין פיצוי מוסכם – פיצוי בדיעבד, לרוב הפיצוי יהיה בגובה השוק. **כלל אי עבירות –** עבירה על החוק. לא ניתן לבצע עסקה גם אם שני הצדדים מעוניינים בכך. ביהמ"ש יקבע סעד חזק אף מצו מניעה של הגנה פטרנליסטית (לדוגמא במצב של סחר באיברים). לא ניתן לוותר על הגנה.

מזהם:  
**כלל קנייני –** המזהם זכאי לזהם כיוון שהוא מזהם לפי החוק, לא ניתן למנוע ממנו לזהם. לפיכך אם המזדהם מנסה למנוע ממנו לזהם, הוא זכאי לפנות לביהמ"ש ולקבל סעד של צו מניעה כלפי המזדהם. **כלל אחריות –** המזהם זכאי לזהם, אך ניתן לדרוש ממנו להפסיק במידה וזה יעיל. ביהמ"ש יעניק למזהם את זכותו לפיצוי כספי בשווי העלות שתעלה לו להפסיק את הזיהום (לדוג' עלויות העברת המפעל למקום אחר).  **כלל אי עבירות –** המזהם מחויב להמשיך לזהם ולא ניתן למנוע גם אם שני הצדדים מעוניינים בכך. לדוגמא כאשר מדובר בביטחון המדינה כגון פיתוח נשק גרעיני). **כלל אי עבירות החזק ביותר.**

**לסיכום:** ביהמ"ש מקיים מבחן של בדיעבד, האם עלויות העסקה היו גבוהות או נמוכות יותר מהנזק?כאשר עלויות העסקה גבוהות (לא יעילות) נבחר בסעד חלש יחסית של פיצויים.  
כאשר עלויות העסקה נמוכות נבחר בסעד חזק של צו מניעה, כדי להרתיע ולעודד קיום של עסקאות יעילות.

אתא נ' שוורץ: אתא היה מפעל הטקסטיל הגדול ביותר בארץ, שוורץ קנה בית הממוקם ליד המפעל. כחמש שנים לאחר מכן אתא מתקינים מאווררים המייצרים רעש נוראי ושוורץ תבע אותם בעוולת המטרד שהרעש פוגע באיכות חייו ומפריע לשימוש סביר במקרקעין שלו.

לפי כללי ההגנה של קלברזי ומלמד (אחריות וקניין): **בתביעה הראשונה** ביהמ"ש מעניק לשוורץ צו מניעה האוסר על המפעל להפעיל את המאווררים בשעות מסויימות. על אף שיש התייחסות לראייה כלכלית, שנזקי הניזוק (שוורץ) פחותים מהנזקים שייגרמו למזיק (המפעל אתא), שמגר מדגיש כי הפגיעה בניזוק היא המהותית ושיקולי **צדק מתקן** הם השיקולים המרכזיים והמובילים בדיני הנזיקין.

אולם, לאחר הפס"ד שוורץ הסכים שאתא יקנו ממנו את הדירה במחיר גבוה בהרבה ממחיר הדירה בשוק. אתא נמצאים בבעיה, כיוון שאם ייענו לשוורץ, שאר השכנים יפעלו כמוהו והמפעל יפשוט רגל. האפשרות השנייה היא להפסיד את המטרד, לפטר עובדים רבים ולספוג הפסד כלכלי חמור. המפעל היה חיוני לציבור.

אתא נ' שר האוצר: המפעל פונה לשר האוצר בדרישה להפעיל את סמכותו לפי פקודת המקרקעין ולהפקיע את קרקע פרטית (של שוורץ) לטובת הציבור, היות שזה המוצא האחרון והמפעל היה חיוני לצרכי הציבור.  
שר האוצר מפקיע את קרקעתו של שוורץ ומעניק לו **פיצוי כספי** בשווי הדירה (הנכס).

**מעבר מכלל קנייני לכלל אחריות:** בתחילה עלויות העסקה היו נמוכות (היה צריך לרכוש את הדירה רק משוורץ במחיר מופקע) ולכן ניתן צו מניעה נגד אתא, אולם לאחר שנוכחנו כי שוורץ השתמש בסחטנות, ועלויות העסקה הפכו לגבוהות (אתא היו צריכים לרכוש את שאר הדירות באותו הסכום) התרופה השתנתה והפכה לפיצוי במקום צו מניעה. התקיימה הרתעה – שאר השכנים הבינו כי במידה ויגיעו לביהמ"ש הם יקבלו סעד של פיצוי ולא צו מניעה ולכן יימנעו מלהגיע לביהמ"ש, יקיימו עסקה יעילה ולא ישתמשו בסחטנות.

**ניתן לראות כי ביהמ"ש יישם את הרעיון של קלברזי ומלמד וכאשר היה שימוש בסחטנות ונמנעה עסקה יעילה כי העלויות היו גבוהות, ביהמ"ש העניק סעד חלש של פיצוי במקום צו מניעה ובכך מנע סחטנות. במקרים של סחטנות, הפיצוי יינתן לפי שווי הנכס בשוק.**

טבלה מועתקת מהמחברת של יהלי, שיהיה:

**מתיאוריה לפרקטיקה – חפיפה רעיונית של תחומי המשפט הפרטי והשלכתו על התרופה**

התיאוריה עוזרת להבדיל בין הכלל המשפטי (הפוזיטיבי) לבין האידיאל (הנורמטיבי). כלים תיאורטיים עוזרים להפעיל ביקורת שיפוטית על הדין הקיים ולחבר רעיונות תיאורטיים (כגון קלברזי ומלמד) עם המשפט ובכך להגיע לתרופה המתאימה ביותר במצבי גבול.

מצבי גבול משלבים בתוכם כמה תחומי משפט שונים והם נמצאים "בין דינים". במצב כזה קיימות כמה חלופות לתרופה שיכולה להינתן. על מנת לדעת מה התרופה המתאימה, חשוב להבין מהסיפור העובדתי מה הסעד המבוקש – על איזה אינטרס הלקוח מבקש להגן, וכך נדע מה היא התרופה הרצויה.

**4 מצבי גבול עיקריים של החפיפה הרעיונית:**

**חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין**

**קשר היסטורי:** דיני הנזיקין נחשבו ככאלו הנועדו להגן על דיני קניין, ולכן יש ביניהם קשר היסטורי. אולם, מטרת דיני הנזיקין רחבה יותר, וכוללת בתוכה הגנה על אינטרסים נוספים כגון שלמות הגוף ודוקטרינת הרשלנות. עם זאת נראה כי לנזיקין תפקיד חשוב בהגנה על הקניין.

זכות קניינית  
לאחר שנדע למי שייכת הזכות הקניינית, נקבע איזו הגנה נרצה להעניק לו (בהשאלה מהתיאוריה של קלברזי ומלמד). קיימות שתי סוגי הגנות העוסקות בהעברת הזכאות בזכות קניינית בין הצדדים. אנו נתמקד בשאלה האם נדרשת הסכמה כדי להעביר את הזכות הקניינית מצד אחד לאחר?

1. **הגנה חזקה: כלל קנייני / הגנה קניינית –** במצב כזה המשפט מעניק הגנה חזקה לבעל הזכות הקניינית ולא ניתן להוציא ממנו את הנכס ללא הסכמתו. במידה וזכותו תיפגע הוא יהיה זכאי לצו מניעה. ניתן להעביר את הזכות לקניין רק בהסכמת בעל הזכאות.
2. **הגנה חלשה: כלל אחריות / הגנה נזיקית –** במצב כזה המשפט מעניק הגנה חלשה לבעל הזכות הקניינית וניתן להוציא ממנו את הנכס ללא הסכמתו, אך הוא זכאי לקבל פיצוי בדיעבד בגין כך. ניתן להעביר את הזכות לקניין גם ללא הסכמת בעל הזכאות ולהעניק לו פיצוי בדיעבד כתרופה.

ניתן לראות שבדיני קניין ההגנה על הזכאות היא דרישה להסכמה מבעל האינטרס. ובדיני נזיקין ההגנה על הזכאות היא באמצעות פיצוי בדיעבד בשווי האינטרס. כלל קנייני **מונע** את העברת הזכאות באופן לא רצוני ואילו כלל אחריות **מעניק תרופה** להעברת הזכאות באופן לא רצוני. נפריד בין שאלת הזכאות (מה האינטרס עליו רוצים להגן?/של מי הזכות בנכס?) לבין שאלת העבירות (האם ניתן להעביר את הנכס גם ללא רצון הבעלים?).

* **זכות –** זכות רגילה כגון הזכות לקניין, קלברזי ומלמד לא עוסקים בזכות זו.
* **זכאות –** זכות לקבל סעד מביהמ"ש, ביהמ"ש ייטה להגן עליו.
* **עבירות –** העברה של קניין מבעל הקניין לצד אחר שאינו בעל הקניין. (לבדוק)

מה האינטואיציה מאחורי הגנה על עבירות באמצעות הסכמה בלבד? **שליטה** של בעל הזכאות על האינטרס שלו. כאשר אנו מבקשים מאדם הסכמה אנו מעניקים לו שליטה על ההחלטה ובכך קיימת הגנה לניזוק.  
מה האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על עבירות באמצעות פיצוי בדיעבד? **הגנה** של ביהמ"ש באמצעות פיצוי כספי בעלות השווי של האינטרס שנפגע – לבעל האינטרס.

כאשר נעסוק בסיטואציות של שליטה על הנכס (כגון מיטרד), נשתמש בכלל קנייני (צו מניעה). כאשר נרצה להגן על שווי האינטרס נעסוק בכלל נזיקי של אחריות, כמה שווה האינטרס עליו רוצים להגן.

[Vincent v. Lake Erie Transportation Co.](https://www.youtube.com/watch?v=3wX-IH3Qzqw) (1910)**:** על מנת להציל את ספינתו, בעל ספינה קשר אותה למזח ללא הסכמת בעל המזח, כיוון שהייתה סערה באגם ארי וספינתו עמדה להיסחף. הספינה נצלה, אך עקב הסערה התנגשה במזח וגרמה לו נזק רציני.

מבחינה קניינית, המזח שייך לבעליו ולכן אסור היה לבעל הספינה לעגון במזח ללא הסכמתו. כאמור, בעל הספינה לא ביקש רשות מבעל המזח בגלל הנסיבות לעיל. **מה היא ההגנה כלפי בעל המזח (הקניין)?**

**אפשרות 1:** הגנה על זכותו של בעל המזח, כיוון שלא התקיימה הסכמה בעל הספינה מעוול ויש להעניק תרופה לבעל המזח.

**אפשרות 2:** אין הגנה על זכותו של בעל המזח, כיוון שמדובר בנסיבות חירום בעל הספינה אינו נחשב כמעוול, אין עוולה ולפיכך אין להעניק תרופה לבעל המזח.

**מה נפסק בבית משפט?**

**דעת מיעוט:** בעל הספינה אינו מעוול ואין לתת תרופה. במצבי חירום קניין הפרט עובר להיות רכוש הכלל ולכן בעל הספינה לא היה צריך לבקש הסכמה, אין עוולה.

**דעת רוב:** בעל הספינה אינו מעוול אך עליו לשלם על הנזק שנגרם. במצבי חירום בעל הקניין (המזח) מאבד את שליטתו בנכס, אולם זה מצב זמני ולכן בעל המזח עדיין זכאי להגנה מסויימת כיוון שלא הייתה העברה רצונית. יש העברה מהגנה חזקה של קניין להגנה פחותה של אישור בשימוש ללא הסכמה אך פיצוי על נזק.

קביעה זו תואמת את כללי ההגנה של קלברזי ומלמד בכך שזכאותו של בעל הקניין אינה משתנה (הוא זכאי לסעד) אלא ההגנה היא זו שמשתנה (מכלל קנייני לכלל של אחריות – פיצוי).

לעומת חניונים, שם המקרה נפתר באמצעות ע"ע. במקרה שלנו הרווח שהרוויח בעל הספינה הוא הספינה עצמה ולא הגיוני שהוא ישלם את שווי הספינה. לדעתי, התשובה היא שהספינה היא לא האינטרס שבעל המזח רוצה להשיג, זו לא התרופה המבוקשת. אין ציפייה לקבל את שווי הספינה.

**הסבר לדעת המיעוט מבחינה כלכלית:** בעת חירום המזח הופך להיות של כולם על מנת שלא ייגרם הפסד מבחינה כלכלית, ואם לא נעשה נזק אז אין צורך לשלם (נוסחת הנד).

**הסבר לדעת הרוב מבחינה כלכלית:** לבעל הספינה יש מונופול על המזח ולכן קיימת אפשרות של סחטנות מצד בעל המזח שהוא בעל שליטה מוחלטת בנכס. בעל המזח הוא מונע הנזק הזול שיכול למנוע את הנזק שיקרה לספינה כתוצאה מהסערה ולכן נלקחת ממנו השליטה באופן זמני וכלל ההגנה הופך למוחלש (אחריות ולא קנייני). קיימת תוחלת נזק וודאית – אם הספינה לא תעגון ייגרם לה נזק ודאי, למזח לא וודאי שייגרם נזק.

**הלכה:** לא נקבע חד משמעי, עם זאת נראה שבמקרי חירום אין צורך בהסכמה אך יהיה פיצוי במקרה של נזק.

**הסבר לדעת הרוב בראיית הצדק המתקן:** הזכות שנפגעה היא זכותו של בעל המזח לשלמות המזח (לא נפגעה זכותו הקניינית של בעל המזח כיוון שהיה מדובר במקרה חירום – לעיל). לפיכך התרופה צריכה להיות קורלטיבית לטיב הפגיעה ולהיקפה ולכן התרופה המתאימה להשבת המצב לקדמותו היא פיצוי בדיעבד בשווי הנזק שנגרם למזח.

השוואה לפס״ד Olwell – גם שם היה שימוש לא מורשה (במכונת ביצים) והפקעה פרטית (ע"י בעל המפעל). אולם ההבדל הוא שב olwell לא היה מדובר במקרה חירום ולכן בעל המפעל **נחשב כמעוול** והיה צריך לשלם פיצוי בדיעבד גדול. לעומת זאת ב Vincent מדובר במקרה חירום ולכן בעל הספינה **אינו נחשב כמעוול** אך עדיין היה צריך לשלם פיצוי בדיעבד.

**אם לא היה מדובר במקרה חירום:** הרי שנפגעה גם הזכות לקניין – שימוש לא ברשות וגם הזכות לשלמות המזח. לפיכך התרופה בראי הצדק המתקן צריכה להיות קורלטיבית לטיב הפגיעה ולהיקפה ולכן התרופה היא: פיצוי בשווי שימוש הנכס (המזח) + פיצוי בשווי הנזק שנגרם.

**אם היה מדובר במקרה חירום אך לא נגרם נזק:** לא מתקבל פיצוי כלל. לא נעשתה פגיעה בשום זכות.

**חפיפה רעיונית בין נזיקין לחוזים**

**הבדל מהותי:** בחוזים – מדובר ב**"הסכם רצוני".** הצדדים בוחרים עם מי הם נקשרים, את הסיכונים בעסקה.  
נזיקין – מדובר ב "**עסקאות שלא מבחירה".** הצדדים לא בוחרים זה את זה, הם זרים אחד לשני. לא בחרו להינזק, ועם מי להינזק.

אריסטו עושה הבחנה ואומר שגם בנזיקין מדובר בעסקה – עסקה כפויה.

**הסדרה כפולה:** לעיתים, עסקאות רצוניות מתערבבות עם עסקאות לא רצוניות. ואז קמה עילה לתביעה בנזיקין ובחוזים. דוגמא למצב כזה היא רשלנות מקצועית (לדוג' רופא וחולה או עו"ד ולקוח). הצדדים בחרו להיכנס לעולם של חוזים ולהתקשר בחוזה אחד עם השני אך לרוב הלקוח לא בחר להסתכן ברשלנות מצד העו"ד/רופא, ושם נכנסים לעולם הנזיקין.  
יכול להתקיים גם מצב הפוך בו נמצאים בדיני נזיקין – בעקבות תאונה שהתרחשה. אולם מגיעים להסכם פשרה ובכך נכנסים לעולם של דיני חוזים.

**התרופה שתינתן במקרי ביניים:** יש לבדוק מה התרופה הרצויה. על איזה אינטרס רוצים להגן?  
חוזים – שמירה על רצון הצדדים. גם על סיכונים שהם לא לקחו מבחירה (טעות, הטעיה).  
נזיקין – הגנה על שלמות הגוף/רכוש/נפש.

[Hawkins v. McGee](https://www.youtube.com/watch?v=_983pIQ_0sw) (1929) : הוקינס התחשמל בגיל 11 ונותר עם צלקת בכף ידו. ד"ר מקגי הציע לאביו פיתרון של השתלת עור אשר תבטיח יד מושלמת להוקינס. ההליך הרפואי היה לקיחת רקמה מהחזה והשתלתה בכף היד, התכונות עברו גם כן ולפיכך צמחו להוקינס שערות בכף היד. הוקינס תבע את ד"ר מקגי על כאב וסבל וכן נזק רפואי שנגרם כתוצאה מהניתוח.

**איזו תרופה יש להעניק להוקינס?**

1. **פיצויי ציפייה –** הגנה על צפיותו של הוקינס ליד מושלמת שהובטחה לו ע"י ד"ר מקגי בנסיבות שיצרו מעין חוזה. פיצוי בעל אופי חוזי, אשר נפסק לאחר הערעור**.** נועד להעמיד את הניזוק במקום בו היה **לו קוים** החוזה.
2. **פיצוי על סבל וכאב –** פיצוי נזיקי, אשר נקבע בערכאה הראשונה.נועד להעמיד את הניזוק במקום בו היה **לפני הנזק**. (השבת המצב לקדמותו).

**עדיף לתבוע דרך דיני חוזים בעניינינו –** נקבע שכאב וסבל נכללים בסיכונים שלקח על עצמו הוקינס כאשר הסכים לחוזה.הרופא לא התרשל. הרעיון המרכזי של פיצוי הוא השבת המצב לקדמותו. בנסיבות דנן השבת המצב לקדמותו היא יד מצולקת, ולכן לא בטוח שיינתן לו פיצוי גבוה או בכלל.

ייתכן והיה ניתן לטעון בנזיקין למצג שווא רשלני ולאי גילוי מצד ד"ר מקגי (חובת גילוי בין רופא למטופל), ואז היה ניתן להשיג סעד גבוה יותר מבעוולת הרשלנות. אולם, ככל הנראה היינו מגיעים לאותה תוצאה של פיצויי ציפייה – פיצוי שישווה את מצבו של הנפגע למצב בו היה לו היה מצג אמיתי.

לא ניתן לקבל כפל פיצויים, כלומר יש להגיש תביעה בנזיקין ולחלופין בחוזים אך יתקבל סעד רק באחד מהם.

**חפיפה רעיונית בין קניין לעשיית עושר**

[Moore v. Regents of the University of California](https://www.youtube.com/watch?v=E1yInC8vQcY) (1990)**:**  מור חלה בסרטן מסוג לוקמיה והיה מטופל אצל רופא שעבד באוני' קליפורניה. הרופא מגלה שהטיפול עובד ומור מתרפא, הוא ממשיך לקחת רקמות ממור בשביל המשך הטיפול בו אך גם בשביל פיתוח במעבדת האוני'. רקמות אלו עזרו להם להמציא פטנט רפואי לטובת הכלל (לא מור – שכבר התרפא ללא קשר) ולהפיק רווחים עצומים. מור תובע מהם השתתפות ברווחים מהפטנט שלא היה נוצר ללא רקמותיו.

**האם מור זכאי לתרופה? אם כן לאיזו?**

1. **גזל –** הטענה היא שהרופא גנב את הרקמות של מור. התרופה במקרה של גזל היא השבה. (מעוגן בס' 55 לפקנ"ז או לחלופין בחוק ע"ע כהשבה של טובת הנאה).

**הבעיה בטענה זו:** ההנחה היא שהרקמות שהוסרו הן קניינו של מור וזה לא בהכרח נכון. מה שנלקח מהרקמות זה ידע, **האם קיים קניין בידע? זאת השאלה.** ביהמש לא קיבל את הטענה.

1. **תקיפה –** בעבר רופא שלא ביקש את הסכמת מטופליו הואשם בתקיפה, כיוון שמתקיים מגע ללא הסכמה. בהמשך הוסכם שתקיפה פחות נכונה בהקשרים רפואיים.דוקטרינת ההסכמה מדעת – הרופא לא יכול לטפל או לבצע הליך רפואי במטופל ללא הסכמתו אחרת ייחשב הדבר כתקיפה.  
   חובת גילוי – רופא מחוייב לספר למטופל את כל המידע הרלוונטי אודות טיפולו. (גילוי סיכונים, תחלופות ועוד). אי גילוי מהווה פגיעה באוטונומיה, התרשלות של הרופא (ולא תקיפה כבעבר). מור מסתמך על ההסכמה מדעת וחובת הגילוי וטוען שהסכמתו להליך הרפואי לא תקינה כיוון שהרופא לא מסר לו את כל המידע על טיפולו.

**נקבע:** ביהמ"ש קיבל טענה זו של תקיפה וקבע כי חובת הגילוי כוללת גם גילוי כלכלי. על הרופא היה לגלות למור כי קיים אינטרס כלכלי בלקיחת הרקמות ולמה הן משמשות.

**הבעיה בטענה זו ובקביעה:** האם מידע כלכלי כלול בחובת הגילוי שצריך הרופא לגלות למטופל?  
על מה נועדה להגן דוקטרינת ההסכמה מדעת? לרוב כאשר תובעים במקרים כאלו ברשלנות הסעד המבוקש הוא פיצוי על נזק שנגרם בשלמות הגוף, אולם לא נגרם למור נזק כזה.יתרה מזאת, מור ככל הנראה היה מסכים לכך אם היה יודע שייקחו ממנו רקמות בטיפול (הוא אף נרפא מהמחלה).

על מנת לדעת איזו תרופה מגיעה למור, יש להבין מה הוא **האינטרס** עליו אנו רוצים להגן? האינטרס שנפגע הוא **אמון המטופל בצוות הרפואי.** חובת האמון היא אשר נפגעה בעניין מור. על הצוות הרפואי החובה לגלות למטופל את כל המידע הרפואי, גם הכלכלי כדי שהמטופל לא יחשוש שמנצלים את גופו/מחלתו וכדי להקטין ניגוד אינטרסים. לפיכך חובת הגילוי כוללת בתוכה גם את החובה לגלות מידע כלכלי.

יחסי אמון הם יסוד מרכזי בדיני היושר, ויש לגזור את התרופה ממהות הזכות שנפגעה. בעניין מור, הרופא הרוויח כתוצאה מהפגיעה באמונו של מור, לפיכך נראה כי מתקיימים יסודות התביעה בע"ע.

התעשרות – הרופא גילה פטנט רפואי למחלה והרוויח מכך.

על חשבון האחר – הרווח נעשה בעקבות שימוש בידע שהופק מרקמותיו של מור.

שלא כדין – ללא הסכמתו וידיעתו של מור.

**מה התרופה המתאימה לשלילת זכותו של מור במידע על האינטרס הכלכלי שלו תוך הפרת חובת האמון כלפיו?**

1. **שלילת רווחים –** שוללים לרופא את הרווח שהרוויח כתוצאה מהפרת חובת האמון. לפי ס' 1 לע"ע, הרופא יצטרך להשיב את הזכייה (הרווח שהרוויח כתוצאה מהפרת חובת האמון) למור.
2. **הסכמה היפותטית –** בעזרת חוזה מדומיין – בהנחה שהרופא היה מגלה למור בהתחלה כי קיים סיכוי לפתח את הפטנט הרפואי בעזרת רקמותיו, והשניים היו כורתים חוזה ביניהם. אילו שיקולים הצדדים היו לוקחים בחשבון בעודם נקשרים בחוזה? ביהמ"ש ייחשב אומדן של הסכמה היפותטית בין השניים. קשה מאוד לחשב זאת.
3. ברעיון הכללי על מנת לשלול את התמריצים יש להכפיל את הרווח בסיכוי שהמעוול רואה בעיניו שייתפס. לדוגמא: גנב 100 ₪ ובעיניו הסיכוי להיתפס הוא 50% כדי לשלול את התמריצים יש לחשב 100\*50%= 50. חובת אמון היא קשה לגילוי ולכן הפיצוי יהיה נמוך.

**התרופה המתאימה היא שלילת הרווחים.** זאת כיוון שהדין יוצר נאמנות קונסטרקטיבית שהופרה ע"י הרופא.

**בעיות בקביעת שווי הפיצוי:**אי וודאות בהקשר לסיבתיות עובדתית – קשה לקבוע עד כמה המידע שהופק מרקמותיו של מור תרם למחקר וכמה דברים אחרים כגון המכשור הטכנולוגי, הידע של הרופא ומומחיותו תרמו להמצאת הפטנט ולכן יהיה קשה לקבוע את גודל התרומה של רקמותיו של מור וכפועל יוצא את גודל הפיצוי למור. קיים קושי בהוכחת קש"ס ובלעדיו לא נוכל לתבוע בע"ע.

אי וודאות בהקשר להסכמה היפותטית – קשה לשער איזה סכום היו מחליטים עליו הצדדים בחוזה מדומיין. לא קיימים בשוק מקרים דומים, אלא זה מקרה ייחודי, ולכן לא ניתן לפעול לפי תקדימים.

**חפיפה רעיונית בין נזיקין ועשיית עושר**

Snepp v. United States: סוכני CIA צריכים לבקש אישור בטרם הם מפרסמים דבר מה הקשור לשירותם בארגון. סנפ היה סוכן לשעבר אשר פרסם ספר על עברו בפעולות שונות בוויטנאם, ולא הגיש אותו לארגון לצנזור טרם הפרסום. לא קיימת מחלוקת באשר לעובדה שלו היה הספר עובר צנזורה היה מאושר כמו שהוא. המדינה תובעת את סנפ ודורשת את רווחיו מהספר (תמלוגים).

**האם בנסיבות המקרה המדינה זכאית לתרופה? אם כן, איזו?**

דעת מיעוט – אין להעניק סעד משלוש סיבות:

1. **טיעון סיבתי –** לא מתקיים קש"ס. המדינה הודתה כי אילו הספר היה נשלח לצנזור, היה אישור לפרסם את כל המידע שבו, כיוון שהמידע אינו סודי.
2. **חופש הביטוי –** אם המדינה תקבל תרופה על כך, הדבר יכול להרתיע אנשים שלא ירצו לפרסם כלל דברים הקשורים למדינה ובכך לפגוע בחופש הביטוי. הפגיעה בחופש הביטוי עולה על הפגיעה במדינה שכלל לא התרחש נזק, כאמור לעיל. חופש הביטוי הוא ערך עליון בארה"ב.
3. **טיעון נזיקי –** לא נגרם נזק ולכן אין להעניק תרופה (הצדדים הסכימו כי המידע המפורסם אינו סודי).

דעת רוב – יש להעביר למדינה את כספי התמלוגים של סנפ.

**הסבר פוזיטיבי (מבוסס דוקטרינה) -**  הסוכן, סנפ, נתפש כמי שהפר חובת נאמנות כלפי הארגון ולכן הוא מחזיק בנאמנות קונסטרוקטיבית ברווחי התמלוגים, אותם השיג כתוצאה מהפרת חובת אמון ולפיכך עליו להעניקם לארגון/מדינה. מקורה של דוקטרינת הנאמנות הקונסטרקטיבית היא בדיני יושר.

**מה היא נאמנות קונסטרקטיבית?** חובת אמון משתמעת שקיימת בין הצדדים אף אם אינה הובעה במפורש.

* **נאמנות –** זיקה לנכס לפיה חייב הנאמן לפעול בנכס לטובת הנהנה או מטרה אחרת שהחליט הנהנה. קיימים 2 צדדים: הנאמן שפועל מכח הנהנה, וכפוף אליו. הנהנה – בעל הנכס. (לדוג': עו"ד ולקוח).
* **נאמנות רגילה –** נוצרת מתוקף חוזה. במסגרת החוזה הנאמן חייב לפעול למען הנהנה כאשר הפעולות מפורטות בחוזה עצמו. אם הנאמן פועל מחוץ למסגרת החוזה (עובר על החוזה) הוא יהיה חשוף לתביעות מצד הנהנה אשר יהיה זכאי לתרופה.
* **נאמנות קונסטרוקטיבית –** פותחה בדיני יושר. מאפשרת לשאוב הלכות מדיני הנאמנות למצבים בהם משתמעת חובת אמון – "דמויי נאמנות". הנאמנות הקונסטרוקטיבית בעלת אופי קנייני. למעשה מדובר **בתרופה** שמעניק המשפט למצבים בהם "הנאמן" לא התחייב לנאמנות כלפי הנהנה, אך קיימת עילת תביעה ללא נזק. הנאמן מחזיק בנכסים של הנהנה בעוד שלנהנה לא נגרם נזק. ביהמ"ש מעניק תרופה של נאמנות קונסטרוקטיבית ובכך מפסיק כחוק את החזקת הנאמן בנכסו של הנהנה.

**המשמעות:** מתייחסים לנתבע כנאמן שמחזיק ברווח שנוצר על ידו בשביל התובע – הנהנה, ולפיכך הוא חייב לו. על אף שהנתבע והתובע לא חתמו באמת על חוזה נאמנות.

**מאפיינים של שימוש בנאמנות קונסטרוקטיבית:**

1. **קיומה של מערכת יחסים –** מתאפיינת ביחסים דומים ליחסי נאמנות. (כגון ארגון). החוזה של סנפ עם הארגון פיתח יחסים הדומים לנאמנות בין סנפ לארגון עצמו– תלות בין השניים וכן קשר שנמשך גם לאחר שסנפ סיים לעבוד עבור הארגון.
2. **המטרה: למנוע התעשרות שלא כדין –** דומה למטרה בדיני ע"ע. אך לדיני היושר יד ארוכה יותרלפעול, וכן פועלים בצורה שונה מבדיני ע"ע.
3. **ככל שחוסר תום הלב של המתעשר שלא כדין גדול יותר, ביהמ"ש ייטה יותר לאפשר שימוש בסעד זה –** בדיני היושר יש התייחסות גם לחוסר תום הלב ולגלגולים של הפעולה שהתרחשו.

**הסבר תיאורטי של פסק הדין:**

מדובר בנזק שלא ניתן לתקן במידה והוא התרחש. שיקולי היעילות לגזר הדין (הפיצויים):

* **שיקולי יעילות מנק' מבט בדיעבדית (ex-post) –** הנזק כבר התרחש, כעת הכי יעיל לנסות ולצמצם את הפגיעה ברווחה המצרפית. לכאורה לא להעניק פיצוי כי פגיעה בחופש הביטוי אל מול נזק אפסי.
* יש לציין כי בדיני ע"ע אין צורך בהוכחת נזק אלא רק בהוכחה של התעשרות שלא כדין.
* **לעומת יעילות מנק' מבט לכתחילית (ex-ante) –** ניסיון להרתיע מקרים עתידיים. לצמצם מראש את תוחלת הנזק הגדולה. פרסום מידע חסוי של המדינה יכול להועיל לאויב ולפגוע קשות בביטחון המדינה. הרצון הוא שאנשים ייזהרו לפני שהם מפרסמים חומר רגיש ולכן יגישו אותו לצנזור טרם הפרסום. דעת הרוב התייחסה בעיקר להיבט של יעילות לכתחילה (ex-ante).

**חפיפה רעיונית המאתגרת את קווי הגבול שבין נזיקין לעשיית עושר**

**פאלאימפורט נ׳ צביה-גייגי:** שתי מתחרותבשוק חומרי הדברה; ציבה גייגי רשמה פטנט והגישה בקשה לצו מניעה כדי למנוע מהחברה המתחרה למכור את החומר; ביהמ"ש העניק צו מניעה קבוע (אם היה מדובר בצו מניעה זמני, ייתכן ובסוף הוא לא היה מוענק ולכן חשוב לציין כי הוא היה קבוע). פלאימפורט הגישה ערעור בו נקבע כי הפטנט חסר תוקף והצו בוטל.

**האם מגיע לפלאימפורט תרופה בגין הנזק שנגרם לה?**

לכאורה נראה שאמנם נגרם נזק אך לא ניתן לתבוע בדיני נזיקין היות ולא הייתה התרשלות. ואף נראה כי בדיני ע"ע כיוון שההתעשרות הייתה כחוק – גייגי פעלה לפי צו המניעה הקבוע שהוענק לפאלאימפורט.

**נפסק:** לא ניתן לתבוע דרך דיני הנזיקין, אך ניתן לתבוע דרך דיני ע"ע כיוון שצביה גייגי התעשרה שלא כדין על חשבונה של פאלאימפורט במהלך תקופת צו המניעה.

כיצד ניתן לקבוע שההתעשרות הייתה שלא כדין?

לפי מה ניתן לקבוע כי הייתה התעשרות? על איזו טובת הנאה (רווח) יש להעניק סעד?

**השופט זוסמן:** התעשרות שלא כדין לא חייבת להיות פעולה אקטיבית של נטילה. כמו בעניינינו, יכולה להיות התעשרות פסיבית שלא כדין על חשבון האחר גם כאשר אין מעוול. כמו העברת כסף בטעות.  
 - מציין את ס' 18 לחוק הוצאה לפועל וטוען שיש לשלם לפאלאימפורט על מנת להשיב את המצב לקדמותו.  
- צביה גייגי נהנתה מהפגיעה במוניטין של פאלאימפורט (מפרש פגיעה במוניטין בהגדרה רחבה).

**השופט קיסטר:** צביה גייגי "התעשרה" מכך שהגדילה את נתח השוק שלה (רווחיה) כתוצאה מפס"ד שגוי של החברה המתחרה, עברו לקוחות מפאלאימפורט לצביה גייגי. לכן יש להשיב את המצב לקדמותו.

מה קורה במצב בו היו חברות מתחרות נוספות בשוק?

**פתרונו של עופר גרוסקופף:** לדעתו צביה גייגי נהנתה ממניעת התחרות בשוק. לו היו חברות נוספות בשוק, הייתה יכולה פאלאימפורט לתבוע רק את גייגי בטענה שהיא היחידה שהתעשרה שלא כדין באמצעות מעשה אקטיבי (פס"ד השגוי), ואילו שאר החברות נהנו מההפקר. ההבדל בין המקרים הוא במניעה מוחלטת של התחרות.

**הרצאת אורח שנייה: מנגנוני פיצוי באירועים רבי נפגעים (ד"ר ענבל מימון בלאו).**

* אירוע רב נפגעים: מעשה או מחדל שבמסגרתו נגרמת לקבוצה גדולה של אנשים פגיעת גוף (לא לחימה או טרור).
* סוגים:

1. התרחשות חד פעמית (קריסת בניין, התמוטטות גשר).
2. חשיפה מתמשת לגורם הנזק (חשיפה ממושכת לקרינה)

* דומגאות למנגנוני פיצוי בעולם: חקיקה ספציפית, תוכניות פיצויים, קרנות וביטוח, ועדות, PPP ועוד.

**אירועים רבי נפגעים בישראל**

**מנגנוני פיצוי מרובדים –** לפי דיני הנזיקין כדי לפסוק לניזוק פיצויים יש צורך בהוכחת אחריות או אשם בין השאר. באירועים רבי נפגעים יש קושי בהוכחת אשם, לפיכך התפתחו מנגנוני פיצוי בהם אין צורך להוכיח אשם או אחריות לכל אחד מהנפגעים.

הגורמים העיקריים שהשפיעו על היווצרות הפיצויים באירועים רבי נפגעים בישראל

נבדקו 2 פרמטרים עיקריים על מנת להחליט כי אירוע מוגדר כרב נפגעים:

1. **תקופת האירוע –** בעשורים הראשונים לקום המדינה לעומת שנות השמונים ואילך. זו הייתה תקופה המורכבת משינויים בחברה הישראלית.
2. **אופי האירוע –** אסון חד פעמי או עוולה מתמשכת.

4 מקרים שנבחן:

* **אסון המעגן –** טקס שנערך להאדרת החיילים, איגרת נתפסה במטוס, ניסו לשחרר אותה אך לא הצליחו מה שהוביל להתרסקות המטוס על אזרחים ולהמוני נפגעים.

כיצד טיפלו באירוע?

1. **ועדת חקירה ממלכתית –** הייתה התרשלות אך אין הטלת אחריות ואין פיצויים כי מדובר בהתנדבות.
2. **הליכים פליליים –** רק כנגד הטייס.
3. **הליכים אזרחיים –** הוגשו תביעות לביהמ"ש, והופסקו בעקבות בקשת המדינה שהקימה בתמורה את ועדת הנימן וועדת הנאמן. שם נקבעו כי יוענקו פיצויים לפי יכולת סוציאליסטית. כלומר מי שבעל כסף לא יקבל פיצוי, אלא הפיצוי יינתן לפי צרכי כל אדם בפני עצמו. מדובר בפיצוי ללא אשם.

* **פרשת טיפול נפגעי הטיפול בגזזת –** התגלו מחלות כגון גזזת (מחלת עור) וגרענת (מחלת עיניים) בעולים בשנות ה -50, בעיקר בילדים. הוצע טיפול להניח את המטופל מתחת לרנטגן במשך ימים. לאחר 20שנה התגלה שהטיפול גרם למחלות סרטניות קשות, קיים קשר בין הטיפול למחלות שנוצרו.

כיצד טיפלו באירוע מבחינה משפטית?

1. **ועדת לביא**
2. **תביעות נזיקיות**
3. **תביעות בליווי הקבוצה –** התארגנות של קבוצת העולים בטענה כי הייתה התנהלות לא שוויונית.
4. **עתירות לבג"צ**
5. **תובענה ייצוגית**
6. **תביעה נזיקית –** הוגשה תביעה בנזיקין שנדחית בטענה של התיישנות + לא ידעו באותה תקופה שהטיפולים מסוכנים, ופעלו בהתאם לידע הרפואי שהיה בזמנו. מוגשית תביעה נוספת בה נטען שלא נאמר לחולים שהם בקבוצת סיכון ותביעה זו מתקבלת.
7. **מנגנון חקיקה ספציפי –** ב 1995 נחקק חוק הקובע פיצויים למי שבעל נכות מעל אחוז מסויים, מרשימה ספציפית של מחלות הכתובות בחוק זה. זה הפיצוי שמוענק החל מחקיקת החוק.

* **פרשת עירויי הדם (חולי המופיליה) –** חולי המופיליה לקחו תרופה לאורך זמן והסתבר כי אותה תרופה הייתה נגועה באיידס. חלק מהחולים היו בקרב קבוצת הלהט"ב שלא היו מעוניינים שידעו שהם חולים באיידס. רוב הנדבקים היו מקבוצה חזקה באוכלוסיה בלעי מודעות משפטית.

מה המענה שניתן לאירוע?

1. **מנגנון חקיקה ספציפי –** החוק לפיצוי נפגעי עירויי הדם (נגיף האיידס). הפיצוי הוענק בצורה אנונימית כיוון שהחולים התייבשו. נחקק ב 1992 ושנתיים לאחריו נחקק חוק הגזזת.
2. **תביעות נגד יצרני ארה"ב –** בשנת 2003 הוגשה תביעה נגד מייצרי התרופה בארה"ב.

* **אסון גשר המכביה –** בטקס הפתיחה של המכביה ה 15 נבנה גשר אירעי שהתמוטט כאשר חברי המשלחת האוסטרלית היו עליו והם נפלו לנהר הירקון, 4 מתו ורבים (גם המצילים) נפצעו וחלו ברמה גבוהה כתוצאה מהזיהום של הנהר.

המענה שניתן לאירוע:

1. **אישומים פליליים**
2. **הגשת תביעות נזיקין**
3. **פיצויים לנפגעים –** בתור שלבים ראשונים
4. **ועדת חקירה פרלמנטרית** – שהפיקה לקחים (מבחינה היסטורית ונזיקית).

הבנת הבעיה –

* **חוסר יעילות –** לא הגיוני בכל פעם שיש אירוע המוני לחוקק חוק ספציפי בשביל להתמודד עם התוצאות והפיצויים לנפגעים, אין הסדרה ברורה.
* **חוסר שוויון –** הקבוצות החזקות משיגות פיצוי גבוה יותר ובצורה מהירה יותר.
* **יצירת מנגנוני פיצוי על בסיס אחריות ללא אשם.**

הפתרון –

* **חקיקה אחידה לנפגעי גוף באירועים המוניים.**
* **בסיס אחריות –** אחריות שלא נעשית על בסיס אשם.

**הרצאת אורח שלישית: סמכות שיפוט אוניברסלית אזרחית (ד"ר נטלי דודזון).**

* משפט בינלאומי פומבי – יחסים בין מדינות.
* משפט בינלאומי פרטי – יישוב סכסוכים בין אנשים וגורמים (כגון חברות) פרטיים, כשאחד מהצדדים בסכסוך הוא זר.
* סעד כאוטומטי והכרחי גם עבור זכויות בסיסיות.

מקומה של המדינה ביחסים בין אנשים פרטיים

מתי מותר למדינה להתערב ביחסים כאלו, האם כאשר מדובר בתובע ונתבע בתביעה נזיקית? האם בעניין של צדק בין אישי? האם כאשר אנו נמצאים בעולם של צדק מתקן, המדינה צריכה ויכולה להרשות לעצמה לבטל שיקולים פוליטיים?

**מלחמת האזרחים בסוריה נ' שלטון אסאד**

במלחמת האזרחים בסוריה נעלמו אנשים שהתנגדו לשלטון אסאד, עונו ונרצחו. הדבר קרה בעזרתם של בעלי מקצוע כגון רופאים ועורכי דין שעשו את עבודתם (לדוג' רופא שעינה את המתנגדים). חלק מבעלי המקצוע נמצאים בסוריה אך חלקם נמצאים בארצות אחרות בעולם.

עולות 2 שאלות:

1. האם מגיע סעד לאזרח סורי שעונה (נניח בידי אותו רופא) ואם כן מה הוא הסעד? במידה וכן עולה שאלה מהותית חשובה להלן;
2. האם מדינה, שאינה סוריה ואינה קשורה למלחמה, שבה נמצא המעוול (לדוג' הרופא) צריכה לאפשר לקורבן (מהעינויים) זכות לתבוע את המעוול בגין הנזק (העינויים) שגרם לניזוק – הקורבן?[[5]](#footnote-6)

בשביל לענות על שאלות אלו יש להחליט מה עליון: ריבונות המדינה או זכויות הפרט.

תביעות נזיקין במדינה בה לא התרחשה העוולה, במקרה של עינויים

האם מתן התביעה היא טובה?  
האם היא מייצרת בעיות?  
האם פוגעת בצדק?

נבחן שאלות אלו לפי ההשקפות השונות.  
נציין כי בארה"ב אפשרי לתבוע בתביעות אלו, אך כיום אפשרות זו מוגבלת.

**רקע:**

המשפט הבינלאומי פלילי לזכויות אדם – נורמות של תביעה נזיקית במשפט זה מייחסות אחריות אישית פלילית בשל זוועות (כגון השואה). ניתן לייחס נורמות אלו למשפט הבינלאומי הקלאסי במקרים של דיני מלחמה – שם מדובר ביחסים בין מדינות. מדובר על אינטרס מוגן של **הריבון.**

האינטרס המוגן הוא על הפרט – שלא תהיה אכזריות ופגיעה באזרחים שהם ריבון המדינה. מסיבה זו היה קושי למשפט הבינלאומי לאפשר תביעה נזיקית לקורבן במדינה בה אינה התרחשה העוולה.  
המדינה התחייבה להגן על **התושבים והאזרחים שלה** ולא לפעול כלפיהם בעינויים, אך אין חובה כזו כלפי תושבים ואזרחים ממדינה אחרת.

עינויים – על מנת שאלימות תיחשב כעינויים, חייבת להיות מעורבות של עובד מדינה. אלימות פוליטית, דיכוי פוליטי.  
האיסור על עינויים – מדובר **בנורמה קוונטית.** כלומר המשפט הבינלאומי אוסר על עינויים באופן מוחלט ולא ניתן להחריג זאת.

**סעדים במשפט הבינלאומי**

האם ניתן להעניק סעדים דרך המשפט הבינלאומי? דעה רווחת היא שאין מי שיעקוף את המשפט הבינלאומי ולפיכך לא קיימת לו משמעות פרקטית, אלא רק תיאורטית. אכיפה של החוק הבינלאומי תלוי ברצון המדינות.

כללים למשפט הבינלאומי לגבי סעדים - העקרון המרכזי הוא שבמידה ונעשה מעשה לא חוקי יש להעניק סעד, לרוב של פיצוי. התפיסה היא שעל הסעד לבוא אוטומטית, גם כאשר יש קושי באכיפתו. ברגע שנעשה מעשה לא חוקי – יש לפצות ולהשיב את המצב לקדמותו עד כמה שניתן, גם כאשר יש קושי בכך.

התחומים הממוסדים במשפט הבינלאומי

הסעדים שהדין קובע להם אחריות פלילית, מבוצעים בדרגות שונות.

המענה הראשוני אמור להינתן אצל רשויות המדינה שבה התרחשה העוולה. חובת המדינה (למשל סוריה) – למנוע, ולפצות כספית את הניזוק. חובת המדינה להפעיל את המשפט הפלילי עבור תושביה ולהעניש.

רוב הדברים בנויים על הסכמת המדינה ועל החלטתה לציית למשפט הבינלאומי ולפעול לפיו.  
**הבעיה –** לא כל המדינות (כגון סוריה) חברות באמנות השונות.  
**הפיתרון –** אין צורך בהקמת מוסד גדול במיוחד לשם אכיפה של המשפט הבינלאומי, אלא שימוש במוסדות קיימים בהם ניתן להכניס את התביעה. **הפיתרון מתחלק לשניים:**

1. **סמכות שיפוט אוניברסלית פלילית –** ביהמ"ש פלילי מפעיל את סמכותו לא מכח זיקה טריטוריאלית או אזרחית. המדינה היא לא זאת המעניקה לו את הסמכות לשפוט, אלא האוניברסליות של הערכים המשותפים לכל האנושות (זכויות אדם בסיסיות– ערך עליון) היא המעניקה לו סמכות לשפוט. ביהמ"ש הופך להיות שליח של האנושות והקהילה הבינלאומית, כך שכל מדינה החברה באמנה מתחייבת לשפוט את המעוול (המענה) במצב בו הוא שוהה אצלה במדינה.  
   דוגמא: משפט אייכמן.
2. **סמכות שיפוט אוניברסלית אזרחית –** ביהמ"ש אזרחי מפעיל את סמכותו כאמור לעיל. המשפט הפלילי לא תמיד נגיש מסיבות שונות כגון חשש המדינה מפגיעה ביחסים דיפלומטיים, ולכן המדינה לא תמהר לפתוח את האפשרות של משפט פלילי אוניברסלי בתחומה. מסיבה זו תביעה נזיקית היא אטרקטיבית לקורבנות.  
   דוגמא: פרדינסס מרקוס. רודן פיליפיני שנתבע בארה"ב ע"י קורבנותיו בגין עינויים, הוצאות להורג והיעלמויות. הקורבנות קיבלו פיצויים בסך של 2 מיליארד דולר והצליחו לאכוף חלק מהעיזבון.

**חשיבות נוספת –** קיימת חשיבות נוספת לאפשרות לתבוע. פעמים רבות הקורבנות לא מעוניינים בהכרח בפיצויים אלא מבקשים שהדברים יהיו מתועדים בתיעוד היסטורי כך שלא תהיה הכחשה בעתיד. (קיימים מכחישי שואה). כתב התביעה עונה על צורך נפשי זה של הקורבנות.

נשאלת השאלה האם לגיטימי לפגוע כך בריבונותה של המדינה? הרי כתבנו לעיל שהמדינה נמנעת מלפתוח את הדלת למשפט הפלילי בגלל חשש מפגיעה ביחסים דיפלומטיים. אם כך מה לגבי המשפט האזרחי? החשש אינו זהה, כיוון שמדובר בתביעה של אדם פרטי נגד אדם פרטי (במשפט פלילי הפרקליטות כלומר המדינה נגד האדם הפרטי). עם זאת מדובר בדיכוי פוליטי.

**מאמרו של סטיבן**

סטיבן מציין מקרים בהם המדינה לא מתנגדת, למשל בפיליפינים – היה משטר אחר ולא התנגדו. בנוסף קיימים מקרים בהם יש מקרים של שיתוף פעולה בין המדינה למשטר האחר. יש לזכור שפגיעה בקניין פחות חמורה מפגיעה בחירות.

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

חוק נזקי זרים – בתי משפט פדרליים – נחקק ב 1789 בארה"ב שרק אדם זר רשאי לתבוע בנזיקין בעילת הפרה של מנהגי המשפט הבינלאומי (האמנות). התובע – חייב להיות זר. הנתבע – לא חייב להיות זר.

**הרופא מפרגוואי נ' השוטר:** בסוף שנות ה 70 ביהמ"ש פדרלי בניו יורק השתמש בחקיקה הנ"ל על מנת לפסוק בתביעת נזיקין בה רופא מפרגוואי וביתו תבעו בגין עינויים של שוטר לשעבר שעינה והרג את הבן בפרגוואי. (עינויים הם איסור אוניברסלי). בעקבות פסק דין זה הוגשו תביעות רבות העוסקות בעינויים.

**הקהילה נ' חברת הנפט:** ב 2002 תבעה קהילה חברת נפט על נזק שנגרם לה בעקבות פיצוץ צינור נפט. הקהילה התנגדה לבנייה והמשטר בבורמה דיכא את ההתנגדות בצורה אלימה. ביהמ"ש קבע: **ניתן לתבוע תאגידים זרים.** בעקבות פס"ד זה הוגשו תביעות רבות העוסקות בתאגידים רב לאומיים שסייעו ושיתפו פעולה עם משטר לאומי שדיכא התנגדות. בעקבות כך יועץ לתאגידים להיזהר מתביעות.

הנשיא בוש התנגד בטענה שזה פוגע בעסקים (לפי הבנתי הוא רצה לפסול את החוק הקיים/לחוקק חוק שלא מאפשר זאת). אולם ביהמ"ש פעל בצורה אקטיביסטית וקבע שבוש לקח על עצמו סמכות יתר (כי ביהמ"ש ממש לא – הזיה בעיניי). נקבע שפרשנות החוק המאפשרת תביעות אלה היא פרשנות ראויה אך כיוון שהיא מהווה סכנה ליחסים בינלאומיים דיפלומטיים יש להגביל את התביעות רק למצב בו יש פגיעה **בנורמות אוניברסליות** (כגון עינויים), זאת על מנת להימנע מכרסום סמכויות הרשות המבצעת.

לפיכך כיום לא ניתן לשפוט בארה"ב מקרה שלא מעניק סמכות אוניברסילת. למשל במקרה והמקרים שהבאנו לעיל היו מתרחשים כיום: הרופא מפרגוואי ניתן לתבוע אך בחברת הנפט לא ניתן לתבוע. החוקים של ארה"ב חלים רק במדינת ארה"ב. לכן על מנת להשתמש בחוק צריך להוכיח קשר הדוק לארה"ב.

**2 אפשרויות של סמכות שיפוט אוניברסלית בארה"ב כיום:**

1. תביעות נזיקין רגילות (לא תחת קטגוריה של עינויים)
2. בוש האב חוקק: אזרח אמריקאי או אדם זר יכולים לתבוע בבתי משפט פדרליים של ארה"ב (רק אדם פרטי ולא תאגיד) בגין עינויים או הוצאה להורג ללא משפט.

**2 הצדקות להכרה בחסינות מהותית של עובדי מדינה זרה בגין עינויים:**

1. **הבחנה בין מהות להליך.** מדובר בשאלה פרוצדורלית**.** יש לעשות הבחנה בין זכות לסעד. זכותו להיות חופשי מעינויים אך בשביל סעד נדרש הליך פרוצדורלי.
2. **הבחנה בין הליך אזרחי להליך פלילי.** מוענקת סמכות אוניברסלית פלילית, מדוע לא ניתן לתבוע אזרחית בנזיקין אם כבר הראנו לעיל שהיא יותר נוחה? ביהמ"ש עליון של קנדה: בתביעה נגד עובדי מדינה קיים שוני. היות שמדובר בעובדי מדינה, הליך פלילי יהיה אישי יותר ואילו הליך נזיקי-אזרחי יהפוך לפוליטי יותר. הפעלה של כח המדינה מקובל יותר נגד אנשים זרים ובפיצויים מערבים את המדינה. לעומת זאת משתמשים במשפט הפלילי יותר בשביל עבירות פוליטיות מאשר לדיני נזיקין.

**מסקנות:**

1. **כיום יש הליכים רבים המתנהלים בגרמניה נגד סוריה, כיוון שבגרמניה יש פליטים רבים.**
2. **לשגרירים יש חסינות דיפלומטית אישית.**

**תשובות לשאלות שעשינו בכיתה**

1. ההגנה עליה מדברת שלומית היא צו מניעה אשר נועדה למנוע פגיעה מתמשכת הנגרמת ע"י מיטרד. (קלברזי ומלמד). ההגנה השנייה עליה מדברת שולמית היא פיצויים כספיים על נזק במידה ונגרם.
2. צדק מתקן הוא השבת המצב לקדמותו. כאשר מדובר בפיצויים – הענקת שווי הנזק בערך כספי משיבה את המצב לקדמותו עד כמה שניתן. כאשר מדובר בצו הגנה – מתקיימת המשכיות של הזכות שנפגעה, לא מדובר בזמן אלא בטיב הפגיעה והיקפה. ולכן גם מניעת נזק עתידי גורם לזכות להמשיך להתקיים. בנוסף קיים היבט של קולרטיביות, במקרה של נזק שעוד לא התממש הסעד המתאים ביותר האו מניעה של אותו נזק ולכן התרופה של צו מניעה היא המתאימה ביותר למניעת נזק עתידי.**פיצוי כספי – על הנזק שנעשה. הפיצוי יכלול את הכסף שנאלצה אלמונית לשלם לשכירות בבית אחר וכן הוצאות נוספות במידה והיו כגון מרחק ממקום העבודה וכו'.**

**צו מניעה המונע את הנזק העתידי שיתרחש. הפסקת הפגיעה בזכותה של אלמונית לגור בביתה (להשתמש במקרקעין בצורה תקינה). מתקיימת המשכיות של הפגיעה.**

**פיצוי כספי – צריכה להיות קורלטיביות בין הנזק לתרופה, המשכיות של הזכות שנפגעה וכן השבת המצב לקדמותו. פיצוי כספי ישיב עד כמה שניתן את המצב לקדמותו ויתקן את אי הצדק שנגרם, כמו כן הזכות תמשיך להתקיים באמצעות הפיצוי וכן מתקיימת קורלטיביות עד כמה שניתן.**

**צו מניעה – מתקיימת קורלטיביות כיוון שהמטרד עצמו הוא זה אשר פוגע בזכות ולכן הפסקתו היא התרופה המתאימה ביותר. בנוסף מתקיימת המשכיות הזכות כיוון שההמשכיות אינה נוגעת רק לאי צדק שנגרם בעבר אלא מתייחסת בעיקר להמשכיות הזכות בהיבט של טיב הפגיעה ולכן גם מניעה עתידית של פגיעה בזכות גורמת לזכות להמשיך להתקיים.**

לא נכון. לרונן הייתה זכות לקשור את הספינה כיוון שהיה מדובר במקרה חירום (וינסנט). ובעל המסעדה יקבל פיצוי כיוון שנפגעה זכותו לשלמות הגדר זכות זו עומדת לו למרות שניתן להשתמש בגדר ללא הסכמתו. עוברים מכלל קנייני לכלל של אחריות ולכן התרופה המוענקת היא אכם פיצוי (קלברזי ומלמד).

1. פגיעה עובדתית היא פגיעה לא "רוחנית" לדוגמא גזל – ראובן גונב משמעון רכב, שמעון תובע מראובן את החזרת רכב. (פגיעה מהותית בעניין זה שיכולה להיות היא ההפסד של ראובן מהאפשרות להשתמש ברכבו למטרות רווח, נניח). [↑](#footnote-ref-2)
2. אם ראובן ישיב לשמעון רכב אחר במקום הרכב הגנוב או שווי שונה מהרכב הגנוב – לא תתקיים הקורלטיביות וכן זאת לא המשכיות של הזכות כי כעת מדובר בזכות לקניין שונה – הקניין עצמו השתנה. [↑](#footnote-ref-3)
3. בארץ מתקיימת אחריות מוחלטת לגבי נזקי גוף בתאונת דרכים, אך לשם ההמחשה נשתמש בדוגמא זו. [↑](#footnote-ref-4)
4. דומה ל **1.** שם אין כלל משפטי. [↑](#footnote-ref-5)
5. בעיה היכולה להיווצר מכך היא שהמדינה נמצאת ביחסים טובים עם סוריה, אך כאשר תאפשר את התביעה והמעוול יימצא אשם – הסעד שיהיה עליו להעניק, ייתכן ויגרום ליחסים עוינים עם סוריה... [↑](#footnote-ref-6)