**תרופות במשפט הפרטי:**

**שיעור 2: מבוא**

**מבוא**

* **מהי תרופה?** סעדים במשפט, המענה של המשפט לפגיעה בתובע.
* **סוגי תרופות: 1)** תרופות חוזיות כגון ביטול והשבה, פיצויים, אכיפה (סעד שנקבל בד"כ בהפרת חוזה). **2)** תרופות נזיקיות של עוולה ופיצוי כנגדה, צווי מניעה. **3)** השבה במסגרת דיני עשיית עושר ולא במשפט.
* **המשפט הפרטי:** חוזים, נזיקין, קניין, עשיית עושר. = אלו התחומים המרכזיים של המשפט הפרטי.
* **רקע היסטורי:** לא היתה חלוקה לפי תחומים, הכל היה תחת מטריה אחת. אחרי המאה ה19 המשפט הפך להיות משפט כמדע- "התקופה הקלאסית". עם הזמן נעשית חלוקה יותר מובהקת בין התחומים, מומחים לכל תחום, ספרי לימוד לכל תחום. התפיסה הזו של המשפט כמדע מאפיין את ההתפתחות בתקופה האחרונה יחסית. מבין התחומים של המשפט הפרטי, עשיית עושר הוא עוד בשלבי התפתחות ולמרות שנחשב תחום בפני עצמו, הוא קצת יותר מורכב מהשאר. ארבעת תחומים אלו הגיעו משורש אחד של סיפורים עובדתיים.

**חפיפות הנוגעות מחלוקה לקטגוריות: "המחיר" שאנחנו משלמים מחלוקה לקטגוריות:**

דוגמא: חוק המקרקעין ופקודת הנזיקין:

- חוק המקרקעין ס 18: הגנה לבעל המקרקעין להפעיל שימוש בכוח כדי להוציא את מי שהסיג גבול ופלש למקרקעין שלו תוך 30 יום.

- פקודת הנזיקין הגנה מיוחדת ס 24: עוולת התקיפה: הגנה על התוקף במידה ובעל המקרקעין ביקש ונתן הזדמנות סבירה לפולש להסתדר בדרכי שלום.

חוק המקרקעין מגביל את ההגנה ב30 יום, ואילו פקודת הנזיקין אינו מגביל בזמן את ההגנה על התקיפה= יש בעיה, וזו נובעת מהעובדה שהדינים שלנו חלים באופן מקביל ומכאן מגיעות ההתנגשויות.

**נגיעה במשפט הפרטי:**

**א. דיני חוזים:**

**- הרעיון הבסיסי ביותר שמבטאים דיני החוזים** הוא הסכמה לתת משהו בתמורה למשהו= סחר חליפין. בשורה התחתונה- לכל צד עדיף את מה שיש לשני וככה כל צד מגדיל את העוגה שלו, וכך כולנו מקבלים יותר, לפי התיאוריה הכלכלית של המשפט.

**- אם די בהסכמה, מדוע היה צורך בהתפתחות של דיני החוזים?** כדי לתת תוקף מחייב להסכמה, לתת גב להסכמה, לפתור את בעיית אי הוודאות וכדי שאדם יוכל להסתמך על הסכמה בהחלטות כלכליות או בכלל, זאת כדי שהשוק יפעל ללא הפרעה. (תשובות מהכיתה…)

**הרעיונות של דיני החוזים:**

* אוטונומיה- צריך לחשוב על חוזים כדבר שהוא מעבר לתיקוף ההסמכה, אלא דרך החוזים לעודד אנשים להתקשר ולממש את הרצונות שלהם. לנסח הרבה סוגי חוזים ולגרום לאנשים לבטא ולממש את הרצון שלהם.
* ודאות וציפיה
* הסתמכות
* תועלת

בעולם מושלם לא היה צורך בחוזים, משום שלא היו מחלוקות. אך עולם אינו מושלם ולכן יש בהם צורך. כדי שנוכל להסתמך על כל הנקודות שלעיל, דיני החוזים מעניקים לנו הגנה- תרופות (סעדים).

**ב. דיני נזיקין:**

**- הרעיון הבסיסי של דיני הנזיקין** הוא שאדם ישלם אם הוא עשה משהו לא בסדר וכך לעורר את מצפונו. בינגוד למשפט פלילי, בנזיקין יש כל מיני סוגים של אשם (אשם חברתי- עשית משהו לא בסדר אבל אי אפשר לומר שמבחינה מוסרית היא באמת בעייתית). יש לנו קודים חברתיים ויכול להיות שבנסיבות מסוימות נהוג לנקוט בפרוצדורה מסוימת, גם אם מבחינה מוסרית האדם עשה הכל בסדר. למשל רשלנות רפואית, גם אם הרופא פעל בצורה סבירה מבחינה מוסרית, בגלל מוסכמה חברתית כלשהי, היה מצופה שיפעל אחרת. האשם אינו מוסרי, אבל ההתנהגות נחשבת מבחינה חברתית כלא סבירה.

- בעולם מושלם לא היה צורך בדיני הנזיקין כי כולם היו מתנהגים בצורה וסרית, אך בעולם לא מושלם זקוקים להם. דיני הנזיקים מעניקים לנו הגנה נזיקית- כדי שאדם שקרה לו משהו קרה יקבל פיצוי.

בדיני נזיקין, וגם בחוזים מדברים הרבה פעמים על הרתעה, פתרון בדיעבד, לאחר המעשה= הפיצוי לא יכול להחזיר באמת את המצב לקדמותו, כי אם אדם שאיבד את הראיה מקבל פיצוי הוא לא מקבל חזרה את הראיה שלו, אבל זה הפתרון האופטימלי במצב הקיים שלאחר המעשה.

מלכתחילה, מדובר במניעה. כשמדברים על הרתעה מתכוונים למצב התחלתי, מניעה יעילה לפני מעשה. לגרום לאנשים להתנהג בצורה שתרתיע אותם מלבצע את המעשה המזיק.

**ג. דיני קניין**

**- הרעיון המרכזי שמבטאים דיני הקניין** הוא שליטה על מה ששייך לי ואני בעליו. ואוטונומיה של האדם שהוא בוחר מה לעשות במה ששייך לו.

- בעולם מושלם לא היה בהם צורך, אבל בעולם שאינו מושלם השליטה במשאבים עשויה להיקבע על פי הכלל של "החזק גובר"- אם אין כללים מוסדרים, כל אחד ינסה לתפוס את הקניין וכך רק מי שיש לו יותר כוח הוא מי שיתפוס את הבעלות, בשל מציאות אפשרית כזו, צריך את דיני הקניין. דיני הקניין באים ליצור סדר ולתת הגנות על הקניין של אנשים.

**ד. דיני עשיית עושר ולא במשפט:**

* **רקע היסטורי: "התעשר שלא כדין על חשבון אחר"-** דיני היושר- התפתחו במשפט האנגלי עי מערכת הקינג-בנצ', שרעיונה לתת מענה למה שהמערכת המשפטית הרגילה לא הצליחה לתת- כשהתוצאה של המשפט תהיה בלתי צודקת. למנוע מצב של תוצאה לא הוגנת שתתקבל אם נלך בדרך המשפט הרגילה. ומכאן התפתחו רעיונות נוספים-
1. **"הבטחה מרומזת" או "מעין חוזה"**: לדוג: תשלום בטעות. בטעות שילמתי לאדם אחר כסף, האדם האחר חייב להשיב לי את הכסף, למרות שאין ביננו חוזה.החובה להחזיר את הכסף קבועה בדיני עשיית עושר ולא במשפט. כי במובן העוולתי האדם שקיבל ממני את הכסף לא עשה כלום ולא גרם לי לנזק, הוא היה פאסיבי.
2. **דוקטרינת הויתור על עוולה נזיקית:** בעבר, ביהמ"ש איפשר לאנשים לומר שהם מוותרים על זכותם לתבוע, ובמקום זה לבקש את ההתעשרות של המעבר מהעוולה שלו. הוא גרם לי נזק של 80 אבל הרוויח מהעוולה הזו 100. דיני עשיית עושר יאפשרו לי לקבל יותר- לקבל לא את מה שהוא הזיק לי, אלא את מה שהוא הרוויח מלהזיק לי.

**שיעור 2: סיום פרק המבוא**

המשך דיני עשיית עושר ולא במשפט:

* **נתבע פסיבי:** גם אם לא עשית כלום אתה יכול להיתבע, כמו במצב של תשלום בטעות. טעויות קורות הרבה.

דוגמא לחובת השבה בנתבע פסיבי:

פסד באנגלית בנושא- סיטי בנק: הסדרי המלווים הסתכמו בביליון דולר. פקיד רציני ואחראי על לקוחות כבדים, עשה טעות ובמקום להעביר להם לפי החוזה את סכום הריבית שמגיע להם, הוא העביר להם את סכום הקרן בסך ביליון- במקום מיליון העביר ביליון. הדבר התגלה, עשה הרבה רעש כי כחצי ביליון מהסכום המלווים לא הסכימו להחזיר והם הסתמכו על דוקטרינה מסוימת (טענת הגנה שלא נלמד). ביהמש קבע לאחר הרבה גלגולים וערעורים שעליהם להחזיר את הכסף לבנק.

* **נתבע אקטיבי:** וויתור על העוולה הנזיקית בתמורה לרווחים מהעוולה. במקום לבקש את ההפסד לבקש את הרווח שקיבל המעוול מהעוולה.

פסד ריק נ פלמר: פסד אמריקאי. אדם רצח את סבא שלו בגלל שפחד שישנה את הצוואה שלו. לפי הצוואה, הנכד הוא המוטב, וכדי שלא ישתנה ויועבר לדודות שלו, הוא הרעיל את סבו. לפי החוק, אי אפשר לרשת את הכספים של מי שרצחת, אך החוק הזה חוקק רק לאחר הפסד. הפסד הוגש באזרחי ולא בפלילי. הרצח הוכח והכל נכון, והדודות של הנכד תבעו את הרווחים- הטענה שלהן היא שהנכד לא יכול להרוויח, זו תהא התעשרות שלא כדין, כי רצח את סבו.

דוגמא זו מוכיחה מדוע נוצרה הדוקטרינה הזו- לעיתים הדין רזה מידי ולא מביא לצדק.

ביהמש איפשר את התביעה הזו, דבר לא ברור מאליו כי לא הוכח שהדודות הן אלו שזכאיות לכסף (הוא לא שינה א הצוואה).

**חלק 2: החלק התיאורטי של הקורס- הקשר בין העילה לסעד במשפט הפרטי**

תיאוריה: מהו רעיון העל של דיני התרופות?

יש הרבה מאוד תיאוריות, אנחנו נדבר רק על הדומיננטיות שביניהן- צדק מתקן, ניתוח כלכלי-מקסום רווחה מצרפית, תאוריה פוזיטיביסטית (פחות לומדים אותה בישראל, אבל חשוב להכיר אותה).

ליבק נ מקדונלדס': כוס הקפה של מקדונלדס שנשפכה על אישה בת 70. כשהיתה ברכבה. מסתבר שהקפה היה רותח יותר מידי, בטמפ גבוהה מאוד והיא נכבתה בצורה קיצונית. היא ניסתה להגיע להסכם שישתתפו בכספי הטיפול והם סרבו, לכן היא הלכה לביהמש ושם המושבעים פסקו לה הרבה פיצויים. במשך הרבה זמן מקדונלדס נוהגת בצורה רבתית רשלנית מאוד- הטמפ היתה רתיחה מאוד שיכולה לעולל כוויות ברמה קשה מאוד. בתביעה התברר כי במשך שנים אנשים התלוננו וקרו עוד מקרים כאלו- אלא שכאן קרתה פציעה קשה ביותר.

דיון בעקבות המקרה, הכלים שבתביעה אזרחית:

**למה בכלל אנחנו רוצים פיצוי?**

* יש כאן אלמנט של **הרתעה**- למקדונלדס לא משתלם להתחיל לשנות את המדיניות שלה ולברר את העניין, לכן היא לא שינתה דבר. מיד לאחר התביעה נוצרה הרתעה שהכריחה אותם לשנות את דפוס ההתנהגות שלהם בעניין הטמפ.
* **השבת המצב לקדמותו**- הרעיון שבלתת פיצוי לאישה הוא לעזור לה להשיב את המצב לקדמותו. זה נשמע דבר מאוד טכני, אבל ברוב המקרים קשה להשיב את המצב לקדמותו- איך אפשר להחזיר לאחור את הסבל והכאב שהאישה עברה? אבל הפיצוי יכול לנסות לתת את המקסימום שייאפשר לו לחיות עם תוצאות המקרה והנזק בצורה אופטימלית.
* **חזק מול חלש:** אלמנט של האזרח הקטן מול התאגיד הגדול. היווצרות צדק לפיו הארגון הגדול מפסיק לרמוס את האזרח הקטן ומשלם על חוסר האחריות שלו.

**סיכום השיקולים לפי המצגת:**

* פיצוי על הפגיעה הפיזית, החזר על הוצאות רפואיות וכו
* האזרח הקטן מול התאגיד הגדול- צדק חלוקתי
* הרתעה
* אולי בכלל אין שום תכלית מאחורי הפיצוי- אלא המעוול צריך לשלם עבור הנזקים שעשה= זו התיאוריה הפוזיטיבית.

הסדר שנלמד את התיאוריה: 1) תרופות בראי הצדק המתקן 2) גישה פוזיטיבית 3) צדק חלוקתי

**א. צדק מתקן:**

אין בית משפט שלא עושה צדק מתקן! זו תיאוריה דומיננטית מאוד שמתפתחת עי **ארנסט וינריב**- אחד הפילוסופים הגדולים בתחום. נתמקד בתיאוריה שלו.

צדק מתקן מגיע ממשפחת התיאוריה של הזכויות: המשפט כולו זה רעיון פילוסופי לפיו יש זכויות וחובות. צדק מתקן נסמך על זכויות.

פסד פאלסגרף: פלסגרף היא אישה שמחכה בתחנת הרכבת ובינתיים רכבת אחרת יוצאת מהרציף- לא הרכבת שלה. בתחנה האחרת מתרחש אירוע- אדם מנסה לעלות באיחור לרכבת ושני עובדי הרכבת מנסים להכניס אותו ולדחוף אותו פנימה כדי שיספיק לעלות. לאדם המאחר היתה חבילת ניירות עטופה ביד שנפלה לו כשעלה לרכבת. תוכן החבילה- זיקוקים. החבילה התפוצצה כשנפלה, וכתוצאה מהפיצוץ נפל מוט שנפל על ראשה של האישה וגרם לה לאילמות.

פסד זה מפורסם בגלל החלטה של אחד השופטים-**קרדוזו**: הוא מסביר מדוע לא מגיע פיצוי לגברת פאלסגרף. לפיו, אנחנו לא חייבים חובת זהירות על כל התנהגות שאנחנו עושים לכל העולם, אלא חייבים רק כלפי מי שנמצא במעגל "דמיוני" שסביבי. לפי **מבחן הצפיות הטכני** נדע מי נכנס למעגל הזה ורק כלפיו אנחנו חבים חובת זהירות. אין ספק שיש פה רשלנות כלפי אותו אדם המאחר שנדחף לרכבת (נזק ברכוש בעניין הזיקוקים ואולי אף נזק בגוף) מצד עובדי הרכבת, והם חייבים כלפיו חובת זהירות. אבל האם זה אומר שכל אדם שנמצא ברדיוס, גם כלפי מי שלא ניתן היה לצפות מראש, אני חב כלפיו חובת זהירות? אם נטיל אחריות על כל דבר שהתגלגל ופגע איכשהו בצד שבכלל לא קשור לעניין ניצור הרתעת יתר.

חובת הזהירות קובעת כלפי מי כן חיייבים כשפוגעים ברשלנות. יש גבול לחובת הזהירות והרכבת לא היתה חייבת חובת זהירות כלפי האישה, כי אי אפשר לומר שעובדי הרכבת צפו פגיעה כזו באישה.

מה שחשוב כדי לומר אם קיימת או לא תביעה אזרחית היא השאלה האם הופרה חובה? לפי קרדוזו, לאדם שנדחף לרכבת היתה זכות להגן על שלמות רכושו וגופו מול עובדי הרכבת שיכלו לצפות את הפגיעה. והפוך- אין לגברת פאלסגרף זכות להגן על עצמה מפני שהעבדים לא יכלו לצפות תוצאה שכזו. בסיטואציה העובדתית הזו אין לה זכויות, לפי הגבולות הרעיוניים שנקבעו = **כאן קרדוזו יוצר את הגבול.**

\*\* משפט הוא דבר תרבותי, לכן הטענה שהיה על עובדי הרכבת לערוך בידוק בטחוני לא רלוונטית כי בידוק בטחוני תלוי תרבות. בישראל נהוג לערוך בדיקה בכניסה למקומות מסוימים, אבל במקומות וזמנים אחרים אולי לא.

**נקודת המוצא להבנת ולדיון על צדק מתקן- אם הופרה חובה אז בהכרח נפגעה זכות.**

**התפיסה הדומיננטית של הצדק המתקן:**

ישנם 2 רעיונות מרכזיים כדי להבין תרופות על פי הרעיון של צדק מתקן:

1. **קורלטיביות (=התאמה):**

לפי התאוריה של וינרב קיימים 2 צדדים- המבנה והמהות.

1. **המבנה: תיאוריה אריסטוטלית** (של אריסטו)- הצדק המתקן הוא תפיסה כמותית של צדק. אריסטו נותן דימוי של ממש של 2 קווים. אם מישהו נפגע, הקו שלו נקטע והחלק הקטוע הועבר לצד השני. זה אומר, כשפוגעים למישהו בזכות, התווסף לקו שלי ערך הפגיעה, לכן הדרך היחידה לתקן היא החזרת ערך הפגיעה למקורו. אריסטו בנה מבנה של המשפט הפרטי, ומסביר בצורה הכי טהורה ופשטנית למה פיצוי חייב להתקבל לתובע מאת הנתבע ולא ממישהו אחר- כדי שהקווים של שניהם יהיו שווים. = תיאוריה מאוד ברורה, טהרנית ופשוטה להבנה.
2. **המהות:** הרעיון המרכזי הוא שלכל אחד ואחת יש זכות לממש את עצמנו באמצעות מה שיש לנו (גוף, רכוש, קניין, חוזים) ויש חובה שלא להתערב למישהו אחר ביכולת שלו לממש את עצמו. ומכאן שכדי להבין מה הפיצוי יש להבין איזו זכות נפגעה. פגיעה בשלמות הגוף זה לא כמו הפרת חוזה ולכן גובה הפיצוי יהיה שונה.

התרופה מחזירה את שיווי המשקל בין הצדדים לנקודת ההתחלה שלו. היא שמאפשרת לרפא את אי הצדק (פגיעה בזכות), הפער, שנוצר בין התובע והנתבע המסוימים. **ההתאמה** בין הזכות שנפגעה לבין הסעד צריך להיות הן ב**סוג** הזכות הנפגעת וב**היקף** הזכות הנפגעת.

המחוקק מדבר במונחים של סבירות (באופן בלתי סביר וכו) כדי לתת לביהמש את המרחב להחליט מה סביר ומה לא ואת ההיקף. מהסיבה הפשוטה שכמעט בלתי אפשרי ליצור קודקס עם כלל המקרים האפשריים ולמיינם לפי "סביר" או "לא סביר".

1. **המשכיות:** התרופה היא לא משהו חיצוני. קרתה פגיעה, ברמה העובדתית, והתרופה היא המשך לזכות שנפגעה.

דוגמא: מישהו גנב את הרכב, אני מקבל פיצוי בחזרה. זה לא אומר שהזכות נגמרה בזה שלקחו לי את הרכב, ועכשיו מגיע לי פיצוי. גנבו לי את הרכב, ועדיין יש לי זכות לרכב, ובמובן הזה הפיצוי או ההשבה של הרכב/ הסכום הכספי הוא הזכות עצמה שכאילו אבדה לי.

הפיצוי לא בא מבחוץ כתחלופה לזכות, אלא הוא ההמשך שלה. מעולם לא פגה הזכות על הרכב, והתרופה היא אותה הזכות על הרכב שלובשת צורה של פיצוי. הזכות פועמת בעולם בדמות פיצוי.

**מן התיאוריה אל הפרקטיקה:**

פסד Olwell vs Ney: ישנה מכונה לשטיפת ביצים. שני אנשים מקיימים ביניהם חוזה מכירה של מפעל לאריזת ביצים. בין היתר, במפעל יש מכונה לשטיפת ביצים שהיא לא כלולה בחוזה. בעל המפעל שמכר את המפעל איחסן את המכונה בקרבת מקום ולא מכר אותה כי לא חלק מהחוזה. התקופה היא מלחמת העולם ה2, רוכש המפעל הוציא והשתמש במפעל כי חשב שהבעלים לא ישים לב. שלוש שנים השתמש במכונה עד שמקרה מגלה זאת בעל המכונה (הבעלים לשעבר של המפעל). הוא רצה לסגור את זה בצורה יפה והחליט למכור לו את המכונה במחיר השוק 600 דולר. רוכש המפעל מוכן לתת רק 50 דולר. בעל המכונה תובע את רוכש המפעל.

**איזה פיצוי צריך לתת כאן? האפשרויות:**

1. כלום. כי לא נגרם נזק לבעל המכונה. הוא בכלל אל שם לב ששלוש שנים היא היתה בשימוש.
2. 600 דולר- הסכום שיכל לקבל בעל המכונה על המכונה לו היה נכלל הדבר לחוזה ומחיר זה בדכ הוא מחיר השוק.
3. ההתעשרות מהשימוש במכונה. התעשרות לא חייבת להיות פוזיטיבית, אלא פשוט טובת הנאה, שזו יכולה להיות גם חיסכון בהוצאות.

ביהמש החליט לתת פיצוי של 1560 דולר.

**הסבר הפיצוי:** ביהמש בדק ומצא שעלויות של פועלים שישטפו בעצמם יהיה 10 דולרים לשבוע. בשלוש שנים יש 156 שבועות, לכן מכפיל ומוצא כמה חסכו במפעל על חשבונו של בעל המכונה ממכונת השטיפה.

בפועל, הסכום הזה לא שולם, כי הוא לא יכול לפסוק יותר ממה שהתבקש עי בעל המכונה, שזה היה 900 דולר.

\*\* מדוע אי אפשר לקבל גם 6000 וגם 1560? אי אפשר לקבל פיצוי כפול על אותה העוולה. אי אפשר לתבוע גם על הנזק וגם על ההתעשרות, על ביהמש לבחור.

**הביקורת על פסיקת ביהמש בעניין מכונת הביצים:**

**לפי תיאורית הצדק המתקן:** לפי וינרב- אין סיבה להכניס שיקולים כלכליים במשפט פרטי. הזכות שנפגעה כאן היא הזכות לקניין של בעל המכונה. כדי לא לפגוע בזכות היה צריך לבקש את **הסכמת** בעל המכונה. אנחנו יודעים שבעל המכונה היה מסכים לו להשתמש תמורת 600 דולר- ומכאן שזה הפיצוי.

הפגיעה בזכות היתה נמנעת אילו שילם 600. אם לא שילם 600 והשתמש במכונה ללא רשותו, עכשיו הוא צריך להחזיר לו 600. אין לתובע זכות קנויה על שטיפת הביצים שנחסכו במפעל. לפי תיאוריית הזכויות של הצדק המתקן הפיצוי הוא עד 600, שזה הסכום שהיו משלמים בלא הפגיעה בזכות כדי להחזיר את המצב לקדמותו.

\*\* אם מטרת ביהמש היתה להרתיע- אין כאן טעות. אך יש מטרה נוספת למשפט הפרטי והיא השבת המצב לקדמותו- צדק מתקן.

**שיעור 3: 19/5**

**צדק מתקן וצווי מניעה:** צו מניעה מאופיין בפגיעה מסוג אחר, פגיעה מתמשכת. בדכ אנחנו רגילים לפגיעות נקודתיות שקרו בעבר, ואילו צו מניעה יינתן בפגיעה מתמשכת בהווה. למשל מטרדים ממושכים יהיו פגיעה שתדרוש צווי מניעה.

**התרופה** על פגיעה ממושכת לא תהיה פיצוי כספי, כי כדי להשיב את המצב לקדמותו אנחנו צריכים שהמטרד יפסיק, והפיצוי לא ימלא את המטרה הזו, אלא רק צו המניעה. ההשבה למצב הקודם תהיה הפסקת המטרד, והדרך היחידה למלא את המטרה הזו היא עי צו מניעה שיביא לעצירת המטרד בצורה המדויקת ביותר למידות הפגיעה, הרבה יותר מפיצוי כספי.

**דוגמא למטרד ליחיד בסעיף 44 לפקודת הנזיקין.** שם כתוב שלא יפרעו פיצוי עבור המטרד, אלא צו מניעה, אלא אם כן נגרם לאדם נזק כספי. לדוגמא, אדם היה צריך להוציא כסף לשלם על חלונות חדשים בשל הרעש שיוצר המטרד של שכנו.

הפגיעה בנזק בכלכלי היא פגיעה **נוספת** על הפגיעה של המטרד, ולכן יתקבל גם צו מניעה להפסקת המטרד וגם פיצוי על חסרון כיס.

**מהו מטרד יחיד לפי החוק?**

* פעולה מתמשכת להבדיל מאירוע חדפ.
* פיצוי על נזק כלכלי כתוצאה מהמטרד.
* צו מניעה שיינתן.

התרופה צריכה להיות תואמת את לפגיעה בזכות. מכאן, שצדק מתקן לא תלוי בזמנים אלא קשור לטיב הפגיעה בזכות, דהיינו, לטיבו של אי הצדק בין התובע לנתבע. צו מניעה ימנע מהנתבע להמשיך לבצע את הפעולה הלא צודקת.

תיאוריה נוספת:

**ב. גישה פוזיטיבית:**

גם כן מדברת במונחים של זכויות. כל חובה שיש לנו כלפי אדם אחר- אם הופרה, פגענו בזכותו הראשונית הבסיסית של האחר. מרגע שהתובע עומד בנטל ההוכחה שזכותו הבסיסית באמת הופרה, יש לו זכות משנית- זכות לתרופה. הזכות הזו היא מה שנועדו בתי המשפט לעשות כסוכני המדינה- לבחור עבור הנפגע את התרופה שמגיעה לו כתוצאה מהפרת הזכות הבסיסית שלו.

**שלב א:** תוכיח שנפגעה הזכות שלך.

**שלב ב:** אם הוכחת, ביהמש מחויב מטעם המדינה לאפשר לך לקבל על כך תרופה.

הזכות לקבלת תרופה תלויה בהוכחה של פגיעת הזכות. התרופה לא נועדה לשום דבר ואין בה שום עקרון של המשכיות.

המנגנון שמאפשר את התרופה היא ביהמש מטעם המדינה, המדינה היא שחקן מרכזי במערכת מתן התרופות, כמו שהיא שחקן מרכזי בהענקת זכויות בסיסיות כמו זכות הצבעה.

כמו שהמדינה מעניקה לך זכויות, היא מחויבת להגן עליך עי מתן התרופה כשהן נפגעות.

**האם בכל זאת יש רעיון נורמטיבי שעומד בתרופה עצמה?**

סרטון- הרופא והשיחת טלפון. אדם מתקשר מטלפון של חדר הרופא והרוא מסביר לו שאסור לעושת זאת, ולא מסביר לו את הסיבה. ישנה סיבה, פשוט הוא לא רוצה להסביר לו את השתלשלות האירועים וההיסטוריה של איך הם הגיעו לחוק הזה.

**לפי התיאוריה של גולדברג וזיפורסקי:** ישנן נורמות שעל בסיסן אנחנו חיים, שמתפתחות עם הזמן ויוצרות כלל משפטי. מרגע שהכרנו במבנה התרופתי כחברה, מבנה שהתפתח עם הזמן, הרעיון הוא שהמעוול יישא באחריות. המשפט מבטא את הרעיונות שאימצה החברה עם הזמן, והתרופות הן חלק מתפיסה זו.

**אם כן, לפי הרעיון הזה אין רעיון נורמטיבי אחד שעומד מאחורי התרופות**, אלא הרבה מאוד רעיונות שהחברה אימצה לעצמה, ולכן ביהמש ייעשה מה שהוגן וסביר בעיניו. התרופה מבטאת את הכללים שביהמש אימץ לעצמו לפי מה שהוגן וסביר בעיניו- מה שהם אימצו ומה שהחברה "קיבלה על עצמה".

**הביקורת על כך:** זה כללי מידי ובעל קשר אנליטי. שלא כמו בצדק מתקן, אנחנו לא יכולים להתאים את התרופה לזכות ולהבין מאיפה היא מגיעה. ברמה האנליטית אנחנו רוצים להבין למה יש תרופה ומאיפה היא מגיעה. כאן חסר ההסבר האנליטי הזה, כי "מה שסביר ונכון בעיני ביהמש" לא מצדיק בצורה נורמטיבית את התרופה. זה לא מסביר לנו למה את התרופה הזו ומדוע היא מוצדקת במקרה זה. הרעיונות הברורים והכללים לגבי קביעת התרופה עוזרים לנו להבין אנטילית מדוע היא מתאימה וכו.

תיאוריה נוספת:

**ג. התיאוריה הכלכלית:**

**רקע**: ההגיון כאן שונה מתיאוריות שמתבססות על זכויות (כמו צדק מתקן ופוזיטיבית). זוהי תיאוריה שאומרת שהמשפט הוא כלי שנרצה לרתוום לטובת מטרה כלשהי= אינסטרומנטלית. במקרה זה, מטרת המשפט היא להשיג יעילות.

\*\* תורת התועלתנות- הרעיון הוא "מקסום האושר". בני אדם רוצים יותר הנאה ופחות סבל, וככה הם פועלים. בני אדם שואפים ליותר יחידות הנאה ופחות סבל. וכך אפשר לכמת כל דבר- כשנשאל האם משהו מוצדק, נכמת את הסבל למול ההנאה, ואם יש יותר יחידות הנאה, יש יותר אושר והוא יותר מוצדק.

עכשיו, במפגש עם תיאוריה כלכלית, מדברים בפחות "הנאה" וביותר "עושר"- כמה שיותר כסף ספיר. היום נהוג לדבר ביחידות של רווחה מצרפית ולא יחידות הנאה. לצורך הניתוח הכלכלי, משהו יעיל= מקסום רווחה מצרפית. הרעיון של ניתוח כלכלי במשפט הוא **שהדבר הראוי זה הדבר היעיל**.

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

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

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

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

**מדוע חוזה הוא כלי למקסום רווחה מצרפית?** חוזה לא יתקיים אם הוא לא מגדיל את הרווחה של שני הצדדים לו- כל אחד רוצה משהו שהשני יכול לתת לו. אם החוזה צריך להיות יעיל, זה אומר שכאשר מפרים חוזה, אולי הוא לא יעיל. הפרה יעילה- כשהחוזה נעשה לא יעיל לצד אחד כי הוא כבר לא מגדיל לו את הרווחה המצרפית. "עדיף שלא לקיים חוזה אם הוא הופך ללא יעיל לצד אחד". = "להגדיל הכנסות".

**ומה קורה בדיני נזיקין?** מצמצים את הנזקים והעלויות. = "לצמצם הוצאות".

באמצעות צמצום עלויות אנחנו נגדיל את עוגת הרווחה המצרפית.

**תרופות בדיני נזיקין מנקודת מבט כלכלית**: פיצוי במצב של רשלנות (1) פיצוי במצב של משטר אחריות רשלני מול ארחיות מוגברת/ מוחלטת (איך הכלל המשפטי של התרופות יכול לקדם את רעיון היעילות בהבחנה ביו משטר אחריות רשלני ואחריות מוחלטת) (2) פיצוי או צו מניעה- השפעתן של עלויות עסקה על התרופה (3).

1. **פיצויים במצב של רשלנות:**

נדגים את רעיון זה של תרופה במצב של התרשלנות דרך 2 כללים (נוסחת הנד (א) + מונע הנזק הזול (ב) ):

**דוגמא:** אילנית גרמה לתאונה שעלות הנזק הצפוי שלה היא 10. האם אפשר להגדיל את הרווחה המצרפית, לגרום לזה שכתוצאה מהתאונה העוגה תהיה יותר גדולה? לא, קרתה תאונה והנזק הצפוי ממנה הוא 10 (תוחלת הנזק היא 10), זה אומר שאהיה במינוס 10, אז אי אפשר להגדיל (כמו בחוזים), **אבל אפשר להפחית בעלויות.**

**א. נוסחת הנד:** B<PL

B- עלות המניעה של הנזק

L- הנזק

P- הסיכוי להתממשות הנזק

PL- תוחלת הנזק

\* תוחלת הנזק היא הסיכוי להתממשות הנזק והנזק: הסיבה לכך היא שאדם רציונלי מודע לזה שדברים רעים קורים. ואם נפחד לצאת מהבית כי משהו רע עלול לקרות, לא נצא מהבית. בגלל שאנחנו כן יוצאים מהבית, אנחנו מתנהלים ביותר זהירות, כי שאנחנו רואים לנזק עיננו זה את תוחלת הנזק. יש סיכוי מאוד קטן שחלילה משהו יקרה- זוהי תוחלת הנזק.

**ננסה ליישם את נוסחת הנד:** לפי הדוגמא שלמעלה, תוחלת הנזק היא 10. האם יש דרך לצמצם את עלויות התאונה (עלויות המניעה של התאונה או עלויות התאונה עצמה)?

**פתרון**: נניח שעלות מניעת הנזק (התקנת גלאי) היא 5. האם אני רוצה שאילנית תתקין את הגלאי ב5 כדי למנוע נזק בתוחלת 10- כן! כי ייחסכו 5 שקלים, 5 קטן מעשר, ועי התקנת הגלאי (הוצאות על מניעת הנזק) היא מקטינה את הנזק.

**תנאי 1 לפי נוסחת הנד: אנחנו רוצים שאדם ימנע נזק אם עלויות המניעה יהיו קטנות מתוחלת הנזק. לא נרצה שהיא תמנע את הנזק אם העלויות למניעה יעלו יותר מתוחלת הנזק.**

**הכלל = יהיה יעיל וסביר אם מנע את הנזק כשהוא היה פחות מתוחלת הנזק.**

**אבל, זה לא מספיק, ישנו תנאי 2 לפי "מניעת הנזק הזול":**

**ב. מונע הנזק הזול: נטיל אחריות (=נדרוש פיצוי) על הצד שעלויות המניעה שלו נמוכות יותר.**

יישום: אם לי עולה למנוע את הנזק 2 ולמישהו אחר 3, אני אמנע אותו.

**2 התנאים הם מצטברים!!**

**השילוב של 2 התנאים: (הנד +מונע הנזק הזול)**

**דוגמא**: מקרה של 2 חלקות סמוכות. בחלקה אחת חקלאי שמגדל תירס, בשניה, אדם שמגדל צאן. מידי פעם צאן עובר לחלקת התירס ופוגע ביבול התירס. תוחלת הנזק לשדה התירס היא 10.

האם נרצה להטיל אחריות על מגדל הצאן על הנזק שגרם לתירס?

1. לפי נוסחת הנד- נניח בנתון שלבעל הצאן יעלה 8 למנוע את הנזק עי שכירת רועה צאן. לכן, לפי נוסחת הנד הוא התרשל כי יכל למנוע את הנזק בעלות נמוכה מהנזק עצמו. זה שלא מנעת בעלות פחותה זה רשלני. כי עשר גדול משמונה. לכן בעל הצאן יצטרך לשלם את כל הנזק ולפצות את השכן שלו שמגדל תירס.
2. לפי מונע הנזק הזול- נניח בנתון שמגדל התירס יכל למנוע את הנזל בעצמו בעלות של 6 עי הצבת גדר לדוגמא. לכן, נאמר שגם מגדל התירס התרשל והוא יכל למנוע את הנזק בעלות פחותה מזו שיכל למנוע בעל הצאן.

אנחנו רוצים כלל משפטי שימריץ את מי שמונע את הנזק הכי זול= נרצה שאנשים ירצו למנוע נזקים, כי אם לא מנעו כשיכלו, ייחשבו מתרשלים.

**לכן, לפי הנתון הזה, בראי הגישה הכלכלית, נטיל את האחריות על מגדל התירס כי המינימום הוצאות נמצא אצלו בעלות של 6.**

**מונע הנזק הזול:**

**הבעיות**: אין לנו תמיד את הוודאות לגבי זהותו, + בתי המשפט הם אלו שצריכים לברר את זה- דבר שכרוך בעלויות. **לכן, בין היתר, הגו את הרעיון שנקרא "שוקל הנזק הטוב ביותר" במקום "מונע הנזק הזול". לפי רעיון זה, במקום הטלת האחריות על מי שלא מנע בצורה המינימלית, נלך לפי שוקל הנזק הטוב ביותר שהיה בעמדה שבה יכל למנוע**. כך נעשה בדיוק מה שמונע הנזק הזול עושה, אבל בצורה יעילה יותר, כי במקום לברר ולהגיע לעומק העניין בנוגע לזה, ביהמש יוכל רק לברר מי היה בעמדה טובה יותר למנוע את הנזק או לזהות את הצד שיכל למנוע את הנזק.

**האחריות תוטל על הצד שנמצא בצד הטוב ביותר שיכל להתריע על הנזק ובכך למנוע אותו**- אם לא עשה זאת. = אלו קבוצות חזקות שהן שחקניות חוזרות (יצרנים, בנקים, גורמים מקצועיים וכו). הבנק, לדוגמא, פוגש הרבה מקרים כאלו והוא יכול לברר במקרה הבא שיקרה ובכך למנוע אותו.

אנחנו מצפים שהבנק יברר את המקרה החשוד כי הוא פוגש הרה דברים כאלו. ואם לא עשה זאת- תוטל עליו האחריות. זה לא אומר שהבנק תמיד התרשל, כי לא תמיד הם מצופים לברר.

\* את רעיון הנזק הזול אפשר לראות מעט בפסיקה, ואת שוקל הנזק הטוב נראה פחות מיושם, אלא יותר במסגרת של הסדרים….

**2) פיצויים במצב של משטרי אחריות במשטר רשלני מול אחריות חמורה**

* כלל רשלנות: המזיק יכול להיות פטור מאחריות לפצות את הניזוק אם ההשקעה במניעת הנזק גבוהה מתוחלת הנזק. אם עלות תוחלת הנזק נמוכה יותר, אין רשלנות ואין פיצוי.
* כלל אחריות מוחלטת: המזיק מפצה את הניזוק על הנזק שנגרם בכל מקרה תמיד. לא משנה לנו אם אפשר היה למנוע בזול מתוחלת הנזק- תמיד נטיל אחריות.

דוגמאות:

1. אדם יכול להשקיע 90 כדי למנוע תוחלת נזק של 100. האם סביר שישקיע במניעת הנזק?

לפי כלל של רשלנות **כן**, כדי שלא יהיה רשלן ותוטל עליו אחריות לתשלום פיצוי. ולפי כלל אחריות מוחלטת **כן**, כי ככה לא ייגרם הנזק מלכתחילה - אני משקיעה במניעת הנזק את ה90.

המשפט מתמרץ אותנו לפעול בצורה יעילה ב2 המצבים של המשטרים. = בין אם זה תחת רשלנות או אחריות מוחלטת, המזיק יתנהל בצורה יעילה.

**אם כן, מה בכל זאת ההבדל בין 2 המשטרים?**

**שיעור 4: מרצה אורח- אסונות המוניים**

**שיעור 5: 2/6**

**ההבדלים בין 2 המשטרים?**

נסביר באמצעות דוגמא של פוזנר (מתורת המשפט-כלכלה): רכבת שנוסעת 3 פעמים בשבוע סמוך לחווה. מהרכבת יוצאים גיצים מידי פעם שגורמים לשרפות. טכנולוגית, נתון, הרכבת לא יכולה למנוע את הגיצים ולא יכולה למנוע את הנזק שנגרם לחוות הסמוכות לפסים.

* משטר רשלנות: אי אפשר לומר שהיא רשלנית במקרה כזה כי לא היה משהו שהיא יכלה בכלל לעשות כדי למנוע את זה. = לא תוטל אחריות על הרכבת!
* משטר אחריות מוחלטת: זה לא משנה לנו, כי כל עוד נתבצע נזק תוטל אחריות. = נטיל אחריות מוחלטת!

**השפעה על רמות הפעילות של הצדדים:**

* **משטר הרשלנות:**

הניזוק: כשבעל החווה יודע שהוא לא יקבל פיצוי על הנזק שלו, תחת משטר הרשלנות, אולי זה יגרום לשינוי ברמת הפעילות שלו. הניזוק יעשה יותר כמיטב יכולתו כדי למנוע את הנזק כי הוא יודע שאם לא יעשה זאת הוא לא יקבל כלום. הניזוק יתאמץ יותר מעצמו לפעול כדי למנוע את הנזק, כי הוא יודע שעל המזיק לא תֹטל אחריות לפי משטר זה. **= משטר של רשלנות יכול להשפיע על רמת הפעילות של הניזוק.**

* **משטר אחריות מוחלטת:**

המזיק: המזיק יעשה את החישובים שלו ויגיע למסקנה שעליו לשנות את רמת הפעילות שלו כי תוטל עליו אחריות מוחלטת. כדי ליצור מצב שהוא יוכל לבצע את הפעילות המזיקה מבלי להזיק לאחר. **= משטר של אחריות מוחלטת יכול להשפיע על רמת הפעילות של המזיק.**

**\*\* באחריות מוחלטת יכולים ליצור תמריצים לא יעילים**: מדיניות בפיצוי בנזיקין יכולה ליצור מצב בו הניזוקים "יזמינו" את הנזק. מונעים מצב כזה עי, לדוגמא, **אחריות יצרן**. שלא משנה מה, תוטל אחריות על היצרן, אך ישנו חריג לפיו יש הגנה ליצרן בהתנהגות רשלנית חריגה מצד הניזוק. הניזוק לא יוכל כך לנצל את המצב ו"לסכן" את המצב כי הוא יודע שיקבל פיצוי. אנחנו לא רוצים לעודד סיכון שכזה ולהפוך את התמריצים ללא יעילים, לשם כך קיימות הגנות מסוימות כמו זו באחריות יצרן.

**3) פיצויים או צו מניעה- השפעתן של עלויות עסקה על התרופה? (מתי צו מניעה ומתי פיצוי כספי?)**

**התיאורמה של coase:**

דוגמא: הבוקר מגדל פרות (יחידות התועלת שלו מהפרות בעולם הם 200). החקלאי מגדל עגבניות (יחידות התועלות שלו מגידול עגבניות בעולם הם 80).

אם לא עושים כלום, הפרות ירמסו את העגבניות ויחסלו את השדה של החקלאי. (ילכו בעולם 80 יחידות לאיבוד).

יש אפשרות למנוע את הנזק עי הקמת גדר. לחקלאי הקמת הגדר תעלה 60 ולבוקר היא תעלה 100 (נתון!!).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | יחידות תועלת | עלות הקמת גדר |
| חקלאי | 80 | 60 |
| בוקר | 200 | 100 |

**האפשרויות**:

1. אין כלל משפטי- אף אחד מהם לא חייב לעשות שום דבר בנושא (להקים גדר) = החקלאי יישלם 60 כדי שלא יפסיד 80 בטוח, אלא ירוויח את ה20 שנותרו.
2. צו מניעה: החוק מחייב את הבוקרים שהם אינם יכולים לגדל את הבקר שלהם אלא אם החקלאים בסביבה מסכימים לכך= הבוקר יישלם 100 ויקים גדר כדי שלא יפסיד את כל ה200 מאי- גידול הפרות / עסקה מתקנת: הבוקר יישלם לחקלאי כדי שהוא יקים את הגדר. לחקלאי עולה זול יותר להקים את הגדר ממני, אז אשלם לו עוד שקל 1 לעסקה איתו.
3. רגולציה: החוק מחייב את החקלאי לגדר את השטח שלו= יישלם 60 כדי להקים גדר.
4. פיצוי: אין על הבוקר צו מניעה, אך זה בתנאי שאם קורה נזק הוא יצטרך לפצות. הנזק שיכול לקרות הוא 80. = הבוקר יעדיך שיקרה הנזק וישלם 80 ולא 100 על הקמת גדר למניעת הנזק / עסקה מתקנת= יישלם 60+כמה שקלים כדי שהחקלאי יקים את הגדר שעולה לו רק 60.

באפשרות של ה"פיצוי" ובאפשרות של ה"אין כלל משפטי": מגיעים לאותה תוצאה של 60. = העולם עובד בצורה יעילה מעצמו, אין צורך בכללים משפטיים. **= עסקאות יעילות יתבצעו מעצמם.**

**הבעיה:** בדכ אנחנו בעולם של אי וודאות. המודל הזה של cuase בפני עצמו הוא נכון, אבל הוא מניח שאנחנו יודעים הכל. בעולם האמיתי אנחנו לא יודעים באמת את הנתונים ברמה המספרית. בפרקטיקה, לא תמיד יודעים כמה עולה למי וכו…

**עלויות עסקה והשפעתן על התרופה:**

מאמר של קלברזי ומלמד: נניח מצב של 10 מפעלים מזהמים ו1000 אנשים "מזדהמים" (גרים בקרבת מקום למפעל). נניח שיעיל לזהם (למשל, הנזק מזיהום הוא 10M ואילו התועלת מהזיהום היא 20M). המזדהם יכול לתת למטריד אותו צו מניעה וכו =במצב כזה תהיה עסקה בין הצדדים. המפעל שמרוויח 20M יעשה עסקה עם המזדהמים, יישלם להם עוד שקל וכולם יהיו מרוצים.

לפי קלברזי ומלמד כנראה לא תהיה כאן עסקה. למרות שהעסקה היא יעילה וצריכה לקרות (יש ודאות וכו), היא עדיין לא תקרה. **מדוע**? בעיית הסחטנות- יש כאן הרבה מאוד מזדהמים, שכל אחד מהם יכול להוציא צו מניעה- יש לכל מזדהם כוח על המזהם. הוא יכול לומר שלא יתבע לצו מניעה אם יישלמו לו יותר ממה שהם חייבים לו לפי הנזק. **התוספת הזו, של נפגע בסחטנותו יכול להפעיל, זוהי עלות העסקה.** אם הנזק שלי הוא 100 אלף ואני אבקש בעסקה 1 מיליון, עלויות העסקה הן מטורפות. העסקה הזו היא אמנם יעילה, אך בשל התופעה הכלכלית (=סחטנות), היא לא תקרה. אדם נפגע ינסה לנצל כמה שיותר את הכוח שלו על הפוגעים ולהרים את עלויות העסקה, למרות שהיא יעילה.

אצל coase לא היו עלויות עסקה, וקלברזי ומלמד מכניסים אתה עלויות העסקה למשוואה. הם אומרים שבמקרים כאלו, לא תתרחש בכלל העסקה היעילה.

**הצעת קלברזי ומלמד:** כללי הגנה במשפט:

1. כלל קנייני:למזדהם יש זכאות לאוויר נקי ולבקש **צו מניעה.**
2. כלל אחריות: למזדהם יש זכאות לאוויר נקי אבל נמוכה יותר- אם המזהם ימשיך לזהם הוא יצטרך לשלם **פיצוי.**
3. כלל קנייני: המזהם בעל זכאות להמשיך ולזהם ואם רוצים שהוא יפסיק צריך לשלם לו, כדי שילך לזהם במקום אחר.פסק דין spur: ביהמש אמר לתובעים שתופסק פעילות המפעל אך הם ישלמו לו את הפיצוי על כל שהוא מעתיק את מקומו. = כלל של פיצוי הפוך.
4. כלל אי עבירות: למזדהם אין את היכולת להסכים לוותר על הזכות שלו. גם אם אתה מסכים, אתה לא יכול לוותר על מה שמגיע לך.
5. כלל אי עבירות: מצב בו המזהם חייב להמשיך לזהם, אסור להם להפסיק לפעול לפי החוק.

לצורך היישום נתמקד רק ב2 הכללים הראושנים:

* **כלל הגנה 1:** נבחר בו כאשר עלויות העסקה נמוכות. נתון בשאלה מביא להבנה שעלויות העסקה נמוכות, נחיל את כלל 1.

כשהעלויות העסקה נמוכות מאוד, היא צריכה לקרות לכתחילה כי העולם עובד באופן יעיל. אם היא לא קורית באופן כללי זה או כי היא לא יעילה (וזה בהכרח עסקה בעלת עלויות גבוהות ויוביל אותנו לכלל 2), או כי המזהם כפה את עצמו על המזדהמים והחליט שלא לעשות איתם עסקה. במקרה כזה נפעיל כלל חזק של הגנה על המזדהמים שהוא צו מניעה.

* **כלל הגנה 2:** נבחר בו כאשר עלויות העסקה גבוהות. כשהעובדות מלמדות על עלויות עסקה גבוהות נלך על קו הגנה חלש יותר ונעניק רק פיצוי. כי אנחנו רוצים שהסחטנים המזדהמים ידעו שאם הם יפעלו כך וינסו להרים את עלויות העסקה יקבלו רק פיצוי ולא צו מניעה. אם הם ידעו שהם יקבלו רק פיצוי מלכתחילה, הם ילכו ישר לעסקה ולא "יסחטו".

יישום:

אתא נ שוורץ: מטרד של רעש לבעל הבית הסמוך למפעל.

הוחלט בביהמש: קיבל את צו המניעה שהוא ביקש ובגלגול בהמשך הדברים התהפכו. בסופו של דבר המפעל לא יכול היה למנוע את הרעש מבחינה טכנית. בגלגול הראשון מקבל צו מניעה.

בהליך הראשון ראינו עד כמה בהימש לוקח בחשבון את המאמר של קלברזי ומלמד ומתייחס לדעתם בנוגע לתיאורה משפט כלכלית. ביהמש דוחה את המאמר הזה.

מסופר בפסד הזה על תופעת "התובע הסחטן".

בסופו של דבר, בגלגול השני של הפסד, שוורץ מקבל את השווי של הבית. שר האוצר מפעיל את הכח שלו מטעם החוק ומפקיע את הבית תמורת כסף. התוצאה שאנחנו מקבלים היא תוצאה יעילה= כשעלויות העסקה הן גבוהות הסעד יהיה פיצוי ולא צו מניעה.

**שמגר** לאורך כל הפסד בגלוגל הראשון מסביר שהניתוח הכלכלי של קלברזי ומלמד לא רלוונטי, אך בסוף מגיעים לתוצאה שהם כיוונו אליה- מצב של יעילות עי פיצוי ולא צו מניעה.

**תרגיל כיתה:**

שי, סטודנט למשפטים בבר אילן אמר לטל, חברתו את המשפט הבא: "לעיתים יש יתרון ברור לתביעה בעילה מכוח עשיית עושר גם כאשר מקור התביעה במעשה עוולה".

האם ישנו תנאי שבו משפט זה נכון? נמקי.

(הגבלת מילים עד 90)

**תשובה:**

דיני עשיית עושר ולא במשפט באים למנוע מצבים של התעשרות שלא כדין. ישנם מקרים בהם יכול הניזוק לקבל פיצוי רחב יותר ממה שמגיע לו לפי הדין מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. בתביעות נזיקיות, יוכל הניזוק לתבוע מהמזיק המעוול את הסכום שהרוויח כתוצאה מהעוולה ולא את הנזק שנגרם לו. אדם יכול לדרוש את ההתעשרות של זה שהזיק לו ולוותר על העוולה הנזיקית ממנה ייקבל פיצוי בהתאם לנזק שאירע לו. דיני עשיית עור מאפשרים דרישה של רווח המעוול במקום את הפסד הניזוק.

**פתרון מוצע:**

תביעה בעילת התעשרות שלא כדין (מכח דיני עשיית עושר) מאפשרת לקבל פיצוי בגובה התעשרות הנתבע. דיני נזיקין מאפשרים לתצובע לדרוש פיצוי על נזקו. בנסיבות בהן ניתן לתבוכ הן בעילת עשיית עושר והן בעילה נזיקית, תובע רציונאלי יעדיף לתבוע בעילת עשיית עושר. למשל, כאשר ההתעשרות של הנתבע גבוהה מהנזק או כשקיים קושי בהוכחת הנזק כי לקבל סעד כספי גבוה יותר.

**שיעור 6: 9/6**

**ניתוח כלכלי של עשיית עושר:**

מה ההיגיון הכלכלי של לאפשר "השבה" כשמדובר על טעויות בתשלום?

מדוע זה בכלל מוזר לחייב אדם שהועבר אליו תשלום בטעות להשיב? כי הוא שחקן פאסיבי לגמרי ולא עשה באמת שום דבר, אך חלה עליו חובה משפטית ועילה לתביעה.

כלל ההשבה בעשיית עושר: ישנם 2 סוגים של עלויות בנזיקין: עלות ישירה (שווי הנזק עצמו), עלות עקיפה (שווי עלויות המניעה). השאיפה שלנו היא להקטין את עלות הנזק ועלות מניעת הנזק כדי להגיע למצב יעיל בעולם.

**סוגי עלויות בעשיית עושר:**

1. ישירה- הנזק הישיר שנגרם לתובע: יכול להיות שמי שהועבר אליו הכסף הסתמך על הכסף בתום לב (לא ידע שזה לא שלו) ועכשיו יהיה לו חסרון כיס. מצבו ירע, משום ההסתמכות על הסכום שהועבר בטעות אליו.
2. עקיפה- עלויות המניעה הכרוכות במניעת הטעות: השקעת כספים לבקרה ושיפור מניעת טעויות.

**נק המוצא של דיני ההשבה במצבים של טעות בתשלום:** במצבים של טעות בתשלום, אין הפסד רווחה מצרפית. האם באמת יש נזק בעולם במצב של טעות בתשלום? למעט מצבים של הסתמכות וחסרון כיס, המצב הקלאסי הוא שעדיין נמצאים בסכום אפס ("משחק סכום אפס"), מבחינת עוגה מצרפית, כל מה שקרה בעולם הוא שהכסף נמצא אצל אדם אחד במקום אצל אחר, וזה מצב שטחי, כמו שהיה אמור להיות לו היה מועבר הכסף לאדם הנכון. **בהנחה שזה המצב ולא קרה באמת נזק, אין עלויות ישירות, אלא רק עלויות עקיפות למניעת הטעות הזו.** נשאר רק לצמצם את עלויות המניעה עי שידור ש-"אין לכם השבה, אז תשקיעו הרבה שזה יעלה לכם המון". "תצמצמו כמה שיותר, עי כלל ההשבה- תקבלו חזרה את הכסף." מי שיודע שיקבל חזרה את הכסף יעשה כמיטב יכולתו כדי למנוע את זה מלכתחילה.

**הרעיון הכלכלי של עלויות בתשלום: כלל של השבה יגרום לכל המבצע עסקה להשקיע באופן סביר בעלויות המניעה.**

**מעבר מהתיאוריה לפרקטיקה:**

* נעסוק בכמה מצבי גבול- "בין הדינים".
* חיבור של הרעיונות התיאורטיים להבנה של התרופה במצבי הגבול.
* זיהוי האינטרס שנפגע וזקוק להגנה שלנו.

**מצבי הגבול:**

* חפיפה בין קניין לנזיקין.
* בין נזיקין לחוזים.
* בין דיני קניין לעשיית עושר.
* בין נזיקין לעשיית עושר.
1. **חפיפה רעיונית בין קניין לנזיקין:**

**הקשר בין נזיקין לקניין:**

**1-** במישור ההיסטורי דיני הנזיקין נתפסו כאלו שמשמעותם להגן על קניין. דיני הנזיקין הם כתרופה לפגיעה קניינית (הסגת גבול/ גזל וכו…). עם הזמן, תפיסה זו השתנתה והיום האינטרס הכי משמעותי שדיני הנזיקין מגנים עליו הוא גם דברים כמו שלמות הגוף והנפש, ואלו בעיקר משומשים בתביעה נזיקית (רשלנות היא פגיעה באחד מהם)- הם הפכו ללב ליבה של העוולה הנזיקית.

**2-** במישור הרעיוני: קלברזי ומלמד: יש כלל קנייני, כלל הגנה חזק של צו מניעה וכלל אחריות חלש יותר שמזכה רק בפיצוי. האינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על העברת נכסים באמצעות **הסכמה** בלבד היא שליטה של בעל הנכס בנכס שלו (=כלל חזק יותר). והאינטואיציה שעומדת מאחורי הגנה על העברת נכסים באמצעות פיצוי בדיעבבד היא הגנה על שווי בכסף של האינטרס. (=כלל חלש יותר).

**בשורה התחתונה:** בדיני קניין ההגנה על הזכות היא באמצעות הדרישה להסכמה ובדיני הנזיקין ההגנה היא באמצעות הפיצויים. (דיני הקניין מבוססים על הסכמה- שלא ייכנסו מבלי שיסכימו, ובדיני הנזיקין אין עניין בהסכמה ובדכ נפסוק לפיצויים).

דוגמא לחפיפה:

פסד וינסנט נ לייק אריק: **פסד הסירה:** אדם בעל סירה ויש אדם שיש לו מקום במזרח לקשור שם ספינות. יש סערה מתקרבת והבעלים של הסירה מבין שאם לא יקשור את הסירה למזח היא לא תשרוד את הסערה. לכן, הוא קושר את הסירה למזח מבלי לשאול או לקבל הסכמה מעל המקום במזח וזה אכן הציל את הסירה שלו, אבל מתרחש נזק למזח בעקבות התנגשות הסירה. מתרחש נזק רכוש.

**בביהמש-** השאלה שנתמקד בה היא בדיני התרופות (ועד היום נתון במחלוקת).

**דיון כיתתי:**

**מבחינה קניינית-** אין ספק שהמזח שייך לבעל המקום לקשירת ספינות במזרח. בעל המזח צריך לתת את הסכמתו כשמשתמשים בקניין שלו. יכול בעל המזח לבקש צו מניעה כך שהוא לא יקשור את הספינה בקניין שלו- זכות השליטה של אדם בקניינו. לפי הרשות שתקבל וכל להשתמש בנכס. כאן, בעל הסירה לא ביקש רשות וקרה נזק. **מה כלל ההגנה במקרה זה?** האפשרויות:

* **הסכמה**: הגנה על זכותו של בעל הקניין במזח: מי שלא ביקש ממנו הסכמה הוא מעוול וצריכה להיות כאן תרופה.
* **חירום**: נסיבות חירום מובילות לאי-הגנה על זכותו של בעל המזח: אין צורך במתן הסכמה בגלל שהיה במצב חירום. "כלל עתות חירום"- נרצה שאדם יציל את עצמו ורכושו בזמני חירום וכאן הוא לא ייחשב מעוול ולא תהיה תרופה.

**מבחינה נזיקית-** נגרם כאן נזק למזח ובעל המזרח זכאי לפיצוי בגינו.

**פסק הדין:**

**הדילמה** היא אנליטית כי ברור לנו שלא נשאיר אדם ללא פיצוי, אבל גם ההגנה מנימוק של "עת חירום" היא מאוד הגיונית.

**דעת המיעוט:** בעל הספינה במצב חירום לא צריך לבקש הסכמה ולכן איננו מעוול. בגלל שלא היתה עוולה, אין צורך בתרופה. אמנם היה נזק, אבל הוא לא עיוול, אז בעל המזרח לא ייקבל כלום. מה שעומד מאחורי זה הוא רצון לאפשר לאנשים במצב חירום להציל את עצמם.

**הסבר דעת המיעוט:** בשעת חירום הקניין הופך להיות נחלת הכלל. הבעיה- אדם ניזוק נשאר ללא פיצוי.

**דעת הרוב:** מצד אחד מסכימה עם דע המיעוט והאינטואיציה שלה- בגלל מצב החירום לא היה צורך לבקש הסכמה. ומעבר- אסור היה לבעל המזח שלא לאפשר לבעל הספינה לקשור את הספינה שלו בגלל מצב החירום. **אך יחד עם זאת**, הוא יחויב בפיצויים משום הנזק שנגרם. הוא אמנם לא מעוול, אבל יחויב בתרופה. {בגלל שביהמש אומר שאסור ממש לבעל המזח לאסור על בעל הספינה להיכנס, יש כאן כלל משפטי שחייבים להבין מעבר ל"עוולה לא תלויה בכוונה" (="ביהמש מכשיר פעולה מזיקה")}.

**הסבר דעת הרוב:** הקניין הופך לנחלת הכלל, בעל הקניין מאבד את שליטתו בנכס. אבל, לפי קלברזי ומלמד, בעת חירום עדיין נמצאים בזכאות בעל המזח- מכלל הגנה חזק (כלל 1) עוברים לכלל הגנה חלש יותר (כלל 2) במצב חירום. יצרו סוג של כלל ביניים, בגלל שזה מצב חירום, לא יהיה צו מניעה והגנה חזקה, אבל כן יהיה פיצוי בדיעבד על שווי הנזק.

**לסיכום**: במצבי חירום, ביהמש יצר מצב ביניים: ההגנה החזקה של בעל הקניין של צו מניעה עוברת טרנספורמציה להגנה חלשה יותר של פיצוי בדיעבד. וכך מתיישבת הדילמה (לעיל).

\* פסק הדין הזה יצר מעין הפקעה- במקרי הצורך (שעת חירום) נכס פרטי יכול להיות נכס כללי.

**הכלל שניתן לחלץ מפסק הדין:** במקרה של צורך אקוטי, בעל הצורך יוכל להשתמש בנכס הפרטי של אחר שלא בהסכמתו, אך אם ייגרם נזק יחויב בפיצויים על כך.

1. **חפיפה רעיונית בין חוזים לנזיקין:**

דיני החוזים מדברים על עסקאות רצוניות הדדיות, אדם נקשר בחוזה שהוא מעוניין בו ובהגשמתו= חיוב מבחירה. לעומת זאת, דיני הנזיקין לא מתייחסים לרצון או בחירה של אדם, בדכ אנשים לא ירצו להזין לאחרים או להינזק=חיוב שלא מבחירה.

**הסדרה כפולה:** מקרי הביניים בהם מתקיימת עסקה רצונית לצד "עסקה" שאיננה רצונית: רשלנות רפואית (היחסים הם מבחירה, של רופא-לקוח, אבל הרשלנות שאירעה איננה רצונית).

כדי לדעת מה אנחנו רוצים, איזו תרופה נרצה לתת במקרה מסוים, נצטרך לקבל החלטה ולהבין על איזה אינטרס נרצה להגן. בחוזים- על ההקצאה של הקניין והסיכונים, בנזיקין- הגנה על זכויות כמו שלמות הגוף נפש, וכו… **האינטרסים הם שונים, והשאלה על איזה אינטרס מגינים היא השאלה העיקרית בקביעת התרופה.**

אז מה עושים?

הוקינס נ מקגי: **פסד היד השעירה:** הרופא פוגש ילד שבעבר קיבל כוויה ביד, היד מצולקת ומכוערת. הרופא אומר לילד שיבור לעבור אצלו הליך רפואי במרפאה, והוא מבטיח לו "יד מושלמת" 100%. אלא שבפועל, הילד הגיע לעבור את ההליך הרפואי. ההליך היה השתלת פיסת עור מהחזה ליד- אלא שהעור שמר על תכונותיו וגדלו שערות בכף היד.

**האפשרויות לתרופה:**

* פיצוי בעל אופי נזיקי של כאב וסבל מההליך הרפואי. הנזק הוא כתוצאה מהפרת החוזה, שהיא עוולה לפי פקודת הנזיקין.
* פיצוי ציפייה בעל אופי חוזי, הגנה על הציפיה של הילד מהחוזה עם הרופא.

**פסק הדין:** נפסקו בביהמש פיצויי ציפייה ולא כאב וסבל, כי אלו היו בגדר הסיכונים הצפויים מההליך הרפואי (כל ניתוח עשוי להיכשל וזה כשלעצמו לא מעיד על רשלנות רפואית), בנוסף, פיצוי נזיקי לא ישתלם במצב כזה\*. **נחשב זאת עי**: 100% יד משולמת פחות יד שעירה = פיצויי ציפייה.

**\*ההבדל בין חישוב נזיקי לחישוב חוזי:** דיני הנזיקין היו מביאים לנו חישוב של: יד שעירה פחות יד מצולקת= פיצוי לשם השבת המצב לקדמותו. מכאן שלא כדאי לטעון לרשלנות כי נקבל פחות. בדיני החוזים החישוב הוא מול יד מושלמת, כפי שציפה המטופל, ובדיני הנזיקין החישוב הוא מול יד מצולקת שהיא המצב הקודם.

**לסיכום**, נפסקה תרופה לפי דיני החוזים, מנימוק של צפיית הסיכונים האפשריים.

שיעור 7: 16/6

תרגיל:

כאשר רונן הגיע לים, הוא הופתע לגלות שהכל ריק מאדם. הוא הסתכל בנייד וגילה שסערה גדולה מתקרבת. רונן, שהגיע עם אופנוע הים שלו, חשש להשאיר את האופנוע על חוף הים בשעת סערה, פן יידרם לו נזק גדול, לכן, בעוד רץ לתפוס מחסה עבור עצמו, קשר את האופנוע לגדר של מסעדה הממוקמת על חוף הים (המסעדה היתה ריקה מאדם בשל הסופה המתקרבת, ולכן רונן לא יכול היה לבקש את הסכמת בעליה). בחלוף הסערה, רונן שמח לגלות כי האופנוע ניצל. לצערו, האופנוע גרם לנזק לגדר המסעדה. בעל המסעדה דורש מרונן פיצוי על הנזק.

**ציינו לגבי האמירה הבאה אם היא נכונה או לא ונמקו- " לא יינתן פיצוי לבעל המסעדה למרות שלא היתה לרונן זכות לקשור את האופנוע לגדר המסעדה". 70 מילים**

**תשובה**:

לא נכון. בהתאם ל"כלל עתות החירום" בשעות חירום נרצה שאנשים יצילו את עצמם ורכושם, ולכן לא נחשיב אותם כמעוולים. מצד שני, לא נרצה להשאיר את בעל המסעדה ללא פיצוי. לכן בית המשפט יצר מצב ביניים לפיו, כלל ההגנה החזק של צו מניעה עובר טרספורמציה לכלל הגנה חלש של פיצויים. בעל המסעדה לא יוכל לתבוע על צו מניעה כי רונן פעל בשעת חירום, אך יוכל לדרוש פיצוי.

**// חסר המשך השיעור + פסד מור //**

**השלמה של החסר ממחברת קורס:**

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

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

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

**טענות שעלו:**

* **גזל** – עוולת הגזל מגדירה נטילת קניין כך: "גזל הוא כשהנתבע מעביר שלא כדין לשימוש עצמו מיטלטלין שהזכות להחזיקם היא לתובע (**ס' 52 לפקנ"ז**).
התרופה: תרופה נזיקית (**ס' 55 לפקנ"ז** – השבת הגזל), או בעשיית עושר (**ס' 1 לחוק עשיית עושר** – השבת טובת הנאה).
* **תקיפה** – על הרופא לגלות למור מידע על הטיפול בו כדי לקבל את הסכמתו לטיפול; משלא גילה את המידע, מור לא באמת הסכים לפרוצדורה הרפואית, טענה המבוססת על הרעיון של דוקטרינת ההסכמה מדעת – חובת גילוי על רופאים לגלות למטופלים שלהם הכל בהקשר לטיפול הרפואי.

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

**הבעייתיות בטענות שעלו:**

* **גזל** – האם ברגע שהרקמה כבר לא אצלו, יש לו בה זכות קניין? לא בטוח. הזכות לשלמות הגוף מוגנת, אבל לא בטוח שיש זכות קניינית בתא גוף שנלקח ממך. יש ויכוחים על כך עד עצם היום הזה. פה ספציפית ביהמ"ש הכריע שאי אפשר לומר שזו זכות קניין, אולי אפשר לחשוב על זה כתקיפה, אבל לא כקניין. לכן עוולה זו לא התקבלה.
* **תקיפה** – על פניו, אנחנו בעולם של תקיפה, אלא, שעל מה נועד להגן הרעיון שבבסיס החובה לקבל את הסכמתו מדעת של מטופל? על אינטרס שלמות הגוף. איך מיישמים את דוקטרינת ההסכמה מדעת? אומרים שאם הצוות הרפואי היה מגלה את המידע לחולה, אז החולה לא היה מסכים לקבל את הטיפול. אולם, במקרה הזה, אם היו מגלים למור את המידע הוא כנראה עדיין היה עובר שם את הטיפול. הרי נסע במיוחד לשם בגלל שסמך על הרופא ועל כישוריו. אם כן, לא על אינטרס זה אנו רוצים להגן, אלא על אינטרס אחר, כי שלמות הגוף לא נפגעה.

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

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

**דוגמאת לשאלה במבחן בנושא פסד מור:**

**שאלה**: "נסיבות פסד יכולות ללמד אותנו כי אין רלוונטיות לשיוקלי הסכמה לצורך מתן סעד של נאמנות קונסטרוקטיבית". חוו דעתכם על אמירה זו ונמקו.

**תשובה**: אמירה זו לא מתיישבת עם ניתוח פסק הדין בעניין מור. נושא ההסכמה הוא קריטי בנושא הפרשה לעניין הפרת חובת האמון. דיברנו על חשיבות גילוי והסכמת המטופל לגבי האינטרס הכלכלי של הרופא בטיפול.

שיעור 8: 30/6 בזום:

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

פסד סנפ נ US: סוכן CIA לשעבר פרסם ספר ובו תיאור פעולות שונות של הארגון. בחוזה הוא נדרש לאשר כל מידע על הארגון לפני הפרסום. הסוכן פרסם את הספר מבלי שהעבירו קודם לכן אישור לארגון. אין מחלוקת על כך שהמידע שהוא פרסם לא היה סודי, כלומר הוא פרסם משהו שאיננו סודי. = היה צריך לעבור "צנזורה" לפני שפורסם כפי שמצוין בחוזה שלו עם המדינה בשעה שעבד שם.

המידע לא היה סודי, אבל לא עבר אישור של המדינה.

\*יש כאן גם חפיפה מסוימת לדיני החוזים כי יש בין הארגון לאדם חוזה.

השאלה היא האם למדינה מגיעה תרופה ואם כו איזו? באופן אינטואיטיבי נרצה לתת סעד למדינה.

פסק הדין:

**דעת המיעוט:** למדינה לא מגיע סעד כלל.

**טיעוני דעת המיעוט:**

1. **סיבתי**: לפי מבחן האלמלא, יש לבדוק מה היה קורה אלמלא הסוכן היה מבצע את המעשה העוולתי, אם היה נוהג כשורה לפ יהחוזה שלו עם הארגון? התשובה היא שלא היה מתרחש משהו שונה, כי הצנזור היה מאשר את התוכן שבספר משום שהמידע נתון לנו כמידע שאינו סודי. אין כאן קשר סיבתי בין העוולה לתוצאה, אם היא היתה מאושרת בכל מקרה.
2. **חופש הביטוי:** בארה"ב חופש הביטוי הוא פרה קדושה. יש חופש ביטוי לאדם הפרטי וזכותו לפרסם ולהתבטא, בטח כשהמידע אינו סודי. למה שנפגע בחופש הביטוי שלו אם המידע לא סודי והיה יכול להיות מאושר גם ככה?
3. **טיעון נזיקי:** אין כאן נזק בפועל. אם המידע היה בלתי סודי והצנזור היה מאשר את זה, אין כאן פעולה שגורמת לנזק.

**דעת הרוב:** יש להעביר למדינה את כספי התמלוגים, להפשיט מהסוכן את הכסף שהוא הרוויח כתוצאה מפרסום הספר. = סעד שלילת רווחים.

**נימוקי דעת הרוב:**

1. **הסבר פוזיטיבי= מבוסס דוקטרינה נורמטיבית:** קיים מודל משפטי של **נאמנות קונסטרוקטיבית**. הסוכן הפר את חובת הנאמנות כלפי הארגון. מדמים את יחסי הנאמנות כאילו הם ממשיכים לחול גם על תוצאי הפרת הנאמנות, לכן אם מישהו מרוויח כתוצאה מהפרת חובת האמון, חלה נאמנות קונסטרוקטיבית על רווחי הנאמנות הזו. בגלל שמדובר ביחסי אמון בין 2 צדדים, יש כאן צד שתלוי בנאמנות השני ונרצה להגן על אי מהצדדים שנפגע כתוצאה מהפרת חובת האמון. אמנם הארגון נתפס כצד חזק, ועדיין הופרה נגדה חובה. לפי הנאמנות הקונסטרוקטיבית, הסוכן נתפס כמי שעדיין מחזיק בנאמנות כלפי הארגון ולכן עליו להחזיק לה את הרווחים.



* אפשר לגזור את הנאמנות הקונסטרוקטיבית לעוד הרבה סוגי מערכות יחסים מיוחדות שדורשות אמון מיוחד (רופא-מטופל, עובד-מעביד מסוימים וכו).

היכן עובר הגבול בין סתם מערכת יחסים למערכת יחסים מיוחדת? עולם המשפט אינו מדעי ואין אפשרות לשרטט באופן מדויק את קו הגבול, אך יודעים מהם המאפיינים של נאמנות קונסטרוקטיבית ומכאן גוזרים מהם מערכות היחסים שבגינן ניתן סעד החזק הזה. אלו בד"כ יהיו מערכות יחסים שעניין האמון הוא ליבת ההתקשרות בין הצדדים.

* ככל שחוסר תול של המתעשר שלא כדין גדול יותר, ביהמש ינטה יותר לאפשר סעד .
* סעד זה נועד למנוע התעשרות שלא כדין מהבנה נכונה של דיני היושר.
* סעד הנאמנות הקונסטרוקטיבית הוא סעד מאוד חזק ושונה מסעדים שבדיני החוזים או נזיקין (כי אין באמת נזק).

**הסבר פסק הדין לאור התיאוריה הכלכלית של המשפט:**

**ראיה של "לפני" מול ראיה של "אחרי":**

* לכתחילה, טרם התרחש הנזק. השיקולים הם כיצד לצמצם ולמנוע את התרחשות הנזק הפוטנציאלי. הרתעה.
* בדיעבד, לאחר שכבר הנזק התרחש. השיקולים הם צמצום הנזק כמה שיותר לאחר שכבר קרה הנזק. פיזור נזק.

בנקודת מבט של "אחרי", **שופט המיעוט** טוען שאין נזק. אם אין נזק, איך אפשר להקטין ולפגוע את חופש הביטוי למרות שלא נעשתה שום פגיעה בעוגה המצרפית? זה לא מאוזן, כי הספר כבר פורסם ולא התרחש הנזק..

לעומת זאת, מנקודת מבט של "לפני" **שופטי הרוב** טוענים שיש נזק כה גדול מבחינת הפוטנציאל ש-לו היה מתרחש לא היה ניתן לתקנו, והמשמעות היא שתוחלת הנזק היא כה גבוהה שנרצה לצמצם את הנזק הפוטנציאלי כמה שיותר ולשלול את הרווחים ואת התמריצים להבא באופן הרתעתי, שהנאדם הבא לא יפרסם משהו ללא צנזורה. להדגיש שלא ניתן יהיה להרוויח מהפרה שכזו.

**האם אנחנו באמת יודעים שהנזק הוא אפסי?**

* מצד הנתון- כן. כי אין מחלוקת על כך שהמידע היה בלתי סודי.
* מצד שני, אפשר לומר שהנזק הוא פגיעה במוניטין של הCIA וכי עצם הפרסום של הנושא כמו "מכריח" את הארגון לתייג את המידע כבלתי סודי באופן אסטרטגי. בגלל שהמידע כבר פורסם, למדינה יש אינטרס לדבר עליו כמה שפחות. כדי לא להסב לשם את תשומת הלב הוא מתויג כבלתי סודי.

בנוסף, מבחינה פוטנציאלית, יש כאן תוחלת נזק עצומה למקרים הבאים, ולכן יש צורך בקביעת כלל משפטי כזה.

**שאלה לדוגמא ממבחן:**

ציינו לגבי האמירה הבאה האם היא נכונה או לא נכונה ונמקו- "בעניין סנפ, נאמד הסעד על פי שיעור הנזק שנגרם למדינה.

**תשובה שלי**: לא נכון. הסעד בענין סנפ נאמד בהתאם לרווחי הסוכן כתוצאה מהפרת הנאמנות הקונסטרוקטיבית. אם אחד מהצדדים הרוויח מהפרת האמון, יש להחזיר לשני את הרווח הזה, כי לא נרצה שאנשים ירוויחו בהפרת אמונים.

**תשובה מוצעת**: לא נכון. הסעד נאמד לפי רווחיו של הסוכן. = זו התשובה כמובן אבל עדיף לפרט כדי לעבות ולהסביר את התשובה הזו.

פסד פאלאימפורט נ ציבה-גייגי: מתחרות בשוק חומרי ההדברה (שוק של 2 חברות). חברה אחת רשמה פטנט והגישה בקשה לצו מניעה מהשניה שלא תמכור אתה הפטנט שלה.ביהמש פסק צו מניעה ובערעור, 5 חודשים אחרי, נקבע שהפטנט חסר תוקף והצו בטל. צו המניעה מנע במשך 5 חודשים מחברה אחת למכור דבר מסוים, ב5 החודשים האלו החברה השניה הרוויחה על מה שהשניה היתה מנועה להרוויח ומכאן כאן נפגע המוניטין שלה (אם היא לא יכולה למכור משהו מסוים זה מוריד מערכה וגורם לה להפסיד לקוחות).

האם מגיעה תרופה לפאלאי?

**נפסק בביהמש** כי החברה פאלי לא יכולה לתבועה את ציבה-גייגי על בסיס דיני הנזיקין, משום שאין כאן עוולה. ציבה פעלה בהתאם לצוי ביהמש והכל נעשה כדין. ומכאן מגיעים לעולם עשיית עושר.

השופטים היו תמימי דעים שהחברה ציבה התעשרה שלא כדין בתקופת 5 החודשים שקוים צו המניעה.

מהי טובת ההנאה שעל בסיסה ינתן סעד?

**השופט זוסמן:** ציבה יצרה מונופול שם רק היא מרוויחה על דרך פגיעה במוניטין חברת פאלאי.

נאתגר טענה זו- מהו מוניטין? זו הגדרה די רחבה…

**השופט קיסטר:** השוק גדל בצורה בלתי צודקת. מטרת ההליך לא היתה להגדיל את השוק של ציבה. נתח השוק של ציבה גדל על חשבון נתח השוק של פאלאי.

* נאתגר טענה זו: ספרו של **עופר גרוסקופף**: המוטיבציה להטיל אחריות בדיני עשיית עושר היא כדי לעודד תחרות הוגנת.

יש כאן מקרה קלאסי של 2 מתחרים, אז ברור שכשנוציא אחד כל הלקוחות יעברו לשני. אבל בדכ, השוק מורכב מיותר מ-2, לכן יכול להיות שהלקוחות היו עוברים לכל מתחרה אחר, לכן לבסס את רעיון עשיית העושר על טענה תוצאתית כמו זו של השופט קיסטר היא לא נכונה.

צריכים בסיס אחר לתביעה ולא להיות תלויים רק בגודל נתח השוק, כי לרוב יהיו יותר מ2 מתחרים.

**הפתרון שהוא מציע:** ציבה גייגי נהנתה ממניעת התחרות. צו המניעה נתן לציבה את הכח למנוע מפאלאי את התחרות בה. ציבה יכלה להחליט אם היא רוצה או לא להגיש צו מניעה, וההחלטה להגיש ולקבל את צו המניעה מנעה מפאלאי את התחרות בה בשוק. הכוח הזה, היה רק בידי ציבה, ורק על זה אפשר לומר לה שנעשה כאן אי צדק והתעשרות שלא כדין. לא נרצה לעודד אנשים להגיש צוי מניעה כדי שחברות יחסלו מתחרות שלהן.

שיעור 9 סיכום: 14/7

החומר למבחן:

1. מבוא לארבעה תחומים מרכזיים/ "קטגוריות" במשפט הפרטי
* חוזים
* נזיקין
* קניין
* עשיית עושר
1. הקשר בין העילה לסעד- מעבר ל"קטגוריות" תיאוריה
* תיאוריה פוזיטיבית
* צדק מתקן
* ניתוח כלכלי
1. מעבר מהתיאוריה לפרקטיקה- חשיבות התיאוריה בפתרון בעיות משפטיות "בין-קטגוריאליות".
* ניתוח מקרים המערבים מספר תחומים משפטיים, תוך שימוש בהבנת התיאוריה שלמדנו והדגמת חשיבותה בפתרון בעיות מורכבות.
1. הרצאות אורח:
* נזקים המוניים.
* הטרדות מיניות.

**# המבחן מנורמל**

**# סוג שאלה מהרצאת אורח:**

"מחקרה של ד"ר ענבל מימון בלאו מתמקדים באסונות שקרו באופן חד"פ, אולם השפעתם עצומה מבחינת ההיקף ומידת החומרה" - חוו דעתכם על אמירה זו.

**תשובה שלי**: אמירה זו נכונה. ההרצאה עסקה באירועים יוצאי דופן שהובילו לתוצאות הרסניות בדבר כמות האנשים המושפעים מהם, וכן היתה להם השפעה גדולה בתחומים נוספים, כמו חקיקה מיוחדת לאסון מסוים.

**תשובה מוצעת:** אמירה זו אינה נכונה, מימון לאו עוסקת הן באסונות חדפים והן באסונות מתמשכים כו הטיפולים בגזזת או העירוי לחולי המופיליה.

**מסקנה: לחזור על השקופיות מהמצגות של הרצאות האורח.**

**# מבנה המבחן:**

* ארבע שאלות, אחת מהן תכיל בין 4 ל5 שאלות נכון או לא נכון המצריכות הסבר.
* חומר סגור
* שעתיים