**מבנה הקורס:**

* היווצרות חוזה
* חיי החוזה (תוכן החוזה)
* יציאה מהחוזה
* מקרים חוזיים מיוחדים

מבוא:

**סעד- ניתן רק כאשר נגרם נזק כתוצאה מהפרת החוזה (נזק כספי- עלויות מעבר, שכר הדירה עלה, ימי חופש). יכול להיות מצב שיש זכות חזקה שהסעד עליה יהיה חלש יחסית. אם פיצוי כספי אינו מספיק, ניתן לבקש סעד של אכיפת החוזה.**

**כוונת הצדדים- אם יש כוונה מצד שני הצדדים, סימן שהיה חוזה (זו המשמעות של כתב, חתימה).**

**שיטת משפט פורמלית- יתרונות:**

1. **עבודת השופטים קלה, עלות ההליך השיפוטי תהיה נמוכה יותר וזה יגרום לפחות היסוס מצד התובע לגשת להליך המשפטי וכך הזכויות המשפטיות שלו יהיו מהותיות ויאכפו.**
2. **וודאות (בעיקר מצד עורכי הדין והבקיאים בנושא מבחינה משפטית).**

**הלכה- הכלל המשפטי שקובע פסק הדין.**

**תקדים- פסיקה של בימ"ש גבוה המחייבת ערכאות נמוכות יותר.**

**דוקטרינה- אלמנט בניתוח קייס, לדוג' גמירת דעת.**

**צדדים- לעסקה או להליך המשפטי.**

**חוזה- הסכם מחייב משפטית.**

1. **יש הסכמים שלא מחייבים משפטית, ויש חובות משפטיות שאינן קשורות להסכמים.**
2. **החוזה מחייב את הצדדים להסכם, כלומר קבוצה מצומצמת של אנשים הקשורים בהסכם.**
3. **החוזה מאפשר לצדדים לשנות את מצבם המשפטי (למשל לוותר על זכות מסוימת), דבר הכרחי בכל תנועה בחברה.**
4. **זכות חפצא- זכות של אדם אחד מול כולם, זכות גברא- חובה אישית בין אדם לאדם.**
5. **חוזה הוא התחייבות עתידית. דבר היוצר אמון בין הצדדים והסתמכות של כל אחד מהצדדים על העתיד המובטח בחוזה. הסתמכות היא השקעה של צד אחד בהסתמך על עסקה עתידית.**
6. **החוזה מקים זכויות חוזיות.**
7. **זכות גברא מול זכות חפצא. זכות גברא היא זכות מול מישהו אחר, זכות חפצא היא זכות מול כולם.**
8. **זכות ראשונית מול זכות תרופתית (משנית). הזכויות החוזיות הבסיסיות הן זכויות ראשונית, וכשיש הפרה הזכות שקמה מכך היא זכות תרופתית, משנית (בדרך כלל זכות תרופתית תהיה זכות גברא).**
9. **תפקידם של החוזים הוא לאפשר לאנשים לקבוע חיובים משפטיים חדשים הנוגעים לאנשים הכלולים בחוזה, יוצר חופש לכבול את עצמך ע"מ לייצר אמון באנשים שבאים מולם בעסקה- האפשרות להתחייב.**

**דיני החוזים- שאלות שעל בית המשפט למצוא להן מענה:**

1. **האם קיים חוזה.**
2. **תוכן החוזה.**
3. **תנאי היציאה מהחוזה.**
4. **מגבלות מסוימות בחוזה.**

**כללים מול סטנדרטים- כלל נותן הבחנה ברורה, סטנדרט הוא גמיש יותר ונותן מקום לשיקול דעת.**

**דין קוגנטי מול דין דיספוזיטיבי- דין קוגנטי הוא דין רקע שלא ניתן להתנות עליו. דין דיספוזיטיבי הוא דין שניתן להתנות עליו. יכולים להיות דינים קוגנטים שהם סטנרדטיים וכאלה כלליים.**

**דין רצוי מול דין מצוי- דין מצוי הוא הדין הקיים והדין הרצוי הוא הדין המוצלח בעניין (שאלה נורמטיבית שיש מקום להתווכח עליה).**

**חוק החוזים חלק כללי וחוק החוזים תרופות- המסמך הכי חשוב הקורס.**

**פוליטיקה בדיני חוזים- המתח המרכזי הוא בין הגישה של שוק חופשי לבין הגישה לסולידריות חברתית. כשבתי המשפט מסתכלים על סכסוך חוזי הם יכולים להסתכל בכמה אופנים:**

1. **הגישה הקלאסית- חירות הצדדים היא במרכז ולכן ביהמ"ש יתייחס בעיקר לתנאים שכתבו ויאכוף אותם.**
2. **הגישה המודרנית- ביהמ"ש יגן על החלש, ולכן תפקידו יהיה אקטיבי יותר.**

כריתת חוזה, ס' 1- 12:

השלב החשוב ביותר בהיווצרות החוזה הוא גמירת הדעת, לכן זו השאלה הראשונה והמרכזית שהשופטים ישאלו את עצמם במשפט.

דוקטרינת גמירת דעת:

**הגדרה-** כוונת שני הצדדים ליצירת יחסים משפטיים.

**אינדיקציות-** חתימה, כתב, תחילת ביצוע (ביצוע- קיום ההתחייבוית לפי החוזה). לא קריטי במיוחד מה המקרים, אלא זה תלוי מקרה, כל מקרה לגופו.

לדוגמא, **פס"ד זנדבק** מדבר על צדדים הקשורים בחוזה מכר במקרקעין, מוכר (זנדבק) וקונה (דנציגר). המוכר רוצה להשתחרר מהחוזה. הקונה טוען שחליפת המכתבים ביניהם מעידה על גמירת דעת. לעומתו טוען המוכר שאין גמירת דעת, כי נכתב 'כל הזכויות שמורות' והמכתבים היו חלק ממשא ומתן. השופט קובע שכתיבת 'כל הזכויות שמורות' אינה אינדיקציה חזקה מספיק להעדר גמירת דעת. עוד הוא קובע שמבחוץ, מבחינה אובייקטיבית, נראה שהייתה גמירת דעת בחליפת המכתבים. המוכר רוצה לצאת מהחוזה כיוון שטעו בחישוב ושכחו לכלול במחיר סכום כסף נוסף, שחייבים לחברה הנמכרת. חוזה הוא הסכם שיוצר חיובים משפטיים חדשים, התחייבות בין הצדדים המתקשרים בחוזה וגמירות הדעת היא לעניין זה. במקרה הזה חליפת המכתבים היוותה העדה על גמירת דעת.

**מבחן אובייקטיבי מרוכך-** עד עכשיו עסקנו במבט אובייקטיבי טהור, איך זה נראה מבחוץ למתבונן סביר. המבחן האובייקטיבי המרוכך קובע כי גמירת הדעת של צד בחוזה, נבחנת לפי נקודת מבטו של אדם סביר בנעליו של הצד השני. גם אם ממבט מבחוץ נראה שהייתה גמירת דעת, אך מנקודת מבטו של אדם סביר בנעלי הצד השני זה לא נראה, אין גמירת דעת.

דבר זה משיג את מטרת דיני החוזים, שהיא להגיע לכוונת הצדדים.

* לדוגמא **פס"ד בראשי**. מדובר בעסקת מתנה, והדיון הוא האם לבראשי הייתה גמירת דעת, כוונה להעביר את נכסיו במתנה. הוחלט שלפי מצבו הרפואי, ותנאי ביצוע החתימה, לא הייתה גמירת דעת כיוון שמנקודת מבט של אדם סביר בנעלי הבנים ניתן לראות שאין גמירת דעת.
* בפס"ד **פרץ בוני הנגב**, נקבע שאין לאב (בוחבוט) גמירת דעת, בגלל שאדם סביר בנעלי הצד השני (פרץ), יכול היה להניח שאדם שאינו יודע קרוא וכתוב, ובנסיבות שהתקיימו, לא גמר בדעתו להתקשר בכזה חוזה.

**מקרים מיוחדים-**

* גבולות דיני החוזים: יש תחומים שלא קשורים לעולם החוזים. גם בהסכמים לא חוזיים אפשר להגיד שאין גמירת דעת, אבל הם לא מחייבים משפטית (לדוג' הבטחות). יש פער בין המוסר למשפט, ואם מישהו פעל לא נכון מבחינה מוסרית, זה לא בהכרח מחייב משפטית. לא כל דבר הפסול מוסרית הוא גם פסול משפטית.
* אי הבנה: אם כל אחד מהצדדים התכוון למשהו אחר, מסתכלים על זה בצורה חיצונית של גמירת דעת. אם ביהמ"ש יכול להבין אובייקטיבית שיש חוזה, אחד הצדדים טעה. אך אם ביהמ"ש לא מוצא שנעשה חוזה בהסתכלות אובייקטיבית, אין חוזה.
* טענת האפסות: בגדול, אם לא ניתן לראות את חוסר גמירת הדעת אצל הצד השני (כגון מחלת נפש), סימן שיש גמירות דעת (נועד להגן על השוק).

טענת האפסות, הינה טענה חריגה, שבה אם אין שום בחירה חופשית אין גמירת דעת גם אם לא ניתן לדעת זאת ע"פ המבחן האובייקטיבי המרוכך. אם יש שלילה מוחלטת של הרצון אין גמירת דעת.

טענה זו שוללת את האובייקטיביות לטובת סובייקטיביות, ואינה הלכה מחייבת.

מבוא למסוימות:

בפס"ד **דור אנרגיה**, עולה שאלת המסוימות. המפעיל טוען שהחוזה לא היה מסוים מספיק (חסרו פרטים כמו רשימת הציוד). כשיש דיון על מסוימות עולים הפרטים הקיימים מול הפרטים החסרים. הבחינה היא האם הפרטים החסרים הם זניחים וניתן להשלימם, או שהם מהותיים ואין חוזה. במקרה זה, בית המשפט קבע שהפרטים המהותיים סוכמו ולכן יש מסוימות.

בפס"ד **עדני נ' דוד**, הרוב קובע שלא היה חוזה, כיוון שלא הייתה מסוימות ולא גמירת דעת, כי הם לא סיכמו על התשלומים וזה היה הכרחי מצד הצדדים. המיעוט טען שעניין התשלום לא מהותי וזו לא הסיבה האמיתית לתביעה.

המסוימות בד"כ מובאת אחרי גמירת דעת. בוחנים אותה בפרטים הקיימים והלא קיימים. בית המשפט מתייחס לכך על יסוד גמירת הדעת- אם הפרטים הקיימים והחסרים מהותיים מבחינת הצדדים.

מסוימות:

רשימת פרטים- בפס"ד **קפולסקי נ' גני גולן** נותן השופט **עציוני** רשימה שנקראת רשימת עציוני, של פרטים שצריכים להתקיים בצורה מצטברת כדי שתהיה מסוימות:

1. שמות הצדדים.
2. מהות הנכס.
3. מהות העסקה.
4. מחיר.
5. מועדי תשלום.
6. הוצאות ומיסים.

זו ההלכה הישנה, והיא לא כ"כ טובה כיוון שהיא יכולה להפתיע, לא כולם מכירים את הרשימה. מצד שני, יש יתרונות:

* שיקול מוסדי**-** כלל חד וברור מהווה יתרון כיוון שזה **מגביל את שיקול דעת השופטים,** שאמורים להיות אובייקטיבים. אך יש לזה מחיר, לא בכל מקום צריך להגביל את שיקול דעתו, ויש מקומות בהם הוא נצרך.
* אחידות- בנוסף כלל חד הוא טוב מבחינת **אחידות**, שתוביל להוגנות, שוויון.
* וודאות-אינה מהווה יתרון בהכרח במקרה זה, יכולה להיות ודאות למי שמכיר את הרשימה וזה יגרום להפתעה גמורה לצד השני (ההפך מוודאות).
* יתרון נוסף וקריטי הוא התמשכות ההליכים, הוא קריטי כיוון שהוא ברור ולא ניתן להתווכח על הימצאותו.

אם כן, מדוע היא לא טובה ולא תופסת בימינו?

* צדק במקרה הקונקרטי- כלל חד לא תמיד מביא לתוצאה צודקת במקרה הספציפי, כוונת הצדדים. אם מסוימות מסכלת את כוונת הצדדים התוצאה לא טובה.
* צדק במקרה של מניפוליזם- כשיש כלל חד אפשר להתחמק ממנו, ולנצל אותו לרעה באמצעות תחכום. בהעדר שיקול דעת השופט, מגיעים למקום לא צודק, כי אין אפשרות אחרת.

גרעין מסוימות-זכרון הדברים, מהווה בדרך כלל את בסיס המחולקת בחוזים. בפס"ד **רבינאי**, לפני חוק החוזים, השופט **ברק** קובע שזה שחסר אחד הפרטים, לא משנה, וניתן כמעט תמיד להשלים פרטים. **ברק** קובע כי הצורך הוא בגרעין, יסוד מינימאלי המעיד על קיום העסקה, וניתן להשלים את הפרטים החסרים.

פרטים שידונו בעתיד-בפס"ד **זוננשטיין** ובפס"ד **גבסון**, קובעת השופטת **בן פורת**, כי אם הצדדים אמרו שידונו בפרט מסוים בעתיד, אין מסוימות ואין חוזה. בפס"ד **דור אנרגיה**, כביכול היה מקרה כזה, כיוון שהצדדים סיכמו ביניהם שידונו על רשימת הציוד בהמשך, אך בית המשפט קובע שזה אינו מהותי ולכן זה שונה. מכאן שאם יש פרט שנראה שנתון במחלוקת לא ניתן להשלים אותו. השאלה האם הצדדים רצו לדון בפרט בעתיד מפני שהוא לא משמעותי או מפני שהוא שנוי במחלוקת. בפס"ד **עדני**, הרוב חושב שהפרט החסר היה שנוי במחלוקת. העמימות שיש היא כשלא ברור מאיזה סיבה הצדדים רצו לדון בפרט הנידון בהמשך. הקביעה אם הפרט הוא משמעותי תהיה לפי כוונת הצדדים.

מסוימות וגמירת דעת-מסוימות היא עמומה, כיוון שהיא כרוכה בגמירת דעת, שהיא מושג עמום. הדרישות האלה נתפסות כתומכות אחת בשניה.

הדרכים להשלמת פרטים-אם יש פרט חסר, אך הוא לא מהותי, יש להשלים אותו. זה מורכב ולכן לכאורה היו מעדיפים רוב הפעמים לקבוע שהפרטים מהותיים.

* **נוהג בין הצדדים-** ע"פ עסקאות קודמות דומות ביניהם.
* **נוהג כללי-** מה שנהוג בד"כ בשוק במקרים דומים.
* **עקרון הביצוע האופטימאלי-** יש צד שרוצה להשתחרר מהחוזה וצד שלא. הצד שרוצה, טוען שעניין מסוים שחסר הוא מהותי, ובית המשפט קובע שניתן להשלים אותו באופן שיצא לטובת הצד הרוצה להשתחרר, בצורה הכי קיצונית (שמקובלת בשוק), כך שלא יכול להתלונן שלא היה מסכים לחוזה, והפרט הופך ללא מהותי.
* **מנגנוני השלמה מוסכמים (בחוק)-** לא תמיד אפשר להשתמש בהם. לדוג' אם חסר מחיר, אפשר להביא שמאי, אם התמורה המשמעותית אינה בכסף, או שההסכם הוא לסחר עתידי המחיר אינו הפרט המשמעותי, והוא יושלם לפי המדד, שהוא מנגנון השלמה מוסכם.
* **סבירות, פתרון הוגן ומקובל באופן כללי-** נגזרת מעקרון תום הלב. חסר פרט, ויוצאים מנקודת הנחה שהוא לא מהותי, לכן בית המשפט יכול להשלים על פי ההיגיון.

דרישת הכתב (ס' 8 לחוק המקרקעין):

תחולת דרישת הכתב-

בחוק יש עניין של רישום- ללכת למרשם של מקרקעין ולשנות את הרישים, ושל כתב- דרישת הכתב בחוזה. חוזה זו התחייבות לעשות עסקה, להעביר את הנכס, זכויות גברא. הרישום הוא הביצוע של העברת הבעלות, זכויות חפצא.

מכאן שדרישת הכתב היא לגבי התחייבות לעשות עסקה במקרקעין, לגבי החוזה ולא לגבי הרישום.

שכירות ארוכת טווח (ל5 שנים), טעונה דרישת כתב. יכול להיות מצב של שכירות נמוכה מכך ללא כתב, מכיוון שאין דרישת כתב בעניין.

יש דרישת כתב בעוד הרבה נושאים, והיא נובעת מחקיקה ולא מפסיקה.

דרישה מהותית או ראייתית-

דרישה ראייתית היא הצורך בכתב כדי להוכיח שהיה חוזה. דרישה מהותית היא הצורך בכתב שהוא עצמו ההסכמה החוזית. ההבחנה היא האם צריך כתב כדי להוכיח שהייתה הסכמה או שהכתב הוא ההסכמה. הדרישה הראייתית דורשת שתהיה הסכמה, ומסמך כתוב כלשהו שמעיד עליה, והדרישה המהותית דורשת שתהיה הסכמה בין הצדדים בכתב. בפס"ד **גרוסמן נגד בידרמן**, ההסכמה לא הייתה בכתב, הם עוד לא כתבו את החוזה שלהם (והיו חסרים פרטים מהותיים), ביהמ"ש קבע שדרישת הכתב מהותית, ולכן לא נכרת חוזה בין הצדדים.

ההבחנה משנה לעניין המסוימות. אם הדרישה היא מהותית, מה שהוסכם בין הצדדים הוא רק מה שנכתב בחוזה, ולא מספיק ללמוד על הפרטים מהשלמות בע"פ. לכן פרטים שלא מופיעים בכתב- לא מופיעים בחוזה הכתוב, והם פרטים חסרים.

ריכוך דרישת הכתב-

מצב זה מייצג מצב משפטי קצת ישן, ומשמעות פס"ד **גרוסמן נ' בידרמן** נשחקה, כמעט עד כדי העלמות. כיום אפשר להשלים פרטים חסרים ולכן אין הרבה משמעות לכך שמה שסוכם בע"פ כביכול חסר בחוזה, כיוון שאם הוא סוכם בע"פ כנראה שזה לא היה נושא שנוי במחלוקת. האמירה שפרטים שלא מופיעים בחוזה הם חסרים, פחות משמעותית כי ניתן להשלים אותם.

זו דוגמא שמראה איך דוקטרינות עובדות יחד. דרישת הכתב מהותית, אבל אנחנו יכולים להשלים פרטים חסרים ע"פ עקרון המסוימות. גם אם נגיד שלא כל הפרטים הכרחיים להיווצרות חוזה, זה נכון.

כיום אפשר להזיז את רגע ההסכמה, וזה מעניק לבית המשפט גמישות בנושא.

משמעות דרישת הכתב לעניין החתימה- לא ברורה.

הצעה וקיבול:

מבוא:

סעיפים 1-11 לחוק החוזים- תשל"ג (1973) עוסקים בדינים שונים לגבי הצעה וקיבול.

מפגש רצונות:ניתן ללמוד מהסעיפים הראשונים שיש לבדוק גמירת דעת אצל המציע ואצל הניצע. המציע הוא נותן ההצעה והניצע הוא מי שיכול לקבלה. החוזה נוצר אם יש מפגש רצונות בין הצדדים.

כריתה בין נעדרים:הצדדים לא נמצאים במעמד כריתת החוזה יחד. כשיש פער זמני וגיאוגרפי עולה השאלה של הצעה וקיבול, האם היה מפגש רצונות בין השניים.

הצעה:

פקיעת ההצעה:

הצעה היא פניה שיש בה מספיק גמירת דעת ומסוימות שאפשר להפוך אותה לחוזה בקיבולה. אם זה לא המצב זו הזמנה ולא הצעה. מתי ההצעה פוקעת?

* המציע חוזר בו:לא תמיד המציע רשאי לחזור בו מההצעה, אלא רק אם החזרה נמסרה (הגיעה למען) לניצע לפני שהוא נתן הודעת קיבול.
* הניצע דוחה את ההצעה: ברגע שדחה הניצע את ההצעה, היא פקעה, ואין לו אפשרות לחזור בו.
* עבר המועד לקיבול:אם עבר המועד לקיבול, ההצעה פקעה, ואם הניצע רוצה לקבל אותה אחרי מועד הקיבול, מדובר בהצעה חדשה.
* מת המציע או הניצע: מות אחד הצדדים אינו משנה את קיימות החוזה, אך זה לא כך בהצעה. כשמישהו מת ההצעות שלו פוקעות.
* המציע או הניצע הפך פסול דין: כשמישהו נקבע כפסול דין הצעתו פוקעת. פסול דין הוא מצב שביהמ"ש קובע. עד שלא הסתיים ההליך אינו נחשב פסול דין (אצל קטינים זה שונה).
* חלוף זמן סביר: במקרה של הצעה שלא נקבע לה מועד, הזמן הסביר תלוי בנסיבות ונקבע ע"י ביהמ"ש. אם חלף זמן סביר ההצעה פוקעת. בפס"ד **גורדיס**, האישה הציעה לבעלה לשעבר לקנות את דירת המגורים המשותפת, לאחר חצי שנה הוא ענה לה בחיוב. השאלה האם ההצעה פקעה, או שהיא עוד תקפה ובקיבול ההצעה ע"י הגרוש נוצר החוזה. נראה שעבר זמן סביר בסיטואציה הזאת, ולכן אין חוזה. אולי בעולם העסקים קיבול הצעה אחרי חצי שנה יכולה להחשב סבירה, אך בסיטואציה הזו ברור שההצעה פקעה.

הצעה בלתי חוזרת (ס' 3(ב)):

שני אופנים להגדרת הצעה כבלתי חוזרת:

1. יש תאריך על ההצעה.
2. מצוין שהיא בלתי חוזרת.

המשמעות של הצעה בלתי חוזרת היא שהמציע לא יכול לחזור בו מרגע שההצעה הגיעה לניצע. במקרה כזה, כדי לבטל את ההצעה, צריך שהביטול יגיע לניצע לפני שהגיעה ההצעה.

**עניין פקיעת ההצעה בא לידי ביטוי בפס"ד הבאים:**

**פס"ד תשובה:**

הצדדים סיכמו שאם צד אחד מעוניין במכירת חלקו בנכס הוא מחוייב להציעו למכירה לצד השני תחילה, ורק אם הוא לא רוצה להציע לקונים אחרים. סדר הארועים במקרה זה הוא כדלהלן:

* המציע שלח הצעה בלתי חוזרת.
* המציע שלח פקס המבטל את ההצעה.
* הפקס המבטל מגיע אל הניצע.
* ההצעה מגיעה אל הניצע.
* הניצע שולח הודעת קיבול.

הביטול הגיע לפני ההצעה ולכן הודעת הקיבול של הניצע היא בגדר הצעה חדשה ואין חוזה.

**נווה עם נ' יעקבסון:**

השאלה המשפטית הייתה האם עזיבתו של יעקבסון היוותה דחייה של החוזה. מדובר בהצעה בלתי חוזרת ולכן נווה עם לא יכלו לסגת מהצעה ביוזמתם.

קיבול:

**האפשרויות השונות לקיבול:**

* הודעת קיבול.
* קיבול בהתנהגות.
* שתיקה כקיבול:

לפי ס' 6 המציע לא יכול לקבוע ששתיקה מהווה קיבול ולקביעה כזאת אין תוקף. אך היא יכולה להיות קיבול בסיטואציה של מתנה, או כשהתפתח נוהג בין הצדדים שבו השתיקה היא קיבול, ואם היה רוצה הניצע לא לקבל, היה אומר זאת.

* הצעה מזכה וחזקת קיבול:

הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע. לגבי הצעה מזכה יש חזקת קיבול (ס' 7) שלפיה, בהעדר הוכחה לסתור, זה המצב. בהצעה כזאת, בשתיקת הניצע יש חזקת קיבול.

* קיבול באיחור:

קיבול כזה דינו כהצעה חדשה.

* חזרה מהקיבול:

(ס' 10) הניצע יכול לחזור בו מהקיבול רק אם נמסרה (הגיעה) למציע הודעת החזרה לפני הודעת הקיבול, כי מרגע שקיבל, נוצר חוזה, ואינו יכול לחזור בו. אם אין חוזה אך נודע למציע על קיבול (באחת החלופות לקיבול שציינתי), יכול הניצע לחזור מהקיבול, רק עד שנודע למציע על הקיבול.

* קיבול תוך שינוי:

לפי ס' 11 קיבול תוך שינוי לכאורה הוא לא קיבול, אלא הצעה חדשה.

הצעה לציבור:

חוזה יכול להכרת גם בצורת הצעה לציבור:

* הצעה ולא הזמנה:

הצעה והזמנה שתהין פניות. השאלה היא האם הפניה היא הזמנה למשא ומתן, או הצעה המבטאת גמירת דעת ויכולה להפוך לחוזה בקיבול. לדוג' מודעה למכירת דירה, תחשב בד"כ להזמנה, כי כוונת המוכר היא להתחיל משא ומתן בנושא. מוצג בחלון ראווה- אם יש עליו מחיר זו הצעה, כוונת המוכר היא שברגע שיגיע הלקוח ויתן את הסכמתו יהיה חוזה.

אם יש פרסומת שמקנה משהו, זה יכול להיות בגדר הצעה, אבל יכול להיות שזה סתם פרסומת, רהב, ולא הצעה רצינית שנעשתה בגמירת דעת. כמו בדוגמא של **פפסי** עם מטוס הקרב.

* קיבול:

במקרה של מודעות פרס, מדובר בהצעה מסוימת ואין על זה ויכוח. אך יש שאלה נוספת של צורת הקיבול. הקיבול בהתנהגות והשאלה מתי התרחש הקיבול. אדם ראה מודעה, התחיל לחפש את מה שאבד, הבעלים חזר בו מן ההצעה ואז האדם מגיע לבעלים עם האבדה, האם הוא חייב לשלם למוצא? הנק' לויכוח היא מתי קרה הקיבול.

הקיבול יהיה בהתאם להצעה.

**פס"ד קוזאלי נ' מדינת ישראל:**

החייל מג'די חלבי נעלם ב2004. ב2007 יצאה מודעה מטעם עמותה (הפועלת מטעם המדינה) המבטיחה 10 מיליון דולר, למי שימסור מידע שיוביל למציאתו. ב2012 קבוצה אנשים שיצאו לכרות עצים בכרמל נתקלו בגופתו. המודעה בתוקף, לא נקבע בה מועד זמן, והכוונה במקרים דומים היא לתקופות ארוכות.

**ביהמ"ש המחוזי** קבע שלא היה קיבול כי לא ייתכן קיבול אקראי. באין דעת לא תיתכן גמירת דעת. זו הייתה פעולה אקראית, שאין ללמוד ממנה על גמירת דעת.

**במקרה זה אולי יש חוזה:**

ההצעה היא הצעה מזכה, כיוון שבכל מקרה חלה חוות דיווח, וההצעה היא שאם תדווח תקבל אותה. לכן מדובר בהצעה מזכה, שיש בה חזקת קיבול. אין צורך להסתכל על רגע המציאה כרגע הקיבול אלא על קבלת הפרס.

לעניין התמריצים, המדינה רצתה לעודד תמריץ לפעולה וזו מטרת ההצעה, לכן רק מי שפעל והתאמץ צריך לקבל. אך יש להסתכל על איך אנשים מבינים את ההצעה, הפרשנות הסבירה. מעבר לכך, יש עוד מטרות למדינה, למשל סולידריות חברתית. פרשנות זו אינה מבחינה בין הפועלים לאלה שאינם. התודעה ברגע הפעולה האקראית, אינה משמעותית כמו רגעים אחרים.

התחייבות חד צדדית:

**אדם מחליט לשנות את מצבו המשפטי ללא קשר להתחייבות הצד השני, אין הלכה בעניין ולרוב יחילו על מקרים אלו את עניין ההצעה המזכה ויראו זאת כך (כיוון שיש חזקת קיבול).**

קרב הטפסים:

הסיטואציה המרכזית כיום שבה מתעוררות השאלות של הצעה וקיבול. נוצר כאשר יש פער בין 2 טפסים של צדדים שונים לאותו עניין (לדוגמא במסחר, כאשר יש את הצד הקונה, המוכר, ואת המעבר של הסחורה ביניהם). הטפסים קובעים קביעה סותרת לגבי עניין מסוים. זה קורה כי בד"כ אין משא ומתן ספציפי לגבי כל אחד מהספקים או מהקונים בנפרד. פתרונות אפשריים בסיטואציה כזאת:

* אין חוזה כלל, כי אין מפגש רצונות.
* יש חוזה, עם פרט חסר שיש להשלים.
* החוזה הראשון תקף כי הוא הבסיס והשני לא תקף.
* החוזה השני תקף כי מדובר ביצירת חוזה חדש.

משמעות חוזה הוא שצד אחד לא יכול להתחרט, אבל אם שניהם רוצים לקבוע משהו חדש, זה אפשרי ויהיה חוזה חדש.

סיכום נושא כריתת החוזה:

מגמת הרחבה- יש הקלה בכניסה לעולם החוזי, יותר ויותר הסכמים נחשבים חוזה. זה קורה בעקבות ריכוך בדרישת הכתב, ריכוך בדרישת המסוימות, מגמת מעבר לגמירת דעת על חשבון דרישות אחרות- אומרים שהכל קשור לגמירת דעת ונבע ממנה, ואין הרבה משמעות לדרישות האחרות בפני עצמן.

המהלך כפול- מעבר מדרישות פורמאליות לדרישות מהותיות, והקלה בכניסה לעולם החוזי.

הקשר ביניהם הוא שביהמ"ש עובר ממדים פורמאליים למהותיים, וזה קשור באופן ברור לאקטיביזם השיפוטי (יותר שק"ד לשופטים). גם בנוגע להקלת הכניסה לעולם החוזי, זה מאפשר חופש פעולה לביהמ"ש כשיש חוזה.

האם עדיף להוציא את ס' 1-11 מחוק החוזים ולקבוע שחוזה הוא רק מסמך חתום שנערך ע"י עורך דין שמעיד על כוונת הצדדים להתקשר ביחסים משפטיים?

**בעד:**

* וודאות עבור הצדדים.
* וודאות עבור השופטים, קיצור ההליכים המשפטיים.

**נגד:**

* וודאות עבור מי? כלפי עורכי הדין המכירים את הכלל, ודווקא את שאר הציבור זה יפתיע. חוסר וודאות לחלשים.
* צדק במקרים חריגים (במקרה הקונקרטי).
* כללים חדים יוצרים פתח לניצול הזדמנויות (אופורטוניזם).
* לא בטוח שחוק ברור כזה יהיה ברור יותר לציבור מאשר מה שקיים.
* מאזן בין וודאות והוזלת ההליך השיפוטי מול השגת הצדק, והתגשמותם בפועל.

פגמים בכריתת חוזה:

פגמים ברצון:

יש חוזה, אך יש פגם ברצון. טעות, הטעיה, כפיה ועושק הם הפגמים השונים ברצון. הם דומים בכך שיש חוזה, אבל יש פגם ולכן ניתן לבטלו.

טעות- ס' 14:

כריתת חוזה:

**בס' 14 א,** יש כמה מילים חשובות.

* "עקב"- **קשר סיבתי**. הסיבתיות חשובה בהקשר המשפטי. קשה לדעת סיבתיות, והמבחן במשפטים הוא 'גורם בלעדיו אין'. אם לא היה את הדבר הראשון, לא היה גם את השני. הקשר הסיבתי בס' זה, הוא שהחוזה נכרת עקב הטעות, לולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה. קשר סיבתי סובייקטיבי.
* "וניתן להניח"- יסודיות מבטו של אדם סביר, מתוך ההיגיון הכללי, קשר סיבתי אובייקטיבי.

טעות היא פער בין הבנת האדם לבין המציאות. הטוען לביטול החוזה צריך להראות שהייתה לו טעות, שיש **קשר סיבתי,** **ויסודיות**. צריך להוכיח יסודיות כיוון שיש מתח בין הצורך להתחשב ברצון המתקשרים לבין טובת הצדדים.

בנוסף יש להוכיח שהצד השני **ידע מהטעות** ולא אמר זאת.

התוצאה של ס' זה היא זכות ביטול.

טעות שאינה ניתנת לתיקון:

**ס' 14 ב,** ו14א מדברים על טענות חלופיות.

יש בינהם שני הבדלים:

* ידיעת הצד השני: אם הצד השני לא ידע, אין זכות ביטול אוטומטית, אלא יש לפנות לבית המשפט.
* התוצאה: בית המשפט יכול להטיל סנקציות שונות (לגבי תקפות החוזה, פיצויים).

**ס' 14 ג'** קובע שאין זכות ביטול אם ניתן להסיר את הטעות.

ס' 14 ד' כדאיות:

הכל נכנס לדיון בכדאיות. הס' הקודמים מובנים, ס' זה מורכב יותר ומטפל בתחום המהותי. במקרה הזה החוק לא נותן מענה רחב, לכן פונים לספרות ולפסיקה.

**מבחנים לטעות בכדאיות:**

* תכונות מול שווי- מבחן אינטואיטיבי, יש צורך להראות טעות בתכונות הנכס (זכויות בניה לדוג') ולא טעות שהיא רק לגבי שווי. המבחן של **גבריאלה שלו.**
* עבר מול עתיד של טדסקי-טעות לגבי העבר, מקנה זכות ביטול, כי היא אינה רק בכדאיות. טעות לגבי העתיד היא טעות בכדאיות. אם אדם טועה בעניין זכויות בניה בנכס, שהיו בעת ביצוע העסקה, יש זכות ביטול. אך אם זכויות הבניה ניתנות רק אח"כ, בעתיד, מדובר בכדאיות.
* מבחן הסיכון של פרידמן-מבחן מהותי, המקובל ביותר בפסיקה. הוא מורכב יותר להפעלה. אדם הטוען טעות, צריך להוכיח שלא נטל על עצמו סיכון לטעות בכריתה. שואלים מי מהצדדים נטל את הסיכון לטעות שהתרחשה, איך הם חילקו ביניהם את הסיכונים. המבחן הזה נכון יותר אך הרבה פעמים קשה לדעת את התשובה על פיו.

פס"ד שלזינגר:

אדם היה מבוטח, וביטל את הביטוח בזמן שהיה חולה. אחרי שביטל גילה שהוא חולה, והוא טוען שהייתה טעות כיוון שאם הה יודע שחולה לא היה מבטל את הביטוח. ע"פ מבחן עבר מול עתיד יש לו זכות ביטול, כיוון שהוא היה חולה, רק לא ידע על כך, ואם היה יודע לא היה מבטל. תכונות מול שווי- הטעות אינה רק של שווי אלא של דבר שקיים בעולם. לפי מבחן הסיכון, משמעות הביטול היא נטילת הסיכון לאירוע הביטוחי (התגלות המחלה), על המבטל. המבחן שמכילה השופטת **פוקצ'יה** הוא מבחן הסיכון, היא שואלת על איזה צד היה הסיכון במקרה זה.

פס"ד בן לולו:

הסכם הפשרה התייחס בדיוק לטיעון המערערת. היא לקחה את הסיכון שמצבה יחמיר וויתרה על זכויותיה. על אף שהשופט **אור** רצה להגיע לפתח שיאפשר פיצויים, אינו מסוגל כיוון שהחוזה ביניהם התייחס לסיכון שעליו מערערת **בן לולו**. הוא מוסיף שהמצב החריג שיכול לאפשר קבלת ערעור מסוג כזה, הוא שמה שקרה בפועל, לא משקף את הסיכון שלקחו הצדדים בצורה קיצונית. אם הסיכון הוא כזה שלא היה במסגרת ההסכם כיוון שהוא לא נלקח בחשבון מצד הצדדים. המתח הוא מול סופיותם של הסכמי הפשרה, השופטים מקמצים בביטולם.

במקרה בו היה ביטול בפס"ד זה, חברות הביטוח היו כותבות את הסכם הפשרה בצורה מדויקת וברורה יותר, אנשים ישימו לב שמבטלים להם הרבה זכויות וידרשו בעבורן פיצוי כספי גבוה יותר.

המטרה היא יותר הסכמי פשרה, על סכום נכון והגיוני, שיוזילו את ההליך המשפטי.

נניח שע"פ חוק, נפגע תאונת דרכים מקבל פיצוי על הנזקים הפיזיים אך לא על עוגמת נפש. הנזקים הפיזיים מוערכים ב10,000 שח והסכם הפשרה על סך זה נחתם בהסכמת הצדדים. מאוחר יותר משתנה החוק, והנפגע יכול לקבל פיצויים גם על עוגמת נפש.

לפי מבחן טדסקי אין לו עילת תביעה, שכן במצב בו היה נתון לא היה קיים החוק.

לפי מבחן הסיכון, אין לו עילת תביעה, כיוון שנטל סיכון בחתימתו על הסכם הפשרה. בהסכם פשרה, הצדדים לוקחים על עצמם סיכון לשינוי ב**מצב המשפטי.** ביטוי בפסיקה לכך **בפס"ד** הרואסטי.

פס"ד טלמון:

**טלמון** מכר נכס, וגילה לאחר מכן שהוא יכול לשמש גם לצורכי מגורים. הרוב קבע שהוא לקח על עצמו את הסיכון לשינוי במצב המשפטי. **מזוז**, בדעת יחיד, מציין לפי הפרט בחוזה 'על פגמים בחוזה', שלא התכוונו להעביר את החוזה במצב של שינוי תכנוני. השאלה שצריכה להישאל היא לגבי מהות ההסכם בין הצדדים, איזה סיכון לקח כל אחד מהם.

הטעיה- ס' 15:

יסודות העילה:

* כריתת חוזה: ההנחה היא שיש חוזה.
* טעות:פער בין המצב ע"פ הידיעה לבין המציאות.
* הטעיה:אחד הצדדים לא גילה פרט מהותי מסוים שידע או היה צריך לדעת.
* **קשר סיבתי כפול:** צריך קשר סיבתי בין החוזה לבין הטעות, וגם קשר סיבתי בין הטעות להטעיה של הצד השני.
* טעות שאינה ניתנת לתיקון**:** לפי החוק, עניין זה אינו רלוונטי להטעיה. אך המצב המשפטי לא ברור. בפסיקה אין תשובה לכך, ובספרות חושבים שס' 14 ג' חל גם על 15. כך שאם הטעות ניתנת לתיקון, אין עילת הטעיה.
* טענה שאינה רק בכדאיות העסקה.
* על ידי הצד השני או אחר מטעמו.

ידיעת המטעה- היסוד הנפשי של המטעה:

* הטעיה ביודעין-לכל הדעות ידיעת המטעה מספיקה.
* הטעיה ברשלנות-אי ידיעה, למרות שהייתה נדרשת מאדם סביר, יכולה להוות הטעיה ברשלנות.
* הטעיה בכוונה.
* עמדות בספרות ובפסיקה:
* שלו- הטעיה אפילו בשגגה**:** הטעיה בתום לב, בשגגה, הינה הטעיה ללא יסוד נפשי, שהמטעה לא ידע, אך גם לא מצופה ממנו לדעת. בכ"ז הוא יכול להיחשב מטעה כי אינו גילה זאת לטועה, והוא התקשר למרות זאת בחוזה, על כן יש לו עילת ביטול.
* צלטנר- הטעיה רק ברשלנות או ביודעין:אם ההטעיה בעניין דבר שהמטעה לא ידע, אך גם לא היה צריך לדעת, אינה הטעיה.
* שמגר- הטעיה רק ביודעין:המקובל ביותר בפסיקה. הדרישה היא לא לשקר, ואם לא ידע המטעה, אינו שיקר.

הטעיה במחדל וחובת הגילוי:

אי גילוי זו הטעיה במחדל. מה היקף חובת הגילוי?

פס"ד ספקטור:

הקונה רוצה לצאת מהעסקה, כיוון שלא היה ידוע לו פרט לגבי כמות הדירות שניתן לבנות ולגבי ההפקעה האפשרית העתידית. יש קשר סיבתי, שכן לא היה מתקשר בחוזה לו היה יודע את פרטיו אלו. האם יש קשר סיבתי בין התנהגות המוכר לטעות? קשר סיבתי- גורם בלעדיו אין. לו היה אומר לו, היה הקונה יודע. הקשר הסיבתי פשוט- אם המוכר היה אומר שניתן לבנות רק 12 דירות, הקונה לא היה טועה. מכאן שיש קשר סיבתי כפול.

הטעות אכן נגרמה מחוסר הגילוי של המוכר, השאלה היא האם חלה חובת הגילוי על המוכר?

השופט **אשר** קובע שיש חובת גילוי, מפני שהיא נובעת מהנסיבות ומתוך עקרון תום הלב. יש הבדל בין אי גילוי בתום לב, לבין כוונה לא לגלות מסיבות מסוימות, האחרונה הינה ממש רמאות.

השופט **לנדוי** קובע שאין חובת גילוי כיוון שהיה על הקונה לברר פרטים אלו בעצמו. אם קיים פרט שהקונה יכול היה לברר בקלות, אין חובת גילוי על המוכר. דווקא בגלל שהקונה קבלן, סביר שהוא יבדוק זאת בעצמו, ומשלא עשה כן, אין חובת גילוי על המוכר.

כיום יש חובת גילוי רחבה יותר על המוכר, משיקולי יעילות. מתוקף היותו מוכר, הוא יודע יותר פרטים ועליו להגיד זאת.

**חובות הגילוי השונות:**

* חובת גילוי ע"פ חוק: חובה שקבועה בחוק, לעיתים ברורה (כמו בחוק המכר דירות ס'2) ולעיתים מעורפלת (כמו ס' 12). "ע"פ דין"= ע"פ החוק.
* חובת גילוי ע"פ נוהג: היקף החובה ע"פ נוהג לא מאוד ברורה. קשה לקבוע ע"פ נוהג, אך יש להתבסס עליו, ותמיד יהיה נוהג להסתמך עליו. לדוג' נוהג בין קבלנים. אם יש נוהג קיימת חובת גילוי לעניין ס' 15 מכוח הנוהג.
* חובת גילוי מכוח הנסיבות: לפי המקרה הספציפי.
* חובת גילוי מכוח יחסי אמון: ביחסים מול לקוח, לדוגמא, או ביחסי קטין- אפוטרופוס, חלה חובת תום לב מוגברת, ובמסגרתה חובות גילוי מוגברות.
* חובת גילוי מכוח גילוי חלקי: אם יש התקרבות להטעיה אקטיבית, החובה מוגברת, יש חובה לגלות יותר דברים, את הדברים שהתחיל להגיד הצד החב חובה זו. אם הותחל הגילוי, יש לסיימו, כי זה נהיה קרוב להטעיה אקטיבית. זאת מפני שתחילת הגילוי יוצרת אצל הצד השני ציפיה סבירה שזו כל האמת בנושא.
* חובת גילוי על מידע שקל להשיגו: ככל שקל יותר להשיג את המידע, יש פחות חובת גילוי. ניתן להניח שהצד השני ישיג את המידע בעצמו כשהוא פשוט להשגה.
* חובת גילוי על מידע שנדרש מאמץ להשיגו: למוכר יש מידע על פגם נסתר בנכס, שקשה להשיגו. למוכר יש יתרון משמעותי בעניין המידע, לכן יש יותר חובת גילוי מצידו.

יכול להיות מצב בו לקונה יש מידע רב יותר מהמוכר (נפט, עליית מחירי השוק), וזה מידע שקשה להשיגו. אם הוא לא מגלה הוא מרוויח הרבה. כשמדובר בהשקעות שאנו מעוניינים לעודד, לא נקיים חובת גילוי, כדי שיהיה תמריץ למשקיעים. אם כדי להשיג את המידע הקונה נדרש למאמץ, וזה מאמץ מסוג שאנו רוצים לעודד, לא תדרש חובת גילוי.

סעדים-בעקבות ביטול, באה השבה הדדית. לאחר שהוכחה טעות או הטעיה, יש הודעת ביטול, ולאחריה השבת הדדית. כל צד מקבל את מה שנתן (יש ריבית והצמדה). הביטול לא בהכרח כדאי- לדוג' אם הדירה שווה הרבה יותר.

כפיה- ס' 17:

כפיה ועושק הן עילות דומות מאוד, ואפילו משלימות, אך יש ביניהם הבדל.

לפי **דויטש,** יש כפיה במעשה גם אם הוא נעשה בתום לב. אך במחדל, אם הוא נעשה בתחום לב, אין כפיה.

**לשלו** עמדה מצרה יחסית בנוגע לחובת גילוי. היא מצדדתת בעניין שאין חובת גילוי בנוגע לדבר שהצד השני יכול היה לגלות בעצמו.

יסודות העילה:

* חוזה.
* איום.
* קשר סיבתי סובייקטיבי.
* זהות המאיים.

המבחן לכפייה:

* איכות הכפייה: איום לגיטימי או לא לגיטימי (סוג האיום).
* עוצמת הכפייה: על האיום להיות חזק.

**הקשר הסיבתי הוא סובייקטיבי:**

במידה מסוימת, זה ממתן את עניין העוצמה, כיוון שגם אם לאדם סביר זה לא היה נראה איום עוצמתי, סובייקטיבית לקורבן זה כן היה. לומדים את זה מכך שלא כתוב בס' שום דבר על הסתכלות אובייקטיבית.

כפיה רגילה- לדוג' פס"ד שפיר:

צד אחד הוא משווק החלב, והצד השני הוא אחד המשקים וגם מרכז הרישומים שמועברים למשווק. המשווק חשד שיש ברישומים רמאות, ושלח אדם לברר את העניין. לאחר מכן הגיע לבית מרכז הרישומים בשעות הערב, ואיים במכות, וכך גרם למרכז לחתום על התחייבות. למחרת, משפחתו הלכה למשווק בתלונה, וזה החתים אותם על הסכם תוך איום.

* האיום: פניה למשטרה, רמיזה לכך שהמשטרה הינה כוח פיזי.
* קשר סיבתי: לולא האיום לא היה חותם.
* זהות המאיים: הצד השני.

השאלה היא האם האיום לגיטימי בסיטואציה הקונקרטית. האיום נעשה בחתו"ל, כיוון שהמאיים ידע שהאיום בפניה למשטרה לא יהיה משמעותי, כיוון שתלונתו תחשב תלונת שווא. מלשון ס' 14ב', לומדים זאת (על דרך ההיפוך). הגשת תלונה במשטרה היא לגיטימית, אך האיום בפניה למשטרה אינו לגיטמי ע"מ לגרום למישהו להתקשר בחוזה. בחינת עוצמת האיום סובייקטיבית למאוים- ניצול שואה, שעה מאוחרת וכו'.

כפיה כלכלית:

מבחני הפסיקה:

בכפיה כלכלית, גם האיומים הלא לגיטימיים הם כלכליים, לכן השאלה מה האיומים הלגיטימיים מורכבת יותר.

**בפס"ד רחמים:** ביהמ"ש המחוזי קבע שהתשלום להוצאות ההכנה יגיע מהרווחים. החברה שוויתרה על זכויותיה טוענת לביטול החוזה האחרון, שבמסגרתו הסכימו לשלם את התשלום עבור עבודות ההכנה עקב כפיה, איום כלכלי לסגירה היריד. התוצאה הייתה ביטול החוזה.

**ההלכה שנקבעה-** יש כפיה כיוון שהסעד המשפטי הרלוונטי, כדי למנוע את התממשות האיום הלא לגיטימי, אינו זמין.

מכאן שהמבחנים:

* **איום מפתיע, נזק בלתי הפיך והעדר סעד אפקטיבי** (כמו בפס"ד רחמים)**.**
* **לחץ כלכלי בלתי לגיטימי:**

הקושי בהגדרת כפייה כלכלית היא שיש הרבה מאוד איומים כלכליים שנחשבים לגיטימיים. נושא זה עולה בעיקר על רקע התקשרות חוזית קיימת. יש מקרים בהם האיום בהפרת חוזה הוא איום עסקי לא לגיטימי, אך זה לא בהכרח המצב תמיד.

מבחני עזר:

הקושי בא לידי ביטוי בפסיקה:

**בפס"ד מאיה**, לפי **חשין,** איום כלכלי בלתי לגיטימי הוא איום המבוסס על שקר, הטעיה. זו אינה הלכה, ולא ברור שככה זה עובד. **גולדברג** אומר שמותר לאיים באיום כלכלי, ואם הצד השני חושב שהוא שקרי, שיתבע את מבוקשו ולא יסכים להתפשר. הצד השני לקח את האיום על עצמו ולכן ביהמ"ש אינו צריך להתערב בכך (הכרעת ביהמ"ש הייתה שהיה איום, לכן החוזה הראשון בטל בהודעת הביטול).

לכאורה ניתן היה לטעון הטעיה, ולא כפיה, וכך לא היה צורך בהרחבת דוקטרינת הכפייה.

צדק מהותי: צדק בתוצאה.

צדק פרוצדורלי: צדק בהליך, הגינות כללי המשחק.

**בפס"ד אקספומדיה,** הסיטואציה היא שיש צד שהאיום כלפיו הוא הפרת חוזה, ואין **סעד לו משפטי אפקטיבי** שימנע את הנזק שהאיום מביא עליו. בנוסף, יש עניין של **איום מפתיע**, שקשור **לסחטנות בהסתמכות ובאיום לא רציונאלי.** נוצרה כבר הסתמכות בין הצדדים, ולכן הצד השני במצב פגיע, כיוון שכבר נערך חוזה, והצדדים עברו יחד כברת דרך, לכן הצדדים תלויים אחד בשני ויש ניצול של ההסתמכות. איום לא רציונאלי, הוא כזה שאין בו הגיון כלכלי, הפעולה תזיק לכולם. איום רציונאלי הוא כזה שיש בו אופציה טובה יותר לצד המאיים, זה משתלם לו כלכלית.

**פס"ד דיור לעולה בע"מ:** יש צורך בהסכמת מס' מסוים של דיירים ע"מ לבצע פרוייקט פינוי בינוי. דייר לא מסכים והשאר מאיימים עליו. הקבלן יודע על כך, האם מדובר בכפיה מצידו? ביהמ"ש החליט במקרה הזה שלא אך אין הלכה בנושא.

כפיה ע"י אדם שלישי:

**מצב בו אדם ידע על כפיה, אך היא נעשתה ע"י צד שלישי ולא מטעמו (כמו** בדיור לעולה**, שהקבלן לא כפה אלא הדיירים, אך הוא ידע על כך ולא מנע זאת). אין הלכה בנושא והשאלה הושארה בצריך עיון ב**פס"ד דיור לעולה**.**

עושק- ס' 18:

עילה יחסית פשוטה, אך ניסוח הסעיף קצת מבלבל. ע"מ להוכיח עושק יש צורך להראות (בנוסף לחוזה, שחובה להראות בכל הפגמים בכריתה):

* **חוזה.**
* **מצוקת העשוק (שכלית/ גופנית/ חוסר ניסיון).**
* **ידיעת העושק.**
* **קש"ס סובייקטיבי:** בין החוזה לבין המצוקה, לולא המצוקה, הוא לא היה מתקשר בחוזה.
* תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה.

מצוקת העשוק:

בפס"ד סאסי **נקבעו מס' כללים:**

* **המצוקה צריכה להיות כזו שגורמת לקושי בקבלת ההחלטות, לכן לחץ כלכלי בשל קושי כלכלי לא נכנס תחת הגדרת המצוקה לדוגמא.**
* **העשוק לא צריך להיות פסול דין כתוצאה מהמצוקה.**
* **המצוקה צריכה להיות כבדה ומשמעותית.** טירקל **קובע שלא די במצוקה חולפת, לעומתו** לנדוי **קובע כי יתכן עושק גם אם המצוקה חולפת ולא מתמשכת, ויש לבחון כל מקרה לגופו.**

גריעות תנאי החוזה:

**תנאי חריג, כיוון שביהמ"ש נכנס לתוכן החוזה עצמו, ולא מסתפק בנסיבות החיצוניות, לכן מדובר ברטוריקה רחבה מאוד. בפועל זה תנאי חשוב, שאם הוא מתקיים בצורה מובהקת ביהמ"ש יטה להקל עם הוכחת שאר התנאים, ואם אינו מתקיים (למרות ששאר התנאים מתקיימים) לא יהיה עושק.**

אינדיקציות להבחנה:

* **שקילות התמורות- אם התמורות לא שקולות (מה שכל צד נותן ומקבל), ניתן להחשיב את תנאי החוזה כגרועים.**
* **"מן המקובל"- על תנאי החוזה להיות סבירים ביחס לשוק המקובל.**
* **חשיבות סובייקטיבית- יכול להיות שתנאי החוזה נראים גרועים בעין אובייקטיבית, אך למתקשרים הספציפיים הם שווים, ויש חשיבות מיוחדת בעיניהם לתמורות שמקבלים.**

בפס"ד סאסי **לדוג', פשוט יחסית לקבוע שתנאי החוזה גרועים- דירת המשיבה שווה פי 3 מדירה המערערים, והאחרונה לא ראויה למחיה במידה מסוימת.**

פס"ד גנז נ' כץ:

**ביהמ"ש קבע שאין עילת עושק.**

**מבחינת מצוקת המתקשר- ביהמ"ש קבע שהייתה מצוקה מסוימת, אך לא כזו שגרמה לקושי בקבלת החלטות.**

**מבחינת גריעות התנאים- בבחינת מבחני שקילות התמורות והמקובל בשוק בלבד ניתן היה לקבוע שיש עושק. אך ביהמ"ש קובע שלגנז הייתה חשיבות מיוחדת בביצוע החוזה ע"י כץ, בשל הצורך העז שלו בהשגת מטרתו.**

**ביהמ"ש נזהר מאוד מהתערבות בתנאי החוזה עצמם וקביעת גריעותם, לכן יעשה שימוש גם במבחן החשיבות הסובייקטיבית למרות ששאר המבחנים מתקיימים. אם ביהמ"ש היה קובע להלכה שיש עושק במקרה זה, היה נוצר מצב שאנשים לא יכולים לשלם סכום כסף רב לשם השגת מטרותיהם החשובות, כיון שנותני השירות ימנעו מכך בידיעה שיכולה לעמוד ללקוחם זכות ביטול.**

פגמים בחוזה- באופן כללי:

**ביהמ"ש בוחן את הדברים היטב ואינו ממהר לקבוע שקיים פגם בחוזה. לדוג' בטעות- ניתן לקבוע שהצד הטועה לקח סיכון ולכן אין טעות, בהטעיה ניתן לקבוע שאין חובת גילוי וכך לא תהיה הטעיה.**

**המגמה בקביעת פגמים היא הרחבת הכניסה לעולם החוזי- יותר דברים נתפסים כמחייבים משפטית, וכך אין לצדדים אפשרות פשוטה להתנער מהם.**

**הפגמים השונים בעלי מבנה זהה: חוזה, פגם ברצון, המקנה זכות ביטול.**

זכות הביטול, ס' 19-21:

**ביטול חלקי- ס' 19: יש אפשרות לבטל את החלק הפגום בלבד.**

**דרך הביטול- ס' 20: כשיש פגם החוזה בר ביטול, ולא בטל אוטומטית, לכן הצד הנפגע צריך להודיע על הביטול תוך זמן סביר.**

**השבה לאחר ביטול- ס' 21: אחרי ביטול תגיע השבה הדדית, בעין או השבת שווי, חלקית או מלאה בהתאם לביטול.**

חובת תום הלב במו"מ- ס' 12:

חלק מהיווצרות החוזה, ההתנהגות הראויה בחוזה. בכריתת חוזה הכללים קונסטיטוטיביים, כללים שמגדירים כוח, אפשר ליצור משהו, לשנות מצב משפטי, כללים המקימים את החוזה. כללי תום הלב הם כללים של איסור והיתר, דומה לנזיקין במובן הזה. לכן זה שונה מכריתת חוזה.

בכלל זה יש יותר מקום לפסיקה. בכללים קונסטיטוטיביים, לחוק יש הרבה מקום כי הוא ברור יותר. בתו"ל תפקיד הפסיקה קצת שונה ויותר גדול, כיוון שהחוק לא קובע משהו מאוד ברור, והפסיקה צריכה למלא את הלקונה שנוצרת.

מבנה העילה:

* הפרת חובה- יש כפילות, כיוון שאם יש הפרת חובה (בס' ב') ברור שיש חובה (בס' א').
* קש"ס- מהמילה עקב. קש"ס בין הנזק לבין הפרת חובת תוה"ל.
* נזק וסעד.

מקורות העילה:

ס' 12 נחקק בשנת 73'. לפני כן היה עניין של יצירת מצג הסתמכות. משמעות ההסתמכות היא פרקטית יותר מאשר לסמוך. ההסתמכות היא שצד אחד פועל בהסתמך על הכריתה העתידית של החוזה. אחריות טרום חוזית. מכך ס' 12 צמח, וזו הייתה מטרתה. פסיקה מאירופה, צרפת, פסיקה אנגלו אמריקאית, שנותנת עילת תביעה לצד שהסתמך על מצג שהציג הצד השני בזמן מו"מ. בפועל, בעת החיקוק, לא נכללו כל הדברים האלה, ולכן יש הרבה מקום לפסיקה.

לביהמ"ש אין מחויבות להיסטורית הפסיקה שהייתה לפני הס', לכן הם כביכול מסתמכים רק על החוק בעניין, וכך נותן החוק מרחב ביטוי רחב לביהמ"ש.

מאפייני חובת תוה"ל בס' 12:

* **חובה החלה בניהול משא ומתן,** ועל פי ס' זה בו בלבד.
* **סטנדרט ההתנהגות הנדרש, אדם לאדם- אדם:** לא זאב ולא מלאך. תמיד יהיה ויכוח בין הצדדים בנוגע לשאלת תוה"ל. הסטנדרט לא ברור לגמרי, אך נותן איזושהי נקודת פתיחה. אדם לאדם מלאך- זה חובות אמון, עו"ד, אפוטרופוס, בנקאי. לאנשים שאמונים על חובת לקוחם יש חובת תו"ל מוגברת והדרישה מהם היא כזו.
* **יושר מקובל ואמירת שקר:** הסטנדרט בעיקר קובע שאסור לשקר (להיות זאב), הרבה מן הפסיקה עוסקת בעניין של יושר מקובל ואמירת שקר.
* **מושג עמום:** מושג שסתום, המאפשר לביהמ"ש להכניס דברים לתוך החוק וההכרעה השיפוטית. פתח להזרים דרכו ערכים לתוך המשפט הפרטי.
* **חובה קוגנטית:** שאסור להתנות עליה. אי אפשר לקבוע בחוזה שבמו"מ עתידי לא תהיה חובת תו"ל. ניתן להתנות בדיעבד, ולהגיע לפשרה, צד יכול לוותר על החובה תמורת כסף בדיעבד.
* **סטנדרט אובייקטיבי:** ברוב המקומות בפסיקה, לא מסתכלים על סטנרדט במקום מסוים, אלא בסנדרט אובייקטיבי, מה צריך להיות הכלל אצל כולם.
* **תחולת החובה:** כל צד למשא ומתן. משמעות תחולת החובה באה לידי ביטוי כשצד למשא ומתן אינו צד לחוזה. לפי ס' 12 יש חבות אישית לצד במו"מ בגין הפרת תו"ל. לחובה יש פוטנציאל תחולה רחב.

**תוכן חובת תום הלב במו"מ:**

**התחומים העיקריים שבהם החובה והפרתה באות לידי ביטוי:**

מצג שווא ועידוד הסתמכות (זפניק, קל בנין, קלמר):

* אשם בהתקשרות- מופיע בפס"ד **שיכון עובדים**. השופטת **בן פורת** מזכירה את 'האשם בהתקשרות'. זה בא לידי ביטוי בכך שהמוכרים מנעו מהקונים לבצע את הקיבול. זה לא בדיוק שקר, אך למעשה זה שקר כיוון שבמתן ההצעה נוצר מצג מסוים- שיש מוכנות לקיבול בתנאים מסוים, והמצג היה שקרי כיוון שבפועל התנאים לא היו נכונים והמוכרים עצמם מנעו מהקונים את הקיבול. לכן מדובר במצג שווא, שיצר הסתמכות. יש התייחסות בפס"ד להוצאות ההסתמכות, לפעולות שנעשו, אך לא הרבה. השימוש באשם בהתקשרות מצביע על הרחבת מושג ההסתמכות.
* פרישה ממו"מ שלא בתו"ל- מותר לפרוש ממשא ומתן, אך הבעייתיות היא כשיש הסתרה, שקר.
* משא ומתן ללא כוונת התקשרות- לא תמיד ברור שאין כוונת התקשרות. כי אם הצד ייתן הצעה טובה יותר יכול להיות שהצד השני ירצה.
* התנערות מהסכמות שהושגו.
* התעקשות על פרט טכני חסר.

אמירת שקרים ואי גילוי (קסטרו): **דומה להטעיה, ההבדל יהיה בסעד.**

אפליה במו"מ (בית יולס, קל בנין):

* הוגנות במכרז- החובה לפעול ע"פ כללי המכרז, אם מציע מסוים מפר את כללי המכרז, הצעתו תחשב כמצג שווא וכך יהיה חתו"ל.
* חובת שוויון- במשפט הפרטי לא ברור שקיימת, בנוגע לגופים ציבוריים יותר קל לקבוע שקיימת. אין הכרעה בעניין.

סעדים בגין הפרת ס' 12:

סעדים שליליים- פיצויי הסתמכות:

הסעדים המסורתיים. הקש"ס הוא בין המו"מ לבין הנזק. זו ההבנה המקובלת של ס' 12. פיצוי שלילי נועד להעמיד את הנפגע במצב בו היה לפני הנזק. אם לא היה המו"מ, הוא לא היה מוציא את הכסף, ולכן צריך להחזיר לו אותו. פיצויי הסתמכות- החזרת ההוצאות שנגרמו בעקבות ההסתמכות במו"מ.

סעדים חיוביים- פיצויי קיום:

סעד של רווח, המקום בו היה הצד הנפגע לו נכרת החוזה וקוים. זו חריגה משמעותית מהמסורת והמקורות לעילה שבס' 12. מדובר בחידושים של הפסיקה. במקרים בהם פיצויי קיום עולים בערכם על פיצויי ההסתמכות, נרצה לתבוע פיצויי קיום.

פיצויי הסתמכות מאוד ברורים מלשון החוק- 'עקב', גורם בלעדיו אין, אך כשמדובר בפיצויי קיום, אין קשר ברור כ"כ בין לשון החוק להלכה.

**לפי מבחן קל בניין:** ניתן לקבל פיצויי קיום (חיוביים) ע"י הוכחה:

* היה חתו"ל.
* היו קרובים מאוד לכריתה.
* חותה"ל הוא שמנע את כריתת החוזה.

מדובר בכלל חדש, שיש אפשרות לסעדים חיוביים במקרים של חוסר תום לב.

**לפי מבחן קלמר:** חסר אלמנט מסוים שחשוב שיהיה בכריתת החוזה. יש 2 הלכות שונות לגבי השאלה מתי ניתן להתגבר על דרישת הכתב ולהיכנס לעולם החוזים (ולקבל פיצויים חיוביים).

* **זעקת הגינות (**ברק**)-** מדובר בהסתמכות מאוד גבוהה, הם בנו בתים על המגרש, הוציאו סכומים גדולים מאוד.
* **ביצוע כמשלים (**זמיר**)-** הביצוע במקרה הזה נחשב יותר מאשר מסמך כתוב, הוא אינדיקציה ברורה לקיום החוזה, וחוזקו מרכך את דרישת הכתב.

מקרה ביניים- פיצוי בגין אובדן הזדמנויות:

במקורו אובדן הזדמנויות עוסק בסעדים שליליים. הסעד הוא בגין מה שלא היה קיים לולא המו"מ. אך מכוח זה, ניתן להגיע (כביכול בעקיפין) לסעדים חיוביים. התוצאה הרבה פעמים יכולה להיות מרשימה יותר מאשר פיצויים שליליים, כיוון שמקופל בטענה זו הרבה כוח, למרות שלכאורה היא נראית קטנה.

תוכן החוזה:

פרשנות והשלמה, ס' 25-26:

בד"כ די פשוט להבין את תוכן החוזה, אך הסיבה לכך היא לא כיוון שהמילים ברורות, אלא כי הכוונה והמציאות בשטח מוכרות.

**קשיים פרשניים אפשריים באופן כללי:**

* פרט חסר.
* ניסוח דו משמעי, ניסוח עמום.
* סתירה בין אמירות שונות. סעיפים שונים שמביאים לתוצאות שונות, סתירה בין הכתוב לבין מה שנאמר בין הצדדים.
* שפה שמובילה לתוצאה לא הגיונית, אבסורדית. מקרה שהצדדים לא לקחו בחשבון, וכשהולכים לפי הלשון, התוצאה אבסורדית.
* מגבלה אינהרנטית של בהירות השפה. השפה לא ברורה, פרשנות היא עניין אינהרנטי (מובנה) בשפה.
* צורך בשימוש בהקשר ובהגיון.

אבחנות מסורתיות בפרשנות החוזים:

* פרשנות מול השלמה: פרשנות משמעותה היא שיש משהו בחוזה שצריך לפרש, השלמה מתעוררת כשיש לקונה בחוזה. קודם יש לפרש את מה שקיים בחוזה, ואז להשלים את מה שחסר.
* לשון מול נסיבות: לשון- מה שכתוב בחוזה, נסיבות- הדברים שמסביב, שלא כתובים.
* פרשנות אובייקטיבית מול פרשנות סובייקטיבית: סובייקטיבית- מה הצדדים התכוונו, אובייקטיבית- מה החוזה אומר בפועל. בהתבוננות בחקיקה הולכים בדר"כ לפרשנות אובייקטיבית, שכן כך הציבור מבין את החקיקה. בחוזים ספציפיים הולכים בדרך של פרשנות סובייקטיבית, כיוון שהוא משמעותי להם בעיקר, והמטרה היא להגיע לכוונת הצדדים. החקיקה במידה רבה מתבססת על אבחנות אלו, והפסיקה במידה רבה אומרת שאבחנות אלו בעייתיות.

גישת השלבים לפרשנות החוזה:

* לשון החוזה- 25(א)*: ס' 25(א) מפריד, לפי גישה זו, בין לשון החוזה לבין הנסיבות. קודם לשון החוזה, אם אינה ברורה ממשיכים לנסיבות.*
* נסיבות הכריתה- 25(א).
* נוהג בין הצדדים- 26*: ס' זה עוסק בהשלמה במקרה שממצים את השלב הראשון (לשון ונסיבות).*
* נוהג בחוזים מאותו סוג- 26.
* הוראות השלמה בחוקי חוזים מיוחדים.
* הוראות השלמה בחוק החוזים הכללי.
* השלמה מכוח עקרון תום הלב (39).

שלבים אלו מבוססים על אבחנות מסוימות, ויחד הם מבוססים על האבחנה בין פרשנות סובייקטיבית לאובייקטיבית.

גישה זו היא פרשנות מסוימת לס' 25 ו26, כיום אינה כ"כ מקובלת, אך יש הרבה אנשים שחושבים שכך זה צריך להיות.

הגישה ההוליסטית:

יש להסתכל על כל השלבים יחד, בצורה שווה, כאשר כך ניתן להבין את החוזה בדרך האופטימאלית.

גישת הפסיקה:

**פס"ד אתא נ' זולוטוב-**

פרשנות במובן הצר- לפי ס' 25, פרשנות במובן הרחב- ס' 26. בסופו של דבר, השופט **ברק** משתמש במסגרת הפרשנות במובן הצר, וקובע שיש הצמדה, במסגרת ס' 25. זה שהם לא התייחסו לפרט מסוים לא מוביל בהכרח להשלמה, חוסר הוא פרשני במידה מסוימת. **ברק** פוסק שניתן לפתור את הבעיה בס' החסר דרך פרשנות במובן הצר, שאינה השלמה. הוא נוקט דרך פרשנות סובייקטיבית, ע"פ הנסיבות. הם התכוונו שתהיה הצמדה, משתמשים במילה פיקדון, שמשמעותה שמחזירים את אותו הדבר.

ההבדל בין הרטוריקה לפרקטיקה-

בפס"ד זה, הרטוריקה צנועה, אין שימוש בכלים אקטיביסטים. אך התוצאה מרחיקת לכת. כי מבחינה פרקטית- נוסף ס' שלא היה כתוב, ומבחינה מהותית- יש טשטוש של הבחנה בין פרשנות להשלמה, **ברק** הכניס תחת קטגורית הפרשנות פרט חסר, שלכתחילה חשבנו שהוא השלמה. הפס"ד משמעותי בכלים, בהלכה, בתוצאה, אך צנוע ברטוריקה.

האבחנה החשובה **שפס"ד זולוטוב** נותן היא ב**אבחנה של פרשנות מול השלמה:**

* **טשטוש האבחנה** (אפילו עצם ההגדרה- פרשנות במובן הצר מול פרשנות במובן הרחב)
* **רטוריקה צנועה.**
* **תוצאה מרחיקת לכת.**

**בפס"ד בעניין אפרופים**, יש טשטוש באבחנה בין לשון לנסיבות. דבר זה משפיע על תוצאת פס"ד, הרטוריקה וכו'.

פס"ד אפרופים:

עובדות המקרה-

**עמדת השופט מצא-** יש חוזה בין מזמין וקבלן, בחוזה נקבע שיש 2 סוגי דירות (אזורי ביקוש, ועיירות פיתוח), וקנסות על איחורים. יש שני סוגי מועדים, והקנסות יהיו בנוגע להם- ביצוע ומימוש. מדובר בדירות שבונה קבלן, והמדינה מתחייבת לרכוש את חלקן אם הוא לא מצליח למכור אותן בעצמו, לכן ניתן להתייחס לכך שהמדינה היא הקונה, ששמה קנס על איחור. המועדים הרלוונטים הם- מתי הקבלן סיים לבנות עד שלב מסוים, ומתי הקבלן בא לממש- ולבקש מהמדינה לקנות. לא חייב להיות סדר מסוים ביניהם. בחוזה, לגבי הדירות באזורי הביקוש, כתוב שיש קנס הן על איחור בביצוע והן על איחור במימוש. אך בחוזה לגבי הדירות שבעיירות פיתוח, לא כתוב במפורש שיש קנס גם על איחור בביצוע. **השופט מצא** קובע (בדעת מיעוט) שכיוון שזה המצב, אין קנס בדירות שבעיירות פיתוח בעניין הביצוע.

**השופט ברק-** כותב הרבה ע"מ להגיע לתוצאה שלו- שיש קנס. הוא מטשטש את שיטת השלבים.

הלכת אפרופים-

**גם אם הלשון ברורה, צריך תמיד להתייחס לנסיבות.**

אפשר להבין זאת בשתי דרכים- או שאף פעם הלשון לא לגמרי ברורה, או שגם אם חושבים שהלשון כן ברורה, יש לפנות בנסיבות.

* גישת השלבים: אם הלשון ברורה אין לפנות לנסיבות.
* גישת אפרופים: ניתן לפנות לנסיבות, גם אם לשון החוזה ברורה.

רטוריקה מול פרטיקה-

מבחינה פרקטית, לכאורה, **ברק** יכול היה לקבוע שלשון החוזה לא ברורה, כפי שעשו שאר השופטים. אך הוא בחר לקבוע הלכה זו כדי שינהגו בה בהמשך.

משקל הלשון נשאר גדול, כיוון שמסתכלים על כל המכלול, ויש לדעת כמה יש להתחשב בכל דבר. עדיין לשון החוזה היא מאוד משמעותית, והמקרה צריך להיות חריג יחסית כדי שהנסיבות יכריעו.

מבחינת הרטוריקה, יש להבין מי קהל היעד. במקרה של **אתא נגד זולוטוב,** התוצאה הייתה מאוד קריטית חברתית (עלייה, אינפלציה), לכן מבחינת התוצאה, בית המשפט פסק בדרך אקטיביסטית. אך ברטוריקה, הוא היה צנוע ולא נקט דרך אקטיביסטית. הוא נקט בדרך זו כדי לא לעורר סערה ציבורית.

כשיש תוצאה חשובה לבית המשפט, הוא ינמק את עצמו בצורה פסיבית, ויגיע לתוצאה אקטיביסטית.

כשמשתמשים ברטוריקה אקטיביסטית, יש להבין מי קהל היעד ואיך זה יתקבל. כאן קהל היעד הוא עורכי דין ואקדמאים, **וברק** בכל זאת נוקט ברטוריקה אקטיביסטית, כי מטרתו מאוד חשובה.

רוח אפרופים-

הרושם שנוצר בעקבות פסה"ד והרטוריקה הרחבה שנקט ביהמ"ש, הוא שביהמ"ש יכול לעשות מה שהוא רוצה בענייני חוזים. למרות שההלכה לכאורה אינה אקטיביסטית, הרוח משמעותית, כיוון שביהמ"ש מכריע בתוכן החוזים בניגוד לרצון הצדדים. **מפס"ד אפרופים** נובע רושם לפיו ביהמ"ש יכול לעשות ככל העולה על רוחו למרות שזו לא ההלכה שנקבעה בעניין.

מה ש**ברק** קובע בכך הוא שגישת השלבים היא שקר, ותמיד ביהמ"ש עושה שימוש בנסיבות. הוא פשוט מוציא את האמת לאור.

הסטטוס של הלכת אפרופים היום:

* **מגדלי הירקות-** **גרוניס וחשין** הצליחו להעלות את הלכת אפרופים לדיון נוסף, ושם נקבע על פי הלכת אפרופים.
* **בפס"ד אמנון לוי,** השופט **דנציגר** קובע שהנסיבות והלשון מובילים לאותו כיוון, והוא מסתייג מהלכת אפרופים. הלכת אפרופים לא נדרשה כאן לתוצאה, ולכן דבריו הם בגדר אוביטר. פס"ד זה קצר מאוד, ומופנה לתקשורת, לעורכי דין.
* בעקבות הלכת אפרופים, תוקן החוק. הייתה פסיקה של ביהמ"ש העליון, בעניין **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ,** שבה פנו לתיקון (שעבר הרבה שינויי ניסוח, ובסוף כשהתקבל כבר פחות ברור מה הוא משקף). ביהמ"ש קובע, שהלכת אפרופים עדיין חלה, והסעיף רק מאמץ אותה.
* לפני התיקון, נקבע שחוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו- מתוך הנסיבות.
* אחרי התיקון, נקבע שחוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומתוך נסיבות העניין, ואולם, אם משתמע אומד דעתם במפורש מלשון החוזה, יפורש בהתאם ללשונו.

הדברים האלה מתעוררים בהסדרים חוזיים קצת יותר מורכבים, וכשיש ניסוח רשלני. בד"כ אם נאמרו דברים בין הצדדים הם יהיו לשון, ולא נסיבות.

טעות סופר- ס' 16:

דוקטרינה המופיעה בחלק של פגמים בחוזה.

טעות רגילה מול טעות סופר-

טעות בס' 14 היא פער בין הידיעה לבין המציאות. טעות סופר אינה טעות בידיעה, אלא פער בין אומד דעת הצדדים לבין מה שכתוב בחוזה. לכן זה רלוונטי ברשלנות.

אילו טענות תחשבנה בגדר טעות סופר?

כשיש פער בין אומד דעת הצדדים למה שכתוב בחוזה.

סעדים-

**בפס"ד פרקש,** יש הנחה מסוימת, וצורף מסמך הנותן הנחה גדולה יותר. הטענה היא שהמסמך צורף בטעות, לכן יש פער בין המופיע בחוזה לבין אומד דעת הצדדים. ההסכמה של הצדדים הייתה הנחה נמוכה, ובטעות צורף מסמך שקובע הנחה גבוהה, לכן יש טעות וביהמ"ש אכן תיקן זאת.

טעות סופר ופרשנות-

ניתן לעשות זאת גם בדרך פרשנות, לכן במידה רבה, אין צורך בהלכת אפרופים, כי ניתן היה להגיע לתוצאה זהה דרך טעות סופר.

בכל זאת יש הבדל בין הלכת אפרופים לבין טעות סופר. טעות סופר רלוונטית כשניתן להגיד מה אומד דעת הצדדים, זה לא שהקונה הסכים, הוא לא מודה שלא מגיעה לו הנחה, אך במעמד הכריתה, שניהם התכוונו להנחה נמוכה ולכן מדובר בטעות סופר.

לעומת זאת, הלכת אפרופים קובעת שאם אנו לא יודעים לגמרי מה היה אומד דעתם בעת הכריתה, ניתן לפרש זאת במשמעות אובייקטיבית.

פרשנות נגד המנסח:

מקורות הסעיף- ס' 25(ב1) קצת שונה מטעות נ' המנסח, כיוון שזה לא כלפי מי שכתב את החוזה, אלא כלפי מי שהיה לו יתרון בעיצוב התנאים. מדובר בהרחבת הדוקטרינה הישנה והמוכרת של פרשנות נגד המנסח.

פרשנות נגד המנסח מול טעות סופר-

יש מתח בין פרשנות נגד המנסח לבין טעות סופר, ששניהם נמצאים במגמת הרחבה. בפועל בדר"כ רוב החוזים היום נכתבים ע"י צד אחד (כמו קבלן), עקרון הפרשנות נגד המנסח אומר שהקבלן צריך לסבול במקרה שתהיה טעות, וטעות סופר אומרת שיש לתקן את הבעיה. טעות סופר מגינה על מי שכתב אותם, שהוא בד"כ הצד החזק. אם נלך בכיוון של פרשנות נגד המנסח, התוצאה תהיה לטובת היחיד.

כשמסתכלים על ההיגיון של ביהמ"ש ניתן להבין זאת, הוא אינו פורמליסט, הוא לא רוצה לקבוע שאם הייתה טעות קטנה יש לבטל את החוזה, אלא רוצה לתקן באופן הכי פשוט את המצב. הבעיה היא מבחינה חלוקתית, כיוון שבפועל ביהמ"ש מגן על הצד החזק.

פרשנות- הדין הרצוי:

ניתוח אנליטי שיש לעשות בו שימוש בשאלות של פרשנות בהקשר של הדין הרצוי. חלוקת שליטה (לא בלעדית, אלא יחסית) בין שני צדדים, מדוע היא צריכה להיות באופן מסוים, ומה האמצעים לכך (הכלים הפרשניים).

פרשנות כדו שיח-

פרשנות היא דו שיח, יש שני צדדים, ולאף צד אין שליטה מוחלטת בתהליך הזה, לא לדובר ולא לנמען. נניח בפרשנות חקיקה- המחוקק כותב חוק, וביהמ"ש חייב לפרשו על מנת ליישמו. למחוקק אין שליטה מוחלטת בהליך הפרשני כיוון שביהמ"ש מפרש את זה, וביהמ"ש לא יכול לעשות מה שהוא רוצה, אלא מחויב ללכת לפי החוק. אותו הדבר בחוזים, אם ביהמ"ש עושה משהו שלא מובן מהחוזה זה כבר חריגה מפרשנות, וכן הצדדים, צריכים לפרש את החוזה לפי תוכנו. זהו השלב הבסיסי כדי להגיע לשאלות המדיניות.

מטרות-

למי נרצה לתת יותר כוח? יותר שליטה. בנוגע לשאלה זו אפשר להתווכח.

אם נגיד שיש לתת יותר שליטה לצדדים מאשר לביהמ"ש:

* פרשנות בדיני חוזים מטרתה בד"כ לתת שליטה לצדדים, כיוון שרוצים להעניק לאדם אפשרות להתקשר בחיובים משפטיים לפי מה שהוא רוצה.
* טיעון נגדי יכול להיות אם יש פערי כוחות, יש לתת יותר שליטה לביהמ"ש כדי להגן על החלשים.

אמצעים-

נניח שמה שאנו רוצים לתת הוא שליטה לצדדים. איך נעשה זאת? מה האמצעי המשיג זאת בצורה הטובה ביותר?

* פרשנות שנצמדת למילים של החוזה תועיל, בהנחה שלשון החוזה משקפת בצורה הטובה ביותר את רצון הצדדים.
* הטיעון הנגדי יהיה, שלשון הצדדים בד"כ דווקא לא משקפת את רצונם ומכילה הרבה מניפולציות. ביהמ"ש יכול להתעלם ממה שהצדדים אמרו ולהוציא מהמילים פתרונות שהם לא מה שהתכוונו הצדדים.

יש אבחנה מסוימת בין רטוריקה ופרקטיקה. פרשנות מילולית- ביהמ"ש עושה שימוש ברטוריקה צנועה כדי לגבש גמישות.

תום לב בקיום חוזה- ס' 39:

"*בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה".*

לא כתוב מה הסעד, ומה היקף החובה. נקבע סטנדרט התנהגות וכך נוצרת עננה נזיקית. ההבדל בינו לבין ס' 12 הוא על התקופה בה הם חלים- במהלך המו"מ ובקיום החוזה.

לשון הסעיף-

יש לנהוג בתום לב בקיום חיוב הנובע מחוזה. לדוג' מי שמוכר דירה מחויב למסור את הדירה בהתאם לחוזה, ואת החיוב הזה הוא צריך לקיים בתום לב. חתו"ל יהיה בדבר שלא כתוב בחוזה (כי אחרת מדובר בהפרה), זה יכול להיות במקרה הזה, אם המוכר מעביר את הדירה בצורה לא נוחה לצד השני (לדוג' משרד בדרום שפתוח פעם בשבוע).

הקשר בין הסעיף לבין פרשנות והשלמה-

אם חסר פרט וקובעים אותו, יש קשר ברור לפרשנות, שכן משלימים פרט חסר.

תרופות בגין הפרה-

מבינים מה החיובים של הצדדים מהחוזה, ואם הם הפרו אותם יש עילת ביטול.

בעצם משליכים על הצדדים חיובים נוספים על מה שיש להם. התרופות יהיו תרופות על הפרת חוזה. זה לא מובן מאליו אך זה דבר הגיוני. יש חיובים שהצדדים לא הסכימו עליהם במפורש, והם מקבלים בגינם את אותם סעדים שיקבלו בקשר לדברים שהם כן קבעו.

הפרת החובה:

* קיום חיוב-

החלק הראשון מדבר על קיום חיוב בתום לב. קיום חיוב הוא החובה של האדם למסור את הדירה לאדם אחר, והוא צריך לעשות זאת בתו"ל.

* שימוש בזכות-

החלק השני מדבר על שימוש בזכות בתום לב. אדם שיש לו זכות לקבל דירה, צריך גם כן לעשות זאת בתו"ל. אם לדוגמא האדם שמוסר איחר ביום אחד בצורה סבירה, לכאורה יש לקונה זכות, והוא יכול לעשות בה שימוש ולתבוע, אך ההוראה היא לנהוג בתו"ל ולא לתבוע במקרה כזה, ככל שמדובר בדבר סביר. השאלה מתי מגיעים לקו ששונה מהותית מהסכמתם, ומתי הגיוני להגיד שיש לנהוג בתו"ל.

**פס"ד לסרסון:**

נראה שניתן להציג את הדברים בשני אופנים- יש לבצע חיוב קיים, או שקמה חובה חדשה.

חסרים שני דברים- מגדל בטחון וגנראטור.

את מגדל הביטחון לא ניתן לבנות, ובגלל שפתחו את ההליך בצורת המרצת פתיחה, שהסעד שלה הוא אכיפה בלבד, לא התייחסו לזה כיוון שלא היה לזה פתרון. אם זה לא היה המרצת פתיחה, היה ניתן לדרוש פיצויים לדוג'.

הגנרטור חסר, אך לא כתוב דבר לגביו בחוזה. **בייסקי** קובע שכשיש דרישה חוקית בעניין מסוים, היא נכנסת לחיובי החוזה. כשאדם מתחייב לעשות משהו, הוא מחיוב לעשות כן על פי חוק. דבר זה לוקח לכאורה את כל הדרישות החוקיות ומזרים אותם לתוך דיני החוזים, ונותן אפשרות לצד השני לחוזה יכול לתבוע במקרה כזה ולא רק למדינה שיכולה לקנוס.

אם הצדדים התחייבו יחד לדבר בלתי חוקי, מדובר בחוזה לא חוקי, איך צד אחד יכול לתבוע? יש להניח שיש צד אחד שהוא תם לב.

כל השופטים הגיעו לאותה תוצאה, והמחלוקת שלהם היא בעניין הרטוריקה. **אילון** אומר **שבייסקי** משתמש ברטוריקה שמעניקה כוח רב מדי לביהמ"ש, מהלך אקטיביסטי מדי. אפשר להגיע לאותה תוצאה על דרך הפרשנות הסבירה, תנאי מכללא (לא חושבים שהם הסכימו, אבל מכניסים זאת לחוזה כי כך זה בדר"כ). **בן פורת** קבעה כלל רחב יותר לטענת **אילון**, שלפיו, כחזקה כללית, ניקח את ההוראות החקוקות לתוך כוונת הצדדים.

יש לכאורה מדרג- **בייסקי** הכי רחב- תום לב, כשאדם לוקח על עצמו לבנות בניין אתה לוקח על עצמך לעשות זאת כדין. **בן פורת** אומרת שזה עניין פרשני, אנו מניחים שלזו הייתה כוונתך (כי זה החוק), ו**אילון** מצר זאת עוד יותר למקרה הקונקרטי, וקובע שבמקרה הזה כוונתם הייתה לבנות את הגנראטור.

בחוזה כתוב שצריך להיות תא לגנרטור, והשאלה אם חברת הבניה צריכה לספק את הגנרטור עצמו מכוח חובת תוה"ל או מכוח חובה חדשה שנוצרה.

**בייסקי** קובע שס' 39 מחייב בניית גנראטור, למרות שזה לא היה כתוב בחוזה, מדובר באופן הביצוע של בניית הבניין.

**אילון** תוקף עמדה זו, ואומר ש**בייסקי** מקים חיוב חדש על הצדדים.

לכאורה, זה ויכוח מרכזי בפסיקה בעניין הסעיף, האם ניתן להשתמש בו כדי להוסיף חיובים חדשים או לא.

ויכוח עקרוני- האם ניתן להקים חובה חדשה מכוח הסעיף?

ניתן להגיד שלא מדובר בחיוב חדש, או שכן, וכמעט כל דוגמא אפשר לנסח בשני האופנים.

לדוג' אם יש עיכוב, והחוזה מתייחס לכך, השאלה מתעוררת לגבי ההודעה- האם יש להודיע לצד השני על העיכוב? אפשר להגיד שהחיוב הוא להעביר את הדירה, ויש לעשות זאת בתום לב, סביר להודיע על עיכוב, זה לא חיוב חדש, רק מנחה איך לקיים את החיוב שכבר היה, ואפשר להגיד ההפך- קודם לא היה חיוב להודיע, וכעת קמה חובה חדשה של ההודעה.

**העמדות בעניין:**

* **אלון בלסרסון:** קובע שס' 39 לא יכול להוסיף חובות. כל הוספה מעבר לדיני החוזים הוא התערבות, סטייה.
* **ברק בשירותי תחבורה:** קובע שאפשר מכוח ס' 39 להקים חובות חדשות שהצדדים לא הסכימו עליהם. מצד אחד, מכניסים לחוזה דברים שלא כתובים בו, אך לכאורה תמיד עושים את זה כשמפרשים חוזה. מבחינת וודאות, פגענו בהם אם הוספנו חובות לא צפויות. השאלה היא אם אנו מוסיפים חובות לא צפויות. החובה היא להודיע מראש על שימוש בזכות, אין פגיעה בוודאות כיוון שזו חובה צפויה. **ברק** קובע שחובה להודיע זמן סביר מראש לפני שימוש בזכות מכוח חובת תוה"ל.

הויכוח הזה מאוד נוח לניתוח קייסים. כשיש שאלה מכוח ס' 39 תמיד יש צד שטוען שצריך להוסיף את החובה. הצד השני מיד, לא משנה התוכן הקונקרטי, יגיד שאי אפשר להוסיף חיובים חדשים, ויצטט את **אלון בלסרסון**. התגובה תהיה ציטוט **ברק-** אפשר להוסיף חיובים חדשים, וליתר ביטחון אפשר להגיד שלא מדובר בחיוב חדש אלא בצורת קיום של החיוב המקורי.

**בשירותי תחבורה,** ועד העובדים יטען שמוסיפים חובה, אך לא הוספנו חובה, אלא זו רק דרך לביצוע החיובים הקיימים, ההודעה היא לא חיוב חדש, אלא אופן הקיום של הזכות לשבות. **ברק** לכאורה היה יכול להגיד את זה ובכך להשתמש ברטוריקה צנועה הרבה יותר. אך הוא בוחר להשתמש ברטוריקה רחבה יותר, אקטיביסטית, למרות שהתוצאה זהה בשני המקרים.

תום לב בקיום חוזה- מהות החובה:

**קיום החוזה בניגוד לדרישות החוק** עשוי להיחשב לחוסר תום לב, כמו שקבע **בייסקי בלסרסון.** אך **השופטת בן פורת** אומרת שאין לקבוע כך, כיוון שיש פה ערבוב בין דברים. זה יכול להיכנס בחוזה בלתי חוקי, והסעד יהיה שונה. יכול להיות שהחוזה יהיה בלתי חוקי, ועדיין שני הצדדים הסכימו עליו אז זה נעשה בתום לב. לכן יש ספק לגבי ההלכה הזו ולא ברור לנו כמה היא תקפה.

קיום חיוב באופן שיכשיל את החוזה עשוי להיחשב חוסר תום לב. **בפס"ד טקסטיל,** ל2 חברות יש פרויקט משותף. כל אחת מבינה שהולך להיות בלגן ופירוק ומקווה שזה ייפול על השניה. ביהמ"ש מחליט שזה חוסר תו"ל כיוון שמקיימים את החיוב, אך ללא שיתוף פעולה עם הצד השני, יש לתקשר אחד עם השני כדי לראות מה עושים. לקיים את החיובים באופן שלא יכשיל את החוזה, להיות מוכן לשת"פ, לשינויים סבירים על מנת לאפשר את המשך הפרויקט המשותף.

אין הרבה הבנה מהפסיקה לגבי הקטגוריה הזו. לא יודעים הרבה מן הפסיקה איפה עובר הקו, בין השאר כיוון שלא נעשה שימוש בכלי זה. יש יותר מידע בעניין תו"ל בשימוש בזכות.

תום לב בשימוש בזכות- מהות החובה:

* נדרשת עורמה או תחבולה כדי ששימוש בזכות ייחשב כחתו"ל (**שלום נ' מוטה**).
* עמידה על זכות **באופן** שמזיק לחייב ואינו מועיל לבעל הזכות עשויה להיחשב לחתו"ל כמו **בג'רבי נ' דוד.** יש חוב, וג'רבי בא לשלם אותו בזמן. אך הוא התבלבל ושילם את הסכום הלא נכון. הוא רצה לתקן את הטעות תוך יום, אך הצד השני אומר שזכותו הייתה לקבל את התשלום בזמן. לפי ההלכה הישנה היינו אומרים שמותר לו להתעקש על זכויותיו כל עוד הוא לא רימה או שינה (**שלום נ' מוטה**). אך ההלכה שעולה מפס"ד זה היא כזו שמגבילה את היכולת לעמוד על הזכות. אם זה לא באמת משמעותי, העמידה על הזכות היא דווקנית, ואינה בתום לב. אם ההפרה היא כזו שלא פוגעת כלל בבעל הזכות, אך בכ"ז הוא מתעקש עליה, זה יכול להיחשב לחוסר תום לב.
* עמידה על זכות באופן שמזיק מאוד לחייב ומועיל רק מעט לבעל הזכות עשויה להיחשב חתו"ל. **בפס"ד גלפנשטיין,** ההתעקשות על הזכות נחשבה חוסר תום לב, למרות שהוא נפגע קצת, כי הפגיעה בצד השני הרבה יותר גדולה. ביהמ"ש עשה מאזן נוחויות, ואומר שאם אדם מתעקש על הזכות כי יפגע מהפרתה, אך בצורה מועטה, והצד השני יפגע בצורה רבה, מדובר בחוסר תום לב.
* שימוש בזכות **באופן לא מתחשב,** שיפגע בחייב שלא לצורך, עשוי להיחשב לחוסר תום לב (**שירותי תחבורה**).
* התעקשות על פרט טכני עשויה להיחשב לחוסר תום לב. **בפס"ד חיים ייטח נ' מפעל הפיס**, הייתה הגרלה מיוחדת, בה לעומת אחרות דרש מפעל הפיס 2 כרטיסים, וחיים עשה הכל כמו שצריך אך הוא כנראה השמיד את הכרטיס השני. כתוב בחוזה שמפעל הפיס ייתן לזוכה את הכסף רק בהצגת הכרטיס. חיים אומר שיש פה התעקשות על פרט טכני כיוון שהוא קנה את הכרטיס הזוכה. מפעל הפיס טוען שהוא לא יודע שהוא קנה את הכרטיס, אין וודאות כי חסר הכרטיס השני. השופטת **ארבל** קובעת, לגבי הוודאות שלנו שהזוכה קנה את הכרטיס המנצח, שיש ראיות טובות לכך שהוא קנה את הכרטיס. אך היא לא בהירה, לא אומרת מה לדעתה רף ההוכחה שהזוכה יכול להגיד שהוא זכה. מה שעולה הוא סבירות גבוהה, ואם זה הדבר היחיד שהיה נראה לנו, פסק הדין לא היה נראה כך. נניח שמקבלים את העובדות כפי שחיים מתאר, ושקבענו כקביעה עובדתית שהיה החוזה. כעת יש לשאול האם ההתעקשות על תקנון ההגרלה לגבי טופס ההשתתפות, מהווה חוסר תום לב.

הבעיה היא שאין אבחנה מוחלטת בין טכני למהותי. **נאור** מזהירה שזה יכול להוביל לכך שאפשר לצאת לגמרי מגבולות החוזה, והולכת על רטוריקה של פרשנות. היא מזהירה מהרטוריקה של **ארבל** שלפיה אסור להתעקש על מה שכתוב בחוזה, שזה בעייתי כיוון שכך לא נדע מה מותר ומה אסור לנו לעשות.

חוסר תום לב בקיום- סעדים:

* תרופות בגין הפרת חוזה (פיצויים, אכיפה), מראה על הקרבה בין ס' זה לס' הפרשנות. יש עוד חיובים בחוזה שקמים מכוח ס' 39, והם נחשבים חלק מהחוזה, הפרתם היא כהפרת חוזה.
* בטלות הפעולה שנעשתה בחוסר תום לב. אם מישהו עשה שימוש בזכות בצורה שהיא חסרת תום לב, נבטל את השפעת הפעולה שלו. כמו **בשירותי תחבורה**. הם אישרו את השביתה, אך לא הודיעו על זה, לכן נתייחס לכך כאילו לא אישרו. אם הודיעו אך לא בזמן, זה כאילו הם לא הודיעו. זהו כלי שביהמ"ש יכול לעשות בו שימוש רחב. גשאדם מפעיל את זכותו, בצורה חסרת תום לב, נתייחס לזה כאילו הוא לא עשה זאת. זה מאוד משמעותי כיוון שאם לדוג' אדם מעביר תשלום בחתו"ל, אפשר להתעלם מהפעולה הזו, להגיד שהוא לא שילם ובכך הפר את החוזה. גבולות הכלי הזה לא כ"כ מובנים.

תום לב בקיום חיובים וזכויות מחוץ לדיני החוזים:

ס' 39:" *בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה."*

ס' 61(ב):" *הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה."*

ס' 39+ 61(ב):= בקיום חיוב יש לנהוג בתום לב. והוא הדין לגבי שימוש בזכות.

**אזרניקוב נ' מדינת ישראל-** עולה חדש, צריך להראות שהיה לו רישיון ממדינת המוצא על מנת לקבל בישראל רישיון. הוא אומר שהוא היה אסיר ציון, והם לקחו לו את הרישיון ולא החזירו, לכן הוא רוצה לקבל רישיון נהיגה, למרות שהוא לא יכול להציג את הרישיון. יש כאן חובות וזכויות, והם לא נובעות מחוזה. למדינה זכות למנוע מאדם רישיון נהיגה אם הוא לא מציג את הרישיון שלו מחו"ל. ביהמ"ש קובע שהמדינה הייתה צריכה לנהוג בתו"ל ולתת לו את הרישיון. גם כשיש חובות וזכויות שלא נובעות מחוזה, עדיין חלה חובת תוה"ל, ולכן יש לדברים האלו פוטנציאל רחב בביהמ"ש.

חוזים פסולים- ס' 30:

באופן ראשוני התוצאה של חוזים פסולים היא בטלות.

חוזה בלתי חוקי:

חוזים הנכנסים תחת הגדרה זו:

* חוזה שהוא בניגוד מוחלט לחוק כמו חוזה עבדות או חוזה בין עבריינים לחיסול צד שלישי (חוזה לביצוע פשע).
* חוזה שחסר בו אישור של רשות רלוונטית, הנדרש לקיום החוזה, לדוג' בניה בניגוד לתקנות התכנון והבניה. סוג זה הוא הרבה פחות חמור מהראשון, אך עדיין נקרא חוזה בלתי חוקי.

ס' 30: *"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל."*

ס' 31*: "הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו."*

ס' 31 מגדיר את הסעדים, התוצאות האפשריות במקרים אלו. כל פעם שלפי פרק תוכן החוזה, החוזה בטל, חל עליו ס' 31. ס' 31 מתייחס לבטלות לפי ס' 30. ע"פ ס' 31 יש כמה תוצאות אפשרויות במקרה של בטלות החוזה:

* בטלות והשבה הדדית, ס' 21.
* ביטול חלקי. אפשר לפרק את החוזה לחלקיו הפסולים והלא פסולים, ולבטל רק את הפסולים (לגביהם תהיה השבה הדדית). ס' 19.
* אכיפה חלקית או מלאה. אם צד אחד קיים את חיובו, כולו או מקצתו.
* פטור מהשבה.

בפועל לא מאוד קריטי האם החוזה חוקי או בלתי חוקי, כיוון שביהמ"ש יכול להגיע למגוון תוצאות.

**אדרעי נ' גדליהו:**

צד אחד רוצה להשתחרר מהעסקה-

טוען אי חוקיות בין השאר. כאן הטענה נשמעת קצת צינית, בשונה מטענת כפיה, טעות. המוכר רוצה להשתחרר מהעסקה, מה שחדש פה הוא סוג הטענה שהם מעלים. הם טוענים שצריך לבטל את החוזה כי הוא בלתי חוקי, כיוון שהחוזים שהם כרתו, היו כאלה שדרכם הם יכולים לשלם פחות מס. הם בנו קונסטרוקציה מסוימת, בה מחיר הדירה עצמה היה נמוך משמעותית מהמחיר האמיתי, שהושלם ע"י חוזה שהוגדר על רהיטים. מותר לעצב עסקאות בצורה שתשלום המס יהיה נמוך יותר, אך לא בדרך של שקר, שאז החוזה הופך לבלתי חוקי.

אי החוקיות-

הבעייתיות היא מול רשויות המס, השאלה היא איך זה משפיע על מה שקורה בין הצדדים. יש צד שטוען שהעסקה בלתי חוקית ועל כן צריכה להתבטל. חשוב להבין, בחוזה בלתי חוקי, מה כל צד רוצה, כיוון שהנושא מתעורר רק כשאחד הצדדים מעלה אותו. במקרה הזה המוכרים רוצים ביטול כיוון שמחיר הנכס עלה ומשתמשים בטענה זו כדי להגיע אל מטרתם.

מצב העסקה-

באיזה שלב הצדדים נמצאים, מה כבר נעשה. במקרה הזה, ניתן כבר סכום כסף וזה משמעותי. ככל שהתקדמו יותר בביצוע, ביהמ"ש יותר ימנע מלבטל (כפי שניתן לראות **בקלמר נ' גיא**).

הוויכוח בין השופטים-

השופטת **בן פורת** והשופט **אלון** הגיעו למסקנה זהה דרך ס' 31. הוויכוח ביניהם הוא על ההלכה הכללית, האם לקבוע כללים רחבים, איזה מסר מעבירים. זה נוגע לשאלה האם זה לא מעודד חוזים בלתי חוקיים, ואיך ביהמ"ש מכריע מה התוצאה.

התוצאה-

אין ביטול. ביהמ"ש עשה זאת דרך ס' 31, כיוון שצד אחד ביצע חלק מחיובו, ניתן לחייב את הצד השני לבצע את חלקו- אכיפת החוזה. הקונים לא שילמו את כל המחיר, אך מספיק שהם שילמו חלק כדי לצוות על אכיפה.

**טיעונים לברירה בין הסעדים:**

* שיקולים ומטרות:
* הרתעה:

רוצים להרתיע אנשים מלכרות חוזים בלתי חוקיים, לכן יש להענישם, או לכל הפחות, לא לתת להם להרוויח. הסעד הרלוונטי לתוצאה כזו, משתנה בהתאם למקרה. שיקול זה הוא ברור וחשוב- אנחנו לא רוצים שאנשים יתקשרו בחוזים בלתי חוקיים. מבחינת הסעד, יש לעשות עבודה ספציפית יותר. אם יש צד אחד שיותר אשם, נרגיש יותר בנוח לפסוק לרעתו, כדי להרתיע.

* הוגנות:

שקילות התמורות- מי נתן יותר ומי פחות, שלא יצא חוטא נשכר, לא רוצים שצד ייתן משהו בלי לקבל כלום או להפך, רוצים שהתמורות יהיו שקולות. הטיעון הזה רלוונטי ביותר אם התחיל הביצוע. אם צד אחד כבר שילם, או התחיל עבודה, והוא לא יקבל כסף על עבודתו. יש פגיעה באיזון ההוגנות בין הצדדים. גם פה נסתכל מי אשם יותר, כיוון שזה משמעותי לעניין ההוגנות בין הצדדים.

* תפקיד ביהמ"ש:

ביהמ"ש לא מעוניין לאכוף חוזים בלתי חוקיים ולשתף איתם פעולה, זהו שיקול מוסדי שנוגע לאופי ביהמ"ש. שיקול זה נוטה בד"כ לביטול והשבה הדדית. במקרים בהם לא יכולה להיות השבה הדדית, תהיה השבת שווי, שהיא לכאורה כמו אכיפה. דרך בטלות והשבה, מגיעים הרבה פעמים לתוצאה שהיא אכיפה, אך זה נשמע טוב יותר ונובע באופן הכרחי מהחוק.

* עובדות רלוונטיות:
* אשם יחסי:

מי יזם את אי החוקיות, האם הצד השני ידע. במצב כזה, ביהמ"ש יכול לתת פטור מהשבה לצד שלא אשם. אם לדוג' קבלן לא מגלה ללקוח שאין היתר, ביהמ"ש יכול להגיד שהלקוח לא אשם, יש עניין להרתיע את הקבלן, מבחינת הוגנות המאזניים נוטים לטובת הלקוח, ולכן יש מקום לפטור מהשבה.

* מרכזיותה של אי החוקיות.
* התקדמות בביצוע:

ככל שעשו יותר, שיקול ההוגנות יהיה משמעותי יותר. אם צד אחד נתן הרבה, הוא יכול לצאת מופסד.

* תום לב בהעלאת הטענה לאי חוקיות:

כשיש צד שמשתמש באי חוקיות כתירוץ ע"מ להוביל לתוצאה שהוא רוצה, לא נמהר לפסוק לטובתו.

זו רשימת אלמנטים, שקיימים תמיד, אך הסעדים תלויים במקרה הקונקרטי.

המגמה בפסיקה:

**הגישה המסורתית:**

**הרתעה, אי התערבות** (**ביטון נ' מזרחי**). לביהמ"ש לא היה אכפת אם התוצאה לא הוגנת, כיוון שהתפיסה הייתה שאם התוצאה תהיה לא הוגנת, זה ייצור הרתעה. **באדרעי נ' גדליהו**, על פי גישה זו, היה ביהמ"ש צריך לבטל את החוזה או לשלול סעד. התפיסה הייתה שייווצרו תוצאות לא צודקות, וזו מדיניות טובה כדי למנוע התקשרויות בחוזים בלתי חוקיים. השיקולים המשמעותיים הם הרתעה ושמירה על תפקיד ביהמ"ש בחוסר התערבותו.

**המגמה כיום- הוגנות בין הצדדים:**

* **אדרעי נ' גדליהו-**

החל הביצוע, והרצון של אדרעי לא קשור לאי החוקיות, אלא מהווה תירוץ לביטול החוזה כיוון שזה כדאי לו.

* **כפר קרע-**

הם קיבלו שירותי נט"ן ושילמו עליהם 13 שנה. אחרי 13 שנה הם מפסיקים לשלם, מד"א ממשיכים לתת את השירות, והמועצה המקומית לא מוכנה לשלם בטענה שהחוזה היה בלתי חוקי כיוון שהייתה החסרה חתימת הגזבר, שמהווה תנאי הכרחי ע"פ ס' 193. ביהמ"ש מדבר על אין יוצא חוטא נשכר, שלא תצא עשיית עושר ולא במשפט שלא ירוויחו מזה שהם לא שילמו. מה שמעניין את ביהמ"ש הוא עניין ההוגנות- קיבלת משהו תשלם. במקרה הספציפי אי החוקיות אינה מאוד מרכזית, היא קטנה ותפלה לחזה, לכן הדאגה היא יותר לחוזה. קיים גם אלמנט ההתקדמות בביצוע- השירותים סופקו במשך תקופה ארוכה.

ס' 193 קובע ספציפית את התוצאות במישור החוזי- ההסכם לא מחייב את המועצה ללא חתימת הגזבר. לדוג' בדיני מיסים אין התייחסות לעניין החוזי בהקשר של העלמת מס. במקרה הזה, ההסדר מתייחס גם לתוצאות החוזיות של אי החוקיות, לכן מתעוררת שאלה חשובה על היחס בין ס' 193 לצו, לבין ס' 31. איך ניתן לחייב אכיפה ע"פ ס' 31, אם כתוב בס' 193 שלא ניתן לאכוף. ס' 31 נמצא בדיני החוזים הכללים, והמשמעות של זה היא שזה יחייב, כל עוד אין משהו ספציפי בעניין הקונקרטי. התשובה היא, שאפשר גם על דרך זו לדחות את הבר"ע. אם החוזה בטל, יש לעשות השבה הדדית. כיוון שהיה ביצוע תהיה השבת שווי, ולכן הפתרון יכול להיות על סמך ס' 193 ואין צורך להשתמש מס' 31.

* **קונקטיב גרופ-**

מדבר על מכרזים באינטרנט. ההסדר (וואן ביי וואן) הוא שיש מחירי מקסימום, אפשר להציע הצעות מחיר, הצעות זהות נפסלות ויש מחיר השתתפות. באו תובעים וטענו שמדובר בחוזה לא חוקי ולכן הוא צריך להיות בטל וצריכה להיות השבה. המחוזי פסק השבה בצורה שהם יקבלו את דמי ההשתתפות, ואם הם זכו, הם לא יקבלו את דמי ההשתתפות. המחוזי לא קבע השבה הדדית (שבה היו צריכים להחזיר את מה שזוכים בו), ולכן הפתרון אינו הגיוני. אפשר לתת פטור מהשבה, אך ביהמ"ש לא קבע את זה. העליון מבטל את מה שפסק המחוזי, באומרו שלא יצא חוטא נשכר, ועשיית עושר ולא במשפט, על מנת להבטיח הוגנות בין הצדדים. פחות חשוב לביהמ"ש להרתיע, לחנך את הציבור לא להמר באינטרנט וכו'. זה נראה הגיוני כיוון שמדובר באי חוקיות קטנה יחסית, זה דומה למכירה פומבית, ולא הימור מוצהר.

* **סולימני נ' כץ-**

ביהמ"ש יעדיף להאשים בד"כ את הצד החזק ואת הצד האשם. אם אי החוקיות הייתה באשמת המוכר, אולי היו מאשימים כי הוא גם האשם וגם החזק. במקרה זה אי החוקיות הייתה באשמת הקונה, וכן לא ברור שדווקא המוכר הוא הצד החזק במקרה זה. ביהמ"ש פוסל חלק מהחוזה (שהוא אי חוקי), ומכשיר את החלק השני.

**רוט נ' ישופה**

**איי אס סיסטמר נ' סער**

**רקנט נ' ביה"ד הארצי- פס"ד זמיר, ברק פס'8-9, 33-40**

חוזה הנוגד את תקנות הציבור:

מבוא:

**חוזה הנוגד את תקנת הציבור בטל. תקנת הציבור היא המוסר החברתי המקובל, מדובר במושג עמום המעניק כוח רב לביהמ"ש. ס' 31 תקף בעיקר בעניין חוזה בלתי חוקי, כאשר חוזה הנוגד את תקנ"צ יהיה בד"כ בטל (כולו או מקצתו).**

מגבלה קוגנטית על חופש החוזים:

**בביטול תניה הנוגדת את תקנ"צ, ביהמ"ש מתערב בחוזה למרות שהייתה הסכמה בין הצדדים, ובכך מתנה התניה קוגנטית על חופש החוזים.**

**חשיבות חופש החוזים:**

* כוונת הצדדים- **כשאדם מתקשר בחוזה, הוא מקים לעצמו חיובים משפטיים, לכן יש חשיבות רבה לכוונת הצדדים, שמבטאת את ההחלטה האוטונומית של האדם לשנות את מצבו המשפטי.**
* יעילות כלכלית- **חופש החוזים נותן לאדם אפשרות לכוון את צעדיו כדי להשיג את מטרתו ע"י קביעת תנאים מסוימים.**

**לכן יש צורך בהצדקות רציניות להגבלתו.**

**הצדקות למגבלה הקוגנטית:**

* שיקול חינוכי- **ביהמ"ש מחנך את הציבור ומעצב את החברה ע"י הכנסת נורמות אידיאליות ליחסים החוזיים (נתפס פחות לגיטימי ונעשה בו פחות שימוש).**
* עקרון ההיזק- **רק במידה ונגרם נזק (לרוב לצד ג') יכנס ביהמ"ש וישקול את הגבלת חופש החוזים (כיום יש יותר שימוש בו).**
* פערי כוחות- **כאשר פערי הכוחות משמעותיים על ביהמ"ש להתערב ולהגביל את חופש החוזים כדי להיטיב עם החברה.**
* פטרנליזם- **ביהמ"ש חושב שעליו להתערב כיוון שהוא יודע מה טובת הצדדים והציבור יותר טוב מהם.**

סוגיות שלא מטופלות בחוק:

**הסעיף מסדיר בעיקר סוגיות שאין בעניינן הסדר קונקרטי בחוק, לכן הוא מבטא את התפתחות החוק (מעין כלי לטיפול בסוגיות שהחוק עצמו לא מטפל בהן באופן ישיר. בפועל הטענה תעלה בעיקר במקרים של בעיות הוגנות, לכן היא רלוונטית כשיש עושק, והיתרון שלה הוא שאין צורך להוכיח את רכיבי העושק.**

מקור הסעיף:

**המסורת הייתה להשתמש בתקנ"צ בצורה מצמצמת, רק כשיש תניה נסתרת שמראה על חוסר הוגנות, אך כיום עושים זה שימוש רחב יותר.**

הקשרים לשימוש בתקנ"צ (רשימה פתוחה):

תניות פטור- **תניה שפוטרת צד מסוים מחובות (מכוח החוזה/ החוק) בתנאים מסוימים.**

* נזקי גוף:
* **פטור בחוזים רגילים (צים נ' מזיאר):**

**פטור מאחריות נזיקית בגין נזקי גוף, בחוזים בהם באופן טבעי לא אמור לקרות נזק זה. ביהמ"ש לרוב יפסוק שתניה כזו נוגדת את תקנ"צ, כיוון שהאחריות בדיני נזיקין היא קוגנטית ולא ניתן להתנות עליה.**

* **פטור בחוזים של ספורט אתגרי:**

**במקרים אלו, כיוון שהצד הנפגע לקח על עצמו סיכון על נזקי גוף (ידע שהפעילות מסוכנת ובכ"ז פעל), התניות בד"כ לא יתבטלו. בכ"ז ביהמ"ש יצמצם בכך, ע"י פרשנות מצמצמת של התניה (לדוג' פוטרת מאחריות מנזקי גוף שנגרמים במסגרת הפעילות והכללים, ולא ממקרי מוות או פציעה שאינה צפויה).**

* נזק רכוש:

שמגר ברוט נ' ישופה **קובע 3 מבחנים שאם יתקיימו ביהמ"ש ינטה לקבוע שמדובר בתנית פטור שנוגדת תקנ"צ (דעת יחיד, דבריו בגדר אוביטר):**

* **פטור גורף.**
* **נכס חשוב ומהותי.**
* **פערי כוחות בין הצדדים.**

**דעת הרוב בפסה"ד (**אלון ואשר**) קובעת שיש לעשות שימוש בס' 39- תו"ל בקיום חוזה, במקרים אלו, שכן שימוש בתקנ"צ מהווה התערבות חמורה בדיני החוזים.**

פגיעה בחופש העיסוק:

* **לגיטימיות התניה (**ברק בסער**)- תיבחן ע"י השאלה האם התניה נועדה למנוע תחרות על העובד עם המעביד או להגן על אינטרס קנייני לגיטימי של המעביד (כמו סוד מקצועי).**
* **סבירות התניה- אם התניה לגיטימית, יש לבחון את סבירותה ע"י בחינת:**
* **תקופת ההגבלה.**
* **התחום הגיאוגרפי של ההגבלה.**
* **היקף הפעילות המוגבלת.**

**ככל שהם יהיו רחבים יותר, סבירות התניה תפחת.**

* **הסעד במקרים אלו- ביטול חלקי יכול לבוא לידי ביטוי בצמצום התניה הפוגעת בחופש העיסוק.**

פגיעה בשוויון:

**אין קונצנזוס בשאלה האם קיימת חובת שוויון במשפט הפרטי. אם אכן קיימת, לכאורה ניתן לפסול תניות שפוגעות בשוויון בקביעה שהן נוגדות את תקנת הציבור.** בפס"ד רקנט**, נקבע שתניה בטלה כי היא פוגעת בשוויון וזה נוגד את תקנת הציבור, אך בפועל המקרה בפסה"ד שונה מרוב המקרים שעלולים לצוץ במשפט הפרטי, כיוון שמדובר בדיני עבודה ובגוף דו מהותי.**

חוזה למראית עין- ס' 13:

נמצא בפרק הפגמים, אך נלמד אותו פה כיוון שהוא מדבר על בטלות אוטומטית ולא על חוזה שהוא בר ביטול. *"חוזה שנכרת למראית עין בלבד - בטל"*.

**עסקה פיקטיבית-** (**חזן נ' חזן**).

לדוג' לאדם יש 20 דירות, וע"מ לשלם פחות מס, הוא עושה עסקה פיקטיבית לגמרי, בה הוא מעביר חלק המדירות למישהו אחר על מנת לשלם פחות מס. החוזה הזה בטל, במידה ונצליח להוכיח שהוא היה למראה עין בלבד. לכאורה מראית עין לא משנה פה כיוון שאין גמ"ד ולכן אין חוזה.

**עסקה נסתרת-** **(ברק בביטון נ' מזרחי).**

יש עסקה אמיתית, אך יש גם עסקה פיקטיבית שמכסה עליה. אדם מכר את דירתו במחיר מלא, אך יש חוזה למראית עין שמכסה על החוזה הזה, ובו כתוב שהדירה נמכרה במחיר נמוך יותר. **ברק** מציע בפס"ד **ביטון נ' מזרחי**, לטפל בזה דרך מראית עין. החוזה הפיקטיבי בטל כי הוא למראית עין, והחוזה האמיתי תקף. כך אוכפים את החוזה ומכשירים אותו למרות שהוא לא חוקי. מזכיר את התוצאה ב**אדרעי נ' גדליהו**. **ברק** במקרה הזה הוא בדעת מיעוט, הקונסטרוקציה הזו לא התקבלה, ולכן נעדיף לנתח את זה דרך אי חוקיות.

אבחנה בין חוזה בטל לחוזה בר ביטול:

גם בכריתה הופך חוזה לבר ביטול אם יש עושק וכו'. חוזה בר ביטול יתבטל בהודעה ע"פ ס' 20. חוזה בלתי חוקי, או חוזה למראית עין הוא בטל. ביהמ"ש מכריז על הביטול שלהם. זה לא אומר שאין צורך בהודעת ביטול, אך ההבדל הוא שאין ברירה לאחד הצדדים (שנפגע מהם), אלא ביהמ"ש מכריז על ביטולם.

חוזים אחידים (חוק החוזים האחידים):

קיפוח הוא עילה להתערבות בחוזה אחיד.

התערבות בתוכן החוזה:

חוזים הם ביטוי משפטי של רצון הצדדים. בחוזים אחידים התפיסה היא שהצורך הוא לא בהכרח בהגשמת רצון הצדדים כי חוזים אחידים לא מבטאים את רצונם כמו בחוזים רגילים. לכן נרגיש יותר בנוח להתערב בתוכנם. אפשר להגיד שההבדל בסופו של דבר הוא שרק אחד הצדדים ניסח, אך לא בטוח שזה הבדל כ"כ מהותי. אדם בחר לחתום והיה יכול לבחור גם שלא.

יש תפיסה שזה מייצג משהו אחר מבחינת יחסי כוחות. הנימוק להתערבות במקרה כזה הוא שיש פערי כוחות משמעותיים בין הצדדים ולא שהוא לא משקף את רצון הצדדים.

חוזים אחידים כקטגוריה חריגה בעולם החוזים:

חריג, ביהמ"ש מתערב יותר.

בית הדין לחוזים אחידים:

הוקם לפי מה שכתוב בחוק. הסדר רגולטורי, באופן כללי ולא לגבי סכסוך ספציפי.

שלבי הניתוח לפי מבנה החוק:

* האם החוזה הוא אחיד (ס'2)?

עולה כשנראה שיש טופס סטנדרטי, צד אחד קבע חוזה על מנת ליצור התקשרויות עם מס' בלתי מוגבל של אנשים.

* האם התנייה היא חלק מהחוזה האחיד (ס'2 וס'23)?

(לא לפספס!) יכול להיות חוזה אחיד, שתניות ספציפיות בו הן לא חלק מחוזה אחיד. אלו שני דברים שונים שיש לבחון.

יש דברים שנמצאים בחוזה ולא ניתן להחיל עליהם תניית קיפוח. להסדר יש כיוון, ספק הוא מי שהכין את החוזה בשביל התקשרות עם צדדים רבים, ולקוח הוא זה שמגיע אל החוזה מול ספק. המבחן הוא אם יש אפשרות למו"מ ספציפי עם הלקוח. ניטה לראות חוזים אחידים שיש בהם כיסוי של עסקה אחת, או שמכסה כמה מוצרים.

סייגים לתחולה:

* התניה נמצאת בחוזה האחיד, למעט כזו שהיה לגביה מו"מ.
* תנאי הקובע את התמורה הכספית לרוב לא מקפח, כי התפיסה היא שלגבי המחיר יש הסכמה מהותית אפילו בחוזה אחיד. במובנים רבים, הריבית לדוגמה היא המחיר שמשלמים תמורת העסקה, עולות שאלות בעניין בניתוח קייס.
* חיקוק.
* הסכם בנ"ל.
* הסכם קיבוצי.

יש דברים שלא כתובים בהכרח בחוזה, אך חלים על החוזה האחיד, לדוג' תקנון הבנק. יכולה להיות הבהרה בע"פ לשני הכיוונים. אחד יוכל להגיד שזה חלק מהחוזה ואחד יכול להגיד שלא, וזה דבר שהוסכם ספציפית.

* האם חלה חזקת הקיפוח (ס'4)?

חזקה היא היפוך נטל הראיה. יש מקומות לפי ס' 4 שהנחת המוצא היא שיש קיפוח ונטל הראיה עובר לצד השני. בניתוח קייס, יש לקרוא את החזקות אחת אחת ולבחון האם אחת מהן מתאימה.

לדוג' חובה לשמירה על פרטיות, הספק יכול לפטור את עצמו מחובה כזו בעולם החוזי, זהו דין דיספוזיטיבי, שמותר להתנות עליו. למבחן- לוודא שיש הבנה טובה של החזקות בס' 4. אם קיימת חזקת קיפוח, הצד החלש לא צריך להוכיח קיפוח, אלא הצד החזק צריך להוכיח שאין. התוצאה היא לגבי נטל ההוכחה בלבד.

* האם התנייה מקפחת ס'3 (או בטלה ס'5)?

יש לבדוק אם היא מקפחת לפי ס' 3.

צריך להוכיח שהתנאי בלתי הוגן. בהחלטה על קיפוח נסתכל על מכלול תנאי החוזה והנסיבות, הכל יכול להיות רלוונטי לקביעה האם יש קיפוח או לא. לדוג' מי הצד השני, פערי הכוחות של הצדדים, נסיבות הכריתה, האם התניה גורפת (תקנת הציבור), מה מקובל בשוק, האם מבחינה אובייקטיבית התניה הוגנת.

שאלת הקיפוח היא עניין גמיש הנתון לשק"ד ביהמ"ש. המחוקק מגדיר את מרחב שק"ד של ביהמ"ש. לטענת הקיפוח יש כיוון, הלקוח טוען קיפוח מול הספק, והספק לא יכול להעלות טענת קיפוח כלפי הלקוח.

* לפי ס' 5 הניתוח זהה, אך התוצאה שונה. יש להוכיח חוזה אחיד, תנאי בחוזה אחיד, שאומר שאסור לפנות לביהמ"ש, ואז הוא יתבטל. זה בטל אם זו תניה גורפת, שלילה מוחלטת. לדוג' פניה לבוררות בלבד. התוצאה לא שונה באופן קריטי.
* סעד (ס' 19): ביהמ"ש יכול לבטל או לשנות את התניה המקפחת, באופן שיבטל את הקיפוח.

**פס"ד מילגרום:**

בהיבט הסעד, הסעד שאמור להיות נכון, לא מביא לתוצאה הנכונה. ביהמ"ש נתן סעד שהוא מעבר לביטול הקיפוח. התנאי קבע שבית האבות יכול לקבוע באופן חד צדדי את המחיר החדש. יש הרבה כוח לצד אחד מול צד שני. ההבדל הוא בין ההסדר המקפח לזה שלא מקפח, אך לא ברור שיש הבדל ברור בתוצאה. יש יסוד סביר להניח שזה יביא לאותה תוצאה. השאלה היא לולא הקיפוח, תחת תנאי הוגן ולא מקפח, מה היה הלקוח מקבל. אם לא ברור שהוא היה מקבל דבר שונה מהותית, הביטול לא בהכרח משנה.

דין רצוי ודין מצוי:

**ניתוח הצעה לשינוי בחקיקה:**

* **האם השינוי המוצע ישנה את הדין הקיים?**

בדין הקיים יש אבחנה בין חוזים רגילים לאחידים, ועילת הקיפוח מאפשרת התערבות יותר משמעותית במקומות כאלו. מצד שני השינוי יכול להיות ברטוריקה בלבד. תמיד לא ברור שיש שינוי כי תמיד יש כלים אחרים שיכולים להחליף, אך בכל זאת יש הבדל בין תקנת הציבור לבין קיפוח בחוזים אחידים. אולי יש הבדל ואולי אין הבדל, לכן השאלה לא ברורה.

* **האם השינוי המוצע ראוי?** יש יתרונות וחסרונות. להעלות כמה שיותר טיעונים, כמה שיותר טובים.

חוזה על תנאי- ס' 27:

סעיפי החוק- דוגמא:

חוזה על תנאי- חוזה שתוקפו תלוי בהתרחשות אירוע חיצוני.

תניית פטור- הסדר בחוזה הפוטר צד מחובה המוטלת עליו.

תנייה היא הסדר, סעיף בחוזה. תנאי הוא אירוע חיצוני כלשהו הקובע את תקפות החוזה.

לפי ס' 29- לדוג' חוזה לבניית בית בין קבלן ללקוח. בזמן החתימה, אם אין היתר בניה, החוזה לא בטל, אך כעבור זמן יכול להיות שכן, תלוי בסוג העסקה, חלוף זמן סביר, ומה שסוכם בחוזה בין הצדדים. למרות שכתוב 'בטל', לפעמים הפסיקה תדרוש הודעת ביטול.

לפי ס' 28- אם הקבלן מנע את התממשות התנאי, ודאג במעשה או במחדל לכך שלא יקבל היתר, אינו יכול להסתמך על כך- החוזה תקף, וכל עוד הוא לא קיים אותו יש הפרה.

אם יש צד שגרם לביטול ע"י גרימה לאי התממשות התנאי המתלה, אותו צד לא יכול לטעון לבטלות.

קשה להסביר בדיוק מה המקרה ב28(ג), אך נניח שהקבלן לא קיבל היתר כי לא מסר מסמכים מסוימים, ונניח שזה לא היה בזדון ולא ברשלנות, במקרה כזה הקבלן יכול להסתמך על התקיימות התנאי (ולטעון לבטלות החוזה).

יישום- חוזה על תנאי בסכסוך משפטי:

חוזה הוא שינוי מצבם המשפטי של הצדדים על פי רצונם. סכסוך משפטי הוא כשצד אחד רוצה להשתחרר מהחוזה והצד השני לא. יש להבין איזה צד טוען מה. אם יש מפר, הוא הצד שרוצה להשתחרר, כי אם הוא היה משוחרר מהחוזה הוא לא ירצה להשתחרר.

מקרה לדוג'- (המשך מהדוג' הקודמת) בניה טעונה היתר בניה שלא ניתן. הלקוח יטען שלא התקיים התנאי לכן החוזה בטל, והוא משוחרר מהחיובים שלו, והקבלן יטען שכן התקיים התנאי, או שלא עבר זמן סביר.

ביהמ"ש יכול לפסוק:

* קבלת ההיתר היא חיוב על אחד הצדדים.
* קבלת ההיתר היא תנאי לתוקף החוזה.
* החוזה קובע בניה גם ללא היתר.

**פס"ד נתיבי איילון:**

החוזה היה תלוי באישור שר הפנים להעברת בעלות כיוון שמדובר בקרקע של העירייה. מקרה קלאסי של חוזה על תנאי- הרבה מהמקרים מתעוררים במקרים של צורך באישור גורם חיצוני. השופט **טירקל** מביא שתי אפשרויות- חיוב או תנאי. **ברק** קובע שזה יכול להיות רק אחד משניהם, ויש להחליט. **טירקל** קובע שאולי זה שניהם, אך **ברק** קובע שלא ו**דורנר** מסכימה איתו בעניין (לכן זו הלכה). במקרה הזה- הקבלן לקח על עצמו להוציא היתר, ומשלא הוציא, הפר את החוזה. עניין זה חשוב כיוון שהשאלה היא פרשנית, יש לפרש את החוזה, את מה שהצדדים קבעו בו. במקרה הזה יש מסגרת פרשנית די נוחה. אם נקבע שאחד הצדדים צריך להוציא היתר, קל לפרש זאת שמדובר בחיוב. בחוזה לא כתוב על האישור הספציפי מהשר, אך כתוב שהמוכר אחראי להוציא את כל האישורים כדי למכור, לכן מבחינה פרשנית, העבודה הנדרשת על כל ההיתרים היא חיוב על המוכר.

היות האפשרויות מוציאות, נוח לצורך הפרשני.

החזקה בס' 27(ב), אינה חלוטה, אלא היפוך נטל הראיה בלבד.

חוזה על תנאי, פרשנות ואי חוקיות:

הבניה מצריכה היתר. אפשרויות פרשניות:

* קבלת היתר היא חיוב על אחד הצדדים- הצד החייב להשיג היתר הוא המפר.
* קבלת היתר היא תנאי לתוקף החוזה- החוזה בטל.
* החוזה קובע גם בניה ללא היתר ולכן הוא לא חוקי- מגוון תוצאות אי חוקיות בס' 31.

סעדים:

אם לדוג' עלויות הבניה ירדו באופן משמעותי, הצד שלא רוצה להפסיד לא יטען לבטלות בגין טעות, כיוון שהיא בכדאיות, אלא יכול אולי לטעון לתנאי שלא התקיים, חוזה בלתי חוקי, הפרת חיוב.

* **אי חוקיות:**

הצד הרוצה לטעון לאי חוקיות יצטרך לטעון שכיוון שבנו בלי היתר, החוזה לא חוקי. ביהמ"ש יכול להורות על ביטול והשבה, יכול לתת פטור חלקי מהשבה, ויכול אף להורות אכיפה.

* **אי קיום תנאי:**

בטלות. בעקבות בטלות באה השבה הדדית, ויש צורך לקבוע את ערך הנכסים שהועברו. השאלה היא איך מודדים את השווי? לפי השווי החוזי המקורי או לפי ערכם העכשווי? אם יש תוקף לחוזה ברור שצריך להשיב את מה שכתוב בחוזה, אך במקרה של בטלות והשבה הדדית השאלה לא ברורה.

* **הפרת חיוב:**

גם פה התוצאות יהיו שונות, כיוון שבאות עקב הפרת חוזה.

**פס"ד צאלים נ' דלק:**

נוספה קטגוריה- קבלת היתר היא חיוב השתדלות על אחד הצדדים- לכן החוזה בטל. זה מקרה שבו מדובר גם בחיוב וגם בתנאי. חיוב השתדלות וגם תנאי.

צריך להשיג היתר, ויש חיוב על הקבלן להשיגו ע"פ החוזה. אך מדובר בחיוב השתדלות- יש עליו חיוב לפעול להשגת האישור, אך אין לו חיוב לגבי התוצאה. חיוב השתדלות הוא לפעול באופן סביר על מנת להשיג דבר מסוים וחיוב תוצאה זה חיוב להגיע לתוצאה מסוימת. לכן אם לא הושג ההיתר, והקבלן הוכיח שהוא השתדל באופן סביר להשיגו, התנאי לא התקיים והחוזה בטל כדין חוזה על תנאי (מתלה).

עניין זה משנה את היבט העבודה הפרשנית עד כה. עד עכשיו היה ברור שזה יכול להיות רק אחד משני הדברים, היו אמצעים פרשניים חזקים ומשמעותיים. אחרי **צאלים נ' דלק** זה כבר לא המצב, כיוון שגם אם כתוב בחוזה שהקבלן יפעל להשיג את האישורים, זה לא אומר שמדובר בחיוב ולכן הוא לא תנאי, יש להבדיל אם החיוב הוא חיוב השתדלות או חיוב תוצאה. בפרשנות יש הרבה גמישות ולכן זה לא בהכרח ברור.

חוזה על תנאי הוא כלי לחלוקת סיכונים בין הצדדים. אם הסיכון מתממש, מי צריך לשלם? אם נקבע שהשגת ההיתר היא חיוב על הקבלן, כל העלויות יהיו על הקבלן, אם נקבע שזה תנאי, כל אחד נושא בסיכונים שלו, בפגעים שנוצרו לו כתוצאה מכך. אם השגת ההיתר היא חיוב על הקבלן, בכך שאין היתר הקבלן הפר חוזה וחייב לפצות את הצד השני, כל הסיכונים נופלים עליו. אך אם ההשגה תהיה תנאי לתוקף החוזה, הסיכונים יתחלקו. סיכון הוא מאורע עתידי בעל תוצאות שליליות מבחינת הצדדים.

היציאה מהחוזה:

קיום החוזה ופקיעת חיובים:

חוזה יכול להסתיים בדרך אופטימאלית, באופן מוצלח. אם כל צד קיים את חיובו, החיובים פקעו כי הם כבר נעשו. כעת יש מצב קנייני חדש (במקרה של מכר דירה לדוג'), הנכס שייך לצד השני, אך החוזה כבר נגמר, אין יותר יחס של חובות וזכויות בין הצדדים. הדרך הבסיסית והפשוטה ליציאה מן החוזה.

הפרת חוזה (חוק התרופות):

כשאחד מהצדדים לא קיים את חיובו זו הפרה, שבעקבותיה יש תרופות. חוק החוזים (תרופות בגין הפרת חוזה), התשל"א-1970, עוסק בתרופות העומדות לצדדים בגין הפרה.

הגדרה:

ס' 1(א) לחוק קובע: *"הפרה" - מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה; "נפגע" - מי שזכאי לקיום החוזה שהופר;*

עד עכשיו היה מציע וניצע, מוכר וקונה, מזמין וקבלן, כעת יש מפר ונפגע, כאשר הנפגע זכאי לתרופות. הנפגע- מונח משפטי שמשמעותו הוא שהצד השני הפר, זה לא אומר שהנפגע סבל נזק. השאלה אם הוא סבל נזק נפרדת משאלת ההגדרה.

סטנדרט ההתנהגות הנדרש בחוזים:

אחריות חמורה, חיוב תוצאה, דיני הסיכול:

אדם מחויב למסור דירה, מחויב להגיע לתוצאה מסוימת, לכן אחריותו חמורה ואין הסתכלות על מה שגרם לו לעשות כן. החריג לכך הוא דיני הסיכול- אם קרה מקרה יוצא דופן במיוחד, יש מקום להכריע שהוא נהג בצורה סבירה. בגדול- כמעט שום דבר לא נחשב סיכול, כך שהאחריות החוזית הרגילה גבוהה מאוד, אדם התחייב להגיע לתוצאה ולא הגיע אליה- הוא מפר. המפר יכול להיות בסדר, הוא לא אדם שחרג מסטנדרט התנהגות והתנהג באופן בלתי סביר כמו בנזיקין, אלא הוא התנהג בסדר בסה"כ, רק לא הצליח לעמוד במחויבותו החוזית.

רשלנות, חיוב השתדלות:

בחיובי השתדלות הסטנדרט הוא לא להתרשל, לדוג' חוזה בין עו"ד ללקוח. הוא לא מחויב לנצח, אלא לעשות את עבודתו בצורה סבירה. כשאיכות הביצוע לא נקבעה יש לקיים את החוזה בבינוניות. בניגוד לחיוב תוצאה, שבו לא משנה איך התנהגת אתה חייב, בחיובי השתדלות אם התנהגת בצורה סבירה ולא התרשלת- לא מדובר בהפרה. בחוזים, בד"כ האחריות גבוהה יותר מאשר בנזיקין ששם זה יחשב רשלנות.

מועד הקיום:

פרק ח' בחוק החוזים- חלק כללי מדבר על כך. אם יש מועד קיום יש לקיים את החוזה במועד. אם אין, יש לקיים את החוזה תוך זמן סביר. לגבי דחיית קיום השאלה היא מה הקשר בין ס' 43 (דחיית קיום) לבין שאלת הפרת חוזה ומועד ההפרה. מרגע שעבר מועד הקיום, לכאורה יש הפרה, אך ניתן לדחות את מועד הקיום ואז הדבר לא נחשב להפרה. הס' מציג כמה מקרים בהם עניין הדחייה רלוונטי. הצד שנטען כלפיו שהוא מפר יכול להגיד שלפי ס' זה עוד לא הגיע מועד הקיום.

אלתר נ' אלעני:

הצדדים:

קבלן ומזמינים שקונים חנות עתידית.

סוג החוזה:

חוזה קבלנות, החנות עוד לא קיימת. חנות בגדים.

המחלוקת:

היה הסכם במסגרתו תוקם חנות עתידית. הם הסכימו על מועדי התשלום, כאשר תשלום אחד יתבצע כאשר הם ימכרו את חנותם הישנה. המזמינים מכרו את החנות ולא עדכנו אותו. הקבלן טוען שהם לא שילמו, ולכן הם המפרים. הקבלן אינו המפר, כתוב בחוזה שמותר לו להתעכב, והוא עושה כן. המזמינים טוענים ששינוי הנסיבות, גרם לחיובים להפוך לשלובים. הם טוענים באופן בסיסי שמועד קיום חיובם נדחה, לכן הם לא מפרים בכך שלא שילמו. השתנו הנסיבות, לכן חיובם הפך שלוב בחיובי הקבלן לבנות. ביהמ"ש דוחה טענה זו בקביעה שהם התחייבו לשלם במועד מסוים, ולא נקבע שום קשר בין חיובם לבין המועד לקיום הבניה. הצדדים לא קשרו חיוב זה לאף שלב בקיום הבניה, לכן השילובים אינם שלובים, ומדובר בחיוב עצמאי. **שמגר** מתאר 3 קטגוריות:

* חיובים עצמאיים:

חיובים שלא תלויים אחד בשני. לכן העובדה שצד אחד לא מקיים את חיובו, לא מאפשרת לצד השני לדחות את חיובו. חיוב הקבלן נדחה, אך זה לא אומר שגם חיוב המזמין נדחה. העובדה שקיום הצד השני מתעכב לא נותנת לאדם לדחות גם את חיובו, ואם עשה כן הוא נחשב מפר.

* חיוב מותנה:

חיוב שמותנה בקיום חיוב אחר, יש סדר בין הדברים, כאשר צד אחד יקיים את חיובו, יהיה על הצד השני לקיימו. ההבדל בין חיוב מותנה לבין חוזה על תנאי הוא שבחיוב מותנה ניתן לכתוב שרק כשהמוכר מעביר את הנכס, קם החיוב של הקונה לשלם. בחוזה על תנאי, החיוב לא מותנה בחיוב, אלא בדבר חיצוני לצדדים, לדוג' אם יינתן אישור.

* חיובים שלובים:

חיובים שצריכים להתבצע באותו זמן. במקרים כאלו תמיד ניתן לטעון שהצד השני מפר. כל עוד הצד השני לא קיים את חיובו, אוכל לטעון שהוא המפר ולא אני. בחיובים שלובים, החיוב קם כאשר הגיע המועד, והצד השני הביע נכונות לקיים את חיובו. לכן לא לגמרי נכון להגיד שהחיוב שלי נדחה כאשר הצד השני לא קיים, אלא רק כאשר הוא לא מוכן לשלם את חיובו. יכול להיות שבמקרה הזה, אם הקונים היו יותר תמי לב ביהמ"ש היה רוצה לפסוק לטובתם.

חיובים מקבילים:

אם צד אינו מוכן לקיים את חיובו בחוזה, הצד השני לא צריך לקיים את חיובו המקביל. לכן יש לקבוע האם החיובים מקבלים. **באלתר,** **שמגר** הכריע שהם לא מקבילים.

**דורנר בארבוס נ' רובינשטיין** קובעת שחזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם מקבילים. זו חזקה הניתנת לסתירה.

**שמגר במימון נ' מאור** קובע שגם אם החיובים נקבעו לאותו מועד נקודת המוצא (החזקה) היא שהם עצמאיים.

אלו לא כלים קבועים, זה תלוי בכל מקרה לגופו, **דורנר** קובעת שחזקה שהם שלובים ו**שמגר** קובע שחזקה שהם עצמאיים. אין הלכה ברורה, לכאורה יש סתירה, אך אינה כ"כ חזקה כיוון שאף אחד מהם לא נותן תוצאה סופית.

הפרה צפויה:

ס' 17 מרחיב את העניין וקובע שגם לפני שהגיע מועד הקיום, אם ברור שאין בכוונת צד אחד לקיים את החוזה, הצד השני כבר יכול לקבל סעדים בגין הפרה. הפרה צפויה יכולה לעמוד מול הפרה אקטואלית, שהוא כבר הפר.

תרופות בגין הפרה:

מבוא:

ס' 2 לחוק התרופות: *"הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה."*

להפרת חוזה יש הרבה תוצאות אפשריות. הדיון לא מסתיים בקביעה שהחוזה הופר ויש לבחון מהי התרופה הראויה. כדי לקבל תרופה בגין הפרת חוזה יש להראות שיש חוזה והוא תקף, אח"כ יש להראות שהוא הופר, שהייתה פעולה של הצד השני בניגוד לחוזה. לאחר מכן, קיום ההפרה זה לא סוף הדיון, כיוון שלגבי כל אחת מהתרופות יש תנאי סף מסוימים.

הניתוח:

* **האם הנפגע זכאי לתרופה:**
* חוזה תקף.
* הפרה.
* **לאילו תרופות זכאי הנפגע:**
* זכאי לאכיפה?
* זכאי להשבה?
* זכאי לפיצויים?
* **מה יקבל הנפגע במסגרת כל תרופה**:

לדוג' כמה פיצויים הוא יקבל, מה יהיו ביטול והשבה במקרה זה. יישום התרופה הספציפית במקרה הקונקרטי.

פס"ד אדרס:

מביא את אחד הדיונים הכי מעמיקים בפסיקה בדיני תרופות. ננתח אותו לפי המבנה.

* האם הנפגע זכאי לתרופה:
* הצדדים לחוזה: חברה ישראלית וחברה גרמנית. עולות השאלות איזה דין חל? האם ביהמ"ש בעל סמכות? איך מבצעים אכיפה לחברה זרה? שאלות אלו עולות בפס"ד. זהות הצדדים חשובה, ביהמ"ש לא אוהב גרמנים.
* סוג החוזה: חוזה מכר ברזל.
* חיובי הצדדים: החברה הגרמנית מחויבת לספק את הסחורה לחברה הישראלית. החברה הישראלית מחויבת לשלם. **יש חוזה.**
* הצד שהפר את חיובו: החברה הגרמנית לא העבירה את כמות הסחורה שהייתה מחויבת להעביר לחברה הישראלית, פעלה בניגוד לחוזה ולכן **יש הפרה.** החברה הגרמנית מכרה את הסחורה לחברה אחרת.
* לאילו תרופות זכאי הנפגע:
* האפשרויות שעלו:

אכיפה- במקרה הזה בלתי אפשרית. עניין זה לא משנה מתוקף החוזה, זה לא אומר שהחוזה בטל, הוא תקף וייתנו תרופות אחרות.

השבה- ניתן לתת להם את מה ששילמו. אפשר גם לתת להם את **הרווח** שהחברה הגרמנית הרוויחה במוכרה את הסחורה לחברה האחרת. עניין זה נעשה **מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט**. מדובר פה על פיצוי, אך לא ניתן לתת פיצוי רגיל מסיבות טכניות- לא הביאו ראיות. במקרה כזה, ביהמ"ש יכול לפסוק ע"ס הערכה ללא ראיות. אך במקרה הזה יש ספרות חשובה **של פרידמן,** לפיה ניתן להשתמש בדיני עשיית עושר בתור תרופה עקב הפרה. במקרה הזה החברה הגרמנית לא העבירה את הברזל למרות מחויבותה, לכן הפרה את החוזה, והרוויחה עקב כך. בזמן הכריתה, מחיר הברזל היה נמוך, כשהחברה מכרה אותו הוא היה גבוה והם הרוויחו, בינתיים המחיר חזר להיות נמוך, לכן אם החברה הישראלית תקבל את הברזל היא לא תרוויח. המפר הרוויח מההפרה והשאלה היא האם הוא צריך לתת לנפגע את רווחי ההפרה, ביהמ"ש מכריע שכן. כל שאלת עשיית העושר עולה כיוון שהחברה הישראלית לא הביאה ראיות לנזק שנגרם, למה שיכלו להרוויח אם לא הייתה הפרה.

זו הלכה יחסית חריגה בעולם, והיא אף מוטלת בספק במובן מסוים. ההלכה אומצה בישראל בצורה חריגה יותר מזו שבארה"ב למרות **שפרידמן** בא משם. לפס"ד זה יש חשיבות בינלאומית והוא מצוטט כשמדברים על תרופה זו.

* ביהמ"ש פסק:

דיני עשיית עושר חלים במקביל לדיני החוזים, אך בפועל נוצרת פה עוד תרופה. דיני עשיית עושר באים עקב ההפרה.

* ההלכה:

יש תרופה נוספת בהפרת חוזה דרך החלת דיני עשיית עושר, המפר יכול להיות מחויב למסור את רווחי ההפרה.

* מה יקבל הנפגע במסגרת כל תרופה:

מטרות התרופה:

* סעד שלילי: נועד כדי להעמיד צד במקום בו היה לולא החוזה, מחזיר את המצב לאחור. החזרת ההוצאות לדוג'.
* סעד חיובי: נועד להעמיד צד במקום בו היה לולא ההפרה (לו קוים החוזה).

קיים מימד נוסף, כיוון שכתוב צד ולא איזה צד. לכן זה פועל לשני הכיוונים.

סעדים חיובים ושליליים דוגמא:

מוכר העביר את הדירה לאדם שלישי במקום לקונה הדירה המקורי:

* מחיר חוזי מוסכם- **10**.
* הסתמכות הקונה- **5** (ההוצאות שהוציא בהסתמך על החוזה הספציפי הזה).
* השווי לקונה- **20** (לדוג' יכול למכור אותה ב20, עלה המחיר).
* רווחי ההפרה- **25** (המוכר בכ"ז מכר במחיר גבוה יותר).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | תרופה שלילית | תרופה חיובית |
| נפגע | הסתמכות: **15.**לא היה מקבל את הדירה, לא היה משלם את המחיר ולא היה מוציא הוצאות הסתמכות, לכן המצב היה שיש לו 0. כדי להביאו למצב זה, יש לתת לו 15 וכך להחזיר לו את מה שהוציא ולהביאו למצב שהיה אם לא היה חוזה כלל. הסתמכות- תרופה שלילית המבוססת על הנפגע.  | ציפייה: **20.**כדי להביא את הקונה למקום בו היה לו קוים החוזה, יש להביא לו את שווי הדירה בשבילו (או את הדירה), בהתחשב בכך שהוא שילם והוציא הוצאות, כפי שהיה אמור לעשות תחת החוזה. פיצויי ציפייה- מה שציפה לקבל מכוח החוזה, תרופה חיובית המבוססת על הנפגע.  |
| מפר | השבה: **10.**לולא החוזה, המפר לא היה מקבל כלום מהנפגע, לכן עליו להחזיר לנפגע את מה שקיבל ממנו. השבה- תרופה שלילית המבוססת על המפר.  | שלילת רווח: **25.**אם היה חוזה, היה לו 10, ולא הייתה לו דירה, שעליה הרוויח 25 עקב ההפרה (ביחד 35). לכן ע"מ להביא אותו למצב בו היה לולא היה חוזה, עליו לשלם לנפגע החוזי את ההפרש- 25. שלילת רווח- תרופה חיובית המבוססת על המפר. החידוש באדרס הוא שהדבר אפשרי. שונה כיוון שכאן יש הפרש בין השווי לקונה לבין הרווח מההפרה.  |

אכיפה- סימן א':

ס' 3 לחוק התרופות קובע שהגישה במשפט הישראלי היא שהנפגע זכאי לאכיפה אם הצד השני הפר את החוזה. ככלל הנפגע יכול לבקש אכיפה במשפט הישראלי, אך זה לא המצב בכל מקום.

דין רצוי ודין מצוי:

גישה קונטיננטלית:

מצויה בצרפת, גרמניה ומשמעותה היא אכיפה כברירת המחדל. העיקרון העומד בבסיס הגישה הוא Pacta Sunt Servanda- יש לקיים הבטחות.

גישת המשפט המקובל:

באנגליה, משמעותה היא שברירת המחדל היא פיצויים, וכדי לבקש אכיפה יש להוכיח שהפיצוי אינו תרופה שלמה במקרה הקונקרטי. העיקרון העומד בבסיס הגישה הוא עקרון נזיקי כללי- אל תזיק לאחר.

**באדרס** הרעיון הכללי הוא שפיצוי על הנזק אינו מספיק בדיני החוזים.

המשפט הישראלי לכאורה מאמץ גישה קונטיננטלית באימוצו את סעד האכיפה, אך יש לסעד זה חריגים, לכן השאלה נותרת בעינה. הויכוח בין שתי השיטות משמעותי (לאנשים מסוימים).

מה התרופה המוצלחת יותר- אכיפה או פיצויים? הנפגע מבקש, אך שיטת המשפט מחליטה מה הוא יכול לקבל. השוני הוא שבמשפט המקובל כדי לקבל אכיפה יש להוכיח שפיצויים לא יספיקו.

יכול להיות טיעון של ודאות. באכיפה במובן מסוים יש יותר ודאות לנפגע מאשר בפיצוי, הנפגע יודע מה יקבל.

**הפרה יעילה:**

בפס"ד **אדרס-**

יכול להיות קיום של החוזה תחת אכיפה למרות שאינו יעיל, ויש דבר טוב יותר לעשות עם הנכס. יש אילוץ לקיים חוזה גם אם הדבר לא משתלם, לא יעיל. תחת פיצויים זה לא קיים, כשצצה אפשרות משתלמת יותר, אפשר להפר, לשלם פיצויים, ולעשות את הדבר הכדאי יותר עם הנכס. בעניין עבודה זה תמיד טוב, יכול להיות שהעבודה כבר לא משתלמת.

דוג' מספרית- חוזה קבלן.

העלות לקבלן- 5.

10% שהקבלן יצטרך לשאת בעלות נוספת של 20.

השווי עבור הקונה- 10.

באופן בסיסי החוזה משתלם, מביא לרווח כלשהו.

אם אכן נדרשת עלות נוספת מה יקרה?

אכיפה: המזמין רשאי לדרוש ביצוע למרות שהדבר אינו משתלם (הקבלן ישלם 25, המזמין ירוויח 10). כך יוצא שהעבודה לא משתלמת, כיוון שהשווי למזמין קטן בהרבה מעלות העבודה של הקבלן.

פיצויים: הקבלן יפר ויפצה את המזמין (הקבלן מפסיד 10, הקונה מרוויח 10). ברגע שהעלות היא מעל 10, הקבלן יעדיף להפר ולשלם פיצויים, וזה בדיוק המקום שהקיום כבר לא יעיל. כשעלות ביצוע העבודה גבוהה מערכה, הקבלן יכול לשלם פיצויים ולא לעשות עבודה לא כדאית.

ההבדל בין הכללים:

**אכיפה:** ביצוע בכל מקרה.

**פיצויים:** ביצוע רק אם משתלם (עלות הביצוע נמוכה מהשווי למזמין)- "הפרה יעילה".

החריגים לאכיפה:

**3(1) חוזה שאינו בר ביצוע:**

* ביצוע בלתי אפשרי. **בלסרסון** האכיפה בלתי אפשרית, כיוון שלא ניתן לבנות את מגדל הבטיחות במצב כיום, כשהבניין קיים.
* ביצוע לא רלוונטי או בלתי משתלם (**אדרס, לסרסון**): ב**אדרס**, החיוב החוזי היה לקיים בזמן, ועכשיו לא ניתן לעשות את זה כי הזמן עבר. המשמעות של נתינת הברזל עכשיו, אינה אכיפה, כיוון שבמקרה הזה הייתה רגישות לזמן.

**3(2) החוזה לשירות אישי:**

* **חוזה לשירות אישי-** כאשר נדרש ביצוע על ידי החייב ותלוי בכישוריו האישיים (בניגוד לחוזה קבלנות למשל- **חייא נ' מרקוביץ'**).
* **דיני עבודה, שני סוגי תביעות:**

המעביד תובע החזרה לעבודה.

* + אין אכיפה. לא ניתן לכפות על אדם לחזור לאחר שהתפטר, אפילו אם יש חוזה.
* לא ייאכף הס' המגביל עבודה במקום אחר, אם משמעותו האופרטיבית היא אכיפה לעבוד אצל מעביד ספציפי. ההגנה על העובד רחבה יותר מאי אכיפת חוזה העבודה, ופוסלים מניעה על העובד לעבוד בכל מקום אחר, במקרה שזה מקביל לאכיפה כיוון שמחייב את העובד לעבוד אצל המעביד הזה בלבד.

העובד תובע לחזור לעבודה.

* הכלל הוא פיצויים ולא אכיפה (**צרי נ' בית הדין לעבודה**), כיוון שהחוזה הוא חוזה למתן שירות אישי.
* יש חריג של אכיפה (**אלישע נ' אוניברסיטת תל אביב**). כשהעובד תובע אכיפה של חוזה העבודה לפעמים יאכפו את זה, וזה תלוי לדוג' באם הפיטורין היו פסולים מאוד, או שהארגון גדול עד כדי כך שאין בהכרח בעיה איתו, והוא לא בהכרח עובד תחת הבוס הישיר שפיטר אותו.

**3(3) מידה בלתי סבירה של פיקוח:**

עוניסון**-** חוזה קבלנות ייאכף אם:

* העבודה מפורטת.
* פיצויים לא יפצו את הנפגע בצורה מספקת.
* הקרקע עליה צריכה העבודה להתבצע בידי הנתבע (או צד שלישי).

חייא נ' מרקוביץ'**-** שיקולים נגד אכיפה:

* ככל שהחוזה מורכב יותר.
* ככל שמשך הביצוע ארוך יותר.
* ככל שהביצוע מצריך יותר שיתוף פעולה בין הצדדים.

**3(4) סייג הצדק (מפורט בהמשך באופן כללי יותר):**

**פס"ד אזימוב**. מבחינה עובדתית כל הערכאות הסכימו שבני הזוג בנימיני רצו לסגת מהעסקה בשל הקשר הרגשי. השיקולים שינחו את ביהמ"ש:

* מאזן הנזק.
* אי שוויון נורמטיבי.
* תום ליבם של הצדדים.
* שינויי נסיבות.

כדי לקבל פטור מאכיפה, על המפר להראות שהנזק שייגרם לו מאכיפה עולה משמעותית על הנזק שייגרם לנפגע אם החוזה לא ייאכף.

**4 אכיפה בתנאים:**

*בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין.*

**אייזמן נ' קדמת עדן**- ניתן להתנות את האכיפה בתשלום נוסף, על מנת למנוע התעשרות הנפגע. אייזמן שילם חלק לפי המחיר הישן, ועכשיו נדרש לשלם את השאר לפי המחיר החדש. יישום פסה"ד:

דירה פשוטה- 10.

דירה משופרת- 20.

הקונה שילם- 5 (חצי מדירה פשוטה).

פסיקת ביהמ"ש- הקונה יוסיף את יתרת התשלום (בעד חצי דירה) מתוך מחיר דירה משופרת- 10.

תוצאה- הקונה שילם 15 וקיבל 20.

בלתי אפשרי לתת לו אכיפה- דירה ב10, לכן יש לתת לו פיצויים. לכאורה מה שביהמ"ש בעייתי כיוון שהוא לא עוקב אחר מטרה אחת ברורה ונוהג לפיה.

פיצויים- סימן ג':

כדי להגיע לפיצוי, צריך לעבור את כל השלבים, היה חוזה, הייתה הפרה ורק אז מגיע הפיצוי. ברירת המחדל בישראל היא אכיפה, אבל בפועל על פי בדיקה, ביהמ"ש בד"כ נותן פיצויים. אכיפה לא תמיד רלוונטית. המעבר לאכיפה במקום פיצויים בעל משמעות, ומעיד על תפיסת הדין הישראלי על התרופה הראויה, על איך צריך להתייחס לחיובים חוזיים, אך בפרקטיקה, תרופת הפיצויים נפוצה יותר.

הרעיון שאם הזקת לאדם אתה צריך לפצות הוא בסיסי לכל שיטת משפט (המשפט העברי ועוד) ואף מראה על הקשר בין חוזים לבין תחומים אחרים, דוגמת דיני נזיקין.

במצב של הפרת חוזה ללא נזק לצד השני, לדוג' אדם מכר דירה והפר את החוזה, אך לא בשל עליית מחירים (כיוון שאז היה נזק), כנראה שהקונה לא יקבל פיצוי, יהיה מקום להשבה ואולי אף לאכיפה (למרות שיש סייגים- לדוג' סייג הנזק, מי ניזוק יותר במקרה של אכיפה או אי אכיפה).

יש לחפש את הנזקים ולתת כמה שיותר מידע לגביהם.

**פיצויים מכוח ס' 10:**

**האלמנטים שבסעיף** (מה יש להראות כדי לקבל פיצוי מכוח ס' זה):

* **קש"ס-** מהמילה 'עקב', בין ההפרה לבין הנזק. מנסה להביא את הנפגע למצב בו היה לו קוים החוזה, מגן על אינטרסים חיוביים.
* **יש חוזה ויש הפרה**- 'הנפגע', מוגדר בס' 1, כמי שזכאי לקיום החוזה שהופר, משמע שהייתה הפרה, משמע שהיה חוזה.
* **כיוון מסוים-** גם מהמילה 'הנפגע', לא הצד שהפר. כל צד יטען שהצד השני גם כן מפר.
* **צפיות-** בכוח או בפועל. סובייקטיבית (בפועל)- הוא ראה את הנזק וצפה אותו, אובייקטיבית (בכוח)- אפילו אם הוא לא צפה את הנזק, היה עליו לראותו מראש כתוצאה הגיונית של ההפרה. מספיק אחד מהם.

סדר הניתוח:

* חוזה.
* הפרה.
* נפגע.
* נזק.
* קש"ס.
* צפיות בכוח או בפועל.
* פיצוי כפי שנמדד.

אבחנות נוספות, שלא עולות ישירות מהסעיף:

נזק ישיר מול נזק עקיף:

נזק ישיר כתוצאה מההפרה, בד"כ נוגע להבדלים בשווי של נכס מסוים. אדם הפר חוזה ולא מכר את הדירה, נגרם נזק ישיר בכך שהקונה הפסיד את ההפרש בין ערך הדירה שהיה לבין הערך כעת, לכן הוא ישיר. נזק עקיף בד"כ נובע מהשימוש בנכס. לדוג' אדם התחייב להעביר מכונות, הקונה יכול לטעון שאם הן היו מועברות, היא הייתה משתמשת בהן ומוכרת את הסחורה. בכך שהמוכר הפר, נגרם נזק של חוסר רווחים שהיו יכולים להיות. הוא עקיף כיוון שיש שרשרת סיבתית ארוכה יותר, והנזק תלוי בגורמים נוספים. בשני המקרים נטל ההוכחה הוא על הנפגע. עקרונית קשה יותר לקבל פיצוי על נזק עקיף (אולי כיוון שיכולות להיות טענות נגד טובות).

תיחום הנזק מול שיעור הפיצוי:

יש להסביר מה הם הנזקים- תיחום, ומהו שיעור הפיצוי- כימות הנזק, להגדיר כמותית מה הנזק שנגרם. הנפגע חייב להביא ראיות לשניהם, רק כך ביהמ"ש יכול לפסוק לטובתו.

סעד חיובי מול סעד שלילי:

הנזק הוא פער מסוים בין שני המצבים, כאן הפער הוא בין המצב עם ההפרה לבין המצב לולא ההפרה. לא מוזכר כאן פיצוי הסתמכות או החזרת המצב לקדמותו באופן בסיסי.

קביעת שיעור הפיצוי:

השוואה בין מצבו של הנפגע לו קוים החוזה למצבו לאחר ההפרה. המשפט כולל מדידת הנזק וקש"ס.

**שמחון נ' בכר:**

שמחון בעלי מגרש שחתמו על חוזה (עסקת קומבינציה) עם קבלן, שהוא יבנה והם יקבלו חלק מהדירות. הקבלן הפר את החוזה, לא נבנה הבניין, והמחירים עלו. הייתה להם התחייבות מהקבלן לקבל 2 דירות.

* נזק ישיר- עליית ערך או חוזה בתנאים עדיפים:

הם רוצים פיצוי על הנזק הישיר- היה יכול להם רווח בשל עליית השווי. הם צריכים להראות שקיום החוזה היה מביא להם רווח, אם החוזה היה מתקיים, הם היו נותנים את זכויות הבניין ומקבלים 2 דירות. הכוח המניע של תביעתם, הוא שמה שהם התכוונו לקבל מן החוזה, שווה יותר ממה שהתכוונו לתת. זה יכול לנבוע משינוי בזמן- ערך הדירות עלה, או מכך שלכתחילה החוזה היה בתנאים עדיפים לטובתם. בחוזה הזה, כנראה שהסיבה היא השנייה. הנפגע מההפרה צריך להראות אחד משניהם כדי לקבל פיצוי על הנזק הישיר שנגרם לו:

1. עליית ערך.
2. חוזה בתנאים עדיפים מלכתחילה.
* נזק עקיף- ראיות לרווחים עתידיים:

השכירות במקרה זה היא נזק עקיף, אינו תוצאה ישירה, תלוי בהשכרת הדירה. ביהמ"ש דוחה את הטענה ולא נותן על כך פיצוי, כיוון שהם לא הוכיחו אם כוונתם הייתה למכור את הנכס או להשכירו. בנזק עקיף יש להביא ראיות קונקרטיות לגבי הנזק שנגרם. לכאורה לא הגיוני שהפיצוי העתידי יקבע לפי השימוש העתידי בנכס, נניח שהצד לא מראה אם הוא התכוון להשכיר או לגור, זה לכאורה לא משנה, כיוון שאם הוא משכיר הוא מרוויח שכירות, ואם גר חוסך אותם. אך במקרה של מכירה או השכרה, כסף של מכירה ניתן להשקיע. לא בטוח שהיית יכול להשכיר, ולא בטוח שהיית מרוויח מהריבית.

**אלוניאל נ' זאב בר בניין ופיתוח בע"מ:**

הצדדים- נציגת מקדונלדס בישראל וקניון, ניהלו משא ומתן מפורט, והייתה מחלוקת בעניין הכשרות. נכרת חוזה בינם למרות שהם לא הגיעו למצב הסופי, היה זיכרון דברים, גמירת דעת ומספיק אינדיקציות כדי לקבוע שהיה חוזה (המילה הסכם, התנהגות הצדדים ועוד). לגבי כשרות המסעדה, פרשנות החוזה היא שנדרש KOSHER STYLE, לא חייב תעודת הכשר. מפעילת הקניון הפרה כיוון שדרשה כשרות בניגוד להסכם. כדי לקבל פיצויי, **אלוניאל** אמרה שהחוזה היה ל20 שנה, הם היו מרוויחים חצי מיליון לשנה, לכן דורשים 10 מיליון. ביהמ"ש נותן להם בסוף פיצוי לשנה אחת (600,000).

במקרה הזה, לא הייתה עליית ערך, לא מדובר בתנאים עדיפים במיוחד, לכן אין עניין של נזק ישיר, הנזק אינו תוצאה של ההפרה. בפס"ד הקודם, הם הראו את הנזק הישיר, וביהמ"ש קבע שאין פיצוי בגין נזק עקיף. בפס"ד זה קורה ההפך, אין הוכחה לנזק ישיר, ולכן הולכים על הנזק העקיף, מעיד על חולשה עקרונית של התביעה הזו.

מדובר בנזק עקיף, לכן עליהם להביא ראיות לרווחים עתידיים. ביהמ"ש מגיע לתוצאה אליה הגיע ב2 דרכים חלופיות:

1. לא בטוח שהיה רווח, תלוי בעוד גורמים (פיגועים, פתיחת מרכז קניות מתחרה). בעייתי כיוון שהם לא הוכיחו שזה נזק שנגרם להם, שלא הייתה להם הזדמנות לפתוח חנות במקום אחר.
2. לא ניסו להקטין את הנזק, ולפתוח חנות במקום אחר במקום.

קורה כאן ההפך **משמחון,** הם לא מצליחים להוכיח פיצוי ישיר, ולמרות זאת נותנים להם פיצוי עקיף. השאלה המשמעותית היא מי צריך להוכיח את הנזק? **אלוניאל** או הצד השני באמצעות הקטנת הנזק. שאלת נטל ההוכחה. מה נכלל במסגרת הראיות על הנזק ומה נכלל במסגרת הראיות על הקטנת הנזק. כדי להראות נזק היה עליהם להראות שהעסקה טובה יותר מעסקאות אחרות.

המטרה היא להשוות בין שני המצבים, אם הנפגע מעדיף את המצב של הפרה ופיצוי על פני קיום, זה בעייתי. במקרה הזה, הנפגע מעדיף, כיוון שהשקעותיו הן השקעות בסיכון, ולא בטוח שהיה מרוויח. הרווח הממוצע הוא חצי מיליון, אך זה לא ב100 אחוז, פעמים היה מקבל ופעמים לא, למרות שבוודאות יוציא את ההוצאות. נניח שהיה מקבל את הפיצוי שביקש, הוא מקבל כל שנה את ההכנסות, ללא סיכון, לכן הוא במצב טוב יותר.

ביהמ"ש קובע שיקבל לשנה, כיוון שאחרי שנה אפשר למצוא מקום לפתוח עוד סניף. זה בעייתי מכיוון שבכל מקרה פתיחת הקניון התעכבה ב4 שנים, לכן היה לו זמן לחפש מקום אחר לפתוח סניף.

**מה שיש להראות:**

* כדי לקבל פיצוי על נזק ישיר- עליית ערך או חוזה בתנאים עדיפים.
* כדי לקבל פיצוי על נזק עקיף- ראיות לרווחים עתידיים.

נטל הקטנת הנזק ס' 14:

14(א):

אין חובה להקטין את הנזק, אך אם הנפגע מעוניין בפיצוי עליו להקטין את הנזק, הוא לא יקבל פיצוי על נזקים שיכול היה להקטין באופן סביר. זה נובע מכך, שלא ההפרה היא זו שגרמה לו הפסד, אלא הוא יכול היה לכפות על נזק זה. ולכן אין קש"ס בין ההפרה לנזק והוא לא יקבל פיצוי (סיבתיות שלילית).

**14(ב):**

אדם הפר חוזה ולא מכר דירה. הקונה קנה דירה אחרת והקטין את הנזק, אך כדי לעשות כן הוא הוציא הוצאות נוספות, על המפר לשפות אותו עליהן. גם במובן הזה, הקטנת הנזק והסיבתיות קשורות זו בזו.

המפר ישפה אותו על ההוצאות גם אם בסופו של דבר לא נמנע הנזק. למרות זאת, אי אפשר לתת לנפגע להרוויח פעמיים. כדי שעניין הפיצויים יעבוד עניין הקטנת הנזק הכרחי, כי אם ניתן פיצוי למרות העובדה שהנפגע לא ניסה להקטין את הנזק, הנפגע יעדיף את זה, ירוויח ומדובר בפיצוי יתר.

עניין הזמן הכרחי, כיוון שאם עבר הרבה זמן, בו הנפגע יכול היה לדוג' לקנות דירה אחרת, אחרי פרק זמן מסוים, וכך להרוויח מעליית הערך שהייתה לאחריו, הוא יקבל את הפיצוי רק לגבי פרק הזמן עד שיכול היה לקנות דירה אחרת. כך הנזק שנגרם הוא רק עיכוב בקניית הדירה, והוא יכול היה להקטין את הנזק העתידי, לכן הוא יקבל מהרגע בו היה אמור לקבל את הנכס ע"פ החוזה, עד הרגע בו היה יכול להשיג נכס חלופי.

**פס"ד אלוניאל** הוא ביטוי טוב לכך, כיוון שביהמ"ש פסק פיצוי רק לפרק הזמן בו הפסידו ולא הייתה להם אפשרות לפתוח חנות במקום אחר (למרות שבמקרה זה זה בעייתי במידה מסוימת כי בכל מקרה היה עיכוב של 4 שנים בפתיחת הקניון, שזהו זמן המאפשר **לאלוניאל** לפתוח חנות במקום אחר).

סעד שלילי מול סעד חיובי:

**פס"ד מלון צוקים** הוא המקבילה **לקל בניין** בחתו"ל במו"מ. הוא קובע דברים חדשים. בד"כ הס' קובע פיצוי חיובי אך לפעמים אפשר לקבל באמצעותו גם פיצויי שלילי. (מקביל לקל בניין כיוון שהוא קובע מתי ניתן לתת פיצוי מהסוג של כתוב בחוק).

יזמים חותמים על חוזה עם העירייה, ראש העירייה מתחלף ומפר את החוזה. הם לא מצליחים להראות פיצויי קיום- מה היה קורה אם היה חוזה, אלו רווחים עתידיים. לכן הם מבקשים פיצויי הסתמכות, שלולא החוזה לא היו מוציאים.

השופט **מלץ** קובע שניתן לעשות כן. כשבלתי אפשרי להוכיח את פיצוי הקיום, ניתן לקבל פיצוי הסתמכות. בס' 10 כתוב 'עקב ההפרה', מה שמצביע על סעד חיובי. אך השופט **מלץ** בונה קונסטרוקציה משפטית לפיה ניתן לקבל פיצוי הסתמכות. מניחים שהנפגע לא נכנס לחוזה הפסד, לכן קיווה להפיק רווח מהחוזה. כשלא ניתן לקבוע מה הרווחים יכלו להיות, נותנים כתחליף פיצוי הסתמכות תחת ההנחה, שכיוון שהוא רצה להפיק תועלת מהחוזה, הם לא יהיו גבוהים יותר מהקיום.

* **כאשר יש קושי להוכיח את שיעורם של פיצויי קיום ציפייה, ניתן לפסוק פיצוי הסתמכות.**
* **האם ניתן לפסוק פיצויי הסתמכות כאשר אלה עולים על פיצויי ציפייה?**
* חוזה הפסד: לדוג' בית מלון שלא יצליח לכסות את ההוצאות. הציפייה לרווח היא 0. הוא לא ציפה להרוויח. זה נקרא חוזה הפסד, אדם השקיע 100 והרווח הצפוי יהיה 90. לכן פיצויי הציפייה יהיו נמוכים יותר מפיצויי ההסתמכות. הגרסה החדשה הזו מטילה על הצד המפר את הפיצוי בכל מצב.
* מחלוקת בפסיקה: (מלץ, חשין, מצא): **מלץ** קובע שלא ניתן מכוח ס' 10 לפסוק פיצויי הסתמכות אם הם גבוהים מפיצוי הקיום. **חשין** קובע שלמרות לשון ס' 10, ניתן לפסוק מתוכו פיצויי הסתמכות, אפילו אם יודעים שפיצויי הציפייה היו נמוכים יותר מאשר פיצויי ההסתמכות. זאת מפני שיש תפיסה במשפט הישראלי נגד המפר. **מצא** משאיר את השאלה בצריך עיון, כיוון שהעניין לא מתעורר בפס"ד זה.
* **צפיות בפיצויי הסתמכות:** צריך צפיות. פיצויי ההסתמכות הם להחזיר את ההוצאות למשקיעים. הנזק- ההוצאות. במסגרת ס' 10 יש להראות שהנזק היה צפוי, שההוצאות היו צפויות במסגרת החוזה. מקבלים פיצוי על ההוצאות הצפיות.

פיצוי בעד נזק לא ממוני ס' 13:

למעשה, ס' 13 הוא הרחבה מסוימת לס' 10. בס' 10 ניתן לקבל פיצוי בעד נזק שנגרם, וגם כאן, כאשר הפיצוי יקבע לפי אומדן ביהמ"ש, ס' 13 מבהיר את הנק' שהנזק יכול להיות גם לא ממוני.

הבדל שקיים לכאורה הוא שלא מוזכר עניין הצפיות, אך הוא בכ"ז נדרשת צפיות כיוון שהוא משתלב עם ס' 10 ונחשב הרחבה שלו.

ההבדל המרכזי הוא שבס' זה יש יותר גמישות לביהמ"ש בנוגע לקביעת שיעור הפיצוי, וזה יקבע ע"פ אומדנו. דומה לנזיקין, מקבלים את זה בחוזה שברור שהדבר המרכזי שהנפגע רצה להרוויח הוא לא ממוני.

גם במקרה של הפרת חוזה לגבי דירת מגורים, ניתן לתת פיצויים לא ממונים, לדוג' על עוגמת נפש. אך בענייני עסקים בד"כ זה לא יקרה.

מה שיש להראות:

* חוזה.
* הפרה.
* נפגע.
* **נזק שאינו נזק ממון.**
* קש"ס.
* צפיות **.**
* פיצוי **לשק"ד ביהמ"ש**.

**ס' 11 מציע דרכים חלופיות לפיצוי, שלא טעונים הוכחת נזק:**

לא לגמרי מדויק שמדובר בפיצוי ללא הוכחת נזק, כיוון שמדובר על פיצוי על נזק ישיר. הרכיבים:

* חוזה.
* הפרת חוזה.
* הפרש בין השווי בחוזה לבין השווי ביום הביטול:
* נזק ישיר בלבד.
* סיבת ההפרש יכולה להיות עלית מחיר או אינפלציה (**אזורים).**
* אין דרישה לקש"ס.
* אין נטל הקטנת נזק.

יתרון לתביעה דרך ס' 11:

* עלות השירות גבוהה וערכו נמוך. לדוג' חוזה שכירות, בו הדיירים התחייבו לצבוע את הדירה. הם הפרו ובעל הבית תובע, לפי ס' 10, לא נגרם לו נזק כיוון שהשכיר לאדם הבא כמו שהיה קורה בכל מקרה, ולכן לא יקבל פיצוי. אך לפי ס' 11, אין צורך להראות נזק, ולכן הוא יכול לקבל פיצוי בנוגע לשווי השירות.
* מחיר הנזק עלה ואז ירד. לפי ס' 10 לא נגרם לו נזק. אך תחת ס' 11 הוא יכול לקבל פיצוי אם החוזה בוטל כשהנכס היה במחיר גבוה.
* נזק שניתן היה להקטין (**איינשטיין**).

**ס' 11 הוא רק על נזק ישיר.**

פיצויים מוסכמים- ס' 15:

נתיב נוסף לפיצויים, שהצדדים קבעו ביניהם מראש.

לפי הרישא של הס', הצדדים יכולים לקבוע ביניהם פיצויים. ניתן להגיד שאין צורך במשפט זה כיוון שס' 24 לחוק החוזים הכללי קובע שתכנו של החוזה יכול שיהיה ככל שהסכימו הצדדים, לכן ברור שהם יכולים לקבוע פיצוי מוסכם. מהצד השני ניתן לטעון שאולי דיני התרופות קוגנטיים, ולכן לא היו יכולים לקבוע זאת ללא ס' זה.

הסיפא קובעת שביהמ"ש יכול להתעלם מקביעת הצדדים אם נראה לו שהפיצוי נקבע בצורה מוגזמת, שהוא גבוה בהרבה מן הנזק.

ניתן להתנגד לס' זה באמירה שיש להתחשב ברצון הצדדים, וכנראה הייתה להם סיבה, אולי להימנע מהפרה, ולכן זה יכול להיות לגיטימי. כל מגבלה על חופש החוזים בעייתית וצריכה להיבחן בצורה מדוקדקת.

**פס"ד חשל נ' פרידמן:**

שתי חברות נקשרו בעסקת קומבינציה, בעל מגרש וחברה קבלנית. הפיצוי המוסכם נקבע בגין עיכוב. עלתה טענה לפיה הפיצוי שנקבע היה מוגזם, כיוון שהוא גבוה בהרבה מהבסיס על פיצוי מוסכם על איחור (שניתן למדוד בריביות). הנזק נמדד על פי הריבית, וכאן הוא קבע ריבית מאוד גבוהה ביחס לריבית שהייתה במשק, ולכן הוא מוגזם.

יש טענה שהסיבה שזה קרה היא בשל טעות סופר, הם התכוונו לקבוע ריבית של 10 אחוז לשנה ובטעות קבעו 10 אחוז לחודש, ביהמ"ש בסוף מחזיר את הטענה הזו למחוזי.

ביהמ"ש מכריע בשאלת הפיצוי המוסכם בהנחה שאין טעות סופר, וזו ההלכה. כאן הפיצוי גבוה מהנזק שנגרם בפועל, וכן גבוה ממה שצפו הצדדים בעת הכריתה. המפר דורש הפחתה בפיצוי בטענה שזה לא נזק שהצדדים צפו בזמן הכריתה וכן זה לא נזק שנגרם בפועל. ביהמ"ש קובע שזה לא משנה, ומה שמכריע הוא לא הנזק שהצדדים צפו ולא מה הנזק שנגרם, אלא הנזק שהיה סביר לצפות בעת הכריתה. כל עוד הנזק עומד בסכום שהיה סביר לצפות בעת הכריתה, ביהמ"ש יזהר ולא יתערב. למרות שבפועל נגרם נזק נמוך בהרבה, לא יפחית ביהמ"ש את הפיצויים, כיוון שיעשה כן רק אם היה סביר לצפות שהנזק שיגרם יהיה נמוך בהרבה. נזק צפוי באופן סביר. פס"ד מבהיר את הסעיף.

המחוקק אמר את דברו וקבע שביהמ"ש יכול להגביל את חופש החוזים אם הפיצוי שנקבע נראה לו בלתי סביר.

ביהמ"ש מסכים עם הביקורת, וזהיר בהפעלת כלי זה כפי שעולה מפס"ד זה.

בתמציותיות:

המקרה: הפיצוי גבוה מהנזק שנגרם בפועל ומהנזק שצפו הצדדים בזמן הכריתה.

ההלכה:אין להפחית את הפיצוי שהוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק ש**היה סביר לצפות בזמן הכריתה.**

**אהרון נ' פרץ:**

**המקרה:**

נקבעה תניה גורפת, שקובעת פיצוי גבוה ללא אבחנה, אבל הנזק בפועל היה גבוה. לדוג' פיצוי של 10,000 דולר על כל איחור, גם של יום. במקרה זה הפיצוי לא עומד ביחס סביר להפרה. בפועל היה איחור גדול, ולכאורה נראה הגיוני שגרם לנזק בסדר גודל זה. צד אחד יטען שיש להפחית את הפיצוי כיוון שנקבעה תניה לפיה אין יחס סביר בין גובה הפיצוי לנזק. הצד השני יטען שהפיצוי שנקבע עומד ביחס סביר לנזק שנגרם.

המבחן (ההלכה):

אין להפחית את הפיצוי המוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק שהיה סביר לצפות בזמן הכריתה **כתוצאה של ההפרה הקונקרטית שאירעה בפועל.** יש לבחון מה הנזק הצפוי, אך בהשוואה להפרה הספציפית שהתרחשה. ההלכה עקבית ביחס לזו של **חשל נ' פרידמן**, בתוספת קטנה.

הלכה זו לא נובעת מן הסעיף, אך מתיישבת עימו.

ההבדל בין ס' 10 ל15 לא כ"כ גבוה כמו שנתרשם בקריאה ראשונית. בס' 10 זה לפי הנזק, ובס' 15 צריך להיות יחס סביר בין הנזק לבין גובה הפיצוי שהוסכם.

התנאה על תרופת האכיפה:

תנית פיצויים מוסכמים לא מבטלת את תרופת האכיפה (**בנימיני**). נובע באופן מפורש מהחוק ומן הפסיקה. התניה על אכיפה צריכה להיות מפורשת (**לינדאור נ' רינגל**).

ביטול והשבה- סימן ב':

מבוא:

בביטול יש צורך בהוכחה, כיוון שהמטרה היא להגיע לאכיפה. בד"כ יש צד שרוצה להשתחרר וצד שרוצה לקיימו, כאן גם הנפגע רוצה להשתחרר. זה יכול להיות בגלל שהנפגע מעדיף ביטול על קיום מבחינת יעילות או כי הנפגע לא רוצה קשר עם המפר.

הפרה יסודית מול הפרה שאינה יסודית- הגדרה ס' 6:

*לענין סימן זה, "הפרה יסודית" - הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית; תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה.*

הגדרה זו חשובה כיוון שסוג ההפרה מקנה זכויות ביטול שונות. שני סוגים של הפרה יסודית:

* **הפרה יסודית מסתברת:**

הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. המבחן שהס' קובע. נניח שקבלן התחייב לשפץ, הגיע בזמן, אך שם את הסוג הלא נכון של הריצוף בטעות. אם הלקוח היה רואה אפשרות זו (שהקבלן שם ריצוף שונה, עניין הטעות של הקבלן אינו משנה) מראש ובכ"ז היה מתקשר בחוזה לא מדובר בהפרה יסודית, אך אם זה היה גורם ללקוח לא להתקשר מדובר בהפרה יסודית. נקודת תורפה מסוימת היא שק"ד הנתון לביהמ"ש בקביעה האם ההפרה יסודית, שגורם לחוסר ודאות לצדדים.

* **הפרה יסודית מוסכמת:**

הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית (תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה).

זכות הביטול ס' 7:

**החוזה לא בטל עקב ההפרה, אלא יש לנפגע זכות ביטול, והוא יכול לבטל או לא לבטל.**

ס' 7 ג' אומר שניתן להפריד בין החלקים בחוזה לעניין ההפרה והביטול, אם ההפרה נוגעת לחלק מסוים ניתן לבטל חלק זה.

* בעקבות הפרה יסודית (7א'):

הנפגע יטען שההפרה יסודית, כי אם היא יסודית לנפגע זכות לבטל את החוזה.

* בעקבות הפרה שאינה יסודית: זכות ביטול מוגבלת (7ב')

אם ההפרה לא יסודית לנפגע יש זכות ביטול, אך היא מוגבלת ותלויה במתן ארכה ובכפוף לשיקולי צדק (סייג הצדק) שיפעיל ביהמ"ש.

דרך הביטול- הודעה ס' 8:

*ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה; אולם במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה - תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה.*

הודעת הביטול יכולה להיות משמעותית כיוון שבביהמ"ש הנפגע יצטרך להוכיח שביטל את החוזה. הנפגע יכול להיתפס כמי שויתר על זכותו אם עבר הרבה זמן והמשיכו העבודות. אם תהיה הפרה, הנפגע לא ביטל, והעבודה הופסקה, המפר יכול לתבוע אותו על בגין הפרה, קיים ספק האם הנפגע יכול לדחות כי החיובים מקבילים או לא. עניין הודעת הביטול נתון לשק"ד הלקוח והוא יקח בחשבון את התוצאות של כל מקרה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | ביטול בעקבות הפרה יסודית | ביטול בעקבות הפרה לא יסודית |
| סוג ההפרה | הפרה יסודית. | הפרה לא יסודית. |
| זכות הביטול | זכות ביטול לנפגע. | זכות ביטול לאחר מתן ארכה בכפוף לשיקולי צדק. |
| דרך הביטול | הודעה תוך זמן סביר מרגע שנודע על ההפרה. | הודעה תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה. |
| תוצאת הביטול | השבה הדדית. | השבה הדדית. |

הפרה יסודית- מבחני הפסיקה:

פס"ד ביטון נ' פרץ:

* **מה דינה של הפרה שבד"כ אינה משמעותית, אבל במקרה הקונקרטי מסבה נזק רב, בגלל נסיבות שלא היו ידועות מראש?**

לדוג' אדם מכר דירה ישנה וקנה חדשה, אם יאחרו בתשלום על הדירה, הדבר ישליך על האפשרות לשלם בזמן על הדירה שהוא מעוניין לקנות. איך במקרה זה יש להתייחס למה שנקבע בס' 6 לגבי יסודיות ההפרה? אם ההפרה הייתה גורמת לנפגע לא להתקשר היא יסודית. איחור של יום הוא לא הפרה משמעותית בד"כ, אך יכול להיות שבמקרה מסוים זה יהיה קריטי.

* מקרה א': הנפגע לא צפה שההפרה תסב נזק רב. לדוג' מקרה בו אפילו הנפגע לא ידע בזמן הכריתה שאיחור של יום יהיה כ"כ קריטי. אך כעת מתברר שהוא קריטי מאוד כיוון שמנע ממנו לקנות את הדירה.
* מקרה ב': המפר לא צפה שההפרה תסב נזק רב. הנפגע ידע, אך לא הודיע למפר על כך.

האם הפרה זו תהיה יסודית בהנחה שהצדדים לא ידעו על כך לכתחילה?

* **ספק פרשני בלשון הסעיף:**

כתוב בס' 'אדם סביר' בהתייחס לנפגע. לא מספיק שאדם סביר בנעלי הצד השני לא היה מתקשר, אלא גם שניתן היה להניח זאת אובייקטיבית, המפר. **לכן ההלכה מפס"ד זה היא שיש צורך בצפיות מצד שני הצדדים.**

* **פסיקת בית המשפט.**
* **נדרשת צפיות על ידי שני הצדדים.**
* **ההפרה תהיה יסודית רק אם אדם סביר בעת ההפרה היה חושב שצד סביר לחוזה לא היה מתקשר לו היה יודע על תוצאותיה הסבירות של ההפרה.**

**דרך הביטול- פסיקה:**

* ביטול בהתנהגות (**גינצברג נ' בן יוסף**)- יכול להיות בעייתי כיוון שביהמ"ש יכול לפסוק שהוא הפר.
* תביעה כביטול (**מונסנגו נ' מכביאן**)- לפעמים ביהמ"ש מתייחס לכך כביטול אך לפעמים לא, כיוון שאולי תובעים פיצויים וכו'.
* הודעת ביטול יחד עם הודעת ארכה (**שיכון ופיתוח נ' מעלה אדומים**)- מתן ארכה, שאם לא תממש יבוטל החוזה, בפס"ד נראה שזה אפשרי, אך יש מקרים בהם זה לא עובד כמו מקרה בו יגידו שהביטול לא מספיק ברור, כיוון שקרו עוד דברים בינתיים ולא ברור אם בוטל החוזה אם לאו.
* השתהות בביטול- השתהות בביטול מקימה חובה למתן ארכה (**אבו זייד**)- יש צד שאיחר בתשלום, השאלה הראשונה היא האם ההפרה הייתה יסודית- היה ספק וביהמ"ש קבע שהיא הייתה יסודית, והפכה לכאורה ללא יסודית בגלל שהוא נתן ארכה. לפי ס' 8, מרגע מתן הארכה יש לבטל תוך זמן סביר מרגע חלוף זמן הארכה. כאן הוא לא ביטל תוך זמן סביר לאחר שארכה חלפה, הוא לא מאבד את זכות הביטול, אלא עליו לתת ארכה נוספת. ההלכה מפס"ד זה (לא נובעת באופן ישיר ממנו אך נקבע מאוחר יותר בעקבותיו) היא- ההשתהות בביטול מקימה חובה לתת ארכה ולכאורה ההפרה היסודית הופכת ללא יסודית לעניין זה.

**תוצאות הביטול יהיו השבה הדדית.**

סוגי הביטול ס' 9:

*(א) משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.*

*(ב) בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק.*

ביטול בעקבות הפרה:

אפשר לבטל אם יש הפרה. אם היא יסודית אפשר לבטל ללא כפיפות לסייג הצדק. אם ההפרה לא יסודית אפשר לבקש ביטול וההחלטה תהיה בכפוף לסייג הצדק. ברגע שניתן ביטול תהיה השבה הדדית. במקרה כזה נשמע הגיוני שהחוזה בטל מהרגע שבוטל ע"י אחד הצדדים.

ביטול בעקבות פגם בכריתה:

במקרה כזה, יש יותר מקום להגיד שהחוזה בטל לכתחילה כיוון שיצירתו הייתה בחטא, יש פגם בחוזה עצמו. הבחנה זו יכולה להשליך על קיום של פיצויים מוסכמים.

* **האם החוזה בטל לכתחילה? (ביטול רטרואקטיבי):**

אם זה מה שקרה, אפשר לטעון שגם הפיצויים המוסכמים בטלים. מנגד אפשר לטעון ביטול חלקי לדוגמא.

* **האם החוזה בטל מכאן ולהבא? (ביטול פרוספקטיבי):**

במקרה כזה, הפיצויים המוסכמים יהיו תקפים.

**ברק** אומר שהבחנה זו היא 'שפחת הדין ולא אדונו', היא אנליטית, עוזרת להבין את המקרה, אך כמו **בפס"ד כלנית השרון**, השאלה אם בסוף פוסקים ריבית או לא, לא תלויה בכך. רוב הזמן זה לא מה שיכתיב את התוצאות, אלא מה שיכתיב אלו המטרות שנרצה להגשים באמצעות הדין.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | ביטול בעקבות פגם | ביטול בעקבות הפרה |
| טדסקי ופרידמן | החוזה מתבטל לכתחילה | החוזה פוקע מרגע הביטול |
| צלטנר | החוזה מתבטל לכתחילה | החוזה מתבטל לכתחילה |
| שלמה לוין | החוזה פוקע מרגע הביטול | החוזה פוקע מרגע הביטול |

דרך הביטול בפסיקה:

**ההשבה מתבססת על דיני עשיית עושר, מטרתה למנוע התעשרות שלא כדין, לכן מחזירים את הדברים שהם כבר לא שלך על פי דין.**

**פס"ד כלנית השרון:**

עסקת מכר מקרקעין, הקונים הפרו את החוזה והמוכרים ביטלו. הם הצליחו להוכיח שהקונה הפר, לכן ברגע שהם ביטלו, תהיה השבה הדדית. זה יהיה שווה למוכר, כי הדירה אצלו והוא רק צריך להחזיר את הכסף. הויכוח בפסק הדין הוא על הריבית.

ההלכה היא- כשנותנים השבה, צריך לתת מה שקיבלת ודמי שימוש במה שקיבלת. דמי שימוש בנכס הם השימוש בנכס, ודמי שימוש בכסף זה הריבית. המטרה בהשבה כזאת היא למנוע התעשרות שלא כדין. זהו ההסבר הבסיסי, תמיד יש להחזיר את מה שקיבלת ודמי שימוש ראויים על כך שהשתמשת בו.

**ברק** אומר שהריבית היא מיום התשלום, לא משנה אם החוזה בטל רטרואקטיבית או פרוספקטיבית, מפני שהמטרה היא למנוע התעשרות שלא כדין.

דבר זה מסביר עניין חשוב בתרופת ההשבה. עד עכשיו אמרנו שהמטרה היא להביא את הנפגע למקום בו היה לו קוים החוזה, או לולא קוים (מלון צוקים). אך כאן **ברק** מוסיף מטרה- שהמפר לא יתעשר שלא כדין, זה מביא את המפר למקום בו היה לולא החוזה, מחזיר אותו אחורה, וכך מונע מצב של התעשרות שלא כדין.

האם זה הוגן? כאן הקונים הם אלו שהפרו, ובסוף המוכרים יצטרכו לשלם להם את כספם עם ריבית וזה נראה לכאורה לא הוגן. באופן בסיסי פס"ד זה הולך לפי כללי תרופת ההשבה- השבת הכסף והשימוש בו, אך נראה כאילו חסר בו משהו, ולכן יכול להיראות שהתוצאה הסופית לא הוגנת (כי היא נראית טובה למפר יותר מאשר לנפגע).

סייג הצדק:

**המקור הנורמטיבי להשבה הוא ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט:**

יש סייג צדק לאכיפה בס' 3(4) לחוק התרופות.

***הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:***

*(1) החוזה אינו בר-ביצוע;*

*(2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;*

*(3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;*

***(4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.***

בס' 9 אין סייג צדק, והוא קיים מכוח ס' 2 לחוק עשיית עושר.

*בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.*

**פס"ד גינזבורג:**

חוזה שותפות, יש שותף שמצטרף, משלם 70,000 דולר ומקבל 40 אחוז מהבעלות. הוא לא שילם את מלוא הסכום, יש ויכוח למה, ולא מבינים ב100 אחוז מי אשם. בינתיים הבעלים המקורי טס לחול לקנות מכונות מהכסף שהמצטרף שילם, אך בינתיים הוא לא מקבל את החלק השני של התשלום ולא יכול להגדיל את המפעל, לכן המכונות לא שוות בשבילו את שווין המקורי כי הם לא נצרכות לו, ובשוק הן שוות פחות כי עברו הרבה שנים.

השותף החדש הפר, השותף המקורי לא שלח הודעת ביטול, אך ביהמ"ש קובע שהיה ביטול בהתנהגות למרות שהוא שלח מכתבים בו הוא אומר שהוא עומד על קיום החוזה, שכנראה לא היו מרשימים במיוחד. הקביעה כי הנפגע בחר ביטול היא קריטית, כי אז התרופה תהיה השבה הדדית, והנפגע ישלם למפר את הסכום ששילם, והמכונות שקנה לא נכנסות בשיקולים. ביהמ"ש קובע- סייג הצדק להשבה, ההשבה תופחת, ומחזירים למחוזי כדי לקבוע את הסכום להפחתה.

המבחן שנקבע בפס"ד:

ניתן להפחית השבה אם המשיב שינה מצבו לרעה בתום לב בהסתמך על מה שקיבל. פטור זה מוענק כיוון שהמטרה היא רק למנוע התעשרות, אבל אם ההשבה לא רק תמנע התעשרות, אלא תגרום למצב גרוע של הנפגע, לא צודק להשיב בצורה מלאה, לכן ההשבה תהיה מופחתת, רק ברמה שתמנע התעשרות.

יותם טוען שהיה ניתן להגיע לאותה תוצאה באמצעות פיצוי על הנזק מההפרה- והוא לא להחזיר את הכל, מכיוון שהצדדים לא אמרו את זה בצורה מפורשת נאלץ ביהמ"ש לנקוט צעד 'מלאכותי' זה. יש להביא ראיות לנזק שנגרם כתוצאה מההפרה (במקרה זה עם המכונות), אם אין ראיות אולי ביהמ"ש יגיע לתוצאה דומה דרך דיני עשיית עושר, אך לא בטוח ובסופו של דבר יצטרכו להביא ראיות כדי להראות כמה נזק נגרם כשביהמ"ש מחזיר את התיק למחוזי.

צירוף תרופות:

**סעדים סותרים:**

אי אפשר לקבל ביטול ואכיפה יחד כי הם סותרים. במקומות מסוימים סוברים (כמו פעם) גם שלא ניתן לקבל פיצויים וביטול יחד, כי הם סותרים מכוח היותם שליליים וחיוביים.

**כפל פיצוי:**

העמדה כיום בפסיקה היא שניתן לשלב סעדים, אך בתנאי שלא יהיה כפל פיצוי. זה המבחן לצירוף תרופות, אפשר לצרף תרופות כל עוד אין כפל פיצוי (מונע התעשרות שלא כדין).

**פס"ד לוי נ' מבט:**

חוזה מכר דירה. הקונים קנו דירה מקבלן, והתגלו בעיות רטיבות שלא הצליחו לתקן. בינתיים עברו 8 שנים. בזמן שהקונים גרו בדירה מצבה היה ירוד. הקונים דורשים ביטול כי אינם רוצים לגור שם יותר, ופיצויים, בטענה שהקבלן הפר כשנתן להם דירה פגומה. הקבלן טוען שהקונה יכול לבטל, אך התוצאה תהיה השבה הדדית, שמשמעותה החזרת הדירה ודמי שימוש ראויים בה, שהם שכירות על דירה במצב ירוד.

ביהמ"ש קבע את גובה השכירות. הקונים טוענים שאם החוזה היה מקוים כמו שצריך, הם לא היו צריכים לשלם שכירות, הם רוצים הגנה על אינטרס הציפייה- ציפו לגור בדירה נאותה.

לו קוים החוזה הם לא היו צריכים לשלם שכירות, וכעת הם צריכים. ביהמ"ש קובע שצריך להביא את הנפגע למקום שהיה בו לו קוים החוזה- לולא ההפרה, לכן אפשר לתת פיצוי בגובה הנכון שיביא אותו למקום הזה- בגובה דמי השימוש הראויים, להסתכל עליהם כנזק שנגרם בעקבות ההפרה ולכן יגיע לקונים פיצוי. אפשר להסתכל על זה בשתי דרכים- דמי השימוש הראויים כנזק שנגרם עקב ההפרה, או כדבר שלא היה קורה לו קוים החוזה.

לגבי הריבית- היה הגיוני לומר שאותו דבר צריך לחול גם על הקבלן- לחייבו לשלם ריבית על הכסף שקיבל, שזהו מהלך יותר אלגנטי ממה שביהמ"ש עשה בפועל= החשיב את דמי השימוש כנזק. את הפיצוי אפשר לשלב לאחר ההפרה, כך שהוא יביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה, שזו מטרת דיני החוזים. **שמגר** קובע בפס"ד זה, שהעובדה שהקבלן לא מחזיר את הריבית, לא פוטרת את הקונה במסגרת ההשבה מלשלם את דמי השימוש הראויים בנכס.

**בכלנית השרון,** המוכרים ביטלו, וחוץ מהכסף הוא היה צריך להחזיר דמי שימוש ראויים- ריבית. הם יכולים לטעון שלו קוים החוזה, המוכר היה מרוויח את הריבית. היה ניתן לעשות כאן מהלך דומה **ללוי נ' מבט,** ולטעון שהריבית על הכסף היא נזק שנגרם עקב ההפרה.

**ניתן לשלב תרופות שונות כדי להגיע להגנה על אחד מהאינטרסים של הנפגע.**

**פס"ד מדינת ישראל נ' האחים אהרון:**

עלתה שאלה האם ניתן לתת פיצוי מוסכם יחד עם פיצויים רגילים מכוח ס' 10. ע"פ ס' 15 אין מניעה במובן של סעדים סותרים, אך עדיין חלה מגבלת כפל הפיצוי, ואי אפשר להביא את הנפגע למקום עדיף לו מאשר המצב שהיה אמור להיות.

הנפגע יטען קודם כל שיש פיצוי מוסכם- ללא הוכחת נזק, אח"כ הנפגע יוכיח נזק ויבקש פיצוי מכוח ס' 10. המפר יטען שהפיצוי המוסכם נועד להביא את הנפגע למקום בו היה לו קוים החוזה ומכסה על כך, וקביעת פיצויים נוספים תגרום לכפל פיצוי.

אם יש יותר מראש נזק אחד, ונראה שהפיצוי המוסכם מפצה רק על אחד מהם, יהיה ניתן לפסוק פיצויים נוספים בגין ראש הנזק האחר (לדגו' עוגמת נפש), כיוון שהפיצוי המוסכם לא מייצג אותו.

סיכול ס' 18:

סיכול היא טענת הגנה של המפר כנגד הפרה.

חריג לחיוב כל התרופות, שמהווה הגנה מסוימת למפר. עוד כלי לברירה בין התרופות. אם המפר מראה שהיה סיכול, לנפגע יש אפשרויות הרבה יותר מסוימות ומוגבלות.

ס' א' מדבר על רכיבי הסיכול, מה המפר צריך להראות, וס' ב' מדבר על התוצאות- אם המפר יצליח להראות סיכול, מה יהיו ההשלכות.

רכיבי הסיכול:

* **חוזה.**
* **הפרה.**
* **אירוע מסכל, כאשר הנסיבות-**
* **לא צפויות:** אירוע שהמפר לא צפה ולא יכול היה לצפות בזמן הכריתה.
* **בלתי נמנעות:** אירוע שהמפר לא יכול היה למנוע.
* **קשר סיבתי.**
* **הקיום בלתי אפשרי או שונה מהותית מהמוסכם.**

ההתמקדות המרכזית בפסיקה היא בנוגע לאירוע המסכל. האחריות בחוזים גבוהה מאוד, אם התחייבת- אתה צריך לקיים. הסיכול הוא החריג לעניין זה, ולכן הוא מפורש בצמצום.

תוצאות הסיכול:

* **הנפגע אינו זכאי לסעדים חיוביים:**
* **אין אכיפה.**
* **אין פיצויים.**
* **הנפגע יכול לקבל סעדים שליליים, בכפוף שק"ד ביהמ"ש ובמידה שתראה לו, גם ללא ביטול:**
* **השבה.**
* **שיפוי.**

דומה מאוד לטעות, יהיו אותם סעדים. לכן כשתהיה טעות לרוב יהיה סיכול בקייסים.

אירוע מסכל:

* **מלחמה?**
* **פגעי מזג אוויר?**
* **גילוי קושי בביצוע?**
* **סיכול מטרת החוזה?**

כל אלה יכולים להיחשב אירוע מסכל, תלוי בנסיבות.

שתי תפיסות של סיכול:

מבחן הצפיות:

גם אירוע מלחמתי יכול להיות צפוי, לדוג' טילים על שדרות. אך ניתן לדון בעניין לדוג' טילים על תל אביב. צפוי באיזה מובן? אם צפוי זה במובן של יכול לקרות- הכל צפוי, אך אם צפוי במובן של סביר שיקרה- יש דיון מה צפוי. בשאלת הצפיות יש חוסר בהירות נורמטיבי. כנראה הכוונה היא לדבר צפוי באופן סביר, אך גם עניין זה מעומעם. לכאורה סבירות הצפיות לא אמורה להשפיע על מי שאמור היה לקחת את הסיכון.

מבחן הסיכון:

רוב הנעשה במשפט הוא במבחן זה. השאלה אינה האם הסופה צפויה, אלא מי נושא בסיכון לסופה כזאת. זהו מבחן פרשני, לפיו גם ללא סעיף הסיכול היינו מגיעים לתוצאות דומות. שני המבחנים קשים ליישום, אך במבחן הצפיות יש קושי אנליטי, קשה להבין מה ההיגיון שבו, מה הוא מנסה להגיד, בעוד שמבחן הסיכון הוא נכון אנליטית אך הקושי הוא בעניין העובדות, על מי היה הסיכון.

המגמה בפסיקה:

**כ"ץ נ' נצחוני:**

קבלן משנה התחייב לעבודה במחיר מסוים, באמצע יצא למלחמת יום הכיפורים, שבעקבותיה הייתה עליית מחירים. הוא לא עבד, ולכך הפר. קבלן המשנה רוצה את לקבל כסף על עבודות נוספות שביצע, הנוסף למה שכבר שילמו לו, שגם כן צריך להישאר אצלו לטענתו. הקבלן הראשי רוצה פיצוי. עולה שאלת הסיכול כיוון שהקבלן הראשי דורש פיצוי והשאלה אם הוא יכול לקבלו. הקבלן הראשי שילם לקבלן המשנה סכום מסוים, על בסיס המחיר החוזי, עכשיו הקבלן הראשי יצטרך לשלם מחיר גבוה יותר, הפער הוא ההפסד ועל זה הוא רוצה פיצוי. קבלן המשנה טוען סיכול כדי שלא יצטרך לשלם פיצויים.

עולות 2 טענות סיכול-

אחת בעקבות עליית המחירים, לגביה קובע השופט שהיא עניין צפוי, ללא קשר לתלילותה.

השנייה היא האם המלחמה היא אירוע מסכל (ובעקבותיה עליית המחירים), לגביה יש ספק. שאלת סיכול מסוימת הושארה בצריך עיון- אם באופן כללי מלחמה בישראל היא אירוע מסכל, ולא הושארה בצריך עיון השאלה אם היה סיכול כאן. נקבע שעליית מחירים היא דבר צפוי וקבלן המשנה לקח על עצמו את הסיכון לכך. בכך יש ריקון מסוים מתוכן של דוקטרינת הסיכון.

בסופו של דבר הוא לא שילם את כל הפיצוי, כיוון שעשה עבודה מסוימת.

בגדול הלכת הסיכול צרה. העמדה הקלאסית- אין דבר כזה סיכול.

**רגב נ' משרד הביטחון:**

המוכר טוען שהקונה הפר בכך שלא הוציא את המסכות בזמן וטענה זו נדחית. בסוף נפסק על דרך השתחררות מנהלית. השופט מכרסם במידה מסוימת בעמדה הקלאסית, ואומר שיש סיכוי שהייתה מתקבלת טענת סיכול אם הייתה מועלת בצורה מורחבת. מראה מגמה בפסיקה, שהיא נכונות להכיר בסיכול. שונה מהרטוריקה **בפס"ד כץ נ' נצחוני**, זה אוביטר ולא הלכה, אך מלמד על כיוון מסוים.

הקישור בפס"ד בין סיכול לבין תום לב מתחבר עם מגמת הפסיקה. הקשר בין סיכול לתו"ל הוא שטענת חתו"ל תהיה התעקשות דווקנית על זכות, בחתו"ל כיוון שהנסיבות השתנו לגמרי.

**בן אבו נ' מדינת ישראל:**

קבלן זכה במכרז לבניית שכונה בגבעת זאב. בעקבות האינתיפאדה הקבלן לא הצליח למכור מספיק דירות, ותובע סיכול. שם **ביהמ"ש המחוזי** מכיר בסיכול, וקובע האינתיפאדה הייתה אירוע מסכל. זה משתנה לגמרי **מפס"ד כץ נ' נצחוני.** לפי מבחני ניצחוני לא היינו מצפים שיתקיים סיכול. פסה"ד הוא לא הלכה, אך מלמד על מגמת הפסיקה. לא רק שהוכר סיכול, אלא זה שימש כטענה אקטיבית של המפר, ולא כטענת הגנה. הקבלן תבע סעד הצהרתי, שביהמ"ש יכריז שהחוזה בטל מכוח סיכול. סיכול לכאורה לא נותן עילת ביטול בניגוד לטעות, אלא זו טענת הגנה בלבד. אך כאן למעשה זה מוכר כעילה לביטול החוזה. אפשר להבין את זה בתור חריג, או בתור שינוי במגמה בישראל בדיני סיכול. בסיס טוב לשני הצדדים.