**חלק ראשון – כריתת חוזה:**

**גמירת דעת**

הגדרה: כוונת הצדדים ליצירת יחסים משפטיים.

אינדיקציות לגמירת דעת הן לרוב: כתב, חתימה, תחילת ביצוע ההסכם (בנייה\תשלום), לא מדובר ברשימה סגורה ויש מקום להפעלת שק"ד מצד השופטים.

זנדבנק נ' דנציגר: בפס"ד זה נקבע שהייתה גמירת דעת, טענת המוכר שהחלפת המכתבים הייתה שלב מוקדם בלבד לא מתקבלת. הדגש – מתוך הסתכלות אובייקטיבית חיצונית על החוזה ניכר כי יש גמירת דעת.

שג"מ חניונים: חניית רכבים צבאיים בזמן מלחמה. עקב תחילת הביצוע נקבע כי אכן יש גמירת דעת, הנושא עמום כיוון שלא היה חוזה כתוב או בע"פ בין הצדדים.

מבחן אובייקטיבי מרוכך: (פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט): **בוחנים את המקרה דרך נקודת מבטו של אדם סביר בנעליי הצד השני** (זאת הדרך בה בוחנים היום). לא מדובר במבחן אובייקטיבי טהור, במבחן טהור בשל החתימה היו עשויים להגיע לתוצאה שגויה. לעומת זאת, במבחן המרוכך אנו שואלים האם הצד השני ראה בפעולות כהבעת גמירת דעת? (אב שחתם בשם הבן תמורת 1,000 ₪ שקיבל מהקונה).

בראשי נ' בראשי: חוזה מתנה – בחוזה מתנה יש דרישה מוגברת לאינדיקציות לגמירת דעת (פיצוחים באוטו בעת החתימה). למרות החתימה ביהמ"ש קובע כי הצד השני לא היה יכול לראות בכך גמירת דעת בשל מצבו הרפואי של בראשי (לקה בשיטיון).

בוטוקובסקי נ' גת: לחיצת ידיים והשקת כוסות הספיקו כדי להוות גמירת דעת, מסתכלים מנקודת מבטו של גת ומבינים שלמרות שלא הייתה חתימה היה מצג שווא שגרם לו להאמין שלבוטוקובסקי יש גמירת דעת. 1. גמירת דעת מרוכך, 2. ריכוך דרישת הכתב.

מקרים מיוחדים:

* **גבולות דיני החוזים** – הסכמים לא משפטיים כדוגמת הסכמי כבוד.
* **אי הבנה** – במצב של היעדר מסוימות קשה להבין למה הצדדים התכוונו, גם למביט מהצד.
* **טענת האפסות** – **ארבל** קובעת כי במצב שיש שלילת רצון מוחלטת נבדוק את המקרה בצורה סובייקטיבית (האם לאותו אדם הייתה גמירת דעת? במצב של שלילה מוחלטת אין). **דורנר** סותרת את דבריה של ארבל – מדובר במצב חד פעמי והטענה אינה ברורה. הדבר פוגע בחוזים – הרי צריך לבחון בנעלי הצד השני. כאן לא בוחנים דרך האדם השני אלא רק מה קורה בראשו של אדם.

**מסוימות**

הגדרה: פרטים מהותיים קונקרטיים שמביעים את גמירת הדעת של הצדדים. גמירת דעת ומסוימות הולכים לרוב יד ביד.

דור אנרגיה: חוזה בלעדיות בין מפעיל תחנה לחברת דור. השאלה בפס"ד היא האם הפרטים החסרים הם מהותיים או ניתנים להשלמה. רק במצב שחסרים פרטים שוליים (שגם בלעדיהם עומד החוזה) נראה בחוזה כמסוים מספיק ותקף. לעומת זאת, במקרה של חוסר בפרט מהותי נראה בחוזה כלא תקף בשל חוסר מסוימות.

עדני נ' דוד: נקבע ע"י ביהמ"ש כי לא היו מסוימות וגמירת דעת (אמצעי התשלום ומועדו מהווים פרט מהותי). לעומת זאת, בדעת המיעוט של השופט **עמית** נקבע שהיו גם מסוימות וגם גמירת דעת. מכאן ניכר כי מסוימות וגמירת דעת הולכים יד ביד.

**חלקים במסוימות:**

1. רשימת פרטים: קפולסקי נ' גני גולן: "**רשימת עציוני**": השופט קובע רשימת פרטים מצטברים שרק כאשר מתקיימים נקבע כי יש חוזה (מהות הנכס, שמות הצדדים, מהות העסקה (לדוגמא: מכר), מחיר, מועדי תשלום, הוצאות ומסים).
* **ההבדל בין כלל חד לסטנדרט**: כלל חד יוצר קו ברור וודאות, אחידות, והגבלת שק"ד השופטים. לעומתו סטנדרט הוא עמום ונותן פתח לבחון כל מקרה לגופו. הנטייה כיום היא לכיוון הסטנדרט בשל הבעייתיות בכלל החד (לא מכסה את כל המקרים ומשאיר מקום למניפולציה של צד חזק).
1. גרעין מסוימות: **ברק** בפס"ד רבינאי מתחיל שינוי במסוימות, ברק קובע כי די ב"**גרעין**" של מסוימות כדי להעיד על קיומו של חוזה. ברק בעזרת נוסחת הקשר קובע כי למרות המחסור בפרט בזיכרון הדברים, עדיין יש גרעין מסוימות וניתן להשלים את החסר.
2. פרטים שידונו בהמשך: לפי **בן פורת** בזוננשטיין במקרים בהם הצדדים קבעו כי ידונו בפרט מסוים בהמשך, לא ניתן להשלימו ולכן גם אין מסוימות. הדבר שונה במקצת מההלכה בדור אנרגיה שקבעה שרק פרטים שנויים במחלוקת לא ניתנים להשלמה. אין הכרעה בפסיקה והדבר נותר עמום.
3. מסוימות וגמירת דעת: מסוימות כפופה לרוב לגמירת דעת והדברים הולכים יחד.
4. מספר דרכי השלמה למסוימות: השלמת פרט חסר שאינו מהותי תעשה באחת מהדרכים הבאות;
5. **דין**
6. **נוהג** – קודם ספציפי ואז בחוזים מאותו סוג.
7. **עיקרון הביצוע האופטימלי** – הצד שרוצה לקיים את החוזה יבוא לקראת הצד השני וישלים את החסר בצורה המיטיבה עמו.
8. **מנגנוני השלמה מוסכמים** – שמאי, מחירון, קטלוג.
9. **פתרון הוגן ומקובל (סבירות, תום לב)** – ביהמ"ש ישלים את הפרט לפי ההגינות.

דרישת כתב: **סעיף 8 לחוק המקרקעין**:

תחולת דרישת הכתב: מדובר בעסקאות מכר ובשכירות ארוכת טווח (5 שנים ומעלה).

דרישה מהותית מול ראייתית: **בדרישה ראייתית** הכתב משמש כאחד מאמצעי ההוכחה לכך שהתקיים חוזה, אך ניתן להחליפו גם ע"י הצטברות של ראיות אחרות. לעומת זאת **בדרישה מהותית** עוסקים בחשיבות העסקה. עסקאות מכר הן דבר עיקרי ולכן הכתב עצמו מהווה את ההסכמה.

* הבחנה אחת – האם הכתב הוא ההסכמה או רק אינדיקציה להוכחת הסכמה? זיכרון דברים בדרישה ראייתית יתפוס, אך בדרישה מהותית לא, בשל הצורך בחוזה מוגמר. בגרוסמן נ' בידרמן **זוסמן** קובע כי הדרישה היא מהותית ולכן למרות שיש הסכמה אך היא אינה בכתב, אין חוזה.
* הבחנה נוספת – במהותית החוזה הוא רק מה שהוסכם בכתב, אין להסתכל על מה שסוכם בע"פ.

ריכוך דרישת הכתב: עם השנים רוככה הדרישה המהותית בהתאם לריכוך המסוימות. בבוטוקובסקי ניתן לראות שדרישת הכתב כמעט רוקנה מתוכן וכי מסתכלים גם על חוזה לא מוגמר או כתב אחר.

**הצעה וקיבול**

הגדרה: מפגש בין רצונות המציע והניצע. בעצם קיבול ההצעה נראה את קיום החוזה.

1. **פקיעת ההצעה**:
2. המציע חזר בו מההצעה (סעיף 3): למציע מותר לחזור בו מהצעתו כל עוד הניצע לא השיב בחיוב ונתן הודעת קיבול. הודעת החזרה מההצעה צריכה להימסר לניצע טרם שליחתו את הודעת הקיבול.

**הבדל בין הצעה להזמנה**: הצעה – פנייה בעלת מסוימות וגמירת דעת שבקיבולה נראה את כריתת החוזה. הזמנה: מודעה ביד 2 למשל.

1. הניצע דוחה את ההצעה (סעיף 4(1)): הניצע דוחה את ההצעה ע"י תשובה שלילית.
2. עבר מועד הקיבול: ההצעה הייתה עם תוקף והוא עבר מבלי שהצד השני קיבל אותה. קיבול לאחר תום המועד ייחשב הצעה חדשה.
3. המציע או הניצע הפכו פסולי דין
4. חלוף זמן סביר: קביעה מהו זמן סביר תלויה בנסיבות העניין לפי שק"ד ביהמ"ש. בגורדיס נ' גורדיס הייתה הצעה ללא מועד בידי הגרושה לגרוש על מכר הדירה. הבעל קיבל אחרי חצי שנה, נקבע שזהו זמן לא סביר בשל מחירי הדיור.
5. **הצעה בלתי חוזרת**:

הצעה שלא ניתן לחזור ממנה מרגע הגעתה לניצע. לרוב מדובר בהצעות עם תאריך תוקף מסוים. ניתן לבטל את ההצעה עד שנמסרה ההודעה לניצע. תשובה נ' בר נתן: הגיע פקס שמבטל את החוזה לפני שהגיעה ההצעה בדואר רשום, לכן לא נכרת החוזה. אם סדר הדברים היה הפוך החוזה היה נכרת.

1. **קיבול**:
2. הודעת קיבול – תשובה בעלת מסוימות וגמירת דעת להצעה.
3. קיבול בהתנהגות – לא חייב להיות בכתב, יכול להיות גם בהתנהגות אם משתמע מההצעה.
4. שתיקה כקיבול – קיבול לא יהיה בשתיקה אלא אם כן מוסכם כך בידי הצדדים, (חוזה סלולר למשל).
5. הצעה מזכה וחזקת קיבול – הצעה שמטרתה נטו לזכות את הניצע, במקרה כזה אין צורך בקיבול אלא בסירוב (למשל, מילקי מתנה).
6. קיבול באיחור – קבלת ההצעה לאחר הזמן כמוה כהצעה חדשה.
7. חזרה מקיבול – דומה לחזרה מהצעה, הניצע יכול לחזור בו מהקיבול רק אם הביטול הגיע טרם הקיבול.
8. קיבול תוך שינוי – כאשר הניצע משיב תוך שינוי פרט (כגון מחיר) מדובר בהצעה חדשה ולא בקיבול.
9. **מלחמת טפסים**:

מדובר בסיטואציה בה יש שני טפסים הסותרים אחד את השני בדבר חלוקת האחריות של הצדדים. קיים פער ולכן יש להכריע בהתאם לנסיבות. לרוב קורה בין חברות מסחריות (ספק ולקוח – דוגמת תנובה ושופרסל). ניתן לפתור זאת ע"י קביעה כי לא התקיים חוזה משום שאין מפגש רצונות או קביעה שיש חוזה אך צריך להשלים פרט. פתרון אחרון הוא קביעה כי אחד הטפסים גובר על השני, נתון לשק"ד.

1. **הצעה לציבור**:

ראשית יש לבחון האם מדובר בהצעה או הזמנה. במודעה ביד 2 לרוב נראה כהזמנה ובפרסומת כהצעה – הרי בפרסומת יש גמירת דעת ומסוימות (למשל פרסומת לשמפו). מה שחשוב לדעת לגבי פרסומת הוא שלעתים יש אמירות ללא כיסוי (אם תאסוף 10000 מכסים תקבל מטוס קרב). מודעות פרס ("אבד כלב, פרס 100 ₪ למוצא הישר") הן בעייתיות – לא ידוע מתי קרה הקיבול, לכן כאן יגידו שמדובר במציאת הכלב ולא בחיפושו למשל.

קוזאלי נ' מ"י: מקרה בחייל שנעלם – הוצעו 10 מיליון ₪ למוצאיו. 5 שנים לאחר מכן נמצאה גופתו באקראי ע"י חוטבי עצים. המחוזי קבע שכיוון שמדובר **בתמריץ** לחיפוש, והחוטבים עשו זאת באקראי בלבד וללא גמירת דעת לקיבול ההצעה – אין חוזה. מדובר ברצון להמריץ לסולידריות חברתית ולכן יש לפרש דרך עיניו של האדם הסביר כיצד הוא מבין את החוזה (כרגע התיק נמצא בערעור בעליון). הייתה עליהם חובת גילוי, ולא הייתה בהתנהגותם קיבול.

**מסקנות כריתת חוזה:**

* קיומה של מגמת הרחבה: יותר מקרים יכולים להיתפס כחוזים מאשר בעבר. המטרה היא להגן על הצד החלש ולתת לשופטים כלים לשיקול דעת רחב יותר.
* מעבר מפורמלי למהותי: בעבר הדרישות היו פורמליות יותר, היום הדגש הוא על הצד המהותי – יותר עיסוק בגמירת דעת ופחות במסוימות ודרישת כתב.

נשאלת השאלה האם רפורמה זו רצויה? (חשוב – שאלת דין רצוי ודין מצוי!)

האם כדאי לבטל את סעיפים 1-11 הדנים בכריתת חוזה ולקבוע בחוק שחוזה יתקיים בכתב וחתימה בלבד?

בעד:

* **יוצר וודאות עבור הצדדים**: עם זאת, חשוב לזכור שהוודאות היא לרוב לצד החזק שמבין בחוזים, חשוב לזכור שמנגד לוודאות עומד הצדק – במקרה של כלל חד עשויה להיווצר תוצאה לא הוגנת.
* **הכוונת הציבור להתנהגות הרצויה** ע"י דרישת הכתב.
* **יעילות משפטית**: קיצור הליכים וודאות לשופטים.

נגד:

* **כלל חד יוצר אופורטוניזם**: מאפשר ניצול של החלש. כשמגבילים את שיקול הדעת של בית המשפט יכול להיעשות חוסר צדק. מאפשר לצד הנצלן להתחבא מאחורי הכתב והחתימה.
* **אי צדק**: לא כל האוכלוסייה מכירה את החוק ולא לכולם יש תקציב לעו"ד.
* **חוסר אפקטיביות**: לא בטוח שהמעבר לכלל החדש ייצור יותר וודאות.
* **כלל חד לא מכסה מקרים ספציפיים**: לא יינתן מקום לשופטים לשיקול דעת במקרה של חוסר צדק.

**חלק שני – פגמים בכריתה:**

**טעות (סעיף 14)**

הגדרה: פגם בחוזה עקב טעותו של אחד הצדדים, פער בהבנה שלי לעומת המציאות. מדובר בטעות מהותית שבלעדיה ייתכן שלא היה מתקשר בחוזה. במקרה של טעות ניתן לטעון לביטול החוזה. צריך להוכיח שיש חוזה ושהטעות היא שהובילה להתקשרות בחוזה (קש"ס).

הדרישות: חוזה, טעות, יסודיות, קש"ס (בחלק (א) יש להראות גם שהצד השני ידע או היה צריך לדעת).

* סעיף 14(א) טעות חד צדדית: עוסק בטעות מהותית שהצד השני ידע או היה צריך לדעת עליה. במקרה שהצד השני ידע או היה צריך לדעת על הטעות תעמוד לצד הטועה זכות ביטול. בוחנים בצורה אובייקטיבית (**יסודיות**) וסובייקטיבית (**סיבתיות**) – גם האם האדם הסביר היה מתקשר בחוזה לולא הטעות וגם האם האדם הספציפי היה מתקשר לולא הטעות.
* סעיף 14(ב) טעות משותפת: מצב בו הצד השני לא ידע ולא היה צריך לדעת. כאן אין זכות ביטול, אלא ביהמ"ש יכול לקבוע ביטול ופיצויים במקרה שהצדק מחייב.
* סעיף 14(ג) – אם ניתן לתקן את הטעות לא יבוטל החוזה.
* סעיף 14(ד) – יש להוכיח שמדובר בטעות ולא בטעות בכדאיות העסקה.

מבחנים בין טעות לטעות בכדאיות:

* **תכונות מול שווי** – להוכיח שמדובר בתכונות ידועות של הנכס ולא בשווי שלו.
* **עבר מול עתיד** – (טדסקי) אם התכונות היו קיימות טרם החוזה מדובר בטעות, אם מדובר בהערכה לא נכונה שהתבררה לאחר החוזה מדובר בטעות בכדאיות גרידא.
* **מבחן הסיכון** – (פרידמן) מבחן הסיכון שואל מי מהצדדים לקח על עצמו את הסיכון לטעות הספציפית שהתקיימה. צריך לפרש את החוזה ולהבין למה הצדדים התכוונו.

שלזינגר נ' הפניקס: גילה שחולה בסרטן לאחר שביטל את הביטוח. השאלה היא האם הטעות היא רק בכדאיות העסקה: בהפעלת מבחן עבר מול עתיד: יש לו זכות ביטול, הוא כבר היה חולה. במבחן תכונות מול שווי: מדובר על מחלה – תכונה, ולכן לא מדובר בכדאיות וגם כאן עומדת לו זכות ביטול. אך אז מגיעים למבחן הסיכון – זהו סיכון שהמבוטח נטל על עצמו בכך שביטל את הפוליסה. עד לאותו רגע הסיכון היה על הפניקס אך מאותו רגע שביטל את החוזה, הוא העביר את הסיכון מחברת הביטוח אליו. פה מקרה הביטוח הוא הגילוי ולא המחלה עצמה. השופטת **פרוקצ'יה** נסמכת על מבחן הסיכון, איזה צד נטל על עצמו את הסיכון לטעות שהתרחשה בפועל? מדובר בשאלה פרשנית.

בן לולו: הצדדים חתמו על הסכם פשרה בדבר פיצויים על תאונת הדרכים בה הייתה מעורבת בן לולו. ביהמ"ש קבע כי רק במקרים חריגים יהיה ניתן לבטל הסכם פשרה שכולל בתוכו פיצויים עתידיים – **מקרים בהם הנזק הוא גדול בהרבה ולא היה לגביו הסכם**. במקרה דנן ביהמ"ש קובע כי מדובר בטעות בכדאיות בעסקה ולכן לא מבטל את הסכם הפשרה. לטעמם התובעת לקחה על עצמה את הסיכון שמצבה יחמיר כשחתמה על ההסכם. הערה: אם היה מדובר בסיכון שהצדדים לא צפו מראש אזי ניתן לבטל את ההסכם – למשל, ביטוח על רגל כשבסוף התבררו בעיות גב.

מבחן הסיכון הוא מבחן פרשני: בוחנים את ההסכם לפי כוונת הצדדים כדי להבין מי נטל על עצמו את הסיכון. במקרה של סיכון שהצדדים לא העלו על דעתם ולא מופיע בהסכם הפשרה, ביהמ"ש ישתמש בשק"ד כדי להכריע. המתח הוא בין סופיות הדיון לבין הצדק וההוגנות. ביהמ"ש מבטל חוזה על בסיס טעות בצורה זהירה כדי לא לפרוץ את הסכר לתביעות נוספות ובכך עומס על ביהמ"ש. פס"ד בן לולו יוצר תמריץ לחברות ביטוח לכתוב הסכמים ברורים והוגנים כדי להימנע מתביעות עתידיות. לעתים פשרה טובה יותר לצדדים מפס"ד. אם פשרה נעשית בצורה טובה, היא תשקף את רצון הצדדים ואת התוצאה הטובה מבחינתם.

במבחן של עבר מול עתיד: טעויות בראיה עתידית הן טעויות בכדאיות העסקה. למשל, אם עשיתי הסכם פשרה לפני כמה שנים, והיום יש חוק חדש המיטיב עם התביעה שלי, עדיין אין זכות לתבוע מחדש. נטלתי על עצמי את הסיכון בזמן חתימת ההסכם – **סיכון בשינוי במצב המשפטי**.

פס"ד טלמון: מכר נכס, לאחר החתימה גילה שהנכס יכול לשמש גם למגורים וגם למסחרי. **הרוב** הכריע כי טלמון היה צריך לבדוק את המצב התכנוני ולכן הסיכון שלקח על עצמו הוא טעות בכדאיות העסקה. בדעת המיעוט השופט **מזוז** אומר כי מדובר בטעות משותפת ולא בטעות בכדאיות.

**הטעיה (סעיף 15)**

הגדרה: הטעיית הצד השני או אחר מטעמו, לרבות אי גילוי עובדות שלפי הנוהג היה על אותו צד לגלות. ההטעיה היא זו שהובילה לטעות ולולא הטעות לא היה הצד השני מתקשר בחוזה. עוסקים במצב התודעתי של הצד המטעה. במצב כזה תעמוד זכות ביטול לצד הנפגע. גם אם הטעות ניתנת לתיקון עדיין ניתן זכות ביטול.

המצב התודעתי של המטעה:

* **הטעיה ביודעין**: הטעיה ללא ספק. אם יש ידיעה מהצד המטעה זה מספיק.
* **הטעיה ברשלנות**: לפי אדם סביר, אם היית צריך לדעת, ולא גילית – אתה מטעה.
* **הטעיה בשגגה**: הטעיה בתום לב (בלי יסוד נפשי בכלל). לא ידעתי ולא הייתי צריך לדעת. האם אדם זה הוא מטעה? מה היסוד הנפשי הנדרש לצורך הטעיה? האם הטעיה בשגגה היא עילה לביטול החוזה?

עמדות בספרות ובפסיקה לגבי מה היא הטעיה:

1. **שלו**: הטעיה אפילו בשגגה: יסוד הידיעה לא רלוונטי, ניתן להטעות אדם בתום לב.
2. **צלטנר**: הטעיה רק ביודעין או ברשלנות: יש צורך ביסוד נפשי של רשלנות/ ידיעה. אין הטעיה בשגגה.
3. **שמגר**: הטעיה רק ביודעין: הטעיה היא שקר. אם שיקרת בטעות – כי לא ידעת, אז זו לא הטעיה.

**דויטש**: הטעיה במחדל או הטעיה במעשה: האם מדובר בהטעיה במעשה או במחדל – מתי יש חובת גילוי? דויטש אומר שהטעיה במעשה היא אפילו בתום לב, אך הטעיה במחדל רק ביודעין. אי גילוי = הטעיה במחדל. לגבי הטעיה במחדל, צריך שתהיה חובת גילוי.

היקף חובת הגילוי: מה צריך לגלות ומה לא? ספקטור נ' צרפתי: ניתן לבנות 12 דירות ולא 16. המוכר ידע אך לא גילה. נשאלת השאלה האם היה חייב לגלות? **אשר** אומר שיש חובת גילוי שנובעת מהנסיבות ומתום הלב. הוא לא רק לא גילה אלא יצר סוג של שקר פאסיבי – נזהר במילותיו כדי לא להרוס את העסקה. **לנדוי** קובע שאין חובת גילוי כי הקבלן יכול היה לבדוק בעצמו. אם יכולת לברר בעצמך בקלות, אין חובת גילוי על הצד השני. כיום, יש חובות גילוי רבות יותר על המוכר – למוכר באופן טבעי יש מידע רב על הנכס, לכן מנקודת מבט של יעילות עליו לגלות את המידע שברשותו. הטעיה במחדל היא במקרים שנראה לנו שיש מישהו שלא מגלה מידע וברור לו שהוא מטעה את הצד השני. **"היזהר המוכר, היזהר הקונה".**

הטעיה במחדל ומקור חובת הגילוי:

* **לפי חוק**: בסעיף 15 ובמקומות ספציפיים (למשל סעיף 2 לחוק המכר).
* **לפי נוהג**: נוהג בין הצדדים או נוהג בצדדים מאותו סוג.
* **מכוח יחסי אמון**: יחסי אמון מיוחדים מגבירים את תום הלב ומכך את חובת הגילוי (עו"ד ולקוח).
* **מכוח גילוי חלקי**: לאדם המשתמש בעובדות כדי ליצור מצג שווא יש חובת גילוי מוגברת.
* **על מידע שקל להשיג**: ככל שהמידע ניתן להשגה בקלות חובת הגילוי קטנה.
* **על מידע שקשה להשיג**: על המוכר חלה חובת גילוי – הרי הוא בעל הנכס ויש לו ידע נוסף. לעומת זאת על הקונה לעתים לא תחול חובת גילוי במקרה של אינטרס חיובי (מציאת נפט).

סעדים: מה הסעד שאני רוצה לקבל? בפגמים בכריתה הסעד המבוקש לרוב הוא ביטול והשבה הדדית.

הטעיה בפרסום: דוגמא: פרסומת "רד בול נותן לך כנפיים". בשביל סעיף הטעיה צריך להתקיים חוזה (שאדם יקנה את המוצר) לא הייתה טעות כיוון שלאדם סביר לא הייתה ציפייה כי אכן יצמחו לו כנפיים. בהטעיה בפרסום צריך להבין האם יש חוזה, קשר סיבתי, מה הסעד, האם יש טעות. סעד במקרה זה יכול להיות השבה של המצב לקדמותו.

**כפייה (סעיף 17)**

הגדרה: כפייה (באיום או בכוח) מהצד השני או אחר מטעמו שהובילה לכריתת החוזה.

בקייס: צריך להוכיח שיש איום או כוח, וקשר סיבתי: כריתת החוזה היא תוצאה של האיום. יש להראות שהאיום הגיע מהצד השני או מאדם מטעמו.

האם מדובר באיום לגיטימי או לא? תמיד יש איומים – הנפוץ הוא לא להתקשר בחוזה. מכאן נדרש הבדל בין כפייה כלכלית לכפייה רגילה.

כפייה רגילה: שפיר נ' אפל: (גבאי ומשווק חלב). איום של הגשת תלונת שווא במשטרה על שינוי הרישומים. לאחר מכן הגעה עם עו"ד לביתו ואיומים עד שחתם על הסכם. נקבע שלא מדובר באיום עסקי ושהכפייה נעשתה בחוסר תו"ל ולכן החוזה בטל. בפס"ד זה מוצאים שני מבחנים: 1. **סוג (איכות) הכפייה** – האם לגיטימית. 2. **עוצמת הכפייה** – איום חזק בנסיבות העניין (**סובייקטיבי** לפי הנכפה).

כפייה כלכלית: לרוב לגיטימית, אך יש מקרים של כפייה כלכלית לא לגיטימית: אקספומדיה: (חוזה שותפות להקמת יריד). בעליון נקבע כי האיום אינו לגיטימי ולכן יש לבטל את החוזה. לעתים יש איומים כלכליים שנתפסים כלגיטימיים, הרי הנסיבות משתנות ולכן קובעים הסכמים מחודשים. כדי להבדיל בין המצבים ניעזר במבחני הפסיקה מפס"ד זה:

1. איום מפתיע
2. נזק משמעותי ובלתי הפיך
3. אין סעד משפטי רלוונטי שימנע את האיום – חוסר בסעד אפקטיבי.

דוגמא: הזמנת סחורה – אם ייצרתי את הסחורה ולאחר הגעתה ליעד מאיימים לבטל את החוזה, מדובר באיום לא לגיטימי. מטרת סעיף הכפייה היא לאפשר הסתמכות והשקעה של הצדדים לחוזה ולמנוע סחטנות.

מאיה נ' פנפורט: (יהלומים). הסתיר נכסים ואמר להם להסתפק במועט או להסתכן שלא יקבלו כלום. **חשין** קובע שמצג שווא לגבי איום כלכלי הופך את החוזה לנגוע בכפייה ואת האיום ללא לגיטימי. איום שקרי לא תפס כהלכה, וטיעון נגדו הוא שמדובר בסיכון שהמשיבים לקחו על עצמם (**גולדברג**). פס"ד זה מראה את המורכבות – האם לטעון הטעיה או כפייה? קשה יותר להוכיח כפייה ולכן לרוב כדי לטעון הטעיה כשאפשר. לבסוף הפס"ד מוכרע דרך תקנת הציבור כדי לא להרחיב את הכפייה הכלכלית יתר על המידה (**שמגר**).

צדק מהותי: עוסק בתוצאה צודקת ובונה את הכלים המתאימים כדי להגיע אליה.

צדק פרוצדורלי: ההליך צריך להיות צודק, לא רלוונטי מה התוצאה. ביהמ"ש לא יעלה טענות בשם הצדדים אלא אם יש חוסר צדק קיצוני.

בקייס לטעון גם **כפייה וגם הטעיה**. מה הופך איום ללא ראוי? יש רעיון חשוב מצד חשין שלא הפך להלכה אמנם, אבל עדיין ניתן להשתמש בו – איום שמבוסס על מצג שקרי.

הרציונל בפסיקה זו הוא מניעת סחטנות ויחס לא צודק:

* **סחטנות**: הצד השני פגיע עקב הסתמכות: נזק בלתי הפיך ואיום מפתיע הוא על רקע זה שהצד השני כבר הסתמך והשקיע על רקע חתימת החוזה. עכשיו הצד תלוי בצד השני בצורה חזקה. ברגע שמתחילים ליצור את הקשר החוזי וחלה הסתמכות יש לצד השני כוח רב לנצל זאת.
* **סחטנות ואיום לא רציונלי**: "תמות נפשי עם פלישתים", דבר נוסף שיכול להפוך את האיום ללא לגיטימי. באקספומדיה הצד המאיים הורס לכולם, סגירת היריד היא לא הגיונית גם לצד המאיים כי לא משתלם לו לעשות זאת. לכן, איום זה הוא איום לא לגיטימי וניכר כי הוא נעשה במטרה לקבלת תנאים טובים יותר מהצד שהסתמך. אין לאיום זה היגיון כלכלי. חלק מעולם העסקים הוא ניצול של הזדמנויות טובות יותר – השאלה היא מה חורג מעולם העסקים הלגיטימי, איום שגורם נזק לשני הצדדים הוא איום לא לגיטימי ואין בו היגיון מלבד השגת יתרון על חשבון הצד הפגיע.

**עושק (סעיף 18)**

האלמנטים שצריך להוכיח בעושק:

1. מצוקת העשוק
2. קש"ס סובייקטיבי בין המצוקה להתקשרות בחוזה – העושק
3. ידיעת העושק על מצוקת העשוק (ניצול)
4. תנאי חוזה גרועים במידה בלתי סבירה

סאסי נ' קיקאון: הדרישה למצוקה שמובילה לקושי בקבלת החלטות, אין צורך שתגיע למצב של פסול דין. אם התקשר בחוזה עקב מצוקתו ניתן יהיה לבטל מחמת עושק.

* המצוקה: נדרשת מצוקה כבדה שיוצרת קושי בקבלת החלטות: בוחנים את המצוקה בצורה סובייקטיבית. יש מחלוקת לגבי זמן המצוקה: **טירקל** אומר כי המצוקה צריכה להיות קבועה ואילו **לנדוי** אומר שבמקרים מסוימים מצוקה רגעית יכולה להספיק ולכן יש לבחון כל מקרה לגופו.
* ניצול: ידיעה מהווה ניצול, אך גם עצימת עיניים כשיש חשד רב.
* תנאי חוזה גרועים בצורה בלתי סבירה: בפס"ד זה הדירה של העושקים שווה פי 3 מדירתה של העשוקה. ביהמ"ש רוצה למנוע ניצול של צד חלש ולכן קובע קריטריונים לבחינת מצב התנאים:
1. שקילת תמורות
2. ערך סובייקטיבי לצד העשוק
3. הערכת שמאי ("מן המקובל" בשוק)

גנץ נ' כץ: (שידוך). ביהמ"ש קובע שאין מצוקה מספיקה, בהיבט איכות התנאים: אמנם המחיר גבוה מהמקובל בשוק, אך ביהמ"ש נתקל במורכבות – עד כמה רוצים להתערב בהסכם החוזי בין הצדדים, יש לבחון את רצון הצדדים בזמן החתימה. ניכר כי גנץ היה מוכן לשלם מחיר גבוה כדי לתת תמריץ למאמץ, אם נבטל חוזה כזה בעתיד אנשים יחששו להיקשר בחוזים משתלמים מדי מפחד שיבוטלו מחמת עושק.

**כריתת חוזה ופגמים בכריתה – גישה מצמצמת או מרחיבה?**

מגמה מצמצמת בפגם בכריתה: ביהמ"ש לא ממהר לבטל חוזה בגין פגם: ראינו זאת בטעות – החלת המבחן המצר ביותר (מבחן הסיכון), בהטעיה – דרך עניין חובות הגילוי (אולי הטעית את הצד השני אך לא וודאי כי היית חייב לגלות אם יכול היה לגלות בעצמו) ובעושק – חומרה בשקילת התנאים והמצוקה.

הגישה בפגם בכריתה לעומת כריתת חוזה: בכריתת חוזה הגישה מרחיבה – אדם צריך לעמוד במחויבות שלקח על עצמו. לעומת פגם בכריתה בה הגישה מצמצמת וממעטים להשתמש.

מבנה דומה בפגמים: יש חוזה, פגם ברצון, ואז לרוב זכות ביטול. זכות הביטול מעוגנת בסעיפים 19-21. **סעיף 19** מדבר על ביטול חלקי: אם נפל פגם בחלק מהחוזה ניתן לבטל את החלק הזה בלבד, אם נוגע לעסקה כולה ניתן לבטל את כלל החוזה. מבחינת תרופות אלה דברים קריטיים. אם נפל פגם מסוים אפשר לבטל את החלק הקטן שיוצר את הבעייתיות. אם הפרט הוא קריטי ולולא היה קיים לא היה מתקיים החוזה – ניתן לבטל את החוזה ככלל.

פגמים נותנים זכות ביטול: לא אומר כי לא נכרת חוזה ולא בהכרח אומר שיבוטל, אלא רק שהצד הנפגע יכול להפעיל את זכות הביטול ע"י הודעה תוך זמן סביר מרגע שנודע על העילה או מרגע שפסק כפייה בהתאם לנסיבות.

השבה לאחר ביטול: חשוב לזכור שאחרי ביטול מגיעה השבה. יש לשים דגש על הסעדים שיינתנו לצדדים.

**תום לב במשא ומתן (סעיף 12)**

הגדרה: בתום הלב יש מקום רחב לפסיקה בשל עמימות החוק.

הסעיף עוסק בחובה לנהוג בתום לב, ובמה קורה כאשר החובה הופרה ע"י אחד הצדדים – במקרה כזה יהיה חייב בתרופות לצד הנפגע. נדרש להוכיח קש"ס בין חוסר תום הלב לבין הנזק. סעיף תום הלב עוסק במצג שווא שמוביל להסתמכות.

מאפייני החובה:

1. חובה החלה בניהול מו"מ: מדובר רק בשלב המשא ומתן, לאחר מכן חל סעיף 39.
2. סטנדרט ההתנהגות הנדרש: **ברק**: "אדם לאדם, אדם". התנהגות לפי כללי המשחק הלגיטימיים וההוגנים.
3. מושג שסתום: מהווה פתח לקביעה מהי ההתנהגות הראויה במשפט הפרטי לפי שיקולי מדיניות.
4. חובה קוגנטית: לא ניתן לקבוע מראש שלא לנהוג בתום לב.
5. סטנדרט אובייקטיבי: מדובר בתום לב אובייקטיבי לפי ראותו של ביהמ"ש.
6. תחולת החובה: החובה חלה על הצדדים במשא ומתן – אין הכרח שלבסוף ייכרת חוזה.

פס"ד קסטרו: הפרת תום הלב באי גילוי. השאלה היא מי מחויב בתום הלב? אין זה משנה אם לא היה צד לחוזה עצמו אלא רק צד למשא ומתן. יהיה חייב בפיצויים על הנזק שגרם בהתנהגות חסרת תום לב. במקרה דנן קבעו שהאחריות היא גם עליו וגם על החברה כיוון שהוא נושא משרה של מנהל.

תוכן חובת תום הלב:

1. מצג שווא ועידוד הסתמכות:
* **אשם בהתקשרות**: שיכון עובדים: **בן פורת** מתרחקת מהסתמכות ומרחיבה את תוה"ל, מדובר במצג שווא שמנע מהקונים להתקשר בחוזה. המוכרים פעלו בחוסר תו"ל כדי למנוע את מכירת הדירה במחיר המוסכם ולהעלות את המחיר בהצעה חדשה.
* **פרישה ממו"מ בחוסר תום לב**: קל בניין (מכרז): הציגו מצג שווא לגבי ניהול המו"מ, גרמו לחשוב שרק מי שמשתתף במכרז יוכל לקבל את החוזה.
* **משא ומתן ללא כוונת התקשרות**: המו"מ נמשך גם כאשר אחד הצדדים לא מעוניין להתקשר בחוזה.
* **התנערות מהסכמות**: הדגש הוא על מצג השווא, יש לקיים הבטחות.
* **התעקשות על פרט טכני חסר**: קלמר נ' גיא: דרישת כתב. הרי ברור שהצדדים ראו בחוזה כתקף, הבנייה הסתיימה ורק לאחר מכן התעקש על הפרט הטכני כדי לצאת מהחוזה.
1. אמירת שקרים ואי גילוי (קסטרו): **לעתים ההתנהגות דומה להטעיה אך הסעד שונה – בהטעיה ביטול וכאן פיצויים.**
2. אפליה במו"מ: האם צריך להתנהג לכל הצדדים במו"מ בצורה שווה?
* הוגנות במכרז: קל בניין: נוצרה הסתמכות של החברות במכרז, עצם הבחירה בחברה חיצונית פגעה במו"מ ויצרה מצג שווא לא תקין. ביהמ"ש קובע שמדובר בחוסר תו"ל כדי למנוע התנהגות זו בעתיד.
* חובת שוויון: גוף ציבורי צריך לתת מענה לכל החברה. יש מקרים בהם גם גוף פרטי יצטרך לתת שירות מסוג מסוים למי שדורש (בית יולס).

סעדים:

1. פיצויי הסתמכות – סעד שלילי: הסתמכות כתוצאה ממצג שווא במו"מ. נועד להעמיד את הנפגע במקום לו היה לפני כניסה למשא ומתן. זה הסעד בלשון הסעיף.
2. פיצויי קיום – סעד חיובי: נועד להעמיד את הנפגע במקום לו היה מקוים החוזה כראוי, הרווח שצפיתי להרוויח מקיום החוזה. במקרה בו פיצויי הקיום גבוהים מההסתמכות ירצה הנפגע לקבל אותם, כיוון שהסטנדרט הוא פיצויי הסתמכות נקבעו מבחנים למתי זכאי אדם לפיצויי קיום:
* קל בניין:
1. הוכחה שהיה חוסר תו"ל.
2. המו"מ היה קרוב לסיום.
3. חוסר תוה"ל הוא זה שמנע את השתכללות החוזה (קש"ס).
* קלמר: מקרה בו מתגברים על פרט טכני של דרישת כתב וניתן לקבל סעדים חיוביים:
1. "זעקת הגינות" בשל הסתמכות חזקה. אם לא יאכפו את החוזה ייווצר חוסר צדק (**ברק**).
2. ביצוע חלקי של החוזה ומספיק מסמכים אחרים יכולים להחליף את דרישת הכתב (**זמיר**).

יש ליישם את שתי ההלכות בקלמר אך הגישה הרווחת היא של ברק.

1. מקרה ביניים – פיצוי בגין אובדן הזדמנויות: עדיין נחשב פיצוי שלילי לפי לשון החוק, אך נועד להביא את הנפגע למצב טוב יותר מתוך ההנחה שלולא ההסתמכות היה יכול להימצא בחוזה אחר משתלם לא פחות. בפועל מדובר **בהגמשה של פיצויי ההסתמכות לעבר הסעדים החיוביים**.

**חלק שלישי – תוכן החוזה:**

**פרשנות (סעיף 25) והשלמה (סעיף 26)**

הגדרה: הדרך בה ביהמ"ש מפרש את החוק (דגש אובייקטיבי) והחוזה (דגש סובייקטיבי). פרשנות במובן הצר היא לפי סעיף 25, ופרשנות במובן הרחב – השלמה, היא לפי סעיף 26.

קשיים פרשניים:

1. **פרט חסר** – מה עושים במידה וחסר הסדר בנושא מסוים? יכול להיות חסר בהסדר קטן או חסר בהסדר גדול. ניתן להבין זאת כהסדר שלילי.
2. **ניסוח דו משמעי** – "זמן סביר".
3. **סתירה בין אמירות שונות** – סעיפים שונים בחוזה שמביאים כל אחד לתוצאה אחרת. מה אם יש סתירה בין חוזה בכתב לקביעה בין הצדדים בע"פ? מה גובר?
4. **שפה שמובילה לתוצאה לא הגיונית** – השפה אולי ברורה אך קרה מקרה שהצדדים לא חשבו עליו ואם הולכים לפי הלשון בלבד עשויה לקרות תוצאה לא סבירה.
5. **מגבלה אינהרנטית של בהירות השפה** – השפה לא ברורה, אי אפשר לדבר בבהירות מוחלטת. לא אומר שהחוזה לא תקין אלא שיש צורך להשתמש בעוד אמצעים להבנה – היגיון, הקשר, שכל ישר.
6. **צורך בשימוש בהקשר ובהיגיון** – שימוש באמצעים נוספים לצורך הבנה מלאה של הלשון המילולית.

אבחנות מסורתיות – בפסיקה עלו כמה אבחנות:

1. פרשנות מול השלמה – פרשנות היא פירוש תוכן קיים, השלמה היא במצב בו חסר פרט ויש להשלימו. קודם יש לפרש את מה שקיים ואז להשלים את מה שחסר.
2. לשון מול נסיבות – לשון היא כל מה שכתוב בחוזה ונסיבות עוסקות בסיטואציה בה היו הצדדים בזמן כריתת החוזה. הקו בין הלשון לנסיבות עמום.
3. פרשנות אובייקטיבית מול פרשנות סובייקטיבית – סובייקטיבית: כוונת הצדדים. אובייקטיבית: מה החוזה אומר. בפרשנות של חקיקה לרוב נפעל בפרשנות אובייקטיבית, ובפרשנות חוזים לרוב נבחן באמצעות פרשנות סובייקטיבית בכדי להגיע לכוונת הצדדים ולממשה בצורה הטובה ביותר.

אבחנות אלו לא תמיד עובדות, לעתים הקו מטושטש ועמום.

גישת השלבים:

גישה הדוגלת במדרג היררכי – מתחילים בפרשנות ולאחר מכן עוברים להשלמה, לפי שלבים, כאשר נעצור בשלב בו נמצאה כוונת הצדדים. גישה זו אינה ההלכה היום.

1. פרשנות לשון החוק (25)
2. פרשנות הנסיבות (25) – לרוב הסכמה בע"פ תפורש כנסיבות
3. השלמה לפי נוהג בין הצדדים (26)
4. השלמה לפי נוהג בין צדדים מאותו סוג (26)
5. השלמה לפי חוקי חוזים מיוחדים
6. השלמה לפי חוק חוזים כללי (פרשנות נגד המנסח)
7. השלמה מכוח עיקרון תום הלב (39)

גישת הפסיקה:

מול גישת השלבים קיימת גישה הוליסטית (שלמה) לא מפרקים את החוזה לשלבים אלא מסתכלים עליו בכללותו ומפרשים בהתאם.

אתא נ' זולוטוב: טשטוש בין פרשנות במובן צר – פרשנות, לבין פרשנות במובן רחב – השלמה. **ברק** נוקט פרשנות צרה סובייקטיבית, קובע כי גם במקרה בו חסר פרט אך ברור מה הייתה כוונת הצדדים אפשר להשלים דרך פרשנות צרה ולא צריך ללכת להשלמה לפי נוהג.

מדובר בפס"ד צנוע ברטוריקה אך רחב ומשמעותי בפרקטיקה – מראה שאפשר למלא את החסר באמצעות פרשנות צרה. פסק הדין טשטש את הקו בין פרשנות להשלמה. מדובר בתוצאה אקטיביסטית אך בעלת רטוריקה צנועה.

אפרופים: הבחנה בין לשון לנסיבות. **ברק** מנסה לבסס כי גישת השלבים היא פיקציה, אשליה. כדי לרדת לעומק דעתם של הצדדים צריך להבין את החוזה בכללותו לפי היגיון, אין להסתכל עליו חלקים חלקים. צריך לבחון את הלשון והנסיבות יחד. המקרה היחיד בו גישת אפרופים תוביל לתוצאה אחרת מגישת השלבים היא כאשר הלשון ברורה אך סותרת את הנסיבות. הפרקטיקה כאן אינה מרשימה, גם לפני אפרופים שופטים יכלו לעקוף את הלשון בטענה כי היא לא ברורה ולהגיע לפרשנות צודקת דרך הנסיבות. הרטוריקה של **ברק** מכוונת לקהל יעד של שופטים ואקדמאיים, מעוניין להעביר את המסר שלו לגבי פרשנות.

(בקייס ניתן להחיל את שתי הגישות, להסביר שאפרופים היא הרווחת ולהראות את התוצאות השונות).

רוח אפרופים: הרוח וההלכה לא זהות, הרוח היא האמירה הסמויה מאחוריי ההלכה (הבדל בין גישת השלבים להוליסטית) – ביהמ"ש יכול להפעיל שיקול דעת רחב ולעשות ככל העולה על רוחו בניתוח החוזה, גם בניגוד לדעת הצדדים. משמע, לביהמ"ש כוח רב.

ההתפתחויות בפסיקה:

* ההלכה מאפרופים התחזקה לאחר פס"ד מגדלי הירקות.
* בשלב מאוחר יותר, **דנציגר** באמנון לוי נ' נורקייט מסתייג מאמירותיו של **ברק**, אך כיוון שעושה זאת באוביטר אינו הופך את הלכת אפרופים. הרטוריקה שלו צנועה (מאזכר רק שני פס"דים), מכוון לקהל יעד שונה מברק – תקשורת, פוליטיקאים, עו"ד.
* החוק תוקן לאחר הלכת אפרופים (בעבר אמר שרק במידה והלשון אינה ברורה נעבור לנסיבות), אחרי התיקון החוק משקף את גישת השלבים ואת ההוליסטית יחד.

**טעות סופר (סעיף 16)**

הגדרה: פער בין כוונת הצדדים ללשון החוזה, כישלון בהבעת כוונת הצדדים בחוזה עצמו. במקרה של טעות סופר הסעד לא יהיה ביטול אלא תיקון הטעות. טעות סופר מראה בעצם שניתן להגיע לאותה תוצאה גם ללא אפרופים.

פרקש: ביהמ"ש קובע כי הנספח שהוכנס לחוזה (ומזכה את הקונה בהנחה גדולה ממה שהתכוונו הצדדים) הוכנס לשם בטעות ולכן יש להתייחס אליו כאל טעות סופר ולתקן את החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים.

לכאורה, ניתן היה להגיע לתוצאה זו גם דרך אפרופים (יפרשו את הנסיבות ויבינו כי הצדדים התכוונו להנחה נמוכה יותר). בפועל, סעיף 16 מתייחס למצב של חוסר תאימות, כשצד אחד לא מודה מה הייתה כוונת הצדדים, ואילו אפרופים משמש אותנו כאשר לא ברור מה הייתה כוונת הצדדים.

פרשנות נגד המנסח: (סעיף 25(ב))

הגדרה: במצב של קושי פרשני, נפרש את החוזה נגד מי שהייתה לו יד בניסוחו אם עוצב לטובתו.

פרשנות נגד המנסח מול טעות סופר: במקרה של טעות סופר לא נבטל את החוזה ולא נפרש נגדו – אלא נתקן את הטעות. **ביהמ"ש עושה שימוש רחב יותר בטעות סופר, מנסה לתקן את החוזה ולא לבטלו במידה וניתן היה להבין למה הצדדים התכוונו**.

**פרשנות דין רצוי**

מדובר בחלוקת השליטה על ההליך הפרשני – למי נרצה לתת יותר כוח בפרשנות?

פרשנות היא תמיד כדו שיח: לאף אחד אין שליטה מוחלטת על הפרשנות, מדובר בכוח רב יחסית לצד אחד, אך בפועל לשני הצדדים יש שליטה.

* פרשנות בחוק: למחוקק אין בלעדיות על הדרך בה יפורש החוק, אך גם לביהמ"ש לא.
* פרשנות בחוזה: לצדדים אין שליטה מוחלטת לפי כוונתם, אך גם לביהמ"ש אין יכולת לעשות הכל.

בשאלה למי נרצה לתת כוח רב יותר בוחנים שיקולי מדיניות לשני הצדדים:

מטרות: כשאנו מדברים על פרשנות חוזים צריך לשאול את השאלה מה המטרה בלתת את הכוח לפרשנות הצדדים: לכבד את רצון הצדדים, לתת חופש להתקשרות בחוזה. אך עדיין צריך לתת פרשנות לביהמ"ש בשל פערי כוחות בין הצדדים – חופש זה דבר טוב, אך בדרך כלל לחזקים. לכן צריך למצוא את האיזון בהליך.

אמצעים: אחרי שהכרענו בשאלה למי צריכה להיות השליטה בפרשנות, נבחן את האמצעים למימוש פרשנות זאת. למשל, פרשנות מילולית עשויה מצד אחד להיות טובה לצדדים כי היא משקפת את אומד דעתם, מצד שני נותנת כוח רב גם לביהמ"ש בכך שהשופט יכול להתעלם מהנסיבות מסביב ולהתייחס לכתב בלבד. מכאן, חשוב להשתמש באמצעים שבאמת יביאו לתועלת והמטרה שאנו רוצים להשיג.

**תום לב בקיום (סעיף 39)**

בדומה לסעיף 12, גם כאן הגדרת "תום לב" אינה ברורה מלשון החוק ומשאירה מקום רחב לפסיקה. בסעיף 39 אין אזכור לסעדים אלא רק איסור על שימוש בזכות בחוסר תו"ל, וקיום חיוב בחוסר תו"ל.

על הצדדים בחוזה מוטלת החובה לנהוג בצורה סבירה ובהגינות תוך שיתוף פעולה. משמע, גם אם הדבר לא נכתב מפורשות בחוזה עדיין יש להם חובה לנהוג לפי סטנדרט התנהגות גבוה.

* קשר לפרשנות: יש לפרש את החוזה בתום לב, וגם במקרה בו חסר פרט ניתן או לפרשו או להשלימו לפי עיקרון תום הלב.
* תרופות: שימוש בסעיף 39 מקים חיובים חדשים לצדדים, מוסיף חובה להתנהג בתום לב וסעדים במידה ויפרו חובה זו. הדבר בעייתי כי לא הייתה לכך הסכמה מפורשת בחוזה.

נשאלת השאלה האם ניתן להוסיף חיובים חדשים מכוח סעיף תום הלב: הדבר תלוי בנוסח. ניתן להתייחס למקרה כאילו נוספו חיובים חדשים מכוח תום הלב, או בניסוח אחר להתייחס לפרשנות לפי תום הלב ובכך להראות שלא נוספו חיובים חדשים אלא החיובים הקיימים פורשו בדרך של הגינות וסבירות. **משמע,** כל חובה ניתן להגדיר כחובות חדשות או כאופן ביצוע החובות הקיימות (פרשנות).

גם בשימוש בזכות על הצדדים להתנהג בתום לב: גם אם זו זכותי, אין לפעול בצורה דווקנית אלא בצורה חברית והוגנת.

לסרסון נ' שיכון עובדים: (מגדל ביטחון וגנרטור). הקבלן לא בנה גנרטור אלא רק תא לגנרטור. בפרשנות החוזה לפי תום הלב השופטים מגיעים למחלוקת. בייסקי מייצר את הכלל הרחב ביותר, בן-פורת אחריו, ולבסוף אלון המבקש להשתמש בפרשנות הצרה ביותר. לא להכליל אלא להתייחס כל מקרה לגופו. ההבדל הוא ברטוריקה בלבד אך התוצאה שאליה הגיעו השופטים היא זהה. האם מדובר בחיוב חדש או פרשנות של חיוב קיים? **בייסקי** **אומר שסעיף 39 מחייב בניית גנרטור**. **אלון** **תוקף עמדה זו ולדעתו מדובר בחיוב חדש לצדדים ואין להקים חיובים**. לפי סעיף 39 חייבים לבנות גנרטור בבניין – אפשר להציג זאת כאופן הביצוע (וכאן אין חיוב חדש) או שניתן להציג זאת לפי חיוב חדש שהצדדים לא התכוונו אליו. הוויכוח הוא בשאלה האם ניתן לפי סעיף 39 להוסיף חיובים חדשים או לפרש את החיובים הקיימים בלבד. מהלך זה הוא סוג של ביקורת על גישתו של אלון. **אלון אומר שאין להתערב ולהוסיף חיובים חדשים למה שהצדדים קבעו**.

שירותי תחבורה ציבורית באר שבע: (השבתת עבודה של מועצת הפועלים). **ברק** בפס"ד זה אומר בחדות כי **ניתן להקים חיובים חדשים מכוח 39**. השאלה היא האם פגענו בוודאות הצדדים והוספנו חובות לא צפויות? ברק קובע שכדי להגן על וודאות במקרה דנן יש להכיר בכך שהשימוש בזכות השביתה לא הייתה בתום לב, היה על הפועלים להודיע מראש כדי לתת לשירותי התחבורה להיערך. הבעייתיות היא בעמימות החובה בחוק – לא ברור מתי היו צריכים להודיע ומתי כבר מפרים את תום הלב.

**למבחן**: בשאלה על תום לב מכוח סעיף 39 תמיד יש צד שטוען כי יש להוסיף את החובה, ומנגד הצד טוען כי אין בסעיף 39 אפשרות להוסיף חיובים חדשים. ניתוח הקייס הוא מצד אחד הוספת חיוב (**ברק בשירותי תחבורה**) ויוסיפו שלא מדובר בחיוב חדש אלא בפרשנות של החובות שכבר קיימות בחוזה. הצד השני יצטט את **אלון בלסרסון** שאין להוסיף חיובים. ההבדל בין השופטים הוא ברמת הרטוריקה – כל אחד מנסה להשיג ברטוריקה שלו דברים אחרים. של ברק אקטיביסטית יותר – אך בסוף שניהם מגיעים לאותה תוצאה.

מהות חובת תום הלב:

1. קיום חיוב: פס"ד טקסטיל: שתי חברות בעלות פרויקט משותף שמועד לכישלון. לא משתפים פעולה ומחכים שהכישלון ייפול על הצד השני, לא נוהגים בתו"ל. **יש להיות מוכנים לשינויים סבירים שיאפשרו את המשך קיום החוזה**. בסופו של דבר תמונת המצב היא שאין תשובה ברורה מהפסיקה לגבי תום הלב בקיום חיוב, לא משתמשים בזה הרבה.
2. שימוש בזכות: שימוש נפוץ יותר בסעיף 39. יש להשתמש בזכות בצורה נורמטיבית ולא בדווקנות. ג'רבי נ' דוד: (איחר בתשלום ביומיים בשל טעות). כשמדובר בהתעקשות דווקנית על פרט טכני, **כאשר אין לי פגיעה כלל, ייחשב הדבר כשימוש בזכות בצורה חסרת תום לב**. **עמידה על זכות באופן שמזיק לחייב ואינו מועיל לבעל הזכות עשויה להיחשב לחוסר תום לב, מדובר במאזן איכויות**.

מהות החובה לפי פס"דים:

* נדרשת עורמה או תחבולה כדי ששימוש בזכות ייחשב לחוסר תום לב (שלום נ' מוטה)
* עמידה על זכות באופן שמזיק לחייב ואינו מועיל לבעל הזכות עשויה להיות חוסר תום לב (ג'רבי נ' דוד)
* עמידה על זכות באופן שמזיק מאוד לחייב ומועיל רק מעט לבעל הזכות עשויה להיחשב לחוסר תום לב (גלפנשטיין)
* 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 (חיים יתח נ' מפעל הפיס): איבד את הכרטיס הזוכה אך ראו בצורה ראייתית חזקה שאכן הוא הזוכה וסירבו לתת את הפרס. **ארבל** טוענת כי מפעל הפיס מתעקש על פרט טכני בלבד והתנהגות זו עשויה אף היא להיחשב חוסר תו"ל.

סעדים:

1. תרופות בגין הפרת חוזה – תרופות בגין שימוש בחוסר תו"ל בשימוש בזכות או קיום חיוב זהות לאלו של הפרת חוזה: אכיפה או פיצויים.
2. בטלות הפעולה שנעשתה בחוסר תום לב – שייך לשימוש בזכות. מתייחסים כאילו הפעולה שנעשתה בחוסר תום לב לא נעשתה בכלל.

**חוזה בלתי חוקי (סעיפים 30-31)**

ישנם שלושה סוגים של חוזים פסולים: בלתי חוקי (חוק), נוגד את תקנת הציבור (מוסר), חוזה למראית עין. מדובר בחוזים בטלים לפי בימ"ש, לא לפי זכות ביטול של הצדדים.

חוזה בלתי חוקי: חוזה עבדות, חוזה רוצח שכיר. מדובר במצב שעצם החוזה (או חלק ממנו) נוגד את הדין.

הוויכוח של הצדדים הוא לא בהוכחה כי מדובר בחוזה לא חוקי, אלא מה יהיו הסעדים:

תוצאות אפשריות:

1. בטלות והשבה הדדית (סעיף 21)
2. בטלות חלקית (סעיף 19)
3. בטלות **ופטור מהשבה** (חלקי או מלא)
4. אכיפה חלקית או מלאה (אם הצד השני קיים חלקו)

אדרעי נ' גדליהו: טוען לאי חוקיות כתירוץ להשתחרר מהעסקה (חשוב להבין שלרוב חוזה בלתי חוקי לא יגיע לביהמ"ש מעצמו, אלא רק במצב שצד אחד מוכן להודות שעשה דבר לא חוקי כי הסעד שהוא רוצה להשיג מביהמ"ש עולה בתועלת על המעשה הלא תקין). פיצלו עסקה של מכר דירה לשני חלקים כדי לרמות את רשויות המס. **ביהמ"ש קובע אכיפה כיוון שלא רוצה לבטל חוזה לאחר שאחד הצדדים כבר ביצע חלק מהחיוב** (**מצב העסקה**). **בן פורת ואלון** מסכימים על הדרך אך מתווכחים על המסר. הבעייתיות היא בעידוד ליצירת חוזים בלתי חוקיים.

טיעונים לבחירה בין הסעדים: (שיקולים ומטרות של ביהמ"ש)

* הרתעה – המטרה היא לתת סנקציה ולהרתיע אנשים מליצור חוזים בלתי חוקיים. הסעד שיינתן הוא לרוב הפוך מהסעד שהצד שרוצה להשתחרר מבקש, מתוך כוונה למנוע מצב בו אחד הצדדים משתמש בביהמ"ש.
* הוגנות – הוגנות בין הצדדים, לא רוצים שצד אחד יתעשר על חשבון השני לאחר שכבר התאמץ והשקיע. שואלים במי דבקה יותר אי חוקיות, מי אשם.
* תפקיד ביהמ"ש – ביהמ"ש לא רוצה לתת יד לחוזים בלתי חוקיים ולאכוף אותם. יש מקרים בהם ביהמ"ש יקרא לסעד "ביטול והשבה" אך בפועל נראה שמדובר באכיפה (למשל במקרה בו הייתה בנייה מתקדמת).

שיקולים נוספים שנוגעים להבנת רצון הצדדים והמקרה הספציפי: כל מקרה נבחן לגופו.

* אשם יחסי: הנטייה היא לפסוק לטובת מי שאשם פחות. ביהמ"ש יכול לקבוע ביטול בלי השבה.
* מרכזיותה של אי החוקיות: ההבדל בין רמאות רשות המיסים לבין שכירת מתנקש.
* תום לב בהעלאת הטענה לאי חוקיות: כשיש צד שמשתמש באי חוקיות כתירוץ, נשקול לפסוק לרעתו.

סולימני נ' כץ: (חיבור דירות פנטהאוז ובניית בריכה בחלל המשותף). ביהמ"ש פסק לטובת הקבלן למרות שבדרך כלל הולכים לטובת הקונים כדי להגן על הצד החלש מול החזק. הקונה כאן הוא חריג – מדובר ביהלומן גדול – הוא החזק, המתוחכם, בו דבקה אי החוקיות.

המגמה בפסיקה:

* גישה מסורתית: הרתעה, אי התערבות: (פס"ד ביטון נ' מזרחי). בעבר הייתה מטרה להרתיע את הציבור מכריתת חוזים בלתי חוקיים ולכן מיעטו להתערב בהוגנות בין הצדדים וביטלו את החוזה. לעתים שללו פיצויים. המטרה הייתה הרתעתית נטו.
* המגמה כיום: הוגנות בין הצדדים: כיום הגישה היא שונה והדגש הוא באופן כמעט בלעדי על הוגנות בין הצדדים. כבר לא עוסקים בחינוך הציבור והרתעה. **הדוקטרינה של חוזה בלתי חוקי כבר לא בולטת כמו בעבר, הסעדים כיום מתרכזים בהוגנות הצדדים.**

מועצה מקומית כפר קרע: (שירותי נט"ן ממד"א). המועצה טוענת כי החוזה הוא בלתי חוקי – כיוון שלא אושר כראוי בידי הרשויות הרלוונטיות, חסרה חתימת הגזבר. ביהמ"ש עוסק בשיקולים של הוגנות – "אין יוצא חוטא נשכר" – שלא ירוויחו מכך. **כבר אין דיון בהרתעה וענישה כאן, רק במצב בין הצדדים ובהוגנות ביניהם**.

קונקטיב גרופ: (מכרזים באינטרנט), המשתתפים טענו לחוזה בלתי חוקי – ביהמ"ש קבע בטלות והשבה, אם זכו לא יחזירו את הסכום, ואם לא זכו יקבלו את דמי ההשתתפות חזרה. בעייתיות כי לא נעשה שימוש מדויק בעיקרון השבה הדדית – הרי השבה הדדית הייתה צריכה להיות גם של סכום הזכייה. התוצאה היא לא הגיונית ולא הוגנת, ולכן ביהמ"ש הופך את הפסיקה במחוזי בשל הוגנות בין הצדדים. הוא עושה זאת למרות שמדובר בהימור – דבר לא חוקי, כי מרכזיות אי החוקיות כאן היא שולית מאוד.

**חוזה למראית עין (סעיף 13)**

כמעט ולא נעשה שימוש בפסיקה ולכן לא נרחיב. יש שני סוגים של חוזה למראית עין:

1. **עסקה פיקטיבית** – (חזן נ' חזן). חתימה על עסקה פיקטיבית של העברת דירה בשביל לנצל את רשויות המס. אם מצליחים להוכיח שהחוזה נעשה במטרה לעבוד על רשויות המס בלבד ניתן לקבוע שיש חוזה למראית עין. עסקה זו מטרתה לפטור מתשלומים מסוימים.
2. **עסקה נסתרת** – (**ברק** בביטון נ' מזרחי) – כבר יש עסקה אמיתית אך יש גם עסקה פיקטיבית המכסה עליה. (כמו מה שקורה באדרעי). מכר דירה במחיר מלא, אך החוזה למראית עין הוא מכירת הדירה במחיר נמוך כדי להעלים מס.

**ברק** מציע להגיע לתוצאה דרך סעיף 13, ניתן גם להתגבר על כך בביטול חלקי (לפי סעיף 19), לקבוע מה החוזה התקף, אם יש חוזה אחד שהוא תקף וחוקי, נסיר את החוזה הבלתי חוקי ובכך נכשיר את החוזה הרגיל ונוכל לאכוף אותו.

**תקנת הציבור**

הגדרה: עוסק במוסר חברתי – מה הציבור חושב שתקין ומקובל בהתנהגות.

מדובר על ביטול תניות ולא חוזה שלם. תניה יכולה להיות סעיף, חלק מסעיף או מספר סעיפים (הסדר בחוזה). בעבר היו משתמשים בצורה מצמצמת, היום מעט יותר רחבה.

המתח העולה מתקנת הציבור: **כוח רב לביהמ"ש** – מי קובע מהו מוסר מקובל ומה סותר אותו? מדובר בסטנדרט עמום שנקבע בחקיקה אך התוכן הקונקרטי בו לא ברור. דבר נוסף – **חופש החוזים ומגבלות קוגנטיות על חופש החוזים**, המתח הוא בביטול תניות הסותרות את תקנת הציבור אל מול חופש הצדדים לקבוע חוזה כרצונם, גם אם הצדדים קבעו הסכם ביניהם אין זה אומר שביהמ"ש לא יוסיף או יבטל תניות בהתאם לתקנות הציבור.

1. סוגיות שלא מטופלות בחוק – מדובר בסעיף שיורי על כל מה שלא מטופל בחוק, משתמשים בשביל לפתור סוגיות שנשארו פתוחות בחקיקה. במידה רבה יש התפתחות בטיפול בחקיקה, משא ומתן מול המחוקק. בוחנים את מה שלא מטופל בחוק ע"י תקנת הציבור. דבר נוסף הוא בעיה של הוגנות – תקנת הציבור לרוב קמה כדי לפתור בעיות בהגינות – בדומה לעושק.
2. מגבלה קוגנטית על חופש החוזים – מגבלות קוגנטיות מול חופש החוזים. עולם החוזים הוא בכללים דיספוזיטיביים לרוב. אך ישנם הסדרים חוזיים פסולים עקב תניות קוגנטיות.
* הצדקות לחופש החוזים:

פנים הדין: הדין סובב את כוונת הצדדים, מדובר בוודאות של הבנת החוזה.

חיצונית לדין:

1. נימוק מוסרי: כיבוד אוטונומית הפרט.
2. נימוק כלכלי: התקשרויות חוזיות יעילות לחברה, הגדלת הרווחה המצרפית.
* הצדקות להגבלות קוגנטיות:

פערי כוחות: הגנה על הצד החלש באמצעות כללים קוגנטים.

פגיעה בצד שלישי: ההגבלות קיימות כדי למנוע פגיעה בצד ג', במקום בו נגרם נזק לצד ג' נחיל הגבלות.

פטרנליזם: הצדדים לא יודעים מה טוב להם ולציבור ולכן ביהמ"ש צריך להתערב.

חינוך הציבור: שיקול פחות לגיטימי, רצון ביהמ"ש לעצב את החברה דורש התערבות ביחסים חוזיים.

1. סעדים – **פסילת התניה או שינוי התניה**.

נושאים מרכזיים: נחלק לשלושה – תניות פטור, חופש העיסוק ושוויון.

1. תניות פטור: תניה המעניקה לאחד הצדדים פטור מאחריות. לעתים ביהמ"ש יראה בתניות אלה כלא כשרות. יש שני סוגים של תניות פטור:
2. נזקי גוף: פטור בחוזים רגילים ייתפס כלא תקין, אי אפשר לפטור את עצמך מגרימת נזק גוף לאחר. החריג לכך הוא ספורט תחרותי ואתגרי: בנג'י, תחרות אגרוף. נפרש בצורה מצמצמת, רק מה שבהתאם לסבירות הספורט. נזקי גוף הם עיקר תקנת הציבור, מדובר בערך חשוב ולכן נגן עליו.
3. נזקים כספיים ורכושיים: פס"ד רוט: (מסירת דירה באיחור ולא ראויה למגורים). **שמגר** מחיל מבחן של פטור גורף: כאשר מדובר בפטור גורף נראה בו כסותר את תקנת הציבור ונבטלו כיוון שלא הוגן ונותן כוח מוחלט לאחד הצדדים. מדובר בנכס חשוב: דירה, וישנם פערי כוחות בין הצדדים. דעת הרוב של אשר ואלון היא להשתמש בסעיף 39 ולא בתקנת הציבור, אך עדיין משתמשים במבחנים של שמגר במקרה של תקנת ציבור על נזקים כספיים ורכושיים.
4. חופש העיסוק: מדובר בתניות נפוצות כמו סעיף "אי התחרות", נפוץ בחוזי עבודה. ביהמ"ש מתערב כאשר התניה מגבילה יתר על המידה. פס"ד סער: (טכנאי שלקח את רשימת הלקוחות והשתמש בתוכנה של המעביד). במקרה דנן מחילים מספר מבחנים: **לגיטימיות ההגבלה** – צריכה להיות לגיטימית ולא רק מתוך רצון למנוע תחרות בשוק. **תניה סבירה** – מגבלה מידתית שלא פוגעת יתר על המידה בחופש העיסוק. את סבירות התניה בוחנים דרך שלושה תנאים: 1. תקופת האיסור, 2. תחום גיאוגרפי בו האיסור חל, 3. היקף הפעילות האסורה. **הסעד** במקרה כזה יכול להיות שינוי חלקי של התניה כדי שתהיה הגיונית (למשל, במקום 15 שנה איסור תחרות נהפוך לשנה). העיקרון בו ביהמ"ש יכול לשנות חלק מהתניה ולא לבטלה לחלוטין נקרא "כלל העיפרון הכחול".
5. שוויון: פס"ד רקנט (אל על): האם בתוך תקנת הציבור יש חובה לשוויון? מצד אחד נקבע כי אכן קיימת חובת שוויון במשפט הפרטי, בכך שנקבע **שאפליה בחוזה נוגדת את תקנת הציבור**. מצד שני, ההקשר ברקנט שונה מרוב המקרים במשפט הפרטי בהם עלולה לעלות טענת השוויון (זאת מאחר ומדובר בגוף דו-מהותי ובסוגיה הנוגעת במידה רבה לדיני העבודה).

**חוזים אחידים**

הגדרה: חוזים שנכתבו ונוסחו ע"י צד אחד לשימוש חוזר עם גורמים רבים. לכן נרגיש יותר בנוח להתערב בתוכן החוזה כדי להגן על הצד החלש, שלא כתב את החוזה האחיד. חוזה אחיד נתפס כבעל פחות משקל מאשר חוזה רגיל.

ישנו בית דין מיוחד לחוזים אחידים שיכול לאשר ולפסול חוזים מסוימים באופן כללי ולא בהקשר של סכסוך ספציפי. כלומר, ניתן להביא חוזה אחיד לבית הדין לחוזים אחידים והוא יפסול אותו כי הוא רואה בו חוזה לא תקין. אם חוזה מסוים נקבע כמקפח, ההשלכה על חוזים עתידיים היא שהצד שכתב את החוזה יצטרך לנסח חוזה חדש, עם זאת, אין הבטחה שהחוזה החדש לא יהיה גם הוא מקפח.

תנאים להוכחת תניה מקפחת:

* החוזה הוא חוזה אחיד: (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים) מגדיר מהו חוזה אחיד. נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.
* התניה היא חלק מהחוזה האחיד: צריך להראות שמדובר בתניה אחידה ולא חריגה שהצדדים דנו עליה במשא ומתן (תניה חריגה לא ניתן לתקוף בטענת קיפוח).
* חלה חזקת קיפוח: (סעיף 4 מכיל קטגוריות בהן חלה חזקת קיפוח) על הטוען לקיפוח חלה חזקת הקיפוח. במקרים מסוימים בהם הנחת המוצא היא כי התניה מקופחת נטל ההוכחה מתהפך והצד שכתב את החוזה צריך להוכיח שאין קיפוח. עוסק בנטל ההוכחה ועל מי הוא יהיה. (**בקייסים נכתוב**: "נבחן האם מתקיימת חזקת קיפוח.." או "הצד הזה יטען כי יש חזקת קיפוח ולכן חובת ההוכחה היא על הצד השני..").
* הכרעה שהתניה מקפחת: (סעיף 3) לא די בחזקת קיפוח, צריך להראות שהתניה עצמה מקפחת. בוחנים את מכלול התנאים והנסיבות.

חריגים: יש תניות שלא ניתן לטעון כי מקפחות. נמצאות בסעיף 23: תניות הקשורות למחיר, הסכם קיבוצי, תנאים בהתאם לחיקוק, תנאי שתואם הסכם בין לאומי שישראל חלק ממנו.

* סעד: לרוב, ביטול ושינוי התניה המקפחת ע"י ביהמ"ש כדי לבטל את הקיפוח. יש להתחשב בנסיבות המיוחדות של כל מקרה לגופו – סעיף 19 לחוק החוזים האחידים.

פס"ד מילגרום: (מעבר מבית אבות רגיל לסיעודי). **ניכר מקרה בו הסעד המוגש הוא מעבר לביטול או שינוי התניה בלבד**. מעבר לקביעה שיש לשנות את סעיף התשלום העתידי לכדי נוסחה מובנית, ביהמ"ש קבע שהתשלום שבית האבות יחייב את מילגרום יהיה בהתאם לעלות בית האבות הרגיל. המחיר שנקבע באופן חד צדדי ע"י משען ככל הנראה לא שונה בהרבה מהמחיר שהיה נקבע לפי הנוסחה המוצעת. על-כן, במידה והסעד היחיד שמילגרום היו מקבלים הוא שינוי הסעיף, ייתכן והמצב לא היה שונה בהרבה ממה שהיה לפני המשפט.

חריג – סעיף 5: במקרה בו התניה המקפחת מונעת גישה לערכאות, הסעד יהיה ביטול אוטומטי של התניה.

**דין רצוי ודין מצוי בחוזים אחידים**

האם הסדר נפרד לחוזים אחידים הוא רצוי? מוצע לבטל את חוק החוזים האחידים ושואלים האם השינוי המוצע ישנה את הדין הקיים ואיך.

* עמדה א: הדבר ישנה את הדין הקיים מאחר ובדין הקיים יש הבחנה בין חוזים רגילים לבין חוזים אחידים, ובחוזים אחידים יש עילת קיפוח שמאפשרת התערבות חזקה יותר בתוכן החוזים האחידים. במידה ויבוטל חוק החוזים האחידים תבוטל הסמכות של ביהמ״ש להתערב בחוזים האחידים.
* עמדה ב: הדבר לא ישנה את הדין הקיים בפועל, מאחר והוא ישנה בעיקר את הרטוריקה שבה משתמש ביהמ״ש על מנת להתערב בתוכנו של חוזה.

התשובה היא תמיד "תלוי", גם בהיעדר כלי זה אפשר יהיה להשתמש בכלים אחרים על מנת לשנות את תוכן החוזה. השלב השני הוא לשאול האם השינוי המוצע הוא ראוי? התשובה: יתרונות וחסרונות.

**חוזה על תנאי (סעיף 27)**

הגדרה: חוזה שתוקפו מותנה בהתרחשות אירוע חיצוני, תנאי מסוים. תנאי מתלה – במידה והתנאי לא מתקיים אין חוזה. תנאי מפסיק – במידה ומתקיים מפסיק החוזה.

* **סעיף 27** קובע כי חוזה על תנאי הוא חוזה בעל תנאי מתלה או תנאי מפסיק. ובמידה ויש תנאי שקשור בהסכמת גורם שלישי או השגת רישיון, חזקה על אותו תנאי שהוא מתלה.
* **סעיף 28** עוסק בתוצאת סיכול תנאי ע"י אחד הצדדים. אם אחד הצדדים הביא לכך שהתנאי המתלה לא יתקיים, או שהתנאי המפסיק יתקיים – לא יוכלו להסתמך על כך כדי לבטל את החוזה, אלא אם הדבר נעשה לא ברשלנות ולא בזדון.
* **סעיף 29** קובע כי במידה ובחוזה יש תנאי מתלה ולא נתקיים תוך זמן סביר – החוזה בטל. במידה ויש תנאי מפסיק שלא מתקיים תוך זמן סביר – מתבטל התנאי המפסיק.

הצד שמעוניין להשתחרר מהחוזה יטען כי התנאי המתלה לא מתקיים או לחילופין שהתנאי המפסיק התקיים.

נתיבי איילון: מציג מקרה של התלבטות בין חיוב על אחד הצדדים לבין תנאי מתלה. **טירקל** קבע שמדובר בחיוב של אחד הצדדים, אולם ניתן לראות את אישור השר כתנאי מתלה. **טענת הטעות עולה במקרה בו הצדדים לא היו מודעים לדרישת אישור מהשר.** **ברק** קבע כי **אישור השר הוא או חיוב או תנאי, אבל לא שניהם במקביל**. במקרה זה, לא ניתן לקבוע שאישור השר הוא תנאי מתלה והוא בלבד חיוב של אחד הצדדים. **דורנר** **מצדדת בברק, ומכאן שההלכה היא שלא ניתן לקבוע שדבר מה הוא גם חיוב וגם תנאי מתלה**. מבחינה פרשנית, הפתרון של ברק הוא הנוח ביותר. זאת מאחר והוא מאפשר לפרש את החוזה באופן הפשוט ביותר (המערערת התחייבה לבצע את ההליכים הנדרשים – בתוכם קבלת אישור השר), ומכך להגיע לתוצאה של ביטול החוזה דרך הפרה.

חוזה על תנאי, פרשנות ואי חוקיות: כאשר יש דבר מה שעשוי להיות תנאי, השאלה המרכזית היא האם אכן מדובר בתנאי או שמא מדובר בחיוב. במקרה בו למשל נדרש היתר בניה במסגרת החוזה, האפשרויות הן:

* 1. קבלת היתר היא חיוב על אחד הצדדים (קבלן / מזמין).
	2. קבלת היתר היא תנאי לתוקף החוזה.
	3. החוזה קובע בנייה גם ללא היתר, ולכן החוזה אינו חוקי. ע"מ להוכיח כי אכן החוזה בלתי-חוקי הצד הטוען לאי-חוקיות צריך להראות שהכוונה הייתה לבנות ללא היתר.

סעדים:

* אם מדובר בחיוב והצד החייב לא קיים את החיוב – נראה בכך הפרה ולכן התרופות יהיו בהתאם להפרה.
* במידה ומדובר בתנאי מתלה – החוזה בטל בהיעדרו של התנאי ולכן נידרש להשבה בהתאם. אם יש בנייה הסעד יהיה השבה של שווי העבודה.
* אם הצדדים התכוונו לבנות גם ללא היתר, הרי שמדובר בחוזה בלתי חוקי והסעד יהיה בהתאם ל31.

הסעד הטבעי הוא ביטול, אך במידה והתנאי חל רק על חלק מהחוזה ניתן יהיה להגיע גם לביטול חלקי.

צאלים נ' דלק: בפסק הדין עולה אפשרות נוספת לפרשנות – **ניתן להכריע שפרט הוא גם חיוב וגם תנאי (כאשר החיוב הוא חיוב השתדלות)**. אם הקבלן פעל להשגת ההיתר אך לא הצליח להשיגו, הרי שביצע את החיוב שלו, אך במקביל התנאי לא התקיים. התוצאה תהיה שהחוזה בטל, אך הצד המזמין לא יוכל לטעון שהקבלן הפר את החוזה מאחר והוא ניסה להשיג את ההיתר, ועצם הניסיון הוא מה שהתחייב אליו מתוקף החוזה. התוצאה: ברגע שקיים חיוב בחוזה, עדיין ייתכן שהוא גם תנאי. מצב כזה תלוי בפרשנות וע"מ לקבוע כי זה המצב יש להבין שמדובר בחיוב השתדלות.

מטרות חוזה על תנאי, חלוקת סיכונים:

חוזה על-תנאי הוא כלי לחלוקת סיכונים בין הצדדים. ברגע שנקבע שהשגת ההיתר היא חיוב של הקבלן, הוא זה שנושא בסיכון. אם נקבע שמדובר בתנאי, כל צד נושא בסיכונים שלו שיתממשו במקרה בו לא יינתן היתר.

**חלק רביעי – יציאה מהחוזה, סעדים:**

**כללי: קיום החוזה ופקיעת חיובים, הפרת חוזה, תרופות בגין הפרה**

קיום החוזה ופקיעת חיובים: הדרך הטבעית של יציאה מהחוזה היא כאשר הוא מקוים כראוי עד תום. במצב כזה החיובים פוקעים באופן רגיל מעצם קיום החוזה, החוזה צלח.

הפרת חוזה: אדם נחשב מפר כאשר לא קיים את החיובים שלו עפ"י החוזה. יש שני סוגי חיובים:

* חיובי תוצאה: לא נמדד מאמץ או השתדלות. עצם החיוב הוא הגעה לתוצאה המוסכמת (חריג לכך, דיני סיכול). משמע, ההפרה יכולה להיות גם כששני הצדדים פעלו בהתנהגות סבירה וראויה, אך לא עמדו בחיוב. דרישה מחמירה, צריך לבצע את התוצאה.
* חיובי השתדלות: סטנדרט ההתנהגות הנדרש הוא מאמץ סביר, השתדלות. הרמה הנדרשת היא איכות בינונית ולא עוסקים בשאלה האם הושגה התוצאה או לא. צריך להוכיח שלא התרשל ונהג בסבירות.

מועד קיום החיובים: סעיפים 41-43

אלתר נ' אלעני: חוזה בין קבלן לבעלי חנות, בעלי החנות מתחייבים לשלם על בניית החנות החדשה מכספי מכירת החנות הישנה. לאחר עיכוב בבנייה טוענים לא משלמים וטוענים כי מדובר בחיובים שלובים. ביהמ"ש דוחה טענה זו, **ושמגר** מגדיר שלושה סוגי חיובים: מותנה, שלוב ועצמאי.

* במקרה דנן **שמגר** קובע כי מדובר בחיוב עצמאי גם אם הצד השני מתעכב בחיוב, אין זה אומר שהצד הראשון יכול להפר את החיוב שלו או לדחות אותו.
* חיוב מותנה: מצב בו חיוב אחד תלוי בשני, יש סדר שהחיובים צריכים להתקיים.
* חיובים שלובים: חיובים שצריכים להתקיים בו זמנית. החיובים שלובים אחד בשני, ובמקרה בו אחד הצדדים לא מתכוון לקיים את חיובו במועד הצד השני פטור מקיום החיוב עד שיעשה כך. העיסוק הוא סביב הנכונות לקיים את החיוב – לא דווקא קיומו בפועל. יוצאים מנקודת הנחה כי בעולם האמיתי חיובים לרוב לא יתבצעו באותה השנייה בדיוק.

כשעוסקים בחיובים, נשאלת השאלה על חיובים מקבילים – חיובים המקבילים בזמן. האם חזקה עליהם שהם שלובים או עצמאיים?

* **דורנר**: (ארבוס נ' רובינשטיין) חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם מקבילים, כיוון שניתן להסיק מהקביעה לאותו מועד כי מדובר **בחיובים שלובים**.
* **שמגר**: (מימון נ' נאור) חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד **שהם עצמאיים**. גם אם נקבעו לאותו מועד צריך להראות שהיה משהו מיוחד ושהם קשורים אחד לשני, אם לא הוכח אחרת, ברירת המחדל היא שהחיובים עצמאיים. דורנר ושמגר מסכימים כי יש לבחון כל מקרה לגופו.

הפרה צפויה: (סעיף 17): כשניתן לדעת בוודאות שהחוזה יופר אין צורך לחכות להפרה בפועל, ניתן לקבל תרופות גם לפני.

תרופות בגין הפרה: בניתוח קייס צריך להבין האם הנפגע זכאי לתרופה:

1. חוזה תקף – להראות שנכרת חוזה ולא בטל בשל פגם בכריתה.
2. הפרה – להראות הפרה של הצד השני, נכנסים לפרשנות – מה החיובים שנקבעו בחוזה והאם הופרו.

לאילו תרופות זכאי הנפגע?

* אכיפה – סעד האכיפה הוא ברירת המחדל בדין הישראלי (מתוך העיקרון "הבטחות יש לקיים"). גם במידה ולא נותנים אכיפה, אין זה אומר שלא נכרת חוזה או שלא זכאי לתרופה כלל, אלא שייתכנו תרופות מתאימות יותר בהתאם לנסיבות.
* השבה – השבה היא בכל מקרה לגופו, להחזיר את הנפגע למצב בו היה טרם החוזה.
* פיצויים – את כמות הפיצוי יקבע ביהמ"ש בכל מקרה לגופו.

פס"ד אדרס: חברה ישראלית מול חברה גרמנית. החברה הגרמנית התחייבה למכור לחברה הישראלית כמות מסוימת של ברזל. בפועל, החברה הגרמנית הפרה את החוזה ומכרה חלק מהברזל לצד ג' תמורת רווח גדול יותר. במקרה דנן אכיפה אינה אפשרית – הרי הברזל כבר נמכר. הסעד האפשרי הוא פיצויים, אך כיוון שהחברה הישראלית לא הצליחה להוכיח נזק שנגרם כתוצאה מההפרה, פיצוי אינו רלוונטי. ביהמ"ש קובע סעד חריג שמקורו אינו בדיני החוזים אלא **בעשיית עושר ולא במשפט**: **שלילת רווח**. במקרה כזה על המפר להעביר את הרווח שהפיק כתוצאה מההפרה לצד הנפגע. מדובר בהלכה חריגה אשר שנויה במחלוקת לגבי ההוגנות שלה. שם דגש על עיקרון "הבטחות צריך לקיים".

* סעד שלילי: נועד להעמיד את הנפגע במקום בו היה לולא התקשר בחוזה (פיצויי הסתמכות, השבה).
* סעד חיובי: נועד להעמיד את הנפגע במקום בו היה לולא ההפרה, משמע, במקום בו היה אם היה מקוים החוזה (אכיפה, פיצויי ציפייה).

חשוב לזכור שניתן להסתכל על הסעדים מארבעה כיוונים אפשריים: סעד שלילי ממבט הנפגע, סעד שלילי ממבט המפר, סעד חיובי ממבט הנפגע וסעד חיובי ממבט המפר. התוצאות יהיו שונות בכל אחד מהמקרים.

דוגמא להבהרה: המוכר התחייב למכור לי את הדירה. לבסוף הפר ומכר לצד ג'. המחיר בחוזה המקורי הוא 10, הסתמכות הקונה – 5, השווי לקונה – 20, רווחי ההפרה (מחיר המכירה לצד ג'+ מחיר המכירה בחוזה המקורי) – 35.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **תרופה שלילית** | **תרופה חיובית** |
| **נפגע** | הסתמכות – 15 | ציפייה – 20 |
| **מפר** | השבה – 10 | שלילת רווח – 25 |

**אכיפה (סעיף 3)**

דין רצוי ודין מצוי:

* גישה קונטיננטלית (הבטחות יש לקיים): זו הגישה הרווחת בדין הישראלי, אכיפה היא ברירת המחדל כתרופה להפרה, אך קיימים סייגים לכך.
* גישת המשפט המקובל: גישה זו עוסקת בנזק – אכיפה תינתן רק במקום בו פיצויים אינם מספיקים.
* אכיפה מול פיצויים: **אכיפה יוצרת וודאות** – הצדדים יודעים מה יקבלו, ואילו סכום הפיצוי הוא בהתאם להחלטת ביהמ"ש. לרוב, לנפגע יש אפשרות לבחור בין התרופות. אופי הגישות הוא מה שישפיע על מידת הקלות או הקושי לקבל את הסעד הרצוי.

הפרה יעילה: מצב בו לאחד הצדדים משתלם יותר להפר את החוזה ולשלם פיצויים. במדינה בה שיטת המשפט הנפוצה דוגלת באכיפה, הצד המפר לוקח על עצמו סיכון גדול יותר, ייתכן ולא יהיה לו משתלם להפר כי בכל מקרה תיקבע אכיפה. לעומת זאת, כשמדובר במדינה המצדדת בגישת משפט של פיצויים, הסיכון הוא קטן יותר – מסתכלים על השיקול הכלכלי של החוזה.

**סעיף 3** לחוה"ח תרופות מגדיר שהנפגע זכאי לאכיפה במידה של הפרה, למעט במקרים הבאים:

1. החוזה אינו בר ביצוע: לסרסון – לא ניתן לפרק את הבניין כדי לבנות מגדל ביטחון, אדרס – הברזל כבר נמכר לצד ג'.
2. מדובר בעבודה אישית או שירות אישי (אין לכפות שירות מסוג זה): כשנדרש שימוש בכישוריו האישיים של החייב. נפוץ בעיקר בדיני עבודה כאשר מעביד מבקש לאכוף חוזה עבודה של עובד לא יאכפו זאת כי נופל תחת שירות אישי. על אותו משקל, הדבר יהיה גם להפך כשמדובר בפיטורין, הסעד הנפוץ הוא פיצויי פיטורין.
3. אכיפה שדורשת פיקוח לא סביר: מתעורר בעיקר בחוזי קבלנות אשר דורשים פיקוח רב. בעוניסון למרות שעסקו בחוזה קבלנות, נקבע כי יש לאכוף את החוזה כיוון שהעבודה הייתה מפורטת, פיצויים אינם מספיקים, והקרקע עליה צריכה העבודה להתבצע שייכת לנפגע. כאן למרות מידת הפיקוח הוחלט לאכוף.

מנגד, בחייא נ' מרקוביץ' נקבע כי ככל שהחוזה מורכב יותר, הביצוע ארוך יותר, ומצריך שיתוף פעולה רב בין הצדדים – לא נאכוף את החוזה.

1. סייג הצדק: אכיפה תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין. לביהמ"ש יש שיקול דעת בבחירה בין אכיפה לפיצויים במקום בו הנזק של המפר כתוצאה מאכיפה יהיה גבוה מהנזק לנפגע מאי האכיפה.

אזימוב: (המוכרים מפרים את החוזה מסיבות רגשיות – לא רוצים לעזוב את הדירה שבנם שנפטר גדל בה). העליון קובע שלמרות שהנזק שייגרם למוכרים מאכיפה הוא גדול, יש להעניק סעד זה כיוון שהנסיבות היו ידועות למוכרים טרם החתימה על החוזה, ובשל הנזק שייגרם לקונה (צריכה לעבור לארץ מחו"ל כדי לטפל בבנה החולה).

השיקולים שיש לקחת בחשבון הם: מאזן הנזק, אי שוויון נורמטיבי (הנפגע כבר נתפס כצד "המסכן" יותר כיוון שנגרם לו נזק מההפרה, משמע, המפר יצטרך להראות נזק גדול משמעותית כדי להטות את המאזן לטובתו), תו"ל של הצדדים, ושינוי נסיבות (במצב בו הנסיבות הן מפתיעות וקרו לאחר חתימת החוזה ביהמ"ש עשוי לתת פטור מאכיפה).

אכיפה בתנאים: (סעיף 4)

במידה והנסיבות דורשות, ביהמ"ש רשאי להורות על אכיפה אך להקים לכך תנאים, גם אם לא הופיעו בחוזה המקורי.

אייזמן נ' קדמת עדן: הקונה חתם על חוזה לקניית דירה מסוימת במחיר מסוים, אך לאחר שהחברה נמכרה שונו תכניות הבנייה והדירות החדשות היו יקרות יותר. במקרה זה, אכיפה הייתה גורמת להתעשרות המזמין יתר על המידה בשל דירה טובה יותר. ואכיפה רגילה אינה אפשרית כאן – הרי לא נבנתה דירה מהסוג המקורי. ביהמ"ש מיישם "אכיפה בקירוב": המזמין ישלם את היתרה לדירה החדשה לפי אחוזים. (אם שילם 60% לפי המחיר הישן, ישלם 40% לפי המחיר החדש), ביהמ"ש יוצר בכך מצב ביניים. ההלכה: **ניתן להתנות את האכיפה בתשלום נוסף ע"מ למנוע את התעשרות הנפגע.**

**פיצויים**

הגדרה: אחד הסעדים להפרת חוזה, מדובר בפיצוי כספי. סוגיי פיצויים: פיצויי הסתמכות ופיצויי ציפייה.

כדי להוכיח זכאות לפיצויים יש להראות: 1. שקיים חוזה, 2. שהייתה הפרה ע"י הצד השני 3. ושההפרה גרמה לנזק (קש"ס), 4. צפיות. לכאורה ניתן לצפות שנראה יותר מקרים בהם אכיפה היא הסעד (זאת ברירת המחדל בחוק), אך בפועל אנו רואים מקרים רבים יותר של פיצוי כספי.

הפרה ללא נזק: ברוב המקרים, כאשר לא נגרם נזק לא יהיו פיצויים. פיצויים באים לתקן את נזקו של הנפגע.

**פיצויים לפי** **סעיף 10**:

מנוסח הסעיף ניתן לראות את הדרישות שיש להוכיח: קיום חוזה והפרתו ע"י אחד הצדדים, קש"ס בין ההפרה לנזק שנגרם לנפגע, וצפיות (בכוח או בפועל) – הוכחת יסוד סובייקטיבי או אובייקטיבי, מספיק רק אחד מהם.

נזק ישיר מול נזק עקיף:

* נזק ישיר: תוצאה ישירה של הפרת החוזה. לרוב מדובר בעליית/ירידת ערך הנכס.
* נזק עקיף: נזקים נסיבתיים שקשורים לתנאים נוספים שהיו מתקיימים לו מולא החוזה, ראיות לרווחים עתידיים. למשל, אם חוזה מכר הדירה היה מתקיים, הייתי משכיר את הדירה לאחר.

בשני המקרים נטל הוכחת הנזק הוא על הנפגע, וסוגיית הזמן היא משמעותית: מודדים את ערך הנכס בזמן ההפרה.

תיחום הנזק מול שיעור הפיצוי: תיחום הנזק הוא הגדרת ראשי נזק, ושיעור הפיצוי הוא הגדרת הסכום על כל ראש נזק. על הנפגע להראות קיום נזק ואת שיעורו.

סעד חיובי מול שלילי: **מלשון הסעיף מבינים כי מדובר על סעד חיובי** – רוצים להביא את הנפגע למצב בו היה **לולא ההפרה**.

קביעת שיעור הפיצוי: משווים את מצבו של הנפגע לאחר ההפרה למצבו לולא ההפרה. שמחון נ' בכר: עסקה עם קבלן לקבלת שתי דירות. הקבלן מפר את החוזה ושמחון מבקשים פיצויים בגין נזק ישיר – רווח מהדירות שנמנע מהם בשל ההפרה. על נפגע להראות או שהעסקה הייתה גרועה לצד השני משמעותית (חוזה בתנאים עדיפים) ולכן נגרם לו נזק מההפרה או שהייתה עליית ערך. שימחון טוענים לחוזה בתנאים עדיפים (בקירוב), וביהמ"ש פוסק להם פיצויים בשל ההפרש בין שווי הדירות בזמן ההפרה לבין שווי הדירות בחוזה הקבלן. בנוסף, מבקשים פיצוי על נזק עקיף – טוענים שהיו משכירים את הדירות אך ביהמ"ש קובע כי אין אינדיקציה לכך שזו הייתה כוונתם. **לביהמ"ש קשה להתמודד עם נזקים עקיפים,** קשה להוכיח ולהעריך את השווי.

* חוזה בתנאים עדיפים: כשהעסקה מצוינת (בצורה כמעט בלתי הגיונית) לצד אחד אך גרועה מאוד לצד השני ולכן הוא רוצה להשתחרר מהחוזה או מפר אותו.

אלוניאל: (מקדונלדס). הוויכוח בין הקניון לאלוניאל הוא על בסיס הכשרות, בתחילה הסכימו כי לא תהיה תעודת כשרות אך תהיה הקפדה על כללי הכשרות, אך לבסוף המשכירה הפרה את החוזה. ביהמ"ש קובע פיצויים בסך 600 אלף ₪ לעומת 10 מיליון שביקשו אלוניאל. **השיח הוא בנזק עקיף** – הראו רווח עתידי ביחס לסניפים אחרים. עם זאת, לא הראו נזק ישיר, לא ניתן להראות שדווקא עסקה זו היא הרווחית ביותר עבור הנפגע (אי הכשרות בעייתית לאוכלוסייה בירושלים, מול הקניון נבנה קניון נוסף, מצב בטחוני בעייתי). אלוניאל מעוניין בפיצויים ולא באכיפה – דבר שמראה על כך שהעסקה לא באמת טובה מבחינתם. בנוסף, נמנעים מהקטנת הנזק ולא מראים שמדובר בחוזה בתנאים עדיפים.

* נקודה משמעותית מפס"ד זה היא שהוא תמונת המראה לפס"ד שמחון – בשמחון התקבל פיצוי ישיר אך לא התקבל פיצוי עקיף בנימוק בעייתי. באלוניאל לא הראו הצדקה לפיצוי ישיר אבל כן התקבל פיצוי עקיף. חוסר הנוחות מפס"ד אלוניאל נובע מכך שלא הראו שהעסקה הזו טובה במיוחד.
* סיכום:
	+ - * 1. על הנפגע להראות שהחוזה טוב במיוחד (חוזה בתנאים עדיפים). כמו כן, ניתן להראות עליית ערך.
				2. בשביל להוכיח נזק עקיף על הנפגע להראות שהיה יכול להפיק רווח לולא ההפרה.
				3. במקרים בהם לא ניתן להוכיח נזק ישיר, לא ברור אם מגיע פיצוי עקיף.

נטל הקטנת הנזק: סעיף 14

המפר לא יהיה חייב בפיצויים בעד נזק שהנפגע היה יכול להקטין באמצעים סבירים (אם הוציא הוצאות במסגרת אותם אמצעים, המפר ישפה אותו עליהן). שאלת שינוי דין: נזק שהיה ניתן להקטין הוא לא נזק שנוצר מההפרה ולכן סעיף 14 לא משנה רבות את סעיף 10. כאן עולה סוגיית הזמן, הנזק מההפרה הוא למשל, עד שאקנה נכס חדש.

פיצוי בעד נזק לא ממוני: סעיף 13

השלבים להוכחת נזק לא ממוני הם: חוזה, הפרה, נפגע, נזק שאינו נזק ממון, קשר סיבתי, צפיות, פיצוי לשיקול דעת ביהמ"ש. לפי סעיף 13, ביהמ"ש יכול לפסוק פיצויים גם בעבור נזק שאינו כספי ולהחליט מה שיעורם.

סעד שלילי מול סעד חיובי: מלון צוקים: יזמים שכרתו חוזה עם העירייה להקמת מלון, ראש העיר מתחלף ומפר את החוזה. **נשאלת השאלה האם ניתן לקבל פיצויי הסתמכות (סעד שלילי) דרך סעיף 10**? היזמים לא מצליחים להראות את הנזק (הרווח הצפוי מהמלון), ולכן מבקשים פיצויי הסתמכות בגין הוצאותיהם. **מלץ** קובע **שבמקום בו לא ניתן להוכיח פיצויי ציפייה ניתן פיצויי הסתמכות**. הוא מתבסס על ההנחה כי אנשים לא נכנסים לחוזי הפסד ולכן פיצויי ההסתמכות בכל מקרה יהיו נמוכים מפיצויי הציפייה. מכאן, לא ייגרם פיצויי יתר (זו ההלכה). המחלוקת בפסיקה היא במצב בו ידוע כי פיצויי הציפייה נמוכים מפיצויי ההסתמכות – **חשין** אומר כי גם במצב כזה ניתן לפסוק פיצויי הסתמכות, אין הלכה מוחלטת.

**פיצויים לפי סעיף 11**: פיצויים ללא הוכחת נזק

הסעיף מחולק לשניים: (א) עוסק בנכס או שירות, ו(ב) עוסק בסכום כסף. הקביעה כי הסעיף עוסק בפיצויים ללא הוכחת נזק אינה מדויקת, **בפועל מדובר בנזק ישיר בלבד**: ההבדל בין הערך של הנכס/שירות/כסף בין ההפרה לבין השווי. לפי הסעיף, במידה והופר חיוב למסור דבר מה לפי חוזה, והחוזה בוטל עקב ההפרה, הנפגע זכאי ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש בין התמורה בחוזה לבין שווי הנכס ביום הביטול.

קבלת פיצויים דרך סעיף 11 תיעשה בשלבים הבאים: 1. הפרת החוזה, 2. ביטול החוזה, 3. ההפרש בין השווי בחוזה לשווי ביום הביטול (נזק ישיר, עליית מחיר או אינפלציה), אין דרישה לקש"ס, אין דרישה להקטנת הנזק.

תביעת פיצויים לפי סעיף 11 תהיה בעלת יתרון במקרים בהם ערך הנכס עלה ואז ירד או במצב בו ניתן היה להקטין את הנזק.

פיצויים מוסכמים: סעיף 15

מקום בו הצדדים הסכימו מראש על פיצויים במקרה של הפרה, הפיצויים יהיו כמוסכם אלא אם יש יחס בלתי סביר בין הפיצוי לבין הנזק שהיה צפוי. הנפגע יכול לתבוע פיצויים בנוסף לפיצוי המוסכם.

שאלת שינוי דין: לכאורה אין חידוש בין סעיף 24 לחוק החוזים שקובע כי הצדדים יכולים להכניס לחוזה הכל כרצונם, לסעיף 15 לחוה"ח תרופות, הלוא הוא פיצויים מוסכמים. בפועל, סעיף 24 מתייחס באמירתו לחוק החוזים חלק כללי (ומראה שניתן להכניס סעיפים דיספוזיטיביים לחוזה) ואילו 15(א) מראה שאפשר לעשות שימוש בדין דיספוזיטיבי בחוק החוזים תרופות – הצדדים יכולים להכניס אילו תרופות שיבחרו (חשוב לזכור שביהמ"ש יכול בכל מקרה לשנות במידת הצורך כדי להגן על הצדק).

חש"ל נ' פרידמן: בפס"ד נקבע כי הפיצוי המוסכם אינו סביר, נקבעה ריבית גבוהה בהרבה מהריבית המצויה בשוק. לטענת המאחר בתשלום, שמדובר בטעות סופר (10% ריבית בשנה ולא בחודש), הוחזר הדיון למחוזי. בעליון נאמר כי אם יתברר שלא מדובר בטעות סופר הריבית תיקבע ל35% בהתאם לשוק. ההלכה שנקבעת היא **שאין זה משנה אם הנזק שנגרם בפועל קטן ביחס לריבית – כל עוד הריבית ביחס סביר לנזק שסביר היה לצפות**. מצמצם את יכולת ביהמ"ש להפחית את הפיצוי המוסכם.

אהרון נ' פרץ: חוזה בין קבלן למזמין, נקבעה תניה של פיצוי גבוה במקרה של איחור. הבעיה – התניה הייתה גורפת לגבי כל איחור (אין הבדל בין יום לחצי שנה). בפועל האיחור היה גבוה וגרר נזק גבוה, דבר שהפך את הפיצוי למוצדק. **ביהמ"ש קבע שלמרות שהתניה גורפת, במקרה בו הפיצוי עומד ביחס סביר לנזק שהיה סביר לצפות בזמן הכריתה כתוצאה של ההפרה הקונקרטית שאירעה בפועל, אין להפחית את הפיצוי**.

התניה על תרופת האכיפה: אכיפה היא הסטנדרט. אין מניעה לדרוש אכיפה בנוסף לפיצוי המוסכם אלא אם נאמר מפורשות בחוזה.

**ביטול והשבה**

**ביטול**:

התרופה ההפוכה מאכיפה. בעקבות ביטול מגיעה השבה הדדית. מה שמיוחד בביטול, כאן גם הנפגע מעוניין להשתחרר מהחוזה, לא רק המפר.

הפרה יסודית מול הפרה שאינה יסודית:

סעיף 6: הפרה יסודית היא הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו היה צופה את ההפרה ותוצאותיה. או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שהיא יסודית.

הפרה יסודית נותנת זכות ביטול מלאה, לעומת הפרה שאינה יסודית שמעניקה זכות ביטול מוגבלת. קיימים שני סוגים של הפרות יסודיות:

* הפרה יסודית מוסכמת (במפורש): הפרה שהצדדים קבעו בחוזה שהיא יסודית. תניה גורפת לגבי הפרות יסודיות לא תחול אלא במקרים בהם אכן יש נזק גדול מכל הפרה.
* הפרה יסודית מסתברת (מכללא): הפרה שביהמ"ש יניח שהיא יסודית כי אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה לו היה צופה את ההפרה ותוצאותיה.

זכות ביטול:

לפי סעיף 7, הנפגע זכאי לבטל את החוזה במקרה בו ההפרה הייתה יסודית.

* כשמדובר בהפרה לא יסודית – על הנפגע לתת למפר ארכה לקיומו, אם המפר לא קיים את החוזה עד סיום הארכה, רשאי הנפגע לבטלו (אלא אם הדבר בלתי צודק בנסיבות העניין).
* אם מדובר בהפרה של חלק שלא משפיע על כלל החוזה – מבטלים את החלק שהופר, אלא אם החלק שהופר נחשב הפרה יסודית ואז ניתן לבטל את החוזה כולו.
* דגש חשוב: מדובר בזכות ביטול. לכן, ההפרה אינה מובילה כשלעצמה לביטול, אלא על הנפגע לבטל את החוזה.

הפרה יסודית מול הפרה לא יסודית (סיכום):

* 1. התוצאה של ההבחנה נוגעת להיקף זכות הביטול.
	2. אם ההפרה יסודית – קמה לנפגע זכות הביטול.
	3. אם ההפרה אינה יסודית – הנפגע זכאי לבטל את החוזה במידה ונתן למפר ארכה לביצוע החוזה, והוא לא ביצע את חיובו תוך זמן סביר (אלא אם כן הביטול אינו צודק בנסיבות העניין).

ביטול חלקי: לפי סעיף 7(ג), במידה וניתן לחלק את החוזה לחלקים ולהחיל את ההפרה על אחד מחלקיו, ניתן להתייחס לחלק זה בלבד כבטל.

דרך הביטול:

לפי סעיף 8, הביטול יהיה דרך הודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר מרגע ההפרה בהפרה יסודית, ותוך זמן סביר מסיום הארכה בהפרה שאינה יסודית. במידה ועבר זמן סביר – ביהמ"ש עלול לראות באי הביטול כמחילה על ההפרה והמשך קיום החוזה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **סוג הביטול** | **ביטול בעקבות הפרה יסודית** | **ביטול בעקבות הפרה לא יסודית** |
| **סוג ההפרה** | הפרה יסודית | הפרה לא יסודית |
| **הזכות שקמה לנפגע** | זכות ביטול לנפגע | זכות ביטול לאחר מתן ארכה, ובכפוף לשיקולי צדק |
| **דרך הביטול** | הודעה תוך זמן סביר מרגע שנודע על ההפרה | הודעה תוך זמן סביר לאחר הארכה |
| **תוצאת הביטול** | השבה הדדית | השבה הדדית |

מבחני הפסיקה:

הפרה יסודית: ביטון נ' פרץ: מקרה שרשרת, מכרו דירות בהפרש של יום אחד מהשני כדי לקנות את הדירה החדשה. **במקרה הקונקרטי הפרה של יום אחד הייתה הפרה יסודית מבחינת הנפגע**, לא יכול היה לשלם על הדירה החדשה. ההלכה היא שמדובר במבחן צפיות אובייקטיבי – שני הצדדים צריכים להיות מנקודת מבט של האדם הסביר. הפרה תהיה יסודית רק אם אדם סביר בעת ההפרה היה חושב שצד סביר לחוזה לא היה מתקשר בו לו היה יודע על תוצאותיה הסבירות של ההפרה.

דרך הביטול:

* ביטול בהתנהגות (לא מומלץ כי ההתנהגות עלולה להיחשב להפרה).
* תביעה כביטול
* הודעת ביטול במקביל להודעת הארכה
* השתהות בביטול – גוררת בעקבותיה מתן ארכה (המפר חשב שההפרה אינה יסודית ונסלחה).

מכאן, דרך הביטול הטובה ביותר היא הודעת ביטול, יוצרת וודאות ומצמצמת מקום לפרשנות.

סוגי ביטול:

* ביטול בעקבות הפרה – הדעה הרווחת היא שהביטול הוא פרוספקטיבי, בטל מרגע ההפרה והלאה.
* ביטול בעקבות פגם – בטל מלכתחילה כיוון שהחוזה פגום מרגע היווצרותו.

אין על כך הסכמה גורפת בפסיקה.

**השבה: סעיף 9**

הגדרה: סעד שלילי. השבה באה בעקבות ביטול, על הצדדים להשיב אחד לשני מה שקיבלו מהחוזה, או בהיעדר אפשרות כזו – השבת שווי.

שיעור ההשבה: כלנית השרון: הייתה הפרה וביטול. הדבר הבא צריך להיות השבה – נשאלת השאלה מה ההשבה צריכה להיות? כשמדובר בכסף הדבר פשוט, יש ריבית מתאימה שנחשבת "דמי שימוש", ואילו בנכס יש לשלם "דמי שימוש" בתצורה של שכירות למשל. **ברק**: **המטרה היא להביא את הצדדים למקום בו היו לולא נכרת החוזה, רק דרך הוספת דמי שימוש יהיה אפשר לקיים מטרה זו במלואה**. ההשבה כוללת שני רכיבים: 1. כל צד משיב את מה שקיבל, 2. להשבה יתווספו דמי שימוש מתאימים כדי למנוע התעשרות שלא כדין.

סייג הצדק להשבה: בסעיף 2 לחוק עשיית עושר נקבע שניתן להפחית את ההשבה במידה והמשיב שינה את מצבו לרעה בתום לב בהסתמך על מה שקיבל מהחוזה. גינזבורג נ' בן-יוסף: מדובר בעסקת שותפות בה השותף שילם את התשלום הראשון אך לא את השני. השותף המקורי השתמש בכסף לקניית מכונות (שלאחר זמן מה ערכן ירד משמעותית). החוזה בוטל ע"י השותף המקורי בהתנהגותו לאחר שהשותף החדש הפר את החוזה. ביהמ"ש מחיל את סייג הצדק ומחזיר את התיק למחוזי כדי לדון בהשבה מופחתת – הרי לא ניתן להחזיר את הכסף כיוון שהוצא על המכונות, וערך המכונות כשלעצמן נמוך. לכאורה ניתן להגיע לאותה התוצאה דרך פיצויים (מקזזים את הנזקים שגרמו אחד לשני בהפרה מתשלום ההשבה).

צירוף תרופות:

* סעדים סותרים: ההלכה היום היא שניתן לשלב סעדים שליליים וחיוביים כל עוד אין כפל פיצוי.
* כפל פיצוי: המטרה של דיני התרופות היא להביא את הנפגע למקום בו היה לו קוים החוזה/ לולא נכרת החוזה. כל עוד לא קיבל זאת ע"י ההשבה, ניתן לצרף גם פיצויים.

לוי נ' מבט: הקונה גר בנכס 8 שנים ולאחר שלא עלה בידו לתקן את הליקויים בנכס מבקש לבטל את החוזה לאור הפרת הקבלן. עולות בפסק הדין שתי שאלות: האם הקונה יכול לקבל גם השבה וגם פיצויים, והאם עליו לשלם דמי שימוש במסגרת ההשבה? אם החוזה היה מקוים כהלכה, לא היה הקונה צריך לשלם שכירות כלל. ביהמ"ש קובע כי יש להסתכל על דמי השימוש של הקונה כנזק נוסף של ההפרה (ולכן להגדיל את הפיצויים), ובכך הדבר מתקזז ולא משלם בפועל דמי שימוש. ניתן היה להגיע לאותה תוצאה דרך הוספת ריבית על הפיצויים של הקבלן ובכך לקזז בדרך יותר אלגנטית ונכונה את דמי השימוש.

מ"י נ' האחים אהרון: נשאלת השאלה האם ניתן לקבל **גם פיצוי מוסכם וגם פיצויים מכוח סעיף 10**. התשובה לכך היא שכל עוד אין כפל פיצוי ניתן לקבל את שני הפיצויים. משמע, במקרה בו הנזק יהיה גדול מהפיצוי המוסכם והפיצוי המוסכם לא יוכל לבדו להביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה, ניתן יהיה לקבל גם פיצויים מכוח סעיף 10.

**סיכול (סעיף 18)**

הגדרה: סיכול היא טענת הגנה של המפר.

במידה וההפרה נבעה מנסיבות שהמפר לא יכול היה ולא צריך היה לצפות בזמן כריתת החוזה, והנסיבות הפכו את קיום החוזה לבלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהסכימו עליו הצדדים – לא יהיה הנפגע זכאי לאכיפה או פיצויים בגין ההפרה.

ביהמ"ש רשאי במקרה כזה לקבוע השבה או השבת שווי גם במידה ולא בוטל החוזה, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על התחייבויות והוצאות סבירות שעשה במסגרת החוזה, כל זאת לפי הצדק.

סעיף (א) עוסק במה צריך המפר להראות במסגרת טענת הסיכול, וסעיף (ב) עוסק בתוצאה במקרה והיה סיכול. סיכול הוא חריג לאחריות החמורה שקיימת בד"כ בדיני החוזים, בהוכחת סיכול מסירים את האחריות מהמפר.

רכיבי הסיכול:

1. אירוע מסכל: נסיבות שהמפר לא יכול היה לצפות ולכן גם לא יכול היה למנוען (מלחמה למשל).
2. קש"ס בין האירוע המסכל לבין ההפרה.
3. קיום החוזה בלתי אפשרי או שונה מהותית מהמוסכם.

תוצאות הסיכול:

1. סעדים:
2. הנפגע לא זכאי לסעדים חיוביים – אינו זכאי לאכיפה או פיצויי ציפייה.
3. הנפגע יכול לקבל סעדים שליליים בהתאם לשק"ד ביהמ"ש גם ללא ביטול – שיפוי או השבה.
4. טענת הסיכול דומה לטענת הטעות – לכן בקייסים נטען את שתיהן.

אירוע מסכל:

סיכול היא דוקטרינה רחבה שיכולה לחול במקרים שונים: מלחמה, פגעי מזג אוויר, גילוי קושי בביצוע וכו'.

במובן מסוים אפשרי להחיל את מבחני הפסיקה בין טעות לטעות בכדאיות גם בסיכול:

1. **עבר מול עתיד** – יש להראות שהעובדות התגבשו בהווה ולא היו ידועות או צפויות מראש.
2. **תכונות מול שווי** – לבחון האם הנסיבות החדשות נוגעות רק לשווי או גם לתכונות הנכס.
3. **מבחן הסיכון** – האם מדובר בסיכון שהמפר לקח על עצמו במסגרת החוזה? אם קובעים כי לא מדובר בסיכון שהצדדים לקחו בחשבון ניתן יהיה להתייחס לעובדות כחדשות ולמקרה כסיכול.

השאלה המרכזית שביהמ"ש שואל את עצמו בדיון בסיכול היא האם הנסיבות במרכז טענת הסיכול היו צפויות או לא.

תפיסות הסיכול: בפסיקה ישנם שני מבחנים ולא ברור איזה מהם יכול לשמש בוודאות ע"מ לזהות סיכול:

1. **מבחן הצפיות**: בעייתי ועמום, עולה השאלה מהי רמת הצפיות הנדרשת?
2. **מבחן הסיכון**: מדובר בשאלה פרשנית של תוכן החוזה – מי מהצדדים נטל על עצמו את הסיכון? במידה ונקבע כי הנפגע נטל את הסיכון או שהסיכון לא היה צפוי כלל, ניתן יהיה לקבל את טענת הסיכול של המפר. חשוב לציין כי גם לולא הסיכול ניתן היה להגיע לאותה תוצאה דרך פרשנות או טעות.

כץ נ' נצחוני: קבלן משנה התחייב לבצע עבודה בעבור קבלן ראשי. כשפרצה מלחמת יום הכיפורים נקרא קבלן המשנה למילואים ובכך לא היה יכול לבצע את עבודתו. לאחר שסיים את המילואים העבודה לא השתלמה מבחינתו והציע לקבלן הראשי הצעה חדשה אשר נדחתה. הקבלן הראשי תבע את המשנה בפיצויים בגין הפרה.

טענת הסיכול מצד המפר היא בשני דברים: עליית מחירים בשל המלחמה (נקבע כי לא מדובר בסיכול ועליית מחירים היא דבר צפוי), והמלחמה עצמה (נשאר בצריך עיון האם מלחמה היא סיכול). טענת הסיכול לא מתקבלת, אך באופן עקיף. לבסוף לא נפסקו פיצויים ולכן לא ברור ממנו האם היה סיכול או לא. הדגש החשוב מפסק הדין הוא המגמה נגד קבלת טענת הסיכול.

רגב נ' משרד הביטחון: עסקה למכר מסכות אב"כ שהופרה נוכח מלחמת המפרץ. כאשר אחד הצדדים הוא המדינה ניתן להחיל דוקטרינת "השתחררות מהתחייבות שלטונית" שדומה במידת מה לסיכול. ביהמ"ש קבע כי המוכר הוא המפר בסיטואציה. נאמר כי אם המדינה הייתה ממשיכה בקו של טענת הסיכול יתכן והייתה מצליחה בו. האוביטר בפס"ד בדיון האם המלחמה צפויה או לא מראה את השינוי במגמה בפסיקה לטובת הכרה במקרים של סיכול. נקודה חשובה נוספת היא הקשר בין סיכול לבין תום לב: עמידה דווקנית על קיום החוזה גם במקרה של סיכול עשויה להיתפס כחוסר תום לב, הדבר מחזק את המגמה בפסיקה שמכירה יותר במקרי סיכול.

בן אבו נ' מ"י: קבלן שזכה במכרז של המדינה לבניית שכונה בגבעת זאב. בעקבות פרוץ האינתיפאדה הקבלן מתקשה למכור דירות וטוען לסיכול. פסק הדין משאיר פתח רחב לטענת הסיכול – **כאן התקבלה טענת סיכול גם כטענה אקטיבית ולא רק כטענת הגנה**. הקבלן ביקש לבטל את החוזה בשל הסיכול. מוכיח את המגמה המרחיבה בפסיקה לקבלה בטענת הסיכול.