שיעור: **מבוא לדיני חוזים – 14.10.18**

**מחלוקת חוזית – דוגמה**

1. בעת התבוננות במחלוקת חוזית, עלינו לדעת לייצג כל אחד מהצדדים. למעשה צריך לדעת להביט במקרה ולסדר את הטיעונים לכל צד בצורה שתוכל להבטיח במידה המרבית את הצלחתו של הצד אותו אנו מייצגים.
2. לעיתים המקרה יהיה כזה בו הצדדים מסכימים על מספר מאפיינים של החוזה והיחסים ביניהם, אך תהיה סוגיה אחת מהותית עליה הצדדים לא מסכימים, ועל כך הגיעו למצב של סכסוך.
3. קיימים מקרים בהם אחד הצדדים יחליט להפר את החוזה ברגע שהוא יבין שהחוזה לא מתאים לו. במקרה שכזה הצד הנפגע יכול לתבוע סעד, אבל אז עליו להוכיח הפרה וכן נזק. במידה והתקיימה הפרה אבל לא קרה נזק לצד הנפגע, ייתכן ולא יגיע לו סעד.
4. אופציה נוספת לפתרון הסכסוך הוא בקשה לאכיפה. במקרים בהם הפיצויים הכספיים אינם מספיקים, הצד הנפגע יכול לבקש כי ביהמ"ש יאכוף את החוזה ובכך הוא יקבל את מה שנגזל ממנו.

**מושגי יסוד**

1. **הלכה** – כלל משפטי שנקבע בפסק הדין.
2. **תקדים** – פסק דין שמחייב ערכאות אחרות.
3. **דוקטרינה** – רכיב בניתוח קייס, כגון גמירת דעת, הצעה וקיבול, טעות, הטעיה וכדו'.
4. **מושג שסתום** – חלק גמיש בכלל משפטי שנותן לביהמ"ש מרחב להחליט כיצד להשתמש בו.
5. **חוזה**
	1. הסכם מחייב משפטית. מכאן שקיימים הסכמים שאינם מחייבים משפטית (כמו הסכם שבכבוד) וכן חיובים שאינם נובעים מהסכם (כמו חוקים).
	2. לטובת הסכם מחייב משפטית יש צורך במפגש רצונות בין שני צדדים לפחות. ההסכם מחייב את הצדדים לאותו ההסכם.
	3. מכוח ההסכם לשנות את המצב המשפטי של הצדדים המסכימים לו. לעיתים דיני החוזים יעסקו בהתחייבויות עתידיות להם מסכימים הצדדים, שברגע שיתבצעו והמצב המשפטי ישתנה, תפקידם (של דיני החוזים) יסתיים. מטרת החוזה במקרים אלו הוא שהצדדים ידעו להסתמך על פעולה עתידית שתקרה (כגון תשלום של צד א' לצד ב') כדי לבצע פעולות נוספות בחייהם (כגון הוצאה של צד ב' המסתמכת על קבלת הכסף).
6. **זכות חוזית**
	1. גברא מול חפצא
		1. זכות גברא (In Personam) היא זכות מול מישהו אחר, בעוד זכות חפצא (In Rem) היא זכות מול שאר העולם.
		2. לדוגמה – לאדם זכות חפצא לגופו שלו. במידה ומישהו יפגע בגוף שלו, לאדם זה זכות גברא לתבוע מהפוגע פיצויים.
	2. זכות ראשונית מול זכות משנית (תרופתית)
		1. לאדם זכות חפצא לדירה שלו. במידה ורוצה למכור את הדירה שלו והוא מסכים למכור אותה לצד ב', לאדם זה זכות גברא ראשונית לתשלום מצד ב', בעוד לצד ב' זכות גברא ראשונית לדירה.
		2. במידה וצד ב' מקבל את הדירה ולא מספק את התשלום, החוזה ביניהם הופר ולכן לאדם זכות גברא תרופתית לתשלום והוא רשאי לתבוע את צד ב'.
7. **תפקידם של החוזים**
	1. לאפשר התחייבויות עתידיות, קיום של השוק, הסתמכות על פעולות עתידיות שיקרו, וכן לאפשר לאנשים לקבוע הסדרים משפטיים חדשים בינם לבין עצמם.
	2. החוזים נותנים לאלו המסכימים להם חופש להתחייב לתנאים מסוימים, ולמעשה חופש לכבול את עצמם. מטרת כבילה זו היא לאפשר לאחרים לסמוך על זה שכובל עצמו, מאחר והם יודעים שהוא מחויב עפ"י חוק להתנהל בצורה לה התחייב.

**דיני חוזים**

1. **משימות**
	1. כללים לכריתת חוזה – באילו מצבים ניתן לכרות חוזה. מאפשר לענות על השאלה הם קיים חוזה או לא.
	2. כללים לפרשנות החוזה – איך ניתן לפרש כל חלק מהחוזה. מאפשר לענות על השאלה האם בוצעה הפרה של החוזה.
	3. תרופות להפרת החוזה – מה קורה במצב בו אחד הצדדים הפר את החוזה.
	4. מגבלות על תוכן החוזה.
2. **כלים**
	1. כללים מול סטנדרטים
		1. כלל נותן הבחנה חדה וברורה בין שתי קטגוריות – למשל, אם קיימת חתימה מדובר בחוזה ואם לא אז לא.
		2. סטנדרט הוא עמום ומשאיר מקום לשיקול דעת – למשל, אם בוצעה העסקה בתום לב מדובר בחוזה ואם לא אז לא.
	2. דין קוגנטי מול דין דיספוזיטיבי
		1. דין קוגנטי הוא דין לפיו לא ניתן לשנות את המצב המשפטי – למשל, לא ניתן לחתום על חוזה המכתיב מצב של עבדות, מאחר והדין הקוגנטי קובע שלא ניתן לבצע הסכם שכזה. הדין הקוגנטי מקבל משנה תוקף במקרה בו יש צד חלש בהסכם או במקרה בו יש השפעות שליליות ברורות על צד ג'.
		2. דין דיספוזיטיבי הוא דין שניתן להתנות עליו – למשל, סעיף המכתיב שחיוב שלא הוסכם על מועדו יחויב בתוך זמן סביר הוא דין דיספוזיטיבי, מאחר והצדדים יכולים להסכים על המועד ולשנות את הדין.
	3. דין רצוי מול דין מצוי
		1. הדין המצוי הוא הדין הקיים – חוק החוזים, הפסיקה.
		2. דין רצוי הוא מה שראוי וטוב שהדין יהיה – הדין הרצוי נובע מהמטרות של מערכת המשפט, כמו וודאות, הוגנות וכדו'.

**היסטוריה של דיני החוזים**

1. המנדט הבריטי – במנדט הבריטי המשפט הישראלי קולט את המבנה הבסיסי של דיני החוזים מתוך ההכרעות של המשפט האנגלי.
2. שנות השבעים – נלקחו חומרים קיימים, כתבו אותם בצורה מסודרת והוסיפו אלמנטים של המשפט הקונטיננטלי של אירופה, ויצרו את חוק החוזים.
3. חוק החוזים חלק כללי וחוק החוזים תרופות יהוו את מרכז הקורס.

**אידיאולוגיה בדיני החוזים**

1. המתח בתחום זה נובע מההבדל בין הגישה של שוק חופשי לבין הגישה הסוציאליסטית.
2. ברגע שבית המשפט צריך לפסוק בעניין חוזה כזה או אחר, ניתן לנקוט בגישה הקלאסית הנושקת לגישת השוק החופשי או בגישה המודרנית הנושקת לגישה הסוציאליסטית.
3. השיטות יכולות גם לעמוד זו לצד זו, ברגע בו ביהמ"ש ירצה לפסוק בגישה כזו בחלק מסוים של החוזה ובגישה השנייה בחלק אחר.
4. ניתן לאפיין את שתי הגישות בצורה הבאה:

|  |  |
| --- | --- |
| **גישה קלאסית** | **גישה מודרנית** |
| שוויון כוחות | פערי כוחות |
| חוזה מסחרי | חוזה צרכני |
| הגשמת רצון הצדדים | הגנה על החלש |
| חירות | הוגנות |
| הצדדים | בית המשפט |
| כיבוד תניות | פסילת תניות |
| היצמדות לנוסח החוזה | התחשבות בנסיבות הכריתה |
| ריסון שיפוטי | אקטיביזם שיפוטי |
| קשה להיכנס לעולם החוזים | קל להיכנס לעולם החוזים |
| קל לצאת מעולם החוזים | קשה לצאת מעולם החוזים |

שיעור: **כריתת חוזה – גמירת דעת – 18.10.18**

**גמירת דעת**

1. **הגדרה** – גמירת דעת היא הכוונה של הצדדים ליצירת יחסים משפטיים.
2. **אינדיקציות לגמירת דעת**
	1. קיים מספר רב של אינדיקציות המעידות על גמירת דעת, כמו חתימה, כתב, תחילת ביצוע (קיום ההתחייבויות לפי החוזה), התנהגות ועוד. חשוב להבין כי האינדיקציות עלולות להיות לא ברורות, ולכן לעיתים יהיה צורך לנבור במקרה כדי להבין האם הייתה גמירת דעת או לא.
	2. בכל מקרה שמגיע לבית המשפט צריך להבין מה קיים בו המעיד על כוונה של הצדדים ליצירת יחסים משפטיים.
	3. פס"ד זנדבנק
		1. מדובר בעסקת מכר. בד"כ בחוזה מכר מדובר בצד אחד שרוצה לקיים את העסקה וצד שני שרוצה להשתחרר מהעסקה. במקרה זה הצד המוכר רוצה להשתחרר מהעסקה.
		2. הקונה טוען כי החלפת המכתבים בינו לבין המוכר מעידה על גמירת דעת של המוכר לקיים את העסקה.
		3. המוכר טוען כי אין גמירת דעת מאחר ונכתב "כל הזכויות שמורות" על המכתב וכי מדובר בשלב ראשוני לעסקה.
		4. בית המשפט קבע כי האמירה "כל הזכויות שמורות" היא עמומה ואינה מהווה אינדיקציה לכך שאין גמירת דעת. בנוסף, בהסתכלות חיצונית, מדובר במסמכים שנראים כמו חוזה (הצעה וקיבול), ולכן פחות רלוונטי מה חשו המוכרים ומה תכננו.
3. **מבחן אובייקטיבי מרוכך**
	1. המבחן האובייקטיבי נוגע לסיטואציה בראיה חיצונית, המנותקת מהצדדים כשלעצמם. מבחן זה שואל האם הממצאים הרלוונטיים, במצב בו הם נוגעים לאדם סביר, מצביעים על גמירת דעת לביצוע העסקה.
	2. במקרה של מבחן אובייקטיבי מרוכך, כשרוצים לבדוק גמירת דעת של צד א', יש להציב את האדם הסביר בתור צד ב' ולהבין האם הוא היה חושב שלצד א' יש גמירת דעת.
	3. פס"ד פרץ נ' בוחבוט
		1. הצדדים שנכתבו בחוזה הם פרץ בתור הקונה ובוחבוט האב בתור המוכר. מכאן ששאלת גמירת הדעת נוגעת לבוחבוט האב.
		2. במקרה זה המבחן האובייקטיבי מופנה כלפי פרץ בתור הקונה. אדם סביר במקומו של הקונה, שחותם על חוזה עם אדם שידוע לו שאינו יודע קרוא וכתוב, לא סביר שיחשוב שלמוכר יש גמירת דעת. ביהמ"ש קבע מתוך כך שהקונה ידע שאין למוכר גמירת דעת.
	4. פס"ד בראשי נ' בראשי
		1. מדובר בחוזה מתנה. להבדיל מירושה / צוואה, שתוקפה נכנס כשהאדם הולך לעולמו, בחוזה מתנה אדם מעוניין להעניק את רכושו בעודו בחיים.
		2. נשאלה השאלה האם הייתה לזלמן בראשי גמירת דעת בעת חתימתו על חוזה המתנה.
		3. התשובה טמונה בהסתכלות על החוזה דרך נקודת המבט של מקבלי המתנה – האם היו חושבים שלנותן המתנה יש גמירת דעת ליצירת חוזה המתנה.

**מקרים מיוחדים**

1. **גבולות דיני החוזים**
	1. קיימים מקרים בהם השאלה היא לא האם הצדדים תכננו להיכנס ליחסים משפטיים, אלא האם המקרה נכלל בגבולות של דיני החוזים.
	2. מקרים אלו לעיתים נוגעים להסכמים שאינם מחייבים משפטית, ושלא יועדו להיות מחייבים משפטית. מדובר בהסכמים שבכבוד, הסכמים משפחתיים, הסכמים הנוגעים ללימודים, הסכמים הנחשבים אישיים וכדו'.
	3. לדוגמה – אב שמתחייב להגיע למשחק כדורגל של בנו. מדובר בהסכמה שהתרחשה ושהכוונה קיימת בה, אך היא אינה מחייבת משפטית.
2. **אי-הבנה**
	1. במקרה בו כל צד התכוון לדבר אחר, יש להסתכל על המקרה ולחפש את האינדיקציה לגמירת הדעת.
	2. ביהמ"ש יסתכל בצורה חיצונית ויקבע מה האדם הסביר היה מבין מהתקשורת בין הצדדים.
	3. זאת בשונה מטעות, בה אפשר להבין מהחוזה מה סוכם אבל אחד הצדדים טעה בכך שהסכים לחוזה (הסתכלות סובייקטיבית).
3. **טענת האפסות**
	1. במקרים נדירים, בהם יש אינדיקציה ברורה לגמירת דעת והמקרה עובר את מבחן האובייקטיביות, אבל אין בחירה חופשית (שלילה מוחלטת של הרצון) של אחד הצדדים, ניתן לקבוע כי לא הייתה גמירת דעת.
	2. למעשה מדובר בנקודת מבט סובייקטיבית על החוזה, מאחר ומסתכלים על המקרה מעיניו ומצבו הספציפיים של אחד הצדדים.
	3. טענה זו נטענה בעבר, וצוין כי יש להחיל אותה על מקרים חריגים בלבד. עם זאת, לא הוגדר בפסיקה מה מאפיין מקרים אלו ומתי אכן ניתן לטעון אפסות, ולכן התפיסה הרווחת היום היא כי טענת האפסות אינה מהווה הלכה במשפט בישראל.

שיעור: **כריתת חוזה – מסוימות ודרישת הכתב – 25.10.18**

**מסוימות**

1. **התפתחות מונח המסוימות**
	1. רשימת עציוני
		1. בפס"ד קפולסקי השופט עציוני מפרט רשימת פרטים לפיהם ניתן לדעת האם יש מסוימות. רשימה זו מכונה כיום "רשימת עציוני":
			1. שמות הצדדים.
			2. מהות הנכס.
			3. מהות העסקה.
			4. מחיר.
			5. מועדי תשלום.
			6. הוצאות ומסים.
		2. במידה ואחד הפרטים חסר אין מסוימות ולכן אין חוזה. עם זאת, הלכה זו היא הלכה ישנה שאינה תקפה כיום.
		3. בעיה שעולה מרשימה זו היא שהיא עלולה להפתיע את אחד הצדדים, מאחר וזו לא רשימה מוכרת. אדם עשוי לכרות חוזה ולא לציין את אחד הפרטים, ואז הצד השני יכול לברוח מהתחייבותו.
		4. *כלל חד - יתרונות*
			1. רשימה זו מהווה כלל חד, המגביל את שיקול הדעת של השופט. עם זאת, יש לזה מחיר, מאחר ולא תמיד טוב להגביל את שיקול הדעת בשפיטה.
			2. אחידות – במקרים דומים תהיינה תוצאות דומות.
			3. ודאות לצדדים.
			4. זירוז תהליכים וחיסכון בעלויות למערכת.
		5. *כלל חד – חסרונות*
			1. לא תמיד מביא לתוצאה צודקת במקרה הספציפי.
			2. כלל חד מהווה פתח למניפולציה. תמיד יהיה מישהו שינצל אותו לטובתו, וכשלביהמ"ש שיקול דעת הוא יוכל למנוע מצבים כאלו ברגע שיבין כי זה המצב.
	2. גרעין מסוימות
		1. בפס"ד רבינאי חל שינוי שהביא למסוימות כפי שמכירים אותה קיום. בפס"ד המוכר רצה להשתחרר מהמכירה והקונה רצה לאכוף את החוזה.
		2. ברק מיישם את נוסחת הקשר בין זיכרון הדברים לחוזה. הוא פוסק כי גם אם חסר פרט בזיכרון הדברים זה לא פוסל אותו, מאחר וניתן להשלים פרטים.
		3. ברק קובע כי הסכם זקוק למשהו מינימאלי (גרעין) ע"מ להוות חוזה.
	3. פרטים שידונו בעתיד
		1. בפסקי דין זוננשטיין וגבסו השופטת בן-פורת קובעת כי אם הצדדים סיכמו שידונו בפרט מסוים בעתיד – אין מסוימות ואין חוזה.
		2. כיום ניכר (כמו בפס"ד דור אנרגיה) כי קיימים מקרים בהם ביהמ"ש פוסק לגבי פרטים מסוג זה שניתן להשלימם בעתיד. זאת כתלות בשאלה האם הם פרטים מהותיים (שנויים במחלוקת) או לא.
		3. עד היום עניין זה שנוי במחלוקת ויש פסקי דין הנוטים לכל אחד מהטיעונים.
		4. מקרה שיהיה בעייתי לפי הלכות אלו הוא מקרה בו היה פרט שסוכם כי ידון בעתיד, אבל אין שום ראיה כי היה שנוי במחלוקת. לפי בן-פורת במקרה זה אין חוזה, ולפי הדעה המנוגדת יש חוזה.
		5. מדובר במבחן עמום בו צריך להפעיל שיקול דעת.
2. **מסוימות וגמירת דעת**
	1. מסוימות כפופה לגמירת דעת.
	2. הדרישות תומכות אחת בשנייה. כשיש מסוימות גבוהה היא מעידה על גמירת דעת. מנגד, מסוימות נמוכה מאוד יכולה להראות כי לא בדיוק הייתה גמירת דעת.
3. **דרכי השלמה**
	1. בהנחה כי קיים פרט חסר בחוזה, ושהוא לא מהותי – קיים חוזה. עם זאת, צריך להשלים את הפרט החסר.
	2. עניין זה לעיתים מרתיע שופטים, מאחר והם צריכים לפסוק כי החוזה תקף למרות שחסרים בו פרטים, ולעיתים אף להשלים את הפרטים בפסק הדין.
	3. עולה השאלה, כיצד משלימים פרטים?
	4. נוהג
		1. נוהג בין הצדדים – אם קיים.
		2. נוהג מקובל בתחום.
	5. חוק
		1. מנגנוני השלמה הקבועים בחוק יכולים גם הם להשלים פרטים רלוונטיים בחוזה.
	6. ביצוע אופטימלי
		1. לפי עיקרון זה במקרה בו יש צד שרוצה לצאת מהחוזה וצד שרוצה לקיימו, והצד שרוצה לצאת מהחוזה טוען לחוסר מסוימות, ניתן להחליט כי הפרט החסר יקבע לטובתו הבלעדית של הצד שרוצה לצאת כדי לוודא שלא ייפגע.
		2. צורת פעולה זו לכאורה הופכת את הפרט החסר ללא מהותי, מאחר והצד שרוצה לקיים את החוזה הולך לקראת הצד השני.
	7. ההיגיון הכלכלי של העסקה
		1. בהנחה כי הפרט החסר מהותי, ביהמ"ש יכול להשלים לפי מה שנראה הגיוני לפי העסקה.
		2. עם זאת, בשלב זה מגיע אלמנט הפרשנות. ביהמ"ש צריך לקבוע פרט בחוזה שלא נקבע בין הצדדים.
	8. מנגנוני השלמה מוסכמים
		1. במקרים מסוימים, ניתן להשתמש במנגנוני השלמה מוסכמים ע"מ להשלים פרטים חסרים.
		2. דוגמה למנגנון זה הוא שמאי, שיכול לשמש להשלמת המחיר.

**דרישת הכתב**

1. בחוק קבועות שתי דרישות – רישום וכתב.
	1. כתב – חוזה כתוב בין הצדדים, התחייבות לביצוע העסקה (מתן זכות גברא).
	2. רישום – העברת בעלות בין הצדדים בפועל, ברישום המקרקעין (מתן זכות חפצא).
2. **תחולת דרישת הכתב**
	1. דרישת הכתב היא לגבי התחייבות לביצוע עסקה במקרקעין.
	2. עסקה במקרקעין = עסקאות מכר / שכירות ארוכת טווח (מעל חמש שנים).
	3. דרישה לכתב מקורה בחוק ולא בפסיקה. צריך להכיר את החקיקה כדי לדעת באילו מקרים יש דרישת כתב ובאילו אין.
3. **דרישה מהותית או ראייתית**
	1. דרישה ראייתית
		1. דרישה ראייתית משמע הוכחת הרצון לקיום העסקה (כתב המעיד על הסכמת הצדדים).
		2. במידה ומדובר בדרישה ראייתית, ניתן להסתפק בהרבה דברים שונים. זאת מאחר ולא מעט כתבים יכולים להעיד על הסכמה בין הצדדים לקיים עסקה.
	2. דרישה מהותית
		1. דרישה מהותית משמע כתב המהווה חוזה לעסקה (הסכמה בכתב בין הצדדים).
		2. במידה ומדובר בדרישה מהותית, עולה צורך המסוימות. המסמך שרוצים שימלא את דרישת הכתב המהותית צריך לפרט את פרטי העסקה בצורה מספקת ע"מ לעמוד בדרישה.
		3. גם במקרה בו ניתן להבין פרטים חסרים ממקומות אחרים, הכתב עדיין לא ממלא את דרישת הכתב מאחר והיא מהותית ועליה למלא את דרישת המסוימות.
		4. זאת מלבד במקרה בו הפרטים החסרים לא שנויים במחלוקת, ואז ניתן להשלים אותם בהתאם לנאמר לעיל.
	3. מפס"ד גרוסמן נ' בידרמן נלמד כי דרישת הכתב היא דרישה מהותית.
4. **ריכוך דרישת הכתב**
	1. כיום קיימים מקרים בהם קיים מסמך המעיד על הסכמת הצדדים והוא יכול להוות חוזה (כמו בפס"ד בוטקובסקי).
	2. מקרים כאלו מראים שתמיד אפשר לקחת רגע מסוים בהתקשרות הצדדים ולהתייחס לכתב שבוצע ברגע הזה כהסכמה בכתב, ומכאן שהכתב הזה ממלא את דרישת הכתב המהותית.
	3. חשוב להדגיש כי דרישת הכתב לא מכתיבה את צורת הכתב הנדרש. לא צוין בחוק כי על הכתב להיות חתום ולשאת את הכותרת "חוזה". כל מה שהחוק מכתיב הוא שחייב להיות משהו כתוב.

שיעור: **כריתת חוזה – הצעה וקיבול – 28.10.18**

**סעיפי החוק**

1. החוק פותח בכך שחוזה נכרת בהצעה וקיבול, אך בבחינה של שאר הסעיפים ניכר כי על ההצעה והקיבול להתבצע בגמירת דעת ולהעיד עליה.
2. **מפגש רצונות**
	1. הדבר הבסיסי שניכר מהחוק הוא שצריך שיהיו הצעה וקיבול שיצביעו על מפגש הרצונות של הצדדים.
	2. במרבית המקרים, הטכניקה של הצעה וקיבול לא רלוונטית, מאחר וההצעה והקיבול מתבצעים כדרך אגב במהלך מו"מ וניסוח חוזה.
	3. הטכניקה מקבלת משמעות במקרה של כריתה בין נעדרים, שם עולה השאלה האם ההסכמה בוצעה במקביל בין הצדדים. ברגע שיש פער זמנים או פער גיאוגרפי בין ההצעה לקיבול, צריך שתהיה דרך לקבוע האם ההצעה והקיבול מעידים על מפגש רצונותיהם של הצדדים.
	4. מכאן עולה השאלה – עד מתי ההצעה תקפה?

**פקיעת ההצעה**

1. פקיעת ההצעה אומרת שלניצע כבר אין כוח קיבול, ובכך כבר אין לו יכולת להפוך את ההצעה לחוזה מחייב ע"י קיבול ההצעה. כל פניה שהיא פחות מזה מהווה הזמנה בלבד ולא הצעה (ז"א הזמנה לנהל שיחה בנושא העסקה ולאו דווקא כוונה להגיע להסכם בו במקום).
2. **המציע חוזר בו מההצעה**
	1. מותר למציע לחזור בו מההצעה, מאחר וטרם קיים חוזה בין הצדדים. עם זאת, קיימת מגבלה על האפשרות של המציע לחזור בו מההצעה.
	2. המציע יכול לחזור בו מההצעה בהינתן שהחזרה נמסרה לניצע לפני המועד בו הניצע נתן הודעת קיבול. דוגמה לכך היא שהמציע הציע הצעה במכתב – במקרה כזה על המציע לשלוח הודעת חזרה ועל הניצע לקבל את מכתב החזרה לפני שהוא שלח בעצמו את מכתב הקיבול.
	3. מועד קבלת ההצעה מתייחס למועד בו ההצעה הגיעה לניצע או למענו (ס' 60(ב)).
3. **הניצע דוחה את ההצעה**
	1. ברגע שהניצע דוחה את הצעת המציע, ההצעה פוקעת. אין באפשרותו להגיע במועד מאוחר יותר ולקבל את ההצעה כפי שהייתה (ס' 4 (1)).
4. **עבר מועד הקיבול**
	1. במידה ונקבע מועד לקבלת ההצעה והניצע לא מקבל אותה עד אותו המועד, ההצעה פקעה.
	2. במקרה בו הניצע מקבל את ההצעה לאחר מועד זה, מדובר בהצעה חדשה. בכוחו של המציע המקורי (הניצע בהצעה החדשה) לקבל את ההצעה ולהפוך אותה למחייבת.
5. **מת המציע או הניצע או הפך אחד מהם לפסול דין**
	1. המשפט פרטי, כשאדם מת לעיתים ממשיכים תהליכים משפטיים מולו. במקרה של הצעה, כשאדם מת הצעותיו פוקעות.
	2. פסול דין הוא מצב בו אדם הגיע למצב בו לא יכול לקבל החלטות. מבחינה חוקית, אדם פסול דין צריך לעבור הליך שקובע כי אכן זה המצב ואז ממנים לו אפוטרופוס.
6. **חלוף זמן סביר**
	1. מדובר במקרה בו קיימת הצעה שלא נקבע לה מועד. במקרה כזה צריך לקבוע ע"ס הנסיבות האם הקיבול בוצע זמן סביר לאחר ההצעה.
7. **הצעה בלתי חוזרת**
	1. קיימות שתי אופציות להפיכת הצעה לבלתי חוזרת – או שיש תאריך להצעה או שהמציע מעיד כי ההצעה היא בלתי חוזרת.
	2. במקרה כזה, המציע יכול לחזור בו במידה וההצעה טרם הגיעה לניצע. ההצעה נכנסת לתוקף ברגע שהיא מגיעה לניצע, ומכאן שבמידה והחזרה מגיעה לניצע לפני ההצעה עצמה, הרי שהמציע חזר בו מההצעה.

**קיבול**

1. **הודעת קיבול**
	1. על קיבול להיות בהודעה (הצעה = פנייה / קיבול = הודעה, ס' 5). עם זאת, קיבול לא חייב להיות בהודעה ויכול גם להיות בהתנהגות.
2. **קיבול בשתיקה**
	1. המציע לא יכול לקבוע שהקיבול יהיה בשתיקה. עם זאת, קיימת האפשרות שיהיה נוהג בין הצדדים בו שתיקה מעידה על קיבול. כל עוד צד אחד לא מחליט להפסיק את הנוהג, השתיקה של הניצע תהיה קיבול.
	2. דוגמה – סחורה שנשלחת באופן קבוע בין צד א' לצד ב'. תחילה צד ב' יעדכן כי מוכן לקבל את הסחורה, אך כעבור מספר שנים יפסיק לעדכן באופן אקטיבי ורק יקבל את הסחורה. במקרה כזה שתיקתו של צד ב' מהווה הסכמה לקבל את הסחורה.
3. **הצעה מזכה** – הצעה שאין בה אלא לזכות את הניצע (ס' 7). במקרה כזה, כל עוד הניצע לא מסרב להצעה באופן אקטיבי, ההצעה נחשבת כאילו התקבלה.
4. **קיבול באיחור** – ס' 9 מכתיב שהצעה שהתקבלה לאחר שפקעה, תוקפה כהצעה חדשה.
5. **חזרה מן הקיבול**
	1. ניצע יכול לחזור בו מהקיבול רק אם הודעת הקיבול טרם הגיעה למציע (ס' 10).
	2. מגבלה זו תקפה גם לגבי מקרה בו הקיבול נודע למציע דרך התנהגות הניצע.
6. **קיבול תוך שינוי** – הניצע רשאי לקבל את הצעת המציע כמו שהיא. במידה והוא מעוניין להוסיף להצעה או לשנות אותה, הקיבול שלו הוא למעשה הצעה חדשה (ס' 11).

**הצעה לציבור**

1. עולה השאלה – האם מדובר בהצעה או הזמנה?
2. למשל, פרסום של מודעה ביד 2 היא פנייה. אם היא הזמנה, מדובר במקרה בו הציבור מוזמן לדון בביצוע עסקה. אם היא הצעה, קיבול של הצעה זו יהפוך אותה לחוזה מחייב.
3. **מודעה למכירת דירה** היא בגדר הזמנה, מאחר והכוונה היא לדון בעסקה ולהחליט האם הצדדים מעוניינים להיכנס להסכם מחייב.
4. **מוצר בחלון ראווה** – בהינתן מחיר על המוצר, מדובר בהצעה. זאת מאחר וההנחה היא שניתן לקחת את המוצר לקופה ולרכוש אותו במחיר שנכתב עליו.
5. **פרסומת** – לרוב מדובר בהצעה, מאחר והמפרסמים מעידים על גמירת דעת. עם זאת, לעיתים בפרסומות מוצג מידע ללא כיסוי (דברי רהב), ומכאן שאין העדה על גמירת דעת, אין הצעה ואין הזמנה (למשל פס"ד לאונרד נ' פפסי).
6. **מודעות פרס**
	1. לצורך העניין, "אבד כלב, למוצא הישר מובטח פרס של 100 שקלים". על פניו, מדובר בהצעה. עם זאת, מתעוררת השאלה לגבי צורת הקיבול, המובילה לשאלות מתי נכרת החוזה; עד מתי המציע יכול לחזור בו וכו'.
	2. בדוגמה הנ"ל, במקרה בו אדם ראה את המודעה והחליט לחפש את הכלב, הרי שיש כאן קיבול. אולם, מה קורה במידה והמציע החליט לחזור בו מההצעה, ולאחר מכן המקבל מצא את הכלב והחזיר אותו למציע; האם קיים כאן חוזה מחייב?
	3. ניתן לטעון כי חיפוש הכלב מהווה התנהגות המהווה קיבול של ההצעה, ולכן החוזה תקף. מנגד, ניתן לטעון כי מציאת הכלב היא ההתנהגות המעידה על קיבול, ומאחר והמציאה קרתה אחרי ביטול ההצעה, הרי שאין חוזה.
	4. טיעון המחזק את המציע הוא שניסוח ההודעה היה "למוצא הישר", ולכן הקיבול הוא במציאה.
	5. פס"ד קוזאלי נ' מ"י
		1. ביהמ"ש המחוזי קבע כי לא היה במקרה זה קיבול, מאחר והמציאה הייתה באקראי. לא הייתה גמירת דעת ולא הייתה התנהגות ממשית שהעידה על הקיבול של המוצאים.
		2. מעבר לכך, שמטרת ההצעה הייתה ליצור תמריץ מסוים, וכאן התמריץ לא היה רלוונטי מאחר ולא בוצעו מאמצים מיוחדים.
		3. לא יתכן קיבול אקראי. באין דעת לא תתכן גמירת דעת. לא הייתה בכוונת המוצאים ליצור יחסים משפטיים מחייבים עם המדינה. מכאן שאין קיבול ואין חוזה.
		4. מנגד, ניתן לטעון כי מאחר ומדובר בהצעה שנחשבת הצעה מזכה (המוצאים יקבלו כסף בתמורה למידע שהם גם כך חייבים למסור, ולכן ההצעה רק מיטיבה איתם), יש כאן חזקת קיבול. כל עוד הניצע לא סירב להצעה, הקיבול קיים.
		5. התיק נמצא בערעור בעליון.

**התחייבות חד צדדית**

1. מדובר במצב בו אדם מחליט לשנות את מצבו המשפטי, ללא כל קיבול מצד ב'.
2. כיום אין הלכה ברורה בנושא במשפט הישראלי, וכן מדובר בנושא נישתי מאוד.
3. לרוב, יחילו על נושא זה את עניין ההצעה המזכה, מאחר ויש חזקת קיבול ולאו דווקא הדבר נחשב התחייבות חד צדדית.

**מלחמת הטפסים**

1. מדובר במקרה בו יש שני צדדים מסחריים, ולכל אחד מהם טופס. במקרה של מוכר וקונה, יכול להיות שהמוכר מוסר לקונה טופס בו הוא מטיל אחריות על הקונה בנושא מסוים, וכשהסחורה מגיעה הקונה מוסר למוכר טופס בו הוא מטיל על המוכר אחריות באותו הנושא.
2. למעשה, כל טופס קובע משהו סותר באותו הנושא. במצב כזה, לרוב לא ברור כיצד לפעול.
3. אמנם, אפשר להגיד כי במצב שכזה אין חוזה מאחר ואין מפגש רצונות ואין הסכמה. אולם, ניתן גם לטעון כי קיים חוזה אך יש פרט חסר.
4. פתרון נוסף הוא להגיד שאחד הטפסים הוא הטופס התקף. במקרה כזה צריך לקבוע איזה מהטפסים מקבל חזקה לפי נסיבות המקרה.
5. עפ"י רוב סיטואציות כאלו יהיו מורכבות ויסבוב סביבן ויכוח. אין כיום פתרון חד משמעי במערכת המשפט לגבי מקרים מסוג זה.

**סיכום ביניים – מגמות בעולם החוזים**

1. **הרחבה** – יותר דברים יכולים להיחשב חוזה (כמו פס"ד בוטקובסקי) ריכוך בדרישת הכתב והמסוימות מעידה על כך. בעבר היה צריך רשימה ארוכה של פרטים, היום לא צריך.
2. **מעבר לגמירת דעת על חשבון הדרישות האחרות** – פעם היו מסתכלים על מסוימות, הצעה וקיבול, דרישת הכתב וכו'. היום מסתכלים בעיקר על גמירת הדעת וכוללים את האלמנטים האחרים בתוכה. עניין זה מוביל למעבר מדרישות פורמאליות לדרישות מהותיות והקלה בכניסה לעולם החוזים.

**דיון לדוגמה – הצעת תיקון לחוק החוזים**

1. **ההצעה** – ויתור על סעיפים 1-11 וניסוח במקומם שחוזה הוא מסמך כתוב שנוסח ע"י עו"ד ונחתם ע"י הצדדים.
2. **טיעונים בעד**
	1. ודאות – יהיה ברור לצדדים מה מהווה חוזה ומה לא.
	2. קיצור הליכים – תחת כלל כמו זה ההליכים המשפטיים יהיו יותר זריזים וברורים.
3. **טיעונים נגד**
	1. צדק במקרים חריגים – קיימים מקרים מסוימים בהם שבהם תיקון כזה ייתן ל"רמאי" לנצח, מאחר והוא יקשה את התהליך ויסייע לאנשים שהחליטו להתחייב ללא חוזה לצאת מההתחייבות. לא תמיד ברור שכלל שנראה ודאי הוא אכן ודאי ופשוט, זאת מאחר והמציאות מעלה אירועים מורכבים ומסוימים שיכולים להראות כי הכלל יכתיב לפסוק נגד הצדק.
	2. ודאות לחזקים אבל לא לחלשים – רק מי שמכיר טוב את החוק ידע להסתמך על המידע. כללים חדים יוצרים פתח לניצול הזדמנויות ע"י צדדים מתוחכמים שיודעים את הכלל מול צדדים שלא יודעים את הכלל.

שיעור: **כריתת חוזה – טעות – 1.11.18**

**פגמים ברצון**

1. דבר ראשון שעולה הוא כי הייתה הסכמה בין הצדדים להיכנס ליחסים משפטים מחייבים. אולם, בתהליך הכריתה היה פגם, שהפך את התהליך הזה לפגום.
2. פגמים אלו הם: טעות, הטעיה, כפייה ועושק. הם דומים בכך שיש חוזה, יש רצון ונכרת חוזה אבל יש פגם. מאחר ויש פגם אחד הצדדים יכול לבטל את החוזה.

**טעות**

1. **סעיף 14(א) – טעות חד צדדית**
	1. הסעיף קובע כי במידה וקיים חוזה, אבל קיימת בו טעות (פער בין ההבנה לבין המציאות), ניתן לבטלו.
	2. המילה "עקב" בסעיף מעידה על שאלה של קשר סיבתי. הקשר הסיבתי הנדרש לפי הסעיף הוא שטעות הובילה לכריתת החוזה, ולולא הטעות לא היה נכרת החוזה. כל זאת מנקודת מבטו של הצד הטועה – ומכאן שמדובר בהסתכלות סובייקטיבית.
	3. בנוסף, הסעיף דורש כי "ניתן להניח שלולא הטעות..", מכאן שמבחינה אובייקטיבית סביר להניח שהצד הטועה אכן לא היה מתקשר בחוזה. עניין זה נקרא יסודיות – הוא דורש שהטעות תהיה יסודית מבחינה אובייקטיבית.
	4. מי שטוען לביטול החוזה צריך להראות שהייתה טעות, שיש קשר סיבתי בין הטעות לבין כריתת החוזה, ושהטעות יסודית. כמו כן, צריך להוכיח כי הצד השני ידע על מקור הטעות.
2. **סעיף 14(ב) – טעות משותפת**
	1. ידיעה – בסעיף 14(א) צד ב' ידע על קיום הטעות. בסעיף 14(ב) צד ב' לא ידע על קיום הטעות.
	2. תוצאה – בסעיף 14(ב) אין לטועה זכות ביטול. ביהמ"ש רשאי להחליט לפי שק"ד האם לבטל את החוזה. אם ביהמ"ש אכן החליט לבטל את החוזה, הוא רשאי לחייב את הצד המבטל בפיצויים לטובת צד ב'.
3. **סעיף 14(ג) – קיום החוזה בתיקון**
	1. במידה והטעות ניתנת לתיקון, וצד ב' מסכים לתקן אותה, אין זכות ביטול לצד הטועה.
4. **סעיף 14(ד) – כדאיות העסקה**
	1. סעיף זה קובע כי בכל מקרה, הצד הטועה צריך להראות שהטעות שלו היא לא טעות בכדאיות העסקה בלבד.
	2. סעיף זה עמום וכללי, והפסיקה והספרות הם אלו שעזרו במהלך השנים להגדיר אותו.
	3. ספרות
		1. בספרות עולים שלושה רעיונות לגבי סעיף זה. למעשה מבחנים בעזרתם ניתן להבדיל בין טעות יסודית לטעות בכדאיות.
		2. *תכונות מול שווי* – מדובר במבחן אינטואיטיבי. מטרת המבחן להראות שהטעות נוגעת לתכונה של מושא העסקה, ולא רק לשווי שלו.
		3. *עבר מול עתיד* – לפי מבחן זה, טעות לגבי העבר אינה טעות בכדאיות. טעות בכדאיות יכולה להיות רק טעות לגבי העתיד.
		4. היתרון של שני המבחנים הראשונים הוא שהם קלים ליישום לגבי כל מקרה. עם זאת, חסרונם הוא שהם עלולים לעיתים להביא לתוצאות לא צודקות.
		5. *מבחן הסיכון*
			1. מדובר במבחן מהותי, שמטרתו לתת את התשובה הנכונה לגבי כל מקרה. עם זאת, הוא יותר מורכב וקשה ליישום.
			2. לפי המבחן, על הצד הטועה להוכיח כי הוא לא נטל על עצמו את הסיכון לטעות שהתרחשה.
	4. פס"ד שלזינגר
		1. בפס"ד זה קיים קשר סיבתי בין הטעות לבין התוצאה – אם שלזינגר היה יודע שהוא חולה הוא לא היה מבטל את הביטוח.
		2. במבחן עבר מול עתיד, יש לשלזינגר זכות ביטול. זאת מאחר ובעבר היה חולה, ולא חלה בעתיד.
		3. במבחן תכונות מול שווי, גם כן יש לשלזינגר זכות ביטול. זאת מאחר ולא ידע על מחלתו, שהיא תכונה עובדתית ולא גורם המשפיע על שווי.
		4. עם זאת, השופטת פרוקציה מכילה כאן את מבחן הסיכון, לפיו שלזינגר לקח על עצמו את הסיכון שתתגלה אצלו המחלה (שהיה בידי חברת הביטוח כל עוד הוא היה מבטוח אצלה) בכך שביטל את חוזה הביטוח. מכאן שאין לשלזינגר זכות ביטול.
	5. פס"ד בן לולו
		1. מבחן הסיכון שהוחל כאן נגע לשאלה פרשנית – מה הפרשנות הנכונה של הסכם הפשרה? ובפועל, מי נטל על עצמו את הסיכון שהתממש.
		2. השופט אור קובע כי הסכם הפשרה אומר שהנפגע מוותר על כל התביעות שלו, ובכך נוטל על עצמו את הסיכון להחמרה עתידית.
		3. עם זאת, השופט אור מציין כחריג מצב בו מצבו של הניזוק מחמיר בצורה קיצונית שלא ניתן היה לצפות, ושהוא שונה מאוד מהנזק עליו הייתה הפשרה.
		4. בסופו של דבר מטרת הפשרות לחלק את הסיכונים באופן הוגן בין הצדדים לפשרה. כל צד נוטל על עצמו סיכון בהקשר הנזק שנעשה. מכאן שבמידה והאירוע שקרה גרר נזק נוסף ולא צפוי, ניתן לטעון כי לניזוק זכות לתבוע עוד פיצויים מהמזיק.
		5. הפשרה אמורה לשקף את הפתרון המשפטי שהצדדים יגיעו אליו בסופו של דבר. זאת ע"מ לחסוך את העלויות הכרוכות בהליך המשפטי ולוודא כי הצד הניזוק מקבל את מרבית הפיצוי ולא צריך להוציא אותו על ההליך עצמו.
		6. בהסכם פשרה, הניזוק לוקח על עצמו את הסיכון שיחול בעתיד שינוי במצב המשפטי.
	6. פס"ד טלמון
		1. בפס"ד זה מופיעים חילוקי דעות לגבי שאלת כדאיות העסקה.
		2. בכל מקרה יש להבין האם הסיכונים שכל צד לקח על עצמו כלולים בהסכם שנחתם ביניהם. רק במידה והם לא כלולים בהסכם, ניתן לטעון טעות.

שיעור: **כריתת חוזה – הטעיה – 4.11.18**

**יסודות העילה**

1. **חוזה** – היסוד הראשון הוא שיש חוזה בין הצדדים.
2. **טעות** – פער בין מצב הידיעה של הטועה לבין המציאות.
3. **קשר סיבתי כפול**
	1. בסעיף 15 מופיעות המילים "עקב" ו-"תוצאת".
	2. הקשר הראשון הוא בין החוזה לבין הטעות. ז"א, ללא הטעות הטועה לא היה נכנס לחוזה.
	3. הקשר השני הוא שהמטעה הוא שגרם לטעות אצל הטועה.
4. **טעות שאינה ניתנת לתיקון**
	1. לפי סעיף 14(ג), צריך שלא ניתן יהיה לתקן את הטעות. במידה וניתן לתקנה, אין טעות.
	2. בסעיף 15 אין הנחיה לגבי טעות שכזו, אולם, סעיף 14(ג) חל רק על סעיף 14 ולא על סעיפים אחרים.
	3. חשוב להדגיש כי המצב המשפטי בנושא זה לא ברור, ואין פסיקה בנושא. אולם, בספרות יש הסוברים כי סעיף 14(ג) חל גם על 15.
5. **על ידי הצד השני**
	1. סעיפים 14(א) ו-14(ב) מציינים את המצב התודעתי של הצד השני (אם ידע על הטעות או לא).
	2. בסעיף 15 מתואר מצב בו על הצד השני לגלות מידע. אולם, לא מצוין האם על הצד השני לדעת את המידע הזה או לא.
	3. הבעיה שעולה מכך היא שייתכנו מצבים בהם יהיה מידע בעסקה שלפי ביהמ"ש על הצד השני היה לגלותו, אך מידע זה לא היה בידיו בעת ביצוע העסקה.

**ידיעת המטעה**

1. **הטעיה ביודעין** – הטעיה בזדון. המטעה יודע את המידע שיש לגלותו ולא מגלה אותו לטועה.
2. **הטעיה ברשלנות** – הצד המטעה לא ידע את המידע, אך היה עליו לדעת אותו.
3. **הטעיה בשגגה** – הצד המטעה לא ידע את המידע וגם לא היה עליו לדעת מידע זה. עמדה זו בעייתית מאחר ועדיין ניתן לטעון כי הצד השני מטעה, למרות שלכאורה לא הייתה עליו האחריות לגילוי המידע.
4. **בספרות**
	1. ג. שלו – סבורה שאפילו בשגגה ניתן לטעון הטעיה.
	2. צלטנר – סבור שהטעיה, מבחינת המצב התודעתי של המטעה, יכולה להיות רק ברשלנות או ביודעין.
	3. שמגר – סבור שהטעיה היא רק ביודעין. זו הדעה המקובלת בפסיקה עפ"י רוב.
	4. דויטש – הטעיה במחדל רק ביודעין. הטעיה במעשה אפילו בשגגה.

**הטעיה במחדל וחובת גילוי**

1. בהקשר של הטעיה, אי-גילוי נחשב להטעיה במחדל. בהטעיה אקטיבית אין צורך לדון בשאלת אי-גילוי, מאחר ומדובר במעשה ולא במחדל. במקרה בו נחסך מידע מהטועה, עולה השאלה מה היה על המטעה לגלות לו.
2. **היקף חובת הגילוי**
	1. ספקטור נ' צרפתי
		1. אפשרות אחת להטעיה בפס"ד זה היא הטעיה במחדל, מאחר והמוכר לא אמר דבר. בכך שהוא לא אמר דבר הוא גרם לקונה לטעות.
		2. עולה השאלה האם קיים קשר סיבתי בין הטעות של הקונה להתנהגות המוכר. הבדיקה הרלוונטית לקשר סיבתי היא "גורם בלעדיו אין", אך במחדל הבדיקה מתהפכת (גורם אם היה קורה אין).
		3. לעניין פס"ד זה, אם המוכר היה אומר את המידע לגבי כמות הדירות שניתן לבנות, הקונה לא היה טועה. אולם, עולה בביהמ"ש השאלה לגבי חובת הגילוי של מידע זה מצד המוכר.
		4. *השופט אשר* – טוען כי חובת הגילוי נובעת מתוך הנסיבות, בין היתר השוני בין המגרש של המוכר למגרשים דומים הסובבים אותו. למעשה קובע השופט אשר שהמוכר ידע את המידע שידע ואת משמעותו, ובאופן מודע לא חשף אותו לקונה.
		5. *השופט לנדוי* – טוען כי אין חובת גילוי מאחר והקונה היה יכול לגלות את המידע החסר בעצמו בקלות.
		6. יש לציין כי כיום ההלכה יותר קרובה לעמדתו של אשר.
		7. בעבר הכלל היה זהה לכלל במשפט האנגלי – "יזהר הקונה". כלל זה מטיל את מירב החובות על הקונה בעסקה. כיום המצב שונה ומחילים יותר ויותר חובות גילוי על המוכר.
	2. חובות גילוי עפ"י חוק
		1. כשיש חובת גילוי לפי חוק, ניתן לטעון הטעיה לפי סעיף 15.
		2. לעיתים קיימות בחוק חובות גילוי קונקרטיות שניתן להסתמך עליהן (לדוגמה, ס' 2 לחוק המכר – דירות).
	3. חובות גילוי עפ"י נוהג
		1. כשלא ברור לפי החוק מה יש לגלות, ניתן לפנות לנוהג.
		2. קיימים נוהגים שונים לגבי סוגי עסקה שונים שיכולים להכתיב את המידע שיש לגלות (מכאן שהיקף חובת הגילוי לפי נוהג לא ברור כלל).
		3. חשוב לזכור כי במקרים כאלו יש מספר נוהגים שניתן לקחת בחשבון (נוהג כללי, נוהג בעיר ספציפית, נוהג בין צדדים ספציפיים וכדו').
	4. חובות גילוי מכוח יחסי אמון
		1. כשיש יחסי אמון מיוחדים בין הצדדים, מוגברת חובת הגילוי.
		2. בד"כ זה עניין חד צדדי – ברגע שיש צד שהוא לקוח, חובות הגילוי כלפיו מוגברות. למעשה חובת האמון מקימה חובת תום לב מוגברת, ובמסגרתה גם חובות גילוי מוגברות.
	5. חובות גילוי מכוח גילוי חלקי
		1. מרגע שצד התחיל להגיד דבר מה, הוא מתקרב להטעיה אקטיבית. או אז יש על צד זה חובת גילוי.
		2. דוגמה לכך ניתן לראות בספקטור נ' צרפתי, שם המוכר ציין כל פרט אפשרי המוביל למסקנה שניתן לבנות 16 דירות על המגרש, פרט לפיסת המידע הזו שאכן ניתן לבנות מספר זה של דירות על החלקה. ברגע שהמוכר פעל כך, חלה עליו חובת גילוי מוגברת להשלים את המידע שהחל לחשוף בפני הקונה.
	6. חובות גילוי על מידע שקל להשיגו
		1. ככל שיותר קל להשיג את המידע, פוחתת חובת הגילוי. היא לא נעלמת כליל, אך היא אינה חזקה כמו במקרים האחרים.
		2. המוכר יכול להניח שהצד השני יכול להשיג את המידע הנדרש, ואין צורך שהמוכר יגלה את כל המידע הנוגע לעסקה לקונה.
	7. חובות גילוי על מידע שנדרש מאמץ להשגתו
		1. דוגמה למידע כזה היא מידע על פגם נסתר בנכס. במקרה כזה המוכר יודע את המידע והוא יודע שהקונה לא יוכל לגלות אותו.
		2. כאן יש חובה מוגברת על המוכר לגלות את המידע לקונה.
		3. במידה ולקונה יש מידע שקשה להשיג אותו (למשל מידע מקצועי על אודות הנכס וערכו העכשווי או העתידי), מדובר במצב מורכב. אם המידע הושג באמצעות השקעת מאמץ של הקונה, שהרצון הכללי הוא לעודד מאמצים אלו, לא תוטל עליו חובת גילוי. אולם, קיימים מצבים בהם המאמץ שהשקיע הקונה אינו כזה שמעוניינים לעודד אותו, וככה"נ תוטל עליו חובת גילוי.

**הטעיה בפרסום**

1. מדובר במקרה בו נאמר בפרסומת דבר מה שקרי.
2. היסוד הראשון של הטעיה הוא קיום חוזה, ולכן צריך לממש את מה שהוצע בפרסומת (למשל קניית המוצר).
3. היסוד השני הוא קיום טעות, ולכן צריך להוכיח שקניית המוצר התבצעה בהתבסס על פרט המידע השקרי.
4. היסוד האחרון הוא קשר סיבתי בין הטעות לבין כריתת החוזה. מכאן שהמפרסם יכול לטעון שלאו דווקא בגלל פרט המידע הספציפי הנידון נקנה המוצר.

**סעדים**

1. סעדים רלוונטיים לכל אורך חיי החוזה – היווצרות, מהלך ויציאה.
2. במקרה של טעות, הצד הטועה רוצה לבטל את החוזה. במידה ונפסק לטובת הטועה, עליו להודיע לצד השני תוך זמן סביר על ביטול החוזה.
3. בעקבות ביטול באה השבה הדדית – כל צד מקבל את מה שהוא נתן לצד השני מתוקף החוזה.
4. בסופו של דבר עולה השאלה לגבי כל מקרה – מה התרופה שכל צד מנסה לקבל ומדוע.

שיעור: **כריתת חוזה – כפייה – 8.11.18**

**יסודות הכפייה**

1. קיום חוזה.
2. קיום איום.
3. קשר סיבתי (סובייקטיבי) בין האיום לבין כריתת החוזה.
4. הוכחה כי האיום הגיע מהצד השני או ממי מטעמו.
5. בפסיקה קיימים שני סוגי כפייה – רגילה וכלכלית.

**סוגי איום**

1. הפסיקה עוסקת בשאלה היכן עובר הגבול בין איום לגיטימי לאיום לא לגיטימי. קיימים מקרים בהם האיום מובהק לאחד הצדדים, אך הרבה מקרים נופלים איפשהו באמצע וקשה לקבוע האם הם לגיטימיים או לא.
2. **איום לגיטימי**
	1. כריתת חוזה – לכאורה ניתן להגיד שגם הכריתה בפני עצמה היא סוג של איום (אם לא תשלם לי את הסכום הנדרש, לא אמסור לך את הנכס).
	2. אי-התקשרות – בד"כ ניתן להגיד שאיום באי-התקשרות הוא איום לגיטימי.
	3. הפעלת זכות בתו"ל (17(ב)).
3. **איום לא לגיטימי**
	1. התבססות על זכות שלא קיימת (שפיר נ' אפל).
	2. איום בפלילים לטובת כריתת חוזה.

**אפיון הכפייה**

1. אפיון הכפייה תלוי בשני גורמים – איכות הכפייה ועוצמת הכפייה.
2. **איכות הכפייה**
	1. האם האיום הוא איום לגיטימי או לא?
	2. בחינת סוג הכפייה / איום.
3. **עוצמת הכפייה**
	1. לא די בכך שהאיום לא לגיטימי, צריך גם שיהיה עוצמתי.
	2. על האיום להיות חזק ומפחיד באופן ברור.
4. חשוב לציין שהקשר הסיבתי הוא סובייקטיבי. משמע, לא נדרש מבחן האדם הסביר ומספיק שהקורבן בפני עצמו ובנסיבות העניין יכול להוכיח כי נכפה עליו.

**כפייה כלכלית**

1. קשה לקבוע לגבי איום כלכלי מתי הוא לגיטימי ומתי לא. מתוך כך במהלך השנים הייתה הססנות להכיר בתפיסה של כפייה כלכלית, אולם כיום המגמה היא שעם הזמן מכירים יותר באיומים כלכליים.
2. **פס"ד אקספומדיה**
	1. החוזה הנידון הוא החוזה לפיו הסכימה המשיבה לשלם למערער את הסכום עבור הוצאות הכשרת האתר.
	2. האיום שהציב המערער בפני המשיבה הוא סגירה של אתר היריד, שהוא איום כלכלי.
	3. המערער יטען כי מדובר במעשה חוקי, מאחר ויש לו את הקניין בקרקע ומותר לו להחליט מה נעשה בה.
	4. עוד יטען כי מאחר ומדובר באיום כלכלי, המשיבה יכולה להתייעץ ולהחליט האם להסכים לתנאיו או להגיש תביעה.
	5. טענה אחרונה יכולה להיות שהיה שינוי בנסיבות – המערער נכנס לעסקה בהתבסס על כך שיהיו רווחים מהיריד, ומאחר ולא היו רווחים יש מקום להסכם חדש.
	6. ביהמ"ש קבע שהחוזה החדש בוטל מאחר ונכרת עקב כפייה כלכלית.
	7. ההלכה
		1. ההלכה שנבעה היא שכפייה כלכלית היא איום לא לגיטימי בהינתן: 1. שהנזק הכלכלי משמעותי (בלתי הפיך) 2. שהאיום מתבצע במפתיע 3. שאין ברירה סבירה אחרת (אין אפשרות להשיג סעד משפטי רלוונטי. במקרה הזה – צו מניעה שימנע את סגירת היריד).
		2. ההיגיון מאחורי הלכה זו הוא למנוע סחטנות, ולאפשר קיום של חוזים בעתיד באופן כללי.
	8. איום מפתיע (סחטנות) – האיום הוא מפתיע בהינתן שהצד המאוים תלוי בצד המאיים. כבר יש הסתמכות של הצד המאוים על הצד השני והוא מבחינתו מאמין כי הדברים יקרו בהתאם לחוזה שלהם.
	9. איום לא רציונאלי
		1. אפיון זה הופך איום כלכלי לאיום לא לגיטימי.
		2. מדובר באיום שלא באמת מועיל כלכלית למאיים, אלא הוא רק רוצה לשבור את הכלים.
3. **איום בהפרת חוזה** – עשוי להיות לגיטימי ולא לגיטימי. הוא לגיטימי במקרה בו הוא מתבצע בשלב מו"מ לצורך העניין, ואז מדובר בהליך סטנדרטי של ביצוע עסקים (הפרת חוזה מקורי לטובת יצירת חוזה חדש). הוא לא לגיטימי במקרה כמו פס"ד רחמים, בו האיום מגיע תחת לחץ של זמן.
4. **פס"ד מאיה**
	1. חשין
		1. קבע כי הסכם הנושים נכרת בכפייה.
		2. הוא מדגיש כי הסכם נושים בפני עצמו הוא הגיוני ומקובל, אולם במקרה זה הוא התבצע בדרך פסולה ולא לגיטימית (נחסך מידע מהנושים, בוצעה פניה מרחוק וכו').
		3. אם האיום לא לשלם מתבצע בלי לחשוף את כל המידע הוא לא לגיטימי.
		4. מדבריו של חשין נראה כי איום כלכלי שמבוסס על שקר (הטעיה) מצביע על איום כלכלי לא לגיטימי.
	2. גולדברג – טען כי המשיבים לקחו על עצמם את הסיכון ולכן לא מדובר בכפייה.
	3. שמגר
		1. שמגר לכאורה טוען שעדיף היה לטעון הטעיה, ושהעו"ד ביצע עבודה פחות טובה בכך שלא טען זאת. מבחינת שמגר, עדיף לא להרחיב את דוקטרינת הכפייה כמו שחשין מנסה לעשות.
		2. עם זאת, הוא כן מעוניין ללכת לטובת המשיבים ולכן הוא טוען כי מדובר בחוזה לא חוקי הנוגד את תקנת הציבור. תקנת הציבור היא דוקטרינה שולית של "שונות", שההלכה שנובעת מהשימוש בה במקרה זה היא שבמקרה הספציפי הזה ניתן להחיל אותה. מכאן שאין הרחבה מיותרת של הדוקטרינה ואין פגיעה במערכת מתוך כך.
	4. צדק מהותי – הרצון להגיע לתוצאה הנכונה. שמגר וחשין נוקטים בשיטה זו בכך שיש תוצאה שהם רוצים להגיע אליה והם מוצאים את הכלים הנכונים לטובת כך.
	5. צדק פרוצדוראלי – הנחה כי אין חיוב לתוצאה הצודקת, אלא יש חיוב להליך הצודק ושכל צד יטען טענות נכונות. גולדברג נוקט בשיטה זו בכך שהוא לא משתמש בטענה שהצדדים לא העלו ולא הולך לקראת המשיבים ע"י שימוש בטענת הטעיה או שימוש בטיעון שכן עלה בצורה שהוא מוצא לנכון.
	6. התוצאה היא שאין הלכה ברורה מפסק הדין לכפייה, מאחר וכל שופט נימק את התוצאה בצורה אחרת.

**כפייה ע"י צד ג'**

1. יש צורך שהצד השני יכפה בעצמו או שמי מטעמו יעשה זאת. אולם, לא ידוע בדיוק מה נדרש.
2. למשל – סיטואציה בה הצד השני לא כפה ולא שלח מישהו שיכפה אבל הוא יודע שמישהו אחר כופה על הצד הראשון (דיור עולה נ' שושנה – דייר שמתנגד לתמ"א והדיירים האחרים מאיימים עליו. הקבלן מודע לסיטואציה אך לא שלח את הדיירים הכופים).
3. בסיטואציה כזו עולה השאלה האם ידיעה על כפייה נחשבת כפייה מטעם הצד השני. לא הייתה תשובה לשאלה זו בפס"ד והיא נשארה בצריך עיון, ועד היום אין הלכה קבועה בנושא.

שיעור: **כריתת חוזה – עושק – 11.11.18**

**יסודות העילה**

1. קיום חוזה.
2. מצוקת העשוק (חולשתו השכלית/הגופנית או חוסר ניסיונו).
3. ידיעת הצד השני על מצב העשוק (ניצול).
4. קשר סיבתי סובייקטיבי בין מצב העשוק לבין כריתת החוזה.
5. תנאי חוזה גרועים במידה בלתי סבירה.

**מצוקת המתקשר**

1. **פס"ד סאסי**
	1. נלמד מפסק הדין שהמצוקה צריכה להיות מסוג שגורם לקושי בקבלת החלטות. למעשה שלמצוקה יהיו השלכות מנטליות שיובילו לקושי שכזה.
	2. לצורך העניין, לחץ כלכלי מכוח נסיבות כלכליות רעות לא נכלל במצוקה כהגדרתה בסעיף העושק.
	3. עוד נלמד כי מצוקה לצורך עושק לא צריכה להיות כזו שגורמת לעשוק להיות פסול דין. יתכן והמצוקה היא נסיבה מסוימת שגרמה לעשוק להיכנס לחוזה, במידה והתקיימו שאר היסודות של עילת העושק.
	4. כמו כן, צוין כי על המצוקה להיות כבדה, ולא רגעית או קלה. טירקל גם עומד על כך שלא די במצוקה חולפת, ושעליה להיות מתמשכת. לנדוי, לעומתו, טוען כי יתכן מצב בו המצוקה לא תהיה מתמשכת וקבועה וכי כל מקרה צריך להיבחן בנסיבותיו.

**תנאי חוזה גרועים**

1. מדובר בתנאי חריג, מאחר ובכל הפגמים האחרים ביהמ"ש לא מסתכל על תנאי החוזה. מכאן שמדובר באינדיקציה שהיא לא מספיקה, וע"מ לטעון שהיה עושק צריך שיתקיימו שאר יסודות העילה. עם זאת, עדיין מדובר בתנאי הכרחי – במידה והתקיימו כל יסודות העילה אבל החוזה כלל תנאים סבירים ומקובלים, לא ניתן לבטל מחמת עושק.
2. **שקילות התמורות** – במידה ומה שניתן ומה שהתקבל לא שווים, התמורות לא שקולות ומכך מסתמן שתנאי החוזה גרועים.
3. **"מן המקובל"** – יש לבחון לגבי כל חוזה האם התנאים סבירים ביחס לשוק הרלוונטי.
4. **חשיבות סובייקטיבית** – יש לבחון האם לתמורה שהתקבלה יש חשיבות מיוחדת למקבל אותה. יתכן מצב בו למתבונן מהצד התנאים נראים גרועים, אולם למקבל התמורה יש חשיבות מיוחדת למה שקיבל (הזבל של אדם אחד הוא אוצר של אחר).
5. **פס"ד סאסי**
	1. במקרה זה הבדיקה הייתה פשוטה – שווי דירת המשיבה היה פי שלוש מדירת המערערים.
	2. כמו כן, דירת המערערים הייתה במידת מה לא ראויה למחייה, ומכאן שגם מבחינה זו התנאים של העסקה היו גרועים.
6. **פס"ד גנז נ' כץ**
	1. מצוקת המתקשר
		1. במקרה זה נקבע כי הייתה מצוקה, אולם היא לא פגעה בכושר היכולת לקבל החלטות.
		2. לכאורה, החוזה שנכרת הוא בפני עצמו הכלי באמצעותו גנז יכול היה לצאת ממצב המצוקה שלו.
	2. גריעות התנאים
		1. מבחינת המקובל בשוק, צוין כי הסכום הסטנדרטי לפעולת שידוך נמוך ממה שהוסכם בין הצדדים.
		2. מבחינת שקילות התמורות, יש לבחון כמה זמן עבד המשדך ומה התמורה שקיבל עבור כל שעת עבודה.
		3. מבחינת חשיבות סובייקטיבית, נמצא כי לגנז היה צורך ממשי בהשגת מטרתו (השידוך), ומכאן שהייתה לו חשיבות רבה לכך שתבוצע הפעולה שבוצעה ע"י כץ.
		4. מהסתכלות על מבחני המקובל בשוק ושקילות התמורות, נראה כי ניתן לבטל את החוזה מחמת עושק. אולם, עולה השאלה מה ההשלכות של זה מבחינת מבחן החשיבות הסובייקטיבית. ההשלכה של הלכה כזו תהיה שאדם הזקוק מאוד לשירות מסוים לא יוכל לשלם עליו סכום גבוהה לטובת השגת מטרותיו, מאחר ונותן השירות יחשוש כי תעמוד למבקש זכות ביטול.
		5. ביהמ"ש נזהר מאוד להתערב בתנאי החוזה ולקבוע האם הם טובים או גרועים. לכן גם אם ניתן לטעון שהחוזה גרוע מבחינת המקובל בשוק ושקילות התמורות, ישאף ביהמ"ש לפנות גם למבחן החשיבות הסובייקטיבית ע"מ לפסוק באופן חד משמעי האם אכן תנאי החוזה גרועים ומביאים לזכות ביטול.

**מגמות כלליות – פגמים**

1. ביהמ"ש לא ממהר לבטל חוזה מחמת פגם:
	1. טעות – נלקח סיכון ע"י הצד הטועה.
	2. הטעיה – חובת הגילוי. יתכן ולא הייתה חובה על הצד "המטעה" לגלות.
2. המגמה היא הרחבת הכניסה לעולם החוזים – בתי המשפט מתייחסים ליותר דברים כמחייבים משפטית ולא נותנים לצדדים לצאת מההתחייבויות.
3. בנוסף, לכל הפגמים יש את אותו המבנה:
	1. חוזה.
	2. פגם ברצון.
	3. זכות ביטול.
4. **זכות ביטול**
	1. סעיף 19 – ביטול חלקי. אם נפל פגם בחלק מהחוזה יכולה להיות ברירה לבטל את החלק הזה. אם ניתן להניח שהפגם משליך על העסקה כולה, ניתן לבטל את החלק של הפגם או את כל העסקה.
	2. סעיף 20 – דרך הביטול. הפגמים נותנים זכות ביטול, ולא אומרים שהחוזה בטל או לא נכרת. כדי שחוזה יהיה בטל הצד הנפגע צריך להפעיל את זכות הביטול שלו בהודעה תוך זמן סביר.
	3. סעיף 21 – השבה לאחר ביטול. חשוב לזכור שאחרי ביטול מגיעה השבה הדדית. אם לא ניתן לבצע השבה בעין, מתבצעת השבה בשווי.

שיעור: **כריתת חוזה – תו"ל במו"מ – 15.11.18**

**מבוא**

1. כללי תו"ל הם כללים מסוג איסור והיתר – מה אסור לעשות ומה מותר לעשות במסגרת כריתת חוזה.
2. ההבדל בין כלל זה לכללים אחרים הוא שהוא מתיר לפסיקה יותר מרווח פעולה. החוק הרבה פחות ברור והתפקיד של הפסיקה יותר גדול.
3. סעיף 12(א) מציין את החובה בעוד שסעיף 12(ב) מציין את הפרת החובה. נראה שסעיף 12(א) מעט מיותר, מאחר וחובה לא מעניינת עד שהפרו אותה.
4. **יסודות תו"ל**
	1. הפרת החובה – "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתו"ל".
	2. קשר סיבתי – "בעד הנזק שנגרם לו **עקב**...".
	3. סעד – "חייב לצד השני פיצויים".
5. **מקורות העילה**
	1. לפני חוק החוזים הייתה העילה ההיסטורית של תו"ל – הסתמכות ומצג שווא.
	2. מדובר על מצב בו אדם פועל בצורה מסוימת תוך כדי שהוא מסתמך על התנהגות מסוימת מהצד השני, הסתמכות שנוצרה עקב מצג שהצד השני הציג. במידה והצד השני לא מבצע את אשר הציג שיבצע, הוא פעל שלא בתו"ל .
	3. הסתמכות = צעדים שאדם עושה מתוך הנחה שהצד השני נוהג בתו"ל ושהמצג שהצד השני הציג נכון.
	4. ההסתמכות מתבצעת בשלב הטרום חוזי, ומכאן שהאחריות הנידונה היא אחריות טרום חוזית.
	5. המקורות של סעיף 12 הם פסיקה קונטיננטלית ופסיקה אנגלו-אמריקאית שנותנת עילת תביעה לצד שהסתמך על מצג מהצד השני בזמן מו"מ.

**מאפייני חובת תו"ל בס' 12**

1. חובת תו"ל מופיעה בחקיקה לגבי מקרים שונים, אולם בסעיף 12 מדובר על החובה החלה בעת ביצוע מו"מ לקראת כריתת חוזה.
2. **סטנדרט ההתנהגות הנדרש**
	1. הסטנדרט המקובל בדיני החוזים הוא אדם לאדם, אדם. סטנדרט זה אומר שתמיד יהיה ויכוח, מאחר וכל אחד שיואשם שהתנהג שלא בתו"ל יטען שכן התנהג בתו"ל. לפי סטנדרט זה, כל אחד דואג לעצמו, אבל לפי כללי המשחק המקובלים. בעיקר – לא להיות שקרן.
	2. אדם לאדם, זאב – כל אחד דואג לאינטרסים שלו בלבד.
	3. אדם לאדם, מלאך – יחסי אמון. צד ב' שרואה לנגד עיניו את האינטרסים של צד א' והם אלו שהוא מעוניין לקדם.
3. **מושג עמום** – פתח שמאפשר הכנסת (או הוצאת) התנהגויות שונות לחוק.
4. **חובה קוגנטית** – לא ניתן להתנות עליה. למעשה, לא ניתן לקבוע בחוזה כי הוסכם שבין הצדדים לחוזה לא תקפה חובת תו"ל. כן ניתן לקבוע בהסכם פשרה שצד אחד מוותר על זכות שקמה לו מתוקף הפרה של חובת תו"ל ע"י הצד השני, אולם דבר זה לא אומר שהחובה לא הופרה ושהיא אינה חלה על הצד המפר.
5. **סטנדרט אובייקטיבי** – לפי רוב הדעות בפסיקה, חובת תו"ל היא אובייקטיבית. לא מסתכלים על האופן בו אדם מסוים תופס את חובתו לנהוג בתו"ל, אלא על המקובל כלפי כולם.
6. **תחולת החובה** – בסופו של דבר, השאלה הנשאלת היא מי יחויב בפיצויים עקב הפרת חובת תו"ל. לחובה של תו"ל יש פוטנציאל תחולה מאוד רחב ובכל מקרה צריך יהיה לבחון האם ניתן להטיל את החובה או לא.

**תוכן חובת תו"ל במו"מ**

1. **מצג שווא ועידוד הסתמכות (זפניק, קל בניין, קלמר)**
	1. אשם בהתקשרות
		1. מדובר במצב בו צד אחד מונע מהצד השני לבצע את הדרוש לכריתת חוזה. דוגמה לכך נמצאת בפס"ד זפניק בו שכון עובדים מנעו מזפניק לבצע את הקיבול במועד הנכון ובכך מנעו מהם להתקשר עמם בחוזה.
		2. מכך ניתן לראות שפחות לוקחים את ההסתמכות בחשבון ומצג השווא מקבל יותר משקל.
	2. פרישה ממו"מ שלא בתו"ל
		1. מדובר במצב בו צד למו"מ מחליט לבצע את העסקה מול צד ג'.
		2. עולה השאלה מתי מקרה כזה נחשב חוסר תו"ל, מאחר ולכאורה מותר לנהל מו"מ עם מספר גורמים ולכל אחד החופש להחליט עם מי הוא כורת חוזה.
		3. הבעיה מתחילה ברגע שצד אחד מתנהל שלא בתו"ל (משקר / לא חושף מידע).
	3. מו"מ ללא כוונת התקשרות
		1. מדובר במצב בו לצד המנהל מו"מ כלל אין כוונה להתקשר בחוזה מסיבה כלשהי (הוא כבר כרת חוזה עם גורם אחר, לא היית לו כוונה מלכתחילה לכרות חוזה עם הצד עמו הוא מנהל מו"מ).
		2. גם מצב כזה נחשב חוסר תו"ל מאחר והצד שאין בכוונתו להתקשר בחוזה מציג מצג שווא לפיו הוא אכן רוצה להתקשר בחוזה.
		3. במקרה כזה על הצד הנפגע להראות כי אכן לצד הפוגע לא הייתה כוונת התקשרות ע"מ לבסס את הטיעון.
	4. התנערות מהסכמות שהושגו
		1. מדובר במצב בו פריטים מסוימים כבר סוכמו טרם כריתת החוזה, ואז צד אחד מחליט שהוא לא מעוניין לקיים הסכמות אלו.
		2. מותר לסגת ממו"מ, אולם במידה וסוכם דבר מה וצד אחד החליט לחרוג מהסכמה זו, ניתן לטעון כי התנהל שלא בתו"ל.
		3. דוגמה לכך נמצאת בקל בניין, שם סוכמו כל פרטי החוזה בין הצדדים ורק נדרשה הסכמת מועצת המנהלים. ברגע שהצד השני החליט לסגת מההסכמות שהיו בין הצדדים הרי שהתנהל שלא בתו"ל.
	5. התעקשות על פרט טכני חסר
		1. מדובר במצב בו צד מתעקש על פרט טכני ע"מ להצדיק את טענתו שאין חוזה בין הצדדים, למרות שעל-פניו נראה כי אכן יש הסכם בין הצדדים.
		2. התעקשות על פרט טכני היא חוסר תו"ל במצב בו היא יוצרת מצג שקרי.
		3. דוגמה לכך נמצאת בקלמר נ' גיא, שם הייתה התעקשות על דרישת הכתב ע"מ שתהיה התחייבות חוזית בין הצדדים.
2. **אמירת שקרים ואי-גילוי (קסטרו)**
	1. חשוב לזכור שהתנהגות זו דומה הרבה פעמים להטעיה, אולם הסעד שונה ועל כן יש לשים לב מתי מדובר בחוסר תו"ל (פיצויים) ומתי מדובר בהטעיה (ביטול).
3. **אפליה במו"מ (בית יולס, קל בניין)**
	1. הוגנות במכרז
		1. מדובר בחובה להתנהג לפי כללי המכרז שנקבעו ע"י המציע.
		2. ברגע שמוצע מכרז מסוים, הצד שמעוניין בו מסתמך על כללי המכרז המוצע. במידה והמציע מפר את כללי המכרז שלו, הרי שהוא הציג מצג שווא בהצעתו הראשונה ומכאן שהתנהג בחוסר תו"ל.
	2. חובת שוויון
		1. קיימת גם שאלה לגבי חובת שווין באופן כללי – האם חלה על אדם חובת שוויון כללית במו"מ למול כלל הציבור מעבר למה שהצד המציע לוקח על עצמו.
		2. קיימות מספר דעות בנושא ובכל מקרה ייתכן ויחליטו כך או אחרת.
		3. עפ"י רוב, במשפט הפרטי, מאוד לא ברור האם יש חובת שוויון ועד היום אין מקרה בו יש חובת שוויון על גוף פרטי.
		4. בגופים ציבוריים ודו-מהותיים יותר קל לקבוע כי אכן יש חובת שוויון.

**סעדים**

1. **סעדים שליליים (פיצויי הסתמכות)**
	1. מדובר בפיצויים הקלאסיים בהקשר של חוסר תו"ל לפי ס' 12(ב).
	2. ס' 12(ב) יוצר קשר סיבתי בין המו"מ לבין הנזק, ולכן במידה ואכן נגרם נזק עקב המו"מ, על הצד המזיק לתת פיצויים לצד הניזוק בהתאם לנזק שנגרם.
	3. פיצוי שלילי נועד להעמיד את הנפגע במקום בו היה לפני שנפגע.
2. **סעדים חיוביים (פיצויי קיום)**
	1. סעד חיובי נועד להביא רווחים, לא לפצות על הוצאות שקרו. הוא נועד להביא את הנפגע למקום בו היה לו כן נכרת וקוים החוזה.
	2. לא לגמרי ברור איך זה מעוגן בסעיף 12. כמו כן, מדובר בחריגה משמעותית ממקורות העילה של חוסר תו"ל לפי סעיף 12, ומכאן שמדובר בחידושים של הפסיקה.
	3. מבחנים בפסיקה
		1. בהסתמך על פסיקה ועל תקדימים (יישום), ניתן להסתכל על מקרים דומים למקרה בו עוסקים ע"מ להבין יותר טוב כיצד ניתן לפסוק במקרה הנוכחי.
		2. עם זאת, קיימים מקרים בהם יקבעו מבחן בפסיקה ע"מ לפסוק במקרה מסוג מסוים. במקרה כזה, ניתן יהיה להחיל את המבחן על מנעד רחב יותר של מקרים הדומים למקרה המקורי והוא יסייע לפסוק בצורה ברורה יותר.
		3. לבסוף, קיימים גם מקרים בהם הפסיקה מבארת את החוק ונותנת לו פירוש המוסכם ע"י דעת הרוב בפס"ד. במקרה כזה נוצרת הלכה שניתן להסתמך עליה במקרי עתיד הנוגעים לאותו החוק.
	4. מבחן קל בניין
		1. בפס"ד קל בניין נקבע מבחן לפיצויי קיום.
		2. בשלב ראשון – להראות שהיה חוסר תו"ל.
		3. בשלב שני – להראות כי הצדדים היו קרובים מאוד לכריתה.
		4. לבסוף – להראות קשר סיבתי בין חוסר תו"ל לבין אי-כריתת החוזה.
		5. ברגע שמוכיחים כל אלו ניתן לקבל פיצויים חיוביים.
	5. מבחני קלמר
		1. בפס"ד זה מופיעות שתי הלכות שונות לפיהן ניתן להתגבר על דרישת הכתב ולקבל סעדים חיוביים.
		2. ברק – זעקת ההגינות. כשיש חוסר צדק מאוד גדול במידה ולא מכירים בחוזה, מוותרים על דרישת הכתב.
		3. זמיר – השלמת הדרישה. הביצוע הוא חזק כמו מסמך, ולכן ניתן לוותר על דרישת הכתב.
	6. מקרה ביניים – פיצוי בגין אובדן הזדמנויות
		1. מדובר במקרה שמסתמך במידת מה גם על סעדים חיוביים וגם על סעדים שליליים.
		2. במקור, אובדן הזדמנויות מדבר על סעדים שליליים – רוצים להביא את הצד הנפגע למקום בו היה לולא המו"מ. ניתן לטעון כי לולא המו"מ, הצד הנפגע היה מממש הזדמנות אחרת מצד ג' לפיה היה במקום טוב יותר מאיפה שהוא נמצא עקב המו"מ.
		3. נראה כי בפועל, למעשה מדובר בסעדים חיוביים, מאחר והם נוגעים לרווח פוטנציאלי ולא להוצאה שהוציא הנפגע.

שיעור: **תוכן החוזה – פרשנות והשלמה – 18-22.11.18**

**קשיים פרשניים**

1. **פרט חסר**
	1. פרט חסר יכול להיות מינורי או משמעותי.
	2. פרט חסר משמעותי הוא כשהסדר מסוים לגבי אחד מתנאי החוזה חסר בכללותו.
	3. פרט חסר מינורי הוא כשקיים הסדר לגבי תנאי מתנאי החוזה, אולם הוא מופיע באופן חלקי או שלא ברור מה התוצאה של החלת ההסדר.
2. **ניסוח דו-משמעי** – ניסוח שניתן לפרש במספר אופנים, בין אם כתלות בנסיבות או רק לפי הכתוב.
3. **סתירה בין אמירות שונות** – סעיפים שונים שמתייחסים בצורה שונה לאותו ההסדר, או לעיתים סתירה בין אמירה בע"פ לכתוב.
4. **שפה שמובילה לתוצאה לא הגיונית** – מקרים בהם השפה הכתובה ברורה, אולם עלול לקרות מקרה קיצון שמוביל לכך שבמידה ונצמדים לכתוב, התוצאה תהיה לא הגיונית.
5. **מגבלה אינהרנטית של בהירות השפה**
	1. שימוש בשפה שיכולה להיות מורכבת לעין לא מוכשרת לקריאת החוזה (בין אם שימוש במינוח מקצועי, שפה משפטית וכדו').
	2. קיימים גם מקרים בהם השפה בפני עצמה לא ברורה דיה, והכתוב עלול להתפרש בצורה שונה ממה שהתכוון "המשורר".
6. **צורך בשימוש בהקשר ובהיגיון** – ברגע שקיים צורך להשתמש בהקשר ובהיגיון ע"מ להבין את החוזה, לא מן הנמנע שכל קורא יבין אחרת חלקים שונים בחוזה.

**הבחנות מסורתיות**

1. **פרשנות מול השלמה**
	1. פרשנות – יש תוכן בחוזה ורוצים לתת לו משמעות.
	2. השלמה – חסר דבר מה בחוזה ויש להוסיף אותו.
	3. הבחנה זו מופיעה בחקיקה ובפסיקה ולפיה יש קודם כל לפנות לפרשנות ורק לאחר מכן להשלמה.
2. **לשון מול נסיבות**
	1. לשון – הכתוב בחוזה.
	2. נסיבות – מה שסובב את החוזה (לצורך העניין, הסיטואציה בה נכרת החוזה).
3. **פרשנות אובייקטיבית מול פרשנות סובייקטיבית**
	1. סובייקטיבית – מה הצדדים התכוונו? על מה הם חשבו בעת כריתת החוזה?
	2. אובייקטיבית – מה החוזה הנדון אומר?
	3. בחקיקה עפ"י רוב נפנה לפרשנות אובייקטיבית, אולם בפרשנות חוזים יפנו לפרשנות סובייקטיבית מאחר והמעניין הוא מה הצדדים הספציפיים לחוזה החליטו.
4. החוק בנוי בצורה שמסתמכת על כך שהבחנות אלו עובדות, אולם מהפסיקה עולה שההבחנות לא עובדות בכל המקרים.

**גישת השלבים לפרשנות החוזה**

1. גישת השלבים היא גישה לפיה יש להתייחס לגורמים שונים בעת פרשנות והשלמה של חוזה.
2. השלבים הראשונים נוגעים לפרשנות של החוזה. במידה ולאחר הפרשנות חסרים עוד פרטים ניתן לפנות להשלמה, לפי השלבים.
3. חשוב לזכור ששיטת השלבים לא מקובלת היום בפסיקה, למרות שעפ"י רוב הסברה היא שכך צריך לנהוג.
4. **שלבים א' ו-ב' – לשון החוזה מול נסיבות הכריתה – 25(א)**
	1. לפי גישת השלבים, יש הבחנה בין שני דברים בסעיף 25(א) – לשון ונסיבות.
	2. השלב הראשון הוא לפנות ללשון החוזה. אם לשון החוזה לא ברורה, ממשיכים לנסיבות הכריתה.
5. **שלבים ג' ו-ד' – נוהג – 26**
	1. סעיף 26 מבוסס על השלמה. במידה ולא ניתן לפרש את לשון החוזה ונסיבות הכריתה, ניתן לבצע השלמה.
	2. ההשלמה הראשונה שפונים אליה היא נוהג בין הצדדים. במידה ואין נוהג בין הצדדים פונים לנוהג בחוזים מאותו הסוג.
6. **שלב ה'** – הוראות השלמה בחוקי חוזים מיוחדים.
7. **שלב ו'** – הוראות השלמה בחוק החוזים הכללי.
8. **שלב ז'** – השלמה מכוח עיקרון תום הלב – סעיף 39.
9. **הערה** – בהסתכלות על גישת השלבים, נראה כי יש להשתמש בהקשר ובהיגיון ע"מ לבצע את שלבי הפרשנות. אולם, הרבה פעמים יהיה ויכוח לגבי האם היגיון מסוים שהוחל על המקרה נוגע ללשון או לנסיבות.

**גישת הפסיקה**

1. **פס"ד אתא**
	1. טשטוש ההבחנה בין פרשנות לבין השלמה
		1. בפס"ד זה ברק מגדיר פרשנות לפי סעיף 25 כפרשנות במובן הצר. לפרשנות לפי סעיף 26 (השלמה) הוא קורא פרשנות במובן הרחב.
		2. ברק מציין כי מקרה בו לא התייחסו לדבר מה לא מחייב שימוש בפרשנות במובן הרחב. לפי דבריו, ייתכן מצב בו חסר דבר מה, אולם ניתן "להשלימו" לפי הלשון והנסיבות מאחר והכוונה ברורה, ובכך למעשה ניתן להשתמש בפרשנות במובן הצר ולהסתמך על החוזה בפרשנות.
		3. השימוש שברק עושה הוא בפרשנות סובייקטיבית – מה הייתה כוונת הצדדים (אומד דעתם) בכריתת החוזה.
	2. רטוריקה מול פרקטיקה
		1. על פניו, הרטוריקה בפסיקה של ברק היא מאוד צנועה. הוא משתמש בכלי הפרשני הפשוט ביותר שלכאורה מסתמך על החוזה עצמו ולא מכניס סעיפים שלא היו קיימים בו לפני כן (כמו שניתן לעשות בהסתמך על סעיף 39 למשל).
		2. בפרקטיקה, ברק מבצע מעשה שהוא בסופו של דבר סוג של השלמה (הכנסה של סעיף לחוזה) במעטה של פרשנות. פסיקה זו יוצרת הלכה לפיה ניתן להכליל יותר דברים שבהגדרה היבשה שלהם יחשבו השלמה תחת המטרייה של פרשנות "במובן הצר".
		3. מדובר בתוצאה אקטיביסטית שמעניקה הרבה כוח לביהמ"ש "להבין" שדבר מה כבר קיים בחוזה, כשבעבר הבנה זו הייתה נחשבת השלמה.
2. **פס"ד אפרופים**
	1. עמדת השופט מצא
		1. מצא טוען כי מאחר ובלשון החוזה לא מופיע קנס על איחור בביצוע בעיירות פיתוח, הרי שאין קנס כזה.
		2. לטענתו, בעיירות פיתוח הקנס חל רק על איחור במימוש זכות המכירה למדינה.
	2. הלכת אפרופים (טשטוש ההבחנה בין לשון לנסיבות)
		1. ההלכה שברק קובע היא שצריך תמיד להתייחס לנסיבות, ולא ניתן להסתמך על הלשון בלבד (גם כאשר נחשבת ברורה).
		2. חשוב להפריד בין הלכת אפרופים לבין רוח אפרופים. רוח אפרופים היא שלביהמ"ש יש יותר חופש (יש שיטענו שמדובר ביותר מדי חופש) בהחלטה לגבי תוכן חוזה ובפרשנותו.
	3. רטוריקה מול פרקטיקה
		1. במקרה זה (בניגוד לפס"ד אתא) מדובר ברטוריקה מאוד אקטיביסטית, שמולידה פרקטיקה צנועה יחסית.
		2. הפרקטיקה צנועה מאחר והמקרים בהם גישת אפרופים תוביל לתוצאה שונה מגישת השלבים הם רק אלו בהם הלשון ברורה באופן חד משמעי (מה שניתן לטעון לעיתים רחוקות) והנסיבות מכתיבות את ההיפך ממה שעולה מהלשון.
		3. גם אם ביהמ"ש נוקט בגישת השלבים, הרי שבכל מקרה שמגיע אליו יש לו את האפשרות לטעון שהלשון אכן לא ברורה, ובכך לפנות לנסיבות.
		4. חשוב להבין שגם אחרי הלכת אפרופים ללשון החוזה יש משקל מכריע בהבנת החוזה. מה שההלכה קובעת הוא שהלשון לא מהווה מחסום בפניה לנסיבות.
3. **התפתחויות בפסיקה של הלכת אפרופים**
	1. פס"ד ארגון מגדלי ירקות – הלכת אפרופים הגיעה לדיון נוסף בהרכב של תשעה. הסכימו שהלכת אפרופים היא הלכה.
	2. פס"ד אמנון לוי נ' נורקייט
		1. דנציגר פוסק שבמקרה זה, הלשון והנסיבות מצביעים לאותו הכיוון, מכאן שפסיקה באמצעות גישת השלבים ופסיקה באמצעות גישת אפרופים תהיה זהה.
		2. דנציגר מתייחס להלכת אפרופים ומסתייג ממנה, אולם עושה זאת באוביטר. זאת מאחר ולא נדרשה התייחסות להלכת אפרופים ע"מ להגיע לתוצאה בפסק הדין.
		3. מבחינת רטוריקה, פסק הדין של דנציגר קצר וממוקד. מכאן ניתן להבין שקהל היעד של דנציגר היה יותר תקשורתי (תקשורת, עו"ד, אנשי עסקים וכדו').
		4. התהליך שניכר כאן הוא הגבלה מסוימת של רוח אפרופים, בלי להתייחס להלכה עצמה.
	3. תיקון החוק
		1. לפני התיקון – חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות.
		2. אחרי התיקון – חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומתוך נסיבות העניין, ואולם אם השתמע אומד דעתם במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו.
		3. למעשה התיקון לא נוגע לבהירות הלשון בפני עצמה, אלא לאופן בו הלשון מעידה על אומד דעתם של הצדדים.
4. **אקטיביזם שיפוטי**
	1. אקטיביזם בתוצאה – יש תוצאה חשובה עבור שופט, והוא יעשה מה שצריך כדי להגיע אליה (כמו בפס"ד אתא, שם התוצאה הייתה אקטיביסטית אבל הרטוריקה הייתה צנועה). היתרון של רטוריקה צנועה הוא שהיא נותנת לגיטימציה להחלטה שמתקבלת במסגרת השימוש בה.
	2. אקטיביזם ברטוריקה – רטוריקה אקטיביסטית חשופה יותר לביקורת, ולכן לרוב לא ישתמשו בה לטובת השגת תוצאה חשובה. רטוריקה אקטיביסטית משמשת למטרות שונות, וצריך להבין מי קהל היעד של הרטוריקה הזו (כמו בפס"ד אפרופים, בו ברק פונה ברטוריקה שלו לשופטים ואקדמאים בנושא הפרשנות).

**טעות סופר**

1. **טעות רגילה מול טעות סופר**
	1. אמנם טעות סופר מופיעה בחלק של פגמים בכריתה יחד עם טעות והטעיה, אולם המהות של טעות סופר שונה.
	2. טעות סופר לא מצמיחה עילה לביטול החוזה והסעד שמגיע מטעות סופר הוא תיקון החוזה.
	3. טעות היא חוסר התאמה בין ידיעת אחד הצדדים לבין המציאות.
	4. טעות סופר היא חוסר התאמה בין מה שהצדדים הסכימו לבין מה שנכתב בפועל בחוזה.
2. **טעויות הנחשבות טעות סופר** – לכאורה ניתן לחשוב שמדובר בשגיאות כתיב בלבד. אולם, גם טעות מהותית (כמו למשל צירוף נספח לא נכון כבפס"ד פרקש) יכולה להוות טעות סופר.
3. **טעות סופר מול פרשנות**
	1. סעיף 16 מדגיש את האופן שבו הלכת אפרופים מצומצמת למקרה מאוד מסוים. הסעיף מכתיב כי במידה ואין התאמה בין הכתוב (הלשון) לבין כוונת הצדדים (שניתן לקרוא לה נסיבות), יש לפנות לנסיבות ולתקן את החוזה בהתאם לכך.
	2. טעות סופר היא למעשה מטריה יותר רחבה מהלכת אפרופים שניתן תחתיה להכניס יותר מקרים בהם אין התאמה בין הכתוב לנסיבות.

**פרשנות נגד המנסח**

1. 25(ב)(1) – חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו.
2. מקור הסעיף הוא בכך שהוא לא מכתיב פרשנות נגד מי שבפועל כתב את החוזה בעצמו, אלא נגד מי שהייתה לו עדיפות בעיצוב התנאים. מדובר בהרחבה של הדוקטרינה הישנה של פרשנות נגד המנסח בפועל.
3. למעשה ניתן לפרש סעיף זה באופן הפוך מטעות סופר – ברגע שיש טעות פרשנית, מי שאחראי אליה ידו על התחתונה.
4. בסופו של יום, מי שמנסח חוזים הם הצד החזק יותר לחוזה. מכאן שעפ"י רוב פרשנות נגד המנסח תהיה לטובת החלש, וטעות סופר תהיה לטובת החזק.

**דין רצוי**

1. **פרשנות כדו-שיח**
	1. תמיד בפרשנות יש שני צדדים – הדובר והמפרש.
	2. לאף צד אין שליטה מוחלטת בתהליך. לדובר אין שליטה על מה שהשומע יבין ולמבין אין שליטה על המשמעות של דברי הדובר.
	3. עניין זה חל גם בפרשנות בבית משפט – למשל בפרשנות חקיקה. המחוקק כותב חוק וביהמ"ש צריך ליישם אותו, ולכן הוא מוכרח לפרש את החוק. למחוקק אין שליטה מוחלטת על ההבנה של ביהמ"ש, ולביהמ"ש אין חופש מוחלט בפרשנות ויישום הסעיף.
	4. כך גם בפרשנות חוזה – לא ניתן לפרש חוזה בצורה שונה לחלוטין ממה שנכתב.
	5. בסופו של דבר, אין אף גורם אחד ששולט בתהליך באופן בלעדי.
2. **מטרות**
	1. עולה השאלה – למי רוצים לתת יותר שליטה. אמנם לא ניתן לתת שליטה בלעדית, אולם הרצון הוא שלצד אחד תהיה יותר שליטה בתהליך.
	2. אפשר להתווכח על כך ויש שיטענו כי השליטה הרבה יותר צריכה להיות אצל הצדדים לחוזה, ומולם יהיו אלו שיטענו כי יש להעניק את השליטה לביהמ"ש המפרש.
	3. טענה אחת יכולה להיות שמטרת הפרשנות בדיני חוזים היא לתת שליטה מרבית לרצון הצדדים.
	4. מנגד, ניתן לטעון שבשל פערי כוחות בין הצדדים, יש להעניק את הכוח הפרשני לביהמ"ש שיפסוק לפי מה שראוי במקרה.
	5. ניתן לטעון אי אילו טיעונים לגבי המטרה של מתן הכוח הפרשני, וחשוב תמיד לשאול את השאלה מה עומד בבסיס מתן הכוח לצד אחד על פני השני.
3. **אמצעים**
	1. מכאן עולה השאלה לגבי האמצעי הפרשני שבאמצעותו יפרש הצד שניתן לו הכוח הפרשני, והאם הוא אכן ישיג את המטרה של מתן השליטה לאותו הצד.
	2. דוגמה לאמצעי כזה הוא פירוש לפי לשון החוזה. ברגע שמחליטים על פירוש לפי לשון יש להבין האם הוא השיג את המטרה שנקבעה. למעשה, האם הצד שרוצים לתת לו את הכוח בהליך הפרשני ידו תהיה על העליונה בהליך המשפטי.

שיעור: **תוכן החוזה – קיום בתו"ל – 25-29.11.18**

**תוכן הסעיף**

1. מקריאת הסעיף עולות שתי שאלות:
	1. מה היקף החובה?
	2. מה הסעד?
2. ניתן להגיד כי יש בסעיף 39 "עננה נזיקית" – נקבע סטנדרט של התנהגות שיש להתנהל לפיו בקיום החוזה. במידה ולא קוים סטנדרט זה, הופרה חובה כלפי הצד השני.

**הפרת החובה**

1. **קביעת חיובים חדשים**
	1. עולה השאלה – האם ניתן להקים חיובים חדשים מכוח הסעיף?
	2. ברגע שקובעים שצד התנהל שלא בתו"ל, ניתן לטעון שלמעשה קובעים חיוב חדש שלא היה קיים בחוזה. מחליטים בדיעבד שהצד המפר קיים חובה או זכות (שלא סוכם עליהם מלכתחילה) בצורה שגויה ועל-כן הוא הפר תאני מתנאי החוזה.
	3. ניתן מאידך לטעון שלא מדובר בחיוב חדש, אלא שמדובר באופן הקיום של חיוב קיים. על-כן יש קשר לחיוב שקיים בחוזה ואין הכנסה של דבר מה חדש לתוכן החוזה.
	4. למעשה, כל חובה הקמה מכוח ס' 39 ניתן להגדיר כחובה חדשה או כאופן ביצוע של חיוב קיים בחוזה.
	5. חשוב לזכור כי החובה לנהוג בתו"ל חלה גם על קיום חובה וגם על קיום זכות. בסופו של דבר, שני הצדדים לחוזה צריכים להתנהל בתו"ל והתנהלות שסותרת את ס' 39 יכולה להיחשב הפרה.
	6. המתח בביהמ"ש הוא בין הרצון לתת לצדדים להתנהל לפי חוזה שהם קבעו ביניהם לבין הרצון להחיל את החוק הכללי (שמחוץ לדיני החוזים) על כל אדם באשר הוא, גם כאשר מדובר בצד לחוזה. לעיתים, החלת החוק על צד לחוזה עלולה לגרור מצב בו מחייבים אותו בחיוב שלא נכלל בחוזה (שקיים עפ"י חוק כללי), ומכאן שלכאורה נפגע החופש שלו להתקשר בחוזה לפי תנאים שהוא מעוניין בהם.
2. **פס"ד לסרסון**
	1. בייסקי
		1. לפי בייסקי, ס' 39 מחייב הצבת גנרטור. לטענתו, החיוב להצבת גנרטור נובע מכך שחיוב זה קיים בחוק, וברגע שחברה מתחייבת לבנות בניין היא מתחייבת לעשות זאת כחוק (לפי כל דרישות החוק).
	2. אלון
		1. לעומתו, אלון טוען כי מדובר בחיוב חדש שמוקם על הצדדים, מאחר ולא היה בחוזה חיוב להקים גנרטור.
		2. הביקורת שלו היא שהנימוק של בייסקי נותן יותר מידי כוח לביהמ"ש בשימוש בס' 39, ושעדיף להשתמש בפרשנות החוזה עצמו.
		3. לגבי בן-פורת, הוא טען שהכלל שהיא קבעה רחב מידי, ושלא ניתן להחליט שכל חיקוק חל על כל חוזה, כל עוד לא נכתב בו אחרת.
	3. כתגובה לאלון, ניתן לטעון שחלק מהחיוב לבניית בניין (באשר הוא) הוא הצבת גנרטור למעלית. מכאן שבניית בניין בדרך מקובלת ובתו"ל כוללת גם הצבת גנרטור.
3. **פס"ד שירותי תחבורה ב"ש**
	1. בפס"ד זה ברק מביע עמדה לפיה ס' 39 יכול להקים חובות חדשות על צדדים לחוזה, ולמעשה להכניס חיובים חדשים לחוזה שהצדדים לא הסכימו עליהם.
	2. השאלה העולה בפס"ד היא האם כשוועד הפועלים עשה שימוש בזכות שלו לאשר את שיבוש העבודה זה בוצע בתו"ל. לפי ברק, בתוך הזכות לאשר את שיבוש העבודה קיימת חובה לקיים אותה בתו"ל, ובמסגרתה החובה להודיע על כך מראש.
	3. מאחר וועד העובדים לא הודיע מראש על השימוש בזכות, הרי שהשימוש נעשה שלא בתו"ל.
	4. מבחינת וודאות ההסכם, ניתן לטעון כי היא נפגעת. זאת מאחר ולפי ההסכם, העובדים קיימו את התנאים כדי להבטיח את תשלום הפרמיה (הייתה הודעה מראש על שיבוש העבודה). אולם, להסכם הוכנס חיוב חדש שגורם לכך שבסופו של דבר הופסק תשלום הפרמיה, מאחר והוחלט כי ברגע שהפעלת הזכות התקיימה שלא בתו"ל, כאילו לא היה אישור של הוועד.
	5. הרטוריקה של ברק רחבה מאוד, והוא היה יכול לטעון שלא הוכנס חיוב חדש. בשל גישתו האקטיביסטית, הוא החליט להשיג את אותה התוצאה שהיה יכול להשיג אם היה טוען שמדובר באופן קיום של חיוב קיים בעזרת טענה של הכנסת חיוב חדש לחוזה.
4. **הכרעה בוויכוח**
	1. תמיד בשימוש בס' 39 יהיה צד אחד שטוען שקיים חיוב מסוים מכוח ס' 39 וצד אחר שטוען שאי אפשר להוסיף חיובים חדשים לחוזה (אלון בלסרסון).
	2. בתגובה לכך ניתן לטעון שניתן להכניס חיובים חדשים (ברק בשירותי תחבורה), ויתרה מכך, שאף לא מדובר בחיוב חדש אלא באופן קיום של חיוב קיים.

**מהות החובה**

1. **קיום חיוב**
	1. קיום החוזה בניגוד לדרישות חוק עשוי להיחשב לחוסר תו"ל (בייסקי בלסרסון). על מבצע החיוב לדעת שמה שהוא עושה לפי החוזה לא בסדר, מאחר והוא עובר בכך על החוק.
	2. מנגד, יש טענה שטיעון זה מהווה ערבוב בין דברים שונים (בן-פורת בלסרסון). ברגע שחוזה הוא חוזה לא חוקי, יש סעיפים ספציפיים שמטפלים בו. לעומת זאת, אם יש הסכמה בחוזה, וקיים ספק אם אכן מדובר בדבר מה לא חוקי וייתכן כי הוא אכן חוקי (במקרה של לסרסון, עולה על הדעת שהצדדים הסכימו שגורם אחר מחברת הקבלן יתקין את הגנרטור), ניתן לטעון שהצדדים הסכימו כי כך יקרו הדברים, ולכן לא ניתן לטעון שמדובר בחוסר תו"ל.
	3. קיום חיוב באופן שיכשיל את החוזה עשוי להיחשב לחוסר תו"ל (טקסטיל – שתי חברות עם פרויקט משותף שעומד להתפרק, וכל צד מקווה שהנזק יעשה לצד השני). במקרה בו צד פועל לפי החוזה אבל עושה כל שביכולתו להכשיל את החוזה או את הצד השני, ניתן לטעון כי מדובר בחוסר תו"ל.
	4. בסופו של דבר, אין המון מידע מהפסיקה לגבי חובת תו"ל בקיום חיובים. אין הלכה אחת ברורה לגבי המקום בו עובר הקו בין פעולה מותרת לפעולה אסורה. אחד הגורמים שמשפיעים על כך הוא שזה כלי שלא נעשה בו המון שימוש.
2. **שימוש בזכות**
	1. הגישה המסורתית – נדרשת עורמה או תחבולה כדי ששימוש בזכות ייחשב לחוסר תו"ל (שלום נ' מוטה). גישה זו פחות נפוצה היום, ורואים בפסיקה יותר ויותר מקרים בהם מתבצעת הרחבת היריעה של שימוש בזכות שלא בתו"ל לכדי עמידה דווקנית על זכות, גם אם לא הייתה עורמה או תחבולה.
	2. עמידה דווקנית על זכות
		1. עמידה על זכות באופן שמזיק לחייב ואינו מועיל לבעל הזכות עשויה להיחשב לחוסר תו"ל (ג'רבי נ' דוד). למעשה מדובר על מקרה בו הפרת הזכות בפועל לא פוגעת בבעל הזכות, והוא מתעקש לקיים אותה כפי שהוסכם.
		2. עמידה על זכות באופן שמזיק מאוד לחייב ומועיל רק מעט לבעל הזכות עשויה להיחשב לחוסר תו"ל (גלפנשטיין – הסכם רכש דירה בו הוחלט שהתשלום השני על הדירה יתבצע לאחר קבלת המשכנתא, אולם לא ניתן היה לקבל משכנתא מאחר והדירה טרם נרשמה ע"ש הרוכשת). במקרה זה כן יש פגיעה במי שנדרש לוותר על זכותו, אולם במאזן הדברים, מאחר וההתעקשות על הזכות מסבה נזק גדול בהרבה לצד השני, נחשב מקרה זה עמידה דווקנית על זכות וחוסר תו"ל. למעשה, ביהמ"ש מרחיב את ההלכה וקובע שגם במקרה של פגיעה בבעל הזכות ניתן לטעון חוסר תו"ל, בהינתן כי אכן הנזק שנגרם לצד השני גדול.
		3. שימוש בזכות באופן לא מתחשב, שיפגע בחייב שלא לצורך, עשוי להיחשב לחוסר תו"ל (שירותי תחבורה). חשוב להבין שיש מקרים בהם הפגיעה היא סבירה והגיונית, ולכן קיים צורך לקבוע האם אכן הפגיעה הייתה לא סבירה ושלא לצורך.
		4. התעקשות על פרט טכני עשויה להיחשב לחוסר תו"ל (יתח נ' הפיס):
			1. במקרה של יתח' נ' הפיס, ניתן היה לטעון שמהות חוזה ההגרלה היא שמי שבידו כרטיס הזכייה הוא הזוכה.
			2. מצד שני ניתן לטעון שמהות חוזה ההגרלה היא להעניק את הפרס לזוכה. ברגע שניתן להוכיח שיתח הוא הזוכה, הרי שלפי החוזה יש להעניק לו את הפרס.
			3. ארבל טוענת כי מהות החוזה היא הענקת הפרס לזוכה שניתן להוכיח כי זכה, בלי קשר לקיום כרטיס הזכייה. בכך היא למעשה מחליטה לוותר על התנאי של קיום כרטיס הזכייה מאחר ומגדירה כי התעקשות על תנאי זה חוסר תו"ל.
			4. לעומתה, נאור טוענת כי יש להיזהר מהכנסת ויתורים על תנאי החוזה, מאחר וזה עלול להוביל למצב בו כל עמידה על תנאי (גם כזו לגיטימית) תוכל להיחשב חוסר תו"ל. לכן יש להגיע לתוצאה הרצויה דרך פרשנות החוזה. נאור למעשה משתמשת ברטוריקה יותר צנועה כדי להגיע לאותה התוצאה.

**סעדים**

1. לשון הסעיף מראה על קשר בין השאלה על תו"ל לבין השאלה על פרשנות. למעשה, היה חסר פרט לגבי אופן ביצוע תנאי בחוזה (חיוב או זכות), וסעיף 39 קובע שיש לבצע אותו בתו"ל.
2. **תרופות בגין הפרת חוזה**
	1. מכאן ניתן להבין גם קשר לתרופה – הסעיף מקים על הצדדים חיובים במסגרת החוזה. אם חיובים אלו יופרו, תהיה הפרה של חיוב במסגרת החוזה ולכן ניתן להעניק תרופה מהתרופות במסגרת הפרת החוזה.
	2. מדובר במהלך לא מובן מאליו מאחר ולא מצוינות תרופות בגוף הסעיף, אולם זה מהלך הגיוני.
	3. ברגע שכוללים את החיובים ה"נוספים" הללו לחוזה, הרי שמי שלא מתנהל לפיהם מפר את החוזה. זאת למרות שהצדדים לא הסכימו לחיובים אלו במפורש, לפי לשון החוזה. מכאן שהתרופה תהיה תרופה בגין הפרה (אכיפה / פיצויים).
3. **בטלות הפעולה שנעשתה בחוסר תו"ל**
	1. עניין זה נוגע יותר לשימוש בזכות – ברגע שצד לחוזה משתמש בזכות שלא בתו"ל, ביהמ"ש יכול להתייחס לזכות זו כאילו לא הופעלה.
	2. ברגע שמתייחסים לזכות כאילו לא הופעלה, הרי שהצד החייב כבר לא חייב, והמצב הוא כמו שהיה לפני שבוצע מימוש הזכות שלא בתו"ל.

**תו"ל בקיום חיובים וזכויות מחוץ לדיני החוזים**

1. לפי ס' 61(ב), ניתן להחיל את החובה לנהוג בתו"ל במימוש חובה או זכות גם על פעולות משפטיות ועל חיובים שלא נובעים מחוזה.
2. למעשה, בשילוב סעיפים 39 ו-61(ב), ניתן להבין שבקיום חיוב יש לנהוג בתו"ל, והוא הדין לגבי שימוש בזכות.
3. **אזרניקוב נ' מ"י**
	1. עולה מבריה"מ לשעבר, שע"מ לקבל רישיון בארץ היה צריך להציג רישיון מקורי ממדינת המקור.
	2. אזרניקוב טען שהוא היה אסיר ציון, ושבבריה"מ לקחו לו את הרישיון. על-כן הוא לא יכול להציג את הרישיון.
	3. במקרה זה, למדינה יש זכות למנוע ממישהו רישיון נהיגה במידה ולא מציג לה רישיון ממדינת המקור. אולם, ביהמ"ש קבע שמימוש הזכות במקרה זה מהווה חוסר תו"ל, ושיש לתת לו רישיון.
	4. פס"ד זה מציג את העובדה שכל פעם שיש חובות וזכויות, חלה חובת תו"ל.

שיעור: **תוכן החוזה – חוזים פסולים – 2-6.12.18**

**הקדמה**

1. עפ"י רוב, התוצאה של חוזה פסול הוא בטלות. ביהמ"ש קובע שמשהו בחוזה אינו כשורה מבחינה חוקית ולכן יש להפסיק את קיומו.
2. **חוזה בטל מול חוזה בר ביטול**
	1. חוזה בר ביטול – חוזה שנפל בו פגם בכריתה הוא חוזה בר ביטול. כל עוד לא ניתנה הודעת ביטול החוזה מתקיים.
	2. חוזה בטל – חוזה פסול הוא בטל, ולא ניתן לביטול ע"י אחד מהצדדים. מכאן שלא צריך למסור הודעת ביטול וכן לצדדים אין ברירה אלא לקבל את ביטול החוזה.
3. **חוזה למראית עין**
	1. סעיף 13: חוזה שנכרת למראית עין בלבד – בטל.
	2. לא מדובר בפגם בכריתה, אלא בחוזה פיקטיבי. מדובר בחוזה שמטרתו להיראות כחוזה לצד חיצוני ע"מ להיטיב עם הצדדים.
	3. אמנם נושא זה מופיע בפרק של פגמים בכריתה, אולם מדובר בנושא שרלוונטי יותר לחוזים פסולים מאחר ומבחינה קטגורית חוזה למראית עין משתייך לאלו.
	4. עסקה פיקטיבית (חזן נ' חזן)
		1. עסקה שלא משפיעה על המצב במציאות והמטרה שלה היא בלבד להקל על המבצע אותה מבחינת מס וכדו'.
		2. עסקה שכזו בטלה, ולכן אם צד יחליט לתבוע בהתאם לחוזה, לא תהיה לו עילת תביעה.
		3. ס' 13 לא קריטי לטובת סוגיה שכזו, מאחר וניתן לטעון שכלל לא נכרת חוזה (מאחר ואין גמירת דעת למשל).
	5. עסקה נסתרת (ברק בביטון נ' מזרחי)
		1. עסקה אמתית שמכסה עליה חוזה של עסקה פיקטיבית. למשל במקרה בו דבר מה נמכר מצד א' לצד ב' בסכום מסוים, אך בחוזה צוין מחיר נמוך ממה ששולם בפועל.
		2. בפס"ד ביטון נ' מזרחי, ברק מציע לטפל בסוגיה שכזו באמצעות חוזה למראית עין, ומכאן שהתוצאה היא שהחוזה למראית עין בטל, אולם החוזה האמתי (עם הפרטים האמתיים של העסקה) תקף.
		3. ברק היה בדעת מיעוט והקונסטרוקציה שהציע לא התקבלה. כיום ההלכה היא טיפול בסוגיות כאלו באמצעות ס' 30+31.

**חוזה בלתי חוקי**

1. **סעיף 30** – חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים .... בטל.
2. קיימים חוזים בלתי חוקיים באופן מובהק, כמו חוזה עבדות או חוזה לביצוע פשע. יחד עם זאת, קיימים גם חוזים בלתי חוקיים מתוקף כך שחסר בהם דבר מה שנדרש עפ"י חוק בסוג זה של חוזים, כמו למשל אישור של ועדת תכנון ובניה.
3. **סעיף 31**
	1. סעיף זה מגדיר את התוצאות האפשריות בחוזה בלתי חוקי.
	2. למעשה בסעיף זה נקבע שגם לאחר שהוחלט על חוזה שהוא בטל מתוקף סעיף 30, ישנן מספר תוצאות אפשריות:
		1. בטלות והשבה הדדית (לפי ס' 21).
		2. ביטול חלקי (לפי ס' 19).
		3. אכיפה חלקית או מלאה – במידה וצד אחד קיים את החיוב שלו (כולו או מקצתו), ניתן לחייב את הצד השני.
		4. פטור מהשבה – ביטול החוזה ופטור (חלקי או מלא) לצד אחד מהשבה.
4. **אדרעי נ' גדליהו**
	1. טענת אי-חוקיות
		1. אי-חוקיות החוזה עולה בהקשר של צד שרוצה להשתחרר מהעסקה. במקרה זה, המערערים טענו שהחוזה לא חוקי כדי להשתחרר ממכירת הדירה.
		2. כשנתקלים במצב של חוזה בלתי חוקי, חשוב לשאול מה כל צד רוצה (למעשה, מה הצד שטוען לאי-חוקיות מנסה להשיג). במקרה זה, המוכרים רצו להשיג סעד של ביטול מתוקף אי החוקיות.
		3. לטענת המערערים, אי החוקיות של החוזה במקרה זה נובעת מכך שמכירת הדירה נשענת על שני חוזים, האחד עבור דירה בגודל שונה מגודל הדירה במציאות, והשני עבור תוכן הדירה (בפועל ברזים וכדו'). מכאן שהטענה היא שהקונים עיצבו את העסקה בצורה שקרית כדי להוריד את החבות במס.
	2. התוצאה – לבסוף, השופטים החליטו להסתמך על ס' 31 ולקבוע כי מאחר וצד אחד קיים את מקצת החיוב שלו, ניתן לאכוף על הצד השני את קיום חיובו מתוקף החוזה.
	3. הוויכוח
		1. התוצאה והדרך אליה היו זהות בין כל השופטים. הוויכוח בפס"ד היה על אופן ההכרעה בין התוצאות האפשריות של ס' 31 ומה הנורמה שצומחת מבחירה בתוצאה מסוימת.
		2. כדי להכריע בוויכוח שכזה יש לקחת בחשבון את הטיעונים לברירה בין הסעדים שמציג ס' 31.
5. **טיעונים לברירה בין הסעדים בס' 31**
	1. שיקולים ומטרות
		1. *הרתעה*
			1. הרצון הנורמטיבי הוא להרתיע את הצדדים לחוזה בלתי חוקי, וכן את כל מי ששוקל לכרות חוזה בלתי חוקי.
			2. עם זאת, לא תמיד ביטול החוזה הוא הסעד שישיג את ההרתעה, מאחר ויתכן וביטול חוזים בלתי חוקיים דווקא ידרבן גורמים מסוימים להתקשר בחוזים בלתי חוקיים בעתיד. זאת מאחר והם יוכלו להסתמך על העובדה שניתן לבטל חוזים שהם מתקשרים בהם, ובכך להתחמק מעסקאות.
			3. ההתרעה צריכה לבוא לרעת הצד שהיה אשם באי-חוקיות, ולכן יש לשקול בכל מקרה מה הסעד שיבוא לרעתו של צד זה.
		2. *הוגנות*
			1. כשהמטרה היא הוגנות צריך לקחת בחשבון את שקילות התמורות. לא רוצים שצד אחד ייתן משהו בלי לקבל משהו בתמורה.
			2. שיקול זה רלוונטי מאוד כשכבר הייתה התקדמות בביצוע – אם צד אחד כבר שילם, לא רוצים ליצור סיטואציה בה הוא לא מקבל תמורה, או שלא נותנים השבה במקרה בו צד אחד ביצע עבודה ולא מקבל תמורה בעבורה.
		3. *תפקיד ביהמ"ש*
			1. ברמת העיקרון, ביהמ"ש כמוסד לא רוצה לאכוף חוזים בלתי חוקיים, ובכך לשתף פעולה בהתהוותם.
			2. בפועל, קיימים מקרים מגוונים בהם התוצאה של השבה הדדית תהיה זהה לאכיפה (כמו למשל מקרה בו קבלן בונה בנייה בלתי חוקית והצד השני לא מעוניין לשלם לו. ברגע שהקבלן יפנה לביהמ"ש והצד השני יטען שהבנייה לא חוקית, ביהמ"ש יכול לפסוק השבה הדדית ובכך למעשה הצד השני ישלם לקבלן את שווי הבנייה. מדובר באכיפה עקיפה של חוזה בלתי-חוקי).
	2. עובדות רלוונטיות
		1. *אשם יחסי*
			1. הבנה מי הצד האשם יותר באי החוקיות תשפיע על הסעד שביהמ"ש ירצה לפסוק במקרה של חוזה בלתי חוקי.
			2. עפ"י רוב, הפסיקה תהיה לטובת הצד שפחות אשם באי החוקיות (כל פעם סעד אחר, כתלות במה כל צד רוצה להשיג מהמשפט).
		2. *מרכזיות אי החוקיות*
			1. ככל שאי החוקיות מרכזית יותר למהות החוזה וחמורה יותר, ביהמ"ש יתחשב יותר בהרתעה ובתפקיד ביהמ"ש, ופחות בהוגנות בין הצדדים.
			2. למשל, באדרעי נ' גדליהו, החוזה עצמו חוקי באופן מהותי (מכירת דירה), ורק האופן בו הוא גובש הוא בלתי חוקי (פיצול לשני חוזים). מכאן שיותר פשוט להחליט שהחוזה מתקיים ולאכוף אותו.
		3. *התקדמות בביצוע*
			1. ביהמ"ש יבחן כמה מהחוזה כבר קוים. ככל שהתבצע יותר מהחוזה, כך עולה יותר שיקול ההוגנות בין הצדדים.
			2. ביהמ"ש ישאף שאף צד לא יצא מופסד, והסעד יהיה בהתאם לכך.
		4. *תו"ל בהעלאת הטענה לאי-חוקיות* – כשיש צד שמשתמש באי-חוקיות כתירוץ לטובת הגעה לתוצאה הרצויה על-ידו, ביהמ"ש לא ימהר לפסוק לטובתו.
		5. חשוב לזכור שהאופן שבו שיקולים אלו יעלו בפס"ד תלוי במקרה הספציפי, בניגוד לשיקולים והמטרות של הרתעה, הוגנות ותפקיד ביהמ"ש, אותם ביהמ"ש ייקח בחשבון בכל מקרה ומקרה.
6. **מגמות בפסיקה**
	1. המגמה בפסיקה נוגעת להסכמים שיש בהם אי-חוקיות, אולם לא לאיסורים פליליים חמורים. למעשה, מדובר באי-חוקיות "רגילה" ולא אי-חוקיות חמורה.
	2. גישה מסורתית
		1. בעבר הייתה רווחת גישה יותר הרתעתית, שבאה לידי ביטוי באי-התערבות ביחסים בין הצדדים (ביטון נ' מזרחי).
		2. למשל, מקרה בו יש העלמת מס ע"י דיווח סכום מכירה נמוך יותר ממה שהיה בפועל. בגישה הישנה, לא היה משנה לביהמ"ש שתהיה תוצאה הוגנת, ואפילו היה טוב מבחינתו אם הייתה תוצאה לא הוגנת. זאת מאחר ותוצאה לא הוגנת מגבירה את ההרתעה.
	3. המגמה כיום – הוגנות בין הצדדים
		1. כיום הקביעות הרווחות ביותר של בתי המשפט מבוססות על הוגנות בין הצדדים, ופחות עולה סוגיית ההרתעה.
		2. אדרעי נ' גדליהו – בפס"ד זה ניכר מדבריה של בן-פורת כי הרטוריקה שלה נשענת על הגישה המסורתית, מאחר והיא מעלה את טיעון ההרתעה כשיקול משמעותי. עם זאת, התוצאה אליה היא מגיעה תואמת את הגישה כיום מאחר ובסופו של דבר היא מביאה לידי ביטוי את ההוגנות בין הצדדים.
		3. *כפר קרע*
			1. גם כאן ניכר כי השיקול העיקרי הוא שיקול ההוגנות, "אין חוטא נשכר". אין כלל אזכור של הרתעה או חינוך.
			2. ניכר כי גם מהבחינה של מרכזיות אי החוקיות ניתן להחליט שהחוזה מתקיים – החוזה בעצמו הוא חוקי, ואי החוקיות שלו נובעת מפרט בירוקרטי שולי יחסית.
			3. במקרה זה, מדובר גם במקרה הנוגע לתוצאה חוזית שנקבעת בחוק ספציפי. ס' 193 קובע שחוזה ללא חתימת הגזבר לא יחייב את המועצה, ומכאן שאי החוקיות של החוזה מובילה לכך שהמועצה לא מחויבת אליו. החלטה של ביהמ"ש כי החוזה תקף משפיעה באופן ישיר על חיוב מתוקף החוזה.
			4. למעשה, ס' 193 מהווה הסדר ספציפי לגבי חוזים של המועצה, שבאופן עקרוני אמור לגבור על הוראות ס' 31 (שמופיע בחוק החוזים חלק כללי). מכאן שביהמ"ש חורג מרעיון ספציפי גובר על כללי, בכך שהוא מחיל את ס' 31 על חוזה הנוגע לס' 193.
			5. קיימת דרך אלגנטית יותר להגיע לתוצאה של חיוב המועצה, שלא נשענת על ס' 31 ונובעת מס' 193. 193 קובע שבהיעדר חתימת גזבר החוזה לא מחייב, ובמילים אחרות, בטל מאי-חוקיות. מכאן שיש לבצע השבה הדדית, ומאחר ולא ניתן להשיב למד"א את השירותים שהיא נתנה, יש להשיב לה את שווי השירותים בכסף. כאן שוב יש דוגמה לאכיפה עקיפה, שמתבצעת דרך השבה הדדית.
		4. *קונקטיב גרופ*
			1. המשתתפים בהגרלה טענו שהחוזה בלתי חוקי, ולכן צריכה להיות השבה. בהימ"ש המחוזי הסכים איתם, וקבע שמי שהשתתף ולא זכה יקבל את דמי ההשתתפות בחזרה, ושמי שזכה לא יקבל את דמי ההשתתפות בחזרה וגם לא יחזיר את הזכייה לאתר.
			2. הפתרון של המחוזי לא הגיוני, מאחר ואין איזון בין הצדדים, והחברה יוצאת בהפסד ניכר. על-כן, ביהמ"ש העליון קובע שאין ביטול ואין השבה.
			3. ההיגיון הוא שלא יהיה חוטא נשכר, ופחות היה חשוב במקרה זה להנחיל ערכים חברתיים נגד הימורים.
		5. סולימני נ' כץ – לא פורט בשיעור.

**חוזה הנוגד את תקנת הציבור**

1. **מבוא**
	1. תקנת הציבור היא המוסר המקובל בחברה – מה הציבור חושב שמקובל בהתנהלות.
	2. בדיני החוזים תקנת הציבור באה לידי ביטוי בס' 30, הקובע שחוזה הנוגד את תקנת הציבור בטל. חשוב לזכור שס' 31 תקף בעיקר לחוזה בלתי-חוקי, וכאשר מדובר בחוזה הנוגד את תקנת הציבור התוצאה תהיה ביטול החוזה או הסעיף עצמו (התניה – הסדר שנקבע בחוזה) שנקבע לגביו שהוא נוגד את תקנת הציבור.
	3. הסטנדרט של המוסר המקובל הוא סטנדרט עמום, שמעניק הרבה כוח לביהמ"ש.
2. **מגבלה קוגנטית על חופש החוזים**
	1. עולה השאלה כיצד ניתן להתערב בתוכן החוזה ולבטל תניות, ובכך למעשה להתנות התניה קוגנטית על חופש החוזים. בפסיקה עולה כי ביהמ"ש יעשה כל שביכולתו כדי להבין מה הצדדים התכוונו ע"מ לכבד את החוזה ולקיים אותו כפי שהצדדים הסכימו.
	2. ביטול של תניה בהתבסס על תקנת הציבור הוא בסופו של דבר החלטה של ביהמ"ש כי הצדדים אכן הסכימו על דבר מה בחוזה, אך הוא מחליט לבטל אותו או לשנות אותו. בכך מתערב ביהמ"ש בתוכן החוזה בצורה ברורה.
	3. חשיבות חופש החוזים
		1. חופש החוזים סובב סביב כוונת הצדדים. כוונת הצדדים מביאה לידי ביטוי את האוטונומיה של כל צד לשנות את מצבו המשפטי כראות עיניו, בהתבסס על אילוצים ונסיבות שידועות לו.
		2. חופש החוזים גם מביא לידי ביטוי יעילות כלכלית, בכך שנותן לכל אחד לכלכל צעדיו ולהשיג את מבוקשו בהתבסס על תנאים כאלו ואחרים.
	4. הצדקות למגבלה הקוגנטית
		1. שיקולים מחנכים – רצון לעצב את החברה בצורה מסוימת ע"י הכנסת העדפות של ביהמ"ש ליחסים החוזיים. מדובר בשיקול שנתפש כהתערבות לא לגיטימית שפחות נעשה בו שימוש.
		2. פגיעה בצד ג' – כיום השימוש הוא יותר בעקרון ההיזק, לפיו רק במידה ונגרם לצד כלשהו (לרוב צד ג') נזק יש מקום לשקול הגבלה של חופש החוזים.
		3. פערי כוחות – אם ניכר שפער הכוחות בין הצדדים מהותי, יהיה ניתן להגביל את הקשרים החוזיים ביניהם ע"מ להיטיב עם החברה.
		4. פטרנליזם – סברה של ביהמ"ש שעליו להתערב בחוזה מאחר והצדדים לחוזה לא יודעים מה טוב לעצמם ולציבור.
3. **סוגיות שלא מטופלות בחוק**
	1. השימוש בתקנת הציבור מתבצע כשאין הסדר ברור בחוק לגבי הבעיה הקונקרטית. למעשה זהו סעיף שיורי שמטפל בסוגיות שאין להן טיפול באף סעיף אחר.
	2. במידה רבה, זוהי התפתחות של החוק, מאחר וניתן כלי לטיפול בסוגיות שהמחוקק לא דאג להסדיר בחוק עצמו.
	3. למעשה, רוב מה שמטופל באמצעות תקנת הציבור הוא סוגיות של הוגנות. מכאן שניתן לראות דמיון בין ניגוד תקנת הציבור לבין עושק, אלא שבשימוש בתקנת הציבור אין צורך להוכיח את האלמנטים המסוימים המופיעים בסעיף העושק.
4. **מקור היסטורי של הסעיף**
	1. כיוון שמדובר בסעיף כה חזק, המסורת היא להפעיל אותו באופן מאוד מצומצם – בד"כ כשיש תניה "נסתרת" בחוזה שמצביעה על חוסר הוגנות בתנאי החוזה.
	2. כיום, השימוש בתקנת הציבור יותר רחב, ונוגע למקרים נוספים שהם לאו דווקא תניות נסתרות.
5. **הקשרים מרכזיים לשימוש בתקנת הציבור**
	1. מדובר ברשימה פתוחה. הקשרים אלו הם מקרים ספציפיים בהם ביהמ"ש מבצע שימוש בתקנת הציבור.
	2. תניות פטור
		1. תמיד יש תניות פטור, אולם בתחום תניות הפטור ביהמ"ש עלול להפעיל את כלי תקנת הציבור ולקבוע שהתניה פסולה.
		2. תניית פטור היא תניה שפוטרת צד לחוזה מאחריות שקמה לו מתוקף החוק או החוזה, בתנאים מסוימים.
		3. *נזקי גוף*
			1. *פטור בחוזים רגילים (צים נ' שושנה)* – מדובר בחוזים הנוגעים לפעילות כלשהי שמטבעה לא אמורה לגרום לנזק גוף כלשהו. חוזים אלו עלולים להכיל סעיף הקובע שכל נזק שנגרם במסגרת פעילות אותו החוזה לא יצמיח עילת תביעה נזיקית. לרוב, ביהמ"ש יקבע כי סעיף שכזה נוגד את תקנת הציבור, מאחר והאחריות בנזיקין היא קוגנטית.
			2. *ספורט תחרותי ואתגרי* – בהקשר זה, תניות אלו כן מתקיימות מאחר והצד הנפגע לוקח על עצמו את הסיכון שנזק יקרה לו עד רמה מסוימת במסגרת הפעילות. עם זאת, הפירוש של תניות אלו יהיה בצמצום, כך שלמשל סעיף הנוגע לנזקי גוף במסגרת תחרות אגרוף יפורש כפטור הניתן לנזקים שנגרמו במסגרת אותה התחרות ועפ"י כלליה. מתוך כך ניתן למשל לפרש שמוות הוא לא נזק גוף שנגרם במסגרת כללי התחרות, ובכך סעיף הפטור לא פוטר את המזיק.
		4. *נזקים כספים ורכושיים*
			1. בנזקי רכוש פחות הכירו בתניות פטור הנוגדות את תקנת הציבור. בפס"ד רוט נ' יושפה השופט שמגר מעלה שלושה מאפיינים שניתן לבחון באמצעותם האם תניית פטור נוגדת את תקנת הציבור בהקשר של נזקי רכוש.
			2. *פטור גורף* – ברגע שפטור הוא גורף, והוא פוטר צד לחוזה בכל סיטואציה, ביהמ"ש יטה להניח כי מדובר בפטור הנוגד את תקנת הציבור.
			3. *נכס חשוב* – ברגע שהתניה נוגעת לנכס חשוב ומהותי, שהוא קריטי לצד הנפגע, ביהמ"ש יטה להניח כי מדובר בפטור הנוגד את תקנת הציבור.
			4. *פערי כוחות* – ברגע שיש פערי כוחות משמעותיים בין הצד הפוגע לצד הנפגע, לטובת הפוגע, ביהמ"ש יטה להניח כי מדובר בפטור הנוגד את תקנת הציבור.
			5. לעומתו, השופט אלון מציין כי תקנת הציבור היא התערבות חמורה ביחסים החוזיים, ועל-כן יש להשתמש בס' 39 ע"מ להגיע לאותה התוצאה.
	3. חופש העיסוק
		1. לאורך השנים לא הייתה הגנה על חופש העיסוק בחוק ולמדינת ישראל יש היסטוריה די סוציאליסטית בחקיקה שלה.
		2. *לגיטימיות התניה* – השאלה המרכזיות היא האם תניה המגבילה את חופש העיסוק של העובד לגיטימית. שאלה זו נבחנת ע"י השאלה האם התניה נועדה רק כדי למנוע תחרות של המעביד עם העובד או שמא נועדה להגן על אינטרס קנייני לגיטימי של המעביד. דוגמה לאינטרס לגיטימי הוא סוד מקצועי ותניה לגיטימית היא איסור על העובד להשתמש בסוד המקצועי הזה בעיסוקו בעתיד.
		3. *סבירות התניה*
			1. לאחר שמראים שהתניה בפני עצמה היא לגיטימית, מאחר והיא מגנה על אינטרס לגיטימי של המעביד, צריך להראות שהיא גם סבירה. זאת מאחר ולא כל הגנה על אינטרס לגיטימי היא מקובלת ויש גבול להגנות שניתן להעניק.
			2. המאפיינים של התניה שיאפשרו לבחון האם היא סבירה הם תקופת האיסור, התחום הגיאוגרפי של האיסור והיקף הפעילות האסורה. ככל שכל אחד מאלו יהיה יותר רחב, כך תקטן הסבירות של התניה (ובמידה מסוימת תניה זו תהווה תניה גורפת).
		4. *סעד* – לפי ס' 30, הסעד על חוזה הנוגד את תקנת הציבור הוא ביטול. אולם, כפי שעולה מהחוק, ביטול יכול להיות גם ביטול חלקי. בהקשר של חופש העיסוק, ביטול חלקי יכול לבוא לידי ביטוי בשינוי התניה (לדוגמה, צמצום תקופת, היקף או תחום האיסור).
	4. שוויון
		1. פגיעה בשווין עולה במקומות שונים בחוק (בדיני העבודה, לגבי גופים דו-מהותיים, חוק מוצרים ושירותים וכדו'). עולה השאלה האם במשפט הפרטי, ובאופן ספציפי בדיני החוזים, קיימת חובת שוויון. במידה והתשובה חיובית, ניתן לקבוע שתניות הנוגדות את השוויון במשפט הפרטי יכולות להיפסל בהתבסס על תקנת הציבור.
		2. בפס"ד רקנט 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 השווין (זאת מאחר ומדובר בגוף דו-מהותי ובסוגיה הנוגעת במידה רבה לדיני העבודה).

שיעור: **חוזים אחידים – 13.12.18**

**הקדמה**

1. חוק החוזים האחידים נחשב לחריג בעולם החוזים. עולה השאלה מה ההבדל הרעיוני בין עולם החוזים הרגילים לבין עולם החוזים האחידים.
2. עולם החוזים עוסק ברצון המשותף של הצדדים לשנות את מצבם המשפטי. מכאן שיש לכבד את רצון הצדדים, ונמנעים מלהתערב בתוכן החוזה. התערבות בתוכן החוזה נתפסת כחריגה וככלי בעייתי.
3. חוזה אחיד הוא חוזה שנקבע ע"י צד אחד מצדדי החוזה, שהתפיסה לגביו היא אחרת. המטרה אינה בהכרח להגשים את רצון הצדדים מאחר וחוזה אחיד לאו דווקא מבטא את הסכמת הצדדים לשנות את מצבם המשפטי. לכן, ביהמ"ש ירגיש יותר בנוח להתערב בתוכן של מה שנקבע.
4. תפיסה זו של הבדל בין עולם החוזים הרגילים לעולם החוזים האחידים נראית על-פניו הגיונית, אולם ניתן לאתגר תפיסה זו.
5. טענה אחת היא שלמרות שרק צד אחד ניסח את החוזה, הצד השני הסכים לחתום עליו. הייתה בידיו ההחלטה האם לחתום או לא ולכן ניתן לטעון שאין הבדל משמעותי בין החוזה הרגיל לחוזה האחיד.
6. כמו כן, גם בחוזה רגיל (בו הצדדים ברמת העיקרון באותה רמת שליטה על החוזה) שאינו חוזה אחיד, עפ"י רוב התניות הספציפיות לאו דווקא מבטאות בצורה יותר ברורה את רצון הצדדים. גם בחוזים הרגילים מדובר לרוב בחוזים סטנדרטיים שצד אחד מביא והצד השני מסכים וחותם.
7. ההבדל שכן קיים הוא ביחסי הכוחות – התפיסה היא שבחוזה אחיד יחסי הכוחות אחרים מאלו שבחוזה רגיל. בחוזה רגיל הצדדים שווי כוחות ובחוזה אחיד יש שחקן שהוא שחקן חוזר (יש לו הרבה עסקאות מאותו הסוג והוא יותר מנוסה) ולכן החוזה ייטה יותר לטובתו. התערבות במקרה כזה תהיה ע"ב העובדה שיש פערי כוחות בין הצדדים.
8. **בית הדין לחוזים אחידים**
	1. בית הדין יכול לפסול או לאשר חוזה אחיד בהתבסס על החוזה עצמו בלבד, ללא תלות בסכסוך ספציפי שקרה.
	2. הפסיקות של בית הדין הן רגולטוריות והוא אינו עוסק בסכסוכים המסוימים שעולים בהקשר של חוזים אחידים.

**זיהוי תניה מקפחת**

1. כאשר עולה הבקשה מאחד הצדדים לבחון האם תניה מקפחת, יש סדרה של שאלות שיש לענות עליהן:
	1. האם החוזה הוא חוזה אחיד?
	2. האם התנייה היא חלק מהחוזה האחיד?
	3. האם חלה חזקת קיפוח?
	4. האם התנייה מקפחת (או בטלה)?
	5. מה הסעד?
2. שלבים אלו הכרחיים בכל מקרה של בחינת תניה שנטען לגביה שהיא תניה מקפחת בחוזה אחיד. רק במעבר על כל שלבים אלו ניתן להגיע לתשובה הנכונה לגבי מצב הסעיף.
3. **זיהוי חוזה אחיד**
	1. כאשר קיים חשד שמדובר בטופס סטנדרטי, ניתן לרוב להניח שמדובר בחוזה אחיד (חתימה על משכנתא וכדו').
	2. השלב הראשון הוא להבין האם מדובר בחוזה בסוגיה הנתונה. ברגע שמבינים שאכן קיים חוזה, צריך להבין האם הוא חוזה אחיד.
	3. 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.
	4. הביטוי "אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם" מתכוון לרוב למספר רב של אנשים. לכן, ההגדרה בחוק נוגעת לספק ולקוח (לספק אחד לקוחות רבים).
	5. ע"מ להבין מי הספק ומי הלקוח, יש לבחון מי הצד שהכין את החוזה ע"מ להתקשר עם מספר גורמים ומי הצד השני שהגיע וחתם על החוזה. הצד שהכין את החוזה האחיד יהיה הספק.
	6. התביעה על תניה בחוזה אחיד תהיה ע"י הלקוח כלפי הספק. רק צד הלקוח בחוזה אחיד יכול לטעון קיפוח לגבי חוזה עם ספק. הספק לא יכול לטעון קיפוח.
	7. חוזה סטנדרטי אינו חוזה אחיד! חוזה אחיד הוא בלבד חוזה שנוסח ע"י אחד מהצדדים במטרה להתקשר עם צדדים רבים.
4. **הבנה האם התניה היא חלק מהחוזה האחיד**
	1. קיימים מקרים בהם תניות מסוימות יופיעו בחוזה שהוא חוזה אחיד, אולם הן לא יהיו חלק מהחוזה האחיד בעצמו.
	2. הגדרת תנאי
		1. תנאי = תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, **ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים**.
		2. תניה שנבעה ממו"מ בין הצדדים במסגרת הדיון על החוזה האחיד כבר לא נחשבת חלק מהחוזה האחיד. החוזה שנחתם הוא עדיין חוזה אחיד, אולם התניה עצמה כבר לא נחשבת תניה בחוזה אחיד, מאחר והיא הסדר ספציפי בין הצדדים.
		3. ייתכנו מקרים בהם קיימים תנאים שונים שהם חלק מהתקשרות הצדדים, אולם הם אינם מופיעים בחוזה האחיד בעצמו. תנאים אלו יכולים לבוא לידי ביטוי בע"פ או במסגרת הסכם נוסף שקשור לחוזה האחיד. במקרים כאלו ביהמ"ש יוכל לקבוע כי מדובר בתניה בחוזה אחיד.
	3. חריגים
		1. קיימים בחוק (ס' 23) מספר פריטים חריגים שלא ניתן לטעון לגביהם קיפוח, או שהם מוחרגים מההסדר של חוזה אחיד. כאשר בודקים תניה מסוימת, יש לבדוק האם היא נופלת תחת חריגים אלו מאחר ובמידה והתשובה חיובית, לא ניתן לטעון שהיא תניה מקפחת.
		2. חשוב לזכור את ארבעת התנאים המופיעים בס' 23 לחוק החוזים האחידים.
		3. תנאי משמעותי שמופיע בו הוא שהמחיר לא ייחשב תניה מקפחת – מתוך הנחה שמדובר ברכיב מרכזי של העסקה שהייתה הסכמה לגביו. עם זאת, לעיתים עולה השאלה האם התניה נוגעת בהכרח למחיר (למשל תניה לגבי ריבית על חשבון הבנק – האם מדובר ברכיב המחיר ולכן לא ניתן לטעון כי מדובר בתניה מקפחת?).
5. **חזקת קיפוח**
	1. חזקת קיפוח היא היפוך נטל הראייה. קיימות קטגוריות בחוק, שבמידה והתניה נופלת תחת קטגוריות אלו, הנחת המוצא היא שהיא אכן תניה מקפחת. נטל ההוכחה כי התניה לא מקפחת עובר לנתבע במקרה כזה.
	2. ס' 4 לחוק החוזים האחידים מונה מספר קטגוריות לגביהן יש חזקת קיפוח. חשוב להכיר ולהבין את החזקות ע"מ לדעת לבחון את התניה בסוגיה הנתונה ולהבין האם היא נופלת תחת חזקת הקיפוח.
	3. רוב הקטגוריות המופיעות בס' 4 נוגעות ליתרון חריג שהספק מנסה להשיג לעצמו במסגרת החוזה (התניה על הדין, השגת בפטור, יצירת יתרון משמעותי של הספק על הלקוח). עניין זה לא שונה מאוד מתקנת הציבור. בתקנת הציבור הרצון הוא להראות שמדובר בתניה חריגה שנוגדת את המוסר, בחוזה אחיד הרצון הוא להראות שנוצר יתרון חריג לספק.
	4. קיום חזקת קיפוח נוגע בעיקר לנטל ההוכחה, ולכן גם כאשר הוכח שאכן יש חזקת קיפוח התוצאה היא לאו דווקא שהתניה היא אכן מקפחת (מאחר והספק יכול לנסות ולהוכיח שהתניה בעצמה לא מקפחת). מתוך כך, תמיד יש צורך לעבור לשלב הבא בניתוח ע"מ להבין האם התניה הספציפית היא מקפחת.
6. **תניה מקפחת / בטלה**
	1. לפי ס' 3 לחוק החוזים האחידים, על ביהמ"ש לבחון האם התניה מקפחת לקוחות או נותנת יתרון בלתי הוגן לספק שעלול להביא לקיפוח לקוחות.
	2. בבחינה זו, על ביהמ"ש לבחון את כלל הנסיבות (נסיבות הכריתה וכדו') ואת תנאי החוזה האחרים.
	3. השאלה האם תניה מסוימת הוגנת או לא היא שאלה אובייקטיבית שמשאירה הרבה כוח לביהמ"ש. מדובר בשיקול דעת מובנה, מאחר והמחוקק מגדיר מרחב לשיקול דעת בתוכו ביהמ"ש פועל. ביהמ"ש ישתדל להראות מדוע תניה מסוימת אינה הוגנת (ע"י שיקולים שיפוטיים שונים כמו הנהוג בשוק וכדו'), אולם לעיתים רחוקות ביהמ"ש יפסוק לפי שיקולי צדק כאלו ואחרים.
7. **סעד**
	1. ס' 19 לחוק החוזים האחידים מגדיר שני סעדים במצב של תניה מקפחת – ביטול התניה או שינויה.
	2. השינוי או הביטול יתבצעו באופן שיבטל את הקיפוח שהיה בחוזה האחיד.
	3. פס"ד מילגרום
		1. בפס"ד זה ניכר מקרה בו הסעד המוגש הוא מעבר לביטול או שינוי התניה בלבד.
		2. 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.
		3. המחיר שנקבע באופן חד צדדי ע"י משען ככה"נ 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.
8. **חריג – סעיף 5**
	1. הניתוח לפי ס' 5 דומה לניתוח הרגיל בשלבים של זיהוי חוזה אחיד והבנה כי התניה היא חלק מהחוזה.
	2. השלב הבא הוא הבנה שהתניה מונעת מהלקוח לפנות לערכאות משפטיות. ברגע שהוכח כי אכן זו מטרת התניה, הסעד האוטומטי הוא בטלותו.
	3. הסוגיה שעולה במקרה זה היא האם אכן הסעיף נופל תחת ההגדרה של ס' 5 (לצורך העניין, האם סעיף שמכתיב פנייה לבוררות נופל תחת ס' 5?).

**הכנה למבנה המבחן – דין רצוי ודין מצוי**

1. בניתוח הצעה לשינוי בחקיקה ניתן לבחון שתי שאלות עיקריות:
	1. האם השינוי המוצע ישנה את הדין הקיים? התשובה על שאלה זו בד"כ תהיה שיש טיעונים שכן ויש שלא מנימוקים שונים.
	2. האם השינוי המוצע ראוי? תשובה לשאלה זו תציג את היתרונות והחסרונות של השינוי המוצע.

שיעור: **חוזה על-תנאי – 16.12.18**

**הקדמה**

1. **הגדרה**
	1. חוזה שהתוקף שלו תלוי בהתרחשותו של אירוע חיצוני כלשהו.
	2. תניה = הסדר בחוזה. תנאי = התניה של תוקף החוזה באירוע חיצוני.
	3. דוגמה – קבלת היתר בניה. חוזה המותנה בקבלת היתר בניה תקף רק כאשר מתקבל ההיתר.
2. **סעיפי החוק**
	1. סעיף 27 – מגדיר שניתן להתנות חוזה בתנאי מתלה (תנאי שקיומו מתקף את החוזה) או בתנאי מפסיק (תנאי שקיומו מפסיק את תוקף החוזה). כמו כן, מגדיר הסעיף כי חוזה הטעון בהסכמת אדם שלישי או רישיון עפ"י חיקוק, חזקה שההסכמה או קבלת הרישיון הם תנאי מתלה (חזקה = היפוך נטל ההוכחה. התוצאה לאו דווקא תהיה שאחד מהאלמנטים הללו הוא אכן תנאי מתלה).
	2. סעיף 29 – מגדיר את תוצאת אי-קיומם של תנאי מתלה (ביטול החוזה) ושל תנאי מפסיק (ביטול ההתנאה). כל זאת תוך זמן סביר מכריתת החוזה. במקרה של אי-קיום תנאי מתלה, לכאורה לא נדרשת כל הודעת ביטול והחוזה בטל מתוקף אי-קיום התנאי. אולם, לעיתים ניכר כי ביהמ"ש בכל זאת דורש הודעה על-מנת לממש את ביטול החוזה.
	3. סעיף 28 – מגדיר את תוצאת סיכול תנאי ע"י אחד הצדדים (חוסר יכולת של אותו הצד להסתמך על אי-קיום תנאי מתלה או על קיום תנאי מפסיק). הסעיף מציין כי הוראותיו לא יחולו במקרה בו הצד המסכל עשה זאת שלא בזדון ושלא ברשלנות.
	4. השאלה במרכז היא לא לגבי הפרה אלא לגבי תקפות החוזה, לכן סעיפים אלו יכולים לענות רק על שאלת התקפות עצמה.

**חוזה על-תנאי בסכסוך חוזי**

1. כאמור, סכסוך חוזי קלאסי הוא מקרה בו צד אחד רוצה להשתחרר מהחוזה בעוד הצד השני רוצה לקיים אותו.
2. הצד שמעוניין להשתחרר מהחוזה טוען טענות שמובילות למסקנה כי החוזה בטל, במקרה של חוזה על-תנאי – היה תנאי מתלה שלא התקיים.
3. **מקרה לדוגמה**
	1. תנאי מתלה – הבנייה מצריכה היתר שלא ניתן.
	2. טענות הצדדים
		1. הצד שמעוניין להשתרר מהחוזה יטען שלא התקיים התנאי ולכן החוזה בטל.
		2. הצד השני יכול לטעון שהתנאי התקיים, או שטרם עבר זמן סביר.
	3. אפשרויות הכרעה
		1. קבלת היתר היא חיוב על אחד הצדדים (קבלן / מזמין).
		2. קבלת היתר היא תנאי לתוקף החוזה (תנאי מתלה).
		3. החוזה קובע בנייה גם ללא היתר.
4. **פס"ד נתיבי איילון**
	1. מציג מקרה של התלבטות בין חיוב על אחד הצדדים לבין תנאי מתלה.
	2. השופט 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.
	3. השופט 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.
	4. השופטת דורנר מצדדת בברק, ומכאן שההלכה היא שלא ניתן לקבוע שדבר מה הוא גם חיוב וגם תנאי מתלה.
	5. 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**

1. כאשר יש דבר מה שעשוי להיות תנאי, השאלה המרכזית היא האם אכן מדובר בתנאי או שמא מדובר בחיוב.
2. במקרה בו למשל נדרש היתר בניה במסגרת החוזה, האפשרויות הפרשניות 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.
3. **סעדים**
	1. אפשרויות הסעדים תלויות באפשרויות הפרשניות:
		1. אם מדובר בחיוב, הצד החייב לא קיים את החיוב ולכן הוא מפר את החוזה. התוצאה תהיה מתן תרופה מבין התרופות בגין הפרת חוזה.
		2. אם מדובר בתנאי מתלה, התנאי לא התקיים ולכן החוזה בטל. מאחר והחוזה בטל, יש לבצע השבה הדדית, אולם במקרה בו החלה כבר בנייה של בניין, לא ברור מה הסכום אותו על המזמין להשיב לקבלן בעבור הבנייה שכבר נבנתה.
		3. אם מדובר בחוזה שקובע בנייה ללא היתר מדובר בחוזה בלתי חוקי, והתוצאה תהיה אחת מהתוצאות של ס' 31.
	2. הסעד הפשוט הוא ביטול. אולם, אם לפי ס' 19 (דרך ס' 31) ניתן להפריד את החוזה לחלקים נפרדים כך שהתנאי חל רק על חלק מתניות החוזה, ניתן לטעון שרק החלק בחוזה שמותנה על ידי אותו התנאי בטל, ובכך להגיע לסעד של בטלות חלקית.
	3. לגבי שאר הסעדים בס' 31 (פטור חלקי מהשבה וכדו'), הם רלוונטיים רק לס' 30 ולא לחוזה על-תנאי.
4. **פס"ד צאלים**
	1. פס"ד זה מציג אפשרות נוספת לפרשנות מקרה שכזה זולת תנאי מתלה וחיוב אחד הצדדים.
	2. עולה האפשרות שמדובר גם בחיוב וגם בתנאי. המקרה המוצג הוא מקרה בו החיוב הוא חיוב השתדלות וגם תנאי.
	3. לצורך העניין, אם יש היתר שצריך להשיג, וגם חל על הקבלן חיוב להשיג את ההיתר (הקבלן יפעל להשגת ההיתר). עם זאת, צוין כי החיוב הוא חיוב השתדלות (הוא צריך לנסות להשיג את ההיתר אולם הוא לא מחויב להגיע לתוצאה של השגת ההיתר).
	4. אם הקבלן פעל להשגת ההיתר, אולם ההיתר לא הושג, הרי שהקבלן ביצע את החיוב שלו אך במקביל התנאי לא התקיים.
	5. התוצאה תהיה שהחוזה בטל, אך הצד המזמין לא יוכל לטעון שהקבלן הפר את החוזה, מאחר והוא ניסה להשיג את התוצאה של השגת ההיתר, וזה כל שהוא התחייב אליו מתוקף החוזה.
	6. התוצאה של פסק הדין היא שברגע 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**

1. **חלוקת סיכונים**
	1. חוזה על-תנאי הוא כלי לחלוקת סיכונים בין הצדדים.
	2. 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.

שיעור: **יציאה מחוזה – 20.12.18**

**קיום חוזה ופקיעת חיובים** – בעקרון, חוזה יכול להסתיים בדרך אופטימית – ברגע שכל צד קיים את שהוטל עליו החיובים פקעו ולא קיימים יותר.

**הפרת חוזה**

1. ברגע שאחד הצדדים לא מקיים את שהוטל עליו מתוקף החוזה, מדובר בהפרה. ההפרה גוררת תרופות.
2. **הגדרה**
	1. ס' 1 לחוק התרופות בגין הפרת חוזה מגדיר הפרה ונפגע.
	2. הפרה – מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה.
	3. נפגע – מי שזכאי לקיום החוזה שהופר.
	4. הנפגע הוא זה שזכאי לתרופות במצב של הפרת החוזה ע"י הצד השני. הנפגע הוא לאו דווקא ניזוק, הוא נפגע מעצם ההפרה. השאלה האם לנפגע אירע נזק היא שאלה נפרדת, שלא משנה את העובדה שהוא נפגע מההפרה.
3. **סטנדרט ההתנהגות הנדרש בחוזים**
	1. אחריות חמורה, חיוב תוצאה ודיני הסיכול
		1. במקרה זה לא מסתכלים על התנהגות המפר ועל כמה הוא השתדל, מאחר והחיוב הוא על התוצאה, ולכן האחריות היא אחריות חמורה. אם לא קרתה התוצאה הצד עליו הוטלה האחריות הוא מפר.
		2. החריג לזה הוא דיני הסיכול, שקובעים מצבים בהם בגלל כוחות חיצוניים כאלו ואחרים שלא בשליטת המפר לא היה ניתן להגיע לתוצאה אליה הצד המפר התחייב.
		3. חשוב לזכור שהצד המפר הוא לאו דווקא רע, הוא פשוט לא הצליח לעמוד בהתחייבות החוזית שלו. הסתכלות זו על המפר עלולה להשפיע על הפסיקה לגביו, מאחר וקיים מנעד גדול של התנהגויות של המפר שגורר מנעד של חיובים שניתן לחייב אותו בגין ההפרה.
	2. רשלנות וחיוב השתדלות
		1. קיימים מצבים, כמו מצב של חוזה ייצוג לקוח ע"י עו"ד, בהם ההתנהגות הנדרשת היא השתדלות. מכאן שעל הצד החייב מוטלת החובה לא להתרשל.
		2. סטנדרט ההתנהגות במצבים כאלו הוא לא אחריות חמורה, אלא של רשלנות. כל שהצד החייב מתחייב אליו הוא לא להתרשל בעת קיום החוזה.
		3. הפרה במצב כזה מתבצעת במקרה בו הצד החייב לא השתדל כנדרש ובכך למעשה התרשל.
4. **מועד הקיום ודחיית הקיום**
	1. עולה השאלה – מתי התנהגות בניגוד לחוזה נחשבת הפרה?
	2. ס' 41-42 קובעים מספר דברים לגבי מועד הקיום של חיוב:
		1. חיוב שלא הוסכם עליו מועד, יש לקיים אותו תוך זמן סביר.
		2. ניתן לקיים חיוב לפני המועד שלו, כל עוד ניתנת הודעה על כך מראש.
	3. דחיית הקיום
		1. צד לחוזה זכאי לדחות את קיום החיוב שלו בשלושה מקרים.
		2. נמנע קיום החיוב מסיבה התלויה בנושה, עד אשר מניעה זו תוסר.
		3. תנאי לקיום החיוב הוא שיקויים חיוב של הנושה שטרם קוים (חיוב מותנה).
		4. על הצדדים לקיים את החיובים שלהם בד בבד, והנושה לא מוכן לקיים את חיובו (חיוב שלוב).
5. **אלתר נ' אלעני**
	1. בפס"ד זה המחלוקת הייתה לגבי תשלום שהיה צריך להתבצע במועד מכירת החנות הישנה של הקונים.
	2. הקבלן טען שמאחר והחנות נמכרה והקונים לא שילמו, הם הפרו את החוזה.
	3. הקונים טענו ששינוי הנסיבות (העיכוב בבניה) הפך את החיובים לשלובים זה בזה – ברגע שהקבלן יראה שהוא אכן מתכוון לקיים את החוזה הקונים יעבירו את התשלום.
	4. ביהמ"ש קבע שהחיוב הקיים בחוזה הוא עצמאי – לא נקבע שום קשר בין החיוב שבמחלוקת לבין ההתקדמות בבניה. מכאן שהעיכוב בבניה לא מצדיק אי-תשלום.
6. **סוגי חיובים**
	1. חיוב עצמאי – חיוב שלא תלוי בקיום חיוב של הצד השני.
	2. חיוב מותנה
		1. חיוב שמותנה בחיוב אחר. חיוב מותנה יוצר סדר בין החיובים, קודם צד א' צריך לקיים את החיוב שלו ורק אז צד ב' צריך לקיים את החיוב שלו.
		2. חיוב מותנה שונה מחוזה על-תנאי. בחיוב מותנה החיוב של צד ב' מותנה בקיום החיוב של צד א'. בחוזה על-תנאי קיום החוזה עצמו מותנה בתנאי חיצוני שנקבע.
	3. חיובים שלובים
		1. חיובים שאמורים להתבצע באותו הזמן. מכאן עולה השאלה מתי ניתן לתבוע בגין חיובים שלובים, מאחר והצד המפר יוכל לטעון שהחיובים שלובים ולכן הוא לא חייב לקיים את החיוב שלו אלא עד אשר הצד השני יקיים את החיוב שחל עליו.
		2. פתרון לסוגיה זו הוא בבחינת נכונות – ברגע שצד מראה נכונות לבצע את החיוב שלו שצריך להתקיים במקביל, והצד השני לא מראה את אותה הנכונות, הצד השני ייחשב מפר.
		3. חשוב להבין שלעולם החיובים לא יקוימו באותה השנייה בדיוק. תמיד יהיה צד אחד שיקיים את החיוב שלו קודם לכן ורק אז הצד השני יקיים את שהוטל עליו. לטובת קיום חיובים שכאלו יש שלל מנגנונים שניתן ליישם ע"מ להבטיח את קיום החוזה בצורה הנכונה ביותר (הערות אזהרה בטאבו, העברת הכסף לצד ג', שימוש בהמחאה בנקאית וכדו').
	4. קיימת מחלוקת בפסיקה לגבי חיובים שלובים:
		1. חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם מקבילים (דורנר בארבוס נ' רובינשטיין).
		2. חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם עצמאיים (שמגר במימון נ' מאור).
7. **הפרה צפויה** – ס' 17 לחוק התרופות קובע שבמידה וצד אחד מביע את רצונו שלא לקיים את החיוב שלו (או שמסתבר מהנסיבות שהוא לא יוכל או לא ירצה לקיים אותו), הצד השני זכאי לתרופות בגין הפרה, גם במידה וטרם הגיע המועד לקיום החיוב.

**תרופות בגין הפרה**

1. **הגדרה**
	1. ס' 2 לחוק התרופות מגדיר שברגע שהופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע אכיפה או לבטל את החוזה, וכן זכאי לפיצויים בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן. הכול לפי הוראות החוק.
	2. המסקנה מהסעיף היא שלהפרה יש הרבה תוצאות, וצריך לבחון כל מקרה ע"מ להבין איזו תרופה יש להעניק באותו המקרה.
2. **סדר ניתוח קייס**
	1. האם הנפגע זכאי לתרופה
		1. תחילה יש להראות שיש חוזה ושהוא תקף.
		2. בשלב השני, יש להראות שבוצעה הפרה – החוזה קבע דבר מה והצד המפר לא פעל לפי החוזה.
	2. לאילו תרופות זכאי הנפגע
		1. אכיפה – הכרחת הצד המפר לעשות את שהתחייב לעשות לפי החוזה. לא תמיד הצד הנפגע זכאי לאכיפה. במידה והנפגע לא זכאי לאכיפה, אין זה אומר שלא היה חוזה ולא הייתה הפרה, אלא שהנפגע זכאי לתרופה אחרת.
		2. השבה?
		3. פיצויים?
	3. מה יקבל הנפגע במסגרת כל תרופה (יישום על מקרה מסוים)
		1. אכיפה – הנפגע יקבל את שהיה אמור לקבל במסגרת קיום החוזה.
		2. פיצויים – הנפגע יקבל כסף. כדי לדעת כמה כסף יש להעניק בפיצויים יש לבחון את הסעיפים הרלוונטיים הנוגעים לפיצויים.
		3. השבה – מה השבה כוללת במקרה הספציפי.
3. **פס"ד אדרס**
	1. האם הנפגע זכאי לתרופה
		1. הצדדים במקרה זה הם חברה ישראלית וחברה גרמנית.
		2. החוזה הוא חוזה מכר לפיו החברה הגרמנית הייתה אמורה למכור לחברה הישראלית ברזל.
		3. ההפרה היא מצד החברה הגרמנית – היא התחייבה להעביר כמות סחורה מסוימת ובפועל היא העבירה כמות פחותה ואת היתרה היא מכרה לצד ג'.
	2. לאילו תרופות זכאי הנפגע
		1. לגבי אכיפה, היא בלתי אפשרית במקרה זה מאחר והברזל כבר נמכר. עם זאת, זה לא אומר שלא ניתן להעניק תרופה אחרת.
		2. ניתן להעניק סעד של השבה, אולם במקרה זה לא תהיה לו משמעות מאחר והחברה הישראלית טרם שילמה עבור הסחורה שלא סופקה לה.
		3. סעד נוסף שעלה הוא להעניק פיצויים. מאחר והחברה הישראלית לא הביאה ראיות לנזק שנגרם להם, לא ניתן היה להעניק להם פיצויים לפי דיני החוזים.
		4. פיצויים נוספים שניתן לקחת בחשבון הם פיצויים בשיעור הרווח שהחברה הגרמנית הפיקה ממכירת הברזל לצד ג'. עם זאת, מקור הסעד הזה אינו בדיני החוזים אלא בדיני עשיית עושר ולא במשפט.
		5. ההלכה: ביהמ"ש קבע שבהפרת חוזה אכן יש תרופה נוספת שניתן לתת לפי דיני עשיית עושר ולא במשפט – על המפר למסור לנפגע את הרווח שהפיק מההפרה.
		6. חשוב להבין שהלכה זו לא מובנת מאליה, היא לא חפה מספק לגבי ההצדקות המוסריות שלה. אפשר לטעון שהיא הגיונית ומוצדקת ואפשר להגיד שלא צריכה להיות תרופה כזו.
		7. בנוסף, הלכה זו היא הלכה חריגה מאוד בעולם – היא התקבלה בישראל אך בשאר העולם עניין זה כלל לא ברור.
4. **מטרות התרופה – סעדים חיוביים ושליליים**
	1. סעד שלילי נועד להעמיד צד במקום בו היה לולא החוזה. המטרה פה היא להחזיר את המצב אחורה בזמן, למציאות שהייתה לפני שהחוזה נכרת.
	2. סעד חיובי נועד להעמיד צד במקום בו היה לולא ההפרה (לו החוזה קוים).
	3. סעדים אלו ניתן להחיל הן על הנפגע והן על המפר, מכאן שקיימות ארבע חלופות להחלת הסעדים.
	4. דוגמה
		1. המוכר העביר את הדירה לאדם שלישי במקום לקונה הדירה המקורי.
		2. המחיר בחוזה המקורי – 10.
		3. הסתמכות הקונה (הוצאות של הקונה בהסתמך על החוזה) – 5.
		4. השווי לקונה – 20.
		5. רווחי ההפרה (מחיר המכירה לאדם השלישי + מחיר המכירה בחוזה המקורי) – 35.

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

* + 1. **תרופה שלילית לנפגע** תביא אותו למצב בו היה אם לא היה נכרת החוזה. מכאן שיש להשיב לו את הסכום ששילם עפ"י החוזה ואת הוצאות ההסתמכות שלו (פיצויי הסתמכות).
		2. **תרופה חיובית לנפגע** תביא אותו למצב בו היה אם החוזה היה מקוים. מכאן שיש להעניק לו את מה שהיה צריך לקבל לפי החוזה או את הסכום שהיה מרוויח אילו החוזה היה מתקיים כראוי (פיצויי ציפייה).
		3. **תרופה שלילית כלפי המפר** תביא את המפר עצמו למצב בו היה אם לא נכרת החוזה. מכאן שעליו להחזיר לנפגע את מה שקיבל ממנו במסגרת החוזה (השבה).
		4. **תרופה חיובית כלפי המפר** תביא את המפר עצמו למצב בו היה אם היה מקיים את החוזה. מכאן שיש להעביר את הרווח שהפיק המפר מההפרה לידי הנפגע (שלילת רווח).
	1. הסתמכות, ציפייה והשבה הם סעדים סטנדרטיים ונפוצים. עם זאת, שלילת רווח היא סעד לא סטנדרטי שמתקיים בסיטואציות ספציפיות (כגון אדרס).

שיעור: **תרופות – אכיפה – 23.12.18**

**הגדרה**

1. אכיפה היא תרופה שניתנת כתרופה בגין הפרת חוזה.
2. ס' 3 לחוק התרופות מגדיר שהנפגע זכאי לאכיפה, אלא אם מתקיים אחד מהתנאים הבאים:
	1. החוזה אינו בר-ביצוע.
	2. אכיפת החוזה היא כפייה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי.
	3. ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם ביהמ"ש או לשכת ההוצאה לפועל.
	4. אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין.

**דין רצוי ודין מצוי**

1. **גישה קונטיננטלית (Pacta Sunt Servanda, חוזים יש לקיים)**
	1. גישה זו היא הגישה המקובלת במשפט הישראלי, ולפיה אכיפה היא הסעד העיקרי שניתן בגין הפרה.
	2. העיקרון העומד מאחורי גישה זו הוא שהבטחות יש לקיים, ומכאן שמדובר בבסיס מוסרי לגישה.
	3. במשפט הישראלי אמנם מקובל להעניק אכיפה כסעד להפרה, אולם קיימים סייגים לסעד זה. לכן יש להבין מה עומד מאחורי סייגים אלו ע"מ להבין מה העיקרון העומד בבסיס הגישה הישראלית.
2. **גישת המשפט המקובל**
	1. הסעד העיקרי הוא פיצויים. ע"מ לקבל סעד של אכיפה צריך להראות שתרופת הפיצויים לא מגשימה את המטרה של דיני התרופות, בכך שהיא לא מביאה את הצד הנפגע למקום בו היה ללא ההפרה.
	2. העיקרון העומד בבסיס גישה זו הוא שאסור להזיק לאחרים, ואם נגרם נזק, יש לפצות על כך. עיקרון זה מצביע על כך שקיימת קרבה מסוימת במשפט המקובל בין דיני החוזים לדיני הנזיקין.
3. **בין אכיפה לפיצויים**
	1. בד"כ לנפגע יש אפשרות לבחור בין הסעדים, אך שיטת המשפט היא זו שתכתיב כמה פשוט יהיה לו להשיג כל אחד מהסעדים.
	2. אחד השיקולים לטובת אכיפה הוא שמדובר בסעד שמגביר את הוודאות ביחסים החוזיים. באמצעות אכיפה הצד הנפגע ידע מה הוא מקבל (החוזה עליו הוא כבר חתם) בעוד שבפיצויים מדובר בכסף שהמפר חייב לו עפ"י צו (סכום שנקבע ע"י ביהמ"ש).
	3. הפרה יעילה
		1. מדובר במצב בו יותר יעיל בעבור המפר להפר את החוזה ולשלם פיצויים (למשל מכירת נכס לצד ג' שמציע סכום יותר גדול) מאשר לקיים את החוזה.
		2. דוגמה לכך היא מצב בו קבלן רוצה למכור דירה למזמין. העלות לקבלן היא 5 והשווי עבור הקונה הוא 10. קיימים 10% שהקבלן יצטרך לשאת בעלות נוספת של 20. במידה ואכן מתממש הסיכון הזה, הרי שלא משתלם בעבור הקבלן לקיים את החוזה.
		3. במצב כזה, סעד של אכיפה יכול להזיק לקבלן בשיעור גבוה בהרבה מהרווח שיפיק מכך המזמין, בעוד שסעד של פיצויים יכול להביא למצב בו הקבלן מפסיד פחות והמזמין לא ניזוק כלל (למשל ע"י מתן פיצויים של 10 מהקבלן למזמין. בכך הקבלן חוסך 15 והמזמין לא ניזוק כלל מאחר וקיבל פיצויי ציפייה).
		4. ההבדל במקרה זה בין שיטת משפט שדוגלת באכיפה לבין זו שדוגלת בפיצויים הוא שלפי אכיפה יש לבצע חוזה בכל מקרה, בעוד שלפי פיצויים יש לבצע את החוזה רק אם הביצוע משתלם (עלות הביצוע נמוכה מהשווי למזמין).
		5. בחוזה שנוצר תחת שיטת משפט של אכיפה, הקבלן ייקח בחשבון את העובדה שהוא יצטרך לבצע את הבנייה ויהי מה, ולכן שיקול זה יקבל ביטוי במחיר הנכס (העלות למזמין תהיה גבוהה יותר – ברגע שקיים סיכוי של 10% שתהיה עלות נוספת של 20, הקבלן יוסיף 2 לעלות למזמין כדי לגלם סיכון זה במחיר ההתחלתי ובכך המחיר בחוזה יהפוך מ-5 ל-7). מנגד, בחוזה שנוצר תחת שיטת משפט של פיצויים, העלות תהיה נמוכה יותר מאחר וקיימת האפשרות של הפרה יעילה (ברגע שלא ישתלם לקבלן לקיים את החוזה הוא יוכל לבחור באפשרות של פיצוי המזמין ע"מ לצאת מהחוזה).

**חריגים לאכיפה**

1. חשוב לזכור שאכיפה אינה התרופה היחידה, ושברגע שנשללת האכיפה זה לא אומר שהחוזה נעלם ושהצד הנפגע מקופח.
2. **ס' 3(1) – חוזה שאינו בר-ביצוע**
	1. ברגע שהנפגע טוען לאכיפה, המפר יכול לטעון שהחוזה אינו בר-ביצוע.
	2. לרוב לא יהיו מצבים בהם באמת לא ניתן יהיה לבצע את החוזה, ולכן המקרים שנכנסים תחת קטגוריה זו הם מקרי ביניים בהם ניתן לבצע את החוזה, אך הביצוע הוא לא הגיוני בצורה קיצונית (אדרס – החוזה רגיש לזמן ולא ניתן לחזור לעבר ולספק את הברזל אז; לסרסון – לא הגיוני לפרק את כל הבניין ע"מ לבנות את מגדל הביטחון).
3. **ס' 3(2) – חוזה לשירות אישי**
	1. מדובר במצב בו נדרש ביצוע ע"י החייב שתלוי בכישוריו האישיים (בניגוד לחוזה קבלנות למשל – חייא נגד מרקוביץ').
	2. ההקשר המרכזי בו סייג זה מתעורר הוא בדיני עבודה, שם יש שני סוגי תביעות.
	3. המעביד תובע החזרה לעבודה
		1. במצב בו יש התפטרות / פיטורין שלא כדין, והמעביד תובע שיכריחו את העובד לעבוד, אין אכיפה.
		2. יתרה מכך, סעיף המגביל עבודה במקום אחר לא ייאכף אם משמעותו אופרטיבית היא אכיפה לעבוד אצל מעסיק ספציפי.
	4. העובד תובע לחזור לעבודה
		1. הכלל הוא פיצויים (צרי נ' בית הדין לעבודה).
		2. יש חריג של אכיפה (אלישע נ' אוניברסיטת תל-אביב).
4. **ס' 3(3) – מידה בלתי סבירה של פיקוח**
	1. סייג זה מתעורר בעיקר בחוזי קבלנות. עפ"י רוב, חוזי קבלנות הם חוזים שדורשים מידה רבה של פיקוח.
	2. עוניסון – שיקולים בעד אכיפה
		1. העבודה מפורטת.
		2. פיצויים לא יפצו את הנפגע בצורה מספקת.
		3. הקרקע עליה צריכה העבודה להתבצע נמצאת בידי הנתבע.
	3. חייא נ' מרקוביץ' – שיקולים נגד אכיפה
		1. ככל שהחוזה מורכב יותר.
		2. ככל שמשך הביצוע ארוך יותר.
		3. ככל שהביצוע מצריך יותר שיתוף פעולה בין הצדדים.
5. **ס' 3(4) – סייג הצדק**
	1. כדי לקבל פטור מאכיפה, על המפר להראות שהנזק שייגרם לו מאכיפה עולה משמעותית על הנזק שייגרם לנפגע אם החוזה לא ייאכף.
	2. בפועל, הסעיף אומר שלביהמ"ש יש שיקול דעת בברירה בין אכיפה לפיצויים.
	3. פס"ד אזימוב
		1. במקרה זה הייתה מחלוקת לגבי הסיבה שבגינה המוכרים רצו להשתחרר מהעסקה – הקונה טענה כי מדובר בסיבה כלכלית בלבד והמוכרים טענו כי מדובר בסיבות רגשיות (בנם שנפטר גדל בדירה). ביהמ"ש המחוזי קובע כי הסיבה היא סיבה רגשית, והעליון מסכים לקביעה זו.
		2. עם זאת, העליון קובע שלמרות שהנזק שנגרם למוכרים הוא גדול, יש להעניק במקרה זה סעד של אכיפה. הנימוקים העיקריים לכך הם שהנזק שנגרם לקונה גם הוא גדול וכן שהנסיבות היו ידועות למוכרים בעת חתימת החוזה ולא מדובר בנסיבות חדשות שהופיעו לאחר כריתת החוזה.
	4. שיקולים שיש לקחת בחשבון
		1. מאזן הנזק – כמה נזק נגרם לכל צד.
		2. אי-שוויון נורמטיבי – הנפגע מתחיל מנקודת מוצא טובה יותר במאזן, מאחר וכבר בתחילת הדיון נגרם לו נזק של הפרה. לכן הנזק שייגרם למפר צריך להיות גדול בצורה משמעותית מהנזק שייגרם לנפגע מהפרת החוזה.
		3. תום ליבם של הצדדים – מפר שמתנהל שלא בתו"ל (מנסה להתחמק מהחוזה, לא מוכן לשלם פיצויים) מקטין את הסיכוי שביהמ"ש יפטור מאכיפה. מנגד, מפר שמתנהל בצורה ישרה מגדיל את הסיכוי שביהמ"ש יעניק פטור מאכיפה.
		4. שינויי נסיבות – ככל שהנסיבות שבגינן המפר מעוניין לצאת מהחוזה התרחשו במפתיע ולאחר חתימת החוזה, כך ביהמ"ש ייטה להעניק פטור מאכיפה.
6. **ס' 4 – אכיפה בתנאים**
	1. ביהמ"ש רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיובו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין.
	2. למעשה לפי הסעיף ניתן להוסיף תנאים נוספים לחוזה המקורי, במידה והנסיבות דורשות זאת.
	3. אייזמן נ' קדמת עדן
		1. במקרה זה אכיפה של החוזה כפי שנחתם במקור הייתה גורמת להתעשרות של המזמין (הדירה החדשה עולה באיכותה על הדירה נושא החוזה המקורי). בנוסף, אכיפה בפועל של החוזה המקורי (המזמין ישלם את הסכום המקורי בעבור דירה באיכות שנדונה בחוזה המקורי) היא למעשה לא אפשרית.
		2. הפתרון שמיושם הוא אכיפה בקירוב. לכן, ביהמ"ש התנה את האכיפה בכך שהמזמין ישלים את יתרת התשלום לפי שווי הדירה החדשה (ההשלמה תתבצע באחוזים – שיעור התשלום באחוזים שהמזמין כבר ביצע עבור הדירה המקורית יהיה נקודת המוצא לתשלום היתרה בעבור הדירה החדשה באחוזים).
		3. ההלכה – ניתן להתנות את האכיפה בתשלום נוסף, על-מנת למנוע את התעשרות הנפגע.

שיעור: **תרופות – פיצויים – 27-30.12.18**

**הקדמה**

1. פיצויים הם תרופה שניתנת בגין הפרת חוזה. במובן מסוים, פיצויים הם הסעד המרכזי והנפוץ שניתן בגין הפרה.
2. כדי להוכיח שיש זכאות לפיצויים, על המבקש להראות שקיים חוזה, שהייתה הפרה ע"י הצד השני ושנגרם לו נזק בגין כך.
3. בעבר (לפני חוק החוזים) המשפט הישראלי פעל לפי המשפט האנגלי – פיצויים הם התרופה המרכזית ואכיפה היא החריג. בהמשך, כשחוקק החוק, הוחלט שאכיפה היא התרופה הרגילה ופיצויים הם החריג. לכאורה, ניתן לצפות למצוא יותר מקרים בהם ניתנת אכיפה, אולם, בפועל פיצויים הם עדיין הסעד הנפוץ.
4. **הפרה ללא נזק**
	1. במקרה בו צד לחוזה מפר אותו ולצד השני לא נגרם נזק, לרוב לא יינתן פיצוי.
	2. באופן כללי, כשאין נזק קשה להשיג תרופה.
	3. בסופו של דבר, תרופת הפיצויים קובעת שאסור להזיק לצד השני. היא לא קובעת מה מוסרי ומה נכון. רק במידה ונגרם נזק תהיה חובה לתת פיצויים.

**פיצויים מכוח סעיף 10 לחוק התרופות**

1. **נוסח הסעיף**
	1. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.
	2. הנפגע – צריך להיות **חוזה** וצריכה להיות **הפרה** ע"י הצד השני. הפיצויים שניתנים הם לצד הנפגע מההפרה.
	3. עקב – **קשר סיבתי** בין ההפרה **לנזק** שנגרם. מכאן שהרצון הוא להביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה (פיצויים חיוביים).
	4. ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש – **צפיות** בכוח או בפועל. קיים כאן יסוד אובייקטיבי וסובייקטיבי, והוכחת אחד מהם מספיקה.
2. **נזק ישיר מול נזק עקיף**
	1. מדובר בהבחנה היסטורית, שאין לה אזכור בסעיף. אין הבדל משפטי חד משמעי בין שני הנזקים, אבל מבחינה אנליטית יש הבדל וביהמ"ש מתייחס אחרת לכל אחד מהם.
	2. נזק ישיר – נזק שהוא תוצאה ישירה של ההפרה, בלי שלבים נוספים בדרך. בד"כ מדובר בירידת/עליית השווי של הנכס (הדירה שווה יותר אחרי העסקה).
	3. נזק עקיף – נזקים נסיבתיים שקשורים לתנאים נוספים, למשל השימוש בנכס (השכרת הדירה לאחר ביצוע העסקה).
	4. בשני סוגי הנזק, הנטל להראות שקרה נזק הוא על הנפגע.
	5. סוגיית הזמן משמעותית, מאחר וחשוב להבין מתי מודדים את ערך הנכס ביחס לערך שהיה בעת ההפרה.
3. **תיחום הנזק מול שיעור הפיצוי**
	1. תיחום הנזק הוא הגדרת ראשי הנזק – מה הנזקים שנגרמו בעקבות ההפרה (למשל אובדן עליית הערך).
	2. שיעור הפיצוי הוא הגדרת הסכום של כל ראש נזק.
	3. על הנפגע להביא ראיות לגבי שני הדברים – קיום הנזק ושיעורו.
4. **סעד חיובי מול סעד שלילי**
	1. מלשון הסעיף נדמה שמדובר על סעדים חיוביים – הבאת הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה (לו קוים החוזה).
	2. זאת מתוך ההבנה שכשמדברים על נזק, הנזק הוא פער בין שני מצבים. במקרה זה המצבים הם המצב עם ההפרה והמצב ללא ההפרה.
5. **קביעת שיעור הפיצוי**
	1. כשנקבע שיעור הפיצוי, יש להסתכל על הפער בין המצבים ולעשות השוואה בין מצבו של הנפגע לו קוים החוזה לבין מצבו לאחר ההפרה.
	2. הבנה של הקשר הסיבתי בין ההפרה לבין הנזק מאפשרת להבין את הפער בין שני מצבים אלו. עם זאת, לרוב יהיה קושי מסוים למדוד את הפער הזה.
	3. נזק ישיר – עליית ערך או חוזה בתנאים עדיפים.
	4. נזק עקיף – ראיות לרווחים עתידיים.
	5. שמחון נ' בכר
		1. לשמחון הייתה התחייבות מקבלן לקבל שתי דירות, והקבלן הפר את ההתחייבות שלו.
		2. שמחון רוצים פיצוי על הנזק הישיר – אם היו נמסרות הדירות היה להם רווח. בשל ההפרה, נמנע הרווח הזה. לטובת קבלת פיצוי זה על שמחון להראות שקיום החוזה אכן היה מפיק להם רווח.
		3. על נפגע להראות או שהעסקה הייתה גרועה לצד השני (חוזה בתנאים עדיפים) ולכן נגרם לו נזק מההפרה או שהעסקה עם המפר הייתה שווה יותר מהעסקה הבאה שניתן לבצע.
		4. שמחון טוענים משהו שהוא קרוב לחוזה בתנאים עדיפים, וביהמ"ש אכן פוסק לטובתם פיצויים בגין ההפרש בין שווי הדירות בהסכם מול הקבלן לשווי הדירות הממשי.
		5. שמחון גם מבקשים פיצוי על נזק עקיף – אם היו מקבלים את הדירות היו יכולים להשכיר אותן ולהפיק רווח. ביהמ"ש קבע שלא היו ראיות קונקרטיות לכך שהיה מופק הרווח הזה ולכן לא נתן פיצוי על הנזק הזה.
		6. באופן כללי, לביהמ"ש יש קושי להתמודד עם הנזקים העקיפים, מאחר וקשה לו להעריך את השווי שלהם.
	6. אלוניאל
		1. מבחינת קיומו של חוזה, נקבע בהתבסס על אינדיקציות שונות שאכן היה הסכם מחייב בין הצדדים.
		2. בהסכם צוין כי הכשרות תהיה ללא תעודת הכשר, ורק בהקפדה על כללי הכשרות. בשלב מסוים המשכירה התעקשה שאכן תהיה תעודת הכשר, ולכן היא החליטה שלא ניתן לקיים החוזה. בכך הפרה המשכירה את החוזה.
		3. השוכרת ביקשה לקבל פיצויים בגין הרווחים שהייתה יכולה להפיק מקיום החוזה (10 מיליון שקלים) וביהמ"ש מחליט להעניק פיצויים בסך 600,000 שקלים.
		4. מדובר במקרה זה בנזק עקיף. השוכרת אכן הביאה ראיות לרווחים העתידיים (הראו שבשאר הסניפים יש בד"כ רווח של חצי מיליון בשנה).
		5. עם זאת, השוכרת לא הצביעה על נזק ישיר. הבעיה בכך היא שברגע שאין נזק ישיר, לא ברור שיש נזק עקיף. זאת מאחר ולא ברור שדווקא העסקה הנדונה היא רווחית במיוחד בעבור הנפגע.
		6. הקביעה של סכום פיצויים זה נבע ממספר גורמים: מצב בטחוני בעייתי, קניון נוסף בסמוך לקניון הנדון, אי-הכשרות של מקדונלדס עלולה לפגוע ברווחיות של הקניון כולו. בנוסף, אלוניאל לא הראו שעשו מאמץ להקטנת הנזק.
		7. 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.
		8. המטרה היא להשוות בין קיום החוזה לבין הפרה ופיצוי. במצב זה, הנפגע מעדיף את ההפרה והפיצוי, מה שמצביע על כך שמדובר בפיצוי יתר. תמיכה בכך שמדובר בפיצוי יתר ניתן למצוא בכך שהנפגע לא הראה שעשה מאמצים להקטנת הנזק וכן בכך שהנפגע לא הראה שמדובר בחוזה בתנאים עדיפים.
	7. לסיכום
		1. יש להראות שהחוזה טוב במיוחד. כמו כן, ניתן להראות שהייתה עליית ערך.
		2. ע"מ לקבל פיצויים על נזקים עקיפים, צריך להביא ראיות על כך שניתן היה להפיק רווח בצורה שנמנעה מהנפגע עקב ההפרה.
		3. כשלא ניתן להראות נזק ישיר, לא ברור שמגיע גם פיצוי עקיף.

**נטל הקטנת הנזק**

1. **נוסח סעיף 14**
	1. אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.
	2. הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או שהוקטן ובין אם לאו. היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות העניין.
2. בסופו של דבר, נזק שהיה ניתן להקטין, אינו נזק שההפרה גרמה לו. מכאן שס' 14 לא משנה בהרבה את מה שנאמר בס' 10.
3. כאן עולה סוגיית הזמן – לפי איזו תקופה מחשבים את ערך הנכס. בד"כ יקבע שערך מה שהנפגע איבד הוא לפי פרק הזמן עד שהוא יכול היה לקנות נכס חלופי. למעשה, כעבור זמן מסוים מההפרה הנפגע יכול להשיג נכס חלופי – משך זמן זה יהיה משך הזמן לפיו מחשבים את עליית הערך של הנכס המקורי.

**פיצוי בעד נזק לא ממוני**

1. **נוסח סעיף 13** – גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין.
2. ניתן להסתכל על ס' 13 כהרחבה של ס' 10.
3. השלבים להוכחת הנזק דומים לשלבים לפי ס' 10 (חוזה, הפרה, נפגע, נזק שאינו נזק ממון, קשר סיבתי, צפיות, פיצוי לשיקול דעת ביהמ"ש). לכאורה, אין צורך להוכיח צפיות מאחר וסוגיה זו לא עולה בס' 13, אולם מאחר וס' 13 בונה על ס' 10 בכל זאת יש להראות צפיות.
4. ההבדל העיקרי בין הסעיפים הוא שלפי ס' 13 קיים שיקול דעת לביהמ"ש להחליט את שיעור הפיצויים.
5. בד"כ יהיה יותר קשה לקבל פיצויים בגין נזקים לא ממוניים בחוזים עסקיים.
6. חשוב להבין שלא מדובר בפיצוי על הפרת החוזה, מדובר על נזק לא ממוני שנגרם עקב ההפרה.

**סעד שלילי מול סעד חיובי**

1. **פס"ד מלון צוקים**
	1. סעדים שליליים מתוקף ס' 10
		1. ס' 10 בד"כ מעניק סעדים חיוביים, ובמלון צוקים נשאלת השאלה מתי ניתן להעניק במסגרתו סעדים שליליים.
		2. מדובר במקרה בו יזמים כרתו חוזה עם העירייה לטובת הקמת מלון. ראש העירייה מתחלף והוא מפר את החוזה. היזמים תובעים פיצויים.
		3. בד"כ כשתובעים פיצויים צריך להראות מה הנזק – מה הרווח הצפוי מהקמת המלון. מאחר והם לא מצליחים להראות רווחים צפויים אלו הם מבקשים לקבל פיצויי הסתמכות בגין ההוצאות שלהם במסגרת החוזה.
		4. העמדה המשפטית של השופט מלץ היא שכשלא ניתן להוכיח פיצויי ציפייה, ניתן לקבל פיצויי הסתמכות. מלץ בונה קונסטרוקציה משפטית ע"מ להתאים את התוצאה הזו עם לשון ס' 10 – הוא קובע שההנחה היא שמי שנקשר בחוזה לא נכנס לחוזה הפסד, ומכאן שפיצויי הציפייה עולים על פיצויי ההסתמכות. ברגע שלא ניתן לקבוע את פיצויי הציפייה, תחליף סביר לכך הוא פיצויי הסתמכות. לא מדובר בפיצוי יתר.
		5. על עמדתו של מלץ אין מחלוקת והיא כיום הלכה.
	2. פיצויי הסתמכות גבוהים מפיצויי ציפייה
		1. המחלוקת בפסיקה היא לגבי פיצויי הסתמכות במקרה בו ידוע שהם עולים על פיצויי ציפייה.
		2. חשין טוען שלמרות הלשון של ס' 10, ניתן לפסוק מתוכו פיצויי הסתמכות גם במצב בו פיצויי הציפייה נמוכים יותר. אולם, לא נקבעה הלכה בנושא.
	3. צפיות בפיצויי הסתמכות
		1. שאלה נוספת שעולה בפס"ד היא לגבי הצפיות של פיצויי הסתמכות – האם צריך להראות צפיות לגבי פיצויי ההסתמכות שרוצים לפסוק?
		2. נקבע שגם במסגרת פיצויי הסתמכות תחת ס' 10 צריך להראות צפיות.

**פיצויים ללא הוכחת נזק**

1. **סעיף 11**
	1. סעיף 11 הוא נתיב אלטרנטיבי לפיצויים.
	2. הסעיף מחולק לשני חלקים – החלק הראשון מדבר על נכס או שירות והחלק השני מדבר על סכום כסף.
	3. 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.
	4. למעשה, הקביעה של הסעיף כי אין צורך להוכיח נזק לא מדויקת, מאחר ובפועל הוא עוסק בנזק ישיר. חשוב להבין שבניגוד לס' 10, בס' 11 לא ניתן לקבל פיצויים על נזק עקיף.
	5. לעיתים ס' 11 נותן פיצויים מעבר לנזק שנגרם בפועל.
2. **שלבים לקבלת פיצויים מתוקף ס' 11**
	1. הפרת חוזה.
	2. ביטול חוזה.
	3. הפרש בין השווי בחוזה לשווי ביום הביטול:
		1. נזק ישיר.
		2. סיבת ההפרש יכולה להיות עליית מחיר או אינפלציה (אזורים).
	4. אין דרישה לקשר סיבתי – גם במקרה בו הנפגע מפיק את הרווח שהיה יכול להרוויח מהחוזה המופר באמצעות עסקה אחרת, הוא יוכל לקבל פיצוי מתוקף ס' 11.
	5. אין נטל הקטנת הנזק.
3. **מקרים בהם יש יתרון לתביעה דרך ס' 11**
	1. עלות השירות גבוהה וערך הנכס נמוך.
	2. מחיר הנכס עלה ואז ירד (היה גבוה ביום ההפרה אבל ירד לאחר מכן).
	3. נזק שניתן היה להקטין (איינשטיין).

**פיצויים מוסכמים**

1. **נוסח סעיף 15**
	1. הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.
	2. הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה.
	3. לעניין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים.
2. **הסכמה על פיצויים**
	1. לפי הרישא של הסעיף, צדדים לחוזה רשאים לקבוע בחוזה מה יהיה הפיצוי המוסכם במקרה של הפרה. עולה השאלה האם חלק זה של הסעיף מחדש דבר מה והאם זה לא היה מובן מאליו לפני כן.
	2. לפי ס' 24 לחוק החוזים, הצדדים יכולים לקבוע בחוזה מה שהם רוצים. לכן על-פניו אין צורך בס' 15 לחוק התרופות.
	3. עם זאת, ניתן לטעון שדיני התרופות הם קוגנטיים, ולכן ס' 24 לא יהיה תקף לגביהם. מכאן שתפקידו של ס' 15(א) רישא הוא להראות שדיני התרופות הם דיספוזיטיביים, ושאכן הצדדים יכולים להתנות עליהם ולקבוע פיצויים שונים ממה שמוכתב בחוק.
	4. בנוסף, הסיפא של הסעיף מראה שההתניה לא מוחלטת, מאחר וביהמ"ש יכול לפסוק שהפיצויים שנקבעו לא מידתיים לנזק שיגרם עקב הפרה ועל-כן לשנות את ההתניה של הצדדים בחוזה.
3. **פס"ד חשל נ' פרידמן**
	1. קיים בסיס לפיצוי מוסכם בגין איחור בתשלום, ולכן ניתן לחשב את שיעור הנזק שנגרם מאיחור. הנזק מאיחור קשור לריבית שניתן היה לקבל על הכסף הזה באותה התקופה ממועד התשלום המקורי עד מועד התשלום בפועל. ככל שהריבית יותר גבוהה כך הנזק שנגרם מאיחור בתשלום יותר חמור.
	2. בפס"ד זה נקבע שהפיצוי המוסכם היה מוגזם, מאחר ונקבעה בחוזה ריבית בגין איחור שהיא גבוהה בהרבה מהריבית המצויה במשק.
	3. עלתה הטענה מצד המאחר שמדובר בטעות סופר – נכתב בחוזה 10% בחודש כשהכוונה הייתה ל-10% בשנה. ביהמ"ש העליון מחזיר את הדיון בשאלה הזו למחוזי.
	4. עם זאת, בהנחה שאין טעות סופר, ביהמ"ש העליון קובע ריבית שמתאימה לריבית בשוק (35%).
	5. טענה נוספת שהעלה המאחר היא שהריבית שנקבעה גבוהה מהנזק שצפו שיקרה וכן מהנזק שנגרם בפועל. ביהמ"ש קובע שזה לא משנה ומכתיב את ההלכה לפיה אין להפחית את הפיצוי המוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק **שהיה סביר לצפות** בזמן הכריתה.
	6. הלכה זו מצמצמת את היכולת של ביהמ"ש להפחית את הפיצוי המוסכם.
	7. הלכה זו לאו דווקא נובעת מלשון הסעיף, אולם היא מתיישבת עם לשון הסעיף. זאת מאחר ולא צוין מי היה צריך לצפות את הנזק שיקרה עקב ההפרה.
4. **פס"ד אהרון נ' פרץ**
	1. נקבעה תניה גורפת שקובעת פיצוי גבוה למקרים רבים של הפרות, ובפעול היה נזק גבוה.
	2. נכרת חוזה בין קבלן ומזמין, בו נקבעה תניה של פיצוי מוסכם במקרה של איחור. עם זאת, התניה הייתה גורפת וקבעה שעל כל איחור יהיה פיצוי בשיעור גבוה מאוד.
	3. על-פניו זה נשמע כמו פיצוי מוגזם, מאחר ואיך ניתן לקבוע פיצוי בשיעור גבוה מאוד גם על איחור של יום. הפיצוי עומד בשיעור לא סביר לנזק שנגרם מההפרה, לכן לכאורה על ביהמ"ש להפחית את הפיצוי.
	4. בפועל, היה איחור גדול מאוד, שאכן גרם לנזק רב. הצד המפר טוען שהתניה היא גורפת ולכן צריך להפחית מהפיצויים. הצד הנפגע טוען שהנזק שנגרם בפועל תואם את מה שנקבע בחוזה, ועל-כן אין להפחית מהפיצויים.
	5. ביהמ"ש קבע שאין להפחית את הפיצוי המוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק שהיה סביר לצפות בזמן הכריתה **כתוצאה של ההפרה הקונקרטית שאירעה בפועל**.
	6. גם הלכה זו לא נובעת מהסעיף (מאחר ולא מצוין בסעיף האם מדובר בהפרה בפועל או בהפרה המסתברת), אולם היא מתיישבת עם הסעיף.
5. **התניה על תרופת האכיפה**
	1. גם כאשר נקבע פיצוי מוסכם, אין זה אומר שהצד הנפגע לא רשאי לדרוש אכיפה.
	2. התניה על אכיפה צריכה להיות מפורשת (לינדאור נ' רינגל). כל עוד לא נכתב בחוזה שלא תוענק אכיפה כתרופה, ניתן לבקש אכיפה. זאת מאחר ואכיפה היא התרופה הסטנדרטית במקרה של הפרת חוזה.

שיעור: **תרופות – ביטול והשבה – 3.1.19**

**ביטול – הקדמה**

1. ביטול והשבה היא התרופה ההפוכה לאכיפה. באכיפה הנפגע רוצה לקיים את החוזה (להכריח את המפר לעשות את מה שהוא התחייב לעשות לפי החוזה). בביטול הנפגע רוצה שהחוזה יפסיק להתקיים. בעקבות הביטול תהיה השבה הדדית וכן אופציה להגיע לפיצוי לפי ס' 11.
2. נשאלת השאלה – מתי הנפגע יכול לבטל? אכיפה היא ברירת המחדל, לה יש מספר סייגים. ביטול הוא שונה, מאחר ואין זכות אוטומטית לביטול. צריך להראות דברים שונים ע"מ להגיע לביטול.
3. דבר נוסף ששונה בביטול הוא שהנפגע גם הוא רוצה להשתחרר מהחוזה, ולא רק המפר. הסיבות העיקריות לכך שהנפגע רוצה לבטל את החוזה הן שיותר משתלם לו להשתחרר מהחוזה (למשל אם מדובר בחוזה הפסד) וכן שהוא לא רוצה להמשיך להיות בקשר חוזי (או בכלל) עם המפר עקב ההפרה.

**הפרה יסודית מול הפרה שאינה יסודית**

1. **לשון סעיף 6** – לעניין 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 הייתה סבירה בעת כריתת החוזה.
2. ההבחנה חשובה מאחר והפרה יסודית נותנת זכות ביטול מלאה, בעוד הפרה שאינה יסודית נותנת זכות ביטול מוגבלת. סעיף 6 נוגע אך ורק לזכות הביטול, וחשוב לזכור שסעיפי הפיצויים לא עושים הבחנה בין הפרה יסודית להפרה לא יסודית (ולכן גם אם הייתה הפרה לא יסודית ניתן לתבוע פיצויים).
3. למעשה קיימים שני סוגים עיקריים של הפרות יסודיות:
	1. הפרה יסודית מוסכמת (במפורש) – הפרה שהוסכם ע"י הצדדים במפורש בחוזה שהיא יסודית. לתניה גורפת שקובעת שכל הפרה היא יסודית אין תוקף, אלא אם הייתה סבירה בעת הכריתה. מקרה בו תניה גורפת שכזו עלולה להתקבל הוא של חוזה רגיש במיוחד, בו בפועל כל הפרה אכן תגרום נזק רציני לנפגע.
	2. הפרה יסודית מסתברת (מכללא) – הפרה שביהמ"ש יכול להבין שהיא יסודית מאחר וניתן להניח שהאדם הסביר לא היה מתקשר באותו החוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה.

**זכות הביטול**

1. **לשון סעיף 7**
	1. הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה הייתה יסודית.
	2. הייתה הפרת החוזה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קוים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה, זולת אם בנסיבות העניין היה ביטול החוזה בלתי צודק; לא תישמע טענה שביטול החוזה היה בלתי צודק אלא אם המפר התנגד לביטול תוך זמן סביר לאחר מתן הודעת הביטול.
	3. ניתן החוזה להפרדה לחלקים והופר אחד מחלקיו הפרה שיש בה עילה לביטול אותו חלק, אין הנפגע זכאי לבטל אלא את החלק שהופר; הייתה בהפרה גם משום הפרה יסודית של כל החוזה, זכאי הנפגע לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו.
2. חשוב לשים לב כי מדובר בזכות ביטול, ועל-כן החוזה אינו בטל עקב ההפרה אלא אם הנפגע החליט לממש את זכותו. כמו כן, מדובר בזכות ביטול של הנפגע, בניגוד למקרה של אכיפה, בו על הנפגע לבקש מביהמ"ש לפסוק אכיפה. ביטול הוא סעד עצמאי, ולכן ברגע שהייתה הפרה יסודית הנפגע רשאי לבטל את החוזה על דעת עצמו.
3. **בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית**
	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).
4. **ביטול חלקי**
	1. לפי סעיף 7(ג), במידה וניתן לחלק את החוזה לחלקים ולהחיל את ההפרה על אחד מחלקיו, ניתן להתייחס לחלק זה בלבד כבטל.
5. **דרך הביטול**
	1. לשון סעיף 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.
	2. למעשה הסעיף קובע שעל הנפגע להודיע למפר כי החוזה בטל, ולעשות זאת תוך זמן סביר. במקרה בו הנפגע לא מודיע על הביטול תוך זמן סביר, ביהמ"ש עלול להסתכל על המצב כאילו הנפגע מחל למפר על ההפרה.
	3. מעבר לכך, על הנפגע להודיע על ביטול החוזה ע"מ שגם החיובים שקמים לו מתוקף החוזה יחדלו (למשל תשלום המזמין לקבלן המפר).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **סוג הביטול** | **ביטול בעקבות הפרה יסודית** | **ביטול בעקבות הפרה לא יסודית** |
| **סוג ההפרה** | הפרה יסודית | הפרה לא יסודית |
| **סוג הזכות הקמה 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 שחלפה הארכה |
| **תוצאת הביטול** | השבה הדדית | השבה הדדית |

**מבחני הפסיקה**

1. **הפרה יסודית (ביטון נ' פרץ)**
	1. מה דינה של הפרה שבדרך כלל אינה משמעותית, אבל במקרה הקונקרטי מסבה נזק רב, בגלל נסיבות שלא היו ידועות מראש?
	2. לכאורה, איחור של יום לא נשמע כמו הפרה יסודית (לא ניתן להגיד שאם הצד הנפגע היה רואה אותה מראש לא היה מתקשר בחוזה). עם זאת, יכול להיות שבמקרה מסוים האיחור ייחשב קריטי.
	3. מכאן עלתה השאלה מי, לפי ס' 6, צריך לצפות את הנזק שייגרם. על-כן ניתן לחלק הפרה שכזו לשני מקרים:
		1. הנפגע לא צפה שההפרה תסב נזק רב.
		2. המפר לא צפה שההפרה תסב נזק רב.
	4. בנוסף, לא מספיק שהנפגע ידע שההפרה היא יסודית, אלא צריך לבחון האם ניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אם היה יודע אותה (למעשה מדובר במבחן אובייקטיבי, ולכן צריך לבחון גם את נקודת מבטו של המפר).
	5. קיים פה ספק פרשני בלשון הסעיף, וביהמ"ש קובע הלכה לפיה המבחן שיש להחיל הוא אובייקטיבי משני הצדדים.
	6. פסיקת ביהמ"ש
		1. נדרשת צפיות ע"י שני הצדדים לחוזה.
		2. מכאן שההפרה 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.
2. **דרך הביטול**
	1. ביטול בהתנהגות (גינצברג נ' יוסף) – בעקרון ניתן לבטל בהתנהגות, אולם זה לא מומלץ. זאת מאחר ובהמשך יהיה ניתן לטעון שהצד המבטל למעשה הפר במעשיו את החוזה.
	2. תביעה כביטול (מונסנגו נ' מכביאן) – גם תביעה יכולה לשמש לביטול, אולם גם ביחס אליה הודעה עדיפה.
	3. הודעת ביטול יחד עם הודעת ארכה (שיכון ופיתוח נ' מעלה אדומים) – נקבע שניתן לתת את הודעת הביטול יחד עם הודעת ארכה. גם כאן, עדיף לתת הודעת ביטול רשמית.
	4. השתהות בביטול (חלאבין) – השתהות בביטול מקימה חובה למתן ארכה. רק לאחר מתן ארכה וחלוף תקופת הארכה יוכל הנפגע לשלוח הודעת ביטול.

**סוגי ביטול**

1. **ביטול בעקבות הפרה**
	1. במקרה בו הייתה הפרה והצד הנפגע מבטל את החוזה, עולה השאלה לגבי תנית פיצויים מוסכמים – האם תנית פיצויים מוסכמים מבוטלת עם החוזה שבוטל או שמא יש לנפגע זכות לפיצויים המוסכמים?
	2. השאלה היא האם הביטול של החוזה הוא רטרואקטיבי (בטל לכתחילה) או פרוספקטיבי (מכאן ולהבא). שאלה זו נדונה לא מעט בפסיקה.
	3. נשמע הגיוני שבמקרה כזה החוזה בטל מרגע הביטול והלאה.
2. **ביטול בעקבות פגם בכריתה**
	1. ברגע שיש פגם בכריתה, יש יותר מקום לטעון שמדובר בביטול לכתחילה, מאחר והחוזה נגוע בפגם מרגע היווצרותו.
3. לגבי שני סוגי המקרים השאלה לגבי הביטול היא מעניינת, אולם אין לה הרבה השלכות פרקטיות. בשל כך אין תשובה ברורה בפסיקה לגבי שאלה זו.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **ביטול בעקבות פגם** | **ביטול בעקבות הפרה** |
| **טדסקי ופרידמן, ברק תומך** | החוזה בטל לכתחילה | החוזה פוקע מרגע הביטול |
| **צלטנר** | החוזה בטל לכתחילה | החוזה בטל לכתחילה |
| **שלמה לוין** | החוזה פוקע מרגע הביטול | החוזה פוקע מרגע הביטול |

1. כדברי ברק בפס"ד כלנית השרון, הבחנה זו היא "שפחת הדין ולא אדונו". מכאן שהבחנה זו עוזרת להבנת המקרה, אולם היא לא תכתיב את התוצאות.

**השבה**

1. אכיפה ופיצויים נועדו להביא את הנפגע למקום בו היה לו קוים החוזה (סעדים חיוביים). השבה היא סעד שלילי – ביטול והשבה מביאים את הצדדים למקום בו היו לולא נכרת החוזה.
2. **סעיף 9 לחוק התרופות**
	1. משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה 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 הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.
	2. בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק.
3. **שיעור ההשבה**
	1. פס"ד כלנית השרון
		1. במקרה זה הקונים הפרו את החוזה והמוכרים ביטלו אותו. בעקבות הביטול נקבע שצריכה להיות השבה הדדית.
		2. באופן בסיסי מדובר בתוצאה הוגנת, מאחר ולא הגיוני שהמוכרים ישמרו אצלם את הכסף שקיבלו בעד המקרקעין ברגע שמוחלט שהמקרקעין לא תימסר לקונים.
		3. הוויכוח בפס"ד עולה לגבי שיעור הריבית שיש לייחס לסכום. כאשר מתבצעת השבה, יש לכלול בחישוב גם דמי שימוש – במקרה של שימוש בדירה דמי השימוש יהיו שכירות, ולכן הצד שמחזיר את הנכס יצטרך להחזיר גם שכירות בעבור הזמן שהשתמש בנכס. כשמדובר בכסף, דמי השימוש הם ריבית, ולכן הצד המחזיר את הכסף צריך לצרף לתשלום גם ריבית.
		4. השאלה האם החוזה בטל לכתחילה או מכאן והלאה נדונה בפס"ד, אך לא נקבעת הלכה בנושא.
		5. לגבי תרופת ההשבה, ברק מציין שמטרתה להחזיר את הצדדים למקום בו היו לולא החוזה. ע"מ שלא תהיה התעשרות שלא כדין, חייבים לצרף להשבה גם דמי שימוש. אחרת ההשבה לא תהיה מלאה והצדדים לא באמת יהיו באותו המקום שהיו לולא החוזה.
	2. מכאן שככלל, השבה כוללת שני גורמים:
		1. צד משיב את מה שקיבל.
		2. להשבה יש לצרף דמי שימוש ראויים.
4. **סייג הצדק להשבה**
	1. המקור הנורמטיבי להשבה: סעיף 2 לחוק עשיית עושר (לא מופיע בס' 9 לחוק התרופות).
	2. בס' 2 לחוק עשיית עושר נקבע שניתן להפחית השבה אם המשיב שינה מצבו לרעה בתו"ל בהסתמך על מה שקיבל במסגרת החוזה.
	3. פס"ד גינזבורג נ' בן-יוסף
		1. עסקת שותפות בה השותף החדש שילם את התשלום הראשון אבל לא שילם את התשלום השני. לאחר התשלום הראשון השותף המקורי קנה בעזרת הכסף שקיבל מהשותף החדש מכונות שבמהלך השנים ערכן ירד כך שבזמן התביעה ערכן הכספי היה אפסי.
		2. על פניו, השותף החדש הוא המפר במקרה זה. ביהמ"ש קבע שהשותף המקורי ביטל בהתנהגותו את החוזה.
		3. בעקבות הביטול יש לבצע השבה, ולכן השותף המקורי צריך להחזיר לשותף החדש את התשלום שכבר שילם.
		4. מאחר והשותף המקורי שינה את מצבו לרעה בהסתמך על הכסף שקיבל מהשותף החדש, ביהמ"ש מחיל את סייג הצדק ומחזיר את התיק למחוזי ע"מ שיקבע שיעור השבה פחוּת ממה ששילם השותף המקורי עפ"י החוזה.
		5. התיק הוחזר למחוזי מאחר והשותף המקורי לא הביא ראיות לנזק שקרה לו עקב ההפרה.
		6. לכאורה ניתן להגיע לתוצאה דומה דרך פיצויים – לשותף המקורי נגרם נזק עקב כך שהסתמך על התשלום השני של השותף החדש. על נזק זה השותף החדש צריך לפצות, ופיצוי זה יהיה שהשותף המקורי לא יצטרך להשיב את התשלום הראשון לשותף החדש. הסיבה שלא הגיעו לתוצאה בדרך זו היא שטענת הפיצויים לא נטענה.
5. **צירוף תרופות**
	1. סעדים סותרים
		1. בעבר המבחן לצירוף תרופות בחן האם הסעדים סותרים או לא (ברור שלא ניתן לבטל את החוזה ולבקש אכיפה).
		2. בעבר חשבו שלא ניתן לקבל הן ביטול והן פיצויים, מאחר והם סעדים סותרים (אחד הוא סעד שלילי והשני חיובי).
		3. ההלכה היום אומרת שניתן לשלב סעדים שליליים וחיוביים, כל עוד אין כפל פיצוי.
	2. כפל פיצוי
		1. המטרה של דיני התרופות היא להביא את הצד הנפגע למקום בו היה לו קוים החוזה. מותר לשלב תרופות (כגון השבה ופיצויים) כדי להגיע למקום הזה, וכל עוד הנפגע אכן יגיע למקום בו היה לו קוים החוזה הרי שאין פיצוי יתר (חשוב לזכור שאין סייג צדק על פיצויים, והשאיפה היא תמיד להביא את הצד הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה / לולא החוזה).
		2. אותו הכלל תקף גם לבי השבת הנפגע למקום בו היה לולא נכרת החוזה.
		3. במקרה של השבה – לאחר שנפסקה השבה, יש לבחון את מקום הצדדים ביחס למקום בו היו לו קוים החוזה / לולא נכרת החוזה. במידה והנפגע טרם נמצא במקום זה ניתן לפסוק לו פיצויים בהתאם.
	3. לוי נ' מבט
		1. הקבלן הפר את החוזה בשל אי-התאמה בין הנכס שנמסר לנכס שסוכם עליו בחוזה.
		2. הקונה רצה לבטל את החוזה כעבור 8 שנים בהן גר בדירה וניסה לתקן את הליקויים. כמו כן, הקונה ביקש פיצויים.
		3. עולה השאלה האם יכול הקונה לקבל הן השבה והן פיצויים. כמו כן, האם במסגרת ההשבה על הקונה לשלם דמי שימוש על התקופה בה הוא גר בדירה.
		4. פיצוי במקרה זה יהיה על ההפרש בין המחיר המקורי של הדירה (הסכום שיוחזר לקונה במסגרת ההשבה) למחיר דירה דומה ביום הביטול וכן בגין עוגמת הנפש שנגרמה לקונה. השאלה היא האם על הקונה לשלם למוכר על התקופה בה גר בדירה.
		5. לו קוים החוזה, הקונה לא היה צריך לשלם שכירות. במידה וכוללים דמי שימוש בהשבה הרי שלפתע על הקונה לשלם שכירות.
		6. ביהמ"ש קובע שניתן להסתכל על דמי השימוש שנכללים במסגרת ההשבה כנזק, ולכן יש להגדיל את שיעור הפיצוי שיינתן לנפגע. זאת ע"מ שבסוף התהליך כולו הנפגע אכן יהיה במקום בו היה לו קוים החוזה (בפועל מהלך זה מוביל לביטול דמי השימוש).
		7. בנוגע לריבית – הקונה טען שמאחר והקבלן לא משלם ריבית עם הכסף שמשיב הרי שהוא לא צריך לשלם דמי שימוש. שמגר קובע שחיובים אלו לא שלובים, ושבכל מקרה צריך לשלם דמי שימוש. בסופו של דבר נעשה שימוש בקונסטרוקציה של הגדלת הפיצוי (כמצוין לעיל), בעוד שייתכן ופתרון יותר אלגנטי למקרה היה לקבוע שהקבלן ישלם ריבית עם הכסף שמשיב לקונה ושהקונה ישלם דמי שימוש. באופן זה ככה"נ הייתה מתקבלת תוצאה דומה בצורה יותר נכונה.
	4. כלנית השרון
		1. במקרה זה, לו קוים החוזה המוכר היה מרוויח את הריבית. למעשה היה ניתן לטעון כאן שנכון שמבחינת דיני ההשבה על המוכר להחזיר לקונה את הכסף ואת דמי השימוש (הריבית על הכסף). עם זאת, הריבית על הכסף היא נזק שנגרם למוכר עקב ההפרה, ולכן ניתן לטעון שהמוכר לא מחויב לשלם את הריבית לקונה במסגרת ההשבה.
		2. מכאן שיש להגדיל את הפיצוי שניתן למוכר ע"מ להביא אותו למקום בו היה לו קוים החוזה. לו קוים החוזה המוכר היה מקבל כסף וצובר עליו ריבית.
	5. מ'י נגד חברה קבלנית האחים אהרון
		1. בפס"ד זה עלתה השאלה האם ניתן לתת פיצוי מוסכם יחד עם פיצויים רגילים מכוח ס' 10 לחוק התרופות.
		2. לפי ס' 15 לא מדובר בסעדים סותרים, אולם עדיין חלה ההגבלה של כפל פיצוי – לא ניתן להביא את הנפגע למקום עדיף על המקום בו היה לולא ההפרה.
		3. ברגע שפיצוי מוסכם מביא בפועל את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה, לא ניתן יהיה לפצות אותו בנוסף באמצעות ס' 10. לעומת זאת, במקרה בו קרה נזק נוסף כך שהפיצוי המוסכם לא מכסה על כלל הנזקים ולא מביא את הנפגע למקום בו היה לולא ההפרה, ניתן לשלב את הפיצויים ע"מ להשיג מטרה זו.

שיעור: **סיכול – 13.01.19**

**הקדמה**

1. סיכול היא טענת הגנה של המפר. כאשר תובעים את המפר על הפרה הוא מעלה טענה שבמידה ותצליח לא ניתן יהיה לקבל ממנו סעדים מסוימים.
2. **סעיף 18 לחוק התרופות**
	1. הייתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.
	2. במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות העניין ובמידה שנראה לו.
3. סעיף (א) מראה מה המפר צריך להראות ע"מ שתתקבל טענת הסיכול. סעיף (ב) מראה מה התוצאה במידה ואכן היה סיכול.
4. כזכור, האחריות בחוזים מאוד גבוהה – כאשר מתחייבים לבצע משהו עפ"י חוזה יש לבצע אותו. אם לא מבצעים אותו קיימת אחריות. הסיכול הוא החריג לאחריות זו, מאחר ובמידה ואכן התרחשו נסיבות כמוזכר בסעיף ניתן להסיר את האחריות מהמפר.

**רכיבי הסיכול**

1. **אירוע מסכל** – נסיבות שהמפר לא יכול היה לצפות אותן (בכוח ובפועל) וכן לא יכול היה למנוע.
2. **קשר סיבתי** – בין האירוע המסכל לבין ההפרה.
3. הקיום בלתי אפשרי או שונה מהותית מהמוסכם.

**תוצאות הסיכול**

1. **סעדים**
	1. הנפגע אינו זכאי לסעדים חיוביים (אין אכיפה / פיצויים).
	2. הנפגע יכול לקבל סעדים שליליים, בכפוף לשיקול ביהמ"ש ובמידה שתראה לו, גם ללא ביטול (השבה / שיפוי).
2. במובן מסוים דוקטרינת סיכול דומה לטעות. בטעות התוצאה היא ביטול והשבה (סעדים שליליים), וגם בסיכול מדובר בסעדים שליליים. טענת הטעות תעלה בד"כ מצד הנפגע בעוד שטענת הסיכול תעלה בד"כ מצד המפר בתור טענת הגנה.
3. מכאן שברגע שטענת הטעות רלוונטית לקייס, כדאי לבחון האם רלוונטי גם להחיל את טענת הסיכול מצד המפר.

**אירוע מסכל**

1. סיכול היא דוקטרינה רחבה שיכולה לחול במקרים מסוגים שונים (מלחמה / פגעי מז"א / גילוי קושי בביצוע / סיכול מטרת החוזה).
2. ניתן במובן מסוים להחיל את המבחנים של טעות בכדאיות העסקה על מקרים של סיכול:
	1. עבר מול עתיד – בד"כ מקרים הנוגעים לסיכול יהיו רלוונטיים לעובדות בהווה שהתגבשו תו"כ העסקה, ולא לנסיבה שהייתה קיימת בעת הכריתה.
	2. תכונות מול שווי – יש לבחון האם הנסיבות החדשות נוגעות רק לשווי העסקה או לתכונות של הנכס.
	3. מבחן הסיכון – האם כשהמפר התחייב לביצוע החוזה הוא נטל על עצמו את הסיכון שיתווספו הנסיבות שגרמו לשינוי בתנאי העסקה.
3. בסופו של דבר, השאלה שתתעורר בביהמ"ש תהיה האם היה ניתן והיה צריך לצפות את התפתחות הנסיבות שנמצאות במרכז טענת הסיכול.
4. **תפיסות הסיכול**
	1. בפסיקה מדובר על שתי תפיסות אלו במקביל, ולא ברור באופן חד-משמעי איזה מבחן יכול בוודאות לשמש ע"מ לזהות סיכול.
	2. מבחן הצפיות
		1. מבחן הצפיות בעייתי מאחר והוא תלוי בהרבה גורמים שונים.
		2. כמו כן, יש דברים שצפויים יותר ויש כאלו שפחות, והשאלה שעולה היא איזו מידת צפיות מספיקה ע"מ שטענת הסיכול לא תתקבל.
		3. בעיות אלו יוצרות חוסר בהירות נורמטיבית – מה זה אומר "צפוי"?
	3. מבחן הסיכון
		1. התשובה לשאלה כמה הסיכון גבוה או נמוך לאו דווקא מספקת מענה לשאלה מי הצד שנושא בסיכון לפי החוזה.
		2. השאלה מי נושא בסיכון כזה או אחר היא שאלה פרשנית של תוכן החוזה ויחסי הצדדים. במידה ונמצא שהנפגע נושא בסיכון, טענת הסיכול של המפר יכולה להתקבל.
		3. למעשה לפי מבחן זה ניתן להגיע לתוצאה זהה של טענת הסיכול גם ללא טענת הסיכול, מאחר ודרך הפרשנות ניתן להגיע לתוצאה שהנפגע הוא זה שצריך לשאת בסיכון.
5. **כץ נ' נצחוני**
	1. קבלן משנה שהיה אמור לבצע עבודה בשביל הקבלן הראשי. בשל מילואים במלחמת יום כיפור הקבלן לא יכול היה לבצע את העבודה. כשחזר מהמילואים המחיר שסוכם עליו בחוזה לא היה משתלם עבורו ולכן הציע הצעה חדשה לקבלן הראשי שלא התקבלה. קבלן המשנה הפסיק את עבודתו והקבלן הראשי הגיש תביעה נגדו לטובת קבלת פיצויים בשל הפרה.
	2. קבלן המשנה רוצה לשמור את הכסף שקיבל עד אותה העת וכן לקבל תשלום בעבור עבודות שביצע מאז שקיבל את התשלום הראשון. הקבלן הראשי מבקש לקבל פיצוי בגין ההפרש בין המחיר בחוזה עם קבלן המשנה לבין המחיר בחוזה החדש של הקבלן הראשי.
	3. ביהמ"ש קבע שקבלן המשנה ישיב לקבלן הראשי את התשלום הראשוני שקיבל (הקבלן הראשי לא יקבל פיצויים בגין ההפרש והקבלן המשני לא יקבל תשלום בעבור העבודות שביצע מאז קבלת התשלום הראשון).
	4. טענת הסיכול
		1. קבלן המשנה העלה את טענת הסיכול ע"מ שלא ייפול עליו ההפסד החוזי. לא ברור מאוד האם טענת הסיכול התקבלה או לא.
		2. קיימות פה שתי טענות סיכול:
			1. עליית המחירים בגלל המלחמה – נקבע שעליית המחירים היא לא אירוע מסכל מאחר ועליית מחירים בפני עצמה היא אירוע צפוי.
			2. המלחמה כאירוע מסכל – טענה זו (האם מלחמה בישראל מהווה אירוע מסכל) נשארת בצריך עיון.
		3. לבסוף הוחלט שלא היה במקרה זה סיכול. החלטה זו התקבלה באופן עקיף במידת מה, מאחר וביהמ"ש התבסס בעיקר על היבט עליית המחירים.
		4. עם זאת, התוצאה של דחיית טענת הסיכול היא פיצוי, מה שלא ניתן במקרה זה. מכאן שניתן להסתכל על המקרה כאילו טענת הסיכול התקבלה במידת מה, מאחר והתוצאה הסופית היא סוג של השבה חלקית.
	5. פס"ד זה בעייתי ומבולגן ולא ברור מה התוצאה שלו, אולם הוא חשוב מהבחינה שהוא מכתיב מגמה של לא להכיר בסיכול.
6. **רגב נ' משרד הביטחון**
	1. עסקה לקניית מסכות אב"כ. הקונה כבר התחייב למכור לצד שלישי את המסכות שיקנה מהמוכר. בשל פרוץ מלחמת המפרץ המוכר החליט שלא למכור חלק מהמסכות לקונה.
	2. עלתה טענה שהקונה הוא המפר אולם ביהמ"ש דחה טענה זו. נקבע שהמוכר הוא המפר.
	3. מקרה זה הוכרע דרך הדוקטרינה של השתחררות מהתחייבות שלטונית – מדובר בדוקטרינה שדומה במידת מה לסיכול, אותה ניתן להחיל כאשר אחד הצדדים הוא המדינה.
	4. טענת הסיכול
		1. טענת הסיכול הושארה בצריך עיון, מאחר והמדינה נטשה את קו הטיעון הזה. עם זאת, נאמר שאם המדינה הייתה ממשיכה עם הקו הזה יש סיכוי טוב שהייתה מנצחת.
		2. לגבי הצפיות של המלחמה, נאמר שהמלחמה לא הייתה צפויה במקרה זה. מדובר באוביטר שלא שימש להכרעה בפס"ד, אולם הוא מצביע על מגמה בפסיקה של נכונות להכיר בטענת הסיכול.
		3. נקודה נוספת שעולה בפס"ד היא קשירה בין סיכול לבין תו"ל. נאמר שעמידה דווקנית על קיום חוזה בתנאים של סיכול (שינוי נסיבות לא צפוי ושחורג בצורה רבה מתנאי החוזה המקורי) מהווה חוסר תו"ל. הדגשת הקשר בין סיכול לבין תו"ל מצטרפת למגמה בפסיקה של הכרה בטענת הסיכול.
7. **בן אבו נ' מ"י**
	1. קבלן שזכה במכרז של המדינה לבנות שכונה חדשה בגבעת זאב (1999). לאחר כריתת החוזה פרצה האנתפאדה, מה שהביא לקושי של הקבלן למכור דירות. הקבלן טוען לסיכול בעקבות האנתפאדה.
	2. מדובר בפס"ד מחוזי, שלא נותן תשובות ברורות לגבי טענת הסיכול. עם זאת, מתחזקת המגמה של ביהמ"ש להכיר בסיכול מאחר וביהמ"ש מכיר בה במקרה זה.
	3. לא רק שהוכר פה סיכול, הטענה גם שימשה כטענה אקטיבית של המפר (לא כטענת הגנה). הקבלן תבע סעד הצהרתי (הכרזה שהחוזה בטל) מכוח סיכול.
	4. טענת הסיכול בשאר העולם היא טענה די צרה (כפי שהיה בכץ נ' נצחוני), אולם פס"ד זה נותן את הפתח להרבה חוסר וודאות לגבי טענה זו (איזה אירוע ביטחוני ייחשב סיכול ואיזה לא).