16/10/2018

**דיני חוזים- פרופסור משה גלברד**

הנחיות:

* שיעורי בית לשיעור הבא יועלו במודל- להתעדכן ולהכין.
* מצגות השיעור יעלו במודל.
* יש להתעדכן בסילבוס ולעקוב אחר נושאי השיעור (במודל)

**שיעור מס' 1- מבוא לדיני חוזים**

כריתת חוזה

נגדיר כריתת חוזה ולא הסכמת חוזה או חתימה על חוזה מכיוון שכך זה מופיע בחוק- זו השפה המשפטית. החוק מגדיר כריתת חוזה כמחווה למקורות הקודמים עליו הוא מתבסס.

כריתת חוזה עפ"י החוק מתבצעת בדרך של **הצעה וקיבול**.

כמו כן, חייבת להיות **גמירת דעת**- רצון שקול ומגובש של **כל אחד מהצדדים** לכרות חוזה בתנאים ידועים ומוסכמים מראש. **בנוסף, חייבת להיות דרישת מסוימות**- חייבים להיות מספיק פרטים ומספיק פירוט של אותם פרטים על מנת לכרות חוזה כשר.

פגמים בכריתת חוזה

ישנם מצבים בהם החוזים נכרתו באופן שאינו תקין. במהלך הקורס נלמד מה נחשב לפגם, מה לא וכו'.

בנוסף, במסגרת הקורס נעמוד על המונחים: טעות, הטעיה, כפיה, טעות סופר, עושק, מו"מ לכריתת חוזה, חובת תום לב במו"מ (סעיף 12 לחוק החוזים), נורמות משפטיות מחוץ לדיני החוזים וכו'...

* מבחינה משפטית, רוב הסכסוכים על החוזה הם סביב משמעות פרשנית של הכתוב בו או של הנאמר, שהרי מבחינה לשונית לביטוי יכולות להיות כמה פרשנויות. במהלך הקורס נעמוד גם על בעיה זו.

תוכן החוזה

* התערבות בתוכן החוזה בשיטות עקיפות
* התערבות ישירה: חוזה פסול
* התערבות ישירה: תום לב
* התערבות ישירה: חוק החוזים האחידים

במהלך הקורס נסביר מונחים אלה.

דרך אחת להתערבות בחוזה היא באמצעות **חקיקה קוגנטית**, כלומר- המדינה מכתיבה לצדדים תנאים בחוזה (הצדדים לחוזה לא יכולים להסכים אחרת מהחוק הקוגנטי ואם הם קיימים- דינם בטלות).

* ההנחה הכללית היא שצדדים לחוזה לא קוראים תנאים של חוזים אחידים ולכן יש תנאים מגבילים כדי שאותן חברות לא תנצלנה את העובדה שהצד השני לחוזה לא קורא אותו. ההנחה הכללית בחוזים אחידים היא שאנשים לא קוראים חוזים, אולם בחוזים רגילים- ההנחה הכללית היא שאנשים כן קוראים אותם (95% מהחוזים במשק בערך הם חוזים אחידים).

איך ניתן לדעת האם החוק הוא **קוגנטי** או **דיספוסיטיבי (שהצדדים יכולים להתנות על התנאים לחוזה= חופש חוזים)**?

* נוסח החוק, למשל חוק בו כתוב- "על אף האמור מתוך החוזה"- ברור יהיה שמדובר בסעיף בחוק שהוא קוגנטי ולא נתון לשיקול דעת הצדדים.
* לעיתים ביהמ"ש יאלץ לפרש את החוק ולהחליט האם הוא קוגנטי או דיספוסיטיבי. הנחת היסוד בדיני חוזים היא שהוראות חוק שעוסקות בהקשרים חוזיים, אם לא כתוב בהם שהם קוגנטיים, הם דיספוסיטיביים מכיוון שחוזים מבוססים על הסכם שבין הצדדים לחוזה.
* גם אם צדדים מסכימים ביניהם בחוזה על כך שלא חלה עליהם במהלך החוזה חובת תום לב, ביהמ"ש יפרש את סעיף 12 לחוק החוזים המחייב תום לב כקוגנטי- מכיוון שמדובר ביסוד חברתי שלא ניתן לערער עליו.

הפרת חוזה ותרופות

מצב בו צד לחוזה לא מקיים את התנאים שסוכמו או מקיים רק חלק מהם- מדובר בהפרת חוזה. הפרת חוזה גוררת סנקציות משפטיות על הצד המפר.

הסנקציות המשפטיות הן אלה שמבטיחות שההתחייבות בין הצדדים תהייה אכיפה באמצעות המנגנון המשפטי. הבסיס לאכיפה הוא התרופות.

נרחיב בעניין זה לקראת סוף הקורס.

מיקומם של דיני החוזים בין ענפי המשפט

דיני החיובים הם חלק מהתחום הפרטי.

דיני החיובים מתחלקים לארבעה חלקים: חוזים, נזיקין, דיני עשיית עושר שלא במשפט וחיובים בדין.

כל אחד מתת הענפים הללו מתחלק גם הוא לחלוקות משנה כאשר דיני החוזים מתחלקים לדיני חוזים כלליים ולדיני חוזים מיוחדים (המיוחדים מתייחס לדינים ולא לחוזים). הקורס שלנו יעסוק **בדיני חוזים** **כלליים**.

דיני החוזים הכלליים יחולו על כל סוגי החוזים- עבודה, משכון, ביטוח וכו'...

לעומת זאת, יש כללים משפטיים שחלים רק על סוג ספציפי של חוזים, למשל- חוק השכירות והשאילה- יש בו נורמות שחלות רק על חוזי שכירות ושאילה.

דיני החיובים עוסקים בזכויות כלפי חייבים בעוד שדיני קניין עוסקים בזכויות חפציות, זכויות קניין בנכסים.

בעל זכות אישית חשוף לסיכון שהחייב לא יוכל לקיים את התחייבות, כמו בדוגמה של אדם שיש לו כסף בעובר ושב בחשבון והבנק, פושט רגל ומאבד את כל ההלוואה הכספית (היתרה בחשבון העובר ושוב) של אותו אדם.

בעל זכות הקניין חשוף לסיכון שיקרה משהו ושהוא יאבד החפץ נשוא הזכות, כמו בדוגמה של אדם ששומר את כספו בכספת בבנק ושודדים גונבים את הכסף.

מה שעומד בבסיס דיני החוזים הוא הרצון של הצדדים לכרות אותו מתוך רצון חופשי.

עקרונם הבסיסי של דיני החוזים הוא העמידה של הצד המפר בפני סנקציות ומתן תרופות לצד הנפגע מהפרת החוזה במצב בו הוא היה אילוא ההתחייבות הייתה מתקיימת.

דיני עשיית עושר ולא במשפט עוסקים במקרים בהם אדם נהנה מטובות הנאה על חשבון מישהו אחר שלא כדין. למשל: מישהו היה צריך להפקיד בחשבון של אדם סכום כסף אבל טעה והפקיד את הכסף בחשבון של אדם אחר. האדם שקיבל את הסכום בטעות חייב להשיב את הסכום לאדם שהיה אמור לקבל אותו.

החוק המחייב את האדם להחזיר את הכסף הוא חוק עשיית עושר ולא במשפט כאשר משמעותו הוא התעשרות בלתי צודקת.

החובה של האדם להשיב את הכסף היא למעשה הזכות של האדם שאמור לקבלו.

על חוזה יכולים לחול כמה דינים, למשל: בחוזה שכירות חלים דינים מיוחדים שמיוחדים לדיני שכירות אך בנוסף חלים עליו גם הדינים של החוזים הכלליים.

לכן כדי לקבל תמונה מלאה, צריך לשים לב אילו דינים חלים על החוזה בו אנו עוסקים.

זוטי דברים

אם יש פגיעה זניחה וחסרת ערך בזכות, ביהמ"ש לא יתערב מכיוון שאינו מתערב בענייני זוטות למשל- מישהו בטעות עבר דרך חלקת אדמה שלי. למרות שהדבר שייך לנזיקין- הוא פלש לשטח שלי, ביהמ"ש לא יתערב מכיוון שאין פגיעה ממשית בזכות.

עניין זה מהווה עיקרון בכל תחומי המשפט, כולל מסגרת דיני החוזים.

ביהמ"ש יחליט האם מדובר בזוטי דברים- גם אם אותן זוטות יכולות להיות "קריטיות" עבור אדם מסוים, בהינתן נסיבות העניין.

עיקרון נוסף בתחומי המשפט שנכון גם הוא לדיני החוזים- "שלא יצא חוטא נשכר"- אדם לא יכול לצאת נשכר ממעשה פסול שעשה.

**עיקרון תום הלב-** החובה לנהוג גם בקיום של חובות וגם במימוש של זכויות בתום לב.

המשמעות של תום לב משתנה בהתאם לדיני חוזים/נזיקין וכו'... אך העיקרון הכללי שחייבים לנהוג בתום לב הוא עיקרון מופשט, עמום וקבוע.

קיזוז- העיקרון המשפטי של קיזוז נמצא במישור של דיני החיובים. למשל- אדם חייב לאדם 100 ₪ והאדם השני חייב לראשון 50 ₪, ניתן לקזז את החיובים כך שהאחד ישלם לשני 50 ₪.

18/10/2018

**שיעור מס' 2**

היסטוריה ומקורות של דיני החוזים

1. **התקופה העותומאנית:** מג'לה (קובץ של ספרי חוקים שעסקו במכר, קבלנות והלוואה), חוק הפרוצדורה (האזרחית העותומאנית)- חוק מודרני יותר.
2. **תקופת המנדט הבריטי:** נחקק חוק בסיסי בשיטת המשפט שהונהגה בארץ ישראל. החוק קבע שהחוק שהיה טרם כניסת המנדט עדיין בתוקף בכפוף לזה שכל חקיקה שתחוקק ע"י הבריטים תחליף את החוק הקודם. בסימן (סעיף) 46 לדבר המלך היה כתוב שבמקום שבו יש לאקונה משפטית, על מנת למצוא פתרון צריך לפנות למשפט האנגלי שמבוסס על התקדימים המשפטיים האנגלים.

כל פעם שביהמ"ש בארץ ישראל חשב שאין פתרון לפי המשפט העותומאני, הוא פנה למשפט האנגלי.

לכן בדיני החוזים בתקופת המנדט יותר ויותר פתרונות משפטיים נשאבים מהחוק הבריטי. ככל שחלפו השנים, השופטים ועורכי הדין פחות ופחות הכירו את המשפט העותומאני.

כשמדינת ישאל קמה, דבר החקיקה הראשון שחוקק ע"י המועצה הזמנית היה פקודת סדרי השלטון והמשפט שקבעה גם היא שהחוק שקדם לקום המדינה (המצב המשפטי) יישאר כפי שהוא מתוך הבנה שכעת כשמכוננים את מוסדות המדינה יהיה פרלמנט שיחליף בהדרגה את החוקים מתקופת המנדט.

מתחילת שנות ה-60 מתחילה חקיקה מאסיבית בתחום הפרטי, ביניהם- דיני החוזים.

כשהכנסת חוקקה חוקים, יש ביטול של הוראות רלוונטיות מהחקיקה העותומאנית באותם נושאים שהחוק של הכנסת עוסק בהם (ושהבריטים לא שינו).

הוראות החקיקה של הכנסת מוחקות את הרובד העותומאני ומנתקות את הזיקה לחוק האנגלי.

לאט ובהדרגה ניתקת הזיקה לחוק האנגלי והעותומאני ונוצרת חקיקה ישראלית מקורית מבלי להיתמך בשיטות המשפט הקודמות.

* בשנת 1980 נחקק חוק יסודות המשפט:
1. החוק מבטל את הפניה לחוק האנגלי באופן מוחלט ומגדיר את המשפט הישראלי כאוטוריטה הרלוונטית.
2. החוק מגדיר את המקורות הישראליים אליהם יפנו-(1) דבר חקיקה, (2)הלכה פסוקה (פסיקה-עקרון התקדים המחייב כאשר תקדימים של ביהמ"ש העליון מחייבים את ביהמ"ש שמתחתיו), (3) היקש- לקיחת רעיון מרכזי שדנו בו בסוגיה שונה ויישומו בדיון הנוכחי. השימוש בשיטה זו היא נדירה מאוד (4) עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל- בהיעדר מענה אחר. למקור זה יש פרשנויות שונות- משפט עברי, ספרות עברית, ספרות אקדמית וכו'...

דיני החוזים הכלליים שנחקקו

* לא נחקקו לפי הסדר הכרונולוגי הנכון:

חוק החוזים (חלק כללי), שתל"ג- 1973 – עוסק בדינים המחייבים את כל הסוגים של דיני החוזים.

* חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א- 1970- עוסק בתרופות על הפרת חוזים מכל סוג שהוא.
* חוק החוזים האחידים, תשכ"ד- 1964. נחקק מחדש ב-1982.

אלה שלושת החוזים העוסקים בדיני חוזים כלליים.

**בשנת 1984 יצא חוק שביטל את המג'לה.**

**עם זאת, חוק הפרוצדורה עדיין קיים על אף שאפילו בטורקיה כבר אינו בתוקף.**

הצעת חוק דיני ממונות 2011

מכונה גם הקודקס האזרחי, היא הצעת חוק שיזם משרד המשפטים כדי לאחד את 24 החוקים העיקריים במשפט האזרחי תחת מטריה אחת שתהייה הקודקס- האסופה של המשפט האזרחי הישראלי.

מדובר במיזם גדול ומקיף שלקחו בו חלק משפטנים ואנשי אקדמיה בכירים על בסיס התנדבותי החל משנת 1968. בשנת 2004 הוצג המיזם כתזכיר חוק וב-2011 הפך להצעת חוק ועבר קריאה ראשונה.

**עד כאן המבוא לקורס.**

**כשרות משפטית**

למי יש כשרות משפטית ויכול להיות צד בחוזה?

* תאגידים (בהתאם לחוקים המסדירים את פעילותם)
* בני אדם

כשרותם של בני אדם בהקשר של חוזים מוסדרת בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

**תאגיד** – גוף משפטי שיש לו כשרות משפטית ואיננו אדם.

גוף שהוא לא אדם הוא בעל כשרות משפטית (כלומר הוא תאגיד) רק אם אפשר להצביע על חוק שקובע כך במפורש או במשתמע.

מכיוון שתאגידים הם יציר החוק, החוק יכול לקבוע את גבולות הכשרות המשפטית שלהם.

יש סוגים של כשרות שלא מתאימים לתאגיד מעצם העובדה שהוא גוף משפטי מלאכותי. למשל הכשרות להינשא לא רלוונטית לגבי תאגידים. (תאגיד לא יכול להינשא.)

תאגיד יכול לכרות חוזה, בתנאי שהחוק קובע שהוא תאגיד, ושיש לו כשרות משפטית לכרות חוזה בנושא הספציפי הזה.

רק מי שהוא בעל כשרות משפטית יכול להיות צד לחוזה- כי חוזה מקנה זכויות וחובות, לכן חפצים ובע"ח לא יכולים להיות צדדים לחוזה.

**שאלה:** האם לוועד הכיתה מותר לכרות חוזה להזמנת קייטרינג למסיבה של הכיתה? נקודות התחלה לפתרון אפשר למצוא בפסק הדין של אילה זקס אברמוב נגד הממונה על מרשם המקרקעין.

**תשובה:** לא. נימוק: ועד כיתה לא מוכר על פי החוק כתאגיד, כלומר אין לו כשרות משפטית לפעולות משפטיות, ולכן הוא לא יכול לכרות חוזה.
לוועד בית כן יש כשרות משפטית לביצוע פעולות משפטיות מסוימות, פעולות הנדרשות לאחזקת הבית המשותף.
אם ועד הכיתה יירשם כעמותה – הוא יהיו תאגיד. (עמותה היא תאגיד.)

אם מישהו יכול להיות צד לחוזה והוא לא בנאדם- הוא בהכרח תאגיד ולא משהו אחר!

החוק שמגדיר את הכשרות המשפטית של בני אדם נקרא חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

במקרים מסוימים ישנם מקרים המוסדרים לאלו בני אדם יש כשרות משפטית ולאלו לא, למשל: פקודת הנזיקין- יש בה סעיף ספציפי שקובע למי יש את הכשרות לעמוד בחיוב נזיקין.

אך בדיני החוזים אין דיני הוראות ספציפיות לכשרות משפטית ולכן הולכים להוראות הכלליות המעוגנות בחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.

23/10/2018

**שיעור מס' 3**

בחוק האפוטרופסות כתוב מי רשאי לכרות חוזה- דבר **שלא** כתוב בחוק החוזים עצמו.

כשרות לחובות ולזכויות מגדירה את הישות המשפטית- בלי זה לא ניתן "לשחק" תפקיד בדיני החוזים. רק אדם ותאגיד- מי שמוכר כבעל סמכות משפטית לכרות חוזה יכול לבצע פעולות משפטיות בתחום. חוק הכשרות קובע סייגים (הגבלה/שלילה) על כשרותם המשפטית של **קטינים ופסולי דין.**

עפ"י חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כל אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו ועד רגע מותו. לא משנה מה מצבו הבריאותי/הכלכלי וכו'.

לכלל זה יש יוצא מן הכלל- חוק החוזים למשל, מכיר בזכותו של עובר לרשת את הוריו על אף העובדה שטרם נולד.

כשרות לפעולות משפטיות- כל אדם כשר לפעולות משפטיות אלא אם כן נשללה ממנו או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפס"ד של בימ"ש.

**פעולה משפטית=** פעולה שכתוצאה ממנה משתנה משהו במערך החובות והזכויות של מישהו- של עושה הפעולה או של מישהו אחר.

דוגמה מובהקת לפעולה משפטית- כריתת חוזה, כתיבת צוואה, מתן ייפוי כוח- למשל.

אדם יכול להיות בעל זכות חוזית או לחוב בחובה חוזית בלי שהוא כרת חוזה, למשל- יורש. אם לאדם הייתה זכות לקבל סכום כסף עפ"י חוזה והוא מת, הזכות הזאת מוקנית ליורשים שלו- לא משנה אם הם קטינים כי לכל אדם יש זכויות "מרגע לידתו ועד לרגע מותו".

**החוק מגן על קטינים ועל אנשים בעלי מוגבלויות-** החשש הוא שאותם אנשים יפגעו באינטרסים של עצמם. החוק יוצא מתוך נקודת הנחה שהם זקוקים להגנה מיוחדת ולכן הוא מגביל עליהם הגבלות כדי שלא יגיעו למצב בו הם פוגעים בעצמם וקובע מנגנון הגנה לשם כך. החוק לא סומך על שיקול דעתם של קטינים ושל פסולי דין ועל הבנת משמעות הנגזרות של הפעולה המשפטית שהם עושים.

כשאנחנו חושבים שאדם נמצא בנקודת חולשה אך הוא לא נחשב כקטין או אדם בעל מוגבלות, יצטרך ביהמ"ש למצוא פטנטים. דוגמה לזה- פס"ד הדר, בו אותה אישה סכיזופרנית שהייתה תלויה בבעלה תלות נפשית וכלכלית לא הוגדרה כבעלת מוגבלות ולא הייתה קטינה, לא ניתן היה גם לראות עליה שהיא סכיזופרנית ולכן ביהמ"ש מצא פטנט אחר, כיוון שכן הייתה גמירות דעת והפטנט שמצא הוא עיקרון- "**לא נעשה דבר**" כדי לבטל את החוזה.

ההגבלה על ביצוע פעולות משפטיות חייבת להיות מאוזנת ושקולה מכיוון שיש בה כדי לפגוע ולהגביל בנאדם. ההוראות של החוק שמסייגות את הכשרות הן הדרגתיות- ככל שרמת הסיכון שהפעולה המשפטית יוצרת גבוהה כך גם ההגבלה ולהיפך.

**קטין=** אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין, אדם שמלאו לו 18 הוא בגיר.

בסעיפים הבאים בחוק, החוק קובע את הסייגים השונים לפעולות משפטיות של קטינים.

לאחר מכן, סעיף 8 לחוק מגדיר מיהו פסול דין.

**פסול דין=** אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לענייניו.

הכרזה על פסול דין תהייה מהרגע שביהמ"ש ידע זאת והכריז עליו- ואם ביהמ"ש לא מודע לכך, כמו בפס"ד הדר נ' פלונית, לא יחולו על אותו אדם ההגנות של פסולי דין. בפס"ד זה, לא ניתן היה לבקש במעמד המשפט מביהמ"ש להכיר בה כפסולת דין ובכך להקנות לה את אותן הגנות מכיוון שההגנות הללו חלות מרגע הכרזת ביהמ"ש עליו כפסול דין.

**כשמדברים על הגבלות בפעולות משפטיות של קטינים, הדבר רלוונטי גם בפסולי דין(!)**

פעולות של קטין

פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמתו של נציג. הנציג יהיה אפוטרופוס- אבא או אמא או קרוב משפחה אחר ואם אין- היועץ המשפטי לממשלה ימלא משבצת זו.

הנציג צריך לשקול בשיקול הדעת שלו האם הפעולה הזו תקינה מבחינתו של הקטין או היא פוגעת בו. אם הנציג בחן את הפעולה ונתן את הסכמתו, הקטין יכול לבצע את הפעולה המשפטית הזו.

לכן, ככלל, קטין יכול לבצע פעולה משפטית- **כל עוד** היא כרוכה באישור האפוטרופוס לכך.

הנציג הוא מנגנון ההגנה של הקטין (וגם של פסול הדין).

הסכמת הנציג יכולה להינתן מראש או למפרע לפעולה מסויימת.

ביטול פעולות של קטין- סעיף 5 לחוק

לכאורה, אם האפוטרופוס לא נתן את הסכמתו לא ניתן לבצע פעולה משפטית כלל.

אך החוק אומר: "פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול-

1. על ידי נציגו ואם אין לקטין נציג- על ידי היועץ המשפטי לממשלה, תוך חודש ימים לאחר שנודע להם על הפעולה".

**כלומר- לפי סעיף 5 לחוק, אם הקטין עשה פעולה גם אם האפוטרופוס לא ידע היא תקפה וניתן לבטלה תוך חודש ימים מהרגע שהאפוטרופוס ידע עליה.**

אם הנציג לא ביטל תוך חודש ימים מיום שנודע לו, לא יוכל לבטל יותר. בעיניי החוק אם האפוטרופוס לא מבטל תוך חודש מיום ידיעתו, הדבר שווה למתן הסכמה לחוזה.

1. אם לא נודע לנציג או ליועץ המשפטי לממשלה על הפעולה, הקטין יכול לבטל את החוזה עד כחודש ימים לאחר הגיע לגיל 18.

**חובה להודיע על ביטול החוזה לצד השני על מנת לבטלו(!)**

**כמו כן, תקופת התיישנות לא תחל במקרה כזה- כשיש קטין שהאפוטרופוס לא ידע על העסקה והוא מעוניין לבטל אותה בהיגעו לבגרות.**

הכלל של סעיף הזה במילים אחרות אומר שהפעולה המשפטית תקפה גם ללא הסכמת הנציג אך ניתן לבטול בכל זאת בהתאם לסייגים הנ"ל.

**סעיף 6 לחוק- פעולות שאינן ניתנות לביטול**

פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה וכך פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול לפי סעיף 6 למרות העבודה שהאפוטרופוס לא ידע- אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו. לדוגמה- נסיעה באוטובוס, קניית סוכריה וכו'.

יש פעולות שצריך לבחון האם הן שגרתיות לשכבת הגיל, למשל- קניית פלאפון. בנוסף, יצטרך ביהמ"ש לבחון מה מקובל באותה תקופה- מה שהיום מקובל בגיל 17 לא מקובל באותה תקופה בה חוקקו חוק זה (1962) וכמו כן גם את הסביבה החברתית, החתך הסוציו אקונומי וכו'.

יש פה קריטריון גמיש שמשאיר המון מקום לשיקול דעת של ביהמ"ש.

המסר הוא שאם השופט חושב שהקטין מבין את מהות הפעולה ושאינה מסכנת אותו, הפעולה נחשבת כפעולה שאינה ניתנת לביטול.

ככל שרשמת הסיכון גבוהה יותר, החוק יניח שעל הצד השני לדעת האם מדובר בקטין או לא. למשל- חיוב של בעלי מכולת למכור סיגריות או אלכוהול לבני 18 ומעלה וכתוצאה מכך הצגת ת"ז של אותו אדם שמבקש לקנות.

החוק משאיר טווח מאוד רחב של שיקול דעת לביהמ"ש.

פעולת בטלות VOID (ס' 6א)

פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי או במקח אגב שכירות, שכירות נכס או קבלת שירות באשראי- אין לה תוקף למרות האמור בסעיפים 5 ו-6 כל עוד אין את הסכמת האפוטרופוס.

**שאלת מבחן- האם חוזה שנכרת על ידי קטין תקפה?**

תשובה- תלוי בסוג החוזה. יש מקרים בהם לחוזה יש תוקף והוא ניתן לביטול (סעיף 5), יש מקרים בהם הוא תקף ולא ניתן לביטול (סעיף 6), יש מקרים בהם אין לו תוקף מלכתחילה (סעיף 6 א).

כשקטין קונה נכס או שירות באשראי, חל סעיף 6 א (פעולת בטלות VOID).

למה המחוקק חושב שרכישה באשראי מסוכנת לקטנים/פסולי דין?

עסקת אשראי = כאשר משלמים על חלק או על כל השירות במועד מאוחר יותר ולא במעמד הרכישה עצמו. יש שני מאפיינים לעסקאות אשראי:

1. זאת עסקה שהיא מאוד מפתה עבור הקונה- מקבל מיד את מה שהוא רוצה ומשלם מאוחר יותר.
2. קשה מאוד להבין את המשמעות הכלכלית האמיתית שגלומה בעסקה כזו.

**שאלה- קטין רוכש נכס באשראי אך זו פעולה שקטין בגילו רגיל לעשות. מה הדין?**

תשובה- דין הפעולה בטל, זאת בגלל שבסעיף 6 א כתוב- "זאת על האף האמור בסעיף 5 ו6"- כלומר למרות שקטינים בגילו קונים בדר"כ מוצר זה, למרות האמור בסעיפים הללו, מגיע סעיף 6 א ומבטל אותם ובכך מבטל את הרכישה של אותו קטין.

**סעיף 7 לחוק**

לפיו יש פעולות מסוימות שגם האפוטרופוס צריך לקבל קודם אישור של בימ"ש- זאת במידה והוא רוצה לבצע פעולה בתור אפוטרופוס עבור אותו מיוצג שלו.

החוק בסעיף 20 מונה את הפעולות בהן הורים צריכים לקבל אישור אם הם עושים זאת עבור ילדיהם ובסעיף 47 מנויות פעולות שאפוטרופוס צריך לקבל עבור מי שהוא מייצג אותו- יש פרק בחוק שעוסק בהורים ויש פרק שעוסק באפוטרופסים ממונים.

פעולות שהורים צריכים אישור מביהמ"ש כשברצונם לבצע פעולה בעבור ילדם:

1. פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין- זאת בשל חשש לניגוד עניינים, כי ההורה צריך לדאוג גם לאינטרסים של עצמו וגם לאינטרסים של ילדו עליו הוא ממונה.
2. נתינת ערבות.
3. נתינת מתנות כולל מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין.
4. פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק.
5. העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר או של דירה.

ש.ב.

לבדוק האם בגיר בחוק- עפ"י תאריך לועזי או עפ"י תאריך עברי?

25/10/18

**שיעור מס' 4**

מה מאפיין התחייבות חוזית?

כאשר ההתחייבות בין הצדדים היא חוזה – חלים דיני החוזים על כל המשמעויות שלהם.

ניתן לאכוף את ההתחייבות הזאת- יש סנקציות משפטיות שניטל להטיל על מי שלא רוצה לבצע את ההתחייבות שלו. ביהמ"ש יאכוף את התקיימות החוזה.

מה נמצא בתוך הגדר של דיני החוזים ומה בחוץ?

מהו העיקרון המרכזי של דיני החוזים? **ההסכמה החופשית, הרצון של הצדדים.**

דיני החוזים מתקפים באופן משפטי רצון חופשי של צדדים. אם מישהו נאלץ להיכנס לתוך החוזה, מדובר יהיה בחוזה פגום. לא מכריחים אף אחד להיכנס לחוזה.

יש חופש לכרות חוזה או לא לכרות חוזה- זה הביטוי הבסיסי ביותר לעיקרון חופש החוזים.

ביטוי נוסף לעיקרון חופש החוזים הוא גם **החופש לקבוע את תנאיו**, החופש לעצב אותו בהתאם לרצון הצדדים. יש כאן הגבלות, למשל- חוזה שנכרת אודות מכירת הרואין- עצם המכירה עצמה אינו חוקי ומכאן שגם החוזה פסול.

החופש השלישי בא לידי ביטוי בחופש של הצדדים **לקבוע את צורת החוזה כרצונם**- כתב/לחיצת יד/בעל פה וכו'... – לעיקרון זה, בכל המובנים שלו, יש חריגים.

יש מצבים שמסיבות שונות חופש החוזים מוגבל. למשל- חובת נהג מונית פנויה להסיע לקוח מגבילה עבורו את חופש החוזים.

אם הצדדים רוצים שמה שהם עושים לא יהיה חוזה- הוא לא יהיה.

לצדדים יש חופש להבטיח הבטחות בלי שאותן הבטחות יקבלו את התוקף החוזי ואז התוקף יהיה על בסיס כבוד בין הצדדים ולא על בסיס משפטי. ("הסכמים שבכבוד").

יש אפשרות שהצדדים יאמרו במפורש מה אופי היחסים שהם רוצים ויש מקרים בהם לא יאמרו זאת במפורש.

אם כן, איך ניתן לדעת מתי מדובר בחוזה ומתי לא אם הצדדים לא אמרו במפורש אם הם רוצים תוקף משפטי או לא? **מניחים עפ"י ניסיוננו האם הייתה כאן כוונה ליצירת קשר משפטי או שלא.**

**פס"ד קלמן**

מדובר במקרה בו עובד התערב עם מנהל העבודה שלו אודות טעות במשכורת- השיחה בוצעה בטלפון והצדדים התערבו על סכום כספי של- 1,000 ₪.

העובד הפסיד והצדדים הגיעו לביהמ"ש.

מדוע ביהמ"ש לא אכף את החוזה?

1. אין גמירות דעת בין הצדדים- לא הייתה כוונה טהורה להיכנס ליחסים משפטיים. ההתערבות הייתה בגדר צחוק.
2. עפ"י סעיף 32 א לחוק החוזים, ביהמ"ש לא יתערב במקרים בהם החוזה נוצר במסגרת של משחק, בין היתר. לכן אין אכיפה ואין פיצויים. אך מה ההבדל בין חוזה של משחק, הגרלה או הימור לבין חוזה שאינו כזה? **יש כל מיני מדדים אובייקטיביים שמאפשרים להעריך דברים, למשל- עלייה של מניות/עליית ערך של בית שעל סמך נתונים אלה ניתן להגיע להערכות כאלה ואחרות שאינן נחשבות הימור. הימור בלוטו לדוגמה, מבוסס על הימור בלבד ולא על הערכה על סמך מדדים אובייקטיביים.**
3. נימוק זה לא מובהר במפורש בפסה"ד: **אין כוונה ליצור יחסים חוזיים/ יחסים משפטיים.**

גם אם הצדדים היו רציניים בהתערבות, האם הם היו רציניים בכך שעל ביהמ"ש לאכוף את החוזה במידה והצד השני יפר אותו?

אנחנו מחפשים תמיד האם הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים.

הכוונה ליצור יחסים משפטיים וגמירת דעת הם לא שווים מכיוון שהכוונה ליצירת יחסים משפטיים הוא תנאי סף לגמירת דעת, נכלל בתוכה.

גמירת הדעת כוללת בתוכה גם את הרצון להיות מחויב בחוזה עפ"י תנאים מסוים, ברגע מסוים ומול צד ספציפי.

 אם אין כוונה ליצור יחסים משפטיים, כל מה שיקרה אחר כך גם יראה רציני הוא לא חוזה.

איך מוכיחים כוונה ליצירת יחסים משפטיים?

 או שהם אומרים זאת במפורש, או שלא אומרים זאת אך אנחנו כשופטים/עורכי דין, יודעים לפענח את הכוונה הזו בהתאם לנתונים ועל בסיס הנסיבות שמתרחשות.

לכן, לדוגמה, גם אם הורה הבטיח לילדו מתנה אם יביא ציון טוב, גם אם ילחצו ידיים ויהיו תנאים לחוזה, הוא לא חוזה- כי אין כוונה ליחסים משפטיים מלכתחילה.

לכן במקרה של פס"ד זה, מה שחסר כאן הוא הכוונה ליצור יחסים משפטיים מלכתחילה- ומכאן שאין בסיס ליצירת חוזה משפטי.

כשמדובר ביחסים בין צדדים ויש ערך כלכלי, למשל- אדם שנכנס למסעדה ומזמין לאכול, נקודת המוצא שיש כוונה ליחסים משפטיים. זהו מבחן אובייקטיבי.

 כשצדדים מכירים אחד את השני וההיכרות ביניהם היא אינטימית- המגמה היא להיכר בכך שהתערבות או הסכם ביניהם אינו בעל תוקף משפטי. כשאין היכרות כזו, המגמה היא שהייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מלכתחילה.

צדדים שקובעים באופן מפורש את הרצון שלהם להיות בתוך או מחוץ לחופש החוזים- נפרש את הכוונה המשפטית על פי רצונם המפורש.

מה קורה במקרה בו צדדים מסכימים שבורר יברור ביניהם ומסכימים שהוא יברור על פי שיקול דעתו בלבד ולא עפ"י דיני החוזים? מדובר בחוזה מכיוון שההתחייבות הזאת ניתנת לאכיפה על ידי הבורר.

אם הצדדים מוכנים ללכת לביהמ"ש וללכת עפ"י דיני החוזים אך אומרים כי התרופה תהייה 5,000 ₪ בלבד עבור מי שנפגע מהפרת החוזה- גם בעבור ערך כלכלי גבוה מזה הרבה יותר- האם הדבר תקף? תשובה- מצד אחד מדובר בחוזה: הצדדים מסכימים, יש כוונה משפטית וגמירת דעת. אך לא ניתן לאכוף את ההתחייבות ע"י ביהמ"ש כי הערך הכלכלי הוא גבוה מאוד ועפ"י החוזה ביניהם הסעד הוא רק 5,000 ₪.

אז איך קובעים מתי ניתן להשתמש בדיני החוזים?

1. **מבחן הכוונה-** האם הצדדים כיוונו ליצירת יחסים משפטיים?
2. **מבחן השפיטות-** האם השאלה ראויה לדיון בביהמ"ש?

**פס"ד לוין נ' לוין**

הבעל מאשים את האישה שהיא משכה את תקופת מתן הגט וטוען כי היא משכה את זה כדי להעלות את גובה המזונות. האישה דורשת שישולמו לה המזונות על כל התקופה בה הבעל מסרב לשלם.

השאלה המרכזית היא האם ההסכם הזה הוא חוזה?

ביהמ"ש שואל האם ההסכם הוא הסכם ג'נטלמני או חוזה משפטי?

השופט זמיר מתחיל ואומר שנוסח ההסכם לא ברור. ממשיך ואומר כי צריך להסתכל על מהות ההסכם- אם הצדדים אמרו שזה לא חוזה אבל כל התכנים בתוכו מראים שזה דווקא כן חוזה, אז כן מדובר בחוזה. לכן הכותרת פחות חשובה אלא המהות. ביהמ"ש בודק את ההסדרים המהותיים ומגיע למסקנה שהם גוברים על האמירה הפורמלית של הצדדים ובאופן מהותי הצדדים התכוונו לחוזה. אחד השיקולים המרכזיים כאן הוא הילדים של הזוג- מביא אותם דוגמה להצדקת אכיפת ההסכם כחוזה.

גם היום, בסיטואציה של גירושין, מעמד הגבר והאישה בישראל אינו אותו דבר- הגבר נהנה מעמדת כוח, יש לו הרבה יותר אפשרויות להפעיל לחץ על האישה. יש לא מעט פעמים בהן נשים "קונות" את הגט שלהן מהבעל בעלויות כלכליות רבות.

ייתכן כי הבנה זו עמדה בלב ליבו של פס"ד זה- שהאישה לא עמדה בפני הסכמה חופשית.

**יש מקרים שבהם משיקולים ציבוריים-חברתיים המחוקק מחליט להוציא מצבים מסוימים אל מחוץ לדיני החוזים. דוגמאות:**

* חוזה בלתי חוקי בטל- לא כי הצדדים רוצים אלא הדין מוציא את זה החוצה אל מחוץ לדיני החוזים משיקולים ציבוריים- חברתיים ולכן המחוקק מוציא אותם מחוץ לגדר.
* הוצאה חלקית- סעיף 32 ו33 לחוק החוזים.

**פס"ד אלבלדה**

שיקול הדעת של משך זמן הלימודים הוא של האוניברסיטה וביהמ"ש לא יתערב בזה.

האם העובדה שביהמ"ש לא מתערב כאן אומר שלא מדובר בחוזה?

**פס"ד קרסניאנסקי (חידון התנ"ך)**

אם אנחנו אומרים שהיחסים כאן הם לא חוזה- למשתתף אין זכות לאכוף אותם. גם אם חבר השופטים טעה בנקודות זה לא רלוונטי- אין זכות משפטית.

אם זה כן חוזה- אם חבר השופטים טעה בניקוד ניתן לממש את הזכות המשפטית בתיקון הטעות.

הגישה שאומצה בפס"ד זה היא **שכן מדובר בחוזה** בין הצדדים. החוק אומר כי החוזה הוא לא בדיוק חוזה כי לא כולו בגבולות דיני החוזים: הוא חוזה שחלים עליו הדינים אבל יש דינים בתוכו שביהמ"ש לא ייתן עבורם סעד לנפגע. לא רק הצדדים יכולים לעשות יצירות חוזיות שהן על הגבול בדיני החוזים, גם החוק עושה את זה.

בסעיף 32 לחוק החוזים, מוגדר שחוזה המתבסס על הימור/משחק/מזל- לא ניתן לאכוף אותו.

הסנקציה שמבטיחה את אכיפת החוזה לא תיאכף. לכן יש מצבים בהם מבחינה פורמלית חוזים יוגדרו כחוזים אך מבחינה מהותית לא ניתן לאכוף אותו.

**דיני החוזים- פרק א' לחוק החוזים**

פרק א' לא מתחיל בהגדרה של חוזה זאת מכיוון שבספרות יש כמה הגדרות לחוזה. הוא כן מתאר את ההליך בו נכרת חוזה. הוא נוקט גישה מעשית באשר לכריתת החוזה- אם צדדים עושים כך וכך, הם למעשה כרתו חוזה. סעיף 1 לחוזה מגדיר בצורה תמציתית מהן הפעולות לפיהן נכרת חוזה.

**במשפט הישראלי כריתת חוזה תעשה בדרך של- הצעה וקיבול.**

01/11/2018

**שיעור מס' 5**

**צריכים להתקיים 3 יסודות כדי שהצעה תהייה תקפה כהצעה משפטית לכריתת חוזה:**

1. מבחינה משפטית, הצעה נחשבת הצעה אם היא **מפונת לזולת-** הניצע יכול להיות ניצע ספציפי והניצע יכול להיות הציבור- אם בכללותו או אם ציבור מסוים. (עפ"י סעיף 2 לחוק החוזים).
2. כמו כן, החוק דורש שההצעה תעיד על **גמירת דעת** כדי שההצעה תיחשב הצעה משפטית לכריתת חוזה.

החוק לא מתעניין במחשבה או במצב הנפשי של המציע, השאלה היא מה הסימנים החיצוניים שגלויים לחושים של הניצע שאמורים להעיד על כך שהפנייה נעשית מתוך גמירת דעת. **זו הבחנה חשובה ! מדוע?**

1. בגלל המגבלה שלא ניתן להוכיח גמירת דעת בלב- הצד השני לא יכול לדעת.
2. החוזה נכרת בין שני צדדים. הסימנים האלה יוצרים הסתמכות שנוצרת על סמך סימנים חיצוניים ולא הלך רוח פנימי שהצד השני לא מודע לו.
3. הפנייה צריכה להיות **מסוימת** (מפרוטת) כדי שההצעה תקבל תוקף כהצעה.

אם חסר אחד מהיסודות האלה, המשמעות היא פנייה שאיננה הצעה.

האם היא חסרת משמעות מבחינה משפטית?

היא לא חסרת משמעות מבחינה משפטית אם נוצרה מתוך כוונה ליצירת יחסים משפטיים- חלים עליה כללים של משא ומתן לכריתת חוזה.

מהם התנאים לקיבול?

1. הודעה שנמסרה למציע מהניצע.
2. ההודעה צריכה להעיד על גמירת דעתו של הניצע.
3. הודעת הקיבול צריכה להיות לפי ההצעה- שזה מקביל לדרישת הפירוט בהצעה.

כבר אמרנו שהבסיס של דיני חוזים הוא הבסיס החופשי של הצדדים ליצור יחסים משפטיים.

היסודות הללו משקפים את רצונם של הצדדים ביחסים אלה. המשמעות היא לוודא שהצדדים נכנסים לחוזה מתוך רצון.

המשמעות השנייה של חופש החוזים היא החופש של הצדדים לקבוע את החוזה כרצונם וזה בא לידי ביטוי בדרישה למסוימות- התוקף משקף את הרצון החופשי שלהם שלא מוכתב להם על ידי גוף אחר.

**פס"ד זנדבנק נ' דנציגר**

השופט שמגר מגדיר גמירת דעת ככוונה ליצור יחסים משפטיים- עפ"י המשפט העברי (יש לציין שחוק החוזים התשל"ג- 1973 טרם נחקק בזמן זה).

הוא מביא דוגמה מהמשפט האנגלי לפיו יש שני יסודות: כוונה ליצור יחסים משפטיים וגמירת דעת.

במשפט הישראלי הדרישה היא גמירת דעת של שני הצדדים ומסוימות.

ב**רק אומר שהמבחן לקיום גמירת הדעת הוא אובייקטיבי.**

**פס"ד פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט**

בפס"ד זה, המערער- פרץ בוני הנגב מערערים למרות שזכו במחוזי- בגלל שלא קיבלו את הסעד שרצו: פיצויים + העברת הדירה לחזקתם.

בפס"ד זה אב רשום על דירה שבנו רוצה למכור. הבן ניהל משא ומתן עם החברה. סוכם שהצדדים יתכנסו יחד עם האב לחתום על החוזה. הבן מתחרט והחברה חותמת את החוזה עם האב ללא נוכחות הבן. הפער בין החברה הזו (חברה גדולה) לבין מצבו של האב, גרם לשמגר להעלות טענה שעורך דינו של האב לא העלה- והיא שלחוזה עצמו אין תוקף- זו הסיבה גם שהוא נשאר בדעת מיעוט.

באשר למבחן גמירת הדעת, שמגר אומר שהמבחן הוא אובייקטיבי- איך הדברים נראים לעין.

האב ישב ליד עורך דין, חתם, קיבל 1,000 שקלים- אלה סימנים המעידים על כוונה ליצור יחסים משפטים וחוזה מחייב, זה כל אדם בר דעת יבין. זהו מבחן אובייקטיבי "טהור" שמנותק מכל הנסיבות, איך הדברים מצטיירים לצד השני על רקע מטען הידיעות המצויות בידו.

**עם זאת, במקרה זה האדם הסביר שהיה יודע את כל מה שהם ידעו והיה רואה את מה שראו- לא היה חושב שיש כאן גמירת דעת.**

במקרה זה, מה שהצד השני ידע הוא שהאב לא ידע קרוא וכתוב, אין לו מודעות, הם ידעו שהוא היה כנראה שתוי- ולכן עם הידיעות האלה העובדה שהוא חתם לא מלמדת על גמירת דעת.

**פס"ד בראשי**

זלמן בראשי ערך צוואה ראשונה בה רשם שכל ילדיו מקבלים נתח שווה מהירושה. לאחר מכן עשה צוואה שנייה בה רק אשתו השנייה ובנו ממנה מקבלים את הירושה.

ביהמ"ש החליט שהצוואה השנייה בתוקף כי היא הוסרטה כשרופא נכח בחדר. לאחר הצוואה עשה גם חוזה מתנה לפיו נותן את כל המניות שלו לבנו עמית- מהנישואים השניים ולנכדו חיים. בחוזה המתנה הוא מעביר להם את כל רכושו. אם בחייו העביר את כל רכושו במתנה אין לו מה להוריש למרות שהצוואה בתוקף. עולה כאן שאלת תוקף החוזה- איך יחולק הרכוש שלו? האם הסכם המתנה בחיים הוא בתוקף? שהרי אם לא- הרכוש יחולק לפי הצוואה השנייה.

* **מתנה היא חוזה והתחייבות לתת מתנה הוא חוזה וחלים עליה דיני החוזה הכלליים. לכן בחוזה מתנה צריך הסכמה של שני הצדדים- של מי שמתחייב לתת מתנה לגבי ההתחייבות שלו לתת וצריך הסכמה של מקבל המתנה. אם מקבל המתנה שותק אנחנו נניח שהוא מסכים לקבל את המתנה אבל עדיין צריך לקבל את הסכמתו (גמירת הדעת באה לידי ביטוי בשתיקה במידה והוא שותק).**

ביהמ"ש אומר כי חוזה מתנה הוא חוזה וכריתת החוזה נבחנת לפי הדין הכללים של חוזה.

במקרה זה נבחנת גמירת הדעת. כאן, בהשוואה לפרץ בוני הנגב, האב לא יושב בסיטואציה שמלמדת על גמירת דעת- לא יושב במשרד עורכי דין למשל, אלא יושב ברכב, מפצח גרעינים- הדבר מלמד שאין כאן גמירת דעת טהורה. קשה להניח שאדם מעביר רכוש ששווה עשרות מיליונים בסיטואציה לא רצינית כזאת.

עורכי הדין והקרובים שלו (עמית וחיים) ידעו שמצבו השכלי והפיזי לא טוב- הם סיפרו לו ברכב בדרך לחתימת החוזה על החוזה שעליו הוא אמור לחתום. הם גם ידעו שהוא אינו יודע קרוא וכתוב.

הם ידעו שיש לו דימנציה- נמצא במצב של שיטיון ושיש לו רק רגעי צלילות בודדים בכל יום וביתר הזמן נמצא במצב של חוסר מודעות.

גם על פי מבחן אובייקטיבי מנותק שלא מתחשב בנסיבות המקרה, רכוש של מיליונים לא מעבירים בנסיבות כאלה ולכן אין גמירת דעת. במקרה הסובייקטיבי הזה, על רקע מצבו של האב- ביהמ"ש דוחה את הערעור.

בנוסף, בחזה שאינו מתנה- כשיש תמורות הדדיות וכשרוב האינטרסים מנוגדים, מתקיים משא ומתן בו כל הדברים האלה מתגבשים לכדי הסכם וברור שהייתה גמירת דעת. בחוזה מתנה זה לא קורה כי ברוב המקרים אין ניהול של משא ומתן ולכן צריך לברר את גמירת הדעת- נחפש סימנים המעידים בבירור על גמירת הדעת. הבדיקה תהייה קפדנית יותר.

**הסימנים המובהקים לבדיקת גמירת דעת הם הסימנים שמתרחשים בזמן כריתת החוזה עצמו.**

ש.ב.

במודל

06/11/2018

**שיעור מס' 6**

**מה באשר למקרים בהם צד אחד אולץ לחתום על חוזה או כרת חוזה כשלא התכוון לכך?**

דוגמה- אדם עבר הליך של היפנוזה, "תוכנת" לבצע את כל הסימנים המעידים שהוא מעוניין לבצע כריתת חוזה אך לא התכוון לזה?

**2 שיטות לסוגיה זו:**

1. תמיד המבחן האובייקטיבי יקבע- כלומר התנהגות האדם שהעידה על גמירת דעת. אך הצד המהופנט יוכל לטעון לטעות עפ"י סעיף 14 ב' לחוק והדבר יאפשר, במגבלות מסוימות ובכפוף לשיקולי צדק לצאת מהחוזה.
2. במקרים קיצוניים כמו מהסוג הזה, נעדיף את המבחן הסובייקטיבי ולא האובייקטיבי ונאמר שלא נכרת חוזה למרות שהמבחן האובייקטיבי כן התקיים.

הביטוי המשפטי למבחן הסובייקטיבי ולא האובייקטיבי בפסיקה הוא **העיקרון "לא נעשה דבר"-** **Non est factom-** הלקוח מהמשפט האנגלי. לפי כלל זה, ביהמ"ש מצהיר שהחוזה למעשה מעולם לא נכרת. בדוקטרינה הזו היא, שהיא דוקטרינה מסוכנת- הסכנה היא שהצדדים יוכלו לנסות "לשחק" על העקרון הזה מה שיצור מדרון חלקלק- ניסיונות של צדדים להשתחרר מחוזה כשלא באמת מגיע להם הסעד הזה.

ביהמ"ש מודע לסכנה הזו אך סומך על עצמו שיהיה זהיר בהחלת הכלל והמציאות מוכיחה שזה כך.

הפס"דים שפסקו עפ"י כלל זה הם **מעטים מאוד.**

קושי נוסף בטענה זו היא שהוא אינו מופיע בחוק החוזים כמו- טעות/הטעיה/עושק/תום לב- והקושי הוא שאם המחוקק היה חושב שיש לעקרון זה הלקוח מהמשפט האנגלי מקום בחוק, הוא היה מכניס אותו. אך לא כך הדבר. לכן ניתן לומר שיש כאן "הסדר שלילי" שהמחוקק לא רצה להכניס, אך ביהמ"ש העליון העדיף את הגישה האחרת שטוענת שיש כאן לקונה ולא התעלמות מכוונת.

**הצעה וקיבול**

אמרנו שבדיני חוזים צריכה להיעשות העדה על גמירת דעת. מתי? התשובה היא בעתת כריתת החוזה.

מה קורה אם הייתה גמירת דעת בעת כריתת החוזה אבל הצדדים התחרטו אח"כ ומעשיהם העידו על זה שפגה גמירת הדעת? התשובה היא שהחוזה עדיין תקף במקרה כזה.

**העדה על גמירת דעת שמתקיימת בכריתת חוזה נותרת בעינה.**

חוזה נכרת בדרך של הצעה קיבול כפי שנאמר בשיעור הקודם.

**שאלה**- מציע שולח הצעה לצד השני. ההצעה מגיעה אחרי יומיים. הוא מתלבט שלושה ימים. שולח הודעה שהוא מסכים לחוזה אחרי עוד יומיים. כלומר- תהליך המתפרס על פני 7 ימים.

החוזה ייכרת ברגע ששולח ההצעה קיבל את הסכמת הצד השני. אמנם כריתת החוזה מסתיימת בקבלת הודעת הקיבול מצד הניצע אבל מדובר בתהליך שלוקח זמן. השאלה- מתי מתקיימת גמירת הדעת? **התשובה**- תלוי באיזה סוג של הצעה מדובר.

יש הצעות שבהן המציע יכול להתחרט עד לרגע שליחת הודעת הקיבול מצד הניצע למרות שעוד אין חוזה ביניהם.

אם מקבל ההצעה מראה סימנים שאינו מעוניין בחוזה לפני ששלח הודעת קיבול- טוען שאינו רוצה, לא ייכרת חוזה.

אך אם מהרגע ששלח הודעת קיבול והמציע קיבל אותה, המציע פתאום מתחרט- הוא כבר לא יכול כי נכרת חוזה.

החוק קובע שהתקופה בה הניצע יכול להתחרט היא מרגע ששלח הודעת קיבול עד לרגע שהמציע קיבל את הסכמתו. אם ההתקשורת היא מידית, כלומר תהליך שליחת ההודעות לא לוקח זמן אלא הם יושבים אחד מול השני, התשובה חסרת משמעות.

**מסוימות**

כריתת חוזה צריכה לכלול גמירת דעת ומסוימות. בסעיף 2 לחוק החוזים יש דרישה למסוימות וסעיף 5 אומר שקיבול צריך להיות עפ"י המסוימות.

אם ההצעה מסוימת אז הקיבול ניתן על סמך הפרטים המהותיים שבמסוימות.

למה צריך מסוימות?

1. זה אחד מהמבחנים המעידים על גמירת דעת.
2. זו הדרך בה הצדדים קובעים את דרך החוזה ביניהם- מעיד על סוף המשא ומתן ביניהם (לא סימן בלעדי ולא סימן הכרחי אך בהחלט מעיד על כך).
3. אם אין מספיק פרטים- אנחנו לא יודעים על מה החוזה. אם יהיה סכסוך משפטי מערכת המשפט לא תדע איך לאכוף את ההתחייבויות בין הצדדים.

**מה נחשב כהצעה מסוימת?** עפ"י סעיף 2 זה לא ברור בכלל- נאמר שאם היא מעידה על גמירת דעת ואם היא מסוימת. התשובה לבעיה הזו היא בגלל שיש המון סוגי חוזים וכל מקרה צריך לקבל פירוש עפ"י נתוניו- אין פה נוסחה מדויקת שעל פיה אפשר ללכת "נטו".

**מפס"ד זנדבנק נ' דנציגר**, ניתן ללמוד מפסק דינו של שמגר שההצעה לחוזה לא יכולה להיות מושלמת. הפירוט (המסוימות) לא יכול להגיע לכליל השלמות. זה לגיטימי שיהיו חסרים פרטים בהצעה.

ככל שהחוזה יותר מסובך, מורכב וארוך טווח- כך יש סיכוי יותר טוב שיהיו חסרים בו פרטים ואנחנו לא יכולים לצפות את כל התרחישים במצב כזה.

בנוסף, אומר שמגר שהמסוימות תהייה מספקת ברגע שניתן ללמוד ממנה על מהות ועל תחומיה של העסקה בין שני הצדדים. גם פה העניין עמום- אי אפשר לדעת בדיוק ממה ניתן להבין בבירור את מהותה ותחומיה של העסקה ולכן ביהמ"ש יפסוק כל מקרה עפ"י נתוניו- "חוש המומחיות של המשפטן".

בחלק מהמקרים זה קל ובחלק לא.

**דוגמה**- אדם רוצה למכור לאדם אחר רכב. עפ"י שמגר, מה המסוימות צריכה לכלול?

תשובה- צריך שיהיה כתוב במפורש שמדובר בחוזה מכר- צד א' מוכר לצד ב' את המכונית. בנוסף, זיהוי של הצדדים- במי מדובר, מחיר, מהות הממכר- אלה הפרטים הקריטיים ביותר.

המעגל השני יהיה- מועד התשלום, מי משלם את אגרת העברת הבעלות במשרד הרישוי, תאריך ההעברה וכו' זו דוגמה פשוטה לחוזה.

**דוגמה- פס"ד פלוניות נ' פלוני**

מקרה בו הובטח ע"י פלוני לפלונית שיינשא לה, במסגרת הבטחה זו נולדה הפלונית השנייה.

השופטים נדרשו לדון האם בהבטחה הזו שהופרה, הייתה גמירת דעת- האם זה באמת חוזה?

אחד השופטים טען כי עצם הכניסה להריון של הזוג- מעיד בצורה הכי טובה על רצינות פלוני להינשא. המחלוקת היה דווקא בנושא המסוימות כי זה נושא לא שגרתי.

שופטי הרוב טענו שלא הייתה מסוימות כי הוא רק הבטיח לשאת אותה לאישה אבל הוא לא פירט מתי יהיה הטקס, איפה ייערך, איך ייערך, כמה משתתפים ועוד פרטים נוספים.

לעומת זאת שופט אחר טען כי הפרטים המהותיים הם עצם ההתחייבות לשאת לאישה ולחיות חיים משותפים, להקים משפחה וכו'- ופרטי הטקס כלל לא משנים.

פלוני היה מוסלמי ופלונית יהודייה ובמשפט הישראלי נישואים המוכרים הם בין בני אותה דת- אין הכרה בנישואים אזרחיים. בגלל שיטת המשפט הישראלי, השאלה איך עושים את הטקס במצב כזה הופך להיות פרט שמקשה על ההבנה איך ניתן להבין את מהות העסקה ביניהם- איך עושים את הטקס בשיטת משפט שלא מכירה בטקס כזה בשל הבדלי הדתות? לכן גם הייתה מחלוקת בין השופטים.

גם פרט שבאופן רגיל לא היינו מחשיבים אותו כשייך לליבת החוזה במובן שבלעדיו לא מתקיימת דרישת המינימום של המסוימות הופך להיות כזה אם הוא כזה בעיניי הצדדים!

**דוגמה**- אם בדוגמה הקודמת במכר המכונית, שני הצדדים מייחסים חשיבות מכרעת למועד התשלום- שאינו מהמעגל הראשון, אז גם אם באופן רגיל הוא לא מהמעגל הראשון בשל ההסכמה ההדדית ביניהם- הוא נכנס ככזה.

**מה לגבי יתר הפרטים החסרים בחוזה- שלא סוכם עליהם אך אינם מהמעגל הראשון המצביעים על מסוימות?**

* תחילה יש לוודא שאכן נכרת חוזה- הצעה וקיבול וגמירת דעת וגם קיימים אותם פרטים שבלעדיהם העסקה לא מוגמרת (העדה על פרטי הליבה).
* מה שעשוי להיראות במבט ראשון כחסר אינו בהכרח כזה. יש לבחון האם מדובר בחסר אמיתי או מדומה. לפעמים ההסכמה היא נסתרת מהעין ובאמצעות תהליך של פרשנות נגלה למה הצדדים התכוונו.

**לגיטימי להשלים פרטים בקרים הבאים:**

* יש חוזה
* אכן יש חסר חוזה- לא כי הצדדים לא התכוונו לכך אלא כי לא חשבו עליו.

**מהם השלמת הפרטים החסרים**?

ס' 26 הוא סעיף השלמת הפרטים. **מנגנון ההשלמה הראשון** מבחינת סדר הקדימות שלו הוא כאשר בחוזה עצמו יש מנגנון שקובע איך להשלים פרטים חסרים. יכול להיות מצב שהצדדים עצמם נתנו את דעתם לאפשרות שהם לא חשבו על הכל ומסכימים ביניהם כיצד יש להשלים פרטים אלה. נכבד את זה קודם כל בהתאם לעקרון חופש החוזים- זה הכי קרוב לרצון הקונקרטי של הצדדים ולכן תהייה לזה קדימות לפני מנגנוני ההשלמה האחרים. נשתמש בו רק אם החסר נוגע לסוג הפרטים שהמנגנון התכוון אליהם.

**אם אין את המנגנון הזה בחוזה,** נלך עפ"י העקרונות הנהוגים בהשלמת חוזים מהסוג הזה- גם כאן, מדובר בעקרון מאוד עמום. הדבר תלוי בשיקול דעת ביהמ"ש ובהתאם לנסיבות.

**כמו שאנחנו ראים, להרבה דברים בחוק החוזים אין הגדרה ברורה והוא תלוי בגורמים הרלוונטיים.**

ההתייחסות לפרט שביהמ"ש משלים היא כאילו הוא היה שם מלכתחילה ואם הוא לא קוים- הוא הופר. לכן יוצא מצב שצד לחוזה עלול להפר תנאי בחוזה שהושלם ע"י ביהמ"ש אעפ"י שבזמן כריתת החוזה לא ידע על התנאי הזה שהושלם אח"כ.

**מנגנוני השלמה**

מנגנון ההשלמה יכול להיעשות מחוק ספציפי (למשל חוק המכר) ומחוק כללי (למשל חוק החוזים הכללי) ובאמצעותו נשלים את הפרטים החסרים לחוזה.

1. **חוק ספציפי וחוק כללי**

**מה המטרה של התניה דיפוסיטיבית (עקרונות בחוק המאפשרים להתנות עליהם)?**

הצדדים יכולים להסתפק רק בדברים הבסיסיים שעליהם הם מסכימים בלי לכתוב הכל- ויכולים להסתמך שהחוק ישלים את הפרטים האלה. הרעיון הוא לתת מעטפת משפטית לצדדים שיתרכזו בעיקר ואת היתר- החוק ישלים. הדבר יפחית מעלויות החוזה בכך שהחוזים לא יהיו ארוכים- הדבר מקטין את עלויות העסקה.

**הוראות החוק משקפות את מה שמקובל באותו עניין- למשל, חוק המכר משקף את הלך הרוח החברתי בענייני מכר- מה שנהוג בשוק. בנוסף, יש שיקולים נוספים של איזון והגינות בין הצדדים. יש הוראות חוק מיוחדות ויש כלליות- עדיף מיוחדות כי הן ספציפיות יותר לעניין המדובר.**

* בחוזים הנושה יכול להיות שני הצדדים- למשל, אם צד קונה דירה המוכר הוא הנושה. אבל גם הקונה הוא הנושה כי המוכר הוא זה שמספק לו את הסחורה. אם יש חוסר של פרטים וצריך להשלים את זה יש שני חוקים שמשלימים את זה- חוק המכר שהוא ספציפי וחוק החוזים שהוא כללי. יש סתירה ביניהם- לפי איך צריך להשלים את הפרט החסר ובמקרה כזה נלך לפי החוק הספציפי. במקרה הזה חוק המכר כי הוא ספציפי יותר מחוק החוזים הכללי.
1. **תום לב**

הבא בתור לאחר הוראות כלליות וספציפיות. תום הלב הוא סעיף 39 לחוק החוזים ומשמש מנגנון כזה גם הוא.

1. **מנגנון הביצוע האופטימלי-** לפי עיקרון זה אם אחד הצדדים מעוניין עד כדי כך בעסקה שהוא אומר לביהמ"ש שהוא מוכן לתנאי שהצד השני מתעקש עליו כדי להשלים את העסקה, הדבר יוסכם על ביהמ"ש וזה מנגנון הביצוע האופטימלי. תמיד יהיה צד לחוזה שירצה יותר לאכוף אותו- גם אם זה אומר שיצטרך להתגמש יותר ולספוג הפסד גדול יותר מהצד השני.

מאפשרים בעקרון זה לצד השני לבחור כל את מהחלופות שהוא רוצה- כשהצד השני מסכים כך למעשה משחזרים את רצון הצדדים- וזה מתאפשר רק כי אחד הצדדים מוכן לוותר עד שבעיניי הצד השני הדבר מגיע למצב האופטימאלי מבחינתו ומכאן שם העיקרון הזה.

זה יכול לקרות רק כשאחד הצדדים מוכן לוותר ולהתגמש במחיר הפסד אישי מול הצד השני.

**העקרון הזה יבוא ברמת החשיבות שלו מיד אחרי רצון הצדדים כפי שהוא כתוב בחוזה או אחרי מנגנון מוסכם עליהם להשלמת פרטים חסרים.**

08/11/2018

**שיעור מס' 7**

**האם החתימה מעידה על מסוימות?** תשובה: לא. החתימה שייכת לסימני **גמירת הדעת** ולא למסוימות, אין בה כדי לגבש פרטים על העסקה.

**זיכרון דברים**

מעמדו המשפטי תלוי בכוונת הצדדים ובתוכנו. מדובר במסמך משפטי (חלק ממו"מ כששני הצדדים מתכוונים ליצור בהמשך יחסים משפטיים). המאפיין של מסמכים כאלו הוא מיעוט בפרטים וספק אפשרי בדבר גמירת דעתם של הצדדים. בחוזה למכירת דירה שנעשה במשרד עו"ד השאלה כלל לא תתעורר, אבל במסמך שנעשה ע"י אנשים שאינם בעלי רקע משפטי- הסיטואציה יותר בעייתית.

אם שני הצדדים מעוניינים בחוזה- אין בעיה. הבעיה מתחילה כשיש פיצוץ בין זיכרון הדברים לחתימת העסקה. תוקף זיכרון הדברים נקבע לפי המבחנים הרגילים של חוזה- גמירת דעת, מסוימות, דרישת כתב במקרקעין וכו'.

**נוסחת הקשר- האם יש התייחסות לכוונת הצדדים לכרות בהמשך חוזה מפורט?** התייחסות לחוזה חיצוני היא "נוסחת הקשר" (פס"ד רבינאי). היא עוסקת בקשר כפי שהצדדים רואים אותו בין זיכרון הדברים לחוזה רשמי. באמצעות נוסחת הקשר ניתן ללמוד על כוונת הצדדים ביחס להיותו של מסמך זה חוזה מחייב או לא:

1. הצדדים לא מעוניינים שזיכרון הדברים יחייב אותם אלא רק חוזה מפרט (ולכן לא יהיה חוזה במידה ולא נחתם).
2. הצדדים מתכוונים להתחייב בזיכרון הדברים ובנוסף אליו גם לכרות חוזה מפורט. כלומר הם מחוייבים בחוזה כבר מזיכרון הדברים אך מעוניינים לכרות חוזה מפורט עקב הבנה כי לא כללו את כל הפרטים והמנגנונים שיאפשרו ביצוע יעיל וחלק של החוזה.
3. הצדדים מעוניינים בכך שזיכרון הדברים יחייב אותם באופן מידי אך ישמש כחוזה על תנאי- יש לכרות חוזה מפורט בתוך זמן מוגדר ואם לא יתבטל זיכרון הדברים.

אם נוסחת הקשר מנוסחת בצורה ברורה ("זיכרון הדברים מחייב/לא מחייב") היא מהווה כלי עזר מאוד חשוב להבנת כוונת הצדדים. אם היא ניטראלית והצדדים לא מסתפקים בזיכרון הדברים אלא מתקדמים לחוזה מפורט- זה לא בהכרח מעיד על כך שזיכרון הדברים כשלעצמו לא מחייב. יש להפריד בין כוונת הצדדים להיות קשורים משפטית ובין כוונת הצדדים לכתוב חוזה מפורט שיקל על חייהם.

בפסיקות מאוחרות יותר ניתן לראות אמירות הפוכות הגורסות כי נקודת המוצא הפרשנית צריכה להיות שאין חוזה כל עוד אין חוזה מפורט (אלא אם כן מכלול הנסיבות מלמד אחרת- פיצויים מוסכמים בזיכרון הדברים למשל). השופט דנציגר לעומת ברק, חושב שנוסחת קשר ניטראלית מהווה היעדר גמירת דעת. אם הצדדים עוד רוצים לכרות חוזה מפורט, סימן שלא סיימו את המו"מ.

**היחס בין זיכרון הדברים לחוזה העתידי**

אם זיכרון הדברים אכן מהווה חוזה מחייב, הוא "ייבלע" בתוך החוזה החדש והמפורט (לרוב תהייה התאמה ביניהם אבל גם במקרה של סתירה החוזה הסופי הוא הקובע).

* **הסכמה מאוחרת תמיד גוברת-** אך ההסכמה הקודמת יכולה להיות חשובה בכל הנוגע לפרשנות, לשפוך אור על כוונות הצדדים.

במידה ובמעוד כריתת החוזה הסופי מתגלעות אי הבנות בין הצדדים והם מחליטים לחזור בהם מן החוזה, הם רשאים. המקרה הקלאסי הוא כאשר אחד הצדדים מעוניין להשתחרר מהחוזה והשני לא- במצב כזה ישנו חוזה תקף ומחייב (זיכרון הדברים) אשר חסריו יושלמו לפי המנגנונים המקובלים.

**מסוימות**

**פס"ד רבינאי**

רבינאי חתמה על זיכרון הדברים. ביהמ"ש מצא כי בזיכרון הדברים היו: מחיר, תיאור הנכס, הסדר תשלום וכו' אך לא הייתה החתימה של חברת מן שקד (המשיבה). חתימה היא חלק מגמירת דעת. ברק דן בפרטים החסרים בזיכרון הדברים ומנסה להשלים אותם:

1. **מועד ההעברה בטאבו-** ברק מציע להתגבר על חוסר זה ע"י הוראה מיוחדת (חוק ספציפי- שנלמד בשיעור הקודם)- לפי ס' 9 לחוק המכר.
2. **מי משלם איזה מיסים-** מס שבח/מס מכירה- קיימים מיסים בעסקת מקרקעין. מנגנון ההשלמה לפי ברק במקרה זה הוא חוקי מיסוי מקרקעין.
3. **פיצויים מוסכמים-** חוסר זה יתוקן לפי העובדה שמלכתחילה אין חובה לכתוב פרט זה בחוזה. יש את חוק התרופות המסדיר את ענייני הפיצויים. קביעת סכום הפיצוי הוא בגדר אופציה בלבד ובכל מקרה לא מעיד על מסוימות.
4. **הצהרה על היעדר שיעבוד-** אין בחוזה פירוט שאין שיעבוד לנכס אך ניתן להתגבר על זה באמצעות ס' 18 לחוק המכר.
5. **תחילת ההצמדה-** ישנם סכומים שצריכים להיות משולמים במועד מאוחר יותר. העותרת טענה שהסכומים הללו יהיו צמודים למדד המחירים לצרכן מרגע חתימת ההסכם. על זה ברק עונה שמדובר בפרשנות כי רשום בזיכרון הדברים: "מחתימת החוזה". לא כתוב האם מרגע חתימת זיכרון הדברים או מחתימת החוזה.

**פס"ד דור אנרגיה**

נחתם חוזה בין חמדן לבין חברת "דלק". כאשר נגמר החוזה ביניהם, ניגש לחברת "דור אלון" והתקיים ביניהם מו"מ ובו נכלל מסמך עליו חתמו הצדדים. החוזה הרשמי אמור היה להיחתם ביום השבת של אותו השבוע. לאחר אותה התקשרות, חברת דלק הציעה עסקה טובה יותר לחמדן. נשאלת השאלה בנוגע לגמירת הדעת- האם הייתה גמירת דעת בחוזה על אף שלא הייתה חתימה על החוזה הרשמי?

במקרה הזה, היו גם כמה חסרים.

מה הפרטים שעלתה לגביהם טענה שלא הייתה מסוימות ואיך ביהמ"ש דוחה זאת?

1. **הסכם מינוי המפעיל.**
2. **אופן חישוב העמלה-** בפועל מנספח ב' להסכם אפשר להבין את אופן החישוב ולכן אין חסר.
3. **שטח התחנה-** לא היה צורך שתהייה מסוימות כי מדובר בתחנה אחת- ספציפית מאוד.
4. **רשימת הציוד(שחברת דור אנרגיה תספק לתחנה)-** בתחילת החוזה נאמר ש- "תשאיל" המערערת למשיב את הציוד הדרוש להפעלה השוטפת של התחנה אך לא כתבו איזה ציוד אלא רק שתספק לו רשימה כזאת: ביהמ"ש אומר שאפשרות אחת תהייה הציוד שהיה זהה לציוד של חברת דלק ואם נלך לפי הפרשנות הזאת- אין חסר. פרשנות שנייה- את הציוד הייתה אמורה לספק המערערת (דור אלון). תחליף לרשימת הציוד- עקרון הביצוע האופטימלי (העיקרון מוסבר בסוף השיעור הקודם). אפשרות נוספת- גם אם זה חסר, הם השאירו את זה פתוח למו"מ בעתיד- זה לא פוגם בחוזה. נכרת חוזה והם הסכימו שעל הפרט הזה, ידונו אח"כ.

**לבסוף הוחלט כי התנהגותו של חמדן לפי סעיף 6א לחוק החוזים אכן הראתה קיבול.**

**פס"ד עדני נ' דוד**

מקרה בו שני שופטים- י' עמית ופוגלמן חלוקים בשאלה האם יש גמירת דעת ובשאלה האם מועדי התשלום הם פרט מהותי או לא.

**י' עמית** בדעת מיעוט לפיה יש לקבל את הערעור מכיוון שיש גמירת דעת ומסוימות ואת כל הפרטים החסרים ניתן להשלים. קיבל רושם שהניסיון של המשיב (המוכר) לצאת מהחוזה היא חכמה שבדיעבד. כאשר התברר לו שיש בעיית מיסים ושעליו לשלם יותר ממה שחשב, ניסה להתחכם ולטעון שלא היה חוזה.

**עקרון הביצוע האופטימלי** ניתן להפעלה כאן ולפיו ניתן להשלים את הפרטים החסרים שגם ככה אינם מהותיים.

**חיות ופוגלמן**- בדעה שההסכם אינו מחייב. סוברים שלא הייתה גמירת דעת מתוך נוסחת הקשר שאינה מתקיימת, המשך המו"מ והרבה פרטים חסרים. לא ניתן להפעיל את עקרון הביצוע האופטימאלי מאחר ומדובר בפרטים חסרים שהם מהותיים.

**חזרה מן ההצעה**

"המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע **לפני** שנתן הודעת קיבול"

מתוך חוק החוזים הכללי, ס' 3א

**חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול- כאשר אלו מופיעים בסעיפים 3 ו-5 בחוק החוזים.**

זה חלק מהחופש של המציע להתחרט מההצעה כמו החופש להציע כל עוד הניצע לא יודע על ההצעה. ברגע שהניצע מודיע שהוא רוצה אותה, יש גמירת דעת מבחינתו והוא מעוניין בחוזה ונתן לכך ביטוי. ברגע שהניצע נתן הודעת קיבול יהיה חוזה. אם המציע עומד לידו פנים אל פנים הניצע יוכל להתחרט גם הוא עד שהודעת הקיבול תגיע למציע- לכך נגיע בהמשך. כל עוד הניצע לא ראה את ההצעה- ברור שאין סיבה להגביל את המציע. גם אחרי שהוא ראה את ההצעה עדיין לא נוצרה סיבה מספקת של הסתמכות כדי להגביל את המציע. ברגע שהוא נתן **הודעת קיבול**, רמת ההסתמכות שלו היא כזאת שחוסמת את חופש החרטה של המציע.

**שאלה-** מה אם הודעת החזרה של המציע מההצעה מגיעה בדיוק באותה השנייה בה מגיעה גם ההצעה עצמה לניצע? **תשובה-** ההצעה לא תפקע כי כדי שההצעה תפקע, הודעת הביטול צריכה להגיע לפני! ולא אחרי או באותו הזמן- עפ"י חוק החוזים!

חוק החוזים שנחקק בכנסת התבסס על אמנת המכר הבינלאומי ומשם נלקח מודל ההצעה והקיבול.

**סעיף 3ב בחוק החוזים**

3 (ב) קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע.

**המציע מציע הצעה וקובע:**

1. שהוא לא יכול לחזור ממנה.
2. מועד לפקיעתה שעד אז הוא לא יכול לחזור ממנה לאחר שמסר זאת לניצע (עד גמר המלאי או עד תאריך ספציפי מסוים).

**במצב כזה, מדובר בהצעה בלתי חוזרת, ברגע שקיבל הניצע את ההצעה- אז בנקודת הזמן הזו המציע כבר לא יכול לחזור בו מההצעה, לעומת המצב הקודם.**

**שאלה**- המציע שלח הצעה בלתי חוזרת. ההצעה נמסרה לניצע. לפי החוק- המציע לא יכול לחזור בו אבל הוא בכל זאת חוזר בו ומבטל אותה. מה הדין?

**אפשרות 1**- החוזה יבוטל אבל תופעל נגדו סנקציה.

**אפשרות 2-** לא יוכל לחזור בו בכל מקרה.

* אופציה והצעה בלתי חוזרת הם דברים מאוד דומים. לאופציה יש פרק זמן מסוים, למשל- אני נותן למישהו אופציה לרכוש ממני שעון למשך תקופה של שבוע. לאחר שבוע ההצעה תפקע- ובמסגרת הזמן הזה יכול הצד השני לקבל את החלטתו. ההבדל הוא שבאופציה יש **חוזה שלם תקף.** הרבה פעמים אופציה עולה כסף- היא יכולה להיות בחינם אבל יכולה גם להיות בתמורה. באופציה הניצע הוא בעל הכוח והמציע "כבול" להצעתו. באופציה אני מחכה שהצד השני יחליט לממש את החוזה ואם הוא מחליט- אנחנו בחוזה.
* שורה תחתונה- אופציה והצעה חוזרת מאוד דומים ביניהם ובתוצאה הכלכלית שלהם אבל יש ביניהם הבדל מסוים.

**פס"ד נווה עם נ' יעקובסון**

ההצעה כאן היא הצעה בלתי חוזרת- עד תאריך מסוים (02.09) שהניצעים היו צריכים להחזיר תשובה. הבעיה הייתה שרק מי שיש לו כסף משלו לפחות 50% יוכל לחתום כי החברה דרשה מקדמה לחתימת החוזה. היתר לא יכולים היו לחתום ללא הסכום הדרוש. יעקובסון ניסה לשכנע את החברה שישנו את התנאי למקדמה (לא את המחיר עצמו אלא את מחיר המקדמה כתנאי לחתימת החוזה).

יעקובסון קם מהישיבה כי לא היה לו כסף אבל חזר יום אחרי עם הכסף.

ביהמ"ש פסק שלחברה אין כוח משפטי לחזור, הודעת החזרה שלה לא שווה דבר והניצע יכול לעשות קיבול תקף ויקבל חוזה- מכיוון שהחברה חזרה בה לפני תום מועד התוקף של ההצעה הבלתי חוזרת שנקבעה מלכתחילה. המועד לא עבר- וכל עוד הוא לא עבר לא ניתן לבצע חזרה על החוזה.

**שאלה-** האם בכל מקרה שבו המציע נוקב בתאריך זה אוטומטית הופך להצעה בלתי חוזרת?

**תשובה-** לפי גבריאלה שלו כן, כי זה מה שכתוב בחוק. לפי דויטש- לא בהכרח. יכול להיות מצב בו משתמע מתוך ההקשר או הניסוח שנקיבת המועד לא נועדה להגביל את כוחו של המציע, ליצור כלפי הניצע מצב בו ההצעה מובטחת לו אלא לקצוב את הזמן בו ההצעה תפקע- את הזמן הסביר שלאחריו ההצעה תפקע.

במילים אחרות- המציע לא התכוון להבטיח לניצע את הדירות אלא רק להבהיר לו שאחרי הזמן הזה ההצעה תפקע. אם ברור שזו הייתה הכוונה, לא מדובר בהצעה בלתי חוזרת.

**אבל כולם מסכימים שהמציע יכול להגביל את ההצעה שלו במועד ויחד עם זה שתישאר בגדר הצעה ולא בגדר הצעה בלתי חוזרת.)**

**סעיף 4(1) לחוק החוזים**

ההצעה פוקעת כאשר:

1. כאשר הניצע דוחה אותה.
2. כאשר עבר הזמן- או אם יש מועד והוא עבר או, אם אין מועד, תוך פרק זמן סביר. הדבר תלוי- יכולים להיות חוזים בו הזמן הסביר הוא דקות, למשל חוזים בבורסה. ויכולים להיות חוזים בהם הזמן הסביר הוא חודשים. יש כאלה כאלה שהזמן הסביר הוא 7 שנים. מכאן שהדבר תלוי.

מה יקרה במקרה הבא- הניצע דחה את ההצעה באופן אקטיבי, ברור וחד משמעי ואח"כ הוא אומר שהוא מקבל אותה? **זו הצעה חדשה כי הראשונה פקעה.**

13/11/2018

**שיעור מס' 8**

**ישנם עוד מקרים בהם ההצעה פוקעת- סעיף 4 (2):**

 "כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול".

**הסבר**- כשאחד מהמאורעות האלה קורה **רק אם לא ניתנה הודעת קיבול.**

**בהצעה בלתי חוזרת** בזמן שבו מקבל ההצעה חושב האם לקבל אותה עוד בטרם מסר הודעה- אם בפרק הזמן הזה אחד הצדדים מת, הופך להיות פסול דין ע"י ביהמ"ש או עובר הליך של פשיטת רגל- ההצעה תפקע למרות שהיא הצעה בלתי חוזרת.

אין התאמה בחוק בין ס' 3 לס' 4(2) ולכן הרעיון הוא להתאים את סעיף 4(2) לסעיף 3 כלומר- אם אחד מהמאורעות המפקיעים קורה (מוות, פסלות דין, חדלות פירעון) ההצעה תפקע עד מתן הקיבול ואם זו הצעה בלתי חוזרת היא תפקע עם קבלת ההצעה- כלומר אין הבדל בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת. **כרגע- בחוק כיום, אין לניצע ביטחון מלא בכך שההצעה תעמוד בעינה כי אולי יקרה מאורע מצער שיגרום לפקיעתה. הצעת חוק הממונות אם קורה אחד מהמאורעות המצערים הנ"ל- בהצעה רגילה היא תפקע עד מתן הקיבול ובהצעה בלתי חוזרת היא תפקע במתן ההצעה ועד לרגע של הודעת הקיבול.**

**ס' 5 לחוק החוזים- הקיבול:**

"הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה".

**חרטת הניצע- ס' 10**

"הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול או שנודע לו על קיבול בדרך האמורה בסעיף 6(א)".

**הסבר-** הניצע יכול להתחרט גם אם נתן הודעת קיבול כל עוד לא קיבל המציע את הודעת הקיבול. אם הודעת הקיבול והודעת החזרה מהקיבול מגיעות ביחד- הודעת החזרה מהקיבול גוברת.

**מה אם המציע רוצה שהקיבול יהיה באמצעות מעשה כמו תשלום ולא בהודעת קיבול- האם זה אפשר?**

**תשובה- כן, עפ"י סעיף 6א:**

 **"**הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה; ולעניין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול".

**המציע יכול לקבוע דרך קיבול שונה.** הרבה מאוד מהפעמים בהצעה שמוצעת לציבור דרך הקיבול היא בהתנהגות מסוימת- למשל מכונת קפה שדרך הקיבול של החוזה היא באמצעות הכנסת כסף למכונה.

**מכירה פומבית-** המציע מחליט עם מי ייכרת חוזה וזה יהיה מי שמציע הכי הרבה. לכן במכירה פומבית המציע פונה פנייה- מזמין להציע הצעות. הוא פונה פנייה שיש בה כוונה ליצור יחסים משפטיים אך אין גמירת דעת או מסוימות. היא חלק מתהליך המו"מ אבל לא מגיעה לדרגת הצעה. המשתתפים יציעו הצעות והמציע יקבל את ההצעה הגבוהה ביותר וכלפיה יבצע קיבול.

מי שצועק מחיר- מבחינתו זה ברור שאם המציע יצעק- פעם ראשונה, פעם שנייה ופעם שלישית- נכרת חוזה. כי זו דרך ביטוי הקיבול במכירה פומבית.

**שאלה- האם לאחר צעקת "פעם שלישית" יוכל המציע לחזור בו מהצעתו?**

**תשובה-** אם הסיטואציה היא ס' 3א אז הוא יוכל להתחרט. אם הסיטואציה היא 3ב' הוא לא יוכל להתחרט. כלומר לפי 3א' הוא יוכל להתחרט לפני שהמציע (המוכר) ענה.

**שאלה- מה אם המציע קובע שאם לא ניתנה תשובה להצעה תוך 24 שעות זה כאילו הוא הסכים?**

**תשובה-** בלתי אפשרי לספי ס' 6ב: "קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף".

**הסבר-** המציע לא יכול לכפות על הניצע את דרך תגובתו להצעה. סעיף 6ב מתבקש כסייג ל6א ועל בסיס ההבנה שחוזה צריך להיכרת מתוך רצון משותף של הצדדים ולא כפייה.

סעיף 6א' אומר דבר נוסף- "...ולעניין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול".

**הסבר-** גם ב3א וגם ב4(2) מתן הודעת הקיבול היא הנקודה הקובעת בזמן. ב3א זה לעניין מתי המציע יכול לחזור בו מהודעתו וב4(2) זו הנקודה הקובעת גם בהצעה רגילה וגם בבלתי חוזרת באשר למאורעות המפקיעים (מוות, חדלות פירעון ופסלות דין). **סעיף 6א אומר שהקיבול במקרים מסוימים יכול להיות באמצעות מעשה ולא במתן הודעה. למשל- תשלום או התנהגות אחרת שהמציע קבע.** סעיף 5 מדבר על קיבול בהודעה ו6 על קיבול במעשה וזה לא אותו דבר. מכיוון שבסעיפים 3א ו4(2) יש חשיבות קריטית לנקודה בזמן- מתן הודעת הקיבול. הסעיף הזה אומר שהתנהגות היא שוות ערך למתן הודעת קיבול. הודעת קיבול היא נקודה מוגדרת בזמן והתנהגות אינה כזו.

נכון שיש התנהגויות שגם הן נקודות בזמן ואז ברור שברגע שנעשית התנהגות כזאת זאת הודעת קיבול וברגע שהיא נודעת למציע זה שלב D- מתן הודעת הקיבול. מה קורה אם התנהגות היא נמשכת בזמן ואינה נקודתית?

* בחלק מהמקרים מעניינת אותנו תחילת ההתנהגות ובחלק מהמקרים סופה- זה תלוי במקרה.

**פס"ד קוזלי**

הובטח שמי שמאתר גופה (של החייל הנעדר מג'די חלבי) מקבל 10 מיליון דולר. אדם מצא את חלקי גופה- בדיעבד הסתבר שזו גופת החייל, הודיע למשטרה ולאחר מכן רצה לקבל את הפרס אבל המדינה לא רצתה לשלם את הפרס.

המדינה טענה שזו לא היא הבטיחה אלא העמותה "לחופש נולד"- ביהמ"ש דחה אותה בטענה שהיא פעלה בשליחות המדינה. ביהמ"ש קבע שהבטחת הפרס הייתה בגדר הצעה שמופנית אל הציבור ושההצעה לא פקעה בשל חלוף הזמן כי לא עבר זמן סביר- בנסיבות כאלה של איתור חייל נעדר (לא ידעו עוד שזו גופה), הזמן הסביר הוא גם שנים- כל עוד יש תקווה לקבל מידע ולמצוא אותו ההצעה עומדת בעינה.

טענה אחרת של המדינה הייתה שההצעה פקעה כי המציע (המדינה) חזר בו כי זו לא הצעה בלתי חוזרת. ביהמ"ש פסק שדרך החזרה צריכה להיות סבירה בנסיבות העניין- אם ההצעה פורסמה בכל אמצעי התקשורת כך גם החזרה מההצעה צריכה להיות כך. במקרה הזה הוחלט לסגור את העמותה ומזה השתמע שהמדינה חזרה בה אבל ביהמ"ש פוסק שזה לא יכול להיות כך ושחזרה מההצעה צריכה להיות ברורה ומפורשת ולא להסיק את זה ובאופן פרופורציונאלי לפרסום ההצעה מה שלא קרה כאן.

היה עוד ניסיון לטעון למה ההצעה פקעה והוא קשור לס' 4(2)- שהעמותה נסגרה ולכן פקעה ההצעה לפי הסעיף הזה. ביהמ"ש אומר על זה שהעמותה נסגרה בלשון העם אבל לא היה פירוק משפטי- צו רשמי לפירוק שלה ולכן לא הייתה חזרה של המציע מההצעה, לא הייתה פקיעה בשל חלוף הזמן וגם לא הייתה פקיעה לפי פירוק- ולכן ההצעה עמדה בעינה.

לכן אם ביהמ"ש קבע שההצעה עומדת בעינה- נותר לבדוק האם היה קיבול להצעה?

ביהמ"ש קבע שאותו אדם התקשר למשטרה כי האדם הסביר מתקשר למשטרה מיד כשמוצא חלקי גופה. המחוזי קבע שהמודעה היא הצעה, חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול בשיטה הישראלית- ולא היה כאן קיבול. לא הייתה העדה על גמירת דעת- כשהתקשרו למשטרה לא ידעו בכלל שאלה שרידי הגופה של מ'גדי חלבי **ובאופן אקראי ולא מכוון מסרו מידע עליו למשטרה ומכאן שאין חוזה.**

יש שיטת משפט המיושמת במדינות שונות שאומרת שזכאות לפרס היא גם בהיעדר ידיעה על עצם קיום הפרס של המוצא, קל וחומר כשהוא לא יודע שזה המידע הרלוונטי אבל שכן יש פרס.

השאלה היא לאיזה כיוון נפרש את הדברים.

אם מנתחים את ההצעה, כנראה שהיא הופנתה לאנשים שידעו מידע על החייל הנעדר וחששו לחייהם.

 **לפחות לפי גישת המחוזי, התנהגות עפ"י ההצעה בלי ידיעה- לא יוצרת חוזה.**

התנהגות- גם אם היא חופפת את הנדרש בהצעה אבל לא נעשית במודעות, ללא גמירת דעת, לא יוצרת חוזה.

אפשר היה לומר שהקיבול זה רצף של דברים נמשכים- מציאת הגופה ומסירת המידע + דרישת הפרס. קוזלי מצא את הגופה, דיווח, הבין שהוא זכאי לפרס ולכן יש קיבול במצטבר- למה זה לא קיבול? יותר מזה, אפשר להסביר למה המדינה לא יכולה לחזור בה מההצעה ברגע שמצא את הגופה ודיווח. **משום מה הטענה הזו לא נטענה בביהמ"ש המחוזי. אין תשובה ברורה למה המצב הזה ככה- למה זה לא נחשב קיבול.**

* קוזלי הפסיד למדינה בתביעה הגיש ערעור על הפסיקה ובימים אלה ביהמ"ש העליון כותב את פסק הדין על הערעור- עדיין אין תשובה סופית באשר למקרה.

**אפשרויות התניה על סעיף 6ב.**

**אפשרות ראשונה-** ס' 6ב מונע קביעה חד צדדית ע"י המציע כמו שפורט מקודם. אבל במקרה בו יש סיטואציה של הסכמה משותפת של הצדדים ששתיקה תיחשב לקיבול- הדבר קביל. כלומר ס' 6ב הוא ס' דיספוסיטיבי- ניתן להתנות עליו בהינתן הסכמת הצדדים. **כלומר צדדים יכולים לקבוע ביניהם כללי משחק החורגים מהסעיף הזה.**

**אפשרות שנייה היא במקרה הבא**- אני מציע הצעה למישהו לצבוע לו את הבית תמורת 10 אלף שקל ואם לא ישמיע הסכמה- זה ייחשב כהסכמה. הניצע הסכים. לאחר שבוע, אותו אדם מתקשר- ושואל למה המציע לא בא לצבוע? התשובה של המציע היא כי המחיר לא משתלם לו. האם יש כאן הפרת חוזה מצד המציע?

**תשובה-** סעיף 6ב' נועד להגן על הניצע שהמציע לא יכפה עליו מלהגיב ולא להיפך. במידה והניצע הסכים, מתוקף שתיקתו- כמו בדוגמה הנוכחית, זה מחייב את המציע לביצוע החוזה. הניצע קיבל את ההצעה להתנות על סעיף 6ב. כשהמציע הציע הצעה כזו הוא גם הציע את החוזה וגם הציע להתנות על סעיף ב' והניצע הסכים לזה.

**אפשרות שלישית הקיימת בפסיקה-** יש מו"מ שמתנהל בין הצדדים וברור להם שאם אחד הצדדים משנה את ההצעה- במצב כזה גם אז השתיקה תיחשב כקיבול. מתוך ההתנהלות שלהם במו"מ בנקודה מסוימת בציר ההתקדמות במו"מ כבר יש הסכמה ביניהם שמתנה על 6ב.

**במילים אחרות-** סעיף 6ב' לא מאפשר למציע לעשות מעשה חד צדדי שיש בו כפיה על ניצע אבל אם הצדדים מסכימים אחרת במפורש או במשתמע- זה בסדר.

**לכן בפס"ד תשובה,** בו הסכימו הצדדים שאם הקונה לא מחזיר תשובה למוכר תוך 48 שעות הדבר מתפרש כקיבול- זה בסדר.

**שאלה ליום חמישי**

סעיף 7 עוסק בהצעה שיש בה משהו מיוחד (בלי שהצד השני יצטרך לתת תמורה נגדית):

 "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה".

במקרה כזה אומר החוק שדווקא השתיקה נחשבת כקיבול. אז עד מתי יכול המציע יכול לחזור בו מהצעה

שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע?

15/11/2018

**שיעור מס' 9**

עפ"י ס' 7 לחוק החוזים מי שלא מעוניין בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות אותו- עליו להודיע.

גם היעדר הסכמה (שתיקה) = קיבול בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע. זה צריך להיות זיכוי נטו על מנת שתהייה תחת ס'7.כל חיוב על הניצע מוציא את ההצעה מגדר ס' 7 לחוק.

עקרונית חוזה מתנה שחל עליו חוק החוזים- הוא למעשה ס' 7. ס' 3 לחוק המתנה חופף לס' 7 בחוק החוזים הכללים. יחד עם זאת לא כל הצעה לחוזה מתנה תהייה הצעה שחל עליה ס' 7.

חוק המתנה מכיר גם במתנות שמטילות על מקבל המתנה חיוב: עפ"י ס' 4 לחוק המתנה- במקרים בהם אין שקילות בין החיוב שנותן המתנה לבין המקבל.

"אם אני נותן לך מתנה בתנאי שתפסיק לעשן"- זה חוסה ס' 4 בחוק המתנה.

הגבול בין מתנה בחיוב לבין חוזה שהוא לא מתנה זה ביחס שבין החיובים ההדדיים- באופן אובייקטיבי. כאשר ברור שהחיוב של מקבל המתנה הוא שולי ביחס לחיוב של חוזה המתנה נגדיר את זה כמתנה בחיוב וכשהחיוב הוא בעל מהות דומיננטית לא נגדיר את זה כחוזה מתנה. תמיד תחומים אפורים- חשוב לזכור!

אין הקבלה מוחלטת בין ס' 4 בחוק המתנה לס' 7 בחוק החוזים – סעיף 7 לא יחול על התחייבות לתת מתנה. יש מקרים הפוכים- מקרים בהם ס' 7 חל עליהם וחוק המתנה לא.

הגישה המקובלת היא שחוק המתנה עוסק במתנות אלטרואיסטיות- שבהן האינטרס שעמד לנגד עיניו של הנותן זה טובת המקבל.

מה לגבי מקרים בהם נותן המתנה עושה את זה מתוך אינטרס שלו? למשל- חברה שמשווקת מוצר רוצה להוכיח לקונים שהמוצר שלה טוב יותר ומתחייבת לתת ל100 הלקוחות הראשונים את המוצר. האם זה מתנה? תשובה- בחוק המתנה יש הוראות שלא כל כך בטוח שהן מתאימות למצב הזה כמו למשל ס' 5 לחוק המתנה לפיו נותן המתנה רשאי לחזור בו אם מקבל המתנה התנהג בצורה לא הולמת כלפי נותן המתנה או קרובי משפחתו. זה מראה שהכוונה למתנה פרטית, בין אנשים ולא מתנה עסקית. הדעות חלוקות בשאלה זו.

יש מתנות שלא חל עליהן ס' 7 ויש מתנות שהן מתנות מסחריות "מתנה לצרכן" ולא יחול הס' הזה.

 **שאלה מסוף השיעור הקודם**

סעיף 7 בחוק החוזים עוסק בהצעה שיש בה משהו מיוחד (בלי שהצד השני יצטרך לתת תמורה נגדית):

 "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה".

**במקרה כזה אומר החוק שדווקא השתיקה נחשבת כקיבול. אז עד מתי יכול המציע יכול לחזור בו מהצעה**

**שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע?**

**תשובה:**

בחוזה מתנה **שתיקה ללא ידיעה** היא לא קיבול.

סעיף 7 מדבר על שתיקה שבאה בעקבות ידיעה על ההצעה ולא "סתם ככה".

הגישה המקובלת שנקודת האל חוזר של המציע היא כשהניצע קיבל את ההצעה !

ההבדל היחיד בהצעה בלתי חוזרת לבין הצעה רגילה היא שבבלתי חוזרת נתנו לניצע זמן לחשוב- רק הוא יוכל לחשוב, אני כמציע "נועל" את עצמי להצעה שהצעתי לו.

בהצעה בלתי חוזרת לקחנו הצעה רגילה והלבשנו עליה אלמנט שאין בו אלא כדי לזכות את הניצע. היסוד הנוסף הזה הוא שגורם לכך שבמקום C (השלב בו הניצע מסר את הודעת הקיבול שלו) המציע יוכל לחזור בו רק עד B (עד שהניצע קיבל את ההצעה).

**שאלה-** לפי ס' 7 לחוק החוזים, האם חוזה המזכה את הניצע נכרת כשהניצע קיבל את ההצעה או בסוף הזמן הסביר בו הוא יכול לדחות את ההצעה?

**תשובה-** יש כל מיני אפשרויות, אין חשיבות להבחנה ביניהן:

1. החוזה נכרת רק בחלוף הזמן הסביר.
2. החוזה נכרת מיד עם ידיעת הניצע על ההצעה (אם הניצע קיבל את ההודעה ולא מגיב- נכרת חוזה) אך התנאי הוא תנאי מפסיק- שאם תוך זמן סביר הוא יגיד הוא לא מעוניין בחוזה החוזה הזה יחדל מלהתקיים.

**ס' 8 (ב) לחוק החוזים- דוגמה לסעיף:** המציע שולח הצעה לניצע ואומר שהוא יוכל לקבל אותה בתנאי שהודעת הקיבול תגיע אליו (אל המציע) עד לתאריך מסוים. ההצעה הגיעה לניצע, הניצע שלח את הודעת הקיבול לשליח בסמוך למועד. קרה משהו שהניצע לא מודע עליו, למשל- קרה משהו למכתב או לשליח המכתב. כתוצאה מכך הודעת הקיבול הגיעה באיחור של יום. עקרונית, לפי ס' 8 אין לקיבול תוקף. לכל היותר אפשר לראות בזה הצעה חדשה של הניצע שיש בה לשנות את תאריך כריתת החוזה בגלל ההודעה שהגיעה באיחור. החוק לא מקבל את זה כי מבחינתו הוא עשה כל מה שצריך שהודעת הקיבול תגיד למציע בזמן ולא היה לו איך לדעת את מה שקרה, לכן למרות האיחור- נכרת חוזה. מה הבעיה? הבעיה שזה מנוגד למה שהמציע קבע- תאריך מסוים. יש כאן מצב של שני צדדים שעל אף אחד לא ניתן להטיל אשם או אחריות אבל צריך כלל הכרעה שיגיד מי גובר. צריך לנסות למצוא שביל ביניים ולהכריע לטובת אחד מהם. החוק חשב שבנסיבות האלה צריך למצוא פתרון רך יותר שאומר שיש חוזה למרות האיחור אם זה לא באשמתו ולא בידיעתו של הניצע.

אבל אם המציע- **מיד** עם קבלת הקיבול של הניצע שבאה באיחור אמר שאין מבחינתו חוזה- אז החוזה בטל. במילים אחרות- בסוף ידו של המציע על העליונה בצורה יותר "מרוככת". יש פה ניסיון להבין דינמיקה טבעית לטפל בעניין של אנשים שפועלים באחריות ולא מתוך כוונה רעה.

**ס' 9-** קיבול לאחר מועד ההצעה הוא הצעה חדשה למעשה כי הוא משנה את תאריך הכריתה.

**ס' 10-** הניצע יכול להתחרט עד D .

**ע"א תשובה נ' בר נתן**

בר נתן שולח הצעה לתשובה בדואר רשום. לאחר מכן התחרט ושלח הצעה אחרת בדואר רשום. המכתבים נשלחו באותו יום אך לא הגיעו באותו יום. המכתב השני הגיע יום לאחר המכתב הראשון.

שניהם עובדים עם ייעוץ משפטי. תשובה שולח הודעת קיבול למרות שיש לו שני מכתבים- הוא מתעלם מהשני ושולח הודעת קיבול למכתב הראשון. בר נתן מתעלם מהודעת הקיבול.

**מה עבר בראש לתשובה שראה את שני המכתבים, התעלם מהשני ושולח הודעת קיבול לראשון?**

עורך הדין שלו אמר שההצעה היא הצעה בלתי חוזרת- מכוח הסכם השיתוף נקבע שההצעה עומדת בתוקף ל14 ימים. נקבע מועד לקיבולה היא מוגבלת בזמן ולכן היא הצעה בלתי חוזרת. בהצעה בלתי חוזרת המציע יכול לחזור בו עד שנמסרה לניצע.

מבחינתו של תשובה, מכיוון שההסכם ביניהם קובע שאת ההצעות צריך לשלוח בדואר רשום והוא התעקש שלא יחרגו מההסכם, אז צריך להתייחס רק למועדים בהם הגיעו המכתבים אל תשובה וניתן להתעלם מהשיחות והפקסים שקיבל- כי הם קבעו שהכל יעשה בדואר רשום.

ברגע שהגיעה ההצעה הראשונה בדואר רשום- בר נתן בבעיה.

יום למחרת מגיע מכתב בו יש ניסיון של בר נתן לחזור בו מההצעה הראשונה- אבל לא רק שהחוק לא מאפשר לו לחזור, אין לו את הכוח המשפטי- ברגע שמציע רוצה לחזור לפני תאריך החזרה שנקבע הוא לא יכול. לכן תשובה שלח קיבול רק לראשון.

**מה חשב עורך הדין של בר נתן?**

הודעת החזרה תופסת- ואם הודעת החזרה תופסת, ההצעה כבר פקעה ולכן הודעת הקיבול היא לכל היותר הצעה חדשה שבר נתן רשאי להתעלם. להצעה השנייה אין הודעת קיבול ולכן הוא חופשי להתקשר עם מי שהוא רוצה.

בהצעה החדשה גלומות 2 מהויות: 1. חזרה מההצעה הראשונה 2. הצעה חדשה. להודעה שתי מהויות. ככל שהיא מהווה הצעה חדשה היא אכן צריכה להיות בדואר רשום אבל ככל שהיא מהווה חזרה מההצעה היא לא צריכה להיות בדואר רשום- כי קבעו שרק הצעה וקיבול צריכות להיות בדואר רשום ולא חזרה מהצעה.

את כל ההודעות האחרות הם לא קבעו ולכן כל דרך סבירה בנסיבות העניין (ס6 א) תקפה.

לכן ההצעה הגיעה לתשובה רק כשהגיע הדואר הרשום אבל שיחת הטלפון של שינוי התנאים היא הודעה שלמעשה מבטלת את ההודעה הראשונה ומהווה חזרה מההצעה ולכן ביהמ"ש מקבל את עמדת בר נתן.

**שאלה- אם הם היו מסכימים שכל ההצעות ביניהם היו על בסיס דואר רשום?**

**תשובה-** היינו מסתכלים רק על מה שמגיע בדואר רשום

 ולכן מה שהגיע בדואר הראשון קודם- הוא מה שתופס. לפי מה שהגיע ראשון- תשובה היה זוכה.

אבל יש מחשבה אחרת לשאלה גם אצל טירקל וגם אצל ברק- תום לב.

**שאלה-** אם הצדדים לא היו מתכתבים בדואר אלא הכל היה נעשה פנים מול פנים- מה היה קורה אם המציע היה מעוניין לחזור בו מההצעה?

**תשובה-** המציע לא היה יכול לחזור בו מהצעתו. חוק מכיר באפשרות שהמציע יציע **הצעה בלתי חוזרת** ולא יוכל להתחרט.

**צורת החוזה**

האם חייב חוזה פורמלי שכתוב בצורה פורמלית?

* הדרישה לחוזה פורמלי פוגעת ברצון החופשי של הצדדים אז למה להתערב ברצונם?
* המבנה הפורמלי גורם לכך שיהיה קשה להתנער מהחוזה בשל איזושהי לקונה.

ס' 23 לחוק החוזים- "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת" – בהתאם לרצון הצדדים כמובן.

המשך הסעיף שמגדיר את החריג לו- "...זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים".

הדין הכללי הוא עיקרון **חופש החוזים.**

אין אף חוק שקובע דרישת צורה שהיא לא כתב אלא טקס, למשל. אבל יש מקרים שהדרישה היא רק כתב ויש מקרים שהדרישה היא כתב + רכיבים צורניים. למשל בחוק יחסי ממון בין בני זוג יש דרישת כתב באשר להסכם חלוקת הרכוש וההסכם הזה צריך להיות גם בכתב וגם בעל אישור נוטריוני.

רוב דרישות הצורה הן **דרישות צורה מהותיות**. דרישת צורה מהותית נוגעת לתוקף החוזה- אם החוזה לא נעשה בהתאם לדרישת הצורה הוא לא קיים.

דרישת הכתב מצטרפת לדרישות עליהן דיברנו בפרקים הקודמים כדי ליצור חוזה (גמירת דעת, מסוימות וכו').

יש מקרים בהם צריך **דרישת צורה ראייתית** שהמשמעות שלה שגם אם החוזה נעשה בעל פה יש לו תוקף. היא לא נוגעת לצורת החוזה אלא להוכחת החוזה במקרה של סכסוך בביהמ"ש.

**מה ההבדלים בין דרישת כתב מהותית לדרישת כתב ראייתית?**

1. דרישת כתב מהותית נוגעת לתוקף החוזה- הוא לא נכרת בלעדיה.

דרישת כתב ראייתית נוגעת לדרך הוכחת החוזה בביהמ"ש, זה לא קשור ליצירת החוזה. הוא יכול להיווצר גם בע"פ אבל ההוכחה שלו מחייבת מסמך כתוב.

1. דרישת כתיבה מהותית- בגלל שנוגעת לכתיבת החוזה, כל החוזה צריך להיות בכתב- כל מה שהם הסכימו ביניהם צריך להיות בכתב, כל פרטי החוזה. לעומת זאת בדרישת כתב ראייתית- מספיק שיש מסמך שמוכיח את עצם קיומו של החוזה גם אם הוא לא משקף את ההסכמות של הצדדים.
2. דרישת כתב מהותית נוגעת לכריתת החוזה- הוא לא יכול להיווצר בלי המסמך הכתוב לכן החוזה הוא המסמך הכתוב. מתי נוצר המסמך הכתוב? במועד הכריתה. בדרישת כתב ראייתית אין בעיה שהמסמך יהיה מאוחר יותר ויוכיח את החוזה. לכן ההבדל כאן הוא המועד.

19/11/2018

**שיעור מתרגל 1- טעות והטעיה**

בניתוח פגמים בחוזה- אנחנו יוצאים מנקודת הנחה שיש רצון בין הצדדים ליצירת קשר מחייב אך יש ברצון הזה פגם שעלול להוביל לביטולו של החוזה.

כל עוד החוזה לא בוטל- הוא קיים. עצם העובדה שהיה פגם (טעות/הטעיה/כפייה/עושק) לא מבטל אותו אוטומטית.

**טעות**

ס' 14 לחוק החוזים. הרבה פעמים קשה מאוד להיכנס לנבך נפשו של אדם- לא ניתן לדעת מה עבר לו בראש. אחת הדרכים להתמודד עם הקושי הזה היא להחיל איזשהו סטנדרט התנהגותי בו אנחנו מצפים מהאדם להתנהג בצורה מסוימת. **דיני הטעות כרוב דיני החוזים הם דיספוזיטיביים** כלומר- ניתן להתנות עליהם. צדדים לחוזה כחלק מכריתתו יכולים לקבוע שבמידה והתברר והתרחשה טעות אז לא ניתן יהיה להשתמש בדיני הטעות. זו זכות שלהם לעשות את זה.

**מהי טעות?** פגם תודעתי קוגניטיבי להתקשר בחוזה. במילים פשוטות- תפיסת מציאות שונה מהמציאות האמיתית. אדם סבור שעולם הנתונים שמולו שונה ממה שהתברר לאחר מכן בפועל. הרצון להתקשר בחוזה פגום כי הובע רצון שמתבסס על תפיסה לא נכונה. טעות נוספת שיכולה להיות היא **טעות שבדין:** בשונה מהדין הפלילי, בהליך האזרחי אי ידיעת החוק עשויה לפטור מעונש. טעות לגבי החוק עשויה להקים פטור מחבות חוזית. המשפט הישראלי מנסה ליצור איזון בין שני ערכים מרכזיים: הגנה על מפגש הרצונות בין הצדדים והגנה על המתקשר שהתקשר בחוזה מתוך טעות ומצד שני- שמירה על חוקי משחק תקינים שהרי יש צד שני לחוזה שהתקשר שלא מתוך טעות ומגיע לו שהחוזה יהיה יתקיים.

**ההבדל בין 14א ל14ב:**

14א- צד אחד טעה וצד שני ידע על הטעות ולא אמר לו את זה. הצד שטעה לא חייב את התערבות ביהמ"ש לביטול החוזה.

14ב- הייתה טעות אבל הצדדים לא ידעו על הטעות. צד אחד לא ידע שהצד השני טעה. היא לא ידועה לשניהם ומתגלה בדיעבד. ביהמ"ש יאלץ להתערב בשיקולי צדק- מי היה רשלן? מה מהות הנזק שיגרמו לצדדים? וכו'.

**יסודות ס' 14 א' (טעות) – יסודות מצטברים (חשוב!)**

1. קיומו של חוזה- דבר ראשון.
2. קשר סיבתי- קשר סיבתי בין טעות לבין קיום החוזה. (המילה עקב מעידה על הקשר הזה)- אם תהייה טעות אך הטעות הזו לא גרמה לכריתת החוזה זה לא קשר סיבתי. הקשר הסיבתי נובע רק מתוך כריתת החוזה עקב הטעות.

סובייקטיבי- איך שתופס האדם את הדברים, מה שקורה בתוך נפשו. צריך להראות שהטעות גרמה לו אישית להתקשר בחוזה.

 אובייקטיבי- איזשהו סטנדרט שהחברה קבעה ושהמשפט קבע. לפי ס' 14 א' המבחן הוא אובייקטיבי אבל יש גם פן סובייקטיבי: האדם צריך להראות באופן סובייקטיבי שאותה טעות גרמה לו באופן אישי לכרות את החוזה.

1. יסודיות הטעות- נדרש שהטעות תהייה מהותית, שהיה ברור שלולא הטעות הזו לא היה נכרת החוזה. יש דרישה לזה כי לא ניתן לבטל חוזים בנקל, באופן שיאפשר התחמקות מחוזים ושינצלו את זה לרעה.

מבחן יסודיות הטעות הוא מבחן אובייקטיבי והוא מושרש במילים בחוק- "ניתן להניח"- הוא צריך להראות שבסטנדרט ההתנהגות של האדם הסביר, האדם הסביר לא היה מתקשר בחוזה כזה. לא די בכך שיראה שהוא אישית התקשר בחוזה מתוך טעות.

**רק בדיני הטעות קיימת דרישת היסודיות !**

1. ידיעת הצד השני על הטעות- אם הצד השני היה מודיע על הטעות הוא היה מונע נזק בכריתת החוזה. האם הידיעה הנדרשת מהצד השני היא לגבי הטעות עצמה, לגבי היסודיות שלה (שהיא מהותית) או גם וגם? הפסיקה קבעה שהתשובה היא גם וגם- הידיעה נדרשת עבור שניהם.

**סעיף 14 ב' – טעות שאינה ידועה**

השוני המהותי בין 14א ל14ב הוא רק לגבי הסיפא (הסוף)- והשוני המהותי הזה הוא:

1. בסעיף 14א ניתן לצד שטעה סעד עצמי- הוא יכול לבטל את החוזה בהודעה ולא זקוק לפנות לביהמ"ש. זה שיקול דעתו הבלעדי.
2. בסעיף 14ב רק ביהמ"ש רשאי לבטל את החוזה.
3. בסעיף 14א- לא מעניין למה הוא רוצה לבטל. זה כי הוא טעה והצד השני שידע לא אמר כלום. בסעיף 14ב הביטול יהיה עקב שיקולי צדק והוגנות תוך התחשבות בהתנהגות הצדדים, רשלנות הצדדים וכו'.
4. ביהמ"ש יכול משיקולי צדק לתת פיצויים לצד שלא ידע על הטעות בס' 14ב ובס'14א- לא, כי הצד השני לא ידע על הטעות ולא עשה שום דבר לא בסדר (ב14ב).

**פיצוי של ס' 14ב הוא פיצוי שלילי-** פיצוי שנועד להשיב לך את מה שמגיע לך (פיצויי הסתמכות).

פיצויי קיום- פיצויי רווח שהיית אמור להרוויח מהחוזה אם היה מתקיים.

בס' 14ב אם לא תהייה בקשת הצד שטעה לבטל את החוזה הוא לא יבוטל.

בס' 14א הסעד הוא עצמי- הצד לא חייב לבקש את התערבות ביהמ"ש.

1. בס' 14ב הצדדים צריכים להראות שהנזק שיגרם להם בקיום החוזה עם הטעות הוא גבוה יותר מהנזק שיגרם לצד השני עם קיומו של החוזה- אלה שיקולי הצדק וזאת על מנת לבטל את החוזה.

**מתי אין טעות?**

ככלל, אין טעות בנוגע לעתיד. הטעות נוגעת למה שהיה בעבר או למה שקורה בהווה. טעות היא פגם קוגניטיבי- פער בין המציאות שסברתי שקיימת למה שקורה בפועל, בין המצב העובדתי או המשפטי הקיים כפי שמדמה המתקשר לבין המצב האמיתי. העתיד מהיותו אינו נודע לרוב ולא יכול להקים טענת טעות, הוא יכול להוביל בדר"כ לאחת משתי האפשרויות:

1. הפרת חוזה.
2. טעות העסקה.

**פס"ד שלזינגר נ' הפניקס**

עפ"י דעת הרוב, בביטול הפוליסה שלזינגר נטל על עצמו סיכון. על שלזינגר היה לצפות מצב בו הוא חולה במחלה ונשאר ללא ביטוח עקב ביטול הפוליסה.

השופט לוי בדעת מיעוט ראה במקרה זה טעות- הוא הסתכל על מה הייתה המציאות שהייתה לשלזינגר כשביטל את החוזה. הוא היה חולה וחשב שהוא בריא ולכן זה טעות לדעתו. משיקולי צדק- אדם חולה סרטן מול חברה גדולה, הוא פוסק לקבל את הערעור אבל מכיוון שהיה מיעוט דעתו לא התקבלה. הוחלט שעצם העובדה שאובחנה בו המחלה אינה קשורה מכיוון שבאותו הרגע שביטל את החוזה הוא לקח על עצמו סיכון שעלול לחלות- הוא רצה לחסוך בדמי ביטוח ולקח סיכון, לכן מדובר בהחלטה ולא בטעות.

**ס' 20- דרך הביטול**

על הצד אסור שטעה להתמהמה- זה מעיד על רשלנות וחוסר רצינות ומעיד גם על זה שכנראה הטעות לא הייתה כזאת קריטית ושלאותו צד לא באמת היה קריטי לבטל את החוזה.

**פס"ד כנען**

סוחרת בשוק הפשפשים קונה מרוכלת אחרת במחיר זול ציורים כדי למכור. היא מגלה שהם מקוריים. ממשלת ארה"ב מגלה את העניין ודורשת את הציורים בחזרה. 7 שופטים יושבים לפסוק.

אותה סוחרת (גב' כנען) טוענת לתקנת השוק- לפי כלל זה אי אפשר לקיים שוק תקין אם כל פעם יגיד מישהו שהסחורה של רוכל אחר גנובה, זה בלתי אפשרי.

ביהמ"ש פוסק שהטענה הזו נסמכת על חוזה מכר וכאן אין חוזה מכר לפי סעיף 14ב- לשתיהן לא היה מושג שנמכר כאן ציור מקורי. 5 שופטים פוסקים שהציורים חוזרים לממשלת ארה"ב ומפצים בסכום כספי את גב' כנען.

**ס' 14 ג**

זה שיש טעות לא אומר שהחוזה מתבטל אוטומטית. הצד השני צריך להודיע שהוא מוכן לקיים את החוזה בתיקון הטעות לפני שהחוזה מבוטל. **כלומר- לפי סעיף זה, הצד השני צריך להקדים את הצד שטעה- שיש לו זכות לפי ס' 14א לבטל את החוזה והוא צריך להגיד לו שהוא מוכן לקיים את החוזה תוך תיקון הטעות כדי לקיים את החוזה. אם הוא מקדים אותו- ניתן להמשיך את החוזה ואם לא- החוזה בטל כי זו זכותו של הצד שטעה מכוח**

**ס' 14 ד'**

הוא ההגדרה למהי טעות- בין אם טעות ובין אם הטעיה. בדין האנגלי יש הבחנה בין טעות שבעובדה לבין טעות שבדין. במשפט הישראלי אין הבדל ביניהן- שתיהן ניתנות לביטול.

ההבחנה בין טעות יסודית לבין טעות בכדאיות העסקה היא הבחנה בין עבר לעתיד. האם מדובר במשהו צופה פני עתיד או שמדובר על העבר? בטעות בכדאיות העסקה מדובר בטעות ביחס לסיכון שנטל עליו צד לחוזה או שראוי לייחס לו לפי נסיבות החוזה. אם יש טעות שבדין או טעות שבעובדה ולא בכדאיות העסקה, כן אפשר להגיע למצב של ביטול.

כלומר- החוק בא להגדיר שאנו צופים פני עבר בנושא הזה ושהטעות היא לא טעות של כדאיות אלא טעות שבעובדה וטעות שבדין בלבד.

פס"ד קנפי

פסקו לו אחוזי נכות. ניתנה לו אופציה לקחת את הכסף חד פעמית (את כל הכסף) או כל חודש סכום. הוא בחר לקחת את כל הכסף. העלו לו את אחוזי הנכות, אבל נחקק לפני הבקשה שלו חוק שאם לקח קצבה חד פעמית לא יכול לקחת עוד סכום. הוא הולך לביהמ"ש טוען לטעות- אם היה יודע שזה המצב לא היה לוקח את הסכום החד פעמי. ביהמ"ש פוסק החלטה המפרשת חוק היא הצהרתית- מכנה את הטעות טעות שבדין כי הוא לא פירש את העבר נכון. ביהמ"ש בוחר בשיקולי צדק- בין קנפי לבין הביטוח הלאומי, העוול שיגרם לקנפי הוא הרבה יותר גדול. ההחלטה הזו נובעת בגלל ששניהם לא ידעו שזה הפירוש הנכון של החוק. הלכה 70א לחוק הביטוח הלאומי היא הלכה המסדירה בין היתר את קצבאות הנכות. ביהמ"ש קבע שהייתה כאן טעות שבדין שניתנת לביטול.

**טעות בכדאיות העסקה- מבחני עזר**

* יש לבדוק האם אנחנו מדברים על משהו שצופה פני עתיד או מסתכל אחורה.
* טעות בכדאיות העסקה היא טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה או שראוי לייחס לו לפי נסיבות החוזה.

20/11/2018

**שיעור מס' 10**

כל סוג חוזה שיש לגביו נוהג שהוא נעשה בכתב, מרגע שמתקבע נוהג כזה יש לגביו דרישת כתב ראייתית מכוח ס' 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית. הס' הזה לא מתייחס לסוג ספציפי של חוזה- אלא לכל סוג כזה שנוצר לגביו נוהג!

**איך ניתן לדעת מתי דרישת הכתב היא ראייתית או מהותית?**

בפס"ד גרוסמן נ' בידרמן, ביהמ"ש מפרש את הוראת החוק כדי לבדוק האם הדרישה שם מחייבת כתב. ביהמ"ש שואל את עצמו מדוע בס' 8 לחוק המקרקעין מחוייבת דרישת הכתב? דרישת הכתב נועדה להבטיח שהאדם לא יתחייב בחיפזון ותהייה לו את מידת הרצינות הנדרשת להתקשר בחוזה.

ס' 23 לחוק החוזים עוסק בשאלה מתי חוזה תקף. לפיו, חוזה תקף גם אם נעשה בע"פ, בכתב או בצורה אחרת- אלא אם יש דרישה בחוק שהיא דרישה מהותית כתנאי להיווצרות החוזה.

**שאלה-** בהנחה שיש דרישת כתב מהותית, האם אפשר לקיים אותה באמצעות מסמך דיגיטלי?

**תשובה-** אין תשובה חד משמעית כי אין פסיקה בעניין.

בארה"ב, עם עליית העידן הדיגיטלי, נחקק הנושא בחוק המגדיר אותו.

בישראל, הייתה הצעת חוק- מסחר אלקטרוני כזאת אולם היא לא התקבלה וככל הנראה לא תתקבל.

**וואטסאפ או תוכנות החלפת מסרים מידיים,** לא יהוו תחליף לדרישת הכתב מכיוון שאינן מעידות על רצינות ויסוד מחשבתי מהותי שיש בו כדי להחליף את דרישת הכתב המהותית.

עם זאת, **לדעת גלברד**, קובץ PDF או WORD למשל, בו יש יסוד סביר שבכתוב הושקעה מחשבה והיא מעידה על רצינות- עשויה להחליף את דרישת הכתב.

**שאלה-** מתי דוחים תביעה על הסף- גם אם דבריו של התובע נכונים?

**תשובה-**במקרים בהם אין לביהמ"ש בכלל מה לשמוע את תביעתו. לדוגמה- אם התובע תובע על רכישת דירה אבל זה לא נעשה בכתב- אין מה לשמוע בכלל את תביעתו.

**ס' 8 לחוק המקרקעין**

ברוב הפסיקה של ביהמ"ש שדנה בדרישת כתב מהותית- היא דנה בזה בהקשר לס' 8 לחוק המקרקעין משום שעסקאות כאלה הן עסקאות מאוד נפוצות.

הרבה מאוד סכסוכים במקרקעין מתחילים בביהמ"ש המחוזי ולצד שהפסיד יש אוטומטית זכות ערעור לעליון. לרוב מדובר בסכסוך על שווי גבוה של סכום כספי ולכן "שווה" לצד המפסיד לערער לעליון ולנסות את מזלו. מכאן שיש הרבה פסיקה על חוזה מקרקעין בכלל ועל ס' 8 לחוק המקרקעין בפרט.

**סעיף 8 לחוק המקרקעין חל על התחייבות לעשות עסקה במקרקעין- כלשונו של החוק.**

מה זאת התחייבות לעשות עסקה במקרקעין?

התשובה בס' 1 לחוק המקרקעין מגדיר מה זה מקרקעין.

ס' 6 לאותו חוק מגדיר מהי עסקה במקרקעין. היא הקניה רצונית להבדיל מהקניה בלתי רצונית (כמו הפקעה למשל, כשהמדינה מפקיעה קרקע מתושב) הכלי המשפטי לביטוי הרצון יהיה חוזה.

כלי נוסף יהיה גם צוואה- שהיא גם הקניה רצונית אבל חלים עליה דינים אחרים לכן הוא לא מחשיב אותה.

* גם במשכנתא יחול ס' 8 לחוק המקרקעין- כשבעל חוב ממשכן את הנכס שלו על מנת להחזיר חוב.
* זיקת הנאה- כשאני מקנה למישהו זכות בחוזה לעבור דרך הקרקע שלי למטרה מסויימת.
* זכות קדימה- אציע לך לפני שאציע לגורם שלישי לקנות את הקרקע שלי.

כל אלה דוגמאות למקומות בהם חל ס' 8 לחוק המקרקעין.

כאשר מתבצע רישום בפנקסי המקרקעין- "טאבו", הזכות על המקרקעין עובר מהמוכר לקונה. רק כשנרשמת העסקה! (ס' 7 לחוק המקרקעין)- זה מתחיל קודם כל בחוזה ולא ברישום. כלומר השלב החוזי של העסקה מכונה בחוק המקרקעין כ-"התחייבות לעשות עסקה".

לפי ס' 79 לחוק המקרקעין, התחייבות חוזית להשכיר נכס מקרקעין לתקופה שאינה עולה על 5 שנים, לא מחייבת חובת הכתב. (הערה- ניתן לומר שנהוג לעשות חוזים כאלה בכתב ולכן יש דרישת כתב ראייתית גם אם זה פחות מ5 שנים אבל אם יש צ'ייק למשל- זה מקיים את דרישת הכתב הראייתית).

**פסיקה של ס' 8 לחוק המקרקעין**

דרישה מהותית= גרוסמן נ' בידרמן

היקף הדרישה= רבינאי נ' שקד

סוגיית החתימה= בוטוקבסקי נ' גת

הפרת תום לב במו"מ במקום כתב= קלמר נ' גיא

**פס"ד גרוסמן נ' בידרמן**

הצדדים נפגשו וסיכמו את כל התנאים ביניהם לעסקת המקרקעין בע"פ, הסכימו שעו"ד יעלה את הדברים על הכתב, שהם יפגשו ויחתמו. הוא כתב חוזה אבל הם לא חתמו עליו. כתב החוזה כאן הוא הוכחה ראייתית.

כשהקונים הגישו תביעה הם צירפו את החוזה הבלתי חתום וטענו שנעשה חוזה בע"פ ואח"כ ההסכמות הללו נרשמו ע"י עו"ד והם לא רצו לחתום- זו הטענה שלהם בכתב התביעה.

המחוזי דחה את התביעה על הסף- כי אין "קייס"- כי אמנם סיכמו על חוזה אבל זה היה בע"פ ולא בכתב- ולכן לא משנה מה יאמרו, הם הפסידו בכל מקרה כי לא התקיימה דרישת הכתב. עורך הדין עשה את החוזה לאחר הפגישה- ולכן זה לא מקיים את הדרישה המהותית. החוזה לא נכתב באותו המעמד.

שאלה- למה עורך הדין לא טען שהחוזה שכתב לא מהווה את החוזה עצמו?

בעסקה מקרקעין בדר"כ מקובל לגמור את הליך כריתת החוזה ולהעיד על גמירת דעת באמצעות חתימת הצדדים. כאן לא הייתה חתימה כזו ולכן לעורך הדין לא היה פשוט להסביר לביהמ"ש למה אין חתימה שמעידה על גמירת דעת. אם היה טוען שהמסמך הזה הוא החוזה הוא היה צריך לשכנע את ביהמ"ש למה יש גמירת דעת חרף העובדה שהוא לא חתום.

על סמך מה אילו נימוקים ביהמ"ש דחה את הטענות של התובעים?

1. ס' 7א לחוק המקרקעין- "עסקה במקרקעין טעונה רישום".

ס' 8 לחוק המקרקעין- התחייבות טעונה מסמך בכתב.

ביהמ"ש מקיש את ס' 7 על ס' 8- במקרה הזה העסקה טעונה מסמך כתוב וזו דרישה מהותית.

אם בס' 7א הרישום הוא מהותי, מסיקים שגם ב8 הרישום הוא מהותי. כלומר הדרישה לחוזה כתוב היא כמו הדרישה לרישום וס' 7א מעגן בתוכו את ס' 8 ומראה על חשיבותו.

1. צורת השוליים של החוזה- עוזרת לקבוע את הפרשנות שלו במידה ויש בעיות. במקרה זה צורת השוליים של החוזה קובעת כי הדרישה לכתב היא מהותית וההסכם בטל בלעדיה.
2. כוונת המחוקק- כאשר דורשים שהעסקה תהייה בכתב זה משתי מטרות:
* שהאדם לא יחתום על העסקה בפזיזות וללא שיקול דעת.
* חשיבות העסקה- העסקה חשובה ולכן אדם צריך להתייחס אליה בצורה שקולה ולעגן את הסכמיו בכתב.
* השוואה בין ס' 8 לס' שקדם לו בהצעת החוק- כלומר משווים את ההיסטוריה של החקיקה.

**מפס"ד זה אנו מבינים שדרישת הכתב ב' 8 היא מהותית- זו הפעם הראשונה שדנו והחליטו על כך.**

**בפס"ד רבינאי נ' שקד,** דנים מה צריך להיות כתוב בדרישת הכתב. הדרישה היא מסוימות- כל מה שנדרש בה. כל הפרטים המהותיים של העסקה כגון- שמות הצדדים, תשלום, מחיר וכו'- ואת הפרטים החסרים ניתן להשלים ע"י מנגנוני השלמה בתנאי שהפרטים האלה אינם פרטים מהותיים.

**שאלה-** מה קורה אם דרישת המסוימות קוימה אך חסר פרט?

**תשובה-** משלימים אותו. עושים את זה באמצעות מנגנון השלמה נורמטיבי- כל עוד זה לא פרט מהותי.

**האם חתימה היא חלק מדרישת הכתב?**

דרישת החתימה היא לא דרישה מהותית. היא ראיה מאוד משמעותית במישור ההעדה על גמירת הדעת. ברוב המקרים אם אין חתימה, ביהמ"ש יקבע שאין העדה על גמירת דעת. יש מקרים מסוימים שחרף העובדה שאין חתימה, ישתכנע ביהמ"ש שהייתה גמירת דעת.

החתימה שייכת לאגף של גמירת הדעת ולא לאגף של דרישת הכתב. מבחינת דרישת הכתב לא צריך חתימה.

**פס"ד קלמר נ' גיא**

בפס"ד זה כל השופטים הסכימו שנכרת חוזה. שלושתם הסכימו שהוא תקף חרף העובדה שלא נעשה בכתב. דעת הרוב בפס"ד זה היא- חוסר תום הלב גובר על דרישת הכתב המהותית בחוזה מקרקעין. הנימוק של השופט זמיר לכך הוא שונה מהיתר.

22/11/2018

**שיעור מס' 11**

**המשך פס"ד קלמר נ' גיא מהשיעור הקודם**

גיא היו בני זוג ומהות העסקה שהזוג גיא יבנה בתים על השטח של קלמר.

קלמר מוכר להם מחצית מהחלקה שלו. התשלום היה בכך שאחד מהבתים שיבנו על החלקה ילך אליו (הם אדריכלים ובנו את הבתים כשבעצם בניית הבית עבורו היא התמורה עבור מחצית הקרקע שהם מקבלים ולכן זה מכונה עסקת קומבינציה).

מה הייתה ה"קומבינה"? – זה לא נכתב בבירור ואפילו השופטים לא הבינו את זה בצורה כזו גלויה. היה כתוב שם משהו מעורפל בענייני מיסים- שהקרקע נרכשה בצורה כזו שהם יוכלו להתחמק ממיסים.

קלמר רצה לעשות את החוזה בע"פ ולאחר שהבתים ייבנו הם יעשו חוזה בכתב- זאת כדי להימנע מתשלום מיסים ולהתחמק מרשות המיסים (היה הליך פלילי בעקבות פס"ד זה נגד קלמר).

**השאלה המשפטית-** האם בנסיבות הללו נכרת חוזה לנוכח העובדה שאין את דרישת הכתב?

דרישת הכתב כאן היא דרישה מהותית מאחר ומדובר בעסקת מקרקעין.

הקונים קיימו את חלקם והמוכר סירב לקיים את חלקו. לא כתוב בפס"ד למה אבל זה מאוד ברור- בתקופה הזו שבה נבנו הבתים, ערך הקרקעות זינק. המוכר הבין שעשה עסקה לא כ"כ טובה כי יכול היה למכור במחיר הרבה יותר גבוה ולהרוויח את עליית ערך הקרקע על שני הבתים ולא רק על הבית שנותנים לו לפי החוזה. הבסיס המשפטי שלו- אין תוקף לחוזה כי החוזה נעשה בע"פ וזה שירת את האינטרסים שלו.

גם לשופטים יש את תחושת הצדק והם מבינים שקלמר יצא מורווח מאוד אם החוזה יקוים והתוצאה תהייה לא הוגנת.

בניגוד לגמירת דעת, דרישת הכתב היא דרישה בעלת אופי יותר טכני-פורמלי כי היא לא בודקת איזושהי צורה אלא בודקת באופן מהותי על פי מגוון שלם של כלים מה רצון הצדדים.

במקרה הזה יש התנגשות חזיתית בין הצד הפורמלי לצד המהותי.

שני הצדדים מחויבים לעסקה והתכוונו לקיימה אך יש פה תקלה טכנית. מה עושים?

**אפשרות אחת-** להגיד שיש דרישה פורמלית והיא גוברת. בכל שיטות המשפט יש דרישה פורמלית טכנית בדיני החוזים יש מנגנוני ריכוך/גישור שנועדו למצבים קשים כאלה, מצבים של עימות חזיתי להתגבר על הפער הזה. במקרה הזה ס' 8 לחוק המקרקעין אומר שבחוזי המקרקעין יש חובה לקיום דרישת הכתב. אין לנו את מנגנוני הריכוך בקשר לזה ולכן הפסיקה צריכה לרכך. מקרה זה יוצר את מנגנון הריכוך- במקרה הזה דעת הרוב יצרה את **המנגנון של העדפת חוסר תום לב** על פני עקרון הכתב כלומר שבמקרים שבהם יש חוסר תום לב קיצוני, זה דוחה את דרישת הכתב- זו הלכתם של **גולדברג וברק**- היעדר תום לב קיצוני דוחה את דרישת הכתב.

**אפשרות אחרת-** המנגנון שמציע השופט **זמיר** הוא כזה: בעצם מתקיימת כאן דרישת הכתב. זו אמירה די מוזרה כי אין מסמך בכתב. אבל יש צבר של מסמכים- מסמכים אדריכליים, מסמכי בנק וכו'- אף אחד מהמסכים האלה לא מעידים על חוזה בכתב אבל כל המסמכים האלה היו יכולים להיות ראייתיים לקיומו של חוזה. להציג את המסמכים האלה כמקיימים דרישת כתב מהותית זה מאוד בעייתי כי כל המסמכים האלה לא נוצרו במעמד הכריתה אלא לאחריו, לכן זה מוזר. הוא אומר שמתקיימת דרישת הכתב ומתחיל לפרט על המסמכים. האמירה העיקרית של זמיר היא- לא שמתקיימת דרישת הכתב **אלא מה שהצדדים עשו הוא** **תחליף לכתב** ופה הוא מאמץ את אחת הגישות שמשמשות בחו"ל לפיה אם בחוזה מסוים יש דרישת כתב כמו מקרקעין והדרישה לא קוימה- הביצוע של החוזה מהווה תחליף לדרישת הכתב. השיטה נקראת- **"ביצוע חלקי".** הביצוע בפועל של החוזה גם מוכיח את קיומו של חוזה (הם לא בנו את הבית "סתם"( וזה גם מקיים את התכלית של גמירת הדעת. הרעיון של דרישת הכתב במקרקעין היא להבטיח שהצדדים לא יתחייבו בחיפזון והעשייה החלקית של החוזה מעידה על זה. לשיטתו, אין חשש לגמירת הדעת שלהם אחרי שהם עשו סדרה כזאת של פעולות וזה בדיוק התחליף של ס' 8 שמגשים את אותה תכלית לפיה הם לא נגררו אל החוזה בהיסח הדעת.

במקרה הזה החוזה בוצע ברובו והיה חוסר תום לב של קלמר ולכן התוצאה- בטלות החוזה.

עמדתו של זמיר היא לא הלכה כי הוא דעת מיעוט אבל יש כאלה המאמצים את הגישה שלו.

**אפשר לנסות לטעון את העמדה של זמיר אם נתקלים במקרה דומה במבחן (!!!) בהסתייגות שמדובר בדעת מיעוט אבל הובעה מפי שופט נכבד בעליון ששימשה גם את משרד המשפטים.**

**זכרון דברים**

**פס"ד רבינאי נ' מן שקד בע"מ**

מה מעמדו של זכרון הדברים?

בזכרון דברים התוצאה היא דיכוטומית- או שזה חוזה או שזה לא חוזה.

זה תלוי בשאלה האם זה מקיים את המבחנים של חוזה- האם הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים כתנאי סף ואם כן האם הייתה העדה על גמירת דעת מצד המציע והניצע והאם יש מספיק פרטים. איכשהו מרבית פסקי הדין שעוסקים במעמדו המשפטי של זכרון דברים עוסקים בזכרון דברים בהקשר של עסקת מקרקעין ולכן נוספת דרישה נוספת והיא דרישת הכתב. אז אם הוא מקיים את כל היסודות הללו- מדובר בחוזה מחייב.

אם זה מקיים את כל המבחנים שדיברנו עליהם זה חוזה רגיל- לא חלש או כל הגדרה אחרת אלא חוזה לכל דבר ועניין. בדר"כ לא יהיו בו הרבה דברים מהסיבה שבדר"כ לא נעשה ע"י עו"ד ולכן לא יהיה מאוד מפורט אבל אם הוא מקיים את דרישת הסף של המסוימות- הוא מחייב לכל דבר ועניין.

הכותרת של זכרון הדברים לא רלוונטית אלא אם כן היא מלמדת אותנו משהו על היסודות המהותיים שדיברנו עליהם. ברוב המקרים הכותרת תהייה ניטרלית ולא תלמד על מהות החוזה.

**למה צדדים עושים "זכרון דברים" ולא חוזה?**

1. צדדים שעושים ביניהם הסכם בלי שיש לידם עו"ד ומבינים שאינו הסכם מקצועי. הם חושבים שיש איזשהו איסור בחוק לכתוב חוזה ולכן כותבים "זכרון דברים"- ולדעת גלברד זו הסיבה לכך שברוב הפעמים נכתב "זכרון דברים" במקום "חוזה".
2. מגבשים מסמך על מנת לזכור את ההסכם אליו הגיעו.

אם הם עשו זכרון דברים כדי לשמור על הסדר הטוב- אז זה לא חוזה. הם עשו אותו על מנת לעשות סדר בתהליך המשא ומתן ואז כמו שברק אומר זה באמת שלב במשא ומתן. אם זה כך, הנורמות של המשא ומתן יחולו עליו- כמו שנלמד בהמשך.

אם לעומת זאת מטרת המסמך הזה היא לגרום לצדדים להיות קשורים מבחינה משפטית כדי שאף אחד לא יוכל להתחרט אז יש גמירת דעת.

למשל- אם בזמן חתימת המסמך הזה הם עשו סימנים המעידים על גמירת דעת כמו למשל- העברת כספים אז מדובר בחוזה לכל דבר ועניין.

אין פה כללים משפטיים של מה מעיד על גמירת דעת- זו הבנה, שכל ישר, ניסיון חיים, פענוח של הסיטואציה. זה החוש של האדם הסביר.

לכן בפסקי דין שונים מגיעים לתוצאות שונות- כי הנסיבות המשתנות מלמדות על כוונות שונות- לפעמים יש סימנים מספיקים ולפעמים לא.

**במקרה של רבינאי,** המבחן מתקיים כדי להוכיח שזכרון הדברים מוכיח גמירת דעת ורצון להתקשר בחוזה ומכאן שהוא חוזה מחייב.

לעיתים יכול להיות פרט מסוים שעפ"י מבחן אובייקטיבי הוא לא יהיה שייך לליבת החוזה אבל בעיניי הצדדים כן יהיה שייך לליבה. לעיתים הצדדים יחסירו פרט מהותי- לעיתים ביהמ"ש יוכל להשלימו ע"י מנגנוני ההשלמה ולעיתים לא.

באשר ליסוד הכתב- בהנחה והסכימו על מספיק דברים וזה מופיע במסמך אז זה מקיים את דרישת הכתב.

**נוסחת הקשר**

במקרים רבים צדדים שעושים מסמך שמכונה "זכרון דברים" מתכוונים להמשיך וליצור חוזה מפורט אחר. כשאין בנמצא עו"ד ישנם הם מרגישים בחוסר מקצועיות ולכן מעדיפים ליצור מסמך נוסף. כלומר, הכוונה היא שבעתיד יהיה חוזה מפורט יותר. בתוך זכרון הדברים יש התייחסות כלשהי לעובדה הזאת, איזשהו משפט או פסקה שמקשרת בין המסמך הנוכחי- זכרון הדברים לבין חוזה עתידי פורמלי שייחתם ביניהם. הכותרת זכרון דברים לא רלוונטית- אפשר לקרוא לזכרון הדברים בכל שם שהצדדים מסכימים עליו.

הצדדים לא מסתפקים בזה והם רוצים שיהיה חוזה כמו שצריך, חוזה מקצועני. אמנם זכרון הדברים קושר אותם אבל לא מעיד על כל הכוונות והם רוצים שבתוך החוזה המפורט יהיה גם פתרונות לדברים שלא חשבו עליהם.

יש כל מיני מנגנונים שמקצוענים יודעים לעשות אותם והם לא ערים לזה בזכרון הדברים ולכן מעוניינים בחוזה פורמלי ביניהם. לכן הצדדים מתייחסים הרבה פעמים בזכרון הדברים לעובדה הזאת.

למה זה חשוב? לפעמים בנוסחת הקשר, יש רמזים ביחס לאיך הצדדים רואים את זכרון הדברים.

אם למשל הם כותבים בנוסחת הקשר שהם יפגשו בעוד X ימים לחתום על חוזה אבל עד אז הם לא מחוייבים- אז זאת נוסחת קשר שמעידה באופן ברור שאין גמירת דעת כרגע.

לפעמים נוסחת הקשר יכולה להיות סתם "ניטרלית" במובן שאינה משקפת כוונה כזו או אחרת. האם זה מלמד משהו?

יש שופטים שאומרים שעצם העובדה שהם מתכוונים לעשות חוזה מפורט בהמשך- זה כשלעצמו מעיד שאינם רואים את זכרון הדברים כמחייב אחרת לא היו צריכים עוד חוזה.

ויש שופטים אחרים כמו ברק ברבינאי שלא רוצים שזכרון הדברים יחייב אותם מיד.

יש לבדוק את מכלול ההתנהגויות והנסיבות- בסוף השופטים יגיעו לאותה תוצאה כי הם אף פעם לא מסתפקים בנוסחת הקשר אלא מצרפים אותה ליתר הסימנים.

**שאלה-** מה יקרה כשנעשה זכרון דברים והצדדים הביעו כוונה ליצור חוזה מפורט בהמשך. יש כמה תרחישים: אם הם קובעים שיעשו חוזה מפורט, מה היחס בינו לבין זכרון הדברים?

**תשובה-** החוזה יחליף אותו כי הסכמה מאוחרת גוברת על הסכמה מוקדמת. אם הצדדים למשל שינו את המחיר- זכותם להחליפו. החוזה המאוחר יותר והמפורט יותר במקרה זה, הוא המחייב.

**שאלה-** מה יקרה אם ברגע כריתת החוזה לאחר זכרון הדברים אחד הצדדים לא מסכים ויש "פיצוץ"?

**תשובה-** או שהצדדים יסכימו ביניהם שאין חוזה כבר- הסכמה מאוחרת גוברת על קודמת.

אפשרות אחרת- אם אחד הצדדים מתחרט והשני עומד על זה שהוא יקוים, אז תגיע שאלת תוקפו של זכרון הדברים. אם ביהמ"ש מגיע למסקנה שזכרון הדברים מחייב- הוא יקוים על פיו.

יכולה להיות עוד אפשרות שעליה נדבר בהמשך הקורס- שהצדדים התכוונו שזכרון הדברים יהיה חוזה על תנאי. כלומר- זכרון הדברים קושר אותם ומחייב אותם בתנאי מסוים, למשל- שתוך עשרה ימים ייחתם חוזה מפורט. אבל אם הצדדים לא יגיעו להסכמה בחוזה המפורט הם מראש מסכימים שזכרון הדברים יתבטל וזה נקרא חוזה על תנאי.

ברוב המקרים בזכרון דברים שלא נערך על ידי עו"ד, הצדדים לא מספיק מתוחכמים כדי לערוך חוזה על תנאי.

**ניתן לראות שהדברים תלויים בהסכמת הצדדים.**

**פרק ב'- ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו**

עד כה, ראינו כי גם בפרק א' ישנה התייחסות לכללי משא ומתן. בפרק א עקרון העל הוא- חיוב בתום לב באופן כללי ותוך התייחסות שאינה ספציפית.

ס' 56 לפקודת הנזיקין היא עוולה פרטיקולרית- עוולה שעוסקת במקרה מאוד קונקרטי שהוא תרמית. עוולת התרמית יכולה להתייחס לכל מיני מצבים אבל מצב קלאסי הוא במהלך משא ומתן- צד למשא ומתן מרמה את הצד השני. העוולה דורשת שהוא יעשה זאת באופן מודע ומכוון והצד השני הסתמך על זה ונגרם לו נזק ולכן אפשר להגיש תביעה בנזיקין.

זה קלאסי למקרה של משא ומתן.

יש עוד עוולה שהיא ס' 35- עוולת הרשלנות. בפס"ד אהרון נ' עמידר, הפקיד של חברת עמידר אמר לאהרון שהיה עולה חדש שניתן להשתמש בחנות מסוימת כדי להקים בה מסגריה. בפועל אסור היה והוא נתבע במשפט פלילי- אבל תבע בנזיקין מכיוון שהפקיד לא ידע זאת, לא עמד בסטנדרט הזהירות ולכן יש לנו כאן עוולת הרשלנות.

לכן יש כאן 2 עוולות ברשלנות שיכולות להיות רלוונטיות במהלך משא ומתן- ס' 56 וס' 35.

יש דינים נוספים שיכולים להיות רלוונטיים לשלב המשא ומתן למשל- דיני עשיית עושר ולא במשפט. אם למשל בזמן המשא ומתן צד אומר לצד השני "יהיה בסדר" ובינתיים "סותם לו את הפה" עם תשלום ראשוני אך בסופו של דבר אין חוזה, עכשיו חלה חובת השבה על משהו שנמסר במהלך המשא ומתן מכוח דיני עשיית עושר מפני שאם היה חוזה אז מי שמחזיק עכשיו בכסף- מחזיק בזכות החוזה אבל אם לא נכרת חוזה אז הוא מחזיק מכוח "עשיית עושר שלא במשפט".

לכן המשא ומתן הוא שלב משפטי שחלים עליו כללים ונורמות מתחומים שונים של המשפט כולל דיני החוזים. אבל נורמת העל היא ס' 12 וס' 12 הוא כ"כ רחב שחלק מעורכי הדין אפילו לא מכירים את פרטי הדינים אלא כשמגישים תביעה על הפרה כלשהי בזמן המו"מ הם מסתפקים בס' הזה. כדאי לדעת שיש נורמות נוספות בנזיקין ונורמות ספציפיות מתוך חוק החוזים עצמו שעשויות להיות רלוונטיות.

בנוסף לזה יש גם נורמות בדיני חוזים מיוחדים שיכולים להיות רלוונטיים למשא ומתן.

יש מארג שלם של דינים- אנחנו נתמקד במסגרת הקורס בס' 12 לחוק החוזים.

**ס' 12 לחוק החוזים- תום הלב במשא ומתן**

מחולק לשני חלקים.

ס' א' הוא החובה המשפטית וס' 12 ב' קובע את הסנקציות על הפרת החובה- זאת החלוקה.

26/11/2018

**שיעור מתרגל 2- הטעיה**

סעיף ההטעיה בסעיף 15- הוא פועל יוצא של סעיף 14 ד' כפי שנלמד בשיעור המתרגל הקודם.

**גם בעילת ההטעיה יש לנו ארבעה יסודות:**

1. חוזה
2. קשר סיבתי
3. טעות
4. הטעיה

הפער העיקרי בין טעות לפי סעיף 14 לבין הטעיה סעיף 15- בס' 14 לא כל טעות מספיקה לביטול החוזה, הטעות צריכה להיות יסודית והיא נבחנת באופן אובייקטיבי.

בהטעיה- המחוקק קובע כי מידת האשמה גבוהה יותר ומידת היסודיות יורדת.

האיזון מתבצע לא רק בין עילות הבטלות אחת לשנייה אלא גם בתוך הסעיף עצמו ובהטעיה נידרש להוכיח קשר סיבתי כפול: נאמר בס' "עקב טעות שהיא תוצאה של ההטעיה". לכן- עקב זו הוכחה ראשונה (עקב היא תמיד קשר סיבתי) ו-"שהיא תוצאת ההטעיה"- השני.

**הדבר הראשון** שצריך להוכיח הוא שנוצרה טעות בתפיסת הדברים.

**קשר סיבתי שני**- בין ההטעיה לבין הטעות. כלומר צריך שההטעיה בוצעה על הטעות הספציפית הזו. נדרש כי ההטעיה תגרום לטעות והטעות צריכה להניע את הקשר החוזי.

**מה הפער בין 14א לבין 15?**

בשניהם קיימת טעות במודעות הצד השני. האם ישנה חפיפה?

בס' 15 אנחנו מצפים למשהו יותר אקטיבי מצד המטעה. אולם, גם בס' 15 ישנו אלמנט של פסיביות בסיפא. יהיה קשה מאוד לטעון לס' 14א מבלי לטעון גם לס' 15. כדאי תמיד להתחיל לטעון מהטענות החזקות ביותר ועד החלשות ביותר (גם במבחן, תמיד לטעון הכל). אין לדעת מה הטענה שתתפוס את עיניי השופט.

* במבחן במשפטים או בפתירת סוגיות- יש לבחון את המקרה עפ"י כלל היסודות ולגעת בכולם!

**כפייה** הוא הפגם היחיד בחוזה שניתן לבטלו מאוחר יותר- המועד יהיה כשהכפייה תמה לא משנה כמה זמן זה ייקח.

לעומת זאת בהטעיה ובעושק- תוך פרק זמן סביר כשפרק הזמן הסביר משתנה בהתאם לסוג החוזה.

יש להבחין בהטעיה בין הצהרה לבין הבטחה/התחייבות:

הצהרה מטבעה מתייחסת לאירוע שבעבר או לעובדה קיימת. למצהיר עצמו אין שליטה על הדבר- הוא מתאר את המצב והמבחן הוא מבחן האמת. אם ההצהרה שלו היא כוזבת זו הטעיה ואם אמת, אז אין הטעיה.

בניגוד לכך, הבטחה מתייחסת לעתיד- זה איזשהו ביטוי של כוונה. אנחנו בוחנים את ההבטחה הזו תחת הרצינות שלה וסיכויי ההגשמה שלה והיא יכולה להקים 2 טענות: הפרת חוזה ותום לב.

**תמיד יש גם מצבי ביניים:**

**פס"ד בינלאומי**

2 אחים פותחים פירמה, רוצים להפוך אותה לחברה. הם נדרשים להביא ערבים ומסמכים שאין להם כדי לפתוח חשבון בנק לחברה. הם רוצים להכניס את חשבון החברה למינוס ולאזן את חשבון הפירמה- שם היו ערבים. מבחינת הבנק, הכסף שבחשבון הפירמה מוגן ואילו בחשבון החברה הכסף לא מוגן. מנהל הבנק לא מסכים, אך הגיע מנהל זמני- והם מצליחים לשכנע אותו. הם מבטיחים לו שיביאו את המסמכים ואת הערבים, עובר הזמן והדבר לא מתבצע.

המנהל הזמני לוקח העברה בנקאית על דעת עצמו- מכניס את חשבון החברה למינוס ואת הפירמה מאזן.

על פניו, אין לו בעיה כי הוא לא צריך לפנות לביהמ"ש- יש לו סעד אוטונומי עפ"י ס' 14א.

הצד השני פונה לביהמ"ש בטענה להפרת חוזה. טענה של הפרת חוזה היא טענה חזקה יותר כי היא מעניקה סל פיצוי כקודמו של החוזה בדר"כ. סעד זה הוא הטוב יותר לצד שמבקש.

ברק רואה בהפרת התחייבות הטעיה. לטענתו, **ברגע שאדם הבטיח ובמעמד ההבטחה ידע כי לא עומד לקיימה הוא מכניס עצמו לס' 15 מאחר והטעה את הצד השני.**

ס' 15 מרחיב את עילת ההטעיה: לפי דין (חוק), לפי נוהג ולפי נסיבות.

**מקורות שהוכרו בפסיקה כהטעיה**

1. הטעיה לגבי עובדה: לדוגמה מכירת דירה שנאמר שהיא 150 מ"ר והיא למעשה 100 מ"ר.
2. הטעיה לגבי חוק: הטעיה לגבי הדין הקיים לגבי פרשנות ותוכן החוק.
3. הטעיה לגבי כדאיות העסקה: ס' 14ד. טעות זו לא מהווה עילה לביטול החוזה. זה חולש גם על ס' 15. לכן, כל מיני מילים של שבח או המלצה לא נכללות בס' 15 אך אין להסיק מס' 14ד שהטעיה לגבי כדאיות העסקה היא לגיטימית ומותרת. תמיד עומדת טענת תום הלב שהיא רלוונטית למקרה הזה- מקום שבו אדם הטעה את הצד השני לכדאיות העסקה, לא ניתן לטעון להטעיה אבל בהחלט ניתן יהיה לטעון להיעדר תום לב.

**בס' 14 (טעות) קיימים 3 אלמנטים שלא קיימים ב15 (הטעיה):**

1. יסודיות- לא נדרש לבחון את יסודיות הטעות כשמדובר בהטעיה.
2. לא ניתן בהטעיה לתקן את הטעות כשמדובר בהטעיה (ס' 14ג)- אין אפשרות של הצד השני "להכשיר" את הטעות.
3. ניתן לבצע הטעיה ע"י אחר מטעמו- כלומר עילת ההטעיה יכולה להתקיים גם באמצעות בא כוח או באמצעות "אחר מטעמו", צד שלישי כלשהו של המטעה.

הטעיה במחדל

ס' 15 סיפא מדבר על חובת גילוי- דין, נוהג ונסיבות. אין מדובר בחובה כללית אלא בחובה המעוגנת בשלושה ראשים: דין, נוהג, נסיבות. לרוב שתיקה כשלעצמה איננה מהווה הטעיה אלא אם ישנה חובת גילוי.

**פס"ד חברת חשמונאי:**

המשיבים רכשו נכס בבניין שבנתה המערערת לצורך הפעלת סטקייה. המשיבים הכניסו לחוזה תניית בלעדיות בס' 10: המוכר מתחייב לא למכור, להשכיר, להחכיר, למסור או להרשות שימוש בכל חלק אחר של הבניין למטרת סטקייה או מסעדה. לתדהמתם של המשיבים, לימים נפתחה סטקייה אחרת בחלק אחר של הבניין. כשהם באו בטענות למערערים, המערערים הסבירו להם שהבניין נבנה על שני מגרשים שונים. החלק השני נבנה ע"י חברה קבלנית אחרת ולכן טענו שאין ביכולתם להתחייב על דבר שלא חוסה תחת אחריותם. המשיבים לא קיבלו את ההסבר שניתן. השאלה המשפטית היא האם בנסיבות העניין אי הגילוי ע"י החברה הקבלנית בית חשמונאים עלה כדי הטעיה? ביהמ"ש הגיע למסקנה שהמשיבים לא יכלו לדעת שהבניין מוקם על שתי חלקות סמוכות. הכל נבנה על יחידה אחת, חדר מדרגת אחד. המציאות שעומדת מול הקונה היא מציאות שמובילה אותו למסקנה מסוימת והשתיקה היא כהטעיה. ברגע שאתה לא מגלה אתה מפר את חובת הגילוי.

**ס' 12 המחייב תום לב במו"מ מרחיב מאוד את חובת הגלוי, זאת למרות שהוא מאוד כללי ולא מתווה דרך ספציפית מהי חובת התום לב במו"מ. ביהמ"ש מפרש את דרך חובת הגילוי הזו כדי לפתור את התחום האפור.**

**פס"ד קירסלינגר נ' איליה**

המשיבים רכשו מהמערערת המתגוררת בארה"ב קרקע חקלאית בלא שגילו לה כי עפ"י תוכנית מתאר עתיד להשתנות ייעוד החלקה לקרקע מגורים. ביהמ"ש המחוזי קבע כי לא חלה על הקונים חובת גילוי משום שתוכנית המתאר טרם אושרה ועליית השווי הצפויה היא בגדר מסקנה משפטית וכן כיוון שהמוכרת לא הוכיחה שאילו ידעה על פרסום תוכנית המתאר הייתה נמנעת מלהיכנס לעסקת המכר. מכאן הערעור.

**ביהמ"ש מבטל את החוזה בטענה לחוסר קיום חובת תום לב, על רקע פערי הכוחות בין הצדדים- איליה לא גילה מה כוונותיו באשר לנכס ושהוא מתכוון להפיק ממנו רווחים באמצעות שינויו מחלקה חקלאית לחלקת נדל"ן.**

**פס"ד ספקטור נ' צרפית**

בעל מגרש מתקשר עם מתווך שמגלה שלאור המצב התכנוני עומדים להיות מופקעים 40% מהמגרש. כתוצאה מכך ניתן יהיה לבנות רק 12 יח' דיור על המגרש במקום 16. בעל המגרש מסיים את ההתקשרות עם המתווך הראשון ומתקשר עם מתווך אחר שהפעם לא מגלה את העניין התכנוני. המגרש נמכר בעזרת המתווך השני לצרפתי, קבלן הבונה על מגרש דומה סמוך 16 דירות. המחוזי קבע שהמוכר לא שמע על עניין ההפקעה ולכן אין פה הטעיה אך הוא מבטל את החוזה באמצעות ס' 14 ב (טעות שהצד שכנגד לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה).

**ביהמ"ש מבטל את החוזה בטענה לחוסר קיום חובת תום לב, על רקע פערי הכוחות בין הצדדים- איליה לא גילה מה כוונותיו באשר לנכס ושהוא מתכוון להפיק ממנו רווחים באמצעות שינויו מחלקה חקלאית לחלקת נדל"ן. ביהמ"ש קבע שמאחר שיש כמה חלקות והקבלן בונה על חלקות סמוכות הרבה זמן לא הייתה לו סיבה להניח שבחלקה הזאת הוא יוכל לבנות רק 12. לטענת ביהמ"ש הייתה חובת גילוי מתוקף עקרון תום הלב + הנסיבות. ישנה דעה של הנשיא לנדוי הטוען כי לא ניתן להתערב כל הזמן בחיי המסחר התקינים, בטח לא בשביל קבלן שאמור לעשות בעצמו את הבדיקות. לנדוי מבטל את העסקה עקב חוק המכר.**

**הדעה הזאת הופכת להיות דעת בסיס בפס"ד הבא:**

**פס"ד שפיגלמן נגד צ'פניק**

המערער והמשיב היו בעלי המניות והמנהלים של מוסך שהוא חברה בע"מ. המערער היה מנהל והחזיק ב-25% מהמניות ואילו המשיב היה מומחה למכונאות והחזיק ביתר. שטח המוסך הופקע לצרכיה של חברת "נתיבי איילון". המערער ניהל מו"מ בשם החברה ועבור כך נטל דמי טיפול בנוסף לרבע מהפיצויים על השטח המופקע. את הסכומים שקיבל השקיע במפעל טקסטיל שפתח ובינתיים פרש מעיסוקיו במוסך. כעבור מספר שנים מכר את מניותיו למשיב ובהסכם שנוסח נכללה תניה לפיה במקרה של קבלת פיצויים נוספים בקשר להפקעה, יהיה זכאי לרבע מהתשלום. במועד חתימת ההסכם, היה כבר קרוב המשיב לסיום מו"מ לרכישה חוזרת של יותר ממחצית השטחים שהופקעו ע"י חברת "נתיבי איילון". החוזה נחתם כחודש לאחר שנחתם ההסכם בין המערער למשיב. במהלך המו"מ בין השניים לא גילה המשיב למערער אודות קיום המו"מ לרכישה החוזרת. הדבר נודע למערער כשנה לאחר מכן והוא עתר כעבור שנתיים נוספות למחוזי למתן פס"ד הצהרתי שההסכם בינו לבין המשיב מבוטל עקב הטעיה וחוסר תום לב ולחלופין תבע את חלקו היחסי מההפרש בסכומים שבין מחיר ההפקעה למחיר המכירה החוזרת המהווה לדעתו מעין פיצוי נוסף עבור ההפקעה. התביעה נדחתה ומכאן הערעור.

**המערער מגלה את זה ומגיש עתירה כעבור שנתיים. ניתן להניח שאם העתירה הייתה מוגשת מיד לאחר כריתת החוזה ביהמ"ש היה מתייחס אליה אחרת. מצד אחד הוא מכיר בקושי ההדוק בין ס' 12 (תום הלב) לבין ס' 15 (הטעיה), מצד שני ביהמ"ש טוען שבמקרה הזה, בנסיבות האלו לא הייתה חובת גילוי מיוחדת בטענה כי אין לקבוע רמת מוסריות גבוהה מדי בעסקאות מסחריות רגילות- יש גבול לתפקיד האפוטרופוס שיכול ביהמ"ש למלא עבור הצדדים.**

**יש גם חובת גילוי לפי נוהג.** נוהג פירושו הליכות מקובלות או התנהגות מקובלת מבחינה חברתית- חובת הגילוי לפי נוהג קיימת באותם תחומים שבהם צדדים לחוזה מסוג החוזה הנדון רגילים לגלות עובדות מהותיות. למשל- בעולם שבו קיימת חובת גילוי הדדית מתוך אמון, כמו רופא וחולה, בני זוג, עו"ד לקוח, שותפים לעסק וכו'... כשחובת הגילוי תיקבע לפי הנסיבות.

כלומר נוהג זו דרך של ביהמ"ש להפעיל את שיקול דעתו מתי הוא כן מצפה מעסקה כזו בעסקת גילוי ומתי לא. מאוד קשה להצביע עם אצבע מדויקת ולהגיד מתי היא קמה או לא כי המקורות הם מאוד עמומים. חובת תום הלב זה משהו מאוד רחב, נוהג זה משהו מאוד רחב והוא תחום אפור.

**חובת גילוי לפי נסיבות-** תחומיה של חובת הגילוי לפי הנסיבות הם רחבים יותר אך מוגדרים פחות. במונח נסיבות הכוונה לנסיבות העובדתיות המיוחדות לעסקה הנדונה. כאשר הנסיבות הללו מצמיחות חובת גילוי אז השתיקה תיחשב כהטעיה (בית חשמונאים).

* יסוד נפשי= ההלך הפנימי של האדם, באופן סובייקטיבי. מושג שגור מהדין הפלילי.

ביהמ"ש קובע שס' 15 לא מחייב יסוד נפשי- אין צורך לשאול האם המטעה התכוון להטעות או שמא נהג בפזיזות או רשלנות. ביהמ"ש בוחן את הנסיבות, מה קרה בפועל ולא מעניין אותו כוונת המטעה. ההטעיה נוצרת כשנוצר פער בין הדברים הנאמרים או המוסתרים לבין המציאות. כאשר גורמת הטעיה לטעות להתקשרות בחוזה, נוצרת עילת הביטול בגין ההטעיה. ההטעיה ואי הגילוי הם מונחים ניטרליים אובייקטיביים לא דורשים מצב דעת מיוחד כתנאי להיווצרותם. אדם יכול להיחשב כמטעה גם ברשלנות וגם בתום לב. יכול להיות מצב שלאדם אין כוונת זדון אך עם זאת משהו בהתנהגות שלו גורם להטעיה.

**רונן סויסה ואח' נ' חברת זאגא בע"מ ואח'**

רונן סויסה היה מתווך מקרקעין והוא לא מסר למוכרים שהופקדה תוכנית של ועדה מחוזית לבניין רובע מגורים והמוכרים שהיו אנשים מבוגרים שלא התעניינו יתר על המידה בענייני מקרקעין חתמו על ההסכם בהתבסס על זה שהם יודעים מה קיים בשטח בלי לברר כשלאחר מכן נודע להם שערך המקרקעין היה הרבה יותר גבוה מהסכום שאמר להם המתווך. הם ביקשו לבטל את החוזה לאחר יום.

**על המתווך הייתה חובת גילוי. כמתווך היה לו יתרון על המשיבים (זוג מבוגרים). מצד שני, נהוג שכל אחד לוקח צד מקצועי משלו.**

**לאקי דרייב נ' הרץ**

הצרה או הצגת מידע כוזב בשלב הטרום חוזי. לקי דרייב הציגה עצמה להילטון כחברת בת של הרץ בזמן שהרץ הודיעה לה שאינה מתכוונת לחדש לה את החוזה. ביהמ"ש קבע שיש כאן הטעיה ולא הפרת חוזה ויש להילטון זכות ביטול אוטונומית. ביהמ"ש לא בוחן רק את מה שנאמר ואת אמיתות התוכן שנקבע אלא בנסיבות מסוימות בוחן גם את מה שלא נאמר או את מה שאמור היה להיאמר.

**ביהמ"ש אומר כאן כי הוא לא בוחן רק את מה נאמר ואת אמיתות המלל של התוכן אלא כשהנסיבות מצדיקות זאת הוא בוחן גם את מה שאמור היה להיאמר ולא נאמר- ביהמ"ש מבקש שהאדם יגיד את הדברים שהוא יודע שהם מהותיים.**

27/11/2018

**שיעור מס' 11**

**ס' 12 לחוק החוזים**

12. (א) במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

תום לב במשא ומתן

(ב) צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים.

**כמה תובנות באופן תמציתי מהפסיקה באשר לס' 12א:**

* החובה הזאת נקבעת עפ"י קריטריונים אובייקטיביים ולא סובייקטיביים- תפיסת המוסר של הצדדים לא רלוונטית. יכול להיות ששניהם יהיו "צדיקים" או "רשעים גמורים" ושיש להם תפיסה משלהם מה נחשב לתקין ומה לא מבחינת התנהגות אך ביהמ"ש הוא זה שקובע את הסטנדרט. כמובן שזו תפיסה אובייקטיבית שלוקחת בחשבון את הנתונים הסובייקטיביים של הצדדים. למשל- חוזה בין אנשי עסקים יהיה שונה מאשר חוזה בין אנשים שאינם אנשי עסקים. ביהמ"ש מתחשב בסוג החוזה, אבל זה עדיין אובייקטיבי- ביהמ"ש לא מתחשב באיך אנשי העסקים הספציפיים האלה מתנהלים אלא איך אנשי עסקים באופן כללי אמורים להתנהל.
* בעבר כשהחוק נחקק ולא ידעו עוד איך לפרש אותו, הייתה מחשבה ש"דרך מקובלת"- כפי שרשומה בס' מתפרשת עפ"י אופן אובייקטיבי/סובייקטיבי אבל הפסיקה מייתרת את הצורך בשימוש ובבדיקת "דרך מקובלת". אם הדרך המקובלת סותרת את תום הלב- תהייה לנו בעיה. אם תום הלב עומד בקנה אחד עם תום הלב- אין בעיה, אם לא- נעדיף את תום הלב בכל מקרה. לכן אין לזה משמעות והפסיקה רוקנה מתוכן את הדרך המקובלת ומתחשבת רק בתום הלב.
* **קוגנטי-** הפסיקה קובעת שס' 12א הוא ס' קוגנטי ולא דיספוזיטיבי, כלומר לא ניתן להתנות עליו. הס' הזה לא אומר באופן מפורש שמדובר בס' קוגנטי אלא- הפסיקה. הנורמה הזו של תום לב משרתת אינטרס ציבורי ולכן ההנחה שהחובה הזו היא קוגנטית. **מפס"ד קל בניין הראשון,** נובע שהפרה של חובת שוויון במכרז פרטי היא הפרה של חובת תום הלב. אבל מהפסיקה עולה שמי שמפרסם מכרז פרטי כן יכול לציין בתנאי המכרז שלא ינהג בשוויון כלפי המשתתפים ואז "חוסר תום הלב"- לכאורה, לא תופס. בניגוד למכרז ציבורי שנעשה ע"י רשות- שם יש חוק שמחייב שוויון וחל רק על גופים ציבוריים, במשפט הפרטי אין חובה לנהל מו"מ בדרך של מכרז ואין גם איסור לעשות מכרז. אם החלטתי לעשות מכרז במשפט הפרטי- איני מחויב לשוויון והיא נובעת מס' 12א. אם זאת חובה קונקרטית שנגזרת מתום לב ואם אמרנו שתום לב בס' 12א הוא קוגנטי- אז איך ניתן להתנות על זה? הרי כל חובה שנגזרת ממנה אמורה להיות גם היא קוגנטית. השאלה הזאת התעוררה **בפס"ד בית יולס**, שם שמגר אומר שהחובה לנהוג בתום לב היא "קוגנטית בעיקרה": מה שמפר את חובת תום הלב זו העובדה שיצרתי אצל המשתתפים ציפייה לשוויון ואז נהגתי באופן שונה. ייתכן ואם היו יודעים זאת מראש, לא היו משתתפים במרכז כלל. אם מראש היה נאמר למשתתפים שלא היה שוויון- זה היה תופס. **לכן החובה היא חובה קוגנטית, אך השאלה היא כיצד אני נוהג בתום לב- מה בהתנהגות שלי עלול ליצור מצג שווא כלפי הצד השני.**
* הפסיקה קובעת שחובת תום הלב חלה על כל מי שנוטל חלק במו"מ, גם אם הוא לא עתיד להיות צד לחוזה. שמגר אומר שגם מבחינה לשונית, ס' 12 מדבר על מציע וניצע, לאחר מכן על צד לחוזה וכתוב בס' בהמשך גם "אדם מחויב" ולא- מציע/ניצע/צד לחוזה. כך אף צד בחוזה לא חסין מאחריות שחלה לפי ס' 12. כל מי שגורם נזק אחראי- גם אם אינו צד לחוזה. זה עלול ליצור קושי: נניח שא' ממנה את ב' שינהל מו"מ בשמו מול ג'. מבחינת דיני השליחות, "שלוחו של אדם כמותו"- השליח הוא ידו הארוכה של השולח ומייצג אותו. לכן כשב' יכרות חוזה עם ג'- הוא לא צד לחוזה אלא רק שליח. זאת למעט חובת תום הלב במו"מ- נניח שהצד לחוזה (א') אומר לשליח (ב') לא לגלות מידע מסוים לג' ושאי גילוי המידע הזה הוא מידע מהותי שיש בו כדי להפר את ס' 12 א. זה המלכוד של ב': לפי דיני השליחות, החובה העיקרית של השלוח היא נאמנות שהמשמעות העיקרית שלה היא קיום הוראות השולח והתרופה שלה היא פיצוי. אם הוא יפר את הוראות דיני השליחות הוא חשוף לתביעת פיצויים אבל מצד שני אם לא יחשוף את המידע הוא יפר את ס' 12א ויהיה חייב אישית בפיצויים בעד הנזק לג'. שמגר כותב בפסיקה שחובת הנאמנות של השלוח כלפי השולח לא מהווה מגן כנגד התביעה של ג'- בדבר אי קיום תום לב. החובה חלה על כל מי שבמשא ומתן גם אם הוא רק שלוח ולא יוכל להתגונן בטענה שהוא רק מקיים את הוראות השולח. **(חשוב לזכור שב' לא יהיה חסין בכל מקרה- לא מתביעת א' ולא מתביעת ג').**

מה היחס בין הטעיה/כפייה/עושק (עילות הפגם) לבין עילת תום הלב (12 א)?

1. הן משלימות זו את זו מבחינת התרופות- בגין עילת הפגם הסנקציה היא ביטול חוזה. ביטול והשבה משלימים אחד את השני כי הביטול משחרר את הצדדים מביצוע ההתחייבויות שלא קויימו ומה שכבר קויים- הצדדים ישיבו אחד לשני את הדברים שניתן להשיב. מה שלא ניתן להשיב- נעריך אותו בערך כספי ונשיב את הכסף. **לכן העילות הללו משלימות זו את זו.**
2. **פס"ד גנז נ' כץ** מעורר שאלה אחרת באשר ליחס הזה- שם מתעוררת שאלת היחס בין עושק לבין ס' 12 כשבשאלה חלוקים השופטים: אם לא הצלחנו לבסס את יסודות עילת העושק, האם ניתן לומר שיש הפרה של חובת תום הלב?

עושק עוסק בניצול מצב של מצוקה. ברור לגמרי שעד לרמה מסוימת, תמיד יהיה איזשהו "ניצול" של צד אחד כלפי השני- זו התנהגות כלכלית במסגרת הגבול הלגיטימי. אך ברור לגמרי גם כי מרמה מסויימת נראה את זה באור שלילי ופסול- רמת המצוקה היא כ"כ גדולה, כך גם רמת הניצול ותנאי החוזה גרועים מאוד. מה באשר למצבי הביניים בין שני המצבים הללו? בשאלה הזו עוסק פס"ד גנז נ' כץ. שניים מהשופטים אומרים שאם לא הוכח עושק- אין תום לב. דעת הרוב הייתה שלא ניתן לטעון לחוסר תום לב אם אין עושק כי:

1. אם לא הייתה טענה במחוזי לחוסר תום לב- לא ניתן לטעון גם כאן.
2. **נימוק מהותי-**אם ניתן יהיה לטעון את זה- אז נייתר את כל התנאים הקשים למדי כדי להוכיח עושק.

השופט **קדמי** סבר שניתן לבסס תום לב גם אם אין הוכחה לעושק.

בעמדת דעת הרוב יש 2 בעיות:

1. אין ייתור מוחלט, הרי התרופות הן שונות בעושק ובעילת חוסר תום הלב- אין זהות מוחלטת.
2. השאלה שעלתה בפס"ד היא כללית- מה קורה במצב שבו יש עילה משפטית ספציפית והיא חופפת במידה מסוימת לעילה משפטית כללית )לא הייתה הצלחה בביסוס טיעון ספציפי- האם אפשר ללכת לכיוון של עוולה כללית? לדוגמה- עוולת הרשלנות? הרי בתחום הנזיקין התרופות זהות בכל מקרה ובתחום זה לביהמ"ש אין התלבטות, ברוב דעות הותר לטעון לעוולה כללית.

**בהנחה שהייתה מתקבלת טענת העושק בפס"ד גנז, מה הייתה התוצאה?**

גנז היה יכול לבטל את החוזה ועכשיו הייתה חלה חובת השבה. כץ היה צריך להחזיר לו את הכסף וגנז היה צריך להשיב לו את השירות (שירות השדכנות). אבל כשלא יכולים להחזיר דברים למשל- שירות, נאמוד את זה בשווי. אם נניח למשל, שהשירות שווה 25 אלף דולר אז התוצאה הייתה שהחוזה מבוטל, השדכן יחזיר לחתן את מה שקיבל והחתן ייתן לו החזרה של 25 אלף דולר.

אם נניח שהייתה מתקבלת הטענה של הפרת תום לב והסעד הוא לא ביטול החוזה בהתאם לכך, אז גנז יצטרך לשלם לכץ 100 אלף דולר כי זה החוזה אבל כץ יצטרך לשלם לגנז פיצויים בגין הפרת תום הלב בשל התנהגותו הברוטאלית וגם א זה נצטרך לאמוד.

לכן אנחנו מגיעים לאותה תוצאה למעשה בשתי דרכים שונות- עפ"י עילות שונות. עילת העושק ועילת חובת תום הלב- שהיא כללית יותר.

**מהן ההתנהגויות הקונקרטיות שלפי הפסיקה משקפות את הפרת חובת תום הלב?**

ההתנהגות העיקרית שנדונה בס' 12א קשורה למסירת מידע, גם מסירת מידע כוזב וגם אי גילוי מידע שחובת תום הלב מחייבת לגלות. לא כל מידע חייבים לגלות. לדוגמה- מוכר לא יספר לקונה שבחנות ממולו מוכרים אותו מוצר בפחות כסף ובל זאת לא ייחשב למפר תום לב. אז למה חובה להעביר מידע מסוים ועל אחר אין חובה? הבעיה צצה בפס"ד ספקטור נ' צרפתי. בפס"ד זה, הייתה הפקעה על השטח שהוצע למכירה ולכן היה אפשר לבנות עליה פחות דירות. על חלקה יותר קטנה ניתן לבנות פחות דירות ולכן על החלקה של ספקטור ניתן היה לבנות 12 דירות במקום 16 ואת המידע הזה הוא לא גילה.

יש מחלוקת בין השופט אשר לשופט לנדוי- הם אמנם מגיעים לאותה תוצאה אבל בדרך שונה.

השופט אשר מבסס את פס"ד שלו על הטעיה- ביטול של הטעיה. ההטעיה היא הטעיה פאסיבית- אי גילוי המידע והוא חושב שחובת הגילוי מקורה בס' 12. הוא חושב שאת המידע הוא היה חייב לספר.

לנדוי חולק עליו- הוא לא חושב שכאן הופרה חובת הגילוי בגלל שתי סיבות: א. הוא קבלן- זו העבודה שלו. ב. המידע הזה מפורסם והוא יכול היה להשיג אותו מלכתחילה ולא רק בדיעבד, הוא בדק את זה מאוחר מדי.

**היקף חובת הגילוי הוא תלוי נסיבות- בסוג החוזה, בטיב היחסים וכו'.**

**בפס"ד קיסלינגר,** הקונה- לפי ביהמ"ש הוא זה שהיה צריך לנהוג בחובת תום לב כלפי המוכר ולומר לו על הקרקע- זה מוכיח שהדבר תלוי בנסיבות העניין וכאן מאחר ומדובר באישה מבוגרת שגרה זמן ממושך בארה"ב ושלא יודעת עברית- הפכו את המצב.

לכן קשה לומר מראש מה תהייה תוצאת קביעת ביהמ"ש שתלויה בפרמטרים הללו. כל הנתונים האלה משתקללים כדי לקבוע את היקף חובת הגילוי- היא אינה נקבעת בדרך מתמטית. זה גם תלוי בזהות השופט.

**האם יש הפרת חובת תום לב בקיום מו"מ עם גורמים נוספים?**

השאלה מהי ההבנה שיצרת אצל הצד השני- אם יצרת אצל הצד השני תחושה שהמו"מ איתו הוא בלעדי ומאחורי גבו נוהלו מו"מ מקבילים, זו הפרה של חובת תום הלב כי הוא הסתמך על זה במובן של מה העלויות שהוא מוכן להשקיע במו"מ (העסקת עו"ד, רואה חשבון, זמן וכו').

כשצד משקיע עלויות במו"מ הוא לוקח בחשבון את האפשרות שהוא לא יניב דבר אך כשמטעים צד לחשוב שהמו"מ איתו הוא בלעדי יש בכך כדי לפגוע בו. יש לנהל מו"מ תוך "קלפים גלויים", לפחות באופן בו לא נציג לצד השני מצג שווא לפיו רק עמו נערך המו"מ.

**ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות- ללא כוונה אמיתית ליצור חוזה**

למשל- כדי להלחיץ מישהו שאיתו אני מנהל מו"מ רציני, או כדי לגלות פרטים על עסק מתחרה.

זו הפרת חובת תום לב! כי אם הצד השני היה יודע שזה לא אמיתי- הוא לא היה משקיע משאבים כלכליים וזמן ולא היה נכנס לכך מלכתחילה. זו נגזרת של חובת הגילוי.

**שוויון במכרז**

מכרז= שיטה לניהול מו"מ. מה מאפיין מכרז?

1. מו"מ סימולטני עם כמה משתתפים.
2. זו טכניקה טובה כדי להשוות בין המתחרים השונים על בסיס פרמטרים אחידים.

לכן במשפט המנהלי גוף ציבורי שרוצה לכרות חוזה חייב (למעט חריגים) לנהל אותו בדרך של מכרז מפני שעיקרון מרכזי במשפט הציבורי הוא עקרון השוויון- רשות ציבורית שמנהלת מו"מ לקנות/לבנות משהו משתמשת במשאבים של הציבור (כספי המיסים לדוגמה) וגם הכוחות שיש לה לנהל מו"מ זה מכוח הסמכות שהציבור העניק לה ולכן היא חייבת לנהוג בשוויון- גם לצורך השוויון (הזדמנות שווה למציעים) וגם כדי להשיג את התוצאות הטובות ביותר למען הציבור.

לכן במשפט הציבורי יש חובה לקיים מכרז ויש חובה שיהיה שוויוני- "חוק חובת מכרזים".

כאשר גוף פרטי מחליט מרצונו לבצע מכרז- אז יש לנו מכרז פרטי. במכרז פרטי השוויון אינו מובן מאליו- ניתן מלכתחילה לנהוג באופן שאינו שוויוני. **במכרז פרטי חובה לנהוג בשוויון רק כאשר יצרנו ציפייה למשתתפים להשתתפות בשוויון- אם הם מבינים שנק' הפתיחה היא שוויונית.**

**שוויון במובן המהותי**

האם מותר במשפט הפרטי להפלות? למשל- אני מסרב למכור דירה למישהו על רקע מסוים?

במשפט הציבורי- כמובן שלא. אבל השאלה מסובכת יותר במשפט הפרטי.

בעבר, התשובה הייתה שניתן- כי מדובר ברכוש פרטי שלי.

אבל היום- התשובה יותר מסובכת- מדוע?

1. אנחנו רואים בחקיקה תחומים מסוימים שבהם הכנסת אסרה באופן מפורש על אפליה כזאת, למשל חוק שוויון בעבודה- גם אם מדובר במשרד הפרטי שלי.
2. חוק הפאבים- חוק איסור אפליה בכניסה למקומות ציבוריים- החוק הזה אוסר אפליה על רקעים שונים, למשל גם בבית מלון, אכסניה, מסעדה, בית קפה, דיסקוטק וכו'... הוא חל גם על מקומות פרטיים שפתוחים לציבור- מי שעושה אפליה כזו עובר על החוק. **אם מדובר בהבחנה לשם תכלית מסוימת- ניתן להתנות על החוק הזה. זה כמובן תלוי בנסיבות העניין.**

בעולם כזה בו הסקטור הפרטי ממלא הרבה פונקציות שעל המדינה למלא ובעולם בו המשפט מכיר שהוא יוכל להטיל מגבלות על הסקטור הפרטי במהלך המו"מ, השאלה אפליה מהווה הפרת תום לב אינה שחור או לבן אלא תלויה בנסיבות.

שאלה נוספת שמתעוררת בפס"דים נוספים היא- האם ומתי הפסקת מו"מ מהווה הפרה של חובת תום הלב?

העיקרון הבסיסי הוא שכל עוד לא נכרת חוזה- הצדדים חופשיים לפרוש מהמו"מ.

עם זאת, ככל שצדדים השקיעו יותר משאבים במו"מ, ככל שמתקרבים יותר לנקודת סיומו, כך מצופה מהצדדים להציג סיבה טובה יותר להפסקת המו"מ- גם אם בשלבים מוקדמים ניתן להפסיק מסיבה שאינה מהותית, ככל שהמו"מ מתקדם וככל שהנכונות של הצדדים מתגבשת בדבר השקעת האמצעים והמשאבים במו"מ, מצופה להגיש סיבות ענייניות יותר להפסקתו.

שאלת השאלות היא- מהי סיבה מספיק טובה ואיפה הנקודה הזו על ציר התקדמות המו"מ שבה פרישה לא מוצדקת כבר נחשבת להפרת חובת תום הלב?

מאוד קשה לנסח את זה בכלל משפטי למרות שתחושת הבטן היא ברורה.

יש כמה ניסיונות של הספרות לנתח את זה וזה עדיין נשאר מעורפל- אבל יש אפשרות כזאת שהפרת חובת תום הלב תבוא לידי ביטוי בפרישה מהמו"מ.

29/11/2018

**שיעור מס' 12- תום לב במו"מ- התרופות**

**סעיף 12 ב לחוק החוזים**

12. (ב) צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, יחולו בשינויים המחוייבים.

תום לב במשא ומתן

החוק מפנה ל3 סעיפים בפרק הפיצויים בחוק שעוסק בתרופות על הפרת חוזים ואומר ש3 הסעיפים הללו יחולו בשינויים המחוייבים על הפיצויים של ס' 12ב:

**ס' 14** מוחל על פיצויים כעיקרון של הקטנת הנזק לפיו למרות שהמפר מפר את החוזה והנפגע זכאי לפיצויים, גם לו יש חובות- אם יש לו אפשרות להקטין את הנזק והוא לא עושה את זה, הוא לא יקבל את מלוא הפיצויים. לא נטיל עליו נטל כבד מדי, אבל אם יש לו אפשרות סבירה להקטנת הנזק עליו לעשותה.

למשל- אם קיבלתי חבית יין מצד שני לחוזה שהתחייב לתת חבית תקינה ויש בה חור ונשפך עשירית מהיין ואת היתר לא סתמתי והיה ביכולתי- אקבל פיצויים רק עבור העשירית שלא יכולתי למנוע אבל לא עבור היתר שכן היה ביכולתי למנוע.

חובת תום הלב במו"מ (החובה של ס' 12 א) חלה בין אם המו"מ הסתיים בכריתת חוזה ובין אם לא.

דוגמה למצב בו מופרת חובת תום הלב ולא נכרת חוזה- למשל הפסקת המו"מ בשלב המתקדם שלו בו זה נחשב כבר להפרת חובת תום הלב כמו אייזנברג.

דוגמה למצב בו מופרת חובת תום הלב וכן נכרת חוזה- פס"ד ספקטור נ' צרפתי בו אי הגילוי מהווה הפרת חובת תום הלב. דוגמה נוספת- גנז נ' כץ, אם היו מקבלים את הטענה אז זה היה מצב של עושק שמהווה הפרת חובת תום הלב.

**בתרופות להפרת חובת תום הלב במו"מ-** תהייה הבחנה בין הדברים. מטבע הדברים הן יהיו שונות כי כשהחובה מופרת כשלא נכרת חוזה, הצד הנפגע היה רוצה פיצוי על הפרת החוזה או פיצוי על הפסדת הזמן והמשאבים שהשקיע במו"מ.

**מי שכן כרת חוזה**, ירצה תרופה של ביטול החוזה או חוזה בתנאים שהיו אמורים להיות אם הייתה מתקיימת חובת תום הלב.

**ס' 13 לחוק התרופות עוסק בפיצויים על נזק שאינו נזק ממוני-** מה שמאפיין נזק שאינו של ממון זה שביהמ"ש רשאי לפסוק אותו אבל הוא לא חייב לפסוק אותו ויש לו גם שיקול דעת בקשר לסכום.

בדיני חוזים ראש הנזק האופייני לנזק שאינו נזק של ממון הוא עגמת נפש. בתי המשפט לא פוסקים פיצויים שלא בממון בחוזה מסחרי או עסקי- כי עגמת נפש זה חלק מהעסק.

בתי המשפט יפסקו פיצויי עגמת נפש בחוזים פרטיים ובחוזים שחלק מהתמורה שהנפגע אמור היה לקבל הוא משוש נפש- למשל תזמורת בחתונה שלא מגיעה, מעבר לפן הממוני יש כאן יסוד של משוש נפש שלא קוים וגם על זה יפוצה הצד הנפגע. דוגמה נוספת- הזמנתי חדר במלון וקיבלתי חדר עם תנאים גרועים מאוד.

**ס' 12 לחוק החוזים** מאפשר קבלת פיצויים על הפרת חובת תום הלב במו"מ.

נזק לא ממוני הוא נזק שהשופטים בדר"כ לא נותנים עליו פיצויים ואם יפסקו פיצוי הוא לא יהיה גבוה.

**ס' 10 בחוק התרופות** הוא הסעיף המרכזי בפיצויים על הפרת חוזה. יש עוד- אבל הוא המרכזי שבהם והוא **עוסק בנזק של ממון,** בניגוד לס' 13. מדובר בנזק שניתן לחשב ולהוכיח אותו.

העקרונות שגלומים בתוך ס' 10 לחוק החוזים הם:

1. **קשר סיבתי עובדתי-** צריך להיות קשר סיבתי בין הפרת החוזה לבין הנזק כדי לקבל פיצויים.
2. **צפיות הנזק (קשר סיבתי משפטי)-** היה לאחד הצדדים מידע קונקרטי לצפות את הנזק והוא לא עשה זאת. המפר היה צריך לצפות נזק סביר שקשור סיבתית להפרה במידה והיו לו נתונים מתאימים לצפות אותו.
3. **כימות הנזק-** בניגוד לס' 13 ששם ביהמ"ש לפי שיקול דעתו קובע את גובה הנזק, בפיצוי נזק ממון הנפגע צריך להוכיח את גודל הנזק. ביהמ"ש לא יודע מידיעה אישית בנוגע לשיעור הנזק, זה טעון הוכחה עובדתית. הוכחת הנזק משתנה ממקרה למקרה.

**פיצויים על נזק ממון: מהם פיצויי הסתמכות (פיצויים שליליים)**

* אלה פיצויים על הוצאות שהוציא הצד הנפגע לצורך המו"מ.
* אלה פיצויים על אובדן הזדמנות (דומה בסכום לפיצויי קיום). פיצויי הסתמכות יתקיימו במקרים נדירים שבהם ניתן להוכיח שהייתה הזדמנות אחרת ולהוכיח את תנאי אותה ההזדמנות.
* הם לא כוללים פיצויים על אובדן הרווח הצפוי מהחוזה!

**פס"ד קוט נ' ארגון הדיירים**

ביהמ"ש מחליט בשלב הראשון שהייתה הפרה של חובת תום הלב.

מה הם ראשי הנזק שהתאגיד תבע בגין הפרת חובת תום לב במו"מ?

1. הפרש בין מחיר החנות שעליו סוכם במו"מ לבין שווי השוק של החנות ביום ההסכם.
2. דמי תיווך- התשלום למתווך.
3. שכר טרחת עו"ד.
4. הוצאות מימון של התשלום הראשון- היה צריך לארגן את הכסף לצורך התשלום הראשון עבור החנות ומכיוון שהמו"מ היה לקראת סגירה, עלויות ארגון הכסף.
5. פיצויים מוסכמים שהיו קבועים מראש בחוזה- פיצויים שדן בהם ס' 15 לחוק התרופות.

ביהמ"ש מאשר שלושה ראשי נזק מתוך החמישה ופוסל שניים (את ההפרש ואת הפיצויים המוסכמים). **את הפיצויים המוסכמים מכנים פיצויי קיום/פיצויים חיוביים- ואלו הם הפיצויים שהיה מקבל הנפגע לו היה החוזה נכרת. פיצויי קיום= פיצויים על הרווח הנמנע. הם יעמידו את הנפגע במצב בו היה לו החוזה היה נכרת ומקויים.**

שאר ראשי הנזק הם הוצאות שהוצאו לצורך המו"מ כדי שתהייה אפשרות לכרות חוזה. הם נקראים פיצויים שליליים או פיצויי הסתמכות- פיצויים אלו נועדו להחזיר את המצב אילו לא היה מתנהל המו"מ. בפס"ד זה, ביהמ"ש מאשר פיצויים שליליים (פיצויי הסתמכות) בעקבות המשפט הגרמני.

הוא מאפשר את פיצויי ההסתמכות ולא את פיצויי הקיום.

למה ביהמ"ש מאפשר את פיצויי ההסתמכות ולא מאפשר את פיצויי הקיום?

אין הסבר בפס"ד זה אבל בפס"ד קל בניין השני כן יש הסבר והסיבה היא- אם המו"מ לא הסתיים בחוזה, אני לא יכול לתבוע את הרווח שיכולתי להפיק מהחוזה- פיצויי קיום, כי אולי החוזה לא היה נכרת בכלל. אני יודע שהחוזה לא נכרת, אני יודע שהייתה הפרת חובת תום לב במו"מ אך לא ידוע הקשר הסיבתי. **כאשר מדובר בחוזה שעוד לא נכרת קשה לכמת את הפיצויים מכיוון שלא ברור מה יוסכם בחוזה.**

בפס"ד קוט פסק ביהמ"ש פיצויים שליליים כי ס' 12 בחוק החוזים נלקח מהמשפט הגרמני. ביהמ"ש הסתכל מה עשו בגרמניה וכך עשה.

**פס"ד קל בניין**

עיריית רעננה הפרה את הציפייה בכך שכרתה חוזה עם אדם שלא הגיש כלל הצעה למכרז ובכך הופרה חובת תום הלב למרות שלא נכרת חוזה, קל בניין תבעה פיצויים על הרווח שהיה צפוי לה אם החוזה היה נכרת איתם. בפועל ביהמ"ש פסק לה פיצויי של 11,975 ₪- פיצויי הסתמכות.

שאלה שנשאלת בנוגע לפיצויים החיוביים היא שאלת הוודאות שהייתה לכך שאם לא תופר חובת תום הלב ייכרת החוזה. ניתן לדעת זאת רק בשלב הסופי של המו"מ- בשלב זה יש וודאות וניתן לחשב את הרווח שאפשר היה להפיק.

על איזה סוג של הפרה אנחנו מדברים?

אנחנו מדברים על הפרה של חובת תום הלב במו"מ- בו עדיין לא נכרת חוזה. על הפרה לאחר כריתת חוזה נדבר בהמשך.

**נזק נוסף שעלול להיגרם הוא פיצוי על אובדן הזדמנות-** יש מקרים נדירים מאוד שם יש להוכיח שבוודאות היה נכרת חוזה (וודאות הנדרשת במשפט האזרחי) וניתן להוכיח את תנאיו ואז אוכל לקבל פיצויים. הבעיה הרי היא שפיצוי על אובדן הזדמנות מחייב להוכיח שייכרת חוזה ולכן זה קשה מאוד.

אם כן אצליח- הפיצויים יהיו בגובה פיצויי הקיום.

בשום מקום פיצויים לא כוללים פיצויים על אובדן הרווח הצפוי כי זה פיצויי קיום.

**האם ניתן לקבל גם פיצויי הסתמכות וגם פיצויים קיום?**

לא. אם אני מעדיף לטעון לקיום החוזה ולפיצויים בהתאם, אין סיבה שאקבל גם פיצוי הסתמכות מכיוון שזה המצב שהיה נוצר אם החוזה היה נכרת. אם הוא היה נכרת, ההוצאות בגין ניהול המו"מ היו מתקיימות בכל מקרה ע"י הצדדים. במצב שבו המו"מ לא הבשיל למצב מתקדם יהיה אפשרי לטעון לפיצויי הסתמכות בלבד.

בדיני החוזים בישראל מכירים בdisgorgement= קבלת פיצויים בגין הרווח שהפיק מפר החוזה.

אין הלכה בעניין הזה אבל לדעת המרצה אם היה מגיע מקרה כזה לעליון וההתנהגות של המפר הייתה מאוד מכוערת, יש סיכוי מאוד טוב שביהמ"ש היה פוסק disgorgement לנפגע.

**דוקטרינת ה"אשם בהתקשרות"**

* יש לראות את החוזה כאילו נכרת.

**פס"ד שיכון העובדים נ' זפניק**

שיכון עובדים הפרו את תום הלב בכך שעצרו את המכרז של מכירת הדירות באמצע. אנשים שהגיעו והיו מעוניינים לרכוש דירות נדחו. זפניק הוא אחד מאותם אנשים. ביהמ"ש קבע כי חברת שיכון העובדים הפרו את חובת תום הלב. זפניק דורש פיצויי קיום.

עו"ד של זפניק, חנן מלצר (לימים שופט בעליון), מציע לביהמ"ש תרופה חדשה והשופטת בן פורת מוכנה לאמץ אותו במהלך נועז.

ס' 12ב אומר שאם הופרה חובת תום הלב במו"מ ניתן לקבל פיצויים (כאשר ישנה הפנייה לס' מתוך חוק התרופות). השופטת בן פורת קובעת שמה שכתוב בס' 12ב זוהי לא רשימה סגורה, לא כתוב שלא ניתן לקבל סעדים מעבר לפיצויים ומעבר לכך- כשיש הסדר משפטי מסוים הוא הגרעין של אותו ההסדר אך הוא לא שולל אפשרויות נוספות שניתן להגיע אליהן בדרכי פרשנות והרחבה.

ברק אומר שהסיבה שאין סנקציה בס' 39 (תום לב לאחר המו"מ בשלב ביצוע החוזה) זה בגלל שחובת תום הלב היא כה רחבה ויכולה להתקיים במגוון של מצבים כך שאין סיבה להגבילה לתרופה אחת ומוגדרת. תפקידו של ביהמ"ש הוא להתאים את הסנקציות מתוך סל הכלים של ביהמ"ש לנסיבות שבהן מופרת חובת תום הלב. בן פורת מצודדת בו- בדרך כלל הסעד הוא פיצויים אך לא יכול להיות שזהו הסעד היחיד. בן פורת יכולה למצוא תרופה אחרת מפיצויים שמתאימה לנסיבות.

הדבר הבא שקובעת בן פורת- במשפט הישראלי יש תרופות של אכיפה, ביטול, צווי מניעה. היא לא בוחרת תרופה שמוכרת במשפט הישראלי, היא מאמצת תרופה מתוך המשפט הגרמני וקוראת לה בעברית **"אשם** **בהתקשרות"**. אם השלב בהתקשרות הגיע לשלב כה מתקדם וברור שאם לא הייתה הפרה של חובת תום הלב החוזה היה נכרת (אחד הצדדים "שם רגל בדלת") ניתן לראות את החוזה כאילו הוא התממש. במקרה הזה, חברת שיכון עובדים נמנעו מלתת הודעת קיבול כאשר ההצעה כבר הייתה מונחת על השולחן.

במקרה הזה נקבע- החוזה לא נכרת אך בגלל השלב המתקדם בו נמצאו הצדדים ובגלל ההפרה של חובת תום הלב בשלב זה, הסעדים שיינתנו יהיו כאילו כן נכרת חוזה.

בן פורת בסוף פסקה, בכל זאת, נגד זפניק כיוון שזפניק התפשר עם שיכון עובדים והצדדים הסכימו למכירת הדירות לא במחיר המלא, אלא במחיר ביניים. זפניק הסכים לפשרה עם שיכון עובדים בו בני הזוג זפניק מוותרים על כל הטענות. לאחר מכן התחרטו והגישו תביעה. בן פורת טוענת כי אם לא היו חותמים על הסכם הוויתור היו מקבלים את מה שדרשו (את הדירה).

גם בפס"ד קלמר נ' גיא, בגלל שקלמר מנע ע"י הפרת חובת תום הלב, את דרישת המסמך, ביהמ"ש ראה את החוזה כאילו הוא נחתם.

מה הפיצויים כאשר הופרה חובת תחום הלב במו"מ אך כבר נכרת החוזה והנפגע רוצה להשתחרר ממנו?

* הסעד יהיה ביטול החוזה + השבת הנפגע למצב בו היה אילולא נכרת החוזה, זאת מכוח העילות של פגמים בכריתת חוזה.
* בנוסף לביטול ולהשבה- יזכה הנפגע לסעד של פיצויי הסתמכות בעבור ההוצאות על ניהול המו"מ.
* בדר"כ תינתן עדיפות לביטול החוזה בשל הפרתו על פני ביטול החוזה בשל פגם כי ניתן לקבל פיצויי קיום (על הרווח הנמנע) בביטול בשל הפרה.

04/12/2018

**שיעור מס' 13**

מה ההבדל בין המסלול התרופתי של אשם התקשרות לבין התרופה בקל בניין?

כשמדובר על מצב בו יש מידה גדולה של ודאות שחוסר תום לב היא זו שמנעה את קיום החוזה אז הנזק הוא אי קיום החוזים- ופיצויי קיום על בסיס ס' 12 ב.

אשם בהתקשרות חורג מס' 12 ב' כי רואים את החוזה כאילו הוא נכרת והופר ונותן פיצויי קיום אז מה ההבדל?

אם רואים את החוזה כאילו הוא נכרת- אז אפשר לפסוק פיצויים כאילו הוא נכרת כלומר דרך המסלול של אשם בהתקשרות פתוחות כל התרופות עבור אכיפת החוזה- אם מישהו רוצה אכיפה ולא סעד כספי אז רק אשם בהתקשרות מאפשר את זה. זה המסלול העיקרי שמאפשר את זה.

באופן עקרוני ברירת התרופות גם בהפרת חוזה- נתונה לנפגע. הוא תובע אותה בהתאם. אבל במקרה הזה הפסיקה מסמנת לנו, בקל בניין, שנתונה עדיפות עקרונית למסלול של קל בניין (פיצויי קיום). במילים אחרות- בכל מצב שבו כסף הוא תרופה מתאימה- המסלול של קל בניין עדיף. למה? הסיבה היא שהנתיב של הלכת קל בניין מצוי בתוך גדרי החוק. ביהמ"ש לא ממציא שם שום דבר- זה מה שכתוב בחוק- הפרת חובת תום לב=פיצויים לפי ס' 10, השאלה היא איך מיישמים את ס' 10? אבל אנחנו בתוך המסלול התרופתי שהחוק מתווה.

אשם בהתקשרות זה מה שהמציא ביהמ"ש למקרים בהם פיצויים לא מתאימים להפרת חובת תום הלב- כי הפרת חובת תום לב זה עניין מאוד רחב. בכל מקרה שבחוק אפשר לתת תרופה הולמת למקרה- זה עדיף אבל במקרים בהם אין ברירה, "לא פייר" לתת לנפגע תרופה כספית כי זה לא מה שהוא צריך- יבוא לידי ביטוי עקרון האשם בהתקשרות. **לכן אשם בהתקשרות לא בהכרח יביא כתרופה כסף אלא כתרופה את השלמת החוזה- במקרים בהם זה מה שמעניין את הנפגע!**

הפרק של אכיפה הוא הראשון אצלנו ולא לחינם. **אבל**, בהפרת חובת תום הלב התרופה הנקבעת בחוק היא- פיצויים ולאו דווקא פיצוי כספי. ביהמ"ש יצר כלל לפיו ניתן לקבל אכיפה במקום כסף כפיצוי- בהלכת "אשם בהתקשרות"- אבל זה רק במקרים חריגים בלבד! למשל, בקלמר נ' גיא- הופעל אשם בהתקשרות כשבני הזוג קלמר קיבלו כתרופה את הבית שרצו ולא פיצוי כספי.

בקל בניין לא הלך לאשם בהתקשרות אלא לפיצויי קיום. בכל מקרה בו כסף זה תרופה ראויה נשתמש בס' 12 ולא באשם בהתקשרות כי זה עדיף.

**כאשר האינטרס הוא אינטרס כלכלי- ההלכה היא שימוש בס' 12 ב במשמעו של פיצויים כספיים.**

**אשם בהתקשרות זה רק במקרים הנדירים בהם צריך ואפשר לתת אכיפה.**

מה קורה כאשר הופרה חובת תום הלב במו"מ ונכרת חוזה והקונה רוצה להשתחרר?

הצד הנפגע יוכל לבטל את החוזה ולקבל השבה מכוח אחת העילות של הפגמים בכריתת חוזה.

גם במקרה של ירידת ערך- למשל כשהוא מבין שנכנס לחוזה שגורם לו להפסד כלכלי, הוא יוכל לחזור למצב בו היה לפני המצב של ההפסד הזה.

**לפעמים סעד של ביטול והשבה לא תמיד קל כי זה תלוי במחירי השוק המשתנים- פס"ד מיטל נ' פרג'.**

מתי נראה ביטול? כשהביטול משתלם כלכלית בשל שינוי מחירי השוק וזה כדאי יותר לצד המבטל.

לכן עילת הפגם מאפשרת ביטול.

שאלה- האם ניתן לבטל חוזה בשל הפרת חובת תום הלב במו"מ עצמו?

תשובה- עקרונית, לא וזאת כי ב12 ב' כתוב שהתרופה היא פיצויים ולא ביטול.

אבל השופטת בן פורת אמרה בפס"ד זפניק שרשימת התרופות בס' 12 ב' לא סגורה אז יכול להיות שאפשר גם לקבל ביטול מכוח הפרת חובת תום הלב במו"מ? אולי. יש פס"ד בו שופט (בועז) הסתמך על דברי השופטת בן פורת מפס"ד זפניק ופסק על ביטול חוזה בשל הפרת חובת תום הלב במו"מ- **לזכור למבחן! לכן זה לא חד משמעי.**

)הערת אגב:

כל שופט מחוזי או שלום בנותן פס"ד יודע שיש סיכוי גבוה מאוד שפסק דינו יגיע לעליון. בשיטה כמו במשפט הישראלי בה חלק גדול מהתיקים יגיעו לעליון, ההבחנה בין רציו לאוביטר היא הרבה פחות דרמטית. שופטי המחוזי והשלום ילכו בעקבות מה שהעליון אמר גם אם זה אוביטר כי אחרת יוכלו לבטל את פסק דינם).

הערה:

הטעיה זה מתן מידע כוזב או הסתרת מידע בשלב הטרום חוזי. הצהרה טרום חוזית כוזבת היא הטעיה. מה יקרה אם יש הצהרה כוזבת בחוזה עצמו? כלומר בחוזה עצמו יש הצגת דברים כוזבת? למשל- בחוזה אני כותב שעל הנכס אין עיקולים ובפועל יש- זו הטעיה. אבל מה קורה אם המצג הזה נמצא בחוזה עצמו? זו הפרה! כי אם זה בחוזה עצמו- גלומה בזה התחייבות שאין בזה עיקולים ולכן אם מכרתי כשיש עקולים- זו הפרת חוזה. כלומר הגבול בין הטעיה לבין הפרת חוזה הוא לפעמים דק. הצגת מצב כוזב בתוך החוזה משמעו הפרה. לפעמים דברים שנאמרו במו"מ- גם אם הם לא מופיעים במפורש בחוזה הם חלק מהחוזה.

דברים שהיו במו"מ הרבה פעמים מתגלגלים אל החוזה גם אם לא היו בו במפורש, כלומר אם היה מצג דברים כוזב במו"מ- יש דרך לטעון ולשכנע את ביהמ"ש שהמצג הזה הפך גם להיות חלק מהחוזה ואז יש גם הטעיה וגם הפרה- שתיהן מאפשרות את ביטולו של החוזה. אם אני תובע ביטול חוזה בשל הפרה- אני יכול לתבוע בנוסף פיצויי קיום כי כשמבטלים חוזה בשם הפרה, אני אומר שאני לא רוצה את החוזה עם הצד המפר אבל אני רוצה את הערך המובטח לי באמצעות פיצויים.

אי אפשר לבטל חוזה בשל פגם בכריתה ולקבל פיצויי כריתה כי בשל פגם המשמעות היא שאני לא רציתי את החוזה מלכתחילה כי היה פגם בשיקול הדעת בשל הטעיה/טעות/עושק/כפיה.

לכן עדיף לבטל בשל הפרה ולא בשל פגם בכריתה כי הפיצויים יהיו גם ביטול וגם הסתמכות. כאשר החוזה שהנפגע משתחרר ממנו הוא חוזה שגורם לו להפסד- והוא השקיע משאבים בו, עדיף לו לבטל בשל עילת הפגם כדי לקבל פיצויי הסתמכות.

**נדבר שוב על פס"ד פרג' נ' מיטל-** קונה קנה דירה והוטעה- אין באמת היתר בנייה על הגג. בינתיים מחירי הנדל"ן עלו והקונה מאוד אהב את הדירה, אבל עדיין רומה.

מה התשובה? לא יתבע כדי לבטל את החוזה אלא יתבע על פגם במהלך המו"מ- הטעיה. השאלה- בכמה?

נניח שבמו"מ למכר קרקע המוכר לא מספר שיש הפקעה או שאמר שאין הפקעה- כלומר הטעה.

נניח ששווי הנכס במו"מ בהנחה שאין הפקעה הוא מיליון אבל ההפקעה גרעה 250 אלף (רבע).

במועד מאוחר יותר, כשהמוכר מוסר את הנכס לקונה ומגלה שיש הפקעה. בינתיים שווי הנכס עלה ועכשיו הוא שווה 1,200,000 בהנחה שאין הפקעה. הקונה עשה עקרונית עסקה טובה- כי הוא קנה ערך שהעלה מערכו. אבל בגלל ההפקעה השווי נמוך יותר. אם הקונה היה תובע על הפרת חוזה, נניח שבחוזה המוכר התחייב שאין הפקעה ועכשיו הוא מסר נכס שיש עליו הפקעה. הפיצויים על הפרת חוזה היו 300 אלף- למה? כי התחייבו לתת לי נכס בלי הפקעה. אם אין התחייבות בחוזה- וזו רק הפרה של חובת תום הלב, מה יהיו הפיצויים? 250 אלף- כי זה הנזק שנגרם.

אם הוא היה מספר על ההפקעה במהלך המו"מ- או שלא היה חוזה או שהייתי קונה ב750 ולכן מגיע לי החזר של 250.

לכן קנה המידה בפיצויים במו"מ הוא שונה מקנה המידה בפיצויי הפרת חוזה.

בפיצויים על הפרת חובת תום לב במו"מ- אני נשאר עם החוזה. הפיצויים מתמקדים במועד הכריתה- כמה הייתי משלם אם לא הייתה מופרת חובת תום הלב.

פיצויים על הפרת חוזה מתמקדים במועד ההפרה- איזה הפסד נגרם לי במועד ההפרה?

**פגמים בכריתת חוזה**

* טעות
* הטעיה
* עושק
* כפיה

המשותף להם- הפגם פוגם ברצון החופשי של הצד הנפגע ולכן מתאפשר ביטול החוזה.

הביטול נעשה לפי ס' 20 לחוק. הביטול הוא תרופה עצמית, לא צריך ללכת בעיקרון לביהמ"ש (למעט 14 ב'). ביטול יהיה בהודעה למתקשר- לא משנה איך כל עוד זה ברור שיש רצון לבטל מצד הנפגע.

לפי ס' 20 ההודעה צריכה להיות תוך זמן סביר לאחר שנודע לנפגע על הפגיעה. הרבה פעמים ביהמ"ש לא מקבל את עילת הביטול כי הצד הנפגע התמהמה ולא ביטל תוך פרק זמן סביר.

בכפייה- מונים את הזמן רק מרגע שחלפה הכפייה כי ההנחה שכל עוד הכפייה נמשכת היא גם מונעת את ביטול החוזה.

ברוב המקרים העניין יגיע לביהמ"ש בשל אחת מהעילות הבאות: השבה- אם הצד שכפה או הטעה מסרב לשתף פעולה וברוב המקרים זה קורה אז כדי לכפות את ההשבה צריך לפנות לביהמ"ש.

זה יגיע לביהמ"ש הרבה פעמים כי הצד הפוגע יטען שלא פגע. לכן מדובר בסעד עצמי במובן של הפעלתו (הודעת הביטול) אבל בפועל- בסוף יהיה תהליך בביהמ"ש בו תינתן החלטה האם הסעד העצמי נעשה כדין או שלא כדין. יש לזה יתרונות וחסרונות- אפשר להפעיל את זה מהר אך החיסרון הוא שמי שמפעיל סעד עצמי לוקח אחריות במובן שאם בדיעבד התברר שמה שהוא חשב שהיה הטעיה- לא היה, אז הסעד שלקח מהווה הפרת חוזה!

ס' 21- משבוטל החוזה הצדדים צריכים להשיב אחד לשני את הדברים ואם לא ניתן אז ההשבה תהייה בערך כספי.

ס' 19- עוסק בביטול חלקי: לא כל חוזה ניתן להפרה לחלקים. אבל אם יש לנו חוזה מחולק ואפשר להפריד בין חלקיו אז אם עילת הפגם נוגעת לחלק מהחלקים- נגיד לחלק השלישי ולא ליתר, במקרה כזה הצד שהוטעה יכול לבטל את החלק השלישי הפגום ולא את החוזה בשלמותו. הרעיון שעומד ביסוד זה הוא שנעדיף לבטל את החלק הספציפי וההשבה תהייה לאותו חלק בלבד אבל ביהמ"ש צריך לשאול את עצמו את השאלה הבאה: נגיד הצד שהוטעה ידע שהחלק השלישי פגום, היה מתקשר בחוזה רק לגבי החלקים הנותרים? אם התשובה היא כן הוא יוכל לבטל רק את החלק הפגום אבל אם התשובה היא לא- אם לא היה נכנס לחוזה מלכתחילה, אז הברירה היא בידיו- האם לבטל הכל או רק את החלק הנגוע? השאלה היא שאלה פרשנית של ביהמ"ש.

אם מתקיימים היסודות שמאפשרים רק ביטול חלקי והצד שביטל עשה ביטול מלא- אז הוא הפעיל את זכות הביטול שלו שלא כדין והפר חוזה לכן ביטול חוזה צריך להיעשות בצורה שקולה מאוד.

**טעות-** ס' 14. טעות= מחשבה או אמונה סובייקטיבית מוטעית ביחס למציאות, קשורה למצב העובדתי. לא כל טעות מאפשרת את ביטול החוזה. הסייג של טעות בכדאיות העסקה (14 ד) נוגע גם להטעיה ולא רק לטעות. טעות בכדאיות העסקה אינה עילה לביטול- "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה"- המילים האלה הן קוד. אפשר היה לכתוב במקום X אינו מאפשר את ביטול החוזה. יש להתעלם מהמשמעות הלשונית של המילים כפי שהן כתובות בסעיף הזה.

יש טעויות שהן חלק מהסיכון החוזי ולכן לא ניתן להשתחרר מהחוזה. השאלה היא איך מגדירים את הקבוצה הזו של המקרים- שמהם לא ניתן להשתחרר והם חלק מהסיכון החוזי?

מצד שני יש טעויות שהמשפט מאפשר לבטל חוזה בגינן. לכן התפתחו כל מיני מבחנים שמנסים לאבחן מבחני עזר- איזה מקרים נכנסים לתוך טעות שבכדאיות העסקה?

מהי טעות בכדאיות העסקה- מה המבחנים שלה?

* טעות נוגעת למצב עניינים שקדם לכריתת החוזה או היה בעת כריתת החוזה, כלומר- לעבר. בעוד שטעות בכדאיות העסקה היא טעות שמתייחסת למצב עניינים עתידי שלאחר הכריתה. הקושי במבחן הזה זה בנושא של מצב משפטי שמשתנה בעקבות פסיקת העליון- זה טעות ביחס לעבר או לעתיד? כשביהמ"ש פוסק הלכה חדשה- ההלכה הזו חלה רטרואקטיבית- מאותו מקרה והלאה לעתיד. ההסבר לזה הוא כשביהמ"ש פוסק הלכה חדשה הוא מפרש את החוק כפי שהיה מלכתחילה. **המבחן הזה עובד בהרבה מקרים אבל יוצר לעיתים אי בהירות.**
* מבחן נוסף שעזר גם בספקטור נ' צרפתי- טעות לגבי תכונות/עובדות: אם זה טעות רק בשווי זו טעות שבכדאיות העסקה, מבחן שלא משתמשים בו כי הוא פחות טוב.
* מבחן הסיכון- מבחן נורמטיבי לחלוטין, משתמשים בו הכי הרבה וקנה לו אחיזה בפסיקה והוא העיקרי, מוציא לגמרי ממשמעותן את המילים כדאיות העסקה. הוא שואל: האם הטעות הזאת הייתה מסוג הטעויות שהצד שטעה או הוטעה לקח לגביהן סיכון או היה אמור עפ"י מבחן אובייקטיבי לקחת עליה סיכון? למשל- קונה תמיד לוקח סיכון שערך הנכס ירד כמו שמוכר לוקח סיכון שערך הנכס יעלה- זה סיכון שעליהם לצפות ולקחת בחשבון.

**הטעיה-** להסתכל במצגת ששלח גלברד במודל ובשיעור ההעשרה.

**כפייה-**  להסתכל במצגת ובשיעור ההעשרה.

* איום בפגיעה פיזית (גוף או רכוש). מצב נדיר בהקשרים מסחריים.

כפייה כלכלית:

* לחץ כלכלי-עסקי שהוא תוצאה של איום מפתיע העלול לגרום לנזק חמור ובלתי הפיך.
* אפשרות סבירה לפנות לעזרה של המערכת המשפטית תשלול כפיה כלכלית.
* כפייה מטעמו של צד אחר איננה בגדר כפייה.

**עושק-** להסתכל במצגת.

ש.ב. לחמישי:

פס"ד כרמל נ' טלמון- מה המבחן המשולב שמציע השופט מזוז בפס"ד זה? (לדעת גלברד- לא מסכים עם תוצאת הפס"ד) – קשור לטעות בכדאיות העסקה ולמבחנים שלה.

**חוזה למראית עין**

מצב שבו למראית עין (כלפי חוץ) הצדדים מסכימים על הסדר חוזי מסוים אך בפועל הכוונה שלהם שונה. במקרה זה סעיף 13 קובע שהחוזה בטל. אבל אם אין ביניהם גמירת דעת גם ככה, אז למה צריך את ס' 13? התשובה- סוף הסעיף שמחדש חידוש גדול: הזכות שקנה צד ג' בחוזה שהסתמך על החוזה למראית עין.

**יש בחוזה למראית עין סוג של תקנת שוק- החוזה לא יצר זכויות מהותיות לצד אבל אם צד ג' הסתמך על זה אז הוא כן קנה לעצמו זכויות שלא ניתן לבטל.** זה החידוש העיקרי בס' הזה.

בחוזה למראית עין אם הועבר משהו בין הצדדים חלה חובת השבה שמקורה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט. מכיוון שלא היה חוזה מעולם והוא בטל מעיקרו, אז אם מישהו מחזיק במשהו שלא עפ"י זכות שבדין הוא חייב להשיב עפ"י עשיית עושר ולא במשפט.

חוזה למראית עין זה מצב בו הכוונה המשותפת של הצדדים היא למראית עין. ההנחה היא ששני הצדדים התכוונו למראית העין- הם מודעים לזה שזה בכאילו.

הפסיקה מבחינה בין סימולציה מלאה וסימולציה חלקית- חוזה למראית עין במצב של סימולציה מלאה זה מצב בו הם עשו חוזה אבל הם לא התכוונו לזה בכלל, למשל- העברת רכוש לצורך הברחה שלו מנושים. אני עושה חוזה למראית עם מישהו ומעביר לו את הרכוש שלי כדי שהנושים שלי לא יעקלו לי את הרכוש.

סימולציה חלקית- הצדדים עשו חוזה כדי להתחמק ממס- החוזה הגלוי למראית העין הוא לא אמיתי ולכן הוא בטל אבל מאחוריו מסתתר חוזה אחר ואמיתי- האם הוא תקף? זה תלוי אם הוא מקיים את דרישות החוזה- מסוימות, גמירת דעת וכו'.

חלק מהחוזים למראית עין אינם חוקיים- למשל הברחת רכוש מנושים או כדי להונות את רשויות המס.

לפעמים זה חוקי כמו למשל להסתיר משהו מקרובי משפחה. למשל- אני עושה חוזה מכר למראית עין עם הבן שלי למרות שזה בפועל חוזה מתנה רק כדי שהילדים האחרים לא יקנאו.

כשחוזה למראית עין הוא בלתי חוקי- מתעוררת שאלה האם דנים בו לפי ס' 13 או לפי ס' 30?

זו נראית שאלה מוזרה כי לפי שניהם הוא בטל אז מה זה משנה? זה משנה כי בחלק מהמקרים יש לזה השלכות, למשל בס' 30- בטלות לפי אי חוקיות- אין את ס' 13 סיפא- הגנה על צד ג' שהסתמך בתום לב על החוזה ולכן זה קריטי ביותר במקרים בהם כן יש צד ג' כזה.

יש גם הבחנה מהותית רעיונית- בטלות לפי ס' 13 זה מפני שבכלל לא נוצר מפגש רצונות, אין גמירת דעת.

בטלות לפי ס' 30- יש גמירת דעת ומפגש רצונות אבל החוק מבטל בגלל תוכן החוזה בלבד.

למשל- חוזה למכירת סמים- מכיוון שזה לא חוקי החוזה בטל.

אז יש גם הבחנה מהותית בין סעיפי הבטלות !

פס"ד בוחסירה

איך ביהמ"ש יודע לאתר שזה למראית עין?

יש מספיק סימנים שביהמ"ש הבין מהם מדוע התקיים חוזה למראית עין (מופיע בסיכום לקראת שיעור 13- להסתכל שם).

**מה ההבדל בין חוזה מלאכותי לחוזה למראית עין? - פס"ד סולל**

 בפס"ד הזה החוזה מלאכותי כי המטרה הסופית היא מכר אבל הם היו צריכים זמן כדי להימנע ממס- זו המטרה היחידה. הצדדים כן התכוונו לבצע חוזה הלוואה מלכתחילה כדי שיעבור הזמן עד חוזה המכר. (מופיע בסיכום לקראת שיעור 13- להסתכל שם).

06/12/2018

**שיעור מס' 14**

פס"ד כרמל נ' טלמון

כרמל פונה לביהמ"ש לבטל את החוזה מחמת כמה טענות, אחת מהן טענת טעות. השופטים בוחנים האם מדובר בטעות שהיא בכדאיות העסקה בלבד:

**חיות** טוענת שמדובר בטעות בכדאיות העסקה ומשתמשת במבחן הסיכון כדי להגיע למסקנה זו:

המוכר לא נעזר בשמאי להעריך את שווי הנכס למרות שנאמר לו ע"י עורך דינו, בסוף הנכס נמכר. הוא לא נעזר בשמאי לטענתו כי מדובר בעסקה עם בנות דודותיו והאמין להן וכי סבר שגם ככה כל הבניין "מתפורר".

**גם פוגלמן משתמש במבחן הסיכון ומגיע למסקנה הזו.**

**מזוז** חושב שמדובר בטעות של 14א ואף מוכן להרחיק לכת ולראות בכך הטעיה- בנות הדודות הצהירו כי הן קונות את החוזה תוך היכרות הנכס. בדר"כ הצהרה כזו נועדה להפחית מאחריות המוכר ולטובתו אבל במקרה הזה מזוז משתמש בזה לרעת הקונות כי הן לא סיפרו זאת למוכר.

**מזוז מפעיל את המבחן המשולב:** לא מדובר לטענתו בטעות של כדאיות העסקה אלא בטעות משותפת לשני הצדדים ויש פער משמעותי בין מה שהוסכם לבין השווי בפועל- מדובר בטעות בפרט מהותי ולטענתו יש להורות על ביטול ההסכם.

אם זה טעות ביחס לטעויות עתידיות- זה בוודאי טעות שבכדאיות העסקה.

ביחס לעבר- כשמדובר בטעות ביחס לעבר או להווה נקודת המוצא היא שזה מאפשר ביטול ולא טעות בכדאיות העסקה שלא מאפשרת אלא אם כן זה מצב דברים שהטועה לקח או אמור היה לקחת את הסיכון לגביו. מזוז חושב בקשר למקרה הזה שמדובר בטעות בקשר לעבר, כלומר ניתן לבטל. הוא אומר גם כי אם נניח שבנות הדודות היו מטעות אותו- כמובן שהיה מדובר בהטעיה.

מבחן הסיכון לא חייב לעבוד ביחס לאותן עובדות, כלומר מה שארע בפועל זו טעות.

מזוז משווה פס"ד זה לפס"ד סויסה נ' כנען (עם התמונה משוק הפשפשים).

טעות סופר- ס' 16 לחוק החוזים

מתייחסת רק לחוזים שנעשו בכתב. ההנחה היא שאין טעות במובן המהותי- הצדדים הסכימו על כל הפרטים וההסכמה הייתה מתואמת. בטעות- אחד הצדדים לא הבין נכון את הדברים.

כאן הייתה התאמה מלאה בכוונות הצדדים אבל חל איזשהו שיבוש טכני בהעברת הדברים אל הכתב.

זה יכול להיות שיבוש שנובע מטעות כתיב, או למשל השמטה של ספרה (100 במקום 1000 למשל).

**פס"ד פרקש נ' שיכון ופיתוח**

לחברה היו נספחי תשלומים מאוד דומים. במסמך המקורי השגוי- נאמר שם שאם ישלמו 30% מהתשלום בלוח זמנים קצר, הסכום יישאר כפי שהוא ללא עליה. בנספח שצורף בטעות ה-70% שעוד לא שולמו- אינם מצורפים למדד. ביהמ"ש הגיע למסקנה שזו טעות סופר (צירוף הטופס השגוי לחוזה).

טעות סופר יכולה להיות גם במסמך שלם. עפ"י ס' 16 טעות סופר יכולה להיעשות "בכתב וכיוצא בכך"- כלומר לא בהכרח בכתב.

המיקום של ס' 16 לפי גלברד- לא מוצלח, כי לא מדובר בפגם בכריתה אלא פגם בתוכן: ההסכמה הייתה במאה אחוזים, הבעיה היחידה היא עם תוכן החוזה כפי שיצא לאור.

גם כשהחוזה לא ברור אנחנו נפרש את החוזה עפ"י מה שהצדדים התכוונו, זו סוג של פרשנות. גם בטעות סופר, צריך לבדוק מה הייתה כוונת הצדדים כי יש קושי טכני שגרם לחוסר דיוק של הטקסט.

ס' 16- כשיש טעות יש הדרכה לתיקון לפי "אומד דעת הצדדים".

ס' 25א- עוסק בפירוש החוזה וגם בו יש שימוש בביטוי "לפי אומד דעת הצדדים".

* יש כלל ראייתי שאוסר להעיד עדות בע"פ כנגד מסמך בכתב: בס' 80 לחוק הפרוצדורה האזרחי העותומני- יש לו 2 חלקים: רישא וסיפא. הסיפא קובע שאסור להעיד בע"פ כדי לסתור תוכן של מסמך כתוב. אם הוגש לביהמ"ש מסמך בכתב שמעיד משהו, אסור להביא עדים לסתור אותו- זה דיני הראיות. המקום השני שהוא מוזכר בו- המנדט הבריטי.
* הנושא של טעות סופר הוא אחד החריגים לס' 80 סיפא.

**פרשנות חוזים**

ס' 24- תוכנו של החוזה יכול להיות ככל אשר הסכימו הצדדים מה שמשקף את חופש החוזים ביחס לתוכנו. יחד עם זאת, הדיון בתוכן מתעורר ב3 מישורים עיקריים:

1. פרשנות- תוכן החוזה יכול לשאת יותר ממשמעות אחת. למשל- טקסט הוא לא מדויק ויכול לשאת פעמים רבות כמה משמעויות- ולכן לאחר מכן בא ס' 25 שעוסק בפרשנות חוזים.
2. השלמה- יש פעמים שהצדדים לא כיסו את כל הפרטים ולכן בא ס' 26 העוסק בזה.
3. התערבות בתוכן החוזה- התערבות ברצון הצדדים.

המישור של פרשנות שואף לגלות מה הצדדים רצו. יש לטעות ולחשוב שהשלמה פועלת נגד הצדדים אבל זו טעות כי לא פועלים נגד רצון הצדדים אלא כדי להוציא את החוזה לפועל כפי שרצו.

המישור של התערבות בתוכן החוזה מתערב ברצון הצדדים משיקולים חברתיים שמצדיקים לדעת החברה באמצעות בית המחוקקים שלה התערבות בחופש החוזים. חופש החוזים מתנגש עם עקרונות משפטיים אחרים. כשיש התנגשות כזאת עושים איזונים- לפעמים חופש החוזים גובר ולפעמים עקרונות אחרים.

**פרשנות-** פרשנות של חוזה היא תלוית טקסט ונסיבות. הפרשנויות בין חוזים שונות ושני שופטים יכולים להיות חלוקים בפרשנות של חוזה מסוים. היישום של הפרשנות היא מיומנות. בדיני חוזים הכמות הגדולה ביותר של פסקי דין היא בנושא פרשנות חוזים.

פרשנות תכליתית= זו פרשנות שמחפשת מטרה- מה מטרת החוק? הפרשנות בעולם המשפט היא בדר"כ פרשנות תכליתית. אנו מבדילים בין פרשנות אובייקטיבית לסובייקטיבית. סובייקטיבית= רוצים להתחקות אחר מטרת כותב הטקסט.

פרשנות אובייקטיבית= הגשמת תכליות מקובלות כגון עקרון תום הלב וכו'.

מתי משתמשים בסובייקטיבית ומתי באובייקטיבית?

תלוי באיזה טקסט משפטי מדובר. למשל- אם אנחנו לוקחים טקסט של צוואה ויש בעיה בהבנה, נפרש לפי פרשנות סובייקטיבית כי מפרשים לאור כותב הצוואה- הרצון הסובייקטיבי שלו. גם אם זה לא סביר- זה היה רצונו. לכן ברור שבטקסט משפטי מסוג של צוואה נלך לפרשנות סובייקטיבית.

לעיתים נפרש בצוואה גם בפרשנות אובייקטיבית, למשל- 2 יורשים שיש ביניהם סכסוך על ס' הצוואה וביהמ"ש לא מצליח להבין איזו פרשנות סובייקטיבית באמת מקיים את רצון המצווה. השופט בלית ברירה יפרש לפי פרשנות אובייקטיבית- לפי מה שסביר או הגיוני.

חוקה- חוקה מוצלחת אמורה להיות טקסט בן דורי- יכול להישאר אותו טקסט שסופג אליו תפיסות משתנות בהתאם לזמנים. זו פרשנות לפי תכליות אובייקטיביות- התפיסות שמשתנות בחברה במהלך הזמן.

מה בדיני חוזים? בדיני חוזים תהייה עדיפות לתכלית סובייקטיבית משותפת וההנחה שאם נכרת חוזה היא קיימת. יש גם מקום לתכליות אובייקטיביות כשלא ניתן לזהות את התכלית הסובייקטיבית במקרים בהם אין באמת תכלית סובייקטיבית כגון חוזים אחידים.

לכן בגדול בדיני חוזים נחפש את התכלית הסובייקטיבית המשותפת ורק אם אין ברירה- תכלית אובייקטיבית.

11/12/2018

**שיעור מס' 15**

יש משקל אובייקטיבי לפרשנות של חוקים אולם לעיתים יש מקום לפרשנות סובייקטיבית- תלוי במקרה.

ביחס לחוזים- הפרשנות תהייה תכלית סובייקטיבית שמשקפת את כוונתם של שני הצדדים ולא רק של אחד מהם. במצב שלא ניתן לגלות את כוונתם או שאינה קיימת- נלך לפרשנות אובייקטיבית.

**ס' 25(א)**

עוסק בתכלית סובייקטיבית- "לפי אומד דעתם של הצדדים"- כוונתם המשותפת והתכלית הסובייקטיבית שלהם. זו מטרת העל של הפרשן בדיני חוזים. אם אנחנו יודעים את כוונתם של הצדדים- ניתן לעצור בשלב הזה כי ההמשך במידה רבה עוסק בדיני ראיות ומהם המקורות שמתוכם אנחנו אמורים לברר את כוונת הצדדים באין היא קיימת. גמירת הדעת ואומד הדעת זה אותו דבר בהקשר זה- מה שהצדדים חשבו והתכוונו ביצירת החוזה. החוק בעצם גולש לדיני ראיות, מאיפה ניתן להבין את כוונתם: מתוך החוזה ומנסיבות העניין- עפ"י לשון הס'. כל מה שניתן להפיק מהחוזה כטקסט: המשמעות הלשונית שלו- מה החוזה אומר וברוב המקרים המשמעות הלשונית יכולה להבהיר את כוונת הצדדים כי הניסוח מעיד על זה. אבל אפשר להפיק מחוזה עוד דברים: בפס"ד אפרופים השופט מצא מייחס חשיבות לס' הנתון במחלוקת מבחינת המיקום שלו. עצם העובדה שזה ממוקם כאן- ביחס לס' הקודמים, עזר לו להגיע לפרשנותו בפס"ד זה.

נסיבות להבדיל מהחוזה זה מה שנמצא מחוץ לחוזה. בתוך כל העולם הזה שנמצא מחוץ לחוזה צריך לאתר את הנסיבות שיעזרו לנו להבנת אומד דעתם של הצדדים. למשל באפרופים- הנסיבות היו מצוקת דיור חריפה עקב גל העלייה הגדול בשנות ה-90. כלומר על הפרשן לבודד את הנסיבות הרלוונטיות להבנת אומד דעתם של הצדדים. זה יכול להיות סיבות כלליות כמו בפס"ד אפרופים ואלה יכולות להיות נסיבות רקע ספציפיות, למשל- מה דובר בצדדים במו"מ ספציפית. נסיבות נוספות שנלקחות בחשבון זה האופן שבו הצדדים התנהגו לאחר כריתת החוזה אם ההתנהגות שלהם עשויה ללמד על ההבנה שלהם ביחס לטקסט השנוי במחלוקת. למשל- אם יש חוזה מכר לתקופה ארוכה וכתוב שם שהמחיר צמוד לדולר ועכשיו מתעוררת בין הצדדים מחלוקת- אחד אומר הדולר הקנדי והשני הדולר האמריקאי. יכול להיות שאם נעקוב אחר המו"מ זה ישפוך אור על כוונת הצדדים, אבל גם יכול להיות שהתשלומים ששולמו עד כה במהלך התקשרות ביניהם היו צמודים לדולר הקנדי ופתאום ערכו ירד והצד שמפסיד מזה יטען לדולר האמריקאי- כאן בוודאות התנהלותם מלמדת אותנו מה היה אומד דעתם.

**לסיכום:** חוזה זה כל מה שאפשר להפיק מהטקסט החוזי. נסיבות משמען נסיבות רקע/ספציפיות/התנהגות הצדדים לאחר כריתת החוזה.

**ס' 25(א) הוא העיקר! אם השופט הצליח לגלות מתוך הנסיבות את כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים- הוא סיים את מלאכת הפרשנות! אם הוא לא מצליח נמשיך לתכליות האובייקטיביות שביתר הסעיפים.**

**ס' 25(ב)**

הוא אובייקטיבי כי הוא קובע כלי שלא קשור בהכרח לכוונת הצדדים באשר לחוזה.

**שאלה למבחן- איזה סוגיות משקפות את הרעיון של קיום חוזה שתמיד יש לו עדיפות?**

לא בכל מקרה התכלית האובייקטיבית של ס' 25(ב) תהייה רלוונטית. היא תהייה רלוונטית כאשר שני הפירושים מאפשרים את קיום החוזה. הס' הזה מיועד למצב מאוד מיוחד ודי נדיר- כשפירוש אחד מביא לאפשרות שהחוזה יקוים והפירוש השני מוביל לכך שלא יקוים.

**דוגמת מבחן:** ראובן ושמעון עשו חוזה בקשר לסוכריות ורודות במחיר של 100 אלף שקלים. אבל אחד מהם אומר שהסוכריות זה שם קוד של כדורי אקסטזי והשני אומר שזה סוכריות ורודות במשמעות הרגילה. אז מה הפרשנות כאן? קודם כל, אם זה אקסטזי- זה חוזה בטל כי הוא לא חוקי עפ"י ס' 30.

אבל אם זה סוכריות ורודות ניתן לקיימו. לכן יש לברר את אומד דעת הצדדים- המחיר מעיד על זה שמדובר דווקא בכדורי אקסטזי. אם הם סוחרי סמים- זה גם מעיד על זה. אם הם כרתו את זה בגבול לבנון וקבעו שהסוכריות תזרקנה מעבר לגדר- זה גם מעיד. כלומר- ניתן להיעזר בנסיבות. אם מסתבר שאחד הצדדים באופן סובייקטיבי והוא יוכל להוכיח את זה- זאת לא הייתה כוונתו, יכול להיות שיש לו טענה של טעות (14א או 14ב). העדיפות בכל מקרה תמיד תהייה ל25א- פרשנות סובייקטיבית אבל אם זה לא ברור רק אז נלך ליתר הסעיפים כמו 25ב- פרשנות אובייקטיבית.

**עוד הערה ליחס שבין 25א ל25ב או בכלל ליחס שבין תכליות סובייקטיביות לתכליות אובייקטיבית:**

אם הצלחנו לגלות לפי 25א לא נלך לס' 25ב- את זה כבר אמרנו. אבל אם מסתכלים בפסיקה רואים שזה לא מדויק- כאשר השופט חושב שמתוך החוזה והנסיבות הוא יודע מה כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים, אם יש תכליות אובייקטיביות שמוליכות לאותה תוצאה- הוא ישתמש גם בהן כדי לחזק את פסה"ד שלו והוא יעשה זאת כדי לחזק את פסה"ד שלו כדי שבעליון לא יהפכו אותו. לכן כשיש תכליות אובייקטיביות שתומכות בסובייקטיביות- השופט יסביר אותן. לעומת זאת, אם התכליות האובייקטיביות יהפכו את הסובייקטיביות- הוא יפרש רק עפ"י הסובייקטיביות כי זו העדיפות.

נחזור לדוגמת הסוכריות- אם המחיר בחוזה היה משקף מחיר של סוכריות אמיתיות, מדובר באנשים תמימים וגם לשון החוזה מעידה על זה, השופט יעדיף את הפירוש הסובייקטיבי. **אבל אם התכלית האובייקטיבית של 25ב מעידה גם היא על אותה תוצאה- השופט ימשיך לפרש גם לפי סעיף זה, כדי לחזק את פסק דינו, אבל אם לא- אז הוא יעצור בא'.**

**ס' 25(ג)**

דוגמה לס' כזה- נניח בחוזים בין ספקים: סיטונאים וקמעונאים נהוג להשתמש בביטוי שוטף+ שאומר שהכסף או הסחורה יסופק תוך 90 יום (למשל) מסוף החודש שבו סופקה הסחורה. עם הנתון הזה יש חוזה בין ראובן לשמעון וכתוב שמועד התשלום הוא שוטף+ 90. עכשיו הקונה טוען שמועד התשלום הוא כמו שהוסבר- 90 יום מהראשון לינואר (לאחר סוף החודש דצמבר בו סופקה הסחורה). המוכר טוען- סופרים 90 יום מיום חתימת החוזה ובכך לא מסכים. למה זה חשוב? כי בחוזה כתוב שעל כל יום איחור יש פיצוי מוסכם של 2,000 ₪ למשל. איך אנחנו אמורים לנתח? **דבר ראשון נתחיל מס' 25א בבדיקת הנסיבות- אולי במו"מ הם דיברו על זה וניתן ללמוד על כוונתם משם. אם אנחנו יכולים לגלות למה הם התכוונו באופן סובייקטיבי גם אם זה שונה מהמשמעות המקובלת בשוק, תמיד תהייה עדיפות ל25א. רק אם לא הצלחנו נמשיך הלאה לסעיפים הבאים. נמשיך לס' הבא אם הוא תומך בפרשנות הסובייקטיבית או לא הצלחנו בכלל לפרש עפ"י הפרשנות הסובייקטיבית. הערה כללית- העובדה שזו הפרשנות המקובלת בשוק יכולה לשמש כנסיבה באמצעות פירוש של ס' 25א מאחר ומדובר בנסיבות שקשורות לאותו מקרה.**

**גם ס' 25ד הוא תכלית אובייקטיבית ספציפית המתאימה למעל ביטוי שיש לו משמעות מקובלת בשוק.**

**שאלה-** מה יקרה אם יש מחלוקת בפירוש- צד א' טוען לפירוש א' וצד ב' טוען לפירוש ב' של ביטוי בחוזה, כאשר: פרשנות א' תוליך למצב שהחוזה יקוים, פרשנות ב' תוליך למצב שהחוזה בטל אבל פרשנות ב' היא המשמעות המקובלת של אותו ביטוי בשוק הספציפי. כלומר- יש ניגוד בתכליות?

**תשובה-** גם כאן נתחיל קודם כל מס' 25א כי זה מה שמעניין אותנו! אבל אם לא ניתן לפרש עפ"י הפרשנות הסובייקטיבית הזאת, מה שיקרה זה: בדר"כ יש יותר מתכלית אובייקטיבית אחת שאפשר להשתמש בה. יש כמה שעשויות להיות רלוונטיות לפרשנות ואז צריך לראות כמה נוטות לטובת איזו צד. אם מדובר במצב קשה של שוויון וקשה להכריע, זה תלוי בפרשנות השופטים במקרים הללו.

**ס' 25(ד)**

ס' זה מפנה אותנו לס' בחוק הפרשנות שעוסקים בפרשנות של ביטויים שונים- זה סוג של מילון לביטויים- "חיקוק", כלומר חוק או תקנה- צווים של רשויות מנהליות. אז מפרשים אותם לפי חוק הפרשנות וזה תמיד בתנאי שההקשר הרלוונטי לא מפנה לפרשנות הספציפית. אם ההקשר בחוק מחייב פרשנות אחרת אז מפרשים אחרת ואם לא אז הולכים לפי פרשנות חוק הפרשנות.

ס' 25(ד) אומר שהס' הללו בחוק הפרשנות חלים גם על דיני חוזים.

**דוגמה-** ראובן חתם על חוזה שכירות של חנות בקניון חדש שבנו בגבעת שמואל. הוא מתכוון לפתוח שם פיצרייה. הוא דרש מבעלי הקניון שבכל הקניון לא תהייה עוד פיצרייה אז הם כתבו בחוזה שהחברה שמשכירה לו מתחייבת לא להשכיר חנות למטרת פיצרייה לכל אדם. עכשיו יש מחלוקת: החברה רוצה להשכיר עוד חנות לפיצרייה לחברה אחרת בטענה שהיא לא אדם אלא חברה. מה התשובה?

**תשובה-** גם כאן, קודם כל נפרש לפי ס' 25א ואם אפשר להסיק ממנו את התשובה נוכל לפתור את הבעיה ולהבין את אומד דעתם של הצדדים. אבל אם לא ניתן להבין זאת, נמשיך ל25ד' כדי לפרש מה הכוונה באדם- האם גם המונח הזה כולל גם חברה/תאגיד? גם אם לפי 25א נבין שהפרשנות הייתה כוללת חברה/תאגיד ו25 ד יתמוך בזה, נפרש גם כן על פיו כדי לחזק את פסק הדין.

**יש עוד 3 תכליות אובייקטיביות (כשהסובייקטיבית לא ידועה) חשובות שמשתמשים בהן הרבה מאוד:**

1. פרשנות שמוליכה לתוצאה הגיונית וסבירה עדיפה על פני תוצאה בלתי סבירה. לפעמים אנחנו מוצאים ביטויים שהם תת מקרה של התכלית הזו, למשל- בהרבה חוזים מסחריים הרבה פס"דים שעוסקים בפרשנות של סכסוך מסחרי ביהמ"ש בודק את ההיגיון הכלכלי של העסקה- הוא מפרש את החוזה באופן שיקיים את ההיגיון הכלכלי של העסקה. יש פירוש אחד שמוביל לתוצאה הגיונית מבחינה הגיונית ומסחרית ופרשנות אחרת שמובילה לתוצאה אבסורדית. זה בעצם תת מקרה של התכלית הכללית יותר. יש הרבה מאוד פסיקה שמשתמשת בכלל הפרשני הזה.
2. תום לב- פרשנות שתגשים או תביא לתוצאה שמתיישבת לתוצאת תום הלב, כלומר לתוצאה הוגנת ומוסרית- עדיפה על פירוש שאינו מתיישב עם עקרון תום הלב. עקרון תום הלב הוא עקרון על במשפט. אבל אפילו תכלית כזו: א. כפופה ל25א. ב. אפילו תכלית כזו חשובה לא תמיד רלוונטית גם כשנדרשים לתכליות אובייקטיביות, כי לפעמים שתי הפרשנויות מובילות לאותה תוצאה ולכן זה ישמש אותנו רק כאשר הפירוש השני מוביל לתוצאה לא טובה.
3. תכלית מיוחדת- שהכניסו אותה לתוך החוק בתיקון חוק החוזים **וזה ס' 25ב(1)**. התכלית הזאת הייתה קיימת בפסיקה תמיד עוד לפני הקמת המדינה. זה כלל משפטי שמקובל בכל שיטות המשפט והוא נקרא- "כלל של פרשנות כנגד המנסח": אם צד אחד ניסח את החוזה (לרוב בחוזים אחידים) ומתעוררת מחלוקת פרשנית ביחס לאחד הסעיפים, צד אחד טוען פירוש שעובד לטובת מי שניסח את החוזה והפירוש השני של הצד האחר עובד לרעת זה שניסח את החוזה, הפרשן- כתכלית אובייקטיבית, יעדיף את הפירוש שעובד כנגד הצד המנסח. במבט ראשון זה מוזר מפני שבכל הכללים- התכליות שלהם עובדות על הסתברות, הן בוחרות בכלל שמשקף את אומד הדעת של רוב בני האדם. אבל פה זה כאילו עובד הפוך- אנחנו מניחים שמי שניסח את החוזה ניסח את הכלל הבעייתי הזה לטובתו והפירוש הזה מעדיף את הפירוש שעובד נגדו. אבל צריך לזכור שהתכלית הסובייקטיבית עובדת לטובת שני הצדדים ולכן זה שהוא ניסח את החוזה- לפי הפרשנות הסובייקטיבית צריך לעשות זאת לטובת שני הצדדים. אז מה הסיבה לכך?
4. יש פה עניין של שיקולי צדק מ2 סוגים: 1.כשיש מחלוקת על ס' בחוזה זה אומר שהוא לא מנוסח מספיק טוב וזו תקלה. מי גרם לתקלה? זה שניסח ולכן הוא צריך לשאת בתוצאות.

2.שיקול נוסף של צדק- אם החוזה נוסח ע"י צד אחד (למשל בנק), נניח שרוב הסעיפים שכתב הם לטובתו, אז אם יש משהו לא ברור- ניטה דווקא לטובת הצד השני.

1. ניתוח כלכלי של המשפט- הצד שמנסח את החוזה הוא מונע הנזק הזול- כי הוא זה שיש בידיו האפשרות בעלויות נמוכות יותר למנוע מראש את התקלה. אם המנסח הוא מונע הנזק הזול אנחנו רוצים לתמרץ אותו לפעול כך.
2. הכלל המשפטי הזה שנראה כלל תמים- הוא בעצם כלל שעוזר לנו לשמור על האינטרסים של צדדים חלשים בחוזים. אנחנו מניחים שהצד שמנסח את החוזה לא סתם קיבל את הפריבילגיה של הניסוח- הוא לרוב חזק כלכלית, מבחינת ידע ומשאבים. למשל: בנק/חברת ביטוח וכו'. כאן במישור הפרשני יש לנו אופציה להגן על צד חלש- שיכול להיות עובד מול מעביד, לקוח מול פירמה גדולה וכו'. הכלל הוא עד כדי כך חשוב שכשתוקן החוק, הוא תוקן לצורך ב25א. באותה הזדמנות משרד המשפטים הכניס גם את25(ב)1 והרחיב אותו.
* **למרות שמקור התכליות הנוספות האלה בפסיקה ולא בחוק- אין הבדל במעמד הנורמטיבי!**

**איך מבררים את אומד הדעת הסובייקטיבי של הצדדים (25א)?**

זה הפך לנושא שחרג מדיני החוזים- הדיון הזה החל בפס"ד אפרופים.

משום מה היו בעיקר בכנסת מי שחשבו שגישת ביהמ"ש העליון שבאה לידי ביטוי בפס"ד אפרופים משקפת אימפריאליזם של ביהמ"ש העליון, כלומר גישה סופר אקטיביסטית. התפיסה של חלק מהח"כים הייתה שכמו שבתחום של משפט חוקתי ביהמ"ש העליון לקח לעצמו את הכוח לפסול חוקים של הכנסת. הטענה הייתה שכמו שביהמ"ש העליון השיג את גבולה של הרשות המחוקקת בפס"ד המזרחי ומה שבא בעקבותיו ככה הוא עושה גם כלפי החירות של האדם הפרטי בדיני חוזים בפס"ד אפרופים.

מקובל לומר שחוזה זה החוק הפרטי של הצדדים אשר מחייב אותם וייאכף באמצעות המערכת המשפטית. הטענה הייתה שבפס"ד אפרופים העליון אומר לצדדים שלא מעניין אותו מה נאמר בחוזה- אלא הוא קובע מה נאמר שם ולכן הוא עשה כלפי האוטונומיה של הרצון בפרטי את מה שעשה לכנסת כלפי האוטונומיה של הכנסת. (לדעת גלברד- זו טענה מופרכת).

**פס"ד אפרופים**

**לקרוא את סיכום הפס"ד בתיקיית סיכום שיעורים- הכנה לשיעור מס' 15 + מספר המחשבות.**

יש לנו 2 סנקציות בפס"ד זה:

1. אם החברה לא עומדת בזמן של בניית הדירה.
2. אם הקבלן לא דורש מהמדינה לרכוש מהחברה את הדירות בזמן.

בין הצדדים אין מחלוקת לגבי ס' 6(ז) באשר לסנקציה באיחור בבנייה באזורי ביקוש גבוה: על כל חודש של איחור בתאריך יש הפחתה של 2% מהמחיר שהובטח ע"י המדינה עבור מחירי הדירות.

ס' 6ח(2) עוסק באיחור בבקשת מימוש הרכישה ע"י המדינה באזורי ביקוש גבוה ויש הפחתה של2% על כל חודש של איחור- גם כאן יש הסכמה בין הצדדים.

ס' 6ח(3) עוסק באיחור באזורי פריפריה- שם סנקציה גדולה יותר וההפחתה תהייה של 5% מהמחיר המלא (מדובר על איחור בהצגת דרישת הקבלן לממש את התחייבות המדינה).

מה שחסר כאן זה סנקציה באיחור בבנייה באזורי ביקוש גבוה. זה חסר בחוזה הזה.

אפרופים בנתה באזור פיתוח. היא לא איחרה בהצגת דרישת המימוש- הציגה אותה איך שיכלה (18 חודשים לאחר תחילת הבנייה כמתחייב בהסכם). הם כן איחרו במועד הבנייה עצמה וקיבלו הארכה אבל גם לא עמדו במועד ההארכה ואיחרו בחודש וחמישה ימים. המדינה הפחיתה בשל כך 6% מהמחיר המלא בנימוק שהיה איחור במועד הבנייה. אפרופים טענה שאין סנקציה בקשר לאיחור כזה- הסנקציה לא מדברת על איחור בבנייה אלא על איחור בהצגת הדרישה מול המדינה, לטענת אפרופים. המדינה טענה שהאיחור מדבר על איחור בבנייה עצמה.

המדינה ערה לזה שמה שהיא אומרת לא כ"כ מתיישב עם מה שכתוב- זה לא כתוב ברחל בתך הקטנה.

המדינה אומרת שהחוזה נוסח בלחץ והוא לא יצא מוצלח- אבל הנסיבות מלמדות שזו הייתה כוונת הצדדים ויעידו על כך התגמולים שנתנה המדינה לחברות השונות.

הסנקציה הכי חשובה בחוזה היא על איחור בחוזה באזורי פיתוח. המדינה טוענת שלא יכול להיות שהסנקציה הכי חשובה לא נמצאת בחוזה ולכן גם אם הנוסח לא ברור, הכוונה ברורה מתוך ההקשר והנסיבות ולכן כך צריך לפרש את החוזה.

אפרופים דוחה את זה ואומרת שסעיף 6ח(3)- לא מדבר על זה באופן מפורש ולכן המדינה לא יכולה לטעון את טענתה.

**האם אפשר לעשות כאן השלמת החסר?** ברק מדבר על ההשלמה בסוף פסה"ד- בהמשך נבין למה הנושא עוסק בפרשנות ולא בהשלמה.

בפסקי דין של ביהמ"ש העליון, העליון חובש 2 כובעים: עליון וערעורים. רוב פסה"דים של העליון- אין בהם חידושים.

רוב הניתוח של ברק כאן עוסק בפרשנות חוזית.

**המחוזי בפסיקתו פוסק עפ"י תורת שני השלבים- מסתכל קודם כל על לשון החוק ופוסק כי מלשון החוזה לא משתמע הפירוש שתומך בעמדת אפרופים. דבר נוסף- מיקום הס' שתומך בעמדת אפרופים.**

**נימוק נוסף- כשמנסח החוזה רצה לדבר על איחור בבנייה הוא ידע לעשות זאת. ס' 6(ז) מוכיח זאת, מכאן ניתן להסיק מה הייתה כוונת הצדדים- העולה בקנה אחד עם עמדת אפרופים.**

**המדינה** טענה שהחוזה לא נוסח בצורה טובה עקב הלחץ שהיה בדבר הזרז בבניית הדירות וכי בשל הנסיבות ניתן להסיק שהכוונה הייתה באיחור בבנייה ולא בהצגת הדרישה ע"י הקבלן.

ביהמ"ש המחוזי גם דן באפשרות שעלתה ע"י המדינה מבחינת השלמה- הרי בחוזה חסר ס' בדבר איחור בבנייה באזורי פיתוח. השופט במחוזי אומר שעושים השלמה של החוזה רק כשיש חסר שהוא הכרחי לצורך אפשרות קיום החוזה ולא כמו במקרה כזה- שאעפ"י החסר יש חוזה. כלומר לא "רצים לעשות זאת". במקרה הזה, החוסר הוא סנקציה- וחוסר זה הוא לא חוסר מהותי לכריתת החוזה.

איך אפשר להסתדר בלי זה? אם באזור נמוך אפרופים איחרה ונגרם נזק למדינה, המדינה תוכיח את הנזק ותקבל פיצויים עפ"י חוק התרופות. מכאן שהס' החסר הוא לא הכרחי- ניתן להסתדר גם בלעדיו.

לכן ביהמ"ש דוחה (לדעת גלברד בצדק) גם את טענת החסר בחוזה.

13/12/2018

**שיעור מס' 16**

בפס"ד אפרופים, השופט מצא מביא את הדוגמה שנתן ברק: שני צדדים קראו למכונה מסויימת בשם "סוס"- במקרה כזה על ביהמ"ש ללמוד את נסיבות המקרה ולהבין שלא מדובר בסוס גרידא אלא במכונה הנקראת כך. בכך מסכים עם דעתו של ברק.

**מצא דוגל בפרשנות דו שלבית אבל מסכים שיהיו מקרים נדירים וחריגים שבהם נשתמש בנסיבות החיצונית כדי להבהיר את הטקסט החוזי גם אם לכאורה באופן אובייקטיבי המשמעות שלו תהייה ברורה וחד משמעית כמו "סוס".** אם כן, איך אפשר להבדיל בין מקרה בו מדובר בסוס אמיתי או משמעות אחרת? לפי מצא, השופט צריך תמיד להסתכל על מכלול הנסיבות כדי לדעת אם זה מקרה חריג ויוצא דופן ואם כן מותר לו להשתמש בנסיבות כדי לסתור לכאורה את הטקסט ואם זה לא מקרה יוצא דופן- הטקסט הוא זה שקובע. מכך יוצא תמיד שעל השופט להסתכל על הנסיבות.

המצב לפני פס"ד אפרופים היה ללא פרשנות דו שלבית מחייבת, ניתן לראות בפס"ד זה שמצא אכן תומך בדעה זו אך בהמשך, לדעת גלברד, הוא לא שונה מברק.

הוויכוח בין פרשנות דו שלבית וחד שלבית הוא וויכוח על דיני ראיות. הדין המהותי הוא- "חוזה יפורש עפ"י אומד דעתם של הצדדים". אבל המחלוקת היא איך לברר את אומד דעתם- האם רק לפי החוזה או גם לפי הנסיבות? זה וויכוח שמתקשר לדיני הראיות.

כדי לדעת אם מדובר במקרה חריג ויוצא דופן צריך להסתכל על הנסיבות ולכן יוצא שתמיד צריך להסתכל על הנסיבות. נקודת המוצא היא שכוונת הצדדים היא לפי המשמעות הלשונית של החוזה ושזה המקור המשמעותי והמהימן ביותר שיש לו את המשקל הרב ביותר בפרשנות החוזית.

כלומר לנסיבות יהיה משקל נמוך יותר בהשוואה ללשון החוזה.

**נובע שמצא תמיד מוכן להסתכל על הנסיבות- לדעת גלברד אין הבדל בין מצא לברק למעט בדבר אחד: איך הם מיישמים את ההלכה הזאת בפס"ד אפרופים- שם לדעתו, דעת המיעוט של מצא הגיעה לתוצאה יותר נכונה.**

עוד הערה מעניינת של השופט מצא מתייחסת למה שכתב השופט לוין- השופט לוין אמר שהמדינה עשתה חוזה שאין בו חסר. הוא מקבל את פרשנות המדינה שס' 6ח3 בחוזה עוסק באיחור בבנייה באזורי ביקוש נמוך. 6ח2 עוסק באיחור בהצגת דרישת המימוש בשני האזורים ו6ח1 עוסק באיחור בבנייה באזורי ביקוש גבוה. השופט מצא מעיר על זה שאף אחד מהצדדים לא חושב שזאת הפרשנות של החוזה: לא המדינה ולא אפרופים. אם יש פירוש ששני הצדדים מסכימים לגביו, יש לכבד את זה. אם שני הצדדים אומרים שפירוש X לא משקף את כוונתם, השופט לא יכול להגיד שזו הייתה כוונתם.

**ברק** אומר שיכול היה לפתור את הסוגיה גם בדרך של השלמה אם הפרשנות שלו לא נכונה. **מצא** אומר לברק כי המדינה לא טענה את זה, אז מדוע שנדון בכך? לדעתו, המסקנה בעניין החסר שיש ללכת לחוק התרופות ויש לגשת לשם במידה וחסר.

כשהולכים לתכלית סובייקטיבית הדבר היחיד שמעניין אותנו זה מה הצדדים חשבו.

מדובר כאן בחוזה אחיד. אבל בחוזים אחידים אנחנו לא מחפשים תכלית סובייקטיבית- חוזים כאלה מפרשים לפי תכליות אובייקטיביות. זה די מוזר שמחפשים כאן תכלית סובייקטיבית על גבו של חוזה אחיד. זה מוזר שפסה"ד שעוסק באיך צריך לעבוד עם תכלית סובייקטיבית נעשה לגבי חוזה אחיד של המדינה ובנוסף- אנחנו עוסקים ביחס של חוזה ונסיבות.

**נתעמק בפסה"ד של ברק כי זה מה שקובע את ההלכה בפס"ד זה**

רוב פסק הדין מתעסק בלמה צריך לעבור מתורה דו שלבית לחד שלבית.

ברק אומר "אין מילים ברורות כשלעצמן"- גם טקסט שנראה ברור, כשאנחנו לומדים את הנסיבות יכול להתברר שהוא בכלל לא ברור ולא מפרש את כוונת הצדדים.

נימוק אחד של ברק: ממילא הגבול שבין חוזה ובין הנסיבות הוא לא תמיד חד וברור. למשל הלחץ של המדינה לבנות דירות- זה אמנם מידע חיצוני מהחוזה כי זו הייתה המציאות אבל המידע הזה נמצא גם בחוזה לאורך כולו.

הנקודה השנייה שברק אומר- "תורת שני השלבים אינה לוקחת מספיק ברצינות את אומד דעתם של הצדדים": המטרה העליונה היא כוונת הצדדים ולכן כל אמצעי צריך להיות כשר לעניין בתנאי שהוא אמין ורלוונטי ויש להתחשב בו (דוגמת הסוס והמכונה).

יש כלל שאומר- אם החוזה ברור אסור לקבל ראיות על נסיבות זה כלל של קבילות לפי ברק.

ברק מראש אומר מה המשקל- צריך לתת משקל עיקרי למשמעות שעולה מתוך הלשון הרגילה של הטקסט החוזי כי זאת הראיה עם הטקסט הכי חשוב. השופט יסתכל גם על הנסיבות, לרוב ייתן להן משקל נמוך, אלא אם כן ברור מתוך הנסיבות שהטקסט שנראה ברור הוא לא ברור והצדדים התכוונו למשהו אחר.

אם אנחנו מקבלים את השיטה החד שלבית, התוצאה המידית של זה היא הארכה של ההליכים בערכאה הראשונה אבל זה מחיר שלדעת ברק שווה לשלם כדי לדעת מה הייתה כוונת הצדדים.

לאחר מכן אומר ברק עוד נימוק מעניין: דיני החוזים זה לא אוסף מקרי של כללים יש איזושהי לוגיקה פנימית. יש לבחון את הלוגיקה הפנימית של הצדדים.

גם ברק מסכים שאין לגיטימציה לשופט לפרש את החוזה בניגוד לחוק. אפשר לפרש את החוזה אם אפשר להשעין את הפרשנות על לשון הס'. ברק יודע שלשון הס' היא דו שלבית והיא יכולה לסבול גם פרשנות חד שלבית.

גלברד חושב שיש טקסט ברור- יש טקסטים שכמעט כולם יסכימו שהוא מתכוון לפרשנות מסוימת אבל אם יש טקסט שיש מחלוקת ברורה לגביו- אז הוא לא ברור. לכן טקסט יכול שיהיה חד משמעי.

גם לשון החוק לא מונעת מאיתנו מלעבור לפרשנות חד שלבית לפי ברק.

אם זאת הגישה של ברק, ברוב מכריע של המקרים לא יהיה הבדל בפרשנות הסופית בין שופט חד שלבי לשופט דו שלבי. ב99% הם יגיעו לאותה תוצאה פרשנית. מהבחינה הזאת הפרשנות החד שלבית שברק מציע היא מאוד שמרנית- היא נותנת משקל מרכזי מאוד ללשון החוזה אבל היא עוד יותר שמרנית כי בסוף הדיון של ברק בנושא שמרנות הוא גם אומר עוד משהו: הוא אומר שאם יש טענה שלצדדים יש "שפה" משלהם- זה סיפור מצד אחד, אבל אם זאת לא הטענה- וטענה כזאת לא הושמעה בפרשה זו (אפרופים), הוא לא יוכל לבחור בפרשנות שעולה מהנסיבות אלא אם יוכל למצוא לה פרשנות בתוך החוזה.

אז הוא מצמצם עוד יותר את האפשרות לסטות מלשון החוזה במובן שגם אם השתכנעתי שעפ"י הנסיבות מסתבר שהצדדים התכוונו למשהו שהוא שונה מלשון החוזה, אם לא מדובר בשפה פרטית, אני לא אוכל לבחור בפרשנות הזו שעולה מתוך הנסיבות אלא אם אוכל למצוא לה עיגון גם בלשון החוזה.

זאת למעט שני חריגים:

1. חריג אחד כתוב בחוק עצמו: טעות סופר. בטעות סופר אם מתוך הנסיבות עולה כוונה ששונה ב180 מעלות ממה שכתוב בחוזה, אין לה עיגון למה שהצדדים הסכימו אבל בכל זאת הפרשן ימחק את זה מהחוזה.

2. כאשר יש מקרה שאם לא נאמץ את הפרשנות שעולה מהנסיבות התוצאה תהייה אבסורדית.

 עד כאן, זו גישה ששומרת על כוונת החוזה לאור רצון הצדדים. **עכשיו מתחילה הבעיה- מהכלל אל הפרט.** **כשמיישמים את תורת ברק על עובדות אפרופים.** ברק מסתכל גם על ס' 6ח3 וגם על הנסיבות. הוא מסתכל על החוזה ועל הנסיבות. מתוך הנסיבות ברור שהסנקציה הכי חשובה שהייתה אמורה להיות היא איחור בבנייה באזורי פריפריה. אבל הבעיה שאין לה שום אחיזה בלשון ס' 6ח3. אם כך, הוא יוכל להעדיף את הפרשנות של המדינה רק באחת משתי האפשרויות: או טעות סופר או אבסורד. ביחס לטעות סופר, ברק כותב בפסה"ד בהגינותו שאין אופציה לטעון לטעות סופר כי המדינה לא טענה את זה ובטעות סופר צריך להוכיח בעובדות דבר שלא מתקיים פה. לא יכול להיות שבחוזה לא תהייה סנקציה על איחור. אבל אין גם אבסורד כי יש את חוק התרופות. העובדה שאין פיצויים מוסכמים לא יכולה להיות אבסורד כי אם יש נזק אז יש את חוק התרופות והוא ייתן פיצוי על הנזק. אם אין נזק אז העובדה שאין פיצויים היא לא אבסורד.

אז לכן יש ביקורת כ"כ גדולה לא על החלק העקרוני של פסק הדין אלא על היישום שלו בעובדות הקונקרטיות. **ברק מעדיף לבסס את פסה"ד שלו על פרשנות ולא על השלמה.**

בקהילה המשפטית התפתח דיון סוער מאוד סביב פס"ד אפרופים. פסה"ד הזה שימש כלי לניגוח של ביהמ"ש בידי מי שהתנגדו לגישה האקטיביסטית של ביהמ"ש העליון שעד כה באה בעיקר לידי ביטוי בתחום של המשפט החוקתי. הטענות נגד פס"ד אפרופים באו בעיקר משתי קבוצות: קבוצה אחת חברי כנסת ופוליטיקאים שהיו נגד המגמה של ביהמ"ש העליון בביטול חוקים של הכנסת והטענה הייתה שביהמ"ש "לא עוצר באדום"- מתערב בחוקים הפרטיים שהצדדים מייצרים לעצמם- בחוזים. זה יצר רעש מאוד גדול במערכת ואחד המקרים הנדירים שהרעש הזה הגיע לאוזני השופטים והם הבינו שזו הייתה טעות לא לאשר דיון נוסף בהלכת אפרופים. זו הלכה מאוד משמעותית שניתנה באופן אקראי. אם לוין היה בדעת מצא- לא היה שינוי בהלכה אבל הוא הלך עם ברק.

ביהמ"ש העליון חיכה עד שיהיה מקרה נוסף של פרשנות כזו וזה קרה **בפס"ד ארגון מגדלי הירקות:** המחלוקת המשפטית הייתה כזאת- בעקבות הסכמים שנעשו בין ישראל לרשות הפלשתינאית (הסכמים כלכליים), היה הסכם שאפשר לחקלאים בעזה וביריחו לשווק את התוצרת שלהם בתוך ישראל. החשש של החקלאים בישראל היה שהשוק יוצף בתפוחי אדמה זולים והחקלאים הישראלים יפסידו מההסכם הזה, אז הממשלה עשתה איתם הסכם בו נקבע איך לפצות אותם על זה- בגין הפסדים שיגרמו להם. בסופו של דבר לא הגיעו תפוחי אדמה מיריחו. החקלאים אמרו שההסכם קבע פיצוי בלי קשר למה שיקרה בפועל וגם אם לא נגרם נזק הם זכאים לפיצוי. המדינה אמרה שהפיצוי הוא רק עבור נזק. ההסכם היה מאוד לא ברור.

אם ההסכם היה לא ברור אז גם לפי הגישה הדו שלבית היו הולכים לנסיבות. גם כאן המדינה ניסחה את ההסכם ואף זכתה במשפט. על פסה"ד הזה נתן ביהמ"ש העליון רשות לדיון נוסף לארגון מגדלי הירקות ובו הוא דן בשאלה האם הלכת אפרופים נותרה עומדת בעינה? 9 שופטים של העליון אישרו את הלכת אפרופים והם הדגישו שם "חזור והדגש" וביתר שאת את הנקודה הזו שגם בפרשנות חד שלבית צריך לתת משקל מרכזי ללשון החוזה. בגדול הוא אימץ את הלכת אפרופים ולא היה ספק שכל שופטי העליון אימצו את הלכת אפרופים.

עכשיו התחיל מאבק והיו 2 קבוצות שלא אהבו את הלכת אפרופים: עו"ד מסחריים וחברי כנסת שבעיניהם זה היה עוד ביטוי לאימפריאליזם של העליון.

הח"כ יריב לוין הגיש הצעת חוק שהמהות שלה הייתה חזרה לפרשנות דו שלבית: אם לשון החוזה ברורה חייבים לפרש את החוזה לפי לשונו. במקביל באותה תקופה משרד המשפטים מניח על שולחן הכנסת את הצעת חוק דיני ממונות. ברק עמד בראש הועדה לדיני ממונות והיא משנה את פרשנות ס' 25א לפרשנות חד צדדית: הפרשנות לפי נסיבות העניין.

משרד המשפטים מניח באופן נפרד את ההצעה שלו ועכשיו יש על שולחן הועדה (חוקה חוק ומשפט) 2 הצעות: האחת לחזור לפרשנות דו שלבית והשנייה לשנות את לשון 25 שיהיה ברור שזה חד שלבי. הס' תוקן והיה וויכוח האם הוא שינה את הלכת אפרופים או לא. ביהמ"ש הוא הקובע בפרשנותו- וקבע כי הלכת אפרופים קיימת. **החוק המתוקן כפי שהוא זו הלכת אפרופים.** סוף הס' אומר- שאם לשון החוזה ברורה אז מפרשים לפי לשונו, אז נקודת המוצא היא שהלשון הברורה של החוזה משקפת את כוונת הצדדים אלא אם באותו מקרה ספציפי הנסיבות סותרות את זה- וזאת למעשה הלכת אפרופים.

במילים אחרות- הכנסת עבדה קשה ותיקנו את החוק אבל שום דבר לא השתנה וההלכה נשארה הלכת אפרופים.

השופט דנציגר אומר שבפס"ד אמנון לוי ש לתת משקל רב ללשון החוזה אבל משתמש בנסיבות בהתאם למה שהצדדים התנהלו בקיום החוזה.

מה המצב היום? עפ"י פסה"ד של המוסד לביטוח לאומי.

**ש.ב.**

לקרוא את ס' 39 לחוק- מה הקשר בינו לבין השלמת חסר.

פסה"ד שירותי תחבורה מסביר את זה- איך הוא מסביר את העובדה שס' 39 הוא בסיס להשלמת חסר בחוזה?

**תשובה**

בפסה"ד שירותי חבורה, מועצת הפועלים לא נתנה הודעה זמן סביר לעותרת טרם אסיפת הפועלים (הודיעה לה על כך חצי שעה מראש בלבד ובכך לא הייתה לעותרת האפשרות להיערך בהתאם). ברק פוסק כי אמנם בחוזה בין הצדדים לא הופיעה החובה לתת הודעה בפרק זמן סביר מראש אך זה לא אומר דבר.

ברק אומר שחלה על מועצת הפועלים החובה להודיע מראש ובכך לנהוג ביושר ובהגינות בקיום החוזה, עפ"י ס' 39. היה עליה להודיע בע"פ או בכתב לעותרת על קיום השביתה ולאפשר בכך לעותרת להקטין את נזקיה ולהיערך בהתאם.

בית הדין הארצי הגיע למסקנה אחרת לפיה חובת ההודעה מראש היא עניין מהותי הדרוש הסדר חוזי. ברק לא מסכים כי ס' 39 לא מבחין בין עניינים מהותיים ללא מהותיים.

לדעת ברק הודעה בטווח של חצי שעה לא אפשרה לעותרת להיערך בהתאם ולכן הופרה החובה המוטלת עפ"י ס' 39. המועצה פעלה שלא בתום לב לדעתו. לס' 39 יש את הכוח לקבוע נורמות מהותיות והוא בעל משמעות חשובה. הצדדים ביחסי עבודה חייבים לנהוג ביושר האחד כלפי השני ולפעול מתוך אמון.

20/12/2018

**שיעור מס' 17**

האם השלמת חוזה היא התערבות של ביהמ"ש ברצון הצדדים?

השאלה הזו לא כ"כ פשוטה. נכון שאפשר לומר שזו לא באמת התערבות כי התערבות זה כשביהמ"ש מכניס משהו לחוזה או משנה את החוזה באופן שמנוגד לרצון הצדדים ובהשלמה ההנחה היא שאין רצון של הצדדים בנקודה הזו ולכן יש חסר. לכן השלמה אינה עומדת בניגוד לרצון הצדדים.

מנגנוני ההשלמה מנסים לשחזר או לחקות את הכוונה המשוערת של הצדדים וההשלמה נועדה להשיג את רצון הצדדים. הגבול הוא מאוד דק- השלמה יכולה להיות בלי קושי גדול מדי הסוואה להתערבות.

אם ביהמ"ש משלים עפ"י נוהג בין הצדדים או הוראת חוק שמשלימה את החסר, החשש להתערבות הוא יותר קטן. מנגנון ההשלמה שנדבר עליו כעת יוצר חשש שביהמ"ש עלול להתפתות להשתמש בהנמקה של השלמת חסר כדי בעצם לתקן את החוזה ולהגיע לתוצאה שהיא לא מה שהצדדים התכוונו ולכן הגבול הוא דק. כשהשופט רוצה להגיע לתוצאה רצויה- זו כבר התערבות.

במאה ה-19 עקרון החוזים נחשב לעקרון מאוד חזק. זה שיקף תפיסות חברתיות-פוליטיות של אותה התקופה. התפיסות הליברליות הקלאסיות באו לידי ביטוי בקדושת עקרון חופש החוזים.

האנגלים המציאו את הכלל שנקרא- **"תנאי מכללא"- כלומר תנאים משתמעים. מה אומר הכלל תנאי מכללא?** כשביהמ"ש מתלבט האם יש מקום להוסיף תנאי לחוזה שלא נמצא בו והצדדים לא קבעו אותו במפורש, הוא צריך לדמיין שהוא (השופט) היה ברגע כריתת החוזה ומסתכל על הצדדים וברגע הכריתה השופט עוצר את הצדדים ואומר להם כביכול, ששכחו להוסיף תנאי מסוים. השופט מדמיין את תגובת הצדדים לאותו תנאי- ואם מגיע למסקנה שלא היו מעוניינים בכך אם היו מודעים אליו, לא ניתן להגדירו כתנאי מכללא כי זה בניגוד לרצונם. אבל אם השופט מתרשם שהם היו מכניסים את התנאי הזה- ושזה ברור מאליו מבחינתם ולכן לא הכניסו, אז זה נקרא תנאי מכללא ולכן מקום התנאי הזה בחוזה. כלומר התנאי הוא טריוויאלי ולכן נכנס לחוזה. מי שמכניס את לחוזה הוא השופט עפ"י התרשמותו. המבחן הזה הוא מבחן פיקטיבי אבל זה במשך שנים רבות היה הדוקטרינה המשפטית שבתי המשפט פעלו כדי להשלים חסר בחוזה ואף להתערב בתוכן החוזה.

לדוקטרינת התנאי מכללא יש הרבה חסרונות:

* היא לא מאפשרת השלמת חסר, יש פה חוסר כנות.
* אם הצדדים כותבים למשל שלא חשבו על עוד דברים חוץ ממה שכתוב בחוזה- זה סותם את הגולל על התנאי מכללא כי לפיו השופט סובר שהם חשבו על דברים שהיו נראים לא טריוויאליים.

**בג"צ שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה**

קודם כל, למה מדובר כאן בכלל בבג"צ? התשובה היא משום שמדובר בהגשת בג"צ נגד בית הדין הארצי לעבודה. יש 3 עילות בלבד להגשת בג"צ נגד בית הדין: או שהוא חרג מסמכותו (כי יש לו סמכות לעניין מסוים), טעות מהותית- כל אדם אמור להבין שזו טעות דרמטית או פגיעה בכללי הצדק הטבעיים. בג"צ זהיר- ברוב המקרים לא יהיה מוכן לדון אלא אם לדעתו זה עניין מאוד מהותי.

**במקרה הזה, מה תמצית הסוגיה שעומדת על הפרק?** הסוגיה היא- האם ס' 39 מסוגל להכניס חיובים חדשים אל תוך החוזה? כלומר האם יכול לשמש מנגנון השלמה או רק מתייחס לאופן הביצוע של חיובים הנמצאים בחוזה? זה המוקד של כל פסק הדין הזה.

עמדת בית הדין הארצי, בניגוד לבין הדין האזורי, קבע שס' 39 לא יכול ליצור חובות חדשים לחוזה.

עכשיו בג"צ דן בשאלה הזאת ותוך כדי כך יש לו כמה תובנות מאוד חשובות ביחס לחובת תום הלב שבסעיף 39:

מה המשמעות בעיניי ברק של חובת תום הלב? ברק כותב בהתחלה שתום הלב זה הגינות ויושר אבל לאחר מכן אומר משהו מאוד משמעותי- עשה מהפך בדיני החוזים בעניין הזה: הוא אומר שזו החובה של הצדדים לפעול בשת"פ תוך נאמנות האחד לשני. מדוע זה מהפך? עד פסק הדין הזה הגישה בעקבות המשפט האנגלי הייתה גישת היריבות החוזית- זה היה סוג של תנאי ליחסים חוזיים. זה הגדיר צדדים לחוזה וכך תואר הקשר החוזי. ההנחה היא שבחוזים (למעט חוזי מתנה) בין הצדדים יש ניגודי עניינים. הם מצליחים להגיע להסכמה במספר נקודות וכך נוצר חוזה. אבל ההנחה היא שכל מה שלא הוסכם שנוי במחלוקת כי זאת נקודת המוצא של הצדדים- הם הגיעו בעמדות מנוגדות. לפי התפיסה הזאת לא ניתן לעשות השלמה כי אז פועלים בהכרח בניגוד לרצון הצדדים ולפי התפיסה הזאת של היריבות החוזית, אין מקום להכניס לחוזה חיובים שלא נכנסו לחוזה כי מה של הוסכם שנוי במחלוקת.

ברק אומר בפס"ד זה ההיפך- חוזה הוא שותפות והצדדים נאמנים למטרת החוזה. אם הצדדים לא לקחו משהו בחשבון, עליהם לפעול בשיתוף פעולה לצורך פתרון הבעיה. כל זאת מביא לכך שבהכרח תהייה אפשרות להשלמה חוזית. השלמה של חיובים הכרחיים לצורך הגשמת המטרה המשותפת.

**בבג"צ שירותי תחבורה נ' בית הדין הארצי לעבודה,** בפעם הראשונה עולה השאלה האם הנהגים היו צריכים לתת הודעה לחברת שירותי תחבורה שהם עומדים לעשות שיבוש עבודה? הטענה של הנהגים היא שאין חובה כזו אבל הטענה של חברת שירותי התחבורה שחובה כזו קיימת מכוח ס' 39- תום הלב. אז בשימוש הראשון ברק מוסיף חובה חדשה לחוזה שלא הייתה בו קודם בדבר ההודעה מכוח ס' 39.

**אבל אז,** אומר ביהמ"ש שהם כן נתנו הודעה- אבל רק של חצי שעה לפני- והיא לא באמת מספיקה- לא ניתן להיערך לכך כחצי שעה בלבד לפני. בג"צ אומר שהדרך שבה נתנו את ההודעה, כחצי שעה לפני, זה לא בתום לב.

**אז החובה לתת את ההודעה היא מכוח תום הלב וגם האופן בה נותנים אותה היא מכוח תום הלב (ס' 39).**

המחלוקת כאן היא בשאלה האם ס' 39 יוצר חיוב שלא כתוב בחוזה כשבית הדין אומר לא ובג"צ אומר כן.

**ברק אומר:**

1. ס' 39 חל על החובות והזכויות שבקיום החוזה- זה חל על כל סוגי הזכויות והחובות המשפטיות.
2. אומר ברק שהס' חל גם על כל החובות והזכויות שמושלמות מכוח מנגנוני ההשלמה.
3. החובות והזכויות שהוסכמו בין הצדדים בחוזה- הן חובות וזכויות ראשוניות. אם החוזה מופר יש תרופות שיוצרות מערך של חובות וזכויות משניות.

ברק אומר שאם ס' 39 נמצא בחוק- חייבת להיות סנקציה על הפרתו. הסיבה שאין סנקציה כאן היא שחובת תום הלב היא כ"כ רחבה שכך גם הסנקציה עליה.

לפעמים אם צד אחד מפר את חובת תום הלב ובתגובה הצד השני קיים את החוזה לא בדיוק כפי שהתחייב- הוא לא ייחשב כמפר. כלומר הפרת חובת תום הלב יכולה לשנות את מהות ההתחייבות של הצד השני.

למשל: שני צדדים התחייבו בחוזה על העברת נכס. צד אחד יוצר חשש אצל הצד השני שלא יעביר את הנכס. הצד הראשון שואל את הצד השני אם הוא מתכוון לשלם ומציין שהוא חושש. הצד השני מסרב להשיב- אמנם הוא לא חייב עפ"י החוזה אך חובת תום הלב לפי ס' 39 הוא כן מחויב. משום כך, הצד הראשון לא מעביר את הנכס. לפי ברק, הוא לא ייחשב כמפר חוזה כי הפרת ס' 39 משנה את ההתחייבות של הצד השני.

**השורה התחתונה של הבג"צ הזה- ס' 39 יכול לייצר חובה חוזית שלא הייתה כתובה בחוזה!**

**פס"ד לסנסון נ' שיכון עובדים**

לסרסון קנו דירה משיכון עובדים. היה כתוב בחוזה ששיכון עובדים מחוייבת לספק תא גנרטור. הדיירים נכנסו לדירות אבל לא היה תא גנרטור. התשובה של שיכון עובדים שהיא הייתה מחוייבת לספק תא ולא את הגנרטור עצמו. הצדדים הגיעו לביהמ"ש- שחייב אותה בסוף לספק גם גנרטור.

השופט בייסקי מבסס את החובה לתת גנרטור על חובת תום הלב (ס' 6 לחוק המכר). הוא אומר שמכוח 39 יש חובה לספק גנרטור. לפי בייסקי ברור שהוא מסכים שחובת תום הלב יכולה ליצור חיוב חדש. הוא גם אחד מהשופטים שהסכימו עם ברק בפס"ד תחבורה הקודם לכן זה הגיוני.

לעומת זאת, השופטת בן פורת מבססת את החובה לתת גנרטור על פרשנות. היא אומרת שהיא לא השתמשה כאן בתום הלב בגלל שלדעתה כאן המחלוקת הוא עצם קיומו של החיוב ואילו השאלה האם בוצע החיוב בתום לב- ממילא אינה עומדת על הפרק. כלומר אם המחלוקת היא האם יש חיוב- חובת תום הלב לא משחקת תפקיד לדעתה. אפשר רק להפעיל את חובת הלב על חיוב שיש בחוזה- וזה מה שחשב בית הדין הארצי בפס"ד הקודם.

השופט איילון מבסס את החובה לתת גנרטור על תנאי מכללא- את רוב פסק הדין שלו הוא מקדיש כדי להסביר למה אי אפשר וגם לא נכון ואף אסור ליצור חיוב חדש מכוח חובת תום הלב. כמעט כל פסק הדין שלו מוקדש לזה.

יש פה וויכוח אידיאולוגי עקרוני בין ברק לבין איילון הנוגע למידת הפעלתו של עקרון חופש החוזים. איילון אומר שחוזה זה רק מה שהצדדים הסכימו. את החיובים צריך לקיים בהגינות ותום לב- אבל לא חיובים חדשים.

יש רק דבר אחד שמשותף לשניים מהשופטים- התנגדות למה שברק אמר בפס"ד הקודם שדנו בו השיעור.

**ההלכה עד היום היא שס' 39 כן יכול ליצור חיוב חדש- כפי שברק קבע.**

**לשיעור הבא- לקרוא טוב את פסה"ד של ברק באתא ואת פס"ד שועית.**

25/12/2018

**שיעור מס' 18**

דוגמה נוספת לשימוש בס' 39 כמנגנון השלמה: פס"ד גלפשטיין שלא נתבקשנו לקורא.

העסקה הכי נפוצה בפסקה- רכישת דירה. אחרי שאנחנו מבינים מה זה תום לב בעקבות בג"צ שירותי תחבורה, יש סיטואציה בה הצדדים נקלעו לסיטואציה שלא הוסדרה בחוזה- היא הושמטה. מה הייתה המטרה המשותפת שלהם? שהדירה תעבור המוכרים לקונים והכסף יעבור מהקונים למוכרים. אם מתייחסים לחוזה כאל שיתוף- כדברי ברק בפס"ד שירותי תחבורה והצדדים לא הסדירו בחוזה משהו חשוב ויש דרך להשלים את החסר הזה בלי ליצור סיכון לאחד הצדדים או עלויות נוספות- כל מה שצריך זה שהקונים יחתמו על הטופס והקונה יושלם. בפס"ד גלפשטיין הקונים לא חותמים- כי המחיר של הדירה עלה. לפי דברי ברק בפס"ד תחבורה הם צריכים להעדיף את האינטרס של קיום החוזה עליו חתמו. בפס"ד גלפשטיין ביהמ"ש מוסיף לחוזה את החובה שלא כתובה בו לחתום על החוזה כי זה מה שנחוץ להשלמתו וזה נובע מס' 39. כמו שאי אפשר היה להגשים את המטרה שעמדה לנגד עיניי הצדדים בפס"ד שירותי תחבורה בלי להשתמש בס' 39 כמנגנון השלמה, כך גם כאן.

השופט חיים כהן ניסה להתחכם כדי להגן על הצד החלש, אמר שזו הפרה לא יסודית (לדעת גלברד זה לא נכון) ובהפרה לא יסודית של החוזה תרופת החוזה כפופה לשיקולי צדק- ועל סמך זה יכול ביהמ"ש לא לאשר תרופות. יתר השופטים הביעו סימפתיה כלפי הקונים שמפסידים כאן- אבל אין מה לעשות- זה חוזה.

אם היה השלמה עפ"י נוהג ביהמ"ש היה מעדיף את זה על פני השלמה עפ"י ס' 39.

**מכוח חובת תום הלב המוכרים חייבים לחתום על הטפסים מפני שיש חסר בחוזה ועל מנת שאפשר יהיה להגשים את החוזה יש להשלימו- זו ההלכה מפס"ד גלפשטיין.**

**פס"ד אתא ושועית**

אינפלציה= ירידה בערך הכסף כי כוח הקנייה של הכסף ירד. אינפלציה רעה למשק ועושה בלגאן אך גם בלגאן במערכת המשפט. ברק מזכיר את זה בפס"ד אתא.

באינפלציה יש בעיה להשיב את המצב לקדמותו כשאנחנו מדברים על דיני הנזיקין- ולכן השיטה המשפטית תשערך את סכום הנזק כתוצאה מהאינפלציה.

איזה קושי יוצרת אינפלציה בדיני חוזים?

בחוזה רגיל יש החלפה של תמורות בין הצדדים ובשוק רגיל- אין עם זה בעיה. אך כשיש אינפלציה התמורות אינן שקולות. העסקה מתעוותת והפרופורציה אינה כפי שהייתה אמורה להיות בעיניי הצדדים. בפס"ד שועית האינפלציה הייתה כ"כ גדולה, שהערך הכספי של המככר התרסק רק ל-2% מכפי שהיה בעת כריתת החוזה.

בפס"ד שועית חתמו הצדדים על הסכם אופציה וכשהוא מומש, ירד הערך ל-2% מה שהפך את החוזה להיות כמעט חוזה מתנה. לכן, מן הסתם, המוכר לא רצה לתת את הנכס במתנה לקונה. אם הצדדים בהסכמה ישיבו את האיזון על כנו- אז אין בעיה ולא צריך את ביהמ"ש. אך במקרה הזה המוכרים לא רצו למכור בערך הכספי הנתון שכן הם מפסידים מזה ולכן ביצעו הפרת חוזה בסירובם.

הקונים פונים לביהמ"ש. לאורך כל תקופת המשפט הייתה קיימת האינפלציה- והכל השתבש: היא יכולה להימשך לאורך זמן ולהוריד בהדרגה את ערך הכסף או לזמן מועט ולהוריד בבת אחת את ערך הכסף.

למה הצדדים לא הסכימו מלכתחילה להצמיד את הערך למדד?

1. הם לא חשבו על זה בכלל.
2. יש מצבים כמו בשועית שכן מודעים לזה אבל היו מודעים לאפשרות של אינפלציה דו ספרתית ולא העלו על דעתם אפשרות של אינפלציה תלת ספרתית (שהגיעה כאן ל-444%), כלומר שביחס לאינפלציה שהיו מודעים לה, המוכר לקח את הסיכון של שחיקת ערך הכסף כי היה מודע לאינפלציה אבל סבר שתהייה דו ספרתית וכאן לא סבר בכלל שזה יגיע למצב כזה- חשב שהאינפלציה תהייה מתונה והוא "יחייה" איתה.
3. הצדדים חשבו שתקופת השלמת החוזה תהייה מאוד קצרה והם לא חשבו שהתקופה תתארך- ומוצאים את עצמם במקום שיש אינפלציה כשסברו שלא יגיעו לכך בכלל ולכן אין מנגנון השלמה.

אז איך פותרים את בעיית האינפלציה בהקשר המשפטי?

1. על הכנסת לחוקק חוקים כיצד המערכת המשפטית תנהג במצב של אינפלציה- יש להתאים מצב של אינפלציה למערכת המשפט. הכנסת עשתה כאן עבודה חלקית, בחלק מהדברים טיפלה ובחלק לא. למשל- חוקקה חוק שמתאים את עניין המיסים למצב של אינפלציה.

הכנסת התייחסה רק לתקופה של הוצאת פסק הדין ועד למימושו של פסק הדין ע"י הוצל"פ אבל לא למצבים של לפני כן: מרגע הכריתה, דרך ביצוע הפרת החוזה ועד למתן פסק הדין. לכן מרגע שניתן פסה"ד- אין בעיה כי יש הסדרה לכך בחוק.

**תקופת החוזה המקוים=** מכריתתו ועד מועד ההפרה של החוזה.

**תקופת החוזה המופר=** ממועד ההפרה והלאה.

בתקופת החוזה המקוים מקור החובות של החוזה הם עפ"י החוזה עצמו- מערך החובות והזכויות נקבע בחוזה עצמו (אם יש חוסרים, משלימים לפי דרכים שהוסדרו מראש).

בתקופת החוזה המופר מקור החובות והזכויות מכוח החוזה מוחלף בזכויות וחובות מכוח חוק התרופות- אכיפה של החוזה, פיצויים בגין ההפרה וכו'. הזכויות של הצד הנפגע ישתנו ויהיו אחרות בדרך כלל מהזכויות המקוריות שהיו לו.

מקור הסמכות של דיני התרופות הוא בחוק- באופן רגיל היינו מצפים שמי שיסדיר את הטיפול באינפלציה בחוזה המקוים הוא הצדדים ומי שיסדיר את הטיפול באינפלציה בחוזה המוכר תהייה הכנסת בזכויות וחובות מתוקף החוק.

מאחר והכנסת לא עשתה זאת ביהמ"ש נאלץ לפרש את החוק ולהשלים אותו על מנת להתאימו למצבים שונים של אינפלציה.

ביהמ"ש לא רואה קושי נפשי לעשות את זה, נראה כי בכל אחת מהתרופות ביהמ"ש הצליח למצוא דרך להשלים את החסר בעניין של האינפלציה. למשל- את תרופת הפיצויים אפשר להשלים ע"י זה שביהמ"ש יכול להתייחס לשחיקה האינפלציונית כאל נזק שהיה לנפגע כתוצאה מהפרת החוזה. ההפרה גרמה לכך שהיה המשך שחיקה של הכסף עצמו ולכן לפעמים הנפגע יוכל לתבוע בעניין נזק זה גם כן.

בביטול והשבה- העליון קבע בפס"ד קלינקה שרון שסכומי השבה משיקולים של עשיית עושר ולא במשפט ההשבה היא תמיד משוערכת. אם שולם סכום מסוים ויש ביטול של החוזה ההשבה שלו תהייה ערכים ריאליים וההצמדה למדד רלוונטי לאותו מקרה ולכן גם בתרופת ביטול והשבה ביהמ"ש מצא פתרון שלא כתוב במפורש.

באכיפה- ביהמ"ש התאים את תרופת האכיפה בעניין האינפלציה באופן מעניין, אם הוא היה מגיע ואומר שצריך לתת אכיפה לטובת הקונים- התמורות לא יהיו שוות. ביהמ"ש מצא בסיס להתמודד עם בעיה זו בעניין האכיפה באמצעו בסיס משפטי: סייג הצדק.

ביהמ"ש קבע שאכיפה בתקופת אינפלציה כנגד תשלום נומינלי (לא משוערך) היא בלתי צודקת. אם ביהמ"ש יחייב את שועית למסור את הנכס תמורת תשלום של 2% זה לא צודק. כדי להפוך אותה לצודקת, מותר לביהמ"ש מכוח ס' 4 לחוק התרופות להתנות אותה ולשערך את הסכום כדי לבצע את האכיפה. כך פתר ביהמ"ש את בעיית השערוך רך פרשנות של חוק התרופות. הפיתרון הנכון ביותר הוא שהכנסת תעשה את זה אבל מכיוון שלא עשתה- ביהמ"ש עשה זאת.

עכשיו הגענו לעוד בעיה- מה עושים באינפלציה בין הכריתה לבין ביצוע ההפרה? התשובה היא שהכי טוב שהצדדים יקבעו את זה. אבל אם לא חשבו על זה, מה עושים?

1. דבר ראשון- לפי ס' 25 לחוק, נבדוק את אומד דעתם של הצדדים מהחוזה או מהנסיבות. נתחיל מפרשנות במובן הצר, כלומר תכלית סובייקטיבית.
2. אם לא מצליחים להשלים לפי פרשנות זאת, נעבור לפן הרחב- כלומר פרשנות באמצעות השלמת חסר. איך? השלמת חסר באמצעות נוהג כלשהו זאת לפי ס' 26 לחוק החוזים.
3. אם לא באמצעות 2 הפרשנויות האלה, אז נשלים באמצעות ס' 39 וזה במקרה שהצדדים התכוונו לא להצמיד וביהמ"ש חושב שהתוצאה היא מאוד בעייתית והוא בניגוד לרצון הצדדים מצמיד. לכן כאן רק משתמש בס' 39 לא כמכשיר השלמה אלא כהתערבות בתוכן!

ברק אומר במקרה של אתא- שאם קוראים את כל החוזה שברור שכוונתם של הצדדים הייתה שהפיקדון יוחזר בערך ריאלי- גם מתוך החוזה וגם מתוך הנסיבות, זאת למרות שאין בחוזה מנגנון השלמה. אפשר היה ללמוד שגם אתא הבינה שהיא צריכה לשמור על ערכו של הכסף עבור הסוכן. היא נמנעה מלהשתמש בהם וקנתה בהם ניירות ערך צמודים למדד כי הבינה שהיא אמורה להחזיר את הכסף בערכים ריאליים ולכן הנסיבות כאן מלמדות שכוונת הצדדים הייתה לשערך. ברק אומר שהיה אפשר אולי לעשות הבחנה פרשנית בין האינפלציה שהם צפו למה שלא יכלו לצפות אבל הוא לא עשה את זה כי זה לא עלה בכלל מהצדדים.

המצב שונה במצב של שועית- שם זה מתחיל להסתבך.

מה הבסיס לשערוך שעשה השופט גרוניס? ס' 4 לחוק התרופות. השופט אנגלרד מותח ביקורת ואומר שאפשר להשתמש בזה רק ביחס לתקופת החוזה המופר (מההפרה) אבל כאן לא נשאר מה לשערך בתקופה הזאת כי כל השחיקה בערך הכסף הייתה ממועד הכריתה ועד למועד ההפרה ולכן לפחות לדעתו של אנגלרד הדרך שבה גרוניס משערך אינה נכונה.

אז מה הבסיס של השופט אנגלרד? עקרון תום הלב. אבל הפעם לא כמו שברק התייחס אליו באתא אלא עקרון תום הלב כמנגנון השלמה. הוא כן משתמש גם בפרשנות ועושה את מה שדיבר עליו באוביטר בפס"ד אתא- הוא מבחין בין האינפלציה הצפויה ללא צפויה. לגבי האינפלציה הצפויה אין חסר- כי הם ידעו על האינפלציה הזו והמחיר של הנכס כבר כולל בתוכו פיצוי של סיכון האינפלציה הצפויה ולכן הוא מייחס לצדדים כוונה של הסדר שלילי אבל באשר לאינפלציה הלא צפויה- הוא חסר. היעדר הסדרה לגבי החלק הלא צפוי הוא חסר ולכן יש להשלים אותו לפי ס' 39- זו דרך שונה לחלוטין מדעת גרוניס אבל שניהם מגיעים בסוף לאותו סכום- 175,000 אלף דולר.

פסה"ד של השופט השלישי כאן הוא השופט לוין הוא בעייתי כי הוא כתב "אני מסכים"- מיד לאחר דעתו של גרוניס ולכן יש כאן לכאורה הלכה לפיה מכוח לפי ס' 4 אפשר לשערך את החוזה המקוים.

בסוף האינפלציה נבלמה.

**האם אפשר להשתמש בעקרון תום הלב כדי להתערב בחוזה?**

תום הלב זו אחת מהתכליות האובייקטיביות בפרשנות חוזים. אם אנחנו יודעים את כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים- היא גוברת גם אם אין תום לב.

בפרשנות חוזה, תום לב ממלא תפקיד כתכלית אובייקטיבית שהיא תמיד תבוא לאחר הסובייקטיבית- שהיא בעדיפות הראשונה.

בהשלמה- תום לב ממלא אחד ממנגנוני ההשלמה.

בהתערבות- תום הלב משמש אחד ממנגנוני ההתערבות. לכן התשובה היא כן- אפשר כאחד ממנגנוני ההתערבות.

**התערבות בתוכן החוזה**

התערבות בתוכן החוזה לא מכבד את עקרון חופש החוזים. הוא קובע הסדרה שונה.

מהן ההצדקות האפשריות להתערבות בתוכן החוזה?

1. כשלי שוק, למשל תחום שאין בו תחרות. כשיש מונופול בתחום מסוים.
2. שיקולים חלוקתיים, הגנה על צדדים חלשים- זה יכול להיות הגנה על עובדים מול מעבידים דורסניים או מול לקוחות חלשים נגד תאגידי ענק דורסניים וכו'. בעולם המודרני התופעות האלה הולכות וגדלות.
3. פטרנליזם- גישה שאומרת שאנחנו כמדינה יודעים מה טוב בשביל צד לחוזה- "אנחנו נגן עליך".

באותם מקרים שיש שיקולי מדיניות שעולים בעוצמתם מחופש החוזים- חופש החוזים נסוג מהם ולהיפך- הכל עניין של איזונים!

איך מתערבים בחופש החוזים?

**התערבות חקיקתית**

1. התערבות חקיקתית קוגנטית כופה.

גם באמצעות חקיקת משנה כמו למשל תקנות הגנת הצרכן.

התערבות חקיקתית היא התעבות מראש. כשהחוזה נכרת הוא כפוף לה. אם יש חלק שנוגד אותה הוא מלכתחילה לא תקף. מהו ההסדר בין הצדדים במידה והחוזה נוגד את החוק? הוא בטל וההסדר שמונח בחוק הוא זה שמחליף את החלק הבלתי חוקתי בחוזה בעצמו.

1. התערבות רגולטורית- לדוגמה המפקד על הבנקים.
2. התערבות שיפוטית בתוכן החוזה- שיטות עקיפות: זה הנושא שמעניין אותנו. זו התערבות שבר"כ תהייה לאחר מעשה. יש סכסוך שבין הצדדים שבעקבותיו מגיעים לבית המשפט, אחד הצדדים מסתמך על תניה שיש בחוזה שהם לטובתו ומטילים חבות כלפי הצד השני, ביהמ"ש אומר שהוא לא מאשר- מבטל את התנאי או מחליף אותו ומתערב בתוכן החוזה. לכן השינוי כאן נעשה בדיעבד ולא מלכתחילה.

כיוון שהנושא של התערבות בתוכן החוזה הרבה יותר מפותח בעולם המודרני, נראה שלביהמ"ש יש כלים ייעודיים להתערב בתוכן. הכנסת בחקיקה נתנה לביהמ"ש מכשירים משפטיים להתערב בתוכן של חוזה במצבים מסויימים. בעבר הכלים האלה היו מאוד מוגבלים ומצומצמים. נעשית התערבות מוסווית בכמה דרכים. הדרך הכי פשוטה שהשופט אומר שאינו מבין את כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים למרות שבפועל כן ולכן הולך לתכליות אובייקטיביות: זה כאילו פרשנות, אבל אנחנו לא באמת במתחם של פרשנות. השופט מתעלם מהתכלית הסובייקטיבית והלך לאובייקטיבית רק כדי להגיע לתוצאה שהוא רוצה ולכן יש כאן התערבות והוא מכנה אותה בשם אחר. זה שימוש לא לגיטימי בהתערבות.

הוא היה צריך לומר שהוא לא מסכים עם הפרשנות הסובייקטיבית- כך היה המצב בעבר אבל במצב כיום, השופט לא ינהג כך ו"יכבס" את השימוש בכלי הזה כי היום יש בפניו כלים שבעבר לא היו.

השלמה כשאין חסר זה התערבות וביהמ"ש קורא לזה השלמה!

היום, שופט מיומן יכול להגיד את האמת ביחס לכוונת הצדדים ולהגיד שהיא לא מקובלת עליו.

עוד פרקטיקות שנהגו בעבר באשר להתערבות:

* התערבות באמצעות משחק בשלבי ההצעה והקיבול. למשל, בפס"ד אנגלי מסוים אדם החנה את רכבו בלונדון והרכב ניזוק (וגם הוא) כי הייתה תקלה במתקן החניה. הוא הגיש תביעה. החברה אמרה שבתגובה שבחניון יש שלטים גדולים שכתוב עליהם שהחניון לא אחראי על נזק שנגרם לאדם או לרכבו. הטענה המשפטית הייתה כזאת: בכרטיס הכניסה לחניון יש תנאים חוזיים ואחד מהם אומר שהחוזה בין החניון לבין הלקוחות כולל גם את כל התנאים שמצויים על גבי השלטים שבחניון. מה שאחד משופטי ביהמ"ש היה דבר כזה: בכניסה לחניון הייתה מכונה אוטומטית. החניון הוא הצעה לציבור. כשמישהו לוחץ על הכפתור כדי שהמחסום יתרומם הוא עשה קיבול. הפתק שיצא אח"כ הוא לאחר שהחוזה נכרת ולכן מה שכתוב עליו לא מחייב אף אחד. ביהמ"ש חשב שזה לא הוגן שהחניון שיצא רשלן לא יצא חייב בדין ולא ישלם פיצויים. השופט אמר שהחוזה היה כולל רק מה שאותו נפגע יכול היה לראות ומכיוון שהשלט שפוטר את החניון מאחריות הוצב בפנים- זה לא נכלל בחוזה בין הנפגע לחניון.
* הרבה פעמים משתמשים בטכניקה של הפניות: גם התנאים שמצויים במקום או במסמך אחר, גם הם חלק מהחוזה. למה משתמשים בטכניקה הזאת? היו לזה כמה טעמים. הטעם המרכזי- לפעמים עשו את זה כניצול לרעה. הספק שרצה למכור מוצר או שירות הכניס לכאן את התנאים שמציגים את המוצר או השירות באור חיובי בעיניי הלקוח. את הדברים הבעייתיים הוא הכניס לאותו מקום או מסמך מתוך מחשבה שאף אחד לא ילך לקרוא שם. יש בפסיקה כמה דוגמאות שכשכורתים חוזי ביטוח זמניים לא כתוב על מה האדם לא מבוטח וזה כתוב רק בפוליסה המלאה. במשך הזמן בתי המשפט באנגליה ובעקבותיהם בישראל קבעו כמה כללים מתי הפניה כזאת תופסת. לכאורה אלה כללים טכניים שלא בודקים דבר אחד חשוב: את התוכן של התניות הללו. שני התנאים העיקריים שנקבעו בפסיקה כדי שההתניה תהייה תקפה הם:
1. ההתניה צריכה להיות בולטת וגלויה לעין מספיק כדי שהלקוח יידע שיש עוד תנאים.
2. ההפניה צריכה להיות למסמך שהוא באופן סביר נגיש כדי שאם הלקוח ירצה ללכת לקרוא אותו- עקרונית הוא יוכל.

שני התנאים האלה הם תנאים שבשיקול דעת. זה תלוי בראיית השופטים. באופן מפתיע כשמסתכלים על הפסיקה רואים התאמה מוחלטת בין המקרים: כששופטים רוצים לפסול את ההתניה הם אומרים שאחד מהתנאים (1 או 2) לא מתקיימים וכשהם לא רוצים לפסול- הם טוענים שהתנאים מתקיימים. כלומר- הכל תלוי במה השופטים רוצים בסוף ולפי זה הם "מסלפים" את הדברים. יש כאן טכניקה עקיפה שמאפשרת התערבות בתוכן החוזה בלי לומר את זה בקול רם.

27/12/2018

**שיעור מס' 19**

המכשירים העיקריים להתערבות שיפוטית- שיטות ישירות

1. חוזה פסול: ס' 30-31 לחוק החוזים. יש חוזים שבהם אפשר לבטל רק את חלקו של החוזה ולא את כולו ואז ההתערבות תהייה יותר ממוקדת.
2. התערבות מכוח עיקרון תום הלב: ס' 39 לחוק החוזים.
3. חוק החוזים האחידים- מאפשר לבטל או לשנות תנאי מקפח בחוזה אחיד.

ס' 30 מסדיר את העניין של חוזה פסול- חוזה פסול בטל. מדבר על בטלות של חוזה בלתי מוסרי או חוזה שנוגד את תקנת הציבור. התוצאה של הגדרת חוזה כבטול היא בטלותו של החוזה הזה.

הסיבה לבטלותו היא בעיקר סיבה הרתעתית- שיטת המשפט לא מעוניינת בחוזים כאלה לכן המסר של ס' 30 הוא שאין טעם לטרוח חוזה פסול כי ממילא אין לו תוצאות משפטיות.

העיקרון שחוזה פסול בטל הוא רעיון שהיה קיים במשפט הישראלי לפני חוק החוזים. כך גם במשפט האנגלי- בטל מלכתחילה! ההבדל היה שבעבר- לפני חוק החוזים העיקרון היה שחוזה כזה בטל- נקודה!

ברגע שהיה מסתבר לביהמ"ש שהתביעה שהוגשה עוסקת בחוזה בלתי חוקי- ביהמ"ש היה אומר לצדדים מראש שהוא לא מטפל בזה כי הוא לא נותן שום סעד עבור חוזה בלתי חוקי.

הגישה הזאת יצרה הרבה קשיים. מה קורה אם במסגרת החוזה הבטל, לפני שהצדדים הגיעו לביהמ"ש- הוחלפו תמורות? הגישה הישנה של ביהמ"ש יצרה מצב הפוך- שהתוצאות הקנייניות של החוזה הבטל נשארו. גם בחוזה בלתי חוקי יש מישהו שהוא אשם יותר ומישהו אשם פחות. גם כשמדובר בחוזה בלתי חוקי אנחנו לא רוצים שהתוצאה תהייה שהצד האשם יותר יצא נשכר ושהצד הפחות אשם ישלם מחיר הרבה יותר כבד. זו תוצאה שמבחינת הצדק שלנו אינה ראויה. שתי התוצאות האלה הובילו לתוצאה שלישית קשה- השופטים ידעו שאם יגידו שהחוזה הוא בלתי חוקי או סותר את תקנת הציבור הם שוללים את האפשרות לעשות צדק יחסי ולהורות על השבה. גם אם התוצאה שנראית לו היא נוראית, הוא לא יוכל לעשות כלום. לכן שופטים השתדלו לא לראות אי חוקיות בחוזים.

לכן כשנחקק חוק החוזים הוחלט שחייבים לעשות רפורמה וזה בא לידי ביטוי בס' 31 שמשלים את ס' 30 ונותן את כל יתר הדברים. הוא מסמיך את ביהמ"ש להורות על השבה, נותן לביהמ"ש כלים לעשות צדק יחסי בין הצדדים והשופטים לא חוששים להצהיר על חוזה כפסול בזכותו.

במבט ראשון על ס' 30, יש בו כאילו 9 קבוצות של מקרים (כריתה, תכנו, מטרתו ו-בלתי חוקי, בלתי מוסרי או סותר את תקנת הציבור- כלל הצירופים ביניהם). אבל זה לא מדוייק: ההבחנה בין כריתת תוכן למטרה שייכת לאי החוקיות. הקטגוריה של בלתי מוסרי- לא קיימת והקטגוריה של תקנת הציבור- היא מאוד חשובה אך מתייחסים בה רק לתוכן. לכן יש למעשה רק 4 קבוצות: בלתי חוקי בכריתה, בלתי חוקי בתוכן, או במטרתו ונוגד את תקנת הציבור בתוכנו.

משהו שאינו ציבורי הוא למעשה סותר את תקנת הציבור- כלומר תקנת הציבור הוא מאוד רחב וכולל בתוכו את המוסר ולכן המוסר נבלע בתקנת הציבור.

נסביר:

**חוק בלתי חוקי בתוכנו-** למשל עסקת סמים. זה לא חוקי כי זה נוגד את חוק העונשין. כשתוכן החוזה סותר הוראת חוק. אין בעיה שתוכן החוזה יסתור הוראת חוק דיספוזיטיבית אבל קוגנטית- אסור!

הכוונה היא להוראת חוק שיש לה היבטים פליליים עונשיים. למשל כל העבירות הפליליות לפי חוק העונשין. מה ביחס לעניין כשתוכן החוזה סותר הוראת חוק רגולטורית (הוראת חוק קוגנטית, כופה)? זאת שאלה מעניינת: כשהחוזה סותר הוראת חוק קוגנטית (היא לא הוראה מהתחום העונשי הפלילי אלא הוראה שבאה להסדיר איזשהו כשל בשוק בתחום מכר דירות/ביטוח/בנקאות- הוראות כופות) אז כאשר החוזה סותר הוראה כזאת, השאלה אינה פשוטה אם הוא נחשב בלתי חוקי או האם נחשב ההסדר של אי חוקיות- ס' 30-31 או שהתוצאה היא הרבה יותר מצומצמת- ההוראה שהיא ספציפית אין לה תוקף ובמקומה נכנס מה שנמצא בחוק הקוגנטי- הפסיקה בעניין הזה אמרה שזה ענין של פרשנות, ביהמ"ש צריך לפרש עד כמה הוראת החוק שהחוזה סותר אותה בתוכנו, כמה היא מטפלת בבעיה שהיא חמורה, כלל חברתית, בעיה שהמחוקק רצה למגר ולכן יש שם גם סנקציות פליליות ככל שהבעיה בהוראה יותר כבדה ומשמעותית הנטייה תהייה ללכת לכיוון אי חוקיות. ואילו זו בעיה נקודתית- זה על הגבול ומאוד לא ברור.

חוזה שהתוצאה שלו בלתי חוקית זה לא פגם בכריתה- כשמדבור על כפייה/עושק יש הסדר ספציפי בחוק. אבל באי חוקיות בכריתה מדובר על אי חוקיות שהיא חיצונית ואין לגביה הסדר מיוחד בחוק. הדוגמה הכי פשוטה היא אם גוף שלפי חוק חובת מכרזים חייב לכרות חוזה בדרך של מכרז ולא עשה זאת בדרך הזאת, זאת הפרה של חוק חובת מכרזים והחוזה בלתי חוקי בכריתתו.

**מה ההבדל בין אי חוקיות בתוכן לבין אי חוקיות במטרה?** אין הבדל כי אם הוא לא חוקי בתוכן כך גם במטרה.

יכולים להיות מקרים בהם אם היינו מנטרלים את החוזה מהמטרה שלו הוא היה חוקי. למשל- אם אני מזמין כדי שתבריח אותי ממקום ביצוע פשע, אז יש פה מטרה שהיא זו שצובעת את החוזה בגוון בלתי חוקי. זה הופך להיות חשוב במקרים שבהם רק צדק אחד מודע למטרה הבלתי חוקית. במקרה של המונית- המזמין מודע לפשע והנהג- נהג בתום לב ואינו מודע.

מה יקרה מבקרה כזה? לפי הספרות יש 2 אפשרויות- אפשרות אחת- חוזה כזה גם אם המטרה הבלתי חוקית היא של צד אחד, עצם המטרה הבלתי חוקית הזאת הופכת אותו לבטל. אז איך נגן על האינטרסים של הצד התמים? ס' 31 נותן לביהמ"ש לא רק את הסמכות להשבה אלא גם נותן לו את הכלים לעשות צדק יחסי בין הצדדים. גישה אחת אומרת- נעשה את האיזונים בין הצדדים במסגרת ס' 31. גישה שנייה אומרת שצריך להסתכל על השאלה- תלוי מי תובע. במקרה א' למשל, הרוצח סיים את מלאכתו ורץ אל המונית אך המונית לא הגיעה- הנהג הפר את החוזה. עכשיו, נתעלם מההיבטים הפליליים, הוא תובע את נהג המונית. מה ביהמ"ש יגיד? החוזה בלתי חוקי ולכן בטל. למה? כי הצד שמודע לאי החוקיות תבע כאן ולכן החוזה פסל.

דוגמה נוספת- נהג המונית הוא זה שמחכה לפושע שמצא דרך מילוט אחרת. אם נהג המונית יגיש תביעה על הפרת חוזה לפיצויים. במקרה הזה יקבל תרופה בדבר פיצויים.

הפסיקה נוטה לכיוון של גישה מפוצלת: תלוי מי התובע.

**מה קורה במקרה הבא (דוגמה מפס"ד אנגלי):** נעשה חוזה בין איש עסקים לבין בעלים של אנייה להוביל סחורה מאנגליה לרוסיה. בזמן כריתת החוזה הכל היה חוקי- התוכן, המטרה והכל תקין. אחרי שהחוזה נכרת ולפני שהוא בוצע, חוקק חוק באנגליה שאסר על סחר עם האויב- רוסיה, בעקבות מלחמת קרים. האם זה חוזה בלתי חוקי? (בהנחה שנלך לפי החוק שלנו כמובן).

הגישה המקובלת היא שכאשר התוכן של החוזה היה חוקי בעת הכריתה- התוכן של ס' 30 לא חל. במצב שבו התוכן הפך להיות בלתי חוקי בשלב מאוחר יותר בגלל שינוי החוק, המצב הזה יוסדר באמצעות דין הסיכול. העובדה שבעל האנייה לא יסיע אותה כי אסור לו עכשיו היא קיימת אבל הוא יהיה מוגן כי זו הפרה שנעשתה בנסיבות של סיכול- ס' 18 לחוק התרופות אבל רק יצטרך להשיב את הכסף עבור ההובלה. החוזה יהיה תקף אבל הוא לא יקוים כי אסור לו- אך יהיה מוגן מכך.

במצב שבו החוזה היה חוקי בעת שנכרת אבל נוצר לאחר מכן מצב שהפך ללא חוקי- זה מוסדר באמצעות ס' הסיכול- 18 ולא באמצעות ס' 30.

**תקנת הציבור**

פס"ד חיימוב נ' חמיד

המחוזי פוסק שהבוררים הוסכמו של שני הצדדים, פוסק לטובת החלפנים המשיבים.

הסכם הבוררות היה בעפ"י ולא בכתב ואז ביהמ"ש אומר שהפסיקה קובעת שחוק הבוררות מחייב שהסכם לקיים בוררות חייב להיות בכתב. כאן זה היה בהליך מזורז ולא היה בכתב. אם הסכם הבוררות היה בע"פ אפשר להגיש לביהמ"ש תביעה לא לאישור הבורר- אלא תביעה על סמך פסק הבורר.

התביעה אומרת שהייתה הסכמה שתהייה בוררות, הפוסק פסק כך וכך וכעת אני מגיש תביעה לתשלום חוב שנוצר בעקבות X. אבל זה הליך משפטי שלם (הוכחו של דברים) אבל העילה הייתה הסכמה בינינו שמה שפלוני יפסוק אני אשלם. הוא פסק ולכן נוצר עכשיו חוב. לא מאשררים את פסק הבורר כמו שהוא אלא דנים בכל הדברים כשהעילה היא החוב שנוצר בעקבות ההסכם בעל פה וחלק ממנו היא העובדה שהבורר החליט שמישהו חייב למישהו סכום כסף מסוים וזה מה שנעשה כאן.

הייתה טענה שחיימוב הסכים לבוררות כי זה נכפה עליו באיומים- אבל העליון דוחה את זה בטענה שחוזה כפייה תקף אלא אם כן מודיע הנכפה על הכפייה מרגע שהסתיימה בתוך זמן סביר וכאן עבר הזמן הסביר. ביהמ"ש הסתמך על ההליכים הפליליים כדי לומר שהייתה כפייה. הודעת ביטול פורמלית לא הייתה- אבל אפשר לראות את ההודעה הזו בתביעה להשבת הכסף אך זה נעשה לאחר הזמן הסביר- 5 חודשים לאחר שהכפייה פסקה ולכן ביהמ"ש קובע (שמגר) שעילת הכפייה לא תעזור פה.

**אבל הוא כן מבטל את החוזה בגלל תקנת הציבור:**

הוא קודם כל מסביר מה זה תקנת ציבור- משקפת את אושיות היסוד של הסדר החברתי. היא מושג גמיש המשתנה בין שיטות המשפט עפ"י המקום ועפ"י הזמן. היא השתקפות של הסדר החברתי, או במילים אחרות- נורמה עמומה בעלת מרקם פתוח שביהמ"ש ממלא את התוכן שלה בהתאם לתפיסות החברתיות של הזמן והמקום.

שמגר אומר שהגישה הרווחת במשפט המקובל (מדינות ה- "קומן לאו") נוטה לצמצום תקנת הציבור תוך ניסיון להיצמד לרשימה סגורה שאין להוסיף עליה. הוא אומר שמה שהיה מקובל במשפט המקובל ובעקבות זה גם בשלנו עד פסק דין זה, הוא שלמרות שתקנת הציבור הוא מושג פתוח- הפרשנות שלו בביהמ"ש הייתה סגורה. כלומר היא כללה 3 קטגוריות של מצבים בלבד: 1. הגבלת חופש עיסוק- חוזה שמגביל חופש עיסוק באופן לא מידתי כלומר מעבר למה נדרש כדי להגן על הצד שלטובתו נוצרה ההגבלה. 2. חוזה שפטר צד מאחריות לנזקי גוף שהוא גרם לצד השני ברשלנות, למשל- צניחה חופשית. אם אני חותם על חוזה עם חברה של צניחה חופשית שפוטרת אותם מנזק גוף- גם אם התנהלו ברשלנות. התפיסה החוזית- גם המסורתית אמרה שמכוח אותו עיקרון של הזכות של האדם לאוטונומיה ולחירות ולשלמות גופו וחייו, גוברת אפילו על עקרון חופש החוזים ולכן תנאי כזה- שמתקשר לנזק גוף לא יתפוס כי סותר את תקנת הציבור. 3. קטגוריה שהייתה רק מסיבות היסטוריות שקשורות לקשר ההיסטורי שבין המדינה והכנסייה באנגליה וזה מה שאצלנו בחוק החוזים בס' 30 נקרא "חוזה לא מוסרי". הביטוי הזה התייחס למשהו מאוד ספציפי. במשפט האנגלי הבטחת נישואין נחשבה לחוזה. אם פלוני הבטיח לאלמוני נישואין כשהיה כבר נשוי- זה נחשב לא מוסרי. רק הדבר הזה נחשב ללא מוסרי- והתנאי הזה לא מתייחס למצבים אחרים בכלל.

תקנת הציבור צומצמה משום הסיבות שמנינו קודם ובאנגליה חששו לקבוע שחוזה סותר את תקנת הציבור כי אז היו לו תוצאות שלא ניתן לבטל- אי אפשר לעשות השבה כי אפשר לעשות צדק בין הצדדים. השופטים לא אהבו את הרעיון שיש להם כלי שמאפשר להם להתערב באופן נרחב בחוזים וכך פרשו אותו. בכל מקרה שביהמ"ש מרחיב את קשת המקרים שיכולה להיחשב כפגיעה בתקנת הציבור הוא בהכרח מצמצם את עקרון חופש החוזים. כל מקרה נוסף מביא לעוד קבוצה של מקרים שיש בטלות של חוזה שנכרת. פגם לפי התפיסה של אי המרכזיות של עקרון חופש החוזים הייתה כזאת שביהמ"ש לא רצה לכרסם בו ולכן צמצם מאוד את המושג של תקנת הציבור. הסיבה האחרונה היא ששופטים אז לא ידעו לעבוד עם הכלים של המשפט המודרני- תקנת הציבור ותום לב, הם היו רגילים לעבוד עם נורמות קונקרטיות שאומרות להם איך לעבוד ומה לעשות. נורמה פתוחה הכניסה שופטים לפאניקה. מכל הסיבות האלו התוצאה הייתה צמצום גדול של המושג תקנת הציבור בהקשר של דיני החוזים.

שמגר אמר שכל הסיבות האלה לא רלוונטיות. שורשיה של הנטייה לצמצם את תקנות הציבור המרכזיות של עקרון חופש החוזים היא זאת שגרמה להגבלה גדולה של עקרון תקנת הציבור. היום יודעים שעקרון חופש החוזים ירד מגדולתו- חקיקה שמתערבת בחופש החוזים, חוק החוזים האחידים וכו'. דבר אחר שאומר- תוצאות קנייניות- אין השבה. הוא אומר שאין בעיה כי יש את ס' 31 שנותן סמכות לביהמ"ש להורות על השבה. השופטים לא היו מיומנים לעבוד עם כלים משפטיים פתוחים הם אמרו שזה סוס פרא שיכול לקחת את השופט למחוזות אחרים. כיום לס' 30 ו31 אין רשימה סגורה- הסעיפים האלה משקפים את תפיסות העומק של החברה, השופט אמור לדעת איזו תפיסה חוזית מנוגדת לעקרונות היסוד של שיטת המשפט וזו לא רשימה סגורה. משתמש באיזון ומתנהג בזהירות בתקנת הציבור.

**ס' 31**

דן בתוצאות הנוספות שבאות בעקבות הכרזתו של חוזה כפסול. החוזה באופן רעיוני בטלותו היא מלכתחילה. אבל באופן מעשי רק שביהמ"ש יכריז שהחוזה בלתי חוקי או נוגד את תקנת הציבור אז נדע את זה והיא תחול רטרואקטיבית.

ס' 31 דן בתוצאות הנוספות שנגררות באמצעות בטלות החוזה- הוראות 20,21- על בטלותו של חוזה פסול חל ס' 19 בחלקים המסוימים- עוסק בביטול חלקי ומחייב התאמות להתאים אותו לס' 30.

זה לא יהיה ביטול מלא אלא בטלות חלקית כי ס' 19 עוסק בדברים שלא ניתן לביטול ופה מיישמים דברים של בטלות. בס' 19 יש שיקול דעת שנתון לצד שרשאי לבטל, לצד שטעה או הוטעה. אצלנו יש בטלות של חוזה כי הוא בלתי חוקי. אין צד אחד אלא התאמות שצריך לבצע.

מתי תהייה בטלות חלקית לפי ס' 19?

1. כשהחוזה ניתן להפרדה לחלקים.
2. לא כל החוזה נגוע בעילת הפסלות (אי חוקיות או תקנת הציבור). אלא אם כן אומד דעתם של שני הצדדים (פרשנות)- הם לא היו כורתים את החוזה בלי החלק הזה. ואז במקרה כזה הבטלות תהייה של הכל.

ס' 31 מכיל על בטלות החוזה גם את הוראות ס' 21- השבה. עקרונות ההשבה זהים ומכאן נובעת חובת השבה. אם הועברו תמורות במסגרת החוזה, ביהמ"ש חייב לצוות על השבה.

התוצאה הסטנדרטית של הצהרה על חוזה כחוזה פסול היא בטלות לפי ס' 30, מלאה או חלקית- תלוי לפי ס' 19 והשבה לפי ס' 21. זאת אלא אם כן התוצאה השגרתית הזאת תוביל לתוצאה בלתי צודקת. אם התוצאה תוביל לתוצאה בלתי צודקת- ביהמ"ש לא סיים את מלאכתו כי צריך שהתוצאה תהייה הוגנת במובן של צדק יחסי בין הצדדים. לכן אם שני הצדדים נושאים באותה מידת אשמה- ביהמ"ש לא יתעסק בזה. החריגה תהייה כשעל צד אחד יש אחריות אשמה גדולה יותר והוא ניזוק פחות כשהחוטא הגדול מבין השניים יוצא נשכר, אז צריך לטפל במצב. הכלי שיש לביהמ"ש הוא- פטור מחובת השבה. הפטור יכול להיות מלא/חלקי, יכול לקבוע תנאים בפטור הזה. אם יש חובת השבה הדדית וביהמ"ש פוטר את אחד הצדדים מחובת ההשבה, מה התוצאה? המשמעות היא שלמרות שהחוזה בטל נשאר לו ערך כלכלי בכיס- הוא יוצא מורווח. כלומר מקבל סוג של פיצוי כדי לאזן את אי הצדק. הפיצוי הכלכלי הוא לא באמצעות הטלת פיצויים אלא באמצעות מתן פטור מהשבה.

**דוגמה**- מוכר מכר דירה לקונה. המוכר שכנע את הקונה לכתוב בחוזה מחיר לא נכון כדי לרמות את רשויות המס (אנחנו נדון האם חוזה שנעשה למראית עין אבל עם יסוד בלתי חוקי הוא בטל- בשל ס' 30 או בשל ס' 13 שמבטל את החוזה למראית עין). נניח לצורך הדיון שחוזה שהצדדים כתבו בו מחיר לא נכון לרמאות הוא חוזה בלתי חוקי. המוכר שכנע את הקונה כי הוא זה שצריך לשלם מס (המוכר) על הרווח שעשה בעסקה, כי רצה להקטין את נטל המס. הקונה לא רצה לעשות את זה אבל בסוף הוא הסכים. הקונה כאן לא צדיק אבל יש כאן מאזן אשמה- 80% אשמת המוכר ו20% אשמת הקונה.

הקונה שילם את כל הכסף והמוכר צריך למסור את הדירה עוד 3 חודשים. במהלך 3 החודשים עלו מחירי הדירות בצורה משמעותית ולכן המוכר רוצה לבטל את העסקה כדי להרוויח יותר. הוא מבטל את העסקה עם הקונה בטענה שמדובר בחוזה בלתי חוקי. או מצב אחר- המוכר מכר כבר את הדירה אבל רוצה אותה בחזרה מתוך נימוק של חוזה בלתי חוקי. המוכר הולך לביהמ"ש כדי לקבל הכרזה על חוזה בלתי חוקי.

מה יקרה? אם נלך לפי איך שה אמור היה להיות- המוכר יקבל את הדירה בחזרה למרות שאשם ב80% והחוטא הגדול מבין השניים יצא מורווח מאוד. זו תוצאה בלתי נסבלת של חוסר צדק ומעודדת אנשים כאלה להמשיך לחטוא. לכן כאן התוצאה הסטנדרטית לא תתפוס.

**המכשיר הראשון לפתור את הבעיה:**

ס' 21 אומר שאם אי אפשר לעשות השבה- אפשר לעשות זאת בערך כספי. ערך השוק לא יישאר אצל המוכר אלא אצל הקונה התמים יותר. נעשה פה איזון באמצעות המכשיר של פטור חלקי מחובת ההשבה- השבנו את האיזון על קנו ודאגנו שלא ייווצר מצב שהחוטא הגדול מבין השניים יצא נשכר.

**מה המכשיר השני לפתור את הבעיה?**

הכלי השני שיש לביהמ"ש הוא לצוות על קיום חוזה- שלפני רגע שאמרנו שאמור היה להיות בטל. הדרך היחידה להסביר את הסתירה היא שהמחוקק רצה להגיע לתוצאה יעילה ולכן חוקק את זה. יש 2 תנאים להפעיל מכשיר זה:

1. תנאי קונקרטי- כשצד אחד כבר קיים את חיובו, גם אם לא עד הסוף (לפחות מרבית). אם שני הצדדים לא קיימו בכלל- החלק הזה לא רלוונטי.
2. תנאי כללי- שיקולי צדק. שיקולי הצדק משותפים גם למכשיר הראשון של פטור מחובת השבה וגם למכשיר השני של אכיפה.

01/01/2019

**שיעור מס' 20**

ס' 31- במידה והחוזה אינו חוקי- דינו בטלות והשבה.

**מהם השיקולים ששוקל ביהמ"ש כשהוא מפעיל תרופת אכיפה והשבה?**

* לפי ס' 31 ביהמ"ש רשאי אם ראה שמן הצדק להפעיל את מנגנון ההשבה והביטול.

ביהמ"ש מתייחס בפס"ד שלוש ובמזל אילן לשיקולים של מנגנון אכיפת החוזה הבלתי חוקי.

תנאי אחד הוא תנאי סטטוטורי ולא שיקול- כשצד אחד קיים את חיוביו או עיקרי חיוביו.

תנאי שני- שיקולי צדק. מהם שיקולי הצדק? את זה ביהמ"ש יקבע.

**השיקולים הם:**

1. **מידת האשם היחסית בין הצדדים-** מי אשם יותר? מי היוזם של אי החוקיות בחוזה?
2. **מי היוזם את טענת אי החוקיות?** ביהמ"ש רואה בחומרה גדולה יותר את מי שיזם את אי החוקיות והיה אמור ליהנות ממנה עכשיו משתמש באי החוקיות של החוזה כדי להתחמק ממנו.
3. **האם כתוצאה מבטלות החוזה החוטא הגדול מבין השניים יצא נשכר יותר?** אם הצד האשם ייהנה מבטלות החוזה- כנראה שביהמ"ש יאכוף את החוזה.
4. **אי חוקיות מרכזית בחוזה או אי חוקיות טפלה**? דוגמה לאי חוקיות טפלה- פס"ד שלוש נ' הבנק הלאומי לישראל בו חוקיות החוזה תקינה- הלוואה, אך אי החוקיות הטפלה הייתה שלא ביקשו היתר לכך אבל אין בזה כדי לבטל את מהות החוזה כשלעצמו. הרעיון הוא שבמצב כזה (כשאי החוקיות טפלה), יש סיכוי יותר גדול שתהייה דרך חוקית לבצע אותו, הרי ברור שביהמ"ש לא יאכוף חוזה באופן בו האכיפה עוברת על החוק. בבנייה שאין לה היתר למשל, צריך שתהייה דרך חוקית כדי להכשיר את קיום החוזה.
5. **זכויות של צדדים שלישיים תמי לב שעלולים להיפגע כתוצאה מאי קיום החוזה.**
6. **אינטרס ציבורי-** למשל במזל אילן האינטרס הציבורי היה שישולם המס (ככל שישולמו יותר מיסים יהיה יותר כסף בקופה הציבורית למטרות ציבוריות חשובות). במזל אילן אומר השופט פוגלמן שאם ביהמ"ש היה פוסק בטלות והשבה זה היה משחק לידי הצדדים.

**כל השיקולים האלה הם שיקולים להפעיל את מנגנון האכיפה של החוזה הבלתי חוקי, אך זו אף פעם לא רשימה סגורה- צדק הוא רשימה פתוחה וביהמ"ש תמיד יוכל להפעיל שיקולים בהתאם לנסיבות אבל אלה הם השיקולים המרכזיים!**

**מראית עין או בלתי חוקיות?**

הקושי נובע מהעובדה שבהרבה מקרים חוזה נעשה למראית עין כדי להשיג תוצאה בלתי חוקית.

פסה"ד מזל אילן מעורר שאלה שעד היום אין לה תשובה חד משמעית. זה היחס שבין חוזה למראית עין (ס' 13) לבין חוזה בלתי חוקי (ס'30). דוגמה לזה- חוזה למראית עין להטעיית רשויות המס או הטעיית נושים. דוגמה נוספת- אני מעביר את כל רכושי לאחי כדי שהנושים לא ירצו לגבות את כספי. החוזה נעשה כדי ליצור מצג שווא. לפעמים החוזה נעשה למראית עין לא מתוך כוונה להטעיה, אלא מתוך מטרה חוקית, למשל- עניינים בתוך המשפחה. לפעמים, כמו בפס"ד אבוחסרא המטרה היא על הגבול שבין חוקי לבלתי חוקי.

השאלה שנשאלת- האם נטפל בחוזה כזה לפי ס' 13 או לפי ס' 30-31? למה זה חשוב? הרי בשני המקרים התוצאה היא בטלות! התשובה- בגלל התרופות. עדיין יש הבדלים בין ס' 13 לס'30-31.

מה ההבדלים ומדוע הם קיימים?

1. **ביהמ"ש יכול "להחיות" את החוזה הבלתי** **חוקי** ולהורות על אכיפתו לפי ס' 30 ולפי ס' 13 אין אופציה כזאת. למה? כי הצדדים בס' 13 לא באמת התכוונו לקיים חוזה. אמנם בשני הס' יש בטלות אבל הסיבות לבטלות הן שונות לחלוטין! בס' 13 הבטלות היא כי הצדדים מעולם לא התכוונו ליצור חוזה ולכן זה משקף את אומד דעתם האמיתי. בס' 30 הם רצו לעשות את החוזה אבל הוא בטל בגלל אי חוקיותו ולא בגלל רצון הצדדים.

לכן בס' 30 אם אנחנו יכולים לתקן את הבעייתיות הציבורית- כשאי החוקיות היא לא כ"כ דרמטית ויש אופציה לבצעו באופן חוקי, נעשה זאת. אבל בס' 13 לא ניתן לאכוף בכלל כי לא הייתה לכך כוונה מלכתחילה. לכן ברור למה בס' 31 אם אנחנו יכולים למתן את בעיית החוקיות אפשר לאכוף.

1. **צד ג'-** בס' 13 בסופו, יש סוג של תקנת שוק שמגנה על צד ג' שהסתמך על החוזה בתום לב. הזכויות של אותו צד ג' ירכוש לעצמו זכויות. זה לא אומר שהחוזה לא יבוטל- הוא כן יבוטל אך יהיו לו זכויות. לעומת זאת, בס' 30- במסגרת שיקולי הצדק של הפעלת האכיפה, אחד השיקולים הוא הסתמכות של צד שלישי תם לב אבל זה לא אותו דבר. זה רק אחד משיקולי הצדק והוא לא מכריע- לא תוצאה הכרחית ודבר שני, אם באמת זה שיקול שמסתמכים עליו בס' 31 הוא מביא להחייאת החוזה בין הצדדים ולכן הצד השלישי לא ייפגע. בס' 13 החוזה בין הצדדים אף פעם לא חוזר לחיים ורק הזכות של צד ג' מוגנת ולכן זה לא אותו דבר.
2. **בטלות חלקית-** בס' 30, בטלות של חוזה פסול, מכיל ס' 31 את ס' 19- בטלות חלקית: אם רק אחד מחלקיו של החוזה נגוע באי חוקיות הבטלות תחול רק עליו ויתר החלקים יישארו בתוקפם אלא אם כן ביהמ"ש מגיע למסקנה שהם לא היו מתקשרים בחוזה אם היו יודעים שהוא חלקי.

בס' 13 אין הסדר דומה- כי הם לא התכוונו לעשות חוזה, לכן בטלות חלקית לא רלוונטית כאן מלכתחילה.

1. **השבה-** חובת ההשבה מכוח ס' 21 לא חלה על ס' 13 כי הוא מדבר על ביטול חוזה בשל פגם בחוזה ולא בשל בטלות של ס' 13. אף על פי כן יש חובת השבה מכוח חוק עשיית עושר ולא במשפט, כפי שקבעה הפסיקה. ס' 1(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט קובע את עקרונו הבסיסי- אם מישהו מחזיק בנכס/כסף/טובת הנאה שהגיעו לידיו שלא עפ"י זכות שבדין, הוא צריך להשיב. לא רק במקרה שהוא לקח את זה בכוח או הגיע לידיו בטעות, אפילו אם הוא העביר את זה מרצונו לצד השני. אז במקרה הזה, אם מכוחו של חוזה למראית עין עברו תמורות כלשהן מצד לצד, מאחר והחוזה הזה בטל מעיקרו וללא משמעות משפטית, אז מי שמחזיק במשהו של הצד השני צריך להחזירו מכוח חוק זה.

אם חובת ההשבה לא אפשרית- מחזירים את השווי. למרות שחובת ההשבה בחוזה בלתי חוקי נובעת מס' 21 (כי זה מה שכתוב בס' 311) ובס' 13 חובת ההשבה מקורה בחוק עשיית עושר ולא במשפט- זה אותו דבר. לשונו של ס' 21 ולשונו של ס' 1(א) בחוק עשיית עושר ולא במשפט- זה אותו דבר בדיוק.

יש עוד משהו בס' 31 שנוגע להשבה והוא- ביהמ"ש יכול משיקולי צדק לתת פטור מחובת ההשבה כולה או מקצתה.

ס' 2 בחוק עשיית עושר ולא במשפט כתוב שאם חלה חובת השבה מכוח ס' 1 ובטלות לפי ס' 13 לפי חוק החוזים, אם חלה חובת השבה לביהמ"ש יש סמכות משיקולי צדק לתת פטור מהשבה כולה או מקצתה. נכון שבס' 2 מובאת גם דוגמה לשיקולי צדק (אחד נהנה ואחד לא נהנה). בשני המקרים יש חובת השבה, בשני המקרים אם ההשבה עצמה אינה אפשרית תהייה השבת שווי ובשניהם ביהמ"ש יוכל לפטור משיקולי צדק חובת השבה, למרות שהמקורות שונים אין הבדל ביניהם.

**כאשר חוזה למראית עין נעשה למטרה בלתי חוקית, איזה הסדר משפטי יכול? 13 או 30?**

שאלה שמעסיקה גם את ביהמ"ש וגם את האקדמיה.

**מה המבחן של השופט פוגלמן בעניין? מבחן התכלית הדומיננטית. מהי התכלית ב13 וב30 ואיך קובעים מי מהן דומיננטית?** התכלית של ס' 13 היא לקיים את אי רצונם להתקשר בחוזה. התכלית של ס' 30 היא תכלית ציבורית ולא קשורה לרצון הצדדים אלא פוגעת בו. איך אנחנו יודעים מי התכלית הדומיננטית בחוזה למראית עין שנעשה למטרה בלתי חוקית? זה תלוי במה הייתה התכלית העיקרית בעיניי הצדדים- אם התכלית הייתה שהם רוצים את העסקה אבל משיקולי חוקיות רוצים להציגה באופן שונה, אז התכלית העיקרית היא חוזה פסול- כי אם לא הייתה בעיה היו מציגים את מטרתם כפי שהיא.

לפעמים יש תחומי חפיפה, אבל השופט פוגלמן אומר בפס"ד מזל אילן שצריך לצמצם את תחומי החפיפה בין הצדדים כדי לאתר את התכלית העיקרית. אם התכלית העיקרית אומרת שהצדדים רוצים את החוזה אבל צריכים להערים על הרשויות כדי להימנע ממס למשל, אז זה חוקי בלתי חוקי. אם התכלית העיקרית שהם לא רוצים את החוזה אבל צריכים אותו בשביל מטרה מסוימת אז התכלית היא המטרה. התכלית היא או-או.

מה אומר השופט הנדל? החוזה הגלוי בטל גם וגם: גם בגלל שהוא בלתי חוקי וגם בגלל שהוא למראית עין. הביקורת של פוגלמן על זה היא שאי אפשר להגיד גם וגם כשהתכליות הן סותרות. יש לבחון מדוע, אי אפשר לומר באותה נשימה שהם גם רצו את החוזה וגם לא רצו. לכן לוגית לא יכולה להיות תוצאה של גם וגם. השאלה היא האם הם רצו או לא- אם הם רצו התוצאה שהוא בלתי חוקי ואם לא- אז התוצאה למראית עין.

הוויכוח הזה לא מוכרע מפני שהשופט רובינשטיין לא מכריע בדעתו השלישית לעניין. לכן עד היום אין הלכה ברורה בסוגיה.

באופן מעשי, כמעט כל פסקי הדין שנוגעים לחוזים שיש בהם מחיר לא נכון שמטרתו הונאת רשויות המס, דנים בסוגיה במסגרת 30-31.

נקודה נוספת- כמעט כל פסקי הדין הללו בהם הצדדים ניסו להונות את רשויות המס, ביהמ"ש משתמש בס' 31 סיפא ומחייה את החוזה כשאחד מהשיקולים הוא לא לתת להם להתחמק.

* **אם ביהמ"ש מקיים את ס' 31, האם הוא חוזר לחיים כפי שהוא היה? נניח שבחוזה הבטל היה ס' של פיצויים מוסכמים. עכשיו ביהמ"ש קבע שהחוזה בלתי חוקי והוא בטל כולל ס' הפיצויים המוסכמים, אבל ביהמ"ש בסוף כן מצווה על קיום החיובים משיקולי צדק למרות בטלות החוזה- האם כשהוא מצווה על קיום חיוביו של צד לחוזה הוא באמת החיה את החוזה על כל חיוביו או לא?** התשובה- לא. החוזה בטל. אבל מטעמי צדק חייב את הצד השני לקיים את חיוביו אבל לא מתוך חוקיות החוזה אלא מכוח ס' 31. לכן החוזה לא לגמרי חוזר לחיים מלאים. שאר התניות של החוזה שלא נדרשות לצורך הקיום עצמו לא חוזרות לחיים. תניית הפיצויים המוסכמים לא קיימת. אם הצד שחייבו אותו לא מקיים את החיוב- זה כבר לא הפרת חוזה אלא ביזיון בימ"ש. אנחנו לא מחיים עד הסוף חוזה בלתי חוקי כי בבסיסו הוא בטל! זה לא אומר שהחוזה חזר למעמדו החוזי ותניית הפיצויים המוסכמים לא תעבוד!
* בפסה"ד של שלוש נ' בנק לאומי לישראל, החוזה העיקרי היה בין ארמן לבנק לאומי לישראל. אבל התביעה היא לא ביניהם אלא בין שלוש לבין בנק לאומי לישראל. ברגע שהבנק נתן את הבנק. בחוזה הלוואה יש הרבה פעמים ערב- במקרה הזה אלה האחים שלוש. הסכסוך הוא בין הבנק לבין הערב (שלוש) כי ארמן ברח. זו הסיבה שהבנק הלך לערב (שלוש). הבנק רוצה ששלוש ישלם. שלוש אומר שלפי ס' 2 לחוק הערבות, אין ערבות אלא לחיוב בר תוקף. במילים אחרות- אם לחוזה בין הבנק לבין ארמן אין תוקף אז גם לחוזה הערבות אין תוקף. למה הוא בלתי חוקי? כי פקיד הבנק שכח לבצע פרוצדורה כדי לאשר לארמן- אזרח חוץ לבצע את ההלוואה. מכאן אי החוקיות. ביהמ"ש מאמץ את טענות הבנק שאם הבנק היה תובע את ארמן, ביחסים ביניהם מוצדק להשתמש בסמכות של ס' 31 סיפא להחיות את החוזה כי הבנק כבר קיים את חיובו במתן ההלוואה, מי שייהנה מהבטלות של החוזה זה הלווה שברח מהארץ, אי החוקיות היא שולית וטפלה למטרה העיקרית של החוזה (מטרת הלוואה שהיא מטרה חוקית), יש דרך לתקן את אי החוקיות- אפשר לקבל את ההיתר בדיעבד מהרשות המוסמכת וכל השיקולים האלה מצדיקים את החייאת החוזה. השאלה- האם ביהמ"ש מצווה על קיום בין הבנק לבין ארמן, האם זה מושלך גם על חוזה הערבות בין שלוש לבין הבנק? תשובה- יש כאן שיקולים לכאן ולכאן ולכן ביהמ"ש מאוד זהיר ואומר שאותם שיקולים שפעלו מול ארמן עובדים גם מול שלוש כי שלוש לא היה פה צד לגמרי תמים. הוא היה מעורב בקנוניה הזאת. אם שלוש היה תמים לגמרי, ייתכן שביהמ"ש היה פוסק שחוזה הערבות היה בטל גם הוא.

במקרה הזה, ביהמ"ש חייב את שלוש לקיים את חיוביו מכוח ס' 31 והוסיף בהערת אגב כי זה בעיקר כי שלוש לא היה תמים.

**חוזים אחידים**

חוזים אחידים הם כלי מאוד יעיל מכיוון שכל מוצר שמיוצר באופן סדרתי והמוני, מוריד את עלויות הייצור. לכן היתרון הוא חיסכון כספי.

יתרון נוסף- גוף מסחרי גדול שיש לו הרבה סוכנויות, סניפים ועובדים כמו למשל בנק והחוזים נכרתים מול הרבה מאוד עובדים של הבנק, הדרך של ההנהלה לשלוט בתנאי ההתקשרות ולהבטיח שהחוזה שנכרת יהיה זהה בין עובד לעובד הוא באמצעות חוזה אחיד שמבטיח שליטה של ההנהלה על ההתנהלות- גם זה עקרון מסחרי מאוד גדול ויש יתרונות נוספים.

בגדול- חוזים אחידים זה טוב! אחרת זה לא היה תופעה כ"כ נפוצה. זה מוריד לכולם את עלויות העסקה ואם הן יורדות כל הצדדים נהנים מזה.

אך יש לזה גם עלות. והעלות כאן היא בין היתר, כשל שוק.

בגדול, חוזים אחידים הם חוזים שאותם צד אחד מנסח מראש.

**מה המאפיינים הקלאסיים של חוזה אחיד?**

1. צד אחד מנסח מראש.
2. ברוב המקרים לא מתקיים משא ומתן בין הצדדים.
3. כמעט תמיד בחוזה אחיד לצד שמנסח את החוזה יש מומחיות בתחום- או לו עצמו או ליועציו שניסחו את החוזה. החוזה הבנקאי למשל, עוסק בתחום מאוד סבוך מבחינה מקצועית, כנ"ל חוזה הביטוח וכו'. לצד שעוסק בזה יש ידע ומומחיות בתחום וברוב המקרים הצד השני הוא צד מזדמן שלא בטוח כלל שבקיא בעניינים האלה.
4. בהרבה מהמקרים יש פערים בין הצדדים- גוף חזק וגדול כלכלית לעומת לקוח קטן, או עובד עוצמתי מול מעביד. אם לא היו פערי כוחות לא היה חוזה אחיד אלא חוזה רגיל (לא תמיד).
5. עוד מאפיין מובהק של חוזים אחידים - את העובדה שהלקוחות (כמו שהחוק מגדיר את הצד שלא ניסח את החוזה) לא קוראים את החוזה האחיד. כתוצאה מזה שלקוחות לא קוראים זה מוביל לכשל שוק- שאין תחרות בשוק. עם הכשל הזה השוק צריך להתמודד.

 **מה עושים מול כשל השוק בידיעה שאנחנו כן רוצים אותם כי יש להם יתרון גדול?**

מסתבר שבחלק גדול מהמקרים חברות לא מממשות את זכויות היתר שהחוזה האחיד נותן להם ומעדיפות להתנהג עם הלקוחות באופן הרבה יותר טוב מאשר החוזה מקנה להן כי זה משתלם להם בהתנהלות עם הלקוחות. ספק שמתנהג רע עם הלקוחות- זה יעלה לו ביוקר. אז למה בכל זאת משאירות את התנאים האלה? כי זה נותן להן את האופציה להשתמש בהם בתנאים חריגים.

מה שמעניין את הלקוחות זה איך החברה מתנהגת בפועל. אך יש גם חשיבות לתנאים המשפטיים כי החברה תמיד יכולה להסתמך עליהם כשזה יגיע לסכסוך.

אז איך מתמודדים עם זה?

1. **חקיקה קוגנטית-** בתחומים בהם יש כשלי שוק משתמשים בחקיקה קוגנטית כדי לתקן. החוק יתערב בחוזה ויפתור את חלק מהבעיות של חוסר השוויון וההגינות בחוזה. למשל- תקנות הגנת הצרכן. זה נועד כדי להתגבר על הכשל בתחום החוזים האחידים.
2. **בתי המשפט במשך השנים החלו כללי פרשנות** כדי להתמודד עם חוסר ההוגנות- בחוזים אחידים מפעילים בעיקר תכליות אובייקטיביות שמעדיפות פירוש הוגן והגיוני על פני פירושים הפוכים. על בסיס ההנחה שהלקוח לא קורא את החוזים- התכליות תהיינה אובייקטיביות. כלי פרשני נוסף- פרשנות כנגד המנסח- ס' 25(ב)1 שמעדיף את טובתו של הצד שלא ניסח את החוזה כי יוצאים מתוך נקודת הנחה שהחוזה גם ככה לטובת מי שניסח אותו. יש עוד כלי פרשני- פרשנות לפי הציפיות הסבירות של הלקוח שזה מכונה בפסיקה כלל פרשנות- ביהמ"ש קורא אל תוך החוזה השלמה של החוזה. המשמעות היא- ללקוח יש ציפייה מה החוזה אומר למרות שאינו בקיא בכל.
3. **תקנת הציבור-** כשסעיף בחוזה האחיד נוגד את תקנת הציבור לא נאפשר את התקיימותו. אותו דבר בתום לב- גם חוזים אחידים שסותרים עקרון זה מהווים שיקול. התערבות בשל תקנת הציבור ותום לב נעשות הרבה פעמים מול חוזה אחיד.
4. **המכשיר העיקרי- חוק החוזים האחידים-** החוק הזה בא בנוסף לכל הדברים האחרים. הכלי הזה מאוד חשוב ועוצמתי- ובו נעסוק במסגרת הקורס! יש לזכור שלמרות שנעסוק בו- יש להשתמש גם בכלים האחרים שמפורטים לעיל.
* מדינת ישראל ב-1964 הייתה המדינה הראשונה בעולם שחוקקה חוק בתחום החוזים האחידים. מכיוון שחוקק מוקדם מדי הוא במידה רבה היה כישלון כי השופטים התחנכו על קדושת חופש החוזים והרעיון שיוכלו להתערב בחוזים ויוכלו לשנותם זה היה נראה להם מופרך ולא השתמשו בכלי הזה. ב-1982 חוקק החוק מחדש ובדצמבר- 2014 החוק עבר רפורמה מאוד משמעותית וזה הנוסח החדש שלו כפי שהוא היום.
* חוק החוזים האחידים לא בא במקום דיני החוזים הכלליים. הוא סוג של חוזה- כל מה שלמדנו עד כה על חוק החוזים, רלוונטיים גם על החוזים האחידים. חוק החוזים האחידים עוסק אך ורק בנושא אחד- ביטול או שינוי החוזה בעקבות תנאי מקפח. החוק נותן לביהמ"ש כלי לשנות או לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד. החוק לא עושה שום דבר אחר. הוא לא מחליף את דיני החוזים ביחס לחוזים אחידים. הוא רק מהווה כלי להתערב בתוכן. הוא לא מבטל את כל החוזה- אלא תנאי מקפח בלבד! (תלוי כמובן כמה תנאים כאלה יש בחוזה). החוזה כשלעצמו, נשאר בתוקף.

03/01/2019

**שיעור מס' 21**

**פס"ד יתח**

בפס"ד זה יש כאן דוגמה להתערבות בחוזה באמצעות ס' 39 (תום הלב).

דעת הרוב של השופטים בפהס"ד הזה היא שהבעיה כאן היא בשימוש שעושה מפעל הפיס בס' הזה במקרה הספציפי של יתח. לפי ס' 39- שימוש בזכות חוזית צריכה להיות בתום לב. במקרה הספציפי של יתח, ביהמ"ש אומר שמפעל הפיס לא יכול להסתמך על החוזה הזה. למרות שהזכות החוזית קיימת מפעל הפיס לא יכול להסתמך עליה. כמעט תמיד, עמידה על זכות חוזית כשלעצמה היא לא חוסר תום לב- אם החוזה נותן לי זכות ואני מתעקש שאני רוצה אותה זה לא יכול להיות חוסר תום לב כי זה מגיע לי. אז עמידה על זכות חוזית ברוב המקרים היא לא חוסר תום לב אבל במקרה הזה כן.

למה? כי יש פה מקרה חריג- נסיבות מיוחדות. מה הנסיבות המיוחדות כאן? ביהמ"ש אומר לנו שיתח הוא הבעלים של הכרטיס- לא ברמת ההסתברות אלא ב100%. איך אנחנו יודעים? יש לו כרטיס אחד ביד עם מספר של הכרטיס הזוכה (מתוך השניים). בנוסף יש עדות זוכה מאותה תחנה שהוא קנה וגם המוכר מעיד שהוא יודע שקנה אצלו. הזוכה האחרון לא הגיע לקחת את הכרטיס- וניתן להסיק שזה אכן יתח.

במקרה שלנו התכלית הזאת כבר מקוימת. יש לנו כמות כזאת של ראיות שיתח הזוכה- שאין מצב שזה לא הוא.

אז עכשיו מפעל הפיס מנסה להשתמש בזכות החוזית לא לשלם- כדי לא לשלם ולהשאיר את הכסף אצלו. השימוש כאן לתכלית אחרת, זרה- וזה הופך להיות שימוש שלא בתום לב. באופן מעשי זאת התערבות בחוזה כי ביהמ"ש מורה למפעל הפיס לשלם ליתח באמצעות ס' 39.

**כעת נתמקד בחוק החוזים האחידים**

חוק החוזים האחידים מתחיל בס' מטרה- ס' 1.

למה נועד ס' המטרה? פרשנות היא פרשנות תכליתית. צריך לפרש את החוק לפי התכלית שלו שמופיעה בס' 1. כדי לדעת לפרש לפי התכלית צריך לדעת אותה קודם כל.

היקף התחולה של החוק

היקף התחולה נובע בעיקר מס' 2 שהוא ס' ההגדרות. מהם שני היסודות שצריכים להוות כדי שהחוזה יהיה חוזה אחיד?

1. צד אחד ניסח את החוזה.
2. החוזה הזה משמש כדי לעשות עסקאות רבות עבור הצד המנסח.

הצדדים לחוזה אחיד מבחינת החוק הם "ספק" ו"לקוח". לא מדובר בספק במשמעות הרגילה של מישהו שמספק מוצר או שירות אלא מי שניסח את החוזה נחשב כספק.

כבר ההגדרה הזו מרחיבה מאוד את תחולת החוק. לדוגמה- מעביד שמנסח חוזה עבודה סטנדרטי עבור כל מי שיעבוד אצלו במפעל הוא ספק למרות שלא מספק מוצר או שירות.

בחוק החוזים האחידים הספק הוא מי שמספק את החוזה.

לקוח הוא לא לקוח במובן הכלכלי אלא מי שספק הציע לו לספק את החוזה.

**יש כאן ניסיון של תחולה רחבה:**

* בהרבה מאוד מדינות בהן יש חוק חוזים אחיד הוא מתייחס רק לעניין של לקוחות מול גוף. אצלנו גם חוזה מסחרי יהיה חוזה אחיד ואין הגבלה.
* אם חלק מהתנאים נוסחו ע"י צד אחד כדי שהחוזה ישמש כבסיסי להרבה עסקאות זה חוזה אחיד. גם אם חלקם או מקצתם ולא רוב נוסחו בידי צד אחד זה נחשב חוזה אחיד.

**הרעיון הוא כזה**- אם החוזה "תפור" על מישהו אנונימי ואני לא יודע מי הוא ומה העדפותיו- זה הרציונל של חוזה אחיד.

נניח שיש לי 3 דירות שאני משכיר. האם החוזה שאני מכין הוא אחיד? כן. כי זה אותו חוזה לכל השוכרים.

ראינו שההגדרה של חוזה אחיד היא רחבה.

**פס"ד אגד נ' יוסף**

ביהמ"ש קבע שחוזה אחיד מהווה תקנון של אגודה שיתופית. אגד היא לא חברה או עמותה אלא תאגיד שנקרא אגודה שיתופית. החוק מחייב אותה כמו כל תאגיד שיהיה לה תקנון והשאלה הייתה האם התקנון הזה הוא חוזה אחיד.

יוסף היה נהג שאסף כרטיסיות לא משומשות ומכר אותן- גנב. פיטרו אותו אבל החליטו גם לא לשלם לו קרן פנסיה.

באגד בעלי המניות גם עבדו. העמידו את יוסף לדין משמעתי בהתאם להוראות התקנות וכך גם עונשו. יוסף טען שאותן הוראות שמכוחן שללו לו זכויות סוציאליות זה תנאי קפח מחוזה אחיד ועל ביהמ"ש לבטלן.

האם התקנון הוא חוזה אחיד?

לדעת טירקל- זה לא חוזה אחיד והוא מבטל את החוזה באמצעות ס' 30 לחוק החוזים הכללי- ס' תקנת הציבור.

לעומתו, כל השופטים האחרים חושבים שזה כן חוזה אחיד. חשין אומר שזה לא משנה אם התנאי הזה בטל בגלל תקנת הציבור או בגלל תנאי מקפח- זה אותה תוצאה. הוא אומר שבעצם המושג תנאי מקפח זה הנציגות של תקנת הציבור בתוך דיני החוזים האחידים.

בדיני החוזים האחידים יש "שגרירות" לתקנת הציבור בשם "תנאי מקפח". רוב השופטים לא מסכימים עם הדעה הזאת.

דעת הרוב היא שאפשר להחיל את חוק החוזים על התקנות. אבל יש בעיה- הרי החברים באגודה הם אלה שניסחו את התקנון. יכול להיות שזה כן יהיה חוזה אחיד עבור חברים חדשים שמצטרפים ולא ניסחו. אנגלרד אומר שעצם העובדה שזה מוביל לתוצאות כאלה, צריך לבדוק את המהות. הוא עובר ממבחן פורמלי של לשון החוק לשאלה של מהות החוזה. למה הוא מתכוון? אנגלרד אומר שבדר"כ בתאגיד התקנון נועד להסביר את היחסים המשפטיים התאגידיים. במקרה הספציפי של אגד לחברים יש 2 כובעים: 1. הם בעלי מניות ובהקשר הזה התקנון מסדיר את היחסים המשפטיים שקשורים לתאגיד אבל הם גם עובדים ובדר"כ לעובדים יש חוזה עבודה בין העובד למעביד. במקרה הזה בגלל שיש להם את 2 הכובעים, התקנון ממלא 2 פונקציות: ממלא חוזה עבודה (אחיד בגלל שיש הרבה עובדים) וגם את היחסים התאגידיים בין העובדים.

אנגלרד נותן עוד דוגמה לתאגיד כזה- נניח שקבוצה של אנשים מקימה תאגיד עמותה כדי להקים בית אבות. והחברים בעבודה הם גם הדיירים בבית האבות. אם בתקנון הזה יסדירו את היחסים התאגידיים וגם את היחסים החוזיים אז זה נחשב חוזה אחיד.

תנאי בחוזה אחיד

תנאי זה תניה בחוזה אחיד כולל תניה המוזכרת בו- הפניה (כשמפנים למסמך אחר ומאמצים אותו) דומה- השלטים בחניון, אם הכרטיס מפנה לשלטים אז החוזה חל גם עליהם.

זה חל גם על נספחים לחוזה גם אם הנספח לא בתוך גוף החוזה עצמו.

זאת למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה. החוזה כולו ייחשב כחוזה אחיד אבל בתוכו תניות שהוסכמו במיוחד החוק לא חל עליהן.

מה אם יש חוזה שהוכן מראש ע"י ספק ויש בו 50 תניות. הלקוח התעקש לקיים מו"מ והספק שינה 2?

החוק לא יחול על ה2 האלה.

אבל מה אם הוא שינה 48 תניות ורק 2 לא?

ברגע ששונו כ"כ הרבה הוויתור הוא חלק מהמו"מ- הספק הסכים שה2 האלה יישארו ככה.

במרבית החוזים האחידים לא מתקיים מו"מ ואם כן יש שינוי- השינוי יהיה מאוד מינורי.

לכן בדר"כ התשובה היא שמה שנוהל מו"מ לגביו יצא מתחומי החוזה האחיד והיתר לא.

דין המדינה- ס' 22 לחוק החוזים האחידים

רלוונטי כשהמדינה היא הספק. לפעמים המדינה משתמשת בחוזים ככלי שלטוני. לא עושה עסקים אלא באמצעות חוזה רוכשת קרקע כדי לעשות שם כביש למשל או מחכירה קרקע לקיבוץ. המדינה מוציאה מדיניות לפועל גם באמצעים שלטוניים כמו צווים ותקנות וגם באמצעים של חוזים. מבחני הקיפוח ייבחנו באופן שונה כי זה חוזים של המדינה אבל זה לא נוגע להיקף התולה- חוזה אחיד של המדינה הוא חוזה אחיד ועקרונית חלים עליו דיני החוזה האחיד.

בגדול, בבית הדין לחוזים אחידים היועמ"ש מגיש הליכים נגד ספקים כשיש תנאי מקפח בחוזה האחיד שלהם. כשמדובר במדינה, היועמ"ש לא מגיש בדר"כ. האם יש פה בעיה של ניגוד עניינים? פה באופן מובנה עלולה להיות בעיה והחוק מתייחס אליה ומאפשר במקרים כאלה שמישהו אחר יגיש את ההליך הזה.

נקודה נוספת- הס' שמסייג את תחולת החוק הוא ס' 23 ויש בו 4 סייגים:

נתחיל מהאחרון:

(4)- לא חל על הסכם קיבוצי בתחום דיני העבודה. לא צריך אות הס' הזה כי ממילא הסכם קיבוצי לא עונה לחוזה אחיד כי הוא נוצר באמצעות מו"מ בין מעבידים לארגוני עובדים ולכן חוק החוזים האחידים לא חל על הסכמים קיבוציים בתחום דיני העבודה.

(3)- חוק החוזים האחידים לא חל על תנאי בחוזה אחיד התואם תנאים שנקבעו בהסכם בינלאומי שישראל צד לו: במשפט הבינלאומי הסכם בין מדינות מייצר חובות וזכויות בין המדינות ולא לאזרחים של המדינות. יש מדינות שהמשפט שלהן עובד אחרת. בארץ, אם המדינה רוצה היא יכולה לקחת הסכם בינלאומי שהיא צד לו ולהפוך אותו לחוק באישור הכנסת. חוק החוזים האחידים אומר שבמקרים מסוימים, הסכם בינלאומי שישראל צד לו יכול לייצר סוג של זכות באופן ישיר במשפט הפנימי- אם יש חוזה אחיד ובחוזה הזה יש ס' תניה בין ספק ללקוח ועכשיו הלקוח טוען שהתניה הזאת היא מקפחת ולכן מבקש לבטל או לשנות אותה והספק הזה אומר שהתניה הזו תואמת ס' בהסכם בינלאומי שישראל צד לו, ביהמ"ש לא יכול לגעת בתניה.

דוגמה- אזרח ישראלי קנה כרטיס טיסה באל-על לכן חל הדין הישראלי והחברה איבדה לו את המזוודה הוא מגיש תביעת פיצויים על האובדן אך החברה אומרת שלא יותר מ200 דולר כי זה מה שהיה בחוזה האחיד. הוא אומר בביהמ"ש שזה תנאי מקפח, אך התנאי הזה מועתק מאמנת ורשה שישראל צד לה- ברגע שזה תואם אמנה בינלאומית ביהמ"ש לא יכול לבטל או לשנות את התנאי.

(2)- תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק בהתאם לתכלית החיקוק- אם יש בחוזה האחיד תנאי שתואם חיקוק (חיקוק זה גם חוק וגם תקנות), הוא חסין מהתערבות של ביהמ"ש.

לחקיקה יש את תהליכי החקיקה שלה שנועדו לכך שהחוק יהיה תקין, ראוי ומאוזן וזה לא תפקיד ביהמ"ש לבדוק זאת מחדש. אם התניה שבחוזה תואמת תנאי שבחיקוק ההנחה שהיא תקינה וראויה. בפס"ד אגד נ' יוסף, ביהמ"ש אמר שצריך את כל הסייגים שבס' 23 לפרש באופן מצמצם וביחס לס' קטן 2 אמר ביהמ"ש שלא עושים בדיקה טכנית האם תניה שבחוזה זהה לס' שבחוק- אלא צריך לבדוק מהותית שהם עוסקים באותו עניין.

(1)- תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח או הספק בעד נושא העסקה ובלבד שהוא מנוסח בלשון פשוטה וברורה- הרעיון שהוא שהלקוח מודע לתמורה הכספית ולכן אין צורך בהגנה המיוחדת של זה. בכסף כולם מבינים. גם אם חוזה אחיד מדבר על מיליון דולר- זה קביל. הרי כל הרעיון בחוק החוזים האחידים הוא בכשל שוק. אבל יש תחרות בקשר למחיר ולכן השוק מסדיר את זה ואם לא הייתה תחרות במחיר יש מונופול- ויש חוק אחר שמטפל בזה.

פה אנחנו עוסקים במקרה שאנחנו מניחים שיש תחרות בשוק ולכן המחיר שנקבע בחוזה האחיד הוא שיקול דעתו של הלקוח אם להתקשר בחוזה או לא.

זה בתנאי שהמחיר מנוסח בלשון פשוטה וברורה.

**ליבת החוק זה ס' 3 שמסמיך את ביהמ"ש/בית דין לבטל או לשנות תנאים מקפחים. איך זה עובד?**

בית הדין הוא ערכאה שיפוטית עם סמכות אבל אינו בית משפט. יש גם בית דין לחוזים אחידים שהוא ערכאה שיפוטית והחוק מסדיר את הפעילות המשפטית שלה ויש תקנות עם הסדרים באשר לאופי הניהול בבית הדין אבל חשוב לדעת:

1. בניגוד לבית הדין הרבני או לענייני עבודה, כאן ערעור על פסק דין של בית הדין הוא ישר לעליון. זה לא בימ"ש מחוזי- חשוב לזכור. הוא יושב בביהמ"ש המחוזי בירושלים.
2. השופטים שם הם שופטים שיושבים במחוזי.

ס' 3 אומר שבית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו תנאי מקפח בחוזה אחיד.

בבימ"ש הטענה שיש תנאי מקפח (שאותה תמיד יטען הלקוח מן הסתם) נשמעת במהלך סכסוך משפטי שבין הלקוח והספק שמגיע לביהמ"ש או כי הלקוח הגיש תביעה או להיפך. הספק במסגרת טענותיו בהליך מנסה להסתמך על זכות שמקנה לו החוזה האחיד או על חובה שהחוזה מטיל על הלקוח. בתגובה, הלקוח יטען שזה תנאי מקפח- או שסותר את תום הלב, או שהוא בלתי חוקי, או שסותר את תקנת הציבור, או שהפרשנות שלו צריכה להיות שונה, או שהוא נכרת מתוך כפייה/עושק- לא חסרות טענות כשאחת מהן היא שמדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד.

לקוח לא יכול לבוא סתם לביהמ"ש ולטעון לתנאי מקפח- חייב להיות סכסוך.

בתי המשפט לא נותנים חוות דעת לחינם- אלא חייב להיות סכסוך כדי שביהמ"ש יכריע בו. הקביעה תחול אך ורק ביחס ללקוח שמתדיין באותו תיק למרות שיש לספק המון לקוחות וכולם חתמו על אותו נוסח של חוזה אחיד. הקיפוח כפי שנראה בהמשך נבחן עפ"י נסיבות קונקרטיות ספציפיות ולכן נבחן בהקשר של אותו לקוח. אם נקבע שהתנאי הוא מקפח ביהמ"ש יבטלו ובזה נגמר העניין- אבל זה נכון רק לגבי אותו מקרה ולא באופן גורף כלפי כולם.

ביהמ"ש פוסק רק בצדדים שמולו ולא יקבע את זה כלפי כל הלקוחות באופן גורף.

אם היה ערעור על זה, עדיין פסק הדין חל בנוגע ללקוח הספציפי. אפשר אולי יהיה להסתמך על זה כתקדים למקרה הבא אבל כל עוד לא הגיע המקרה הבא- הדבר לא עובד אוטומטית.

גם אם ביהמ"ש קובע שהתנאי לא מקפח זה לא אומר שבמקרה הבא הפסיקה תהייה אותו דבר.

לעומת זאת, הסיפור בבית הדין שונה לגמרי.

במקור בבית הדין היו 2 סוגי הליכים: הליך אחד עסק בו פרק ג' לחוק- הוא בוטל בדצמבר 2014 במסגרת תיקון לחוק ולכן לא קיים יותר. הוא אפשר לספק שרצה לבוא לבית הדין ולהגיש בקשה שבית הדין יבחן את החוזה שלו ויאשר שאין תנאים מקפחים.

לאישור הזה היו לכאורה 2 יתרונות: הספק היה יכול לכתוב על החוזה שלו שהחוזה אושר עד לתאריך X וההנחה הייתה שזה יצור מוניטין חיובי לספק.

עם זאת, זה לא עשה את האפקט שחשבו שזה יעשה

היתרון השני- הספק קיבל חסינות מביהמ"ש למשך 5 שנים אם בית הדין אישר את החוזה שלו.

אחרי ניסיון של שנים שהצטבר הוכח שאין תועלת רבה בהליך הזה והיו ניסיונות של ספקים לנצל את זה לרעה ולכן הוא בוטל.

היום נשאר בבית הדין רק ההליך שמוסדר בפרק ד'-היועמ"ש או הממונה על הגנת הצרכן.

ס' 20- כאשר נטענת בבית משפט טענת תנאי מקפח שנכרת בחוזה אחיד יודיע ביהמ"ש על כך ליועמ"ש. השופט מחויב לכך.

אם מצטברות הרבה ידיעות כאלה אצל היועמ"ש כלפי ספק מסוים אז הוא יודע שיש בעיה מסוימת עם הספק הזה.

**שאלת מבחן- האם עדיף ללקוח להגיש תביעה לביהמ"ש או לבית הדין?**

לקוח לא יכול להגיש תביעה לבית הדין אלא רק הגופים לפי ס' 16!!!

הוא יכול להגיש לביהמ"ש.

ס' 18

(א)- אם בית הדין קובע לבטל 10 סעיפים בחוזה לפתיחת חשבון עו"ש למשל, כל הלקוחות שיש להם נוסח דומה לנוסח שנקבע ע"י בית הדין- כל החוזים של הלקוחות יחשבו כמקפחים.

התחולה היא רחבה מאוד ואם זה ספק בעל עשרות אלפי לקוחות אז החלטת בית הדין יותר דומה לתקנה או לצו מאשר לפס"ד כי יש לה תחולה רוחבית לכל הלקוחות אבל של אותו ספק.

מדובר על כל החוזים הדומים לחוזה שנבדק ע"י בית הדין.

התחולה היא רטרואקטיבית- גם על לקוחות שחתמו על חוזה לפני כן ובלבד שזה חוזה חי, כלומר שעדיין מתקיים ולא נגמר. אם בית הדין לא אומר אחרת אז התחולה היא גם על חוזי העבר ולכן היא מאוד רחבה.

ס' 19

בהליך בביהמ"ש- אם מצא ביהמ"ש מצא שהתנאי הוא מקפח הוא יבטל את התנאי שביניהם- בין הספק ללקוח או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי שלא יהיה מקפח.

ס' 21

תיאורטית, יכול שייווצר מצב שדנים במקביל על אותו תנאי בבית הדין ובביהמ"ש. למשל- היועמ"ש מגיש תביעה לבית הדין וטוען שבחוזה של בנק יש תנאי מקפח וגם הלקוח תובע בביהמ"ש. עכשיו מתקיימים שני הליכים במישור של ביהמ"ש ובמישור של בית הדין.

תאורטית יכולות להתקבל 2 החלטות סותרות. מה שקובע ס' 21 זה שכל ערכאה דנה במסלול שלה. באופן מעשי מה שיקרה זה שאם השופט בביהמ"ש הוא שופט בערכאה נמוכה יותר- שלום/מחוזי ויידע שאמורה להתקבל החלטה בבית הדין, יכול להיות שיחכה כי זו הערכאה המיוחדת ויחליט לחכות כדי לגבש החלטה ויכול להיות גם הפוך- שבית הדין ימתין עד למתן תשובה מהעליון במידה והדיון נמצא בעליון. החוק לא מחייב את זה.

מה יקרה אם בית הדין יחליט שהתנאי הוא מקפח ואז זה חל על כל הלקוחות וביהמ"ש יחליט במקרה של אותו תובע- שלא? מה גובר? אם בית הדין דן החליט לפני בית הדין- זה מייתר את החלטת בית המשפט וזה כן יחול על אותו תובע.

באופן עקרוני, כל ערכאה פועלת בגבולות הגזרה שלה ולא אמורה להתחשב במה שהערכאה השנייה עושה.

**עילת הקיפוח**

עילת הקיפוח היא ליבת החוק. ס' 3 אומר שביהמ"ש יבטל או ישנה תנאי מקפח. מה זה תנאי מקפח? זאת ליבת החוק. זה נושא מורכב.

המושג של תנאי מקפח שייך למשפחה של תום לב ותקנת הציבור- משפחה עמומה, נורמות בעלות מרקם פתוח ולא ברורות או מוגדרות.

יחד עם זאת, ביהמ"ש ניסה לקבוע קווים מנחים לגבי מה זה קיפוח והחוק יוצר לנו קווים מנחים לגבי קיפוח.

ההגדרה של תנאי מקפח מופיעה בס' 3 והיא לא ברורה- תנאי הוא מקפח כשהוא מפקח. זה מה שאומר ס' 3. אנחנו כן למדים שקיפוח זה גם קיפוח בפועל וגם פוטנציאל קיפוח. הדבר השני שאנחנו מבינים שהתנאי נבדק בשים לב למכלול תנאי הקיפוח כי יכול להיראות כזה והוא לא באמת כזה ולהיפך. הוא גם נבדק בנוסף לנסיבות האחרות החיצוניות לחוזה, למשל- אותו תנאי בחוזה של ספק שהוא מונופוליסט יכול להיות מקפח ולעומת זאת כשמדובר בספק קטן בשוק- יכול להיות שהתנאי לא מקפח. כלומר יש מגוון של נתוני רקע שביהמ"ש שוקל בהחלטתו.

זאת ההגדרה הכללית. ביהמ"ש העליון בפסה"ד משען, חוזר על המבחן שאותו הוא מצטט גם מקסטנבאום וחוזר על המבחן המרכזי של הקיפוח שנקרא- "בליעת היתר" של הספק. זה המבחן המרכזי למה זה קיפוח- עליו נדבר בהמשך.

בנוסף לזה, ס' 4 לחוק קובע רשימה של סוגי תנאים- 13 סוגי תנאים שחזקה על התנאים האלה שהם מקפחים. אבל החזקה הזו אינה חלוטה- על הספק להוכיח שהם לא מקפחים כדי שלא יהיו כאלה.

ס' 5 קובע רשימה קצרה מאוד של תניות שלגביהן קובע החוק שהן מקפחות באופן חד משמעי ועל זה אין חולק! חזקה חלוטה- ולכן הן בטלות מעצם היותן ומלכתחילה.

08/01/2019

**שיעור מס' 22**

* נניח שיש חוזה אחיד שיש בו תנאים מקפחים ויש גם תנאים שסותרים את החוק הקוגנטי- האם זה אותו דבר כמו תנאי מקפח? מה ההבדל?

התערבות בתוכן החוזה יכולה להיעשות באמצעות ביהמ"ש אבל יש גם רגולציה באמצעות חקיקה קוגנטית.

גם אמרנו שהתערבות באמצעות חקיקה היא התערבות מראש בעוד שהתערבות ע"י ביהמ"ש היא בדר"כ התערבות לאחר מכן. אם יש בחוזה הוראות שסותרות את החוק- דינן בטלות מלכתחילה ולכן תניה כזאת אין מקום לבחון אותה מראש, היא לא חלק מהחוזה בגלל רגולציה חקיקתית המחוקק קבע שהיא לא חלק מהחוזה.

לפעמים בפסקי דין נראה שביהמ"ש אומר שתנאי סותר הוראת חוק וגם מקפח- אבל זה לא עובד ביחד כי אם זה סותר הוראת חוק קוגנטית שם זה נגמר- אין צורך אפילו לבחון קיפוח!

**בחינת תנאי מקפח**

כבר אמרנו שתנאי מקפח זה תנאי עמום- כך הוא מוגדר בס' 3 אם כי אנחנו למדים מס' 3 עוד משהו מעבר לקיפוח- ששאלת הקיפוח אף פעם לא נבחנת ביחס לתניה במנותק מההקשר שלה. מה אנחנו בוחנים? אנחנו בוחנים את מכלול תנאי החוזה והנסיבות. תמיד הקיפוח נבחן בהקשר הזה.

דוגמה: נניח שבחוזה שבו אני התקשרתי לקבל שירותי סלולר מחברה מסוימת ונניח שבחוזה יש תניה שאומרת שהחברה יכולה לשנות את המחיר בכל מועד לפי שיקול דעתה (לפי ס' 4 תניה כזאת בעיקרון נחשבת למקפחת). אבל צריך לבדוק את שאר תניות החוזה ואז אנחנו מגלים שיש תניה שאומרת שאם הספק משנה את המחיר הלקוח יכול להשתחרר מהחוזה. יכול להיות שתניה כזאת מאזנת את הקיפוח. למה יכול להיות? כי צריך לבחון גם את הנסיבות האחרות. למשל- בתקופה שבה מעבר לספק סלולר אחר הייתה מסבכת כי לא יכולתי לגרור איתי את המספר שלי, אז האפשרות לעבור לספק אחר היא לא כ"כ פשוטה בנסיבות. אז התניה בחוזה שלכאורה מאזנת את הקיפוח מאבדת את משמעותה. אבל בתקופה שבה אין בעיה לעבור- התניה הזאת לא תהייה מקפחת.

**מבחן בליעת היתר לתנאי מקפח**

למרות שתנאי הקיפוח הוא עמום, בפס"ד משען אנו למדים שהתנאי המקפח תלוי בתפיסת העולם החברתית-מוסרית והוא כן מנסה לקבוע איזשהו מבחן. המבחן הזה נקרא- "בליעת היתר". זה מבחן שברק מציב. התניה המקפחת פוגעת בזכות של צד לחוזה. לפי המבחן הזה אנחנו צריכים לשאול האם הפגיעה הזו משרתת את אינטרס הספק. אם הפגיעה הזו היא כדי להתעמר בלקוח ללא כל מטרה אחרת- מן הסתם מדובר בתניה מקפחת. יש לשאול:

1. האם הפגיעה היא לגיטימית?
2. האם הפגיעה היא מידתית?

במילים אחרות- האם הספק היה יכול להשיג הגנה על האינטרס שלו בפגיעה פחותה? אם התשובה חיובית אז זה תנאי מקפח.

אם יש פגיעה מאוד גדולה בלקוח כדי להגן על אינטרס קטן של הספק- זה לא פרופורציונלי.

יש פס"ד שנקרא- היועמ"ש נ' מועצת שיכון וביטוח, שם מפעילים את מבחן בליעת היתר:

מדובר על חוזה של חברה קבלנית שמוכרת דירות. היועמ"ש הגיש תביעה בטענה שיש שורה של תניות מקפחות בחוזה. אחת התניות הייתה שאם הלקוח שקונה את הדירה הפר את החוזה בהפרה יסודית וכתוצאה מזה החברה ביטלה את החוזה, החברה תהייה זכאית לפיצויים מוסכמים בסכום של 15% ממחיר הדירה. היועמ"ש טען בבית הדין שזו תניה מקפחת. חברת שיכון ופיתוח טענה מהצד השני שלא משום שיש פסיקה של העליון שבה טענו ש15% פיצויים מוסכמים במכר דירה זה לא מוגזם. לכן החברה אמרה ש15% זה בסדר גמור. מה שבית הדין אומר זה שמדובר בשני דברים שונים לגמרי: המבחן להפחתת פיצויים בס' 15 לחוק התרופות שחל ביחס לכל חוזה הוא מבחן צפיות הנזק בעוד שכאן אנחנו בודקים את מבחן הקיפוח שהוא מבחן בליעת היתר וזה שונה לגמרי. זה לא אומר שזה לא מקפח ולכן יש להפעיל את מבחן בליעת היתר. צריך להשוות את האינטרס של הספק לעומת פגיעת הלקוח. מה האינטרס של הספק בפיצויים מוסכמים? התשובה- לחסוך לעצמה את עלויות הוכחת הנזק. סמכות ההפחתה בס' 15 נועדה להבטיח שהשיקולים בפיצויים המוסכמים הם לא שיקולי ענישה. הכלל הוא שבדיני חוזים אין ענישה- כי אנחנו רוצים להשיב את המצב לקדמותו ולא להעניש את אחד הצדדים. לא זו המטרה.

**מטרת הפיצויים המוסכמים בגדול- לחסוך את עלויות הוכחת הנזק!**

אז במקרה שלנו, מה הנזק הכי משמעותי שיכול להיגרם לחברת שיכון ופיתוח? יש כמה נזקים אפשריים:

נזק אפשרי אחד- שאם תמכור את הדירה למישהו אחר, התשלומים יגיעו מאוחר יותר ויש פה עלויות מימון.

אפשרות נוספת- שיגרמו לה הוצאות נוספות, עלות מצטברת.

אבל הנזק הכי משמעותי וזה הנזק שבביהמ"ש העליון הצדיק פיצויים מוסכמים של עד 20% זה החשש ששווי הדירה בשוק ירד והיא תמכור את הדירה ללקוח הבא בפחות כסף.

במקרה הזה, בנזק הכי משמעותי של חברת שיכון ופיתוח שהוא שינוי בשווי השוק יש לה דרך מאוד קלה להוכיח את הנזק שלה גם בלי פיצויים מוסכמים. מה היא צריכה להוכיח? את המחיר בחוזה ואת המחיר בעת הביטול. האינטרס של החברה בס' פיצויים מוסכמים הוא אינטרס מאוד נמוך כי הוכחת הנזק במקרה הזה היא קלה מאוד. אין בעיה להוכיח את הנזק- אם מכרו את הדירה במחיר נמוך משווים את החוזים ואם לא מכרו אפשר להביא חוות דעת של שמאי שמחיר הדירה ירד ובזה עשתה את העבודה. מאוד קל להוכיח לפי ס' 11 א' את הנזק. לכן האינטרס הוא מאוד קטן.

ב95% מהמקרים לחברה לא יהיה נזק מהסוג של ירידת ערך. סביר להניח שיהיה הפוך-שיהיה לה רווח, רוב הסיכויים שהיא תמכור את הדירה לקונה הבא במחיר גבוה יותר כי לרוב מחירי הדירה עולים. אם לא- היא תוכל להוכיח נזק לי ס' 11 א. ברוב המקרים לא יהיה לה נזק.

בית הדין לחוזים אחידים אמר שזה מבחן בליעת היתר כאן- איתור האינטרס הלגיטימי, איתור הפגיעה בלקוח- ולפי זה התנאי הוא מקפח.

**בית הדין ביטל את התניה הזאת.**

**ס' 4- חזקות קיפוח**

מה המשמעות של חזקת קיפוח? אם חזקה בחוזה האחיד נכנסת לאחד מסוגי הקבוצות המנויות בס' 4- ההנחה היא שזה מקפח אלא אם כן הספק יוכיח הפוך- זה הופך את נטל הראיה.

**לפי פס"ד פייסבוק נ' אוהד בן חמו**, מה הזיקה בן ס' 4 לס' 3- איך הספק ינסה לסתור את חזקת הקיפוח?

הוא יוכיח שבשים לב למכלול תנאי החוזה ולפי הנסיבות התניה היא לא מקפחת. כמו שאנחנו בס' 3 כדי לבדוק את הקיפוח כשאין לנו חזקת קיפוח צריכים לבדוק את מכלול התנאים ושאר הנסיבות, כשמתקיימת חזקת קיפוח לפי ס' 4 הדרך של הספק לסתור את התנאי המקפח היא ע"פ תנאי החוזה ושאר הנסיבות. יש קשר הדוק בין ס' 3 לבין ס' 4 לחוק החוזים האחידים.

בחוזרה לדוגמה- חברת הסלולר שאמרה שיכולה לשנות את המחיר- מדובר בחזקה מכוח ס' 4 (4). לאור חזקה זו אם החברה תביא את הנסיבות שהזכרנו למעלה הדרך הנוחה של האדם לעבור לחברה אחרת- יתכן וזה יהווה סתירה של התניה המקפחת ובכך הם יצליחו להיחלץ מחזקת הקיפוח.

אמרנו שתפקיד החזקות הוא היפוך הנטל- תיכף נראה שזה נכון באופן חלקי בלבד.

איזה עוד תפקיד יש לחזקות אלה? הן מאירות על תניות חשודות. כל תניה שמקיימת את אחת מחזקות הקיפוח היא מאוד חשודה- זה עוזר לנו לאתר תנאים חשודים כי תניה שנמצאת ברשימה היא בחזקת רשימה. קוראים לס' 4- "סעיף התניות האפורות" כי עדיין לא בטוח שהתניות בחוזה אכן מקפחות- אפשר לסתור את זה. אותן תניות הן בגדר חשודות.

**למה זה לא תמיד הופך את הנטל?**

יש חזקות כמו ס' 4(9) שקובעות איזשהו קריטריון אובייקטיבי שאם הוא מתקיים, מתקיימת החזקה. ס' 4(9) אומר שאם הספק קבע את מקום השיפוט ומקום השיפוט הזה שונה ממה שקבוע בדין, זו חזקת קיפוח. אם יש הבדל בין מה שנאמר בחוזה לבין מה שנאמר בחוק בקשר לבית הדין זה מקפח.

לעומת זאת, בס' 4(2) או ס' 4(6א) בנוסף לקריטריון האובייקטיבי יש דרישה לאי סבירות- לא מספיק שיש לספק זכות לבטל או להשהות חוזה אלא העניין צריך להיות בלתי סביר. בהקשר של חוזים אחידים עניין הבלתי סביר הוא משמעות העניין של תנאי מקפח- במקרים אלה מאחר שהתובע הוא זה שצריך להוכיח שמדובר במקרה שלא עומד ברמת הסבירות- אז נטל ההוכחה של התנאי המקפח עובר לתובע ולכן אנו רואים שהתפקיד של העברת הנטל הוא תלוי מקרה ולא קבוע באופן מוחלט. אי סבירות=תנאי מקפח.

כלומר- מי שטוען קיפוח הוא תמיד הצד של הלקוח. אם טענת הקיפוח מתייחסת לתניה בחוזה שלא נכללת ברשימה לש ס' 4 וגם לא בס' 5, אז נטל ההוכחה על הלקוח כי הוא זה שטוען. אם זה נמצא ברשימה של ס' 4 אז הלקוח רק צריך להוכיח את יסודות החזקה, למשל- בחוזה כתוב שמקום השיפוט בת"א ובחוק בחיפה ואז הנטל עובר לספק. אלא אם כן ישנה דרישה לאי סבירות ואז באופן מעשי הנטל הוא תמיד על הלקוח גם במידה שהעניין נכנס לתוך חזקות ס' 4.

* בחלק גדול מהחזקות- חזקות של ס'- 1, 3, 6, 6א ו9- הקריטריון הוא הדין. הדין הוא הסרגל המרכזי שקובע את מבחן הקיפוח או את מבחן חזקות הקיפוח- סטייה מהדין יוצרת חזקת קיפוח. האם זה דין קוגנטי או דיספוזיטיבי? אמרנו שדין קוגנטי- אם סוטים ממנו אז אין בכלל מה לדון הוא בהכרח מקפח. לכן הדין כאן הוא דין דיספוזיטיבי.
* בתחילת הקורס למדנו שמטרת הדין הדיספוזיטיבי זה למלא את החסר של החוזה- כאחד ממנגנוני ההשלמה. מסתבר שיש לדין הדיספוזיטיבי עוד תפקיד והוא לקבוע הסדר מאוזן שמהווה סרגל לבתי המשפט ולצדדים מה הוגן ומה לא הוגן. סטייה מהדין הדיספוזיטיבי כנראה יוצרת הסדר שחשוד כהסדר לא הוגן. אמרנו שלמעלה מ95% מהחוזים במשק הם חוזים אחידים. בחוזים הללו סטייה מהדין הדיספוזיטיבי תיצור חזקת קיפוח לפי אחת החזקות של ס' 4 וביהמ"ש יבטל או ישנה. אז האם באמת אפשר להתנות בקלות על דין דיספוזיטיבי? אפשר, אבל ב95% מהחוזים- התניה כזו לא פשוטה וברוב המקרים ביהמ"ש יבטל את הסטייה מהדין ולכן צריך להסתכל על דין דיספוזיטיבי יותר בכבוד- הוא כמעט קוגנטי בעולם החוזים האחידים.
* חלק מחזקות הקיפוח הן כלליות באופיין וחלק הן ספציפיות. למשל ס' קטן 7 מתייחס לתניה שהופכת את נטל הראיה. אבל ס' קטן 1- אחריות שהייתה מוטלת על הספק זה יכול היה להיות מכוח חוק המכר- אם הוא מוכר, מכוח חוק המשכיר- אם הוא משכיר, דיני הנזיקין- אם הוא מפעיל איזשהו מתקן, כלומר זו חזקה מאוד כללית. כשספק פועל בשוק הרבה מאוד דינים מטילים עליו אחריות תלוי לסוג הפעילות שלו. כל ניסיון שלו לצמצם את האחריות שלו על עצמו יוצר חזקת קיפוח ולכן זו חזקה מאוד כללית.
* תמונת ראי לזה היא ס' 4(6)- אם הדין מטיל על הספק אחריות אז הוא באותה נשימה יצר ללקוח זכות. לכן ס' 4(6) הוא תמונת ראי של ס' 4(1). אם הספק ינסה לפטור את עצמו מאחריות ולצמצם את הזכויות של הלקוח- ישנה חזקת קיפוח. זה נועד כדי להסיר ספק כי הספק יכול להיות מתוחכם- או שיציג את זה כהגבלת אחריות שלו או שיציג את זה כשלילת זכות של הלקוח.
* ס' קטן 2 גם הוא מסוג התניות הכלליות- חל על הרבה מאוד מקרים. ברגע שנכרת החוזה נגמרה חלוקת האחריות, הסיכונים והחיובים בין הצדדים- כל עוד יש משא ומתן הכל פתוח אבל כל עוד הוא נגמר הדברים האלה קובעו. כל צד יודע את זכויותיו ואת חובותיו וזה מה שמחייב את הצדדים. הספק, בגלל שהוא מנסח את החוזה, מכניס תנאי שאומר שגם אחרי כריתת החוזה הוא יכול לשנות חיובים מהותיים. זה מה שהוא קבע בחוזה ולכן לכאורה יכול- אבל יש פה סטייה מדיני החוזים האחידים ולכן זה תנאי מקפח. זה משנה את המאזן שנקבע בעת כריתת החוזה ע"י כך שהוא משנה את החיובים שקבע בעצמו. ס' קטן 4 הוא תמונת ראי של ס' קטן 2 כי גם הוא קובע את הכלל ויש שם דוגמאות.

ברור שבחוזים אורכי טווח ספק יכול לשמור לעצמו את הזכות לשנות מחיר, זה כמעט הכרחי. למה? תנאי השוק משתנים. למשל- בית אבות שהדיירים שוהים בו במשך זמן ומשלמים מדי חודש, בית האבות יכול לשמור לעצמו את הזכות להעלות את התשלום בהתאם למחירים המשתנים. ס' 4(4) אומר שזה לא מקפח כשמנגנון עדכון המחיר נקבע עפ"י קריטריונים שלא תלויים בספק. למשל- מדד המחירים לצרכן.

מה באשר למצב בו דייר בבית אבות מעלים לו את המחיר בגלל שמדד המחירים לצרכן עולה אבל כשהמדד יורד לא מורידים לו את המחיר- האם זה מקפח? תשובה- זה עדיין מנגנון שהוא לא בשליטת הספק, גם כשהמדד יורד. הוא רק אמר שכללי החישוב- כשהוא עולה מעלים וכשיורד- לא מורידים. זה נראה מקפח כי זה חד צדדי אבל זה לא מקיים את חזקת הקיפוח של ס' קטן 4. אנחנו לא משנים לפי שיקול דעתנו אלא לפי נתונים שלא תלויים בנו. אם נעמיד את זה במבחן האובייקטיבי של ס' קטן 4 זה לא עומד במנגנון הקיפוח אבל כן ניתן לטעון שהוא מקפח לפי ס' 3 לחוק- אפשר להוכיח שתנאי מקפח גם בקשר לתנאי מקפח שלא נכלל בס' 4.

בעקבות פסקי דין שבהם הייתה טענה שתנאי כזה לא נכנס לס' קטן 4 אבל הוא מקפח וניסו להוכיח את הקיפוח לפי ס' 3, הכנסת עשתה תיקון והוסיפה את חזקת הקיפוח לפי ס' 11.

* ס' קטן 8- חוק החוזים האחידים אמר עד 2014 שאם יש הגבלות שאי אפשר להעלות טענות משפטיות או חסימת הדרך לערכאות משפטיות זה מקפח. החוק חשב שבוררות זה תחליף ראוי. אבל ב2014 הגלגל התהפך- היום תניית בוררות בחוזה מקפח יוצרת חזקת קיפוח. למה? בוררות היא טובה בין צדדים עסקיים. חוק החוזים האחידים בבסיסו עוסק ברובו בין גוף עסקי גדול לבין לקוח קטן. הבעיה בהליכי בוררות בהליכי כאלה הם:
* הבורר הוא אדם הגון וישר אבל בלי לשים לב הוא יודע שאם יפסוק נגד הספק כמה פעמים- לא יבואו אליו יותר. כלומר יש הטיה מובנית כנגד לקוחות קטנים שהם "שחקנים מזדמנים" ובעד הספק שהוא שחקן חוזר.
* אחד היתרונות של בוררות זה הסודיות של ההליכים. אבל זה יכול להיות חיסרון במקרה כזה כי אם יש תנאי מקפח אנחנו רוצים שאותו שאנשים יידעו שאותו ספק התנהג באופן לא בסדר.
* ביהמ"ש לתביעות קטנות- הוא המקום בו תובעים סכומים קטנים בהליך קצר וזול. אבל בתניית בוררות- צריך לשלם לא מעט כסף כי הוא מקבל את שכרו מהצדדים והלקוח יוותר על התביעה שלו כדי לא לשאת בעלויות הבוררות.
* תובענה ייצוגית- הלקוח מגיש תביעה בשם כל הלקוחות בסכומים גדולים מאוד וזה הפרה של מנגנון אכיפה. במקום שהרשויות יטפלו בספק בעייתי, אחד הלקוחות יעשה את זה ויקבל תגמול מיוחד- פוסקים לטובתו סכום מאוד משמעותי. אצל בורר זה לא כך ולא ניתן יהיה להגן על צרכנים ולייצג אינטרס של כלל הלקוחות וכך לא נוכל להרתיע את הספק.

מכל הסיבות האלה, בתיקון האחרון בחוק יש היפוך בגישה וההנחה היא שבורר היא תניה מקפחת. אפשר לסתור אותה כמובן אך היא קיימת.

בס' 5 לחוק

יש רשימה של תניות שחורות- אם הן קיימות הספק לא יכול להוכיח שהן לא מקפחות. כלומר הן לא אפורות כמו בס' 4 אלא שחורות ולכן לא ניתנות לביטול אלא בטלות מעיקרן:

* תנאי בחוזה אחיד ששולל את זכותו של הלקוח לפנות לערכאות משפטיות- כלומר תנאי שלא נותן ללקוח את הזכות לתבוע את הספק בטל כי זו זכות חוקתית. גם אם זה מגביל ולא רק שולל. יכול להיות שיש חפיפה בין ס' זה לבין ס' 4(8)- בס' 5 אם ההגבלה היא מאוד משמעותית וחוסמת את הדרך, אז זה תנאי מקפח. דוגמה- אם הלקוח רוצה לתבוע צריך לשלם 1,000,000 ₪- בטל.
* תנאי שפוטר ספק מאחריות מנזק גוף שנגרם ללקוח- זה נוגד את תקנת הציבור. בטל מעיקרו. מדובר רק בנזקי גוף!
* נזק שגרם בזדון- גם גוף וגם רכוש- כל נזק שהוא. אבל גלברד אומר שזה לא רציני- מעולם לא ראה שספק העז לכתוב בחוזה שלו שהוא פוטר את עצמו מנזק שגרם בכוונה. לכן לדעתו זה חסר משמעות שזה מופיע בחוק כי ספקים לא העזו עוד לכתוב דבר כזה בחוזה אחיד. בכל מקרה, תנאי כזה בטל מעיקרו!

לפי החוק, לבתי המשפט ולבתי הדין יש את הסמכות לבטל או לשנות תנאי מקפח למעט המקרים המצויינים בס' 5.

מתי מבטלים ומתי משנים? ומה בא במקום התנאי שמתבטל או משתנה?

המטרה של השופט בשני המקרים היא להביא לשינוי או לביטול באופן הכי מינימאלי על מנת להביא את החוזה כמה שאפשר לכבד את חופש החוזים- יש להשתמש בהתערבות המינימאלית שאפשר!

הבעיה היא שזה יוצא תמריץ לספק להכניס תניות מקפחות מתוך מחשבה שלא בכל תניה בית המשפט יראה לנכון להתערב בחוזה כדרך פעולה.

אם למשל בחוק הייתה סנקציה עונשי- על כל תניה מקפחת הספק היה משלם למשל 10,000 ₪- אנשים היו חושבים אם להכניס תניה מקפחת כמה פעמים. במצב כמו שהיום, אין להתפלא שיש המון חוזים עם תניות מקפחות. בשנים האחרונות יש קצת איום על ספקים וזה דרך המנגנון של תובענות ייצוגיות.

**חוזה על תנאי**

דוגמה לחוזה על תנאי- אני מוכר את הנכס שלי רק במידה ושר הפנים מאשר משהו מסוים.

**אז נשאלת השאלה- למה שלא נחכה להתממשות התנאי כדי לכרות את החוזה?**

יש מצבים שבהם צדדים רוצים כבר עכשיו את הקשר החוזי אבל הם מעוניינים שהחוזה יתממש רק בהתקיים מצב דברים מסוים, למשל- בהינתן היתר להרוס מבנה וכל עוד זה לא פוגע בתקנת הציבור או לא חוקי אז דיני החוזים מאפשרים זאת.

למה חוזה על תנאי? מכיוון שההתרחשות שהצדדים מעוניינים בה או לא מעוניינים בה אינה בשליטת אף אחד מהצדדים- יש פה רצונות שמביאים לקושי. מצד אחד הם רוצים להתקשר בחוזה עכשיו אבל מצד שני הם רוצים שזה יתקיים בהינתן מצב דברים מסוים ואף אחד לא רוצה לקחת על זה אחריות כי זה לא בשליטתו. אני יכול להתחייב על משהו שאין לי לגביו שליטה אבל רוב האנשים לא ירצו לקחת סיכון ולקחת אחריות חוזית על משהו שאין להם שליטה עליו ולכן נוצר המנגנון הזה של חוזה על תנאי שמאפשר גם לאכול את העוגה וגם להשאירה שלמה- גם להתקשר בחוזה עכשיו, גם להתנות אותו באיזושהי התרחשות וגם לומר שאם היא לא תקרה- אף צד לא יהיה אחראי בהפרת חוזה. הצדדים ילכו לדרכם במידה והתנאי לא יתממש. זו מטרת החוזה על תנאי.

**מה ההבדל בין תנאי מתלה לתנאי מפסיק?**

 אין הבדל משמעותי ביניהם אלא רק באופן הצגתם.

תנאי מתלה= אם יקרה משהו אז נכרות חוזה.

תנאי מפסיק= אם לא יקרה משהו אז נכרות חוזה.

בחוזה על תנאי ההנחה היא שהחוזה נכרת- העדה על גמירת דעת, מסוימות, קיבול- נכרת חוזה.

בדרך מכריתת החוזה לבין מימוש החוזה- יש תנאי. אם הוא מתקיים החוזה ממשיך להתקיים וזה תנאי מתלה או תנאי מפסיק- אם התנאי לא מתקיים החוזה חדל מלהתקיים.

בכל זאת יש הבדל מסוים- יותר מניסוח. ההנחה היא שבחוזה על תנאי מתלה ההנחה היא שעד למועד התקיימות התנאי החיובים נמצאים במצב של הקפאה- לא מבצעים אותם. רק אם התנאי המתלה מתקיים הצדדים מתחילים לקיים את חיוביהם. אם התנאי המתלה לא מתקיים החוזה מתבטל- לשון ס' 29.

לעומת זאת, בחוזה על תנאי מפסק ההנחה היא שהחוזה מתחיל להתבצע מיד. אבל אם התנאי המפסיק מתרחש, החוזה חדל מלהתקיים.

כמובן שההיגיון אומר שגם בחוזה על תנאי מפסיק, החיובים המשמעותיים שמחייבים השקעה כלכלית כבדה- מן הסתם הצדדים יקבעו אותם לאחר בירור מצב התנאי המפסיק ולא לפני.

**מה שמאפיין את התנאים הללו:**

1. זה שהתנאי הוא בדר"כ דבר שלא נמצא בשליטת הצדדים (לא תמיד).
2. ההתרחשות אינה וודאית.
3. ברוב המקרים בחוזה על תנאי הצדדים קובעים את התנאי, אבל יש מקרים שהתנאי נובע מתוך הוראת דין למשל אישור שר הפנים- פס"ד נתיבי איילון, לא הצדדים קבעו שזה מותנה באישור שר הפנים אלא הדין קבע.

10/01/2019

**שיעור מס' 23**

איך אנחנו יודעים שקבלת הרישיון מאת השר הייתה בכלל תנאי לקבלת החוזה?

התשובה היא- פרשנות. אנחנו צריכים לגלות את אומד דעתם של הצדדים וכמובן שלצורך גילוי אומד דעתם אנחנו משתמשים בחוזה ובנסיבות (אפרופים).

מה קורה אם אנחנו לא מצליחים לאמוד את דעתם של הצדדים? נלך לתכליות אובייקטיביות.

אם אנחנו נכשלים בתגלית הנסיבות הסובייקטיביות אז בלית ברירה נלך לנסיבות האובייקטיביות.

יש לנו תכלית אובייקטיבית בס' 27 ב לחוק החוזים- קבלת רישיון או הסכמת אדם שלישי.

**פס"ד נתיבי איילון**

מה אמר ביהמ"ש המחוזי? הוא אמר שמדובר בתנאי מתלה. הוא הגיע למסקנה הזו לפי ס' 27ב. השופט במחוזי אמר שיש פה מצב שצריך רישיון או היתר של צד שלישי וזה ס' 27ב. איפה הטעות שלו? שצריך לבדוק קודם את ס' 25א- אומד דעתם של הצדדים והעליון כן עושה את זה. הוא בודק גם את החוזה וגם את הנסיבות ומגיע למסקנה שהחוזה לא על תנאי ושהחזקה נסתרה כבר בתכלית הסובייקטיבית.

מה טירקל למד מתוך החוזה? הייתה התחייבות של נתיבי איילון לטפל בכל מה שצריך כדי שבסוף הבעלות תירשם על שם החברה הקונה. אבל יש גם נסיבות. מה הנסיבות? התנהגות הצדדים באופן ביצוע החוזה. יש גם נסיבות שעולות מפסק הדין של ברק שאפילו מקדימות את מועד הכריתה- הבעלים של הנכס הייתה עיריית תל אביב. היא התחייבה להעביר את הנכס לנתיבי איילון ונתיבי איילון התחייבה להעביר את הנכס לבשורה. איפה הייתה הבעיה? בהעברה בין העירייה לנתיבי איילון כי צריך אישור כשהעירייה מוכרת קרקע. מכיוון שלא היה את האישור היא לא יכולה להעביר את הבעלות לנתיבי איילון שלא יכולים להעבירה לבשורה. לכן הבעיה האמיתית נמצאת בחוזה בין העירייה לנתיבי איילון. נתיבי איילון הגיעה עם הבעיה. גם אלה נסיבות. גם לשון החוזה, גם הנסיבות של ההתנהגות לאחר מכן, גם נסיבות הרקע של העסקה- כולן מביאות למסקנה שנכון שמדובר בקבלת היתר מצד שלישי (השר), אבל במקרה הזה התכלית הסובייקטיבית מלמדת שזו התחייבות שהם לקחו על עצמם.

**בחוזה על תנאי מתלה, בתקופת הביניים שבין מועד הכריתה לבין המועד בו אמור להתקיים התנאי, אמרנו שעד קיום התנאי החוזה בקיפאון- אם התנאי המתלה מתקיים החוזה נכנס לתהליך ביצוע ואם לא אז הוא מתבטל. אז מה המשמעות בכלל שיש פה חוזה? מה המשמעות המשפטית של זה?**

תשובה- זו לא תהייה הפרת חוזה במצב כזה, אלא אם כן כתוב בחוזה שזה יהיה הפרה.

יש מושג שנקרא "הפרה צפויה". המושג הזה אומר שהחוזה לכאורה מופר או נחשב כאילו הוא מופר למרות שעוד לא הגיע מועד קיום החוזה. נניח שיש לנו חוזה רגיל ולא על תנאי והמוכר מודיע לקונה לפני הקיום שהוא לא מתכוון לקיים אותו. ס' 17 לחוק התרופות קובע שאם לפני שהגיע מועד הקיום של החיוב- אחד הצדדים או גילה דעתו (אמר שלא מתכוון לקיימו) או שהוא עושה מעשה שממנו מתברר שלא יוכל לקיים את החוזה כמו למשל מכירת הנכס למישהו אחר, הקונה יכול לתבוע בבימ"ש על הפרה צפויה- הוא צריך לשם כך ודאות סבירה (מחלוקת בספרות לגבי מהי ודאות הסבירות).

כעת נחזור לחוזה על תנאי- בעצם מה שאנחנו אומרים שבמועד שבין הכריתה למועד התקיימות התנאי או אי התקיימות התנאי- תקופת הביניים, מתרחשת הפרה צפויה. זה המצב האפשרי. ולכן אם מתרחשת פה הפרה היא תמיד תהייה הפרה צפויה. ס' 17 לא מתאים למקרה הזה כי לא רק שזו הפרה צפויה זו הפרה צפויה של חיוב שעדיין לא ודאי שהוא יגיע לכדי מימוש כי יש באמצע תנאי, לכן אי אפשר להפעיל פה את ס' 17. במקום זה יש לנו את ס' 27ג לחוק החוזים- הוא המשמעות המשפטית של מה זה אומר שיש חוזה על תנאי אם ממילא לא צריך לקיים את החוזה.

מה אומר הסעיף הזה? שאם יש הפרה צפויה בתקופת הביניים, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו אף לפני שמתקיים התנאי.

ס' 17 אומר שאם יש הפרה צפויה אפשר לקבל מיד את כל התרופות לפי חוק התרופות. אין אף תרופה שהיא תרופה למניעת הפרה- כולן הן תרופות לתיקון ההפרה.

**אבל ס' 27ג אומר משהו אחר- סעדים למניעת ההפרה**, כלומר לא סעדים של חוק התרופות. אין טעם לתת כאן פיצויי קיום או אכיפה כי לא בטוח בכלל שיתקיים החוזה- בלי קשר להפרה הצפויה. לא בטוח שהוא יבשיל כי יש תנאי- סיכוי שלא יתקיים.

מה הסעדים האפשריים, למשל? צו עיכוב יציאה מהארץ, צו עשה, עיכול זמני על נכס וכו'.

הבעיה היא לא האם אפשר לאכוף את החוזה. הבעיה היא האם הוא היה מתקיים מלכתחילה.

**למה אין ס' כזה (כמו 27ג) על תנאי מפסיק?**

לפי תשובת גבריאלה שלו- בחוזה על תנאי מפסיק החוזה מתחיל להתבצע מיד ולכן אם הוא מופר זו הפרה רגילה של חוזה. זה נכון אבל לא מספיק מדויק לדעת גלברד כי יש להניח שברוב המקרים החיובים המשמעותיים יותר יתקיימו לקראת התקיימות התנאי ולכן צריך לומר, לדעת גלברד, אם מופר חיוב שאמור להתקיים לפני התנאי- זה חיוב לא מותנה ולכן אם הוא מופר אפשר לקבל תרופות רגילות.

אם מתרחשת כאן הפרה צפויה של חיוב שאמור להתבצע אחרי מועד התנאי המפסיק אז צריך להחיל לפחות בדרך של היקש את הוראות ס' 27ג לחוזה על תנאי מפסיק.

**אם יש חוזה על תנאי מתלה- מוכר מתוחכם ינסה לסכל את קיום התנאי אם יש לו קונה שמוכן לשלם יותר. בשביל מצב כזה, יש את ס' 28 לחוק החוזים.**

יש לנו הסדר ספציפי בס' 28 שנגזר מחובת תום הלב והוא אומר שהסנקציה היא שאם צד גרם לתנאי המתלה לא להתקיים הוא מושתק מלטעון שהחוזה לא בתוקף.

עכשיו בפני הצד השני, התמים, יש 2 אופציות: אם מבחינתו זה טוב שהחוזה לא מתקיים הוא יוכל לעשות זאת אך אם הוא רוצה בחוזה- הוא יוכל לראות בחוזה כמקוים, כאילו התנאי התקיים ובמידה ולא ניתן לאכוף- לקבל פיצויים.

סיכול התנאי המתלה- התוצאה שלו היא שלמרות שהתנאי לא התקיים החוזה בתוקף.

דין זהה יש בס' 28ב ביחס לחוזה עם תנאי מפסיק- זו אותה תוצאה בדיוק רק בקשר לתנאי מפסיק.

הפסיקה קבעה בשורה של פסקי דין שס' 28 חל לא רק במקרה שצד מסכל את התנאי המתלה או גורם לתנאי המפסיק באופן אקטיבי, אלא גם במקרים שלצד הייתה אפשרות לגרום להתקיימות התנאי המתלה והוא נמנע מלפעול. למשל- אני יודע שדודה שלי מחבבת אותי ואם אבקש ממנה היא בטוח תסכים אך אני לא מבקש ממנה. זה נחשב כסיכול. עכשיו יש בעיה: נניח שיש לי אפשרות לבקש מהדודה לתת את אישורה. אני יודע שהיא תסכים לי- בכך יחול ס' 28. אבל אם אני כן אבקש ממנה, לפי היגיון פס"ד איילון זה יכול להוביל למחשבה שזה חיוב של צד א' ואז תהייה הפרה במידה והיא לא תסכים.

ס' 27 ג' עוסק שצד מפר בהפרה צפויה חיוב מחיובי החוזה וס' 28 ההפרה היא ביחס לתנאי המתלה או המפסיק- זה שני דברים שונים.

ס' 28ג אומר את הדבר הבא: נניח שהלכתי לדודה וביקשתי ממנה, אך אני לא יודע שכעת היא לא תסכים לי- ובגלל שבאתי לבקש ורק בגלל זה היא לא תסכים. האם יחול ס' 28א? התשובה לא- כי פעלתי בתום לב. התוצאה הייתה גרועה אבל לא ידעתי שכך יהיה. לכן לא ניתן להטיל עליי את האשם.

זה בדיוק מה שס' 28ג אומר- אם צד פעל בתום לב הוא מוגן.

עוד מקרה שבו ס' 28 א וב לא יחולו הוא אם התנאי המתלה הוא תנאי שתלוי ברצון אחד הצדדים.

אם אנחנו מסכימים על חוזה ויש תקופה שבה יכול להתקיים או לא להתקיים תנאי והוא תלוי בי- אני אחליט אם הוא יתממש או לא- זה אופציה או הצעה בלתי חוזרת.

ס' 29- מסכם את התוצאות של חוזה על תנאי: אם זה חוזה על תנאי מתלה והתנאי לא מתקיים- מתבטל החוזה. אם זה חוזה על תנאי מפסיק והתנאי לא מתקיים- החוזה ממשיך.

**דחיית קיום**

ברוב החוזים יש חיובים הדדיים- שמוטלים על כל אחד מהצדדים. יש גם שלא- למשל בחוזי מתנה.

גם חוזה הדדי ברגע שאחד הצדדים סיים לקיים את חיוביו, החוזה הופך למצב בו יש חיובים שמוטלים רק על אחד מהצדדים.

**השאלה היא כזאת:** בחוזה שיש בו חיובים הדדיים, אם צד אחד לא מקיים את חיוביו (כלומר מפר את החוזה), האם הצד השני יכול לא לקיים את החיובים שלו מבלי שזה ייחשב כהפרה?

**תשובה-** ברור שאם הנפגע מפר את החוזה הוא לא צריך לקיים את חיוביו. החלטה על ביטול בחיים האמיתיים אינה החלטה פשוטה- יש לזה השלכות משמעותיות. **התשובה היא שכן ואפילו כמעט בכל מצב.**

אחד המלומדים כתב שאולי זו התרופה הכי פרקטית מכל התרופות. זה סעד לעת עתה שנועד למנוע את הגדלת הסיכון על הצד הנפגע ויתרונו הגדול שבאופן עקרוני הוא משאיר את כל האופציות פתוחות. כשנפגע רוצה תרופות, ברירת התרופות נתונה בידי הנפגע. אבל בגדול אם חושבים על זה יש 2 מסלולים עיקריים: מסלול 1- החוזה לא יקויים יותר (אין אכיפה אלא פיצויים) ומסלול שני אני מתעקש על אכיפה והמסלול יהיה אכיפה ופיצויים.

ההחלטה האסטרטגית של הנפגע תהייה האם הוא דבק בחוזה ותובע תרופות בהתאם או האם הוא נוטש את החוזה ותובע תרופות בהתאם. הדבר הזה מאפשר לו מצד אחד לא להגדיל את הסיכון שלו ומצד שני לא לקבל מיד את ההחלטה האסטרטגית אלא להמתין איתה עד שיברר מה מתאים לו ולכן האפשרות הזאת היא מאוד יעילה.

**אפשרי לחשוב על 3 מצבים:**

1. חיובים מדורגים, החיוב הראשון בזמן מופר.
2. חיובים בו זמנית, אחד החיובים מופר.
3. חיובים מדורגים, החיוב השני בזמן (צפוי להיות) מופר.

אלה 3 המצבים האפשריים.

אם זה חוזה מכר בו הקונה מפר, זו עסקת מקדמה: הקונה לא שילם. האם זכאי המוכר לעכב את הממכר? או בעסקת מזומן- הקונה אינו משלם. האם זכאי המוכר לעכב את מסירת הממכר? מצב נוסף זה כשהממכר נמכר קודם והתשלום אח"כ. האם זכאי לעכב את מסירת הממכר?

ס' 43(א3) נותן תשובה למצב האמצעי- כל צד הוא גם נושה וגם חייב. הס' אומר שאם אחד הצדדים לא מקיים את חיוביו אז הצד השני רשאי לדחות את מועד חיובו.

מתעוררת שאלה מעניינת שעלתה גם בפסיקה- הרי עכשיו המוכר צריך למכור את הממכר ועל הקונה לשלם. באופן מעשי ביום שלישי ב12:00 בצהריים אף אחד לא עשה כלום. אנחנו מניחים שאחד הפר ואחד הגיב בדחיית החיוב שלו, אבל שניהם לא קיימו. מה ביהמ"ש צריך לבדוק במצב כזה?

התשובה של ביהמ"ש היא שבמצב של חיובים בו זמניים, מה שביהמ"ש צריך לבדוק זה לא מי לא קיים את חיובו (הרי זה שניהם) אלא לבדוק לפי הראיות מי הראה נכונות ורצון לקיים את חיוביו.

איפה ס' 43 נמצא? הוא נמצא בחוק החוזים הכללי בפרק שעוסק במנגנוני השלמה. התשובה לשאלה האם כשצד אחד לא קיים את חיובו השני לא חייב לקיים גם- זה תלוי מה הם הסכימו. אם הסכימו שכן- אז כן.

אך ברוב המקרים הצדדים מסדירים בחוזה את הביצוע התקין של החוזה וכמעט לא נותנים את דעתם למצבי הפרה, אם כבר- זה יהיה בפיצויים מוסכמים. לכן רוב הסיכויים שזה יהיה חוזה שבעניין הזה יש בו חסר. וזה בדיוק מנגנון ההשלמה: במצב של חיובים בו זמניים אם לא הסכמתם אחרת וצד אחד הפר, אז הצד השני רשאי לדחות את חיוביו.

יש לשים לב שהמחוקק מסתכל על הסוגיה במשקפיים של תוכן החוזה בעוד שאמרנו שדחיית חוזה זה סוג של סעד או תרופה, תגובה להפרה. למה זה לא מוסדר בחוק התרופות? כי במשך שנים רבות ההסתכלות על זה הייתה כהתערבות בתוכן החוזה אך עם הזמן ההסתכלות השתנתה.

**למה החוק אומר שאם הצדדים לא הסכימו אחרת אז כן אפשר לדחות?**

הרציונל אומר שהזמן הוא אין סופי. איך יכול להיות שמהזמן האין סופי הם קבעו שהם יקיימו את החיובים שלהם דווקא באותו הזמן? הרעיון הוא שזה נובע בין היתר מהרצון של כל צד להבטיח שהצד השני מקיים את חיובו. אומד דעתם של הצדדים הוא שאם אחד לא מקיים אז גם השני לא ולכן ההסדר הוא כזה.

**מה קורה אם חיוב ראשון בזמן מופר?**

במצב כזה אומר ס' 43(א2) שכשהחיובים לא בו זמניים אלא מדורגים בזמן והחיוב הראשון בזמן הופר- האם השני יכול לדחות את חיובו? כן- אבל רק בתנאי שהצדדים התכוונו שבין החיובים יתקיים תלות.

אם הם לא קבעו את זה לאותו זמן כנראה שהתלות לא משמעותית בעיניהם ולכן אין תלות. לכן הצד השני יהיה חייב לקיים את התחייבויותיו- זה מה שהיה **פעם.**

**היום** ביהמ"ש הבין שזה שעשו את זה בזמנים שונים זה מעיד על תלות אלא אם כן קבעו שזה לא תלוי האחד בשני.

בפס"ד ארבוס ביהמ"ש קובע שבחיובים לא בו זמניים יש תלות ולכן אם הראשון הפר גם השני רשאי לדחות את חיוביו אלא אם כן יש בחוזה הוראה מפורשת שמתנתקת את התלות ורק אז לא ניתן לדחות.

**מה קורה במצב השלישי שבו ראשון בזמן יודע שהשני לא יקיים את התחייבויותיו?**

אין הסדר חוקי למצב כזה של דחייה כי בס' 17 יש הסדר של הפרה צפויה בחוק התרופות ולא מעבר.

**בפס"ד שוחט** התעורר חשש של הפרה צפויה כי שוחט טסה לאוסטרליה אבל לא הסדירה את עניין התשלום וזה יצר חשש מהפרה צפויה. השופטת בן פורת מתבססת בפס"ד זה על תום לב ואומרת שבמקרה כזה הצד החושש מהפרה (בני הזוג)- רשאי לדחות את העברת הבעלות בדירה. הם יכולים לדחות אותה עד שיובהר מה המצב או עד שהצד השני יקיים את חיובו.

אז אמנם החוק לא פתר את השאלה אבל פס"ד זה פתר את זה.

**פסד דלתא וארבוס** אומרים שקל וחומר שבהפרה צפויה ממש קל לדחות.

**לסיכום**- כמעט בכל מצב, אי קיום של צד אחד- הצד השני יוכל לדחות את חיוביו. המצב היחיד שבו אין דחיית קיום זה במצב בו הקשר בין החיובים נשלל במפורש.

**שתי נקודות נוספות:**

1. הפסיקה קבעה שהזכות לדחות קיום נוכח הפרת הצד השני זה רק כשהחיוב המופר הוא חיוב מהותי מרכזי עיקרי בחוזה. צריכה להיות יחסיות סבירה בין החיוב המופר לבין החיוב הנדחה.
2. לכמה זמן אפשר לדחות? בפס"ד שוחט- הם קיבלו את רוב הסכום והדירה אצלם אז מבחינתם שהצד השני לא ישלם. ביהמ"ש אמר שלא. דחיית קיום זה לא סעד סופי אלא סעד ביניים רק כדי לא להגדיל את הקיום של הנפגע. הוא דוחה את הקיום אבל אז בתוך זמן סביר הוא צריך לבטל את החוזה או לקבוע אכיפה אבל הוא לא יכול ליהנות מהמצב של דחיית קיום לנצח.

**תרופות על הפרת חוזה**

תמיד תביעה בתחום דיני החוזים שמוגשת לביהמ"ש מתחילה בתרופה שהתובע רוצה.

מתי יש זכות לנפגע לתרופות?

1. **כשיש חוזה תקף- קודם כל!** קו ההגנה הראשון של הנתבע הרבה פעמים שלא היה בכלל חוזה או מפני שמלכתחילה לא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים או מפני שיש פגם בכשרות של אחד הצדדים או מפני שלא התקיימו יסודות כריתת החוזה. אם אין כוונה ליצור יחסים משפטיים אז גם אם הופרה חובת תום הלב אז אין סנקציה. יכול להיות שזה חוזה בלתי תקף/למראית עין/בעל פגם- ומהסיבות האלה לא התקיים בכלל החוזה. או שמלכתחילה לא היה חוזה או שהיה חוזה והוא בטל או בוטל או התבטל.
2. **החוזה הופר-** אחד מהחיובים לא קוים או קוים לא כמו שצריך היה להתקיים. יש להשוות מה היה החיוב ומה בוצע או לא בוצע כדי לדעת האם הייתה הפרה. יכול להיות שמה שנראה כאילו הופר לא הופר או הפוך- בשלב של בירור האם הייתה הפרה יש להפעיל את כל הכלים של תוכן החוזה: פרשנות, השלמה והתערבות ורק לאחר מכן להגיע למסקנה.
3. **הופר החוזה- מה אז?** מי שזכאי לקיום החיוב הוא הצד השני- הנפגע. הוא זכאי במקום החיוב שהופר לתבוע את אכיפתו/ביטולו/או פיצויים במקום זה.
4. **הבחירה בין התרופות** נתונה בידי הנפגע. כמובן שזה בכפוף לכמה כללים: הנפגע מרכיב לעצמו את סל התרופות כשהעיקריות- אכיפה, ביטול והשבה וגם פיצויים למיניהם. הנפגע יבחר לעצמו את הרכב התרופות: הדבר הראשון שהוא צריך לוודא שהוא זכאי מתוקף החוק לתרופות האלה בנפרד. הוא צריך לבדוק שהוא אכן זכאי. אם ראה שזכאי לכך ואין מניעה לקבל תרופות כאשר: אין לקבל תרופות שסותרות במהות שלהן ואין לקבל תרופות שמגנות על אותו אינטרס שנפגע. בעיקרון אי אפשר לקבל יותר מ100% מהנזק- נניח שתרופה אחת נותנת 80% ושנייה 40%- גישה אחת אומרת שיש לבחור ביניהן וגישה שנייה אומרת שאפשר לצרפן אך לנטרל את היתרה שלא נעבור מ100%.
* **הנפגע זכאי לתרופות אבל לא תמיד-** יש מקרים בהם למשל שהנפגע וויתר על התרופה ולכן לא יהיה זכאי. יש מקרים בהם יש הגבלת התרופות או שיש טענת הגנה מפי המפר. דוגמה אחת שכבר למדנו זה למשל חוזה למשחק הגרלה או הימור שלא ניתן לו היתר כדין (ס' 32) ואז יש את תרופת הביטול אבל אי אפשר לתבוע פיצויים או אכיפה.

דוגמה אחרת להגבלת תרופות או טענה למפר שמהווה לו טענת הגנה כנגד אכיפה וכנגד פיצויים זה סיכול- ס' 18 לחוק התרופות.

10/01/2019

**שיעור מס' 24**

סיכול

למרות שהאחריות החוזית היא אחריות מוחלטת- לא משנה אם צד התכוון להפר חוזי או לא, אחד המקרים של טענת הגנה הוא בסיכול.

סיכול הוא מצב שאחרי כריתת החוזה התרחשו נסיבות שלא מאפשרות לאחד הצדדים לקיים את חיובו או מאפשרות אבל בצורה דרמטית ממה שהצדדים תכננו ובמקרים כאלה ס' 18 מקנה פטור לצד המפר מאכיפה ומפיצויים- התרופות העיקריות. יש שיקול דעת לביהמ"ש האם לתת פטור מהשבה או פטור חלקי כי אי הקיום נובע מתאונה משפטית- אף צד לא חשב על זה, לא גרם לזה ולא יכול היה למנוע את זה ובמצב כזה שאין אפשרות לקיים את החוזה (לדוגמה מטאור שנפל)- אלה נסיבות של סיכול.

סיכול יכול להיות מאורע טבע לא צפוי- גשם חזק שמציף נחלים הוא כן צפוי.

זה יכול להיות אירוע בריאותי לא צפוי/מלחמה וכו'.

המבחן לפי ס' 18 הוא מבחן הצפיות- האם היה על הצד המפר לצפות את הגורם שהוביל לסיכול החוזה.

המבחן הוא מבחן נורמטיבי. הפסיקה של העליון הייתה מאוד קמצנית בעניין הזה.

בפסקי דין ישנים, לפני פס"ד רגב, הפסיקה הייתה מאוד קשוחה עם הצדדים- ההנחה הייתה שצריך לצפות כמעט כל דבר. בפס"ד כץ נ' נצחוני, לנדוי אומר שאולי בישראל מלחמה זה עניין שצריך לצפות אותו כי כל כמה שנים יש מלחמה.

בפס"ד של חירם, לנדוי אומר שחברה שיש לה נכסים באפריקה צריכה לצפות שילאימו לה את הרכוש שם כי הייתה שם הפיכה צבאית- במילים אחרות, בפסיקה בעבר כמעט כל דבר היה צפוי.

ביהמ"ש חרד שדרך הפתח הזה, צדדים ינצלו אותו כדי לחמוק מאחריותם החוזית. יגידו שכל דבר הוא משהו לא צפוי כדי לחמוק מהאחריות החוזית, כמו למשל- מזג אוויר חם ולכן ביהמ"ש היה מאוד קפדן.

בפס"ד רגב ובן אבו, במקום מבחן הצפיות מציע לנו אנגלרד לעבור למבחן אחר- נטילת סיכון.

גם זה מבחן נורמטיבי: מי לקח את הסיכון או אמור היה לקחת את הסיכון לגבי ההתרחשות הזו.

מה זה מזכיר לנו? זה מזכיר טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה- שלא מאפשרת את ביטול החוזה. המבחן העיקרי שם שהחליף את המבחנים הקודמים הוא מבחן הסיכון.

ההערכה היא שבני אדם לפעמים טועים בהנחות היסוד שלהן- לפעמים הם לא נכונות ואם הן לא נכונות לגמרי אז אולי לא צריך לחייב אותם. טעות מתייחסת לטעויות, שגיאות ביחס למצב עולם קיים.

בדר"כ דברים שהיו לפני הכריתה או בזמן הכריתה בעוד שסיכול מתייחס להנחות יסוד שגויות ביחס לעתיד. בשני המקרים של שיקול דומה ולכן בשניהם מוצדק להפעיל מבחן דומה והפסיקה רואה את מבחן הסיכון החוזי כעדיף- מבחן נורמטיבי.

סיכון הוא מבחן יותר כנה במובן שבודקים בו מה שעומד ביסוד הקשר החוזי- האם הצדדים תמחרו או היו אמורים לתמחר סיכון מהסוג הזה? אם כן, אין סיבה לשחררם מהחיוב החוזי.

בהצעת חוק דיני ממונות, דין הסיכול נוטש את מבחן הצפיות ומאמץ את מבחן הסיכון. עדיין הגישה של ביהמ"ש העליון- גם היום, היא מאוד זהירה.

בימ"ש לתביעות קטנות לא חושש לומר בהרבה פעמים לומר שמדובר בטעות או בסיכול ולשחרר את הצדדים מקיום החוזה. למשל-אנשים שרכשו טיול אבל בשל צוק איתן לא יכלו לבצע את החוזה. ביהמ"ש לתביעות קטנות פסק לסיכול וזה מעניין שבערכאות הנמוכות פוסקים סיכול ובעליון לא.

מה ההסבר? בערכאות נמוכות מדובר בסכומים קטנים ולכן השופט מרגיש נוח יותר. סיבה נוספת- שופט בערכאה נמוכה יודע שהפסיקה שלו לא תהווה תקדים לעומת שופט בעליון שמבין שפסיקתו תפתח פתח רחב.

בעקבות פס"ד רגב יש נטייה להשתמש במבחן הסיכון למרות שהחוק עדיין קובע את מבחן הצפיות.

טענת סיכול היא טענה בפי המאמר. יש הפרה, אחד הצדדים לא קיים את חיובו, מוגשת נגדו תביעה לפיצויים או לאכיפה והוא טוען לסיכול ולכן לא ניתן לחייבו אלא לכל היותר בהשבה ובשיקול דעת של ביהמ"ש.

בפס"ד בן אבו, יש מצב מעניין- המדינה מחזיקה בערבויות בסכומי כסף מאוד גבוהים של חברת בן אבו כדי להבטיח את בניית הפרויקט הזה. המדינה מחזיקה בערבויות והחברה לא מצליחה למכור דירות ולא יכולה לקדם את החיובים שלה בגלל האינתיפאדה השנייה. מעבר לשאלה האם אינתיפאדה זה דבר צפוי ואנחנו מבינים שלפי מבחן הסיכון אפשר לקבל טענת סיכון במקרה כזה, מתעוררת שאלה מעניינת: מי המפר בפס"ד של בן אבו? תשובה- חברת בן אבו כי היא לא עומדת בהתחייבויות שלה. הנפגע- המדינה. המדינה לא מגישה תביעה- יש לה ערבויות ביד, היא מבינה שיש מצב של אינתיפאדה.

אבל חברת בן אבו רוצה להשתחרר מהחוזה, רוצה בחזרה את הערבויות כי בלעדיהן היא תקועה- זה כסף משמעותי מאוד. היא פונה לביהמ"ש בטענת סיכול. מתקיים פה מצב מוזר- המפר פונה לביהמ"ש בתביעה ומבקש להשתחרר בטענת סיכול אבל זה לא אפשרי כי טענת סיכול היא טענת הגנה בפיו של מפר כשמגישים נגדו תביעה. היא טענת מגן ולא טענת חרב- אי אפשר לפנות איתה לביהמ"ש.

המחוזי אומר שבעצם כן אפשר כי אין פה באמת הפרה אלא מאורע ששני הצדדים לא לקחו בחשבון ולכן בנסיבות מסוימות זה כן יכול להיות טענת חרב שהמפר יכול לטעון.

כלומר סיכול הוא כבר לא טענת הגנה, אם יש נסיבות מסכלות הן גורמות לפקיעת החוזה- כבר אין עניין של הפרה.

**חזרה על ההבדל בין מבחן הצפיות למבחן הסיכון**

צפיות יותר גמיש. שואל האם הצד שאמור היה לבצע את החיוב אמור היה לקחת את הסיכון הזה בחשבון בעת כריתת החוזה. מאפשר גמישות רחבה יותר מאשר מבחן הסיכון.

**טענות הגנה נוספות שיכולות לשחרר מתרופות באופן מלא או חלקי**

* **ס' 14- הקטנת נזק-** גם זו טענת הגנה. המפר יטען כשיתבעו ממנו פיצויים לפי ס' 10 או פיצויים לפי ס' 13 (אבל לא לפי ס 11 או 15), שהנפגע יכול היה להקטין את הנזק ואם לא עשה את זה הוא משוחרר מהדלתא (ההפרש) מהחלק שיכול היה לצמצם.
* **אשם תורם-** טענה שלא נמצאת בחוק התרופות אבן כן נמצאת בנזיקין. זה לא נוגע לנזק אלא לאחריות. הנפגע תרם לקרות הנזק ואז אפשר לחלק את האחריות בינו לבין המזיק וזה ישליך על הפיצויים. בפס"ד EXIMIN החיל דוקטרינה דומה גם ביחס לחוזים: אם יש הפרה ומסתבר שהצד השני יש לו אחריות מסוימת להפרה בשל התנהגות שיכול להיות שקדמה להפרה של המפר או שהתרחשה לאחריה, אפשר ליחס חלק מהאחריות למי שבעינינו נתפס כנפגע.

ס' 39 הוא הבסיס המשפטי לאשם תורם. ברק חזה את עניין האשם תורם בפס"ד תחבורה ציבורית ב"ש.

**התרופות עצמן**

התרופות העיקריות הן: אכיפה, ביטול, השבה ופיצויים.

מקובל לומר שהתרופות בגין הפרת חוזה מגנות על אינטרסים שונים של הנפגע.

השיח הזה של אינטרסים מוגנים בדיני התרופות התחיל בעקבות מאמר קלאסי של פולר ופרדו מהמאה הקודמת שניסו לסווג את האינטרסים המוגנים בדיני התרופות.

הם איתרו 3 אינטרסים עיקריים: אינטרס הציפייה, ההסתמכות וההשבה.

האינטרסים מכוונים אותנו באופן בו אנו מפעילים את התרופות.

האינטרס העיקרי המוגן בהפרת חוזה הוא אינטרס הציפייה שנקרא גם הקיום (זה אותו דבר).

האינטרס הזה אומר שצריך להעמיד את הנפגע במצב בו היה עומד אילו החוזה היה מקוים כראוי. 2 התרופות המגנות על האינטרס הזה הן: אכיפה ופיצויים. נניח שהתחייבתי למכור למישהו נכס תמורת 100, הפרתי את החוזה, לא מסרתי לו את הנכס ועכשיו הכנס הוא 150. הוא יכול לתבוע אכיפה- שאמסור לו את הנכס ויעמוד במצב בו היה עומד אילו היה מקוים החוזה.

לחלופין, יוכל לתבוע פיצויים- אם הוא כבר שילם 100, אז יוכל לתבוע 150: 100 השבה ועוד 50 על השווי הנוכחי של היהלום בנוסף. ה150 זה אינטרס ציפייה כולל, 50 זה אינטרס ציפייה נקי- "נטו".

האינטרס השני הוא אינטרס ההסתמכות: הוא בדר"כ מוכר יותר בדיני הנזיקין. נועד להעמיד את הניזוק במצב בו היה עומד אילולא הנזק. שאלה מעניינת היא- האם יש ביטוי לאינטרס ההסתמכות בדיני הפיצויים על הפרת חוזה? זו שאלה ששנויה במחלוקת.

**פס"ד מלון צוקים-** בפס"ד זה, המפר הוא עיריית נתניה. במה הפרה את החוזה? היא התכחשה לזכרון הדברים- התחלף ראש העיר שהתעלם ממה שעשה ראש העיר הקודם. זכרון הדברים נגע להקמת בית המלון. בכך העירייה הפרה את החוזה. בנוסף, הפרה אותו בשלב מאוד מוקדם- החוזה עוד לא התחיל להתבצע, נעשו רק דברים ראשוניים מחברת מלון צוקים. לא היה אפילו היתר בנייה למלון. החברה מגישה תביעה לפיצויים. איך מחשבים את הפיצויים?

בסיבוב הראשון, ביהמ"ש לא יודע לחשבם והשופטת נותנת פיצוי של מיליון ₪ שהבסיס המשפטי הוא ס' 13 כי הוא נותן לביהמ"ש שיקול דעת. אבל זה לא נכון- כי הוא בעבור נזק לא ממוני.

כשזה מגיע לביהמ"ש העליון- הוא סותר את זה בטענת שזה נזק של ממון ומחזיר למחוזי. איך המחוזי פוסק פיצויים בעבור נזק ממוני? קובע עפ"י פיצויי הסתמכות- ביקש מהתובעים להראות אלו הוצאות הם הוציאו ופסק להם את זה. כשזה הגיע לעליון התעוררה השאלה האם על הפרת חוזה אפשר לפסוק פיצויי הסתמכות? הרי זה הוצאות שצד הוציא לצורך קיום החוזה ואם נחזיר לו אותם- נעמיד אותו במצב בו היה עומד אילו החוזה לא היה נכרת.

פסה"ד של העליון מעניין ומחולק למלץ ולחשין.

השופט מלץ פוסק שאפשר לתת רק פיצויי קיום בהפרת חוזה והבסיס הוא ס' 10 שנותן פיצויים שניתנים עקב ההפרה. במקרה שלנו, העירייה גרמה לשני נזקים: הפרת חוזה ונזק נוסף שאי אפשר להוכיחם- נזק ראייתי.

הפיתרון של זה הוא בהיפוך נטל הראייה- מלץ אומר שהוא מוכן להניח לטות התובעים שהחוזה שנכנסו אליו הוא לא חוזה הפסד. הרי אי אפשר לדעת אם החוזה הפסד או לא כי אפילו לא התחילו לבנות. מכיוון שמי שגרם לנזק הראייתי זו העירייה אז הוא מוכן להוכיח שזה לא חוזה הפסד, העירייה צריכה להוכיח אחרת. אם זה חוזה רווחי- אינטרס הקיום גבוה יותר מאינטרס ההסתמכות. הם היו אמורים להרוויח יותר משהשקיעו. לא ידוע כמה יותר. אז ניתן להם את כל ההוצאות שהוכיחו שהוציאו וניתן את זה כפיצויי קיום על בסיס ההנחה שזה לא חוזה הפסד.

אז השופט מלץ אומר רק פיצויי קיום בגלל הנזק הראייתי. הוא פוסק להם את ההוצאות כפיצויי קיום.

עכשיו מגיע הוויכוח- השופט חשין אומר למלץ שנניח שזה היה חוזה הפסד- זה דיון תאורטי לגמרי, לא יודעים באמת אם זה הפסד או לא. הם עוברים לדיון אוביטר אבל דיון מאוד חשוב.

חשין שואל את מלץ מה יעשה אם מדובר בחוזה הפסד? נניח שנדע שההשקעות היו 100 ואם החוזה היה מקוים הרווח היה 80. מלץ אומר שהוא יוכל לתבוע 100- בשום מקרה אינטרס ההסתמכות לא יכול לעבור מעבר לאינטרס הקיום. כלומר אינטרס ההסתמכות לא עומד בפני עצמו. חשין אומר שהוא יוכל לתבוע 120. מה הנימוק שלו? יש לו שניים:

1. אינטרס מהותי- אם כבר הפרתי את החוזה ולא שילמתי את ה100 שהתחייבתי, אז הוא מפיל לי על הראש את כל הנזק- 120 משיקולי הרתעה וצדק. פעם הבאה אחשוב פעמיים אם להפר את החוזה. "חוזים צריך לקיים"- ומי שלא מקיים על ראשו ייפול כל הנזק. רק כשהחוזה מבחינתו של הנפגע הוא חוזה הפסד, אז פיצויי ההסתמכות נידונים. הנימוקים של מלץ למה לא ניתן לפסול הם שניים: א. אין פיצויי ענישה בדיני חוזים. ב. הנזק של ה20 לא נובע מהפרת החוזה אלא מזה שלא חישבת נכון כמה יעלה ביצוע החוזה- מנוגד ללשונו של ס' 10. חשין משיב שאנחנו כן רוצים להכניס שיקולי הרתעה בדיני חוזים כי הערך של קיום חוזים הוא ערך מוסרי גבוה ורוצים להרתיע מאי קיום חוזים ויש לו עוד נימוק מעניין- בהשבה בעקבות הפרת חוזה בהחלט יכול להיות שהנפגע שביטל את החוזה וקיבל השבה שמעמידה אותו במצב הרבה יותר טוב מזה שהתכוון להיות בו אם החוזה היה מקוים. חשין אומר למלץ- למה לא תעלה את הטענה הזו בהשבה? הרי בהשבה כולם מסכימים שהניזוק יכול לבטל את החוזה, לקבל השבה ולעמוד במצב טוב יותר אז למה הוא נטפל לפיצויי הסתמכות? אין הבדל גדול.

הדעה המקובל לפחות עד פס"ד מלון צוקים היא דעתו של מלץ. העמדה של חשין היא גישה שאומרת שיש שיקולים מוסריים בהפרת חוזה- אם מישהו הפר שיישא בכל הנזק- "זו בעיה שלו". השאלה הזו נשארה פתוחה בפס"ד צוקים. האם במצב של הפרת חוזה יכול הנפגע לקבל פיצויי הסתמכות שעולים על גבוה פיצויי הקיום? התשובה היא כנראה כן- כמו שטוען חשין, מתוך פסיקה נוספת שעשתה זאת בפועל אך לא אמרה במפורש.

1. אינטרס ההשבה לא מוגבל בגובה אינטרס הקיום ולכן אין בעיה להציב מגלבה כזאת גם באינטרס ההסתמכות.

**אינטרס ההשבה=** העמדת הנפגע במצבו לפני החוזה ע"י השבה של כל מה שהעביר הנפגע לצד השני (השבה בעין או בערך כספי).

קיימים אינטרסים נוספים קיימים בדיני התרופות: הם לא קיימים במאמר של פולר ופרדו. במשך השנים איתרנו בתוך דיני התרופות עוד אינטרסים. נזכיר 3 מרכזיים: שלילת רווחים שהפיק המפר- פס"ד אדרס. הזכרנו אותו כשדיברנו על ס' 12 בהקשר של טרום חוזי, כעת נדבר עליו בהקשר של הפרת חוזה. בפס"ד אדרס, נניח שמוכר התחייב למכור לקונה נכס ב100 והתחייב למסור לו אותו לאחר חצי שנה. אחרי חודשיים השווי של הנכס זינק, המוכר מכר למישהו אחר ב200. לאחר חצי שנה הוא לא יכול למסור את הנכס ולכן מפר חוזה. אבל שווי השוק ירד בחזרה ל100. עכשיו הנפגע יכול לקנות נכס ממישהו אחר ב100. הייתה הפרה. מה הנזק של הנפגע? הוא לא נפגע כאן. המחיר נשאר אותו דבר. פס"ד אדרס אומר שנכון שאין נזק, אבל ה100 שהרוויח המפר יועברו לניזוק. זה עשיית עושר שלא במשפט. מי שדוגל בגישה כלכלית נקייה בלי שיקולים נוספים יכול היה לומר שהפרות כאלה הן הפרות יעילות. זה סוג של פיצויים עונשיים. השיקול פה הוא לא עונשי אלא שיקול מוסרי אבל זה בעצם מאוד דומה. ברק כותב בדנ"א אדרס שמפני שיש ערך מוסרי לקיום חוזים- זה עומד ביסוד חיינו כחברה וכעם ולכן זה מצדיק. האינטרס שמוגן פה הוא שלילת רווחים שהפיק המפר מצדדים שליליים לכן זה לא בדיוק עשיית עושר- לא היה על חשבון הנפגע אלא על חשבון ההפרה. אנחנו קוראים לזה דיסגורג'מנט- שלילת רווחי המפר וגם האינטרס הזה מוכר בפסיקה הישראלית בעקבות פס"ד אדרס.

אינטרס עונשי, האמירה המקובלת היא מלץ- אין פיצויים עונשיים על הפרת חוזה אבל כבר ראינו שבאדרס יש שיקול עונשי ויש עוד מקרים כאלה בפסיקה, זה מעוגן בחקיקה- בדיני בעבודה למשל, על הלנת שכר אפשר לקבל פיצויים מאוד גבוהים שלא קשורים לנזק והשיקול שם הוא שיקול עונשי. זה דיני חוזים לכל דבר- חוזה עבודה. דוגמה נוספת- בחוק הגנת הצרכן במקרים מסוימים אפשר נגד חברות גדולות שפעלו באופן מאוד בוטה נגד צרכנים לפסוק פיצויים פי X מהנזק שבפועל. זה שיקול עונשי המתייחס להתנהגות המפר ועל פי זה נפסקים הפיצויים.

לכן לומר שאין אינטרס עונשי בדיני חוזים זה קצת "לעצום עיניים".

יש עוד אינטרס מעניין שמי שאיתר אותו זה פרופסור אייל זמיר ב2 מאמרים שכתב. הוא כינה את האינטרס הזה בשם "שחזור השקילות החוזית". כדי להסביר את האינטרס הזה ודרכו לעשות חזרה מעניינת על האינטרסים המרכזיים של קיום, הסתמכות והשבה, נציג תרופה שלא קיימת בחוק התרופות והיא תרופה שאפשר לקבלה רק בחוזי מכר, שכירות וקבלנות (רוב החוזים שיש) ושם יש תרופה שלא נמצאת בחוק התרופות והיא משקפת את אינטרס שחזור השקילות החוזית.

**תרופת הניכוי-** הכוונה לניכוי מהמחיר. היא אומרת שאם מוכר מסר לקונה נכס לא מתאים, כלומר לא מה שרצה (למשל אני כקונה קניתי בחוזה נכס מסוים ונמסר לי נכס שונה במהותו- זו אי התאמה שנחשבת הפרת חוזה), אומר ס' 28 שהקונה יכול לתבוע תרופה שנקראת ניכוי מהמחיר. הרבה מתבלבלים וחושבים שפיצויים וניכוי זה אותו דבר. אבל פיצויים מגנים על אינטרס הקיום בעוד תרופת הניכוי מגנה על אינטרס שחזור השקילות החוזית.

ניכוי מהמחיר אומר שהנכס שהגיע לקונה מתאים לו, אבל ברור שהיה משלם עבורו פחות- "שחזור השקילות החוזית": המפר הפר את החוזה, אני כקונה מקבל את ההפרה הזו- היא בסדר מבחינתי, אבל אני אומר לקונה: בוא נניח שאם שינית את תנאי החוזה גם אני רוצה לשנותם וזה יתבטא בתשלום. הייתי משלם פחות משסכום ולכן גובה תרופת הניכוי מהמחיר יהיה תלוי בשווי של הנכס שהתקבל.

פיצויי קיום נועדו להעמיד אותי במצב בו הייתי עומד אילו החוזה היה מקוים וניכוי משנה את השקילות החוזית, אם הייתי יודע מראש שזה מה שמקבל הייתי מקבל פחות.

למה אי אפשר לקבל גם וגם? כי זה 2 דברים שסותרים במהותם. ניכוי ופיצויים סותרים אחד את השני- אחד אינטרס קיום (פיצוי) ושני שחזור החוזה (שחזור השקילות החוזית).

לכאורה שחזור השקילות החוזית נותן תוצאה פחות משתלמת מביטול החוזה עצמו.

נניח שהקונה כבר "התאהב" בנכס- מעוניין בו למרות שהוא לא כמו שנקבע בחוזה. אבל הוא רוצה ליהנות מאינטרס השבה- הכי טוב אם היה מבטל את החוזה אבל אז היה צריך להחזיר את הנכס.

זה לא נכון- כי לפי ס' 9 לחוק התרופות, הנפגע היה צריך להשיב למפר את הנכס או את שוויו ב3 תנאים כשאחד מהם- אם הוא בוחר בכך. כלומר הנפגע יכול בעקבות הביטול להחזיר את הנכס ולקבל את הכסף בחזרה אבל אם הוא רוצה את הנכס, במקומו יצטרך להחזיר את שוויו בדיוק (שווה ערך) ויקבל את הקיזוז שבין הנכס לבין מה ששילם.

במשפט הישראלי תרופת הביטול- בגלל האופציה שהנפגע יכול לבחור אם להשיב את הכנס או לשלם את שוויו, זה הופך לתרופה כספית.

כל אחד מהאינטרסים הללו מגן על משהו אחר אבל הם נותנים לנו תוצאה כספית שונה לגמרי.

אחד הנימוקים של חשין- שאין מגבלה כזו בהשבה.

באופן בסיסי בהשבה הוא מחזיר את הנכס הלא תקין ומקבל חזרה את הכסף. החוק אומר במקום להחזיר את הנכס- תחזיר את שוויו ואז יקבל את ההפרש בין מה ששים לשווי הנכס.

זה מה שמיוחד בתרופת הביטול בשל הפרה במשפט הישראלי- שאפשר להשיב שווי במקום את הנכס לפי בחירת הנפגע.

**סעדים עצמיים ותרופות שיפוטיות**

חלק מהתרופות ניתנות להפעלה בדרך של סעד עצמי: קיזוז, עיכבון, דחיית קיום, ביטול.

סעד עצמי הוא מהיר ויעיל. אם מגיעים לפיצויים על הפרת חוזה אבל במקרה גם אני חייב לך כסף, אני יכול להפעיל פיצויים באמצעות קיזוז- לכן אפשר לעשות בפיצויים סוג של סעד עצמי.

מנגד בביטול שהוא סעד עצמי, ביהמ"ש יבחן אם הביטול נעשה כדין או לא.

ברוב המקרים הביטול יגיע לבחינת ביהמ"ש אז הרבה פעמים ביטול כרוך בהשבה אז ההבחנה הקלאסית הזאת היא לא כ"כ מובהקת.

**תרופת האכיפה**

תרופת האכיפה משקפת את אינטרס הקיום, היא תרופה שצריך בשבילה צו שיפוטי ואי אפשר לעשות אותה כסעד עצמי.

לאכיפה יש כמה יתרונות על פני פיצויים:

1. זה הקיום הכי קרוב לקיום המחוזי של מה שהצדדים הסכימו. זה לא תחליף כספי.
2. אנחנו נמנעים מהצורך לכמת את הנזק. הבעיה בכימות הנזק היא הפער בין השווי האובייקטיבי לשווי הסובייקטיבי שהנפגע מייחס לו. למשל- המפר לא נתן לי טבעת, שיש לה ערך מאוד חשוב בשבילי. באכיפה אין בעיה כזאת כי אוכפים את הדבר עצמו.

יש 4 סייגים לאכיפה:

1. נבצרות פיזית/ נבצרות משפטית כגון שהקניין בנכס אינו של המוכר
2. עבודה או שירות אישי- האם יש קשר אישי בין העובד למעביד
3. פיקוח- ביהמ"ש יכול לומר שאינו אוכף את החוזה כי יש סאגה של מלחמות בין הצדדים
4. סייג הצדק

**תרופת פיצויים**

הס' המרכזי הוא ס' 10. אין קריטריון לחשבם- צריך להעמיד את הניזוק במצב בו היה עומד אם החוזה היה מקוים. האם ניתן לקבל גם פיצויי הסתמכות? דיברנו על זה בפס"ד צוקים.

ס' 10 כפוף לנטל הקטנת הנזק. זה חיסרון של מבחינת הנפגע. היתרון שלו זה למשל שבפיצויים שבהם צריך לחשב את שווי השוק, בניגוד ל11 פה שווי השוק לא מקובע על מועד מסוים ואני יכול להיות גמיש ולקחת מועד למשל של הגשת התביעה או מועד אחר וזה עומד לטובת הנתבע.

ס' 11- הכותרת שלו מבלבלת. כי הוא כן בהוכחת נזק בנוסחה פשוטה. הוא עוסק במצב שיש פער בין המחיר החוזי של הנכס החוזי או השירות לבין שווי השוק במועד הביטול. ההפרש- אם הוא לרעת הצד הנפגע, בהנחה וגרם הפסד לצד הנפגע, במקרה כזה הוא יוכל לפרש את ההפרש כפיצויי קיום.

אי אפשר גם מס' 10 וגם מ11 כי זה כפל תרופה על אותו ראש נזק.

ס' 11ב עוסק במשהו אחר- פיצויים על איחור בתשלום והריבית היא בעצם פיצוי ללא הוכחת נזק על איחור בתשלום. הוא מאפשר נוסחת חישוב פשוטה: ריבית שמשולמת.

ס' 13 עוסק בנזק לא ממוני.

ס' 14 עוסק בהקטנת נזק.

מדובר על אותו נזק. אי אפשר לקבל פעמיים פיצוי על אותו נזק אלא רק אם מדובר על נזק שונה.

ביהמ"ש יפחית פיצויים מוסכמים כשהם נקבעו ללא כל יחס סביר (לקרוא את ס' 15).

השיקול המרכזי הוא שאם ביהמ"ש חושב שהצדדים לא העריכו את גובה הנזק אלא קבעו סנקציה עונשית- את הרכיב העונשי הוא יפחית.

21/01/2019

**שיעור מתרגל- תרופות, אכיפה וביטול**

**תרופת הביטול**

כל התרופות נגזרות מס' 2 לחוק החוזים תרופות: 2 תרופות שלא ניתן לקבלן יחד הן אכיפה וביטול. מה שכן אפשרי זה בנוסף לכל אחת מהתרופות הללו לתבוע גם פיצויים.

ס' 7 מדבר על ביטול. לפי 7א זכאי הנפגע לבטל את החוזה אם ההפרה הייתה יסודית.

ס' 6 מגדיר הפרה יסודית. חוק החוזים מאפשר לצדדים להחליט בעצמם מהי בעיניהם הפרה יסודית.

ביהמ"ש מתערב בעניין מאוד ספציפי, כשמדובר בתניה גורפת- נרחיב בהמשך.

ס' 7ב מדבר על הפרת חוזה שאינה יסודית- בניגוד להפרת חוזה יסודית שראינו שמאפשרת לנפגע סעד עצמי של ביטול חוזה מיידי, הפרת חוזה שהיא לא יסודית מחייבת אותו לתת ארכה- הוא חייב לתת תחילה למפר ארכה, אלא אם כן בנסיבות העניין ביטול החוזה היה בלתי צודק. כלומר יש כאן שיקולי צדק שאותם ישקול ביהמ"ש.

יש עוד תוספת לס' 7ב- קיים סייג צדק אך הוא מותנה בהתנגדות המפר תוך פרק זמן סביר. ביהמ"ש לא מפעיל אותו באופן עצמאי. כלומר יש לו 2 היבטים שצריך לשים לב:

1. **היבט דיוני-** איזשהו סייג שמתרכז בפרוצדורה, למשל- מי טוען ראשון/באיזה מסגרת זה צריך להיעשות. מהותי זה מה שמתייחס לתוכן הדברים, לגוף הטענה. ההיבט הדיוני כאן חובת העלאת הטענה שמושתתת על המפר עצמו. אם הוא לא יעלה את הטענה הזו ביהמ"ש לא יעלה זאת במקומו. למשל- עבר זמן מאז שהחוזה נכרת, ביטול החוזה יגרום לנזקים מאוד קשים מהצד המפר וכו'.
2. **היבט מהותי-** יש 2 קבוצות של שיקולי צדק: האחת שיקולי מאזן האשמה בין הצדדים והשנייה מאזן הנזקים והאינטרסים של הצדדים.

**ס' 7ג** הוא ס' של עיפרון כחול: ניתן לבטל ס' בעייתי אחד מתוך החוזה- במקום בו ניתן להפעיל עיקרון כחול נעשה זאת אך במקום שהס' שמוסר גורם להפרת החוזה כולו- זה נתון לבחירת הנפגע. הוא יכול לבחור לוותר על החוזה כולו או להשמיט את הס' הזה.

דוגמה- קניתי ממישהו דירה + חניה. ההפרה בוצעה בנוגע לחניה. העיפרון הכחול אומר שאני יכול לבטל את החלק של החניה בלבד. אך אם החניה נותנת לנפגע תחושה שכל החוזה הופר, הוא יכול לבטל את החוזה כולו.

**דרך הביטול-** תוך זמן סביר מהרגע שנודע לנפגע על ההפרה. אין דרישת כתב או דרך מסוימת שצריך לבטל, הדרך היא מאוד ליברלית. ברגע שבוצעה הפרה יסודית יש לי זכות לבטל מידית את החוזה. אם נתתי ארכה- אני צריך לחכות זמן סביר ממנה עד שאני מבטל את החוזה.

השבה במסגרת של ביטול חוזה- ס' 9א- זכותו של הנפגע להחליט איך הוא רוצה שההשבה תתבצע. הוא יכול לבחור לבצע השבה או בעין כלומר ממש את הנכס לפני שניתן (בדיוק אותו דבר), מנגד יש לנו השבה בשווי- אני אקח את הערך של אותו נכס שעבר ובגלל שאני לא יכול לקבל את אותו נכס או בחרתי שלא לקבלו אני אקבל את השווי שלו.

זה כוח קריטי לנפגע להחליט אם לקבל את הנכס או את השווי כי יש כאן משמעות כלכלית מאוד גבוהה. המפר חייב לעשות זאת לבחירת הנפגע.

כל עוד החוזה לא בוטל- גם אם קיומה של ההפרה יסודית, יהיה תקף. הנפגע יכול להמשיך לקיימו.

**איך הצדדים מסכימים מהי הפרה יסודית?**

אפשר לעשות זאת בלשון מפורשת, לכתוב את המילה עיקרון יסודי. בהיעדר הגדרה מפורשת- נעקוב אחר אומד דעת הצדדים ורואים למה התכוונו. הגישה השנייה אומרת שלא ניתן לעשות זאת. בגדול- צריך לנסות להתחקות אחר אומד דעת הצדדים.

מה שחשוב לומר על הסכמה על יסודיות של הפרה בין הצדדים שהיא אינה נבחנת בכור ההיתוך של ביהמ"ש כלומר היא חסינה מהתערבות ביהמ"ש. ביהמ"ש יכול להיכנס לתוך החוזה ולהשלים דברים, אבל כשמדובר על הסכמה של הצדדים שהפרה מסוימת נחשבת ליסודית- ביהמ"ש לא יתערב. מתי כן יוכל לעשות זאת? כשמדובר בתניה גורפת. כשיש תניה גורפת מעמדה המשפטי משתנה מהקצה אל הקצה. דוגמה לתניה גורפת: כל ההפרות בחוזה הן הפרות יסודיות לא משנה מהותן.

תניה גורפת לא רק חשופה לביקורת שיתופית אלא גם קיימת חזקה משפטית שהתניה לא תקפה. זו חזקה בלבד- היא לא מוחלטת והיא ניתנת לסתירה.

**חזקה שבדין-** חזקה במהות שלה מעבירה את נטל ההוכחה. בחזקה שבדין הנפגע הוא זה שצריך להוכיח שהייתה הפרה יסודית. דוגמה: כרתי חוזה עם מישהו שאמסור לו נכס. הפרתי את החוזה ולא מסרתי לו את הנכס. בחוזה שלנו היה כתוב שכל הפרה היא הפרה יסודית. זו הפרה גורפת. הנפגע ביטל מבחינתו גם את החוזה כי אני זה שהפרתי ראשון באי העברת הנכס. אם לא הייתה תניה גורפת הוא היה לכאורה פועל באופן תקין. כשיש תניה גורפת, מי שיצטרך להסביר לביהמ"ש הוא הנפגע. למה? כי התניה הגורפת מקימה חזקה שאין לה תוקף. אם אין לה תוקף אז המשפט שאומר שכל ההפרות בחוזה הן יסודיות אין לו תוקף ואם אין לו תוקף אז ההפרה אינה יסודית ואם זו אינה הפרה יסודית לנפגע אסור היה לבטל את החוזה אלא עליו היה לתת לפוגע ארכה לקיום החוזה. יש חזקה ששוללת את אפשרות הנפגע להסתמך על תניה גורפת.

האפשרות היחידה להסתמך על תניה גורפת כיסודית היא רק אם התניה הגורפת הייתה סבירה בכריתת

החוזה, בנסיבות העניין.

**למה שהנפגע ירצה לבטל את החוזה?**

הרצון של נפגע לבטל חוזה תלוי תוצאה המשפטית של הביטול. כשהוא מבטל את החוזה הוא משחרר עצמו מהחיובים של החוזה ויכול להשקיע משאביו במקום אחר.

דבר שני- אוטומטית זה מזכה אותו בהשבה וביכולת לבחור באכיפה בעין או בשווי כפי שאמרנו קודם.

מן הסתם עסקת הפסד- כשאני מבין שאני רק מפסיד מחוזה כזה, כמובן שעדיף לי לבטלו.

גם כשהחוזה רווחי, הרבה מאוד פעמים תביעת השבה היא דבר שיותר קל להוכיח אותו מתביעת פיצויים. היא נוחה יותר במקרים שבהם המפר הוא חדל פירעון, פושט רגל ואז אני לא צריך לחפש אחר פיצויים ולהוכיח נזק ובסופו של דבר גם להגיע למצב בו אין לי ממי לגבות את הכסף.

לעיתים ההשבה גם עולה ברווחיות של על הקיום, למשל אם קיום החוזה מעניק לי X והשבה תעניק לי X+5.

**חשוב מאוד למבחן: מה ההבדל בין ביטול, בטלות והתבטלות?**

ביטול מחייב חוזה תקף שביטלו אותו. דוגמה: פגמים בכריתת חוזה- עושק/כפייה. היה לנו חוזה שהוא תקף אבל יש אופציה לבטלו וצד לחוזה אכן מבטלו. דוגמה נוספת- הפרת חוזה שבעקבותיה ניתן לבטלו.

לעומת זאת יש חוזה VOID- חוזה של בטלות. למרות שהחוזה הוא חוזה, מלכתחילה הוא נטול תוקף משפטי. למשל- חוזה למכירת סמים.

התבטלות של חוזה הוא מצב שהחוזה פוקע עקב אירוע חיצוני, למשל- תנאי מפסיק שלא בשליטת הצדדים שמבטל את החוזה, לא באחריותם או מרצונם.

למרות ההבדלים בין ביטול, בטלות והתבטלות, התוצאה הסופית בכולם זהה והיא היעדר תוקף משפטי להסכמות הצדדים. בכל המצבים שדיברנו עליהם, אם הועברו בין הצדדים משאבים או טובות הנאה, מכיר הדין בחובתו של כל אחד מהצדדים להשיב לרעהו את מה שקיבל. הביטול הוא סעד עצמי אוטונומי אבל צריך להשתמש בו בחוכמה ובזהירות: מקום בו צד מבטל את החוזה כשלא הייתה לו זכאות לכך, הוא בעצמו הופך להיות מפר ומבצע הפרה יסודית. כלומר הוא מבצע "גול עצמי".

גבריאלה שלו נותנת עצה נכונה- למרות שההפרה כביכול מוצדקת, כדאי לתת התרעה לפני כן כדי להגן על עצמך בטרם ביצוע ההפרה.

**פס"ד ביטון נ' פרץ-** מדובר בעסקה משולשת והשאלה שהייתה על הפרק היא האם איחור של 6 ימים בתשלום המחיר מהווה הפרה יסודית לא? התשובה- תלוי.

למשל: ראובן מוכר לשמעון דירה. על סמך זה שמעון מוכר ללוי. על סמך זה לוי מוכר ליהודה. בעסקה האמצעית, התשלום מתעכב ב6 ימים וזה משליך אוטומטית גם לעסקה הבאה.

כתוצאה מכך- הנפגע בעסקה השנייה או למעשה המפר בעסקה השלישית. בעסקה השלישית הוגדר עיכוב כהפרה יסודית ובשלישית זה לא הוגדר. הנפגע אומר שאמנם זה לא הוגדר במפורש אבל הוא לא יכול היה לקיים את החוזה בציפייה שלו בלי לקבל תשלום בזמן ולכן מבחינתו כן מדובר בהפרה יסודית.

מה ביהמ"ש עשה? כדי שתוצאה מסויימת תיחשב להפרה יסודית של חוזה, קיומה צריך להיות ידועה או מודעת לצד השני. הפרה יסודית, עפ"י ס' 6, היא הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה לא יכול היה לחזות בתוצאותיה. ביהמ"ש עושה איזשהו מהלך מלאכותי כדי להבין אם הפרה היא מסתברת או לא. כשאנחנו יודעים מה ההפרה ותוצאותיה ביהמ"ש לא בוחן אותה בנקודת הזמן של אחרי ההפרה, אלא הולך אחורה בזמן ליום הכריתה ומנסה להבין אובייקטיבית האם אדם סביר היה כורת את החוזה כשהוא היה יודע שזו ההפרה. זה קצת מוזר אבל זה המבחן שקבעה הפסיקה.

עוד דרך להבין מתי הפרה יסודית או לא- הפרה יסודית מסתברת. כשלא הסכמנו על זה מראש אבל אני טוען שהיא יסודית. עליי להוכיח שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילוא ראה מראש את תוצאות ההפרה. יש כמה דברים שאנחנו בוחנים בקביעת הפרה כיסודית או לא:

1. לא מעניין אותנו הנזק הספציפי בהפרה הספציפית הזו אלא מעניין אותנו סטנדרט האדם הסביר, סטנדרט אובייקטיבי.
2. אנחנו מסתכלים אחורה ובוחנים מראש מה ניתן היה לחזות בעת כריתת החוזה.

זה שהנפגע יודע היום שיש בידיו מידע היום, לא רלוונטי לשאלה האם האדם הסביר היה מתקשר אז- אנחנו מסתכלים על המידע שהיה בידי האדם הסביר בעת הכריתה.

המפר בעסקה השנייה לא ידע שלוי היה אמור לקחת את הכסף ולקנות איתו דירה. לוי לא אמר לו את זה מראש. הוא סיפר לו על זה רק אחרי כריתת החוזה. אז לא ניתן לומר שהמידע הזה היה בידיו והוא יכול היה להסתכל על הציפייה שלו שבנסיבות האלה מדובר בהפרה יסודית.

**מה המוכר טען בפס"ד ביטון (המוכר של העסקה השנייה)?**

המוכר אומר: אני זה שמכרתי את הדירה וצריך להתחשב בציפיות שלי שהסתמכתי על הכסף כדי לשלם על הדירה החדשה שקניתי. הטענה הזו נדחתה ע"י המשפט- הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה את התוצאות מראש, אנחנו מדברים על הנפגע. הנפגע הוא זה שצריך להחליט האם ההפרה הייתה מספיק קריטית לו כדי לא לכרות את החוזה מלכתחילה. אני לא יכול לצפות מקונה להבין שהמוכר רוצה להשתמש בכסף לקניית דירה. אם הוא היה מעדכן אותו בזה מלכתחילה (שהוא בונה על הכסף הזה כדי לקנות דירה חדשה)- אז היה ניתן לראות בכך כהפרה יסודית. אבל מכיוון שלא עדכן אותו, ביהמ"ש אומר שלא יכול היה לצפות את מראש. על שני הצדדים לדעת את זה מראש ולא רק על המוכר.

מכיוון שלא ידע את זה מראש- בוחנים האם עבור נפגע סביר האיחור הוא קריטי או לא. בנסיבות כאלה- האיחור לא הפרה יסודית. אבל אם היה מגלה מראש שהיה צריך את הכסף "כאוויר לנשימה"- זו כן הייתה הפרה יסודית.

**פס"ד הרשקו-** בפס"ד זה יש איחור של חודשיים וחצי למרות שגם ניתנה הארכה. ביהמ"ש קצת משנה את הכלל שהפרה יסודית של מס' ימים אינה יסודית ומנסח את זה באופן פוזיטיבי- הוא אומר שאי תשלום של כסף במועדו בדר"כ ייחשב כהפרה יסודית שמעניקה לקונה את זכות הביטול המידית ועל המפר שמבקש למנוע את זה ולומר שמדובר בהפרה שהיא לא יסודית, להוכיח שבנסיבות המקרה האיחור היה קל יחסית ושהיו נסיבות מיוחדות (יש דרישה גם שהנסיבות האלה יהיו חיצוניות) שגרמו לכך ויש בכך להצדיק את האיחור.

ביהמ"ש אומר בצורה מפורשת שנמאס לו מאופן מסירת התשלומים שיש במדינה- מעתה והלאה כשאתה מאחר ולו בכמה ימים, זו תהייה הפרה יסודית!

מה שמכריע בסופו של דבר זה מכלול הנסיבות. ביהמ"ש רצה להעביר איזשהו מסר והפך את הגישה. זו גם הדעה הרווחת כיום- שאיחור בתשלום מהווה הפרה יסודית אלא אם כן יש נסיבות שמצדיקות זאת. יש גם איזושהי חובה להיזהר כשאתה מפר חוזה- אם אתה לא עושה זאת מסיבה מוצדקת אתה הופך להיות מפר.

בסופו של דבר שלו מסכמת את זה בצורה הנכונה ביותר- הנסיבות יקבעו אם תקופת האיחור היא הפרה יסודית או לא. לרוב נטל ההוכחה הוא על המפר.

בהיעדר התייחסות תקפה בחוזה לשאלת יסודיות ההפרה- שזה אמרנו כשהצדדים מסכימים ביניהם מה זו הפרה יסודית, תיבחן השאלה האם זו הפרה יסודית עפ"י מבחן חיצוני אובייקטיבי שמציב הדין.

ס' 6 מורה שהפרה יסודית מסתברת היא הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר (=הנפגע) לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. מדובר במבחן היפותטי ואובייקטיבי המבקש לברר בדיעבד לאחר שההפרה כבר התרחשה את חומרתה היחסית מנקודת מבטו של המתקשר הסביר **בעת כריתת החוזה.** לא מדובר בעיניו הסובייקטיביות של הנפגע הספציפי לאחר ההפרה אלא בעיניו האובייקטיביות של נפגע סביר שנשען מראש בעת כריתת החוזה- האם לדעתו החומרה היחסית של ההפרה היא כזו שהייתה מונעת ממנו לכרות את החוזה.

**כאשר מכלול הנתונים שאנחנו בוחנים הם הנתונים שהיו ידועים לשני הצדדים בעת כריתת החוזה (פס"ד ביטון).**

**אופן מתן ההודעה**

הגישה היא מאוד ליברלית. לא נדרש שביטול החוזה ייעשה בהודעה פורמאלית או בדרך אחרת- חשוב שהמפר יוכל ללמוד על רצון הנפגע. אך אם הצדדים התנו על זה וכתבו בחוזה שההודעה כן תהייה בכתב- אם הנפגע לא ייתן הודעה בכתב אז לא יהיה לה תוקף.

ניתן ללמוד על החוזה גם מהתנהגות, למשל- הגשת כתב תביעה: צד שמגיש תביעה, ביהמ"ש רואה בו כמוסר הודעה לצד השני על ביטול החוזה.

המבחן שלנו הוא מבחן מהותי- כאשר הצד השני מבין שהחוזה בוטל זה מספיק לנו ואנחנו לא מחפשים פורמאליות.

**מתי משתכלל ביטול החוזה- האם במסירת ההודעה או בקבלתה אצל המפר?**

זה דומה להצעה וקיבול- כל עוד ההצעה באוויר ולא הגיע למקבל אפשר למשוך אותה.

כאן זה שונה: לכאורה הביטול משתכלל כבר בעת מסירת ההודעה ע"י הנפגע- עוד בטרם הגעתה למפר.

**ס' 21ב הוא סעיף דרמטי-** בשונה מהצעה וקיבול שאני צריך לחכות שההודעה תגיד לצד השני, כאן אני יכול להסתמך על מתן הודעת הקיבול אם יש לי יסוד סביר שהיא נשלחה כראוי.

דוגמה- שליחת מייל. זה לא משנה אם המפר קרא או לא קרא את המייל. יש להודעת הביטול תוקף מרגע שליחת המייל ויש לי יסוד סביר לסמוך עליה שהגיעה במועדה.

יכול להיות שכרתנו חוזה, צד אחד הפר אותו, צד שני שולח הודעה- לא בטוח ב100% שהיא הגיעה, יכול להיות שהמפר לא יודע שהחוזה בוטל וממשיך לקיימו. למה זה ככה? כי הדין מגן על הנפגע. זה סוג של הרתעה או כתוצאה הנכונה ביותר- מקום בו הפרת את החוזה הבעת אקטיביזציה שהחוזה מבחינתך לא תקף כמו שחשבנו שהוא בהתחלה ולכן בנסיבות האלה הדין הולך צעד לכיוון הנפגע.

**מה קורה אם אחרי שהמפר אומר שהוא מפר חוזה- הוא חוזר בו?**

יש כאן הפרה שתוקנה. לרוב- לא ניתן לבטל את החוזה לגביה כי היא תוקנה. כל עוד הנפגע לא שלח הודעת ביטול רשמית, ההצעה תישאר בעינה לאחר שההפרה תוקנה.

מקום בו קיימת הפרה ולפני שנשלחה הודעת ביטול או לפני שנשלחה ארכה ע"י הנפגע, הצד שביצע את ההפרה תיקן אותה (מפצה גם על נזקים שנגרמו)- אז אין עילה לבטל את החוזה.

**פס"ד שמואל רונן חברה לבניין** הוא פס"ד חשוב- יש לקרוא. יש שם את הדוגמה של שני צדדים ששניהם שלחו הודעת ביטול כשלא הייתה להם זכות לבטל את החוזה. חשוב למבחן.

**הלכת החידוש- פס"ד פיתוח ושיקום לישראל בעם-** הייתה הפרה של תשלום. אחרי 5 שנים הצד הנפגע רוצה לבטל את החוזה. העניין מגיע לעליון. ברק מסתמך על הלכת החידוש ואומר: בחלוף הזמן הסביר (אנחנו נדרשים לבטל אחרי זמן סביר) ולמרות שהייתה הפרה יסודית- לא ניתן לבטל את החוזה מיד (ע"י הנפגע) אבל הנפגע נותן ארכה כאילו מדובר בהפרה שלא יסודית- כלומר חלוף הזמן מחיל עליי סטנדרט חדש. ההפרה היא עדיין יסודית אבל היא מצריכה ממני לשלוח הודעת ביטול במקום בו לא הייתי צריך.

למשל- צד צריך לשלם תוך שבועיים לצד השני סכום כסף, הם קבעו שמדובר בהפרה יסודית.

אם הוא לא שילם- יש לי זכות לבטל תוך זמן סביר. נגיד שעברו 10 שנים (זמן לא סביר), אין לי כבר את האפשרות לבטל את החוזה מיד כסעד אוטונומי. זו עדיין הפרה יסודית אבל אני נדרש לתת לצד השני ארכה לקיום החוזה. זה מחיל על ההפרה סטנדרט חדש על אף שהיא יסודית. הדרישה היא דרישה שלא הייתה קיימת קודם. אך יש גישה שאומרת שאחרי כ"כ הרבה זמן אנחנו מוותרים על זכות הביטול בכלל להסתכל על ההפרה כהפרה יסודית שמזכה ביטול.

ביהמ"ש נכנס למה קרה בכל השנים האלה. בפס"ד זה ברק אומר שהוא רואה בהתנהגות הנפגעת במשך השנים שהיא לא וויתרה על זכות הביטול שלה.

כלומר יש 2 אפשרויות:

1. חלוף הזמן לא מאיין את זכות הביטול אלא מצריך מתן ארכה.
2. יש גישה אחרת שאומרת לעומת זאת, שחלוף הזמן לאחר כ"כ הרבה שנים מאיין לחלוטין את זכות הביטול. רואים את הנפגע כמוותר על זכות זו.

נצטרך במבחן לבחון את הנסיבות ולפי זה לכתוב. במבחן נכון להציג את שני הצדדים של המטבע- מראה על ידע, אבל בסוף כדאי לכתוב מה אנחנו חושבים בשורה התחתונה.

**מתן ארכה בהפרה שאינה יסודית**

גם כאן החוק לא קובע דרך מסוימת ואין תנאים נוקשים. ברור שצריך ללמוד ממנה שהנפגע מצפה לתיקון של ההפרה הספציפית אליה הוא מתייחס. עלתה שאלה האם נדרש תוכן שאומר למפר שאם לא יתקן את ההפרה החוזה יבוטל? התשובה היא לא. מה אורך הארכה הנדרשת בחוק? זמן סביר. אמנם זה לא כתוב בחוק אבל הפסיקה השלימה את זה.

נשאלת השאלה- מה הדין כשנתתי לחברי ארכה אבל קבעתי שהארכה היא פחות מזמן סביר, למשל 24 שעות והוא תיקן את ההפרה שלו אחרי שבוע?

במקום הזה לא מעניין הזמן שאני קבעתי אלא הזמן הסביר- אם תיקן תוך זמן סביר אז אין לי עילה לבטל את החוזה.

**פס"ד כלנית השרון-** בשנות ה-80 הייתה אינפלציה מאוד גדולה. השאלה שעלתה האם ההשבה צריכה להיות בערכים נומינליים-ללא הצמדה לריבית, לא מעניין אותי כמה הם שווים היום בגלל האינפלציה או ריאליים- הצמדה לריבית?

מה שנפסק בפס"ד זה הוא שהשבה בשווי תעשה בערכים ריאליים.

**אכיפה**

כמו ביטול גם אכיפה נלמדת מס' 2 לחוק. אכיפה לא הולכת יד ביד עם ביטול אלא עם פיצויים. זכאות לאכיפה- ס' 3: הנפגע **זכאי** לאכיפת חוזה אלא אם כן התקיימו 4 סייגים.

מה אנחנו לומדים מהמילה זכאי? כל 4 הסייגים יפורשו בצמצום. דבר שני, מבחינה דיונית מלאכת ההוכחה של הסייגים הללו מוטלת על המפר. דבר שלישי, סייגי האכיפה הם רשימה סגורה- המפר לא רשאי להעלות טענות נגד האכיפה שאינן נופלות לגדרות לאחד הסייגים.

הזכות הנפגעת לאכיפת החוזה היא לא אוטונומית. הנפגע חייב לבקשה מביהמ"ש. במקביל, לביהמ"ש אין שיקול דעת בלתי מוגבל אם להעניק אכיפה או לא. במקום בו הנפגע דורש אכיפה ואף אחד מהסייגים לא מתקיימים, ביהמ"ש חייב לתת אכיפה. **אם נקבל קייס ונאמר שהנפגע דורש אכיפה ואנחנו לא רואים שאחד מהסייגים חלים, אין לביהמ"ש לא לתת אכיפה- הוא חייב לתת!**

הגדרת אכיפה מוגדרת בס' 1 לחוק. יש 4 סוגים של אכיפה: צו עשה- צו שמורה למפר לבצע חיוב חוזי למעט חיוב כספי. סוג שני- צו לאכיפת חיוב כספי- זה לא צו פיצויים! אלא רק אכיפה.

צו שלישי- צו לא תעשה (צו מניעה). צו רביעי- צו מתקן- צו שמורה למפר לתקן באופן פיזי את נזקי ההפרה.

חשוב להדגיש- הצווים האלה אינם צווי פיצויים, צו פיצויים הוא צו אחר!

המטרה של צו מתקן הוא השבת המצב לקדמותו, דוגמה- בניתי מרפסת במקום שאסור לי. צו מתקן יורה לי להרוס אותה.

תכלית האכיפה היא הגנה על אינטרס הקיום. הם באים להגשים את עקרון הגשמת החוזה.

פיצויים אמנם יכולים לפצות אותנו באופן שיכול לרפא את הנזקים אבל אכיפה היא בממשות מקיימת את החוזה. יש מס' יתרונות לאכיפה:

1. מתגברת על קושי בכימות ובהערכה.
2. היא חוסכת צורך בהוכחת נזק או בהוכחת שיעורי רווח. אחד הדברים הכי קשים בפרקטיקה זה להוכיח נזקים. יש גם דוקטרינות שעלולות להפחית את סכום הפיצוי שמגיע לי, למשל- אשם תורם, הקטנת נזק, תום לב- זה לא רלוונטי באכיפה אך עם חריג קטן- אשם תורם או הקטנת נזק יכולים לשלול את הזכות לאכיפה ולהעביר אותי לזכות של פיצויים.
3. כשמדובר במפר חדל פירעון- קשה לי לקחת ממנו כסף כפיצויים ולכן באכיפה אקבל ממנו את הנכס עצמו, דבר שכן מתאפשר.
4. משמעות פסיכולוגית- "ניצחון משפטי"- קיבלתי את הנכס עצמו.

**מהם 4 הסייגים לאכיפה?**

1. **נבצרות-** נבצרות משפטית או נצברות פיזית.
2. **סייג השירות האישי-** פס"ד צרי- ביהמ"ש העליון אימץ פרשנות רחבה לשירות האישי בתחום יחסי העבודה. ההלכה כורסמה במצב בו נגיד מנהל בכיר לא מכיר את העובד הקטן. ביהמ"ש באופן כללי נמנע מלאכוף חוזי שירות.
3. **סייג הפיקוח-** חוזה ארוך, כשמדובר בצדדים בעייתיים- ביהמ"ש במקרים שהם באמת מסובכים עשוי לקבוע שהאכיפה לא רלוונטית במקרה הזה. הדברים האלה נאמרים לצד מאמרה הרם של האכיפה- הסייג הזה יפורש בצמצום. אם ביהמ"ש יוכל לשים מפקח פרטי על החוזה הזה הוא ייטה לעשות זאת. פס"ד תמגר חברה לבניין- שם לא התקבלה טענה לפיקוח יתר מצד ביהמ"ש.
4. **שיקולי צדק-** הסייג הרחב והחשוב ביותר. הסייג הזה עמום. מטבע הדברים, כל שופט יוצא תוכן למהו צדק בעיניו ולכן יש כאן חוסר ודאות. גם הסייג הזה מפורש בצמצום. לא כל אי צדק הופך את האכיפה לבלתי צודקת אלא רק אי צדק מהותי. פס"ד אזימוב- אחד הצדדים טען שלא יכול לקיים את החוזה כי זה יפגע באשתו. ביהמ"ש לא קיבל את זה כי אכיפה היא התרופה העליונה ביותר.

איך משתלבת תרופת האכיפה עם עקרון תום הלב?

סייג הצדק בולע את חובת תום הלב.

אכיפה בתנאים- ס' 4. הס' הזה בא למנוע מצב בו הפכנו את כפות המאזניים. ביהמ"ש רשאי להתנות את אכיפת החוזה, הס' מונע את האפשרות שאכיפה תגרום למפר להיות הנפגע. המגמה היא שביהמ"ש יכול להוסיף חיובים שנראים לו צודקים אבל רק יש להם אחיזה מפורשת או משתמעת במערכת היחסים בין הצדדים, כלומר לתנאים האלה צריכה להיות זיקה לחוזה המקורי בין הצדדים.

אכיפה בקירוב- הדרך היפה להראות את הבכורה של תרופת האכיפה. נבצע אכיפה של דבר שקרוב במהותו להתחייבות החוזית. ביהמ"ש יורה על אכיפה בקירוב כחלק מסייג האכיפה כשהיא לא שונה במהותה מהחוזה. על אכיפה בקירוב מורה ביהמ"ש בלבד בבקשת המפר.

מקרה שניתן לראות על אכיפה בקירוב- אייזמן נ' קדמת עדן.

**טיפים ודגשים למבחן:**

* הקדשת יום שלם לארגון החומר- סדר וארגון החומר הפתוח! לקחת מבחן לדוגמה, לנסות לפתור בנקודות ולראות אם אנחנו מצליחים לדלות בקלות את החומר הרלוונטי. לא להגיע עם כמויות חומר גדולות.
* לפתור את המבחן בסבבים: המבחן יהיה בנוי בצורת קייס מאוד ארוך שיעסוק בכל הנושאים מההתחלה ועד הסוף- דיונים של הצעה וקיבול, כוונה ליצירת יחסים משפטיים ועד לסוף. חשוב לכתוב שמכך וכך- ניכר כי הייתה גמירת דעת/הצעה וקיבול או כל דבר אחר. לכתוב כל דבר שנראה ברור בטקסט! צריך לכתוב במשפט למשל- "נהיר וברור שיש כוונה ליצירת יחסים משפטיים"- זה שווה כמה נקודות!
* לסמן במבחן כל דבר שהוא חשוב- כל ביטוי שאני יודע שחייב להיות חלק מהפתרון! אחרי שסיימנו לכתוב הכל- לא לרוץ לפתור! לקרוא שוב את השאלה, לראות שלא שכחנו כלום.

כל מה שסימנו- להרחיב עליהם בנקודות. למשל: אם יש איום, לכתוב שזה כפייה באמצעות איום- זכות לבטל חוזה, החוזה תקף אם לא נבטלו- בעצם כל מה שקו. לראש. לכתוב בנקודות ולא להעמיס. אחרי שסיימנו את שני הסבבים והדגשנו הכל- לעשות ראשי פרקים ולהרחיב. אחרי שיש פתרון בראשי פרקים- רק אז נתחיל לכתוב. כך נדע שעברנו על הכל והסיכוי שפספסנו משהו נמוך.

* לנראות של הכתיבה חשיבות גדולה מאוד. אם נכתוב מסודר, סביר שיישאר מספיק זמן.
* אחרי שסיימנו לכתוב- לסמן וי ליד ראש הפרק- נסמן וי רק לאחר שסיימנו את כל הדיון בו.
* לקרוא את המבחן שוב, להדגיש מה שחשוב ולוודא שלא שכחנו כלום.
* מגבלת מקום- עד 10 עמודים במבחן.
* אם העובדות בקייס מאוד דומות לפס"ד מסוים- להזכיר אותו, להפנות אליו.
* להכריע משפטית בסוף השאלה- לא לפחד לכתוב מה המסקנה הסופית- גם אם הסודק לא יסכים איתנו, כל עוד ננתח בצורה הגיונית, זה בסדר. ההכרעה תהייה החלק האחרון.
* אם הטענה שלנו חלשה- לכתוב שהיא חלשה.