# דיני חוזים

יצחק רבינוביץ

"אנחנו לא ערכאה סופית

 כי אנחנו לא טועים,

אנחנו לא טועים

כי אנחנו ערכאה סופית"

תוכן

[דיני חוזים 1](#_Toc473642211)

[תפקידים של החוזים (שיעור 1) 4](#_Toc473642212)

[מקומם של דיני החוזים במערכת המשפט הישראלית [ובכלל] 4](#_Toc473642213)

[פעולתם של החוזים (שיעור 2) 6](#_Toc473642214)

[הטופוגרפיה של דיני חוזים 6](#_Toc473642215)

[1. סיבות תכניות; 6](#_Toc473642216)

[2. פגמים בהסכמה הספציפית; 7](#_Toc473642217)

[3. ספקות בנוגע לכשרות המתקשרים; 7](#_Toc473642218)

[4. חוזים חשובים במיוחד או חריגים; 7](#_Toc473642219)

[5. פערי מיקוח גדולים בין הצדדים; 7](#_Toc473642220)

[6. חריגה מסטנדרט ההתנהגות הראוי; 7](#_Toc473642221)

[7. שינוי נסיבות קיצוני; 7](#_Toc473642222)

[כריתת חוזה – יצירת יחסים משפטיים מחייבים (שיעור 3) 8](#_Toc473642223)

[גמירות דעת 8](#_Toc473642224)

[מסוימות (שיעור 5) 11](#_Toc473642225)

[זכרון הדברים 15](#_Toc473642226)

[הצעה וקבלה 16](#_Toc473642227)

[*חזרה מהצעה (שיעור 8)* 18](#_Toc473642228)

[תום לב במו"מ (שיעור 9) 20](#_Toc473642229)

[פגמים בכריתה – עילות ביטול 25](#_Toc473642230)

[טענת טעות – ס' 14 26](#_Toc473642231)

[עילת הביטול (שיעור 11) 26](#_Toc473642232)

[הטעיה – ס' 15 לחוק 30](#_Toc473642233)

[הטעיה במעשה 30](#_Toc473642234)

[הטעיה במחדל (שיעור 13) 31](#_Toc473642235)

[היקף חובת הגילוי? דעות מלומדים: 32](#_Toc473642236)

[ביטול החוזה 34](#_Toc473642237)

[אפשרות תיקון - ס' 14(ג) 34](#_Toc473642238)

[ביטול חלקי - ס' 19 35](#_Toc473642239)

[ביטול באמצעות בית-המשפט – ס' 14(א) 35](#_Toc473642240)

[טעות סופר - ס' 16 36](#_Toc473642241)

[כפייה -ס' 17- שיעור 14 36](#_Toc473642242)

[איום בפתיחה בהלכים פליליים 36](#_Toc473642243)

[כפייה כלכלית 37](#_Toc473642244)

[עושק -ס' 18- שיעור 15 40](#_Toc473642245)

[היחס בין עילת העושק לחוסר תו"ל 41](#_Toc473642246)

[החוזה הפסול ס' 30, 31 42](#_Toc473642247)

[כריתה 42](#_Toc473642248)

[תוכן 42](#_Toc473642249)

[מטרה 42](#_Toc473642250)

[תקנת הציבור - שיעור 16 42](#_Toc473642251)

[הגבלת פניה לערכאות ושלילת זכאות לסעדים משפטיים 43](#_Toc473642252)

[שיוויון ומניעת אפליה 43](#_Toc473642253)

[תניות הגבלת תחרות 44](#_Toc473642254)

[בורריות מפוקפקות 45](#_Toc473642255)

[ס' 31 – שיעור 17 45](#_Toc473642256)

[חוזה אחיד 47](#_Toc473642257)

[חוק החוזים האחידים 47](#_Toc473642258)

[חוזה על תנאי – ס' 27-29 54](#_Toc473642259)

[חזקת תנאי הטעון הסכמה של צד שלישי 55](#_Toc473642260)

[סעיף 28 – סיכול תנאי 55](#_Toc473642261)

[סעיף 29 – מגבלת זמן לתנאי מפסיק\מתלה 56](#_Toc473642262)

[חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים 56](#_Toc473642263)

[סיכול -שיעור 20- ס' 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 56](#_Toc473642264)

[תום לב בקיום חיובים חוזיים – ס' 39 לחוק החוזים 59](#_Toc473642265)

[פרשנות חוזה – ס' 25 לחוק החוזים 61](#_Toc473642266)

[דוקטרינת שני השלבים 62](#_Toc473642267)

[הפרה וסעדים 64](#_Toc473642268)

[הפרה – חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 64](#_Toc473642269)

[סוגי הפרה 64](#_Toc473642270)

[הסעדים – ס' 2 65](#_Toc473642271)

[סעד האכיפה – שיעור 22 66](#_Toc473642272)

[חריגים – ס' 3 67](#_Toc473642273)

[היקף סעד האכיפה 70](#_Toc473642274)

[סעד הביטול וההשבה – סוגי הפרה 70](#_Toc473642275)

[הפרה יסודית 71](#_Toc473642276)

[פיצויים – ס' 10 לחוק התרופות 73](#_Toc473642277)

[\*\*שיעור מתמחה 1 76](#_Toc473642278)

[כשירות משפטית 76](#_Toc473642279)

[שיעור מתמחה 2 78](#_Toc473642280)

[פיצויים מוסכמים – ס' 15 לחוק החוזים תרופות 78](#_Toc473642281)

## תפקידים של החוזים (שיעור 1)

תפקידם של החוזים מהותי לכלכלה המודרנית, ומבחינתנו הוא אחד מהתחומים המעניק לנו כמשפטנים מרחב עצום.

חוזה הוא הסכם בין שני צדדים [או יותר] שהמשפט מקנה לו תוקף מחייב.

לא כל הסכמה היא חוזה, אפילו לא כל הסכם הוא חוזה. **הסכמה** היא במהותה דבר שאינו מחייב, זו התאמה אמנם, אך אין כל חיוב להימשכותה. גם **הסכם** שמטרתו להוות בעצם הסכמה עם מחוייבות, אינו חוזה כי אין לו תוקף משפטי ועל כך נאריך.

הסכם צריך לקיים, אי קיומו יכול להוביל לתוצאות חברתיות קשות, למעשה אי עמידה בו יכולה להזיק לא פחות מאשר אי ביצוע החוזה, בין אם באובדן יחסי קירבה ובין אם ביצירת נתק עסקי. אבל מן הבחינה המשפטית הסכם אינו מחייב.

מכיוון שהמשפט הוא יציר כפיו של האדם, זאת בניגוד לכוחות פיזיקאים למשל, על כן בכוחו של האדם לקבוע מהו החוזה המחייב ומה מוגדר כהסכם בלבד. למעשה עולם החיוב, הגדרת החוזה, משתנה כל העת. דרך משל הבטחות לנישואין שבעבר האחרון היו חסרות תוקף כיום נתפסות כמחייבות.

אין למחוקק רצון להתערב בכל הסכמה בין אנשים, מהלך כזה יפגום ביחסי אנוש הבסיסיים ביותר, בדיבור הפשוט בין בני אדם. אף יותר מכך; כשהכל תחת המשפט תימנע מבני האדם האפשרות לפתח את אופיים שלהם, כל התנהלותם תהיה משפטית ולעולם לא אינדיבידואלית. כמו כן מהלך כזה יכביד עד לרמה בלתי אפשרית על מערכת המשפט ויצריך הקצאת תקציבים גדולה כדי לקיימה.

חוזים, פי' הסכמים בעלי אפשרות אכיפה, אפשרו את מעבר השוק מסחר חליפין – נכס תמורת נכס – לעולם של עסקאות אובליגטוריות – מסחר של הבטחה תמורת הבטחה אחרת. מהפך זה הגדיל את השוק, עקב האפשרות לסחור בדבר שעוד לא בא לעולם, וכך למעט את היצור המיותר, להשיג כספים ליצור עצמו לפני התרחשותו, להוזיל את המחיר בהתאמה וכן על זו הדרך. אמנם במסחר אובליגטורי ישנם סיכונים; כל עוד אתה לא רואה מה אתה קונה יתכן ותתאכזב במקרה הקל, או תרומֵה במקרה הקשה. את הבעיה הזאת באו לפתור החוזים, והאכיפה שבהם נותנת את האפשרות לסחור כך, אך עדיין ישנם סיכונים בדבר – חדלות פירעון, ודברים שהשלמתם למפרע לא שווה את הטרחה עבורם אך עדיין לא תואמים לרצון הרוכש.

מלבד הנימוקים הקלאסים לעמידה במילה; מוסר, אמונה דתית, מוניטין ושמירה על הנורמה החברתית, בחתימה על החוזה מצטרף מימד משמעותי ביותר – אכיפה חוקית. בעוד כל הראשונים רלוונטיים בקהילות יחסית הומוגניות, בעלי קשר ארוך טווח, אך משמעותם פחותה במסחר גלובלי של מסחר הטרוגני. כאשר העסקה היא חד פעמית עם גורם שמעבר לים האכיפה הופכת להיות משמעותית פי כמה. הרי שמלבד שינוי שיטת המסחר לאובליגטורית האכיפה תרמה להפיכת המסחר לגלובלי יותר.

### מקומם של דיני החוזים במערכת המשפט הישראלית [ובכלל]

משפט ציבורי:

1. מערכת היחסים האופקית בין רשויות הממשל השונות

2. מערכת היחסים האנכית בין רשויות הממשל לאזרחים

משפט חוקתי עוסק במבנה המשטר ובזכויות האזרח.

משפט מנהלי מגדיר את רשויות המנהל וסמכויותיהן. [דיני מכרזים, דיני תכנון ובניה, דיני רשויות וכו']

דיני המס [אמנם נגזרים מן המשפט המנהלי אך יש המונים אותם בנפרד.]

משפט פלילי

משפט פרטי:

דיני קניין – זכויות חפצא של האדם, זכות הבעלות, זכויות In Rem. [זכות הקניין גוברת על זכות החוזה, למשל במקרה של כמה נושים, הגובר מבינם הוא בעל החוב הקנייני ורק אח"כ החוזי.]

דיני הנזיקין – זכויות גברא, איסור פגיעה או גרימת נזק לצדדים שלישיים תוך חריגה מן הסטנדרט הראוי. מטרת דינים אלו להשיב את המצב לקדמותו – אצל הנפגע!.

דיני עשיית עושר שלא כדין

דיני החוזים

בניגוד לדיני הנזיקין או אלו שכנגד עשיית עושר שלא כדין באו דיני החוזים עבור מצבים יזומים. למקום בו הצדדים המעורבים נכנסו לחוזים מרצונם כדי לשפר את מצבם הקודם, הן בעסקת העשור והן בחתימה על חוזה מול ספקית הטלפון. האדם חותם על החוזה מרצונו כדי לשפר את חייו באופן יחסי. **'הפיצוי' החוזי לא בא להשיב את המצב לקדמותו אלא להביא את הנפגע למקום אליו היה מגיע לו היה מקויים החוזה**.

חופש החוזים – נחשב לעקרון יסוד בשיטתנו המשפטית, לפרטים יש חופש נרחב בכל הקשור להתקשרויות ביניהם. לפי עקרון החירות אנו נמנע ככל יכולתנו לפגוע בחירות הפרט ללא סיבה מספקת לכך. כיוון שאנו מניחים שאנשים חותמים על חוזה כדי לשפר את מצבם, וכן שאנשים רציונאליים ויודעים להבין מה טוב להם, נתאמץ שלא להתערב בחוזים כל עוד זה ניתן.

חופש החוזים כולל את חופש ההתקשרות, פירוש חירות עם מי לכרות חוזה. ואת חופש העיצוב, פירוש חירות לעצב את פרטי החוזה. עפ"י ס' 23 לחוק החוזים (חלק כללי) חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בכל צורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסויימת תנאי לתוקפו עפ"י חוק[[1]](#footnote-1) או הסכם בין הצדדים. ס' 24 (שם) אומר תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים. אמנם זה לא ממש נכון, אבל הרעיון העיקרי, המעניק לצדדי החוזה נרחב ברור לכל.

בחברות סגורות בעלי כללים פנימיים – כגון סוחרי היהלומים – נשאלה השאלה האם ניתן להתוות חוזה בדרכם שלהם עם הוצאת גורם האכיפה המשפטי המאפיין במהותו את החוזה. בנושא זה נביא שני פסקי דין בהערת השוליים[[2]](#footnote-2). שני המקרים הללו מראים לנו מקרי קיצון בהם חופש החוזים נשלל מהצדדים בנוגע לאפשרות האכיפה שבו.

## פעולתם של החוזים (שיעור 2)

כבר הצבענו לעיל על המאפיין היסודי בדיני חוזים, דינים שמטרתם לשפר מצב קיים. החוזה, המשא ומתן בין הצדדים, בא לשפר את מצבו ההתחלתי של כל צד. המוכר מצידו מתעקש על מינימום בו הוא מוכן למכור, בעוד הקונה מציב את המקסימום אותו הוא מוכן להוציא. יתכן שלקונה יהיה משתלם להוציא יותר מן המינימום של המוכר, אך לעולם לא תתרחש עסקה אם המקס' קטן מהמינ'.

מכיוון שבד"כ המוכר ירוויח יותר מהמינימום -שווי הנכס עבורו- ומכיוון שבד"כ הקונה ירכוש בסכום נמוך מהמקסימום -שווי הנכס עבורו-, הרי ששני הצדדים מרוויחים מקיום העסקה. שווי הנכס עבור כל פרט נגזר ממכלול סיבות ואינו אחיד, השווי תלוי יכולות, צרכים, אמונה בשווי עתידי, ידע ואינספור גורמים משתנים. נתון נוסף המתווסף לכל עיסקה הוא תלוי תנאי השוק, מה השווי הנמדד בד"כ עבור המוצר, בהתאם עליו נקבעת לעיתים רמת השווי הפרטית.

המשא ומתן לא בהכרח מוביל לעסקה, בתחילה הוא מוודא שיש בכלל על מה לדבר, שהשווי למוכר לא גדול מהשווי לקונה, רק אח"כ המו"מ עוסק בקביעת הסכום החוזי, הסכום שישולם בפועל.

## הטופוגרפיה של דיני חוזים

גבולותיו של חופש החוזים כידוע נרחבים, אך כדי שיחולו חייבים להתקיים בהם תנאי הסף הבאים:

1. העדה על גמירות דעת.

2. מסוימות מספקת.

3. כתב – בחוזים מסוימים.

מלבד תנאים אלו ישנם סיבות נוספות בהם נתערב בחוזה למפרע, נסקור כעת שבע מקרים בהם נגביל את חופש החוזים לאחר חתימתם.

1. סיבות תכניות; חוזה בלתי חוקי \ המנוגד לתקנת הציבור \ לרעת צד ג' \ זוטי ערך[[3]](#footnote-3) \ הסכמים פוליטיים חשובים \ חוזים שההתערבות בם מהווה חילופי מומחה \ עניינים הקשורים לכבוד, מתן פרס או ציון[[4]](#footnote-4) \ חוזים שעניינם מזל או הימור [למעט הגרלות חוקיות].

ההתערבות **תשלול את האכיפות המשפטית** באופן מלא או חלקי, במקרים הראשונים מכיוון שהחוזה פסול מיסודו [ויתכן שאף תהיה אכיפה פלילית] ובמקרים האחרונים מסיבות נקודתיות; הימנעות מעיסוק בזוטות, כבוד לרשויות אחרות וכדומה.

2. פגמים בהסכמה הספציפית; טעות [פגם במידע] \ הטעיה [פגם במידע הנובע מהתנהגות הצד שכנגד] \ כפיה [של הצד שכנגד המגבילה את הבחירה החופשית] \ עושק [הצד שכנגד מנצל את מצוקת המתקשר לו בחוזה].

ההתערבות **תשחרר** צד שברצונו\ה נפל פגם מן החוזה. ברי שלפי חומרת המעשה תתבצע ההתערבות, ומטבע הדברים התערבות מטעם 'טעות' היא נדירה למדי, בניגוד להתערבות מנימוק של הטעיה או כפיה.

3. ספקות בנוגע לכשרות המתקשרים; קטינים ופסולי דין מפגיעה ביכולת הקוגניטיבית [אף קשישים חולים].

**נדרש אישור מיוחד מגוף שלישי** [אפוטרופוס, בית המשפט – תלוי במהות העיסקה והיקפה] לביצוע העיסקה. חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופוס תשס"א 1961.

ברור שאין לנו רצון למנוע מהפגועים הללו להיות מנותקים מעולם המסחר, נתק שכזה יפגע דבר ראשון בפגועים עצמם. מטרת החוק במקרה זה ליצור את המסגרת בה הם יוכלו לתפקד בצורה מרבית.

כמו כן, סתם אדם מוגדר ככשר לדין [למעט הנולדים עם מוגבלות], רק אדם שהוכרז עליו כפסול דין הוא פסול דין. אולם בכל דיון פרטי יתכן שיתברר למפרע שהאדם הוא פסול דין, שלא ניתן לקבל את הסכמתו משפטית. אך בדיני חוזים למשל פסילה כזאת תיוחס ל'פגמים בהסכמה' ולחוסר 'גמירת דעת'.

4. חוזים חשובים במיוחד או חריגים; חוזה להעברת זכות במקרקעין \ חוזה מתנה [חוזה שאינו הדדי] \ חוזה [הסכם] ממון בין בני זוג.

**דרישה צורנית – דרישה להסכם בכתב**. חוזה בכתב דורש מן הצדדים לשקול את הדברים ביתר זהירות, עם שימת דגש לכל מילה. [אפשר לכתוב כל חוזה כמובן, אך לא בכולם יש את החובה.]

5. פערי מיקוח גדולים בין הצדדים; חוזים הנחתמים בין שני צדדים שיש ביניהם הבדלי כוח גדולים.

**ההתערבות תהיה נקודתית** בלבד, ואך ורק כאשר מולאו שתי הסיבות הבאות:

1. כאשר יש פער משמעותי בין הצדדים, כאשר הצד החזק מכתיב את תנאי החוזה [באמצעות טיוטה שהוכנה מראש משמע 'חוזה אחיד'].

2. החוזה מכיל הסדרים מקפחים המיטבים עם הצד החזק ופוגעים בצד החלש.

במקרים כאלה חוק החוזים האחידים תשמ"ג-1982 מאפשר לביהמ"ש להתערב בתניות מקפחות בחוזה אחיד.

6. חריגה מסטנדרט ההתנהגות הראוי; חוסר תום לב במו"מ [ס' 12 לחוק החוזים] \ חוסר תום לב בקיום או ביצוע חיוב חוזי [סעיף 39 לחוק החוזים].

**ההתערבות** תהיה בשינוי תנאי החוזה נגד הצד שחרג מהסטנדרט הראוי או במתן סעד לצד הנפגע.

7. שינוי נסיבות קיצוני; שינוי כה גדול שלא היה על הצדדים לצפות אותו, שינוי המשנה את בסיס ההתקשרות עצמה.

**ההתערבות** תשחרר צד או אפילו את שני הצדדים מההתחייבות החוזית.

## כריתת חוזה – יצירת יחסים משפטיים מחייבים (שיעור 3)

החוק מתנה דרך מפורטת לכריתת חוזה, הצעה מחד וקיבול מאידך: [ס' 1 לחוק החוזים תשל"ג-1937]

חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה

ס' 5 לחוק מבאר את דרך הקיבול, ס' 2 מבאר מהי ההצעה הנדרשת.

הצעה

ההצעה מורכבת מפנייה, יש בה העדה על גמירות דעת מצד המציע, ההצעה בעלת מסוימות מספקת כדי לאפשר כריתת חוזה אם תתקבל ההצעה.

קבלה

הקיבול אף הוא מורכב מפנייה, חוזרת אל מן הניצע למציע. יש בקבלה גמירות דעת של הניצע, ישנה הסכמה מלאה לסעיפי ההצעה.

החוק לא מתייחס למצב המשא ומתן, הוא מניח שדו-השיח נעשה בשתי פעימות, הצעה וקבלה. לחילופין הוא מתייחס לישורת האחרונה של המשא ומתן בלבד. למעשה ברוב העיסקאות, רכישות במכולת או באינטרנט, החוק פשוט ומועיל. אולם במצב של משא ומתן, כל העת, עם כל הצעה חלופית, מתחלפים המציע והניצע. כך שבפועל בתנאי שוק של משא ומתן מתמשך לא הגיוני ולא מועיל לעבוד לי פשטות סעיפי החוק.

אי לכך, ביהמ"ש אימץ למצבי משא ומתן הנתונים במחלוקת את העמודים העיקריים של החוק, דרישה לגמירות דעת משני הצדדים ומסוימות מספקת. ביהמ"ש לא דורש את הטקסיות המשתמעת מפשטות החוק, של הגדרת מציע וניצע. ביהמ"ש דורש שיהיה רגע [אפילו לא הרגע האחרון ביחסין בין הצדדים] בו תהייה גמירות דעת הדדית ומסויימות מספקת. יתכן אף שהתנהל משא ומתן לאחר רגע זה, יתכן גם שבין הצדדים יהיו שלא יבינו שלמעשה הם הסכימו על חוזה, אבל באותו הרגע נכרת חוזה.

### גמירות דעת

להבנת המינוח הוצעו כמה דרכים

פרופ' זאב צלטנר – גמ"ד = רצינות.

פרופ' גבריאלה שלו – גמ"ד = כוונה להתקשר בחוזה המסוים עם הניצע המסוים.

ביהמ"ש העליון – גמ"ד = כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

מטבע הדברים אין דרך חדה ובהירה לדעת בכל מצב נתון האם הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. למעשה יש לנו כמה דרכים שונות להבין על ידם האם הייתה גמירות דעת במצב הנתון לפנינו.

1. נוסחת הקשר \ קביעה מפורשת, הגדרת הצדדים עצמם ליחסים ביניהם.

'חוזה מחייב' 'חוזה' – מעיד על גמ"ד, 'הסכם' 'זכרון דברים' 'סיכום הסכמות' – ספק אם מעיד.

1. מבחן הנסיבות, בנסיבות משפחתיות, **ההנחה** היא שאין כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

בנסיבות חבריות, ישנה **הנחה חלשה** שאין כוונה ליצור יחס משפטי מחייב

בנסיבות עסקיות, **ההנחה** שיש כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. ובהתאם בנסיבות שלא אופייניות לכריתת חוזה יניח ביהמ"ש שאין בנסיבות כדי להעיד על כוונה לשכלל יחסים משפטיים מחייבים. ברור שיכול להתרחש חוזה למכירת רכב בעצירת רמזור אדום, אבל אם הדבר היה מגיע לביהמ"ש הוא לא היה מסיק גמירת דעת על צעקת סגרנו מחלון הנוסע למשנהו. הרי שהסיטואציה הכללית מהותית לניתוח הנסיבות.

1. נוהג, נוהג המקום מלמד את ביהמ"ש על גמירות הדעת על פי המקום, דוגמא ידועה לדבר בנוהג היהלומנים לחתום חוזה בתקיעת כף ואמירת 'מזל וברכה'.
2. שימוש \ הסתייעות בעו"ד, יש בדבר אינדיקציה לקיומה של כוונה ליצור חוזה מחייב.
3. שימוש בשפה משפטית \ במטבע לשון אופייני לעולם המשפט, "הפרה" "אכיפה" "פיצויים".
4. מידת המסוימות, ככל שרמת המסוימות גבוהה יותר יטה ביהמ"ש להסיק גמירת דעת, וכן להפך, ככל שהרמה נמוכה יותר פוגם הדבר בהנחה שיש כאן גמירות דעת.
5. התנהגות הצדדים לפני ולאחר 'הכריתה', החל מהקשר ההגעה למקום כריתת החוזה וכלה בהתנהלות לאחר החתימה התואמת לנאמר בו.
6. חתימה, קיומה מעיד על גמירות דעת.
7. העברת כסף כהשלכה עיקרית מס' 7 לעיל, העברת כסף לצד שכנגד או לגורם ג' רלוונטי מהווה אינדיקציה לגמירות דעת.

כאמור, בכל הנ"ל ישנה אינדיקציה בלבד לגמירות הדעת, אין חיוב בקיומו של אחד או יותר מהם כדי להוכיח שתמיד תהיה גמירות בקיומו.

ע"א 440/75 **זנדבנק נ' דנציגר**; שני הצדדים מחזיקים כל אחד בחצי מהמניות של שתי חברות, אחת מחזיקה בבית חולים, השניה מחזיקה בקרקע שעליו. בתחילה ניסו שני הצדדים להשתמש במנגנון על פיו כל צד נוקב במחיר, מחיר על פיו הוא מעריך את שווי חצי מהחברה, כאשר הנוקב בסכום הגבוה יותר מהשניים משלם לנוקב בנמוך יותר את הסכום הגבוה ומקבל את חלקו. ניסיון זה לא צלח.

בניסיון השני נעזרו בשמאי שהעריך את השווי הכולל של שתי החברות ב1,545,320 ל"י. בחלוף חודשיים ב"כ [בא כח] המערערים שלח מכתב לב"כ המשיב בו הציע למכור את חלקם של המערערים תמורת שוויו על פי הערכת השמאי [חצי מהסך הכולל].

ב"כ המשיבים ענה כך; א. שולחי מקבלים את הצעת שולחיך. ב. שולחיך יקבלו תמורת מלא חלקם וזכויותיהם בשתי החברות הנ"ל על סך של 772,660 ל"י, ומצרף המחאה על סך 25,000 ל"י.

לאחר מכן התגלה למערערים שהערכת השמאי הייתה הערכת חסר מכיוון שלא לקח בחשבונו חובות שחבים לבית החולים, וזכויות שיש לו. המערערים טענו שלא הייתה גמירות דעת, ויכלו אולי אף לטעון שמדובר היה בחוזה טעות, אך לא טענו כן.[[5]](#footnote-5)

על אף שאין כאן אפילו טופס הדומה לחוזה, סבור ביהמ"ש שיש כאן חוזה מחייב. גמירת דעת, על פי קביעתו של השופט שמגר [כתוארו אז] היא כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים, עוד מבאר השופט שהמבחן לקיומה של גמ"ד הוא מבחן אובייקטיבי, ובלשון אחר; האם אדם סביר היה מסיק בנסיבות העניין כוונה ליצור יחס משפטי מחייב.

פניית המערערים למשיב מעידה על כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים, זאת על סמך; הנוסח המפורש [והמשפטי] של הפניה, המגעים הקודמים בין הצדדים, יצוג משפטי, העברת תשלום מהקונה למוכר.

המערערים ניסו להיתלות בכיתוב 'כל הזכויות שמורות' שהופיע על כתב ההצעה, אך שמגר דחה את האמתלה הזאת, מכיוון שביהמ"ש מסרב להכיר בקיומו של מנגנון התחמקות כזה ושומר בידו את הכוח לבחון האם הייתה גמירות דעת או לא.

#### המדד האובייקטיבי (שיעור 4)

דבר חשוב הניכר בפסק דין זה הוא במבחן האדם הסביר. **אי-אפשר** לעמוד על דעתו של האדם פנימה, בית המשפט בודק את גמירות הדעת במדד אובייקטיבי, בניכר מן התנהלות האדם ולא במה שהוא טוען שהתרחש בתוכו פנימה. כך גם בחן **הצד שכנגד** את דברי האדם ועליהם הוא סמך. מה עוד ש**על פי רוב** ישנה התאמה בין הנראה מבחוץ לכוונת האדם בתוכו פנימה. בנוסף יש **אינטרס ציבורי** ליצור וודאות עיסקית אצל הסוחרים. [ניתוח ארבעת הסיבות מוצע ע"י ג. שלו]

אמנם המדד האובייקטיבי הוא כוללני ולא בהסתכלות צרה, פי' המדד האובייקטיבי הוא על פי מכלול הנסיבות והאינדיקטורים ולא על פי פרמטר ספציפי כגון חתימה וכיוצ"ב. הסתכלות זו מכונה בשם מבחן אובייקטיבי מרוכך.

הסתכלות זו באה לידי ביטוי בע"א 3601/96 **בראשי נ' עזבון המנוח בראשי**, זלמן בראשי הותיר שתי צוואות כאשר יש ביניהם הבדל מוחלט בקביעת היורשים. המנוח מצוי בחודשים שלפני פטירתו מדמנציה [שיטיון], ובהיותו במצב זה הוא מוחתם על חוזה מתנה לפיו הוא מעניק את כל מניותיו בחברה שהקים [החלק ארי בנכסיו] לבנו עמית ונכדו תמיר. העיסקה נשתכללה במכונית בנוכחות עו"ד של עמית, המנוח עצמו לא גילה עניין וחתם אגב פיצוח גרעינים.

החוזה אינו גובר על הצוואה, אך בפועל הצוואה לא יכולה להוריש דבר שכבר לא שייך למוריש, אם כן הרי שחוזה זה 'שדד' את היורשים. אולם היורשים בצוואה השנייה בעיקרו של דבר אלו אותם מוטבי המתנה. היורשים הראשונים [מהצוואה הראשונה] מנסים על כן לבטל את חוזה המתנה ולשלול את הצוואה השנייה.

ואכן ביטול חוזה המתנה אפשרי מן הנימוק של חוסר גמירות הדעת של המנוח. כך אף הבינה הנשיאה ד. בייניש ונימקה שהמבחן האובייקטיבי נגזר מן הנסיבות הספציפיות של המקרה ואינו תלוי בחלל האוויר. הרי לנו שהמבחן האובייקטיבי חל גם על חוזה מתנה, ועל כל חוזה אחר, אלא שבחוזה מתנה נצטרך אינדיקציות חזקות יותר לגמירת הדעת מאשר בחוזה רגיל, זאת מכיוון שהנתינה במקרה זה היא ללא תמורה. ובמצב שהחותם שרוי במצב בו דעתו אינה צלולה הרי שאין בה גמירת דעת. פוסקת השופטת שחוזה מתנה זה בטל כיוון שמדובר כאן על מתנה רחבת היקף הכוללת בתוכה אף מקרקעין, שנערכה בסיטואציה משפחתית, ע"י עו"ד מצד אחד עם חשש מהותי לגמירת הדעת של הנותן – בהענקה ללא תמורה.

בניגוד לישראל חוזי מתנה אינם תקפים באנגליה ובארה"ב כל עוד אין תמורתו, פירוש אין חוזה תקף אם אין בו תמורה לניתן.[[6]](#footnote-6) חוזה מתנה המהווה **הבטחה** **לתת מתנה** **בעתיד** אינו תקף בשיטתם, אם אתה רוצה לתת ללא תמורה עליך לתת באופן מיידי. אך בישראל הדבר אפשרי בתנאי שרמת **גמירת הדעת גבוהה** יותר מהרגיל ובכך שהחוזה **בכתב**.

ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ' פלוני, [יש סיכום במסמכיי] השופטת ע. ארבל הכריעה לטובת פלונית כפסק המחוזי. מכיוון שהייתה כפייה נפשית על המשיבה להסכים לחוזה, ומכאן שלא הייתה בעלת חירות לבחור האם לחתום או לא. אמנם מסבירה ע. ארבל שהמצב בין המערערת למשיבה שקול וההכרעה נגזרת מחילוק סוציאלי בו המערערת חזקה מן המשיבה ולפיכך עליה לספוג את הנזק ולנסות לגבותו מפלוני. יש לציין שההסתמכות היא על דוקטרינת 'לא נעשה דבר' השייכת כאשר ישנה כפיה קיצונית [או טעות קיצונית] בתנאי שלא הייתה רשלנות.

מתחדש לנו מפ"ד זה עוד מקרה היוצא מן המבחן האובייקטיבי הפשוט, מצב קיצוני בו הצליח בעל הדין להוכיח שחתימתו נעשתה במצב שאינו בשליטתו על אף שהדבר לא היה ניכר כלל למתבונן מן החוץ.**[[7]](#footnote-7)**

לסיכום העניין; במקרה הרגיל המבחן האובייקטיבי המרוכך הוא הקובע. אמנם ישנם כמה מקרים חריגים, 'פסול דין' לא יכול לכונן יחסים משפטיים מחייבים, ובמקרי קיצון חריגים ניתן לממש את הלכת לא נעשה דבר.

ע"א 1049/94 **דור אנרגיה נ' חמדן**, משפט בו אנו רואים מתי נחשב הרגע לרגע בו נחתם החוזה. אפילו אם החוזה הרשמי ממש עוד לא נעשה.

#### חוזים בעולם גלובאלי

ע"א 65/88 **אדרת שומרון נ' הולינגסוורת**, סיטואציה בה נחתם חוזה בדרכים אלקטרוניים בלבד – טלפון ופקס. אם הגעת הרכש המבוקש לארץ הגיע עימו גם חוזה מטעם היצרנית הגרמנית, על פיו כל טענה משפטית שהיא תידון לפני ביהמ"ש הגרמני. בפני ביהמ"ש בישראל נידון האם חוזה זה נחשב כמהותי לעסקה – ולפיכך סעיף ההתדיינות בגרמניה תקף, או שמא החוזה נחתם עוד לפני הגעתו לארץ – וסעיף ההתדיינות אינו תקף. ביהמ"ש בישראל פסק שהנושא צריך להינדן בגרמניה.

מן הפסק אנו למדים על קשיי אכיפת החוזה בעולם גולבאלי, ניתן לנסח כמה כללים למסחר חוזי בעולם שכזה, הכללים עצמם סותרים אחד את השני ויש לבחור באחד מהם:

* כלל היריה הראשונה, במקרים של אי התאמה הטופס הראשון קובע.
* כלל היריה האחרונה, במקרים של אי התאמה הטופס האחרון קובע. [כך ננקט בפסק המובא]
* כלל הנוק אאוט, לפיו במקרים של אי התאמה בין ההסדרים המפורטים בטפסים – ההסדרים יבטלו אלו את אלו. [כך נוקטים במשפט האמריקאי]

רע"א 4676/00 **בית הפסנתר נ' רשות השידור** רשות השידור השאילה פסנתר מבית הפסנתר בתמורה לכך שהפסנתר יופיע בסידרה ויהווה פרסומת סמויה. התכנית בסוף לא משודרת. בית הפסנתר תובעת את רשות השידור והם מגיעים להסכם פשרה שרשות השידור תקרין פרסומות של בית הפסנתר בשווה לחברות נגינה אחרות. ברבות הימים רשות השידור מבקשת לבטל את ההסכם בטענה לחוסר מסויימות וחסר גמ"ד. **השופטת דורנר קובעת שכאשר מגיעים לפשרה במסגרת משפטית אי אפשר לטעון לחוסר גמירות דעת**. [כדאי לזכור שהמחוזי קיבל את ערעור רשות השידור נגד הפשרה עקב חוסר מסויימות]

כאשר הוחלטה פשרה, פשרה שקיבלה את חלותה ע"י בית המשפט, קשה עד בלתי אפשרי לטעון שהיה חסר בו גמירת דעת. מלבד ההיגיון הפשוט בדבר, יש לומר שאם נפתח זאת לדיון אין סוף לדבר; כל פשרה יכולה להיפתח לדיון, כל דיון יכול להתערער מחדש. זמן השיפוט הוא זמן יקר.

### מסוימות (שיעור 5)

המסויימות חשובה משתי סיבות שהן אחת, היא מהווה אינדיקציה לקיום גמירת דעת, וישנו חיוב עצמאי הנחוץ בפני עצמו בכדי לכונן חוזה מחייב. מוסכם שאין דרישה למסויימות אינה הרמטית, **לא ניתן** להשלים מסויימות הרמטית באף משא ומתן סביר, בנוסף; המציאות העיסקית מכתיבה קצב התנהלות כלכלי. **לא משתלם** לצדדים, בהינתן מסויימות בסיסית, להמשיך לעכב את העיסקה כדי לסגור כל פינה ותת-נושא. אי לכך אנו מחפשים "מסויימות מספקת". הבעיה במושג ה"מספקת" שהוא ערטילאי וכמו שנראה נתון לפרשנות רחבה בעולם הפסיקה.

דרישת הכתב מופיעה בכ-20 מעשי חקיקה, אך אנו נדון רק בחשובים שבהם. ס' 8 לחוק המקרקעין קובע שהעברת זכות במקרקעין דורשת כתב. זכויות במקרקעין הן חמש:

1. בעלות
2. שכירות העולה (על חמש שנים)
3. זיקת הנאה
4. זכות קדימה
5. משכנתא

במשך השנים יצרה הפסיקה חפיפה בין דרישת הכתב לדרישת המסויימות. פירושו של דבר שאם מדובר היה במסמך בכתב, הדרישות להגדירו כמסמך תקף הן במימד הכתב והן במימד המסויימות היו זהות.

לגבי מסוימות - ע"א 649/73, קפולסקי נ' גני גולן, קפולסקי תובע את גני גולן בדרישה להשלמת ביצוע עסקת מכר (של דירה) או לחילופין תשלום פיצויים. לקפולסקי אין חוזה, אלא רק- קבלות, תכניות בנייה, תרשימים ומסמך אישור שינויים. השופט עציוני דן ברמת המסוימות הנדרשת, לא רק כדי ללמדנו על גמירות הדעת, אלא ברף הנדרש לכינונו של חוזה באופן המהותי. וקובע שעל החוזה במקרקעין לכלול את הפרטים הבאים – שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה, המחיר, מועדי התשלום, הוצאות ומסים. זאת כל עוד אין עליהם הוראה אחרת בחוק.

גישתו של השופט עציוני היא פורמאליסטית, להבנתו יש רשימה מוגדרת ביותר על פיה נחתך הדין, יש חוזה או שאין. גישה זו היא הגישה 'הישנה', הרואה את הדרך לכינון הצדק ע"י היצמדות לדרישות נוקשות, הדורשות וודאות משפטית גבוהה הגורמת בעצמם להתנהלות סדורה והוגנת.**[[8]](#footnote-8)** גם בדרישותיו אין מענה לכל פניה והטיה של מסויימות קיימת, והדבר רק מחמיר עם השנים.

בפסק הדין זנדבנק נ' דנציגר [שמאוחר בשנתיים לגני גולן] המוזכר לעיל קבע השופט שמגר שלמסויימות די לנו בפרטים מהם נלמד על מהות העיסקה, גבולותיה, תחומיה ותכנה. אלא שקביעה אוורירית זו לא כל כך מועילה לנו, ויש להתמקד בדוגמא שהוא מביא שם לגבי אותה עיסקה, לדבריו יש לדעת; מהי מהות העיסקה, מה נמכר, זהות הצדדים ומה המחיר.

למעט סעיף המחיר, כל שאר דרישותיו של שמגר אינם תלויים בתוצאות המשא ומתן, הן נקודות ההתחלה מהן יצאנו למשא ומתן בתחילה. לפי שמגר, במישור המו"מ המסויימות תלויה אך ורק בקביעת מחיר מוסכם.

ואכן המסויימות הנדרשת לגישה המשפטית היא מינימאלית ביותר, אין דרישה למסויימות מהותית בתנאי החוזה. מצב משפטי זה יכול לגרום להתחייבות חוזית אע"פ שהצדדים לא התכוונו להתחייב לו. למעשה אנו נמצאים בין הפטיש לסדן, וודאי לא נחפוץ במסויימות הרמטית, אך מהי נחשבת המסויימות המספיקה. ביהמ"ש נוהג להסתפק במסויימות מינימאלית ביותר.

ובפס"ד בית הפסנתר הנזכר, כתבה השופטת דורנר שאם ישנה מידה גבוהה של העדה על גמ"ד אין צורך לדאוג לעניין המסויימות, הרי שהמסויימות כבר אינה רלוונטית בכלל.

ובדרכה של דליה דורנר ישנן שתי בעיות. ראשית כל המחוקק הציב דרישה למסויימות. ביטולה ע"י הרשות השופטת וחיבורה למושג גמירות דעת, כראיה אליו, ולא כעניין עצמי. ועוד, דיבור על גמ"ד ללא תלות במושג המסויימות הינו חסר משמעות, איך תיתכן גמ"ד ללא תלות במסויימות. **ונראה שכוונתה שאין מימד של מסויימות מעבר לגמ"ד**, אך מלבד ההבנה הלוגית למהלך בו נקטה, מהלך שלמעשה מצמצם את התלות במסויימות עקב חוסר הוודאות לרמה הנזקקת בה, יש בו קושי מובנה. אין לנו יכולת כמערכת משפטית לדעת בוודאות מתי יש גמירות דעת, מתי באמת ותמים הוחלט לסגור עיסקה. המסויימות ואומדן גמ"ד משלימים אחד את השני ואין לנו זכות או אפילו הצדקה לוותר על אחד מהם.

גישה זאת אפיינה את ביהמ"ש לאחר פסיקת בית הפסנתר, אך בחמש השנים האחרונות אנו חווים תחייה של פרמטר המסויימות בדגש על חוזים בכתב, חוזי מקרקעין.

ע"א 9255/11, דניאל נ' ברלינסקי, מדובר במכירת נכס, בו נחתם זכרון דברים תוך התעלמות ממימד המס. ההימנעות מהסכמה על המיסים נבעה מאי-הסכמה ולא מכוונה לנהוג עפ"י הנוהג, ולאחר כמה חודשים ביטל צד אחד את החוזה ומכר את החוזה לצד שלישי. המחוזי קיבל את ביטול החוזה, כי בוצעה הפרה ע"י המערער [דניאל], העליון שלל בכלל את הצורך בביטולו עקב חוסר המסויימות.

כאן פסק השופטת ברק-ארז שאפילו בדברים שבד"כ אנו מניחים שאין בהיעדרם חוסר מסויימות, יתכן ויהיו אירועים נקודתיים בהן היעדרותם מעידה על אי-מסויימות. במקרה הספציפי המובא ההימנעות מהסכמה על המיסים נבעה מאי-הסכמה ולא מכוונה לנהוג עפ"י הנוהג ויש בכך אי-מסויימות המשליעה ישירות על אי-כינונה של גמירת.

בעיני הש' ברק-ארז הבעיה במסויימות השליכה על גמירות הדעת. אולם בדבריה של השופטת חיות (המסכימה לדינא עם ברק-ארז) היא מציינת שיש כאן חסרון במסויימות, זאת מכיוון שחסר מן 'זכרון הדברים' דבר שאינו ניתן להשלמה. ישנם פעמים בהם ננקוט בהשלמה, וזאת רק עבור פרטים להם ההשלמה **ראויה**, אך כאשר ההשלמה הנהוגה סותרת את רצונם של הצדדים, כיוון שהדבר לא נכתב עקב היותו במחלוקות הרי שיש לנו פגם במסויימות ולא ניתן להשלימו בדעתנו.

בזנדבנק כתב שמגר שניתן לבצע השלמה על פי המנגנונים הקבועים בחוק החוזים. השופטת חיות הציבה כאן שאלה יסודית יותר, לא האם ניתן להשלים האם זה נכון להשלים. האם הזקנה רוצה בכלל לעבור את הכביש?

#### מנגנוני ההשלמה (שיעור 6)

ישנם כמה מנגנוני השלמה משפטיים, כאשר קיים מדרג ביניהם עם עדיפות ביצוע לפי סדר הבאתם להלן, עדיפות הביצוע כמו שניתן מלראות נגזרת מקרבתן האפשרית לדעותיהן של הצדדים.

1. מנגנון השלמה מוסכם – לעיתים החוזה עצמו קובע מנגנון השלמה, פנייה למומחה, למחירון או למדד שוק. פעולה באפיק זה היא פעולה על פי החוזה המקיימת את רצון הצדדים, כך שהיא אפילו אינה משלימה כל כך.
2. עקרון הביצוע האופטימלי – מחייב קיום טווח סגור ומוגדר. על פי עקרון זה מידע חסר -הניתן להשלמה ללא שום בעיה- אינו מעכב. יבואן רכב המספק את כל גווני צבעיו לא מעכב את העסקה אם חסר בה סעיף הצבע.[[9]](#footnote-9)
3. השלמה עפ"י נוהג – ישנה עדיפות לנוהג הקיים בין הצדדים בעיסקאות עבר ואם לא הייתה כזו אז הנוהג באותה התעשייה. [על פי ס' 26 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973.]
4. השלמה מכח חוק – המחוקק צפה את החוסר האפשרי וניסח חוקים שהם משלימים את החוזה במקרה שלא נכתב בו אחרת ['הסדרי מדף']. ישנה עדיפות להשלמה על פי חוק ספציפי, המתייחס באופן כמה שיותר מדוייק לאותה סיטואציה מאשר שימוש בחוק כללי. הדבר נכון גם אם הספציפיות בחוק היא בהתייחסות לאופי העיסקה ולא דווקא לסיטואציה המפורשת. [ס' 41 לחוק קובע למשל "חיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש." זוהי הגדרה כללית הניתנת להתאמה ע"י בתי המשפט, הסדר מדף כללי ביותר, אך אין חלופה טובה יותר שתתפוס למרחב הנסיבות. למעשה סביר להניח שהסדר בית המשפט במקרה זה לא יהיה תואם לרצון הצדדים, ההצדקה המשפטית היא שאת עצם חלותו של החוזה על אף החסרון הצדדים רצו.]

#### גבולות ההשלמה

ההשלמה מתחילה נגזרת מתוך הפרשנות, פרשנות הקובעת האם יש לנו במקרה הנדון העדה על גמירת דעת ומסוימות מספקת, גם אם היא ישנה יתנהל דיון האם הפרט הוא משמעותי הוא נשמט בהיסח הדעת. הצד המעוניין לבטל את החוזה יטען תמיד שהפרט הינו מהותי והושמט עקב חוסר הסכמה, הרי שאין חוזה. אך הצד שכנגד יטען שהפרט החסר הושמט בהיסח הדעת עקב חוסר חשיבותו.

השלמה ראשונית לחוזה היא בדרך הבנתו. פרשנותו של החוזה משליכה חיובים שונים על הצדדים, ועם אימוצה ע"י ביהמ"ש הרי שיכול להיפתר החוסר. [וכך נהג המחוזי בפס"ד דניאל נ' ברלינסקי המוזכר לעיל]

ישנה מגבלה על ההשלמה כאשר עולה מן העובדות שהצדדים ביקשו לאמץ הסדר שונה מזה הקבוע בחוק, ההשלמה באה להועיל אך לא לעשוק.

ע"א 252/78 **ברון נ' מנדיס תורס**- השלמה דרך החוק. מדובר היה בעיסקת מקרקעין. ברון, ביקש לאכוף את העסקה בהתבסס על קבלה שהנפיקה המשיבה, בה פורטו: מהות הנכס, מחיר הנכס והמקדמה, אך פרטים שונים היו חסרים בהם. בית המשפט סירב לאכוף את העיסקה ולהשלים את הפרטים במנגנוני השלמה מהחוק [ס' 9 לחוק המכר]. **השופטת בן פורת טוענת כי במקרה זה ברור ששימוש במנגנון ההשלמה אינו מה שהצדדים רצו** [הם פירטו הסדרי תשלום שונים מהמובא בחוק] **ולכן אינה משתמשת במנגנוני השלמה.**

דברים דומים כתבה השופטת בן פורת בע"א 579/83 **זוננשטיין נ' גבסו**, זוננשטיין רכשו דירה מגבסו [חברה]. בזכרון הדברים חסרו בין השאר, מפרט הדירה ומועדי התשלום. הצדדים קבעו להיפגש במועד מאוחר יותר לחתום על חוזה פורמאלי, פגישה שהתפוצצה. זוננשטיין ביקשו לאכוף את זיכרון הדברים, ובן פורת סירבה כיוון שבחוסר של פרט מהותי מן המסמך הכתוב הוא אינו ניתן להשלמה ע"י חוק או נוהג. זאת כאשר ברור מן העובדות שהצדדים לא היו מעוניינים באימוץ הנוהג\חוק לעיסקה שלהם. בחסרונו של פרט מהותי הדבר משמיט את הקרקע מדרישת המסוימות [והן תחת דרישת הכתב], אי השלמת חוזה מתבטאת בפועל בביטולו.

יוצא מכל הנ"ל – ישנה חלוקה מהותית בין מצב בו הוזכר בחוזה סעיף המנוגד לחוק השלמה הסטנדרטי לבין מצב בו לא הוזכר דבר. אע"פ שהשלמה ע"י בית המשפט ככל הנראה לעולם לא תתאים לרצונם המקורי של הצדדים, אנו מניחים שהם מעדיפים 'לבלוע' את החוזה עם ההשלמה המשפטית. אבל כאשר הם כתבו בפירוש סעיף המנוגד להשלמה החוקית לא ניתן להניח שהם רצו בהשלמה זאת, למעשה הכנסת סעיף מנוגד לחוק מהווה הגנה מפני השלמה עתידית.

2143/00 **לוין נ' שולר**- **השלמת חוזה.** צדדים שחתמו על עיסקת מקרקעין שלא דווחה למדינה ע"מ להיפתר ממס. חלק מהתשלומים הועברו מהקונים למוכרים. בחוזה לא נכתב הסכום לקניה ואף לא מועדי התשלום ומסירת הנכס. המוכרים טענו שהמחיר היה עתיד להיקבע על פי שווי שוק והקונים טענו שהסכום שנקבע היה ספציפי, המחיר מאז עלה, הם פנו לבית המשפט במטרה להכריע. **המחוזי** פסק שאין חוזה אבל מכיוון שכבר שולם סכום נכבד [213 אלף דולר], יש לאפשר את המכר עפ"י הערכת שמאי. בערעור כתב השופט **לוין** שמכיוון שלא הייתה הסכמה על המחיר הרי שלא ניתן לבצע השלמה והחוזה בטל. בדעת מיעוט השופטת **שטרסברג-כהן** סברה שלא היה ויכוח על מחיר הדירה, אלא רק על הסכום אותו ידווחו לרשויות המס. הרי שדרישת הכתב קיימת והחוזה תקף, את החוסר שנועד להערים על רשויות המס אין למנף לטובת המעלים כדי שלא יצא חוטא נשכר.

נראה שכל השופטים הבינו טוב מאוד מה קרה כאן, וניתוחה של שטרסברג-כהן מדוייק. השופטת מביטה על העבר, היא מסרבת לתת לצד העוול בידיים נקיות, להרוויח מפשיעתו. אך השופט לוין מעדיף להביט אל העתיד, הוא מעדיף לשמר את הוודאות והביטחון העיסקי על מזבח צדק במקרה הספציפי. **למעשה העדיף ביהמ"ש העליון את עיצוב הדין, את העולם המשפטי הרחב על פני עשיית הצדק במקרה הספציפי.** פרחומובסקי אישית תומך בדרכו של השופט לוין להעדיף את התוויית הדרך על פני עשיית הצדק הנקודתי.

### זכרון הדברים

מסמך 'זכרון הדברים' המתהווה הרבה פעמים כשלב כלשהו בין המו"מ לחתימת החוזה ניצב במעמד ביניים. אין הפירוש שהוא חוזה בחלקו, אלא שלעיתים הוא חוזה לכל דבר ועניין ולעיתים אין בו חיוב כלל. אם ישנה גמירת דעת ומסוימות מספקת [ודרישת הכתב כשישנה] הרי שהוא חוזה, אם לאו אין בו דבר.

ע"א 158/77 **רבינאי נ' חברת מן שקד**, רבינאי ערכה זכרון דברים למכירת קרקע שבבעלותה לחברה, ולבסוף סירבה לחתום על החוזה. בית המשפט המחוזי תיקף את החוזה על אף טענותיה (1) אין חיוב בזכרון דברים (2) גם אם יש אין לאכוף אותו (3) ואם אוכפים אותו יש לשערך מחדש את שווי המגרש שנמכר. בעת החתימה על זכרון הדברים חתמה רק המוכרת, ופדתה את הצ'ק מקדמה שניתן לה, אולם שלושה ימים לאחר מכן הודיעה למשיב שהעסקה בטלה ושלחה לו חזרה צ'ק זהה. (1) יש חיוב בזכרון הדברים, אין בעובדה שהחתימה של המשיבה לא נחתמה באותו מעמד כדי לשלול את כינון ההסכם [דרישת הכתב במקרקעין היא דווקא בכתב המוכר]. זכרון דברים יכול להתפרש כשלב במו"מ ומנגד כחוזה שצפוי לו שלב גימורים אחרון. הפרשנות הנבחרת היא לפי גמירות הדעת ורמת המסוימות. ביהמ"ש קמא, והעליון, סבורים שהייתה גמירות דעת וישנה מסוימות. (2) הנחת המוצא בחוזים שהנפגע זכאי לאכיפה. זו זכות יסוד ושלילתה היא החריגה. (3) הדרישה לשיערוך מחדש נובעת מירידת ערך הכסף באינפלציה האחרונה. בכוחו של ביהמ"ש לשערך חוזה מחדש, ונראה שזו הייתה כוונת הצדדים אף בחתימה עליו מתחילה – את התשלום המיועד לטווח עתידי הצמידו למדד. ביהמ"ש דוחה את הערעור למעט טענת השיערוך מחדש.

ע"א 692/86 **בוטוקובסקי נ' גת**, שני הצדדים ערכו מו"מ לקניית דירה. נכתב זכרון דברים כטיוטא לחוזה, לחצו ידיים וכו'.. המוכרים התחרטו ומכרו את הדירה לצד ג'. בית המשפט, קבע שהשתכלל חוזה ולמרות שמדובר בעיסקת מקרקעין ולא הייתה חתימה, דברים מסביב הוכיחו שהיתה מסוימות [למרות חוסר במועד העברת הבעלות ומועד החזקה] וגמ"ד [המסמך נכתב בכתב ידו של מנהל המערערת, הניסוח כחוזה, נמסר עותק, כל החגיגיות וכו']. בית המשפט מחייב פיצויים על חוסר תום לב, ונמנע מאכיפה כיוון שלא הייתה תביעה לזה.

נראה שהניסוח כחוזה הוא המאפיין המרכזי במקרה זה, אך העיקרון ברור, זכרון הדברים מוכרע לכאן או לכאן. פרופ' **מני מאוטנר** חקר ומצא שבעיני רוב האוכלוסייה כל עוד אין חתימה אין חוזה, ונראה שהיה נכון לקבוע פרמטר חד וברור – עם חתימה יש חוזה, אין חתימה אין חוזה.

אך הנוהג המשפטי כיום מטיל חלות של חוזה על מקרים שיתכן ואחד או אפילו שני החוזים לא חפצים בו. בכדי להימנע מזה יש להימנע מדברים הניתנים לפרשנות מחד, ולהכניס משפטים מגבילים מאידך. אין להשיק כוסיות לשווא וטוב להוסיף 'על פי חוזה מחייב שיחתם בהמשך'.

(שיעור 7) בכל שיטה ישנן שני סוגי טעויות, הטעות הראשונה היא שעל אף שבפועל הייתה כוונה לשכלל יחסים חוזיים אך ביהמ"ש לא זיהה זאת. השנייה היא במצב בו שני הצדדים לא ראו עצמם קשורים בחוזה אבל ביהמ"ש מסיק קיומו של כזה. בשיטה שלנו ביהמ"ש חושש יותר לטעות הראשונה, כך שסוטה לטעות השניה. נכון יותר היה ליצור שיטה המנסה להתמודד עם שתי הטעויות האפשריות, והפתרון הוא באימוצה של הדרך הפורמאלית. גם על פי מחקרו מאוטנר החתימה נתפסת כאקט מחייב בעיני הציבור, ונראה שהיה נכון לאמץ תפיסה הנכונה בעיני הפרטים לממסד החוקי. אין לנו ערכים עליונים כלשהם בחוזים, המטרה היא לשרת את הפרטים, הדרך הכי טובה לכך היא לקבוע כלל פורמאלי. אם לא די בקביעת החתימה כמדד אפשר היה לאמץ גם את הרשימה של השופט עציוני בפ"ד קפולסקי וכל רשימה אחרת המתאימה לכל נושא הוא. מלבד הצדק הפשוט במערכת הבנויה מראש כפורמאלית, יש בשיטה זאת גם ביטחון עיסקי גדול יותר, וודאות מלאה בחתימה המחייבת. [אבל כיום הגישה המוסכמת מעדיפה את שיקול הדעת הערטילאי]

שינוי מגמה קל, כלומר ראשוני בהחלט, אבל קיים, יש בפסק הדין הבא.

עא 7193/08 עדני נ' דוד, **זכרון דברים ללא הסכמה על התשלום ומועדו**, מכירת חנות, חתימה על זכרון דברים בו נקבע הסכום 287,500 דולר בכפוף לנספח תשלומים שלא נחתם מעולם. הקונה דיווח לרשויות המס על העיסקה ואחר כך רשם הערת אזהרה[[10]](#footnote-10) על העיסקה. **המחוזי** דחה את הקונה; אין גמ"ד, מסוימות מהותית וחוסר בדרישת הכתב בהתאם (הערה; בעסקאות מקרקעין דורשים רף מסוימות גבוה יותר). בעליון; **לדעת הרוב** [פוגלמן] היעדר פרטי התשלום מעידים על חוסר בגמירות הדעת, אף ללא חוסר בגמ"ד אין מקום להשלים פרט זה ע"י ביהמ"ש והיעדרו מהווה פגיעה גם במסוימות שאינה ברת השלמה כיוון שהצדדים גילו דעתם שהעניין מהותי להם. גם התנהגות הצדדים מעידה כך. אמנם ב**דעת מיעוט** [י. עמית] שהייתה גמ"ד [החוזה היה לאחר חודשי מו"מ והיה מפורט ובלשון משפטית] ואת הפרט החסר ניתן להשלים עפ"י מנגנוני ההשלמה. להבנתו לא הייתה באמת מח' על מועדי התשלום ועיקר הטרוניה הגיעה מפניה חד-צדדית לרשויות המס של המערער, ולו הייתה בעיה יש לפתור אותה על פי המנגנון האופטימלי.

הסיבה להכרעה בפסק הדין בלי שום ספק היא במעמד המהותיות שניתן למועדי התשלום, אמנם הסיבה היחידה שהדבר קיבל את תוקפו המהותי היא בציון המפורש בזכרון הדברים. אך ההקפדה עליו היא נטיה פורמאלית שעשור לפני כן לא נראה שהייתה מועדפת בביהמ"ש העליון.

### הצעה וקבלה

בדבר ההצעה נאמר בס' 2 לחוק החוזים שהפנייה יכול שתהיה לציבור. לפיכך גם בפרסומים ציבוריים הבנויים על תגובת הציבור ננקוט בגישה החוזית המשפטית. הצגת המוצרים בסופר מרקט הינה הצעה, במיוחד עם מוצמד לנמכר מחירו, הקבלה היא בתשלום בקופה.[[11]](#footnote-11)

תא 10458/14 קוזלי נ' מדינת ישראל, **דרישת הקיבול.** תביעת של שלושה בני משפחה שמצאו גופת חייל [מג'די חלבי] שהוצא פרס על איתורה -10 מי' דולר-, התביעה לא נשענה בעיקר על הטענה של התחייבות צדדית והיא גם אינה ברת תוקף במשפט הישראלי, אלא השתמשו בעיקר בטענה שיש כאן חוזה והמציאה היא הקיבול. התובעים ראו בהסכמת השופטת להעניק להם פטור מאגרה כמקור לתקפות תביעתם, השופט דחה גישה זאת. השופט א. אליקים דוחה את התביעה מכיוון שלא היה קיבול, לתובעים לא היה מושג מה הם מצאו, בדרך אקראי כשכלל לא חיפשו. מכיוון שכל החובה כאן היא מדיני חוזים, אין חוזה ללא קבלה. [נק. נוספות לדון בהם, האם ההצעה עוד הייתה בתוקף כיוון שבעיקרון הוחלט לחדול מהחיפוש אך היה עדיין פרסום.]

נשאלת השאלה אם מודעות פרסומת שונות הן התרברבות גרידא ולפיכך אינן נחשבות הצעה מחייבת?

**Carlill Vs. Carbolic Smoke ball (1893)** – בתיק שנידון באנגליה, חברת תרופות טענה שפיתחה תרופת פלא נגד התקררות וכדי לשכנע את הציבור הבטיחה מתן 100 פאונד למי שיחלה בשפעת, למרות לקיחת התרופה. גברת קרליל שקנתה והשתמשה בתרופה, חלתה בשפעת ולפיכך תבעה לקבל את הכסף. בית המשפט קבע שהמודעה בעיתון הייתה מסוימת מספיק והעידה על גמירות דעת ופסק שהקיבול במקרה זה היה באמצעות התנהגות, הנדרשת על פי ההצעה.

בארה"ב, מערכת המשפט מכירה באפשרות שמודעה תיחשב כהודעה מחייבת, אך לשם כך עליה להיות ברורה, מסוימת, מפורשת ולא מותירה שום מקום למשא ומתן. **Leonard Vs. Pepsi co Inc (1999)** – בפרסומת של חברת פפסי נטען כי ככל שקונים יותר מוצרי פפסי מקבלים יותר נקודות המזכות פרסים ("Drink Pepsi- get stuff"). בסרטון הוצגו מוצרים שונים שניתן לקבל וכמות הנקודות הדרושה לקבלתם. בין היתר, הופיעה שורה ממנה היה ניתן להסיק שאיסוף 7,000,000 נקודות יוביל לקבלת מטוס קרב מסוג Harrier (הממריא ונוחת אנכית). לאונרד (בסיוע חבריו) קנה בקבוקים רבים, בהשקעה של 700,000 דולר ומשאסף את סכום הנקודות הדרוש, פנה לחברת פפסי בבקשה לקבל את הפרס. פפסי טענה שלא התכוונה לפרס מטוס הקרב ברצינות, ובתגובה לאונרד עתר לבית המשפט.

מצורף הקישור לפרסומת: <http://www.youtube.com/watch?v=ZdackF2H7Qc>.

בתיק, שנידון בבית המשפט של ניו יורק, נקבע שלא השתכלל חוזה מהסיבות (העלובות) הבאות:

1. השימוש במוזיקה הצבאית ובפונט הצבאי, במהלך הפרסומת, נועד ליצור אפקט דרמטי שהופך את הפרסומת לפרודיה על הצבא ולא מעבר.
2. החוק אוסר על נער כה צעיר (כמו זה המופיע בפרסומת) לנהוג ברכב. קל וחומר להטיס מטוס.
3. הגעה לבית הספר במטוס איננה אלא פנטזיה. האלמנט הפנטסטי מודגש על ידי התגובות של חבריו לכיתה של הנער.
4. המטוס יוצר כמטוס קרב שנועד כדי להשמיד מטרות והאדם הסביר לא היה מתייחס אליו כאל אמצעי תחבורה לבית הספר.
5. לאונרד השקיע 700,000 דולר באיסוף הנקודות, בעוד עלות המטוס היא 23 מיליון דולר.

הטיעון האחרון (כמו יתר הטיעונים) הינו טיעון חלש. אחרי הכל, גם בלוטו אתה רוכש כרטיס בסכום של עשרות שקלים ויכול לזכות בכמה מיליונים. השיקול איננו אמור להתבסס על הרווח שעשתה החברה מהשקעה של פרט אחד אלא מהשקעתם של כל הפרטים שהשתתפו במכרז.

בתגובה לתביעה, כל שעשתה פפסי הוא להגדיל את מספר הנקודות שנדרש בפרסומת ל-700,000,000. [[12]](#footnote-12)

פרסומות רבות כוללות מסרים לא רציניים, אולם, יש גם בעלי עסקים שכן רוצים להיתפס כרציניים. היה מצוין אם בתי המשפט או המחוקקים היו קובעים נוסחה או נוסח שהופעתו במודעה או בפרסומת תסווג את המסר באופן ברור כהצעה או הזמנה. **מימד הוודאות הוא קרדינאלי** ונוסח ברור היה עוזר הן לחברות המפרסמות והן לנו כצרכנים ומצמצם את ההתדיינויות המשפטיות.

#### חזרה מהצעה (שיעור 8)

מובאת בסעיף 3 לחוק החוזים:

3. (א) המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול.

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

סוג ההצעה השני, הצעה בלתי הדירה, מאפיין רבות מן ההצעות כיום באמצעים הטכנולוגיים השונים. החל ממודעות בפייסבוק עם תאריך מוגבל לתוקפן, דרך מכרזים ממשלתיים וכלה בכל סוג הצעה אחרת בהן הכיוון הוא בנתינת כרטיס פתוח לכל החפצים בכך בהתאם למגבלות הזמן הספציפיות.

יש להבחין בין המושגים, הצעה בלתי הדירה אינה זהה להצעה בלעדית. הצעה הדירה, או כזאת שהיא בלתי הדירה מדברות על חזרות מצד המציע. מנגד, הצעה בלעדית באה למנוע חשש ממציעים אחרים. אמנם שתי ההגבלות מתפרשות לטובת הניצע, אך הראשונה באה להימנע מסכנת שינוי רצון המציע והשניה באה לבטל החשש מפני מציע מתחרה.

האינטרס של המציע להגביל את יכולת החזרה שלו במתן יציבות לצד הניצע. הניצע מצידו יחפוץ לעיתים בוודאות העסקה כדי להשקיע את משאביו בבדיקת ההצעה, זאת עוד לפני קבלתה.

כנאמר בסעיף 3(ב) ישנן שתי סוגי הצעות בלתי הדירות; הראשונה ללא הגבלת זמן, השניה היא ללא חזרה במשך הזמן הקבוע בה. גם הצעה מן הסוג הראשון תפקע תוך 'זמן סביר', זמן שמטבע הדברים יקבע ע"י ביהמ"ש ולכן **אי-קביעת זמן מוגבל בנתינת הצעה בלתי הדירה אינה מהלך חכם**.

לפי הסעיף עצם קביעת מגבלת הזמן לקבלה יוצרת הצעה בלתי הדירה, כלל זה נקבע כהסדר דיספוזיטיבי, אך בוודאי שהמציע יכול להציע הצעה מוגבלת בזמן עם יכולת ביטול. כל עוד לא התרחשה התנאה מפורשת בהצעה המקנה את יכולת הביטול, הדין הוא שנקיבת התאריך יוצרת הצעה בלתי הדירה. פרופ' סיני דויטש סבור שדי בהתנאה משתמעת בלבד, למעשה ניתן להסיק אותה אפילו מהנסיבות. אך לטעמו של פרחומובסקי אין הגיון לסמוך על כך וכל עוד זה בכוחנו יש להתנות במפורש. אמנם לאחר מעשה יש מקום בהחלט לטענה שדי בכך שאפשרות הביטול משתמעת.

מגבלה אחרת, כגון 'עד גמר המלאי', לא מהווה באופן אוטומטי הצעה בלתי הדירה אלא הצעה רגילה עם מגבלה ספציפית. אמנם יש לקחת בחשבון שבהצעה הזוכה לפרסום רב, בדגש על הצעות לכלל הציבור, יכולת הביטול כמעט ואינה אפשרית. זאת במיוחד כאשר הקבלה היא על פי התנהלות מסוימת – כגון איסוף מכסי בקבוקים – ולא על פי קבלה מנוסחת למשרדי החברה. חזרה מהצעה לציבור יכולה לפגוע בעיקרון תום הלב.

#### פקיעתה

לא חזר בו המציע מן ההצעה, תפקע ההצעה, כך שלא יהיה ניתן יותר לקבלה.

1. אם אין תאריך פקיעה בחלוף זמן סביר - ס' 8(א).

2. אם נקבע בהצעה מועד קיבול, בחלוף מועד הקיבול שנקבע – ס' 4(1).

3. אם הניצעת דחתה את ההצעה – ס' 4(1).

4. עם פטירת אחד הצדדים או הכרזתו כפסול דין – ס' 4(2).

עא 379/82 **נוה בע"מ נ' יעקובסון,** הדחייה הנדרשת. המערערת הציעה למכירה למשיב את הדירה אותה היא בנתה והשכירה במחיר מוזל, יומיים לפני תאריך פקיעת תוקפה של ההצעה נטש המשיב ישיבה בעניין כך שהובן ע"י המערערת שהוא דוחה את ההצעה. למחרת הגיעה עם הכסף הדרוש – השאלה האם ההצעה עוד עומדת. המחוזי והעליון הסכימו שניהם שדחיית הצעה חייבת להיות חד משמעית, ההנחה היא שאין לניצע אינטרס לדחות הצעה בלתי הדירה אלא אם מוכח אחרת. לפיכך לא נפרש מאורע כלשהו כדחייה כאשר יתכן וכוונתו הייתה כפשוטו – אין לי כסף כרגע.

מפס"ד יעקובסון אנו למדים שהנחת המוצא היא שאין דחיה בהצעה בלתי הדירה, לניצע אין סיבה לדחות את המוצא לו. לפיכך במקרה של טענת דחיה יש צורך בוודאות אובייקטיבית של התרחשותה.

עא 374/64 **רוזנר נ' מד"א,** קבלה בלב. מד"א ערכה הגרלה של מכונית ומכרה כרטיסים, הכרטיס אותו הציעה למערער לקנות זכה בהגרלה כך שלאחריה ביקש המערער לרכוש אותו ולזכות בפרס. טען רוזנר שהוא תכנן לקנות ופשוט לא הספיק בהיסח הדעת, הועיל ולא הוזכרה הגבלה בנוגע למועד התשלום על הכרטיס זכותו לשלם עליו כעת. השופט דוחה דבריו; לא הוזכר בשום מקום היכולת להשתתף בהגרלה ללא תשלום, וזו הקבלה המתבקשת. בנוסף אין כאן קבלה – קבלה בלב אף אם ישנה אינה משנה מאום. ובנסיבות העניין היה על הקיבול להתבצע לפני ההגרלה. [ביהמ"ש לא נכנס לשאלת הלגיטימיות של השתתפות כרטיס שלא שולם בהגרלה מצד אונאת הציבור.]

למעשה המהות של המוצע השתנתה פלאים בעת ההגרלה, מכרטיס בר סיכוי זכיה הפך הכרטיס למפתחות של הרכב. עיסקת המקור הייתה הצעה על סיכוי, רוזנר מנסה להסכים לזכיה וודאית.

#### קבלה

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

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

 (ב) קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף.

סעיף 6(א) בא לתת למציע את האפשרות להתנות את הקבלה בתחילת מימושה בפועל, הקבלה ע"י מעשה מהווה תחילת המימוש של היחסים החוזיים שהוסכמו ממש.[[13]](#footnote-13) אמנם 6(ב) בא למנוע השתלטות על חיי הפרט בהצריכו לאשר קבלה באופן אקטיבי, למעשה הוא בא להגביל את תת הסעיף הקודם.

7. 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.

סעיף זה רלוונטי כמובן אך ורק בהצעה שיש בה אך ורק זכות כלפי הניצע. וההנחה שבו סבירה, רוב גדול מהאוכלוסייה יחפוץ בהצעה שכזו ועל המיעוט הקטן לשאת בנטל דחיית ההצעה. אולם בפועל קשה למצוא הצעות שאנו מקבלים אותם והם זכות מוחלטת עבורנו. אפילו בקבלת שירות חינם יש רבים שיעדיפו שלא לקבלו, ואולי רק הצעתה המשפרת תנאי מחיר על בסיס הסכם קיים היא זכות לרוב האוכלוסייה, או מקרה בו המדינה מחלקת הטבות לאוכלוסיות מסוימות.

אך בפועל פותח ס' 7 פתח להמון הצעות שכביכול מהוות זכות, אך סופו של דבר אינן זכות עבור המקבל [חודשי חינם ואז בתשלום וכדו'].

8. (א) אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר.

 (ב) נתן הניצע הודעת קיבול בעוד מועד, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא היתה ידועה לו, נכרת החוזה, זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול.

9. קיבול של הצעה לאחר שפקעה, כמוהו כהצעה חדשה.

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).

11. קיבול שיש בו תוספת, הגבלה או שינוי אחר לעומת ההצעה כמוהו כהצעה חדשה.

סעיף 11 לא נאכף באופן דווקני.

### תום לב במו"מ (שיעור 9)

לפני חקיקתו של סעיף תום הלב במו"מ, נאכפו בתנאי מו"מ עוולות -ניזקיות- כגון 'תרמית' או 'מצג שווא'. עם חקיקת חוק החוזים ובו עקרון תום הלב [תשל"ג-1973, יובא מן הדין הקוננטלי], הוכפפו כל מתקשרים בחוזה שהם לדיני החוזים **החל משלב המו"מ לכריתת חוזה.** סעיף 12 חל בין אם המו"מ הוביל לכריתת חוזה ובין אם לאו, כך שניתן לתבוע על חוסר תו"ל אף אם אין חוזה.

החלת עקרון תום הלב שינתה את מערך האסטרטגיות המותרות במהלך ניהול מו"מ. השופט ברק בפס"ד **בית יולס** קבע שמשמעות העיקרון היא 'אדם לאדם – אדם', ובמילים שאף הן מיליציות אך לפחות תוכניות נאמר כך, מה ששנוא עליך אל תעשה לחבריך. אולם גם כלל זה יש לפרש בפרמטרים חברתיים אובייקטיבים ולא סובייקטיביים.

חובת תום הלב באה למנוע שימוש באסטרטגיות המניבים רווח קטן, **לכל היותר**, לצד הנוקט בהן וגורמים נזק לא פרופורציונאלי לצד השני. אם מדובר על רווח גדול לא מדובר בחוסר תום לב; או שזו התנהגות עיסקית מוצלחת, או שזו כבר תרמית.

הגבולות של תום הלב ללא ספק עמומים, אולי אפילו הגדרת תום הלב עצמה עמומה. [למעשה ככל שמתקדמים במו"מ רמת תום הלב הנדרשת הולכת ועולה – ס' 39.]

**סעיף 12 לחוק**

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

 (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.

ישנן שתי חובות נפרדות על הצדדים במו"מ, הדרך המקובלת מחד ותום הלב מאידך. הדרך המקובלת ניתנת לבדיקה פשוטה בשטח, לבירור אמפירי, אך תום הלב הוא מדד של הראוי להיות ומדידתו בפועל יותר סבוכה. בלשון החוק מדובר בשתי עקרונות שונים שאינם סותרים אך אינם חופפים, אבל בפסיקה לאורך השנים הושמט עקרון הדרך המקובלת והתמקדו בעקרון תום הלב.

הסיבה לדבר היא הקלות של השופט בבחינת ערכים ראויים לעומת הצורך לרדת לשטח בכדי לברר את הדרך המקובלת. בדיון פילוסופי ערכי השופט לא נדרש לזוז ממקומו. בנוסף באמצעות עמימותו של ערך תום הלב ביהמ"ש נוהג להנחיל את ערכיו לחברות בישראל, לשפר אותם ולעדנם. למעשה בעקבות התנהלות ביהמ"ש כיום הדרך המקובלת היא תום הלב.

החסרונות של מהלך זה הן רבים; ישנה עמימות מהו חוסר תו"ל עד לפסיקת ביהמ"ש ואין אחידות בפסיקה כיוון הגדרה עמומה מטבעה גם תתפרש ע"י שופטים שונים בדרכים שונות, כך שאפילו לאחר הפסיקה נתקשה לעצב עקרונות אחידים בנושא תום לב.

ד"נ 7/81 **פנידר בע"מ נ' קסטרו**, פנידר בע"מ בבעלות יוסף פניני חתמה על זכרון דברים מול קסטרו. על פי זכ"ד החברה מכרה לו דירה, והקונה עמד בכל התחייבות התשלום המופיעות בו. אלא שהדירה הנ"ל כלל לא הייתה ברשות החברה, אשר פשטה את הרגל ובהסדר הפשרה בענייניה נקבע פדיון חובות על סך 15% בלבד. קסטרו תבע את פניני ואת החברה **במחוזי** בטענה שהסכם פשרה זה לא שייך לעניינו וזכה בפיצוי מלא המושת עליהם ביחד ולחוד. הנתבעים ערערו **לעליון** וערעורם נדחה, **הדיון הנוסף** מתמקד בחיוב על חוסר תום הלב של פניני על אף שהחתימה הייתה בין קסטרו לחברת פנידר בע"מ. בית המשפט הדגיש שחובת תום הלב היא במו"מ ולא דווקא כצד לחוזה הנחתם, צד החב בפיצויים יכול להיות גם רק צד למו"מ. חוסר תו"ל מודגש כאשר העסקה היא בין ידידים, ואין בכך שהתובע יכול היה לברר את רישום הנכס בעצמו כדי להקל מחוסר תו"ל של המערערים.

עוד קובע השופט שמגר בפס"ד שחובת תום הלב קוגנטית ולפיכך אינה ניתנת להתנייה נוגדת, אף אם שני הצדדים חפצים בכך. בהתאם לכך גם חוק השליחות המחייב את השלוח לפעול לטובת השולח, הפוטר אותו מחבות אישית, לא פוטר אותו מן החובה לנהוג בתום לב.

ישנן כמה חיובים שונים הנגזרים מן החובה לנהוג בתום לב:

1. כנאמר בפס"ד חובת הגילוי המוטלת על הצד שכנגד כוללת בתוכה גם דברים שביכולתו לברר לבד. אמנם לא ניתן לקבוע חובת גילוי רחבה מידי, דרישה לכנות מלאה תסרס את השוק. השוק בנוי על סמך חקירה של גורמים שונים לחשיפת מקורות השקעה חדשים. בשיטה בה הכל על שולחן אף אחד לא יחפש אפיקים חדשים נעלמים והשוק יתקבע. חסרון נוסף בגילוי מוחלט בעובדה שתמיד יהיה ניתן לנסות לתבוע על היעדר פרט מסוים, גם אם זניח, מן המידע הנמסר.*[[14]](#footnote-14)*

חובת הגילוי הדורשת מחברה לחשוף את היותה בקשיים כלכליים לכאורה גוזרת את פירוקה של החברה. חשיפת מצבה תוביל בהכרח לסגירתה, אך באי גילוי היא מעניקה לעצמה סיכוי לשרוד, כאשר במקרה הכי גרוע -פשיטת רגל- מצבה יושווה למצב בו תודה מראש בקשיי הנוכחי ותקרוס. ההבדל היחידי הוא בחוסר תו"ל מצד הנציג למו"מ, כמו שראינו בפס"ד הזה חוסר תו"ל יכול להוביל לתביעה אישית. [המלצה; לנהל את המו"מ מול הנציג הכי בכיר שאפשר, כדי שיהיה לך ממה לגבות את חוסר תו"ל שלו בעתיד.. מול נציג נמוך נצטרך קודם כל להוכיח שתום הלב הגיע ממדרג גבוה]

1. פרישה ממשא ומתן בשלב מתקדם, ע"א 2071/99 **פנטי נ' יצהרי**; ע"א 800/75 **קוט נ' ארגון הדיירים**; בשני פסקי הדין התנהל מו"מ ארוך עד שלקראת סופו הציב אחד מן הצדדים דרישה חריגה שגרמה לביטול העסקה וביהמ"ש סבר שמעשה כזה לוקה בחוסר תום לב. לטעמו של פרחומובסקי יש לממש את ההלכה הזאת בצמצום, יש קושי בהנחה שאם מו"מ התקדם מאו דהוא חייב בהכרח להוביל לכריתת חוזה. ישנם מקרים בהם פרט הנחשב מינורי לצד אחד מהותי לצד שכנגד. קלאסיקה נפוצה בניהול מו"מ בדחיית נושאי הליבה לסופם, כך שבהתרת היחסים בין הצדדים בשלב מאוחר אין כדי לומר שהיה כאן חוזה מוחלט ללא המו"מ. זאת מלבד התלות הרבה של כל עסקה בשוק הדינמי. לפיכך יש להניח שכל עוד יש סיבה לפרישה בשלב מאוחר לא נכון להתייחס אליה כחוסר תו"ל, ואין להחיל על הנוהג כן את כל הסנקציות הנלוות לדבר.
2. ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות, (א) ניהול מו"מ לצורך ריגול תעשייתי (ב) ניהול מו"מ כדי לקבל הצעה ולקחתה לחברה אחרת כמנוף לחץ במו"מ השני.

גם הגדרות אלו רחבות מידי, המו"מ מטבעו חושף מידע. בנוסף יתכן שלצד שכנגד משתלם להיכנס למו"מ על שם הסיכוי בו תערך לבסוף התקשרות. רק כאשר נדרשים משאבים מן הצד שכנגד -כהזמנה אישית- נראה שיש בדבר חוסר תו"ל. המדד אינו תלוי בעיקרו בכוונת ההתקשרות, אלא בעיקר ברמת העלויות המושלכות על הצד שכנגד. כך שככל שהעלות גבוהה יותר ואפשרות הקניה פחותה יותר יש בדבר יותר ויותר חוסר תו"ל. למעשה המדד העיקרי לתו"ל הוא בהוצאה הנדרשת מן הצד השני עקב התנהלותי.

1. העלאת דרישות בלתי חוקיות (או בלתי סבירות). בפס"ד זוננשטיין הנזכר נחלקו בכך השופטים, השופטת בן פורת סברה שעל אף הפגם בדבר אין בכך פגיעה בתו"ל, אך השופט ברק קבע שבדרישה כזאת יש חוסר תו"ל. הנפקא מינה לדבר במשרע הסעדים הרחב המוצע לאלו שננהג כלפיהם בחוסר תו"ל כמו שיוסבר בהמשך.

יש האומרים שהוא הדין לדרישות בלתי סבירות, אך כאן שבה הבעיה של הגדרת הסבירות. ויבתר שאת, דיני חוזים באו כדי לתת לכל איש ואיש לנהוג כרצונו, החלת מדד סבירות על מקרה פרסונאלי חוטאת למטרתם. לפיכך סבור פרחומובסקי לצמצם החלת דין זה למקרי קיצון חריגים ביותר.

1. יצירת מכשולים המונעים מן הצד שכנגד לבצע קיבול.

עא 829/80 **שכון עובדים בע"מ נ' זפניק**, החברה בנתה מגדל דירות בן 16 קומות [ברמת אביב ג', דרך אגב..]. בשלושת הימים הראשונים לשיווק היא הציעה מחיר מוזל ל60 דירות הראשונות בכפוף לתנאי תשלום. המשיבים עשו מצידם הכל כדי לעמוד בתנאים אך עקב חוסר פקידותי בחברה פנייתם לא התקבלה במסגרת הזמנים. החברה הסכימה לחתום עם המשיבים ושכמותם על חוזה מכירה חלופי הזול ממחיר השוק אך יקר מהמחיר הראשוני תוך חתימה על ויתור תביעה על בסיס פספוס ההצעה הראשונה. המשיבים חתמו -תוך מחאה- ועתרו ל**מחוזי** שפסק שהצדק עימם והחברה נהגה בחוסר תום לב במאורע הראשון ועל כן עליה להשיב את הפער בין העסקאות למשיבים. החברה ערערה לעליון וה**שופטת** **בן פורת** קיבלה את הערעור. חוסר תום הלב, שהיה בתחילה, לא משליך על החתימה שלאחר מכן. החתימה על חוזה המאזן בין דרישות הצדדים למסקנה מהווה מעין פשרה שביהמ"ש מעודד ואין בחוסר תום הלב הראשוני כדי לשלול אותו. אם רצו המשיבים יכולים היו לתבוע עוד בתחילה אך חתימתם על ויתור תקפה. עוד נקודה בפס"ד, חוסר תום לב במו"מ שלא נחתם יפוצה בעיקרון בשיבה למצב הקודם, בניגוד לחוזה חתום בו תום הלב יפוצה בתוצאות הרצויות.

אע"פ שבמקרה הספציפי לא זכו התובעים לסעד הטענה העקרונית לחוסר תום לב התקבלה אף ע"י בן פורת. מה עוד שאפשר גם לא להסכים להימנעות ממתן סעד במקרה הספציפי הזה, אלא לראות את כל ההתרחשויות כמסכת אחת המשליכה מראשית לאחרית, ואף את החתימה על הויתור ניתן להחשיב כחוסר תו"ל.[[15]](#footnote-15)

1. ניצול מצוקה, ניצול מצוקה שאינו עולה כדי להיחשב עושק **יכול** להיחשב חוסר תו"ל.

בפס"ד **גנץ נ' כץ** [שנדון בו בפרוטרוט בהמשך] סבור השופט קדמי בדעת יחיד שיש מקום לערעור כאן מטענת חוסר תום לב, חוסר שדחק לפינה את הנתבע וחייבו לחתום על התחייבות של סכום שאינו ראוי למבוקש אלא עולה עליו יותר מכפליים. מניח קדמי שבמנהג זאבים איש לרעהו יש פגיעה בתום הלב והוא מבקש למצוא סעד בסעיף 12(ב) לחוק.

אמנם מדובר בדעת מיעוט, ואכן צריך להשתמש בעילת חוסר תו"ל בזהירות עקב האפשרות שהיא תבלע את הכל. נראה שהפיכת הדבר כולו לאותו איסור תגרע מן המוחלטות הקיימת בעילות הספציפיות. אבל כבר בפס"ד עצמו נראה שלא מוכרח שהשופט לוין חולק על הנחה זאת ובנסיבות אחרות היה מאמץ את טענת חוסר הלב.

1. התנהגות בלתי שוויונית במכרז

ד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**, בית יולס פתחה במכרז אך לבסוף העדיפה הצעה פחותה מההצעה שהגישה חברת רביב. אלו האחרונים עתרו לביהמ"ש בטענה של חוסר תו"ל באי-שיוויון בין הניגשים למכרז. **המחוזי** דחה תביעתם, **העליון** קיבל אותה ברוב דעות **ובדיון נוסף** דחה את חובת השיוויון במכרז של חברה פרטית [אלון, לוין, מלץ] וברק ושמגר סברו בדעת מיעוט שחובת השיוויון במכרז חלה גם על חברה פרטית מעיקרון תום הלב.

לפי הכרעת העליון בהיעדר התנייה מפורשת בפרסום המכרז מותר לחברה פרטית לנהוג בחוסר שיוויון בברירת ההצעות. אולם כמו שניתן היה לשאר הלכת ביהמ"ש העליון התהפכה תוך שנים ספורות – ע"א 4850/96 **קל בנין נ' ע.ר.מ. רעננה** נקבע להפוך את הלכת בית יולס וכיום מוטלת חובה על מזמין מכרז לנהוג בשיוויון אלא אם מצהיר מראש שלא ינהג בשיוויון.

* אנו רואים כאן סטייה מוחלטת מן הנקבע בפ"ד פנידר נ' קסטרו שלא ניתן להתנות על חובת תום הלב, כאן הוצעה האפשרות להתנות על השיוויון הלא הוא תום הלב.
* ההפרש בין הרוב בבית יולס ברירת המחדל במכרז פרטי היא שאין חובת שיוויון, אך אם הפיכת ההלכה הוגדרה ברירת מחדל חדשה על פיה חובה לנהוג בשיוויון אלא אם נערכה התנאה מפורשת.

למציע יש את הזכות להודיע שלא ינהג בשיוויון, כל עוד לא מדובר בחברה ציבורית, אך לעיתים קרובות משתלם גם לחברה כזאת להכריז על יחס שווה למציעים. מכרז בנוי משלושה שלבים;

* הזמנה להציע הצעות
* הגשת ההצעות ומו"מ משלים
* קבלת ההצעה

ישנם שני סוגי מכרזים; מכרז סגור מוצע לקבוצה מסוימת של חברות ומציע להם להגיש הצעה. מכרז פתוח מוצע לכל החפצים להוציא הצעה. היתרונות של המכרז למציע – הוא לא נזקק לפנות מספר פעמים לכמה חברות שונות ולהסביר את צרכיו, בנוסף התחרות בין החברות מוזילה את המחיר המבוקש ע"י המזמין. מכרז שאינו שיוויוני, שאינו מתחייב לבחון את ההצעות כולם לפי השתלמותם למציע, גורם בהכרח לחברות רבות להימנע מהגשת הצעה בכלל. הגשת הצעה כרוכה שהשקעה ובממון.

לפיכך כדאי לעצב מסמך שמחד מעודד מגישות להציע ומאידך מכסה את המזמין ממצב בו הוא יתחייב בחוזה שאינו מיטיב עימו. זאת ניתן לעשות ע"י קביעת רף מינימום מחד והבטחת שוויונית מאידך. תפירת חוזים מובילה לפעמים לתפירת חוזה באופן שאינו מאפשר באמת חלופות, ובמילים אחרות תופרים חוזה עבור אדם\חברה מסוימ\ת.

#### הסעדים בחוסר תו "ל (שיעור 10)

סעיף 12(ב) הנזכר כבר עומד על הפיצוי לצד הניזוק עקב חוסר תום הלב של הצד שכנגד.

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.

הפיצוי אותו מעניק החוק הוא פיצוי הסתמכות על התנהלות מו"מ, כפיצוי נזקי הבא לפצות על הנזק שנוצר. אך אם נכרת חוזה, הפיצוי לא בא להשיב מצב לקדמותו אלא לקיים את החוזה בצורה בא היה נחתם לו היו התנאים נעשים בתום לב [גנז נ' כץ]. בין כה ובין כה מדובר על 'פיצויים שלילים' שבאים למנוע עיוות שנוצר.

התפיסה היא שאין לראות ברשימת הפיצויים המובאת רשימה סגורה, אלא ישנה אפשרות להביא סעדים נוספים לצד שנהגו כלפיו בתו"ל. כבר בפס"ד **זפניק** כתבה בן פורת שניתן להרחיב את הסעדים גם לאכיפתו של חוזה, לפיצויים חיובים. אכיפה זאת בוצע בפסקי דין מאוחרים יותר בצורת אכיפת החוזה או פיצוי קיום שלו.

אכיפה בחוסר תום לב התממש לראשונה בפס"ד הבא

בע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, חוסר תו"ל. מדובר בעיסקת קומבנציה על פיה הזוג גיא, האדריכלים, יבנו שתי יחידות דיור על השטח של קלמר וכל אחד מהצדדים יקבל יחידה. הסיכום היה בע"פ כנראה כדי להונות את רשויות המס. קלמר טוען שלא היה חוזה מעולם, ובנוסף לא נתקיימה דרישת הכתב. מנגד מבקשים האדריכלים מבית המשפט לאכוף את החוזה. בבית המשפט **העליון** השופט **זמיר** אמר שדרישת הכתב רוככה וכי אפשר להתגבר עליה בעזרת הבניה בפועל, על החוסר בפרטים מחפה המימוש שלהם בפועל. השופט **ברק** מגן על דרישת הכתב ואומר שהיא עדיין נצרכת אך בוחר להגדיל את עיקרון תום הלב וסובר שקלמר פעל בחוסר תום לב ועל כן הוא פוסק אכיפה של החוזה בע"פ בפועל.

בעוד השופט זמיר הולך בדרך יחסית פורמאלית ומשתמש במנגנון ההשלמה, השופט ברק שומר על שלמותה של דרישת הכתב אך מרחיב את כוחה של טענת חוסר תו"ל. חוסר תו"ל במו"מ, אף אם לא השתכלל חוזה – עקב דרישת הכתב, יכול לגרום לאכיפת החוזה ע"י בית המשפט. חידושו של ברק מסוייג על ידו עצמו למקרי קיצון בהן נשמעת 'זעקת ההגינות'.[[16]](#footnote-16)

פסיקה זו היא חלק מן המדיניות הרחבה של השופט ברק המעלה על נס את עיקרון תום הלב. פסיקה זו גם מהווה העדפה מוחלטת לעשיית צדק במקרה קונקרטי על האפשרות ליצור הרתעה כוללת המטיבה עם הציבור. שלילת הזכויות של האדריכלים אולי לא הייתה 'צודקת' אבל היה בה הצהרת כוונות עבור כל המבקשים לחטוא בעתיד. בית המשפט התעלם בפסיקתו מכך שמדובר בעסק בלתי חוקית.

פיצוי קיום, בעילה של חוסר תום לב נפסק בבית המשפט העליון בפרשיית קל בנין.

ע"א 4850/96 **קל בנין נ. ע.ר.מ. רעננה** (קל בנין 1). ע.ר.מ. זו חברה שעסקה בגיזום בשכונת מגורים, היא ערכה מכרז סגור לביצוע עבודות תשתית עבורה. קל בנין הייתה אחת משתי ההצעות הזולות ביותר. נערך מו"מ תוך מטרה להוריד את המחיר למחיר אותו רצתה לשלם ע.ר.מ. על הפרויקט, עד שקל בנין הסכים לדבר. אולם כאשר דווחו המאורעות למועצת המנהלים [הדירקטוריון] אמרו הללו שיש להם הצעות חיצוניות למכרז ההוא זולות יותר. אי-לכך בחרה מועצת המנהלים לתעדף חברה חיצונית למכרז על פני קל בנין. השופט ש. לוין סבר שהשתכלל חוזה מחייב עם קל לבניין כיוון שאישור הדירקטוריון הוצג להם כחותמת גומי בלבד. אך השופטים האחרים [גולדברג, שטרסברג-כהן] סברו שאין כאן חוזה, אך ישנה התנהלות בחוסר תו"ל קיצוני מצד ע.ר.מ.

ע"א 6370/00 **קל בנין נ' ע.ר.מ רעננה**, (קל בנין 2). השאלה המשפטית שהתווספה בערעור זה – אם ניתן לקבל פיצוי קיום גם כאשר לא השתכלל חוזה מכח עקרון תום הלב.[[17]](#footnote-17) **השופט ברק**, בדעת הרוב, פסק שניתן לקבל סעד של קיום בחוסר תו"ל. במקרה כעין זה ישנה בעיה עיקרית של הערכת פיצוי הקיום, קשה מאוד להעריך פיצוי קיום של חוזה שמעולם לא נחתם. לפיכך קביעתו של השופט ברק הכרחית – ניתן לקבל פיצוי קיום רק כאשר המו"מ הגיע לשלב מאוד מתקדם ופרטי העסקה סגורים. מדד ראשון בו נשתמש להערכת הרווח הצפוי לצד שכלפיו ננהג בחוסר תו"ל לדברי ברק הוא ברווחים של החברה מעסקאות קודמות בעבר. לחילופין ניתן גם לנסות להעריך.

היום בקשת פיצוי קיום הפכה ללגיטימית, אך כאן נוצר התקדים וזו הסיבה שהדבר נערך בשני משפטים.

### פגמים בכריתה – עילות ביטול

13. חוזה שנכרת למראית עין בלבד - בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה.

סעיף זה מדבר על חוזה הנראה למראית עין כמושלם, אך יש מקום לטעון שהוא לא משקף את רצון הצדדים. מדובר על מקרה בו החוזה הגלוי לא בא לייצג את כוונתם כי שני הצדדים החליטו ליצור חוזה שלא מייצג את רצונם האמיתי.

מקרה זה מהווה חריג להסתכלות הקובעת בחוזים, הלא היא ההסתכלות האובייקטיבית-חיצונית, ונותן מקום למבט הסובייקטיבי של הצדדים. כינון חוזה כזה או למעשה אי-כינון חוזה מותנה בכך ששני הצדדים מודעים לכך שמדובר על מראית עין בלבד. אקט שכזה למעשה מבטל את החוזה מעיקרא.

המקרים בהן נדרש למציאות של חוזה למראית עין מתחלקים לשניים.

* מראית עין מלאה; הברחת נכסים לפני חדלות פרעון, או ניסיון ליצור מצג שווא של מצב כלכלי משופר [חוזה העסקה למשל].
* מראית עין חלקית; חלק מן החוזה אמיתי, וחלקו למראית עין בלבד. למשל מכירת סחורה אך ציון כמות אחרת מן הנמכר בחוזה.

הבעיתיות בחוזה זה היא במקרים בהם אנו נדרשים אליהם בבית המשפט כאשר צד מן הצדדים טוען שמדובר בחוזה אמיתי. נטל הוכחה על הצד הטוען שמדובר בחוזה למראית עין בלבד.

ע"א 630/78 **ביטון נ' מזרחי**, מזרחי מכר נכס מקרקעין לביטון בזכרון דברים נכתב סכום מסויים אך בפועל הם הסכימו בניהם על סכום גבוה יותר. בשלב מסוים מזרחי לא הסכימו להעביר את הנכס לביטון. ביטון תבעו את מזרחי. על חוזה חלות בעצם שתי קטגוריות שונות; חוזה בלתי חוקי וחוזה למראית עין. **השופט בכור** (בדעת רוב) קבע שמאחר ומטרתם הייתה להעלים מס יש להכיל על המקרה את דיני החוזה הפסול ע"פ סעיפים 30 ו31. **השופט ברק** (בדעת מיעוט) מסכים שיש לבטל את החוזה כיוון שהוא למראית עין בלבד. חוזה זה הוא הפגום משום אי-חוקיותו, אך יש לאכוף את הרצון האמיתי של הצדדים ולאכוף את החוזה הנסתר אם נמצא לו העדה על גמ"ד ומסוימות מספקת.

סיווגה של עסקה זאת כחוזה בלתי חוקי מוביל לביטול החוזה או לקיום חלקים ממנו על פי החלטת ביהמ"ש. בכוחו של ביהמ"ש לא לבטל חוזה כזה אלא לנקוט באיזה מהלך שיראה לו לנכון כדי להוציא את הצדק המרבי, אחד מעקרונות האלו הוא עקרון ההשבה.[[18]](#footnote-18) אך סיווגה של עסקה כחוזה למראית עין, פותחת פתח לאכיפה של החוזה הסמוי לפי הבנתו של השופט ברק.

פרחומובסקי לשיטתו תומך בשופט בכור, כניסת ביהמ"ש למקומות שכאלו מלאכותית, והנזק ההרתעתי גובר על פני תועלת הצדק המקומי.

מפורש בסעיף שהיה וסמך אדם שלישי על החוזה הסתמכותו מחייבת את שני הצדדים. נדגיש; חוזה למראית עין יכול לגרום לכך שאדם שלישי ירכוש את הסחורה של צד א' נגד רצונו מצד ב' המציג רכוש זה כשלו. למימוש חלק זה של החוק ישנן שלושה תנאים מצטברים; (1) צד ג' – כל צד ג' שהוא. (2) הסתמכות על החוזה למראית עין – הובילה לשינוי מצב לרעה. (3) תום לב של צד ג'. לא ידע ולא היה אמור לדעת.

ע"א 2550/01 **בירס נ. משכן**, הזוג בירס רשם את דירתם על שמו של שמואל למראית עין בלבד. שמואל פיתחם קשר קרוב עם נערה, ומשפחתה של הנערה שיכנעה את שמואל למשכן את הדירה לצורך הלוואה של משפחתה של הנערה. הבנק -משכן- מבקשים להיפרע מן הנכס, אך בירס טוענים שהדירה לא באמת שייכת לשמואל ואין ביכולתו למשכן אותו. ביהמ"ש פסק לטובת משכן עקב הסתמכותם בתום לב על החוזה למראית עין.

## טענת טעות – ס' 14

### עילת הביטול (שיעור 11)

14. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה. [גם באופן עצמאי!]

 (ב) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

 (ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.

 (ד) "טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 - בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

רכיבי העילה:

1. קיום חוזה.
2. קיום טעות – פער בין המצב לאשורו לבין תפיסתו או אמונתו של הצד הטועה. (אפשרי מצב כזה אצל שני הצדדים.) (החרגה; לא מדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד, כאמור בס' 14(ד) ).
3. קשר סיבתי סובייקטיבי בין התקשרות בחוזה לבין הטעות.
4. יסודיות – האדם הסביר כנראה לא היה מתקשר בחוזה אילו היה מודע למצב לאשורו. [קשר סיבתי אובייקטיבי]
5. ידיעת הצד השני, בפועל או בכוח (היה צריך לדעת). ידיעה זו נדרשת לצורך ס' 14(א), אך אינה נדרשת לצורך ס' 14(ב).
6. הטעות אינה ניתנת לתיקון (כאמור בס' 14(ג) ).

טעות בעובדה יכולה להתרחש במישור המתקשרים, הנכסים, המועדים ולמעשה כל טעות היא טעות בעובדה.

ע"א 2495/95 **בן לולו נ' אליאס**, המערערת נפגעה בתאונת דרכים, בהיותה בת ארבע שנים. תביעת נזיקין שהגישה כנגד המשיבים נסתיימה בהסכם פשרה, שקיבל תוקף של פסק-דין. בהסכם נקבע כי המערערת תקבל סכום חד-פעמי לסילוק מלא של כל תביעותיה, לרבות אישפוזים וטיפולים עתידיים. כשבע שנים לאחר אישורו של ההסכם האמור, הגישה המערערת תביעה חדשה לפיצויים, בגין נזקי הגוף שנגרמו לה בתאונת הדרכים. בגדרה של תביעה זו עתרה המערערת לביטולו של הסכם הפשרה מחמת טעות בכריתתו 14(ב). טענתה מבוססת על כך, שבעת ניהולה של התובענה הראשונה הוערכה נכותה על-ידי המומחים מטעמה ומטעם המשיבים בסדרי גודל של 30%-20%. נטען, כי מאוחר יותר התברר, כי המערערת פיתחה מחלת נפש עקב הפגיעה שנגרמה לה, באופן שנכותה כעת עומדת על 50%. בית-המשפט המחוזי, בקבלו את טענת המשיבים, קבע כי דין התובענה להידחות בשל מעשה-בית-דין. מכאן הערעור, שנסב בעקרו על השאלה האם ובאלו נסיבות ניתן לבטל פשרה שקיבלה תוקף של פסק-דין. בעליון **השופט ת. אור** הדגיש את חשיבות תקופתן של פשרות גם עם שינוי הנסיבות, לא בנקל נבוא לשנות פשרה חתומה כי בכך נשלול את עצם מהותה. גם במקרה דנן שהתפתחו השלכות נוספות לאלו הקיימות נראה שחותמי הפשרה לקחו סיכון זה בחשבון בחלוקת הסיכונים ואין מקום לתביעה חדשה כעת. טענת טעות שייכת רק במקרי קצה בהן התפתח לאחר הפשרה דבר שלא היה כלל מקום לעלות על הדעת את היווצרותו.

חברת הביטוח לא תשלם את התביעה ללא חתימה של הצד שכנגד על חוזה כזה, וישנם נפגעים רבים שמצבם משתפר עם הזמן כך שהם מרוויחים מקביעה שרירותית זאת הנעשית בטווח הקרוב לפגיעה. על אף שיש בכך מעין צדק חלק מרוויחים וחלק מפסידים, בפועל יש כאן עוולה גדולה כלפי המקומות בהן המצב מחמיר.

למשפחת בן לולו לא הייתה באמת חלופה, במקרים כאלו זקוקים לכסף באופן מיידי, ואף אם היו תובעים תשלומים זמניים עד להכרעה משפטית סביר להניח שלא היו מקבלים [זמן בית משפט וכו']. המידע של חברות הביטוח הרבה יותר טוב מאשר של הלקוחות, לחברה יש נתונים סטטיסטיים לגבי התפתחויות עתידיות טובים בהרבה מהנפגע. פער ידע זה, מצטרף לפער הנזקקות של צד אחד למשנהו ולכוח הרב של חברת הביטוח.

[אין טענת עושק, כי הביטוח לא ידע באופן קונקרטי על מצבה **העתידי** של בן לולו. אין כאן טענת 'חוזה אחיד' כיוון **שבעת החתימה** לא היה בחוזה-פשרה סעיף המנצל את כוחה של חברת הביטוח אל מול הנפגעת.]

פתרון אפשרי לדבר, אף אם מוגבל, בהענקת סכום ראשוני באופן מיידי ולנהל את הסיכומים הסופיים בלי תלות בו. סכום זה יכול להינתן ע"י חברת הביטוח במסגרת ההסכם, או כרשת ביטחון של המדינה. אולם פתרון זה עצמו לא יועיל דווקא במקרים הקשים ביותר להם נזקקים לכסף באופן מיידי.

ע"א 8972/00 **שלזינגר נ' הפניקס**, לשלזינגר היה ביטוח חיים אותו ביטל 16.3.94 וב24.4.94 התגלה לו שהוא חולה בסרטן. קרוב לשנה לאחר מכן שלח שלזינגר הודעת ביטול לביטול לחברת הפניקס, ושבועיים לאחר מכן הוא נפטר. אלמנתו של שלזינגר טוענת שביטול ההתקשרות נעשה בטעות, עקב חוסר הידיעה על מחלתו. בהתאם לכך יש לדון; האם עילות הביטול רלוונטיות, ובכללם, ביטול בשל טעות, ניתן לבטל את היציאה מתוך התקשרות קיימת. מדובר למעשה בטענת טעות הבאה להחיות את החוזה ולא כמקרה הקלאסי בה הטענה בה לבטלו. ואם נכון הדבר יש לבדוק האם יש במקרה דנן טענת ביטול.

**השופט א. לוי** (מיעוט) סבור שכל הסדרי הפגמים ברצון, בכללם עילת הטעות, חלים על שלל הפגיעות החד צדדיות מכח חוזה ובכללן הודעות על סירוב יחסיים חוזיים. לפיכך טענת הטעות רלוונטית הן לביטול חוזה והן לקיומו. ובמקרה שלנו עומדת למנוח טענת ביטול מכיוון שהמחלה כבר קיננה בגופו בעת הביטול, השלכות הביטול בטעות קריטיות ויש לאפשר לחזור מן הביטול לפי ס' 14(ב). **השופטת א. פורקצ'יה** (רוב) מסכימה לדיון העקרוני של פסק דינו של א. לוי, הסדרי הפגמים ברצון חלים על גם על פעולות חד צדדיות מכח חוזה. אבל לטעמה המקרה כאן שונה כיוון שאין למנוח עילת ביטול במקרה זה, בשל חלוקת הסיכונים הספציפית בחוזה דנן. התגלות המחלה אצל המבוטח היא המחייבת את הביטוח ולא התפתחותה בגופו על פי ההסכם.[[19]](#footnote-19) לפיכך אין בכוחו לטעון טעות – הפער בידיעתו לא רלוונטי כי אינו מחייב, אם הייתה מתגלית מחלתו בפועל (למוסד רפואי נניח) והמנוח היה מבטל עקב אי-ידיעתו יכול היה לטעון לפער בידע המוביל לטעות.

העיקרון המהותי הנלמד כאן, טענת טעות קיימת הן לביטול חוזה והן לביטול ביטולו. עיקרון נוסף לטענת טעות הנלמד בפסיקת הרוב; טענת טעות כשלעצמה אינה תקפה אם הטעות אינה בין המצב החוזי לאשורו למצב בדעתו של הטועה. על אף שבעיני המנוח אין ספק שלא היה מבטל את הביטוח אם היה יודע שחלה בסרטן – אף אם הכיסוי עדיין לא נכנס לתוקף, המדד לטעות הנחשבת מספקת זו טעות שבזמן התרחשותה הייתה בעלת משמעויות חוזיות.

ע"א 2444/90 **ארואסטי נ' קאשי**, ארואסטי שהם בעלי הקרקע ערכו עסקת קומבינציה עם קבלן, שבתורו חתם על חוזה מכר לדירות שברצונו לבנות בשטח [8 דירות]. הקונים הללו רשמו הערת אזהרה על הנכס, אחת מן הרוכשים היא משפחת קאשי. הקבלן פשט את הרגל לפני השלמת הבניה, כך שארואסטי לא קיבלו מה שרצו ואין ביכולתם לפנות לקבלן אחר עקב הערות האזהרה הרשומות. גם הקונים ובהם קאשי לא קיבלו את מבוקשם, והם נשארו עם חצי דירה ביד. אי לכך נחתם הסכם פשרה בין בעלי הקרקע לקונים, אולם לאחר חתימתו פורש החוק באור חדש, ונקבע שלרושמי הערות אזהרה יש תביעה ישירה כלפי בעלי הקרקע. על בסיס התפתחות זו, קאשי תבעו את ארואסטי וביקשו לצאת מהסכם הפשרה בטענת טעות.

**השופט צ. טל** מחלק בין חוק ברור בלשונו לזה שאינו. טענת טעות תקפה רק לגבי חוק ברור, בחוק שאינו ברור ישנה אי-וודאות מודעת אצל החותמים ואין להם טענה למפרע. פרשנות מאוחרת שהבהירה את משמעות החוק הברור, או אפילו שינתה אותו, לא יכולה להוות עילה לטענת טעות, עקב חשיבותה של הוודאות בחתימת חוזה. להבנתו גם הנאמר בס' 14(ד) די בכדי לשלול את תביעת משפ' קאשי.

#### טעות בכדאיות העסקה

המחוקק החריג מאפשרות טענת הטעות את הטעויות הנוגעות לכדאיות העסקה 14(ד). סיבת הדבר ברורה; לא ניתן להכיר בטעויות מן הסוג הזה, כיוון שהדבר יקעקע את כל ההתקשרויות החוזיות, המונעות מטבעם מצפי רווח עתידי. כל טעות שהיא משפיעה על כדאיות העסקה, לפיכך דייק המחוקק בקביעתו לשלול טעות הנוגעת אך ורק לכדאיות העסקה. אין בכוונת המחוקק לשלול טעויות אחרות, הנוגעות גם לכדאיות, אלא לשלול טענות שמלבד כדאיות אין בהן דבר.

ע"א 406/82 **נחמני נ' גלאור**, נחמני מכר דירה לגלאור, הצדדים הניחו שעל הדירה עומדת משכנתא לבנק על סך 825,000 ל"י, התשלום האחרון העולה לכדי ערך זה שולם ישירות לבנק כדי לסלק את החוב המוטל על הדירה. אלא שהתברר שהחוב גבוה בהרבה מן הנחת הצדדים. לפיכך ביקש המוכר לבטל את החוזה מחמת טעות. **השופט בייסקי** לא קיבל את בקשת הביטול. ביטול על סמך 14(ב) אינו אוטומטי, אלא בסמכות ביהמ"ש. ביהמ"ש בסמכותו עורך איזון בין האינטרסים של שני הצדדים, בכדי לבטל את החוזה על המבקש מוטל הנטל להוכיח שאי-ביטולו יגרום לחוסר צדק גדול יותר מאשר קיומו. שאי הצדק כלפיו כעת גדול מאי הצדק שיתרחש לצד שכנגד בביטול. בהתאם לנאמר, אף אם החליט בית המשפט לבטל את החוזה, בכוחו להטיל פיצויים על הצד הטועה כדי ליצור איזון נכון. (אולם במקרה שלנו אין בביטול בצרוף לסכום הפיצוי, כדי להיות מוצדק אפילו כלפי נחמני. הצדק המירבי כאן הוא באכיפת החוזה.)

השופט בייסקי דרך נוספת להגיע לאותה תוצאה, באמצעות ס' 14(ד) המחריג טעויות כגון זה הנוגעות אך ורק לכדאיות העסקה.

(שיעור 12) מהי טעות בכדאיות העסקה גרידא, שאינה מצמיחה עילת ביטול?

1. ***פרופסור טדסקי***: עבר והווה מול עתיד. אם הפער בגינו מועלית עילת הביטול כבר היה קיים בעת כריתת החוזה, אזי ניתן להעלות עילת ביטול. אם הפער נוצר לאחר כריתת החוזה, הרי שזו טעות בכדאיות העסקה בלבד שאינה מקנה עילת ביטול.

לדוגמא: ב**פס"ד וופנה נ' אוגש**, הפער בין הקונים למוכרים כבר היה קיים בעת כריתת החוזה ולכן זו טעות **שמאפשרת ביטול.** בעסקת מניות, כשהצד הקונה סבור שערך המניה יעלה, אך הוא יורד, הפער נוצר לאחר כריתת החוזה ולכן אינו מקנה עילת ביטול.

1. ***פרופסור גבריאלה שלו***: עובדות מול שווי. מציעה את ההבחנה בין טעות המתייחסת לתכונות או עובדות שהיא טעות רגילה שניתן להעלות טענת ביטול בגינה, לעומת טעות שמתייחסת לשווי היא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה ולכן אינה מצמיחה עילת ביטול.

לדוגמא: עצם קיום משכנתא – טעות רגילה. גובה המשכנתא – טעות בכדאיות העסקה. לכן, בפס"ד **נחמני נ' גלאור** בו הייתה טעות לגבי גובה המשכנתא, מדובר בטעות בכדאיות העסקה שאינה מצמיחה עילת ביטול. [המבחן של גבריאלה שלו אינו מבאר בצורה חדשה את הסוגיה]

1. ***פרופסור דניאל פרידמן***: "מבחן הסיכון" – אם הפער מתייחס לסיכון שצד לא נטל על עצמו אזי מדובר בביטול. כלומר, כאשר הטעות מתייחסת לממד של העסקה שלא נלקח סיכון לגביו, מדובר בטעות רגילה המאפשרת ביטול. לעומת זאת, כאשר הטעות מתייחסת למימד של העסקה לגביו נלקח סיכון, מדובר בטעות בכדאיות העסקה שאינה מאפשרת ביטול.

לדוגמא: בפס"ד **שלזינגר**, קובעת השופטת פרוקצ'יה כי גילוי סרטן לאחר ביטול הפוליסה הוא סיכון שהמבוטח נטל על עצמו ולכן זו טעות בכדאיות העסקה שאינה מאפשרת ביטול.

[המבחן של פרידמן: א. לא בטוח שיש מימד בעסקה שברור לחלוטין שאין שום סיכון לגביו. ב. הוא פותח מקום לפרשנות בית המשפט לגבי המימדים שבגינם נטלו הצדדים סיכונים, כשהדברים לא כל כך ברורים.]

המבחנים הללו באים בצורה יפה וקשה בפס"ד הבא, בפסק דינה של השופטת חיות ובעיקר בדעת המיעוט של השופט מזוז.

ע"א 7920/13 **כרמל נ' טלמון**, כרמל מחזיק ב25% מנכס מסחרי משפחתי. הוא הסכים ואף רצה למכור אותו לבנות דודתו שהחזיקו ב50% מהנכס תמורת 1.6 מילש"ח. ההסכם היה למכור את הנכס כמות שהוא, כאשר הקונות ישאו במס השבח, לצורך חישוב המס נקרא שמאי לחשב את שווי הנכס. השמאי מיידע את הבעלים שיתכן שלנכס ישנו רישום שלא מוגבל רק למסחר, כך ששוויו גדול יותר. כרמל מבין את הבעיה מייד ומדווח לאחיות טלמון שהן מצידן שולחות באופן מיידי את התשלום. **המחוזי** לא קיבל את תביעתו של כרמל לבטל את החוזה, לא הוכחה טענת טעות [אין בפער השווי, 1.6 לעומת 3 - 4.4 מיליון כדי להוכיח טעות]. בנוסף אם ישנה טעות היא באשמתו של כרמל, ואף אם ישנה היא רק בכדאיות העסקה ואין. **בעליון**, השופטת חיות [רוב] מסכימה לפסק המחוזי. נקשר חוזה מחייב, המערער לא המציא בסיס עובדתי לטענת הטעות. הערכת רשות המס, ומכר החלק השלישי ב3 מיליון אינן מייצגות עקב תנודות השוק. [הזוי..] בנוסף מדובר בטעות בכדאיות [14(ד)], כיוון שכרמל שיכלל חוזה בלי לבדוק [As Is] את המצב הוא נטל על עצמו סיכון [מבחן הסיכון של פרידמן]. **השופט מזוז** [מיעוט] סבור שהטעות הוכחה בכך שהוכחה טעות עובדתית – הנכס מיועד גם למגורים [מבחנה של שלו]. גם לפי מבחן טדסקי מדובר בטעות על העבר, חוסר הכרות עם יעוד המבנה טרם התרחשות העסקה. הוא סבור שגם לפי מבחן הסיכון יש כאן טעות, As Is חל על המבנה הפיזי, אך לא על עצם הגדרת המבנה באופן תכנוני. לטעמו כל המבחנים מראים שיש לבטל את החוזה.

פרחומובסקי; נראה שהצדק עם השופט מזוז, אף אם **הדין הוא עם דעת הרוב**. בכלל נראה תמוה הספק שמטיל בית המשפט על עתידו של הנכס, האם הוא מיועד למסחר או גם למגורים. מדוע בית המשפט לא קובע מה יעוד המבנה ועל פי קביעתו גוזר את הטעות לכאן או לכאן. בנוסף, תמוהה החלטתו של ביהמ"ש להתעלם משיערוך רשות המיסים, מדובר ברשויות מדינה ואין להתעלם ממנה. מזוז כותב שס' 14(ד) מתייחס לטעות שהיא אך ורק בכדאיות העסקה, במקרה שלנו ישנו מימד נוסף, ואת הס' יש להפעיל רק במקרים של טעות בכדאיות בלבד.[[20]](#footnote-20)

## הטעיה – ס' 15 לחוק

מרכבי העילה

1. קיום חוזה
2. קיום טעות (ע"ע דיון בטעות)
3. הטעיה ע"י הצד שכנגד או מי מטעמו
4. קשר סיבתי כפול
* קשר סיבתי בין ההטעיה לטעות
* קשר סיבתי בין הטעות לבין ההתקשרות

הקשר הסיבתי הנדרש הוא סובייקטיבי בלבד – אין דרישת יסודיות (כבטעות).

הטעיה יוצרת ממשק מתמיד עם ס' 12 לחוק – חוסר תום לב במשא ומתן. ממשק זה פותח פתח לשורה של סעדים נוספים. לא רק ביטול החוזה, אלא גם תביעה אישית למשל כנגד מנהל מו"מ מהצד שכנגד.

### הטעיה במעשה

ע"א 373/80 **וופנה נ' אוגש**, אוגש מכרו לוואפנה דירה והטעו את הקונים לחשוב שהדירה נמצאת במקום שקט. לוואפנה השקט היה חשוב ולאחר חתימת החוזה גילו שהוטעו. בחתימת החוזה הם הסכימו על פיצויים בסך 200,000 ש"ח לצד שיפר את החוזה. וואפנה מבקשים לבטל את החוזה אוגש מבקשים בהתאם לביטול את הפיצויים המוסכמים. בית המשפט **המחוזי** פוסק שבגלל שמדובר **בהטעיה** וואפנה צריכים לשלם פיצויי הפרה מופחתים. **בעליון**, השופט שמגר פסק שתשלום פיצויים הוא במקרים שחוזה הופר, במקרה זה החוזה בוטל כדין ולא צריך לשלם את הפיצויים.

ע"א 488/83 **צנעני נ' אגמון** – התיק עוסק בעו"ד בשם צנעני המפרסם מודעה למכירת קרקע. הוא נפגש עם אגמון ומסכם עימם על חוזה מכר כאשר הקרקע כלל אינה שלו, תמורת סכום של ₪ 1,300,000. אח"כ הוא יוזם פניה (הצעת רכישה) לבעלת הנכס, הגברת צוקר, מציג עצמו כשליחם של הקונים ומסכם עימה על רכישת הקרקע תמורת 585,000 ₪. לבסוף, ה"תרמית" נחשפת, אגמון מודיעים לצנעני כי הם מבטלים את ההסכם ובמקום חותמים על הסכם בגובה 585,000 עם בעלת הנכס. הצדדים מגישים תביעות הדדיות לבית המשפט המחוזי, אשר מקבל את תביעתם של אגמון. על רקע החלטה זו, מערער צנעני לבית המשפט העליון.

**השופט שמגר** קובע כי קמה לאגמון עילת ביטול. הם הוטעו לגבי זהות הצד שכנגד ומעמדו והדבר הוביל לשורה נוספת של טעויות. כלומר, פסק דין חד משמעי נגד צנעני. הוא מסביר כי כאשר הטעות נובעת מטעות בהנחות שאינן קשורות לערך העסקה, אין המדובר בטעות בכדאיות העסקה. הוא אינו רוצה לעודד פעילות יזמית מהסוג הזה. אנחנו רוצים לעצור בתיווך הרגיל, בין קונה מרצון למוכר מרצון ולא יזמות שכזו.

שמגר בעצם קובע שעל צנעני הייתה חובת גילוי שהוא איננו הבעלים של הקרקע ושהוא אינו שליחם של הקונים. בכך שלא הציג מידע זה הפר את חובת הגילוי שהייתה מוטלת עליו והטעה **במחדל** את הצדדים. עם זאת, ניתן היה לטעון שצנעני אף הטעה את הצדדים **במעשה**, כאשר הציג את עצמו כשליחם של הקונים בפני הגברת צוקר, אך שמגר לא בחר בדרך זו.

### הטעיה במחדל (שיעור 13)

סעיף 12 לחוק החוזים המחייב התנהגות בתו"ל במו"מ, מהווה מקור לחובת גילוי [הסעיף הובא לעיל]. אך מהו היקף חובת הגילוי מכח ס' 12? עד כמה צריכים הצדדים למו"מ להיות נכונים לגלות מידע?

ע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי**: ספקטור הוא בעל מגרש, צרפתי הוא קבלן המעוניין לקנות את המגרש. המגרש בגודל 800 מ"ר. בד"כ מגרש בגודל זה מתאים לבניית 16 דירות. במקרה זה, חלק מן המגרש היה מיועד להפקעה, דבר שהגביל את מספר הדירות ל12 בלבד. העסקה המקורית מול הקבלן הראשון (פאר) לא יצאה לפועל, לאור גילוי המידע בדבר ההפקעה והגבלת הפניה (על-ידי פניה לעיריה). המתווך החדש משיג קבלן חדש (צרפתי), וספקטור לא מגלה לו על ההפקעה. יש אי-התאמה בממכר כאמור בס' 11 לחוק המכר, פער בין תכונות המגרש כפי שתואר לבין אופיו במציאות. המתווך השני לא חוקר את העניין. לאחר שנרקמה העסקה, הקבלן מגלה את העניין. האם עומדת לו עילת תביעה? ברור שהיה כאן אי-גילוי, ברור שהמוכר חדל בכך שלא סיפר, אך האם הייתה לו חובת גילוי?

**השופט אשר:** (א) חובת גילוי מכח מקור בדין- ס' 12 הוא מקור בדין לחובת גילוי. יש לגלות כל פרט מהותי שקשור לעסקה. פרט מהותי- פרט שמשפיע על נכונות צד לעסקה להתקשר.כמובן שמספר הדירות הוא נתון שנופל במסגרת זו. (ב) במקרה זה, הייתה חובת גילוי גם מכח הנסיבות. הקונה היה קבלן שציפה שמגרש בסדר גודל זה יתאים לבניית 16 דירות. (ג) עילת ביטול מכח ס' 11 לחוק המכר.

**השופט לנדוי:** (א) אסור לקבוע חובת גילוי רחבה בחוזים מסחריים. אל לבימ"ש לשים עצמו שמרטף לצדדים. (ב) פרטים שהצד השני יכול היה לגלות בעצמו, אין צורך לגלותם. (ג) עם זאת, דין החוזה להתבטל מכח ס' 18 לחוק המכר, לפיו יש למסור את הנכס כשהוא נקי מכל שעבוד.

(אי-גילוי אינה הסיבה היחידה שתצמיח עילת ביטול. עילות ביטול אינן מוגבלות לס' 14 לחוק החוזים.)

על אף שבהכרעה לדינה לא נמצא פער בין השופטים ישנו פער עצום בתפיסת חיוב הגילוי לדעתם.

**הש' אשר** קובע חובת גילוי רחבה מאוד, למרות שעל פניו מדובר בחוזה מול צד מסחרי, שאמור להיות מצוי ברזי התכנון והבניה. בעיני אשר העובדה שניתן היה לגלות פרט מסוים באופן עצמאי אינה משנה את רוחב חובת הגילוי, לפחות במקרים של הטעיה. יותר מזה, היינו סבורים שדווקא משום שהרוכש הוא קבלן עליו לוודא במה מדובר! ואין דין קבלן כדין אדם פשוט הרוכש דירה לראשונה. הש' אשר הופך את המצב על ראשו ואומר שדווקא משום שמדובר בקבלן הייתה לו ציפייה שהמגרש יתאים לבניית 16 דירות, מה שמגביר עוד יותר את חוסר תו"ל, ובאופן נגזר, את חובת הגילוי.

**הש' לנדוי** סבור שיש לצמצם את חובת הגילוי. בעיניו, צדדים מסחריים צריכים להסתדר בעצמם ובימ"ש לא אמור להגן עליהם מפני כל דבר. פרטים שהצד השני יכול לגלות בעצמו, בין אם מהותיים בין אם לאו, החובה היא עליו לגלותם.

הדין בישראל הוא שרשלנות המוטעה אינה פרמטר קריטי כשמדובר בהטעיה. בד"כ לא מתחשבים ברשלנות המוטעה כאשר מדובר בהטעיה במעשה. יש קצת מקום לוויכוח כאשר מדובר בהטעיה במחדל. ככל שעולה טענת חוסר תו"ל כך תהיה נטייה לא להקפיד עם הצד המוטעה על עניין ההתרשלות. ב**כרמל** בפס"ד המחוזי נפסק כי המערער התרשל כשלא בדק את מימד הנכס. שם היה מדובר בס' 14ב, מקרה בו הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על הטעות. במקרה שלנו מדובר בס' 15- הטעיה.

### היקף חובת הגילוי? דעות מלומדים:

1**. פרופ' ג' שלו:** לא צריך להיות מצב של אגואיזם קיצוני (רק מה שנוח לי), וגם לא מצב של אלטרואיזם מוחלט (רק מה שנוח לאחר). שביל הזהב- חובת גילוי על פרטים שהצד השני אינו יכול לגלות בעצמו. **הבעיה המוסרית:** אם צד מחזיק במידע מסוים, למה לא לגלות אותו לצד השני? הרי הוא יכול להפגע מחוסר ידיעה. **הבעיה הכלכלית:** נוצרות עלויות כפולות. אם צד אחד בירר סוגיה מסוימת, אבל לא ניתן לסמוך עליו, הצד השני יצטרך גם כן לעשות את הבירור. ניתן לחסוך את המשאבים הללו.

2. **פרופ' אנטוני קרונמן:** מידע שמתגלה אגב אורחא, ללא השקעת משאבים – חובה לגלות. מידע שגילויו כרוך בהשקעת משאבים מיוחדת – אין חובת גילוי. **בספקטור** המידע התגלה אגב אורחא. בירור העניין לא הצריך מספקטור תשלום נוסף. לכן, זה מידע שצריך היה לגלות.

#### סעיפי חוק שמטילים חובת גילוי - המרכזיים שבהם:

1. ס' 12 לחוק החוזים.

2. **ס' 16 לחוק** המכר מחייב גילוי של אי-התאמה במכר. (אי-התאמה לפי ס' 11 לחוק המכר: "כאשר אין בממכר את התכונות הרגילות לשימוש המסחרי.)

3. **ס' 8 לחוק השכירות והשאילה** מטיל חובת גילוי על המשכיר בנוגע לאי-התאמות במושכר.

4. **ס' 8 לחוק השליחות** מחייב את השלוח לגלות לשולח את כל המידע הקשור לשליחות.

4. **ס' 16 לחוק ניירות ערך** קובע חובת גילוי רחבה בתשקיף.

כשחברה מנפיקה היא צריכה להוציא תשקיף - מסמך החושף את כל מה שקורה בחברה. מדובר במידע פרטי, כאשר הציבור קונה מניות, החברה הופכת מחב' פרטית לחב' מנפיקה וזכות הציבור לדעת את מצבה.

5. **ס' 2 לחוק מכר דירות** מחייב קבלנים להמציא מפרט לרוכשים. גם כאן המטרה היא לידע לגבי הנכס.

6. **ס' 8(א) לחוק המתווכים** מחייב מתווך לגלות ללקוח את כל הפרטים הקשורים לעסקת התיווך.

7. **ס' 4 לחוק הגנת הצרכן** מחייב עסקים לגלות לצרכנים פגמים מהותיים במוצרים.

מטרת הסעיפים היא להתגבר על מידע פרטי, א-סימטרי, הידוע לצד אחד ואינו ידוע לצד השני.

יש פה עניין של צדק חלוקתי: גילוי מידע כרוך בהוצאת משאבים. אם מטילים חובת גילוי, הדבר מוציא את הוצאת המשאבים מקבוצה אחת ומעביר את החובה לקבוצה אחרת. כך למעשה "מעבירים כסף" בין קבוצות בחברה.

יש לזכור שבמהלך העסקים, יש אפשרות שהנטלים הללו יעברו דווקא לקבוצה שעליה ניסינו להגן. כך, למשל, מיסוי על דירה שלישית עלול לפגוע גם בשוכרים (עלייה בשכ"ד). גם במקרים אחרים הטלת חובת גילוי עלולה להביא לעליה במחירים וכדו'.

עד אתה עמדנו על חובת גילוי מכח ממקור בדין, בחוק. אך ישנן חובות גילוי נוספות:

####  2. גילוי מכח נוהג

יחסי עו"ד-לקוח, רו"ח-לקוח, רופא-חולה.

####  3. גילוי מכח הנסיבות

פנידר נ' קסטרו: היו נסיבות של חברות, בה מצופה שיתרחש גילוי.

ספקטור נ' צרפתי: הקונה הוא קבלן בעל ציפיות מסוימות, הנסיבות חייבו גילוי.

ע"א 494/74 **חב' בית החשמונאים נ' אהרוני**: אהרוני הוא בעל מסעדה ורוכש יחידה מהמוכרים-חב' בית החשמונאים. ס' 10 בחוזה מחייב את המוכרים שלא תיפתח בבניין מסעדה מתחרה, זו תניית אי-תחרות (בלעדיות). אך לאחר שאהרוני פותח את עסקו הוא מגלה שנפתחה מסעדה בחלק אחר של הבניין. מסתבר שהבנין המדובר הוקם על שני מגרשים, כאשר חלק מן הפרויקט שייך לחב' בית החשמונאים, וחלק אחר של חב' ברנוביץ'. כשאהרוני פותח את מסעדתו ומגלה שיש מסעדה נוספת בחלק השני, הוא בא בטענה שהופר החוזה. בית החשמונאים מצטדקים ואומרים שהחלק השני לא שייך להם ואין להם שם סמכות. אהרוני מתכעס שהם לא אמרו לו. מדובר בהטעיה במחדל- הם לא סיפרו לו.

**בייסקי** (רוב): (א) לרוב הטעיה תתבצע באמצעות מצג שוא או מעשה, אך אפשרי שתהא הטעיה באמצעות מחדל. (ב) במקרה שלנו, ברור מס' 10 שעניין הבלעדיות היה מהותי וקריטי עבור אהרוני. (מן הסתם הוא גם שילם על כך יותר). (ג) הוא לא יכול היה לדעת על המצב התכנוני של המבנה. שתיקת הבעלים לגבי העובדה שהבניין הוקם על שתי חלקות שונות עולה כדי הטעיה (ואף תרמית).

**ח' כהן** (מיעוט): (א) המערערים לא יצרו מצג שוא ולא ניתן להטיל עליהם אחריות עקב שתיקתם. האם המידע המדובר הוא מידע שהצד השני יכול היה לברר בעצמו? כן. אהרוני יכול היה לבדוק בפנקסי הרישום את תכונות הבניין ויכול היה לברר מי היא אותה חברה שניה שלה החלק השני של הבניין וכו'.

עמדת השופט ח' כהן לא מובנת. בדיעבד ניתן לעשות הרבה דברים. כשבא אדם פשוט וניגש לעסקה כזאת, ונושא ונותן עם חב' קבלנית, ומדובר במצב קבלני חריג, איך אפשר לצפות ממנו, בצורה סבירה, לחשוב על אופציה כזו? אפשר לחייב, אך זה ייקר עלויות, כאשר מנגד עומדת חב' קבלנית שכבר יודעת את המצב לאשורו. חמור מכך, אהרוני משלם כסף רב והחב' יודעת מה באמת המצב! עמדתו של ח' כהן אינה מתיישבת עם ניסיון החיים ועם ההגינות.

## ביטול החוזה

מצב דעתו של המטעה

1. פרופ' ג' שלו:הצד המטעה יכול להטעות בזדון, ברשלנות, או בתו"ל. מצב דעתו לא משנה בכלל.

2. פרופ' צלטנר:הטעיה יכולה להתבצע רק בזדון או ברשלנות. לא קיימת הטעיה בתו"ל. במקרה זה, הטעות תבוא במסגרת ס' 14א.

3.פרופ' דויטש:הטעיה במחדל היא רק בזדון. הטעיה במעשה יכולה להיות בזדון, ברשלנות, או בתו"ל.

4. הנשיא שמגר: הטעיה יכולה להיות בזדון מרמה או בחוסר תו"ל. הטעיה דורשת התנהגות פסולה. אם אין פסול בהתנהגות אז המקרה יבוא במסגרת ס' 14א. ישנם מלומדים החולקים על-כך, הן בשל לשון הסעיף והן בשל המטריה הספציפית.

משהונחו יסודות העילה עפ"י סעיפים 14(א), 14(ב), או 15, ניתן לבטל את החוזה:

* ס' 20 מקנה לצד הטועה או המוטעה את זכות הביטול.
* ס' 21 השבה- משבוטל החוזה כל צד זכאי להשבה.
* ס' 22- הוראות אלה אינן גורעות מן האפשרות של הצדדים לקבל סעדים נוספים. אם, למשל, הייתה התנהגות בחוסר תו"ל ניתן לקבל פיצויים או סעדים אחרים בגינה.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| הסעיף | גרימה ע"י הצד השני | ידיעת הצד השני | יסודיות | זכות הביטול |
| 14(א) | X | נדרשת | נדרשת | אוטונומית (אין צורך בהליך משפטי) |
| 14(ב) | X | לא נדרשת | נדרשת | שיקול דעת בית המשפט |
| 15 | נדרש | נדרש | לא נדרשת | אוטונומית (אין צורך בהליך משפטי) |

כדי שתחול זכות ביטול אוטונומית יש צורך בשני יסודות מתוך השלושה (גרימה ע"י הצד השני, ידיעת הצד השני, יסודיות). אך לביטול ע"י בית משפט די בכך שההטעיה מספיק יסודית.

### אפשרות תיקון - ס' 14(ג)

אם הטעות ניתנת לתיקון והצד השני מסכים לתיקון, אזי אין הטעות מצריכה ביטול. בהתאם לכך, יכול הצד שכנגד להציל את החוזה ע"י משלוח הודעת תיקון לפני הודעת הביטול. בד"כ הצדדים לא יזדרזו לבטל את החוזה, ישנו שלב מקדים של יידוע, בו הצד מודיע על הטעות שבחוזה והצדדים מנסים להגיע לתיקון שיתקבל על שניהם. לא כדאי לרוץ ולהוציא הודעת ביטול אם רוצים לתת לצד השני הזדמנות לתקן את המעוות.

אם לא רוצים לתת לצד השני שום הזדמנות לתקן, שולחים הודעת ביטול במיידי. אך התנהלות שכזו יכולה להגיע עד לכדי חוסר תו"ל בעצמה – עקרון תו"ל מרכך מהלכים חד-צדדיים, הוא רואה בצדדים שותפים למיזם משותף. סיבה נוספת לא לבטל; צד טועה יכול לסבור שהצד השני ידע או היה עליו לדעת את הטעות, ולהחליט שהוא מבטל את החוזה באופן אוטונומי לפי ס' 14(א). אך אותו צד עלול לגלות שהצד השני מתכחש לאפיון של המצב, וטוען שלא ידע ולא היה עליו לדעת על הטעות. ואם הצד הראשון רץ לבטל את החוזה, והפסיק לקיים את חיוביו, **נמצא כי הוא המפר את החוזה**. באסה.

אך עולה השאלה, האם ס' 14(ג) חל גם על מצבים של הטעיה שנופלים בגדר ס' 15? (ס' התיקון מופיע תחת תרחישי הטעות, ולא תרחיש ההטעיה. תחת ס' 15 לא מופיע ס' תיקון דומה. כלומר, הדין לא יצר הסדר של תיקון במקרים של הטעיה.) **מלומדים** (פרופ' שלו, פרופ' פרידמן, פרופ' נילי כהן) בדעה שאפשרות התיקון מכח ס' 14(ג) חלה גם על מצבי הטעיה מכח ס' 15.

### ביטול חלקי - ס' 19

ביטול חלק מסוים של החוזה בלבד, להבדיל מביטול החוזה כולו. [להלן פס"ד סולימני]

אפשרות זו קיימת כאשר

**מצטברים שלושה תנאים**: 1. החוזה ניתן להפרדה לחלקים.

דוג': אם מדובר בחוזה מכר מכונית, אופניים וקורקינט.

 2. הטעות מתייחסת למימד/חלק אחד בלבד.

אם הטעות מתייחסת רק לגבי האופניים. כגון שהרוכש סבר שמדובר באופני הרים, אך המדובר הוא באופני כביש.

 3. ביטול החלק הפגום אינו משפיע על שאר החוזה.

פורט מחיר עבור כל אחד מהנכסים בנפרד, כך שניתן לדעת כמה עלו האופניים. ניתן לבטל את החלק הזה בלבד, להחזיר לקונה את מחיר האופניים, מבלי לבטל את החוזה כולו.

אם יש תלות בין מרכיבי העסקה, הביטול החלקי הופך להיות קשה ביותר.

### ביטול באמצעות בית-המשפט – ס' 14(ב)

ס' 14(ב): טעות שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה. כלומר, לא דבק אשם מוסרי בצד שכנגד. ביטול ניתן לשיקול דעתו של בית-המשפט.

האפשרויות העומדות בפני בית המשפט:

1. דחיית בקשת הביטול.

2. ביטול חלקי מכח ס' 19, אם הדבר אפשרי.

3. ביטול החוזה, היענות לבקשת הטועה.

4. ביטול החוזה תוך חיוב הטועה בתשלום פיצויים לצד שכנגד.

שיקולי הצדק והאיזון העולים לפני בימ"ש כאשר הוא פועל לפי ס' 14(ב):

1. **מאזן התוצאות האפשריות**. על בימ"ש להשוות בין הנזק שיגרם לצד הטועה מקיום החוזה, לבין הנזק שיגרם לצד שכנגד מביטולו.

> צריך לשקול גם איזונים עדינים יותר באמצעות חיוב בפיצויים (אפשרות 4 לעיל).

2. **משך הזמן שחלף**. ס' 20 קובע שהודעת הביטול צריכה להישלח תוך זמן סביר מרגע היוודע הטעות. אם הביטול כרוך בהליך משפטי, יש ליזום הליך כזה תוך זמן סביר.

> סבירות תלויה בנסיבות. נחמני נ' גלאור – אינפלציה ועליית ערך הדירה. הנסיבות הכתיבו את הזמן ה"סביר". אם השתנו הנסיבות בימ"ש יטה שלא לבטל.

3. יכולת תיקון העוול לצד שכנגד באמצעות פסיקת פיצויים.

> נחמני נ' גלאור – בימ"ש לא ראה טעם להיענות לבקשת הטועה משום שהדבר היה כרוך בחיוב בפיצויים גבוהים.

### טעות סופר - ס' 16

טעות סופר לא מצמיחה עילת ביטול. **מצד הדין**, טעות כזו היא בסה"כ טעות טכנית ואין צורך לבטל את החוזה בגינה. **במציאות**, במקרה של טעויות סופר, יקרה אחד משני תרחישים:

1. הצדדים מסכימים שנפלה טעות טכנית ויש לתקן אותה. במקרה זה זוהי טעות שנופלת במסגרת ס' 14(ג), וממילא ס' 16 לא חידש לנו כלום.

2. אחד הצדדים מתעקש לקיים את החוזה ככתבו וכלשונו, בעוד הצד השני טוען שנפלה טעות סופר.

על בית-המשפט לפרש ולקבוע אם מדובר בטעות סופר או בטעות רגילה. מלאכת הפרשנות לא תמיד תהיה קלה. אם מדובר במחיר, בד"כ יהיה קל להבין אם מדובר בטעות סופר אם לאו. אם מדובר בביצוע, למשל בכמה חודשים צריך לקיים את ההתחייבות, יהיה יותר קשה. גם במקרה של מחיר, יש מצבים שקשה יותר לקבוע באיזו טעות מדובר (אם במקום 20,000 נכתב 2,000 – קל להבחין. אם במקום 20,000 נכתב 21,000 – קשה להבחין).

## כפייה -ס' 17- שיעור 14

17. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

(ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

רכיבי העילה

1. קיום חוזה.
2. קיומה של כפיה – אילוץ פיזי, איום בפגיעה בגופו, במשפחתו או ברכושו.
3. קשר סובייקטיבי בין הכפייה לבין ההתקשרות בחוזה.
4. תפקידו של הצד השני, מקור הכפייה בו או במישהו מטעמו.

עילת הביטול במקרה כזה אינטואיטיבית, החוזה לא נחתם מתוך רצונו החופשי של המתקשר, אין לו תוקף משפטי מחייב.

### איום בפתיחה בהלכים פליליים

ע"א 784/81 **שפיר נ' אפל**, התיק עוסק בשפיר, בעל מיכליות העוסק בהובלת חלב, ואפל, בעל משק חלב, אשר התקשרו ביניהם. שפיר חשד באפל בגין רישומים כוזבים שנועדו להגדיל את הכנסותיו. לפיכך, התייצב בביתו של אפל, בערב, בהפתעה, מלווה בעורך דינו. הוא האשים אותו במעילה ואיים בנקיטת הליכים פליליים. הוא אף תיאר לו מה צפוי לו בכלא (מעצר והכאה ע"י שוטרים) וטען שגמר את הקריירה, אלא אם יתחייב לו בחוזה לתשלום 450,000 ל"י. אפל (ניצול שואה- שמצבו הנפשי השפיע על התקשרותו בחוזה), הסכים לחתום על ההתחייבות, על אף שלא הודה בטענות הנוגעות ליושרו. יום למחרת, בנו ואשתו של אפל הגיעו למשרדו של עורך הדין של שפיר כדי לערער על החוזה, אך חתמו על התחייבות בה הם מתחייבים לשלם 926,737 ל"י (יותר מפי שתיים!). לאחר שנועצו בעורך דינם, שלחו בני משפחת אפל לשפיר הודעת ביטול ההתחייבות וההסכם. שפיר עתר לבית המשפט המחוזי והשאלה המשפטית שנידונה היא האם מסכת ההתרחשויות עולה כדי כפייה. בית המשפט המחוזי פסק שההתחייבות וההסכם הושגו עקב כפייה ולפיכך הביטול נעשה כדין. מכאן הערעור. **השופטת שטרסברג-כהן:** איום בפתיחה בהליכים פליליים עולה כדי כפייה. לא ניתן להשתמש באיום בפתיחה בהליכים פליליים כדי ליצור התחייבות חדשה, בנוסף כל הסיטואציה כולה מלחיצה מאד. הכפייה אינה חייבת להיות הגורם הבלעדי להסכם, אבל נדרש קשר סיבתי, אשר הוא סובייקטיבי (כלומר, בעיני רוחו של הנכפה). היא מבקרת את התנהגות עו"ד שליווה את שפיר באותו לילה עגום. **בנוסף**, קבעה שטרסברג כהן כי נוצרה סיטואציה חריגה מבחינת רמת הלחץ המופעלת על הצד הטוען לכפייה (אפל). מדובר באדם ניצול שואה המגיב בצורה קיצונית יחסית למאורע. בנסיבות חתימת ההסכם וההתחייבות, אפל היה במצוקה ושפיר היה מודע לכך. שפיר ניצל את מצוקתו של אפל, אשר נקלע (יחד עם בני משפחתו) לפאניקה ולא יכול היה להיוועץ. לפיכך, ההתחייבות ניתנת לביטול לאור עילת הכפייה. אין להבין מהמאורע האם אפל אכן ניהל רישומים כוזבים או לא, אך אין זה הדגש במקרה הנ"ל. לעומתה, קבעה **השופטת בן פורת** כי לא תמיד אזהרה מנקיטה בהליכים פליליים תעלה כדי כפייה, ובכך מתנגדת לדעתה של שטרסברג –כהן.

### כפייה כלכלית

ע"א 8/88 **רחמים נ' אקספומדיה**, שני צדדים חתמו על חוזה לקיום יריד מציגים בבאר שבע. נקבע כי לאחר ניכוי ההכנסות, 75% מההכנסות ילך לאקספומדיה ו-25% לרחמים, שהחזיק בשטח וביצע את עבודות הכשרת האתר, אותן העריכו הצדדים כהוצאה של 50,000 דולר. היריד כשל וביום השלישי לעריכתו, מנהל המערערת שלח מכתב למשיבה בו נטען שהמשיבה התחייבה לשלם מראש את דמי הכשרת האתר ולפיכך איים כי אם לא תעשה כן, המערערת תסגור את היריד. בעקבות המכתב, התנהל מו"מ קדחתני והמשיבה התחייבת לשלם 40,000 דולר כדי למנוע את סגירת היריד בטרם עת. המערערת התרצתה והשאירה את היריד פתוח. היריד לא הצליח ואז לאחר מעשה, כאשר המערערת מבקשת לקבל את 40,000 הדולר מהמשיבה, המשיבה מנסה להשתחרר מההתחייבות בטענה של כפייה כלכלית. **המחוזי** קבע כי במקור לא הייתה התחייבות של המערערת לשלם את הוצאות הכשרת האתר ולכן פסק כי ההתקשרות החדשה נבעה מכפייה כלכלית.

***בעליון, השופט מלץ***: מכיר בקיום כפייה כלכלית כעילת ביטול במשפט הישראלי וקובע שלושה תנאים מצטברים להתקיימותה: (1) איום מפתיע. (2) עלול לגרום למאוים נזק חמור ובלתי הפיך (יש לפרש ברכות). (3) בשעה שהמאוים פגיע במיוחד לאיום מסוג זה (ביתר שאת; לאחר החתימה). כעיקרון, עצם האפשרות לפנות לערכאות להשגת סעד סותרת את קיומה של עילת הכפייה. אך במקרה זה לא הייתה אפשרות מבחינה מעשית לפנות לערכאות, כי חברת רחמים דרשה תשובה תוך זמן קצר (מספר שעות). לפיכך, הייתה כאן כפייה כלכלית המצמיחה עילת ביטול.[[21]](#footnote-21)

פסק דין נוסף בנושא,

1569/93 **מאיה נ' פנפורד**, המערער רכש יהלומים מהמשיבות, בתמורה לשיקים דחויים. בטרם הגיע מועד פירעון השיקים, המערער בורח מהארץ. בוארון, אותו הוא מסמיך, פנה לנושים והציע לכל קבוצה שקיק של יהלומים ששוויו 30%-70% מן הסכום המוצע, בתמורה לוויתור על השאר [לא מדובר באפליה, אלא בפערי הערכה]. זהו הסדר פשרה לסילוק החוב. היהלומנים נועצו ביועצים משפטיים טרם החתימה על ההסדר. הם החזירו את השיקים וקיבלו כל אחת חבילת יהלומים. לאחר מכן, מאיה שב לארץ והנושים מבקשים לבטל את ההסדר שהושג, בטענה של כפייה כלכלית מכוח סעיף 17. ***השופט חשין (רוב)***: לחץ כלכלי יעלה כדי כפייה, מקום בו הלחץ מנוגד לחיי עסקים ומסחר תקינים. אך לחץ כלכלי סתם אינו מספיק לביטול חוזה ויש להוכיח כי הלחץ שהופעל היה בעוצמה גבוהה כך שלנפגע לא הייתה חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע לאותו לחץ. במקרה הנידון, החייב עזב את הארץ במפתיע, בלי להודיע לנושים, כאשר מקום הימצאו אינו ידוע וכמות נכסיו בארץ אינה ידועה להם. במצב הזה לא הייתה לנושים ברירה אלא לחתום על הסדר הפשרה. הם היו במצב של הפתעה, חוסר אונים ולפיכך הייתה כאן כפייה כלכלית. ***השופט שמגר***: לא הייתה כפייה כלכלית. מדובר באנשי עסקים מתוחכמים אשר קיבלו ייעוץ משפטי, אך החוזים מנוגדים לתקנת הציבור בשל התנהלותו של החייב. מחילת החיוב של מאיה ליהלומנים נוגדת את תקנת הציבור לפי ס' 30 לחוק החוזים, ועל כן בטלה. ***השופט גולדברג (מיעוט)***: היה חישוב כלכלי קר מצד הנושים וניסיון להיטיב את מצבם, באמצעות הסדר הפשרה, כאשר תכננו להגיש תביעה כנגד מאיה, לרגע שיחזור לארץ. לכן, מדובר לכל היותר ב"טעות בכדאיות העסקה". בעולם החוזים קיים סיכון של חדלות פירעון[[22]](#footnote-22). כל שייעשה מבחינה משפטית, לא יוכל להמציא את הכסף שאין לחייב ולהוביל למצב בו נושיו מקבלים את כספם בחזרה. כאשר אחד הצדדים פושט את הרגל, לנושים ישנן שתי אופציות: לפנות לבית המשפט או להגיע להסדר פשרה. הסדרי פשרה עוזרים גם לחייבים, כדי שלא ייאלצו להגיע למצב של חדלות-פירעון וגם לנושים, שמקבלים חלק יחסי מהחוב. לרוב, החלק שיקבלו בהסכם פשרה כזה גבוה יותר מזה שיינתן להם בבית המשפט, אם יוכרז העסק הנופל כחדל פירעון. הוכחה לכך היא שהיהלומנים החליטו לפנות לכיוון של הסדר פשרה.

חשין בפסקו מרחיב את עילת הכפייה הכלכלית למצבים בהם אין בכלל לחץ זמן, וניתן היה לפנות פשוט למערכות הצדק. שמגר קיצוני אף יותר; הסכם כזה מנוגד לתקנת הציבור. אך גולדברג סבור שאין כאן שום כפייה, אלא התנהלות מחושבת המאפיינת יחסים עיסקיים. התוצאה שפסק הדין גורם לה היא שכעת, החייבים לא ירצו להיכנס להסדר פשרה כי בית המשפט לא יכבד אותה. ההפסד יהיה לנושים העתידיים שבהסדרי פשרה יקבלו הצעות נמוכות יותר [עקב חוסר רצון החייבים] והם יאלצו לפנות לרוב לבית המשפט, שם יקבלו פיצויים שעשויים להיות נמוכים אף יותר מהסדרי הפשרה. פרחומובסקי סבור שהצדק עם גולדברג, ביהמ"ש הגן על אותה קבוצת נושים קטנה, קבע ערך גבוה ויפה, אבל רוב המקרים העתידיים יצאו נפסדים.

ע"א 6234/00 **ש.א.פ. בע"מ נ' בנק לאומי לישראל**, ש.א.פ חברה קבלנית שניהלה את חשבונותיה בבנק. הבנק התנה לאורך השנים את מתן האשראי על ידו בכך שבעלי החברה ינהלו בבנק חשבונות חיסכון שישועבדו לחוב. במהלך השנים נסגרו כל החשבונות הללו, ועם הזדקקות החברה למסגרת אשראי גדולה יותר לצורך שיקום מצבה הקשה הסכים הבנק למתן האשראי תוך החתמה על חוזה בו התחייבה החברה שלא לתבוע את הבנק על התנהלותו עד אותה העת. לאחר כמה שנים, בהן התייצב מצב החברה לטובה, החליטה החברה לעזוב את הבנק ותבעה ממנו את הנזקים שנגרמו לחברה עקב החיוב להפקיד חסכונות בשנים הראשונות. לטענתם (1) דרישת ההפקדה עצמה אינה מוצדקת. "התניה אסורה של שירות בשירות" (2) ההחתמה על כתב הויתור לאחר מכן נעשתה תוך ניצול מצב הכלכלי הקשה של בעלי החברה באותה העת.

**במחוזי** פסקה **השופטת פלפל** לטובת ש.א.פ אך התיישנות חלה על קופות החיסכון למעט שתי האחרונות שבהן. **בעליון**, **השופט מצא**, פסק לטובת הבנק. להבנתו אין בכתב הוויתור כפייה המצדיקה ביטול, או פיצוי, אלא התנהלות חוזית תקינה. כפייה כלכלית תחשב לכזו רק כאשר יש בה גם פסול מוסרי-חברתי, רק כאשר היא מונעת לחלוטין את האפשרות שלא לחתום. המבחן האובייקטיבי קובע לנו שאין לבחון את רצון המתקשר הסובייקטיבי, אלא את אפשרותו בראי החברה כיום, את ההוגנות שיש בו גם כלפי הצד החלש.

מצא מסכים שיש בתנאי המונע פניה לביהמ"ש פגם ודינו להתבטל,[[23]](#footnote-23) אך אין בקיומו להוכיח שהייתה כאן כפייה על הצד שכנגד, גם במצב עמדות הכוח אין ראיה לכך, והמדד לדבר בחוזה עצמו – האם יש בו לטובת המתקשר החלש בבחינה אובייקטיבית. החוזה היטיב לש.א.פ מאוד, ובדיעבד אף הדבר ניכר ביותר. בנוסף עובדת הסתמכותה בשעת מעשה ביעוץ משפטי פוגמת בטענת כפיה. איננו מחפשים חופש חוזי טהור במציאות חוזית מורכבת, אלא הוגנות. אילו היינו מחפשים חופש טהור, איש לא היה מסכים לחתום חוזה עם הנמצא במצב קושי ומצבו של המתקשה היה רק מתדרדר. הכנסת אמת המידה האובייקטיבית תואמת להסתכלות המצויה בעושק, והיא מאפשרת בחינה בפרספקטיבה של השוק.

ע"א 5493/95 **דיור לעולה בע"מ נ' שושנה קרן**, פרויקט פינוי בינוי ע"י חברה קבלנית, דירות משופרות לדיירים הקודמים, ודירות נוספות למכירה לחברה. במקרה זה כל הדיירים הסכימו למעט קרן שהחזיקה בשתי דירות וביקשה לקבל מהעסקה 4 דירות. שכניה של קרן הפעילו עליה לחץ גדול, היא מסכימה ל-3 דירות אך לאחר מכן חוזרת בה. לאחר החזרה מופעל מכבש לחצים עז אף יותר. **המחוזי** פוסק שאע"פ שמקור הלחץ אינו בצד שכנגד קמה עילת ביטול בשל כפיה. **העליון** סבור שבתחילה הלחצים היו קלים ולא נכנסו לגדר כפיה. אך עם חזרתה בה הופעלו לחצים כבדים – אך אין בינם לחתימה קשר סיבתי, כיוון שנערכו לאחר החתימה. לפיכך העליון לא נדרש לשאלת מקור כפייה חיצוני לצד שכנגד, יש כאן חוזה מכיוון שהכפייה שהופעלה היא מאוחרת לחתימה.

אזהרה על הפעלת זכות כמובא בס' 17(ב) לגיטימית ואינה עולה לכדי כפייה. אזהרה זאת כוללת זכות חוזית או זכות במשפט אזרחי [איליט נ' אלקו להלן]. אמנם כמובא הש' שטרסברג כהן לכל הפחות סבורה שבזכות איום בהליך פלילי יש כפייה [ובן פורת חלקה עליה לעיל].

הפעלת זכות הביטול, בתואנה של כפיה, יש להפעיל תוך פרק זמן סביר. מירוץ הזמן מתחיל רק מהרגע בו תם הלחץ\הכפייה בפועל. [דוגמא למקרה בה הופסדה זכות זו להלן בפס"ד חיימוב במסגרת תקנת הציבור]

## עושק -ס' 18- שיעור 15

מרכיבי העילה:

1. קיום חוזה.
2. מצב העשוק; מצוקה, חולשה שכלית או גופנית, חוסר ניסיון.
3. התנהלות העושק – ניצול המצוקה.
4. קשר סיבתי סובייקטיבי בין המצוקה להתקשרות בחוזה.
5. גריעות תנאי החוזה – גרועים במידה **בלתי סבירה** מן **המקובל**.

בניגוד למצב כפייה, בו המצב הקיצוני בו נמצא הצד שכנגד הוא באשמת המתקשר עימו, בעושק מדובר על ניצול מצב קשה קדום לעסקה כדי להוביל להתקשרות.

ע"א 403/80 **סאסי נ' דיקאון**, סאסי הם בעלי דירה בתוך בניין והם חתמו על חוזה להחלפת נכסים עם דיקאון המחזיקה בנכס צמוד קרקע. הערכות השווי של הנכסים היו בסך של קרוב לפי 3 לטובת דיקאון, אשר לאחר מעשה תבעה אותם במחוזי על ניצול חולשתה השכלית וחוסר ניסיונה. בעליון (2) קבע **טירקל** שהמצוקה צריכה להיות כבדת משקל + מתמשכת, אך **לנדוי** הסתפק בהיותה כבדת משקל אף אם רגעית. (3) דרושה ידיעה על המצוקה מן העושק, אך די בעצימת עיניים ולאו דווקא מעשה ניצול אקטיבי. (5) גריעות תנאי החוזה – יש פער שווי עצום; 52 אלף לעומת 140 אלף ל"י. חוסר הסבירות הינה נגזרת ישירה של המקובל.[[24]](#footnote-24)

פסק דין נוסף העוסק בגריעותם של תנאי החוזה –

ע"א 719/78 **איליט נ' אלקו**, חברה קבלנית בשם איליט התחייבה לחברת הייטק אלקו לבנות עבורה מבנה תעשייתי מסוים. נקבע לו"ז מדוקדק עם ערבויות לקיום החוזה, כאשר הבניה התעכבה, אלקו איימו לממש אותן. איליט התחננה שלא, ואלקו הסכימו לדבר בתנאי שיחתם חוזה חדש המציב תנאים דווקניים עוד יותר כלפי איליט. בין היתר נקבע שם שכל סכסוך ילך לבוררות המוגבלת לסך חצי מיליון [מתוך סך 8 מיליון גלובאלי של העסקה]. איליט עמדה בהתחייבויות ואחר כך טענה לעושק, שהחוזה השני נחתם בניצול הסיטואציה הקשה אליה נקלעו. פס"ד ניתן ע"י **שמגר** הן במחוזי והן בעליון. מדובר בחוזה שאין לו מדד מקובל עקב היות המבנה יוצא דופן, לפיכך לא ניתן להשוות את הסבירות למקובל אלא יש להשוות למדד אובייקטיבי "ראוי העסקי" - על פי השתלמות כלכלית לעסקה. לגבי תניית הבוררות; לא ניתן לבחון תנאי אחד ולשפוט על פיו אלא על פי מכלול התנאים כולם. בנוסף, סטייה שולית מהמקובל אינה מספקת לביסוס עילת העושק. איליט לא ביקשה עילת ביטול באופן מיידי ולפיכך בית המשפט דחה את בקשת הביטול שלה.[[25]](#footnote-25)

חוזים שגרתיים בהן המקובל ידוע – הולכים לפי המקובל.

חוזים לא שגרתיים בהן המצב לא ידוע – הולכים לפי ה"ראוי העסקי" האובייקטיבי.

מנהג סדום – שמגר; במצב כזה הולכים לפי המקובל. ברק; צ"ע.[[26]](#footnote-26)

### היחס בין עילת העושק לחוסר תו"ל

בין ס' 18 לס' 12 לחוק החוזים.

ע"א 4389/92 **גנז נ' כץ**, רווק מבוגר שהתחייב לשלם לשדכן סכום כסף גדול במקרה שימצא לו שידוך. השדכן מצא שידוך אך כץ לא הסכים לשלם את מלא הסכום, במחוזי חויב הנתבע על הסכום כולו, בריבית, ובתוספת הוצאות בית המשפט. גנז הגיש ערעור לעליון. השופט קדמי (מיעוט) סבר שגנז ניצל את מצוקתו של כץ וזה עולה לכדי חוסר תום לב.

החתימה על החוזה מהווה ראיה לגמירות הדעת של הנתבע, טענתו בדבר אי-שפיותו לא קיבלה את תוקפה משום מקור חיצוני ואי לכך היא בטלה [נטל ההוכחה על המערער]. אין מקום לבטל את החוזה, כיוון שביטולו מותנה בכמה סעיפים, אחד מהם הלא הוא הלחץ הנפשי המוגזם המוזכר. כמו שאין ראיה לקיומו בשאלת גמירות הדעת כך גם כאן.

על אף שמציינים השופטים שיש להישמר מלהשתמש בכלי זה תדיר מוסכם עליהם שלעיתים נדירות ניתן לטעון טענה משפטית העולה ממהלך הדיון עצמו על אף שלא הופיעה בכתב הטענות מתחילה. בדומה לבעל הדין, כך גם לבית המשפט מותר לנהוג כן. היכולת להוסיף טענה מוגבלת למצב בו **העובדות עליה היא נשענת הובעו ע"י בעלי הדין,** אך אל לביהמ"ש להניח טענה על סמך עובדות שלא הובאו על יד הנידונים. הוא הדין להוספת השגת ערעור שלא הופיעה בכתב הערעור, אך העובדה עליה היא בנויה אוזכרה. אם השימוש בטענה המשפטית נדיר הרי שהוספת נימוק חדש לערעור במהלך הדיון נדירה פי-כמה ויש להשתמש רק כדי למנוע עוול.

סובר השופט קדמי בדעת מיעוט שיש מקום לערעור כאן מטענת חוסר תום לב, חוסר שדחק לפינה את הנתבע וחייבו לחתום על התחייבות של סכום שאינו ראוי למבוקש אלא עולה עליו יותר מכפליים. מניח קדמי שבמנהג זאבים איש לרעהו יש פגיעה בתום הלב והוא מוצא ראיה לחוסר זה בסעיף הכפילות בחוזה, סעיף המקנה תעריף כפול במידה וישתמש התובע בשותף. עוד הוא מוצא בסעיף זה הוכחה לקושי הנפשי בו היה שרוי הנתבע, קושי שאין בו כדי לפסול את החוזה, אך יש בו כדי להבין את הניצול בו נהג התובע לנתבע. [עוד מאזכר השופט כסעד שאף בארה"ב נוהג בית המשפט שלא לאכוף חוזים הנדמים בעינינו כנוגדים את המצפון. ועל כן **סבור** שעל הנתבע לשלם [בסך הכל] פחות מחצי מהסכום שסוכם, על פי אומדן למחיר אליו היו מגיעים בתום לב.]

השופט לוין חולק מכל וכל על דבריו של קדמי, וסבור שאין מקום להמציא מדעת ביהמ"ש את טענת 'תום לב'. הוא **סבור** שיש לדחות את הערעור ולחייב את המערער בשכר עו"ד של הנתבע. על אף שהשופט זמיר מסכים לעקרונות שמעלה קדמי הוא חולק על ישומן בדיון זה. לדעתו אין בסיס עובדתי מספק על פיו יוכל ביהמ"ש להוסיף את טענת חוסר תום הלב, אף אם הסך מופרז אין בכך לומר שהיה בפועל חוסר תום לב. ובכלל אין מקום להגדיר שכר זה כמופרז, הרי אין מדד מחירים למציאת אשה לחיים, והחותם על החוזה מוכר לנו כאיש אמיד המצוי בעולם העסקים. ועוד, אין להשתמש בקלות בטענת חוסר תום לב במצב של לחץ נפשי גרידא המלווה לעיתים קרובות חתימת חוזים. **השופט זמיר פוסק כדעת השופט לוין לדחות את הערעור ולחייב את המערער בדמי משפט.**

פרחומובסקי – עו"ד של גנז לא עשו עבודה טובה. אם היו טוענים חוסר תו"ל יתכן והשופט לוין היה פוסק לטובתם. בנוסף, היה עליהם להיכן את גנז לעדותו, אין יתרון בהזכרת היותו איש עסקים אמיד וכו'. כמו שאנו יודעים עילת תו"ל הורחבה בהמשך [כחששו של זמיר], ועוד נשמר הפער בינה לבין כפייה ועושק כיוון שבמקרים כאלו יש סעדים טובים יותר ואשמה גדולה יותר לצד שכנגד.

גישת הצדק החלוקתי נוטה להגביל אפשרויות שכר שונות, או להטיל מיסים באופן דיפרנציאלי. מהלכים אלו מונעים את הרצון של אנשים להיות טובים יותר, מקצוענים יותר. מהלכים אלו לרוב גם נעשים על תחומים ספציפיים וגורמים להסתה של כ"א איכותי לתחומים מניבים יותר. גישה זאת למעשה פוגעת למפרע גם בחברות החלשות עקב פיחות מוכרח בכמות הכסף במשק, אשר נחלק בין כולם. וגורמת לבריחת כסף למדינות בהן המס נוח יותר. יש חסרונות בשוק קפיטליסטי, אך בגדול זה הכיוון. כל פגיעה בחופש היא בלתי ניתנת להערכה. לדיון שלנו, השופט זמיר צודק בהימנעותו מתוך התערבות בשוק. קריטריון חוסר תו"ל עמום וניזקו עצום.

## החוזה הפסול ס' 30, 31

העמדה המסורתית בדין האנגלי והאמריקאי, ובדין הישראלי בעבר – אי התערבות.

1. התוצאות הקנייניות נותרו בעינן. [אפילו במקרה כמו קלמר נ' גיא]
2. החוטא הגדול יותר היה יוצא נשכר.
3. בשל התוצאות הקשות הללו, בתי המשפט נטו להתעלם מאי החוקיות של החוזה כדי לדון בו [כך קרה גם בקלמר נ' גיא].

30. חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.

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

בחוק הישראלי החדש, ס' 30 קובע שחוזה פסול בטל מדעיקרא באופן התואם לגישה המסורתית. והחידוש הוא בס' 31 בו העניק המחוקק סמכויות לביהמ"ש להיכנס ולדון בחוזים פסולים, לאפשר סעד של השבה, לפטור צד מהשבה מטעם שמן הצדק לנהוג כן ולהורות לצד לקיים את התחייבותו אם הצד השני ביצע את אלו שלו.

ניתן היה לבצע דיון בחוזה פסול אף ללא ס' 31 על בסיס הדין הפלילי עם שימוש בסנקציות פליליות. אך יתרונו הגדול של ס' 31 בתפיסת חוזים רבים הנדמים ככאלו חוקיים אלא שאינם. קשה להבחין האם החוזה אינו חוקי. עם חקיקת ס' 31 נוצר תמריץ לחוטא הקטן מהשניים במישור האזרחי. החוטא הקטן יעדיף את קיום חלקו האזרחי של החוזה, על אף הסגרת עצמו למישור הענישה הפלילי.

סיבת הפסול בס' 30 מחולקת לשלוש, כריתה, תוכן ומטרה. כאשר הפסול בהם יכול אף הוא להיות בשלושה מישורים – בלתי חוקי, בלתי מוסרי או תקנת הציבור.

### כריתה

הליך הכריתה נגוע באי חוקיות – בעית פרוצדורה. רע"א 3910/08 מועצה כפר קרע נ' מד"א, כאשר הם רצו לבטל חוזה על סמך חוסר פרוצדוראלי בחתימה. [יוזכר להלן בסעיף 31]

### תוכן

מתייחס לכל אותם מצבים בהם נקבע בחוזה הסדרים המנוגדים לחוק – חוזה למכירת סמים.

### מטרה

חוזה שמטרתו, אף אם לא תוכנו, היא למטרה לא חוקית – חוזה שכירות למקום בו מתוכנן להיות קזינו. כאן יש לדון בסיטואציה בה המצב אינו ידוע לצד שכנגד, שאינו יודע מהי מטרת ההשכרה. פרופ' פרידמן הציע לבחון את הדבר כחוזה פסול מצידו של הפושע וככשר מצידו של התם. אך הפסיקה פשוט דנה בו על בסיס ס' 31.

## תקנת הציבור - שיעור 16

חוזים בלתי מוסריים, פסולים עקב ניגודם לתקנת הציבור. ישנם שלושה סוגי חוזים שנפסלים עקב תקנת הציבור;

1. חוזי הגבלת עיסוק מתחום דיני העבודה
2. חוזים עם תניות פטור מאחריות לנזקי גוף
3. חוזים בלתי מוסריים מתחום האישות

לאורך השנים השתדלו לא להשתמש רבות בתקנה מכמה סיבות:

1. הרחבת תקנת הציבור מגבילה את חופש החוזים
2. תפיסתה של תקנת הציבור כסוס פרא, ככלי חסר גבול שאחריתו מי ישורנו
3. תקנת הציבור היא מחסום בפני השופטים, קיומה מגביל אותם לערך מסוים. השופטים נטו שלא להרחיב מינוח שבמהותו מגביל אותם.

אולם אם חקיקת ס' 30, בו פורשה תקנת הציבור בחוק התרחב השימוש בתקנה במידה ניכרת. נסקור כעת את חידושי הפסיקה מחקיקת ס' 30 והלאה.

### הגבלת פניה לערכאות ושלילת זכאות לסעדים משפטיים

בפס"ד המובא להלן, השופט שמגר מממש את תקנת הציבור, אך בדעת יחיד.

148/77 **רוט נ' ישופה בע"מ**, רוט רכשו דירה מישופה אשר מסרו להם אותה באיחור של 6 חודשים ובמפרט שונה מן המוסכם. רוט תבעו והפסידו במחוזי פיצוי על פי החוזה בגובה 25% משווי הדירה, ישופה התנגדו על סמך ס' אחר על פיו עצם קבלת הדירה מהווה ראיה סופית [חזקה חלוטה] לעניין הסכמת הקונה למכר. בנוגע לס' זה טענו רוט שמדובר בתנאי מגביל הנוגד את תקנת הציבור – טענה שנדחתה על הסף. מכאן הערעור. **שמגר** פותח בתהיה האם מדובר כאן על חוזה אחיד. מראה שהתחייבות התשלום היו חד משמעיות ותקפות אל מול אי-העמידה במועד מסירת הדירה וההגנות המוחלטות לחברה בס' 9-10. על פי ס' 9-10 קבלת הדירה נקבעת לפי רצון המשיבה, היא מחייבת, ועצם אקט הקבלה מהווה ראיה להסכמת המערערים. יש לעיין כמה יסודית הייתה הפרת 6 החודשים, אך הפרה וודאי הייתה. עקב קשיי הדיור בישראל יש לתת פיקוח שיפוטי מיוחד לנושא – ס' 30 לחוק החוזים. המצב על פיו אין לקונה תרופה משפטית אינו תקין. ישנה תלות בקניית דירה בין הקונה למוכר אף אם לא מדובר על חוזה אחיד, בצירוף לשלילת הזכויות, מטה את הדין לפסילה משום תקנת הציבור. מכל הנ"ל סבור שמגר לבטל את ס' 10 המגביל את יכולת התביעה של רוט [על פי ס' 19 המאפר לבטל חלק מן החוזה אם החלקים ניתנים להפרדה]. **אלון** (רוב) מקבל הערעור מטעם אחר; הדרך המקובלת ועקרון תו"ל [ס' 39]. עקרון תו"ל לא נמדד בחוזה אלא באדם, לטעמו יש לתעדף את פסילת התנהלות האדם הספציפי מפגיעה בחופש החוזים. אולם גם בשימוש בעקרון זה יש להישמר מהפרזה. מקור הדין 'ועשית הישר והטוב'. הוא פוסק לאפשר לרוט לתקן את כתב התביעה בטענת הפרת חוזה.

השופט אלון, מגביל את השימוש בתקנת הציבור עקב הפגיעה בחופש החוזים הנלווית להפעלתו. עקרון תו"ל מנגד, לא פוגם בחופש החוזי, אלא מפנה אצבע מאשימה על ישופה עקב **התנהלותה האישית**. בסיטואציה אחרת, בה החברה הייתה נוהגת כראוי, לא היה כל פגם בחוזה הנתון. פרחומובסקי סבור כדעת השופט שמגר, כאשר איננו מוציאים תועלת בקיומם של תניות מסוימות, מוטב יהיה לבטלם לחלוטין בקביעת **כלל קטגורי**. אין תועלת סבירה באיפשור ס' 9-10, ביטולם המגביל את חופש החוזים, מהווה תקנת הציבור באופן מוחלט. הליכה בדרכו של שמגר שוללת את כל ההתרחשות מעיקרא ומבטלת את הזדקקות למשפט מתמשך ופרסונאלי.

### שיוויון ומניעת אפליה

דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' בית הדין הארצי לעבודה**, לחברת אל-על היה הסכם עבודה קיבוצי,[[27]](#footnote-27) על פיו גיל הפרישה הינו דיפרנציאלי; דיילי אוויר בגיל 60, דיילי הקרקע בגיל 65. דיילי האוויר מגישים תביעה בטענה שגיל הפרישה אינו חוקי ומנוגד לתקנת הציבור. מלבד תקנת הציבור רלוונטי לדיון דנן גם חוק שיוויון הזדמנויות בעבודה תשמ"ח-1988. **בית הדין לעבודה** קבע שאין כאן אפליה כיוון שישנן סיבות מהותיות לקביעת גיל הפרישה השונה – כוח פיזי ומראה. **בית משפט עליון**, זמיר ובייניש – ההסדר בנוגע לגיל הפרישה סותר את חוק שיוויון ההזדמנויות בעבודה [ס' 2(א)] אך לא את תקנת הציבור. לפיכך החל משנת 1988 ההסדר לגבי גיל הפרישה המוקדם אינו תקף, אך התקופה שלפני כן אינה כלולה בחוק השיוויון בעבודה. חשין – סבור שההסכם נוגד את תקנת הציבור, ולפיכך הוא בטל מדעיקרא – סעד לכל הדיילים כולם.

**דנג"צ,** הנשיא ברק בדעת רוב – כדרכו הוא מבאר כמה הערכים כולם חשובים, תקנת הציבור, השיוויון וחופש החוזים. הוא בוחר להעדיף את השיוויון כיוון שמדובר על הסכם קיבוצי, כיוון שבלאו הכי מדבור על הסכם קיבוצי בו חופש הפרט מוגבל[[28]](#footnote-28) ומכיוון שאפליה מחת גיל חמורה במיוחד. [נוסף על כך; היותה של אל-על חברה ממשלתית דורש ממנה יותר.] ברק סבור שתקנת הציבור היא דבר דינמי שמטרתו לאפשר הכנסת ערכים חדשים בחברה משתנה ע"י בית המשפט. הוא מצביע על כך שלא נמצאו סימוכין כלשהן לכך שדייל מעל גיל 60 מוגבל פיזית בתפקידו, ועל היותה של דרישת המראה לא רלוונטית למשרה.

השופט זמיר סבור מאידך שזו לא אפליה חמורה במיוחד, בניגוד לקביעתו של ברק,[[29]](#footnote-29) ואין לממש במקרה שלנו את תקנת הציבור. ככלל תקנת הציבור נדרשת למימוש באופן זהיר במיוחד, גם קיום החוזה והוודאות וההסתמכות כלולים בתקנת הציבור. לפיכך אין להידרש אליה אלה להתמיד בבחירה בחוק שיוויון ההזדמנויות. בנוסף, במסגרת ההסכם הקיבוצי דיילי האוויר קיבלו הטבות אחרות על פני חבריהם המפצות אותן על גיל הפרישה השונה.[[30]](#footnote-30)

### תניות הגבלת תחרות

ע"א 164/99 **פרומר נ' רדגארד**, המערער עובד בכיר ומהנדס תוכנה בחברת רדגארד, חתם על הסכם עבודה לפיו לא יוכל לעבוד בחברה מתחרה 22 חודשים מיום עזיבתו. פרומר עוזב את רדגארד ולאחר שבועיים נכנס למו"מ עם צ'ק פויינט – המתחרה הגדולה של המשיבה בתחום אבטחת המידע. כך ש3 חודשים לאחר סיום עבודתו הוא מבקש להתחיל לעבוד במתחרה – התנגשות בין חופש החוזים לחופש העיסוק. בעליון קובע השופט אדלר שחופש העיסוק גובר למעט מקרים בהם יש טעמים מיוחדים. לדבר חמש סיבות; 1. חופש העיסוק מעוגן בחוק יסוד. 2. יחסי עבודה הם בלתי שוויוניים במהותם וההגנה על העובדים עדיפה. 3. ישנה חשיבות להגשמה עצמית לעובד. 4. חשיבות השוק הפתוח לכלכלה [5. חשיבות מעבר עובדים לשוק הפתוח].

הטעמים המיוחדים בשלהם נכבד תניות הגבלת עיסוק בשם חופש החוזים;

1. חשש לשימוש שלא כדין בסוד מסחרי – כל סוג מידע שאינו ידוע ברבים ומעניק יתרון למחזיק בו.
2. הכשרת העובד נעשתה ע"י השקעת משאבים מיוחדים ע"י המעסיק.
3. העובד קיבל תמורה מיוחדת עבור הגבלת חופש העיסוק שלו.
4. בחינת תם הלב ויחסי האמון בין הצדדים מחייבים\תומכים באכיפת תניית ההגבלה.

במקרה זה סבור **השופט אדלר** שלא מתממשים אף אחד מן הסעיפים, לפיכך אין סיבה לאכוף את הגבלת העיסוק של פרומר [לדעתו הצטרפה הש' ברק – אשתו של]. בדעת מיעוט סבור **השופט פליטמן** שיש לכבד את ההתחייבות החוזית שפרומר נטל על עצמו. פרחומובסקי – יש כמה פרמטרים להעמיק בתוכן הגבלה הלגיטימי, איזו עיסוק מדובר, איזו חברה נחשבת מתחרה וגם באיזה מרחק גיאוגרפי וכו'. כך שמלבד הקיום של אחד מן התנאים צריך שהמגבלה תהיה סבירה כמובן.

מעבר חופשי של עובדים הוא תנאי לשוק כלכלי יעיל – לעובד ולחברות. אפשרות המעבר דוחפת את הגורמים כולם להוציא את המירב בתפוקה ובשכר. חוזים במקורם באו כדי להוביל ליעילות כלכלית, הרחבה מלאה של חופש החוזים מגבילה בעצמה את השוק. אך קבלתנו את סעיפי ההגבלה כאשר הם עומדים בתנאים קוהרנטית לעקרון החוזים – שיפור כלכלי של הצדדים החתומים. ההסדרה הפרטית של שני הצדדים תואמת להגבלה, על אף פגיעתה בשוק הכלכלי הכללי, בעוגת הרווח המצרפי. כך שיש לדייק שחופש החוזים לא בא להיטיב עם העולם כולו, אלא עם הצדדים החתומים לו.

אנלי סאקסוניאן הראתה כיצד שני מקומות בעלי הון אנושי גבוה ביותר שינו את מצבם על פי כמות האכיפה של תניות הגבלה עיסקית בבית המשפט. בבוסטון, מאסצ'וסטס, חלה ירידה גדולה באיכות החומר האנושי עקב אכיפה רבה, בעוד בעמק הסילקון בקליפורניה היה זינוק עצום שלווה באכיפה נמוכה ביותר של חוזה זה. אמנם סביר להניח שזהו לא הפקטור היחידי, אך לטובת השוק כולו ברור ששימור החופש הוא המיטיב. וכיום אכן נוטה השפיטה להפחתת אכיפה.

### בורריות מפוקפקות

ע"א 661/88 **חיימוב נ' חמיד**, חמיד הוא חלפן כספים שלטענתו החביא כסף בחנותו של חיימוב – הוא חשש שהמשטרה בעקבותיו ולכן החביא בחנותו של חיימוב – 50,000$. כשהוא שב לקחת את כספו סיפר לו חיימוב שהחבילה נלקחה ע"י אחרים, ובבוררות של סוחרי הסביבה הוחלט שחיימוב ישלם 40,000$, ובפועל הוא שילם רק 25,000$ והתלונן במשטרה בטענת סחיטה ואיומים – וביקש השבה של הסכום. חמיד מצידו תבע את יתרת הסכום בתביעה הדדית. **המחוזי** פסק שהדבר תקף עקב קבלת הצדדים את הבוררות, אך **בעליון** שמגר פסל את העניין מכיוון שמדובר בהתנהלות עבריינות הנוגדת את תקנת הציבור. 'בית המשפט לא יכשיר הסכם ששושביניו היו עברייני כספים' והורה על השבה. טענת כפייה על בסיס הסחיטה והאיומים נדחתה בשל שיהוי בין פקיעת הלחץ לתביעתו של חיימוב.

### ס' 31 – שיעור 17

ס' 30 ו- 31 הנזכרים מעניקים לבית המשפט סמכות רבה להתערב בחוזים. כאשר בית המשפט מממש את ס' 31 כוחו רב:

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

ויש לאבחן את השיקולים אותם ינהל בית המשפט בטרם בחירתו להפעיל את הסמכויות המוקנות לו. מעיון בפס"ד אנו רואים שבית המשפט מתייחס לשישה פרמטרים:

1. חומרת אי החוקיות – האם מדובר באי חוקיות חמורה? הנטייה תהיה לא להתערב באי חוקיות קלה יחסית.
2. היקף אי החוקיות.
3. אפשרות הכשרת אי החוקיות בדיעבד – לדוגמא הכשרת אי חוקיות נגרמה מחוסר בהשגת היתר לדבר.
4. מידת האשם היחסי של הצדדים – כאשר ישנו פער משמעותי של אשמה בין הצדדים החתומים.
5. השפעה על צדדים שלישיים תמי לב.
6. 'תום הלב' של הצד המבקש סעד מבית המשפט. [בניגוד לסעיף ד', שם העניין הוא יחסי בין הצדדים, כאן הבחינה היא של הצד המבקש סעד אל מול החוק, אל מול המימד האובייקטיב.]

רע"א 3910/98 **מועצה מקומית כפר קרע נ' מד"א**, חוזה בין הצדדים שעניינו בהספקת שירות ניידות טיפול נמרץ, אשר קויים במשך 13 שנה ע"י שני הצדדים. המועצה בשלב מסוים הפסיקה לשלם למד"א על השירות. מד"א תבעו המועצה ענתה שהליך הכריתה לא היה חוקי עקב ניגודו לצו המועצות המקומיות המחייב בס' 193 בין היתר את חתימתו של גזבר המועצה. במקרה דנן הגזבר לא חתם – הרי שאין חוזה. **השלום** אמר שהצדק עם התובע אך הדין עם הנתבע, **המחוזי** הפך את הפסק בנימוק שטענת המועצה נגועה בחוסר תו"ל. **בעליון** השופט דנציגר דוחה את הערעור של המועצה, עפ"י ס' 31 כאשר צד אחד קיים את התחייבותו עפ"י החוזה יכול בית המשפט להורות על ביצוע הצד שכנגד – במקרה שלנו מד"א קיימה את כל התחייבויותיה לאורך שנים. אי החוקיות כאן קלה [א], ניתן להכשיר את החוזה בדיעבד [ג], וכמובן שמד"א התנהלה כראוי [ד, ו].

יש להעיר שפסיקת המחוזי והעליון מונחת על הסברה שס' 193 לצו המועצות המקומיות אינו הסדר שלילי, אם לא כן קיומו היה שולל את העקרונות הנלמדים מס' 31 המיושמים במקרה זה. ככלל, בית המשפט לא יטה לפרש חוק כיוצר הסדר שלילי כל עוד ניתן לעשות כן.

ע"א 698/89 **שילה נ' בארי**, המערערים זכו במכרז של מנהל מקרקעין, ועל פי החוזה מול המנהל הותר להם, ורק להם לבנות בשטח. בשלב השני הם חתמו על הסכם שני עם קבלן של הסכם קומבינציה – על פיו הם יקבלו שליש מן המבנה שיבנה. הקבלן מצידו חותם על חוזה שלישי מול בארי שרוכשים את שני השליש הנותרים. בשלב זה הקבלן מציג לבארי מיצג שווא כאילו כל הנדרש כבר מאושר ונוסף על כך חורג מהיתר הבניה בחריגות קיצוניות. הבניה מושלמת בהיקף ליקויים עצום – אך שילה לא פונים לבית המשפט, אלא בארי בתביעה שיקיים את החוזה שלהם מול הקבלן. הוא מצידו שולח הודעת צד ג' ומוסיף את שילה לתביעה.

בשלב זה מעלים המערערים את טענת אי החוקיות – אסור היה לממש בניה בשטח לאדם מלבדם. כך שיש לבטל את החוזה מול הקבלן וכהשלכה לכך גם את החוזה של האחרון מול בארי. והשאלה היא כיצד משפיעה אי החוקיות על זכויות שרכשו צדדים שלישיים מכח חזקה? השופט אור, ס' 31 מעניק לבימ"ש שיקול דעת רחב. במקרה זה המערערים והקבלן הם החוטאים – והקונים תמי הלב שלא ידעו על אי החוקיות של העסקה. הרי שביטול החוזה יפגע בצדדים התמים ויטיב עם אלו החוטאים [ד, ו]. בנוסף, הקונים מתגוררים בדירה כבר שנים ארוכות **ו**אין בפיצוי כספי כדי לפצות את אובדן הנכסים. ועוד, ניתן להכשיר בדיעבד את החוזה [ג].[[31]](#footnote-31)

מקרה נוסף בפסק דין סולימני, נוגע ליכולת שמעניק ס' 31 להשתמש בס' 19 אותו הזכרנו בעמוד 33 לעיל.

ע"א 139/87 **סולימני נ' כץ**, כץ מנהל של חברה קבלנית וסולימני הרוכש, כאשר בס' 7 לחוזה נקבע שתיבנה בריכה בין אם יתקבל לכך היתר ובין אם לאו. לא ניתן היתר והחברה סירבה לבנות את הבריכה, לפיכך הקונים סירבו לשלם והעדיפו לבטל את ההסכם כולו. הם פונים למחוזי – מבקשים צו הצהרתי שמורה על ביטול החוזה, אלא שהוא בוחר לעשות ביטול חלקי בלבד מכוח ס' 19 ולבטל את ההסדר הנוגע לבניית הבריכה. למעשה הוא פסק לטובת כץ, יש חוזה ללא סעיף הבריכה. **בעליון** קובע השופט אור שלושה תנאים מצטברים להפעלת ביטול חלקי; 1. החוזה ניתן להפרדה. 2. הטעות מתייחסת למימד/חלק אחד בלבד. 3. ביטול החלק הפגום אינו משפיע על שאר החוזה. השופט אור קובע ששלושת התנאים מתקיימים במקרה זה.[[32]](#footnote-32)

הבעיה העיקרית קיימת בתנייה השלישית שמציב השופט אור. מאוד קשה לדון בכלי אובייקטיבי על רצונו הסובייקטיבי של חותם החוזה. יתכן שסולימני חלם כל חייו על בריכה בביתו, ואין במבחן האדם הסביר כדי לתאום את רצון הצדדים. למעשה עצם הניסוח הא-חוקי שננקט כאן רק מלמד עד כמה הבריכה הייתה חשובה לסולימני. ככלל ישנה בעיה בס' 19 המנסה לפצל חוזה כאשר כל חוזה באשר הוא בנוי על סך משתנים כולל אותו הצליח להשיג כל צד.

הדרך הנכונה לבצע חוזה כזה בשינוי ס' 7 והפיכת החוזה לחוזה על תנאי, כך שמתן היתר לבניית בריכה הינו תנאי מתנה לקיום החוזה הזה ורק עם נתינתו החוזה יכנס לתוקף. החוסר שבדבר בדחיית מועד תחילת העבודה, הרי עד לקיומו של התנאי החוזה לא יכנס לתוקף. בנוסף, מכיוון שבהתניית החוזה על בסיסו של צד חיצוני לעסקה כדאי להוסיף מגבלת זמן, החוזה בתוקף אם ינתן היתר תוך הזמן, אם לא כן – לקבוע מה יכנס לתוקף או יתבטל. כך שלא יכנסו הצדדים למבחן הזמן הסביר הערטילאי.

## חוזה אחיד

הרוב המוחלט של החוזים הנחתמים כיום הינם חוזים סטנדרטיים, אחידים. אלו חוזים שהוכנו מראש, על פי תבנית ומשמשים לאין ספור עסקאות שונות. הסיבות שהללו תופסים חלק כה נרחב מן החוזים רבות.

1. חסכון בעלויות העסקה – ניסוח מחודש של חוזה בכל עסקה קטנה ייקר עד מאוד את ההליך כולו.
2. חסכון בהכשרת עובדים – החוזה האחיד מאפשר לקלוט עובדים בעלי הכשרה נמוכה יחסית לתפקיד הנציג להחתמת החוזים.
3. חסכון בעלויות הפיקוח – בחוזה אחיד אין משמעות לפעולות הנציג 'הנמוך', כך שאין צורך לפקח עליו.

אך החיסרון שבהם נגזר אף הוא מאותם היתרונות – חוזים אחידים אינם ניתנים לשינוי. עיצובם נערך ע"י הצד החזק, החברה הגדולה שמחתימה את הפרט, ויתכן שהם חד צדדיים.

אמנם במציאות של שוק חופשי טהור נראה שבעיית אי השיוויון בין הצדדים נפתרת מאליה, התחרות יוצרת איזון אוטומטי בין מוקדי הכוח השונים. אמנם תנאי השוק תובעים שמידע הרלוונטי יהיה זמין –נזדקק לרגולציה כאשר המידע לא נגיש לאדם הסביר. אולם מכיוון שאיש לא טורח לקרוא חוזים אחידים המשתרעים על פני עשרות עמודים – השוק לא יוצר לכותביו תמריץ לשפר את התנאים. אך לאיש אין תמריץ לקרוא מכיוון שהדבר לא בר שינוי. ומכיוון שלאדם הפרטי אין שום השפעה על השוק ויש צורך באחוז מסויים שיצדיק את שינוי השוק ע"י החברה, הדבר גם לא צפוי להשתנות.

הצרכן שם לב למחיר, למוצר, הוא לא יודע על מה הוא חותם בחוזה מורכב. לכן נמצאו לדבר שתי פתרונות, הרגולציה שבאה למנוע מראש מצבים שכאלו והתביעה המשפטית המגיעה לאחר החתימה בגין; תביעות חוזיות, נזקיות או חוקיות או אפילו עשיית עושר שלא כדין. הסדל נוסף הוא בגורם המוביל את הפתרון, הרגולציה מתנהלת ע"י המדינה התביעות ע"י אזרחים פרטיים.

ישנה רגולציה בתחומים בהם קיים חוסר תחרותיות, בעיות מידע קשות וסיכון גבוה באובדן התחום. כגון; ביטוח, חשמל, בנקים, שוק ההון ותקשורת. הרגולציה מצטמצמת ככל הניתן עקב העלות הגבוה שלה, אנו ננסה לאפשר לשוק החופשי לעבוד ככל יכולתו מכיוון שהרגולטור מושפע מאנשי התעשייה מחד ומהצרכים הפוליטיים מאידך.

הנשאר מחוץ לתחום הרגולציה מגיע לתחום התביעה הפרטית.

### חוק החוזים האחידים

הגדרת המושגים כמתפרש בחוק

**חוזה אחיד –** מאופיין בכך שהוא משתכלל בהיעדר משא ומתן.

**ספק** – הצד המנסח את החוזה האחיד.

**לקוח** – הצד שמקבל את החוזה האחיד.

**עילת הקיפוח** – העילה המרכזית בחוק המאפשרת לבטל או לשנות תניות לא הוגנות הפוגעות בלוקחות.

החוק קובע שישנו בית דין לחוזים אחידים, מלבדו ישנה סמכות מקבילה לבתי המשפט הרגילים. זכות העמידה לפני בית הדין לחוזים אחידים קיימת רק לארגונים יציגים – ועדים, ארגוני צרכנות או ליועמ"ש לממשלה. לאדם פרטי אין יכולות לעמוד לפני בית הדין המיוחד. בעבר הייתה אפשרות גם לספקים ליזום דיון בבית הדין לחוזים אחידים, אשר בוטלה בשנת 2015.[[33]](#footnote-33) באופן מעניין מאז 2015 אף דיון לא התנהל לפני בית דין זה.

בבית משפט רגיל ישנה זכות עמידה לכל אדם על בסיס חוק החוזים האחידים, אולם להכרעה בעניינו תהיה השלכה ספציפית בלבד. זאת בניגוד להכרעות בית הדין המיוחד המשפיעות על כל החתומים על חוזה דומה. אמנם, כאשר מדובר בתביעה ייצוגית ההשלכה הדינית הינה מרחבית.

ס' 2 לחוק קובע

          "חוזה אחיד" - **נוסח** של חוזה ש**תנאיו**, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי ש**ישמשו** תנאים לחוזים רבים **בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם**;

#### מהו חוזה אחיד?

בחוזה אחיד הנוסח והתנאים [לפחות חלקם] נקבעו ע"י צד אחד מראש. ומכאן עלתה השאלה מה הדין בתקנון.

ע"א 1795/93 **קרן גמלאות של חברי אגד נ' יוסף יעקב**, אשר מעל בכספי קרן הגמלאות בכך שמכר כרטיס נסיעה במכירה חוזרת ושלשל את הכסף לכיסו. נערך ליעקב משפט חברים אשר החליט לסלקו מן האגודה. עפ"י התקנון משמעות הסילוק באובדן תנאיו הסוציאליים להם היה זכאי. המשיב טען שמדובר בתניה מקפחת בחוזה אחיד, והמערערים טענו שתקנון אינו חוזה אחיד – הוא אומץ ע"י כלל החברים והוא בר שינוי ברוב הנדרש. **הש' אנגלרד** קבע שתקנון הוא חוזה אחיד על פי מבחנים מהותיים שהוא מציב. (1) מהות היחסים בין החבר לאגודה (2) השפעת החבר הבודד על מעמדו (3) האם קיים ניגוד אינטרסים בין החבר הבודד לשאר חברי האגודה. מכיוון שהתשובה לכל השאלות חיובית הוא מסווגו כחוזה אחיד.[[34]](#footnote-34)

כמודגש בציטוט החוק ישנם שני פרמטרים נוספים – החוזה מיועד לשמש בפועל, לחתימה מול מספר אנשים בלתי מסוים או ידוע.

ע"א 568/88 חב' בית יהונתן הקימה בניין לרופאים והותקפה על ניסוח חוזה אחיד מקפח. הם ניסו להתגונן בטענה שמכיוון שכל הלקוחות רופאים הרי שלא נכון לומר שהם בלתי מסויימים. אלא שבית המפשט דחה טענה זו מכיוון שעדיין זהות הרופאים עצמם אינה ידועה.

#### מהו תנאי בחוזה אחיד? – שיעור 18

  "תנאי" - תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים; [המשך ס' 2]

1. תניה בחוזה אחיד
2. לרבות תניה המוזכרת בו – הגדרה רחבה ביותר; כל תנאי, אפילו המוזכר בהפניה, נכנס למגבלת החוק.
3. כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות – אפילו תניות חיצוניות לחוזה שמהווים חלק מן ההתקשרות, כגון שילוט הקשור להסכם.
4. למעט תניה שספק ולקוח **הסכימו** עליה – כיוון שזהו חוזה שאינו אחיד אלא מוסכם החוק לא חל עליו.

ישנה בעייתיות בס' ד', הוא מדרבן לקוחות לא לנהל מו"מ על דבר מן החוזה אלא לחתום פשוט על החוזה. אם התנהל מו"מ כלשהו ההסדר שנחתם לבסוף יכול לצאת מהתחום. לפרחומובסקי קשה להאמין שעצם ההסכמה לס' ספציפי תפקיע את חלות החוק עליו, אך כאשר ישנו מו"מ וישנה הסכמה -מכוח מו"מ- על התניה זאת – יתכן שסעיף זה יוחרג.

חריגות נוספות מופיעות בס' 23 לחוק החוזים האחידים תשמ"ג-1982, בסייגים לחוק;

 הוראות חוק זה לא יחולו על –

 (1)  תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח או הספק בעד נושא העסקה, ובלבד שהוא מנוסח בלשון פשוטה וברורה;

 (2)  תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק, בהתאם לתכלית החיקוק;

(3)  תנאי התואם תנאים שנקבעו בהסכם בין-לאומי שישראל צד לו;

(4)  הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, בין שהוגש לרישום לפי החוק האמור ובין אם לאו, לרבות הסדר קיבוצי אחר ובלבד שנעשה בכתב ונקבעו בו שיעורים לשכר עבודה.

(1) תניות מחיר נמצאות מחוץ לחוק החוזים האחידים, ההנחה שסעיף זה נקרא גם במקרה של חוזה אחיד. אולם ישנו חריג לחריג – תניה המאפשרת לשנות את המחיר לאחר חתימת החוזה, תניה כזאת חוזרת לחוזה האחיד. רק מחיר נקוב וברור אינו כלול בחוק.

(2) דוגמא לדבר – ע"א 825/88 **ארגון שחקני הכדורגל נ' ההתאחדות לכדורגל**, תביעה נגד שני סעיפים בתקנון ההתאחדות, בטענה שאלו תניות מקפחות בחוזה אחיד. **א.** חיובו של שחקן לקבלת אישור לביצוע מו"מ עם קבוצה אחרת שלא בתקופת העברות. **ב.** השחקן חייב באישור קבוצתו על מנת להשתתף בפרסומת אישית. ההתאחדות טענה שהתקנון חסין מכיוון שהוא תוקן מכוח חוק הספורט תשמ"ח-1988, הרי שזהו הסדר מכוח חיקוק. הטענה התקבלה **בבית הדין לחוזים אחידים**, אך **בעליון** קבע **שמגר** שלתקנון אין מעמד של תקנה [חוק]. עוד קבע שההתאחדות לכדורגל אינה רשות מנהלית אלא גוף וולנטרי שהתקנונים שלה אינם חסינים מהתערבות שיפוטית. התיק הוחזר לבית הדין לחוזים, עם רמיזה עבה מהעליון שאלו תניות מקפחות.

(3) ההנחה היא שאם מדובר בתנאי שאומץ ע"י מדינת ישראל הרי שהוא מספיק סביר. בנוסף אין זה נכון שמערכת המשפט תיצור מתח עם אמנות בינלאומיות שבחרה המדינה להצטרף אליהן.

(4) ההנחה היא שבהסכמים כאלו ישנו איזון בין הצדדים עקב יצוגם של העובדים ע"י ארגונים ייצוגים חזקים. בנוסף, התערבות בהסכמים כאלו תערער את כל שוק העבודה – פתיחת הסכם קיבוצי אחד תוביל ככל הנראה לפתיחת שלל הסכמים אחרים במשק כולו שנסמכו עליו.[[35]](#footnote-35)

#### קיפוח – סעיף 3 לחוק

לעצם מבנהו של החוזה האחיד ישנן יתרונות רבים כנזכר, לפיכך לא נבטל סעיפים או תניות בחוזים כאלו אם לא ימצא בהם קיפוח.

בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום **קיפוח** לקוחות או משום **יתרון בלתי הוגן** של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח(

על פי סעיף 3 לחוק ישנן שתי הגדרות נפרדות, קיפוח מחד ויתרון בלתי הוגן מאידך.

**קיפוח,** כדברי הנשיא ברק לא ניתן להגדרה מוחלטת, ובכל זאת מציע בפס"ד קסטנבאום מבחן קיפוח, שהוא מבחן ההגינות והסבירות. הקיפוח לא חייב להיות כלכלי – כניכר בפס"ד זה, פגיעה בכבוד האדם וחירותו למשל פוגעת בהגינות והסבירות. בקיפוח כלכלי גם כן נערוך מדד של סבירות על האינטרס של הספק במדד ההגיוני, בדומה לנוסחת ראוי העסקי הנזכרת בדיון על עושק. במדד הקיפוח חייבים לשים לב לתמונה הכוללת העול מן החוזה, בו בד"כ מאזנים הסעיפים אחד את משנהו.

**נסיבות נוספות שיש להביא בחשבון** – מהיותם מעניקי יתרון בלתי הוגן וקיפוח.

* מעמדו הכלכלי של הספק משפיע על אפשרות הקיפוח

מונופול

שחקן בשוק ריכוזי – אוליגופול [מצב הקרוב למונופול]

אף אם חוסר התחרות לא מחייב קיפוח, והיעדרה לא מחייב הוגנות, היותה משפיעה על אפשרות הקיפוח.

* הפער היחסי בין מעמד הספק למעמד הלקוח, גם כאן פער גדול יותר מלמד על אפשרות קיפוח גבוה יותר.
* חיוניות השירות, המוצר, ככל שהשירות חיוני יותר תגדל נטייתו של בית המשפט להתערב.
* הערך המעורב, ככל שמדובר בערך חשוב יותר שנפגע תגבר נטייתו של בית המשפט להתערב.
* הלחץ והמצוקה בהם נתון הלקוח בעת החתימה על החוזה.[[36]](#footnote-36)

#### חזקות – סעיף 4 לחוק

סעיף 4 לחוק קובע שורה של חזקות אשר בהימצאן הנחת המוצא שלנו היא שהם מקפחים. הרי שעל הלקוח להוכיח שתניה מסוימת \ הסדר מסוים כולו, נופלים במסגרת אחת מן החזקות – כך שעובר נטל ההוכחה אל הספק בכדי להצדיק את תניה זאת או ההסדר האמור.

הרשימה אינה סגורה, יתכנו הסכמים מקפחים חיצוניים למפורט להלן. רשימה זאת רק מגדירה מקרים של חזקת קיפוח ובמקרים חיצונים לה נשאר נטל הוכחת הקיפוח על הלקוח.

חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

(1)   תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי;

ע"א 449/85 **היועמ"ש נ' גד** (ס' 13-14 לפס"ד), מדובר בחברת בניה שבס' 24 לחוזה שלה היו מספר הסדרים בעייתיים; א. נקבע שקבלת החזקה בדירה ע"י הקונה מהווה הוכחה מכרעת שאין בה פגמים. ב. נקבע גם שאישור מאדריכל או מרשות מוסמכת בנוגע לתקינות רכוש משותף תהווה הוכחה מכרעת בעניין זה. ג. אחריות החברה בנוגע לפגמים בממכר תוגבל לשנה אחת בלבד.[[37]](#footnote-37)

(2)   תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה;

באותו פס"ד, סעיף 2-3 לחוזה אפשר לחברה הקבלנית לדחות את מסירת הממכר באופן בלתי מוגבל. ועל כך אמר **שמגר** שהמקובל בענף הבניה הוא עד 90 ימי איחור בלבד.

(3)   תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי;

כאן מדובר על הסרת האחריות מאת הספק לכל גורם שהוא, אשר חזקת הדבר שהיא דבר מקפח.

(4)   תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק;

רע"א 1185/97 **מילגרום נ' מרכז משען**, מילגרום זו אשה מבוגרת ומרכז משען בית אבות, ס' 9(ג) קובע שאם יהיה צורך להעביר את גברת מילגרום לבית אבות סיעודי המחיר יהיה לפי התעריפים שיהיו מקובלים מעת לעת עבור אישפוז בבית אבות סיעודי. משחלה החמרה במצב המנוחה מבקש משכן משען להעבירה לב"א סעודי אולם המשפחה התנגדה לשלם את התשלום הנוסף שנדרש ע"י משען – פי 5 מן התשלום הרגיל. לבסוף העבירו משען את המנוחה לסיעודי למרות התנגדות משפחתה בו שהתה 4 חודשים עד פטירתה.

מרכז משען הגיש תביעה לצורך גביית חוב בהתבסס על ס' 9(ג) – תביעה שמקורה בחוזה. אך המשפחה טוענת שמדובר על חוזה אחיד וזו תניה מקפחת שדינו להתבטל או להשתנות. השופט ברק קובע שזהו חוזה יחס [Petitioned contract] חוזה המתמשך לאורך זמן רב וקשה להאריך בעת חתימתו את כל תוצאותיו, עוד קשה להתחקות אחר כוונת הצדדים. לפיכך נסתמך על הוגנות, סבירות, תו"ל, מוסריות וחברתיות. הרי שככל שהחוזה ארוך טווח ינתן פחות משקל לכוונת הצדדים ותינתן חשיבות רבה יותר למדדים האובייקטיביים.

הבעיה בס' 9(ג) נותן למשען את הכוח המלא לקבוע תנאי החוזה, את המחיר ואת הצורך לעבור לסיעודי. הרי שחלה כאן החזקה מכוח ס' 4(4) ומכיוון שמשען לא הרימו את הנטל להוכיח שלא מדובר כאן על מחיר לא הוגן. קביעת בית המשפט היא שמדובר כאן בתניה שאינה סבירה, ובשל חוסר הוכחת הסבירות ע"י משען הם הפסידו**. הדרך הנכונה בה היו צריכים לנהוג משען** – קביעת נוסחה של תעריף נוכחי + מנגנון הצמדה.[[38]](#footnote-38)

(5)   תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר;

גם כן בפס"ד **היועמ"ש נ' גד**, ס' 8 לחוזה חייב את רוכשי הדירות להתקשר בחוזה שירותים עם חברה שיקים הספק – ולקבל שירותים במחיר שהחברה תקבע. וגם בפס"ד **ארגון שחקני הכדורגל**, חיווה בימ"ש דעתו שהסדרים המגבלים את יכולתם של שחקנים לעבור קבוצה או לפרסם כנזכר, אין עולים בקנה אחד עם החוק. אף בפס"ד **בית יהונתן**, על בית הרופאים, קיצר בית המשפט את משך התקופה בה חויבו הלקוחות לקבל שירות מן החברה מ-7 שנים ל-5 בלבד.

(6)   תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת;

בפס"ד **גד**, החברה הקבלנית שללה מהרוכשים את הזכות המוגדרת בחוק לרשום הערת אזהרה. השופט שמגר אמר שזה לא לגיטימי, ויש לאפשר רישום הערת אזהרה מן הרגע בו נבנו הקירות הפנימיים לבניין – מן הרגע בו יש תבנית לבניין. פרחומובסקי מוסיף שכל דבר המשפיע על הסעדים המגיע ללקוח [במובן החוק] נופל במסגרת סעיף 4(6). במקרה המובא היה לספק קייס טוב ולכן נוצר איזון, אך במקרה בו הקיפוח אף חסר טעם ראוי – הרי שהסעד ללקוח יהיה אף קיצוני יותר.

(6א) תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו על פי דין, לרבות תנאי המתיר לספק לצרף תרופות שאין לצרפן על פי דין או תנאי הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק;

תת-סעיף זה משלים את הקודם לו, שלילה של זכות ללקוח אל מול תרופה מוגזמת לספק.

(7)   תנאי המטיל את נטל ההוכחה על הלקוח, ואלמלא אותו תנאי נטל זה לא היה מוטל עליו;

בע"ש (י-ם) 195/97 **היועמ"ש נ' בנק לאומי**, נפסק שתניה בחוזה אחיד המורה שמוטל על הלקוח להוכיח את התרשלות הבנק בכל מקרה בו נטען לנזק כתוצאה משימוש בשירותי הבנק באה בגדר חזקת קיפוח בסעיף 4(7).

(8)   תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או הקובע כי כל סכסוך בין הספק והלקוח יידון בבוררות;

גם הגבלה כזאת מוחזקת כתנאי מקפח עד שיצליח הספק להוכיח אחרת.

(9)   תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך;

כנ"ל.

(10)  תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על תנאי הבוררות, לרבות קביעת הבורר, מקום הבוררות, תנאים שעל פיהם תתנהל הבוררות, אופן ניהול הבוררות וסדרי הדין בבוררות, והכול אף אם הספק הוכיח כי מסירת הסכסוך לבוררות כשלעצמה כאמור בפסקה (8) אינה מקפחת;

הרי שעצם קביעת הבוררות, אף אם הוכחה כסבירה בהתאם לפסקה 8, אינה מכריחה שהבוררות עצמה תקינה וגם ברף הזה מוטל על הספק לעמוד.

(11)  תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח;

מגבלה אשר מצמידה למדד, אך לא בצורה שווה אלא בקביעה רק לטובת הספק – העליה או הירידה תהיה אך ורק לטובת הספק.

(12)  תנאי שלפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר כי קרא את החוזה, או תנאי שבו הלקוח מצהיר על מעשה שעשה, על מודעותו לעניין מסוים, או על עובדה שמתקיימת בעניינו, או מאשר אותו, והכול למעט מידע שהלקוח מסר לספק בחוזה.

גם תנאי שכזה נכנס לחזקת מקפח כדי לשלול הכנסת תניה לחוזה האחיד שאף אחד לא קרא בו נרשם שהלקוח שם לב לסעיף זה וכדומה. גם על הצהרות כאלו חזקה שהן מקפחות.

נוסף על כל הנ"ל מגיע **סעיף 5 בחוק וקובע בטלות של חוזה**, לא חזקה, בטלות(!)

 (א)  תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל.

  (ב)  תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות לנזק גוף או למעשה זדון המוטלת עליו על פי דין – בטל.

בבואנו לדון בתיק מסוים הגיוני להתחיל מס' 5, הוא לא יוצר רק חזקה אלא בטלות מוחלטת. רק אם הדבר לא כלול בו נעבור לס' 4 ונעבוד על בסיס החזקות. זאת מכיוון שישנה חפיפה בחלק מן התחומים הכלולים בשני הסעיפים, לכל הפחות מפסקה 8 והילך. הרי שעדיף להשתמש בס' 5 לטובת הלקוח.

ע"א 285/73 **לגיל טרמפולין נ' נחמיאס**, שני קופצים נפגעו בעת שימוש במתקן הקפיצה. הופיעה תנית פטור על גב כרטיס הכניסה, ואף על שלט התלוי בתוך איזור הקפיצה הפוטר אותו מנזקי גוף. השופטים כולם מסכימים שהתנאי בטל אך נחלקו בטעמם, פסק זה קדם לניסוחו של ס' 5(ב); **השופט ברנזון** – אדם לא מצפה למצוא ס' הגבלה כזה על כרטיס הכניסה והשלט מתגלה רק לאחר כריתת החוזה ולכן אינו חלק מתנאי ההתקשרות. **השופט ויתקון** קובע שהייתה רשלנות, מתקן מסוכן עליו לא נעשה ידוע והדרכה ראויה למשתמשים. הרי שאם הם היו נעשים כיאות – לא היה מתערב. יש להתערב בתניות פטור רק אם מדובר בשירות חיוני. **השופט קיסטר** מתייחס לחשיבות קדושת החיים, לדבריו תנית הפטור נוגדת את הסדר הציבורי – הכוונה כנראה לתקנת הציבור.

שיעור 19

פסק דין נוסף העוסק בשאלת הקיפוח [ס' 3] ובתקנת הציבור [ס' 30] נידון ע"י שמגר, ברק ואלון

ע"א 294/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**, בחוזה הקבורה נחתם סעיף המגביל את הכתב על המצבה לשפה העברית בלבד. לאחר מעשה הסכימה החברה לכתיבת תאריך בספרות, אך לא לכיתוב באנגלית. **שמגר** סבור שהחתימה אינה מחייבת עקב קיפוח בחוזה אחיד – זה היה חוזה אחיד מכיוון שלא היו לקסטנבאום חלופות [רצון להיקבר בחלקה מיוחדת, בצירוף לקשיי הבחירה החופשית בעת האבל]. הוא מסכים עם דברי ברק שיש כאן גם עניין של תקנת הציבור כיוון שזוהי חברה דו-מהותית המשמשת כפרטית וציבורית במקביל. **ברק** סבור שהעניין העיקרי כאן זו תקנת הציבור, החלה על החברה בין אם היא פרטית ובין אם היא דו-מהותית. נכון הוא שיש כאן גם קיפוח, אך אין צורך בו ובשם ערך כבוד האדם באה תקנת הציבור [המתפרשת בכל דור בהתאם לו] ומבטלת את התניה. השופט **אלון** חולק על שניהם, וסבור שהחוזה תקף. מדובר בתניה סבירה המכבדת את הקבורים, וברת חלופה בחברות מקבילות בירושלים עצמה. יש כאן חופש פולחן ודת -תפיסה דתית- שנפגע וערך הסובלנות קיים גם מאת היחיד אל הציבור ואין כאן הצדקה לתעדף את היחיד על פני רוב הנטמנים בחלקה [לסיום נותן מונולוג כנגד גישת ברק המרחיבה את תקנת הציבור].

השופט אלון צודק, אך הדין עם הרוב [כפרפרזה על פס"ד כפר קרע נ' מד"א], דעת הרוב בשם הפלורליזם כופה חופש על כולם, חופש שעצמו פוגע בפלורליזם הקיים. המצב לפני פסק הדין איפשר לכל נטמן לבחור את העדפתו הוא, אך כעת נשללו מן העולם העדפות מסוימות. שמגר וברק נוקטים תרגיל מתודי כאשר הם מציבים כנגדם ערכים מפוקפקים בניגוד לאלון אשר מנהל דיון כן, עם ערכים שקולים, אף אם לבסוף נזקק להכריע בהעדפת אחד מן הערכים הללו. אולם, מכנגד ניתן לומר שבאמת אין בדבר הפרעה כלשהי לרוב רובה של האוכלוסייה ואולי מסיבה זאת הצדק עם שופטי הרוב.

## חוזה על תנאי – ס' 27-29

27. (א) חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מפסיק).

חוזה על תנאי מתלה, הוא חוזה גמור ומושלם שהסדרי הביצוע שלו מותלים באופן כלשהו בהתרחשות עתידית. למשל קבלת רישיון כתנאי בחוזה בניה – כמו שלא נעשה בפס"ד סולימני. או חוזה שכירות המותנה בקבלה ללימודים באזור הסמוך, או עסקה התלויה בשער החליפין לדולר. במקרהים אלו כל עוד לא התגשם התנאי החוזה לא תוקף.

יתכנו גם תנאים בחוזה שהינם תניה רגילה בתוך חוזה ולא חוזה על תנאי. למשל קביעת דרך התשלום באמצעות משכנתא ולא בתשלום ישיר היא סעיף התניה בתוך חוזה, שאם לא יקום תהיה הפרה של החוזה. אמנם ניתן לנסח גם תנאי זה כתנאי מתלה, כך שבאי קיומו יבטל החוזה כולו. אך אין בס' 27(א) לומר שכל תנאי בחוזה הינו תנאי מתלה או מפסיק.

חוזה עם תנאי מפסיק, חוזה תקף התלוי בתנאי מסוים שבהתקיימו החוזה חדל מלהיות. בניגוד לתנאי רגיל בחוזה שעם אי-קיומו ישנה פקיעת חוזה, אשר בהתאם לצורך תחייב בהשבה, בתנאי מפסיק עם התגשמות הסעיף המפסיק – החוזה בטל ואין מקום להשבה. תנאי מפסיק יכול להיערך בין שני צדדים החפצים בהתנהלות משותפת כל עוד לא התרחש המאורע המפסיק – שעם קיום שולל את הרצון להתקשרות.

אמנם יתכנו מצבים רבים בהם אין הפרש בין תנאי בחוזה לחוזה עם תנאי מפסיק עקב היותו של התנאי הכרחי – עקב התאמתו לחוק וכדו'. לפיכך דרך התניית חוזה בניה בקבלת רישיון לבנייה מהרשויות לא כל כך משמעותית.

ע"א 464/81 **מפעלי ברוך שמיר נ' ברוריה הוק**, עסקת קומבינציה בין החברה הקבלנית לברוריה שתמורתה תקבל שתי דירות. החברה הגישה הצעה לקבלת היתר בניה, אך ההצעה נדחית ומוחזרת להגשה שניה. בטרם ההגשה השניה נכנסת הקרקע להקפאה תכנונית לצורך תכנון מקיף שנמשך 7 שנים. עם שחרור הקרקע המשיבה מבקשת לבטל את החוזה – בעילת הפרה יסודית, כבר שנתיים קודם לכן היא שלחה הודעת ביטול. החברה מצידה מערערת וטוענת להיעדר הפרה. **השופט בך** דוחה את פסק המחוזי לטובת המשיבה, לפנינו חוזה על תנאי מתלה – קבלת היתרי הבניה שמעולם לא התקבלו. כיוון שלא נקבע לתנאי המתלה זמן מגביל הרי שניכנס למדד הזמן הסביר וקובע השופט שזהו לא זמן סביר [8 שנים] והוא לא נצפה ע"י הצדדים. אולם אילו צפו הצדדים את ההקפאה היו מקבלים את משך הזמן המדובר והחוזה תקף וקיים. **השופט ברק** סבור שלא מדובר על תנאי מתלה אלא על תנאי מפסיק, הרי שהחוזה בר ביטול ע"י כל אחד מן הצדדים, בכפוף לעובדה שלא ניתן היתר לבניה, אולם הם לא עשו זאת. אומר השופט ברק שעל הצד המחדיל את החוזה, על בסיס התנאי המפסיק – אי קבלת הרישיון, ליידע את הצד על ביטולו זמן סביר מראש משום עקרון תום הלב. [לטעמו נזקקה המשיבה לשלוח מכתב התרעה לפני מכתב הביטול] **השופט בייסקי**, לפנינו תניה חוזית רגילה. החברה הקבלנית קיבלה הזדמנות להשגת ההיתרים בזמן ובכך שלא עמדה בזה הפרה את החוזה. להבנתו היה לחברה זמן סביר עד לכניסת ההקפאה.

יש כאן פליאה עצומה על פסקו של השופט בך – הרי המשיבה שלחה מכתב וגילתה דעתה שלא נוח לה עם מסגרת זמנים זו. מניין ההנחה הזאת צמחה. גם דברי השופט ברק, הקובע שיש כאן תנאי מפסיק ולא בכזה מתלה, ובשל כך תובע מן הצדדים להתנהל באופן אחר מאשר זה בו נהגו. הרי הם לא ידעו שזהו תנאי מפסיק כדברי ברק(!). ולאחר המצאה זו של ברק הוא מסתייע גם בעיקרון תו"ל כדי לפטור את המכתב בלא כלום.

אם מדובר על תנאי רגיל בחוזה, הרי שאחד מן הצדדים נטל על עצמו את כל הסיכון הרלוונטי להתגשמות אותה תנייה. אך אם זהו חוזה על תנאי הרי שגם הצד שכנגד חולק בסיכון הרלוונטי. הרי שיש בפס"ד רובד פרשני נרחב, כיוון שלא ננקט בו בפרוש מהו המאפיין של התנאי.

בההיעדר קביעה מפורשת בחוזה בנוגע למהות ההסדר שלפנינו, יתכנו האופציות הבאות:

1. הצדדים מסכימים שההתרחשות הרלוונטית -לדוגמא קבלת רישיון- היא תנאי מתלה.
2. הצדדים מסכימים שההתרחשות הרלוונטית -קבלת הרישיון- היא תנאי מפסיק.
3. הצדדים מסכימים לבצע את החוזה ללא קשר לקבלת ההיתר – בין אם ינתן ובין אם לאו. [חוזה פסול, פס"ד סולימני]
4. אחד הצדדים או שניהם אינם מודעים לצורך ברישיון [טעות רגילה או משותפת].
5. אחד הצדדים נוטל את ההתחייבות להשיג את הרישיון על עצמו [התחייבות חוזית רגילה].

מסקנות לחיים – לכתוב מגבלת זמן ולכתוב בברור איזו תניה זאת בכל תניה בחוזה.

### חזקת תנאי הטעון הסכמה של צד שלישי

המשך סעיף 27 מציב לנו ברירת מחדל פרשנית,

(ב) חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרשיון הוא תנאי מתלה.

חזקה זו מלמדת אותנו את דרך הפירוש הרגילה, כל עוד לא הוכחה שהייתה כוונה אחרת ברצון הצדדים בחתימה, או לחילופין, לעיתים פעולות הצדדים לאחר הכריתה יובילו אף הם לחריגה מן החזקה הפרשנית – אם החלו לבצע את החוזה בפועל לדוגמא.

ע"א 1581/98 **נתיבי איילון נ' בשורה**, נתיבי איילון פרסמו מכרז למכירת מגרש, כאשר הבעלות בעת הפרסום עוד לא נרשמה על שם החברה, והייתה ברשות העירייה. בחוזה נכתב שהחברה מתחייבת להעביר את הבעלות על שמה – לנקוט בכל הצעדים בדרושים לשם כך. אלא שס' 188(א) לפקודת העיריות [נוסח חדש], מחייב אישור שר למכירת קרקעות ע"י העירייה. לפיכך יש לדון האם מדובר כאן בחוזה על תנאי מתלה כחזקת הפרשנות העולה מס' 27(ב), או שמא יש כאן תנאי אחר. **טירקל** מעלה שלוש אפשרויות; התחייבות חוזית רגילה, תנאי מתלה או טעות יסודית. להבנתו זו התחייבות חוזית רגילה, הוא חורג מן החזקה הפרשנית על סמך התחייבות המערערת לטיפול מלא ברישום הנכס על שמה 'על כל הכרוך בכך'. **ברק** **ודורנר** מסכימים שיש כאן הפרת התחייבות חוזית רגילה, הרי שהצד שנפגע מן ההפרה זכאי לסעדים.

### סעיף 28 – סיכול תנאי

28. (א) היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו.

 (ב) היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו.

 (ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות.

ס' 28 בא למנוע עשיית מעשים שיביאו לאי-התקיימות תנאי מתלה, או להתקיימות תנאי מפסיק, כדי לחסל את החוזה. למשל שכנוע הגורמים האמונים על מתן ההיתר להימנע מנתינתו כדי לבטל את החוזה עליו אני חתום.

דוגמא לדבר בע"א 53/80 **קיבוץ שניר נ' שרייטר**, נכרת חוזה עבודות עפר בקיבוץ ע"י שרייטר. הקבלן היה אמור לנקות אפיק נחל שעבר בקיבוץ ולשם ביצוע העבודות נדרשו היתרים – אלא שגרר הקיבוץ רגליים כדי למנוע את התממשות החוזה. בימ"ש קבע שהקיבוץ במחדליו סיכל את קבלת ההיתר ולכן אינו יכול להסתמך על אי העמידה בתנאי מתלה ברצונו להביא את החוזה לבטלות.

ס' 28(ג) מתיר פעולה שתגרום לחלות תנאי מפסיק או לאי-חלותו של תנאי מתלה אם מדובר על תנאי שהחוזה עצמו מקנה לאותו הצד להתנהל בדרך זו. בנוסף; הוראות ס' 28 לא יחולו אם הפעולות הללו נעשו בשוגג שאין בו רשלנות.

### סעיף 29 – מגבלת זמן לתנאי מפסיק\מתלה

29. היה חוזה מותנה והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה - מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק - מתבטלת ההתנאה.

ישנו הפרש ברור בין השתיים, במעבר הזמן בתנאי מתלה – בטל החוזה, אך בתנאי מפסיק – בטל התנאי(!).

## חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים

חיוב עצמאי הוא חיוב חוזי העומד בפני עצמו חובה לקיימו ללא קשר להפרות שמבצע הצד שכנגד. לדוגמא; בהיעדר התניה נוגדת חובת השוכר לשלם שכר דירה היא חיוב עצמאי.

חיוב מותנה יש לקיים אך ורק לאחר שהצד שכנגד מקיים חיוב משלו, המהווה תנאי לקיום החיוב המותנה [ס' 43(א) לחוק]. לדוגמא; חוזה לסיוד דירה המותנה בסיפוק חומרי הצביעה ע"י בעלת הבית לצבע.

חיובים שלובים, חיובים שקיימת בהם תלות הדדית. באופן עקרוני יש לקיימם בעת ובעונה אחת. לדוגמא, ס' 23 לחוק המכר הקובע שבהיעדר הוראה חוזית אחרת חיובו של המוכר למסור את הממכר וחיובו של הקונה לשלם הם חיובים שלובים.

בכתיבת חוזה יש לשים לב לאיזה חיוב אנו קובעים, ויש להימנע ככל הניתן מקביעת חיוב עצמאי הגורם לכך שנזדקק לרדוף אחרי הצד שכנגד.

ע"א 765/82 **אלתר נ' אלעני**, חוזה בו אלתר רוכשים חנות בבניין של אלעני במחיר כולל של 95,000 לירות ב-4 תשלומים. בפועל לא נבנה דבר בשטח, כאשר הקונה מכר את חנותו, דבר אשר על פי החוזה עם מכירת חנותו הישנה. דבר המכר נודע לאלעני אשר תובע את כסף התשלום השלישי. במחוזי קיבלו את תביעת הקבלן ואף בעליון. אלתר יכלו לבקש ביטול חוזה עקב אי התקדמות הבניה ע"י הקבלן, אך חיובם בתשלום שלישי על פי החוזה הינו חיוב עצמאי ואי עמידתם בו מהווה הפרת חוזה.

ע"א 594/75 **ג'רבי נ' הייבלום**, חוזה למכירת פרדס ב-150,000 לירות בארבע תשלומים שנקבעו בחוזה. הקונה ג'רבי מתמהמה ועל תהיית המוכרת הוא משיב בהסכמה לשלם את מחצית מסכום התשלום האחרון – הייבלום מבטל את המכר בגין הפרה. בערעור של ג'רבי הוא טען שהבעלות לא הועברה על שמו ואלו חיובים שלובים. אך **הש' שמגר** מבאר שעצם הנכונות להעביר את הבעלות בכפוף לחיוב השלוב מראה על קיום מצידה של המוכרת. מנגד ג'רבי עצמו סירב לשלם 25,000 לי' בכלל, הרי שהוא זה שהפר את החוזה.

## סיכול -שיעור 20- ס' 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)

 (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

 (ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.

שחרור מחוזה בשל שינוי נסיבות קיצוני, המקיים את התנאים הבאים מאפשר לבית המשפט לשחרר צד מחיוביו החוזיים ואף השבה.

* לא ניתן היה **לדעת** -בפועל או בכוח- על השינוי.
* לא ניתן היה **לצפות** מראש -בפועל או בכוח- את השינוי המדובר.
* לא ניתן היה **למנוע** את השינוי \ הנסיבות המסכלות.
* בשל השינוי – קיום החוזה הופך להיות שונה באופן יסודי או בלתי אפשרי.

מדובר בדוקטרינה מצמצמת. לא כל דבר יעלה לכדי סיכול. ישנם מלומדים שמחברים את דין הסיכול למבחן הסיכון, הוי אומר; סיכול מתייחס לסיטואציה הנמצאת מחוץ למבחן הסיכון שנטל על עצמו אחד מן הצדדים בחוזה.

אך בהגדרה זו ישנה סתירה מובנה – אם מדובר על התחייבות שמחוץ למבחן הסיכון הרי שבלאו הכי בטלה ההתחייבות מכיוון שהיא מעולם לא ניטלה ע"י הצד הזה. הרי שלא ניתן לומר שס' 18 חידש לנו הלכת שחרור חדשה, כי הרי הנחת המוצא היא שהאדם לא חייב דבר עד שיוכח אחרת. אם אני למד במבחן הפרשנות שאין חיוב על צד זה עקב אי-לקיחת הסיכון ע"י במבחן הסיכונים, אין שום צורך בחקיקה נוספת.

הסיכול הוגדר בפסיקה כמגן ולא כחרב, סיכול זו טענת הגנה, לאחר שלבי ההפרה והתביעה. כאשר מוגשת תביעת הפרה ישנן כמה דרכי תגובה אפשריות על בסיס פרשנות החוזה. (1) לא הפרתי – בכלל לא הייתי אמור לעשות את המעשה המיוחס או להימנע מן המעשה המיוחס. לחילופין (2) ניתן להשתמש בעילת הסיכול. פסקי הדין הבאים התמקדו בסעיפים הראשונים, בהיותו של הסיכון לא ידוע או צפוי.

ע"א 715/78 **כץ נ' נצחוני**, כץ אלו קבלני משנה של נצחוני – הקבלנים הראשיים. הוא ביצע עבורם עבודות בתמורה של 285,000 ל"י, עפ"י חוזה בו נכתב שהמחיר הינו "סופי וללא כל תוספת". העבודה נפסקת עקב גיוסו של כץ למלחמת יום כיפור, ועם חזרתו הוא הבין שהסכום החוזי לא מספיק לצורך השלמת העבודה – החוזה הפך ל"חוזה הפסד" לא כדאי. כץ מנסה לשנות את המחיר – לא עולה יפה, וניצחוני תובעים על הפרה. כץ טען מצידו שלא הייתה הפרה יסודית, ובנוסף בטענת סיכול בשל פרוץ המלחמה. לאחר הפסדו במחוזי הוא עירער לעליון. **השופט חיים כהן**; מוכן להניח שפרוץ המלחמה הינו דבר בלתי צפוי, אבל עליית המחירים [בעקבות המלחמה] הייתה צפויה – הראיה בס' העוסק במחיר וקובע את סופיותו. **השופטת בן פורת**; לא היה דבר בלתי צפוי ועשו חסד עם כץ בכך שהוא חוייב רק בהשבת 31,000 לירות [ולא בפיצויים]. **השופט לנדוי**; נשאר בצ"ע על שתי שאלות; 1. מלחמה במציאות הישראלית נחשבת כצפויה. 2. היה על כץ לבצע את התחיבותיו – אין סיכול.

קיים קושי בקביעה של השופט לנדוי שהמלחמה הייתה צפויה, הרי כל גורמי המודיעין אמרו שלא צפויה. אולם נראה ברור שבאמת קשה להגדיר מלחמה בישראל כמאורע שאינו צפוי. כל אירוע שהוא ניתן לצפיה, הכל אפשרי. אבל הרבה יותר קשה לצפות את השלכות האירועים השונים על החוזה. לפיכך יותר חכם לטעון על אי היכולות לצפות את ההשלכות על החוזה שלנו, ולא על עצם התרחשות המאורע האפשרי.

ע"א 6328/97 **רגב נ' משרד הביטחון**, רגב עורכים עסקה לקנות ממשרד הביטחון 60,000 מסכות אב"כ, במחיר של 60 סנט למסכה. 22,000 מסכות מסופקות עד לתאריך שנקבע ונקבע כי יתר המסכות יסופקו במועד מאוחר יותר. במקביל, רגב כורתים חוזה למכירת המסכות לחברה אמריקאית, בערך של 80 סנט ליחידה. פרוץ מלחמת המפרץ גורם למשרד הביטחון לא לספק את יתרת המסכות ולשמור אותן למקרה חירום. בנוסף המלחמה גורמת לעליית מחיר מטורפת – יותר מ17$ ליחידה. מתקיימת הפרה של החוזה בין רגב לחברה האמריקאית ורגב צריכים לשלם 50,000 דולר פיצויים לחברה האמריקאית. במקביל תובעים רגב את משרד הביטחון על הפרת חוזה. משרד הביטחון מתגונן באמצעות טענת הסיכול [הכרוכה בהשבה], והשתחררות מנהלית (עילה מיוחדת המתייחסת לחוק מנהלי) [הכרוכה בפיצויים חלקיים או מופחתים].

**המחוזי** פסק שאין סיכול – בהתאם לפסקו של לנדוי, ניתן היה לצפות מלחמה שתשפיע על העסקה. **השופט אנגלרד** יוצא נגד הבנה זאת בדברי השופט לנדוי, גם הוא השאיר אמירה זו בצ"ע והיא לא התקבלה. עוד מבאר שבמקרה של שינוי מהותי ישנה דרישה להתנהלות בתום לב [ס' 39], דרישה דווקנית על זכות חוזית אינה תואמת לעקרון תום הלב. הוא קובע שישנה קירבה רעיונית בין דיני תום הלב לדין הסיכול. המוקד לפי הבנתו בעליית המחיר התלולה ששינתה מהותית את החוזה. [כל הדיון כאן הוא אוביטר, משרד הביטחון נטש טענה זו והתמקד בשניה. אך עולה מכאן מסר ברור – יש לרכך את הנוקשות שהובנה בפס"ד נצחוני, ויש לצרף לדיון זה את עקרון תום הלב. עוד דגש בדיון כאן, בהתמקדותו של הש' בשינוי הנקודתי לחוזה ולא בהתרחשות הגלובלית. מלחמה צפויה, עלייה של אלפי אחוזים במחיר – לא.]

אך המדינה העדיפה להשתמש בהלכת ההשתחררות המנהלית, אף ללא שינוי קיצוני דוגמת סיכול אם יש צרכי ציבור חיוניים. עקב החשש שיזדקקו למסכות כאן בישראל לא היה חיוב על המדינה לעמוד בחוזה. אעפ"כ המדינה פיצתה את חברת רגב כדי למנוע ממנה להפסיד מן התרחשות העניינים.

פס"ד נוסף

ת"א (י-ם) 3531/01 **בן אבו נ' מדינת ישראל**, חוזה בניה+פיתוח לפרויקט אגן האילות בגבעת זאב בירושלים. החברה השקיע 10 מיליון והמדינה השקיעה גם היא כמה מיליונים, כאשר הכוונה הייתה כמובן שמדובר בחוזה עם צפי רווחי. אולם עקב פריצת האינתיפאדה השניה נמכרה רק דירה אחת מהפרויקט – כאשר הצפי הפסימי ביותר לפרויקט היא במכירת 2-6 דירות בחודש. בן אבו מבקשת לבטל את החוזים שנעשו, המדינה לא נהגה בתו"ל – היא לא עמדה בהתחייבויותיה. -הם לא השתמשו בטענת סיכול מכיוון שהם תובעים, וכמו שאמרנו סיכול שימשה כטענת הגנה עד לפסק זה. בנוסף בעקבות פס"ד נצחוני, אם מלחמה צפויה גם אינתיפאדה..- **השופט צבן** אומר שהמדינה לא הפרה את החוזה, כך שנשארה רק טענת הסיכול. מבאר השופט שבשינוי נסיבות קיצוני בעל אפקט על החוזה, ישנו מבחן תום לב בהתנהלות הצד שכנגד. בניגוד לדיון על אפשרות הצפיות של המאורע עובר הדיון לשני מישורים אלו (1) השפעת השינוי על החוזה הקונקרטי על רקע הצפיות הסבירות בעת הכריתה. (2) תום הלב של הצד שכנגד. **בוחר השופט צבן להכיר בטענת הסיכול ולהכיר בה כטענת חרב, האפשרית למימוש ע"י התביעה.**

הרי שטענת הסיכול בהסתכלות כיום מועילה גם כמגן וגם כחרב – ובזה היא שונה ממבחן הסיכון הרגיל. החריגה מציפיות הצדדים נמדדת בפרשנות על סמך החוזה או על סמך הצפי בשוק וכדו'. גם כאן, כמו בכל מקרה אחר מגיע מבחן הסיכון הסביר לידי בית המשפט, זאת למעט מקרה בו יבוצע חוזה על תנאי. חוזה על תנאי מפסיק על סמך אי התממשות היעד הרצוי והצפוי לכריתה – להעביר את מבן חוסר הידיעה מן ההתרחשות הכוללת לרווחיות העסקה עצמה.

## תום לב בקיום חיובים חוזיים – ס' 39 לחוק החוזים

עסקנו כבר לעיל בחובת תום הלב בשלבי הכריתה והמו"מ, כעת נעסוק בתום לב בעת קיום החוזה

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

עקרון תום הלב משמש כמקור ל;

1. פרשנות החוזה
2. יצירת חיובים חוזיים חדשים
3. שינוי האיפיון או הסיווג של חיובים חוזיים [עצמאים, שלובים או מותנים].

ע"א 391/80 **לסרסון נ' שיכון עובדים**, לסרסון רכשו משיכון דירה והם טענו לשורה של הפרות שנעשו ע"י החברה. כגון החובה לספק גנרטור [-מקור החובה בחוק – חוק בנינים גבוהים]. בחוזה התחייבה החברה לספק רק 'תא גנרטור', ושלושת השופטים זרקו אותם מכל המדרגות, אך עשה זאת כל אחד בסגנונו הוא. **השופט בייסקי**; מסיק את חובת החברה לספק גנרטור מעיקרון תום הלב, שקיים הן בס' 39 לחוק החוזים והן בס' 6 לחוק המכר תשכ"ח-1968.עקרון תו"ל יכול לשמש ליצירת חיוב חוזי חדש [אפשרות ב הנזכרת]. **השופטת בן פורת**; עקרון תום הלב לא יכול להוות מקור ליצירת חיוב חוזי חדש, אך ס' 25(ב) קובע שפירוש המקיים את החוזה עדיף על ביטולו. הרי שניתן לפרש את החוזה כאינו מחייב גנרטור – ואז החוזה פסול עקב ניגודו לחוק בניינים גבוהים, או שיש לפרש שהחוזה בהתאם לחוק – ויש התחייבות לגנרטור. מס' 25(ב) אנו למדים שיש חובה על החברה. **השופט אלון**; מסכים שאין בעיקרון תו"ל כדי ליצור חיוב חדש, ומגיע לתוצאה זהה על פי דוקטרינת התנאי מכללא. זו הערה פרשנית שמקורה במשפט האנגלי, מהותה במבחן "הטרדן המתערב". מבחן הנג'אס, מבחן האובייסט. מקרה בו החובה כל כך מובנת מאליה -עקב היותה של חברה גדולה שבוודאי שומרת על החוק-.

על אף שהשופט בייסקי השתמש בעקרון תו"ל כדי להחיל חיוב חדש בחוזה, הוא בדעת יחיד בעניין זה. אולם מאז שנת 1980 חלה התפתחות רחבה בשימוש בעקרון תו"ל – בעיקר ע"י השופט ברק.

בג"צ 59/80 **שירותי תחבורה באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה**, נחתם הסכם בין חברת האוטובוסים למועצת פועלי באר שבע אשר ייצגה את העובדים. לפי ההסכם ניתנו פרמיות לעובדים אם ימנעו מלשבות, כאשר מוטלת חובה עליהם חובה על פי החוזה ליידע את המועצה על מקרה של שביתה. התרחשה שביתה, בה הודיעו העובדים למועצה בלבד [ולא לחברה!] אשר הודיע לחברה על השביתה חצי שעה בלבד לפני התרחשותה. בעקבות האירועים המדוברים מחליטה החברה לשלול את מתן הפרמיות. העובדים עתרו **לבית הדין הארצי** שקבע שהצדק עם העובדים באשר הם קיבלו את אישור המועצה לשביתה. החברה תבעה את בית הדין לבג"צ, כאשר השאלה המהותית פה האם הייתה חובת ידועה מוטלת על העובדים -מעקרון תום הלב- על אף שלא צויין בחוזה.

הש' ברק; (1) אומר שעקרון תום הלב מלמד שהצדדים הופכים מיריבים לשותפים בעלי מטרה משותפת אותה הם חפצים להגשים. (2) חובה זאת נושאת אופי אובייקטיבי וכך עליה להתפרש, לא יתכן שחובה זו תשתנה מחוזה לחוזה או ממערכת קשרים אחת לרעותה. החובה נקבעת עפ"י ערכי החברה הישראלית – כאשר יש התאמות קלות המתחשבות ביחסים הספציפיים שלפנינו. (3) העקרון חל על כל סוגי הזכויות והחיובים, הקבועים בחוזה, הקבועים בדין, הקבועים אף בס' 61(ב).

לפיכך הוא פוסק במקרה שלנו; שעל פי ס' 39 המהווה מקור ליצירת חיוב חוזי חדש, אנו למדים שהיה עליהם להודיע על החברה על אף שהיא לא הייתה מפורשת בחוזה – כדי למנוע את השיבושים שנגרמו. לעניין הסעד או הסנקציה מבאר השופט ברק שהדבר מותנה בנסיבות, במקרה שלנו בו לא ניתנה אישור לשביתה בכלל ע"י החברה כך שגם האישור בניתן ע"י המועצה אינו תקף עקב נתינתו בחוסר תו"ל, ואובדן הפרמיה מוצדק.

מבחינת הסעדים האפשריים בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב ישנן האפשרויות הבאות:

1. פיצויים או מתן צו אכיפה לצד הנפגע
2. שלילת פיצוי או אפשרות האכיפה מן הצד המפגע
3. מתן כוח משפטי לצד הנפגע לסטות מחיובי החוזה ולבצע פעולות שאחרת היו נחשבות להפרה – שיכתוב תנאי החוזה.

ברק השתמש כאן בעקרון תום הלב בכפילות שאינה כל כך קלה – הוא קבע שהם היו מחוייבים לדווח על בסיס עקרון תו"ל, ואז קבע שהם עברו על עקרון תום הלב בכך שבפועל שבתו בלי להודיע להם. אלא שהעובדים לא ידעו שהם שובתים בלי להודיע להם! הם לא ידעו עוד שההודעה שלהם אינה נחשבת כלל.

פסיקתו של ברק בעייתית מעט, הוא פוגע בזכות העובדים על אף שהאשמה ככל הנראה אינה עליהם אלא על המועצה.

שיעור 21

ע"א 702/80 **גלפנשטיין נ' אברהם**, חוזה למכר דירה בו גלפנשטיין רוכשים אותה ב-250,000 לי'. התחייבויות אברהם היו שתיים; העברת הבעלות והעברת החזקה נקבעו ל27.4.79. הקונים מצידם התחייבו לשלם 110,000 לי' חמישה חודשים קודם לכן – עם קבלת המשכנתא. הקונים במצבם הנתון לא היו מסוגלים לשלם את הכסף לפני העברת הבעלות, [[39]](#footnote-39) בעוד המוכרים לא הסכימו להעביר בעלות לפני קבלת הכסף. התשלום לא בוצע כך שהמוכרים ביטלו את החוזה – והקונים תבעו על הפרת חוזה. **הש' שיינבוים** [רוב], רואה כאן שני תנאים מצטברים בקשר להעברת התשלום – 110 אל"ל – בהגיע המועד הנקוב ובקבלת משכנתא. הרי שהחוזה אינו ישים והיה על הצדדים לאחד את חיובי הצדדים – להפוך אותם לחיובים שלובים – לפי עקרון תום הלב. משילוב החיובים אנו למדים שלא הייתה כאן הפרה. **הש' בייסקי** [מיעוט] לשון החוזה ברורה – היה על הקונים להעביר את התשלום לפני מעבר הבעלות. עניין הרישום הוא חיוב עצמאי ולא נכון לשנות את אופיו לחיוב שלוב.

בדומה לכך, ע"א 701/79 **שוחט נ' לוביניאקר**, חוזה מכר דירה ב-4 תשלומים. כאשר העברת הבעלות לשוחט תתבצע לאחר התשלום השלישי והעברת החזקה בפועל לאחר הרביעי. אלא ששוחט טסו לאוסטרליה לאחר התשלום השלישי ועקב חוסר ידיעת לוביניאקר מה נסגר עם הקונים שלהם גרם להם לבטל את החוזה – **והמחוזי** קבע שהדין עימם. שוחט טענו בערכאות שהרי הם שילמו ואין סיבה לבטל את החוזה. אך גם **בעליון** המוכרים זכו – עקרון תו"ל מחייב התנהלות המחויבת להגשמת יעד משותף [הש' בן-פורת]. פס"ד זה יותר קיצוני בדרישת תו"ל שבו, הרי הקונים עמדו בהתחייבות שלהם ופשוט 'זרקו' על הצד שכנגד בהתנהלותם.

# פרשנות חוזה – ס' 25 לחוק החוזים

התפיסה הקלאסית – התערבות

על ידי הפרשנות ניתן להשיג המון. אם המצפן הפרשני שלנו

שכל חוזה צריך לעמוד בעיקרון תום הלב, נבחר

לפרש את החוזה בצורה שתמנע את ההגעה

למקום נזדקק להתערבות. הפרשנות

כשלעצמה, בצירוף להשלמה מייתרת

את השימוש בהתערבות. גם קומת ההשלמה, נגזרת מן הפרשנות המבינה

שיש חוסר בחוזה. גם הבחירה במנגנון ההשלמה המתאים ביותר למימוש אף היא פרשנית. הרי שכל מהלך בדיני החוזים מכיל מהלכים פרשניים.

החוק **הישן**, ס' 25, קבע כך;

(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מן החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממקור מתוך הנסיבות. **הנוסח הישן!**

(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.

(ג) ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים.

עקרון נוסף לפרשנות, שהוסף בסעיף ב(1) לחוק זה;

(ב1) חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו.

ההגיון בחזקה זו כפול, מן הסתם מנסח החוזה מנסה להיטיב עם עצמו. ועוד, בקביעה זו ניתן תמריץ לצד המנסח להימנע מכל עמימות שהיא בניסוח.

עקרון פרשנות חמישי מתעדף את פרשנות הרמונית היוצרת מתאם בין כל חלקי החוזה כך שניתנת משמעות אחידה למינוחים המופיעים בחלקי החוזה, והתאמה בהסדרים המפורטים בו.

(6) הרי שיש לאמץ פרשנות המונעת תוצאות אבסורדיות [מלבד ההתייחסות האחידה לפרשנות הטקסט, על התוצאה הסופית להיות הגיונית].

(7) יש לאמץ פרשנות העולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב.

הגישה הפרשנית הרווחת, למעשה השלטת, בפסיקה היא הפרשנית התכליתית. פרשנות זו תרה אחר תכלית החוזה – כוונת הצדדים. כדבריו של אהרן ברק[[40]](#footnote-40) - תכלית החוזה היא מושג אינטגרטיבי. היא משקפת את הרצון הריאלי וההיפותטי של הצדדים בחוזה. היא ביטוי לכוונה המשותפת של הצדדים ושל הכוונה שהייתה צריכה להיות להם אילו חשבו בדבר. או לכוונה שיש לייחס להם בהנחה כי הם פעלו כאנשים סבירים... אכן, תכלית החוזה משקפת הן את "היש הראלי" והן את "הרצוי האידאלי". הרי שכוונת הצדדים אינה רק מונח תיאורי, המתאר את כוונתם בפועל אלא מונח נורמטיבי-אובייקטיבי, המתאר את כוונתם של הצדדים הסבירים הפועלים לפי נורמות ראויות. כך שבפרשנות אין להתייחס רק למצוי אלא אף לרצוי והראוי.

דבריו של הנשיא לשעבר מעניקים למרחב הפרשנות מרחבים אינם סופיים. לדבריו הפרשנות "הפרשן מגבש את תכלית החוזה כמקשה אחת, תוך שהוא פונה ליסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים יחד".

לדבריו של ברק, בפרשנות אנו מתייחסים לשני גורמים; ללשון החוזה ולנסיבות החיצוניות. על הפרשן לנוע כמטוטלת בין לשון החוזה לנסיבות בשלהן הוא נחתם. וזאת בניגוד לתורת שני השלבים שננהגה בעבר בישראל.

### דוקטרינת שני השלבים

ב-ע"א 650/84 שטרן נ' זיונף, כתבה השופטת נתניהו כך "הכלל כי אין מקום להשמעת ראיות חיוצניות בדבר כוונת הצדדים כשלשון המסמך הינה ברורה, היה נקוט עימנו מאז ומתמיד, בעקבות דיני הראיות האנגליים, והוא מצא אישור בלשון של ס' 25(א) [בחוק הישן] ובפסיקה שלאחריו." במילים אחרות גרסה תורה זו שעל הפרשן להתחיל בלשון החוזה, ואם היא ברורה יש לעצור בה, בדומה להעדפה הקיימת בדיני הראיות למסמך כתוב על פני עדויות חיצוניות. נזדקק לנסיבות החיצוניות רק כאשר הכתב אינו שלפנינו אינו ברור דיו.

נכון הוא שגם הקביעה אם החוזה ברור דיו ללא צורך בהתייחסות לנסיבות החיצוניות היא פרשנית מטבעה...

ע"א 4268/93 **אפרופים שיכון ויזום נ' מדינת ישראל**, לכבוד העליה ממדינות חבר העמים ניסחה מדינת ישראל חוזה פרוגרמה בינה לבין החברות הקבלניות. על פי חוזה זה המדינה מתחייבת לקנות אחוז גבוה מן הדירות שיבנו, מעין ביטוח לקבלנים. ומאידך יש סנקציה על איחור בביצוע, וסנקציה על עיכוב בהצגת הדרישה לקנות. חוזה זה מעניק הטבות תוך התניה מחייבת לעמידה בתנאים אלו. באזורי ביקוש גבוה המדינה התחייבה לרכוש עד 50% מהדירות ובאזורי ביקוש נמוך עד ל-50% מן הדירות. כאשר מעבר על אחת מהסנקציות מוביל להפחתה באחוזי המחיר אשר תשלם המדינה על הדירות שתרכוש. אולם בחוזה לא נכתב בכמה אחוז תפחית המדינה כאשר מדובר על איחור ביצוע באזור בעל ביקוש גבוה. אפרופים שבנתה במקום כזה לא עמדה בתאריך היעד, והמדינה רצתה להפחית את אחוזי התשלום, אך החברה טענה שעל חריגה זו לא נכתבה סנקציה בחוזה. **המחוזי** קבע שהצדק עם החברה. בעליון, **הש' מצא** [מיעוט]; כיוון שהלשון בחוזה ברורה, אין טעם לבחון את הנסיבות – לפי תורת שני השלבים. הצדק עם החברה כפסק המחוזי. "ככלל נכון לדעתי להניח כי דרך בני האדם היא להקפיד ולדקדק בניסוח הסכמותיהם החוזיות. והמילה הכתובה, מקום שמשמעותה ברורה וכוונתה המסתברת עולה בקנה אחד עם נושא ההתקשרות עודנה, כמדומה, המקור האמין ביותר לאומד דעתם של המתקשרים." **הש' לוין** [רוב]; סבור שיש לאמץ גישה גמישה יותר לתורה הדו-שלבית, המאפשרת פניה לנסיבות כאשר ברור שלשון החוזה נוגדת את כוונת הצדדים – גם כאשר היא ברורה בפני עצמה. רצונו להימנע מתוצאה אבסורדית (6). בדבריו ישנו פרדוקס מובנה, הבנת המטרה של הצדדים בהיותה מנוגדת לעולה מן החוזה מתרחשת אף היא ע"י פניה לנסיבות... אך גישה זו עדיין מכירה בתלות השלבית. לפיכך יש להבין בפרשנות החוזה שיש קנס של 5% בדומה לאיחור בדרישה.

**הש' ברק**; דוחה את הגישה הדו-שלבית, לטעמו; (1) הגישה אינה מתיישבת עם ההיגיון הפנימי של דיני החוזים. (2) ההבדל בין שני השלבים מטושטש. (3) אין היא מתיישבת עם הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים. (4) אין מתיישבת עם עקרון תום הלב. (5) אינה מתיישבת עם עדיפות הכוונה על הלשון, הלשון תמיד עמומה והיא מסמן על המסומן – משל המכונה והסוס. הרי שיש למחוק את המחיצה הפרשנית בין הלשון לנסיבות, על הפרשן לנוע כמטוטלת בין הנסיבות ללשון. לכן בוודאי שהצדק עם פסק דינו של לוין.

כצפוי פסק דינו של ברק אומץ ואושר פעמים נוספות ע"י בית המשפט העליון, ולמעט קריאת תיגר אחת עליו -שעוד ניגע בה- הוא הוסכם להלכה. זהו פסק דין קלאסי לאהרן ברק ההופך את כל דיני הפרשנות, על סמך פסק דין שמבוסס ככל הנראה על טעות סופר שהייתה אמורה להיפתר ע"י השלמה. אלא שברק ניצל את השאלה לצורך פרשנות מהפכנית. והקושיות של פרחומובסקי על כך הם אלו:

* מדובר היה בחוזה אחיד בין מדינה לחברות, איך ניתן לדון בכוונת הצדדים בגורמים כאלו מורכבים?
* הייתה הסכמה בין הצדדים שלא להביא ראיות חיצוניות לחוזה – ופסקו של ברק נשען על ראיות חיצוניות!
* משל המכונה והסוס הוא לא רציני, מדובר באנומליה פרשנית. אנו מעוניינים לתמרץ אנשים לקרוא לדברים בשמם המוסכם, ואין כל סיבה לעודד את מרחב האפשרויות האין-סופי בו ניתן לכנות דברים.
* מטרתנו היא להגיע לאמת העובדתית, לכוונת הצדדים בעת החתימה. לפי ברק הדרך לשם היא בשימוש גם בנסיבות – אשר עדיפה על פני שימוש בלשון לבדה. אך בדבר יש כמה בעיות, ראשית נמנע העידוד לכתיבה מדוייקת, שנית הכוונה ניתנת למניפולציה בבית המשפט, הרבה יותר מאשר לנוסח הכתוב – הוא מתמרץ פגיעה בעקרון תום הלב.
* אפילו אם נניח שהצדק עם ברק, בחירתו מובילה לחוסר וודאות חוזית ולתלות אין סופית בפרשנות בית המשפט. אשר פוגעת בציבור כולו וביתר שאת באלו החלשים.

פרחומובסקי סבור שאין ספק שהכרעתו של ברק לא מגיעה לאמת וגורעת רבות מן היציבות, אך הלכת אפרופים התבססה בפסיקה בישראל. אמנם בשנות האלפיים היו סימנים לחזרה לכיוון הגישה הדו-שלבית, שניתנו כולם ע"י השופט דנציגר.

ע"א 5856/06 **אמנון לוי נ' נורקיט בע"מ**, לוי מומחה לעיבוד מוצרי בשר, שחתום על חוזה עם חברת נורקיט על פיו הוא יספק להם טכנולוגיה לעיבוד מוצרי בשר ומתן ייעוץ לחברה. והם יתנו לו תשלום חודשי הניתן להפסקה רק עם סיום השימוש בטכנולוגיה, ועל התשלום להימשך אף לאחר מותו של לוי – תלוי שימוש ולא מלוי מוטב. כשנה לאחר ההתקשרות מודיעה נורקיט על סיום ההתקשרות, לוי תובע את המשך התשלומים בהתבסס על לשון החוזה. **הש' דנציגר** אומר בפסקה 27 לפסק דינו כך; "אני סבור כי על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים... מן הראוי במקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית, יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם." בנוסף להסתמכותו על הלשון הוא בוחן את הנסיבות – את ההיגיון העסקי. והוא מבאר שהגיון זה מחזק את העולה מן הפרשנות הלשונית – הסדר היעוץ היווה פשרה בין רצונות הצדדים[[41]](#footnote-41). הרי שכבוד השופט דנציגר לא השיב עטרה ליושנה אבל ללא ספק הציב את לשון החוזה מעל ללשון הנסיבות.

ב-ע"א 5925/06 **אלי בילום נ' אנגלו-סכסון**, הש' דנציגר חזר על מילותיו מן הפסק הקודם. מה שעורר סערה ציבורית נרחבת על חריגתו מהלכתו של ברק, ולאחר שקיבל דנציגר ריקושטים של תגובה מברק אף הוא שב לדעה המוסכמת וחזר ממעשיו.

עקב ההתרחשויות בא המחוקק ושינה את החוק, יריב לוין הוביל את שינוי ס' 25(א).

הסעיף המקורי

(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מן החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממקור מתוך הנסיבות.

הצעת החוק של לוין

חוזה יפורש לפי תוכנו המילולי. היה תוכנו המילולי של החוזה בלתי מספיק לשם פירושו יפורש החוזה לפי אומד דעתם של המדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות

הסעיף החדש שהתקבל

(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו.

יש פער גדול בין הצעת החוק התקיפה למימושה בפועל, כך שבית המשפט בדיון הראשון בנושא זה פירש את הסעיף כרצונו.

רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר**, דעת הרוב של השופטים ריבלין וג'ובראן, קבעה שהסעיף החדש רק מראה על הסכמתו של המחוקק להלכה העולה מן אפרופים. [חשוב מאוד!]

אנו רואים שקיימת א-סימטריה בעלויות, כדי שבית המשפט ישנה הלכה די בישיבה אחת של שלושה שופטים, במושב הנקבע ע"י הנשיא. ובכנסת יש צורך לכנס כנסת שלמה ל-3 הצבעות בהתאם לבחירות העם וההרכב הקיים בכנסת. עלות שינוי בחקיקה עצומה, ובשיפוט קלה מאוד. מהלך כזה של בית המשפט גורם למניעת האמביציה הפרלמנטרית של חבריה.

**בנוסף**, האמירה שאם המחוקק רוצה להגביל את בית המשפט שיחוקק כך – החביבה על ברק – אינה נכונה. זה לא עובד ככה, הכנסת אינה יכולה באמת לחוקק איזה חוק שבא לה, היא אינה יכולה להפוך את בית המשפט. לבית המשפט יש כוחות רבים עדיפים על המחוקק ולכאורה עליו להישמר מן ההתנהלות אותה הוא נוהג.

# הפרה וסעדים

## הפרה – חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)

### סוגי הפרה

סעיף 1 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 מגדיר מהי הפרה

 "הפרה" - מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה;

ישנה הפרה בפועל, הפרה שכבר אירעה. זהו הסוג הרווח בדיון על הפרה. אך ישנה הפרה מסוג שונה, הפרה צפויה אשר מובאת בס' 17 לחוק התרופות

17. **גילה** צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או **שנסתבר** מנסיבות הענין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שבית המשפט, בנתנו צו אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיומו.

תרופות = סעדים, ניתנות לקבלה ע"י הצד הנפגע אף אם רק ידוע לו על הפרה צפויה עקב גילוי מפורש מן המפר – או אפילו הפרה מסתברת העולה מתוך הנסיבות. כך שניתן לקבל את כל הסעדים גם בגין היותה של הפרה רק צפויה, אף אם לא בפועל, למעט סעד של אכיפה בזמן מוקדם למועד בו חלה ההתחייבות לקיומו בחוזה.

בהפרה צפויה יכול הצד הנפגע לתבוע או להמתין להפרה בפועל ורק אז להמתין.

תביעה מוקדמת מועילה בהשגת סעדים חשובים – צו יציאה מן הארץ ונתינת צו עיקול לחשבונות הבנק. בנוסף, תביעה מוקדמת מאיינת את הצורך לקיום החיוב העצמאיים של הצד התובע.

הטעמים לחכות – עקב האפשרות שהמפר הצפוי יקיים את חיוביו לבסוף, והציפייה תאפשר לצד הנפגע לאמוד את נזקיו. ועקב ההישמרות הרבה הנדרשת במקרי הפרה מסתברת שמטבעה אינה וודאית – יתכן והתנהלות מחשש שהצד השני מתכנן ככל הנראה להפר את החוזה יכולה להוביל לתביעת הפרה מהצד שכנגד.

# הסעדים – ס' 2

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

התרופות אכיפה וביטול הן ביחס של 'או או', אי אפשר גם לבטל חוזה וגם לאכוף אותו. אולם הפיצויים מלבד היותם סעד עצמאי הם גם סעד מצטרף – לאכיפה או ביטול – אך לא ניתן לקבל יותר מאשר הנזק שנגרם [למעט הסעד הרביעי להלן].

במאמר קלאסי משנת 1936 פירטו פוּלר ופרדו שלושה אינטרסים בחוזים

1. אינטרס הציפייה-הקיום (Expectation) המטרה היא בהעמדת הנפגע במצב בו היה נמצאת אילו קוים החוזה. – במצב העניינים הרגיל, מקנה את רמת ההגנה הגבוהה ביותר לנפגע, באשר הוא מאלץ את המפר להביא בחשבון באופן מלא את אינטרס הנפגע. מצב זה מעמיד את הנפגע במצב אדיש לקיום החוזה ע"י הצד המפר – רווחיו שלו מובטחים בלאו הכי.
2. אינטרס ההסתמכות (Reliance) המטרה בהעמדת הנפגע במצב בו היה ערב כריתת החוזה. – במצב עניינים רגיל, מקנה רמת הגנה נמוכה יותר לנפגעת.
3. אינטרס ההשבה (Restitution) המטרה בהחזרת נכסים או סכומי כסף ששולמו ע"י הנפגע למפר בשל החוזה. – במצב עניינים רגיל, מקנה רמת הגנה עוד יותר נמוכה לנפגעת עקב ההתעלמות מהוצאות צדדיות.
4. ובנוסף, הם לא כתבו, אבל יש אינטרס נוסף של שלילת התעשרות (Disgorgement) – מתמקדת במפר ושוללת ממנו כל רווח אפשרי הנובע מן ההפרה. המוקד אינו על הנפגע אלא על הפוגע.

הפרות חוזה באות לעולם משתי סיבות אפשריות – בשל שינוי מסוים הפך החוזה ללא כדאי, לחוזה הפסד, או שהצד המפר מצא חוזה טוב יותר, רווחי יותר עבורו. הסעד הרביעי בא לענות על מצבים בהם מדובר על מציאת חוזה רווחי יותר.

הסעד העונה בצורה מרבית על אינטרס הציפייה (1) הוא באכיפה. אולם מלבד האכיפה יש לצרף פיצויים כדי לענות על הקשיים והעיכובים שנגרמו עקב ההפרה [למעט המקרה הנדיר של אכיפה בהפרה צפויה]. לחילופין סעד של פיצויים בלבד, גבוהים יותר כמובן, יכול לחפות על אינטרס הציפייה.

הסעד העונה בצורה מרבית על אינטרס ההסתמכות (2) הוא בפיצויים.

הסעד העונה בצורה מרבית על אינטרס ההשבה (3) הוא כמובן בהשבה בפועל או בשווי.

הסעד העונה בצורה מרבית על שלילת ההתעשרות (4) במתן פיצוי בשווי ההתעשרות של המפר.

אירועון

חוזה שנחתם בין יפעת -בעלת דירה- לבין צוריה -בעלת מלאכה הבונה מטבחים- עלות הביצוע עבור צוריה עומדת על 40,000 ₪, המחיר החוזי 50,000 ₪, והשווי עבור יפעת שזה מטבח חלומותיה 65,000 ₪. לצורך התשלום יפעת שוברת תכנית חסכון בעלות של 1000 ₪, וכמו כן יפעת מזמינה קולט אדים יחודי ותואם בעלות של 3,000 ₪. יפעת משלמת לצוריה מקדמה על סך 7,000 ₪ ומספקת לה ערכת כלים בבעלותה השווה 5,000 ₪. צוריה מפרה את החוזה בשל התייקרות עלויות.

אינטרס הציפייה – יפעת ציפתה להשקיע 50,000 ולקבל 65,000 הרי שהעסקה הייתה שווה 15,000 ₪ עבור יפעת אלא שיש להפחית מסכום זה את נזקיה שלה 1,000 ₪ על תכנית החיסכון ועל קניית קולט האדים ב-3000 ₪. הרי שיש לנו כאן ציפייה של 11,000 ₪ שאותם על צוריה לתת לה 11,000 ₪.

אינטרס ההסתמכות – 4,000 ₪, על החסכון ועל קולט האדים. [מתוך הנחה שלא תקבל את ציפיית הרווחים אלא רק את ההוצאות.]

אינטרס ההשבה – 12,000 ₪, על המקדמה ועל ערכת הכלים. [סכום שלא תלוי בשני הקודמים לו.]

ואם מדובר היה על הפרה בשל עשיית עושר הפער הנמדד יהיה ההפרש בין החוזים. [כי ההתעשרות של צרויה בין החוזים היא על סמך הפער בין החוזים.]

**בפועל היא תקבל**; ציפייה + השבה – 23,000 ₪. אולם אם יפסק רק הסתמכות ולא ציפייה היא תקבל 16,000 ₪. ובמקרה של עשיית עושר – הפער בין החוזים + ההשבה.

הרי שתמיד נפסק לנו אינטרס אחד + אינטרס ההשבה.

דוגמא זאת מניחה שווי סובייקטיבי, שקשה מאוד עד בלתי אפשרי להוכיח אותו. **סעד של אכיפה חוסך את הצורך להגיע להערכה זאת**, אמנם נדרש פיצוי על איחור הביצוע אך לא פיצוי על עצם השווי הסובייקטיבי. במקרה של הספק קל להעריך הוצאות, אך ערך סובייקטיבי הוא על גבול הבלתי אפשרי, לפיכך נסתמך על ערך השוק – שהוא מדד בקירוב בלבד. זו גם הסיבה להענקת פיצוי הסתמכות ולא פיצוי ציפייה – עקב אפשרות השיערוך שלהם.

ועוד נתון המשתכלל בפיצוי הוא שינוי מחירי השוק – עקרונית ננסה לפצות את הצד הנפגע במקרה של הפרת חוזה עקב הפיכתו לחוזה הפסד גם על עליית מחירי השוק. עליית מחירי המטבחים תגרום ליפעת להוציא סכומים נוספים ועל צוריה לפצות אותה על אובדן זה.[[42]](#footnote-42)

## סעד האכיפה – שיעור 22

הסעד המרכזי והראשון במעלה בישראל, המשמעות וההיגיון בסעד זה מניחה שעל צד בחוזה לקיים את התחייבויותיו. כמו שנקבע ד"נ 20/82 **אדרט נ' הרלו את ג'ונס** [מובא להלן] אולם במשפט האנגלי והאמריקאי הסעד המרכזי הוא פיצויים, על סמך ההנחה שלמפר קיימת הזכות להפר ולפצות את הצד שכנגד.

ס' 1 לחוק החוזים תרופות מגדיר כך –

"אכיפה" - בין בצו לסילוק חיוב כספי או בצו עשה אחר ובין בצו לא-תעשה, לרבות צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן;

1. צו לקיום חיוב כספי – כמתחייב מן החוזה, אף ללא תביעה נוספת לפיצוי על המניעה בתשלום עד עתה.
2. צו עשה \ צו לא תעשה – לקיום המתחייב מן החוזה, או בהתאמה לאי-קיום דבר המתחייב מן החוזה [-לא להרעיש בין השעות 2-4].
3. צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן – **לעיתים זהו הצו בעל המשמעות הכלכלית הגבוהה ביותר למפר**. למשל במקרה של ביצוע בניה באופן שאינו עולה בקנה אחד עם האמור בחוזה, עלויות התיקון לדבר החתום יכולות לעלות אף יותר מאשר מעלות הבניה עצמה. במצב כזה ניתן לענות על האיום באכיפה בפיצוי וכך לפתור את חוסר הנחת של הדייר באמצעות פיצוי גבוה ולא בפניה לצו תיקון.
4. ניתן לקבל גם צו הצהרתי (ס' 22 לחוק התרופות), כמו שמצינו בפס"ד **דור אנרגיה נ' חמדן** ובפניה למחוזי **בפס"ד סולימני**.

כאשר מדובר באכיפה אין חובה על הנפגע להקטין את הנזק, זאת בניגוד לפיצויים, בהם ישנה חובה על הנפגע להקטין את הפיצויים. אמנם ישנה חובה לצדק באכיפה כמתבאר מס' 3 לחוק, אבל אין חובה חלוטה להקטנת הנזק.

### חריגים – ס' 3

ס' 3 לחוק, הזכות לאכיפה, קובע 4 חריגים המונעים קבלת אכיפה –

הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:

(1) החוזה אינו בר-ביצוע;

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

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

(4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.

מדובר בחריגים, לפיכך **נטל ההוכחה שהדבר נופל במסגרת חריגים אלו מוטל על המפר.** כל עוד לא יוכיח המפר שמדובר על חריגים הנחת המוצא היא באכיפה.

#### 3(1). החוזה אינו בר ביצוע – ביצוע בקרוב

חוזה מכר על נכס שהושמד, חוזה למכירת כרטיס למופע שבוטל או כל מקרה אחר בו אין כל היגיון במימוש העסקה. במקרים כאלו האכיפה אינה רלוונטית והדיון היחידי הוא בבקשת פיצוי. למעשה אף הצד הנפגע לא יבקש סעד של אכיפה במצבים אלו – אולי פרט לסיטואציה בה הוא משתמש בה כמנוף לחץ על המפר.

אמנם כאשר החוזה אינו בר ביצוע באופן דווקני, אלא ביצוע בקרוב – תוך שינויים לא מהותיים לחוזה (הנקראת cy pres).

רע"א 2686/99 **אייזמן נ' קדמת עדן**, אייזמן חתם חוזה לרכישת דירה, אלא שבעקבות קשיים כלכליים עזבה קדמת עדן את הפרויקט ומכרה אותו לחברת עונות. עונות הציעה לאייזמן יחידה בפרויקט שלה במחיר מעודכן לפרויקט אשר השתנה בהתאם לנסיבות. אייזמן מצידו מבקש לאכוף את החוזה המקורי, במחיר המקורי, מול חברת עונות. **המחוזי** קיבל את האכיפה עם שימוש בדוקטרינת ביצוע בקירוב ע"י עונות – עם עדכון המחיר לנוכחי. **בעליון** נדונה השאלה האם דוקטרינה זו קיימת בכלל במשפט הישראלי. **אנגלרד** סבר שניתן להשתמש ב'ביצוע בקרוב' השאול מדיני היושר האנגליים שנקלטו במשפטנו. מה עוד שדוקטרינה זו עולה מעקרון תום הלב – ס' 39 לחוק החוזים וס' 6 לחוק המכר. המימוש בפועל נעשה ע"י ס' 4 לחוק התרופות המתיר לבימ"ש להתנות את האכיפה בתנאים שונים – ביצוע בקרוב. [**בייניש** סברה שאין צורך להיזקק לס' 4 בגלל עקרון תו"ל].

כעולה מהלכת אייזמן אין ספק שישנה אפשרות לביצוע אכיפה בקירוב. בית המשפט קובע שנשתמש בה כאשר ניתן להגשים את כוונתם המקורית של הצדדים ללא סטייה מהותית או גדולה מן החיוב החוזי המקורי. ניתן לראות שבית המשפט סבור שהתעקשותו של אייזמן לחוזה הישן אינה תואמת לעקרון תום הלב. זאת על אף שאפשר בהחלט להבין את אייזמן ותסכלו, אך לא תמיד עסקאות עולות יפה. במצבים כאלה, כאשר פונים לאכיפה, ניתן להניח שזו תהיה אכיפה בקירוב. לפיכך ניתן לתבוע פיצויים, אך במצבים כאלו ישנו סיכון גדול של פירוק החברה ואין ממי לקבל פיצוי. הרי שעל מגרעות הביצוע בקרוב מסתבר שזו האפשרות הטובה ביותר לאייזמן.

#### 3(2). עבודה \ שירות אישי

עם התרחשות הפרה בחוזים כעין אלו, סביר וסעד האכיפה אינו רלוונטי. החוזה מתחילה היה בנוי על הקשר הבינאישי של הצדדים ועקב ביטולו, מסתבר לומר שמימושו בכפייה לא יתן את מטרת חקיקתו. יש שהוסיפו לכך שבכפייה של חוזים כעין אלו יש ניחוח של עבדות, אבל גם אם נסבור שזה חרטה, אובדן המוטיבציה שולל את האמון בין הצדדים ובנוסף מצריך מצב זה עלויות מעקב למימוש החתום ע"י הצד המעסיק.

אך יש לעיין מהו חוזה אישי, מהי עבודה אישית. בבג"צ 254/73 **צרי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, קבע בית המשפט קריטריונים לשאלה זאת.

1. העבודה תלויה בתכונותיו וכישוריו של העובד הספציפי – לא ניתן להעבירה למישהו אחר
2. הקשר הישיר בין המעביד לעובד המבנה יחסי אמון

ככל שמדובר בתאגיד גדול יותר עניין הקשר האישי יורד, הרי שאם מדובר במקום קטן יותר מימד הקשר האישי והאמון מובהק, ויש לנושא זה השפעה על מניעת האכיפה. אולם במקום עבודה גדול הנעדר יחסי אמון קרובים, במרב המשרות, עניין האמון אינו מובהק וניתן לבצע אכיפה.

אין מניעה לתת צווי מניעה נגד עובדים כדי למנוע מהם לעבוד אצל מתחרים של – בכפוף לתקנת הציבור פרומר נ' רדגארד. כלומר לא ניתן לחייב עובד להמשיך לעבוד אצלי בניגוד לרצונם אבל אין בכך כדי לומר שאין ביכולתי למנוע מן העובד לעסוק אצל חברה אחרת. [לתקופת זמן מוגבלת כמובן]

אך בתוך חריג אכיפה זה, המונע אכיפה, ישנם חריגים נוספים המבטלים את החריגה וכופים אכיפה.

ס' 22(ב) לחוק התרופות עוסק בשמירת דינים, בשימור הוראות חוק ספציפיות המתירות החזרת עובדים לעבודתם על אף החריגים המנויים במפורש בחוק. הרי שאף אם יוכיח המפטר שמדובר על עבודה בעלת שירות אישי סעד האכיפה קיים במקרה זה – אולם לא תמיד הוא משתלם למפוטרים.

* ס' 3(א)(2) לחוק העובדים המאפשר השבה לעבודה של חושפי שחיתויות.
* ס' 10 (א)(2) לחוק שיוויון הזדמנויות בעבודה, מסמיך השבה לעבודה או קבלה לעבודה של עובד שלא התקבל לעבודה על בסיס אפליה.
* חוק השיוויון לאנשים עם מוגבלות, סמכות להורות על השבת עובדות או שכירתם אם נדחו משום מוגבלות.
* חוק שכר מינימום, מאפשר השבת עובד למקום עבודה אם פוטר בשל תלונה על אי-תשלום שכר מינימום.
* ס' 9 לחוק עבודת נשים, אוסר על פיטורי עובדת במהלך הריון או חופשת לידה.
* חוק חיילים משוחררים האוסר על פיטורים בשל שירות מילואים.

אם הסברנו לעיל שהוכחת המוצא היא שיש סעד של אכיפה בהפרת חוזה, אלא אם המפר יוכיח שלא שייך לאכוף כאן על בסיס אחד מן החריגים. כעת יש להדגיש שעל הטוען לחריגה מן החריג להרים את נטל ההוכחה שפיטוריו נבעו מאחד מן המפורטים כאן. אמנם ישנם מצבים של חזקות ברורות, אבל בעיקרון.

#### 3(3). ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח

הרעיון מאחורי חריג זה כפול; הרצון לגונן על הזמן השיפוטי, הנתפס כיקר. פיקוח יתר מאת בית המשפט לא מצדיק את הבחירה באכיפה על פני הסעדים האחרים. ועוד, ההנחה שאם נדרש פיקוח רב, הרי שאנו לא סבורים שהאכיפה תתממש כל כך [פרויקט בניה, חוזי יחס הנמשכים זמן רב שהזכרנו לעיל בחוזה אחיד].

ע"א 846/75 **עוניסיון נ' דויטש**, רכישת דירה מן החברה הקבלנית – אשר נקלעה לקשיים. מה שמוביל להפסקת הפרויקט, והקונים מבקשים שימונה כונס נכסים שיוודא את השלמת הפרויקט למסירת הדירות. **המחוזי** מקבל את הבקשה, והחברה עירערה בתואנה שהפיקוח ע"י בית המשפט הוא בלתי סביר הנכלל בחריג האכיפה של ס' 3(3) לחוק החוזים תרופות. **הש' ברנזון** מנסח את התנאים בהם יכול בית המשפט יכול להורות על אכיפה – ביצוע בפועל – של חוזה בניה. א. העבודה מפורטת דיה. ב. אין בפיצויים די כדי לפצות בצורה מספקת. ג. הקרקע לבניה צריכה להיות מוחזק בידי הקבלן. כיוון שכל השלושה מתקיימים יש להורות על אכיפה, שהיא הסעד המרכזי בדין ולא מדבור על חריג.

למעשה פסיקה מאוחרת להלכת עוניסיון ממתנת את המוחלטת הרחבה של אכיפה בחוזי בניה.

ע"א 108/84 **סתם נ' מרקוביץ**, עוסק במקרה דומה. **הש' בך** קובע שבחוזה בניה לא ניתן לטעון לחוזה אישי ס' 3(2), אך כאשר מדובר באכיפה בלתי סבירה יש מקום לטענת חריג על בסיס ס' 3(3). בך מפרט כללים חדשים לדבר: א. מידת המורכבות, ככל שהיא גבוהה יותר הנטייה לאכיפה תפחת. ב. משך הזמן, ככל שמשך הזמן לבניה ארוך יותר הנטייה לאכיפה תפחת. ג. מידת שיתוף הפעולה הנצרכת בין הצדדים, ככל שמידת שיתוף הפעולה הנדרשת גבוהה יותר בימ"ש ייטה שלא לאכוף.

הלכת סתם יותר הגיונית מאשר פס"ד עוניסיון, וקיום הכללים המאוחרים מיטיב יותר לכל הצדדים. גם לנפגעים לא כדאי שתתרחש כפיית יתר כלפי הקבלן, אם יש חשש שהביצוע מצריך פיקוח נרחב מאת בית המשפט הרי שהאכיפה אינה סעד מבטיח עבור הנפגעים.

#### 3(4). אכיפת החוזה בלתי צודקת

קובע סטנדרט של צדק המעניק חופש רחב לבית המשפט, לפיכך מפורש סעד זה על דרך הצמצום. עקב היותו חריג לסעד העיקרי בדין הישראלי ולהיותו מנוגד לחופש החוזים.

על בית המשפט להתחשב בראש ובראשונה בצדק הפנימי בין הצדדים – נפגע מול מפר. נטל הוכחת החריג הוא על המפר, עליו להוכיח שאי האכיפה צודקת יותר מאחת מן הסיבות הבאות;

1. הנזק שיגרם למפר עקב האכיפה גדול מאשר הנגרם לצד הנפגע עקב שלילת אפשרות האכיפה.
2. התנהגות הצדדים, ובעיקר הנפגע, למשל אם יצר הנפגע מיצג שווא על פיו הוא לא יבקש אכיפה מבית המשפט. **פס"ד פומרנץ נ' קדש**.
3. השתהות הנפגע מבקשת האכיפה, למשל **בפס"ד פומרנץ נ' קדש**, שמגר סבור בדעת מיעוט שהשתהות של 9 חודשים היא שיקול למנוע אכיפה על בסיס ס' 3(4)
4. מעורבות צדדים שלישיים, חוזה בלעדיות שהופר – **אהרוני נ' בית חשמונאי**. אם האכיפה תפגע בצד ג' תם לב, שלא היה מודה לחוזה הבלעדיות המופר יתן משקל לנתינת פיצוי במקום אכיפה.

ע"א 3833/93 **לוין נ' לוין**, חוזה גירושין לפיו תקבל האשה סכום מוגדל ביחס להסדר המזונות המקובל עד למתן הגט, ובתמורה מתחייבת האשה שלא להציג חוזה זה בבית המשפט. פורץ סכסוך בין הצדדים והאשה ביקשה לאכוף את החוזה במחוזי, בניגוד למוסכם בחוזה שאל לה להציגו בבית משפט. הבעל טוען בעליון שאין לאכוף את סעיפי התשלום בחוזה שלא בצירוף לסעיף הגבלת השימוש בחוזה עקב ניגודו לצדק – ס' 3(4). **הש' זמיר** קובע שבקשת הבעל לאכוף את איסור הצגת ההסדר מנוגדת לתקנת הציבור. אולם יש לזכור שעדיין יכול הבעל לדרוש פיצויים מן האשה, אף אם במקרה זה נדחה ס' 3(4) מפני תקנת הציבור.

----------------------------------------------------------

סעיף 4 לחוק התרופות אומר כך [הוזכר בפס"ד אייזמן לגבי אכיפה בקירוב]

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

### היקף סעד האכיפה

יכולים הצדדים לשלול בהתנייה חוזית את סעד האכיפה, כמו שקבע השופט אור ב-ע"א 2454/98 **לינדאור נ' רינגר**. על השלילה להיות מפורשת או לכל הפחות להיות מוסקת באופן חד משמעי מן הנסיבות.

בנוסף, אין חובה על הצד הנפגע להקטין את הנזק במסגרת סעד האכיפה. כך שבהפרת חוזה שכירות למשל ניתן לתבוע שוכר שעזב על תשלום מלא – על אף שיכול היה בעל הבית למצוא שוכר אחר. אולם ניתן להגביל עקרון זה ע"י אחת מן האפשרויות הבאות

1. ס' 3(4) – ניתן לקבוע שאין לבצע אכיפה במקרה ואינה צודקת.
2. עקרון תום הלב מחייב את הנפגע להקטין את הנזק – ולמצוא שוכר חלופי.
3. בית המשפט יכול להשתמש בס' 4 ולהתנות את האכיפה בתנאי – מציאת שוכר ע"י בעלת הדירה.

כמובן שהיה הרבה יותר פשוט להתנות מראש, אבל גם בסיטואציה של הפרה – ננסה להימנע מאכיפה קיצונית.

## סעד הביטול וההשבה – סוגי הפרה

הביטול שבא בעקבות הפרה חל מרגע הביטול והילך – בניגוד לביטול בשם פגם ברצון החל מלכתחילה, טעות הטעיה, כפיה ועושק.

החשיבות הגדולה בביטול בהיותו סעד עצמאי, כך שאין צורך להידרש לבית המשפט, כיוון שהנפגעים יכולים לממש אותו בכוחות עצמם. אולם קיומו לא מחסן מפני ההתדיינות בבית המשפט עקב שתי סיבות:

1. יתכן והצד שכנגד יטען שהביטול נעשה שלא כהוגן.
2. יתכן ויזדקקו לבית המשפט שיקבע את סכומי ההשבה הנדרשים.

הביטול נחלק לשתי סוגי הפרות, יסודית ושאינה, והחלוקה בין השניים קריטית עקב הסעדים הניתנים לנפגע. כאשר הסעד הניתן הוא באכיפה אין חשיבות לסוג ההפרה, עקב התרופה המלאה.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | הפרה יסודית | הפרה שאינה יסודית |
| מידיות הביטול | ביטול תוך זמן סביר – ס' 8 | יש להעניק ארכה למפר + זמן סביר – ס' 7(ב) + ס' 8 |
| כפיפות לשיקולי צדק | זכות ביטול מוחלטת – ס' 7(א) | ביטול כפוף לשיקולי צדק – ס' 7(ב) |
| חוזה הניתן להפרדה לחלקים | ביטול חלקי או מלא לפי שיקול דעתה של הנפגעת – ס' 7(ג) | ביטול חלקי בלבד – ס' 7(ג) |

### הפרה יסודית

הפרה יסודית מוסכמת – כלומר, שנקבע בחוזה בפירוש שמעבר על ס' מסויימים תהווה הפרה יסודית של החוזה. בקביעה זאת אין חשש שאחד מן הצדדים יקבע שהפרת כל סעיף שהוא מהווה הפרה יסודית, עקב פגיעתה של קביעה שכזו בעקרון תום הלב – הן בעיני בימ"ש המתקשה להבין מה העיקר ומה התפל, והן בעיני הצד שכנגד שאינו יכול לעמוד על המהותי לצד החתום לו בחוזה.

הפרה יסודית מסתברת – לפי ס' 6 לחוק החוזים תרופות - "הפרה יסודית" - הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. מדובר במבחן היפותטי, כאשר המועד בו אנו בוחנים את מבחן הסבירות הוא בעת כריתת החוזה.

ד"נ 44/75 **ביטון נ' פרץ**, מדובר היה בשרשרת עסקאות שאיחור התשלום הראשון בשישה ימים הוביל את המוכר להפר את החוזה שהוא כרת מול צד אחר כקונה. לפיכך נשאלה השאלה האם איחור של שישה ימים בנסיבות הללו מהווה הפרה יסודית – כאשר הקונה שאיחר בתשלום כלל לא ידע על החוזה הנוסף בעת החתימה – עקב חתימת החוזה השני במועד מאוחר יותר. כולם מסכימים שלא הייתה הפרה אבל נחלקו בטעם; **הש' ויתקון** קבע שאין כאן הפרה יסודית מסתברת – האדם הסביר לא יכול היה לצפות בעת החתימה את אשר התרחש. **הש' חיים כהן** קובע שהתוצאות לא היו ברות צפיה ובשל כך אין הפרה יסודית מסתברת. **הש' שמגר** שם דגש על הציפיות שהיו מצד הצדדים החתומים.

בניגוד לעקרון החיוב בנזיקין המתחשב בהיותו של צד מסויים בעל גולגולת דקה, ובשל כך מקל על המזיק, בחוזים אין דבר כזה. אם צד רגיש לא עידכן מראש על היותו רגיש הרי שהאשמה לכך מוטלת גם עליו. בהתאם לכך איחור התשלום כאן שנעשה ע"י הקונה הראשון אשר לא יודע על היותו של הפיגור הקל כה משמעותי – לא מחייב.

השופטים נתנו שלושה דגשים שונים לפסק הדין, שונים אבל דומים; מבחן האדם הסביר שונה ממבחן התוצאות הסבירות אשר אינו זהה למבחן הציפיות של הצדדים. אמנם מבחנים אלו מקרינים גם על מקומות בהם מוטל על הצד שכנגד להתנהל בצורה זהירה יותר – בהתאם לחשיבות העמידה בסעיף זה לחוזה.

#### דוגמאות להפרה יסודית – שיעור 23

1. אי ביצוע מוחלט.
2. הפסקת עבודה או ביצוע – פס"ד אניסימוב – הפרה יסודית בד"כ.
3. קיום באיחור – כל מקרה ישקל לפי נסיבותיו, לפי המבחנים המפורטים לעיל בס' 6.

חיוב שאינו תשלום כספי; איחור קל לא ייחשב להפרה יסודית שלא בנסיבות מיוחדות, כגון איחור הספקה של רק שבוע בהספקת סוכה לחג.. איחור כבד [בהתאם לחוזה ולנהוג] מהווה הפרה יסודית.

חיוב בתשלום כספי; איחור קל לא ייחשב הפרה יסודית,[[43]](#footnote-43) אך איחור כבד יכול להיחשב להפרה יסודית. ינתן משקל גם לגובה הסכום החסר, אם הוא קטל יש צד להקל עקב אי-משמעותו, ומנגד אם הוא גדול ניתן להתחשב בקשיים לגייסו. עקב הערבוב בנושא, כנגזרת לעמימות תו"ל, ניתן פשוט לקבוע בחוזה באופן ברור ככל הניתן מהן גבולות החוזה ומה תחשב להפרה יסודית באופן מוסכם.

#### מיידיות הביטול

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | הפרה יסודית | הפרה שאינה יסודית |
| מידיות הביטול | ביטול תוך זמן סביר – ס' 8 | יש להעניק ארכה למפר + זמן סביר – ס' 7(ב) + ס' 8 |

בהפרה יסודית יש לשלוח הודעת ביטול ברורה לצד המפר. אך בכזאת שאינה יסודית מוטל על הצד המופר לתת ארכה לפני הביטול. ארכה שנועדה לתת לצד המפר אפשרות ביצוע ורק אז, אם המפר לא עומד בהתחייבויותיו יש לבטל תוך זמן סביר בהודעת ביטול ברורה למפר.

הבעיה היא בהכרעה על מהי הפרה יסודית ומה כזאת שאינה, אם יסבור הצד המופר שזו הפרה יסודית וימנע ממתן ארכה יתכן ובימ"ש יפסוק שהוא המפר – עקב אי נתינת ארכה לצד שכנגד על הפרה שאינה יסודית. הרי שיש להישמר מלהיות נמהרים, השתמרות שבאופן טבעי פוגעת בניהול השוק המיטיבי והמהיר. אך גם מהישמרות יתר יש להישמר:

ע"א 8741/01 **micro balanced נ' תעשיות חלאבין**, נחתם חוזה הפצה של חלאבין ע"י באלאנס. אלא שבאלאנס לא עמדו ביעדים שלהם התחייבו ולאחר 14 שנה של התמשכות העניין תבעו חלאבין על הפרת חוזה יסודית, מנגד טענו באלאנס שזהו המצב מאז ומעולם ואנו רואים שעד היום לא תבעו דבר. השופט ריבלין קיבל את ההגנה – השתהות משנה את הפרה יסודית בחוזה כך שחייבים לתת ארכה. [בע"א 2825/97 **אבו זייד נ' ברוך**, כתב אנגלרד בדעת יחיד שהשתהות לא משנה את סיווג ההפרה, אבל מחייבת מתן ארכה. ובמקום אחר כתב ברק בפס"ד מעלה אדומים שהדבר משנה את סיווג ההפרה] כך שבין כך ובין כך מוטל על הצד המופר במקרה זה לתת ארכה לפי דברי הש' ריבלין.

פרחומובסקי סבור שמדובר בעיצוב דין לא מוצלח, המקפח את הצד הנהוג ברחמים מול הצד שכנגד.[[44]](#footnote-44) בכל מקרה עולה מכאן שאין להגיע למקרה של השתהות יתר. ניסיון החיים מלמד שאם צד הפר פעם אחת ולא נענה בתגובה ההפרות רק יתרבו, כך שכדאי להגיב על הפרות באופן מיידי.

#### השבה – ס' 9 לחוק החוזים תרופות

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

הדין מחייב השבה הדדית בלי תלות בצד המפר או הצד הנפגע. העדיפות הראשונה היא להשבה בעין, של הדבר הניתן מתחילה, אלא שהדבר אינו אפשרי ברבים מן המקרים ולכן נלך להשבת שווי – כסף. שווי כספי יושב עפ"י השווי הראלי עפ"י מדדי השוק – אינפלציה ולשחיקת שווי (הצמדה וריבית).

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

כאשר מתבטל רק חלק מן החוזה, חל ס' 9(א) רק על החלק שבטל.

כנזכר לעיל אכיפה באה במקום ביטול והשבה, לא ניתן לממש בפועל את שתי הסעדים הללו. הבחירה בין ביטול והשבה לאכיפה נעשית ע"י הצד הנפגע, כאשר בחירה באכיפה ניתנת להיתרגם בעתיד לביטול והשבה עם היכשלות האכיפה. אולם בחירה במסלול הביטול וההשבה הינה סופית ואינה ברת מעבר לאכיפה. **פיצויים יכולים להצטרף הן לאכיפה והן לביטול והשבה.**

##### עשיית עושר שלא כדין

עילה נוספת היא עשיית עושר שלא כדין, היכולה להוביל לשלילת התעשרות מן הצד המפר ולהעברת רווחיו אל הצד המופר. עילה זו שונה מן העילות המרכזיות בחוזה. כאן ההתמקדות אינה בהשבת המצב לקדמותו, בהבאת הנפגע למצב בו היה ללא ההפרה, אלא בשלילת רווחיו של המפר מהפרת החוזה. כמו שקבע בית המשפט בד"נ בכוחו של הצד הנפגע לקבל את רווחיו של הצד הפוגע.

ד"נ 20/82 **אדרט נ' הרלו את ג'ונס,** חוזה לאספקת 7,000 טון ברזל במחיר של 620 מרק גרמני לטון. פורצת מלחמת יו"כ והחברה הגרמנית לא מספקת – והמחיר עולה ל-900 מרק. בסופו של יום סיפקה החברה הגרמנית 5,000 טון לפני המלחמה וזהו, ולאחר המלחמה ירד המחיר חזרה למחירו המקורי. לכאורה יכולה הייתה אדרס פשוט לרכוש את הברזל שחסר לה כעת במחיר זהה. אלא שאדרס תבעה את חברת הרלו על עשיית עושר שלא כדין בכך שמכרה את הברזל שיועד לה לגורם שלישי במחיר של 900 מרק לטון. **המחוזי** פסק לטובת אדרס, **בעליון** נהפכה ההחלטה מכיוון שיש ייחוד של העילה החוזית המונע תביעה על בסיס עילה אחרת [ברק היה במיעוט] **ובד"נ** קבעו רוב השופטים שיש לתת לנפגע את התעשרות המפר. אם היה מדובר על חוזה בטל נשאר הדבר בצ"ע ע"י ברק ונשאר במחלוקת בין השופטים, אולם כאן ההנחה הייתה שמדובר בחוזה תקף.

פסק דין זה על החידוש שבו, לא מהווה מייצג למשפט הישראלי בכללו. על אף שנראה ממנו שתמיד כדאי לתבוע על שלילת התעשרות אין הדבר כן. ראשית על ההתעשרות לנבוע ישירות מן ההפרה(!) – רק בגלל שאותו הברזל ממש סופק לצד ג' יש כאן התעשרות על בסיס ההפרה, אבל בכל הפרש כלשהו אין תביעה על עילה זו. בנוסף, במקרים רבים ההתעשרות אינה כה קיצונית אלא פחותה מן הנזק שנגרם לנפגע – במיוחד במקרים של ערך סובייקטיבי שאינו ממוני – עוגמת נפש או רגשות סנטימנטליים.

### פיצויים – ס' 10 לחוק התרופות

על אף היותו של סעד האכיפה המרכזי במשפט, הסעד הנפוץ ביותר [90%] הוא בפיצויים עקב בקשת הנפגע. זאת עקב המגרעת הבסיסית באכיפה הדורשת זמן המתנה רב להכרעה השיפוטית, מעדיפים הנפגעים לממש אופציות חלופיות ולתבוע בו זמנית את המפר לפיצויים.

פיצויים הינם סעד עצמאי, אך גם מצטרף לסעדים האחרים – אכיפה מחד וביטול+השבה מאידך. בניגוד לאכיפה סעד הפיצויים כפוך לחובת הקטנת הנזק – למעט החריג לכך בס' 11 כמו שיוסבר להלן בפס"ד אינשטיין. מטרת הפיצוי – להביא את הצד הנפגע למצב בו היה עומד אילו קויים החוזה. אם לא כן ניתן להביא פיצוי הסתמכות הבאים להשיב את מצב הנפגע למצבו ערב כריתת החוזה.

10. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

סוגי הפיצויים מפורטים בפס"ד זה:

ע"א 355/80 **אניסימוב נ' טירת בית שבע**, חוזה תוספת בניה למלון בירושלים. הבניה לא עמדה בזמן שנקבע – אפילו לא בוצע השלב הראשון. טען אניסימוב שבעקבות העיכוב ישנה עלייה במחירי הביצוע, כך שהוא אינו משתלם, ומציע שיערוך מחדש ולא הוא יפסיק את הבניה. המלון מסרב ולפיכך אניסימוב מפסיק לעבוד. **המחוזי** פסק פיצויים; 100,000 לירות הפסד על ביטול דרגת המלון ופגיעה במוניטין שלו, 72,259 ל"י השבה משוערכת, 200,000 הפסדי התייקרות, 70,000 תיקוני ביצוע מרושל. סה"כ 442,259 ל"י. בעליון **חיים כהן**, מבאר שלצורך תביעת פיצוי יש להוכיח את (1) הסיבתיות בין ההפרה לנזק, (2) הנזק מההפרה היה צפוי בפועל או שהוא מסתבר ע"י אדם סביר. הוא קובע שכימות הנזק נעשה ע"י בית המשפט ולא ע"י הנפגע – כמו בנזיקין. **הש' ברק** סבור שנטל הכימות מוטל על הנפגע [דעת הרוב]. **העליון** דוחה את הפיצוי על ירידת הדירוג עקב חוסר הוכחת הסיבתיות הכורכת את הירידה בהפרת אניסימוב, ופוסק פיצוי על סך 342,259 ל"י.

במקרה זה מסכים פרחומובסקי עם ברק, המטרה היא בהבאת מצב הנתבע למקום בו היה אילו קויים החוזה. לבית המשפט אין יכולת אמיתית לעשות כימות זה לבד ועל הנפגע יש להביא את הנתונים על פיהם יכריע בית המשפט בסופו של דבר מהו הפיצוי הנדרש.

סעיף 13 מאפשר פיצוי על נזק שאינו ממוני. במקרה זה אין חובה על הנפגע לכמת ראש נזק זה "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין." אולם עליו עדיין להוכיח סיבתיות בין ההפרה לנזק ואת היותו בר צפייה בפועל או במבחן האדם הסביר. אמנם בתי המשפט נוטים לקמץ בנתינת פיצוי על סמך סעיף זה עקב קשיי ההוכחה והכימות. סעיף זה רלוונטי למאורעות בהן העניין הלא-ממוני מהותי לחוזה.

#### הקטנת הנזק

ס' 14 לחוק מעניק הגנה למפר על נזק שיכול היה הנפגע להקטין או למנוע. ס' זה לא חל על ס' 11:

14. (א) אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.

(ב) הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו; היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות הענין.

הפיצוי חל גם על ההוצאות הסבירות להקטנת הנזק, בלי תלות בהצלחת הניסיונות להקטנת הנזק. עצם הניסיון הסביר מחייב את הצד המפר בפיצוי עליו. ההצדקה בחיוב המפר בהקטנת הנזק היא חברתית בעיקרה, הרצון המנחה הוא במניעת הנזק עצמו – לעניין ההפרה ואף לעניין המניעה.

#### ס' 11

כאמור לא חל סעיף 14 על ס' 11, המועיל רבות לפישוט התביעה עבור הנפגע אך מאבד את הנזק הסובייקטיבי.

11. (א) הופר חוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה.

ס' 11(א) הקובע שהפער שווה לפיצוי אותו יש לקבל מומש בפס"ד הבא

רע"א 2371/01 **אינשטיין נ' אוסי תכנון בע"מ**, חוזה למכירת דירה ב140,000 דולר שהופר ע"י אוסי. אוסי מכר את אותה דירה ללקוח אחר ב192,000 דולר ולפיכך אינשטיין תבעו על עשיית עושר שלא כדין 52,000 דולר. אמנם כחלק מן ההפרה הוצע לאינשטיין לרכוש את הדירה ב180,000 דולר ובשל כך נטה **המחוזי** לפסוק פיצוי על סך 40,000 דולר בלבד – 12,000 דולר היו מוטלים על אינשטיין עצמם שיכולים היו להקטין את הנזק. **בעליון**, ברק, ס' 11 מעניק לנפגע סעד מלא בין שווי הנכס המובטח לו ביום הביטול למחיר החתום בחוזה – ללא צורך בהוכחת נזק נוספת כעולה מס' 11. מטרת הפיצוי היא להשיב מצב לקדמותו – אילו היה מקויים החוזה כיאות. ברק דוחה את דברי השופטת מן המחוזי המוטרדת מן הפער העצום בין השקעתם לרווח כלא רלוונטיים לדיון, ומראה מלשון החוק שאין חובה להקטין את הנזק במקרה זה. אף ללא שימוש בדיני עשיית עושר שלא במשפט. ריבלין מסכים לברק ומוסיף, ומנמק את ס' 11(א) בפשטות שבו ובהרתעה שבו כלפי המפר. ובנוסף קובע שאין להעמיד לרעת אינשטיין את העובדה שלא רצו לחתום על חוזה חדש עם המפר.

ס' 11(ב) מניח ביסודו הגיון זהה לתת-סעיף שלפניו, אלא שהוא עוסק במקרה ההפוך, בו ההפרה מתבצעת ע"י הצד הרוכש:

 (ב) הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.

גם במקרה זה התועלת הרבה בפישוט הנצרך להוכחה ע"י הצד הנפגע, ושימוש בס' זה הוא המיטבי ביותר שלא במקרה של נזק סובייקטיבי.

זהו!

לגבי המבחן

יהיה שיעור חזרה בו נעבור עם טל על בחינה משנים עברו –

הבחינה מורכבת מאירועון – לאחר הזיהוי הרוחבי יש להתעמק כמה שיותר בכל תת-נושא. המירקור אינו נחוץ. הידע כן! הכי טוב לעובר על החומר ואז לתרגל כמה שיותר בחינות – לבד וביחד.

מתרגל – לקרוא רק סיכומים. מפס"ד מצופה להסיק הלכות בעיקר ובמקרים של דימיון אירועי- לדעת לדמות.

## \*\*שיעור מתמחה 1

כל הדיון על ההצעה והקבלה פחות רלוונטי לעולם החוזים, רוב החוזים הרציניים שנעשים במשק הם לפי פרמטרים שהמתקשרים עצמם קובעים. בנוסף, מו"מ כיום לא מתנהל בהצעה-קבלה כאלו. נעבוד הרבה עם מסמך אחד תוך עקיבה על שינויים שמתרחשים במסמך המוצע.

אעפ"כ עצם הלימוד מעניק את החשיבה.

אם רשום במבחן השאלה האם נחתם חוזה, הכוונה היא לדיון במישור ההצעה והקיבול ככל הנראה. גם הרבה תאריכים רומז לדבר.

### כשירות משפטית

חוק הכשירות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 קובע מי לא נחשב כבעל כשירות משפטית. כל אדם שלא נחשב ככשיר לא יכול להיות צד לחוזה באופן תקף. חוקים נוספים מגדירים ישות משפטיות נוספות, שאינן בני אדם, וקובעים את רגע כינון כישות. חוק החברות, פק' האגודות, חוק העמותות ופק' העיריות.

חוק הכשרות המשפטית עבר תיקון בשנה האחרונה, בדגש על מוסד האפוטרופסות. הרצינול מאחורי התיקון בא להקל על פסולי הדין, ולתת להם יכולת רבה יותר לנהל את חייהם. זאת ע"י הגבהת הרף לפסלות הדורש מינו אפוטרופוס ואם ה בהגבלות עליו בסמכויותיו ותלותו ברצון החסוי.

#### קטין

1. כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו.

2. כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט.

3. אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין; אדם שמלאו לו 18 שנה הוא בגיר.

4. פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו; ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע עולה מסויימת או לסוג מסויים של פעולות. יכול נציגו של קטין לבטל הסכמתו לפעולה כל עוד לא נעשתה הפעולה.

5. 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;

(2) אם לא נודע לנציג או ליועץ המשפטי לממשלה על הפעולה – על ידי הקטין, תוך חודש ימים לאחר שהיה לבגיר.

6. פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול כאמור בסעיף 5, אף שנעשתה שלא בהסכמת נציגו, אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו.

6א. פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי או במקח-אגב-שכירות, שכירות נכס או קבלת שירות באשראי, אין לה תוקף, על אף האמור בסעיפים 5 ו-6, כל עוד לא באה עליה הסכמת נציגו; לענין סעיף זה, "אשראי" – לרבות תשלום בשיעורים.מיום 4.1.1973

תיקון מס' 3

[ס"ח תשל"ג מס' 676](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-0676.pdf) מיום 4.1.1973 עמ' 32 ([ה"ח 982](http://www.nevo.co.il/Law_word/law17/PROP-0982.pdf))

7. פעולה משפטית של קטין טעונה אישור בית המשפט אם היתה טעונה אישור כזה אילו נעשתה בידי נציגו; ואין תוקף לפעולה כל עוד לא בא עליה אישור בית המשפט.

14. ההורים הם האפוטרופסים הטבעיים של ילדיהם הקטינים.

החוק קובע שקטין, עד גיל 18, נעדר יכולת לביצוע פעולות חוזיות. וקובע גם חריגים. בחוק אנו מוצאים שלוש התייחסויות לפעולותיו של קטין.

כשרות כמעט מלאה – החריג המובא בס' 6, עסקים סטנדרטים לגילו תקפים למעט המובא בחוק – נזק של ממש [המתרגל מניח שהנזק נמדד במבט סובייקטיבי] או במקרה של אשראי.

כשרות מוגבלת (פעולות שניתנות לביטול) (voidable) – זה היחס שס' 4 מעניק לפעולותיו של קטין. כל פעולת קטין זקוקות לאישור הנציג – הוריו [ס' 14]. בסמכות הנציג לבטל מעשי הקטין, או בסמכות הקטין שבגר [ס' 5].

פעולות בטלות ללא אישור (void) – החריג המובא בס' 7, כל פעולה משפטית הדורשת במקרה רגיל אישור ביהמ"ש, דורשת כזה גם אצל קטין.

לצד שכנגד, במקרים הנופלים להגדרת ס' 4, משתלם תמיד לוודא את הסכמת הנציג כדי למנוע את ביטול העסקה בעתיד.

כהן נ' משרד הביטחון- **קטין.** בגיל 14 כהן הולך לפנימיה צבאית וחותם יחד עם הוריו שגם חותמים על הסכם המחייבו לשרת 3 שנים בקבע. לאחר כניסה לקבע מתוקף היותו קצין הוא החליט לחזור בו מההתחייבות ל-3 שנים. השאלה היא; האם יש תוקף לחוזה שנחתם. **בעליון**, השופט בכור (רוב) קובע שבגלל שהוריו חתמו על ההסכם גם כשהוא בגיר לא ניתן לחזור מההסכם.

שרף נ' אבער- **קטין בעיסקת מקרקעין.** הורים רוכשים דירה בשם ביתם ולאחר מכן מבקשים למכור את הדירה. (בלי לבקש אישור בית המשפט לפעולת מקרקעין של קטין) רישום העסקה נעשה לאחר שהיא מעל גיל 18. ההורים מחליטים לא לקיים את החוזה והצד השני פונה לבית המשפט כדי שיורה על אכיפת החוזה. בעליון, השופט כהן (מיעוט) טוען שההתחייבות אינה דורשת אישור בית משפט בעוד שהביצוע כן, הביצוע נעשה אחרי גיל 18 ולכן עליה להיאכף ואין לבטל את החוזה. השופט ברק (רוב) קובע כי יש בחוזה תנאי מתלה- כל עוד אין אישור של בית המשפט החוזה אינו תקף וכיוון שזהו המקרה החוזה אינו תקף.

ספיר נ' אשד- **פסול דין**. ספיר, אפוטרופוסים של חסויה ניהלו מו"מ למכירת דירתה של החסויה. בשלב מסוים אחד האפוטרופוסים חזר בו בטענה שהעיסקה כבר איננה כדאית. אשד פנו לבית המשפט ע"מ לאכוף את החוזה בטענה של חוסר תום לב. בעליון, השופט שמגר קבע שעל האפוטרופוס שייצג את טובת החסויה תוך כדי שיקולים של פגיעה בצד השני, במקרה שלנו הוא אכן עשה זאת ואין לאכוף את החוזה.

## שיעור מתמחה 2

### פיצויים מוסכמים – ס' 15 לחוק החוזים תרופות

 (א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

 (ב) הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה.

 (ג) לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים.

**סעיף 15(א)**: החוק הישראלי מתיר לצדדים לקבוע פיצויים מוסכמים בגין הפרת חוזה. פיצויים מוסכמים הם פיצויים ששיעורם נקבע מראש על ידי הצדדים. היתרון הוא שאין צורך בהוכחת נזק. החיסרון הוא שסמכות ההפחתה היא של בית המשפט, אם אין שום יחס סביר בין גובה הפיצוי המוסכם לנזק שהיה צפוי בעת כריתת החוזה. המבחן הוא מבחן הצפיות.

**סעיף 15(ב)**: הוראת פיצויים מוסכמים בחוזה אינה שוללת את יכולת הנפגע לתבוע פיצויים מכוח סעיפים 10-14. כלומר, סעיף זה מותיר לנפגע זכות בחירה. התחשיב צריך להיות כלכלי – אם הנפגע סבור שהפיצויים שהוסכמו מראש יוציאו אותו בפיצוי חסר (בפחות כסף), עדיף לו לתבוע מכוח סעיפים 10-14, רק שצריך להביא בחשבון את עלויות ההתדיינות.

כשמעצבים פיצוים מוסכמים צריך להיזהר. לא ברור מראש מי הוא הצד שעשוי להפר, ולכן יש סכנה בקביעת פיצוי מוסכם גבוה מידי. כי בסוף אולי אתה תצטרך לשלם אותו. כשאנו קובעים או מבקשים לקבוע פיצוי מוסכם גבוה, יש בכך סיגנאל אינפורמטיבי לצד השני, שהחוזה הזה שווה לנו הרבה כסף ואז הצד שכנגד יכול להירתע מההתקשרות, או לדרוש מחיר גבוה יותר. נקודה נוספת היא הטעייה פסיכולוגית – אנשים נוטים לאופטימיות יתר. הרבה פעמים הם סבורים שהם לא יפרו את החוזה ולכן לא מפריע להם שהפיצויים המוסכמים יהיו גבוהים, כי הם חושבים שהצד השני ישלם.

מטרת הפיצויים המוסכמים אינה עונשית. אלא, מתן אפשרות לצדדים להעריך מראש את נזקיהם, לחסוך עלויות לבית המשפט וגם לתת מידע לצד שכנגד בנוגע לתוצאות ההפרה - אם יפר. איך יודעים שלא מדובר בסעד עונשי? אם היה מדובר בסעד עונשי, לא הייתה סמכות לבית המשפט להפחית את גובה הפיצויים.

סמכות ההפחתה של בית המשפט חשובה מבחינה נוספת. הרבה פעמים הצדדים לחוזה אינם שווי כוחות ואינם מחזיקים במידע זהה, בעיקר בחוזים אחידים. במצבים כאלו יש צד מיודע (לדוגמא: בנק) שיודע מה הסיכוי הסטטיסטי שנותן הלוואה לא יחזיר אותה. אם לא היה אפשר להפחית פיצויים מוסכמים, זה היה יוצר מצב בו צדדים מודעים וחזקים יכולים היו לנצל את תנית הפיצויים המוסכמים כדי להרוויח כסף רב.

**ע"א 4481/90 אהרון נ' פרץ מ. בן גיאת חברה להנדסה ובניין –** חוזה מכר דירות בין הקבלן אהרון לרוכשים. ההפרה היא איחור ברישום הדירות על שם הרוכשים. משך האיחור הוא חמש שנים וחצי. החוזה כלל תנית פיצוים מוסכמים שקבעה שאיחור בהעברת הרישום על שם הקונים יגרור פיצויי מוסכם בסך 15,000 דולר, כאשר מחיר הדירות היה 90,000 דולר לדירה. זאת משום שהפרה מסוג זה של אי-העברת רישום פוגעת ביכולת הרוכש להעביר את הנכס לאחרים ולמכור את הדירה.

בית המשפט המחוזי הפעיל את סמכותו לפי סעיף 15(א) והפחית את סכום הפיצויים המוסכמים מ-15,000 דולר ל-5,000 דולר. משום שגם לרוכשים היה חלק מסויים באיחור ברישום. הרוכשים לא היו מרוצים וערערו לעליון.

***השופט חשין***: הסמכות המוקנה לבית המשפט בסעיף 15(א) תופעל רק במקרים חריגים בהם אין כל יחס סביר בין הסכום שנקבע בתניה לבין הנזק שנצפה מראש בעת כריתת החוזה. חשין סבור שהמקרה שלפנינו אינו מקרה חריג בו יש להפעיל את סמכות ההפחתה. חשין מזהה שמדובר בחוזה לביצוע מהיר – מסיק שהעברת הבעלות במהירות האפשרית הייתה נושא חשוב לרוכשים, ומכיוון שכך, הוא למד שכבר בכריתת החוזה צפו הצדדים שאיחור מסיבי מסוג זה יפגע קשות ברוכשים. לכן, לדעתו הפיצויים במקרה זה, בגובה 15,000 דולר הם סבירים, למרות שמדובר ב-17% מהמחיר.

אחת הבעיות בחוזה הייתה שהוא לא נוסח טוב. הוא קבע שיעור אחיד של פיצויים למגוון הפרות והדבר הזה בעייתי. כשיש תניה כזו שמתייחסת לכל הפרה קלה כחמורה, ככזו המפעילה את תנית הפיצויים המוסכמים, נטיית בית המשפט תהיה לסבור שהפיצויים המסכמים חריגים ושיש מקום להתערב ולהפחיתם. לכן, עדיף לא לנסח תנית פיצוים מוסכמים כפי שנעשה כאן – תניה גורפת שמתייחסת לכל ההפרות באותה מידת חומרה.

חשין מדגיש שההתערבות השיפוטית בפיצויים מוסכמים תהיה רק במצבים חריגים.

נקודה נוספת היא שהזמן בו אנו בודקים את היחס הלא סביר, הוא זמן כריתת החוזה ולא הזמן בו החוזה קורה בפועל. בשביל לקבל פיצויים מוסכמים צריך להוכיח שבעת כריתת החוזה היו תנאים לא סבירים.

כשאין הבחנה בין הפרה קלה לחמורה, אין פלא שאנו נגררים לאיחור של חמש שנים וחצי. יש פה נקודה של אי המשכיות. אחרי שהקבלן איחר במספר ימים, לא אכפת לו לחכות זמן רב ואין שום הבדל בין איחור קצר לארוך. דרך יותר טובה זה לנסח פיצוי יומי או פיצוי שבועי ולהגיד שעל כל שבוע איחור, יהיה צורך בפיצוי מוסכם בסכום מסוים. גם את הסכום אפשר לגוון והוא לא חייב להיות אחיד. אפשר לעשות שהפיצוי באיחור בחודש הראשון יהיה גבוה ולאחר מכן הפיצוי ירד. מנגד, אפשר לעשות פיצוי מוסכם שעולה עם הזמן.

הפיצויים המוסכמים הם חלק מהתמחור של המחיר החוזי. יכול להיות שהצד המוכר יסכים לכלול בחוזה פיצויים מוסכמים רק במידה והקונה ישלם יותר כסף על המוצר. אם נניח, הם קבעו 1,000 דולר מחיר, ואז הקונה דורש פיצוי מוסכם של 10,000 דולר, המוכר ידרוש 2,000 דולר בכדי שיהיה לו כדאי להכניס את התנאי של פיצוי מוסכם.

היבט אחד של פיצויים מוסכמים הוא היכולת לסמן שווי סובייקטיבי ובכך לחסוך מבית המשפט את העיסוק בקביעת גובה הפיצויים. היבט נוסף, הוא שזה משדר לבית המשפט שאני אדם שבטוח לעשות איתו עסקים בגלל שאני מוכן לעשות פיצוי מוסכם מראש.

**ע"א 539/92 זקן נ' זיזה –** שני שותפים מנהלים אולם שמחות. בעת הפירוק, הוחלט שהשותף הפורש [זיזה] ישיג את רישיון ההפעלה לאולם השמחות. תנית הפיצויים המוסכמת הייתה כי אם הרישיון לא מושג תוך ארבעה חודשים, יחול פיצוי מוסכם של 700 דולר ליום. משך ההפרה הייתה 500 יום והפיצוי היה אמור לעמוד על 350,000 דולר. מוגשת תביעה לאיסוף מלוא הסכום.

***דעת השופט שמגר***: מפחית את תקופת האיחור מ-500 יום ל-100 יום (זהו מהלך של פרשנות של משך ההפרה והשופט אמר שבפועל 400 יום לא מוגדרים כהפרה שכן התובע הוא זה שאחראי להפרה באותם ימים). בנוסף, הוא מוריד את סכום הפיצוי המוסכם מ-700 דולר ל-200 דולר, כי לדעתו הסכום גבוה מדי. לכן, על הצד המפר לשלם 20,000 דולר. כאן רואים התערבות בשני מישורים: 1. קריאת תיגר על משך ההפרה. 2. שינוי גובה הסכום.

***ביקורת המרצה גדעון פרחומובסקי***: האם פיצוי מוסכם של 700 דולר ליום זה לא סכום סביר? הרי סכום זה מייצג את אובדן ההכנסות ליום כתוצאה מכך שלא ניתן להפעיל אולם אירועים. שמגר סבור שהאולם היה מקום מפחיד ולכן לא ניתן היה לצפות לרווח גבוה בו. כמו כן, הנפגע הפעיל את האולם בניגוד לחוק ובכל זאת הרוויח, ולכן יש לזקוף זאת כנגד שיעור הפיצוי המוסכם.

לדעת המרצה, פסק דין זה מאוד בעייתי. החוק לא מצפה משופט לעשות כך. ההשוואה לא צריכה להיות למצב בפועל, אלא למצב אותו צפו הצדדים בעת כריתת החוזה. שנית, יש קשר ישיר בין מצב האולם לבין עצם קיום ההפרה. מצבו הלא תקין של האולם, סביר להניח קשור לכך שלא היה רישיון להפעלתו. בנוסף, שמגר אומר כי עצם היות ההפעלה לא חוקית, נזקוף אותה לטובת המפר. זה מטורף. אם מחר תבואנה הרשויות ותיתן לו קנס, הוא יוכל להגדיל את הפיצויים המוסכמים?!

במרבית פסקי הדין, השופטים מגלים מעט מאוד רגישות ואמפתיה למפרים. ואילו פה, שמגר מתייחס למפר כמו אחות רחמנייה. בהתחשב ברווח הצפוי, הפיצויים לא היו מופרזים. נראה כי בימ"ש החמיר והפעיל בצורה קיצונית את סמכותו להפחית את הפיצויים.

ניתן לתבוע פיצויים רגילים בנוסף על הפיצויים המוסכמים ובלבד שלא מדובר באותו ראש נזק. אם היו מספר הפרות של החוזה או מספר ראשי נזק ורק הפרה אחת, או רק ראש נזק אחד שנובע מהפרה, אין בעיה להפעיל את תנית הפיצויים המוסכמים ובנוסף לתבוע פיצויים בגין סעיפים 10-14 על ראשי הנזק האחרים. ביטול החוזה לא שומט תניות פיצוים מוסכמים. אפשר לבטל את החוזה ועדין לתבוע מכוח תנית הפיצוי מוסכם שהיה בו. הביטול לא שולל את התנאי.

לסיכום נושא פיצויים מוסכמים מהחומר הנלמד ומתוך פסקי הדין:

הסמכות המוקנה לבית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים (מכוח סעיף 15א) תופעל רק במקרים חריגים בהם אין כל יחס סביר בין הסכום שנקבע בתניה לבין הנזק שנצפה מראש בעת כריתת החוזה (חשין, ע"א אהרון נ' פרץ מ. בן גיאת).

הוראת פיצויים מוסכמים אינה שוללת את יכולת הנפגע לתבוע פיצויים מכוח סעיפים 10-14. (סעיף 15ב). השיקול כלכלי.

כשיש תניה המתייחסת לכל הפרה קלה כחמורה, ככזו המפעילה את תנית הפיצויים המוסכמים, נטיית בית המשפט תהיה לסבור שהפיצויים המוסכמים חריגים ולהפחיתם.

ניתן לתבוע פיצויים רגילים בנוסף על הפיצויים המוסכמים.

1. מקרקעין למשל מחויב בכתב עפ"י החוק [↑](#footnote-ref-1)
2. א) ע"א 621/04 אסעד נ. קבלאן – העוסק במוסד 'הסולחה' בעדה הדרוזית, לאחר שזקני העדה פסקו לרעת המערער 50 אש"ח תבע הנפגע יותר מכך בביהמ"ש המחוזי בו נפסק לטובתו 350 אש"ח. על כן ערער הנתבע לעליון בטענה שהסכמת הצדדים לפנות לסולחה היוותה ויתור על פניה לערכאה משפטית אחרת, ואם ביהמ"ש מתערב הרי שהתערבותו מנוגדת להסכמת הצדדים ותוביל להריסת מוסד הסולחה. האם נאמר שהליכה לסולחה היא כקביעת חוזה והיא תקפה לשני הצדדים, או שנסבור שאין כאן את עקרון החוזה. השופטת נאור [הנשיאה דהיום] דחתה את הערעור מכיוון שלא חששה שהתערבות ביהמ"ש תפגע במוסד הסולחה ועוד לא ברי לביהמ"ש שהייתה במקרה דנן גמירות דעת לכך שהמערער ימנע מלפנות לערעור.

ב) ע"א 3833/93 לוין נ. לוין; זוג שחתם על הסכם גירושין על פיו עד מתן הגט מחוייב הבעל בהוצאות הבית ועם מתן הגט יאבד החוזה כל תוקף משפטי והצדדים מתחייבים לא לעשות בו שום שימוש משפטי לרבות הצגתו בביהמ"ש. [ההתחייבות המוגברת באה כדי למנוע מציאות בה יגיע הדיון בדבר לערכאות] השופט זמיר קבע שהצדק עם האשה כיוון שביהמ"ש מזהה כאן חתימת חוזה משפטי מחייב ולא ניתן להתחמק במצב כזה מהאכיפות. [↑](#footnote-ref-2)
3. מקרה לדוגמא ת"ק 60469-01-15 קלמן נ' אבו אל היגא. לאחר דיון משעשע למדי על חוב הנגזר מהתערבות שלטענת הנתבע הייתה בצחוק. ביהמ"ש חייב את התובע בהוצאות המשפט ונמנע מלהתעסק בזוטי הדברים. [↑](#footnote-ref-3)
4. ע"א 338/65 מדינת ישראל נ' יום טוב קראסיאנסקי. המשיב ערער על תוצאות חידון התנ"ך בהם הפסיד ובמחוזי פתחו פתח לדבריו. העליון דחה את טענתו כאשר נחלקו השופטים בסיבת הדבר, הרוב דחו את טענותיו מכיוון שהמומחים לנושא הם שופטי החידון. ובדעת מיעוט נדחה הדבר מכיוון שמדובר עניינים הקשורים למתן פרס.

ע"א 319/65 אלבלדה נ' חברת האוניברסיטה העברית. ע"א 4106/11 ד"ר יצחק רויזמן נ' הפקולטה לרפואה באוניברסיטת תל אביב. [באחרון מפרט גם בהימ"ש באילו מקומות יתערב בהחלטות הדרגים המקצועיים ובאלו לא.]

בג"צ 571/89 מוסקוביץ נ' מועצת השמאים. התובע ניגש לבחינת מועצת השמאים ונכשל בה שלוש פעמים באופן שהיה נראה לו בלתי סביר. הוא פנה למבקר המדינה ואז גילו שמועצת השמאים הגבילה את אחוז המעבר בשנים האלה ל6.5% מכלל הנבחנים כדי לשמר את רווחיותו של המקצוע. בג"צ במקרה זה הבין שאין מקום לסמוך על שיקולי המומחה במקרה דנן, כיוון שבסיס ההחלטה כאן אינו מתחום המומחיות אלא מתחום השחיתות והורה על שינוי שיטת הציון. [↑](#footnote-ref-4)
5. גם אם היו טוענים ביטול בעילת טעות כלל לא ברור שהעילה הייתה מתקבלת. עילת טעות מלכתחילה מוגבלת מאוד, מה עוד שכאן הייתה הדדית. יתכן שיש למערערים אפשרות לתבוע את השמאי על פי החוזה מולו. [↑](#footnote-ref-5)
6. במשפטיהם ישנם דיונים מרובים על שווייה של התמורה הנדרשת, ממוני או אפילו טיפולי נפשי וכיוצ"ב. ואכמ"ל. [↑](#footnote-ref-6)
7. ניתן היה להבין אחרת לחלוטין את החוק, שאר מקרי הכפייה המשמשים כמקור לשופטת ארבל ניכרים למתבונן מהחוץ ובפסיקתה היא מרחיבה למעשה את הכרחיות הרצון החופשי על פני המבחן האובייקטיבי. אמנם גם לשיטתה הוכחת חוסר הבחירה מוטלת על הטוען לה, **אך העיקרון המהותי לנו מן הדיון – החירות לחתום הינה ערך מהותי הגובר על פני המבחן האובייקטיבי שהינו רק כלי. כלי חשוב והמהותי אבל כלי.** [↑](#footnote-ref-7)
8. יש הסבורים שההגינות היא דווקא לשכלל את העיסקה על סמך הרגשתם של הצדדים שכללה גמירות דעת מספקת. התניית שכלול החוזה ברשימה טכנית פוגעת בצדדים. אלא שהסברה נוטה לומר כדברינו; ישנה רשימה מנחה, אם רצונך באמת להשלים עסקה תעמוד בה. הגדרת הרשימה מראש היא ההוגנת ביותר לשני הצדדים. [↑](#footnote-ref-8)
9. בפסק דין דור אנרגיה, השתמש השופט אור בכלי זה, כאשר חברת דור אנרגיה העניקה לחמדן את היכולת לבחור כל ציוד שהוא רוצה מן המפרט הקיים. [↑](#footnote-ref-9)
10. בד"כ נרשמת הערת אזהרה לאחר שכלול החוזה ולפני העברת הנכס. רישום הערת אזהרה מתבצע על בסיס חוזה. [↑](#footnote-ref-10)
11. אמנם בישראל ישנה אפשרות ביטול עסקאות צרכניות בישראל ע"פ תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקאות) תש"ע-2010 על פי שורת קריטריונים; עלות המוצר\השירות מעל 50 ₪, המוצר מוחזר לבית העסק בו נמכר, כאשר לא נעשה בו שימוש והמוצר לא נפגם. [לבית העסק זכות לגבות דמי ביטול של 100 ₪ או 5% הנמוך מבינם החוק תקף גם לגבי טיסות!] **חוק זה לא פוגם בהשתכללות החוזה.** [↑](#footnote-ref-11)
12. קישור לפרסומת המתוקנת: <http://www.youtube.com/watch?v=Ln0VSA9UJ-w&feature=related> [↑](#footnote-ref-12)
13. אמנם מדובר על דבר דינמי, ואכן במקרה בו המעשה הנדרש לקבלה הינו אלמנטרי סביר הניח שבית המשפט לא יקבל אותו כמעשה קבלה. [↑](#footnote-ref-13)
14. אמנם כל המורחב כאן בצבע תכלת מובא לגישתו של פרחומובסקי, אך לא נמצא במפורש בחקיקה או בפסיקה. הדבר היחיד הפטור מחובת הגילוי בחוק אלו סודות מקצועיים. [↑](#footnote-ref-14)
15. אפשר גם לטעון שזפניק נהגו בחוסר תו"ל בחתימה על כתב הויתור בעודם מתכננים לעתור לבית המשפט. [↑](#footnote-ref-15)
16. פרחומובסקי סבור שמדובר כאן בעסקה בלתי חוקית שבאה להונות את שלטונות המס, כמוסבר בפס"ד. להגיד שבמקרה כזה אנו נזעקים בשמה של זעקת ההגינות זה מאוד בעייתי. אם ההגינות זועקת במקרה מובהק של חוסר הגינות, של עוולה, באיזה מקרה אחר היא לא תישמע? [↑](#footnote-ref-16)
17. קל בנין לא ביקשה אכיפה כיוון שדבר זה לא היה שייך במציאות בה חברה אחרת כבר ביצעה את עבודות התשתית בשטח. [↑](#footnote-ref-17)
18. גם בחוזה למראית עין ישנה אפשרות להשבה, זאת על אף שלא נמצא סעיף לכך בחוק. ההשבה אפשרית על סמך חוק עשיית עושר שלא במשפט, ובפס"ד גינצבורג נ. בן יוסף נקבע שחוק זה על סמכויות ההשבה שלו חל גם על יחסים חוזיים. [↑](#footnote-ref-18)
19. הסיבה לדבר כפולה; קינון המחלה אינו גלוי למתקשרים בניגוד לגילוי המחלה עצמו, בנוסף מדובר במשך לא מוגדר במדוייק, שלא ניתן לנהל על פיו חוזים. [↑](#footnote-ref-19)
20. בניגוד לעיסוק בטענת גמ"ד בה העדפנו ליצור העדה חד משמעית כדי ליצור סטנדרט טוב ויעיל. כאן אנו עוסקים בטענת טעות הבאה תמיד למפרע, פרחומובסקי סבור בשניהם הפוך מפסיקת בית המשפט. בגמ"ד יש לקבוע סטנדרט אחיד פורמאלי ויעיל כיוון שמדד העיקרי הוא אובייקטיבי. בטעות יש מקום לבחון את הטעות ולא לקבוע נוהל סטנדרטי שרירותי כי המדד העיקרי הוא סובייקטיבי. [↑](#footnote-ref-20)
21. יש לשים לב, כי לאור קביעת בית המשפט המחוזי שלא הייתה חובה על אקספומדיה לשלם את עלות הכשרת האתר, ניתן להסיק כי החברה יכולה הייתה לתת לרחמים את הכסף ולתבוע על הפרת חוזה, הרי מוסכם שעליו להוציא את עלויות הייזום ולא על אקספומדיה. אך השאלה היא מי רודף אחרי הכסף. במקרה של תביעת הפרה, הם צריכים לרדוף אחרי רחמים כדי להשיג מהם את הכסף ויכול להיות גם מצב שהחברה תתפרק ולא יהיה להם כסף לשלם, בעוד בדרך שהם בחרו הייתה אפשרות שהיריד יכניס כספים. [מעצם אפשרות זו יש להקשות על קביעת הש' מלץ שלא היה אפשרות משפטית אחרת לחברה. אולם כוונתו שבאותו חרך זמן של הסכמת החברה לשלם 40 אלף לא היה ניתן לתבוע.] [↑](#footnote-ref-21)
22. מצב בו אדם אינו מסוגל לשלם את מלוא חובותיו ונושיו נשארים חסרי כל או בהפסד כלכלי רציני. [↑](#footnote-ref-22)
23. ויש לחלק בין תנאי מגביל בחוזה שאינו לגיטימי לויתור על זכות תביעה שהינו לגיטימי וכעין פשרה. [↑](#footnote-ref-23)
24. בניגוד לחוסר תו"ל שדחק את קריטריון המקובלות. [↑](#footnote-ref-24)
25. ניתן להקשות שמה ההבדל בין המקרה שלנו למקרה של אקסמו מדיה, יש לחלק שזה כפיה וזה עושק אבל קשה קצת. הזמן הסביר נגזר מהחלטת בית המשפט.. [↑](#footnote-ref-25)
26. קצת קשה להגדיר מידת סדום ללא מנהג מקובל הנתפס כתקין. נראה לי שמדובר ביצירת מרווח ביטחון ע"י ברק לסיטואציה בה לא יתאים לו ללכת לפי המקובל. [↑](#footnote-ref-26)
27. הסכם כזה הוא חוזה עבודה שתנאיו נקבעים באמצעות מו"מ בין ארגון יציג -ועד עובדים- לבין המעסיקים. הסיבה שהמו"מ מנוהל ע"י נציגות אחת היא מתוך ניסיון לאזן את פערי הכוח העצומים בין החברה הגדולה לעובד הקטן. [↑](#footnote-ref-27)
28. זו קביעה מעניינת, אך ההסכם הקיבוצי בעיקרו נערך ע"י העובדים ולטובתם שלהם. כך שהצגתו כמגביל את חופש החוזים של העובדים עצמם בעייתית משהו. אמנם כמו שכולנו יודעים יתכן והאיגוד ירע עם חלק מחבריו עבור חבריו האחרים [כמו שנפוץ בהסתדות הכללית בישראל...]. [↑](#footnote-ref-28)
29. אין כאן סקר אלא פשוט קביעת ערכים על פי תחושתו של בית המשפט – המנוהל ע"י חבר שופטים מבוגר למדי... [↑](#footnote-ref-29)
30. דבריו דומים ל'ראוי העיסקי' בו דיברנו בפס"ד איליט לעיל. אולם ניתן לסבור שבמימד של אפליה, ו\או של תקנת הציבור, לא שייך לנקוט בגישה של איזון אינטרסים. יתכן ומגבלות מסוימות אינן ברות איזון אלא 'קדושות'. [↑](#footnote-ref-30)
31. אמנם הם ישארו עם נכס מלא בפגמים, דבר שפוגע בערכו באופן מהותי. יתכן דווקא שהיה עדיף לבארי להשיג פיצוי בשווי הדירה המובטחת ולא הישארות בזו הקיימת. [↑](#footnote-ref-31)
32. יתכן וניתן ללמוד מפסקו של השופט אור שראה את התנהלותו של סולימני כחמורה יותר מאשר התנהלות כץ שיש לראות בחומרה לא פחותה, ואולי אף רבה, חוסר תו"ל כלפי החוק אף לעומת חוסר תו"ל מול הצד שכנגד. הרי סולימני נהג בתו"ל כלפי כץ והם מצידם התחייבו לדבר שלא עמדו לקיים, אך סולימני לא פעל בהתאם למתחייב מהחוק. [↑](#footnote-ref-32)
33. המחשבה הייתה שאולי ימצאו ספקים טובי לב שירצו לקבל אישור מראש לניסוח חוזה אותו הם רוצים לעצב. אך בפועל לא היה אף ספק שפנה מיוזמתו לבית הדין, זאת למעט כאלו שחויבו לכך ע"י הגורם הרגולטורי לו היו כפופים. [↑](#footnote-ref-33)
34. על אף שפסק זה קשה, וסותר את הנאמר בס' הראשון לחוק – "חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים" – בכך שאין כאן חוזה שבעת חתימתו נועד לקפח את חותמיו אלא להיטיב עימהם, התחדשה מכאן הלכה משמעותית; **מתוקף חוק החוזים האחידים ניתן לפסול גם תניות בתקנון** (!). וכן משמע מפס"ד כדורגל בסופו של עמוד זה. [↑](#footnote-ref-34)
35. דנג"צ רקנט, על הסכמי העבודה באל-על הראה לנו שאף ללא חוק החוזים האחידים ניתן לתקוף הסכם עם תניות לא סבירות בשם תקנת הציבור כנזכר לעיל. [↑](#footnote-ref-35)
36. בדומה ובניגוד לעושק, בעושק אנו נזקקים למצוקה רצינית. בנוסף מודבר בחוזה אחיד ולא כמו בעושק אין צורך שהתנאים יהיו גרועים באופן מיוחד, אלא די בכך שעצם ההסדר אינו תקין כמו שנראה בהמשך. [↑](#footnote-ref-36)
37. סעיף ג זה לא נקבע ע"י בית המשפט אחרת אלא פשוט בוטל ע"י בית המשפט -בדומה לשני הסעיפים הקודמים לו- והוענקה לחברה אפשרות לנסח את הסעיף הזה מחדש. [↑](#footnote-ref-37)
38. משען הפסידו הכל בגלל שלא השתמשו מתחילה בעילות הנוספות. לקח להשתמש תמיד בכל עילה שאפשר מההתחלה! [↑](#footnote-ref-38)
39. באותה תקופה לא היה ניתן להשיג משכנתא מהבנק אלא אם הבעלות על הנכס נרשמת על שמו של מבקש ההלוואה. מלכוד 22 – להם אין אפשרות לשלם בלי קבלת המשכנתא, והעברת הבעלות נקבעה כמאוחרת לתאריך התשלום. [↑](#footnote-ref-39)
40. עמ' 287 בפרשנות במשפט, כרך ד'. [↑](#footnote-ref-40)
41. אמנון לוי רצה לקבל סכום עתק על הטכנולוגיה מתחילה, אך החברה סירבה. במקום זה הם סיכמו תשלום על יעוץ שהיווה מעין תשלום חלופי לתשלום על הטכנולוגיה. אע"פ שנראה הסדר זה יוצא דופן סבור השופט שיש כאן היגיון כלכלי לפי השופט. אולם אפשר היה לומר שיש כאן תוצאה אבסורדית לדברי השופט – תשלום דמי יעוץ לאחר המוות, לפיכך ניתן היה להגיע בפסק זה גם לתוצאה הפוכה. [↑](#footnote-ref-41)
42. והיה וירדו מחירי השוק והנפגע רק הרוויח מן הביטול הוא עדיין זכאי לפיצוי השבה והסתמכות [אף אם לא פיצוי ציפייה] [↑](#footnote-ref-42)
43. לפיכך אף עם התרחשותו יש לצד שכנגד להתנהל באופן המחוייב לחוזה. אלא אם פורט בחוזה בפירוש שכל אחד מהנ"ל מהווה הפרה יסודית, אזי זו הפרה מוסכמת. [↑](#footnote-ref-43)
44. אבל עדיין נראה לי שיש צד להקל בפיצוי אף אם נקבל את גישתו של פרחומובקי בעניין ההפרה, לא מסתבר לחייב פיצוי על 14 שנה בהן התנהלה באלאנס תוך תפיסה שהכל סבבה... [↑](#footnote-ref-44)