תוכן עניינים

[שיעור 1: הקדמה 4](#_Toc474414510)

[תפקיד דיני החוזים 4](#_Toc474414511)

[מבנה מערכת המשפט 5](#_Toc474414512)

[עקרון חופש החוזים 6](#_Toc474414513)

[שיעור 2: פעולת החוזים 8](#_Toc474414514)

[הטופוגרפיה של דיני החוזים 8](#_Toc474414515)

[מתי נתערב בחופש החוזים? 9](#_Toc474414516)

[שיעור 3-10: כריתת חוזה 11](#_Toc474414517)

[העדה על גמירת דעת 11](#_Toc474414518)

[מסוימות 16](#_Toc474414519)

[כתב 16](#_Toc474414520)

[זכרון דברים 21](#_Toc474414521)

[הצעה וקיבול 24](#_Toc474414522)

[הצעה לציבור 24](#_Toc474414523)

[חזרה מהצעה ופקיעת הצעה 26](#_Toc474414524)

[קיבול 28](#_Toc474414525)

[תום לב במו"מ לכרית חוזה 29](#_Toc474414526)

[התנהגויות שיכולות לעלות כדי חתו"ל במו"מ 30](#_Toc474414527)

[סעדים בגין הפרת החובה לנהוג בתו"ל במו"מ 33](#_Toc474414528)

[שיעור 11-17: פגמים בכריתה – עילות ביטול 34](#_Toc474414529)

[חוזה למראית עין – ס' 13 34](#_Toc474414530)

[טענת הטעות- ס' 14 37](#_Toc474414531)

[עילת ביטול 37](#_Toc474414532)

[טעות 37](#_Toc474414533)

[*טעות בזהות הצד שכנגד* 39](#_Toc474414534)

[דרישות לקיום טעות 41](#_Toc474414535)

[הטעיה- ס' 15 41](#_Toc474414536)

[הטעיה במעשה 41](#_Toc474414537)

[הטעיה במחדל 43](#_Toc474414538)

[סעדים לטעות או הטעיה 45](#_Toc474414539)

[כפייה- ס' 17 48](#_Toc474414540)

[הפעלת לחץ נפשי 48](#_Toc474414541)

[לחץ כלכלי 48](#_Toc474414542)

[תפקיד הצד שכנגד בעילת הכפיה 51](#_Toc474414543)

[עושק- ס' 18 52](#_Toc474414544)

[בין עושק לחוסר תום לב 53](#_Toc474414545)

[חוזה פסול- ס' 30-31 54](#_Toc474414546)

[חוזה פסול – ס' 30 54](#_Toc474414547)

[חוזה פסול חלקית – ס' 31 60](#_Toc474414548)

[חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות 62](#_Toc474414549)

[שיעור 17-19: חוזים אחידים 64](#_Toc474414550)

[חוק החוזים האחידים 65](#_Toc474414551)

[מונחים מרכזיים בחוזים אחידים 66](#_Toc474414552)

[חוזה אחיד 66](#_Toc474414553)

[תנאי 66](#_Toc474414554)

[קיפוח 67](#_Toc474414555)

[בטלות תנאים – ס' 5 69](#_Toc474414556)

[שיעור 19: חוזים על תנאי- ס' 27-29 72](#_Toc474414557)

[ס' 27 – חוזה על תנאי 72](#_Toc474414558)

[האופציות הפרשניות 73](#_Toc474414559)

[27ב – בררת מחדל פרשנית 74](#_Toc474414560)

[ס' 28 – סיכול תנאי 74](#_Toc474414561)

[ס' 29 – בטלות החוזה או ההתנאה 75](#_Toc474414562)

[שיעור 19: חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים 75](#_Toc474414563)

[חיוב עצמאי 75](#_Toc474414564)

[חיוב מותנה 75](#_Toc474414565)

[חיובים שלובים 76](#_Toc474414566)

[שיעור 20: סיכול- ס' 18 לחוק התרופות 77](#_Toc474414567)

[שיעור 20-21: תום לב בקיום חיובים חוזיים- ס' 39 79](#_Toc474414568)

[שיעור 21: פרשנות חוזה 81](#_Toc474414569)

[ס' 25 לחוק החוזים – עקרונות פרשנות 82](#_Toc474414570)

[תכלית החוזה 82](#_Toc474414571)

[בעבר: תורת שני השלבים 83](#_Toc474414572)

[היום: הלכת אפרופים 83](#_Toc474414573)

[שיעור 21: הפרה צפויה 86](#_Toc474414574)

[שיעור 21-23 + שיעור עם המתרגל: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) 86](#_Toc474414575)

[סעד האכיפה 89](#_Toc474414576)

[ס' 3: הזכות לאכיפה והחריגים לה 89](#_Toc474414577)

[ס' 4: אכיפה בתנאים 93](#_Toc474414578)

[סעד הביטול וההשבה 93](#_Toc474414579)

[הפרה יסודית והפרה שאינה יסודית 93](#_Toc474414580)

[הפרה יסודית מוסכמת והפרה יסודית מסתברת 93](#_Toc474414581)

[השבה- ס' 9 לחוק התרופות 96](#_Toc474414582)

[הבחירה בין אכיפה לבין ביטול והשבה 96](#_Toc474414583)

[סעד הפיצויים 97](#_Toc474414584)

[הקריטריונים לקבלת פיצויים 97](#_Toc474414585)

[פיצוי על נזק שאינו ממוני 98](#_Toc474414586)

[מניעת או הקטנת נזק 98](#_Toc474414587)

[בחירה בין סוגי פיצויים 99](#_Toc474414588)

[פיצויים ללא הוכחת נזק 99](#_Toc474414589)

[פיצויים מוסכמים 101](#_Toc474414590)

**שיעור 1**

שיעור 1: הקדמה

## תפקיד דיני החוזים

חוזים הם עמוד השדרה של המשטפט המסחרי. מכשיר חשוב בכלכלה המודרנית. תחום שמותיר מרחב ליצירתיות – מרחב פעולה.

הגדרת חוזה: הסכם בין שני צדדים או יותר שהמשפט מקנה לו תוקף מחייב.

הסכמה

הסכם

חוזה

שלושה מעגלים – הרחב ביותר הוא מעגל ההסכמה, הפנימי יותר מעגל ההסכמים ובתוכו המעגל החוזי (חוזה).

במעגל הפנימי: חוזה (הוא אכיף מבחינה משפטית) – בכל חוזה יש הסכמה אך לא כל הסכמה היא חוזה. מהסכמות אפשר לחזור, אך זה לא אומר שאין לכך מחיר (גם אם קטן).

המעגל האמצעי: הסכם – יותר מחייב מהסכמה אך לא כמו הסכמה. להסכם אין סנקציה משפטית כי הוא אינו חוזה, אך עדיין יכולות להיות לכך תואצות קשות. שני אנשי עסקים מחליטים לערוך פגישה בזמן ומקום מסוים. אחד אינו מופיע. זוהי לא הפרת חוזה, אך כן הפרת הסכם ויכולות להיות לכך סנקציות (שאינן משפטיות) – למשל: פגיעה במוניטין של מי שלא הגיע ויכולות להיות לכך השלכות כלכליות. הסכם זה אינו חלק מהזירה המשפטים.

בחוזה, לב המעגלים, המשפטי כן מתערב.

מערכת המשפט הינה מערכת של כללים, אך בשונה ממדעים מדויקים, היא מעשה ידי אדם ולא הכתבה של חוקי הטבע. לכן המעגל הפנימי של החוזה יכול לגדול או להצטמצם (כי הוא בשליטת בני אנוש), ומשתנה כל הזמן. לדוג': בעבר הסכמי נישואין לא היו אכיפים והיום הם כן אכיפים משפטית.

למה לא להרחיב את המעגל של החוזה שיכלול כל סוג של הסכם והסכמה?

* תהיה לכך השפעה על התנהגות בין אישית. אדם ישקול כל משפט לפני שיאמר אותו.
* מערכת המשפט (והצדק) תקרוס. המערכת עובדת במשאבים מוגבלים, ואם נרחיב את העילות החוזיות יווצר עומס אדיר על המערכת. במקרה כזה או שאיכות פסקי הדין תרד או שתיווצר סחבת משפטית (ולתזמון של עשיית הצדק יש ערך) שתהווה פגיעה בצדדים. אם יוקצו משאבים נוספים למערכת המשפט, הם יילקחו ממערכת אחרת ותגרע ממנו ותפגע בו.
* במערכת שבה המשפט מכסה הכל, קשה להוכיח תכונות אופי או סגולות. אם המשפט היה חל על כל הסכם, ויש איש או אישה שמקיימים הבטחות כי היא באמת מאמינה בזה לא תהיה לה דרך להראות שהיא עושה את זה מתוך אמונה בערך ולא בגלל שכך קובע החוק. חשוב שאנשים יפתחו תכונות אופי ללא תלות במשפט וללא הנחייתו.

למה האכיפות חשובה?

**בזכות מימד האכיפות, חוזים אפשרו לכלכלה לעבור מעסקאות ריאליות (חליפין- החלפת נכס בנכס) לעסקאות אובליגטוריות (בהן מוחלפת התחייבות בהתחייבות).**

העסקאות בעבר היו ריאליות כי בהם כל צד מקבל את מה שרצה. בעולם בו מחליפים הבטחה בהבטחה העניינים יותר מסובכים. הסכם בו צד אחד ייתן 1000 ₪ והצד השני יחזיר בעוד שנתיים, אינה עסקה בטוחה. כשעוברים לעולם שבו מדברים על חילופי רכוש עתידי זה משנה את השוק. כך למשל כשקונים דירה על הנייר: הדירה לא קיימת, והקונה משלם עליה. הקונה לוקח סיכון כי הוא מקבל את אותה הדירה שיוכל לקנות כמה שנים מאוחר יותר במחיר יותר זול. הרוכש מוכן לקבל סיכון גבוהה יותר תמורת מחיר נמוך יותר. הסיכון – הדירה לא תהיה בדיוק מה שרוצים, צנרת לא טובה, וכו'. הסיכון מגולם במחיר שהוא נמוך יותר.

אם כך, למה קבלנים מציעים דירות על הנייר במחיר נמוך יותר מזה שיוכל לקבל בהמשך? הזרמת כספים גם במהלך הבנייה. מבחינת הקבלן, הוא יכול לקבל מימון לפרוייקטים נוספים בעודו בונה פרוייקטים קודמים ולהמשיך להתגלגל בין פרויקט אחד לאחר. כדאי לו להוריד את המחיר כדי שתיווצר האפשרות להתחיל פרויקטים נוספים.

אם קבלן לא יעמוד בהתחייבותו, מערכת המשפט תיתן גב לקונה גם במקרה של קנייה על הנייר. הודאות המשפטית הזאת היא קריטית על מנת לאפשר עסקאות כאלה.

מערכת המשפט לא מעניקה סעד במצב של חבות פירעון (פשיטת רגל).

ישנם שיקולים חוץ משפטיים שבגללם אנשים עומדים בהתחייבויות שלהם ולקיים את הבטחותיהם:

* מוניטין ושם טוב
* שיקולים מוסריים ומצפוניים
* שיקולים דתיים
* "מה ששנוא..."
* קיום ההבטחה מועיל ללא קשר לתגובת הצד שכנגד
* נורמות חברתיות
* חשש מפגיעה בידי הצד שכנגד

המנגנונים האלו הם אפקטיביים במיוחד בקבוצות יחסית הומוגניות שיש בהם משהו משותף ויש אינטראקציה חוזרת עם אותם אנשים, קשר ארוך טווח.

ברגע שעוברים לכלכלה המודרנית שבה יש חברה הטרוגנית, אין התקשרויות חוזרות ואין הכרות נוספת, המנגנונים האלה נהיים הרבה פחות משמעותיים, ועניין האכיפות המשפטית הוא הרבה יותר מרכזי ומשמעותי.

כשמתקשרים עם גורמים שפועלים במדינות אחרות ואינם חלק מהחברה הישראלית, עניין הנורמות, המוסר, והמוניטין אינם גורם משמעותי.

## מבנה מערכת המשפט

מבחינת מבנה המערכת המשפטית, ישנה חלוקה למשפט ציבורי ומשפט פרטי.

(לעדכן כטבלה?)

המשפט הציבורי עוסק בשתי מערכות יחסים: האופקית בין רשויות הממשל ומערכת היחסים האנכית בין רשויות הממשל לבין האזרחים.

-המשפט החוקתי: א. מבנה המשטר, הסמכויות שלו ב. מגדיר את זכויות היסוד של הפרטים.

-המשפט המנהלי: מגדיר את רשויות המנהל ואת סמכויותיהם. ענפי הדין: דיני מכרזים, דיני תכנון ובניה, דיני רשויות מקומיות, מידע על משרדים ממשלתיים. מגדיר את כוחות הרשות, סמכויותיה ומגבלות על כוחות וסמכויות אלה.

- דיני המס

-משפט פלילי: דיני עונשין. הליך פלילי מנוהל על ידי המדינה.

משפט פרטי:

-דיני קניין: קובעים זכויות וחובות של פרטים ביחס לנכסים מסוימים, חפצים מסוימים. מה שמאפיין את דיני הקניין ומבדילה אותו מהאחרים הוא שנוצרות זכויות In Rem או זכויות חפצא – זכות הבעלות מקנה אגד זכויות לבעלים שכולל: א. הזכות להדיר צדדים שלישיים ב. הזכות להשתמש בנכס כרצונו ג. הזכות להעביר את הבעלות לאחר התמורה לתשלום. זכויות In Rem תקפות בכל העולם כולו. אם יש חוזה קניין עם אדם מסוים זו יש לצדדים זכויות אך ורק אחד כלפי השני ולא כלפי אנשים אחרים – הזכות יושבת על הנכס עצמו. חייב להכרת חוזה, אחרת אין שום תביעה על החפץ. אם חפץ מסוים שייך לאדם, כל העולם כפוף לזכות הקניינית של אותו אדם. לזכויות קניין יש קדימות לזכויות חוזים (היקפה – בכל העולם, כוח רב יותר). זה מתבטא במצב של חדלות פרעון (כשאין לחייב כסף לשלם): בעלי זכויות קנייניות נפרעים ראשונים, נושים חוזיים יקבלו את מה שנשאר.

-דיני נזיקין: In Personam זכויות גברא (כלפי אדם ואל כלפי חפץ. כל הסעיפים הבאים הם In Personam) קובעים חובה/איסור פגיעה/גרימת נזק לצדדים שלישיים תוך חריגה מסטנדרט התנהגות ראוי. לא כל נזק מצדיק פיצויים, רק נזק שחורג מהתנהגות ראוייה. מטרת דיני הנזיקין היא להשיב את המצב לקדמותו. הרעיון בבסיס: ניתן לפצות על נזק בכסף ואפשרות ההמרה תמיד קיימת ותמיד ניתן לפצות את הנפגע כלכלית. לדוג': אדם לא נוהג בזהירות ולא שומר מרחק ופוגע ברכב האדם לפניו. נוצר נזק של 2000 שקלים. דיני הנזיקין יחייבו את הפוגע להעביר סכום של 2000 ₪ לנפגע. המצב לא שב לקדמותו: הנפגע הושב למצב בו היה לפני התאונה, אך מצבו של הפוגע לא נותר אותו דבר, מצבו הורע כי הוא נאלץ לשלם פיצויים. כלומר בדיני נזיקין משיבים את מצב הנפגע לקדמותו, אך לא את מצב הפוגע. נזיקין זה אירוע שלילי – המצב הכולל אחרי התאונה ירד ממה שהיה לפניה ולא עלה.

-דיני עשיית עושר שלא במשפט: קובעים איסור כללי – להתעשר על חשבון הזולת **שלא כדין**. עוסקים בסיטואציות שבהן צד מסוים צובר התעשרות או רווח על חשבון אחר שלא כדין או כתוצאה מטעות. דוג': אחד אמור להעביר 5000 שקלים לחשבונו של שני. כתוצאה מטעות של הבנק הכסף נכנס לחשבונו של שלישי. השלישי התעשר שלא כדין ועל פי הדין על הכסף להילקח מהשלישי ולהינתן לשני. גם בדינים אלה מנסים לתקן מצב מסוים וניתן להחזיר את המצב לקדמותו, או להגיע לתוצאה הרצויה. השלישי מאבד את ההתעשרות וחוזר למצב הרגיל, הראשון לא ישלם פעמיים, והשני יקבל את מה שמגיע לו. המבט הוא לאחור – להחזיר את הדברים למצב שהיה לפני מקרה מסוים.

-דיני החוזים: בניגוד לדיני נזיקין ודיני עשיית העושר שנועדו לפצות על נזקים או לתקן תקלה שהולידה התעשרות, דיני החוזים עוסקים במצבים מתוכננים: לא תאונות או תולדות של טעויות, אלא באירועים מתוכננים. צדדים נכנסים לחוזה כדי לשפר את מצבם בהשוואה למצב בו היו לפני כריתת החוזה. לא מדובר במכשיר שמביא למצב מושלם, אלא כלי שעוזר לשפר את המצב (לא תמיד – אך ההנחה בעת כריתת החוזה היא שהוא נחתם כדי לשפר את המצב). חוזה הוא מכשיר תכנון שמבוסס על עיקרון של הסכמה. הם נועדו לשפר את מצב המתקשרים בחוזה ביחס למצב בו היו ערב כריתת החוזה. כלומר, משמעות הפיצוי החוזי מציב את הנפגע במצב שהיה בו אם החוזה היה מתקיים. זה אמור לתת את התוצאה שלא קיווינו. מנסים להגיע למקום הטוב יותר אליו היינו אמורים להגיע אם החוזה היה מתקיים.

## עקרון חופש החוזים

עקרון חופש החוזים הוא עיקרון יסוד בשיטה המשפטית בדיני חוזים. רוצים לאפשר חופש לשני הצדדים בכל מה שקשור להתקשרויות החוזיות ביניהם. למה יש לעיקרון זה חשיבות עליונה?

* חירות: לא רוצים להגביל חופש של פרטים בחברה אלא אם כן עלול להיגרם נזק לאחר.
* אוטונומיה: יש ערך לכך שאנשים מקבלים החלטות עבור עצמם, ולא אחר מקבל את ההחלטות עבורם.
* רמה מסוימת של רציונליות: כדי שהחוזים אכן ישפרו את מצב המתקשרים. הרמה הראשונה היא רמת הגדרת המטרות – המתקשרים יודעים מה טוב עבורם, הרמה השנייה היא קישור בין המטרה לאמצעי – המתקשרים יודעים גם איך יגיעו למטרות שהגדירו.

חופש החוזים מתפצל לשניים:

- חופש ההתקשרות: חירות להחליט עם מי לכרות חוזה.

- חופש העיצוב: חירות לעצב את פרטי החוזה. בחוזים עם אנשים שמכירים החוזה יהיה פחות ספציפי, עם פחות סנקציות. בחוזה עם אדם שלא מכירים החוזה יתעצב באופן אחר ויהיו הרבה יותר סנקציות והבטחות ביטחון.

ס' 23 לחוק החוזים (חלק כללי): צורת החוזה:  
חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתוקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים.

ס' 24 לחוק החוזים (חלק כללי): תוכנו של חוזה:   
תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים.

נשאלת השאלה: עד כמה רחב חופש החוזים והאם הוא כולל גם חופש מחוזים? האם צדדים יכולים לשכלל יצר משפטי שיש לו את כל המאפיינים החוזיים אבל נשלל יסוד האכיפות, כלומר לא תינתן פנייה לערכאות?

השאלה נשאלת כי סוחרים כרתו חוזים והסכמים שהסכימו שלא מגיעים לבית המשפט כי מערכת המשפט לא מבינה בעניינים פנים קהילתיים – למשל בסחר היהלומים כדי לבצע הסכם צריך ללחוץ יד ולומר "..." (לברר). בית המשפט היה קובע את החוזה הרבה לפני, אך במסחר יהלומים זה חשוב ומשמעותי.

* ע"א 621/04 **אסעד נ' קבלאן**: בעקבות סכסוך בין הצדדים החליטו להביא את הסכסוך לפתרון באמצעות מוסד הסולחה (הדרוזי). בסולחה נקבע שהמערער צריך לשלם למשיב 50000 ₪. המשיב לא היה מרוצה ותבע בבית המשפט הישראלי שם נקבע שיקבל 350000 ₪. המערער הגיע לביה"מ העליון בטענה שבהחלטה לפתור סכסוך דרך הסולחה הייתה גם הסכמה לא לפנות לבית המשפט כי יש בכך התערבות שלא בהסכמת הצדדים כי הם הסכימו לפנות לסולחה. הנשיאה נאור אומרת: "כבודו של מוסד הסולחה במקומו מונח ויש לכבדו. עם זאת אין אנו ... באישורו על ידינו כדי להביא כנטען להרס של מוסד זה" מה גם שבית המשפט המחוזי לא השתכנע שהייתה גמירת דעת לוותר על זכות התביעה או כי הסמיך את מוסד הסולחה או את בני משפחתו לוותר על זכותו. היא טוענת: לא ברור שקבלת התביעה תערער את מוסד הסולחה, ובנוסף (ויותר חשוב) אי אפשר להסיק מהנסיבות שאכן בפנייה למוסד הסולחה היה ויתור על הזכות לפנות לבית המשפט.
* ע"א 3833/93 **לוין נ' לוין** פ"ד מח (2) 862: זוג חתם על הסכם גירושים. הם נעזרו באותה עורכת דין. במסגרת הסכם הגירושים נכלל ס' 11: "עד מתן הגט ימשיך הבעל לשאת בכל הוצאות אחזקת הבית והמזונות. החוזה יהיה חסר תוקף משפטי ויהווה קניינו בלבד של הבעל ביום מתן הגט. הצדדים מתחייבים שלא להשתמש בחוזה זה לכל מטרה שהיא לרבות הצגתו לבית משפט." הבעל הסכים לשלם תשלומים גבוהים יותר בתמורה לכך שלא יגיעו לבית משפט, ולכן לא יהיה קביל בבית משפט. הבעל סבר שהאישה מעכבת את מתן הגט ומפסיק לשלם. היא תובעת אותו ומציגה את החוזה ומבקשת לאכוף אותו כמו שהוא. האם מהלך כזה הוא אפשרי וחוקי? האם נותנים לצדדים פרטיים כוח לעשות דבר כזה: חוזה לכל דבר שמחריג את עצמו מהמשפט ובכך מונע את אכיפותו. השופט זמיר: מעניק לאישה את מבוקשה ואוכף את ההסכם משום שהוא סבור שהמסמך מעיד על כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים ומכיוון שכך לא ניתן לשלול את האכיפות. זוהתה כוונה ליחסים משפטיים מחייבים ולכן האכיפות חייבת להיות חלק מהעסקה. חופש החוזים לא מאפשר ביטול אכיפות.

**שיעור 2**

# שיעור 2: פעולת החוזים

החוזה נועד במהותו לשפר את מצבם של המתקשרים.

במכירה: צריך לחשוב על שווי למוכר/ת ועל שווי לקונה. (השווי (המספר) לקונה חייב להיות גדול מהשווי למוכר, אחרת לא יהיה חוזה)

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| הנכס נשוא החוזה | שווי למוכר/ת (מינימום שמוכן לקבל) | שווי לקונה (מקסימום שמוכן לשלם) | מחיר חוזי (תמיד יהיה בין השווי למוכר/ת לשווי לקונה – לא בהכרח באמצע) | ממה נובע הפער | שיפור |
| כרטיס להופעה של התקווה 6 | 80 ש"ח | 100 ש"ח | 95 ש"ח | הבדלי העדפות | מוכר/ת: +15  קונה: +5 |
| ערכת כלי נגרות | 30 ש"ח | 120 ש"ח | 48 ש"ח | הבדלי כישורים | מוכר/ת: +18  קונה: +72 |
| מטבע עתיק | 400 ש"ח | 5000 ש"ח | 500 ש"ח | פערי מידע | מוכר/ת: 100  קונה: +4500 |
| מנייה בחברת טבע | 4800 ש"ח | 5000 ש"ח | 4800 ש"ח (מחיר השוק קובע במקרה הזה) | פערי ציפיות לגבי העתיד |  |

המו"מ בדוגמאות אלו הוא הכרחי (בניגוד לקנייה בסופר) כי קיים עניין של מידע פרטי: מידע שידוע לצד אחד אך לא לצד השני. בכל העסקאות הללו בעולם האמיתי המינימום והמקסימום של הצדדים לא ידוע לצד השני. כדי לחשוף את הערכים הללו צריך לערוך מו"מ. התפקיד הראשוני של מו"מ הוא לנסות להבהיר האם יש אפשרות לחוזה, האם יש מרחב מחיה חוזי, האם השווי לקונה גדול או שווה לשווי למוכר/ת. התפקיד השני של המו"מ (בהנחה שיש אפשרות לחוזה) הוא לקבוע את המחיר החוזי. לפעמים, גם אם זה אפשרי כלכלית ויש מרחב חוזי, חוזה לא יכרת (לא רוצים לצאת פראיירים). במו"מ הצדדים לא חושפים את המינימום או המקסימום האמיתי שלהם, כדי להגדיל את התשלום הסופי שיתקבל. כלומר – לא יודעים את המינימום או המקסימום האמיתי.

## הטופוגרפיה של דיני החוזים

ישנם תנאים בסיסיים שצריכים להתקיים כדי שיתקיים חוזה – הם נקראים תנאי סף והם:

1. הודעה על גמירת דעת
2. מסוימות מספקת
3. כתב – בחוזים מסוימים

נתמקד בעקרון חופש החוזים ונראה איפה לא נכבד את ההסכם למרות קיום של התנאים הללו ונתערב בתנאים החוזיים – גבולות חופש החוזים.

### מתי נתערב בחופש החוזים?

1. ***סיבת התערבות:* סיבות תוכניות (מהותיות)  
   *אופן התערבות:* שלילת האכיפות המשפטית באופן מלא או חלקי** *דוגמאות:   
   -* חוזה בלתי חוקי- החוזה יחשב בלתי חוקי ואכיפותו תיפגע.   
   - חוזה המנוגד לתקנת הציבור- לא סותרים סעיף חוק ספציפי אלא לא מתיישבים עם עקרונות שנחשבים לעקרונות על של שיטתינו המשפטית, למשל פגיעה בכבוד האדם.   
   - חוזה לרעת צד ג'- ישנם חוזים שיכולים לפגוע בצד ג' גם באופן עקיף – כאלו שפוגעים בשוק, שמטרתם להוציא דיבה על מישהו.  
   - זוטי דברים- עניינים פעוטים וחסרי ערך, מערכת המשפט לא דנה בענייני זוטריים.   
   דוג' למקרה: ת"ק 60469-01-15 **קלמן נ' אל היג'א** – קלמן הוא מנהל העבודה של היג'א שמתלונן על כך שלא קיבל תשלום מקדמה על עבודתו. הם מתערבים על 1000 ש"ח על מי צודק, מתברר שקלמן צודק. היג'א אומר שישלם אבל בתשלומים: שקל בחודש. קלמן תבע בביה"מ לתביעות קטנות. בית המשפט קבע: השערים פתוחים לכולם אך לא להגיע לבית המשפט עם עניינים פעוטי ערך שבית המשפט לא צריך להתערב בהם וחייב את התובע ב-300 ש"ח הוצאות משפט.) הסכמים פוליטיים חשובים (הסכמי רוטציה, קואליציונים)- רק אלו שברמה הגבוהה ביותר מתוך כבוד לרשות אחרת.  
   - חוזים שההתערבות בהם מהווה חילופי מומחה, עניינים הקשורים לכבוד, מתן פרס או ציון.   
   דוג': ע"א 338/65 **מדינת ישראל נ' יום טוב קרסיאנסקי**: קרסיאנסקי התמודד בחידון התנ"ך והגיע במקום שני אחרי מתמודד אוסטרלי. הוא טען שהשופטים העניקו יותר מדי נקודות לאוסטרלי והוא קופח, והייתה בעיה עם החישוב. הוא תבע את המדינה, והמדינה מערערת. בפס"ד עלו 2 דעות – דעת הרוב: השופט ברנזון והשופט ויתקון – אומרים שיש להשתתפות בחידון בסיס חוזי, השופטים הם המומחים ואל לבית המשפט להמיר את שיקול דעתם בשיקול דעתו (פורום חילופי מומחה). על פי דעת המיעוט של השופט הלוי מדובר בעניין מתחום הכבוד ואל לו לבית המשפט לתחום זה.   
   דוג' נוספת: ע"א 319/65 **אל בלדה נ' חברת האוניברסיטה העברית**: הלימודים נערכו בשלושה טרימסטרים. האוניברסיטה החליטה להעריך את לימודי המשפטים בטרימסטר ופונים לבית המשפט: טוענים שמדובר בהפרת חוזה על ידי האוניברסיטה. בית המשפט מסרב להתערב. השופט לנדוי נוקט בגישת פורום חילופי מומחה וסובר שאוניברסיטה היא המומחה ואם כך החליטו אל לבית המשפט להמיר את שיקול דעתם. השופט קיסטר טען שמדובן בנושא הקשור לכבוד (תואר אוניברסיטאי) ולכן אסור לבית המשפט להתערב.   
   דוג' נוספת: ע"א 4106/11 **ד"ר יצחק רויזמן נ' הפקולטה לרפואה באונ' ת"א**: ד"ר רויזמן החזיק בתואר ד"ר במדעי הרפואה אך רצה גם לעשות תואר ד"ר בפילוסופיה. הצעות המחקר שלו נדחות על ידי האוניברסיטה. הוא תובע אך ביה"מ אינו מתערב: החלטת הועדה נופלת בגדר שיקול דעת מקצועי הנתון לה לפי התקנון וביה"מ אינו רשאי להתערב. התערבות תבוא רק אם ההחלטה התקבלה בחוסר סמכות או מטעמים לא ענייניים כגון: שרירות או אפלייה.   
   בג"צ 571/89 **מוסקוביץ' נ' מועצת השמאים**: מוסקוביץ' רצה להיות שמאי, למד וניגש למבחן השמאות. בבחינה הראשונה מקבל פחות מ-45. מוסקוביץ' פונה לשמאי מוסמך ומבקש ממנו לעבור על הבחינה ולברר מה לא טוב, הוא לא מוצא טעויות כל כך קריטיות. מוסקוביץ רוצה לערער אך מועצת השמאים מאשרת ערעורים רק מעל 50. הוא ניגש שוב, הפעם קיבל 52, מערער וציונו עולה ל-54, ניגש שוב ושוב נכשל. הוא פונה לבג"צ. מסתבר שהתשובות שלו לא היו רעות ושהיה יכול לעבור. מועצת השמאים מקבלת רק אחוז מאוד קטן של ניגשים. כך לא יהיו הרבה שמאים ולא תהיה תחרות. בית המשפט מבין שמדובר בשחיטות – המומחה מנצל את מעמדו ושוקל שיקולים שאינם מן העניין. ביה"מ מפקיע את סמכות השיפוט ממועצת השמאים ואומר שמוסקוביץ יגש פעם נוספת ובפעם הזו אם הוא לא יבדק כראוי ביה"מ ימנה אדם שיבדוק את המבחן ואפילו יתערב בעצמו בבדיקה. חוזה הקשור למזל או הימור- ס' 32 לחוק החוזים (שלילת אכיפה או פיצויים).
2. ***סיבת התערבות:* פגמים בהסכמה הספציפית *אופן התערבות:* שחרור צד שברצונו/ה נפל פגם מן החוזה** *דוגמאות:   
   -* טעות – פגם במידע. בעייתי שבית המשפט יתערב במקרה כזה כי שחרור מהחוזה פוגע בצד השני, וטעות לא מצדיקה את זה. אם נשחרר מתקשרים בגלל טעות, יעלו טעויות כל הזמן. מעבר לכך החוזה הוא מכשיר להקצאת סיכונים – תמיד בהסתכלות לעתיד יש סיכון והחוזה מבטיח את הוודאות במקרה שהצד השני טוען לטעות.   
   - הטעיה – פגם במידע שנובע מהתנהגות הצד שכנגד (לרבות מחדל). (מאוד סביר שיתערבו)  
   - כפייה – התנהגות של הצד שכנגד או מי מטעמו הפוגעת או מגבילה את הרצון החופשי. (מאוד סביר שיתערבו)  
   - עושק – הצד שכנגד מנצל מצוקות המתקשר/ת כדי לעצב חוזה לא הוגן.
3. ***סיבת ההתערבות:* ספקות בנוגע לכשירות המתקשרים – חוסר יכולת לכרות חוזה: בדרך כלל נוגע לקטינים ופסולי דין *אופן ההתערבות:* דרישה לאישור מיוחד מגוף שלישי: אפוטרופוס/ה או בית המשפט (תלוי במהות העסקה ובהיקפה), חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"א-1961** *דוגמאות:*   
   - אנשים מבוגרים מאוד שיכולתם הקוגנטיבית נפגעת - גישה אחת היא לפתור מאנשים כאלה את היכולת להתקשר, אך זה יפגע באנשים. אצל קשישים, בניגוד לקטינים, אין גיל שמגדיר אותו פסול דין, ולכן צריך שמהלך משפטי יגדיר אותם כך. לפעמים נקשרים עם אדם כזה בחוזה ואחר כך מתברר שהכשירות הקוגניטיבית שלו בעייתית אך הוא אינו פסול דין. ימנו עבורו/ה אפוטרופוס.  
   - קטינים – עסקאות שמקובל שקטינים עושים (לקנות במכולת), עסקאות שלא מקובל שקטינים יבצעו: לא בטוחים לגבי שיקול דעתם, במקרה של קנייה באינטרנט למשל באמצעות אשראי. לפעמים דורשים את אישור ביה"מ ולא את אישור האפוטרופוס/ה – כי יכול להיות ניגוד עניינים כי האנשים (הילדים) לא מייצגים את עצמם.
4. ***סיבת ההתערבות:* חוזים חשובים במיוחד *אופן ההתערבות:* דרושה צורנית – דרישה לצורה מסוימת - כתב** *דוגמאות:*   
   - חוזה להעברת זכות מקרקעין.   
   - חוזה מתנה – חוזה בו צד אחד נותן וצד אחד מקבל, ללא קבלה של הצד הנותן.  
   - חוזה (הסכם) ממון בין בני זוג.  
   בחוזים חשובים כאלה צריך כתב כדי שאנשים לא יכרתו חוזים כאלה בלי לתת להם את תשומת הלב הראויה – הכתיבה מאפשרת לשקול את הדברים בזהירות ולא להחפז לכרות את העסקה בע"פ.
5. ***סיבת ההתערבות:* פערים משמעותיים בכח המיקוח בין הצדדים בחוזה *אופן ההתערבות:* התערבות נקודתית בהסדרים או תניות מסוימים בחוזה על פי חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982***דוגמאות:*   
   לא כל פער בעמדות המיקוח יאפשר התערבות. היא תהיה נקודתית כאשר יש שני תנאים מצטברים שמתקיימים: 1-פער משמעותי בין הצדדים, כאשר הצד החזק מכתיב את תנאי החוזה באמצעות טיוטה שהוכנה מראש, משמע חוזה אחיד. 2- החזה מכיל הסדרים מקפחים המיטיבים עם הצד החזק ופוגעים בצד החלש. במצבים כאלה חוק החוזים האחידים מאפשר לבתי המשפט להתערב בתניות מפחות בחוזה אחיד. עושים זאת באמצעות התערבות כירורגית – מתערבים בחוזים שמקפחים את הצד החלש.
6. ***סיבת ההתערבות:* חריגה מסטנדרט התנהגות ראוי  
   *אופן ההתערבות:* בית המשפט ישנה את תנאי החוזה נגד הצד שחרג מן הסטנדרט הראוי על פי ס' 12 לחוק החוזים: חוסר תום לב במו"מ, ס' 39 לחוק החוזים: חוסר תום לב בקיום חיוב חוזי.**
7. ***סיבת ההתערבות:* שינוי קיצוני בנסיבות (שלא ניתן היה לצפות – לעיתים אפילו שולל את הבסיס לקיום החוזה.  
   *אופן ההתערבות:* שחרור צד אחד מהתחיבויותיו/ה, סיכול.**

**שיעור 3**

# שיעור 3-10: כריתת חוזה

**יצירת יחסים משפטיים מחייבים – כריתת חוזה**

הדרך המפורטת בחוק היא דרך של הצעה וקיבול (חוק החוזים).

ס' 1: כריתת חוזה- כיצד?  
החוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות חלק זה (חלק א' של החוק).

אם כך עולה השאלה מהי הצעה ומהו קיבול?

הצעה מוגדרת בחוק בס' 2: נדרשים 3 מרכיבים – פנייה, העדה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה, מסוימות מספקת כדי לאפשר כריתת חוזה בקיבול ההצעה.

קיבול מוגדר בחוק בסעיף 5: נדרשים 3 מרכיבים – הודעה שנמסרה למציע, העדה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר בחוזה עם המציע, מסוימות מספקת בהסכמה החופפת באופן מלא את ההצעה.

המנגנון בחוק הינו מנגנון מסודר והוא מניח שאין מו"מ – יש רק שני שלבים, וקבלת ההצעה היא בעצם. הוא לא מתאים ולא משרת אותנו כאשר יש צורך במו"מ – הוא עדיין יכול לעבוד אך נהיה מאוד מסורבל. במצב של מו"מ יש הצעה ואז הצעה נגדית ועוד הצעה, ובעצם המציע הראשון הופך לניצע. כלומר, מול החוק הזה זה נהיה מאוד מסורבל.

בתי המשפט בדקו מה חופף בין ההצעה לקיבול: העדה על גמירת דעת ומסוימות מספקת.

בית המשפט מסתכל על תסריט של מו"מ ואם הוא מוצא בשלב כלשהו (לא בהכרח בסוף) העדה על גמירת דעת משני הצדדים, ומסוימות על מספיק פרטים. ברגע הנתון שביה"מ מזהה את שני המרכיבים האלה נכרת חוזה. זה אומר שלפעמים צד אחד לא ידע שנכרת חוזה עם הצד השני – אם יש עוד פרטים שצריך לסגור, או נושאים שניתן להתמקח עליהם. זה אומר שיכול להיות שצד לא מרגיש שנקשר בחוזה, אבל ביה"מ יראה את המצב אחרת.

## העדה על גמירת דעת

ישנן דעות שונות לגבי הגדרת המושג *גמירת דעת*.  
פרופ' זאב צלטנר (אונ' ת"א): גמירת דעת = רצינות  
פרופ' גבריאלה שלו (הקריה האקדמית אונו): גמירת דעת = כוונה להתקשר בחוזה המסוים עם הניצע המסוים  
ביה"מ העליון: גמירת דעת = כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים (שזו כמובן ההגדרה הקובעת)

אין מבחן מתמטי שלפיו נקבע אם ישנה גמירת דעת וכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. יש לנו רשימה של פקטורים שבהם אנו נעזרים כדי להגיע למסקנה כלשהי – רשימת שיקולים.

השיקולים עוזרים לנו למצא כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

1. נוסחת הקשר – קביעה מפורשת: חוזה מחייב או חוזה מעידים על גמירת דעת, אך ישנם גם נוסחאות קשר עמומות יותר: הסכם – לפעמים מעיד על גמירת דעת, כך גם זכרון דברים, סיכומים או הסכמות גם הן לא ברורות בהקשר של גמירת דעת וכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. לא תמיד תהיה נוסחת הקשר חד משמעית, לעיתים תהיה אמומה ונצטרך להשתמש בסימנים נוספים.
2. מבחן הנסיבות: א' בנסיבות משפחתיות הנחת המוצא היא שאין כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. ב' בנסיבות חבריות ישנה הנחה חלשה שאין כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. ג' בנסיבות עסקיות הנחת המוצא היא שיש כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. (לכתוב את הדוגמא שנתן על קניית רכב ברחוב) בסיטואציה זו ההנחה היא שאין רצינות מספקת ולכן אין בכך העדה על כוונה לכרות את החוזה (יכול להיות שהרכישה תצא אל הפועל בסוף אבל אם זה יגיע לביה"מ הוא הוא יקבע שלא היה חוזה).
3. נוהג: למשל בקהילת היהלומנים תביעת יד ואמירת "מזל וברכה" זה מה שכורת את ההסכם.
4. שימוש או הסתייעות בעו"ד: אינדיקציה לקיום כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.
5. שימוש בשפה משפטית ובמטבעות לשון משפטיים: "הפרה", "אכיפה", "פיצויים".
6. מידת המסוימות: ככל שרמת המסוימות גבוהה יותר יטה בית המשפט להזיג גמירת דעת וככל שרמת הפירוט נמוכה יותר הדבר פוגם בכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. רמת הפירוט מעידה גם היא על גמירת דעת – ככל שמוכנים להשקיע יותר במו"מ ניצן להניח שהייתה כוונה לרצינות, יש בכך סימן בדמות השקעת זמן ודעת.
7. התנהגות הצדדים לפני ואחרי "הכריתה": ההתנהגות לפני ואחרי יכולה להעיד על כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. אם מדובר בחוזה לקניית דירה, פונים אל הבנק ותייעצים במומחים ומומחות להשקעות – זה מעיד על רצינות ונכונות לכרות חוזה. כך גם אחרי הכריתה – כי אם צד אחד או שניהם מתחילים בביצוע ההסכמות החוזיות זה מעיד עליהם שהם רואים עצמם מחויבים לחוזה, כי אם לא למה שיתחילו בפעולות שתואמות את אלו עליהם הוסכם בחוזה שנכרת?
8. חתימה: אין דרישה בדין הישראלי שתופיע חתימה על חוזה, אבל אם קיימת חתימה הדבר מעיד על גמירת דעת.
9. העברת כסף לצד שכנגד או לגורם שלישי: מדובר באינדיקציה לכך שאחד הצדדים רואה בעצמו מחויב לחוזה.

ע"א 440/75 **זנדבנק נ' דנציגר**

הצדדים מחזיקים במניות בחברות בחלקים שווים - החברות מחזיקות בחלקים שווים בבית חולים ובקרקע עליה ביה"ח ניצב. מנסים לפרק את השותפות על ידי מנגנון: כל צד ינקוב במחיר (והלוא כל צד מחזיק בחלק שווה) והנוקב במחיר בגבוהה יותר יצטרך לרכוש את הצד השני במחיר אותו נקב. ההסכם לא יצא אל הפועל. בשלב השני נעזרים בשמאי שמעריך את ערך כלל הנכסים של שתי החברות: 1,545,320 ל"י. אחרי חודשיים ב"כ המערערים משגר מכתב לב"כ המשיבים ובו מציע למכור למשיבים את חלקיהם וזכויותיהם של המערערים תמורת מחצית סכום הערכת השמאי – 772,660 ל"י. ב"כ המשיבים עונה במכתב: א'- המשיבים מקבלים את הצעת המערערים, ב'- המערערים יקבלו תמורת מלוא חלקם וזכויותיהם בשני החברות הנ"ל סך של 772,660 ל"י ומצרף המחאה על סך 25,000 ל"י. מתגלה שהיו עוד חובות לביה"ח שלא נלקחו בחשבון על ידי השמאי, כלומר הערכתו הייתה הערכת חסר ולכן המחיר המוסכם הוא נמוך מדי. לכן המערערים מבקשים להשתחרר בטענה שהם התכוונו רק לנכסים ולא לחלקם בחובות לחברה.   
הטענות המוצגות הן: לא הייתה גמירות דעת, וכן הייתה טעות בחוזה שנכרת.   
נשאלת השאלה: האם נכרת חוזה? האם הייתה גמירת דעת?  
הדיון: השופט שמגר קובע שהביטוי גמירת דעת משמעותו כוונה לקיום יחסים משפטיים מחייבים. המבחן לקיום גמירת דעת הינו אובייקטיבי – האם אדם סביר בנסיבות העניין היה מסיק כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. הוא קובע שפניית המערערים העידה על כוונה ליצור יחסם משפטיים מחייבים בשל: א'- הנוסח המפורש של הפנייה, ב'- המגעים הקודמים בין הצדדים (חודשיים קודם לכן נעשה ניסיון לפרק את השותפות שהגיע לכלל זכרון דברים), ג'- ייצוג משפטי, ד'- העברת תשלום מן הקונה אל המוכר, ה'- מסוימות מספקת, ו'- שפה משפטית, ז'- סיטואציה עסקית. מה שהפריע לגמירת הדעת: הכיתוב "כל הזכויות שמורות" (השופט אומר שהמערערים משתמשים בכיתוב זה כי זה מאפשר להשתחרר מכל הסכם. ביה"מ יסתכל על נסיבות העניין ויקבע לפיו אם הייתה כוונה ליצור את היחסים המשפטיים ולא ייקח בחשבון את המשפט המסוים הזה.)

לגבי *העדה*:

השופט שמגר אומר שמה שמנסים להבין זה לא מה אדם חשב, אלא מה היה אדם סביר מסיק מההתרחשויות. ישנם טעמים שונים לכך שמתרכזים ב**העדה** לגמירת דעת ולא בגמירת הדעת עצמה (פרופ' גבריאלה שלו):

* טעם סטטיסטי – לרוב יש מתאם גבוה בין מה שנחזה באופן אובייקטיבי לבין מה שאדם באמת מאמין בו.
* ביה"מ לא יכול לבחון את מחשבותיו של המתקשרים – ניתן לדעת רק את מה שאנחנו יודעים (המצגים החיצוניים). לא ניתן לרדת אל האמת עד סופה אלא רק לראות מיצגים של הלכי רוח כפי שהם משתקפים בצורה אובייקטיבית.
* טעם ההסתמכות – הצד שכנגד נחשף לתכתובות ומסתמך עליהן וסופג עלויות כתוצאה מכך. אין סיבה שביה"מ לא יצדד בצד שכנגד – זה שלא עשה דבר כדי לפגוע באחר.
* בעולם הכלכלי צריך לבצע עסקאות במהירות גבוהה. לכן מסתפקים בהעדה על גמירת דעת ולא דורשים הוכחה לגמירת דעת.

**שיעור 4**

בהעדה על גמירת דעת יש **מבחן אובייקטיבי מרוכך**: מרוכך היא מילה בעייתית והיא באה להסביר שההתבוננות במקרה אינה רק פורמלית. יכול להיות שאדם יביע הסכמה לחוזה. מנק' מבט צרה אותו מתקשר אמר שהוא מסכים, הוא חתם, ברור אם כן שיש כוונה מצידו להתחייב משפטית. אך צריך להתחייב במכלול הנסיבות. ההגדרה "מרוכך" היא קצת מטעה.

ע"א 3601/96 **בראשי נ' עיזבון**

בראשי הצליח לכונן עסק כלכלי משגשג. הוא נפטר בגיל 87, היה נשוי פעמיים: נישואין ראשונים- 6 ילדים, נישואין שניים- ילד אחד (עמית). הותיר 2 צוואות: צוואה 1- 1988: הזוכים הם ששת הילדים מהנישואים הראשונים, צוואה 2- 1991: שבה הזוכים הם הבן מהנישואים השניים 57.5%, והאישה השנייה מקבלת את השאר.

בערוב ימיו מפתח דמנציה. שלושה חודשים לפני פטירתו נמצא במצב רפואי וקוגנטיבי קשה (סובל מדימנציה). **משתכלל חוזה מתנה** לפיו המנוח מעניק את כל מניותיו בחברה שהקים לעמית ולנכדו תמיר. העסקה נשתכללה במחונית שחנתה מחוץ למוסד הרפואי בו שהה, ובה נכח עו"ד של עמית. המנוח לא גילה עניין גם כשניסו להסביר לו, פיצח גרעינים כשחתם. כל מעמד החתימה ערך 45 דקות.

חוזה המתנה לא מבטל את הצוואה! רק צוואה אחרת תבטל אותה. אך חוזה המתנה **מרוקן את הצוואה מתוכן** – לא ישאר בה כלום אחרי ביצוע חוזה המתנה.

קרובי המשפחה מערערים על חוקיות החוזה. הם צריכים לנסות לבטל את חוזה המתנה, ואחר כך הם צריכים לבטל את הצוואה השנייה – כשמטרתם היא לחזור לצוואה הראשונה. עמית מנסה לתקף את חוזה המתנה.

השאלה שנתמקד בה: האם ניתן להסיק העדה על גמירת דעת?

הנשיאה ביניש קובעת שלא ניתן להסיק העדה על גמירת דעת – כלומר לא השתכלל חוזה תקף.

היא מסבירה שגמירת דעת היא דרישה לרצון מגובש, כוונה רצינית והחלטית ליצור התחייבות, המבחן הוא חיצוני אובייקטיבי אך גם מתחשב בנסיבות הספציפיות של המקרה. היא אומרת שהמבחן חל גם על חוזה מתנה (על כל חוזה), אך כשמדובר על חוזה מתנה שמטרתו הענקה ללא תמורה, נחפש אינדיקציות בולטות יותר להעדה על גמירת דעת. הדגש צריך להיות על הנותן שכן הוא נותן ללא תמורה. כשנותן המתנה אינו בדעה צלולה יתכן שלא נסתפק בחתימה על מסמך – אין בחתימה כזו כדי ללמד על גמירת דעת בנסיבות המקרה האמור. במקרה זה: 1- מדובר במתנה רחבת היקף ולא בהענקה סטנדרטית, 2- ניתנה על ידי אדם במצב מנטלי ירוד שלא הייתה דרך לדעת אם באותם 45 ד' קריטיות היה בצלילות או לא, 3- המעמד חריג (בתוך מכונית עם עורך דין שמייצג רק את צד מקבל המתנה), 4- המעניק לא התעניין בעסקה המשפטית הגדולה, 5- חתימה אגב פיצוח גרעינים.

היה ניסיון לטעון על ידי המערערים שמדובר בסיטואציה עסקית שניתן לשער בה גמירת דעת. השופטת פוסקת שמדובר בעסקה משפחתית (שחותר תחת גמירת הדעת), ושמדובר שנכס מקרקעין שהוא חשוב במיוחד.

בדין האנגלו-אמריקאי יש דרישה שתהיה תמורה כדי שחוזה יהיה תקף! זה לא קיים בישראל. יש הבדן תהומי בין הענקה קניינית (נתינת מתנה) לבין הבטחה לתת מתנה. בארה"ב אין להבטחה לתת מתנה תוקף משפטי. בישראל יש תוקף להבטחה כזו למרות שאין תמורה. יש זהירות משנה בחוזה כזה שמתבטאת בשתי דרישות: 1- רמת גמירת הדעת צריכה להיות גבוהה יותר, 2- מחייב כתב. הרעיון הוא למנוע הקשרות בחוזה כזה בלי לשקול באמת.

לרמת המסוגלות של המנוח (קומפיטנטיות): למה זה לא נידון תחת חוק בכשרות המשפטית והאפוטרופסות? הוא לא הוכרז כפסול דין וללא הכרזה זו, החוק לא ייכנס לפעולה. להרבה אנשים, בערוב ימיהם, הכושר הקוגניטיבי יורד וצריך להשתמש עם הסיטואציה הזו ללא חוק הכשרות – ולכן נשתמש ב**בדיקת העדה על גמירת דעת באמצעות המבחן האובייקטיבי המרוכך**.

ע"א 8163/05 **הדר חברת ביטוח נ' פלונית ופלוני**

פלונית ופלוני היו נשואים, הם ביקשו הלוואה לשם רכישת דירה שמסופקת על ידי המערערת. בתמורה להלוואה בקשה שיעבוד (משכנתא = זכות קניינית על הדירה, עם הלווה לא יחזירו את החוב במועדו, הבנק יממש את השיעבוד על הנכס וימכור את הדירה). הזוג לא עומד בתשלומים. חברת הדר רוצה לממש את המשכנתא. מתברר בשלב זה שפלונית מבקשת לבטל את ההתקשרות משום שהיא סובלת מסכיזופרניה וכתוצאה מכך פיתחה תלות בבעלה, וזו הייתה הסיבה היחדיה לכך שחתמה על החוזה (איים לעזוב אותה).

ביה"מ נדרש להכריע בשאלה: האם החוזה הוא תקף?

השופטת עדנה ארבל: החוזה אינו תקף! מדובר בהלכת "לא נעשה דבר".   
דוקטרינת "לא נעשה דבר" מאפשרת במקרים **חריגים** לצד שחתם על חוזה מבלי שהייתה לו כוונה (סובייקטיבית) לעשות זאת להשתחרר מההתחייבות. אפשר לטעון עילה זו במקרים של כפייה קיצונית או טעות קיצונית, כאשר מבקש המבקש להשתחרר אינם נגועים ברשלנות (לא היה פגם בהתנהגות שלו). **נטל ההוכחה הוא על המבקש להשתחרר והנטל הוא כבד** (הוכחה ודאית).   
במקרה זה מתקיימים התנאים הללו. פלונית סבלה מתלות כה קשה בבעלה שניתן לומר שרצונה החופשי נשלל ממנה.   
השופטת ארבל מוסיפה שבמצב רגיל, כשאדם לא מוכרז כפסול דין, חתימתו על חוזה יוצרים חזקה לפיה התכוון ליצור יחסים משפטיים מחייבים. אבל לעיתים במקרים נדירים, נתגבר על החזקה הזו. היא תיסתר כאשר ניתן להוכיח ש-"לא נעשה דבר".

בתור בנק או מוסד פיננסי: בד"כ כורתים חוזה, ואם מדובר באדם בוגר שאינו פסול דין, חזקה עליו שהוא מחויב בחוזה. ישנם מצבים בהם אדם אינו כשר לחתום וחוק הכשרות מטפל במקרים כאלה. פס"ד זה מעלה בעייה של אנשים שלא הוכרזו כפסולי דין: הם נתפסים כאנשים שמתנהלים באופן רגיל לחתוטין אך למצב הנפשי הבעייתי אין השתקפות חיצונית.   
כדי לבטח את עצמם בפני הסיכון של מתקשרת כזו בנקים לא ירצו להכנס לשאלה אם אדם סובל מקושי נפשי. הוא ידרוש ערבים מכל מי שנמקבל הלוואה, להעלות את אחוז הריבית, לבקש מכל לווה אישור פסיכולוגי או אישור ממטפל. ציבור הלווים מפסיד – מייקר ומסרבל את ההליך. כשאין העדה אובייקטיבית כלשהי, צריך להחיל כלל מסוים שיתאים לכולם.

מדובר בסיכון שהוא מאוד קטן, וביה"מ היה מודע לכך ולכן הוא הקפיד מאוד: הדגיש שמדובר בדוקטרינה שמתאימה למצב קיצוני, נטל ההוכחה קשה, וכו'. התנאים והנסיבות הם כל כך קיצוניים שאין השפעה אמיתית על המשק.

בנוסף עצם העובדה שהבעל עדיין צריך לקיים את העסקה, הקל על בית המשפט לקבוע כך.

**הלכת "לא נעשה דבר"**

בכל הנוגע לגמירת דעת: ניתן לפנות לחוק הכשרות המשפטית והאפוטורופסות – החרגה ליכולת לכונן יחסים משפטיים מחייבים. ישנה בנוסף להחרגה זו, החרגה הרבה יותר קטנה: הלכת "לא נעשה דבר". במקרה רגיל בודקים לפי מבחן אובייקטיבי מרוכך. (שונה מעושק כי בעושק נדרש שהצד השני ידע על חוסר המסוגלות לחתום משפטית וניצול של המצב.)

ע"א 1049/94 **דור אנרגיה נ' חמדן**

חמדן הוא בעל תחנת דלק, היה לו חוזה אספקה עם חברת דלק. לקראת פקיעתו נכנס חמדן למו"מ עם חברת דור אנרגיה. מתקיימת ישיבה בנוכחות עורכי הדין שבמסגרתה משלכלל מסמך "סיכום דברים"/"זכרון דברים", ובו נקבע שהטיוטה האחרונה שהוחלפה בין הצדדים תהווה בסיס להתקשרות סופית ומחייבת בין הצדדים ושאין לחמדן דרישות נוספות. המסמך נחתם על ידי עורכי הדין. הוא מגיע לאירוע פתיחת תחנה של דור אנרגיה למחרת. נקבע שהצדדים יתכנסו על מנת לחתום על החוזה מספר ימים לאחר מכן בשבת. חמדן לא מגיע למפגש, כך גם למועדים הנוספים שמנסים לקבוע, הוא לא בקשר. הוא שולח הודעה שהוא רוצה לבטל את ההסכם. הוא בסופו של דבר מגיע לחברת דלק וחותם איתם חוזה חדש.   
לטענת דור אנרגיה השתכלל בפגישה החוזה מחייב.   
ביה"מ המחוזי קבע שלא השתכלל חוזה אבל חמדן נגוע בחוסר תום לב במו"מ.  
בביה"מ העליון השופט אור קובע שהתגבש חוזה מחייב במעמד החתימה על זכרון הדברים ב-8/7/91. הוא מסיק זאת מנוסח זכרון הדברים ומנסיבות העניין.  
מכך שנכתב בזכרות הדברים "אין דרישות נוספות" מסיק השופט שהמו"מ הסתיים ונדרשת חתימה פורמלית בלבד. נקבע להתכנס שוב לחתימה על חוזה כדי שתהיה טיוטה נקייה.   
נסיבות העניין: הודעה לחברת דלק, הפרידה בתקיעת כף וברכה על המוגמר בסוף הפגישה, השתתפות בטקס פתיחת תחנה אחרת של דור אנרגיה והצהרה על כוונותיו, תניית השיפוי בחוזה עם דלק שבו נאמר שאם חמדן ייתבע על ידי דור אנרגיה על הפרת חוזה חברת דלק תישא בהוצאות ההתגוננות של חמדן. מתוך כל אלה מסיק השופט אור שבשלב זה של הפגישה בו משתכלל זכרון הדברים – נרקם חוזה מחייב. יש העדה על גמירת דעת מצד חמדן להקשר בחוזה.

ביה"מ המחוזי קבע שלא השתכלל חוזה.

מבחינת נוסח זכרון הדברים שאומר שאין דרישות נוספות לחמדן, ניתן להבין אותו גם אחרת (אם היה צריך לחשוב על זה עוד קצת). בכל פגישה עסקית לוחצים ידיים, ההשתתפות בטקס מחזקת, וההודעה לדלק היא משמעותית. תניית השיפוי היא אקדח מעשן.  
חמדן ניסה להתקרב כמה שאפשר להסכם, אך תוך ניסיון לשמור על כל האפשרויות פתוחות. מבחינת ביה"מ המחוזי – הוא לא שיכלל חוזה אך נהג בחוסר תום לב. ביה"מ העליון פסק שהשתכלל חוזה (מבחינת נקודת הראות של העולם העסקי, אין חתימה-אין הסכם) על פי דעה אובייקטיבית.  
יכול להיות שבלי תניית השיפוי הזו, שמוכיחה שחמדן עצמו מבין שהוא חצה את הקו החוקי במעשיו, ביה"מ העליון היה מכריע כביה"מ המחוזי.  
האם חמדן עשה את הדבר הנכון?  
הוא הבין שללא התנייה הזו הייתה הסתברות שביה"מ יפסוק לטובת דור אנרגיה, ואיתו היא הייתה גבוהה יותר. הוא החליט שמשתלם לו להגביר את הסיכון תמורת כיסוי הוצאות הייצוג משפטי מטעם חברת דלק.

ע"א 65/88 **אדרת שומרון נ' הולסינגוורת'**

אדרת שומרון היא חברה ישראלית לטוויית חוטים. אחרי תקלה במכונות היא מזמינה מכונה חלופית מהול' באמצעות טל' ופקסים (ההזמנה). טופס אישור הזמנה מפרט את הציוד המוזמן, המחיר, תנאי תשלום. המכונה מגיעה עם חוזה תנאים שבו תניית שיפוט זר על פיו סכסוך משפטי בין הצדדים יפתר בגרמניה. המכונה מתקלקלת, אדרת שומרון מגישה תביעה במחוזי בישראל והחברה הגרמנית אומרת שלבית המשפט המחוזי בישראל אין סמכות לדון בנושא בגלל תניית השיפוט הזר.

במקרה זה יש חוסר התאמה מוחלט בין הטפסים שהועברו: כל צד דבק בגרסתו, וזה לא מתאים למציאות. האם ניתן למצא נקודה שבה הסכימו הצדדים על הכל? לא!

מתי השתכלל החוזה?  
השלב שבית המשפט מזהה כגמירת דעת משותפת הוא השלב שבו מתגבשים התנאים של העסקה. מה שקרה אחר כך לא רלוונטי לחוזה.

לטענת החברה הישראלית החוזה השתכלל לפני משלוח חוזה התנאים והשיפוט צריך להיות בישראל

לטענת החברה הגרמנית החוזה נחתם עם חוזה התנאים שהגיע עם המכונה ולכן השיפוט צריך להיות בגרמניה.

**השופט לוין:** חילופי הפקסים היו לכל היותר שלב חשוב בגיבוש העסקה אך בשלב זה לא היה ביטוי ברור לכך שהעסקה הושלמה ונחתמה. לפי השופט לוין, העברת המכונה בציוף חוזה התנאים מהווה את ההכאה בפטיש (ההשלמה של החוזה) – השלב בו גמרו הצדדים בדעתם להתקשר בחוזה.

מקרה כזה יכול לקרות בעולם העסקים הרבה מאוד – חילופי תפסים ללא מו"מ בגלל מחסור בזמן. בזירה בינ"ל מוחלפות סחורות ומכונות כשהכל מגובה בתנאים של שיפוט מקומי – כל חברה על פי השיפוט של המדינה שלה ועם תנאים משתנים. הצדדים יוצרים את המצב הזה כי: חברות בין לאומיות לא יגררו לדיונים בבתי משפט במדינות אחרות, ולכן חברה תתעקש על דיון בארצה. במקרה זה הצד המרוחק יעדיף לא להגיש תביעה.

התופעה הזו נקראת "מלחמת הטפסים" Battle of the forms. עולם המסחר לא יכול לחכות לעמידה בדרישות החוזיות.

נשאלת השאלה מה עושים במקרים של סכסוך?   
1- כלל הירייה הראשונה – במקרים של אי התאמה ה טופס הראשון מכריע (מיטיב עם המזמין/קונה).  
2- כלל הירייה האחרונה – במקרים של אי התאמה הטופס האחרון שנשלח מכריע (מיטיב עם הספק).  
3- כלל הנוקאאוט (המועדף בארה"ב) – במקרים של אי התאמה בין ההסדרים המפורטים בטפסים ההסדרים הנוגדים יבטלו אלו את אלו ותהיה השלמה מכוח דין (כאילו הצדדים יצרו הסדר חסר).

**שיעור 5**

רע"א 4976/00 **בית הפסנתר נ' מור ורשות השידור**

רשות השידור נוהגת להלוות כלים מבית הפסנתר וכלי זמר (חנויות למכירת כלי נגינה). מתקיימת התקשרות עם בית הפסנתר על מנת להלוות פסנתר לתכנית של 7 פרקים. בתכנית התבטלה ובית הפסנתר מאיימת לתבוע. מתקיים הסכם פשרה לפיו רשות השידור תשלם לבית הפסנתר פיצויים, ורשות השידור תנהג בשוויוניות עם התקשרויותיה עם בית הפסנתר וכלי זמר. ההסכם מקבל תוקף של פ"ד. רשות השידור מבקשת לסגת בה מההסכם בטענה שהשופטת כפתה על רשות השידור את ההסכם, ושהיה בו היעדר גמירות דעת שהתבטאה בייצוג (את רשות השידור ייצג מתמחה) ובעניין המסוימות שהייתה פגומה (לא צוינה תקופה שמגדירה את ההתחייבות), דבר המשליך גם על גמירת הדעת.

בי"מ השלום דוחה את התביעה, בי"המ המחוזי מקבל את הערעור: הייתה בעיה בגמירת הדעת בגלל בעיית הייצוג והיעדר מסוימות.

ברע"א: לפנינו הסכם שקיבל תוקף של פ"ד. עצם ההליך המשפטי מחסן את ההסכם מפני טענות בטלות כגון העדר גמירת דעת משום שבית המשפט הבהיר לצדדים את משמעות מעשיהם. לכן הסכמים שקיבלו מעמד של פ"ד יהיו קשים מאוד לביטול. יהיה ניתן לקבל טענות על גמירת דעת במקרים נדירים מאוד.

בתי המשפט יכולים להגיד לצדדים להגיע לפשרה והם יקבלו את אותה פשרה או הסכמה כפסק דין. הטענה של רשות השידור היא שהופעל עליהם לחץ להתפשר.

יש כאן הגנה על המערכת המשפטית עצמה – יש כאן הנחה מחוזקת של קיום גמירת דעת כי ההסכם מעוגן בפ"ד. ביה"מ העליון שוקל שיקול מערכתי – לא לבזבז זמן שיפוט.

## מסוימות

המסוימות ממלאת שני תפקידים: 1- אינדיקציה לקיום גמירת דעת, 2- יסוד עצמאי הנחוץ לשם כינון יחסים חוזיים. (נתמקד ביסוד השני, אך קשה לנתק את השניים.)

עולה השאלה – למה הצדדים לא סוגרים את כל הפרטים האפשריים?

זה לא משתלם מבחינת עלות כלכלית – אם היה צריך לסגור כל פרט שיכול לעלות אצל מי מהצדדים מו"מ ימשך עד אין קץ. חלק מהתרחישים הם כאלה שההסתברות שיקרו היא מאוד קטנה. המציאות העסקית מכתיבה קצב התנהלות מסוים, והתעכבות על כל פרט ופרט לא מתאפשרת והיא אינה הדבר הנכון לעשות. ההסתברות לבעיות היא קטנה ולכן זה רציונלי להתקדם בלי לסגור הכל. בנוסף, יש גבול למה שניתן לצפות – הצדדים לא יכולים לסגור את כל הפרטים עד כדי הגנה מפני כל בעייה או חוסר הסכמה שיכולים לעלות. לכן לא ניתן אף פעם להגיע למסוימות מושלמת – הסכמה על כל הפרטים עד האחרון שבהם.

לכן מחפשים מסוימות מספקת – המינימום הנחוץ של מסוימות.

### כתב

דרישת הכתב מופיעה בכ-20 מעשי חקיקה.

סעיף 8 לחוק המקרקעין: העברת זכות במקרקעין דורשת כתב או מסמך כתוב (1- בעלות, 2- שכירות העולה על 5 שנים על פי ס' 79 (א), 3- זיקת הנאה, 4- זכות קדימה, 5- משכנתא).

במשך השנים הפסיקה יצרה חפיפה בין דרישת הכתב לדרישת המסוימות – הדרישות לשניהם היו אותם דרישות. מסמך בכתב היה צריך לכלול פרטים מסוימים שענו גם על דרישת המסוימות – אם במסמך מסוים היו התנאים הללו הוא ענה על דרישת הכתב ועל דרישת המסוימות. אם לא היו התנאים הללו אז לדרישת המסוימות ולדרישת הכתב.

הגישה הישנה:

ע"א 649/73 **קפולסקי נ' גני גולן**

קפולסקי קונה מגני גולן מקרקעין. הוא מבקש לתת תוקף לעסקה אך אין לו מסמך שמכיל את כל הפרטים. הוא מנסה לצרף על מיני מסמכים כמו קבלות שונות כדי להוכיח את הפרטים הנדרשים.

השופט עציוני פוסק שלצורך קיום דרישת הכתב בס' 8 לחוק המקרקעין דרוש לכל הפחות מסמך שבו שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה, המחיר, מועדי התשלום, הוצאות מיסים. מכיוון שאין לקפולסקי מסמך כזה, הוא מפסיד. רק מסמך כזה עם כל הפרטים האלו יתאים לכוונת המחוקק וההסדר הראוי בעסקאות מקרקעין. מאחר ואין לו יכולת להמציא כזה מסמך, הוא מפסיק.

מקור הגישה הזו היא בצורניות: יש צורה נדרשת לחוזה זה ועל פרטים אלה יקום ויפול חוזה מקרקעין. כאשר יש דרישה צורנית קשה יש פגיעה בצדק או בהגינות: יכול להיות שהצדדים סיכמו ביניהם את כל הפרטים בע"פ אך אין מסמך בו מפורטים כל הפרטים. דרישה נוקשה זו מגלמת בעייתיות בין הגינות לבין החוק.

בעסקאות שאינן עסקאות מקרקעין הרשימה של הדרישות אינה מחויבת אלא מנחה.

במשך השנים חלה מגמה של ריכוך דרישת המסוימות: התחילו להסתפק בפחות פרטים. מגמה זו החלה על פי חוקרים בפ"ד **זנדברג נ' דנציגר**. השופט שמגר קבע שדרישת המסוימות היא יסוד נחוץ אך אין צורך בהסכמה לגבי כל הפרטים עד האחרון שבהם. הוא קבע שדי לנו בפרטים שיאפשרו להסיק את: 1- מהות העסקה, 2- גבולותיה, 3- תחומיה, 4- תוכנה, לדוג': בחוזה מכר נבקש לדעת 1- מהות העסקה, 2- מה נמכר, 3- זהות הצדדים, 4- מה המחיר.

זנדברג נ' דנציגר לא הייתה עסקה של מקרקעין, אלא של מניות. השופט שמגר אומר שמכיוון שזו לא ממש עסקת מקרקעין ניתן להסתפק בפחות. אך בעצם הדרישות הללו של השופט שמגר הן מינימלסיטיות מאוד – כל הדברים הללו הן כאלו שידועים תמיד: כל הפרטים יופיעו בין אם התגבש חוזה ובין אם לא – טבעי לפרט את הצדדים, מהות העסקה, ומה נמכר, ולכן הפרט היחיד שנותר משמעותי הוא המחיר. זה בעצם אומר שברגע שהוסכם על מחיר השתכללה עסקה. נרצה לדעת מתי העסקה חלה, מידת אחריות, תחום המיסים. מדובר שעניינים חשובים לצדדים שלא נכללים בחוזה על פי הנוסחה של השופט שמגר.

בעצם צדדים תמימים לחלוטין עלולים למצא את עצמם מחויבים בחוזה מרגע שיש את המפרט המשפטי הנתון, ואין שום דבר על אחריות או ביצוע שהם מאוד חשובים ומרכזיים. ככל שמצמצמים את רשימת הדרישות נוצר מצב לא רצוי שבית המשפט לא ער לו: הצדדים ימצאו את עצמם מחויבים בחוזה מבלי שהתכוונו לכך. ברשת שתופסת כמעט הכל, נתפסים גם מקרים שלא היו צריכים להתפס.

למשל: ע"א 158/77 **רבינאי נ' חב' מן שקד** (השופט ברק) – התקיימה עסקת רכישה, רבינאי הייתה המוכרת ומן שקד הקונה. נחתם זכ"ד ושולמה מקדמה לרבינאי. היא חתמה על הטופס, החברה לא חתמה ולימים רבינאי התחרתה ובקשה לחזור בה בטענה שעוד לא השתכלל חוזה: אין מספיק מסוימות. השופט ברק קבע שכאשר מדובר במסוימות ניתן להסתפק בפרטים הבסיסיים שסוכמו ולהשלים את הפרטים החסרים. במקרה זה הפרטים הבסיסיים הנדרשים הם (ע"פ השופט ברק): זהות הצדדים, מהות העסקה, מהות הנכס, מחיר, ואת השאר ניתן השלים כאשר חתימה אינה בהכרח יסוד נדרש. ככל שישנה חשיבות לחתימה – בעניין זה חשובה חתימת המוכר. בית המשפט יכול להסיק חוזה גם כשפרטים שנתפסים כחשובים במיוחד על ידי הצדדים לא היו.

מעניין המסוימות בפ"ד בית הפסנתר נ' מור עולות שתי גישות למסוימות: הראשונה של השופטת ביניש והשנייה של השופטת דורנר, כאשר הבעייה איתה צריך להתמודד היא **היעדר תקופה מוגדרת להתקשרות**.

השופטת ביניש: דרישת המסוימות רוככה וניתן להסתפק בפחות פרטים ולהשלים את השאר. בנוגע לתקופת ההתקשרות: השלמה מכוח חוק לעניין התקופה מובילה לקביעה כי היא תמשך לזמן סביר.

השופטת דורנר: בעיניה המסוימות כבר אינה רלוונטית. אם יש מידה רבה של העדה על גמירת דעת אין צורך לדאוג לעניין המסוימות.

עמדתה של השופטת דורנר היא עמדה די קיצונית. גישה זו בעייתית בשני מובנים: המחוקק היה זה שהציב את דרישת המסוימות כפוזיטיבית שהתקיימותה נחוצה לשם כינון יחסים חוזיים. בביטול דרישת המסוימות בית המשפט מאיין את מעשה החקיקה – הופך אותו לכלום. בנוסף, זאת לא גישה אפשרית. לא ניתן לדבר על גמירת דעת במנותק ממסוימות זה חסר משמעות ולא יכול להוות בסיס לשיטה משפטית. איך יכולה להיות גמירת דעת במנותק מהפרטים?

הלכת בית הפסנתר לא נהפכה לעולם, לא היה פ"ד אחר שהפך אותו אחריו. זו הייתה המגמה של בית המשפט – למחוק את המסוימות ולהתמקד בגמירת הדעת. מגמה זו אפיינה את פסיקות בית המשפט העליון במשך כמה שנים. ב5 השנים האחרונות רואים בפסקי דין תחיה מחודשת של המסוימות. זה קורה בעיקר בזירת המקרקעין ובכל הנוגע לכתב. ב-5 השנים האחרונות היו 5 פסקי דין שדנו במסוימות ומתוכם 4 נמצאו על ידי ביה"מ העליון כלא מסוימים מספיק.

ע"א 9255/11 **דניאל נ' ברלינסקי**

בעלי זכויות בנכס – ברלינסקי מוכר ודניאל קונה. זכ"ד נחתם בדצמ' 2004. הפרטים לגביהם הייתה הסכמה הם מהות העסקה, מחיר, מועדי תשלום, מועדי ביצוע (כמובן שידועה גם זהות הצדדים). המחלוקת הייתה סביב שיעור החבות במס. לפי גרסת הקונה החבות תוגבל בתקרה של 400,000 ד', בעוד שהמוכרים אמרו שהקונה יישא בחבות כולה. הצדדים המשיכו להדיין בעניין החבות במס, והם פונים לרשויות המס לחוות דעת מקדמית ולא מחייבת כדי לקבל השערה. הם מסתייעים במומחים כדי לקבל הערכה. הקונה מבקש מהקונים לשנות את הנכס כדי לשנות את מידת המס. גובה המס הוא כמובן גם גורם משפיע על גובה המחיר. ב-2007 הנכס נמכר לצד ג'. בשלב זה דניאל תובע את ברלינסקי – מבקש את אכיפת החוזה. ביה"מ המחוזי קבע שהשתכלל חוזה מחייב אך הייתה הפרה על ידי דניאל שהובילה לביטול החוזה כדין.

ביה"מ העליון רואה את הדברים אחרת:

השופטת ברק-ארז: היא קובעת שהמסוימות חשובה כיסוד עצמאי וכאינדיקציה על גמירת דעת. דרישת המסוימות רוככה לאורך השנים, אך סוגיית החבות במס לא הוסדרה על ידי הצדדים, לא הייתה הסכמה ודעתה שונה בכך מדעת ביה"מ המחוזי (שקבע שהיה על המערער לשאת בכל החבות המיסית). השופטת לא מסכימה איתו כי היא אומרת שהיו מסמכים שמעידים שמבחינת הקונה לא הייתה הסכמה לשאת בחבות מלאה אלא רק בחבות בגובה של 400,000 ד'. אם כך לא הייתה הסכמה בין הצדדים בעניין סוגיית המס, שהייתה סוגיה משמעותית ומרכזית בעיני שני הצדדים ובעלת חשיבות רבה. ניתן להבין זאת מהנסיבות ומהתנהגות הצדדים: במשך שנתיים וחצי ניסו לפתור את הבעייה של החבות המס כולל פנייה לרשויות המס. בסופו של דבר החבות במס הייתה פחותה מ-400,000. העובדה שבסופו של דבר החבות הייתה נמוכה (כך השופטת ברק-ארז) אינה מעלה ואינה מורידה – למה? העיתוי הרלוונטי הוא מועד החתימה על זכה"ד. הנקודה שבה צריך לבחון את הסכמת הצדדים היא נקודת חתימת זכה"ד ושם לא הייתה הסכמה מלאה!

השופטת ברק-ארז סבורה שהבעייה היא ברמת גמירת הדעת (בעיית המסוימות משליכה גם על גמירת הדעת בכך שאין העדה על גמירת דעת ללא המסוימות) ולא השתכלל חוזה מחייב.

השופטת חיות: מסכימה עם השופטת ברק-ארז. יש להשתמש במנגנון להשלמת פרטים רק כשפרטים הושמטו באקראי או בהיסח דעת, ופרט שאינו פוגע בדרישת המסוימות. היזקקות למנגנון השלמה אינה מותרת כשהצדדים גילו כוונה (ואפילו משתמעת) לקבוע את הפרט החסר בעצמם. "גילו הצדדים כוונה ולו גם משתמעת, לקבוע בעצמם את הפרט החסר".

השופטת חיות מזכירה את חשיבות המסוימות כיסוד עצמאי. היא אומרת שהשאלה היא לא האם אפשר להשלים אלא האם ראוי להשלים: אפשר תמיד לקבוע הסדרים עבור הצדדים, אך לא כך צריך לעשות – צריך להשלים כשפרט נשמט. אך זה גם צריך להיות פרט שקיומו הוא לא הכרחי לגיבוש המסוימות – אם זה פרט הכרחי, גם אם נשמט באקראי, לא ניתן להשלים אותו.

כמו כן היא אומרת שאם הצדדים היו חלוקים לגבי הסדר מסוים או התכוונו לקבוע מהו, ולא הצליחו להגיע להסכמה הרי שגם אז אין זה מותר להשלים את הפרטים הללו. צריך לבדוק אם הצדדים התכוונו לתת את דעתם לפרט המסוים ולקבוע אותו.

דיני החוזים מאפשרים לצדדים לרצות להתעכב על פרטים מסוימים, כי אותם פרטים הם חשובים להם – ובמקרה כזה לא יקבע ביה"מ שהשתכלל חוזה למרות שלא עמדו על אותם פרטים.

עד עכשיו דנו במסוימות מספקת – זה אומר שאם יש הסכמה על פרטים מסוימים השתכלל חוזה. אבל נשאלת השאלה מה עושים לגבי כל אותם פרטים חסרים. לכן אנחנו נזקקים למנגנוני השלמה. השופטת חיות אומרת שאל לנו להשלים חוזים במהירות ובקלות. בפ"ד זנדברג אחת הסיבות של השופט שמגר לכך שניתן להשלים פרטים היא נחקק חוק חדש, וניתן להשלים את הפרטים החסרים על פי הקביעות בחוק. השופטת חיות אומרת שצריך לא רק לבדוק אם ניתן להשלים את הפרטים אלא גם אם ראוי להשלים אותם – האם אנחנו עושים דבר טוב בכך שאנחנו משלימים חוזים?

**מנגנוני השלמה:**

מדרג

* מנגנון השלמה מוסכם: לעיתים החוזה עצמו קובע מנגנון השלמה כגון הפנייה למחירון, למומחה מסוים שיקבעו את ההסדר החסר, הפנייה למדד. מנגנון זה חוסר עלויות וזמן במו"ם. אם נקבע מנגנון כזה, ביה"מ יאמץ אותו וייתן לו תוקף. במובן מסוים אפשר אפילו להגיד שזה לא ממש מנגנון השלמה כי הוא מכבד באופן מוחלט את רצון הצדדים.
* עיקרון הביצוע האופטימלי: מחייב קיום טווח אופציות סגור ומוגדר. בחוזה לקניית מכונית מיבואן הפרט החסר הוא צבע הרכב. ניתן להתגבר על כך אם היבואן מסכים לספק את הרכב בכל צבע שהוא אזי הפרט החסר יחשב מושלם. כך בדור אנרגיה נ' חמדן: אחת הטענות של חמדן הייתה שלא הוסכם מה תהיה רשימת הציוד שיסופק לתחנה, דור אנ' בתגובה אמרו שהוא יכול לבחור כל מפרט שהוא מהרשימה הקיימת. השופט אור קבע שלאור הסכמת דור אנ' ניתן לראות פרט זה כמוסכם.

**שיעור 6**

מנגנוני השלמה: (מדרג)

1. מנגנון השלמה מוסכם
2. עקרון הביצוע האופטימלי
3. השלמה על פי נוהג:
4. הקיים בין הצדדים
5. נוהג כללי

לא יכול להתפתח נוהג בין הצדדים אם לא הייתה מערכת חוזית קודמת. אם היא הייתה ניתן להשתמש בה כמדד קירוב: דוגמא - אם הפרט לגביו אין הסכמה הוא מועדי תשלום והנוהג שהתפתח בהתקשרות הקודמת היא של שוטף פלוס 30, אז זהו נוהג והוא יאומץ גם להתקשרות החדשה. זהו מדד קירוב ואינו מדויק יותר כי יכול להיות שבהתקשרות הזו אחד הצדדים רצה לאמץ זמן תשלום אחר, אך ביה"מ יאמץ את המוסכם בהסכם הקודם (גם אם הייתה כוונה למשהו אחר). אם אין מערכת חוזית קיימת יבחר הנוהג הקיים בתעשייה, לדוגמא – אם בתעשיית המאפיות מקובל נוהג של שוטף פלוס 60, זה מה שיקבע ביה"מ. הסדר זה יכול להיות עוד יותר רחוק ממה שרצו הצדדים: זה טוב למי שסטנדרטי, אך עבור מי שלא כמו כולם זה יכול להיות בעייתי לקבל את הנוהג המקובל בתעשייה. סעיף 26 לחוק החוזים דן בהשלמת פרטים באופן זה.

1. השלמה מכח חוק (המחוקק צפה חסרים בחוזים ולכן קבע מנגנוני השלמה מכוח חוק). הכלל הוא מעבר מחוק ספציפי לחוק כללי. למשל בחוזה מכירת דירה: נתחיל בחוק המכר (דירות), נעבור לחוק המכר, ואחר כך לחוק החוזים. למשל ס' 41 דן במועד קיום החוק: יש לקיים תוך זמן סביר אחרי כריתת החוזה במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש – זמן סביר לקיום וזמן סביר להודעה מראש. אם הסכום לא ברור נפנה לס' 46: תשלום ראוי – יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה. המחוקק מנסה למצא הסדר לשלל המצבים האפשריים: one size fits all. לרוב אנחנו יכולים להתאים באופן טוב יותר מאשר שיטת one size. אם נאלצים לבצע הסדר משפטי שמתאים לכולם, הגישה הרווחת אומרת שכדאי לבצע הסדר ממוצע (אך הסדר זה הוא לא ממש ממוצע). גישה אחרת אומרת שיש להשתמש בסטנדרטים עמומים כמו "זמן סביר" או "תשלום ראוי", ובכך ניתנת לבית המשפט גמישות מירבית, וזה מה שעושה המחוקק. יש בכך בעיות: כשמגיעים עם סכסוך למשפט כבר יש צד שטוען דבר אחד ואחר שטוען אחרת. הדימוי של חנות בגדים one size צריכה לעצור כאן – אפשר לחייט בגד, במשפט זה יותר מסובך. לכן חרף הכוונות הטובות והעיצוב הנכון, בעולם האמיתי הרבה פעמים ההסדר שבית המשפט יתפור עבור הצדדים לא יהיה ההסדר לו רצו הצדדים להגיע או אפילו קרוב לזה. אם לאדם הייתה העדפה ייחודית יכול היה להיות שעדיף לא לפנות לבית המשפט בנושא ההסכם כלל.

גבולות ההשלמה ומגבלותיה:

יש זיקת גומלין שלא ניתנת לניתוק בין פרשנות לבין השלמה. להשלמה מגיעים רק אחרי שמגיעים לפרשנות. ההשלמה היא רובד שני. צריך פרשנות כדי להגיע להשלמה כי אנחנו רוצים לבדוק קודם אם יש העדה על גמירת דעת ומסוימות מספקת לפני שעוברים להשלמות. פרט שניתן להשלים הוא רק פרט שאינו מהותי ושנשמט בהיסח דעת. לכן ביה"מ צריך להחליט אם מדובר בפרט מהותי או לא ואחר כך אם נשמט בהיסח הדעת, ורק אז ניתן להשלים.

גם בהשלמה עצמה יש פרשנות. יש הסדרים חסרים שאין עליהם הסכמה, וביה"מ יכול לאמץ את גרסת אחד מהצדדים. זה קרה בפס"ד לוין, בפס"ד של ביה"מ המחוזי בדניאל נ' ברלינסקי. במקרה זה אין צורך בהשלמה כי גרסת אחד הצדדים התקבלה על ביה"מ.

1. כאשר עולה מן העובדות שהצדדים ביקשו לאמץ הסדר שונה מזה הקבוע בחוק:  
   ע"א 252/78 **ברון נ' מנדיס טורס**  
   המערער מבקש לאכוף עסקת מקרקעין בהתבסס על קבלה שהנפיקה המשיבה בה פורטו מהות נכס, מחיר, ושולמה מקדמה ע"י המערער. השאלה הייתה סביב מועד המסירה. השופטת מרים בן פורת: ההסדר בחוק – ס' 9א לחוק המכר – "אם נמכר לא נמסר על אתר ימסר תוך זמן סביר", ס' 21 לחוק המכר שעניינו התשלום: "המחיר ישולם במועד מסירת הנכס". במקרה זה הצדדים סיכמו שהממכר יועבר במועד מסוים ולא תוך זמן סביר ובנוסף התמורה לא תהיה בו בזמן, אלא התמורה תשולם ב-4 תשלומים כששלושה מהם לפני מועד המסירה. השופטת קובעת שבמצב זה אין אפשרות להשלים כי הצדדים החליטו על מתווה שונה מזה שבחוק, הם החליטו שההסדר בחוק אינו רצוי מבחינתם, ולכן השופטת סבורה שאין טעם לכפות עליהם את ההסדר שנמצא בחוק. זה שהם נכשלו בחוזה לא מהווה סיבה לכפות עליהם חוזה שלא רצו.  
   ע"א 579/83 **זוננשטיין נ' גבסו**היה חוזה מכר דירה. זוננשטיין היו הרוכשים וגבסו (חברה קבלנית) המוכרים. בשלב הראשון נחתם זכרון דברים בין הצדדים וחסרו בו פרטים רבים ביניהם מפרט ומועדי תשלום. הצדדים הסכימו להפגש במועד מאוחר יותר לחתום על חוזה פורמלי. הפגישה נערכה אך התפוצצה כי: על פי האחים גבסו – לא הגיעו להסכמה בעניין מועדי התשלום, זוננשטיין – המוכרים העלו דרישה בלתי חוקית: לרשום סכום נמוך כדי להוריד את החבות במס. זוננשטיין ביקשו לאכוף את ז"הד והשופטת בן פורת סרבה גם כאן: כשפרט מהותי כמו מועדי תשלום לא נקבע במסמך הכתוב לא ניתן להשלים אותו מכוח חוק או נוהג כשברור מהעובדות שהצדדים ביקשו לאמץ הסדר שסוטה מהנוהג או החוק.   
   כשיש פרט מהותי שלא ניתן להשלימו הדבר משמיט את הקרקע תחת דרישת המסוימות ותחת דרישת הכתב.   
   ע"א 2143/00 **לוין נ' שולר**לא ניתן להשלים כאשר אין הסכמה בין הצדדים לגבי פרט מהותי.  
   נכתב זכרון דברים למכר דירה שאין בו סכום או מועדי תשלום בין לוין לשולר. לפי לוין המחיר שהוסכם עליו הוא לפי שווי השוק והקונה טען שהמחיר שנקבע הוא 213,000 ד'. בשלב מסוים הקונה הוסיפה את הסכום הנ"ל לזה"ד בכתב יד. המוכרים התנגדו לתוספת זו. מחיר הדירה עלה במהלך השנים ולכן שולר טוענים למחיר קבוע ולוין טוענים למחיר על פי שווי השוק. ביה"מ המחוזי קובע שלא השתכלל חוזה אך לאור העובדה שהועבר סכום כסף נכבד יש להאפשר לצדדים להשלים את העסקה במחיר שיוערך על ידי שמאי. בעצם הוא אומר שלא נכרת חוזה אך יש להגיע לתוצאה אחת שהיא המקבלת על הדעת היחידה – היא שבגלל שחלק כבר שולם צריך לאפשר להם לגמור את העסקה למרות שלא נחתם חוזה.  
   דעת הרוב בעליון: (השופט לוין) המחיר הוא פרט מהותי שלא ניתן להשלמה. לאור התנגדות המוכרים להוספת הסכום על ידי הקונה יש חסר לא ניתן להתגבר עליו במובן הראוי או הרצוי. "השלמת התחייבות כתובה באמצעות הוכחתו של הסכם בע"פ שתוכנו שנוי במחלוקת אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה על פיה דרישת הכתב מהותית." מכיוון שמדובר במקרקעין לא ראוי לבצע השלמת פרט מהותי על בסיס מו"מ בע"פ שלא הניב הסכמה. זה לא הולם את דרישת הכתב.  
   דעת המיעוט בעליון: (השופטת שטרסברג-כהן) לא הייתה מחלוקת על המחיר, הקונה שילם את הסכום למוכר ואת ההשלמה לקבלן (משלימים ל-213,000). המחלוקת האמיתית הייתה בנוגע לסכום שידווח לרשויות המס ולא בנוגע לסכום התשלום. לכן נושא המחיר נשאר פתוח. הייתה הסכמה לגבי הפרט המהותי – המחיר לא מופיע בכתב אך זה מפני שניסו להמנע מתשלומי מס כדין (בכך שיוכנס מחיר אחר מזה ששולם). אדם לא מעביר סכומים כל כך גדולים של כסף לפני שהוא בטוח שנוצרה עסקה. דרישת הכתב מתקיימת ואפשר להשלים את החסרים במאצעות מנגנוני ההשלמה. ביה"מ נאלץ לבחור בין צדק פרטני (המיעוט) לבין עיצוב הדין ביחס לכלל המתקשרות והמתקשרים (הרוב).   
   דעת המיעוט צופה אל העבר – לא ניתן לצד שפעל באופן שגובל בלא חוקי ולא מוסרי להתחמק מההסכם שהיה. דעת הרוב צופה לעתיד: לא רוצים לערער את הודאות שבדין ולקריב אותה ואת הביטחון על מזבח צדק במקרה הספציפי, גם אם אחד הצדדים לא פעל נכון.  
   זו הדילמה בפני השופטים: לדאוג לעיצוב הדין ולאינטגריטי של המשפט או ליצור צדק במקרים ספציפיים.

### זכרון דברים

הרבה פעמים בעסקאות מקרקעין משתכלל מסמך שכותרתו "זכרון דברים" ונשאלת השאלה מה מעמדו המשפטי.

זכרון דברים יכול להיות שלב במו"מ שאינו מהווה חוזה מחייב או יכול להיות חוזה מחייב. אין סיווג ביניים.

אם מתקיימים בו היסודות של כתב, גמירת דעת ומסוימות מספקת, התגבש חוזה. אם לא הייתה העדה על גמירות דעת או מסוימות מספקת או שדרישת הכתב לא נענתה, לא מחייב.

ע"א 158/77 **רבינאי נ' מן שקד**נכתב זכרון דברים בין הצדדים עליו חתמה רק רבינאי, מוכרת הדירה. בזכרון הדברים סוכם על מחיר של 275,000 ל"י. נקבע ש100,000 מתוכן ישולמו עם חתימת החוזה. 15,000 ל"י שולמו לרבינאי בעת החתימה. היתרה תועבר במועד העברת הבעלות (160,000). אחרי שלושה ימים רבינאי מתחרטת ומבקשת לצאת מהעסקה. בעיני רבינאי שוכלל רק זכרון דברים וסוכם על שכלול חוזה במועד אחר.  
השופט ברק: משתמש במבחן מהותי: אם כתוב "עד שיוכן חוזה מחייב" זוהי ראייה שתומכת בהיותזכרון הדברים חוזה מחייב, אך אם כתוב "בכפוף לחוזה" (עתידי) או שזכרון הדברים נכתב בכפוף לחוזה עתידי אז זכרון הדברים אינו מחייב.  
נבחנת כוונת הצדדים והסכמה על הפרטים המהותיים והחיוניים. כוונת הצדדים היא גמירת דעת, הסכמה על פרטים היא מסוימות מספקת. לגבי מסוימות – צריך קיום של הפרטים החיוניים, שרשימתם משתנה מעסקה לעסקה. בעסקאות מקרקעין נדרשים: מהות הנכס, מועד העברה, צדדים להתקשרות, תיאור הנכס, מחיר, מועדי תשלום. חתימה אינה הכרחית לשם כינון מסמך בכתב. הצדדים יכולים לחתום במועדים שונים ובמקומות שונים ואם ישנה חשיבות לחתימה מסוימת, זו חתימת המערער/ת על העסקה. נקבע שהשתכלל חוזה.

פ"ד זה היה תקדימי ומשמעותי: ביה"מ אומר שזכרון דברים יכול להוות חוזה מחייב.

ע"א 692/86 **בוטקובסקי נ' גת**ב-23.12.79 משתכלל זכרון דברים מפורט מאוד. בוטקובסקי שהוא מנהל המוכרת לא חותם, לוחצים ידיים ומרימים כוסית ומברכים על ההגעה להסכמה. נקבעה גישה לשם חתימה על חוזה פורמלי, זה לא קורה והנכס נמכר לצד שלישי. ביה"מ המחוזי פסק שלא נכרת חוזה אבל בוטקובסקי פעל בחוסר תום לב. בוטקובסקי טוען שלא נכרת חוזה, וגת טוען שהחוזה נכרת.  
השופט מצא: יש שמות, מהות נכס, מחיר ומועדי תשלום. אין את העברת הבעלות (העברה משרדית) ואין את העברת החזקה (העברה פיזית). האם נחוצה חתימה? לא! העדר חתימה אינו שולל קיום חוזה מחייב. היחס בין חתימה לגמירת דעת: החתימה מהווה אינדיקציה חזקה לקיום גמירת דעת, אך העדר חתימה אינו שולל בהכרח גמירת דעת. אפשר להסיק העדה על גמירת דעת גם ללא חתימה.   
 האינדיקציות לגמירת דעת: את מסמך זכרון הדברים כתב בוטקובסקי, הוא נוסח כחוזה מפורט ומחייב, עותק מהמהסמך נמסר לרוכשים, בוטקובסקי העיד על כך שאם היה חותם על המסמך היה משתכלל חוזה מחייב, כל הנסיבות מסביב (לחיצת יד, שתייה, ברכה על ההתקדמות) – ולכן השתכלל חוזה מחייב.

הנוסח המפורט של המסמך הוא האינדיקציה הטובה ביותר. לגבי הכתיבה בכתב ידו – מישהו היה צריך לכתוב אותו ולכן זה לא משמעותי. לגבי מסירת התיעוד – גם אם לא רואים בכך מסמך מחייב הגיוני להעביר לצד השני את פירוט הסיכומים עד אז, לגבי הברכות והכוסיות ולחיצות היד – קורה בסוף כל פגישה עסקית. לגבי קביעת הפגישה – אם נקבעו כל הפרטים והפגישה היא רק לחוזה, אז אין צורך בעוד פגישה. לגבי עדותו של בוטקובסקי – הוא אמר שאם היה חותם זה היה מחייב, אך הוא לא חתם כי רצה להשאיר את מרחב הפעולה.

היה צריך להכריע שהעדר חתימה שולל אפשרות של חוזה. בעיני רוב האנשים בעם אם אין חתימה, החוזה אינו מחייב. אם הרוב רואה בחתימה את השלמת החוזה היה נכון לאמץ אותה בתור מדד לקיום חוזה או שלילתו: אם נחתם יש חוזה, אם לא אין.

מגמת הפסיקה היא להקל בהכנסת אנשים ליחסים חוזיים. משמעות הדברים היא שאם אדם לא רוצה להתחייב לחוזה נטל ההוכחה עליו – אדם צריך לדאוג לכך שלא יקבלו אותו בחוזה בלי שהתכוון לכך.

**שיעור 7**

המשך פ"ד בוטקובסקי נ' גת:

פה"ד לא מבטל את חשיבות החתימה – השופט מדגיש את העובדה שקיום חתימה היא חזקה משמעותית לקיומה של גמירת דעת, אך פ"ד זה מחדש שניתן להסתדר גם ללא חתימה ותיתכן העדה מספקת על גמירת דעת גם כאשר צד אחד לא חתם/ה. בתי משפט נוהגים להסיק קיום יחסים חוזיים בקלות, וקל מאוד להקבל משפטית בחוזה. בתי המשפט נוטים לזהות יחסים משפטיים מחייבים. המגמה הזו נמשכה ופ"ד בוטקובסקי הוא חלק מאותה מגמה.

לדעת פרופ' פורמוחובסקי: זה לא דבר טוב. סוג טעות 1- הייתה כוונה לשכלל יחסים חוזיים אך ביה"מ לא זיהה זאת, סוג טעות 2- צד אחד או שניהם לא ראו עצמם קשורים בחוזה ובכל זאת בית המשפט מסיק קיום של חוזה מחייב. בתי המשפט ממוקדים כל כך במניעת טעויות מהסוג הראשון שנוצרה שיטה שמאפשרת טעויות מהסוג השני. כשמעצבים שיטה מנסים למזער את שני הסוגים.

ניתן לעשות זאת באמצעות שיטה של וודאות משפטית – שיטה פורמליסטית, מדדים ברורים. פרופ' מאוטנר שאל אנשים מה קובל אותם ביחסים משפטיים ובעיני רוב האנשים חתימה הייתה הקשירה הסופית. בשיטה שלנו חתימה אינה הכרחית. בענף משפטי שנועד לשרת פרטים, ואם מבחינת הפרטים הנורמה היא שהחתימה חשובה לא היהי נכון לוותר עליה. אנחנו בעצם מוותרים על הכלי הכי מיידי ואינטואיטיבי שהפרטים מחזיקים בו. היה אפשר לבסס שיטה בה ללא חתימה אין חוזה. אפשר היה וראוי היה להתקדם צעד נוסף ולגבש מספר מסוים של פרמטרים – פרטים שצריכים להופיע בנוסף לחתימה (כמו במקרקעין). זה מונע התדיינות מיותרת ואפשרות להתנהגות אסטרטגית. במצב בו אין לנו מדדים ברורים צד יכול ללכת לבית משפט שנים אחרי האינטרקציה החוזית שיראו לבית המשפט הגיוניים ונכונים. בשיטה כזו קל מאוד לעשות מניפולציות – שיטה שהיא התרשמותית. השיטה הזו מנסה לשאוף לצדק ולאמת, אך היא לא ממצה זאת – יש בכך מחיר גבוה (אין יכולת אמיתית לתאם, קשה להכנס לחוזה, קל לראות בתנאים משהו שלא היה שם, קל לעשות מניפולציות).

אולי בשנים האחרונות אנחנו עדים לנסיגה הזאת, כפי שאפשר לראות בפ"ד דניאל ובפ"ד עדני:

ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד**

דוד בעל חנות על שטח של עדני. הוא מוכר את החנות לעדני. הצדדים חתמו על זכרון דברים בו פורטה התמורה. נכתב שבנספח יפורטו מועדי התשלומים אך נספח זה לא נערך ולכן לא סופח. פורטו הסגרים נוספים. מועדי התשלומים הוא הפרט החסר בו נעסוק. עדני דיווח בספט' לרשויות המס על העסקה וחמישה חודשים לאחר מכן הוא רושם הערת אזהרה (אינה שקולה להעברת בעלות, אך היא מידעת צדדים אחרים בדבר קיום עסקההנוגעת לנכס. זה אומר שצדדים שלישיים שיסתכלו ברישומים יבינו שכבר יש חוזה. בד"כ הערה זו נרשמת בין שכלול חוזה המכר לבין העברת הבעלות – בעסקת מקרקעין יש שלושה שלבים: שכלול חוזה מכר, רישום הערת אזהרה (על סמך החוזה), העברת הבעלות לשם הרוכש/ת. עדני רשם את הערת האזהרה על הנכס. דוד מתנער מהעסקה, הקונה פונה לביה"מ המחוזי שקובע שלא השתכלל חוזה בגלל שאין גמירת דעת נחוצה, חסר פרט מהותי – כלומר פגיעה במסוימות ומכאן גם פגיעה ביסוד הכתב.  
בערעור לביה"מ העליון יש דעת רוב ודעת מיעוט בנושא.   
השופט פוגלמן: הגדיר את נוסחת הקשר כך: "הסכם מפורט עד ה-13.9". האם נוסחת קשר כזו תומכת בסיווג ההסכם כחוזה גמור או שלב במו"מ? השופט פוגלמן אומר שניתן להבין זאת לשני הכיוונים: אם לא השתכלל חוזה עד התאריך האמור אז הכל מתמסמס, ואז מדובר בשלב במו"מ, אך ניתן להבין אחרת – אם לא השתכלל חוזה עד התאריך האמור אז ההסכם הנתון יחשב לחוזה מחייב לכל דבר. (לדעת פרופ' פורמוחובסקי: האפשרות השנייה אינה הגיונית). ההסכם מתבטל: חסר פרט שהיה מהותי עבור הצדדים- התעקשו על קביעת נספח שמפרט את מועדי התשלום, שלא נערך בסופו של דבר. לכן מדובר בעניין מהותי שלא התגבש.  
השופט עמית (דעת מיעוט): נוצר חוזה מחייב כבר בעת כינון זכרון הדברים: המסמך השתכלל אחרי מו"מ ארוך, מועדי התשלום ניתנם להשלמה (על פי מנגנוני ההשלמה על פי נוהג, חוק, ביצוע אופטימלי (ביצוע אופטימלי כי מבחינת הקונה מועדי התשלום לא היו חשובים כי הוא נזקק להלוואה מהבנק ומרגע שנלקחה אין זה משנה לקונה מתי יצטרך להעביר את הכסף למוכר, ולכן יוכל להשלים אם המועדים שמבקש המוכר)) – כנראה שמכוח חוק הכי מתאים למקרה זה (על פי הפרופ' פורמוחובסקי). המוכר רוצה להתנער מהעסקה כי הקונה דיווח עליה לרשויות המס. (לדעתו המוכר פשוט כועס על הדיווח כי קיווה להתחמק מדיווח לרשויות המס).

האם יש שינוי מגמה על פי פ"ד זה? נראה שיש ניצנים של שינוי, אך לא שינוי של ממש. הצד שטען נגד קיום חוזה הצליח להחלץ ממנו מכך שהדגיש את חשיבות מועדי התשלום, אם לא הייתה הדגשה זו אי אפשר לדעת אם כך היו סוברים שופטי הרוב. אם לא הייתה הדגשה של חשיבות מועדי התשלום (על ידי עורכי הדין) לא בטוח ששופטי הרוב היו משתכנעים.

מדובר בעסקת מקרקעין בה יש דרישה לכתב. יש הקפדה יתירה (גבוהה יותר) על המסוימות והכתב בעסקאות מקרקעין. אם זו הייתה עסקת מכר שמהותה אינה מקרקעין, יכול להיות שבית המשפט היה רואה כאן פרט שאינו מהותי או פרט שניתן להשלמה.

## הצעה וקיבול

### הצעה לציבור

בסעיף 2 לחוק החוזים נכתב בסוף: "הצעה אפשר תהא לציבור".

להצעות לציבור יש שני מאפיינים רווחים (אך לא מחוייבים): יכולות להניב יותר מחוזה אחר, פעמים רבות הקיבול המבוקש הוא קיבול על ידי התנהגות.

מה קורה במקרה של הצגת מוצרים בסופרמרקט? הצגה זו נחשבת הצעה במיוחד אם מצוין מחיר (בישראל יש חובה חוקית להציע מחיר). הקיבול מתבצע לא בעת לקיחת המוצר אלא באמצעות תשלום בקופה – אז נכרת החוזה. בישראל ניתן בעסקאות צרכניות להתחרט או לבטל גם אחרי שכלול החוזה תוך 14 יום (תקנות הגנת הצרכן (ביטול עסקאות) תשע"א-2010). ניתן לבטל בתנאי שמחיר המוצר או השרות מעל 50 ש"ח, המוצר מוחזר לבית העסק בו נרכש, לא נעשה שימוש במוצר והוא לא נפגם כאשר השבה באריזה המקורית מהווה ראייה לכך שלא נעזה שימוש. בית העסק יכול לחייב בדמי ביטול בסך 5% או 100 ש"ח, הנמוך מבין השניים.

במכונות ממכר: ההצגה היא בהצעת הסחורה בתוספת מחיר, הקיבול הוא תשלום.

ת"א (חיפה) 10458-04-14 **קוזלי נ' מדינת ישראל**עמותת לחופש נולד מציעה 10M דולר באמצעות שלטי חוצות למי שיביא מידע מהימן שיוביל למציאתו של החייל מג'די חלבי שנעדר משנת 2005. שני אחים ואב עובדים בכריתת עצים בערות הכרמל, מוצאים עצמות ומחליטים ליידע את המשטרה. מברר שהעצמות הן של החייל הנעדר (אין להם מושג שאותו מצאו). האחים קוזלי מבקשים את הפרס, העמותה התפרקה ולכן הם תובעים את המדינה. מהות התביעה היא קבלת הפרס. נשאלת השאלה אם יש קיבול (אין מחלוקת לגבי קיום הצעה). השאלה המשפטית היא: האם גילוי אקראי או מעשה אקראי יכול להוות קיבול בנסיבות העניין? האם היה מפגש רצונות? השופט אליקים פוסק שלא היה קיבול. לפי ביה"מ יש שני אלמנטים שצריכים להתקיים לשם מפגש רצונות: הבעה חיצונית ובו זמניות (מתחם זמן שבמהלכו רצון המציע ופעולת הניצע משיקים). ביה"מ אומר שבגילוי הגופה לא היה משום הבעה חיצונית כמשמעותה בדין. אדם סביר שהיה רואה את מעשי קוזלי לא היה מסיק שבכוונתם להתקשר בחוזה או לבצע קיבול. מבחינת בו זמניות: האחים קוזלי לא התכוונו למצא את גופת המנוח ולא ידעו שמצאו אותה. הקשר הסיבתי: מציאה אקראית אינה מהווה קיבול, נדרש קשר סיבתי בין הקיבול לבין ההצעה. לכן קובע השופט שלא תתכן גמירות דעת בעניין בו אין דעת.

בשורה התחתונה: נדרש קשר סיבתי בסוג כזה של הצעות. תיק זה נמצא בערעור בביה"מ העליון, כך שאולי זה ישתנה.

**Carlill v. Carbolic Smoke Ball** 1850~

החברה פרסמה במודעה בעיתון שמי שמשתמש בכדור ההרחה שלהם לא יחלה בשפעת. הם הבטיחו שמי שזה לא יעזור לו יקבל מהחברה 100 ליש"ט. גב' קרליל קנתה, הסניפה, וחלתה. היא תבעה והחברה אמרה שזה היה בצחוק. ביה"מ קבע שהמודעה בעיתון הייתה בעלת מסוימות מספקת, העידה על גמירת דעת, והקיבול נעשה באמצעות התנהגות בהקשר להצעה.

**Leonard v. Pepsi Co. S.D.N.Y** 1999

פפסי מבטיחה במבצע מחירות: מקנייה מקבלים נקודות, את הנקודות ניתן להמיר בפרסים שונים. קבוצה של אנשי עסקים הגיעו למשרדי פפסי עם 7000000 נקודות ודרשו את המטוס המובטח בפרסומת. החברה לא רוצה לספק זאת.   
מצד אחד: לא נאמר בפרסומת שמדובר בתמונה להמחשה בלבד, הפרסומת הזו גרמה לקונים לשלם כסף עבור המוצר והחברה צריכה לספק את מה שהבטיחה, לא אמרו שאסור להעביר נקודות בין אנשים, או לחבור לקבוצות.  
ביה"מ של ניו יורק הכריע שלא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. הפרסומת הייתה התרברבות בלבד שלא יצרה כוח קיבול ביחס למטוס (בנוגע לשאר הדברים כן). ביה"מ הציע 5 סיבות: השימוש במוזיקה הצבאית ובכיתוב הצבאי נועדו ליצור אפקט דרמטי ולהפוך את הפרסומת למעין פרודיה על הצבא, החוק אוסר על נער צעיר לנהוג (קל וחומר מטוס), הגעה לביה"ס תיכון במטוס אינה אלא פנטזיה (אלמנט הפנטזיה מודגש בתגובות התלמידים), לאונארד השקיע 700000 דולר בצבירת הנקודות (עלות המטוס – 20000000 ד'), המטוס יוצר כמטוס קרב שנועד להשמדת מטרות והאדם הסביר לא היה מבין שהוא יקבל פרס כזה.

**שיעור 8**

בשיעור הקודם דיברנו על פ"ד פפסי והענף של פרסומות. הסברנו שבפרסומות האתגר הוא להבחין בין התרברבות גרידא לבין הצעות מחייבות ותקפות משפטית. במצב המשפטי הקיים היום אנחנו אמורים להפעיל את אותם אמות מידה של כל מצב אחר גם על פרסומות: לבדוק אם קיימת בפרסומת העדה על גמירת דעת ומסוימות מספקת. כפי שראינו בפ"ד פפסי זה לא כל כך פשוט.

על פי המרצה: ניתן היה לפתור את הבעייה בצורה מאוד פשוטה. היה ניתן לאמץ בחוק או בפסיקה כמה מילים שהיו מגדירות את המחויבות: אם המפרסם אומר הצעה מחייבת תחשב הפרסומת הצעה מחייבת ואם המילים לא קיימות במפרסומת, אז מדובר בהתרברבות. היה ניתן לעשות זאת בשני דרכים: להטיל את החובה על המתרברבים – להחליט שעליהם לומר שמדובר בהתרברבות ושאין ליחס רצינות לפרסומת. האפשרות השנייה היא לגרום לרציניים לשלוח מסר לציבור בנוגע לרצינותם. איך מחליטים? מכיוון שרוב הפרסומות נופלות תחת התרברבות נכון יותר מבחינה כלכלית לשים את הנטל על ההצעות המחייבות.

### חזרה מהצעה ופקיעת הצעה

ס' 3(א) לחוק החוזים: חזרה מן ההצעה (כותרת): "המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע ובלבד שההודעה נמסרה לניצע לפני שניתנה הודעת קיבול" כלומר פרק הזמן שבו ניתן לחזור הוא לפני שהצד השני קיבל אותה.  
ס' 3(ב): הצעה בלתי הדירה (שאין ממנה חזרה): "קבע המציע שהצעתו ללא חזרה או שנקבע מועד לקיבולה אין הוא רשאי לחזור בו ממנה אחרי שנמסרה לניצע" כלומר – ניתן לחזור מההצעה כל עוד היא לא נמסרה לניצע. פרק הזמן שבו ניתן לחזור בהצעה כזו קצר משמעותית מפרק הזמן שבו ניתן לחזור מהצעה שאינה בלתי הדירה. בתקשורת בע"פ או בפייסבוק וכו', הצעה היא בלתי הדירה לחלוטין – הסעיף מתאים יותר למקרים שבהם משתמשים בדואר להעברת מסמכים וכו'.

אבחנות אנליטיות:

1. הצעה בלתי הדירה אינה הצעה בלעדית! אפשר להוסיף תרשים: הצעה הדירה יכולה להיות בלעדית או לא בלעדית, הצעה בלתי הדירה יכולה להיות הצעה בלעדית או לא בלעדית.  
   ההצעות רגילות (ניתן לחזור על פי ס' 3(א) – בתוך קטגוריה זו יש הצעות בלעדיות ושאינן בלעדיות.   
   הצעות בלתי הדירות – גם בתוך קטגוריה זו יש הצעות בלעדיות ושאינן בלעדיות.  
   יש שני סוגי סיכון: 1- שמקורו בניצעים אחרים, 2- סיכון לשינוי בדעתו/ה של המציע/ה. הצעות בלתי הדירות מגנות מפני הסיכון השני, בעוד בלעדיות מגנה מפני הסיכון הראשון.

למה לעצב הצעות בלתי הדירות שלא ניתן לחזור מהן?   
ניצעים צריכים לזאת בעלויות גבוהות של בדיקת הצעה הרבה פעמים כדי להבין מה מהותה ואם היא משתלמת או לא. כאשר ניצע יודע שהמציע/ה יכולים בכל רגע לחזור בהם מההצעה (במיוחד בהליך בחינה ארוך) אותם ניצעים עלולים לא להכנס להליך הבדיקה כלל. כשמתחייבים להצעה בלתי הדירה זה נותן את הודאות שצריך כדי להשקיע את המשאבים הכרוכים בבדיקת ההצעה. לכן יש למציע/ה אינטרס להציע הצעה בלתי הדירה לפחות לפרק זמן מסוים (אחרת זה לא שווה לניצע).

1. הצעה בלתי הדירה ללא הגבלת זמן (שתפקע תוך זמן סביר) אל מול הצעה בלתי הדירה לפרק זמן מסוים. זמן סביר אינו ברור ויכריע ביה"מ אחרי הרבה זמן (שכנראה כבר לא יהיה סביר), ולכן עדיף לנסח הצעות בלתי הדירות לפרק זמן מוגבל.
2. 3(ב) קובע שאם נקבע מועד לקיבול ההצעה אז מדובר בהצעה בלתי הדירה. זהו הסדר דיספוזיטיבי, והוא ניתן להתנאה נוגדת. מציע יכול לקבוע תאריך פקיעה להצעה ובמקביל הוא יכול לקבוע שהוא יכול לחזור בו מן ההצעה. זהו כלל בררה – כלל ששולט אם לא נקבע אחרת. יש סיבה נוספת לקבוע תאריך להצעה: לא רוצים שהן יעמדו על תקפן לנצח. הבעיה היא שבדין הישראלי תאריך בחוזה הוא תאריך פקיעת ההצעה אך גם הופך את ההצעה לבלתי הדירה. הדרך לעקוף את זה היא לקבוע שזו לא הצעה בלתי הדירה. פרופ' סיני דויטש: די בהתנאה משתמעת – ניתן להסיק התנאה נוגדת גם מהנסיבות. פרופ' פורחומובסקי: תמיד להגדיר שזו הצעה בלתי הדירה!!! לא לסמוך על התנאה משתמעת! המציאות המסחרית היא דינאמית והנסיבות משתנות כל הזמן ולכן לא כדאי להיות כבולים בהצעה בלתי הדירה.   
   "עד גמר המלאי" זה ניסוח מגן: אם בית עסק מנסח הצעה בלתי הדירה אפילו עם תאריך ולא כותב "עד גמר המלאי" הוא חזוף לזה שיהיו יותר מקבלים/ות מאשר המלאי והוא יהיה מחויב בכל זאת לספר לכולם.  
   אפשר להאריך את התקופה שבה ההצעה תקפה ולא לקצר, אז עדיף לתת תאריך קרוב ולהאריך מאשר רחוק.  
   בהצעות לציבור זה יותר מסובך: אפשר לחזור מההצעה בהוצעה לניצע/ת, אך אם מדובר בציבור שלם שחשוף להצעה קשה מאוד לחזור (בוצאפ אפשר, בעיתון קשה לחזור).   
   צריך להזהר במיוחד בהצעות לציבור שבהן הקיבול הוא בהתנהגות: על פניו בהצעה בלתי הדירה אפשר לחזור אך יש מכשול כי אנשים מסתמכים על ההצעה ואז יכולה להיו בעייה עם תום לב. הדין מאפשר לסגת כשמדובר בהצעה רגילה אבל יש בכל זאת מכשול שיכול למנוע נסיגה מהירה והחזרת הדברים למקום בו התחילו וזה עניין תום הלב (אם נבקש מהציבור לשלוח 5000 פקקים של קוקה קולה, כל הציבור מנסה ואחרי שבוע קוקה קולה מחזירה את ההצעה, יש בכך בעיה של תום לב.

מצב שבו לא חזר בו המציע מן ההצעה, תפקע ההפעה בהתרחש אחד מארבעת המצבים הבאים:

1. אם אין תאריך פקיעה, בחלוף זמן סביר (ס'8א)
2. אם נקבע בהצעה מועד קיבול, אז בחלוף מועד הקיבול שנקבע (ס'4 (1))
3. אם הניצע/ת דחה/תה את ההצעה (ס' 4 (1))
4. עם פטירת אחד הצדדים או הכרזתו/ה כפסול/ת דין (מפקיע הצעה שטרם קובלה, לא כזו שכבר קובלה והיא חוזה) (ס' 4 (2))

**פקיעת ההצעה**

ע"א 379/82 **נווה עם נ' יעקבסון**

חברת נווה עם, באמצעות בא כוח, מציעה דירות בבעלותה לדיירים המתגוררים בה. ההצעה תפקע ב-2.9.81 (כלומר זו הצעה בלתי הדירה). עד לאותו תאריך המעוניינים צריכים להשיג 50% מהמימון ולהעביר אותו לחברה. כדי להשיג את הכסף צריך הלוואה מהבנק אבל בשביל משכנתא צריך חוזה (כלומר הם במלכוד). יומיים לפני הפקיעה החברה מכנסת את כל הניצעים ומציעה למי שבידיו 50% לחתום וכך להשלים את המימון (ולהראות לבנק כדי לקבל משכנתא). בא הכוח שואל את יעקבסון אם הוא מוכן לחתום, ויעקבסון אמר "אין לי כסף" ויוצא מהחדר. החברה מסיקה שיעקבסון דחה את ההצעה המקורית, ולמחרת יעקבסון מתייצב במשרדי החברה עם הכסף ומבקש לחתום.  
השאלה המשפטית היא האם ניתן להסיק מהתנהגותו של יעקבסון ומעשיו דחייה של ההצעה?  
אם כן – ההצעה פקעה ולא ניתן לקבלה אחר כך, אם לא – ההצעה עומדת וניתן לקבלה עד התאריך הנקוב.   
השופט בייסקי קובע שמדובר בהצעה בלתי הדירה ודחייה שלה חייבת להיות מפורשת ואקטיבית. מוטמע כאן כלל בררה או הנחה: ניצעים לא יטו לדחות הצעות בלתי הדירות (זה לא מפורט בפ"ד אך הרעיון הוא שהצעה בלתי הדירה מיטיבה עם הניצעים ונותנת להם אופציה להרהר בעסקה עד לתאריך הפקיעה, ולכן אדם לא יוותר על הצעה כזו לפני התאריך).ביה"מ אומר שכשמדובר בהצעות כאלה צריך העדה מוגברת על כוונה לדחות (לא על הקבלה של ההצעה), רוצים להיות בטוחים שאכן הייתה דחייה. מעשיו של יעקבסון לא העידו על כוונתו לדחות את ההצעה, הם לא עלו כדי הסף הדרוש. בנוסף, בערב אותו יום יעקבסון התקשר ואמר שהוא מנסה להשיג את הכסף, ובכך די הבהיר שהוא עדיין שוקל את ההצעה (למרות שהוא לא היה חייב), ושהוא לא הוציא את עצמו מההצעה הזו. על מנת שזו תהיה דחייה היא תהיה אקטיבית וברורה יותר.  
במקרה הזה הייתה הצעה בלתי הדירה עם תאריך פקיעה.   
מה קורה כאשר אין תאריך פקיעה מפורש?

ע"א 374/64 **רוזנר נ' מגן דוד אדום**

מד"א מדוורים (שולחים בדואר) כרטיסי הגרלה לנמענים רבים כאשר התנאי לזכייה בפרסים הוא תשלום בעד הכרטיס. מתקיימת הגרלה והכרטיס שנשלח לרוזנר זוכה במכונית אלא שהוא לא שילם עבור הכרטיס. רוזנר מבקש לשלם כעת ולקבל את המכונית. לגישתו של רוזנר הוא שכח לשלם. ביה"מ קובע שכאשר מדובר בקיבול לא מספיק שהייתה כוונה שבלב לקבל, אלא נדרש גילוי חיצוני או מעשה אובייקטיבי. ולכן הקיבול המבוקש היה תשלום עבור הכרטיס לפני ההגרלה. מעבר כך, ההצעה פקעה ברגע שנערכה ההגרלה, ולכן היה יכול להתבצע עד ההגרלה.

מהות הנכס במקרה זה כרטיס הגרלה, השתנתה פלאים ברגע שנודעו תוצאות ההגרלה: כשרוזנר התבקש לשלם למד"א המחיר שיקף סיכוי לזכות, הסתברות זכייה נמוכה כשתוחלת הזכייה היא מגוונת (כל פרס שהציעו). לאחר ההגרלה, הכרטים שווה הרבה יותר כי הוא זוכה בוודאות בפרס הגדול. עסקת המקור הייתה תשלום בעד סיכוי. אם רוזנר ישלם, הוא כבר לא ישלם על סיכוי אלא על זכייה ודאית. אם היו נותנים לרוזנר לקבל את הפרס זה היה משמיד את מפעל הפרסים בישראל.

גם אם לא הייתה קביעה מפורשת, הנסיבות הכלכליות מחייבות את המסקנה הזו. התמורה שרוזנר מבקש לקבל אחרי ההגרלה שונה מהתמורה המקורית.

### קיבול

**ס' 5: קיבול-** הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע, המעידה על גמירות דעתו של הניצע להתקשר בחוזה על המציע לפי ההצעה. הקיבול דורש הודעה למציע, העדה על גמירות דעת הניצע וחפיפה בין הקיבול לבין תנאי ההצעה.

**ס' 6: קיבול דרך התנהגות**6א- מאפשר למציע לדרוש קיבול באמצעות התנגדות.  
6ב- קביעת המציע שהעדר תשובה מצד הניצע תחשב קיבול, איל לה תוקף.

**ס' 7: חזקת קיבול**מקרים שבהם שתיקה תחשב כקיבול, למרות האמור בסעיף 6. הסעיף קובע שהצעה שאין בה אלא לזכות את הניצע או ניצעת חזקה עליו/ה שקיבל אותה זולת אם הודיע למציע על התנגדותו אליה להצעה תוך זמן סביר לאחר שנודע לו/ה על ההעצה.  
מדובר בהצעה שמטרתה רק זיכוי והטבה לניצע (חריג לכלל).  
המחוקק קבע כלל בררה הפוך כדי לחסוך בעלויות עסקה כי אם מדובר בהצעה שהיא רק לטובת הניצע למה לטרוח ולהטריח ולבקש להגיד כן להצעה כזו. במצב כזה רוב הניצעים יסכימו להצעה ולכן אותו מיעוט שאינו מעוניין בהצעה יישא בנטל של העברת הודעת דחייה להצעות כאלה.   
הביצוע של הסדר זה הוא קשה מאוד: צריך שתהיה הצעה שרק מזכה, כמו מתנה, ואפילו לא כל מתנה כי למשל לעיתון חינם יכול להיות גם מחיר (לא רוצים את העיתון וצריך לזרוק אותו), אך יש גם הצעות שבהם כולם יקבלו: למשל הנחות בחנויות. האם במקרים כאלה, בהם זה רק מיטיב עם הניצע, נכון לאפשר קבלה בשתיקה רק בשביל החיסכון הכלכלי בדרישת הקיבול.

**ס' 8: מועד הקיבול-** הנטל הוא על המציע להודיע לניצע שהקיבול אינו תקף מיד עם הגיע הודעת הקיבול (במקרה המיוחד בו הודעת הקיבול התעכבה ולא הגיעה עד התאריך הנקוב בגלל סיבות שלא בשליטת הניצע וללא ידיעתו). על המציע להודיע לניצע שלקיבול אין תוקף.

**סעיף 9:** קיבול שאינו בזמן (מחוץ למועד הקיבול) לא יקבע קבלת הצעה אלא יחשב הצעה חדשה.

**ס' 10: חזרה מקיבול**- הניצע רשאי לחזור בו מקיבול בהודעה למציע אך לא לאחר שנמסרה למציע הודעת קיבול או שנודע למציע על הקיבול אם מדובר בקיבול על ידי התנהגות.

**ס' 11: קיבול תוך כדי שינוי**- כשמדובר בקיבול שיש בו משום תוספת או שינוי ביחס להצעה הוא מהווה הצעה חדשה.   
בתי המשפט לא עומדים בדווקנות על סעיף 11. לפעמים הם מקבלים גם קיבול שאינו חופף במדויק את ההצעה. את הסעיף הזה לא נכון לקחת כלשונו, בתי המשפט עוברים עליו.

**שיעור 9**

## תום לב במו"מ לכרית חוזה

**ס' 12 לחוק החוזים**

סעיף 12 ופיתוחו חוללו מהפכה בדיני החוזים בישראל. מו"מ שמתחיל יכול להכשל (ואז תוצאתו היא כלום) או שהוא יכול להצליח, ואז מגיעים לכריתת חוזה ולאחריה ביצוע. אם הביצוע מוצלח הצדדים מרוצים ואם הביצוע לא מוצלח יש הפרה ונכנסים למסלול של תביעה. כל שלב המו"מ, לפני חקיקת ס' 12, כמעט שלא היה נתון לרגולציה משפטית ונשלט על ידי דיני הנזיקין (העוולות היו תרמית או מצג שווא), אך מדובר במצבים די קיצוניים של רמייה או התנהגות לא נאותה. עם חקיקת חוק החוזים (ואיתו ס' 12), כל שלב המו"מ היה נתון לעקרון תום הלב, שהוא הרבה יותר רחב מכל עוולה בנזיקין. תום הלב מכפיף את שלב המו"מ לחוקי החוזים – חוק החוזים חל על שלב המו"מ בין אם נכרת חוזה ובין אם לא – כלומר ניתן לתבוע בעילת תום לב גם אם המו"מ נכשל ולא נכרת חוזה כלל. יש בכך הקדמה משמעותית של השלב שבו אדם כפוף לדיני החוזים: כבר בהצעה או הפנייה (ההזמנה) האדם כפוף לחובה לנהוג בתום לב. בשורה התחתונה החלת עקרון תום הלב משנה את מערך האסטארטגיות המותרות במו"מ. השופט ברק קבע בפ"ד בית יולס את המשמעות של עקרון תום הלב: "אדם לאדם אדם". בעצם העקרון הזה מוגדר באופן מאוד לא ברור.   
בתוך עקרון זה גלום העקרון "מה ששנוא עליך אל תעשה לחברך", אך גם זה מאוד בעייתי כי זה סובייקטיבי, והמשפט מתקשה לעבוד עם סטנדרטים סובייקטיבים.  
אם מנסים לדייק יותר: יש הרבה מהלכים ואסטרטגיות במו"מ, ודרך מועילה לחשוב על עקרון תו"ל, היא **מניעת שימוש באסטרטגיות או מהלכים המניבים רווח קטן לכל היותר לצד נוקט בהן וגורמים נזק לא פרופורציונאלי לצד השני**.  
החלת עקרון תו"ל הכניסה עמימות לכל השלב את המו"מ, לא לגמרי ברור מה מותר ומה אסור לעשות.

**מטאפורת השדה המגנטי**  
ככל שמתקדמים במו"מ עצמת החובה לנהוג בתו"ל הולכת וגדלה וקיימת גם בתוך החוזה (בחלק זה מטפל ס' 39).

**סעיף 12: תום לב במו"מ**

1. במו"מ לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.
2. מתייחס לסעדים.

מבחינת המחוקק עולות 2 אמות מידה: "הדרך המקובלת" , ו-"תום לב". מבחינת המחוקק השניים מסתדרים יחד, אך זה לא כל כך פשוט. ההגדרה "דרך מקובלת" מכוונת למה שנהוג בחברה – המדד הוא אמפירי (צריך לבדוק מה קורה בזירה הרלוונטית). תו"ל, לעומת זאת, הוא מדד של מה ראוי. זהו ערך מנותק ממה שקורה בפועל – דרך יכולה להיות מקובלת בנוהג אך לא להתיישב עם עקרון תום הלב. הדרך המקובלת נשמטה די מהר והמיקוד הבלעדי של הפסיקה התרכז בעקרון תו"ל. זה קרה כי ביה"מ לא נוהג לרדת אל השטח ולבדוק מה הנוהג, והרבה יותר מתאים לו לפעול על פי הנורמה הראויה. שנית, זה מאפשר לשופטות ושופטים להנהיג ולהנחיל ערכים בישראל ולשפר את ההתנהגות.

הבעייה עם התמקדות בתום לב, היא שעד שבית משפט קובע אם עומדים בעקרון תו"ל או לא, קשה לדעת מראש אם המהלך הוא חוקי או לא. זאת אומרת שאין בהירות לגבי הדרך שבה צריך לפעול ובתוך תהליך של מו"מ אם התהליך הוא על פי החוק או לא. זה אומר שהפסיקה לא תהיה אחידה כי גם השופטים/ות הם בני אדם, והתנהגות שעלולה להראות לשופט אחד כחתו"ל, תראה לאחר כהתנהגות ראויה. זו פונקציה של השקפה, ולכן לא ברור שתהיה אחידות בין שופטים. לכן אפילו בדיעבד נתקשה לעצב כללים ברורים בכל מה שקשור לתו"ל. **אי אפשר לצפות למפרט מלא של מה נופל ולא נופל בגדר תו"ל**.

עקרון תו"ל חל על כל המו"מ בין אם הוא מני חוזה ובין אם לא. עקרון תו"ל מחייב כל משתתפ/ת במו"מ באשר הם.

ד"נ 7/81 **פנידר נ' קסטרו**

פניני בעל מניות ומנהל בחברה קבלנית. קסטרו הוא ידין של פניני תושב חוץ ומבקש לקנות דירה בארץ. הוא נעזר בפניני. נחתם חוזה וקסטרו משלם, אך החברה נקלעת לקשיים ומתפרקת. זה אומר שאין אפשרות להחזיר את הכסף כלל. קסטרו מגיש תביעה נגד פניני בגין חתו"ל במו"מ (ולא נגד החברה) כי הקרקע שעליה הייתה אמורה להיות מוקמת הדירה לא הייתה רשומה על שם החברה בעת ההתקשרות (זה דבר שצד יכול לבדוק בעצמו), ובעת ההתקשרות החברה הייתה נתונה כבר לקשיים כלכליים.   
לעניין עקרון תו"ל פוסק **השופט שמגר**: חובת תו"ל מחייבת את פניני לגלות לקסטרו את מצב הרישום, אע"פ שקסטרו יכול היה לגלות עניין זה בעצמו. העניין הוא בהתקשרות בין ידידים קרובים, לכן הייתה ציפייה להתנהגות כנה ולרמת תו"ל מוגברת מפניני. החובה לנהוג בתו"ל היא עיקרון קוגנטי (לא ניתן להתנאה נוגדת – אסור לצדדים להסכים על כך שלא יתחשבו בעקרון תו"ל). פניני אומר שהוא בסך הכל רצה להשיג את העסקה הטובה ביותר עבור החברה, אך השופט שמגר אומר שזה לא תרוץ כי על פי חוק השליחות כאשר שלוח פועל במסגרת הסמכת השולח אין הוא חב באחריות אישית, החריג הוא החובה לנהוג בתו"ל. על כל משתתף/ת במו"מ חלה החובה לנהוג בתו"ל במו"מ ואין אפשרות לחמוק מזה.

### התנהגויות שיכולות לעלות כדי חתו"ל במו"מ

**1. אי גילוי / גילוי יתר וערפול מידע)**  
במקרה של פ"ד פנידר, השופט שמגר קובע חובת גילוי רחבה הכוללת גם פרטים שהצד השני יכול לגלות בעצמו. לא ניתן לקבוע חובת גילוי רחבה מדי (פערי מידע הן אחת הסיבות לקיום עסקאות). אם ניצור חובת גילוי מוחלטת זה לא יהיה טוב כי **מידע כרוך בהשקעה**. אנחנו מחוייבים לשמר וליצור תמריצים חשיפת מידע. בשיטה בה צריך לגלות הכל אין לי שום תמריץ להשקיע. זה אומר שאנשים לא ישקיעו במידע. שנית, יהיו תביעות רבות מדי בכל מה שקשור לגילוי או אי גילוי מידע (מה אני יודע או לא זה מידע פרטי, הצד השני לא יכול לדעת אם הכל נחשף או לא). מידע פרטי הוא מכשול בדיני חוזים. בשיטה שבה צריך לגלות הכל תמיד אפשר לנסות ולתבוע על אי גילוי של פרט מסוים. זה יציף את ביה"מ בתביעות וזה **יפגע בכל ההתנהלות של מערכת המשפט**. (ישנם גם סודות מסחריים שהם מידע מוגן על פי חוק שאין חובה לגלות.)   
אם מדובר במידע רב ערך שהייתה נחוצה השקעה משמעותית כדי לשוף אותו, במצב כזה לא יהיה תמריך להשקיע במידע.   
כשחברה מצויה בקשיים היא בדילמה מבחינת עקרון תו"ל: מצד אחד החזיפה במצב זה היא עלייה לגרדום כלכלי. חשיפת הקשיים מבטיחה שלא תהיה התאוששות מהקשיים. אף אחד לא ירצה לרקום קשרים כלכליים עם חברה כזו. מצד אחד זה המידע הכי חשוב לקונה, מצד שני זה מסוג המידע שהחוק יתקשה לחשוף כי עבור הצד השני מצב כזה יכול להביא לכלייה. לצד הזה אין מה להפסיד: אם יחשוף, בטוח לא יחלץ מהקושי הכלכלי, ואם לא יחשוף אמנם הוא מסתכן בחוסר גילוי, אך יש לו סיכוי לצאת מהקשיים. מי שיש לו בעייה זה הנציג של החברה (כמו פניני בפנידר) – כי הוא כן מחוייב לגילוי ולתו"ל וללקוח יש תביעה נגד נציג שפעל בחתו"ל. לכן אפשר לתבוע את נציג השרות (עדיף נציג ברמה מאוד גבוהה כי ככל שיותר גבוהה, כך יש יותר יכולת לשלם פיצויים – נציג שרות לא יכול לשלם כמו שמנהל התאגיד יכול). יותר גבוה בתאגיד יותר קשה להוכיח כי צריך להוכיח שהוראה לנהוג בחתו"ל באה מגבוה.  
ההערות האלו לא נקלטו בפסיקה. זה אומר שהאופן בו חובת הגילוי מוצגת בדין הישראלי היא מאוד רחבה. אין הבחנה כל כך ברורה בין מידע שכרוך בהשקעה להשגתו לבין מידע שלא. לפי הפסיקה יש חובת גילוי רחבה על כל מידע שהוא מהותי לעסקה מכח עקרון תו"ל. לדעת המרצה זה רחב מדי ומתעלם מהמציאות בה אנחנו חיים שבה גילוי מידע כרוך בהשקעת משאבים ולא תמיד נודע בקלות. הרבה פעמים קשה להשיג את המידע ואנחנו רוצים לשמר את התמריץ לגילוי מידע.

לפעמים ניתן לבלבל את הצד שכנגד בגילוי מידע מיותר.

**2. פרישה ממו"מ בשלב מתקדם**ע"א 207/99 **פנטי נ' יצהרי**, ע"א 800/75 **קוט נ' ארגון הדיירים**.  
הייתה התקדמות רצינית במו"מ, אחד הצדדים התעקש על פרט מסוים וזה מנע מהחוזה להכרת. ביה"מ קבע שפעילות כזו בשלב מתקדם של מו"מ הוא חתו"ל.  
הרבה פעמים הסיבה לפרישה היא עניינית ואינה חתו"ל. לפעמים יש פרט שנראה פעוט לצדמסוים אך הוא חשוב מאוד לצד האחר. יש קושי מסוים בהנחה שאם מו"מ התקדם מאוד הוא חייב בהכרח להוביל לכריתת חוזה. דרכם של מו"מים היא שצדדים מתחילים בבניית אמון, מתחילים בחלקים הברורים וקלים יותר ומשאירים לסוף את הנושאים הקשים עליהם יש חוסר הסכמה. אבל אז פרישה מאוחרת עלולה להעלות טיעון של חתו"ל. לפי המרצה: בתי המשפט צריכים להיות זהירים מאוד עם הכלל הזה. ככל שמו"מ נמשך תנאי השוק משתנים וזה יכול להיות רלוונטי כי עסקה יכולה להראות פחות מוצלחת מאשר בהתחלה, או לחילופין עלתה אופצייה נוספת בשוק. זה נראה כמו פעולה בחתו"ל למרות שזה לא ממש כך. לכל היותר צריכה להיות חזקה חלשה של חתו"ל – פרישה כזו לא צריכה להחשב לחתו"ל ולחשוף לכל הסנקציות שעלולות להיות מוטלות בשל הפרת החובה לנהוג בתו"ל.

**3. ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות**זה יכול להיות שאדם ינהל מו"מ כדי לקבל הצעה ולקחת אותה לחברה אחרת ולהשתמש בה לצורך המו"מ מולה, או שאדם ינהל מו"מ כדי לגלות פרטים ולא כדי לכרות חוזה (ריגול תעשייתי). השני בסדר, אך עם הראשון יש למרצה קושי. מו"מ חושף מידע ויכול להיות שאדם נחשף למידע בהצחלה ולא רוצה להתקשר, אך ישנה את דעתו בהמשך. לא בטוח שהצד השני לא רוצה לנהל מו"מ עם אדם כזה, כי אולי הוא ישתכנע במו"מ עם הראשונה גם אם לא התכוון לכך מראש. בחלק מן המקרים, זה יוביל להתקשרויות. המצב שבו מו"מ כזה אינו רצוי הוא כשנדרשים משאבים רבים לצד השני. לדו': חנות שנכנסים אליה ללא כוונה לקנות – זה לא יוצר עלויות לחנות. אבל אם נדרשת מהצד השני עבודה קשה או השקעת משאבים רבים, זה לא בסדר. אם כך צריך להסתכל גם על רמת העלויות שההתנהגות מטילה על הצד שכנגד. ככל שהעלות גבוהה יותר כך יש לראות בסיטואציה חתו"ל.

**4. העלאת דרישות בלתי חוקיות (או בלתי סבירות)**  
בפ"ד זוננשטיין השופטת בן פורת סברה שהעלאת דרישה בלתי חוקית אינה מפרה את החובה לנהוג בתו"ל. לעומתה בשופט ברק סבר שהעלאת דרישה לא חוקית מפרה גם את החובה לנהוג בתו"ל. המרצה מסכים עם השופט ברק. צד אף פעם לא צריך להיות נתון במצוקה שבה עליו/ה לבחור בין הסכמה לדרישה בלתי חוקית לבין אבדן החוזה. במסגרת האסור והמותר במו"מ התנהגות כזו עולה כדי חתו"ל. למה זה חשוב? הסעדים שקשורים להפרת החובה לנהוג במו"מ בתו"ל רחבים יותר מאשר בחוזה בלתי חוקי. לכן חשוב להבדיל.   
יש שגורסים שגם בלתי סביר זה מגיע לחוסר תו"ל. לדעת המרצה: מה זה בלתי סביר? כל הרעיון בדיני חוזים היא לאפשר לאנשים שבקשותיהם חורגות מהסביר לקבל את מה שהם רוצים. בדיני חוזים העלאת דרישה שחורגת מן הסביר לא בהכרח עולה כדי חתו"ל, כי לאנשים יש אמונות ודעות שונות ולא צריך להגביל בעלי דעה חריגה בתחום דיני החוזים למה שדביר או למה שמקובל. לכן בעניין הדרישות הבלתי סבירות יש לצמצם למצבים מאוד חריגים.

**5. יצירת מכשולים המונעים מן הצד שכנגד לבצע קיבול**  
ע"א 829/80 **שיכון עובדים נ' זפניק**בפרויקט מיוחד של שיכון עובדים מדובר בבניין שנבנה בתל אביב ברמת אביב ג' (כשעוד לא הייתה שכונה נחשבת, אלא חול). התכנית הייתה למכור 60 דירות ברמת אביב ג'. השלב הראשון שדרשה החברה הוא הרשמה ואחר כך שלב החתימה על חוזים. שיכון עובדים הבינו מיד שעשו טעות ולא תמחרו נכון. הם הודיעו למשטרה שתביא ניידת לשלב ב' (כי הבינו שיהיה בלגן). הם פחדו לשנות את המחיר ולכן מבחינת איוש נציגי המו"מ שמו מזכירה בודדה שתטפל בכל הפונים, ונתנו לה לטפל גם בכל המטלות הרגילות. המטרה של שיכון עובדים הייתה למכור 20 דירות. הזוג זפניק היו בין המעוניינים, הגיעו לחתום על חוזה אך תורם לא מגיע (בכוונה תחילה של שיכון עובדים). הזפניקים מתרעמים ומבקשים לקבל את הדירה בתנאים המקוריים, בעוד שיכון עובדים נותן אפשרות לרכוש את הדירה במחיר גבוה ב-10% מזה שהיה מוצע קודם וחתימה על כתב ויתור על התנאים שקיבלו בהצעה הקודמת ועל תביעה משפטית שמתייחסת אל ההצעה הקודמת (עדיין נמוך מהמחיר שמציעים לאלו שלא ניסו לקנות לפני). הזפניקים חותמים ואז מגישים תביעה וטוענים שחברת שיכון עובדים נהגה בחתו"ל ומבקשים אכיפה של העסקה המקורית.  
**השופטת בן-פורת**: האם התנהגות שיכון עובדים הייתה חתו"ל? השופטת עונה שכן. האם לבני הזוג זפניק יש עילת תביעה? לא, כי חתמו על כתב הויתור. השופטת בן פורת סבורה ששיכון עובדים נהגו בחתו"ל בגלל שיצרו מכשול עבור הצד השני, אך בגלל שזפניק חתמו על הויתור הם הצילו את שיכון עובדים בתביעה. לדעת המרצה: הפסיקה שלא מגיע להם סעד היא לא נכונה. מסובר במסכת אחת. ההתנהגות חתו"ל היא זו שאפשרה לחברה להגיע למצב בו היא משיגה כתב ויתור. אילו הייתה פועלת בתו"ל לא היה צריך פ"ד כלל. ההבחנה בין עסקת היסוד לכתב הויתור אותו השופטת מתקפת היא לא נכונה ויש להסתכל על כל המסכת כאחת ארוכה ומתגלגלת. בני הזוג זפניק צדקו ועצם ההעלאה בדרישה נגועה בחתו"ל. למזלם, לא כך ראתה השופטת בן פורת את הדברים.

**6. ניצול מצוקה**ישנם שופטים שהביעו את הדעה שגם ניצול מצוקה שאינו עולה כדי עושק יכול להחשב חתו"ל. יש דירוג של עילות. עילת העושק דורשת עמידה בתנאים מסוימים, יש גם ניצול מצוקה שלא עומד בדרישות עילת העושק אך יש לנו רשת רחבה כי אנחנו יכולים לתפוס אותו בס' 12 של חוק החוזים.  
ע"א 4839/92 **גנז נ' כץ**   
גנז, רווק בן 50 בן העדה החרדית שנקשר בחוזה עם כץ השדכן לפיו ישלם לו 100,000 ד' אם ימצא לו שידוך. נמצאה בת זוג, אך גנז הסכים לשלם רק 20,000 ד'. הוגשה תביעה בה כץ תבע את מלא הסכום. השופטים הסכימו שאף על פי שגנז חווה מצוקה, היא לא הייתה מספיק חמורה כדי לבסס טענת עושק.  
דעת המיעוט של השופט קדמי הוסיפה: גם אם לא היה עושק השדכן התנהג בחתו"ל ("מנהג זאבים") וביקש לתת סעד מכוח סעיפי 12 א ו-ב. הוא רצה לשנות את התמורה שיקבל השדכן ל-45,000 שלגישתו משקף את התמורה שהיו מגיעים אליה אילו נהג השדכן בתום לב. אמנם מדובר בדעת מיעוט והשופטים האחרים לא הצטרפו לדעה זו, אך יש אינטואיציה בדעתו של השופט קדמי. לדעת המרצה: גם כאן יש לנהוג בזהירות- אם לא ננהג בזהירות בעילת תו"ל היא תבלע את כל העילות האחרות. האם זה טוב או רע? רק כי העילות הספציפיות של כפייה ועושק הן בעלות תנאים ברורים, בעוד תו"ל זו עילה יותר רכה (המקרה של פ"ד גנז אפשר להאשים את שני הצדדים בחתו"ל...).

**7. התנהגות בלתי שוויונית במכרז**ד"נ 22/82 **בית יולס נ' רביב**בית יולס מפרסמת מכרז לבניית בית אבות: (1) לא מתחייבת לקבל את ההצעה הזולה ביותר, (2) יש לצרף ערבות בנקאית. רסקו זוכה במכרז אע"פ שלא עמדה בתנאי של הפקדת ערבות בנקאית, בעוד רביב הגישה ההצעה הזולה ביותר. רביב פותחת בהליך בטענה שחברת בית יולס הפרה את החובה לנהוג בתו"ל. האם התנהגות בלתי שוויונית במכרז מהווה חתו"ל? דעת הרוב הייתה של השופט אלון ואליו הצטרפו השופטת טירקל והשופט לוין: שוויון אין פרושו תום לב. הפרת החובה לנהוג בשוויון במכרז אינה עולה כדי הפרת החובה לנהוג בתו"ל. הצדדים רשאים להתחרות בלי להכפיף עצמם לנורמות של שוויון אלא אם כן בחרו לעשות כן. צד שרוצה לנהוג בשוויון יכול להכריז על עצמו שברצונות לעשות זאת, אם החברה המציעה את המכרז לא אמרה שתכריע בשוויון היא לא חייבת. דעת המיעוט הייתה של השופט שמגר והשופט ברק: החובה לנהוג בשוויון במכרז היא חלק מעקרון תו"ל ומכאן התנהגות בלתי שוויונית מהווה הפרה של עקרון תו"ל. דעת הרוב הייתה שבהעדר התנאה מפורטת של המציע לנהוג בשוויון מותר לנהוג בחוסר שוויון וזה לא עולה כדי חתו"ל.   
הלכה זו התהפכה במקרה קל בניין: ע"א 4850/96 **קל בניין נ' ע.ר.מ. רעננה**. נקבע שהלכת בית יולס נהפכה. כיום חובה על מזמין מכרז לנהוג בשוויון אלא אם כן הצהיר מראש שלא ינהג בשוויון.  
ראשית, אנחנו רואים כאן סטייה מוחלטת מהקביעה של ביה"מ בפנידר נ' קסטרו שהחובה לנהוג בתום לב היא קוגנטית כי הכל פתוח להתנאה נוגדת. שנית, כל הויכוח הוא על כלל בררת המחדל. לפי הרוב בבית יולס בהעדר התנאה נוגדת אין חובה לשמור על שוויון. בררת מחדל זו מתייחסת לפעמים בהם מזמין המכרז שותק. על פי מקרה קל בניין, בררת המחדל היא שחייבים לנהוג בשוויון. כיום בישראל אדם שמזמין מכרז ומתכוון לא לנהוג בשוויון הנטל עליו להצהיר זאת מראש, אם לא הוצהר קיימת חובה לנהוג בשוויון. לדעת המרצה זה לא מקרה כל כך קרדינאלי: ברגע שיודעים מה בררת המחדל יודעים מה צריך לעשות כדי לחרוג ממנה.   
ההתנהגות השוויונית הנדרשת בתחום של מכרזים היא: תחיל את אותם כללים במכרז על כל המציעים/ות. מי שלא עמד בכל התנאים והשתתף המכרז אינו שווה לכל המשתתפותים האחרים ולכן אם לא מכריזים על אפשרות זו מראש ומקבלים הצעה זו יש בכך הפרה של תו"ל.  
**האם כדאי מראש להכריז על חוסר שוויוניות?**במדינת ישראל יש את חוק חובת מכרזים שחל על כל רשות ציבורית. חברות פרטיות לא כפופות לחובה זו, הן יכולות לבחור במכרז כדרך לשכלול עסקאות. במכרז יש כמה שלבים: שלב 1- הזמנת הגשת הצעות, שלב 2- הגשת ההצעות, שלב 3- מו"מ משלים שבסופו מתקבלת ההצעה הזוכה. יש מכרזים סגורים ופתוחים: סגור = פנייה לקבוצה מסוימת של חברות פוטנציאליות ולא לכלל ציבור החברות או העסקים, פתוח = הזמנת הצעות מכל מי שמעוניין להגיש הצעה.   
מהם היתרונות של המכרז מבחינת המזמינה? מקצר זמנים (לא פונים לכל חברה בנפרד, אלא פניות להרבה חברות באופן מיידי). יוצר תחרות בין כל מגישות ההצעות (כי יודעים שיש עוד הצעות של חברות אחרות).  
אבל, מנקודת המבט של החברות ששוקלות לפנות הפרמטרים הם מאוד חשובים. כך למשל, אם מזמין המכרז לא מתחייב לנהוג בשוויוניות זה אומר שהרבה חברות קטנות ירתעו מלגשת למכרז בכלל כי חברה קטנה עלולה להחליט שבהשוואה לחברות גדולות עדיף לא לנסות בכלל, כי הליך הגשת מכרז הוא יקר – חבל על ההשקעה. מזמיני/ות מכרז צריכים להבין שאופן ההזמנה קובע את ההשתתפות, וכך גם התחייבויות שונות בהזמנה יכולות להוביל לתוצאה לא רצויה. אפשר להגיד שיקבלו את ההצעה הזולה עם התנייה של כל מיני תנאים נוספים: גב כלכלי, איכות עבודה, כעמידה בתקנים וכו'. מצד שני כשמכוונים גבוהה מאבדים אופציה של חברה חדשה שאולי מצוינת אבל אין לה את הסיווגים או הניסיון, אבל היא מצוינת ויכולה לבצע את העבודה בצורה מאוד טובה ובמחיר זול. כלומר יש איזון כלשהו בין סיכון לתצורה. הכל תלוי באופן תפירת המכרזים.  
יש מקומות בהם תופרים מכרזים באופן מאוד מסוים כך שהפנייה תתאים למעט מאוד אנשים או רק לאדם אחד. יש מקרים בהם רוצים להעניק לאותו אדם את המשרה, אך לא ניתן להעניק לו או לה אוטומטית את המשרה, וצריך מכרז. זה בעייתי ולא חוקי אבל זה קורה.

**שיעור 10**

### סעדים בגין הפרת החובה לנהוג בתו"ל במו"מ

**ס' 12 (ב)**

מבחינת לשון החוק הסעד היחיד המוזכר הוא סעד הפיצויים. הכוונה היא לפיצויים שליליים של "הסתמכות" שזה סעד נזיקי. זה בעצם רואה בחתו"ל עוולה נזיקית – אם נהג כלפי הצד שכנגד בחתו"ל החוק מאפשר להפרע על הנזק שנגרם לצד שכנגד. אם בהתנהגות מסויימת של צד אחד, עלו עלויות המו"מ עבור הצד השני, הוא יכול לקבל פיצויים על אותם עלויות. אם בעקבות התנהגות שאינה תו"ל התנהל מו"מ לא בתו"ל (משתקף במחיר החוזי), אז הצד שכנגד יהיה זכאי לפיצויים.

הסברה שהרשימה של הסעדים אינה סגורה עלתה בפ"ד שיכון עובדים נ' זפניק בו הציעה השופטת בן פורת את האפשרות שלשון ס' 12 ב' אינה מהווה רשימה סגורה. הכוונה היא שיתכנו סעדים נוספים שלא הוזכרו בלשון הסעיף שזו דרכן של רשימות פתוחות: אמנם מצויינים רק פיצויים שליליים, אך יש אפשרות גם לסעדים חוזיים. **בפ"ד זפניק** רעיון זה לא תופעל ולא נעשה שימוש בסעדים חוזיים.

האפשרות הזו תופעלה בפ"ד מאוחרים יותר, שהרחיבו את הסעדים לאכיפה ולפיצויי קיום (שהם שני הסעדים החוזיים המובהקים). את התוספת הזו ביצע ביה"מ על ידי פרשנות, שהיא מסמכויותיו של ביה"מ.

#### אכיפה

בע"א 986/93 **קלמר נ' גיא** הופעל סעד האכיפה.

לקלמר היה מגרש בהרצליה. בני הזוג גיא שהיו אדריכלים רצו מגרש לבנות עליו את ביתם. בעסקת קומבינציה בעל הקרקע מספק קרקע לקבלנית שבונה על הקרקע ובעל הקרקע מעביר בעלות על חלק מהקרקע בתמורה לאחת היחידות על הקרקע. לא נחתם הסכם בכתב בגלל רצון להונות את שלטונות מס שבח מקרקעין. הבתים נבנים ואח"כ קלמר מסרב להעביר בעלות על חצי מהקרקע עם הדירה השנייה (כפי שסוכם) לבני הזוג גיא, בטענה שלא נחתם הסכם.   
בהתחלה טוען קלמר שלא היה חוזה כלל אך רעיון זה קשה מאוד לביצוע. קו ההגנה השני שלו הוא שהיה סיכום בע"פ אך לא התקיימה דרישת הכתב.   
גיא מבקשים אכיפה, לא רק פיצויים – הם רוצים שהדירה והקרקע ירשמו על שמם.  
**השופט זמיר:** מתמקד בדרישת הכתב באופן בלעדי: 1- דרישת הכתב רוככה בפסיקה עם השנים, 2- הועברו מסמכים שונים בין הצדדים שמהם ניתן ללקט פרטים שונים, 3- לגבי פרטים חסרים ביצוע יכול לשמש תחליף הולם (אם יש פרט מסוים שלא ניתן ללקט מהמסמכים, אך פרט זה כבר בוצע, אין צורך לדאוג לגביו – ביצוע חלקי שווה ערך להסכמה), 4- קל וחומר שביצוע מלא הוא תחליף הולם, 5- הבית הוקם ועומד במקרה דנן על תילו כך שאין צורך לדאוג לדרישת הכתב יותר מדי – היא לא עומדת כמכשול במקרה זה. השופט משתמש במנגנון השלמה.  
**השופט ברק:** 1- הכתב במקרה זה חסר ואין דרך להשלימו (השופט ברק ידוע ביכולות יצירתיות, ובכל זאת לא מצליח להתמודד עם שאלה זו), 2- מכח עקרון תו"ל ניתן להתגבר על החסר ולאכוף את עסקת היסוד, 3- ניתן לעשות זאת רק במקרים בהם נשמעת "זעקת ההגינות".

לדעת המרצה: מהי זעקת ההגינות? האם מקרה זה הוא מקרה בו נשמעת זעקה זו?  
זה מקרה בו צדדים ניסו להונות את שלטונות המס. היה הסדר שמלכתחילה הוסדר בהצעה בלתי חוקית. להגיד שבנסיבות כאלה באים בגדר הקטגוריה בה נשמעת זעקת ההגינות, וזה מאוד בעייתי.   
אם במקרה כזה נשמעת זעקת ההגינות על ידי השופטים, אז מתי אי אפשר לשמוע את זעקת ההגינות? לא ברור מתי זה אל נחשב מצב כזה. מדובר באדריכילים שמבינים בבנייה, הם היו יכולים להפסיק את הבנייה וכו'. הייתה במקרה זה כוונת מכוון.

השופט ברק מדבר על מקרה בו מדובר בהתגברות על חסר מכח עקרון תו"ל. הוא משתמש בכוח חיצוני שבאמצעותו אפשר ליצור סעד על מנת להשלים עסקה שלא הושלמה (בעיני זמיר היא הושלמה). זה חלק מהתפיסה הרחבה יותר של השופט ברק, שמעלה על נס את עליונותו של עקרון תו"ל. עם זאת תוצאה כזו שמורה לאותם מקרים בהם נשמעת זעקת ההגינות באשר היא. יש מקרים בהם ניתן להשתמש בזעקת ההגינות כדי להשתמש בעילת חתו"ל להתגברות על דרישת הכתב.

במצבים מסוימים צריך ביה"מ לקבל החלטה עקרונית ובכך לעצב את הדין לכלל המצבים העתידיים וכך לעצב הרתעה על מעשה מסוים, או לקבוע פסיקה שנוגעת רק למקרה הספציפי.

איכשהו עניין אי החוקיות לא נכנס האופן ברור לפ"ד זה, אך זוהי מסקנה שעולה מתוך השאלה מדוע נבנו שני בתים ששווים הרבה כסף ללא חוזה כתוב.

#### פיצויי קיום

**קל בניין נ' ע.ר.מ. רעננה – מחולק לשני פ"דים**

ע"א 4850/96 **קל בניין נ' ע.ר.מ. רעננה** (פרשת קל בניין 1)

ע.ר.מ. רעננה היא חברה שעסקה בייזום שכונת מגורים ויזמה מכרז סגור לצורך עבודות התשתית, כלומר הייתה פנייה ל-10 חברות בלבד. קל בנין הייתה אחת משתי המציעות הזולות ביותר. נערך מו"מ משלים עם קל בניין תוך הפעלת לחץ כבד עליה להוריד את המחיר למחיר המטרה (6,526,000). לבסוף קל בניין הסכימו.   
היה שלב נוסף: על פי דיני החברות והתקנות של חברת ע.ר.מ. רעננה דרוש אישור דירקטוריון. כשזה דווח לדירקטוריון אמרו שהציעו שתי חברות נוספות מחיר נמוך יותר (אך לא בין 10 החברות). הדירקטוריון החליט ללכת עם החברה שהציעה את המחיר הנמוך ביותר, למרות שלא הייתה חלק מהמכרז.  
**השופט לוין:** עניין אישור הדריקטוריון לא היה עניין מהותי, זה הוצג לקל בניין כחלק לא בעייתי בתהליך. לכן פסק שהחוזה נכרת.  
**השופטת שטרסברג-כהן והשופט גולדברג:** אישור הדריקטוריון היה הכרחי, אך אין ספק שהיה חתו"ל קיצוני מצד ע.ר.מ. רעננה כלפי קל בניין.

קל בניין ניסו לטעון על חוזה מושלם, דבר שמשפיע על הסעדים שהיו יכולים לקבל.

זה מוביל להמשך הפרשה:

ע"א 6370/00 **קל בניין נ' ע.ר.מ. רעננה** (פרשת קל בניין 2)

במקרה זה קל בניין מבקשים פיצויי קיום.  
השאלה המשפטית היא: האם ניתן לקבל פיצויי קיום גם במקרה בו לא נשתכלל חוזה, כפי שנקבע בפרשת קל בניין 1, מכח עקרון תו"ל?  
**ביה"מ קובע:** ניתן לקבל פיצויי קיום (בנוסף לפיצויים השליליים) בגיל החובה לנהוג בתו"ל, במקרים מסוימים.   
אם לא נכרת חוזה, איך אנחנו יודעים איך לאמוד את הפיצויים? אם אין פרמטרים לעסקה, איך ניתן להעמיד את הצד הנפגע במצב בו היה אם נכרת החוזה? זה בעייתי אם נוצרה בעייה בשלב המו"מ.   
השופט ברק אומר שניתן להעניק פיצויי קיום כשהמו"מ הגיע לשלב מאוד מתקדם ופרטי העסקה ברורים. בקל בניין למשל, לא הייתה בעיה של מידע חסר, אלא רק אקט פורמלי של אישור דירקטוריון. מבצב כזה ניתן לרדת לעומק פרטי העסקה ולהחליט על פיצויים לפי זה.  
לגבי רווח צפוי: אפשר לחשב אותו לפי אחוזי הרווח בעסקאות קודמות (רווח הוא הפער בין ההוצאות לבין המחיר). ניתן גם להבין מהם ההוצאות הסבירות במצב כזה וכך ניתן לבצע חישוב רווח.

בפ"ד זה יש פריצת דרך: אפשר להעניק פיצויי קיום גם על הפרת החובה לנהוג בתו"ל.

למה הם לא ביקשו אכיפה (כך היו מגיעים לאותה תוצאה)?   
האכיפה במקרה זה לא הייתה רלוונטית: החוזה כבר התקבל על ידי חברה אחרת שכבר החלה את העבודות. לא ניתן להורות על הריסת העבודה שנעשתה עד אז על ידי חברה אחרת, ולכן אכיפה זה לא רלוונטי. אך במקרה זה ביה"מ הסכים לתת פיצויי קיום.

# שיעור 11-17: פגמים בכריתה – עילות ביטול

בכל מה שקשור לעילות הביטול יש נקודת מוצא: יש חוזה שנראה כחוזה מושלם, אלא שנפל פגם ביצירתו ולכן אותו חוזה שנראה מושלם וטוב לא משקף את רצונה/ו החופשי או האמיתי של אחת/ד המתקשרות/ים.

## חוזה למראית עין – ס' 13

ס' 13 עוסק בחוזה למראית עין, אך הוא מייצג מקרה קיצוני: בהסכמה ובכוונה החוזה הגלוי לא משקף ומייצג את הכוונה האמיתית של הצדדים. זה לא נעשה בשל טעות, כפייה, עושק, אלא כי שני הצדדים החליטו ליצור חוזה שלא מייצג את רצונם האמיתי. זה אומר שאנחנו במצב מוזר מאוד מבחינת דיני החוזים: הפער הגדול ביותר בין ההעדה האובייקטיבית לכוונה הסובייקטיבית של שני הצדדים.

עמדת החוק היא ברורה: ס' 13 קובע: "חוזה שנכרת למראית עין בלבד בטל". ההגיון בכך פשוט, אם באמת אף צד לא התכוון לכונן חוזה אמיתי, למה שנאכוף אותו? זה לא ישרת אף אחד. פרופ' שלו ציינה שס' זה חורג מכל מה שדיברנו עליו עד עכשיו כי הוא מגלם העדפה ברורה לרצונם הסובייקטיבי של הצדדים על פני ההעדה באובייקטיבית.

מבחינת הסעיף יש שני מאפיינים ייחודיים:   
1- שני הצדדים מודעים לכך שהסכמתם הגלויה אינה אמיתית.  
2- יש תוצאה של בטלות מדעיקרא (אין צורך בפעולה משפטית כי לא היה כלום).

יש שני מצבים של חוזה למראית עין שהשופט ברק מכנה:  
**1- סימולציה מלאה – מראית עין מוחלטת**: אין מאחורי ההסכם כלום. באילו צדדים יסכימו הצדדים על מראית עין מוחלטת? מצב נפוץ קשור להברחת נכסים לפני חדלות פרעון – אדם יודע שמצבו העסקי קשה ושבקרוב יהפוך לפושט רגל, אז קצת לפני הוא חותם על חוזה ומעביר את רכושו ונכסיו לאשתו, לבניו/ותיו, כאשר ברור לצדדים שאין כוונת הענקה אמיתי. אם זה חבר או ידיד אפשרי אפילו שזה יהיה תמורת תמורה מסוימת. אפשרות נוספת היא במו"מ מול מעביד או מעבידה מסוימים ומבקשים ממישהו אחר בעל עסק לחתום על חוזה בו נכתב שהוא מקבל סכום מסוים במשכורת כדי לשפר עמדות מול מעסיק אחר (כשאין מאחורי החוזה כלום). אפשר לעשות חוזה מראית עין מוחלטת כדי להרשים מישהו (חוזה שמוכיח שיש כסף או נכסים).  
האם אין בכך סיכון? יש בכך סיכון שהוא שיכול להיות שאחד הצדדים לחוזה למראית עין בלבד יטען שמדובר בחוזה של ממש. במצב כזה לא יהיה קל לטעון שהחוזה בא בגדר ס' 13. זה לא מקרה כל כך קיצוני. זה נכון שבעת שכלול החוזה הצדדים ידעו שהוא למראית עין בלבד, אך זה אל אומר שאחרי זמן מסוים אחד הצדדים לא יטען משיקולים אינטרסנטיים שהשתכלל חוזה אמיתי – הוא יכול לטעון שזה חוזה לכל דבר.  
**2- סימולציה יחסית – מראית עין חלקית**: מצב זה הוא אחר לגמרי. מדובר בחוזה שחלקו הסדרים אמיתיים וחלקו הסדרים למראית עין בלבד. דוגמא רווחת לכך היא של שני אחים שכורתים ביניהם חוזה מתנה כדי להפחית חוות במס כאשר למעשה מדובר בעסקת מכר. זה יכול להיות גם חוזה להעברת כמות מסוימת של פריטים למישהו אחר כשלמעשה העסקה האמיתית היא של פחות פריטים (כדי ליצור מצג שווא למישהו אחר).  
בנושא היחס בין חוזה למראית עין חלקית לבין חוזה בלתי חוקי:

ע"א 630/78 **ביטון נ' מזרחי**

יש זכרון דברים שעניינה העסת מכר מקרקעין. המחיר המוסכם הוא 400,000 ל"י במחיר מוצהר 340,000 כאשר מטרה לפי השופט בכור היא להונות את שלטונות המס. זה היה אמור להיטיב עם המוכר, אך גם הקונה יכול להנות מזה כי יכולים להחליט לחלק ביניהם את ההפרש של אי הדיווח (חוסכים מס על אותם 60,000 ל"י). משתכלל חוזה אך נוצר סכסוך בין הצדדים. הקונים מבקשים לאכוף את החוזה. ניתן להבין חוזה זה החוזה בלתי חוקי או כחוזה למראית עין חלקית.  
**השופט בכור:** (מעין רוב) הסיווג של החוזה כבלתי חוקי גובר – זהו הסיווג הדומיננטי, ומכיוון שכך החוזה בטל ואינו אכיף.  
**השופט ברק:** יש חוזה גלוי על 340,000 ל"י, וחוזה נסתר על 400,000, כשהחוזה הגלוי הוא למראית עין בלבד ולכן הוא בטל בעוד שהחוזה הנסתר, במידה והוא עומד בתנאים (העדה על גמירת דעת, מסוימות, כתב), יכול להיות תקף ויש אפשרות לאכוף אותו.  
מבחינת האנליטיקה המשפטית השופט ברק רואה 3 מערכות יחסים משפטיות: החוזה הגלוי, החוזה הנסתר, והחוזה השלישי: לתפור את העסקה במתכונת של חוזה גלוי (שאינו חוקי) וחוזה נסתר (שהוא חוקי).   
למה זה חשוב?  
השופט ברק צודק בכך שיש כאן כמה אופציות ומעבר לתחכום המשפטי יש גם תוצאות שונות. סיווג של עסקה כזו לפי דרכו של השופט בכור כחוזה בלתי חוקי מוביל אותנו למתווה של ס' 30 וס' 31 שקובעים בטלות (אין אפשרות לאכיפה) עם אפשרות לבית המשפט להורות על ביצוע חיובים מסוימים ועל השבת כספים גם במקרים של חוזה בלתי חוקי. בדין הישראלי המסקנה שיש חוזה בלתי חוקי והוא בטל היא סתירה פנימית כי לביה"מ יש אפשרות לעשות צדק מסוים בין הצדדים (יש לו כוח להורות על השבה או על צעדים מתקנים).  
השופט ברק לעומת זאת, עוסק בחוזה למראית עין – שהוא בטל – אז מה זה משנה איך רואים?  
הוא מרבד את ההסכם: החוזה הגלוי אכן בטל, אך יש מאחוריו חוזה נסתר שאותו ניתן לאכוף.  
לדעת השופט בכור אין אכיפה (עם אפשרות לתקן), לדעת השופט ברק האכיפה אפשרית.  
לדעת המרצה, יש להסכים עם השופט בכור. מה שעושה כבוד השופט ברק הוא אפשרי, אך הצדדים התכוונו לחוזה בלתי חוקי וזו לא הייתה המטרה שלהם. במקרה זה אי החוקיות גוברת. אי החוקיות גרמה לעיצוב העסקה בדרך בה עוצבה – מתוך מטרה לא חוקית. לפצל את זה לחוזה גלוי וסמוי שהוא לכאורה כשר זה מלאכותי.

האם במקרים של חוזה למראית עין בלבד אין אפשרות של השבה? על פניו אין סעיף שמתלווה לס' 13 שמאפשר השבה, אך השבה כזו אפשרית גם אם נסווג את החוזה כחוזה למראית עין בלבד. השבה אפשרית מכוח מקור חיצוני והוא חוק עשיית עושר שלא במשפט, תשל"ט-1979. זה חל גם על חוזים למראית עין בלבד (על פי פ"ד גינזבורג נ' בן יוסף).

סוף סעיף 13 קובע: "אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש צד שלישי בהסתמכו בתו"ל על החוזה".   
אדם שסמך על החוזה למראית עין בלי לדעת שהוא חוזה כזה, וצד אחד משתמש בחוזה זה כדי לעצב עסקה אמיתית עם צד שלישי שלא מודע לכך שהחוזה הראשון אינו אמיתי, אי אפשר לפסול חוזה כזה. נעשה מעשה בעל ערך משפטי תקף על סמך לא תקף.

התנאים הנדרשים לתפעול הסיפא הם שלושה תנאים מצטברים:   
1- יש צד ג' (כל צד ג').  
2- הסתמכות על החוזה למראית עין, כלומר שינוי מצב לרעה.  
3- בתום לב: אותו צד ג' נמצא במצב של אי ידיעה ולא היה עליו לדעת.

ע"א 2550/01 **בירס נ' משכן**

משפחת בירס – מרים ועמרם, הורים לשמואל, העבירו רישום של דירה על שמו של שמואל. זו הייתה עסקה למראית עין בלבד, לא התכוונו להעביר את הדירה לבעלותו. נכנסים לתמונה מאיה ונאום וולסון שלהם הייתה בת . הבת הזו ושמואל מנהלים מערכת יחסים. הוריו של שמואל לא תומכים במערכת היחסים. מאיה ונאום משכנעים את שמואל שימשכן את הדירה הרשומה על שמו לצורך לקיחת הלוואה ממשכן (אגף ההשקעות של בנק הפועלים). הם בודקים והדירה רשומה על שם שמואל. הוא משכן כדי לעזור למאיה ונאום לפתח עסק שנכשל. משכן מבקשים להפרע מהנכס. קמים הוריו של שמואל ואומרים שההסכם היה למראית עין בלבד ושלא באמת התכוונו להעביר את הדירה על שמו. ביה"מ פוסק שבמקרה זה הבנק הסתמך בתו"ל על החוזה למראית עין ולכן רכשו זכויות תקפות בדירה גם כלפי הבן שמואל וגם כלפי הוריו מרים ועמרם.

**שיעור 11**

## טענת הטעות- ס' 14

### עילת ביטול

**עילת הביטול:**  
14 (א) – טעות שהצד השני ידע עליה או שהיה עליו לדעת עליה (מהווה עילת ביטול).  
14 (ב) – טעות שהצד השני לא ידע עליה ולא היה עליו לדעת עליה (מהווה עילת ביטול).  
14 (ג) – טעו שניתנת לתיקון (לא מהווה עילת ביטול).  
14 (ד) – טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה וקובע שטעות כזו אינה מקימה עילת ביטול.

**רכיבי העילה:**

1. קיום חוזה
2. קיום טעות – טעות היא פער בין המצב לאשורו לבין תפיסתו או אמונתו של הצד הטועה (אפשרי מצב שפער כזה קיים אצל שני הצדדים). לא מדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד כאמור בס' 14 (ד).
3. קשר סיבתי סובייקטיבי בין ההתקשרות בחוזה לבין הטעות.
4. יסודיות – האדם הסביר כנראה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע על המצב לאשורו.
5. ידיעת הצד השני בפועל או בכח (בפוטנציאל) – נדרשת לצורך ס' 14 (א) ולא נדרשת לצורך ס' 14 (ב).
6. הטעות אינה ניתנת לתיקון (כאמור בס' 14(ג))

### טעות

**מהי הטעות?**

#### טעות בעובדה

1- זבולון מבקש לרכוש רכב מסוג מסוים ולשם כך הוא משכלל חוזה עם שפרה בעלת הרכב. זבולון מניח לתומו שנפח המנוע של הרכב הוא 1800 סמ"ק כי זה הנפח הסטנדרטי בדגם זה. הוא מגלה שנפח המנוע ברכב שרכש הוא 1400 סמ"ק בלבד. (14א)  
2- נניח שרוצים לעשות אירוע, ולכן מתקשרים עם חברה להפקת אירועים מתוך מחשבה שזוהי החברה שהפיקה אירוע לקרובת משפחה. מסתבר בדיעבד שלא מדובר באותה חברה אלא חברה אחרת עם שם דומה. (14ב)  
זה לא פשוט לשחרר צדדים מחוזים גם אם טעו כשהסקימו להתקשר בחוזה.

ע"א 2495/95 **בן לולו נ' אליאס**

בן לולו נפצעה בתאונה דרכים כשהייתה בת 4. הפציעה גרמה לפגיעות לטווח הארוך כולל גריעה קוגנטיבית. נחתם הדכם פשרה בין משפחת הנפגעת וחברת הביטוח: ישלמו לנפגעת 64,000 ש"ח בתמורה לסילוק כל התביעות. פשרה זו מקבלת את אישור ביה"מ. לאחר ההסכם חלה החמרה במצבה של הנפגעת שהתבטאה בהגדלת אחוזי הנכות. משפחת בן לולו מבקשת לבטל את הסכם הפרשה מחמת טעות. חברת הביטוח לא מסכימה ורוצה שמה שהוסכם יתקיים.   
השאלה היא האם עומדת למערערת טענת טעות?  
**השופט אור:** הסכם פשרה קובע חלוקת סיכונים בין הצדדים (נכון גם לחוזים אחרים). פעמים רבות המציאות מתפתחת באופן שונה מזה שצפו הצדדים. בכל הנוגע לפשרות שעניינן נזקי גוף הצדדים פועלים מכוח עקרון "אי-הוודאות המודעת", כלומר הם מודעים למימד אי הוודאות ומוכנים לקחת זאת על עצמם. זה חלק יסודי ומהותי מההסכם. אם צדדים מתקשרים בהסכם פשרה מהסוג הזה ואח"כ יש שינוי בנסיבות, לא ניתן לטעון לעילת ביטול אלא אם כן (שני חריגים): א'- פגיעה חריגה בעצמתה ובטיבה שלא ניתן לאמר עליה שהיא נכללה בסיכונים שנטלו על עצמם הצדדים (שינוי נסיבות קיוני שהצדדים לא היו יכולים לצפות אותו – כמו בסיכון. אם זה סיכון, התנאי הראשון של השופט אור הוא בעצם מיותר כי אם יש סיכול לא צריכים את ההחרגה הקונקרטית שמציע השופט אור), ב'- כאשר גילוי הפגיעה המאוחרת משמיט את הבסיס להסכם הפשרה. מדובר בנסיבות מאוד קיצוניות שמגלות שכל הבסיס המידעי שעליו התבססה הפשרה לא נכון. אחרת, במצב העניינים הרגיל, אין דרך לצאת מפשרות.

הסכמי פשרה מתקיימים עם חברות ביטוח כל הזמן – חברת ביטוח לא תשלם לאנשים ללא הסכם כזה. ייתכן שיש הקצאת סיכונים הוגנת: מצב הנפגעת או הנפגע לא בהכרח יורע, יש אפשרות שהמצב ישתפר. יש ראיות מבוססות שאנשים שנפגעו מצליחים להשתקם ולהתאים את עצמם לחיים לאחר הפציעה, ולכן לכאורה הסכם כזה הוא הוגן. אך למעשה, הוא אינו הוגן. האפשרות האחרת שמשפחת בן לולו יכלה לבחור בה הייתה לעשות התניה, שלפיה אם המצב יתדרדר תבוא תביעה נוספת. סיכוייהם להצליח להכניס התניה כזו הם 0, כי כוח המיקוח הוא אצל חברת הביטוח ויש גם את גורם המצוקה הכלכלית הקשה של המשפחה שמישהו בה עבר פציעה, והם צריכים את הכסף מיד. הם יכולים להגיע לביה"מ כדי שיקבעו פיצוי זמני. אך ביה"מ לא רוצה לדחות את סגירת התיקים והמשפחה חייבת מימון להוצאות הרפואיות ולטיפולים. לכן מבחינת המשפחה, בנסיבות האלו עדיף לקבל את כל הסכום כמה שיותר מהר כדי להתמודד עם המצוקה.   
מימד המידע הא-סימטרי: המידע של חברות הביטוח טוב בהרבה מאשר של המבוטחים או התובעים – הם הרבה יותר מודעים להתפתחויות עתידיות וסיכונים עתידיים מאשר הנפגע/ת שאינם שחקנים חוזרים ועומדים בסיטואציה זו בפעם הראשונה, ללא ניסיון וידע מוקדם להסתמך עליו. הם יכולים לפנות למומחים, אך זו נרכשת בכסף ולכן מי שאין לו כסף וצריך את המימון מהר, לא יתעכב ויוציא כספים על מומחים ויועצים.  
מצב זה הוא מאוד לא הגון כלפי נפגעים ונפגעות.  
הצעה לפתרון: ליצור מנגנון זמני לפיצויים, כלומר – המימון יכול לבוא משני מקורות: חברת הביטוח או מהקופה הממשלתית. מימון זה יהיה זמני ומוגבל. הוא יאפשר סכום ראשוני לנפגעם שיאפשר לאנשים להתאושש מעט, בעוד ההליכים יקחו זמן רב. סכום זה יעזור במהלך התקופה הזו. אך פתרון זה יעזור בעיקר במקרים הקלים ולא בקשים.

ע"א 8972/00 **שלזינגר נ' הפניקס**

שלזינגר מחזיק בביטוח חיים שהנפיקה חברת הפניקס. ב-16.3.94 שלזינגר שולח הודעה על ביטול הפוליסה. ב-24.4 נודע לו שהוא חולה סרטן. ב-15.1.95, בעקבות עצת עו"ד, שולח הודעת חזרה מהודעת הביטול. הוא נפתר ב-24.1.95. אלמנתו ארזה טוענת ששלזינגר ביטל את הפוליסה בגלל טעות: הוא לא ידע שהסרטן מקנן הגופו כששלח את ההודעה.  
עולים כאן שני נושאים משפטיים: 1- האם עילות הביטול, ובפרט ביטול בשל טעות, יכולות לשמש לביטול יציאה מיחסים חוזיים (וכתוצאה מכך לאפשר חזרה אליהם)? עד פ"ד זה עילת הביטול שימשה ליציאה מיחסים חוזיים, כאן מועלית טענת טעות על מנת לבטל את הביטול וליצור חזרה ליחסים החוזיים, 2- אם (1) אפשרי, האם עומדת למנוח ולמשפחתו טענת ביטול?  
**השופט לוי (דעת מיעוט):** 1- כל הסדרי הפגמים ברצון, בתוכם עילת הטעות, חלים על שלל הפעולות החד צדדיות מכח חוזה ובכללן הודעות על סיום יחסים חוזיים. 2- למנוח עומדת טענת הביטול: המחלה כבר קיננה בגוף המנוח בעת משלוח הודעת הביטול, השלכות הביטול קשות מאוד בעניין זה ולכן **יש לאפשר למנוח לבטל את הביטול מכח ס' 14ב**.  
**השופטת פורקצ'יה (דעת הרוב):** 1- מסכימה לחלק הראשון של פ"ד של השופט לוי – שהסדרי הפגמים ברצון חלים גם על פעולות חד צדדיות מכח חוזה. 2- אולם למנוח אין עילת ביטול במקרה זה בגלל חלוקת הסיכונים הספציפית בחוזה זה. האירוע בו התמקד חוזה הביטוח היה התגלות המחלה אצל שלזינגר, להבדיל מהתפתחות המחלה אצלו.   
יש שני מכשולים לחוזים, תנאים שמאוד קשה לכרות חוזה שמנסה לתחם או להתמודד אתם במסגרת הסיכונים. הראשון הוא נתונים שלא ניתן להבחין בהם – דברים שאינם גלויים (למשל התפתחות מחלה). השני הוא אימות – יש דברים שלא ניתן לאמת (מעבר לכך שלא יודעים מתי התפתחה המחלה, קשה מאוד גם להגדיר באיזה תהליך בגוף מחלה כזו מתחילה להתפתח). לכן החוזה מגדיר את התגלות המחלה ולא את התפתחותה – את ההתגלות אפשר למצא, בעוד עם התפתחות נתקלים בקשיים האלו.  
השופטת פרוקצ'יה אומרת שבזמן ששלזינגר ביטל, המחלה עוד לא התגלתה ולכן לא היה הפער שהוא הלב של דיני הטעות: הפער בין המצב לאשורו לבין תפיסתו של האדם שמעלה את הטעות. השופטת אומרת שאם ההתגלות קרתה לפני הביטול (המוסד הרפואי גילה אך עוד לא הודיעו למנוח), היה אפשר לפסוק לטובתו, אך בקרה זה אף אחד לא ידע ולכן אי אפשר לתת למונח לחזור בו מהביטול.

אותו הפער שמכונן את טענת הטעות יכול להתייחס גם לחוק:

#### טעות בחוק

ע"א 2444/90 **ארואסטי נ' קאשי**

בעסקת קומבינציה של ארואסטי עם קבלן, הקבלן ממהר לשכלל חוזה מכירה עם הקונים (קאשי), ואלו רושמים הערות אזהרה (מתריעה שהנכס עובר הליכים ומזהירה צדדים שלישיים). הקבלן נקלע לקשיים כלכליים ונוטש את הבנייה.   
כל הצדדים נקלעו למלכוד: עבור הקונים אין מי שישלים את הבנייה, יש להם רק את הערות האזהרה. בעלי הקרקע תקועים כי הם לא יכולים להתקשר עם קבלן אחר (כי אף קבלן לא יקנה קרקע עם הערות אזהרה רבות כל כך).   
לבסוף נחתם בין ארואסטי לקאשי (בין שאר הקונים) הסכם פשרה.  
אחר כך יש שינוי בחוק, ולפי התיקון יש לבעלי הערות האזהרה תביעה ישירה אל מול בעלי הקרקע. לאור התפתחות פרשנית זו קאשי מבקשים להשתחרר מהסכם הפשרה בטענת טעות (כי יש להם יותר זכויות ממה שחשבו לכתחילה.  
**השופט טל:** יש להבחין בין חוק ברור לחוק לא ברור. את טענת הטעות ניתן להעלות לגבי חוק ברור בלבד. בחוק לא ברור לא ניתן לטעון לטעות – זהו מצב של אי-ודאות מודעת. החוק לגביו נטענת טענת הטעות חייב להיות ברור לחלטוין בשעת כריתת ההסכם. כשהחוק ברור וצד טעה לגביו, למשל כצד זכאי לפתור ממש והוא סבר שעליו לשלם – על מצב כזה ניתן להעלות טענת טעות. לגבי פרשנות מאוחרת של חוק ששינתה את משמעותו, היא לא יכולה לשמש בסיס להעלאת טענת טעות והסכם פשרה שהשתכלל על רקע מצב משפטי עמום לא יבוטל כל אימת שהמצב המשפטי מתבהר. ניתן להגיע לאותה תוצאה מכח ס' 14ד – טעות בכדאיות העסקה.

#### טעות בזהות הצד שכנגד

זהות הצד שכנגד משפיעה על מהות החוזה, והחוזים אינם זהים מול אנשים שונים.

#### טעות בכדאיות העסקה

המחוקק הכריג טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. ההחרגה הזו מחויבת המציאות, כי חוזים תמיד מתייחסים אל העתיד. אם לא היינו מחריגים את כדאיות העסקה, כל פעם ששאיפותיה של מתקשרת מסוימת לא היו מתגשמים – היו אומרים שזו טעות. לא ניתן לאפשר לטעות מסוג זה לבטל חוזים, כי זה יקעקע את כל הבסיס של דיני חוזים.   
המחוקק הקפיד שרק כשההשפעה היא **רק** על כדאיות העסקה, אז לא ניתן לבטל. כל טעות בחוזה משפיעה על הכדאיות של העסקה. לכן המשימה היא לבצע הבחנה פשוטה בין טעויות שהן רק בכדאיות שלא מקימות עילת ביטול לבין טעויות שהן לא רק בכדאיות העסקה שמאפשרות ביטול.

ע"א 406/82 **נחמני נ' גלאור**

נחמני מוכר דירה לגלאור. נחתם חוזה. לפי המידע שעולה מהעסקה, הצדדים הניחו שעל הדירה רובצת משכנתא בסך 825,000 ל"י, ולכן הוחלט שהתשלום האחרון בסך 805,000 ל"י ישולם ישירות לבנק לשם סילוק המשכנתא. ביום חתימת החוזה לא מובא אישור לגבי גובה המשכנתא ולאחר החתימה מתברר שהמשכנתא גבוהה בהרבה מהמחיר ששיערו. המוכר מבקש לבטל מחמת טעות.  
השאלה היא: האם עומדת למוכר עילת ביטול לפי ס' 14ב?  
**השופט בייסקי:** ביטול מכח ס' 14ב אינו אוטונומי אלא מחייב את התערבות ביה"מ ובשיקול דעתו. שומה על ביה"מ לשקול שיקולי צדק בהחליטו האם להתערב ולבטל. אם כך, הנטל מוטל על הצד הטוען לטעות להוכיח שאיזון האינטרסים בין הצדדים מחייב ביטול. מול הטועה יש צד שמעוניין בקיום העסקה, שפעל בתו"ל ומבקש לקיימה. לכן הצד שטוען לביטול הוא זה שצריך להוכיח: **שהנזק שייגרם לטועה כתוצאה מאי-ביטול החוזה גבוה מהנזק שיגרם לצד השני מביטול החוזה**. זהו המדד.   
גם במקרים שזה מוכח, ביה"מ יכול להחליט לבטל את החוזה אך גם להחליט לחייב את הצד הטועה בתשלום פיצויים. ביטול או אי ביטול הוא בינארי. האופן שבו מאזנים את הביטול הוא באמצעות הפיצויים הכספיים – זה מאפשר לבצע את האיזונים הנדרשים לאחר הביטול.  
השופט בייסקי אומר שבמקרה זה לאחר הוספת סכום הפיצוי, לא יהיה כדאי למוכר לבטל את העסקה.  
השופט אומר שלפני שביה"מ מבטל עליו לחשוב על הפיצויים שזה ידרוש – לנחמני לא כדאי שההסכם יבוטל כי במקרה זה סכום הפיצויים יהיה כל כך גבוה שזה לא ישפר את מצבו של נחמני, אלא אף יחמיד אותו.

ביה"מ שואל את עצמו: האם ניתן לבטל או לא? אם כן – האם יפסקו פיצויים? אם כן – באיזה גובה?  
לפעמים עדיף לצד הטועה שלא יבוטל ההסכם כדי לא לשלם את הפיצויים על הביטול.

השופט בייסקי מוסיף שניתן להגיע לאותה תוצאה גם דרך הסתכלות על טעות זו כטעות בכדאיות העסקה בלבד: לא הייתה טעות בנכס עצמו, אלא רק בכסף. המוכר לא שיערך נכון את סכום המשכנתא ולא לקח בחשבון ריביות וכו', ולכן מדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד.

**שיעור 12**

נשאלת השאלה מהי טעות בכדאיות העסקה גרידא (אשר לא מצמיחה עילת ביטול)?

1. פרופ' גד טדסקי: הפריד בין עבר/הווה לעתיד. טעות מתייחסת לפער שהיה קיים בעת כריתת החוזה – זו טעות רגילה. טעות המתייחסת לפער שנוצר לאחר כריתת החוזה – זו טעות בכדאיות העסקה בלבד. דוגמא לכך נמצאת בפ"ד וופנה נ' אוגש: הרוכשים ביקשו לקנות נכס במקום שקט ובפועל הנכס היה ממוקם מרחק של כ200 מ' מאזור תעשייה רועש. הנכס והרעש היו שם בעת כריתת החוזה. זאת אומרת שהפער בין רצון הקונים לקנות במקום שקט לבין היות הנכס במקום לא שקט היה קים כבר בעת הכריתה. בגלל שמדובר בפער שהיה קיים בזמן כריתת החוזה מדובר בטעות רגילה ויש בה עילת ביטול. יהיו מקרים בהם צד יתעקש על קיום חוזה ששני הצדדים מפסידים ממנו (אם צד אחד מפסיד יותר מהשני אז הצד שמפסיד פחות יכול לאיים ולסחוט את הצד המפסיד).
2. פרופ' גבריאלה שלו: משווה עובדות או תכונות מול שווי. טעות המתייחסת לעובדות או תכונות של הממכר או השירות היא טעות רגילה. טעות המתייחסת לשווי היא טעות בכדאיות העסקה. ניתן לראות זאת בפ"ד ספקטור נ' צרפתי: בשל הפקעה ניתן היה לבנות 12 דירות במקום 16 – זה פער שמתייחס לתכונה של הממכר ולכן ניתן לבטל. בפ"ד נחמני נ' גלאור: עצם קיום שיעבוד הנכס היא עובדה ולכן טעות שאינה בכדאיות, אך גובה המשכנתא היא שווי של הנכס וזו טעות שבכדאיות העסקה.
3. מבחן הסיכון של פרופ' פרידמן ופרופ' נילי כהן: לגישתם השאלה היא האם מדובר בעניין שהצד הטועה נטל לגביו סיכון. אם כן, זו טעות בכדאיות העסקה. אם לא מדובר בטעות רגילה. מבחן זה נמצא בפ"ד בן-לולו נ' אליאס: עניין ההחמרה הוא נושא שנלקח לגביו סיכון מודע, ולכן טעות בכדאיות. בפ"ד שלזינגר נ' הפניקס: התגלות מחלה לאחר ביטול הפוליסה – נחשבת לסיכון שנלקח על עצמו על ידי המבוטח.   
   כדי לדעת אילו סיכונים נטל על עצמו הצד הטועה, ביה"מ צריך לפרש. לא תמיד ברור כמה סיכונים כל צד לקח על עצמו ולכן לא פשוט לפתור את הסכסוכים על פי מבחן זה.

ע"א 7920/13 **כרמל נ' טלמון**

כרמל החזיק 25% מנכס מסחרי, וטלמון(בנות דודות שלו ואחיות ביניהן) מחזיקות ב-50% ומנהלות את הנכס. כרמל נקלע לקשיים כלכליים והציע למכור לטלמון את חלקו בנכס תמורת 1.6 מליון ש"ח, ואף לחץ עליהן לקנות אותו. הסכם as is (כמו שהוא), בלי לבדוק את הנכס: הקונות יישאו במס השבח. לצורך חישוב המס, פונה המערער לשמאי על מנת שיבדוק כמה שווה הנכס לצרכי חבות במס. השמאי מסביר שיש אפשרות שייעוד הנכס גם למגורים, מה שמעלה מאוד את ערכו. הערכת רשויות המס לצרכי מיסוי של הנכס: 4.4 מליון ש"ח. מחזיק נוסף ב12.5% מהנכס מוכר את חלקו זמן קצר אח"כ ב-3 מליון. כרמל מגלה מידית את הבעיה, ואומר לאחיות טלמון. הן ממשיכות עם החוזה. כרמל פונה לביה"מ המחוזי ושם נקבע שלא הוכחה הטעיה או טעות. אין לכרמל להלין אלא על עצמו כי הוא התרשל. הוא היה צריך לבדוק עם שמאי לפני שכלול החוזה. גם אם יש כאן טעות, מדובר בטעות בכדאיות העסקה בלבד.  
כרמל מערער לעליון.  
**השופטת חיות:** המערער לא המציא את הבסיס העובדתי לטענת הטעות (שמדובר בייעוד למגורים). אין די בשומה של רשויות המס. המכירה השנייה לא מלמדת על מכירה זו כי המחירים לא היו יציבים באותה תקופה ואולי המוכר המאוחר עשה עסקה טובה במיוחד. אם יש טעות אז מדובר בטעות בכדאיות העסקה. אם הייתה טעות היא הייתה נופלת במסגרת ס' 14ב' (טעות משותפת שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה), אך היא נופלת בחריג של 14ד' – מדובר בטעות בכדאיות העסקה. היא אומרת שמכיוון שכרמל שכלל חוזה as is בלי לבדוק, הוא נטל על עצמו סיכון שהנכס אינו כפי שחשב. על פי מבחן הסיכון, זה מפיל את הסיכון בס' 14ד.  
**השופט מזוז (דעת מיעוט):** מבחינתו המערער הניח את התשתית הראייתית הנחוצה לקיום טעות. הוא הוכיח שהנכס היה מיועד גם למגורים – כלומר זה לא רק שווי אלא תכונה של הנכס. השופט מזוז עובר מבחן מבחן. לגבי מבחן טדסקי: מדוב בפער שמתייחס לעבר או להווה (לא היה שינוי יעוד של הנכס לאחר החוזה). לגבי מבחן שלו: מדובר בפער שמתייחס לתכונות הנכס. לפי מבחן הסיכון: as is מתייחס רק למצבו הפיזי של המבנה ולא למצב התכנוני. כרמל לקח על עצמו את הסיכון רק בנוגע לשווי ולא בנוגע למהות. הוא מבדיל בין התחייבויות המוכר להתחייבויות הקונות, ומראה שהסיכון היה רק לגבי המצב הפיזי של הנכס. לכן על פי **כל** המבחנים, לפי השופט מזוז, מדובר בטעות רגילה המקנה עילת ביטול.

הוגשה בקשה לדיון נוסף והבקשה נדחתה.

לדעת המרצה המיעוט צדק: כל המלומדים והמלומדות בדעת השופט מזוז. שני דברים מפריעים בפ"ד זה, שניהם נוגעים לאי הוכחת הטעות.  
ביה"מ אמר שלא הובהר מה ייעוד הנכס. לא ייתכן שלא ידוע על נכס מסוים מה מהותו, ואם יש מצב כזה אז ביה"מ צריך להכריע.  
יש כאן אמירה של רשויות המס: ההערכה היא 4.4 מליון. רשות המיסים במדינת ישראל קובעת את המחיר הזה. המס שכרמל יצטרך לשלם (מסי רכישה והטלי ההשבחה) הרבה יותר משיקבל. העסקה לא כואבת רק בגלל התמורה הנמוכה, אלא החבות המיסית לא מותירה כל הגיון בעסקה הזו. התשלומים יפילו אותו מן הפח אל הפחת. הרשות השופטת, למען הצדק לאזרחים, צריכה לכבד את החלטותיה של רשויות המס.   
לעניין הכדאיות: as is לא התייחס למהות הנכס.   
כרמל התרשל, אך ביה"מ התנער ממנו על ידי שימוש בס' 14ד. במסגרת 14ב, אפשר לעשות איזונים נכונים בין הצדדים – כרמל טעה אך גם התרשל ולכן יקבל רק חלק. במקרה של שימוש ב14ב, הוא קשור בחוזה, ולא ניתן לו כלום. הוא מפסיד כסף בסופו של דבר.   
מבחינה משפטית השופט מזוז אומר ש-14ד עוסק במצבים של טעות שאינה אלא בכדאיות: כלומר רק בכדאיות. הוא אומר שבמצב זה יש אולי טעות בכדאיות, אך לא רק. צריך לשמר את ס' 14ד למצבים של טעות בכדאיות העסקה **בלבד**.

### דרישות לקיום טעות

יש דרישה גם לקשר סיבתי סובייקטיבי : נדרש שהצד הטועה יתקשר בחוזה עקב הטעות (לא בהכרח סיבה בלעדית אלא בעלת משקל משמעותי). הצד הטועה צריך להראות שאם היה יודע על מצב הדברים לא היה מתקשר בחוזה. הצד השני יכול לנסות ולסתור את הטענה (זה קשה כי מדובר בעניין סובייקטיבי) על ידי הוכחה שהטועה היה/תה מתקשרת גם אם הייתה יודעת על מצב הדברים לאשורם.

דרישה נוספת היא יסודיות: גם אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע על מצב הדברים (יש המכנים זאת - קשר סיבתי אובייקטיבי).

הרעיון הוא שלא כל טעות תצמיח עילת ביטול. אם רוצים לרכוש מכונית וחושבים שצבע הריפוד הוא בז' ומסתבר שהצבע הוא לבנבן, זו לא טעות שתאפשר ביטול. יש העדפה לגוון מסוים אך יהיה קשה להוכיח שאדם סביר לא היה מתקשר בגלל הפער הקל יחסית בין גווני הריפוד.

ידיעת הצד השני בכוח או בפועל: אלמנט זה נחוץ לצורך 14א, ואינו נחוץ לצורך 14ב.  
לגבי 14א – ברגע שנודע על הטעות על הצד הטועה (המבקש ביטול) לשלוח הודעת ביטול באופן עצמאי.  
לגבי 14ב – אין אפשרות לשלוח הודעת ביטול עצמאית, הביטול מתבצע באמצעות ביה"מ ולכן יש ליזום הליך משפטי. במקביל לייזום ההליכים כדאי לידע את הצד השני (גם תו"ל וגם כי זה סעיף שמאפשר איזון ולכן כדאי להשאיר את המצב דומה לזה שהיה לפני הכריתה – כדאי שהצד השני לא יתחיל לפעול על פי החוזה).

## הטעיה- ס' 15

מרכיבי העילה:

* קיום חוזה
* קיום טעות (לפי הדיון ב"טעות")
* הטעיה על ידי הצד השני או מי מטעמו/ה
* קשר סיבתי כפול: א'- קשר סיבתי בין ההטעיה לבין הטעות, ב'- קשר סיבתי בין הטעות לבין ההתקשרות. הקשר הסיבתי הנדרש הוא סובייקטיבי בלבד(אין דרישות יסודיות).

יש להטעיה ממשק עם חתו"ל בס' 12. זה חשוב כי זה מאפשר סעדים רבים נוספים, הרבה יותר מאשר ביטול בלבד.

יש חלוקת הטעיה להטעיה במעשה והטעיה במחדל.

### הטעיה במעשה

ע"א 373/80 **וופנה נ' אוגש**

ב-6.4.79 פרסמו המוכרים (אוגש) מודעה בעיתון שבה נאמר שמוכרים דירה כולל פירוט מס' חדרים, מחיר, ושמדובר בנכס שנמצא **במקום שקט**. למחרת הקונים מופיעים כדי לשכלל עסקה, שנחתמת באותו יום. הקונים שואלים שוב כדי לוודא שמדובר במקום שקט והמוכרים מאשרים. במסגרת החוזה הייתה תניה: פיצויים מוסכמים במקרה של הפרת חוזה: פיצויים בסך 200,000 ל"י. התברר לקונים למחרת שהמקום לא שקט ואף רועש, כ-200 מטר מאזור תעשייה פעיל. בעקבות זאת מבקשים לבטל את החוזה בעילת הטעיה. המוכרים טוענים שעליהם לקבל את הפיצויים כי החוזה לא בוטל כדין ולכן הייתה כאן הפרה.   
**השופט שמגר:** מחומר הראיות עולה בבירור שהרוכשים ביקשו דירה במקום שקט. זה היה מרכיב מרכזי בעסקה. המוכרים ידעו היטב שהנכס אינו ממוקפ באזור שקט ואעפ"כ יצרו מצג שווא בפני הקונים לפיו מיקומו של הנכס פסטורלי. במודעה, במו"מ, הודגש שהמקום שקט וזו הטעיה. מעבר לכך, החוזה נכרת בשבת והם יעדו את קיום העסקה ליום זה לא במקרה, הם בחרו יום זה כי הוא שקט יותר (המפעלים לא פועלים). מעשים אלו הובילו להטעיית הקונים. מכאן מסיק השופט שמגר שעלתה לקונים עילת ביטול אותה הם הפעילו באופן מיידי ומשבטל החוזה, בטלה גם זכאות המוכרים לפיצויים מוסכמים.

לפעמים תניות פיצויים עומדות גם אחרי ביטול, אך השופט שמגר לא קובע כך.

ע"א 488/83 **צנעני נ' אגמון**

צנעני פרסם מודעה בעיתון למכירת נכס ברחובות שלא היה שלא ולא על דעת הבעלים של הנכס (לאה צוקר). הוא מציע את הנכס ב-1.3 מליון ש'/ל"י (???). אגמון מגיבים למודעה ורוצים לקנות את הנכס, וצנעני משכלל אתם חוזה: חוזה מכירה תמורת 1.3 מליון. צנעני פונה לגב' צוקר, אומר לה שמצא רוכשים והוא מטעמם, והוא מחתים אותה על חוזה על סך 585,000 ש'. היא חותמת וצנעני לוקח את המסמך וחותם עליו בשם הקונים עם חותמת של משרד העו"ד שלו. לכן היא בטוחה שהוא אכן נציג הקונים. אגמון רואים את החוזה מול לאה צוקר, מבינים מה קרה ומבקשים לבטל את החוזה בטענת הטעיה.  
השאלה המשפטית היא האם קמה לאחים אגמון עילת ביטול בגין הטעיה?  
**השופט שמגר:** כן! הטעיה במחדל: צנעני הציג עצמו כמתווך ואפילו כבעל הזכויות בנכס.  
בסופו של דבר האחים אגמון יוצרים קשר עם צוקר וקונים ממנה את הנכס במחיר 585,000 ש"ח.  
מה הבעיה בעצם? אגמון הסכימו לקנות את הנכס ביותר, ובסוף קנו אותו במחיר שסוכם עם צוקר מראש. אם ביה"מ לא היה מתערב בעסקה צנעני היה יוצא ברווח של 715,000 ש', ואם מתערבים זה הופך להיות רווח של האחים אגמון. אז מה הבעיה? למה צריך לעשוק את צנעני? למה ביה"מ מתערב?  
מבחינת הניתוח המשפטי של השופט שמגר, זה לא טעות בכדאיות העסקה: כי יש טעות לגבי הזהות והמעמד המשפטי של הצד השני וזו גררה מפל של שינויים. כפי שהוא אומר: שינתה את תווי המו"מ, מבנה המו"מ, תוצאות המו"מ. השופט שמגר רואה את ההשפעה של הצד שכנגד על היחסים החוזיים. החוזה שהיה יכול להכרת אילו האחים אגמון נשאו ונתנו באופן ישיר מול צוקר, שונה מאוד מזה שנוצר עם צנעני כמתווך.   
לא מדובר באופורטוניזם בלבד. לא רוצים לעודד את פעילותו של צנעני כי אם היינו מכשירים התנהגות כזו לא ניתן להניח שתמיד היה סוף טוב. בהרבה מצבים העסק היה משתבש. ביה"מ היה נאלץ להתיר את כל הסבך המשפטי שהתנהגות כזו יוצרת. לכן השיטה לא רוצה לתמרץ מניפולציות מהסוג הזה, בצדק. לא רק שיש בפעילות כזו פגם מוסרי, גם מבחינת עיצוב מתווה העסקאות בשוק, לא נרצה לעודד התנהגות פסולה מעין זו.

**שיעור 13**

### הטעיה במחדל

עד כה דיברנו על הטעיה במעשה. בהטעיה במחדל הנושא הוא יותר סבוך כי צריך לאתר חובת גילוי: מקור מדין המחייב צד לחשוף מידע. בהעדר מקור כזה. ס' 12 לחוק החוזים מחייב תו"ל במו"מ. כלומר יש ממשק ברור בין ס' 12 ל-15, כשס' 12 מהווה מקור לחובת גילוי.

***גילוי מכוח מקור בחוק***

נשאלת השאלה: מה היקף חובת הגילוי מכוח ס' 12? עד כמה הצדדים למן"מ צריכים להיות נכונים לגלות מידע שברשותם?

ע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי**

נכרת חוזה בין בעלים של מגרש בראשל"צ לבין קבלן לרכישת המגרש. ספקטור הוא בעל המגרש, צרפתי הוא הקבלן. מגרש בגודל המדובר מתאים בד"כ לבניית 16 דירות, אך במקרה זה חלק מן המגרש היה מיועד להפקעה ולכן היה ניתן לבנות רק 12 דירות. המתווך גילה זאת והעסקה המקורית מול הקבלן לא יוצאת אל הפועל לאור המידע הזה. המתווך שדיווח על כך מוסט הצידה ומובא מתווך חדש שמביא קבלן חדש – צרפתי. לא מגלים לצרפתי את האמת לגבי השטח, המתווך השני לא חוקר את הענין. בסופו, אחרי שנרקמת עסקה, הקבלן מגלה את זה אך האם עומדת לו עילת הטעיה? ברור שהיה כאן אי גילוי, מה שמנסים לגלות זה האם הייתה חובת גילוי? ברור שהמוכר חדל בכך שלא סיפר, אך האם יש לכך השלכות משפטיות?  
**השופט אשר:** ס' 12 הוא מקור בדין לחובות גילוי ויש לגלות כל פרט מהותי שקשור לעסקה. פרט מהותי הגדרתו: פרט המשפיע על נכונות צד להתקשר. כמובן שמספר הדירות שניתן לבנות הוא פרט מהותי. במקרה זה, הייתה חובת גילוי גם מכוח הנסיבות: הקונה במקרה זה היה קבלן שציפה שמגרש בסדר גודל זה יתאים לבניית 16 יחידות.   
סיבה נוספת לביטול: ס' 14א חל במקרה זה: זו טעות שהצד השני ידע עליו או היה עליו לדעת עליו.  
סיבה נוספת: יש אי התאמה בממכר כאמור בס' 11 לחוק המכר – פער בין אפיון המגרש כפי שתואר לבין אפיונו במציאות. **השופט לנדוי:** אסור לקבוע חובת גילוי רחבה בחוזים מסחריים. אל לבית המשפט לשים עצמו שמרטף לצדדים. פרטים שהצד השני יכול היה לגלות בעצמו אין צורך לגלותם. עם זאת דין חוזה להתבטל בשל ס' 13 לחוק המכר לפיו יש למכור את הנכס נקי מכל שיעבוד.

למה ההבדל ביניהם משנה – הרי בסופו של דבר שניהם מבטלים את החוזה?  
ההבדל המרכזי נוגע לחובת הגילוי על פי ס' 12, ועד כמה הוא תקף. נכון שלא צריך אי גילוי על מנת לבטל חוזה, יש עילות ביטול נוספות. אבל למה חילוקי הדעות ביניהם כל כך חשובים? אם נחתם חוזה שירות כמו חוזה עבודה או מול קבלן – מה הם צריכים לגלות ומה לא? כאן יש פער גדול בין דעת השופט אשר לדעת השופט לנדוי. השופט אשר קובע חובת גילוי מאוד רחבה למרות שמדובר על פניו בחוזה מסחרי, שאמור להיות מצוי ברזי התכנון והבנייה. בעיניו 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 הוא היה אמור לברר מה טיב הנכס (מתוקף המקצוע שלו), קבלן אמור להיות מודע למצב התכנוני. השופט אשר הופך את המצב ואומר שדווקא משום שמדובר בקבלן הייתה לו ציפייה שמגרש כזה יתאים לבניית 16 דירות. זה מגביר יותר את החתו"ל ובאופן נגזר את חובת הגילוי. לעומתו השופט לנדוי סבור שיש לצמצם את חובת הגילוי. בעיניו צדדים מסחריים צריכים להסתדר ביניהם וביה"מ לא צריך להגן עליהם. פרטים שניתן לגלות לבד בין אם מהותיים ובין אם לא, חובה לגלותם.

**ככל שעולה טענת חתו"ל כך תהיה נטיה לא להקפיד עם הצד המוטעה על רשלנות.**

ב**כרמל נ' טלמון** מדובר בטעות על פי ס' 14ב, וכאן מדובר בהטעיה על פי ס' 15, ולכן המידיניות כאן שונה מבמקרה של כרמל נ' טלמון.

מה היקף חובת הגילוי הראויה?

**פרופ' גבריאלה שלו:** בצד ההתערבות המצומצמת והמוגבלת. לשיטתה לא צריך להיות מצב של אגואיזם קיצוני וגם לא מצב של אלטרואיזם מוחלט. לא ניתן לבחור רק במה שנוח לך או רק לחשוב על הצד השני. צריך למצא את דרך האמצע שבה מגלים פרטים שהצד השני לא יכול לגלות בעצמו.  
הגישה הזו יכולה להיות בעייתית: גם כלכלית וגם מוסרית.  
אם צד מחזיק במידע מסוים, למה לא לגלות אותו לצד השני? למה שלא ייתן את המידע הזה? זוהי השאלה המוסרית.  
הבעייה הכלכלית היא שנוצרות על פי דעה זו עלויות כפולות – אם אדם בירר עניין מסוים לא ניתן לסמוך עליו וצריך לברר את אותו נושא עצמאית. אלו משאבים שיורדים לתמיון כשניתן לחסוך אותם בקלות (לדוג' בדיקת רכב לפני הקנייה).

**פרופ' אנטוני קרונמן:** מידע שמתגלה **למוכר** אגב אורחא ללא השקעת משאבים הוא שונה ממידע שגילויו כרוך בהשקעת משאבים מיוחדת. על הראשון יש חובת גילוי ועל השני אין. בעייה בבלמים ברכב לדוג', מגלים בקלות את הבעייה. במקרה של ספקטור נ' צרפתי העניין התגלה אגב אורחא. המתווך גילה על הדרך את העניין וזה לא היה כרוך בהוצאות נוספות.

**סעיפי חוק אחרים המטילים חובת גילוי:**

ס' 16 לחוק המכר מחייב גילוי של אי התאמה במכר. אי התאמה על פי ס' 11 לחוק המכר מוגדרת כשאין בממכר את התכונות הרגילות לשימוש מסחרי.

ס' 8 לחוק השכירות והשאילה – מטיל חובת גילוי על המשכיר/ה בנוגע לאי התאמות במושכר.

ס' 8 לחוק השליחות מחייב את השלוח/ה מחייב לגלות לשולח/ת כל מידע הקשור לשליחות.

ס' 16 לחוק ניירות ערך קובע חובת גילוי רחבה בתשקיף (כשחברה מנפיקה היא צריכה להוציא תשקיף שחוזף את כל מה שקורה בחברה. מדובר במידע פרטי, ולכן החוק קובע חובת גילוי רחבה במצבים כאלה שכאשר הציבור קונה מניות זה השלב בו החברה הופכת לציבורית ואז הציבור יוכל לקבל מידע מהימן לגבי מצבה של החברה.)

ס' 2 לחוק מכר דירות מחייב קבלנים להמציא מפרט לרוכשים, כשגם כאן מטרת התשקיף היא ליידע לגבי הנכס.

ס' 8א לחוק המתווכים מחייב מתווך/ת לגלות ללקוח/ה את כל הפרטים הקשורים לעסקת התיווך.

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

המטרה היא להתגבר על בעיית המידע הא-סימטרי: כשלצד אחד יש מידע שלצד השני אין.

גילוי מידע צרוך בהוצאת משאבים ואם אנחנו יוצרים חובת גילוי אנחנו חוסכים את הוצאת המשאבים מקבוצה מסוימת ומפילים על קבוצה אחרת, וגם זו דרך לבצע חלוקה אחרת של המשאבים בחברה: שיטה של צדק חלוקתי.

זה לא תמיד פשוט, לדוג' מיסוי על דירה שלישית: לכאורה זה נטל נוסף על בעלי הדירות, שעל פניו הם קבוצה עשירה יותר. המטרה היא שישוחררו דירות לשוק. נראה שזה יכול במקום להיטיב עם הסוחרים, יווצר מצב הבו המס יגולגל לקבוצה עליה ביקשנו להגן באמצעות העלאת שכ"ד. צריך לזכור את כוחות השוק. אפשר להעביר נטלים מצד לצד, אך במהלך העסקים יש אפשרות שהנטלים האלו יעברו לצד שעליו מנסים להגן.

***גילוי מכוח מקור בנוהג***

עו"ד-לקוח, רו"ח-לקוח. לפעמים מקור החובה נובע מנוהג שמתקבע ומאומץ על ידי מגזר עסקי מסוים.

***גילוי מכוח הנסיבות***

בפנידר נ' קסטרו הנסיבות היו נסיבות של חברות, שדרשו גילוי מכוח הנסיבות (חברות). בספקטור נ' צרפתי הקונה הוא קבלן בעל ציפיות מסוימות שחייבו גילוי.

ע"א 494/74 **חברת בית החשמונאים נ' אהרוני**

חברת בית חשמנאים מוכרים לאהרוני (בעל מסעדה) יחידה לחנות שלו. לפי ס' 10 בהסכם ביניהם המוכרים מתחייבים שלא לפתוח בבניין מסעדה מתחרה. זוהי תניית אי תחרות (בלעדיות). לאחר שפתח אהרוני את המסעדה שלו הוא מגלה שנפתחה מסעדת הראל בחלק אחר של הבניין. מסתבר שהבניין המדובר הוקם על שני מגרשים: חלק מהפרויקט היה של חברת בית חשמונאים וחלק אחר של ברנוביץ'. כשאהרוני פותח את המסעדה שלו, התניה שבחוזה לא תקפה לחלק שאינו שייך לבית חשמונאים. החלק בו נפתחה המסעדה השנייה הוא על מגרש אחר ושייך לחברה אחרת, ואין סמכות לתניה על אזור זה. אהרוני טוען להטעיה במחדל: בית חשמונאים שתקו. אהרוני הולך שולל.   
האם מידע זה הוא מידע שצריך להשקיע בו או לא?   
האם התרחשה הטעייה באמצעות מחדל?  
**השופט בייסקי (דעת הרוב):** לרוב הטעייה דורשת שתתבצע מצג שווא או מעשה אך אפשרי שתהיה הטעיה באמצעות מחדל. במקרה זה, ברור מס' 10 בחוזה שעניין הבלעדיות היה מהותי עבור אהרוני (מן הסתם הוא גם שילם יותר על הכללת ס' זה). הוא לא יכול היה לדעת על המצב התכנוני של המבנה, שהוא מוקם על שתי חלקות שונות. שתיקת הבעלים לגבי העובדה שהבניין הוקם על שתי חלקות שונות עולה כדי הטעיה. השופט בייסקי סבור שזו אפילו תרמית.   
**השופט חיים כהן (דעת המיעוט):** בחוזה נכתב שהתניה חלה על הבניין ושמדובר בחלקה 34. לכן הוא סבור שהמערערים לא יצרו מצג שווא. היה על אהרוני לבדוק מהי בדיוק חלקה 34.

המידע הוא כזה שהצד השני היה יכול לגלות בעצמו. אהרוני היה יכול לגשת לפנקדי הרישום, לבדוק מי היא החברה השנייה ולגלות את כל זה.

לדעת המרצה: לא מסכים על השופט כהן. בדיעבד ניתן לעשות הרבה, אבל כשניגש אדם שנושא ונותן עם חברה קבלנית, ומדובר במצב קבלני חריג של פיצול בבעלות, איך אפשר לצפות ממנו באופן סביר לחשוב על אופציה כזו. זה יקר עלויות כאשר מנגד יש חברה קבלנית שמודעת למצב ולא אומרת דבר. זה חמור עוד יותר שהיא גובה כסף על בלעדיות, אך לא אומרת שאין ביכולתה להבטיח את הבלעדיות הזו.

**מצבו של המטעה:** מצב דעתו של המטעה

**פרופ' גבריאלה שלו:** הצד המטעה יכול להטעות בזדון, ברשלנות או בתו"ל ומצב דעתו אינו משנה.

**פרופ' זאב צלטנר:** הטעיה יכולה להתבצע רק בזדון או ברשלנות. לא קיימת הטעיה בתו"ל. במקרים בהם הטעות נובעת מטעות על פי ס' 14.

**פרופ' דויטש:** הטעיה במחדל עולה רק בזדון, לא ברשלנות או בתו"ל. הטעיה במעשה יכולה להיות בזדון, ברשלנות או בתו"ל.

**הנשיא לשעבר שמגר:** הטעיה יכולה להיות בזדון או במרמה או חתו"ל. ההטעיה דורשת התנהגות מוסרית פסולה.

## סעדים לטעות או הטעיה

משהוכחו יסודות העילה עפ"י סעיפים 14א, ב או 15:

ס' 20 מקנה לצד הטועה או המוטעה את זכות הביטול.

ס' 21 – השבה: משבוטל חוזה כל צד רשאי להשיב...

ס' 22 – הוראות אלו אינן גורעות מן האפשרות לקבל סעדים נוספים. משמעות: אם למשל הייתה התנהגות בחתו"ל ניתן לקבל פיצויים או סעדים אחרים בגינה.

פרופ' גבריאלה השלו יצרה טבלה שמסבירה זאת:

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| הסעיף | גרימה על ידי הצד השני | ידיעת הצד השני | יסודיות | זכות הביטול |
| 14א | לא נחוץ | נחוץ | נחוץ | אוטונומית |
| 14ב | לא נחוץ | לא נחוץ | נחוץ | בשיקול דעת ביה"מ |
| 15 | נחוץ | נחוץ | לא נחוץ | אוטונומית |

זהו סיכום של איזו זכות ביטול צומחת. כדי שיהיה אפשר לבטל חוזה אוטונומית צריך ש-2 מתוך 3 התנאים יהיו נחוצים.

14ג – אפשרות לתיקון: אם הטעות ניתנת לתיקון והצד שכנגד מסכים לתיקון זה, אז הטעות לא מצריכה ביטול ולא מהווה עילת ביטול. (אם אפשר להציל את החוזה עושים זאת.)

איך יכול הצד שכנגד להציל את החוזה? ע"י משלוח הודעת תיקון לפני משלוח הודעת הביטול. כשצד רוצה לבטל את החוזה כשהביטול אפשרי אוטונומית יש מהלך של ידוע על הביטול עוד לפני הביטול הרשמי. אחרי ידוע הביטול יכול הצד השני להציע תיקון ואם זה מתקבל החוזה לא מתבטל.

זה אומר לגבי אופן ההתנהלות של הצד הטועה: לא כדאי להוציא הודעת ביטול אם באמת רוצים לתת הזדמנות לצד השני לתקן את המעוות. אם לא רוצים לתת לצד השני הזדמנות לתקן אז לא ניתנת הזדמנות וישר נשלחת הודעת ביטול בלי ליצור פרק זמן במהלכו ניתן לתקן את הטעות.

מה קורה אם הצד השני רוצה לתקן והמבטל כבר שלח ביטול ולא רוצה לאפשר את נסיון התיקון? עקרון תו"ל רואה בצדדים שותפים, וזו תהיה פגיעה בעקרון זה.

סיבה נוספת לא לבטל היא: יש בעייה בגבול הדק שבין ס' 14א ל14ב. צד טועה יכול לסבור שהצד השני ידע או היה עליו לדעת על הטעות, ומחליט לבטל אוטונומית את החוזה לפי ס' 14א. אבל אותו צד עלול לגלות שהצד השני מתכחש לאפיון המצב וטוען שהוא לא ידע ולא היה עליו לדעת. אם הוא ביטל את החוזה והפסיק לבצע את חיוביו, אז הוא מפר את החוזה. כלומר יש כאן מלכודת שמובילה להפרה. אם הביטול היה שלא כדין, אז מי שביטל יכול למצוא את עצמו מפר חוזה. עדיף לפנות לביה"מ ולהביא את החוזה לסיום באישורו.

במקרים של ס' 14ב, תמיד יש אפשרות תיקון (על פי 14ג). ביה"מ צריך לברר אם יש אפשרות תיקון על פי ס' 14ג.

סעיף זה מופיע תחת הסעיף של טעות ולא של הטעיה. בס' 15 אין סעיף שמאפשר תיקון במצבים של הטעיה. הדין לא יצר הסדר כזה ולכן חוקרים כן:

**פרופ' שלו ופרופ' פרידמן ופרופ' נילי כהן:** סוברים כולם שלמרות שס' 14ג לא מתייחס במפורש להטעיה, אפשרות התיקון הזו חלה גם כשמדובר בהטעיה.

יש אפשרות נוספת לגבי הביטול על פי ס'19:

***ביטול חלקי***

ביטול חלק מסוים של החוזה בלבד (להבדיל מביטול החוזה כולו). אפשרות זו של ביטול חלקי קיימת כאשר:   
1- החוזה ניתן להפרדה לחלקים (חוזה מכר שעניינו מכונית, אופניים וקורקינט – אפשר להחיל את החוזה רק על חלק מהם ולבטל על השאר),   
2- הטעות מתייחסת למימד או חלק אחד בלבד,   
3- ביטול החלק הפגום אינו משפיע על שאר החוזה.

לדוג' אם הקונה סבר שמדובר באופני הרים אבל מדובר באופני כביש, ופורט מחיר נפרד לכל אחד מהנכסים וניתן לדעת מה היה המחיר עבור האופניים, אז אפשר לבטל רק את החלק הזה ולהחזיר קונה את הסכום בלי לבטל את החוזה כולו. אם יש תלות בין המרכיבים בעסקה ביטול חלקי נהיה אופציה בלתי אפשרית.

ס' 14ב: ***ביטול באמצעות ביה"מ במקרים בהם הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה*** – לא דבק אשם מוסרי בצד שכנגד. ביטול זה הוא לשיקול דעתו של ביה"מ.   
אלו שיקולים ישקול ביה"מ?   
לביה"מ 4 אפשרויות תגובה:   
1- לדחות את בקשת הביטול (נחמני נ' גלאור)  
2- ביטול חלקי מכוח ס' 19 (אם אפשרי)  
3- לבטל את החוזה – להענות לבקשת הטועה  
4- לבטל את החוזה תוך חיוב הטועה בתשלום פיצויים לצד שכנגד

שיקולי הצדק ששוקל ביה"מ כאשר הוא פועל לפי ס' 14ב:  
1- מאזן התוצאות האפשריות – על ביה"מ להשוות בין הנזק שייגרם לטועה מקיום החוזה לבין הנזק שייגרם לצד שכנגד מביטול החוזה. \*צריך לשקול גם איזונים עדינים יותר באמצעות חיוב בפיצויים\*.  
2- משך הזמן שחלף – ס' 20 קובע שהודעת ביטול צריכה להשלח תוך זמן סביר מרגע היוודע דבר הטעות. אם מדובר בהליך בביה"מ יש ליזום הליך כזה גם תוך זמן סביר. הסבירות תלויה בנסיבות. בנחמני נ' גלאור היו 2 בעיות – אינפלציה ועליית ערך הדירה, כלומר הנסיבות הכתיבו את הזמן הסביר.  
3- יכולת תיקון העוול לצד הכנגד באמצעות פסיקת פיצויים – לדוג' בנחמני נ' גלאור ביה"מ לא ראה טעם להענות לבקשת הטועה משום שהדבר היה כרוך בחיוב בפיצויים גבוהים.

ישנו ס' נוסף: ס' 16, שעניינו **טעות סופר**. החוק קובע שטעות סופר לא מצמיחה עילת ביטול. במקרה של טעות סופר יקרה אחד משני תרחישים:  
1- הצדדים מסכימים שנפלה טעות טכנית ויש לתקן אותה. במקרה זה זוהי טעות שנופלת במסגרת 14ג, וממילא ס' 16 לא חידש כלום.  
2- אחד הצדדים מתעקש לקיים חוזה כלשונו בעוד הצד השני טוען לטעות סופר. ביה"מ יצטרך לפרש את החוזה ומלאכת הפרשנות לא תמיד תהיה קלה. אם מנסים למכור מכונית שמחיר השוק שלה הוא 20,000 אך בחוזה נשמט 0, יהיה קל לתקן. אך אם יש בעייה יותר גדולה, כמו הסדר ביצוע שאמור לקחת מספר מסוים של חודשים ועולה טענה של טעות סופר ושהיה צריך להיות מספר חודשים אחר, זו בעיה אמיתית. ואם הסטייה היא קטנה יותר: במקום 20,000 נכתב 21,000, יכול לקרות שצד אחד מסכים לשלם מעט מעל למחיר השוק. הבעיות שיכולות לעלות לכדי טעות סופר יכולות להיות לא ברורות.

**שיעור 14**

## כפייה- ס' 17

רכיבי העילה:

1. קיום חוזה
2. קיומה של כפייה (אילוץ פיזי, איום פגיעה באדם או בני משפחתו או רכושו)
3. קשר סיבתי סובייקטיבי בין הכפיה לבין ההתקשרות בחוזה
4. תפקידו של הצד שכנגד: מקור הכפייה בו או במישהו מטעמו

דיני החוזים מכבדים את רצונות הצדים. אם אדם נכנס לחוזה במצב בו רצונו החופשי נשלל אין סיבה לכבד את החוזה. הכפייה הקלאסית היא שימוש באלימות או באיומים בפגיעה פיזית בו/ה או בני/ות משפחתו/ה. איומים כאלה נופלים בגדר כפייה.

### הפעלת לחץ נפשי

**האם איום בפתיחה בהליכים פליליים מהווה כפייה?**

ע"א 784/81 **שפיר נ' אפל**

שפיר עוסק בהובלת חלב, ואפל הוא האחראי על הכספים במושב. שפיר חשד שאפל שינה את הרישומים של הובלת החלב לטובתו. הוא מתייצב בביתו של אפל, מתיח בו האשמות בפני אישתו וילדיו. מתריע שיתבע אותו ומתאר את זוועות הכלא. כתוצאה ממפגש זה נחתם הסכם שמחייב את אפל לשלם פיצויים לשפיר. למחרת שניים מבני משפחתו של אפל מגיעים למשרד עו"ד של שפיר כדי לבטל את ההסכם והתוצאה הייתה התחייבות לתשלום כפול.

חוזה אחד נחתם בבית, חוזה שני נחתם במשרד העו"ד.

פ"ד זה דן בקיומה של כפייה. האם הפעולות בהם נקט שפיר עלו כדי כפייה?

**השופטת שטרסברג-כהן:** מעשי שפיר והעו"ד עלו כדי כפייה: ההגעה במפתיע לבית של אפל, ההאשמות הקשות שהוטחו בו בפני בני משפחתו, בני המשפחה הגיבו בבהלה, אחד הילדים איים לשים קץ לחייו אם אפל לא יחתום, אפל הוא ניצול שואה שאיבד משפחה במהלכה. איום בנקיטה בהליכים פליליים מהווה עברה אתית מצד העו"ד, נוגד את האינטרס הציבורי. האינטרס הציבורי הוא העמדת עבריינים לדין, המדינה מנהלת את ההליך בפלילי, וחובת ידוע המדינה חלה על האזרחים. לא ניתן לנצל את המצב כדי לגרום לאדם לא לדווח על עברות עבור תשלום. זה נוגד את אינטרס הציבור. לא ניתן לאיים בפתיחה בהליך פלילי כדי ליצור התחייבות חדשה. הכפיה אינה חייבת להיות הגורם הבלעדי להסכם אלא נדרש קשר סיבתי סובייקטיבי (שקיים מבחינת הנכפה).

סיפורו האישי של אפל הוא רלוונטי. עילות הביטול הן בעלות מיקוד סובייקטיבי. הן מתמקדות במתקשר הספציפי. זהו לא מקרה בו מזהים אדם בעל רגישות גבוהה וכורתים אתו חוזה ברור. יש כאן צעד נוסף. שפיר ועו"ד עוזים מעשים ששוללים את חופש הרצון של המתקשר השני בהנתן ההסטוריה שלו. ישנה אפשרות שגם אם אפל לא היה בעל רגישות מיוחדת, ובכל זאת אם מדיעים אליו הביתה במפתיע ואומרים לו אמירות מאוד קשות, אנשים היו מסכימים לעשות דברים שלא היו עושים מרצונם החופשי.

הקשר הסיבתי הנדרש בעילת הכפייה הוא סובייקטיבי. נדרש שהנכפה הוא זה שבנסיבות הספציפיות מתקשר בעסקה בשל הלחץ או הכפייה שהופעלו עליו. ...........המבחן להטלת מורא או פחד בלתי סבירים על אותו צד שמבקש לבטל את החוזה.

**השופטת בן-פורת:** אזהרה מנקיטה בהליכים פליליים לא תמיד תעלה כדי כפייה.

### לחץ כלכלי

במשך שנים המשפט הישראלי לא קיבל כפייה כלכלית לעילה לביטול חוזה. כפייה כלכלית היא מצב בו ידוע שהצד השני במצב כלכלי קשה, ומתוך כך מוצעת לו עסקה גרועה במיוחד במצב בו אין לו יותר מדי אופציות ונחתם חוזה טוב במיוחד עבור הצד השני. במשך שנים סרבו להכיר בכך ככפייה כלכלית וטפלו במצבים כאלה באמצעות עילת העושק. בתי המשפט לא ראו צורך ביצירת עילת ביטול נוספת בדמות כפייה כלכלית.

השינוי הגיע בע"א 8/88 **רחמים נ' אקספומדיה**

אקספומדיה ורחמים החליטו לקיים יריד טכנולוגי בדרום על קרקע השייכת לרחמים, ונחתם על כך חוזה. בחוזה הוערכו עלויות הייזום – 50,000 ד', חלוקת הרווחים: 25% לרחמים ו-75% לאקספומדיה (לאחר ניקוי הוצאות). רחמים החל להכשיר את הקרקע, ועם פתיחת היריד כעבור 3 ימים הבינו שהיריד נכשל. רחמים פונה לאקספומדיה בתביעה לקבל 50,000 $. הוא מאיים לסגור את היריד אם לא יקבל את הכסף עד השעה 18:00 של אותו יום. אקספומדיה ועורכי דינה מתחילים לבדוק את האפשרויות שלהם ומחליטים (בהסכם) לשלם 40,000 $ בזמנים שנקבעו מראש ו10,000$ אם יהיו רווחים. רחמים מסכים ומשאיר את היריד פתוח. לאחר סיום היריד אקפומדיה לא משלמת ואקספומדיה מתגוננת בטענה של כפייה שבשלה חתמה על ההסכם בנוגע לנשיאה בעלויות ומבקשת את ביטולו.

ביה"מ המחוזי דחה את התביעה. השאלה הייתה על מי היו עלויות הייזום והוא פסק שהן על רחמים. (רחמים טען שעלויות הייזום על אקספומדיה.) רחמים מערער לעליון.

**השופט מלץ:** התנהגותו של רחמים עולה לכדי כפייה כלכלית ומקימה עילת ביטול. מחלק בין לחץ כלכלי לגיטימי לבין לא לגיטימי. אחד המדדים להבחנה ביניהם הוא האם הלחץ הופעל לפני חתימת הסכם או לאחריו לשם שיפור תנאים. אם זה אחרי וזה תוך ניצול מצוקה גם אז זה לא לגיטימי. סוג האיום או הלחץ צריך להיות מפתיע, בלתי הפיך וחמור על מנת להחשב לא לגיטימי. בד"כ אפשרות פנייה לערכאות סותרת את הטענה לכפייה אבל זו צריכה להיות אפשרות מעשית וממשית – אפשרות זו לא התקיימה בעניינינו (הם פנו לעו"דים אך בהגבלת הזמן המצומצמת הזו לא היה זמן לפנייה לערכאות).   
במצב זה נוצרה כפייה כלכלית המקימה עילת ביטול.

תנאים ללחץ:

* מפתיע
* בלתי הפיך
* חמור

לדעת המרצה: פס"ד זה מציג תמונה מעט מעוותת. הכפייה הכלכלית עומד על כמה דברים: מפתיע, בלתי הפיך, חמור, ואולי הכי חמור – אפשרות לגשת לערכאות. יש בכך בעייתיות.   
האם באמת לא הייתה אפשרות לפנייה לערכאות? לא היה זמן ליזום הליך שמונע את המהלך של רחמים – כך קבע ביה"מ העליון. אך אפשר היה לשלם לרחמים את הכסף ואחר כך לתבוע אותו על הפרה: טענת ההפרה מתבססת על כך שעלויות הייזום היו על רחמים, כך קבע ביה"מ המחוזי. בעצם הייתה תביעה על הפרת חוזה כי לפי החוזה המקורי היה על רחמים לשאת בעלויות הייזום. פנייה מאוחרת כזו לביה"מ היא דומה של מה שנעשה, אך מה שנחסך המקרה זה מאקספומדיה היה הכסף שבסופו של דבר לא שילמו כלל (בעוד על פי השיטה הזו הם היו משלמים ומקבלים חזרה). תמיד יש אפשרות לפנייה לערכאות לאחר מעשה. אקספומדיה היו יכולים להגיד לרחמים: תסגור את היריד, ואחר כך לתבוע על הפרת החוזה. לאור פסיקת המחוזי הוא אכן הפר את החוזה. על פי פרשנות החוזה הוא קבע שהחובה לשלם על הייזום על רחמים. הם היו תובעים אותו על הפרת החוזה שקבע זאת. במתווה בו הם בחרו, חברת אקספומדיה בחרה בבחירה הכלכלית ההגיונית של לתת לרחמים לרדוף אחרי הכסף ולא השאירו את היכולת הזו להם. לא טוב להיות הצד שרודף אחרי הכסף, וכך פעלו אקספומדיה. השופט מלץ מכוון לחתך זמן ספציפי:מהרגע שרחמים מעלה את התביעה עד רגע הדדליין. שאלה היא אם שם הייתה אפשרות תביעה והתשובה היא לא- בכך הוא צודק. אך תמיד יש אפשרות של פתיחה בהליכים לאחר מעשה, אך זו לא שוללת או משפיעה על טענת הכפייה שתקפה לאותו חלון זמן שבין האיום לחתימה.  
לגבי התנאים: בלתי הפיך – לא לתת לו יותר מדי משקל כי תמיד אפשר לפנות מאוחר יותר לערכאות (זו דרישה רכה).

ע"א 1569/93 **מאיה נ' פנפורד**

המערער הוא בעל חברת יהלומים. הוא רכש מהמשיבות וקיבל מהן סחורה. הוא לא שילם בשום שנקלע לקשיים כלכליים. הוא בורח מהארץ ומשאיר אחריו חמישה נושים. הסכום הכולל הוא 1.5 מליון. הוא מסמיך אדם מסוים לפנות לנושים בהצעת הסדר חוב – הוא מציע לכל נושה יהלומים כששויים בין 30%-70% (היו פערי הערכות בשווי של היהלומים בשקיקים, הנושים טענו שזה מעט והנציג טען שהרבה). השלוח אומר שאם הם לא מקבלים את הצעתו הם יכולים לתבוע אבל על פי ההערכה יקבלו רק 10% ממה שהם אמורים (אפשרות הפירעון המוערכת בישראל). אם יקבלו את ההצעה הם צריכים לחתום על ויתור. יש זמן להתייעץ עם עו"ד. הם קיבלו, מאיה חוזר לארץ, ולהנפתעתו נתבע על ידי הנושים שטוענים שכתבי הויתור מחתמו מחמת כפייה כלכלית ועוד טענות, ולכן דינם להתבטל. הם אומרים שהם צריכים לקבל יותר ממה שקיבלו מהשליח.

השאלה היא: האם הסכמי הפשרה צריכים להתבטל מחמת כפייה כלכלית?

**השופט חשין:** הייתה כפייה כלכלית שמקימה עילת ביטוי. יש שני סוגי לחץ: איכותי – הנוגד חיי עסקים ומסחר תקינים, כמותי – עוצמה שמעמידה את הצד הנכפה במצב של "אין בררה". השופט חשין קובע שפעולותיו הובילו את הנושים למצב של חוסר בררה. מאיה עזב את הארץ במפתיע, מקום מגוריו בחול לא נודע, הוא לא הודיע אם יחזור ומתי. היהלומים שלו נמצאו במקום לא ידוע לנושיו, אופן המו"מ לא היה כשר – כל אחד מהנושים קיבל פנייה נפרדת ולא לכולם יחד. פגישות תואמו בזמנים לא רגילים ובמקומות חריגים. מעבר לכך לא הובאו בפני הנושים נתונים מפורטים וישירים ואמינים באשר למצבם הכספי של מאיה וחברתו, והנושים נאלצו לחתום על כתבי ויתור בתמורה לקבלת היהלומים.

**הנשיא שמגר:** לא הייתה כפייה כלכלית. היו להם אפשרויות פעולה, היו יכולים לפנות למשטרה ולמערכת אכיפת החוק. זה לא היה כדאי ולכן לא פעלו כך. יש להם עילת ביטול לחוזים כי הם מנוגדים לתקנת הציבור (ס' 30 לחוק החוזים). גם אם אין כפייה כלכלית שמגר מסרב לתת תוקף לחוזה הויתור כי לגישתו החוזה נוגד את תקנת הציבור.

**השופט גולדברג (מיעוט):** הנושים פעלו מתוך תחשיב כלכלי קר, בכוונה לטעון אח"כ לכפייה. היה בידם לפנות לערכאות או להוצי צווי עיקול והם לא עשו זאת. הם חתמו תוך ידיעה שינסו להאחז בעילת הכפייה לאחר מכן כדי לבטל את החוזים. לכל היותר הייתה להם טעות בכדאיות העסקה.

השופט חשין מרחיב את עילת הכפייה הכלכלית. בניגוד לאקספומדיה, פה היה פרק זמן נרחב לפנות לערכאות. למרות זאת השופט חשין מאמין שהייתה כפייה: לחץ שנוגד את חיי המסחר התקינים בעצמה שמעמידה אותם במצב של אין בררה.

השופט שמגר נוקט בגישה קיצונית אף יותר. ההסכם לדעתו מנוגד לתקנת הציבור.

השופט גולדברג סבור שלא הייתה שום כפייה כלכלית אלא התנהגות מחושבת (ששוללת כפייה – נעשה מתוך מחשבה ולא מתוך לחץ), ואם כך אין כפייה.

לדעת המרצה: מסכים עם השופט גולדברג. היה מהלך של הסדר נושים שהוא "תספורת" – הנושים מוותרים על חלק מהחוב משום שהנסיבות הכלכליות של החייב לא עלו יפה. זה חלק בלתי נפרד מעולם העסקים. כאשר נושים נקלעים למצב כזה, יש תשובה לכך בדין: "הליכי חדלות פרעון". כשחברה או אדם לא משלמים, הדין מסדיר איך מתמודדים עם זה. בד"כ כשמגיעים לחדלות פרעון מקבלים הנושים בערך 13%. מאיה מציע בין 30% ל-70%. הוא ניסה להיטיב עם הנושים. הורדת אופציות פוגעת בצדדים. היום לא יציעו לנושים עסקה כזו כי ביה"מ קבע שזה לא מקובל. ביה"מ פסק לטובת הנושים, ואלו הצליחו **אולי** לגבות ממנו יותר. בקביעה זו ביה"מ פוסל אפשרות להסדר חוב. עו"ד לא ימליץ היום לאדם כמו מאיה לחזור לארץ. בניגוד לחייבים אחרים, מאיה התנהג בצורה אחראית וניסה להתנהג יותר טוב מהמצב שהמשפט היה מייצר עבור נושים. הסדרי חוב כאלה הם ברוכים מבחינת נושים.

ע"א 6234/00 **ש.א.פ. נ' בנק לאומי**

ש.א.פ. היא חברת בנייה שפונה לבנק לאומי בבקשת הלוואה. החברה נקלעה לקשיים. בנק לאומי מתנה את העברת האשראי (ההלוואה) בבטוחה: תכניות החיסכון האישיות של הבעלים, דבר המאלץ את הבעלים לפתוח ("לשבור") את תכניות החיסכון. בנוסף לכך הם דורשים חתימה על כתב ויתור שמהותו מחילה על כל תביעה אפשרית. זה מעצבן את בעלי החברה (שנים היו לקוחות טובים וכשיש קשיים לא מתחשבים בזה – אין מערכת יחסים עם בנקים). החברה משתקמת והבעלים תובעים את הבנק על ההפסד שנגרם להם. הטענה היא שעילת הביטול היא כפייה.

האם הייתה כפיה בעניין זה?

**השופט מצא:** כתב הויתור היה חלק מהסדר לגיטימי והוגן. התעקשות הבנק על קבלת כתב ויתור אינה עולה כדי כפייה כלכלית. הוא אומר שקיימות אמות מידה מכבידות בכל הקשור לכפייה כלכלית. המבחן שהתקבל בפסיקה הוא מבחן כפול של עצמה ואיכות והם משולבים. הוא אומר שהמבחן מתיישב עם ההבנה המודרנית של דיני החוזים שעוסקים במערכות יחסים מורכבות של אינטרקציות כלכליות, חברתיות, וציבוריות שרבות מהן אינן מבוססות על חופש הרצון במובנו הקלאסי – אדם היה בוחר בהם כאשר אין עליו שום מגבלות כלל (חופשי לחלוטין). המדד הוא לא מה היה עושה כשהוא חופשי לחלוטין. אינדיקציה חשובה לקיום כפייה כלכלית היא מידת הסבירות וההגינות של תנאי החוזה. הסבירות נקבעת על פי נסיבות העסקה. שא"פ היית הבמצב כלכלי קשה כשפנתה, "גבה היה אל הקיר", הבנק שסכים לתת הלוואה ולקח על עצמו סיכון. כמובן שהסיכון הגבוה קיבל ביטוי בתנאי האשראי. הוא דרש בטוחות שישקפו את הסיכון.נוצר מצב בו כל צד רואה את הסיטואציה אחרת. מנקודת המבט של שאפ נכפו עליה תנאים מכבידים בדמות החובה לשבור את תכניות החיסכון של הבעלים ולא הייתה בררה אלא להסכים לתנאי זה. מנקודת מבטו של הבנק הדרישות שהוצבו היו לגיטימיות ושיקפו את הסיכון המקובל בעולם העסקי כמו גם את הנוהג העסקי. התנאים בסופו של דבר היו סבירים. ההסכם היה סביר והציל את החברה מפירוק. לא הייתה כפיה כלכלית בעניינינו.

לדעת המרצה: בכל נושא הכפייה הכלכלית יש קושי גדול והוא שיש פער תהומי בין תפיסת הצד הנכפה לבין תפיסת הצד הכופה. מבחינת הנכפה נוהגים בו שלא כהלכה כי הוא במצוקה ומאלצים אותו לקבל תנאים חריגים בשל מצוקתו. אלא שיש את נקודת המבט השנייה – יש צד בסכנה כלכלית שמהווה סיכון גבוה ולא כדאי להתעסק איתו אלא אם כן תנאי העסקה ישקפו את הסיכון הגבוה. זה הקושי העצום בכפייה כלכלית. צדדים שנמצאים במצוקה כלכלית בשוק חופשי לא יצליחו אף פעם לקבל את התנאים שהיו רגילים אליהם במצב הרגיל. מצד שני אם נגדיר זאת כניצול ונגיד שאסור להתאים את תנאי החוזה למצב הכלכלי הרעוע אף אחד לא יתן להם יד ולא יסכים לתת הלוואה. זה דומה לאדם שנפל מהשביל ונמצא במקום שקשה להגיע אליו ויש סיכון בהצלה, לא כל אחד יתן יד וינסה להציל אך אם מעבר לכך יבוטלו החוזים למפרע שקשורים לכפייה כלכלית גוזרים על הצדדים במצוקה לגסיסה כלכלית. במחינה מוסרית זה אולי לא בסדר, מצד שני בעולם העסקי אמות המידה הן עסקיות וחופש הרצון אינו מוחלט ואופציות הפעולה מוכתבות על ידי הנסיבות.   
השופט מצא מכניס אמת מידה אובייקטיבית: סבירותם וגריעותם של תנאי החוזה.  
השופט מחזיר אותנו לנקודת המוצא – לעילת העושק. ברגע שנכנס עניין גריעות תנאי החוזה, הדיון חוזר לעילת העושק.

העניין של חופש הרצון הוא עניין לא פשוט. זה קיים כל הזמן. אנשים בעולם העסקי לא פועלים בחופש רצון מוחלט כי חופש הרצון הוא לא האינטרס היחיד. הצדדים שכנגד מחזיקים בחופש פעולה והם יכולים להחליט אם לקשור חוזה או לא.   
אם לא נכבד את החוזים האלה הם לא יכרתו והפגיעה הקשה תהיה בצד החלש. ההקשר הכי גרוע הוא עסקאות טיעון בדין הפלילי. החיבור לכפייה הוא לא מיידי אך הוא שם. האם מכבדים הסכמים כאלה או לא? אלו הסכמים קשים.

### תפקיד הצד שכנגד בעילת הכפיה

הכפיה צריכה לבוא מהצד שכנגד או מישהו מטעמו.

ע"א 5493/95 **דיור לעולה בע"מ נ' שושנה קרן**

פרויקט פינוי בינוי – חברה קבלנית משפצת בניינים קיימים, הדיירים מקבלים יחידה יותר טובה והקבלנים מקבלים יחידות נוספות. חברה שעוסקת בפינוי בינוי התקשרה עם דיירי בניין וכל הדיירים הסכימו לעסקה פרט לקרן. היא סרבה כי היא החזיקה בשתי דירות ובקשה 4 דירות והחברה הקבלנית הסכימה לספק רק 3 דירות. החברה הקבלנית אומרת לשאר שבינתיים אי אפשר. הדיירים האחרים מפעילים לחצים חברתיים על מנת להשפיע עליה שתקבל את ההצעה. היא מסכימה ל-3 דירות ואז חוזרת בה והדיירים מפעילים לאחר החזרה אמצעי לחץ עזים יותר.   
המחוזי פסק שאף על פי שהלחץ הופעל על ידי הדיירים קמה עילת ביטול בשל כפייה.  
העליון ניתח אחרת: בשלב הראשון, לפני החתימה והחזרה, הלחצים היו רכים וקלים יחסית ולכן לא הגיעו כדי כפייה. לאחר החזרה, בשלב השני, הופעלו לחצים כבדים אך כאן אין קשר סיבתי כי אלה הגיעו אחרי החתימה על החוזה. לכן העליון לא מכריע בשאלה מה קורה אם הלחץ בא מהדיירים. זה היה יכול לעלות כדי כפייה, אך בשלב זה כבר אין קשר סיבתי כי היא כבר חתמה. הלחץ שהגיע לפני החתימה לא הביא לכפייה.

**שיעור 15**

הבהרות לגבי כפייה:

אזהרה על הפעלת זכות:   
**זכות חוזית או זכות במשפט אזרחי** – לגיטימית ואינה עולה כדי כפייה (פ"ד איליט נ' אלקו).  
**איום בהליכים פליליים** – לפי השופטת שטרסברג-כהן: איום זה אינו לגיטימי ועולה כדי כפייה (ההליך הפלילי אינו נושא להסדרה חוזית), השופטת בן-פורת: לא חשבה שיש באיום זה כדי כפייה.  
בהפעלת זכות הביטול בשל כפייה יש להפעיל תוך זמן סביר. מירוץ הזמן מתחיל מרגע הפסקת או סיום הכפייה.

## עושק- ס' 18

תנאים:  
1- קיום חוזה.  
2- מצב העשוק: מצוקה, חולשה שכלית או גופנית או חוסר ניסיון.  
3- התנהגות העושק: ניצול המצוקה.  
4- קשר סיבתי סובייקטיבי בין המצוקה לבין ההתקשרות בחוזה.  
5- גריעות תנאי החוזה: תנאי החוזה יהיו גרועים במידה בלתי-סבירה מן המקובל.  
בשונה מכפייה, בעושק מצב העשוק לא נובעת מפעולות הצד שכנגד, אלא הצד שכנגד נתקל במצב נתון שהתרחש באופן עצמאי אבל הוא ער לו ומנצל את המצב הזה כדי לשכלל חוזה טוב באופן בלתי סביר עבור עצמו וגרוע באופן בלתי סביר עבור הצד העשוק.  
\*התביעה צריכה להיות תוך זמן סביר מסיום המצוקה (בשונה מכפייה שם זה מסיום הכפייה עצמה).

ע"א 408/80 **סאסי נ' קיקאון**

סאסי הם בעלי דירה בבניין בן 4 קומות במרכז העיר נתניה. גב' קיקאון הייתה בעלת נכס צמוד קרקע עם שטח רב. נחתם ביניהם חוזה להחלפת הנכסים. שווי הדירה של קיקאון הוערכה ב-140,000 ל"י, ואילו של סאסי כ-52,000 ל"י. קיקאון מבקשת לבטל את החוזה מחמת עושק (ניצול של החולשה השכלית שלה וחוסר הניסיון). טענותיה היו: היא הייתה במצב נפשי ירוד, אמרו שמעבר לאזור המרכז יעזור לה לצאת ממצב נפשי זה. הדירה לא התאימה בכלל לצרכיה של גב' קיקאון, ואכן היא מוערכת במחיר נמוך יותר (הסיבות: מעל קונדיטוריה, רועשת, יוצרת תחושת מחנק).

**השופט טירקל:** המצוקה צריכה להיות כבדת משקל ומתמשכת. דרושה ידיעה בפועל או לכל הפחות עצימת עיניים – זה מכניס סטנדרט אובייקטיבי: אדם סביר שהיה נתקל בסיטואציה כזו בה מתקשר/ת במצב מצוקה היה רואה את המצוקה. המשמעות היא שלא מספיק להגיד שלא שמו לב, אלא גם בדיקה של מה היו אמורים.  
**השופט לנדוי:** אין צורך בהכרח במצוקה מתמשכת, די במצוקה ארעית קשה (כמו שראינו בשפיר נ' אפל: הוכרה מצוקה רגשית קשה, מצב כזה יכול לבסס עילת עושק – היה ניצול שואה, וכמו שראינו בגנז נ' כץ: מצוקת גנז לא הייתה בדרגת חומרה מספקת – לא סב סביב שאלת ההתמשכות אלא סביב רמת המצוקה).

ביה"מ מאפשר לקיקאון לבטל את החוזה.

**"...ברמה בלתי סבירה מן המקובל"** - בעילת העושק עניין "המקובל" – בהשוואה למה שמקובל בשוק – הוא משמעותי.

ע"א 719/78 **איליט נ' אלקו**

איליט היא חברה קבלנית, אלקו חברת הייטק. איליט התחייבה לבנות מבנה תעשייתי עבור אלקו, כאשר החוזה היה מאוד ספציפי: נקבע לו"ז מדוקדק לביצוע הפרויקט, ואיליט לא עמדה בזמנים. אלקו החזיקו בערבויות והם איימו לממש את הערבויות. איליט נלחצו, ביקשו שלא יממשו, ואמרו שיעשו מה שיבקשו. אלקו שעו לתחנוני איליט ולא ממשו את הערבויות אבל רק בתמור הלחתימה על חוזה חדש המציב תנאים דווקניים עוד יותר כלפי איליט. בין היתר נקבע (הבסיס להתדיינות) שכל סכסוך ילך לבוררות שסכומה יוגבל ל-500,000 ל"י (מדובר בחוזה של 8,000,000). איליט עמדו בהתחייבות ולאחר מכן ניסו לתבוע את אלקו בטענת עושק. איליט טענה שהחוזה השני נכרת בשל עושק ושתנאיו היו גרועים במיוחד. היא טענה גם שנדרשו במסגרת החוזה השני ערבויות אישיות.

המחוזי והעליון (פ"ד מרכזי של השופט שמגר):   
תנאי החוזה לא היו גרועים במיוחד. מדובר בחוזה מיוחד ולכן אין "מקובל" שאפשר להשוות אליו את החוזה הזה. כאשר אין "מקובל" ומדובר בחוזה בלתי שגרתי, משווים לראוי העסקי. במקרה זה ביה"מ לא מצא שום פסול בחוזה הספציפי. עוד קובע השופט שמגר שלא ניתן לבודד תניה חוזית אחת – תנית הגבלת הסכום בבוררות במקרה זה – ולטעון לעושק על בסיס זה. יש לבחון את מכלול תנאי החוזה. זהו המדד שמשתמשים בו לקביעת גריעות תנאי החוזה.  
שמגר מסביר שסטייה שולית מן המקובל לא תספיק לצורך ביסוס עילת העושק. נדרשת סטייה בלתי סבירה מן המקובל.  
באוביטר של פ"ד ביה"מ מדבר על שלושה מצבים אפשריים:  
1- חוזים שגרתיים בהם ה-"מקובל" ידוע, הולכים לפי ה-"מקובל".  
2- חוזים לא שגרתיים, בהם אין אמת מידה מקובלת, המדד הוא הראוי העסקי.  
3- מנהג סדום: זירה עסקית בה המקובל הוא מאוד גרוע. שמגר קובע שבמצב כזה אין בררה ולמרות הכל הולכים לפי המקובל. השופט ברק משאיר שאלה זו בצריך עיון. (לדעת המרצה: יש בעיה בהגדרה "מנהג סדום" – אם יש סוג חוזה מקובל, אז לפי מה אפשר למדוד אם הוא מנהג סדום? צריך מדד אובייקטיבי שלא קשור למקובל כדי להכריע אם מדובר ב-"מנהג סדום" מקובל. אם הוא כל כך גרוע איך הוא הפך למקובל, ואם הוא מקובל מה הופך אותו לכל כך גרוע?)

איליט המתינה שלושה חודשים כדי לראות אם תצליח לעמוד בהתחייבויות או לא. שלושת שופטי המותב (שמגר, אלון וברק) סברו שההשתהות הזו מנעה מאיליט לטעון לעושק. היא ניסץה לאחוז בחוזה בשני קצותיו: לראות אם זה יסתדר ואז לתבוע.

בין עושק לחוסר תום לב – ס' 12 לחוק החוזים

יחס בין עילת העושק לפי ס' 18 לחוק החוזים לבין עילת חתו"ל לפי ס' 12 לחוק החוזים:

ע"א 9389/92 **גנז נ' כץ**

כץ הוא שדכן, גנז הוא רווק בשנות ה-50 לחייו, חבר בעדה החרדית. נחתם חוזה שידוך בין הצדדים. המחיר המקובל השידוכים הוא 3,000 ד', בחוזה נקבע שכר לכץ של 100,000 ד'. נמצא שידוך לגנז שמוביל לחתונתם. גנז מוכן לשלם לכץ רק 20,000 ד', ואומר שזה מספיק. כץ לא מוכן לקבל את זה ומגיש תביעה על מנת לקבל את מצא הסכום. גנז מתגונן בטענה של עושק וחתו"ל.

**השופט קדמי (דעת מיעוט):** לעניין עילת העושק לא מתקיים התנאי שלפיו גנז היה צריך להיות שרוי במצוקה חמורה מספיק. לא הייתה מצוקה מספיק חמורה על מנת לבסס את טענת העושק. השופט קדמי אומר שלא הוכח שבעת הכריתה המערער היה שרוי במצוקה – "מצבו לא היה קל" (רווק לא צעיר בעדה החרדית, חווה לחץ פסיכולוגי להינשא) אך לא מספיק על פי הראיות שהוגשו – "לא הגיע למצב של חומרה ושקיעה ממש".  
לכאורה, פסיקה זו של השופט קדמי הייתה אמורה להיות סופו של העניין, אך השופט קדמי מעלה את טענת חוסר תום לב בעצמו.  
לעניין חתו"ל – עומדת לגנז טענה זו, משום שכץ דרש סכום מופרז – הוא נהג "מנהג זאבים". זה בא לידי ביטוי בסכום המופרז ובכפל הסכום שגנז היה אמור לשלם עבור סיוע משדכן נוסף במקרה הצורך. חתו"ל אינו עילת ביטול, אך יש סעדים אחרים – ועל סמך זה השופט קדמי אומר שביה"מ צריך לקבוע את הסכום הנכון.   
הסעד: בסעדים לחתו"ל יש להתאים את הסכום כך שישקף את המחיר אליו היו מגיעים אילו כץ התנהל בתו"ל. ביה"מ קבע שהמחיר המקובל הוא 3,000, ומכיוון שמדובר במקרה קשה המחיר הוכפל ב-10, ובנוסף לכך כץ הציג קבלות על הוצאות בשווי 30,000 ד', אך השופט קדמי לא מקבל את כל הסכום ונותן חצי. כך הוא מגיע ל-45,000 ד'.

**השופט לוין:** לא נטענה עילת חתו"ל ולכן לא ניתן לקבל את הערעור.

**השופט זמיר:** דמי השידוך היו אמנם גבוהים אך אם היו מוגזמים ביה"מ לא יכול לתבוע. גנז אמר במהלך ההתדיינות שהוא הוציא בנקל סכומים בגובה אלה שהובטחו לכץ (השוויץ). שופט זמיר קובע שהרחבה של עקרון תו"ל במו"מ עלולה לשבש את כל פעילותם של דיני החוזים ואת היציבות החוזית ולפגוע בעקרון חופש החוזים.

לדעת המרצה: העו"דים של גנז לא עשו עבודה טובה. הם היו צריכים להעלות את טענת חתו"ל. דבר שני: את גנז היה צריך להכין לעדות והוא לא היה צריך לספר על העסקים שלו. זה פוגע במהימנות. השופט זמיר מציג בעייה: הרחבת עקרון תו"ל תערער את המבנה החוזי, כי אם מרחיבים אותו מספיק לא נדרשים לעילות הספציפיות של הכפייה והעושק ושתיהן יבלעו את תוך עקרון תו"ל. נשאלת השאלה האם זה רעיון טוב? מי מבין השופטים (קדמי או זמיר) מציג דעה טובה יותר?   
יש את האתגר המשני הפרקטי של תיקון החוזה בשינוי המחיר למחיר שמשקף התנהגות תמת לב.  
יש את עניין הצדק החלוקתי: להגביל שכר. הבעייה היא שזה פוגע ביכולת המשק לצמוח. צריך לשקול שני דברים – צריך לשקול את ההתמקצעות, ואם מגבילים מקצועות מסוימים ולא אחרים או לא מגבילים את כולם פרופורציונלית נוצרת הסתה של הון אנושי לכיוון הסקטורים שנתונים פחות להגבלות. זה פוגע ביכולת המשק לצמוח, פוגע בסך ההכנסות במדינה ובאופן עקיף גם בשכבות החלשות כי יש פחות כסף לחלק. אפשר למצוא לכך פתרון ולהגדיל את המס. זה אומר שלאנשים יש פחות מוטיבציה להגיע למדרגות הגבוהות, ויהיו הרבה יותר תכנוני מס ממה שיש עכשיו, ואנשים יתחילו לעזוב את הארץ. הבעייה הקשה היא שאנחנו יכולים להגיד שאפשר לעשות את זה במגזר עסקי מסוים והפגיעה לא תהיה קשה אבל אף פעם לא נדע לאמוד את הפגיעה. שוק חופשי יוצר הרבה בעיות, זה יכול להוביל למצבים יותר גרועים.   
להשתמש בעילת תו"ל להשוואת המחירים החוזיים כמו שעושה השופט קדמי, זה לא רעיון טוב. המרצה מסכים עם השופט זמיר. דוקטרינת תו"ל זה לא האמצעי להשיג זאת. זה כלי עמום, ששופטים שונים משתמשים בו בצורה שונה וזה מייצר עמימות משפטית עם עלויות נוספות.

## חוזה פסול- ס' 30-31

העמדה המסורתית בדין האנגלי והאמריקאי, וגם בישראל, בעבר – אי התערבות.  
הבעיות:  
1- התוצאות הקנייניות נותרו בעינן (כמו בקלמר נ' גיא – נבנה בית שלם באי חוקיות, באי התערבות קלמר מקבל בית חינם).  
2- החוטא הגדול יותר היה יוצא נשכר. הצד החוטא יותר יקבל יותר כתוצאה מאי ההתערבות.  
3- נוצר מצב שבתי המשפט, בשל התוצאות הקשות המפורטות ב-1 ו-2 נטו להתעלם מאי חוקיות.  
כשהתוצאה היא קשה, השופטים מנסים להמנע מהמצב שיוביל אותם אליה.  
היתרונות:  
הרתעה – אם אתה מתקשר בחוזה בלתי חוקי אתה בבעיה כי ביה"מ לא יבוא לעזרתך גם אם אתה הצד הפחות חוטא.

ס' 30 קובע שחוזה פסול בטל מדעיקרא – זה משקף את העמדה המסורתית ומשמר את ההרתעה.  
ס' 31 הוא החידוש הגדול – המחוקק העניק סמכויות לביה"מ: להכנס ולדון בחוזים פסולים, על אף בטלותם על פי ס' 30 ולאפשר סעד של השבה (מפנה לס' 21 שקובע השבה), כך שבעיות 1 ו-2 נפתרות, ביה"מ יכול לפטור צד מהשבה משיקולי צדק, ביה"מ יכול להורות לצד לקיים חיוב אם הצד השני ביצע את חיובו הוא (זה סעד של אכיפה).

המחוקק ניסה ליצור את האיזון הנכון בין ס' 30 לפתרון הבעיות. בעצם גם הבעיה השלישית נפתרת כי כבר לא צריך לעצום עניים כדי להמנע מתוצאות קשות אלא אפשר לתקן את המצב בעזרת ס' 31.

את אלמנט ההרתעה אפשר לשאוב מהמשפט הפלילי. אם חושבים שס' 31 מכרסם בהרתעה החוזית, אפשר לקזז את הכרסום הזה באמצעות העצמת הסנקציות הפליליות.

לדעת המרצה: בכל זאת, ס' 31 הוא טוב. כשמדובר בחוזים פסולים קשה לאתר אותם מבחוץ. הצדדים לחוזה מודעים לאי חוקיות אך קשה לאדם חיצון לזהות אותם. כך שאם מישהו הוא צד לחוזה פסול אין לו תמריץ לדווח על כך כי הם יחשפו את אי החוקיות ואת עצמם לסנקציה פלילית בלי תועלת. ס' 31 מאפשר לחוטא הקטן יותר לפנות לביה"מ כי הוא עדיין נחשף לסנקציה פלילית אך עם זאת גם יכול לקבל משהו בתחום החוזי.

### חוזה פסול – ס' 30

ס' 30 עוסק בכריתה, תוכן או מטרה שהם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או מנוגדים לתקנת הציבור. הבלתי מוסרי באופן כללי לא כל כך קיים כי הוא מגולם בתוך תקנת הציבור, ונתמקד בבלתי חוקיים ובניגוד לתקנת הציבור.

בלתי חוקי

כריתה

בלתי מוסרי

תוכן

מנוגד לתקנת הציבור

מטרה

**כריתה בלתי חוקית:** הליך הכריתה נגוע לעיתים באי חוקיות (בעייה פרוצדוראלית – כשצריך אישור של גוף מסוים או פונקציה מסוימת, ואישור כזה לא ניתן) ובכל זאת החוזה מתבצע.   
רע"א 3910/08 **מועצה מקומית כפר קרע נ' מד"א**  
המועצה המקומית התקשרה בחוזה עם מד"א בנוגע לניידות טיפול נמרץ, והסתבר שס' 193 לצו המועצות המקומיות מחיב שבהתקשרויות של מועצות מקומיות תופיע חותמת המועצה (שהופיעה), חתימת ראש המועצה (שהופיעה), חתימת גזבר המועצה (שלא הופיעה). השירות ניתן במשך שנים וכשמד"א ביקשה לקבל את הכסף המועצה המקומית אמרה שיש טעות בחוזה ושהוא פסול.

**תוכן בלתי חוקי:** מתייחס למצבים בהם חוזה קובע הסדרים המנוגדים לחוק (כמו חוזה למכירת סמים אסורים).

**מטרה לא חוקית:** למשל חוזה שכירות רגיל כאשר השוכר מתכוון להפעיל בנכס המושכר קזינו. מה קורה כשהמטרה הלא חוקית ידועה רק לצד אחד? פרופ' פרידמן הציע שיש לראות בחוזה פסול מנק' מבט השוכר ועומד מנק' מבטו של המשכיר. זו לא עמדת הפסיקה, והיא פעלה לפי ס' 31 (אם הדייר אומר שהוא לא משלם שכ"ד כי מדובר בחוזה פסול, ביה"מ יכול לחייב אותו באמצעות ס' 31).

**שיעור 16**

#### חוזה הנוגד את תקנת הציבור

ס' 30 קובע את בטלותו של חוזה שכריתתו, מטרתו ותוכנו בלתי חוקיים, בלתי מוסריים ומנוגדים לתקנת הציבור.   
מהו חוזה הסותר את תקנת הציבור?  
**בעבר**  
א- חוזה הגבלת עיסוק מתחום דיני עבודה  
ב- חוזה/תניות פטור מאחריות לנזקי גוף (צד מנסה להגביל את חובתו לנזק גוף שיגרם לאחר)  
ג- חוזים בלתי מוסריים בתחום האישות  
בתי המשפט נטו לא להרחיב את קטגורית תקנת הציבור מכמה סיבות:  
1- תקנת הציבור היא עקרון חשוב אך כך גם עקרון חופש החוזים. הרחבת תקנת הציבור תביא לצמצום מרחב חופש החוזים.  
2- זהו עקרון רחב שעלול לצאת משליטה, ולכן עדיף לא להרחיב את היקפו (כמו סוס פרא שעולים עליו ולא יודעים לאן הוא יגיע).  
3- אם היו מתערבים בחוזים פסולים (בית המשפט היה מסרב) ומרחיבים את תקנת הציבור זה היה מוסיף על העומס על בתי המשפט. זה השתנה עם חקיקת ס' 31.  
אין מניעה מוחלטת משופטים להתערב בחוזים הנוגדים את תקנת הציבור. חקיקת ס' 31 הביאה להרחבה של תקנת הציבור. אחרי חקיקת חוק החוזים (וס' 31) המגמה השתנתה וכיום בתי המשפט נוטים להרחיב את המושג "תקנת הציבור" ולהשתמש בו כעילה להתערבות בחוזים.

**תקנת הציבור**

***(1) הגבלת פנייה לערכאות ושלילת זכאות לסעדים משפטיים.***

ע"א 148/77 **רוט נ' ישופה**

רוט רכשו דירה מישופה, חברה קבלנית. הדירה נמסרה באיחור של 6 חודשים. ס' 10 קבע חזקה חלוטה (שאינה ניתנת לסתירה) שקבלת החזקה בדירה (הכניסה לדירה) תהווה ראיה שהחברה הקבלנית עמדה בכל ההתחייבויות שלה. ס' 9 עונה על המצב בו הקונים לא רוצים להכנס: הרוכשים ישאו בכל הנזקים הנובעים מסירובם לקבל את החזקה בדירה. במצב זה נשאל: מה התוקף המשפטי של הסעיפים האלו?  
**השופט שמגר (מיעוט):** ס' 10 יפסל כי הוא נוגד את תקנת הציבור, ולא ניתן לאפשר הסדר כזה.  
**השופט אלון (+השופט אשר):** עדיף להסתמך על עקרון תו"ל על פי ס' 39, ולראות כיצד נעשה שימוש בכוח החוזי בפועל.

מבחינת השופט שמגר אין להסדרים כאלו מקום במשפט. זו המשמעות של פסילה על פי ס' 30: פסילה גורפת. השופט אלון מעדיף שלא תהיה פסילה גורפת אלא שתהיה בדיקה של התפעול בפועל. אם יש בעייה בתפעול במקרה ספציפי אז תהיה התערבות מכוח תו"ל: אם פעלו באופן לא הולם על פי ס' 10, יש להתערב (ואם לא הייתה התנהגות לא ראויה על פי ס' זה לחוזה, לא נתערב).

לדעת המרצה: כדעת השופט שמגר. השאלה הנשאלת היא האם אנו מוצאים תועלת בהסדרים מהסוג שפורט בס' 10 שנרצה לשמר. האם באופן כללי סעיפים כאלה מועילים לציבור או רק פוגעים ברוכשי דירות שלא לצורך? קשה לראות מה יכול להיות טוב בסעיף שמכריח קונים לקבל הסדר קשה ודרקוני: ממתינים לדירה שנים, וכשרוצים להכנס צריך לוותר על הזכות לתביעות משפטיות. אין בכך פגיעה בקבלנים, אלא רק הבטחה שיעמדו בהתחייבויותיהם. הקבלנים היו יכולים ליצור לעצמם תקופת חסד, ולא ליצור את האיחור (שפגע מאוד בקונים.....)......  
נכון יותר לקבוע כלל קטגורי שמונע שימוש בסעיפים כאלו.   
הקושי בדרכו של השופט אלון: על פי משנתו אפשר להמשיך להכליל הסדרים כאלו בחוזה מכירה או בנייה, ואח"כ ביה"מ יכריע אם השימוש בסעיפים אלו נעשה בתו"ל או לא. זה כרוך בעלויות משפטיות גבוהות – צריך להראות שהקבלן השתמש בכוחות שהחוזה נותן לו בחתו"ל (קשה ויקר). זה יכול לגרום לקונים לא לתבוע בכלל. חבל לבזבז משאבים של המערכת המשפטית על תביעות מסוג זה כי אין בהם ערך. זה פותח לקבלנים פתח לא לעמוד בהתחייבויות ואין סיבה לכבד את התניות האלו בגלל המצבים הבעייתייים שזה עלול ליצור.

***(2) שוויון ומניעת אפליה***

דנג"ץ 4191/97 **רקנט נ' ביה"ד הארצי לעבודה**

נחתם הסכם עבודה קיבוצי עם עובדי אל על. הסכמים אלו נחתמים מול ארגון יציב.   
ההגיון מאחורי חתימה על הסכם כזה: בד"כ הכוח נמצא בידי המעסיק. מבחינת עובדים, ההתאגדות מאזנת את המגרש. הסתדרות העובדים הוא גוף חזק מאוד שמאגד עובדים מסקטורים רבים ויש לה כוחות מיוחדים כתוצאה מכך.  
לדיילי האויר נקבע גיל פרישה מוקדם (60), בעוד גיל הפרישה של דיילי הקרקע הוא 65. דיילי האויר מגישים תביעה בטענה שגיל הפרישה השונה אינו חוקי ומנוגד לתקנת הציבור. יש כאן שני מקורות נורמטיביים: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה תשמ"ח-1988, ויש את תקנת הציבור מכוח ס' 30 לחוק החוזים. ביה"ד לעבודה קבע שבמקרה ספציפי זה אין אפלייה מחמת גיל משום שיש סיבות מהותיות לגיל פרישה שונה (דרישות התפקיד השונות – כוח פיזי, עמידות, מראה). בעליון דנו בכך זמיר ביניש וחשין.

**השופט זמיר והשופטת ביניש** קבעו שההסדר הנוגע לגיל הפרישה סותר את הקבוע בחוק שוויון הזדמנויות בעבודה (ס' 2א) אבל לא את תקנת הציבור. החוק עצמו לא מתחייס לגיל, אך לדעת השופטים זה עולה מלשון החוק. דרך פרשנות החוק הם מחליטים שההסדר נוגד את החוק אך לא את תקנת הציבור. השופט זמיר אומר שעולות טענות אפלייה קלסיות בתקנת הציבור. אפליה מחמת גיל אינה אפליה המוגדרת חמורה במיוחד באותה תקופה. לכן אין פגיעה בתקנת הציבור.   
החל מ-1988 ההסדר של גיל פרישה מוקדם אינו תקף, אך לפני כן ההסדר תקף כי אין פסילה למפרע. זה פסול מרגע חקיקת החוק. לכן חלק מדיילי האויר יקבלו סעד וחלק לא כשזה תלוי בתאריך החתימה על החוזה.

**השופט חשין** אומר שזה נוגד את תקנת הציבור והחקיקה רק משקפת את העקרון הזה. הסדר זה בטל.  
התוצאה של דבריו של השופט חשין היא שכל דיילי האויר שחתמו על החוזה הזה יכולים לקבל סעד.

מכאן נבע הדיון הנוסף.

**הנשיא ברק (רוב):** תקנת הציבור מגלמת בתוכה גם את עקרון השוויון. גם חופש החוזים הוא עקרון יסוד בתקנת הציבור. בהתנגשות הזו יש להעדיף את עקרון השוויון כי: א'- מדובר בהסכם קיבוצי שלא נותן משקל לאוטונומיית הפרט כמו הסכם או חוזה רגיל, ב'- מדובר באפלייה של עובדים מבוגרים, אפליה מחמת גיל חמורה במיוחד(, ג'- אל על חברה ממשלתית). הוא עושה איזון אופקי. מבחינת דיני החוזים הסכם קיבוצי אינו רגיל ולעובדים יש פחות השפעה על תוכנם.  
\*יש פחות אוטונומיית הפרט אך מתוך הבנה שיש כוח באחדות, אם כל אחד היה מנהל מו"מ לבד הם היו מקבלים פחות. עם זאת, ארגון יציג יכול להקריב קבוצה אחת כדי לעזור לקבוצה אחרת. כך זה בייצוג של יותר מאינטרס אחד: הועד יכול לבחור לעזור לקבוצה אחת ולעשות זאת בפגיעה בקבוצה אחרת.  
הנשיא ברק רואה באפליית הגיל באופן שונה מאוד מהשופט זמיר. השופט זמיר רואה אותה כלא חמורה במיוחד, בעוד הנשיא ברק רואה בה אפלייה אכזרית במיוחד (יותר מאפליות אחרות). זוהי תפיסתו הערכית של ברק. (**פרחומובסקי:** באופן כללי, בד"כ השופט זמיר מייצג סיטואציות באופן נכון יותר, ולא מדובר באפליה חמורה במיוחד.)  
הנשיא משתמש בתקנת הציבור כדי להכניס את ערכי החברה אל תוך הדין. אז תקנת הציבור היא דינמית וכל הזמן נקלטים דרכה בחוק ערכים מהחברה המשתנה. זה בעייתי כי אנחנו לא יודעים מה יכנס בעתיד ולא יודעים מה יקלט בכל זמן נתון – רק ביה"מ יודע.   
הוא גם מתייחס לתפקידים השונים ולכוח הפיזי של הדיילים: הוא אומר שלא ברור שכוח פיזי הוא רלוונטי, ומעבר לכך – לא ברור שבני 60 לא מסוגלים לבצע את אותן מטלות באותה יעילות, ושגיל הדיילים לא משפיע כלל על בחירה או אי-בחירה של טיסה.

**השופט זמיר (מיעוט):** זמיר ראה באפלייה זו לא חמורה במיוחד (בשונה מהנשיא ברק שראה באפלייה זו חמורה במיוחד ואכזרית במיוחד).   
הסדר גיל הפרישה לא סותר את תקנת הציבור. תקנת הציבור הוא כלי מסוכן כמכשיר לביטול חוזים. צריך להשתמש בו באופן זהיר, וכל עוד אפשר לקיים את החוזה והוא נסבל יש לקיים אותו. גם קיום החוזה הוא אינטרס הציבור, וכך גם ודאות הצדדים בחוזה (הוודאות המשפטית). האיזון הנכון בין העקרונות נעשה במסגרת החוק לשוויון הזדמנויות. דיילי האויר קיבלו הטבות אחרות במסגרת ההסכם הקיבוצי שמפצות על גיל הפרישה המוקדם.

עולה שאלה מפסק דינו של השופט זמיר: האם העובדה שצד מסוים קיבל הטבות אחרות במסגרת החוזה יש בה כדי ללבן את החטא ולהכיש משהו מבחינת תקנת הציבר?  
(1) כן- צריך לראות את הדברים באיזון.  
(2) תקנת הציבור היא "יהרג ואל יעבור" – לא מסתכלים על איזון כלשהו, אפליה היא פסולה וזה לא משנה מה נותנים בתמורה.

***(3) תניות הגבלת תחרות***

ע"א 164/99 **פרומר נ' רדגארד**

המערער עובד בכיר בחברת רדגארד. במסגרת חוזה עבודתו ישנה תניית הגבלת תחרות שמשכה 22 חודשים. מהותה: איסור עבודה אצל חברה מתחרה בתקופת זמן זו. פרומר מודיע על סיום עבודתו ושבועיים לאחר מכן נכנס למו"מ עם חברת צ'קפוינט- המתחרה הגדולה של רדגארד (תחום אבטחת המידע). לאחר 3 חודשים מסיום עבודתו ברדגארד התחיל המערער לעבוד בצ'קפוינט.  
מתקיימת התנגשות בין חופש החוזים (תניות הגבלת עיסוק) לבין חופש העיסוק.  
בערכאות נמוכות הוגבלה תניית אי התחרות (הגבלת העיסוק) לתקופה של 18 חודשים. המקרה עולה לביה"ד הארצי לעבודה.

**השופט אדלר (+ השופטת ברק רוב):** בהעדר טעמים מיוחדים, חופש העיסוק גובר על חופש החוזים כי:   
(1) חופש העיסוק מעוגן בחו"י.  
(2) חשיבות ההגשמה העצמית של עובדים.  
(3) בחוה עבודה יש יותר כוח למעביד – חוזים בלתי שוויוניים במהותם (צריך להגן יותר על עובדים ופחות על חופש החוזים).  
(4) חשיבות השוק הפתוח להתפתחות הכלכלה.  
(5) חשיבות מעבר עובדים לשוק הפתוח. (דומה מאוד ל-4)  
הטעמים המיוחדים בשלהם נכבד את התניות להגבלת עיסוק ונגביל את חופש העיסוק:  
(1) חשש לשימוש שלא כדין בסוד מסחרי – כל סוג של מידע שאינו ידוע ברבים ומעניק למחזיק בו יתרון מסחרי.  
(2) המעסיק השקיע משאבים מיוחדים בהכשרת העובד/ת.  
(3) התקבלה תמורה מיוחדת עבור הגבלת חופש העיסוק (העובד/ת קיבל/ה)  
(4) תו"ל ויחסי האמון בין הצדדים מחייבים/תומכים באכיפת תניית הגבלת העיסוק.  
במקרה זה יש חשש לגילוי סוד מסחרי והקייס כולו מבוסס על חשש זה.   
במקרה זה אין חשש של חשיפת סוד כי חלפו 9 חודשים ובחברת הייטק זה זמן שבו היו אמורים לשחרר את מה שתוכנן. לכן אין סיבה להגביל את יכולתו של פרומר לעבור לחברה המתחרה.

**השופט פליטמן (מיעוט):**  יש לכבד את ההתחייבות החוזית שפרומר נטל על עצמו. אין בסיס או סיבה להתערב בעיצוב החוזה בינו לבין חברת רדגארד.

מי שמבקש להגביל את העובדים הנטל יהיה עליו – הוא יהיה צריך להוכיח שאחד מהטעמים ברשימה עומד לו מול עובד שרוצה לעזוב למקום עבודב אחר. זה שהיה סוד מסחרי זה לא מספיק כי צריך להוכיח שהמעבר יפקיע את הסוד המסחרי ושיש חשש אמיתי לזליגת מידע, ולא מספיק לומר שיש חשש כללי.

אפשרות נוספת היא לתת תמורה מיוחדת עבור הגבלת חופש העיסוק, וזה ניתן לניצול על ידי המעסיק. אם ביה"מ רואה שכל העובדים מקבלים סכום מסוים ואחד מקבל את הסכום + x ביה"מ יבין די בקלות שמדובר בחוזה למראית עין ושזה נועד לוודא שאותו עובד לא יעזוב. אך אם מדובר בתפקיד גבוהה- מנכ"ל למשל, יהיה יותר קשה לביה"מ לזהות את זה (כי אין עוד אנשים שמקבלים את אותה משכורת).

אפילו אם המעסיק מראה את אחד הטעמים, עליו להוכיח שההגבלה סבירה. יש שלושה פרמטרים להגבלה סבירה:  
(1) משך ההגבלה – פרופורציונאלי לסוד שיש חשש שיתגלה.  
(2) היקף ההגבלה – איפה אסור לעבוד? כל חברת סטארטאפ?  
(3) תוכן התפקיד המוגבל – באילו משרות אסור לעסוק? עובר ממנכ"ל לנהג, כנראה שלא תהיה התנגדות גם אם זו החברה המתחרה.

פרומר לא עבד בסופו של דבר בצ'קפוינט, כי הם כבר לא רצו לחכות את זמן המשפט.  
בד"כ בתי משפט היו מכריעים בצווי מניעה זמניים – בצו המניעה הראו לביה"מ שנחתם חוזה עם הגבלה, וצו המניעה מנע ממנו להתחיל לעבוד. בשוק עבודה הדינמי לא מחכים שיעברו 9 חודשי ההתדיינות, ולא חיכו לו.  
המצב השתנה, והיום כמעט אין הגבלה על מעברי עבודה כאלה.

גם כשמתקיים טעם להגביל את חופש העיסוק, ההגבלה צריכה להיות סבירה מבחינת משך הזמן, ההיקף, והמהות.

יש ממשק בין דיני החוזים לבין הכלכלה החופשית והיעילות. מעבר לזה שחופש העיסוק מעוגן בחו"י, מעבר חופשי של עובדים הוא תנאי לשוק כלכלי יעיל. זה טוב לעובדים כי המשכורת תהיה גבוה יותר, ההון האנושי מניע את הכלכלה.  
כמו תמיד אנחנו רוצים שההון האנושי יגיע למקום בו נעשה בו שימוש יעיל ביותר. זה טוב לעובד, אך זה גם טוב לכלכלה בכללותה כי המדינה מקבלת יותר כסף מסים, התוצר הלאומי הגולמי גדל ויש כך גם יותר לחלק לאחרים, כי יש יותר כסף בקופה.  
לכאורה, החוזים עוזרים להגיע ליעילות כלכלית. אם כך, למה חופש החוזים לא צריך לחול גם כאן?  
החוזה הוא בין שני אנשים פרטיים והוא ממקסם את האינטרסים הצרים שלהם. הוא לא בהכרח יעלה בקנה אחד עם האינטרס הכלכלי הרחב. לא מעניין את המעסיקים מה מצב הכלכלה באופן רחב, אלא איך העסק מתפקד וכמה הוא מרוויח. למעסיק לא אכפת שבמקום אחר ירוויחו יותר ויעלו את הרווחה של כולם, הוא מעדיף שעובד ישאר אצלו וירוויח פחות. במצב זה נוצר פער בין ההגדרה הפרטית שמונעת מרצונם של מעסיקים פרטייים לבין טובת החברה. מבחינה חברתית, במצב כזה יש סיבה להתערב.

נשאלת השאלה: אם יש הוכחות לכך שהתערבות זו טובה?  
יש מחקר חשוב של החוקרת **אנלי סקסוניאן**, שהשוותה בין שתי מדינות בארה"ב מסצ'וסטס וקליפורניה: דרך 128 ליד בוסטון ובעמק הסיליקון. בשני אזורים אלה הייתה פריחה של הייטק. שם היה ההון האנושי המשובח ביותר.  
בעוד עמק בסיליקון פרח, דרך 128 ירד. הניתוח שלה הסביר שבתי המשפט במסצ'וסטס אכפו באדיקות תניות הגבלת תחרות, בעוד בקליפורניה לא אכפו תניות אלו. בקליפורניה היה מעבר של עובדים והייתה הפריה של העובדים וכך של הביצוע. עד היום עמק הסיליקון נחשבת לאזור שמפתח את תעשיות הידע. בעוד בבוסטון הייתה צניחה.  
לדעת המרצה: התיאור הוא נכון, אך לא ניתן לדעת אם זו הייתה הסיבה הבלעדית לירידת דרך 128 ועליית עמק הסיליקון.

התפיסה הרווחת בעולם היא שכדאי לאכוף תניות הגבלת תחרות באופן מצומצם ולא גורף כי זה פוגע בהתפתחות הכלכלה.

***(4) בוררויות מפוקפקות***

ע"א 661/88 **חיימוב נ' חמיד**

חיימוב הוא בעל חנות וחמיד הוא חלפן כספים שמגיע לתל אביב עם מעטפה ובה 50,000 ד'. הוא חושב שהמשטרה אחריו ולכן משאיר את הכסף בחנות של חיימוב בכוונה לחזור ולאסוף. הוא חוזר לאסוף את החבילה, חיימוב אומר שהוא לא יודע על מה הוא מדבר. הוא אומר שאנשים אחרים הגיעו ולקחו את החבילה. היה סכסוך ביניהם, והובאו סוחרים מהסביבה להשכין שלום ולשמך בוררים. ההסדר אליו הגיעו הוא שחיימוב ישלם לחלפנים (חמיד ועוד אחד) 40,000 ד' (המשפט לא עושים את זה – או שלקח את הכסף או שלא). הוא שילם 6.5 במקום, ומשלם 25 אלף ואז מפסיק. חיימוב התלונן לבסוף במשטרה והקיים הליך פלילי נגדם. מוגשות גם תביעות אזרחיות הדדיות על ידי הצדדים, כאשר חמיד מבקש את יתר הסכום, חיימוב מבקש השבה (בגלל חוזה בטל לטענתו).  
האם ההסכם שהושג בתיווך החלפנים תקף?  
המחוזי פסק שההסכם תקף כי הצדדים קיבלו את סמכות הבוררים.  
**השופט שמגר:** לא ניתן לקבל את החלטת הבוררים כי כל ההתנהלות היא לא חוקית – וזה נוגד את תקנת הציבור. ביב"מ לא יכשיר הסכם ששושבינם היו עברייני כספים, ומכאן יש לבצע השבה.  
הייתה גם טענת כפייה וזו נדחתה בגלל שיהוי. חיימוב לא פעל בזמן. היה עליו לנסות לבטל את החוזה מיד עם פקיעת הלחץ שחל עליו.

**שיעור 17**

### חוזה פסול חלקית – ס' 31

ס' 31 מאפשר לקיים את החוזה הפסול בצורה חלקית. עיתן לחייב צד לבצע את חיובו אם הצד שכנגד ביצע את חיובו. ניתן להורות על ביטול חלקי (על פי ס' 19).

נשאלת השלאה: מאהם השיקולים שעל ביה"מ לשקול בהפעילו את ס' 31?  
(1) חומרת אי החוקיות – במצבים של אי חוקיות חמורה הנטייה תהיה לא להתערב, אך באי-חוקיות קלה יותר ביה"מ יטה להתערב יותר.  
(2) היקף אי החוקיות – אם כל החוזה הוא בלתי חוקי קשה להתערב, לעומת מצבים בהם החוזה הוא בלתי חוקי באופן חלקי בלבד.  
(3) הכשרת אי החוקיות בדיעבד – למשל כאשר אי החוקיות נובעת מאי השגת היתר בדיעבד, במצבים כאלה ביה"מ יכול לנטרל את אי החוקיות. ניתן להתיר בניה בלתי חוקית בתוספת קנס. לעומת זאת במצב של אי חוקיות כמו הטמנת חומר נפץ במכונית, לא תתאפשר הכשרה.  
(4) מידת האשם היחסי של הצדדים – נדרשים שני צדדים לחוזה, כך שכשיש חוזה בלתי חוקי יש חוטאים בשני הצדדים. ברוב המקרים מידת האשם של הצדדים אינה זהה. פעמים רבות יש חוטא גדול יותר וצד שני שלא הגיב נכון לאי החוקיות (המשיך להתקשר במקום לבטל). ביה"מ יטה לסייע למי שאשמו פחות וייטה שלא לסייע למי שהחטא שלו גדול יותר.  
(5) השפעה על צדדים שלישיים תמי לב – במערכות חוזיות זה לא נגמר בחוזה אחד, וכשאחד השלבים בשרשרת הוא חוזה פסול בגלל אי חוקיות, זה משפיע על צדדים נוספים. הצורה בה ביה"מ יתייחס לחוזה פסול ישפיע על החוזים האחרים בשרשרת.   
(6) "תום הלב" של הצד המבקש סעד מביה"מ (לא באמת תם לב אלא שותף למעשה בלתי חוקי) – מה הייתה מידת אי החוקיות בפעילותו של הצד שמבקש סעד (לא בהשוואה לצד השני אלא אובייקטיבית).

רע"א 3910/98 **מועצה מקומית כפר קרע נ' מד"א**

נחתם בין הצדדים חוזה שעניינו אספקת שירותי נט"ן, ובמשך 13 שנה מד"א סיפקה את השירות והמועצה שילמה, אך בשלב מסוים המועצה הפסיקה לשלם. מד"א מגישה תביעה בביה"מ השלום. המועצה אומרת שהליך הכריתה לא היה חוקי כי הוא מנוגד לס' 193 לצו המועצות המקומיות שמחייב 3 חתימות: המועצה, ראש המועצה והגזבר. בעניין זה הגזבר לא חתם. המועצה משתמשת בהליך כריתה פסול כדי להתנער מהאחריות לשלם על השירות. ביה"מ השלום קובע שהדין עם המועצה. ביה"מ המחוזי הופך את הפסק, אומר שהמועצה מחויבת לשלם: טענת המועצה מנוגדת לעקרון תו"ל.  
**השופט דנציגר:** דוחה את הבקשה לערעור. המועצה קיבלה שירות במשך שנים ארוכות, במשך שנים היא שילמה על השירות הזה, משמע היא ראתה עצמה מחויבת. לפי ס' 31 כשצד אחד מקיים את חיוביו על פי החוזה ניתן להורות לצד השני לקיים את החיוביו. הפגם במקרה זה היוצר את אי החוקיות הוא טכני – היעדר החתימה, ואין בעיה להורות על ביצוע. זה פגם שניתן להכשירו בדיעבד. היתלות המועצה בס' 30 עולה כדי חתו"ל.   
(\*\*עולה מהפ"ד, גם אם במרומז: המועצה היא זו שהייתה צריכה לדאוג לחתימה. מד"א שעובדת עם מועצות מקומיות, במקרה הזה קשה להגיד עליה שהיא הייתה שותפה לאי חוקיות. הייתה רשלנות מסוימת וקלה, אך לא פעילות לא חוקית.)  
הסדר שלילי הוא מקרה בו יש הסדר חוק שמחריג את האחרים: כלומר אם יש את ס' 193 לצו המועצות המקומיות והוא הסדר שלילי, אפשר לעבוד רק איתו ולא עם אף הסדר אחר. במקרה זה השופט דנציגר מגדיר את ס' 193 לא כהסדר שלילי, ולצידו יש הסדרי חוק אחרים ומכוחם ניתן לבצע את כל הפעולות שביצע על פי הסדרים אחרים.

ע"א 698/89 **שילה נ' בארי**

המערערים בעלי זכויות במגרש, והם חותמים (מערכת חוזית 1) עם קבלן על חוזה לפיו הם מקבלים 1/3 והוא יקבל 2/3. הוא חותם על הסכם עם המשיבים בו הוא מוכר להם 2 דירות בבניין שייבנה. הקבלן מציג מגוון מצגי שווא, הפרויקט מבוצע תוך חריגות קיצוניות מחוקי הבנייה. הבנייה מושלמת, אך עם היקף ליקויים גדול מאוד. למרות זאת המערערים לא פונים לביה"מ אלא המשיבים (הקונים). הם דורשים אכיפת החוזים שהקבלן חתם איתם, וזה שולח הודעת צד ג' למערערים ומצרף אותם לתביעה.   
המערערים אומרים שהחוזה בלתי חוקי, ומבקשים לבטל את החוזה מול הקבלן ויהיו לכך השלכות מרחיקות לכת גם על הקונים.  
השאלה: כיצד משפיעה אי החוקיות על זכויות שרכשו צדדים שלישיים מכוח החוזה?

**השופט אור:** ס' 31 מעניק לביה"מ שיקול דעת רחב. השופט אור קובע שבמקרה זה המערערים והקבלן הם החוטאים והקונים לעומתם תמי לב במובן זה שהם לא ידעו על אי החוקיות. אי אכיפת החוזה (ביטולו) יפגע בצדדים תמימים, והחוטאים המרכזיים יצאו נשכרים. הקונים כבר מתגוררים בדירות במשך שנים. אין בפיצוי כספי כדי לפצות את הקונים על הנזקים שיגרמו להם מביטול החוזה.   
אפשר להכשיר את הפגמים בדיעבד. לא מספיק לתת תוקף לחוזה, עדיין יש את הפגמים בבניה. הנכס בידי הקונים הוא פגום וביה"מ צריך להכשיר אותו בצורה אחרת.  
אם אי אפשר להכשיר פגמים כאלה, האלטרנטיבה היא לבקש פיצויים שיפצו על הנזק הזה. דברי הושפט אור הם שפיצוי כספי לא יתאים למצוקת הקונים. אי אפשר להשאיר אותם עם נכס שיש בו פגמים כי זה פוגע בערך הנכס, וצריך ללחוץ על המימד הפיצויי אם לא ניתן להכשיר.

ע"א 139/87 **סולימני נ' כץ**

נחתם חוזה לבניה ורכישה של מס' דירות בין הצדדים ובו ס' 7 שקובע שתבנה ברכה בין אם יושג היתר או לא. ההיתר לא ניתן והחברה הקלנית (כץ) מסרבת לבנות את הבריכה, והקונים לא מוכנים לשלם להם. הם מעדיפיםלבטל את ההסכם. סולימאני פונים למחוזי ומבקשים צו שיורה על ביטול החוזה. המחוזי קבע שיש מקום להעניק ביטול חלקי מכוח ס' 19 ולבטל רק את ההסדר הנוגע לבניית ברכה ולשייר את השאר. מכאן הערעור.  
השאלה: האם ובאילו תנאים ניתן להורות על ביטול חלקי מכוח ס' 19?  
**השופט אור:** 3 תנאים לפיהם ניתן להפעיל את ס' 19:  
1- החוזה ניתן להפרדה לחלקים.  
2- עילת הביטול מתייחסת רק לאחד החלקים או כמה מן החלקים (אך לא להכל).  
3- הביטול החלקי לא יצור הסדר שונה באופן מהותי מזה שאליו התכוונו הצדדים.  
במקרה זה כל התנאים מתקיימים: החוזה ניתן להפרדה לחלקים - ניתן להפריד בין הברכה לבין הדירה, אי החוקיות מתייחסת רק לברכה, ויש הגיון ברכישת הדירה גם ללא הבריכה.

פ"ד זה מראה איך ביה"מ מתפעל את הביטול החלקי לפי ס' 19. המרכיב הראשון והשני אינם מעלים קושי גדול. אך השלישי הוא בעייתי: סולימאני אומרים שבלי ברכה הם לא רוצים חוזה. ביה"מ אומר שיש הגיון ברכישה ללא הבריכה. זה מהלך קצת לא הוגן כי המעבר הוא מסובייקטיבי לאובייקטיבי. יכול מאוד להיות שעבור רוב האנשים זה לא משנה אם יש ברכה או לא. לדולימאני זה היה הדבר הכי חשוב, והתניה בחוזה מוכיחה את זה. זה לא עניין של הגיון כלכלי. ביה"מ אומר שיש מדד אובייקטיבי לשייר את החלק שאינו עוסק בבריכה (הגיון כלכלי) והחוזה לא יהיה שונה משמעותית. מבחן האדם הסביר אומר במקרה זה לא לוקח בחשבון את יוצא הדופן. אין ספק שיש כאן צד שהעיד על עצמו בניסוח חוזי מאוד לא טוב, ולכן די ברור שהם דוברי אמת כשהם אומרים שהם חייבים שתהיה בריכה. ס' 19 הוא פשרה שהיא לא מוצלחת בהרבה מצבים כי הרבה פעמים החוזה הוא מכלול ויש קשר בין חלקיו, וזה שטכנית אפשר להפריד אותו לחלקים ולהגיד שיש הגיון בשימור החלק שאינו פסול הואו ניתן לביצוע, זה לא המדד שאחד הצדדים ראה מראש כשהתקשר בחוזה.  
היה צריך לבנות את העסקה בצורה אחרת. היה צריך לבנות את החוזה כחוזה על תנאי: מתן היתר לבניית בריכה הוא תנאי מתלה לתוקף ההסכם, ורק אם יינתן היתר יכנס החוזה לתקפו. מבחינה משפטית זה טוב, אבל בפועל זה מעכב את תחילת העבודה בחודשים רבים ולכן אם קובעים תנאי כזה זה בעצם חוזה רדום עד קבלת ההיתר (שלא ידוע כמה זמן יקח לו להגיע אם בכלל). במצב כזה כדאי להתנות את זה גם בזמן: מתן היתר תוך X חודשים.

**שיעור עם המתרגל – הכשרות המשפטית והאפוטרופסות**

## חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות: שתי הקבוצות המרכזיות הן 1- קטינים, 2- פסולי דין (ממונה להם אפוטרופוס).

למה צריך את הנושא של הכשרות המשפטית?  
1- אנחנו צריכים להגן על אדם שאינו מסוגל לקבל החלטות גדולות.  
2- צריך להגן על צדדים שלישיים המתקשרים עם חסרי כשרות משפטית.

חוק הכשרות המשפטית עודכן לאחרונה, שינויים שנוגעים בעיקר לפסולי דין. רוצים להעצים את פסולי הדין ולכן יש יותר לקיחה בחשבון של פסול הדין. הסיבה לתיקון היא שהמרחב שניתן לאפוטרופוס רחב מדי, ושנלקח יותר מדי מפסולי הדין, ולכן מגבילים את האפוטרופוס ונותנים יותר זכויות לפסולי הדין. כל אלו כדי להעצים את פסולי הדין ולתת ביטוי לרצונות שלהם.

סוגי פעולות של קטינים – נעשו ב...:  
1- כשרות כמעט מלאה  
2- כשרות מוגבלת (פעולות שניתנות לביטול) Voidable – תקף כל עוד לא בוטל  
3- פעולות בטלות ללא אישור Void – בטל ומעולם לא היה לו תוקף (דורשים אישור הורים או בי"מ)

**ס' 1  
ס' 2  
ס' 3** קובע מיהו קטין ומיהו בגיר  
**ס' 4** (העקרון המרכזי של החוק ובררת המחדל) קטין צריך הסכמה של נציג (הורה) לפעולה משפטית. ההסכמה לא צריכה להנתן מראש והיא יכולה להנתן בדיעבד והיא יכולה לכסות כמה פעולות. ישנה תקופה בה ההורה יכול לבטל את הרשאתו – עד הפעולה.  
**ס' 5** פעולה שכבר נעשתה ללא הסכמה: מתבטלת בשני מקרים: 1- ע"י הנציגים/היועמ"ש תוך חודש מרגע שנודעה הפעולה, 2- על ידי הקטין תוך חודש מהיותו בגיר אם הנציג או היועמ"ש לא ידעו על הפעולה.

כשרות מוגבלת

כשרות כמעט מלאה (Voidable)

פעולות בטלות ללא אישור (Void)

לדוג': נער בן 17 רוצה לעבוד אחרי הלימודים, ואימו נתנה לו את הרשאתו ואחר כך שינתה את דעתה – הוא כבר לא יכול לחתום על חוזה ההעסקה. אם הוא עשה זאת ללא רשותה, וחותם בלי לבקש רשות. אחרי 6 חודשים אימו מגלה, והיא יכולה לבטל את הפעולה תוך חודש מיום הגילוי. אם אמו לא גילתה על הפעולה כלל, כשהנער מגיע לגיל 18 הוא יכול לבטל את הפעולה תוך חודש. הוא לא יוכל לבטל אם אימו גילתה ולא בטלה את החוזה – כי אי-הביטול זה מעין הסכמה.  
אם הפעולות האלו תקפות אך ניתנות לביטול, למה שמישהו ירצה להשיג את אישור הנציג?   
הפעולות הן תקפות, אך תמיד ניתן לבטל אותן והן עלולות להתהפך: ההורה עלול לגלות ולבטל וזו סכנה לצד השלישי, וגם אם ההורה לא יגלה הוא עצמו יכול להחליט לבטל את החוזה. על מנת לחסן את עצמו מהביטול הזה, הצד השלישי ירצה להשיג אישור של נציג.  
**ס' 6** לא ניתן לבטל כך פעולה שהיא פעולה רגילה של קטינים בגיל שלו – פעולה לקטינים רגילים לעשות (ביה"מ יכול לקבוע שעבור נער בן 17 חתימת חוזה עבודה זה פעולה שהוא רגיל לעשות), או פעולה משפטית בין קטין לאדם שלא ידע ולא היה עליו באופן אובייקטיבי לדעת שהוא קטין. ביה"מ יוודא שהקטין לא אמר את גילו או שיקר לגביו, ולא היה ניתן לזהות על פי המראה – במקרה כזה לא ניתן לבטל למרות שזה דורש אישור של נציג. לעומת זאת, אם ניתן לזהות על פי המראה שהקטין אינו בגיר, או שגילו האמיתי נחשף בפני הצד השלישי אז הוא ידע ולכן ניתן לבטל. סייג: אלא אם היה בפעולה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו.  
**ס' 6א** פעולות שדורשות אישור נציג: רשימה בסעיף החוק של פעולות שבהן גם אם הקטין ביצע אותן, כל עוד לא ניתן אישור הן לא תקפות (בשונה מס' 5 בו אם הפעולה בוצעה יש לה תוקף עד הביטול). דוג': מכירת נכס באשראי.  
**ס' 7 (+ס' 20)** פעולות בהן ביה"מ צריך לאשר לקטין לבצע את העסקה ולא מספיק לקבל אישור מנציג. מדובר בפעולות מאוד משמעותיות, אך רק שקשורות לכסף. כשעוסקים שעניינים של חים ומוות לא מניחים ניגוד אינטרסים, אך לעומת זאת, במקרים בהם מעורב כסף יכול להווצר מצב בו אינטרס ההורים ואינטרס הקטין לא יתאימו - יכול להווצר מצב של ניגוד עניינים בין נציג לקטין ורוצים למנוע מצב בו ההורים יכולים לקבל החלטה כזו בשמו.

במבחן יש להתחיל מלבדוק אם הפעולה הנידונה נמצאת באחת הרשימות ב-7 או 6א, ואחר כך לעבור לס' 4 ו-5.

בג"צ **כהן נ' שר הביטחון**

נער בן 14, שהוריו נתנו את אישורם שילמד בפנימיה צבאית. הילד התחייב לשרת בקבע 3 שנים. בנוסף לכך יצא לקורס קצינים והוסיף על כך עוד חצי שנה קבע. אחרי חצי שנה הוא רוצה להתנער מהחוזה ולא לשרת עוד 3 שנים בקבע. זה הליך של בג"צ כי זה מנהלי – קשור בהחזקת החייל בצבא.  
**טענותיו של כהן:** הוא טוען שבתור ילד לא ידע מה ירצה בעתיד וכו'...  
**השופט בכור (רוב):** הגיל 14 היה ניתן לבטל את הפעולה אם ההורים לא היו יודעים עליה, אבל מכיוון שנתנו את אישורם זה לא מצב של ס' 5 1 או 2. אם היה חותם על דעת עצמו היה יכול לבטל בהגיעו לגיל 18 במשך חודש אך זה לא היה המקרה. לכן השופט קובע שהחוזה תקף.  
**השופט כהן (מיעוט):** יש 2 פעולות: אחת היא הביצוע והשנייה היא ההתחייבות לבצע. לכן על פי ס' 4, עד גיל 18 של הילד, יכלו ההורים לבטל את הביצוע (!!!). ההתחייבות נעשתה, ולא ניתנת לביטול. אך מכיוון שהשירות בקבע טרם התבצע הנציג היה יכול לחזור בו מהסכמתו. במקרה זה, מכיוון שהוא בגיר, ההורים כבר לא יכולים לחזור בהם. אם הנציגים לא היו יודעים על זה אז לקטין שהתבגר הייתה זכות לבטל, אך זה לא היה המקרה.

פס"ד **שרף נ' אבער**

הורים חתמו על התחייבות בשם הקטינה שהיא תמכור את הדירה, על פי ס' 7 ו-20 לחוק המכר. לאחר מכן ההורים התנגדו למכור את הדירה ואמרו שהחוזה בטל כי מבצעת החוזה הייתה קטינה. העותרים ביקשו אכיפה (יישום העסקה).  
**השופט כהן (מיעוט):** החוזה תקף. נעשתה הפרדה בין שתי פעולות משפטיות: ההתחייבות למכור את הנכס וההעברה של המקרקעין בפועל. לכל פעולה דרושה הסכמה. הפעולה הראשונה אינה מחייבת את אישור ביה"מ, השנייה כן.  
**השופט שמגר (רוב):** הכריתה והביצוע הן פעולה אחת שדורשת אישור ביה"מ ואישור הורים. לא הייתה שום התחייבות.  
**השופט ברק (רוב):** כשהורים עורכים חוזה מכר עבור קטין, ההורים נדרשים (נוצר חוזה מכללא) להציג את אישור ביה"מ תוך זמן מסוים. אם לא היה את זה, הורים היו יכולים לחתום על הסכם כמייצגים קטין, ולחזור בהם אחר כך ולהותיר את הצד השלישי ללא כלום. זה ימנע את המצב הזה כי נוצר חוזה שבמקביל דורש מההורים להביא את האישור בפני ביה"מ. אם הקטין ערך את החוזה, אז זה חוזה על תנאי מתלה שיהפוך להיות תקף מרגע שיקבל אישור של גורם מסוים – אם קטין אז שביה"מ ייתן אישור, אם בגיר אז שהוא יאשר את העסקה.

גם כאן רואים שביה"מ הרבה יותר זהיר כשעוסקים בקטינים. יש חוזה על תנאי או חוזה מכללא. אם אומרים שיש חוזה נפרד להביא את החוזה אז יוצרים התחייבות להביא בפני ביה"מ

# שיעור 17-19: חוזים אחידים

יש קונצנזוס לגבי האמירה: הרוב המוחלט של החוזים בעולם הם חוזים אחידים.

אלו חוזים שאנחנו חותמים עליהם כל הזמן. אלו חוזים שהוכנו מראש לפי תבנית שנקבעה לפני שהצד השני הגיע להתקשרות והם משמשים לשכלול מספר (עד אינסוף) עסקאות. מכאן החשיבות הגדולה של התחום הזה.

למה החוזים האחידים תופסים נפח גדול כל כך בתחום החוזים? מה היתרונות של חוזים אחידים?  
(1) חיסכון בעלויות עסקה: עלויות משא ומתן. אם במקום המצב הקיים כל אדם בבנק היה יושב עם הפקיד ומנסך חוזים, זה היה לוקח הרבה מאוד זמן. זה מחויב המציאות בגלל זה. האידיאל של חופש חוזים מוחלט מנותקת ממגבלות הזמן.  
(2) חיסכון בהכשרת עובדים: החוזה האחיד מאפשר לקלוט עובדים חדשים ללא להשקיע משאבים יקרים בהכשרתם. אנשים יכולים להסתמך על החוזה האחיד וזה חוסך עלויות הכשרה.   
(3) חסכון בעלויות פיקוח: ארגון או חברה לא יצטרכו לראות איך כל עובד מתנהל כי אפשר להסתמך על החוזה האחיד שתפקידם הוא רק להחתים עליו.

החסרונות:  
(1) חוזים אחידים אינם ניתנים לשינוי (לפחות לא באופן עקרוני): הנוקשות הזו היא שמצמיחה את היתרונות.   
(2) מה שמטריד הרבה יותר זה שהם חד צדדיים: הם מעוצבים בצורה לא הוגנת.

**האם אלו חוזים חד צדדיים?**יש תחרות למרות החוזים האחידים. יש שוק חופשי, ובו אפשר להעלות מחיר או להוריד אותו על כל מוצר. התחרות בצד הספקים אמורה לאזן את חוסר השוויון. ספק לא יכול לקבוע תנאים גרועים לצרכן כי עסק מתחרה יוריד את המחירים על אותם מוצרים ויותר אנשים יקנו אצלו. התחרות הזו אמורה בסופו של דבר לטפל בבעיית אי השוויון.  
אם כך- תחרות חופשית אמורה להוביל לתנאים הוגנים. תחרות חופשית תלויה במידע. מידע מניע את גלגלי השוק החופשי וגלגלי התחרות.   
בכל הקשור לחוזים אחידים יש בעייה קשה עם המידע. אם עסק רוצה להציע תנאים טובים יותר ללקוחות שלו הוא מנסח חוזה עם תנאים הוגנים יותר, אבל אף אחד לא קורא אותו – אנשים לא קוראים חוזים אחידים. לא ניתן לשנות את התנאים ולכן אין טעם לקרא.   
אלן שוורץ ולואיס וויילד טענו שלא צריך שכולם יקראו חוזה, מספיק שאחוז מסוים יקרא חוזים אחידים כדי שתהיה תחרות. אם 10% היו קוראים זה היה מספיק בשביל להריץ את התחרות. זה תמריץ מספיק טוב לשיפור התנאים. הבעייה בתיאוריה שלהם היא שלא ברור למה למישהו בכלל יהיה תמריץ לקרא. יכול להיות מצב בו אדם אחד יהיה היחיד שקרא והשקיע בזה הרבה זמן ולא הגיעו ל10%.   
תחרות לא פותרת בצורה טובה את בעיית אי השוויון או ההתיה בחוזים אחידים. צרכנים שמים לב למחיר, אך מעבר לזה הם יודעים מעט מאוד. דווקא בהסדרים מעבר למחיר אנחנו פגיעים ומועדים לפורענות. אם כך החוזה האחיד הוא כמו מוצר – לא ניתן לעצב אותו.  
ההבדל הגדול הוא שבעיצוב מוצרים אנחנו יכולים להסתמך על תחרות כי אם מדובר במוצר שגרתי אפשר לעמוד על טיבו (כורסא, בגד וכו'), אך כשמדובר בחוזה אחיד, אנחנו לא יודעים למה החוזה מכניס אותנו. אפשר להסתמך על תחרות אבל רק באופן מוגבל כי בעיית המידע פוגעת בתחרות.   
צריך פיקוח, פתרונות אפשריים:  
(1) רגולציה – על ידי המדינה ובאמצעות הרשויות שלה.  
(2) תביעות במשפט הפרטי – תובעים תביעות חוזיות, נזיקיות, עילות קנייניות, עשיית עושר ולא במשפט- מנגנון של הסדרה באמצעות תביעות פרטיות ומתופעל על ידי פרטים.

שני המנגנונים אומצו לגבי חוזים אחידים. יש פיקוח על גזרות מסוימות במשק, כמו הביטוח, הבנקים, שוק ההון, תקשורת ועוד. עושים רגולציה כאשר יש חוסר תחרותיות (חברת החשמל), בעיות מידע קשות במיוחד, סיכון גבוה, שירותים חיוניים. הרגולציה לא חלה על הכל כי זה יקר. הרגולציה היא יקרה, לא תמיד יעילה. הרבה פעמים לרגולטור אין מידע מספיק טוב לקבוע מחירים. הרגולטור מושפע פעמים רבות משיקולים פוליטיים והבעייה הנוספת היא שהרגולטור נופל בשבי התעשייה- רגולטור שמפקח על תעשייה מסוימת לא יהיה קשוח כי התפקיד הבא שלו במגזר הפרטי יהיה באותו שוק בדיוק. מה שלא נכנס לרגולציה נופל תחת הפתרון השני – תביעות במשפט הפרטי.

## חוק החוזים האחידים

המחוקק בחר לחוקק חוק מיוחד שכל עניינו חוזים אחידים והוא מגדיר כמה ביטויים:

* חוזה אחיד הוא חוזה שנוצר בהיעדר מו"מ.
* הספק הוא מנסח החוזה האחיד.
* הלקוח הוא מקבל החוזה האחיד.
* עילת הקיפוח היא העילה המרכזית בחוק שמאפשרת לבטל או לשנות תניות לא הוגנות הפוגעות בלקוח.

מכוח החוד נוסדה ערכאה שיפוטית מיוחדת: בית הדין לחוזים אחידים, שדן רק בעניין חוזים אלו, אך יש סמכות מקבילה לבתי המשפט הרגילים שפועלים לצד בית הדין המיוחד.   
"זכות העמידה" בפנייה לבית הדין לחוזים אחידים רק לארגונים יציגים כמו ארגוני צרכנות, ועדים או היועמ"ש לממשלה (מצד המקבלים). לפרטים אין יכולת ליזום דיון בבית הדין לחוזים אחידים. בעבר הייתה אפשרות גם לספקים ליזום דיון בבית הדין, אך זה בוטל ב-2015.   
למה שספק יזום הליך בבית דין זה? המחשבה הייתה שיש ספקים טובי לב שיחליטו מיוזמתם ליזום הליכים ולקבל אישור מראש לחוזה שהם מעצבים, ובתמורה אותם ספקים היו מקבלים חסינות מטענות שהתניות מקפחות של 5 שנים. מעט מאוד ספקים פנו, כי היו גורמי ביטוח שחייבו גזרות להגיש את החוזים לבית הדין לחוזים מיוחדים. פרט לכך כמעט אף אחד לא פנה. לא הייתה מוטיבציה לפנות לביה"ד לחוזים אחידים לקבל אישור על החוזה בשביל החסינות כי הליכים מול בית הדין יקרים ולא ראו בזה יתרון. היום ההליך בוטל ורק ארגונים יציגים יכולים לפתוח בהליכים בביה"ד לחוזים אחידים. מאז 2015 אין עבודה בביה"ד לחוזים אחידים.   
בבתי המשפט הרגילים על אדם יכול ליזום הליך על בסיס חוק החוזים האחידים. אם אותו אדם זוכה הזכייה משפיעה רק על התובע הספציפי – האפקט של זכייה בביה"מ מצומצם, בעוד בבי"ד זה משפיע על כלל הציבור הרלוונטי פרט לאלה שכבר קיימו את התחייבויותיהם. פתרון מסוים לבעייה זו הוא שימוש בתובענות הייצוגיות.

**ס' 2 – חוזה אחיד**:   
א. "נוסח של חוזה"  
ב. "שתנאיו או מקצתם נקבעו על ידי צד אחד"- מראש כלומר אין מו"מ מקדים.  
ג. "כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים"  
ד. "בינו [מנסח החוזה] לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם."

לגבי סעיף ב' עלתה שאלה ב-ע"א 1795/93 **קרן גמלאות של חברי אגד נ' יוסף יעקב**

יעקב היה נהג אגד שמעל בכפסי האגודה. בסוף הנסיעה היה עובר באוטובוס ולוקח את הכרטיסים ומחזר אותם (נתן אותם לעוד אנשים כשעלו לאוטובוס) ואת הכסף לקח לעצמו. נערך לו משפט חברים והוחלט לסלקו מן האגודה.   
תקנון אגד קובע שנהג שסולק מאבד את זכאותו לתנאים סוציאלים. טענת יעקב הייתה שמדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד. אגד אמרו לו שזה לא חוזה אחיד, אלא תקנון שאומץ על ידי הקבוצה כולה ולמענם. זה לא חוזה אחיד בו יש צד חזק וצד חלש. למרות שזו הייתה טענה חזקה **השופט אנגלרד** קובע שהתקנון הוא חוזה אחיד. אנגלרד מאמץ מבחנים מהותיים:  
(1) מהות היחסים בין החבר לאגודה מבחינת פעילות כלכלית (יכולות כלכליות).  
(2) מהי השפעת החבר הבודד על מעמדו?  
(3) האם קיים ניגוד אינטרסים בין החבר הבודד לבין שאר חברי האגודה?   
בעיני השופט התשובות כולן מכוונות לכך שזה חוזה אחיד: (1) יש פער לכלכלי משמעותי בין כוחו של חבר האגודה לבין כוחה של האגודה (2) לחבר הבודד אין השפעה על תנאי התקנון, (3) יש ניגוד אינטרדים בין יעקב לשאר חברי האגודה.

ע"א **בית יהונתן**

החברה הקימה בניין לרופאים. היא הגדירה חוזה אחיד, וכשתקפו אותה על כך ניסתה לטעון שזה אינו חוזה אחיד כי כל החותמים עליו הם רופאים (כלומר, לטענתם, מיועד לקבוצה ספציפית של אנשים). ביה"מ אמר שזה לא מספיק כי זהותם הספציפית של הלקוחות אינה ידוע ולכן מדובר בחוזה אחיד.

**שיעור 18**

## מונחים מרכזיים בחוזים אחידים

חוזה אחיד

דיברנו על זה בשיעור שעבר: נוסח חוזה שכל תנאיו נוסחו על ידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בין המנסח לבין מס' אנשים בלתי ידוע ושזהותם לא ידועה.

תנאי

ס' 2 לחוק החוזים האחידים.  
1- תניה בחוזה אחיד.  
2- לרבות תניה המאוזכרת בו.  
3- וכל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות.  
4- למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליו.

זו הגדרה רחבה, שנותנת ללקוחות יותר אפשרויות. התנאי כולל כל תניה שמופיעה בחוזה. בנוסף לזה גם אם החוזה מפנה למקום אחר (למשל תקנון), וגם תנאי אחר שהוא חלק מהתתקשרות (למשל שלט שיש בו תנאים לגבי ההתקשרות, למרות שלא הופיע בחוזה האחיד עצמו). זה לא כולל מקרה בו בתוך טופס סטנדרטי יש תנאים מסוימים שהיה לגביהם מו"מ, ולכן הם אינם נחשבים לתנאי בחוזה אחיד והם שוכללו בדרך מקובלת לחוזה רגיל. לכן הוראות החוזים האחידים לא צריכים לחול עליו.

החריגה הזו היא בעייתית. לא באמת מתאפשר מו"מ על חלק מהחוזה האחיד בד"כ. בבנק כשחותמים על ס' מסוים זה מחריג אותו מחוק החוזים האחידים, ולכן הבנק יכול להגיד שהכללים הללו לא חלים עליו. ברגע שהתנהל עליו מו"מ אי אפשר לתקוף אותו כקיפוח בחוזה אחיד. כלקוחות כמעט עדיף לא לנהל מו"מ בכלל, כי ברגע שמקיימים מו"מ ההסדר שנוצר יכול להיות מוחרג מהוראות החוק.

לדעת המרצה: בפסיקה לא יוחלט לקבל את הסעיפים האלו כנפרדים ולא חלק מחוזה אחיד, ולא תפסל יכולת לתקוף את ההסכם. קשה להאמין שביה"מ יחריג הסדר עם בנק אם התנהל מו"מ לגבי אחד הסעיפים. אם באמת היה מו"מ יש בסיס לטעון שההסדר אינו חלק מחוזה אחיד.

**ס' 23** סייגים לתחולה:   
1- תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח – תנאי המחיר באופן רגיל מוצע מחוץ לתחולת החוק, כשההנחה היא שאם יש משהו שאנשים בודקים לפני הכניסה לחוזה הוא המחיר. יש חריג לחריג: תניות המאפשרות לספק לשנותאת המחיר או להתאים אותו לאחר חתימת החוזה.  
2- תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק – אם המחוקק עצמו קבע הסדר מסוים, ואני מאמצת את אותו הסדר לתוך חוזה, לא יהיה אפשר לתקוף אותו כי הוא הוסדר בחקיקה. הכנסת כבר התייחסה לזה וביה"מ לא יתערב בתנאי הההסדר.

חריג זה עלה לדיון בע"א 825/88 **ארגון שחקני הכדורגל נ' ההתאחדות לכדורגל**

היו שני תנאים שנקבעו בתקנון ההתאחדות לכדורגל שהותקפו בפסק הדין:   
1- שחקן חייב לקבל אישור מההתאחדות כאשר מבצע מו"מעם קבוצה אחרת מחוץ לתקופת ההעברות.  
2- שחקן חייב באישור קבוצה על מנת להשתתף בפרסומת אישית (ללא האישור לא ניתן להשתתף בשום פרסומת).  
שחקני הכדורגל התארגנו כדי לתקוף (בביה"ד לחוזים אחידים) את ההסדרים האלו: הם טענו שמדובר בתניות מקפחות בחוזה אחיד.   
ההתאחדות טענה שהתקנון חסין מפני התערבות משום שהותקן מכוח ס' 10 לחוק הספורט תשמ"ח-1988.  
ביה"ד קיבל את הטענה שהתקנון חסין, אך בערעור לביה"מ העליון **והנשיא שמגר** קבע שלתקנון אין מעמד של תקנה כפי שההתאחדות ניסתה לטעון. ההתאחדות לכדורגל אינה רשות מנהלית אלא גוף וולונטרי שהתקנונים שהיא מתקינה אינם חסינים מפני התערבות שיפוטית. הדיון הוחזר לביה"ד לחוזים אחידים כדי שיבחן האם התניות האמורות מקפחות. ביה"מ גם רמז לביה"ד מה צריכה להיות התוצאה הנכונה.

חריגים נוספים על פי ס' 23:  
3- תנאי התואם הסדר באמנה בין לאומית שישראל צד לה – מניחים שאם מ"י במסגרת התקשרויותיה בחרה לאמץ צנאי מסוים או הסדר מסוים זה לא יהיה תנאי מקפח. חוץ מזה לא רוצים שמערכת המשפט תיצור מתח בין הפסיקה להתחייבויות של ישראל במסגרת אמנות בין לאומיות.  
4- הסכם קיבוצי – הסדרים שבמסגרת הסכם קיבוצי הוא מוחרג, כי יש איזון במקרה זה בכוח המיקוח כי מסובר בהסכמים שמעוצבים על ידי ארגונים יציגים (ועדי עובדים למשל), שיש להם יכולת להשפיע על התנאים. שנית, יש גם כאן דאגה ליציבות המשפטית, כי אם ביה"מ יתערב בתנאים שמופיעים בהסכמים קיבוציים זה יכול לערער את כל שוק העבודה. הרבה ממה שקורה מושפע מהרצון להגיע להסכם קיבוצי ולא רוצים לפתוח אותו כי זה יצור אפקט דומינו. נוצרה תלות הדדית בין הסכם קיבוצי אחד לאחרים, וכך פתיחת הסכם קיבוצי יכולה להוביל לפתיחה של הסכמים נוספים ולערעור המשק.

איך זה מסתדר עם פ"ד רקנט?  
זה שזה חריג לא אומר שיש לזה חסינות: עדיין יש את ס' 30 לחוק שמאפשר לכל אדם לתקוף חוזה שאינו חוקי או מנוגד לתקנת הציבור. את זה ניתן לעשות מעבר לשאלת ההחרגה מתנאי החוזה האחיד.

### קיפוח

המונח השלישי הוא **קיפוח**. רק תניות מקפחות בחוזה אחיד הן בעייתיות, כי אנחנו לא רוצים לבטל את המבנה של חוזים אחידים, אלא לטפל רק באותם מקרים בהם יש ניצול לרעה של היתרונות על ידי ספקים לשם קביעת הסדרים מקפחים.

**ס' 3** תנאי מקפח וביטולו:  
הסעיף מגדיר שני מונחים: קיפוח ויתרון בלתי הוגן.  
**קיפוח:** השופט ברק אומר שאין דרך ברורה להגדיר מהו קיפוח. בכל זאת בפ"ד קסטנבאום ביה"מ מציע מבחן קיפוח – מבחן ההגינות והסבירות. הקיפוח לא חייב להיות כלכלי. נקבע שפגיעה בכבוד האדם וחירותו היא פגיעה בהגינות ובסבירות. אם מדובר בקיפוח כלכלי אז אם יש הגנה על האינטרס של הספק מעבר לנתפס כראוי.   
הקיפוח נמדד ביחס למכלול תנאי החוזה. כלומר, המחוקק קבע שאת השאלה אם הסעיף הוא מקפח צריך לבחון על רקע שאר תנאי החוזה.  
**נסיבות נוספות שיש להביא בחשבון:**   
א- מעמדו הכלכלי של הספק בשוק: הבחנה בין מונופול או שחקן בשוק ריכוזי (אוליגופול – אחד מתוך מספר ספקים). כאשר הספק הוא מונופול זה מחזק אפשרות קיפוח וכאשר הספק הוא שחקן בשוק תחרותי (עוד יותר שחקנים מאשר באוליגופול) זה מחליש את אפשרות הקיפוח (אך לא שולל כי אנשים לא קוראים את סעיפי החוזים האחידים).  
ב- הפער בין מעמד הספק לבין מעמד הלקוח: ככל שהפער גדול יותר יהיה חשד גבוה יותר לקיפוח.  
ג- חיוניות השירות: ככל שהשירות/מוצר חיוני יותר תגדל נטיית בתי המשפט להתערב.  
ד- הערך המעורב מבחינת הלקוח/ה: ככל שמדובר בערך חשוב יותר ומוגן יותר כגון כבוד האדם, שוויון, וכו', תגבר נטיית ביה"מ להתערב.  
ה- הלחץ והמצוקה בהם נתון הלקוח בעת החתימה על החוזה: שונה מעושק כי בעושק המצוקה צריכה להיות רצינית (לא לחץ רגיל), מעבר לכך עושק דורש תנאים גרועים באופן בלתי סביר.

**ס' 4** קיפוח: קביעת חזקות (הסדרים שעל פניו הם מקפחים – כל אשר על הלקוח להוכיח הוא שתניה מסוימת או הסדר מסוים נופלים במסגרת אחת החזקות המופיעות בס' 4, ואז הנטל עובר אל הספק להצדיק את התניה/הסדר האמורים). כל מהות הס' הוא העברת נטלים. זה יעביד את הנטל לספק שיהיה צריך להסביר למה דין לא צריך להתבטל או להשתנות. הרשימה בס' 4 אינה סגורה, יתכנו הסדרים מקפחים נוספים.

4(1): תנאי הפוטר ספק באופן בלתי סביר מאחריות המוטלת עליו על פי חוק.  
ע"א 449/85 **היועמ"ש נ' גד** (בעיקר ס' 13-14)  
גד הייתה חברת בנייה, ובס' 24 לחוזה שלה היו מספר הסדרים בעייתיים:   
1- קבלת החזקה בדירה תהווה הוכחה מכרעת שאין בה פגמים.  
2- אישור מאדריכל הבניין או רשות מוסמכת בנוגע לתקינות רכוש משותף תהווה הוכחה מכרעת בעניין זה.  
3- אחריות החברה הקבלנית בנוגע לפגמים בממכר תוגבל לשנה אחת.  
את ההסדרים הראשונים ביה"מ מבטל, ואת ההסדר האחרון מבטל אך אומר שהם צריכים להגיע להסדר יותר ראוי – נותן לחברה אפשרות לנסח מחדש את ההסבר.

4(2): מקרה בו הספק מאפשר לעצמו לשנות, לבטל או לדחות חיובים:  
**היועמ"ש נ' גד**: ס' 2.3 לחוזה אפשר לחברה הקבלנית לדחות את מועד מסירת הממכר באופן בלתי מוגבל. ביה"מ קובע שמקובל לאפשר עיכוב של עד 90 יום.

4(3): תנאי המאפשר לספק להעביר אחריות לצד שלישי כלשהו. הספק בעצם מתנער מהאחריות ומעביר אותה למישהו אחר. החשש הגדול הוא שאותם גופים אליהם מועברת האחריות אינם גופים עמידים ויציבים, ולכן נקבע שהעברה כזו היא מקפחת.

4(4): תנאי המעניק לספק את הזכות לשנות מחיר או חיובים מהותיים זולת אם הדבר תלוי בנסיבות שאינן בשליטת הספק.  
רע"א 1185/97 **מילגרום נ' מרכז משען**  
הס' הבעייתי הוא ס' 9(ג) לחוזה שקובע שאם יהיה צורך להעביר את הגברת מילגרום לבית אבות סיעודי (ההסכם שלה עם משען), המחיר יהיה לפי התעריפים שיהיו מקובלים מעת לעת עבור אישפוז בבית אבות סיעודי. חלה החמרה במצבה של גב' מלגרום מבקש מרכז משען להעבירה לבית אבות סיעודי. אחרי ההחמרה המשפחה התנגדה לשלם את התשלום הנוסף שדרש בית האבות כי העלות בבית אבודת סיעודי גבוהה בהרבה מזה הרגיל. משען אמרו למשפחה שצריך להעביר אותה, ולמרות אי הסכמתם הוא מעביר את המנוחה לבית אבות סיעודי שם היא שוהה 4 חודשים עד לפטירתה. אחרי פטירתה נדרש התשלום של החוב מהיורשים. מרכז משען מגיש תביעה לצורך גביית חוב בהתבסס על ס' 9(ג), כלומר תביעה שמהותה מקורה בחוזה. הם אומרים שבעת החתימה על החוזה האחיד שקיבל את המנוחה לבית האבות, הייתה הסכמה שאם ידרש אשפוז בבית אבות סיעודי יהיה צורך לשלם את התשלום המקובל שנקבע על ידי משען. המשפחה טוענת שס' 9(ג) הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד שדינו להתבטל או להשתנות.   
**הנשיא ברק:** לפנינו חוזה יחס – relational contract. חוזה זה נמשך לאורך זמן, וכשמדובר בחוזה כזה קשה לצפות מראש את ההתפתחויות האפשריות מראש. כשמדובר בחוזה שביצועו משתרע על פני שנים דברים יכולים להשתנות ולהתפתח בכל מיני כיוונים. בחוזה יחס צריך איזון בין הצורך בוודאות לבין הצורך בגמישות. בפרשנות מנסים להבין מה הייתה כוונת הצדדים אך בחוזה יחס קשה לעשות זאת. בגלל שקשה לדעת מסתמכים על סבירות, הגינות, תו"ל, מוסריות וחברתיות. ככל שהחוזה הוא יותר ארוך טווח ינתן פחות דגש לכוונת הצדדים ויותר לעקרונות האלו. ס' 9(ג) מקנה לבית האבות כוח בלתי סביר לשנות את החוזה.   
ביה"מ אומר שהחוזה הזה פסול כי סעיף 9(ג) נופל בגדר החזקה הקבועה בחוק (ס' 4(4)), ושמרכז משען לא הרים את הנטל להוכיח שההסדר לא מקפח.   
משען אומרים שלא ברור כלל שמדובר במחיר לא הוגן. השופט ברק אומר על כך שזה לא משנה אם המחיר שנקבע ראוי או לא, אלא אם ההסדר מקפח או לא. התשובה בעיניו היא חיובית: מדובר בהסדר מקפח. הוא אומר שצריך לבדוק את הסיטואציה שבה נמצא הלקוח, שנמצא במצב קשה ולא יכול להרשות לעצמו להתמקח. צריך להביא בחשבון גם את הקושי של המעבר לבית האבות, ואת הקושי שנוצר בעת השהייה בבית אבות ואת העובדה שקשה לעזוב ולהתחיל מחדש.   
הוא אומר שצריך לקבוע בחוזה נוסחה של תעריף נוכחי + מנגנון הצמדה. ביה"מ מחליט לבטל את התניה (ולא לשנות אותה), ומעביר מסר מאוד חזק: משען נאלצו לספוג את כל העלות של השהות של מילגרם בבית האבות הסיעודי.   
זה העלה טענות מצד משען שלא נכון לעשות זאת כי זה מוביל לעשיית עושר שלא במשפט, וברק דחה את הטענה הזו כי העניין לא הועלה במהלך המשפט.

4(5) תנאי המחייב לקוח להזקק באופן בלתי סביר לספק או המגביל את אפשרותו להתקשר עם אחרים.  
**היועמ"ש נ' גד**: ס' 8 לחוזה חייב את רוכשי הדירות להתקשר בחוזה שירוים עם חברה אחת שיקים הספק ולקבל שירותים במחיר שהחברה תקבע.  
**ארגון שחקני הכדורגל נ' ההתאחדות לכדורגל:** ביה"מ חווה את דעתו שההסדרם בתקנון מגבילים את יכולתם של שחקנים לעבור לקבוצה אחרת תדרוש אישור ההתאחדות או לבצע פרסומת באישור קבוצה בלבד אינם עולים בקנה אחד עם החוק.  
**בית יהונתן נגד היועמ"ש:** הוקם בית רופאים ונקבע בחוזה האחיד שעל הרופאים לקבל שירות מחברה ספציפית למשך 7 שנים. ביה"מ קיצר את התקופה ל-5 שנים בלבד (במקרה זה שונה משך התקופה).  
לא כל הגבלה מסוג זה (בס' 4(5)) תחשב להגבלה מקפחת, רק אלו שהן בלתי סבירות. מדובר בחזקות שניתנות לסתירה – אפשר להראות שבמכלול תנאי החוזה התנייה אינה מקפחת (למשל: חוזה פעילות בחדר כושר במחיר מוזן בעוד אחרים לא קיבלו מחיר דומה – זה אינו תנאי מקפח).

4(6) תנאי השולל תרופות המגיעות ללקוח על פי דין.  
**היועמ"ש נ' גד:** החברה הקבלנית שללה מהרוכשים את הזכות המוגדרת בחוק לרשום הערות אזהרה. ביה"מ אומר שזה לא לגיטימי לקבוע זאת. יש לאפשר רישום הערות אזהרה מרגע שנבנו הקירות הפנימיים של הבניין.  
כל מה שמשפיע על הסעדים שמגיעים ללקוחות במובן החוק נופל במסגרת חזקת קיפוח זו. בהערות האזהרה היה קייס אמיתי לספק שביה"מ קיבל חלקית, אך אם מגבילים את סכום הפיצויים או שוללים סעד, זה לא יתקבל על ידי ביה"מ. תחת סעיף זה נופלת כל השפעה על הסעדים המנויים בחוק, ויהיה קשה להצדיק תנייה כזו בבי"מ.

4(6א): תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שאינה עומדת לו על פי דין או המתירה לו לצרף תרופות או לקבוע פיצויים מוסכמים מופרזים.  
ספק יכול לפגוע בלקוח בשתי דרכים: הגבלת התרופות ללקוח במקרה של הפרה מצידו או העצמת התרופות להן הוא זכאי במקרה של הפרה מצד הלקוח. הוא גם יכול לפעול באופן שיגרום ללקוח להפר את החוזה.  
ס' זה מונע מספקים לנסות ולצרף תרופות או סעדים באופן שהחוק לא מאפשר.

4(7): תנאי המטיל את נטל ההוכחה על הלקוח ואחרת הנטל לא היה 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 בס' 4(7).  
פעמים רבות המכשול בפני לקוחות מצוי בראיות. ללקוח יהיה קשה להוכיח התרשלות. אין לו גישה לכל הנתונים ולכן החוק מעביר את נטל ההוכחה על מנת לאפשר קבלת סעד.   
גם בנושא זה המחוקק מתערב ומגן על לקוחות: לא יכובדו תניות שמטילות את נטל השגת הראיות על הלקוח אם נטל זה לא מוטל עליהם על פי דין.

4(8): תנאי המגביל את יכולתו של לקוח להשמיע טענות מסוימות בהליך משפטי או תנאי המחייב הפניית כל סכסוך שהוא לבוררות.  
הסדר כזה הוא בחזקת הסדרים מקפחים. זה לא אומר שספק לא יצליח להוכיח שהסדר כזה הוא מוצדק – יכול להיות שיצליח, אך הנטל הוא עליו להוכיח זאת, ולא על הצד השני להוכיח את ההפך.

4(9): תנאי המקנה לספק כוח בלעדי לקבוע את מקום השיפוט או הבוררות.   
זה יוצר מכשול שפוגע בלקוחות ופוגע מהם לקבל את מקומם בביה"מ (למשל קביעה שכל בוררות תתקיים באילת).

4(10): תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר על תנאי הבוררות.  
בוררות במקום קרוב לספק, עם בורר/ת קרוב/ה לספק. כלומר, גם אם יש מקום להסדיר את הכל בבוררות עלינו לוודא שהבוררות תהיה הוגנת.

4(11): תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר למדד כלשהו כך שעלייה או ירידה של המדד לא תזכה את הלקוח.

4(12): תנאי לפיו נדרש הלקוח לאשר או להצהיר שקרא את החוזה או להצהיר שעשה מעשה מסוים או שהוא מודע לעניין מסוים.

## בטלות תנאים – ס' 5

**ס' 5** קובע בטלות של שני ההסדרים הבאים:  
א- תנאי המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות בטל.  
ב- תנאי הפוטר ספק באופן מלא או חלקי מאחריות לנזק גוף או למעשה זדון המוטלת עליו על פי דין בטל.

תמיד הגיוני להתחיל בס' 5, כי הוא יוצר הסדר של בטלות מוחלטת. אם המקרה שלפנינו לא בא בגדר ס' 5, נעבור לס' 4 ונביא להעברת נטל באמצעותו. יש חפיפה רבה בין האמור ב-5א לבין החזקות בס'4 (8 ואילך) שמתייחסות ליכולתו של אדם להגיע לערכאות. ס' 5א בולע רבות מהחזקות האלו.   
פטור מלא או חלקי מאחריות לנזק גוף או פעולה זדונית (לא רשלנית) בטל.

ע"א 285/73 **לגיל טרמפולין נ' נחמיאס**

שני קופצים נפגעו העת שימוש במתקן קפיצה (טרמפולינות). הופיעה תניית פטור על גב כרטיס הכניסה, והיה שלט שהוצב בתוך איזור הקפיצות. לגיל טרמפולין השתמשו בתנייה זו כדי להתנער מאחריות על הנזק.  
**השופט ברנדון:** כרטיס הכניסה אינו מסוג המסמכים שאדם סביר יצפה למצא בו תניית פטור או כל הסדר משפטי. האמור בשלט מתגלה אחרי כריתת החוזה (בקניית הכרטיס) וכן אינו חלק מתנאי ההתקשרות.  
**השופט ויתקון:** הייתה רשלנות של המקום, המתקן היה מסוכן, היידוע והניסוח לא נעשו כיאות. אם הידוע והניסוח היו נעשים היאות השופט ויתקון לא בהכרח היה פוסל את תניות הפטור. הוא אומר שיש להתערב בתניות פטור כאשר מדובר בשירות חיוני, ואם לא מדובר בשירות חיוני אין חובה להתערב.  
**השופט קיסטר:** מתייחס לחשיבות קדושת החיים. תניית הפטור נוגדת את הסדר הציבורי.

היום תניה כזו טיפול ללא שום ספק על פי האמור בס' 5(ב).

**שיעור 19**

ע"א 294/91 **חברה קדישא נ' קסטנבאום**

קסטנבאום, תושב חוץ, מבקש לקבור את אישתו בישראל ואחיו מייצג אותו במגעים עם חברה קדישא. הוא חותם על טופס סטנדרטי ובו סעיף שמחייב כיתוב בעברית בלבד ללא ציור או תמונה. קסטנבאום מבקש לכלול כיתוב בלועזית ותאריך הכולל ספרות מתוך התחשבות בהעדפות משפחה.  
השאלה המשפטית: האם ההסדר הקובע כיתוב בעברית בלבד מהווה תנאי מקפח בחוזה אחיד?  
**הנשיא שמגר (דעת הרוב):** חברה קדישא היא גוף דו-מהותי: גוף שפועל במישור הציבורי ובמישור הפרטי. בית קברות הוא מקום להנצחה עבור משפחות הנפטרים ולכן יש משמעות לכיתוב שעל המצבות ויש לכבד את רצונם. מדובר בשירות חיוני ואין חלופות הולמות/סבירות. יש התנגשות בין פלורליזם וסובלנות לבין ערך האחידות. בחברה שלנו כבוד האדם וחירותו לקבור מתיו לפי ראות עיניו גוברים על האחידות, ועליה לסגת מפניהם. מכאן שתניית כיתוב בעברית בלבד היא תניה מקפחת לפי ס' 3 לחוק החוזים האחידים וכמו כן היא נוגדת את תקנת הציבור. מבחן הקיפוח הוא מבחן ההוגנות והסבירות.   
יש לפחות 4 חברות קדישא שמאפשרות כיתוב לועזי, אז למה אין חלופות?   
באזור הרלוונטי אין חברה שמאפשרת כיתוב לועזי, ובנוסף חשוב לקבור דווקא בירושלים כי יש חלקה שמיועדת לחבריה מהאוניברסיטה והיא אמורה להקבר שם.  
**השופט ברק:** גם אם חברה קדישא הייתה חברה פרטית לחלוטין ולא דו-מהותית, זה לא היה משנה את התוצאה. במקרה זה נדרש איזון בין טוהר השפה העברית לבין כבוד האדם, ואינטרס ההגנה על כבוד האדם גובר. יש לבחור בדרך הסובלנית/פלורליסטית. מי שאיבדו את יקירו/ה הינם במצב קשה ולא נין לצפות מהם לנהל מו"מ עם חברות רבות.  
**השופט אלון (דעת מיעוט):** תנאי הכיתוב בעברית הוא תנאי סביר והגון ואינו מקפח. הכיתוב בעברית הוא נכס תרבותי ולא ניתן לתאר את חיי המדינה ללא העברית. יש חלופות למשפחות נפטרים המאפשרות כיתוב לועזי. לגבי תקנת הציבור: חופש החוזים הוא חלק מתקנת הציבור ולכן חברה קדישה יכולה להשתמש בתנאי זה. דעת הרוב פוגעת בהסתמכות של ציבור עצום שכבר קבר את מתיו מתוך אמונה שהכיתוב יהיה בעברית בלבד. ערך הסובלנות שדורש את החלת המיעוט הוא הדדי ודורש גם התחשבות ברוב. מבחן הסבירות אינו מכוון לאנשים בעלי רגישות יתר כפי שסבורים שופטי הרוב.

במישור החוזי, שהוא התחום המשני במקרה זה, מראה הכרה של ביה"מ בהסדר שאינו ממוני כהסדר מקפח בחוזה אחיד. יש מחלוקת בין שופטי הרוב: בעיני הנשיא שמגר יש משמעות רבה לעניין היותה של חברה קדישא גוף דו מהותי כי הציפיות שלנו מגופים שמשמשים גם במשפט הציבורי מבחינת הנורמות והערכיות הן גבוהות יותר מאשר לגבי גופים פרטיים. השופט ברק אומר שזה לא משנה כלל, גם אם חברה קדישא הייתה גוף פרטי הניתוח לא היה משתנה וכמוהו גם התוצאה.

צריך לראות את המהלכים הרטורים. זה בולט בעיקר אצל שופטי הרוב. אצל השופט שמגר ההתנגשות היא בין פלורליזם וסובלנות לבין אחידות. בהגדרת הערכים המתנגשים נעשתה ההכרעה, כי ערך האחידות אינו מספיק חשוב בשביל לגבור על ערך כמו פלורליזם (אם יש בכלל ערך שהאחידות תעלה עליו). השופט ברק אומר שזה בין ערך טוהר השפה העברית לבין ערך כבוד האדם. גם במקרה זה ברור שכבוד האדם מתגבר על טוהר השפה העברית.  
המחלוקת היא בעצם בין ערך כבוד האדם של הנפטרת ושל משפחתה לבין ערך כבוד האדם של שאר האנשים שמתיהם כבר נקברו.  
יש גם התנגשות בין חופש הדת לבין הזכות לתרבות.  
נגלית כאן דילמה קשה: אין מוצא קל. אם זה נכון שסובלנות וכבוד האדם גובר, כבוד השופט אלון צודק במובן זה שערך הסובלנות הוא הדדי – כלומר זה ערך שמופיע בשתי כפות המאזניים. במצב כזה לא ברור שהרוב צריך לוותר למיעוט ולא ברור שהמיעוט צריך לוותר לרוב. זו הדילמה האמיתית: בין סובלנות של המיעוט כלפי הרוב לבין סובלנות של הרוב כלפי המיעוט.

הסוגיה המרכזית כאן היא: איך מסתדרים בחברה שבה לאנשים שונים יש העדפות שונות ובמקרים הקשים מנוגדות?  
לפעמים אין בררה וצריך להעדיף העדפה של קבוצה אחת, בין אם זו קבוצת הרוב או המיעוט, על פני ההעדפה המתחרה. לפעמים יש דרך ביניים (לא תמיד) שאינה דרך מושלמת אבל יכולה לשרת טוב יותר את ערכי הסובלנות והפלורליזם. במקרה הזה היו אלטרנטיבות לאנשים כמו קסטנבאום. הן לא היו מושלמות אלא כרוכות בעלויות ובאי נוחות (היו בתי קברות שאפשרו את הכיתוב שקסטנבאום ביקש). זו לא הייתה החלקה המועדפת או בית ההקברות המועדף, אבל כשלפרט בחברה יש העדפה שונה מהעדפת הכלל או הרוב, יש שני מהלכים אפשריים: לכפות על הרוב לקבל את העדפת אותו פרט או להגיד לפרט שלא יקבל את כל מה שמבקש אך כדי לכבד את הרוב יידרשו פשרות מסוימות.

כאשר אדם יודע מראש שההסדר המקובל בבית קברות מסוים אינו לרוחו, וזה לא בא באופן מפתיע כי אדם יודע שירצה לבצע רישום מסויים על המצבה שלא ניתן לבצע בבתי קברות מסוימים וכן ניתן לבצע בבתי קברות אחרים, ניתן להערך לסיטואציה הזו. זה היה איזון מוצלח יותר מאשר לחייב את הרוב לקבל את העדפת המיעוט בשם הסובלנו והפלורליזם (שנמצאת בשני הצדדים).

לדעת המרצה: כדעתו של השופט אלון. עם זאת – עד כמה זה מפריע שיש כיתוב בלועזית על המצבות? לרוב האנשים זה לא מפריע בפועל. קל לעמוד על קדושת עקרון מסוים, אך המציאות השפעת ההחלטה הייתה מאוד קטנה: אין בד"כ זעם על מצבות כאלה ואחרות. לא ברור עד כמה הפגיעה בציבור הרחב הייתה גדולה. לכן יש לראות את דעת השופט אלון באותה ראייה ביקורתית בה ראינו את השופטים שמגר וברק.

# שיעור 19: חוזים על תנאי- ס' 27-29

ס' 27 – חוזה על תנאי  
1- חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (תנאי מתלה).  
2- חוזה יכול שיחדל בהתקיים תנאי (תנאי מפסיק).

חוזה על תנאי הוא חוזה גמור ומושלם שהסדרי הביצוע שלו מותלים באופן כלשהו. במצב של חוזה על תנאי יש חוזה גמור, שהביצוע שלו טרם מתחיל כי מחכים להתקיימות תנאי מסוים. ישנן דוגמאות רבות לכך: למשל קבלת רישיון כתנאי בחוזה בנייה, חוזה עבודה המותלה ברכישת דירה מסוימת באזור הרלוונטי, חוזה שכירות התלוי בקבלה ללימודים באוניברסיטה מסוימת, עסקה התלויה בשער החליפין בןי השקל לבין $ (אם אני צריכה לשלם בשקלים והכסף שלי בדולרים). ייתכנו תנאים בחוזה שהם תנייה חוזית רגילה (ולא חוזה על תנאי). הדוגמא הבסיסית: בהרבה עסקאות רכש מקרקעין רוב הרוכשים בישראל זקוקים למשכנתא. תנאי השגת המשכנתא אינה הופכת את החוזה לחוזה על תנאי אלא זה תנאי שהקונה לוקח על עצמו ואי קבלת המשכנתא תהיה הפרה. אפשר לנסח את קבלת ההלוואה כתנאי שבו מותלה כל החוזה, אך מן הסתם הצד השני לא ישמח בתנאי כזה ויעדיף לא לכרות את החוזה כלל בגלל אי הודאות או להסכים לכרות את החוזה אך במחיר גבוה יותר.

חוזה על תנאי מפסיק הוא חוזה לכל דבר ועניין שהסדרי הביצוע בו מתחילים, אך הוא תלוי בתנאי מסוים או אירוע מסוים שבהתקיימו החוזה חדל מלהיות.

אפשר לנסח כל תנאי כתנאי מתלה או כנתאי מפסיק: כל אירוע יכול להיות מחדיל או משכלל. זה משמעותי מאוד!

אם התנאי הוא מתלה, לא קורה שום דבר כל עוד התנאי לא התקיים. אם התנאי מפסיק אז החוזה מתבצע ומפסיק להתבצע. ההשלכות הן תהומיות. אם התחלנו לבצע חוזה והאירוע המפקיע קרה, קרו דברים בפועל, ואם החוזה בשלב זה חדל מלהתקיים יש השבה, בניגוד לתנאי מתלה שאין בו תוצאות בשטח וניתן לבטל את החוזה וללא השבה של צד אחד לשני.

כשהתנאי הוא תנאי מסוג רישיון – ללא רישיון אסור לבנות ולכן זה יכול להיות תנאי מפסיק או תנאי מתלה. אם התנאי אינו כרוך בפסלו או אי חוקיות זה משמעותי אם זה תנאי מתלה או מפסיק כי החוזה יכול להתבצע. אך אי קבלת רישיון פוסלת את כל העסקה, וזה לא משנה אם זה היה מתלה או מפסיק (כי בנייה ללא רישיון פוסלת הכל בכל מקרה).

464/81 **מפעלי ברוך שמיר נ' ברוריה הוך**

עסקת קומבינציה בין בעלת הקרקע להין חברת בנייה. החברה הייתה אמורה להגיש הצעת קבלת היתר בניה. ההצעה נדחית. לפני ההגשה השנייה הקרקע האמורה נכנסת לתקופת הקפאה תכנונית לצורך תכנון מקיף. ההקפאה נמשכת מעל 7 שנים. נאשר ההקפאה נפסקת המשיבה מבקשת לבטל את החוזה בעילת הפרה יסודית. החברה הקבלנית מערערת וטוענת להיעדר הפרה. שנתיים לפני, המשיבה שולחת הודעת ביטול – מכתב.   
**השופט בך:** יש להפוך את פסק דינו של ביה"מ המחוזי. לפנינו חוזה על תנאי מתלה – קבלת היתרי הבנייה. לא נקצבה תקופה לקיום התנאי ולכן יש לעשות שימוש בזמן הסביר. העיכובים נמשכו כ-8 שנים, וזה לא נופל במסגרת הזמן הסביר שראו הצדדים לנגד עיניהם בעת החתימה על החוזה. בהתרחש נסיבות מיוחדות, יש להניח שהצדדים היו מחליטים בהסכמה להאריך את משך הזמן הסביר. נסיבות כאלה התקיימו בעניין זה ולכן החוזה תקף.  
**השופט ברק:** לפנינו תנאי מפסיק: אי השגת ההיתר הוא התנאי המפסיק. אי השגת ההיתר תוך זן סביר יוביל להפסק החוזה. לכאורה ככל שהתארך הזמן כל אחד מהצדדים היה יכול להפקיע את החוזה, אך הם לא עשו זאת.  
הבעייה בגישתו של ברק היא שהוך שלחה הודעת ביטול שנתיים לפני פסק הדין. איך הוא מתמודד עם זה?  
כל צד היה יכול לבטל במשך הזמן בו לא ניתן היתר, אך אף צד לא ביטל. הצד המבקש להודיע על החדלת החוזה חייב ליידע את הצד השני על כוונתו זמן סביר מראש. בהתחשב בפרקטיקה שבין הצדדים ששניהם חיים עם החוזה הזה, אם צד רוצה להחדיל את החוזה בהתקיימות התנאי המפסיק – **אי** קבלת הרישיון, אז חובת תו"ל מחייבת את הצד המבטל להודיע על הכוונה לבטל זמן סביר מראש.  
**השופט בייסקי (דעת מיעוט):** זו תניה חוזית רגילה. החברה המערערת קיבלה על עצמה את החובה להשיג את ההיתרים הנחוצים. היה עליה לעשות זאת טרם ההקפאה. משלא עשתה זאת הפרה את החוזה.

לדעת המרצה: יש קשיים בדעתו של השופט בך ובדעתו של השופט ברק.  
אצל השופט בך: הקושי המרכזי הוא בפירוש המושג "זמן סביר". באופן עקרוני מדד הזמן הסביר אמור להקבע בעת כריתת החוזה. הוא אומר שלפי המצב בכריתת החוזה עיכוב של 8 שנים אינו זמן סביר. אבל אם הצדדים היו צופים התרחשויות מסוימות זה היה משנה את חישוב הזמן הסביר. זה מהלך מוזר, כי הזמן הסביר נקבע על ידי ביה"מ בכל מקרה. השופט בך לא אומר שזמן סביר יכול להיות כל דבר, אך הוא אומר שאם הצדדים היו רואים לנגד עיניהם התרחשויות מסוימות החישוב היה משתנה. אז למה להגיד את זה? הבעייה השנייה היא שלפחות המשיבה הודיעה על כך שהיא לא רוצה את ההארכות הללו- היא לא מסכימה. אז איך אפשר להגיד שהצדדים היו מוכנים להארכה?   
אצל השופט ברק: הוא מסביר שהתנאי אינו מתלה אלא מפסיק. אם כך- איך יכול להיות שהצדדים לא ידעו שעשו את החוזה כך? איך הם היו להתנהל לפי המתווה שהם לא ידעו שהם בתוכו?  
הוא התגבר על כך באופן שלא תואם את המציאות ומשתמש בעקרון תו"ל כנגד המכתב של גברת הוך – היא לא שלחה מכתב שמודיע על כוונתה לבטל – היא לא עשתה זאת כי לא ידעה שהיא פועלת תחת תנאי מפסיק.   
קשה להאמין שגב' הוך לא התלוננה כלל על המצב ושהמכתב הגיע כרעם ביום בהיר והביטול לא היה צפוי כלל.  
השופט בייסקי: יש כאן התחייבות חוזית רגילה שצד נטל על עצמו ולא עמד בהתחייבות הזו. בכאן שאותו צד הפר את החוזה.

לדעת המרצה: יש קושי בדברי השופטים בך וברק. עולה קושי בפרשנותו של השופט בך למושג "זמן סביר". באופן עקרוני מדד הזמן הסביר נקבע בעת כריתת החוזה. השופט בך אומר שבזמן כריתת החוזה עיכוב של 7 שנים לא היה זמן סביר. מצד שני הוא אומר שאם היה ניתן לצפות התרחשויות מסוימות זה היה משנה את הזמן הסביר. זהו מהלך מוזר כי: (1) הזמן הסביר יכול להיות כל דבר, ולכן בך מכניס את השיקול של מה ראוי, (2) המשיבה אמרה שלא מסכימה והיא מקבלת סעד.  
השופט ברק אומר שהצדדים ביצעו חוזה על בסיס תנאי מפסיק. איך יכול להיות שזה מה שהצדדים עשו בלי לדעת זאת? ואיך היו יכולים להתנהל על פי המתווה הזה אם לא ידעו? הגברת הוך שלחה הודעת ביטול, כלומר לא ידעה שהיא עובדת תחת תנאי מפסיק. השופט ברק עוקף את הבעיה הזו באמצעות עקרון תו"ל.   
הם היו במגעים לאורך השנים, היא התלוננה מול המערערים.   
השופט בייסקי רואה בהתחייבות הזו התחייבות חוזית רגילה. אם צד לא עמד בהתחייבות, הוא הפר את החוזה.  
יש הבדל גדול ומהותי בין הפרשנות של השופט בייסקי לבין פרשנות השופטים האחרים. אם מדובר בהתחייבות חוזית רגילה אז יש סיכון שאחד הצדדים לחוזה, זה שלקח על עצמו את ההתחייבות, נושא בו לבדו. המתחייב להשיג מימון לעסקה נוטל על עצמו את הסיכון הרלוונטי. אם מדובר בחוזה על תנאי חלוקת הסיכונים היא שונה, כי גם הצד שכנגד חולק בסיכון הרלוונטי. בעיני שניים מהשופטים זה חוזה על תנאי, ולכן שני הצדדים מסתכנים. השופט בייסקי סבר שמדובר בהתחייבות חוזית רגילה ולכן כשלא קוימה זו הייתה הפרה. יש כאן רובד פרשני. ברור שניתן להגיד שתנאי מסוים הוא תנאי מתלה או שאי התקיימות אירוע (או התקיימות אירוע אחר) יהוו תנאי מפסיק. אם יש הסכמה של הצדדים אז זה פותר את הבעייה. כשהחוזה עמום או שותק השופטים צריכים לפרש.

האופציות הפרשניות

בהעדר קביעה מפורשת בנוגע למהות ההסדר שלפנינו, אנו ניצבים בפני אתגר פרשני. ייתכנו האופציות הבאות:  
1- הצדדים מסכימים שההתרחשות הרלוונטית (כמו קבלת היתר) היא **תנאי מתלה**.  
2- הצדדים מסכימים שההתרחשות הרלוונטית (כמו אי קבלת היתר) היא **תנאי מפסיק**.  
3- הצדדים מסכימים לבצע את החוזה ללא קשר לקבלת ההיתר בין אם ינתן ובין אם לאו – **חוזה פסול** (סולימאני נ' כץ).  
4- אחד הצדדים או שניהם כלל אינם מודעים לצורך ברשיון (**טעות רגילה או משותפת**).  
5- אחד הצדדים נוטל את ההתחייבות להשיג את הרישיון על עצמו (**התחייבות חוזית רגילה**).

איך בוחרים מבין האפשרויות הפרשניות?  
המצפן הפרשני במשפט הישראלי הוא כוונת הצדדים. הבעייה היא שבמצבים כאלה קשה מאוד לדעת מהו התנאי המפסיק. צדדים לא מכירים את ההבחנה הזו, והם לא יודעים מה ההגדרה של מה ששאפו לעשות. יש סיוע מסוים שניתן למצא בדין: ס' 27ב.

27ב – בררת מחדל פרשנית  
חוזה הטעון הסכמת אדם שלישי או רשיון חזקה שקבלת ההסכמה או הרישיון הינה תנאי מתלה.

זו חזקה פרשנית שניתנת לסתירה – כיצד?   
1- אם נוכיח שהצדדים הספציפיים ביקשו לאמץ לעצמם הסדר אחר.  
2- לפעמים פעולותיהם של הצדדים לאחר הכריתה יכולים להביאנו לחרוג מן החזקה הפרשנית. למשל אם הצדדים החלו בביצוע החוזה, הדבר מעיד שלא מדובר בתנאי מתלה אלא בתנאי מפסיק או התחייבות חוזית רגילה.

ע"א 1581/98 **חברת נתיבי איילון נ' בשורה**

חברת נתיבי איילון מפרסמת מכרז למכירת מגרש בתל אביב. הבעלות על המגרש הייתה בידי עיריית תל אביב. בעת פרסום המכרז הבעלות לא הייתה רשומה על שם חברת נתיבי איילון ובכל זאת הם פרסמו את המכרז והחוזה נכרת עם בשורה. נכתב בו שנתיבי איילון מתחייבת להעביר את הבעלות במגרש על שמה ולנקוט בכל הצעדים הדרושים לכך. על פי ס' 198(א) לפקודת העיריות יש צורך באישור שר הפנים על מנת להעביר את הבעלות (הוא צריך לאשר מכירת מקרקעין על ידי העירייה) אך הוא לא נתן את האישור הזה.  
**השאלה המשפטית:** מה מהות ההסדר? האם מדובר בחוזה על תנאי מתלה? או תנאי מפסיק?

**השופט טירקל (מיעוט):** ישנן 3 אפשרויות:  
1- מדובר בהתחייבות חוזית רגילה שנתיבי איילון לקחה על עצמה.  
2- זהו תנאי מתלה.  
3- מדובר בטעות יסודית (שני הצדדים לא ידעו על בעיית הרישום).  
השופט טירקל קובע שמדובר באפשרות הראשונה. הוא מזהה את הנוסח "נתיבי איילון תטפל על חשבונה ברישום הזכויות על הנכס על שמה, על כל הכרוך בכך" כך: לא מדובר בתנאי לקיום החוזה, אלא חוזה שמצריך רישיון שנתיבי איילון לקחו את הסיכון על עצמם להשיג. זהו אינו תנאי מתלה אלא התחייבות להשיג רישיון – התחייבות וסיכון שאיילון לקחה על עצמה.  
אפשרי להגיע לאותה תוצאה באמצעות עילת הטעות.

**השופט ברק והשופטת דורנר (רוב):** מצטרפים לפסיקה כי מדובר בהתחייבות חוזית והפרה שלה, אך לא נכנסים לעניין הטעות.

השופט טירקל מתווה את המתווה שקושר בין התנאים לטעות בהם הצדדים לא מודעים להתרחשות מסוימת או לצורך ההכרחי בתנאי מסוים בתום לב.  
בסופו של דבר ההתחייבות היא חוזית רגילה ולא תנאי מתלה. הפרת ההתחייבות משמעותה ככל הפרת התחייבות חוזית אחרת: זכאות לסעדים.

## ס' 28 – סיכול תנאי

1. אם לפנינו חוזה על תנאי מתלה וצד מסוים סיכל את התקיימות התנאי, לא יוכל אותו צד להסתמך על אי-קיומו.
2. אם לפנינו חוזה על תנאי מפסיק וצד מסוים הביא להתרחשות האירוע המפקיע, לא יוכל אותו צד להסתמך על קיום אירוע המפקיע.  
   לפעמים צדדים יכולים לגרום לקיומו של תנאי מפסיק או לאי קיומו של תנאי מתלה כדי להביא את החוזה לכלייה. לדוג' לתנאי מתלה: אם אדם הוא צד לחוזה אך לא מעוניין בו, ומכיר גורמים רמי דרג שהם בעלי השפעה בעניין ההיתרים והאישורים, ומשכנע לא לתת את ההיתרים הנצרכים. כך אותו אדם יוכל להתנער מההתחייבות החוזית. דבר דומה גם בתנאי מפסיק (דוג'): אדם משכנע את קרוב משפחתו לחזור לישראל למרות שלא רצה, כדי להעביר את הנכס שלו שמושכר למישהו אחר לאותו קרוב משפחה ובכך להפסיק את ההתקשרות מול השוכרים. ס' 28ב מונע מצבים כאלה ואומר שהם מנוגדים לחובת תו"ל. שני הצדדים אמורים לרצות שהחוזה לא יחדל והצדדים אמורים להתנהל ברוח זו ולא לנקוט בפעולות שחותרות תחת קיום החוזה.  
   ע"א 53/80 **קיבוץ שניר נ' שרייטר**  
   חוזה בין הקיבוץ לבין קבלן עבודות עפר על ביצוע עבודות אלו בקיבוץ. שרייטר היה אמור לנקוט נקיק נחל בקיבוץ ולשם ביצוע העבודות נדרשו היתרים. אלא שהקיבוץ לא שיתף איתו פעולה. נקבע שהקיבוץ, בפעולותיו ובעיקר במחדליו סיכל את קבלת ההיתר ולכן אינו יכול להסתמך על אי קבלת ההיתר כדי להביא את ההתקשרות לכלל סיום – זה היה חוזה על תנאי מתלה.
3. מצב ייחודי:  
   רישא: הוראות ס' 28 לא יחולו אם מדובר בתנאי שתלוי באחד הצדדים לחוזה- "אותו צד בין חורין לעשותו או לא לעשותו". מצב מיוחד שבו התנאי המיוחד תלוי בצד אחד. למשל: חוזה שכירות הכולל בתוכו תנאי שאם הדירה תמכר הדבר יפקיע את השכירות. זו דוגמא לתנאי מפסיק. תנאי זה נועד לשמר את האופציה לצד מסוים לפעול כראות עיניו.  
   סיפא: הוראות ד' 28 לא יחולו אם צד מנע קיום תנאי מתלה או גרם לקיום תנאי מפסיק שלא בזדון או ברשלנות. לדוג': התנאי המפקיע הוא ביקור של ידוען בנכס ואחד הצדדים מביא אותו לביקור בנכס מבלי לדעת מי האיש ומה זהותו. במצב כזה אין פעולה בחוסר תום לב, וזה לא ייזקף לחובת הצד שקיים את התנאי.  
   אנשים יכולים לגרום למצב שיביא לסיום חוזה על ידי אי קיום תנאי מתלה או קיום תנאי מפסיק. למשל לשכנע גורמים רמי דרג לא לאשר היתר (תנאי מתלה שנמנע מקיום), או אם יש תנאי מפסיק בשכירות דירה של קרוב משפחה חוזר לארץ, ואני משכנעת אותו לחזור כדי להוציא מהדירה את השוכרים (גרימת תנאי מפסיק). ס' 28 מונע ממקרים כאלו לבנות את מונע התנאי המתלה או גורם התנאי המפסיק. פעולות אלו גם עולות עם חוסר תו"ל, והסעיף מציין זאת במפורש. שני הצדדים אמורים לנקוט בפעולות שיוציאו את החוזה לפועל ולא לנקוט בפעולות שמכשילות את המיזם.

## ס' 29 – בטלות החוזה או ההתנאה

תנאי, בין אם מתלה ובין אם מפסיק, פוקע בתום התקופה שקצבו לו הצדדים. אם יש קביעת תקופה מפורשת בחוזה היא תכובד, ובאין תקופה כזו פוקע התנאי תוך זמן סביר.  
בפס"ד **נתיבי איילון** נקבע שתקופה של שנתיים שבמהלכה לא הושג הרישיון מהווה זמן סביר, בעוד שבפס"ד **שמיר נ' הוך** נקבע על ידי שניים משופטי ההרכב שגם בחלוף כ-8 שנים לא תם הזמן הסביר.

ההבדל הברור בין קיום תנאי מפסיק לבין אי קיום תנאי מתלה הוא שכאשר לא מתקיים התנאי המתלה החוזה בטל, ואילו כשמתקיים התנאי המפסיק החוזה מתקיים והתנאי בטל.

# שיעור 19: חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים

חיוב עצמאי

חיוב חוזי העומד בפני עצמו וחובה לקיימו ללא קשר להפרות שמבצע הצד שכנגד.   
לדוג': בהעדר התנאה נוגדת, חובת השוכר/ת לשלם שכר דירה – חיוב עצמאי – זאת גם אם בעל/ת הדירה מפרה חלק שלה בחוזה כמו אי-טיפול בבעיות בדירה. אי אפשר להפסיק לשלם בטענה שבעלת הדירה לא מקיימת את ההתחייוביות שלה, וזה לא אומר שלא ניתן לתבוע או לדרוש סעדים – אך לא ניתן להפסיק לשלם.

חיוב מותנה

חיוב מותנה יש לקיים אך ורק לאחר שהצד שכנגד מקיים חיוב משלו שהוא תנאי לקיום החיוב המותנה. (ס' 43א לחוק)  
לדוג': חוזה בין בעל/ת בית לבין צבע/ית לפיו על האחרון לצבוע את הבית לאחר שבעל/ת הבית תספק את החומרים הדרושים.   
המשמעות היא שהחיוב לא נכנס לפאן אופרטיבי עד שהצד שכנגד מבצע חיוב אחר כלשהו שמתפעל את החיוב המותנה.   
דוג' נוספת: רישום הערת אזהרה (בהתחייבות של קבלן/ית) רק אחרי שהרוכש/ת שילם/ה סכום מסוים. ההבנייה החוזית היא שקודם כל צריך להתבצע מעשה שהצד השני התחייב לבצע, ורק אז תתחיל הפעילות המותנת.  
היתרון הוא שלא סופגים עלויות עד שבטוחים שהצד השני קיים את ההתחייבות הקודמת.

### חיובים שלובים

חיובים שקיימת ביניהם תלות הדדית, שבאופן עקרוני יש לבצע אותם בו בזמן.  
לדוג': ס' 23 לחוק המכר קובע שבהעדר הוראה חוזית אחרת חיובו של המוכר למסור את הממכר וחיובו של הקונה לשלם הם חיובים שלובים. כלומר אם לא נקבע אחרת בחוזה, המוכר צריך למסור את אותו המוצר שנקנה במעמד תשלום הכסף. ניתן לחרוג מכך אם בחוזה נקבע אחרת.   
ההגיון הוא שהקונה לא רוצה להפרד מהכסף והמוכר לא רוצה להפרד מהסחורה, ולכן יש בו זמניות בין החיובים.

חשוב להבין אילו חיובים מתעצבים ולהזהר מחיובים עצמאיים.

ע"א 765/82 **אלתר נ' אלעני**

חוזה לפיו אמורים המערערים לרכוש חנות בבניין שיקים המשיב. המחיר הכולל שנקבע היה 95,000 ל' שיועבר ב-4 תשלומים: 1- במעמד החתימה, 2- בתאריך מוסכם, 3- בזמן שהקונה ימכור את החנות שהייתה בבעלותו, 4- בזמן מסירת החזקה.  
בפועל, בשל עיכובים, לא נבנה דבר ובינתיים מהצד של הקונה – הוא מכר את החנות והדבר מגיע לידיעת הקבלן. זהו מצב אבסורדי בו לא נבנה כמעט כלום אך החנות נמכרה. הקבלן טוען שאי העברת כסף היא הפרה ולכן מצמיחה לו סעדים. הקונה אומר שהקבלן הפר: בסופו של דבר לא נבנה כלום.  
**השופט שמגר:** החיוב לשלם כסף על מכירת חנותו של הקונה היא חיוב עצמאי – אי קיומו מהווה הפרה של החוזה. הוא אומר שאין לטענת הקונה לפיה הוא עדיין רוצה שהעסקה תתקיים שום ביסוס. אם הוסכם שזה חיוב עצמאי, זה לא משנה אם נבנה או לא נבנה, בכל מקרה היה עליו לשלם. כשלא שילמו הקונים הפרו את החוזה הפרה יסודית.

ע"א 594/75 **ג'רבי נ' הייבלום**

ג'רבי קונה מגב' הייבלום פרדס, וחותמים על חוזה מכר. המחיר הוא 150,000 ל' ב-4 תשלומים. התשלום האחרון בסך 50,000 ל' ישולם במעמד העברת הבעלות. הקונה מתמהמה. המוכרת מוכנה להעביר בעלות וג'רבי מוכן לשלם רק חצי מהסכום. המוכרת מבטלת את החוזה בגין הפרה.   
**השופט שמגר:** מדובר בחיובים שלובים. תשלום 50,000 ל' והעברת הבעלות הם חיובים שלובים, כלומר צריכים להתקיים ביחד. הבעת נכונות לקיים עומדת בדרישות החוק: המוכרת, הייבלום הייתה מוכנה לקיים, בעוד ג'רבי לא הביע נכונות לקיים. הוא התמהמה והציע הסדרים שונים, אך לא הביע נכונות לעמוד במחויבות שלו. במצב כזה הקונה הפר את החוזה. לפי הדין, במצב של חיובים שלובים יש חובה לבצע בו זמנית או להביע נכונות אמיתי לבצע.

**שיעור 20**

# שיעור 20: סיכול- ס' 18 לחוק התרופות

שחרור מחוזה בשל שינוי נסיבות קיצוני. לא כל שינוי נסיבות קיצוני משחרר מחוזה, למשל במקרה של טעות בכדאיות העסקה. שינוי הנסיבות בו מדובר בס' 18 הוא: שינוי נסיבות המקיים את התנאים הבאים-  
1- לא ניתן היה לדעת בפועל או בכוח על השינוי (אי ידיעה).  
2- לא ניתן היה לצפות או לראות מראש בפועל או בכוח את השינוי המדובר (אי ציפייה).  
3- אין אפשרות מניעה – לא ניתן היה למנוע את השינוי (הנסיבות המסכלות).  
4- בשל השינוי קיום החוזה הופך להיות שונה באופן יסודי או בלתי אפשרי.  
אלו יסודות מצטברים.

זה מביא לשחרור צד מהחיובים החוזיים שלו, והסעיף קובע שביה"מ יכול לפסוק השבה.

מדובר בדוקטרינה שתחולתה מצומצמת, ולא כל דבר יעלה כדי סיכול. צריך שינוי נסיבות קיצוני כל כך שלא ניתן היה לדעת עליו, לצפות אותו או למנוע אותו והוא הופך את החוזה לשונה לגמרי ממה שצפו הצדדים במקור.

מלומדים רבים מקשרים את נושא הסיכול למבחן הסיכון: דרך אפשרית לחשוב על סיכול היא שהוא מצב בו מתממש סיכון שהצד המבקש שחרור לא נטל על עצמו או על עצמה.

ברמת ההמשגה יש סתירה פנימית: אני לא צריכה הלכת שחרור אם זה סיכון שלא נטלתי על עצמי. אם לא לקחתי על עצמי את הסיכון אז פרשנות בלבד צריכה לחלץ אותי. אם זה סיכון שלא לקחתי על עצמי אני לא צריכה לבטל. סיכון שלא לקחתי על עצמי ומתקיים, אני לא צריכה לקיים את החוזה. אז למה צריך את הגדרת הסיכול???

אם אני מפרשת את החוזה כך שחיוב מסוים בנסיבות שהתקיימו אינו באחריות הצד הרלוונטי, אני לא צריכה לשחרר אותו. רק אם הפרשנות נופלת באותו צד שמבקש להשתחרר אז יש ממה לשחרר.

הסיכול הוגדר כמגן ולא חרב, כלומר: סיכול נתפס כטענת הגנה. טענת הגנה מחייבת שתהיה טענה להפרה של החוזה. רק אחריה יכולה לבוא הגנה בדמות סיכול. במקרה זה יש כמה דרכים להגיב לתביעת הפרה:  
1- לא הפרתי – לא הייתי אמורה לעשות את המעשה שמיוחס לי או להמנע מהמעשה שעשייתו מיוחסת לי (הפרה במעשה או במחדל).  
אם יש הפרה עוברים להגנה הבאה.  
2- סיכול – לצורך הכרעה בשאלה אם הייתה הפרה נדרשת פרשנות של החוזה. אם לפי הפרשנות יש הפרה נשתמש בטענת ההגנה של סיכול. (אם לא הפר למה צריך הגנה?)

נראה איך פורשה דוקטרינת הסיכול בפסיקה, במיוחד בעניין א ו-ב אך גם ב-ג.

ע"א 715/78 **כץ נ' נצחוני**

כץ הוא קבלן משנה שהתקשר עם הקבלנים הראשיים חצרוני על עבודות באתר בנייה. התמורה שהוסכם עליה היה 285,000 ל', והוסכם בחוזה שהמחיר סופי ולא יוגדל- "סופי וללא כל תוספת". העבודה מופסקת בגלל פרוף מלחמת יום כיפור וכץ מגויס. כשהוא חוזר הוא מבין שהסכום החוזי לא מספיק לצורך השלמת העבודה, כלומר החוזה הפך להיות חוזה הפסד. כץ מנסה לשנות את המחיר, ולא מצליח. נצחוני הולכים לביה"מ ותובעים על הפרה. כץ טוען שלא הייתה הפרה יסודית ולעניין סיכול בגלל פרוץ המלחמה. כץ מפסיד ומערער לעליון.  
השאלה: האם היה סיכול?  
**השופט כהן:** ניתן להניח שפרוץ המלחמה לא הייתה צפויה, אך עליית המחירים בעקבות המלחמה הייתה צפויה. הראיה: הס' העוסק במחיר וקובע את סופיותו. כלומר לא היה משהו לא צפוי. על דרך הפרשנות – זה סיכון שכץ נטל על עצמו. הוא הסכים לתניה זו בחוזה לפיה המחיר לא יכול לעלות – זה סיכון שכץ נטל על עצמו. **השופטת בן-פורת:** לא היה סיכול. היא מעירה 2 הערות: אין כאן התרחשות בלתי צפויה, ועשו חסד עם כץ כשחייבו רק בהשבת 31,000 ל' (אם אין סיכול אפשר לחזור להפרה, ובגין הפרה ניתן לתבוע הרבה יותר מאשר רק השבה, ניתן לתבוע פיצויים). **השופט לנדוי:** מותיר 2 שאלות בצריך עיון: 1- מלחמה צפויה מראש בישראל כל עוד לא שורר שלום, ולכן אין סיכול. 2- היה על כץ לבצע את התחייבויותיו גם ללא התנאי וזה נובע מכך שאין סיכול – גם ללא תניה כזו (שסוגרת את החוזה) קשה מאוד להשתחרר.

לנדאו ספג ביקורת רבה על פ"ד זה. אך בפועל, אנחנו חיים במדינה בה יכולה לפרוץ מלחמה מחר.

יש בעייה עם הסיכול: מופתעים רק פעם אחת. אחרי שזה קורה לא נופתע מזה. בקונספציה לפיה צריך לצפות את האירוע עצמו, ניתן לצפות כמעט כל דבר.

יש גם אפשרות נוספת: מה שצריך לצפות זה לא את האירוע עצמו אלא את ההשפעה של האירוע על החוזה. נכון יותר לכוון את הסיכול לעניין ההשפעה של האירוע על החוזה.

ע"א 6328/97 **רגב נ' משרד הביטחון**

רגב פעלו תחת השם המסחרי "רשת", וקנו על פי חוזה מסכות אב"ך במחיר 0.6 ד' (פג תוקפן). הם מכרו לחברה אמריקאית 50,000 מסכות ב-0.8 ד' למסכה.  
בשל מלחמת המפרץ הראשונה יש צורך במסכות אב"ך בישראל ולכן מחיר המסכות עולה ל-17.65 ד' למסכה. זו עלייה של למעלה מ-1500%.  
משרד הביטחון מבקש להשתחרר מהחוזה, אך החוזה אל מספק אפשרות ביטול. החברה רשת לא מספקת לחברה האמריקאית את המסכות הנותרות. נגרם מפל של הפרות חוזיות: משרד הביטחון לא מספק, כך שזה גורר הפרה של רשת מול החברה האמריקאית. החברה האמריקאית תובעת את חברת במסכות כי הן שוות הרבה יותר עכשיו: מ-0.6 ד' ל17.65. הוא יכול למכור אותם בהרבה יותר. המדינה הייתה מוכנה לשלם את הפיצוי שרגב נדרש לשלם לחברה האמריקאית, אך משרד הביטחון מתגונן בתביעה בשתי טענות:  
1- סיכול: תספק השבה. **במחוזי** נקבע שלא היה ניתן לצפות את מלחמת המפרץ, אך היה ניתן לצפות מלחמה שתשפיע על העסקה (שהיא על מסכות אב"ך).  
2- שחרור מנהלי: יספק פיצויים חלקיים או מופחתים.  
**השופט אנגלרד:** הגישה המסורתית נוקשה מדי, ומעולם לא אומצה, אלא הושארה בצריך עיון. דבר נוסף שהשתנה הוא עליית עקרון תו"ל על פי ס' 39 שקובע שעמידה דווקנית על זכות חוזית או זכות הנובעת מחוזה אינה עולה בקנה אחד עם עקרון תו"ל. יש קרבה רעיונית בין עקרון תו"ל לבין דיני הסיכול. המוקד הוא עליית המחיר התלולה של 1500%, שמבחינתו שינתה את החוזה מהותית. משרד הביטחון יכול לספק (המדינה יכולה לאפשר זאת).  
השינוי הראשון הוא ברמת המסר. זה אוביטר כי משרד הביטחון זנח את טענת הסיכול. הוא אומר ששוקלים מחדש את הגישה הנוקשה מתוך רצון לרכך, ומכניס את עקרון תו"ל. יש מעכשיו קשר רעיוני בין עקרון תו"ל לבין הלכת סיכול.  
מה שמעניין זה לא עצם קיום המלחמה, אלא ההפשעות על החוזה. לא היה ניתן לצפות עלייה של 1500%!  
הלכת ההשתחררות המנהלית: מאפשרת למדינה או לרשות ציבורית להשתחרר מחוזה גם ללא שינוי קיצוני דגו' סיכול אם יש צורכי ציבור חיוניים.  
(כשמדובר בחוזי רשות – חוזי מדינה, זה לא כמו מתקשר רגיל כי הכסף שלה אינו שלה אלא של האזרחים כולם. הלכת ההשתחררות המנהלית מאפשרת לרשות ציבורית להשתחרר מחוזה גם ללא שינוי קיצוני דוגמת סיכול אם יש צרכים חיוניים.)

ת"א (י-ם) 3531/01 **בן אבו נ' מדינת ישראל**

היה חוזה בנייה ופיתוח בין הצדדים של שכונת אגן איילות בישוב גבעת זאב. בן אבו היו צריכים להשקיע 10,000,000 ש"ח ומדינת ישראל בפיתוח. פורצת אינתיפאדת אל אקצה (השנייה) ונמכרת רק דירה אחת (כשהציפייה הייתה בין 2 ל-6 דירות לחודש לכל הפחות).   
בן אבו מבקשת לבטל את החוזים שנחתמו. היא טוענת שהמדינה לא עמדה בהתחייבויות שלה. היא טוענת להפרה או לחתו"ל ולסיכול. הם לא טענו לסיכול כטענה ראשונה כי עד לפ"ד זה הסיכול היה טענת הגנה וזו תביעה, הסיבה השנייה היא שבישראל קשה להוכיח סיכול (על האינתיפאדה ניתן להגיד שהיא צפויה).  
**השופט צבן:** המדינה לא הפרה את החוזה, ולכן עובר לטענת הסיכול. המוקד מוסט משאלת האפשרות לצפות בהתרחשות אל שינוי נסיבות קיצוני ותו"ל.  
שינוי הנסיבות הקיצוני נמדד על רקע ציפיות הצדדים הסבירות בעת כריתת החוזה (כלומר- הציפיות הסבירות הן הסיכונים שהם נטלו על עצמם). כאן ניתן לטעון שהיה שינוי נסיבות קיצוני. לא מתמקדים בשאלת ציפיות פרוץ האינתיפאדה אלא איך השפיעה האינתיפאדה על החוזה ועל ציפיות הצדדים. כל המיזם לא התפתח ולכן ניתן להגדיר זאת כשינוי נסיבות קיצוני.   
בסופו של דבר המחוזי מכיר בסיכול כחרב, כלומר כתביעה ולא רק כהגנה (עצם השימוש בסיכול הוא דבר נדיר).

את ציפיות הצדדים קשה בד"כ לאמוד. במקרה זה היה את השווי השוקי שהיה יכול להגדיר ציפיות סבירות, אך במקרים רבים קשה להגדיר אותו.  
כדי שביה"מ לא יחליט לבדו עבור הצדדים מה היה שינוי נסיבות קיצוני, יש מנגנון שמאפשר הגעה לתוצאה הרצויה – יצירת חוזה על תנאי. אפשר לעצב חוזים כחוזים על תנאי. רוצים ביצוע ולכן ייבחר תנאי מפסיק. בפ"ד בן אבו למשל, ניתן היה לקבוע שאם במשך 4 חודשים לא תמחר יותר מדירה אחת, זה מפקיע את החוזה. בפ"ד רגב היה ניתן להגדיר בחוזה שעלייה של 100% היא עלייה קיצונית שתפקיע את החוזה, וכך הייתה נפטרת הבעייה.

# שיעור 20-21: תום לב בקיום חיובים חוזיים- ס' 39

בקיום חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך המקובלת ובתו"ל, וכך גם לגבי שימוש בזכות הנובעת מחוזה.  
כל חיוב או קיום של זכות הנובעים מחוזה כפופים לחובת תו"ל. עקרון זה משמש בכמה רמות:  
1- עקרון תו"ל כמקור לפרשנות החוזה.  
2- עקרון תו"ל כמקור ליצירת חיובים חוזיים חדשים.  
3- עקרון תו"ל כמקור לשינוי האפיון או הסיווג של חיובים חוזיים (עצמאיים, שלובים ומותנים).

ע"א 391/80 **לסרסון נ' שיכון עובדים בע"מ**

נחתם חוזה בין שיכון עובדים (חברה קבלנית) לבין רוכשים, והרוכשים טענו לשורה ארוכה של הפרות. נעסוק בחובה לספק גנרטור. מקור חובה זו בחוק בניינים גבוהים שקובע שבניין מעל ל-8 קומות צריך גנרטור לתפעול מעלית (מהות ההסדר היא בטיחות הדיירים). לפי לשון ס' 3 לחוזה: שיכון עובדים התחייבה לספק רק תא לגנרטור. הדיירים מתקוממים נגד ס' זה. (השופטים מגיעים לאותה מסכמה מכיוונים שונים.)

**השופט בייסקי:** שיכון עובדים מחויייבת לספק גנרטור ולא רק תא. מקור החובה בעקרון תו"ל בס' 39 לחוק החוזים ובס' 6 לחוק המכר הכללי תשכ"ח. המקורות המשולבים יוצרים חיוב חוזי חדש (מכוח עקרון תו"ל). זהו שילוב בין עקרון תו"ל כפי שהוא מופיע בס' 39 לחוק החוזים ובס' 6 לחוק המכר, וזאת יחד עם חוק הבניינים הגבוהים המחייב גנרטור.

**השופטת בן-פורת:** עקרון תו"ל לא יכול ליצור חיוב חוזי חדש. השופטת בן-פורת עושה שימוש בפרשנות ומפנה לס' 25ב שקובע שפירוש שמקיים את החוזה עדיף על פרוש שמבטל אותו. היא מציעה שני דרכים לפירוש החוזה:  
1- פירוש שמחייב גנרטור (פירוש העומד בדרישת חוק בניינים גבוהים).  
2- פירוש שלא מחייב גנרטור (פירוש שיוביל לפסילת החוזה כי הוא מנוגד לחוק כי זה מעמיד בניין מאוכלס ללא גנרטור).  
היא אומרת שיש לבחור בפרשנות שמקיימת את החוזה וזו הפרשנות הראשונה לפיה שיכון עובדים מחוייבת לספק גנרטור.

**השופט אלון:** מניח את דוקטרינת **התנאי מכללא**: הלכה פרשנית שמקורה במשפט האנגלי ומהותה במבחן הטרדן המתערב. הטרדן המתערב הוא דמות פיקטיבית המופיעה במהלך מו"מ ושואלת את אותה שאלה: מה עם הגנרטור?   
אם אני אומרים לו כי ברור שיהיה גנרטור אז ברור שהתנאי הוא תנאי מכללא. ברור שגנרטור אמור להיות מסופק על ידי חברה מכובדת כמו חברת שיכון עובדים. לא הגיוני שחברה כזו תעבוד בניגוד להוראות החוק.   
אותו טרדן מתערב הוא מכשיר אידיאלי שאמור להוביל לתוצאה הנכונה.  
השופט אלון אומר שאין להסתמך על עקרון תו"ל כדי ליצור חיובים חוזיים חדשים והוא בוחר בדרך פרשנית.

פס"ד זה התנהל בתקופה בה לא הכירו בעקרון תו"ל כמקור ליצירת חוזים חדשים (תחילת שנות ה-80). השופט בייסקי כן עושה את זה אך השופטים האחרים חולקים עליו מבחינת האפשרות להשתמש בתו"ל ליצור חיוב חדש.

בג"צ 59/80 **שירותי תחבורה ציבורית ב"ש נ' ביה"ד הארצי לעבודה**

נקבע הסכם בין חברת אוטובוסים לבין מועצת פועלי ב"ש (שייצגה את העובדים בחברת האוטובוסים) לפיו מתן פרמיות לעובדים מותנה בהמנעות משיבושי עבודה. מדובר בחברה עם סכסוכי עבודה רבים והעובדים יכולים להסב לה נזק.   
לא ניתן להשתמש במקל ולשלול מעובדים את הזכות לשבות (לא חוקי). החברה מחליטה להשתמש בגזר ולתת עוד כסף כדי שלא ישבתו.   
אם העובדים מתכננים שיבושי עבודה, על פי החוזה עליהם להודיע למועצת פועלי ב"ש. העובדים מחליטים שוב לשבות כי פורץ שוב סכסוך. העובדים מחליטים להשבית את השירות ומודיעים למועצה על השביתה וזו מודיעה לחברת האוטובוסים חצי שעה לפני השביתה. בעקבות האירועים הללו החברה מודיעה על החלטתה לשלול את הפרמיות. העובדים אומרים שהם לא הפרו שום הסכם: הם הודיעו למי שהיו צריכים להודיע.   
בית הדין הארצי לענייני עבודה קבע שהעובדים לא הפרו את החוזה כי הם קיבלו את אישור המועצה ולכן מגיעות להם הפרמיות.  
**השאלה המשפטית:** האם ניתן ליצור חיובים משפטיים חדשים מכוח ס' 39 כאשר באופן קונקרטי מדברים על חובת היידוע?

**השופט ברק:** עקרון תו"ל משנה את התפיסה המסורתית של הצדדים כיריבים והופך אותם לשותפים למיזם משותף. מכוח עקרון תו"ל הם נעשים בעלי מטרה משותפת אותה הם שואפים להגשים.  
חובת תו"ל נושאת אופי אובייקטיבי וכך עליה להתפרש. השופט ברק מוסיף שלא ייתכן שמהות החובה תשתנה מחוזה לחוזה או ממערכת יחסים אחת לרעותה – זה צריך להיות אותו מדד מבחינת החיוב המוסרי. מהות החובה נקבעת על פי ערכי החברה הישראלית כאשר יש התאמות מסוימות שמתחשבות במערכת החוזית ובצדדים עצמם. זה לא מדד מדויק שחל על כולם, יש התאמות בשוליים, אך מדובר בערך מוסרי אובייקטיבי תוך התאמות קלות לצדדים ולמערכת היחסים ביניהם.  
מבחינת תחולת עקרון תו"ל, העקרון חל על כל סוגי הזכויות והחיובים – אלו הקבועים בחוזה, חוזיים שקבועים בדין, וגם אחרים שקבועים בדין (ס' 61ב מחיל את חובת תו"ל על כל המשפט הפרטי).  
האם עקרון תו"ל יכול להיות מקור ליצירת חיובים חוזיים חדשים? כל זכות חוזית, גם אם תפורש כחסינות, כפופה לעקרון תו"ל. ס' 39 מהווה מקור ליצירת חיובים חוזיים חדשים. מכוח עקרון תו"ל הייתה חובה על העובדים ליידע את החברה על כוונתם לשבש את העבודה (אף על פי שהדבר לא הוזכר בחוזה). העובדים הפרו את החובה לנהוג בתו"ל בכך שלא ידעו את החברה.  
הסעדים בגין הפרת החובה לנהוג בתו"ל תלויים בנסיבות. במקרה זה לא ניתן אישור כלל. משמעות הדבר היא שהעובדים שבתו שלא באישור מועצת הפועלים ולכן הם מאבדים את הפרמיה.

מגוון הסעדים האפשריים:   
1- פיצויים או מתן צו אכיפה (לצד הנפגע).  
2- שלילת פיצויים או אפשרות לאכיפה (מן הצד המפר).  
3- מתן כוח משפטי לצד הנפגע לסטות מחיוביו בחוזה ולבצע פעולות שאחרת היו נחשבות להפרה (שכתוב תנאי החוזה).

השופט ברק עזה משהו בעייתי:  
הוא פנה את עקרון תו"ל פעמיים:   
1- כדי ליצור חיוב שלא היה במקור.  
2- כאשר הופר הקיום החוזי בתו"ל.  
זה לא הוגן כי הם לא היו מודעים לקיומו של חיוב כזה. זה מקומם כי אם זה היה כל כך חשוב לחברת האוטובוסים שיידעו אותה, איך הם הסכימו לזה לכך שהעובדים יידעו רק את המועצה? כשהם ראו שזה לא לטובתם הם טענו לחתו"ל. העובדים היו בסדר, אם מישהו היה לא בסדר זה המועצה.

**שיעור 21**

ע"א 702/80 **גלפנשטיין נ' אברהם**

גלפנשטיין קונים מאברהם דירה, ונחתם ביניהם חוזה מכר דירה שצריך להתבצע עד 27.4.79 על סך 250,000 ל'. המוכרים התחייבו להעביר את רישום הבעלות ולהעביר את החזקה באותו מועד.  
הקונים התחייבו לשלם ב-27.11.78 110,000 ל'. תשלום זה כרוך בקבלת המשכנתא "עם קבלת המשכנתא".  
**הבעיה:** לא ניתן היה באותה תקופה להשיג משכנתא אלא אם כן הבעלות נרשמת על שם הקונה המבקש הלוואה. נוצר כאן מלכוד 22: כדי להשיג משכנתא הקונים היו צריכים שהדירה תרשם על שמם אך הקונים לא היו צריכים לקיים את זה עד התשלום האחרון (שלא מתאפשר ללא המשכנתא).  
בשלב זה המוכרים אומרים לקונים לשלם, והקונים אומרים שאין להם אפשרות לשלם. המוכרים מעניקים ארכה של 12 יום, אך הקונים עדיין לא היו יכולים לשלם.  
בסופו של דבר התשלום לא מבוצע והמוכרים מבטלים את החוזה ולא מוכנים להעביר את הרישום. העברת בעלות לפני שמעבירים את הכסף זה דבר מאוד בעייתי ולכן לא עשו זאת. הם לא מוכנים לקחת את הסיכון של העברת בעלות לפני שיש בידיהם את התשלום המלא על הדירה.

ביה"מ העליון:  
**השופט שיינבוים (רוב):** מבחינת הפרשנות יש שני תנאים מצטברים בקשר להעברת התשלום הרלוונטי (110,000 ל'): שיגיע המועד שנקבע (27.11.78) ושתתקבל המשכנתא. המשכנתא היא תנאי לקבלת תשלום ומכיוון שהמשכנתא לא התקבלה, התשלום לא היה יכול להנתן.   
עקרון תו"ל חייב את איחוד חיובי הצדדים כלומר להפוך אותם לחיובים שלובים. צריך לשנות את אופי החיובים כדי לאפשר את ביצוע החוזה. הרוב משנה את אופי החיובים כדי לאפשר קיום של החוזה.  
"עם קבלת המשכנתא" זה חשוב כי פרשנות הרוב של הגדרה זו משנה את מהות החיוב. בלי זה אי תשלום יחשב להפרה של החוזה. **השופט בייסקי (מיעוט):** לשון החוזה ברורה, על הקונים היה להעביר את התשלום לפני העברת הרישום. עניין הרישום היה חיוב עצמאי ולא נכון לשנות את אופיו.

לדעת המרצה: ניתן לשעות מכוח עקרון תו"ל את סיווג החיובים (דוג': **פ"ד שירותי תחבורה ציבורית ב"ש**), אך זה לא ענין של מה בכך. גם שינוי המתווה החוזי מכוח עקרון תו"ל הוא בעל השפעה עמוקה על הצדדים, וזה משנה את הקצאת הסיכונים ביניהם.

ע"א 701/79 **שוחט נ' לוביניאקר**

חוזה למכירת דירה נחתם בין הצדדים, כשהתמורה הייתה אמורה להיות משולמת ב-4 תשלומים. שוחט היו הרוכשים, לוביניאקר היו המוכרים. נקבע שהבעלות תועבר לאחר התשלום השלישי, והחזקה תועבר עם התשלום הרביעי. שוחט שלמו את התשלום השלישי בזמן, ואח"כ טסו לטיול באוסטרליה. הם לא הודיעו ללוביניאקר מה קורה, ואלו ניסו ליצור עם שוחט קשר אך לא צלחו. המוכרים בשלב כלשהו מחליטים לבטל את החוזה ולא העבירו את הבעלות. ביה"מ המחוזי קובע שהדין עמם. שוחט חוזרים לארץ ואומרים שזה לא יכול להיות כי הם שלמו את התשלום השלישי בזמן, והתכוונו לשלם גם את הרביעי, אז איך מבטלים להם את החוזה.

**השופטת בן-פורת:** קובעת שהצדק עם המוכרים ושעקרון תו"ל מחייב התנהלות שחותרת להגשמת יעד משותף. שוחט בנסיעתם הפרו את חובת תו"ל למרות ששילמו. לכן ביה"מ כורך בין החיובים ומשלב אותם. הוא אומר שלא הייתה חובה על לוביניאקר להעביר את הבעלות והדין הקנה להם זכות לבטל את החוזה. השופטת אפשרה להם להשעות חיוב שהיו אמורים לקיים והסכימה עם שאר השופטים שהחוזה צריך להתבטל.

מקרה זה הוא עוד יותר קיצוני מהמקרה הקודם. הם שילמו אך נעלמו, המוכרים נלחצו וחשבו שהם נעלמו ולכן ביטלו את החוזה.

קיום חוזים בכלל וחיוב חוזי בפרט מחייבים התנהגות תמת לב. בראייה של ביה"מ לא הייתה כזו כאן מצד הקונים.

# שיעור 21: פרשנות חוזה

התפיסה הקלאסית של פרשנות חוזה הייתה של מבנה פירמידי של שלושה שלבים: פרשנות (למטה), השלמה (באמצע) והתערבות (למעלה) (לצייר את התרשים).

פרשנות: בדיקת מסוימות וגמירת דעת בעת כריתת החוזה.  
השלמה: מכוח חוק, נוהג, תנאי מכללא או עקרון תו"ל.  
התערבות: מתרחשת כשיש בעייה עם החוזה – חוזים מנוגדים לחוק, לתקנת הציבור או לעקרון תו"ל.

פרשנות

השלמה

התערבות

יש הרבה דברים שניתן לעשות באמצעות פרשנות, למשל: ניתן לקחת חיוב שמנוגד לתקנת הציבור ולעקרון תו"ל ואולי גם לחוק, ולשנותו באמצעות פרשנות.   
אם המצפן הפרשני הוא שכל התחייבות חוזית אמורה לעלות בקנה אחד עם עקרון תו"ל, באמצעות פרשנות תמיד יהיה ניתן לקחת חיוב חוזי ולשנות אותו כך שיעלה בקנה אחד עם עקרון תו"ל. באמצעות פרשנות ניתן במקרים רבים להמנע מלהגיע לקומה השלישית - התערבות. אם נמנעים מקומה זו, יש מרחב פעולה רב בקומות הראשונות.   
גם קומת ההלשמה מחייבת הסתמכות על פרשנות. כדי להגיע להשלמה צריך להגיע למסקנה שיש חסר בחוזה, וזו שאלה שניתן לענות אליה באמצעות פרשנות. התשובה לשאלה זו היא נגזרת המצב.   
הבחירה בין מנקנוני השלמה שונים מחייבת פרשנות.

לאורך כל הדרך ראינו שפרשנות היא מלאכה חשובה של ביה"מ ולכן חשוב לדעת איך ביה"מ עושה את זה.

## ס' 25 לחוק החוזים – עקרונות פרשנות

נתחיל בחוק הישן (הוא שונה): (הסעיף המרכזי בחוק היה ס' 25 א) מספרי העקרונות בכתום  
1. 25א: "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מן החוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו- מתוך הנסיבות".  
2. 25ב: הפירוש המקיים עדיף על הפירוש המבטל.  
3. 25ג: קובע הנחה שכאשר המחלוקת הפרשנית מתייחסת לביטוי השגור בקהילה העסקית שהצדדים חברים בה, הביטוי יקבל את הפירוש המקובל באותה קהילה.

4. מופיע בס' 25ב1: חזקה של פרשנות נגד המנסח במיוחד בחוזים אחידים. החזקה רלוונטית רק כשיש מחלוקת פרשנית וישנן שתי אפשרויות סבירות או יותר, כאשר אחת תומכת בגרסת המנסח ואחת מנוגדת לגרסת המנסח.

למה אומצה חזקה פרשנית כזו נגד המנסח?  
מן הסתם מנסח החוזה, במיוחד בחוזה אחיד, ירצה להיטיב עם עצמו/ה.  
שנית, רוצים ליצור תמריץ למנסחים לנסח את הלשון באופן ברור ומדויק ולמנוע עמימות, כי כל עמימות כזו תיזקף לחובת המנסח.

5. **פרשנות הרמונית:** יש ליצור האחדה ומתאם בין הסדרי החוזה וביטויים ומושגים המופיעים בו. רוצים להמנע מתופעה בה ביטוי מתפרש באופן שונה (כשמופיע יותר מפעם אחת בחוזה). ננסה ליצור הרמוניה.  
6. יש להמנע מפרשנות שיוצרת תוצאות אבסורדיות – חריגות מבחינת משמעותן. יהיה ניסיון להמנע מתוצאות כאלה.   
7. יש לאמץ פרשנות העולה בקנה אחד עם עקרון תו"ל.

## תכלית החוזה

הגישה הפרשנית השולטת בפסיקה בישראל היא גישת הפרשנות התכליתית, שמחפשת את תכלית החוזה או במילים אחרות – כוונת הצדדים. זהו היעד אליו הפרשן חותר.   
השופט ברק כתב בספרו "פרשנות החוזה" (עמ' 279):   
"תכלית החוזה היא מושג אינטגרטיבי. היא משקפת את הרצון הריאלי ואת הרצון ההיפותטי של הצדדים לחוזה. היא ביטוי לכוונה המשותפת של הצדדים והכוונה שהייתה צריכה להיות להם אילו חשבו בדבר או לכוונה שיש לייחס להם בהנחה כי הם פעלו כאנשים סבירים...  
אכן, תכלית החוזה משקפת הן את ה-"יש" הריאלי והן את הרצוי האידיאלי."

היעד אליו שואפים אינו פשוט כי "כוונת הצדדים" (מה שמנסים להגיע אליו) אינו רק מונח תיאורי אלא מונח נורמטיבי. כוונת הצדדים אינה רק כוונת הצדדים בפועל אלא כוונתם כצדדים סבירים הפועלים לפי נורמות ראויות. כלומר הפרשנות מחפשת לא רק את המצוי אלא גם את הראוי והרצוי.

גבולות הפרשנות הם רחבים מאוד. הפרשנות היא כלי עם יכולות יוצאות דופן מבחינת עוצמתה והיקפה, וקטע זה מדגיש זאת.

"גישתה של הפרשנות התכליתית היא אינטגרטיבית. אין שלב מאוחר או מוקדים. אין היא גורסת פנייה לרצון הריאלי המשותף ורק אם זה נכשל בתפקידו הפרשני, פנייה לרצון ההיפותטי. הפרשן מגבש את תכלית החוזה כמקשה אחת תוך שהוא פונה ליסודות סובייקטיביים ואובייקטיביים גם יחד."

יש שני מקורות מרכזיים שמהן ניתן להסיק את תכלית החוזה וכוונת הצדדים והן: לשון החוזה או תוכנו, ונסיבות חיצוניות.

נשאלת השאלה מהו היחס הנכון בין שני המקורות? האם ישנה היררכיה ביניהם? האם אפשר אי פעם להסתפק בלשון החוזה בלבד?   
השופט ברק קובע במקום אחר בספר שעל הפרשן לנוע במטוטלת בין לשון החוזה לנסיבות וחוזר חלילה.

### בעבר: תורת שני השלבים

בעבר נהגה בישראל תורת שני השלבים. תורה זו קיבלה את ביטוייה בפס"ד:  
ע"א 650/84 **שטרן נ' זיונץ**  
**השופטת נתניהו:** "הכלל כי אין מקום להשמעת ראיות חיצוניות בדבר כחוונת הצדדים שלשון המסמך הינה ברורה, היה נקוט עמנו מאז ומתמיד בעקבות דיני הראיות האנגליים ומצא אישור בלשונו של ס' 25 א' [לחוק הישן] ובפסיקה שלאחריו."  
דברים אלו נאמרים באמצע שנות ה-80.   
על פי תורת שני השלבים: הפרשן מתחיל בלשון החוזה ואם זו ברורה מפסיקים שם ואין צורך בנסיבות חיצוניות. היא משכירה את דיני הראיות האנגלים כי זה כלל בדיני ראיות: כשיש מסמך כצוב לא נזכקקים בד"כ לעדויות חיצוניות אלא נוצנים העדפה לכתב. הרעיון הוא שניתן להזדקק לנסיבות חיצוניות במלאכת הפרשנות אך רק כשלשון החוזה אינה ברורה.  
האם כלל זה מגביל את הפרשן? גם השאלה "האם לשון החוזה ברורה?" תלויה בפרשנות, ולכן בעוד זה מגביל את הפרשן יש אפשרות להתחמק מהגבלה זו.

### היום: הלכת אפרופים

השינוי הגדול בהלכה זו הגיע בפס"ד:

ע"א 4268/93 **אפרופים שיכון וייזום נ' מדינת ישראל**

בראשית שנות ה-90 יש גל עליה ממדינות חבר העמים והייתה מצוקת דיור. מדינת ישראל מחליטה לבנות מבני מגורים. נכרת חוזה בין מ"י לבין חברות קבלניות: חוזה פרוגרמה – חוזה שחל על מטריה שלמה של עסקאות. המדינה רוצה לעודד חברות קבלניות לבנות, ובמסגרת חוזה הפרוגרמה הגזר היה שהמדינה מתחייבת לקנות שיעור מסוים (גבוה יחסית) מהדירות שייבנו, אבל המקל (הכפול) היה: סנקציה על איחור בביצוע כי קבלנים לא עומדים בזמנים בד"כ, ויש סנקציה על עיכוב בהצגת הדרישה לקנות. הארץ חולקה בחוזה לשני אזורים עקריים: אזורי ביקוש גבוה ואזורים בהם הביקוש אינו גבוה. האזור בו יש חשש גדול יותר לאי-ביצוע הוא במקום בו הביקוש אינו גבוה. לכן (הגזר) באזורי הביקוש הגבוה המדינה התחייבה לרכוש 50% מהדירות, ובאזורי הביקוש שאינו גבוה המדינה התחייבה לרכוש 100% מהדירות.  
המקלות:   
\* איחור בדרישה – באזור הביקוש הגבוה: הפחתה של 2% במחיר, באזורי הביקוש שאינו גבוה: הפחתה של 5%.  
\* איחור בביצוע – באזור הביקוש הגבוה: הפחתה של 2% במחיר, באזורי הביקוש שאינו גבוה: המדינה שכחה להציב את הסנקציה.  
(לצייר את הטבלה)  
חברת אפרופים לא עומדת בהתחייבות שלה במועד השלמת הביצוע. המדינה מבקשת להפחית את מחיר הרכישה, ואפרופים אומרת – מכוח מה? הרי החוזה שותק לעניין זה (ריבוע ריק – המדינה לא ציינה את הסנקציה)במדינה פונה לביה"מ המחוזי שקבע שהצדק עם אפרופים – זהו הסדר שלילי (כפשוטם של דברים: לא נקבעה סנקציה).  
בעליון:  
**השופט מצא (מיעוט):** דבק בתאוריית שני השלבים, במקרה זה הלשון של החוזה ברורה ולכן אין צורך להדרש לנסיבות. על פי הלשון אין סנקציה על איחור בבנייה באזורי ביקוש נמוך, ותוצאה זו מתחייבת מהלשון הברורה של החוזה. "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."  
**השופט לוין (רוב):** התיאוריה הדו-שלבית עדיין חולשת על ההליך הפרשני. אך הוא אינו עומד עם השופט מצא כי הוא מאמץ גרסה גמישה יותר של התיאוריה הדו-שלבית, ואומר שכאשר ברור שלשון החוזה נוגדת את כוונת הצדדים, גם כאשר הלשון ברורה יש לפנות לנסיבות. העניין הוא רצון להמנע מתוצאה אבסורדית. המהלך הפרשני של השופט לוין הוא בכך. כדי לתפעל את הפרשנות צריך שכוונת הצדדים תהיה אחרת, ואם לשון החוזה ברורה הדרך היחידה להניח שכוונת הצדדים היא אחרת היא התייחסות לנסיבות. כלומר השופט לוין כן מסתמך על הנסיבות. המסקנה האופרטיבית (התוצאה) היא שגם באזורי ביקוש נמוך יש את אותה סנקציה- הפחתה של 5% על עיכוב בביצוע.  
**הנשיא ברק (רוב):** דוחה את תורת שני השלבים. הוא מציין כמה סיבות:  
1- אינה מתיישבת עם ההגיון הפנימי של דיני החוזים.  
2- ההבדל בין שני השלבים מטושטש.  
3- היא אינה מתישבת עם הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים.  
4- בהקשר הזה - אין היא מתיישבת עם עקרון תו"ל.  
5- אינה מתיישבת עם עדיפות הכוונה על הלשון.   
הלשון תמיד עמומה, על פי משל המכונה והסוס: חוזה בין שני צדדים שהוא חוזה למכירת מכונה והצדדים קוראים למכונה בחזה "סוס", וכשמסתמכים על הלשון מבינים שזה חוזה למכירת סוס כשהמטרה היא מכירת מכונה. לכן יש למחוק את המחיצה הפרשנית בין הלשון לנסיבות, ועל הפרשן לנוע במטוטלת בין הנסיבות ללשון.   
בגישה פרשנית נכונה יש לקרא את החוזה כמטיל סנקציה על איחור בביצוע.

הלכת אפרופים הפכה להיות ההלכה השלטת בכל תחום הפרשנות. אין יותר תורה דו-שלבית. פסק דין זה אושר ואומץ בפסקי דין מאוחרים יותר של העליון. הייתה עליו קריאת תיגר זמנית בלבד.

לדעת המרצה: קשה להסכים עם פס"ד זה, מכמה סיבות. זה אחד מאותם מקרים שבהם הנשיא ברק חיכה להזדמנות, והוא ניצל אותה. המקרה הזה הפך למקפצה שממנו שינו את דיני הפרשנות בישראל כולם. המקרה שעלו בנו את כל התיאוריה הפרשנית היא טעות סופר שנבעה מפעולה תחת לחץ. אם נשמט הסדר היה צריך לבצע מהלך של השלמה. במקום זה מגיעים לתוצאה שמותחת את גבולות הפרשנות מעל ומעבר.  
1- זה היה חוזה אחיד שהמידנה עצבה לכל הקבלנים שאיתם התקשרו. לא הייתה כאן כוונת צדדים – המדינה עיצבה.  
2- הצדדים הסכימו לא להביא כלל ראיות חיצוניות. זה עוד יותר מוזר שבמקרה בו סיכמו לא להביא ראיות חיצוניות פסקו על פי נסיבות חיצוניות.  
3- משל המכונה והסוס הוא בנייה של משנה משפטית על תיאוריה של אנומליות. למה שיקראו למכונה סוס? למה שצדדים יבחרו לעשות זאת? איך אפשר לבנות על דוגמא כזאת תיאוריה משפטית שלמה? אם צדדים יוצרים חוזה כזה צריך לקבוע שיקבלו את מה שנכתב, ולא לעודד אנשים לקרא למכונה סוס. זה דילול של משאבי החברה שלא לצורך.  
4- הנשיא ברק אומר שהתורה הדו שלבית לא מתיישבת עם הכוונה הסובייקטיבית או עם עקרון תו"ל או עם עקרון עדיפות הכוונה על הלשון. הפרשנות של החוזה שואפת לאמת. לא תמיד נצליח להגיע לאמת. אנחנו רוצים לאמץ שיטה פרשנית שתקרב אותנו ככל הניתן לאמת. המחלוקת היא על מה יוביל אותנו אל המקום הקרוב ביותר לאמת: לשון ברורה או לשון+נסיבות? הנשיא ברק אומר שלשון ונסיבות יחד הם טובים יותר מאשר לשון בלבד ויובילו לתשובה היותר מדויקת. אך קביעה זו פוגעת בתמריץ לדייק בכתיבת החוזה, בנוסף יותר קל לעשות מניפולציה על הנסיבות (כל מה שנאמר במו"מ או אחריו) ולכן יאמרו אמירות שיפתחו פתח לטענות שנוחות לצד אחד, בחוזים שנפרשים לאורך זמן המציאות יכולה לשות את ההסתכלות ואת הטענות. לעומת זאת את לשון החוזה די קשה לשנות ולתפלל.   
כך שהשינוי הזה לא עולה בקנה אחד עם עקרון תו"ל כי זה מתמרץ אנשים להכניס דברים שלא התקבלו לחוזה אך מצטרפים לנושא במסגרת הנסיבות שמקיפות את החוזה.  
נניח שהצלחנו להשיג את הקרבה הגדולה יותר לאמת, הפסדנו את הודאות המשפטית. משלמים מחיר אדיר בעניין הוודאות והמשאבים והזמן . מי שנפגע מכך זה הציבור ובעיקר החלשים שלא יכולים להרשות לעצמם מימון של דיון בביה"מ. זה פוגע גם בעו"דים שעושים עבודה טובה, כי אפשר ללכת לביה"מ על כל דבר. המחיר על השיפור הוא מחיר גבוה מאוד, ששומט את כל הוודאות שהייתה בעולם החוזי.

זה לא מקרה שהשופט מצא אמר שמכל פסקי הדין של ביה"מ את פס"ד אפרופים המחוקק יהיה צריך לשנות.

הלכת אפרופים הפכה להלכה החולשת על כל דיני הפרשנות בישראל. במהלך שנות ה-2000 היו סממנים לכך שהמגמה עשויה להשתנות ושיזרו לתיאוריה הישנה. סממנים אלו נמצאו בכמה פסקי דין שהמשותף לכולם הוא שכולם נתנו על ידי השופט דנציגר.

ע"א 5856/06 **אמנון לוי נ' נורקיט בע"מ**

אמנון לוי הוא מומחה לעיבוד מוצרי בשר. בין הצדדים נחתם חוזה שעסק בטכנולוגיה לעיבוד מוצרי בשר ובייעוץ לחברה הרוכשת (נורקיט). התמורה בתשלומים חודשיים. ניתן להפסיק את התשלום רק אם החברה מפסיקה את השימוש בטכנולוגיה. על התשלומים להמשיך גם אם לוי נפטר. כשנה אחרי ההתקשרות מודיעה נורקיט ללוי על סיום ההתקשרות והפסקת התשלומים. אמנון לוי תובע ודורש את המשך התשלומים בהתבסס על לשון החוזה הברורה. נורקיט טוענים ש

**השופט דנציגר:** מתרכז בלשון פסקה 27. הוא אומר ש-"על אף כללי הפרשנות שנקבעו בהלכת אפרופים מן הראוי שבמקום בו לשון ההסכם היא ברורה וחד משמעית יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם."  
הוא בוחן גם את ההגיון העסקי (כלומר בודק את הנסיבות ולא רק את הלשון): ההגיון העסקי מחזק את התוצאה המתקבלת מהפרשנות הלשונית כי הסדר היעוץ היווה פשרה בין רצונות הצדדים.  
נמכרו שני דברים: טכנולוגיה וייעוץ. אמנון לוי רצה לקבל סכום גדול וחד פעמי רק על הטכנולוגיה. נורקייט לא רצתה להוציא סכום כה גדול על הטכנולוגיה בלבד ולכן נתנה תשלום על היעוץ. תשלום זה הגיע את אמנון לוי לביצוע העסקה. למרות שזה נראה הסדר יוצא דופן, השופט דנציגר מוצא שיש בו הגיון כלכלי או מסחרי.

ההסדר הזה אינו סביר. על פי החוזה אדם מקבל כסף גם ללא נתינת היעוץ. אפשר היה לומר שתוצאת לשון החוזה היא אבסורדית. אך ברצות הפרשן ניתן לחזק את התוצאה שרוצים להגיע אליה. מה שהיה חשוב זה שכבוד השופט דנציגר לא החזיר את תורת שני השלבים ליושנה אלא שוב הציב את לשון החוזה מעל הנסיבות.

הוא עשה את זה לא רק בפ"ד זה, אלא גם בפ"ד נוסף:

ע"א 5925/06 **אלי בלום נ' אנגלו סכסון**

גם כאן, השופט דנציגר משתמש באותם מונחים כמו בפ"ד הקודם. שופטים רבים יוצאים נגדו על כך שהוא מנסה להפוך את הלכת אפרופים.

הפרשה הזו גוועה, ולא נוצר שינוי בהלכת אפרופים.

ישנו שחקן מרכזי נוסף בזירה: המחוקק. הטענה היא שאם ההלכה הזו אינה מקובלת על המחוקק, הוא יכול לשנות את החוק כך שלא יהיה מקום להלכה הזו. אם זה לא מקובל – בידיו הכוח לשנות וברק אמר זאת שוב ושוב. הח"כ שלקח על עצמו את העניין הוא יריב לוין. יריב לוין אחר שצריך להשיב את המצב לקדמותו. הוא הגיש הצעת תיקון לחוק:   
"חוזה יפורש לפי תוכנו המילולי. היה תוכנו המילולי של החוזה בלתי מספיק לשם פרושו, יפורש החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו מתוך הנסיבות ובלבד שטענה בדבר תוכנו ותוצאותיו של פירוש כאמור נטענה במפורש על ידי צד להליך המשפטי בעניין פרשנות החוזה, במסגרת סיכומי טענותיו."

הלשון שאומצה בסופו של דבר:   
"החוזה 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."

הפער בין ההצעה לחוק שהתקבל בסופו של דבר הוא עצום. אחרי תיקון זה, ביה"מ בהזדמנות הראשונה:  
ע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר ומגדל חברה לביטוח**  
בפס"ד זה שופטי הרוב (ריבלין וג'ובראן) אמרו שהתיקון לא רק שלא הפך את הלכת אפרופים, אלא גם חיזק את אימוץ הכנסת את הלכה זו. ריבלין אפילו עקץ את יריב לוין על אופן פרשנות כוונת המחוקק.

איך זה קרה?  
1- א-סימטריה בעלויות: השופטים יכולים לקבל החלטה ברוב של 2 על אחד, עלות ההליך השיפוטי נמוך מאוד. לעומת זאת, בכנסת החוק צריך לעבור 4 קריאות ולהתקבל ברוב של יותר אנשים שמייצגים את הציבור – הרבה יותר יקר.   
2- יחסי הכוחות בין רשויות הם תולדה של החיים במדינה ואינם תולדה של החוק. אם הכנסת הייתה יכולה בקלות להפוך את ביה"מ המצב המשפטי לא היה כמו שהוא היום. הגענו למצב אליו הגענו בגלל חוסר האיזון בין הרשויות. אף ח"כ אחר לא ינסה לשנות היום את ההלכות שקבע ביה"מ כי זה לא יתקבל. המחוקק לא יכול בכל עת להפוך את החלטות ביה"מ. לביה"מ יש כוחות כי הכהונה בו היא עד גיל 70, ואילו המחוקקים מתחלפים כל 2.5-3. לכן לא כל כך קל לשנות את הלכות ביה"מ.

# שיעור 21: הפרה צפויה

**ס' 1 לחוק התרופות**

"מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה."

יש הפרה בפועל – כלומר הפרה שכבר אירעה (הסוג הרווח יותר).   
הסוג השני הוא הפרה צפויה (ס' 17 לחוק התרופות): בחוזים יש אפשרות לתבוע בגלל הפרת חוזה לפני התרחשות ההפרה:   
"גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה או שנסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החיוב."  
נניח שאור מודיע לאפרת שהוא לא ישלם את ה-1000 ש"ח שהוא אמור לשלם לה בסוף החודש. זה מקרה של הפרה צפויה: צד אומר שאין בכוונתו לבצע את המחויבות שלו. זוהי הפרה צפויה מפורשת.   
יש גם הפרה צפויה מסתברת: צבי אמור להעביר למרגלית את המחשב אך מרגלית מגלה שצבי מכר את המחשב שלו לאחר, יש כאן הפרה צפויה מסתברת מתוך הנסיבות. גם כאן יש אפשרות לתבוע ולקבל סעדים.

מבחינת לשון ס' 17 ניתן לקבל את כל הסעדים גם בגין הפרה צפויה פרט לאכיפה לפני מועד קיום החיוב. כלומר ניתן לתת סעד של אכיפה רק בתאריך הנקוב.

במצב של הפרה צפויה יש אופציה לצד הנפגע: תרצה תתבע, תרצה תמתין.

אך יש יתרונות לתביעה המוקדמת:  
1- מקדים את מועד הנשיה ומאפשר השגת סעדים חשובים (כמו עיכוב יציאה מהארץ, הטלת עיכולים על חשבון בנק כדי למנוע הברחת כספים).  
2- תביעה מוקדמת מאיינת את הצורך של הצד הנפגע לקיים את חיוביה שלה אם אלו חיובים עצמאיים. כל עוד החוזה עומד בתוקפו את החיוב העצמאי יש לקיים.

למה לחכות?  
1- יכול להיות שהמפר הצפוי ישנה את דעתו ויקיים את חיוביו.  
2- לחכות יאפשר לצד הנפגע לאמוד באופן מדויק יותר את נזקיו (לא יתרון גדול כי ההליך המשפטי לוקח זמן רב בכל מקרה).

מבין שני הסוגים צריך להזהר כשמדובר בהפרה צפויה מסתברת כי אם אנחנו לא יודעים מה יעשה הצס השני, ומספיקים לקיים את החיובים שלנו כי בטוחים שהצד השני לא יקיים, עלולים להמצא במצב בו אנחנו הופכים למפרי החוזה. צריך להזהר בעיקר בחוזה שביצועו כפוף בהשגת רישיון. אם לא התקיים חיוב חוזי רגיל יש הפרה אך אם זה תנאי מתלה אין הפרה.

# שיעור 21-23 + שיעור עם המתרגל: חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)

**ס' 2 לחוק התרופות**

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

שתי התרופות שמוציאות זו את זו הן אכיפה וביטול – אי אפשר לבטל חוזה ולבקש את אכיפתו. הפיצויים לעומת זאת הם סעד עצמאי וגם סעד שיכול להצטרף לביטול או לאכיפה. הרעיון הוא שלא ניתן לקבל יותר מהנזק שנגרם. יש כאן שני עקרונות יסוד: הראשון: אכיפה וביטול מוציאים זה את זה בעוד שפיצוי מצטרף לכל או יכול להיות סעד עצמאי, השני: לא ניתן לקבל יותר מגובה הנזק שנגרם.

1936: פולר ופרדו פירטו אינטרסים בדיני החוזים – אינטרס הציפייה(expectation) , אינטרס הסתמכות(reliance) , אינטרס ההשבה(restitution) , שלילת התקשרות (disgorgement).

אינטרס הציפיה: המטרה - **העמדת הנפגע במצב בו היה נמצא אילו קוים החוזה**.  
במצב העניינים הרגיל מקנה את רמת ההגנה הגבוהה ביותר לנפגע כי הוא מאלץ את המפר להביא בחשבון באופן מלא את אינטרס הנפגע. זה אומר שאם אדם מתכנן להפר חוזה הוא יודע שהוא צריך להעמיד את הנפגע במצב בו היה עומד אם החוזה קוים. המשמעות היא שבין אם קוים ובין אם הופר, הנפגע יקבל את שהיה אמור לקבל.   
הסעד שמגן על אינטרס זה הוא **אכיפה+פיצויים או פיצויים** (בסכום גדול יותר). אכיפה בלבד אף פעם לא מציבה את הנפגעת במצב בו הייתה עומדת אם זה היה מתבצע כי מימד הזמן הוא משמעותי. ביצוע מאוחר אינו כמו קיום בזמן כי באותה תקופה באמצע היו הוצאות שלא היה צריך אותן אם הצד המפר היה עומד בהתחייבותו.

אינטרס ההסתמכות: המטרה – **העמדת הנפגע במצב בו היה ערב כריתת החוזה**.  
במצב העניינים הרגיל אינטרס ההסתמכות מקנה רמת הגנה נמוכה יותר לנפגע. בסכ"ה אני צריכה להחזיר את הנפגע למצב בו היה לפני הכריתה.  
הסעד שמגן על אינטרס זה הוא **פיצויים בלבד**.

אינטרס ההשבה: המטרה – **החזרת נכסים או סכומי כסף ששולמו ע"י הנפגע למפר בשל החוזה**.  
ברמת עניינים רגיל מקנה רמת הגנה עוד יותר נמכוה לנפגע, כי היא לא לוקחת בחשבון צדדים שלישיים. מסתכלים על שני הצדדים בלבד ולא על המערכת הכללית שנוצרה כתוצאה מהחוזה.  
הסעד שמגן על אינטרס זה הוא **השבה** (בעין או בשווי – הנכס עצמו או שוויו).

לא צויין במאמר אך זהו אינטרס נוסף:  
שלילת התקשרות: מתמקדת במפר ושוללת ממנו כל התעשרות אפשרית או כל רווח אפשרי הנובעים מההפרה. אינטרס זה לא מתמקד בנפגע כמו הקודמים אלא במפר.   
חוזים מופרים כי הם לא יעילים לצד המפר או שהצד המפר מצא חוזה טוב יותר.   
סעד זה מכוון ל**מצבים בהם ההפרה נובעת מכך שהצד המפר מצא עסקה טובה יותר** כי אומרים לו: אל תלך לשם, לא תצמח מכך תועלת כי כל התשערות שתתרחש תהיה צריכה לעבור לנפגע.  
המטרה – **שלילת ההתעשרות והרתעת המפר ולא עזרה לנפגע**.  
הסעד הוא **פיצויים בשווי ההתעשרות** של המפר.

דוג': יפעת היא בעלת בית/דירה וחתמה על חוזה עם צרויה זהיא בעלת מלאכה שבונה מטבחים. עלות הביצוע עבור צרויה היא 40,000 ש"ח – מטבח ייחודי. המחיר החוזי הוא 50,000 ש"ח והשווי עבור יפעת הוא 65,000 ש"ח (מטבח חלומותיה). לצורך התשלום יפעת שוברת תכנית חיסכון בעלות של 1,000 ש"ח וכמו כן יפעת מזמינה קולט אדים ייחודי למטבח בעלות של 3,000 ש"ח. יפעת משלמת לצרויה מקדמה על סך 7,000 ש"ח ויפעת מספקת לצרויה ערכת כלים בבעלותה השווה 5,000 ש"ח. צרויה מפרה את החוזה בשל התייקרות עלויות.

במקרה זה אינטרס הציפיה הוא 11,000 ש"ח. אינטרס ההסתמכות הוא 4,000 (1,000 הנובע מהסתמכות על ביצוע העסקה ו3,000 הנובע מקניית קולט האדים). אינטרס ההשבה הוא 12,000 – 7,000 מקדמה + 5,000 ערכת כלים.

נניח שצרויה מפרה לא בשל התייקרות עלויות אלא כי היא מקבלת הצעה יותר טובה על אותה עבודה. אם היא לוקחת את העבודה האחרת, ובונה את אותו מטבח אך במקום לקבל עליו 50,000 היא תקבל מהלקוח החדש 500,000 אז עשיית העושר היא בגובה 450,000 ש"ח. על כך יתווספו פיצויי השבה: 12,000 (מקדמה וערכת כלים). סך הכל תקבל פיצוי בסך 462,000 ש"ח.

במציאות יפעת לא תקבל סכומים כל כך קטנים. אם משתמשים בפיצויים יתנו בציפיה גם פיצויי השבה – 12,000 בנוסף לציפייה. בהסתמכות יוסיפו בנוסף ל-4,000 גם השבה בשווי 12,000. בהשבה יתנו רק השבה.

אינטרס הציפייה הוא מה שאמור לצמוח מהחוזה. נניח שהכל מתנהל לפי התכנון ולא הייתה הפרה. יפעת הייתה משלמת 50,000 ועל קולט עדים ועל תכנית חיסכון, וזה היה שווה לה 65,000. כלומר הייתה משלמת 54,000 ומקבלת תמורתם 65,000. לכן הפיצויים יעמדו על 11,000 ש"ח.

לגבי ההסתמכות: אחנו מסתכלים על הסכומים שיפעת שילמה עקב החוזה. מה שהיה שם זה שבירת תכנית החיסכון וקולט עדים שהוצאו בהסתמכות על החוזה (הסתמכות אגבית). היא העבירה מקדמה בסך 7000 ש"ח וערכת כלים בסך 5,000 ש"ח. זהו אינטרס ההשבה: לקבל חזרה את הכסף שהוציאה כתוצאה מהסתמכות על החוזה – 16,000 ש"ח.

בתרחיש השני אדם עשיר מציע לצרויה לא למכור את המטבח ליפעת ומציעה הרבה יותר כסף תמורת המטבח. הוא מציע 500,000. צרויה הייתה מרוויחה 10,000 ש"ח. מהפרה עצמה נבע לה רווח של 450,000 שקלים נוספים בשלילת עושר היא אמורה להעביר את הרווח הזה ליפעת. מגיעה ליפעת גם השבה שערכה 12,000 ש"ח (המקדמה והערכה – כי היא לא ביצעה עבורה את העבודה).

בסם הכל: עשיית עושר תזכה את יפעת ב-462,000 ש"ח.  
בהשבה: 12,000 – 7,000 על המקדמה ועוד 5,000 על ארגז הכלים.  
הסתמכות: 16,000 – 4,000 זה פיצוי עבור הסתמכות ועוד 12,000 ש"ח בהשבה.  
ציפייה: 23,000 – 12,000 על השבה, ועוד 11,000 ש"ח על מה שהייתה מרוויחה.

דוגמא זו מניחה שווי סובייקטיבי – מה שווה המטבח ליפעת. שווי סובייקטיבי זה דבר שקשה מאוד להוכיח. ברוב המקרים קשה מאוד לדעת מהו השווי הזה ולפצות עליו.   
הדרך להתמודד עם זה זה להעניק סעד של אכיפה. אכיפה חוסכת את הצורך להגיע למספר זה – היא נותנת לנפגעת את אותו שירות שהיא בקשה אלא באיחור מסוים (ולכן צריך פיצוי שאותו קל יותר לאמוד מאשר ערך סובייקטיבי).

יש כאן א-סימטריה בין יפעת לצרויה: צרויה יודעת כמה החוזה היה מניב לה: הוצאות מול עלות – קל לאמוד את זה. אצל יפעת קשה להגיד כמה הייתה מרוויחה. אשפר להסתמך על מחיר השוק אך זה אינו ערך סובייקטיבי אלא ערך השוק.

מכיוון שקשה לחשב את פיצויי הקיום, נבקש פיצויי הסתמכות שאותם הרבה יותר קל לחשב. במצב שמחשבים את אינטרס הציפייה קשה לקבל תביעה כי לא ניתן להאמין לערך הסובייקטיבי שהנפגע טוען לו. לכן עדיף לעסוק ביטול והשבה.

**שיעור 22**

## סעד האכיפה

הסעד הראשון והכי חשוב הוא: אכיפה- צו לקיום חיוב כספי. דוגמא לכך עולה בד"נ 20/82 **אדרט נ' הרלו את ג'ונס**.   
משמעות סעד האכיפה על פני סעדים אחרים היא שבדין הישראלי יש ציפייה שעל צד בחוזה לקיים את התחייבויותיו (זה לא אוניברסלי - במשפט האנגלי/ האמריקאי ההנחה היא אחרת ושם סעד הפיצוי הוא מרכזי כי שם ההנחה היא שלמפר יש בחירה בין אי קיום החוזה לבין תשלום ולהפטר מחובת הקיום).

ס' 1 לחוק התרופות מונה סעדים:  
1- **צו לקיום חיוב כספי** – הרבה פעמים בחוזה החיוב המופר הוא חיוב לתשלום. למשל: נכרת חוזה מכר בין צדדים לפיו ראובן יספק מכונה לשמעון ושמעון ישלם 5,000 ש"ח תמורתה. המכונה סופקה אך הכסף לא שולם. במצב כזה ניתן להורות על אכיפה של תשלום חיוב כספי (אלו אינם פיצוייים). כך גם אם מעסיק לא שילם משכורת: אין צורך בתביעת פיצויים אלא באכיפה. חשיבות צו זה: אין חובה על הנפגע להקטין את הנזק כשמדובר באכיפה, חובה שקיימת בפיצויים. אכיפה כפופה בין השאר לשיקולי צדק.  
2- **צו עשה/ צו לא תעשה** – למשל צו לא לעשות רעש בין שעות מסוימות – זוהי אכיפה מסוג "צו לא תעשה".  
3- **צו לתיקון תוצאות ההפרה וסילוקה** – לעיתים מבחינת המפר זה יכול להיות הצו המשמעותי ביותר כי הוא יכול להיות יקר מאוד לביצוע. יכול להיות שקבלן ביצע את הבנייה באופן לא טוב ובאופן שלא עולה בקנה אחד עם האמור בחוזה. לתקן את זה זה יקר בהרבה מאשר לבנות שוב. אכיפה זו מכבידה מאוד על הצד המפר.   
כאן נפתחת אסטרטגיה עסקית: במצב כזה יכול להיות שאי שביעות הרצון של הנפגע קטנה, בעוד עלות התיקון עבור המפר גבוהה. ניתן לבצע מו"מ בצל התביעה לאכיפה. החוק מגדיר כאן למעשה את נקודת האיום של הצד הנתבע – אם לא ישולמו פיצויים לצד הנפגע הוא יהיה יכול לדרוש את הצו היקר עבור המפר.  
4- **פס"ד הצהרתי** – (ס' 22) נתקלנו בסעד זה בפס"ד דור אנרגיה. שם ביקשו פס"ד הצהרתי. כשמבקשים פס"ד הצהרתי צריך לבקש גם פיצול סעדים, כי בלי זה לא יהיה ניתן לתבוע פיצויים בהזדמנות אחרת.

### ס' 3: הזכות לאכיפה והחריגים לה

סעיף זה קובע 4 חריגים לזכות לאכיפה – שיקולים שלא להורות על אכיפה:  
1- החוזה אינו בר ביצוע.  
2- אכיפת החוזה היא כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי.  
3- ביצוע האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד ביה"מ.  
4- אכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין.

מדובר בחריגים ולכן, הנטל להוכיח קיום חריג הוא על המפר. זה נטל כבד. האכיפה היא חזות הכל אך יש חריגים, ולמרות שנדון רק בהם הם אינם הרוב.

**חריג ראשון:** חוזה שאינו בר ביצוע:

אפשרי בחוזה מכר שהנכס הושמד, הועבר לאחר, האירוע אליו קניתי כרטיסים בוטל. ישנם גם מקרים בהם אין יותר הגיון בעסקה, למשל אם החוזה הוא לאספקת שולחנות לאירוע משפחתי והוא לא קוים בזמן, אין עניין לפסוק אכיפה ומן הסתם הצד הנפגע לא יבקש אכיפה. או למשל במקרה של אספקת סוכה שאמורה להגיע לפני החג אך מגיעה אחריו. במקרים אלו החוזה אינו בר ביצוע, אך ניתן לבקש פיצויים. במצבים כאלה קשה לחשוב מדוע צד נפגע יתעקש על אכיפה פרט להסבר שניתן לשאת ולתת בצל איום האכיפה. אך יש הסבר נוסף להתעקשות על אכיפה.

ישנה אפשרות של ביצוע בקירוב (תוך שינויים לא מהותיים) cy pres.

רע"א 2686/99 **אייזמן נ' קדמת עדן**

אייזמן חתם על חוזה לרכישת דירת נופש מקדמת עדן. בנוסף לכך אייזמן התחייב לשלם על עבודות פיתוח בבניין. כבר בתחילת הביצוע קדמת עדן הייתה בקשיים כלכליים ומכרה את הפרויקט לחברת עונות. הוסכם בין עונות לקדמת עדן כלל את האפשרות שרוכשים מסוימים (ביניהם אייזמן) לא ירצו לוותר על החוזה שלהם. עונות בונה יחידות שונות מהתכנון המקורי של קדמת עדן. עונות מציעה לאייזמן דירה במחיר השוק של הדירה החדשה. אייזמן לא מוכן לשלם יותר, ומבקש לאכוף את החוזה המקורי במחיר המקורי מול חברת עונות.  
המחוזי מוכן לאכוף אבל לא באותו מחיר, וקובע עדכון למחיר דירת הנופש.  
השאלה: מהו מעמד דוקטרינת הביצוע בקירוב במשפט הישראלי? האם היא קיימת בו? האם ניתן להשתמש בדוקטרינה זו בישראל?  
**השופט אנגלרד:** מקור הדוקטרינה בדיני היושר האנגליים שנקלטו במערכת המשפט הישראלית, אך גם במשפט הישראלי המודרני ניתן להגיע לאותה תוצאה של דוקטרינת הביצוע בקירוב על פי עקרון תו"ל (ס' 39 לחוק החוזים, ס' 6 לחוק המכר). ס' 4 לחוק התרופות מאפשר לביה"מ להתנות את סעד האכיפה בתנאים וזה מאפשר ביצוע בקירוב.  
**השופטת ביניש:** משאירה את עניין ס' 4 בצריך עיון- אומרת שאין צורך לפנות לס' זה ומספיק להשתמש בתו"ל לביצוע דוקטרינת הביצוע בקירוב שנקלטה במשפט הישראלי.

לדעת המרצה: אין ספק שלביה"מ יש אפשרות לאכוף בקירוב, זה חלק מהדין הישראלי וזה עולה מעיקרון תו"ל.  
**מתי זה אפשרי?**ביה"מ מסביר שניתן להשתמש בזה כאשר ניתן להגשים את כוונתם המקורית של הצדדים ללא סטייה מהותית או גדולה מן החיוב החוזי המקורי.מה עניין עקרון תו"ל? התעקשותו של אייזמן לקבל דירה טובה יותר במחירה המקורי נתפסה על ידי ביה"מ כהתנהגות שאינה עולה בקנה אחד עם עקרון תו"ל. אפשר להבין את אייזמן: הוא קנה דירת נופש וזה לא עלה יפה. זה כרוך בעיכובים, ההנאה או התועלת שציפה לקבל לא תהיה זהה לתועלת שקיווה לקבל. ועכשיו אומרים לו – נספק באיחור אבל תוסיף כסף. מצד שני חברת עונות לא חטאה, הבעייה הייתה עם החברה המקורית. צריך להבין שלא תמיד עסקאות עולות יפה, ולא תמיד הן מצליחות. אנחנו במצב שהמציאות כפתה עלינו שינויים. אם אנשים כמו אייזמן היו יכולים לקבל את דירותיהם במחיר המקורי, חברת עונות לא הייתה קונה את הפרויקט וכולם היו מפסידים. זו אפשרות שעוזרת לקונים מסוימים: הרבה הסכימו לעבור לתנאים של חברת עונות. אם נוריד מהשולחן את האפשרות של חברה אחרת שלוקחת אחריות על הפרויקט לא נקדם אף אחד כי אף אחד לא יקבל את מה שהיה אמור.  
יש כאן גם מסר לאנשים כמו אייזמן: אתם יכולים לקבל יחידת נופש אבל בתוספת תשלום.

הנקודה המשלימה לניתוח: אם הולכים על אכיפה במצב כזה זו תהיה מן הסתם אכיפה בקירוב, כלומר המחיר החוזי ישונה. אם לא מוכנים לשינוי הזה ניתן לדרוש פיצויים, אך לחברת קדמת עדן כנראה אין כסף (נכון לחברות שהתפרקו או פשטו רגל), גם השבה יכול להיות מאוד קשה לקבל. לכן באופן ריאלי כל מה שיש זה ביצוע בקירוב. אם יש אפשרות לפיצויים אז צריך להשוות בין מה שיתקבל בביצוע בקירוב על פי ההצעה שעל השולחן לבין הפיצויים האפשריים. אם לא הייתה הצעה על השולחן אז לא הייתה בררה אלא להתדיין (לא נכון במקרה של אייזמן).

מפס"ד זה נראה שהביצוע בקירוב עוזר לחברה ופוגע בקונים. זה לא נכון. מקרה אייזמן אינו מייצג כי פיצויים אינם אופציה וביצוע בקירוב זה מוצא טוב מהמצב.

**חריג שני:** אכיפת החוזה היא כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי:

הרעיון הוא שישנן סוגי עבודות שמבוסים על אמון. אחרי שפרץ סכסוך כבר אין אמון. לדוג' חוזה מול מטפלת של הילדים. נניח שחוזה זה הופר על ידי המטפלת. ההורים תובעים ומבקשים אכיפה. במקרה כזה לא הגיוני לאכוף עליה לעבוד. כך גם כשזמר או זמרת מבטלים הופעה, ביה"מ לא יאכוף את ההופעה.

הסיבה הקלאסית של החריג הזה היא שעולה מכך "ניחוח של עבדות" – המרצה לא אוהב את הסיבה הזו. מעבר לכך הפיקוח הוא יקר. כשלנותן שירות אין מוטיבציה לעשות את פקידו הפיקוח הוא מאוד יקר. מעבר לכך קיים חוסר אמון ולכן לא נגיע לתוצאה טובה ולכן הכפייה היא מיותרת.

מהן גבולות הגזרה של חוזים אישיים? יש בענין זה פס"ד מנחה שמסביר מהי עבודה אישית:

בג"צ 254/73 **צרי נ' ביה"ד הארצי לעבודה**

צרי היה תועמלן בחברת עופות והיה אמור לקדם את מוצרי החברה. הוא פוטר וביקש אכיפה. כאן ביה"מ קבע קריטריונים לעבודה אישית:  
 1- עבודה התלויה בתכונותיו ובכישוריו של העובד הספציפי במובן שלא ניתן להעבירה למישהו אחר.  
2- הקשר הישיר בין המעביד לעובד המבנה יחסי אמון. ככל שמדובר בתאגיד גדול יותר כך עניין הקשר האישי יורד. אם מדובר במקום עבודה קטן עם מספר מצומצם של עובדים מימד הקשר האישי והאמון מובהק, וזהו שיקול נגד אכיפה. אם מדובר במקום עבודה גדול שבו היחסים הבין אישיים אינם מרכזיים אז עניין האמון אינו מובהק וניתן לאכוף.  
בארגונים גדולים אפשר לומר שאין לאכוף בשל חריג 3(2) רק בדרגים הגבוהים (סמנכ"ל, יועמ"ש ותפקידים בכירים דומים) אך אם מדובר בעובד מן השורה ניתן לתת צו אכיפה ולהחזירו למשרתו.  
אין מניעה לתת צוי מניעה נגד עובדים כדי למנוע מהם לעבוד אצל מתחרות או מתחרים. הכל בכפוף לתקנת הציבור (ע"ע פרומר נ' רדגרד). הכוונה היא שלא ניתן להכריח עובדים להמשיך לעבוד אם המקרה מסווג לחוזה עבודה אישית ונופל במסגרת החריג ב-3 (2). זה לא אומר שאם רצונם להפר על מנת לעבוד בעובודה מתחרה לא ניתן להשיג צו מניעה מהם לעבוד באותה עבודה.  
מן הסתם, במצב זה לא צריך לחשוש מנושא תקנת הציבור כי מדובר בפרומר נ' רדגרד הגבלת העיסוק נקבע על ידי המעסיק. במקרה זה ביה"מ הוא זה שנותן את צו המניעה, והוא יכול להגביל אותו בזמן. ביה"מ יקפיד בעיצוב צו המניעה כדי לא לפגוע בחופש העיסוק של העובד. לכן בפרומר נ' רדגרד היה מקום לחשש אמיתי כתוצאה מהגבלה זו.

יש חוקים שכן משיבים עובדות או עובדים למקומות העבודה.

**ס' 22 ב לחוק התרופות** עניינו שמירת דינים והכוונה היא שנכבד הוראות חוק ספציפיות שמורות אחרת מהאמור בחוק התרופות: יש הוראות חוק ספציפיות המאפשרות החזרת עובדות /ים למקום העבודה על אף האמור בס' 3.2:  
\* ס' 3א2 לחוק העובדים: מאפשר השבה לעבודה של חושפי שחיתויות.  
\* ס' 10א2 לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה: מסמיך השבה לעבודה או הוראה לקבל לעבודה עובד/ת שפוטרו או לא התקבלו בשל אפלייה.  
\* חוק שוויון לאנשים עם מוגבלות: סמכות להורות על השבת עובד/ת או שכירתם אם פוטרו או נדחו בשל מוגבלות.  
\* חוק שכר מינימום: סעיף שמאפשר השבת עומד למקום העבודה אם פוטר בשל תלונה על אי תשלום שכר מינימום.  
\* ס' 9 לחוק עבודת נשים: אוסר על פיטורי עובדת במהלך היריון או חופשת לידה.  
\* חוק חיילים משוחררים: אוסר על פיטורי עובד/ת בשל שירות מילואים.  
בכל המצבים האלה החוק מאפשר להחזיר עוהדים לעבודה. חלק מאוד אפקטיביים וחלק פחות. אם מדובר בפיטורים על רקע שירות מילואים או הריון, המעביד/ה יכולים לחכות עד לאחר סיום התקופות הרלוונטיות ולפטר אחר כך. העובד/ת יכולים לטעון שהפיטורים נעשו על רקע המילואים או ההיריון. נוצר מלכוד. אף מעסיק לא יודה שהפיטורים הם כתוצאה מהמילואים או ההיריון. הוא יטען שזה כי העבודה לא הייתה טובה, או כי לא הסתדרו עם עובדים אחרים. מעסיק פונטציאלי יכול להאמין לאחת משתי הגרסאות. יש כאן בעייה אמיתית. מעסיקים כן פוגעים בעובדות/ים למרות החוקים הללו. קשה לתפעל את החוק בגלל הסיבות הללו: המעסיק כבר לא רוצה אתכם שם, אפשרות היציאה עכשיו הרבה פחות טובה כי יש את האמירות הללו על העובדים.

**חריג שלישי:** ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד ביה"מ:

חריג זה קיים משני טעמים: רצון להגן על זמן שיפוטי ולכן אם פיקוח יתר נדרש מביה"מ בעת אכיפת החוזה, זה לא יהיה סעד מוצלח כי זה סעד יקר. מעבר לכך, פיקוח כזה יידרש אם במקרה אחר האכיפה לא תצלח. כך שמראש נתוני היסוד הם בעייתיים מבחינת סעד האכיפה. זה קיים למשל, בחוזה יחס שנמשך לאורך זמן ונדרשים התאמות ושיתופי פעולה. ככל שהחוזה גדול יותר וממושך יותר כך יש יותר צורך בהתערבות ביה"מ.

ע"א 846/75 **עוניסון נ' דויטש**

קונים רכשו דירות מחברה קבלנית. החברה הקבלנית נקלעה לקשייים. הפרויקט מופסק בשלב מוקדם יחסית. הקונים מבקשים למנות כונס נכסים שיוודא את השלמת הפרויקט ומסירת הדירות. ביה"מ המחוזי ביה"מ – חריג 3 (3) לחוק התרופות.   
**השופט ברנזון:** מציג את התנאים בהם ביה"מ יכול להורות על אכיפה (ביצוע בעין) של חוזה בנייה:   
1- העבודה מפורטת דיה.  
2- אין בפיצויים כדי לפצות את הנפגע/ת הצורה מספקת.   
3- הקרקע עליה צריכה להתבצע העבודה צריכה להיות בידי הקבלן.  
תנאים אלו מתקיימים ולכן יש להורות על אכיפה כי אכיפה הינה הסעד המרכזי בדין הישראלי.

למעשה זה לא כל כך פשוט, פסיקה מאוחרת יותר ממתנת את גישתו של השופט ברנזון לפיה תמיד ניתן לאכוף חוזים מורכבים:  
ע"א 108/84 **סתם נ' מרקוביץ'**  
בפס"ד זה נקבעו מספר דברים על ידי **השופט בך**:  
בין קבלן למזמין הדירה לא ניתן לטעון לחוזה לעבודה אישית. כלומר חריג 3(2) לא חל! קבלן לא יכול להגיד שזה חוזה לעבודה אישית ולכן הוא לא מקיים.  
אכיפה תדרוש פיקוח בלתי סביר , תחת ס' 3 (3) כאשר:  
1- מידת המורכבות של החוזה גבוהה. ככל שרמת המורכבות גבוהה כך הנטייה תהיה לא לאכוף.  
2- ככל שמשך הזמן ארוך יותר הנטייה תהה להמנע ממתן צו אכיפה.  
3- ככל שמידת שיתוף הפעולה בין הצדדים גדולה יותר גם זה שיקול לא לאכוף.

פס"ד זה הוא יותר מדויק. הפרמטרים לפיו הם מידת מורכבות החוזה, משך הזמן הנדרש לשם ביצועו, ומידת שיתוף הפעולה בין הצדדים. בכל הפרמטרים, ככל שהמידה גבוהה יותר כך ביה"מ ייטה להפעיל את החריג הקבוע בס' 3(3) ולהמנע מאכיפת החוזה. פסק דין סתם הוא יותר הגיוני. המוקדם מתעלם מהמציאות וגם חוטא לנפגעים. כאן זו כבר לא השערה: כשחברה קבלנית לא רוצה לבצע חוזה מסוים והקונים באים בגישה של דרישת ביצוע, זו גישה מסוכנת כי הקונים עלולים להפגע בסופו של דבר. קבלן שלא רוצה לבצע עבודה לא ישקיע בה, לא בחומרים לא בגימור וכו'. זה ייגרר לערכאות ולבתי המשפט אין סבלנות אין סופית. כל תביעה היא יקרה, ובסופו של דבר גם בתי המשפט יאבדו עניין. לכן מסקנת המרצה היא: אם יש חשש שהביצוע מצריך פיקוח נרחב של ביה"מ לא בטוח שזה באינטרס לש הקונים אם הם הנפגעים לבקש אכיפה. אכיפה בנסיבות כאלה אינה סעד מבטיח. בית המשפט לא ישקיע בזוטות של חרסינות, בלטות ומדרגות. השכל הישר מחייב מחשבה מעבר לדין.

**חריג רביעי:** אכיפת החוזה אינה צודקת בנסיבות העניין:

סטנדרט הצדק הוא סטנדרט חשוב, שמקנה שיקול דעת רחב לביה"מ בכל מה שקשור לשלילת אכיפה. גם סעד זה מפורש על דרך הצמצום.  
א- יש כאן חריג לסעד העיקרי בדין הישראלי.  
ב- פגיעה בחופש החוזים (אכיפה מגנה על אינטרס הציפייה או הקיום).

יש מצבים בהם ביה"מ יפעיל סעד זה, אז בצדק של מי על ביה"מ להתחשב?   
1- **הצדק הפנימי בין הצדדים (נפגע/ת-מפר/ה)** - נטל הוכחת החריג של המפר ועליו להוכיח:   
א- העוול שיגרם לו כתוצאה מאכיפה כבד מהנזק שייגרם לנפגעת משלילת האכיפה (והסתפקות בסעד אחר כגון פיצויים או השבה).  
ב- התנהגות הצדדים (בעיקר הנפגעת), למשל אם הנפגעת יצרה מצג שלא תבקש אכיפה, הדבר יהווה שיקול במסגרת 3 (4). בפס"ד **פומראנץ נ' קדש**: אם צד אומר שיסתפק בפיצויים ואח"כ תובע אכיפה יכול ביה"מ לפסול אכיפה כי זה בלתי צודק: לא היה צריך ליצור מצג שלא יבקש אכיפה.   
ג- השתהות הנפגעת בבקשת האכיפה, למשל באותו פס"ד **פומראנץ נ' קדש** השופט שמגר בדעת המיעוט חיווה דעתו שהשתהות של 9 חודשים היא שיקול לשלול אכיפה במסגרת חריג הצדק לפי ס' 3 (4).  
2- **מעורבות צדדים שלישיים**: חוזה בלעדיות שהופר (כמו ב**אהרוני נ' החשמונאים**). נניח שאהרוני מבקש אכיפה של החוזה (לא מה שקרה). הבעייה באכיפה היא שזה יוביל לפגיעה בצד ג' תם לב שלא היה מודע לחוזה הבלעדיות (העסק המתחרה). במצב כזה יש שיקול לא לאכוף מכוח 3 (4) ולהסתפק בפיצויים.  
הבעייה היא שאין לדעת מה הפיצויים יהיו. אכיפה זה הסעד הכי מסויק שניתן לקבל, וכשלא ניתן קשה להעריך את הפיצויים.  
3- **הציבור בכללותו** -   
ע"א 3833/93 **לוין נ' לוין**  
נחתם חוזה גירושין והסדר מזונות לפיו האישה תקבל סכום מוגדל בהשוואה לנהוג עד למתן הגט ובתמורה היא מתייבת לא להציג את החוזה בביה"מ. פורץ סכסוך בין הצדדים והאישה מבקשת לאכוף את הסכם המזונות. הבעל מבקש את אכיפת החוזה שמהותו – כלומר לא לכבד את הסכם המזונות.   
**השאלה המשפטית:** האם יש להעניק לבעל את סעד האכיפה?  
**השופט זמיר:** בקשת הבעל לאכוף את איסור הצגת ההסדר מנוגדת לתקנת הציבור.  
"ביה"מ עשוי לקבוע כי הוראה חוזית החוסמת את הדרך לביה"מ הינה סותרת את תקנת הציבור ולפיכך בטלה. גם אם נאמר כי ס' 11 אינו חוסם את הדרך אל ביה"מ ולפיכך אינו בטל, מכל מקום הוא מציב מכשול גבוה על דרך זאת."  
עצם זה שיש הסדר שמציב מכשול בדרך לביה"מ הופך את ההסדר לנוגד את תקנת הציבור למרות שהמניעה אינה מוחלטת. ביה"מ לא יאכוף הסדר זה.  
השופט זמיר אומר שהבעל יכול לתבוע את האישה בתביעת פיצויים, אולי יוכל לקבל אותם. לפעמים לא תנתן אכיפה גם כשתקנת הציבור מחייבת זאת, וניתן לשקול גם שיקולים רחבים של טובת הציבור ותקנת הציבור.

### ס' 4: אכיפה בתנאים

הסעיף קובע שביה"מ רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בתנאים אחרים שמתחייבים מן החוזה. אכיפה יכולה להיות מותנית בקיום חיובי הנפגע או בקיום תנאים אחרים. (אייזמן נ' קדמת עדן – שערוך או עדכון מחיר יכול להיות תנאי לאכיפת לפי ס' 4).

האם צדדים לחוזה יוכלים לשלול בהתנאה חוזית את סעד האכיפה?  
ע"א 2454/98 **לינדור נ' רינגר**השופט אור קבע שהדבר אפשרי אבל השלילה צריכה להיות מפורשת או לכל הפחות להיות כזו שתוסק באופן חד משמעי מן הנסיבות.

על פניו אין חובה להקטין את הנזק במסגרת סעד האכיפה. זה יכול להוביל לתוצאות קשות. נניח שיש חוזה שכירות ל-7 שנים לפיו השוכרת מתחייבת לשלם שכ"ד בסך 1500 ש"ח לחודש. אחרי 3 חודשים היא עוזבת את הדירה ומפסיקה לשלם. בעלת הנכס תובעת בגין הפרה ומבקשת אכיפה של החיוב הכספי. לכאורה, אם זו הייתה תביעת פיצויים הייתה חובה להקטין את הנזק. אבל זוהי תביעת אכיפה. אין חובה להקטין את הנזק.   
דרכים להתמודד עם האתגר:  
1- ניתן להשתמש בס' 3(4) ולקבוע שהאכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין.  
2- ניתן לרכך את התוצאה ואף להגיעה להסדר הקטנת נזק מכוח עקרון תו"ל.  
3- ניתן להשתמש בס' 4 ולהתנות את האכיפה בתנאי שבעלת הנכס תנסה להשכיר את הנכס לאחר.  
אז זו לא אכיפה פורמלאית אך ניתן להגיע לתוצאה זהה או דומה באמצעים אלה.

## סעד הביטול וההשבה

הביטול שבא בעקבות הפרה, חלק מרגע הביטול להבא (זאת בשונה מביטול בשם פגם ברצון, טעות, הטעיה כפייה ועושק).

החשיבות הגדולה של הביטול היא שמבצבים רבים מדובר בסעד עצמאי. אין צורך להדרש לביה"מ נפגע/ת יכולים לתפעל את הסעד באופן עצמאי.

סעד הביטול לא מחסן בפני דיון בביה"מ משום ש:   
א- הצד שכנגד יכול לטעון שהביטול לא נעשה כדין.  
ב- ובעקבות הביטול יש השבה.

### הפרה יסודית והפרה שאינה יסודית

לצורך ביטול יש הבחנה בין הפרה יסודית לבין הפרה שאינה יסודית. ההבחנות:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | הפרה יסודית | הפרה שאינה יסודית |
| מיידיות הביטול | ביטול תוך זמן סביר על פי ס' 8. | יש להעניק ארכה למפר ובתומה לפעול תוך זמן סביר על פי ס' 7ב ו-8. |
| כפיפות לשיקולי צדק | זכות ביטול מוחלטת ואין כפיפות לשיקולי צדק על פי ס' 7א. | הביטול כפוף לשיקולי צדק על פי ס' 7ב. |
| חוזה שניתן להפרדה לחלקים | יש אפשרות לנפגע של ביטול חלקי או מלא לפי שיקול הדעת של הנפגע על פי ס' 7ג. | ביטול חלקי בלבד על פי ס' 7ג. |

### הפרה יסודית מוסכמת והפרה יסודית מסתברת

יש הפרה יסודית שהיא הפרה מוסכמת ויש הפרה יסודית מסתברת.

ההפרה היסודית המוסכמת היא המקרה הפשוט: נקבע בחוזה שהפרה כלשהי תהווה הפרה יסודית והצדדים מסכימים לכך. מוסיפים בד"כ בסוף החוזה סעיף נוסף לפיו הפרה של סעיפים מסוימים יהוו הפרה של החוזה.

למה שלא יחליטו לקבוע את כל החוזה כחוזה שהפרתו יסודית?  
זה לא יצלח כי זה נוגד את תו"ל: לא נראה לביה"מ שכל הפרה גם הקלות יחשבו כיסודיות.  
טכניקת ניסוח זו פוגעת ביחסים שבין הצדדים. כשקובעים על ס' שהפרתו היא הפרה יסודית זה מאותת לצד השני מה חשוב יותר. אם הכל יראה חשוב באותה מידה גם הכל יראה לא חשוב באותה מידה.

ההפרה היסודית המסתברת, המצוינת בס' 6. זוהי הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה

כאן ס' 6 מציג את האדם הסביר שלא היה מתקשר אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. הרגע הרלוונטי הוא כריתת החוזה.

דיון נוסף 44/75 **ביטון נ' פרץ**

הייתה שרשרת עסקאות. אחד הקונים איחר בתשלום החוזי בשישה ימים ויצר אפקט דומינו. המוכר התחייב לשלם על דירה אחרת יום למחרת מועד התשלום החוזי. האיחור של ששת הימים (שאינו איחור כבד) הביא את המוכר להפר את החוזה שהוא כרת עם צד אחר כקונה. לא היה לו כסף לשלם כי הקונה שלו לא שילם בזמן. השאלה היא האם איחור של 6 ימים בנסיבות הללו מהווה הפרה יסודית. המוכר שאיחר לא ידע על העסקה הנוספת כי זו קרמה עור וגידים לאחר החתימה על החוזה של הקונה המאחר.  
**השאלה המשפטית:** האם זו הפרה יסודית מסתברת כמשמעותה בס' 6?  
**השופט ויתקון:** זוהי אינה הפרה יסודית מסתברת לפי ס' 6. השופט ויתקון מתמקד באדם הסביר וקובע שלא היה ביכולתו לצפות את מה שאירע במקרה שלפנינו. הוא אומר שיתכן שהאדם הסביר הוא יותר חכם מהמפר "...אך אין הוא מגיד עתידות או קורא מחשבות או איש סודו של הנפגע".  
**השופט כהן:** לא היה ניתן לצפות את התוצאות. הדגש צריך להיות על צפיות התוצאות ולא כל כך על האדם הסביר. המונח המרכזי הוא "תוצאות". תוצאה שאינה נובעת באורך סביר או כדרך הטבע מן ההפרה אינה נכללת בתוצאותיה כאמור בס' 6. **השופט שמגר:** מדגיש את עניין הציפיות ובודק האם הייתה דרך לצפות מראש את התוצאות.   
כל השופטים מסכימים שלא הייתה הפרה יסודית מסתברת.

למה אין בחוזים את עקרון הגולגולת הדקה הקיים בדיני הנזיקין?  
בנזיקין אין קשר קודם בין הצדדים, והמעוול אחראי למרות רגישותו של הנפגע. בחוזים זה לא המצב - יש זרימת מידע בין הצדדים. אם צד פגיע במיוחד חובה עליו ליידע את הצד שכנגד כדי שיוכל להביא זאת בחשבון. זה מידע חשוב כי הוא משפיע על הנכונות להתקשר בחוזה.  
יש הבדל בין איחור לטיסה לבין איחור לפגישה בבית קפה. אם נהג המונית מאחר זה משמעותי אם הוא ידע שהוא לוקח לשדה תעופה או לבית קפה.  
בעסקה זו המוכר ידע שהוא הצד הרגיש כי היה צריך לשלם למחרת לאחר והוא הסתמך על התשלום שהיה אמור לקבל במכירה. הוא לא היה צריך לקבוע טווח זמן קצר כל כך. היה עליו לא לקבוע את התשלום לעסקה הבאה בסמיכות זמנים כזו ליום שבו הוא היה אמור לקבל את הכסף מהקונה. אם הקונה המקורי שהפר היה יודע שיפול עליו מפל פיצויים הוא היה לא מתקשר בחוזה או שהיה נזהר יותר.  
לכן יש חובה ליידע.

**שיעור 23**

דנו בהפרה יסודית מול הפרה שאינה יסודית וראינו שיש שני סוגים של הפרות יסודיות:  
\* הפרה יסודית מוסכמת: נקבע בחוזה שהפרה מסוימת תחשב יסודית.  
\* הפרה יסודית מסתברת: (פ"ד ביטון נ' פרץ) במקרה זה המבחן הוא היפותטי, שמתמקד באדם הסביר, תוצאות ההפרה ואפשרות צפיותן. בפ"ד עצמו הנקודה במרכזית הייתה שבמהלך העסקים הרגיל איחור קל בביצוע לא אמור ליצור נזק כה גדול. השוני המהותי שקיים בין דיני חוזים לנזיקין נוגע להכרות ולזרימת המידע הקודמים לקביעת היחסים המחייבים בין הצדדים: 1- אם ידוע לצד מסוים שהוא רגיש במיוחד עליו ליידע את הצד השני על הרגישות המיוחדת כדי שהוא ייקח אותה בחשבון וינקוט בהתאמות (גם אם זה יגרום לכך שהחוזה לא יכרת). 2- בביטון נ' פרץ העסקה נרקמה אחרי הכריתה.  
יש הגיון בכלל הזה כי אנחנו רוצים לעודד את הצדדים לא לפעול אסטרטגית באופן שיגדיל את הסיכון אליו חזוף הצד השני (אשר לא יכול לקחת בחשבון עלויות כשהוא לא מודע לבעיה).   
את שרשרת העסקאות ניתן להמשיל לטיסות עם קונקשן: אם ייקבע קונקשן קצר: אם מספיקים זה טוב ואם לא אפשר לתבוע את הראשונה. אלא שלא ניתן לתבוע כך את החברה כי לחברות אין אחריות על פספוס קונקשן בחברה אחרת.   
אנחנו לא רוצים שצדדים יוכלו לגלגל עלויות לצד השני גם אחרי הכניסה לחוזה כי הם לא נלקחו בחשבון. אם הם ידועות אז להעביר את המידע אם הם לא ידועות אז לא נכון להתנהל באופן שיגדיל את הסיכון של הצד השני. זה נובע מעקרון תו"ל, מעניין כלכלי וגם מהגינות בסיסית.

**בהפרה יסודית מסתברת אנחנו בידי ביה"מ**. אם אין אמירה שהפרה היא יסודית, אז ביה"מ יוכל לקבוע על הפרה כלשהי אם היא יסודית.

הפרות יסודיות:  
1- אי ביצוע מוחלט  
2- הפסקת עבודה או ביצוע (אניסימוב)   
3- קיום באיחור: במקרים כאלה כל מקרה ישקל לפי נסיבותיו על פי המבחנים בס' 6.   
יש הבחנה בין חיוב שאינו תשלום כספי (בהם איחור קל בד"כ לא יחשב להפרה יסודית אלא אם כן ישנן נסיבות מיוחדות, ואיחור כבד יכול להחשב להפרה יסודית) לבין חיוב שהוא תשלום כספי (איחור קל לא יחשב להפרה יסודית, ואיחור כבד יכול להחשב להפרה יסודית).   
ישנה חשיבות לגובה הסכום – אין פרוטה כדין מאה. אם זה סכום גדול אז אפשר להגיד שקשה לגייס אותו ומכוח עקרון תו"ל צריך להתחשב, מצד שני אם זה סכום קטן אז מצפים שיהיה אפשר להבליג יותר בקלות. אין אמירה ברורה. לכן עדיף שלא נכנס למצב בו יש הפרה מסתברת. אפשר לקבוע שכל איחור בתשלום למעלה מ30 יום זו הפרה יסודית, וכך לא נהיה בידי ביה"מ שמבין את הדברים באופן שלא בהכרח יחפוף את הבנת הצדדים.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | הפרה יסודית | הפרה שאינה יסודית |
| מיידיות הביטול | ביטול תוך זמן סביר על פי ס' 8.  את הביטול תוך זמן סביר יש לבצע בהודעת ביטול ברורה שנשלחת למפר. את הפתיחה בהליך משפטי ביה"מ לא תמיד יפרש כהודעת ביטול. | יש להעניק ארכה למפר ובתומה לפעול תוך זמן סביר על פי ס' 7ב ו-8.  ארכה כדי לאפשר ביצוע ואז אם המפר עדיין לא עומד בהתחייבותו לבטל תוך זמן סביר. |
| כפיפות לשיקולי צדק | זכות ביטול מוחלטת ואין כפיפות לשיקולי צדק על פי ס' 7א. | הביטול כפוף לשיקולי צדק על פי ס' 7ב. |
| חוזה שניתן להפרדה לחלקים | יש אפשרות לנפגע של ביטול חלקי או מלא לפי שיקול הדעת של הנפגע על פי ס' 7ג. | ביטול חלקי בלבד על פי ס' 7ג. |

יש כאן מלכוד: אם אנחנו עוסקים בהפרות יסודיות מסתברות אז לא ניתן לדעת איך צריך לפעול. אם לא אתן ארכה כי אני חושבת שמדובר בהפרה יסודית, ביה"מ יכול להכריע שהייתי צריכה לתת ארכה. האם כדאי לחכות ולתת ארכה תמיד? לארכה יש משמעות – משמעותה שמפסידים כסף, צריך להמתין עוד, לא יכולים להתקשר בחוזה אחר, אבל יש מחיר נוסף להשתהות (אם מחכים יותר מדי זה עלול להתפס על ידי ביה"מ כהשתהות).

ע"א 8741/01 **Micro Balanced Products נ' תעשיות חלאבין בע"מ**ההתקשרות הראשונית הייתה ב-1982, היו התקשרויות נוספות. כל פעם MBP (המפיץ) התחייבה לעמוד ביעדי מחירות מסויימים (ולא עמדה באף יעד), אך חלאבין לא עושה דבר. ב-1996 חלאבין מבטלת בשל הפרה יסודית. MBP אמרו שבמשך שנים הם הבליגו, אם זה כל כך הפריע להם למה לא עשו כלום במהלך 14 שנים?   
ביה"מ מקבל את הטענה הזו.  
**השופט ריבלין:** מסביר שיש שתי דעות במשפט הישראלי ביחס להשתהות:  
1- השתהות הופכת הפרה יסודית ללא יסודית (רע"א 7956/99 **שיכון ופיתוח נ' מעלה אדומים** – דעתו של השופט ברק).  
2- (ע"א 2825/97 **אבו זייד נ' ברוך** – דעתו של השופט אנגלרד) השופט אנגלרד בדעת יחיד אומר שהשתהות לא משנה את סיווג ההפרה אך מחייבת מתן ארכה.  
השופט ריבלין אומר שאין צורך להכריע בין הדעות, כי בכל מקרה צריך לתת ארכה. השתהות מובילה למצב בו ישנה חובה להעניק ארכה. ברק משנה את הסיווג מהפרה יסודית להפרה לא יסודית והביטול נהיה כפוף לשיקולי צדק של ביה"מ.  
לדעת המרצה: זה עיצוב דין לא מוצלח, אם אדם טוב לא עומד על שלו, במקום לזקוף זאת לזכותו הדין מעניש אותו באופן ששוחק או גורע מזכויותיו. מעבר למסר, תמיד לא נכון להשתהות יתר על המידה, לא למחול על הפרות, אלא אם כן מוכנים לחיות עם זה. אם צד מפר פעם אחת ולא קורה כלום זה לא יגמר שם. מרגע שצד מתחיל להפר זה ימשיך אם אין סנקציה. מערכת היחסים החוזית לא תעלה על מסלול נכון.

### השבה- ס' 9 לחוק התרופות

הביטול יכול להביא לסיום הדיון אך במקרים רבים השלב הבא הוא השבה. השלב הראשון אחרי הביטול הוא ניסיון להשיב לכל אחד מן הצדדים את מה שהעביר לצד שכנגד.

החוק קובע חובת השבה הדדית: מרגע שבוטל החוזה, כלומר הדין לא מבחין בין מפר לנפגע וחובה על שניהם להשיב לצד שכנגד את מה שקיבלו ממנו. זה מאוד ברור בס' 9 (א).

1- יש השבה בעין: השבת הנסכס עצמו (באופציה המועדפת). השבה זו בלתי אפשרית פעמים רבות (בחוזה קבלנות וספק סיפק שקי מלט שבבנייה נהפך לבטון לא ניתן להשיב את שקי המלט עצמם).  
2- האפשרות השנייה היא השבת שווי (השבה של כסף בשווי המתאים כאשר השבה בעין אינה אפשרית). צריך לוודא השבה בערכים ריאלים, כלומר מותאמים לאינפלציה ולשחיקת שווי. אם שקי המלט עלו 10 ש"ח לכל שק וקניתי 20 שקים וצריך להשיב את השווי, מגיע לכל הפחות הצמדה וריבית (כי אם הכסף הזה היה בבנק אז הערך שלו היה עולה). אי אפשר לקבל ערכים נומינליים כי בחלוף הזמן יגיע לו יותר (ולא פחות).

ס' 9(ב) עוסק בביטול חלקי ובהם תהיה גם השבה חלקית.

לנפגעים בדין הישראלי יש בחירה בין אכיפה לבין ביטול והשבה. אלו שני סעדים שלא יכולים להתקבל יחד. איך בוחרים?

## הבחירה בין אכיפה לבין ביטול והשבה

הבחירה בביטול והשבה היא סופית ואחריה לא ניתן להחיות את החוזה. הבחירה באכיפה אינה סופית כי אם המפר ממשיך לפעול כך ומפר שוב ניתן לבטל בעתיד. יש סופיות מוחלטת בביטול, ובאכיפה לא.

פיצויים יכולים להצטרף לאכיפה (בד"כ חובה לצרף פיצויים לאכיפה), ופיצויים יכולים להצטרף גם להשבה (כדאי לצרף).

האם ישנה אפשרות לנפגע לקבל גם את רווחי המפר (העברת התעשרות המפר אל הנפגע)? מבחינת מהות הדברים השאלה עניינה ביחס בין העילה החוזית והסעדים החוזיים לבין עילת עשיית העושר שלא כדין והסעד של שלילת התעשרות. העילה והסעדים החוזיים עובדים על מישור אחר מאשר העילה מכוח חוק עשיית עושר שלא במשפט. העילות החוזיות מתמקדות בנפגע ומנסות לפצותו בצורה מלאה ככל הניתן. העילה מכוח חוק עשיית עושר לא מתמקדת בנפגע אלא במפר ואמורה למנוע ממנו התעשרות שלא כדין (התעשרות שנובעת מהפרת החוזה). בענין זה הדין הישראלי הוא יסודי.

ד"נ 20/82 **אדרס נ' הרלו את ג'ונס**

נחתם חוזה לאספקת 7,000 טון ברזל בין החברה הישראלית אדרס לבין הרלו את ג'ונס. המחיר לטון הוא 620 מרק גרמני. פורצת מלחמת יום כיפור והחברה הגרמנית לא מספקת. היא גם מעלה את המחיר ל-900 לטון. בסופו של דבר החברה מספקת 5000 טון בשנת 1974 והיתרה לא מסופקת.  
הוחלט שאדרס לא ביטלה את החוזה.   
לאחר המלחמה מחיר הברזל יורד חזרה לפחות מ-620 מרק לטון. זה אומר שהחברה הישראלית לא יכולה לתבוע פיצויים כי הם יכולים לקנות עכשיו את אותה כמות בפחות כסף.  
לכן חברת אדרס תובעת על עשיית עושר. לטענת אסרס החברה הקבלנית מכרה את אותו ברזל שהיה אמור להיות מסופק לאדרס במחיר של 900 מרק לטון.  
ביה"מ המחוזי מכריע שעומדת לאדרס זכות לקבל את התעשרות החברה הגרמנית.   
בע"א לעליון ההחלטה נהפכת ונפסק שאין לאדרס יכולת לקבל את התעשרות החברה הגרמנית כי יש ייחוד של העילה החוזית (כלומר: אם מדובר במערכת יחסים חוזית אין אפשרות לפנות לעילות מתחום דיני עשיית העושר).   
בדיון הנוסף רוב השופטים קובעים שניתן לקבל את התעשרות המפר כאשר מבחינת ברק השאיר בצריך עיון את השאלה האם ניתן לקבל את התעשרות המפר גם כשהחוזה בוטל.  
אדרס לא ביטלה את החוזה ובכך יש רוב מוחץ שניתן לקבל את התעשרות המפר, מבחינת בך ושלמה לוין ניתן לקבל את התעשרות המפר גם כשהחוזה בטל, ברק השאיר את זה בצריך עיון. השופטת מרים בן פורת קבעה שכשהחוזה מבוטל לא ניתן לפנות לדיני עשיית עושר שלא במשפט. השופט דב לוין קבע שאין אפשרות להזקק לעילות מתחום דיני עשיית עושר (היה בדעת מיעוט מוחלטת).

פ"ד אדרס הוא פורץ דרך. מבחינת ההשלכות הפרקטיות, לא כל כך קל לקבל את ההתעשרות. גם בדוגמא של המטבח וגם במקרה של אדרס, נראה שעדיף ללכת על עשיית עושר. זה לא תמיד נכון:  
1- ההתעשרות חייבת לנבוע מההפרה – יכול לקרות שהתעשורת לא נובעת מההפרה (אם החברה הייתה יכולה לספק ברזל אחר לצד השלישי אז אין התעשרות). במקרה זה אדרס הצליחה להוכיח שההזמנה שלה הגיעה לצד שלישי ולכן הוכח שהייתה הפרה. בדוגמא של המטבח – אותו עשיר בא לארץ ודורש את אותו מטבח, ואם הייתה יכולה לבנות אחר זו לא הייתה התעשורת. אם ההתעשרות נבעה מההפרה, ורק בגללה עבר לצד ג' ניתן לדרוש התעשרות.  
2- בדוגמאות שדנו בהם ההתעשרות היא מאוד גדולה, אך למעשה זה יכול להיות מאוד קטן. ההתעשרות יכולה להיות קטנה מהנזק שנגרם לנפגעת, במיוחד אם קיים ערך סובייקטיבי שהנפגעת מייחסת לחוזה. אם נגרם נזק שלא ממוני כמו עגמת נפש, אפשר לקבל מעט מאוד. למשל אם אדם הזמין חדרים במלון והמלון לאעמד בהתחייבות שלו ונתן לאחר, וממנו קיבל רק 5% יותר – ההתעשרות היא זעירה.

מתי הנזק וההתעשרות יהיו שווים?  
אם מדובר במוצר שהוא תחלופי כמו עט, שבמקום להמכר לאדם אחד הוא נמכר לאחר. במקרה זה הרווח של מי שקנה בסוף לבין מי שרצה ולא קנה הוא אותו דבר. אם זה חשוב לצד שלא קיבל הוא ילך ויקנה אחר. אם מדובר במוצר או שרות שהוא מאוד זמין ומתומחר באופן תחרותי אין פער בין ההתעשרות לבין הנזק.

בפרקטיקה פיצויים הם הסעד הנפוץ ביותר. צד לא תמיד מעוניין באכיפה. אם יש צורך לקנות מכשיר טלפון חדש והספק לא מספק אף אחד לא ימתין 3 שנים לפסיקת ביה"מ לשם אכיפה. האדם הרגיל יקנה מכשיר אחר ויתחשבן עם הספק מאוחר יותר. מסובר בסיכון אך ההפסד שעלול להיגרם אם יחכו הוא הרבה יותר גדול.

ההגיון העסקי הוא שיש לי צורך כרגע ולכן אני אמלא את הצורך ואתחשבן אחר כך עם הספק שלא עמד בהתחייבויותיו.

## סעד הפיצויים

פיצויים זה סעד עצמאי כמו גם מצטרף לאכיפה או לביטול והשבה. לרוב סעד הפיצויים כפוף לחובת הקטנת הנזק לפי ס' 14 כאשר החריג הוא פיצויים מכוח ס' 11.

היעד הנכסף: פיצויי ציפייה שמעמידים את הנפגעת במצב בו הייתה עומדת אילו קוים החוזה.   
העדפה ב': פיצויי הסתמכות שמעמידים את הנפגעת במצב בו הייתה ערב החוזה.

הסעיף המרכזי בחוק שעוסק בפיצויים הוא **ס' 10** לחוק התרופות.

הקריטריונים לקבלת פיצויים

ע"א 355/80 **אניסימוב נ' טירת בת שבע**

חוזה שעניינו תוספת בנייה לרבות 2 קומות למלון בירושלים. הבניה לא הסתיימה בזמן, אפילו לא השלב הראשון. אניסימוב טען שבעקבות העיכוב הייתה עלייה במחירי הביצוע, כלומר הפך לא משתלם. הוא מבקש שיערוך של המחיר הסופי ואם לא יפסיק לבנות. המלון מסרב ואניסימוב מפסיק לעבוד.   
ביה"מ המחוזי: 100,000 לי' על הפסד מביטול הדרגה (4 כוכבים) היא פגיעה במוניטין.  
72,259 על השבה משוערכת.  
200,000 על הפסדי התייקרות וירידת ערך.  
70,000 על הוצאות תיקוני ביצוע מרושל  
סכ"ה 442,259 לי'.  
אניסימוב מערער לעליון.

העליון לא מאשר את ה-100,000 על בגלל סיבתיות: הורדת הדירוג של המלון לא נבעה מהפרת החוזה.  
את שאר הסכומים הם מאשרים, ומעמידים את הפיצויים על 342,259.  
**השופט כהן:**   
א- צריך להוכיח נזק וצריך להוכיח סיבתיות (שהנזק נגרם כתוצאה מהפרת החוזה).  
ב- גורם נוסף הוא הצפיות – צפיות בפועל: ידיעה או מודעות לנזק מסוים שייגרם מההפרה. או צפיות מסתברת של ההפרהנזק שהוא תוצאה מסתברת של ההפרה, כזה שאדם סביר היה יכול לצפותו כתוצאה מההפרה.  
ג- כימות הנזק: הנפגע לא צריך לכמת את הנזק, וזה תפקידו של ביה"מ לקבוע זאת. הוא פוטר את הנפגע מהכימות ואומר שזה עניין לבית המשפט. הוא עורך השוואה לדיני הנזיקין: כמו שבנזיקין אין חובה על הנפגע לכמת, ומסתדרים כך, כך צריך גם בחוזים.  
**השופט ברק:** קובע שנטל הכימות על הנפגע.

לדעת המרצה: השופט ברק צודק. יש הבדל בין החוזים לבין נזיקין. מטרת הנזיקין היא להחזיר את מצבו של הנפגע למצב בו היה לפני הנזק. בית המשפט בודק את זה לפי הנזק שנגרם. בחוזים יש פיצויי ציפיה או העמדת הנפגע במצב בו היה אילו החוזה היה מקוים. כדי להגיע לסכום זה צריך מידע שיש לנפגע. איך נדע כמה שווה המטבח המושלם או החברה המושלמת? הוא צריך להתבסס על נתונים שצריכים להתקבל מהנפגע. בית המשפט הוא זה שיכריע אך רצוי מאוד שביה"מ יסתמך על תשתית מידעית קצת יותר מלאה.

פיצוי על נזק שאינו ממוני (ס' 13)

במקרה זה אין חובת כימות על הנפגע לראש הנזק הזה.

יש חובה להוכיח סיבתיות וצפיות. אם נפגע טוען שמצב הרוח שלהם הדרדר בעקבות הפרת החוזה, יכול להיות שזה נכון ויכול להיות שהיו סיבות אחרות לכך וההדרדרות לא נובעת מהפרת החוזה.גם עניין הצפיות חשוב מאוד. ברור שהפרות גורמות לעגמת נפש אך רק בטווח מסוים, זה אל אמור להוביל למפל נזקים אינסופי. אם התרחשו תופעות לא ממוניות שלא היה ניתן לצפות להן באופן סביר לא יבוא פיצוי מכוח ס' 13. בד"כ עדיף לא לבנות על ס' 13. פיצויים על נזק שאינו ממוני לא ינתנו לתאגידים ובד"כ לא ינתנו בעסקאות סטנדרטיות. בקניית עט לא ניתן לטעון שזה גרם לעגמת נפש רבה מאוד.  
חלה חובה להקטין את הנזק מכוח ס' 14. אם זה יוצר עגמת נפש כשהעט לא נמכר לי אני צריכה לקנות עט אחר.

בתי משפט ממעטים לתת פיצויים על פי ס' 13 כי לצדדים תהיה נטיה להפריז ולהיות מניפולטיביים.  
פיצויים מכוח ס' 13 אפשריים בעיקר בחוזים שיש להם מטען חשוב אמוציונאלית, כמו חוזה נופש, אירוע משפחתי וכו'. שם העניין הלא ממוני הוא מאוד חשוב. סביר להניח מכוח נסיון החיים שההפרה כרוכה גם בנזק שאינו ממוני. עדיין קשה לאמוד את הנזק- זה לא ישקף את עגמת הנפש, אך זה יכול להיות גבוה או נמוך ממנו.

מניעת או הקטנת נזק (ס' 14)

המפר לא חייב בפיצויים לפי ס' 10, 12, 13 בעד נזק שהנפגע היה יכול למנוע או להקטין.

14(א) מתמקד בנפגע.  
14(ב) מתמקד במפר ומחייב לפצות את הנפגע על עלותם של אותם אמצעי מניעה או הקטנה סבירים.

הרעיון הוא שאם ניתן להקטין את הנזק זה רצוי, אנחנו לא רוצים שירבצו נזקים גדולים סתם, אין כל רצון להגדיל את הנזק. הגישה המודרנית היא שיש חובה להקטין את הנזק באמצעים סבירים. זו לא חובה שבתי המשפט מקפידים בה. הם גם לא מאפשרים לנפגעים לא לעשות כלום לטובתם.

נניח שהגר רוצה לקנות מכונית שתשמש אותה לנסיעות לעבודה. לשם כך היא כורתת חוזה לרכישת מכוניתה של שפרה ונניח ששפרה מפרה את החוזה. ביום שבו אמורה המכונית לעבור לידיה של הגר שפרה לא מעבירה את המכונית. בואו נניח שבמצב זה להגר יש שתי אפשרויות. היא יכולה לא לעשות כלום. זה לא רעיון טוב כי ס' 14 מטיל עליה את החובה להקטין את הנזק, אז היא יכולה לקנות מכונית אחרת או להגיע לעבודה בתחבורה ציבורית (מונית זה אל טוב כי זה יקר). נניח שבשל הצורך להשתמש בתחבורה ציבורית הגר מאבדת שעת עבודה אחת ביום במשך 21 ימים (אז היא מצאה מכונית אחרת), כך שהנזק המצטבר הוא 1250 ש"ח (עובדת שעה פחות בגלל התחבורה הציבורית המסורבלת). עלות הנסיעה בתח"צ היא 250 ש"ח ולצורך מכירת המכונית האחרת יש להעביר את הרכב בדיקה וזה עולה 500 ש"ח.

סך הפיצוי בדוגמא זו המגיע להגר הוא 2000 ש"ח: 1250 נזק עקב ההפרה+500 נזק והקטנת הנזק+ 250 נזק והקטנת הנזק=2000. נסיעות במונית למשל, הן הוצאה לא סבירה ועל אלו לא תתקבל החזרה.

בואו נניח שהיה הסכם עבודה עם משרד עורכי דין, ומגיעים לעבודה והם מחליטים להתחרט. במצב כזה צריך לחפש עבודה אחרת, אך לא צריך לקחת עבודה במלצרות במסגרת הקטנת הנזק.

נניח שאני בכל זאת לוקחת עבודה כזו בשעות הערב, האם מותר למפר לקזז את ההכנסה שלי מסך הפיצוי? לא – הנפגע בדוגמא הזו היה יכול לעבוד בשתי העבודות יחד. לא ניתן להגיד שהעבודה השנייה התאפשרה בשל ההפרה. למפר אין זכות להפר מחובו את ההכנסות שלי מהעבודה הנוספת שלי.

**ס' 14** המטיל על הנפגעת חובה להקטין נזק, אינו חל על פיצוי מכוח ס' 11.

בחירה בין סוגי פיצויים (ס' 12)

**ס' 12** מאפשר לנפגע בחירה בין פיצויים לפי ס' 10 המחייבים הוכחת נזק לבין פיצויים מכוח ס' 11 שלא מחייבים הוכחת נזק.

פיצויים ללא הוכחת נזק (ס' 11)

קובע נוסחה שמכמתת את הנזק.

התנאים להפעלת הסעיף:  
1- חוזה מכר או שירות.  
2- הפרה.  
3- ביטול.  
4- קיים פער בין שווי השוק של המוצר או השירות ביום הביטול לבין שוויו לפי החוזה (המחיר החוזי). הפיצוי שווה לפער.

אני רוצה לקנות אייפד. אני חותמת על חוזה רכישת איפד ב-31.1.17 כשהמחיר החוזי הוא 3000 ש"ח. הספק מפר וביום 1.4.17 אני מבטלת כשהמחיר בביטול הוא-3500 ש"ח (3500 הוא שווי השוק ביום הביטול). בפיצויים מגיע לי 500 ש"ח.

הסעיף מאפשר קיצור דרך. אם שווי השוק עלה מגיע לנפגע פיצויים בשווי הפער. אם אני מבקשת לקנות את האייפד ואני אשלם עליו 3500 במקום 3000 אז מגיע לי פיצוי של 500.

רע"א 2371/01 **איינשטיין נ' אוסי**

איינשטיין רוכשים מאוסי דירה. חותמים ב-28.1.94 על חוזה. המחיר החוזי שנקבע הוא 140,000 ד'. המוכרים רוצים להעלות את המחיר (מבקשים 180,000). הקונים אל מסכימים להעלאת המחיר. המשיבה מכרה את הדירה לצד ג' ב-192,000 ד'. (הם לא יכולים להעלות את המחיר אחרי חתימת החוזה).   
השאלה המשפטית: מהו גובה הפיצוי אליו לו זכאים הקונים?  
**השופט ברק:** הפיצויים בגובה 52,000. חישוב לפי ס' 11 של הפחתת המחיר החוזי מהמחיר שבסופו של דבר מכרו בו את הדירה, מוביל ל-52,000.   
לדעת המרצה: לא מדובר בשווי סובייקטיבי. הדירה נמכרה ב-192 והם היו מוכנים לשלם 140. כדי להעמיד אותם במקום בו היו עומדים אילו החוזה היה מתקיים. לא ניתן לבצע אכיפה כי אנשים כבר גרים בדירה. ס' 11 נותן אפשרות להגיע לפיצוי על פי שווי השוק באופן אובייקטיבי ולא צריך להוכיח כלום. זו דרך טובה לקבל פצוי כי זה חוסך בעלויות.

יכולה להיות גם הפרה בצד השני. נניח שבדוגמא של האייפד הקונה הוא זה שמפר. נניח שחבר נותן לי את האייפד ואומר לי לשלם כשאוכל, אך אני לא משלמת. במצב כזה אפשר לבקש אכיפה של חיוב כספי, אך זו צריכה להיות משוערכת (עם הצמדה וריבית). אם אנחנו מבקשים פיצויים מגיעים לתוצאה דומה דרך ס' 11ב

11(ב): כשמדובר בחיוב כספי – "זכאי הנפגע ללא הוכחת נזק לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור מיום ההפרה ועד יום התשלום בשיעור המלא לפי חוק פסיקה ריבית". הס' מחייב ריבית והפרשי הצמדה מיום ההפרה ועד יום התשלום כי גם תשלום מאוחר לא שקול לתשלום בזמן. אם בעל עסק מקבל את הכסף בזמן ניתן להשקיע אותו. דרך 11 ב אפשר לקחת את קיצור הדרך הסטטוטורי: אני מוכנה להסתפק בסכום המקורי בתוספת ריבית והצמדה. גם זה שיערוך של החיוב. זה מדד אובייקטיבי שוקי ולא סובייקטיבי.

**שיעור עם המתרגל**

## פיצויים מוסכמים

למה יש פיצויים מוסכמים?   
1- לבתי משפט קשה להעריך את הנזק נכונה, כי יש נזק סובייקטיבי שקשה להוכיח - למשל אני רציתי לקבל את הסחורה ביום רביעי ואיחור יוצר נזק שהוא יותר מכלכלי, או למשל אם אני רוצה לתת טבלט מתנה ליום הולדת ופספסתי את היום הולדת כי הסחורה איחרה, יהיה לי קשה להוכיח בביה"מ את גובה הנזק במקרה כזה.  
2- זה יכול להעלות את הערך החוזילשני הצדדים – אפשר לסמן לצד השני מאפיינים התנגותיים. זה נכון גם לגבי תניות דיוניות – יש חוזים שמתנים על סדרי הדין, ואחת התניות הוא הערך הזה. זה נותן את היכולת לסמן ערך סובייקטיבי שביה"מ יתקשה למצא. אפשר גם לסמן בכך סממנים התנהגותיים שאני אדם שנוח להתקשר איתו כי אני מאפשרת פיצויי מוסכם נוח.   
3- ההליך המשפטי הוא יקר וארוך, ולכן עדיף לי לקבוע מראש מה יהיו הפיצויים שאני אקבל.

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 (והחידוש של הסעיף) הוא שסמכות ההפחתה היא של בית המשפט – הוא יכול לשנות את הפיצויים אם הוא מוצא שאין יחס סביר בין גובה הפיצוייים לבין הנזק שהיה ניתן לצפות מראש. המבחן הוא מבחן הצפיות.   
15 (ב): הוראות פיצויים מוסכמים בחוזה אינה שוללת את יכולת הנפגע לתבוע פיצויים מכוח סעיפים 10-14. כלומר, סעיף זה מותיר לנפגע את זכות הבחירה. התחשיב צריך להיות כלכלי – אם הנפגע סבור שהפיצויים שהוסכמו מראש אינם מספיקים והוא יכול לקבל פיצויים נוספים, הוא יעדיף לתבוע מכוח ס' 10-14 (רק צריך להביא בחשבון את ההוצאות הדיוניות).

כשמעצבים פיצוייים מוסכמים צריך להיזהר.לא ברור מראש מי הוא הצד שעשוי להפר ולכן יש סכנה בקביעת פיצוי מוסכם גבוה מדי. כשאנו קובעים או מבקשים לקבוע פיצוי מוסכם גבוה יש בכך סיגנאל אינפורמטיבי לצד השני: החוזה שווה לנו הרבה כסף. זה יכול לגרום לצד שכנגד להירתע מההתקשרות או לדרוש מחיר גבוה יותר. נקודה נוספת היא הטעייה פסיכולוגית – אנשים נוטים לאופטימיות יתר. הרבה פעמים אם סבורים שלא יפרו את החוזה ולכן לא מפריע להם שהפיצויים המוסכמים יהיו גבוהים, כי הם חושבים שהצד השני ישלם. מטרת הפיצויים אינה עונשית, אלא מתן אפשרות לצד השני להעריך מראש את הנזקים, לחסוך עלויות בית משפט, ולתת מידע בנוגע לתוצאות ההפרה (למקרה שיפר). איך יודעים שלא מדובר בסעד עונשי? אם היה מדובר בסעד עונשי, לא הייתה סמכות לביה"מ להפחית את גובה הפיצויים. סמכות זו חשובה מבחינה נוספת: הרבה פעמים הצדדים לחוזה אינם שווי כוחות ואינם מחזיקים במידע זהה, בעיקר בחוזים אחידים. במצבים כאלו יש צד מיודע (כמו 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 תניית הפיצוי ים המוסכמים כדי להרוויח כסף רב.

ע"א 4481/90 **אהרון נ' פרץ**

חוזה מכר דירות בין הקבלן אהרון לרוכשים. ההפרה היא איחור ברישום הדירות על שם הרוכשים. משך האיחור הוא חמש וחצי שנים. החוזה כלל תניית פיצויים מוסכמים שקבעה שאיחור בהעברת הרישום על שם הקונים יגרור פיצויי מוסכם בסך 15,000 ד', כאשר מחיר הדירות היה 90,000 ד' לדירה. זאת משום שהפרה מסוג זה של אי-העברת רישום פוגעת ביכולת הרוכש להעביר את הנכס לאחרים ולמכור את הדירה.  
**ביה"מ המחוזי:** הפעיל את סמכותו לפי ס' 15(א) והפחית את סכום הפיצויים המוסכמים מ-15,000 ד' ל-5,000 ד'. הרוכשים לא היו מרוצים וערערו לעליון.

**השופט חשין:** זכות הנפגע לקבל את כל הפיצויים. תניה של 15,000 דולר היא תניה סבירה.   
נתייחס לתניות גורפות בצורה חשדנית. מראש הן לא מבחינות בין סוגי הפרות שונים. הן קובעות שיעור קבוע שלא מבדיל בין הפרה שהיא איחור ברישום לבין אספקה של נכס לא תקין לבין הפרה מכל סוג. להפרות שונות מצפים לפיצוי שונה. לכן יש יחס בלתי סביר בין הנזק לתועלת. עצם העובדה שאין הבדל בין איחור של 5 שנים במסירת הדירה לבין איחור ביום של המסירה גורם לכך שנחשוד בפיצוי המוסכם.   
מדובר בחוזה לביצוע מהיר (הייתה משמעות לביצוע המהיר של החוזה), זה משפיע על העבירות של הנכס. לא ניתן להשלים רכישת נכס אם הוא לא רשום על שמך. כך גם לא ניתן למכור את הזכות החוזית כי קונים פוטנציאליים יחששו (רמת ההגנה של בעל זכות נמוכה ממי שבעלות הדירה ברשותו). בית המשפט קבע שזה יחס סביר.  
האיחור המסיבי פגע ברוכשים קשות ולכן השופט חשין פוסק שינתנו הפיצויים במוסכמים: 15,000 (ולא פחות כמו שקבע המחוזי). זה דבר בסיסי לרשום את הנכס כי בלי זה אי אפשר למכור אותו. הוא אומר שלמרות שזה חשוד, בגלל שמדובר בדבר בסיסי של רישום נכס, היה סביר לצפות לנזק בשווי 15,000 ד'.   
חשין מדגיש ש**ההתערבות השיפוטית אמורה להעשות רק במקרים חריגים וקיצוניים**. ביה"מ לא יתערב בקלות בהחלטות שהצדדים קיבלו על עצמם. הסטנדרט הוא מאוד גבוה (לכן כדאי לדעת שלהפחית את הפיצויים המוסכמים זה קשה).  
השלב שבו בודקים את סבירות הפיצויים המוסכמים זה בעת כריתת החוזה ולא בעת ההפרה. מספיק להראות שבעת הכריתה הפיצויים לא היו סבירים לפי נזקים צפויים כדי לגרום לביה"מ להתערב ולהפחית (למשל אם נקבע שאיחור של יום יגרור פיצויים של מיליון ש"ח, וביום העיכוב הייתה מלחמה ששינתה את הנזק הצפוי מדולר ליום למליון דולר ליום – אז ביה"מ יגיד שזה היה משהו לא צפוי ויתערב בשיעור).

\*\*\*חשוב לזכור: גם אם אפשר לתבוע לפי פיצוי מוסכם וגם לפי ס' 10, לא יתקבל פיצוי כפול! אם הפיצוי המוסכם נותן מענה לאיחור באספקת הנזק, אי אפשר לתבוע גם לפי ס' 10. אם הייתה עוד הפרה עם עוד נזקים אפשר לתבוע גם לפי ס' 10. ביה"מ יהיה צריך להחליט אם הפיצויים המוסכמים כוללים הכל או פיצוי על סוג מסוים של הפרה, ואז ניתן לבקש פיצוי נוסף על הפרות נוספות. אפשר להוכיח שהפיצוי המוסכם היה קטן מהנזק, ואז לתבוע על פי ס' 10 על שאר הנזק.

כדי למנוע מצב בו ביה"מ קובע שתניה גורפת זה לקבוע פיצויים מוסכמים באופן שיבדיל בין הפרה חמורה להפרה קלה של החוזה, למשל לקבוע פיצוי מוסכם עבור על יום איחור, כך יש הבדל בין הפרה חמורה לפחות חמורה.  
כשהצדדים מתוחכמים: הפיצוי המוסכם הוא חלק מתמחור המחיר החוזי. הראנו שקשה להוכיח ערך סובייקטיבי ולכן צד מסמן לצד השני מהו הערך הסובייקטיבי עבורו באמצעות תניית פיצויים מוסכמים. יש לפיצוי מוסכם גבוה מחיר. המחיר ישתנה בהתאם לפיצויים. לדוג': אם מוכר חושב שיש לו 15% סיכוי לא להצליח לספק את הסחורה ביום. הפיצוי המוסכם הוא 10,000 ד'. תוחלת הנזק היא 1,500. המוכר יהיה מוכן למכור את הטבלט, אך במקום לדרוש עבורו 1,000 ד' הוא ידרוש 2000 ד'. כשבתי משפט מתערבים בתניות האלו הם פוגעים ביכולות של הצדדים לחוזה לתכנן צעדים מראש. לא תמיד חושבים על זה אבל המחירים המשפטיים באים לידי ביטוי במוצרים שאנחנו קונים.

כשבתי משפט מתערבים בתניות אלה הם פוגעים ביכולת הצדדים לתכנן, בעיקר כשמדובר בשחקנים חוזרים ולא אנשים פרטיים שפחות מתקשרים בחוזה. לא תמיד חושבים על זה אבל כל המחירים המשפטיים באים לידי ביטוי במוצרים שאנחנו קונים. אם יש תניה על סך x זה אמור להעלות או להוריד את המחיר של המוצר. אם נקבע כי קיימת אחריות על מוצרים גם זה מעלה את המחיר של המוצר (כמו טלפון עם יותר אחריות או ביבוא רשמי).  
|ככל שהצדדים יוכיחו כי הייתה גמירת דעת בקביעת הפיצויים המוסכמים, והיה מו"מ על תנאי זה, ביה"מ יתערב פחות. הוא יתערב במקרים בהם צד לא העריך נכון את הפיצוי והוא מגן עליו.

בפ"ד זה היחס בין הנזק הצפוי לבין גובה הפיצויים המוסכמים היה סביר. בפס"ד הבא זה לא המצב:

ע"א 539/92 **זקן נ' זיזה**  
הצדדים היו שותפים עסקיים (ניהלו אולם שמחות) שהחליטו להפרד. על פי חוזה הפירוק, זיזה היה אחראי על השגת רישיון ההפעלה לאולם, ולעזוב את העסק בעוד זקן היה אמור להמשיך לנהל את העסק. סוכם שאם לא ישיג את הרישיון בזמן הוא ישלם 700 ד' על כל יום איחור. זקן תובע על 500 ימים ומבקש 350,000 ד' פיצויים. מוגשת תביעה לקבלת הסכום המלא.  
בפועל: הייתה תכנית שיפוצים בנכס והתובע ניצל את ההסכמה החוזית וניסה לתבוע יותר כדי לכסות את השיפוצים. הייתה תכנית שיפוצים וזקן החליט לעשות שיפוצים מרחיבים – ולנצל את ההסכמה החוזית כדי לקבל כסף.  
**ביה"מ במחוזי:** בדק את התניה מהסתכלות של ס' 15(א). לא נגרם נזק כתוצאה מאי מתן הרישיון - העירייה נתנה אישור זמני לתפעול האולם והפיצוי לא היה סביר ביחס לנזק שנגרם.   
ביה"מ הוריד 400 יום ממס' הימים שהתובע מבקש פיצוי עליהם: 1- הצדדים לא הסכימו מאיזה יום החובה החלה, 2- מרגע שהיה ברור שהרישיון לא יושג, מי שגרם לעיכוב הוא התובע שלא עשה את הצעדים הנדרשים לקבלת הרישיון.   
הוחלט שצריך לפצות על בסיס 200 ד' ליום. על פי ס' 15(א) ביה"מ בדק את סבירות הפיצוי (700 ד' ליום) גם בהנחה שהעסק היה פועל, נמצא כי שיעור הפיצויים עומד ביחס לא סביר לנזק שהיה ניתן לצפות לו.  
הנוסף, מדובר בעסק מפסיד ולא היה יחס סביר בין הנזק שנקבע בפיצויים המוסכמים לבין מה שאפשר היה לצפות לו מלכתחילה.  
**ביה"מ העליון:** אישר את פסק הדין של ביה"מ המחוזי.

בפ"ד זה היחס בין הנזק הצפוי לבין גובה הפיצויים המוסכמים לא היה סביר.

**לגבי המבחן**

בשיעור עם טל נעבור על מבחן משנים קודמות.

המבחן יהיה אירועון

חשוב ללמוד, אך חשוב בעיקר לעשות אינטגרציה – לקשר בין כל החומר.

באירועון צריך לתחילה לקרא אותו ולהתחיל לנתח תוך הבנה של הממשקים. אחרי הזיהוי הרוחבי הרעיון הוא להתעמק כמה שיותר.

חשוב להפגין ידע, הסדר לא מה שחשוב.

השיטה הכי טובה ללמוד: בקבוצות ולתרגל כמה שניתן בחינות משנים קודמות, אך רק אחרי שעברתי על כל החומר.

לפני המבחן לעבור על מחברת קורס, מחברת מבחן וסיכומי פסיקה.

צריך להכיר את ההלכות שעולות בפ"ד, והשוואה של השאלה מול פ"ד אחר.

להביא מחברת מצטברת, מחברת מקוצרת, צ'קליסט, חוקים.

**שיעור תרגול (לא במניין השיעורים הרגיל)**

[Tal.sela2111@gmail.com](mailto:Tal.sela2111@gmail.com)

נפתור את האירועון:

אירועון זה הוא מאוד מחולק לחלקים שונים, כל חלק עצמאי, ולא צריך לקרא את המקרים כתלויים אחד בשני. במבחן הם יהיו יותר מעורבבים.

**מר תחש נ' א"י**

נרשום את כל התאריכים כדי ליצור ציר זמן:  
1.10.15: פנייה בדואר רשום  
15.10.15: פרסום מודעת ביטול + סיום תוקף הפנייה + קיבול ההצעה  
אחרי 3 שבועות: מדירת הודעת קיבול  
אחרי 3 שבועות: תשובה מעו"ד החברה

**טיפ התמודדות עם שאלות של הצעה וקיבול:** נחפש את החפיפה בין ההצעה לקיבול, וזה מה שיגדיר אם החוזה תקף. השאלות שנשאלות בהקשר זה הן בד"כ "האם נחתם חוזה תקף?", אך בד"כ לא כך בנוי מבחן. גם ריבוי תאריכים רומז לסוגיה של הצעה וקיבול.

לגבי גמירות דעת או מסוימות אין הרבה (לפעמים אין בכלל) מידע, ולכן אפשר לכתוב בהגשה שעונים על השאלה בהנחה שיש מסוימות והעדה על גמירות דעת.

במקרה זה אין הזמנה להציע הצעות (לכן לא מדובר במכרז), ולכן אנחנו מבינים שמדובר בהצעה.

ההצעה ניתנת ב-1.10 ותוקפה עד ה-15.10 (בסוף יום העבודה).

ביום זה מתפרסמת הודעת ביטול ומתקיים קיבול.

שאלה: האם מודעת הביטול תקפה? האם הייתה חזרה מההצעה כדין?  
האם מדובר בהצעה הדירה? (אם כן, המודעה תקפה, ואם לא אז היא לא)  
**לא:** על פי ס' 3ב לחוק החוזים: נקבע תאריך קיבול או שההצעה מוגדרת כך – היא בלתי הדירה -> בהצעה ניתן מועד קיבול ולכן מדובר בהצעה שהיא בלתי הדירה.   
**כן:** (לבדוק את התשובה)  
אם כך, צריך לשאול אם הודעת הביטול נשלחה כדין.  
**לא:** הביטול צריך להעשות באותו אופן בו התקבלה ההצעה (על פי פסיקה – דעה זו לא התקבלה להלכה). ההודעה נמסרה באופן אישי ולכן גם הודעת הביטול צריכה להמסר באופן אישי.  
**כן:** כל עוד לא הגיעה הודעת קיבול מותר למציע לבטל.  
(ס' 60 עוסק בדרך למסירת הודעה.)  
אם מסובר בהצעה הדירה והביטול נעשה כדין, הקיבול שלו הוא כמו הצעה חדשה, ואם החברה לא קיבלה את ההצעה החדשה לא נכרת חוזה.

שאלה: האם הודעת הקיבול ניתנה כדין?  
**לא:** לפי 8א, השלב המשמעותי בקיבול הוא מתי ההודעה נמסרה. הזמן בו ההודעה נמסרה זה העיקר, ולא שליחת ההודעה (על פי ס' 60ב). ההודעה נמסרה 3 שבועות אחרי התאריך שנקבע בהצעה.  
**כן:** לפי 8ב, אם הודעת הקיבול ניתנה בזמן אך הבשל סיבות שלא בשליטת הניצע היא לא הגיעה בזמן, היא תתקבל אלא אם כן נמסרה מיד הודעה על אי קיבול מהמציע.  
האם הסיבות היו בשליטת הניצע?  
**כן:** הוא בחר בחברת משלוחים זולה.  
**לא:** הוא בחר בחברת משלוחים שהייתה אמורה להגיש את הקיבול בזמן.   
האם החזרת ההודעה על אי-קיבול נעשתה "מיד" על פי חוק?  
**כן:** הודיעו למר תחש שהשאלה עוברת ליועמ"ש של החברה, וכבר אז היה עליו להבין שהקיבול בסימן שאלה – וההעברה הזו נעשתה מיד. **לא:** עברו שלושה שבועות בין קבלת הודעת הקיבול לבין המסירה של ההודעה על אי-קיבול. מיד הוא פרק זמן יותר קצר משלושה שבועות.

**חפרפר נ' א"י**

ציר זמן:   
1.10: הצעה  
10.10: מגיע למשרד ומציג עוד רעיון  
כעבור שבוע: א"י חוזרים עם הצעה נוגדת

מדובר בהצעה חדשה, על פי ס' 9, של מר חפרפר לא"י. לא נקבע שזו הצעה בלתי הדירה וגם לא ניתן תאריך קיבול, ולכן מדובר בהצעה הדירה. א"י חוזרת בהצעה חדשה. חפרפר עוזב בזעם את החדר וצועק על מנהלי החברה שהם "חבורה של חמדנים".  
זה מזכיר את פ"ד נוה עם נ' יעקבסון: שם יעקבסון חוזר למחרת כדי להבהיר שהוא רוצה לקנות את הדירה, בעוד במקרה זה א"י לא קיבלו תשובה סופית במשך חודש. בנוסף, בנוה עם היה מדובר בהצעה בלתי הדירה וכאן היא הדירה. כשמדובר בבלתי הדירה (שנועדה לתת תנאים נוחים לניצע) מחפשים סירוב ברור יותר. במקרה של הצעה הדירה לא מחפשים סירוב כל כך ברור, ולכן לא היה צריך שחפרפר יגיד כל כך בבירור שהוא מסרב. בנוסף, בנוה עם יעקבסון לא הגיב באותה חריפות של חפרפר.  
.  
.  
.

**קרפד נ' א"י**

.  
.  
.  
.  
.

**צריך תמיד לפרש את כל הכיוונים ולפתח את הטענות של שני הצדדים!**

**שיעור תרגול למבחן עם עו"ד טל סלע**

סעיף א': מהן אפשרויות ניתוח השיחה עם הנציג של המלון?

1-חוזה:

* מסוימות: פירוט (כשרות, הזמנה, מס' חדרים, מחיר)
* גמירות דעת: נסיבות עסקיות
* מצד שני נאמר שההזמנה תיכנס לתוקף כאשר טופס ההזמנה ייחתם
* אפשר להגיד שהטופס הוא מסמך מאוחר ולכן מה שהיה בשיחה זה חלק מתנאי החוזה

2-לא חוזה (ואז הוא לא יכול לטעון להפרה):

* בתופס ההזמנה כתוב שרק מה שבטופס מחייב
* לא הייתה למלון גמירות דעת עד החתימה

3-מו"מ לקראת חוזה:

* קוראים מצגים שנעשו תוך כדי המו"מ לתוך החוזה (גם אם בחוזה אין פרטים **שעלו במו"מ**, ניתן לקרא את אותו מידע לתוך החוזה)
* ניתן לקרא את התחייבות הפקיד כמצג בשלב מו"מ

4-טענה לחוסר תו"ל בקיום חוזה (ס' 39)

* גם אם אמירותיו של הפקיד אינן חלק מהחוזה, התנערות מההתחייבות שלו היא חוסר תו"ל
* למרות שבהסכם לא הייתה תניה לגבי מצה שרויה, מנהל המלון פעל בחוסר תו"ל כשהתנער מדברי הפקיד

5-חוזה על תנאי:

* התנאי היה בין נתנאל לבין הנציג של המלון – החוזה ייכנס לתוקף רק אם התנאי מתקיים
* זו אפשרות ניתוח פחות סבירה היא שבד"כ חוזים על תנאי נכרת כשהתנאי אינו נתון לשיקול דעת מוחלט של אחד הצדדים (לא בשליטת אף אחד מהצדדים)
* לא יהיה ניתן לתבוע פיצויים מוסכמים או הפרה, יוכל לטעון לחתו"ל במו"מ (אך זו טענת הגנה טובה מאוד מבחינת נתנאל)

6-חוזה אחיד:

* צריך להסביר מהו חוזה אחיד ולמה חוזה זה הוא אחיד
* לטעון לתנאי מקפח

המשך הניתוח:

1-מוביל להפרה וסעדים

2- מוביל לפגמים בכריתה וחתו"ל במו"מ

3-מוביל להפרה וסעדים

4-מוביל להפרה וסעדים

5-אין חוזה, אולי חתו"ל במו"מ

6-מוביל להפרה וסעדים

טענות:

1,3,4,6-הפרה יסודית מסתברת: אם לא הוגדרו הפרות יסודיות אפשר לטעון שמנסיבות החוזה ניתן להבין שזהז היה תנאי בסיסי בחוזה. משמעות ההפרה הזו היא שנתנאל יכול לבטל את החוזה ולדרוש פיצויים. הס' הרלוונטי הוא ס' 10 לחוק החוזים. נתבע 122,000, פיצויים עבור הסוכרת (הסיבתיות והצפיות בעייתיות כאן – האם זה בגלל ההפרה או בגלל התנהגות לא נאותה של המלון, האם זה בגלל ההפרה או פשוט כי המחלה פרצה), עגמת נפש (על התמודדות עם סוכרת, על הלחץ הנפשי), פיצויים מוסכמים: א- צריך להבין על איזה ראש נזק הפיצוי הזה יכסה (על אי קבלת ההזמנה או מצה שרויה, אולי זה כבר נכנס במסגרות הקודמות), לא צריך דיון נרחב על זה אבל לציין שזה לא בנוסף למה שכבר פוצה קודם, ב- צריך לזכור את האפשרות להפחית את הפיצויים המוסכמים על פי ס' \_\_\_\_.

2-פגמים בכריתה:   
טעות (14א): מרגע שהבהיר שזה חשוב לו הצד השני היה צריך להבין שצריך לפעול לפי זה (ולא ס' 14ב לפיו "לא היה עליו לדעת" – לא רלוונטי כי הנציג היה יכול להבין שזה חשוב).  
הטעיה (15): קשר סיבתי כפול: הטעות נוצרה כתוצאה מאמירה של הפקיד ו\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_. חשוב לזכור שהפקיד לא בהכרח ידע אז צריך להתייחס גם להטעיה בתו"ל או בחוסר ידיעה.  
**ההשלכות:** ביטול החוזה והשבה (לא תהיה השבה כי לא שולם המחיר החוזי, אך לא ניתן לתבוע אותו על הפרה ולא ניתן לדרוש ממנו פיצויים).  
חוסר תו"ל במו"מ: 122,000 ש"ח פיצוי ואולי פילו על המחלה. ניתן לטעון שמכיוון שהגיע ברגע האחרון למלון היה צריך לשלם הרבה. טענת נגד היא שלא היה ניתן לדעת שמלון אחר ייגבה ממנו כל כך הרבה כסף, ושזה יגרום לפריצת סוכרת.  
טענת הנגד של המלון: \_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_.

סעיף ב':

שאלה לגבי המעמד של פרסום באינטרנט

* זו הצעה הדירה, ואז ניתן לחזור ממנה במקום – ומנהל המלון עושה זאת – צריך להניח שבזה מדובר, הוא מציע הצעה אחרת ו\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_\_
* לא עולה מהטקסט אפשרות להצעה בלתי הדירה

כאן יש פגם בכריתה: רצונו של נתנאל נפגע

* הפגיעה היא עושק: הניצול של המצב בו לא הייתה לנתנאל בררה אחרת, תנאים בלתי סבירים ביחס לשוק, מצב נפשי ("בלעדיכם אנחנו אבודים"). המשמעות היא: השבה הדדית – ההשבה אחרי שהתארח במלון צריך לקזז את השווי הריאלי כלומר 48,000 ש"ח. הוא יקבל חזרה את ההפרש בין המחיר שזה היה עולה לולא העושק לבין המחיר שנקבע לו כלומר: 122,000.
* אם זה אל עובד, אפשר להעלות את תביעת הפיצויים מחוסר תו"ל במו"מ (גנז נ' כץ),
* אפשר להוסיף פיצויים על סוכרת עם ההגבלות של סיבתיות ו.........
* תביעה אישית נגד המנהל – את ס' 12 אפשר להפנות כלפי כל גורם שנגע למו"מ, כך שגם המנהל אישית יכול להתבע (לא קיים בעושק – רק מול הצד השני)

לגבי אי היכולת לבוא בתלונות כלפי המלון:

* מצד אחד זה טופס סטנדרטי שהוא חוזה אחיד, ומצד שני הוסף כתב יד. נתנאל יטען שזו תניה מקפחת, והמלון יטען שזה לא חוזה אחיד כי התניה הוספה בכתב היד.
* גם אם זה לא חוזה אחיד אפשר לטעון שמדובר בתנאי שסותר את תקנת הציבור כי הוא מונע פנייה לערכאות (ס' 30), זו תהיה הטענה נגד המלון.
* גם אם זה לא נוגד את תקנת הציבור, הסתמכות על התניה היא חתו"ל בקיום חוזה על פי ס' 39. הסתמכות שנתנאל לא יבוא בטענות נגד המלון היא קיום חוזה בחתו"ל.