**דיני חוזים – גדעון פרחומובסקי**

יום חמישי 25.10.12

דיני חוזים הם עמוד השדרה של המשפט הישראלי.

חוזה הוא הסכם בין שני צדדים או יותר שהמשפט מקנה לו תוקף מחייב. האלמנט המכריע הוא האלמנט של אכיפות משפטית.

אן חובה שהחוזה יהיה הכתב ואין חובה שיפרט מה תהיה הסנקציה במקרה של הפרה. בכל חוזה יש ליבה של הסכמה עם זאת לא כל הסכמה היא חוזה.

מה נחשב ומה לא נחשב לחוזה הוא דבר דינאמי המשתנה מעת לעת ותלוי בתקופה. המעמד הדינאמי הוא חשוב משום שמול כל הבטחה יש נפגע או נפגעת פוטנציאלי ולכן במערכת כזו, שבה הנסיבות משתנות, כאשר אדם מתחייב לעשות צעד מסויים, כל שעה יכולה לספק מידע חדש אשר יגרמו לאותו האדם להרהר בהבטחה. הסנקציות המשפטיות גורמות לצד אחד להיות רגוע בידיעה שהצד השני, במידה וכן יפר את ההבטחה, יצטרך לשלם על כך בצורה כלשהי.

יש לחברה עניין בלפתח תחומי עניין של אנשים ולהראות לאנשים שהם אינדיבידואלים ובעלי תכונות עצמאיות ללא קשר לחשש מעונש ולכן לא כל ההסכמים או ההבטחות הם מחייבים מבחינה משפטית.

יש מנגנונים המסיעים בשמירה על הבטחות:

1. מנגנונים חוץ משפטיים – נורמות דתיות, נורמות מוסריות, נורמות חברתיות, מוניטין וחשש לנקמה.

מנגנונים אלו יעבדו בצורה אפקטיבית (אך לא מושלמת) בחברות קטנות, הומוגניות, שהן יש חשיבות עצומה למעמד ולמרקם החברתי. מעבר לכך החברות הן בד"כ סגורות על מנת שיהיה חשש מנקמה והמוניטין יהיה חשוב לאותו אדם ולכן ישמור על אותו הבטחה או הסכם שסיכם גם אם אינו בעל תוקף משפטי.

בעולם שאנו מכירים הקבוצות הינן פתוחות והסנקציות והמעמד החברתי חשובים פחות ולכן מנגונים חוץ משפטיים עובדים פחות טוב.

1. **מנגנונים משפטיים - האכיפות המשפטית והחוזים מאפשרים לנו להתמודד טוב יותר עם סיכונים ולהתמודד ולנצל הזדמנויות עתידיות.**

**עיסקה אובליגטורית – חילופי הבטחה בהבטחה, ז"א כל עיסקה שחלק מביצועה יתקיים בעתיד. עסקאות כאלו פותחות אפשרויות שלא היו בעבר.**

**לדוגמא ברכישת דירה על הנייר ישנו סיכון גדול יותר מאשר רכישת דירה קיימת ולכן זה גם זול יותר. מצידו של הקבלן ישנו מימון מהקונה מה שמאפשר לו להתחיל פרויקטים נוספים.**

**מה מניע אדם לקחת סיכון ולכרות חוזה?**

**אנשים כורתים חוזה לא משום שהם רוצים לקחת את הסיכון אלא משום שזו דרך לשיפור מצבם. החוזה לא תמיד משפר את מצבו של החותם על החוזה אך הנחת היסוד היא כי בסך הכל חוזים משפרים את מצב החותמים עליו אחרת אין בהם טעם.**

**כדי שחוזים יהיו צורך על מנת לשפר את מצבו של האדם אנחנו צריכים להניח בקשר למתקשרים כי הם לא מרמים אחד את השני וכי לשני יש אינטרס לכבד את החוזה.**

**עיקרון המחזק את חופש החוזים הוא שישנו ערך עצמאי בכך שאנשים מקבלים החלטות בנושא עצמם ומה ראוי ומה לא ראוי עבורם. העיקרון השני הוא החירות אשר אומר כי בחברה ליברלית אנחנו רוצים להעניק לפרטים את מידת החופש הרבה ביותר או הגבוהה ביותר שאפשר לתת כל עוד הדבר אינו פוגע באחרים. העיקרון השלישי הוא הראציונליות – אם אנשים לא מסוגלים לקבל החלטות הגיוניות כלפי עצמם הם תמיד יתבדו ויחפשו דרך לצאת מהחוזה ועיקרון החוזה יהיה תמיד נפסד.**

**האלטרנטיבה לחוק החוזים היא לקבע בחוק ובתקנות כל נושא בחוזה. אלטרנטיבה זו היא לא ריאלית בחברה הטרוגנית משום שאין לנו את כל המידע הנחוץ כדי להגיע להסדרים שיתאימו לכל הפרטים שחיים באותה החברה. שנית, מבחינת העלויות המערכת הבירוקרטית תצטרך להקצות משאבים ענקיים ואף תסתכן בשחיתות כאשר יש לה כוח כזה. בנוסף בשל הדינאמיות עד שנצליח להבין מה x מהחברה רוצה זה יכול ואף סביר להניח שישתנה.**

יום ראשון 28.10.12

**כיצד חוזים משפרים את מצב המתקשרים?**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| **הנכס** | **שווי למוכר – המחיר המינימלי שבו המוכר מוכן למכור** | **שווי לקונה – המחיר המקסימאלי שבו הקונה מוכן לרכוש** | **הסיבה לפער** |
| **כרטיס להופעה של עידן רייכל** | **100 ₪** | **130 ₪** | **הבדלי העדפות** |
| **ערכת עזרה ראשונה** | **30 ₪** | **50 ₪** | **הבדלי העדפות או הבדלי כישורים** |
| **מטבע עתיק** | **50 ₪** | **1000 ₪** | **פערי מידע** |
| **מניה בחברת טבע** | **60 ₪** | **70 ₪** | **פערי ציפיות לגבי העתיד או הבדלים ביחס לסיכון** |

* **הבדלי כישורים – אדם בעל הכישורים להשתמש בערכה ראשונה הערכה תהיה שווה לו יותר.**
* **פערי מידע – לקונה יש יותר מידע על המוצר לגבי הרווח שלו מאשר למוכר ולכן מוכן להשקיע יותר.**
* **פערי ציפיות לעתיד – אדם אשר מוכר מניה הוא בעל החשיבה כי המניה לא תעלה יותר אלא רק תרד ולכן ימכור אותה במחיר נמוך יותר מאשר הקונה, אשר אופטימי לגבי עתיד המניה.**
* **הבדלים ביחס לסיכון – הקונה מוכן לקחת סיכון כלכלי אשר המוכר כבר לא מוכן לקחת ביחס למניה הזו.**

**החוזה מביא אותך למצב טוב יותר (אך לא מושלם כמובן) ממה שהיית בו וזאת אפשר לדעת גם מעצם העובדה שכל אחד נכנס לחוזה מרצונו החופשי ולא בכפיה ולכן במחשבה שאותו החוזה ישפר את מצבו.**

**משא ומתן בחוזה מתחיל קודם כל על מנת לבדוק האם ישנו סיכוי להגיע לעסקה ובהנחה שיש אפשרות לחוזה, רק אז ממשיכים במשא ומתן על מנת להגיע להסכמה כלשהי ולפשרה כאשר מטרות המוכר והקונה הם להגיע כמה שיותר קרוב למחיר שלהם.**

**העובדה שישנו סיכוי להגיע לעסקה לא בהכרח אומרת שתתבצע עסקה משום ששני הצדדים לא יודעים מהו הטווח של השני וכאשר על אחד רוצה להגיע לטווח הכי קרוב אליו העסקה יכולה להיכשל. המשא ומתן עצמו לא נקי מעלויות משום שיכול להיות ויכוח ארוך וממושך גם על 3 שקלים.**

**דיני החוזים בעולם המשפט**

**עולם המשפט מתחלק לשני תחומים – המשפט הציבורי והמשפט הפרטי**

**המשפט הציבורי עוסק במערכת היחסים האנכית בין המדינה לבין הפרטים החיים בה, בעוד המשפט הפרטי ענינו מערכות היחסים האופקיות בין אדם לחברו.**

***בתוך המשפט הציבורי אפשר למצוא:***

1. **המשפט החוקתי – מבנה המשטר וזכויות היסוד והחוקתיות**
2. **המשפט המנהלי – מעמדן של רשויות המדינה, סמכויותיהן וחובותיהן. כמו=>**
3. **דיני תכנון ובניה**
4. **דיני מכרזים ציבוריים.**
5. **דיני המס.**
6. **המשפט הפלילי (דיני עונשין) – התובעת היא מדינת ישראל.**

***בתוך המשפט הפרטי אפשר למצוא:***

1. **דיני הקניין – קובעים זכויות וחובות של פרטים ביחס לנכסיהם כמו גם ביחס לנכסים של אחרים.**

**דינים אלה קובעים זכויות חפצא (זכויות In Rem), זכויות התקפות כלפי כולה עלמא.**

**ברגע שיש זכויות על נכס מסויים יש לכם זכויות על פני כל העולם כולו אשר כפוף לזכות שלכם**

**(למשל לא להיכנס לשטח שלכם). הגדרת זכויות אלו חוסכות הגדרת חוזים עם כל העולם בנושא זה.**

**ישנן 3 זכויות קלאסיות בדיני קניין =>**

**#הזכות להדיר (Right to exclude)**

**#הזכות להשתמש(Right to use)**

**#הזכות להעביר (Right to transfer).**

**זכויות הקניין מציבות שלט אין כניסה ואין לגעת ברכושו של אדם, זהו ציווי כמעט קטגורי! במידה ומישהו כן רוצה להשתמש או להיכנס על הרוצה לבקש רשות מבעל הנכס. לזכויות הקניין יש מעמד-על בעולם המשפט הפרטי ז"א שהן חזקות יותר מזכויות חוזיות או נזיקיות או זכויות שנובעות מכוח דיני עשיית עושר.**

**נניח ששמעון פשט רגל והוא מחזיק בנכס שאחר נתן לו (למשל מחשב נייד) אותו אדם יוכל לקבל את המחשב הנייד שלו לפני כל נושה אחר (למשל בעל הבית אשר יש לו חובות כלפיו) משום שלאותו אדם יש תביעה קנינית על רכושו.**

1. **דיני הנזיקין – קובעים עת העיקרון הבסיסי שאסור לגרום נזק לזולת בהתנהגות בלתי אחראית. לא כל נזק שנגרם מצמיח אחריות נזיקית אלא נדרש גם אלמנט של התנהגות בלתי סבירה, בלתי חברתית או בלתי רצונית. רשלנות למשל היא חריגה מהסטנדרט שקבע המשפט.**

**דיני הנזיקין מטילים חובה על המזיק לפצות את הניזוק כך שמטרתם היא בעצם להשיב את המצב לקדמותו דהיינו למצב כפי שהיה ערב התרחשות האירוע הנזיקי.**

**לדוגמא => אם יהודה נהג במכוניתו ברשלנות ופגע במכוניתה החונה של נינט וגרם לה נזק של 1000 שקלים, דיני הנזיקין יחיבו את יהודה לפצות את נינט בשיעור 1000 שקלים.**

**בדיני הנזיקין אנחנו מניחים שניתן להמיר כל נזק לסכום כלכלי ואנחנו אומרים שבעצם זה שהמזיק שילם לניזוקה המצב הוחזר לקדמותו אך המצב איננו כך משום שהמזיק איבד כסף ז"א שאי אפשר לאיין את הזנק לחלוטין אלא רק להעביר כסף מהמזיק לניזוקה. פיצויים אלו נקראים פיצויים שלילים – פיצויים הצופים פני עבר ומטרתם להשיב את הניזוקה למצב בו היו ערב התרחשות הנזק.**

1. **דיני עשיית עושר שלא במשפט – קובעים איסור על התעשרות שלא כדין על חשבון הזולת. עקרון היסוד הוא שמי שזכה בטובת הנאה בעלת ערך כלכלי על חשבון אחר יצטרך להשיב את טובת ההנאה או הרווח בו זכה.**

**לדוגמא => ראובן אמור היה להפקיד 500 שקלים בחשבונו של שמעון אך בשל טעות הופקד הכסף בחשבונו של לוי. במצב זה חלה חובה על לוי להשיב את הכסף לראובן. גם פה העיקרון הוא השבת המצב לקדמותו רק שלהבדיל מדיני הנזיקין ישנה אפשרות להשיב את המצב לקדמותו במלואו.**

1. **דיני החוזים - בניגוד לדיני הנזיקין ודיני עשיית העושר שעוסקים באירועים לא מתוכננים ולא רצויים, כשלים, תאונות ועוד, דיני החוזים מבוססים על עיקרון ההסכמה. מטרתם של דיני החוזים לאפשר לצדדים לשפר את מצבם על ידי הסדרה פרטית של מערכת היחסים בניהם.**

**מנוקדת המוצא השונה נובע הבדל חשוב ביותר בין דיני החוזים לדיני הנזיקין ועשיית העושר (אשר שלושתם נקראים דיני החיובים). אם אמרנו שדיני הנזיקין שואפים להשיב את המצב לקדמותו בדיני החוזים הסעד הוא להעמיד את הצד הנפגע מן ההפרה במצב בו היה נמצא אילו החוזה קויים (פיצויי ציפייה). הפיצויים במקרה זה צופים פני עתיד לעומת דיני נזיקין ועשיית עושר הצופים פני עבר.**

**ניתן להשתמש בדיני חוזים על מנת להעביר זכויות קניין מהמחזיק בהן לאדם אחר אך תחום החוזים רחב יותר מדיני הקניין: אנחנו יכולים להסדיר חוזים לגבי מוצרים שעדיין לא נוצרו, חוזי עבודה, חוזה ביטוח ועוד.**

**עיקרון חופש החוזים**

**חופש החוזים מורכב משני אלמנטים=>**

**חופש ההתקשרות: מקנה חירות להתקשר בחוזה עם כל אדם שנרצה**

**חופש העיצוב: מאפשר לעצב את החוזה כפי שנרצה (בגבולות מסויימים)**

* **חוק החוזים חלק כללי תשל"ג 1973 סעיף 23 לחוק "צורת החוזה" – "חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב, או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסויימת תנאי לתוקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים"**

**על פי חוק ישנם 20 מעשי חקיקה בישראל המחייבים חוזה בכתב.**

* **חוק החוזים חלק כללי תשל"ג 1973 סעיף 24 "תוכן החוזה" – "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככול אשר הסכימו הצדדים"**

**ישנה זיקה בין זהות המתקשר לעיצוב החוזה. אם הצד שכנגד הוא קרוב למשל לדוגמא או חבר עיצוב החוזה יהיה אחר מאשר בהתקשרות עם גורם זר. הרבה פעמים חוזים עם קרובי משפחה עם חברים הם קצרים ולקונים משום שיש יותר אמון באדם ומשום שמעורבים רגשות בחוזה, ז"א שלשימוש בכלים המשפטיים יש מחיר.**

**נשאלת השאלה – מהן הגבולות הפילוסופים של חופש החוזים?! האם חופש החוזים כולל גם חופש מחוזים (חופש מעול מערכת המשפט)?!**

1. **קהילת היהלומנים: בקהילה זו חוזה נכרת בלחיצת יד ובאמירת "מזל וברכה". במשך דורות קהילה זו הייתה סגורה אשר סלדה מתרבות משפטים. הם לא רצו שמערכת המשפט תכנס לתרבות שלהם משום שהיו להם הרבה נורמות שלא תאמו את הלכי המשפט והם חששו כי המשפט לא יבין את ההסדרים שרקמו בתוך הקהילה ויחילו הסדרים שאינם מתאימים לקהילה עצמה.**

**האם מערכת המשפט צריכה לאפשר אוטונומיה לקהילות מסויימות להסדיר את העניינים בניהם באמצעות הכלים שפיתחו?!**

1. **ע"א 621/04 אסעד נגד קבלאן אשר ענינו מוסד הסולחה. פרצה קטטה בין שני אנשים, שניהם בני העדה הדרוזית וכמקובל בין חברי העדה הוסכם להסדיר את הסכסוך באמצעות מוסד הסולחה. זקני העדה פסקו פיצוי בסך 50,000 ₪ לנפגע. הנפגע התקומם הגיש תביעה לבית משפט מחוזי שפסק לו 350,000 ש"ח. הפוגע טען בפני בית המשפט המחוזי כי היה הסכם בין השניים לסגור את העניין בסולחה והוא מערער לבית המשפט העליון על כך כאשר הטענה המשפטית היא כהסכמה לסולחה מעצם היותה שוללת פניה לגורמים אחרים. הטענה היא שאם בית המשפט יתחיל להתערב מוסד הסולחה יאבד מתוקפו. בית המשפט העליון (השופטת נאור) דיבר בשבחו של מוסד הסולחה אך טען שהתערבות משפטית במקרה זה לא תהרוס את המוסד ולא תערער אותו יתר על המידה וגם זה איננו ברור שאדם מסכים לסולחה הוא מוותר על זכותו לפנות לערכאות. מכאן שיש סמכות וראוי שבית המשפט יתערב.**
2. **ע"א 3833/93 לוין נגד לוין מדבר על זוג שמערכת היחסים בינו לבינה התערערה והם הסכימו לחתום על הסכם גירושים וההסכם כלל את סעיף 11 אשר קבע ש"עד מתן הגט ישא הבעל בכל הוצאות הבית והמזונות…החוזה יהיה חסר תוקף בבית משפט ויהווה קנינו הפרטי של הבעל ביום מתן הגט…הצדדים לא ישתמשו בחוזה זה בבית משפט בכל דרך שהיא". לפי הסעיף הזה הבעל הסכים לשלם לאישה סכום מוגדל ללא התדיינות משפטית בתמורה לכך שהיא תסכים לא ללכת לבית משפט. לאחר שהחוזה נחתם וגובה באמצעות עו"ד הבעל הפסיק לשלם בטענה שהאישה מעכבת את הגט. האישה הולכת לבית משפט ומבקשת את אכיפת הסכום המוגדל. הבעל אומר כי נקבע שלחוזה זה אין אכיפות משפטית. נשאלת השאלה האם אפשר לקבוע חוזה שכזה שלפי תוכנו אין לי אכיפות משפטית?! בית המשפט קבע שהבעל לא יכול להתנות את הסכום המוגדל באי הגעה לבית משפט, ולא יכול להתנות על יכולת האכיפה בבית המשפט משום שברגע שההסכם עוצב כחוזה והיה שימוש בעו"ד החוזה הוא בעל אכיפות משפטית.**

שיעור העשרה יום רביעי 31.10.12

**ההבדל בין שני פסקי הדין הוא שבראשון, אסעד נגד קבלאן, היה ספק בנוגע ליכולת בית המשפט להתערב משום שלא היה ברור אם ההסכמה לסולחה משמעותה איסור פניה לערכאה אחרת או לא. בלוין נגד לוין לא ניתן היה ללכת בדרך הפרשנות ולהגיד שדעתם של הצדדים לא הובהרה עד הסוף וכי היה ברור כי נכונותם הייתה לשלול את הגעה לבית המשפט בנוגע להסכם שעשו, ולמרות זאת קבע בית המשפט כי ההסכם מחייב.**

**עליה וירידה בשימוש בחופש החוזים**

**עקרון חופש החוזים הגיע לשיאו בסוף המאה ה19 ובתחילת המאה ה20. בתקופה זה שלטה אידיאולוגיה קפיטליסטית Laissez Faireמובהקת הדוגלת באי התערבות ממשלתית ואומרת כי הממשלה צריכה להישאר בצד ותפקידה להתערב כמה שפחות. אידיאולוגיה זו הביאה לבעיות רבות במיוחד בעבודה, אנשים רבים נוצלו וכל פעם שהממשלה רצתה להתערב עצרו בעדה, עד שהגיעו "מים עד נפש".**

**מאז החלה ירידה בגישה זו תוך הכנסה של עקרון הציבור ועקרון תום הלב אשר בעזרתם מכניסים תקנות המועילות לציבור בתחומים הציבוריים (עקרונות כמו שוויון, סבירות, זכויות יסוד, הגינות ועוד) ובכל למנוע מצבים של ניצול. בדרך זו עקרון חופש החוזים מוגבל יותר ונתון לפיקוח. בהמשך עקרונות אלו נכנסו גם למשפט הפרטי וההבדל בניהם היטשטש.**

**מהי המידה הנכונה של הכנסת מונחים מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי והאם עברנו את המצב האופטימי?! מצד אחד עולם שבו הממשלה קובעת הכל אינו אטרקטיבי אך גם עולם שבו כל אחד יכול לעשות כרצונו איננו טוב לציבור. בעולם שבו אין רסן על חוקים החזקים יכולים לנצל את הכוח שלהם כדי לרמוס את החלשים.**

**מאלו טעמים יש להגביל את חופש החוזים?**

1. **סיבות תכניות – לעיתים תוכן החוזה הוא כזה שאנחנו כחברה לא מוכנים להכיר בו. כאשר מהות ההתערבות היא שלילת האכיפות המשפטית.**

**הלכות:**

**#חוזים בלתי חוקיים - חוזה יכול להיות בלתי חוקי או בשל תוכנו או בשל מטרתו או בשל אופן כריתתו.**

**#חוזים המנוגדים לתקנת הציבור- מדובר בדוקטרינת שסתום שמורכבת מעקרונות מפתח בחברה הישראלית. מדובר בעצם במוסר הרווח שאותו מחוקק בית המשפט. ישנם מספר דברים הנכנסים כחלק מתקנת הציבור. למשל, תניות פטור בחוזים הנוגעים לפגיעות גוף.**

**לדוגמא=> אם אדם מפעיל אתר וקובע בו שהוא לא אחראי על נזק שנקרא ואף מחתים את המשתמשים, החתמה זו מנוגדת לתקנת הציבור.**

**גם במקרה של לוין נגד לוין ניסיון למנוע מבית המשפט להתערב עלול להפר את תקנת הציבור.**

**שלילת האפשרות של כיתוב לועזי על המצבות גם נשלל על ידי בית המשפט כמנוגד לתקנת הציבור. מה שאומר שתקנת הציבור היא גמישה.**

**#הסכמים פוליטיים – בית המשפט מעדיף לא לאכוף אותם על מנת לאפשר ממשל תקין.**

**הסכמים הנוגעים לרוטציה, למהות המנגון הפוליטי במדינה (העברת חוק מסויים ועוד)**

**בית המשפט לא מתערב מתוך כבוד לרשות והנחה שהבוחר ידע "לתגמל" את אותו נבחר ציבור.**

**#עקרון חילופי מומחה – בית המשפט מרגיש כי אין לו מומחיות מספקת בתחום ולכן מעדיף לא להתערב.**

**לדוגמא=> ע"א 319/65 דוד אלבלדה נגד חברת האוניברסיטה העברית.**

**במקרה זה הפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית החליטה להאריך את הלימודים בטרימסטר.**

**חלק מהסטודנטים החליטו לתבוע את האוניברסיטה על הפרת חוזה בטענה כי נקבע מראש זמן בו יסתיימו הלימודים. למרות ההיגיון בטענה השופט לנדוי דחה את הטענה באמירה שהאוניברסיטה היא המומחית במקרה זה ובית המשפט צריך להכפיף את עצמו למומחיותה.**

**הסיכון שיכול להיווצר במצב של היעדר ביקורת שיפוטית הוא ניצול לרעה של הכוח של מומחים.**

**לדוגמא=> בבג"צ 571/89 מוסקוביץ' נגד מועצת השמאים**

**מוסקוביץ' ניגש למועצת השמאים ונכשל בבחינה. הוא ביקש משמאי מוסמך לבדוק את תשובותיו וזה אמר לו כי על פי התשובות היה צריך לעבור. ביקש לערער אך המועצה אמרה לו שמתחת ל45 אין אפשרות לערער. בפעם השניה קיבל 51, ערער וקיבל 54. בפעם השלישית נכשל שוב ואז פנה לבג"צ ומסתבר שמועצת השמאים החליטה להגביל את כמות העוברים ל6% וזאת על מנת שהתחרות במקצוע תפחת. כאשר בית המשפט הבין מה קרה הוא החליט שכאן המומחה פעל משיקולים זרים והחליט להפקיע את סמכות מועצת השמאים ולבחון את תשובותיו של מוסקוביץ' ולראות האם יעבור או לא.**

**#ענינים הקשורים לכבוד, פרס או ציון –**

**כבוד: בפסק דין אלבלדה השופט קיסטר הכניס את עניין הכבוד (בתואר) למשפט ולכן אמר שאין להתערב בעניין זה.**

**פרס: בע"א 338/65 מדינת ישראל נגד יום טוב קראסיאנסקי היה סביב תחרות חידון התנ"ך העולמי. קראסיאנסקי שהגיע מקום שני טען לפגמים בהליך השיפוט ולטעויות בחישוב וחוסר הגינות. המדינה ביקשה לדחות על הסף משום שמדובר בפרס אך בית המשפט המחוזי רצה להקשיב לעניין. הוגע ערעור לעליון ובו השופטים קיבלו את טענת המדינה ומחליטים לא להתערב משום שמדובר בעניין של מתן פרס וכבוד ובנוסף חיברו את זה לדיון בחילופי מומחה.**

**סעיף 33 לחוק החוזים – חוזה למתן ציונים – אומר כי חוזה שלפיו ינתן ציון, תואר, פרס, וכיוצא באלה, על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של צד שלישי אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית המשפט.**

**#חוזה הקשור למזל או הימור –**

**סעיף 32 (א) לחוק החוזים קובע שמקרה שזכיה מתבססת על מזל לא ניתן לתבוע אכיפה או פיצויים.**

**סעיף 32 (ב) קובע חריג לכלל: במקרה של הסדרי הימורים הקבועים בחוק או שקיבלו היתר על פי חוק (למשל טוטו, לוטו, פייס) אלו חוזרים להיות חוזים שפיטים ורגילים.**

1. **פגמים בהסכמה הספציפית - משמע שבחוזה מסויים נפל פגם בהסכמת אחד הצדדים לחוזה. אופן התערבות הוא שחרור הצד שברצונו נפל הפגם מן ההסכמה החוזית, בנסיבות ובתנאים מסויימים.**

**הלכות:**

**#טעות- כאשר עשתה טעות כלשהי, לא תמיד בית המשפט יתערב תלוי בטעות שנעשתה ובסיבה שגרמה לאותו צד לטעות.**

**#הטעיה – כאשר צד אחד גורם לצד השני לא לראות נכון את הדברים, במעשה או במחדל.**

**# כפיה – הסכמה לכאורה משום שנשלל חופשו של אחד מהצדדים.**

**# עושק-** **מצוקת המתקשר מקורה אינו בצד השני אלא מקורה בלתי תלוי. למשל מחלה כלשהי.**

1. **ספקות בנוגע לכשירות הכללית של צד לחוזה – מקרים שיש סימן שאלה לגבי אחד המתקשרים. מדובר בהסכמי של קטינים או פסולי דין.**

**מצד אחד אנחנו לא רוצים לתת להם יד חופשית משום שיש לנו ספק לגבי שיקול הדעת שלהם אך מצד שני אין אפשרות לשלול זאת מהם לחלוטין.**

**במקרה זה נציב דרישה לאישור מגוף משפטי אחר או צד ג' (אפוטרופוס, הורה, היועץ המשפטי, בית המשפט) הכל בהתאם לסוג העסקה ולמורכבות שלה.**

**לעניין זה נוגע חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות.**

1. **חוזים חשובים במיוחד**

**יש דרישה לצורה מיוחדת (כמו למשל בכתב).**

**שלושה חשובים מאוד המחייבים כתב – עסקה להעברת זכות במקרקעין, חוזה מתנה והסכם יחסי ממון.**

**בתחומים אלו הכתב הוא מהותי, ז"א הוא יסוד נדרש בכריתת החוזה. אנו מציבים את הדרישה הזו משום שמדובר בחוזים חשובים במיוחד וכמעט הרי גורל למתקשר הממוצע והדין מנסה לוודא כי עשיית הצעד תהיה לאחר שקילת הדברים ולא בחיפזון.**

**מתנה היא הענקה חד צדדית ולכן אנחנו רוצים לוודא כי מעניק המתנה גומר בדעתו לעשות זאת.**

**הסכמי ממון הם לא עסקה של מה בכך ונודעים בתחום הרגיש של יחסים בתוך המשפחה ולן גם במקרה זה הוחלט להציב דרישת כתב.**

יום חמישי 1.11.12

1. חריגה מסטנדרט התנהגות מקובל **– כאשר אופן ההתערבות הוא שינוי תוכן החוזה והענקת סעדים לצד הנפגע.**

**הדוקטרינה היא חוסר תום לב שיכול לבוא במשא ומתן או בקיום התחייבות חוזית.**

1. **שינוי נסיבות קיצוני – כאשר אופן ההתערבות היא שחרור הצדדים מהתחייבויותיהם החוזית.**

**למשל אד שקנה כרטיס טיסה אך יש הוריקן שמקרקע את הטיסות.**

1. **פערים גדולים בעמדות המיקוח בחוזים אחידים.**

**בחוזה כמעט תמיד יש צד שיש לו כוח יותר מלשני. סעיף זה מתייחס לחוזים אחידים (כמו למשל כרטיסיה לאוטובוס, חברת כבלים, כרטיס טיסה, ניקוי ייבש ועוד). חוזים אחידים הם חוזים שהוכנו מראש אצל צד אחד (שהוא הספק) שהוא מיודע יותר ומנוסה יותר. הוא יודע היכן "תמונות המלכודות" ויכול לנצל את יתרון המידע כנגד אותו אדם המתקשר איתו. במקרים כאלה יש חשש לקיפוח הצד שכנגד.**

**מצד אחד מרבית החוזים הם כאלה ואנחנו לא יכולים להתערב בכולם ולנטרל אותם אז אנחנו בוחרים התערבות בנושאים ספציפיים בחוזים בשביל שינוי תניות מקפחות בחוזים אחידים שבהם יש פערים גדולים בעמדות המיקוח.**

**כריתת החוזה - יצירת יחסים משפטיים מחייבים**

**מערכת שנכשלת רוב הזמן היא מערכת לא טובה ולא מועילה. לכן הליך היצירה הוא ראשוני אומנם אך חשוב מאוד לכריתת חוזה מועיל.**

**סעיף 1 לחוק החוזים "כריתת חוזה-כיצד?!": "קובע כי חוזה נכרת בדרך של היצע וקיבול לפי הוראות חלק זה".**

**הצעה לפי סעיף 2 לחוק: "פניתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסויימת מספיק כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכול שתהיה לציבור".**

**קיבול לפי סעיף 5 לחוק: "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע והמעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה".**

**המתווה שראה המחוקק לנגד עיניו היו מתווה של הצעה וקיבול כשיש לנו סיטואציה בת שני שחקנים שנקראים מציע וניצע. המציע הוא יוזם ההצעה הניצע הוא מקבלה.**

**נקודת ההנחה כי צד אחד מגיע עם מסויימות להצעה מסויימת והצד השני מגיע עם גמירות דעת מספקת לקבלה. במציאות זה לא תמיד כך משום שבד"כ ישנו משא ומתן.**

**כשיש משא ומתן המתווה הופך להיות קשה ליישום. במקרים כאלה אנחנו מתמקדים בשני דברים – העדה על גמירת דעת ומסויימות. זה אומר שברגע שאנחנו מזהים באיזשהו שלב במשא ומתן גמירות דעת אצל שני הצדדים ומסויימות מספקת לשם כריתת חוזה – החוזה נכרת!**

1. **העדה על גמירות דעת:**

**פרופ' זאב צלנטר אומר כי גמ"ד = רצינות**

**פרופ' גבריאלה שלו אומרת כי גמ"ד = כוונה להתקשר עם הניצע המסויים בחוזה המסויים.**

**פרופ' דויטש אומר כי גמ"ד = לפרש את מונח גמ"ד כמשמעותו במשפט העברי.**

**הגדרת בית המשפט העליון היא שגמירות דעת = הכוונה ליצור יחסים משפטים מחייבים.**

**אינדיקציות לקיום גמירת דעת או כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים**

1. **קביעה מפורשת – נוסחת הקשר.**

**בעיקר כאשר יש מסמך בכתב, לפעמים גם בע"פ.**

**השאלה היא כיצד קראו הצדדים לאותו החוזה?! ככל הצדדים נוקטים יותר לטובת המינוח חוזה הדבר מהווה אינדיקציה ברורה יותר לקיום גמירת דעת.**

**בתי המשפט יסיקו קיום חוזה גם כשנוסחת הקשר לא בהכרח מרמזת על כך ז"א גם מסמך שכותרתו סיכום יכול להתפרש כיוצר יחסים מחייבים, אך חוזה המוגדר כחוזה בכותרתו סביר להניח שלא יהיה ספק בכך שהוא יוסק כחוזה.**

1. **מבחן הנסיבות – האם יש קשר משפחתי או אישי?!**

**ככל שיש קשר אישי יותר חזק בין הצדדים סביר להניח שלא תהיה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.**

**דוגמא לכך הוא פס"ד בלפור נגד בלפור: הדיינות בין בני זוג. הבעל עבד במשרד החוץ הבריטי והרבה להיעדר מהבית בשל עבודתו. אשתו לא אהבה את היעדרויותיו והן העיבו על מצב רוחה ואז בעלה הבטיח לה שישלם לה סכום כסף מסויים על כל חודש בו יבלה מכסת ימים מסויימת מחוץ לבית ולאחר מכן המשיך להיעדר אך לא שילם והפר את ההבטחה לאשתו.**

**אשתו תבעה אותו ובית המשפט פסק שלא הייתה כאן כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים משום שבתחום המשפחה ההנחה היא שאין כוונה לערב את מערכת המשפט.**

**דוגמא הפוכה היא פס"ד אדוארדס שבו דובר על משא ומתן בין חברת תעופה לבין טייס כאשר לטייס הייתה זכות לבחור בין פנסיה לבין מענק פרישה חד פעמי. הוא רצה לבחור בפנסיה עם סיום עבודתו וחברת התעופה אמרה לו שתיתן לו מענק גבוה יותר מהמענק הראשוני כדי שלא יקח מהפנסיה. הוא הסכים וכשהגיע לקחת את המענק חברת התעופה לא הסכימה לתת לו את הסכום הגבוה אלא רק את הסכום הראשוני. בית המשפט קבע כי כאן לא מדובר במשפחה אלא במקרה עסקי והחברה מחוייבת משפטית למענק המוגדל.**

**הנטל המתבקש מבחינה של גמירות דעת ומסויימות הוא תלוי סיטואציה. למשל אם אני קונה רכב ממישהו בזמן עמידה בפקק אין פה רצינות ולכן אין בהכרח כוונה ליצור יחסים משפטיים. בהתקיים אינדיקציות מובהקות אחרות לגמירות דעת אפשר יהיה להסיק חוזה גם במצב כזה אלא שנידרש לרמת פירוט מאוד גבוהה של פרטים ואפילו אז יוותר ספק אך ניתן יהיה להתגבר עליו.**

1. **נוהג.**

**למשל בדוגמא של קהילת היהלומנים אשר אמירת "מזל וברכה" היא נוהג לאישור חתימת חוזה. בישראל למשך פניה לעו"ד מהווה אינדיקציה לרצון לקיים יחסים משפטיים מחייבים.**

1. **שימוש במטבעות לשון משפטיות.**

**הכוונה כאן למילים כגון – "הואיל ו…", "גמירת דעת", "הפרה", "פיצויים", "אכיפה" וכו'. מילים אלו מעידות על כוונת הצדדים לאכוף את החוזה לחוזה משפטי.**

1. **מסויימות או רמת הפירוט.**

**למסויימות יש שני תפקידים - אינדיקציה המעידה על גמירות דעת וגם יסוד עצמאי שקיומו נדרש לצורך שיכלול חוזה.**

**ככל שרמת הפירוט גבוהה יותר הכי שמדובר באינדיקציה לקיום גמירת דעת, לעומת זאת ככל שרמת הפירוט נמוכה יותר והתנאים פחות ברורים הכי שזו אינדיקציה להיעדר גמירת דעת.**

1. **התנהגות לאחר הכריתה.**

**לדוגמא פניה לבנק או לחבר משפחה להלוואה לאחר כריתת העיסקה.**

1. **חתימה.**

**בישראל קיים נוהג לסגור חוזה בחתימה אך מעבר לכך זהו אקט פסיכולוגי המסמל את סופו המוצלח של ההליך ושינוי המצב המשפטי.**

1. **העברת כסף / תשלום.**

**בדומה לחתימה זוהי אינדיקציה מובהקת המעידה על גמירת דעת.**

**מה קורה כשיש לנו פניה של אדם לחברו שאינה מאופיינת בהעדה על גמירת דעת ובמסויימות מספקת?! לדוגמא שאלה – אתה רוצה לקנות אוטו? והאדם עונה כן.**

**משמעות המשפטית של שאלה זו היא הזמנה להיכנס למשא ומתן ומה שחשוב הוא ההבדל בין הצעה להזמנה. הצעה יוצרת אצל הניצע כוח משפטי שהוא כוח הקיבול שלא היה להם לפני כן, ואילו ההזמנה אינה יוצרת את הכוח הזה אלא רק נותנת לניצע הזמנות להציע הצעה למיצע (הזמנה להציע הצעות).**

**פסק דין זנדבנק נגד דנציגר**

**שני צדדים אשר החזיקו בחלקים שווים ב-2 חברות: בית חולים והמקרקעין של בית החולים.**

**בשלב מסויים החליטו הצדדים לפרק את השותפות בניהם שלשם כך הזמינו חוות דעת משמאי שהעריך את השווי. בהתחלה ניסו הצדדים להשתמש בשיטת מכירה הנפוצה בכלכלה – כל צד יאמוד את חלקו ומי שמגיע למספר יותר גבוה הוא יהיה הקונה של הצד השני. דרך זו לא עבדה.**

**כעבור חודשיים עורך הדין של המערערים (זנדבנק) משגר מכתב לעו"ד של המשיבים (דנציגר) שבו הוא מציג למכור את חלקיהם וזכויותיהם של המערערים תמורת מחצית הערכת השמאי.**

**תגובת בא כוח המשיבים היא:**

**א. שולחי מקבלים את הצעת שולחיך**

1. **שולחייך יקבלו תמורת מלוא חלקם וזכויותיהם סך של 772,600 לירות + מצרף צ'ק של 25,000**

**המערערים הבינו שהערכה של השמאי לא נכונה והיא הערכת חסר משום שלא לקח בחשבון את כל הכסף. הם מנסים לטעון כי לא הייתה כלל כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.**

**לטענת השופט שמגר ישנה התנהגות העבר של הצדדים שכבר ניסו לשכלל עיסקה, הייתה פנייה לעורכי דין, הייתה מסויימות מספקת, הייתה העברת כסף, מבחינת מבחן הנסיבות הן היו עיסקיות לגמרי וישנו שימוש בביטויים משפטיים "שולחייך" ולפי כל זה הייתה גמירות דעת ליצירת חוזה משפטי מחייב.**

**בנוסף אין ב"כל הזכויות שמורות" להראות על חוסר גמירות דעת (משל לילד שמבטיח אך מצליב אצבעות מאחורי הגב).**

יום ראשון 04.11.12

**העדה על גמירות דעת – זהו מבחן אובייקטיבי, ז"א שבית המשפט לא בודק את הרגשות הפנימיים של הצדדים אלא את התנהגותם ומה היא מעידה לפי הנסיבות.**

**לפי פרופ' גבריאלה שלו ישנן כמה הצדקות לכך=>**

1. **הצדקה סטטיסטית: על פי רוב, אנשים מתכוונים למה שהם אומרים. בד"כ ההתנהגות משקפת את כוונתו הפנימית.**
2. **ההצדקה הראייתית: בני אדם אינם אלים ולא יכולים לבדוק מה באמת אדם חושב ומרגיש ולכן כל מה שאנחנו יכולים לעשות זה להתמקד בעניינים אובייקטיבים – מה שאנחנו שומעים ורואים.**
3. **הצדקת הדינאמיות המסחרית: בעולם המחסר דבר מוביל לדבר והדברים תלויים בשרשרות. ז"א חוזים התלויים בחוזים אחרים ובשל המהירות שבה דברים קורים ובשל כך שקשה מאוד להחזיר דברים לאחור. לא יתכן שכל פעם שאדם יגיד "לא התכוונתי" נצטרך לשבת ולהתיר את הפלונטר שנוצר.**
4. **עיקרון ההסתמכות: יש לנו צד שני לעסקה, ומתקשר זה קולט מצב מסויים או שומע אמירה מסויימת ומסתמך עליהם באופן סביר, בתום לב, והמשפט מחוייב להגן גם עליו.**

**המבחן בפסיקה הישראלית מוגדר כמבחן אובייקטיבי "מרוכך". הכוונה היא שאנחנו מסתכלים על כלל נסיבות העסקה, מתחשבים במצבם של המתקשרים, המבחן אינו נוקשה / טכני אלא עשיר.**

**ע"א פרץ בוני הנגב נגד בוחבוט**

**מדובר בעסקת מכר כשהנכס הוא דירה. פרץ בוני הנגב היא חברה קבלנית אשר התקשרה בחוזה על מנת לקנות מבוחבוט את הדירה. בוחבוט האב היה הבעלים הרשום של הדירה כאשר בוחבוט הבן היא הבעלים של הדירה הפועל וזה שגר בדירה.**

**במעמד חתימת החוזה קראו לאב ולא לבן ואמרו לו שרצונו של הבן הוא שהוא יחתום על החוזה. במעמד החתימה קיבל האב צ'ק על סך 1,000 שקלים ולבן נשלח צ'ק בסך 15,500 שקלים.**

**האב טוען כי במעמד החתימה היה שיכור, וכי הוא אינו יודע קרוא וכתוב והסיבה היחידה שחתם היא כי נאמר לו שזה רצונו של הבן. האב פודה את הצ'ק שלו אך הבן לעומת לא פודה את של ובעצם מתחרט. הוא אף מחזיר את הצ'ק. פרץ בוני הנגב רוצים לאכוף את העסקה ופונים למחוזי בבקשה לפנות את הבן מהדירה, לאכוף את החוזה ולקבל פיצויים על הפרת החוזה ובעצם אי קבלת הדירה בזמן. המחוזי מקבל את הטענה כי ישנו חוזה אך אי אפשר לפנות את הבן ולא פוסק לטובת החברה פיצויים.**

**פרץ בוני הנגב הרגישו שהם צריכים לקבל את כל התנאים שביקשו ולכן עירערו לעליון באותם סעדים בדיוק. בבית המשפט העליון ישבו שלושה שופטים. שניים מתוך השלושה מתעסקים בשני הסעיפים שבית המשפט המחוזי קבע ואומרים כי אין להתייחס לדון בעניינים שמעבר לכך. הם מסכימים עם בית המשפט המחוזי ודוחים את הערעור.**

**השופט שמגר לעומת זאת משתמש בסמכות שיש לו מכוח תקנה 462 לתקנות סדר הדין האזרחי אשר מאפשרת לשופט את הפריווילגיה להיכנס לנושאים שלא הועלו בכתב הערעור. השופט שמגר מחליט להתייחס לסעיף של אכיפת החוזה למרות שלא היה ערעור לגבי פסיקתו של בית המשפט המחוזי שמגר סבור שבמקרה זה לא הייתה גמירת דעת מצד בוחבוט האב. הוא אומר כי המבחן אינו פורמאלי וכי חתימת האב אומנם נמצאת על החוזה אך עצם העובדות - הוא היה שיכור, לא ידע קרוא וכתוב, לא הוסבר לו על מה הוא חותם, הובטח לו כסף, לא היה מעורב בעיצוב העיסקה וחתם מתוך רצון לעשות חסד עם בנו אשר לא היה נוכח במקום – לפי שמגר האדם הנבון לא היה רואה במקרה זה לפי הנסיבות גמירות דעת.**

**בפס"ד זה שמגר הוא בדעת מיעוט, אך דעת מיעוט זו היא חזקה מכוח הנסיבות שבהן נוצרה. ההבדל בין דעת המיעוט לדעת הרוב הא בשל הפרוצדורה בלבד. השופטים הסכימו עם דברי שמגר אך טענו כי לא היה ערעור על סעיף זה ולכן אין להתייחס אליו. דעת מיעוט זו שימשה בסיס לפסיקה מאוחרת.**

**ע"א עמית בראשי נגד עזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל**

**המנוח נפטר בשיבה טובה בגיל 87. המנוח היה נשוי פעמיים כאשר מהנישואים הראשונים נולדו לו 6 ילדים ומהשניים נולד עמית. נכדו תמיר הוא נכדו של המנוח מהנישואים הראשונים. המנוח אינו יודע קרוא וכתוב.**

**המנוח הוריש צוואה בה הוא מוריש את רכושו לעמית ולאשתו השנייה. בערוב ימיו הוא נמצא במוסד מיוחד בו מטפלים 24 שעות ומצבו הבריאותי לא טוב. כשלושה חודשים לפני מותו וכשבוע אחר אישפוזו במחלקה הסיעודית בנו ונכדו מחתימים אותו על מסמך אשר לפיו מניותיו בחברה מתחלקות בניהם. המנוח היא במצב נפשי ורופאי ירוד אך לא היה פסול דין, למרות זאת היה ניתן לראות כי הוא לא כשיר לחתום על המסמך.**

**\*\*צוואה – מסמך חד צדדי אותו אדם או אישה זכאים לנסח והוא קובע מה יקרה עם רכושם לאחר מותם. כל אדם זכאי לשנות את צוואתו כמה פעמים שירצה.**

**מטרת המסמכים עליהם נתנו למנוח לחתום היא להוציא את המניות מהצוואה ולהעבירן לידיהם של העוררים כאשר השאלה היא בעצם מה נשאר מהעיזבון?! הרי הנכסים המסחריים העיקריים עברו לידי עמית ותמיר לפי המסמך.**

**בית המשפט המחוזי מחליט לבטל את תוקפם של המסמכים ועמית ותמיר מעררים לבית המשפט העליון. השופטת ביניש אומרת כי דרישת גמירת הדעת היא דרישה לרצון מגובש, כוונה החלטת ורצינית ליצור התחייבות ובמקרה זה של חתימת במכונית תוך כדי פיצוח גרעינים אין בה רצינות. השופטת אומרת כי ברור לחלוטין שהמנוח לא היה במצב נפשי על מנת לחתום. בנוסף העובדה שמדובר במתנה רחבת היקף הכוללת נכסים רבי ערך ובעסקאות אלו אנחנו מנסים לאזן בין הבדיקה שמעניק המתנה אכן התכוון להעניקה לבין אינטרס ההסתמכות של המקבל. הרצון לוודא שהמעניק התכוון הוא המוקד משום שזה לא מקבל תמורה להענקה. מקבלי המתנה ניסו לטעון שהסיטואציה היא משפחתית אך השופטת דוחה את הטענות ואומר כי מדובר בביקור עסקי לחלוטין ולאור המסגרת אנחנו מובלים למסקנה כי צריכות להיות אינדיקציות גבוהות יותר לגמירות דעת.**

**לפי בית המשפט בנסיבות מסויימות יש להראות גמירות דעת יותר מבנסיבות אחרות. במקרה זה חתימה אינה מספיקה שכן ניתנת מתנה אשר נעשתה במצב בלתי מקובל, ללא יצוג, כשלמנוח אין קשר למציאות. לפי כל זה בית המשפט אומר כי מתקשר סביר לא יוכל להסיק גמירות דעת ממקרה זה ולכן דוחה את הערעור.**

**# עסקאות מתנה => במשפט האנגלו – אמריקאי אין תוקף להתחייבות לתת מתנה. ז"א אפשר להעניק X אך לאימרה "אני אעניק לך את X בעוד חודש" אין תוקף משפטי. בדין הישראלי יש התחייבות אך אנו נזהרים כאשר ישנן 2 דרישות: חוזה מתנה צריך להיות בכתב ובנוסף מבחן גמירת הדעת הוא קפדני יותר, הרף מוצב במקום גבוהה יותר מתוקף מהות עיסקת המתנה.**

**מקרה זה בעצם קובע כהלכה את דעת המיעוט של השופט שמגר בפס"ד פרץ בוני הנגב.**

**ע"א הדר חברה לביטוח נגד פלונית**

**זוג נשוי לקח הלוואה מהחברה שבתמורה להלוואה יהיו החזרים חודשיים + ריבית ובמידה ולא ישלמו ישנו שיעבוד על הדירה של הזוג (משכנתא).**

**ברבות הימים הזוג נפרד ולא הצליח לעמוד בתשלומים וחברת הדר מבקשת לממש את המשכנתא, למכור את הנכס ולקבל את כספה. בשלב זה פלונית קובלת שהחוזה אינו בתוקף בשל הפרעה נפשית ממנה סבלה. פלונית סובלת מסכיזופרניה פרנואידית ולה תלות מוחלטת בבעלה נפשית וכלכלית. היא טוענת כי בעלה איים בגט במידה ולא תחתום וזו הסיבה היחידה שבגללה חתמה. המחוזי מחליט שההסדר חסר תוקף. ההלכה אשר מובילה אותה היא "לא נעשה דבר". הלכה זו מאפשרת לבית המשפט במקרים חריגים לשחרר מן החוזה צד שחתום עליו. הלכה זו תתקיים במקרים של שלילית רצון המתקשר (כפיה קיצונית או טעות קיצונית), כאשר נטל ההוכחה הכבד הינו על טוען הטענה. במקרה זה מדובר בכפייה קיצונית.**

**לגבי כשרות משפטית - פלונית לא הוכרזה כלא כשירה משפטית ואף היא אינה חסרת כשרות לגבי כל עיסקה אלא במקרה הספציפי הזה התלות בבעלה היא הבעיה ז"א שרק עסקאות הקשורות בבעלה הן הבעיה. לפי השופטת דיני הכשרות לא ממצים את של המקרים שבהם עשויה להתעורר בעיה לגבי כוחו המשפטי של צד להתחייב בחוזה.**

**טענת החברה היא שאדם סביר העומד מן הצד לא יכל לדעת על התלות של האישה בבעל.**

**במקרה זה טענת הפלונית מתקבלת ובעצם בית המשפט יוצר חריג ומכיר באפשרות שחרור בשל בעיה סוביקטיבית שלא ניתן להבחין בה במהלך העסקים הרגיל. פסק דין זה יכול לשנות את העסקים בשתי דרכים – הוספת סינון נוסף אשר יבקש מאנשים להוכיח כי הם שפויים או לחילופין יעלו המחירים בשוק על מנת לכסות על מקרים כאלו. אופציה שלישית היא שלא יתבצע שינוי וזאת לאור ההנחה כי עסקאות נכשלות וישנם סיכונים בכל גזרה ומקרים כמו אלו הם נדירים.**

**ע"א דור אנרגיה נגד חמדן**

**חמדן נמצא בחוזה עם חברת "דלק" ולקראת מועד סיום החוזה עם החברה פותח חמדן במשא ומתן עם חברת "דור אנרגיה" ולאחר משא ומתן אינטנסיבי וחילופי טיוטות ביום 8.7.91 נערת פגישה בין הצדדים ועורכי דינם שבסופה יוצא מסמך "סיכום דברים". באי כוחה צדדים (עורכי הדין) חותמים על החוזה בנוכחות הצדדים. הצדדים לוחצים ידיים ומברכים על המוגמר ונקבע תאריך תוך ימים ספורים לחתימת על החוזה עצמה.**

**חמדן מגיע לאירוע השקה של אחת מתחנות "דור אנרגיה" ושם הוא מדבר על כך שהוא מתקשר עם החברה בחוזה ואף מודיע לחברת "דלק" על אי חידושההתקשרות איתם.**

**בתאריך שנקבע לצורך החתימה חמדן לא מופיע בטענה שהוא חולה ואף מתחמק מ"דור אנרגיה" פעמים רבות. חמדן חותם עם חברת "דלק" על חוזה מחודש ואז "דור אנרגיה" מגישים תביעה משפטית בו הם מגישים סעד הצהרתי, הצהרה של בית המשפט שהשתכלל חוזה מחייב בין הצדדים, חרף העובדה שלבסוף לא הייתה פגישה בה נחתם חוזה פורמאלי.**

**המחוזי פוסק כי ישנה פה התחייבות לעשות חוזה אך אין כאן חוזה בסופו של דבר. זאת אומרת שהמשא ומתן התקדם למדרגה כזאת שכבר אין ספק כי יחתם חוזה אך אין גמירות דעת מושלמת. בית המשפט אומר כי ישנו מחסום שמרגע זה ואילך השלמת המשא ומתן היא מחייבת והדרך היחידה היא לכיוון חוזה.**

יום חמישי 8.11.12

**השופט אור בבית המשפט העליון פוסק כי ישנה העדה על גמירת דעת. פס"ד זה מראה לנו שהשופטים לא הולכים תמיד לפי הדרך הפורמאלית אלא מתבססים על הנסיבות והתנהגות הצדדים לפני ואחרי כריתת החוזה. לפי דעתו של בית המשפט העליון כי כאן מספיק כדי להסיק גמירת דעת.**

**לפי בית המשפט העליון הייתה גמירת דעת כבר בשלב של סיכום הדברים:**

**\*נכתב שם שלחמדן לא יהיו יותר דרישות**

**\*עורכי הדין חתמו על סיכום הדברים**

**\*המפגש לצורך חתימה על חוזה פורמאלי הוא רק על מנת לחתום על חוזה מסודר ונקי.**

**\*נוכחות חמדן במפגש**

**\*הייתה לחיצת יד בתום המפגש**

**\*הגעה לטקס החניכה של תחנת דלק אחרת בחברה**

**בנוסף כאשר חמדן חזר ל"דלק" הוא הוסיף תניה שהיא כמעין הסדר ביטוח, שיפוי, לפיו דלק תישא בהוצאותיו אם יתבע על הפרת חוזה על ידי דור אנרגיה.**

**יכול להיות גרם ללא אינדיקציה זו היה בית המשפט להחליט כי ישנה גמירות דעת ולכן לא הייתה זו טעות מצד חמדן להכניס את התניה הזו לחוזה משום שכך הוא יפיק תועלת מכך שמישהו אחר ישא בהוצאות התביעה והייצוג המשפטי.**

**מבחינת הדין הנקודה של בית המשפט המחוזי שמדברת על חוזה לעשות חוזה, לא קיימת. הסיבה לכך היא שאנחנו לא רוצים להוסיף מורכבות וסירבול למצב. שערים אלו במהלך החוזה מקרים ומסרבלים את המשא ומתן ופוגעים ביכולתו לשמש כמכשיר מועיל. בנוסף ישנה שאלה כיצד יחולק העודף החוזי?!**

**כמות הטעויות בשיטה כזו תהיה אינסופית.**

**הדרך החלופית יכולה להיות בכך שנראה שעניין זה הא פגיעה בתום הלב ובמשא ומתן ואז הסנקציה תהיה כספית ולא תחייב את הצדדים לקיים את החוזה.**

**ע"א אדרת שומרון נגד הולינגסוורת**

**מפעל ישראלי אשר רכש ציוד מחברה גרמנית ולאחר שנה הציוד התקלקל. מדובר במקרה זה בחוזה לתיקון אחת המכונות. העיסקה השתכללה במקרה זה לא על ידי משא ומתן ישיר אל על ידי תכתובת (טפסים) וטלקסים אשר בהם החברה הישראלית שולחת טופס הזמנה והחברה הגרמנית שלחה טופס אישור הזמנה אשר בו תנאי התשלום, פירוט הציוד והמחיר אשר יחד איתו מגיע חוזה תנאים שבו תנית שיפוט זר (גרמניה).**

**היה כשל בתיקון שבעקבותיו תובעת החברה הישראלית את החברה הגרמנית בבית המשפט המחוזי. החברה הגרמנית מבקשת לפסול את המשפט לפי תנית השיפוט הזר.**

**הנקודה בה נכרת החוזה קובעת לנו את תנאי החוזה ובמקרה זה התנאי הקריטי היה שאלת הדין הזר. אם החוזה השתכלל לפני משלוח חוזר התנאים אז יש סמכות לבית משפט ישראלי לדון בתביעה.**

**בית המשפט מרגיש לפני משלוח חוזר התנאים הייתה התקדמות בחוזה וחילופי הטלקסים הם שלב חשוב בגיבוש העסקה אך חסרה ה"הכאה בפטיש" ובעצם רק ברגע שהגיע חוזר התנאים בתוספת אישור ההזמנה נחתם החוזה. אדרת שומרון ביצעו אקט של קיבול מעצם העבודה ששתקו על התניה ובמקביל שילמו על החלפים.**

**יש מזמין וספק וכל צד משתמש בטפסים שלו, בתנאים שלו המעוצבים על ידי המחלקה המשפטית לפי הצרכים שלו. במשא ומתן אין שום חפיפה של התנאים השונים בין הצדדים משום שאין פה פגישה פורמאלית. לצורך קביעת פתרון התפתחו כמה פרקטיקות במשפט:**

1. **הפרקטיקה של השופט לוין, היריעה האחרונה – הטופס האחרון שנשלח עם הטובין קובע את התנאים. כלל זה בעיתי משום שהוא דורש משא ומתן דר אשר אינו ריאלי כאשר חברה מתמודדת עם תקלה במכונה אשר עוצרת את פעילות המפעל.**
2. **כלל היריעה הראשונה – לפיו המסמך הראשון שמועבר הוא זה שקובע. במקרה זה הספק בכלל לא חייב לספק לך שירות במידה והוא לא מסכים עם התנאים הראשונים של ההזמנה.**
3. **כלל הנוקאווט – לוקחים את הטפסים של שני הצדדים, משווים בניהם וכל פעם שיש לנו מקרה של אי התאמה או אי חפיפה, התנאים מבטלים אלו את אלו ובית המשפט יפנה להסדרי ההשלמה הקבועים בחוק ויכיל את ההסדרים הללו. פרקטיקה זו היא מקובלת.**

**במקרה זה יש לנו הסדר שהוא בעייתי מאוד מבחינה משפטית, יש לנו שתי חברת שלא מגיעות לעמק השווה עם טפסים שאף אחד לא קורא. בכל זאת התפתחה פה פרקטיקה שמאפשרת לעולם העסקי לעבוד.**

**קודם כל מספר התקלות קטן יחסית ועולם העסקים עובד טוב בד"כ, בנוסף יש לנו מנגנון מעניין של שחקנים באינטראקציה חוזרת זאת אומרת שמדובר בשני גופים שעובדים זה עם זה פעמים רבות ולאט לאט פתחים יחסי אמון והבעיות נפתרות מבלי שהעניינים מגיעים לבית המשפט.**

**על מנת לפתור את הבעיה אליה נקלעה אדרת שומרון החברה צריכה לחשוב על זה מראש בעת כינון היחסים הראשוניים ז"א בעת הזמנת המכונות הראשונות לקבוע שכל ניסיון עתידי לשנות את מקום השיפוט מישראל למדינה זרה מחייב הסכמה מפורשת בכתב לשינוי.**

**רע"א בית הפסנתר נגד מור**

**רשות השידור מבקשת מ"בית הפסנתר" להשאיל להם פסנתר על מנת שיוכלו להשתמש בו בתוכנית ובתמורה בתוכנית יפורסם כי זהו הפסנתר של "בית הפסנתר". הסדרה התבטלה ובית הפסנתר דרשו מרשות השידור פיצוי כספי גבוה. בסופו של דבר הם מגיעים להסדר בבית המשפט שתוכנו פיצוי כספי נמוך והסכם כי יהיה שוויון בין בית הפסנתר וכלי זמר. ההסכם קיבל תוקף של פסק דין.**

**רשות השידור משלמת את הסכום אך מערערת לבית משפט השלום לגבי התנאי של השוויון. לטענתם ההסדר לא הגיע לרמה של חוזה משום שהיה פגם הן בגמירת הדעת, בא הכוח היה זוטר מכדי לחתום על הסכם כה גדול, והן במסויימות, משום שההסכמה אינה מסויימת מספיק משום שאין בה תיחום בזמן.**

**בית משפט השלום פסק לטובת "בית הפסנתר", רשות השידור עררה ובית המשפט המחוזי קיבל את העירעור שלהם. "בית הפסנתר" מעררת לבית המשפט העליון.**

**השופטת דורנר אומרת כי עצם ההליך במקרה זה ואימוץ הפשרה כפסק דין מחסלים את החוזה מפני טענות בתלות מדעיקרא כגון העדר גמירת דעת. היא בעצם מסבירה שבמסגרת אימוץ הסכם פשרה לפסק דין בית המשפט מסביר לצדדים על מה הם הסכימו, מבאר עבורם את עיקרי ההסכמות ומוודא כי הם אכן מסכימים וגמרו בדעתם לקבל את הפשרה. לכן לא ניתן לאחר מכן לטעון טענה של העדר גמירת דעת וכי כלל זה ניתן לסתירה רק במקרים חריגים ביותר.**

**פס"ד זה בעצם ממחיש לנו שכשאר חוזה מאומץ על ידי בית משפט כפסק דין כמעט אף פעם לא ניתן יהיה לטעון לאחר מכן שהייתה בעיה בגמירת הדעת אלא במקרים חריגים.**

**מסויימות**

**הדרישה השניה שקיימת בדין הישראלי לצורך כריתת חוזה היא דרישת המסויימות. מסוימות הינה יסוד עצמאי לצורך קיום החוזה והיא גם אינדיקציה לגמ"ד. אנחנו מחפשים מסויימות מספקת ולא מושלמות.**

**הדרישה היא למסויימות מספקת ולא מושלמת משום שאף פעם לא נגיע לחוזה המושלם הנותן את כל הפרטים ובכך ישנו פתח לכל צד בכל שלב לצאת מהחוזה.**

**דרישת מסויימות מושלמת תציב רף גבוה מדי ובעיקר תייקר שלא לצורך את הליך המשא ומתן ולכן דרישה כזו אינה יעילה. ישנם המון תרחישים שיכולים להתקיים בעתיד וההסתברויות של התרחישים יכולות להיות מאוד קטנות ואין אפשרות להסכים על כל תרחיש ותרחיש, זה מיותר ולא נחוץ והתועלת תהיה נמוכה מהעלות במקרה זה. בנוסף לכך יש לנו מגבלות קוגניטיביות, ז"א שאנחנו לא יכולים לעבד את כל הנתונים ולהגיע לכל תרחיש ותרחיש. כל זה אומר לנו שאין חוזה מושלם.**

**כתב – דרישה צורנית.**

**סעיף 8 לחוק המקרקעין אומר כי "עסקה להעברת זכות במקרקעין מצריכה מסמך כתוב".**

**ישנן חמש זכויות במקרקעין – בעלות, שכירות, זיקת הנאה, זכות קדימה ומשכנתא.**

**הקשר בין מסויימות לדרישת הכתב: דרישת הכתב ודרישת המסוימות התפתחו במקביל. הפסיקה בישראל קבעה שלצורך קיום דרישת הכתב בעסקאות מקרקעין צריך מסמך המכיל את יסודות העיסקה. יסודות העיסקה הם אותם פריטים הנחוצים לשם קיום המסויימות. בדרישת הכתב אותם פריטים צריכים להופיע במסמך הכתוב.**

**חלה מהפכה של ממש בכל הקשור למסויימות בכתב. לפני כארבעים שנה וקודם לכן קבעו בתי המשפט רשימה ברורה ומפורטת של תנאים שקיומם נדרש הן לצורך דרישת המסויימות והן לצורך דרישת הכתב.**

**נמחיש את זה באמצעות פס"ד קפולסקי נגד גולן.**

**ע"א קפולסקי נגד גולן**

**קפולסקי קונה דירה בבניין מגולן. גולן חוזרים בהם מהעיסקה ולקפולסקי אין חוזה חתום אך יש לו תוכניות בניה, קבלות ועוד.**

**השופט עציוני קובע כי על מנת שתתקיים דרישת הכתב ועימה יסוד המסויימות נדרש מסמך אחד המופיעים בו הפרטים הבאים: שמות הצדדים, הנכס, המחיר, מועד התשלום, מהות העסקה והוצאות ומיסים ובהיעדר מסמך כזה אין חוזה.**

**הגישה שהייתה לפני ארבעים שנה נקראה הגישה הפורמאליסטית אשר הסתמכה באופן יבש על מסמכים ופחות על שיקול דעת וגמישות.**

**האם קשה לעמוד בששת פירטי המוסכמות?! אנחנו הרי לא מכירים עיסקה שבה אין את שמות הדדים, את מהות הנכס ואת מהות העיסקה.**

**מה שנשאר לנו זה המחיר, מועד התשלום והוצאות המיסים, כאשר המחיר בדרך כלל מופיע מה שאומר לנו ששת הפריטים האלו הם מינימליסטים וקל לעמוד בהם והם חשובים לנו לצורך מסויימות ואישור בכתב לצורת עסקאות במקרקעין.**

יום ראשון 11.11.12

**ע"א דנציגר נגד זנדבנק**

**השופט שמגר מנתח את דרישת המסויימות ומסביר שהדרישה אכן מציבה יסוד פוזיטיבי אך אין צורך שהצדדים יסכימו על כל הפרטים עד האחרון שבהם. לטענתו מספיקים פרטים שאיפשרו להסיק את מהות העסקה , גבולותיה, תחומיה ותוכנה.**

**המינימום הנדרש תלוי בחוזה ובנסיבותיו והכל על פי ההגיון והשכל הישר.**

**בחוזים פשוטים, למשל חוזה מכר, מבקש שמגר למצוא את מהות העסקה, עיקרה, זהות הצדדים והמחיר.**

**יפה ופשוט לומר, כי יש לעשות דברים לפי הגיון השכל והישר אך ישנה בעייתיות באמירה זו מכיוון שלא ברור מה מסגרות ההגיון והשכל הישר במסגרות החוזים העסקיים.**

**הדבר יוצר חוסר וודאות. הדין אמור לשרת את הצדדים ולכן מכשיר זה איננו מספיק, הוא רחב מדי בכדי לאפשר את הודאות של הגעה לנקודת האל-חזור.**

**פס"ד זה נושק למקרקעין אך מתרכז בסופו של דבר במניות, ולכן בסופו של דבר לא דורש כתב ולא מחמיר ודורש את ששת התנאים.**

**השופט שמגר מסביר כי לאחר חקיקת חוק החוזים יש הרבה יותר מנגנוני השלמה שמסופקים בחוק. הוא מתייחס לסעיף 26 המכיל מנגנוני השלמה שונים בהם בית המשפט יכול להשתמש ולכן הצדדים צריכים לדאוג פחות לדברים החסרים בחוזה.**

**דעת המרצה היא כי שמגר טועה, השאלה היא לא אם אפשר להשלים אלא - האם נכון להשלים?! האם הצדדים הגיעו לנקודה שהם רוצים שבית המשפט ישלים עבורם את החוזה?! אם אין לנו מספיק מסויימות אז יתכן שלא כדאי להשלים את החוזה גם אם אפשר. זו לשאלה של אפשר אלא של צריך וראוי ושל עיצוב דין נכון כך שישרת את הפרטים. שמגר מניח כי הצדדים רוצים להגיע לחוזה אך אין זה בהכרח נכון.**

**ע"א רבינאי נגד מן שקד**

**מדובר בחברה שקיבלה כסף עבור מכירת מגרש והתחרטה לאחר מכן. השופט ברק קובע כי אם מזהים גמירת דעת מסתמכים על הפרטים הבסיסיים הקיימים ומשלימים את היתר.**

**כאן מתחילה המגמה של עליה במעמד גמירת הצעת וירידה במעמד המסויימות והכתב.**

**המשך רע"א בית הפסנתר נגד מור**

**כזכור מדובר בפשרה אשר ניתן לה תוקף של פס"ד ולאחר מכן התחרטה רשות השידור לגבי החלק בו עליה לנהוג בשוויון בין החברות.**

**בעניין המסוימות במקרה זה היה חסר פרט שהוא משך התקופה שבה על רשות השידור לנהוג בשוויוניות.**

**כשהעניין הגיע לבית המשפט העליון כל השופטים הסכימו שדרישת המסויימות נענתה.**

**ביניש סברה כי דרישת המסויימות התרככה בפסיקה לאור השנים ולכן יש במקרה זה יש מסויימות מספקת ואת משך התקופה ניתן להשלים ולקבוע שיהיה זמן סביר.**

**לעומתה השופטת דורנר הלכה בכיוון אחר לגמרי, היא הקצינה את גישתה של השופטת ביניש וקבעה שמסויימות איננה רלוונטית במקרים בהם יש העדה מובהקת וברורה על קיום גמירת דעת. דברים אלו נאמרו בשולי פסק הדין ונטמעו בו אך חשוב לציין כי הם שם.**

**דעת המרצה היא כי השופטת לא התכוונה לבטל בכלל את עניין המסויימות משום שבסעיפים בחוק של הצעה וקיבול מופיע עניין המסויימות ומשום שעניין המסויימות הוא לא מנותק מגמירת הדעת. לא ניתן לגבש גמירת דעת מבלי שתהיה הסכמה על פרטי החוזה.**

**פסק דין זה הוא תמוהה משום שהוא לא מייצג. יש לנו הסכם פשרה שמקבל תוקף של פסק דין, רמת גמירת הדעת היא קיצונית במהותה ולכן פסק הדין מקומם משום שלרשות השידור אין זכות לבוא ולערער. מצד שני זה לא רעיון טוב לחוקק חוק על בסיס פסק דין לא מייצג וזה בדיוק מה שקרה כאן.**

**השופט השלישי בהרכב, אדמונד לוי, הסכים עם דורנר ולכן ההלכה היא לפיה. יש להזכיר כי בית הפסנתר הוא לא פסק דין שמתעסק במקרקעין ולכן יכול להיות במקרים אלו החוק מחייב מסויימות ודרישת כתב גבוהה יותר.**

**גם לגישתה של השופטת דורנר יש חשיבות למסויימות כאינדיקציה לקיום גמירת דעת. לא בכל מקרה יהיה לנו ברור שקיימת גמירת דעת מובהקת כמו במקרה זה. בנוסף, לאחר מכן פסק הדין לא נהפך מבחינה פורמאלית להלכה ועל אף קיומו מבחינת הנוהג בעולם ממשיכים להתייחס למסוימות כאל דרישה עצמאית קיימת לכן עלינו תמיד להזכיר את דרישת המסויימות מול פסק הדין של בית הפסנתר. העולם בעצם ממשיך כאילו פסק הדין לא קרה. בית המשפט העליון ממלא בכל פס"ד 2 פונקציות – אחת צופה לעבר על מנת לפתור את הסכסוך הספציפי והשניה צופה לעתיד, ז"א הפסיקה הינה תקדימית ולכן משפיעה על פסקי דין עתידיים.**

**דרך אחת לפסוק מהי התנאים המספיקים למסויימות היא לבדוק פסקי דין ישנים וחוזים שנחתמו ולראות מהם הדברים אשר מסוכמים בהם ולעשות מעין רשימות מפרט. המצב היה יכול להיות הרבה יותר קל במצב כזה אבל החשש הוא במצב כזה הצדדים יגיעו להסכמה בנוגע לשישה מתוך שמונה או תשעה מתוך עשרה והעסקה תיפול בשל כך. התשובה לחשש היא כי יכול להיות שההסבר לסיבה לכך שהעסקה תיפול היא פשוט כי הצדדים לא רצו בה מספיק ולא גמרו בדעתם מספיק על מנת שהיא תתקיים.**

**כשנכרת חוזה ובו חסרים פרטים אנחנו שמגיעים בחוזה מסויים להשלמת הפרטים וההסדרים בחוזה. למשל בבית הפסנתר היה צורך לקצוב את משך התקופה והיא נקבעה כזמן סביר.**

**כדי להפעיל את מנגנוני ההשלמה יש לנו צורך בהעדה על גמירת דעת, מסויימות מספקת ולעיתים גם כתב.**

**יש לנו מספר מנגנוני השלמה –**

1. **מנגנון השלמה מוסכם: האופציה הנוחה והטובה ביותר. לעיתים צדדים יודעים שישנם פרטים שהם לא יכולים לחשוב עליהם בהווה והם מסכימים על דרך להשלים אותם בעתיד. למשל באמצעות הפניה למומחה, למדד מסויים (המחירים לצרכן, תשומות הבנייה, מחירון) ועוד. כשיש לנו מנגנון מוסכם בית המשפט יסתמך על מנגון זה משום שהוא המשקף באופן הקרוב ביותר את רצונם של הצדדים. ישנם אפילו כאלה שלא יראו חסר במצב שכזה.**
2. **מנגון הביצוע האופטימלי: מנגנון זה זמין עבור בית המשפט רק כאשר קיים טווח אופציות מוגדר או מפרט סגור. למשל אם אנחנו עוסקים בחוזה למכירת מכונית והקונה טוען כי לא הוסכם צבע המכונית והצבע חשוב לו. במצב כזה המוכר יכול להתגבר על הבעיה באמצעות כך שיציע לקונה לבחור צבע מהצבעים לבחירה. מצב זה בעצם מתגבר על החסר בחוזה.**

**\* דוגמא לכך הוא פס"ד חמדן נגד דור אנרגיה. אחת הטענות של חמדן הייתה שהם לא הסכימו על רשימת ציוד. בהתדיינות דור אנרגיה הסתמכה על מנגון זה ונתנה לחמדן לבחור מרשימת הציוד שלהם מה שיבחר.**

1. **השלמה על פי נוהג (סעיף 26 לחוק החוזים): "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפני הנוהג הקיים בין הצדדים ובהעדר נוהג כזה לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג…ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים"**

**אם מדובר בעסקה ראשונה לא נוכל להעזר באופציה המדברת על הנוהג בין הצדדים. למשל במקרה שבו חברת ממתקים מביאה סחורה באופן שותף לבעל מכולת, אם נניח שהתפתח נוהג ביניהם כי בעל המכולת משלם עד 20 יום מיום המסירה וכעת כשנכרת חוזה חדש בין הצדדים הפרט הושאר חזר יכול בית המשפט לקבוע על פי הנוהג שהיה לפי כן.**

**בית המשפט מנסה לעשות הסדר שהוא כמה שיותר קרוב להסדר שהיו הצדדים עצמם מנסחים. האם זה ברור שאם בעבר התשלום היה כך יהיה התשלום כל העתיד?! לא בהכרח אך זוהי האופציה הטובה ביותר.**

**במקרה שאין נוהג מהעבר עוברים למקרים המקובלים בחוזים מאותו סוג. למשל אם בחוזה של המכונית לא היה כתוב שבמכונית צריך להיות מנוע אפשר להסתמך על חוזים אחרים ולקבוע שחובה על המוכר לספק את המכונית עם המנוע.**

**\*בפס"ד חמדן, קבע השופט אור לגבי הנספח החסר לגבי מפרט הציוד כי ניתן להשלים מכוח סעיף 26 את הפרט החסר בין היתר לפי המקובל בענף. הסדר זה הוא לא בהכרח מה שהצדדים היו מעדיפים אך בהעדר אופציה אחרת יבחר בית המשפט באופציה זו.**

1. **השלמה מכוח חוק: כאשר אנחנו מעדיפים חוק ספציפי על פני חוק כללי. למשל אם יש חסר בחוזה מכר דירה נפנה לחוק המכר הנוגע לדירות, במידה ואין תשובה משם נפנה לחוק המכר הכללי ובמידה וגם זה לא יעזור נפנה לחוק החוזים חלק כללי.**

***למשל=>***

**\*סעיף 41 הקובע הסדר לגבי מועד הקיום "קיום בתוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה. במועד שעליו הודיע הנושה לחייב תוך זמן סביר מראש"**

**\*סעיף 46 הנוגע לקיום בסכום ראוי "חיוב לתשלום בעד נכס או שירות שלא הוסכם על שיורו יש לקיים בתשלום של סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה".**

**אנחנו מסתכלים בדרך השלמה זו על העדפות של האדם הממוצע. השלמה זו לא תפורה לפי מה שהצדדים רוצים והיא האופציה האחרונה בעצם בהשלמות.**

**מהן גבולות מנגוני ההשלמה?**

**ע"א ברון נגד מנדיס טורס**

**עסקת מכר במקרקעין בה הועבר 26 אלף לירות לא הוסכם מועד להעברת הנכס ולא היה תשלם סופי ומלא.**

**הקונה מבקש לאכוף חוזה על פי הקבלה שהנפיקה החברה שבה מופרטים מהות הנכס, המחיר והמקדמה ששולמה על יד המערער. הקונה מבקש להשלים את מה שחסר מההוראות הקבועות בחוק (חוק המכר) ובית המשפט קובע כי לא ניתן להשלים את הדברים מהוראות החוק.**

**סעיף 9 א' בחוק המכר קובע כאשר המכר (הנכס במקרה זה) לא נמסר במקום תהיה המסירה זמן סביר לאחר גמירת החוזה. בנוסף לפי סעיף 21 התשלום יבוצע במועד מסירת הנכס.**

**השופטת בן פורת, למרות שיש אפשרות להשלים מהחוק, לא נעזרת בהסדרי ההשלמות וטוענת כי אין אפשרות להשלים בעזרתם משום שברור מהנסיבות ומהעדויות שהצדדים ביקשו לאמץ לעצמם הסדרים שונים ומנוגדים לאלה שנקבעו בחוק. למשל לגבי מועד המסירה הצדדים נשאו ונתנו על תאריך ספציפי ולא תוך זמן סביר, לגבי התמורה הצדדים החליטו שהתמורה תועבר בארבעה תשלומים כאשר שלושה מהם יבוצעו לפני מועד מסירת הממכר. ז"א אם בית המשפט רואה שהצדדים ביקשו לאמץ הסדר שונה מהקבוע בחוק אין זה יהיה נכון להשלים.**

**השופטת פורת חזרה על עמדתה גם בפס"ד זוננשטין נגד האחים גבסו וקבעה שבמקרה שבו פרט מהותי כגון מועדי תשלום לא נקבע במסמך הכתוב לא ניתן להשלימו מכוח חוק או נוהג כאשר ברור מהעובדות כי הצדדים ביקשו לאמץ הסדר השונה מן החוק או מן הנוהג.**

**בן פורת שואלת את השאלה – האם נכון להשלים את החסר?!**

**ע"א לוין נגד שולר**

**ללוין הייתה דירה ובא בעסקה על מנת למכור לשולר. עסקת המקרקעין נתפרה על פי הסכמה שבעל פה. היה זכרון דברים שבו היה חסר המחיר ומועדי התשלום. הסיבה לכך הייתה על מנת שהזוג לוין לא יצטרכו לשלם את מס השבח. מס השבח הוא חובת תשלום אשר תלוי בסכום שבו נמכרת הדירה. הוצאת רשויות המס מן התמונה גורמת לצדדים להרוויח יותר כסף מכיוון שכך ישנן פעמים רבות בו מורידים את המחיר. במקרה זה הצדדים לא כתבו בכלל את המחיר וסיכמו שלא לפנויות לרשויות המס.**

**בזכרון הדברים מוסיפים הקונים בכתב את המחיר שהוסכם בע"פ.**

**החזקה עברה לקונים, ז"א הם עברו לגור בה, הכסף הועבר למוכרים והדבר היחיד שנותר הוא רישום הבעלות.**

**המוכרים סירבו להעביר את בעלות הדירה לקונים משום שלטענתם לא שילמו את כל המחיר של הדירה.**

**המוכרים טוענים כי התוספת היא זיוף וכי המחיר שכתבו הוא לא המחיר הנכון וכי הם רצו ששמאי יבדוק את שווי הנכס.**

**בית המשפט המחוזי קבע שלא נכרת כאן חוזה בשל חסר בפרט מהותי אך יחד עם זאת לאור העובדה שהקונים כבר שילמו והמוכרים כבר העבירו את החזקה לידי הקונים ראתה השופטת לנכון להורות על השלמת העסקה ורישום הדירה על שם הקונים בתנאי שהקונים ישלמו את היתרה לפי הערכת השמאי.**

**הצדדים עירערו לבית המשפט העליון, הקונים בטענה כי יש צורך לפסוק כי כאן חוזה מחייב ללא תנאי ואילו המוכרים בטענה על קביעת השופטת לאכיפת החוזה.**

**בית המשפט העליון בדעת הרוב של השופט לוין אומר שכיוון שהמוכרים מתנגדים לתוספת המאוחרים שנעשתה על ידי הקונים לגבי המחיר הרי שיש לפנינו חסר מהותי המתייחס לאחד המרכיבים המרכזיים של העסקה. השופט לוין אומר כי אין מקום להשלמה משום שאין אפילו הסכמה בע"פ לגבי יסוד המחיר והשלמת התחייבות כתובה באמצעות הוכחתו של הסכם בע"פ שתוכנו שנוי במחלוקת אינה עולה בקנה אחד עם דרישת הכתב המהותי. יכול להיות שאם זו לא הייתה עסקה במקרקעין היו השופטים מסכימים על השלמה שכזאת.**

**דעת המיעוט של השופטת שטרסברג – כהן אומרת כי היה חוזה ועניין המחיר ניתן להשלמה אך מסכימה עם בית המשפט כי יש לשנותו בהתאם להערכת השמאי.**

**המקרה הוא קיצוני ומיוחד משום שהייתה פה גמירות דעת ללא הסכמה ברורה על מחיר. בית המשפט השתכנע כי אין פה חוזה ולכן הוא מקבל את הערעור של לוין בנוגע לאכיפת החוזה ודוחה את הערעור של שולר.**

יום חמישי 15.11.12

**זכרון דברים**

**זכרון דברים יכול להיות או שלב במשא ומתן שטרם נתגבש כדי חוזה מלא או חוזה מלא ומושלם על אף כותרת המסמך הלא מחייבת.**

**ע"א רבינאי נגד מן שקד**

**נערך זכרון דברים בין המוכרת של המגרש, חוה רבינאי, לחברה הרוצה לקנות אותו, נקבע תאריך לחתימה והמוכרת קיבלה מקדמה. בזכרון הדברים נכתב מהות הנכס והעסקה, המחיר, תנאי התשלום ואף המוכרת חתמה על זכרון הדברים. רבינאי התחרטה שלושה ימים לאחר כתיבת זכרון הדברים.**

**"מן שקד" פנתה לבית המשפט בטענה שנחצתה נקודת האל חזור ולכן המוכרת אינה יכולה להתחרט ללא עילת ביטול. לעומת זאת המוכרת טוענת כי העיסקה לא התקדמה דייה על מנת שתיחשב כחוזה מוגמר וכי זכרון הדברים הינו אך ורק שלב מהמשא ומתן. בית המשפט המחוזי דחה את טענות רבינאי ופסק לטובת חברת מן שקד ומכאן הערעור לבית המשפט העליון.**

**בעליון, מסביר השופט ברק כי זכרון דברים יכולים להיות אחד מהשניים שנזכרו ועל מנת לדעת בכל מקרה באיזו דרך ללכת היא לפי גמירת הדעת והמסויימות (כוונת הצדדים והסכמה על הפרטים המהותיים).**

**מנוסחת הקשר של ברק אי אפשר להכריע לכאן ולכאן ולכן אנחנו מתייחסים לכתוב – אם כתוב ב"כפוף לחוזה" אז זוהי ראיה לכך שמדובר בשלב ביניים למשא ומתן ואם נכתב "עד שיוכן חוזה" הדבר תומך בסיווג המסמך כחוזה סופי ומחייב.**

**בנוגע למסויימות כדרישה עצמאית אומר השופט ברק כי בעסקת מקרקעין טבעי שיהיו הפרטים הבאים: מחיר הנכס ומעודי התשלום, הצדדים להתקשרות ותיאור הנכס. לטענתו דרישת הכתב לא אומרת בהכרח כי תהיה חתימה על המסמך. לטענתו גם חתימה מאוחרת יכולה להתקבל זאת אומרת שהצדדים לא חייבים לחתום על המסמך באותו הזמן וכי אם ישנה חשיבות בכל זאת לחתימת צד כלשהו הרי שמדובר בצד הקורא תיגר על קיום החוזה. זאת אומרת שעצם חתימתה של המוכרת מספיקה.**

**בית המשפט העליון קבע כי ישנו חוזה מחייב.**

**חתימה היא אחד ממרכיבי המסויימות והיא חשובה בעסקאות כתב אך במקרה זה בית המשפט העליון קורא תיגר על הדרישה הצורנית הזו. הגריעה כאן היא במעמד החתימה ובנהלי הטקס ואומרת לו שאין צורך להתעקש על תחימת הצדדים באותו מעמד וכי כל דרישה צורנית הופכת להיות מרוככת יותר.**

**החתימה היא אחד מאותם הפרטים שאנחנו מצפים לראות בכתב ומבחינת היסטורית החתימה מהווה תוקף לחוזה.**

**ע"א בוטקובסקי נגד גת**

**בוטקובסקי הוא בעל חברה עסקית אשר באה למכור מגרש לגת ושותפיו. באחרונה מבין הפגישות שלהם בוטקובסקי כותב זיכרון דברים בשני עותקים, הצדדים לא חותמים עליו אך מרימים כוסית וקובעים להיפגש ולחתום על החוזה. בסופו של דבר החוזה לא נחתם והמגרש נמסר לצד אחר.**

**בית המשפט המחוזי קבע שלא התקיים חוזה ועל כך מערערים הרוכשים אך הוא גם קובע כי בוטקובסקי נהג שלא בתום לב והוא מחייב את המוכרת בפיצויים שלילים ועל כך מערערת המוכרת.**

**בנוגע לכותרת המסמך "סיכום" השופט מצא אומר כי ישנה חזקה בדבר אי תקפות של מסמך שכזה אך כמובן שזה ניתן לסתירה במידה ומראים מספיק גמירת דעת.**

**בנוגע לגמירת הדעת קובע בית המשפט העליון חתימה היא אינדיקציה ברורה לגמירת דעת אך היעדר חתימה לא שולל קיום גמירת דעת וזה אומר שאפשרי כי תהיה גמירת דעת גם בלעדיה.**

**במקרה זה בית המשפט קובע כי עצם העובדה שהמסמך נכתב על ידי בוטקובסקי, עותק נמסר לרוכשים, המסמך נוסח כחוזה והמערער עצמו אמר שאם היה חותם על המסמך היה נוצר חוזה מחייב מראה כי ישנו חוזה מחיב ורק החתימה חסרה. בנוסף יש בלחיצת היד והרמת הכוסית ראיה על כך שהמשא ומתן תם. לכן לפי בית המשפט קיים חוזה מחייב וניתן להשלים את הדברים החסרים בזכרון הדברים בעזרת הוראות החוק.**

**ניתן לומר שיש כאן צעד נוסף באותו כיוון של ריכוך המבחנים הפורמאליים כמו בפס"ד רבינאי. במקרה זה אין לו חתימה של אף אחד מהצדדים ועדיין בית המשפט מוצא לנכון לקבוע שהיה כאן חוזה.**

**יש כאן רצון לצדק במקרה הספציפי ולהטמיע נורמות אותם השופטים רוצים לראות גם במשפט וגם ברמה של בין אדם לחברו. המגמה הולכת נגד כל המבחנים הפורמאליים ואנשים כמו בוטקובסקי נתפסים כאנשים שנהגו בצורה לא ראויה והשופטים בוחרים בצד שנהג בצורה ראויה ומעניקים לו סעד מסויים.**

**שיטת משפט היא לא ניתוח ערום ולכן לא נצליח למצוא אף כלל שיתן לנו 100% דיוק בכל מקרה מה שאומר שתהיינה טעויות. הטעויות יכולות להיות קביעה שגויה שנחתם חוזה (False Positives הצדדים ימצאו עצמם במערכת חוזית אף אם לא התכוונו לכך) או קביעה שגויה שלא נחתם חוזה( False negativeבשל פגם צורני, חסר במסויימות או בכתב, אף על פי שיש רמה גבוהה של העדה על גמירת דעת). בית המשפט שם את הדגש על גמירות הדעת וגם אם אדם מנצל פער בדרישות הצורניות על מנת לצאת מחוזה, העדה על גמירת הדעת גוברת על הפער. לפי גישה זו הנטל הוא על הצד שלא רוצה להיות מחוייב בחוזה להיות תמיד במגננה.**

**אומר לנו השופט מצא כי אילו בוטקובסקי היה חותם בוודאות היה חוזה והבעיה שלנו פה היא שהוא לא חתם! האם עצם העובדה שהוא כתב את ההסכמות בכתב ידו, נתן עותק לצד השני ולחץ להם ידיים מספיקה כדי להראות על חוזה?! דעת המרצה היא כי שיטת בית המשפט היא לא שיטה נכונה כי מחירה במונחי וודאות הוא מחיר עצום. היה הרבה יותר טוב אם למשל היינו בוחרים מבחנים ברורים כמו למשל חתימת שני הצדדים בו בעת ואם מדובר בחוזה בעל פה באמירת משפט פשוט. על ידי כך היינו יוצרים ודאות למתקשרים ואפשרות שאנשים יוכלו לפעול לפי דרכם גם במחיר של כמה מקרים שאנשים יצליחו לנצל את השיטה (באנשים כאלו אפשר לטפל בשיטה של חוסר תום לב במשא ומתן). שיטה כזו תתאם את הנוהג הקיים שהוא איננו רע, לטענת המרצה. במקרה זה שנים לאחר המקרה, כאשר הנכס כבר נמצא אצל צד שלישי, נקבע כי ישנו חוזה דבר הגורם לבלגן גדול מאוד.**

**הצעות לציבור**

**סעיף 2 אומר ש"הפניה ניתן שתהיה לציבור" זאת אומרת שניתן להפנות את הצעה לא לאדם ספציפי אלא לציבור הרחב.**

**בעניין זה יש להבחין בין הצעה שיכולה להניב חוזה בודד (מכרז לדוגמא) לבין הצעה שיכולה להניב מספר רב של חוזים. הבחנה שניה היא בין הצעה הדורשת קיבול באמירה, תכתובת או תקשורת לבין קיבול על ידי התנהגות. הבחנה נוספת היא במקרים של קיבול בהתנהגות יש להבחין בין חוזי מאמץ לבין חוזי תוצאה.**

**למשל אם נאבד כלב ולמוצא ינתן פרס – הקיבול הוא בהתנהגות וחוזה הוא חוזה של תוצאה.**

**במקרים רבים בהם נדרש קיבול על ידי התנהגות יש עלות אינרטית לניצעים. הכוונה היא שעלות המאמץ צריכה להיות תואמת לפרס על מנת שאדם יפעל על מנת להשיגו.**

**הצעות לציבור מקיפות אותנו כל הזמן. הדוגמא הטובה ביותר היא הצגת מוצרים החלון ראוה דל חנות טו הצגת מוצרים על מדף בסופר.**

**חוק הגנת הצרכן, תשמ"א 1981, סעיף 17(ב), מחייב הצגת סחורה בליווי מחיר וקובע שהמחיר מחייב.**

**כיצד משתכלל חוזה המקרים שכאלו?! קיבול מתבצע בתשלום או בפתיחת המוצר תלוי במוצר.**

**לעניין החרטה, בד"כ אסור להתחרט אך בישראל קיימת אפשרות לצרכנים לחזור בהם מעסקאות מסויימות של מכר מכוח תקנות הגנת הצרכן, תשע"א, 2010 סעיפים 2,3 שעיקרן "ביטול עסקה" ו"הסדרי השבה". אלו נועדו להגן על הצרכנים.**

***מכרזים***

**אחת התופעות הידועות בעולם העסקי היא תופעת המכרזים.**

**ישנם מכרזים פשוטים, כמו המכרז של המדינה, שבו מציעים מוצר, ישנו מחיר מינימלי להצעה ופרטים העונים על דרישת המסויימות כמו תוקף ההצעה ופרטים על המוצר. הקיבול נעשה באמצעות הודעה המעידה על הנכונות לקבל לפי התנאים. במקרים אלו אין משא ומתן.**

**ישנם מכרזים מורכבים, שבהם פרסום דבר המכרז, למשל בניית פרויקט דיור, היא ההזמנה להציע הצעות, הצעותיהם של הקבלנים היא שלב ההצעה ולאחר משא ומתן בין הצדדים ישנו קיבול.**

**מכרז זה מאפשר למציע המרכז לעבוד במקביל מול כמה גורמים ויוצר תחרות בצד השני מה שמעמיד אותו בעמדת מיקוח טובה יותר. מכרז זה אף מספק מידע למזמין המכרז.**

**Carlil v. Carbolic Smoke Ball (1893)**

**חברה שפרסמה כי היא מצאה תרופה להתקררות באמצעות שאיפה וכי מי שישתמש בתופה זו לא יתקרר וכי כל אדם שישתמש בתרופת הפלא ויחלה יהיה זכאי לקבל פיצוי כספי.**

**תרופת הפלא התגלתה כלא מועילה ואחת מהנשים שניסתה אותה וחלתה הייתה גברת קרליל שדרשה את הכסף שהבטיחה החברה. החברה טענה כי לא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים וכי המודעה הייתה התרברבות בלבד.**

**ביתה משפט קבע שהמודעה התפרסמה בעיתון והיא נראתה רצינית בעלת כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים וכי הייתה מסויימות מספקת וקביעה שהקיבול יעשה באמצעות התנהגות לפי תנאי המודעה ומכיון שכך קרה הייתה כאן הצעה וקיבול. בית המשפט קבע שהמודעה מחייבת.**

**דוגמה שניה היא פרסומת לפפסי שאומרת כי ככל שתקנה יותר פפסי, תקבל יותר נקודות שאיתן תוכל לקבל מפפסי דברים מגניבים. בשבע מליון נקודות אפשר לזכות במטוס Harrier. באה קבוצה של אנשים עם שבע מליון נקודות ודרשה את המטוס. הדבר הגיע לבית המשפט – פס"ד Leonard v. Pepsi Co (S.D.N.Y 1999).**

**השאלה היא האם הפרסומת מחייבת?! בית המשפט פסק שלא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים כלומר שהפרסומת הייתה הזמנה בלבד, שלא הקנתה כוח קיבול.**

**הנימוקים –**

**ראשית, השימוש במוזיקה הצבאית ובכיתוב הצבאי נועדו ליצור אפקט דרמתי ולהפוך את הפרסומת למעין פרודיה על הצבא.**

**שנית, החוק אוסר על נער כה צעיר דוגמת הנער המופיע בפרסומת לנהוג במכונית כל שכן להטיס מטוס.**

**שלישית, הגעה לבית ספר תיכון במטוס אינה אלא פנטזיה והאלמנט הפנטסטי מועצם על ידי תגובות החברים לכיתה.**

**רביעית, הHarrier יוצר כמטוס קרב שיועד להשמיד מטרות ואדם סביר לא היה משתמש בו כאמצעי תחבורה לבית הספר.**

**חמישית, לאונרד השקיע 7 מליון נקודות ועלות המטוס גדולה מעלות הנקודות.**

יום ראשון 18.11.12

**בארה"ב ההנחה המשפטית היא בפרסומות הן בגדר התרברבות גרידא ואין להם תוקף מחייב. עם זאת במקרים מיוחדים בהם פרסומת מעידה על רצינות, על כוונה להתחייב מבחינה משפטית ויש בה את הפרטים הנחוצים הרי שיראו בה הצעה. עם זאת עמדת המוצא של הדין האמריקאי היא בפרסומות אינן מחייבות.**

**בישראל מתייחסים אל פרסומות כאל כל עניין אחר, ז"א שבית המשפט יבחן את הפרסומת על פי כל המדדים כדי להחליט האם יש בפרסומת גמירת דעת או העדה על גמירת דעת ומסויימות מספקת ואם יש הרי שהפרסומת תחשב להצעה המקנה כוח קיבול ויכולה לכונן חוזה.**

**דעת המרצה היא שפרסומות צריכות להשתמש בכיתוב שיראה מה רציני ומה לא על מנת למנוע את התחמקותן מתי שירצו. לטענתו על הדין לאמץ איזו אינדיקציה ברורה, על מנת לאפשר לספקים ולחברות לאותת באופן ברור לצרכנים מה מעמד הפרסומת.**

**פרסומות לא חייבות להיות מחייבות או לא מחייבות וצריכה להיות בחירה אך צריך שהיה ברור לאלו שאליהם מופנית הפרסומת מה מעמדה, במיוחד לאור העובדה שהקיבול הציבור צריך לתת הוא קיבול בהתנהגות דבר הדורש השקעה רבה שלעיתים לא משתלמת בשל העובדה שהפרסומת לא באמת התכוונה להיות מחייבת והדבר לא היה ברור.**

**מנגנוני הצעה וקיבול**

**למציע יש את הכוח לעצב את ההצעה ולעניין זה משמעותיות רבות. עניין זה חשוב במיוחד לצורך שני ספציפיים – חזרה מהצעה והתווית דרך הקיבול.**

**חזרה מהצעה**

**סעיף 3 מבחין בין שני סוגי הצעות:**

**סעיף 3א עוסק בהצעה רגילה – הצעה הדירה, כלומר הצעה שניתן לחזור ממנה.**

**סעיף 3ב עוסק בהצעה בלתי הדירה שמוגדרת בסעיף עצמו כהצעה שלא ניתן לחזור ממנה או הצעה הפתוחה לפרק זמן מסויים ובמהלך תקופה זו לא ניתן לחזור ממנה.**

**נשאלת השאלה – מדוע שמציע או מציעה יגבילו את עצמם ויציעו הצעה שאינה מדירה?!**

**הטעם הראשון הוא על מנת שהניצע ישקול את ההצעה לעומק (לבדוק אפשרויות מימון למשל) ולראות האם ישתלם לו לבצע את העסקה. בצור ניצע תמיד קיים חשש שלאחר השקעת המשאבים כדי לקיים את העסקה המציע יחזור בו מההצעה ובכך יפספס הניצע הצעות אחרות ואף ישקיע את זמנן לשווא. מציעים כדי לשדר רצינות ולמשוך ניצעים יכולים לבחור מרצונם להגביל את עצמם. ההגבלה העצמית הזו מטיבה כמובן עם ניצעים אך באופן עקיף היא מטיבה גם עם המציעים משום שאחרת לא מספיק ניצעים היו בוחנים את ההצעה בכובד ראש והסיכויים לכריתת חוזה היו נמוכים.**

**הטעם השני הוא סיבה פסיכולוגית – תחימת ההצעה בתקופת זמן קצרה נועדה להלחיץ את הניצעים ולגרום להם לחשוב שעליהם להחליט מהר משום שיש עוד ניצעים הרוצים את העסקה. דבר זה לא מטיב עם הניצעים משום שזה גורם להם להחליט החלטות פזיזות ולא בכובד ראש.**

**לגבי הצעה רגילה סעיף 3א קובע כי מותר למציע לחזור בו מן ההצעה עד שנתן הניצע הודעת קיבול. לאחר שהניצע נתן הודעת קיבול המציע לא יכול לחזור בו מהצעתו וזאת בשל העובדה שנכרת חוזה. רוב ההצעות הבלתי הדירות לא יהיו בלתי הדירות לנצח משום שכמעט תמיד תהיה הגבלה לפרק זמן מסויים בשל העובדה שמבחינת המציע לעניין הדירות יש מחיר. למשל אם אותו אדם מציע לאדם אחר לקנות את הדירה ומשאיר את ההחלטה פתוחה לחודש שלם זה אומר שחודש שלם אין לו את האפשרות במשך חודש שלם לכרות חוזה עם אחר.**

**ע"א תשובה נגד בר נתן**

**הצדדים הם שותפים במקרקעין. לצורך פירוק השיתוף נקבע בניהם הסדר שצד שירצה למכור את חלקו יהיה חייב להציעו לצד השני, ההצעה תישלח בדואר רשום ותהיה הצעה בלתי הדירה ז"א פתוחה ל14 יום. רק לאחר המועד או דחיית ההצעה יוכל המוכר להציע את חלקו במגרש לצד שלישי.**

**בחודש מאי 94 המשיב בשיחת טלפון מציע למכור את חלקו ב220,000 ₪, תשובת המערער היא שעל ההצעה להיות מוגשת בדואר רשום לפי ההסכם.**

**ב10.6.94 בבוקר המשיב שולח פקס ודואר רשום המכילים הצעה על סך 220,000 ₪. הצעה זו מגיעה למשיבים 13.6.94.**

**ב10.6.94 אחר הצהריים המשיב משנה את דעתו, מתקשר למערער ואף שולח פקס על שינוי העסקה לסך של 247,500 ₪ ושוב תגובת המשיב היא בקשה לדואר רשום. הצעה זו מתקבלת ב15.6.94.**

**ב22.6.94 המערער שולח למשיב דואר רשום בו הוא כותב כי הוא מקבל את ההצעה הראשונה על סך 220,000 ₪. המשיב טוען כי הצעה זו כבר לא בתוקף וכי בשל העובדה שעברו 14 יום מההצעה השניה הוא רשאי למכור את שטחו למי שירצה.**

**השאלה המרכזית היא האם במקרה זה בו קבעו הצדדים שהצעה צריכה להישלח בדואר רשום, זאת אומרת קבעו דרך ספציפית למתן הצעה, נובע מכך כי גם הביטול או החזרה מן ההצעה צריך להתבצע באותה הדרך בדיוק, דהיינו בדואר רשום?!**

**אם התשובה לשאלה זו היא חיובית הרי שלחזרה מן ההצעה המקורית ולביטול אין שום תוקף משום שהיא הגיעה לאחר שהתקבלה ההודעה הראשונה, ולפי סעיף 3ב אי אפשר לחזור בהצעה בלתי הדירה לאחר שזו נמסרה לניצע. מצד שני, אם דרך החזרה יכולה להיות שונה מדרך ההצעה, ז"א ניתן לחזור לא בדואר רשום אלא בכל אמצעי תקשורת כולל פקס, הרי שההצעה הראשונה מבוטלת.**

**השופט גולדברג קובע כי בהסכם נקבעו רק דרכי מתן ההצעה והקיבול וכי לא נקבעה דרך ספציפית לביטול או חזרה מהצעה ולכן ההצעה הראשונה אינה תקפה. לדעתו יצירה וקיבול הן יצירת מצב משפטי חדש, ואילו חזרה מהצעה לא מהווה שינוי למצב המשפטי ולכן ניתן לבצע אותה באמצעים פשוטים יותר ולא צריך את אותה רמה של העדה על גמירת דעת.**

**שני השופטים האחרים, טירקל וברק, מסכימים עם גולדברג.**

**ברק נכנס לעומק של חוסר תום לב וסובר שהתעקשות המשיבים על ביטול בדואר רשום הוא עם טעם לפגם ומהווה כאינדיקציה לחוסר תום לב.**

**דעת המרצה היא כי למקרה ישנה פרשנות אחרת המאירה את המערערים באור אחר, והיא כי יכול להיות שהם האמינו בתום לב שגם הביטול צריך להיות בדואר רשום גם אם לא נקבע כך במפורש וזאת מעצם היכרותם העמוקה עם המשיב.**

**פקיעת הצעה**

**סעיף 4(1) אומר כי אם נקבע מועד לקיבול ההצעה אז ההצעה תפקע במועד שנקבע או כאשר הניצע דוחה את ההצעה.**

**סעיף 8 אומר כי אם לא נקבע מועד אז ההצעה תפקע תוך זמן סביר שיקבע על ידי בית המשפט.**

**בית המשפט כאשר הוא ניגש למקרה הוא פוסק אותו בדיעבד ולא רואה את הדברים כמו הצדדים, בזמן שהם מתרחשים. לפרספקטיבה זו יש חשיבות רבה משום שאילוצים הנראו לאחר הצדדים כחשובים יכולים להראות לבית המשפט כלא סבירים ופרק הזמן הסביר הנראה לעיני הצדדים יכול להיות כלא סביר בעיני בית המשפט.**

**יכול להיות מצד שבו הצעה תישאר פתוחה הרבה מאוד זמן ובשלב מסויים ניצע מסויים יבוא לקבל את ההצעה ואז יהיה ויכוח לגבי האם עבר הזמן הסביר או לא. הצעת הצעה ללא תוקף חושפת את הצדדים לבעיות רבות.**

**סעיף 4(2) אומר כי ההצעה תפקע עם מות אחד הצדדים או הפיכתו של אחד מהם לפסול דין.**

**ע"א נווה עם נגד יעקובסון**

**המשיב גר בתנאי שכירות בדירה של המערערים אשר בשלב מסויים קיבלו היתר למכור את הדירות לשוכרים.**

**נווה עם קובעת שההצעה תהיה פתוחה עד תאריך מסיים, ז"א מדובר בהצעה בלתי הדירה. אחד הניצעים הוא מר יעקובסון.**

**יומיים לפני פקיעת ההצעה נווה עם מכנסת את כל הניצעים בא כוח החברה מודע לניצעים שהחברה מוכנה לחתום על חוזים במקום עם ניצעים המסוגלים לתת 50% מן המחיר במזומן ולסייע להם להשגת היתרה.**

**כאשר יעקובסון נשאל האם הוא יכול לחתום על חוזה הוא עונה בשלילה ועוזב את המקום. החברה פירשה את עזיבתו של יעקובסון בכל שהוא לא מעוניין בהצעה בכלל ואילו טענת יעקובסון היא כי הוא רק אמר כי אין באפשרותו להשיג את 50% שרצתה החברה, ויום למחרת הצליח להשיג את הכסף.**

**בית המשפט דן בשאלה האם עזיבתו של יעקובסון היא אכן נחשבת לדחיית ההצעה וקובע כי במקרה זה עזיבתו אינה מראה מפורשות על דחייה וכי יש צורך בדחייה ברורה ואקטיבית. בית המשפט אומר כי יעקובסון לא היה חייב לחתום על הדירה או לקבל את ההצעה ביום המפגש וזאת משום שתוקף ההצעה עדיין לא פג.**

**בפסיקתו מגן בית המשפט על הזכות של הניצעים לנצל את זמנם את פקיעת ההצעה ולשקול לעומק את הדברים.**

**זמן סביר**

**ע"א רוזנר נגד מגן דוד אדום**

**סניף מד"א באשקלון שולח כרטיסים להרגלה שעליהם כתוב כי יש לשלם על הכרטיס. רוזנר לא משלם הכרטיס ולאחר מכן מסתבר לו כי כרטיסו היה הכרטיס הזוכה במכונית. הוא מבקש לשלם על הכרטיס.**

**השאלה הנשאלת היא האם רוזנר יכול לבצע קיבול לאחר מועד ההגרלה?!**

**בית המשפט אומר כי הקיבול במקרה זה צריך להיות בתשלום תוך זמן סביר. קיבול הוא לא עניין שבלב והוא דורש גילוי דעת חיצוני.**

**לפני ההגרלה, הוצע לרוזנר כרטיס במחיר מסויים המקנה לו סיכוי, כשהמחיר מראש מותאם להסתברות הזכיה כפול הפרס (כמובן שבד"כ הכרטיס גבוה מהסיכוי לזכייה).**

**לאחר ההרגלה, הכרטיס באותו המחיר מקנה לו מכונית!**

**יש מידע חדש, שהפך את העסקה לשונה לחלוטין ממה שהייתה מראש. רוזנר כבר לא יכול לחזור לעסקה המקורית משום שמזמן אינה תקפה.**

**אם בית המשפט היה קובע לטובת רוזנר, עסק ההגרלות היה מתמסמס משום שכל האנשים היו מחכים לראות אם כרטיסם עלה בהרגלה ובמידה וכן ישלמו.**

**סעיף 5 קובע שהקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע והמעידה על גמירת דעתו להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה.**

**בד"כ קיבול יהיה בהודעה שיכול להיות בכתב, בע"פ, בדרך תקשורת אחרת. בהצעות לציבור יהיה הקיבול הדרך כלל בהתנהגות.**

**קיבול על ידי התנהגות**

**סעיף קטן 6א אומר יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת כמשתמע מן ההצעה.**

**ע"א ש.ג.מ חניונים נגד מדינת ישראל**

**חברת ש.ג.מ מפעילה חניון בתל אביב. בזמן מלחמת הכיפורים החניון מתרוקן וישנה יחידה של מל"ח שלוקחת לעצמה פינה בחניון והיא משאירה את הרכבים שם במשך ימים ולילות ארוכים. בתום המלחמה ש.ג.מ מבקשת את הכסף ומעלה טענה בפני בית המשפט כי המדינה חייבת בדמי שימוש ראויים מכוח חוזה. המדינה טענה כי לא נוצר במקרה זה חוזה מחייב.**

**ש.ג.מ תבעה את המדינה לפי עוולות עשיית עושר שלא במשפט והשגת גבול.**

**ש.ג.מ קיבלו פיצויים מנתיבי איילון על חוסר שימוש הציבור בחניון בזמן המלחמה ונשאלת השאלה האם יקבלו את הפיצוי הם בעצם יקבלו פיצוי כפול?!**

**בית המשפט קבע כי בכניסת רכבי היחידה לחניון התבצע קיבול על ידי התנהגות והחיוב שאותה קיבלה החברה על עצמה היא התשלום.**

**אחת הטענות של מדינת ישראל הייתה כי בשעת חירום מותר להם להיכנס לחניון ולהשתמש בו מכוח חוק. בית המשפט אומר כי על המדינה היה להוציא צו הפקעה ומשום שהיא לא עשתה מעשיה הם מעין אמירה – במידה ויסתבר כי יש צורך שנשלם, נשלם.**

**בכל חוזה יש הסדרי ביצוע והם אינם מהווים קיבול על ידי התנהגות אלא הם הסדרים הנכנסים לפעולה לאחר קינון החוזה בעוד שקיבול על ידי התנהגות הוא מצב שעצם כריתת החוזה מחייבת התנהגות מסויימת מצד הניצע.**

**לדוגמא – סטודנטים כפופים למחויבויות שונות כמו להגיע לשיעורים ואלו ועוד עם הסדרי הביצוע בעוד שהקיבול הוא בהרשמה לאוניברסיטה.**

**# סעיף קטן 6ב אומר כי קביעת המציע שהעדר תגובה מהניצע הינה קיבול - אין לה תוקף. זאת אומרת ששתיקה או חוסר פעולה לא תהוה קיבול. הסיבות לכך הן קודם כל כי קשה לגזור מאי-מעשה העדה על גמירת דעת, בנוסף שתיקה יכולה להתבצע מהרבה מאוד טעמים כמו אי קבלת ההצעה או שכחה ואנחנו לא רוצים שמצבים כאלו יתפרשו כקבלה. עניין נוסף הוא שיש מטרה בסעיף זה להגן על האוטונומיה של הניצע, זאת אומרת שאנחנו לא רוצים לתת למציעים את הכוח לחייב את הניצעים לפעול אך ורק בעצם הפניית ההצעה כלפיהם.**

**איסור זה אינו מוחלט כפי שזה נדמה במבט ראשון. 6ב חל באופן מלא ומוחלט אל אינטראקציה בן צדדים, זאת אומרת כל שני צדדים שאין בניהם קשר חוזי ולא היה בניהם בעבר קשר חוזי. כאשר מדובר בצדדים שכבר נמצאים בהתקשרות חוזית ומחליטים לעצב אותה מחדש ניתן לקבוע ששתיקה או היעדר תגובה יהוו קיבול.**

**לדוגמא- במקרה של אדרת שומרון כאשר הצדדים היו במערכת חוזית עצם שתיקתה של החברה בתנאי למיקום השפיטה היא מעין קיבול.**

**# סעיף 7 "חזקת קיבול" אומר כי הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע חזקה עליו שקיבל אותה זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר מרגע שנודע לו עליה.**

**זאת אומרת שבמצב שבו ההצעה הינה מזכה את הניצע ההנחה היא שהצעה כזו תתקבל על ידי האדם הסביר ולכן אנחנו משנים את הנטל כדי לחסוך בעלויות עסקה.**

**כדי שסעיף 7 יתופעל ההצעה צריכה להיות נטו לטובת הניצע. זאת אומרת אין שום התחייבויות נלוות.**

**למשל – חברה המספקת מים מזוקקים נותנת לאנשים שלושה חודשים חינם. גם הצעה זו שכביכול היא נטו לטובת הניצע יכולה להיות בעיה למשל לאנשים עם דירה קטנה.**

**סעיף 7 יכול להתייחס לאדם ספציפי או לציבור הרחב ויוצר בעיה קשה בשאלה מתי החזקה נכנסת לפעולה?! בעיני מי ההצעה צריכה לזכות נטו?! האדם הסביר או האדם הספציפי?!**

**שאלה זו יוצר קושי למציע שכן אם התשובה היא ספציפי בעיני כל ניצע הרי שלעולם לא תהיה הצעה שמזכה נטו, לעומת זאת המצב יותר טוב אם מדובר בעיני האדם הסביר (דרך שלדעת המרצה היא הטובה יותר).**

**מהצעה זו אפשר לחזור כל עוד לא הגיע לניצע.**

**# סעיף קטן 8א אומר שאין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה או במידה ולא נקבע מועד, תוך זמן סביר.**

**# סעיף קטן 8ב אומר כי "נתן הניצע הודעת קיבול במועד אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מסיבה שלא תלויה בניצע ולא הייתה ידועה לו, נכרת החוזה זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול"**

**לדוגמא – אדם מציע לאחר לקנות את הווקמן מיד לפני טיסתו של השני להודו, וזה קיבל את ההצעה מהודו אך הודעת הקיבול הגיע לארץ לאחר 5 שנים. במידה והמציע לא הודיע לניצע כי קיבל את הודעתו באיחור וקיבולו כבר לא תקף – החוזה תקף.**

**# סעיף 9 אומר כי קבלת הודעת קיבול לאחר פקיעת ההצעה היא כמו הצעה חדשה.**

**# סעיף 10 אומר כי הניצע רשאי לחזור בו מהודעת הקיבול למציע ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר הודעת הקיבול. במקרה ששתיהן מגיעות יחד – החזרה תקפה).**

**# סעיף 11 המדבר על קיבול תוך כדי שינוי אומר כי בקיבול בו יש תוספת, הגבלה, או שינוי לעומת ההצעה יהיה כהצעה חדשה. בתי המשפט לא תמיד אוכפים את סעיף זה והרבה פעמים פוסחים עליו ורואים בקיבול תך כדי שינוי כקיבול רגיל לכל דבר וזאת על מנת להתמקד בגמירת הדעת.**

שיעור העשרה יום רביעי 21.11.12

תום לב במו"מ

**בעבר תקופת המשא ומתן הייתה פטורה כמעט לחלוטין מהסדרה משפטית וחלו עליה מצג השווא והתרמית אך אלו היו הסדרה מינימלית. הסדרה זו שונתה עם חקיקת חוק החוזים וסעיף 12 הקובע שבמשא ומתן לקראת חוזה על הצדדים לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.**

**לאחר חקיקת החוק ישנם בעצם חובות על הצדדים במשא ומתן וכללי המשחק משתנים. רמת תום הלב המצופה הולכת ועולה ככך שמתקרבים לשלב ביצוע החוזה. לאחר כריתת החוזה נכנס סעיף 39 לתמונה.**

**חקיקת סעיף 12 כללה שני שינויים מרכזיים שהראשון הוא הטלת חובות על הצדדים הנושאים ונותנים והשני הוא שהחלת סעיף זה הכניסה רמה מסויימת של עמימות משפטית משום שעיקרון זה הוא בעצם סטנדרט משפטי שאינו ברור לחלוטין.**

**סעיף 12 נוקט בשני מושגים חשובים:**

1. **דרך מקובלת – מפנה אותנו לנוהג הקיים. זאת אומרת שאנחנו מחפשים את המצב הפוזיטיבי, כלומר מה מקובל בחברה.**
2. **תום לב- עיקר הסעיף המפנה אותנו לסטנדרט המוסרי רצוי והראוי בחברה. הפניה זו היא נורמטיבית לפי הראוי בעיני בית המשפט.**

**תום הלב מתיר יותר חופש פעולה לבית המשפט העליון ומשום כך הוא שם דגש רחב יותר על חלק זה בסעיף מאשר על החלק המדבר על הדרך המקובלת. הוא לא מדבר על מחקר אמפירי ומאפשר לבית המשפט להכניס את המדדים הראויים בעיניו.**

**הנשיא ברק הגדיר את החובה לנהוג בתום לב כ"לא עוד אדם לאדם זאב אלא אדם לאדם אדם". במשא ומתן יש מגוון אסטרטגיות שהצדדים יכולים לאמץ וחלקן יכולות לגרום נזק לצד מסויים ללא השפעה בכלל על הצד השני. לדוגמא אם אני מנהל משא ומתן שווא בידיעה שאני לא הולך לחתום על חוזה מכוונה לגרום לאותו אדם בזבוז שלזמן ומשאבים מתוך רוע לב.**

**ברור לנו שמקרה זה הינו חוסר תום לב במשא ומתן ועל בית המשפט לתקן את העוול שנעשה.**

**ישנם גם מצבים שבשביל שצד אחד יצא קצת יותר נרווח הוא גורם נזק רב לצד השני. גם טקטיקות אלה יכולות להיחשב כחוסר תום לב במשא ומתן. יש לשים לב כי הסטנדרט אינו "אדם לאדם מלאך" כך שאנחנו לא צריכים להקריב את רצוננו וטובתנו לטובת הצד השני.**

**תחולה זמנית - סעיף 12 חל על כל תקופת המשא ומתן מרגע תחילתו ועד לסיומו בחוזה או בכשלון.**

**תחולה פרסונאלית - על מי סעיף זה חל?!**

**ד"נ פנידר נגד קסטרו**

**קסטרו, תושב חוץ, פונה לחברו יוסף, המנהל את חברת פנידר, לשם רכישת דירה מחברה זו. נחתם זכרון דברים בין השניים אך התברר לקסטרו כי החברה נמצאת בקשיים כלכליים ובסופו של דבר נכנסת לתהליכי פירוק וכי בשלב שבו קסטרו ויוסף נשאו ונתנו הקרקע שעליה אמור היה הנכס להיבנות כלל לא הייתה של החברה. החברה התכוונה לרכוש את הקרקע אך בשל מצבה הכלכלי לא רכשה אותה. נושי החברה קיבלו בהסדר החזר בכך 15% משווי עסקתכם אך קסטרו טוען כי הסדר זה לא חל עליו.**

**קסטרו טען כי אם ידע את מצב החברה וכי הקרקע לא שייכת לה לא היה נכנס איתה לחוזה מלכתחילה.**

**השאלה המשפטית שעלתה מפסק דין זה היא האם ליוסף בתור אדם פרטי יש אחריות לנהוג בתום לב במשא ומתן?! או שהחובה מוטלת על החברה ולכן קסטרו יכול לתבוע רק אותה?!**

**בית המשפט קובע כי ישנה חובה רחבה מבחינה פרסונאלית ואומר כי יש החובה לתום לב חלה על כל מי שמשתתף במשא ומתן כולל אדם הנחשב שלוח. בקביעה זו יש חידוש הילכתי חשוב מאוד משום שדיני השליחות עד כה לא חבו אחריות אישית כלפי השלוח אלא כלפי השולח בלבד. שמגר יוצר חריג לדיני השליחות וקובע שבכל הקשור לסעיף 12 חובה זו חלה גם על שלוחים והם אינם יכולים להתנער מהחובה בטענה כי הם עשו מה שנאמר להם לעשות. מכן שיוסף נושא בחובה הזו וקסטרו יכול לקבל פיצויים ממנו בשל הפרתה.**

**תחולה קוגנטית - זאת אומרת אינו ניתן להתנאה נוגדת (בעוד שדיספוזיטיבי ניתן להתנאה נוגדת). הכוונה היא שהצדדים לא יכולים להחליט שהם מוותרים על חובה זו במהלך המשא ומתן. גם אם יתנו להתניה כזו אין תוקף. חופש החוזים לא מאפשר את האופציה הזו.**

**תחולה מהותית - החובה לנהוג בתום לב חלה בין אם השתכלל חוזה ובין אם לאו וניתן לתבוע על הפרתה בכל מצב.**

**באילו מקרים התנהגות מסויימת תהיה חוסר תום לב?!**

1. **אי גילוי פרט מהותי=>**

* **פנידר נגד קסטרו – אי גילוי העובדה שקרקע עליה היה אמור הנכס להיבנות אינה בבעלות חברת פנידר.**

**חובת הגילוי חלה גם על פרטים שהצד שכנגד יכול היה לגלות בעצמו. הקושי בחובת גילוי רחבה היא שישנם פרטים שקשה לכפות עליהם גילוי.**

1. **לבית המשפט אין תמיד את היכולת להגיע לפרטים הקטנים שאדם משאיר בליבו (כמו מה המחיר אותו אדם באמת רוצה למכור בו את הנכס).**
2. **לכל חברה יש סודות מסחריים שאותם אי אפשר לבקש לחשוף במשא ומתן אם יתבקשו לחשוף אותן הן לא יכנסו במשא ומתן הספציפי הזה מלכתחילה.**
3. **מידע נקנה בהשקעת משאבים משמעותית, אם היינו מקנים שיטת משפט הנותנת גילוי מלא הדבר יכול למנוע מאנשים להתקשר בחוזה עם גורמים אחרים (למשל אדם שמתמחה בשוק ההון ואדם אחר שואל אותו לגבי שווי מניה מסויימת, אם אותו אדם יחשוף את המידע בפני אותו אדם בצורה מוחלטת הוא כמובן לא יעסיק אותו.**

**בעניין זה אולי יש להסתמך על האדם הסביר ועל הדרך המובלת בשוק ודרך זו תגיד לנו מה סביר ומקובל לגלות ואילו פרטים לא מחוייבים הצדדים לגלות.**

1. **פרישה ממשא ומתן בשלב מתקדם=>**

* **ע"א 800/75 קוט נגד ארגון הדיירים במרכז המסחרי – היה משא ומתן לרכישת דירה, כל הפרטים סוכמו ובא כוח המוכרים העביר טיוטה לבא כוח הקונים אשר אישרו את הכל רק שינו פרטים קטנים בטיוטה. המוכרים פרשו מהמשא ומתן והנכס נמכר לאחר. בית המשפט פסק שהמכורים פעלו בחוסר תום שהרי כל הפרטים המהותיים סוכמו ופרישתם מהמשא ומתן יכולה להעלות כחוסר תום לב.**
* **פס"ד חמדן – מעשיו של חמדן והחתימה על חוזה עם חברת דלק כאשר היה ממש לקראת החתימה עם חברת דור אנרגיה.**

**דעת המרצה היא שלעיתים יש לתת לאדם לפרוש מהחוזה ועליהם להיזהר מחיוב אנשים בחוזה במצבים כאלו משום לפעמים דברים הנראים לנו לא משמעותיים יכולים להיות משמעותיים מאוד כלפי הצד שבחסר לפרוש מהחוזה בגינם. לא תמיד פרישה ממשא ומתן בשלב מתקדם היא חוסר תום לב אך כמובן שלצד היוצא צריכה להית סיבה ליציאה.**

1. **ניהול משא ומתן ללא כוונה התקשרות=>**

**זה כולל ניהול משא ומתן לצורך קבלת מחיר אטרקטיבי, לצורך ריגול תעשיתי, כדי לכלות את משאבי הצד שכנגד או כדי לפגוע במעמדו התחרותי.**

**גם כאן יש הרבה עניינים שאינם פשוטים – למשל אדם הנכנס לחנות על מנת למצוא מחסה מהגשם או להעביר את הזמן ועושה עצמו מתעניין בפריטים בחנות כשזה ברור לו שהוא לא יקנה שום דבר. מדוע בעלי החנות לא תובעים במקרים אלו?! משום שיכול להיות שאדם נכנס לחנות ללא כוונה לקנות יראה משהו שמוצא חן בעיניו ויקנה או יחליט כי החנות מוצאת חן בעיניו והוא יחזור אליה במועד אחר.**

**גם במקרים אלו צריך להפעיל שכל ישר והגיון בריא. ישנם מצבים בהם הטרחה היא עצומה והנזק הוא גדול וישנם מצבים שהטרחה והנזק הם לא מספיק גדולים על מנת שיצדיקו תביעה.**

1. **העלאת דרישות בלתי סבירות או בלתי חוקיות=>**

* **זוננשטיין נגד האחים גבסו.**

**בן פורת: העלאת דרישה בלתי חוקית אינה מפרה את החובה לנהוג בתום לב.**

**ברק (ודעת המרצה): העלאת דרישה בלתי חוקית מפרה את עיקרון תום הלב.**

* **תשובה נגד בר נתן – לדעת השופט ברק היה חוסר תום לב במשא ומתן בעצם בקשתם שהודעת הביטול תהיה בדואר רשום. המרצה לא מסכים על דעה זו.**

1. **יצירת מכשולים המונעים מן הניצע לבצע קיבול=>**

**ד"נ שכון עובדים נגד זפניק**

**החברה הציעה הצעה אטרקטיבית בלתי הדירה והמשיבים התייצבו במשרדי החברה על מנת לחתום על חוזה אך תורם לא הגיע. החברה הציעה לאלו שלא הספיקו לחתום על החוזה הצעה הגבוהה יותר הצעה הראשונית שמי שיחתום עליה יצטרך לחתום על כתב ויתור ולא יוכל לתבוע אותם לגבי העסקה הישנה.**

**בית המשפט המחוזי קובע לטובת זפניק ואילו בית המשפט העליון אמר כי היה באפשרות המשיבים לתבוע את החברה על מעשיה לפני שחתמו על כתב ויתור אך הם לא עשו זאת ובחרו לחתום על כתב ויותר ובכך שעשו זאת הם לא יכולים לתבוע.**

**המרצה לא מסכים עם קביעה זו משום שעצם חוסר תום הלב הראשוני של החברה מספיק בשביל לתבוע אותם. אי אפשר להתעלם מהעובדה שהחברה שמה למשיבים מכשול ובגללה הם לא חתמו על החוזה מלכתחילה ועצם קביעה זו היה תמריץ לחברות להכשיל משא ומתן על מנת להרע בתנאי החוזה הראשוני.**

1. **ניצול מצוקה=>**

**ניצול מצוקת המתקשר. היחס בין עילת חוסר תום הלב במו"מ לבין עילת העושק.**

**גנז נגד כץ: מקרה של שידוך כשהרווק היה חרדי בגיל מתקדם. בחוזה נקבע כי מי שימצא לו שידוך השדכן יקבל מעל ומעבר למחיר המקובל בשוק. כשנמצאה בחירת ליבו הוא סירב לשלם את הסכום שסכום. בית המשפט העליון קבע כי לא היה במקרה זה עושק של השדכנים.**

**# השופט קדמי סבר כי היה חוסר תום לב ובמשא ומתן מצד השדכנים שלא גילו התחשבות ממצוקתו של אותו אדם וכי יש לשנות את מחיר החוזה. דעתו הייתה דעת מיעוט.**

**מקרה זה פותח לנו פתח לטענת חוסר תום לב במשא ומתן במקרים כאשר אין אפשרות להוכיח עושק.**

יום חמישי 22.11.12

1. **התנהגות בלתי שוויונית במרכז=>**

**סוגיה זו הפכה לאפיזודה משפטית מאוד מעניינת במשפט הישראלי.**

**ד"נ בית יולס נגד רביב**

**חברת בית יולס מפרסמת מכרז לצורך בניה של בית אבות. למכרז פונות חברות שונות. אחת מדרישות בית יולס היא ערבות בנקאית. רביב היא מגישת ההצעה הזולה ביותר והיא גם מציגה ערבות בנקאית בעוד שרסקו, החברה הנבחרת, לא סיפקה ערבות בנקאית ולא הגישה את ההצעה הזולה ביותר. בית יולס בוחרים ברסקו לאחר משא ומתן מולם לשיפור ההצעה.**

**רביב תובעת ואחת השאלה המרכזיות היא האם היה המקרה זה חוסר תום לב במשא ומתן מצד בית יולס בעצם בחירת בית יולס חברה שלא עומדת בתנאי המרכז.**

**דעת הרוב היא כי אין לנהוג בשוויוניות משום שהתנהלות במרכז יכולה להיות הגונה גם אם אינה שוויונית משום שזה מכרז פרטי .**

**דעת המיעוט היא שיש לנהוג בשוויונית ושאם אדם בחר בדרך של מכרז עליו לנהוג במרכז בדרך שוויונית. נוהג זה אינו מוחלט לדעת שמגר וברק מותר לגוף פרטי להכריז מראש שאין בכוונתו לנהוג בשוויוניות ואז התנהגות בלתי שוויונית תהיה מקובלת.**

**עקרון השוויון לקוח מהמשפט הציבורי האם יש להחילו גם על מרכזים פרטיים?! מהו הכלל היחול בהיעדר התנאה מפורשת?!**

**לפי דעת הרוב אם המכרז לא מדבר על שוויון המשמעות היא שאין צורך לנהוג בשוויוניות ואילו דעת המיעוט היא שאם המכרז לא מדבר על שוויון יש צורך לנהוג בשוויוניות.**

**איך באמת עושים מרכז בצורה שוויונית?!**

**האופציה הראשונה היא לקבוע פרמטרים שהם רלוונטיים שיש צורך להגדירם בצורה מסויימת. ללא פרמטרים קבועים יהיו הרבה מציעים שלא בהכרח עונים על רצון המציע וכך יהיה לו קשה לנהוג בשוויוניות.**

**האופציה השניה היא להודיע מראש שאתה לא מתכוון לנהוג בשוויוניות ולאחר קבלת המידע מכל המשתתפים להחליט. במקרים אלו ישתתפו במכרז גם חברות קטנות בתקווה להצליח ולזכות במכרז.**

**ע"א קל בנין נגד ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה**

**ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה פתחה במכרז לגבי שכונת מגורים. הם פנו לעשר חברות כאשר קל בנין באה איתה במשא ומתן. הם הסכימו על כל התנאים מלבד המחיר שגם עליו בסוף קל בנין התפשרה. כל מה שנשאר זה חתימת מועצת המנהלים של רעננה לבניה אך הם סירבו לחתום חוזה עם קל בנין וחתמו חוזה עם חברה אחרת אשר לא השתתפה במכרז.**

**בית המשפט סבר כי עצם התנהגות החברה כאילו חותמת המועצה הינה חתימה רשמית בלבד והחוזה מעין סגור היא חוסר תום לב.**

**בית המשפט קבע כי יש לנהוג בשוויון אלא אם בעל המרכז כלל בהזמנתו כי הוא לא מתכוון לנהוג בשוויון. במקרה זה בעצם דעת המיעוט של ד"נ בית יולס הופך להלכה.**

**איך מחשבים את הפיצויים החיוביים במקרה זה?! משתמשים במדד קירוב לפי מכרזים אחרים שעשתה החברה. במצבים שהם לא השתכלל חוזה קשה לאמוד את הפיצויים אך במקרה זה כל הפרטים היו ידועים מראש כך שהיה הזדמנות חריגה מצד השופטים להעניק פיצוי קיום.**

**סעדים / תרופות בגין הפרת החובה בתום לב**

**בעבר בתי המשפט עסקו בפיצויים שלילים לפי סעיף 12 (א) הצד הנפגע בגין התנהגות בגין חוסר תום הלב של הצד השני היה זכאי לפיצוי. פיצויים אלו נקראים פיצויים הסתמכות.**

**עם חקיקת חוק החוזים חלו שינויים במגוון התרופות האפשרי שאפשר לתת, פיצויי הסתמכות הפכו לאופציה אחת מיני רבות.**

**השינוי הראשון הגיע מפס"ד זפניק נגד שיכון עובדים שבו השופטת בן פורת ציינה באוביטר בקביעתה שרשימת הסעדים אינה מוגבלת לפיצויים שליליים וכי במצבים מסויימים ניתן להעניק אפילו אכיפה.**

**במקרה של חברת שיכון עובדים הם הציבו במכוון פקידה אחת שתטפל בכל המקשרים ותורם של הזפניקים לא הגיע. החברה הסכימה לחתום על חוזה גם עם או שלא הספיקו רק בעלות יותר גבוהה ובדרישה שיחתמו על כתב וויתור. הזפניקים חתמו ואך כך תבעו את החברה בטענה כי עליה לפצות אותה על הנזק שנגרם לה בשל אי החתימה הראשונית ובשל ההפרש במחיר.**

**בן פורת העלתה את האפשרות שסעד כזה הוא אפשרי בנסיבות הנכונות. מקרה זה לטענתה הוא לא הנסיבות הנכונות שכן הם חתמו על כתב הוויתור ללא כפיה ויש לבוא לבית המשפט לאכיפת החוזה לפי חתימתם ואז הייתה נעשית האכיפה.**

**ע"א קלמר נגד גיא**

**זוג האחים גיא בנו שני בתים משפחתיים על חלקת מקרקעין של קלמר, אחד להם ואחד לקלמר. הסיכום היה שעל קלמר להעביר חצי מבעלות הקרקע לטובת הזוג לאחר בניית הבתים. הבתים נבנו וקלמר טען כי לא הייתה עסקה ואין חוזה בכתב דבר המחייב לפי סעיף 8.**

**השופט זמיר – אומר כי דרישת הכתב היא הכרחית במקרקעין אבל במקרה זה אסופת המסמכים של הצדדים יחד הבניין שנבנה מספיקים כתחליף לחוזה.**

**זמיר משתמש בעיקרון תום הלב על מנת לעדן את דרישת הכתב. קלמר נאחז בדרישה צורנית, פורמלית של כתב כדי להתחמק מחוזה אבל זמיר מוצא לכך פתרון.**

**השופט ברק – אומר כי לא נכון לצמצם את דרישת הכתב. הוא טוען כי הנכון במקרה הזה הוא להסתמך על עקרון תום הלב ובמקרים בהם "זעקת ההגינות" נשמעת ניתן מכוח סעיף 12 לעקוף את דרישת הכתב ולאכוף את החוזה.**

**פגמים בכריתת חוזה**

**סעיף 13 – חוזה למראית עין**

**הוראת סעיף 13 ברורה וחשובה מאוד. סעיף זה קובע שחוזה שנכרת למראית עין בלבד בטל. אך "אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה". מזה אנחנו לומדים שהחוזה בטל במערכת היחסים הפנימית בין הצדדים אבל כלפי צדדים שלישיים שהסתמכו עליו בתום הוא תקף. המקרה הוא מיוחד שכן יש לנו חוזה אשר נראה כביכול כמושלם אבל בו הצדדים רצו ליצור מצב מסויים והסכימו בידיעה ברורה על כך שהחוזה שמשתקף לעולם לא יבטא את ההסכמות הפנימיות בניהם.**

**ישנם שני מאפיינים יחודיים במישור היחסים הפנימיים:**

1. **שני הצדדים מודעים לכך שהסכמתם הנחזית אינה אמתית.**
2. **החזה הנחזה בטל מראשיתו ביחסים הפנימיים של הצדדים.**

**סימולציה מלאה – מראית עין מוחלטת. מצב שבו חוזה נחזה שלא מהותו לא תואמת את הסכמת הצדדים.**

**לדוגמא: איש עסקים שנקלע למצוקה ומחליט להעביר את נכסיו לילדיו כדי להבריחם מנושים פוטנציאלים כאשר למעשה לא הייתה העברה בפועל.**

**דוגמא נוספת: צד במשא ומתן לעבודה חדשה נכנס לחוזה עם חבר לפיו החבר מעסיק אותו כדי להשיג שיפור תנאים מול המעסיק הפוטנציאלי האמיתי.**

**סימולציה חלקית – מראית עין חלקית. מצב שבו חלקים בחוזה אינם משקפים את ההסכמות האמיתיות אך לצידם סעיפים אמיתיים המיצגים נאמנה את הסכמות הצדדים.**

**דוגמא: מקרה שבו צדדים מסכימים על עסקה מסויימת ובתוכה על סעיף המחיר אבל בחוזה עצמו קובעים מחיר נמוך יותר על מנת להקטין את חבותם במס.**

**כשבמראית העין החלקית יש היבט של אי חוקיות ישנו אתגר בפני שיטת המשפט.**

**ע"א ביטון נגד מזרחי**

**שוכלל זכרון דברים בנוגע למכירת נכס שבו הסכום של הנכס הינו 400,000 לירות. יום לאחר מכן נכתבה טיוטה לחוזה שבה סוכם המחיר על 340,000 לירות וזאת על מנת להונות את רשות המס. בין הצדדים התפרץ סכסוך, החוזה לא נחתם והנכס הועבר לאחר. המערערים מבקשים פס"ד המורה למשיב למלא את התחייבותו. המחוזי דוחה את הבקשה ומסביר שמדובר בחוזה בלתי חוקי לפי סעיף 30 לחוק החוזים.**

**השאלה המשפטית היא האם נבטל את החוזה לפי סעיף 30 או נבחר לבטל את החוזה למראית עין לפי סעיף 13 ולתקף את החוזה האמיתי?!**

**השופט בכור קובע כי אלמנט האי-חוקיות גובר וכי עלינו להגביל התקשרויות המנוגדות לחוק ואין צורך לנסות ולהתחקות אחר החוזה האמיתי וההסכמות האמיתיות של הצדדים ולתקף את אלו לאור מבחני גמירות הדעת והמסויימות. תיקוף החוזה במקרה זה יתן לגיטימציה לצדדים לפעול בצורה בלתי חוקית.**

**השופט ברק אומר כי על בית המשפט להתעלם מהחוזה הנחזה שהוא למראית עין בלבד ואין אמיתי(המחיר) אך יש להתחקות אחר ההסכמות האמיתיות בין הצדדים ולבדוק האם אלו עומדים במבחני גמירת הדעת והמסויימות ואם כן לתקף את החוזה הפנימי. השופט ברק מוכן להיכנס לעובי הקורה ולבדוק מה עושים עם החוזה האמיתי בין הצדדים.**

**ההבדלים בין הסעיפים הם פעוטים:**

**בסעיף 30 הבטלות היא מסוייגת משום שבית המשפט מכוח הסעיף יכול להיכנס לעובי הוקרה, להסתכל על היחסים הפנימיים בין הצדדים ויש לו שיקול דעת נרחב מאוד לגבי מה שניתן לעשות. לעומת זאת תחת סעיף 13 על פניו אין לו סמכויות כל כך נרחבות. על פניו זה הבדל מהותי אבל בפועל גם כשבית המשפט פועל מכוח סעיף 13 יש לו יכולת לאזן באינטרסים בין הצדדים מכוח עקרון תום הלב.**

**הבדל נוסף, תחת סעיף 30 יש סעיף 31 המדבר על השבה (של נכסים ועוד) ואילו תחת סעיף 13 אין סעיף שכזה. בפס"ד גינצבורג נגד בן יוסף נפסק שכל הסדרי ההשבה העולים מכוח דיני עשיית עושר לא במשפט חלים גם על מגוון דיני החוזים.**

**סוף הסעיף מדבר על צדדים שלישים שלגביהם החוזה תקף – אם הצד השלישי פעל בתום לב תוך הסתמכות על החוזה הוא יקבל את הסעד המגיע לו, אם זה פיצויים או הנכס, זה תלוי מקרה.**

יום חמישי 28.11.12

**סעיף 14 – עילת הטעות**

**לסעיף 14 יש ארבעה סעיפי משנה.**

**סעיף 14(א) עוסק בטעות שהצד השני ידע או היה עליו לדעת עליה.**

**סעיף 14(ב) עוסק בטעות הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה.**

**סעיף 14(ג) עוסק בטעות הניתנת לתיקון**

**סעיף 14(ד) טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.**

**מרכיבי העילה=>**

1. **קיום חוזה.**
2. **קיום טעות – פער בין מצב העניינים במציאות לבין מה שסבר הצד הטועה בעת כריתת החוזה.**
3. **קשר סיבתי סוביקטיבי – הצד הטועה נדרש להוכיח שהתקשר בחוזה עקב הטעות.**
4. **יסודיות – גם האדם הסביר לא היה מתקשר בחוזה בנסיבות הנוכחיות.**
5. **ידיעת הצד השני – נדרשת לצורך 14(א) ולא נדרשת לצורך 14(ב).**
6. **הטעות אינה ניתנת לתיקון על פי סעיף 14(ג).**

**בהתקיים כל ששת התנאים צומחת עילה לביטול החוזה ולבית המשפט נשארת ההחלטה האם לבטל או לא לבטל את החוזה.**

**פירוט מרכיבי העילה=>**

1. **קיום החוזה – אם אין לנו חוזה אין בעצם מה לבטל ולכן זה הכרחי שיהיה לנו חוזה.**
2. **קיום טעות – טעות היא מחשבה או אמונה של צד שאינה תואמת את המציאות.**

**טעות יכולה להתקיים בכמה דרכים:**

1. **טעות בעובדה**

**ע"א בן לולו נגד אליאס**

**ילדה בת 4 נפגעת בתאונת דרכים. הוריה תובעים את חברת הביטוח והצדדים מגיעים לפשרה בגין סכום פיצויים שלאחריו לא יוכלו ההורים לתבוע שוב בגין תאונה זו. שנים לאחר מכן התפתחה אצל הנפגעת מחלת נפש שהביאה את הוריה לנסות לפתוח את הסדר הפשרה עקב העלויות העצומות שנוצרו. נשאלת השאלה האם בנסיבות מקרה זה אכן עומדת לנפגעת ולהוריה עילת ביטול.**

**לפי השופט אור אין פה טעות משום שחוזה פשרה הוא מנגון לחלוקת סיכונים עתידיים. הכוונה בדיוק למצבים שכאלו בהם הצד הנפגע מקבל על עצמו את הסיכון שיהיו פגיעות עתידיות שבגינן לא יוכלו לתבוע. אחד הסיכונים הוא שינוי בעובדות או במצב המשפטי.**

**מצד שני ישנם מצבים הפוכים שבו הניזוק קיבל יותר ממה שהיה צריך ובסופו של דבר עוצמת הפגיעה הייתה קטנה יותר ממה שהצדדים חשבו מלכתחילה. כשהצדדים יודעים ומקבלים על עצמם את הסיכון לגבי עובדות שיכולות להתפתח בעתיד הרי שהתקיימותן של עובדות אלו אינו מצמיח עילה לביטול החוזה.**

**השופט אור קובע שני חריגים שבהתקיימם הכלל לא יחול –**

* **התפתחות עתידית כה חריגה בעוצמתה ובטיבה שלא ניתן לומר שהיא נכללה במסגרת אי הודאות המודעת.**
* **פגיעה שגילויה משמיט את הבסיס לחוזה.**

**במקרה הראשון יש לנו התפתחות חריגה של פגיעה אשר לגביה היה סיכום בחוזה ואילו במקרה השני ישנה פגיעה שלא נכללה בחוזה.**

**ע"א שלזינגר נגד הפניקס חברה לביטוח**

**לשלזינגר ביטוח חיים בחברת "הפניקס", הוא מבטל את הפוליסה ובאותו החודש הוא מגלה כי הוא חולה בסרטן. תשעה חודשים לאחר הגילוי שולח שלזינגר לפניקס הודעת ביטול על ביטול הפוליסה, ובאותו החודש נפטר. אשתו ובנותיו פונות לבית המשפט המחוזי בטענה כי ביטולה של הפוליסה נעשתה מחמת טעות.**

**השאלה המשפטית היא האם במקרה הזה עילת הטעות מעמידה למערערות את הזכות לחזור מן הביטוח ולהחיות את היחסים החוזיים בין הצדדים.**

**במקרה זה יש לנו מחלוקת בין השופט לוי לבין השופטת אילה פרוקצ'ה.**

**השופט לוי בדעת מיעוט אומר כי סעיפי הפגמים ברצון חלים גם על פעולות חד צדדיות מכוח חוזה לרבות ביטול חוזה ולכן יש תחולה של עילות הביטול וניתן לבטל את ביטול הפוליסה. לדעתו הייתה כאן טעות יסודית שכן אף אדם סביר לא היה מבטל פוליסת חיים אילו היה יודע על המחלה שמקוננת בו וזאת לפי סעיף 14(ב) שכן גם חברת הביטוח לא ידעה ולא היה עליה לדעת על הטעות.**

**השופט אומר כי יש לחייב את המערערות בסכום שהיה משלם אילו היה ממשיך את הפוליסה עד למותו ובתמורה תקבל המשפחה את סכום הפיצויים שהיא צריכה לקבל מהפוליסה.**

**השופטת פרוקצ'ה בדעת הרוב מסכימה עם השופט לוי שדיני הבטלות יכולים להיות גם מיציאה מדיני החוזים אך במקרה שלנו הטעות היא טעות בכדאיות העסקה.**

**חוזה ביטוח לדעתה מקצה סיכוני וההחלטה לבטלו משנה את הקצאת הסיכום שהייתה קבועה בחוזה הביטוח. אירוע הביטוח הרלוונטי הוא גילוי מחלת הסרטן. השופטת אומרת כי כשם שקינון המחלה בגוף המבוטח להבדיל מגילויה לא הולידה למבוטח את הזכות לתבוע את דמי הפוליסה כך גם קינון המחלה בגופו מבלי שידע על כך לא מצמיח לו את הכוח לטעון שביטול הפוליסה בטעות יסודו. אי ידיעת המבוטח על מחלה קיימת המקוננת בגופו הוא מן הסיכונים שנטל על עצמו עם הכניסה לחוזה. אילו התגלתה המחלה לפני הביטול אבל שלזינגר לא היה יודע על הגילוי בשל, נניח, תקלה בשליחת התוצאות, אז היה ניתן לבטל את הביטול של הפוליסה לפי סעיף 14(ב).**

**הסימטריה בפסק הדין היא בין מה שהיה גורם למנוח לקבל את הפיצויים, שזה גילוי מחלת הסרטן ולא הקינון, לבין מה נחשב לטעות שדרכה אפשר לבטל את החוזה.**

1. **טעות בחוק**

**ע"א ארואסטי נגד קאשי**

**במקרה זה יש לנו שלושה צדדים – בעל קרקע, חברה קבלנית ורוכשים. בעסקת קומבינציה הקבלן בונה בניין על השטח שבבעלות הבעלים ובתמורה נותן להם 3 מתוך 8 הדירות שבבניין. הקבלן מכר חלק מהדירות למשיבים ורשם להם הערת אזהרה.**

**\*הערת אזהרה: כאשר מתקיימת עסק במקרקעין לא ניתן תמיד להעביר את הבעלות לרוכשים מיד. במקרה שלנו הדירות עדיין לא נבנו ולכן אין בעלות להעביר. לכן רושמים הערות אזהרה. הערת אזהרה בעצם מודיעה קבל עם ועדה כי יש לרוכש זכות על הנכס שתשכלל לכדי בעלות מלאה. אזהרה זו מיידעת צדדים שלישים שלא יכנסו לעסקה וכובלת את בעל הנכס שלא יוכל למכור לאחר.**

**הקבלן נכנס לקשיים ומונה לו כונס נכסים. בעלי הקרקע פתחו בהליך של ביטול הסדר הקומבינציה ואיתו הערות האזהרה ופסק הדין נקבע לאחר הסכם פשרה בין הצדדים (המערערים והמשיבים) לביטול הערות האזהרה.**

**בזמן החתימה של ההסכם הייתה עמימות משפטים לגבי חבות בעל הקרקע כלפי רושמי הערות אזהרה. כעבור זמן נהייתה הלכה המעגנת את החבות הישירה של בעל הקרקע כלפי הקונים גם אם הקניה נעשתה תוך תיווך הקבלן.**

**המשיבים דורשים את ביטול הסכם הפשרה ובית המשפט המחוזי נענה להם ומבטל את ההסכם מכוח סעיף 14(ב). בעלי הקרקע מערערים לעליון שקובע כי החוק לגביו נטענת הטעות מוכרח להיות ברור לחלוטין בשעת כריתת החוזה ואילו במקרה שלנו החוק היה עמום ולא הייתה הלכה סדירה.**

**פרשנות מאוחרת של חוק שהבהירה אותו או שינתה מן המשמעות כפי שהייתה בשעת ההתקשרות אינה יכולה להחשב לטעות בהבנת החוק.**

**בית המשפט אומר כי אם כבר ישנה טעות היא טעות בכדאיות העסקה שאין בכוחה לבטל הסכם. הערעור התקבל והסכם הפשרה הושבה לתוקפו.**

1. **טעות הצד שכנגד**

**ע"א צנעני נגד אגמון**

1. **טעות שבכדאיות העסקה**

**טעות שכזו אינה מקימה עילת ביטוי.**

**כל טעות מובילה לטעות במחיר של שווי העסקה ולכן נוכל להגיד שכל טעות היא מעין טעות בכדאיות העסקה. לכן, יש להבחין בין טעויות שאינן אלא בכדאיות העסקה, שאיין מקימות עילת ביטול לבין טעויות רגילות שאינן רק בכדאיות העסקה ומצמיחות עילת ביטול.**

**ע"א נחמני נגד גלאור**

**נחמני מוכר לגלאור דירה שעליה רובצת משכנתא. הצדדים החליטו כי הקונה יקח את המשכנתא עליו מיום הקניה. בפועל מסתבר שבשל האיחורים בתשלום של המוכר עלה הסכום אותו היה צריך הקונה לשלם בשל ריבית. המוכרים מבקשים לבטל את החוזה בשל טעות לפי סעיף 14(ב).**

**השופט בייסקי אומר כי סעיף 14 (ב) אינו מקנה לטועה עילת ביטול עצמאית. סעיף זה מחייב את התערבות בית המשפט, כלומר בית המשפט ידון בטענות הצדדים ויחליט האם מוצדק לבטל את החוזה מחמת טעות או לא. במסגרת שיקולי הצדק יערוך בית המשפט איזון בין האינטרסים המנוגדים של הצדדים, כלומר יבדוק האם הנזק שיגרם לצד הטועה מהשארת החוזה על כנו גבוה מהנזק שיגרם לצד התמים שכנגד מביטול החוזה. במסגרת האיזון יכול בית המשפט להתחשב גם במידת אשמתם היחסים של הצדדים. אם יחליט בית המשפט לבטל את החוזה כבקשת הצד הטועה הוא מוסמך להורות לטועה לשלם פיצויים לצד השני. במקרה זה הפיצויים שיצטרכו המוכרים לשלם לקונים יהיו גבוהים כך שלא ישתלם להם ביטול של החוזה.**

**בכל מקרה אומר השופט כי טעותם של המוכרים היא שהם לא העריכו נכונה את גובה המשכנתא, וזו אינה אלא טעות בכדאיות העסקה לפי 14(ד) שאינה מאפשרת לטועה את ביטול העסקה כולה. המוכרים התרשלו בבירור גובה החוב ועליהם לצאת בתוצאות התרשלותם והם צריכים לשלם את הריבית שנוצרה מאיחורם ולא הקונה.**

**ישנן כמה דרכים להבדיל בין טעות לכדאיות העסקה לטעות רגילה=>**

1. **גד טסקי קבע כי ההבחנה היא עבר מול עתיד – זאת אומר אם הפער באמונה של הטועה היה קיים בעת כריתת החוזה זו טעות רגילה ואם הפער נוצר בעתיד הרי שזו אינה אלא טעות בכדאיות העסקה לפי 14(ד).**

**דוגמא – בוופנה נגד אוגש הרוכשים סברו שהבית הוא במקום שקט כאשר בפועל הוא היה במקום רועש.**

**דוגמא לטעות בעתיד – רכישת מנייה באמונה שהיא תעלה והיא יורדת.**

1. **פרופסור שלו - טעות בנוגע לעובדות היא טעות רגילה ואילו טעות לגבי שווי היא טעות בכדאיות העסקה.**

**דוגמא – בנחמני נגד גלאור עצם קיום המשכנתא היא עובדה ואילו גובה החוב הוא שווי.**

1. **פרופסר פרידמן – אומר כי יש להבדיל בעזרת מבחן הסיכון. כאשר הטעות מתייחסת להיבט שלא נלקח לגביו סיכון מדובר בטעות רגילה. לעומת זאת, כאשר הטעות היא לגבי היבט שהצד הטועה נטל סיכון לגביו מדובר בטעות בכדאיות העסקה.**

**מבחן זה הוא קשה לתפעול משום שלא תמיד ברור מהי חלוקת הסיכונים בין הצדדים, ישנן סוגיות לא פשוטות של פרשנות ועל בית המשפט לקבוע איזה צד נטל איזו סיכונים בהתבסס על החוזה ונסיבות העסקה. בנוסף יכולים להיות סיכונים שפשוט שום צד לא חשב עליהם.**

**דוגמא – בשלזינגר קבלת סרטן לאחר ביטול הפוליסה הוא סיכון שהמנוח לקח על עצמו ולכן היא לא טעות שיש לה עילת ביטול. אם נקח את המקרה הזה, הקושי בתפעול נובע מהעובדה שלא הייתה התייחסות מפורשת למה שקרה בפועל ואף אחד מהצדדים לא חשב כי תרחיש זה יכול לקרות. עד פסק דין זה בכלל לא חשבו כי ניתן לטעון כנגד טעות על ביטול פוליסה שכזו.**

**חשוב לציין כי אף אחד מהכלים לא מושלם על מנת להסביר כל פסק דין.**

יום ראשון 2.12.12

**3. קשר סיבתי סובייקטיבי - על הטועה להוכיח שהתקשר עקב טעות.**

**4. יסודית (מבחן האדם הסביר) - חלה לגבי סעיפים 14(א) ו14 (ב) אך לא חלה במקרי הטעיה לפי סעיף 15.**

**דוגמא - נניח שנדב מוכר לי רכב ומסתבר שלי מאוד חשוב שסמל היצרן יהיה על הרכב אך מסתבר שהסמל במכונית של נדב נגנב. אני טוען כי אילו ידעתי על הסמל החסר לא היה מתקשר בעסקה. קשה להאמין כי טענה כזו תועיל לטענת הביטול מחמת טעות משום שטעות מהסוג הזה אינו נתפס כיסודי. בית המשפט לא יראה בדבר זה עניין יסודי ויקשה מאוד לבטל את החוזה.**

**5. ידיעת הצד השני בפועל או בכח - נדרשת לצורך סעיף 14(א) אך אינה נדרשת לצורך סעיף 14(ב).**

**6. הטעות אינה ניתנת לתיקון.**

**אם נתקיימו על הדרישות המצטברות סעיף 14(א) מצמיח לצד הטועה כח ביטול אוטונומי זאת אומרת הוא יכול להפעיל את הביטול בעצמו מבלי הזדקקות לסיוע בית משפט.**

**לעומת זאת, כוח סעיף 14(ב) אין אפשרות לבטל באופן עצמי גם בהתקיימות על התנאים, יש צורך לפנות לבית המשפט והוא מחזיק בשיקול דעת האם להענות לבקשה או לא.**

**בית המשפט יכול להתנות את הביטול בתנאים או להחליט שלא לבטל אם מכוח הביטול יפגע הצד המבקש משום שזה יחויב בתשלום פיצויים.**

**סעיף 15 – הטעיה**

**מרכיבי העילה =>**

1. **קיום חוזה**
2. **קיום טעות (ע"ע דיון בטעות)**
3. **הטעיה ע"י הצד שכנגד או אחר מטעמו.**

**\*אחר מטעמו:**

1. **ידיעת הצד שכנגד על האחר ופעולותיו**
2. **הרשאה לכך**

**כלפי הצד שכנגד יש לנו עילת ביטול ולגבי "אחר מטעמו" חל סעיף 12 (למשל בפנידר נגד קסטרו)**

1. **קשר סיבתי כפול:**
2. **קשר סיבתי בין ההטעיה לטעות – שהפער אצל הצד הטועה במקרה הזה נוצר כתוצאה מהטעיה.**
3. **קשר סיבתי בין הטעות שנוצרה בעקבות ההטעיה לבית ההחלטה להתקשר בחוזה.**

**הקשר הסיבתי הדרוש הוא סובייקטיבי בלבד ואין דרישה מהמבקש לבטל להוכיח כי אדם סביר היה טועה עקב ההטעיה של הצד השני והיה מובל להתקשרות בחוזה בשל מצב העניינים שנוצר.**

**הטעיה יכולה להתבצע או במעשה (הטעיה אקטיבית) או במחדל (הטעיה פסיבית). שתי הטעיות אלו נכנסות בסעיף 15 לחוק החוזים.**

הטעיה במעשה

**ע"א וופנה נגד אוגש**

**המוכרים פרסמו כתבה בעיתון על דירה למכירה במקום שקט. יום למחרת, יום שבת, הגיעו הקונים לראות את הנכס ואחרי משא ומתן קצר הם הביאו עו"ד וחתמו על חוזה באותו היום. סעיף 12 לחוזה בניהם קבע פיצויים מוסכמים בסך 200,000 לירות במידה ואחד הצדדים לא יקיים את החוזה. למחרת מתברר לקונים כי הדירה ממוקמת במרחק של פחות מ200 מטר מאזור תעשייה קיבוצי ובו 12 מפעלים שחלקם עובדים 24 שעות ביממה אך כולם סגורים בשבת. באותו יום הגילוי הקונים שולחים הודעת ביטול למוכרים והמוכרים תובעים את הקונים בפיצויים המוסכמים. בית המשפט המחוזי קבע לטובת הקונים ופסק כי על החוזה להיות מבוטל. המוכרים עירערו לבית המשפט העליון.**

**השאלה במקרה זה היא - האם הייתה במקרה זה הטעיה?!**

**לפי השופט שמגר הייתה הטעיה לגבי יסוד מרכזי בעסקה. הקונים הדגישו במהלך כל תהליך ההתקשרות כי על הבית להיות במקום שקט. הטעיה זו היא אקטיבית שכן במודעה רשום במפורש שהדירה באזור שקט וכן עצם העובדה שמוכרים הזמינו את הקונים בשבת ואמרו להם שהאזור שקט. משום ביטול החוזה כחוק התניות בחוזה חדלות להתקיים ולכן אין על הקונים חובה בתשלום פיצויים.**

**ע"א צנעני נגד אגמון**

**צנעני מציע למכירה קרקע שאינה בבעלותו לאחים אגמון. סוכם בין הצדדים כי הקונים ירכשו את הקרקע ב1,300,000 ₪ . צנעני פונה לגברת לאה צוקר ומציג עצמו כבא כוחם של רוכשים פוטנציאלים וחותם איתה הסכם על 585,000 ₪. האחים אגמון סוגרים חוזה אך לאחר מכן מבינים את האמת והם מבטלים את החוזה מול אגמון ומתקשרים בחוזה ישירות מול גברת צוקר.**

**השופט שמגר קובע כי הייתה הטעיה אקטיבית כלפי האחים אגמון בדבר זהות הצד שכנגד.**

**הטעייתו של אגמון לגבי זהותו הובילה למפל שלם של טעויות כמו טעות בתנאי יסוד בעסקה שהוא המחיר. ישנו פער משמעותי בין המחיר האמיתי למחיר שאגמון רצה לקחת מהם. אנחנו לא רוצם להכשיר פעולות כאלו בשל ההשפעה הרוחבית של פעולה כזו משום שאם כן נאשר בכל משא ומתן תשמט הקרקע מתחת לאמון הבסיסי במשאים ומתנים.**

**אגמון יכל לקנות את הנכס בעצמו ואז למכור אותו במחיר שירצה. או לחילופין להציג את עצמו כאדם שיכול להשיג נכס מסויים ואז במידה וירצו לגשת לגברת צוקר, לחתום איתה על עסקה ולפרסם את המודעה או לפנות לאחים אגמון כבעל הנכס.**

הטעיה במחדל

**נדרשת חובת גילוי כדי שתתבצע הטעיה במחדל. חובת היגלוי יכולה לנבוע מ3 מקורות שונים:**

1. **מכוח דין**

**לפי סעיף 12 הקובע חובה לנהל משא ומתן בתום לב. סעיף זה מצמיח חובת גילוי על הצדדים הנושאים ונותנים.**

**ע"א ספקטור נגד צרפתי**

**התקשרות בין בעל מגרש לקבלן כאשר עומדת להתרחש הפקעה של 40% משטח המגרש בשל שינוי תכנוני וכתוצאה מכך מספר הנדירות שניתן לבנות על המגרש יורד מ16 ל12. למוכר ספקטור נודע הדבר ממתווך שהיה עמו בקשר אך הוא חובר למתווך אחר שלא מודע להפקעה וקושר קשר עם צרפתי שהינו קבלן.**

**נשאלת השאלה – האם הייתה כאן הטעיה?! מהי חובת הגילוי המצופה המוכר?!**

**השופט אשר מגלה שני מקורות שמתוכם נובעת חובת הגילוי – 14(א) ולפי חוק המכר (סעיפים 16 ו11) כאשר מדובר במקרה של אי התאמה במכר. במקרה זה התקשרות עם קבלן הרגיל או הסבור שעל מגרש מסוג זה ניתן לבנות 16 דירות. השופט אשר מסכים כי הייתה הטעיה וחוסר תום לב.**

**השופט לנדוי אומר כי אין לקבוע חובת גילוי רחבה בחוזים מסחריים משום שזה יפגע בהליכי המסחר. לטענתו בית המשפט לא צריך לשמש כ"שמרטף לצדדים". ישנה חובת גילוי רק על פרטים מהותיים שהצד השני לא יכל לגלות בעצמו. לנדוי מסתמך על סעיף 18 לחוק המכר על מנת לבטל את החוזה שאומר שעל המוכר להעביר את בעלות הקרקע כאשר היא חופשיה משעבוד ומהפקעה וזה לא המקרה.**

**דעת המרצה: האם זה נכון מבחינה חברתית שהצדדים יגלו את הנתונים פעמיים? הרי שאם צד אחד כבר מיודע לא הגיוני יותר שיחלוק את המידע עם הצד השני על מנת לחסוך? התשובה היא כן עד גבול מסויים.**

**פרופסור שלו מציעה את הפתרון לגבול – לא צריך מצב של אגואיזם מוחלט אבל גם לא מצב של אלטרואיזם מוחלט. צריך למצוא את שביל הזהב. פרופסור שלו סבורה שעל הצדדים לגלות לצד השני את מה שהוא לא יכול לגלות בעצמו.**

**המרצה סובר כי אם חובת הגילוי תהיה על הכל אף אחד מהצדדים לא ישקיע בגילוי מידע משום שהוא יודע כי הצד השני מחויב לגלות לו הכל.**

**ישנה תאוריה של אנתוני קרונמן שסבר כי חובת הגילוי צריכה לחול על פרטים שהתגלו אגב אורחא אך לא על מידע שהושג הודות להתמקצעות והשקעת משאבים. זאת על מנת להשאיר את התמריץ בלהשקיע בהשגת מידע.**

**יש בעיה בתאוריה זו משום שכל מידע שהושקע על מנת לקבלו אין לו חובת גילוי לצד השני.**

**סעיפי דין אחרים הקובעים חובת גילוי =>**

* **סעיף 16 לחוק המכר- מחייב גילוי של אי התאמה במכר(בעיף 11 לחוק המכר כפער בין הנכס כהגדרתו בעסקה לבין מצגו במציאות).**
* **סעיף 8 לחוק השכירות והשאילה – מטיל חובת גילוי על המשכיר בדבר אי התאמות המושכר.**
* **סעיף 8 לחוק השליחות – מחייב את השלוח לגלות לשולח את כל המידע הכרוך בשליחות.**
* **סעיף 16 לחוק ניירות ערך – מציב חובת גילוי בתשקיף.**
* **סעיף 2 לחוק מכר דירות – מחייב חברות קבלניות לספק לקונה מפרט של הנכס.**
* **סעיף 8 לחוק המתווכים – מחייב מתווך לגלות ללקוח את כל המידע שבידיו הקשור לעניין התיווך.**

1. **מכוח הנוהג**

**תתכנה גזרות פעולה מסוימות בהן התפתחו סטנדרט גילוי שונים. כאשר באים לבדוק חובת גילוי במקרה מסויים יש לבדוק אם התעשייה המדוברת צמחה חובת גילויץ**

1. **מכוח הנסיבות**

**ע"א בית החשמונאים נגד אהרוני**

**אהרוני מבקש להפעיל מסעדה בבניין אשר בבעלות חברת בית החשמונאים. לאורך כל הדרך הדגיש את חובת הבלעדיות, זאת אומרת שלא תקום מסעדה אחרת בבניין, ואף הכניס זאת לחוזה.**

**סעיף 10 לחוזה קבע כי המוכר מתחייב שלא להכניס שום עסק מתחרה לבניין.**

**בפועל נפתחת מסעדה נוספת בבניין במקום אחר ואהרוני מגלה כי הבניין בנוי על שני מגרשים כאשר אחד בבעלות בית החשמונאים והשני בבעלות ברנוביץ' ובחלק זה נפתחה המסעדה.**

**השופט בייסקי בדעת רוב אומר כי הייתה במקרה זה חובת גילוי ברורה מכוח הנסיבות.**

**השופט כהן אומר כי המערערים לא יצרו מצג שוא לגבי הבעלות בבניין כולו ולא הייתה להם חובת גילוי ועל אהרוני היה לגלות זאת בעצמו.**

**דעת המרצה היא כי השופט בייסקי בדעת הרוב הוא הצודק משום שהמוכרים ידעו מראש על הפיצול וידעו כי אדם סביר לא היה מניח כי בניין נמצא על שני מגרשים לשתי חברות שונות.**

יום חמישי 5.12.12

**הדעות בנוגע למצב דעתו של המטעה:**

**פרופ' צלטנר – הטעיה יכולה להיות רק בזדון או ברשלנות.**

**פרופ' קרצ'מר – הטעיה יכול שתתבצע בזדון, רשלנות או תום לב.**

**פרופ' שלו – מסכימה עם קרצ'מר בגישתו שאומרת שלא משנה מהו מצב דעתו של המטעה.**

**מיגל דויטש – מבדיל בין הטעיה במעשה לבין הטעיה במחדל. הטעיה במעשה יכולה להיות גם בתום לב בעוד שהטעיה במחדל יכולה להיות רק בזדון או ברשלנות.**

**ע"א שפיגלמן נגד צ'פניק – הטעיה יכולה להיות רק בזדון, מרמה או חוסר תום לב. אם ישנו תום לב חוזרים לסעיף 14(ב) שהוא טעות.**

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **גרימה ע"י הצד שכנגד** | **ידיעת הצד השני בכח או בפועל** | **יסודיות** |
| **טעות לפי סעיף 14 (א)**  **ידיעה בפועל או כח של הצד השני** | **-** | **+** | **+** |
| **טעות לפי סעיף 14(ב)**  **אי ידיעה בפועל או בכח של הצד השני** | **-** | **-** | **+** |
| **הטעיה לפי סעיף 15** | **+** | **+** | **-** |

**כאשר יש לנו 2 פלוסים ישנה עילת ביטול עצמאית ואילו כאשר יש לנו פלוס אחד אין ביטול עצמאי אלא באמצעות בית המשפט.**

**סעיף 14(ג) – אפשרות תיקון הטעות**

**אומר כי אן הטעות ניתנת לתיקון והצד השני מוכן לתקן אין עילה לביטול החוזה.**

**סעיף 14(א) יכול למנוע את תיקון הטעות בשליחת ביטול החוזה ואילו סעיף 14(ב) נזקק לשירות בית המשפט ולכן בית המשפט יהיה זה שיביא בחשבון את אפשרות התיקון.**

**האם סעיף 14(ג) חל גם במקרה של הטעיה?! מבחינת לשון החוק התשובה הי לכאורה שלילית משום שאין הוראה דומה בסעיף 15, סעיף ההטעיה. יחד עם זאת, דעת המלומדים היא שהגיון מחייב שההסדר הקבוע ב14(ג) יחול גם במקרה הטעיה לפי סעיף 15.**

**ישנם אף פעמים שבהם הצד המטעה ירצה לתקן את הטעות והצד שהוטעה יבקש את ביטול הטעות ובית המשפט יחליט כי חוסר רצונו של המוטעה לתקן את הטעות הוא חוסר תום לב.**

**\*צריך לשים לב שאנחנו בטוחים כי ישנה טעות לפי סעיף 14(א) או הטעיה לפי סעיף 15 שכן אם אין זה כך, אנחנו יכולים למצוא את עצמנו מפרים חוזה. צריך לוודא כי הצד השני ידע או היה צריך לדעת על הטעות או הטעה בכוונה על מנת שלא נמצא את עצמנו בתביעה נגדית בשל הפרת חוזה.**

**סעיף 20 – אומר כי משהוכחו יסודות העילה לפי סעיף 14 (א), 14(ב) או 15 יש לצד הנפגע את זכות הביטול.**

**סעיף 21 – אומר כי משבוטל חוזה כל צד זכאי להשבה.**

**סעיף 22 – קובע שאין בהוראות אלה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת (פיצויים מנזיקין למשל).**

**סעיף 19 – ביטול של חוזה הניתן להפרדה לחלקים**

**במקרים אלו הביטול יחול רק על אותו חלק לגביו ארעה הטעות.**

**לדוגמא – אדם שמוכל לאחר קסדה, אופניים וצידנית. כאשר הטעות היא בנוגע להילוכים באופניים אפשר לנסות להפעיל את סעיף 19 ולבטל את החוזה באשר לאופניים ולהותירו על כנו בנוגע לקסדה ולצידנית. חשוב שלא יהיו יחסי תלות בין החלקים בחוזה. אם אותו קונה רכש את הקסדה רק בגלל האופניים אז לא יהיה זה נכון להשאיר את החוזה בנוגע לקסדה על כנו. בנוסף, הם הקונה רכש את המוצרים כולם כי חשב שהעסקה בכלליותה היא טובה לא יהיה זה נכון לבטל רק חלק מהחוזה.**

**סעיף 14(ב) – ביטול באמצעות בית המשפט**

**נוגע במצבים שהם הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על הטעות. במקרה זה ישנו העדר אשם מוסרי אצל הצד שכנגד.**

**בית המשפט יכול לדחות את בקשת הביטול, יכול להורות על ביטול חלקי לפי סעיף 19, יכול להיעתר לבקשת הביטול או לחילופין לבטל את החוזה תוך כדי חיוב הצד הטועה בביצוע פעולות מסויימות או בתשלום פיצויים.**

**נשאלת השאלה – מהם שיקולי הצדק שישקול בית המשפט במקרים כאלו?!**

1. **מאזן התוצאות האפשריות: הנזק שיגרם לצד הטועה מקיום מול הנזק שיגרם לצד שכנגד מביטול.**

**על בית המשפט להיעתר לבקשת הביטול אם ורק אם הנזק שיגרם לטועה מקיום הוא גבוה יותר.**

1. **האשם היחסי של הצדדים: אם התרשל הצד שכנגד זה שיקול לביטול ואם לא התרשל יש שיקול כנגד ביטול.**

**בפס"ד נחמני נגד גלאור למשל סבר בית המשפט כי היה על המוכר לברר במדויק את גובה המשכנתא ומשלא עשה זאת הרי שהתרשל.**

1. **חלוף הזמן: לפי סעיף 20 יש לבטל תוך זמן סביר. במקרה שלנו משום שיש צורך בבית המשפט יש ליזום את ההליך בבית המשפט תוך פרק זמן סביר והשתהות בהפעלת זכות הביטול מהוה שיקול לא לבטל את החוזה.**

**בפס"ד נחמני נגד גלאור כתוצאה מחלוף הזמן אירעו שינויים במצבים של הצדדים.**

1. **יכולת תיקון העוול ומתן פיצויים: בית המשפט יכול להטיל פיצויי על הצד הטועה. בית המשפט צריך להביא את העניין בחשבון לפני שהוא מחליט או לבטל או לא.**

**בפס"ד נחמני נגד גלאור השופט סבר כי אם יש לבטל הרי שיש לפסוק לצד השני פיצויים ולכן הביטול לא באמת ישתלם לנחמני והוא לא מבטל את החוזה.**

**\* במקרים 2,3,4 אם הצד שכנגד מוכן לתקן הרי שאין סיבה לבטל את החוזה.**

**בפס"ד שלזינגר השופט אדמונד לוי הציע כי יש לחייב את משפחת המנוח בסכום הפוליסה עד הפטירה וכנגד הפוליסה תהיה תקפה (לתקן בעצם את הטעות).**

**\*ניתן לחייב את הצד שכנגד גם בתשלום פיצויים מכוח סעיף 12(ב) חוסר תום לב במשא ומתן בנוסף על ביטול החוזה.**

**בפס"ד בית החשמונאים נגד אהרוני בית המשפט העניק לצד הטועה פיצויים.**

**סעיף 16 – טעות סופר**

**טעות שהינה רישום מוטעה במסמך משפטי מחייב, המשפיעה על מהות המסמך.**

**טעות סופר אינה מהווה עילה לביטול החוזה. במקרים של טעות סופר על בית המשפט לאתר את רצונם האמיתי של הצדדים ולהחיותו.**

**סעיף 17 – כפייה**

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

**מרכיבי העילה=>**

1. **קיום חוזה**
2. **קיומה של כפיה שכפה הצד השני או אחר מטעמו**
3. **קשר סובייקטיבי בין הכפיה לבין ההתקשרות**
4. **תפקידו של הצד שכנגד**

**פירוט מרכיבי העילה =>**

**1. קיום חוזה.**

**2. קיום כפיה –**

1. **איום או פגיעה בגופו של אדם או ברכושו (הצעה שלא ניתן לסרב לה).**
2. **איום בתלונה למשטרה שתוביל לפתיחת הליכים פלילים.**

**ע"א ישראל שפיר נגד אפל**

**שפיר הוא בעל מכלית המעביר חלק ממושבו של אפל המשווק חלב. שפיר חושד כי אפל מועל (מזייף ברישום) והוא מגיע לביתו של אפל עם עורך דינו ומאיים עליו בתביעה במשטרה תוך שהוא מפרט לו על התחלואות שיעבור בתחנת המשטרה. הוא מוציא מאפל התחייבות על פיצוי.**

**יום למחרת שני ילדיו מבקשים לבטל את החוזה עי ידי הוכחת חפותו של האב אך הם יוצאים עם הסכם בו על האב לשלם פי שניים מהסכום של ההתחייבות תוך שה סבורים כי זה הסכום המקורי שסוכם בניהם.**

**כבוד השופטת שטרסברג-כהן אומרת כי איום בתביעה בהליכים פלילים עולה כדי כפייה. נושא הפתיחה בהליכים פלילים אינו נתון להסדרה פרטית ולא ניתן להשתמש בו כמנוף במשא ומתן חוזי. הזכרת ההליכים הפלילים נעשתה בחוסר תום לב והיא אף נודעת בעניין הסחיטה.**

**הכפייה אינה חייבת להיות הגורם הבלעדי שהביא להחלטה להתקשר בחוזה. יותר מזה, הוא לא חייב להיות הגורם המכריע, מספיק שיהיה אחד הגורמים שבגללו הצד הנכפה החליט להתקשר בחוזה, כאשר הקשר הסיבתי הוא סובייקטיבי.**

**מבחן הגולגולת הדקה אומר כי אם "נפלנו" על אדם רגיש במיוחד, כמו במקרה זה המדובר בניצול שואה, די ברגישותו כדי להקים לו עילת תביעה ולא מתייחסים לרגישותו של האדם הסביר.**

1. **לחץ כלכלי**

**בהתחלה לחץ כלכלי לא הוכר ככפיה אך בחלוף השנים גישה זו השתנתה.**

**ע"א רחמים נגד אקספומדיה**

**שתי חברות אשר התחברו על מנת להפעיל יריד. היריד נכשל.**

**חלוקת הרווחים בניהם הייתה כי 50,000 הדולר הראשונים יגיעו לחברת רחמים ואילו שאר הכסף יחולק בין החברות 25% לרחמים ו75% לאקספומדיה.**

**ביום השלישי ליריד כאשר שמו לב שהיריד נכשל שלח מנהל של חברת רחמים מכתב לחברת אקספומדיה לפיו הסכום הראשוני שהוציאה על סך 50,000 הדולרים היו צריכים להיות מוחזרים על ידי אקספומדיה בתחילת היריד ואם לא יושלמו עד סוף היום יסגר היריד. לאחר משא ומתן סוכם בין הצדדים כי אקספומדיה תשלם 40,000 דולר כדי שהיריד לא יסגר ואת שאר ה10,000 דולר במידה ויהיו רווחים.**

**אקפסומדיה לא עומדת בהתחייבותה ורחמים פונה לבית המשפט המחוזי אשר דוחה את התביעה בשל העובדה שבהסכם המקורי נקבע כי ההוצאות שהוציאה חברת רחמים ישולמו לה מהרווחים. מכאן שמראש לא היה חובה על אקספומדיה לשלם את הכסף וההסכם שנחתם אינו תקף מכוח עילת הכפייה שבאיום לסגור את היריד. רחמים מערער לעליון.**

**השופט מלץ קובע כי גם לחץ כלכלי עסקי יכול להוות כפיה אך ישנם שני אלמנטים אשר צריכים להתקיים – איום מפתיע ונזק חמור ביותר ובלתי הפיך.**

**במקרה זה גם העיתוי הוא עילה לביטול שכן לא היה לאקספומדיה את הזמן לפנות לבית המשפט שיעזור לה.**

**ע"א מאיה נגד פנפורד**

**למאיה חברת יהלומים והוא קנה מהמשיבות, כל אחת בנפרד, יהלומים בסכום כולל של 1.5 מליון ומשלם להם בצ'קים דחויים. מאיה מסתבך בצרות כלכליות ויום לפני מועד פרעון הצ'קים הוא בורח מהארץ.**

**מאיה שולח נציג לכל אחד מהיהלומנים עם הסכם ויתור לפיו יקבל כל אחד חבילת יהלומם המכסה חלק מהסכום שהוא חייב להם ובתמורה הם יוותרו על שאר הכסף שהוא חייב להם. היהלומנים מסכימים אך עם שובו של מאיה לארץ הם טוענים כי ישנה כפייה מצד מאיה ודורשים ביטול של כתב הוויתור.**

**נשאלת השאלה – האם עומדת להם עילת ביטול לפי עוולת כפייה?!**

**חשין => טוען שישנה כפיה כלכלית מצד מאיה. הוא אומר כי במקרה זה ישנו לחץ כלכלי אשר נוגד חיי מסחר תקינים. הוא מגדיר את הלחץ הכלכלי לא ראוי ובלתי לגיטימי. לחץ זה אינו מספיק לדעתו ויש צורך להראות את האיכות והועצמה של הלחץ ברמה שהם משאירים את הצד השני בחוסר ברירה עסקית. במקרה זה ישנה איכות ועוצמה גבוהה ולכן יש לבטל את החוזה.**

**\*מאיה עזב את ישראל במפתיע, מקום מגוריו לא נודע, הוא לא הודיע אם יחזור ארצה ואם כן מתי ואף החביא את היהלומים במקום מסתור שלא היה ידוע למשיבים. הפניה למשיבים באמצעות נציגו נעשתה בנפרד לכל אחד מהם שלא במקומות רגילים ובזמני עסקים מקובלים, לא הובאו בפניהם נתונים מפורטים ואמינים באשר למצב הכספי של מאיה וביחס לחובותיו והוצב בפניהם אולטימטום להסכים או לא לקבל כלום.**

**שמגר=> סבור שלא הייתה כפייה כלכלית אך ניתן לבטל את החוזה בשל העובדה שהוא מנוגד לתקנת הציבור לפי ס' 30.**

**גולדברג=> סבור שאין במקרה זה תקיפה וכי הטעות הינה לכל היותר טעות בכדאיות העסקה בלבד. הוא טוען כי היהלומנים חתמו על הסכמי הוויתור מתוך הסכמה ברורה לבטלם. הוא פוסק כי אין לבטל את החוזה.**

**הבעיה בדעת הרוב היא: יש לנו כשלון עסקי, צד שנקלע למשבר עסקי. במצב כזה ניתן לתבוע את מאיה אך פרקטית יהיה מאוד קשה ליהלומנים להוציא כסף ממאיה. לפי פסיקת הרוב הסכמי פשרה מהסוג שהוצע על ידי מאיה יעלמו מן המפה. האם כדאי לשלול אופציה כזו של הסכמי פשרה כאלו?! הרי אם יכריז מאיה על פשיטת רגל היהלומנים לא יקבלו יותר מ10% ואילו במקרה שלנו הוא הציע להם 30%-70%. לפנפורד היה זמן והם בחרו לא לפנות לבית המשפט אלא לקבל את ההצעה בעקבות פס"ד זה לא יוצאו עוד הצעות מהסוג שמאיה הציע. האם זה רעיון טוב?! דעת המרצה היא כי זה לא רעיון טוב משום שעדיף במקרים אלו לשני הצדדים לסגור על 50%.**

יום ראשון 16.12.12

**ע"א ש.א.פ נגד בנק לאומי לישראל**

**ש.א.פ היא חברה קבלנית לבניין המנהלת חשבון בבנק לאומי. החברה נקלעת לקשיים כלכלים ומבקשת מימון מהבנק. הבנק מתנה מתן אשראי בקבלת בטוחות ממנהלי החברה. חשוב לציין שהחברה ובעליה אינם נחשבים אותו הדבר. בנוסף דורש הבנק כתב וייתור בו מתחייבים המנהלים לא לפנות לערכאות. החברה יוצאת מהקשיים וכעבור שנים החברה מבקשת לקזז את ההפסדים שנגרמו לה מפתיחת החסכונות של הבעלים ולבטל את כתב הוויתור. החברה טוענת כי כתב הוויתור נחתם בגלל כפיה כלכלית מצד הבנק. המחוזי מקבל את הטענה של הכפיה הכלכלית אך אומר כי חלה התיישנות על עשרים ושמונה תוכניות מתוך שתיים.**

**שני הצדדים מערערים לעליון כאשר השופט מצא אומר כי היו לש.א.פ אלטרנטיבות ולכן לא ניתן לראות במעשי הבנק ככפייה כלכלית או כהתניית שירות בשירות. מצא מסביר שהמבחן לכפייה כלכלית הוא מחמיר וקפדני ונוגע לעוצמה ולאיכות והעניין מתיישב עם ההבנה המודרנית כי "דיני החוזים עוסקים במערכות יחסים נרחבות ומורכבות של אינטראקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות שרבות מהן אינן מבוססות על חופש הבחירה החוזי במשמעותו הקלאסית" חברת ש.א.פ פנתה לבנק כשגבה אל הקיר, היא בקשה אשראי מועדף אך הייתה לווה בסיכון גבוה מאוד בשלב זה. הבנק נעתר לבקשה אך בתנאים מחמירים המשקפים את הסיכון שנוטל על עצמו מלווה המעניק אשראי לחברה כמו ש.א.פ. מצא מסביר כי נכון שמנקודת המבט של הלווה הייתה הכבדת יתר אך זוהי מערכת עיסקית והדרישות שהוצבו על ידי הבנק הן לגיטימיות ושיקפו נוהגים עיסקיים מקובלים.**

**בית המשפט במקרה זה הכיר בעצם בוויתור בפניה לערכאות, בטענה שעניין זה חריג.**

**עניין חשוב נוסף בפס"ד זה הוא העובדה שמצא בודק האם תנאי החוזה הם גרועים מהמקובל דבר שאנחנו בודקים כיום רק כאשר אנחנו בודקים את עילת העושק.**

**דעת המרצה היא – אילו היינו מרחיבים את עניין הכפייה הכלכלית גם למצבים שכאלו הנפגעים ביו הראש ובראשונה חברות במצב דומה למצבה של ש.א.פ משום שאף לווה לא ירצה לקחת את הסיכון במתן אשראי לחברה שלא בטוח תצא מהקשיים. המרצה טוען כי אולי נכון היה להסתכל על הפרספקטיבה של כפייה כלכלית דרך העושק ולא דרך הכפייה משום שדוקטרינת העושק נותן לנו כלים יותר טוב ומדוייקים להתמודד עם הסוגיות שעולו בכפייה כלכלית ולכן אין תימה שבית המשפט יבא את המקובל בעושק לניתוח הכפייה הכלכלית.**

***תפקידו של הצד שני***

**על הכפיה לבוא מהצד השני או ממישהו מטעמו (שלוח של הצד השני למשל). השאלה היא מה קורה כאשר הצד השני יודע על הכפייה אך לא מפעיל אותה?!**

**ע"א דיור לעולה נגד שושנה קרן ואח'**

**חוזה בין דירים לחברה בנוגע לשיפוץ בניין. במקרה זה כל דירי הבניין הסכימו לפרויקט השיקום פרט לדייר אחד שהחזיק בשתי דירות ודרש ארבע דירות בבניין המחודש. יתר דיירי הבניין החלו למרר את חיי הסרבנים והפעילו עליהם לחץ ולבסוף הסרבנים הסכימו לחתום על הסכם לפיו יקבלו שלוש דירות. החברה הסכימה והם חתמו על חוזה. אח"כ התחרטו הסרבנית וטענו שחתמו מחמת כפייה. בית המשפט המחוזי קיבל את טענת הכפייה. בית המשפט העליון משאיר בצריך עיון את השאלה האם כפיה שמקורה באחר שאינו הצד השני לחוזה מקימה עילת ביטול. הוא מחליט כי לא הייתה במקרה זה כפייה. בית המשפט אומר כי היו שני סבבים של איומים ולחצים – כאשר בשלב הראשון לפני שהדיירים העקשנים הסכימו לחתום על ההסכם לפיו יקבלו שלוש דירות היו סך הכל איומים רכים ואילו האיומים הקשים באו רק לאחר החזרה מההסכם, כלומר אחרי שניסו לחזור בהם מהסכמתם לקבל שלוש דירות ולכן אין קשר סיבתי בין האיומים הקשים לבין הכניסה לחוזה. על עניין האיומים הרכים, הקלים אומר בית המשפט כי לא היה מספיק בכך משום שבאיזשהו שלב כאשר נשאלו הסרבנים מדוע לא פנו למשטרה הם השיבו שהם לא פחדו ומכיוון שכך סבר בית המשפט כי לא היה קשר סיבתי בין האיומים הקלים לבין החתימה על החוזה.**

**קש"ס- קשר סיבתי בין האין / לחץ לבין הכניסה לחוזה כאשר הקש"ס הוא סובייקטיבי. חשוב לציין כי לא נדרש שהאיום או הלחץ יהו גורם בלעדי או אפילו מכריע, די בכך שהשפיע.**

**בפס"ד זה בית המשפט מתמודד עם מה שמכונה "בעיית הסחטן" יש לנו צד שמבקש תנאים מועדפים ובכך גורם להרעה במצב שאר בעלי הזכויות. בסופו של דבר בית המשפט מסתמך על עניין אוביקטיבי ומה הוגן בעסקאות שכאלו והוא מתחשב בסיטואציה של כלל הדיירים שמושפעים מהחלטה של הסרבנים.**

**החלק השני של הכפייה, סעיף 17(ב), אומר כי "האזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לעניין זה".**

**באליט נגד אלקו נקבע כי אזהרה בתום לב על כוונה למשש ערבויות אינה כפיה.**

**בשפיר נגדל אפל נקבע כי איום על כוונה לנקוט בהליכים פלילים מהווה כפייה, כלומר אינו נופל במסגרת חריג 17(ב).**

**חשוב לציין כי במידה ומתקיימים היסודות ביטול צריך על ידי הודעה למתקשר השני תוך זמן סביר (סעיף 20) כאשר מרוץ הזמן מתחיל מהרגע בו נסתיימה או פסקה הכפייה.**

**סעיף 18 – עושק**

**מרכיבי העילה=>**

1. **קיום חוזה**
2. **מצב העשוק: מתקשר ששרוי במצוקה שנובעת מחולשה שכלית, חולשה גופנית או חוסר ניסיון.**
3. **התנהגות העושק: ניצול המצוקה**
4. **קשר סיבתי בין העושק לבין כריתת החוזה.**
5. **תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל.**

**פירוט מרכיבי העילה=>**

**ע"א סאסי נגד קיקאון**

**הזוג סאסי מתגוררים בדירה קטנה יחסית במרכז נתניה. הגברת קיקאון היא אישה צעירה המתגוררת בבית דו משפחתי צמוד קרקע בפאתי העיר שערכו עולה בהרבה מדירתם של בני הזוג סאסי.**

**בין הצדדים נעשה חוזה החלפת נכסים אך לאחר מכן קיקאון מבקשת ביטול מחמת עושק. במקרה שלנו סאסי לא הכניסו את קיקאון למצב של מצוקה אלא ניצלו הזדמנות עסקית שלטענת קיקאון קרתה בשל מצבה הנפשי שאותו ניצלו הזוג סאסי. המחוזי מקבל את עילת הביטול. בעליון מנתח השופט טירקל את מרכיבי העילה: \*בנוגע למצבו של העשוק טירקל אומר כי מצבו צריך להיות חמור ומתמשך ואין די בקושי ארעי וחולף. לנדוי לא מסכים איתו ואומר כי לא חייב להתקיים מצב חמור ומתמשך על מנת שנכיר בביטול לפי עילת העושק.**

**\*לגבי מצבו של העושק טירקל אומר כי צריכה להיות ידיעה או עצימת עיניים רשלנית, כלומר שהצד בשני יודע או היה עליו לדעת שישנה מצוקה לצד השני אך הוא מעדיך להסב את מבטו לכיוון אחר ולהתעלם מכך.**

**\*בנוגע לקשר הסיבתי אומר טירקל כי ישנו קשר סיבתי סוייבקטיבי.**

**\*בעניין תנאי החוזה אומר טירקל כי ישנו העדר איזון בין הערכים המוחלפים היוצרים תנאי גרועים ובלתי סבירים. טירקל אומר כי ככול שיחס ההמרה גרוע יותר תגבר נטיית בית המשפט להכיר בעושק. בית המשפט העליון קובע כי עילת הביטול של עושק מתקיימת.**

1. **קיום החוזה – אם אין לנו חוזה אין בעצם מה לבטל ולכן זה הכרחי שיהיה לנו חוזה.**
2. **מצב העשוק – נעימה קיקאון הייתה בעלת חוסר ניסיון וסבלה מדכאונות. הייתה קלה לשכנוע.**

**בפס"ד גנז נגד כץ מדובר ברווק חרדי בשנות החמישים לחיו שהסכים לשלם סכום עתק עבור שירות שידוך. בית המשפט סבר כי לא הוכח שבעת הכריתה היה המערער שרוי במצוקה. אכן מצבו היה לא קל בהיותו רווק לא צעיר חבר העדה החרדית ואין ספק שחש לחץ פסיכולוגי להינשא אולם על פי הראיות לא ניתן לומר כי הגיע למצב של חומרה ושקיעה של ממש.**

1. **התנהגות העושק – אין דרישה שהצד השני יצור את המצוקה. אנחנו לא מאשמים את הצד השני ביצירת המצב אלא רק ניצול המצב בנוצר.**
2. **קשר סיבתי בין העושק לבין כריתת החוזה - אין צורך שהמצוקה תהווה את הסיבה הבלעדית או אפילו המכרעת להתקשרות.**
3. **תנאי החוזה צריכים להיות גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל - חידוש. בית המשפט נדרש לבחינה מהותית של החוזה עצמו. בשאר העילות שדנו בהם עד כה לא הייתה השאלה המהותית הזו והסתכלנו על הליך ההתקשרות ולא על המהות. לא בדקנו את תנאי החוזה ובוודאי לא שבצורה הזו. בית המשפט מתחייב לבדוק את הגינות תנאי חוזה כאשר אמת הביקורת היא ביחס למקובל. הפער הנדרש הוא שעל תנאי החוזה להיות גרועים במיוחד. אנחנו בעצם מנסים לזהות מהו מקובל ומהי מידת הגריעות שיש בחוזה הספציפי הזה.**

**ע"א איליט נגד אלקו**

**הסכם בין חברת טכנולוגיה לבין חברת בניה לגבי חוזה בניה. איליט התחייבה להקים עבור אלקו מבנה תעשייתי. חברת אלקו דורשת ערבויות מחברת איליט למקרה של איחור בביצוע. הבנייה לא מתסיימת במועד ואז אלקו מבקשת לממש את הערבויות ואיליט מתחננת שלא יממשו ומבקשת לחתום הסכם חדש. לאחר מכן שוב איליט נכשלת והיא מנסה לתקוף את ההסכם המאוחר בטענות של עושק וכפייה.**

**השאלה המרכזית היא האם תנאי ההסכם המאוחר היו גרועים מן המקובל?!**

**שמגר אומר כמה דברים מאוד מעניינים – ראשית הוא אומר כי על הצד הטוען לעושק מוטל הנטל להוכיח מהו המקובל. לטענתו במקרה זה מדובר בהסכם ייחודי ואין במקרה זה מדד או קנה מידה מקובל. במקרים שכאלו ילך בית המשפט לפי הראוי כפי שהוא מבין זאת. שמגר אומר כי לא הובאה כל ראיה המוכיחה כי תנאי החוזה היו גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל או הראוי.**

**יש לנו בעצם שלושה תרחישים אפשריים בהם דן פסק הדין:**

1. **המקובל ידוע והגון: יש להשוות את תנאיה חוזה למקובל ואם הם גרועים במידה בלתי סבירה לאפשר ביטול.**
2. **המקובל אינו ידוע: במצב זה בית המשפט יחיל את אמות הצדק וההגינות שלו.**
3. **המקובל ידוע אך אינו הגון (מנהג סדום, הלוואות בשוק השחור / האפור): בית המשפט מתייחס לאפשרות הזאת באוביטר. שמגר סבור כי במצב כזה אין להתערב והחל הוא המקובל ואילו ברק משאיר את השאלה בצריך עיון.**

**\*דעתו של המרצה הוא כי על בית המשפט להתערב במצב שכזה והוא סבור כי בית המשפט יעשה זאת בד"כ והוא צופה כי בית המשפט יתייחס עם הזמן למצב שכזה כמו שהוא מתייחס לסעיף12 הנוגע לתום לב.**

**היחס בין סעיף 18, עושק, לבין החובה לנהוג בתום לב במו"מ**

**ע"א גנז נגד כץ**

**בחור רווק חרדי בשנות ה50 לחייו חותם על הסכם מול שדכן לפיו ישלם לו 100,000 דולר על שדכנות ואם יצטרך עזרה ישלם לו 200,000 דולר.**

**כץ מצליח במשימה אך גנז משלם לו רק 20,000 דולר. כץ תובע אותו בגים הפרת חוזה ואילו גנץ טוען כי בין השאר ישנה עילת ביטול מחמת עושק.**

**קדמי => אומר כי לא מתקיימת עילת העושק. גנז אומנם היה נתוך ללחץ פסיכולוגי בהיותו רווק בשנות ה50 בן העדה החרדית אך אין כאן מצב של חומרה ושקיעה של עושק. קדמי אומר כי ישנו חוסר תום לב במשא ומתן וכי כץ נהג בגנז מנהג זאבים ואין ספק כי מצבו של גנז לא היה קל וכץ ניצל את המצב כדי לגבות ממנו דמי שידוך מופקעים תוך חוסר תום לב במשא ומתן. השופט קדמי מציע כי גנז ישלם לכץ דמי שידוך ראויים בסך 45,000 דולר.**

**לוין => טוען כי אין עושק וכי טענת חוסר תום הלב לא נטענה בערעור ולכן אין להתייחס אליה.**

**זמיר=> מסכים שאין עושק. לעניין תום הלב מסכים עם לוין כי הטענה לא נטענה וגם לו הייתה נטענת לא הייתה מתקבלת שכן מהותית אין להרחיב יתר על המידה את עילת תום הלב אחרת תתייתר עילת העושק ובנוסף ישנם מומחים רבים נוהגים לגבות עמלה על מומחיותם ואל לו לבית המשפט להתערב.**

**דעת המרצה היא כי זה היה אחרת אם לא היה מדובר באדם בעל ידע ולא היה מדובר ב"שוק יוקרה" השאלה היא אם נשאיר שוקים שכאלו לא מפוקחים או שבית המשפט צריך להיכנס ולעשות רגולציה. אנחנו מדברים על העדפות של קבוצת "מרוויחי העל" והאם להתערב. הבסיס להתערבות במקרה זה הוא יותר חלש אך ניתן לטעון כי גם אם תהיה תערבות זה לא יהיה סוף העולם. הבעיה היא שקשה מאוד לבית המשפט לעשות רגולציה של מחירים.**

יום רביעי 26.12.12

**סעיף 30 – חוזה פסול**

**סעיף 30 לחוק החוזים קובע כי** "חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.**"**

**לכאורה יש לנו מצב פשוט אך אז מגיע אלינו סעיף 31:**

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

**סעיף 31 מתחיל בהוראות ההשבה שמכוח הבטלות לפי סעיפים 19 ו21 לחוק. הסעיף ממשיך וקובע כי רשאי בית המשפט, בתנאים שראה לנכון, לפתור צד מהחובה להשבה או אם צד אחד ביצע את החיוב החוזי המוטל עליו, לחייב את הצד השני לבצע את חיובו הוא.**

**איך זה שחוזה מוכר כבטל לפי סעיף 30 אך לבית המשפט יש כוח להורות על קיום החוזה?! יש כאן לכאורה מתח מסויים בין הסעיפים כאשר חשוב להבין כי התוצאה הפרקטית היא שכיום תחת הדין הקיים גם חוזים פסולים באים בשעריו של בית המשפט ובנסיבות המתאימות בית המשפט יכול להורות על אכיפתם חרף פסלותם.**

**הגישה ההיסטורית הייתה כי בית המשפט ניער חוצנו מחוזים פסולים כלומר ברגע שהוא זיהה אי חוקיות בחוזה הוא סירב לדון בו ומשך את ידיו לחלוטין מן העניין. הגישה ההיסטורית אופיינה בשני מאפיינים – ראשית הרתעה, כי תחת הדין הישן נשלח מסר חזק כי אם פעלו באופן לא חוקי שלא יצפו לאכיפה כי מערכת המשפט לא תתעניין אפילו בטענות הצדדים. הרעיון היה למנוע מצדדים מלהתקשר בעסקאות לא חוקיות מלכתחילה. המאפיין השני היה מאפיין אקספרסיבי שמערכת המשפט לא נוגעת בדברים שאינם חוקיים והם מבודדים ומפרידים בין העולם החוקי לעולם הלא חוקי.**

**על אף שני אפיונם אלה היו בעיות בגישה המסורתית -**

1. **התוצאות הקניניות של חוזים פסולים נותרו בעיינן. כלומר אף א' וב' כרתו חוזה בלתי חוקי הנוגע למכירה של רכוש גנוב. א' מכר לבית רכוש גנוב וב' לא העביר לו את הכסף, הייתה העברה קניינית ולא' אין דרך לקבל את הכסף / הסחורה בחזרה.**
2. **לעיתים קרובות מידת האשם של הצדדים לא הייתה זהה וכך נוצרו מצבים בהם החוטא הגדול יותר יצא נשכר.**
3. **בגלל התוצאה הקיצונית בתי המשפט ביכרו פעמים רבות להתעלם מאי החוקיות.**

**על פי הדין החדש ישנה סוג של גריעה בהתרעה והמוסר האקספרסיבי נחלש אך יותר קל להילחם בבעיות שנוצרו. האם העובדה שנוצרו בעיות מצדיקה את הפגיעה בהרתעה?! התשובה היא חיובית שכן ההרתעה יכולה לבוא ממקומות אחרים: העבריין יכול לאבד את כספו ואת חרותו כך שענין ההרתעה לא עד כדי כך מרכזי, מה גם שאם אנחנו סבורים כי איבדנו את מרכיב ההרתעה מכוח דיני החוזים אפשר לפצות על כך בהחמרה בסנקציה הפלילית. יכול להיות שדווקא בשל העובדה שבית המשפט פתח את שעריו יש תמריץ לצדדים לדווח על עבירה מסויימת שלא הייתה מדווחת לולא כן.**

**מרכיבי העילה=>**

1. **קיום חוזה**
2. **אי חוקיות:**
3. **כריתה בלתי חוקית-**

**ישנם חוזים המחייבים הליך כריתה מסויים, לדוגמא מרכז המחייב כריתה לפי חוק חובת מכרזים. ישנם גם מקרים של כריתה בלתי חוקית כאשר נדרשת הסכמה של גוף מסויים שלו בלבד יש את הסמכות לכרות או לאשר את הכריתה של החוזה והגוף לא נותן את הסכמתו או שאינו שותף למשא ומתן.**

**ע"א מועצה מקומית כפר קרע נגד מגן דוד אדום**

**המועצה המקומית כפר קרע מבקשת להצטרף לשירות נט"ן של מגן דוד אדום כאשר על החוזה חתם יו"ר המועצה, אך מכוח סעיף 193 לצו המועצות המקומיות נדרשת גם חתימת הגזבר, ובמקרה זה הגזבר לא חתם.**

**13 שנים לאחר מכן מפסיקה המועצה לשלם על שירות הנט"ן ומגן דוד אדום דורשים את הכסף. המועצה נותנת כי החוזה בטל בשל כריתה לא חוקית.**

**בית המשפט העליון לא מקבל את טענות כפר קרע בעניין אי החוקיות שבחוזה.**

**כביכול לפי השיטה הנוקשה בית המשפט היה צריך למשוך את ידיו בעניין אך זו תוצאה לא רצויה ולא הוגנת שכן מד"א סיפקו את השירותים במשך שנים רבות וארוכות.**

1. **תוכן בלתי חוקי –**

**כל אימת שהחוזה עוסק בביצוע פעילות אסורה לפי החוק הפלילי (חריגה מהיתרי בניה למשל).**

**עולה השאלה מה לגבי עבירות על חוקים או תקנות רגולטוריות. למשל, אם שני צדדים חותמים על חוזה שתוכנו הזרמת שפכים לנחל הקישון. בעניין זה פרופ' שלו קובעת שהדבר תלוי בפרשנות החוק או התקנה הרלוונטית. בית המשפט ידרש לשאלה האם המחוקק הסתפק בסנקציה הקבועה בחוק הרלוונטי או שהוא התכוון להפעיל גם את סעיף 30 לדיני החוזים ולראות בחוזה מעין זה כבטל.**

1. **מטרה בלתי חוקית –**

**כאן אנו עוסקים במצב שבו החוזה על פניו נראה לגיטימי אך מסתתרת מאחוריו מטרה לא חוקית. למשל במקרה של חוזה שכירות שבו א' משכיר לב' את הדירה לצורכי מגורים אך בפועל הצדדים יודעים שב' משתמש בדירה למעבדה של סמים. במקרה זה כמובן שהמטרה היא בלתי חוקית. הקטגוריה הזו מעלה שאלה מאוד חשובה- מה קורה כאשר צד אחד יודע על המטרה הבלתי חוקית ואלו הצד השני לא יודע?! למשל, אם המשכיר חשב שהוא משכיר את הדירה לצורך מגורים בלבד. התשובה היא שנאפיין את הסיטואציה כחוזה פסול כאשר המטרה היא בלתי חוקית ואז נכנס לסעיף 31 ובמסגרתו בית המשפט יתן את הסעד לצד השני שנפגע מביטול החוזה.**

**לעיתים כשהמטרה היא בלתי חוקית יהיה לנו שילוב של סעיף 13 הדן במראית עין – הצדדים מראים משהו אחד אבל מתכוונים לחוזה אחר לגמרי.**

1. **סתירה של הכריתה / התוכן או המטרה הבלתי חוקית את תקנת הציבור-**

**היסטורית תחת המשפט האנגלי המונח תקנת הציבור התייחס לשלוש קטגוריות:**

* **חוזה עבודה=> נקבע סעיף המגביל את עיסוקו של העובד בתום יחסי העבודה. (תניות הגבת / אי תחרות) תניות מסוג זה נחשבו כנוגדות את תקנת הציבור אם נחשבו כבלתי מידתיות.**
* **פטור מאחריות לנקי גוף => כאשר צד לחוזה פוטר עצמו מפגיעות בגוף או בנפש שעלולות להגרם לצד השני.**
* **חוזים בלתי מוסריים בתחום האישות.**

**היה פחד מלהרחיב את התקנה ונתנו שלוש הצדקות לצמצום:**

1. **תקנת הציבור היא אומנם ערך חשוב אך כך גם עיקרון חופש החוזים וכל הרחבה של תקנת הציבור בעצם "נוגסת" בחופש החוזים ומצמצמת אותו.**
2. **תקנת הציבור נתפסה כמעין סוס פרא. דוקטרינה משפטית שיכולה לצאת משליטה והעולה לרכוש על סוס הפרא, אין יודעים לאן יגיע.**
3. **כמו שאמרנו בעקבות ההתייחסות המחמירה לחוזה בלתי חוקי נוצר מצב שהיה אפקט של התעלמות מחוזים בלתי חוקיים. בתי המשפט לא רצו להרחיב את עניין תקנת הציבור כי עניין זה יגרום להעלמת עין עוד יותר גדולה מאי החוקיות שבנושא כאשר יתערבו השופטים.**

**כיום תקנת הציבור התרחבה מאוד וכוללת הרבה מקרים שלא נכללו בה תחת העולם הישן והמסורתי.**

**כיום תקנת הציבור דנה גם בהגבלת פניה לערכאות וביטול סעדים משפטיים.**

**ע"א רוט נגד ישופה**

**רוט רכשו דירה מחברה הקבלנית ישופה כאשר הדירה הגיעה אליהם באיחור של חצי שנה ובמצב גרוע עד כדי שלא היה ניתן לגור בה.**

**סעיף 10 בין הצדדים קבע כי קבלת החזה בדירה על ידי הרוכשים מהווה ראיה חלוטה וסופית למילוי התחייבות המוכרת על פי החוזה ולא תהיה לה לרוכשים עוד טענות נוספות.**

**סעיף 9 בין הצדדים קבע כי מרגע שהחברה הקבלנית שלחה הודעה על נכונותה למסור את הדירה, אם לא יקבלו הרוכשים את החזקה תוך 10 ימים המוכרים לא ישאו באחריות על הנזקים שבדירה.**

**משמעות הדבר שאין דרך בה הרוכשים יוכלו לבקש סעדים על בעיות כמו הבעיות שנוצרו להם במקרה זה.**

**הרוכשים מגישים תביעה לפיצויים הן על האיחור והן על מצב הדירה ואילו המוכרת טענה כי על התביעה להידחות מטעם סעיפים 9 ו10 לצדדים. המחוזי דוחה את התביעה ומחליט לא להתערב.**

**רוט עירערו לבית המשפט העליון.**

**שמגר אומר כי ההסדר החוזי סותר את תקנת הציבור והוא מפרט שני טעמים – חומרת ההגבלה וחשיבות הדיור.**

**אלון בדעת הרוב, לא סבור כי יש מקום להפעיל את תקנת הציבור. הוא טוען כי החברה לא נהגה בתום לב ובכך הפרה את סעיף 39 לחוק החוזים שקובע שיש לעשות שימוש בזכותה הנובעת מחוזה בתום לב. יש לקחת בחשבון את ההשלכות על הצד השני כאשר משתמשים בזכות שכזו.**

**השאלה הנובעת מפס"ד זה היא האם עדיפה דעתו של השופט שמגר או דרכם של השופטים אלון ואשר?!**

**הפעלת תקנת הציבור משמעותה היא סגירת השער על תניות מהסוג הזה עד להעלמתן. לעומת זאת הפעלת סעיף 39 תוביל לכך שנטל ההדינות יהיה על הצד החלש והיא לא נותנת בהירות אמיתית שכן אין אנו יודעים אם כוח זה נעשה בתום לא או לא. דעת המרצה היא כי במקרים כאלו יש לאמץ בחירה קטגורית.**

**גם בפס"ד מאיה נגד פנפורד חשב שמגר כי יש לפעול מכוח תקנת הציבור ובמקרה זה המרצה לא מסכים כי יש להפעיל מכשיר כל כך גורף שכן יש טעם לעסקאות מסו זה ותניות מסוג זה.**

**שוויון ומניעת אפליה**

**דנג"צ רקנט נגד בית הדין לעבודה**

**מדובר בגיל הפרישה של דיילי האוויר שהינו 60 אל מול גל הפרישה של דיילי הקרקע שהינו 65. דיילי האוויר מגישים תביעה בטענה שישנה אפליה מחמת גיל. הם מפסידים בבית הדין לעבודה שאומר כי ישנו בסיס לקביעה זו בשל סביבת העבודה והכוח הפיזי לו נדרשים דיילי האוויר אל מול דיילי הקרקע. דיילי האוויר מגישים בג"צ והוא קובע כי ישנה אפלייה ומרגע פס"ד זה יש להאריך את גיל הפרישה.**

**דיילי האוויר מבקשים דיון נוסף ומכאן הדנג"צ.**

**ברק אומר כי עקרון השוויון הוא מעקרונות היסוד של השיטה הדמוקרטית ופגיעה בעקרון זה נוגד את תקנת הציבור. הוא אומר כי תקנת הציבור הוא מושג שבאמצעותו ניתן ליבא עקרונות מתחום המשפט הציבורי אל תוך המשפט הפרטי ואין לפחד מכוחו של "סוס הפרא". במקרה זה לפי ברק השוויון גובר על חופש החוזים. הסיבה לכך היא שמדובר בהסכם קיבוצי הנכרת בין ועד עובדים לבין המעביד ולא העובד חתם על סייג זה וכי אפליה מחמת גיל היא אפליה חמורה במיוחד ולכן יש לשרשה. בנוסף אל על היא חברה גדולה ולאומית וחשוב כי תנהג בשוויון. הביטול לדעתו של ברק צריך לחול גם על הדיילים שפרשו.**

**זמיר כמיעוט אומר כי תקנת הציבור היא נשק מסוכן שעלול להיות קטלני כשמדובר בחופש החוזים. יש להפעיל את תקנת הציבור רק כאשר ההסדר מקומם את האדם הסביר להבדיל מן האדם הנאור. נדרשת פגיעה גסה ברורה בתקנת הציבור. הוא קובע כי אל על הטיבה עם דיילי האוויר בדרכים אחרות ולכן הם קיבלו פיצוי אחר על עניין הפרישה המוקדמת.**

יום חמישי 27.12.12

**יש לנו מקרה מעניין של התנגדות בין שני דברים – צדק חברתי ויעילות כלכלית. מצד אחד יש לנו הסכם קיבוצי שראוי, לדעת ברק, לפחות להגנה מהסכם רגיל משום שהאינטרס של העוד מקבל פחות ביטוי בהסכם שכזה. מצד אחד אנחנו יכולים להגיד שהתאחדות יכולה להביא לשיור תנאים אך מצד שני יכול להיות נגידו עניינים.**

**השאלה העיקרית כאן היא האם הייתה אפליה?! עצם גיל הפרישה השונה לא יכול לחתום את הוויכוח על האם הייתה אפליה או לא שכן יכול להיות שישנה הצדקה לכך ושהגיל כן משפיע על העבודה של דיילי האוויר יותר מאשר שמשפיע על דיילי הקרקע. בוא נניח שהגיל כן משפיע ומוחלט להשוות את גיל הפרישה לשאר צוותי הדיילים, אם תפקודם של הזקנים לא יהיה כמו של הצעירים נטל העבודה יהיה מוטל על הצעירים, השירות שניתן יהיה פחות טוב ובעצם הביטוח כלפי אותם אנשים יעלה, מה שיכול לגרום להעלאת מחירי הכרטיסים. צריך לחשוב אם חשוב לנו לקדם את ערך השוויון גם כאשר יש לו מחיר לא קל.**

**תניות הגבלת תחרות**

**ע"ע פרומר נגד רדגארד**

**פרומר היה מנהל בכיר בחברת רדגארד כחלק מהחוזה בינו לבין החברה הוא חתם על התניה של אי תחרות שאומרת כי לא יעבוד בחברה מתחרה למשך 22 חודשים.**

**התניה נוגעת לרצון לא לחשוף סודות מסחריים "כל מידע שהוא בכל ערך מסחרי, המעניק יתרון לבעליו ואינו ידוע ברבים".**

**דרך אחת של חברה לגלות סודות מסחריים היא "לקנות" את העובדים בחברה המתחרה. פתרון אחד של חברות לעניין זה הן איסורים על גילוי או תניות אי גילוי. פתרון זה קשה יותר לאכוף כי החברה לא באמת יודעת מה העובד לשעבר מספר לחברה החדשה. הפתרון השני הוא להתנות את העובד מלעבוד בחברה מתחרה לתקופה מסויימת לאחר תום עבודתו בחברתם. הבעיה היא שהעובד, גם אם הוא לא מרוצה מעבודתו, לא יתפטר וישאר ממורמר משום שהוא יודע שהוא לא יכול לעבוד באף חברה מתחרה אחרת ובעצם לעסוק במה שהוא טוב בו, ובמה שהוא אוהב. תניות אי תחרות בולמות את ההליך של חדשות ויצירתיות, ועוצרת את השוק החופשי. נוכל להגיד כי תניה זו אף פוגעת קשות בחופש העיסוק שכן אותו אדם החתום על התניה לא יוכל לאחר מכן לעסוק במה שהוא רוצה. ישנה התנגשות בין חופש החוזים לבין התיעלות כלכלית וחופש העיסוק.**

**הכלכלנית אלן סקסוניאן השוותה בין עמק הסיליקון בקליפורניה לבין אזור היי-טק אחר. לטענתה ביהמ"ש במסצ'וסט אכפו תניות אי-תחרות ואילו ביהמ"ש בקליפורניה סירבו לאכוף תניות אלו. הדבר גרם למעבר עובדים תמידי, להפריה הדדית וליישום טוב יותר של ההון האנושי.**

**השאלה העיקרית היא מה תקופה של תנית אי התחרות ואיך מאזנים בין תניה זו לנושא תקנת הציבור?!**

**דעת הרוב של השופט אדלר אמרה כי בהיעדר נסיבות מיוחדות חופש עיסוק גובר. הסיבות לכך הן:**

1. **חופש העיסוק מעוגן בחוק יסוד.**
2. **יחסי עבודה הן בלתי שוויוניים במהותם.**
3. **חשיבות ההגשמה העצמית של עובדים.**
4. **חשיבות מעבר עובדים להתפתחות הכלכלה.**

**מתי ניתן להגביל עיסוק לפי אדלר?!**

1. **כאשר יש עניין של פטנט או זכות יוצרים.**
2. **כאשר קיים חשש לשימוש או לחשיפת סודות מסחריים שלא כדין.**
3. **המעסיק השקיע משאבים מיוחדים בהכשרת העובד ונקבעה בחוזה בניהם התחייבות למשך עבודה מינימלי מסויים.**
4. **העובד קיבל תמורה ספציפית עבור התחייבותו שלא להתחרות במעביד.**
5. **בחינת תום הלב וחובת האמון בין הצדדים מחייבת אכיפת תנית הגבלת התחרות.**

**אנחנו מסתכלים גם על ההיבט המהותי – מידת התחרות, משך הזמן של ההגבלה, היקף משרות (האם התניה מתייחסת רק לתפקיד מסויים או לכל תפקיד בתחום) ועוד.**

**הדרך הקלה ביותר של מעביד לאכוף הגבלת עיסוק היא לפי הסעיף של הכשרת עובדים שכן הוא בקלות יכול להגיד שהכשיר את העובד בצורה מיוחדת ובעזרת משאבים מיוחדים.**

**במקרה שלנו אומר אדלר כי פרומר יכול לעבוד שכן לא הוכח כי קיום של אחד מהסעיפים המאפשר את התנית עיסוקו. הבעיה הייתה שעד הגיעו לפסק הדין פרומר כבר נאלץ לעזוב את הארץ משום שהחברה המתחרה, צ'ק פוינט, סירבה לחכות כל כך הרבה זמן והוא לא מצא עבודה אחרת. מה שנוצר ממצב זה ז העובדה שבתי משפט הפחיתו בנתינת צווי מניעה זמניים שכאלו.**

**בוררות על ידי גורמים הפועלים בשולי הדין**

**ע"א חיימוב נגד חמיד**

**חמיד הוא חלפן כספים מעזה המגיע לתל אביב כאשר יש לו 50,000 דולר. הוא חושש שהמשטרה בעקבותיו והוא מחביא את הכסף בחנותו של חיימוב. כשהוא חוזר לקחת את הכסף חיימוב אומר לו כי סבלים לקחו את הכסף וחמיד דורש את הכסף שלו בחזרה.**

**בסכסוך מתערבים אחרים אשר מסמכים כי חיימוב ישלם לחמיד 40,000 דולר. חיימוב משלם לו 1/6 מהסכום וחמיד מגיע ימים רבים לגבות את הסכום בדרכים שונות ומצליח להוציא ממנו 25,000 דולר. בשלב זה חיימוב פונה למשטרה וחמיד נעצר ומודה באישומים הפליליים שכנגדו.**

**חיימוב פונה לבית המשפט בבקשה שיכפה על חמיד להחזיר לו את הכסף ואילו חמיד פונה לבית המשפט על מנת שיכפה על חיימוב לשלם לו את שאר הסכום.**

**בית המשפט המחוזי קבע כנגד חיימוב והוא פנה לעליון.**

**חיימוב טען כי עסקת הבוררות נכפתה עליו, שמגר מסכים שהייתה פה כפיה אך בשל העובדה שעבר הרבה זמן מאז שחמיד נעצר, ושם בעצם הופסקה הכפייה, עד שחיימוב הגיש את התביעה החוזית.**

**שמגר אומר כי המושג תקנת הציבור "משקף את אושיות היסוד של הסדר החברתי. מעצם הווייתה תקנת הציבור היא מושג גמיש המשתנה משיטת משפט אחת לרעותה, על פי המקום והזמן…. הדעת איננה סובלת שבית המשפט יהפוך לאמצעי לאכיפת הסולחות הפנימיות של ספסרי מטבע זר הפועלים מחוץ לחוק…" לדעתו הספסרים ניסו להסתיר את המחלוקת מבית המשפט וכעת הם מבקשים לאכוף החלטה של פוסקים מפוקפקים. פסק הבוררות נוגד לדעת שמגר את תקנת הציבור ולכן הוא מבוטל. משכך חלה חובת ההשבה לפי סעיף 31 ועל חמיד להשיב לחיימוב 25,000 דולר.**

**סעיף 31**

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

**סעיף זה מעניק לבית המשפט סמכות רחבה לנקוט בפועלות הנחוצות לצורך עשית צדק בין הצדדים.**

**מהם השיקולים לעניין סעיף זה?!**

1. **מהות אי החוקיות (אי חוקיות קלה לעומת עי חוקיות חמורה)**
2. **היקף אי החוקיות (האם אי החוקיות נוגעת רק בהסדר חוזי מסויים או שמא היא פושה בכל)**
3. **אפשרות ההכשרה בדיעבד (למשל ע"י קבלת היתר בדיעבד)**
4. **מידת האשם היחסי של הצדדים**
5. **השפעות אפשריות על צדדים שלישיים תמי לב**
6. **תום ליבו של הצד המבקש להעלות את טענת אי החוקיות כדי להשתחרר מהחוזה.**

**ע"א מועצה מקומית כפר קרע נגד מגן דוד אדם**

**כמו שלמדנו מדובר בעסקה לשירותי נט"ן שעליה לא חתם הגזבר כמו שמורה החוק ואחר 13 שנים של שירות המועצה הפסיקה לשלם עבור השירות בטענה שההסכם לא מחייב אותה משום שאינו חוקי כי לא חתם עליו הגזבר.**

**בית משפט השלום קבע כי החוזה אינו יכול להיות מקור נורמטיבי לחיוב המועצה בשל הוראת ס' 193 והעדר חתימת הגזבר. מד"א מערערת לבית המשפט המחוזי שמקבל את הערעור של מד"א והמועצה מערערת לבית המשפט העליון.**

**השופט דנציגר מפנה אותנו לסעיף 31 ואומר כי צדק המחוזי בדרך שבה הפעיל את הסעיף. מד"א עמדה בהתחייבותה ולכן צודק היה לחייב את המועצה בתשלום עבור השירות, כלומר בביצוע החיוב החוזי שלה, כפי שמאפשר סעיף 31 לחוק החוזים.**

**דעת המרצה היא שישנו מקור אפשרי נוסף בדין לחיוב המועצה בתשלום, מכוח סעיף 12. עצם העלאת הטענה בדבר אי חוקיות גוע בחוסר תום לב משום שהמועצה הייתה מודעת לאי חתימת הגזבר ואף על פי כן קיבלה את השירות ואז סירבה לשלם עליו.**

**אספקט מעניין של פסק הדין הוא הפעלת סעיף 39. לדעת המרצה זה בעייתי משום שסעיף זה מניח שהיה חוזה.**

**ע"א שילה נגד בארי**

**מדובר בעסקת קומבינציה בין המערערת לקבלן הנגוע באי חוקיות בעניין חריגות הבנייה של הבניין שבנה הקבלן במגרש המערערים. במקביל התקשר הקבלן בחוזה עם הקונים לרכישת דירות באותו הבניין. בשלב מסויים נהיה סכסוך בין הקבלן למערערים והמערערים רצו לבטל את עסקת הקומבינציה וכתוצאה מכך גם את העסקה מול הקונים. טענת המערערים הייתה כי בשל חריגות הבנייה החוזה בטל בשל אי חוקיותו. בית המשפט המחוזי סבר שיש לאכוף את החוזה משום אינטרס ההסתמכות של הקונים. מוגש עירעור לעליון כאשר השאלה המשפטית היא - כיצד מאזנים את אי החוקיות כנגד אינטרסים של צדדים שלישיים תמי לב?!**

**השופט אור אומר כי בשל העובדה שהקונים לא ידעו על אי החוקיות שאפפה את החוזה בין המערערים לבין הקבלן, אי אכיפת החוזה בין בעלי הקרקע לקבלן תביא למצב בו חוטאים יצאו נשכרים ואילו תמי הלב יפגעו.**

**במקרה זה ישנה אף בעיה לעניין ההשבה, בשל העובדה שהקונים כבר התגוררו בדירה זמן רב. לכן אין בהשבה בלבד כדי לפצות אותם על הנזק שיגרם להם מביטול החוזה. השופט אור אומר כי ניתן להכשיר את חריגות הבנייה בדיעבד וזהו שיקול נוסף בעד צו לאכיפה.**

**סעיף 19 – ביטול חלקי**

**ישנם שלושה תנאים מצטברים על מנת שיהיה אפשר לבטל חלק מהחוזה:**

1. **חוזה ניתן להפרדה לחלקים**
2. **עילת הפסלות נוגעת לחלק מסויים בלבד ולא לחלקים אחרים**
3. **ביטול החלק הנגוע בלבד לא יצור חוזה שונה מהותית מן החוזה המקורי עליו הסכימו הצדדים.**

**ע"א סולימני נגד כץ**

**כץ היא חברה קבלנית. המערערים חותמים על הסכם עם החברה לרכישת דירת גג בבניין שעומד להיבנות. הוסכם בנספח לחוזה כי המשיבה תקים עבור המערערים בריכת שחייה בחלק מהמרתף בין אם יהיה היתר לבין אם לאו. משהתעכב היתר הבנייה והמשיבה לא בנתה את בריכת השחייה המערערים מבקשים לבטל את כל החוזה.**

**השאלה המשפטית היא האם ניתן לבטל רק את סעיף 7 לנספח שעניינו בניית הבריכה ולהשאיר את יתר החוזה על כנו?!**

**השופט אור אומר כי כל התנאים לביטול החוזה מתקיימים ואפשר לבטל רק את הסעיף הספציפי הזה. לדעת אור יש הפרדה בתמורה בין הסכום שישולם לדירה לבין הסכום שישולם לבריכה, עילת הפסלות נוגעת רק לסעיף 7 הנוגע לעניין הבריכה ואין פסלות בשאר סעיפי החוזה ואילו התנאי השלישי מתקיים בשל העובדה שיש הגיון גם ברכישת דירת הגג ללא הבריכה.**

**דעת המרצה היא כי ישנה בעיתיות בקיום החלק השלישי משום שאנחנו רואים כי הבריכה מאוד חשובה לזוג סולימני וגם אם רוב האנשים לא יקחו את זה כדבר משמעותי זה שילוב שחשוב בעיני הזוג ויש להתחשב בזה.**

יום ראשון 30.12.12

**חוזים אחידים**

**רוב החוזים הם חוזים אחידים בהם ישנו העדר מו"מ. ישנו צד אחד שהוא הספק, שמנסח את נוסח החוזה האחיד והצד השני הינו הלקוח שמבקש לקבלו.**

**העילה המרכזית בחוזה מסוג שכזה היא עילת הקיפוח המאפשרת לשנות או לבטל תניות בחוזים אחידים.**

**מדוע אם כך אנחנו מאפשרים חוזים אחידים?!**

1. **קודם כל מדובר בחיסכון בעלויות משא ומתן שכן לא בכל פעם שנרצה לעלות לאוטובוס או לקנות ממתק נשב ונדון עם הנהג או עם המוכר לגבי המחיר – שום דבר לא יתקדם.**
2. **חסכון בהכשרת עובדים.**
3. **חסכון בעלויות פיקוח על עובדים**

**ישנם כמובן גם חסרונות לחוזים אחידים:**

**חשש אמיתי / מציאותי לניצול לקוחות. רוב הלקוחות מתייחסים לחוזה כאל מוצר מוגמר. מבחינה כלכלית אין שום תמריך לשום לקוח בודד להיכנס לעובי הקורה של החוזה.**

**(Collective action problem) אנשים מעדיפים שמישהו יעשה את העבודה בשבילם. בחוזים אחידים, בבנק למשל, יותר הגיוני מבחינתי שמישהו אחר יקרא את החוזה. אם אין מעבר אינפורמציה אין טעם לקרוא את התנאים ואין טעם לנסות לשפרם. אם נניח אני פותח בנק, איך אני אשיג לקוחות?! הרי אם לקוח יודע מראש שגם אם הוא יקרא את התנאים בנק הגדול הוא בכל מקרה יחתום לא שווה לי לפתוח בנק שכזה, כי גם אני אנסה להראות את החסרונות בבנק האחר, הרי שאף אחד לא יקרא אותם וגם אם כן הם לא ייחסו לכך חשיבות.**

**יש שלושה גורמים המבטיחים כי ספקים לא ינצלו אותנו – רגולציה, מוניטין וכוח השוק (התחרות). מבין הכוחות הללו מוניטין זהו הדבר שהכי פחות אפשר לסמוך עליו משום שהוא בא והולך ואפשר בקלות לעשות מניפולציות לגבי מוניטין. כוחות השוק יעבדו בצורה אפקטיבית כאשר יש שוק תחרותי, ענף הבנקים עד לא מזמן למשל לא היה שוק תחרותי משום שהיו מספר קטן אמוד של חברות. דבר דומה קורה בענף מוצרי החלב. לכוחות השוק בגזרה שלנו יש בעייה, הם לא תמיד ישפרו חוזים אחידים שכן אנשים כמעט לא קוראים את החוזה ולא מנהלים משא ומתן ולכן קשה להפוך שוק כזה לתחרותי ולהעביר לקוחות מחברה לחברה. בעייה נוספת היא בעית המורכבות, החוזים ארוכים ומורכבים ובניגוד למה שנדמה לנו יש גבול לכמות המידע שאנחנו יכלים לעבד. כתוצאה מהמרוכבות קשה מאוד ללקוח לדעת למה הוא נכנס. נותרו בעצם רק עם רגולציה, ישנה מידה של רגולציה והיא אינה רבה. חוזים אחידים לא נחשבים לדבר מזיק וכן מורכבותם לא מאפשרת לרגולטורים להחליט בדיוק מה טוב לחברה ובדיוק מה לא, במיוחד כאשר רצונות האדם הן אינדיבידואלים.**

**כאשר מדובר בחוזים אחידים אפשר לפנות לבית המשפט או לבית הדין לחוזים אחידים אשר שניהם דנים בנושא לפי חוק החוזים האחידים תשמ"ג 1982.**

**בפניה לבית המשפט, שהיא הרגילה והמוכרת, ניתן להעלות הן את עילת הקיפוח מכוח החוזים האחידים והן כל עילה חוזית אחרת כגון טעות, הטעיה, חוסר תום לב וכיוצא באלה.**

**אפשר לפנות לבית משפט רגיל במקרה של סכסוך מול ספק, בטענות של קיפוח שכבר אירע או כאשר קיימת סכנת קיפוח לעתיד. אם הוכח שתנאי הוא מקפח יכול בית המשפט להורות על ביטולו או שינויו. להחלטה תהיה תוקף רק בין הצדדים. כמובן שלהחלטה כזו יהיו השפעות גם על צדדים שלישיים משום שנוצר תקדים שאותו יוכלו לנצל. סמכות הביטול הכללית נתונה רק לסמכות בית הדין לחוזים אחידים.**

**מבחינת ייזום ההליך בבית הדין לחוזים אחידים, ההליכים יכולים להיפתח או על ידי ספרים או על ידי לקוחות מיוחדים (למשל - היועמ"ש, ארגון צרכני יציג או אירגוני צרכניים אשר אושרו ע"י שר המשפטים לצורך עניין זה), לא כל אדם יכול ליזום פניה לבית הדין לחוזים אחידים. השופטים בבית הדין הם לא שופטים רגילים, הם מעטים מאוד, ועליהם לעבור על נוסחי חוזים מורכבים מאוד דבר הלוקח הרבה מאוד זמן.**

**תפקיד בית הדין הוא לבדוק ולאשר / לבטל נוסחים של חוזה אחיד הנבחנים באופן כולל. בית הדין רשאי לאשר נוסח חוזה שהובא בפניו או לערוך בו שינויים באמצעות ביטול תניות הנראות לו מקפחות או כתיבתן מחדש. אם בית הדין מאשר האישור תקף למשך 5 שנים ויוצרת חזקה שהחוזה אינו כולל תניות מקפחות ובמהלך חמשת השנים רק היועץ המשפטי לממשלה רשאי ליזום הליכים במסגרת בית הדין. מעטים מאוד מהספקים באים לבית הדין על מנת שיאשר להם את החוזה.**

**ניתן לפעול במקביל בשתי הערכאות אך במקרים שכאלה אחת ההערכות בד"כ תקפיא את ההליכים כשיוודע לה על ההליכים במערכת השניה ותמתין לתוצאות החלטה.**

**מהו חוזה אחיד?!**

**חוזה אחיד מוגדר בסעיף 2 לחוק כ "נוסח של חוזה שתנאיו ,כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם."**

**מרכיבי הסעיף=>**

1. **נוסח של חוזה – נדרשת טיוטה כתובה של חוזה.**
2. **התנאים, כולם או מקצתם, נקבעו על ידי צד אחד מראש – העדר משא ומתן מקדים.**

**עלתה השאלה בלא מעט מקרים האם תקנון של חברה או אגודה שיתופית יכול להחשב חוזה אחיד.**

**ע"א אגד נגד יעקב**

**יעקב היה נהג באגד שנתפס על מעילה בכספים. נערך לו משפט ועל ובסיס התקנון ויסוד ההרשעה הוחלט לסלקו מהאגודה השיתופית ולשלול ממנו את כל הזכויות הסוציאליות (פנסיה ועוד) שמוענקות לחברים באגודה השיתופית. יעקב טען שהתניה בתקנון היא תניה מקפחת בחוזה אחיד ולפיכך בטלה, משכך לא ניתן להפעילה במקרה שלו. על בית המשפט היה לדון בשאלה האם בכלל החוזה הוא חוזה אחיד שהרי תקנון אינו מסמך המנוסח באופן חד צדדי על ידי הצד שכנגד אלא הוא אגד של כללים שהוא פרי ההסכמה של החברים. עניין נוסף הוא שתקנון ניתן לשינוי ביוזמת החברים. למרות זאת בית המשפט העליון פסק שהתקנון הוא חוזה אחיד שכן המבחן הוא מהותי ולא פורמאלי. בית המשפט העליון מתבסס בהחלטתו על שלושה דברים:**

1. **מהות היחסים בין החבר לבין התאגיד מבחינת מעמד כלכלי**
2. **מידת השפעת החבר היחיד על מעמדו.**
3. **האם קיים ניגוד אינטרסים בין החבר היחיד לבין הנהלת התאגיד?**

**מבחינה מהותית ברגע שאופי ההתקשרות דומה ליחסים שבין ספק לבין לקוח במובן זה שקיימים פערי כוחות מהותיים הרי שמדובר בחוזה אחיד וקביעה זו תאפשר לבית המשפט להגן על הצד החלש.**

1. **כדי התנאים או הנוסח ישמשו לחוזים רבים – משמעות התנאי היא דרישה להוכחה שהספק התכוון לבצע התקשרויות עתידיות רבות על בסיס הנוסח שאומץ. אין צורך להראות שהיו כבר התקשרויות בפועל אלא רק כוונה לעתיד, כלומר שהספק עיצב נוסח של חוזה שישמש להרה התקשרויות.**
2. **…בין מנסח החוזה האחיד לבין מספר אנשים בלתי ידועים במספרים ובזהותם – החוזה לא עוצב עבור קבוצה ספציפית שכל אחד מחבריה היה ידוע מראש זמן ניסוח החוזה אלא לצורך התקשרויות עם אנשים אנונימיים.**

**ע"א בית יהונתן בע"מ נגד היועמ"ש**

**נפסק שאף על פי שהחוזה עוצב עבור התקשרויות עם קבוצה מסויימת שהייתה ידועה (רופאים), מכיון שהזהות הספציפי של כל רופא או רופאה לא הייתה ידוע הרי שהמרכיב הרביעי מתקיים ומדובר בחוזה אחיד.**

**מהו תניה בחוזה אחיד?**

**תניה מוגדרת בסעיף 2 לחוק כ "תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים".**

**מרכיבי הסעיף=>**

1. **תניה בחוזה אחיד – תניה המפורטת במסמך עצמו.**
2. **לרבות תניה המאוזכרת בו – הפניה לתניות המסמכים או הסכמים אחרים**
3. **כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות – הסכמה בע"פ, בשלטים (דוג' בכניסה לחניונים, למכבסה, בבניין, במגרש ספורט).**
4. **למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים**

**סעיף 23 לחוק החוזים האחידים:**

**מפרט סייגים שעליהם לא תחול אפשרות הביטול.**

**"הוראות חוק זה לא יחולו על –**

**(1) תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח;**

**(2) תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק;**

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

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

1. **מחיר- דעת המרצה היא כי המחיר לא עומד בפני עצמו אלא עומד בפני שאר תנאי העסקה וכדי לדעת אם קיבלו מחיר טוב יש צורך לדעת את כלל תנאי החוזה ולכן אי אפשר לבודד את המחיר.**
2. **חיקוק-**

**ע"א ארגון שחקני הכדורגל נגד ההתאחדות לכדורגל**

**מקרה שבו השחקנים קבלו על שתי תניות שהם הוכפפו אליהן. השחקנים הוכפפו לתקנון וכן לטופס נוסף שקבע שני הסדרים – נדרש אישור קבוצה לצורך פרסומת אישית וכן אישור מיוחד מטעם ההסתדרות לצורך ניהול משא ומתן לפני תקופת ההעברות.**

**ההתאחדות אמרה כי התניות נוצרו תחת החוק שחייב את ההתאחדות לאמץ תקנות ולכן כל ההסדרים שאומצו שם חסינים מפני קובלנות משפטיות. בית המשפט לא קיבל את טענות ההתאחדות והשופט שמגר כי נכון שהחובה להתקין תקנות ואף הנושאים שצריכים להיכלל בו מוגדרים בחוק אך לא ההסדרים הפרטניים, כלומר אין שום דבר בחוק שחייב את ההתאחדות לאמץ את שני הסדרים הללו ולכן חוק החוזים האחידים חל והשחקנים יכולים להעלות את עילת הקיפוח. התיק החוזר לבית הדי לחוזים אחידים כדי שידון בשאלת הקיפוח לגופה.**

**ע"א אגד נגד יעקב**

**אגד טענה כי מאחר שתקנונה הובא בפני רשם האודות וזה אשר אותו לא ניתן יותר לתקוף אותו מאחר ומדובר בהסדר שאושר בחיקוק. בית המשפט לא קיבל את הטענה. כבוד השופט חשין קבע כי כאשר מדובר בזכויות סוציאליות שהן עניין חשוב מאוד ולכן יש לפרש את החריגים בצמצום.**

1. **הסכם בינלאומי – הסיבה לכך היא שאם ישראל קיבלה עצמה תניה שכזו הרי שהוא אינו מקפח וכן אם בית המשפט יחליט שהתנאי כן מקפח העניין יעמיד את המדינה בבעיה קשה לגבי ההתחייבות שלה למדינה שאיתה יצרה את ההסכם.**
2. **הסכם קיבוצי – המטרה היא להגדיל את כוח המיקוח של העובדים בהסכם שכזה והחשש הוא שיכולים לבוא עבודים אינדיבידואלים ולטעון לקיפוח דבר שימוטט את כל תנאי העבודה במשק.**

**סעיף 3 – עילת הקיפוח**

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

**כאשר אנחנו נתקלים בתנאי מקפח יש לבטל או לשנות את התנאי.**

**מהו תנאי מקפח?!**

**נושא מבחן הקיפוח עלה בפס"ד קדישא נגד קסטנבאום שקבע כי מבחן הקיפוח הוא מבחן הסבירות וההגינות. קיפוח מתקיים כל אימת שתניה בחוזה אחיד מתנה לספק יתרון בלתי סביר או בלתי הוגן. הקיפוח לא חייב לשאת גוון כלכלי, בפס"ד זה עסק הקיפוח בכבוד האדם וחירותו. סטנדרט זה הוא סטנדרט רחב המשאיר שיקול רחב מאוד לבית המשפט ובית הדין.**

**לפי סעיף 3, בנוסף על התניה המקפחת יש לבחון את שלל תנאי החוזה כך שגם אם נמצא שהתניה היא בלתי הגנת לא נגיע ישר למסקנה של הקיפוח משום שיכול להיות שישנם תנאים המכפרים על התניה הזו והלקוח יוצא ביתר בהם.**

**סעיף 3 אף מורה כי יש להתחשב בנסיבות אחרות – מעמד הספק השוק ומבנה השוק שבו פועל הספק. בשוק מונופוליסטי ושוק בו התחרות היא מעטה יגבור החשש שאכן יש כאן קיפוח או שמא מדובר בשוק תחרותי שאז יתכן שכוחות השוק יוצרים איזון בין הספק לבין הלקוחות בשל התחרות. כן נבדוק את הפער בין מעמד הספק לבין הלקוח הספציפי שכן לא דין הלקוחות זהה. נבחן גם את חיוניות השירות, ככל שהנכס או השירות חיוני יותר כך תגבר נכונות בית המשפט להתערב, לעומת זאת כאשר מדובר בנכס או שירות שאינם חיוניים בית המשפט לא בהכרח יתערב.**

**סעיף 4 – חזקות קיפוח**

**מכיל רשימה של עשר חזקות שלגביהן החוק קובע חזקה הניתנת לסתירה בדבר קיום קיפוח.**

**חזקה היא נטל ראייתי כך שכל מה שהתובע צריך לעשות הוא לבסס את התנאים הנמצאים בחזקה ומאותו רגע הנטל עובר לצד השני לשלול את החזקה.**

יום חמישי 3.1.13

**מרכיבי הסעיף=>**

**סעיף 4(1)**

**תנאי הפותר את הספק באופן חלקי / מוחלט מאחריות שעליו לספק מתוקף חוק או פטור מאחריות באופן בלתי סביר.**

**ע"א צים נגד מזיאר**

**נוסעת בספינת שיט של צים טענה כי היא חלתה כתוצאה ממזון מקולקל שבא אל פיה במהלך השיט. צים התגוננה בטענה כי הייתה תנית פטור על הכרטיס וביקשה מבית המשפט לשחרר אותה מאחריות. בית המשפט דחה את טענת צים. דעתו של כבוד השופט לנדוי הייתה כי תניה זו מנוגדת לתקנת הציבור . לנדור קבע סייג לפיו לא כל תניה הפוטרת מאחריות לנזקי גוף תהיה בטלה אלא רק תניה כזו בחוזה אחיד. השופט ויתקון הסכים אך סייג בסייג נוסף – תנית כגון אלו תפסלנה משום היותן מנוגדות לתקנת הציבור רק בהתקשרויות עם גופים ציבוריים המסוגלים להכתיב תנאים לאזרח הקטן. מדובר על פער כוחות בין הצדדים ורק כאשר מדובר בשירות חיוני.**

**ע"א לגיל טרמפולין נגד נחמיאס**

**מקרה של שני אנשים שניזקו בגופים בשל ההשתמשות בטרמפולינה של חברת לגיל. בגב כרטיס הכניסה, שהיה קבלה על התשלום, וכן בשלטים באתר הייתה תנית פטור מאחריות בגין נזקי גוף. השאלה היא האם יש לתניה זו תוקף. בית המשפט העליון קבע כי לתניה כזו אין תוקף שכן הרישום על גב הכרטיס אינו מהווה הודעה מספקת וכי המשתמשים נחשפו לשלטים ולהודעה בגב הכרטיס רק לאחר ששילמו. בעצם הבעיה הראשונה היא בעיה בפרוצדורת הידוע לגבי התניה. התניה לא הובאה לידי המשתמשים בצורה הולמת.**

**מעבר לבעיה הפרוצדורלית יש בעיה במהות של התניה עצמה שכן היא פותרת מאחריות על נזקי גוף.**

**השופט ויתקון סבר כי לא כל תניה על נזקי גוף היא בהכרח מנוגדת לתקנת הציבור אלא רק כאשר מדובר בשירות חיוני ובמקרה זה אין הפעילות היא שירות חיוני.**

**השופט קיסטר סבור כי ישנה אפשרות לכבד תניות פטור אם הספק נקט בכל אמצעי הזהירות וההזהרות החמורים. במקרה שלנו לא היה מספיק שלטים ולא היה מספיק פיקוח והדרכה ולכן אי כבד את התניה. בעצם קיסטר אומר כי יש לכבד את התניה רק אם לא הייתה רשלנות מצד הספק. מדוע צריך תניה שכזו אם אין רלשנות?! הרי התניה באה לכסות על מקרי רשלנות שהיו. התשובה לכך היא שתהיה לדבריו של קיסטר משמעות במקרה של אחריות מוחלטת.**

**ברנזון אומר כי לא יתכן שגוף / אדם יספק שירות לציבור ויפטור עצמו מאחריות לנזקי גוף למשתמשים שכן הדבר מנוגד לתקנת הציבור.**

**ע"א היועץ המשפטי לממשלה נגד גד**

**הייתה תניה בחוזה האחיד אשר הגבילה את אחריות החברה הקבלנית לגבי הרוכשים לשנה אחת בלבד. בית המשפט פסק שהתניה נופלת בגדר חזקת הקיפוח לפי סעיף 4(1).**

**סעיף 4(2)**

**כל מקרה בו הספק מאפשר לעצמו לאחר כריתת החוזה לשנות, לבטל או לדחות חיובים.**

**בפס"ד אגד נגד יעקב – יכולת החברים לשלול מחבר שסרח את זכויותיו הסוציאליות נופלת בגדר חזקת קיפוח זו.**

**סעיף 4(3)**

**תנאי המאפשר לספק להעביר את האחריות לצד שלישי, זהו תנאי מקפח.**

**סעיף 4(4)**

**זכות השמורה לספק לשנות מחיר או חיובים מהותיים הנגבים מן הלקוח זולת אם הדבר תלוי בנסיבות שאינן תלויות בספק. החשש כאן הוא שלאחר שאדם נכנס לקשר חוזי ובעצם עלות היציאה היא גבוהה יותר, הספק יתחיל לשנות את החיובים.**

**ע"א מילגרום נגד מרכז משען**

**מרכז משען היא חברה המפעילה בתי אבות. בין החברה לבין גברת מילגרום נכרת חוזה ולאחר שנתיים נכרת חוזה נוסף עם קרוביה של מילגרום. גברת מילגרם התגוררה בבית האבות במשך 9 שנים ולאחר 9 שנים חלה התדרדרות במצבה והיא נאצלה לעבור לבית אבות סיעודי של מרכז משען.**

**סעיף 9(ג) בחוזה בין הצדדים קבע כי התשלום במקרה של העברה לבית אבות סיעודי יהיה לפי התעריפים המקובלים מעת לעת עבור אשפוז שכזה. יש לציין כי שיקול הדעת האם להעביר דיירת לבית אבות סיעודי היא של מרכז משען בלבד, כאשר מדובר בחיוב הגבוה פי 5 מבית האבות הרגיל. לאחר ארבעה חודשים גברת מילגרום נפטרה ומרכז משען דרש את שארית התשלום מקרוביה. המשפחה מסרבת לשלם את המחיר המופרז כאשר טענתה היא שיש במקרה זה תניה מקפחת בחוזה אחד שעומדת בסתירה לחזקה הקבועה בסעיף 4(4) לחוק החוזים האחידים. כבוד השופט ברק קובע כי במקרה זה יש לנו חוזה יחס – חוזה לטווח ארוך שיש בו הסדרי ביצוע שצריכים להיות מותאמים לשינויי נסיבות שמתרחשים לאורך זמן. כמובן שככל שמשך חיי החוזה ארוך יותר תדרשנה התאמות מיוחדות. ברק אומר כי הבעיה היא לא באי קביעת המחיר המדויק, שכן אין בכוחות משען לצפות את העתיד, אלא בנתינת שיקול דעת נרחב למשען וסמכות בלעדית לשנות חד צדדית את המחיר. השופט ברק אומר כי מרכז משען יכל לאמץ נוסחה לפיה יקבע התעריף העתידי. לפי ברק מילגרום לא ישלמו עבור הסכום המופרז של האישפוז בבית האבות הסיעודי אלא ישלמו את המחיר של בית האבות הרגיל בלבד.**

**בנוסחה של ברק יש סיכון מסויים שעל מרכז משען לשאת בו שכן המדד אינו מדוייק ולא יכול בוודאות לבטח את משען מפני שינוי עתידי, שכן יכול להיות שבעוד 10 שנים יהיה מחסור חמור בכוח אדם והמחירים יצטרכו להעלות אך הנוסחה לא תאפשר עליה כזו דרסטית.**

**סעיף 4(5)**

**התניות לפיהן על הלקוח להיות תלוי בספק בהתקשרויות עם גורמים אחרים.**

**בפס"ד של איגוד שחקני הכדורגל ההתאחדות הגבילה את יכולת השחקנים לעשות פרסומת אישית ללא אישורה וכן לדן במעבר לקבוצה אחרת לפני תקופת ההעברות ללא אישור ההתאחדות.**

**תניות כאלו אינן מקובלות שכן אנחנו לא רוצים שגופים חזקים יחסמו את הכניסה לתחרות וישללו את חופשם של המתקשרים עימה בחוזה.**

**ע"א בית יהונתן נגד היועץ המשפטי לממשלה**

**מדובר בהסכם הספקת שירותים לבית רופאים כאשר משך ההסכם נקבע לשבע שנים וכן נדרשה הודעה של שישה חודשים מראש לצורך סיום החוזה. הסדר זה נפסק כמקפח. בית הדין לחוזים אחידים קיצר את התקופה לחמש שנים במקום שבע ובית המשפט העליון אישר את הקיצור.**

**סעיף 4(6)**

**כל אימת שספק מנסה לשלול תרופות המגיעות ללקוח על פי דין או על פי חוזה**

**ע"א היועץ המשפטי לממשלה נגד גד**

**נקבע בחוזה שהקונה לא יוכל לרשום הערת אזהרה כל עוד לא נבנו מחיצות הבניין והדירות נרשמו כיחידות עצמאיות. משמעות הדבר היא שקונים היו חשופים לאפשרות שצדדים שלישיים לא ידעו על זכויותיהם ושדירות תמכרנה פעמיים.**

**בית הדין שינה את הסעיף באופן שיאפשר לרוכשים לרשום הערות אזהרה במסגרת חזקה של סעיף 4(6).**

**סעיף 4(7)**

**תנאי בחוזה אחיד המטיל את נטל ההוכחה על מי שהנטל לא היה עליו מלכתחילה.**

**בע"ש היועץ המשפטי לממשלה נגד בנק לאומי**

**נפסק בפס"ד זה כי תניה בחוזה אחיד המורה שמוטל על הלקוח הנטל להוכיח את התרשלות הבנק בכל אותם מקרים שנגרם לו נזק משימוש בשירותים טלפוניים היא תניה מקפחת. כאשר משתמשים בשירותים טלפונים של בנקים מבחינה ראייתית קשה מאוד להוכיח מה קרה בשיחה ואילו הבנק / הספק הרבה פעמים מקליט את השיחות ולכן אין הגיון בהעברת הנטל הראייתי ללקוח.**

**סעיף 4(8)**

**כל אותם מקרים בהם ספק אוסר על לקוח להשמיע טענה מסויימת בבית משפט.**

**סעיף 4(9)**

**כאשר הספק קובע אזור שיפוט בלתי סביר (בישראל או לא בישראל)**

**השקעות בניין נגד אשטון**

**קביעת ירושלים כהסדר שיפוט היא תניה מקפחת. החשש הוא שהספק יקשה מאוד על לקוחות לפנות לערכאות.**

**סעיף 4(10)**

**במקרי בוררות, אם לספק יש שליטה על מיקום הבוררות ומועדה. סעיף זה מכיל על בוררות את הוראת סעיף 4(9).**

**\*\*כל החזקות בסעיף 4 הן חזקות מהותיות שכן הן עוסקות בהגבלות מהותיות, להבדיל מפרוצדורליות שראינו בפס"ד לגיל טרמפולין. יש לציין כי אין בחוק שום התייחסות לכל מיני ניסיונות הסתרה וטישטוש באמצעים פרוצדורליים. אין הגבלה על מספר תניות שניתן לשים בחוזה אחיד, על השפה, על הנוהל שבו יבוצע יידוע לקוחות, כלומר כל המימד של לגיל טרמפולין אינו נמצא במסגרת החזקות שקבועות בחוק, למרות שניתן להעלות טענת קיפוח גם על טעמים פרוצדורליים שאינם נמצאים בסעיף 4.**

**סעיף 5 – הגבלת זכות הפניה לערכאות**

**קובע כי תנאי בחוזה אחיד השולל או מגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות – בטל. זוהי לא חזקה אלא קביעה של הסדר מהותי של בטלות מעיקרה.**

**ע"א חברת קדישא נגד קסטנבאום**

**מדובר במקרה בו אישה נפטרה והמשפחה חותמת חוזה מול חברת קדישא ולאחר מכן תוקפת את התנאי המגביל את הכיתוב על המצבה לעברית בלבד. המשפחה רוצה כיתוב לועזי על המצבה של תאריך הלידה והפטירה שכן מוצאה של המנוחה היא מחו"ל.**

**השאלה שעל הפרק היא האם תניה כזו היא מקפחת?!**

**השופט שמגר אומר כי חברת קדישא היא גוף דו מהותי – יש לו מהות פרטית וציבורית כאשר הפן המהותי הוא הפן הציבורי.**

**שמגר אומר כי החברה בה אנו חיים היא חברה פלורליסטית מגוונת ובחברה כזו על עיקרון האחידות לסגת מפני עקרון הפלורליזם והסובלנות. קבורה היא עניין שחברה לא יכולה להתקיים בלעדיו ובגבולות הסביר יש לאפשר לכל אדם לקבור את מתיו כפי שיחפוץ. אין להכתיב דרך אחת לכולם.**

**ברק ממקד את התניה כפוגעת בכבוד האדם וחירותו כאשר בודקים את האיזון בין טוהר השפה לבין כבוד האדם וחירותו כבוד האדם גובר. ברק אומר כי גם אילו התניה לא הייתה במסגרת חוזה אחיד היא הייתה פסולה מכוח סעיף 30 כי היא נוגדת את תקנת הציבור.**

**השופט אלון שולל לגמרי את דעתם של ברק ושמגר ואומר כי ישנה כפייה של המיעוט על הרוב שרוצה לשמר את המסורת היהודית. כיתוב בעברית הוא נכס צאן ברזל. אלון אומר כי ישנם פוסקים הסבורים כי הכיתוב בלועזית מנוגד להלכה. לדעתו הכיתוב בעברית הוא תנאי הוגן ובוודאי שאינו מקפח וכי ציבור גדול יפגע מביטול תנאי זה באשר לפגיעה בכבוד באדם אלון מתקשה לראות מדוע יפגע אדם מנוגה של חברת קדישא במיוחד כאשר יש לו אופציות אחרות, אלא אם כן מדובר באדם רגיש במיוחד.**

**בסופו של הליך הרוב קובע כי דינה של התניה להיפסל. בין אם זו תניה מקפחת בחוזה אחר ובין אם זו תניה המנוגדת לטענת הציבור, גם אם הייתה בין אנשים פרטיים.**

**דעת המרצה רואה בעיה בדעת הרוב, קודם כל שופטי הרוב מעצבים את הערכים המוטלים על כפות המאזניים– מבחינת שמגר הערך שעומד כנגד הפלורליזם היא האחידות ומבחינת שמגר היא טוהר השפה וכמובן שלא מכאן מגיעה חברת קדישא. יש לנו עניין הנוגע לחופש הדת וחופש המצפון – הקיסרים בעיני רבים לא נתנו חופש ליהודים ורדפו אותם ולא סתם יש הלכות שקובעות שלוח זה הוא אסור. יש כאן מעשה קצת לא הוגן שכן הם לא שמים על המאזניים את הדברים החשובים באמת שכן לא טוהר השפה או האחידות הם הנושא, יש כאן הסתרה לא הוגנת.**

**נושא הפלורליזם ותקנת הציבור – יש מספר של חברות קדישא שפועלות בארץ, חלקן מתירות כיתוב בלועזית (4 מתוך 9). יש לנו ציבור שמעדיף כיתוב בעברית בלבד, ויש לנו ציבור שמעדיף כיתוב בלועזית. אם נערבב בין האנגלית לעברית בכל בתי הקברות אלו שמעדיפים כיתוב בעברית בלבד יפגעו, לעומת זאת אם לא כל בתי הקברות יהיו מעורבים או אם יהיו בתי קברות ללועזית בלבד יהיה איזון פלורליסטי הרבה יותר הוגן. זה אומנם יקשה על אלו שרוצים אנגלית שכן הם לא יוכלו להיקבר בכל בתי הקברות אך זה הכי הוגן שכן לכיבוד האחר יש מחיר, אחרת זה לא פלורליזם. תוצאת פסק הדין בעיני המרצה היא לא מוצלחת שכן לא נראה לו שבשם הפלורליזם אפשר לשלול מציבור כל כך גדול את ההעדפה שלו ולבטל אותה בהינף יד שכן לא זו מהות הפלורליזם.**

**ישנו פס"ד וקסלבאום - של חייל שמשפחתו ביקשה לציין את תאריך פטירתו באנגלית – היה סירוב ובמקרה זה הוחלט שהסירוב מוצדק שכן ככל שמדובר במצבות של חללי צה"ל האחידות היא חשובה.**

יום ראשון 6.1.13

**חוזה על תנאי**

**סעיף 27 – חוזה על תנאי**

1. **חוזה יכול שיתקיים בהתקיים תנאי – תנאי מתלה.**

**חוזה על תנאי מתלה הוא חוזה מנוי, גמור ושלם אבל הפעלתו, הסדרי הביצוע, תלויים בהתקיימות תנאי כלשהו.**

**חוזה יכול שיחדל בהתקיים תנאי – תנאי מפסיק.**

**חוזה על תנאי מפסיק הוא מעין חוזה על תנאי מתלה +. כלומר הרעיון הוא שיש לנו חוזה מושלם ואף התחלנו בהסדרי הביצוע אלא שאז מתרחש איזשהו אירוע שמפקיע את קיום החוזה, והחוזה מתבטל.**

1. **חוזה הטעון הסכמת צד ג' או רישיון לפי חוק – חזקה שקבלת הרישיון הינה תנאי מתלה (חוזה פרשנות).**

**יש מקרים רבים בהם יש צורך בהסכמת צד שלישי או רישיון על פי חוק וסעיף זה אומר לנו כי במקרים שכאלו מדובר בחוזה על תנאי.**

1. **חוזה על תנאי מתלה – זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו.**

**חוזה על תנאי מתלה הוא חוזה אמיתי ואם אחד הצדדים מפר אותו, ונוקט לפעולות בניגוד לחוזה, ניתן לתבוע סעדים כדי לחסום את אותו צד המפר את החוזה.**

**סעיף 29 – בטלות החוזה או ההתנאה**

**במקרה בו יש חוזה על תנאי, לא יתקיים התנאי בתוך פרק הזמן עליו הסכימו הצדדים או בהיעדר הסכמה תוך זמן סביר – אם מדובר בתנאי מתלה מתבטל החוזה ואילו אם מדובר בתנאי מפסיק מתבלטת ההתנאה.**

**מתי אפשר לבטל את החוזה?!**

**ישנן שתי אופציות לביטול החוזה– האופציה הראשונה היא אופציה לפיה הצדדים גם קבעו את משך הזמן לקיום התנאי המתלה ואז כאשר התנאי לא מתקיים במועד הנאמר התנאי מתבטל והחוזה מתבטל גם כן. לעומת זאת אם מדובר בתנאי מפסיק והוא אינו מתקיים במועד אנחנו ממשיכים בחוזה כאשר התנאי בלבד מתבטל.**

**אם לא קבענו זמן הרי שפרק הזמן לביטול התנאי, בין אם הוא מתלה ובין אם הוא מפסיק, הוא תוך פרק זמן סביר.**

**כאשר מדברים על הסדרי ביצוע יש לצדדים כוח נרחב לעצב את הסדרי החוזה – בהרבה מקרים אפשר לעצב את החוזה או כחוזה על תנאי מתלה או כחוזה על תנאי מפסיק. מבחינה אופרטיבית זה לא אותו הדבר(!) ההשלכות על הקרקע הן מאוד משמעותיות – בחוזה תנאי מתלה אין שום סכנה שכן החוזה עוד לא התחיל בפועל אך בחוזה על תנאי מפסיק תמיד ישנה חרב מעל החוזה שכן אותו תנאי מפסיק יכול לגרום לחדלותו בכל שלב בקיום החוזה.**

**ע"א מפעלי ברוך שמיר נגד ברוריה הוך**

**מדובר בעסקת קומבינציה לפיו הייתה אמורה החברה הקבלנית (ברוך שמיר) לבנות בניין ולתת שתי דירות להוך בעלת הקרקע. בחוזה דובר על שהחזקה תועבר תוך 18 חודשים מיום אישור תוכניות הבנייה וקבלת ההיתר.**

**לאחר חתימת ההסכם הייתה תקופה ארוכה מאוד של הליכי תכנון שבגינם הוקפאו תהליכי הבנייה והסיפור נמשך למשך 8 שנים.**

**המשיבה שלחה ביטול למערערים לפיו החוזה בטל מחמת סיכול. החברה הקבלנית מסרבת לראות בחוזה כחוזה בטל. המשיבה פונה לבית המשפט המחוזי למתן צו הכרזתי לביטול ההסכם והמחוזי נעתר לבקשה.**

**המערערים פונים לבית המשפט העליון.**

**השופט בך סבור כי ישנו חוזה על תנאי מתלה כאשר התנאי המתלה הוא קבלת היתרי הבנייה, אך על המשיבה היה לבטל את החוזה תוך זמן סביר. במקרה זה השתנו הנסיבות וניתן היה לבטל את החוזה ולשנות את ההסכמה הראשונית אך בשל העבודה שהמשיבה התנהגה במשך כל הזמן כאילו היא מעוניינת בקיום החוזה ואין היא ביטלה את החוזה בזמן סביר יש לקבל את הערעור.**

**בך אומר כי אילו צפו הצדדים את עיכובי התכנון ניתן להניח כי הם לא היו רואים בעיכוב שנוצר, בן 7 שנים, עיכוב לא סביר. הוא בעצם נוטל על הצדדים הסכמה היפותטית לקבל על עצמם מצב שהם לא חזו.**

**השופט ברק אומר כי התנאי במקרה זה הוא לא תנאי מתלה אלא תנאי מפסיק שהוא אי קבלת היתר הבנייה ובשל העובדה שלא התקיים קל וחומר שהחוזה עומד בעינו. הצדדים רשאים להאריך את משך הזמן הסביר במהלך חיי החוזה. אילו ביקש אחד הצדדים לבטל את החוזה הוא היה רשאי לעשות כל אך משלא נעשה בזמן סביר החוזה עומד בתוקפו.**

**השופט בייסקי בדעת אומר כי הצדק עם המשיבה ויותר מכך מדובר בתנאי שהופר על ידי חברת ברוך שמיר. היה עליהם להשיג את ההיתר בשל התחייבותם החוזית הרגילה שנטלו על עצמם והייתה להם הזדמנות לעשות זאת ומשלא עשה זאת הפרו את החוזה הפרה יסודית.**

**פס"ד זה מראה לנו כי כאשר אנחנו נגשים לשאלות של פרשנות חוזה ישנן שתי שכבות – כל שופט מפרש את הדברים אחרת ולפי זה מסיק את המסקנות שלו.**

**השופט בך רואה את החוזה כחוזה על תנאי מתלה, השופט ברק רואה את החוזה כחוזה על תנאי מפסיק ואילו השופט בייסקי בכלל רואה התחייבות חוזית רגילה שנטלה על עצמה החברה המערערת.**

**המסקנות שמוסקות מכל פרשנות הן שונות.**

**האתגר הפרשני:**

1. **השגת הרישיון היא תנאי מתלה - בך**
2. **אי השגת הרישיון היא תנאי מפסיק – שמגר**
3. **השגת הרישיון היא חיוב חוזי רגיל שאחד הצדדים נוטל על עצמו כחלק מהסדרי הקיום – בייסקי.**
4. **אחד הצדדים או שניהם אינם מודעים כלל לצורך ברישיון, מדובר בטעות – בייסקי.**
5. **הצדדים מסכימים לבצע עם או בלי רישיון – חוזה פסול (סולימני נגד כץ)**

**דעת המרצה =>**

1. **בך רואה כאן חוזה על תנאי מתלה שלדעת המרצה זהו סיווג אפשרי – הבעיה היא בתקופה הביניים. בך אומר כי היה חוזה על תנאי מתלה וכי הצדדים מתחילים עם זמן סביר מסויים, השתנתה המציאות וניתן להניח כי אם הצדדים היו צופים את השינויים הם היו מסכימים להארכת הזמן עוד ועוד. נשאלת השאלה – למה להגיע מסקנה שכזו?! לפי בך, צד לחוזה על תנאי כלוא בין הפטיש לסדן. מצד אחד יש את החובה לקיים חוזים בתום לב אך מצד שני ישנו פחד שבית המשפט יחמיר איתך כאשר אתה לא מעוניין בחוזה כי לא נהגת בתום לב.**
2. **גם דעתו של ברק היא בעייתית שכן הוא אומר שעל הצדדים היה לבטל את החוזה עוד קודם ואם לא ביטלו אותו הרי שהכל בסדר – דעת המרצה היא שברור שלא ביטלו משום שהם לא ראו במקרה זה חוזה על תנאי מפסיק. במקרה שלנו נשלחה הודעת ביטול, אם זהו תנאי מפסיק הרי שהודעת הביטול לא שווה כלום שכן אם התנאי המפסיק לא קורה תוך זמן סביר הוא מתבטל החוזה ממשיך כרגיל דבר שלא היה במקרה זה וזה אף לא הגיוני להמשיך בחוזה בנסיבות שכאלו.**
3. **בייסקי אומר כי יש להאריך את התקופות על מנת שלא לנהוג בחוסר תום לב, שכן תום הלב מחייב לא לנטרל את החוזה, אך הארכה נוספת ונוספת מראה כי ישנה התנהגות ורצון לקיין את החוזה, כשפועל כבר אין. בייסקי רואה באי קיום התחייבויותיה של המערערת כסיבה לביטול החוזה.**

***איך מפרשים?!* מתחילים בניסיון להבין באיזו חלופה ניסו הצדדים לבחור ומהו לשון החוזה. אם לשון החוזה ברורה העניין מסיע. שנית נסתכל על התנהגות הצדדים. במקרה שלנו התנהגות הצדדים היא קריטית שכן היא יכולה לסייע לנו לדעת אם מדובר בחוזה על תנאי מתלה או חוזה על תנאי מפסיק. בד"כ אם הצדדים פועלים לביצוע החוזה זהו תנאי מפסיק ואם לא התחילו זהו תנאי מתלה. בנוסף יש את שאלת הפרשנות התכליתית, בית המשפט ינסה להבין מה הייתה מטרת הצדדים בהתקשרות החוזית ויפרש את החוזה נוכח מטרה זו.**

**סעיף 27 (ב) קובע ברירת מחדל פרשנית והוא אומר כי במצבים שבהם חוזה טעון הסכמה של צד שלישי או רישיון לפי חוק, חזקה עליו שמדובר תנאי מתלה. בהיעדר נותנים לסתור החזקה תעמוד בתוקפה ונראה בחוזה חוזה על תנאי מתלה.**

**ע"א חברת נתיבי איילון נגד בשורה**

**נתיבי איילון "מוכרת" קרקע לצורך הקמת בניין משרדים כאשר בפועל הבעלים של הקרקע היא עריית תל אביב. לפי סעיף 188(א) לפקודת העיריות כל אימת שרשות מקומית או עיריה מוכרת קרקע נדרש אישור של שר הפנים. בשורה התקשר בחוזה עם נתיבי איילון לבניה. עוברת שנה והקרקע לא נרשמת על חברת נתיבי איילון ומכך כמובן גם לא על שם בשורה ובשורה מבקש לבטל את החוזה.**

**בפסק דין זה יש שלוש אופציות פרשניות מפי השופט טירקל:**

1. **תנאי מתלה- השופט טירקל אומר כי לא מדובר בתנאי מתלה. טירקל אומר כי גם אם היינו מסווגים את הסוגיה כתנאי מתלה התוצאה לא הייתה משתנה שכן חלף הזמן הסביר בשביל שיהיה אפשר לבטל.**
2. **התחייבות חוזית רגילה שהופרה- טריקל מסווג את החוזה כהתחייבות חוזית רגילה על אף החזקה. טירקל מסתכל על לשון החוזה (סעיף 11 לפס"ד) ורוה סעיף בחוזה שקובע שהמערערת תטפל על חשבונה ברישום הזכויות בנכס על שמה ובנוסף על לשון החוזה מסקנתנו של טירקל מתחזקת מהתנהגות הצדדים לאחר החתימה המאששת את הפרשנות שהוא מעניק.**

**טירקל מסביר שמכיוון שהמערערת נטלה על עצמה להשיג את אישור השר הרי שנסתרת החזקה בסעיף 27(ב) שכאשר נדרש אישור רשות לביצוע חוזה מדובר בחוזה על תנאי מתלה.**

1. **טעות- מסקנה תומכת כן טירקל רואה בטעות כטעות יסודית שאם הצד השני היה יודע על כך לא היה מתקשר בחוזה (ועל נתיבי איילון היה לדעת עליה) והיא מצמיחה זכות ביטול אוטונומית.**

**דעת המרצה היא כי תמיד יש לקבוע מהו זמן סביר כדי שלא נגיע למצב בו על בית המשפט לפרש בעצמו דבר היכול לגרום למצבים שכאלו הנפסקים לרעתנו.**

**לפעמים ישנה סיבה עיסקית לא לקבוע זמן סביר על מנת שלא תיווצר אבן נגד לקיום החוזה. לרוב עדיף לקצוב זמן ולא להיתקע במצב שבו 8 שנים לא התקבל היתר ואין יודעים מתי יתקבל.**

**סעיף 28 – סיכול תנאי**

1. **במקרה של חוזה על תנאי מתלה אם אחד הצדדים סיכל את קיום התנאי הוא לא יוכל להסתמך על אי התקימותו.**
2. **אם צד אחד גורם לקיום התנאי המפסיק לא יוכל אותו צד להסתמך על קיומו.**
3. **הוראות הסעיף לא יחולו אם לפי החוזה צד הוא בין חורין לסכל קיום תנאי מתלה או לפעול להבאת תנאי מפסיק.**

**סעיף א' מדבר על מצב שבו צד מנסה להכשיל את החוזה על ידי הכשלת התנאי ואומר כי הוא לא יוכל להסתמך על כך. אם מדובר בחוזה בנייה למשל שתלוי בהיתר המועצה וראש המועצה היא קרובת משפחה של אחד הצדדים והוא מנצל את קשריו המשפטיים להניעה לא להיתן היתר. במקרה זה הוא לא יוכל להסתמך על אי קיום התנאי.**

**סעיף ב' מדבר על מקרה הפוך. נניח שיש לנו שני עובדים שהסכימו להתחלף במשמרות כל עוד בעל העסק מתיר לעשות זאת ואז אחד הצדדים מניע את בעל העסק לאסור על חילוף המשמרות, תוך כדי פגיעה כמובן בצד השני, הוא לא יוכל להסתמך על האיסור של בעל העסק לצורך סיום החוזה.**

**סעיף ג' מדבר על מצב שבו הצדדים הותירו מרווח פעולה רחב – במקרה זה סעיפים א' וב' לא יהיו תקפים.**

**מהן הסיבות של הצדדים להשארת טווח שכזה?! יכול להיות שטווח זה נרקם בשל הבדלי כוח בין הצדדים או יכול להיות מצב שבו יש לאחד הצדדים כמה חוזים הסותרים אחד את השני ואני רוצה לשמר לי את הזכות לסכל עסקה אחת בהתקיים עסקה אחרת. הרעיון הוא שכל עוד הצד השני מודע לאפשרות הזו, זה בסדר והדין מתיר אופציה כזו.**

**ע"א קיבוץ שניר נגד שרייטר**

**מדובר התקשרות חוזית בין קיבוץ לקבלן עבודות עפר על מנת ניקוי של ואדי שעבר בקיבוץ. העבודות היו כרוכות בקבלת היתר כאשר קיבוץ שניר היה אמור לפעול לקבלתו אך לא עשה זאת. הקבלן בינתיים רצה להתחיל לעבוד ואז התברר לו שאין היתר. הקיבוץ סילק את הקבלן בטענה שאין היתר לביצוע העבודות. הקבלן תבע פיצויים מהקיבוץ ובית המשפט העליון סיווג את החוזה כחוזה על תנאי מתלה. בית המשפט קבע כי הקיבוץ סיכל את קים התנאי ולכן מנוע מלטעון שהחוזה בטל.**

**דעת המרצה היא שהיינו יכולים להגיע לאותה מסקנה לפי עקרון תום הלב אך בעת הפסיקה עקרון זה טרם הורחב למימדים שהוא כיום.**

**חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים**

**חיובים עצמאיים - כאשר החיובים עצמאיים חבותו של כל צד לחוזה עומדת בפני עצמה. משמעות הדבר היא שעל צד לקיים את חיוביו גם אם הצד שכנגד לא מקיים את החיובים שלו.**

**הדוגמא הקלאסית: בהיעדר התנאה נוגדת חיוב הדייר לשלם שכר דירה. גם אם בעל הבית לא עומד בהתחייבויותיו על הדייר להמשיך לשלם את שכר הדירה ולתבוע את בעל הבית.**

**ע"א אלתר נגד אלעני**

**בשנת 1971 נכרת חוזה בין הצדדים לפיו המערערים יקנו חנות בבניין שיבנה המשיב. נקבעו ארבעה מועדי תשלום כאשר התשלום השלישי בסך 60,000 לירות יועבר על ידי הקונים לידי המוכר עם מכירת חנות שהייתה בבעלות הקונים. בשל נסיבות שונות הבנייה לא הושלמה בזמן, לאחר 15 חודשים המגרש עמד בשיממונו וב1974 הקונים מכרו את חנותם אבל לא שילמו את הכסף למשיב ולטענתם לא שילמו כי הבנייה לא התקדמה בכלל. המשיב לעומת זאת שמע על מכירת החנות ותבע את הכסף.**

**המערערים סירבו לשלם ואמרו כי ישלמו רק אם המשיב יכריז על נכונותו לקיים את החוזה ויתחיל לבנות. המשיב הגיש תביעה והמחוזי פסק לטובת המשיב. הסוגיה הגיעה לבית המשפט העליון כאשר השאלה המשפטית הייתה כיצד לסווג את הסדר התשלום. השופט שמגר כי אין ספק שהחיוב בעניין התשלום השלישי הוא חיוב עצמאי ובלתי תלוי בחיובו של הקבלן למסור את הנכס. שמגר פסק שסיווג החיוב לא השתנה במועד מאוחר יותר ולכן נשאר עצמאי. המערערים ניסו לטעון כי בגלל השיהוי של המשיב השתנה הסיווג והחיוב הפך מחיוב עצמאי לחיוב מותנה, שמגר אמר כי אין בסיס לטענה הזו. הערעור נדחה והמערערים הפרו את החוזה הפרה יסודית.**

**חיובים מותנים – כאשר תנויה חבותו של צד בכך שיקויים תחילה חיוב הצד שכנגד שהוא הבסיס לחיוב הרלוונטי.**

**דוגמא: חיוב חוזה אספקה: חברה שצריכה לצבוע בית עסק, במצב רגיל אחריות הביצוע לא מתגבשת כל עוד לא סופקו הצבעים.**

**חיובים שלובים- חיובים שקיימת בניהם תלות הדדית והם צריכים להתבצע בו זמנית. חבותו של צד תלויה בקיום של הצד השני ולהפך.**

**חיוב זה לא הוא לא פשוט ולכן הוחלט בפסיקה כי חיובו של צד תלוי בנכונות הצד השני לבצע את חלקו.**

**דוגמא: סעיף 23 לחוק המכר אומר כי בהעדר התנאה נוגדת חיובו של המוכר למסור את הממכר וחיובו של הקונה לשלם הם חיובים שלובים.**

**בהרבה מאוד מצבים השהיית קיום הוא הסעד העצמי הכי נגיש והכי חשוב. כמובן שאפשר לתבוע על הפרת חוזה אך תביעות אורכות הרבה מאוד זמן וגם מאוד יקרות. הסדרת סיווג החיובים קובעת באיזה מצב כל צד בכניסה לתביעה. מעבר לכל בהרבה מצבים גם זכיה בבית משפט לא תבטיח את קבלת הכסף שכן לא תמיד יש להם את הכסף או שהם מושכים את העברת הכסף.**

**ע"א גרבי נגד הייבלום**

**גרבי, המערער, סיכם לקנות פרדס מהייבלום, המשיבה. סוכם כי התשלום האחרון בסך 50,000 לירות ישולם למשיבה ביום העברת הבעלות. הקונה החל לגרור רגלים והציע לשלם לה מחצית מהסכום. בכל אותה העת הייתה המערערת נכונה להעביר את הבעלות. לבסוף לאחר חלופת מכתבים המוכרת שלחה מכתב לקונה בו הודיעה על ביטול החוזה מחמת הפרה יסודית. גרבי הגיש תביעה לאכיפת החוזה, בית המשפט דחה את תביעתו ומכאן הערעור.**

**המקרה מגיע לעליון לשופט שמגר והוא פוסק כי במקרה הזה מדובר בחיובים שלובים כאשר המסקנה מוסקת מנוסח החוזה. שמגר מסביר כי כאשר מדובר בחיובים שלובים הדין הוא שאין צד יכול לתבוע את הצד שכנגד על הפרה אלא אם כן הוא היה מוכן לקיים את חיובו הוא כאשר נכונות לקיים צריכה להיות מוסקת או מוכחת באופן ברור מן הנסיבות. במקרה שלפנינו המשיבה הייתה נכונה למלא את חלקה ולהעביר את הבעלות על שם הקונה אולם הקונה מצידו לא היה נכן לקיים, הציע לשלם רק את מחצית הסכום ומכיוון שכך המסקנה היא שהמשיבה הייתה זכאית לבטל את החוזה.**

**\*\*חשוב מאוד לשים לב לניסוח בחוזה שכן בצעד אלמנטרי וקל אפשר למנוע סיכונים גדולים.**

**סיכול חוזה**

**סעיף 18 לחוק החוזים – תרופות בשל הפרת חוזה – פטור בשל אונס או סיכול חוזה**

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

**מרכיבי הסעיף=>**

1. **שינוי נסיבות**

**\*שלא ניתן היה לדעת עליו בכוח או בפועל בעת כריתת החוזה**

**\*\*שלא ניתן היה לצפותו בכוח או בפועל בעת כריתת החוזה**

**\*\*\*שלא ניתן היה למנעו**

1. **החוזה נהיה בלתי אפשרי לקיום או שונה באופן יסודי**
2. **צד אינו מקים – מפר**

**במקרה כזה לא תינתן אכיפה ולא ינתנו פיצויים.**

**הבדלים בין טעות לסיכול**

**חשוב לציין כי טעות צופה פני עבר אל עבר ההווה ואילו הסיכול הוא בזמן הווה הצופה פני עתיד. בנוסף סעיף 14 הנוגע לביטול לא מכיר בטעות שהיא מכורח הנסיבות ואילו סעיף זה כן.**

**טעות היא עילה לביטול ואילו סיכול, באופן מסורתי, נתפס כטענת הגנה או מגן, כלומר לא ניתן היה לבקש ביטול חוזה מחמת סיכול אלא היה עלינו לחכות עד שנתבע על ידי הצד שכנגד על הפרת חוזה ואז להעלות את הסיכול כטענת הגנה.**

**בעבר מרכז הכובד הפסיקה בעת שדובר על סיכול היא לפי הצפיות – מה היה על הצדדים לצפות בעת כריתת החוזה. המיקוד באפשרות צפיית אירועים עתידיים הפך לשאלת המפתח והניב כמה פסקי דין שהפכו לנכסי צאן ברזל במובן השלישי של המילה שכן הפסיקה פירשה את מבחן הצפיות בצמצום רב.**

**ע"א חירם לנדאוי נגד מקורות מים**

**חברה ישראלית שביצעה עבודות באפריקה, באוגנדה. התחוללה מהפכה צבאית באוגנדה וכל הציוד של החברה הולאם. כתוצאה מכך הם לא הצליחו לבצע את העבודות אליהן התחייבות וכאשר הם נתבעו על הפרת חוזה הם טענו לסיכול. בית המשפט קבע כי יש להניח כי בעלי העסקים יכלו לחזות שבשלטון דיקטטורי תהיה מהפכה. אפריקה היא יבשת מסוכנת וניתן לצפות הפיכות בה.**

**ע"א כץ נגד נצחוני**

**כץ הוא קבלן משנה הנאלץ להפסיק את עבודתו עקב פרוץ מלחמת יום כיפורים. כתוצאה מהמלחמה הייתה עליית מחירים תלולה ששינתה באופן קיצוני את עלות הביצוע. כץ לא יכל לעמוד בהתחייבויותיו והוא ביקש הבנה. הם סירבו והפנו אותו לתניה בחוזה שאמרה כי הסכום סופי וללא תוספות. כץ נתבע והוא טוען לסיכול במחוזי, שדוחה את טענתו והוא מערער לעליון.**

**השופט כהן קבע כי אומנם כץ לא היה צריך לצפות את פרוץ המלחמה אך היה עליו לצפות את עליית המחירים.**

**השופט לנדוי אמר כי כל עוד לא נתכונן שלום באיזורנו יש לצפות למלחמה.**

**בתחילת שנות ה2000 התחיל שינוי במגמה כאשר עניין הצפיות הלך והתמעט.**

**ע"א רגב נגד משרד הביטחון**

**בין רגב לבין משרד הביטחון נכרת חוזה שעניינו רכישת מסיכות אב"כ יקרות. לפי החוזה רגב יקנה כל מסכה ב60 סנט כאשר התכנון הוא שהוא ימכור אותם לחברה אמריקאית ב80 סנט.**

**פורצת מלחמץ המפרץ וכתוצאה מכך משרד הביטחון הבין כי אין אפשרות למכור את המסכות לרגב שכן יש חלקן לאוכלוסייה בארץ. כתוצאה מכך הם מפרים את ההתחייבות כלפי רגב ורגב מפר את החוזה עם החברה האמריקאית שתובעת אותו וזוכה בפס"ד שמחייבת את רגב לשלם לה 50,000 דולר.**

**רגב תובע את משרד הביטחון שמעלה שתי טענות כאשר קו ההגנה הראשון הוא השחרור המנהלי שכן על מנת לשמור על בטחון התושבים הם היו צריכים להפר את החוזה. קו ההגנה השני היה טענת הסיכול.**

**בבית המשפט המחוזי נדחתה טענת הסיכול ואף נקבע כי משרד הביטחון יכל לספק את המסכות לרגב שכן אלו לא עבדו ולא הושמדו. בית המשפט המחוזי הכיר ביכולתו של משרד הביטחון להשתחרר מהחוזה עקב צורך ציבורי חיוני (שחרור מנהלי). המחוזי קבע כי על משרד הביטחון לשלם 50,000 דולר פיצויים ועוד 6,000 על הסכום שכבר שילם כך שרגב לא יצא לא בחיסרון ולא ביתרון. רגב עירער על גובה הפיצויים לעליון.**

**השופט אנגלרד באוביטר אומר כי מבחינת דיני הסיכון לא פירשו את כץ נגד ניצחוני בצורה מדוייקת שכן לא הכל צפוי ופירוש כזה של ההלכה הפסוקה הוא קשה מדי. אנגלרד אומר כי הגישה חייבת להשתנות לאור עליית עיקרון תום הלב וסעיף 39 וזאת משום שיש קירבה רעיונות בין הסיכול לבין תום הלב. בסיכול הצד שכנגד חייב להבין את המציאות החדשה שנוצרה ולא לעמוד על שלו בצורה דווקנית. במקרה שלנו פרוץ מלחמת המפרץ שינה את הנחות היסוד בבסיס ההתקשרות. את הסיבה של פרוץ המלחמה לא יכלו הצדדים לצפות מראש וכן לא היה יכול למנועה ולכן משרד הביטחון יכל לבטל את החוזה.**

**הערעור נדחה!**

**פסק דין זה העביר את המיקוד ממבחן הצפיות יותר ויותר למבחן הסיכון ובשאלה מה הייתה חלוקת הסיכונים שראו הצדדים לנגד עיניהם עם הכניסה לחוזה ומה היה טווח הנסיבות והמחירים שעל בסיסו נכרת החוזה, והאם השינוי בא בגדר הנסיבות או לא. אם הסיכון הוקצה במהלך החוזה ישא בו הצד שהוקצה לו הסיכון ואילו אם מדובר בסיכון שלא הוקצה לשום צד אז בהתקיימותו מדובר בסיכול.**

**ע"א בן אבו נגד מדינת ישראל**

**בן אבו היא חברה קבלנית שעבדה יחד עם קבלנים אחרים על בניית שכונה בגבעת זאב. החברה ציפתה לקצב מכירות מהיר והם סברו כי במקרה הגרוע תמכרנה שתי דירות בחודש. וכי כל הדירות תמכרנה לכל המאוחר תוך שלוש שנים. לאחר מכירת שש הדירות הראשונות פרצה האינתיפאדה כאשר במהלך כל התקופה נמכרה רק דירה אחת. כתוצאה מהמכירות הדלות חברת בן אבו מפסיקה להזרים כספים למשרד השיכון. חברת בן אבו יוזמת צעד ומחליטה להשתמש בסיכול כחרב, כלומר לבטל את החוזה מחמת סיכול ולתבוע ממדינת ישראל את הסכום שכבר שילמה למשרד השיכון.**

**השופט צבן קבע כי היה סיכול שכן הייתה עמידה בחוסר תום לב על זכות חוזית למרות שינוי נסיבות קיצוני. למרות שבד"כ משתמשים בסיכול כמגן כאן ראוי לשמש בסיכול כחרב.**

**צבן בודק את חלוקת הסיכונים והאם הציפיות קרסו. תשובתו היא שהציפיות אכן קרסו ולכן על משרד השיכון להשיב לחברה הקבלנית את הסכומים שהועברו.**

**המיקוד במקרה זה מוסת שכן לא נשאלה השאלה האם אירוע האינתיפאדה היה צפוי אלא האם עוצמתו הייתה כל כך גדולה עד שחרגה מהסיכונים המגולמים בחוזה או ההסכמות הסבירות שעמדו בבסיסו. זו המגמה החדשה!**

**אם המיקוד הוא באמת הסיכון ובעוצמת ההשפעה על החוזה הרי שיש קשר מובהק וברור בין הגדרת תנאי מפסיק, שקובע כי בהתרחש תנאי חיצוני לחוזה, החוזה חדל מלהתקיים, לבין סיכול חוזה. במקרה זה יכלה חברת בן אבו להתנות תנאי בנוגע לכמות מכירות הדירה שלפיו אם ימכרו X דירות או פחות החוזה בטל.**

**אין טעם לנסות לצפות כל אירוע בעולם, אותנו מעניין האם החוזה הגיוני מבחינה כלכלית בתוך פרמטרים מסויימים. לא כדאי להסתמך על מכשיר פחות מדוייק ופחות צפוי כמו בית המשפט ועדיך לקבוע תניות.**

יום ראשון 6.1.13

**פרשנות**

**סוגיית הפרשנות היא סוגיה חשובה המתעוררת בהרבה מאוד מובנים. בעבר ניתן היה לתאר באופן סכמטי את מה שקורה בתחום באמצעות פירמידה:**

**התערבות**

**בחוזה-**

**חוזה פסול**

**חוזה המנוגד לתקנת הציבור**

**התערבות מכוח עקרון תום הלב**

**התערבות מכוח חוק החוזים האחידים**

**השלמה**

**פרשנות**

**בנדבך העליון אנחנו משנים את החוזה וחורגים ממה שביקשו הצדדים לעצב.**

**ההתערבות או הסטייה מכוונת הצדדים עולה עם הדרגות של הפירמידה. הפרשנות שואפת להתחקות אחר רצון הצדדים ולחשוף אותו, השלמה היא סטיה מסויימת והתערבות בחוזה היא ההתערבות הגדולה ביותר והחדירה הקשה ביותר לתחום אוטונומיית המתקשרים.**

**\*\* דעת המרצה היא כי הוספת הסדר מכוח ההשלמה לא תמיד תהווה התערבות גדולה יותר או קשה יותר מאשר פסילת הסדר מכוח התערבות.**

**כדי להגיע להשלמה אנחנו צריכים להסיק כי צדדים התכוונו לדבר מסויים אך לא כתבו אותו. כדי לדעת מה יש בחוזה ומה אין בו אנחנו זקוקים לפרשנות שאותה בעצם נראה לאורך כל הפירמידה.**

**אייל זמיר טען את רעיון הפירמידה ההפוכה כאשר קומת ההתערבות היא הקומה הנרחבת ביותר שכן יש הרבה יותר התערבות מכוח חוזה פסול, תקנת הציבור, תום לב וחוזים אחידים וההתערבות היא המימד המרכזי. לאחר מכן קומת ההשלמה ולאחר מכן קומת הפרשנות.**

**סעיף 25(א) לחוק החוזים**

**חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מן החוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות.**

**סעיף זה מתווה לנו קו פרשני מסויים שכונה במשך השנים בפסיקה ובספרות – הגישה הדו שלבית. גישה זו הנחתה אותנו להתחיל בלשון החוזה. אם לשון החוזה ברור מפסיקים כאן אם לא עוברים לשלב הבא ובוחנים את הנסיבות. יש עליונות ללשון החוזה כאשר הנסיבות מהוות שלב ב' אליו מגיעים רק במקרים מיוחדים.**

**ע"א שטרן נגד זיונץ**

**בפס"ד זה השופטת נתניהו מסבירה את הגישה הדו שלבית – הכלל כי אין מקום להשמעת ראיות חיצוניות בדבר כוונת הצדדים כשלשון המסמך הינה ברורה היה נקוט עימנו מאז ומתמיד בעקבות דיני הראיות האנגליים והוא מוצא אישור בלשונו של סעיף 25(א) לחוק החוזים ובפסיקה שלאחריו.**

**בדיני הראיות יש כלל גדול שלא ניתן לסתור מסמך בכתב באמצעות ראיות שבע"פ. ישנה עדיפות ברורה למסמך הכתוב. בע"פ ניתן לטעון כל מיני טעות ואילו הכתב מעגן איזושהי מציאות שהתהוותה בנקודת זמן מסויימת ואמינותו גבוהה יותר.**

**סעיף 25(א) בעצם מגלם את הכלל לפי נתניהו ובצדק. הסכמתם של הצדדים כפי שנתגבשה בעת כריתת החוזה משתקפת או אמורה להשתקף בחוזה הכתוב בד"כ. מבחינת אמינות המקורות או מהימנותם יש אמינות או מהימנות גבוהה יותר לחוזה הכתוב.**

**כל זה היה נכון במשך תקופה ארוכה אבל המציאות המשפטית בכל מה שקשור לפרשנות השתנתה.**

**ע"א אפרופים שיכון וייזום נגד מדינת ישראל**

**בעקבות גלי העלייה מחבר העמים בראשית שנות ה90 נוצרה מצוקת דיור בארץ. נוצר הצורך לספק דיור להרבה מאוד בני אדם.**

**מדינת ישראל עיצבה חוזה פרוגרמה (מסגרת) באמצעותו מתעצבות כל העסקאות. חוזה זה חילק את ישראל לאזורי פיתוח ואזורי יוקרה. היה חשש מעיכובים בבנייה ועיכובים בהצגת הדרישות לתשלום באזורי הפיתוח בעיקר.**

**הוחלט בחוזה להשיט סנקציות על הקבלנים בגין איחור בביצוע ואיחור בהצגת הדרישה לתשלום- הפחתה מהמחיר שישולם לקבלנים.**

**חוזה הפרוגרמה עוצב בחופזה, בצורה רשלנית, כתוצאה מכך לא פורטה בחוזה סנקציה למקרים של איחור בביצוע באזורי פיתוח. בעצם לגבי החשש הגדול ביותר מבחינת מדינת ישראל לא פורטה סנקציה ולימים כשקבלן איחר בביצוע ומדינת ישראל ביקשה להפחית מהתמורה הפחתה של 5% הקבלן אמר כי אין בחוזה כל סמכות כזו להפחית מהמחיר. יותר מזה אמר הקבלן כי ישנה הפחתה בביצוע לגבי אזורי יוקרה ואילו לגבי איזורי פיתוח אין כל סנקציה ומכאן ניתן להסיק הסדר שלילי.**

**בבית המשפט העליון אנחנו נתקלים בשלוש עמדות של שלושה שופטים:**

**מצא=> אומר כי לשון החוזה ברורה ואין מנוס מלקבל את לשונו ולכן אין להתערב.**

**לוין=> אומר כי הבסיס לשיטה דו שלבית הוא נכון אך יש מקרים כי מאוד ברור שיש צורך לנקוט בשיטה פרשנית גמישה יותר גם כאשר לשון החוזה ברורה. הוא מכנה את המקרים כמקרים שבהם הצמדות ללשון החוזה תוביל לתוצאה אבסורדית. לכן במקרה זה יש לסטות מהשלב הראשון ולהגיע למסקנה כי ישנה סנקציה גם על איחורים בביצוע באזורי פיתוח אף על פי שהחוזה שותק בעניין הזה ולא מפרט סנקציה כזו.**

**ברק=> ברק שולל את השיטה הדו שלבית ואומר כי אבד הקלח על גישה זו והיא לא מתאימה לדין הישראלי כיום. הכשלים לדעתו בתורת שני השלבים הם:**

1. **הגבול בין לשון לנסיבות תמיד מטושטש.**
2. **הגישה לא מתיישבת עם דיני החוזים בישראל המעלים לנס את הכוונה הסוביקטיבית של הצדדים.**
3. **הגישה לא מתיישבת עם עקרון תום הלב.**

**לפי ברק על הפרשן לנוע כמטוטלת בין הלשון לנסיבות ולהעמיד אותן באותה מדרגה – לאסוף מפה ומשם וביחד להגיע לפרשנות תכליתית ולהבין מה מטרתם המשותפת של הצדדים לפי עקרון תום הלב.**

**ברק משתמש בדוגמת המכונה והסוס: שני צדדים עושים הסכם למכירת מכונה אך קוראים לה סוס. גורם מהצד היה חושב כי מוכרים סוס והיה יכול לאכוף עליהם בפרשנות שלו למכור סוס כשהם בעצם מוכרים מכונה.**

**למה לא ניתן היה לשייך את המקרה למקרה של טעות סופר?! דעת המרצה היא כי מדובר בטעות סופר אך ברק לא חושב ככה. מדוע?! האפשרות נדחקת הצידה כי אין לה בסיס עובדתי. דעת המרצה היא כי ניתן היה להימנע מכל הסיפור המורכב ולהסתפק בטעות סופר.**

**לאחר הילכת אפרופים הנסיבות הועלו לאותה דרגת חשיבות של לשון החוזה. פסק הדין הינו חשוב מאוד מבחינה ראייתית כי הוא שינה בכל הקשור לפרשנות חוזים את הכלל שנהג בישראל במשך שנים בנוגע לעליונות ראיות בכתב והעקרון שלא ניתן לתקוף ראיות בכתב באמצעות טענות שבע"פ. פס"ד זה מדגיש את עקרון הפרשנות התכליתית (אם כי עקרון זה היה קיים לפי פסק הדין, אלא ש המיקוד בעבר היה בלשון החוזה). עולה השאלה האם יצאנו נשכרים משינוי שחולל ברק?!**

**דעת המרצה היא כי הקו הפרשני שהחיל רק בפס"ד זה אינו מוצלח. ברק מסתמך על מקרה אפרופים שהוא מקרה חריג למדי כדי לחזק את גישתו ומביא את משל המכונה והסוס. עלינו להבין כי משל זה הוא נדיר מאוד וקורה במקרים שאינו חוקיים (סמים למשל) ולא מייצג שום חתך עסקי מוכר או לגיטימי.**

**ההנחה השניה של ברק, והיותר מרכזית למלאכה הפרשנית שלו, היא כי הולכים לנסיבות בשילוב עם לשון החוזה כדי להגיע לרמה גבוהה יותר של וודאות לתכלית של הצדדים. דעת המרצה היא כי זהו לא רעיון מטורף אבל יש 2 שאלות שצריכות להישאל-**

**א. האם זה באמת משפר את היכולת שלנו להתחקות אחר רצון הצדדים ביחס ללשון החוזה בלבד.**

**ברק משוכנע כי עדיף שילוב של הדברים ואילו המרצה אינו משוכנע לכך והוא רואה הרבה סיבות לכך שהוספת הנסיבות יכולה לתעתע יותר מלהועיל. בשלב שבו מקרה מגיע לבית משפט יש אי הסכמה בין הצדדים. זהו מצד שכל צד טוען "כולה שלי". אנחנו במצב של עימות וכל אחד מהצדדים רואה את האמת לפי דרכו וברור כי הם לא יסכימו על תכלית החוזה וכי כל אחד מהצדדים ינסה לאשש את עמדתו תוך ההסתמכות על הנסיבות וההגיון העסקי. במצב הזה הוספת הנסיבות עלולה לתעתע בפרשן כי לא מדובר במצב רגיל אלא במצב של התעמתות שכל אחד מחזיק בגרסה מסויימת. יש בסיס לטעון שדווקא ההצמדות ללשון החוזה תשקף טוב יותר את תכלית הצדדים כפי שראו אותה בזמן הכריתה.**

**ב. גם אם אנחנו יכולים להגיע לאמת יותר לפי שיטתו של ברק מה המחיר?! נגיד כי יש לי מכונה שהמצאתי שאני קורא לה "הסוס" ובאמצעותה אני אצליח להגיד לאמת בכל מקרה רק שזה יקח לי 30 שנה. זה טוב?! בשיטת משפט אי אפשר לחיות באי וודאות של 30 שנה.**

**לשאלה זו יש תשובה מאוד ברורה – מחיר השיטה הוא מחיר קטסטרופלי. יש עלות בהתדיינות משפטית, גם כלכלית וגם במונחים של אי וודאות שמתורגמת לעלויות משפטיות. דעת המרצה כי שיטה זו אינה מובילה לאיזון משום שלא לכל צד יש את אותה יכולת כלכלית. משום כך שיטתו של ברק עלולה להביא לעיוות כנגד צדדים שאין להם את המשאבים הכלכליים ללכת לבית המשפט ולהתנגד למישהו שטוען כי מכוח הנסיבות התכלית היא שונה מלשון החוזה. הפתח הזה לדעת המרצה יכול לגרום לאי שוויוניות ועיוותים נוספים.**

**השאלה החשובה היא האם פסקי דין כמו אפרופים הם תדירים או מייצגים?! אם כן ישנה סיבה לדאוג ללשון החוזה אך זה לא המקרה. אם כך למה צריך לייקר את המערכת ולפתוח פתח לעלויות מטורפות ולאי שוויוניות?! כשמדובר במשפטים הצדק נאמר גם במונחים של זמן ולא רק תוצאה משום שאם צד יצטרך לחכות שנים כל כך רבות כדי לקבל תוצאה צודקת אין מדובר במערכת משפטית טובה.**

**דעת המרצה היא כי ניתן היה ללכת עם לווין שדעתו שיקפה את התורה הדו שלבית בצורה הכי מדוייקת.**

**בשנות ה2000 היו מספר פסקי דין של השופט דנציגר שהעלו את האפשרות שאולי בית המשפט יחזור בו מעילת אפרופים.**

**ע"א אמנון לוי נגד נורקייט**

**המערער חתם על חוזה עם המשיבה לפיו הוא מוכר לה טכנולוגיה לעיבוד מוצרי בשר + ייעוץ. בתמורה המשיבה מתחייבת לשלם תשלומים חודשיים שימשכו גם במקרה של מות המערער או הפסקת הייעוץ.**

**הדרך היחידה של המשיבה להשתחרר מהתשלום היא רק אם תעבור לעבוד עם ספק אחר המשתמש בטכנולוגיה אחרת. ברבות הימים המשיבה מתקוממת וטוענת כי אין זה הגיוני שתשלם על שירותי ייעוץ גם אם היא לא מקבלת אותם והיא מבקשת פרשנות תכליתית ושחרור מן החיובים החוזיים עליהם היא התחייבה.**

**דנציגר אומר כי לשון החוזה היא ברורה וחד משמעית ולכן אין המשיבה יכולה להתנער מהחוזה. דנציגר אומר כי אין להתחשב בנסיבות אך בכל זאת כן מתייחס לנסיבות – הוא אומר כי המערער ביקש תשלום אחד ואילו המשיבה התעקשה לשלם בתשלומים.**

**דעת המרצה היא כי החוזה ממחיש את הסכנה בהלכת אפרופים. די ברור כי המשיבה הבינה מה היא עושה והיא לא טעתה אלא כי היא הרגישה כי היא שילמה יותר מדי ועל אף שלשון החוזה הייתה ברורה היא מנסה להסתמך על הנסיבות כדי להשתחרר מהתחייבות חוזית.**

**צריך להבין כי חוזה חי על פי תקופה ועם הזמן אינטרסים משתנים וצדדים מנסים להפנות גבם להתחייבויות שנטלו על עצמם פשוט משום שזה משתלם להם. המשנה של ברק פותחת שער שלדעת המרצה לא היה צורך לפתוח אותו. אם נלך לפי פרשנות משפטית נראה כי אין הרבה חוזים שכאלו. חוזה זה הוא לא תאונה או דבר שנוצר אלא שיקף העדפה של צדדים בזמן נתון ונוסח כמוש נוסח כדי לכבד את ההעדפה הזו. נורא מפתה להגיד בדיעבד כי אין הגיון עסקי בחוזה שכזה אך אנו עלולים לטעות בפרשנות החוזה אם נתייחס לנסיבות.**

**ע"א אלי בלום נגד אנגלו-סכסון**

**אנגלו סקסון היא סוכנות תיווך ואילו אלי הוא זכיין שזכה להפעיל חנות של אנגלו סקסון. לפי הסכם הזיכיון נקבע כי הזיכיון הוא לצמיתות וכי אלי בלום יוכל להשתחרר חד צדדית מכל סיבה שהיא. לימים החברה התקוממה ואמרה כי בשיטה הישראלית יש כלל נגד חוזים לצמיתות ובכלל איך יכול להיות כזה חוסר שוויון שבלום יכול להשתחרר מהחוזה מכל סיבה שהיא לפי רצונו ואילו החברה לא?!**

**הוגשה תביעה לבית המשפט להשתחרר מהחוזה.**

**דנציגר חזר פחות או יותר מילה מבילה במה שאמר בפס"ד אמנון לוי – לשון החוזה ברורה וחד משמעית, יש לה משקל מכריע וצריך להעדיף את לשון החוזה.**

**התגובה לא איחרה לבוא – חבורת שופטי עליון התאגדה נגד דנציגר ופסיקתו שכן הוא חורג מההלכה. היה כנס של לשכת עורכי הדין בו השתתף השופט ברק. ברק העמיד את דנציגר במקומו.**

**לאחר מכן נהיה שקט בגזרה והיום אנחנו הולכים לפי גזרת אפרופים. היה ניסיון גם של המחוקק להתערב.**

**באופן לא מפתיע הלכת אפרופים קוממה את עורכי הדין שהרגישו שנלקח מידיהם כוח שהיה שלהם והם לא יכולים לגבות את אותה פירמה על ניסוח חוזי ראוי. הלכת אפרופים עוררה הרבה הדים. מצא בפרישתו הביע תקווה שהלכת אפרופים תתהפך. נוצרה דינמיקה נדירה לשינוי חקיקתי שהנהיג חבר הכנסת יריב לוין שביקש לשנות את לשון החוק עצמה כדי להגביל את בית המשפט. המהלך התמוסס.**

**לבסוף אושר בכנסת הנוסח המתוקן שאומר כי - חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמש מתוך החוזה ומנסיבות העניין ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה יפורש החוזה בהתאם ללשונו.**

**שינוי זה לא הוביל לשינוי מגמה בבית המשפט ולשינוי הלכת אפרופים. בעצם נוצר בו שינוי חקיקתי שלא הועיל בכלום.**

**יש לנו חוסר סימטריה – התערבותה של הכנסת היא יקרה הן מבחינה כלכלית והן מבחינה פוליטית לנבחרים בעוד שבית המשפט יכול לפעול במהירות מאוד גבוהה ובעלות מאוד נמוכה יחסית.**

**כתוצאה מכך הכנסת לא יכולה באמת להתערב כל אימת שבית המשפט פוסק משהו שאינו לרוחה.**

**הדבר מוביל לתוצאה מדאיגה שבית המשפט יכול לפסוק כל דבר ופסיקתו לא תשונה על ידי הכנסת.**

**כללים פרשניים**

**סעיף 25(ב)**

**פירוש שמקיים את החוזה עדיף על פרוש שמבטלו**

**סעיף 25(ג)**

**כאשר קיימת מחלוקת פרשנית לגבי ביטוי שגור ומקובל בקהילה עסקית מסויימת שהצדדים חברים בה, פרשנות / משמעות הביטוי תהיה לפי הפירוש השגור והמקובל.**

**סעיף 25(ד)**

**מפנה לחוק הפרשנות וקובע כי יחול גם על דיני חוזים.**

**פרשנות הרמונית**

**העדפה לפרשנות שיוצרת הרמוניה בין כלל הסדרי החוזה. נפרש ביטויים זהים / דומים במקומות שונים בחוזה באופן זהה / דומה.**

**פרשנות העולה בקנה אחד עם תום הלב**

**אם ישנן מספר אופציות פרשניות נעדיף את זו התומכת בעקרון תום הלב**

**פרשנות נגד המנסח**

**בהינתן מחלוקת פרשנית נבחר בפירוש הנוגד את עמדת המנסח וזאת משום שלמנסח הייתה אפשרות לכתוב באופן מפורש וברור את גרסתו ולהפוך אותה לחלק מהחוזה ומשלא נהג כך הרי שנוצרת הנחה שכוונת הצדדים הייתה לא לכלול את ההסדר המסויים הזה.**

**כמובן שהכלל הפרשני יוצר תמריץ למנסחי חוזה להביע את עמדותיהם על הכתב.**

**רעיון זה חשוב ביחוד בתחום של חוזים אחידים ששם הספק (שהינו הצד החזק) הוא המנסח.**

**תנאי מכללא**

**תנאים שלא פורטו בלשון החוזה ואף על פי כן בתי המשפט קבעו שהם חלק מהחוזה.**

**נלקח מתוך הדין האנגלי והוא קשור לעניין "הטרחן המתערב" – כדי לדעת אם קיים תנאי כזה הפעילו את הפיקציה המשפטית של אדם המתערב בחוזה ובדיקה האם ברור או לא ברור הרצון להוסיף את ההסדר המסויים לחוזה.**

יום רביעי 16.1.13

**קיום חיובים חוזיים בתום לב**

**סעיף 39- קיום חוזה בתום לב**

**בעבר דיברנו על תום לב בשלב המשא ומתן. שם האתגר המרכזי היה ששני הצדדים במובן מסויים עדיין זרים זה לזה.**

**כאשר אנחנו מדברים על סעיף 39 אנחנו כבר בתוך החוזה ועקרון זה מתלבש על חובות חוזיות לפי איך שהצדדים עיצבו אותן. מצד אחד ניתן לאמר שזה מהלך שיותר קל לחיות איתו שכן הצדדים החליטו להיכנס למיזם משותף ולחתור למטרה מסויימת. מצד שני ניתן לאמר כי סעיף זה הוא יותר בעייתי משום שכבר יש לנו רשימת הסכמות בין הצדדים, הדברים נאמרו בצורה ברורה, בהסכמת שני הצדדים, ויחד עם זאת עדיין רוכב על החוזה מעין "ענן" שמעמעם את החובות הזכויות של הצדדים ובמקום מסויים יכול גם לסתור את תחושת ההגינות הבסיסית שנוצרת מעצם החוזה.**

**ע"א לסרסון נגד שיכון עובדים**

**חברת שיכון עובדים בנתה בניין רב קומות. על פי חוק בניין כזה מחויב ביצירת מקום להצבת גנרטור + גנרטור. בפועל לא הוצב גנרטור ושיכון עובדים אמרה כי אין בחוזה תנאי המחייב אותה להציב גנרטור אלא רק ליצור חלל להתקנת אחד ולכן אין היא חייב בהתקנת גנרטור.**

**הדיירים אומרים כי החוק עצמו הוא זה שמחייב התקנת גנרטור. המקרה מגיע עד בית המשפט העליון (דעת המרצה היא שאין הגיוניות בערעוריה של שיכון עובדים). שלושת השופטים בעליון מגיעים לאותה תוצאה כי יש להציב גנרטור.**

**השופטים נחלקו לגבי הדרך המשפטית הנאותה =>**

**בייסקי אומר כי החוק אינו מחייב את החוזה. דעת המרצה היא כי אמירתו תמוהה שכן יש כאן עניין של מפגע בטיחותי שגם אם הוא לא סותר את החוק הרי שהוא נוגד את תקנת הציבור. בייסקי מעדיף ללכת לכיוון אחר ואומר כי יש להתקין גנרטור מכוח עקרון תום הלב לפי סעיף 39 לחוק החוזים. מהלכו של בייסקי הוא של השלמה ולא של פרשנות ולפיו עקרון תום הלב מאפשר יצירת חיוב חוזי חדש.**

**בן פורת אומרת כי אי אפשר ליצור חיוב חדש מכוח סעיף 39 אך אפשר לפרש את החוזה כך שיחייב את התקנת הגנרטור שכן שלא סביר שהצדדים ביקשו לנסח חוזה הסותר לחוק בניינים גבוהים.**

**אלון לא מסכים עם בן פורת ולא עם בייסקי. הוא מציע כי מאחר שמדובר בשני צדדים מכובדים לא יכול להיות כי לא ירצו לכבד חוק קיים. הוא משתמש ב"תנאי מכללא" כדי להגיע לפסיקתו. אלון מניח כי הצדדים התכוונו למלא אחר הוראות החוק.**

**דעת המרצה היא כי הפס"ד מראה הרבה אפשרויות – היחס בין פרשנויות להשלמה, יצירת קיום חוזי חדש (בדעת יחיד) ועוד. עקרון תום הלב הולך ותופס מעמד יותר ויותר איתן שכן מגמתו של בית המשפט הוא להנחיל ערכים ביסודות דיני החוזים.**

**בג"צ שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נגד בית הדין הארצי לעבודה**

**מצד אחד יש לנו חברת אוטובוסים ואילו מהצד השני נהגים המיוצגים ע"י מועצת פועלי באר שבע. ישנם עיצומי עבודה ושביתות הפוגעים בפעילות החברה. החברה מבינה כי היא אינה יכולה לאסור שביתות בחוזה העבודה משום שמדובר בתניה בלתי חוקית שכן ישראל מכירה בזכות השביתה. הם מכניסים תניה בחוזה כי ינתן תגמול למי שלא שובת. באופן עקרוני יכולה לצאת אותה תוצאה רק תלוי מהו הבונוס המוטל. את הפרמיה היה מותר לשלול רק בתנאים מסויימים שהסתכמו בסופו של דבר בחובת היידוע של העובדים על שביתתם.**

**העובדים פותחים בשיבושי עבודה והחברה שוללת מהם את הפרמיה בגין אי השבתה. בחוזה לא נקבעה חובת יידוע של הפועלים. בפועל העובדים הודיעו לחברה חצי שעה לפני פתיחת השביתה. העובדים מתקוממים על כך שנלקחה מהם הפרמיה. הם אומרים כי לא הייתה החובה להודיע ואילו חברת האוטובוסים אמרה כי הייתה עליהם חובה להודיע מכוח עקרון תום הלב.**

**בית הדין הארצי לעבודה פוסק כי חברת האוטובוסים צריכה לשלם את הפרמיה מאחר ואין תניה. היה על החברה לכלול חובת ידוע בחוזה עצמו ובהעדר תניה כזו לא הייתה חובה על העובדים ליידע.**

**השאלה המשפטית החשובה שעלתה בעליון היא - האם ניתן ליצור חיוב חוזי חדש על חובת היידוע מכוח סעיף 39?!**

**ברק מסביר כעניין התחלתי מהו עקרון תום הלב ומה משמעותו וקובע כי עקרון תום הלב משנה את יחסי הצדדים והופך אותם מיריבים לשותפים בעלי מטרה מאוחדת אותה הם שואפים להגשים. ברק קובע כי חובת תום הלב היא בעלת אופי אובייקטיבי, כלומר מדובר בסטנדרט של מה ראוי, וכך עליה להתפרש. הוא מסביר כי לא יתכן שרמת תום הלב תשתנה מחוזה לחוזה או מסיטואציה עסקית אחת לאחרת או שתתואם לפי הצדדים באופי ההתקשרות, אלא תוכן החובה מושתת על ערכי החברה הישראלית. את עיקרון תום הלב יש לפרש באופן אובייקטיבי מוחלט.**

**נקודה נוספת של השופט ברק היא כי העקרון חל על כל סוגי הזכויות והחיובים הנובעים מחוזה, וכן על זכויות וחיובים מכוח דין (סעיף 61 לחוק החוזים המדבר על לנהוג בתום לב לגבי חיובים וזכויות מכוח דין).**

**ברק מפעיל את סעיף 39 כדי ליצור חיוב חוזי חדש – חובת היידוע. הוא קובע כי היה על העובדים ליידע מכוח עיקרון תום הלב. לאחר קביעתו עולה השאלה – האם העובדים מילאו את ההתחייבות ליידע התום לב?! ברק אומר שלא כי הודעה של חצי שעה לפי מועד השביתה אינה עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב.**

**ברק אומר כי הפרמיה לא מגיעה לעובדים וכי בניגוד לסעיף 12 שקובע מהי הסנקציה במקרה של במקרה של העדר חוסר תום לב במשא ומתן, בקשר לסעיף 39 אין סנקציות מפורטות ולכן בית המשפט מחזיק בסמכות רחבה לעצב את הסנקציה או הסעד בהתאם לנסיבות.**

**\*\*\*דעת המרצה היא כי גם כאשר יש רשימה מוגדרת בסעיף 12 עדיין מוסיפים ומשנים את הרשימה לפי הרצון של השופט ואילו כאן ברק לוקח את סמכותו של בית המשפט כמרחיקת לכת. המצה רואה הבדל בין מצב שבו ההסדר מפרט עניין מסויים והשאלה היא שאלה פרשנית לבין מקרים כמו פס"ד זה בהם יש בעיה כפולה. ברק יווצר חובת יידוע ואז קובע כי העובדים לא עמדו בה – זו החמרת יתר שכן העובדים לא ידעו על החובה הזו ומן הסתם שלא עמדו בה!**

**ההחמרה לדעת המרצה היא החמרה מוגזמת. ההפעלה של חובת היידוע היא לא מכאן והלאה במקרה זה אלא היא מופעלת גם לעבר, על המקרה הנוכחי.**

**סנקציות בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב לפי סעיף 30:**

1. **בית המשפט יכול להורות על הצד שפעל בחוסר תום לב לשלם פיצויים לצד השני. במקרה זה חוסר תום לב יחשב כהפרת חוזה רגילה.**
2. **בית המשפט יכול להורות לצד שפעל בחוסר תום לב להתנהג כפי שהיה עליו להתנהג אילו נהג בתום לב בקיום חובתו או זכותו. צד שסבר כי צד אחר היה חייב לשלם לו סכום כסף עד תאריך מסויים וסרב לקבל את הכסף שבוע לאחר מכן, בית המשפט יכול להגיד לו כי לאחר החלת עקרון תום הלב עליו לקבל את הכסף גם באיחור ולפיכך בית המשפט יאכוף עליו את קבלת הכסף.**
3. **שלילת הזכות לאכיפה או לפיצויים מן הצד שנהג בחוסר תום לב. נניח שמאיר היה אמור לקבל חיוב מסויים בהתקשרותו עם פוחי עד ל15.1 ולא קיים, פוחי תובע על הפרת חוזה ומבקש מבית המשפט שיחיבו או לקיים או לתת תשלום פיצויים. מאיר טוען כי פוחי עומד על זכותו בחוסר תום לב. אם בית המשפט יסכים עם מאיר לפוחי תשלל הזכות לקבל פיצויים או אכיפה.**
4. **מתן כוח לצד שנפגע מההתנהגות בחוסר תום לב לסטות מחיובי החוזה ולבצע פעולות שלא היו מפורטות בו והיו נחשבות אחרות לפעולות מפרות. כלומר, בית המשפט יכול ליצור זכויות וחיובים חדשים כדי להטיב עם הצד שהנפגע.**
5. **שלילת כוח חוזי או חוקי מהצד שפעל בחוסר תום לב והעברתו לצד שכנגד או לבית המשפט. נניח שבית המשפט כי מוכר דירה פועל בחוסר תום לב כאשר הוא לא רוצה לבצע העברת בעלות בדירה בפנקסי הרישום – בית המשפט יכול לשלול את הזכות להעברת בעלות מאותו מוכר ולהעבירו לאדם אחר או לבית המשפט עצמו.**

**דעת המרצה היא כי רשימת הכוחות של בית המשפט, כאשר מדובר בסעיף 39, רחבה יותר מגוונת יותר מהכוחות שיש לו כאשר מדובר הפרות סטנדרטיות. אם בית המשפט קובע כי צד מסויים מתנהג בחוסר תום לב העניין שקול להפרת חוזה. התוצאה של חוסר תום לב היא בעצם הפרת חוזה וישנה קרבה מושגית גדולה בין הפרת חוזה לבין פעולה בחוסר תום לב.**

**סעדים ותרופות**

**כשמדובר בסעדים ותרופות השאלה היא למה זכאי הנפגע?! אילו סעדים נותן החוק לצד הנפגע?! כדי להגיע לשאלת הסעדים עליו לעבור כמה שלבים:**

**כריתת חוזה => הפרה => אי ביצוע חיוב חוזי (בכפוף לעקרון תום הלב היוצק תוכן בסעיפי הביצוע) => הסעד.**

**שני חוקרים אמריקאים זיהו שלושה אינטרסים שמעצבים את דיני הסעדים:**

1. **אינטרס ההשבה**
2. **אינטרס ההסתמכות**
3. **אינטרס הציפיה או הקיום**
4. **הוספה של המרצה – אינטרס עשיית העושר.**

**שלושת האינטרסים הראשונים מתמקדים בנפגע. כשכל אחד מהם מתמקד בנזק אחר.**

**נניח שיש לנו חוזה בין שמעון ללוי לפיו שמעון מתכוון לרכוש מלוי שולחן אוכל גדול ויפה שעלותו 6,000 ₪. עלות הביצוע עבור לוי היא ,5,000 ₪ וערך השולחן עבור שמעון הוא 8,000 ₪. שמעון היה אמור לצאת מהעסקה ב+2,000 ואילו לוי ב+1,000.**

**נניח גם כי שמעון שילם מקדמה בסך 3,000 ₪. שמעון מידע את לוי כי בכוונתו לרכוש מערכת תאורה המתאימה לשולחן אך לא לשום מטרה אחרת, בסך 1,500 ₪ וכך הוא עושה.**

**מה יקרה במידה ולוי יפר את החוזה?! נניח שההפרה הייתה כי עשיר מופלג ביקש מלוי שיעשה לו שולחן ב15,000 ₪ - הרווח ללוי במקרה זה יהיה 10,000 ₪.**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
|  | **אינטרס ההשבה** | **אינטרס ההסתמכות** | **\*אינטרס הציפייה או הקיום** | **אינטרס עשיית העושר** |
| **מתמקד:** | **בנפגע** | **בנפגע** | **בנפגע** | **במפר** |
| **המטרה:** | **השבת כספים ונכסים שהועברו בין הצדדים מכוח החוזה כך שהצד הנפגע יקבל בחזרה כל סכום כסף או רכוש שהעביר לידי הצד המפר.** | **האינטרס הקלאסי בדיני הנזיקין – השבת הנפגע למצב שבו היה לפני כריתת החוזה.** | **האינטרס הקלאסי בתחום דיני החוזים – המטרה להעמיד את הצד הנפגע במצב בו היה אילו קוים החוזה.**  **א. אכיפה=> חיוב הצד המפר לקיום החוזה.**  **ב. פיצוי קיום** | **לשלול מן המפר את הרווח שצבר בזכות ההפרה ולהעבירו לנפגע. הרצון הוא להרתיע את המפר. מעין השבת המפר לקדמותו.** |
| **במקרה הנ"ל:** | **ביטול החוזה שגורר השבת 3,000 ₪ לשמעון.** | **השבת 3,000 ₪ + פיצוי בכך 1,500 ₪ על התאורה.** | **במקרה הזה אם שמעון לא ירצה בקיום החוזה יקבל שמעון פיצוי קיום – 3,000 השבה + 1,500 על המנורה + 2,000 שזהו הרווח שאמור היה לשמעון מהחוזה.** | **העברת 10,000 ₪ מלוי לשמעון.**  **אם מחשבים לפי הפער בין מחירי השולחנות – העברת 9,000 ₪.**  **זאת בנוסף ל3,000 של ההשבה.** |

**\*הבעיה היא כי אחרי שהופר החוזה קשה להוכיח מהו באמת פיצוי הקיום (הרווח) שהוא יכל לקבל. אין דרך אמיתית לוודא כמה נזק באמת נגרם לשמעון ובאיזה רווח הוא היה אמור לצאת.**

**לכן נעדיף את הפתרון של האכיפה שכן היא לא דורשת מבית המשפט לדעת את האינפורמציה המלאה. מצד שני יש גם בעיה קשה עם אכיפה שכן זה לא תמיד אפשרי וגם אם כן לא תמיד הצד הנפגע רוצה את האכיפה.**

**ישנה בעיה שלישית ומאוד חשובה – מימד הזמן. אכיפה בתום התדיינות משפטית אינה שוות ערך לקיום בזמן על פי החוזה.**

**לדוגמא – בחוזה לרכישת דירה, הקבלן באיחור של 9 שנים. אם בית המשפט יבצע אכיפה הדבר לא יעזור כי בינתיים שילמתי 9 שנים שכר דירה למקום אחר והוצאתי הוצאות שנבעו כתוצאה מהפרת החוזה של הקבלן.**

**לכן בהרבה מאוד מקרים אם פוסקים אכיפה חייבים לשלב את האכיפה בפיצויים על הוצאות שנספגו כתוצאה מהאיחור בקיום.**

**בשל אלו בד"כ אנשים מעדיפים ללכת לפי אינטרס ההשבה או הסתמכות משום שיותר קל להוכיחו.**

יום חמישי 17.1.13

**ביטול והשבה:**

**ביטול ניתן במקרים רבים להפעלה עצמית. הוא סעד עצמי שמתופעל על ידי משלוח הודעת ביטול. אף על פי כן יכולה להיות התדיינות בכמה מצבים:**

1. **אם הביטול עשה שלא דין.**

**מדוע שביטול לא יעשה כדין??**

1. **רק הפרה יסודית מקנה זכות ביטול אוטומטית ואולי הביטול שנעשה היה על הפרה לא יסודית המצריכה אישור של בית משפט.**
2. **ביטול מתנגש עם עקרון תום הלב המעמעם את המשמעות האופרטיבית של חיובים מכוח חוזה וזכויות מכוח חוזה. נרצה כי צד ימחל על ההפרה או לפחות לא יחמיר עם הצד שמנגד וכתוצאה מהעמימות שצרה ועדיין נוצרת מכוח החלת סעיף 39 קיים חשש שאם צד יפעל באופן מהיר מדי או נחרץ מדי לביטול חוזה הקערה תתהפך על פיה ונראה אותו כפועל בחוסר תום לב.**
3. **אם הצד השני חולק על הזכות לבטל.**
4. **לעיתים יהיה צורך בהתערבות בית משפט כדי להסדיר את עניין ההשבה.**

**הפרה יסודית מול הפרה שאינה יסודית**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **\*הפרה יסודית** | **הפרה לא יסודית** |
| **עיתוי הביטול** | **ביטול תוך זמן סביר (ס 8 לחוק החוזים תרופות)** | **חובה להעניק ארכה + זמן סביר מתום הארכה (ס 7(ב) + סעיף 8)** |
| **כפיפות לשיקולי צדק** | **אין כפיפות לשיקולי צדק ישנה זכות ביטול מוחלטת (ס' 7(א))** | **ביטול כפוך לשיקולי צדק (סעיף 7(ב))** |
| **חוזה הניתן להפרדה לחלקים** | **ביטול חלקי או ביטול מלא לפי שיקל דעתו של הצד הנפגע (ס' 7(ג))** | **ביטול חלקי כאשר אפשרי (ס 7(ג))** |

* **הפרה יסודית=>**

1. **הפרה יסודית מוסכמת - הפרה שהצדדים הסכימו עליה בחוזה והיא מוגדרת כך בחוזה. במעט תמיד בית המשפט יכבד את רצון הצדדים שהרי הם יודעים טוב מכולם מה יסודי בעיניהם אלא אם כן מדובר בקביעה סוחפת שכל הפרה היא הפרה יסודית. בית המשפט יתקשה מאוד לקבל תניה כזו.**
2. **הפרה יסודית מסתברת - הפרה יסודית שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ידע מראש על ההפרה ותוצאותיה. צריך לקחת בחשבון כי בית המשפט לא יודע מה ההעדפות הסוביקטיביות של הצד הנפגע. המקרה זה תהיה בעיה לאנשים שהעדפתם תהיה שונה מהאדם הסביר. בנוסף חשבון לציין כי בית המשפט בוחן את המקרה בדיעבד וקשה לו לקבוע באילו נתונים היה נכנס אדם סביר לחוזה שכזה.**

**דעת המרצה היא כי בית המשפט כן מוכן ללכת עם רצונם של הצדדים וכדאי בכל חוזה להרהר בסוגיה מראש ולהגדיר הפרות מסויימות שתחשבנה שיסודיות. לא כדאי להשאיר את ההחלטה לבית המשפט!**

**ד"נ ביטון נגד פרץ**

**ביטן מוכר את דירתו לפרץ ומספר ימים אח"כ ביטון קונה דירה מג'. ביטון מתחייב בחוזה מול ג' כי ישלם לו כסף שישה ימים אחרי מועד בו היה אמור לקבל את הכסף מפרץ לפי החוזה ביניהם. פרץ התעכב בתשלום וכתוצאה מכך (אפקט הדומינו) ביטון לא שילם לג' בזמן. ג' מבטל את החוזה מול ביטון ואז ביטון מבקש לבטל את החוזה מול פרץ.**

**השאלה היא האם איחור של שישה ימים בתשלום התמורה נחשב להפרה יסודית מסתברת?!**

**ויתקון מדבר על כך שמבחן האדם הסביר הוא כמובן מבחן אובייקטיבי ונתונים מיוחדים שרק הנפגע יכול היה לדעת עליהם או לשערם אינם באים בגדר מבחן האדם הסביר. המועד הרלוונטי מבחינת מה היה על האדם הסביר לדעת הוא מועד כריתת החוזה ולא מה אירע בפועל.**

**ח' כהן הסביר כי תוצאה שאינה מתרחשת באופן טבעי או עולה באופן סביר מההפרה לא נכללת בתיבה של תוצאות ההפרה לפי סעיף 6. הדגש הוא לא על ההפרה בפועל אלא על מה שניתן היה לצפות בצורה סבירה.**

**ביטון לקח בעצם סיכון במעשיו ובית המשפט קבע כי ההפרה היא לא הפרה יסודית מסתברת.**

**בדיני נזיקין קיים כלל עקרוני שהמעוול צריך לקבל את הנפגע כמו שהוא (עקרון הגולגולת הדקה) ואילו בדיני חוזים אנחנו רואים שאותו עקרון לא חל כי המפר לא חייב לקבל את הנפגע מהחוזה כפי שהוא. בחוזים יש לנו ערוץ תקשורת פתוח בין הצדדים בעוד שבנזיקין אין שלב הקודם לעוולה הנזיקי. הרעיון הוא שאם יש לך רגישות מיוחדת אנחנו רוצים כחברה לשים עליך נטל מאוד בסיסי – ליידע‼**

**מה בכל זאת יכול להיחשב הפרה יסודית מסתברת?!**

1. **אם מדובר באי קיום מוחלט כנראה שבית המשפט יראה בכך הפרדה יסודית מסתברת.**
2. **לגבי קיום באיחור – הדבר תלוי בנסיבות, כל מקרה ישפט לפי נסיבותיו המיוחדות:**
3. **אם מדובר באיחור בביצוע קיום כספי אז איחור קל בד"כ לא יחשב כהפרה יסודית. יש לקחת בחשבון גם את הסכום בו מדובר.**
4. **אם מדובר באיחור בביצוע חיוב אחר אז איחור קל בד"כ לא יחשב כהפרה יסודית אלא אם כן מדובר בנסיבות מיוחדות.**

* **ארכה =>**

**יש צורך במתן ארכה בהפרה שאינה יסודית אך יש להביא בחשבון שעקרון תום הלב חל גם על ביטול בגין הפרה יסודית.**

**ישנם מקרים כי הנפגעת עלולה לסבור כי מדובר בהפרה יסודית של החוזה והנחה זו תביא אותה לבטל את החוזה כאשר בפועל טעותה היא בתום לב ולא מדובר בהפרה יסודית והיה עליה לתת אורכה עובר לביטול. במקרים כאלו כדי לקבל ביטחון עלינו תמיד לתת ארכה או להגדיר מראש את ההפרה כמוסכמת.**

**ע"א Micro Balanced Products נגד תעשיות חלאבין מוצרי טיפוח**

**Micro Balanced היא המפיצה של המוצרים של תעשיית חלאבין. בחוזה בין הצדדים קיבלה על עצמה המפיצה להפיץ מכסה מסויימת מדי שנה. בחוזה אף הוסכם שאם תפר המערערת (המפיצה) את חיוביה החוזיים תוכל המשיבה לסיים את ההתקשרות בניהם בניהן בהודעה של 90 יום מראש.**

**בשנת 96 מחליטה המשיבה לבטל את ההתקשרות עם המערערת משום שזו לא עמדה במכסה שהתחייבה עליה. המערערת טוענת להגנתה בין היתר כי המשיבה מחלה על זכותה לבטל את החוזה מכוח עילה זו משום שכבר 14 שנה המפיצה לא עומד במכסות ומעולם המשיבה לא באה בדין ודברים בעניין.**

**לטענת המערערת היא שינתה את מצבה לרעה בהסתמך על המצג שהמשיבה יצרה כלפיה. כלומר היא הניחה מראש שהמשיבה לא מצפה שתעמוד במכסה המינימלית.**

**בית המשפט המחוזי מוציא צו הצהרתי שחוזה ההפצה בטל ועל כך מוגש ערעור לבית המשפט העליון.**

**בית המשפט העליון כבוד השופט ריבלין קובע הלכה. הוא מסביר כי סעיף 8 לחוק התרופות קובע שביטול צריך להתבצע תוך זמן סביר מיום ההפרה היסודית אולם אם ניתנה ארכה מכוח סעיף 7(ב) וסעיף 8 בשל הפרה לא יסודית או מכל סיבה אחרת יחל מרוץ הזמן מיום פקיעת הארכה.**

**ריבלין מגיע לצומת בקביעתו –**

**ישנן שתי דעות בפסיקה לגבי השפעת שיהוי במשלוח הודעת הביטול במסרים של הפרה יסודית:**

1. **דעתו של ברק בפס"ד שיכון ופיתוח נגד עיריית מעלה אדומים היא כי שיהוי אינו הופך הפרה יסודית לבלתי יסודית אך מקנה לה את אחת מתכונות האופי של ההפרה הלא יסודית – הצורך במתן ארכה.**
2. **דעתו של אנגלרד בע"א אבו זייד נגד ברוך היא כי שיהוי במתן הודעת ביטול הופך הפרה יסודית להפרה לא יסודית.**

**ריבלין לא מכריע משום שלדעתו לפי שתי הדעות על המשיבה היה להעניק ארכה למערערת משום שהיא יצרה מצג בפני המערערת שברצונה להמשיך בקשרים העיסקיים עמם על אף אי העמידה במכסות.**

**דעת המרצה היא כי ניתן היה להגיע לאותה תוצאה מבלי להגיע למצג מעקרון תום הלב שכן התנהגות המשיבה לאורך כל השנים מראה על דפוס התנהגות מסויים. יש סכנה אמיתית במתן ארכות שכן אם אתה מתחיל להעניק ארכות בשל שאתה לא בטוח מה בית המשפט יפסוק בנסיבות המקרה אתה חושף את עצמך למצב שבו גם במקרים של הפרדה יסודית ונשנית יהיה צורך בלהעניק ארכות. בעצם בנחמדות גרעת מזכויותיך‼ מצד שני אם לא ניתן הארכה אפילו פעם אחת ולא מדובר בהפרה יסודית הרי שבית המשפט לא יקבל את הביטול משום שלא ניתנה ארכה.**

**סעיף 9 – השבה לאחר ביטול**

**קובע כי ההשבה הינה הדדית וכי ההשבה צריכה להיות השבה בעין (החף או הנכס עצמו) אלא אם כן הנפגע מעדיף השבה של שווי. אם השבה בעין בלתי סבירה או בלתי אפשרית (מצבים בהם הנכס הועבר לאחר או הושמד) מדובר בהשבת שווי. הנפגע מחוייב גם הוא להשיב אך הוא יכול להחליט אם מדובר בהשבת שווי או בעין. כאשר מדובר בהשבת שווי יש לשערך את שווי העין בתוספת של ריבית והצמדה.**

**מה היחס בין בעד הביטול לבין יחס האכיפה?**

**אפשר לבחור או בביטול או באכיפה כלומר שאם הנפגע בוחר לשלוח הודעת ביטול אין לו אפשרות בשלב מאוחר יותר לפנות לבית המשפט ולבקש את אכיפת החוזה. המצב ההפוך לעומת זאת הוא כן אפשרי שכן אשר לבקש צו אכיפה בבית המשפט, לקבל אותו, ואם הצד השני מפר שוב ושוב את הצו אפשר לבטל.**

**סעיף 2**

**מה היחס הין השבה לפיצויים?**

**הסעדים אינם מוציאים זה את זה ואפשר בהחלט לקבל את שניהם –פיצויים בנוסף או במקום ההשבה (כלומר שהפיצויים יגלמו את ההשבה .**

**האם יכול הנפגע לקבל את רווחי המפר (סעד עשיית עושר)?**

**ד"נ אדרס נגד הרלו את ג'ונס**

**היה חוזה בין אדרס שהינה חברה ישראלית לבית הרלנו את ג'ונס שהיא חברה גרמנית. הרלו את ג'ונס הייתה אמורה לספק לאדרס ברזל. מלחמת יום כיפור פרצה והביאה השפעות על החוזה –**

1. **נוצרה בעיה עבור החברה הגרמנית לספק את הברזל לחברה הישראלית ובפועל הוא לא סופק.**
2. **מחירי הברזל האמירו פלאים בשל המלחמה והחברה הגרמנית מכרה את הברזל ברווח ניכר לחברה אחרת, לא ישראלית.**

**לאחר המלחמה מחירי הברזל ירדו למחיר הראשוני שלהם לפני המלחמה. בפועל לא נגרם לחברת אדרס נזק שכן לאחר המלחמה היא יכלה לקבל את הברזל באותו מחיר כמו לפניה. למרות זאת בנוסף לתביעה על הפרת חוזה היא הגישה תביעה בגין עשיית עושר כאשר הידע היה הרווח שעשתה החברה הגרמנית. אדרס ניסתה להגיע לרווח שנוצר למפר כתוצאה מההפרה.**

**בע"א בעליון בית המשפט קבע כי החברה הישראלית לא יכולה לתבוע בגין עשיית עושר שלא במשפט כאשר פתוחה בפניה עילה חוזית. בד"נ התוצאה התהפכה וברוב של שלושה שופטים (ברק, לוין ובך) מול שני שופטים (בן פורת ודב) קבעו כי ניתן לתבוע בגין עשית עושר שלא במשפט גם כאשר קיימת עילה חוזית כל עוד החוזה לא בוטל. לעניין מקרה שבו החוזה בוטל – הושאר בצריך עיון.**

**פס"ד אדרס הוא פס"ד חשוב שכן יש בו חידוש משפטי מרשים וחידוש עסקי חשוב. אנו למדים כי ניתן להגיע גם לרווחי הצד המפר כל עוד לא בוטל החוזה. הדבר אומר כי לפני שאנחנו מחליטים להוציא את הודעת הביטול יש לבדוק האם המפר הרוויח מההפרה ואם כן כדאי לחכות עם הביטול.**

**ישנו בנוסף מסר הרתעתי כלפי מפרים שאומר כי לא שווה להפר ולנסות למצוא עסקאות אלטרנטיביות. אם יש מערכת יחסים עם X לא כדאי לנסות לבדוק אם יש אפשרות לעסקה יותר גבוהה כי גם אם נצליח כל רווח שיופק כתוצאה מהפרת החוזה עם X יועבר אליו.**

**פסקי דין כמו אלו מראים לנו כי נפגע או נפגעת יכולים לקבל סכום העולה על נזקם – סכום שלא עולה על הפגיעה בהם אלא על הרווח שניתן למפר. במקרה זה הפגיעה בחברה הישראלית הייתה לא גדולה והרווח לחברה הגרמנית היה גדול.**

יום שני 21.1.13

**פיצויים**

**רוב התביעות בשטח הן תביעות של פיצויים זהו הסעד הנפוץ ביותר. זהו סעד שאינו כפוף לשיקולי צדק כמו למשל סעד האכיפה אך כפוף לעקרון תום הלב ולחובת הקטנת הנזק. הפיצויים יכולים להוות סעד העומד בפני עצמו להצטרך לביטול או לאכפה ובלבד שהפיצוי אינו עולה על גובה הנזק. גובה הפיצויים ישתנה בהתאם לסיטואציה כלומר האם יש צירוך בעדים או שמא מדובר בסעד עצמאי.**

**סעיף 10**

**מקנה את הזכות לפיצויים, קובע את המסגרת הכללית.**

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

**ישנם שלושה אלמנטים שעל הנפגע להוכיח –**

1. **סיבתיות כלומר שהנזק נגרם תוצאה מן ההפרה.**
2. **צפיות המפר ראה את הנזק שהתחולל בפועל מראש (בעת כריתת החוזה) או שהיה עליו לראותו. צפיות בפועל או צפיות בכוח. אם מדובר בפיות בכוח התוצאה צריכה להיות תוצאה מסתברת של ההפרה.**
3. **כימות הנזק. בית המשפט אינו מכמת את הנזר עבור הנפגע. התובע צריך לעשות זאת בעצמו.**

**ע"א נתן אניסימוב נגד מלון טירת בת שבע**

**סעיף 11**

**דן בפיצויים ללא הוכחת נזק.**

**בסעיף 11 ישנם שני סעיפי משנה:**

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

**יש כאן מדד חשוב הנוגע למחיר השוק. נניח שקנינו מעיל לחורף בזארה והמעיל עולה 1000 ₪. הוא לא היה במלאי והבטיחו כי הוא יסופק תוך שבועיים והוא לא סופק. אנחנו הולכים לחנות אחרת ורואים את אותו מעיל ב1300 ₪ הנזק שהגרם בפועל הוא 300 ₪.**

**התנאים להפעלת הסעיף –**

1. **חוזה למכירה או קניה של נכס / שרות.**
2. **הפרה**
3. **ביטול**
4. **קיום פער בין המחיר החוזי בעת מועד הביטול לבין מחיר השוק.**

**ניתן להפעיל את הסעיף גם במקרים של חוזים יחודיים, כמו במקרה של דירות.**

**ע"א איינשטיין נגד אוסי**

**ישנו חוזה מכר דירה כאשר המשיבה היא המוכרת והמערערת היא הקונה. הוחלט כי המחיר יהיה 140 אלף דולר. בשלב מסויים מוכרת טענה כי המחיר נמוך מדי ותבעה להעלות את המחיר ל180 אלף דולר בשל עליה במחירי הדירות. הרוכשים מצידם סירבו וביטלו את החוזה והדירה נמכרת לאחר ב192 אלף דולר. הנשיא ברק מפעיל את סעיף 11 ואומר כי שווי השוק הוא 192 אלף דולר והוא פוסק פיצויים בגין הפער בין המחירים – 52 אלף דולר.**

1. **חיוב שעניינו תשלום כספי.**

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

**במקרה של הפרה של חיוב לשלם כסף תהיה פסיקת ריבית מיום ההפרה עד יום התשלום בפועל. סעיף זה מאפשר לנפגע לקבל את הריבית שהיה צובר אילו בוצע התשלום בזמן.**

**סעיף 12**

**שמירת זכויות. מקנה לנפגע את הזכות לבחור בחישוב פיצויים או לפי סעיף 10 או לפי סעיף 11 לפי בחירתו.**

**סעיף זה קובע שיש לאדם זכות לפעול לפי סעיף 10 אם הוא מעדיף אותו על פני סעיף 11.**

האמור בסעיף 11 אינו גורע מזכותו של הנפגע לפיצויים בעד נזק שהוכיח לפי סעיף 10; אולם אם הייתה התמורה שכנגד החיוב שהופר בלתי סבירה, או שלא הייתה תמורה כלל, רשאי בית המשפט להפחית את הפיצויים עד כדי האמור בסעיף 11.

**בשימוש סעיף 10, על מנת למנוע הגזמה בית המשפט יכול להשתמש בסעיף השוק, סעיף 11 כמעין תקרה.**

**סעיף 13.**

גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות הענין.

**פיצויים בעד נזק שאינו של ממון (עוגמת נפש)- סעיף זה מקנה שיקול דעת לבית המשפט לפסוק פיצויים בשיעור שיראה לו ראוי בנסיבות העניין. נניח שאחרי סמסטר מתיש אנחנו רוצים לצאת לחפושה בחו"ל. אנחנו קונים חבילת נופש אך הספקית מפרה – עיקר הנזק שנגרם הוא עוגמת נפש וקשה מאוד לאמוד אותו. במקום לא לתת פיצוי בכלל הדין הולך בכיוון ההפוך ונותן שיקול דעת נרחב לשופטים. השופטים יפעילו את אותם שיקולים של צפיות וסבירות.**

**במקרה זה, חברות למשל לא נחשבות לגורם היכול לסבול כאב וסבל אלא קשור בד"כ לאנשים פרטיים החווים סערת רגשות בעקבות ביטול החוזה.**

**סעיף 14**

**חובת הנפגע להקטין את נזקו.**

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

**סעיף זה מטיל חובה על הנפגע למזער את הנזק באמצעים סבירים.**

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

**סעיף זה מטיל חובה על לשפות על הנפגע בגין הוצאות שהוציא לשם הקטנת הנזק.**

**הסעיף מגלם את עיקרון תום הלב שממשיך לחול גם לאחר ביטול החוזה. הצדדים עדיין חייבים לפעול בתום לב אחד כלפי השני. בנוסף, עקרון הקטנת הנזק משקף הגיון כלכלי מסויים.**

**לדוגמא אם מדובר בחוזה שכירות בין סטודנטית שהתקבלה ללימודים בבר אילן לבין בעל נכס בגבע שמואל. נגיד כי שכר הדירה הוא 1000 ₪ לחודש וחל שינוי בתוכניותיה של השוכרת והיא החליטה לא ללמוד באוניברסיטה מסיבה כלשהי. השוכרת מן הסתם לא רוצה לשלם שכר דירה על דירה שלא יהיה בה שימוש. סעיף 14 מחייב את בעל הנכס (הנפגע) בהקטנת הנזק כלומר במקרה זה לנסות לחפש דייר חדש. עליו לנסות לפרסם את הדרה. נגיד שפרסומת עולה 200 ₪ ובסופו של מאמץ הדירה מושכרת לאחר לאותה תקופה בדיוק בשכר דירה של 500 ₪ לחודש. בהנחה שתקופת השכירות היא 12 חודשים – שנה שלמה – אז על השוכרת לשלם במקום 12,000 ₪ היא תשלם רק 6,000 ₪ + 200 שהוציא בעל הדירה על פירסום המודעה.**

**אם לא הייתה הגבלה על אמצעים סבירים החשש הוא שהנפגע יחרוג מהמקובל (למשל יציב שלט באיילון שעולה הרבה כסף בידיעה שהמפר ישלם את הכסף). על מנת להגיע לסביר נשווה בין ההפסד שהתקיים ללא שום הקטנת נזק (במקרה זה 12,000 ₪) לבין מה שהוציא הנפגע על מנת להפחית את הנזק.**

**אם הנפגע ניסה להקטין את נסקו בסבירות אך לא הצליח ישלם המפר הן את סכום ההפרה והן את סכום הוצאות הנפגע.**

**סעיף 15**

**פיצויים מוסכמים – פיצויים שהוגדרו מראש על ידי הצדדים לחוזה.**

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

**כעיקרון יכבד בית המשפט תנית פיצויים מוסכמים מבלי להתייחס לגובה הנזק בפועל. במקרים בהם מוצא בית המשפט כי הפיצויים נקבעו ללא יחס סביר מנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה - יתערב בית המשפט ויפחית את שיעור הפיצויים המוסכמים. פיצויים מוסכמים מאפשרים לקבל תשלום במקרה של הפרה גם ללא הוכחת נזק והינם הגיוניים משלושה טעמים:**

1. **הצדדים יודעים טוב יותר מה הנזק שיגרם להם כתוצאה ההפרה.**
2. **תניית הפיצויים המוסכמים חושפת מידע מסויים**
3. **החיסכון בעלויות למערכת**

**אז למה יש חריג?! יש אפשרות לנצל את המערכת שכן ישנו צד מיודע וצד שאינו מיודע למצב. יש אפשרות אמיתית של ניצול בחוזים ולכן לבית המשפט יש אפשרות להפחית את הסכום במקרה שאין יחס סביר.**

1. הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה. לענין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים.

**סעיף זה מאפשר לנפגע לפעול מכוח סעיף 10-14 (אופציה לנפגע)**

**יש שתי דרכים לקבוע פיצויים מוסכמים –**

1. **פיצוי גלובאלי על הפרה מסויימת. קביעת סכום אחיד עבור כל סוגי ההפרה הספציפית.**

**למשל - על כל איחור במסירת הדירה בחזרה ישלם המוכר לקונה סכום של 50,000 ₪.**

1. **יצור תניה המבחינה בין סוגי הפרות**

**על כל איחור במסירת החזקה בדירה ישלם המוכר לקונה סכום של 500 ₪. נכפיל במספר הימים.**

**עדיף להשתמש באופציה השניה שכן שימשו בתניה הראשונה יכול להפעיל את סעיף א' והשופט יכול להגיד כי במקרה זה המחיר רם מתחום הסבירות, יתערב ויוריד את הסכום. בנוסף נניח שהמוכר עובד לפי תרחיש א' והוא באיחור של ימים כבר לא יהיה אכפת לו בכמה ימים הוא מאחר שכן הוא ממילא הולך לשלם את הסכום המלא.**

**ע"א אהרן נגד פרץ בן מ. גיאת**

**קונים רכשו שתי דירות מקבלן והם מגישים תביעה לקבלת פיצויים מוסכמים בסך 15,000 דולר בגין איחור ברישום הדירות על שמם במשך 5 וחצי שנים. המחוזי הפחית את שיעור הפיצויים ל5,000 דולר והקונים עירערו לעליון ובעליון חשין משיב את הסכום הראשוני על כנו.**

**דעת המרצה היא כי חשין צודק, הוא אומר כי סמכות ההפחתה של בית המשפט היא סמכות חריגה שיש להפעיל רק במקרים בהם אין שום יחס בין הסכום שנקבע לבין הנזק שניתן היה לחזות מראש. הוא מסביר שתניות פיצויים מוסכמים גורפות שלא מבחינות בין סוגים שונים של הפרות הגורמות מידה שונה של נזק תהוונה אינדיקציה לכך שהפיצויים המוסכמים עליהם הסכימו הצדדים מופרזים.**

**במקרה דנן הפיצויים סבירים, הקבלן היה צריך לרשום את הדירה על שם הקונים תוך שנה ומכאן מסיק חשין כי הצדדים כיוונו לביצוע מהיר של החוזה וכי מימד הזמן היה חשוב לקונים.**

**במקרה זה 15,000 אלף מתוך 90,000 (שכר הדירה) 17% בעצם.**

**ע"א זקן נגד זיזה**

**מדובר בשותפים באולם שמחות שהחליטו להתפרק. במסגרת הסכם הפירוק התחייב המשיב להשיג רישיון להפעלת אולם השמחות. הצדדים קבעו פיצוי מוסכם בשיעור של 700 דולר ליום. השגת הרישיון התארכה ב500 ימים. בית המשפט המחוזי הפחית את שיעור הפיצוי היומי מ700 דולר ל200 דולר בלבד וגם קצב את תקופת ההפרה ל100 ימים במקום ל500. בית המשפט העליון מפי השופט שמגר מאשר את פסיקת המחוזי הן בשיעור הפיצויים המוסכמים והן במשך התקופה. הוא מסביר כי אולם האירועים לא הושבת מפעילות במשך התקופה בה המתינו לרישיון ובכל מקרה מדבר היה במקום כה מפחיד שלא ניתן היה להרוויח בהפעלתו 700 דולר ליום. אשר לתקופת ההפרה הוא קבע כי החלטת המחוזי לתחום או להגביל את משך ההפרה ל100 ימים סבירה בנסיבות העניין.**

**בשורה התחתונה בית המשפט יכול להפחית פיצויים גם אם מחשבים על בסיס יומי.**