**דיני חוזים**

**28.10.2014**

**שלבי הקורס:**

1. **מבוא**
2. **צדדים לחוזה** – מי יכול להיות צד בחוזה? קטין? חתול? חברה בע"מ?
3. **גבולות דיני החוזים** – אילו הבטחות, אפילו אם הן הדדיות, נמצאות בתוך דיני החוזים ויש להם את המעטפת המשפטית של חוזה. אילו הבטחות ניתן לאכוף באמצעות המערכת המשפטית.
4. **כריתת חוזה** – החלק הראשון של חוקי החוזים (חלק כללי) עוסק בנושא זה.  
   תת נושא: תצורת החוזה. האם בשביל שיווצר חוזה הוא צריך להיות בכתב? צריך להיות חתום?
5. **משא ומתן לכריתת חוזה –** 
   * איזה מידע צריך לגלות לצד האחר ואיזה לא?
   * באיזה שלב מותר להתחרט ולבטל את המו"מ?
   * האם בזמן המו"מ מותר לי להפלות מישהו כי הוא אישה, דתי, אתיופי וכדו'?
6. **פגמים בכריתה –** 
   * טעות
   * הטעיה
   * כפיה
   * עושק
7. **תוכן החוזה –** 
   * פרשנות – ניסיון לגלות את אומד דעתם (כוונתם) של הצדדים בעת חתימת החוזה, מתוך הנחה שבעת כריתתו הם היו כוונה זהה, ועכשיו יש ביניהם מחלוקת.
   * השלמה
   * התערבות
8. **הפרה, תרופות** – (סנקציות משפטיות בתחום דיני החוזים. לדוג': ביטול, השבה, פיצוי, אכיפה...). נועדו לאכוף את קיום החוזה אם הוא לא מקויים או לא מקויים כמו שצריך, או להעמיד את הצד הנפגע במצב הכי דומה למצב בו הוא היה אילו החוזה לא היה מופר.

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

לקרוא פ"ד הדר חברה לביטוח (רשימת קריאה). מה הנימוק שעל בסיסו קבע ביהמ"ש שהחוזה לא מחייב? האם הנימוק קשור לכשרותה המשפטית של פלונית, ואם לא – למה?

דיני חוזים נמצאים בתחום המשפט הפרטי, שעוסק בנושאים האופקיים שבין אדם לחברו. המשפט הציבורי עוסק בנושאים האנכיים שבין הרשות לפרטים. זו אבחנה דידקטית בעיקרה, והיא עובדת פחות טוב במציאות.

ענף דיני חיובים מכיל בתוכו ארבעה תתי-ענפים.

1. דיני חוזים
2. דיני נזיקין – כולל מערכות של כללים משפטיים המגדירים עוולות נזיקיות (תקיפה, השגת גבול, הוצאת לשון הרע, פגיעה בפרטיות וכדו'). מי שמבצע עוולה מהסוג הזה וגורם נזק לזולת – יצטרך לתקן את הנזק, בד"כ באמצעות פיצוי כספי. החוק העיקרי הנוגע לכך הוא פקודת הנזיקין.
3. דיני עשיית עושר ולא במשפט (ע"ע) – מצבים שבהם אדם קיבל שלא כדין זכות או טובת הנאה ששייכים למישהו אחר. לדוג': משכורת הופקדה בטעות לחשבון הבנק של מישהו אחר. האדם שהמשכורת נועדה לו זכאי לקבל את הכסף הזה ממי שקיבלה בטעות. וזאת למרות שמקבל המשכורת לא עשה שום עוולה. החוק העיקרי הנוגע לכך הוא חוק עשיית עושר ולא במשפט.
4. חיובים מכוח דין, לדוג' חיובי מזונות.

את דיני החוזים ניתן לחלק לשני חלקים:

**דיני החוזים הכלליים:** כל הנורמות המשפטיות שחלות על כל סוגי החוזים (מכר, הלוואה, משכון, עבודה, ביטוח...). המילה "הכלליים" מתייחסת למילה "דיני" ולא למילה "חוזים". מדובר על דינים כלליים.

**דיני החוזים המיוחדים:** אוסף נורמות משפטיות שחלות על סוגים ספציפיים של חוזה. חוק החוזים חלק כללי – חל על כל סוגי החוזים. לעומתו, חוק המכר חל רק על חוזי מכר. חוק השכירות והשאילה חל רק על חוזי שכירות ושאילה. וכו'.

**בקורס הזה נעסוק רק בדיני החוזים הכלליים.**

**30.10.2014**

בתק' העותומאנית המשפט התבסס על המג'לה.

בנוסף היה את **חוק הפרוצדורה העותומאני**, שכלל גם ענייני חוזים. חלקם עדיין רלוונטי כיום.

כדי למנוע מצב של "אין משפט", צריך משפט שיחול גם במצב של חילופי שלטון. לשם כך חוקק משפט בסיסי שנקרא "דבר המלך במועצתו לארץ ישראל" (1922), ובו נקבע שהמשפט שהיה קיים בא"י ערב המנדט הבריטי – ימשיך לעמוד בתוקפו. כלומר המג'לה וחוק הפרוצדורה העותומאני על כל הוראותיו – ימשיכו לחול.

במקום בו תתגלה לקונה (חוסר), כלומר במקום בו אין הסדר משפטי – דבר המלך במועצתו מצווה על השופטים לשאוב את הפתרון מהמשפט האנגלי – the common law האנגלי. משפט שנוצר באמצעות הפסיקה של הערכאה העליונה באנגליה, בית הלורדים.

במהלך השנים היו יותר ויותר לקונות, במיוחד בחוקי החוזים הכלליים. בחוק הפרוצדורה העותומאנית חוקי החוזים הכלליים היו מאוד דלים. פתרונות של דיני כריתת חוזה, פרשנות וכו' – נשאבים ממשפט האנגלי.

בהמשך גם במקומות בהם אין לקונות שואבים את הפתרונות מהמשפט האנגלי, כי המשפטנים תחילו לנסוע ללמוד משפטים בלונדון, במקום בתורכיה. השופטים בערכאה העליונה הם אנגלית. לכן גם כשהיה פתרון במשפט העותומאני לא תמיד השתמשו בו, ולאט לאט הדין האנגלי דוחק את רגליו של הדין העותומאני, במיוחד בתחום דיני החוזים הכלליים.

לקראת סוף תקופת המנדט הבריטי דיני החוזים הכלליים בישראל דומים מאוד לדיני החוזים הכלליים באנגליה, וכשלמדו את התחום בישראל – למדו מספרים מיובאים מאנגליה. היה רובד נוסף של חוקי עותומאנים בעיקר בתחום דיני החוזים המיוחדים.

כאשר נגמר המנדט לא היה פנאי לחוקק את כל החוקים מחדש, ולכן השאירו את שהיה על כנו.

החוק הראשון שנחקק הוא **פקודת סדרי השלטון והמשפט**, על פיה המצב המשפטי שהיה קיים – יעמוד בתקפו.

במהלך השנים הכנסת חוקקה חוקים בתחום דיני החוזים. שלושת החוקים שנחקקו בתחום דיני החוזים הכלליים:

1. **חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973** – דיני החוזים הכלליים: דיני כריתת חוזה, פגמים, מו"מ, פרשנות וכו'.
2. **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) תשל"א-1970**
3. **חוק החוזים האחידים**. מצד אחד שייך לתחום דיני המיוחדים, כי חל רק על חוזים אחידים. מצד שני שייך לדיני החוזים הכלליים, כי הוא חל על כל *סוגי* החוזים. שכירות, ביטוח וכו'. רואים בו כחלק מתחום דיני החוזים הכלליים, כי כמעט כל החוזים שכיום חותמים עליהם הם חוזים אחידים.

בסוף חוק החוזים (חלק כללי), לדוגמא, יש הוראות מעבר. דוגמא להוראת מעבר: סעיף 62 קובע שסעיפים מסויימים והספר ה-12 של המג'לה – בטלים. כלומר הוא מבטל את הרובד בחקיקה העותומאנית שהחוק הזה מחליף. כנ"ל ביטול החקיקה הבריטית בנושאים האלה, בסעיף 63.

לאט לאט נחקק רובד מקיף של דיני חוזים ישראלים, שמחליפים את החקיקה העותומאנית והבריטית. זה קורה במקביל גם בתחומים אחרים.

**חוק יסודות המשפט תש"מ-1980** – מבטל באופן גורף את הזיקה למשפט האנגלי. החוק גם קובע מה יקרה במידה ומתגלה לקונה במשפט הישראלי:

"ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל."

אגב אורחה החוק מפרט מה הם המקורות הנורמטיביים של המשפט הישראלי: חקיקה, הלכה פסוקה (תקדימים מחייבים של בית המשפט העליון; הרציו), ובמקרים הנדירים שאין פתרון בחקיקה או בהלכה הפסוקה – היקש (יישום פתרון קיים של סוגיה משפטית דומה). אם אחרי כל זה יש מקרה שאין לו תשובה (גלברד: "אין מצב!") מכריעים עפ"י עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של מורשת ישראל.

אלו המקורות המחייבים. אין בחוק איסור על ביהמ"ש להיעזר במקורות נוספים. למשל שיטות משפט אחרות, כתיבה אקדמית...

**הוראת חוק כופה** – חוק קוגנטי (באים ליצור רגולציה)

**הוראת חוק מרשה** – חוק דיספוזיטיבי (בד"כ משלימים חסר)

חלק מחוקי החוזים המיוחדים הם קוגנטים וחלקם דיספוזיטיבים.

במקרים מסויימים המחוקק מאתר כשל שוק, כלומר יש בעיה בשוק מסויים, והמחוקק מתערב בשוק וקובע הוראות כופות. לדוג' חוק המכר דירות נועד לבטל כשלים שהיו במכירת דירות.

סעיף 33 בחוק המכר קובע שהבעלות על הממכר עוברת לקונה כשהממכר עובר לקונה. ההוראה הזו תחול רק אם הצדדים לא קבעו משהו אחר. זו ברירת מחדל שנועדה להשלים חסר בחוזה. זהו סעיף פוזיטיבי.

דיני החוזים הכלליים הם באופן כללי דינים מרשים, חוץ ממקרים ספציפיים.

**החוק לביטול המג'לה תשמ"ד-1984** מבטל את המג'לה באופן גורף.

אין חוק לביטול חוק הפרוצדורה העותומאנית. יש סעיפים של החוק הזה שבוטלו בתוך חוקים ספציפיים, אבל יש סעיפים שלא. ולכן הם עדיין בתוקף.

**הקודקס:**

מאחר והחוקים של המדינה חוקקו חוק-חוק בנפרד, לפעמים יש אי התאמות בין חוקים שונים שעוסקים בתחומים קרובים, לשוניות או מהותיות. יש כפילויות.

המחשבה היתה שיום יבוא ויעשו סדר. יקחו את כל החוקים ששייכים לתחום המשפט הפרטי וישימו אותם בספר אחד מרוכז באופן קוהרנטי ובסדר הגיוני, עם התאמות בין הפרקים השונים וכו'.

בקיצור – קודקס.

לפני כ-30 שנה מינה משרד המשפטים ועדה שתפקידה לאסוף את החוקים השונים ולבנות את הקודקס. לוועדה לקח כ-20 שנה להכין טיוטה כזו, שאמורה להחליף 21 חוקים קיימים. הטיוטה עברה שינויים, הופצה לציבור הרחב, עודכנה וכו'. בסופו של דבר הונחה על שולחן הכנסת הצעת חוק הכוללת למעלה מ-1000 סעיפים, הכוללת חלקים נרחבים מהמשפט הפרטי, לרבות החלק של משפט החוזים. ההצעה עברה בקריאה ראשונה והועברה לוועדת חוק ומשפט שתכין אותה לקריאה שניה ושלישית. הכנסת החליטה לעבור על ההצעה סעיף סעיף, במקום בבלוקים שלמים, ולכן הכנסת עדיין נמצאת רק בסעיף 4 להצעה, נכון להיום.

בינתיים העולם השתנה, ובעקבותיו המשפט.

במדינה מתוקנת אחת ל-10-15 שנים עושים עדכון לקודקס האזרחי. אצלנו זה לא נעשה כבר עשרות שנים.

כבר יש כיום פסיקות שמתייחסות לקודקס, ולכן יש להצעת החוק הזו משמעויות מעבר להצעת חוק רגילה.

עד כאן המבוא לקורס.

**הצדדים לחוזה:**

מי יכול להיות צד לחוזה, ומי יכול לכרות חוזה? מי יכול לכתוב צוואה? מי מוסמך למנות שליח? במעשה נזיקין, מי יכול להיות חב בנזיקין? זו סוגיה שרלוונטית לכל תחומי המשפט, וגם לחוזים.

**כשרות משפטית:** למונח הזה יש בעברית כמה פירושים.

1. **כשרות לזכויות וחובות**
2. **אישיות משפטית** – בעל כשרות משפטית לזכויות וחובות. שיטת משפט היא מערכת של נורמות משפטיות שמטילות חובות או מקנות זכויות. מי נושא על גבו את הזכויות או החובות הללו? במשפט הישראלי אין חוק שקובע במפורש מי הם בעלי הכשרות לזכויות וחובות. אבל אם ניקח את כל החוקים במדינת ישראל נגלה שכולם מטילים חובות/זכויות אך ורק לבני אדם או לתאגידים.
3. **כשרות לפעולות משפטיות** – פעולה מתחום המשפט שיוצרת חובות וזכויות, או משנה את מערך החובות והזכויות. כל מי שיש לו כשרות לפעולות משפטיות יש לו כשרות לזכויות וחובות, אבל לא כל מי שיש לו כשרות לזכויות וחובות יש לו כשרות לפעולות משפטיות. כדי להיות בעל זכות חוזית (למשל יורש) עלי להיות בעל כשרות לזכויות וחובות. כדי לכרות חוזה עלי להיות בעל כשרות לפעולות משפטיות. יש חוקים שמגדירים כשרות לפעולות משפטיות ספציפיות. למשל לא כל מי שהוא בעל כשרות לפעולות משפטיות – רשאי להינשא. אין בחוק הישראלי בתחום של דיני חוזים הוראות ספציפיות על מי רשאי לכרות חוזה, ולכן כל בעל כשרות לפעולות משפטיות רשאי לכרות חוזה.

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

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

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

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

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

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

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

**לקרוא ליום שלישי:**

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב-1962 – לעיין בסעיפים 1-10 של החוק, ולהביאם לשיעור הבא.

פס"ד אל בלאדה (מתוך הסילבוס)

פס"ד מדינת ישראל נגד יום-טוב

רשות: מאמר של פרופ' גבריאלה שלו, הסכמים ג'נטלמנים. פורסם בכתב העת משפטים כרך ל"ב עמוד 3.

**4.11.2014**

כזכור, תאגיד הוא גוף שאינו אדם, שהחוק הקנה לו סמכויות משפטיות.

הסמכויות של תאגיד הן רק כאלה שניתנו לו על פי חוק.

**מי מוסמך לכרות חוזה?**

* תאגיד שהחוק הקנה לו סמכות לכרות חוזה
* אדם בעל כשרות לפעולות משפטיות.

מי הוא אדם בעל כשרות לפעולות משפטיות? בכך, בין השאר, עוסק חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

**כשרות לזכויות וחובות:**

עפ"י סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, כל אדם חי (מיום לידתו ועד יום מותו) הוא בעל זכות לזכויות וחובות על פי חוק הכשרות המשפטית.

לפיכך כל אדם יכול להיות בעל זכויות או לחוב חובות על פי חוזה.  
"חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן - המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו." (ס' 34 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973)

כלומר, אדם יכול להיות בעל זכות חוזית בלי שכרת חוזה, אפילו בלי שיש לו כשרות משפטית לפעולות משפטיות. למשל תינוק בן יומו, אדם בתרדמת וכדו'. אך לא ניתן לכרות חוזה לטובת אדם שעוד לא נולד (עובר ברחם אמו, למשל), כי הוא עוד לא בעל כשרות לזכויות וחובות.

דרך אגב, **כל** אדם מגמר לידתו ועד מותו – זכאי לזכויות וחובות, אין חריגים בזה. אבל יש חריגים לצד השני. למשל, במקרים חריגים יש עוברים שזכאים לזכויות.

**כשרות לפעולות משפטיות:**

"כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט." (ס' 2 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות)

אין בישראל ענישה באמצעות שלילת כשרות משפטית.

אבל החוק מגביל כשרות משפטית של בני אדם על מנת להגן עליהם. אדם שאין לו שיקול דעת שהחוק סומך עליו – עלול לגרום לעצמו נזק. החוק נוקט גישה פטרנליסטית שמגינה על קבוצות חלשות באוכלוסיה. זאת הגישה של חוק הכשרות. הקבוצות שהחוק מגן עליהן הן: **קטינים** וכן **פסולי דין.**

חולשות של חוק הכשרות המשפטית:

1. הבעיה היא שהגנת החוק פרושה על קבוצות קטנות מדי. מה עם קשישים, נרקומנים (שבמצבים מסויימים אין להם שיקול דעת)? יש מדינות שבהן פרושה הגנה רחבה יותר, על יותר הרבה קבוצות.
2. אופן הגנת החוק הוא באמצעות פגיעה בזכויות הקבוצות החלשות. צריך למצוא איזון. למשל, אם היו קובעים באופן גורף שלקטינים ופסולי דין אין כשרות לפעולות משפטיות וזהו – ההגנה היתה מקסימלית, אבל כך גם הפגיעה. לכן השלילה/ההגבלה של הכשרות לפעולות משפטיות היא מוגבלת, בהתאם לרמת הסיכון לאדם עליו החוק רוצה להגן.

בסעיפים 4-7 לחוק הכשרות החוק קובע מה היא ההגבלה לפעולות משפטיות של קטין. הסעיפים האלה נדרשים מתוך הצורך באיזון והקטנת הפגיעה בזכויותיהם.

סעיף 8 מגדיר מי הוא פסול דין, ומגדיר שאדם יכול להיות פסול דין רק לאחר שהוכרז על כך בפסק דין בבית משפט לאחר בקשה שלו או של קרובו. ההכרזה היא לא באופן רטרואקטיבי. זאת על מנת להגן על זכויות פסולי הדין. בפס"ד הדר משיעורי הבית – האישה התאימה להיות פסולת דין, אך לא הוכרזה ככזו ולכן לא היתה כזו.

נציג של קטין: הורים, ואם אין הורים ביהמ"ש קובע לו אפוטרופוס.

נציג של פסול דין: כאשר ביהמ"ש קובע שמישהו הוא פסול דין, הוא ממנה לו אפוטרופוס.

אם הנציג מת או ברח מהארץ וכדו', כלומר כשנוצר ואקום בנוגע לנציג של קטין או פסול דין – היועץ המשפטי לממשלה הוא הנציג (הוא ממנה נציג מטעמו). כלומר לכל קטין או פסול דין יש נציג.

אם קטין או פסול דין רוצה לכרות חוזה, הנציג יכול את החוזה עבור הקטין או פסול הדין. במצב כזה כלל לא מתעוררת שאלת הכשרות לפעולות משפטיות. כי לנציג יש כשרות כזו.

סעיפים 4-7 עוסקים במקרים שבהם הקטין או פסול הדין עצמו מבצע את הפעולה המשפטית.

**הקטין או פסול הדין כשיר לכרות חוזה אם הוא קיבל את הסכמת הנציג.**כלומר החוזה שנכרת בין הקטין עצמו לבין הצד השני – תקף לכל דבר ועניין.

חריג: פעולות משפטיות ספציפיות, המפורטות בסעיף 7, שהקטין לא כשיר לבצע גם אם הציג מאשר זאת. יש צורך באישור של בימ"ש כדי שהקטין יוכל לכרות את חוזים כאלה בעצמו.

לסיכום, התשובה לשאלה: האם קטין או פסול דין כשיר לכרות חוזה? היא: כן, בתנאי שהנציג מאשר זאת.

**קטין שביצע פעולה משפטית ללא קבל הסכמת הנציג:**

[מדובר על קטין אך הכוונה גם לפסול דין.]

על מנת לא לתת יתר הגנה על הקטין, ובכך לפגוע בזכויות של אחרים, אי אפשר לשלול תוקף כל פעולה משפטית שקטין ביצע ללא הסכמת הנציג.

אם החוזה שנחתם ע"י הנציג ללא הסכמת נציגו יוצר רמת סיכון גבוהה לאינטרסים של הקטין – החוזה בטל=**void**. (שלילת כשרות)

אם החוזה יוצר לקטין רמת סיכון אפסית – החוזה תקף. (אי שלילת כשרות)

אם החוזה יוצר לקטין רמת סיכון בינונית – החוזה תקף, אבל ניתן לביטול=**voidable** (הגבלת כשרות). 🡨 זו ברירת המחדל.

כשחוזה מתבטל קורים שני דברים: כל מה שהיה צורך או יהיה צורך לשלם להעביר – לא צריך להעביר. כל מה שכבר הועבר – מוחזר. אם הועבר משהו שלא ניתן להחזיר (למשל שירות) – מוחזר תשלום הוגן עבור הדבר.

איזה חוזה שייך לכל קטגוריה?

"פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול" (ס' 5 לחוק הכשרות)

**ברירת המחדל היא הקבוצה השלישית**, חוזה תקף אבל ניתן לביטול. אם לא הודיע הנציג על ביטול החוזה בתוך חודש ימים – החוזה הופך להיות לא-ניתן-לביטול.

החוק מפרט את החריגים השייכים לקבוצה הראשונה או השניה.

**שיעורי בית:**

1. לקרוא פס"ד לוין נ' לוין. שאלות:
   1. האם הצדדים התכוונו ליצור ביניהם חוזה מחייב?
   2. מדוע בית המשפט פסק כפי שפסק?
2. קטין כרת חוזה ללא הזמת נציגו, לרכישת נכס באשראי. מדובר בנכס שקטין בגילו רגיל לרכוש כמוהו. מה הדין?

**6.11.14**

**תשובות לשאלה 2 משיעורי הבית:**

סעיף 6א גובר על סעיפים 5-6 (כתוב בסעיף 6א "על אף האמור בסעיפים 5 ו-6") ולכן החוזה בטל.

**סעיף 7 לחוק הכשרות**: יש פעולות שאם הן נעשות ע"י נציג למען חסוי – דורשות אישור בימ"ש. אותן פעולות עצמן, לו ייעשו ע"י הקטין עצמו – גם כן דורשות אישור בימ"ש.

**סעיף 20 לחוק הכשרות** מפרט את הפעולות הנ"ל במקרה של קטין שהוריו הם נציגיו.

**גבולות דיני חוזים:**

**תכונת האכיפות**: התחייבויות שגלומות בחוזה ניתן לאכוף ע"י המערכת המשפטית. האכיפה היא באמצעות מערכת של סנקציות משפטיות ("תרופות") המופעלות ע"י בתי המשפט.

זאת בניגוד להסכם שבכבוד ("הסכם ג'נטלמני") שאינו בר אכיפה ע"י המערכת המשפטית, וקיומו תלוי ברצונם הטוב של הצדדים.

החופש להתקשר בחוזה כולל בתוכו את החופש שלא להתקשר בחוזה. לכן צדדים יכולים להחליט ביניהם שלא להיקשר בחוזה.

יתרונות של הסכם שבכבוד:

1. חסכון – אם מדובר על חוזה מחייב הצדדים ישקיעו כסף באנשי מקצוע שיכתבו אותו בצורה מדוייקת.
2. קידום יחסי אמון בין הצדדים
3. גמישות – חוזה מקבע את התחייבויות הצדדים ברגע כריתתו. במערכת שאיננה משפטית הצדדים גמישים, ויכולים לשנות ולהתאים את ההסכם במשך הזמן. זה אפשרי גם בחוזים, אבל במידה פחותה.

במצבים בהם יש פערי כוחות בין הצדדים (פערים כלכליים או פערי מומחיות/ידע) – ההסכם עשוי להפוך לחוזה מחייב.

חוזה יכול להכיל סעיף שמגביל את גובה הפיצוי במקרה של הפרת החוזה, או סעיף שמכתיב מערכת בוררות חלופית לבתי המשפט במקרה של הפרת החוזה. אלו סעיפים שמקרבים במעט את סגנון החוזה לסגנון של הסכם שבכבוד.

**תשובה לשאלה 1 משיעורי הבית:**

1. אין תשובה חד משמעית. ההסכם נוסח בקפדנות ע"י עו"ד. הוא נמצא על הגבול שבין חוזה מחייב להסכם שבכבוד, ולכן ניתן לדחוף אותו לפה או לפה. במקרה שלנו השופט בחר להתייחס למסמך כחוזה מחייב.
2. טובת הילדים.

**כריתת חוזה**

על מנת לכרות חוזה יש צורך **ברצון** להתקשר בחוזה מחייב: **כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.**

"חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה." (ס' 1 לחוק החוזים הכללי)

דרך המלך לכריתת חוזה היא הצעה וקיבול, אבל זו לא הדרך היחידה. זהו סעיף דיס-פוזיטיבי, כלומר לא סעיף כופה. זאת בגלל חופש החוזים. אם הצדדים רוצים שיהיה ביניהם חוזה, הם יכולים לכרות ביניהם חוזה גם אם זה נעשה בצורה שונה מהמפורט בלשון החוק.

הדרכים האחרות לכריתת חוזה אינן שכיחות, אבל כל עוד הדרישות המהותיות שמגולמות בדרך של הצעה וקיבול מתקיימות – מתקיים חוזה.

הדרישות המהותיות:

1. הצדדים רוצים להיכנס לקשר המחייב
2. הצדדים הגדירו את תנאי החוזה

דרכי כריתת חוזה שאינן הצעה וקיבול:

1. הצעות מצטלבות – כאשר במקרה שני הצדדים שולחים זה לזה בו זמנית הצעות תואמות באופן מלא. זה עשוי לקרות בשווקים בהם התנאים ידועים מראש, למשל שוק הצעות הרכש בניירות ערך.
2. קונצנזוס – לפעמים הצדדים יושבים יחד סביב השולחן ומנסחים ביחד את התנאים. זו כריתת חוזה באמצעות קונצנזוס (הסכמה הדדית). באופן מלאכותי ניתן לומר שהאחרון שביצע שינוי בניסוח הוא המציע והשני הוא הניצע, אך זה לא בדיוק כך.
3. התחייבות חד צדדית – לדוג': פרסמתי מודעה "כלבי אבד, המוצא הישר יקבל 1000 ₪". מישהו מוצא את הכלב ומחזיר אותו, אך הוא לא קרא את המודעה ולכן לא היה קיבול אפילו בשתיקה. אבל אם לאחר מכן חבר שלו סיפר לו על המודעה – הוא יכול לדרוש את הפרס, כי כוונתי בפרסום המודעה היה לתת 1000 ₪ **לכל** מי שמוצא.

**שיעורי בית**

1. קריאת חלק א' לחוק החוזים (חלק כללי), לא כולל הסעיף האחרון.
2. לקרוא מהסילבוס פס"ד זנדבנק נגד דנציגר
3. לקרוא מהסילבוס פס"ד פרץ בוני הנגב נגד בוחבוט

**העשרה – 11.11.14**

מו"מ 🡨 כריתה 🡨 תוכן 🡨 תרופות

אנחנו נעסוק היום בסוגיה נגזרת של כריתה: **פגמים**.

ככל שמדברים על מו"מ לכריתת חוזה, רואים שאחד הערכים החשובים ביותר בתחום דיני החוזים הוא ערך ה**רצון**. הרצון החופשי נמצא במרכז דיני החוזים כבר מהמאה ה-19.

הצעה וקיבול – מודל טכני של כריתה, המשמיע הנחת יסוד משמעותית: יש צורך ברצון. מדובר על מפגש רצונות בין צדדים.

אם מגדירים חוזה כ"הסכם אכיף", לפי הגדרתה של פרופ' גבריאלה שלו, מובן מזה שיש צורך ברצון ("הסכם").

ס' 24 לחוק החוזים: "תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים."

למה יש צורך ברצון? יש לכך שתי גישות:

1. רצון חופשי הוא משהו שאנחנו רוצים להגן עליו, כי יש לו ערך כשלעצמו. זהו ביטוי לאוטונומיה של האדם.
2. ע"י כיבוד הרצון החופשי אנחנו משיגים מטרות טובות. לרצון אין כשלעצמו, הוא לא מקודש. אבל הוא מאפשר להשיג תוצאות טובות. הבטחותיו של אדם מאפשרות לו להשיג דברים. כל הצדדים יוצאים נשכר מחילופי ההבטחות. בעסקה טיפוסית כל צד מעריך יותר את התמורה שהוא מקבל מאשר את זו שהוא מעניק, אחרת העסקה לא היתה מתבצעת.  
   כשיש חברה דינמית שבה נכסים מועברים למי שמעריך אותם יותר – החברה כולה יוצאת נשכרת.

מההגנה על הרצון נובע עקרון הנ"ל בדיני החוזים.

**חופש החוזים** – החופש של אדם להחליט:

1. האם להתקשר בחוזה
2. עם מי להתקשר בחוזה
3. מה יהיו תנאי החוזה

תפקידו של ביהמ"ש הוא לאכוף את החוזים, לא להתערב בתכניהם.

אבל כמובן יש סייגים לחופש החוזים, במקרים בהם הוא סותר חירויות אחרות. במקרים כאלה ביהמ"ש כן עשוי להתערב בתוכן החוזה.

לא כל חוזה נכרת מתוך רצון חופשי. דוגמאות לחוזים שנכרתים שלא מתוך רצון אמיתי:

1. בחוזים אחידים אין חופש מוחלט. למשל כשחותמים על חוזה עם החברה הסלולרית – לא ניתן לשנות אף אחד מסעיפי החוזה. אין מו"מ על התנאים. ואף על פי כן דיני החוזים מכירים בחוזים האחידים כחוזים תקפים. אבל לשם כך חוקק חוק החוזים האחידים, לפיקוח על חוזים כאלה.
2. פגמים בכריתת חוזה: טעות, הטעיה, כפיה, עושק. אלו נמצאים בפרק ב' לחוק החוזים, החל מסעיף 14.

כדי לדבר על פגם בכריתה צריך קודם כל להגיע למצב שנכרת חוזה, כי לא יכול להיות פגם בכריתה אם לא היתה כריתה. לכן קודם יש עיסוק בכריתה עצמה, ורק בפרק ב' בפגמים בכריתה.

**רמז למבחן ☺:** לא להתעסק בפגמים בכריתה אם לא נתון שנכרת חוזה, או אם החלטנו על בסיס הנתונים שאכן נכרת חוזה.

פגם בכריתה מוביל לאפשרות ביטול. אף פעם אין חיוב לביטול החוזה בשל פגמים בכריתה, אבל יש אפשרות כזו.

איך יכול להיות שחוזה שהיה פגם בכריתתו הוא ניתן לביטול ולא בטל? לא היתה גמירת דעת אם היה פגם בכריתה.

על פי התיאוריה האובייקטיבית, הדגש בבחינת השאלה "האם נכרת חוזה?" מושם על הביטוי החיצוני, לא על כוונות שבלב. לא צריך רק גמירת דעת, אלא ביטוי חיצוני לגמירת דעת ("העדה").

טעמים לכך שהחוזה לא בטל כשיש פגמים בכריתה:

1. הסתמכות הצד האחר על החוזה. לאדם יש אחריות חלקית על כך שחתם על חוזה מתוך טעות ולא בדק את העובדות היטב. צריך להגן גם על הצד השני, שסמך על החוזה. במיוחד כשהצד השני תם ולא הטעה בכוונה, אלא פשוט לא היה מודע לכך שהצד השני... טמבל.
2. ברוב המקרים יש מתאם בין התנהגות הצדדים כלפי חוץ לבין כוונת כלפי פנים.
3. טעם ראייתי: אין לשופטים דרך להיוודע בדיעבד למה התכוונו הדברים. כל צד ייטען לכוונות שונות. מוכרחים לחולל אמת מידע שבהתאם לה הדברים ייקבעו, והצדדים ידעו להתנהג בהתאם.
4. טעם מסחרי: יש צורך בדינמיות. אי אפשר שבכל רכישה שנבצע נצטרך לוודא שהצד השני יודע בדיוק את הפרטים המלאים. (למשל כשקונים שקית חלב. "אתה בטוח שאתה רוצה את החלב הזה? אתה יודע מה הוא מכיל בדיוק?" וכו'.)

הגישה הסובייקטיבית מנסה להתחקות אחר הכוונות שבלב בעת כריתת החוזה המדובר.

הגישה האובייקטיבית מנסה לשער מה היה חושב "האדם הסביר" בנעליו של הצד שהתקשר בחוזה במקרה המדובר.

במבחן האובייקטיבי יש גוון סובייקטיבי, כי אנחנו בוחנים את ההעדות החיצוניות לא מנקודת מבטו של זר אלא של הצדדים עצמם.

למשל, אם יש שני צדדים שכל הזמן מבצעים ביניהם עסקאות, ויש להם נוהג שבו הם יושבים לארוחת ערב משותפת בערב שלפני כריתת החוזה. מבחן אובייקטיבי לגמרי היה רואה אותם ערב לפני בארוחת הערב, משיקים כוסות ואומרים "בשעה טובה" – היה מכריע שנכרת חוזה בארוחת הערב. אבל מבחן אובייקטיבי עם גוון סובייקטיבי, שבוחן מה היה חושב מתקשר הסביר בנעליהם של הצדדים הספציפיים האלה – היה מבין שזהו נוהג שהתגבש בין הצדדים לפני שכורתים חוזה, ושלא נכרת חוזה במהלך ארוחת הערב.

כשיש פער גדול בין הכוונות שבלב לבין המעשים – דיני הפגמים בכריתה מתערבים. אבל הם גם מעלים הרבה דילמות: על מי להגן יותר?

הסיטואציה הבסיסית של פגמים לא עוסקת במצב קל, שבו אין רצון חופשי בכלל.

אלא, ישנה דילמה בבסיס דיני הפגמים בכריתה: מצד אחד יש רצון. לא דומה אדם שכרת חוזה מתוך הטעיה לאדם שכרת חוזה כשהצמידו לו אקדח לרקה. מצד שני הרצון לא מושלם.

השאלות עליהן עונים דיני החוזים (מה עושים בכל מקרה, מתי ניתן לביטול ומתי לא, מה נדרוש בסוגי סיטואציות שונות?) – כולן נובעות מהדילמה הנ"ל.

טעמים לכך שניתן לבטל חוזה כשיש פגמים בכריתה:

1. הגינות – השיטה המשפטית לא תסבול דבר נבלה, חוסר צדק.
2. השיקול הכלכלי – יכול להיות שיקול גם לצד הזה. נראה בהמשך.
3. תיאוריית הרצון החופשי – אם הרצון הוא אכן גולת הכותרת של דיני החוזים, ראוי לאפשר ביטולם של חוזים שלא נכרתו מתוך רצון חופשי.

איך נאזן בין הצדדים?

ככל שראובן יותר מעורב בגרימת הפגם של שמעון, נקודת האיזון תיטה לכיוון שמעון.

איך?

1. בסעד – החוק ייתן יותר כוח לשמעון לבטל
2. בעצם ההחלטה האם יש פגם שמצדיק ביטול. שמעון נדרש לפחות תנאים, נדרש לעמוד בפחות יסודות. חובת ההוכחה שלו קטנה יותר. כי יש בעיה גם עם הרצון שאינו מושלם וגם עם האשמה של ראובן. אנחנו רוצים לטפל ב"ראובנים" שכאלה...

סעיפים 14(א), 14(ב), 15 לחוק החוזים עוסקים בטעות והטעיה.

ישנו מדרג:

1. סעיף 15 לחוק החוזים מדבר על מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאה של הטעיה. הקשחת תנאים עם ראובן, הקלה עם שמעון. בסעיף זה יש כמה רכיבים:  
   חוזה (בסעיף זה מניחים קיומו של חוזה), טעות, הטעיה.

הגדרה של פרופ' גבריאלה שלו:

**טעות** – מחשבה או אמונה של צד שאיננה תואמת את המציאות. (פער בין האמונה למציאות)

ניתן לטעות ביחס לעובדה או ביחס לחוק. טעות ביחס לחוק עניינה אי הכרת המצב המשפחתי. בהכרת או בהבנת המצב המשפטי.

ספקטור נגד צרפתי: ספקטור מכר לקבלן מגרש והקבלן תכנן לבנות עליו בניין עם 16 דירות. אבל לאחר כריתת החוזה נודע לרוכש כי על המגרש מותר לבנות רק 12 דירות. המוכר שמע על זה ולא טרח לעדכן את הרוכש.  
היתה פה טעות ביחס לעובדה: הקבלן חשב שהוא קנה (מקום ל-)16 דירות, והוא קנה (מקום ל-)12 דירות.

סעיף 14(ד) לחוק: ""טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 - בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה."

יש מחלוקת גדולה למה הכוונה ב"טעות שאינה אלא בכדאיות העיסקה". ישנן כמה גישות:

1. **טעות שנוגעת רק לשווי** (גישתו של השופט אשר)
2. **טעות שנעוצה בעתיד** (גישתו של פרופ' טדסקי) הציר של שווי-תכונות לא ברור, לפי פרופ' טדסקי, והוא מצייר ציר אחר: הווה-עתיד. אם אדם טועה ביחס להתפתחות עתידית – זו טעות שאינה אלא בכדאיות. אדם שקונה מניה שחשב שערכה היום איקס, ובפועל ערכה וואי – זו טעות שאינה אלא בכדאיות. אבל אם אדם קונה מניה שערכה איקס כי חושב שמחר היא תהיה שווה וואי, ובפועל לא כך קורה, זו טעות שאינה אלא בכדאיות. החוק לא צריך להגן על תקוות.

פרופ' גבריאלה שלו לא מסכימה עם פרופ' טדסקי, כי לדעתה "טעות שנעוצה בעתיד" היא כלל לא טעות. טעות היא פער בין האמונה למציאות, אך טעות ביחס לעתיד לא נוגעת למציאות. זהו פער בין התקווה שלך לבין מה שהתרחש לאחר מכן, בלי קשר למציאות הנוכחית.

פרופ' פרידמן: השאלות הרבות האלה נגזרות מהעובדה שלפעמים המחוקק מציין את המובן מאליו, וכך מתעורר סבך של פרשנויות בקשר אליו. אין דבר יותר פשוט וברור מטעות שאינה בכדאיות העסקה, אך מאחר וזה מצויין בלשון החוק, כולם מנסים לפרש זאת.

כל חוזה הוא הקצאת סיכונים בין הצדדים.

ברגע שסיכון מסויים הוטל על צד מסויים, הוא לא יכול להיבנות מהטענה שהסיכון התממש.

יש חלוקת סיכונים מפורשת, כשהצדדים בחוזה מחלקים ביניהם את הסיכומים במפורש; ויש חלוקת סיכונים משתמעת, למשל כשמוכרים רכב מקובל שהקונה בודק את הרכב לפני הקניה. אם קונה מחליט לא לבדוק לפני הרכישה (למרות שהמוכר מפציר בו לבצע את הבדיקה), ובסוף מסתבר שהרכב דפוק – פרידמן יטען יש הקצאת סיכונים משתמעת. הרוכש לא יכול להיבנות מהטענה שהסיכון התממש.

הצעת חוק דיני ממונות אימצה את הגישה של פרידמן.

ארואסטי נגד קאשי – ארואסטי היה בעלים של מגרש, ורצה שהקבלן קאשי יבנה לו עליו בניין בעיסקת קומבינציה. במקום תשלום תמורת בניין ארואסטי רוצה להקצות לקבלן דירות בבניין. הקבלן מוכר לפני הבניה חלק מהדירות שהוקצו לו, ובעזרת הכסף שקיבל הוא אמור לבנות את הבניין. אלא שבמקרה הנוכחי הקבלן פשט את הרגל וברח.  
בזמן כריתת החוזה מול הקונים כתבו הערת אזהרה על שמות הקונים, שנותנת להם זכות מסויימת בנכס (במגרש).  
הקונים נאותו למחוק את הערות האזהרה לאחר שהקבלן ברח (באמצעות חוזה שהם כרתו עם הבעלים).  
הערת האזהרה מייצרת קשר ישיר בין הקונים לבעלים, ומכוח זה הם היו יכולים לקבל הרבה יותר כסף משסיכמו, וכשגילו זאת הקונים הם ניסו לבטל את החוזה שנכרת עם הבעלים. ביהמ"ש לא אישר זאת כי מדובר בסיכון שהם לקחו על עצמם בכריתת החוזה.

**11.11.14**

**כריתת חוזה:**

**הצעה:**

(סעיף 2 לחוק החוזים) על מנת שתתקיים הצעה צריכים להתקיים שלושה יסודות:

1. **פניה** – רצון המציע צריך לבוא לידי ביטוי בצורה חיצונית, כלפי הניצע. הצעה וקיבול ההם אינטראקציה בין מציע לניצע, אדם לא מציע הצעה לעצמו.
2. **ההצעה צריכה להעיד על גמירת דעת** – צריך להיות ברור מתוך ההצעה שהמציע מתכוון ורוצה ברצינות לכרות חוזה מחייב מבחינה משפטית.
3. **ההצעה צריכה להיות מסוימת** (מפורטת) כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה – ההצעה צריכה להיות מפורטת במידה מספקת עד כדי שכך שאם הניצע יגיד "רוצה אני" – נכרת חוזה שברור מה תוכנו; מה הוא נועד להשיג, מה החיובים המוטלים בגינו על הצדדים, מה חלוקת הסיכונים בין הצדדים וכו'.

**קיבול:**

(סעיף 5 לחוק החוזים) על מנת שיתקיים קיבול צריכים להתקיים שלושה יסודות:

1. **הודעה** – הניצע צריך לתת ביטוי חיצוני לקבלתו את ההצעה.
2. **הקיבול צריך להעיד על גמירת דעת** – צריך להיות ברור מתוך הקיבול שהניצע מתכוון ורוצה ברצינות לכרות חוזה מחייב מבחינה משפטית.
3. **הקיבול צריך לחפוף באופן מלא את ההצעה**. אם יש בו שינוי כלשהו הוא מהווה הצעה חדשה (סעיף 11).

בעבר השופט שמגר הגדיר: גמירת דעת = הכוונה ליצור יחסים משפטיים.

כיום הגישה היא שונה. כיום הגישה היא ש"כוונה ליצור יחסים משפטיים" היא תנאי סף שלא קשור לשלב שבו צריך גמירת דעת, אלא לשלב מוקדם יותר. כלומר ייתכן שלאדם תהיה כוונה ליצור יחסים משפטיים אך עדיין לא תהיה לו גמירת דעת.

**גמירת דעת** – הנקודה בזמן שבה הצדדים גיבשו את רצונם ביחס לתנאים מסויימים, והם מוכנים ומזומנים מכאן ואילך להיות קשורים זה לזה בחוזה מחייב ספציפי שגיבשו.

החוק מבקש **העדה** על גמירת דעת, ולא גמירת דעת.

למה החוק לא מתעניין בגמירת הדעת אלא בסימנים לגמירת הדעת?

1. הסיבה הראייתית: אין דרך להוכיח את המחשבה הסובייקטיבית שבמוחו של המציע/הניצע, מלבד עדותו שלו שחשודה כמוטה בעת סכסוך.
2. הסיבה המהותית: החוזה נכרת על בסיס הסכמה משותפת בין הצדדים. איך ניתן לשפוט האם הצד השני גמר בדעתו? רק על פי דברים גלויים לעין. אם יש פער בין הגלוי בעין לבין המחשבות פנימה, מה שקובע הוא הגלוי לעין.

גם בפסקי דין לפעמים יש בלבול, ושופטים מדברים על השאלה האם היתה גמירת דעת או לא, כשבפועל זה לא אמור להיות רלוונטי. ההעדה על גמירת הדעת היא מה שרלוונטי.

**מה מעיד על גמירת על דעתם של הצדדים?**

ברוב המקרים בהם אדם גמר בדעתו להתקשר בחוזה, מעשיו יעידו על כך. אבל זה לא מובן מאליו. אז מה כן?

כל מה שבעיני אדם סביר משקף התנהלות המלמדת על כך שאדם רואה עצמו מכאן ואילך מחויב בחוזה.

לדוג':

1. נחרצות
2. פירוט
3. ניסוח מוקפד, שמראה שהושקעה מחשבה, מתוך הבנה שמדובר על חוזה שיהיה מחייב מבחינה משפטית.
4. תוכן ההצעה. למשל הצעה שאומרת "צד שיחזור בו ישלם לצד השני פיצויים" – ברור שקבלת הצעה כזו מעידה על גמירת דעת, כי ברור שיש פה התחייבות.

מספרים שבקהילת היהלומנים לחיצת ידיים ואמירת "מזל וברכה" מעיד על חתימת העיסקה. אז אם כך, ביצוע הפעולה הזו מעיד על גמירת דעת בעיסקת יהלומים. במקרים אחרים ממלאת את התפקיד הזה חתימה. יש תחומים שבהם מקובל שכורתים את החוזה באמצעות חתימה, ולכן הצדדים מבינים שעד החתימה הם יכולים לחזור בהם, ולפיכך החתימה מעידה על גמירת דעת.

לסיכום, אין סימן אחד. מדובר במכלול שלם של נסיבות. אפילו במקרים בהם יש סימן מובהק (למשל חתימה בחוזה שחותמים עליו), גם אם יש ראיה אחת מובהקת היא לא יחידה, אלא נמצאת בתוך הקשר שלם. (למשל גם אם החוזה לא נחתם ביהמ"ש עשוי לראות את החוזה כתקף, אפילו במקרים בהם בד"כ מקובל לחתום.)

לא תמיד קל להכריע, ולפעמים יש מחלוקות בין שופטים בנושא הזה.

האם יש מקום לבחון את התנהגויות הצדדים לאחר המועד בו לכאורה היתה גמירת דעת?  
הפסיקה אומרת שכן. אם הצדדים מתנהלים כאילו יש ביניהם חוזה, ולאחר מכן אחד הצדדים טוען שלא היתה גמירת דעת – ההתנהגות שלהם כאילו יש חוזה מעידה שכנראה היתה גמירת דעת.

כלומר, הפסיקה מתייחסת גם לראיות שנוצרו לאחר המועד בו לכאורה נכרת החוזה. פרופ' גלברד מטיל ספק בהצדקה בשימוש בראיות המאוחרות האלו, כי מה שחשוב לנו הוא איך הצדדים היו יכולים לפענח את הסיטואציה בזמן הכריתה-לכאורה של החוזה, ולא בשלב מאוחר יותר בו הם התנהגו כאילו נכרת ביניהם חוזה.  
לדוג', אולי החוזה נכרת במועד מאוחר יותר ממה שצד א' טוען, ולכן הצדדים התנהגו מאוחר יותר כאילו יש ביניהם חוזה?

**פס"ד בוחבוט:** במקרה של הדר חברה לביטוח נגד פלונית אם הייתי מציבים בנעלי הדר אדם סביר – הוא היה מניחה שפלונית גמרה בדעתה להתקשר בחוזה. לא היתה דרך לדעת שלא.  
במקרה של בוחבוט זה לא המצב. החברה ידעה שהאב אינו יודע קרוא וכתוב, ושכל מה שהוא ידע זה שהוא צריך לחתום על נייר ולקבל 1000 ₪. אם הם לא היו יודעים זאת זה היה אחרת, כמו אצל הדר חברה לביטוח. אם מציבים אדם סביר בנעלי פרץ בוני הנגב – הוא היה מבין שהאבא לא גמר בדעתו לחתום חוזה על מכירת דירה. לכל היותר הוא גמר בדעתו לחתום חוזה לפיו "אני אחתום על נייר ואתם תתנו לי בתמורה 1000 ₪", והם ידעו זאת.  
יש להעביר דרך משקפיים אובייקטיביות את מה שהיה ידוע לצד השני בחוזה.

מה יקרה אם אדם התנהג בצורה שבה כל אדם סביר יחשוב שהוא גמר בדעתו להתקשר בחוזה, אבל בדיעבד הסתבר שהאדם היה תחת היפנוזה, וחתם על החוזה כשהיה כלל בלי תודעה? כלומר היתה העדה מוחלטת על גמירת דעת, אל לא היתה גמירת דעת?  
במקרים חריגים מאוד של פער בין המצב הפנימי לבין ההעדה החיצונית – אם הצד האחר ידע או שהיה עליו לדעת על הפער – זה כמו **בפס"ד פרץ בוני הנגב נגד בוחבוט**. אם הצד האחר לא היה מודע לפער ולא היה עליו לדעת, מהצד שלו מתקיימת גמירת דעת, כמו **בפס"ד הדר נגד פלונית.**  
במקרה כזה אפשר להשתמש בדוקטרינת "לא נעשה דבר". זו בדיוק תכליתה של דוקטרינה זו: גישור על הפער בין העדה על גמירת דעת לבין המציאות בה באמת לא היתה גמירת דעת.

האם החזרה של צ'ק יכולה להעיד על רצון לבטל חוזה? בפרץ בוני הנגב שאלת הביטול לא רלוונטית. אם היתה סיטואציה של הטעיה, אכן החזרת הצ'ק יכולה להוות הודעה על ביטול. נשאלת השאלה למה בזנדבנק לא התייחסו להחזרת הצ'ק בהודעת ביטול, והתשובה לא כ"כ ברורה. נרמז שמדובר על הודעת ביטול מאוחרת מדי. בנוסף נרמז שלא מדובר על טעות שאינה בכדאיות העיסקה. פרופ' גלברד אומר שלדעתו אכן בפס"ד זנדבנק לא היה עיסוק מספיק בטענת הטעות.

**מתי צריכה להתקיים העדה על גמירת הדעת?**

אדם מציע הצעה. אם הפניה היא פנים-אל-פנים, ברגע שהמציע מציע – הניצע שמע את ההצעה. אבל אם הפניה היא בדרך אחרת (למשל מכתב), יש פער זמנים בין המועד בו המציע שולח את הצעתו לבין המועד בו ההצעה מגיעה אל הניצע. מתי צריכה להתקיים ההעדה על גמירת הדעת?

המציע יכול להתחרט לאחר שליחת ההצעה. עד מתי? בחלק מהמקרים הוא יכול להתחרט עד לרגע שבו ההצעה מגיעה אל הניצע. בסוגים מסויימים של הצעות אפשר להתחרט גם בשלב מאוחר יותר, כל עוד הניצע לא נתן הודעת קיבול.

כלומר, ביחס למציע: הסימנים שמעידים על גמירת דעת צריכים להתקיים בהצעה, ולכל אורך הדרך לפחות עד הרגע שלאחריו המציע לא יכול להתחרט יותר. אם הם מפסיקים להתקיים לפני הרגע הזה (הוא מודיע שהתחרט, למשל) – ההצעה מתבטלת.

יש חלון זמן שמהלכו צריכה להימשך ההעדה על גמירת דעת, או לפחות שלא יתקיימו סימנים שמעידים על הפסקת ההעדה על גמירת הדעת.

ביחס לניצע: אותו הדבר. אם הניצע שלח הודעת קיבול בדואר והיא מעידה על גמירת דעתו, כל עוד היא לא הגיעה אל המציע הניצע יכול להתחרט. לכן גם ביחס לניצע יש חלון זמן שבו צריכה להימשך ההעדפה על גמירת דעת.

לא בהכרח צריכה להתקיים חפיפה בין חלון הזמנים של המציע לחלון הזמנים של הניצע. למשל: המציע שלח הצעה בדואר, הניצע התלבט ובסוף שלח בדואר הודעת קיבול. בזמן שהודעת הקיבול נמצאת בדרכה אל המציע הניצע עוד יכול להתחרט, אבל המציע לא.

כלומר, התשובה לשאלה בכותרת היא: ההעדה על גמירת הדעת צריכה להתקיים בחלון זמן ספציפי, והוא לא זהה בין המציע לניצע.

האם יש צורך שההצעה תהיה מושלמת? לא. כל שיטות המשפט מכירות בכך שלפעמים יש פרטים שצריך להשלים לאחר החתימה, על פי החוק.

פניה שאין בה רמה כלשהי של מסוימות לא יכולה להיקרא הצעה. מהו הסף המינימאלי שמגדיר מסוימות?

הפרטים ההכרחיים הם פרטים שמגדירים את מהות החוזה והיקפו, אבל גם זו נוסחה עמומה.

כיום הגישה יחסית ליברלית בנוגע לסוגיית המסוימות, ויש נכונות להסתפק במסוימות מאוד נמוכה יחסית לעבר.

יש בחוק כמה וכמה מנגנוני השלמה נורמטיביים שנועדו להשלים חסר בחוזה.

לפני שמפעילים מנגנון השלמה כדי להשלים חוזה, יש לבדוק כמה דברים:

1. קיומו של חוזה
2. קיומו של חסר בחוזה. העובדה שהחוזה שותק בעניין מסיים לא אומרת שיש בו חסר. לפעמים השתיקה היא מכוונת. חסר הוא כאשר הצדדים לא נתנו דעתם לעניין מסוים. אם הם בחרו שלא להכניס עניין מסוים לחוזה, השלמת החלק הזה ע"י ביהמ"ש היא פעולה בניגוד לרצון הצדדים בעת כריתת החוזה.  
   לפעמים מה שנחזה כחסר בעצם נמצא בחוזה באופן לא לגמרי ברור. פרשנות תמיד קודמת להשלמה. הסעיף בחוק החוזים שעוסק בפרשנות קודם לסעיף שעוסק בהשלמת פרטים.

**שיעורי בית:**לקרוא פס"ד עיזבון בראשי

פס"ד רבינאי נגד מן שקד

פס"ד דור אנרגיה נגד חאג' אחמד סמיר

פס"ד עדני נגד דוד

פס"ד חברא קדישא גחש"א נגד דוד לוי

**13.11.14**

**מסוימוּת**

סעיף 26 לחוק החוזים: "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים."

ניגשים לסעיף זה רק כאשר יש **חוזה** ורק אם יש בו **חסר**.

כל הפרטים שמושלמים אל תוך החוזה במנגנונים נורמטיביים – הופכים להיות מחייבים כמו הפרטים שהיו בחוזה מלכתחילה, והפרה שלהם מהווה הפרה של החוזה.

ישנה היררכיה של הדרכים להשלמת החסר, כאשר הניסיון הוא להגיע לתוצאה קרובה ביותר לרצון הצדדים בעת כריתת החוזה.

1. **דרך השלמה שנקבעה בחוזה**: לפעמים הצדדים במו"מ לוקחים בחשבון אפשרות שיסתבר שיש חסר בחוזה (לא יודעים מראש מהו החסר, אבל יודעים שיש אפשרות כזו), ומוסיפים סעיף שמתמודד עם האפשרות הזו (קובעים איך יושלם חסר).  
   השלמה באמצעות דרך שהצדדים קבעו בחוזה להשלמת פרטים היא הדרך הכי קרובה לרצון הצדדים בעת כריתת החוזה, ולכן היא הטובה ביותר.  
   ברוב החוזים זה לא קיים. אם לא קיים, או שהדרך המפורטת בחוזה לא רלוונטית למקרה המדובר, עוברים לרמה הבאה.
2. **עיקרון הביצוע האופטימאלי:** אם מהצד שאינו מעוניין בקיום החוזה עולה טענה בדבר חסר של אחד הפרטים (שבשלו לא ניתן לקיים את החוזה), הצד המעוניין בקיום החוזה יכול להודיע שמבחינתו כל אפשרות (להשלמת החסר) שהצד האחר מעוניין בה – אני מסכים.  
   כלומר, הצד שמעוניין בקיום החוזה מסכים להשלמת החסר בכל דרך שהצד השני ייבחר בה.  
   זו בעצם האפשרות האופטימלית, כי הצד שמעוניין בקיום החוזה הרוויח את קיום החוזה, והצד השני לא יכול להגיד "אבל אם היינו חושבים מראש על החסר הזה הייתי מעדיף אפשרות אחרת." כי בשיטה הזו התאפשרו לו כל האפשרויות. הוא יכול לבחור מה שהוא רוצה.
3. **נוהג הקיים בין הצדדים:** במקרים בהם היו בין הצדדים פרקטיקות קודמות (חוזים קודמים), מנסים להשלים לפי הנוהג הקיים בין הצדדים. אם אין נוהג בין הצדדים, או שהנוהג לא רלוונטי למקרה המדובר, עוברים לרמה הבאה.
4. **נוהג בחוזים מאותו הסוג.** כמובן מתעוררות שאלות: מה הם חוזים מאותו הסוג? מה כמות החוזים שמשקפת נוהג? 50% מהשוק? 80%?  
   אלו שאלות שמשאירות הרבה מקום לשיקול דעת של ביהמ"ש.
5. **חקיקה דיספוזיטיבית**  
   חקיקה קוגנטית נועדה לעשות **רגולציה**=אסדרה בשוק. המחוקק מאתר שבשוק מסוים יש כשל (בגלל בעיית היעדר תחרות או בעיה אחרת), והוא מתקן אותו באמצעות חקיקה קוגנטית. (אם היה מתקן באמצעות חקיקה דיספוזיטיבית, הגופים היו מתנים על החוק ושום דבר לא היה נפתר. לכן יש צורך בחקיקה קוגנטית.)  
   חקיקה דיס-פוזיטיבית נועדה להיות מנגנון השלמה לחוזה.  
   חוקים רלוונטיים להשלמה:
   * דיני חוזים מיוחדים
   * חוק החוזים (חלק כללי)

ככל שהחוק יותר ספציפי, ההסתברות היא שהוראותיו היו מתאימות יותר לרצון הצדדים בעת כריתת החוזה, ולכן החוק המיוחד קודם לחוק הכללי.

חייב – מי שצריך לתת. נושה – מי שזכאי לקבל. למשל בעיסקה שבה יוסי צריך לשלם לדני כסף ולקבל בתמורה בית. בעניין מסירת הכסף יוסי הוא החייב ודני הוא הנושה. בעניין מסירת הבית – ההיפך.

חוזים סינלגמטיים – חוזים שיש בהם חיובים הדדיים על הצדדים.

עוד מנגנוני הגנה, שנדבר עליהם בהמשך הקורס:

תנאי מכללא

עיקרון תום הלב.

כיום הגישה רכה יותר בנוגע לצורך המסוימות (ריבוי פרטים בחוזה). (יש הסבר למה, לא סיכמתי.)

על פי הגישה העכשווית, הרכה יותר, (הפסיקה שהיתה לשיעורי הבית הקודמים) אם יש חוזה מכר שהצדדים לא קבעו בגדרו את מועדי התשלום, האם דרישת המסוימות מתקיימת או לא?

תשובה: עקרונית, מועדי תשלום הם פרט שניתן להשלמה, אלא אם ברור לנו מתוך החוזה או ההתנהלות סביבו שהצדדים ייחסו משמעות מיוחדת למועדי התשלום ורצו לקבוע אותם בעצמם, ואז בהיעדרם לא מתקיימת מסוימות, לא היתה גמירת דעת. (פס"ד עדני נגד דוד)

אם כך, מדוע **בפס"ד דור אנרגיה** ישנם פרטים שהצדדים הסכימו להסכים עליהם בהמשך, ובכל זאת היעדרם לא גורע ממסוימות החוזה?

תשובה: הפרטים עליהם הצדדים הסכימו להסכים עליהם בהמשך – הם אינם פרטים מהותיים.

פרטים שהצדדים התכוונו להסכים עליהם והם מהותיים – הכרחיים לדרישת המסוימות. אינם מהותיים – לא הכרחיים.

ייתכן שבשנים הבאות שוב יתחילו להקפיד יותר על דרכת הפירוט (לא כמו בשנות ה-70, אבל אולי קצת יותר זהיר מאשר בשנות ה-90 העליזות...)

לדעת השופט גרוניס, באוביטר, בעייתי להשלים חסר בחוזה באמצעות מנגנון השלמה שהוא בעצמו עמום. (מכאן עשויה להתפתח מגמה של הפחתת ההשלמות, יותר ביטולי חוזים בעילת חוסר מסוימות ואי גמירת דעת.)

**שיעורי בית:** סילבוס בנושא הצעה וקיבול

לא חוזה: פס"ד מס' 2 באנגלית. (קרלייל)

4 – שג"ם חניונים

6 – נוה עם נגד יעקובסון

7 – יצחק תשובה נגד בר נתן

**18.11.14**

אנחנו מדברים על מודל של הצעה וקיבול בהם המציע והניצע מרוחקים זה מזה, כי כך קל יותר להבין. כמובן יש גם מודל של הצעה וקיבול מיידיים, למשל כשהצדדים עומדים זה לצד וזה ומדברים זה עם זה.

המודל של הצעה וקיבול נלקח מאמנה בין לאומית, ובחוזה בינ"ל המודל השגרתי אכן היה מצב בו הצדדים מרוחקים זה מזה.

שלבי כריתת החוזה במודל עליו אנחנו מדברים:

1. המציע שולח הצעה לניצע
2. ההצעה מגיעה לניצע
3. הניצע שולח קיבול למציע
4. המציע מקבל את הודעת הקיבול

**מתי ואיפה נכרת החוזה?** לפי סעיף 5 לחוק, הקיבול מסתיים כאשר הודעת הקיבול נמסרת למציע (שלב 4 לעיל), ואלו הרגע והמקום בהם נכרת החוזה.

**עד מתי יכול המציע להתחרט?** לפי סעיפים 3(א) ו-3(ב) לחוק, יש מקרים בהם המציע יכול להתחרט כל עוד הצעת החזרה מגיעה לניצע לפני שהוא *שלח* הודעת קיבול (כלומר הודעת החזרה <ההתחרטות> צריכה להגיע לפני שלב 3 לעיל). במקרים אחרים המציע יכול להתחרט רק כל עוד ההצעה לא הגיעה אל הניצע (כלומר הודעת החזרה <ההתחרטות> צריכה להגיע לפני שלב 2 לעיל).

חוזה מבוסס על עקרונות יסוד של הסכמה, חופש החוזים, רצון חופשי וכו'...

חופש החוזים נותן לאדם את החופש להציע, ולכן רוצה לתת לו גם את החופש להתחרט. אלא שבשלב מסוים נכנס לעניין הניצע, שגם הוא בעל אינטרס (הסתמכות. הוא מסתמך על החוזה). כל עוד הניצע לא יודע על ההצעה אין עניין להגן על ההסתמכות שלו, כי היא לא קיימת. יש רק את האינטרס של המציע, ולכן יש לאפשר לו להתחרט. ברגע שהניצע יודע על ההצעה צריך להחליט איפה נקודת האיזון בין האינטרסים. המחוקק קבע שתי נקודות זמן, והן מאזנות בין האינטרסים.

ההבדל בין סעיף 3(א) לסעיף 3(ב) מתמקד בזמן שבין הרגע בו הניצע קיבל את ההצעה לבין הזמן בו הוא שלח את הודעת הקיבול.

**מהי נקודת הזמן שנחשבת זמן קבלת ההצעה?** ברגע שההצעה הגיעה למקום שנמצא בשליטתו של הניצע (תיבת הדואר שלו, השרת של תיבת הדואר האלקטרוני שלו וכו').

אם ההצעה והודעת החזרה נמסרו ביחד – הודעת החזרה תופסת. (בהצעה רגילה ממילא מותר להתחרט עד שליחת הודעת הקיבול, לפי סעיף 3(א). בהצעה בלתי חוזרת, לפי סעיף 3(ב) כתוב "אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע". כתוב "לאחר" ומצב של מסירה בו-זמנית לא נחשב שהחרטה נמסרה **לאחר** ההצעה, ולכן עוד מותר להתחרט.)

כל הצעה היא הצעה רגילה, חוץ מהצעה בלתי חוזרת.

**הצעה בלתי חוזרת: א.** הצעה שהמציע מגדיר אותה כבלתי חוזרת. (במפורש או במשתמע. דוג' למשתמע: "עד גמר המלאי". הפירוש הוא שהמציע מתחייב לא לחזור בו מההצעה עד גמר המלאי.) **ב.** אם המציע קבע מועד לקיבול ההצעה ("ההצעה בתוקף למשך חודשיים" וכדו'). במקרה כזה ההצעה הינה בלתי חוזרת עד למועד האחרון בו ניתן לקבל את ההצעה.

**חזרה מהצעה לאחר פרק הזמן בו מותר להתחרט:**

יש מצבים שבהם אסור לי לעשות משהו, אבל אם עשיתי אותו – התוצאה נוצרת. יש מצבים שבהם אסור לי לעשות משהו והאיסור שולל ממני את הכוח המשפטי לעשות זאת, ולכן התוצאה לא תיווצר.

מה קורה אם המציע חוזר בו בשלב שבו כבר אסור לו להתחרט? האם אסור לו אבל יש לו את הכוח לחזור בו, או שאסור לו וגם אין לו את הכוח המשפטי לעשות את זה?

בפס"ד נוה עם נגד יעקובסון המציעה (נוה עם) ביקשה לחזור בה מההצעה כשההצעה היתה בלתי חוזרת (כלומר לפני המועד הסופי לקיבולה, כפי שנקבע ע"י המציעה). ביהמ"ש אמר שאין תוקף משפטי לחזרה. מכאן למדים שסעיף 3(ב) וכנראה גם 3(א) שולל מהמציע את הכוח לחזור בו מהצעה לאחר שחלף המועד לחזרה.

סעיף 12 לחוק דורש התנהגות בתום לב במשא ומתן לכריתת חוזה. אחת הפרשנויות שהפסיקה נתנה לסעיף זה היא שבחלק מהמקרים בהם מציע מתחרט על הצעתו בשלב שבו לכאורה מותר לו להתחרט – ההתחרטות שלו תהווה הפרה של חובת תום הלב.

העיקרון שמופיע בסעיף 3, כמו כל שאר העקרונות במו"מ לכריתת חוזה – כפוף לעקרון חובת תום הלב.

**האם כל הצעה בה נקוב מועד לפקיעתה – היא הצעה בלתי חוזרת?** לא, כי החוק הוא דיס-פוזיטיבי ואדם יכול לנקוב תאריך ולהוסיף הערה שההצעה אינה בלתי חוזרת. ומה אם לא נאמר שההצעה אינה בלתי חוזרת? ישנן שתי עמדות בנושא. ישנה מחלוקת האם כשנוקבים מועד יש צורך לציין שההצעה אינה בלתי חוזרת, או שאין הכרח כזה. יש עמדה שאומרת שאם ניתן ללמוד מתוך ההקשר שנקיבת הקשר לא נועדה להבטיח לניצע פרק זמן בו ההחלטה נתונה בידו, אלא להודיע לניצע שאחרי המועד הזה ההצעה פוקעת (כלומר נועדה להגביל את הניצע ולא את המציע) – זו לא הצעה בלתי חוזרת.

**אופציה:** חוזה שמתייחס לחוזה אחר.  
הצדדים קבעו ביניהם תנאים לחוזה, אבל אחד הצדדים עוד לא גמר בדעתו. הצדדים יכולים לקבוע ביניהם חוזה אופציה, ועל פיו אחד הצדדים נותן לשני אופציה לתקופה מסוימת שבמהלכה רק מקבל האופציה יחליט אם החוזה הראשון ייכנס לתוקף או לא. נותן האופציה מסכים מראש להיות כפוף להחלטתו של מקבל האופציה.  
חוזה אופציה מאוד דומה בתפקידו להצעה בלתי חוזרת. צד אחד מסכים לכבול לעצמו את הידיים לגבי השאלה האם החוזה ייכרת או לא, ולהותיר את ההחלטה אך ורק בידי הצד האחר.  
אם בחלוף התקופה מקבל האופציה לא מודיע על מימוש האופציה (או: הניצע לא מודיע על הקיבול החוזה הראשון) – הצדדים חופשיים לדרכם, החוזה הראשון לא נכרת (בטל).

ההבדל בין הצעה בלתי חוזרת לבין אופציה היא שבאופציה הצד שכובל את ידיו עושה זאת באמצעות חוזה.

מכאן נובע: מוות של הניצע גורם לפקיעת ההצעה הבלתי חוזרת. מוות של מקבל אופציה לא גורם לפקיעת האופציה. האופציה היא חוזה ולפיכך עוברת ליורשי בעליה.

**פקיעת הצעה:** (סעיף 4 לחוק) ההצעה פוקעת כשדחה אותה הניצע או עבר המועד לקיבולה, או המציע/הניצע מת או הפך פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק – המוקדם מביניהם!

**פס"ד נוה עם נגד יעקובסון:** הניצע (יעקובסון) הגיע לפני המועד האחרון לקיבול ההצעה למשרד המציע, וניסה להציע תנאים שונים לחוזה (רצה לשלם פחות כסף מזומן מראש). לאחר שהם סירבו הוא הלך, ולמחרת (לפני המועד האחרון לקיבול) הוא חזר ורצה לקבל את ההצעה. הם הודיעו לו שההצעה כבר פקעה משהציע שינויים. ביהמ"ש לא קיבל את זה, והחליט שההצעה עדיין היתה בתוקף. למה?

בהצעה שאינה חוזרת הרעיון הוא שלאדם יהיה שקט לחשוב על ההצעה בלי לחשוש שהמציע יחזור בו. זהו דבר בעל ערך. כשהוא מנסה לשפר את תנאי ההצעה לא צריך להבין את זה כאילו הוא אומר "אם לא תסכימו לכך – אני לא מעוניין בהצעה המקורית", כי בפועל אין לו סיבה לומר את זה. יש לו עוד איקס ימים לחשוב בנחת, אין לו סיבה למהר לוותר על ההצעה. זאת בהנחה שהוא לא אמר במפורש "אם לא תשנו את התנאים אני דוחה את ההצעה".

**בהצעה בלתי חוזרת דחייה צריכה להיות דחייה ברורה, אחרת זה לא ייחשב כדחיית ההצעה.**

**שיעורי בית:** לקרוא את יתרת חוק החוזים. פס"ד גרוסמן (מס' 5)

**20.11.14**

מותו\* של ניצע/מציע גורם לפקיעת ההצעה אם הוא מת עד השלב שבו נתן המציע הודעת קיבול. אם כבר נתן הודעת קיבול – ההצעה לא פוקעת במותו. (זו אותה נקודת זמן שעד אליה המציע רשאי לחזור בו בהצעה רגילה.)

אין בכך אבחנה בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת. (\*מותו – או הפיכתו לפסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק.)

קיבול נעשה בהודעה שנמסרת מהניצע למציע. (סעיף 5) דרך מסירת הודעת הקיבול: דרך המקובלת בנסיבות העניין. (סעיף 60)  
חריג: יש התנהגויות שיכולות להתפרש כקיבול. (סעיף 6)

**קיבול ע"י התנהגות:**

במקרים בהם ההתנהגות מהווה קיבול – מהו המועד הרלוונטי לקיבול? מסירת הודעת הקיבול מהווה את מסירת הקיבול, ומועד הגעת ההודעה למציע היא מועד כריתת החוזה. אבל אם התנהגות שאינה נקודתית היא המהווה קיבול – מהו מועד מסירת הקיבול ומהו מועד כריתת החוזה?  
אין תשובה ברורה!  
החוק אומר באופן פשטני "התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול", אבל זה לא תמיד עובד. בית המשפט מכריע בהתאם לנסיבות (תום הלב מאוד רלוונטי).

**קיבול ע"י שתיקה:**

המציע לא יכול לכפות על הניצע להגיב, ולכן קביעת המציע כי אי-תגובת הניצע תהווה קיבול – לא תופסת. (סעיף 6(ב))  
אלא אם כן הניצע הסכים (למשל הסכים בחוזה קודם שלהם שבחוזה עתידי שתיקה תהווה קיבול).

שעת סיפור: מציע שולח הצעה לניצע, וכותב בה "אם לא תחזיר תשובה שלילית בתוך 48 שעות – שתיקתך תיחשב לקיבול". כעבור 49 שעות הניצע רוצה לממש את החוזה שלכאורה נכרת. המציע אומר לו: "פספסת, ההצעה לא בתוקף. הרי ההודעה שלי ששתיקתך תיחשב לקיבול – אינה תקפה על פי סעיף 6(ב) לחוק."  
המציע התנהג בחוסר תום לב, אבל מעבר לזה: ברור שסעיף 6(ב) נועד להגן על הניצע ולא על המציע, ולכן אם המציע קבע סעיף כזה – המציע מחוייב לו, ורק הניצע לא. אפשר להתייחס לזה כך: המציע שלח לניצע שתי הצעות בו זמנית. הראשונה היא הצעה המדוברת בתחילת פיסקה זו, וההצעה השניה היא הצעה לפיה שתיקת הניצע תיחשב קיבול. הניצע רשאי לקבל את ההצעה השניה, וכך שתיקתו הופכת להיות קיבול של ההצעה השניה.

בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע – שתיקה היא דרך הקיבול הרגילה. (סעיף 7) הניצע כמובן יכול להודיע על התנגדותו בפרק זמן סביר. והמציע כמובן יכול להתנות על סעיף זה (להכריח את תגובת הניצע), כי זה סעיף דיספוזיטיבי.  
במקרה כזה המציע יכול לחזור בו רק עד שההצעה נמסרה לניצע, כי זה כמו הצעה בלתי חוזרת. זה דומה למצב של חוזה בין שני צדדים לטובת אדם שלישי. מותר לצדדים לחזור בהם רק כל עוד המוטב לא יודע על החוזה.

**האם מציע יכול לדחות הודעת קיבול של הניצע?** המקרה היחיד בו זה אפשרי – הוא אם הודעת הקיבול נמסרה באיחור בנסיבות של סעיף 8(ב) ("מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא היתה ידועה לו"). בכל המקרים האחרים ברגע שהודעת הקיבול הגיע אל המציע – נכרת חוזה.

**צורת החוזה**

כיום ברוב שיטות המשפט המודרניות אין הגבלה על צורת החוזה, בשם חופש החוזים, אבל יש מקרים ספציפיים שבהם יש הגבלה (בד"כ כמובן ההגבלה היא שעל החוזה להיות בכתב, לעיתים בצירוף עוד דרישות). ההוראות על ההגבלות הן בסעיפים בחוקים המדברים על סוגים ספציפיים של חוזים. לכן חשוב לדעת מה הסיווג של כל חוזה, כדי לדעת אילו חוקים ספציפיים חלים עליו.

יש דרישות כתב מהותיות ויש דרישות כתב ראייתיות. על ההבדלים נדבר בשיעור הבא.

**שיעורי בית:** (צורת החוזה) פס"ד 7-10. בפס"ד מס' 10 יש לקרוא רק את דברי השופט עמית.

**25.11.14**

**דרישת כתב מהותית** היא דרישה הנוגעת לתוקף החוזה.

**דרישת כתב ראייתית** לא נדרשת לתוקף החוזה. החוזה תקף גם כשלא מתקיימת דרישת הכתב. הכתב נדרש רק במקרה של סכסוך משפטי, כשיש צורך בהוכחה שנכרת חוזה.

בשני המקרים נדרש מסמך כתוב, אז מה ההבדל בין המקרים?  
לכאורה: אם דרישת הכתב לא קוימה ואין בין הצדדים מחלוקת – הכל בסדר בשני המקרים. אם יש מחלוקת – במקרה הראשון ביהמ"ש יכריע שלא נכרת חוזה, ובמקרה השני ביהמ"ש יכריע שלא נתן לאכוף את החוזה כי אין ראיה בכתב. אז למה בכל זאת יש את החילוק הזה? האמת היא שבחלק מהמקרים אכן אין הבדל. אבל יש גם מקרים אחרים.

מקרים בהם יש הבדל בין דרישת כתב מהותית לדרישת כתב ראייתית:

1. לפעמים יש מחלוקת בין הצדדים שלא נוגעת לעצם כריתתו של החוזה, אלא מחלוקת פרשנית (על פרטי החוזה). אחד הצדדים מגיש תביעה, ולא התקיימה דרישת הכתב. אם דרישת הכתב היתה מהותית השופט ידחה את התביעה בטענה שהחוזה לא נכרת. אם דרישת הכתב היא ראייתית – מאחר ואין צורך בהוכחה על כריתת החוזה (הצדדים מסכימים שנכרת חוזה), ואין דרישת כתב כדי שיהיה תוקף לחוזה – החוזה תקף וביהמ"ש יכריע בנוגע לשאלת הפרשנות.
2. נניח שאדם תובע אדם אחר, כאשר התובע טוען שיש ביניהם חוזה והנתבע טוען שאין. התובע עולה על דוכן העדים ומעיד בע"פ שנכרת ביניהם חוזה. לכאורה הנתבע צריך להתנגד לעדות הזו, כי לא התקיימה דרישת הכתב. אבל אם הנתבע לא התנגד (נניח לא שם לב ופספס את ההזדמנות) – העדות התקבלה והיא בתיק ביהמ"ש. אם השופט יאמין לעד: אם דרישת הכתב שלא קוימה היתה מהותית, השופט יכול להאמין או שלא להאמין לעד, ובכל מקרה החוזה לא נכרת. אם הדרישה שלא קוימה היא ראייתית – השופט שמע עדות ויכול להאמין לה, ואז החוזה תקף וביהמ"ש יכול לאכוף אותו.

**הבדלים בין דרישת כתב ראייתית למהותית:**

**המועד:** בדרישה המהותית החוזה צריך להתגבש בכתב. גם אם היו הצעה וקיבול לא נכרת חוזה אם הם לא נעשו בכתב. בדרישה ראייתית המסמך הכתוב יכול להיכתב לאחר כריתת החוזה, ובלבד שהוא מוכיח שנכרת החוזה. למשל מכתב שאומר: "איזה כיף שנפגשנו שוב, אני שמחה שהגענו להסכמות וכרתנו חוזה".

**היקף דרישת הכתב:** בדרישה מהותית כל הפרטים המוסכמים צריכים להיות במסמך הכתוב. בדרישה ראייתית מספיק שהמסמך הכתוב מוכיח את קיום החוזה.

לפעמים יש צורך בפרשנות כדי לדעת האם דרישת הכתב בחוק מסוים היא מהותית או ראייתית. לפעמים השופט מגיע למסקנה ששתי המטרות עמדו לנגד עיני המחוקק, ואז הדרישה למעשה היא מהותית, כי זוהי דרישה חזקה יותר מהראייתית.

דוג' בה יש דרישת כתב ראייתית: סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומאני – בכל סוג של חוזה בו יוכיחו לביהמ"ש שנוצר נוהג שעושים אותו בכתב (נוהג ענפי, כללי וכדו') – קיימת לגבי החוזה הזה דרישת כתב ראייתית.

באופן כללי חוזה יכול להיכרת בכל מיני צורות, אבל יש חוקים ספציפיים שדורשים כתב. כאשר דנים בבימ"ש בדרישת הכתב – יש צורך להוכיח קודם שהחוזה המדובר בביהמ"ש כפוף לחוק ספציפי שדורש דרישת כתב (למשל חוק המקרקעין). חוק המקרקעין מגדיר בתוכו על מה הוא חל. סעיף 1 הוא סעיף הגדרות.

איך יודעים שדרישת הכתב בחוק המקרקעין היא מהותית? לפי פסיקה. ואיך השופטים יודעים? השופט **בגרוסמן נ' בידרמן** אומר שדרישת הכתב נועדה להבטיח שהצדדים לא יתקשרו בעסקת מקרקעין בחיפזון ובלי לחשוב עליה. החוזה שלהם נעשה בע"פ ולא בכתב, לכן החוזה לא תקף ולכן שאלת החתימה (האם צריך לחתום על המסמך הכתוב שמהווה חוזה עסקת מקרקעין) נשארה ב"צריך עיון", כי היא לא רלוונטית למקרה הנוכחי.

דרישת המסוימות ודרישת הכתב הן דרישות שונות. הראשונה רלוונטית לכל החוזים (חוק החוזים חלק כללי), והשניה רלוונטית רק לחוזים ספציפיים. רק היקף הפרטים מקביל.

לדוג': ישנם 6 סעיפים שכולם מפורטים בכתב – עונה על דרישת המסוימות (נניח) ועל דרישת הכתב.  
ישנם 6 סעיפים שמפורטים בכתב ועוד 2 סעיפים שהוסכמו בע"פ – עונה על דרישת המסוימות באופן יותר מקיף, אבל לא עונה על דרישת הכתב. לכן עקרונית החוזה הזה לא תקף! אלא אם ההסכמות של הצדדים תואמות למה שהיה נכנס לחוזה אם היו מפעילים מנגנון השלמה נורמטיבי.

**האם דרישת הכתב בחוק המקרקעין דורשת חתימה?** לא.בפס"ד **בוטקובסקי נ' גת** ביהמ"ש הכריע שדרישת הכתב קוימה למרות שלא היתה חתימה. החתימה אינה חלק מדרישות סעיף 8 לחוק המקרקעין.  
החתימה משתייכת להעדה על גמירת הדעת, הנדרשת בכריתת כל חוזה, ובמקרה של בוטקובסקי נ' גת היו סימנים סותרים בהקשר של העדה על גמירת הדעת.

בחוזים בתוך המשפחה ביהמ"ש לפעמים מקל קצת בדרישת הכתב, מתוך הבנת המציאות בה בחוזים בתוך המשפחה הצדדים לפעמים לא מקפידים על דרישת הכתב. (דוג': אהרונוב נ' אהרונוב, טוקאן נ' אלנששיבי – שתי הדוגמאות מובאות בפס"ד קלמר נ' גיא.) כשמדובר על חוזה בתוך המשפחה ביהמ"ש מטשטש את הגבול בין דרישת כתב מהותית לדרישת כתב ראייתית.

**פס"ד קלמר נ' גיא:** דעת יחיד של השופט זמיר: אם יש דרישת צורה והדרישה לא קוימה, אבל החוזה בוצע או לפחות בוצע ברובו (בחלקו המהותי) – אפשר לראות את דרישת הצורה כאילו היא קוימה. זוהי דעת יחיד, לא ההלכה המחייבת, אבל בהצעת חוק דיני ממונות יש סעיף כזה שנלקח מדעת היחיד הזו. (זה נלקח ממדינות ה-common law)  
דעת הרוב: במקרים של חוסר תום לב קיצוני שבעטיו לא קוימה דרישת הכתב – היעדר תום הלב מחליף את דרישת הכתב. כלומר אפשר להכיר בתוקף החוזה למרות שלא היה מסמך כתוב. מדובר על מקרים מאוד חריגים. הטענה הזו עלתה בכמה פסקי דין ומעולם לא התקבלה ע"י ביהמ"ש, עד לפס"ד לילי שם טוב.

האם דרישת הכתב מקוימת רק באמצעות מסמך נייר במובן המסורתי שלו, או שכתב אלקטרוני (סמס, מייל וכדו') עונה על הדרישה? אין תשובה לכך בפסיקה כיום.

"הצעת חוק מסחר אלקטרוני" של משרד המשפטים – כוללת את ההגדרה שמסמך בכתב כולל גם מסמך אלקטרוני, למעט מקרים המפורטים בתוספת לחוק. אחד המקרים המפורטים הוא חוק המקרקעין. כלומר מסמך אלקטרוני לא מקיים את סעיף 8 לחוק המקרקעין. ההסבר הלקוי (לדעת גלברד) הוא "משום שזו דרישת כתב מהותית". זו דעת משרד המשפטים.

לדעת גלברד הצעת החוק הזו היא פשטנית ולא ממצה. יש מסרים אלקטרוניים שהינם תחליף לדיבור ולא לכתב, למשל מיילים שמכילים קיצורי מילים, סמיילים וכדו'. מסרים שלא מקיימים את תכלית סעיף 8 – להבטיח את גמירת דעתו של המתקשר. אלו מסרים שנשלחים בחיפזון. לעומת זאת יש מסמכים אלקטרוניים שנוסחו בתשומת לב ובזהירות, והם בהחלט מעידים על גמירת דעת.

**שיעורי בית:** ספקטור, בית יולס, גנז נגד כץ, פנידר נגד קסטרו

**2/12/14**

**העשרה – אפי צמח:**

הגישה הכלכלית מבקשת לעודד ולתמוך בעסקאות בין שני צדדים. למה? כי היא חושבת שעסקאות בין פרטים הן דבר טוב, כיוון שזה מעודד את הרצון החופשי, ומקדם את הרווחה של שני הצדדים-הפרטים, וכך הרווחה החברתית עולה.

יחד עם זאת, ההנחה הזו נסתרת בהרבה מקרים: ב- קשרי שוק, מונופולים, וכדו'. בנוסף גם לפעמים יש תאונות בהליך הכריתה- טעויות, הטעיות וכו'.

במקרים כאלה הגישה הכלכלית רוצה למנוע את העלות הזו – איך היא עושה זאת? ע"י מתן תמריצים, כך הצדדים יפעלו באופן יעיל. היא מטילה את הסיכון על מונע הנזק הזול. מי שהיה מצוי בעמדה נוחה יותר למנוע את הנזק, נטיל את הסיכון עליו. וכך זה ייתן לו תמריץ לפעול בצורה יעילה וישרה.

אנתוני- על מי נטיל את הסיכון? על מי שהיה בעמדה נוחה יותר למנוע את הנזק. במקרה של הטעיה – המטעה הוא מונע הנזק הזול.

**הטעיה, יסודות:**

* חוזה.
* טעות.
* הטעיה.
* קשר סיבתי.

נרחיב על הטעיה: זהו מסר טרום חוזי כוזב. יכול להיווצר בכל מיני דרכים: חצי אמת, שתיקה, שקר מובהק, יכול להיות גם הבעות פיזיות. כל דבר שיכול להעביר מסר שגוי.

כפי שאנו רואים בסעיף 15, הטעיה נעשית ב2 דרכים: **במעשה ומחדל.**

במעשה – פשיטא, באופן אקטיבי. במחדל – יש בעיה יותר גדולה, יותר מסובכת להוכחה. מדובר באדם שנמנע מעשייה וגילוי, לספר משהו שהיה צריך לספר.

כשאדם עורך משא ומתן חוזי מותר לו לשמור פרטים לעצמו, רשאי להשתמש ביתרונות העומדים לרשותו. צריך להבין שלא כל שתיקה היא שתיקה פסולה. לפעמים אין חובה לגלות.

**חובת גילוי** – 2 עמדות מדיניות כלליות בפסיקה בכל הנוגע להיקפה של חובת גילוי.

**פס"ד ספקטור נ' צרפתי**:

אשר – נוטה להחיל חובת גילוי. לפיו חובת תו"ל במשא ומתן טומנת בחובה לגלות לצד השני הכל, לא משנה אם הצד השני יכל לגלות בעצמו גם במאמצים פחותים.

לנדוי – סבור שיש גבול לתפקיד האפטרופוס שביה"מש צריך למלא לשני הצדדים. כשצד יכול לגלות את המידע בעצמו, החובה מוטלת עליו.

לפי אנתוני – טעות היא עלות. אם מניחים שעסקה נעדרת טעויות מסיעה את הרווחה, טעות בהליך הזה היא עלות. מה התרופה לטעות? אינפורמציה. מידע. הוא יגרום לפחות אי הבנות, פחות אי ודאות, יותר התקשרויות יעילות.

מצד שני, אם נטיל חובת גילוי בהיקף רחב מדי, באופן פרדוקסלי לא יהיה מידע. כי אם צד יודע שיטרח ויעמול על השגת מידע, ולא הולך להנות מהיתרון שהמידע יתן לו, לא יהיה מידע, אנשים לא ישיגו מידע.

נקודת האיזון של אנתוני קרומן – מידע שהושג באקראי צריך לגלות אותו. למה? כי זה לא ימנע ממני דברים בעתיד. לעומת זאת מידע מכוון שהושג במאמץ רב, זה מידע שנוטה לבוא ולומר שאותו לא צריך לשתף.

חובת גילוי יכולה לצמוח מ-3 מקומות: דין, נסיבות ונוהג.

דין – סעיף 16 לחוק המכר- גילוי התאמה שחל המוכר, חוק הגנת הצרכן, סעיף 12 לחוק החוזים – הפרת חובת תו"ל היא מבססת גילוי מכוח הדין.

הערה ☺

אם יש לנו סיטואציה של מצג שווא טרום חוזי – לדוג' – נקנתה דירה, ומחירה היה אלף. ובגלל שקר מאוד גדול ששיקרתי במו"מ, גרם להוריד את המחיר ל-900. עכשיו, ברור שמדובר במצג שווא, וברור שזה חוסר תו"ל. עובדה זו יכולה להניב כמה תוצאות.

יכולות להיווצר 2 סיטואציות: המוכר יכול לטעון לביטול חוזה על סמך חובת גילוי והטעיה, לחילופין יכול לבקש פיצויים בגין חוסר תו"ל במשא ומתן ולא בהכרח לבטל.

נוהג – צריך להוכיח נוהג בשוק ספציפי. לדוג' ברכבים – הקונה בודק את הרכב, זהו נוהג ספציפי בתחום זה.

נסיבות – קטגוריה יותר פתוחה: נתון לעובדות המסויימות שקשורות לעסקה הנדונה.

יסוד רביעי: קשר סיבתי כפול – ההטעיה גורמת לטעות, הטעות גורמת להתקשרות.

הטעיה ברשלנות / תו"ל: רשלנות – לא ידע שהוא מטעה והיה עליו לדעת, תו"ל – לא ידע ולא היה עליו לדעת.

נשאלת השאלה איך ניתן להטעות ברשלנות או תו"ל? אבל התשובה היא שאפשר. אפשר להטעות בלי שהתכוונת בכלל להטעות. חלק ניכר מהמקרים בפסיקה – הצד שני מספר שהוא לא ידע בכלל על הטעות.

**כפייה:**

ההבדל בין כפייה ועושק – ?

המשותף – דיני החוזים יורדים כליל משוויון. יש פער בין 2 צדדים, ורוצים לאזן אותו. בהטעיה – הפער בא לידי ביטוי במידע. בעושק וכפייה- הפער הוא בכוח. בכפייה- הפער בין הצדדים נגרם בגלל הכופה. בעושק – הפער בין הצדדים הוא יסוד אינהרנטי, הצד ניצל את הפער בין שני הצדדים.

יסודות הכפייה:

1. קיים חוזה.
2. כפייה
3. קשר סיבתי

2 וריצאיות של כפייה: איום בנשק פיזי, או בנזק רכושי. או בכוח.

כאן מייחסים חומרה לעצם הכפייה, לא מחפשים חוזה גרוע במיוחד. המקרים הקלאסיים של כפייה היו בכפייה אלימה ובוטה – כפייה בכוח. מאז המציאות השתנתה ובתי המשפט נדרשו לכפייה במקרים יותר מעודנים. לא רק עולם תחתון, גם כלכלי.

בכפייה – יש היעדר גמירת דעת.

הגישה הקלאסית בכפייה היא שלמרות ההכרח נכרת חוזה. בכ"ז- יש הבדל בין "הכריחו אותי", לבין "רציתי משום שהכריחו אותי".

לדוג' – אדם שבא לחברו ומאיים עליו לחתום על חוזה, עדיין הנטייה היא לבוא ולהגיד -אתה בחרת לחתום ולא לחטוף. במקרה כזה היה חופש בחירה מסויים. מקרה כזה אמנם גורם לתמיהות – אבל השאלה היא איפה שמים גבול בין מסויימות של רצון חופשי לבין כפייה מובהקת.

הפסיקה בישראל מאוד "קמצנית" בלאפשר טענות של כפייה ועושק. לפי ג' שלו כפייה צריכה להיות נגועה באי חוקיות.

**פס"ד שפיר נ' אפל** –במקרה זה היו 3 חוזים: חוזה ראשוני להעברת החלב, חוזה שני בערב – שהיה גרוע, חוזה שלישי למחרת – גרוע ממש. האם ניתן לבטל את החוזים? הכפייה היתה לא בכוח אלא באיום.

בצמוד לאיום האם התקיים החריג של 17 [ב] לחוק? (אזהרה בתום לב על הפרתה של זכות).

אזהרה צריכה להיות בתום לב.

מה נפסק כשבאו ואיימו עליו במשטרה? השופטת אמרה שהוא לא באמת האמין שיש לו את הזכות ללכת למשטרה, הכל היתה הצגה גדולה. השאלה היותר קשה – מה קורה כשאדם האמין ולא הפעיל איום סרק? בכל אופן במקרה זה לא נדרשו להכריע, כי לא היתה אזהרה בתום לב.

כפייה כלכלית היא מסוג אחר. לא כפייה קלאסית. הגדרה: התקשרות בחוזה כדי להשתחרר מלחץ עסקי מסחרי לא לגיטימי שהופעל על אדם.

זו הרחבה של עילת הכפייה הקלאסית.

**פס"ד מרחבים נ' אקספומדיה** – לראשונה ביהמ"ש פסק כי סעיף 17 מכיל גם כפיה כלכלית, וקובע כי יש שני מבחנים לקיומה.

לחץ כלכלי ייחשב בלתי לגיטימי אם:

1. איום מפתיע שהנזק במימושו בלתי הפיך
2. בא בעיתוי בעייתי במיוחד

**27/11/14**

**מו"מ לקראת כריתתו של חוזה:**

**(סיכום של עידן)**

במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת **ובתום לב**.

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

סעיף 12- הוא נורמת על שקובעת עוד נורמה כללית- שחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

חובת תום לב במשא ומתן רלוונטית גם אם המשא ומתן הסתיים בכריתה וגם אם לא- אנו רואים זאת על סמך פסקי דין שונים.

פגמים בכריתה-התנאי לכך שיהיו פגמים בכריתה- כולם מנחים שהייתה כריתה של חוזה.

אם יש חפיפה בין התחומים של חובת תום הלב ושל פגמים בכריתה, זה אומר שנכרת חוזה בסופו של דבר.

החפיפה לא מלאה במצבים הבאים-

* יכול להיות פגם בכריתה שלא מלווה בהפרת תום לב- 14 ב'- טעות.   
  בכל השאר- ההתנהגות העוולתית הזאת היא גם התנהגות בחוסר תום לב (הטעיה, עושק, כפיה) .
* גם לצד השני- מקרה שיש חוסר תום לב, אך לא קיימת את התנאים של פגמים העסקה- כגון" הטעיה שהיא כולה נוגעת רק בכדאיות העסקה. אבל בהרבה מקרים כן יש חפיפה.

מקרים של חפיפה:  
באותם מקרים אשר יש חפיפה בין איזשהו פגם בכריתת חוזה, ובין הפרת תום הלב-  
עדיין צריך לטעון את שניהם- כי יש סעדים שונים.  
אם יש עושק\ כפייה\ הטעיה, נטען גם על פגם בכריתת החוזה, וגם על חוסר תום לב:

* במקרה של פגם בכריתה- ביטול- החוזה, והשבה- באה לסדר את מה קרה קודם, החזרת המצב לקדמותו.
* במקרה של חוסר תום לב- פיצויים.

כלומר שתי התרופות משלימות זו את זה.

האם ניתן לבטל חוזה רק על פי סעיף 12-ב'? אין הלכה שקובעת שכן וגם אין הלכה שלא. יש הלכה של בית המשפט שאומרת שהרשימה של התרופות בסעיף 12 ב' אינה רשימה סגורה.

השבה- לקבל חזרה את מה שנתתי לצד השני לחוזה

פיצויים- זה בעצם פיצויי הסתמכות, תשלומים ששילמתי בשביל החוזה אבל לא בשבילו.

פס"ד גנץ נגד כץ:

מתעוררת שאלה- האם יכולה להתעורר עילת חוסר תום לב, ללא עילת העושק?   
דעת הרוב- לא ניתן לטעון על תום לב. אם נאפשר לטעון על הפרה של חובת תום לב, במצב שהוא לכאורה עושק, אז בעצם מייתרים את עילת העושק.   
אבל מצד שני- זה לא מייתר כיוון שהתרופות שונות.   
אבל במקרה הנוכחי- אין הבדל בין התרופות כיוון שהפיצויים היו אותו דבר- כיוון שצריך לשלם פיצויים באותו נזק של מה שהיה צריך להתנהג אם לא היה מתנהג בתום לב- כלומר סכום של 30,000 דולר במקום 100,000 דולר. אם החוזה היה מתבטל, על פי עילת העושק- אזי היה צריך לשלם 30,000 שח' על פי הסכום הסביר.  
זה כך- משום שההשבה אינה ממשית, כי החוזה כבר בוצע במלואו וההשבה לא יכלה להתבצע במלואה.  
כלומר-לדעת גלברד: אכן יהיה ניתן למרות דעת הרב פה, שיהיה אפשר לטעון על עילת התום לב, בלי שהיה פגם בחוזה.

פס"ד ספקטור  
כל עילה משפטית שמבוססת על מחדל, כדי שהמחדל ישמש עילה משפטית צריך להראות איפה קיימת חובה להימנע ממחדל, אחרת הוא לא עילה. צריכה להיות חובה בדין לפעול כדי שאי הפעולה ישמש עילה למחדל.   
אחת המשמעויות של תום הלב היא לגלות מידע, חובת הגילוי נובעת מסעיף 12 ועל זה אנחנו טוענים להטעיה.

סעיף 12 [א]: במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.

החובה לנהוג בתום לב חלה על כל אדם שנהל משא ומתן, גם אם הוא לא צד לחוזה.

כמו **בפס"ד קסטרו**- בא לא מדובר בצד לחוזה, אלא במנהל של החברה, והחברה היא הצד לחוזה.   
החובה הזו מעין נזיקית- ולכן הוא מופנה כלפי כל אדם. גם מבחינה לשונית- עד סעיף 12 החוק מדבר על מציע וניצע, ואחרי החוק מדבר על חייב ונושה. וסעיף 12 מדבר על "חייב אדם"- זה לא מקרי הכוונה היא לכל אדם.

פה עולה השאלה- מה גובר על מה חובת הנאמנות של השליח לשלוח או חובת תום הלב? חובת תום הלב.  
לפי חוק השליחות- ב' חב חובת נאמנות לא', וחובת הנאמנות הזו היא קודם למלא את כל הוראותיו של א'. וסעיף נוסף לחוק השליחות אומר שאם ב' יפה אחת מחובותיו, אז א' יהיה זכאי לתבוע מב' את כל התרופות שהפר.  
אם א' אומר לב' להתנהג בסתירה לחובתו של א', למשל אם א' אומר לב' להתנהג בצורה של עושק- אז מה גובר- החובה של ב' כלפי שולחו או החובה לגבי הצד השני של החוזה להתנהג בתום לב? כמובן שהחובה להתנהג בתום לב.  
החובה הזו חלה על כל אדם וגוברת על חובת הנאמנות של השליח לשלוח. וזו משמעות מרחיקת לכת.

חובת תום הלב -  
החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב- הפסיקה לא הבחינה בין שני המושגים הללו, ובעצם החובה לנהוג בדרך מקובלת התייתר.

**חובת תום הלב היא חובה קוגנטית-** אי אפשר להתנות עליה- משום שזה לא עניין של חופש החוזים, אלא זה אינטרס חברתי לשמור על הגינות לשמור ואנחנו לא רוצים להשאיר זאת בידי הצדדים.

**האם קנה המידה הוא אובייקטיבי?  
כן, אובייקטיבי שלוקח בחשבון את הנתונים של המקרה ומעביר אותם בעיניים של אדם סביר חיצוני.**

**בפס"ד בית יולס-**  
התעוררה השאלה האם יש חובה לנהג בשוויון במסגרת מכרז פרטי?  
יש מחלוקת בין שופטי המיעוט- שמגר וברק- יש חובת שוויון, לבין שופטי הרוב- אין חובת שוויון.  
אבל כל השופטים מסכימים שאם בעל המכרז, במסגרת תנאי המכרז מתחייב לנהוג בשוויון- אז הוא חייב לנהוג כך.  
דעת המיעוט אמרה שאם בעל המכרז מתנה מראש שהוא לא מתחייב בשוויון- אין חובה לנהוג בשוויון.  
לדעת שמגר וברק החובה לשוויון כן ניתנת להתנות עליה. והבעיה שמתעוררת פה- שההסתמכות של דעת הרוב על השוויון היא על סמך החובה לנהוג בתום לב, והרי ידוע שהחובה לנהוג בתום לב היא קוגנטית, אז כיצד הם התנו עליה במצב זה?!  
ברק אומר שהיא קוגנטית בעיקרה.  
אבל בעיני גלברד- אין פה הפרת חובת תום לב בכלל. ברגע שיש הבנה שהמכרז הוא לא שוויוני- אין הפרה של חובת תום לב. אבל בגלל שאנשים חשבו שהיא שוויונית ולא היה כתוב אחרת- בגלל זה הייתה הפרת חובת תום לב.

אי ידיעת מידע שהייתי אמור לדעת – יכול להיחשב כהפרה של חוסר תום לב מרשלנות (יש דעות שונות בפסיקה).

איזה התנהגויות נוגעות להפרה של חובת תום הלב?  
אין הגדרה, זה סעיף עמום.  
ניתן להסתכל על הפסיקה ולראות אילו הן התנהגויות של הפרת חובת תום לב.

שני סוגי מצבים של תו"ל:

* יש הפרות של תום לב בשל ההפרה לא ייכרת חוזה- פרישה ממסע ומתן ובחוסר תו"ל, ניהול משא ומתן ללא כוונת ההתערבות.
* לעומת זאת- יש התנהגויות שמפרות את חובת תו"ל ובעקבותיהם נכרת חוזה- כגון: עושק כפייה הטעיה.

אחד הביטויים המרכזיים להפרת תום הלב היא אי גילוי מידע-  
נטישת העיקרון האנגלי הישן- שכל צד צריך לנהוג לאינטרסים של עצמו ולא יצפה שהצד השני יעזור לא. הגישה הזו התחלפה.

**בפס"ד ספקטור**המוכר של הנכס לא סיפר לקונה מידע הקשור לנכס.  
יש מחלוקת על איזה מידע יש את החובה לספר ועל איזה אין חובה .  
לפי השופט לנדוי לא היה צריך להטיל חובת גילוי מהטעמים הבאים:-

* זה היה מידע שהיה חשוף גם לעיני הצד השני, ולכן לא הייתה חובת גילוי. הוא יכל לבדוק זאת לפני החוזה.  
  ניתן להבין שכאשר המידע שצד אחד יודע וצד שני לא והצד שלא יודע יכל להשיג את המידע בעצמו – זה מנמיך את החובה לנהוג בגילוי.
* טענה נוספת שהוא מוסיף- מתייחס לשאלה מי הצד שכלפיו מופעלת חובת הגילוי- במקרה הנוכחי הוא קבלן- מומחה, ולכן יכל לבדוק בעצמו.

מעבר לכך- יש מקרים (בפסד"ים אחרים) בהם יש חובת גילוי של הקונה למוכר שידע מידע על ממכרו.

קריטריונים נוספים בנוגע לחובת הגילוי:

* סוג החוזה- אם זה חוזה מסחרי הנטייה תהייה לצמצם את חובה הגילוי. אם זה חוזה צרכני- היקף חובת הגילוי יהיה גבוהה יותר
* אם יש יחסי אמון וקרבה קודמים- היקף חובת הגילוי יהיה גבוהה יותר כי יניחו מראש שהצד השני יעשה פחות ברור מראש.
* נסיבות מיוחדות- **כמו בפס"ד קיסטינגר**- אישה מבוגרת, היוזם יזם את העסקה ולא הקונה, כשיש כל כך הרבה

היקף חובת הגילוי נשאר לא ברור מפני שיש הרבה קריטריונים- חלק יצביעו על היקף חובת גילוי גבוהה ויש כאלה נמוך- ולכן יהיה קשה לדעת מראש אם בית המשפט יקבע אם היה חובת גילוי או לא.

שוויון במכרז- **בפס"ד בית יולס** נקבע שאין חובת שוויון במכרז פרטי.  
אבל זה השתנה **בפס"ד של "קל בניין"-** שבה שיש חובה לנהוג בשוויון במכרז פרטי.

יש במשפט הפרטי נורמת פתוחות-מושגי השסתום- תו"ל, תקנת ציבור וכו'- מאפשרים לנו לקחת תקנות **מהמשפט הציבורי** אל תוך המשפט הפרטי.  
שוויון למשל הוא עיקרון יסוד חשוב של המשפט הציבורי.

אם עקרונות היסוד של המשפט הציבורי זורמים אל המשפט הפרטי- אז למה רק חובת השוויון במכרז?   
האם במקרים אחרים במשפט הפרטי יש צורך בשוויון?

1. בעבר עקרון חופש החוזים נחשב כמקודש, אבל כיום יש עקרונות כמו שוויון במשא ומתן פרטי מתחיל לצבור תאוצה וחשיבות.

2. במשפט הישראלי- יש תחומים פרטים שבהם מוטלת מכוח חקיקה חובת שוויון- כמו אסורה אפליה בקבלה עבודה. החוק מחייב שוויון במקרים המסוימים הפרטיים הללו.

תחומים מסויימים בהם יכול להיות שיכנס השוויון בחובת תום הלב במשפט הפרטי:

* מקרים שנוגעים לצרכי חיים בסיסיים- חינוך קורת גג וכו',
* במיוחד אם זה מוצר שנמצא במחסור והמדינה סומכת על הציבור שיספק אותו.

מצב שבו הופרה חובת תו"ל ולא נכרת חוזה ומצב שבו הופרה חובת תו"ל וכן נכרת חוזה. ומהן התרופות בכל מצב.

**2.12.14**

דיברנו על חובת תום הלב בסעיף 12(א).

סעיף (ב) – מדבר על תרופות, פיצויים. נתחיל תמיד מהחוק, נכון שהפסיקה עשתה פרשנות והרחבה מאוד משמעותיים, אבל לפי הפשט – מדובר בפיצויים בעד הנזק שגרם מהמו"מ או כריתת חוזה. מכוונים לסעיפים בחוק התרופות (בשל הפרת חוזה).

ישנן שלוש תרופות מרכזיות: אכיפה, ביטול ופיצויים.

החוק מכוון אותנו לסעיפים 10, 13 ו-14.

מה הם אומרים?

**סעיף 14**- עוסק בעיקרון הקטנת הנזק, מדברים על נטל הקטנת הנזק. אם הנפגע לא יקטין את נזקו, הזכאות לפיצויים תיפגע. הסעיף אומר שאם הנפגע יכול להקטין את נזקו, צריך לעשות כך. הנטל חל גם במצב של הפרת חובת תום לב במשא ומתן.

לדוג': הפרת חובת שיוויון במכרז פרטי, נניח שהנפגע - כתוצאה מכך שלא נכרת איתו החוזה, על כל יום שלא התקשר יש הפסד של 100. אבל כעבור ימים מס' כשהתאושש מהשוק שלא זכה במכרז, ומעוגמת הנפש, מסתבר שיכול להתקשר עם מישהו אחר בהסכם חלופי. ואם התקשר עם מישהו אחר, הנזק הזה יפסיק להתרחש. במקרה כזה לא יכול לבקש פיצויים..

**סעיף 13**- עוסק בנזק לא ממוני. אי אפשר לכמת אותו באמצעות תחשיבים. נתון לשיקול דעתו של ביה"מש. הנזק הקלאסי הלא ממוני הוא נזק על עוגמת נפש בדיני חוזים.

בתי המשפט בארץ קמצנים בקשר לנזק לא ממוני. לא פוסקים נזק לא ממוני לצד לחוזה שהוא תאגיד, לתאגיד אין עוגמת נפש, אין לו נפש ולכן אין לו עוגמה ☺ בד"כ ביהמ"ש לא יפסוק פיצויים של נזק לא ממוני בחוזה מסחרי. אנשי עסקים יודעים שמשא ומתן יתפוצץ, עוגמת נפש זה חלק מהביזנס וההתנהלות העסקית. נזק לא ממוני מתייחס בעיקר בחוזים פרטיים, ביחס לחוזים שכולם או חלקם נועדו לרומם את הנפש. אז הפגיעה יכולה להיות עוגמת נפש.

**סעיף 10** – הסעיף הכי חשוב, קובע 2 עקרונות בסיסיים: עיקרון סיבתיות וצפיות.

**סיבתיות** - הנפגע זכאי רק על נזק שנגרם עקב ההפרה. רק פיצויים שיש קשר סיבתי עובדתי לבין הנזק ובין ההפרה. אם קניתי ממישהו מוצר כל שהוא, ומסר לי אותו באיחור – זו הפרת חוזה.

תנאי מסתבר שני הוא **צפיות** – על המפר היה לדעת או לראות את התוצאה המצטברת של ההפרה. לא כל נזק הוא בר פיצוי, רק אם זה נזק שבאופן סביר היה ניתן לצפות אותו.

עיקרון שלישי – **כימות של הנזק** – צריך להוכיח את הכמות של הנזק, לא מספיק שרק נעשה נזק.

כל אלו חלים גם על סעיף פיצויים עפ"י סעיף 12.

הופרה חובת תו"ל ולא נכרת חוזה- התרופה במצב כזה היא פיצויים, לפי הפסיקה הישנה פיצויי הסתמכות, ולא קיום. למה? כי יש קושי בהרבה מקרים להוכיח קשר עובדתי סיבתי בין ההפרה לבין הנזק.

אם היינו רוצים לתת פיצויי קיום, חייב להוכיח שחוסר תו"ל גרם לכך שהחוזה לא נכרת.

הרבה מאוד מו"מ מסתיימים ללא כריתת חוזה, בלי הפרת חובת תו"ל, כי אין מצב שבו אחד הצדדים מקיים קיבול.

אז אם הפרת חובת תום הלב היתה בשלב מוקדם, אין דרך אמיתית לדעת, בהנחה שלא מופרת חובת תום הלב, שלא היה נכרת חוזה.

**בפס"ד קל בניין** זה היה קל, בגלל שהנסיבות מראות שהכל היה מוכן לחתימה, ורק מועצת המנהלים היתה צריכה לתת חיוב פורמלי, אבל במקרים אחרים קשה לבסס קשר סיבתי זה. וכבר זה מסביר לנו למה ישנם יותר פיצויי הסתמכות ולא קיום. בנוסף, קשה לכמת את הנזק.

לכן הפסיקה הרבה שנים היתה פיצויי הסתמכות בגין חוסר תום לב.

אנחנו יודעים שבשנים המאוחרות יותר, במצב בו הפרת חובת תום לב גרמה לאי כריתה, יש קשר סיבתי ואפשר לקבל פיצויי קיום.

מה היה **בפס"ד שיכון עובדים נגד זפניק**? הפרת תום הלב גרמה לכך שלא נכרת חוזה.

זו היתה הצהרה בלתי חוזרת.

השופטת בן פורת מחדשת חידוש- היא לא פוסקת פיצויים, אלא מבצעת אכיפה. איך אכיפה? מה הבסיס לזה? זה לא קרה כי הזוג כבר חתמו על ויתור, אבל היתה מוכנה לעשות זאת.

**"אשם בהתקשרות"** – הגה אותה משפטן גרמני – שאם כריתת חוזה נמנעה בשל מעשה עוולתי, והפרת חובת תום הלב של אחד הצדדים, הוא שמנע כריתת החוזה, כאשר ברור שלולא המעשה החוזה היה נכרת, הסנקציה היא שרואים את החוזה כאילו נכרת. שכון עובדים מנעה מהזוג זפניק קיבול, ומכיוון שביהמ"ש קבע שזה נעשה בחוסר תום לב אפשר לראות את הקיבול כאילו נעשה – וזו התרופה למעשה העוולתי.

אם רואים את הקיבול כאילו בוצע – זו התרופה. מה שהמעשה העוולתי גרם, חוסר תו"ל, אנו מסירים אותה. ואז מה התוצאה? יש חוזה. נוצר חוזה. לא נעשה בדרך הצעה וקיבול, אלא בדרך של הצעה וכאילו קיבול – חוסר תום לב במו"מ.

הדוקטרינה של אשם התקשרות מעבירה מהשלב הטרום חוזי לשלב החוזי – ואז אפשר לקיים אכיפה, פיצויים, ביטול וכו'.

זהו חידוש גדול. לא כתוב בחוק. איך היא מנמקת את זה? היא אומרת שרשימת הפיצויים שמופיעה בסעיף 12 [ב] היא לא בגדר רשימה סגורה וממצה.

בסעיף 12 יש חובה לתום לב ותרופות, בסעיף 39 יש רק חובה בלי תרופות. השופט ברק מסביר שהדבר הוא כדי לאפשר לבית המשפט להפעיל שיקול דעת ואיזה סנקציה שהוא ירצה.

**פס"ד שיכון עובדים** מרחיב את אפשרות התרופות באמצעות אשם בהתקשרות, בעצם לראות את החוזה כאילו נכרת. אבל זו לא הלכה.

זה הפך להיות הלכה **בקלמר נ' גיא**. בקלמר – היה הצעה וקיבול, לא היה כתב. מה שמנע את הכתב הוא חוסר תום לב של קלמר. ושם רואים את דרישת הכתב כאילו התקיימה, שם תום לב גבר על דרישת הכתב בחוק מקרקעין.

נסכם: הופרכה חובת תו"ל ולא נכרת חוזה- אם ההפרה בשלב מוקדם, אפשר לקבל פיצויי הסתמכות, שזה הוצאות שהצד הוציא לצורך המשא ומתן, אם אפשר להוכיח הפרה בשלב מתקדם – פיצויי קיום. אם אפשר להוכיח שחוסר תו"ל הוא זה שמנע את הכריתה, הפסיקה קובעת שאפשר לראות את החוזה כאילו נכרת, ואז לקבל תרופות על הפרת חוזה (על בסיס אשם בהתקשרות)- יכולים להיות אכיפה ופיצויי קיום.

למה **בפס"ד קל בנין** ברק לא משתמש בפסיקה של **פס"ד שיכון עובדים**? היה יכול להגיד חוסר תו"ל של ע.ר.מ רעננה שמנע את החוזה, לכן אפשר לראות את החוזה כאילו נכרת.

במקום זה בוחר אחרת מכורח תום לב, ס' 12 [ב].

ברק היה יכול ללכת במתווה של אשם בהתקשרות. מה מנע את זה וגרם לו ולפסוק פיצויי קיום מ-12 ב ולא מכך שלא נכרת חוזה?

תשובה- נכון שאפשר להגיע לפיצויי קיום דרך אשם בהתקשרות, אבל אם אפשר להגיע לכך דרך מה שכתוב בחוק, אז למה לא? ☺

אם אפשר להגיע לפיצויי קיום דרך אשם בהתקשרות ודרך 12 [ב], ומעדיפים את החוק, אז מי צריך את אשם בהתקשרות? צריך אותו בשביל אכיפה, בשביל תרופה שלא נמצאת ב-12 [ב]. מתי ביהמ"ש יתן פסק דין אכיפה במקרה של חוסר תום לב? במקרים שזעקת ההגינות עולה מהם, מקרים נדירים.

באנגליה, כשמופר חוזה, התרופה היא פיצויים. איזה? קיום. באנגליה לא קיימת תרופת אכיפה. במקרים נדירים ביותר נותנים אכיפה. ה-common law – מקנה פיצויים, ועם הגיון היושר והצדק – אפשר לאכוף.

אצלנו הדין הוא פיצויים, בנסיבות מסויימות פיצויי הסתמכות, בכמה קיום תלוי בנסיבות...

אצלנו גם כן במקרים נדירים אפשר לאכוף, על בסיס זעקת הגינות / דוקטרינת "אשם בהתקשרות" – שזו הרחבה של פסיקה ולא משהו שמעוגן בחוק.

**פס"ד עלריג**- גם פה, כמו בקלמר נ' גיא, הצד ששכנע את הצד השני לכרות את החוזה שלא בכתב – הוא זה שאח"כ טוען שלא נכרת חוזה כי לא התקיימה דרישת הכתב. ביהמ"ש המחוזי הכריע כמו בקלמר נ' גיא (אשם בהתקשרות). אבל ביהמ"ש העליון לא מוכן לראות את החוזה כאילו נכרת, כי שני הצדדים הם אנשי עסקים שהיו צריכים לדעת שדרישת הכתב בעסקאות במקרקעין היא הכרחית. אם ביהמ"ש היה אוכף את החוזה – התובע היה מקבל צ'ק. (כי הקרקע כבר נמכרה, הוא לא יכול לקבל אחוזים בקרקע. הוא יכול רק לקבל אחוזים מהרווח על מכירת הקרקע.) אבל ביהמ"ש הולך על הדרך של פיצויי קיום, שבסופו של דבר גם הם צ'ק זהה לתובע. אם התוצאה זהה, למה נמנעו מהדרך של אכיפה? ביהמ"ש לא הלך בדרך של אשם בהתקשרות, כי זו דרך שמיועדת רק למקרים ממש קיצוניים.

**ביטול** – מה קורה אם הצד שהוטעה או נכפה או נעשק לא מצליח להוכיח עד הסוף את יסודות העילה בפגם בכריתה? מה אז?

יכול רק לקבל את הפיצויים מכורח סעיף 12 [ב], בגין חוסר תו"ל.

האם ניתן לבטל על סמך סעיף זה, או לבצע אכיפה? אין תשובה ברורה. ישנו פס"ד מסויים שבו דבר כזה קרה אך לא הגיע לעליון, ויש פסיקה של העליון שטוענת שהתרופות הן לא בגדר רשימה סגורה/ממצה.

נק' אחרונה – מה יקרה במצב שבו היתה הטעיה, והנפגע לא רוצה לבטל?

אפשרות אחת - היא הכל או כלום – או לבטל כי יש הטעיה, או שאם לא רוצים לבטל אז לקיים את החוזה.

אפשרות שנייה - גם אם לא מבטלים, לא אומר שמוחלים על ההטעיה – רוצים פיצוי על ההטעיה. פיצויי הסתמכות לא רלוונטים כי זה הוצאות על המו"מ, ואם הם רוצים להשאיר את החוזה זה הוצאות שהיו צריכים להוציא בכל מקרה בסיטאוציה כזו.

אפשרות אחרת – זה להגיד אני רוצה את החוזה, ולהעמיד את המטעה במצב שבו יקיים את מה שהטעה לגביו, שפה זה פיצויי קיום. פיתרון אחד לכך – הצד שנפגע יכול לתקוף את זה בדרך אחרת, יכול להגיד שמה שאמרו לו במשא ומתן הפך להיות חלק מתנאי החוזה.

4/12/14

**תוכן החוזה:**

מתחילים לדבר על נושאים שעוסקים **בתוכן החוזה**. כל הנושאים שעסקנו בהם עד עכשיו עסקו בכריתת החוזה, בתהליך הכריתה.

הדיון בתוכן החוזה נחלק ל-3 רבדים:

הרמה הראשונית היא פרשנות. מתייחסת לטקסט נתון, יכול להיות בעל פה או כתב, וטקסט זה טעון פרשנות.

המישור השני הוא השלמת התוכן – עוסקת במה שאין בטקסט, בהשלמה של דברים החסרים בו.

המישור השלישי הוא התערבות.

רק אחרי שעוברים את כל המישורים האלו נדע מה התוכן האופרטיבי.

**פרשנות**

הגישה המקובלת ל**פרשנות** של טקסט משפטי נעשית על פי תורת הפרשנות התכליתית.

מה הכוונה?

אחת האפשרויות - צריכים לחשוב מה היתה הכוונה של המחוקק, מי שכתב את הטקסט. השופט ברק מכנה את זה תכלית סובייקטיבית - מה תכליתו של מחבר הטקסט? נועדה לברר מה היתה מטרתו הסובייקטיבית של יוצר הטקסט.

הסוג השני של פרשנות תכליתית הוא פרשנות לפי תכלית אובייקטיבית. מה זה פרשנות לפי תכליות אובייקטיביות? ההנחה היא שיש שורה של תכליות אובייקטיביות שעומדות ביסוד שיטת המשפט. חלק מתכליות היסוד הן עקרונות יסוד חוקתיים או עקרונות שמייחסים למשפט הציבורי: שיוויון, סבירות, תום לב. יש עקרונות יסוד נוספים של שיטת המשפט – הגיון וכו'.... ואז בפרשנות לפי תכליות אובייקטיביות, נבחר את אותו פירוש שמגשים את יסוד המשפט. זו שיטת פרשנות אחרת מהסובייקטיבית.

דוג': אפשרי פירוש א' ופירוש ב' – פירוש א' מתיישב עם תוצאה סבירה והוגנת ופירוש ב' לא. יכול להיות שמי שחיבר את הטקסט התכוון לפירוש ההגון הסביר (כמו תום לב), במקרה הזה הפרשן לפי הסובייקטיבי יגיע לפירוש א'. אבל גם היה מגיע לפי השיטה האובייקטיבית לאותה תוצאה. יכולות להיות תוצאות מנוגדות וכאן הגישה האוב' תביא לתוצאה הסבירה.

התיזה של ברק היא מה קודם למה (אוב' או סוב') כבר תלויה באיזה טקסט משפטי מדובר. אם מדובר בפרשנות צוואה יש עדיפות מוחלטת לפרשנות סובייקטיבית.

נניח שיש צוואה ויש מחלוקת בין היורשים. ושניהם משכנעים או לא מצליחים לשכנע באותה רמה. השופט יצטרך להחליט. בלית ברירה יילך לתכליות אובייקטיביות, אבל זה רק במצב של אין ברירה. בכל מצב אחר אם יכול לגלות את הכוונה הסובייקטיבית של המצווה אז זה מה שצריך לעשות.

היפוכם של דברים אומר ברק בטקסט משפטי של חוקה. מה שמאפיין חוקה (כמו החוקה האמריקאית למשל) זה טקסט בין דורי. זה טקסט מכונן, בסיסי, שאמור לעבור מדור לדור ולשמש מסד של החברה והמשפט. טקסט שיכול לספוג פרשנויות משתנות. יישאר אותו טקסט עם כל השינויים במהלך הדורות. לכן חוקה מפרשים אך ורק לפי תכליות אובייקטיביות שמשקפות את תכליות המשפט ...

אם תגיע שאלה חוקתית בארה"ב, נראה לכם שיתעסקו במה יתכוון המחוקק לפני מאות שנים?! ☺ השאלה היא איך צריך לפרש את החוקה בהקשר לשאלה שמתעוררת, עפ"י תפיסות היסוד החברתיות/פוליטיות של היום.

בין שני הקצוות האלו – צוואה וחוקה – מצויים בתווך טקסטים משפטיים נוספים. בעיקר חוק וחוזה.

חוק קרוב יותר לחוקה, ותלוי איזה חוק. אם זה חוק שהוא מאוד עקרוני שנועד להיות ארוך טווח אז השיקולים דומים לשיקולים החוקתיים. אפילו תחום הנזיקין – אותה חוקק הנציב העליון בתקופת המנדט. אם היום תתעורר שאלת פרשנות לסעיף, אף שופט שפוי לא יעשה מחקר הסטורי למה התכוון הנציב הבריטי. זה לא מעניין. השאלה היא עפ"י תפיסות חברתיות פוליטיות משפטיות שלנו, כיום, בחברה הישראלית.

ברוב המקרים נפרש חוק באמצעות תכליות אובייקטיביות. לדוג': אם אתמול בבוקר היה משבר כלכלי בלתי צפוי, שכתוצאה ממנו הממשלה ישבה ערב שלם והניחה על שולחן הכנסת הצעה דחופה לחוק הוראת שעה, כדי לפתור את המשבר, והכנסת ישבה לילה שלם והעבירה את החוק בקריאה ראשונה שנייה ושלישית, ויצא חוק מצ'וקמק שיגיע לבית המשפט. האם הוא יכול להתעלם מהמטרה הסובייקטיבית שעמדה בפני הכנסת? מה פתאום. יש מצבים מסויימים בהם לחוק עם נסיבות ספציפיות יש חשיבות לתכלית הסובייקטיבית.

ניגע בחוזים – מה צריך לעשות הפרשן?

**סעיף 25**: חוזה יפורש לפי אומד דעתם (רצונם, מטרתם) הסובייקטיבי של הצדדים. לפי **התכלית הסובייקטיבית**. בדומה לצוואה, כי זה אותו עניין. מטרתו של החוזה היא להגשים את הרצון של 2 הצדדים. רק פה בניגוד לצוואה, זה יותר מורכב, כי התכלית הסובייקטיבית היא משותפת ל2 הצדדים, ואם לא היתה תכלית משותפת – לא נכרת חוזה, או שנכרת חוזה שיש לו מובן אובייקטיבי אבל אחד הצדדים טעה כי כוונתו הסובייקטיבית היתה שונה מכוונת החוזה האובייקטיבית.

הרעיון הוא שמה שמחייב הוא התנאים שהוסכמו בעת כריתת החוזה. הנקו' הקריטית על ציר הזמן הוא מועד כריתת החוזה, שם היה קיבול על ההצעה, גמירת דעת, זה המועד הקובע.

זו הגישה הרגילה של דיני החוזים.

יש תפיסות שונות מאלה – תיאוריית חוזה היחס – אומרת שיש חוזים שמתאפיינים כמו במערכת יחסים, למשל - חוזה ארוך טווח, או מערכת יחסים מורכבת שלא מסתיימת בחוזה בדיד, אלא מערכת חוזית שמורכבת ממערכת חוזים.. כמו חוזה בין בני זוג / יצרן ומפיץ בלעדי..

חלק מהכללים של דיני החוזים צריכים להשתנות ולהיות מותאמים לסוג מיוחד זה של חוזים. למשל חוזה דינמי שמשתנה בהתאם להתנהלות הצדדים לאורך הזמן. בחוזה כזה נותן תוקף משפטי לדברים תוך כדי החוזה. מפני שאחת הגישות שבפרשנות לחוזה יחס היא שצריך לעקוב אחרי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא מתפתח לאורך הזמן, ולא להתמקד בנק' הזמן היחידה של החוזה.

נדבר על כללי הפרשנות הרגילים – ושם מעניין אותנו אומד דעתם של הצדדים כפי שהיה בכריתת החוזה. אומד הדעת בנושא פרשנות וגמירת הדעת בנושא כריתה הם אותו דבר. בודקים את אומד הדעת לצורך הפרשנות.

מה אם לא מצליחים לגלות תכלית סובייקטיבית? הולכים לתכליות אובייקטיביות..

משתמשים בו גם בעיקר בחוזים אחידים.

**סעיף 25(א)** – חוזה יפורש עפ"י אומד דעתם של הצדדים. לפי תכלית סובייקטיבית.

המשך הסעיף אומר את הכלים – מהם הדרכים לברר את התכלית הסובייקטיבית?

מבררים כפי שהוא משתמע מהחוזה ונסיבות העניין.

אז יש 2 אפשרויות לגילוי אומד הדעת: **לשון החוזה**, **ונסיבות העניין**:

**חוזה** - מדובר בטקסט הנתון. מה אפשר להפיק מהחוזה על מנת לגלות את התכלית הסובייקטיבי? לשון החוזה. ברוב המקרים הלשון משקפת את מה שהצדדים רצו לומר. המשמעות הרגילה והשגרתית של לשון החוזה היא מקור מספר אחד כדי להבין את כוונת הצדדים. לפעמים יכולה להיות משמעות לא רגילה ושגרתית וכאן התמונה משתנה (כמו דוגמת הסוס – מקרה של כריתת חוזה על מכונה שכונתה "סוס"). דבר נוסף שאפשר להפיק מטקסט – באמצעות השוואות, עריכה, כל אלה יכולים לעזור לפרשן להפיק תובנות מתוך החוזה לגבי כוונתם של החוזה.

**נסיבות** – כל מה שהוא לא חוזה, מה שחיצוני לו. ברק אומר שבמקרים רבים קו הגבול בין חוזה לנסיבות הוא דק מאוד.

המיומנות של הפרשנות היא לדעת לבחור את הנסיבות הרלוונטיות העומדות בפניו.

נסיבות יכולות נסיבות שקדמו לכריתת החוזה: נסיבות רקע כלליות, נסיבות שקדמו לכריתה כמו הצעות שעלו במהלך המו"מ, או נסיבות שלאחר חתימת החוזה.

**פס"ד אמנון לוי**: המקרה שבו חברה לייצור ושיווק בשר רכשה את שירותיו של אמנון שיצר טכנולוגייה מיוחדת לכך. הנסיבה לפני חתימת החוזה היא שרצה שישלמו לו בתשלום חד פעמי, ואחר כך הוסכם ביניהם שעדיף ביניהם לחלק את הסכום לתשלומים. קראו לזה דמי יעוץ. זה השפיע על השאלה כשהפסיקו להשתמש בידע שנתן להם- האם צריכים להמשיך לשלם?

נסיבה אחרת: בשלב מסויים הפסיקו להשתמש בטכנולוגיה שלו, והמשיכו לשלם לו... לכן גם פרט זה עזר להכריע בפסיקה.

**סעיף 25** הוא עיקר עבודות של פרשן בפרשנות חוזה.

ההמשך שלו – אם אומד הדעת משתמש במפורש מלשון החוזה – יפורש החוזה בהתאם ללשונו.

**25(א)** – תכלית סובייקטיבית, המטרה הראשונה של פרשן, לפי חוזה ונסיבות.

**25(ב)** – עדיפות לפירוש שלפיו החוזה מתקיים (אם עומד מולו פירוש שלפיו החוזה לא מתקיים).

* סעיף א' קודם לסעיף ב'! תכלית סובייקטיבית קודמת לתכלית אובייקטיבית!!

(**פס"ד אפרופים** עוסק בקדימויות בתוך התכלית הסובייקטיבית – האם לשון חוזה קודם לנסיבות או ההפך.)

תובנה 1: אם מצליחים לפרש סובייקטיבית אין רלוונטיות ל25 [ב].

תובנה 2: לא כל תכלית אובייקטיבית מתאימה לכל מקרה. ברוב המקרים 2 הפרשנויות הנטענות מאפשרות את קיום החוזה/תכלית בדרכים שונות. מתאים רק במצבים מסויימים.

צריך להתאים את התכליתיות האובייקטיביות לכל מקרה.

תובנה 3: לפעמים התכלית הסובייקטיבית מתיישבת גם עם התכלית האובייקטיבית, ומביאה לאותה תוצאה, אז הרבה פעמים השופט יתמוך את התוצאה הפרשנית ב25 [א] גם בחיזוק של תכליות אובייקטיביות. (תום לב, הגינות) העולה מסעיף 25 [ב].

אם חושב שהתכלית הסובייקטיבית מובילה לתוצאה הפוכה מהאובייקטיבית הוא יעצור בתכלית הסובייקטיבית.

**סעיף 25(ג):** אם יש 2 פרשנויות, האחת תואמת את הפרשנות המקובלת ואחת לא. – נעדיף את הפרשנות המקובלת.

גם כן, שימוש עיקרי בסעיף זה רק אם לא מפרשים לפי תכלית סובייקטיבית.

* אין משמעות להיררכיה בין סעיף ב ל- ג (תכליות אובייקטיביות). אבל כן בין א' (סובייקטיבית) לכל השאר (אובייקטיביות).

נניח ויש סיטואציה קיצונית בה אין אפשרות לפירוש עפ"י תכלית סובייקטיבית, ו-2 תכליות אובייקטיביות סותרות אחת השנייה (למשל – פרשנות נוגדת לאפשרות קיום החוזה)... אלה המקרים הקשים שבהם ניבחן במבחן בחוזים ☺

**25 (ד'):** מפנה לחוק הפרשנות – שם הוא מפרש ביטויים. פרשנות זו היא לצורך המשמעות של ביטויים אלו כשמופיעים בחיקוק – חוק או תקנה. (למשל – הגדרת אדם: אדם כולל גם תאגיד)

סעיף זה אומר שעפ"י הגדרות הללו מפרשים גם בחוזה, אלא אם כן ההקשר של החוזה מתפרש אחרת.

**25 (ב) 1:** כלל פרשנות כנגד המנסח. אם זה חוזה שאחד הצדדים ניסח אותו (ברוב המקרים חוזה אחיד), ויש מחלוקת פרשנית לאחד הביטויים החוזה, צריך לפרש כנגד מי שניסח את החוזה. כלומר צריך לאמץ את הפרשנות של הצד השני.

מה קורה עם העליונות של תכלית הסובייקטיבית במקרה זה? למה לא משתמשים בה? אנחנו מתייחסים לתכלית סובייקטיבית רק בתכלית המשותפת ל-2 הצדדים. היא חסרת משמעות במקרה כזה, כי רק צד אחד ניסח את החוזה.

מה הגיון העומד מאחורי כלל זה?

שיקולי צדק: כשיש מחלוקת פרשנית זה אומר שהיתה בעיה בניסוח החוזה. הצד שניסח גרם לתקלה והוא ישלם את המחיר. הוא גרם את הנזק והוא יישא בו. נימוק נוסף – הצד שכתב את החוזה הוא הצד החזק, ממילא רוב תנאי החוזה יהיו מאוזנים לטובתו, לכן בא סעיף זה כדי לאזן את טובתו של הצד השני.

שיקול כלכלי – סכסוך משפטי גוזל מכספינו, זמננו, משאבינו. באמצעות חוק זה יוצרים תמריץ ליצור חוזים ברורים כי הצד שכותב את החוזה ייפגע כלכלית אם לא ייעשה את זה.

הגנה על הצד החלש – בדרך כלל הצד שכותב את החוזה חזק יותר, מומחה יותר, לכן יש תכלית של הגנת הצד החלש.

חזרה ל**25 א'** – זה העיקר!

היווה מחלוקות רבות, אפילו בין ביהמ"ש העליון לכנסת ועוד במקומות רבים.

עד פס"ד אפרופים היתה מקובלת פרשנות דו שלבית:

* לשון חוזה
* נסיבות

נניח שיש מחלוקת פרשנית והחוזה מוצג בבית המשפט. לפי הגישה שקדמה לפס"ד אפרופים, **גישת 2 השלבים**, אם השופט חושב שיכול לחלץ את הכוונה הסובייקטיבית מתוך לשון החוזה, אסור היה לטעון לנסיבות. במילים אחרות, אם מישהו רצה להביא עדות על מו"מ למשל – אי אפשר היה לתת לו. היה איסור לפנות אל הנסיבות.

**בפס"ד אפרופים** גישה זו משתנה ועוברת לגישה חד שלבית. במסגרתה בית המשפט יכול להתייחס גם ללשון החוזה וגם לנסיבות.

נחדד נק' מסויימת: המחלוקת האמיתית בין הגישה הדו שלבית לחד שלבית, היא לא מחלוקת מהותית אלא מחלוקת ראייתית. במהות – הכלל המשפטי הוא: חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, על זה אין מחלוקת. תכלית סוב' תמיד קודמת.

המחלוקת היא איך קובעים תכלית סוב'? מהן הראיות שאפשר להציג?

לפי הגישה הישנה הראייה היחידה היא החוזה, ורק אם בית המשפט היה חושב שלא יעמוד על טיב החוזה, יוכל להתייחס לנסיבות. כלומר הנסיבות לא היו קבילות בעבר.

המצב היום שאם מישהו ירצה להביא ראיות, עדויות – אי אפשר לחסום אותו, בניגוד לעבר.

ברור שהיום ההליכים בבית במשפט יהיו יותר ארוכים, כי אם צד ינסה להביא עדות של נסיבות לא ניתן למנוע זאת ממנו. יותר מזה – היה כלל משפטי שקיים ברוב שיטות המשפט וגם אצלנו, כלל האומר שאי אפשר להציג בבית המשפט ראייה בעל פה שסותרת מסמך בכתב.

בפס"ד אפרופים חוסל הכלל הזה. נניח שבחוזה כתוב סוס, ואני רוצה לטעון שהסכמנו על מכונה – לכאורה אני מנסה לסתור את תוכן החוזה. העו"ד רוצה להציג בפני בהימ"ש פרשנות שהכוונה למכונה כשדיברו על סוס. אין לביהמ"ש אלא לשמוע את הפרשנות, כיום.

**לקרוא:** את הפסדי"ם משיעור קודם.

**09/12/14**

ש"ב – פס"ד שירותי תעבורה... נגד באר שבע.

מדברים על פרשנות.

נתחיל עם **פס"ד אפרופים**, נק' ציון חשובה מאוד. הוא למעשה זה שקבע את ההלכה בנושא של **פרשנות חד שלבית.**

גלברד מדגיש – כשביהמ"ש מדבר על פרשנות חד שלבית – מתכוונים לסעיף **25א** – שעוסק בלשון ונסיבות, בתוך התכלית הסובייקטיבית. ולא להיררכיה בין סעיף א' לסעיפים ב,ג. (תכליות אובייקטיביות)

הערה: לביהמ"ש העליון יש כמה תפקידים – הוא בית המשפט הגבוה לערעורים, וגם בג"צ וכו'. בתור ביהמ"ש לערעורים הוא צריך להחליט רק אם ערכאה קודמת טעתה או לא – ולכן במקרה זה פסק דינו קצר בדרך כלל. חלק מפסקי הדין הם עקרוניים בהם ביהמ"ש העליון משנה מדיניות, קובע הלכה חדשה. אלה פסקי הדין שאנו למדים בקורס. התיק של הערעור הוא פלטפורמה לקביעת הלכה חדשה.

**פס"ד אפרופים:**

העובדות: משרד השיכון ניסח חוזה אחיד לחברת אפרופים. הסכסוך הוא על פרוייקט בפריפריה, בדרום, שם חברת אפרופים בונה דירות. החוזה הזה נועד לפתור בעיה דחופה שהיתה של מחסור במקומות דיור, בגלל גל העלייה הגדול. ולכן משרד השיכון יצר חוזה פרוגרמה- חוזה שיש בו סנקציות ותמריצים שנועדו לזרז את תהליך הבנייה. החשש היה שיהיה מצב שבו החברה תיקח את הקרקע ותשווק בקצב שלה לפי אינטרסים כלכליים, ולהימנע ממצב זה. המטרה היתה להוזיל את הקרקעות ושהחברות יבנו כמה שיותר מהר.

מערכת הסנקציות והתמריצים בחוזה מתייחסת ל2 סוגים של פרוייקטים: איזורי ביקוש גבוה ואיזורי ביקוש נמוך. למה הכניסו את שניהם באותו חוזה? כי זה חוזה אחיד. כל החלופות נמצאות בחוזה זה.

מבחינת תמריצים - צריך תמריץ חזק יותר באיזורי פריפריה, כשהביקוש נמוך. באיזור ביקוש גבוה גם ככה יש תמריץ לבנות מהר כיוון שיש המון ביקוש. שם – בפריפריה - גם צריך סנקציה יותר גדולה. הסנקציה מתמרצת בצורה של עונש, וכדי שיהיה תמריץ לבנות מהר.

התמריצים היו:

* המדינה נותנת לחברות הקבלניות רשת ביטחון. קבלן, כשהוא יוצא לבנייה, אם אין לו רשת ביטחון הוא יבנה מעט ויראה את קצב המכירות ויפעל בהתאם. אם יש רשת ביטחון כמו המדינה – הוא יכול לבנות יותר כי יש הבטחה שהמדינה תקנה במחיר שלה שעדיין יהיה רווח לקבלן. במקרה שלנו המדינה הבטיחה לקנות עד 100% מהדירות באיזורי פיתוח גבוה לעומת איזורי פיתוח נמוך שם זה עומד על 50%.
* תמריץ נוסף אומר שאם החברה הקבלנית אכן מממשת את הזכות לדרוש מהמדינה לקנות דירות, באיזורי ביקוש גבוה היא יכולה להציע את הדרישה רק אחרי שגמרה לבנות את הדירות בשלמותן. באיזורי ביקוש נמוך אפשר כבר להציע דרישה בגמר בניית השלד, שזה שלב הרבה יותר מוקדם.

הסנקציות קבועות בסעיף 6 ז' ו- ח' בחוזה:

* המדינה תשלם פחות אם יש איחור בביצוע. במקרה שבו הקבלן איחר במועד בו היה צריך לגמור את בניית הדירות.
* סנקציה נוספת היא שברגע שהקבלן לא הציג את דרישת מימוש הרכישה במועד, המדינה תשלם פחות.

יש לקבלן 2 מועדים: מועד שבו צריך לגמור את הבנייה, אם לא עומד במועד זה תהיה סנקציה, המדינה תשלם פחות מהמחיר אם יהיה איחור במועד השלמת הדירות.

ואמרנו שיש מועד שבו החברה הקבלנית יכולה כבר להגיש את דרישת מימוש הרכישה –יש חלון הזדמנויות ממתי עד מתי הקבלן יכול להגיש דרישה. אם יגיש מאוחר יותר תהיה סנקציה. הנימוק לזה הוא שאם החברה הקבלנית תגיד להם לקנות 500 דירות, המדינה צריכה להיערך בהתאם.

**לפי סעיף 6 ז'** – בחוזה – יש סנקציה של הפחתה של 2% מהמחיר לכל חודש של איחור בגמר הבנייה באיזור ביקוש גבוה.

**סעיף 6 ח' 2** – הצדדים יצאו מתוך הנחה שיש סנקציה על איחור בהצגת דרישת המימוש באיזורי ביקוש גבוה – והסנקציה היא 2%.

זו העמדה הפרשנית של2 הצדדים והשופט מצא, השופט לוין וברק אומרים שסעיף 6 ח' 2 מתייחס ל2 האיזורים.

אבל אם 2 הצדדים מסכימים שס' 6ח2 חל על איזורי ביקוש גבוה, אז מי בית המשפט שיכריע במחלוקת פרשנית זו כשאין אפילו מחלוקת בין הצדדים? אין אפילו לגיטימציה להציע פרשנות.

**סעיף 6 ח. [3] -** הוא הסעיף שבמחלוקת, כשקוראים אותו לפי לשונו הוא מתייחס לאיחור בהצגת דרישת המימוש באיזורי ביקוש נמוך- פריפריה. הסנקציה היא 5% לכל חודש איחור.

אם היינו חושבים על חוזה קוהרנטי שבנוי בצורה מתואמת, היינו מצפים שיהיה סעיף שידבר על סנקציה באיחור על בנייה באיזורי ביקוש נמוך ונוכל לנחש מה הסנקציה – 5%. ואז החוזה קוהרנטי – יש 2 סוגי הסנקציות באיזורי ביקוש גבוה – ו2 סנקציות באיזור נמוך.

הבעיה שהיא אין את הסנקציה האחרונה לגבי איחור בנייה באיזורי פריפריה, היא לא קיימת!

אז מה קרה? הם בנו באיזורי פריפריה, והם איחרו בסיום הבנייה. את דרישת המימוש הם הציגו מיד במועד בניית השלד. אבל איחרו עם הבנייה בחודש וחמישה ימים. כשבאו לקבל תשלום המדינה אמרה שתפחית ב-6% מהתשלום בגין האיחור. המדינה נימקה באמצעות סעיף 6[ח][3]. מנגד, טענת חברת אפרופים שהסעיף לא עוסק באיחור בנייה, אלא בהצגת דרישת המימוש!

לוין וברק אומרים שסעיף 6ז' עוסק באיחור בבנייה באיזורי ביקוש גבוה – 2%,

6ח'3 עוסק באיזורי פריפריה – 5%,

ו-6ח'2 עוסק באיחור בשני האיזורים - 2%.

המחלוקת – במה עוסק 6 ח' 3?

**השופט מצא:** צריך לאמץ את הדין של ביהמ"ש המחוזי, כלומר צריך לפרש את לשונו של החוזה. השלב הראשון בפרשנות הוא לפי לשון החוזה. ורק אם לשון החוזה לא ברורה - רק אז אפשר לפנות לנסיבות. מבחינתו הלשון כאן ברורה ואין צורך לפנות לנסיבות. תומך בפרשנות דו שלבית.

זו העמדה מסורתית. אבל הבאג בדין שלו – בסופו – הוא אומר שראה את שלילתם של שופטי הרוב לגישתו, והוא מתייחס לדוגמא המאוד משכנעת של ברק עם המכונה והסוס. שם 2 צדדים כינו מכונה כ"סוס" ולאחר מכן היתה מחלוקת ביניהם לגבי פרשנות הסוס. בשיטה דו שלבית השופט היה מגיעה למסקנה לא נכונה ללא שמיעת הנסיבות.

השופט מצא תוהה כמה מקרים נדירים כאלו כבר יש? אבל אומר שבמקרים כאלה כן יש צורך בהסתכלות על נסיבות.

יתרונות בשיטה דו שלבית: קיצור בתהליכים, ודאות לחוזים ברורים.

תומכי הפרשנות החד שלבית אומרים ששווה מחיר מסויים של אי ודאות וקצת התמשכות של הליכים משפטיים כדי להגיע בכל המקרים לתוצאה הנכונה ולחוזה שעמד על אומד דעתם של 2 הצדדים!!

**השופט ברק:** חיכה לדין כזה כדי להלביש את הגישה שלו. גלברד אומר שמקרה הזה לא היה פלטפורמה מוצלחת במיוחד. ברק מסביר מדוע עבר זמנה של הפרשנות הדו שלבית:

* הוא סותר עיקרון מרכזי של תום הלב. פרשנות חד שלבית מתיישבת עם עיקרון זה. (דוגמא טובה- המכונה והסוס)
* יש קושי אינהרנטי והלשון לא ברורה בלי הנסיבות- בשיטה הדו שלבית, שאומרת שאם החוזה ברור לא הולכים לנסיבות, אבל מסתבר שאנחנו לא יודעים אם החוזה ברור ללא הנסיבות. הלשון הוא לא עניין ברור לכשעצמו. הלשון תמיד ברורה (או לא) על רקע הנסיבות.
* השיטה הדו שלבית לא מתייחסת מספיק לכוונת 2 הצדדים הסובייקטיבית.
* פרשנות דו שלבית מבחינת ההתפתחות ההיסטורית של המשפט היא OLD FASHION, וגם באנגליה היא ננטשה. מדינות אחרות שהיתה בהן עזבו את אותה. זה מדליק אור אדום להמשך השימוש בשיטה זו.
* השיטה הדו שלבית לא מתיישבת עם דוקטרינות אחרות בדיני חוזים. דיני חוזים זה לא אוסף אקראי של כללים, יש שיטה סיסטמטית. אמורה להיות קוהרנטיות. למשל הוא מתייחס לסעיף 16- טעות סופר. מה שיפה בו שהוא משתמש באותן מילים של 25 [א]. סעיף זה אומר שאם נפלה טעות סופר יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים, ואין הטעות עילה לביטול. כלומר: בחוזה כתוב משהו, ביהמ"ש משוכנע שמה שכתוב בחוזה לא משקף את דעתם של הצדדים, ולכן ביה"מש ישנה את החוזה באופן שישקף את כוונת הצדדים. מאיפה ידע זאת? רק מהנסיבות החיצוניות! ברק אומר ששיטת משפט צריכה להיות קוהרנטית, אם בסוגייה של טעות סופר משתמשים בנסיבות, למה לא נשתמש כך גם בסוגיית פרשנות? בנוסף סעיף 13 – חוזה למראית עין – חוזה שכוונת הצדדים האמיתית שונה ממה שנראה מתוך החוזה. נניח שהצדדים עושים ביניהם חוזה מכר, אך למראית עין עושים חוזה מתנה. סעיף זה אומר שהוא בטל. איך נדע שחוזה זה בטל? רק עפ"י הנסיבות!! אם ניגשים לנסיבות בחוזה למראית עין/טעות סופר על מנת לעמוד על אומד דעתם של הצדדים, אזי צריך להשתמש בהן גם במקרה של פרשנות כחלק מהקוהרנטיות של חוק החוזים הכללי.
* ברק אומר - הויכוח פה בין חסידי הפרשנות הדו שלבית לחד שלבית – הוא ויכוח יותר בתחום דיני הראיות, מפני שאין מחלוקת שמטרתו של הפרשן היא לגלות את אומד הצדדים, השאלה כאן היא איך? יש כל מיני סוגים של דיני ראיות, דיני הראיות שקלטנו מאנגליה בישראל, מבוססים בעיקרם על כללים של קבילות ולא על כללים של משקל. נסביר: קבילות- אומרים שראיות מסוגים מסויימים לא קבילות, אסור להציגם בבית המשפט. ראיות שמבוססת על משקל – אומרות שאפשר להציג את כל הראיות שיש, והשופט יידע לייחס משקל לכל ראייה. מה ההבדל? למה אצלנו יש כללי קבילות? כי באנגליה חלק מהמשפטים התנהלו בפני חבר מושבעים. חבר מושבעים הם הדיוטות. הם לא אנשי מקצוע. החשש הוא שהדיוטות עלולים להיות משופעים מראיות מסויימות ששופט מקצועי יודע שהן חסרות ערך. אצלנו אין שיטת מושבעים, אבל מצד שני הביאו את שיטת הראיות האנגלית שמבוססת על קבילות. במהלך 20-30 שנים האחרונות יש מעבר מתמיד באמצעות חקיקה ופסיקה – לאט לאט נוטשים את גישת הקבילות ועוברים לשיטת משקל. נחזור לשיטה שלנו – אומר ברק כאשר קובעים שאם יש מחלוקת פרשנית בשלב ראשון מותר לשופט לראות את החוזה ולא הנסיבות, זה דיני ראיות שמבוססות על קבילות. לעומת זאת כשאומרים לשופט שיכול לראות את כל הראיות (כלומר כולל הנסיבות) וההנחיה היא לתת משקל מרכזי לחוזה ומשקל פחות לנסיבות – זה דיני ראיות שמובססות על שיטת המשקל אליה אנו שואפים.

הערה: ברק אומר שהוא ער לעובדה שסעיף 25 א' דאז, לכאורה אפשר להגיד שהוא מתיישב עם פרשנות דו שלבית, אבל לא בהכרח. לשון החוק סובל גם פרשנות חד שלבית.

הנימוק של ברק מדוע אפשר לקרוא את סעיף 25 כפרשנות חד שלבית – צריך לקרוא בעיון.

אם זה מתיישב, זו פרשנות בתחום הלגיטימי, תחום שאינו סותר את החוק.

אמרנו שברק אומר 3 פעמים שמשקל מירבי יש ללשון החוזה. זה כבר אומר שההלכה היא מאוד מרוסנת ולא מהפכנית. ברוב המקרים לא יהיה שום הבדל בתוצאה בפסיקה הקודמת לחדשה. הוא מציב לעצמו עוד סייג מאוד משמעותי – אומר נניח שאחד המקרים נדירים שבהם ביהמ"ש ישתכנע שלשון החוזה לא משקפת את כוונת הצדדים. הנסיבות שכנעו אותו למשהו אחר שלא כתוב בחוזה. האם אז מותר לביהמ"ש להתעלם מלשון החוזה? - מותר לביהמ"ש להעדיף את הפרשנות שעולה מהנסיבות ולא מהחוזה רק אם יכול למצוא בחוזה נקו' אחיזה שתואמת את הפרשנות הזו. כלומר אם יש סתירה מהותית בחוזה אי אפשר להתעלם ממנה.

רק ב-3 מקרים רשאי ביהמ"ש להתעלם מלשון החוזה ולאמץ פרשנות שעולה מתוך הנסיבות למרות שסותרת את החוזה:

1. כשיש לקסיקון מיוחד. לצדדים יש שפה מיוחדת ופרטית. כמו מקרה הסוס והמכונה.
2. טעות סופר.
3. אבסורד. כשתוצאה שמתקבלת אם נאמץ את פרשנות החוזה, היא כ"כ מופרכת ואבסורדית, שלא יכול שהצדדים התכוונו אליה.

**בפס"ד אפרופים**, בהנחה שמסכימים עם כל דבריו של ברק, שקבע הלכה מרוסנת ושמרנית, ואכן יש סיבות להעדיפה על פני הדו שלבית.

הבעיה היא ביישום של המקרה באפרופים – אין שום אחיזה בלשון החוזה, ולא מדובר ב-3 המקרים שבהם שתיארנו לעיל שבהם אפשר לפרש בצורה שסותרת את החוזה.

ברק אמנם כן מנמק את זה כמצב אבסורדי. גלברד אומר שההלכה טובה אבל היישום רע במקרה הזה.

חברת אפרופים שהפסידה בתיק ערערה על ההחלטה ורצתה דיון נוסף – שלא אושר בסוף ולא התקיים.

התחילה להיווצר המיתולוגיה של אפרופים בקרב עורכי הדין בעיקר המסחריים. היתה הרגשה שהם יכולים להתעסק בחוזה מסחרי בין 2 פירמות גדולות שמתנהל עליו משא ומתן חודשים, והצדדים משקיעים זמן אין סוף בניסוח של כל פסיק ותג, ואחר כך ביהמ"ש יכול לפרש את החוזה איך שרוצה. ביהמ"ש קלט את הלכי הרוח בקהילה המשפטית מפני שלטיעונים הללו היה הד בחלק מהאנשי האקדמיה, שלא ממש שללו את הלכת אפרופים אבל חשבו שהיא מוגזמת.

ביהמ"ש העליון הבין שיש רחש-בחש, והטענה היתה שההלכה נקבעה ברוב אקראי. אפשר להעלות טענה שההלכה אקראית (נקבעה עפ"י רוב) ולא משקפת את עמדת ביהמ"ש העליון.

לכן ביהמ"ש העליון הבין שההחלטה לא לאפשר דיון נוסף בסוגייה העקרונית הזו, היא החלטה לא נכונה. לכן בהזדמנות הראשונה ביהמ"ש החליט להעלות את הסוגייה **בפס"ד מגדלי הירקות**.

הדיון הנוסף התמקד רק בסוגייה אחת – האם הלכת האפרופים עדיין עומדת? מונו 9 שופטים כדי להחליט ולדון בסוגייה זו. ביהמ"ש הבין שיש חשיבות עקרונית להלכה זו.

השורה התחתונה שבניואנסים כאלו ואחרים- כל 9 השופטים אימצו ואישררו את הלכת אפרופים. למה בניואנסים שונים? כי 3 מבין השופטים (חשין וגרוניס למשל) מציגים גישה שמסמנת עמדה טיפה יותר זהירה. הם אומרים שהם בעד הלכת אפרופים אבל צריך לתת משקל גדול ללשון החוזה ופחות לנסיבות.

הם אימצו את הלכת אפרופים במובן שאם צד טוען טענה פרשנית ורוצה להראות ראיות בהקשר לנסיבות החוזה – אי אפשר לחסום את דרכו. (בקיצור.. לא חידשו הרבה)

קצת רקע על **פס"ד ארגון מגדלי הירקות:** (לא חלק מהסילבוס, רק לידע כללי☺)

היה חוזה בין מדינת ישראל לבין חקלאים שנעשה בעקבות הסכם מדיני בין ממשלת ישראל לפלסטינאים. ולהסכם היו נספחים כלכליים שאיפשרו לחקלאים מרצועת עזה לשווק את התוצרת החקלאית בישראל, והחקלאים הישראלים חששו שתהיה הצפה של תוצרת עזה והמחירים ירדו. ולכן המדינה התחייבה לפצות אותם. מנגנון פיצוי מוסכם. בסופו של דבר חקלאי עזה לא שיווקו את התוצרת שלהם. ועלתה השאלה אם הפיצוי המוסכם צריך להיות משולם בכל מקרה, או שלא כפי שטענה המדינה? כי הרי לא נגרם שום נזק...

נחזור לעניינו - נכון לנק' הזמן ההיא אם למישהו היו ספקות לגבי הלכת אפרופים, האם היא עמדתו של ביהמ"ש, כבר לא היה ספק. 9 שופטים החליטו שהם תומכים בהלכה זו– בטון יצוק!

אבל הרוחות לא נרגעו. בעיקר בגלל סיבות הקשורות למאבקי כוח פוליטיים בין הרשויות, הכנסת לביהמ"ש.. באותה תקופה היו מי שחשבו שביהמ"ש צובר כוח גדול מדי בין הרשויות השונות, על חשבון רשויות אחרות. ואז היתה תחושה אצל אותן אלה שחשבו כך, שמה שהוא עושה במישור של המשפט הציבורי עושה גם בפרטי. שכמו שמשיג את גבולם של הכנסת וכו', הוא משיג גם את גבולם של האנשים הפרטיים. פס"ד זה הפך להיות סמל לכוחנות ואקטיביזם של ביהמ"ש העליון.

ואז אנו רואים שמנסים להצר את צעדיה של ההלכה שהפכה לסמל, גם בכנסת וגם בתוך בית המשפט העליון:

בכנסת – על שולחן הכנסת היתה מונחת הצעת חוק דיני ממונות. כתבה אותה ועדה של משפטנים. ובסעיף בפרק של חוזים, סעיף שעסוק בפרשנות חוזה, זה שמקביל ל-25 א', ההצעה כללה נוסח שתאם את את הלכת אפרופים. כלומר לפי השיטה החד שלבית.

בתגובה הונחה הצעת חוק פרטית שנועדה לבטל את הלכת האפרופים ולהבהיר שביהמ"ש צריך לפרש לפי לשון החוזה, ורק אם הלשון לא ברורה לפנות לנסיבות – כלומר להחזיר את הגלגל לאחור לגישה הדו שלבית.

כשפנו להתדיין בחוק, מה שקרה שם – הגיעו לישיבה רק 3 אנשים, יו"ר הועדה, ח"כ לוין שהביא את הצעת החוק הפרטית ונציגת משרד המשפטים. והם הסתדרו – יצרו נוסח שהוא שילוב של הצעות החוק:

וזה הנוסח שמצוי בפנינו – "חוזה יפורש לפי אומד דעתם כפי המשתמע מלשון החוזה ונסיבות העניין" – משקף את הלכת אפרופים. והנוסח הנוסף והמרוכך של לוין – "אולם אם אומד דעתם משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש בהתאם ללשונו". האם דבר זה מבטל את הלכת אפרופים? לא ידוע.

זה עורר מהומה גדולה. מה השורה התחתונה? ביהמ"ש בעמדה שתיקון החוק לא שינה כלום. משקף את הלכת אפרופים ולא שינה דבר. (**פס"ד סער**)

ביהמ"ש העליון - צריך להיות ערים לעובדה שגם בתוך השופטים של ביהמ"ש העליון, מתחילה להסתמן עמדה שמבקרת את הלכת אפרופים (אבל גלברד לא מבין באיזה אופן).

הראשון מבין השופטים הוא דנצינגר – **פס"ד נורקאי** – שם אומר על אף האמור בהלכת אפרופים יש ליתן ללשון החוזה משקל מכריע. אז שאלים את עצמנו למה זה "על אף" ולא כמו? ההסבר האפשרי היחיד – הוא לא מתכוון לסגת לגמרי מהלכת אפרופים, אלא לשים דגש רב יותר על לשון החוזה. יש עוד סידרה של פסדי"ם שהוא חוזר על אותה ביקורת. כשקוראים את הביקורת לא ברור מה הוא מבקר? בפועל הוא גם משתמש בנסיבות. הוא עושה פרשנות חד שלבית ברורה! הדברים הגיעו לשיאם **בפס"ד בלמורל** – בדברי ריבלין, שם הוא תוקף אותו ואומר שמסכים עם דנצינגר, אבל לא מסכים שוב התקיפה על פס"ד אפרופים, היא נקבעה כהלכה קבועה ועוגנה במגדל הירקות. אם הכוונה היא לבקר את הלכת אפרופים אז מה בדיוק אתה מתכוון לומר? שאסור בשום מקרה לפנות אל הנסיבות?! העקיצה הכי גדולה היתה – כשאמר שיכול להיות שכל ההערות מופנות כלפי האווירה המיתולוגיה של אפרופים, ולא כלפי ההלכה עצמה.

**11/12/14**

**פס"ד אפרופים** – ברק בוחר בדרך של פרשנות ולא בהשלמה. למרות איך שהחוזה מנוסח. ברק אומר שגם אם היתה מתקבלת התוצאה הפרשנית של השופט מצא היו מגיעים לאותה מסקנה באמצעות השלמה. מכוח מה היה עושים השלמה זו?

**השלמת חוזה**

דברי ברק: על פי מה מתבצעת ההשלמה החוזית ע"י שופט?

**תנייה מכללא של פעם** – למרות שאין צורך בה היום לגישתו, זו לא דיעה אחידה, יש מי שחושב שבמצבים מסויימים יש מקום בשבילה. נקדיש לה הסבר קצר: מקורה של דוקטרינת "תנייה מכללא" באנגליה של המאה ה19, כשעיקרון חופש החוזים בשיאו. תקופה של ליברליזם נאיבי שמאמין שהדבר הכי חשוב במשפט הפרטי זה חופש. נתפס כעיקרון מקודש ולכן לא מתערבים בו. הגיעו למסקנה שגם השלמת חוזה היא התערבות (היום אם השלמה נועדת לאפשר את קיומו של חוזה – היא הכרחית, אבל אם מתערבים ומשנים נחשב להתערבות) אבל המציאות יותר חזקה מתפיסה תיאורטית – חוזים אף פעם לא מושלמים, והמציאות היא שצריך להשלים אותם לפעמים. איך משלימים חסר בלי להודות בהתערבות? כאן נכנסת התנייה מכללא. יש מצבים שהחוזה שותק וביהמ"ש צריך להשלים אותו – וביהמ"ש צריך לעשות את ההבחנה הבאה: אם הצדדים חשבו על התנייה הזאת ובמכוון לא הכניסו – אז לא מכניסים. אם הצדדים לא חשבו על התנייה ופשוט נשמטה מזכרונם – אפשר להכניסם כיום, אבל גם אז לא.

אז מתי כן? תנייה שהיא כל כך מובנת מאליה שלא הראו צורך לציין אותה בחוזה. שיטה זו הצליחה ליישב בין הצורך להשלים חוזה לבין התיישבות עם התפיסה של חופש החוזים. לכן הוציאו חוקי עזר, מתי אפשר להכניס תנייה מכללא. השופט לא יכניס תנייה גם אם חושב שהיא צודקת – אך ורק במקרה יחיד שהוא בטוח שזו היתה כוונתם של הצדדים.

**דוקטרינת תום לב** –ההבדל בין סעיף 12 ל-39 הוא ש-ס12 עוסק בתום לב בשלב טרום חוזי, וסעיף 39 עוסק בתום לב מרגע זה והילך (מקיום החוזה). חובת תום הלב חלה מרגע משא ומתן ועד רגע סיום ביצוע החוזה. אז מה הקשר בין סעיף 39 (תום לב) לבין השלמת חוזים? יש כבר סעיף שמשלים חוזים – סעיף 26. וגם פרק ה'. הקשר הזה, אפשר להבין אותו, באמצעות **פס"ד שירותי תעבורה באר נ' בין הדין הארצי.** מסוג פסקי הדין כמו אפרופים – הדבר האחרון שמעניין את השופטים זה המקרה. רוב פסק הדין עוסק בפרשנויות תאורטיות של סעיף 39. זה החלק שמעניין אותנו.

הרקע: היה הסכם בין חברת אוטובוסים לבין הנהגים, שהם יקבלו תוספת שכר עבור זה שהם לא יפריעו בשעות שהם עובדים. הסכם זה בא בעקבות התנהלות בעייתית של העובדים בחברה, כאשר היו שובתים חדשות לבקרים, והנוסעים חסרי האונים בבאר שבע היו עומדים בחום בלי הגעה של אוטובוסים (גלברד הרחמן...). ההסכם לא נעשה מול הנהגים. ברק אומר שאין מחלוקת שהסכם זה התקיים – הנהלת החברה מול ההסתדרות. זה הפך להיות חוזה העבודה של כל הנהגים. לאחר מכן הנהגים החליטו לשבות בכל זאת – ועדיין מותר להם, זו זכות יסוד ואין אפשרות לשלול אותה. אבל צריך אישור בשבילה מהסתדרות הפועלים. החברה הסירה את העלאת השכר כי הנהגים לא הודיעו להם על פי החוזה שהם שובתים. העובדים אמרו שאין שום התחייבות להודיע, אלא שרק צריך אישור של מועצת הפועלים. על הטענה הזו השיבה החברה – נכון שאין סעיף כזה – אבל זו חובה הנובעת מסעיף 39. עמדת בין הדין לעבודה אמרה שאי אפשר ליצור חיוב חוזי, להשלים חוזה, אפשר רק כשיש כבר חיוב ואופן ביצועו עפ"י סעיף 39 – בהגינות יושר ותום לב. אבל לא ליצור חיוב חדש.

ברק מפרש את סעיף 39:

* אדם לאדם – אדם. אומר שהצדדים צריכים לנהוג זה כלפי זה ביושר.
* ציטוט: "על כל הצדדים לחוזה מוטלת חובה לשתף פעולה זה עם וזה ולפעול תוך התחשבות זה עם זה". מה הוא מתכוון? גלברד מתאר זאת כמהפכה. התפיסה הקלאסית היתה תפיסת יריבות חוזית, התפיסה האנגלית. מה זה אומר? כשצדדים מנהלים מו"מ באופן בסיסי האינטרסים שלהם הפוכים, מנוגדים. המוכר רוצה למכור ביוקר הקונה רוצה בזול.... קורה נס ובכמה נושאים הם מצליחים להגיע לעמק השווה, אם הצליחו להגיע במספיק נושאים אז הגיעו לדרישת המסוימות. ואז נכרת חוזה. הנחת היסוד לפי תפיסה זו שכל מה שלא הוסכם יש בו ניגודי אינטרסים. זו תפיסת יריבות חוזית. לפי תפיסה זו, ניסיון להשלים את החוזה, פועל כנגד כוונת הצדדים, כי אנו מניחים שכוונתם נגדית, באותו עניין אין הסכמה. ברק אומר לשכוח מזה! דיני החוזים שלנו היום אחרים לגמרי. זה לא שדה קרב, זה פרוייקט משותף. כמו חוזה שותפות – שהם מבינים שמערכת היחסים ביניהם מורכבת ושמסגרת החוזה זה רק קווים כלליים. כשיתקלו בעיות מחוץ לחוזה – ישבו ביחד ויפתרו את הקושי. זו הציפייה משותפים. ברק אומר שזה בדיוק החוזה. כשהצדדים נקשרים בחוזה יש להם מטרה משותפת. בחוזה הם מגדירים את קווי המסגרת של העסקה, אבל אנו יודעים שחוזים לא מושלמים ומכיוון שיש כאן פרוייקט משותף ההנחה שכשיתקלו בבעיה לא מוסדרת – יתגברו על כך ביחד. התפיסה השותפותית (מילה של גלברד) של החוזה.

אז אם המשמעות של תום לב היא יחסי שותפות – כלומר, הצדדים שותפים ולא יריבים – ברור שמכוח משמעות זו יתווספו לחוזה חיובים נוספים, אותם חיובים שלא צוינו בחוזה, שיחייבו להטות כתף ולעזור.

ברור שצדדים לא יקחו עליהם חבות כלכלית כבדה ממה שסיכמו בחוזה למשל. אבל אם מתעוררת בעיה שבאמצעות שת"פ אפשר לפתור אותה – חובה לקיים אותה באמצעות תום הלב בסעיף 39.

לדוגמא: **פס"ד גולדשטיין** (לא בסילבוס). מדובר על חוזה למכר דירה, במציאות הישראלית אנשים מן השורה שקונים דירה בישראל, בדרך כלל יש להם סכום משלהם, ומשלימים את השאר באמצעות בנק. מה שקורה בחוזים כאלו, עוד שכותבים אותם, כותבים הסדר לתשלומים ראשונים ולפני האחרון שאותו הקונה לוקח בהלוואה מבנק, המוכר מתחייב לחתום על הטפסים שהקונה יביא מהבנק להשקעות. בלי החתימה הבנק לא יביא את ההלוואה. כי הדירה עדיין על שם המוכר. בד"כ עניין זה מוסדר בחוזה בצורה ברורה. קורה שעורכי דין בגלל רשלנות לא כותבים זאת. הקונה במקרה זה שילם תשלום ראשון,שני,שלישי ואז הגיע לתשלום הרביעי מהבנק – בא למוכר ומבקש חתימה – והמוכר שאל איפה רשום בחוזה שהוא צריך לחתום? בעבר השופטים אמרו בזמנו ליבנו אל הקונה המסכן, אנחנו מבינים את הבעיה, יש אמפטיה. אבל אין מה לעשות. אבל בפס"ד גולדשטיין בית המשפט אמר שחובה על המוכר לחתום עפ"י עיקרון תום הלב. אם השתיקה הזו נובעת משתיקה מכוונת אז אין מקום מכוח סעיף 39. אבל אם השתיקה נובעת מחוסר ערות לנושא זה – יש דרישה לשת"פ מצד שני הצדדים ולכן המוכר צריך לחתום. משמעות חובת תום לב הוא חוזה שותפים, חובה לשתף פעולה אחד עם השני. זו משמעות העיקרית של תום לב ולכן הוא מכשיר השלמה.

הש' ברק: בין דרכי ההשלמה הנורמטיבית של חוזה, איפה ממוקם סעיף 39 במדרג של מנגנוני ההשלמה?

קודם עפ"י השלמה הסכמית, ביצוע אופטימלי, נוהג בין הצדדים או בין חוזים באותו סוג, אחר כך הוראות השלמה דיספוזיטיביות שבחוק – ואם אין תשובה בכל אלה הולכים להשלמה פרשנית שפעם נעשתה עפ"י תנייה מכללא, וכיום עפ"י עיקרון תום הלב.

**עוד כמה תובנות כלליות לגבי סעיף 39:**

* תום לב נקבע עפ"י קנה מידה אובייקטיבי, מהסוג של דיני חוזים. לוקח בחשבון את התכונות של הצדדים, היכרות הצדדים, סוג החוזה, את הנתונים הספציפיים של החוזה. יכול להיות שרמת ההתנהגות המקיימת את עיקרון תום הלב תהיה שונה בין אנשי מסחר לאנשים פרטיים. בסופו של דבר מי שקובע את רמת ההתנהגות הוא בית המשפט.
* זו חובה קוגנטית שלא ניתנת להתנייה. על מה חלה החובה? חלה על חיוב וזכות שנובעים מחוזה, אבל נותן לה משמעות מאוד רחבה. יש במשפט סוגים שונים של זכויות משפטיות. מה אם בחוזה קבלן התחייב לאדם לתת אחד מ-4 סוגים של ריצוף ולקונה יש אפשרות לבחור את הריצוף? לזכות משפטית זו קוראים כוח. מול הכוח של הקונה יש כפיפות של הקבלן. אומר ברק – את המונחים - חובה וזכות - צריך להבינם במובן הרחב ביותר. החובה והזכות הם לא רק אלה שהצדדים קבעו בחוזה בעצמם, בין אם חובה וכוח או חסינות, הוא אומר שלא רק מה שקבעו אלא מה שנכנס לחוזה מתוך מנגנוני ההשלמה השונים שגם סעיף 39 חל עליהם. חובה/זכות משנית – למשל כאשר החוזה הופר במקום הזכות המקורית, כמו לקבל נכס או שירות, קמה זכות אחרת – תרופות. היא באה במקום חובה ראשונית שהופרה. גם עליה חלה חובת תום הלב.

חוזרים למקרה שלנו - **פס"ד שירותי תעבורה** - מכוח ס'39 יש חובה לתת הודעה. אבל ההודעה ניתנה רק חצי שעה מראש ולכן הופרה חובת תום הלב. ברק עושה שימוש כפול בס'39:

פעם ראשונה כדי ליצור את השימוש בתום לב על מנת להצדיק חבות חוזית חדשה, כלומר ליצור השלמה. בפעם השנייה בשביל להגיד שאת החידוש הזה, ההודעה, צריך לעשות בתום לב, ולא להודיע חצי שעה לפני.

הערה: לא כל שופטי ביהמש העליון הסכימו עם גישה זו.

בסילבוס: **פס"ד מס' 4 – לסרסון נ' שיכון עובדים** – השאלה שהתעוררה: חברה מכרה דירות בבניין חדש. במפרט החוזה היה התחייבות לתת טלגנרטור לדיירים (תא לגנרטור), מה שלא קרה בסופו של דבר. הדיירים הגישו תביעה כנגד החברה בטענה שצריכים לתת להם גנרטור, והחברה אמרה שהתחייבו לטלגנרטור ולא לגנרטור. השופט בייסקי אמר החובה לתת גנרטור נובעת מסעיף 39. השופטת בן פורת - אומרת מה פתאום? מכוח 39 אי אפשר ליצור חובת דין חדשה. ברור שצריכים לתת גנרטור אבל מכוח פרשנות של החוזה, סעיף 25, לפי הנסיבות ולשון החוזה. היא מגיעה לאותה תוצאה אבל בדרך אחרת כי לא ניתן ליצור חיוב חדש מכוח ס39. השופט אילון הקדיש את כל פסק הדין שלו ללמה ברק לא צודק בפס"ד שירותי תעבורה- למה אי אפשר ליצור חובה חוזית חדשה מכוח 39. העיקרון המרכזי הוא חופש החוזים – אם ביהמ"ש יצור חובות חוזיות חדשות זה יפגע בעיקרון זה. הוא בכלל חושב שצריך לספר גנרטור מכוח תנאי מכללא.

אבל יש תובנה אחת משותפת ל-2 השופטים: אי אפשר ליצור חיוב חדש על בסיס סעיף 39. למדנו את בג"צ שירותי תחבורה כי בפועל למעט הש' לסרסון כל השופטים ישרו קו עם הגישה של ברק, חוץ מאילון, אבל זו עמדתו של ביהמ"ש העליון עד היום. אז מכיוון שזו הגישה היום כדאי לדעת מאיפה זה נולד ומה הבסיס.

דוגמא אחת מעניינת ליישום עיקרון תום הלב ס39 לצורך השלמת חוזה – מתייחסת לחוזים שנכרתו בתקופה של אינפלציה גבוהה.

מה קורה בתקופה זו? ערך הכסף יורד ולכן המחירים עולים. (לדוג': 100 ₪ יספיקו ל-X ולאחר שנה יספיק לחצי X. ישראל חוותה אינפלציה משמעותית בשנות ה-78/9 ל-84)

שיטת משפט שעובדת כשברקע אינפלציה חייבת להתאים את עצמה. למשל בדיני עונשין- אם יש קנס, והוא נשחק ב-500%, הוא כבר לא מעניש ומרתיע. בדיני נזיקין אם מישהו גרם לנזק של 1000 ש"ח, אחרי שנים של אינפלציה נוצר חיוב שלא שווה כלום בעקבותיה.

לדוג': אם נכרת חוזה, א' מתחייב למכור לב' סחורה, וב' מתחייב לשלם. מועד קיום החוזה שנה אחר כך. ובשנה הזו 500% אינפלציה, מה יקרה כשיגיע המועד של התשלום? הסחורה תתקבל עבור סכום שנשחק ולא שווה אותו. השקילות התערערה.

**פס"ד שועית** – מדובר על חוזה שהיה שווה 2% מערכו של הנכס אחרי כל השנים שעברו והיתה בהן אינפלציה. מה יקרה בדרך כלל? המוכר לא יקיים את חיובו, ואז יש הפרה ותהיה תביעה לפיצויים/השבה וכו'. ואז יינתן פסק דין. באותם שנים של אינפלציה יש ציפייה שבית המחוקקים יעדכן את החקיקה באופן שייתן מענה על דברים כאלה, אבל הכנסת לא עשתה את זה.

כריתה --> \*קיום החוזה\* --> קיום --> \*הפרה\* --> פסק דין

בית המשפט מצא דרכים לתת ביטוי לאינפלציה. כמובן שאם הצדדים הכניסו סעיף שמתייחס לערך הכסף אז אין בעיה. אבל אם זה בתקופה שלא היתה אינפלציה ולא נתנו את דעתם – לפי הגישה שקדמה לסעיף 39, בית המשפט היה חסר אונים. אין הוראת חוק דיספוזיטיבית, אין נוהג, תנאי מכללא לא תמיד עובד. המקסימום שעשה בדרכים מאוד מתוחכמות - פירש את החוזה כאילו הצדדים התכוונו שתהיה הצמדה. אבל כשאי אפשר היה לעשות את זה – בית המשפט פשוט איפשר לקיים את זה על פי סעיף 39, כמו בפס"ד שועית. למה תום לב קשור? כי בחוזה היה חסר שאומר איך מתנהגים כשהחוזה הזה ל-5 שנים נקלע למצב אינפלציוני.

נסכם, סעיף 39 בתוכן החוזה:

**בהשלמה** – אחד המנגנונים להשלמת חוזה.

**בפרשנות** – אם לא יכולים לפרש עפ"י תכלית סובייקטיבית את החוזה (את אומד דעתם עפ"י לשון ונסיבות), תום לב הוא אחד מהתכליות האובייקטיביות באמצעותן מפרשנים את החוזה. פרשנות שיושבת עם עיקרון תום הלב עדיפה על אחת שלא.

**ש"ב – התערבות בתוכן חוזה:**

עמ' 6, חוזה פסול סעיפים 30-31 לחוק החוזים.

פס"ד חיימוב נגד חמיד,

שלוש נגד בלל,

שילה נגד בארי,

קדישא נ' קסטנבאום.

**16/12/14**

**התערבות בתוכן חוזים**

סעיפים 30 ו-31. סעיף 39 כמכשיר נוסף להתערבות.

מה הכוונה ב**התערבות**? למרות שאנחנו יודעים מה התוכן שהצדדים קבעו לחוזה - עברנו את שלב הפרשנות, ואנחנו כבר יודעים את כוונת הצדדים.... אבל מסיבות שונות חלק מתוכן החוזה טעון שינוי, או שיבוטל או שייחשב כבטל, או יחייב שינוי.

למה? בגלל כל מיני שיקולים שחורגים מחופש החוזים. כמו שיקול סדר חברתי, הגנה על חלשים... במציאות המודרנית בחלק ניכר מהחוזים צדדים לחוזה הם לא שווי כוחות מבחינה כלכלית, ידע, מומחיות. לפעמים גם בעניינים שכחברה רוצים לטפל בקשרי שוק. כל אלו מצדיקים התערבות בתוכן החוזה.

לפעמים ההתערבות נעשית ע"י המחוקק עצמו באופן ישיר, ע"י חקיקה קוגנטית, להבדיל מחקיקה דיספוזיטיבית, שמטרתה להשלים חסר בחוזים. חקיקה קוגנטית מתערבת בתוכן החוזה. ברוב המקרים יש הבדלים בין התערבות חקיקתית – התערבות מראש איזה תכנים בחוזה אסורים למשל, לבין התערבות שיפוטית – שהיא לאחר מעשה.

היום יש לבתי המשפט הסמכה ברורה להתערב בתכניו של חוזה. **סעיף 30** מאפשר להתערב בכל החוזים.

בעבר היו מתערבים בדרכים עקיפות בתוכנו של חוזה, גם מעבר להסדרים המפורשים שהיו בחוק.

לדוגמא: התערבות בחוזה במסווה של פרשנות. יש תנאי בחוזה שניתן לפרשו באופנים שונים וביהמ"ש מפרשו באופן שיוצר תוצאה הוגנת ולא מקפחת. זה לכאורה לא לגיטימי אבל שופטים עשו זאת כשלא היו סעיפים 30 וכו'.

התערבות במסווה של השלמה – ביהמ"ש אומר שיש חסר ומשלים את החסר באמצעות תנאי שמשקף את כוונתם של הצדדים, למרות שהצדדים לא חלמו על זה בכלל לפעמים. העיקר כדי להגיע לתוצאה הוגנת.

קצת רקע לפני מקרה של גלברד: יש מצבים שמשתמשים בחוזה בטכניקה של **הפניה**. בחוזה יש תנאים וסעיפים, ואחד מהתנאים מפנה למסמך אחר ואומר שכל התנאים במסמך האחר הם חלק מהחוזה. עושים זאת משיקולי נוחות ויעילות. לפעמים גם לחוזה יש מגבלה מבחינת גודל פיזי... כמו כרטיס לוטו, שבו יש תנאי הפנייה בד"כ בגלל גודלו הפיזי.

או שלפעמים זה נעשה כתרגיל כדי להרחיק את התנאים האלה מעיניו של מי שאנחנו רוצים. כמו חברת ביטוח – שתנאים מסויימים נוח לה שיהיו מול הלקוח, ופחות תנאים לא אטרקטיביים אחרים...

העיקרון הבסיסי הוא שתוכנו של חוזה יכול להיות כפי שירצו הצדדים, לכן דבר זה אפשרי. (סעיף 24 לחוק)

המקרים הבעייתים הם בהם שהשתמשו בשביל להרחיק את התניות מעיניו של הלקוח. במהלך השנים התפתחו כללים פסיקתיים שקובעים מתי תניית הפנייה יש לה תוקף. מתי היא תופסת?

הפסיקה קבעה שהפנייה תופסת ב2 תנאים עיקריים:

* כשתניית ההפנייה עצמה מספיק בולטת ומודגשת, רצוי שתבלוט מעבר לרגיל. כדי להפנות לצומת ליבו של הצד השני שיש עוד תנאים.
* באופן עקרוני המסמך האחר אליו מפנים – צריך שיהיה נגיש, אפשר להגיע אליו. כמו באינטרנט, במשרדי החברה, בכל סניף. אם זה נמצא במקום בלתי נגיש זה בעייתי.

אנחנו מסתכלים על פסיקה גם בחו"ל וגם בארץ ומגלים דבר מעניין – שהשאלה האם תנאים אלה נגישים והאם הפניה מספיק ברורה – אין בהן כללים ברורים. לפעמים כן ולא. לפעמים לאותם מצבים התשובות הן שונות. אם השופטים חושבים במקרה נתון שהתנאי סביר והוגן ברוב המקרים למרבה הפלא מסתבר שהפנייה מספיק ברורה והמסמך נגיש. בעוד שאם ביהמ"ש חושב שהתנאי פוגע בזכויות הלקוח וקשה מצד המוכר – פוסלים את התנאים הללו. השיקולים הם שיקולים שלא חשופים לכל. לא נאמרת האמת. ביהמ"ש מסתתר מאחורי סוגייה פורמלית. משתמש בזה למטרה שונה לגמרי – כדי להיפטר מתנאי שנראה בעייתי.

יש בעיה של אמירת אמת ושימוש מניפולטיבי- זה יוצר בציבור תחושת חשדנות בבית המשפט, וזה לא רצוי. וזה יוצר בעיות מעשיות.

היום לא נראה כמעט פסיקה כזאת. מפני שהיום לביהמ"ש יש את **סעיף 30** שמאפשר להתערב בתנאים מקפחים, ולא צריך את הדרכים העקיפות האלו.

**נגיע למקרה**- יש 2 מקרים מאוד דומים: מדובר על חברות ביטוח שהחוזה שנחתם בין הצדדים הוא פוליסה מקוצרת, שבה יש תנאי האומר שהתנאים המחייבים המלאים נמצאים במשרדי חברת הביטוח. ב2 המקרים חברת הביטוח לא רוצה לשלם למבוטח, בהסתמך על כתב הנמצא בפוליסה המלאה ולא המקוצרת.

במקרה אחד, **בפס"ד בריטניה**, היה מדובר על מעביד שביטח עצמו כנגד תאונה שעלולה לקרות לעובד שלו. ואכן קרתה תאונה. חברת הביטוח לא רצתה לשלם כי היה תנאי שאם לא מודיעים לחברת הביטוח על קרות התאונה תוך 72 שעות, היא לא תשלם. באותו מקרה עברו יותר שעות, כי היתה שבת באמצע. ביהמ"ש חשב שזה לא פייר, שאדון מודס משלם שנים על ביטוח, וכשזה קורה חברת הביטוח מוצאת סיפור כדי לא לשלם. ולכן אומר שההפנייה לא מספיק ברורה, ושלא הוכח שבעת חתימת כתב הכיסוי הזמני היו במשרדי הביטוח פוליסות מלאות שאפשר לעיין בהן. ולכן השופט פסל את ההפנייה וקבע שהתנאי לא תופס.

במקרה שני, של **פס"ד דוד נ' דרורי**, היה מדובר על מישהו שהיה לו ביטוח לאופנוע. היתה תאונה לו ולחברו ושניהם נפגעו. החברה לא רצתה לשלם כי בחוזה שהיתה בו הפנייה היה תנאי שצריך להיות לנהג רישיון. ובמקרה הנ"ל לא היה לנהג רישיון. וביהמ"ש חשב שהתנאי הזה הגיוני ולגיטימי.

בשני המקרים זה היה אותו שופט (לנדוי).

היום המצב שונה, יש שורה של חוקים קוגנטיים שמכשירים התערבות חוזה בתחומים החשובים ביותר במשק. מעבר לכך יש כלים שמקנים לביהמ"ש את הסמכות והכוח להתערב בחוזה.

**חוזה לא חוקי / פסול**

**סעיף 30:** מאפשר לבית המשפט לקבוע בטלות של חוזה, וגם חלק מחוזה, שתוכנו לא חוקי או בשל תקנת הציבור או תוכן בלתי מוסרי. אלו מצבים שבהם ביהמ"ש יכול לקבוע בטלות של חוזה.

**סעיף 31:** קובע תוצאות נוספות שנגזרות מהבטלות או מהקביעה שחוזה מסויים הוא חוזה פסול. נראה בהמשך שתוצאות נוספות הן השבה, בטלות חלקית, ו2 מנגנונים שמאפשרים לעשות צדק יחסי בין הצדדים: מתן פטור מלא או חלקי מחובת השבה, ואכיפה מותנית/לא מותנית של התחייבויות.

קצת הסטוריה: הנושא של חוזה בלתי חוקי/נוגד תקנת הציבור היה בדין הישראלי עוד לפני חוק החוזים. היה קיים מכוח קליטה שלו מהמשפט המנדטורי. אלא שזה היה דין שונה.

בעבר כשהסתבר שחוזה בלתי חוקי הוא היה בטל נקודה. זו היתה התוצאה היחידה הנובעת מאי החוקיות. מה היה חסר? כל היתר. לא היתה חובת השבה, וגם אם היתה - ביהמ"ש לא היה אוכף אותה. ולא היו כל המנגנונים הנמצאים בס'31. התוצאה של זה היתה דין מאוד בעייתי.

נניח שצדדים עשו חוזה בלתי חוקי, ולצד כלשהו היתה אחריות גדולה יותר באי חוקיות. הצד התמים יותר (במילים אחרות-הפחות אשם) קיים את חיוביו. ונניח שהצד האשם יותר לא מקיים את חיוביו. והצד השני מגיש תביעה. מה טוען הצד שמפר? שזה חוזה בלתי חוקי. ביהמ"ש היה מבטל את החוזה. ומה עם מה שהצד התמים יותר עשה או העביר? מכיוון שמה הועבר במסגרת חוזה לא חוקי, בית המשפט לא נותן סעד. התוצאה היא שחוזה נחשב לבטל, אבל מבחינה מעשית חלק מהתוצאות הקנייניות של החוזה נשארו לתמיד. בעוד שמבחינה משפטית הוא בטל. אין אכיפת השבה.

תוצאה נוספת בעייתית היא – החוטא הגדול מבין השניים יוצא נשכר. וזה יוצר תמריץ לפעול בצורה כזאת.

התוצאות הבעייתיות הללו יצרו תוצאה נוספת בעייתית והיא שמכיוון שהשופטים ידעו שאם הם מכריזים על חוזה כבלתי חוקי, ובאותו רגע לא יוכלו לחייב להשבה ולצדק יחסי בין הצדדים, מה הוא עשה? הוא לא קבע שהחוזה בלתי חוקי, אלא הגיע לכל מיני תוצאות אחרות. והתוצאה היא של זילות של מערכת המשפט.

כשנחקק חוק החוזים בגלל בעייתיות זו החליטו לעשות מהפך בדין החוזה בפסול, והמהפך בא לידי ביטוי שאמנם **סעיף 30** כמו בעבר קובע שחוזה זה בטל, אבל יש את **סעיף 31**- שמאפשר השבה, ואם הבטלות והשבה תביא לתוצאה לא צודקת, יש לשופט כלים ליצור צדק יחסי בין הצדדים. ברגע שהסעיף הזה נחקק אין סיבה לראות חוזה כלא -לא חוקי- כמו בעבר.

מה זה חוזה בלתי חוקי? חוזה בלתי חוקי בתוכנו, במטרתו, או בכריתתו.

מה לגבי חוזה בלתי חוקי בביצועו? נחזור לזה.

האם חוזה שהתוכן שלו סותר הוראה קוגנטית הוא לא חוקי? תלוי.

האם חוזה לא חוקי כשסותר הוראה דיספוזיטיבית? התשובה כאן היא לא, כי דין דיספוזיטיבי לא מחייב וניתן להתנות עליו.

אם תוכן החוזה סותר הוראת חוק מדיני עונשין הקלאסיים – הוא לא חוקי. כמו חוזה שהתוכן קשור להברחת רכוש מנושים, סמים, הימורים וכו'.

הקושי הוא בחוזים שסותרים הוראת חוק קוגנטית,

2 תוצאות:

* אותו חלק בחוזה שסותר את החקיקה הקוגנטית הוא חסר תוקף, כלומר יוצר בטלות לאותו חלק בחוזה שסותר אותו ונכנס במקומו.
* תוצאה אחרת היא שהחוזה בטל לפי סעיף 30, שמוביל לתוצאות שונות נוספות של השבה, ביטול חלקי וכו'. אם ביהמ"ש חושב שהוראת החוק נועדה לשרש תופעה חברתית לא רצויה, ולכן העוצמה של האיסור בחוק היא חזקה, וכוונתו של המחוקק היתה לא להסתפק בקוגנטיות אלא להביא לבטלות כדי ליצור הרתעה בשוק – אז יילך לפי סעיף 30. ואם לא - אז יש רק התמודדות עם כשל נקודתי וילכו לקוגנטיות.

מה זה חוזה בלתי חוקי במטרתו? ברוב המקרים יש חפיפה בין 2 סוגי מצבים. אם המטרה בלתי חוקית אז התוכן לא חוקי וכך להפך.

למשל: אם אני מזמין מונית – זה חוקי. אבל אם זה בשביל מטרת פשע – המטרה לא חוקית.

מה מיוחד במקרה כזה? שרק צד אחד מודע למטרה הלא חוקית וצד שני לא. האם זה חוזה בלתי חוקי?

לפי הפסיקה יש 2 אפשרויות: לראות את החוזה כחוזה עם פיצול אישיות. אם נהג המונית הבריז, הפר חוזה, והפושע תובע על כך – בית המשפט יקבע שהחוזה בלתי חוקי והתובע לא יכול לתבוע את נהג המונית. אבל מה יקרה אם נהג המונית בא והפושע הבריז? מנקודת מבטו אין חוזה לא חוקי – ולכן הוא יוכל לקבל תרופות ולתבוע. אבל לא אכיפה.

גישה אחרת אומרת שגם אם מטרה היתה לא חוקית אפילו מצד אחד – החוזה מבוטל. אבל ביהמ"ש יעשה צדק יחסי בין 2 הצדדים.

מה זה חוזה בלתי חוקי בכריתתו? אין הרבה מצבים כאלה, אבל לדוגמא - חוזה מתוך איום שעובר על הוראת עונשין. כמו כן חוק חובת מכרזים.. חוזה שלא עשו במסגרת מכרז כשהיו אמורים לעשות כך.

לשים לב: כפייה ועושק הם לא חוזים לא חוקיים.

למה **בפס"ד חיימוב** הש' שמגר קובע שלא מדובר בחוזה בלתי חוקי? הוא בעצם קבע שהוא סותר את תקנת הציבור ועפ"י עיקרון זה ביטל אותו.

הנימוק היה שהתוכן שלו היה הסכם בוררות והוא לא נגוע באי חוקיות. אלא שנשוא הבוררות היה סכסוך בין עבריינים, על מטבע זר שמקורו מפוקפק וכו'.. ולכן נזקק השופט שמגר לדוקטרינת תקנת הציבור.

מה החידוש של פס"ד זה בנושא תקנת הציבור, לעומת הדין שנהגו בו לפי?

המושג של תקנת הציבור שנקלט אצלנו מהמשפט המנדטורי כלל קטגוריות מאוד מוגדרות וצרות של מצבים, בעיקר מצבים של תניות בחוזה שפוטרות צד מאחריות לנזקי גוף שגרם ברשלנותו לצד אחר.

הסוג השני היה של תניות לחוזה עבודה בין עובד ומעביד שהגבילו את חופש העיסוק של העובד. זה לא מוחלט, כי יש מצבים שזה מוצדק. כאן זה עניין יחסי – כל עוד הגבלת חופש העיסוק היא מידתית, היא לא נחשבת לסותרת את תקנת הציבור.

למה רק 2 מצבים אלה ולמה בכלל הקטגוריה של תקנת הציבור היתה מוצמצמת?

שמגר אומר **בפס"ד חיימוב** – מדבר על מטפורת סוס הפרא. הסוס הזה שהשופט כביכול רוכב עליו גורם לפגוע בעיקרון חופש החוזים, מפני שישנה את החוזה בניגוד לרצונם של הצדדים.

כמו כן המושג תקנת הציבור הוא מושג עמום, ונתפס כמושג מסוכן שמשאיר לביהמ"ש לקבוע התערבות בחוזה במידה רחבה מדי. כדי למנוע את זה הגבילו אותו ל-2 מצבים בלבד.

הההגבלה היתה מכמה טעמים:

במשפט המנדטורי עיקרון חופש החוזי היה בשיאו, וכל הרחבה של תקנת הציבור בהכרח מצמצמת או פוגעת בעיקרון חופש החוזים.

ביהמ"ש לא היו מיומנים בתקנות עמומות (לא כמו היום שמתעסק ללא הרף במושגים עמומים, עם תום לב וכו').. היה חשש מפני מושגים עמומים שירחיבו את שיקול הדעת של ביהמ"ש שלא מיומן מספיק בחוקים לא ברורים.

בנוסף, כשביהמ"ש היה קובע שחוזה הוא נגד תקנת הציבור - היה מבטל את החוזה, ולא היתה לו יכולת להפעיל השבה או אכיפה, ורצו להמעיט כמה שיותר במקרים כאלה.

במה זכו המקרים הללו שדווקא הם נקבעו ככאלה שסותרים את תקנת הציבור?

מתוך עיקרון של זכות של אדם לשלמות גופו. אם יש התנגשות עם חופש החוזים אז הזכות הזו נתפסת כבסיסית וחשובה יותר.

גם הזכות לחופש עיסוק, לחירות, נחשבת למאוד בסיסית ולכן גם היא דוחקת את חופש החוזים הצידה.

כיום, **פס"ד חיימוב** פתח את הדלת ואמר שכל הסיבות האלו לא רלוונטית יותר. החשש לגבי בית המשפט וההתמודדות שלו מול חוקים עמומים, מול אי היכולת לאכוף השבה וכדו', כל זה לא קיים יותר. כמו כן עיקרון חופש החוזים ירד מגדולתו.

ולכן שמגר מסביר שההצדקות המסורתיות לא רלוונטיות יותר, ואפשר לעשות שימוש בתקנת הציבור שמשאירה שיקול דעת לבית המשפט.

* **ש"ב:** טרמפולין, מזייאר, חוק החוזים האחידים החדש שנחקק לפני שבועיים.

**18/12/14**

אחת השאלות שהתעוררה בפסיקה – מה דינו של חוזה למראית עין שנעשה למטרה בלתי חוקית?

חוזה למראית עין הוא חוזה שכלפי חוץ יוצר מצב מסויים אבל כוונת הצדדים שונה ממה שהחוזה מציג.

יש 2 מצבים למראית עין: של סימולציה מלאה וסימולציה חלקית.

**סימולציה מלאה** – עושים למראית עין חוזה אבל לא מתכוונים לעשות כלל. למה עושים חוזה כזה? מכל מיני סיבות, כמו להבריח רכוש מנושים שחייבים להם... חוזה כזה בטל.

**סימולציה חלקית** – שבו למראית עין עושים חוזה מסוג אחד ולמעשה עושים חוזה מסוג אחר. כמו למשל עשיית חוזה מתנה, כאשר עושים חוזה מכר. התועלת שהם מפיקים הם התחמקות ממס.

לפעמים חוזה למראית עין נעשה מסיבות שלא קשורות לאי חוקיות, כמו שיקולים משפחתיים וכו'. אבל בהרבה מאוד מקרים מראית העין נעשה לצרכים לא חוקיים כמו הדוגמאות לעיל, ואז מתעוררת השאלה האם להחיל את הדין של חוזה בלתי חוקי או חוזה למראית עין? בשני המקרים החוזה בטל.

אבל יש הבדלים - יש הסדרים שקשורים בחוזה מראית עין שלא קיימים בחוזה בלתי חוקי ולהפך.

**הבדל בעלות:** בסעיף 13 (חוזה למראית עין) למשל כתוב שבטלות החוזה איננה פוגעת בזכות אדם שלישי בהסתמכו בחוזה.

דוגמא: א' מכר את כל רכושו לב'. ב' הלך ומכר את הרכוש לג'. בא החוק ואומר שלמרות שחוזה בין א' לב' בטל מעיקרו דהיינו ב' מעולם לא היה בעלי הרכוש, למרות זאת הוא מצליח להקנות זכות לג' שהוא הבעלים. הבעלות קפצה לצד ג'.

אין דין כזה בחוזה פסול ובלתי חוקי –סעיף 30.

**דימיון השבה:** בחוזה למראית עין חובת ההשבה היא ממקור אחר (עשיית עושר ולא במשפט סעיף 1) ולעומת זאת סעיף 31 מציין חובת השבה בחוזה בלתי חוקי.

**הבדל בטלות חלקית:** קיימת בטלות חלקית בסעיף 31, מה שאין בסעיף 13 (מראית עין).

**דימיון פטור חלקי או מלא:** כמו כן רשאי בית המשפט לתת פטור מלא או חלקי מחובת השבה בסעיף 31, מה שקיים בחוזה מראית עין מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

**הבדל אכיפה:** בחוזה בלתי חוקי אפשר לאכוף – כי אומד דעתם של הצדדים תואם, על אף שהתוכן לא חוקי. סעיף 30 מניח שהצדדים גומרים בדעתם, ומבחינת חופש החוזים הכל בסדר. אנחנו מתערבים להם ברצון כי תוכן החוזה לא מקובל.

במראית עין אי אפשר לאכוף – מהנימוק שאין מה לאכוף כשאין גמירת דעת בין הצדדים. החוזה בטל כיוון שהצדדים לא התכוונו שיהיה קיים.

אז איזה דין חל – דין חוזה למראית עין או דין לחוזה בלתי חוקי/פסול? סוגייה זו לא פשוטה ומעוררת מחלוקת בין השופטים.

לקרוא פס"ד ביטון נגד מזרחי, מזל אילן נגד יוסף לוי, טנדלר נגד קוזניצקי.

חוזרים **לתקנת הציבור.** תקנת הציבור היום הוא כלי להתערבות בחוזים באופן רחב.

ראינו בפסקי הדין בש"ב (צים נגד מזיאר, טרמפולין נגד...) שפסקו על פי עיקרון תקנת הציבור לפני חוק החוזים הכללי, ופסקו שפטור מנזקי גוף נוגד את תקנת הציבור ולכן הסעיפים בחוזים הללו בוטלו.

אחד השופטים (ויתקון) חשש מעיקרון חופש החוזים שיורד מגדולתו, כי זה היה נחשב בזמנו להתערבות בוטה בחוזה. הוא גם מזכיר את הקטגורייה השנייה של המקרים שהיא חופש עיסוק.

גם **פס"ד גדעון נגד קדישא,** שעסק בכיתוב לועזי על מצבה של אישה שחברת קדישא סירבה לו, היתה על בסיס עיקרון החירות והשיוויון שמתיישב עם עיקרון תקנת הציבור.

ראינו שההצדקות שהיו לצמצום של תקנת הציבור, לא קיימות יותר, בעקבות חקיקת חוק החוזים וסעיפים 30-31. עכשיו בתי המשפט מיומנים בנורמות פתוחות ולכן יכולים לפרש לשיקול דעתם. עוצמתו של חופש החוזים ירדה, ופינתה מקום לשיקולים אחרים.

נדבר על **סעיף 31.**

הוא מפנה לסעיפים 19 ו21:

**סעיף 19** עוסק בביטול חלקי, ומסייג את זכות הביטול, ואומר שבמצבים מסויימים אפשר לבטל חלק מהחוזה ולא את כולו. יש בו 3 תנאים מצטברים שבהתקיימם ניתן לבטל רק ביטול חלקי והם:

יסוד ראשון – החוזה ניתן להפרדה באופן ברור. יש חוזים שהם חטיבה אחת ולא ניתן להפרידם ולכן הם מבוטלים לחלוטין. אבל יש כאלה שניתנים להפרדה, למשל קניית סחורה בחוזה מתמשך.

יסוד שני – עילת הביטול איננה נוגעת לחוזה בשלמותו. אם מדובר בהטעייה אז נניח רק בדבר מסויים ולא לגבי חוזה בשלמותו.

יסוד שלישי – מנסים לברר את אומד דעתו של צד לחוזה. האם היה מתקשר בחוזה גם ללא הפרט השנוי במחלוקת או הפגום, כשהחוזה חלקי? בוחנים עפ"י מדדים אובייקטיביים. אם התשובה היא כן אז ניתן לבטל חלקית את החלק הפגום. אם התשובה היא לא, אז השיקול הוא שלו האם הוא רוצה לבטל רק את החלק הפגום או את החוזה בשלמותו.

**סעיף 21:** סעיף שמחייב השבה. היא חובה הדדית החלה על שני הצדדים. ובמקרה שהשבה היא בלתי אפשרית או סבירה – משיבים את שווי ההשבה.

סמכות בית המשפט להפעיל צדק יחסי בין הצדדים –

**אכיפה:** מה הם שיקולי בית המשפט להשתמש באכיפת חיוב מכוח חוזה?

התנאי הראשון הוא שאחד הצדדים (יהיה תמיד הצד האשם פחות) כבר קיים את חיובו, או את עיקר חיובו. אם שני הצדדים עוד לא התחילו לקיים, אין סמכות לביהמ"ש לאכוף חוזה זה.

התנאי השני – שיקולי צדק. השאלה היא עד כמה אי החוקיות היא מרכזית בחוזה או שהיא צדדית, שולית, טפלה למטרה העיקרית של החוזה. במילים אחרות כאשר לב החוזה זה אי החוקיות, ביהמ"ש לא יאכוף אותו, גם אם צד קיים את חיובו. אבל לפעמים אי החוקיות היא שולית, ומרכז החוזה חוקי.

שיקול נוסף – אם הצד שנפגע היה מודע לאי החוקיות. מידת האשמה בין הצדדים. צריך לעשות צדק בסיסי בין הצדדים, החריג הוא הפעלת אכיפה ומתן פטור השבה, וצריך לראות שזה נועד לשרת צדק יחסי בין הצדדים.

ש"ב – חוק חוזים אחידים, ופס"ד אגד.

**23/12/14**

כשנעשה חוזה למראית עין עם תוכן בלתי חוקי איזה דין חל? יש מחלוקת שופטים.

הש' פוגלמן – יש את מבחן התכלית הדומיננטית. מה יותר דומיננטי - אי חוקיות או מראית העין? וכך לקבוע.

הש' הנדל –שני הדינים יחולו אך מבחינת הסעדים יחול 31, כך שבאופן מעשי זה יהיה חוזה בלתי חוקי.

(לקרוא את הפסד"ים משיעורי הבית)

**חוזים אחידים:**

התופעה של חוזים אלה היא מודרנית אבל במונחים היסטוריים. מהשליש הראשון של המאה ה-20 רואים האצה בשימוש חוזים אחידים.

יש בהם יתרון עצום: יעילות. סטנדרטיזציה מביאה להורדת עלויות. כמו כן בפירמות גדולות, כל המוכרים / פקידים פועלים על אותם כללים בצורה אחידה. אבל היתרון הגדול ביותר הוא חיסכון בעלויות עסקה, ביצירת חוזה סטנדרטי.

אבל יש גם מחיר – והוא שהסטנדרטיזציה יוצרת פתח לקיפוח של לקוחות. זה נובע מפערי הכוחות שבין הספק ללקוח, בעיקרה פערים כלכליים, ושל מומחיות וידע. לזה מתווספת העובדה שלקוחות לא קוראים חוזים אחידים, כמו חוזים בבנק ובחברת סלולר.

אנשים מניחים שאם כולם חותמים על זה אז גם הם יכולים. זו תופעה כלל עולמית בעולם המערבי. בגלל שלא קוראים חוזים אחידים אין תחרות על תניות החוזה. יש תחרות על מחיר המוצר או השירות, על איכות המוצר או השירות, אבל לא על התנאים. מכיוון שאין תחרות אפשר לקבוע תנאים גרועים, ולכן יש כשל שוק בכל העולם, בנושא תנאים לא הוגנים.

ישראל היתה הראשונה בעולם שקבעה דין מיוחד לגבי חוזים אחידים. לקח זמן לעכל אותו. שופטים חששו שאפשר להתערב בחוזים מפני שחוזה לא הוגן. לא הפנימו שחוזה אחיד שונה מרגיל – החוזה ניתן על בסיס עיקרון take it or leave it. צדדים לא קוראים את החוזה ולא מצפים מהם לעשות כך. לכן הם מחייבים טיפול שונה.

ולכן חוק החוזים האחידים הראשון נוצר, אך כמעט לא יישמו אותו. נעשו בו שינויים בפעם השנייה ב-82, ובעקבותיה היתה יותר הפנמה של הנושא, התחילו ללמד בפקולטות וכו'...

בחלק מהמדינות בעולם אין דין מיוחד של חוזים אחידים, אלא יש כלים שיש בחוזים רגילים, כמו פרשנות, התערבות במסווה פרשנות, תקנת הציבור. דוקטרינות כלליות מהמשפט הזה יש במשפט האמריקאי, כמו אי מוסריות וכדו'. באיחוד האירופי יש דירקטיבה - חקיקה של החוק האירופי שמזכירה את חוק החוזים האחידים שלנו, כאשר היא מתייחסת רק לחוזים אחידים צרכניים שמכילים את רוב החוזים האחידים.

החוק מתחיל ב**סעיף 1**, סעיף מטרה –"חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מתנאים מקפחים בחוזים אחידים."

* **בסעיף 2** יש הגדרות של היקף תחולת החוק (מה זה חוזה אחיד, תנאי, לקוח, ספק..). בסעיף 23 יש מצבים שהחוק מוציא אותם מהתחולה.
* המגמה היתה לפרש בהרחבה את ההגדרות בסעיף 2 ובצמצום את הסייגים בסעיף 23 כדי להרחיב את ההגנה על הציבור.

**סעיף 2** – מגדיר מה זה חוזה אחיד, לקוח, תנאי, ספק, בית דין וכו'.

**סעיף 3** – קובע את העיקר, כל החוק בקליפת אגוז. "ביהמ"ש ובית הדין, יבטלו או ישנו, תנאי מקפח – תנאי בחוזה אחיד.. שיש בו משום קיפוח.."

יש הגדרה עמומה של מהו תנאי מקפח, וקביעה שלביהמ"ש ובית הדין יש סמכות לשנות או לבטל תנאי כזה.

* תזכורת: חוזה אחיד מפרשים לפי תכליות אובייקטיביות. כמו כן, בגדול, דין החוזים הכללי חלים על דיני חוזים אחידים.

**סעיף 4** – קובע רשימה של תנאים אופייניים מקפחים בחוזים אחידים. סעיף 4 מסיר את העמימות של סעיף 3.

לסעיף 4 יש 2 מטרות עיקריות: לסמן במרקר את כל התנאים החשודים, ולהקל על הזיהוי שלהם. כמו כן מקל מאוד על לקוחות לגבי התנאים הקלאסים האופייניים כתנאים מקפחים. (נפרט עליהם בהמשך).

**סעיף 5** –

(א) תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל. (ב) תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות לנזק גוף או למעשה זדון המוטלת עליו על פי דין – בטל.

מציג תנאים מפקחים. בחוק עד לפני שבועיים היה רק אחד, ועכשיו יש שלושה. הוא קובע תנאים שיש בהם חזקה שלא ניתנת לסתירה שהם מקפחים. מה ההבדל בין סעיף 4 ל-5? בסעיף 4 הם לכאורה מקפחים אלא אם יוכח אחרת. בסעיף 5 הם מקפחים חד משמעית.

בסעיף 4 ביהמ"ש מוסמך לשנות או לבטל. בסעיף 5 התנאים הללו פשוט בטלים נקודה.

נסכם: כרגע יש תנאים שחורים/אפורים/לבנים.

שחורים הם בסעיף 5 - בטלים חד משמעית.

אפורים - בסעיף 4 - בית המשפט יבטל או ישנה את התנאי אלא אם כן יוכח אחרת.

לבנים – תנאים שלא מופיעים ב-4/5. האם תנאי לבן יכול להיות מקפח? כן, אבל הלקוח צריך להוכיח זאת.

המשך החוק עוסק בבית הדין לחוזים אחידים. כשמו כן הוא - בית דין ולא בית המשפט. לא חלק מהמערכת הרגילה של מחוזי/שלום/עליון.

הוא כן קרוב למערכת הרגילה – כי צד יכול לערער לביהמ"ש העליון.

מה תפקידו של בית הדין? עד לפני שבועיים וחצי היו לו 2 תפקידים. 2 הליכים בלבד היו קיימים בבית הדין – פרק ג' וד' לחוק.

**פרק ג'** היה בקשה לאישור חוזה אחיד (בוטל) - ספק יכול לבוא לבית הדין ולהציג את החוזה האחיד, ולבקש מבית הדין לאשר שאין בו תנאים מקפחים.

היתרונות באישור זה: הספק יכול לכתוב על החוזה שאושר על ידי בית הדין לחוזים אחידים. גלברד אומר שזה לא יוסיף לו יתרונות בשוק כיוון שזה לא אומר כלום ללקוחות שגם כך לא קוראים את החוזים...יתרון נוסף הוא שאם יאשרו את החוזה אי אפשר לתוקפו שהוא מקפח באף טענה שיפוטית (תקף ל-5 שנים בעיקר מתוך שיקול של נסיבות שמשתנות לפעמים).

בקיצור, הספקים לא באו בהמוניהם.

פרק זה בוטל לפני כמה שבועות. לא תהיה יותר אפשרות כזאת, ההליך הזה מת.

נשאר רק **פרק ד'** – הליך בו היועצמ"ש או גוף ציבורי פונים לבית הדין כנגד הספק וטוענים כי יש תנאים מקפחים בחוזה אחיד, ואז בית הדין משנה או מבטל במידה ומוצא לנכון.

חוק החוזים האחידים פועל בשני מישורים מקבילים:

מישור אחד - **בתי המשפט** – שם החוק עשוי לחול בסכסוך רגיל שבין ספק ללקוח.

למשל: חברת ביטוח שלא רוצה לשלם ללקוח שעשה תאונה – בגלל תנאי מסויים בחוזה. הלקוח מגיש תביעה לבית המשפט – וחברת הביטוח מגישה את התנאי בחוזה. ואז הלקוח יטען שהתנאי מקפח. ובית הדין יכריע כי התנאי אכן מקפח. החלטה זו תחול רק על הלקוח ומערכת היחסים שלו מול החברה, ולא לקוחות אחרים.

מישור שני – **בית דין** - אין סכסוכים פרטיים. גוף ציבורי לוקח חוזה של ספק בטענה שיש בו תנאים מקפחים ועלול לקפח לקוחות. יש כאן דיון עקרוני בנוסח של החוזה האחיד, במישור ציבורי. רק היועץ המשפטי מגיש את החוזה לבית דין, והדיון הוא תיאורטי.

כשהמדינה בכובע של ספק יש בעיה – כי היועץ המשפטי של הממשלה צריך להגיש תביעה נגד המדינה, ויש כאן ניגוד עניינים. נכון שהיועץ המשפטי עצמאי אבל יש זיקה בעייתית.

במקרה כזה בית הדין ישכור עורך דין פרטי שייצג את הלקוחות והמדינה תשלם לו.

שורה תחתונה –**סעיף 22:** חוזים של המדינה תחת כובע כספק – גם החוזים שלה כפופים לחוק החוזים האחידים.

**2 יסודות מצטברים כדי שיהיה חוזה אחיד:**

* שתנאי החוזה נקבעו בידי צד אחד, הספק: החוק אומר שהספק ניסח את כולן או מקצתן. למשל יש חוזה עם 5 תנאים קבועים ולגבי כל שאר התנאים יש משא ומתן – אפילו שמקצתן נוסחו מראש – הוא נחשב חוזה אחיד. אבל שאר התנאים – החוק לא חל עליהם. אבל באופן עקרוני זהו חוזה אחיד.
* התנאים האלה נקבעו כדי לשמש אנשים רבים בלתי מזוהים במספרם או זהותם- יש נטייה של בתי המשפט לפרש את ההגדרות באופן רחב כדי להגן כמה שיותר על הלקוחות. השאלה היא מה זה לקוחות רבים? האם 10 לקוחות זה מספיק? התשובה היא כן. בלתי מוגדרים בזהותם – לא חייב להיות לגמרי זהות אנונימית. אם זה מופנה לקבוצה כמו רופאי שיניים – זה עדיין עונה על ההגדרה.

יש כל מיני מצבי ביניים קשים שצריך להתמודד איתם – נניח שאירגון האדריכלים ניסח חוזה אחיד שבו הוא ממליץ לחבריו להתקשר עם הלקוחות שלהם, האם זה עונה על ההגדרה?

יש בעיה עם ההגדרה – כי הספק לא ניסח את החוזה. מצד שני ניתן להגיד שהם גוף מטעם הספק? לא בטוח.

בארץ זה פחות נפוץ, אבל בחו"ל יש גופים כאלה – כמו אירגון צרכנים שהוציא חוזה מומלץ להשכרת דירות, ויש שכונה עם 500 דירות ולקחה את החוזה הזה... האם זה חוזה אחיד? לא בטוח.

**בפס"ד אגד** יש מצב מיוחד. החברים באגודה או לפחות חלקם הם גם מועסקים ע"י האגודה. גם חברים וגם עובדים.

בעבר באגד - היו נהגים שכירים והיו נהגים שהם חברי אגד. במקרה שלנו מדובר בחבר אגודה.

למה מתעוררת שם שאלת הקיפוח? בתקנון של חברי האגודה נקבע שניתן לשלול מהעובד זכויות סוציאליות, והטענה של העובד היתה שהוא תנאי מקפח. השאלה היתה אם התקנון הזה נחשב חוזה אחיד?

התקנון הזה מהווה חוזה בין החברים בינם לבין עצמם, ובין החברים לבין התאגיד. מה הקושי? כולם ניסחו את זה ביחד, באסיפה של חברים. אי אפשר להגיד שצד אחד ניסח את התקנון, החוזה.

נוצרת בעיה נוספת – מה עם חברים שהצטרפו מאוחר יותר? אלו תנאים שהוכתבו להם.

אז מה השיקול המרכזי של בית המשפט? שמערכת היחסים המהותית בהקשר של בין אגד לבין הנהג המדובר, הוא יחסי עובד ומעביד. יחסים אלה הוסדרו בתקנון. לכן התקנון היה סוג של חוזה אחיד.

עוד דוגמא שבה מרחיבים את משמעות חוזה אחיד:

**פס"ד שיכון ופיתוח –** חברת שיכון ופיתוח מוכרת דירות לדיירים. החוזה שלה הוא חוזה אחיד והיועץ המשפטי הביא אותו לבית הדין כדי לבדוק אותו.

כשהלקוח הפוטנציאלי בא למשרדי הדירה הוא צריך לחתום על טופס הרשמה/מקדמה, טופס זה כולל מעט פרטים על העסקה, וברוב המקרים הוא יכול להתחרט ולקבל את המקדמה ששילם. וגם החברה יכולה להתחרט. הטענה של החברה היתה שזה כלל לא חוזה, ולכן זה גם לא חוזה אחיד. ולכן בית הדין לא מוסמך לבדוק את המסמך הזה.

בית הדין לחוזים אחידים אמר שגם זיכרון דברים הוא חוזה, השאלה היא על גמירת דעת ומסוימות. לכן עפ"י הכללים הוא חוזה, מפני שהוא מכיל את הפרטים המהותיים של העסקה.

שיקול נוסף היה שהלקוח צריך לחתום על טופס שהוא מוותר על טענותיו כשהוא חוזר בו – וגם זה מעיד שזה טופס חוזי.

כשהלקוח בא לחתום על חוזה מפורט הוא לוקח עורך דין, אך כשהוא לוקח את הטופס הרשמה וחותם עליו לבד הוא הכי פחות מוגן, ולכן כדי להגן עליו יש צורך כפול לבדוק אותו ולהחיל עליו את חוק החוזים האחידים.

תנאי בחוזה אחיד – לרבות תנייה המאוזכרת בו, וגם תנאים שנמצאים במסמך שאליו מפנים... למעט תנאים שמנהלים עליהם משא ומתן.

לא תמיד קל להבחין בזה. אם יש חוזה אחיד שיש בו 40 תנאים, וספק הסכים לשנות רק שניים. כנראה שמדובר בחוזה אחיד. אך אם מדובר ב-2 תנאים אחידים ו-40 תנאים שונו, אז כבר לא בטוח שמדובר בחוזה אחיד. זה עניין של משקל.

ש"ב – פרק חוזים אחידים – פס"ד היועץ המשפטי לממשלה נגד גד, יועץ המשפטי נגד המכרז של המדינה, חיים איטח נגד מפעל הפיס.

**25/12/14**

**סעיף 23** - מה יוצא מגדר התחולה של תנאי מקפח? כלומר הוראות החוק לא יחולו ב-4 מצבים:

* **תנאי 4** - הסכם בתחום דיני עבודה – הסכמים קיבוציים, כלומר הסכם שנחתם בין מייצגים עובדים ומעבידים, על קבוצות גדולות של עובדים. מפני שברוב המקרים יש משא ומתן בין הצדדים, וגם כי הוא דומה יותר לחוק מאשר לחוזה. אבל זה כן חל על הסכמי עבודה פרטיים. העובדה שהחוק חל על הסכם עבודה אחיד, יוצרת שלל בעיות.
* **תנאי 3** - מתייחס לאמנות, הסכמים בין לאומיים שישראל צד להם. ישראל כמדינה חותמת על הסכמים בינלאומיים והמדינה מחוייבת להם. במשפט הישראלי הסכם שמדינת ישראל צד לו מחייב את המדינה אבל לא את האזרחים. הוא לא חוק בישראל. הוא עובד במישור היחסים הבינלאומי של המדינות ולא במשפט הפנימי של המדינה. לכן אם ישראל צד להסכם בינלאומי שעוסק בתעבורה אווירית, והוא חל על חברות תעופה, ונניח שבהסכם כתוב שמוביל אווירי יכול להגביל את אחריותו למטען, ולהגיד שאחריות לאובדן היא לא יותר מ –X דולרים. זה לא רלוונטי למשפט הפנימי שלנו. אם חברת תעופה כמו אל על היתה רושמת בהסכם שלה שלא משלמת מעל סכום מסויים, היו אומרים שזה סעיף מקפח. וזה היה יוצר בעיות במישור הבינלאומי בין ישראל למדינות אחרות. זה בא כדי לעשות שקט תעשייתי בין ישראל למדינות האלה. לכן תנאי שתואם להסכם בינלאומי שישראל צד לו חסין מהטענה שהוא תנאי מקפח.
* **תנאי 2** – אם יש בחוזה אחיד תנאי שתואם הוראה שמצויה בחוק או בתקנות, הם חסינים מפני התערבות שיפוטית מכורח חוק החוזים האחידים.

נניח שיש חוזה מכר אחיד – המוכר יצר את החוזה, וכתוב בחוזה שהקונה חייב לבדוק את הממכר מיד עם קבלתו, ואם הוא מגלה אי התאמה בממכר למה שהוסכם בחוזה, חייב להודיע למוכר. ואם לא עושה זאת לא יכול לתבוע. זה נראה מקפח. היינו מצפים שלפחות יינתן זמן סביר להודעה הזו. אז אם זה היה כתוב בחוזה אחיד, בעיני גלברד זה היה מקפח כיוון שצריך לפחות לספק זמן סביר. אבל כתוב בחוק המכר למשל בסעיפים 13-14 שצריך להודיע מיד. ולכן בית המשפט לא יכול לקבוע שזה תנאי מקפח. הרציונל מאחורי סעיף זה הוא שהמחוקק יצר חוק מאוזן. חשבו על אינטרסים של המוכר והקונה ויצרו הסדר ראוי ל-2 הצדדים. ולכן ההנחה היא שההסדר שקבע החוק הוא לא מקפח וזה לא תפקידו של בית המשפט להרהר אחרי ההסדר שקבע הכנסת. "בהתאם לתכלית החיקוק" – כל דבר הוא תלוי הקשר, הוראה שבעיני המחוקק מאוזנת בהקשר של מכר היא לא בהכרח מאוזנת וסבירה כשמעבירים אותה לתחום אחר.

* **תנאי 1** – החוק לא יחול על התמורה הכספית שישלם הלקוח או הספק בעד נושא העסקה. הרציונל הוא שזה מתנגד לחופש החוזים. שינוי המחיר זה לשנות את הליבה העסקית של החוזה. אבל מה הגבולות של המונח תמורה הכספית? התשובה היא, תשובת הפסיקה, כמה שיותר צר (לפי תכלית החוק- הגנה על הלקוח). אז מה יכול להרחיב את המונח התמורה הכספית? עדכון מחיר בחוזים ארוכי טווח (הצמדה למדד יוקר המחיה, לדולר, מדד שיפורסם אחרי העסקה וכו') – זוהי אינה תמורה שהלקוח מבין/יודע בכריתת החוזה. כמו כן, המחיר הנקוב צריך להיות מנוסח בלשון ברורה.

כמה דברים לגבי בית הדין לחוזים אחידים:

פרק ד' לחוק. ההליך שמתנהל כיום בבית הדין לפי -

**סעיף 16** – (א) "היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, כל ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות וכן ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לענין מסוים, רשאים לבקש מבית הדין לבטל או לשנות תנאי מקפח בחוזה אחיד."

(ג) "המשיבים לבקשה יהיו הספק המתקשר או המתכוון להתקשר בחוזה האחיד, היועץ המשפטי לממשלה, לפי העניין, וכן מי שבית הדין מצא לנכון להזמינו כמשיב; כל ארגון יציג של ספקים או כל גורם אחר שהוא בעל עניין בבקשה כאמור רשאי להצטרף כמשיב, ובלבד שבית הדין אישר זאת."

מיום 1.7.2006

**תיקון מס' 2**

[ס"ח תשס"ו מס' 2057](http://www.nevo.co.il/Law_word/law14/LAW-2057.pdf) מיום 15.6.2006 עמ' 322 ([ה"ח 236](http://www.nevo.co.il/Law_word/law15/MEMSHALA-236.pdf))

(א) היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, כל ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות וכן ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לענין מסוים, רשאים לבקש מבית הדין לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד.היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו יסרקו את החוזה ויבדקו אם יש בו תנאי מקפח. גוף בעל אופי ציבורי רשאים להגיש אודות תנאי מקפח.

אז מה עושים עם תנאי מקפח? לשנות או לבטל אותו? ואם לשנות, אז איך?

אפשרות אחת זה לבטל את התנאי נקודה. לפעמים צריך משהו במקום התנאי מה שייכנס זה הסדר השלמה נורמטיבי – הוראת חוק דיספוזיטיבית וכו'.

אפשרות אחרת זה להגיד - אם הספק התנהג בצורה כזו והכניס תנאי מקפח, ובכלל חוזה זה מוטה לטובת הספק, ראוי שנכניס תנאי שהכי מיטיב עם הלקוח. זה יוצר תמריץ לספקים לא להכניס תנאים מקפחים.

אפשרות נוספת היא להגיד שעיקרון הבסיסי הוא חופש החוזים. אנו מתערבים רק ברמה המינימלית כדי להשיב את האיזון על כנו כשיש קיפוח. זה בעצם יוצר תמריץ לספק כן לקפח, כי גם אם הוא ייתפס הוא לא יינזק מהעניין.

**סעיף 17** – אומר שהוגשה בקשה לבית הדין, ובית הדין מצא שיש תנאי מקפח, בית דין ישנה אותו במידה הנדרשת (כלומר המינימלית).

לא ברור לאיזה צד הוא נוקט. במידה הנדרשת לכאורה נראה שזה התערבות מינימלית.

**סעיף 18** – נעשו בו שינויים משמעותיים. עושה כמה דברים:

א. מכיל את ההחלטה של בית הדין לבטל תנאי או לשנותו, על כל החוזים של הספק והלקוחות. בעבר עד התיקון האחרון זה היה כל הלקוחות של הספק שיכרתו חוזים מרגע מתן פסק הדין והלאה, אבל לבית הדין היתה סמכות מטעמים מיוחדים להחיל זאת רטרואקטיבית גם על חוזים שנכרתו. היום זו ברירת המחדל.

ב. תחולה על הספק וחליפיו של הספק. בעבר אם הספק היה מתחלף ואז היה נפסק תנאי מקפח בחוזה, זה לא היה חל עליו, ואז צריך לפתוח בהליך חדש. היום זה השתנה – זה גם יחול על מי שהחליף אותו.

ג. חל על כל חוזה אחיד של הספק שדומה במהותו. וגם כל חוזה שנכרת לפני מועד פסק הדין, חוזי העבר. אם כי יש לבית הדין סמכות להגיד שאם יש פגיעה חמורה בספק, זה יחול רק על חוזה העתיד.

**סעיף 21** – דיון בבית הדין לא גורע מסמכות בית משפט להחליט על תנאי בחוזה, כל עוד בית הדין לא נתן החלטה שתנאי מקפח. אם החליט שתנאי מקפח אז לבית המשפט אין צורך לדון בו. אם הוחלט שהוא לא מקפח, בית המשפט יוכל להכריע ולדון בו.

דוגמא: בית משפט החליט שתנאי לא מקפח. יומיים אחר כך בית הדין החליט שהתנאי כן מקפח. הקביעה של בית הדין לא יכול להיקבע רטרואקטיבית כי זה שייך לעבר הואיל ובית המשפט כבר הכריע שהתנאי לא מקפח.

העיקרון הבסיסי – כל אחד פועל במישור שלו ולא מפריעים לאף אחד אלא אם בית הדין או ביהמ"ש כבר נתן החלטה ואז היא לוקחת.

**סעיף 3** – קובע מהו תנאי מקפח. מושג עמום.

כשבודקים את הקיפוח לא צריך לבדוק רק את התנאי עצמו אלא גם לפי המכלול של החוזה, כיוון שייתכן שהתנאי מתאזן עם תנאי אחר בחוזה. כמו כן מתחשבים בתנאי השוק (נסיבות).

המבחן של בית המשפט: האם יש הגנה לגיטימית של הספק? והאם היא פרופורציונאלית?

כמו כן, אחד המבחנים החשובים לקיפוח הוא האם התנייה שבחוזה מסיר מהספק חבות או אחריות שהיתה מוטלת עליו מכורח הדין, אילולא אותו תנאי. אם הוא סוטה מהדין – זה מדליק נורה אדומה.

אם תנאי מקפח סותר הוראה קוגנטית הוא בטל, אין אפילו מה לבחון אותו כמקפח. הוא סותר הוראת חוק קוגנטית. אם הוא סותר הוראת חוק דיספוזיטיבית, ויש חשש שהוא מקפח, צריך לבדוק אותו לפי המכלול של החוזה והשיטה שפורטה לעיל.

**סעיף 4** – מה שמאפיין את כל המצבים הוא שהוראות החוק סוטות מהדין הדיספוזיטיבי, ע"י הסרת אחריות מהספק (כלומר מרחיבים את זכויות הספק) או פגיעה בזכויות הלקוח.

מצבים בהם חזקה על התנאים הבאים כמקפחים:

1. **סעיף קטן 1 -** תנאי הפוטר את הספק מאחריות שמוטלת עליו עפ"י דין (למשל - חוק המכר על מוכרים, חוק השליחות על שלוחים)
2. **סעיף קטן 6 -** תנאי שמצמצם את אחריות של הספק עפ"י דין או מצמצם את זכויות הלקוח עפ"י דין מוחזק כמקפח.
3. **סעיף קטן 2 -** תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל לדחות או להשעות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו.

הערה: בפועל קשה מאוד להתנות על חוק דיספוזיטיבי למרות שניתן להתנות עליו (בעיקרון אפשר בעיקר בחוזים פרטיים).

לקרוא את פס"ד יתח, (חוזה על תנאי) פס"ד מפעלי ברוך שמיר נגד הוך, חברת נתיבי איילון נגד בשורה, והמאמר של דניאל פרידמן על חוזה על תנאי.

**30/12/14**

חזרה על חזקות הקיפוח –

חלק ניכר מחזקות הקיפוח, לא כולן, מעמידות את מבחן הסטייה מהדין הדיספוזיטיבי. ברגע שיש סטייה מהדין ואפשר להניח שסטייה זו תהיה תמיד לטובת הספק או לרעת הלקוח, נוצרת חזקת קיפוח.

הערה נוספת: חלק מחזקות הקיפוח, כדי להיכנס לתוך החזקה מופיעה דרישה של אי סבירות, למשל סעיף קטן (1).

אם החוק היה אומר שחזקת קיפוח זה שאם הספק לקח לעצמו זכות להשעות מלקיים את חיוביו, או בניגוד להוראת דין – היה ברור שהוא מקפח. אבל אם זה לא היה כך, היה צריך להוכיח שהוא לא סביר לפי סעיף קטן (2), שזה בעצם כמו לטעון שהוא מקפח. בשורה התחתונה, הנטל נשאר על הלקוח.

בהמשך לשיעור הקודם, סעיף 4- תנאים מקפחים הם:

* **סעיף קטן 3**– תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי. כמו למשל חנות נעליים שלצורך תיקונם צריך ללכת לגוף אחר.
* **סעיף קטן 4** – לא מאפשרת לספק לשנות שינוי מהותי כמו למשל שינוי מחיר. עוסק במצבים שספק משנה חיובים מהותיים המוטלים על הלקוח. גם פה וגם בסעיף קטן 2 – יש כוח של הספק לשנות את החיובים מכורח החוזה, רק שכאן זה כלפי הלקוח ובסעיף קטן 2 (פירטנו עליו בשיעור הקודם) זה כלפי הספק.
* **סעיף קטן 11** – תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח. הוא חד צדדי. – חל על מנגנון הצמדה אובייקטיבי שלא שקול לפי שיטתו של הספק, להבדיל מסעיף קטן 4.
* **סעיף קטן 7** – תנאי המטיל נטל הוכחה על הלקוח ואלמלא אותו תנאי לא היה מוטל עליו. האם אפשר לשנות את הנטל באמצעות חוזה? אפשר. אבל לא בחוזה אחיד, זה ייחשב כתנאי מקפח.
* **סעיף קטן 8** – תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להעלות טענות משפטיות מסויימות או שיש לדון רק בבוררות. אנחנו זוכרים שתנאי השולל זכות לגשת לערכאות הוא בטל. אבל זה לא כך כאן, זו חזקת קיפוח.
* הערה: עד לפני כמה שבועות **תניית בוררות** לא נחשבה למקפחת. וגם לא כזו ששוללת זכות גישה לערכאות. מדובר על מנגנון יישוב סכסוכים אלטרנטיבי. שיטת המשפט בישראל כמו במערב, היא מאוד פרו- בוררות. למה? קשה לערער עליו. זה מקטין עומס מבתי משפט, זה יעיל- יכולים להביא בורר המבין בתחום שלהם. הבוררות יכולה להתנהל בצורה דיסקרטית שחשובה לאנשי עסקים. (אגב, בוררות – הליך ליישוב סכסוכים, כמו שופט, אבל בצורה פרטית. מבוצע ע"י הסכמה של 2 הצדדים). עד לפני 3 שבועות המשפט היה מאוד אוהד כלפי בוררות – בסעיף קטן 8 החוק אמר שתניית בוררות לא נחשבת כהטלת מגבלה על הלקוח. סעיף קטן 10 קבע שתניית בוררות מקפחת רק אם נותנת עדיפות לספק בקביעת זהות הבורר ומקום הבוררות. אבל תניית בוררות ניטרלית היא בסדר. גישה זו שהיתה מאוד אוהבת בוררויות היא גישה בעייתית, מפני שכאשר סעיף בוררות נמצא בחוזה אחיד, במיוחד חוזה צרכני, הרבה פעמים המשמעות שהלקוח לא יתבע. כי רוב הסכסוכים הצרכניים הם על סכומים קטנים, ורוב אנשים לא טורחים ללכת לבית משפט. באופן מעשי בסכסוכים צרכניים תניית בוררות מונעת גישה לערכאות, ויותר מזה, בגלל סכסוכים צרכניים (רובם בחוזים אחידים) בסכומים נמוכים, נוצרה שיטת התובענה הייצוגית- אם העוול נגרם להרבה לקוחות יכול לקוח בשם רבים לתבוע. זה כלי מאוד אפקטיבי. גלברד מספר לנו את זה מפני שהחיוב ללכת לבוררות חוסם את 2 המכשירים היחידים שיש ללקוח למצות את זכויותיו. אם מדובר בתביעה בסכום נמוך, זה שולל ממנו גישה לבית משפט, וחוסם אפשרות לתובענה ייצוגית. זה אומר שהחוק קבע שתניית בוררות לא מקפחת, למרות שהיא מגבילה גישה לערכאות משפטיות. כמו כן, הבורר יודע שאם באופן מתמשך יפסוק לרעת ספקים הוא "גמור" כי המשכורת שלו תלויה בכך, בניגוד לשופט בבית משפט שמקבל משכורת גלובלית מהמדינה. סעיף זה תוקן וכעת אומר שתניית בוררות היא מקפחת.
* **סעיף קטן 10** – אומר שתניית בוררות חייבת להיות לגמרי ניטרלית, לפי כל התנאים שמציבים שם, ואז היא לא תהיה מקפחת – רק אם הספק הצליח להוכיח שתניית הבוררות לא מקפחת כפי שכתוב בסעיף קטן 8. נק' המוצא היא שתניית בוררות מקפחת!
* **סעיף קטן 9**  - קנה המידה שם הוא סטייה מהוראות הדין של חוק הוראות מיקום שיפוט. עוסק בקביעת מקום שיפוט מצד הספק. זהו תנאי מקפח. דוגמא: תנאי בחוזה שאומר הגשת תביעה היא רק באילת כשאני גר בחרמון, יכול להתפרש כמקפח.

דיברנו על חוק חוזים אחידים כמכשיר להתערבות בחוזים אחידים. נדבר על סעיף 39 כמכשיר להתערבות.

**פס"ד איטח נ' מפעל הפיס** – למה מפעל הפיס לא רצה לשלם לו את הסכום שזכה בו? כי לא היה לו את כרטיס ההשתתפות שהיה צריך להציג. יש סעיף בחוזה שאומר שזכייה תינתן רק מי שמחזיק פיזית בכרטיס. זה היה חוזה אחיד עם הפנייה.

נשאלת השאלה – למה ביהמ"ש לא השתמש בחוק החוזים האחידים? מפני שזה לא תנאי מקפח. התנאי מגן על אינטרס לגיטימי של הספק. אחרת כל שבוע היו באים המוני אנשים וטוענים בתביעה שהם בעלים של כרטיס זוכה.

מצד שני, לא פייר לא לשלם לאיטח.

בעבר התמודדו עם סיטואציה כזו בהתערבות עקיפה – באמצעות פרשנות, באמצעות פסילת הפנייה.

עלתה בפס"ד זה פרשה ישנה יותר שבה קרה אותו הדבר. באותו מקרה בית המשפט פסק לא לשלם לאותו אדם. היתה דעת מיעוט של חיים כהן שחשב שצריך לשלם לו את הסכום הזה. אבל אז לא היה חוק החוזים האחידים ולא סעיף 39. היו לו 2 נימוקים: התנייה על הכרטיס שמפנה לתקנון שבו כתוב שצריך להציג כרטיס השתתפות היא לא מספיק ברורה, ואם היא לא ברורה אין תוקף להפנייה. נימוק נוסף היה שהתנאים של הכרטיס לא היו חלק מהחוזה.

היום לא צריך את הדרכים האלה, השאלה היא ישירה – האם אפשר להתמודד עם תוכן החוזה ובאיזה כלי? בפרשת יתח חוק החוזים האחידים לא מתאים. וגם לא סעיף 30 של תקנת הציבור. סעיף 39 כן רלוונטי.

הסעיף בחוזה הזה נועד למנוע תשלום לאדם לא נכון. במקרה הזה זה לא קיים כי היו את כל ההוכחות שהוא האיש הזוכה. כל הסיכונים שהסעיף נועד להגן עליהם כבר לא קיימים. הצורך הוגשם. אז למה מפעל הפיס מתעקש לא לשלם? כי רצה את הכסף לעצמו, וזה שימוש שלא בתום לב, ולכן השתמש בסעיף 39, לא כנגד הסעיף בחוזה - אלא כנגד ההתנהלות מול יתח.

2 חזקות לתנאים מקפחים שייכנסו לתוקף עוד שנה-

* **סעיף קטן 12** - גם אם הסכמת למהות החוזה, לאו דווקא הסכמת לכלל תנאיו. סעיפים שבהם אתה מסמן וחותם על כך שקראת הבנת והסכמת עם כל תנאי החוזה נכנסו לכלל תנאי בחזקת קיפוח, כיוון שהוא סותר את המציאות כאשר לקוחות לא באמת קוראים ומבינים את כל החוזה. זה גם יוצר מצג שווא כאילו הלקוח ויתר על זכותו לתבוע.
* **סעיף קטן 6** – תנאי המתייחס לצמצום תרופות מצד הספק כלפי הלקוח, או הרחבת התרופות לטובת הספק, באמצעות כפל תרופות וחפיפה שלא כדין.

פס"ד שיכון ופיתוח - לשאול אותו בשיעור הבא, לא הבנו כלום.

**ש"ב:**  לקרוא את הש"ב הקודמים,

ובנוסף: לקרוא – את סעיפים 34-38 לחוק החוזים הכללי.

ספר של גבריאלה שלו – לקרוא את הפרק לחוזה טובת אדם שלישי.

**06/01/15**

**חוזה על תנאי:**

סעיפים 27-29 עוסקים בנושא זה. ההסדר בחוק לא שונה מהדין שהיה נהוג עוד לפני חקיקת חוק החוזים, בחוק המנדטורי.

**27 א -** מה זה חוזה על תנאי? –הצדדים רוצים להתקשר בחוזה קיים בהווה, אבל במצב שבו לא כל התנאים בשלו – חסר בחוזה משהו. צריך להתרחש מצב דברים מסויים שרק בהתקיימו חוזה זה יהיה תקף, אבל רוצים להבטיח התקשרות כבר עכשיו, מטעמי יעילות, או בגלל חשש מזה שאחד הצדדים יתקשר בעיסקה, או ניצול הזדמנות עסקית.

בחלק מהמצבים צד יהיה מוכן לקחת על עצמו אחריות להתקיימות המצב, ואז זה לא חוזה על תנאי. רוב האנשים לא מוכנים להתחייב ולקחת אחריות על תנאים שלא בשליטתם. אבל בחלק מהמצבים צד יהיה מוכן לקחת על עצמו אחריות להתקיימות המצב ואז זה לא חוזה על תנאי.

אז אנחנו מדברים על מצב שכל התנאים להתקיימות חוזה קיימים – הצעה, קיבול, מסויימות וכו' – אבל מכוח הסכמת הצדדים החוזה מותנה **בתנאי מתלה** או **מפסיק.**

בתקופת הביניים באופן עקרוני לא הצדדים לא יכולים לחזור בהם – החוזה מחייב, ועכשיו הוא תלוי במשהו שלא בשליטתם. זה מה שמאפיין את התנאי. התנאי הזה הוא חיצוני לחוזה, מסתכל על החוזה מבחוץ, לא שייך לתנאים הרגילים של החוזה.

התנאי גם מטבע הדברים מתייחס להתרחשות שהיא לא ודאית.

**תנאי מתלה** – לדוגמא: אם פלוני נותן אישור לחוזה, החוזה תקף. או **תנאי מפסיק**: אם פלוני לא ייתן אישור לחוזה החוזה לא תקף. מה ההבדל בין 2 המצבים? אם תנאי מתלה מתקיים אז החוזה מתקיים, אם תנאי מפסיק לא מתקיים אז החוזה מתקיים. אחד פוזיטיבי ואחד נגטיבי.

ברוב המקרים הצדדים יגדירו מועד – זמן סביר.

ההבדל המהותי – בחוזה על **תנאי מתלה** עקרונית בתקופת הביניים החוזה נמצא בתקופת קיפאון, הוא קושר את הצדדים אבל אין צורך לבצע חיובים על פיו, כי אין טעם להשקיע כלכלית כשלא בטוח שחוזה זה יגיע לכדי מימוש. אם התנאי לא מתקיים – החוזה מתבטל.

בחוזה על **תנאי מפסיק** – החוזה מתבצע עד אשר התנאי מתרחש, במידה ומתרחש, ואז החוזה מתבטל.

בפסיקה בית המשפט מתלבט האם תנאי מסויים הופך את החוזה לחוזה על תנאי. למעשה התרחשות זו שהצדדים מעוניינים בה כדי שחוזה יתקיים, יכול ללבוש כל מיני צורות.

**פס"ד בשורה נ' נתיבי איילון -** שם היה צורך באישור שר הפנים כדי שחברת נתיבי איילון תקבל קרקע מהעירייה, שמיועדת לחברת בשורה.

איזה אפשרויות עלו? אחת – שהצדדים הסכימו שחברת נתיבי איילון מחוייבת להשיג את אישור השר, כלומר זה לא תנאי אלא חוזה רגיל. אם הם לא יקבלו אישור זו הפרת חוזה. שנייה – הם חתמו על החוזה בלי ידיעה שיש צורך באישור השר, או שחשבו שיש אישור. כלומר זו טעות בעובדה לפי ס' 14. שלישית – שני הצדדים הסכימו בינהם לעשות את העיסקה גם בלי אישור השר, למרות שעפ"י החוק אי אפשר. זו סיטואציה של חוזה בלתי חוקי שדינו בטל. רביעית – חוזה על תנאי מתלה או מפסיק. קבלת אישור השר תוך זמן סביר או אי קבלתו.

איך בוחנים מה מהאפשרויות נכון? מפרשים את אומד דעתם של שני הצדדים – עפ"י לשון ונסיבות, ואם אי אפשר אז הולכים לתכליות אובייקטיביות. ס'25.

**27 [ב]** - מתייחס למצב אופייני שבו חוזה על תנאי הרבה פעמים צריך אישור של צד שלישי, או ברישיון מכוח החוק / כשרות משפטית, וקובע שזה תנאי מתלה. זו תכלית אובייקטיבית. ס'25 – תכליות סובייקטיביות – קודמות לה!

לכן אם אנחנו לא יכולים לברר את אומד דעתם של הצדדים הולכים לפי כלל זה.

**בפס"ד נתיבי איילון** ביהמ"ש הגיע למסקנה שנתיבי איילון התחייבו לאישור של שר הפנים על מנת למכור את הקרקע לבשורה. דיברנו על כך שתכלית סובייקטיבית קודמת לאובייקטיבית.

אנחנו דנים בסכסוך שבין בשורה לנתיבי. נתיבי התחייבה בחוזה לעשות את כל הדרוש כדי שהחלקה תירשם על שמה ואז תוכל למכור לבשורה.

הצורך באישור שר הפנים לא נבע מהחוזה בין בשורה ונתיבי, אלא מהחוזה הקודם בין העירייה לנתיבי. זה נטל על נתיבי איילון והם צריכים לשאת אותו.

אז גם הלשון וגם הנסיבות מלמדים אותנו שזה אומד דעתם של הצדדים.

**27 [ג]** – עוסק בהפרה צפויה. חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה זכאי כל צד לסעדים למניעת הפרה, אף לפני שהתקיים התנאי. מדובר בסעדים למניעת ההפרה, להמשך קיום החוזה. לא לתרופות כמו בסעיף 17 לחוק התרופות שעסק בהפרה צפויה ומתן תרופות כתוצאה ממנה.

במקרה כזה ייתכן שצד מפר חוזה כשהתנאי המתלה בכלל לא יתרחש בהמשך וכך החוזה בכלל מתבטל, ואם הוא מתבטל ממילא הצד לא יבצע חיוב, אז לא הגיוני לתת לו תרופות כמו פיצויי קיום.

ולכן בא ס' **27 [ג]** – ואומר שבשלב הזה שאם יש הפרה צפויה של חיוב עתידי המותנה בתנאי מתלה – זכאי הוא לסעדים לשם מניעת ההפרה. כמו צו מניעה/עיקול זמני, צו אי יציאה מהארץ, וכו'.

למה לא מצויין חוק כזה גם על תנאי מפסיק? כי בשלב הזה החוזה כבר אופרטיבי (בניגוד לתנאי מתלה שהחיובים לא מבוצעים עד שמתקיים) וברגע שמפרים אותו זו כבר הפרה אקטואלית ממנה ניתן לתבוע תרופות. אם יש בחוזה על תנאי מפסיק הפרה צפויה של חיוב שמופיע לאחר אי קיום התנאי – החוק לא נותן לזה תשובה אך זה צריך להיות כמו 27 ג' לדעת גלברד.

מה קורה אם אחד הצדדים מתעמר בתנאי וגורם לאי התקיימו של תנאי מתלה, או להתקיימותו של תנאי מפסיק?

כשכורתים חוזה הצדדים צריכים להיות נאמנים זה לזה – מכורח חובת תום הלב. אמנם אין אחריות של צד על קיום התנאי, אך אנו מצפים שיעזור להתקיימותו – וקל וחומר לא יסכל את אפשרות התקיימותו.

בסיטואציות כאלה עוסק **סעיף 28**: סיכול תנאי.

(א) היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו – ...סעיף זה גם יכול לחול כאשר היתה לו אפשרות לסייע להתקיימות התנאי ולא סייע.

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

"אין זכאי להסתמך על אי קיומו" – במילים אחרות הוא יהיה מושתק, מנוע מלטעון שהחוזה לא תקף כי התנאי המתלה/מפסיק לא התקיים/התקיים. אם הצד השני רוצה לראות את החוזה כקיים יוכל לתבוע אותו על הפרת חוזה כשהצד המפר לא יוכל להסתמך על אי קיום התנאי. מבוסס על עיקרון תום הלב.

מכוח סעיף 28 וחובת תום הלב והפסיקה - אנחנו מבינים שלצד אסור לפעול כנגד החוזה, יותר מזה אנו מבינים שכשיש לו הזדמנות לעזור הוא צריך לעשות זאת. אבל ראינו בפס"ד נתיבי איילון שצד שנחלץ להתקיימות התנאי עלול למצוא את עצמו שפעולתו תשמש כראייה שזה חיוב שמוטל עליו. נוצרת דילמה – אם הוא לא יעזור יופעל עליו ס' 28, ואם כן יעזור אז זה יפורש כחיוב המוטל עליו.

יש לכל אחד מהצדדים סוג של חיוב השתדלות מוחלש, אין לו התחייבות חוזית, אבל אם נקרית הזדמנות לעזור יש לו חובה לפעול בהתאם.

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

כלומר, בשני מקרים סעיף 28א-ב לא יחול – אם מכוח הסכמת הצדדים בחוזה הצדדים הסכימו שהתקיימות התנאי תלויה ברצונו של אחד הצדדים. זה **חוזה אופציה** במהותו. בחוזה כזה אם הצד שנתונה לו האופציה לא מעוניין לממש אותה זה לא חוסר תום לב.

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

אם לחוזה אין תאריך פקיעה – תוך זמן סביר.

אם תנאי מתלה מתקיים – החוזה תקף.

אם תנאי מפסיק לא מתקיים – החוזה ממשיך והתנאי מתבטל.

**פס"ד מכוניות נגד קראוס** – היה חוזה למכירת נכס מקרקעין, החוזה היה תלוי בהסכמה של גורם שלישי-קרן תל חי (החזיקה מקרקעין של תנועת הליכוד). צד מנע את קיום התנאי – היתה לו הזמדנות לקיום התנאי ולא עזר. הצד התמים תבע את אכיפת החוזה, מכוח ס' 28. בתיק אחר קראוס תבע את הצד התמים לדמי תיווך כיוון שלא רצה לשלם, בטענה שהחוזה תקף. ביהמ"ש הכריח אותו להחליט עמדה האם החוזה תקף או לא מאחר שהוא לא יכול לטעון הפוך ב-2 תיקים.

**חוזה לצד שלישי:**

יש מצב של חוזה עם כמה חייבים ונושה, חייב וכמה נושים, כמה חייבים וכמה נושים. ויש עוד סיטואציות יותר מעניינות של ריבוי צדדים. קיימת גם סיטואציה של חייב ונושה וערב שלישי.

לפעמים בחוזה כל הנושים והחייבים באותה דרגה ולפעמים בדרגה משנית.

לפעמים בחוזה לטובת אדם שלישי יש לנו חייב ונושה, ו"נושה" שהוא מוטב והוא לא צד לחוזה. יכול להיות חוזה בין שניים שיוצרת טובת הנאה לצד שלישי אבל זה לא חוזה לטובת צד שלישי. זה יהיה חוזה כזה רק אם עפ"י פרשנותו של חוזה זה כוונתם של הצדדים היתה להעניק לו, למוטב, זכות תביעה עצמאית כלפי החייב.

למה שהחייב והנושה יתחייבו למוטב? ברוב המקרים הנושה חייב לצד השלישי מעיסקה קודמת. במקום לשלם לו בכסף הוא עושה חוזה איתו שבמסגרתו החייב משלם למוטב. כאשר החייב ישלם לצד השלישי ייפרעו שני חובות – החוב של החייב לנושה, והחוב של הנושה למוטב.

**08/01/15**

**סעיף 34:** חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן - המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו.

האם נדרשת הסכמת המוטב על מנת שתשתכלל זכותו?

לפי **סעיף 35** צריך את הסכמת המוטב, אם המוטב יודע על הזכות ולא דחה אותה סימן שהסכים. כלומר שתיקה מהווה הסכמה.

בסופו של דבר בחוזה לטובת אדם שלישי, צריך את הסכמתו. אם דחה צריך לעשות זאת תוך זמן סביר.

**סעיף 36 (א)** אומר שכל עוד אחד הצדדים לא הודיע למוטב על זכותו, מותר להם לשנות את זכותו או לבטלה. זה אומר שכאשר הצדדים כבר הודיעו לו על זכותו לא יכולים לשנות אותה.

יש כאן קושי עפ"י עיקרון חופש החוזים לפיו ניתן לשנות.

אז למה יש חוק כזה? אינטרס ההסתמכות. זכות קניינית – בעל הזכות הוא המוטב כאשר הזכות הוקנתה לו. זה רעיון העומד ביסוד העניין.

נוצר כאן מתח בין שני שיקולים מנוגדים – אחד הוא שהמוטב הבעלים של הזכות, השני הוא שמתקיימים חיים חוזיים בין הנושה לחייב ויכול להיות שזה יצור קושי ביניהם.

לדוגמא – נניח שחייב קנה מנושה, והנושה מכר את זכותו לקבלת הכסף לנמחה, שהוא לא צד לחוזה. חייב => נושה => נמחה..

לפי חוק המחאת חיובים אחרי שהנושה מכר את זכותו לנמחה, הנמחה הוא בעל הזכות. אז לכאורה החייב והנמחה יש ביניהם קשר. הם לא יכולים לעשות שינויים בחוזה שישפיעו על הזכות הזו.

**בפס"ד רשות הנמלים** התעוררה השאלה הבאה – רשות הנמלים התקשרה בחוזה עם חברת קבלן -רמטרום, בחוזה שלפיו רמטרום התחייבו לבנות מבנים מסויימים בנמל, והרשות התחייבה לשלם תמורת זה כסף לרמטרום. אחרי כריתת החוזה רמטרום המחתה את הזכות לצד שלישי, למה? רמטרום היתה צריכה מזומנים ומכרה לו את הזכות תמורת כסף. רמטרום התחילו לעבוד והפרו את החוזה. הם לא עמדו בלוח הזמנים, פיגרו בעבודה, ורשות הנמלים הודיעה שהיא מבטלת את החוזה בשל הפרה. בשלב הביטול לפי רשות הנמלים לא רק שהם לא חייבים כסף לרמטרום, אלא רמטרום חייבים להם. אם הרשות לא חייבת לרמטרום היא גם לא חייבת לגרביר (הצד השלישי).

הרשות עקרונית במצב כזה – אם הנמחה היה בא ומבקש את הכסף, הרשות היתה אומרת שביטלה כדין את החוזה ולא חייבת כסף. אחרי שהרשות הודיעה על ביטול לרמטרום, באו עורכי דינם של רמטרום וביקשו על נפשם לקיים את החוזה, ואחרי מו"מ קשוח חידשו את החוזה אבל עם שינויים מסויימים. אחד מהם הוא הפחתה בתשלום לרמטרום עקב הנזק, וגם הגדלה של הפיצוי המוסכם על איחור נוסף. וכך החוזה חזר לפעול. וכעבור זמן רמטרום שוב הפרו את החוזה, והוא בוטל לגמרי.. ועכשיו מגיע הנמחה, שהוא כמו המוטב בעניינו. אומר שבפועל נמשך החוזה, אם היינו בודקים אותו לפי החוזה המקורי יש יתרת כסף שהרשות חייבת לו. אבל אם בודקים את זה לפי החוזה המתוקן – לא מגיע לו כסף. טענת הנמחה היא שאחרי שקיבל את הזכות הם ביניהם לא יכלו לעשות שינויים בחוזה שיפגעו בזכות שלו. הנה ההתנגשות – מפני שהאפשרות היחידה לחדש את החוזה היתה הרעת התנאים כלפי רמטרום והנמחה. אם האפשרות הזו לא קיימת, כלומר אי יכולת לשנות, אז החוזה תקוע באופן מעשי, ההפרה הראשונה תגרום לכך שהחוזה בוטל ובזה נגמר העניין. בעוד שאם מאפשרים תיקון במצב אחר זה יכול להצליח. מבחינת שיקוליים כלכליים וחברתיים מעדיפים מצב כזה.

אז איך פותרים את בעיית המתח בין זכות המוטב לבין העובדה שהחיים מכתיבים שינויים? אז תשובת המשפט האמריקאי היא שלחייב ולנושה מותר לעשות שינויים אחרי ההמחאה, גם שינויים שיפגעו בנמחה, בתנאי שהשינויים נעשים בתום לב מסיבות מסחריות סבירות ולא כקנוניה כנגד הנמחה.

אין פסיקה מהסוג הזה בחוזה לטובת אדם שלישי אבל אם תהיה סיטואציה דומה זו תהיה ההלכה.

במבט שטחי, רמטרום והרשות פגעו בזכות הנמחה בחוזה השני, אבל במבט מעמיק זה לא נכון, מפני שזכות הנמחה ללא השינוי הראשון לא היתה קיימת! כלומר הנמחה הרוויח בדיעבד.

נסכם: בהמחאת חיובים, ההלכה היא שגם אחרי ההמחאה - חייב ונושה יכולים לשנות את החוזה מתוך שיקוליים מסחריים, ולא כדי לפגוע בנמחה.

**ס' 36 (ב)** – מדבר על מקרה שהוא חריג ל36 א.

בחיוב שיש לקיימו עקב מותו של אדם - על פי חוזה ביטוח, על פי חברות בקופת קצבה או בקופת תגמולים או על פי עילה דומה - רשאי הנושה, בהודעה לחייב או בצוואה שהודעה עליה ניתנה לחייב, לבטל את זכותו של המוטב או להעמיד במקומו מוטב אחר, אף אחרי שנודע למוטב על זכותו.

החוק אמר שברגע שלמוטב נודע על זכותו אסור להם לשנות. החוק קובע סייג סטטוטורי [??? מילה של גלברד...]. לפעמים משתמשים בחוזה לטובת אדם שלישי בפוליסת ביטוח חיים. בפוליסת ביטוח הנושה הוא המבוטח, החייב היא החברה, ומוטב הוא מי שיקבל את כספי הביטוח במות המבוטח. ופה החוזה לטובת צד שלישי היא מתנה שתינתן לאחר מותו של הנותן. מתנה שניתנת לאחר מיתה זו לא מתנה אלא צוואה, ואם היא לא נעשית לפי דיני צוואות אין לה תוקף.

למשל בחוזה מתנה, שתיקתו תיחשב להסכמה והוא לוקח חלק פעיל בחוזה, בעוד שבצוואה אין ליורש אפשרות לשמוע או לדעת מה הצוואה.

כאן זה מקרה מיוחד שבו באמצעות חוזה עושים צוואה. הנושה עושה צוואה ביחס לסכום הכסף שחברת הביטוח חייבת לו במותו ומעבירה לצד שלישי. המתחייב המצווה יכול בכל רגע לשנות את דעתו כדי לעשות צוואה אחרת. החוק מתאים את דין הצוואה לדין חוזה לטובת אדם שלישי.

חריג נוסף - **בהצעת חוק דיני ממונות** יש התאמה נוספת. עוד חריג.

לפעמים משתמשים בחוזה לטובת אדם שלישי כדי לתת מתנה בחיים למוטב. כשרוצה לתת מתנה בחיים צריך להתאים לדיני המתנות. בחוק המתנה כשאדם מתחייב לתת מתנה, חוק המתנה מאפשר למתחייב לחזור בו ב-3 מצבים:

* כשהמקבל עוד לא שינה את מצבו בהסתמך על ההבטחה.
* אם המקבל העתידי מתנהג כלפי הנותן בהתנהגות מחפירה.
* אם השתנה לרעה מצבו של המתחייב והוא בעצם זקוק לנכס הזה, הוא יכול לחזור בו.

הצעת דיני ממונות מאמצת את כל המצבים של דיני מתנה אם מדובר בחוזה לאדם שלישי כשהמוטב מקבל מתנה.

**סעיף 37:** כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב.

עוסק ביחסי החייב והמוטב. אין ביניהם קשר חוזי, מערכת היחסים היא חד צדדית. החייב חייב למוטב והמוטב לא חייב לו דבר. אנחנו כבר יודעים שהמוטב זכאי לדרוש מהחייב את קיום החיוב, כמו אכיפה או פיצויי קיום עפ"י ס'34.

לחייב אין טענות תביעה נגד המוטב, אבל יש לו טענת הגנה: כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב, מהחוזה האקטואלי, תעמוד לו גם כלפי המוטב.

ההדגשה על טענות אודות החיוב נובעת מכך שלא יוכל החייב לבוא כלפי המוטב בטענות שאינן קשורות לחוזה.

כמובן שיכול להיות מצב שלחייב יש כלפי המוטב טענות שלא נובעות מהחוזה אלא ממערכת היחסים ביניהם, מיחסים קודמים וכדו'.

ניתן להתנות על סעיף 37, במסגרת החוזה יכול החייב להסכים שהוא לא יוכל להעלות טענות כלפי המוטב. זה עובד לטובת היחסים בין הנושה למוטב.

במערכת היחסים בין הנושה לחייב יש שאלה שמתעוררת – האם הנושה יכול לתבוע את החייב לקיום הזכות? ב**סעיף 38** התשובה היא כן, אבל לטובת המוטב, לא לטובת עצמו.

כיוון שאם יתבע לטובת עצמו זה פגיעה בזכות המוטב לפי **ס' 36 א**.

הנק' האחרונה והמעניינת – היחסים בין המוטב לנושה – מתעוררת השאלה שאם החייב לא קיים את החיוב כלפי המוטב, האם המוטב יכול לדרוש את זה מהנושה? התשובה היא לא, כיוון שזכות המוטב היא כלפי החייב.

אבל לפעמים המצב מורכב – כמו במצבים שבהם הנושה היה חייב למוטב והוא פרע חוב באמצעות החוזה לצד שלישי. ואז השאלה שנשאלת היא: אם לא יכול לתבוע מהנושה, האם החוב המקורי חוזר למקומו?

**סעיף 48** - חיוב אשר לקיומו התחייב החייב כלפי הנושה בחיוב אחר, או שהעביר לו לשם כך זכות כלפי אדם שלישי, חזקה שלא התכוונו להפקיעו אלא אם קויימו החיוב האחר או הזכות.

לכאורה אם החייב לא קיים את הזכות כלפי המוטב אז המוטב לא יוכל לדרוש אותה מן הנושה, שהרי הזכות הועברה.

אבל לפי ס' 48 חזקה על שני הצדדים שבמקרה של חוב של הנושה כלפי המוטב, כל עוד החוב לא הוחזר (כי החייב נעלם או פשט רגל למשל) הנושה עדיין חייב למוטב, והחוב לא פקע.

או למשל כשהמוטב מסרב לחוזה שבו הוא צד שלישי, האם עדיין הנושה יכול לדרוש מהחייב את המשך קיום החוזה? באופן עקרוני לא, אבל גם כאן תלוי באומד דעתם של הצדדים.

**קיום חוזה:**

האם כשצד אחד מפר את החוזה הצד השני בתגובה יכול לדחות ולעכב את קיום חיוביו שלו?

למשר מוכר שמסר ממכר באיחור, האם הקונה צריך לשלם בזמן? האם בטרם ביטל את החוזה צריך לקיים את חיובו בלי שייחשב למפר?

מלומד אנגלי כותב שאפשרות **דחיית קיום** היא הסעד החשוב ביותר העומד לרשות הנפגע.

דחיית או השהיית חיוב זה סעד עצמי, אפשר להפעילו ללא פנייה לביהמ"ש. יש לה יתרון כי אפשר להפעילה מהר, וחיסרון – שהנפגע המפעיל את התרופה לוקח על עצמו את האחריות, תמיד לוקח סיכון שלא היה זכאי להפעיל תרופה וכך הנפגע ייחשב למפר.

לדחיית קיום יש יתרון גדול של סעד עצמי, והסיכון שהנפגע לוקח הוא יחסית קטן, וגם אם מפעילים אותו לא כדין, ההפרה לא חמורה כמו בביטול למשל.

חוזרים לשאלה- האם נפגע יכול לדחות קיום?

הבהרה – שאלה זו רלוונטית רק לחוזה שיש בו חיובים הדדים לביצוע.

בחוזה מתנה השאלה של דחיית קיום לא רלוונטית, הצד שלא צריך לקיים לא יכול לדחות את חיוביו להפרה כי אין לו חיוב לכלום. גם חוזה שבמקור שלו היה הדדי, ובשלב כלשהו הופך לחד צדדי. למשל מוכר סיפק מכר בזמן, הצד השני כבר לא יכול לדחות חיוב כיוון שקיבל את הממכר.

התשובה הפשוטה לשאלה היא תלוי מה הסכימו הצדדים לחוזה. אם הצדדים הסכימו שבתגובה להפרה הצד השני יכול לדחות את חיוביו, אז הוא יכול. ואם לא, אז לא יכול. השאלה מה היא ברירת המחדל? החוק יקבע (דיספוזיטיבי).

במשך שנים רבות אצלנו, בשיטת המשפט הישראלית, היתה דחיית קיום בפרספקטיבה של תוכן חוזה ולא תרופות. וזה משפיע את איך שמנתחים את המצב.

אנחנו מבינים שיש אספקט תרופתי, כי איך יכול לנהוג צד בתגובה להפרה? אבל למה זה לא תרופה בדיוק? כי היא מקפיאה מצב והיא מונעת הגדלה של הסיכון, אבל לא מתקנת את ההפרה.

שאלה זו צריכה להתייחס ל-3 מצבים אפשריים:

* כשהצדדים צריכים לקיים את חיוביהם בד בבד.
* כאשר ההפרה כבר התרחשה.
* במקרה של הפרה צפויה.

**43. (א) המועד לקיומו של חוב נדחה –**

(1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה תלויה בנושה - עד שהוסרה המניעה;

(2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב;

(3) אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד - כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו.

התשובה למצב סימולטני, קיום בד בבד –

**סעיף 43 א(3)** = אם אחד הצדדים לא מקיים את חיובו בו זמנית, הצד השני רשאי לדחות את חיובו.

**15/01/15**

תלות בין חיוביים הדדיים בחוזה – מתי יכול צד לדחות/ לעכב את חיוביו? נוכח הפרתו של הצד השני, שהתרחשה בעבר או הפרה שמתרחשת כעת או במקרה של הפרה צפויה כפי שאנו רואים ישנם 3 מצבים.

**43. (א) המועד לקיומו של חוב נדחה –**

(1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה תלויה בנושה - עד שהוסרה המניעה;

(2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב;

(3) אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד - כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו.

התשובה למצב סימולטני –

**סעיף 43 א(3)** = אם אחד הצדדים לא מקיים את חיובו בו זמנית, הצד השני רשאי לדחות את חיובו.

* הסיבה לכך היא שאומד הדעת של הצדדים נלמד מתוך התזמון. הרציונל הוא שהם רוצים ליצור מנגנון של פיקוח הדדי, ולכן החוק מנסה לכוון לאומד הדעת המשוער של 2 הצדדים.

מה קורה שכבר התרחשה הפרה? החוק נותן תשובה יותר מהססת –

(2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב;

כלומר, רק במצב שהחיוב של הנפגע מותנה בקיום של המפר.

ננסה להבין מה ההיגיון.... זה לקוח מהמצב המשפטי שלפני חוק החוזים. דיני החוזים מכירים בחיובים עצמאיים, מותנים, או מקבילים.

חיובים בו זמניים הם כמובן מותנים. חיובים שהם לא בו זמניים יכולים להיות עצמאיים או מותנים. גם אם הצד השני הפר הצד השני צריך לקיים את חיובו.

אז **43 ס'2** בא ואומר שהשני יכול לדחות בתנאי שהחיובים מותנים ולא עצמאיים. השאלה היא מה פרשנות החוזה ואומד דעתם של הצדדים? עד לפני כמה שנים הפסיקה קבעה שנק' המוצא הפרשנית היא שהחיובים הם עצמאיים. במילים אחרות עד אמצע שנות ה-80 הדיעה היתה שאם החוזה שותק אז ס' 43 לא מופעל.

אם הצדדים קבעו חיוב בו זמני – סימן שרוצים ליצור פיקוח הדדי ומנגנון להבטחת הביצוע.

אם לא עשו חיוב בד בבד סימן ששאלת הפיקוח ההדדי לא חשובה – ולכן אין להם כוונה ליצור תלות בין החיובים ולא אכפת להם ממנגנון. למשל – שיקולי מס, תזרים מזומנים וכל מיני שיקולים עסקיים שאין בהם צורך בפיקוח.

המצב השלישי – הפרה צפויה: יש סימנים על כך שהמפר לא עומד לקיים את חיובו, האם הנפגע יכול לדחות את חיובו, נוכח הפרה צפויה? במצב זה אין לנו שום הסדר בחוק. למה? כנראה תוצאה של תקלה.

הפרה צפויה באופן מסורתי זו סוגייה של דיני תרופות. בחוק התרופות יש הסדר של הפרה צפויה – שבמקרה של הפרה צפויה הנפגע יכול לבקש את כל התרופות. אך דחיית קיום לא מצויינת שם. והפרה צפויה לא מצויינת בחוק החוזים הכללי, היכן שסעד דחיית קיום מצויין.

פס"ד שעסק בסוגייה זו זה **פס"ד שוחט נגד לוביאניקר** – היו נסיבות שיצרו מצב מעורפל. הזוג שוחט נסעו לאוסטרליה ורבו בינהם, ונסיבות אלו יצרו חשש אצל הזוג לוביאניקר. למה החשש פה היה בעייתי מבחינת המוכרים?... נתייחס לסדר הקיום של החיובים בחוזה:

היו 3 תשלומים – ואחרי התשלום השלישי היתה צריכה להיות העברת בעלות של הדירה על שם הקונים שוחט בחודש אוגוסט. ואז בספטמבר היה צריך להיות תשלום נוסף ואז המסירה הסופית של הדירה. בחוזה בין אנשים פרטיים במועד תשלום האחרון גם מוסרים את הדירה וגם מעבירים את הבעלות, כדי לפקח הדדית על החיובים. במקרה זה חרגו מהנוהל המקובל וקבעו שבין התשלום השלישי לרביעי תעבור הבעלות לזוג שוחט. מה אם כן הבעיה של המוכרים? שאם הם מעבירים בעלות ולא מקבלים את התשלום רביעי ומשמעותי מכולם הם נשארים קירחים משני הצדדים.

מה עושים?

אפשרות ראשונה - האם אפשר לייעץ לביטול? אין הפרה צפויה ולכן זה בעייתי.

אפשרות שנייה – העברת הבעלות במועד שסוכם, ואז להגיש תביעה במידה והתשלום הרביעי לא שולם.

למשפט האמריקאי יש תשובה למקרה כזה – ב-UCC (חוק המסחרי האחיד) – ס'609 פרק 2, עסקאות מכר. חוק זה אומר שאם בחוזה נוצרו נסיבות שמעוררות חשש בליבו של אחד הצדדים, כלומר שהצד השני לא יקיים את חיובו, במצב כזה הצד החושש יכול לדחות את קיום חיובו, ומודיע לצד שכנראה מפר את החוזה, והצד שלכאורה מפר יכול להסיר את החשש בתגובתו. אך אם לא הסיר את החשש, עוברים למצב של הפרה צפויה ושם כבר אפשר לתבוע.

במשפט הישראלי – **בפס"ד שוחט** – אין לנו הסדר כזה, והשופטת בן פורת מאמצת הסדר דומה כמו המשפט האמריקאי - על בסיס תום לב, סעיף 39 (כמובן ☺). הש' בן פורת קובעת במצב של חשש מפני הפרה הצד החושש יכול לדחות קיום.

אך בפסיקה יש התעלמות מוזרה מנושא מאוד רלוונטי – הש' בן פורת לא שאלה את עצמה אם החיובים עצמאיים/מותנים? הפסיקה עד לזמן זה בברירת מחדל אמרה שאלה חיובים עצמאיים ואין מכוחם אפשרות לדחיית קיום. השאלה של תלות בין חיובים היתה אמורה להתעורר. לפי ההיגיון הקודם היה צריך להישאל האם התכוונו ליצור תלות בחיובים?

**פס"ד חברת פיתוח נ' קרון** – קרון קנה דירה מחברת פיתוח קבלנית שנקראת מקור פיתוח עירוני. באופן חריג הם נתנו לו אפשרות לגור בדירה, על אף שהוא לא פרע את כל התשלומים על קניית הדירה (היה חייב 25 אלף דולר). הוא איחר בתשלום הכסף. כמו כן הבעלות טרם הועברה על שמו. הסתבר לקרון שהנושים של החברה ממנה קנה הטילו עיקול על זכויותיו, והחברה לא תעביר את הבעלות על שמו במועד בו התחייבה. האם קרון רשאי לדחות את מועד התשלום נוכח הפרה צפויה? התשובה היא לא ידועה, כי פס"ד שוחט לא מהווה תקדים במקרה זה – כי שם היה מדובר על חשש מפני הפרה. פה עוסקים בהפרה צפויה ממש.

בהפרה צפויה החוק לא שותק, אפשר לתבוע תרופות. אבל אין סעד של דחיית קיום. האם זו רשימה סגורה או שקל וחומר גם דחיית חיוב נכללת?

ביהמ"ש הלך בכיוון ה"קל וחומר" וקבע שאפשר לדחות חיוב במקרה של הפרה צפויה – כמה ביסוסים לכך:

* סעיף 39, תום לב.
* עיקרון קל וחומר –אם אפשר לדחות במצב של חשש, קל וחומר במצב של הפרה צפויה. ואם אפשר לבטל קל וחומר אפשר לדחות. הרקע ההיסטורי של תרופת הביטול והדחייה הוא משותף. המשפט הרומי אמר- "אין לקיים לטובת מי שאינו מקיים" - מדבר גם על דחיית קיום וגם ביטול.
* היקש – במובן של ס' 17 במצב הפרה צפויה אפשר לקבל את כל התרופות – כך שאם יש תרופות מחוץ לחוק התרופות גם הן נכללות. דחיית קיום היא אחת מהן.

כאשר הסתבר לקרון שיש עיקול על הקרקע ולכן החברה לא תעמוד במועד העברת בעלותו, במקום להודיע על דחיית תשלום, הוא הודיע על קיזוז התשלום. מה משמעות של קיזוז? גלברד מדגים: "אני חייב לך מאה, הנזק שלי הוא מאה, אז אני לא חייב לך כלום". קרון הודיע על קיזוז ולכן כל זה היה באוביטר, והתקדים נקבע רק בפס"ד דלתא.

**פס"ד דלתא** – איך התעוררה שם שאלת דחיית קיום? שיכון עובדים השכירו חנות לחברת דלתא, בחוזה השכירות היתה אופצייה לרכישת החנות בסוף התקופה, אופצייה הנתונה לשוכר – לחברת דלתא. במחיר שקבעו מראש. במהלך שנת השכירות היתה הפרה – התשלום השני של השכירות שולם באיחור. שיכון עובדים לא עשו מזה עניין והמשיכו כרגיל. אך בסוף השנה כשדלתא הודיעו שהם מממשים את האופציה לרכישת החנות – שיכון עובדים העלו את נק' האיחור. למה? כמובן, המחירים עלו והמכירה במסגרת חוזה האופצייה כבר לא היתה אידיאלית מבחינתם. לכן דלתא לא קיבלה את הנימוק הזה של שיכון עובדים, והגישה תביעה כדי לאכוף את מימוש האופציה. ואז בזמן שהתיק בביהמ"ש המחוזי, הגיע המועד לתשלום סכום הרכישה של החנות ודלתא לא שילמו. שיכון עובדים מצאו סיבה למסיבה וטענו שדלתא שוב הפרו את החוזה. מתוך ההתנהלות של שיכון בתקופת השכירות, שהתעלמה מהאיחור בתשלום בתקופת השכירות, די ברור שהטענה שלה לגבי איחור תשלום השכירות היא המצאה. ועכשיו נמצאה להם טענה יותר טובה – דלתא לא ביצעו את התשלום במועדו. מנגד, הטענה של דלתא היתה שלא שילמו מפני שיש הפרה צפויה של החיוב להעברת הבעלות בחנות. האם נוכח הפרה צפויה הם זכאים לדחות את מועד התשלום? התשובה היא שכן.

כאן – בניגוד **לפס"ד שוחט** - ביהמ"ש ער לשאלת תלות בין החיובים. שאלת התלות בין החיובים לא נבחנת רק על סמך המועד שבו צריך לקיים את החיובים, אלא לפי כללים של הגיון ושכל ישר. מה הכוונה? ההיגיון שאומר שצד לחוזה נכנס לתוך חוזה הדדי על בסיס ההנחה שצד שני יקיים, ואם צד שני לא מקיים אז גם הצד האחר לא רוצה. אז פסקי הדין הללו – גם קרון וגם דלתא – מבינים שמתעוררת שאלה של יחסי תלות – והתשובה היא שהשאלה פרשנית עפ"י הגיון ושכל ישר שאומר שיש יחסי תלות.

אם הצדדים רוצים שלא יהיו יחסי תלות זה צריך להיאמר במפורש – חידוש **בפס"ד ארבוס.**

**פס"ד ארבוס** הוא מרתק (בעיני גלברד....) בהקשר של מה היא התרופה שמשפחת ארבוס דרשה מחברת רובינשטיין. חברת רובינשטיין לא מסרה את הדירה בזמן, ואיחרה במשך 13 חודשים. ארבוס לא תבעו לא אינטרס השבה ולא קיום, אלא ריבית על הכסף. ארבוס אומרים שאם היו יודעים שלא ימסרו להם את הדירה במועד – היו רשאים לדחות את התשלום ב-13 חודשים. הכסף היה בכיסם והיו יכולים להפיק ממנו את הפירות. באותו זמן הריבית והאינפלציה היו גבוהים ולכן זה היה כדאי מבחינתם. לכן דרשו הפרשי הצמדה וריבית על הכסף ששילמו. השופטת דורנר אומרת שיש הנחה של תלות בין החיובים וכדי להפריכה צריך אמירה מפורשת לכך – הופכת ב-180 מעלות את הגישה הישנה, ונק' נוספת שהיא מעלה – אם סעיף מפורש כזה שקובע שהחיוב הוא עצמאי יופיע בחוזה אחיד, הוא ייחשב כסעיף מקפח כיוון שהוא שולל תרופה מצד הלקוח, תרופת דחיית קיום.

נסכם: **במצב הסימולטניות** יש דחיית קיום מכוח ס' 43, במצב בו **התרחשה כבר הפרה**, יש דחיית קיום מס' 43 ואין בעיה פרשנית כי נק' המוצא היא שיש תלות בין החיובים, במצב **הפרה צפויה** יש אפשרות לדחייה עפ"י הפסיקה וגם כאן נק' המוצא היא תלות בין החיובים.

**20/01/15**

הערות על תלות בין חיובים:

באופן עקרוני המצב המשפטי היום בעקבות הפסיקה הוא שכמעט בכל מצב מתקיימת תלות בין חיובים. כשיש הסכמה מפורשת בין הצדדים שמדובר בחיובים עצמאיים – אם זה לא חוזה אחיד– רק אז אין תלות.

יחד עם זאת בפסיקה - בערעור אזרחי **פטר נ' חממי** (לא בסילבוס) - קבע ביהמ"ש שההלכות שנוגעות לדחיית קיום הם ביחס לחיובים המרכזיים (מפני שעליו לעמוד על אומד דעתם של הצדדים. החיובים השוליים – זה לא מהות אומד דעת הצדדים).

היה מדובר על עיסקה של בעל קרקע מול קבלן, במסגרתו הקבלן התחייב לבנות בית דירות, ובתמורה בעל הזכויות בקרקע ייתן לקבלן חלק זכויות בבניין. עסקת קומבינציה. החיוב העיקרי של פטר – להעביר את הזכויות בקרקע, הקבלן – לבנות את הדירות. היו עוד חיובים: פטר ישלם בדירות שיקבל ויחזיר את העלויות של שעוני חשמל והמים. אבל הוא לא השיב. הקבלן התקין שעונים, ביקש תשלומים מפטר, והוא לא שילם. בתגובה הקבלן לא מסר את הדירות ועיכב את התהליך. ביהמ"ש אמר שאפשר לדחות קיום – אבל בתגובה להפרה של חיוב עיקרי ולא משני, לכן ביהמ"ש קבע שלא לגיטימי לדחות במקרה דנן כיוון שזה היה חיוב מהותי מול משני.

**בהצעת חוק דיני ממונות יש כמה סעיפים:**

המועד לקיומו של חיוב נדחה, אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד כל עוד הנושה לא מקיים את החיוב המוטל עליו. – דומה לחוק הנוכחי.

חיוב של צד לחוזה שהמועד לקיומו מאוחר מהמועד לקיום חיוב עיקרי של צד שני, יהיה מוטלה בקיום חיוב של הצד השני. – **חזקת תלות:** ההבדל עם **43א-2** – כאן כבר מוטמעת בחוק החזקה הפרשנית שלפיה בהעדר התנאה ספציפית קיימת תלות – אבל רק אם זה חיוב עיקרי! מבחינת הדין אין חידוש, זה גם הדין היום, רק שהדין נובע מהפסיקה וכאן הטמיעו אותו בחוק.

נקודת הבהרה – **חיוב עיקרי**: אם לא קיימתי חיוב עיקרי זו הפרה יסודית? לא בהכרח.

דוגמא – האם חיוב של קונה לשלם את התמורה עבור הממכר זה חיוב עיקרי? כן. אם הקונה איחר בתשלום בשעה, בהנחה שאין חשיבות מיוחדת למועד של התשלום, האם הפר את החוזה? כן. האם זו הפרה יסודית? לא.

בד"כ מקובל לומר שאיחור לא גדול בתשלום כסף, ברוב המקרים, לא נחשב להפרה יסודית. חיוב התשלום הוא חיוב עיקרי, איחור קל הופך אותו להפרה לא יסודית.

**עוד סעיף מחוק הממונות:**

היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיובו העיקרי אשר מועדו טרם הגיע, זכאי הצד השני ... יכול לעכב חיוב. – זה העיגון של **פס"ד שוחט** – דחיית חיוב מתוך חשש של אי קיום. החוק גם כאן מניח יחסי תלות, וגם כאן מצויין המונח חיוב עיקרי – רק אם החיוב עיקרי רק אז ניתן להפעיל מנגנון זה.

בהצעת חוק דיני ממונות יש פרק תרופות, בסופו יש תת פרק של תרופות מיוחדות – ושם מצוייה התרופה הבאה:

הופר חוזה הפרה יסודית - זכאי הנפגע להשהות קיום חיוביו עד המפר יקיים חיוביו. – השהיית קיום נכנסת לפרק התרופות לראשונה. עכשיו גם יש פיתרון להפרה צפויה, כי ס' ההפרה הצפויה אומר שאפשר להפעיל את כל התרופות ועכשיו זה כולל את התרופה הזו באופן מפורש. אבל יש כאן בלבול מפני שמדברים על הפרה יסודית, ולא הגיוני לצמצם זכות זו להפרה יסודית. אפילו ביטול חוזה, שחמור מהשהייה, אפשר להפעיל בהפרה לא יסודית. אז לדחות קיום אי אפשר בהפרה לא יסודית?! לא הגיוני.

נניח שיש לנו חוזה מכר – והקונה צריך לשלם את המחיר ב-1.1 והמוכר צריך לספק סחורה ב-3.1. והמוכר יום לפני אומר שלא יוכל לספק את הסחורה ב-3, אלא בעיכוב של כמה ימים. יש הפרה אבל אין פה הפרה יסודית. או הפוך – הקונה אומר שאין לו כסף עכשיו וישלם רק ב-6 לחודש. זו אמנם הפרה אבל לא יסודית. האם הגיוני שהמוכר יספר סחורה ב-3? אם נוכל רק בהפרה יסודית לדחות קיום יתהפך סדר קיום החיובים. זה לא תואם את אומד דעתם של הצדדים!

בנוסף, זה יוצר סתירה לסעיפים שעוסקים בדחיית קיום על תוכן חוזה, כאשר שם מדובר על דחייה במצב חיוב עיקרי. פה בחוק התרופות עברו למינוח של הפרה יסודית. גלברד מניח שזה משהו שיתוקן בוועדה שתעביר את החוק.

**פס"ד שוחט נ' לוביאניקר** – המוכרים דחו את העברת הבעלות אחרי 3 תשלומים – רק נשאר התשלום הרביעי. מבחינת המוכרים זה מצב לא רע - הם קיבלו 3/4 מהתשלומים על הדירה ומבחינתם זה יכול להישאר כך לנצח. השאלה היא כמובן האם באמת נפגע יכול לדחות קיום ללא הגבלת זמן? לפעמים זה כדאי לו כמו במקרה הזה. התשובה המתבקשת היא לא, עפ"י עיקרון תום הלב. ההסדר הזה הוא לא הסדר שלם.

שאלה אחרת שאין לה תשובה בחוק – נניח שהקונה לא שילם והמוכר דוחה את מסירת הסחורה, עד שהקונה ישלם... נוצר מצב מוזר: הקונה הוא המפר. עכשיו המפר מחזיק ביד את הטריגר להמשך ביצוע החוזה – הוא מחליט מתי לקיים את החוזה, וביום שמתחשק לו – שיקיים את חיובו – גם המוכר צריך לקיים. זה יוצר מצב אבסורד.

**פס"ד מונסאגו נ' מכביאן –** שם השופט עמית דן בשאלה - האם צד נפגע שמעכב חיובו יכול לשבת על הגדר לנצח? התשובה היא רק למשך זמן סביר, ואחרי זה צריך לקבל החלטה – או לבטל או לבקש אכיפה. אבל לא למשוך את דחיית הקיום לנצח. רק בשביל פסק זמן שמאפשר לתכנן פעילות.

**תרופות:**

חוק מ-1970, לא נעשו בו תיקונים מאז, היו שינויים בעולם והחוק מעולם לא עודכן. הפסיקה מתאימה אותו להשתנות העולם.

החוק מאוד קצר, יחסית, ויש בו נושאים רבים שלא מוסדרים. דוגמא קלאסית: הפעלת התרופות בתקופה שיש בה אינפלציה משמעותית. חוק התרופות לא מתייחס לזה בכלל. פרק הפיצויים דל מאוד – שילש את אורכו בהצעת דיני ממונות.

הוא גם נחקק לפני החוק הכללי ובאופן טבעי אין התאמה בין החוקים.

**ס' 22 א** – יש תרופות מחוץ לחוק התרופות, חלקן תרופות זמניות. ויש תרופות מהותיות שנמצאות מחוץ לחוק. גם בהן ביהמ"ש יכול להשתמש.

כל החוק כולו מצוי בקליפת אגוז בשורות של **סעיף 2** – כולל בתוכו הרבה דברים יותר ממה שנראה במבט ראשון. הסעיף קובע מתי יש זכאות לתרופות ומה הן התרופות.

מתי יש זכאות לתרופות? –

התנאי הראשון הוא **חוזה תקף**.

תביעה שמוגשת לבית משפט בהקשר של חוזים, בחלק גדול מהמקרים, תהיה מוגשת בטענת הפרת חוזה. פעמים רבות טענת הנגד הראשונה היא שאין חוזה: או שלא היתה כוונה ליצור יחסית משפטיים, לא היו יסודות הצעה וקיבול, אין מסויימות, אין צורה מהותית, היה פגם בכשרות. אלה בין היתר טענות לכך שלא נכרת חוזה. יכול להיות טענות שנכרת חוזה, אבל בטל כי הוא בלתי חוקי או שהוא חוזה למראית עין, או שהוא התבטל בגלל שלא התקיים תנאי מתלה או התקיים תנאי מפסיק. או שהחוזה בוטל כדין בגלל פגם בכריתה – טעות, הטעיה, כפייה, עושק. או פגם בכשרות – יש מצבים שהחוזה בטל או ניתן לביטול.

בכל אחד מהמצבים האלה מתעוררת השאלה האם בכלל קיים חוזה?

בהנחה שהיה חוזה תקף –

התנאי השני הוא **שהחוזה הופר** - מעשה או מחדל שהם בניגוד לחיוב לחוזה (ההגדרה בחוק).

כאן מתעוררת כל הסוגייה של המחצית השנייה של הקורס שלנו, כדי לדעת אם יש מעשה או מחדל נגד החוזה צריך לדעת מה החיוב שהופר על פי החוזה? לצורך כך צריך דיני פרשנות או השלמה...

מה לגבי הצהרה בחוזה?

לדוגמא – המוכר מצהיר כי הנכס נקי מכל שיעבוד/חוב/עיקול וכו' אך זהו שקר. האם זו הפרה?

ההגדרה של מעשה או מחדל בניגוד לחוזה, לא היתה כוללת מצב כזה כי אין התחייבות לעשות משהו אלא רק הצהרה על מצב כל שהוא. זה לא מעשה או מחדל בניגוד לחוזה. אבל הפרשנות המקובלת היא שהמשמעות הנגזרת מהצהרה כזו היא שהצד המצהיר מתחייב שמצב הדברים יהיה כך ונושא האחריות, ואם זה לא יהיה כך זו הפרה.

צריך לזכור שהפרה כוללת גם **הפרה צפויה**. חוק התרופות – ס' 17.

רמת ההסתברות צריכה להיות גבוהה מאוד. בהצעת חוק דיני ממונות כתוב קרוב לוודאי.

במקרה כזה זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני מועד קיום החוזה. כלומר דינו כדין הפרה.

כשביהמ"ש נותן צו אכיפה במקרה של הפרה צפויה, זה מיועד לתאריך קיום החוזה. בד"כ זה לא קורה כי התיק נמצא בביהמ"ש והתהליך מתארך עד אחרי מועד החיוב.

חזרה ל**סעיף 2**- בהנחה שיש חוזה, ובהנחה שהחוזה הופר, הנפגע זכאי לתרופות.

הנפגע הוא מי שזכאי לקיום החוזה שהופר. לפעמים זה גם מוטב בחוזה לצד שלישי. או חליף של הנושה. לא בהכרח תמיד הצד השני לחוזה, יכול להיות חליפו מכוח דין או הסכם.

עקרונית בחירת התרופה נתונה בידי הנפגע, והוא יכוון בהתאם לאינטרס שלו. זה יכול להיות אינטרס קיום/הסתמכות/השבה/עונשי וכו'. לכל תרופה בפני עצמה יש יסודות שצריכים להתקיים כדי להקנות זכאות. בפיצויים, למשל – סיבתיות, צפיות, כימות הנזק. אז נכון שהנפגע יכול לברור את התרופות שבחוק, אבל בכפוף ליסודות של כל תרופה.

הנפגע יכול לצרף תרופות – למעשה קיימים 3 תנאים לצירוף תרופות:

**תנאי ראשון** – צריך להוכיח זכאות עקרונית לכל אחת מהתרופות המועמדות לצירוף.

**תנאי שני** – שלא תהיה סתירה מהותית בין התרופות. נרמז בס' 2, איך? אם מסתכלים על צירופים שהסעיף מציע, נעדר ממנו ביטול ואכיפה מפני שזו דוגמא מובהקת לתרופות הנוגדות זו את זו.

יש תרופות שבמבט ראשון לא נראות סותרות באופן מובהק, אבל יש תרופות כספיות שסותרות זו את זו. שם מבחינה מעשית אין מניעה לצרף סכום כסף לסכום כסף. הסתמכות מול קיום סותר במצבים מסויימים. או תרופת ניכוי מהמחיר שמופיעה בהצעת חוק ממונות – היא תרופה כספית אבל אי אפשר לתבוע עם פיצויים בעיקר כי יש מהות שונה. פיצויי קיום נועדו להעמיד את נפגע במעמד אילו קויים החוזה מבחינה כספית. במקום/כמו אכיפה. בעוד תרופת ניכוי מהמחיר נועדה להעמיד אותו אילו קויים חוזה מסוג שונה, שזה מנוגד. כי או שאתה רוצה את החוזה הנוכחי או חוזה מסוג שונה!

**תנאי שלישי** – אין כפל פיצויים על אותו ראש נזק.

הנפגע יכול להרכיב לעצמו סל תרופות בכפוף ל-3 התנאים הנ"ל. הזכות הזו כפופה לנטל הקטנת הנזק וחובת תום הלב.

**פס"ד וויט.. (אנגלי):** שם זו דוגמא למצב שבו מבחינת הנפגע תביעה לפיצויים או לאכיפה היו נותנות לו בסוף אותו הדבר, מפני שבמקרה של אכיפה היה צריך לקיים את חלקו בחוזה ולקבל את התמורה. בעוד שבתביעת הפיצויים היה תובע רק את ההפרש ולכן היה נשאר עם אותו סכום. ההבדל הוא שהצד השני ישלם גם את עלויות הקיום וגם את הרווח במקרה של אכיפה. במקרה של פיצויים היה משלם רק את התמורה שהיה צריך לקבל בעקבות העיסקה. ולכן שיקולי הקטנת נזק ותום לב מכתיב תרופה מסויימת על פני אחרת.

מקובל לומר שהתרופות הללו מגנות על אינטרסים. דיני התרופות בנויות סביב אינטרסים אופייניים –

**אינטרס קיום**: נועד להעמיד את הנפגע במצב בו החוזה היה מקויים כראוי ולא מופר. 2 התרופות שעושות זאת הן – אכיפה ופיצויים. או לבד או כשהשלמה לאכיפה. לפעמים אכיפה לא מספקת את מלוא אינטרס הקיום. וצריך להוסיף פיצויים. אי אפשר לצרף פיצויי קיום לפיצויי קיום אם זה על אותו ראש נזק. למשל – הנזק הוא בזה שהפסדתי רווח של 100. אפשר לתבוע רווח זה מכוח ס' 10. נניח שבחוזה יש פיצויים מוסכמים של 100. האם אפשר גם מס' 10 וגם מוסכמים? שניהם מיועדים להגן על אותו אינטרס – הבעיה שצירוף שלהם יביא לכפל תרופה על אותו ראש נזק.

מבחינים בין אינטרס קיום ברוטו לנטו – ברוטו זה אינטרס שכולל בתוכו את עלויות ההשקעה, פלוס הרווח. אינטרס קיום נטו – אם נחזור לדוגמא של הפרסום של המוסך על גבי האשפה – עלויות הדפסת המודעות והדבקתן פלוס הרווח זה אינטרס הקיום ברוטו. אם מנטרלים את העלויות זה אינטרס הקיום נטו.

**אינטרס ההסתמכות –** כל מה שהושקע בהסתמך על החוזה.

אינטרס הסתמכות עיקרי – העלויות שהושקעו לצורך קיום החוזה.

אינטרס הסתמכות אגבי – הוצאות שהוצאו ע"י הנפגע בהסתמך על החוזה, אבל לא לצורך קיומו. למשל קניתי דירה, אבל עשיתי גם השקעות שהם בהסתמך על החוזה כמו הזמנת ארון קיר לדירה.

הקושי המרכזי פה הוא בצפיות. לפעמים יש הסתמכות של הסתמכות אגבית שהם ברורים, כמו סידור הקירות בקניית בית. אבל אם זה משהו יותר רחוק זה בעייתי מבחינת הצפיות ונוצר קושי לתבוע פיצויים על פיהם.

אובדן עסקה אלטרנטיבי יכול להגיע במסגרת סעיף 12, אך יש קושי להוכיח אותו.

**אינטרס ההשבה** –

אינטרס השבה שמכירים בתרופת הביטול וההשבה- השבה כל מה שצד נתן למשנהו, השבת מה שהוא העביר למפר במסגרת החוזה. יש דמיון בין הסתמכות והשבה – אבל ההבדל הוא אם ההוצאה הועברה למפר (השבה) או שעדיין לא (הסתמכות). הביטול משחרר את שני הצדדים וההשבה נועדה להשיב את מה שכבר קיים והעביר בידי הצד השני.

שאלה – נפגע כולל גם מוטב לחוזה צד שלישי. אבל מוטב לא נותן כלום, מה יוצא לו מביטול? האם זכאי להשבה למה שהנושה נתן? כנראה שהתרופה היחידה שלא תעמוד לרשות המוטב היא ביטול והשבה.

השבה נוספת שמגנה על אינטרס אחר – **בפס"ד אדרס** מדברים על השבה במובן אחר של התעשרות שהפיק המפר בזכות ההפרה, הצליח להפיק עושר בעקבות ההפרה – למי שייך העושר הזה? קוראים לזה השבת פירות ההפרה.

מחיר ברזל היה 100 – עלה ל-150 – המוכר במקום להחזיק את הברזל עבור הקונה מכר למישהו אחר וניצל את העלייה בשובי השוק. עכשיו מגיע המועד שצריך למסור לקונה ואין מה למסור – אבל מחיר הברזל ירד ל-100 ₪. האם היתה הפרה? כן. מה הנזק? אין נזק... יכול לקחת את אותו מאה ולקנות ממישהו אחר כך שאין באמת נזק. אבל ביהמ"ש בפס"ד זה קבע שהרווח של ה-50 של המוכר יעבור לצד הקונה, כדי ליצור הרתעה מהפרת חוזים. הגישה הכלכלית אומרת שזו הפרה יעילה ולכן זה פוגע בשוק. אבל הגישה הערכית לא תומכת בכך.

22/01/15

נדבר בקצרה על פס"ד צוקים שמחדד את ההבנה של אינטרס ההסתמכות והקיום.

מה ההבדל בין חשין למלץ? הם מגיעים בסופו של דבר לאותו דבר. חשין אומר שפיצויי קיום הם גג עליון, הנימוק לכך שלא מכירים בפיצויים עונשיים. מה הקשר? אנחנו מחייבים אותו על נזק שאין קשר סיבתי בינו לבין ההפרה.

נחזור לדוגמא שנתנו עם המכונה בשיעור קודם – צד התחייב לייצר מכונה תמורת 100 ₪, כך שירוויח 20 ₪ והעלות של המכונה תהיה 80 ₪. יצא שתמחר את המכונה באופן שגוי והעלויות יצאו לו 120 ₪ .הצד השני מפר חוזה. לפי גישת חשין אפשר לתבוע 120 ₪ , אבל ברור שהנזק כתוצאה מההפרה הוא שלא קיבלתי 100. ה-20 הנוספים נובעים מתחשיב לא נכון או מציפייה כוזבת. זו עמדת הש' מלץ.

אז למה הוא בכ"ז הסכים לפיצויי הסתמכות במקרה של פס"ד צוקים? הוא נותן פיצויי קיום שאינטרס ההסתמכות הוא רק מדד לקביעת פיצויי הקיום, הוא אומר שבסיטואציה המאוד בעייתית של מלון צוקים אין לנו דרך לדעת מה יקרה בסוף, יכול להיות שהעסק היה נכשל בכלל והמלון היה מפסיד הון. לכן מכיוון שהעירייה הפרה את החוזה, העירייה גם מנעה מהם את האפשרות לדעת או להוכיח מה היה בסופו של דבר. גרמה לו נזק ראייתי – אי יכולת להוכיח מה הנזק היה. מכיוון שאי אפשר להוכיח אותו, הוא פונה לאינטרס ההסתמכות כמדד לפיצויי הקיום. רק כמדד על בסיס הנחה ראייתית שזה לא חוזה הפסד.

מה הנימוק של חשין לעובדה שהוא מוכן לפסוק כאן עפ"י אינטרס הסתמכות שעולה על גובה אינטרס הקיום?

שיקולי צדק וגמול- שיקול עונשי. הוא אומר שצריך לחנך את הציבור וליצור הרתעה מפני הפרת חוזים. נימוק חינוכי- מוסרי. יש פה ניסיון חינוכי והרתעתי – אם המפר יידע שכשהוא יפר את החוזה יפלו על ראשו גם נזקים שלא הוא גרם, הוא יחשוב פעמיים לפני שיפר.

מלץ אומר שבמשפט שלנו אין פיצויים עונשיים במסגרת הפרת חוזיים.

נימוק נוסף – השוואה בין הסתמכות להשבה. אחד ההבדלים הבסיסיים לאינטרס ההשבה להסתמכות – השבה במובן של מה שנתתי – כשהשקעתי השקעות לקיום החוזה לאן הם הלכו? השקעות שלא הועברו לצד השני נתבע אותם כנזקי הסתמכות, השקעות שהעברתי לצד השני הן השבה. השאלה אם משהו הוא השבה או הסתמכות בנקודה זמנית. לכן יש דימיון רב בין השבה והסתמכות, ואם יש דימיון – למה בהשבה בחוזה הפסד לא מגבילים את ההשבה בגובה אינטרס הקיום?

נחזור למכונה – נניח שסוכם לשלם לי 100, והשקעתי 120, כך ששוויה הוא 120. הצד השני הפר ולא משלם. בואו נניח שנמסרה לו המכונה, ואז הוא מפר. כתוצאה מזה יש ביטול חוזה ואני זכאי להשבה על סך 120. במילים אחרות – אינטרס ההשבה לא מוגבל באינטרס הקיום. לכן הוא עושה היקש לפיצויי הסתמכות ואומר שזה חל גם עליהם.

הערה: גם אכיפה לא טובה במקרה כזה כי פיצויי קיום שווי ערך לאכיפה ומדובר בחוזה הפסד.

האם בדיני החוזים מוכר אינטרס עונשי?

פיצויים עונשיים – פיצוי שלא מפצה על נזק שנגרם בשל ההפרה. השיקולים שביסוד הפיצוי הזה הם שיקולים עונשיים, שיקולי גמול, מביעים סלידה מוסרית מהפרה וליצור הרתעה. האופי של הכסף דומה לקנס.

יש פיצויים עונשיים בדיני נזיקין. במקרים חריגים בהם העוולה לא נגרמה ברשלנות אלא בזדון. האם יש מקום לפיצויים עונשיים בדיני החוזים? הגישה הקלאסית היא שלא.

מטרת התרופות המרכזית, האינטרס המרכזי, הוא אינטרס הקיום. ולכן התרופות נועדו להגן על אינטרס זה. לא עוסקים בענישה, אלא בכך שהמשפט יאכוף את קיום ההתחייבות, באכיפה או פיצויים. ולכן הגישה היתה שפיצויים עונשיים זרים לדיני חוזים.

גישה זו השתנתה במהלך השנים, למשל במשפט האמריקאי שם הם כבר מוכרים.

אצלנו יש בסעיפים ספציפיים – בחוק הגנת הצרכן - שמטרתם לגרום להרתעה מפגיעה באינטרסים צרכניים.

בחוק הפטנטים - יש פיצויים עונשיים על הפרת זכויות בפטנט.

יש סוגים של פיצויים שלא קשורים לנזק שנגרם.

האם יש מקום לפיצויים עונשיים ללא חקיקה ספציפית? התשובה היא כן.

דוגמאות: **פס"ד מלון צוקים**. גם השופט מלץ מבין שחשין עושה במהות זה פיצוי עונשי.

בערעור אזרחי **קרטין נ' עטרת נירות ערך**: במקרה זה אדון קרטין היה לו סכם כסף שרצה להשקיע בחברת ברוקרים –חברת ניירות ערך. נניח שהתיק שהשקיע היה 100 ₪. במשך הזמן קרו 2 דברים: חברת הברוקרים הפרה את ההתחייבות החוזית כלפיו, וחובות נאמנות מכורח דיני השליחות (נחשב כשליח כשל קרטין). והסנקציה תהיה תרופות בשל הפרת חוזה. חברת הברוקרים הפרה את חובות האמון, הם עשו פעולות של קנייה ומכירה של ניירות ערך – פעולות מיותרות שלא היו אמורות להפיק רווח כלפי הלקוח אלא רק ליצור פעולות שיפיקו עמלה בשבילהם וזו הפרת חובת אמון. הם השקיעו את רוב הסכום במניות שלעטרת עצמה היתה בעלת עניין באותן חברות ומניות. בגדול, הפרו חובת אמון ולא השקיעו במקומות שיהיו לטובת הלקוח, אלא במקומות שלהם היה אינטרס. הפרת חוזה ואמון. באותה תקופה שוק המניות צלל. במילים אחרות, גם אם הברוקר היה מתנהג במקצועיות מלאה ומשקיע כמו שצריך, גם אז התיק היה מפסיד. מבחינת קרטין זה היה חוזה הפסד בכל סיטואציה. נניח שהתיק היה 100 ₪. נניח שהשוק ירד ב-30 אחוז. וכך התיק היה מגיע ל-70. אבל היו גם הפרות של חובות אמון שהגדילו את הנזק – נניח שהתיק עכשיו ירד ל-60. כתוצאה מכך. מה הפיצויים שמגיעים בגין ההפרה? כמה הם צריכים להחזיר כשהם מחזירים את תיק המניות לקרטין? האם 60, 70 או 100? כולנו מסכימים ש-60 זו לא התשובה הנכונה. מלץ היה אומר 70. מפני שההפרש בין 60 ל-70 נגרם כתוצאה מההפרה, אבל ההפרש מה-100 זה כתוצאה מחוזה הפסד. חשין היה נותן 100. השופט אנגלרד באותו מקרה פסק 100, והשופטים הסכימו. כשהוא כתב את פסק הדין הוא לא היה ער שהוא מכריע במחלוקת בין חשין למלץ הוא הגיע למסקנה זו כשהביא היקש מהמשפט הקנדי יש הוראה שאם ברוקר מפר חובות אמון הוא חייב בנזק. הוא מעיר כמה הערות בכיוון של חשין, אומר שהתנהגות של הנתבע היו לא מוסריות ויש מקום ליצור הרתעה ולכן יש גמול עונשי בנסיבות אלה. הסיבה לתת את זה היא בגלל שיקול עונשי.

מסקנה: לגבי אינטרס עונשי – מי שמכיר באפשרות לתבוע נזקי הסתמכות בחוזה הפסד, נותן ביטוי מסויים לפיצוי עונשי.

**בפס"ד אדרס** – מבוסס על אינטרס של עשיית עושר ולא במשפט לכאורה. אבל במצב שבו יש חוזה ובד"כ פוסקים כשיש חוזה עפ"י הכללים החוזיים. ב- אדרס נניח שהמחיר היה 100, ואח"כ עלה ל-150 ומכר לאחר, וערכו נשאר 150. התובע היה תובע את ההפרש בין 100 ל-150. מה היה קורה אם המחיר היה 140? היו תובעים 40. זה ההפרש בין המחיר החוזי למחיר השוק. אם היה 100 – אין נזק – ובכ"ז פסקו עפ"י עשיית עושר ולא במשפט זה כי דיני החוזים לא נתנו לו תרופה. יש פה הפרה באין נזק. אבל אם יש הפרה ונזק אז צריך לפעול עפ"י דיני חוזים. במילים אחרת היה ביטוי לפיצוי עונשי גם פה. הנימוקים שם גם היו של חינוך והרתעה.

פסק הדין לא קובע ולא מספיק חד בעניין זה -הוא לא קובע באיזה מצבים אפשר להשתמש בתרופה המיוחדת של השבת פירות ההפרה. פס"ד אדרס הוא חידוש בקנה מידה עולמי והרבה מדינות הולכים בכיוון הזה. בארה"ב אפילו הכניסו לריסטיינטמט של דיני עושר ולא במשפט, ורק בהפרה זדונית. וזה מדגיש שבמידה רבה זה משרת אינטרס עונשי.

עוד דוגמא לאינטרס עונשי – בהקשר לאכיפה ושערוך – נניח שמוכר לא מוסר ממכר והקונה מגיש תביעת אכיפה. ביהמש מתנה באכיפת שערוך. השערוך לא עונש אלא שומר על הערך הריאלי של הכסף. בגלל שהמשפט נמשך 3 שנים וערך הכסף נשחק, אנחנו משערכים לטובת המפר (בחוזה מכר שבו המוכר לא מסר את הממכר והקונה מגיש תביעת אכיפה, לאכוף ככה זה לא צודק, צריך שערוך של הסכום. הנפגע ישלם מה שהתחייב יחד עם הפרשי הצמדה). לא נותנים פרס למפר ולא עונש לנפגע. הכסף שומר על ערכו.

בפסד"ים שקראנו כשביהמ"ש נתן שערוך הוא לא נתן באופן מלא. הוא שיערך ב-70% מעליית המדד. אם המדד עלה ב-10 אחוז, אז משערים את הסכום רק ב-7 אחוז. הנימוק היה שלא ייצא חוטא נשכר, כדי לא לעודד מפרים להפר. גם כאן יש ביטוי הרתעתי-עונשי.

יש פס"ד שמבליט את זה עוד יותר – **ניר בוין נ' וילר אינטרנשיונל בעמ** (לא בסילבוס) – ניר הזמין מחברה זו שתבנה עבורו מבנה. הם קבעו מחיר – שהוא יהיה צמוד לדולר כי זה היה בתקופת אינפלצייה. החברה איחרה במועד הביצוע, בינתיים שער הדולר השתנה מאוד – מ61 שקלים ישנים לדולר – ל86. יצא שניר שילם הרבה יותר. מכפילים את הסכום ב-86 במקום ב61. אומר ביהמ"ש שאין פה נזק מפני שזה שמר על ערך הכסף. אבל הוא רוצה גם פיצוי על כך שנאלץ לשלם סכום יותר גבוה. אם היה לא משלם להם ומבקש אכיפה היו מפעילים 70% מההצמדה לטובת המפר. ביהמ"ש פוסק כנזק על הפרשי השער – 30% אחוז מהפרשי ההצמדה, כאשר ברור שזה כתוצאה מנימוק הרתעתי עונשי.

נק' אחרונה – בהצעת חוק דיני ממונות יש פיצויים עונשיים ממש, 2 סעיפי פיצויים שלא קשורים לנזק: האחד נקרא פיצויים לדוגמה – כתוב שאם ההפרה היתה זדונית יכול ביהמ"ש יכול לפסוק "פיצויים לדוגמא" ללא הוכחת נזק.

כמו כן, יש צו מרתיע – הצו המרתיע קובע שכשביהמ"ש נותן צו אכיפה ואם חושש שמי שניתן לו הצו לא יקיים אותו, הוא יכול לצרף צו פיצויים שאומר שכל יום שהוא לא מקיים את צו האכיפה הוא ישלם פיצויים בסכום מסויים.

פיצויים מוסכמים – אם פיצוי מוסכם נקבעו בחוזה באופן שחורג מהנזק שניתן היה לצפותו, ללא כל יחס סביר יכול להפחית. אבל אם זה סביר ישאירו אותו על כנו.

מצד אחד, אנחנו מאפשרים חריגה מסויימת מעל הנזק הצפוי בלי שביהמ"ש יתערב וזאת במידת מה כדי להרתיע מפני הפרה. מצד שני, ברגע שהענישה בולטת והסכום לא סביר לא מאפשרים את זה.

חופש החוזים – הוא חשוב אבל לא הדבר היחיד. ענישה זו פריבילגיה של המדינה, שמענישה במידה הרצויה, אבל לא של הפרט, לכן לא ניתן לצדדים את האפשרות להעניש.

פרו' אייל זמיר כתב מאמר על **האינטרס הנעלם, החסר**. במילים אחרות, **שחזור השקילות החוזית**. נכתב בעקבות פס"ד ארבוס. על איזה אינטרס מפצה ביהמ"ש בפס"ד זה?

היה ריבית. יש תרופות שהרציונל שלהן הוא כזה: המפר הפר את החוזה, הצד השני היה יכול לעמוד על אינטרס הקיום באמצעות אכיפה או פיצויים. או לעמוד על דרישה לביטול חוזה והשבה. לא עושה את זה. במקום זה נשער ונעריך את היה נראה החוזה אילו מראש היינו כורתים אותו בהתאם לאיך שהתבצע בפועל. בדוגמא של ארבוס – איך היה החוזה נראה אילו היינו מסכימים שמסירת הדירה תהיה באיחור של שנה? די ברור שהכסף היה משולם גם שנה אחרי. אז דחיית הקיום ותוצאות הצמדה והריבית משחזרות אחר חוזה מותאם שהתרחש בפועל.

דוגמא יותר טובה: מתייחסת לתרופה של ניכוי מהמחיר, שהגיע מחוק המכר. תרופה שלא קיימת בחוק התרופות, אבל היא נכללת מכורח 22 שאומר שיש עוד תרופות שניתן לאכוף אותן. תרופה זו אומרת שאם החוזה הופר בהפרת אי התאמה, כלומר המוכר מסר לקונה נכס לא מתאים, לא לפי מה שהוסכם, והערך שלו שווה פחות. וההנחה הנוספת היא שההתאמה הזו גורמת לירידת ערך של הנכס. ניכוי מחיר אומר שאם הנפגע לא רוצה אכיפה ולא רוצה לבטל את החוזה, הוא יכול לנכות מהמחיר את פחיתת השווי של הממכר.

אם הקונה עוד לא שילם את הכסף הקונה יכול לנכות או לקזז. ההבדל יעמוד בסעד עצמי.

2 התרופות יכולות או להיות כסעד עצמי או בתביעה לבית משפט – השאלה היחידה היא האם בזמן שהקונה שקיבל את הממכר הלא מתאים שילם כבר ואז יכול לתבוע אותם בביהמ"ש, או שעדיין לא שילם ואז ניתן להפעילם כסעד עצמי.

מצגת של גלברד =>

**מחיר כריתה:**

נכס מתאים – 100

לא מתאים – 75

ניכוי: 25.

**שווי במועד המסירה:**

נכס מתאים: 120.

נכס לא מתאים: 90.

פיצויים: 30.

הרציונל של שחזור שקילות החוזית – החוזה שונה, הנפגע מקבל את השוני, אבל בתנאי שמתאימים את החוזה למצב החדש. לא יכול שישלם עליו במחיר המקורי כשלא קיבל את הנכס במלואו, לכן ישלם את הסכום התואם לערך הנכס.

בחוזה הפסד

מחיר בכריתה:

נכס מתאים- 120

לא מתאים – 90

ניכוי – 30

מחיר במסירה:

נכס מתאים- 100

לא מתאים- 75

פיצויים – 25

במצב חוזה הפסד אינטרס הקיום ייתן תוצאה גרועה, ואינטרס שחזור השקילות – ניכוי - ייתן תוצאה יותר טובה. אינטרס השבה בוודאי ייתן לנפגע הכל ויבטל את ההפסד.

ואם הקונה מעוניין לשמור בידו את הנכס?

בסעיף 9(א) לחוק החוזים, הנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי חוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך".

בסעיף 494 בדיני ממונות: רשאי הנפגע גם אם ההשבה בעין אפשרית וסבירה, להשיב למפר השבת שווי או לדרוש מהמפר השבת שווי".

הדגמת שימוש בתרופות הביטול ע"י הקונה שמעוניין להותיר בידו את הנכס:

-בעקבות הביטול הנפגע צריך להשיב את הנכס הלא מתאים שבידו ולקבל השבה של המחיר החוזה (120)

-אולם הנפגע רשאי להותיר את הנכס בידו, השיב את שוויו (75) ולקבל השבה של המחיר החוזי (120). בפועל לאחר קיזוז זכאי הנפגע להשבה של 45.

-בפועל הנכס בשווי של 75 יישאר בידו של הנפגע, וכמו כן יקבל השבה על סך 45, כך שיהיה בידיו נכס בשווי 120.

ש"ב -

1. ע"א 846/75, עוניסון נ' דויטש, פ"ד ל (2) 398
2. ד"נ 21/80, ורטהימר נ' הררי, פ"ד לה (3) 253
3. ע"א 158/77, רבינאי נ' חברת מן שקד, פ"ד לג (2) 281. (מופיע בזכרון דברים)
4. ע"א 21/80 ורטהיימר נ' הררי, פ"ד לה(3) 25

**27/01/15**

(בוקר)

דיני התרופות הם דיספוזיטיביים. ניתן לקבוע בחוזה שלא יהיו תרופות. האם ניתן להתנות שלא תהיה אכיפה? כן. לדוג' ניתן לקבוע פיצויים לפי ס' 15, וניתן לקבוע שזו תהיה התרופה היחידה.

האם ניתן להתנות שכל התרופות אפשריות, אבל לגבי תרופת האכיפה לא יחולו הסייגים שלה? לא. למה?

1. חלק מהסייגים נובעים משיקולים מוסדיים של ביהמ"ש (ס' 3(3), ס 3(1)). לא רוצים שביהמ"ש יעשה מעצמו צחוק, ייתן צו אכיפה לא אכיף. לא ניתן לכפות על ביהמ"ש לעשות זאת, באמצעות תנייה בחוזה.
2. חלק מהסייגים משקפים שיקולים ציבוריים, שבהם עקרון חופש החוזים נסוג, ולכן יש להניח שההוראות הללו קוגנטיות.
3. הצדדים לא יכולים להתנות תנאים עונשיים ("אם תפר את החוזה – תהיה במעצר בית").
4. הכללים של צירוף תרופות הם קוגנטיים. זהו סייג על תרופת האכיפה שכמובן לא ניתן להתנות עליו.

**טענות הגנה**

לפעמים יש הפרה ובכל זאת הנפגע לא יהיה זכאי לשתי התרופות העיקריות (פיצויים ואכיפה):

1. חוזה הגרלה/הימור
2. סיכול.

**טענת סיכול:**

כיום מי שלא יכול לקיים את החוזה כתוצאה מסיכול הוא מפר, למרות שלא מייחסים לו שום אשם (ולפיכך אין חיוב בתרופות פיצויים ואכיפה). זה לא הוגן, כי לפעמים ההחלטה מי הוא "המפר" היא אקראית. לא תלויה בכוונה ובנכונות של הצדדים, אלא סתם בסדר החיובים בחוזה וכדו'.  
**בהצעת חוק דיני ממונות** הסיכול מתבטא באופן שונה: הוא לא טענת הגנה אלא גורם לפקיעת חוזה: התרחשות של נסיבות מסכלות (כיום ההגדרה היא: נסיבות שלא ניתן היה לצפות אותן. במבחן העתידי: נסיבות שלא נקלח לגביהן סיכון ולא היה אמור להילקח) מביאה לפקיעת החוזה.

פחות או יותר הכל צפוי, כמעט לא הכירו במצבים של סיכול. ביהמ"ש העליון קבע שאפילו מלחמה היא חלק ממהלך העניינים הרגיל בישראל.

**פס"ד כץ נ' ניצחוני מזרחי:** גלברד: פסק הדין יוצר תחושת אי נוחות. אמ"ן לא צפה את מלחמת יוה"כ, אבל כץ היה אמור לצפות אותה.

שלו: הגישה הזו הפכה את דין הסיכול לאות מתה. גלברד: זה לא מדוייק, כן מכירים לעתים רחוקות בסיכול, אבל אכן הגישה מאוד מצומצמת. דווקא בערכאות נמוכות מכירים בכך יותר מאשר ביהמ"ש העליון. איך זה קורה? קודם כל, ביהמ"ש העליון מתעסק בחוזים גדולים יותר, ולכן יותר קשה לפסוק על ביטול בגלל סיכול, וגם מניחים שהצדדים השקיעו בחוזה כזה יותר מחשבה ושקלו יותר אפשרויות. בנוסף פסיקת ביהמ"ש העליון היא מחייבת, ולכן נזהרים לא לפסוק זאת על מקרים גבוליים. כך גם בדיני טעות והטעיה: ביהמ"ש העליון נזהר יותר לפסוק שהיה פגם מאשר בימ"ש לתביעות קטנות וכדו'.

**פס"ד רגב נ' משרד הביטחון**: משרד הביטחון התחייב למכור לרגב מסכות שפג תוקפן, אך בעקבות פרוץ מלחמת המפרץ הוא השתמש במסכות במקום למכרן לרגב. השופט אנגלרד: יש קרבה רעיונית גדולה בין סוגיית הסיכול לחובת תום הלב (ס' 39): אם שינוי הנסיבות מאפשר את קיום החוזה – יש להתאים את החוזה לנסיבות מכוח סעיף 39. אם שינוי הנסיבות שולל את אפשרות קיום החוזה – זה סיכול. עמידה דווקנית על זכות הקיום במצב של סיכול מהווה חוסר תום לב, וכך הנפגע מהסיכול הופך בעצמו למפר.  
מדובר באמרת אגב (אוביטר), כי המדינה זכתה בדין מנימוק אחר ששייך למשפט הציבורי (הזכות של רשות ציבורית להשתחרר מחוזה בלי לשלם פיצויי קיום ובלי אפשרות לאכיפה החוזה, אם סיבת ההשתחררות היא אינטרס ציבורי).

**פס"ד בן אבו**: החברה עמדה במצב שערבויות בסכומים גבוהים היו מוחזקים בידי המדינה, ובגלל סיכול הם לא יכלו לבנות את הבתים שהתחייבו מול המדינה לבנותם. בן אבו נחשבים פה מפר (עם טענת הגנה של סיכול) ולכן לא יכולים לדרוש ביטול והשבה (כי זו תרופה לנפגע). המדינה לא מעוניינת לבטל, כי אז תצטרך להחזיר לבן אבו את הערבויות, וכך בן אבו נשארים תקועים. פסקו ביטול והשבה מכוח סעיף 39.

מבחן הסיכון של פרופ' פרידמן הוחל על סוגיית הטעות. הוא מציע לבחון מהי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה (איזו טעות מאפשרת לבטל חוזה ואיזו לא) לפי מבחן הסיכון החוזי. זה לא מקרי שמבחן הסיכון ההוא אומץ למבחן הסיכול. יש קשר הדוק בין טעות לבין סיכול. שתי הסוגיות משחררות מהחבות החוזית צד שנכנס לחוזה על סמך כוונה שמתייחסת למצב עולם אחר מזה שקיים/יתקיים בפועל. השגיאה יכולה להתייחס לגבי מצב עולם קיים (טעות) ויכולה להתייחס למצב עולם עתידי (סיכול).

**טענת ויתור**:

**פס"ד דלתא נ' שיכון עובדים**: (דיברנו עליו בהקשר של דחיית קיום.) חנות בבאר שבע שחברת דלתא רכשה משיכון עובדים. שיכון עובדים רצתה לדחות קיומה כי היה תשלום כלשהו שדלתא עדיין לא שילמה. אכפו את החוזה מכוח סעיף 39.

ויתור יכול להיות על תרופות בכלל, על תרופה מסוימת או אפילו על מופע של תרופה מסוימת.

**פס"ד שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים**: יש מחלוקת בין השופטים האם המתנה של שנים רבות כ"כ אחרי ההפרה (5 שנים) לפני ביטול החוזה מעידה על ויתור. מתייחסים לא רק לדברים שנאמרו במפורש אלא גם לדברים שמשתמעים, ומסתכלים על מכלול ההתנהגות של הצדדים. אם מדובר על סכסוך בלתי פתור – אין ויתור. אך יש התנהלויות שמעידות על ויתור. בנסיבות של שיכון ופיתוח השופט ברק הסיק ויתור על משהו ספציפי: ביטול ללא ארכה. (בהפרה לא יסודית צד זכאי לבטל את החוזה, אך מוכרח לתת קודם ארכה לצד המפר לקיים את החוזה). בזה שלא ביטלו את החוזה תוך זמן סביר, הם ויתרו על הזכות לבטל ללא מתן ארכה. אבל הם יוכלו לבטל את החוזה בתוך כל תקופה ההתיישנות בכפוף למתן ארכה (תקופה שבה הצד המפר יכול לקיים את החוזה ואז הנפגע לא יוכל לבטל).  
טירקל חשב שעיכוב כזה גדול מעיד שהם ויתרו בכלל על תרופת הביטול. ייתכן שבחוזה על סכום נמוך יותר היה נפסק כך, אך פחות הגיוני שהם ויתרו על מחצית התשלום בעסקה כ"כ גדולה.

תשובה לשאלה של סטודנטית; **ההבדל בין סיכון לצפיות**, באמצעות דוגמא: אם התחייבתי למכור דירה במחיר מסוים, ולאחר הכריתה מחירה עלה מאוד בגלל נחיתת חייזרים. במבחן הצפיות מדובר לכאורה על סיכול, כי לחלוטין לא היה ניתן לצפות זאת. במבחן הסיכון – עליית הערך היא סיכון שלקחתי על עצמי.

**טענת אשם תורם:** התרשלות תורמת

בד"כ פוגשים בטענת אשם תורם בדיני הנזיקין. הנזק שנגרם כתוצאה מהעוולה הנזיקית מיוחס בחלקו להתנהגותו של הניזוק, ובהתאמה מקטין את היקף האחריות של המזיק.

במשך שנים בדיני החוזים הרעיון של התרשלות תורמת היה רעיון הזוי, כי האחריות החוזית הייתה מבוססת על אחריות מוחלטת. לא משנה למה קיימת (למעט במקרה של סיכול) – אתה נחשב מפר. או שהייתה הפרה, והנזק כולו על ראשו של המפר, או שלא הייתה ואז הנזק כולו נופל על הנפגע.

בתי המשפט לא אהבו את התפיסה הבינארית הזו, כי המציאות היא שלעתים קרובות תהליך הפרת חוזה הוא התגלגלות של קטסטרופה נמשכת ששני הצדדים תורמים לה בהתנהלותם. השופט יודע ששני הצדדים התנהלו באופן לא תקין. במצב כזה, כששופט יודע שהחלטתו תפיל את כל הנזק על ראשו של אחד הצדדים – השופטים לחצו על הצדדים להתפשר, להסכים להליכי גישור. שם אפשר היה לחלק ביניהם את הנזק. כל עוד נשארו בדין הפורמאלי לא היה ניתן לחלק.

**פס"ד ברקי נ' אליאן** (של בימ"ש שלום אך כתוב כמו של ביהמ"ש עליון. נכתב ע"י השופט חמן שלח, שנרצח בפיגוע בראס בורקה עם כל משפחתו): מישהו הזמין הרחבה של בית בירושלים מקבלן. הוא לחץ את הקבלן במחיר, והקבלן נתן מחיר גבולי שבו כל סטייה קטנה הופכת את החוזה להפסדי. בזמן שחפרו לעשות יסודות למבנה החדש, התגלתה בחצר מערה ענקית. היה צריך לסתום אותה וכו', הגדיל מאוד את עלויות הביצוע והקבלן התחיל לגרור רגליים. התחילה התנהלות בעייתית של שניהם, ובסוף זה הגיע לבימ"ש. השופט החליט ששניהם תרמו באופן דומה להתגלגלות של תהליך ההפרה, ועשה תרגיל מבריק: מזמין העבודה תבע פיצויים מהקבלן, בהפרש בין סכום החוזה כשסגר עם הקבלן לבין כמה שעלתה לו העבודה כשסגר עם קבלן אחר (מעיד שהעסקה הראשונה הייתה בעייתית). השופט אמר שפיצויים לפי ס' 10 מחייבים הוכחה של קשר סיבתי, ושההוכחה על הקשר הסיבתי מתקיימת רק לגבי מחצית מהנזק, וכך הוא פסק לקבלן פיצויים רק על חצי מהסכום.

**פס"ד eximin**: ביהמ"ש (שמגר) מבסס את ההלכה כי אשם תורם אפשרי בדיני חוזים. הסיבות:

* חובת תום הלב: התנהלות הנפגע יכולה להיחשב כהפרה של חובת תום הלב, והתוצאה היא שאם יש לנפגע זכות לתרופה מסויימת – שוללים חלק ממנה.
* לפי הסיבתיות (כאמור)

השילוב משאיר שיקול דעת רחב מאוד לביהמ"ש.

האם התרשמות תורמת שייכת רק לתרופת הפיצויים, או דוקטרינה כללית לכל התרופות?

זה יותר פשוט בפיצויים כי מדובר על תרופה כמותית, אך יש פסקי דין גם על אשם תורם בתרופות אחרות.

דוגמאות:

* שערוך
* אכיפה
  + אכיפה כספית ניתנת לחלוקה.
  + סייג שיקולי הצדק מאפשר לביהמ"ש לא לאכוף אם האכיפה בלתי צודקת. התרשלות תורמת יכולה להוות שיקול כזה.
* השבה
  + השבה כספית ניתנת לחלוקה
  + ביהמ"ש יכול לפתור צד מחובת השבה. התרשלות תורמת יכולה להיות שיקול.
* ביטול בהפרה לא יסודית או בהפרה יסודית מסתברת (ס' 6 לחוק התרופות) כפוף לשיקולי צדק והתרשלות תורמת יכולה להוות שיקול כזה.  
  דוג': הפרה שאם הנפגע היה צופה אותה הוא לא היה מתקשר בחוזה, אך אם היה רואה הפרה דומה אך קטנה יותר קטן היה מתקשר בחוזה. התרשלות תורמת מפילה על הנפגע חלק מהאחריות להפרה, והחלק שנשאר על כתפי המפר הוא בגדר מה שאם הנפגע היה צופה מראש – הוא בכל זאת היה מתקשר בחוזה.

**בהצעת חוק דיני ממונות** אשם תורם נמצא בתת הפרק של פיצויים, וגלברד מקווה שיעבירו אותו לחלק הכללי.

**ההבדלים בין אשם תורם לנטל הקטנת הנזק (ס' 14)**

* אם הנפגע חדל מהקטנת נזקו במקום שיכול היה לעשות זאת במאמץ סביר - הוא לא יהיה זכאי לתרופה עליו. דוקטרינת אשם תורם מאפשרת חלוקה בנטל. גם בהקטנת נזק יש שיקול דעת של בימ"ש, באמצעות הפירוש של "מאמץ סביר", אך שיקול הדעת מצומצם יותר.
* נטל הקטנת הנזק חל מרגע שהנפגע מודע להפרה. התרשלות תורמת חלה עוד לפני ההפרה, בהתנהלות שמובילה בסופה להפרה.

ד"ר יהודה אדר: מאחר שתחולת אשם תורם רחבה יותר מתחולת הקטנת נזק (כל מקרה של הקטנת נזק יהיה גם אשם תורם, אבל לא כל מקרה של אשם תורם יהיה גם הקטנת נזק) הוא הציע לוותר בכלל על דוקטרינת הקטנת הנזק ולהישאר רק עם אשם תורם. זה לא התקבל בינתיים.

הקטנת נזק מצויה רק בתת הפרק של פיצויים, ולא חלה על כל הפיצויים. כמובן לא חלה על אכיפה וביטול.

באופן פורמאלי נטל הקטנת הנזק לא חל ביחס לפיצויים לפי ס' 11.

שעת סיפור: אדם קנה נכס ב-100 ₪. כשהמוכר צריך למסור את הנכס המחיר הוא 150 ולכן הוא מפר. הנפגע יכול לבטל, אבל הוא לא ירוויח מזה כלום (עדיין יצטרך לקנות ממישהו את הנכס ב-150 כי זה מחיר השוק כרגע). אולי הוא יחליט לחכות מתוך הימור שמחיר השוק ירד בהמשך עד ל-80, ורק אז הוא יבטל. במקרה כזה ביטול והשבה יגרום לו רווח של ממש. אם מחיר השוק יעלה הוא עדיין יוכל לבטל ולקבל את ההפרש. זהו הימור בטוח על מחיר השוק.

**פס"ד איינשטיין נגד אוסי** (השופט ריבלין): אם הנפגע התמהמה בביטול החוזה מתוך כוונה לעשות ספקולציה על מחיר השוק, הסנקציה תהיה שהחישוב של הפיצויים לפי ס' 11(א) תהיה לפי התאריך בו היה הנפגע צריך לבטל את החוזה לו היה נוהג בתום לב. זה בעצם הכנסה של נטל הקטנת הנזק גם בביטול.

**פס"ד אגד נ' אדלר**: הכנסה של נטל הקטנת הנזק למקרה של אכיפה.

לסיכום: אפשר להשתמש באשם תורם גם בתרופות אחרות, ונראה שאפשר גם בהקטנת נזק (לא בהכרח בביטול, אבל באכיפה כן).

**אכיפה**

צו של ביהמ"ש שמורה על קיום החיוב עצמו (לא על תחליף כספי).

זו התרופה שמגינה באופן המובהק ביותר על אינטרס הקיום, ולכן נתפסת כתרופה החוזית הראשונה במעלה.

אם לנפגע יש את הכוח לבחור בין התרופות – הראשונה שעומדת בתור להיבחר היא האכיפה.

אכיפה היא לא סעד עצמי, בניגוד לביטול ובניגוד לפיצויים שיכולים לעתים להיעשות בצורת סעד עצמי (קיזוז).

יתרונות של תרופת האכיפה על פני פיצויים:

* מקיימת באופן הנאמן ביותר את הרעיון שביסוד החוזים (חוזים יש לקיים).
* לפעמים הנזק שהנפגע חש שנגרם לו – גדול בהרבה מהערכה האובייקטיבית של הנזק (למשל בגלל סנטימנטים). לפעמים ניתן לכמת דרך ס' 13 (נזק לא ממוני), אך בנושא של נזק ממוני הפסיקה קובעת שהפיצויים נעשים לפי שווי אובייקטיבי, מתעלמים מתחושות סובייקטיביות של הנפגע.
* **פס"ד אדרס**: תרופת האכיפה מגבירה את הביטחון בקיום חוזים. יש לכך תועלת רבה לשוק, בעיקר: ירידת מחיר של עסקאות. אם אין ביטחון יוצרים מנגנונים חוזיים שיבטיחו את העסקה ומייקרים את החוזה, לדוג' ערבויות.  
  **הפרה יעילה:** הפרה שבה כל אחד מהצדדים הוא לפחות במצב בו הוא היה אמור להיות לו החוזה לא היה מופר, ולפחות אחד מהצדדים נמצא במקום טוב יותר. דוגמא: א' התחייב למכור נכס ל-ב' ב-100 ₪. ג' רוצה לקנות את הנכס של א' ומוכן לשלם 150. א' ימכור ל-ג' ומאחר שהפר את החוזה מול ב' – ישלם ל-ב' 100 ₪. כך ב' לכאורה לא הפסיד (קיבל 100 ₪) ו-א' הרוויח עוד 50. ג' ממילא מוכן לשלם 150 אז לא מפסיד כלום. אז לכאורה פיצויים מאפשרים הפרות יעילות.  
  אבל הפרה צפויה עומדת בסתירה לתפיסת הצדק שלנו, כי קיום הבטחות הוא ערך שעומד בפני עצמו. גלברד מוסיף בסוגריים: אם מסתכלים על השפעות כלליות על השוק מבינים שהפרה יעילה היא בעצם לא יעילה גם באופן כלכלי. אכיפה מתמודדת עם זה ומחזירה את הביטחון.

במשפט האנגלי אין לנפגע זכאות לאכיפה אלא לפיצויים. כדי להגיע לאכיפה יש להזדקק לדיני האקוויטי.  
במשפט הישראלי אכיפה היא זכות מוקנית של הנפגע, אבל היא כפופה לארבעה סייגים. המגמה היא לפרשם בצורה מצמצמת ככל האפשר, בכדי שזכות האכיפה תהיה ברירת המחדל.

(צהריים)

**סייגי אכיפה:**

**סעיף 3 (1):** כאשר החוזה אינו בר ביצוע - הרציונל שמאחורי סייג זה הוא מוסדי. בית משפט לא רוצה לעשות מעצמו צחוק ולתת צו אכיפה שלא ניתן לקיים. – דוגמאות: נניח נכס, נשוא החוזה, אבד או הושמד. רק אם זה נכס ייחודי, מפני שהמון נכסים כמו מטלטלין – יש להם נכס תחליפי. מניעה חוקית - **פס"ד ורטהיימר**, נניח שהקונה השני היה מגיש כנגד המוכר תביעה לאכיפה. ביהמ"ש לא ייתן צו אכיפה לחוזה השני כי יש זכות רק לקונה הראשון. דוג' נוספת- נניח שהיה הסכם לבניית נכס, והחוק שונה כך שהנכס יהיה בלתי חוקי בנסיבות, החוזה הופך לבלתי אפשרי לביצוע.

התחליף לאכיפה במקרה זה הוא פיצויים. אבל אם נבצרות החוזה היא כזאת שיכולה לענות על מבחני הסיכון והצפיות של עילת הסיכול, אז אי אפשר לתבוע פיצויים.

\*תזכורת: בהשבה לנפגע יש את הכוח המשפטי להחליט אם הוא רוצה את הנכס עצמו או את השווי הכספי. בפגמים בכריתה: רק אם השבת הנכס בלתי אפשרית או סבירה.

לפעמים כאשר האכיפה איננה אפשרית ישנה **דוק' אכיפה בקירוב** - ביהמ"ש העליון מכוח ס' 39 החיל את דוק' זו. גלברד נתן מקרה באחד המבחנים על מפעל של עובדים שהיה נורא חם בקיץ, והזמינו חברה שתצפה את הגג ביריעות מבודדות מסוג מסויים. ואחרי שהחוזה נכרת ולפני שהוא בוצע, הסתבר שהיריעות הללו מסרטנות ואסור להשתמש בהן עפ"י הוראה חדשה ממשרד הבריאות. אבל יש יריעות אחרות שעושות עבודה דומה. זו דוגמא קלאסית לכך שניתן לבצע אכיפה בקירוב. אם הצד השני יגיד אי אפשר, התשובה לכך תהיה – אפשר כמעט, בקירוב. דוק' זו מבוססת על ס' 39, ועכשיו מבוססת על פסיקה של ביהמ"ש העליון. **בהצעת חוק דיני ממונות** יש חוק מפורש שנוגע לדוקטרינה זו – ליד תרופת האכיפה, יש הוראה שמאפשרת אכיפה בקירוב, ובהוראת הסיכול – כאשר יש נסיבות מסכלות יש אופציה להפעיל דוק' זו.

לפעמים כשהאכיפה הזו לא צודקת ומעמידה את המפר בהוצאות לא סבירות, אפשר להשתמש בסייג הצדק וביהמ"ש ישקול אותה מחדש.

**סעיף 3 (2):** אכיפת החוזה לקבל או לעשות שירות/עבודה אישית – הרציונל כאן נובע מתפיסות היסוד של חירות האדם. באחד מפסקי הדין נאמר שאכיפה לעשות או לקבל שירות אישי נודף מהם ריח של עבדות. דוגמא: אומן מחול שהתחייב להופיע באירוע, והוא לא רוצה. נאכוף עליו לרקוד?

שאלת הגבולות מתעוררת בדיני עבודה- יש לא מעט מצבים בהם עובד פונה לבית דין לעבודה, בטענה שפוטר שלא כדין. עכשיו השאלה האם במקרה כזה מוגבל בית הדין לתת אפשרות לעובד לתת פיצויים וזהו? או שלא שניתן להחזירו לעבודה? בשפה החוזית זו אכיפה. מתי יחול סייג זה? איפה הגבול?

שני פסדי"ם ידועים בהקשר לכך –

**בג"צ צורי נ' ביה"ד הארצי לעבודה –** המבחן שנקבע שם היה לא מוצלח **–** האם העבודה שמדובר בה קשורה לכישורים אישיים של עובד? היה מדובר על תועמלן רפואי. מבחן זה לא טוב לדעת גלברד, כי בהרבה מקרים עובד מועסק על סמך כישוריו. כלומר, המבחן אומר שאם העובד מועסק על סמך כישוריו האישיים זה עבודה אישית, ולכן לא ניתן להחזירו לעבודה.

תיקון להלכה זו **פס"ד בית הדין לעבודה ומפעלי תחנות**  - באמירות של ביהמ"ש העליון בפסיקה מאוחרת מקבל שהמבחן הנכון יותר הוא מפסק דין זה. זה סוג הקשר שמתקיים בין העובד למעביד. בחברה שיש בה מעביד ו2 עובדים, זה קשר אישי. שם יימנעו ממתן צו אכיפה. המעביד לא יכול לראות את הפרצוף של העובד. אז ביהמ"ש יאכוף עליו להעסיק אותו?! לא, התרופה תהיה פיצויים. אבל אם המעביד יושב במשרדי החברה באיזור התעשייה ברמת החייל – ובמפעל 1,500 עובדים, והעובד שמדובר בו מכיר את מנהל המחלקה בה הוא עובד, ולא את מנהל האגף וכל הקודקודים מעליו. שם אין קשר אישי בין המעביד לעובד, ובמקרה כזה לא תהיה מניעה לאכוף את עיסוקו של העובד.

**סעיף 3 (3):** ביצוע צו אכיפה דורש פיקוח בלתי סביר של ביהמ"ש – גם כאן השיקול מוסדי. הרעיון הוא שביהמ"ש הוא לא גננת. יש הבדל בין חוזה שעוסק במערכת יחסים קצרת מועד שאפשר לאכוף בקלות את מכירת הנכס לדוגמא, לבין מערכת יחסים ארוכה ומחייבת בין הצדדים. במקרה כזה צריך לתת צו אכיפה וסביר להניח שייווצרו כל הזמן התערבויות של ביהמ"ש – אבל לא רוצים את זה, זה מבזבז זמן שיפוטי. אבל באותה רוח שביהמ"ש מפרש בצמצום סייגים אלו, **בפס"ד אוניסון** **נ' דויטש** אנו רואים שהוא ממנה כונס נכסים שיפקח על החוזה ועל בניית הבניין וזה עבד מצויין.

**סעיף 3 (4):** סייג הצדק – אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין. זה סייג רחב, הרבה מקרים יכולים להיכנס בגידרו. השאלה היא – איזה צדק? צדק פרטי או ציבורי? האם מתייחסים לצדק רק בין המפר והנפגע, או לוקחים שיקולים רחבים יותר של תקנת ציבור?

**בפס"ד ורטהיימר** – לכאורה לוקחים בחשבון רק שיקולים של 2 הצדדים. העובדות: יש מוכר ויש קונה א' וקונה ב'. מה ההבדל בין 2 הקונים? קונה א' שילם מעט, תשלום קטן, אבל הראשון בזמן. קונה ב' שילם הרבה. השני בזמן. אולי זה נוטה לכיוון מי ששילם יותר? קונה א' לא קיבל את החזקה בנכס, קונה ב' כן קיבל. קונה א' התחייב למיליון, קונה ב' התחייב ל-800 אלף (שילם במזומן). גלברד אומר שהמוכר רצה לעשות 2 עסקאות, לקחת את הכסף ולברוח. קונה א' שילם רק מקדמה על חשבון התשלום, קונה ב' שילם את הכל, חצי מהסכום כשלא ידע על קונה א', וחצי כשידע. כאשר דנים באכיפת החוזה לטובת קונה א' – האם צריך לקחת שיקולי צדק רק בינו ובין המוכר? או שצריך להתחשב גם בשיקולים נוספים – בקונה ב'? לפי חלק מהיסודות שיש כאן, בהסתכלות פשטנית, יותר צודק לאכוף לטובת קונה ב'. מה אומר ביהמ"ש? עדיפות למוכר א', וביהמ"ש אומר שצריך להפעיל את שיקולי הצדק רק בין קונה א' והמוכר. לא לוקחים בחשבון את מצבו של קונה ב'. אפשר היה לחשוב שפס"ד זה אומר ששיקולי צדק הם פרטיים בלבד ואין מקום להתחשב בשיקולים חיצוניים.

אם המוכר היה בורח, לטובת מי היו אוכפים את הדירה? זו שאלה לא פשוטה. כאן לכאורה אפשר היה להגיד צדק פרטי, ביהמ"ש מסתכל רק על קונה א' והמוכר, כאשר במערכת היחסים בינהם קונה א' פעל בתום לב וניתן לאכוף. מתעלמים מקונה ב'.

מה קורה כשיש התחייבויות סותרות? התחייבות הקניית זכויות לא', ואז התחייבויות זכויות לב'. ס' 9 לחוק המקרקעין, וס' 12 לחוק המטלטלין (גם זכות) מתייחסים לזה. הכלל הוא שההתחייבות הראשונה בזמן גוברת, אלא אם ההתחייבות השנייה בזמן היתה בתום לב (ללא ידיעה על זכותו של קונה א' ע"י קונה ב'), ושהקניין עבר לשני לפני הראשון בעודו תם לב. במקרקעין הבעלות עובדת באמצעות רישום, במטלטלין הבעלות עוברת באמצעות מסירה.

נחזור למקרקעין – אם השני נהג בתום לב והנכס נרשם על שמו, יש עדיפות לקונה ב'. אבל במקרה שלנו – הקונה השני לא פעל בתום לב ולכן לא זכה לעדיפות.

בעבר היו כאלה שנטו לחשוב שכאן ביהמ"ש רומז ששיקולים של צדדים שלישיים לא מעניינים, זה לא נכון.

יש פסיקה שביהמ"ש מתחשב בשיקול צדק רחב – **פס"ד לוין נ' לוין** – אחת החלופות שביהמ"ש מגיע אליה זה שאלת האכיפה. בהנחה שזה חוזה, בעל תוקף משפטי, האם לאכוף את הסעיף שאוסר על הצגת החוזה בפני ביהמ"ש? זמיר אומר ששיקולי הצדק רחבים, לוקחים את שיקול הצדק של הצדדים וגם חיצוניים – טובת הילדים. גם אין מגבלת זמנים וסוג שיקולי הצדק. משאיר שיקול דעת לביהמ"ש, בכפוף לדבר אחד – זה סייג שאחרי הכל משתמשים בו בצמצום רב.

**בפס"ד אזימוב נ' בניימני** – השאלה של שיקולי צדק מוצגת במלוא חריפותה. למה בני הזוג בנימיני לא קיימו את התחייבותם, ולמה טוענים שאכיפה תהיה בלתי צודקת? פרידה מהבית תגרום למשבר נפשי לגברת בנימיני עד כדי כך שאכיפת החוזה תהיה בלתי צודקת. מנגד גם לקונה לא היו חיים קלים. הבן שלה לא בריא וזקוק לטיפול והשגחה צמודים והיא העתיקה את מקום מגוריה מארה"ב לישראל כדי לגור ליד אחותה שתעזור לה.

השאלה המשפטית היא – האם סייג הצדק חל?

כמה אמירות של הש' חיות: הואיל ואכיפה היא הכלל, והסייג הוא החריג, הנטל הוא על המפר. יש לפרשו בצמצום, אחרת הופכים את היוצרות.

צריך להתחשב במכלול הנסיבות עד מתן פסק הדין. ציר הזמן בלתי מוגבל, היקף השיקולים לא מוגבל.

מלכתחילה כפות המאזניים נוטות לטובת הנפגע לאכיפה כסעד בכורה.

למרות שצדק הוא רחב ידיים ואפשר להתחשב בציר הזמן לדברים שקרו אחרי ההפרה ולפני, שיקוליים חיצוניים וכו', בסופו של דבר השימוש בו צריך להיות זהיר ולא מוגזם. זה סייג עמום.

במצבים מסויימים יכול להיות ששיקולי צדק ימנעו אכיפה, אבל בית המשפט יכול להתנות את האכיפה ע"י תנאים ס' 4 לחוק התרופות – ותנאים אלה יעלימו את אי הצדק ויקיימו את אכיפתו של החוזה.

לדוגמא שערוך – בתקופה של אינפלציה משמעותית, מוכר של נכס מפר את חובתו למסור את הנכס, הקונה מגיש תביעת אכיפה, לוקח זמן עד למועד פסק הדין, בזמן זה היתה אינפלציה ששחקה את התמורה הכספית שהקונה אמור לשלם, ואז נוצר מצב שהקונה יצטרך לשלם את הסכום הנומינלי (הנקוב, כלומר לא הריאלי) בחוזה כנגד קבלת נכס ששוויו הרבה יותר גבוה. במקרה כזה ביהמ"ש קבע שמכוח סעיף 4 לחוק התרופות הוא יכול להתנות את האכיפה בכך שהנפגע ישלם את הסכום כשהוא משוערך, צמוד למדד. השערוך לא יהיה מלא (הנימוק: לא לתת פרס למפר) 70-80 אחוז, מתוך שיקולים עונשיים הרתעתיים.

**פס"ד ורטהיימר השני –** היתה מחלוקת על שערוך המחיר לקונה א'. במקרה רגיל משערכים 70 אחוז מהפרשי ההצמדה, נגיד הסכום מ-500 עלה ל-1000. יעלו בד"כ רק 70 אחוז. אמר ביהמ"ש: ככה זה כשההפרה היא לא זדונית, אבל כשההפרה היא זדונית, כשהמוכר נוכל שמכר את אותה דירה פעמיים – שם ניתן לעשות שערוך של רק 50%. השיקול הוא עונשי. נועד להרתיע מפרים ולשדר מסר של סלידה ממעשה ההפרה.

כמה חידושים שיש לגבי תרופת האכיפה **בהצעת חוק דיני ממונות**:

האכיפה מתייחסת גם לעוולה נזיקית, תרופה ראשונה במעלה. בנזיקין נותנים ברוב המקרים פיצויים אבל אפשר גם אכיפה.

הוסיפו סייג נוסף לאכיפה – כשאכיפה לא מתאימה לאופי ההפרה. הפרה שלא מתאים לה אכיפה, מתכוונים בעיקר לאכיפה של עוולה נזיקית. החשש הוא שברוב המקרים יתאימו פיצויים.

סעד האכיפה מקבל חיזוק באמצעות תרופת עזר – צו מרתיע. ביהמ"ש יכול לקבוע שכל יום שהחוזה לא מקויים המפר ישלם פיצויים. נועד לתמרץ את המפר לציית לצו האכיפה.

שינוי נוסף – אכיפה בקירוב, חוק פורמלי לעומת קיומו בפסיקה בלבד היום.

ברוב המקרים סייג הצדק לא חל כשמדובר על אכיפה של חיוב כספי. יחד עם זאת במקרים חריגים יכול לעבוד באכיפה של חיוב כספי כאשר זה סוג של הקטנת נזק – **פס"ד אגד נ' אדלר** – נראה שפסק דין זה קובע שבעצם אכיפה כפופה בדרך עקיפה לנטל הקטנת נזק דרך סייג הצדק, ושזה מופעל גם ביחד לאכיפה של חיוב כספי. במקרה זה ביהמ"ש מצמצם את היקף האכיפה הכספית באמצעות סייג הצדק. (להתמקד בפסק דין זה בפסקה 21 ועד 35 כולל).

ס' 5 – גלברד לא לימד, לקרוא לבד.

**ביטול החוזה:**

סעיפים 6-9. יש הבדל בין ביטול בשל הפרה וביטול עקב פגם בכריתה.

כאשר מדובר בפגם בכריתה לביטול יכולים להיות נלווים אך ורק פיצויי הסתמכות, כי בביטול הצד שמבטל מביע את רצונו לכך שלא יהיה חוזה. הוא רוצה לחזור למצב הטרום החוזי כיוון שהליך הכריתה היה פגום, ולכן יכול לקבל עלויות הסתמכות והשבה.

לעומת זאת בהפרה עדיין רוצים, למרות הביטול, את אינטרס הקיום – פיצויי קיום.

צריך להיזהר: כי אם יש עילת ביטול בשל פגם בכריתה והפרה, אם זה חוזה רווח – עדיף לבטל בשל הפרה כדי לקבל את הרווח הנמנע.

פיצויים מוסכמים: בפגם בכריתה לא יקבל אותם כי החוזה בוטל מתוך אינטרס לחזור למצב בו לא קוים החוזה, והלקוח רוצה לצאת ממנו. בהפרה – מגיע לו אותם.

עמר מכר חלקת קרקע לחברת קדמת דקל, לא סיפר לה שכבר אין לו זכויות בחלקה זו. בוטלו ע"י מנהל מקרקעי ישראל. יש כאן הטעיה. העובדות האלה מבססות טענה של הפרה כיוון שלא מסוגל לבצע את החיובים אליהם התחייב. העו"ד התרשל בכך שתבע על סמך פגם בכריתה ולא הפרה כי היו ללקוח רווחים גדולים יותר.

ביטול חוזה בשל הפרה נפקע – לא צריך להמשיך לקיים חיובים, אבל במקומם נכנסים חיובים משניים של המפר.

**סעיף 8:** ביטול זו תרופה עצמית – באמצעות הודעת ביטול תוך זמן סביר, ואם מדובר בהפרה לא יסודית, תוך זמן סביר אחרי הארכה. הודעה בעל פה גם אפשרית, למרות שיהיה קשה להוכיחה. גם תביעה לביהמ"ש לפיצויים מהווה הודעת ביטול.

כמו כל תרופה עצמית – ביטול יוצר סיכון לנפגע. אם לא איבחן נכון את הנסיבות, הוא ביטל שלא כדין. הוא הופך להיות מפר וזו הפרה יסודית.

**רונן נ' סעלר –** מודגם שם.

באופן מעשי העניין בד"כ יגיע לביהמ"ש, למשל – המפר כופר בתוקף הודעת הביטול ולכן לא משיב את הנכס. מכיוון שהשבה היא לא סעד עצמי אין ברירה אלא ללכת לביהמ"ש. במקרים אחרים ביטול חוזה מחייב פעולות נלוות שמצריכות סיוע של רשויות, פקידים. ביטול חוזה במקרקעין, הנכס רשום על הקונה, ואם יבואו לפקיד בבקשה לבטל את שם הקונה הוא יגיד שזה לא אפשרי אלא רק ע"י ביהמ"ש. דוגמא נוספת היא הודעת ביטול החוזה ותביעת אכיפה כנגד, שאלת הביטול תידון – האם היא היתה חוקית בעקבות הפרה?

כשביהמ"ש יחליט שהביטול היה כדין – הוא רק מכריז שהביטול היה כדין, לא מבטל. בעוד שאכיפה יונקת את כוחה מהצו של ביהמ"ש. הביטול רק מקבל אשרור בצו ביהמ"ש.

**ס' 6 לחוק התרופות** – מבחין בין הפרה יסודית ללא יסודית. חשוב בעיקר הקשר לתרופת הביטול.

איך מבחינים בין יסודית ללא יסודית? התשובה היא שיש 2 סוגים של הפרה יסודית: מוסכמת ומסתברת.

**מוסכמת** – אותם תנאים שהצדדים קבעו שהפרתם תיחשב להפרה יסודית. יחד עם זאת – לכתוב בחוזה שכל הפרה של החוזה היא יסודית, זה אומר שאין הפרות יסודיות מוסכמות. כי לא הקדישו לכך מחשבה. זו נק' המוצא של החוק.

**בפס"ד אבוזן** אומר ביהמ"ש שגם הפרה יסודית מוסכמת יכולה להפוך להפרה לא יסודית. אם למשל הצדדים בהתנהגותם שיקפו שזו לא הפרה יסודית, והנסיבות השתנו כך שההפרה אינה יסודית.

**מסתברת** – פה העסק קצת מסובך.– השאלה היא כזאת: כאשר אנחנו מדברים על המבחן של סעיף 6, שהפרה יסודית מסתברת היא הפרה שניתן להניח שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אם היה רואה מראש את ההפרה ותוצאותיה. מי האדם הסביר? מדובר באדם שעומד בנעליו של הנפגע. הנפגע לא היה מתקשר בחוזה אם היה רואה מראש את ההפרה.

העסק הופך למורכב ב**ביטון נ' פרץ.**

העובדות: א' מוכר לב' שמוכר לג' שמוכר לד'. א' איחר לשלם לב', ולכן ב' איחר לשלם לג'. ועכשיו ג' תובע על איחור, וטוענים שההפרה שלהם לא נראית יסודית כי זה כמה ימים, אבל זו כן הפרה יסודית כי זה גרם לביטול החוזה. מתקיים פה דיון נוסף – האם איחור בתשלום כסף הוא הפרה יסודית או לא? נחזור לזה אחר כך.

איזה צפיות בודקים? האם זה היה עוזר אם ג' היה מספר לב' בעת כריתת החוזה בינהם על החוזה שלו עם ד'? ג' בעצמו לא ידע את זה. בזמן שהחוזה בין ב' לג' נכרת, לא היה חוזה בין ג' לד'. הדרישה היא לצפייה בנקודת זמן ספציפית – מועד כריתת החוזה.

מה השורה התחתונה של פסק דין זה? ביהמ"ש אומר שהאדם הסביר יכול להיות היפותטי ולא דווקא הנפגע. סוג של הכלאה בין המפר והנפגע. זה הנפגע אבל בעצם אם זה נסיבות מאוד מיוחדות שעושות את ההפרה ליסודית, זה צריך להביא לידיעתו של המפר אחרת זה לא הפרה יסודית. יש שם הפנייה להגדרת הפרה יסודית באמנת המכר הבינלאומית: הפרה יסודית מסתברת היא כאשר המפר יכול היה לצפות שהנפגע לא היה מתקשר בחוזה אילו היה יודע את ההפרה ותוצאותיה. במילים אחרות, אם יש לנפגע רגישויות מיוחדות, צריך לעדכן את המפר ואז מתקיימת אצל המפר הידיעה שהנפגע לא היה מתקשר בחוזה. אבל אצלנו אין את הנוסחה המתוחכמת הזו, ולכן באמצעות פרשנות של סעיף 6 מגיע ביהמ"ש למסקנה דומה. קובע שבנסיבות מיוחדות צריך להביא לידיעת המפר ורק אז זה הפרה יסודית.

**29/01/15**

דיברנו על הפרה יסודית מוסכמת או מסתברת.

למה צריך הבחנה זו? שלא כל נפגע יבוא ויבטל חוזה. יש הבדל בין תנאי הביטול בהפרה יסודית לבין לא יסודית.

בהפרה יסודית יש לנפגע לכאורה זכות מקונית לביטול. לא צריך לתת ארכה. הביטול לא כפוף לשיקולי צדק. אבל יש רמיזה בפסיקה שכפוף לעיקרון הכללי תום לב. המשמעות האופרטיבית של זה היא מוגבלת ביותר.

האם יש מקום לתת ארכה בהפרה יסודית? לא צריך לתת לכאורה.

אבל במקרים שבהם יש ספק אם ההפרה יסודית או לא, ואז עיצה פרקטית טובה לנפגע היא לתת ארכת חסד שהיא לא הכרחית. מפני שאם יסתבר שזה לא הפרה יסודית עדיין ביטל כדין.

**פס"ד מעלה אדומים / ביטון** – מתי עוד תידרש מתן ארכה?

מתן הביטול הוא תוך זמן סביר מאז שנודע לנפגע על ההפרה. בהפרה לא יסודית זמן סביר ממתן הארכה. ברגע שלא הודיע למפר תוך זמן סביר לכאורה הוא ויתר על תרופה זו.

ההלכה היא שאפשר "להחיות" את הביטול בהפרה יסודית כל זמן שהנפגע רוצה אם נתן ארכה לפני. במעלה אדומים עשו זאת אחרי 5 שנים. ההפרה נשארת יסודית, זה לא אומר שהפכה לא יסודית. הנימוק הוא, כמו שאמרנו, הפרה יסודית לא כפופה לשיקולי צדק, בניגוד ללא יסודית.

בהפרה לא יסודית – מרגע ידיעת הנפגע, אם רוצה לבטל צריך לתת ארכה, למשך זמן סביר. אחרי הארכה יש לו זמן סביר לבטל. אם לו נתן הודעת ביטול, מתפרש כויתור. אם מנסה להחיות אותה שוב, יש שיקולי צדק: מה מידת האשם הנפגע, מה עוצמת הנזק שתיגרם למפר לעומת הנפגע. דומה מאוד לסייג הצדק באכיפה. תלוי בנסיבות.

אם הנפגע מודיע על ביטול, לחזור בו ואז לבקש אכיפה – אי אפשר לעשות אלא אם הסתבר שהודעת הביטול נתנה עקב טעות/הטעיה/עושק/כפייה ואז זה יהיה אפשרי.

7ג' – עוסק בביטול חלקי. הרעיון הבסיסי שאפשר לקיים את החוזה ולהצילו, אנחנו מעדיפים לעשות את זה.

הודעת הביטול: היא זאת שיוצרת את הביטול. היא האקט הנדרש לצורך הביטול. עדיפה תמיד הודעה פורמלית לשם הוכחה. צריכה להיות ברורה ומפורשת.

האם צריך שהודעת הביטול תנמק את מתן הביטול? הנטייה בפסיקה היא לומר שכן. יחד עם זאת, הנימוק יוצר סיכון, מפני שמה שכן ברור בפסיקה, היא שאם נימקתי את הביטול והוא לא היה מספיק יסודי או נכון, אבל היה נימוק אחר שכן הקנה לו ביטול, הודעת הביטול לא תופסת והנפגע הופך למפר.

לשים לב – אם הנפגע מעוניין לבטל חוזה, בעיקר בהפרה יסודית, כדאי שיפעל כמה שיותר מהר. כי כל עוד לא ניתנה הודעת ביטול המפר יכול לתקן. ואם הוא תיקן, הוא שלל את אפשרות הביטול. הוא לא שלל את העובדה שיש הפרה. התיקון של ההפרה לא שולל את העובדה שהיתה הפרה, ולכן יהיה ניתן לתבוע פיצויים שכבר נגרמו.

במשפט האמריקאי – יש התחשבות בהסתמכות הנפגע בהפרה, ולכן בסיטואציה בה למשל הנפגע כבר נכנס למו"מ לעסקה אלטרנטיבית בעקבות ההפר, כשמפר מנסה לתקן את ההפרה זה לא יעזור לו.

**בעילת ההשבה**:

בעקבות הביטול -

החיובים של 2 הצדדים מתבטלים. אם היתה החלפה של תמורות צריכים להחזיר אותם אחד לשני.

לנפגע יש יכולת הבחירה לגבי האם לקבל את הנכס עצמו או שוויו הכספי. מה שהופך את זכות הביטול לסוג של תרופה כספית, אם רוצה בכך.

שאלה שהתעוררה בפסיקה ובספרות: יש חוזה בין א לב'. שבמסגרתו א' מעביר נכס לב'. ב' מכר את הנכס לג'. עכשיו ב' מפר את החוזה כלפי א', למשל משלם באיחור. א' מבטל. מה דינו של הנכס? במילים אחרות, מה הם זכויות של צדדים שלישיים שהביטול יכול להשפיע עליהם בעקבות ביטול החוזה?

הפסיקה אמרה – שאם הביטול של החוזה בין א' לב' היה בשל פגם בכריתה ולא בשל הפרה, נניח ש- א' ביטל בגלל הטעיה או עושק וכו'. אז בזמן שב' מכר לג' הזכות של א' לביטול היתה קיימת. החוזה היה פגום מיסודו אפילו שלא ביטל עדיין. עילת הביטול היתה טבועה בחוזה. לכן זכות א' לביטול והשבה קדמה לג'. לכן במצב כזה היא שהנכס יחזור לא', אלא אם כן ג' פעל בתום לב ובתמורה, ויש מחמירים שאומרים שצריך לעמוד בתנאי תקנת שוק (לא צריך לדעת מה זה, דיני קניין).

אם ביטול הוא בשל הפרה, ו**המכינה** לג' היתה לפני ההפרה, בזמן שג' רכש את הזכות, לא' עוד לא היתה זכות ביטול, ולכן במקרה כזה ג' גובר.

השאלה שמתעוררת היא האם העדיפות של ג' היא רק אם החוזה עם ג' אחרי שא' נתן הודעת ביטול, כאן אין ספק שא' גובר, יש אומרים שנקודת הזמן הקובעת היא מועד ההפרה ולא מועד מתן הביטול, כי הזכות לביטול קיימת כבר שם. שלו ואדר מעדיפים גישה זו.

**פס"ד כלנית השרון** קובע שההשבה בסעיף 9 לחוק התרופות, צריכה להיות בערכים ריאליים, לא משנה מי מחזיר – המפר או הנפגע, צריך להוסיף לו הפרשי הצמדה וריבית.

ברק כותב שם שיהיו מקרים שבהם אם יש השבה בכסף במקום השבה של הדבר עצמו, יהיה מקרים שבהם הערך של ההשבה ייקבע לפי הערך של הנכס או השירות במועד כריתת החוזה ולא בשערוך ממועד ההשבה.

גלברד חושב שזה שגוי.

נק' אחרונה ביחס להשבה – **15 [ג]** – מדבר על מצב שבו הצדדים קבעו מראש בחוזה שאם יבוטל ותהיה חובת השבה, הנפגע זכאי להשיב פחות מהשבה מלאה. זכאי להשאיר אצלו חלק ממה שצריך להשיב.

דין החלק שלא ישולם או יוחזר (במילים אחרות: קיצוץ בהשבה) הוא כדין פיצויים מוסכמים.

**פיצויים:**

פיצויים עקרונית זו תרופה שיפוטית, ולא עצמית.

זה תלוי בשאלה אחת – האם בידי הנפגע יש כספים של המפר, או כספים שחב למפר הוא יכול קזז את סכום הפיצוי. ואז יכול לקבל פיצויים באמצעות קיזוז. לשים לב שזה שונה מניכוי מחיר, שמחושב באופן שונה – ניכוי מתייחס לערכים בכריתת החוזה, פיצויים במועד קיום החיוב. המטרה של פיצויים היא להעמיד במצב אילו החוזה לא היה מופר, מטרת הניכוי היא לשחזר מחיר חוזי אחר.

הפיצויים באים לפצות על אינטרס הקיום, ברוב המקרים. לפעמים גם על אינטרס הסתמכות, בחוזה הפסד. **פס"ד צוקים.**

איזה צירופי תרופות לעשות עם פיצויים? אפשר רק פיצויים, בנוסף לביטול והשבה, או בנוסף לאכיפה, בתנאי שזה לא על אותו רכיב נזק. אי אפשר לתבוע פיצויי קיום וניכוי מהמחיר, הם על אותו רכיב נזק והם מנוגדים.

מה יתרונות הפיצויים? הנפגע לא צריך יותר להמשיך בקשרים איתו, אבל הוא רוצה את ערך החוזה.

יותר קל לקבל פיצויים – כי באכיפה למשל יש הרבה מאוד סייגים. בפיצויים אין סייגים. אבל צריך להוכיח צפיות, סיבתיות, לכמת נזק. להוכיח שלא היה אשם תורם ושהיה נטל הקטנת נזק.

יתרון נוסף – בפיצויים מקבלים כסף, עם כסף אפשר לעשות מה שרוצים!

**צפיות** – של המפר בעת כריתת החוזה, בצורה סבירה. אם יש רגישות מיוחדת לנזק, הצד הזה יביא לידיעתו של הצד האחר. אחרת למפר לא תהיה אחריות.

יחד עם זאת הצדדים יכולים להתנות על זה – להפוך את הלא צפוי לצפוי. צד במסגרת החוזה יציג נתונים לצד השני שתיצור אצלו את המודעות לאפשרויות הרחוקות, ונביא את הצפיות בפועל ולא בכוח.

**חישוב הנזק** – באמצעות שמאות, נוסחאות חישוב. יש נזקים שקשה להוכיח אותם. הדרישה היא להוכיח במידת האפשר את סכום הנזק, ויש בהחלט מקרים שביהמ"ש אחרי שהוכחו לו עובדות היסוד, מכניס אומדן. לא כל סוג של נזק ניתן לחישוב מתמטי מדוייק, גם אם זה נזק ממון. ואז לגיטימי שביהמ"ש יעשה אומדן סביר של הנזק.

**סעיף 11:** עוסק בפיצויים ללא הוכחת נזק. כלומר פיצויים שלא צריך להוכיח סיבתיות וצפיות. ההנחה היא שהנזק כ"כ טבעי שאנחנו יודעים שיש צפיות וסיבתיות. רק צריך להוכיח את כימותו.

**[א]** הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות, ובוטל החוזה .. זכאי להפרש בין השווי.

יש לנו מוכר או נותן שירות, וקונה או מקבל שירות. המחיר שהוסכם לשלם הקונה הוא 100. המוכר הפר חיוב ולא סיפק את הנכס. כתוצאה מזה הקונה ביטל את החוזה. במועד ביטול החוזה הנכס שווה 120, הפיצוי יהיה 20.

מה יקרה אם באותה סיטואציה הערך יהיה 80? איך מקום לפיצויים, רק לביטול והשבה של 100.

ההפרש בין המחיר החוזי להפרש שווי הערך במועד הביטול צריך להיות לרעת הנפגע.

מה יקרה במקרה הבא – הפעם הקונה מפר את החוזה, והמוכר מבטל. ועכשיו הערך ירד, ולכן למוכר יש נזק. סעיף 11 א התכוון שגם במקרה הזה יחול הסעיף, זה כתוב בצורה עילגת. הכוונה הפר לספק או לשלם (לא לקבל).

מה כדאי – פיצויים לפי 10 או 11[א]?

השאלה תתעורר רק באותם מקרים שרלוונטים לשניהם. התשובה היא תלוי.

11[א]: היתרונות - לא צריך להוכיח סיבתיות צפיות, נטל הקטנת נזק, ולכן יותר קל לפנות אליו. מצד שני, יש לו חיסרון – שהוא מקובע למועד חישוב מאוד ספציפי. יכול להיות שבין מועד ביטול חוזה לבין מועד הגשת התביעה השווי של הנכס ישתנה.

**11[ב]:** הריבית נותנת פיצוי על איחור בתשלום בזמן שלא קיבלתי אותו. נניח שהייתי אמור לקבל את התשלום בינואר וקיבלתי אותו במרץ. אפשר לטעון במצטבר לסעיף 11א.

**13:** נזק לפי 13 צריך להוכיח סיבתיות וצפיות אבל ביהמ"ש יכמת אותו. נזק לא ממוני: עוגמת נפש, הפסד של הנאה רוחנית.

ביהמ"ש קמצן עם הפיצויים הללו. השופטים נוטים לפסוק נזק לא ממוני בתלות בנזק הממון.

בלי לומר בקול רם, השופטים נוטים לפסוק נזק לא ממוני על בסיס שיקוליים עונשיים.

**ס' 12:**  אם יש אפשרות לתבוע לפי סעיף 11, אפשר את אותו נזק לתבוע גם עפ"י סעיף 10. אבל יש סייג: אם מדובר בחוזה חינם או בחוזה שהתמורה בו היא לא פרופורציונאלית רשאי להפחית ביהמ"ש להפחית עד לגג של סעיף 11.

**ס' 15:** פיצויים מוסכמים.

מה היא התכלית של פיצויים מוסכמים? לחסוך את עלויות הוכחת הנזק. אפשר שזה יחרוג מהנזק הצפוי, מסתתר שם גם אינטרס הרתעתי.

סמכות ההפחתה של בית המשפט אם הפיצויים חורגים באופן לא סביר. נקבעים גם לפי צפיית הנזק של המפר בזמן הכריתה.

ביהמ"ש יפחית רק עד לרמה המינימאלית שיכלה להיקבע במועד הכריתה.

**סמכות ההפחתה של ביהמ"ש:** רק אם הפיצויים חורגים מעל ומעבר ("ללא כל יחס סביר") מהנזק שניתן היה לצפות במועד כריתת החוזה. השאלה האם בפועל התרחש נזק – לא רלוונטית לחלוטין. השאלה היחידה היא האם היה ניתן לצפות נזק.

ניתן להסיק מסעיף 10 שמדובר על צפיות סבירה של ה**מפר**. ניתן להגדיל את הצפיות הזו אם הנפגע יספק למפר נתונים שילמדו על אפשרות סבירה של נזק גדול יותר.

מידת ההפחתה: נתונה לשיקול ביהמ"ש. נקבע שמדובר על הפחתה רק עד לרמה שממנה לא היו מפחיתים יותר.

**צפיות סבירה של הנזק**

אם בעת כריתת החוזה היה ניתן לצפות נזק של 100, אבל המפר צופה בנוסף שההסתברות שהנזק יתרחש היא 10% בלבד. מהי צפיות הנזק? 100 או 10% מ-100 (10)? כלומר האם יש לצפות את כמות הנזק או את תוחלת הנזק (הכמות \* ההסתברות להתרחשותו). בית הדין לחוזים אחידים קבע שצריך להתחשב בתוחלת. ככל שההסתברות שיתרחש הנזק תהיה יותר נמוכה – יהיה יותר הכרחי להתחשב בתוחלת ולא במידה.