**צ'קליסט - חוזים**

1. **האם נכרת חוזה?**
* **שאלת הכשרות המשפטית** **(עמ' 6)**
* פ"ד אברמוב – האם יש צורך שתאגיד יקבל אישור במשתמע או במפורש? דיעות חלוקות.
* רמת הגנה נמוכה ס'6: החוזה תקף ללא הסכמת הנציג - פעולות שקטין בגילו רגיל לעשות או כאשר הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין.
* רמת הגנה בינונית, ברירת מחדל ס'5: חוזה תקף ללא הסכמת נציג –אך ניתן לבטל ע"י נציגו תוך חודש משנודע לו או כחודש לאחר שנהיה בגיר .
* רמת הגנה גבוהה, ס'6[א]: במידה ונעשתה פעולת אשראי/רכישת או השכרת נכס ללא הסכמה הפעולה לא תקפה. רמת הגנה גבוהה מאוד, ס' 7: פעולות שגם אם הנציג מאשר אין תוקף, כי יש צורך באישור ביהמ"ש.
* מה לגבי מצב בו האדם לא הוכרז כפסול דין אך מצבו השכלי/נפשי בעייתי? פס"ד הדר לביטוח "לא נעשה דבר"
* **בהצעת חוק דיני ממונות**- ההגנות של חוק הכשרות המשפטית יחולו גם על אדם שלא הוכרז כפסול דין, אך היה מוכרז ככזה במידה והיו פונים לביהמ"ש ובלבד שהצד השני לחוזה ידע/היה עליו לדעת על כך.
* **האם היתה כוונה ליצור יחסים משפטיים? (עמ' 7)**
* פ"ד לוין – יחסים בתוך המשפחה. הוחלט כי הוא חוזה שפיט כיוון שמכלול החוזה מצביע על כך ומשום תקנת ציבור.
* אם המסמך בעל גוון עסקי ומאופיין בתמורות כלכליות, סביר להניח שכן.
* **שאלת השפיטות –** ס' 32: חוזה משחק/הימור/גורל, ס'33: חוזה על ציון/תואר/פרס. אלבלדה נ' חברת אוניברסיטה, קראסנינסקי
* **גמירת דעת (עמ' 8)**
* סימנים המעידים כל כך: התנהגויות בכריתת החוזה, אחריו (דור אנרגיה, בטחובסקי), מסויימות ההצעה.
* מבחן אובייקטיבי (זנדבק / הדר לביטוח), מבחן אובייקטיבי בנעליים סובייקטיביות (פרץ בוני הנגב, בראשי)
* המסוימות כאינדיקציה לקיום גמירת הדעת/העדרה.
* **מסויימות (עמ' 8)**
* ככלי עזר למבחן התקיימות גמירות דעת.
* ככל שיש יותר העדה על גמירת דעת נדרוש פחות מסויימות. מגמת ריכוך רבינאי נ' מן שקד / זנדבק נ' דנצינגר
* פס"ד עדני – היה חסר דבר מהותי ולכן לא ניתן לכפות על הצדדים חוזה.
* טענת נגד: תמיד הצד המפר יטען לחוסר מסוימות וג"ד!!
* פרשנות החוזה לפי סעיף 25. במידה וחסרים פרטים יש מנגנוני השלמה-

השלמה הסכמית, ביצוע אופטימלי, הנוהג בין הצדדים או בחוזים מאותו סוג - ס' 26, הוראות דיספוזיטיביות, תנאי מכללא או סעיף 39.

הכלל – ניתן להשלים רק פרטים שניתן להעמידם בחזקת הסכמת הצדדים.

* **הצעה (עמ' 9)**
* סעיף 2 לחוק החוזים (כללי) – **פנייה, ג"ד, מסוימות.**
* בדיקת מעמד ההצעה – רגילה/בלתי חוזרת/הזמנה להציע הצעות (שלב במו"מ)/פנייה לציבור.
* ס' 3 [א]: ביטול אפשרי לפני הודעת קיבול, ס' 3 [ב]: הצעה בלתי חוזרת לא ניתנת לביטול. צריך סירוב מפורש נווה עם נ' יעקובסון.
* ס' 4: פקיעת ההצעה: כשהמבצע מבטל במועד, בחלוף הזמן הנקוב או זמן סביר, כשהניצע סירב, כשהמציע מת/פ"ד/עיכול נכסים.

##### **קיבול (עמ' 11)**

* האם הקיבול עומד בתנאי - סעיף 5: **החצנה של הרצון שתגיע לניצע, גמירת דעת, חפיפה בין ההצעה לקיבול.**
* סעיף 6[א]: קיבול בהתנהגות: ש.ג.מ חניונים. 6[ב]: קיבול בשתיקה לא תקף, למעט חריגים (מגן על הניצע).
* סעיף 7: הצעה מזכה - חזקה שקיבל אותה אלא אם כן סירב תוך זמן סביר.
* הקיבול צריך להיעשות בזמן שנקבע או בזמן סביר – סעיף 8. אם לא – נחשב הצעה חדשה – סעיף 9.
* סעיף 8[ב]: אם הקיבול הגיע באיחור ללא אשמת הניצע – אם רוצה לבטל להודיע מיידית אחרת תקף.
* סעיף 10 – ניתן לחזור ממנו כל עוד לא הגיע למציע. הודעת קיבול יחד עם ביטול – הביטול גובר. תשובה נגד בר נתן
* האם לא נעשה קיבול בשינוי? – הצעה חדשה או גישושים.
* **בהצעת חוק דיני ממונות**- פקיעת החוזה בזמן מוות הוא רק עד נקודת האל חזור של המציע. בהצעה רגילה- לפני שהניצע הודיע על הודעת קיבול. בהצעה בלתי חוזרת- לפני המסירה של הודעת ההצעה.

##### **צורת חוזה (עמ' 12)**

* דרישת כתב **מהותית** (מקרקעין גרוסמן, מתנה), **ראייתית** (ס' 80 לחוק העות'מאני).
* מהותית: כל הפרטים המהותיים צריכים להיות: שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה, המחיר, זמני התשלום, הוצאות ומיסים - קפולסקי , ריכוך כשיש ג"ד – רבינאי, ריכוך בחוסר תום לב וביצוע חוזה קלמר.

שם טוב נ' פרץ: גם כשאבד או הושמד ויש הוכחה לכך שנוצר ניתן לקבוע כי הוא תקף.

* זכרון דברים: מה מעמדו בתהליך? רבינאי נוסחת הקשר / דור אנרגיה –גמירת דעת ומסויימות גברו על ה"טיוטה".
* יש להבחין בין מכירת נכס ומכירת זכות במקרקעין. מכירת זכות היא לא עסקת מקרקעין אלא עסקת זכות ולכן לא חל עליה ס' 8, אין דרישת כתב.

**בהצעת חוק דיני ממונות**– מכילים את דרישת הכתב של ס' 8 גם על עסקה שמקנה זכות במקרקעין. **בהצעת חוק דיני ממונות-** תחת הסעיף על צורת החוזה, אם יש צורת כתב שלא קוימה אך החוזה עצמו קוים במלואו או בחלקו המהותי, יש לראות את דרישת הצורה כאילו קוימה.

##### **תום לב במו"מ ס' 12 (עמ' 14)**

* **לפי ג' שלו- דרך מקובלת**=מה שמקובל על הצדדים. **תום לב**= מה שמקובל במשפט. ביהמ"ש לא קיבל הגדרה זו, ולכן אין משמעות למילים דרך מקובלת. **בהצעת חוק דיני ממונות**- המילים דרך מקובלת נמחקו.
* מקרה השלוח פנידר, מכרז פרטי בית יולס וקל בניין תו"ל וחוזה נספח, חובת גילוי ספקטור נ' צרפתי אשר – יש חובת גילוי / לנדוי – "ייזהר הקונה"/ קרונמן: מידע מתאמץ- לא לגלות, מידע אקראי כן.
* מהם הסעדים שניתן לקבל? פיצויים שליליים ס'10,13,14 / חיוביים קל בניין / אכיפה וקיום "אשם בהתקשרות" זפניק/ קלמר / ביטול- חריג אוגלי מחוזי.
* עדיפות לפיצויים עפ"י ס' 12 (מסחרי) ולא אשם בהתקשרות (רגשי)
* האם ניתן לפנות לתו"ל כאשר קשה להוכיח פגמים בכריתה? גנז נ' כץ דיעות חלוקות. רוב: לא, מיעוט: כן.
* **מצבים של חוסר תו"ל:** אי גילוי מידע, פרישה מאוחרת ממו"מ, ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות, ניצול מצוקה
* משנכרת חוזה: אפשר לתבוע עפ"י ס'39 על הפרת חוזה.
1. **פגמים בכריתה**
2. *דרישות כלליות - צריכות להתקיים בכל עילות פרק ב':*
* קיום חוזה (התמלאו תנאי פרק א').
* קשר סיבתי – ההתקשרות נעשתה עקב הפגם.
* מבחן הקשר הסיבתי.
* החוזה הוא Voidable – צריך לבטלו.
* משבוטל החוזה הוא בטל למפרע.
* הביטול יכול היות חלקי או מלא, בהתאם לנסיבות (סעיף 19).
* צריך לשלוח הודעת ביטול לצד השני.
* הביטול צריך להיות תוך זמן סביר(סעיף 20).
* התוצאה – השבה. (21)
* השבה בעין, אלא אם כן היא בלתי אפשרית או בלתי סבירה, ואז השבת שווי.
* השבת שווי – השבה ריאלית- פרשנות הסעיף או מכוח עשיית עושר ולא במשפט.

##### **טעות (עמ' 18)**

* בדיקת יסודות הטעות. **חוזה, טעות יסודית, קש"ס** (אובייקטיבי – האדם הסביר היה טועה? סובקייטיבי – בנעליו של האדם)**, ידיעה או אי ידיעה**.
* טעות 14(א) – ידוע - סעד הביטול הוא עצמאי.
* טעות 14(ב) -לא ידוע/משותפת– סעד הביטול כפוף לאישור בימ"ש.
* לבדוק שהטעות איננה בכדאיות העיסקה (14(ד)). אשר- שווי הממכר, טדסקי- עתיד/עבר, פרידמן: מבחן הסיכון, קרונמן: מונע הנזק הזול.
* בין בעובדה ספקטור ובין בחוק ארואסטי נ' קאשי – הערת אזהרה- אין טעות כנפי – נכה ביטוח לאומי-יש טעות.
* 14(ג) – סייג תיקון הטעות.
* חריגים – טעות הדדית – אין חוזה, אין מפגש רצונות; טעות סופר ס' 16 – אין עילה לביטול החוזה יתוקן לפי אומד דעת הצדדים.

##### **הטעייה (עמ'17)**

* ס'15: יסודות: חוזה, טעות – לא יסודית, הטעיה, קש"ס כפול.
* כיצד נעשתה – במעשה או במחדל.
* האם קיימת חובת גילוי? בדין: ס'12 אשר, לנדוי ספקטור/ בנוהג סוויסה נ' זאגה / בנסיבות קינסטלינגר.
* לבדוק שההטעיה אינה בכדאיות.
* שילוב סעדים עם סעיף 12 – פיצויים וביטול!

###### **כפייה (עמ' 20)**

* האם מעשה הצד השני עונה על הגדרת "כפיה" ((כפיה פיסית, כלכלית, איומים, אזהרה בתום לב/ לא בתום לב וכו') שפיר נ' אפל
* סעיף 17(א) – חוזה, הכפיה ע"י צד שני או אחר מטעמו; הכפיה בכוח או באיום, קש"ס.
* סעיף 17(ב) – סייג לכפייה – אזהרה בתו"ל
* **כפייה כלכלית:** פס"ד אקספומדיה, פס"ד מאיה: עוצמת הכפייה – מתמקדת בנכפה, ואיכות הכפייה – מתמקדת בכופה.

###### **עושק (עמ' 21)**

* סעיף 18 - יסודות: חוזה, ניצול הצד השני – חוסר ניסיון/חולשה שכלית גופנית, תנאים לא סבירים מן המקובל.
* בדיקת התנהגות העושק.
* בדיקת מצב העשוק: מתמשך סאסי נ' קיקאון ארעי שפיר נ' אפל
* בדיקת תנאי החוזה – חוזים פופולריים קל לפרש, חוזים מיוחדים-שיקול ביהמ"ש.
* בדיקת פתרונות חלופיים אם אין עושק – סעיף 12 ,30 ,17. דוגמא לחוסר עושק: גנז נ' כץ / איליט נ' אלקו

**סעדים:** ס'19: ביטול מלא או חלקי, ס' 20: ביטול תוך זמן סביר (בכפייה- אחרי שפסקה), ס'21: השבה הדדית ואם לא אפשרי אז שווי.

**\*\*\* טעות סופר (16), חוזה למראית עין (14).**

1. **בדיקת תוכן החוזה**

**פרשנות החוזה (עמ' 22)**

1. פירוש החוזה כפשוטו.
* עפ"י מה שכתוב בחוזה ואינו יכול להתפרש בשני אופנים.
* כאשר הכתוב הוא דו משמעי.
1. *סעיף 25 :*
* פירוש מה שכתוב לפי המשתמע מהטקסט, גישה דו שלבית. אמנון לוי דנצינגר מבקר את אפרופים אך משתמש בנסיבות.
* פירוש מתוך הנסיבות. אפרופים גישה חד שלבית.
1. 25[ב]: העדפת פרשנות מקיימת על פרשנות מבטלת, 25[ג]: ביטוי עם פרשנות מקובלת.
2. פרשנות לפי סעיף 39.
3. פרשנות עפ"י עקרונות פרשנות כללים :
* פרשנות כנגד המנסח באופן מצמצם.
* פרשנות על אלגנטית – שמירה על אחידות בחוזה.
* פרשנות עפ"י עקרון תום הלב.
1. פרשנות לפי כללי ההגיון והשכל הישר.

**השלמת חוזה (עמ' 23):**

* מנגנוני השלמה – מנגנון הסכמי, ביצוע אופטימלי, נוהג, הוראות השלמה דיספוזיטיביות, תנאי מכללא.
* **סעיף 39 –** יחס שותפות, פס"ד שירותי תחבורה ציבורית, פס"ד גלפנשטיין
* **האם מכוח ס' 39 אפשר ליצור חובה חוזית חדשה**? אם כדי להגשים את המטרה המשותפת של הצדדים, יש צורך בחיוב חוזי חדש, אז ניתן להכניס סעיף כזה מכוח חובת תום הלב.
* סנקציות על הפרת תו"ל ס' 39 – תרופות על הפרה, צמצום זכויות לתרופות כאשר מימוש לא בתו"ל, מתן כוח לצד התמים פ"ד שוחט, שלילת כוח
* **(עמ' 19)** שערוך סכומים: שועית . תקופת החוזה המקויים – תלוי באומד דעתם של הצדדים, ס'39 / המופר – תרופות: אכיפה- מותנית בשיערוך, השבה ופיצויים גם / ממתן פס"ד – ריבית והצמדה.

**התערבות בחוזה**

1. **חוזה פסול – ס'30,31 (עמ' 25)**
* בלתי מוסרי **בהצעת חוק דיני ממונות** חוזה בלתי מוסרי לא מופיע, נוגד תקנת ציבור או בלתי חוקי
* בתוכן: נוגד הוראות חוק קוגנטיות פס"ד שלוש נ' בנק לאומי, בכריתה, במטרה: גישה מפוצלת, בביצוע-ס' 18 סיכול.
* תקנת הציבור. מורחב בפ"ד חיימוב כבר לא רק על נזקי גוף וחופש עיסוק!
* ערכים מוגנים: ערך כבוד האדם קסטנבאום, תחרות בשוק חופשי סער, גישה לערכאות לוין, שוויון רקנט
* תקנת הציבור בחוזה אחיד – אם הן נוגדות את התנאים בחוק החוזים האחידים.
* סנקציות" ס' 19: **בטלות חלקית** אם החוזה ניתן להפרדה, ס' 21: **השבה-** אם לא סבירה את השווי הכספי. חריגים ס'31: **אכיפה** שלוש נ' בל"ל, **פטור מהשבה**. שיקול דעת להפעלת החריגים: צד קיים כבר את חיוביו ופעל בתו"ל.
1. **הפנייה (עמ'28)**  א. שתהיה ברורה. ב. שתהיה נגישה. בפס"ד בריטניה– פסילת הפנייה, פס"ד דרורי (אופנוע ללא רישיון) – לגיטימי
2. **יחס בין חוזה פסול למראית עין (עמ' 28)**
* הדמיון: השבה או פטור חלקי ממנה
* ההבדל:הגנה על צד ג' בס'13, אכיפה בס'31, בטלות חלקית בס'31
* פס"ד מזל אילן: פולגמן: מבחן הדומיננטיות. הנדל: גם וגם אך הדין הוא חוזה בלתי חוקי.
* חוזה למראית עין: דין של פגמים בכריתה
1. **חוזים אחידים (עמ' 29)**
* ס' 2: [א] שיהיה מנוסח ע"י צד אחד. [ב] מיועד להתקשרויות רבות עם הלקוחות הפוטנציאלים של אותו ספק. פירוש בהרחבה: פס"ד אגד (תקנון) ופס"ד שיכון פיתוח (טופס הרשמה)
* ס'3: קובע שתנאי מקפח הוא כזה שיש בו קיפוח לקוחות או יתרון של הספק העלול להביא לקיפוח. והוא נתון לשיקול דעת רחב של ביהמ"ש.
* ס' 23, לא מקפחים: הסכם קיבוצי (נערך עליו מו"מ), שתואם אמנה בינלאומית, שתואם חוק או תקנה, שקשור לתמורה הכספית של החוזה (סייגים: הצמדה שלא מזכה את הלקוח, שינוי של הספק). פס"ד אגד נטען שהחוזה אושר ע"י תקנון אגודות, לא הספיק.
* ס' 22- "דין המדינה כדין כל אדם". ס' 12 (ג) קובע כי אפשר להחליף את היועץ המשפטי לממשלה בעורך דין אזרחי שיטען כנגד הממשלה בבית הדין. ס' 16: נותן תוקף להליך בבית הדין.
* ס' 17 -בחלק מהמקרים הס' יבוטל ובחלק ישונה- ביה"ד יעדיף להתערב כמה שפחות ורק לשנות
* ס' 18: [א] שינוי או ביטול: ברירת המחדל-חל רטרואקטיבית, [ב] חל על חליפיו של הספק, [ג] גם על חוזים דומים במהותם (סייג: אלא אם כן יש נזק לספק)
* **בהצעת חוק דיני ממונות** הכלל הוא שזה חל רטרואקטיבית אוטומטית אלא אם כן יקבע שזה יחול רק מכאן ולהבא (פרוספקטיבי) והשינוי השני בהצעת החוק היא שבעבות הפסיקה הוסיפו חלק מהשיקולים שעל ביה"ד לשקול כדי להחיל רק פרוספקטיבית.
* ס' 21- כל עוד ביה"ד לא נתן פס"ד- ביהמ"ש יכול לדון בתנאי. ברגע שבית הדין קבע שהתנאי מקפח זה חל על כל החוזים וביהמ"ש לא יכול עוד לדון בו. החלטה של ביהמ"ש מתקיימת לגבי הלקוח הספציפי והחלטה של ביה"ד חלות על כל החוזים של הספק.
* **ס' 4 חזקות קיפוח (עמ'25).** סעיף 5: בטל נקודה – מונע לגשת לערכאות משפטיות, אחריות לנזק גוף או מעשה זדון.
* פס"ד שיכון פיתוח- ביה"ד פסק כי הסיבה להתערבות בפיצויים מוסכמים רק כשיש יחס בלתי סביר, היא עיקרון חופש החוזים, אבל מכיוון שבחוזה אחיד גם ככה עיקרון חופש החוזים מצומצם מאוד, ולכן אפשר להתערב גם במצב כזה. אם יש פגיעה בזכויות או אינטרסים של הלקוח לצורך הגנה על אינטרס לא לגיטימי של הספר, או הגנה על אינטרס לגיטימי של הספק אבל בדרך לא פרופורציונאלית .

**חוזה על תנאי (עמ' 31)**

* ס'27[א] – תנאי מתלה או מפסיק. ס'29: מתלה: אם לא מתקיים תוך זמן סביר – מתבטל.
* בדיקת מעמד החוזה אם התקיים התנאי (האם החוזה מחייב או לא).
* 27(ב)- חוזה שהיה טעון הסכמת צד שלישי או רישיון עפ"י חיקוק חזקה עליו שקבלת האישור היא תנאי מתלה. דיספוזיטיבי
* בדיקת מהות התנאי – תנאי לשכלול החוזה, או התחייבות פס"ד נתיבי איילון (אופציות שעלו: טעות, אי חוקיות, תנאי, הפרה)
* ס'27[ג]: בהפרה צפויה על תנאי מתלה מגיעים לנפגע סעדין כמו אי מניעה או צו לאי יציאה מהארץ, לא תרופות.
* בדיקת התנהגות הצדדים – אם מישהו גרם לתנאי – מניעות הסתמכות על הפרה ס'28 פס"ד מכוניות נ' קראוס,
* בדיקת החריגים של (28(ג)). – חוזה אופציה, רשלנות.
* 29ס': בדיקת הזמן לקיום התנאי – עפ"י החוזה; עפ"י זמן סביר. פס"ד מפעלי ברוך שמיר
* הסקת מסקנות – אם זה תנאי מתלה / מפסיק שלא התבצע - החוזה פוקע. אם התנאי אינו תנאי כי אם חיוב – יש חוזה, החוזה הופר,יש לפנות לחוק התרופות.

 **חוזה לטובת צד שלישי (עמ' 32)**

* סעיף 34 – הגדרה לחוזה זה.
* ס' 35: דחיית הזכות תוך זמן סביר
* 36 [א]: לא ניתן לשינוי אחרי הודעה למוטב פס"ד גרבוב נ' רשות הנמלים סייג: הצלת החוזה מתוך שיקול מסחרי ולא בחוסר תו"ל.
* סייגים: חוזה ביטוח צוואה 36[ב], חוק דיני ממונות: בחוזה מתנה, 3 תנאים: הצד הזכאי לא שינה את מצבו, מצבו הכלכלי של המעניק נפגע, אם הזכאי התנהג בצורה מחפירה.
* ס' 37 – כל טענה של החייב לנושה הקשורה לחיוב, עומדת לו גם כלפי המוטב. ס' 38 – הנושה יכול לתבוע את החייב, אבל התביעה היא רק על החיוב כלפי המוטב. ס' 48: טענות כלפי הנושה מהמוטב – עקרונית לא, אך אם יש חוב קודם הוא נשאר בעינו.

 **דחיית קיום החוזה (עמ' 34)**

* ס' 43: (1) הפרה צפויה, (2) חיובים תלויים, (3) בו זמניים
* חיובים מותלים –הנחת היסוד פס"ד ארבוס
* חשש מהפרה פ"ד שוחט, הפרה צפויה פ"ד דניאל נ' שט/מקור פיתוח עיקרוני נ' קרון,
* חשש להפרת חיוב עיקרי - חוק דיני ממונות. לא עיקרי-לא ניתן לדחות פטר נ' חממי
* דחיית קיום תוך זמן סביר ולא הישארות על הגדר מונסקו נ' המכבייה, ואז לבטל או לאכוף או לדרוש פיצויים.
* בהצעת חוק דיני ממונות- שינויים המשקפים את הפסיקה- 1. הצעת החוק קובעת כברירת מחדל את התלות בין החיובים. 2. דחיית קיום נוספת כתרופה של ממש.

 **תרופות בשל הפרת חוזה (עמ' 36)**

* ס' 1: תנאים: חוזה תקף, הפרה במעשה או מחדל
* ס' 2: תרופות – ביטול פיצויים או אכיפה.
* **הפרה צפויה ס' 17:** סובייקטיבית או אובייקטיבית. ברירות: הסתמכות או התעלמות
* בהצעת חוק דיני ממונות- נכתב ש"הנפגע זכאי לתרופות בשינויים המחויבים":
* **חוק דיני ממונות:**
* תרופת הביטול מאפשרת לנפגע לבטל חוזה במקרה של הפרה צפויה, גם לא יסודית. תנאי לביטול הוא מתן ארכה, אבל אם החיוב הוא עתידי, ארכה בזמן עד החיוב היא לא רלוונטית. החידוש- הארכה לא תהיה לקיום החיוב אלא ארכה לחזרה מההפרה- הצהרה שהנסיבות מהן השתמעה ההפרה יסולקו.
* נוסחה לחישוב פיצויים בהפרה צפויה.
* אינטרסים מוגנים: קיום, הסתמכות, השבה. בפסיקה: הלכת אדרס (השבת פירות ההפרה), אינטרס עונשי צוקים/אדרס/קרטין, אינטרס שקילות חוזית- ניכוי מחיר **שמופיע בהצעת חוק ממונות**. אם רוצה לשמור על הנכס, רווחי בחוזה הפסד
* **בהצעת חוק דיני ממונות**- שני סעיפים שמבוססים על פיצויים עונשיים-

- ביהמ"ש יכול לפסוק פיצויים שאינם תלויים בנזק אם המפר פעל בזדון. "פיצויים לדוגמא"

- ביהמ"ש יכול להוציא "צו מרתיע" בנוסף לאכיפת החוזה אם יש חשש שהאכיפה לא תקוים, יהיה חייב המפר בפיצוי על כל איחור.

* **טענות הגנה: (עמ'37)**
* **ס' 32** – חוזה משחק/הגרלה או הימור – אין אכיפה או פיצויים
* **סיכול**: חוזה, מבחן צפיות/סיכון, אי מניעה, נסיבות מסכלות. הכל צפוי- כץ נ' נצחוני , הסתכלות על ההשלכות המעשיות – פס"ד רגב  **בהצעת חוק דיני ממונות- שינוי דרמטי בהיבט הסיכול-** הסיכול לא ייחשב כטענת הגנה אלא כהתרחשות שגורמת לפקיעת החוזה. ובנוסף, מבחן הצפיות יוחלף במבחן הסיכון החוזי (מטעות בכדאיות העסקה).
* **נטל הקטנת נזק** ס'14
* **אשם תורם** – פס"ד אקזימין
* **טענת ויתור**
* **שימוש בתרופות בתום לב** פס"ד white
* צירוף תרופות: הוכחות - זכאות עקרונית, חוסר סתירה, אין כפל פיצויים.
1. **אכיפה – אינה סעד עצמי (עמ' 38)**
* תינתן רק אחרי פניה לבית משפט: צו עשה, לא תעשה לוין, חיוב כספי (כשאכיפה לא אפשרית), תיקון תוצאות הפרה פומרנץ
* בדיקה – האם יש **סייגים לאכיפה :**
1. אינו בר ביצוע פ"ד אלעוברה (כאן ניתן להעלות את האכיפה-ביצוע בקירוב)
2. שירות אישי – טיב הקשר עם המעביד פס"ד בין דין לעבודה ומפעלי תחנות (מס' מועט של עובדים), כישורים אישיים בג'צ צורי
3. מידת פיקוח לא סבירה תמגר נ' גושן, אפשרות לפיקוח ע"י מומחים חיצוניים
4. בלתי צודקת בנסיבות הענין: גישה רחבה לוין, מצמצמת ורטהיימר, פרץ נ' ביטון – מידת הנזק – מי יפסיד יותר?, מידת אשמה.
* **אפשרות להתנות את האכיפה:**
1. סעיף 4 – קיום חיובי הנפגע, הבטחת קיומם,תנאים נוספים המתקיימים מן החוזה בנסיבות.
2. פסיקה – מתן פיצויים למפר (מחלוקת בפס"ד וינקלר).
3. אכיפה בקירוב (אייזמן נ' קדמת עדן- יחידת דיור משודרגת)
4. התניית האכיפה בשערוך (רבינאי נ' מן שקד)
5. בדיקת מידת השערוך (נוביץ)
* השימוש באכיפה צריך שיהיה בתום לב.
* **הצעת חוק דיני ממונות**- תוספות:
1. עיקרון אכיפה בקירוב
2. תרופת האכיפה נתמכת בצו מרתיע- אם יש חשש שהמפר לא יקיים את האכיפה, הצו מחייבו בתשלום פיצויים על כל איחור בקיום.

###### **פיצויים (עמ' 41)**

* מכוח סעיף 10 - צריך להוכיח : נזק+ סיבתיות+ צפיות +שיעור נזק אנסימוב
* חוזה הפסד? פס"ד צוקים – פיצויי הסתמכות. או ניכוי מחיר עדיף.
* לפי סעיף 13 – נזק לא ממוני - כפוף לשיקול דעת בית משפט.
* חובת הקטנת הנזק – בסעיפים 10,12,13.
* לפי סעיף 11 – אפשרי נוסף על סעיף 10 (סעיף 12). **א** – הפרה לשלם או לספק שירות או נכס, הפרש שווי. **ב** – חיוב כספי באיחור, ריבית.
* פיצויים מוסכמים לפי סעיף 15 – הזכות אינה פוקעת עם ביטול החוזה, אין חובת הקטנת הנזק, תקופת הפיצויים כמו כל תניה אחרת, סמכות ההפחתה של בימ"ש, תביעה נוספת גם לפי סעיף 10-14.
* **בהצעת חוק דיני ממונות, יש הוראה מפורשת על מקרים בהם אי אפשר להוכיח נזק- לביהמ"ש יש סמכות להעריך את הנזק.**

###### **ביטול והשבה (עמ' 41)**

* ס' 6 - הפרה יסודית - הפרה יסודית מוסכמת / הפרה יסודית מסתברת
* יש חשיבות לצפיות המפר – האם היה מודע לחומרת ההפרה? פס"ד ביטון נ' פרץ. מבחן צפיות נוסף: האם האדם הסביר היה מתקשר בחוה אם היה צופה את ההפרה? כך נקבעת הפרה יסודית
* ס'7 [א]: ביטול מיידי בהפרה יסודית.
* ס'7 [ב]: בהפרה לא יסודית – מתן ארכה.
* מומלץ לתת ארכה תמיד במידה ולא בטוחים אם הפרה יסודית או לא
* ס'7 [ג]: ניתן לבטל רק חלק. ס' 8: הודעה תוך זמן סביר, בפגם בכריתה – מאבדים את זכות הביטול ללא זמן סביר, לא כך בהפרה. פס"ד מעלה אדומים
* ס'9: בעקבות ביטול – חובת השבה. ערכים ריאליים ולא נומינליים פס"ד כלנית**.** חידוש:ניתן לבקש גם השבה כספית.

**בדיקה של אופי החוזה ודרישות מיוחדות העולות ממנו.**

* חוזה מקרקעין : השפעות במישור דרישת הכתב, כשרות משפטית.
* חוזה מתנה : דרישת הכתב, חוק המתנה.
* חוזה אופציה: הצעה וקיבול.
* חוזה משחק או ציונים: סעיפים 32,33.
* חוזה פסול: סעיף 30.
* חוזה נספח: דרישת הכתב, גמירות דעת, מסוימות, תנאים.
* חוזה נוסף: יחס בין החוזים, חיובים, תנאים.
* חוזה כרטיס: תניות מפנות, פרשנות, גמירת דעת, מפגש רצונות.
* חוזה בע"פ: דרישת הכתב, הוכחה עפ"י חוק הפרוצדורה.
* הסכם ג'נטלמני: גמירת דעת, כריתת חוזה, סעדים.
* חוזה למראית עין: סעיף 13.
* חוזים מיוחדים : שקיימים לגביהם חוקים כמו חוק חוזה הביטוח.

**חוזים – מחברת זהב**

**כשרות משפטית**

לפי חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות:

**כשרות משפטית של תאגיד-**תאגיד הוא גוף משפטי הכשר הן לזכויות וחובות והן לביצוע פעולות משפטיות.

תאגיד הוא אישיות משפטית מלאכותית, הוא בעל אישיות בעולם המשפט. על מנת שגוף יוכר כתאגיד צריך שהדבר יהיה רשום במפורש או במשתמע בחוק. אם הוא לא רשום זה לא תאגיד.

**בפ"ד אברמוב**- המערערת רצתה לרשום את הבעלות על הנכס על הקדש ציבורי. ברק מסביר שכשלשון החוק לא חד-משמעית לא מכירים בגוף כבעל אישיות משפטית. על החוק לקבוע באופן נחרץ כי הגוף בעל אישיות כזו. לווין (מיעוט) חושב שניתן להבין זאת מלשון החוק. אזכור **פס"ד עיריית ב"ב נ' רוטברד** בו נקבע כי לפי הנסיבות ניתן להסיק במשתמע על גוף שהוא תאגיד, למרות שהוא לא נרשם כחוק במפורש.

**כשרות משפטית של בני אדם-**
סעיף 1- כל אדם כשר **לזכויות וחובות** מגמר לידתו ועד מותו.
סעיף 2- כל אדם כשר **לפעולות משפטיות**, מלבד קטינים ופסולי דין. החוק עושה הבחנה זו כדי להגן על קבוצות מסוימות באוכלוסייה.
כל מי שבעל כשרות משפטית לפעולות הוא בעל כשרות משפטית לזכויות וחובות אך לא להפך!

**הגבלות על כשרות משפטית של קטין ופסול דין:**
סעיף 3- הגדרת **קטין**: קטין הוא מי שלא מלאו לו 18.
סעיף 8- הגדרת **פסול דין**. פסול דין מוכרז על ידי בית המשפט. אדם הזקוק להגנה אך לא נפסק לגביו שהוא פסול דין משמע שהוא כשיר לכל פעולה משפטית.
סעיפים 4-7 מגדירים ההגבלות על כשרותו של קטין.
סעיף 9- המגבלות על קטינים חלות גם על **פסול דין.**
**סעיף 4- מנגנון ההגנה הבסיסי**: לקטין ופסול דין יש נציג שתפקידו לשמור על האינטרסים של אותו קטין. במידה ואין לו, יהיה זה היועצמ"ש. במידה והקטין כורת חוזה ללא אישור הנציג, יש רמות הגנה שונות:

1. **רמת הגנה נמוכה**- סעיף 6 - החוזה תקף, לא ניתן לבטל אותו אלא רק במקרים מאוד נדירים. פעולות שאי אפשר לבטל גם אם הנציג לא ידע:
	1. פעולות שקטין בגילו רגיל לעשות
	2. כאשר הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין

**סייג: אלא אם כן נעשה נזק של ממש לקטין.**

1. **רמת הגנה בינונית**-סעיף 5- ברירת המחדל. אם הפעולה המשפטית של הקטין נעשתה ללא הסכמת הנציג, הפעולה תקפה, ניתן לבטלה ע"פ כללים מסוימים:
	1. תוך חודש מהיום בו נודע לנציג.
	2. אם לא נודע לנציג, תוך חודש מאז שהופך הקטין לבגיר.
2. **רמת הגנה גבוהה**-סעיף 6א- במידה ונעשתה פעולה של עסקת אשראי, רכישת נכס, ללא הסכמת הנציג, הפעולה אינה תקפה.
3. **רמת הגנה גבוהה מאוד**-סעיף 7- פעולות שאין להן תוקף גם אם הנציג מאשר, תוקף לפעולה רק באישור של שופט, הפעולות מפורטות בסעיף 20.

**הפעולות המוצגות בסעיף 20 לחוק ומחייבות אישור של בית המשפט:**

פעולות 1-2 מנסות להגדיר עסקאות בעלות ערך כלכלי גבוה:

סעיף 20.1 – עסקה לצורך הכנסה או לצורך מגורים.

סעיף 20.2 – במקרים בהם יש לבצע רישום בפנקסים שלטוניים ע"מ להעביר זכויות של קטין / פסול דין.

סעיף 20.3 – מדבר על נתינת מתנות - פעולה זו של נתינת מתנה הינה מסוכנת מאחר ולרוב נעשית בנסיבות של חסד. אך לעיתים פעולה זו יכולה להיות גם עסקה מסחרית ולשם כך יש להפעיל שיקול דעת. מתנה היא סוג של חוזה.

סעיף 20.4 – מדבר על עירבון – קטין / פסול דין עלולים לא לקחת בחשבון את הסיכונים הכרוכים בשימוש ערב לחוב של מישהו אחר.

סעיף 20.5 – קשר משפטי בין הקטין / פסול הדים לבין נציגו. במקרה זו נוצרת בעיה, מאחר והנציג צריך לשמור על האינטרסים של הקטין / פסול הדין וגם על האינטרסים של עצמו ולכן נוצר מצב של ניגוד אינטרסים.

מה לגבי מצב בו האדם לא הוכרז כפסול דין אך מצבו השכלי/נפשי בעייתי?

**פ"ד הדר חברה לביטוח**- השופטת ארבל קובעת **שעל אדם שלא הוכר כפסול דין**, לא חלות ההגנות של חוק הכשרות. **כלומר- פעולתו המשפטית כשרה ובעלת תוקף**! במקרה זה נפסל החוזה מסיבה שונה- טענת "לא נעשה דבר"=במקרים קיצוניים יראו חוזה כבטל כאשר נחתם בשעה שאחד הצדדים לחוזה נעדר רצון חופשי לעשות כן עקב כפיה חמורה ששללה את זכות הבחירה שלו. ההבחנה בין טענה זו לטענת הכפייה- בטענה זו אין דרישה שהכפייה תתבצע על ידי הצד השני לחוזה.

**בהצעת חוק דיני ממונות**- ההגנות של חוק הכשרות המשפטית יחולו גם על אדם שלא הוכרז כפסול דין, אך היה מוכרז ככזה במידה והיו פונים לביהמ"ש ובלבד שהצד השני לחוזה ידע/היה עליו לדעת על כך.

**כוונה ליצור יחסים משפטיים, חוזים לא שפיטים**

**כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים** – תנאי מקדים לכריתת חוזה. כוונה יכולה להיות מפורשת או משתמעת מהנסיבות (לדוגמה החלפת תמורות כלכליות).

* ***בעניינים מסחריים*** נקודת המוצא – יש כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים
* ***בעניינים משפחתיים*** נקודת המוצא – אין כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים

**פ"ד לוין נ' לוין**- ההסכם שנחתם בין הצדדים היה בעל מאפיינים ברורים של חוזה, אך ס' 11 לחוזה הפך אותו ל"הסכם ג'נטלמני".

השופט זמיר קבע כי למרות האמור בסעיף 11 לחוזה, יש 3 הנמקות להיותו של המסמך חוזה:

1. לפי מכלול הנסיבות מדובר בחוזה
2. הסעיף נוגד את תקנת הציבור
3. גם אם זה חוזה, ואילו לא היה בטל בגלל תקנת הציבור, התרופה שמבקש מר לוין היא אכיפה ותרופה זו בלתי צודקת בנסיבות העניין.

לראייתו של זמיר, שיקולי צדק נוגעים לא רק לשני הצדדים אלא גם לצדדים חיצוניים, במקרה זה- הילדים.

**סעיפים 32,33** בחוק החוזים- שני מקרים בהם המחוקק לא מבטל את היות המסמכים חוזה, אבל מנטרל את המהות החוזים שלהם בכך ששולל חלק מהמאפיינים החוזים. אין אכיפה ופיצויים, רק ביטול והשבה.

1. **32:** בחוזה של **משחק, הגרלה, הימור** מנטרלים את תרופות האכיפה והפיצויים.
2. **33:** בחוזה על **ציון, תואר, פרס** וכו', ההכרעה אינה עניין שנדון בבימ"ש אלא ע"י צד שלישי או הצדדים עצמם.

**פ"ד אלבלדה נ' חברת האוניברסיטה** - שני תלמידים בפקולטה למשפטים עתרו לביהמ"ש על מנת לקבל פסק דין הצהרתי נגד האונ' עקב החלטתה להאריך את פרק הזמן של לימודי המשפטים. למעשה הם ביקשו לאכוף את ההסכמה (של 3 שנים). קשר זה אינו אינטימי ואינו בעל גוון אישי וביהמ"ש שלל את טענתם של הסטודנטים.

**פ"ד מדינת ישראל נ' קראסניאנסקי** - מהווה דוגמא לחוזה שביהמ"ש לא מתערב בו בגלל שדוגל בעקרון שהחלטה המבוססת על מומחיות אין מקום להתערבות ביהמ"ש.

**גישה נגדית:** ניתן לדון בסעיפים שפיטים כמו שיקולים טכניים, לדוגמא: הובטח לי בחוזה חדר במלון ונתנו לי חדר במחסן, או בניקוד, בטעויות חישוב, אבל לא בשיקול הדעת של השופטים וכדו'.

**האם נכרת חוזה?**

לפי סעיף 1- הדרך המרכזית לכריתת חוזה –**הצעה וקיבול**.

סעיף 2- **להצעה** 3 מרכיבים:

1. פנייה ביטוי חיצוני של המציג לניצע
2. העדה של גמירת דעת של המציע.
3. הפנייה צריכה להיות מסוימת מספיק

**היסודות הבולטים בכריתת החוזה בדרך של הצעה וקיבול:**

**(1) העדה על גמירת דעת**

**(2) מסוימות**

**העדה על גמירת דעת**,

כאשר יש כוונה ליצירת יחסים משפטיים, צריך לבדוק אם חילופי הדברים בין הצדדים מעידים על גמירת דעתם.

הבעייתיות - אי אפשר לבדוק רצון פנימי של אדם, הצד השני צריך להיות מודע אם הייתה גמירת דעת או לא. לכן נקבע בחוק **העדה** על גמירת דעת ולא גמירת הדעת עצמה.

**סימנים שמעידים על גמירת דעת:**

1. התנהגויות בעת כריתת החוזה (לאו דווקא חתימה, גם לחיצת יד, השקת כוסות כמו ב**פס"ד בוטקובסקי -** מכירת מגרש החנייה)
2. תוכן ההצעה (ככל שרמת המסוימות גבוהה יותר כך היא מעידה יותר על גמירת דעת)
3. התנהגויות לאחר כריתת החוזה (תשלומים נלויים למשל) **פס"ד דור אנרגיה** (ספק של חברת דלק שהתנהג כאילו החוזה נחתם)

**דרכים לפיענוח הסימנים:**

1. אובייקטיבי טהור -– פענוח התנהגותם של הצדדים בזמן החתימה כשכל צד מפענח את התנהגותו של השני-  **"מה האדם הסביר היה חושב אילו הצד השני היה מתנהג איתו כמו שהוא מתנהג איתי?"** **פ"ד זנדבק נ' דצניגר –**  זנדבנק שלחו מכתב על רצונם למכור את החלק שלהם בחברה, אך לאחר האישור טענו שלא גמרו בדעתם. היות ולא מדובר בפעם ראשונה שהצדדים דנים בעניין וניסוח המכתב העיד על גמירת דעת הרי שמדובר במצב של גמירת דעת – שימוש **במבחן האובייקטיבי. הדר חברה לביטוח.**
2. אובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות- בפס"ד **פרץ בוני הנגב** (האב השיכור) הש' שמגר בדעת מיעוט (מסיבות טכניות, הסכימו איתו עקרונית) הציע לבחון זאת בדרך אובייקטיבית בנסיבות הסובייקטיביות, **בפס"ד בראשי** (זקן ועיזבונו) הלכה זו מקבלת תוקף. הצד השני ידע או היה עליו לדעת על חוסר ג"ד במקרים אלה.

במצבים קיצוניים כאשר הסממנים האובייקטיבים מעידים על גמירת דעת אך האדם למעשה תחת היפנוזה\מחלת נפש אז ביהמ"ש יפעיל שיקול דעתו ויפנה לעיקרון "**לא נעשה דבר**" -

**פס"ד הדר חברה לביטוח**- מהווה דוגמא למקרה בו הייתה העדה על גמירות דעת (**מבחן** **אובייקטיבי**) אך בדיעבד התברר שלא הייתה גמירות דעת סובייקטיבית. ולמרות זאת ביהמ"ש התחשב במצב הקיצוני וקבע ש"לא נעשה דבר" והחוזה לא תקף בגלל שלא הייתה גמירות דעת. מקרה קיצון.

מתי צריכה להתקיים העדה על גמירת דעת? לפי הפסיקה, **במועד כריתת החוזה**. מהו אותו מועד?
בשלב הראשון, שליחת ההצעה על ידי המציע- צריכה להיות העדת על גמירת דעת של המציע.
בשלב השני, החזרת ההצעה על ידי הניצע- צריכה להיות העדה על גמירת דעת של הניצע.

**הדרישה להצעה מסוימת**,

* **הטענה לגמירת דעת והטענה למסוימות יהיו שלובות זו בזו- ככל שהראשונה גבוהה יותר יתרככו עם השנייה ולהפך. זכור!! תמיד המפר ירצה לטעון כי ההצעה לא היתה מסויימת ושלא היתה ג"ד.**

**בעבר**, ביהמ"ש הציב רף גבוה לדרישת המסוימת, היה צורך בפירוט רב (שמות הצדדים, תיאור הנכס, מועדי התשלום, מועד המסירה ועוד). הדרישה המוגזמת למסוימות הביאה לכך שהצדדים יכלו להשתחרר בקלות מהחוזה.
**מגמת הריכוך בדרישת המסוימות** הולך ביחד עם שימת דגש על יסוד גמירת דעת הצדדים.

השאלה העיקרית היא האם הצדדים **גמרו בדעתם** לכרות חוזה. השאלה המשנית- רמת **מסוימות** החוזה.

**דוגמאות לריכוך בפ"ד:**

 **פ"ד זנדבק נ' דנציגר**- בפסק דין זה החלה מגמה של **ריכוך בדרישת המסוימות**. שמגר קובע כי כשיש גמ"ד דרישת המסוימות פוחתת – 'על הפירוט הנדרש להתייחס לעיקרי הדברים' והשאר יושלם לפי הכתוב בחוק.

**פ"ד רבינאי,**(האישה וזיכרון בדברים) מורגש הדגש על גמירת דעת, רק בסוף הפסיקה השופט ברק מתייחס בקצרה לדרישה המסוימות. עיקר תשומת הלב מוקדש לשאלה האם הייתה העדה על גמירות דעת? ככל שההעדה על גמירת דעת גדולה יותר- דרישה למסויימות יורדת. במקרה דנן, הייתה העדה רבה על גמירות דעת והיא כביכול "השלימה" את החוסר במסויימות.

**פ"ד דור אנרגיה-** השופט אור קובע כי יסוד המסוימות התקיים למרות פרטים חסרים ומשלים אותם על ידי מנגנוני השלמה מכוח הדין ומכוח הנוהג בין צדדים בחוזים דומים.

**פ"ד בית הפסנתר-** השופטת דורנר אומרת כי במשפט המודרני, דרישת המסוימות איבדה מחשיבתו. הכלל הוא שהיעדר מסוימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת דעת. **זה משפט בעייתי ומרחיק לכת**- לא מדובר רק בפרשנות מצמצמת אלא בביטול של סעיף החוק לגמרי. פ"ד זה לא היווה הלכה לעתיד.

**פ"ד עדני**- יש חוסר בחוזה אבל החוסר נובע מהסדר שלילי, אי הסכמה על פרט מסוים ולכן אין לביהמ"ש זכות להתערב ולהפר את חופש החוזים של הצדדים.

* **כיצד משלימים פרטים חסרים בחוזה?**

שני תנאי סף להשלמת חוזה:

1. **חוזה**- מנגנוני ההשלמה יופעלו רק על מנת להשלים חוזה קיים.
2. **וודאות שישנו חוסר בחוזה**- בדיקה מהם החסרים האמיתיים. ביהמ"ש צריך להיזהר לא להשלים פרטים בחוזה בניגוד לכוונת הצדדים, למשל מקרים של:
	1. חסר מדומה- לפעמים בפרשנות של החוזה נגלה שזה לא חוסר אמיתי במסוימות החוזה.
	2. הסדר שלילי- פרט הנראה כחוסר יכול להתגלות כפרט שהצדדים חשבו עליו ולא הכניסו אותו בכוונה, מתוך מחשבה.
* **מנגנוני ההשלמה העומדים בפני ביהמ"ש:**
1. **מנגנון השלמה מוסכם-** חוסר בחוזה יושלם בצורה מסוימת, כפי שנקבע מראש בחוזה. אם נקבע.
2. **עקרון הביצוע האופטימאלי-** אם אחד הצדדים מעוניין בביצוע החוזה עד כדי כך שהוא יאפשר לצד השני את אפשרות ההשלמה הטובה ביותר מבחינתו.
3. **סעיף 26 לחוק החוזים-** מציע 2 חלופות:
	1. פרטים חסרים יושלמו לפי הנוהג בין הצדדים,
	2. ואם אין נוהג בין הצדדים, הפרטים החסרים יושלמו לפי הנוהג המקובל בחוזים מסוג זה.
4. **הוראות השלמה בחוק החוזים-** חלק מהוראות ההשלמה הן קוגנטיות וחלק דיספוזיטיביות. הכוונה בהוראות השלמה בעיקר להוראות שניתן להתנות עליהן. ישנן הוראות השלמה בדיני החוזים המיוחדים ובדיני החוזים הכלליים. במידה ויש סתירה ביניהם, נפנה לדין המיוחד, הספציפי.
5. **סעיף 39 לחוק החוזים** או **תנאי מכללא** (כבר פחות נפוץ כיום).

מנגנוני ההשלמה מסודרים לפי סדר קדימויות. החל ממנגנון המשקף את רצון הצדדים ועד חוסר התחשבות ברצון הצדדים (הוראה קוגנטית).

**הצעה וקיבול -**לפי ס' 1– חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול.

מציע

ניצע

**הצעה**

**סעיף 2: 3 תנאים מצטברים:**

1. פניה לאדם
2. העדה על גמירת דעת
3. מסוימות
* במידה וחסרים אחד מהמרכיבים הללו, זו לא תהיה הצעה אלא **פנייה**- מראה שאנו בשלב המו"מ.
* **פניה לציבור** עם העדה על גמירת דעת ועם מסוימות תחשב להצעה. לעומת זאת אם פונה רוצה לשמור בידיו את הכוח להחליט עם מי להתקשר מתוך הפונים- זוהי הזמנה להציע הצעות.

**חזרה של המציע מההצעה:**

סעיף 3(א)–הודעת הביטול של המציע צריכה להגיע לניצע ולידיעתו לפני שהוא שולח את הודעה הקיבול. **מדובר בהצעה רגילה.**

**הצעה בלתי חוזרת**

**סעיף 3(ב)– הצעה בלתי חוזרת/בלתי הדירה**- אם מציע קבע שהצעתו היא בלתי חוזרת (במשתמע או במפורש, למשל-עד גמר המלאי), או שקבע מועד לקיבולה, **הוא לא יכול לחזור בו מההצעה מהרגע שהיא נמסרה לניצע**. אם לא קבע מועד לקיבול – ההצעה היא בלתי חוזרת לזמן סביר.

אם המציע קבע מועד לפקיעת ההצעה הבלתי חוזרת, כל ניסיון שלו לחזור בו מההצעה טרם פקיעת המועד- לא תקף:

1. אסור לו לחזור בו מההצעה
2. לפי **ס' 3(ב)** גם אין לו את הכוח לחזור בו ממנה- הניצע עדיין יכול לתת הודעת קיבול שיהיה לה תוקף. (אם רק תנאי א' היה מתקיים אז היו מופעלות סנקציות נגד המציע אך הוא לא היה מחויב לקיים את החוזה, בתנאי ב' הוא גם מחויב לקיים את החוזה)

**האם כל הצעה עם מועד היא הצעה בלתי חוזרת?**
לפי שלו- כן.
לפי דויטש- לא. תלוי בפרשנות ההצעה. קיימים מצבים בהם מתן תוקף להצעה הינו רק ע"מ להגביל את הניצע ולכן זוהי אינה הצעה בלתי חוזרת.

**מקרה מיוחד**– אם מציע קובע תוקף במועד ומוסיף בהצעתו כי הצעה זו אינה בלתי חוזרת, ההצעה תיחשב כהצעה רגילה ולא בלתי חוזרת ומטרת התוקף כאן למעשה תהיה רק לתחום את הניצע לקבלת החלטה.

דחיית ההצעה **בהצעה בלתי חוזרת**- **צריך אמירה חד משמעית** כדי להסיק את דחיית החוזה. בהצעה בלתי חוזרת לניצע יש "חזקה", זכות משפטית, "שקט תעשייתי"- לתקופת זמן הוא המחליט כי המציע לא יכול לחזור בו מההצעה. ולכן, כדי להסיק שניצע ויתר על ההצעה לפני שחלפה תקופת הקיבול, נחפש אמירה ברורה לכך.

**קיבול בשינוי בהצעה בלתי חוזרת-** הצעת נגד של הניצע היא לא תמיד דחיית ההצעה של המציע, תלוי איך הוא אומר זאת-

"ראינו את ההצעה החדשה, האם תסכים בפחות?"---גישוש, לא דחיית ההצעה

"אם תמכור בפחות, אקנה"---הצעה חדשה, דחיית החוזה.

**פ"ד נווה עם נ' יעקובסון-** נווה עם נתנו הצעה בלתי חוזרת לקניית דירה, יעקובסון מאוד רוצה לקנות את הדירה, אפילו מנסה לשכנע את עורכי הדין להוריד את סכום התמורה, באחת מהישיבות שהתבצעו לפני מועד פקיעת ההצעה, יעקובסון אומר שאין לו כסף לשלם. למרות זאת, נווה עם לא רשאים לחזור בהם מההצעה, יעקובסון לא דחה את ההצעה באופן מפורש אלא עשה ניסיון לגישוש.

**בהצעה בלתי חוזרת נרצה דחייה הרבה יותר חזקה וברורה ובהצעה רגילה נצטרך דחייה פחות חד משמעית.**

**הזמנה להציע הצעות**

**יש פנייה שאיננה הצעה**- זוהי הזמנה להציע הצעות. חייב להגדיר הצעה כזו כפנייה משום שאכן היו כוונות ליצירת יחסים משפטיים (הדוגמא המוהבקת ביותר –**מכרז**).

תגובה לפנייה כזו איננה קיבול אלא היא יכולה להיות שלב כלשהו במהלך המשא ומתן. פניה שאיננה הצעה היא חלק ממשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה גם אם היא אינה הצעה.

**הצעה לציבור**

* אם ברור מבחינת נוסח הפנייה שהמפרסם מוכן לראות עצמו מחויב לחוזה עם כל מי שמסכים לתנאים- זו הצעה לציבור
* לעומת זאת, אם מתוך הפרסום ניתן להבין שהמציע רוצה לשמור את השליטה על התהליך, הוא מחליט עם מי ייכרת חוזה ועם מי לא – זו אינה הצעה.
* פנייה לציבור יכולה להניב גם חוזה יחיד- אם מבינים שהמפרסם מעוניין לבחור את האדם שהוא יכרות איתו את החוזה, למשל- פרסום דירה.

**קיבול-** בהצעה לציבור, הקיבול הוא בדר"כ **בהתנהגות** ולא בהודעה למציע.

**חזרה של המציע מהצעה לציבור-** החזרה מההצעה צריכה להתקבל באופן דומה להצעה עצמה. המטרה שהחזרה מהצעה תגיע לציבור הנמענים אליו הגיעה ההצעה (לא יתכן שהצעה שהייתה בטלוויזיה תבוטל ע"י הודעה קטנה בעיתון).

**דחיית הצעה ע"י הניצע-** הבעת דחייה ברורה מספיק.

**קיבול בשינוי-** בהצעה רגילה, כאשר הניצע לא דוחה את ההצעה, אלא משנה אותה, זה אינו קיבול אלא הצעה חדשה.

**פקיעת ההצעה:**

סעיף 4- ההצעה פוקעת כאשר:

1. כשהמציע מבטל אותה, אם עשה זאת במועד
2. בחלוף הזמן הנקוב בהצעה או בחלוף זמן סביר
3. כאשר הניצע דוחה את ההצעה
4. אחד הצדדים מת/הפך לפסול דין, ניתן נגדו צו עיקול נכסים, כל זה לפני הודעת קיבול. כלומר, בהצעה בלתי חוזרת, הניצע אמנם נהנה משקט תעשייתי, אך זה יכול להיות מופר וההצעה תפקע אם יהיה מוות פיזי/משפטי של המציע.  **בהצעת חוק דיני ממונות**- פקיעת החוזה בזמן מוות הוא רק עד נקודת האל חזור של המציע. בהצעה רגילה- לפני שהניצע הודיע על הודעת קיבול. בהצעה בלתי חוזרת- לפני המסירה של הודעת ההצעה.

**קיבול**

סעיף 5- מגדיר את היסודות לצורך **קיבול**:

1. החצנה של הרצון שתגיע לידיעת המציע
2. גמירת דעת הניצע
3. הקיבול יחפוף את ההצעה

קיבול נעשה בדרך כלל ב**הודעה** של הניצע למציע, אבל לא רק.

**קיבול בהתנהגות:**

סעיף 6(א) – הקיבול הוא גם **בהתנהגות** אם דרך הקיבול הזו משתמעת מההצעה. למשל- תשלום. הקיבול צריך להתבצע עפ"י התנאים שהמציע קבע.

בהצעה לציבור- דרך הקיבול האופיינית היא התנהגות. **פ"ד ש.ג.מ חניונים-** ביהמ"ש קבע כי אם החניון פתוח לציבור, יש שלט על התשלום בכניסה, דרך הקיבול הוא לא רק בהודעה לניצע אלא גם **בהתנהגות**. ולכן נכרת חוזה בין הצדדים.

סעיף 6(ב) קובע כי **קביעת המציע ששתיקה היא קיבול- לא תקפה**.

הסעיף בא להגן על ניצעים, כדי שלא ניתן יהיה לכפות עליהם קיבול. מקרים בהם שתיקה כן נחשבת כקיבול:

* ראובן מציע לשמעון למכור לו את מכוניתו בעוד חודש, "אם לא אשמע ממך תוך 3 ימים, זה ייחשב להסכמה". כעבור חודש שמעון רוצה לשלם לראובן, אך הוא כבר מכר את הרכב. במקרה זה נכרת ביניהם חוזה מחייב, למרות שאסור לקבוע שתיקה כקיבול.
* כאשר יש הסכמה קודמת בין הצדדים על שתיקה כקיבול.
* הסכם מסגרת בין הצדדים בו יש אפשרות לשתיקה כקיבול.
* מו"מ ארוך בין הצדדים, פינג פונג של טיוטות.
* סעיף 7- הצעה מזכה, חוזה בו הניצע יקבל זכויות בלבד, רוב האנשים יקבלו את החוזה לכן אין טעם להטיל על הניצע את נטל ההודעה על הקיבול.
* במקרה שבו הקיבול בהתנהגות, וההתנהגות היא ארוכה/נמשכת. מהי נקודת הזמן שקובעת את הקיבול, הזמן בו אי אפשר לחזור מההצעה? **תלוי בנסיבות המקרה**.

סעיף 8(א) – קיבול ההצעה מותר בזמן שנקבע בה, או אם לא נקבע זמן, תוך זמן סביר.

סעיף 9- קיבול של הצעה לאחר שפקעה, זו הצעה חדשה.

**חזרה מהודעת הקיבול-**
סעיף 10- הניצע רשאי לחזור בו מהודעת הקיבול. הודעת הביטול תהיה כל עוד המציע עדיין לא יודע על הקיבול- הודעת הקיבול טרם הגיעה אליו או ההתנהגות לא הייתה שוות ערך לקיבול.
כאשר הודעת הביטול והודעת הקבלה **מגיעות יחד**: הודעת הביטול גוברת על הודעת הקיבול.

סעיף 8(ב) – הסעיף מבקש להכריע במצב בו הניצע נתן הודעת קיבול בזמן אך היא לא הגיעה למציע בזמן. החוזה ייכרת אלא אם המציע מודיע לניצע שהוא דוחה את הקיבול באופן מיידי.

**פ"ד תשובה נ' בר נתן** – תשובה לא הסכים להתייחס להצעה שניתנה לו על ידי בר נתן בטלפון. לכן ההצעה הגיעה לידיו רק כאשר הגיע הפקס. חזרתו של בר נתן מההצעה הגיע לניצע לפני הפקס, ולכן היא תקפה. כאשר נקבעה דרך להצעה והקיבול אין היא מחייבת את הודעת הביטול אלא די בכך שהגיעה לניצע (אלא אם כן התנו על כך הצדדים).

**אילו שתי ההצעות היו מגיעות בו זמנית (ההצעה והחזרה ממנה)-**

לפי ס' 10- כאשר שתי ההודעות מגיעות יחד, הודעת הביטול גוברת.

ס' 11- שינה או הוסיף הניצע פרט לגבי ההצעה - נחשב כהצעה חדשה.

**צורת החוזה**

סעיף 23- הצדדים יכולים לכרות את החוזה באיזה צורה שירצו. **חריג-** אלא אם החוק דורש צורה מסוימת לסוג החוזה (מתנה, מקרקעין, הלוואה...)

**דרישת כתב מהותית מול דרישת כתב ראייתית**-

**דרישת כתב מהותית**- אם החוזה לא נעשה בדרך הכתב, אין לו תוקף. דרישת הכתב המהותית מצטרפת לשאר הדרישות של כריתת החוזה (הצעה, קיבול, גמירת דעת, מסוימות).
**דרישת כתב ראייתית**- נוגע לענייני הוכחה. יש תוקף לחוזה, אבל אם יהיה סכסוך בין הצדדים, יהיה קשה להוכיח פרט מסוים בבימ"ש ללא חוזה כתוב.

2 הבדלים חשובים בין דרישות הכתב:

1. בדרישת כתב **מהותית**, המסמך הכתוב צריך לגלם את החוזה עצמו. בדרישת כתב **ראייתית**, המסמך הכתוב לא צריך להיות החוזה אלא גם מסמך שנוצר אחרי החוזה- קבלה, חשבונית.
2. בדרישת כתב **מהותית** כל הסכמת הצדדים צריכה להיות בחוזה- כל הפרטים הנדרשים מתוקף דרישת המסוימות. בדרישת כתב **ראייתית**, נדרש שיהיה חוזה כתוב רק לשם הוכחת קיומו.

**פ"ד גרוסמן-** השופט זוסמן אומר שדרישת הכתב בס'8 היא **מהותית**. באה למען:

1. דרישת כתב מהותית באה לשם הרתעת הצדדים שלא להתחייב בחיפזון וכן כדי להגן על צד חלש.
2. דרישת כתב ראייתית- לשם עדות לקיום החוזה בלבד.
3. השוואה לשונית בין סעיף 7(א) לסעיף 8 בחוק המקרקעין.

סעיף 7(א) – "עסקה במקרקעין טעונה רישום". כלומר- הרישום מבצע את העסקה. ההתחייבות מתבצעת רק כאשר נעשה רישום.

סעיף 8 - התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

* אם הסיבה לדרישת הכתב היא עניין שבמהות כמו רצינות המתחייבים, הגנה עליהם, אז הדרישה היא **מהותית.**
* אם הסיבה לדרישת הכתב היא חשש לבעיות הוכחה עתידיות אז הדרישה היא **ראייתית.**

**דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין היא דרישת כתב מהותית**. חלה על כל עסקת מקרקעין

* חוק המקרקעין נכנס לתוקף ב-1969, עד אז דרישת הכתב הייתה ראייתית בלבד (לפי ס' 80 לחוק הפרוצדורה העותומאנית).
* בסעיף 79(א) בחוק המקרקעין נקבע כי בחוזה שכירות עד 5 שנים, אין דרישת כתב ואין דרישת רישום. בשכירות עד 10 שנים אין דרישת רישום. למרות זאת הנוהג הוא שעסקאות השכירות נעשות בכתב.
* יש להבחין בין מכירת נכס ומכירת זכות במקרקעין. מכירת זכות היא לא עסקת מקרקעין אלא עסקת זכות ולכן לא חל עליה ס' 8, אין דרישת כתב.

**בהצעת חוק דיני ממונות**– מכילים את דרישת הכתב של ס' 8 גם על עסקה שמקנה זכות במקרקעין.

**פ"ד קפולסקי נ' גני גולן-** קפולסקי טען שקבלה שכוללת את שם בא כוח גני גולן מספקת דרישת כתב מהותית. השופט קבע כי המסמך חסר מאוד ולכן לא תקף. **במסמך לעסקת מקרקעין, צריכים להיות כל הפרטים המהותיים לחוזה- שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה, המחיר, זמני התשלום, הוצאות ומיסים.**
בתקופה זו, דרישת המסוימות בכריתת החוזה, היא רחבה (דרשו הרבה פרטים כדי שיהיה תוקף לחוזה). וגם דרישת הכתב המהותית היא רחבה- כל פרטי החוזה צריכים להופיע בכתב. **הבעיה-** קל להשתחרר מחוזה מקרקעין.

**ריכוך בדרישת הכתב-**בתחילת שנות ה-80, יש שינוי- דרישת הכתב היא מהותית אבל ביהמ"ש מצמצם את היקף הפרטים המהותיים שצריכים להופיע בכתב. \* כאשר משלימים פרטים לצורך המסוימות, ההשלמה הזו משלימה גם את הפרטים החסרים בדרישת הכתב.

**פ"ד רבינאי-מסמל את תהליך הריכוך בנוגע לדרישת הכתב**. ניתן להשלים פרטים שלא נכללו במסמך הכתוב של החוזה. נקבע שמה שצריך זה רק תאור הנכס, זהות הצדדים, המחיר ומועדי התשלום והמסירה.

**האם חתימה היא חלק מדרישת הכתב?**
**בפ"ד גרוסמן**, השופט זוסמן השאיר שאלה זאת בצריך עיון.
בתהליך ריכוך דרישת הכתב, ביהמ"ש קבע כי סעיף 8 לחוק המקרקעין לא קובע במפורש את הצורך בחתימה. לעומת זאת, כמעט תמיד כאשר אין חתימה על החוזה, אין לו תוקף כי **לא הייתה גמירת דעת** ולא בגלל בעיה במסוימות הכתב. אם יהיה מקרה בו ביהמ"ש ישתכנע שהצדדים גמרו בדעתם למרות היעדר חתימה, אם יהיו במסמך מספיק פרטים, היעדר החתימה לא יפגע במסוימות ובתוקף המסמך. **פס"ד בוטקובסקי**- (מכירת מגרש חנייה והתחמקות ממנה) ריכוך בדרישת הכתב **בנוגע לחתימה**. אין צורך בחתימה בשביל שתתקיים דרישת הכתב המהותית במידה ויש אינדיקציות אחרות המעידות על ג"ד (כי חתימה היא אינדיקצייה לג"ד). נקבע כי השקת כוסות ולחיצת ידיים ביטאו במקרה דנן קיבול וג"ד.

**דרישת כתב בחוזים בין צדדים קרובים מאוד ובני משפחה:** במחצית השנייה של שנות ה-80 ישנו ריכוך נוסף בדרישת הכתב, בעיקר בסכסוכים בין צדדים קרובים מאוד ובין בני משפחה שיש ביניהם אמון.
ביהמ"ש הבין את המציאות- בהסכם בתא משפחתי מצומצם/אנשים קרובים, יש פחות הקפדה על פורמאליות, לכן יש לשים דגש על יסוד גמירות הדעת ולהקל במסוימות. כך, **מיטשטש ההבדל בין דרישת הכתב המהותית והראייתית**.
**בפ"ד אהרונוב**, היו חסרים פרטים בחוזה- מהי התמורה ותיאור הנכס. ביהמ"ש איפשר להוסיף מידע, והדבר מזכיר דרישת כתב ראייתית:

* אפשרו להביא ראיות חיצוניות.
* מאפשרים שימוש במסמך מאוחר יותר.

פ"ד אהרונוב (וטוקן שדומה לו) לא שינו את ההלכה ועדיין יש דרישת כתב מהותית שצריכה להביע את רצון הצדדים וגמירות דעתם.

**פ"ד קלמר נ' גיא**- קלמר טען כי החוזה לא תקף כי אינו עונה על דרישת כתב, עשה זאת מתוך חוסר תום לב.
השופט ברק: **בין תום לב או דרישת כתב- תום לב עדיף!**
דעת מיעוט חשובה של השופט זמיר-מוכן להשלים עם העובדה שאין מסמך כתוב, מסכים ל**ביצוע בפועל במקום דרישת כתב**. זה לא הלכה.
מקרים כאלו בהם טוענים שחוסר תום לב עדיף על כתב היא טענה שנטענה עשרות פעמים והתקבלה רק
ב-2 מקרים מאוד קיצוניים.

**בהצעת חוק דיני ממונות-** תחת הסעיף על צורת החוזה, אם יש צורת כתב שלא קוימה אך החוזה עצמו קוים במלואו או בחלקו המהותי, יש לראות את דרישת הצורה כאילו קוימה.

**פ"ד שם טוב נ' פרץ**-כנראה הייתה בעיה עם הצגת המסמך של החוזה, אבל ידוע שהוא כן נכתב. השופט עמית קבע כי דרישת הכתב המהותית של סעיף 8 קוימה ולכן לחוזה יש תוקף. הבעייתיות היא מבחינת ההוכחה של החוזה ולכן יש להכיל את דיני הראיות. ביהמ"ש מאפשר להביא ראיה פחות טובה מהראיה הטובה ביותר- צילום של החוזה, עדות להיות החוזה..

**מסר אקלטרוני:** אין פס"ד שעונה על שאלה זו, כרגע בתהליך בביהמ"ש המחוזי. לדעת ד"ר גלברד יש אבחנה בין אמצעים אלקטרוניים ומסמך מפורט שהושקע בו זמן כמו מייל אכן יהיה קביל. כרגע יש הצעת חוק שטרם התקבלה לאשר חוזים באמצעים אלקטרוניים פרט לחוזים שדרישת הכתב בהם היא מהותית (ס' 8).

**מעמדו של זיכרון דברים**- יש שתי אפשרויות:

1. המו"מ הסתיים, יש כוונה שסיומו יהיה בחתימה פורמאלית על החוזה.
2. זיכרון הדברים הוא רק שלב ביניים, אין גמירת דעת לחוזה סופי.

השאלה תלויה במבחנים של כל הסכם בין צדדים- **העדה על גמירת דעת, מסוימות**.

**נוסחת הקשר-** תוארה על ידי השופט ברק **בפ"ד רבינאי**. נוסחת הקשר היא האופן בו הצדדים רואים את היחס בין זיכרון הדברים ובין החוזה שהם מעוניין לערוך בהמשך. פעמים רבות נוסחת הקשר ניטראלית, הצדדים רוצים לחתום על חוזה תוך זמן מסוים אך לא נאמר במפורש על תוקפו של זיכרון הדברים עד אז.
אם הצדדים הגיעו למעמד החתימה של החוזה וכעת לא מסכימים על נושאים מסוימים, 2 אפשרויות:

1. אם זיכרון הדברים היווה חוזה מחייב (הייתה גמירת דעת ומסוימות), למרות שהצדדים לא חותמים על חוזה, הם קשורים ביניהם בחוזה מכוח זיכרון הדברים. פרטים חסרים- יושלמו.
2. אם כוונת הצדדים הייתה שזיכרון הדברים תקף רק במעמד החתימה על ההסכם, החוזה היה למעשה חוזה על תנאי, התנאי לא קוים ולכן זיכרון הדברים (החוזה על תנאי) לא תקף.

במקרה של **רבינאי** שולמה מקדמה במעמד חתימת זיכרון הדברים כך שמבחן ג"ד מתקיים, המבחן השני אודות מסוימות גם מתקיים כשביה"מ קובע שהפרטים החשובים קיימים (הצדדים לעסקה, תיאור הנכס מחיר ומועדי תשלום) ועניינים אחרים כגון המסים לדוגמא יכולים להיות מוסדרים על פי חוק.

\***בפס"ד דור אנרגיה** היה רשום "טיוטה" אך ביהמ"ש החליט כי הסימנים לגמירת הדעת גברו על הכותרת "טיוטה" ולכן זה היה חוזה מחויב.

**סיכום** – דרישת הכתב במקרקעין היא מהותית (או בכל מקרה בו יש דרישת כתב מהותית), אך יש בעיה עם דרישת כתב מהותית נרחבת. לכן: א. צומצמה דרישת הכתב, רוככה. ב. שימוש במסמכים מאוחרים לכריתה , מנגנוני השלמה. ג. במקרים קיצוניים- ריכוך נוסף (במקרה קירבה בין הצדדים למשל) או מנגנון תום הלב. ד. דוקטרינת זמיר (ביצוע בפועל במקום דרישת כתב), לא יצאה כהלכה, אך גם אוביטר יכול שיהיה רציו בפסיקה הבאה.

**תום לב במשא ומתן - סעיף 12 לחוק החוזים**
העיקרון הקודם שהיה בדיני החוזים הוא "יזהר הקונה" (כל צד דואג לאינטרסים של עצמו). חובת תום הלב נכנסה עם חקיקת חוק החוזים, בהשראת הB.G.B הגרמני.
חובת תום הלב היא נורמה עמומה שביהמ"ש בכוונה לא מפרש.

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

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

סעיף 12(א) קובע את הנורמה. סעיף 12(ב) קובע את הסנקציה.

**הנורמה-12(א)-** מחייב כל אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב במשא ומתן.

חובת תום הלב היא חובה שנבחנת ע"פ קנה מידה **אובייקטיבי** ולא סובייקטיבי. ביהמ"ש קובע את רף ההתנהגות ולא התפיסה המוסרית הסובייקטיבית של הצדדים. **מה המשמעות של דרך מקובלת**?
**לפי ג' שלו- דרך מקובלת**=מה שמקובל על הצדדים. **תום לב**= מה שמקובל במשפט. ביהמ"ש לא קיבל הגדרה זו, ולכן אין משמעות למילים דרך מקובלת. **בהצעת חוק דיני ממונות**- המילים דרך מקובלת נמחקו.

**על מי מוטלת החובה לנהוג בת"ל-** על כל אדם שמנהל מו"מ, גם אם הוא אינו צד לחוזה.

לפי דיני השליחות- השליח הוא רק אמצעי של השולח.
**בפ"ד פנידר נ' קסטרו- השופט שמגר מטיל את האחריות לנהוג בתו"ל על מנהל חברת פנידר כמי שקיים את המו"מ, גם אם הוא לא מי שחתום על החוזה. הדבר מהווה חידוש לעומת דיני השליחות**.

בנוסף, לפי ס' 8 בדיני השליחות, השלוח חב חובת נאמנות כלפי השולח, חייב לקיים את הוראות השולח ולפי ס' 9, אם לא יקיים את הוראות השולח, כאילו הפר את החוזה עימו. אם השולח נותן לשליח הוראות לניהול מו"מ שמשמעותו הפרת חובת ת"ל, השלוח נמצא בבעיה. במקרה זה חובת השלוח היא **לסרב לשליחות**.
השופט שמגר בפנידר קובע כי חובת הנאמנות של השלוח לשולחו, לא תשמש לו מגן, חסינות מפני הטענה של הפרת חובת תום לב ולכן הפתרון היחיד הוא לא לקיים את השליחות.

חובת תום הלב חלה לכל אורך המו"מ, כולל הכריתה עצמה.
גם הפסקת מו"מ תיחשב בנסיבות מסיומות (בעיקר בשלבים מאוד מתקדים) כהפרת חובת תום לב.

חובת תום הלב היא **קוגנטית**- זו חובה שנועדה ליצור נורמות התנהגותיות- מוסריות, הגינות. ולא נוגעת רק למערכת היחסים בין הצדדים (כמו שאר הסעיפים עד עכשיו).

**חובת תום לב במכרזים פרטיים:**

**בפ"ד בית יולס**- שמגר וברק טענו כי במכרז פרטי יש חובת שיוויון אלא אם כן הותנה במפורש שלא היה שוויוני. היא מבוססת בחובת תו"ל או בדוקטרינת "החוזה הנספח"- הסכם שנכרת בין הצדדים הקובע את כללי המכרז. **(דעת מיעוט)** לעומתם, איילון טען כי חופש החוזים גובר על חובת השיוויון, אין חובת שוויון במכרז פרטי אלא אם כן נאמר שהוא יהיה שוויוני. **(דעת רוב)**

**בפ"ד קסטנבאום-** חברת קדישא אסרו על בני משפחה לכתוב כיתוב לועזי על המצבה. האם זה חוקי? השופט ברק- קבע כי חברה קדישא היא גוף פרטי אבל גם ציבורי. ביהמ"ש מזרים למשפט הפרטי עקרונות מהמשפט הציבורי דרך הנורמות הפתוחות (תום לב), עקרונות כמו שוויון, הגינות, סבירות, מניעת אפליה. ביהמ"ש קובע שהתנאי של חברה קדישא בטל. ניסיון של ברק ושמגר להפוך את ההלכה של בית יולס.

**בפ"ד קל בניין-**הפרת חובת שוויון במשפט פרטי**. ביהמ"ש מתעלם מהלכת בית יולס וקובע שיש חובת שוויון גם במכרז פרטי**, אלא אם כן הודיעו מראש שהמכרז אינו שוויוני. הלכת בית יולס משתנה.

אין תשובה ברורה לשאלה אם קיימת חובת שוויון כללית מסעיף 12 גם במכרז פרטי.

1. במקרים בהם **כמעט קיימת** אחת העילות של פרק ב', אך לא מתקיימת לגמרי- למשל רמת המצוקה היא לא מספיק גבוהה בשביל עושק, האם ניתן לתבוע לפי העילה הכללית של תום לב?
**פ"ד גנז נ' גץ**- גנז לא מצליח לשכנע את בית המשפט שמתקיימת עילת העושק, האם יכול לטעון לעילת תום לב?
דעת הרוב- אם זה לא מגיע לכדי עושק, זה לא מגיע לכדי הפרת תו"ל כי זה מאפשר "עקיפה" של ביסוס עילת הפגם. (למעשה היה גם נימוק פרוצדוראלי להחלטה- שעילת תום הלב עצמה לא נטענה בדיון).
דעת המיעוט (קדמי)- יש מצבים שניתן לקבל את טענת תו"ל גם אם עושק לא הוכח- אם זו הייתה התנהגות לא מוסרית ולא ראויה.

**פס"ד אוגלי** במחוזי השופט קבע שלפי בן פורת בזפניק יש עוד תרופות מכוח ס' 12 ב (לא רשימה סגורה) כמו למשל ביטול החוזה במקרה קיצוני אבל זאת עדיין לא הלכה מחייבת כי זה לא היה בעליון.

**מצבים שנחשבו לפי הפסיקה הפרה של חובת ת"ל:** (חשוב לזכור שהנורמה היא פתוחה, זו אינה רשימה סגורה)

* **חובת גילוי מידע**- יש זיקה מיוחדת בין חובת ת"ל לבין עילת **ההטעיה** (אי גילוי עובדות שחובה לגלותן על פי דין, נוהג ונסיבות). סעיף 12 קובע חובת גילוי כללית ועל כן אי גילוי חובה שגורם להטעיה הוא גם הפרת ת"ל. השאלה איפה עובר הגבול, אין חובת גילוי על כל מידע בכל מצב.
חובת הגילוי תלויה במספר קריטריונים:
	+ - **חובת גילוי רחבה:** בביזנס כלפי לקוח, צד חזק מול צד חלש, צד מומחה מול צד הדיוט, נסיבות מיוחדות (כמו קינסטלינגר- שהיא גרה בחו"ל ולא מכירה את הקרקעות בארץ), משפחה וחברים (כמו **פנידר נ' קסטרו**- שהם היו חברים) ואז מצפים לחובת גילוי נרחבת.
		- **חובת גילוי פחותה:** חוזה בין פרט לפרט, בין ביזנס לביזנס.

**נסיבות מיוחדות**-**פ"ד קינסטלינגר**- מדובר באישה מבוגרת, הקונה שעשה בעצמו את כל התהליך, "עבד עליה".
**בפ"ד ספקטור נ' צרפתי**- הויכוח הוא האם הקונה צריך היה להשיג את המידע בעצמו. השופט לנדוי – "ייזהר הקונה" .טוען שאין חובת גילוי של המוכר כי זה חוזה מסחרי ואין חובת גילוי רחבה (צרפתי מומחה במקרקעין). יש לגלות מידע מהותי שלא יכל להשיג לבד. השופט אשר טוען לחובת גילוי רחבה. אי גילוי פרט מהותי היא התנהגות בחוסר תום לב והטעייה (12 דירות במקום 16) אפילו אם לרוכש הייתה האפשרות לגלות את המידע הזה.

* **פרישה ממשא ומתן**- מותר להפסיק מו"מ, אבל אם מדובר במו"מ ארוך ומתמשך אשר הושקעו בו משאבים, צד שרוצה לפרוש מהמו"מ צריך להציג סיבות הגיונית, רצון קפריזי בלבד ייחשב כהפרת חובת ת"ל. **פס"ד פנטי נ' יצהרי** – מכירת השטח של מוסך: פרשיה ממו"מ בשלב האחרון מסיבה קפריזית ולאחר ששולמה התמורה הוא חוסר תו"ל.
* **ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות**
* **ניצול מצוקה**– גם אם ניצול המצוקה מגיע לכדי עושק וגם אם לא.
* **דרישה בעייתית שידועה מתחילת המו"מ אבל נאמרת רק בסופו**, מעין מלכודת דבש לצד השני.

**התרופות -12(ב)-**

בסעיף 12 לחוק החוזים יש הפנייה לסעיפים 10,13 ו14 בחוק התרופות. בד"כ יינתנו פיצויי הסתמכות.

סעיף 14 – לא יינתן פיצוי על נזק שאפשר היה להקטין

סעיף 10 –הוכחת הנזק, סיבתיות וצפיות

סעיף 13 – נזק לא ממוני, באחריות בית המשפט

 **יש להבחין בין 2 מצבים:**

1. הפרת חובת ת"ל גרמה לכך שלא נכרת חוזה.
2. נכרת חוזה שנעשה במסגרת הפרת חובת ת"ל.

1. **במצב בו הופרה חובת ת"ל ולא נכרת חוזה:**
בשנים הראשונות מצב כזה הניב פיצויי הסתמכות בלבד- מעמידים את הנפגע במצב בו היה אילו לא נוהל המו"מ.

**בפ"ד שיכון עובדים-**יש התפתחות באופן הפסיקה של הפיצויים.
שני חידושים שהשופטת בן פורת קובעת בשיכון עובדים:

1. רשימת הפיצויים בסעיף 12(ב) אינה רשימה סגורה. תום לב היא נורמה פתוחה ולכן גם התרופות צריכות להיות פתוחות.
2. השופטת מוסיפה תרופה שמקורה בדין הגרמני- "**אשם בהתקשרות**"= אם הופרה חובל ת"ל בשלב סופי של המו"מ, אחד הצדדים מנע את כריתת החוזה בחוסר ת"ל, ניתן לראות את החוזה כאילו כן נכרת ולקבל פיצויים. אבל בגלל שזפניק הסכימו לחתום על החוזה השני וויתרו על החוזה המקורי, השופטת פסקה לטובת המערערים. מיושם ב**קלמר נ' גיא**

**פ"ד קל בניין 2-**קל בניין ביקשה פיצויי קיום (מעבר לפיצויי הסתמכות), למרות שהחוזה לא נכרת אבל היה כבר בשלב הסופי שלו. השופט ברק- לא נכרת חוזה. אבל התרופה תהיה פיצויי קיום. פיצויי הסתמכות ניתנים במקרים בהם אי אפשר להיות בטוחים שלולא הופרה חובת ת"ל היה נכרת חוזה. במקרה של קל בניין המו"מ היה בשלב הסופי, תנאיו ידועים ולכן הפיצויים הם פיצויי קיום. **החידוש של ברק: מכוח סעיף 12(ב) ניתן לקבל גם פיצויי קיום- במקרים בהם המו"מ הוא בשלב הסופי.**

**שלושה מסלולים להפרת חובת ת"ל והפיצויים:**

1. לא נכרת חוזה בגלל הפרת חובת ת"ל- פיצויי הסתמכות בלבד.
2. החוזה לא נכרת אבל היה בשלב הסופי שלו- פיצויי קיום **(ברק בפ"ד קל בניין 2)**
3. תרופת **"אשם בהתקשרות"** גורמת לכך שהחוזה כן נכרת – פיצויי קיום או אכיפה. **זפניק**

**ביהמ"ש נוטה לפצות בגין 12 (ב) ולא "אשם בהתקשרות" היות שקודם כל יש חוק ולכן יש עדיפות למסלול של 12 (ב)**. ברגע שהאינטרס הוא מסחרי ינתנו פיצויים כספיים ב"דרך המלך" 12 ב' (קל בנין ועלריג) אך ברגע שהאינטרס הוא רגשי יכירו ב"אשם בהתקשרות" ותנתן אכיפה (קלמר).

**פ"ד עלריג נכסים**- (3 חלקות ועירייה) המוכר משכנע את הקונה לעשות את העסקה בע"פ, ולאחר מכן מתנער מהעסקה. ביהמ"ש העליון לא מפעיל את המסלול של אשם בהתקשרות כי החברות הן מנוסות, צריכות לדעת שיש חובה לחוזה בכתב בעסקת מקרקעין. השופט מצא מכיל את הלכת קל בניין- פוסק פיצויי קיום כי זה מקרה שבו המו"מ כמעט והסתיים ורק הפרת ת"ל היא שמנעה אותו.

**בקלמר נ' גיא** כן הופעל **אשם בהתקשרות** מכיוון שהחלום שלהם היה לגור בבית שבנו לעצמם ותרופה זו מזכה גם בתרופת האכיפה. בעלריג- היה חשוב רק הרווח מהעסקה ולכן פיצויי קיום מתאימים.

**הפרת חובת ת"ל במו"מ וכן נכרת חוזה:**
החוק לא עושה הבחנה אם נכרת חוזה או לא- סעיף 12(ב) חל באותו אופן על שני המצבים.

**בפס"ד אלרומלי נ' רהט –** (שוק פתוח/שוק סגור) השופט עמית מפנה את תשומת הלב לחוק המכר, לפי סעיף 11 ההטעיה יכולה להפוך לחלק מן החוזה אלא אם כן המוכר אומר כי אינו מתחייב לספק את מה שהוצג(הפרוספקט). במקרה של סעיף 11 לחוק המכר מעביר את הנפגע ממצב של תום לב והטעיה למישור של הפרת חוזה ואז הוא יכול לקבל את כל התרופות. יש גבול דק בין הטעיה לבין הפרה של חוזה.

**כאשר נכרת חוזה והנפגע לא מבטל את החוזה, אלא רק דורש פיצויים מכוח ס' 12- מה יהיו היקף הפיצויים?**

1. צד מתוחכם ידרוש פיצויים מכוח **ס' 39** ולא מכוח ס' 12-כיוון שזה מאפשר לו יותר סעדים.
2. **טרנספורמציה**- בחוזי מכר ניתן להגיע משלב טרום חוזי (ס' 12) לעילת הפרה של חוזה (תוך חוזי- ס' 39). למשל: מוכר התחייב לספק ממכר אך בפועל מספק ממכר אחר\ מראה דגם לפני והמציאות לא תואמת את הדוגמא, אז ניתן לתבוע אותו בגין הפרת חוזה (ולא הפרת תו"ל במו"מ)

**פרק 4- פגמים בכריתת חוזה**

בפגמים בכריתה נכרת חוזה אבל נגד הרצון החופשי של אחד הצדדים, איך זה ייתכן? פרק א' שם את הדגש על הצד האובייקטיבי- העדה חיצונית של כוונת הצדדים לחוזה. פרק ב' הוא חריג לתיאוריה זו- ייתכן ויהיה פער גדול בין הרצון הפנימי של האדם לבין הרצון שנראה כלפי חוץ.

במקרים שלא עוברים את פרק א'- כלומר לא נחתם חוזה, אין טעם לדבר על פגמים בכריתה.
 **הבחנה בין VOID לבין VOIDABLE-** במקרה של פגם בכריתה החוזה הוא VOIDABLE, האדם שחושב שהיה פגם בכריתה שנגרם על ידי הצד השני צריך להגיש הודעת ביטול, החוזה לא בטל מעיקרו!

בעילות הפגמים בכריתה, ביטול החוזה על ידי הצד הנפגע, צריך להיעשות תוך זמן סביר!

**התרופות לנפגע:**

1. ביטול- שמזכה בהשבה.
2. בחלק מהמקרים גם פיצויי הסתמכות מכוח ס' 12.

**הטעיה- סעיף 15**

15. מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לענין זה, "הטעיה" -לרבות אי-גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

הטעיה

**4 היסודות המצטברים של עילת ההטעיה:**

1. **חוזה תקף**
2. **טעות אופרטיבית**- אינה חייבת להיות יסודית במקרה של הטעיה.
3. **הטעיה**- הטעיה היא **מסר טרום חוזי כוזב (הגדרה של פרופ' שלו)**. הטעיה יכולה לבוא בשתי צורות- **מעשה או מחדל**.

**א. מעשה-**דיבורים או התנהגות- מצג שווא, הצהרה כוזבת של צד במו"מ.
- גם חצאי אמיתות הם הטעייה במעשה. השופט הלוי **בפ"ד לקי דרייב** טוען כי מבחן האמת של מצג אינו רק באמת המילולית אותה מציג צד לחוזה אלא בנכונות של המציאות. השופט בייסקי **בפ"ד חברת בית החשמונאים**- שתיקה כשלעצמה אינה יוצרת מצג שווא אבל אם לא נאמרו דברים שהיה מקום לומר אותם השתיקה יכולה ליצור מצג שווא.
**ב. מחדל-** אי גילוי ושתיקה. מה צריך לגלות?

* 1. אי גילוי של עובדות:
		1. לפי דין- חובת הגילוי הנובעת מהדין יכולה להיות חיצונית למשל ס' 16 לחוק המכר או **פנימית, למשל** מעיקרון תום הלב, ס' 12.
		2. לפי נוהג – הליכות והתנהגות מיוחדת בין צדדים. **פס"ד סוויסה נ' זאגה** סוויסה המתווך לא מסר את כל המידע הרלוונטי לזוג הקשישים, חובת גילוי מיוחדת כיוון שהוא המתווך ויש לו את המידע הרלוונטי. רלוונטי גם לנסיבות.
		3. לפי נסיבות המקרה - תלויה בנסיבות המיוחדות של העסקה. **פ"ד קינסטלינגר**- המוכר הוא שהתעסק בכל פרטי העסקה, האישה הייתה מבוגרת, לא הכירה את הפרטים ואת החלקה עצמה. נפסק כי למוכר הייתה חובת גילוי כלפיה בגלל הנסיבות.
	2. גישות כלליות בקשת לחובת הגילוי- **בפ"ד ספקטור** מוצגות שתי גישות מנוגדות באשר לחובת הגילוי:
		1. השופט אשר- חובת גילוי מרחיבה לפי ס' 12, חובת ת"ל.
		2. השופט לנדוי– גישת גילוי **מצומצמת**, יש גבול לתפקיד האפוטרופוס שיכול לשמש ביהמ"ש. "יזהר הקונה"- לצד בחוזה יש הזדמנות לבדוק את תכונות העסקה בעצמו. דומה לגישתו של השופט ח. כהן **בפ"ד בית החשמונאים.** **פס"ד שפיגלמן נ' שפניק -** דוג' לחובת גילוי מצומצמת- עסקה בין אנשי עסקים במכירת מניות במוסך מבלי לדעת על הסכם הפקעת שטחים עם נתיבי איילון.
		3. **קרונמן**- לא צריך לחייב את הצדדים לגלות הכל, כי אז אין ערך למידע.

**מידע שהושג באקראי-** חייב לספר כיוון שהוא לא התאמץ כדי לגלות את המידע הזה.

**מידע שהושג במאמץ-** לא חייב לספר כי אז יאבד את היתרון היחסי שעבד בשבילו.

**לשים לב:** אם מדובר במידע שהלקוח היה יכול לגלות בעצמו- כמו פרסומות בעיתון\ טלוויזיה, שמועות וכדו'- אין חובת גילוי נרחבת!

1. **קשר סיבתי כפול-**
	1. ההטעיה הובילה לטעות
	2. הטעות הובילה להתקשרות בחוזה.

**פ"ד לקי דרייב** – מי שהציג מידע מסוים שכבר הספיק להשתנות לפני שהצד השני הודיע את תשובתו מחוייב לעדכן בשינויים אחרת זו הטעייה לכל דבר. הטעייה יכולה להיעשות בזדון או במחדל של אי הצהרה של פרטים חשובים או פרטים שהשתנו.

**פ"ד בית החשמונאים** – מכירת הסטקיה בבנין שנבנה ע"י שני קבלנים - שתיקה כשלעצמה אינה יוצרת מצג שווא אך בנסיבות השתיקה היוותה מצג שווא, ניתן לדרוש על זה פיצויים אפילו אם החוזה מקוים. השופט כהן במיעוט בדעה כמו לנדוי בספקטור – הטעות נבעה מאשמה ואי בדיקה.

**פ"ד ספקטור** קושר את סעיף 15 ו12. נמצא גם בסעיף 12.

**פ"ד שפיגלמן** המוסך שנמכר בת"א ואח"כ נמכר חזרה: שמגר קבע כי אין לקבוע רמת מוסריות גבוהה מדי בעסקאות מסחריות ויש גבול לתפקיד האפוטרופוס שממלא ביהמ"ש.

**פ"ד וופנה** – מכירת הבית באזור תעשיה במקום "שקט" – החוזה בוטל כדין ולכן אין לפסוק פיצויים כלשהם מאחר ואלו נפסקים רק במקרה של הפרה..

**פ"ד ולנטין** – הסכם הממון במקרה של האישה שנסעה לאילת עם ה"ידיד" - מדגיש את הצורך בקש"ס בין הטעות לבין ההתקשרות בחוזה, משלא הוכח הקש"ס לא ניתן לטעון להטעיה או להפרת חובת הגילוי.

**פ"ד קיסטלינגר** דן בחובת הגילוי בעסקת מקרקעין, חובת הגילוי של המוכר בד"כ גבוהה יותר משל הקונה אבל מדובר בנסיבות מיוחדות של תושבת חוץ שלא הכירה את מצב הקרקע.

**פ"ד פרג'** – הדירה עם החדר שנבנה ללא אישור - חובת הגילוי היא על המוכר שהמקרה הזה הידע נמצא בידיו. לא ניתן לטעון לתיקון חוזה במצב של הטעייה על פי 14ג. במצב של ביטול כתוצאה מהטעייה תתבצע השבה שיכולה להשתנות במקרים חריגים על פי צדק.

**טעות– סעיף 14**

**ס' 14(א)-**טעות ידועה. **מקנה זכות ביטול אוטונומית של הנפגע**

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

**יסודות מצטברים של עילת הטעות:**

1. חוזה
2. טעות יסודית - סעיף 14(ד) מסביר מהי טעות. **לפי ג' שלו- טעות היא פער בין האמונה ובין המציאות**. **הערכה שגויה של המציאות ופעולה הננקטת מתוך ההבנה לגבי המציאות המדומה.**

 **טעות יכולה להיות בעובדה או בדין**:
**א. טעות בדין-** אי הכרת המצב המשפטי. **ארואסטי נ' קאשי** (בעלי דירות והערת האזהרה)

**ב. טעות בעובדה-** למשל בעבודה הראשונה – אביאל לא ידע על מצבו הירוד של העסק ועל פתיחת היקב במתחרה. **שלזינגר נ' הפניקס (חולה הסרטן)-** הש' לוי בדעת מיעוט- הטעות במקרה דנן, מקורה באמונה או במחשבה שלא תואמת את המציאות- חשב שהוא בריא ובמציאות היה לו סרטן. אך נקבע בדעת רוב שזה היה סיכון שלקח על עצמו. **ספקטור נ' צרפתי** – הקונה חשב שאפשרי לבנות 16 דירות בזמן ש12.

טעות אופרטיבית היא לא טעות בכדאיות העסקה, כלומר- **אם הטעות היא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, אי אפשר לבטל את החוזה לפי עילה זו והחוזה תקף.
טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, יש 3 גישות:**

* **הגישה של השופט אשר בפ"ד ספקטור נ' צרפתי**- טעות שבכדאיות העסקה היא טעות ביחס **לשווי נשוא ההתחייבות** הכלולה בעסקה- נוגעת רק לשווי, **לא לתכונות אחרות**.
* **הגישה של פרופ' טדסקי**- טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה היא טעות ביחס **להתפתחות עתידית**, ביחס לציפייה, אמונה שהתבדתה. טעות שנוגעת לעבר או להווה היא טעות אופרטיבית.
* **הגישה של פרידמן במאמרו "הסיכון החוזי"**- **גישת הסיכון**. אם צד לחוזה נטל על עצמו סיכון כלשהו, זוהי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה והוא לא יכול להתנער מהסיכון שנטל על עצמו באמתלת טעות. כל חוזה משקף הקצאת סיכונים בין הצדדים. **במצב שבו אדם נטל על עצמו סיכון בחוזה, והסיכון התממש, זוהי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. בפ"ד ארואסטי**- (הערת אזהרה) הקונים (קאשי) נטלו על עצמם סיכון בחתימתם על הסכם הפשרה עם ארואסטי, הטעות שלהם נובעת מסיכון שנטלו על עצמם וזוהי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.
* **גישה משלימה של קרונמן**- **על מי ראוי להטיל את הסיכון?** ביהמ"ש פועל מתוך שיקולי יעילות, לכן ייטיב לעשות את יראה את הסיכון כמוטל על הצד שהיה יכול למונעו בעלות הקטנה יותר. **המונע הזול**- מי שביצע את ההטעיה, שהייתה לו יותר מומחיות בנושא, יותר גישה למידע, יותר דרך לפזר את הסיכון.
1. קשר סיבתי – בין הטעות לכריתת החוזה.

**יש צורך בקשר סיבתי אובייקטיבי-** האם האדם הסביר בנעלי המתקשר היה עושה את אותה טעות.

**יש צורך בקשר סיבתי סובייקטיבי-** האם האדם הספציפי שהתקשר אכן עשה את הטעות (ולא עקב רשלנות).

1. הצד השני ידע/היה אמור לדעת **על כך**- הבחנה בין ס' 14(א) (טעות ידועה), לבין ס' 14(ב) (טעות שאינה ידועה). יש מספר דעות על משמעות הביטוי על כך:
	1. עמדתו של הפרופ' צלטנר- על כך= על הטעות. קיומו של פער בין האמונה לבין המציאות.
	2. פרופ' שלו- הצד השני צריך לדעת גם על הטעות וגם על היסודיות שלה. על הצד השני לא רק לדעת שיש פער בין האמונה לבין המציאות אלא גם על כך שמדובר בפער מהותי, משמעותי ורציני.
	3. השופטת בן פורת **בפ"ד כנפי**- כנפי היה נכה שקיבל קצבה חד פעמית מביטוח לאומי והסתמך על כך שאם יש החמרה במצב אפשר לקבל קצבה נוספת אך זו הלכה זו השתנתה, מבטל את ההצעה של טדסקי שאם מדובר על משהו שקשור לעתיד אז מדובר בטעות שבכדאיות, כאן היה משהו שקשור לעתיד ובכל זאת הוכר בטעות. הצד השני לא צריך לדעת על הטעות עצמה אלא רק על היסודיות שלה. עולה השאלה איך ניתן לדעת על יסודיותה של טעות ללא לדעת על הטעות עצמה. המבחן הוא תיאורטי- אם היית יודע על הטעות, היית אומר שהיא טעות יסודית?

**ההבחנה בין טעות שבדין לטעות שבעובדה:**

טעות בדין היא מהותית יותר. **פ"ד ארואסטי ופ"ד כנפי**- בשניהם יש התפתחות בדין, הדין השתנה, והדבר הופך את ההסכם שבוצע לבעייתי, שיש טעות ביסודו. **בפ"ד כנפי** (נכה וביטוח לאומי שאחוז נכותו עלתה) בית המשפט קובע שיש טעות, **בפ"ד ארואסטי** (הערת אזהרה) בית המשפט לא מוכן להסכים לעילת הטעות וקובע שטעותם של הקונים היא טעות שבכדאיות העסקה. הוא עושה זאת בשתי דרכים:

1. סוג היחסים בפסקי הדין הם שונים. בכנפי-קשר בין נכה לבין ביטוח לאומי (יחסים ארוכים ומתמשכים). בארואסטי- (הערת אזהרה) מערכת יחסים נקודתית בין קונים לבעלי קרקע.
2. בארואסטי השתמשו בטענת כדאיות העסקה לפי עמדת פרופ' פרידמן (מבחן הסיכון)- מהותו של הסכם פשרה היא נטילת סיכון.
* במקרה של שאלה העוסקת בטעות שבדין צריך לפנות למקרים של פ"ד כנפי ופ"ד ארואסטי.

 **ס' 14(ב)-**טעות שאינה ידועה, טעות משותפת. **מקנה זכות ביטול באמצעות ביהמ"ש.** **כנען נ' ארה"ב**

השיקולים שבית המשפט מפעיל הם שיקולי צדק בין הצדדים:

א. **מאזן נזקים-** ביהמ"ש יבחן איזה צד ינזק יותר אם טענתו תידחה. האם הטועה ינזק יותר מהשארת החוזה על כנו או שהמטעה ינזק יותר מביטול החוזה?

ב. **התנהגות הצדדים-** מי היה יותר רע ומי היה יותר תם.

ג. **האשם היחסי של כל אחד מהצדדים בטעות שכרתה כאן**- מהי מידת הרשלנות של הטועה? ככל שמידת רשלנותו של הטועה גדולה יותר כך המשפט ילך יותר לרעתו. אם הטועה היה רשלן, אז עפ"י קרונמן הוא מונע הנזק הזול ביותר- ואם הוא לא היה מתרשל אזי לא היה טועה.

**סעיף 14[ג]** - **תיקון טעות:** קובע כי טעות אינה עילה לביטול אם ניתן לתקן את הטעות ולקיים את החוזה והצד השני הודיע על מוכנותו לעשות כן עוד לפני שהגיעה הודעת ביטול – בכזה מצב אין ביטול אלא תיקון וקיום.

**סעיף 16 טעות סופר:** החוזה יתוקן ולא יבוטל, לפי אומד דעת הצדדים. **פרשנות החוזה פס"ד אפרופים**

**כפייה– סעיף 17**

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

כפיה

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

כדי שתתרחש עילת הכפייה צריך שיתקיימו 3 תנאים:

1. חוזה
2. איום (פיזי/מילולי), כפייה
3. קשר סיבתי- התקשרות בחוזה עקב הכפייה.
* בכפייה בולט בהיעדרו יסוד היסודיות. אין דרישה לכפיה שורשית ומהותית, די שהייתה כפיה שהובילה לכריתת החוזה.

**פ"ד שפיר נ' אפל**- מקרה של כפייה קלאסית, כפייה באיום. המסר המאיים: איומים, אדם נוסף שהגיע לביתו, איום בפנייה למשטרה, איום על הקריירה של אפל, הגעה בשעות הלילה.

**סעיף 17(ב)-סייג לכפייה**- אזהרה בתום לב על הפעלת זכות היא לגיטימית, אזהרה בהפעלת זכות שנעשית בתום לב היא פרקטיקה נהוגה ולא מדובר בכפייה. **אם האיום נעשה בהתקיימות שני התנאים: ת"ל, ומימוש זכות לגיטימית, מדובר באיום לגיטימי שלא עולה לכדי כפייה**.

**פ"ד רחמים נ' אקספומדיה** (יריד)–**כפייה כלכלית**.
לפי ג' שלו כפייה כלכלית= אדם שמתקשר בחוזה כדי להשתחרר מלחץ כלכלי בלתי חוקי. הפסיקה צריכה לבדוק אם זה היה לחץ לגיטימי.
**מבחני הכפייה הכלכלית:**

1. **הבחנה בין לחץ מסחרי לגיטימי ללחץ מסחרי כלכלי לא לגיטימי**.
2. **המבחן של השופט חשין בפ"ד מאיה נ' פנפורד**: **(יהלומים)**
	1. **איכות הכפייה**- מתמקד בכופה. האם התנהגותו של הכופה סוטה מהתנהגות מוסרית? (במאיה ההתנהגות חרגה מההתנהגות המוסרית)האם הכפייה היא כזו שחיי מסחר לא יכולים לשאתה?
	2. **עוצמת הכפייה**- מתמקד בנכפה הקורבן:
		* האם הייתה לנכפה אלטרנטיבה מעשית וסבירה?
		* איך הנפגע הגיב – האם הוא בכה, האם ניסה לבטל.
		* מעמד פיננסי של הקורבן. **לדעת שמגר (במאיה)**- ככל שצד חזק ועשיר יותר, הוא עמיד יותר בפני כפייה. **חשין** אומר שזה לא נכון וגם צד חזק ועשיר יכול להיות תחת לחץ.

**פגמים מוחלשים: מי שלא הצליח לבסס את עילת הכפייה- האם הוא יכול לפנות לס' 12 של חובת תום הלב?**

**הש' גולדברג בפס"ד מאיה נ' פנפורד**: חיובי.

**הש' חשין באותו פס"ד:** לדידו, שלילי. למרות שחשין מאוד מרחיב את עילת הכפייה, לטענתו ס' 12 לא בא להחליף או לשמש כעזר למי שלא הצליח לטעון לאחד מהפגמים בכריתה.

**סעיף 20** – ביטול בשל כפיה, זמן סביר לאחר שפסקה הכפייה.

**עושק– סעיף 18**

18. מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה.

עושק

 **יסודות העושק:**

1. מצבו של העשוק- מצוקה שכלית/גופנית/חוסר ניסיון-
	1. קיום אלטרנטיבות- ככל שיש פחות אלטרנטיבות המצוקה גדלה.
	2. חולשה שכלית/גופנית-העשוק אינו פסול דין, אך גם אין לומר שדעתו מיושבת וכי גמר בדעתו כמו כל מתקשר אחר.
	3. מצוקה זמנית או מצוקה מתמשכת? שתי גישות מנוגדות:
		1. השופט טירקל **בפ"ד סאסי נ' קיקאון** והשופט אלון **בפ"ד איליט -** מצוקה= מצב חמור ומתמשך ולא קושי ארעי וחולף.
		2. השופט לנדוי **בפ"ד סאסי (מיעוט בעניין זה)-יכול להיות גם קושי ארעי וחולף.
		בפ"ד שפיר נ' אפל**- גישתו של לנדוי הופכת לדעת הרוב-**גם מצב של קושי ארעי וחולף יכול לשמש עילה לטענת העושק.**
	4. חוסר ניסיון- נדרש חוסר ניסיון הנובע ממגבלות חברתיות וחינוכיות המאפיין את האדם.
	5. התוצאה השלילית לא יכולה להעיד לבדה על המצוקה- העובדה שהעסקה לא משתלמת לצד הנפגע לא מעידה כשלעצה על קיום המצוקה.
2. התנהגותו של העושק:
	1. ניצול המצוקה- **נדרשת ידיעה של העושק על המצוקה (כולל גם עצימת עיניים) והתקשרות על אף הידיעה על המצוקה הקיימת.**
	2. קש"ס סובייקטיבי בין התנהגות העושק (ניצול המצוקה) לבין ההתקשרות של החלש.
3. היותם של תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל (היעדר איזון סביר בין הערכים המוחלפים בין הצדדים) – המבחן לבדיקת יסוד זה הוא מבחן **אובייקטיבי בשאלות מה ה"מקובל" ומהי "מידה בלתי סבירה".**
**א. מה המקובל:** על הטוען לעושק להביא בפני ביהמ"ש את אמת המידה ההשוואתית על פיה יכול ביהמ"ש לבחון מהו המקובל. **בפ"ד איליט נ' אלקו-**נטענה טענת עושק במטרה לבטל תניה חוזית בהסכם בוררות. מכיוון שתנאי זה הוא מיוחד במינו, לא היה לביהמ"ש כלי שבאמצעותו ניתן היה לקבוע אם זה תנאי מקובל או לא. לכן **ביהמ"ש קבע כי במצבים שאי אפשר להשוות ל"מקובל", ביהמ"ש הוא שיקבע אמת מידה תיאורטית על מהו צודק והוגן במערכת היחסית הנתונה.**
**ב. גרועים במידה בלתי סבירה-בפ"ד סאסי נ' קיקאון-** נכרת חוזה לפיו הצדדים החליפו את דירותיהם, קיקאון נתנה את דירתה בבית דו משפחתי על מגרש גדול ומרפסת. וסאסי נתנו את דירתם הקטנה במרכז העיר. שווי דירתה של קיקאון כמעט פי 3 מדירתם של סאסי. **ביהמ"ש קבע כי בנסיבות אלו, ההבדל העצום בערכם של הנכסים המוחלפים מראה על כך שתנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה.** ככל שהיחס בין הערכים המוחלפים נוטה יותר לרעת העשוק, כך נוטה ביהמ"ש לטובתו.

פרופ' שלו מוסיפה שני יסודות מקדימים:

1. חוזה
2. קשר סיבתי-העושק מוביל להתקשרות בחוזה.

**תרופות בשל פגמים בכריתה:**

19. ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.

ביטול חלקי

20. ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה - תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה.

דרך הביטול

21. משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

השבה לאחר ביטול

**תוכן החוזה**

סעיף 24- תוכנו של החוזה יהיה ככל אשר הסכימו הצדדים.

**פרשנות החוזה**

**פרשנות תכליתית:**

1. **פרשנות לפי תכלית סובייקטיבית**- פרשנות בהתאם לכוונתו הסובייקטיבית של יוצר הטקסט.
2. **פרשנות לפי תכלית אובייקטיבית**- פירוש הטקסט לפי עקרונות יסוד בסיסיים.

**בחוזה-** צריך להתייחס **קודם כל** ל**תכלית הסובייקטיבית המשותפת** של הצדדים. התכלית הסובייקטיבית עדיפה תמיד על פרשנות אובייקטיבית!!!

סעיף 25(א) - בפרשנות סובייקטיבית שנלמדת מתוך **לשון החוזה ונסיבות העניין**.
סעיף 25(ב)- יש להעדיף את הפרשנות לפיה החוזה מתקיים.
סעיף 25(ג)- אם יש מחלוקת לגבי ביטוי כלשהו בחוזה, הפרשנות המקובלת של הביטוי עדיפה.
סעיף 25(ד) הסעיף מפנה אותנו לשורת פירושים בחוק הפרשנות – סוג של מילון שמסביר משמעות של מונחים.
סעיף 25(ב1)- "פרשנות כנגד המנסח"= אם אחד הצדדים היה זה שניסח את החוזה ומתעוררת מחלוקת פרשנית, אם יש פרשנות שעובדת לטובתו ופרשנות לרעתו של המנסח, עדיפה הפרשנות שלרעת המנסח. (הגנת הצרכן החלש)....

**עוד תכליות אובייקטיביות:**

עדיפות נתונה לפירוש המוביל לתוצאה הגיונית.

כלל הפרשנות האלגנטית/ קוהרנטית/מתואמת- אם יש 2 ביטויים זהים בחוזה ויש מחלוקת פרשנית רק לגבי אחד מהם- ופרשנות אחת בנטענת זהה לפרשנות של אותו הביטוי שכבר מופיע בחוזה ואין מחלוקת לגביו והשנייה מביאה משמעות חדשה- יש להעדיף את הפרשנות התואמת לפירוש הביטוי שכבר נמצא בחוזה ואין מחלוקת לגביו.

בחוזים מסחריים- יש להעדיף את הפרשנות שנותנת תוצאה כלכלית מסחרית הגיונית.

**שיטת שני השלבים**- לפי הנוסח הישן של ס' 25(א) פרשנות לתכלית סובייקטיבית נעשתה בשני שלבים

1. הפרשן צריך לגלות את הכוונה מתוך החוזה בלבד ולהתעלם מכל מקור מידע אחר. אם הצליח להבין את כוונת הצדדים מהחוזה, הסתיימה מלאכתו.
2. אם הפרשן לא מוצא את הפרשנות מתוך החוזה, אז מותר לו לנסות לגלות מידע נוסף מהנסיבות.

**פ"ד אפרופים**- קובע את **שיטת השלב היחיד**- הפרשן רשאי לגשת באופן ישיר בלי הפרדה אל החוזה ואל הנסיבות כדי לדלות כל מידע אפשרי.
בכל מקרה, **לפרשנות צריכה להיות אחיזה בטקסט, הלכת אפרופים לא אומרת שהפרשן יכול להחליט לפרש את החוזה איך שהוא רוצה.**

**3 מצבים בהם נתעלם מלשון החוזה ונעדיף נסיבות:** [א] תוצאה אבסורדית [ב] טעות סופר [ג] כשיש שפה מיוחדת ופרטית- מקרה "המכונה והסוס".

**בפ"ד ארגון מגדלי ירקות-**דנו בהלכת אפרופים. התעוררה מחלוקת פרשנית על חוזה בין המדינה לבין הארגון. לפי ההסכם על המדינה לשלם פיצויים בגין ביטול מכסות גידול בשם ירידה בייצור. המדינה סירבה לשלם פיצויי על גידול תפוח אדמה כי לו נגרם נזק לגידול זה. לפי ארגון מגדלי ירקות הפיצוי הוא על הגבלת המכרז ולא על הנזק עצמו. לשון החוזה הייתה לא ברורה, מכאן המחלוקת. **בדיון בנושא, רוב השופטים קיבלו את הלכת אפרופים והדגישו שהיא ראויה כי מאפשרת לביהמ"ש ללמוד על כוונת הצדדים האמיתית**.

**התנגדות להלכת אפרופים-** השופט דנציגר מתנגד להלכת אפרופים ומגדלי ירקות.

**פ"ד אמנון לוי-**  (מפעל הבשר) השופט דנציגר קובע כי **על אף כללי הפרשנות של אפרופים ומגדלי ירקות, אם לשון החוזה היא ברורה וחד משמעית כמו במקרה זה, יש לתת לו משקל מכריע בפרשנות ההסכם. העיקרון מקבל משנה תוקף שעה שלשון ההסכם מתיישבת עם ההיגיון המסחרי הפשוט לפיו אין מקום לאפשר לרוכש להפסיק לשלם**. דנציגר למעשה מוסיף תכלית אובייקטיבית (היגיון מסחרי) על תכלית סובייקטיבית (רצון הצדדים). חלקו הראשון של הטיעון –**לא באמת נוגד את הלכת אפרופים**. דצניגר קובע שלשון החוזה ברורה אבל הוא תומך את החלטתו גם בנסיבות (התנהגות הצדדים לאחר הכריתה, המו"מ עצמו).

**פ"ד בלמורל**- שוב עולה מחלוקת פרשנית. השופט דנציגר שוב מציג התנגדות אך בעצם הולך באותה דרך. השופט ריבלין אומר שאין ויכוח בין הדעות, כולם מסכימים שניתן לפנות גם לנסיבות פשוט יש לתת לחוזה משקל רב יותר. דנציגר מתנגד ל"מיתולוגיה" של הלכת אפרופים ולא להלכה עצמה.

**פ"ד בנק לאומי לישראל** בעצם ממחיש את הגישה שאם לא ניתן למצוא תכלית סובייקטיבית הולכים לתכלית אובייקטיבית.

**השלמת החוזה**

**מנגנוני השלמה:**

המנגנון שמשקף באופן מירבי את רצון הצדדים הוא שיבחר.

1. מנגנון השלמה הסכמי- ס' בחוזה שמפנה להשלמה למנגנון מסויים נעזר בו (נניח מפרט טכני לפי משרד השיכון).
2. מנגנון ביצוע אופטימלי- מעוגן בפסיקה, צויין גם **בפס"ד עדני**. מתאפשר כאשר הצד המעוניין בחוזה מציע פיתרון ביצוע אופטימלי לצד השני (קח איזה צבע אוטו שאתה רוצה).
3. ס' 26: נוהג
4. הנוהג הקיים בין הצדדים- בהנחה שהיו ביניהם חוזים קודמים דומים משתמשים במה שעשו בעבר כי ההסתברות שרצו בכך גבוהה. נטל ההוכחה מוטל על הצד המעוניין בהשלמה לפי נוהג.
5. נוהג המקובל בחוזים מאותו סוג- נוהג בפרקטיקה באותו תחום (ירקן מביא ירקות עד פתח הבית).
6. הוראות השלמה בחקיקה: משתמשים בחוקים דיספוזיטיביים (שניתן להתנות עליהם)- במקרה ויש הוראות חוק גם בכללי וגם בספציפי נלך על הספציפי (לדוג' חוק המכר מגדיר שהסחורה נמסרת במחסן היבואן אז נעזר בו אם אין אזכור בחוזה).
7. תנאי מכללא - תנאי שהצדדים התכוונו אליו בין השורות והוא כה טריוויאלי שאין צורך להכניסו לחוזה. פחות נפוץ.

**סעיף 39 – תום לב**

**פ"ד שירותי תחבורה ציבורית ב"ש נ' ביה"ד הארצי לעבודה-** שירותי תחבורה טוענים שהעובדים לא הודיעו על השביתה לחברה. הנהגים אומרים שאין סעיף בחוזה לפיו הם חייבים להודיע על כך. החברה טוענת שלמרות שהתנאי לא כתוב בחוזה, הוא מחייב מכוח סעיף 39- עקרון תו"ל בקיום חוזה. הנהגים טוענים שחובת תום לב מחייבת סעיפים שכתובים בחוזה. ביה"ד הארצי לעבודה פסק לפי המעבידים. כלומר- צריך קודם כל להיות חיוב חוזי ואז דרך קיומו צריכה להיות בתו"ל. **השופט ברק על משמעות החובה לנהוג בתו"ל בקיום חוזה:**

1. תפיסת היריבות החוזית מוחלפת בתפיסת השותפות החוזית- הצדדים צריכים לנהוג זה כלפי זה ביושר והגינות "אין הצדדים צריכים להיות מלאכים זה לזה אך לא להיות זאבים זה לזה". **החידוש: ברק קובע כי חובת תום הלב מחייבת את הצדדים לפעול בצורה הוגנת על מנת לקיים את האינטרס המשותף שלהם.** עד אז הצדדים היו נתפסים כיריבים, וכעת הצדדים הם שותפים, בעלי אינטרס משותף. ברק אומר כי מערכת היחסים בין הצדדים דומה ל**נאמנות**.
* אם יש חיובים נדרשים כדי לבצע את החוזה בצורה הוגנת, גם אם חיובים אלו לא מופיעים בחוזה, סעיף 39 משמש להוספת החיובים.

**פ"ד גלפנשטיין נ' אברהם-**ראובן מוכר לשמעון דירה. שמעון מתכוון לקחת הלוואה כנגד משכון הדירה. בדר"כ הקונה יעמוד על כך שיהיה בחוזה באופן מפורש שלקראת התשלום האחרון, המוכר צריך למלא את הטפסים שיאפשרו לקונה לקחת משכנתא. הסעיף הזה לא נכנס לחוזה. מחיר הדירה עולה מאוד ולכן המוכר לא רוצה לשתף פעולה עם הקונה ולא יחתום על המסמכים. החוזה יופר והקונה יהיה אפילו חייב בפיצויים. השופטים עומדים חסרי אונים מול התוצאות הזו. למשל- **פ"ד פרקש נ' גולן**. המוכר מנצל את העובדה שלפי החוזה אינו חייב לחתום על המסמכים ומתחמק מהחוזה.
בעקבות התוספת של ברק על סעיף 39- יש פתרון! היריבות החוזית הוחלפה בשותפות, המוכר חייב לשתף פעולה עם הקונה כלפי המטרה המשותפת שלהם.

1. תום לב הוא מושג אובייקטיבי ולא סובייקטיבי- ביהמ"ש קובע את תום הלב לפי צדדים סבירים. ייתכן שהסטנדרטים הסובייקטיביים של צד לחוזה מעוותים. **בהצעת חוק דיני ממונות אין התייחסות למילים בדרך מקובלת כי הפירוש של ברק מייתר אותן**.
2. היקף התחולה של תום לב-חובת תום לב חלה גם על חיוביים וזכויות משניים וגם על קבלת תרופות.
3. האם מכוח ס' 39 אפשר ליצור חובה חוזית חדשה? אם כדי להגשים את המטרה המשותפת של הצדדים, יש צורך בחיוב חוזי חדש, אז ניתן להכניס סעיף כזה מכוח חובת תום הלב. כלומר:
	1. מכניסים ס' חדש לחוזה
	2. כשהסעיף כביכול קיים בחוזה, חובה לקיים אותה בתום לב. **פ"ד שירותי תחבורה**
4. ביהמ"ש מחליט מהי הסנקציה על הפרת ת"ל, אפשרויות:
5. **במקרה של פגמים בכריתה (=רק הטעייה רלוונטית):** זכאות לביטול החוזה מכוח ס' 15 ופיצויי הסתמכות מכוח ס' 12.
6. **במקרה בו אין פגמים בכריתה אך הייתה הפרה של חובת תו"ל שבעקבותיה הופר חוזה**: הפרת תו"ל= הפרת חוזה ולכן יש זכאות לכל התרופות- אכיפה, ביטול ופיצויים.
7. לעיתים ביטול החוזה יצור רווח גדול- למשל: **פס"ד פרג' נ' מיטל.**
8. **צמצום הזכויות התרופתיות כאשר מימוש התרופות נעשה שלא בתו"ל.** (למשל: אדם הפר חוזה-קיבל סעדים. לאחר מכן הוא בעצמו נוהג בחוסר תן"ל- יצמצמו לו את הזכויות התרופתיות שקיבל).
9. **מתן כוח לצד התמים לבצע פעולות מסויימות, שאלולא הפרת חובת תו"ל מהצד הרשע, היו נחשבות לו להפרת חוזה-** למשל פס"ד **שוחט נ' לוביאניקר**, איפשר **לדחות את מועד התשלום** ולהפוך את החיובים למקבילים עקב חוסר תו"ל מצד המערערת.
10. **שלילת הכוח-** ניצול כוח בחוסר תו"ל- תוביל לשלילת הכוח. למשל: קבלן אומר לקונה שיבחר מרצפות לבית. כל איחור בבחירה עולה לקבלן כסף. הקונה מנצל זאת ודורש הטבות נוספות (עוד שקע חשמל), אחרת לא יבחר מרצפות ויוביל לנזק לקבלן. הקבלן לא רוצה להפסיד יותר כסף ולכן מסכים לסחטנות הקונה. **ס' 51** לחוה"ח קובע כי בתום המועד שנקבע\ בתום הזמן הסביר- הקבלן יהיה רשאי לבחור מה שהוא רוצה עבור הקונה.
11. **פעולה חוזית שבוצעה תוך הפרת חובת תו"ל- רואים בה כאילו היא מעולם לא בוצעה.** למשל: בפס"ד שירותי תחבורה ב"ש, העובדים נתנו הודעה חצי שעה לפני השביתה-חוסר תו"ל מצידם, ולכן נראה את ההודעה כאילו היא מעולם לא הייתה. ואם לא הייתה הודעה כמתחייב- אזי העובדים הפרו חוזה.

**השלמה - שיערוך סכומים**

 1 2 3

**כריתה** ---------------------------------**הפרה**---------------------------------**פס"ד ואכיפה**-------------

 **חיובים מכוח החוזה מערך החיובים נשלט ע"י דיני התרופות חיובים מכוח פ"ד**

* **ערך ריאלי**- הצמדה למדד. **ערך נומינאלי**- ללא הצמדה

ערכם של חיובים כספיים, נשחק. איך מטפלים בשחיקה בכל חלק?

1. במקטע 3-יש לבית המשפט סמכות לטפל בשחיקה ע"י הצמדה למדד, ריביות וכדומה.
2. במקטע 2 - חיובים מכוח דיני התרופות.
	1. **אכיפה**, בצירוף הסעיפים 3(4)+4 לחוק התרופות- אכיפת חוזה כנגד תמורה שנשחקה באופן משמעותי היא בלתי צודקת, ובנוסף ,אפשר להתנות את צו האכיפה בתנאים שונים. התוצאה שניתן להסיר את חוסר הצדק ע"י התניית תנאים. התנאי במקרה זה הוא שיערוך הסכום.
	2. **פיצויים**- הסדר דומה
	3. **השבה**- תרופת ההשבה נובעת מדיני עשיית עושר ולא במשפט, בדינים אלו השבת סכום חייבת להיות בערך ריאלי.
3. במקטע 1– מתנהגים לפי החיובים שהצדדים הסכימו עליהם בחוזה. לכן יש צורך בפרשנות:
	1. אם נגלה שהצדדים התכוונו לתשלום צמוד מדד ואז אין בעיה.
	2. יכול להיות שיגיעו למסקנה שהצדדים לא התכוונו להצמיד למדד ואז מכבדים את רצון הצדדים.
	3. עולה בעיה כאשר לא ניתן באמצעות פרשנות להגיד לרצון הצדדים. אם השתיקה נובעת מחוסר מודעות לאינפלציה, זהו חסר שטעון השלמה באמצעות ס' 39. יכול להיות שהשתיקה לנושא מתקיימת למרות מודעות לאינפלציה, או כאשר יש חוזה שלילי.

**פ"ד שועית**- התמורה נשחקה בצורה קיצונית. מרוב שחיקה של ערך הכסף, נוצר כמעט חוזה מתנה במקום חוזה מכר. הצדדים צפו אינפלציה אבל רק של כמה עשרות אחוזים. 3 השופטים מגיעים לאותה תוצאה, אבל עם הבדלים בנימוקים:

* השופט גרוניס- לא מתייחס להבחנה בין התקופות. טוען שאם התמורה נשחקה כל כך, לא צודק לתת אכיפה כנגד תרופה אפסית ולכן מכוח ס' 4 לחוק התרופות מותר לשערך את התמורה לפי שיקול דעתו וכך להסיר את אי הצדק.
* אנגלרד- בדעת מיעוט. דבק בהפרדה בין תקופת המופר לתקופת המקויים –הולך על תום לב וטוען שהצדדים כרתו את החוזה כשכבר הייתה אינפלציה אך הם צפו אינפלציה של 10% בעוד האינפלציה הייתה של מאות אחוזים, בכזה מצב אנגלרד גם מבצע שיערוך על תקופת החוזה המקויים מכוח סעיף 39 ואילו בתקופת החוזה המופר הוא משערך מכוח 3(4) לחוק התרופות.

**התערבות בתוכן החוזה**-

**חוזה פסול ותניית פטור**

טכניקות המאפשרות התערבות בתוכן החוזה.

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

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

סעיף 19- הפרדת חלקי החוזה וביטולם, או ביטול מלא.

סעיף 21- השבה אחרי ביטול.

**חוזה פסול=** בלתי חוקי, בלתי מוסרי או סותר את תקנת ציבור. **לפי ס' 30, חוזה פסול- בטל.**לפי ס' 31, צריך שתהיה השבה בעקבות בטלות החוזה, בנוסף, ניתן לבטל רק את חלקו של החוזה.

השילוב של סעיף 30 ו-31 מביא לתוצאות:

1. **בטלות יחסית** – החוזה מופרד לחלקים, מבטלים רק את החלק החולה. הדבר עדיף מבחינת חופש החוזים כי ביהמ"ש מצמצם התערבות. המבחן- האם לאחר שנפריד את החלק החולה מהחוזה, עדיין יישאר הסכם שמגשים את תכלית החוזה בהתאם לכוונת הצדדים?
2. **חובת ההשבה.** ס' 31 מפנה לס' 21- השבה לאחר ביטול
3. **צו לקיום חיוב חוזי**- ביהמ"ש יכול לקבוע כי למרות שזה חוזה פסול, אפשר לחייב צד לקיומו.

**חוזה פסול:**

1. **חוזה בלתי חוקי**- כריתה, ביצוע או תוכן החוזה נוגד דבר חקיקה.
2. בתוכן: אם סותר הוראת חוק קוגנטית. (סותר הוראה דיספוזיטיבית- זה חוקי) **פס"ד שלוש נ' בנק לאומי**- (מטבע חוץ) דוגמא לחוזה שסתר הוראת חוק רגולטורית שביהמ"ש פירש שהיא קוגנטית וקבע שהחוזה בלתי חוקי.
3. בכריתה: כאשר תהליך הכריתה נעשה בניגוד להוראת חוק (לדוג' רשות ציבורית כורתת חוזה לא דרך מכרז- הוא בטל).
4. במטרתו: החוזה יכול להיות חוקי בתוכן שלו אולם המטרה שלו היא שהופכת אותו לבלתי חוקי. (דוגמת השכרת דירה לצורך קזינו).

יכול שאחד הצדדים לא ידע על המטרה הבלתי חוקית- ובמצב זה יש 2 גישות בנוגע לתוצאות החוזה:

1. גישת שאומרת שהחוזה לא חוקי גם אם אחד הצדדים לא ידע את המטרה הלא חוקית ואז הוא בטל מעיקרו . התוצאות יהיו בהתאם לס' 31- ביטול והשבה.
2. פיצול הדין- הסתכלות שונה על היודע והתם. כשהיודע תובע בגין דבר מה לא מתייחסים כי זה חוזה בטל ואם התם פונה לביהמ"ש יקבלו את טענותיו על הפרת חוזה.
3. בביצועו: לא קשור לס'30. אם הבעיה היא רק בביצוע אז יהיה כאן ביטול והשבה מכוח סעיף 18 לחוק התרופות, למשל מכרז שבוצע לא כחוק. התוכן הוא בסדר אך רק הביצוע פגום. או שבזמן הכריתה החוזה היה חוקי ולאחר מועד הביצוע שונה החוק ועתה זה לא חוקי (מלחמת קרים עם האונייה) במקרה כזה ס' 30 לא חל זה לא חוזה לא חוקי, אלא סיכול.
4. **חוזה בלתי מוסרי**- בעבר חוזה בלתי מוסרי התייחס להבטחת נישואין כאשר אחד מבני הזוג לא פנוי. **היום כמעט ואין שימוש בהגדרה זו**. בהצעת חוק דיני ממונות חוזה בלתי מוסרי לא מופיע.
5. **חוזה שסותר את תקנת הציבור**- מושג שסתום, מזכיר את חובת ת"ל. יסוד תקנת הציבור בקביעת אמת מידה בדבר הראוי והנוהג, התנהלות חברתית תקינה. ישנה מחלוקת על אינטנסיביות השימוש בתקנת הציבור. קיימת ביקורת קשה על השימוש בה, כונתה "סוס פרא". **התנגדות-** זהו מושג אמורפי שמאפשר הרחבה מוגזמת לפי שיקול דעת שיפוי.

**תמיכה-**הטיעון העיקרי הוא שזו הלשון המפורשת של החוק. בעבר היו שני מצבים שהחילו את תקנת הציבור:

* 1. **חוזה בין עובד למעביד שיש בו הגבלה על חופש העיסוק של העובד**. חירות האדם חשובה מחופש החוזים.
	2. **חוזה שפוטר צד א' מאחריות לנזקי גוף שהוא גורם לצד ב'**

**בפ"ד חיימוב**- נפתח הפתח להפעיל את דוקטרינת תקנת הציבור למגוון מצבים.

**תקנת הציבור** היא צינור הזרימה המרכזי של ערכים לתוך דיני החוזים. ערכים שזרמו דרך תקנת הציבור:

* ערך כבוד האדם- פ"ד קסטנבאום (חברת קדישא)
* ערך התחרות בשוק החופשי- פ"ד סער
* ערך הגישה החופשית לערכאות- פ"ד לוין
* ערך השוויון- פ"ד רקנט

1. ערך התחרות החופשית וחופש העיסוק בדיני החוזים- נוצרה פרקטיקה שנקראת "תניית אי תחרות"- העובד לא יכול להתחרות במעסיקו לתקופה מסוימת לאחר סיום עבודתו. **בפ"ד סער** השופט ברק קובע שהגבלת התחרות נוגדת את טובת הציבור ולכן בטלה. לעומת זאת, הגבלת תחרות שבאה כדי להגן על אינטרס לגיטימי של המעביד תיבחן במבחן הסבירות. **בפ"ד טבעול השופט חשין** קובע כי יש לקחת בחשבון 3 צדדים- צד א', צד ב', הציבור.

2. ערך כבוד האדם- ת"צ מתרחבת בצורה קיצונית. **פ"ד קסטנבאום-** ויכוח בין השופט ברק והשופט אילון על הכנסת ערכים ציבוריים לחוזה בין שני אנשים פרטיים.

1. גישת השופט אילון-יש להזדקק לתקנת הציבור רק בפגיעה קשה וחמורה באושיות היסוד של הסדר החברתי. הכנסת ערכים ציבוריים משמעותה פגיעה בחופש החוזים ובערך הוודאות והיציבות.
2. השופט ברק- חופש החוזים וערך הוודאות הם ערכים חשובים אבל צריכים להיות מאוזנים מול ערכים אחרים. אין צורך שתהיה בכורה לחופש החוזים במערכת האיזון הזו. תקנת הציבור מסמלת את ערכי הצדק והשופט צריך להידרש אליהם בכל משפט.

**בעקבות קסטנבאום, ערך כבוד האדם נכנס אל דיני החוזים דרך תקנת הציבור.**

3. ערך הגישה החופשית לערכאות-**פ"ד לוין נ' לוין**- ביהמ"ש קבע כי סעיף המונע מאדם את זכותו לגשת לערכאות משפטיות נוגד את תקנת הציבור. במקרה הספציפי הזה השופט זמיר לא משתמש בתקנת הציבור כדי לבטל את הסעיף אבל הוא מניח את הגישה החופשית לערכאות כחלק אינהרנטי מת"צ.

4. ערך השוויון- **פ"ד רקנט**- דיילי אויר של אל על טענו שהתנייה בחוזה שמחייבת אותם לפרוש בגיל 60 היא אפלייה. השופט ברק טוען שהשוויון לא מוגבל למשפט ציבורי, עושה הרחבה גדולה מאוד לת"צ. השופט זמיר מתנגד למהלך הזה, זמיר מייחס יותר חשיבות לחופש החוזים מאשר ברק.

**סעיף 31-**מנגנון להשגת צדק יחסי בין הצדדים.

1. ס' 19: **בטלות חלקית** של החוזה מתי שזה אפשרי.

יש 3 תנאים שצריכים להתקיים -

1. שהחוזה יהיה ניתן להפרדה לחלקים. (אם נגד כל אחת מההתחייבויות של כל צד יש הפרדה נפרדת שצריך לשלם- לדוגמא **פס"ד מזל אילן**)
2. אי החוקיות נוגעת רק לחלק אבל לא לחוזה בשלמותו. (רק חלק מהחוזה נגוע בעילת הפסלות ויתר החוזה נקי).
3. שהבטלות החלקית לא פוגעת במהות החוזה. (שאלה פרשנית שמשאירה מקום נרחב לשיקול דעת של ביהמ"ש). 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.
4. **חובת השבה-** ס' 21. אם ההשבה לא סבירה או לא אפשרית אז ניתן להחזיר את השווי הכספי.

המשך ס'31 הוא יוצא מן הכלל ובו 2 מנגנונים שמהווים חריג לתוצאות הרגילות של בטלות החוזה (כדי להבטיח שהחוטא לא יצא נשכר):

* **פטור מהשבה**- לביהמ"ש יש סמכות לפטור צד מחובת ההשבה (רוצה לאזן את הצדק היחסי בין הצדדים). למשל- אם המוכר היה זה ששידל את הקונה לחוזה בלתי חוקי, ושווי הנכס עלה, אם יקבעו השבה, המוכר ירוויח. ביהמ"ש יכול לפטור מחובת ההשבה או מחלקה.
* **אכיפה-** לצוות על קיומו של החוזה חרף בטלותו. התנאי לכך הוא: צד אחד צריך היה לקיים חלק או יותר מחיובו. אם אחד הצדדים ביצע את חיוביו והצד השני לא, ביהמ"ש רשאי לחייב את הצד שלא קיים בקיום חיוביו. (**בפס"ד טנדלר נ' קוזימינצקי** אף אחד לא התחיל לקיים את חיוביו ולכן לא ציוו על אכיפה בשל הסיפא של ס' 31 אבל שאלה זו נשארה בצריך עיון, כמו שאלת הפיצויים המוסכמים בגין ביטול חוזה ע"י ביהמ"ש והחייאתו).

**שיקולי ביהמ"ש להפעלת החריג בסיפא – אכיפת החוזה:**

שני שיקולים משמעותיים: מחד רוצים ליצור הרתעה על חוזים פסולים, מאידך לייצר צדק בין הצדדים.

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, לא פוגעת בציבור. 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.

תנאי שלישי – 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. (**שילון נ' בארי** – הזוג שנהג בתום לב מול הקבלן, היתר בנייה חריג)

**פ"ד שלוש נ' בל"ל-** [מטבע חוץ, ניסיון להתחמק] ביהמ"ש מצווה על שלוש לקיים את חיובו מכוח ס' 31. במקרים בהם החוטא עשוי לצאת נשכר יש להשתמש בסעיף 31 בעניין האכיפה, אך יש לוודא שזה מתבצע באופן חוקי, הפגם החוקי הוא **עניין משני** ואכיפת החוזה לא תפגע בציבור.

**סיכום התוצאות:**

א. בטלות לפי **ס** +**30** השבה לפי **ס 21**

ב. בטלות לפי **ס 30** ולפנות ל**ס** -**31**שיקולי צדק.

ג. סעד של ביטול חלקי לפי **ס' 19**

ד. סעד פטור מהשבה על אף הביטול.

ה. סעד של קיום החיובים על אף הביטול.

ו. סעד של אכיפה – נדיר!

ז. סעד של פיצויים – נדיר!

**הפנייה:**

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.

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).

**יחס בין חוזה בלתי חוקי לחוזה למראית עין-**

**חוזה למראית עין:** גילוי חיצוני של חוזה שהצדדים לא מתכוונים לפעול פיו. יש חוזה למראית עין מלא (לא מתכוונים שבכלל יהיה חוזה) ויש חוזה למראית עין חלקי (כורתים חוזה א' ומתכוונים לבצע חוזה ב').

הדימיון ביניהם:

* בחוזה למראית עין (ס' 13) למטרה בלתי חוקית חלה **חובת השבה** מדיני עשיית עושר ס' 2 ובחוזה בלתי חוקי ס' 31 חובת השבה- תוצאות זהות. בשניהם גם ייתכן **פטור חלקי** מכך.

ההבדלים ביניהם הם:

א. **הגנה על זכות צד ג'**- ס' 13 מגן על צד ג' והעיקרון לא קיים בס' 31 (אם כי זה מהווה שיקול של ביהמ"ש אם להחיות חוזה פסול או לא).

ב. **להחיות את החוזה, אכיפה**- קיימת ב-31 ולא ב-13 (הם לא רצו מלכתחילה)

ג. **בטלות חלקית** - קיימת בטלות חלקית בסעיף 31, מה שאין בסעיף 13 (מראית עין).

 **פס"ד ביטון נ' מזרחי** דעת הרוב (וההלכה המקובלת): מפעילים את הדין של חוזה בלתי חוקי על חוזה למראית עין. ברק (דעת מיעוט): החוזה למראית עין/ פסול בטל- כלומר יש להפעיל את הדין למראית עין ולא הבלתי חוקי . אך החוזה הנסתר, אם לא נגוע באי חוקיות, ניתן לאכוף אותו.

**בפס"ד מזל אילן** עוסקים שוב בשאלת הסיווג: **פוגלמן** טוען שזה או או- תלוי בכוונת הצדדים (מבחן הדומיננטיות): אם התכוונו לחוזה מחייב אז ס' 30 ואם לא אז ס' 13, **ברק** טוען שזה למראית עין, והנדל ורובינשטיין טוענים שזה גם וגם, והדין יהיה לפי חוזה בלתי חוקי (מרחיבים שיקול דעת ביהמ"ש).

**סעד:** אם חוזה למראית עין- ביטול והשבה, אם חוזה פסול – סעיף 31.

**תו"ל ככלי להתערבות בתוכן החוזה:**

תו"ל יכול להיות מנגנון להתערבות בחוזה כמו בדוגמא **פס"ד יתח נ' מפעל הפיס**- בגלל שמפעל הפיס השתמש בזכות חוזית שלו- שלא בתו"ל- ביהמ"ש ביטל זכות חוזית זו ובכך בעצם התערב בחוזה.

**חוזים אחידים**

* צדדים לחוזה אחיד הם בדר"כ לא שווי כוחות
* ברוב המקרים לא מתקיים משא ומתן

החוק מתחיל בס' מטרה: המטרה היא להגן על הלקוחות מפני תנאים מפקחים בחוזים האחידים.

1. **ס' 2 "הגדרות**":

"חוזה אחיד"- שני תנאים:

א. צריך להיות מנוסח מראש ע"י צד אחד.

ב. מיועד להתקשרויות רבות עם הלקוחות הפוטנציאלים של אותו ספק.

הפסיקה מפרשת את כל סעיפי ההגדרות בצורה רחבה:

* אין הכרח שכל התנאים יהיו אחידים- גם אם רק חלק אחידים עליהם יכול חוק החוזים האחידים.
* חל גם על זכרון דברים אם הוא עונה להגדרה של חוזה אחיד. (דוגמאת ההסכמים עם הקבלן).
* **פס"ד אגד**- דן בשאלה האם תקנון חברי אגד הוא בגדר חוזה עבודה אחיד? ביהמ"ש קבע כי לא צריך להיות קטנוניים עם ההגדרה בחוק והתקנון משמש חוזה אחיד משום שהמצטרפים האחידים קיבלו אותו כ"קח או הנח" ולא שותפים ליצירה בו- זו הרחבה גדולה של תחולת החוק. **פ"ד שיכון פיתוח** – גם שם ביהמ"ש מפרש בהרחבה טופס הרשמה כחוזה אחיד – קבעו כי זה חוזה מכיוון שיש גמירות דעת ומסויימות- פרטי העיסקה, וכי הלקוח פחות מוגן ומוותר על זכויותיו.
* תניית הפנייה לחוזה אחיד- גם היא בגדר סעיף של חוזה אחיד ויחול עליה חוק החוזים האחידים.
* נספחים לחוזה אחיד כפופים גם הם לחוק החוזים האחידים.
* תנייה שהספק והלקוח הסכימו עליה- לא תהיה בגדר תנייה אחידה.
* "ספק" הוא מי שמספק את החוזה.

**סייגים לתחולת החוק**:

ס' 23- 4 תנאים שעליהם אי אפשר לטעון טענת קיפוח:

1. ס' 23 (א) (4)- הסכם קיבוצי.

2. ס' 23 (א) (3)- תנאי שתואם הוראה שאמנה בין לאומית שישראל חתומה עליה.

3. ס' 23 (א) (2)- תנאי שתואם חוק או תקנה- פורש בצמצום- התנאי צריך להיות באותו הקשר בו מופיע בחוק.

**פס"ד אגד-** אגד טענו שהתקנון אושר ע"י רשם האגודות- ביהמ"ש קבע שזה לא מספיק.

4. ס' 23 (א) (1)- תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח או ספק. הפסיקה מצמצת סייג זה:

* יש חזקת קיפוח על תנאי שקובע שהספק יכול לשנות את המחיר כפי שירצה.
* יש חזקת קיפוח חדשה על תנאי שקובע הצמדה למדד כלשהו כך העלייה או ירידה שלו לא תזכה את הלקוח.

**ס' 22-** "דין המדינה כדין כל אדם"- **בפס"ד גרנוט** הוחלט כי לביה"ד יש סמכות לדון לא רק חוזים אחידים מסחריים של המדינה אלא בכל סוגי החוזים שלה (גם מדיניות וכו').

במידה ויש התנגשות בין כובע היועץ המשפטי לממשלה לבין כובע הספק/לקוח:

**ס' 12 (ג)** קובע כי אפשר להחליף את היועץ המשפטי לממשלה בעורך דין אזרחי שיטען כנגד הממשלה בבית הדין.

**ביה"ד לחוזים אחידים (ס' 2-ס'3):יש בו הליך אחד**-

בקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד- פרק ד' בחוק: רשות ציבורית (בדר"כ היועצמ"ש או ארגוני צרכנים, מפקח בנקים, ביטוח וכו') יכולה לפנות לביה"ד בתביעה כנגד ספק לביטול תנאים מקפחים בחוזה. \*\*חשוב!!! כשלקוח תובע ספק על תנאי מקפח הוא פונה לביהמ"ש רגיל- לא בית הדין!

* סכסוך בין ספק ללקוח נדון בביהמ"ש רגיל (ההחלטה תחול רק עליו) במקרה ויהיה ערעור לעליון ההלכה תחול על כל החוזים בין אותו ספק ללקוחות.

**ס' 16**  נותן את תוקף הגשת הבקשה.

בקשה לביטול חוזה אחיד לפי תנאי מקפח בדר"כ לא תהיה על ס' אחד אלא על סעיפים רבים בחוזה ולכן התביעות שמוגשות ע"י היועמ"ש הם בדר"כ ארוכות מאוד.

**ס' 17**  בחלק מהמקרים הס' יבוטל ובחלק ישונה- ביה"ד יעדיף להתערב כמה שפחות ורק לשנות

**סעיף 18 – נעשו בו שינויים משמעותיים:**

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.

**בהצעת חוק דיני ממונות** הכלל הוא שזה חל רטרואקטיבית אוטומטית אלא אם כן יקבע שזה יחול רק מכאן ולהבא (פרוספקטיבי) והשינוי השני בהצעת החוק היא שבעבות הפסיקה הוסיפו חלק מהשיקולים שעל ביה"ד לשקול כדי להחיל רק פרוספקטיבית.

**ס' 21**- יכול להתקיים בו זמנית סכסוך אינדיבידואלי בין ספק לבין לקוח ספציפי בביהמ"ש וגם הליך כנגד הספק בביה"ד. כל עוד ביה"ד לא נתן פס"ד- ביהמ"ש יכול לדון בתנאי. ברגע שבית הדין קבע שהתנאי מקפח זה חל על כל החוזים ביהמ"ש לא יכול עוד לדון בו. החלטה של ביהמ"ש מתקיימת לגבי הלקוח הספציפי והחלטה של ביה"ד חלות על כל החוזים של הספק.

**ס' 3** סעיף עמום. קובע שתנאי מקפח הוא כזה שיש בו קיפוח לקוחות או יתרון של הספק העלול להביא לקיפוח. והוא נתון לשיקול דעת רחב של ביהמ"ש.

תנאי הוא לא מקפח אם הוא בא להגן על אינטרס לגיטימי של הספק תוך פגיעה מינימלית בלקוח.

את התנאי המקפח יש לבדוק לפי מכלול הנסיבות- בדר"כ נסיבות כלכליות: אם יש לספק מונופול, אם המוצר חיוני וכו'.

**ס' 4**  חזקות קיפוח: אם תנאי בחוזה אחיד נכנס לתוך אחת מ12 הקבוצות הללו חזקה עליו שהוא מקפח- על הלקוח רק להראות שהתנאי שייך לאחת הקבוצות ונטל ההוכחה שהוא לא מקפח הוא על הספק- עליו להוכיח שבמכלול הנסיבות הספציפיות התנאי לא מקפח. יכולים להיות גם תנאים מקפחים שלא ברשימה הזו.

**תנאי יכול להיות מקפח אך במידה ויש ס' נוסף המאזן אותו הוא לא יהיה מקפח.**

(רשימה שחורה- תנאים בחוזה אחיד שהם בטוח מקפחים. ס' 5.

רשימה אפורה- כל התנאים שהם בחזקות קיפוח (חזקות קיפוח בס' 4)

רשימה לבנה- תנאים שיכולים להיות מקפחים אבל אז הנטל הוא על הלקוח וצריך להוכיח את זה במסגרת ס' 3. )

**חזקות הקיפוח בס' 4:**

1. תנאי הפוטר/מסייג את הספק מאחריות שהיתה לו לפי חוק. (למשל, פוטר עצמו מאחריות ברשלנות.)
2. תנאי שמאפשר לספק "באופן בלתי סביר" לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה או לשנות חיוב מהותי בו. הלקוח צריך להוכיח לא רק את קיום התנאי אלא גם שהוא בלתי סביר והנטל עליו. *גלברד* טוען שזה סותר את מהות הסעיף ויש לתקן אותו.
3. תנאי שמקנה לספק זכות להעביר אחריות לצד ג'.
4. תנאי שמקנה לספק זכות לקבוע או לשנות על דעתו בלבד אחרי כריתת החוזה מחיר או חיוב אחר המוטל על הלקוח- אלא אם כן זה לא בשליטתו (אינפלציה). במקרה בו ספק יכול לעלות את המחיר ויש "מחיר גג" צריך לבחון את סבירות המחיר ביחס לשוק. והפס' קבעה שאם במקביל לאפשרות של הספק לשנות את המחיר תהיה אפשרות של הלקוח להשתחרר באמת מהחוזה אז הוא לא מקפח. (לעזוב את בית האבות זה מקפח. לעבור חברת סלולאר זה לא מקפח). כל מה שנוגע למנגנונים אובייקטיבים הם לאו דווקא ס' 4, הלקוח יכול להוכיח אחרת.
5. תנאי שמחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להזדקק לספק או אדם אחר, או המגביל את חופשו. (התניית שירות בשירות שהיא מוצדקת זה בסדר- נניח במוסך רכב מורשה. אבל בנוגע לבנקים שמתנים שירות בשירות זה לא חוקי ואפשר לתבוע או לפי ס' זה או לפי ההוראה בחוק הבנקאות- עדיף חוק הבנקאות כי היא קוגנטית ולא תלוי שיקול דעת ביהמ"ש.)
6. תנאי שמצמצם את זכויות הלקוח עפ"י דין מוחזק כמקפח. 6[א]: תנאי המתייחס לצמצום תרופות מצד הספק כלפי הלקוח, או הרחבת התרופות לטובת הספק, באמצעות כפל תרופות וחפיפה שלא כדין או פיצויים מוסכמים לא סבירים. אסור להגביל את חופש בחירת וצירוף התרופות. השופטת דורנר **בפס"ד ארבוס** ציינה כי הוראה ששוללת תלות בין חיובים בחוזה אחיד בעצם מהווה תנאי מקפח כי היא שוללת תרופה (דחיית קיום זה תרופה).
7. תנאי המעביר את נטל ההוכחה לצד השני הוא מקפח.
8. תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להעלות טענות משפטיות מסויימות או שיש לדון רק בבוררות. מגביל את זכות האדם לפנות לערכאות.
9. תנאי שמתנה על הוראת דין לגבי מקום שיפוט או שמקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום בו יתברר הסכסוך. הלכת **מפעל הפיס** הפכה את חזקת הקיפוח לחסרת משמעות וקבעה כי הארץ היא קטנה ואפשר להגיע לכל מקום. בפס"ד **בלל נ' היועמ"ש** נקבע כי החזקה אינה מקפחת כל עוד ניתנים מספיק חלופות.
10. תנאי שמאפשר לספק לבחור את הבורר או את מיקום הבוררות הוא מקפח. אם הבורר והמיקום הם נייטרלים אז זה לא חזקת קיפוח. בחוק החוזים האחידים המסחרי והצרכני תמיד ס' בוררות יהיה מקפח גם אם הוא ניטרלי (כי הבורר יעדיף בתת מודע את הספק הגדול).
11. תנאי שקובע ס' הצמדה שעלייה או ירידה שלו לא תזכה את הלקוח. הם מקפחים אלא אם כן כמו **בפס"ד שיכון ופיתוח** כאשר זה מגן על אינטרס לגיטימי של הספק (כשהוא קשור באותם תנאי מדדים עם ספקים שלו).
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.
* **ס' 5**  תנאי בחוזה אחיד ששולל או מגביל זכות לפנות לערכאות משפטיות- בטל! ההבדל בין זה לבין 4 (8) היא שמקרה יותר מהותי יכנס לס' 5 ואילו וב-4 (8) זה הגבלות יותר קלות.

(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.

**פ"ד שיכון ופיתוח-** נקבע בחוזה אחיד בין הצדדים, שאם הלקוח מפר את החוזה, החברה זכאית לפיצויים בסך 15% מהמחיר החוזי. (צדדים יכולים לקבוע פיצויים מוסכמים, ביהמ"ש יכול להפחית פיצויים אלו אם אין יחס סביר עם הנזק).
היועמ"ש טען כי סכום הפיצויים המוסכמים גבוה. ואילו שיכון ופיתוח טענו כי לפי הפסיקה, בעסקאות מקרקעין, פיצויים מוסכמים יכולים להיות עד 20%.
**ביה"ד פסק כי הסיבה להתערבות בפיצויים מוסכמים רק כשיש יחס בלתי סביר, היא עיקרון חופש החוזים, אבל מכיוון שבחוזה אחיד גם ככה עיקרון חופש החוזים מצומצם מאוד, ולכן אפשר להתערב גם במצב כזה.** המבחן הוא מבחן הקיפוח- אם יש פגיעה בזכויות או אינטרסים של הלקוח לצורך הגנה על אינטרס לא לגיטימי של הספר, או הגנה על אינטרס לגיטימי של הספק אבל בדרך לא פרופורציונאלית.
לספק ייגרם נזק מההפרה, לכן הפיצויים הם אינטרס לגיטימי אבל לא פרופורציונאלי (כי הנזק המשמעותי אינו וודאי).

**חוזה על תנאי- מוסדר בס' 27-29**

**27[א] :**

**תנאי מתלה-** החוזה לא מתחיל להתקיים עד מועד התקיימות התנאי שנקבע. ס' 29- אם התנאי לא מתקיים עד המועד שהצדדים קבעו, או אם לא קבעו, עד זמן סביר, החוזה מתבטל. עד מועד קיום התנאי, החוזה במצב של תרדמת.

**תנאי מפסיק-** החוזה מתחיל להתבצע עם חתימת הצדדים, אם התנאי שקבעו מתרחש (במועד או זמן סביר), החוזה חדל מלהתקיים. "מעל ראשו של החוזה מתהפכת חרב" (ג' שלו)

בחוזה על תנאי, הצדדים גומרים בדעתם לכרות חוזה, אבל החלטה זו תלויה בעובדה שיתקיים אירוע מסוים. הצדדים רוצים להבטיח ולשמור את האינטרסים שלהם מראש.

**התנאי** הוא בדר"כ תנאי חיצוני למהות החוזה. פעמים רבות התנאי יהיה מחוץ לחוזה עצמו, יכול להיות אפילו בע"פ. התנאי הוא אינו וודאי, אם היה וודאי לא היה מדובר בחוזה על תנאי. תנייה כמו **בפס"ד נתיבי איילון** נקבעה כאינהרנטית לחוזה ומהווה התחייבות.
תנאי שנובע מהדין- למשל תנאי הנובע מכשרות משפטית.

27(ב) חוזה שהיה טעון הסכמת צד שלישי או רישיון עפ"י חיקוק חזקה עליו שקבלת האישור היא תנאי מתלה

**בפ"ד נתיבי אילון-** השופט טירקל מודע לסעיף 27(ב) (קבלת רישיון הוא תנאי מתלה), אבל ברור מתוך החוזה ומהנסיבות שהצדדים התכוונו שהשגת הרישיון הוא אחד מחיובי החברה. משלא הצליחה להשיג את הרישיון אין החוזה בטל בגלל אי התקיימות תנאי מפסיק אלא בגלל הפרתו ע"י החברה.
**חשוב- סעיף 27(ב) הוא פרשנית אובייקטיבית של החוזה, חשוב קודם כל לבדוק את הפרשנות הסובייקטיבית!**

ס' 27(ג) – הפרה צפויה של חוזה על תנאי מתלה. ההבדל- בהפרה צפויה לנפגע מגיעות כל התרופות, בהפרה צפויה של חוזה על תנאי מתלה, מגיע לנפגע "סעדים לשם מניעת הפרתו". למעשה אלו תרופות של סדר דין אזרחי, למשל צו אכיפה זמני, מניעת יציאה מארץ וכו'.

לכאורה, בחוזה עם תנאי מפסיק, כאשר מתרחשת הפרה - היא ממשית כיוון שהחוזה אופרטיבי מהרגע שנכרת. אך מה קורה אם יש הפרה צפויה לגבי חיוב שמתקיים לאחר התנאי המפסיק? גלברד עושה היקש לכך ואומר שס' 27ג. חל גם עליו.

ס' 28- פגיעה באפשרות הקיום של התנאי המתלה/מפסיק, מצב של הפרה או סיכול של אחד הצדדים. התגובה האינטואיטיבית על מצב שאחד הצדדים מנסה לגרום להפסקת התנאי המתלה או קיום תנאי מפסיק היא שהדבר מנוגד לחובת תו"ל. המטרה המשותפת של הצדדים לנוכח עיקרון ת"ל היא לאפשר את קיום החוזה. **התוצאה על פעולתו של הצד-** מניעות או השתק- הצד שגרם לאי התקיימות התנאי המתלה, מושתק מלכפור בתוקף החוזה. **פס"ד מכוניות הים התיכון נ' קראוס.**
**זכות הצד הנפגע-** יכול לקבל את אי התקיימות/התקיימות התנאי ולכן ביטול החוזה, **או,** יכול לתבוע על הפרת החוזה ולקבל תרופות.

**גרימה לאי התקיימות התנאי, יכול להיות גם במחדל. אם צד לא פעם, מקום שיכול היה לפעול- רואים זאת כאילו סיכל את קיומו של התנאי**, זאת מתוקף חובת ת"ל.

נוצר קושי- אחד הנימוקים של טירקל **בפ"ד נתיבי אילון** שהתנאי אינו מתלה נובע מהעובדה שהחברה לקחה על עצמה לפעול למען השגת הרשיון. כלומר- **אם צד פועל למען התנאי, הוא לוקח סיכון שהדבר יתפרש כאילו זה אינו תנאי מתלה אלא חיוב חוזה.**
הפתרון- על הצד לפעול להתקיימות התנאי, אבל עליו להבהיר לצד השני שלא מדובר בחיוב חוזי אלא תנאי מתלה. אפשר גם להדגיש זאת בחוזה עצמו. קוראים לזה **השתדלות מוחלשת.**

**ס' 28 ג'** מסייג ואומר כי ס' 28 א+ב לא יחולו בשני מצבים:

א. חוזה אופציה- הצד שלא רצה בחוזה זכאי לזה!

ב. אם הצד שגרם לחדילת החוזה עשה את זה לא ברשלנות ולא בזדון.

ס' 29- מלמד שני דברים:

* משך הזמן שעד אליו צריך להתקיים התנאי- המועד שנקבע או זמן סביר. **זמן סביר-תלוי בנסיבות. בפ"ד מפעלי ברוך שמיר-** היה חוזה על תנאי מתלה לקבל היתר בניה. ההיתר לא הושג כעבור 7 שנים. שופט X אומר שהזמן סביר ולכן החוזה לא בטל. השופט ברק קובע שמדובר בפרק זמן לא סביר, אבל מגיע לתוצאה שהחוזה לא בטל- **בכל פעם שמועד הזמן הסביר עמד לפוג, הצדדים האריכו את המועד בהתנהגותם. בעלת הקרקע הייתה צריכה לתת ארכה של זמן סביר לביטול החוזה ולא לבטל באופן פתאומי**.
* תוצאות אי התקיימות תנאי מתלה- מתבטל החוזה. תוצאות אי התקיימות תנאי מפסיק- מתבטלת ההתנאה.

**פ"ד נתיבי איילון -** 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.

**חוזה לטובת אדם שלישי- ס' 34-38**

כל סעיפי החוק הנוגעים לחוזה לטובת אדם שלישי הם דיספוזיטיביים. במידה ובחוזה בין החייב לנושה יש הסכמה הנוגדת את אחד הסעיפים, הסכמת הצדדים גוברת.

הסיטואציה הבסיסית- **חייב מתחייב כלפי נושה לקיים את חיובו כלפי צד שלישי (מוטב) ולא כלפי הנושה**.

**המבחן להיותו של חוזה, לטובת אדם שלישי-** האם הצדדים התכוונו לא רק להעניק למוטב זכות או טובת הנאה אלא גם את הזכות לדרוש ולתבוע את קיום החיוב. **נדע זאת על ידי פרשנות (לשון החוזה+נסיבות).**

**המוטב** הוא אינו צד לחוזה, לא דרושה גמירת דעת מצידו, הסכמתו ואף לא ידיעתו ליצירת הזכות. המשמעות להיותו מוטב- הוא יכול לתבוע את קיום החיוב, יכול לתבוע תרופות אם החוזה לא מתקיים. (ס'34)

**ס' 35-** למוטב יש זכות לדחות את הזכות הנובעת מהחוזה, תוך זמן סביר.

**ס' 36 (א)** – הצדדים יכולים לשנות את תנאי החוזה במידה והידיעה עליו טרם הגיעה למוטב. ברגע שהמוטב מודע לזכותו, אי אפשר לשנות את זכותו לחיובים.
האם אסור לעשות שינוי כלל?? יש שתי גישות:

1. **גם אחרי המחאה זכות, החייב והנושה יכולים לעשות שינויים בחוזה, בתנאי שהשינויים נעשים למטרה מסחרית ולא על מנת לפגוע בצד השלישי.
פ"ד גרבוב נ' רשות הנמלים**- חוזה בין רשות הנמלים לבין חברה קבלנית. גרבוב הוא המוטב, צריך לקבל את הכסף עבור עבודתה של החברה הקבלנית מרשות הנמלים. החברה לא עומדת בחובותיה, הצדדים עושים ביניהם מו"מ ומשנים את תנאי החוזה. גרבוב דורש את הכסף לפי החוזה המקורי ולא לפי החוזה החדש. לכאורה, אסור לצדדים לשנות את החוזה אחרי שהמוטב יודע על כך. אבל **החלטת ביהמ"ש היא שונה.** ההחלטה לקוחה מהדין האנגלי ונעשה היקש לדיני החוזים- אם החייב והנושה מנהלים מו"מ ו"מצילים" את החוזה במקום לבטלו (משיקולים מסחריים סבירים ולא בצורה זדונית כנגד המוטב), למעשה מצבו של המוטב לא ניזוק כי אם לא היה מתנהל המו"מ החוזה היה מבוטל לגמרי. ההלכה של פסק דין זה מבהירה כי **אין לפרש את סעיף 36 באופן דווקני**.
2. ג' שלו נוהגת לפי הגישה הדווקנית ומסיקה מהסעיף שמרגע שנודע למוטב אסור לעשות שינויים כלל!

**הצעת חוק דיני ממונות-** בחוזה לטובת אדם שלישי, כאשר המוטב הוא מקבל מתנה, הצדדים רשאים לבטל את החוזה גם אחרי שהודיעו למוטב בתנאים שמפורטים בחוק המתנה:

* אם מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על החוזה,
* אם המקבל מתנהג באופן מחפיר,
* אם חלה הרעה ניכרת במצב הנותן.

ס' 36(ב) – סייג לסעיף 36 [א]. חוזה בו המוטב מקבל את זכותו אחרי מותו של הנושה. הסעיף משווה את הדין בחוזה לאדם שלישי לדין הצוואות בו אין הגבלה על המצווה מלשנות את צוואתו.
**לפי סעיף זה אין הגבלה על הנושה לעשות שינוי בחוזה גם אם נודע עליו למוטב.**  ההודעה על השינוי צריכה להתבצע עוד בחייו של הנושה. **לדעת גלברד**, ההלכה לא נכונה כי הרעיון בצוואה הוא לקיים את רצון הצדדים.

**מישור היחסים בין החייב למוטב-** מערכת יחסים חד כיוונית, רק החייב חייב למוטב.
ס' 37 – כל טענה של החייב לנושה הקשורה לחיוב, עומדת לו גם כלפי המוטב.

**מישור היחסים בין הנושה והחייב-** אם החיוב כלפי המוטב לא מתקיים, הוא יכול לתבוע את החייב. האם גם הנושה יכול לתבוע?
לפי ס' 38 – הנושה יכול לתבוע את החייב, אבל התביעה היא רק על החיוב כלפי המוטב.

**מישור היחסים בין הנושה והמוטב-** לכאורה אם החייב לא מקנה למוטב את הזכות, המוטב לא יכול לדרוש אותה מהנושה. אבל **חשוב לדעת מה הייתה סיבה להענקת הזכות בצורה זו:**

* + אם זה מוטב מקבל מתנה, הוא לא יכול לדרוש את הזכות מהנושה.
	+ אם הזכות נובעת מחוב קודם של הנושה למוטה, תחול הוראת ס' 48- פירעון החוב של הנושה למוטה הוא על **תנאי**. אם התנאי לא התקיים, כלומר- **אם התחייב לא פרע את החוב, הנושה חייב למוטב מכוח החוב הקודם שלו כלפיו.**

**תלות בין חיובי הצדדים**

**דחיית קיום- סעיף 43**

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.

 (ב) נדחה המועד לקיום החיוב כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה, ואם היה על החייב לשלם תשלומים תקופתיים עד לקיום החיוב שמועדו נדחה -לפטור אותו מתשלומים אלה בתקופת הדחיה.

**שלושה מצבים:**

1. מוכר התחייב לספק את הסחורה ב15.1, הקונה צריך לשלם באותו זמן. המוכר מפר.
2. מוכר התחייב לספק את הסחורה ב1.1, הוא לא מספק . האם הקונה צריך לשלם ב15.1?
3. הקונה צריך לשלם ב1.1, צופה שהמוכר לא יספק את הסחורה ב15.1 כפי שהתחייב.
* **זו שאלה של פרשנות. אם הצדדים התייחסו למצבים אלו בחוזה, פועלים לפי מה שקבעו.**
* **אם הצדדים לא נתנו על כך דעתם, מבצעים השלמה של החוזה על ידי ס' 43.**

תרופת הביטול יכולה להיות הסעד במקרים אלו, אבל טרייטל (מלומד אנגלי) קובע ש**תרופת הדחייה היא התרופה הטובה ביותר,** יש לה כמה יתרונות**:**

* סעד עצמי שעדיף על תרופת הביטול (שגם היא עצמית) כי בביטול הנפגע לוקח סיכון ויכול להפוך בכך למפר. לעומת זאת הדחייה לא נחשבת ברוב המקרים כהפרה והסיכון קטן יותר.
* בביטול אין דרך חזרה. דחיית קיום- הנפגע לא מסכן משאבים ועדיין יכול לבחור בשאר התרופות בשלב מאוחר יותר.
* השופטת דורנר **בפ"ד ארבוס** מציינת עוד יתרון- תמריץ חיובי למפר לתקן את ההפרה

**תרופת הדחייה היא לא בדיוק תרופה- היא לא מגנה על אינטרס הקיום** (כי אינה מעמידה את הנפגע במצב בו היה אילולא הופר החוזה) **ולא מגנה על אינטרס ההסתמכות** (לא מעמידה את הנפגע במצב בו היה אילולא נכרת החוזה). זו תרופה של "הקפאת המצב".

**המצבים בהם זכאי הנפגע לדחות את חיוביו:**

**(1) חיוב בו זמני- לפי ס' 43(א)(3):החוק קובע ברירת מחדל- הצד השני רשאי לדחות את חיובו.**

* ההנחה הפרשנית שאם הצדדים קבעו חיובים בו זמניים, עשו זאת בכוונת תחילה לחיובים תלויים.
* החיובים הם בו זמניים, איך נדע מי המפר ומי הדוחה? **בפ"ד ג'רבי** נקבע שהמבחן הוא מבחן של נכונות- הצד שמגלה נכונות לקיים ייחשב שצד הנפגע.

**(2) חיוב ראשון בזמן מופר – ס' 43(א)(2):**הנפגע זכאי לדחות את קיום חיובי **בתנאי** שהצדדים התכוונו ש**החיוב השני בזמן יהיה תלוי בחיוב הראשון בזמן.** נשתמש בפרשנות החוזה.
בעבר הייתה גישה פרשנית מצמצמת- לרוב חשבו שהצדדים לא התכוונו ליצור כזו תלות, כדי להסיק תלות ביהמ"ש ביקש אמירה ברורה בחוזה. למשל **פ"ד אלטר נ' אלעני**- הקונה מתעכב בתשלום התמורה בגלל שהמוכר מפר את החוזה ולא מעביר לו את הנכס בזמן. ביהמ"ש קבע כי בגלל העובדה שאין בחוזה ראייה מפורשת לכך שהחיובים של הצדדים תלויים זה בזה, היה על הקונה להעביר לו את הכסף למרות האיחור. בגלל שלא העביר את התמורה, הוא נחשב למפר החוזה.

**(3) חיוב שני בזמן הופר- אין פתרון בחוק**. זהו למעשה מקרה של הפרה צפויה.  **בפ"ד שירותי תחבורה ב"ש-**ברק מונה שורה של סנקציות במקרה של הפרת חובת ת"ל, אחת הסנקציות היא- במקרה וצד אחד הפר את חובת ת"ל, יכול הצד השני לשנות את תוכן החוזה.
**בפ"ד שוחט נ' לוביאניקר-** עקב החשש של המוכרים שהקונים עלולים לא לקיים את התחייבותם, הם דחו את קיום החיוב שלהם. במקרה של שוחט לא התקיימה הפרה צפויה, השוני הוא ברמת ההסתברות. **במקרה של חשש סביר, ניתן לדחות את קיום החיוב כתוצאה מחוסר ת"ל של הצד השני עד לזמן סביר.** השופטת בן פורת, נותנת פתרון השאוב מהUCC- **מכיוון שהקונים יצרו חוסר ודאות ולא טרחו לספק בטוחה סביר, המוכרים רשאים לדחות את חיובם.
מכוח עיקרון תום הלב ניתן לבצע דחיית קיום במקרה של חשש מהפרה שלא עולה כדי הפרה צפויה.
החידוש של פסק הדין:** השופטת בן פורת מתעלמת מהגישה המצמצמת לפיה אם הצדדים לא טרחו לקיים את החיובים באותו זמן, הם כנראה חיובים לא תלויים (אלא אם מופיע במפורש בחוזה). **זהו שינוי של הגישה הפרשנית!**

**בפ"ד דניאלה נ' שט-** (חוזה אופציה מופר) מתעוררת שאלה דומה לשאלה בפ"ד שוחט, אלא שבמקרה זה מדובר בהפרה צפויה של ממש. אם אפשרו דחיית קיום במצב של חשש מפני הפרה, **קל וחומר -1- שצריך לאפשר דחיית קיום גם בהפרה צפויה.**

**בפ"ד מקור פיתוח עירוני נ' קרון**-  **קל וחומר -2- אם במצב של הפרה צפויה מאפשרים ביטול החוזה, קל וחומר שצריך לאפשר את התרופה המתונה יותר של דחיית הקיום.**השופט בך קובע כי דחיית הקיום אפשרית רק אם יש תלות בין חיובי הצדדים ועל התלות למדים לא רק מהמועדים **אלא גם מהנסיבות של החוזה ומהשכל הישר**.

**מסקנה:** ניתן לעשות דחיית קיום כמצב של חשש מפני הפרה או הפרה צפויה; צריך שתהיה תלות בין חיובי הצדדים אבל התלות נלמדת לא רק מהמועד אלא מהנסיבות וכללי ההיגיון.
 **בפ"ד דלתא הנדסה** – השופטת דורנר חוזרת על העקרונות של השופט בך במקור פיתוח עירוני ומוסיפה- **בדר"כ ההנחה תהיה שיש תלות בין החיובים.**

**בפ"ד ארבוס נ' רובינשטיין**- הפרת חוזה מצד החברה. ארבוס יכולה לתבוע פיצויי קיום. אבל האינפלציה באותה תקופה היא 444%, לכן עדיף להם לתבוע הפרשי הצמדה וריבית על הסכום ששולם ויכול היה להידחות. **כדי לבסס את הטענה שהיה אפשר לדחות את התשלום צריך להוכיח שהחיובים היו תלויים זה בזה.** ס' 23 לחוק המכר קובע כי מועד התשלום והמסירה הם חיובים מקבילים שיש לקיים בד בבד. כלומר- יש תלות, אם אחד הצדדים לא מקיים. אפשר לדחות.
**מאז פ"ד ארבוס- גם אם החיובים אינם בו זמניים, מניחים תלות אלא אם יש אמירה מפורשת ששוללת את התלות.**עוד קובעת השופטת דורנר כי הכלל שמניחים שיש כוונת תלות בין החיובים, חל ביתר שאת על חוזים אחידים. וקביעת תנאי בחוזה אחיד שסותר זאת הוא תנאי מקפח, כי הוא מגביל תרופה שמגיעה ללקוח.

**הפרה של חיובים שוליים לא תקנה זכות לדחייה-** **פס"ד פטר נ' חממי**- היה ויכוח בין הקבלן לבעל הקרקע מי ישלם על מוני המים- הקבלן לא מסר את הדירות כי לא שילם על מוני המים- ביהמ"ש קבע שזה חיוב שולי וזניח.

**הזכות לדחייה תקום רק עבור הפרה של חיוב עיקרי** (שים לב, יש הבדל בין חיוב עיקרי למהותי- אין צורך בהפרה יסודית מספיק רק שהחיוב עיקרי לחוזה).

דחיית הקיום (**פס"ד מונסקו נ' המכבייה**) צריכה להתבצע עד פרק זמן סביר. 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.

**חוק דיני ממונות:** היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי שמועדו עוד לא הגיע זכאי הצד השני לדרוש בטוחה לקיום. זה מועתק מהדין האמריקאי וממלא את הלאקונה שיש היום בחוק למצב השלישי- שפס"ד שוחט מילא אותה.

**סיכום:**

1. במצב של חיובים בו זמניים- תמיד אפשר לדחות
2. במצב של חיובים שאינם בו זמניים- הדחייה אפשרית אם יש תלות בין הצדדים. תלות נובעת מפרשנות החוזה, מבחינה פרשנית מניחים שתמיד יש תלות אלא אם כן יש הוראה מפורשת ששוללת את התלות. אם הוראת שלילת התלות מופיעה בחוזה אחיד, זה ייחשב כתנאי מקפח.
* הנחת התלות בין החיובים נוגעת רק לחיוביים המרכזיים של החוזה.
* בהצעת חוק דיני ממונות- שינויים המשקפים את הפסיקה- 1. הצעת החוק קובעת כברירת מחדל את התלות בין החיובים. 2. דחיית קיום נוספת כתרופה של ממש.

**תרופות**

התנאים ההכרחיים לצורך הקמת הזכות לתרופות-

1. חוזה בר תוקף
2. הפרה של החיוב החוזי. ב- **מעשה** או **מחדל.**

**הפרה-
לפי ס' 1 לחוק התרופות, הפרה היא מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה.** פער בין החיוב החוזה ומה שקוים בפועל.

**לפי ס' 2, אם הופר חוזה הנפגע זכאי לתרופות- אכיפה, פיצויים, ביטול.**

**הפרה צפויה**- מעוגנת בס' 17. לפי שלו, על מנת שיתקיים מצב של הפרה צפויה, **הכפירה בחוזה צריכה להיות חמורה ויסודית**. דין ההפרה הצפויה משקף דוקטרינה שמקורה בדין האנגלי.
**לדעת פרופ' גלברד, עיקרון היסוד של השיטה הוא "הקדמת תרופה למכה".**

* 1. חלופה סובייקטיבית–התנהגות (גילוי דעת מפורש או משתמע) המפר מלמדת שאין בכוונתו/ביכולת לקיים את החוזה.
	2. חלופה אובייקטיבית– נסיבות העניין מלמדות שהחיוב לא יקוים במועד. רמת ההסתברות צריכה להיות גבוהה מאוד להפרה.

**ברירות הנפגע מהפרה צפויה:**

1. **הסתמכות על ההפרה-** הנפגע מתייחס להפרה הצפויה כהפרה של ממש. זכאי להפעיל את התרופות. אם הנפגע מחליט לפעול על סמך ההפרה הצפויה, הוא לוקח סיכון, אם ביהמ"ש לא יסכים איתו שמדובר בהפרה, הוא ייחשב כמפר. **מקבלת ההפרה הנפגע כפוף לנטל הקטנת הנזק.**
2. **התעלמות מההפרה-** עמידה על קיום החוזה המקורי.
באיזו מידה רשאי הנפגע להתעלם מהפרה צפויה? **האם הנפגע כפוף לנטל הקטנת הנזק?**
	1. **הגישה האנגלית-** הנפגע רשאי להתעלם מההפרה הצפויה לחלוטין, אינו מחויב להקטין את נזקו.
	2. **הגישה האמריקאית-** בחירת הנפגע בהתעלמות, מתאפשרת לזמן סביר בלבד, לאחר מכן עליו לפעול לנטל הקטנת הנזק.
	3. **הדין הנוהג- בעבר -** הגישה האנגלית. ב**פרשת בנק איגוד**, השופט שמגר אומר שנטל הקטנת הנזק לא חל על הנפגע, יחד עם זאת ג' שלו מבקרת גישה זו. הוא מסתכן בטענת אשם תורם והפרת תו"ל ס'39 מצד המפר.

**התרופות להפרה צפויה-** הפרה צפויה מאפשרת לנפגע להפעיל את כל התרופות (כולל דחיית קיום **פ"ד דלתא הנדסה**), ובלבד שלא יקדימו את תרופת האכיפה.

**בהצעת חוק דיני ממונות**- נכתב ש"הנפגע זכאי לתרופות בשינויים המחויבים":

* + - תרופת הביטול מאפשרת לנפגע לבטל חוזה במקרה של הפרה צפויה, גם לא יסודית. תנאי לביטול הוא מתן ארכה, אבל אם החיוב הוא עתידי, ארכה בזמן עד החיוב היא לא רלוונטית. **החידוש-** הארכה לא תהיה לקיום החיוב אלא ארכה לחזרה מההפרה- הצהרה שהנסיבות מהן השתמעה ההפרה יסולקו.
		- נוסחה לחישוב פיצויים בהפרה צפויה.

**האינטרסים המוגנים בדיני התרופות:**

1. **אינטרס הקיום** - מטרת אינטרס הקיום היא להעמיד את הנפגע במקום שבו היה נמצא אילו החוזה היה מקוים. התרופה צופה פני עתיד. התרופות המשרתות אינטרס זה- **אכיפה או פיצויים**.
2. **אינטרס ההסתמכות**- העמדת הנפגע באותו מצב בו היה נמצא אילו לא היה נכרת החוזה. התרופה צופה פני עבר.  **במאמר של פולר ופרדו**-מבחינים בין שני סוגים של אינטרס הסתמכות:
	1. אינטרס הסתמכות עיקרית- הוצאות שהנפגע הוציא לצורך קיום חלקו בחוזה. אלו הן **עלויות הסתמכות**.
	2. אינטרס ההסתמכות האגבית- הוצאות שהוציא הנפגע בהסתמך על החוזה אבל לא לשם קיום החוזה. יש בעיה לשייך הוצאות אלו לעיקרון הצפיות של הפיצויים כי לא בכל מקרה יכול המפר לצפות מהלכים שהנפגע עושה בהסתמך על החוזה, במיוחד במקרה שהפעולות שעושה הנפגע הן חריגות.
3. **אינטרס ההשבה**- מגיע עם תרופת הביטול. פירוש ההשבה- לקבל בחזרה כל מה שהועבר במסגרת החוזה לצד השני, ההשבה היא הדדית.
לפי ס' 9 יכול הנפגע לבחור בין השבה בעין או השבת שווי- עיקרון זה הופך את תרופת הביטול לתרופה כספית משמעותית מאוד.
אינטרס ההשבה עומד על רגליו ללא קשר לאינטרס הקיום.

**3 אינטרסים שלא מוגנים בוודאות בדיני החוזים:**

1. **הלכת אדרס- השבת פירות ההפרה:** המשיבה הפרה את החוזה עם אדרס בכך שלא סיפקה לה סחורה, לאחר מכן מכרה המשיבה את הסחורה לצד שלישי וכך הרוויחה מההפרה. עולה השאלה האם יש להפעיל רק קריטריונים של דיני החוזים ולבדוק האם נגרם לנפגע נזק מההפרה או שניתן להשתמש בדיני עשיית עושר ולא במשפט ולזכות את הנפגע ברווחי המפר?
הפיצוי שפסקו לטובת אדרס נובע מדיני עשיית עושר, **הנימוק- הרתעת מפרים, הדגשת ערך קיום הבטחות**. אין בפיצויים שקיבלו משום האינטרסים של דיני החוזים. לא ידוע באיזה מקרים ניתן לפסוק פיצויי אדרס. לפי ההלכה בארה"ב- כאשר יש בהפרה זדון.
2. **אינטרס עונשי-** מעמידים את הנפגע במצב טוב יותר מאשר היה אילו קוים החוזה. אין פיצויים עונשיים בדיני התרופות, אבל יש סימנים לקראת זה:
	* **פ"ד אדרס**
	* עמדת השופט חשין **במלון צוקים.**
	* **פ"ד קרטין נ' עתרת ניירות ערך** (חברת ברוקרים- שימוש במניות בחוסר תו"ל כלפי הלקוח ולטובת עצמם)**- נפסקים פיצויים שיש בהם נימה של ענישה שנובעת מההתנהגות הבלתי מוסרית של הצד המפר.**
	* מקרים של שיערוך- הפרת חוזה על ידי מוכר. בעד אכיפת החוזה צריך הנפגע לשלם לו את התמורה הנגדית, אם ערך הכסף ירד, ביהמ"ש צריך לשערך את ערך הכסף. ההיבט העונשי של הפיצויים מתבטא בכך **שביהמ"ש משערך את ערך הכסף רק בכ-70%.** **פס"ד הררי נ' ורטהיימר** - עם מוכר זדוני אפילו מנמיכים את השערוך לשיעור של 50%.

**בהצעת חוק דיני ממונות- שני סעיפים שמבוססים על פיצויים עונשיים-**- ביהמ"ש יכול לפסוק פיצויים שאינם תלויים בנזק אם המפר פעל בזדון. "פיצויים לדוגמא"
- ביהמ"ש יכול להוציא "צו מרתיע" בנוסף לאכיפת החוזה אם יש חשש שהאכיפה לא תקוים, יהיה חייב המפר בפיצוי על כל איחור.

1. **שיחזור השקילות החוזית**- ניכוי מחיר. כאשר יש אי התאמה בממכר של החוזה, (רכשתי דירת 4 חדרים וקיבלתי דירת 3 חדרים), **צריך להתאים את התמורה החוזית למה שהנפגע היה אמור לשלם מראש אילו כך החוזה היה נחתם**. למשל **פ"ד ארבוס-** אם ידעו שהדירות ימסרו רק כעבור שנה, היו משלמים כעבור שנה. לכן ביהמ"ש פיצה אותם בהפרש הצמדה וריבית על כסף שהם שילמו מראש.
**הרציונאל הוא- אם הנפגע לא בוחר לבטל את החוזה או לאכוף את החיוב המקורי, הוא משלים עם מה שקיבל וצריך להתאים את חיובו למועד כריתת החוזה.**

**טענות הגנה של המפר**:

* ס' 32 לחוק החוזים הכללי- חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלא ניתן לו היתר- אינה עילה לאכיפה או פיצויים.
* **סיכול**- ס' 18- דין הסיכול ניצב מול העיקרון כי "חוזים יש לקיים".
**4 תנאים מצטברים לטענת הסיכול:**
	1. **חוזה**
	2. **מבחן הצפיות**- דרישה סובייקטיבית ואובייקטיבית של ידיעת המפר על הנסיבות המסכלות בעת כריתת החוזה- המפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה לדעת/לא ראה ולא היה עליו לראות מראש את הנסיבות שגרמו לסיכול.
	3. **מניעת הסיכול**- האם היה ניתן למנוע את הנסיבות המסכלות.
	4. **נסיבות מסכלות**- כאשר קיום החוזה הוא: א. בלתי אפשרי, ב. בלתי חוקי, ג. שונה באופן יסודי מהסכמת הצדדים.

מתי מתקיים סיכול? במשך השנים- אף פעם! הפסיקה הניחה שבמדינת ישראל הכל צפוי- **פ"ד כץ נ' נצחוני** (נקבע שמלחמת יום כיפור בגדר אירוע צפוי)
השופט אנגלרד **בפ"ד רגב** משנה את הגישה המצמצמת של דין הסיכול. השופט אומר שיש קשר הדוק בין ס' 39 לבין סיכול. **השופט אומר שהגישה כלפי סיכול נוקשה מידי- קובע כי את מבחן הצפיות אין להחיל על עצם פרוץ המלחמה, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים.**

**תוצאות הסיכול-** אם מתקיימים כל התנאים, ביהמ"ש יכול להורות על השבה הדדית, ושיפוי הנפגע (החזרת ההוצאות שהוציא הנפגע לצורך קיום החוזה).
**בהצעת חוק דיני ממונות- שינוי דרמטי בהיבט הסיכול-** הסיכול לא ייחשב כטענת הגנה אלא כהתרחשות שגורמת לפקיעת החוזה. ובנוסף, מבחן הצפיות יוחלף במבחן הסיכון החוזי (מטעות בכדאיות העסקה).

* זוטי דברים- המפר יכול לטעון שהחיוב המופר הוא מינורי
* **נטל הקטנת הנזק-** ס' 14: על הנפגע לעשות מאמצים סבירים כדי להקטין את הנזק. אם לא עושה זאת אינו מפר חובה וזו רק תהיה טענת הגנה מפי המפר כדי להפחית את סכום הפיצויים. מתחיל לפעול אחרי שהתרחשה ההפרה בעוד שאשם תורם מתייחס למעשים לפני ההפרה. הקטנת נזק חלה רק על פיצויים שדורשים מכוח ס' 10.
* **אשם** **תורם** –אשם תורם נקבע בפסיקה ולא בחוק. **מבחן תום הלב והתרומה הסיבתית**
עד לפני שנים מעטות אשם תורם היה מאוד חריג, התפיסה הייתה שיש אחריות חוזית מוחלטת- צד מחויב לחיובים שלקח על עצמו. דוקטרינת האשם התורם הגיעה מדיני הנזיקין שם ביהמ"ש מחלק את הנזק לפי מידת הרשלנות היחסית של המזיק והניזוק. בדיני חוזים יכולים להיות מצבים שצד יכול להקטין את היקף ההפרה של הצד המפר. אדישות/היעדר עזרה של הצד הנפגע צריכה להיזקף לחובתו.

**כיצד משפיע על התרופות**?מבחינת פיצויים והשבה, ביהמ"ש יכול להפחיתם ולחלקם בין הצדדים. מבחינת ביטול – קובע אם הפרה יסודית או לא. מבחינת אכיפה - מתקשר לסייג הצדק.
**בפ"ד אקזימין-** הכירו בעקרון אשם תורם. **חפיפה בין אשם תורם לנטל הקטנת הנזק**- נטל הקטנת הנזק חל רק לאחר שיש הפרה והתחיל להתגבש נזק. אשם תורם יכול לפעול גם לפני התרחשות ההפרה-אם הנפגע יודע עובדות מסוימות שהמפר לא יודע.

* **טענת ויתור של הנפגע**- **בפ"ד דלתא הנדסה-**בהפרה הראשונה של תשלום דמי השכירות באיחור, שיכון עובדים מוותרים על התרופות וממשיכים להתנהג כרגיל, רק אחרי כמה חודשים נזכרים שהייתה הפרה. אם הם היו תובעים על ההפרה, הם לא היו מקבלים תרופות כי ויתרו עליהן באופן התנהגותם. **פס"ד שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים** טירקל חשב שעיכוב כזה גדול (5 שנים) מעיד שהם ויתרו בכלל על תרופת הביטול. ברק: הם יוכלו לבטל את החוזה בתוך כל תקופה ההתיישנות בכפוף למתן ארכה.

**צירוף 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. 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.

**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 white:** 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.

**3 התרופות העיקריות:**

**אכיפה**

תרופת האכיפה היא תרופה ראשונה במעלה, משקפת את הרעיון שחוזים יש לקיים ומעמידה את אינטרס הקיום של הנפגע כראשון.

**סעיף 1-** מפורטים 4 צווי אכיפה, לכל צווי האכיפה תכלית משותפת- "השבת המצב לקדמותו":

1. **צו עשה**
2. **צו עשה לחיוב כספי**
3. **צו לא תעשה**- הימנעות מעשיית דבר. אם החוזה טומן בחובו חיובים שליליים, אכיפתו תיעשה על דרך צו לא תעשה. **פ"ד לוין-** הסעיף סותר את תקנת הציבור ולכן ניתן צו לא תעשה.
4. צו **לתיקון תוצאות ההפרה או סילוקן**- צו אקטיבי, מחייב פעולה שלא עולה מהחוזה עצמו. לדוג' **פס"ד פומרנץ**- חלק מהשטח שהיה אמור להיות של פומרנץ הקבלן הביא לשכנים האחרים והם בנו בו קיר. ניתנה אכיפה ע"י צו לתיקון/ הסרה של תוצאות ההפרה והיה צריך לשבור את הקיר המפריד.)

*\*\*כאשר אומרים בבחינה שצד זכאי לאכיפה צריך להגיד על דרך איזה צו.*

**סעיף 4-** ביהמ"ש רשאי להתנות את אכיפת החוזה בהבטחת קיום חיוביו של **הנפגע**, או בכל תנאי אחר המתחייב מנסיבות העניין.
זהו הסעיף היחיד שמתייחס גם לחיובי הנפגע, ביהמ"ש לוקח בחשבון שאם תינתן אכיפה, זה יוצר חוסר איזון ולכן צו האכיפה יינתן בקיום חיוביו או כל תנאי אחר שהנפגע התחייב לו.
דוגמאות לשימוש בס' 4:

* **אכיפה תוך שיערוך**- במקרים של אינפלציה, ביהמ"ש רוצה לצוות על המפר לאכוף את החוזה, אבל התמורה שתינתן לו ע"י הנפגע תהיה נמוכה מאוד בגלל האינפלציה. מכוח ס' 4 ביהמ"ש אוכף את החוזה תוך שיערוך הסכום.
* **אכיפה בקירוב-**שילוב של ס' 4 עם ס' 3 לחוק התרופות, בצירוף עיקרון תום הלב.
**פ"ד אייזמן נ' קדמת עדן**- (יחידת דיור משודרגת) השופט אנגלרד מעמיד תרופה של אכיפה בקירוב על ידי שילוב של ס' 39, עיקרון תום הלב וס' 4.
אנגלרד קובע כי אכיפה בקירוב מותרת בהתקיים שני תנאים:

**(1)** רק שינויים קטנים מהחוזה המקורי

**(2)** שינויים שאין בהם משום המצאת חוזה חדש

**פס"ד עמיתי שלום ירושליים נ' דוד טייק** – דוגמא למצב שלא ניתן היה לבצע אכיפה בקירוב- נעשה הסכם בין טייק לבין עמיתי מלון ירושליים שלפי טייק ירכוש את הילטון שנבנה על ידם. בחוזה בין הצדדים נקבע תנאי מתלה שקבע שהחוזה יכנס לתוקף רק אם טייק יקבל הלוואה ממשרד האוצר. אם הוא לא יקבל אז החוזה בטל. טייק לא קיבל את ההלוואה וטען שהוא בטל ועמיתי שלום ירושליים ביקשו לאכוף את החוזה ע"י הלוואת כסף ממקורות שלהם- ו"הנה ביצוע אכיפה בקירוב". ביהמ"ש לא הסכים שכן עפ"י פרשנות החוזה עלה שטייק היה מעוניין רק בהלוואה הספציפית ההיא ואכיפה בקירוב במקרה זה תהווה כריתת חוזה חדש כנגד רצון הצדדים.

**סייגי האכיפה מעוגנים בסעיף 3 לחוק התרופות:** הנטל להוכחת הסייגים על המפר

1. **3(1)- החוזה אינו בר ביצוע-** ביהמ"ש לא ייתן צו אכיפה שלא ניתן לקיימו. מדובר בחוסר אפשרות של ממש ולא בקושי בלבד.
דוגמה למקרה קיצוני של סייג הנבצרות- **פ"ד אלעוברה**.
עקרון ביצוע בקירוב- אם אכיפה ממש בלתי אפשרית, אפשר לאכוף את החוזה בדרך קרובה.
2. **3(2)-סייג השירות האישי-** לא נכפה על מישהו לעשות עבודה, "ריח של עבדות נוטף מזה".
\* כפייה לעשות/לקבל עבודה אישית
\* כפייה לתת/לקבל שירות אישי

**בחוזה עבודה:**(א) טיב הקשר בין המעסיק והעובד- ככל שהקשר צמוד יותר, לא ניתן יהיה לאכוף את החוזה. **פס"ד בית הדין לעבודה ומפעלי תחנות**  (חברה עם מס' מועט מאוד של עובדים)
(ב) טיב השירות- האם האדם נשכר לעבודה נוכח סגולותיו, כישוריו, תכונותיו. **בג"צ צורי נ' ביה"ד הארצי לעבודה** התועמלן של חברת התרופות שפוטר ודרש אכיפה להחזיר אותו לעבודה. המנכ"ל אומר שלא יכולים להכריח אותו להעסיק את שירותיו האישיים שהוא לא רוצה וביהמ"ש קבע שאכן לא ניתן לאכוף זאת. החוזה לא נאכף עליו גם כי מדובר בשירות אישי וגם כי יש קשר אישי. מבחן לא מוצלח לפי גלברד.

(ג) האם האדם התכוון לבצע את העבודה בעצמו, במו ידיו. **פ"ד סתם נ' מרקוביץ -**עסקת קומבינציה בין קבלן ומזמין עבודה הופר, הקבלן טען לסייג השירות האישי כי הוא קבלן מומחה. ביהמ"ש לא החיל את הסייג מכיוון שהייתה זו חברה קבלנית גדולה, לא מדובר בעבודה שהקבלן מבצע בעצמו.

יש 2 הרחבות לסייג השירות האישי:

1. בדלת האחורית של תקנת הציבור- פעם היה מקובל שבסייג השירות האישי היו אוכפים התחייבות שליליות- להימנע מעבודה ולא היו אוכפים התחייבות חיובית- זמרת אופרה התחייבה לשיר במקומות מסויימים ולא לשיר במקומות מסויימים. את החיוב לא לשיר אכפו עליה ואת ההתחייבות לשיר לא אכפו עליה. כיום יש הרחבה ולא אוכפים גם התחייבות לא לתת שירות אישי. ז"א אם הזמרת התחייבה לא לשיר- ובא לה כן לשיר- זכותה לשיר לא אוכפים עליה לקיים את התחייבותה לא לשיר.
2. שותפות- גם שני אנשים שיש ביניהם שותפות לניהול חברה לא ניתן לאכוף כזה דבר לנוכח סייג השירות האישי. עדיין יש גוון אישי ולא ניתן להכריח אנשים לעבוד באופן צמוד.
3. **3(3)-סייג הפיקוח-** החוזה לא ייאכף כאשר יש צורך במידה בלתי סבירה של פיקוח ביהמ"ש. הסייג הוא מצמצם.  **פ"ד תמגר נ' גושן**- הצד המפר שלא רצה לאכוף את החוזה טען כי העסקה מורכבת ולא ניתן לאוכפה בגלל סייג הפיקוח. בימה"ש לא מוכן לשלול את האכיפה גם בעסקה מורכבת וארוכה. השופט אור- קובע 3 קריטריונים להחלת הסייג:

(1) עסקה מורכבת במיוחד, החורגת מגבול הנורמל.

(2) משך זמן ביצוע ארוך במיוחד

(3) הפרוייקט דורש מידה גבוהה מידי של שיתוף פעולה בין הצדדים.

**בפס"ד אוניסון** **נ' דויטש** אנו רואים שביהמ"ש ממנה כונס נכסים שיפקח על החוזה ועל בניית הבניין וזה עבד מצויין.

1. **3(4)- סייג הצדק-** הסייג הרחב ביותר. סייג הצדק הוא אחת הדרכים להחדרת ערכים לדיני החוזים, דומה לתום לב.
לפעמים אפשר להסיר את אי הצדק באמצעות התנאת תנאים שונים שאפשרית מכוח ס' 4.
שתי גישות לסייג הצדק:
	1. **גישה רחבה- גישת צדק ציבורי לראשונה בפ"ד לוין-** במסגרת שיקולי הצדק יש לקחת בחשבון שיקולים של צדדים אחרים ולא רק הצדדים לחוזה.
	2. **גישה מצמצמת-בפ"ד ורטהיימר-** (צד שמכר דירה ל2 אנשים) נקבע כי יש לשקול את הצדק רק ביחסים בין הצדדים לחוזה. (בין המוכר לקונה הראשון)

**במסגרת מאזן הצדק הפרטי יבחנו 2 קבוצות שיקולים:**

1. שיקולי מאזן הנזק-**מאזן האינטרסים של הצדדים,** מה הנפגע יפסיד אם לא ייאכף החוזה, אל מול מה שהמפר יפסיד אם החוזה ייאכף
2. שיקולי מאזן האשמה-**התנהגות הצדדים**.

**פס"ד פרץ נ' ביטון**- דוגמא לשימוש בגישה הצרה והעדיפות במאזן אינטרסים לנפגע- מאזן תשלומים של 4 אנשים: פרץ- כליף- ביטון- גבאי. הייתה שרשרת של הפרות אולם ביהמ"ש אומר שהם בגישה הצרה ומסתכלים רק על פרץ וביטון. ביהמ"ש בחן גם את התנהגות הצדדים וגם את מאזן האינטרסים. בהתנהגות הצדדים - פרץ עשו כל מה שהם יכולים כדי לקיים את החוזה והיו "טובים יותר". מבחינת האינטרסים היה שוויון- כל עוד פרץ נפגע וכפות המאזניים שוות אז מאזן האינטרסים פעל לטובת פרץ (קל וחומר כאשר התנהגותו היתה טובה יותר). צריך לשים לב שהמבחן הצר דן רק בשאלה של איזה צדדים בוחנים אבל במבחן הזמן הוא רחב.

**פס"ד פומרנץ** כדי לבחון את מאזן האינטרסים צריך גם להסתכל על שאר הצדדים. ואולם ביהמ"ש קבע שהשכנים לא חשובים ומאזן הצדק נעשה בין שני הצדדים להתקשרות . כך גם נפסק **בוורטהיימר נ' הררי:** גם בסיפור המסובך של ס' 9 לחוק המקרקעין שנוגע לזכות הראשון עדיפה והיה חוזה עם עוד אדם ולא ידעו עפ"י מה לבחון את שיקולי הצדק- הוחלט ללכת ע"י הגישה הצרה ולעשות את מאזן הצדק של ס' 3(4) רק במישור שבין המוכר לבין הקונה הראשון ואז בוחנים זאת לפי 9. שיקולי הצדק נעשים רק בין המוכר לבין הקונה הראשון.

**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 עוברת באמצעות רישום, במטלטלין הבעלות עוברת באמצעות מסירה.

**הצעת חוק דיני ממונות- תוספות:**

* עיקרון אכיפה בקירוב
* תרופת האכיפה נתמכת בצו מרתיע- אם יש חשש שהמפר לא יקיים את האכיפה, הצו מחייבו בתשלום פיצויים על כל איחור בקיום.

**פיצויים**

סעיפים 10-16 עוסקים בפיצויים.

**ס' 10** הוא הסעיף המרכזי מכוחו ניתנים פיצויי קיום, עוסק בנזק ממוני בלבד. סעיף 10 כפוף לנטל הקטנת הנזק.

**בפ"ד מלון צוקים-**האם אינטרס ההסתמכות עומד בצילו של אינטרס הקיום? האם ניתן לפסוק פיצויי הסתמכות מכוח ס' 10?

1. **השופט מלץ**- פיצויי קיום הם הגג העליון, אי אפשר פיצויי הסתמכות שגבוהים יותר.
סעיף 10 קובע פיצויי קיום בלבד, רק במקרה שאי אפשר להוכיח את הנזק ניתן לתבוע פיצויי הסתמכות מכוח ס' 10.
הנימוקים:
	* נזקי ההסתמכות לא קרו עקב ההפרה אלא עקב הכריתה.
	* מטרת הפיצויים היא לא ענישה של המפר
	* ההפרש בין אינטרס ההסתמכות והקיום בחוזה הפסד לא נגרם מההפרה אלא ממזלו הרע של הנפגע או ממקח טעות.
2. **השופט חשין**- אפשר פיצויי הסתמכות גבוהים יותר מפיצויי קיום. סעיף 10 לא שולל מתן פיצויי הסתמכות.
הנימוקים:
	* שיקול חינוכי, הרתעה
	* למה להפלות בין הסתמכות לבין השבה? בהשבה הנפגע לא מוגבל בהשבה עד גובה אינטרס הקיום, זכאי להשבה גם אם היא עולה על אינטרס הקיום.

**התנאים לפיצויים:** 4 תנאים מצטברים: נזק; סיבתיות; צפיות; שיעור הנזק.
השופט ברק קבע חלוקה לשני שלבים (**פ"ד אניסימוב)-**

1. שלב א'- תיחום הנזק:
	1. הוכחת קיומו של נזק.
	2. סיבתיות- האם ההפרה גרמה לנזק. **האם לולא ההפרה היה הנזק מתרחש?**
	3. מבחן הצפיות- האם הנזק מההפרה היה צפוי, בפועל או בכוח? את הנזק צריך לצפות כתוצאה מסתברת ולא כתוצאה וודאית מההפרה.
2. שלב ב'- כימות הנזק–יש לקבוע את **שיעור הזנק**.
**בפ"ד אניסימוב, יש מחלוקת לגבי הוכחת שיעור הנזק:**
	1. השופט ח' כהן- משהוכיח הנפגע נזק, סיבתיות וצפיות,  **אינו חייב בהוכחת שיעור הפיצויים, אומדן הנזק נתון לשיקול השופט.**
	2. השופט ברק (רוב)- הנפגע חייב להוכיח הן את הנזק והן את שיעור הפיצויים.

**בהצעת חוק דיני ממונות, יש הוראה מפורשת על מקרים בהם אי אפשר להוכיח נזק- לביהמ"ש יש סמכות להעריך את הנזק.**

**ס' 11**- נוסחה קבועה להוכחת נזק, אין צורך להוכיח סיבתיות וצפיות. תנאי מקדים -ביטול החוזה.
סעיף 11 לא כפוף לנטל הקטנת הנזק. למרות זאת, **בפ"ד איינשטיין,** השופט ריבלין אומר **באמרת אגב** שאם הנפגע מבטל את החוזה בדרך תחמנית, למשל לא תוך זמן סביר כי מחכה לראות איך יתנהל השוק, אולי צריך לחשב את הפיצויים לפי ההפרש במועד שבו הנפגע **היה צריך לבטל** ולא במועד בו ביטל בפועל.

**11(א)-** הפרה של חוזה מכר או קבלנות (אספקת שירות או נכס) – הנפגע זכאי לפיצויים בסכום ההפרש של השווי במועד הביטול לעומת השווי בחוזה.

**11(ב)-** הפרה של חיוב לשלם סכום כסף. הפיצוי הוא ריבית על האיחור שבתשלום התמורה החוזית.

**ס' 12**: שמירת זכות- אפשר לתבוע גם מ-11 וגם מ-10 וביהמ"ש רשאי להפחית עד הערך של-11.

**ס' 13-** **נזק לא ממוני**- עוגמת נפש, צער, בושה. פיצוי זה ניתן רק לבני אדם, לא נותנים פיצוי זה על חוזי מסחר. נזק שנתון לשיקול דעתו של השופט.

**נטל הקטנת הנזק- ס' 14-** ביהמ"ש פוטר את המפר מתשלום נזק שהוא גרם, על בסיס הטלת הנטל על כתפי הנפגע. הציפייה היא שהנפגע יקטין את נזקו רק אם יש לו אפשרות סבירה וקלה לעשות כן.
**ס' 14(ב)**- בין אם הנפגע הצליח להקטין את נזקו או לא- יפוצה על העלויות שלו להקטנת הנזק. אם הנפגע פעל בתום לב כשניסה להקטין את נזקו וגורם נזק נוסף-יפוצה גם על הנזק הנוסף.

**ס' 15 פיצויים מוסכמים-**בית המשפט מכיר בסמכות הצדדים לקבוע פיצויים מוסכמים אבל רק כאלו שמפצים על הפרת החוזה.
ס' 15(א)- לביהמ"ש יש סמכות להפחית פיצויים מוסכמים **אם הפיצויים המוסכמים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק**. אם הצדדים קובעים פיצויים מוסכמים שאפשר לצפות אותם, הפיצויים לא ניתנים להפחתה, גם אם בפועל נגרם נזק קטן יותר.

**ביטול והשבה**

רק לעניין ביטול חשובה ההבחנה בין **הפרה יסודית** לבין **הפרה לא יסודית**. לפי החוק הרלוונטיות של הפרה יסודית היא רק בביטול.

**ס' 6:** מגדיר את ההפרה היסודית:

הפרה יסודית מוסכמת: היא הפרה שהצדדים מראש הסכימו שהיא תחשב להפרה יסודית. אבל- אם כותבים בחוזה שכל הפרה היא יסודית אין לזה תוקף. כדי שיהיה תוקף צריך להשתמע שהשקיעו מחשבה בהגדרה של הפרות ספציפיות שיהוו הפרות יסודיות.

הפרה היסודית מסתברת- הפרה שאדם סביר שעומד בנעליו של הנפגע לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה.

זה מוביל אותנו לשאלות לא פשוטות. **האם יש חשיבות לצפיותו של המפר בסיטואציה הזו?** אם אני גרה באיסלנד והזמנתי מהסופר אתרוגים לסוכות והם איחרו במשלוח בשלושה ימים. אז ברור שאני לא הייתי רוצה להזמין את זה אבל האם השליח היה אמור לדעת את זה? השאלה הזו עולה **בפ"ד ביטון נ' פרץ** (הפרת שרשרת) נקבע כי ברור שבמקרה כזה זה תלוי בצפיותו של המפר.

**מבחן הצפיות הוא כפול**: האם אדם סביר היה מתקשר בחוזה אם היה יודע את ההפרה והאם המפר היה מודע למשמעות של ההפרה עבור הנפגע- ורק אז זו תהיה הפרה יסודית.

**ס' 7 קובע את זכות הביטול**. יש הבדל בין הפרה יסודית ללא יסודית.

**ס' 7 א':** יש זכות לביטול בהפרה יסודית שלא מותנית בשיקולי צדק וכולי. זכות הביטול מופעלת ע"י משלוח הודעת ביטול ברורה וחד משמעית (לא חובה בכתב) ורצוי שהיא תנמק את סיבת הביטול.

**ס' 7 ב':** הפרה לא יסודית- צריך לתת ארכה של זמן סביר כדי שהמפר יתקן את ההפרה. במידה ויתקן - תשלל זכות הביטול אבל לא תשלל הזכות לפיצויים. אם המפר לא מתקן תוך זמן סביר הנפגע יכול להודיע על ביטול תוך זמן סביר ממועד תום הארכה.

\*ביטול בשל הפרה לא יסודית כפוף לשיקולי צדק. בניגוד לביטול בשל הפרה יסודית שלא כפופה לשיקולי צדק. שיקולי צדק הם מאזן הצדק בין הצדדים.

\*אחד הסיכונים הוא שנפגע יבטל החוזה והוא לא ידע אם זו הפרה יסודית או לא כי ההבחנה היא לא פשוטה. ואז- אם הוא ביטל ללא מתן ארכה הוא בעצמו עלול להחשב כמפר. אז **מומלץ שהנפגע יתן ארכה גם אם הוא חושב שזה הפרה יסודית** כדי שיהיה על קרקע בטוחה בכל מקרה (שהמצב מתאפשר וזה לא פוגע לי באינטרסים חיוניים מבחינת לו"ז).

**ס' 7 ג':** אם החוזה ניתן להפרדה לחלקים אפשר לבטל רק חלק. אם עדיין ניתן לקיים את החוזה אנו מעדיפים את האופצייה הזו. אלא אם כן מדובר בהפרה יסודית ואז הנפגע יכול לבטל את כל החוזה.

**ס' 8:** הביטול הוא בהודעת הנפגע שצריכה להינתן תוך זמן סביר ממועד ההפרה או מתום הארכה.

\*ראינו שבפגם בכריתה- אם מי שטעה או הוטעה לא ביטל תוך זמן סביר הוא מאבד את זכות הביטול.

\*בדיני ביטול בשל הפרה זה לא כך- אתה תוכל להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה. גם אם ההפרה היא יסודית- אם לא ביטלתי תוך זמן סביר מרגע שנודע לי על ההפרה. ואז גם אחרי שעבר הזמן הסביר יש לתת ארכה ותוך זמן סביר מתום הארכה אני יכול לבטל וככה שוב ושוב. רואים זאת **בפס"ד מעלה אדומים** שם החברה ביטלה חוזה לאחר 5 שנים. השופט טירקל מבקר את ההלכה הזו אבל ברק אומר שזו ההלכה והיא לא משתנה. (אגב, כך הדבר גם בהפרה לא יסודית). **בהפרה יסודית יש ארכה אבל הביטול לא כפוף לשיקולי צדק**.

\*שים לב, בהפרה לא יסודית- למרות שניתנה הארכה- הביטול תלוי בשיקולי צדק של ביהמ"ש.

**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 ההפרה ועדיין לא נתן הודעת ביטול, כשמפר מנסה לתקן את ההפרה זה לא יעזור לו.

**ס' 9:** בעקבות הביטול חלה **חובת השבה.**

הפסיקה (**פס"ד כלנית**) קובעת שהשבה של כסף תעשה בערכים ריאליים (להוסיף הפרשי הצמדה וריבית).

בביטול בשל פגם חלה חובת השבה הדדית על הצדדים ואם אין אפשרות להשיב (נכס שאבד) אז משיבים ערך כספי. בביטול בשל הפרה יש חידוש מעניין- **הנפגע יכול לבחור בין השבת שווי או השבה בעינה (בפועל)**. אפשר להפוך את ההשבה לתרופה כספית. **לעובדה שלנפגע יש ברירה להחליט אם ההשבה תהיה בכסף או בעינה הופכת את הביטול לאופציה כספית פנטסטית.**