**1.ב' צדדים לחוזה**

**אישיות משפטית (ס' 1 אפוטרופוס):**

 1. בני אדם: מתוקף חוק הכשרות והאפוטרופסות.

2. תאגידים: פס"ד אברמוב: ביהמ"ש מכיר בתאגיד רק אם החוק אומר זאת במפורש או במשתמע באופן הכרחי (לשון ניטראלית לא מספיקה).

**כשרות משפטית (ס' 2 אפוטרופוס)** - יש שני סוגים של כשרות משפטית:

1. לחובות וזכויות משפטיות- יש לכל אדם חי
2. לפעולות משפטיות- יש לכל אדם חי **למעט קטינים ופסולי דין** . (סייגים: ס' 4-7 לחוק האפוטרופוס)

פסול דין הוא רק מי שביהמ"ש הכיר בו ככזה. פס"ד הדר חברה לביטוח לא הכירו, ולכן השתמשו ב"לא נעשה דבר".

* הצעת חוק דיני ממונות: אדם שיתכן והוא פסול דין אבל לא הוכרז כפסול דין והצד השני מזהה (או יכול לזהות) שהוא פסול דין - תחול ההגנה של דיני הכשרות.

**קטין שביצע פעולה משפטית ללא הסכמת נציג:**

* ברירת מחדל (ס' 5 לאפוטרופוס): רמת סיכון בינונית לאינטרסי הקטין – Voidable – תקף אך ניתן לביטול
* סיכון נמוך (ס' 6): לא ניתן לביטול גם אם אין הסכמת הנציג. בשני מקרים:

א. פעולות שקטינים כמוהו רגילים לעשות.

ב. אם המתקשר בחוזה לא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא מתקשר עם קטין.

סייג: אלא אם נגרם נזק ממשי לקטין.

* סיכון גבוה (ס' 6א): Void בטל. ענייני נכס ורכישות אשראי – גובר על הסעיפים הקודמים.

**פעולת נציג שדורשת אישור ביהמ"ש** (לא מספיק אישור נציג) **– ס' 7**

**1.ג' גבולות דיני החוזים: כוונה ליצור יחסים משפטיים, הסכמים שבכבוד, חוזים בלתי שפיטים.**

כוונה להיקשר ביחסים משפטיים מחייבים: תנאי מקדים לכריתת חוזה. (מסחרי: מניחים שיש כוונה; משפחתי: מניחים שאין)

**חוזים בלתי שפיטים:** לבדוק שהחוזה המדובר לא נופל בקטגוריות האלו.

* חוזה משחק, הגרלה או הימור (למעט המוסדרים בחוק) – **ס' 32** (האם האירוע תלוי יותר במזל מאשר ביכולת?)
* חוזה מתן פרס או ציון – **ס' 33**
	+ מתן פרס: ביהמ"ש לא דן אם יש הכרעה המבוססת על מומחיות (פס"ד מדינת ישראל נ' יום-טוב קרסניאנסקי).
	+ מתן ציון: ביהמ"ש לא דן במקרה של שיקולים אקדמאיים (פס"ד אלבלדה)
* חוזה שמוסכם בו על בוררות
* הסכם שבכבוד. פס"ד לוין נ' לוין: הסכם שבכבוד שביהמ"ש בחר לראות כחוזה מחייב בשביל טובת הילדים.

**2. כריתת חוזה:**

כוונה להיקשר ביחסים משפטיים מחייבים: תנאי מקדים לכריתת חוזה. (מסחרי: מניחים שיש כוונה; משפחתי: מניחים שאין)

רוב חוקי החוזים הם דיספוזיטיביים. (חופש החוזים)

**ג. הצעה וקיבול:**

**3 יסודות הצעה**

**הצעה- 3 תנאים מצטברים:** אם חסר אחד מהיסודות זו לא הצעה, אלא לכל היותר הזמנה להציע הצעות.

1. פניה של המציע לניצע
2. העדה על גמירת דעת [אובייקטיבי במשקפיים סובייקטיביות, פס"ד בראשי (בעקבות דעת מיעוט פס"ד פרץ בוני הנגב)]
3. מסוימות

חזרה מהצעה (ס' 3 לחוק החוזים הכללי):

1. בהצעה רגילה ניתן להתחרט בתנאי שהודעת החזרה נמסרה לניצע (הגיעה למקום שבשליטת הניצע) לפני שנתן הודעת קיבול
2. בהצעה בלתי חוזרת (**ס' 3(ב)**) ניתן להתחרט עד הרגע בו ההצעה נמסרה לניצע (הגיעה למקום שבשליטת הניצע)

פס"ד נוה עם נ' יעקבסון: הסירוב להצעה בלתי חוזרת צריך להיות מפורש ולא משתמע לשני פנים. אם המציע חזר בו מהצעה בלתי חוזרת, אין השפעה משפטית לחזרתו, והניצע יכול להתעלם ממנה.

1. הצעה שנקוב תאריך לפקיעתה (לכן לפי ס' **3(ב)** היא בלתי חוזרת) ולא כתוב שהמציע יכול לחזור בו: לפי שלו היא בהכרח בלתי-חוזרת. לפי דויטש: יכול לחזור בו, אם ברור מתוכן ההצעה שכוונת התאריך היא להגביל את הניצע ולא את המציע.

פקיעת ההצעה (ס' 4):

נק' האל-חזור **בהצעה בלתי חוזרת**.

1. כשעבר המועד לקיבולה

1. כאשר המציע חזר בו בזמן
2. כשהניצע דוחה אותה

נק' האל-חזור ב**הצעה רגילה**.

נק' שלאחריה, ההצעה לא תפקע, גם במות אחד הצדדים.

1. כשהמציע/הניצע מת/נהיה פסול דין לפני מתן הודעת הקיבול.
* הצעת חוק דיני ממונות: אם מת/נעשה-פסול-דין לפני נק' האל-חזור; בחוזרת: לפני מתן הודעת הקיבול. בבלתי חוזרת: לפני מסירת ההצעה לניצע.

**קיבול (ס' 5-11): 3 יסודות להגדרת קיבול:**

1. הודעת הניצע על הקיבול

**3 יסודות הקיבול**

1. גמירת דעת להתקשר בחוזה
2. קיבול חופף באופן מדויק את ההצעה (אם לא חופף: זו הצעה חדשה)

\*זמן השלמת הקיבול, כלומר כריתת החוזה: כאשר הקיבול נמסר למציע ולא כאשר הוא משוגר.

דרכי קיבול:

1. קיבול בהודעה (**60(א)**) דרך מקובלת בנסיבות העניין (כתב, הודעה, בע"פ)
2. קיבול בהתנהגות (**ס' 6(א)**) רק אם משתמע מההצעה שניתן לקבלה כך

**ס' 6(ב)** – קיבול בשתיקה לא תקף. אם המציע קבע ששתיקה=קיבול, זה מחייב רק את המציע ולא את הניצע.

**ס' 7 –** בהצעה שאין בא אלא כדי לזכות את הניצע, שתיקה=קיבול, אלא אם הניצע סירב בפרק זמן סביר. לכן הצעה כזו היא בלתי חוזרת, כי ברגע שהגיעה לניצע הוא לכאורה קיבלהּ בשתיקתו ונכרת חוזה. (דיספוזיטיבי, מותר לדרוש קיבול ע"י תגובה.)

חזרה מן הקיבול (**ס' 10**) התנאי הוא שהודעת ביטול הקיבול תגיע לפני הודעת הקיבול או בו זמנית איתה. פס"ד תשובה נ' בר נתן

**ס' 8(ב)** קיבול שמגיע באיחור בגלל סיבה שלא קשורה לניצע ולא היתה ידועה לו, נכרת חוזה אלא אם המציע הודיע על דחיית קיבול ברגע שקיבל אותו.

**2. א. העדה על גמירת דעת:**

סימנים לגמירת דעת:

1. התנהגויות בעת כריתת החוזה (לאו דווקא חתימה, גם לחיצת יד בקהילות מסוימות)
2. תוכן ההצעה (ככל שרמת המסוימות גבוהה יותר כך היא מעידה יותר על גמירת דעת)
3. התנהגויות לאחר כריתת החוזה (תשלומים נלווים למשל)

העדה על גמירת דעת: אובייקטיבי במשקפיים סובייקטיביות. פס"ד פרץ בוני הנגב, שמגר בדעת מיעוט. להלכה: פס"ד בראשי

במצבים קיצוניים כאשר הסממנים האובייקטיבים מעידים על גמירת דעת אך האדם למעשה תחת היפנוזה/מחלת נפש, ביהמ"ש יפעיל שיקול דעתו ויפנה לדוקטרינת "לא נעשה דבר". פס"ד הדר חברה לביטוח

**2.ב' הדרישה להצעה מסוימת – מסוימוּת**

* הדרישה לגמירת דעת והדרישה למסוימות שלובות זו בזו – ככל שהראשונה גבוהה יותר מתרככת הדרישה השנייה ולהפך.

פס"ד זנדבנק נ' דנצינגר: שמגר אומר שהדרישה היא לסף מינימום של פרטים מהותיים בעסקה. המבחן הוא עמום, גמיש.

* מגמת ריכוך בדרישה למסוימות. פס"ד רבינאי נ' מן-שקד: עיקר תשומת הלב מוקדש לשאלה האם הייתה העדה על גמירות דעת. ככל שההעדה על ג"ד גדולה יותר, דרישה למסוימות יורדת. במקרה דנן, הייתה העדה רבה על גמירת דעת והיא כביכול "השלימה" את החוסר במסוימות. פס"ד דור אנרגיה אותו דבר.
* כאשר חסרים פרטים ניתן להשלימם בתנאים הבאים:
1. חוזה תקף. העדה על גמירת דעת ומסוימות. ז"א החוזה כן מסוים דיו והחוסר הוא בפרטים שהם לא לב החוזה.

פס"ד עדני נ' דוד: החסרת פרט שמהותי לצדדים מעיד על חוסר במסוימות ומכאן שאין גמירת דעת והחוזה לא תקף.

1. קיים חוסר אמיתי. ניתן להשלים רק מה שהצדדים החסירו בטעות, ולא מה שהם הסכימו שלא להסכים.
* מנגנוני השלמה:

המנגנון שמשקף באופן מרבי את רצון הצדדים הוא שיבחר.

1. מנגנון השלמה הסכמי: סעיף בחוזה שקובע מה יהיה מנגנון ההשלמה (נניח מפרט טכני לפי משרד השיכון).
2. מנגנון ביצוע אופטימלי: פס"ד עדני נ' דוד. הצד המעוניין בקיום החוזה מאפשר לצד השני להחליט איך להשלים את החסר.
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. אם יש הוראות חוק גם בכללי וגם בספציפי נלך על הספציפי. כמו כן: ס' 39 תום לב: בג"צ שירותי תחבורה באר שבע נ' ביה"ד לעבודה, ברק מאפשר הוספת חיוב חוזי מכוח ס' 39

**2.ד' צורת החוזה:**

ס' 23: ברירת המחדל: **אין דרישה צורנית מסוימת לחוזה** (חופש החוזים). דרך המלך היא בע"פ או בכתב.

חריגים: אם סוכם אחרת בין הצדדים או נדרש עפ"י חוק. לדוג':מקרקעין בכתב, חוזי ביטוח בנוסח מסוים ויחסי ממון בין בני זוג עם אישור רשם נישואין.

* הפסיקה מבחינה בין דרישת כתב מהותית לדרישת כתב ראייתית. ההבדלים:
1. תוקף החוזה:

דרישת כתב **מהותית**: לא קיימת => אין חוזה. גם אם מסכימים על קיומו וחולקים רק על פרשנות, בכל זאת לא תקף.

דרישת כתב **ראייתית**: החוזה תקף והקושי רק בהוכחת קיומו. אם הוכח בעדות והצד השני לא התנגד, החוזה שפיט.

היקף המסמך:

דרישת כתב **מהותית**: יש צורך שכל הפרטים יופיעו בכתב.

אם סוכם על פרט בע"פ ולא בכתב: החוזה לא תקף, אלא אם הסכמות הצדדים תואמות למה שהיה נכנס לחוזה אם היו מפעילים מנגנון השלמה נורמטיבי.

דרישת כתב **ראייתית**: מספיק שהמסמך הכתוב מוכיח את קיום החוזה.

1. עיתוי יצירת המסמך:

דרישת כתב **מהותית**: המסמך צריך להיכתב בעת הכריתה.

דרישת כתב **ראייתית**: המסמך יכול להיכתב לפני/לאחר הכריתה (לדוג' מכתב: "שמחתי שנפגשנו וכרתנו חוזה").

* איך מבחינים בין דרישת כתב מהותית לראייתית? פרשנות. יש לבחון למה התכוון המחוקק.
* **ס' 80 לחוק הפרוצדורה העותומאנית:** דורש הוכחה בכתב בתחום בו התפתח נוהג לכרות חוזה בכתב. זו דרישה **ראייתית**.
* **ס' 8 לחוק המקרקעין:** דרישת כתב **מהותית**. ההלכות שנקבעו בו רלוונטיות לכל החוקים הדורשים כתב מהותי.
* ס' 6 למקרקעין מגדיר מהי ההתחייבויות לעסקה במקרקעין: הקניה רצונית של אחת מחמשת הזכויות- בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה וזכות קדימה. אזי ההתחייבות להקנות את אחת מהזכויות היא התחייבות לעסקה במקרקעין ודורשת דרישת כתב מהותית לפי ס' 8.
* החריגים לדרישת הכתב המהותית בעסקת מקרקעין: (ולכן בהם חל ס' 23 לחוק החוזים הכללי)
1. ס' 79 קובע חריג לזכות השכירות- חוזה שכירות של 5 שנים ומטה לא טעון מסמך בכתב.
2. חוק המקרקעין חל החל מ-1970. כל חוזה מקרקעין לפניו חל עליו חוק הפרוצדורה העותומאנית ס' 80 אשר טוען לדרישת כתב ראייתית (ולא מהותית!).
3. אם א' ו-ב' כורתים חוזה מקרקעין ו-ב' מעביר ל-ג' את הזכות לבעלות, או לחלופין א' מעביר אותה ישירות ל-ג' אז אין דרישת כתב מהותית. בהעברת זכות דרישת הכתב היא ראייתית (מבוסס על נוהג מכוח ס' 80).
* קלמר נ' גיא: במקרים בהם חוסר תו"ל קיצוני גרם לאי-קיום דרישת הכתב המהותית, רואים בדרישת הכתב כאילו קוימה.
* הצעת חוק דיני ממונות מדעת המיעוט (זמיר): אם דרישת צורה לא קוימה והחוזה קוים בחלקו המהותי, יראו את דרישת הצורה כאילו קוימה.
* לילי שם טוב נ' פרץ: קבלה מחודשת של הלכת קלמר.

השופט עמית, לילי שם טוב נ' פרץ: ישנם שלושה סוגי מחלוקות על דרישת כתב מהותית, מהם עולה **זעקת ההגינות**:

1. ישנו מסמך כתוב אך ישנה מחלוקת האם הוא מסוים דיו. מגמת ריכוך ראשונה: יש צורך רק במינימום ההכרחי. מגמת ריכוך שנייה: אם אין מינימום הכרחי אך ניתן להשלימו מנסיבות חיצוניות, זה אפשרי.
2. לא נכרת חוזה בכתב. אם החוזה קוים בחלקו המהותי, "מעשה עשוי", יראו את דרישת הכתב כאילו קוימה.
3. נכרת חוזה בכתב אך המסמך כבר לא קיים: נפגע רק האלמנט הראייתי, וניתן להביא ראיות אחרות.
* פס"דים לאורך ההיסטוריה של ס' 8:

גרוסמן נ' בידרמן: דרישת הכתב בס' 8 היא מהותית.

התעוררה השאלה מה היקף דרישת הכתב?

בהתחלה הייתה הקשחה- פס"ד קפולסקי: כל הפרטים שסוכמו (מהותיים ושוליים) צריכים להימצא בחוזה.

הדרישה החמורה לצורה הביאה רבים שרצו להתחמק מחוזה לטעון שלא התקיימה דרישת הכתב.

שנות ה 80- ריכוך בדרישת הכתב:

* פס"ד רבינאי נ' מן שקד: עוסק בזיכרון דברים שנעשה ואף שולמה מקדמה ואז אחד הצדדים רצה לחזור בו מהחוזה וטען שלא קוימה דרישת הכתב המהותית בגלל שלא כל הפרטים כתובים בזיכרון הדברים . ביהמ"ש קבע שהייתה גמירת דעת ומסוימות על פרטי הליבה. את הפרטים השוליים ניתן להשלים במנגנוני השלמה, והשלמה זו כאילו משלימה את דרישת הכתב- זיכרון הדברים נאכף.
* פס"ד בוטקובסקי נ' גת: אין צורך בחתימה בשביל שתתקיים דרישת הכתב המהותית.

חתימה היא אינדיקציה לגמירת דעת, ולכך יכולים להיות תחליפים.

* פס"ד אהרונוב נ' אהרונוב, פס"ד תוקן נ' אל-נששיבי: ריכוך דרישת כתב במסגרת המשפחה. (פס"ד לילי שם טוב: טוען שאין ריכוך כזה במסגרת משפחה אולם בפועל- יש!)
* פס"ד קלמר נ' גיא: אם חוסר תום לב קיצוני גרם לאי-קיום דרישת הכתב המהותית, רואים בדרישת הכתב כאילו קוימה. (ברק)
* קבלה להלכה של גישת השופטת בן פורת בפס"ד שיכון עובדים נ' זפניק: חוזה נכרת בהצעה+הפרת חובת תו"ל.
* פס"ד שם טוב נ' פרץ: יישום הלכת קלמר נ' גיא.

**מסר אלקטרוני:** אין פס"ד שעונה על שאלה זו, כרגע בתהליך בביהמ"ש המחוזי. לפי ד"ר גלברד: יש מסרים אלקטרוניים המקבילים לדיבור (והם לא מתאימים לדרישת הכתב) ויש המקבילים לכתב (והם מתאימים לדרישת הכתב). יש הצעת חוק שטרם התקבלה לאשר חוזים באמצעים אלקטרוניים פרט לחוזים שדרישת הכתב בהם היא מהותית.

**זיכרון דברים:** מעמדו של המסמך תלוי סיטואציה. **אם המסמך משקף גמירת דעת והוא ועונה על דרישת המסוימות** (ודרישות צורה אם יש) **הוא חוזה מחייב**.

פס"ד רבינאי נ' מן שקד ברק מציין את "נוסחת הקשר" ס' שקיים לרוב בזיכרון דברים ומפנה לביצוע חוזה "מקצועי" במועד אחר. ברק מציין כי ס' זה מביע עמדה ברורה לגבי גמירת דעתם ולכן זהו חוזה מחייב. אם חסרים בו פרטים – מנגנוני השלמה.

\*הסכמה מאוחרת בחוזה "בולעת" את זיכרון הדברים וגוברת עליו.

פס"ד דור אנרגיה ביהמ"ש החליט כי הסימנים על גמירת הדעת גברו על כותרת המסמך "טיוטא", ולכן זה היה חוזה מחויב.

**3. תום לב במו"מ לקראת כריתתו של חוזה:**

ס' 12(א) קובע את הנורמה, ס' 12(ב) קובע את הסנקציה.

* + בהצעת חוק דיני ממונות השמיטו את "בדרך מקובלת".

מתי חלה חובת תו"ל? לכל אורך המו"מ. ניתן לתבוע בגין חוסר תו"ל גם אם נכרת חוזה וגם אם לא.

אובייקטיביות – חובה אובייקטיבית לפי הרף הסטנדרטי של ביהמ"ש.

קוגנטיות – הפסיקה קובעת כי סעיף זה הוא קוגנטי ולא ניתן לבטלו או להתנות עליו.

על מי חל? גם על הצדדים וגם על האנשים המשתתפים במו"מ כמו פס"ד פנידר נ' קסטרו: נקבע כי חובת תו"ל חלה גם על השלוח (ולא רק על השולח) ואם יש התנגשות עם חובת הנאמנות של השליח לשולחו (ס' 9 לחוק השליחות), חובת תום הלב חשובה יותר.

היחס בין ס' 12 לפרק ב' פגמים בכריתה:

1. **לא תמיד יש כפילות**. אם המו"מ לא הוביל לכריתת חוזה: רק חובת תום הלב רלוונטית. אם המו"מ הוביל לכריתת חוזה: ייתכן שהפרו את חובת תום הלב אבל זה לא הוביל לפגם בכריתה.
2. **תרופות שונות**. פרק ב' (פגמים) מוביל רק לביטול והשבה. סעיף 12 מוביל לפיצויים ואולי לעוד תרופות:
פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק: השופטת בן-פורת (אוביטר): רשימת הפיצויים בסעיף 12(ב) לא סגורה, וניתן לתבוע בגין חוסר תו"ל תרופות שונות, לכאורה כולל ביטול. בפועל זה לא נעשה בעליון, אך יש פס"ד כזה במחוזי ירושלים (אוגלי).
3. **במקרה שלא מצליחים לבסס עילת פגם בכריתה ניתן לקבל פיצויים מכוח ס' 12**. פס"ד גנז נ' כץ: בשל העובדה שלא ניתן היה לבסס עושק שופט המיעוט קבע כי נכון לפסוק פיצויים לפי ס' 12(ב). שופטי הרוב דחו את הצעתו ואת הערעור של גנז בטענה שלא ניתן להיתלות כ"קולר" על חוסר תו"ל כדי לבטל חוזה שלא ניתן לבטלו מכוח דין. (לדעת גלברד טיעון זה לא חזק במיוחד משום שבדינים אחרים עוולה אחת לא משתלטת על כל התחום שלה ולא מכניסה עוולות אחרות. אז למה בחוזים כן?). כמו כן פסלו את השימוש בטענת חוסר תו"ל כי המערער לא העלה זאת בעצמו בשום שלב.

**מצבים קונקרטיים של הפרת חובת תו"ל :**

1. **חובת הגילוי**: ס' 12 קובע חובת גילוי כללית במו"מ, אולם היקפה יקבע ע"פ המצב. פירוט בחלק של הטעיה להלן.

2. **פרישה ממו"מ מסיבות לא ענייניות:**

ברוב המקרים פרישה מו"מ היא לא הפרה של חובת תום הלב כי כל הרעיון של מו"מ הוא שכל צד יכול להתחרט. אבל במקרים חריגים פרישה ממו"מ מסיבות לא ענייניות עשויה לגרור לסנקציות. לדוג': כאשר מו"מ נמצא לקראת סופו והושקעו בו משאבים משמעותיים. כשצד עושה תחשיב של הסיכון מותר לו להניח שהצד שמולו פועל באופן רציונאלי ולא יפרוש ללא סיבה עניינית. אילו לא היה כך אולי לא היה משקיע את המשאבים.

3. **ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות:**

דוג': א' מנהל מו"מ עם ב' רק בשביל להלחיץ את ג'. קשה להוכיח מו"מ ללא כוונת התקשרות.

4. **ניהול מו"מ עם עוד צדדים תוך יצירת מצג שווא של מו"מ בלעדי**

5. **הפרת חובת שוויון במכרז פרטי:**

מכרז: הזמנה להציע הצעות; מו"מ סימולטני רב משתתפים.

במכרז של רשות ציבורית יש חובת שוויון על פי חוק. במכרז פרטי: בעל המכרז יכול להתנות מראש שהמכרז לא יתנהל בשוויון (פס"ד בית יולס). אם לא התנה: מוכרח לנהוג בשוויון. סיבות:

1. דוקטרינת "חוזה נספח": רואים בפתיחת המכרז כהצעה של מפרסם המכרז לכריתת חוזה הנוגע לאופן ניהול

המכרז, ובהגשת ההצעות של המשתתפים במכרז רואים קיבול של הצעה זו. אחת מתניות החוזה היא שהמכרז יתנהל בשוויון.

=> זכאי לתרופות בשל הפרת חוזה (החוזה הנספח) – אך גישה זו לא נפסקה להלכה.

1. פס"ד קל בניין: אי שוויון במכרז פרטי הוא פגיעה בחובת תום הלב, כי המילה "מכרז" יוצרת מצג שווא של שוויון.

=> **זכאי לפיצויים מכוח ס' 12 לחוק החוזים הכללי.**

אלון: אבל חובת תום הלב קוגנטית. אם אוסרים על חוסר שוויון מכוחה, איך ניתן להתנות שאכן יהיה חוסר שוויון?

שמגר: הפרת חובת תום הלב היא ביצירת מצג שווא של שוויון. אם מודיעים מראש שלא יהיה שוויון – אין מצב שווא.

**הסבר של יגאל:** בדיון הראשון של בית יולס קבע הרוב (ברק ושמגר) כי על בעל המכרז לפעול בשוויון כלפי המשתתפים במכרז. בדיון נוסף התהפכה ההלכה, והרוב קבע (לוין) שאין חובת שוויון. בפס"ד קל בניין (96) התהפכה ההלכה שוב, ונקבע סופית שיש חובת שוויון. לפני פס"ד קל בניין (96) ביסס השופט ברק את עמדתו בפס"ד קסטנבאום, שם קבע כי יש להחיל עקרונות מהמשפט הציבורי למשפט הפרטי (במקרה זה עשה זאת ע"י הרחבת מושג "תקנת הציבור" המופיע בסעיף 30 לחוה"ח, וראו בהמשך). במקרה שלנו הדיון הוא על מושג תום הלב, אך העיקרון דומה).

לסיכום: **ס' 12 לחוק החוזים לא מחיל חובת שוויון במכרז פרטי, אלא אוסר על יצירת מצג שווא של שוויון.**

* **אם מופרת החובה של סעיף 12(א) התרופה היא פיצויים**. ראשית, יש כאן הפניה לחוק התרופות סעיפים 10: נזק עם הוכחת צפיות וסיבתיות, 13: נזק לא ממוני: עוגמת נפש, 14: הקטנת נזק.
* **תרופות בשל הפרת חובת תו"ל במו"מ** (כאשר ההפרה היא הגורם לכך ש**לא** נכרת חוזה):
1. בעבר אפשר היה לקבל רק פיצויי הסתמכות.
2. פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק: *השופטת בן פורת:* **קובעת שהתרופות לפי ס' 12(ב) אינם בגדר רשימה סגורה**.

ברק קבע כי ס' 39 מאפשר תרופות לשיקול ביהמ"ש, ובן פורת אומרת שזה כך גם ב-12(ב). היא מייבאת תרופה חדשה:

**אשם בהתקשרות:** אם המו"מ לא הושלם כי אחד הצדדים מנע בחוסר תו"ל את כריתתו – רואים את החוזה כאילו נכרת.

סעד זה מעביר אותנו ממצב של מו"מ למצב של הפרת חוזה ואז ניתן לקבל תרופות בשל הפרת חוזה. דבריה נאמרו באוביטר כי זפניק הפסיד בתיק, ולכן לא הפכו בתיק זה להלכה מחייבת עד לקלמר נגד גיא:

1. פס"ד קלמר נ' גיא: אם המו"מ לא הושלם כי אחד הצדדים מנע בחוסר תו"ל את כריתת החוזה – רואים את החוזה כאילו נכרת. – רק במקרים שעולה מהם **זעקת ההגינות**.
2. פס"ד קל בנין 2000**:** (ברק) ניתן לקבל פיצויי קיום אם ודאי שהיה נכרת חוזה ללא הפרת חובת תום הלב.

יש להוכיח קש"ס (שאם היו מתנהגים בתום לב היה נכרת חוזה) וצפיות (שלו היה נכרת חוזה – הצד הנפגע היה מרוויח ממנו)

1. פס"ד עלריג נכסים נ' ברנדר: השופט במחוזי הולך לפי הלכת קלמר, "אשם בהתקשרות". אכיפה בלתי אפשרית כי הקרקע כבר נמכרה, אז ניתנת חלופה כספית. ביהמ"ש העליון קובע כי הלכת קלמר לא מתאימה פה כי הם אנשי עסקים המודעים לדרישת הכתב, ולכן לא ניתן לאכוף את החוזה ולהכיר ב"אשם בהתקשרות". עם זאת, היתה הפרה בוטה של חובת תום הלב, ולכן נפסקו פיצויי קיום לפי הלכת קל בניין.
2. לסיכום:

אם פיצוץ המו"מ היה בשלב מוקדם: **פיצויי הסתמכות** 12(ב).

אם הפיצוץ היה בשלב בו ברור שאילולא אותו חוסר תו"ל היה נכרת חוזה יש 2 אופציות:

1. **תרופות בשל הפרת חוזה** (לדוג' אכיפה) מכוח "אשם בהתקשרות"
2. **פיצויי קיום** מכוח סעיף 12(ב)

הנפגע לא יכול להחליט איזו אפשרות הוא מעדיף. ביהמ"ש נוטה לפצות בגין 12(ב) (פיצויי קיום) ולא "אשם בהתקשרות" כי חוק קודם לפסיקה. אם האינטרס הוא מסחרי בלבד – יינתנו פיצויים כספיים ב"דרך המלך" 12(ב) (קל בניין ועלריג), אך אם יש אינטרס רגשי לקיום העסקה יכירו באשם בהתקשרות ותינתן אכיפה (קלמר).

* **תרופות בשל הפרת חובת תו"ל במו"מ** (כאשר ההפרה היא הגורם לכך ש**כן** נכרת חוזה):

ניתן לתבוע פיצויי הסתמכות (ס' 12(ב)) ואם ניתן להוכיח פגם בכריתה ניתן לתבוע גם ביטול והשבה.

פס"ד אוגלי נ' אביב שני בע"מ (מחוזי): ביטול והשבה מכוח ס' 12(ב), בהסתמך על דעת בן פורת שרשימת התרופות מכוח ס' 12(ב) אינה סגורה. בפס"ד גנז נ' כץ לא יכלו להוכיח עושק וביהמ"ש לא אישר ביטול מכוח ס' 12(ב) כי זה מרוקן מתוכן את עילות הפגם בכריתה. המחוזי בפס"ד אוגלי טוען שאם ניתן להוסיף "אשם בהתקשרות" לרשימת התרופות בגין חוסר תו"ל, ניתן להוסיף גם ביטול והשבה.

פס"ד פרג' נ' מיטל: היתה הטעיה של מוכר הדירה כלפי הקונים. ערך הדירה ירד משמעותית. ביטול והשבה היו כדאיים כי המוכר נאלץ להחזיר את הכסף שקיבל, שהיה 2.5 מיליון, והם החזירו את הדירה שהייתה שווה 1.25 מיליון בעת הביטול.

**נפגע הטעיה שלא רוצה לבטל את החוזה בשל ההטעיה:**

* הפרת חוזה; שמירה על החוזה + פיצויים: אפשר לדרוש את ההפרש בין החוזה שהיה נכרת בלי חוסר תום הלב לחוזה שאכן נכרת. ניתן להציג את ההצהרה הטרום-חוזית הכוזבת (הטעיה) כהצהרה תוך-חוזית כוזבת (הפרת חוזה).
הנפגע סמך על ההצהרה, ולכן ניתן לראות בה כחלק מהחוזה.
פס"ד קדמת דקל (לא בסילבוס): עמר מכר לחברת קדמת דקל קרקע שלא היתה בבעלותו. קמו עילת הטעיה ועילת הפרה (כי לא יכול לתת את הקרקע). תבעו על הטעיה, אך היו צפויים רווחים מהרכישה ולכן היה עדיף לתבוע על הפרה (פיצויי קיום).

פס"ד אלרומלי: ראו בפרוספקט המטעה שהוצג לרוכשים כאילו היה חלק מהחוזה.

* פיצויי קיום מכוח ס' 12(ב): לכאורה לא ניתן לפסוק פיצויי קיום מכוח ס' 12(ב), אבל הפסיקה מוכיחה שאפשר. סעיף 12 מדגיש שניתן לתבוע פיצויים גם אם נכרת חוזה, ובמשתמע גם אם הנפגע רוצה בהמשך קיום החוזה.

**4. פגמים בכריתה:**

עוסקים במצבים בהם קיים פער דרמטי בין הביטוי החיצוני לבין הכוונה הפנימית.

**תרופות:** ביטול והשבה (ס' 21). אם הופרה חובת תו"ל (ס' 12) – גם פיצויי הסתמכות. אך לא פיצויי קיום או פיצוים מוסכמים.

**פגמים מוחלשים:** פס"ד גנז נ' כץ (באמירת אגב): אם לא מתקיימים יסודות של פגם בכריתה המאפשר ביטול, לא ניתן לבטל את החוזה מכוח עיקרון תום הלב. פס"ד יוסי מאיה נ' פנפורד: גולדברג (בדעת מיעוט) טוען שכן ניתן לבטל בשל חוסר תו"ל.

**ב. הטעיה (ס' 15)**

**יסודות ההטעיה:**

1. חוזה תקף (להוכיח לפי פרק א')
2. טעות אופרטיבית: מחשבה או אמונה שלא תואמת את המציאות.

**בהטעיה הטעות לא צריכה להיות יסודית.**

טעות יכולה להיות בדין (פער בין אמונה *משפטית* למציאות, פס"ד כנפי נ' ביה"ד הארצי לעבודה) או בעובדה (הערכה שגויה של מציאות הדברים, פס"ד שלזינגר נ' הפניקס. השופט לוי בדעת מיעוט: הטעות במקרה דנן מקורה באמונה או במחשבה שלא תואמת את המציאות. שלזינגר חשב שהוא בריא ובמציאות היה לו סרטן).

**טעות בכדאיות העסקה:**

*טדסקי* – טעות הנוגעת למצב עתידי

*אשר* – טעות הנוגעת לשווי הממכר. פס"ד ספקטור נ' צרפתי.

*פרידמן* – **מבחן הסיכון**: טעות הנוגעת לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה (סיכון שנלקח בחשבון).

פס"ד ארואסטי נ' קאשי: מעגן את גישת פרידמן. המחוזי פסק שמדובר על טעות בחוק (לאחר שהוסכם על פשרה שינו את הפרשנות לחוק הרלוונטי, והפשרה הפכה לא כדאית למשיבים). העליון דחה את הטענה לטעות כי כל צד להסכם פשרה נוטל סיכון שהחוק ישתנה בהמשך. לא הייתה טעות בחוק כי בזמן ההסכם לא היה פער בין אמונתם המשפטית למציאות.

1. הטעיה: הצהרה טרום חוזית כוזבת (ג. שלו)

ניתן להטעות במעשה ובמחדל:

* במעשה: הטעיה אקטיבית (מצג שווא)
* במחדל: הימנעות מגילוי. יש להוכיח חובת גילוי מתוקף דין, נוהג או נסיבות.

**מקורות חובת הגילוי:**

דין: דין פנימי (תום לב, ס' 12) או דין חיצוני (חוקים המטילים חובת גילוי, לדוג' סעיפים בחוק המכר)

נסיבות: תלוית הנסיבות העובדתיות המיוחדות של העסקה הקונקרטית

נוהג: בתחומים מסוימים בהם מקובל לגלות עובדות מסוימות (יש להוכיח)

**גבולות חובת הגילוי**: ע"מ לקבוע את רמת הגילוי ביהמ"ש משתמש בקריטריונים הבאים:

1. סוג החוזה: צרכני חובת גילוי רחבה, עסקים חובת גילוי נמוכה יותר, אדם לאדם חובת גילוי בינונית.
2. יחסי קרבה בין הצדדים: יש מקרים שהצדדים פחות בודקים (כמו במשפחה) ואז חובת הגילוי עולה.
3. אופי המידע: הגישה הכלכלית של **קרונמן:** מידע שהושג באקראי יש לגלות, מידע שהושג במאמץ – לא.
מונע-הנזק הזול. טעות היא עלות לחברה המצרפית והיא תוטל על מי שיכול למנוע אותה באופן הזול ביותר.

פס"ד קינסטלינגר נ' רחמים אליה: המידע לא היה נגיש לקינסטלינגר כי הייתה זקנה מחו"ל, אז איליה היה צריך לגלות.

פס"ד ספקטור נ' צרפתי, הובאו 2 גישות לחובת הגילוי:

1. המרחיבה: *השופט אשר* טוען לחובת גילוי רחבה.
2. המצמצמת: *השופט לנדוי,* "יזהר הקונה". צמצום חובת הגילוי בחוזה מסחרי כדי להימנע מפגיעה ביציבות חיי המסחר.

הגישה מופיעה גם בפס"ד שפיגלמן נ' צ'פניק: חוזה מכירת מניות במוסך בלי לדעת על הסכם הפקעת שטחים עם נתיבי אילון.

1. קש"ס כפול: בין הטעות להתקשרות ובין ההטעיה לטעות.

**היסוד הנפשי הנדרש בהטעיה:** *שמגר*: פס"ד שפיגלמן נ' צ'פניק – נדרשת כוונת זדון. *שלו*: הטעיה ברשלנות/תו"ל היא הטעיה.

**א. טעות (ס' 14)**

* **יסודות הטעות:**
1. חוזה תקף (לפי המבחנים של פרק א')
2. טעות יסודית (ושאינה בכדאיות העסקה)

טעות שניתן להניח שאילולא ארעה לא היה הטוען אותה מתקשר בחוזה. טעות שניצבת במרכז ההתקשרות.

1. קשר סיבתי סובייקטיבי: המתקשר הספציפי שלנו התקשר בחוזה עקב הטעות.
2. הידיעה/ העדר הידיעה: ההבדל בין טעות לא ידועה (14(ב)) לבין טעות ידועה לצד השני (14(א)) הוא ידיעת הצד השני על כך. בנוגע ל- "על כך" נחלקו העמדות מה זה אומר "על כך"?

*פרופ' צלטנר*: הצד השני יודע על הטעות. הגישה הקונוונציונאלית, צד אחד צריך לדעת שהצד השני טועה.

*שלו*: הצד השני יודע על הטעות וגם על היסודיות, כלומר שהצד השני התקשר בחוזה בגללה.

*בן פורת*: הצד השני יודע על היסודיות. אין צורך לדעת על הטעות, אלא רק על רשימת הדברים המהותיים לצד השני. המבחן: לו היה הצד השני יודע על הטעות, האם היה יודע שהיא מהותית? עמדה בעייתית לא כ"כ בשימוש.

**אם לא ניתן לבסס עילת טעות ידועה, אפשר להציג את גישת בן פורת ולטעון שהצד השני ידע שנושא זה מהותי גם אם לא ידע על קיומה של הטעות, וכך להישאר בגדר ס' 14(א)!!**

* **"טעות משותפת**" 14(ב) שני הצדדים טעו טעות מהותית ואף אחד לא יודע על קיום הטעות בצד השני.
* **תיקון טעות** 14(ג) תיקון החוזה באופן שיאזן את רצונות הצדדים ויעשה עמם צדק.
1. **בין טעות להטעיה:** מבחינת סעדים 14(א) ו-15 דומים, שניהם סעד עצמי. מבחינת הוכחה צריך יסודיות בטעות של ס' 14 ולכן לעתים קל יותר להוכיח הטעיה (אך יש להוכיח קש"ס כפול).
2. מבחינת הבדל 14(א) ו-14(ב): ביטול בשל טעות לא ידועה הנו לשיקול ביהמ"ש ולא עצמי. שיקולי ביהמ"ש מתבססים על צדק (בודקים איזה צד יפגע יותר, את התנהגות הצדדים, ואת האשם היחסי של כל אחד מהצדדים).

\* ביטול אוטונומי לעיתים יכול להיות סכנה כי צד חושב שעומדת בפניו זכות ביטול, אם לא, הוא חשופים לתביעת הפרה חוזה.

**ג. כפיה ועושק:**

**כפיה לעומת עושק:** בעילת הכפייה חוסר השוויון ופערי הכוחות נוצרים ע"י ההתנהגות הכופה של צד בחוזה. ואילו, בעילת העושק מה שיוצר את חוסר השוויון זה לא ההתנהגות של העושק אלא שחוסר השוויון כבר קיים- שני הצדדים באופן טבעי לא שווים ואז מתחיל המו"מ ביניהם (יש מראש צד חלש וחזק). בכפיה חוסר שוויון נוצר מהתנהגות כופה ולא ממצב התחלתי.

**כפייה (ס' 17):**

**יסודות הכפייה:**

1. חוזה תקף
2. כפיה (בכוח או באיום)
	* *שלו*: רק התנהגות בלתי חוקית תיחשב לכפיה. עמדה זו לא התקבלה בפסיקה.
	* **איום בהפרת חוזה*:*** עפ"י *פרידמן וכהן,*זוהי כפיה לכל דבר.
	* יתכן שרק**מצבור ההתנהגויות**יוצר יחד עילה של כפיה ולא כל פעולה בפני עצמה (פס"ד שפיר נ' אפל)
	* ס' 17(ב) החריג לכפייה: **אזהרה בתום לב להפעלתה של זכות היא לא בגדר איום** לעניין סעיף זה.
	על המזהיר להאמין בתום לב שיש לו זכויות עפ"י הנסיבות, אין צורך להוכיח את קיומן בפועל.
	אזהרה על הפעלת ערבות בנקאית בתום לב לא מהווה כפיה (פס"ד איליט נ' אלקו).
	• **איום בנקיטת הליך פלילי יש בו משום כפיה** והוא לא נכנס בגדרי הסייג (*שלו*, פס"ד שפיר נ' אפל).
3. קשר סיבתי בין הכפייה להתקשרות, אבל הכפייה לא צריכה להיות הסיבה המכרעת להתקשרות. (פס"ד שפיר נ' אפל)
* **בכפייה כן יש גמירת דעת**. לנכפה יש פחות אלטרנטיבות אולם מתוכן הוא גומר בדעתו לפעול על פי אחת מהן.
* צריך להסתכל על כל הקונטקסט, לזהות מסרים בקייס שמהווים התנהגות כופה. שפיר נ' אפל (החלבן) - ביקור בלילה ולא ביום, מלווה בעו"ד ולא לבד.

**כפיה כלכלית:**

מצב שבו אדם כורת חוזה כדי להשתחרר מלחץ עסקי מסחרי כלכלי שמופעל עליו.

פס"ד רחמים נ' אקספומדיה: כאשר צד משתמש ב**איום מפתיע1** ש**הנזק הצפון במימושו חמור ביותר** **ובלתי הפיך2** וכאשר **העיתוי3** הוא דווקא כאשר הצד השני חשוף ופגיע ביותר עד שהוא נאלץ להיכנע לו: אין בכך משום לחץ לגיטימי.

חשין עושה הבחנה בין שימוש ביתרונות שוק **לפני** שכורתים חוזה (לגיטימי למסחר) לבין שימוש ביתרונות שוק **לאחר** שנכרת חוזה ואז זה עולה לכדי סחטנות (באמצע היריד איים לסגור אותו אם לא יחתמו על חוזה נוסף, סחטנות).

פס"ד מאיה נ' פנפורד חשין קובע**מבחן דו ראשי לכפייה כלכלית**:

1. איכות הכפייה: האם התנהגות הכופה עולה כדי סטנדרט מסחרי מקובל או כדי סחיטה?
2. עוצמת הכפייה: האם עומדת בפני בנפגע אלטרנטיבה טובה במידה סבירה?

*שמגר*: ככל שמעמדו הפיננסי של הקרבן איתן יותר, הכפייה הכלכלית חלשה יותר. *חשין*: ניתן לכפות גם על אדם עשיר.

**עושק (ס' 18):**

**יסודות עילת העושק:** (תנאים מצטברים, כלומר כולם נדרשים)

1. חוזה תקף
2. קשר סיבתי בין העושק להתקשרות, אבל העושק לא צריך להיות הסיבה המכרעת להתקשרות. (פס"ד שפיר נ' אפל)
3. מצבו של העשוק: מצוקה או חולשה שכלית/גופנית או חוסר ניסיון אינהרנטי – חמורים וקיצוניים עד כדי הסטת שיקול הדעת של העשוק סטייה של ממש מנתיבו הנכון.

פס"ד סאסי נ' קיקאון: נקבע כי יש להוכיח שמצבו מתמשך וחמור ולא ארעי/חולף. לנדוי בדעת מיעוט: עשוק יכול להיות גם אם נקלע למצב ארעי וחולף ולא תמידי/מתמשך. פס"ד שפיר נ' אפל: נפסק לפי דעת המיעוט של לנדוי לעיל.

*חולשה שכלית או גופנית:* חולשה שכלית הינה מצב של רפיון שכל ולא חוסר הבנה לגבי החוזה. חולשה גופנית הינה רחבה יותר מנכות מוגדרת.

*חוסר ניסיון:* יכול להיות בהתקשרויות חוזיות בכלל, בהתקשרויות חוזיות מהסוג הנדון או רק לגבי החוזה המסוים שנכרת. יש להוכיח כי חוסר הניסיון נובע ממגבלות חברתיות וחינוכיות ולא חוסר שיקול דעת או פזיזות.

1. ידיעת העושק על מצוקת הנעשק וניצול מצוקה זו וכן אם היה עליו לדעת – סאסי. (לעתים במצב בו העשוק גרם למצוקת הנעשק קמה גם עילת כפייה. שפיר)
2. תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל: היחס בין התמורה לתשלום לא סביר. יש לבחון את כל תנאי החוזה שכן יכולים להיות תנאים מאזנים, סאסי. ככל שהתנאים יותר גרועים כך המשקל שינתן למידת המצוקה יהיה קטן יותר ולהפך. מהמקובל: מצב שוק, עסקאות דומות, אינפלציה... באין ברירה משתמשים בשיקול הדעת של השופט (פס"ד איליט נ' אלקו).

**5. תוכן החוזה**

העיקרון המרכזי בדיני החוזים: **חופש החוזים**. פרשנות1 והשלמת תוכן2 משרתים עקרון זה ואילו התערבות3 בתוכן מנוגדת לעקרון.

**א. פרשנות החוזה:**

הפרשנות הנוהגת בתחום המשפטי היא **פרשנות תכליתית:** את הטקסט המשפטי יש לפרש לפי תכליתו, מטרתו.

ברק מבחין בין שני סוגי תכליות:

1. **פרשנות לפי תכלית סובייקטיבית:** ניסיון להבין מה עמד לנגד עיניו של מחבר הטקסט.

2. **פרשנות לפי תכלית אובייקטיבית:** ביסוד שיטת המשפט יש כמה עקרונות/תכליות. אם מתעוררת מחלוקת פרשנית הולכים לפי תכליות אלו. (תום לב, שוויון, סבירות, היגיון…)

שני סוגי הפרשנויות יכולים להביא לאותה תשובה או לתשובות שונות/הפוכות.

הבחירה בסוג הפרשנות משתנה לפי סוג הטקסט. צוואה: סוב'. חוקה: אוב'. חוק ארוך טווח: אוב'. חוק מיידי שנכרת במהירות ובדחיפות: סוב'. חוזה: מניחים שהיה אומד דעת משותף ומנסים לגלות מה הוא (סוב' משותף). אם אי אפשר – אוב'. בחוזים ארוכי טווח עוקבים אחר אומד הדעת המשתנה של הצדדים (**אומד דעת דינמי**).

1**. פרשנות סובייקטיבית – שלב ראשון בפרשנות:**

**ס' 25(א):ראשית מפרשים חוזה עפ"י פרשנות הסובייקטיבית.** (בחוזים אחידים בד"כ מדלגים על הפרשנות הסובייקטיבית.)

מטרת העל של הפרשן הוא לגלות את הרצון המשותף של הצדדים בכריתת החוזה.

חומר הגלם ממנו שואבים את רצון הצדדים:

1. החוזה: מהטקסט אפשר להפיק את המשמעות הלשונית הרגילה, וגם תובנות ממבנה החוזה. (למשל סעיף שמופיע בפרק "חיובי המוכר" כנראה נועד לחייב את המוכר ולא את הקונה.)
2. הנסיבות: מה שחיצוני לחוזה: מו"מ, עובדות שהיו ידועות לצדדים, התנהגות הצדדים לפי תומם לאחר הכריתה ולפני שפרצה המחלוקת.

פס"ד אמנון לוי נ' נורקייט: לוי טען שהיה תשלום אחד שפוצל לתשלומים, נורקייט טענו שהיה תשלום על כל חודש שבו משתמשים בידע הנרכש. אבל בעבר היה פרק זמן שלא השתמשו בידע ובכל זאת המשיכו לשלם ללוי, והתנהגות זו עזרה לפרש שאומד הדעת היה כטענתו.

בעבר הייתה נהוגה **הגישה הדו-שלבית:** יש לעשות כל מאמץ לגלות את אומד דעתם של הצדדים מהחוזה עצמו (משמעותו הלשונית ומבנהו). אם הפרשן סבור כי הצליח לאמוד את רצונם של הצדדים מהחוזה, אסור לו לפנות לנסיבות. ראיות שמעידות על הנסיבות לא היו קבילות בביהמ"ש בשלב זה. רק אם לא הצליח יוכל לפנות לנסיבות.

\*\* זו מחלוקת בעניין דיני ראיות ולא פרשנות.

\*\* גם בזמן גישת שני השלבים השופטים היו מוצאים דרכים עקיפות לגשת לנסיבות, גם אם לשון החוזה הייתה ברורה.

פס"ד אפרופים: שינה את ההלכה ובעקבותיו השתנה גם החוק והתקבלה **"הגישה החד שלבית":**

בחוזה הבנייה בין חברת אפרופים למדינה הייתה חסרה הסנקציה בעבור איחור בבנייה. אפרופים טענו שאין סנקציה כזו ואילו המדינה טענה שהסעיף שמדבר על איחור במימוש זכות המכירה מדבר גם על איחור בבנייה. המחלוקת בפרשנות סעיף זה.

*השופט מצא:* הולך לכאורה בגישת שני השלבים ואומר שלשון החוזה ברורה ולכן אין צורך לפנות לנסיבות. (בהמשך מגיב לברק ואומר כי בנסיבות חריגות אפשר לפנות לנסיבות. התשובה לכך היא שכדי לדעת שהנסיבות חריגות יש לפנות לנסיבות!)

*השופט ברק:* טוען שיש קושי אינהרנטי בגישת שני השלבים. **הקביעה שלשון החוזה ברורה צריכה להיות התוצאה של ההליך הפרשני ולא קודמת לו**. נימוקיו הם:

1. תורת שני השלבים לא לוקחת ברצינות את אומד דעת הצדדים. מטרת העל היא לגלות את אומד דעת הצדדים. אז למה לא להשתמש בכל מקור שעוזר לגלות אומד דעת זה?
2. כשיש מושבעים לא ניתן לקבל ראיות בעייתיות ולתת להן משקל חלש, כי המושבעים אינם משפטנים וקשה להם להתעלם מראיה שהונחה בפניהם. בשיטת המשפט בישראל (אין מושבעים) אין צורך לפסול קבילות ראיות.
3. פרשנות דו-שלבית היא מיושנת. אפילו אנגליה, שהמציאה אותה, נטשה אותה.
4. השיטה הדו-שלבית לא שומרת על קוהרנטיות מול דוקטרינות אחרות של דיני החוזים. דוגמאות:
	* טעות סופר: החוזה ברור וכביכול אין צורך לפנות לנסיבות, אולם אם לא נפנה לנסיבות לא נדע שאכן טעו.
	* חוזה למראית עין: יודעים שהוא לא משקף את אומד דעת הצדדים רק מתוך הנסיבות.
5. תורת שני השלבים לא מתיישבת עם עקרון תום הלב. אם הצדדים סיכמו על מכונה וכינו אותה סוס, לא הגיוני לפרש לפי לשון החוזה שמדובר בסוס.
6. הגישה החד שלבית יכולה להסתדר גם עם נוסחו הישן של ס' 25(א) משום שהדירוג בכללי הפרשנות (חוזה, נסיבות) הוא לא לפי סדר פעולות אלא לפי משקל.

ברק נותן מספר דגשים:

* ללשון החוזה עדיפות גבוהה בהרבה מאשר לנסיבות.
* ניתן להעדיף את הפרשנות העולה מהנסיבות רק אם יש לה אחיזה כלשהי בטקסט.
* רק בשני מקרים מותר להעדיף את הפרשנות מהנסיבות גם אם אין לה אחיזה בטקסט:
	+ אם ביהמ"ש השתכנע שלצדדים יש שפה פרטית.
	+ טעות סופר.
	+ אבסורד מוחלט. פס"ד אפרופים: ברק בוחר בפרשנות עפ"י הנסיבות שאין לה אחיזה בטקסט בטענה שמדובר באבסורד מוחלט שדווקא הסנקציה הכי חשובה לא מופיעה בחוזה.

פס"ד אפרופים: קבלת הגישה החד שלבית בפרשנות החוזה.

פס"ד מגדלי ירקות: הלכת אפרופים בעינה עומדת.

פס"ד בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן: ריבלין אומר שאם דנצינגר לא מתכוון לחזור להלכת שני השלבים אז הסיבה שהוא יוצא נגד הלכת אפרופים היא כנראה רק המיתולוגיה והאגדות שנקשרו לגבי הלכת אפרופים ולא ההלכה בפועל (הוא עוקץ אותו ואומר כי מומלץ שיקרא את אפרופים ולא יקשיב לשמועות) כלומר, היו כאלה שאמרו שבגלל היישום הלא מוצלח של אפרופים הבינו אנשים כי כאילו מותר לביהמ"ש, גם כשהלשון ברורה, לשנות את לשון החוזה.

שינוי החקיקה- בעקבות פס"ד אפרופים התקבל חוק שמהווה פשרה בין הלכת אפרופים לבין מתנגדיה, והתקבל הנוסח המוזר הקיים היום בס' 25(א), שבעצם סותר את עצמו. פועלים לפי הלכת אפרופים גם לאחר תיקון החוק.

**2. פרשנות אובייקטיבית – שלב שני בפרשנות:**

**רק אם לא הצלחנו לגלות את אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים**.

התכליות האובייקטיביות מצויות בחוק ובפסיקה ולשני המקורות משקל שווה.

תכליות אובייקטיביות בחוק: סעיף 25(ב)-25(ד)

תכליות אובייקטיביות מהפסיקה:

1. תום הלב: עדיפה פרשנות המתיישבת עם חובת תום הלב. **התכלית הכי החשובה מהתכליות האובייקטיביות, אין שווה לה!**
2. פרשנות כנגד המנסח: הפרשנות שעובדת לרעת מי שניסח את החוזה – עדיפה!

פרשנות זו משרתת את תכליות הצדק:

* מי שניסח את החוזה גם ככה הטה אותו עד כמה שאפשר לטובתו אז אם יש מחלוקת לגבי חלק ממנו לפחות בחלק זה נטה את הכף לטובת הצד השני.
* מחלוקת פרשנית היא תאונה, שהגורם לה והיכול למנוע אותה הוא המנסח. הוא צריך לשאת באחריות.
* הפרשנות לרעת המנסח תתמרץ מנסחים להימנע מניסוחים עמומים => חסכון משאבים, כי יהיו פחות מחלוקות.
* הגנה על צדדים חלשים.
1. עדיפות נתונה לפירוש המוביל לתוצאה הגיונית
2. כלל הפרשנות הקוהרנטית – ביטוי שפירושו שנוי במחלוקת יפורש לפי המשמעות שלו באזכורים שונים שלו באותו חוזה.
3. בחוזים מסחריים יש להעדיף את הפרשנות שנותנת תוצאה כלכלית מסחרית הגיונית (פס"ד אפרופים)

**ב. השלמת החוזה: ס' 39 עקרון תום הלב**

[**מנגנוני השלמה:** המנגנון שמשקף באופן מרבי את רצון הצדדים הוא שיבחר. פירוט מנגנוני השלמה: לעיל 2ב – מסוימות.]

**פרשנות קודמת להשלמה.**

פס"ד אפרופים: ברק מעלה את עקרון תום הלב כתחליף לתנאי משתמע שמקורו במשפט האנגלי "**תנאי מכללא**".

בג"צ שירותי תחבורה באר שבע נ' ביה"ד לעבודה: (ברק) ניתן להשלים חוזה מכוח סעיף 39 (חובת תום הלב). לא נקבע להלכה, אבל בפועל כל שופטי העליון מסכימים עם זה חוץ מאלון עד שפרש.

ברק: צדדים לחוזה הם שותפים ולא יריבים. על כל צד לעשות גם מעבר למחויבות החוזית ע"מ להשיג את המטרות המשותפות.

**עקרון תום הלב בס' 39 הוא אובייקטיבי**, אך יש התחשבות בסיטואציה הקונקרטית (הסובייקטיבית).

היקף התכולה של ס' 39: כל הזכויות והחובות המשפטיות בכלל, ובפרט כל חיוב וזכות שנובעים מהחוזה, משניים לו.

**חובת תו"ל יכולה ליצור חיוב חוזי חדש**: היא יוצרת חובה חדשה והופכת אותה לחלק אינטגראלי מהחוזה. (בבג"צ באר שבע מחובת תו"ל הם היו צריכים להודיע מראש על שביתה וכשלא הודיעו הם כאילו הפרו את החיוב החוזי.)

תנאים מצטברים כדי לאפשר השלמת חוזה:

1. יש חסר בחוזה.
2. לא מדובר על נושא שהצדדים בחרו לא לכלול בחוזה, אלא על נושא שלא חשבו עליו.
3. ההשלמה הכרחית: נחוצה כדי להשיג את המטרה שעמדה לעיני הצדדים בעת הכריתה.
4. ההשלמה לא משנה באופן דרמטי את הקצאת הסיכונים בין הצדדים.
פס"ד שועית: הקונים לקחו על עצם סיכון של אינפלציה קטנה אולם לא לקחו סיכון לאינפלציה גדולה. (הרחבה להלן, שערוך)

**תוצאות הפרת חובת תו"ל**:

1. **תרופות בשל הפרת חוזה:** הפרת חובת תו"ל היא כמו הפרת חוזה ואפשר לקבל תרופות מכוח חוק התרופות.
2. **צמצום זכות תרופתית** כאשר מימוש תרופות נעשה שלא בתום לב: מימוש הזכות התרופתית צריך להיעשות בתום לב, ואם לא כך (למשל אם לא הוקטן נזק) – התרופות עשויות להצטמצם.
פס"ד אנגלי וויט נ' מגרגו: אדם כרת חוזה לפרסום מוסך במודעות ואז הודיע שלא מעוניין (זו הפרת חוזה). החברה עמדה על זכותה לאכיפה, הדפיסה את המודעות ותבעה תשלום מלא. זה חוסר תו"ל, כי יכלו לתבוע רק פיצויי קיום על הרווח שהיו אמורים להרוויח, וכך לחסוך לנפגע את התשלום על הדפסת המודעות שהלכו לפח.
3. **מתן כוח לנפגע לפעול פעולות שהיו נחשבות הפרת חוזה** לו לא היה הצד השני נוהג בחוסר תו"ל.
 פס"ד שוחט נ' לוביאניקר: קונים של דירה נסעו לחו"ל לפני מועד התשלום הרביעי על הדירה. המוכר היה אמור להעביר בעלות לקונים לפני התשלום הרביעי, אך חשש שלא יקבל את התשלום. פנה לעוה"ד של הקונים והנ"ל לא הרגיע את חששות המוכר. המוכר דחה את העברת הבעלות ופנה שוב לעוה"ד במועד התשלום הרביעי. עוה"ד הודיע שהתשלום הרביעי מוכן אצלו להעברה למוכר, אך התשלום יהיה מופחת כי המוכר הפר חוזה בדחיית העברת הבעלות. השופטת בן פורת קבעה שהקונים נהגו בחוסר תום לב כשנעלמו בלי אזהרה, והפרת חובת תום הלב הקנתה למוכר זכות לדחות העברת הבעלות.
4. **שלילת כוח הנתון לצד לחוזה עפ"י הוראות החוזה**
5. **פעולה חוזית שבוצעה תוך הפרת חובת תו"ל רואים אותה כאילו לא בוצעה**.
בג"צ שירותי תחבורה באר שבע נ' ביה"ד לעבודה: הייתה חובה לתת הודעה על שביתה (ברק יצר מכוח סעיף 39). ניתנה הודעה, אולם היא ניתנה לא בתום לב (מאוחר מדי) => רואים את ההודעה כאילו לא ניתנה => הופר החוזה.

**ג. שערוך סכומים בתקופת החוזה המקוים**

החלוקה לתקופות:

1. **"תקופת החוזה המקוים":** בד"כ כשכורתים חוזה בתקופה בה אין אינפלציה לא מכניסים מנגנון שערוך לחוזה. במצב זה מכוח עקרון תו"ל ס' 39 משלימים את החסר הזה ומוסיפים מנגנון שערוך ע"מ שרצון הצדדים יתבצע כהלכה, ולא בצורה מעוותת כתוצאה מהאינפלציה שהתרחשה.

פס"ד שועית נ' אשד: הסכם אופציה לרכישת מקרקעין שנעשה בשנת 79 כשלא הייתה אינפלציה. הקונים מימשו את זכות האופציה ב-84 כשהייתה אינפלציה דוהרת ויצא ששילמו רק 2% משווי הנכס. השופט אנגלרד ביצע שערוך בתקופת החוזה המקוים מכוח עקרון תום הלב ס' 39. זוהי השלמת חסר בחוזה והוספת חיוב חוזי: מנגנון שערוך. הוא ביצע שערוך חלקי של ההפרש בין האינפלציה לבין הסיכון שלקחו על עצמם של 2%.

1. **"תקופת החוזה המופר":** בתקופת אינפלציה דוהרת הכנסת נתנה מענה חקיקתי למשפט הציבורי אך לא בפרטי ולכן ביהמ"ש היה צריך למצוא פיתרון. מההפרה עד לפס"ד משערכים לפי חוק התרופות ולא מכוח השלמת חוזה על בסיס ס' 39.
2. פיצויים: מפצים על נזק השחיקה האינפלציונית לפי ס' 10 לחוק התרופות
3. ביטול והשבה: נקבע שההשבה תהיה בערכים ריאליים ולא נומינליים, כדי להתמודד עם האינפלציה.
4. אכיפה (פס"ד שועית נ' אשד: ס' 4 לחוק התרופות מאפשר להציב תנאים על האכיפה, כמו שערוך). בד"כ משערכים כדי 70-80%, המפר לא יקבל את כל מה שהפסיד מהאינפלציה בתקופת הדיונים בביהמ"ש.
5. **ממתן פס"ד ועד לרגע התשלום:** השערוך יעשה בהתאם לחוק המדד הריבית וההצמדה.

**ד. התערבות בתוכן החוזה**

היום, שלושת המכשירים העיקריים שמאפשרים לביהמ"ש להתערב בתוכן החוזים הם:

1. סעיפים 30 ,31 דוקטרינת החוזה הפסול.
2. סעיף 39 עיקרון תו"ל לחוק החוזים.
3. חוק החוזים האחידים.
4. **דוק' החוזה הפסול, סעיפים 30-31:**
5. חוזה בלתי חוקי:
6. בתוכן: אם סותר הוראת חוק קוגנטית. (מותר לסתור הוראה דיספוזיטיבית)

פס"ד שלוש נ' בנק לאומי: דוגמא לחוזה שסתר הוראת חוק רגולטורית שביהמ"ש פירש שהיא קוגנטית (השגת אישור לעסקת מול תייר) וקבע שהחוזה בלתי חוקי. (בהמשך החיה את החוזה מכוח סעיף 31.)

1. בכריתה: כאשר תהליך הכריתה נעשה בניגוד להוראת חוק (לדוג' רשות ציבורית כורתת חוזה לא דרך מכרז).
2. במטרתו: החוזה יכול להיות חוקי בתוכן שלו אולם המטרה שלו היא שהופכת אותו לבלתי חוקי (דוג': השכרת דירה לצורך קזינו).

אם אחד הצדדים לא ידע על אי החוקיות, יש 2 גישות בנוגע לתוצאות החוזה:

1. בכל זאת החוזה בטל מעיקרו
2. **פיצול הדין:** הסתכלות שונה על היודע והתם. הנפגע יודע על אי החוקיות: לא מתייחסים, החוזה בטל. הנפגע תם: מקבלים את הטענה בגין הפרת החוזה. => אמרות אגב בפסיקה הישראלית הולכות בגישה הזו.

\* ס' 30 לא חל אם בזמן הכריתה החוזה חוקי ובמועד הביצוע שונה החוק והחוזה לא חוקי. זה לא "חוזה בלתי חוקי" אלא סיכול.

1. חוזה פסול כי סותר את תקנת הציבור:

ביהמ"ש צריך לקבוע אם החוזה סותר את המוסר והסדר הציבורי ואם כן לבטלו.
בעבר תקנת הציבור היה מושג מצומצם בשל חשש השופטים מנורמות פתוחות, שמירה קנאית על עקרון חופש החוזים, אי אהדה להכרזת חוזה בטל משום שלא היה את ס' 31.
פס"ד חיימוב נ' חאמיד: שמגר פתח את המושג תקנת הציבור וכיום התקנה היא שסתום כמו עיקרון תום הלב, אך עיקרון תום הלב עוסק ביחסים בין הצדדים לעומת תקנת הציבור שכופה על הצדדים ערכים חיצוניים.

1. חוזה בלתי מוסרי: בקושי משתמשים בו, הקודי' מבקשת להסירו ובשל הרחבת המושג תקנת הציבור הוא נכנס בתוכה.

**ס' 31: התוצאות הנלוות לבטלותו של חוזה פסול:**

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

יש 3 תנאים שצריכים להתקיים-

1. החוזה ניתן להפרדה לחלקים.
פס"ד מזל אילן נ' יוסף לוי: כנגד כל התחייבות של צד, הצד האחר צריך לשלם סכום. ניתן להפריד לחלקים.
2. אי החוקיות נוגעת רק לחלק אבל לא לחוזה בשלמותו (רק חלק מהחוזה נגוע בעילת הפסלות ויתר החוזה נקי).
3. הבטלות החלקית לא פוגעת במהות החוזה (שאלה פרשנית שמשאירה מקום נרחב לשיקול דעת של ביהמ"ש).
4. ס' 21: **חובת השבה**
5. בסיפא יש שני 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 להגיע לצדק יחסי בין הצדדים).
* אכיפה: לצוות על קיומו של החוזה חרף בטלותו. התנאים:
	1. צד אחד קיים חלק משמעותי מחיוביו
	2. שיקולי הצדק דורשים תוצאה זו

פס"ד טנדלר נ' קוזניצקי: אשמת המערערת היתה גדולה, ואי החוקיות היתה שולית, אך בכל זאת הערעור התקבל (החוזה לא נאכף) מהשיקולים הבאים: המשיב בעל ידע רלוונטי והמערערת לא, ההתקשרות בחוזה נעשתה ע"י האם המנוחה של המערערת והנסיבות השתנו במותה, הצדדים לא החלו בביצוע חיוביהם, לא ניתן להפריד מהחוזה את החלק הלא חוקי אלא יש לכרות חוזה חדש למכירת מגרש.

שיקולי ביהמ"ש לאופן יישום סעיף 31 לחוק, פס"ד טנדלר נ' קוזניצקי:

* + חשיבותה של אי החוקיות בהסכם (אגבית או מהותית)
	+ האפשרות לתקן את אי החוקיות ולבצע את החוזה באופן חוקי
	+ מידת האשמה של כל צד באי החוקיות – "שלא יצא חוטא נשכר"
	פס"ד שילה נ' בארי: עסקת קומבינציה בין בעל קרקע (שילה) לבין קבלן. הקבלן רצה לבנות חלק מהדירות בחריגה מהיתר הבנייה. הקונים (בארי) שרכשו שתי דירות בבניין לא ידעו על אי החוקיות והסתמכו על החוזה הבלתי חוקי, לכן ביהמ"ש אכף את החוזה למרות אי חוקיותו.
	+ התנהגות כל צד בקשר לביצוע ההסכם, ובעיקר התנהגות הצד שמבקש להתחמק מהחוזה
	+ ההנאה שיכול להפיק צד להסכם מאי קיומו
	+ קיומו של צד שלישי תם לב שהסתמך על החוזה
	+ דרגת החומרה של אי החוקיות
	+ מידת הביצוע של ההסכם ומידת ההסתמכות של הצד השני
	+ מידת תום הלב של כל צד להסכם

סוגיות נוספות בחוזה פסול:

* **הקמתם לחיים של חוזים נלווים לחוזה הפסול:**

פס"ד שלוש נ' בנק לאומי לישראל: לאחר שקבע כי החוזה פסול, ביהמ"ש החיה אותו לפי ס' 31 שכן לא הייתה כוונה להפר את החוק (אלא הפרת החוק היתה אגבית), וכן בל"ל ביצע חיוביו. מן הראוי שהחייב העיקרי יקיים חיובו הנגדי. אך האם יש להחזיר לחיים גם את חוזה הערבות של שלוש מול החייב העיקרי? מאחר ששלוש לא היה תם לב, אלא בעל עניין בעסקיו של החייב העיקרי (ולכן חתם ערבות עבורו), חוזה הערבות חזר גם הוא לחיים.

* **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').

בחוזה למראית עין (ס' 13) למטרה בלתי חוקית חלה חובת השבה מדיני עשיית עושר ולא במשפט ס' 2 ובחוזה בלתי חוקי חלה חובת השבה מכוח ס' 31 לחוק החוזים. התוצאות זהות.

ההבדלים:

* 1. **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).
	2. **החייאת חוזה:** אפשרות שקיימת ב-31 ולא ב-13 (הצדדים לא רצו בחוזה מלכתחילה)

פס"ד ביטון נ' מזרחי: (ברק, דעת מיעוט) סוגיית החוזה למראית עין קודמת לסוגיית החוזה החוקי, כי אם החוזה הוא רק למראית עין – הוא לא קיים וכלל לא בודקים את חוקיותו. אך זה לא אומר שהחוזה שמסתתר מאחורי החוזה למראית עין בטל גם הוא. יש לבדוק אותו בנפרד.

פס"ד מזל אילן נ' יוסף לוי: (פוגלמן, דעת רוב) חוזה יכול להיות או למראית עין או לא חוקי, לא שניהם. תלוי האם כוונת הצדדים היתה להתקשר בחוזה או לא. (הנדל, דעת מיעוט) יכול להיות חוזה למראית עין שהוא גם לא חוקי, והבחירה בין סעיף 13 לסעיף 31 נתונה בידי ביהמ"ש.

**2**. **תום לב ככלי להתערבות בתוכן החוזה:**

פס"ד יתח נ' מפעל הפיס: התערבות בחוזה מתוקף סעיף 39. לא ביטלו לפי חוק החוזים האחידים כי הסעיף שמגביל את מימוש הזכייה רק למי שמציג כרטיס זוכה – מגן על אינטרס לגיטימי של הספק. אז השתמשו בחובת תום הלב: הסיבה להכללת הסעיף המגביל הנ"ל היא כדי לא לשלם למי שלא זכאי, אך אצל יטח זה לא רלוונטי כי היו לו הוכחות. מפעל הפיס לא רצה לשלם כי רצה את הכסף, וזה חוסר תום לב. ביהמ"ש ביטל את הזכות החוזית של מפעל הפיס – התערב בחוזה.

**3. חוזים אחידים:**

החוק פותח בס' מטרה: המטרה היא להגן על הלקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים האחידים.

**מאפייני חוזה אחיד:**

* החוזה כולו או חלקו ינוסח ע"י צד אחד (הספק).
* החוזה מיועד לאנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.

**ספק**: מי שהציע לצד להתקשר בחוזה אחיד. **לקוח**: מי שהציעו לו להתקשר בחוזה אחיד.

אם חלק מהתניות עונות על ההגדרה וחלק לא – החוק יחול (רק) על התניות שעונות על ההגדרה. אולם אם נעשה שינוי מהותי ברובו המוחלט של החוזה, יש בכך כדי להעיד שגם החלק שלא שונה הוסכם ע"י הלקוח.

פס"ד אגד נ' יוסף: האם תקנון חברי אגד הוא בגדר חוזה אחיד, למרות שחלק מחברי התאגיד ניסחו אותו בעצמם? ביהמ"ש קבע שכן, שכן בין האגודה השיתופית לבין חבריה יש יחס של מעסיק ומועסק, ולכן חוק החוזים האחידים חל.

סעיף 5: תנאים "שחורים", מקפחים. אם מופיעים בחוזה – בטלים.

סעיף 4: תנאים "אפורים", חשודים כמקפחים. אם מופיעים בחוזה, הנטל על הספק להוכיח שלא מקפחים.

תנאים "לבנים": תנאים שלא מופיעים בסעיפים 4-5, הנטל על הלקוח להוכיח שהם מקפחים.

**סייגים לתחולת החוק (ס' 23):** 4 תנאים שעליהם אי אפשר לטעון טענת קיפוח.

[סייג לסייג 23(1): לא דנים בתמורה הכספית, אך כן דנים במנגנון שינויה. (4(2), 4(4), 4(11)).]

**בית הדין לחוזים אחידים**

**בקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד (פרק ד' בחוק):** רשות ציבורית (בד"כ היוהמ"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**, וההכרעה תקפה רק לחוזה שבין הלקוח הזה לספק (אלא אם מערערים לעליון). רק רשות ציבורית פונה לביה"ד, וההכרעה של ביה"ד תקפה לכל החוזים בנוסח זה של אותו הספק.

* גם המדינה מחויבת לחוק החוזים האחידים. אם רוצים להגיש בקשה לביה"ד נגד חוזה שהמדינה כרתה: לכאורה היועמ"ש צריך להגיש את התביעה בשם הלקוחות, אך למניעת ניגוד אינטרסים ביה"ד ימנה עו"ד פרטי שהמדינה תשלם לו.
* לרוב ביה"ד יעדיף לשנות תנאי ולא לבטלו. להתערב כמה שפחות.
* **ס' 21**: יכול להתקיים בו זמנית סכסוך אינדיווידואלי בין ספק לבין לקוח ספציפי בביהמ"ש וגם הליך כנגד הספק על אותו החוזה 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 חוזי הספק מאותו הנוסח, ולכן ביהמ"ש לא יכול עוד לדון בו.
* **תנאי מקפח** (ס' 3) תנאי 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, בד"כ כלכליות: אם יש לספק מונופול, אם המוצר חיוני וכו'.

פס"ד קסטנבאום: הגנה על אינטרס לא לגיטימי של הספק, או תוך פגיעה מוגזמת בלקוח.

* **שינוי מחיר ע"י הספק** (ס' 4(4)): תנאי שמאפשר לספק לשנות את חיובי הלקוח על דעתו בלבד – בחזקת מקפח.

אם קבע גג עליון ליכולתו לשנות את המחיר – בוחנים את סבירותו ביחס לשוק. אם הגג סביר, ניתן להתייחס לחוזה כאילו נכרת מראש במחיר הגג בלי אפשרות שינוי, שזה בסדר. אבל אם הגג מאוד גבוה ביחס לשוק – זה כאילו אין הגבלה על העלאת המחיר, וזו חזקת קיפוח. כדי לקבוע האם מקפח, נבדקת האפשרות של הלקוח להשתחרר מהחוזה אם המחיר השתנה. (לעבור חברת סלולר קל, לעבור בית אבות לא אפשרי.)

* פס"ד ארבוס נ' רובינשטיין: (דורנר) שלילת תלות בין חיובים בחוזה אחיד היא תנאי מקפח כי שוללת את תרופת דחיית הקיום.
* פס"ד שיכון ופיתוח נ' היועמ"ש: עוסק בתנאי הקובע הצמדה למדד כך שעלייה/ירידה לא תזכה את הלקוח (ס' 11): נקבע שבמקרה הזה הוא מגן על אינטרס לגיטימי של הספק (הוא קשור באותם תנאי מדדים עם ספקים שלו) ולכן לא מקפח.

**סוגים מיוחדים של תוכן החוזה:**

**חוזה על תנאי (27,28,29)**

חוזה על תנאי מתלה: למרות שהחוזה תקף לא מבצעים אותו- הוא במצב של קיפאון. אם התנאי מתקיים החוזה מתחיל להתבצע כרגיל. אם התנאי לא מתקיים החוזה מתבטל, פוקע.

חוזה על תנאי מפסיק: נכרת חוזה שלם ותקף ומתחיל להתבצע. הצדדים מסכימים שאם יתקיים תנאי מפסיק, החוזה יחדל מלהתקיים. אם התנאי המפסיק לא יתקיים החוזה ימשיך להתקיים.

ס' 29: התקיימות/אי-התקיימות התנאי צריכה להיות תוך זמן סביר.

פס"ד נתיבי איילון נ' בשורה: אם אדם מתחייב לפעול למען קיום התנאי המתלה זה לא חוזה על תנאי אלא חוזה רגיל.
ביהמ"ש קבע עפ"י לשון החוזה והנסיבות כי נתיבי איילון לקחה על עצמה את ההתחייבות לפועל למען קבלת אישור העירייה ומשלא הצליחה, הפרה את החוזה.

**הפרה צפויה בחוזה על תנאי מתלה** (ס' 27(ג)): בשלב ההפרה הצפויה לא ידוע עדיין האם התנאי המתלה יתקיים, ולכן לא ניתן לפסוק תרופות בשל הפרת חוזה, כי אולי החוזה כלל לא ייכנס לתוקף. אך כל צד זכאי לסעדים לשם מניעת הפרת החוזה.
\*\* אם הייתה הפרה לפני קיום התנאי המתלה, ניתן לטעון לחוסר תום לב.

**חוזה על תנאי מפסיק, התחייבויות בעקבות התקיימות התנאי:** אם בחוזה על תנאי **מפסיק** יש התחייבויות שהוסכם לבצע לאחר שיתרחש התנאי המפסיק, זכאים הצדדים לסעדים למניעת הפרתן, אף לפני שהתקיים התנאי המפסיק (בתק' שהחוזה בתוקף).

**סיכול תנאי,** ס' 28: אם צד גרם/מנע תנאי מתלה/מפסיק הוא לא זכאי להסתמך על קיומו/אי-קיומו.

פס"ד מכוניות הים התיכון נ' קראוס: הצד התמים יוכל לבחור האם להכיר בחוזה כבטל בלי תרופות או לתבוע תרופות על הפרה.

**גרימה לאי-התקיימות התנאי המתלה יכולה להיות גם במחדל.** (פס"ד צאלים)

**סייגים לסיכול תנאי** ס' 28(ג):

* חוזה אופציה: חוזה שהתקיימותו נתונה לשיקול דעתו של אחד הצדדים (זכותו של הצד לגרום/למנוע קיום התנאי).
* סיכול התנאי נעשה שלא ברשלנות ושלא בזדון.

**חוזה לטובת אדם שלישי, ס' 34-38**

**הגדרה (ס' 34):** חוזה שיש בו כוונה של שני הצדדים (חייב ונושה) להקנות לצד שלישי שהוא אינו צד בחוזה (מוטב) זכות תביעה עצמאית כלפי החייב. הכוונה יכולה להשתמע במפורש או מכללא.

חובה שתהיה **כוונה** להקנות לצד שלישי **זכות תביעה**. לא מדובר על חוזה שבמקרה יש צד שלישי שמרוויח ממנו.

**דחיית זכות (ס' 35):** קיבול בשתיקה (הצעה שאין בה אלא כדי לזכות). דחייה בהודעה תוך זמן סביר.

אומד דעת הצדדים בעת כריתת החוזה קובע את גורל החוזה לאחר שהמוטב דחה את זכותו (האם החוזה תקף או פוקע).

**ביטול הזכות (ס' 36):**

ס' 36(א): הצדדים יכולים לשנות את פרטי החוזה כל עוד לא הודיעו למוטב על הזכות שניתנה לו.
סיבות: 1. אינטרס ההסתמכות של המוטב 2. הזכות היא נכס של המוטב, ואסור לשנות נכס ללא הסכמת בעליו.

**המחאת חיובים:** הנושה מוכר/מוסר ל**נמחה** את זכותו מול החייב. דומה לחוזה לטובת צד שלישי, אך הנמחה הוא לא חלק ממערכת היחסים בין הנושה לחייב בזמן הכריתה, אלא מצטרף בשלב מאוחר יותר.

פס"ד גרבוב נ' רשות הנמלים: לחייב ולנושה מותר לעשות שינויים אחרי המחאת החיובים, גם שינויים שיפגעו בנמחה, בתנאי שהשינויים נעשים בתום-לב, מסיבות מסחריות סבירות, ולא כקנוניה שנועדה לפגוע בנמחה. (לקוח מהמשפט האמריקאי.)

גלברד מציע להחיל את הדין הזה גם על דיני חוזה לטובת צד שלישי, על אף הניסוח המפורש של סעיף 36(א).

חוק המתנה קובע שלושה מצבים בהם יכול המתחייב לחזור בו מההתחייבות, כל עוד לא ניתנה עדיין המתנה:

1. המקבל עוד לא שינה את מצבו בהסתמך על הבטחת המתנה.
2. המקבל מתנהג כלפי הנותן בהתנהגות מחפירה.
3. אם השתנה לרעה מצבו של המתחייב, והוא זקוק למה שהבטיח לצרכי עצמו.
* הצעת חוק דיני ממונות: החלת החריגים לפי חוק המתנה גם על חוזה לטובת צד שלישי.

**טענות הגנה של החייב כלפי המוטב** (ס' 37):

לחייב יש כלפי המוטב אותן טענות הגנה שיש לו כלפי הנושה בגין אותו החוזה. כלומר, אם הנושה הפר את החוזה, זו תהיה טענת הגנה לחייב כלפי *המוטב*. **רק טענות שנוגעות לחוזה הזה**.

החייב יכול לטעון כלפי המוטב טענות הגנה מיחסים אחרים שבין החייב *למוטב.* לא טענות תביעה, כלומר הן לא מאפשרות לחייב לדרוש תשלום מהמוטב, אלא מאפשרות לו לדרוש קיזוז חובות, כטענת הגנה.

**חובת הנושה למוטב** (ס' 48): אם החוזה לטובת המוטב נכרת כי הנושה היה חייב למוטב (ורצה להחזיר חובו דרך החייב) אך החייב לא קיים חובו כלפי המוטב: ברירת המחדל היא שהחוב כלפי המוטב חוזר אל הנושה, אלא אם סיכמו אחרת.

**תלות בין חיובי הצדדים ודחיית קיום – ס' 43**

רלוונטי רק במצבים בהם שני הצדדים עוד לא קיימו את חיוביהם.

**כאשר צד מפר חיוב חוזי – הצד השני יכול לדחות קיום חיובו, בתנאי שהחיובים תלויים זה בזה.**

**תלות בין חיובים:**

פס"ד פטר נ' חממי: תלות בין חיובים מתקיימת רק במקרה של חיובים מרכזיים. (אלא אם הוסכם אחרת)

יש הבדל בין חיוב עיקרי למהותי. אין צורך בהפרה יסודית מספיק רק שהחיוב עיקרי לחוזה.

הייתה עסקת קומבינציה; בעל הקרקע התחייב להעביר לקבלן את הזכות על הקרקע (וכן לשלם על מוני המים), והקבלן התחייב להעביר לו בעלות על כמה דירות. הקבלן דחה מסירת הדירות לאחר שבעל הקרקע כבר העביר לו את הבעלות על הקרקע, כי בעל הקרקע סירב לשלם על מוני המים. ביהמ"ש קבע שהתשלום על המונים הוא חיוב שולי ולא מאפשר דחיית קיום חיוב מרכזי.

החיובים בו-זמניים: ברירת המחדל שהם תלויים זה בזה. (ס' 43(א)(3))

אם החיובים מדורגים בזמן: לפי ס' 43(א)(2), ברירת המחדל היא שהחיובים לא תלויים זה בזה, אלא אם סוכם אחרת.

הפסיקה קבעה אחרת: ברירת המחדל היא שהחיובים תלויים זה בזה.

פס"ד מקור פיתוח נ' קרון: (בך) בחוזה בו יש חיובים הדדיים הנחת המוצא היא שאומד הדעת הנורמטיבי הוא תלות בין החיובים.

פס"ד דלתא הנדסה נ' שיכון עובדים: חיזוק ההלכה ע"י השופטת דורנר

פס"ד ארבוס נ' רובינשטיין: (דורנר) כדי לראות בחיובים לא-תלויים צריך שתהיה הוראה מפורשת השוללת את התלות.

דורנר היא הראשונה שתופסת את דחיית קיום כתרופה ולא רק הסדר שבתוכן.

* הצעת חוק דיני ממונות: ברירת המחדל היא שיש תלות בין החיובים.
* הצעת חוק דיני ממונות: הופר חוזה הפרה יסודית, זכאי הנפגע להשעות את קיום חיוביו עד שהמפר יקיים את חיוביו. => מכירים בדחיית קיום כתרופה.
לדעת גלברד המילים "הפרה יסודית" לא קשורות, יש לומר "חיוב עיקרי". איחור קל בתשלום הוא הפרה לא יסודית, ובמצב כזה כמובן יש לאפשר לצד השני לדחות.
1. **הופר חיוב בחיובים בו-זמניים:** הצד השני יכול לדחות קיום. (ס' 43(א)(3))
לאחר שעבר המועד לחיוב ההדדי ושניהם לא קיימו חיוביהם, יש להראות מי זה שהראה נכונות לקיים ומי זה שסירב (הפר).
פס"ד ג'רבי נ' הייבלום: (שמגר) צד יוכל לתבוע את רעהו על ההפרה רק את התחייב או הראה נכונות לקיים את חיוביו שלו.
2. **הופר חיוב ראשון בזמן:** השני יכול לדחות קיום, כי החיובים תלויים כמפורט לעיל.
3. **צפוי שיופר החיוב השני בזמן:** זוהי הפרה צפויה. החוק לא מאפשר דחיית קיום, כי על הפרה צפויה יש תרופות לפי חוק התרופות, ואין בחוק זה תרופת דחיית קיום. אבל יש מענה בפסיקה:
* **תום לב:** פס"ד שוחט נ' לוביאניקר: צד יכול לדחות קיום חובו בהתבסס על ס' 39 – הפרת חובת תום הלב.

לוביאניקר היה צריך להעביר את הבעלות על הדירה לשוחט, וכעבור זמן היה על שוחט לשלם. שוחט טסה לחו"ל בלי אזהרה, ועורך דינה לא דחה את חששות לוביאניקר, אז לובי' דחה את העברת הדירה. במועד התשלום העו"ד אמר שהכסף על הדירה אצלו, אבל רצה להפחית התשלום כי לובי' הפר חוזה כשדחה את מסירת הדירה.

בן פורת: שוחט נהגה בחוסר תו"ל כשלא הפריכה את החשש מהפרה צפויה, ולכן דחיית הקיום היתה מותרת.

* **חיובים תלויים:** כמפורט לעיל, נפסק להלכה שגם אם החיובים מדורגים בזמן אומד הדעת של הצדדים הוא שהם תלויים.

פס"ד מונסנגו נ' מכביאן: דחיית הקיום צריכה להתבצע לפרק זמן סביר, ולאחר מכן יש לבחור בין ביטול לאכיפה.

* הצעת חוק דיני ממונות: היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי שמועדו עוד לא הגיע זכאי הצד השני לדרוש בטוחה לקיום.
ממלא את הלקונה שיש היום בחוק למצב השלישי, שפס"ד שוחט מילא.

**6. תרופות בשל הפרת חוזה**

ס' 2 לחוק התרופות קובע את התנאים לזכאות לתרופות:

1. **חוזה תקף** (לפי כל המבחנים הנדרשים)
2. **הפרה**: מעשה/מחדל המנוגד לחוזה – פער בין התוכן האופרטיבי של החוזה לבין הקיום בפועל.

**נפגע:** מי שהיה זכאי לקיום החיוב שהופר (לדוג': הצד השני, חליפו, מוטב=צד שלישי).

**הפרה צפויה (ס' 17): מתקיימת בשני מצבים:**

1. הפרה צפויה הצהרתית (סובייקטיבית) – צד אומר שלא יקיים את החיוב.
2. הפרה צפויה משתמעת (אובייקטיבית) – הנסיבות מלמדות שהחיוב לא יקוים.

ככל שרמת הוודאות שתתבצע הפרה גבוהה יותר, יותר קל להגיד שיש הפרה צפויה.

* הצעת חוק דיני ממונות: כתוב "קרוב לוודאי", כלומר נדרשת וודאות של 90% שתתרחש הפרה.

**ההוראה של ס' 17 מטילה חובה לתבוע ולא נותנת רק "זכות" תביעה.** הנפגע יכול להמתין זמן סביר, ואם ההפרה עומדת בעינה – לא יכול להתעלם מכך ולחכות עד שההפרה תתממש, בגלל עקרון הקטנת הנזק.

**ביטול בעקבות הפרה צפויה יסודית:** ניתן לבטל מיד.

**ביטול בעקבות הפרה צפויה לא-יסודית:** הנפגע צריך לתת ארכה למפר לתקן. אם לא תיקן תוך זמן סביר, רשאי הנפגע לבטל.

**תנאים לצירוף תרופות:**

1. הוכחת זכאות לכל אחת מהתרופות
2. אי קיום סתירה מהותית בין התרופות (למשל ניכוי נועד להעמיד את הנפגע במקום בו היה לו נכרת חוזה שונה המתאים להפרה. סותר פיצויי קיום שנועדו להעמיד את הנפגע במקום בו היה לו החוזה הנוכחי לא היה מופר.)
3. ראש נזק שונה לכל תרופה

התרופות הקיימות: אכיפה, ביטול ופיצויים (ועוד תרופות שוליות יותר). התרופות מגינות על אינטרסים:

**אינטרס הקיום (הציפייה):** העמדת הנפגע במקום שבו היה לו החוזה היה מקוים. תרופות מתאימות: אכיפה, פיצויי קיום.

לעתים אכיפה לא מספיקה, למשל אם האכיפה תגרום לקיום מאוחר יותר ממה שהיה לולא ההפרה, ובעקבות העיכוב נגרם נזק.

הסכום הנקוב בחוזה כולל את אינטרס ההסתמכות (ההוצאות שיהיו לצד שאמור לקבל את הכסף) ואת אינטרס הקיום (הרווח הכספי שהוא אמור להפיק מהעסקה).כשישנה הפרה צפויה לפני שהוציאו הוצאות, יתבע הנפגע רק את החלק של אינטרס הקיום.

**אינטרס ההסתמכות:** הסתמכות עיקרית: מה שהוצא לשם קיום החוזה. הסתמכות אגבית: מה שהוצא בהסתמך על החוזה, אבל לא לשם קיום החוזה.

בחוזה רווח: אינטרס ההסתמכות מובלע באינטרס הקיום. בחוזה הפסד: אינטרס ההסתמכות גבוה מאינטרס הקיום.

**הסתמכות מול קיום:**

פס"ד מלון צוקים: פיצויי הסתמכות מול פיצויי קיום בחוזה הפסד (הערת אגב, לא היה רלוונטי לפס"ד)

*מלץ*: פיצויי הקיום הם סכום גג. סיבות:

1. אין קשר סיבתי בין הנזק שחורג מאינטרס הקיום לבין ההפרה
2. לא היתה צפיוּת לגבי הנזק שחורג מאינטרס הקיום).

*חשין*: ניתן לתבוע את מלוא פיצויי ההסתמכות בחוזה הפסד. סיבות:

1. קוהרנטיות עם תרופת השבה, בה אין הגבלה לגובה אינטרס הקיום. הנפגע מקבל בחזרה את כל מה שנתן לצד השני.
2. הרתעה מהפרה
3. גמול (מי שמפר – מגיע לו)

פס"ד קרטין נ' עתרת: פס"ד מתחום ניירות הערך, לא החוזים. היתה עסקת הפסד, וביהמ"ש פסק פיצויי הסתמכות (הגבוהים מפיצויי הקיום), ובכל הביא לידי ביטוי את גישת חשין.

**אינטרס ההשבה**: השבת התמורות שהוחלפו בין הצדדים. בא לידי ביטוי בתרופת הביטול שבעקבותיה יש חובת השבה.

**אינטרס שיחזור השקילות החוזית**: העמדת הנפגע במקום בו היה לו היה יודע בעת הכריתה על ההפרה הספציפית שתהיה, ומשנה את החוזה בהתאם לכך. דוגמאות לתרופות המגנות על אינטרס זה:

1. פס"ד ארבוס נ' רובינשטיין: הקונים שילמו על הדירה וקיבלו אותה באיחור רב. הם תבעו וקיבלו את הפרשי ההצמדה והריבית על הכסף ששילמו, מתוך אינטרס השקילות החוזית. לו היו יודעים מראש שהדירה תימסר במועד שנמסרה – היו קובעים בחוזה תשלום מאוחר יותר, והיו יכולים להרוויח הצמדה וריבית על הכסף.
2. תרופת הניכוי מהמחיר: החוזה הופר בהפרה שנקראת "אי התאמה", מוצר פחוּת משהוסכם. הנפגע יכול לנכות מהמחיר את פחיתת השווי: לו היה יודע שיקבל את המוצר שקיבל, היה מתחייב מראש על סכום נמוך יותר.

**אינטרס השבת פירות ההפרה**: מניעת התעשרות המפר כתוצאה מההפרה.

פס"ד אדרס נ' הרלו: המוכר התחייב למכור לקונה ברזל, אבל מכר חלק מכמות הברזל לאדם אחר במחיר גבוה בהרבה. ביהמ"ש פסק שהמפר ישלם לנפגע את הסכום שהרוויח ממכירת הברזל במחיר יקר יותר, כי יש ערך מוסרי לקיום החוזה.

**אינטרס הענישה**: אומרים שאין בארץ אבל בפועל גלברד מביא דוגמאות לפיצוים בעלי אופי עונשי:

1. גישת חשין בפס"ד צוקים: על המפר לקחת בחשבון שהוא יישא גם בנזק שלא גרם.
השופט אנגלרד פס"ד קרטין נ' עתרת – יישום של גישת חשין על עסקת הפסד, כי הייתה התנהגות זדונית ולא רשלנית.
2. הקטנת שערוך באכיפה לרעת המפר: בתקופה שבין ההפרה למתן פסק הדין, אם ביהמ"ש מורה על אכיפה יש לבצע שערוך לערכים ריאלים בשל האינפלציה. אך ביהמ"ש לא משערך באופן מלא, אלא רק 70-80%, כעונש למפר.
3. פס"ד ניר בוים נ' וילאר אינטר': חוזה לבניית דירה עבור ניר, החברה איחרה במסירה. היתה אינפלציה אז ניר שילם מיוזמתו לפני המסירה. תבע פיצויים כי הדולר כבר היה גבוה מביום המסירה. ביהמ"ש קבע שאם ניר לא היה משלם אלא תובע אכיפה – ביהמ"ש היה אוכף עם שערוך (לטובת המפר, כי יש אינפלציה), אבל משערך רק 70% בגלל ההפרה. העובדה שניר שילם מיוזמתו לא צריכה לפגוע בו, ולכן נקבעו לטובתו פיצויים בסך 30% מהפער. זו ענישה למפר.

ענישה היא פריבילגיה של המדינה, לא של הפרט. לכן ביהמ"ש מפחית פיצויים מוסכמים מוגזמים, כי יש להם אלמנט עונשי.

* הצעת חוק דיני ממונות: "פיצוי לדוגמא": פיצוי שלא תלוי בנזק, וניתן כשיש הפרה זדונית, לשיקול ביהמ"ש.
* האכיפה: הוספת "צו פיצויים" לצו האכיפה, שקובע תשלום על כל יום איחור בביצוע האכיפה. לא תלוי נזק, אלא מתוך ענישה על אי קיום האכיפה.

**טענות הגנה מפני פסיקת תרופות שעומדות למפר החוזה:**

1. **חוזה של משחק/הגרלה** (ס' 32): הנפגע זכאי רק לביטול והשבה (לא אכיפה/פיצויים), אלא אם המשחק מוסדר בחוק.
2. **סיכול** (סעיף 18): הפרה שנגרמה כתוצאה ממשהו שהצדדים לא צפו ולא היו צריכים לצפות (מבחן צפיות כפול).

פס"ד כץ נ' נצחוני מזרחי: נפסק שבמדינת ישראל מלחמה היא תמיד צפויה, ולא מהווה סיכול.

פס"ד רגב נ' משרד הביטחון: משה"ב התחייב למכור לרגב מסכות, אך בעקבות פרוץ מלחמת המפרץ נזקק להן. *אנגלרד* (אמרת אגב): אם שינוי הנסיבות מאפשר את קיום החוזה – יש להתאים את החוזה לנסיבות מכוח ס' 39. אבל אם השינוי מהווה סיכול, עמידה דווקנית על זכות הקיום במצב של סיכול מהווה חוסר תום לב, וכך הנפגע מהסיכול הופך בעצמו למפר.

פס"ד בן אבו נ' מדינת ישראל: (מחוזי) בידי המדינה ערבויות בסכומים גבוהים של בן אבו, שבגלל סיכול לא יכלו לבנות את הבתים שהתחייבו מול המדינה לבנות. המדינה לא מעוניינת לבטל, כי אז תצטרך להחזיר את הערבויות. המדינה טענה שבן אבו הם מפר (עם טענת הגנה של סיכול) ולכן לא יכולים לדרוש ביטול והשבה (זו תרופה לנפגע). פסקו ביטול והשבה מ-ס' 39.

* הצעת חוק דיני ממונות: סיכול לא נחשב הפרה, אלא גורם לפקיעת החוזה. מבחן הצפיות משתנה ל:"נסיבות שלא נלקח לגביהן סיכון ולא היה אמור להילקח".

**בין סיכון לצפיות**: אם התחייבתי למכור דירה במחיר מסוים, ולאחר הכריתה מחירה עלה מאוד בגלל נחיתת חייזרים. במבחן הצפיות לכאורה זה סיכול, לחלוטין לא היה ניתן לצפות זאת. במבחן הסיכון עליית הערך היא סיכון שלקחתי.

1. **טענת ויתור**: ויתור של נפגע על תרופה ספציפית או על ההפרה כולה. יכול להיעשות במפורש או במשתמע מהתנהגותו.

פס"ד שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים: (*ברק*) בכך שלא תבע במשך 5 שנים, הנפגע ויתר בהתנהגותו על התרופה "ביטול ללא מתן ארכה", שהיה זכאי לה בשל הפרה יסודית. נותרה לו אפשרות ביטול לאחר מתן ארכה למפר לתקן את ההפרה.

פס"ד דלתא נ' שיכון עובדים: שיכון עובדים הפרה את החוזה למרות שדלתא שילמה את דמי השכירות. אמנם הייתה הפרה מצד דלתא (ששילמו רק חודש וחצי לאחר מועד התשלום) אבל שיכון עובדים בהתנהגותם ויתרו על ההפרה הזו (לדעת גלברד גם אם הם לא היו מוותרים ההפרה לא הייתה יסודית ממילא) ולכן הביטול ע"י שיכון עובדים לא היה כדין.

1. **אי הקטנת נזק** (ס' 14): הנפגע לא יקבל פיצויים בגין נזק שיכול היה להקטינו באמצעים סבירים.
2. **אשם תורם**: שני הצדדים התנהלו באופן לא תקין ותרמו להתרחשות ההפרה. חלוקת הנזק בין הצדדים, במקום להפיל את כל הנזק על צד אחד בלבד. הגיע מתחום דיני הנזיקין, שם זה קיים בחוק.

פס"ד ברקי נ' אליאן: (בימ"ש שלום) הקונה לחץ על הקבלן להתקשר בחוזה עם רווח נמוך מאוד. התגלה בור במגרש שהיה צריך לסתום – העלויות גדלו והחוזה הפך הפסדי. הקבלן הפר. הקונה תבע את ההפרש בין החוזה עם הקבלן לחוזה שכרת עם קבלן אחר. השופט השתמש ביסוד הצפיוּת: הייתה צפיות רק לגבי 50% מהנזק, ולכן הקבלן צריך לשלם רק 50%.

פס"ד Eximin נ' טקסטיל: הכנסת דוקטרינת אשם תורם לדיני החוזים.

עסקה לייצור מגפיים לארה"ב. אחד הדגמים הפר חוק אמריקאי (סימן רשום). היה על שני הצדדים לחשוש לכך ולוודא שזה לא יקרה, אך הניחו שהאחריות תיפול על הצד השני. => חוסר תום לב. נפסק שכל אחד יישא ב-50% מהאחריות לנזק.

**שיקולי אשם תורם:** היעדר שיתוף פעולה מצד הנפגע, סירוב לתקן מחלוקות, חוסר נכונות לספק מידע, הנפגע רואה שהמפר עומד להפר והוא יודע שההפרה תגרום לנזק גדול במיוחד שהמפר עוד לא ער לו והוא לא טורח להאיר את עיני המפר ועוד.

**שימוש בדוקטרינת אשם תורם בתרופות השונות:**

* תרופות כספיות: שינוי הסכום (פיצויים, שערוך, השבה כספית, אכיפה כספית)
* השבה לא כספית: ביהמ"ש יכול לפתור צד מחובת השבה. התרשלות תורמת יכולה להיות שיקול.
* אכיפה לא כספית: אכיפה כפופה לשיקולי צדק והתרשלות תורמת יכולה להוות שיקול כזה.
* ביטול: בהפרה לא יסודית זכות הביטול כפופה לשיקולי צדק והתרשלות תורמת יכולה להוות שיקול כזה.
כמו כן, הפרה יסודית מסתברת (=מבחן האדם הסביר בנעלי הנפגע) יכולה להפוך ללא-יסודית באמצעות אשם תורם.
דוגמא: הפרה שאם הנפגע היה צופה אותה הוא לא היה מתקשר בחוזה, אך אם היה רואה הפרה דומה אך קטנה יותר קטן היה מתקשר בחוזה. התרשלות תורמת מפילה על הנפגע חלק מהאחריות להפרה, והחלק שנשאר על כתפי המפר הוא בגדר מה שאם הנפגע היה צופה מראש – הוא בכל זאת היה מתקשר בחוזה.
* הצעת חוק דיני ממונות: הכניסו את דוקטרינת האשם התורם לדיני התרופות, אבל בחלק של הפיצויים. גלברד מקווה שיעבירו אותה לחלק התרופות הכללי.

**בין אשם תורם להקטנת נזק:**

1. תחולה בזמן: חובת הקטנת הנזק חלה רק מרגע שנודע לנפגע על ההפרה. אשם תורם חל גם על מה שקדם להפרה.
2. אשם תורם מאפשר חלוקת נטל על נזק שהנפגע לא הקטין. בהקטנת נזק לא ניתן כלל לקבל פיצוי על נזק שלא הוקטן. אמנם מתאפשרת גמישות כלשהי בפרשנות ל"מאמץ סביר", אך יש פחות גמישות.
3. אשם תורם חל על כל התרופות, הקטנת נזק חלה לכאורה רק על פיצויים לפי סעיף 10. בפסיקה נראה שלא רק.

פס"ד איינשטיין נגד אוסי: (*ריבלין*, אמרת אגב) אם הנפגע התמהמה בביטול החוזה מתוך כוונה לעשות ספקולציה על מחיר השוק, הסנקציה תהיה שהחישוב של הפיצויים לפי ס' 11(א) תהיה לפי התאריך בו היה הנפגע צריך לבטל את החוזה לו היה נוהג בתום לב. זה בעצם הכנסה של נטל הקטנת הנזק גם בפיצויים לפי ס' 11.

פס"ד אגד נ' אדלר: הכנסה של נטל הקטנת הנזק למקרה של אכיפה.

**התרופות:**

**אכיפה** ס' 3-5 לחוק התרופות:

צו של ביהמ"ש שמורה על קיום החיוב עצמו (לא על תחליף כספי).

התרופה שמגינה באופן המובהק ביותר על אינטרס הקיום, ולכן נתפסת כתרופה החוזית הראשונה במעלה.

צד שנפגע רשאי לבחור תרופה אחרת ולא אכיפה (אם היא לא משתלמת לו=חוזה הפסד) לדוג' פיצויים או ביטול (הסתמכות).

**צווי האכיפה:** צו לסילוק חוב כספי1 (דומה לפיצויים), צו עשה2 (ביצוע אקטיבי), צו לא תעשה3 (הימנעות מעשייה), צו לתיקון/הסרה של תוצאות ההפרה4 (מאלץ צד לעשות פעולה שלא מוזכרת בחוזה. לדוג' פס"ד פומרנץ: חלק מהשטח שהיה אמור להיות של פומרנץ הקבלן מכר לשכנים האחרים והם בנו בו קיר. ניתנה אכיפה ע"י צו לשבירת הקיר המפריד).

כל הצווים מנסים להעמיד את הצדדים במקום בו הם היו אילו קוים החוזה, בהתאם לנסיבות.

**יתרונות אכיפה על פיצויים:**

1. מקיימת באופן הנאמן ביותר את הרעיון: חוזים יש לקיים.
2. הפסיקה קובעת שהפיצויים על נזק ממוני נעשים לפי שווי אובייקטיבי, אך לעתים הנפגע מייחס שווי גדול יותר לעסקה.
3. הגברת הביטחון בקיום חוזים => ירידת מחיר של עסקאות.
אם אין ביטחון יוצרים מנגנונים חוזיים שיבטיחו את העסקה ומייקרים את החוזה, לדוג' ערבויות.

**הפרה יעילה:** הפרה שבה כל אחד מהצדדים הוא לפחות במצב בו הוא היה אמור להיות לו החוזה לא היה מופר, ולפחות אחד מהצדדים נמצא במקום טוב יותר (פס"ד אדרס נ' הרלו). הפרה יעילה עומדת בסתירה לתפיסת הצדק שלנו, כי קיום הבטחות הוא ערך שעומד בפני עצמו. (גלברד: הפרה יעילה היא בעצם לא יעילה גם באופן כלכלי, כי יוצרים מנגנונים יקרים להבטחת קיום העסקה). פיצויים לא מונעים הפרות יעילות, אכיפה כן.

**סייגים לתרופת האכיפה** (ס' 3):

מפרשים בצמצום את הסייגים, כדי לאפשר אכיפה ברוב המקרים.

1. **ס' 3(1): החוזה אינו בר ביצוע.** דוג': הנכס נשוא החוזה כבר נמכר לאחר (פס"ד ורטהיימר נ' הררי).
לעתים נבצרות קיום החוזה היא כזו שעונה על מבחני הצפיות או הסיכון של עילת הסיכול, ואז לא ניתן לקבל פיצויים.
2. **ס' 3(2): האכיפה היא כפייה לביצוע/קבלת שירות אישי.** (מכפייה כזו "נודף ריח של עבדות.")

מצמצמים את הסייג רק במקרה של אכיפת החזרה לעבודה של עובד שהמעסיק שלו לא מעוניין בו.

המבחן הקובע מתי ניתן לכפות על מעסיק להחזיר לעבודה את העובד (לכפות קבלת שירות אישי לכאורה):

פס"ד בג"צ 254/73 צורי נ' ביה"ד הארצי לעבודה: העבודה שמדובר בה קשורה לכישורים אישיים מיוחדים של העובד. המבחן שנקבע לא היה מוצלח: משמעותו שלרוב ביחסי עבודה לא יהיה ניתן לתת אכיפה, ויצטרכו להסתפק בפיצויים.

פס"ד מפעלי תחנות (של ביה"ד הארצי לעבודה. לא הוגש עליו ערעור לעליון, אבל העליון אימץ אותו): נקבע תיקון להלכה הזו – **המבחן הוא סוג הקשר בין העובד למעביד**. כאשר יש קשר אישי בין העובד למעביד יימנעו ממתן צו אכיפה. אם אין ביניהם מפגש אישי, אין סיבה להימנע מאכיפה על המעסיק שיעסיק את העובד.

* התחייבות שלא לתת שירות אישי: נכנסת לסייג (כלומר נמנעים מאכיפתה) דרך תקנת הציבור.
* שותפות: לא אוכפים שותפות לניהול חברה, כי לא ניתן להכריח אנשים לעבוד באופן צמוד זה לזה.
1. **ס' 3(3): האכיפה דורשת פיקוח בלתי סביר של ביהמ"ש או הוצל"פ** – שיקול מוסדי

נדרש חוזה מורכב באופן מיוחד ושונה, ארוך במיוחד, ומידת שיתוף הפעולה שהוא דורש בין הצדדים גבוהה ביותר.

פס"ד עוניסון נ' דויטש: ביהמ"ש מינה כונס נכסים, שתפקידו היה לנהל את היחסים בין הצדדים במסגרת חוזה הקומבינציה. במקרה הזה זה היה יותר כדאי כלכלית לשני הצדדים, כי עלויות ביטול החוזה היו גדולות יותר.

1. **ס' 3(4): האכיפה בלתי צודקת** – סייג מאוד רחב.

**הגישה המצמצמת:** יש להתחשב רק בשיקולי המפר והנפגע. – הגישה שנמצאת בד"כ בשימוש. הפרמטרים:

* התנהגות הצדדים: מי היה רע/טוב יותר;
* מאזן אינטרסים: מי יינזק יותר – הנפגע מההפרה או המפר מהאכיפה? רק אם המפר יוכיח (חשש לא מספיק) שיש פער גדול בין העוול שייגרם לו לבין זה שייגרם לצד הנפגע יעדיף ביהמ"ש את טיעוניו.

נקודות המוצא: לאכיפה מעמד בכורה; לנפגע מעמד בכורה.

פס"ד ביטון נ' פרץ: שרשרת חיובים. א' הפר חוזה מול פרץ => פרץ הפר מול ביטון => ביטון הפר מול ד'. ד' ביטל לביטון => ביטון ביטל לפרץ. פרץ טוען שהביטול לא כדין כי ההפרה לא יסודית (עיכוב של 6 ימים בתשלום).

ביהמ"ש התחשב רק בשיקולי פרץ וביטון, ולא עירב את שיקולי א' ו-ד'. (נקבע שהביטול אכן לא כדין.)

פס"ד ורטהיימר נ' הררי: המוכר מכר את הנכס ל-א' ששילם מקדמה קטנה, ומכר שוב את הנכס ל-ב' ששילם 50%. ב' גילה על קיום א' ואז שילם עוד 50% וקיבל חזקה בנכס. המוכר ברח. ביהמ"ש דן בשיקולי הצדק בין א' למוכר, ולא בשיקולים של ב', כי חוק המקרקעין (ס' 9) קובע שההתחייבות הראשונה בזמן גוברת, אלא אם ההתחייבות השנייה בזמן הייתה בתום לב (של הקונה השני בזמן) והקניין עבר לשני לפני הראשון בעוד השני תם לב (פה זה לא התקיים).

**הגישה הרחבה:** יש להתחשב גם בשיקולים ציבוריים שמחלחלים לדיני החוזים.

פס"ד פומרנץ: נשארה ב"צריך עיון" השאלה האם שיקולים של צדדים שלישיים רלוונטיים.

פס"ד לוין נ' לוין: דוגמא לשיקולי צדק רחבים של ביהמ"ש. אחת החלופות שהציע השופט זמיר היא שגם אם ההסכם הוא אכיף יש להתחשב בשיקולים שלא נוגעים לצדדים עצמם, ובמקרה הזה – שיקולים של הילדים.

* פס"ד לוין מאוחר מפס"ד ורטהיימר ולכן לכאורה לוין גובר מבחינת הלכה, אבל לדעת גלברד לא בהכרח יש תחרות בין השניים. ייתכן שבמקרה ורטהיימר היתה סיטואציה ספציפית שלא הפעילו בה שיקולי צדק כלליים.

**התניה על סייגי האכיפה:**

דיני התרופות הם דיספ' (ניתן למשל לקבוע שפיצויים מוסכמים יהיו התרופה היחידה) אך לא ניתן להתנות על סייגי האכיפה כי:

1. שיקולים מוסדיים (יש סייגים שנועדו להימנע ממתן צו אכיפה לא אכיף)
2. חלק מהסייגים משקפים שיקולים ציבוריים, שבהם עקרון חופש החוזים נסוג. יש להניח שההוראות הללו קוגנטיות.
3. הכללים של צירוף תרופות הם קוגנטיים. זהו סייג על תרופת האכיפה שכמובן לא ניתן להתנות עליו.

**תנאים לאכיפה** (ס' 4):

לעתים הסייגים של ס' 3 ימנעו את האכיפה, אך ביהמ"ש יתנה תנאים על האכיפה לפי ס' 4, והתנאים יאיינו את המניעה ויאפשרו את אכיפת החוזה. כך נוצרת גמישות באכיפה. דוגמאות:

1. **שיערוך באכיפה:** התאמת חוזה קונקרטי לנסיבות כלכליות שהשתנו. אם לא יעשו שערוך יינתן פרס גדול מדי לנפגע ואם יש שערוך מלא זה יהיה טוב מדי עבור המפר (כשיש פגם מוסרי בהתנהגותו) ולכן המשפט בישראל עושה שיערוך של 60-70% כדי לאזן בין המפר לנפגע. **ככה מבוצעת אכיפה על בכורתה אולם, ביהמ"ש מגמיש אותה ע"י השערוך.**
2. **אכיפה בקירוב:** לפעמים כאשר האכיפה אינה אפשרית ניתן לאכוף להשתמש בדוק' אכיפה בקירוב (נקבעה להלכה מכוח ס' 39, נלקחה מהמשפט האנגלי). דוג': שימוש בחומר גלם שונה משסוכם, כי נאסר בחוק שימוש בחומר שסוכם.

פס"ד אייזמן: שימוש בדוקטרינת אכיפה בקירוב. אייזמן כרת חוזה ליחידת דיור עם חברה. החברה נקלעה לקשיים ומכרה זכויות לחברה אחרת והחברה האחרת בנתה יחידות דיור משודרגות. אייזמן רצה אכיפה. השתמשו באכיפה בקירוב: מאחר שיחידת הנופש עולה באיכותה על יחידת הנופש הקודמת, בוצעה התאמה במחיר. כל תוצאה אחרת שבמסגרתה אייזמן יקבל דירה משופרת במחיר נמוך תגרום להתעשרות בלתי צודקת שלו ותפגע בעקרון תו"ל מצד אייזמן.

פס"ד עמיתי שלום ירושלים נ' דוד טייק: אי החלת אכיפה בקירוב. נעשה הסכם בין טייק לבין עמיתי שלפיו טייק ירכוש מלון שנבנה על ידם. בחוזה נקבע תנאי מתלה לפיו החוזה יכנס לתוקף רק אם טייק יקבל הלוואה ממשרד האוצר. טייק לא קיבל את ההלוואה וטען שהוא בטל ועמיתי ביקשו לאכוף את החוזה ע"י הלוואת כסף ממקורות שלהם ("אכיפה בקירוב"). נפסק נגדם כי לפי פרשנות החוזה טייק היה מעוניין בהלוואה הספציפית ההיא ואכיפה בקירוב היא כריתת חוזה חדש כנגד רצונו.

**לפני שמבצעים אכיפה בקירוב יש לפרש את החוזה ולוודא שהאכיפה תשקף את רצון הצדדים בעת כריתתו**.

* הצעת חוק דיני ממונות, שינויים הנוגעים לאכיפה:
1. תרופת האכיפה תתייחס גם לעוולה נזיקית. בד"כ יתנו פיצויים, אך אפשר יהיה לקבל אכיפה. (לדוג': א' הרס קיר של ב', יכולים לחייב את א' לבנות את הקיר.)

2. הוסיפו סייג נוסף לסייגי האכיפה: לא ניתן לאכוף אם אכיפה לא מתאימה לאופי ההפרה. בדברי ההסבר מציינים שמתכוונים בעיקר למקרה של עוולה נזיקית, אבל החשש הוא שיהיה שימוש רב בזה לחוזים.

3. "צו מרתיע": על כל יום שצו האכיפה לא מקוים ישלם המפר לנפגע סכום מסוים שביהמ"ש יקבע. נועד לתמרץ את המפר לציית לצו האכיפה.

4. אכיפה בקירוב (כיום קיים רק בפסיקה)

5. קביעה בחוק של הלכת אגד נ' אדלר: אכיפה כפופה בדרך עקיפה לסייג הקטנת הנזק, דרך סייג הצדק.

**ביטול** ס' 6-9 לחוק התרופות:

ביטול הוא סעד עצמי הנעשה ע"י הודעת הנפגע למפר (רצוי לנמק את סיבת הביטול). גם אם המקרה מגיע לבימ"ש והביטול מקבל אישורו – מועד הביטול הוא המועד בו הודיע הנפגע למפר, ולא המועד בו ביהמ"ש אישר את הביטול.

ביטול בשל הפרה מפקיע את החיובים הראשוניים של החוזה, אך מכניס לתוקף את החיובים התרופתיים בחוזה.

**הפרה יסודית מוסכמת**: הפרה שהצדדים הסכימו שתיחשב להפרה יסודית.

אין תוקף להתניה שכל הפרה של החוזה היא יסודית, אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה.

הפרה יסודית מוסכמת תהפוך לא יסודית אם התנהגות הצדדים מעידה שההפרה לא יסודית בעיניהם (לא ביטלו חוזה בגללה).

**הפרה יסודית מסתברת**: הפרה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש אותה ואת ותוצאותיה. מיהו אדם סביר?

פס"ד ביטון נ' פרץ: הפרה יסודית נמדדת לפי צפיוּת הנפגע והמפר. (האדם הסביר = שילוב של הנפגע והמפר)

לא מספיק שהנפגע ידע מה עשויות להיות תוצאות ההפרה, יש צורך שגם המפר ידע (בכוח או בפועל. "ידע או היה עליו לדעת").

באמנת המכר הבינלאומית: אם יש לנפגע "רגישויות מיוחדות" עליו לעדכן בכך את המפר.

**ביטול בשל הפרה לא יסודית** (ס' 7(ב)): לפני הביטול יש לתת למפר ארכה לקיום החוזה. זכות הביטול כפופה לשיקולי הצדק.

**ביטול בשל הפרה יסודית** (ס' 7(א)): לנפגע יש זכות ביטול ללא מתן ארכה, והזכות לא כפופה לשיקולי הצדק.

אם מתאפשר, עדיף לתת ארכה בכל מקרה, למקרה שיתברר בבית משפט שהיה מדובר בהפרה לא יסודית.

**הפרדה לחלקים** (ס' 7(ג)): אם החוזה ניתן להפרדה לחלקים – בהפרה יסודית ניתן לבחור ביטול של החלק או של כל החוזה, ובהפרה לא יסודית אי אפשר לבטל את כל החוזה, אלא רק את החלק.

**שיקולי צדק בהפרה לא יסודית:** אשמת המפר, הנזק שייגרם למפר וכדו'. בד"כ שוקלים את מאזן הצדק בין הצדדים. האם מותר להסתכל על שיקולים של מי שאינו צד לחוזה? כנראה שכן, ניתן להקיש מאכיפה. אבל עיקר השיקולים יהיו של הצדדים.

**מועד הביטול**: בהפרה יסודית: תוך זמן סביר מרגע שנודע לנפגע על ההפרה. בהפרה לא יסודית: תוך זמן סביר מתום הארכה.

פס"ד שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים: אם לא הנפגע לא ביטל תוך זמן סביר, ניתן להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה.

בכל פעם שעובר הזמן הסביר לביטול בשל הפרה יסודית – ניתן שוב לתת ארכה ושוב להחיות את זכות הביטול. גם בהפרה לא יסודית ניתן להחיות שוב ושוב את זכות הביטול (לאחר שחלף זמן סביר מתום הארכה), אלא שזכות הביטול בהפרה לא יסודית כפופה לשיקולי הצדק (בניגוד ליסודית), והחייאה חוזרת ונשנית של זכות הביטול יכולה להילקח בחשבון כחלק משיקולי הצדק.

כל עוד לא ניתנה הודעת ביטול המפר יכול לתקן את מעשיו ולשלול אפשרות ביטול (אך לא לשלול פיצויים).

במשפט האמריקאי: אם הנפגע פעל מתוך הסתמכות על זכות הביטול שיש לו – בד"כ זה יחסום אפשרות תיקון ושלילת ביטול.

**חובת ההשבה** (ס' 9):

פס"ד כלנית השרון: השבה של כסף תעשה בערכים ריאליים (כוללת הפרשי הצמדה וריבית) ולא נומינליים.

**חילוט** (סעיף 15(ג)):

הצדדים יכולים להסכים מראש שבמקרה של ביטול והשבה הצד הנפגע יצטרך לבצע רק השבה חלקית ולא מלאה. הסכום שהנפגע יכול להשאיר אצלו (לחלט) דינו כדין פיצויים מוסכמים.

**ביטול בשל הפרה לעומת ביטול בשל פגם בכריתה:**

נניח שנכרת חוזה ויש עילה של פגם בכריתה ועילה של הפרה.

* **השבה בעין מול השבה בכסף:**
ביטול בשל הפרה: נתונה לנפגע הברירה האם לקבל את ההשבה בעין או בכסף (לפי ס' 9 לחוק התרופות).
ביטול בשל פגם בכריתה: לא ניתן לבחור השבה בכסף במקום בעין (לפי ס' 21 לחוק החוזים).
* **פיצויים בנוסף לביטול:**
אם מדובר בחוזה רווח: עדיף לטעון לביטול בשל ההפרה, כי ניתן לקבל פיצויי קיום.
אם מדובר בחוזה הפסד: עדיף לטעון לביטול בשל הפגם, כי ניתן לקבל פיצויי הסתמכות. (חשין: גם בביטול בשל הפרה.)

אם יש פיצויים מוסכמים: עדיף לטעון לביטול בשל ההפרה כדי לקבל את הפיצויים.

* **החייאת זכות הביטול אם לא ביטל תוך זמן סביר:**
ביטול בשל פגם – לא ניתן להחיות את זכות הביטול. ביטול בשל הפרה – יכול להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה.
* **זכויות צדדים שלישיים שהביטול וההשבה משפיעים עליהם:**

ביטול בשל פגם: זכות הנפגע לביטול והשבה קודמת לזכות הצד השלישי, אלא אם הצד השלישי פעל בתום לב ובתמורה.

ביטול בשל הפרה:

* אם הקניית הזכות לצד השלישי הייתה לפני ההפרה, הזכות של הצד השלישי קודמת בזמן לזכות של הנפגע, ולכן הזכות של הצד השלישי קודמת.
* אם הקניית הזכות לצד השלישי הייתה אחרי שהנפגע נתן הודעת ביטול, הזכות של הנפגע לביטול והשבה קודמת.
* אם הקניית הזכות לצד השלישי הייתה בין ההפרה למתן הודעת הביטול, הדעה המקובלת היא שזכות הנפגע קודמת.

**פיצויים** ס' 10-16 לחוק התרופות:

**הפיצויים לפי סעיף 10:** יסודות:

* קשר סיבתי בין ההפרה לנזק
* צפיות של המפר בעת כריתת החוזה. בנזיקין דורשים צפיות רחוקה (לקחת בחשבון אפשרות של "גולגולת דקה") ובחוזים דורשים צפיות סבירה בלבד. אם לצד יש גולגולת דקה במיוחד, חובת תום הלב קובעת שעליו ליידע בכך את הצד השני.

העברת מידע לצד השני מתְנה על היקף הצפיות. לדוג': אם הצפיות הסבירה של צד א' היא שייגרם מהפרה נזק של 100 ₪, צד ב' יכול להגיד לו: "דע לך שאם תפר ייגרם לי נזק של 200 ₪", ובאותו רגע הצפיות היא לנזק של 200 ₪.

* כימות הנזק במידת האפשר (באמצעות שמאות, נוסחאות חישוב וכדו'). לעתים קשה להוכיח, לעתים לא ניתן לראות שווי שוק כי זו עסקה ייחודית. יש מקרים שביהמ"ש מכניס לנוסחה אומדן, לאחר שהוכחו לו עובדות היסוד.

**פיצויים לפי סעיף 11(א):**

הופר חיוב לספק נכס או לשלם עבור נכס: זכאי הנפגע לפיצוי בגובה ההפרש בין שווי הנכס ביום הכריתה לשוויו ביום הביטול, אם ההפרש הוא לרעת הנפגע. רציונל: ביום הכריתה הנכס שווה סכום. שוויו עולה ולכן המוכר מפר – הקונה זכאי לפיצוי על עליית השווי שהוא הפסיד. שוויו יורד ולכן הקונה מפר – המוכר זכאי לפיצוי על ירידת הערך שהוא צריך לספוג במקום הקונה.

**פיצויים לפי סעיף 10 מול פיצויים לפי סעיף 11(א):** (כאשר שתי האפשרויות קיימות. לא תמיד זה כך.)

יתרונות לסעיף 11(א): לא צריך להוכיח סיבתיות וקשר סיבתי, והוא לא כפוף לנטל הקטנת נזק.

חסרון לסעיף 11(א): הוא מקובע לחישוב לפי מועד ביטול החוזה. בפיצויים לפי ס' 10 הנפגע יכול לבחור את המועד הכי כדאי לו.

**פיצויים לפי סעיף 11(ב):**

הופר חיוב לשלם כסף, ונגרם נזק בגלל שינוי בערך הכסף ואי השימוש בכסף בתקופת האיחור.

המפר צריך לשלם לנפגע ריבית על אי השימוש בכסף בתקופת האיחור, וכן אם השתנה ערך הכסף באופן שגורם למוכר נזק.

**פיצויים לפי סעיף 13: נזק לא ממוני**

להוכיח: **קשר סיבתי, צפיות**. לא לכמת את הנזק (נתון לשיקול ביהמ"ש)

דוגמאות: עגמת נפש, הפסד של הנאה רוחנית (חוזה לנופש, למשל), פגיעה באוטונומיה (ברצון החופשי).

לא פוסקים נזק לא ממוני לטובת תאגיד. בד"כ לא פוסקים נזק לא-ממוני בחוזה מסחרי, ואם כן – מדובר בסכום נמוך.

בהרבה מקרים יש קשר ישר בין סכום הפיצוי על הנזק הממוני לסכום הפיצוי על הנזק הלא ממוני.

למרות שהם מכחישים זאת ( – גלברד...), שופטים נוטים לפסוק פיצויים על נזק לא ממוני משיקולים עונשיים. זה לא אמור להיות כך, כי הם נועדו לפצות על נזק אמיתי שהתרחש.

**סעיף 15: פיצויים מוסכמים**

יתרונות: חוסכים את עלויות הוכחת הנזק; אין נטל הקטנת נזק.

**קנה המידה להפחתת הפיצויים**: "ללא כל יחס סביר". אם היחס הוא מעט לא סביר – לא יופחתו. => יש גם אלמנט עונשי.

**מידת ההפחתה**: נתונה לשיקול ביהמ"ש. נקבע שמדובר על הפחתה רק עד לרמה שממנה לא היו מפחיתים יותר.

השאלה האם התרחש נזק בפועל לא רלוונטית. השאלה היחידה היא האם היה ניתן לצפות נזק במועד כריתת החוזה.

ניתן להסיק מסעיף 10 שמדובר על צפיות סבירה של ה*מפר*. ניתן להגדיל את הצפיות הזו אם הנפגע יספק למפר נתונים שילמדו על אפשרות סבירה של נזק גדול יותר.

**צפיות סבירה של הנזק**: בית הדין לחוזים אחידים: צפיות הנזק היא לפי התוחלת שלו (גובהו \* ההסתברות להתרחשותו).

ככל שההסתברות שיתרחש הנזק תהיה יותר נמוכה – יהיה יותר הכרחי להתחשב בתוחלת ולא במידה.

**טענות נגד פיצויים מוסכמים:**

1. הפחתה (כי חורגים ביחס לא סביר)
2. תניה מקפחת בחוזה אחיד

**יתרונות הפיצויים על האכיפה:**

1. התנתקות מהמפר בעקבות ההפרה ותוך השגת רווחי העסקה.
2. לאכיפה יש ארבעה סייגים משמעותיים, לפיצויים לכאורה אין סייגים. לביהמ"ש יותר קל לפסוק פיצויים מאשר אכיפה.
3. בפיצויים מקבלים כסף, איתו אפשר לעשות מה שרוצים. באכיפה מקבלים נכס ספציפי, ואולי כעת כבר לא רוצים אותו.