**דיני חוזים**

**הרצאה מספר 1 - 15.10.2013**

1. **לוגיסטיקה**

* יינתנו 2 עבודות במהלך הקורס.
* מבחן בסוף הקורס.
* יש הרבה חומרי קריאה - בעיקר פס"ד.
* חשוב לקרוא את המקור.
* ספר קובץ חקיקה- מומלץ.
* רצוי להדפיס חוק שלומדים.
* סילבוס- מומלץ להדפיס.

**2. מה נלמד?**

1. א. מבוא

* מיקום דיני החוזים בתוך ענף המשפט.
* היסטוריה של דיני החוזים.
* גבולות דיני החוזים. על אילו התחייבויות חלים דיני החוזים?
* צדדים- מי יכול להיות צד לחוזה?

1. ב. כריתת חוזה - כיצד? – כמחצית מהקורס

* העדה על גמירת דעת.
* הצעה מסויימת (מסוימות).
* הצעה וקיבול.
* צורת החוזה- האם הדרך כרוכה בעניינים צורניים?

האם יש צורה מסויימת?

* משא ומתן לכריתת חוזה.

מהם החוקים המשפטיים החלים

על משא ומתן של כריתת חוזה.

1. ג. פגמים בתהליך כריתת חוזה והתוצאות האפשריות בעקבות פגמים אלו

* טעות (סעיף 14 לחוק).
* הטעיה ( סעיף 15 לחוק).
* כפיה (סעיף 17 לחוק).
* עושק (סעיף 18 לחוק).

1. ד. תוכן החוזה - (מחצית שנייה של הקורס)

* פרשנות- שפה יכולה להיות רבת משמעות

והיא תלוית הקשר (משרת את עיקרון חופש החוזים).

* השלמה- בעיקר בחוזים מורכבים/מסובכים יכולים להיווצר מצבים בהם קיימים נושאים שהצדדים לחוזה לא נתנו את דעתם בהם או שקרו מצבים שלא חשבו עליהם מראש לאחר כריתת החוזה.
* התערבות- הסמכות המשפטית להתערב בחוזה למרות המוסכם בו. למשל כשעיקרון חופש החוזה נוגד עיקרון אחר (לדוגמא עסקת סמים).
* חוזה פסול.
* חוזים אחידים.
* עיקרון תום הלב.

1. ה. ביצוע/ אי ביצוע - הפרת חוזה

* תרופות- הסנקציות המשפטיות המוטלות על מי שהפר את הנורמות בחוזה.
* אכיפה.
* ביטול והשבה.
* פיצויים.

1. **3. מקרא סימנים במחברת**

* דגש כללי
* עוסק בהצעת חוק דיני ממונות - הקודקס
* מטלות קריאה

פסק דין

דגש משמעותי

מעבר בין נושאים / חוקים

1. **4. סטודנט/ית יקר/ה**

קודם כל ברוכים הבאים לפקולטה ובהצלחה בדרכך החדשה. מחברת זו מבוססת על חומרים ממחברות של שנים קודמות עם עדכונים שנלמדו בשיעורים אצלנו. רצ"ב המייל שלי במידה ויעלו שאלות כלשהן: [talit27@walla.co.il](mailto:talit27@walla.co.il) – בהצלחה!

תוכן עניינים

[1. מבוא 3](#_Toc394756179)

[א. דיני חיובים ודיני חוזים כללי 3](#_Toc394756180)

[ב. גבולות דיני החוזים 5](#_Toc394756181)

[ג. הצדדים לחוזה 9](#_Toc394756182)

[2. פרק א' בחוק - כריתת חוזה 12](#_Toc394756183)

[א. מהי אם כן הצעה? 13](#_Toc394756184)

[ב. הדרישה להצעה מסוימת (וכמה הערות על השלמת פרטים ועל מהותו של זכרון דברים): 15](#_Toc394756185)

[ג. הצעה וקיבול 18](#_Toc394756186)

[4. פגמים בכריתת חוזה (שינוי בסדר הסילבוס) 24](#_Toc394756187)

[א. סעיף 15 – עילת ההטעיה 25](#_Toc394756188)

[ב. סעיף 14 – טעות 27](#_Toc394756189)

[ג. כפייה (סעיף 17) 27](#_Toc394756190)

[ד. סעיף 18 - עילת העושק 30](#_Toc394756191)

[ד. צורת החוזה (שייך לפרק הקודם) 33](#_Toc394756192)

[3. מו"מ לקראת כריתתו של חוזה (שינוי בסדר הסילבוס) 44](#_Toc394756193)

[א.סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973 44](#_Toc394756194)

[5. תוכן החוזה 55](#_Toc394756195)

[א. פרשנות החוזה 56](#_Toc394756196)

[ב. עיקרון תום הלב והשלמת החוזה: (עיקרון שני לתוכן החוזה) 66](#_Toc394756197)

[ג. הדגמה: שיערוך סכומים (בתקופת החוזה המקוים) 70](#_Toc394756198)

[ד. התערבות בתוכן החוזה: (עיקרון שלישי לתוכן החוזה) 72](#_Toc394756199)

[1. חוזה פסול ותניות פטור 72](#_Toc394756200)

[2. חוזים אחידים ככלי להתערבות בתוכן החוזה 80](#_Toc394756201)

[ו. סוג ראשון - חוזה לטובת אדם שלישי (שינוי ברצף הסילבוס) 95](#_Toc394756202)

[ה. סוג מיוחד שני של תוכן - חוזה על תנאי (שינוי ברצף הסילבוס) 99](#_Toc394756203)

[ב. תלות בין חיובי הצדדים ודחיית קיום (שייך לפרק הבא של תרופות אך הגיע כאן) 103](#_Toc394756204)

[5. תרופות בשל הפרת החוזה (הפרק לא נלמד וסודר בדומה לסילבוס) 109](#_Toc394756205)

[א. מבוא לתרופות 109](#_Toc394756206)

[ה. פיצויים: (שינוי בסילבוס עקב שיעור עם אפי) 115](#_Toc394756207)

[ג. אכיפה ושיערוך 127](#_Toc394756208)

[1. אכיפה 127](#_Toc394756209)

[ד. ביטול חוזה והשבה 133](#_Toc394756210)

[1. ביטול החוזה 133](#_Toc394756211)

[המבחן – דגשים, סיכום הצע"ח דיני מממונות ודיעות מיעוט לקבלת נק' בונוס 137](#_Toc394756212)

# 1. מבוא

**מיקום דיני החוזים בענף המשפט**

שיטת משפט

ציבורי פרטי

-מנהלי -חוקתי -דיני משפחה -דיני תאגידים -קניין **-חיובים**

1. חוזים.

2. נזיקין.

3. ע"ע.

4. חיובים

מכוח דין.

## א. דיני חיובים ודיני חוזים כללי

**חיובים:**

1. חוזים- מבוסס על רצון חופשי. (בשונה מן השאר).
2. נזיקין- החובה המטילה על אדם ע"פ דין את החובה שלא להזיק (מה שמוגדר ע"פ דין כמובן).
3. דיני עשיית עושר ולא במשפט- חוק עשיית עושר ולא במשפט- אדם שהתעשר ולא זכאי לכך חייב להשיב את הגורם להתעשרות שלא כצדק לאדם שזכאי לו.
4. חיובים מכוח דין- למשל חיובי מזונות.

* כל אלו הן זכויות אובליגטוריות.
* לכל כלל משפטי יש חריג.

דוגמא לעירוב מגזרים:

מדינה שרוצה לסלול כביש יכולה להפקיע את השטח מהאדם הפרטי (מגזר ציבורי) אבל היא יכולה לרכוש אותו קודם ע"פ דיני חוזים (מגזר פרטי) ואז על החוזה חלים גם כללים של ציבורי וגם כללים של פרטי והחוזה יקרא חוזה רשות.

קיימת חלוקה פנימית בתוך ענף החוזים:

1. **כלליים**- נורמות משפטיות שחלות על כל סוגי החוזים.
2. **מיוחדים**- משוייכים לסוג ספציפי של חוזים (למשל דיני המכר חלים רק על חוזי המכר וכדומה).

* ברוב המקרים על חוזה נתון יחולו 2 סוגים של דיני חוזים: כלליים ומיוחדים.
* במידה וישנה סתירה, בד"כ המיוחדים גוברים על הכלליים.
* **בקורס נעסוק רק בדיני החוזים הכלליים.**

דיני החוזים מבוססים בראש ובראשונה על הסכמה פרטית, על רצון ולא מתוך הכרח (למשל פיצוי על נזק תוך ביצוע עוולה מתוך דיני נזיקין). לכל עיקרון משפטי יש יוצא מן הכלל וגם בדיני חוזים ייתכן שצד ייכנס לחוזה גם ללא רצון (למשל: בנק מחוייב במתן שירות לכל לקוח ללא סייגים) או ייתכנו מצבים שבהם חלק מתנאי החוזה מוכתבים על ידי צד שלישי (למשל חוק מכר דירות כשקונים דירה).

**היסטוריה של דיני החוזים**

**מקורות דיני החוזים:**

שלטון עות'מאני- כלל בתוכו דיני חוזים.

חלקם המרכזי היה ה**מג'לה** (ספר מכר, שכירות, קבלנות) כללה בתוכה בעיקר דיני חוזים מיוחדים והחלק הכללי היה דליל. בתי המשפט גזרו את הדינים הכלליים מתוך הדין המיוחד.

החלק של דיני החוזים הכלליים במג'לה נקרא חוק הפרוצדורה האזרחית העות'מאנית- והוא היה דל.

כשרצו להוסיף דין חוזים מודרני, היה קל יותר למחוקק להוסיף אותו לדין אזרחי מאשר לדין הדתי עליו היו מבוססים רוב החוקים.

בתחילת שנות ה20 כשהתחלף השלטון לאנגלי המנדטורי קבעו שהמשפט באזור יישאר המשפט העות'מאני וזאת ע"י החוק המנדטורי הראשון – חוק דבר המלך במועצתו לא"י, שם נקבע בסימן 46 לדבר המלך במועצתו: כאשר לשופט בבית משפט יסתבר שיש לאקונה[[1]](#footnote-1) בדין העות'מאני, צריך הוא לחפש את הפתרון בחלק מהמשפט האנגלי הנקרא Common Law (הפסיקה של בית הלורדים).

במהלך שנות המנדט הבריטי השופטים האנגלים שלא מכירים את הדין העות'מאני בלאו הכי משתמשים בד"כ במשפט האנגלי וכך גם השופטים המקומיים קיבלו "חינוך" של הדין האנגלי וכך ככל שהשלטון המנדטורי האנגלי התארך הופך המשפט מושפע יותר ויותר מהאנגלים ובמיוחד בתחום דיני החוזים הכלליים שהיה דל מאוד במשפט העותמאני. בסיום שלטון המנדט הבריטי כבר למדו בארץ משפט ע"פ המשפט האנגלי. בדיני החוזים המיוחדים עדיין ישנה השפעה של הדין העותמאני.

בהקמת המדינה, חוקק המחוקק הישראלי את **פקודת סדרי השלטון והמשפט** ע"י מועצת העם הזמנית כדי להתחיל סדר משפטי במדינה החדשה שקמה. **סעיף 11** לפקודה זו קובע כי הדין שנהג ערב הקמת המדינה ממשיך לחול. כך בעצם קלטנו את הרובד העות'מאני (במיוחד דיני חוזים מיוחדים) ואת הרובד האנגלי (במיוחד בדיני החוזים הכלליים). בשנים הראשונות של המדינה אין זמן לעסוק בדינים בגלל המלחמות, אך החל מתחילת שנות ה60 מתחילים לראות חקיקה די מאסיבית של הכנסת בתחומים שונים וגם בתחום דיני החוזים. הכנסת מחוקקת בשיטה של חוקים (לא חוק אחד שמאחד הכל) כך שחוק שמוכן כבר יצא לשטח ולחוקק חוק אחד גדול לוקח זמן רב מידי.

בתחום דיני החוזים הכלליים נחקקו-

1. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג- 1973 כריתת חוזה, פגמים, פרשנות..
2. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א- 1970 .
3. חוק החוזים האחידים, תשכ"ד- 1964.

בתחום דיני החוזים המיוחדים חוקקו עשרות חוקים-

1. חוק חוזי מכר.
2. חוק חוזי קבלנות.
3. חוק המתנה ועוד.

בנושאים בהם חוק החוזים (חלק כללי) מטפל- מבטלים את מה שהיה מחוקק בנושא ע"פ העותמאנים. בנוסף, מבוטל העניין לפיו אם לא מוצאים פתרון הולכים ל Common Law האנגלי. ברגע שהכנסת הסדירה את חוקי החוזים יש להתבסס על החוק הישראלי.

לאט לאט החקיקה הישראלית מתרבה ומכסה כמעט את כל דיני החוזים וכמעט כל הדין העותמאני מתבטל וכל פנייה ל Common Law בטלה.

בשנת 1984- **חוק לביטול המג'לה**- סעיף 1: "המג'לה בטלה". נעשה ליתר בטחון שעדיין נשאר משהו מהמג'לה.

בשנת 1980- **חוק יסודות המשפט התש"מ 1980 -** סעיף 2- סימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל. התבטלה באופן גורף הפנייה לCommon Law האנגלי.

**יחד עם זאת עולה השאלה: מה יקרה אם המשפט הישראלי יתקל בלאקונה?**

חוק יסודות המשפט קובע בסעיף 1 מהם המקורות הנורמטיביים המחייבים של המשפט הישראלי:

1. חוק הכנסת.

2. הלכה פסוקה- תקדימים של ביהמ"ש העליון הישראלי.

3. היקש (אנלוגיה, הסקת מסקנה)- מתחומים אחרים במשפט הישראלי.

אם קרה ולא נמצאו פתרונות במקורות הקודמים (אין מצב) יכריע בית משפט ע"פ עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל.

בעבר במקרה של לאקונה היו מחייבים לפנות לCommon Law האנגלי. בימינו ניתן לראות הפנייה לפסקי דין בחו"ל. הפעם זו פנייה לא כמקור מחייב כמו פעם אלא כמקור השראה.

למרות ההבדלים בין שיטות המשפט, קיים דמיון רב ולכן ביהמ"ש העליון פונה למקורות זרים (גם פניה למשפט העברי נחשבת פנייה למקור זר).

הזיקה לרובד העות'מאני נותקה קטעים קטעים (כל חוק ביטל את הזיקה בתחומו) ולאחר מכן "חוק יסודות המשפט 1980" לביטול המג'לה הכללי ביטל את כל הפנייה לחקיקה העות'מאני. עם זאת, עדיין קיימות פיסות חוק עות'מאניות שלא בוטלו ועדיין קיימות בימינו. יחד עם זאת, מה שכבר נטמע מהמשפט האנגלי לא בוטל משום שהוא כבר אינטגרלי במשפט הישראלי.

**הרצאה מספר 2 - 17.10.2013 עם המתרגל אפי צמח (025881884)**

[**Efi.zemach@mail.huji.ac.il**](mailto:Efi.zemach@mail.huji.ac.il)

לאורך הקורס נלמד עם אפי את ארבעת הנושאים הבאים:

* פגמים בכריתת חוזה.
* הפרת חוזה.
* חוזה בלתי חוקי.
* חוזה שנוגד את תקנת הציבור.

בנוסף, לאורך הקורס יהיו 2 עבודות אשר יהוו אחוז משמעותי מן הציון.

* כיום במדינת ישראל חוזה לא חייב להיכרת בכתב וגם הסכם שבע"פ תקף דה פקטו כחוזה לכל דבר ועניין.

## ב. גבולות דיני החוזים

בחינת הגבולות של דיני חוזים מגולמת בדרישה הנקראת "הכוונה ליצירת יחסים משפטיים" ובנוסף ובנפרד – שאלת השפיטות – עד כמה מערכת היחסים שלנו עומדת למבחן הנורמות והמשפט.

בהרצאה זו נתחום את קירות החוץ של דיני החוזים:

**שלבי יצירת חוזה**

שלב טרום

חוזי שלב החוזה

קירות החוץ

**חוזה הוא הסכם אכיף**. הגדרה זו מחולקת לשניים: חלק ההסכם אשר כולל את הגעת שני הצדדים להסכם ביניהם והחלק האכיף שבו ההסכם עומד לשאלה – האם הוא אכן נתון לאכיפה בידי ביהמ"ש.

נתמקד בסיטואציה בדוגמת בני זוג: נניח שחבר וחברה יוצאים שנתיים, במהלך הקשר עוברות ביניהן הבטחות לעתיד ולאחר מספר שנים אחד מהם נפרד מהאחר.

**האם ניתן לתבוע את הצד הנוטש בביהמ"ש?**

ישנן הסכמות. ההסכמות לכשעצמן אינן פסולות והשאלה היחידה היא האם ראוי ונכון לתת להן תוקף משפטי. נקודת המוצא שלנו היא שישנם הסכמים שאינם אכיפים על אף שקיים יסוד ודרישות פורמליות של חוק החוזים. **כל מתחם ההסכמה הזה לא יבוא תחת עולם של דיני החוזים**.

מקרה אחד – כאשר שני **צדדים מחליטים לכונן ביניהם הסכמות ומחליטים במפורש להוציא הסכמות אלה מחוץ לדיני החוזים** – כאילו יאמרו "ההסכמה שלנו אינה מחייבת מבחינה חוזית".

**הסכם ג'נטלמני למשל** (שמו הסכם שבכבוד) הוא הסכם בלתי רשמי בין שני צדדים או יותר. הסכם כזה הוא לרוב הסכם שנערך בעל פה, אם כי הוא יכול להיות כתוב, או כהסכמה לא מילולית מתוך מוסכמה או נימוסים. סוג הסכם זה מתבסס על הכבוד של כל אחד מהצדדים בקיומו ולא מסדיר אמצעי אכיפה על קיום ההסכם. בכך הוא נבדל מחוזה משפטי אשר יכול להיאכף במידת הצורך.

מקרה שני – הצדדים **לא מוציאים במפורש את ההסכם מדיני החוזים אך גם לא מכניסים אותו** (למשל הבטחות בין חברים, בני זוג, בני משפחה וכולי). מסגרת היחסים ביניהם אינה מציגה כוונה להיכנס לתחום המשפטי. אע"פ שצדדים אולי מתכוונים להתקשר בקשר חוזי מחייב, טעמים חיצוניים שבמדיניות משפטית קובעים שהקשר הנ"ל לא יהיה מחייב מבחינה חוזית.

מקרה שלישי - **צדדים שרוצים להיכנס תחת כנפי המשפט אך לא יהיו תחת צל החוק ולהפך**

טעמים חיצוניים שמדיניות משפטית לא תהיה מחייבת מבחינה חוזית.

**שיקולים בעד להותיר הסכמים מחוץ לדיני החוזים:**

מקרה א'– שני צדדים קובעים הסכם שלא יהיה בעל תוקף משפטי, מדוע להוציאו מחוץ לדיני החוזים:  
1. **חופש החוזים** – עיקרון העל בדיני החוזים, הוא העיקרון שחולש על דיני החוזים המודרניים מהמאה ה19. חרף כרסומים בעיקרון זה הוא נחשב לעיקרון הדומיננטי ביותר בדיני החוזים. לפיו יש לאדם את החופש להחליט האם להיקשר בחוזה, עם מי, תוכנו וצורתו. הסכמות שצדדים הגיעו אליהן יאכפו ע"י המשפט ללא התערבות בתוכנן. **כפי שצדדים יכולים להחליט על מיסוד היחסים שלהם במסגרת חוזית מסויימת כך הם יכולים להחליט על יחסים מחוץ לדיני החוזים**.

* הסעד הראשון במעלה בשיטת המשפט שלנו ובניגוד לדין האנגלי הוא סעד של אכיפה.

כשאדם מפר חוזה יש לנפגע מההפרה זכות שיאכפו את החוזה.

2. **נושאים שאינם מתאימים להיות נדונים במסגרת המשפט** – מוסד ביהמ"ש לא מתאים ולא ראוי לדון בסיטואציות מסוימות. לא נראה הגיוני שמוסד כמו ביהמ"ש יוכל לחייב בן זוג לחזור לקשר עם זוגתו אם הפסיק לאהוב אותה למרות שהבטיח לה הבטחות מסוימות.

נדגים– פס"ד אלבלאדה נגד האונ' העברית: 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.

3. **קיימים קשיים מסדר שני** – קשיים שנוגעים לאפשרות המעשית ליישם ולהכיל את הדין. גם מבחינה מעשית יהיה קשה מאוד להכיל את הוראות הדין על מערכת יחסים שיש לה גוון אישי.

בשאלה האם נכרת חוזה או לא, קל מאוד להסיק את התנאים הדרושים כשמדובר במגזר העסקי: יש חוזה כתוב, קשר עסקי בין עורכי דין, ברורה התמורה, מה תנאי התשלום, תקיעות כף בין שני הצדדים וכולי. קל מאוד להבין האם הצדדים רצו להתקשר בחוזה או לא.

**כשמדובר בקשר אישי קו הגבול שבין התחייבות מחייבת לבין ציפייה ורצון טוב הוא מטושטש מאוד ומסוכן מאוד ואל לביהמ"ש להתיימר לקבוע מה היו רצונות ושאיפות הצדדים.**

ישנם מצבים שבהם התערבות של ביהמ"ש תהיה מאוד בוטה ותגרום להמרת יחסים אינטימיים ליחסים מנוכרים ופורמליים כדוגמת אפקט משחית שבא לידי ביטוי בצורה הבאה:

פס"ד לוין נגד לוין: מצב שבו צדדים ערכו ביניהם הסכם מזונות שיחול עד היום שבו הם יתגרשו. ביום זה אם יגיע יחול עליהם הסכם אחר. בהסכם המזונות נקבע שהבעל ישלם לאשתו סכום גבוה יותר מהסכום שהיא היתה מקבלת על פי חוק. ההסכם קבע באחד מסעיפיו כי ההסכם עצמו אינו חוזה ואין לו תוקף מחייב. מדובר בהסכם שבכבוד בין בעל לאשתו. הבעל לא עמד בהתחייבותו ולכן האישה פנתה לביהמ"ש בבקשה לקבל את הסכום הגבוה כפי שצויין בהסכם.

הבעל מנגד טען כי בעת ההסכם בני הזוג הוציאו אותו מתחום האכיפות ועל כן העניין לא תקף. ביהמ"ש התערב ביחסי הצדדים וקבע כי נכרת חוזה בענייננו, שהחוזה שלם ותקף ושניתן לתבוע מכוחו ובכך ביהמ"ש למעשה ביקש להיטיב עם אותה גברת לוין.

פרופסור אריאל פורת כתב מאמר ביקורת חריף על פסק הדין הזה ובו טען כי ביהמ"ש התערב לטובת האישה וילדיה כדי להבטיח את קיומה אך הוא כתב גם שביהמ"ש למעשה כרסם במוסד ההסכם מחוץ לחוזה ושבעתיד פלוני לא יעשה הסכם שכזה כיוון שהוא עשוי לדעת כי ההסכם בכל זאת מחייב אותו בדין.

**נדון בשיקולים מצד שני** – מדוע כן צריך לעיתים לפקח על החלטות חוץ משפטיות:

* הוגים וכותבים שתומכים בעמדה זו יטענו כי תכלית מוצהרת של דיני החוזים היא למנוע נזק מהצד האחר ולהבטיח כי לצד השני לא ייגרם נזק. כאשר צד אחד הבטיח משהו לרעהו, שינה את הבטחתו ובכך ניזוק הצד השני – אין שום צידוק לבוא ולומר – אותך אני לא אפצה כי הקשר ביניכם נושא גוון אישי למשל.
* באופן מרחיק לכת קצת יותר טוענים אנשים פמיניסטיים למשל כי בתחום שבו אין משפט יש את אפקט ההפקרה: כאן נפקיר קבוצות שלמות של אנשים שאינם מתוחכמים מספיק כדי להתקשר בקשרים חוזיים או שאין שוויון כוחות בינם לבין הצד השני. במקום שבו יש פערי כוחות למשל בין צדדים ישנה הצדקה שלא להפקיר את הצד החלש. ישנה הצדקה שהצדדים החלשים האלה לא ימצאו עצמם מופקרים על ידי המשפט.
* פרופסור אהרון ברק קבע כי לדעתו הכל שפיט ולכן במידת הצורך מותר לביהמ"ש להתערב גם בהחלטות חוץ משפטיות.

קיימות שתי שיטות למעשה על מנת לחלץ הסכם מהערך הפורמלי – חוזה

1. מבחן הכוונה – מבחן שכולו נגזר מכוונת הצדדים השואל למה הם התכוונו במקור.
2. שפיטות[[2]](#footnote-2) – שיטה החיצונית לרצון הצדדים.

מבחן הכוונה ליצירת יחסים משפטיים

זהו שער הכניסה לדיני חוזים. מבחינת הוראות החוק ישנן שתי עמדות לגבי מיקומו האנליטי של המבחן: בפס"ד זנדבנק נגד זנצינגר - השופט שמגר לא עושה הבחנה בין המתחם החוץ חוזי למתחם החוזי עצמו. הוא טוען כי מתחם גמירת הדעת (המופיעה בחוק) בין משא ומתן לבין חוזה מגובש מגלם בתוכו גם את שאלת מבחן הכוונה מלכתחילה. **עמדה אחרת ומקובלת יותר** טוענת שמדובר בשני מבחנים שונים לגמרי ושמבחן הכוונה חיצוני לחלוטין לשאלת גמירת הדעת והוא למעשה שער כניסה מקדמי לעצם כניסה בחוזה.

על פי התפיסה המקובלת האבחנה החדה יותר היתה בין הסכמים אישיים לעסקיים.

על פי רוב, בהסכם המסחרי אין כל פקפוק בנוגע לשיוכו של הדין ואכן הכוונה היא כזו.

לפיכך, אין כל בעיה להחיל את שיטת המשפט הרלוונטית כיום על יחסים אישיים שהתפוקה מהם היא תמורה המועברת בין הצדדים (למשל תמורה מסחרית, מוניטרית). פס"ד ברקוביץ נגד קלימר - אמא מכרה את הדירה שלה ונתנה במתנה את הכסף לבת שלה שהתחתנה (עסקת מתנה קלאסית) והתנתה זאת בתנאי אחד על פיו הבת צריכה לשמור לה חדר אחד בביתה לחיות בו כל זמן נתון. כשיצאה הבת מהתמונה הבעל ביקש להעיף את האם ועל כן ביקשה האם לבטל את החוזה. כשהובא הנושא לדיון, ביהמ"ש קבע מלכתחילה כי היתה כאן כוונה להיכנס ליחסים משפטיים לפי מבחן הכוונה שכן עסקת מתנה היא חוזה.

במשך שנים רבות ביהמ"ש לא נכנס לדיונים בדברים הקשורים במשפחה כך ניתן לראות בפס"ד בלפור נגד בלפור שם בעל יצא לעבוד בנכר והבטיח לאישה סכום כסף עבור כל חודש בו נעדר מהבית. הבעל לא קיים והאישה פנתה לבית הלורדים והלורד אטקין ששפט הביע דעה חריפה של זעזוע על הניסיון להכניס את העניין לדיון משפטי מהטעמים שציינו ("הבית הוא ממלכה נפרדת ודיני החוזים לא ייכנסו לשם") כך למעשה התעצבו דיני החוזים כדין של הספירה העסקית ולא האישית. הגבול הברור בין הספירה הביתית לעסקית בא לידי ביטוי בדין הישראלי בפס"ד נחמני נגד נחמני שם בעל ואישה לא הצליחו להביא ילדים לעולם. כתוצאה מכך האישה החלה בתהליך של הפריה חוץ גופית אשר היה קשה מאוד ובמסגרתו הוקפאו ביציות שלה עם זרע של בעלה מתוך כוונה להשתיל אותם באם פונדקאית. לאחר כל הטיפולים והמאמצים הנישואים עלו על שרטון והאב עזב והביא לעולם ילדה. האם רצתה ילד ולכן פנתה לשימוש בביציות הקפואות והאב סרב.

העניין התגלגל לביהמ"ש ובעליון הוחלט בהרכב של 11 שופטים לתת לאם לעשות שימוש בביציות וקבע כי זכותה של האם להיות אם גוברת על רצונו שלו – לא להיות אבא. במהלך הדיון עלתה השאלה האם נכרת ביניהם חוזה? האם היתה התחייבות בין השניים? למרות שביהמ"ש הכריע לטובת האם וקבע כי זכותה גוברת השופטים עדיין הביעו עמדה מסוייגת הרבה יותר כלפי השאלה האם בין הזוג היתה כוונה חוזית. השופט גולדברג למשל אמר שאין שום דרך לצקת את הסכסוך הזה לתבניות משפטיות של חוזה ו8 מתוך 11 שופטים עמדו על השאלה האם ההסכם ביניהם היה חוזה או לא. 4 מתוכם סברו כי אין מדובר בחוזה וה4 הנותרים שחשבו שאולי יש פה חוזה עדיין הביעו עמדה מאוד מסוייגת כלפי הדבר הזה.

חציית הגבול הדרמטית ביותר בעניין התערבות בית הדין במשפחה קרתה בפס"ד פלונית נגד פלוני – שוב סיפור החבר והחברה - פסק הדין של השופט ברק בעניין זה היה נחרץ וברור וכתב כי "דיני החוזים במדינת ישראל שוב אינם נעצרים על סף הבית המשפחתי". הערך המיוחד בחציית הגבול הזו הוא שהיא לא מגבילה את עצמה בעובדות המקרה הקונקרטי. הפרת הבטחת נישואין זכתה להגנה כבר בימי קדם ואהרון ברק למעשה חצה את הגבול כשעסק בתחום של בני זוג מתוך החלטה כי דיני החוזים לא נעצרים על סף התא המשפחתי.

**הסכמים בלתי שפיטים:**

סעיפים 32 ו33 לחוק החוזים נסמכו זה לזה שלא במקרה – בשניהם המחוקק מגביל את רצון הצדדים ואת כוונתם ואף את חופש ההתקשרות שלהם. בסעיף 32 העוסק בהסכמים של הגרלה והימורים ביהמ"ש מגביל את הסעדים וקובע כי לא תהיה אכיפה ולא יהיו פיצויים. בסעיף 33 ביהמ"ש מגביל את השפיטות וקובע כי במקרה של ציון, תואר או פרס המקרה לא ייכנס לביהמ"ש.

בשני הסעיפים מגביל המחוקק את כושר ההתקשרות בין הצדדים.

סעיף 32 חוזה של משחק, הגרלה או הימור – ישנה הגבלה של הסעדים בגינו: הדין לא ייתן אכיפה ופיצויים. הלכה למעשה לא כל משחק או הימורים אינם חוקיים אך המשפט לא תומך בהם עקב היותם נגע חברתי ולכן הוא לא מתערב בהם. הוראה זו מתחלקת ל3 חלקים:

1. סוג החוזה הנדון (משחק הגרלה או הימור) לא חל על הימורים חוקיים ועל כאלה שהחוק אסר – בסעיף זה שעוסק בהגרלה והימורים המחוקק אומר שלא תהיה אכיפה ולא יהיו פיצויים אלא רק ביטול והשבה. החוק מכיר בהימורים כחוזה. (נדגים – שיחקתי משחק הימורים עם אדם והוא זכה ב100 ₪ - אני מוכיח בביהמ"ש שהוא הטעה אותי וביהמ"ש יזכה אותי).
2. מבחן היחסיות (מה יוגדר כהימור ומה לא – הזכייה תלויה בניחוש או בגורל יותר מאשר בהבנה או מומחיות).
3. תוצאות (אין אכיפה ואין פיצויים) סעיף 32 מדבר רק על הימורים שלא הוצאו מהחוק (טוטו למשל), בנוסף ישנם הימורים אשר מוסדרים בחוק והם מוחרגים מסעיף 32 א'. יש לציין כי החוק אכן מכיר זאת כחוזה אך מבחירה אינו פוסק אכיפה ופיצויים. החוק כן מאפשר תרופה אחת – ביטול והשבה – אחד הסעדים העומדים לרשותו של אדם הסובל מהפרת חוזה הם ביטול והשבה.

סעיף 33 (עוסק בעיקר באי שפיטות) – מדבר על חוזה למתן פרס או תואר ובו ביהמ"ש לא יתערב בסמכותו של הגורם הקובע כיוון שהוא מוגדר כלא שפיט (נניח אונ').

יש לציין כי הטעם שניצב ביסוד סעיף 33 הוא כפול – האחד הוא שביהמ"ש לא נוטה להתערב בעניינים שנתונים לשיקול דעת של גופים מקצועיים יותר. השני הוא יעילות מערכתית שבה ביהמ"ש לא צריך להתערב בכל עניין קטן.

יש להבחין היטב מה סעיף 33 אומר ומה לא. למשל – סעיף 33 לא טוען כי בין המועמד ובין השופטים או תלמיד ואוניברסיטה אין יחסים משפטיים כמו הסכם שכר לימוד והוא מבין כי עניין זה שפיט לחלוטין. לעומת זאת, הוא טוען כי ביהמ"ש לא יתערב בהערכה כמו תואר או פרס ובשיקול דעת שכזה הוא לא יתערב (למשל ציון של תלמיד או זכייה של אדם) – **הסעיף אומר שביהמ"ש לא יתערב בהערכה של גוף שלישי.**

**הרצאה מספר 3 - 22.10.2013**

* **מבט לעתיד** - הצעת חוק דיני הממונות בראשותו של פרופסור אהרון ברק אשר מנסה לעשות איחוד של כלל דיני החיובים ונושאים נוספים תחת אוגדן אחד הולכת ומתבצעת ועדיין תלוייה באישור סופי.

**איזה כללים משפטיים מצויים במישור דיני החיובים?**

## ג. הצדדים לחוזה

* סעיפים 1 - 10, 80 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב.
* **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית**

**נעמוד על סעיפיו של חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות:**

**מי יכול להיות צד לחוזה?**

שיטת משפט- מערכת של נורמות משפטיות שקובעות חובות וזכויות.

כל שיטה משפטית קובעת מיהם השחקנים הרלוונטים במערכת הזו. מי יכול ליהנות מהזכויות ומי כפוף לחובות. כל שיטת משפט צריכה להחליט מי הוא אישיות משפטית (=למי יש כשרות משפטית).

ישנם מספר סוגים של כשרויות משפטיות:

1. **סעיף 1 לחוק הכשרות המשפטית** - כשרות לזכויות וחובות – מגדיר מיהו "שחקן" בעולם המשפט.
2. **סעיף 2 לחוק הכשרות המשפטית** - כשרות לפעולות משפטיות (פעולה שתשנה את מערך הזכויות והחובות של מישהו).

* קיימים כללי כשרות נוספים כמו כללי כשרות להינשא למשל או חוק הירושה אשר קובע הוראה ספציפית למי יש כשרות לערוך צוואה. ייתכן מצב ובו אדם בעל כשרות לזכויות וחובות ואף לפעולות משפטיות אך לא לכולן.
* במקומות מסויימים בעולם (איטליה, ספרד..) קיימים כללי כשרות ספציפיים לכריתת חוזה אך לא בישראל, פה אין כללי כשרות ספציפיים.

בשיטת המשפט שלנו קיימים שני סוגים של ישויות משפטיות:

1. בני אדם.
2. תאגידים[[3]](#footnote-3)- גוף משפטי מלאכותי.

לתאגידים אין קיום בעולם הפיזי. המשפט ברא אישיות זו כגוף וירטואלי והמשפט מייחס לו תכונות של גוף קיים ומתייחס לו כאילו הוא קיים באמת. והמשפט מכיר בגוף זה כבעל אישיות משפטית. (מפלגות, חברות, עיריות, עמותות וכו').

תאגידים:

לכל תאגיד יש חוק המסדיר את הכללים המשפטיים הרלוונטים לכשרותו. תאגיד הוא יציר החוק ולכן שיטת המשפט יכולה לעצב את כשירותו. לכל תאגיד יש הגדרות ספציפיות לכשרותו המשפטית ובמידה ואין הגדרה ספציפית אז ניתן להניח כי יש לו כשרות כללית (בכפוף כמובן למה שמתאים לתאגיד).

בני אדם:

"חוק הכשרות והאפוטרופסות"- החוק הכללי העוסק בכשרותם של בני אדם. חוק זה מסדיר גם את הכשרות לזכויות וחובות וגם לפעולות משפטיות.

סעיף 1 - כשרות לזכויות וחובות:הכלל קובע כי כל אדם כשיר לזכויות ולחובות מגמר-לידתו ועד מותו.

ע"פ המשפט הישראלי אין מצב שבו יש אדם חי שאין לו כשרות לזכויות וחובות.

חריגים- אדם בטרם נולד גם זכאי לזכויות כמו למשל בענייני ירושה בהם עובר הוא יורש של אביו למרות שעוד לא נולד.

מי כשיר לכרות חוזה:

רוב שיטות המשפט מטילות מגבלות על כשרות לפעולות משפטיות של חלקים מהאוכלוסיה (הסיבה להגבלה היא כי רוצים להגן עליהם). דיני הכשרות מטילים מגבלות על אוכלוסיות חלשות מתוך חשש כי הפעולות שהן יעשו עלולות לפגוע באינטרסים שלהם.

קיימות שתי קבוצות:

1. קטינים.
2. פסולי דין.

גישה זו מיושנת מכמה סיבות (חוק הכשרות המשפטית משנת 1962):

1. מי אמר שרק שתי הקבוצות האלו זקוקות להגנה? מה עם קשישים למשל? מכורים? הפרעות נפשיות? ואולי בכלל לא כל קטין זקוק להגנה משפטית אולי הוא מאוד נבון וחכם?
2. האופן בו מגנים על מי שזקוק להגנה- ההגנה נעשית באמצעות הטלת סייגים על הכשרות לפעולות משפטיות.

מצד אחד אנו כן מגנים עליהם בצורה זו מלבצע פעולות שיפגעו בהם אך מצד שני הגנה זו פוגעת בכבוד האדם של אותו מוגן. פגיעה זו הינה פגיעה בסיסית בחלק מהותי מההוויה האנושית שלו.

שיטות משפט שהלכו בכיוונים מודרניים יותר: (רפורמה שנעשתה במשפט הגרמי ובחלק מהקנדי).

1. קבוצת המוגנים לא נקבעת ע"פ קביעה מאוד מקובעת וישנן גישות גמישות יותר למשל בהגדרה: מי שאינו מסוגל לדאוג לענייניו.
2. קיימות שיטות הגנה יותר מתקדמות: במקום לשלול ולהגביל את הכשרות, משאירים לו את כשרותו אך ממנים לו מסייע (מישהו שיעזור לו לקבל את ההחלטות הנכונות מבלי לפגוע בכשרותו).

* אצלנו כבר הוצעה הצעת חוק להגמשת הבחינה מי זכאי להגנה ושינוי שיטות ההגנה בכנסת אך בינתיים אין שינוי בנושא.

סעיף 2 לחוק: כל אדם כשיר לפעולות משפטיות זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט.

קיים פה סייג: "זולת אם הוגבלה או נשללה כשירותו". והגבלה או שלילה זו נעשית ע"פ דין / חוק.

**חוק החוזים לא קובע מגבלות וסייגים ולכן אנו הולכים למגבלות ולסייגים הנמצאים בחוק הכשרות עצמו**.

סעיף 3 בחוק הכשרות קובע **מיהו קטין**.

סעיפים 4-7 בחוק הכשרות קובעים את המגבלות **ואת הסייגים לכשרותם של קטינים** בפעולות משפטיות- ככל שבחוזה יש פוטנציאל גבוה יותר לפגיעה בקטין כך ההגנה צריכה להיות גבוהה יותר. לכן, בחוק אין כלל אחיד אלא דירוג ע"פ החוזה המדובר.

סעיף 4 לחוק קובע כי קטין יכול להיכנס בפעולה משפטית עם הסכמת נציגו.

סעיף 5- עוסק בביטול פעולות של קטין שנעשו שלא בהסכמת נציגו: לפי סעיף 4 לכל קטין יש נציג (אדם בגיר שמבחינת החוק ממונה על שמירת האינטרסים של אותו קטין). ולכן לפי סעיף 5 כשקטין מבצע פעולה משפטית הנציג צריך לתת את הסכמתו. הקושי עולה במצב בו הקטין מבצע פעולה משפטית ללא הסכמת הנציג:

החוק קובע את הדירוג לחוזים בנוגע לרמת הסיכון שלהם (גבוהה בינונית ונמוכה). החוק מניח כי כל החוזים הם ברמת סיכון בינונית למעט אלו שהוא יגדיר במפורש שיוצרים רמת סיכון גבוהה או נמוכה.

* החוק קובע לגבי כלל החוזים כי גם אם החוזה נעשה ללא הסכמת הנציג- החוזה תקף.
* במידה ולקטין אין נציג – הוא מיוצג ע"י היועמ"ש.

בסעיף קטן 1, מתוך הנחה שהפעולה תקפה, הנציג יכול לבטל אותה תוך חודש ימים מהיום שנודע לו על הפעולה. אם הנציג לא יבטל החוזה ימשיך להיות תקף. כלומר במצב זה יש חוזה "רגיל" ומלא אך עם מגבלה של תנאים מסויימים. למשל, חודש מרגע ידיעת הנציג הוא יכול לבטל החוזה- זהו מנגנון ההגנה. בסעיף קטן 2 – אם לנציג או ליועמ"ש לא נודע על קיום הפעולה והצורך באישורה, הקטין יכול לבטל את הפעולה תוך חודש ימים מהפיכתו לבגיר (גיל 18).

סעיף 6 - עוסק בהגנה בחוזים בעלי רמת סיכון נמוכה: המחוקק משאיר גמישות לביהמ"ש- הוא קובע כי על שני סוגי חוזים יחול סעיף 6 שאומר כי פעולה משפטית של קטין מסוג מסויים אינה ניתנת לביטול אף שנעשתה ללא הסכמת נציגו (בניגוד לסעיף 5) כך שאין בעצם הגנה על הקטין. אך גם פה נמצא סייג: אלא אם כן נגרם נזק ממשי לקטין. (ההגנה הזו מינימלית במיוחד ולמרות זאת הסייג מאוד תיאורטי ואין בו כלל שימוש- במשך 50 שנה לא הייתה פסיקה שהשתמשה בסייג זה) וזאת בשל הכתוב בסעיף:

1. "חוזה שקטינים בגילו רגילים לעשות כמוהו". לכן ביהמ"ש צריך לשקול את גילו של הקטין ואת סביבתו.
2. "פעולה בין הקטין לבין מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת כי הוא מתקשר עם קטין"- ניסיון לתת הגנה גם לצד השני של החוזה.

לעומת סעיף 6, **סעיף 6 (א)עוסק במקרים בדרגת סיכון חמורה** וכאן מתבצעת ישירות שלילת חוזה - החוזה לא תקף בכלל ואין צורך אפילו לבטל אותו הוא מעולם לא היה תקף (Void).

* **דגש כללי - כאשר יש סעיף עם אות גדולה לידו, נניח א' מדובר בתיקון חדש של החוק.**

אילו מקרים מחייבים רמת הגנה גבוהה במיוחד?

פעולות משפטיות שהן חוזה רכישת נכס[[4]](#footnote-4) תוך קבלת שירות באשראי (תשלומים דחויים)- תשלומים מלווים בריבית ולריבית עשויות להיות השלכות, לכן החוק חושב שיש צורך גדול יותר להגן על הקטין. אם נעשתה פעולה זו ללא הסכמת הנציג היא חסרת תוקף ובטלה מעיקרה (void ולכן אין לקטין שום כשרות משפטית). במידה וקטין מבצע פעולה משפטית כמו בסעיף 6 קרי כמו שכל אדם בגילו מבצע אך הוא עושה זאת באשראי- חל סעיף 6(א) והעסקה חסרת תוקף.

סעיף 7 **עוסק בחוזים בעלי רמת סיכון גבוהה עוד יותר** ובהם גם הסכמת הנציג לא תעזור וכדי שיהיה תוקף לחוזה צריך אישור של בימ"ש.

אלו הן פעולות שגם אם היה הנציג עצמו מבצע אותן, גם הנציג עצמו היה זקוק לאישור ביהמ"ש (קיימת רשימה של מקרים כאלו בחוק בסעיפים 20-21 לנציג שהוא הורה וסעיפים 47-48 כשמדובר על נציג שמונה ע"י ביהמ"ש). למשל, בסעיף 20- עסקאות בעלות ערך כלכלי גבוה (רכוש המשמש לצורך ייצור הכנסה או לצורך ממון) ופעולות של נתינת מתנות או מתן ערבות של קטינים.

סעיף 8 **מגדיר מיהו פסול דין**- אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לענייניו רשאי ביהמ"ש לבקשת בן זוגו, קרובו ,היועמ"ש או בא כוחו לאחר ששמעו להכריזו כפסול דין.

סעיף 9 אומר כי על כשרותם המשפטית של פסולי דין יחולו הסייגים שחלים על קטינים רק עם שינויים מחייבים בחוק (סעיף 10 עוסק בביטול ההגדרה לסעיף 8 במקרה הצורך).

לסיכום נושא זה – אפשרויות לזכויות חוזיות:

**מי שבעל כשרות לביצוע פעולה משפטית**- יכול לכרות חוזה.

**מי שמקבל זכות חוזית** - תלוי בכשרות לזכויות וחובות.

**מי שמקבל בירושה זכות ע"פ חוזה** - יכול ליהנות מזכות זו גם אם לא עושים שום פעולה של כריתת חוזה וזאת מתוקף כשרותו לזכויות וחובות.

**אפשרות נוספת היא** **חוזה לטובת אדם שלישי:**

א' כורת חוזה עם ב' ובחוזה ב' מתחייב לבצע דבר כלשהו לטובת ג'. לג' יש זכות חוזית כיוון שיש לו כשרות לזכויות וחובות. ג' לא נזקק לכשרות לפעולות משפטיות כיוון שהוא לא כרת את החוזה אלא הוא מוטב בחוזה שכרת אדם אחר (ב').

* הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית

**הרצאה מספר 4 - 24.10.2013**

**השיעור נפתח בחזרה על פס"ד הדר חברה לביטוח נ' פלונית ופלוני ומציגים את פרטי המקרה:**

ביהמ"ש לא פוסק אוטומטית לטובתה כיוון שהיא לא הוכרזה מעולם כפסולת דין או מי מטעמה דרש הכרזה שכזו ולכן נופלת הגנתה מטעמי כשרות משפטית.

ביהמ"ש בדק האם היתה גמירת דעת בקיום החוזה? האם יש פגם בכריתת החוזה למעשה? ייתכן כי עקב מחלתה היא לא היתה מסוגלת להיות במצב של גמירת דעת.

**הבדיקה לפיה קובעים האם מישהו גמר בדעתו היא גמירה לפי סימנים חיצוניים אובייקטיביים.** התנהגותה של פלונית היתה כזו שהעידה על כך שהיא עושה את הדברים מתוך רצינות וגמירת דעת וזה מה שראתה הדר חברה לביטוח ונציגיה.

דוקטרינה חוזית נוספת שעלתה היא כפייה – כפייה בהגדרתה בסעיף 17 נחשבת כפייה מצד אחד לצד השני של החוזה או מישהו מטעמו. במקרה דנן הכפייה בוצעה אינטרנית מצד הבעל ולכן נפלה גם הגנה זו. לבסוף עולה טענת "לא נעשה דבר" non est factum אשר מקורה בCommon Law והיא נקלטה עוד לפני שנחקק חוק החוזים התשל"ג 73. כאשר נחקק חוק החוזים הוא למעשה ביטל את הפנייה לאנגליה אך סעיף זה כבר נקלט ולכן אפשר להתדיין עליו.

טענה זו עוסקת במקרים קיצוניים שבהם אדם לא מבין כלל את מהותו של המסמך שעליו חתם להבדיל מאי הבנת תוכנו כתוצאה מליקוי כלשהו מבלי שהתרשל. במקרים אלה עשוי החוזה להיות בטל מעיקרו (void). טענה זו עשויה לחול גם במקרים שבהם הצד שכנגד לא היה ער ולא היה חייב להיות ער להיעדר הרצון החופשי של המתקשר עימו. דיני הפגמים ברצון לא מועילים במקרים אלה בד"כ ובפס"ד זה נקבע כי טענת לא נעשה דבר חלה לא רק במקרים של שיבוש אינפורמטיבי חריף אלא גם במצב של כפייה קיצונית אשר לא הותירה לנכפה כמעט כל חלופה אחרת למעט התקשרות.

**חזרנו לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג 1973**

# 2. פרק א' בחוק - כריתת חוזה

יש דיונים פילוסופיים ארוכים ועמוקים לגבי הגדרת חוזה: מהו חוזה? ומהם המאפיינים שצריכים להופיע בו? המחוקק הישראלי לא מציע הגדרה כלשהי כדי להימנע מהקושי התיאורטי הזה של הכללה או צמצום. לכן, המחוקק הישראלי נקט בגישה פרקטית, פרגמטית ופרק א' מגדיר כיצד נוצר חוזה- אם התהליך התקיים- התוצאה היא חוזה ואם לא התקיים- זה איננו חוזה. לכן, **אנו נתעלם מהשאלה מהו חוזה, ונעסוק ישר בתהליך יצירת חוזה.**

**יצירת חוזה**- כאמור קיים תנאי מקדים והוא: **האם קיימת** **כוונה ליצירת יחסים משפטיים**?

זה לא כתוב בחוק אך זהו תנאי סף והוא כאילו כתוב בדיו סתרים.

לפי סעיף 1 לחוק חוזה נכרת בדרך של **הצעה וקיבול** (צד אחד מציע וצד ב' מסכים) באופן כמעט תמידי. האם באמת יכול החוזה להיכרת רק בדרך זו ואין דרך אחרת?

ע"פ פרשנות אחת זו הדרך היחידה וע"פ **פרשנות שנייה** זה לא חובה מעצם קיומו של חופש חוזים. אמנם רוב החוזים נכרתים בדרך של הצעה וקיבול אך זה לא אומר שהוא חייב להיכרת בדרך זו.

**הגישה המקובלת היא שאכן אין מניעה לדרך כריתת החוזה.**

אופציות לכריתת חוזה ללא הצעה וקיבול:

1. **כריתת חוזה בדרך של קונצנזוס**- התדיינות וקבלת חוזה **מרצון משותף** שהתגבש לאחר דיון בנושא והגעה למסקנות מסויימות.

* חלק לא קטן מהחוזים במדינת ישראל אכן נכרתים בדרך זו של קונצנזוס.

1. **"הצעות מצטלבות"-**שני הצדדים משגרים זה כלפי זה הצעות זהות בתיאום מושלם (הסיכוי שזה יקרה קרוב לאפסי).
2. **התחייבות חד צדדית**- מצב שבו אדם מביע התחייבות מסויימת תוך כוונה ברורה להיות מחויב באופן משפטי כלפי אחד הצדדים גם מבלי שהציבור אליו בוצעה ההתחייבות ביצע קיבול (דבר זה אינו מוזכר בחוק החוזים הישראלי אך הוא נפוץ בשיטות משפט אחרות). **דוגמא לכך** היא מצב שבו אדם מפרסם מודעה על כלב שאבד לו ושהוא ייתן פרס למוצא המשיב. אדם זה חייב לתת את הפרס גם לאדם שהחזיר את הכלב מבלי שראה אפילו את המודעה.

נקודת המוצא שלנו היא **שחוקי החוזים שלנו הינם דיספוזיטיביים-** ניתן להתנות עליהם.

איך יודעים אם הוראת חוק היא קוגנטית (כופה) או דיספוזיטיבית (מרשה)? לפעמים יש סעיף בחוק שמעיד על כך ואם אין אז לפי פרשנות. נקודת המוצא שלנו היא שהן דיספוזיטיביות אלא אם יש סיבה להניח שהוראת חוק מסויימת משקפת **אינטרס ציבורי חברתי חזק יותר מחופש החוזים** ואז היא תהיה קוגנטית.

## א. מהי אם כן הצעה?

הצעה בפן השגור בעברית והצעה בפן המשפטי הן שני דברים שונים.

הצעה (סעיף 2 לחוק) כוללת אלמנט של **פניה** של אדם לחברו ועליה להינתן כך שהיא מעידה על **גמירת דעתו** של המציע כלפי הניצע. בנוסף, עליה להיות **מסויימת** עד כדי אפשרות לכרות את החוזה **בקיבול ההצעה**.

הקיבול של החוזה (סעיף 5) יתבטא בהודעה של הניצע תוך העדה על גמירת דעתו ועליו לחפוף באופן מדוייק את הצעתו של המציע. אם הקיבול משנה דבר וחצי דבר הקיבול מעתה ייחשב להצעה חדשה ולא לקיבול.

סעיפים 1,2 ו5 מאפיינים הלכה למעשה את עיקרון חופש החוזים לפיו אדם ייתקשר בחוזה רק **מרצונו** והוא אף ייקבע את **תוכנו**.

**מהי גמירת דעת?** (שהסימנים החיצוניים מעידים עליה כלומר – אובייקטיבית)

גמירת הדעת היא הנקודה בזמן שבה כל אחד מהצדדים מוכן, כבר כעת, לראות עצמו מחוייב כלפי הצד השני. גמירת הדעת כוללת בתוכה את הכוונה ליצירת יחסים משפטיים, אך לא להפך.

* בפרק של כריתת חוזה פרק א' העדה על גמירת דעת מקורות 1, 3 ו4.

בפרק ב' הדרישה להצעה מסויימת פס"ד 4 , 5, 6 ו8 (ליום שלישי).

**הרצאה מספר 5 - 29.10.2013**

**מדוע נבדוק את הסימנים המעידים על גמירת הדעת?**

1. כי זה מה שבאפשרותנו לבדוק – זוהי סיבה פרקטית – לא נוכל לקלוט דברים פנימיים.
2. האינטראקציה היא בין שני צדדים והחוזה בנוי על הסתמכות הדדית, צד מסתמך על מה שבאפשרותו לקלוט בחושים חיצוניים מהצד השני. ניתן בדרך זו להסיק על הלך הרוח הפנימי (פרצוף כועס למשל הוא סימן שלילי).

**דרישת החוק לסימנים המעידים על גמירת הדעת בהצעת המציע ובקיבול של הניצע:**

הפסיקה אומרת כי אין סימן אחד, זהו מכלול שלם ואין סימנים מסויימים - זה תלוי בחוזה.

* התנהגויות מסוימות: למשל, אם זה חוזה שנהוג לגמור אותו בחתימה אז החתימה היא סימן מובהק לגמירת דעת (כל עוד צד לא חתם הוא כנראה לא ראה עצמו עדין כמחויב), לחיצת יד, השקת כוסות וכולי.
* תוכן ההודעה (ההצעה או הקיבול): הצעה- ככל שרמת הפירוט של ההצעה גבוהה יותר כך היא מעידה על המחשבה הרבה שהושקעה ועל הרצינות שבה ולהיפך.
* סוג פרטים בחוזה- אם למשל, תנאי החוזה כוללים תנאי שאומר: "מרגע זה כל צד שמתחרט משלם לצד השני סכום משמעותי"- זה מעיד על גמירת דעת.
* הגיון בריא- אם משרד מפרסם מודעה בעיתון לחיפוש עובד- אין זה אומר התקשרות בחוזה ( אי אפשר להתקשר ולהגיד למפרסם "כן אני מסכים").
* התנהגויות לאחר מועד הכריתה, שהצדדים ראו עצמם מחוייבים לחוזה- הקושי העולה מקריטריון זה הוא שביהמ"ש בודק מה חשבו הצדדים ברגע כריתת החוזה כשלא ידעו עדיין כיצד ינהגו לאחר מכן. יש בלבול בנושא זה, כי בוחנים את נקודת הזמן בכריתת החוזה ולכן קיימת בעיה לוגית, אך הפסיקה קובעת כי מסתמכים גם על כך (למשל פס"ד דור אנרגיה).

לסיכום, העדה על גמירת דעת משתקפת בסימנים חיצוניים שונים, שלא ניתן להגדירם מראש והם נצפים ע"פ מה שמקובל באותה קהילה.

מהי הדרך שבה צריך לפענח את הסימנים?

**הפענוח נעשה בקנה מידה אובייקטיבי**: ע"י סימנים שע"פ האדם הסביר מעידים על גמירת הדעת.

אם האדם השני חושב בדרך אחרת, האם צריך להסתכל על ההיבט הסובייקטיבי? התשובה היא **לא**.

נשאלת השאלה: איזו מן אובייקטיביות?

**אובייקטיבי טהור**- אדם סביר שנחת מהחלל החיצון צריך להעיד ע"פ הסימנים מה דעתו.

**אובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות**- לקחת את **האדם הסביר** ולהעמיד אותו בנעליו של האדם השני (להכיר את הסיטואציות, את ההקשר וכל נתוני הרקע הרלוונטיים), ועל סמך זה לבחון את דעתו.

פס"ד פרץ בוני הנגב: האב לא ידע דבר על מהות החוזה. הוא היה בשכרות, לא ידע קרוא וכתוב ולא הבין מה שעשה. האב ידע שהוא צריך לחתום ולקבל 1,000 ₪. האם אפשר להבין מחתימתו שהוא גמר בדעתו למכור דירה? הסימנים מראים שכן: הוא חתם, הוא היה במשרד עו"ד. אמנם, בסיטואציה כזו אין הסימנים הללו מעידים על גמירת דעתו. יש לדעת את כלל הסיטואציה, להיכנס לנעליו של האב ואז להחליט באופן אובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות אם הייתה גמירת דעת – זוהי דעתו של השופט שמגר (שהיה בדעת מיעוט). דעת הרוב לא הביעה דעתה כיוון שהם טענו שאם האב לא העלה בערעור את סעיף זה לגבי גמר דעתו אין הם דנים בהחלטת המחוזי.

הנשיא שמגר שהיה בדעת מיעוט קבע על סמך המבחן האובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות.

בפס"ד עיזבון המנוח בראשי: זמן קצר טרם שהלך המנוח לעולמו, חתם המנוח זלמן בראשי על ארבעה מסמכים שלפיהם הועברו מניותיו בחברת זלמן בראשי ואחיו בע"מ וזכויותיו במקרקעין, אשר היוו את החלק הארי בנכסיו, לידי המערערים, ללא תמורה. המשיב פנה לביהמ"ש המחוזי ע"מ שיבטל את המסמכים הנדונים, או יכריז על בטלותם מפאת פגמים אשר לטענתו נפלו בהם. המחוזי קיבל את טענות המשיב וקבע כי המנוח לא גיבש את גמירת הדעת הנדרשת בעת חתימתו על המסמכים ולחלופין, כי בנסיבות העניין נתקיימה עילת העושק.

**למעשה דעת המיעוט של שמגר בפסה"ד הקודם תופסת כאן משנה** **תוקף** לפיה יש להעביר את המקרה במבחן ה"אובייקטיביות הסובייקטיבית" – לתת לאדם הסביר לשבת במקומם של תמיר ועמית בראשי ולשאול עצמם האם הצד המעניק אכן גמר בדעתו.

**מה קורה במצבים קיצוניים שבהם ע"פ קנה המידה האובייקטיבי יכול הניצע להסיק שהמציע גמר בדעתו משום שהסימנים החיצוניים מעידים על גמירת דעת אך בדיעבד אנו יודעים שהמצב הפנימי של אותו אדם היה בהעדר גמירת דעת?**

למשל: המציע פעל תחת השפעה של היפנוזה: הציע הצעה טובה ומגובשת אך המציע לא ידע שהוא פעל תחת היפנוזה.

**ע"פ המבחן האובייקטיבי יש העדה על גמירת דעת** – לפי פס"ד פרץ בוני הנגב.

בדיעבד במבחן הסובייקטיבי לא הייתה העדה על גמירת דעת.

באופן עקרוני המבחן הוא אובייקטיבי ולכן אכן נכרת חוזה. כל אדם סביר בנעליו של הצד השני היה מפענח את המצב כגמירת דעת. אבל, במצבים קיצוניים, כמו היפנוזה או מחלת נפש שפוגעת בהבנה, ביהמ"ש ילך לפתרון של "**לא נעשה דבר**" (החוזה לא נכרת כי הוא לא היה מבוסס על רצון למרות שבד"כ המבחן הוא אובייקטיבי). כמו בפס"ד הדר חברה לביטוח אך זה רק במצבי קיצון.

מתי צריכה להתקיים העדה על גמירת הדעת?

ע"פ החוק:

אצל המציע- במועד ההצעה.

אצל הניצע- במועד הקיבול.

לפי החוק במצב בו החוזה נערך בין צדדים בעלי פער בזמן ובמרחק:

העדה על גמירת הדעת צריכה להתקיים אצל המציע עד לרגע בו הניצע קיבל או שלח את הודעת הסכמתו. הניצע יכול להתחרט עד שהמציע קיבל את הסכמתו.

בחוזה הנכרת פנים מול פנים- אין התייחסות לאספקט זה מטעמים ברורים.

## ב. הדרישה להצעה מסוימת (וכמה הערות על השלמת פרטים ועל מהותו של זכרון דברים):

* סעיפים 2 ו - 26 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* **זנדבנק נ' דנציגר ואח'**
* **רבינאי נ' חברת מן שקד**
* **דור אנרגיה נ' חאג' אחמד סמיר**
* **עדני נ' דוד**
* **חברא קדישא גחש"א נ' דוד לוי**

**מסוימות- רמת הפירוט הנדרשת**

דרישת המסוימות מקיימת את עיקרון חופש החוזים במובן של החופש של הצדדים לעצב את תוכן החוזה כרצונם. **הדרישה מתייחסת ביחס להצעה**- אין דרישה ביחס לקיבול. הקיבול צריך להיות תואם להצעה.

האם ההצעה מסויימת דיה?

בפסיקה מתעוררת השאלה פעמים רבות, האם החוזה(לא ההצעה) מסויים מספיק? בעיקרון זוהי לא טעות, כי אם אין הצעה אין חוזה.

בד"כ בסוגיות בביהמ"ש **הטענה לגמירת דעת והטענה למסוימות יהיו שלובות זו בזו**.

הפסיקה קובעת כי **ככל שביהמ"ש משוכנע יותר כי התקיימה גמירת דעת, הוא יכול להיות גמיש יותר לגבי שאלת המסוימות ולהפך**.

**מהי רמת הפירוט הנדרשת כדי שפנייה תהיה הצעה?**

בפס"ד זנדבנק נ' דנציגר ניתן לראות ע"פ דבריו של שמגר כי ההצעה אינה חייבת להיות מושלמת בפרטיה ורמת הפירוט הנדרשת צריכה להכיל את הפרטים המהותיים ע"מ שתתגבש הצעה ותהיה אפשרות לקיבול.

מדובר כאן במבחן עמום בו מעמיד אותנו שמגר, אך הכיוון הוא ברור. שמגר לא רוצה להגביל לקריטריונים מסוימים משום שזה תלוי בסוג החוזה. בחוזים שהם שכיחים מאוד השכל הישר הוא שיעזור לנו להבחין מהם הפרטים המהותיים שיאפשרו לנו לזהות אם ההצעה מסויימת דיה.

עולה מתוך הפסיקה:

* **רמת הפירוט הנדרשת ע"מ שהצעה תהיה מסויימת דיה ע"מ לכרות חוזה, איננה דרישה למושלמות.** סף המינימום הוא **אותם פרטים מהותיים שרלוונטיים לחוזה הרלוונטי** (עדיין אין זו נוסחא ברורה אלא עניין עמום).
* **יש הבדל ברמת הפירוט הנדרשת וסוג הפירוט הנדרש בין חוזה לחוזה (מכירת גרעינים למכירת בית למשל)**.
* **ככל שהחוזה שכיח יותר, יהיה קל יותר לבדוק מהי רמת הפירוט הנדרשת** (ניכר בפסיקה).
* **בחוזה פחות שכיח אנו יכולים לראות גישות שונות ואין כלל חד וברור בעניין.**

תהליכים של שינוי בעניין המסויימות

עד פס"ד דנצינגר 1976 אין שינויים דרמטיים בכל הקשור לסוגיית המסויימות אך תהליכים שקרו מאמצע שנות ה-70 לערך קרי שינויים כלכליים, פיחות ערך המטבע, שינויים בשווי שוק של נכסים (בעיקר מקרקעין) ועוד, חוזים איבדו מכדאיותם ולכן בתי המשפט אימצו שינויים מעטים במידת הגמישות בסוגיות המסויימות וריכוך בתחום זה.

סיבה נוספת היא שינויים בביהמ"ש העליון – שינוי באנשים משמעו שינוי בגישות.

סיבה אחרונה היא חקיקתו של חוק החוזים חלק כללי והלה משדר לביהמ"ש מסר עם נכונות להשלים פרטים – החוק כולל בתוכו סעיפים המכוונים להשלמת פרטים.

* 1. לקרוא בעיון דור אנרגיה ולבדוק באילו כלים משתמש ביהמ"ש כדי להשלים פרטים מסויימים שבעל התחנה טוען שחסרים. 2. בעדני נגד דויד לעיין בחוות דעט המיעוט השופט עמית ולבדוק באיזה שיטות הוא משתמש כדי להשלים את הפרט החסר של מועדי תשלום. לשבוע הבא הצעה וקיבול לקרוא פס"ד 6, 7, וסעיפים 1 – 11 לחוק. כנ"ל קדישא נגד דוד לוי.

**הרצאה מספר 6 - 31.10.2013**

**בהנחה שנוצר חוזה תקף, כיצד משלימים את הפרטים החסרים בתוכן ומתי?**

סעיף 26 לחוק עוסק בהשלמה. העמדה בפסיקה היא שכאשר חסרים פרטים ניתן להשלים אותם.

מתי ניתן להשלים אותם? כאשר קודם כל ישנו חוזה.

לפני שביהמ"ש ניגש לשלב השלמת הפרטים, צריך לבדוק 2 תנאי סף:

1. **האם יש חוזה**: האם יש העדה על גמירת דעת? והאם יש את רמת המסוימות הנדרשת?
2. **השלמה אפשרית רק כשיש חסר אמיתי:**

מצבים שבהם יש חסר אבל ביהמ"ש לא יבצע השלמה:

**פרט קיים אבל מוסווה (הסדר חיובי)-**לפעמים פרט מסויים נראה חסר במבט ראשוני אך בדיקה מעמיקה יותר מגלה כי הפרט הזה הוסכם והוא קיים בחוזה בצורה מוסוות. פשוט יש כאן מקום לפרשנות.

**פרט חסר מרצון (הסדר שלילי)-** לפעמים פרט מסויים חסר בחוזה לא משום שהצדדים לא נתנו דעתם עליו אלא משום שהצדדים רצו להחסיר אותו. במקרה כזה, השלמה של פרט זה היא לא השלמה- אלא התערבות בחוזה.

**השלמה אפשרית רק כאשר הצדדים לא חשבו על פרט מסויים ומדובר בחסר אמיתי** והצדדים לא הביעו לגביו עמדה (שהוא מהותי והם רוצים לקבוע אותו), בהנחה שזהו פרט שאינו שייך לליבת החוזה.

* אם יסתבר שהצדדים לא מעוניינים בהשלמה נורמטיבית של פרט חסר והם רוצים להשלים אותו בעצמם החוזה לא יושלם ע"י ביהמ"ש.

בפס"ד עדני שופטי הרוב חושבים כי המסמך שהיה אמור להיות מצורף ובו פירוט התשלומים שמעולם לא התגבש אינו ניתן להשלמה, כך גם לגבי ההסכם (להבדיל מזיכרון הדברים) שהיה אמור להשתכלל וזה מעולם לא קרה. מבחינתם סעיף זה היה קריטי והם לא רצו שיהיה חוזה ללא פרט זה.

בפס"ד דור אנרגיה מסתבר כי היה פרט מסויים שהצדדים הסכימו להסכים עליו בהמשך – רשימת הציוד ולכן כאן ניתן להתערב ולבצע השלמה. במקרה הזה ברור לביהמ"ש כי פרט זה הוא פרט שולי.

**מנגנוני ההשלמה הנורמטיביים של חסר בחוזה**

איך ביה"מ מחליט איזה מנגנון להפעיל?

זה לא אקראי למרות שכך נראה הדבר. יש סדרי העדפות במנגנונים. ככל המנגנון קרוב יותר לרצון הקונקרטי של הצדדים בזמן כריתת החוזה כך הוא ימצא בדרגת עדיפות גבוהה יותר.

**המנגנונים הם (מסודרים לפי סדר חשיבות במטרה להלום את רצון הצדדים ככל שניתן):**

1. **מנגנון השלמה הסכמי:** לא תמיד נמצא אותו בחוזים (משום שהצדדים בד"כ לא מתוחכמים דיים, צריך ניסיון רב כדי להכניס מנגנון כזה) אבל אם הוא נמצא בחוזה וניתן להשלים באמצעותו את הפרט החסר, אזי הוא העדיף ביותר. למשל:

בכריתת חוזה לבניית בניין החוזה מפורט ביותר, שני הצדדים יודעים כי יכול להיות שבעתיד יתעוררו נושאים שלא הוסדרו בחוזה, אז הם מכניסים בחוזה סעיף הקובע כי אם בעתיד הם יתקלו בחוסר במפרט הטכני, הפרט הזה יושלם בדרך מסויימת (והדרך מצויינת בחוזה)- זהו מנגנון ההשלמה ההסכמי.

**מנגנון זה משקף רצון קונקרטי של הצדדים** (לא בקשר לפרט החסר- כי אותו הם לא צפו, אבל בקשר לדרך בה רצו להשלים את החסר).

1. **מנגנון "עיקרון הביצוע האופטימלי" (לא מופיע בסעיף 26 אלא מקורו בפסיקה)**. למשל:

ניהלתי משא ומתן עם חברה קבלנית לקנות דירה, הבעיה שלא ציינו איזה מספר דירה התכוונו ויש 2 דירות זהות. אם הצד שמעוניין בקיום החוזה מוכן לוותר לצד השני עד קצה טווח האפשרויות (לבחור איזו דירה שהוא רוצה) בא העניין על פתרונו ומשלימים את החוזה באופן קונקרטי התואם את רצון הצדדים (אנו בעצם משחזרים את אותו המצב של רגע החתימה על החוזה בזה שצד אחד מוותר לצד השני ומביא אותו לנקודה בה הרצון של אחד הצדדים הוא המשלים את החסר). בעצם ניתן לומר שרצון אחד הצדדים הוא שמשלים את החסר – וזאת כמובן כשיש מספר אפשרויות מוגבל לבחירת ההשלמה).

1. **"נוהג" הקבוע בחוק החוזים סעיף 26:**"פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים"
2. "נוהג בין הצדדים"- חייבים להניח כי היו חוזים דומים בין הצדדים בעבר, אחרת לא היה נוהג. כמה חוזים דומים צריכים להיות כדי שייווצר נוהג? לא ידוע. זה תלוי בסוג החוזים ובתכיפותם. אין כללים מוגדרים. צריך שתהיה איזושהי פרקטיקה שחוזרת על עצמה מספיק פעמים כדי שיהיה נוהג.

כשמשלימים פרט חסר באמצעות נוהג, **אנו לא משלימים בהתאם לרצון הקונקרטי של הצדדים אלא מדובר על הסתברות** שגדלה ככל שהיא משקפת באופן הטוב ביותר את הנוהג בין הצדדים (אומנם לא במקרה הזה אלא במקרים קודמים בתקווה שהפעם הרצון זהה).

1. "נוהג בחוזים מאותו סוג"- במקרים בהם אין נוהג בין הצדדים, במידה ויש נוהג מסויים בו רוב השוק בתחום כזה או אחר הולך על פיו, אז ניתן להשלים ע"פ הנהוג בתחום. **זהו סיכוי הסתברותי שהנוהג יתאים גם לצדדים בחוזה המדובר.**
2. **"הוראות השלמה המצויות בחקיקה"**: יש המון חוקים שעוסקים בחוזים ובכולם יש הוראות השלמה שונות ומגוונות. יש חקיקה שהיא דיספוזיטיבית ויש קוגנטית. הכוונה במקרה זה היא חקיקה דיספוזיטיבית. הוראות בחקיקה קוגנטית הן לא במישור של השלמת תוכן אלא התערבות בתוכן. כשאנו מדברים על השלמה וחוסר אנו מדברים על הוראות דיספוזיטיביות- שניתן להתנות עליהן. המטרה של הוראות חוק דיספוזיטיביות נועדו כדי לחסוך חסר בחוזה. כשנקבעת הוראה בחוק כללי היא יכולה הרבה פחות לקלוע לכוונה המשוערת של הצדדים. כשנקבעת הוראה בחוזה קונקרטי- מכר לדוגמא יש מאפיינים דומים יותר ואפשר לכוון יותר לרצון המשוער של הצדדים. מכיוון שאנו מעדיפים מנגנון השלמה ככל שהוא דומה לרצון של הצדדים נעדיף הוראה בחוק **ספציפי** מאשר בחוק **כללי.** בד"כ נמצא או בכללי או בספציפי ולא תהיה כפילות אלא אם היא תהיה חופפת. **עלולים להיות מקרים שהוראות בכללי ובספציפי יביאו תוצאות שונות ואז נלך לפי החוק הספציפי.**

לדוגמא:

אם אני מייבא מוצרי חשמל ומספק לחנויות ולא נכנס לחוזה סעיף ההובלה אז נלך להוראת חוק- הוראת חוק ספציפית חוק המכר סעיף 10 יתן לנו תשובה- "המסירה תהיה במקום עסקו של המוכר"- כלומר במחסן של היבואן (הובלה ע"ח בעל החנות). אם הייתי פונה לדין הכללי הייתי רואה בחוק החוזים חלק כללי- סעיף 44 "חיוב שלא יוסכם במקום מסירתו. מסירתו תהיה במקום עסקו של הנושה". בחוזה מכר **שניהם הנושים** **ושניהם החייבים** והשאלה היא באיזה חיוב. בחוזה רגיל יש חיובים שהם כלפי שני הצדדים. כל צד הוא חייב ונושה. בחוזה מכר הקונה חייב בתשלום והמוכר הוא נושה בתשלום. לעומת זאת בחיוב לספק את הממכר המוכר חייב בו והנושה מקבל אותו. אנו עוסקים בחיוב אספקת המוצר- אם כן, הנושה הוא הקונה. במילים אחרות- **יש ללכת לפי החוק הספציפי כי הוא ברור יותר בנוגע לעניין.**

**חזרה לעניין תוקף החוזה- מסוימות**

כאמור, במהלך השנים האחרונות חל ריכוך בדרישה למסויימות.

עד אמצע שנות ה70 הייתה דרישה לרמת פירוט יחסית גבוהה. לדוגמא: בעסקאות מכר בעבר דרשו בין היתר שיהיה מוסכם גם על חלוקת הוצאת ומיסים בין הצדדים והיום אין צורך.

* את הגישה **העדכנית** בנושא המסויימות ניתן למצוא בפס"ד רבינאי נ' מן שקד. אם ניקח את אותה הסיטואציה עשר שנים קודם לכן, התוצאה הייתה הפוכה.

**המאפיינים של הגישה העדכנית:**

1. עיקר תשומת הלב של ביהמ"ש מוקדש לשאלה האם הייתה או לא העדה על גמירת דעת- נובע מהתפיסה של חשיבות עיקרון חופש החוזים. אם הצדדים רצו לכרות חוזה אז לא נאפשר בקלות למישהו מהצדדים לחמוק מהחוזה בטענות שהן לכאורה יותר פורמאליות.
2. בדיקת שאלת המסויימות- קיים יחס הפוך בין המסויימות לגמירת הדעת. ככל שההעדה על גמירת הדעת גבוהה יותר כך הדרישה למסויימות נמוכה יותר וההיפך.

## ג. הצעה וקיבול

* סעיפים 1 - 11, ו - 60 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* **נוה-עם נ' יעקובסון**
* **יצחק תשובה ואח' נ' בר נתן**

**הצעה**: **סעיף 2 לחוק החוזים-**

**2. הצעה**

פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפנייה יכול שתהיה לציבור.

* **פניה לציבור למשל בהודעת מכירת דירה לא תחשב הצעה כיוון שהמציע שומר לעצמו את הזכות לבחור עם מי להיקשר בחוזה על בסיס אינטרסים. סיטואציה כזו תיחשב הצעה רק אם המטרה היא להיקשר בחוזה עם האדם הראשון שיבצע קיבול.**

**בשאלה האם מודעה ביד 2 למשל היא הצעה, התשובה תהיה אולי. תלוי בניסוח.**

**כדי שתהיה הצעה צריכים להתקיים 3 תנאים:**

1. פנייה של אדם לחברו.
2. החצנה של הרצון (אינטרקציה לפחות בין 2 צדדים).

הפנייה צריכה להעיד על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה- בהצעה צריכים להיות סימנים שמעידים על כך שהמציע החליט בלבו פנימה להיות קשור עם הניצע בקשר חוזי מחייב מבחינה משפטית על כל המשמעויות הנובעות מכך.

1. הצעה מסויימת- ההצעה צריכה להיות מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה. כלומר- אם הצד השני אומר אני מסכים, כולנו נבין למה הוא מסכים.

מה קורה אם פנייה של אדם לחברו לוקה בחסר באחד היסודות הנ"ל?

**מבחינה משפטית- אין הצעה**. פנייה היא הצעה רק אם היא כוללת את היסודות הנ"ל.

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

לפעמים יש פניות להציע הצעות. 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.

**עד מתי מציע יכול לחזור בו מהצעתו**?

בקיצוניות:

1. המציע לא יכול לחזור- מנוגד לרעיון חופש החוזים.
2. המציע יכול לחזור בו תמיד- פוגע בהסתמכות של הצד השני בחוזה.

**האפשרויות הללו לא הגיוניות ולכן אנו מחפשים את נקודת האיזון בין חופש החוזים של המציע לבין האינטרס ההסתמכות של הצד השני-**היכן עובר הקו הזה?

מובן מאליו כי כל עוד ההצעה לא נמסרה לניצע- המציע יכול לחזור בו.

**לפי סעיף 3(א)**

" המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול."

**נקודת המוצא לפי החוק** היא לפני שנתן הניצע הודעת קיבול. לניצע כבר יש אינטרס מסויים משום שהוא מודע להצעה אך עד שלא "שלח" את הודעת הקיבול – יכול המציע לחזור בו. כל אותו פרק זמן שבו הניצע שוקל את ההצעה עליו לדעת שהוא על כרעי תרנגולת ושכל רגע המציע יכול לבטל.

**חריג**- אחת המשמעויות של תום הלב (סעיף 12) היא שבמצבים מסוימים צד לא יכול לחזור בו מהמשא ומתן וחובת תום הלב תמנע מצד לפרוש מהמו"מ. מתי? אם היה מו"מ ממושך רציני שהצדדים השקיעו בו משאבים / ויתרו על הזדמנויות אחרות והמו"מ קרוב לסיומו המוצלח ואחד הצדדים רוצה לפרוש, עליו להציג סיבה עניינית (למשל שינוי שחל במצבו הכלכלי) ואם יפרוש בלי סיבה הגיונית- או שיטילו עליו פיצויים או שיקבעו כי פרישתו לא נחשבת וכאילו החוזה מוגמר.

**יש לשים לב כי לא תמיד דווקא הצעה וקיבול הם השלבים המכריעים, אלא הם השלבים הסופיים ושלב המו"מ לא פחות חשוב ומשמעותי מהשלב הסופי.**

* בפרק של צורת החוזה – 4 סעיפי חוק, פס"ד גרוסמן נגד בידרמן, נוה עם נג יעקובסון חברה קדישא נ דוד לוי ויצחק תשובה נגד בר נתן

**הרצאה מספר 7 - 5.11.2013**

השיעור נפתח **בשאלה** עד מתי יכול מציע לחזור בו מהצעתו?

**התשובה** היא עד הרגע בו נתן (כלשון החוק) הניצע את הודעת הקיבול.

**סעיף 3 (ב) עוסק בהצעה בלתי חוזרת**

(ב) קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע.

בהצעה בלתי חוזרת התשובה לשאלת הפתיחה תהיה עד לרגע בו קיבל הניצע את ההצעה (ללא התקופה שבה הניצע שוקל את צעדיו).

**המקרים בהם ההצעה היא בלתי חוזרת:**

1. קבע המציע כי ההצעה ללא חזרה.
2. אם קבע לה מועד.

**בהצעה בלתי חוזרת לא רשאי המציע לחזור בו מהרגע שההצעה הגיע לידיו של הניצע.**

ההבדל בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת הוא פרק הזמן שבין קבלת הניצע את ההצעה לבין שליחת הודעת הקיבול. בחוזה רגיל הניצע שוקל את ההצעה בחשש שבכל רגע עלולה ההצעה להתבטל ואילו בהצעה בלתי חוזרת הוא יכול לשקול אותה בנחת.

למה שאדם בכלל יציע הצעה שלא ניתן לחזור ממנה? זה בעצם אותו הדבר כמו הצעה שיש לה תוקף (רק פה מופעל התוקף הסביר משום שהוא לא צויין) וזה תלוי בנוהג בתחום. (למשל אם נהוג שסוחרים מציעים הצעות ומפרסמים כי זה המחירון שלהם עד לחודש אפריל).

למה אם קבענו מועד להצעה היא הופכת להיות בלתי חוזרת? כיוון שהניצע מסתמך על פרק הזמן שיש לו בכדי לשקול את ההצעה. (ניתן לקבוע מועד ולסייג את זה בסעיף הקובע שלמציע יש זכאות לביטול ההצעה בכל זמן נתון – כך תתקבל **הצעה רגילה עם תוקף**).

מה יקרה במצב בו המציע רוצה לחזור בו מהצעתו כשהוא כבר לא יכול כי הניצע מודע לה?

1. אין לו את הרשות / הזכות לעשות זאת- אם הוא חזר בו הוא הפר נורמה ותהיה נגדו סנקציה.
2. אין לו את הכוח לעשות זאת- מתעלמים ממנו והיא עומדת בתוקף.

נניח והמציע חוזר בו מההצעה כשהוא כבר לא יכול. האם יש לזה תוקף והוא פשוט יישא בתרופות לכך או שבכלל **אין לו את הזכות המשפטית לעשות זאת**?

בעיסוק שלנו בחוזים **רק האפשרות השנייה היא האפשרות הקיימת**. ניתן לראות זאת בפס"ד נוה עם נ' יעקובסון שבו זו הייתה השאלה. ההצעה הייתה בתוקף עד תאריך מסויים וחברת נוה עם יום לפני התאריך ניסתה לבטל את ההצעה וביהמ"ש קבע כי אין לחברה את הכוח לעשות זאת וברגע שההצעה היא בלתי חוזרת והיא בתוקף עד תאריך מסויים אז ניתן לקבלה עד התאריך הזה.

**אין למציע את הכוח לבטל את ההצעה אחרי נקודת האל חזור**. בהצעה בלתי חוזרת- מרגע שהניצע מודע להצעה ובהצעה רגילה- מרגע שנשלחה הודעת הקיבול.

**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.

**סעיף 4: מלמד אותנו על מצבים בהם ההצעה פוקעת:**

**4. פקיעת ההצעה**

ההצעה פוקעת -

(1) כשדחה אותה הניצע או עבר המועד לקיבולה;

(2) כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול.

**אם כך מתי ההצעה פוקעת?**

1. כאשר המציע חוזר בו במועד.
2. **"**ההצעה פוקעת כשדחה אותה הניצע או כשחלף המועד לקיבולה" - (**גלברד מוסיף** – לפי המוקדם מבין השניים) בחלוף המועד שנקבע בה, או באין מועד- תוך זמן סביר (הצעה לא יכולה להיות לנצח).

עניין זה עולה בפס"ד נוה עם נגד יעקובסון משום שיומיים לפני סיום התוקף בחוזה ניסה יעקובסון לשנות תנאי בחוזה **(דבר שביהמ"ש הגדיר כגישוש)** ומשלא הצליח טען כי אין לו כסף קם והלך. השאלה היא האם התנהגותו היא בגדר דחיית ההצעה ואז החברה תוכל להגיד כי ההצעה פקעה? ביהמ"ש קבע כי לא זאת למרות שאנו יודעים כי הודעת דחייה לא חייבת להיות באופן פורמאלי אך היא צריכה להיות באופן מפורש. התנהגותו של יעקבסון משתמעת לשני צדדים וכאן יש הבדל בין הצעה רגילה לבלתי חוזרת.

**בהצעה רגילה**- ברגע שהניצע קיבל את ההצעה אין לו דבר ביד חוץ מתקווה שלא תגיע הודעת ביטול והוא יוכל לממש את החוזה, אין לו שום זכות לקבל את החוזה משום שבכל רגע יכולה להגיע הודעת ביטול. במקרה של יעקובסון – אם זו הייתה הצעה רגילה- לחברה היתה יכולת לפרש את התנהגותו כדחייה ולבטל את ההצעה כי בעצם היא יכולה בכל רגע לבטל את ההצעה גם אם זו לא דחייה. בהצעה רגילה הודעת הדחייה לא חייבת להיות מפורשת או לא כלפי הצד המציע.

**בהצעה בלתי חוזרת**- יש לניצע זכות יקרה והיא לשקול את ההצעה מבלי חשש לביטולה ויש פה בעצם כבילת המציע. לניצע יש ביד אפשרות למימוש החוזה. ההנחה שלנו היא שאנשים לא מוותרים בקלות על הזכות הזו ולכן **הודעת הדחייה שלהם צריכה להיות מפורשת ביותר** (לא בוער לו לדחות את ההצעה כל עוד לא פג תוקפה- אולי מחר יעקובסון יזכה בלוטו ויוכל לרכוש את הדירה). לכן ביהמ"ש הכריע את הכף לטובת יעקובסון.

1. ההצעה תפקע במועד התאריך שהוצב.
2. "כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול"-**לפי סעיף קטן 2**.

כשמת המציע או הניצע (גם מוות משפטי כמו פושט רגל) או נהיה אחד מהם פסול דין.

אם הצד עוד לא נתן הודעת קיבול ההצעה פוקעת- **אם הוא נתן הודעת קיבול ההצעה תקפה**.

סעיף זה לא מבחין בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת.

* בהצעת חוק דיני ממונות המונחת על שולחן הכנסת- בעניין פקיעת הצעה כתוצאה ממוות פיזי או משפטי עשו שינוי והתאימו את זה לנקודות האל חזור של המציע. כלומר- בהצעה רגילה תפקע אם מוות אחד הצדדים התרחש לפני הודעת הקיבול. בהצעה בלתי חוזרת- רק אם המוות התרחש לפני מסירת ההצעה לניצע. ז"א בהצעה בלתי חוזרת הניצע לא יצטרך לחשוש גם לא ממוות הצד המציע.

**מול יסודות ההצעה ישנם היסודות המגבילים של הקיבול**

**קיבול: סעיף 5 בחוק החוזים**-

**5. קיבול**

הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע והמעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה.

**יסודות הכרחיים להגדרת הקיבול:**

1. הודעה- בקיבול לעומת הפנייה בהצעה, יש צורך בהודעת הניצע.
2. להעיד על גמירת הדעת- הודעת הניצע צריכה להעיד על גמירת דעתו של הניצע להתקשר בחוזה של המציע.
3. הקיבול צריך להיות לפי ההצעה- צריך לחפוף באופו מדוייק את ההצעה (אם יש בו שינוי ולו הקטן ביותר הוא לא קיבול אלא הצעה חדשה).

* הקיבול תקף ומשתכלל לכדי חוזה רק כאשר הודעת הניצע הגיעה אל המציע.

**כל שיטת משפט יוצרת את הרכיבים שמגדירים מתי יש חוזה ומתי אין חוזה.** במשפט האנגלי למשל בשביל חוזה תקף צריך תמורה. חוזה מתנה לא מופיע במשפט האנגלי כיוון שאין לו תמורה. (אם אביא למישהו מכונית תמורת שקל ואגיד שזה חוזה- אין שם תוקף לחוזה- זוהי מתנה).

לעיקרון חופש החוזים יש 2 משמעויות עיקריות:

1. החופש להתקשר בחוזה או לא להתקשר בחוזה- משמעות זו של חופש החוזים שהיא במישור החוקתי כך מקובל לומר משקף את הצורך "להעיד על גמירת דעת".
2. החופש לעצב את תוכן החוזה בהתאם לרצון הצדדים- פן זה של חופש החוזים מגולם בדרישה של "הצעה מסויימת".

**קיבול באמצעות הודעה**

**כיצד נעשה הקיבול**? באמצעות הודעה.

האם ההודעה היא בכתב? לפי **סעיף 60(א)**היא צריכה להינתן ע"י דרך סבירה בנסיבות העניין.

הקיבול מושלם במסירת ההודעה למציע. רגע זה הוא רגע חשוב כיוון שהוא:

1. קובע את נקודת האל חזור במידה וההצעה היא איננה הצעה בלתי חוזרת.
2. קובע את תוקף ההצעה במקרה של מוות ושל הצעה בלתי חוזרת.

* **בנקודת הזמן בה הקיבול הושלם (כשהודעת הקבלה הגיע למציע), ההצעה הופכת מהצעה לחוזה מחייב.**

**סעיף 6: דרכי קיבול נוספות:**

**6. קיבול דרך התנהגות**

(א) הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה; ולענין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול.

(ב) קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף.

**רישא לסעיף 6 (א)**: **הקיבול לא חייב להיות בהודעה אלא הוא יכול להיות באמצעות התנהגות.**

מתי? אם דרכים אלו של קיבול משתמעות מההצעה (למשל תשלום).

אם המציע קובע את דרך הקיבול והיא שונה מהודעה (למשל באמצעות מעשה או התנהגות אחרת) אז אי אפשר לבצע קיבול באמצעות הודעה.

* המציע הוא שליט ההצעה וזכותו לקבוע את דרך הקיבול זאת תחת עיקרון חופש החוזים. עניין זה מוגבל- אם המציע קובע דרך קיבול שהיא לא חוקית – כמובן שזה לא תקף.

פעמים רבות בהצעה שמופנית לציבור (כמו מודעה להשבת כלב שאבד למשל) דרך הקיבול בהן היא קיבול בהתנהגות (השבת הכלב).

**המשך סעיף 6 (א):** "ולענין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול".

לפי סעיף זה נקודת שליחת הודעת הקיבול מקבילה לנקודת ההתנהגות (בקבלה בדרך זו).

**כאשר הקבלה היא בהתנהגות- מתי חלה נקודת האל חזור**?

**אם ההתנהגות או המעשה הם נקודתיים** בזמן אז העניין פשוט– נקודת הזמן של ההתנהגות היא נקודת האל חזור של המציע בהצעה רגילה וקובעת אם ההצעה תפקע בהצעה בלתי חוזרת.

**אם ההתנהגות אינה נקודתית** נשאל האם נקודת הזמן הזו היא תחילת ההתנהגות או סופה?

לפי התחושה האינטואיטיבית נראה כי תחילת ההתנהגות היא רגע הקבלה וכריתת החוזה, אבל זה תלוי בנסיבות.

לדוגמא: אדם פרסם בעיתון הצעת פרס של 5000 ₪ למוצא את הכלב שלו. פלוני ראה את המודעה. עברו שבועיים ומפרסם המודעה החליט כי הוא לא רוצה למצוא את הכלב אז הוא מפרסם מודעה שהוא מבטל את ההודעה הקודמת. פלוני מתקשר ואומר כי אי אפשר לבטל את ההודעה כי הוא כבר החל לחפש את הכלב. המציע לא התכוון כי אדם יפסיק את עבודתו וייצא לחפש את כלבו. במקרים כאלה ניתן להסתמך על עקרון התום לב במו"מ שיכול לקבוע לפעמים את נקודת האל חזור.

* ניתן ללמוד מדוגמא זו שהגושפנקא לכריתת החוזה היא סוף ההתנהגות ולא תחילתה.

דוגמא נוספת: מישהו מפרסם מודעה בעיתון שהוא רוצה לתרום חלק מהונו ושמע שהשנה יש זן חדש של שפעת חתולים הוא מבטיח פרס של 10 מיליון ₪ למוצא תרופה לשפעת חתולים. לפיכך, חוקרים רציניים פינו את מעבדתם ותקציבי המחקר שלהם לחקר זה. כעבור זמן מחליט העשיר כי שפעת החתולים כבר לא מעניינת והוא מבטל את ההצעה.

ניתן לראות כי האמירה הפשטנית של סעיף 6 (א) שקובעת כי דין ההתנהגות כדין קיבול, נכונה למקרים מסויימים (של התנהגות נקודתית) אך **במקרים בהם ההתנהגות נמשכת צריך להפעיל שכל ישר** (כאמור, גם תום הלב משחק כאן תפקיד).

**סעיף 6(ב) קובע כי:** "קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף".

מה יקרה אם המציע יקבע שהקיבול הוא בשתיקה?

אם הניצע לא קיבל את ההצעה, האם זה נחשב לקבלה? לא- אין לזה תוקף.

יצויין כי סעיף 6(ב) **לא** **קובע** שלעולם לא תיחשב שתיקה כקיבול - לקביעה חד צדדית כזו אין תוקף אבל **אם הצדדים הסכימו שניהם ששתיקה תיחשב כקיבול – השתיקה תתקבל**.

סעיף 6(ב) הוא דיספוזיטיבי והוא ניתן להתנייה. לעיתים גם אם הסכמה זו אינה מפורשת, היא יכולה להשתמע מההקשר ביניהם למשל אם יש מו"מ ארוך ומייגע בין הצדדים, ואז אחד מהם שותק – כלומר הוא מסכים, אין לו מה להוסיף עליו.

דוגמא: ראובן ושמעון הם חברים ותיקים. לראובן יש מכונית ושמעון מכיר אותה. ראובן שולח במייל לשמעון הצעה לקניית המכונית תמורת סכום, ואומר כי הוא הזמין מכונית חדשה שתגיע ב1 לדצמבר ואם הוא לא שומע ממנו עד אז משמע שהוא הסכים והתנאי להעברה הוא תשלום ב1 לדצמבר. ב1 לדצמבר מתייצב שמעון עם צ'ק ודורש את המכונית- ראובן אומר שאתמול בלילה מישהו קנה את המכונית. "אבל יש חוזה" טוען שמעון. ראובן עונה כי לפי סעיף 6(ב) אין תוקף לדרך הקיבול שהציע. האם היה חוזה או לא?

נימוקים לכך שאכן נכרת חוזה בין השניים:

1. שני הצדדים הסכימו לכך שהקיבול יהיה בשתיקה (המציע כי הוא קבע זאת והניצע כי הוא שתק ועכשיו הוא מביא את הכסף).
2. חוסר בתום לב.

**מטרת סעיף 6(ב) היא להגן על הניצע ולא על המציע והוא תרופה בפיו של הניצע ולא של המציע**.

**סעיף 7**: "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע (אין שום חבות לניצע, כמו מתנה), חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה."

סעיף זה עוסק בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע.

השאלה האם סעיף זה עוסק במתנה היא שאלה לגביה ישנן התחבטויות רבות בספרות המשפטית.

חוק המתנה קובע כי ישנם מצבים בהם גם אחרי שהחוזה נכרת, המציע יכול לחזור בו. לכן, יכול להיות שמדובר בהצעה ש"אין עליה אלא כדי לזכות".

בחוק המתנה ישנה הנחה כי למציע יש רצון להיטיב עם מקבל המתנה ולכן החוק יותר סבלני.

"הצעה שאין בה אלא כדי להיטיב" – יכול להיות שלנגד עיני המציע יש אינטרס אגואיסטי- כלומר המציע חושב על עצמו.

נדגים: חברת ביטוח שרוצה לפרסם את עצמה מציעה חודש ביטוח בחינם. לפי סעיף 7- אין צורך שהניצע יודיע על הסכמה וזאת משני שיקולים:

1. זה לא עולה כלום לניצע.
2. מההנחה שכל אדם יסכים לכך.

לכן, יש חזקת קיבול על הצעה שאין בה אלא כדי לזכות.

**מתי נכרת חוזה מחייב בהצעה שקיבולה הוא בשתיקה?**

1. החוזה יכרת זמן סביר אחרי שההצעה מגיעה מהניצע משום שהחוק קובע כי תוך זמן סביר הניצע יכול להודיע שהוא לא מעוניין.
2. מיד. זהו חוזה "על תנאי מפסיק" שאומר כי החוזה נכרת מיד אך יש תנאי שיכול להפסיק אותו- הודעת מהניצע שהוא לא מעוניין.

**עד מתי יכול המציע לחזור בו מההצעה?**

ההבדל בין הצעה רגילה להצעה שאין בה אלא כדי לזכות הוא רק התוספת להצעה הרגילה. **בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות נקודת האל חזור היא ברגע בו הגיעה ההצעה לניצע בדיוק כמו בהצעה בלתי חוזרת**.

**סעיף 8 עוסק במועד הקיבול**

**סעיף 8(א) :**אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר.

**סעיף 9** : **קיבול לאחר פקיעה**

קיבול של הצעה לאחר שפקעה, כמוהו כהצעה חדשה - למעשה הניצע הופך למציע.

**סעיף 9 הוא מקרה פרטי של סעיף 11**

**11. קיבול תוך שינוי**

קיבול שיש בו תוספת, הגבלה או שינוי אחר לעומת ההצעה, כמוהו כהצעה חדשה.

במקרה של שינוי תנאי ההצעה- שהניצע משנה- אין פה קיבול אלא הצעה חדשה. הדבר נכון כאמור גם לגבי סעיף 9 שקובע שאם יש קיבול להצעה לאחר שפקעה זוהי הצעה חדשה.

* לקרוא סעיף 10 וסעיף 8 ב' ותשובה נגד בר נתן, לחשוב תו"כ הקריאה מה היה קורה אם הסכם השיתוף בין הצדדים היה קובע שכל הודעה מכל סוג צריכה להינתן בדואר רשום לקרוא גם את קלמר נגד גיא ולילי שם טוב נגד כדורי פרץ

**הרצאה מספר 8 - 7.11.2013 עם המתרגל אפי צמח (025881884)**

תורת החוזים היא תורה שהדגישה את הרצון החופשי של הצדדים. דבר זה לא טריוויאלי ובמקומות אחרים כמו בCommon Law לא כך היה הדבר. דיני החוזים הם מכשיר שנותן תוקף להבטחות, עקב היותן שיקוף נאמן של רצון הצדדים תפיסה זו מתבטאת בכל הדוקטרינה החוזית. כשבית משפט אוכף חוזה הוא נותן תוקף לרצונם (המקורי) של הצדדים. עם זאת לא תמיד כך הדבר, קיימות סיטואציות שבהן חוזים לא באמת נכרתים מתוך רצון חופשי אידיאלי. ניתן לראות למשל בסעיפים כפייה ועושק.

כשאדם נכנס לבנק לחתום על חוזה משכנתא – עד כמה זה באמת נובע מרצונו החופשי?

וודאי שהוא לא מעוניין במשכנתא, הוא עושה זאת כי הוא חייב. חוזה המשכנתא הוא חוזה אחיד – כל צדדיו נוסחו על ידי צד אחד (הבנק) וכל מה שנותר לצד האחר זה לחתום.

חוזה משכנתא הוא חוזה אכיף, הוא משקף את אינטרס הצדדים גם אם לא בהכרח מרצון וקיימת מידה מסויימת של חופש התקשרות אך לא במובן האידיאלי של חופש הרצון.

**ניכנס לפרק ב' לחוק החוזים – ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו**

# 4. פגמים בכריתת חוזה (שינוי בסדר הסילבוס)

מבחן הכוונה -> כריתה -> פגמים??

**כמו ששער הכריתה בוחן את מבחן הכוונה, כך שער הפגמים בוחן את מבחן הכריתה.**

לכשנכנסו לפרק ב', השאלה היא לא האם נכרת חוזה או לא וההנחה המקדמית היא שאכן נכרת חוזה תקף על פי מבחני הכריתה. לעומת זאת, **ייתכן שדבק פגם מסויים בהליך כריתתו**.

הסיטואציה: שני צדדים, צד א' מעוניין בקיומו של חוזה וצד ב' טוען שהוא פגום, צד ב' רוצה לבטל את החוזה לנוכח הטענה שמסיבה זו או אחרת נפגם רצונו החופשי במסגרת הליך ההתקשרות.

* אכן פגמים בכריתה מקנים זכות ביטול אבל לא תמיד נסיבות שהתרחשו לפני הכריתה כמו מצג שווא (הטעיה) מחייבות ביטול חוזה. לעיתים נסיבות טרום חוזיות שעולות כדי מצג שווא רשלני לאו דווקא יוליכו לביטול החוזה. נשאלת השאלה אם כך, באיזו עילה משפטית אנו משתמשים?

צד יכול להגיד שהוא טוען לסעיף אחר לחלוטין מ14 ו15 טעות והטעיה – ויכול לפנות למשל **לסעיף 12 חובת קיום בתום לב**: מכוח סעיף זה יכול ביהמ"ש לפסוק פיצויים וסנקציות במקום ביטול החוזה.

ניתן גם לטעון להפרת חוזה- צד הטעה צד אחר והציג בפניו מצג. מצג זה כמוהו כהתחייבות שלו כלפיו וזה מצטרף ליתר ההתחייבויות שלו במסגרת החוזה. לו מצג זה שקרי – הוא הפר חוזה ואם כך אין צורך בסעיף 12, 14 ו15 **אלא פונים לחוק תרופות בשל הפרת חוזה 1970.**

יש לציין כי לא כל הפגמים בחוזה מכוונים לצד "רשע". הצד האחר שרוצה לקיים את החוזה אינו "רשע" בהכרח. אם חוזה נכרת מתוך רצון חופשי והיתה גמירת דעת כביכול וצד טוען שהוא לא באמת רצה לחתום על החוזה – אזי לא באמת היה חוזה. התשובה לכך היא שעל דיני הכריתה חולש המבחן האובייקטיבי של האדם הסביר לפיו קובעים את טיבה של פעולה לפי ההשתקפות החיצונית שלה ולא לפי כוונות נסתרות של הלב. כשביהמ"ש נדרש לדעת **האם היתה גמירת דעת** "הוא לא בוחן כליות ולב". **המבחן לשלב הכריתה הוא אובייקטיבי והמבחן לפגמים הוא סובייקטיבי – נבדק הלך רוחו של המתקשר בחוזה – מה היה מצבו, מה הוא הרגיש, מה הוא ידע וכולי.**

* כשעוסקים בפגמים בחוזה יש להניח באופן כללי כי הרצון לכריתת החוזה קיים. אנו נמצאים למעשה על ציר בין המצב האידיאלי לחוזה ולבין היעדר רצון מוחלט. פה ביהמ"ש מפעיל שיקול דעת וקובע היכן לדעתו עומד החוזה הרלוונטי שנכרת וכך קובע כיצד לפסוק.

קיימים גם שיקולי מדיניות לפיהם ביהמ"ש לא רוצה לבטל חוזה כל אימת שמישהו טוען שהוא היה פגום רצון, זאת מתוך הכוונה לוודאות חוזית בסיסית במשק. אי אפשר שתהיה תחושה שחוזה הוא מן יצור רעוע שאין שום רצינות ומחויבות לגביו. **יש ערך לוודאות החוזית.**

**שיקול אחר** הוא פחות מערכתי ונוגע **לצדדים לחוזה**. קיים הצד 'האחר' שאינו בהכרח 'רשע'. קיימות סיטואציות בהן צד חותם על חוזה עם רעהו, אינו מודע למשהו מהותי ומרכזי והצד הראשון לא יודע שצד ב' לא יודע וכך נחתם מבחינתו חוזה לגיטימי ללא פגמים.

יחד עם זאת, קיימים בהחלט שיקולים לפיהם על אף כל שיקולי הנגד שמנינו יש טעם וצורך לבטל את החוזה. שיקולים כאלה הם למשל במקרה שצד אחד אחראי במעשיו לכך שהצד השני פגום רצון. הוא הטעה, שיקר וכפה ובעצם גרם לכך שהצד השני פגום רצון.

במקרה כזה – ברור שהשיטה לא תסבול כזה חוסר יושר לפיו חוטא יצא נשכר.

שיקול שני – לו נסתכל על הרצון כתכלית המרכזית של דיני החוזים ולו ניקח אמירה זו ברצינות אכן עלינו לבדוק האם היה רצון.

**סעיפי החוק העוסקים בפגמים**

## א. סעיף 15 – עילת ההטעיה

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.

**התקיים חוזה -> טעות אופרטיבית -> הטעיה -> קשר סיבתי**

* טעות אופרטיבית היא טעות + סייג.
* הטעיה יכולה להיות במעשה או במחדל.

אנחנו מדברים על מודל ההטעיה –הוא החמור ביותר ולפיו קיימת מעורבות אקטיבית של הצד השני בפגם הרצון. לא זו בלבד שנכרת חוזה מתוך טעות אלא שהצד האחר גרם לטעות. עקב כך, ידרשו דרישות פחות מחמירות לצד שרוצה להשתחרר מהחוזה [לעומת סעיף 14 א' בו יש צד שאמנם אינו חף לחלוטין אך יש לזכור כי אנו חיים בעולם בו "אדם לאדם – אדם". צד אחד היה קצת לא בסדר (אך הרבה יותר בסדר מסעיף 15) ו14 ב' (בו הצד לא ידע כלל על טעותו של הצד השני) אשר מקשים יותר בהתאמה עקב היותם פחות חמורים].

בגרעין סעיף זה חובה שתתקיים טעות. טעות זו זהה לסעיף 14 ו15.

* גבריאלה שלו מגדירה 'טעות' – מחשבה או אמונה שאינה תואמת את המציאות.

טעות זו יכולה להיות בהתאם להגדרת החוק – **טעות עובדתית** (פס"ד ספקטור נ צרפתי – הוא לא ידע את עובדת מצבו של המגרש) או **טעות בחוק** (מצב שבו הצדדים טועים לגבי המצב המשפטי שחל עליהם – הם עושים עסקה שביסודה אי הבנה ביחס למצב המשפטי האמיתי שחל עליהם כמו בפס"ד ארואסטי נגד קאשי.

**מהי טעות אופרטיבית**? אין הגדרה לכך בחוק אלא המחוקק מפרש מלשון החוק שמדובר בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. טעות שכזו יוצאת החוצה מ"מאגר הטעויות" שהחוק התייחס אליהן והתוצאה היא שלא תהיה עילת ביטול.

הסייג לטעות אופרטיבית אם כך הוא טעות בכדאיות העסקה – כשצד טועה טעות שנחשבת טעות בכדאיות העסקה ביהמ"ש לא יושיע אותו. סעד לא יוכל להיבנות מטענה של מקרה של טעות בכדאיות העסקה.

עד היום העמדות בעניין הכדאיות בעסקה חלוקות ואינן מגובשות. קיימות שלוש עמדות מרכזיות לגבי עניין זה ואותן נלמד-

1. השופט אשר – פס"ד ספקטור נגד צרפתי שם השופט מותח קו הבחנה שמפרש את הסייג הזה בצורה מאוד מצמצמת ומצומצמת. הוא לא רוצה שהרבה טעויות ייפלו בגדר טעויות שאינן אלא בכדאיות העסקה. הוא רוצה טעויות אופרטיביות – הוא מבדיל בין טעות שנוגעת לשווי הממכר (אדם קנה בית, חשב שהוא שווה מיליון ₪ והוא שווה חצי וטעות זו היא בכדאיות העסקה) לבין טעות שנוגעת לתכונות הממכר (אי התאמות, כמות ממכר, צבע) טעות שכזו היא טעות אופרטיבית שלא נכנסת בגדר הסייג.
2. פרופסור טדסקי – מותח ביקורת נוקבת על עמדתו של אשר ועיקרה שגם השווי הוא חלק מתכונות הממכר ולכן הוא לא בגדר טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה (הוא מדגים – אם אדם רכש נעליים וחשב שקנה 10 זוגות נעליים וקיבל רק 2 זו טעות בתכונות. לדידו מה ההבדל בין מצב זה לבין התחייבות כספית – חשב שהוא קונה משהו ששווה 100 ובפועל הוא שווה 80). טדסקי אם כך מציע ציר הבחנה כרונולוגי – טעויות שהיו מצויות בשורש העסקה שקשורות לעבר או להווה – אדם קונה היום מגרש וחושב שהוא יכול לבנות עליו 16 דירות ובפועל אפשר רק 12 דירות – זו טעות שבשורש העסקה. לעומת זאת – טעות צופה פני עתיד – אדם קונה מגרש שמותר לבנות עליו היום 12 דירות ומקווה שבעתיד יינתן אישור לבניית 16 שלא ניתן לבסוף – זו תקווה שהתנפצה ולא טעות שביסוד העסקה. כנ"ל לגבי מניות.
3. פרופסור פרידמן– מבקר באופן נחרץ את השניים לפניו– לפיו כשצד נטל סיכון לגבי התרחשותו של אירוע מסויים והאירוע התממש זו טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה (ראובן מעוניין למכור נכס ב300 אלף ₪. שמעון אומר שהוא לא משלם יותר מ250 וראובן מוכר בזה הסכום. בדיעבד מסתבר לו ששמעון שקרן ושהוא היה משלם גם 350. לפי פרידמן בקביעת המחיר וההתמקחות נצא מתוך נקודת הנחה שהצדדים נטלו סיכון וזו טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה).

לפיו זהו ציר החיתוך היחיד – מי נטל את הסיכון. הוא לא כרונולוגי וגם לא נוגע לשווי הממכר. פרידמן במאמרו אומר כי חוזה הוא מערך להקצאת סיכונים. תפקידו לנסות להסדיר פעילות עתידית, מה חל על מי, מי נושא באחריות למה וכולי. הקצאת הסיכונים יכולה להיות מפורשת או משתמעת (למשל סעיף בחוזה שקובע שהקבלן שממנו אדם קנה עכשיו דירה רשאי להתעכב בבנייה אם תפרוץ מלחמה. זהו סעיף שבו הוא הסתכן בכך שתפרוץ מלחמה). הקצאת הסיכונים יכולה להיות גם משתמעת – הצדדים לא חילקו ביניהם את הסיכונים בצורה מפורשת ולא הסדירו בדיוק מה יקרה אם תפרוץ מלחמה וכאן אנו נצטרך להסיק בדרכים שונות איך הצדדים הקצו את הסיכונים ביניהם, זאת לפי דיני פרשנות החוזה. אחת הדרכים להקצות סיכונים משתמעים בין צדדים היא מצגים טרום חוזיים – כאשר צד הציג מצג טרום חוזי מסויים הוא נטל סיכון לגביו (כשקונה מצהיר שהוא בדק את הטובין ואין לו תלונות לגביו הוא נטל סיכון).

עמדה זו אומצה ברוב פסקי הדין (למשל פס"ד ארואסטי נגד קאשי). **זהו מבחן הסיכון.**

* הצעת חוק דיני ממונות אימצה גם כן במפורש את עמדתו של פרידמן בציינה שצד לא יוכל להיבנות מטענת טעות אם הוא טעה לגבי תרחיש שהוא נטל את הסיכון לגביו.

בפס"ד ארואסטי נגד קאשי הקבלן מוכר לקונה דירה שעדיין לא קיימת וזה מבקש לרשום הערת אזהרה לטובת ביסוס זיקה לקונה בקרקע, אז פושט רגל ולא מקיים את העסקה. במצב כזה הערת האזהרה למעשה מקשרת בין הבעלים לקונה תוך דילוג על הקבלן. הקבלן רשם הערת אזהרה לקונים בהסכמת הבעלים ובחלוף הזמן הבעלים רצו להתקשר עם קבלן אחר אשר יבנה בניין ולטובת כך הבעלים פונים בהסכם פשרה לקונים לביטול הערת האזהרה והלה מסכימים. יוצאים פסקי דין חדשים אשר קובעים כי להערת אזהרה יש ערך רב מאוד ואז הקונים רצו לבטל את הסכם הפשרה.

עמדת פרידמן התקבלה כאן – כששני צדדים עושים הסכם שכזה הם לוקחים על עצמם את הסיכונים. כשהקונים במקרה זה עשו את הפשרה שלהם הם נטלו את הסיכון שבעתיד תתברר הערת אזהרה כשוות ערך ומצידם של הבעלים ייתכן ויתברר בעתיד שהערת אזהרה תתברר בהמשך כשווה כקליפת השום. התוצאה איפוא היא שביהמ"ש פירש את הסכם הפשרה כך שנעשתה כאן חלוקת סיכונים בהסכם הפשרה ודין הערעור להידחות.

**הטעיה –**

"מסר טרום חוזי כוזב" – בפשטות שקר.

זו יכולה להיעשות הכל מיני דרכים – שליח, הבעות פנים, הימנעות מעשייה וכולי. כשאנו מחפשים הטעיה אין צורך לחפש שקר אקטיבי מפורש אלא לחפש בין השיטין.

על פי החוק הטעיה יכולה להיעשות בשתי דרכים:

1. מעשה – שקר. מעשה אקטיבי שמטעה.
2. מחדל – אי גילוי, צד מטעה את רעהו במחדל כאשר מלכתחילה היתה עליו חובה לגלות משהו אבל הוא נמנע מלגלות אותו.

נשאלת השאלה – מתי קמה חובת גילוי? קיימות עמדות שונות – אדם דואג לעצמו, תמיכה בסולידריות ואלטראוסיטיות, עמדה כזו מובעת בפס"ד ספקטור נ' צרפתי לפי השופט אשר שטוען – מה שאתה יודע תגלה, זאת מתוך נורמות התנהגות והגינות. השופט לנדוי נוקט גישה מחמירה יותר (קפיטליסטית) לפיה ייזהר הקונה. מה שהקונה יכול היה להסיק או ללמוד בעצמו היה עליו לעשות זאת ואין חובה לגלות לו. יש גבול לתפקיד הפטרנליסטי שביהמ"ש אמור למלא עבור הצדדים.

## ב. סעיף 14 – טעות

14.   (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.

           (ב)  מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי ביהמ"ש, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי ביהמ"ש לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

           (ג)   טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.

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

* עמדנו מעט על טעויות וסעיף זה יפורט עוד בהמשך.

## ג. כפייה (סעיף 17)

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

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

שמעון עומד עם מקל ליד ראובן ומודיע לו, שאם לא יחתום על חוזה למכירת דירתו, הוא יפגע בו. כעת עומד ראובן בפני שתי אפשרויות: הראשונה, להימנע מפגיעה גופנית ולחתום על ההסכם והשנייה, לעמוד על דעתו, לא לחתום על החוזה ולהסתכן בפגיעה. עצם האיום על ראובן לא שולל ממנו את הרצון החופשי. ראובן, יכול לגמור בדעתו ולא לחתום על ההסכם. יחד עם זאת, ברור, שאם ראובן חתם על החוזה בנסיבות אלה, נפל פגם ברצונו להתקשר בהסכם, מן הטעם הפשוט שראובן חתם על ההסכם מכיוון שהוא מעדיף את שלמותו הפיזית על פני ההתקשרות הכפויה.

**הסכמה פגומה זו מהווה את הבסיס העיוני לזכות הביטול של ראובן שהיה קורבן לכפייה.**

יש להבדיל מצב דברים זה, בו לראובן היה מרחב בחירה בין מספר אפשרויות לבין מצב דברים בו לראובן לא היה מרחב בחירה. נדגים מספרם של פרופ' פרידמן וכהן: "אם שמעון היה מצמיד אקדח לרקתו של ראובן, אזי במצב דברים זה כלל לא נכרת חוזה". לשיטתם של פרידמן וכהן – חלופת המוות איננה חלופה. אין זה המצב בו עוסקת עילת הכפייה, שכן עילה זו אינה שוללת את יכולתו של הנכפה לבחור בין מספר אפשרויות: ישנה כפייה הפוגמת ברצון המתקשר ולכן הנכפה רשאי לבטל את ההסכם, וישנה כפייה השוללת לחלוטין את רצונו של הנכפה ולכן כלל לא נכרת חוזה מלכתחילה.

3 תנאים מצטברים לקיומה של עילת הכפייה: הראשון– חוזה, השני– כפייה בכוח או באיום והשלישי – קשר סיבתי בין הסכמת הנכפה להתקשר בחוזה לבין הכפייה שהופעלה עליו **לפני** כריתת החוזה.

שאלת היסוד הינה, מהי בעצם "**כפייה**"?

כפיה לפי סעיף 17 לחוק תתקיים כאשר הנכפה התקשר בהסכם עקב "כורח מיידי ולוחץ" ושעה שלא הייתה לו ברירת אמת אחרת. ניתן לומר כי הכול יסכימו, שכפייה אלימה יש בה כדי לשלול את רצונו החופשי (באמת) של אדם. איום בפגיעה גופנית על אדם מהווה, לכל הדעות, כפייה הנכנסת בד' אמותיו של סעיף 17 לחוק. יצויין כי גם מקרי סחיטה אחרים כגון איום לפגוע במשפחתו של אדם או לפגוע בשמו הטוב, מהווה, לכל הדעות, כפייה.

שאלה אחרת היא, מה קורה כאשר מדובר במקרי כפייה "עדינים ומרוככים" יותר שאין בהם משום איום על גופו של אדם?

כיום הלכה פסוקה היא, שכפייה הינה גם "כפייה כלכלית", הבאה לידי ביטוי למשל, כאשר מתקשר אדם בחוזה כדי להשתחרר מלחץ עסקי-מסחרי **בלתי לגיטימי** המופעל עליו.

בפרשת אקספומדיה ניתן, לראשונה, ביטוי בביהמ"ש העליון, כי סעיף 17 תוחם בחובו גם כפייה כלכלית וקובע, כפי שיוסבר בהמשך, **שני מבחנים לקיומה**.

המערערת, חברת שאול רחמים בע"מ וחברת אקספומדיה היו היוזמות והמארגנות של יריד מציגים בב"ש. הן סיכמו ביניהן בעל פה את הסדרי הכנת היריד, חלוקת ההוצאות וחלוקת הרווחים. ע"פ ההסכם, לאחר שינוכו ההוצאות מסך ההכנסות, תקבל חברת רחמים 25% מהרווח ואקספומדיה תקבל את 75% הנותרים. מי שהחזיקה בשטח וביצעה את העבודות להכשרת האתר הייתה חברת רחמים. לצורך ביצוע העבודות העריכו הצדדים את היקף ההוצאה בסך של 50,000$ שנקבע כי הוא ישולם **לאחר** קבלת ההכנסות מהיריד. כצפוי – פתיחת היריד הייתה רצופת תקלות ולאחר שחברת רחמים הבינה כי רווח כבר לא יהיה, היא שיגרה מכתב בהול לאקספומדיה וטענה בו, כי לפי ההסכם היה על הצדדים לשלם 50,000$ **לפני** פתיחת היריד, ומאחר ואקספומדיה לא שילמה, היא רואה בכך הפרת הסכם. עוד כתבה חברת רחמים, כי אם עד השעה 18:00 לא ישולם הסכום האמור – היא תסגור את האתר ותמנע את המשך קיומו של היריד.

בעקבות הודעה זו החלו הצדדים לקיים מו"מ נמרץ, שבסופו הסכימה אקספומדיה לחתום על חוזה חדש בו התחייבה לשלם סך של 40,000$ במועדים מסוימים וסך נוסף של 10,000$ אם יהיו רווחים מהיריד.

אקספומדיה לא שילמה וחברת רחמים הגישה כנגדה תביעה לביהמ"ש. ביהמ"ש המחוזי קבע כי חברת רחמים כפתה את אקספומדיה לחתום על ההסכם החדש ולכן האחרונה זכאית לבטל את ההסכם. **בערעור בביהמ"ש העליון, בהתייחס לטענתה של חברת רחמים, קבע ביהמ"ש, כי לחץ כלכלי יכול שיהיה לגיטימי ובלתי לגיטימי. כאשר צד פועל כפי שפעלה חברת רחמים, קרי– משתמש באיום מפתיע שהנזק הצפון במימושו חמור ביותר ובלתי הפיך וכאשר העיתוי הוא דווקא כאשר הצד השני חשוף ופגיע ביותר עד שהוא נאלץ להיכנע לו – אין בכך משום לחץ לגיטימי.**

על כן, ביהמ"ש קבע, כי בנסיבות העניין אכן הופעלה על אקספומדיה כפייה כלכלית אסורה.

שאלה אחרת שעלתה בהקשר זה היתה, האם לעובדה שאקספומדיה התייעצה עם עו"ד ויכולה הייתה לפנות לביהמ"ש בדרישה לצו מניעה, אינה מאיינת את הכפייה שהופעלה עליה? (ראה טענה כזו שהתקבלה בהקשר לעילת העושק בפרשת א' כהן ואח' נ' י' הרשקוביץ חברה לבנין בע"מ).

ביהמ"ש קבע, כי **כעיקרון**, האפשרות לפנייה לערכאות להשגת סעד סותרת את קיומה של עילת כפייה. השאלה היא עצם קיומה של **אפשרות מעשית** לפנות לערכאות כדי למנוע את הפעלת האיום. **במקרה דנן, ביהמ"ש סבור היה כי מפאת הזמן הקצר שהיה לאקספומדיה לפנות לביהמ"ש ולקבל צו מניעה (עד 18:00 בערב כאמור), לא הייתה חלופה זו סבירה וממשית.**

פיתוח נוסף של עילת הכפייה הכלכלית והמבחנים להתקיימותה נעשה ע"י השופט חשין בפרשת מאיה נ' פנפורד. כאן ראוי להדגיש, כי אמנם השופט חשין החזיק בדעת מיעוט בפרשייה זו, אולם הניתוח שביצע בעילת הכפייה משמש את בתי המשפט עד היום.

חברת מאיה יהלומים וחברת פנפורד יהלומים (וכן מספר יהלומנים נוספים) התקשרו בהסכם, לפיו מאיה רכשה מהיהלומנים כמויות שונות של יהלומים בתמורה לסך כולל של 1.5 מיליון דולר.

לאחר כחודשיים עזב בעליה של חברת מאיה את הארץ וטרם צאתו השאיר לאדם בשם בוארון מכתב ובו הסמיך אותו לפנות ליהלומנים ולהציע להם הסדר לחובותיו בגין היהלומים שרכש.

בוארון ניהל משא ומתן עם כל אחד מן היהלומנים, ובמהלך כל אותם מגעים לא ידעו היהלומנים אם מאיה מתכוון לשוב ארצה אם לאו וממילא לא הייתה להם דרך לאתר את מיקומו.

היהלומנים תיאמו ביניהם את פעולותיהם, נועצו בגורמים שונים בבורסת היהלומים - ביניהם גם בעו"ד הבורסה - ולסוף חתמו, כל אחד מהם בנפרד, על "הודעת סילוק תביעות" כנגד מאיה, ולפיה מאיה ו/או החברות בשליטתו אינם חייבים להם עוד מאומה.

בהתאם לכך מסר בוארון ליהלומנים, במקום התמורה, **חלק** מהיהלומים שנמכרו לו על ידם, והיהלומנים החזירו למאיה את השיקים שנמסרו להם במסגרת העסקה. מיד לאחר השלמת העסקה, שלח ב"כ היהלומנים מכתב למאיה ובו הודיע לו על ביטול העסקה, בין היתר, מחמת שהיהלומנים נכפו על ידו להתקשר בהודעת סילוק התביעות. השופט חשין מנתח את התפתחותה של עילת הכפייה ומציב בגדר כך שני מבחנים לקיומה: **מבחן "איכות הכפייה" ומבחן "עוצמת הכפייה"**. מבחנים אלו נועדו לסייע לביהמ"ש שעה שהוא נדרש לקבוע האם מדובר בכפייה מעניקת זכות, או שמא בכפייה שאינה מעניקה זכות - **שאינה לגיטימית**.

מבחן איכותה של הכפייה - השופט חשין סבור, כי כפייה לא לגיטימית הינה כפייה שיש בה פסול מוסרי-חברתי-כלכלי ואשר חיי עסקים ומסחר תקינים והוגנים לא יוכלו לשאתם. מי שייקבע מהן אותן נורמות הינו ביהמ"ש בהסתמך על "כללי המשחק" הקיימים בשוק באותה העת והוא שייקבע האם הייתה חריגה ממוסר העסקים.

מבחן עוצמתה של הכפייה הכלכלית - מבחן עוצמתו של הלחץ הכלכלי מצטרף אל מבחן איכותו של הלחץ, ורק בנסיבות בהן מתקיימים שני המבחנים כאחד נכיר בכפיה ככפייה בת פועל משפטי ע"פ סעיף 17 לחוק החוזים. ומה תהא עוצמתה של כפיה כדי שנכיר בה כבת פועל משפטית? **המבחן המקובל לקביעת עוצמתו של הלחץ יימצא בתשובה לשאלה אם הייתה לצד התם חלופה מעשית וסבירה שלא להיכנע לאותו לחץ**.

ע"מ לבצע את האבחנה שביצע חשין בין מצב שמאיה היה נשאר בארץ ומבקש להגיע להסדר זה לבין המצב הנוכחי, שמאיה נעלם ולא ידעו היכן הוא. יש להוסיף עובדה נוספת שארעה בפועל, שמאיה הודה בביהמ"ש, כי מי שלא הגיע עמו להסדר – לא ראה ממנו אגורה שחוקה.

מבחן נוסף לעוצמת הלחץ יימצא בשאלה אם זכה הצד התם לייעוץ משפטי עצמאי, ואם היה בידו לזכות בייעוץ משפטי. **קבלת ייעוץ משפטי יש בה, על דרך העיקרון, כדי להחליש טיעון של כפיה בת פועל, ובנסיבות מסיימות אף כדי לשלול כפיה מכל וכל.**

**אלא שבענייננו,** קבע השופט חשין, כבפרשת שאול רחמים, זכו היהלומנים לייעוץ משפטי ראוי, שאך חיזק אותם בדעתם כי אין ברירת אמת לפניהם אלא להיכנע למאיה ללא תנאי.   
 **ראוי לציין: הגם שמבחניו של השופט חשין עודם משמשים את בתי המשפט, השופטים האחרים לא קיבלו את דעתו של חשין וקבעו, כי בנסיבות המקרה, החלופה שעמדה ליהלומנים – פנייה לביהמ"ש או למשטרה הייתה סבירה בנסיבות העניין.**

ניתן להבחין, אפוא, כי השופט חשין קובע מבחן כפול להוכחת הכפייה הכלכלית, מבחן שלאור מאפיינה של הכפייה הכלכלית, נוטה להיות יותר אובייקטיבי מהמבחן לכפייה "רגילה".

**על הקשר הסיבתי –** התנאי השלישי לקיומה של עילת הכפייה הינו קש"ס בין הכפייה לבין ההתקשרות בהסכם.

מבחן הקשר הסיבתי בעניין זה הינו מבחן סובייקטיבי, כלומר – מי שרוצה לבטל את ההסכם מחמת כפייה צריך להוכיח, כי הכפייה השפיעה על רצונו, הטילה בו פחד ואלמלא קיומה הוא עצמו לא היה מתקשר בחוזה. לאמור, הנכפה **אינו** צריך להוכיח שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה.

עוצמת הכפייה משתנה ממקרה למקרה, בין היתר ע"פ אישיותו של האדם שעליו הופעלה הכפייה.

**חשוב להדגיש - בשונה מעילת הטעות, ובדומה לעילת ההטעיה, אין צורך שהכפייה תהיה "יסודית", כלומר, אין צורך להוכיח שאלמלא הכפייה לא היה מתקשר הנכפה בהסכם. די אפוא להוכיח, כי הייתה כפייה וכי הכפייה הייתה בין הסיבות שבגינם התקשר הנכפה בהסכם.**

**סעיף 17 (ב) לחוק החוזים** מדבר על אזהרה בתום לב בהפעלת זכות. והוא קובע שאם אדם הזהיר מישהו בתום לב, לא יראו בכך כפייה (איומים). בפסיקה התעוררה שאלה - כשנאמר למישהו שיחתום או שהצד השני ילך למשטרה לדווח למשל, האם זו כפייה או אזהרה בתום לב?

הדעה הרווחת כיום היא שנקודת המוצא היא "האם במה שאמרתי יש כדי לקדם באופן ישיר את הגבייה שלי ממך או לחילופין האיום שלי, כל מטרתו היא להפחיד אותך על מנת שתכרות חוזה שאינך רוצה בו". לכן, איום להגשת תביעה נחשב לאזהרה בתום לב על שימוש בזכות לגיטימית על מנת לגבות חוב ומאידך, בדרך כלל – איום בנקיטת הליכים פליליים לצורך מימוש זכויות מהדין האזרחי אינו מהווה אזהרה בתום לב (פס"ד שפיר נ' אפל). אגב, איום מסוג זה מהווה גם עבירה אתית של עו"ד.

**סעד -** סעיף 20 שמאפשר את ביטול החוזה מחמת פגם ברצון, מאפשר מרוץ זמנים שונה לכפייה. בכל עילות פרק ב' יש לבטל את החוזה מיד כשנודעה העילה, ואילו בכפייה נותנים לצד שעליו כפו מרווח נשימה ומאפשרים לו לבטל זמן סביר לאחר שפסקה עילת הכפייה.

## ד. סעיף 18 - עילת העושק

"מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול 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".

סעיפים 17 ו-18, כפייה ועושק, עוסקים בהפעלת לחצים. בעושק מישהו מנצל את המצוקה של האדם, את חולשתו או את חוסר הניסיון שלו על מנת לכרות איתו חוזה בתנאים גרועים מהמקובל בשוק. בכפייה, מישהו מפעיל לחצים בכדי לכרות חוזה או לשפר תנאים בחוזה שהצד השני לא רוצה בהם. עילת העושק, היא אחד הביטויים הברורים לתפיסה העכשווית של דיני החוזים המציבה גם את הדרישה לצדק והגינות חוזית לצד מתן ביטוי לרצון הצדדים. הראציונליים העומדים ביסוד עילת העושק הם שניים: הראשון, בדומה ליתר עילות הביטול, הינה פגם ברצון המתקשר. השני - המחוקק רואה לנכון לתת הגנה לקבוצות חלשות באוכלוסיה על מנת שלא ינצלו את הפגיעות שלהן.

התנאים בעושק הם מצטברים: **הראשון** - נכרת חוזה. **השני** – קשר סיבתי (סובייקטיבי) בין הניצול להתקשרות. **השלישי** – ניצול של מצוקה, חולשה או חוסר ניסיון ו**הרביעי** – תנאיו של החוזה שנכרת גרועים יותר מהמקובל בשוק לחוזים מסוג זה.

בכל הקשור ברכיב הקש"ס ניתן להסתפק בדברים שנאמרו בנוגע לרכיב הקש"ס בעילת הכפייה.

**מהם "מצוקה", "חולשה" ו"חוסר ניסיון" –** פס"ד סאסי נ' קיקאון - העשוק איננו "פסול דין" כמשמעות מונח זה בחוק הכשרות. הוא אינו חולה נפש, או לקוי בשכלו, שמחמת מצבו אין הוא מסוגל לדאוג לענייניו. יחד עם זאת, אין לומר, שדעתו הייתה מיושבת וכי גמירת הדעת שלו הייתה כגמירת דעתו של כל מתקשר צלול בדעתו. הוא מצוי אי שם בין הקצוות: אין הוא בעל מום, שמומו פוסל אותו, ואין הוא חסר דעה וידיעה, שחסרונם עושה את פעולתו כאין וכאפס, אלא הוא בגדר "מעין בעל מום", הקרוב או דומה לשני אלה מבחינת הפגם בשיקול דעתו, ש"מומו" בהתקשרות חוזית מסוימת, הניתנת לביטול רק בהתקיים יתר יסודותיה של עילת העושק. לפיכך חייבים המצוקה, החולשה השכלית או הגופנית וחוסר הניסיון להיות כבדי משקל ועל ביהמ"ש להשתכנע, שפעלו את פעולתם על העשוק והסיטו את שיקול דעתו סטייה של ממש מנתיבו הנכון. גם לעניין חוסר הניסיון נקבע בפסק הדין שמדובר במצב מנטאלי פסיכיאטרי לפיו מדובר באנשים שאין להם את היכולת של אדם בוגר להפיק לקחים מניסיון החיים.

ההכרעה בעניין זה מבוססת על מכלול ראיות ועל שיקול דעתו של השופט. זאת משום שאין מדובר בהוכחה הדורשת חוות דעת מומחים ואין נוסחה קבועה. כל מקרה לגופו.

כך בפרשת סאסי נ' קיקאון, ביהמ"ש קבע ממצאים שרק מי שרואה אותה על דוכן העדים מבין שמדובר באישה שחיה בשולי החברה, שהיא דיכאונית, ילדותית ושאין לה את היכולת שיש לבן אדם מבוגר להפיק לקחים מניסיון החיים. לכן ביהמ"ש קבע שמתקיימת כאן גם המצוקה וגם חוסר הניסיון הקיצוניים.

**חשוב להדגיש** – אין להקיש ממצוקתו של פלוני על מצוקתו של אלמוני. המצוקה היא עניין אישי מאוד וביהמ"ש בוחן נתונים שונים שחלקם עומדים ברקע של הנעשק. למשל: מצבו המשפחתי (בענייננו דובר על אישה קשת יום, שנזרקה מביתה על-ידי הוריה, בפרשת גנז נ' כץ דובר על אברך בן 50 שטרם מצא כלה, בפרשת מחקשווילי דובר על אדם שנשלט ע"י אחיותיו).

האם המצוקה חייבת להיות ארוכה ומתמשכת?

בפסקי דין סאסי נ' קיקאון ושפיר נ' אפל, הכירו בכך שהמצוקה יכולה להיות גם רגעית ולאו דווקא נמשכת, כלומר שבמועד ההתקשרות חווה הנעשק מצוקה רגעית שלא הייתה קודם לכן.

דוגמא מעניינית ליישום המונח "מצוקה" מצויה בפסק-הדין שפיר נ' אפל. בפרשה זו מדובר באדם, אפל, ששכל את כל משפחתו בשואה וכעת הקים משפחה שנייה, אשר ניהל משק חלב במושב. במשך הרבה שנים הוא שיווק יחד עם האחראי על המחלבה ששמו שפיר את התוצרת. יום אחד שפיר הגיע לביתו של אפל עם עו"ד והשניים הודיעו לו כי הם יודעים שהוא רימה את שפיר ברישומי החשבונות, על כל הכרוך בכך (פגישה בשמו, בעבודתו וכיו"ב) ועל מנת שהם לא יפעלו כנגדו עליו לשלם לשפיר פיצוי. לאחר מכן הם בוטלו הסכמים אלו מחמת עושק וכפייה. ביהמ"ש קיבל הן את טענת הכפייה והן את טענת העושק. טענת העושק התקבלה לדבריו של ביהמ"ש, בגלל הנסיבות החריגות שמדובר בניצול שואה שאיבד הכול, שאלה אנשים שחיים בחרדות ובפחדים.

**תנאי חוזה גרועים מן המקובל –** המחוקק נקט, כאמור, לשון "תנאי חוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל". בתנאי זה, על ביהמ"ש לשאול עצמו שתי שאלות: **מהו "מקובל" ומהו "בלתי סביר".** פירושו של דבר, כי על ביהמ"ש להשוות את התנאים של החוזה עליו סב הדיון עם מה שמוכח לפניו כתנאי מקובל בסוג החוזים עליו מדובר. במלים אחרות, צריך להביא לפני ביהמ"ש לא רק את התניה הנחשבת בעיני הצד שביטל את החוזה לגרועה במידה בלתי סבירה, אלא גם את אמת המידה ההשוואתית לפיה יוכל ביהמ"ש לבחון מהו המקובל אשר לא אימצו אותו במקרה הנתון במחלוקת ואם הסטייה מן המקובל היא שולית או מגיעה לכדי מידה בלתי סבירה.

כך הדבר בייחוד כאשר מדובר על נושאים שאינם שגרתיים וחוזרים על עצמם להבדיל מחוזים בתחום מקצועי מוגדר בעל מתכונת אחידה, שם יתכן מאוד וניתן להוכיח מה הם התנאים מקובלים בהסכמי מקרקעין, בהסכמי בנקאות, קבלן וקבלן משנה, הסכמי עבודה, מכר וכיו"ב.

יחד עם זאת קיימים מקרים קשים יותר, בהם עומד בפני ביהמ"ש הסכם לא שגרתי או שתנאיו אינם מקובלים. כך, למשל, בפרשת איליט נ' אלקו נטענה טענת עושק במטרה לבטל תניה חוזית בהסכם בוררות שהגבילה את תקרת הפיצוי בבוררות. בהיות תנאי זה מיוחד במינו, לא היה בפני ביהמ"ש כלי שבאמצעותו ניתן יהיה לקבוע האם מדובר בתנאי "מקובל" אם לאו ובוודאי שלא הייתה אמת מידה לקבוע כי מדובר בתנאי "בלתי סביר וגרוע מהמקובל". לכן, ביהמ"ש קבע כי במצבים כאלה, ביהמ"ש הוא שייקבע אמת מידה תיאורטית, המעוגנת בהשקפת ביהמ"ש על מהו צודק והוגן במערכת יחסים דוגמת זו הנדונה בפניו.

**מהי "מידה בלתי סבירה" – היא המידה שבה צריכים להיות תנאי החוזה גרועים מהמקובל כדי לבסס את עילת העושק?** בפרשת סאסי נ' קיקאון– נכרת הסכם לפיו הצדדים החליפו את דירותיהם. קיקאון (שנקבע שהייתה במצוקה) נתנה דירה בבית דו משפחתי הבנוי על מגרש עם זכויות בנייה בשטח של כ- 120 מ"ר ומרפסות ששוויה היה 140,000 ל"י בתמורה לדירה של המערערים- סאסי, שהייתה בבניין מגורים במרכז העיר. ושווי דירתם היה 52,000 ל"י.

ביהמ"ש קבע, כי בנסיבות אלה, ההבדל העצום בין ערכם של הנכסים מהווה כשלעצמו, ראיה על ידיעת סאסי שעסקה כזאת אי אפשר לעשות אלא עם אדם, שאינו יודע כראוי את אשר לפניו.   
זוהי דוגמא מצוינת לחוזה שתנאיו גרועים מן המקובל.

פרשת גנץ נ' כץ – מפרשה זו אנו לומדים על הקושי בשיקול הדעת לגבי אי הסבירות של תנאי חוזי ובייחוד הקושי בקביעה האם הערך שניתן הינו "מוגזם יתר על המידה".

העובדות: שדכן, חרדי בן 50 שמעוניין להתחתן עם צעירה, ביקש 100,000 דולר שכ"ט ועוד 100,000 דולר לרב אחר, קיבל רק 20,000 דולר. השופט קדמי קבע ששכר זה הינו מוגזם ומלמד על חוסר תום לב ובוודאי שאינו סביר. השופט זמיר בדעה אחרת – "הטענה האמיתית היא, שהמשיב תבע מן המערער שכר מוגזם. אילו הסתפק במועט, ולא ביקש לתפוס מרובה, ודאי היה מקבל גם את שכרו וגם את שבחו. אכן, שכר של מאה אלף דולר כדמי שדכנות הוא בודאי שכר גבוה. אולם האם הוא גם שכר מוגזם? אין בידי נתונים לומר זאת. התשובה תלויה בנתוני השאלה. כאן מדובר בשדכן שטרח טרחה מרובה, במשך תקופה ממושכת, כדי להמציא אישה לרווק אמיד, בשנות החמישים שלו, שעד אז כשלו כל הניסיונות למצוא לו אשה. מהו, בנתונים כאלה, השכר הראוי? אישה אינה סחורה עוברת לסוחר שיש לה מחיר שוק, ודמי שדכנות אינם דומים לדמי תיווך בעסקת מקרקעין. שבדרך כלל דמי תיווך בעסקת מקרקעין נקבעים כאחוז מן המחיר, ואילו דמי שדכנות תלויים, במידה רבה, בנפשות הפועלות ובנסיבות המקרה.

כיוון שכך, אין הכרח ששכרו של שדכן, המצליח להשיא בני זוג, יפחת משכרו של עו"ד המצליח להפריד בני זוג. אם שדכן סבור כי הוא ראוי ויכול לגבות דמי שדכנות גבוהים במיוחד, אם משום שבעל הדבר מעוניין ועשיר מאד ואם משום שהמלאכה קשה וממושכת במיוחד, והצד השני, בדעה צלולה ובנפש חפצה, ללא הטעיה או עושק, מסכים לכך, מה לביהמ"ש כי יתערב? והרי מיטב המומחים בכל התחומים נוהגים לנקוב שכר בסכום גבוה במיוחד, ואין בכך כדי להצביע על חוסר הגינות, ובוודאי אין בכך עילה לבטל חוזה בשל חוסר תום לב".  
  
אכן, יתכן כי התמורה המוסכמת תהיה מופרזת כל כך, עד שכל אדם בר דעת יאמר שההסכמה לתת תמורה כזאת אינה רצינית. מכאן ניתן להסיק כי לא הייתה גמירת דעת הדרושה ליצירת החוזה. אך אין זה כך בנסיבות של מקרה זה. המערער, כפי שביהמ"ש המחוזי קבע, מעורה ומנוסה בעסקים בממדים של ממש. הוא יודע מה פירוש מאה אלף דולר, אף עשה עסקים בסכומים גדולים מזה, ולדבריו גם הפסיד סכומים גדולים בעסקים. ביהמ"ש המחוזי שלל את האפשרות שלא הייתה גמירת דעת מצד המערער, והשופט קדמי מסכים עמו.

**מכל מקום, וזה העיקר - חוסר הסבירות ייקבע על-פי נסיבות העניין, תנאי השוק, יתר הוראות החוזה, עמדות המיקוח של הצדדים.**

בפרשת מחקשווילי נקבע, כי רכיביו של סעיף 18 "שלובים זה בזה ככלים שלובים" וקיימת ביניהם תלות הדדית המתבטאת בכך שככל שמתקיים אחד היסודות באופן מובהק יותר כן תטה הכף לכיוון המסקנה שמתקיימים היסודות האחרים.

**עד כאן פגמים - נחזור לשלבי כריתת החוזה**

**עד מתי הניצע יכול לחזור בו מהקיבול?**

לפי חוק החוזים **סעיף 10**: חזרה מן הקיבול- הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול או שנודע לו על קיבול בדרך האמורה בסעיף 6(א).

אם הניצע שלח הודעת חזרה מהקיבול והודעת הקיבול הגיעה לפני הודעת הביטול בהבדל של שנייה בזמן- הודעת הקיבול גוברת ואז נכרת חוזה. אם להפך, אז גובר הביטול ולא נכרת חוזה.

אם הם מגיעים בו בזמן- גוברת הודעת הביטול.

**סעיף 8 (ב)**:

"נתן הניצע הודעת קיבול בעוד מועד, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא היתה ידועה לו, נכרת החוזה, זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול."

סעיף זה דרוש משום שבישראל על מסירת הודעה חלה תורת המסירה ולא תורת השיגור.

הסעיף עוסק בשאלה הבאה:

המציע קבע בהצעתו שהודעת הקיבול צריכה להגיע אליו תוך 10 ימים. לוקח להצעה להגיע יומיים ויומיים בחזרה אז נותרו לו 6 ימים לחשוב על ההצעה. הוא חשב על ההצעה במשך שלושה ימים ושלח כדי להספיק- נניח והדוור נפל לבור וחילק את הדואר באיחור וקרה שהודעת הקיבול הגיע למציע באיחור. **האם נכרת חוזה?**

**ההחלטה הסופית נתונה בידי המציע**. **זהו מנגנון מאזן**: אם המציע רוצה שלא יכרת החוזה עליו להודיע **מיד** לניצע שזה הגיע מאוחר והוא לא מעוניין בחוזה. אם לא עשה זאת מיד- נכרת החוזה.

**הרצאה מספר 9 – 7.11.2013**

**השיעור נפתח במעבר על פס"ד תשובה נ' בר נתן**:

בהסכם השיתוף שנכרת בין הצדדים נקבעה הזכות לסירוב ראשוני ואם הצד השני מעוניין לרכוש הוא צריך לבצע קיבול תוך 14 יום. **פרט חשוב שהוסכם ביניהם** הוא שההצעה והקיבול (בלבד) צריכים להיות בדואר רשום. בר נתן רוצה למכור והוא מציע לתשובה. ההצעה הייתה בלתי חוזרת מכורח הנקבע בחוזה השיתוף. בר נתן מציע את ההצעה בטלפון ותשובה דורש שישלח לו בדואר רשום כפי שנקבע. אם תשובה היה מביע נכונות להצעתו של בר נתן בטלפון אזי משתמע כי הצדדים משנים את ההסדר לגבי דואר רשום ואז מאותו הרגע זו הייתה הצעה בלתי חוזרת והיתה לתשובה האופציה לחשוב עליה במשך 14 יום- מכיוון שלא הסכים נשארה הדרישה לגבי דואר רשום.

לאחר כמה שעות משיחת הטלפון התחרט בר נתן והודיע לתשובה בטלפון ובמשלוח פקס על הביטול ושוב תשובה דורש שישלח לו בדואר רשום וכך עושה בר נתן. יצא כי מכתב ההצעה הגיע ראשון ומכתב הביטול הגיע שני- במקרה זה תשובה עושה קיבול להצעה ומתעלם מהודעת הביטול משום שההצעה היא בלתי חוזרת.

ההצעה השנייה שונה מההצעה הראשונה מכיוון שהיא מגלמת בתוכה שני דברים: ביטול של ההצעה הראשונה והצעה חדשה. מכיוון שהצדדים הסכימו ביניהם כי רק ההצעה והקיבול יהיו בדואר רשום- שאר ההודעות יכולות להיות בכל דרך סבירה (לפי סעיף 60 לחוק). כאשר בר נתן צלצל לתשובה בפעם השנייה הוא ביצע פעולה תקינה שכן הודעת ביטול יכולה להיות גם בטלפון.

ההודעה הטלפונית ביטלה את הדואר הרשום (ההצעה) עוד לפני שהיא הגיעה וכך בידי תשובה אין שום הצעה ואז ההצעה השנייה שמגיעה נמצאת בידיו של תשובה והוא יכול לקבלה במשך 14 יום. תשובה לא קיבל את ההצעה החדשה ולכן בתום 14 יום בר נתן מכר לאדם אחר.

מה היה קורה אילו בחוזה שלהם היה כתוב כי כל הודעה באשר היא צריכה להיות בדואר רשום?

בעיקרון ההצעה הראשונה הייתה התקפה ולבר נתן לא היתה אופציה לחזור בו.

* נקודה למחשבה: ייתכן ותשובה נהג בחוסר תום לב בכך שקיבל את ההצעה הראשונה כאשר בפועל ידע כי המציע כבר לא מעוניין בהצעה המקורית שלו. השופט ברק מעלה את הרעיון הזה אך הוא לא מחליט בעניין ומשאיר את זה פתוח.

## ד. צורת החוזה (שייך לפרק הקודם)

* סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמנית.
* סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969.
* סעיף 5 (א) לחוק המתנה, תשכ"ח - 1968.
* **גרוסמן נ' בידרמן**.
* **רבינאי נ' חברת מן שקד**.
* **קלמר נ' גיא**.
* **לילי שם טוב נ' כדורי פרץ**.

**האם כריתת חוזה מחייבת צורה מסויימת?**

פרק א' לא מדבר על כך- כל כללי כריתת החוזה 1-11 לא מזכירים בכלל נושא של צורה. הם מזכירים מהות- הצעה וקיבול. השאלה היא מדוע אין בחוק הוראה שקובעת צורה לחוזה? בגלל חופש החוזים.

**יתרונות לכך שאין דרישה צורנית:**

1. חסכון בעלויות- יש חוזים פשוטים שאנו לא רוצים לסבך אותם בצורה מסויימת.
2. אם דרישת הצורה, אילו הייתה כזו, הייתה מסובכת (למשל בכתב ומודפס בפונט דויד בגודל 12 וכדומה) אז היו עולות בעיות בחופש החוזים וגם בעלויות עסקה והצטיידות בעורכי דין. ככל שדרישת הצורה יותר מסובכת, צריך מומחה. מצב כזה יכול ליצור חסמים בנושאי כלכלה- מעלה את רכיב עלויות העסקה, מה שלא רצוי מבחינה כלכלית.

**יחד עם זאת אי אפשר להתעלם מכך שלדרישה צורנית יש יתרונות רבים:**

1. יתרון ראייתי- אם יש מחלוקת והחוזה נעשה בצורת התנהגות וכדומה, הרבה יותר קשה להוכיח אותו מאשר אם יש לנו חוזה כתוב. גם את תוכנו יותר קל להוכיח אם הוא מעוגן בכתוב.
2. כאשר צדדים צריכים לכתוב את ההתחייבויות שלהם, הם הרבה יותר קפדניים בניסוח הרצונות- בכך נוצרים חוזים ברורים הרבה יותר.
3. לא יכול להיות ספק לעניין גמירת הדעת- אם הצדדים מנסחים מסמך שעומד בכל הקריטריונים הקשים לצורת החוזה זה אומר שהם גמרו בדעתם. עצם קיום הצורה יוצר את גמירת הדעת.
4. הבחנה מאוד ברורה בין השלב הטרום חוזי לשלב החוזי- יש הבדל בין החיובים שיש לצדדים בזמן המו"מ (כמו תום לב) לבין החיובים שלאחר החוזה- הם מחויבים לפעול ע"פ ההתחייבויות שסוכמו בחוזה.

ישנה דילמה לגבי היתרונות והחסרונות בדרישת צורה ולכן הכלל הוא חופש, אך **כחריג לכלל זה ישנן דרישות מסויימות לצורות של חוזים למיניהם:**

**חריג מבחינת החוק**- מבחינת החוק לפעמים אותו חריג יהיה נפוץ יותר אפילו מהחופש- בארץ החריג הוא הדרישה הצורנית.

**סעיף 23** לחוק החוזים קובע כי ניתן לעשות חוזה ב3 צורות: בכתב, בע"פ או בצורה אחרת. למעשה, בצורה אחרת משמעו בכל דרך שהיא אך הנפוצות הן בכתב או בע"פ.

כשחוק מסויים חורג מהעיקרון הכללי של סעיף 23 וטוען דרישת צורה מיוחדת בד"כ היא תהיה דרישת כתב. לעיתים זו תהיה דרישה מורכבת יותר, למשל בחוק חוזי ביטוח בו קיימת דרישת כתב ופרטים במיקום מסויים בחוזה או האופן הו מובלט הכתב.

לעיתים יש דרישות נוספות, כמו למשל בחוק יחסי ממון בין בני זוג יש דרישת כתב וגם שהחוזה יחתם בחותמת של רשם נישואים- רשם הנישואים לא בודק את החוזה אלא זה למען הדרישה הצורנית בלבד.

דרישה צורנית מיוחדת במיוחד היא בתקנות שנחקקו מכוח חוק תקנות הצרכן- חוזים אחידים צרכניים: "האותיות לא תהיינה נטויות או מוצרות, צבע האותיות יהיה נוגד את צבע הדף עליו הם כתובות, הרווחים בין השורות לא יקטן מגודל האות בשורה וגודלן המזערי של האותיות יהיה 2 מ"מ, האותיות בשורות לא תגענה אחת בשנייה וכו'..".

**הפסיקה מבחינה בין דרישות כתב מהותיות לדרישות כתב ראיתיות:**

|  |  |
| --- | --- |
| **מהותיות** | **ראיתיות** |
| **דרישת הכתב תקבע את תוקף החוזה-**  אם החוזה לא נעשה בכתב- אין לו תוקף | **דרישת הכתב היא למען הוכחה-**  לא נוגע לתוקף החוזה. אם החוזה ייעשה בע"פ זה עדיין תקף אבל אם יש בעיה במישור ההוכחה. אם יש סכסוך בין הצדדים ומגיעים לביהמ"ש והתובע מגיש תביעה על הפרת חוזה והנתבע מכחיש שיש חוזה אז התובע יהיה צריך להעיד במסמך כתוב כיוון שבע"פ עדותו לא קבילה. לפעמים, למרות ההבדל בין מהותית לראיתית התוצאה תהא זהה. |
| **היקף המסמך**- כל פרטי החוזה חייבים להופיע במסמך כדי שתתקיים דרישת הכתב. | **היקף המסמך**- די בראשית ראיה- מספיק שיש פיסת נייר שממנה אפשר להבין שיש חוזה זה מספק את דרישת הכתב. |
| **מועד היצירה במועד כריתת חוזה-**  בחוזה, יכול להיות מסמך אחד/חילופי מכתבים אבל הפרטים צריכים להיות מעוגנים במסמך כתוב. | **העיתוי בו נוצר המסמך הכתוב-** אין הכרח שיהיה מסמך בעת הכריתה. מספיק החוזה או מסמך שמאוחר לו. גם אם חוזה נעשה בע"פ ואח"כ יש חילופי מכתבים בין הצדדים שמהם ניתן להבין כי נעשה חוזה. גם אם החוזה סוכם בע"פ אך יש לו קבלה הוא יכולה להוכיח. |

איך יודעים אם דרישת הכתב היא מהותית או ראייתית?

**המחוקק לא כותב ולכן מסתמכים על פרשנות**: איך? ראה פס"ד גרוסמן נ' בידרמן שם רואים שימוש בכל מיני כלי פרשנות.

הגישה המודרנית היא שדרך הפרשנות של סעיף חוק שדורש צורה מסויימת היא **פרשנות תכליתית**:

השופט או הפרשן צריך לשאול עצמו למה המחוקק בסעיף הזה טרח לסטות מהעיקרון הכללי שלפיו חוזה יכול להיעשות בכל צורה? הסיבה לכך תכתיב לנו אם דרישת הכתב היא ראייתית או מהותית.

בסעיף 8 לחוק המקרקעין למשל- הסיבה היא להבטיח את רצינות הצדדים – הדרישה לכתב היא מהותית. לעומת זאת, אם אנו מגיעים למסקנה כי המחוקק קבע את דרישת הכתב בשל חשש מעדות שקר או שכחה- הדרישה לצורה היא ראייתית. אם הדרישה לכתב היא כדי להגן על צד חלש- הדרישה היא מהותית.

דוגמא 1- ייתכן והתוצאה תהיה זהה במשפט ל2 הדוגמאות.

אם הסכסוך בין הצדדים נוגע לתוכן של החוזה (דולר צמוד למדד או לא) ואם זו דרישת כתב מהותית- השופט יכול להחליט שגם אם הצדדים חושבים שכן, אין חוזה תקף כי הוא מבחינה מהותית צריך להיות בכתב ושלם לא כתוב. הצדדים מסכימים במשפט שכן כרתו חוזה אבל בע"פ ואין דרישה מהותית לחוזה אז השופט ידון בעובדות.

דוגמא 2- נעשה הסכם ירקות בין שמעון ללאה. לפי ההסכם שמעון מוכר ירקות ללאה ושאר הפרטים סוכמו בע"פ. אם מדובר בדרישת כתב מהותית המסמך לא עוזר כי כל ההסכמות חייבות להיות כתובות. אם מדובר בראייתית זה מספיק כי הוא מעיד על כך שנחתם חוזה וניתן להוכיח את השאר.

**אין הרבה חוקים עם דרישת כתב ראייתית**- אחד החשובים שבהם הוא סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאנית- חלקים קטנים מהחוק הזה עדיין בתוקף- בחלקו הראשון של הסעיף נאמר כי כל חוזה שנוצר לגביו נוהג שעושים אותו בכתב, מהרגע שהתבסס נוהג כזה, יש לגביו דרישת כתב ראייתית. חשיבות הסעיף היא שהוא לא מדבר על סוג ספציפי של חוזים אלא יוצר דרישה לגבי כל חוקי החוזים שנוצר בהם נוהג.

**בדרישת כתב ראייתית אין חובה בחוזה עצמו אלא יספיק גם מסמך שיעיד על קיומו של החוזה אך בדרישת כתב מהותית יש צורך בחוזה עצמו או במסמך שנוצר במעמד החוזה המכיל את כל הפרטים המהותיים לקיום העסקה**

**לו נישאל במבחן ונרצה לדעת האם דרישת כתב היא מהותית או ראייתית נצטרך לקבוע זאת לפי הפרשנות בפסיקה.**

**החריג לסעיף 23 הוא דרישת כתב מהותית - נתמקד רק בה!**

**בעניין זה נתמקד בסעיף 8 לחוק המקרקעין**. כלל הדרישות של כתב מהותי וכל הפסיקה שעוסקת בדרישת כתב מהותית היא ביחס לסעיף 8 לחוק המקרקעין.

**מדוע?**

1. עסקה שנוגעת לשווי כלכלי גבוה (אם יש צד מפסיד הוא בד"כ יערער לעליון).
2. עסקה מאוד נפוצה.

* **ההלכות שנקבעו ביחס לסעיף 8 רלוונטיות גם לדרישות כתב מהותיות בקשר לחוקים אחרים וחלות גם עליהם.**

כיוון שההוראה הכללית היא זו של סעיף 23 והחריג מצוי בחוק (למשל סעיף 8) אחת השאלות שמתעוררות בביהמ"ש היא מהו היקף התחולה של אותו חוק?

בגלל שדרישות הכתב המהותיות הן החריג ולא הכלל והחריג חל על חוזים ספציפיים, יש לדעת על מה הוא חל. כאשר עוסקים בכלל משפטי שחל רק על סוג ספציפי של חוזים כי הוא חל רק בחוק מסויים, עלינו לדעת את היקף תחולתו.

* צורת החוזה – בוטקובסקי נגד גת (שאלת החתימה) ומשא ומתן רבינאי נגד מן שקד לחזור עליו על זכרון דברים – ספקטור נגד צרפתי, פנידר נגד קסטרו, בית יונס נגד רביב משה.

**הרצאה מספר 9 – 12.11.2013**

**סעיף 8 לחוק המקרקעין** (חלק מסוגי חוזים מיוחדים):

8. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.

שאלה ראשונה היא שאלה של סיווג - **מה זו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין?**

סעיף 6 לחוק המקרקעין מגדיר זאת כהקניה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה, למעט הורשה לפי צוואה (רשות ציבורית יכולה להפקיע מקרקעין- לא רצוני ולכן לא חל עליה הסעיף).

* **בפועל**, כל זמן שהעברת הבעלות בטאבו עדיין לא בוצעה העסקה תהא בגדר התחייבות לעשות עסקה במקרקעין ולא עסקה במקרקעין.

מה היא זכות אחרת במקרקעין? הפסיקה קובעת שזכות במקרקעין היא רק אחת מחמש הזכויות שמנויות בחוק המקרקעין: בעלות (מלאה ביותר), שכירות, משכנתא (בטוחה להחזר חוב למשל), זיקת הנאה (זכות לעשות שימושים מסויימים בנכס מבלי להחזיק בו), זכות קדימה (ראה התניה למכירה בפס"ד תשובה נ' בר נתן). התחייבות בחוזה להקנות אחת מהזכויות הנ"ל היא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין שחל עליה סעיף 8 לחוק המקרקעין.

**לפני שיש לבדוק (כפי שרואים בפס"ד בנושא) האם הכתב שעליו דנים מכיל את כל הנדרש כדי להיחשב כמסמך בכתב עולה הצורך לבדוק האם בכלל המקרה תקף לסעיף 8 לחוק המקרקעין.**

**אלה החריגים:**

סעיף 79 (א) לחוק המקרקעין קובע שעל שכירות שהיא פחות מחמש שנים לא חל סעיף 8 לחוק המקרקעין.

מקרה דוגמא: סטודנט שכר דירה רק לשנה והחוזה נעשה בע"פ- עכשיו יש מחלוקת האם החוזה תקף? אין דרישת כתב לפי סעיף 8 ולכן גם חוזה בע"פ תקף (וחל סעיף 23). יחד עם זאת, כולנו יודעים שגם בהשכרה קצרה נהוג שעושים בכתב- מכיוון שיש נוהג אז יש דרישת כתב **ראייתית** שנובעת מסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאנית.

מקרה נוסף: חוזים שנכרתו לעשות עסקה במקרקעין שנעשתה לפני כניסתו של חוק המקרקעין (1.1.1970) חל עליהם הדין הקודם – דיני הקרקעות העותמאניים שבמסגרתם היה נהוג שחוזה מקרקעין עושים בכתב אך לא היתה זו דרישה מהותית אלא ראייתית.

נכסי מקרקעין בניגוד לנכסי מטלטלין נשארים במקומם שנים רבות, התוצאה היא שמגיעים לבתי המשפט סכסוכים חוזיים גם עשרות שנים אחרי כריתת החוזה. בחוזים מאוד ישנים עורכי דין מתבלבלים בקשר לדרישה לכתב. חוק המקרקעין נכנס ב1970- חוזה שנכרת לפני כן נהגו לעשות אותו בכתב לאור סעיף 80 לחוק הפרוצדורה העותמאני כדרישה ראייתית ולא כדרישה מהותית לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין.

מקרה נוסף: במשפט המודרני נכס יכול להיות מקרקעין, מטלטלין או זכויות. אם יש לאדם בעו"ש יתרת מיליון ₪ יש לו זכות אותה ניתן להעביר, למכור, להוריש וכולי.

דוגמא: א' הוא בעלים של מקרקעין. הוא כורת חוזה עם ב' ב1.1 והוא מתחייב להעביר לו בעלות על המקרקעין (חל חוק המקרקעין). א' מתחייב להעביר את הבעלות ב1.6 אבל ב 1.6 ב' עושה חוזה עם ג' שבו הוא מתחייב להעביר לג' את הבעלות באותו מקרקעין ב2.6. האם חל סעיף 8 על החוזה בין ב' לג'? **כן.** העובדה שב' עדיין לא בעלים לא משנה כלום. מותר לאדם להתחייב להקנות בעלות בנכס שהוא עדיין לא בעליו. הוא לא יכול להקנות בעלות (עדיין) אבל הוא יכול להתחייב להקנות אותה בעתיד.

מאידך, ב' יכול לעשות גם עסקה אחרת: במשפט המודרני יש סוגים שונים של נכסים וגם זכויות הם נכסים (אם פלוני חייב לאלמוני מיליון ₪, בעוד שנה אלמוני יוכל למכור את הזכות הזו למישהו)- לב' יש זכות חוזית לקבלת בעלות במקרקעין מא' והוא יכול להתחייב לג' לזכות החוזית הזאת (מכר לו את הזכות)- מכאן, מה שב' מוכר לג' הוא לא מקרקעין אלא זכות ואז **לא חל סעיף 8 לחוק המקרקעין**. על מכר של זכות אין דרישת כתב (בתי המשפט קבעו שיש נוהג שכאשר מוכרים זכות שתוכנה הוא בעלות במקרקעין אז יש נוהג שחוזים כאלו נעשים בכתב אז יש דרישת כתב ראייתית מתוקף סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית).

* בהצעת דיני ממונות בסעיף 597 כתוב כך – ש"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין וכן המחאת זכויות לעשות עסקה במקרקעין טעונות מסמך בכתב".

לסיכום, כשיש דרישת כתב מהותית לאחד מהחוקים הספציפיים מתעוררת שאלה בחוזה שחל בע"פ האם הוא בתוקף או לא? יש לבדוק האם דרישת הכתב הנוגעת לעניין בכלל חלה? לא תמיד היא חלה. יש לחשוב תמיד על מה חלה דרישת הכתב. אם היא לא חלה? אז חל סעיף 23 לחוק החוזים (לפיו אפשר לעשות את החוזה בכל צורה).

מקרה נוסף: בין רחל ללאה נערך חוזה למכר מקרקעין בו הכל סוכם ונכתב, אבל בשלב מסויים הייתה הפרה והמוכר לא העביר את המקרקעין. הקונה מגישה תביעה ואז מסתבר לה שהחוזה שלה אבד. מה עושים? אם היה כבר ביצוע של החוזה- זה מכפר על הכתב (ראה פס"ד קלמר נ' גיא). אם לא היה עדיין ביצוע של החוזה- (פס"ד לילי שם טוב נ' כדורי פרץ דעת השופט עמית) אומר עמית: "סוג זה של מקרים עניינו במישור הראייתי בלבד. הלכה פסוקה היא כי דרישת הכתב המהותית קוימה, בעת כריתת החוזה התכלית המהותית קוימה וזה שהמסמך הלך לאיבוד לא אומר שלא התבצעה הדרישה המהותית".

**כאן עולה בעיה** - כיצד מוכיחים שהיה מסמך בכתב? השופט עמית העיר בהערת אגב בפס"ד הנ"ל- להוכיח באמצעות ראיה משנית כמו למשל צילום של החוזה, או אם אין אז העדה בע"פ על כך שנעשה חוזה בכתב, מבנהו, צורתו ותוכנו- אם השופט יאמין אז הוא יקבע כי היה חוזה תקף ודרישת הכתב קוימה.

**פס"ד שעוסקים בסעיף 8 לחוק המקרקעין:**

1. גרוסמן נ' בידרמן: קבע כי דרישת הכתב היא מהותית (עורך הדין שהגיש את התביעה הניח מטעם החוק העותמני שדרישת הכתב היא ראייתית. פס"ד זה היווה תקדים למעשה). פס"ד זה ניתן ב1971 ורק ב1.1.1970 נכנס לתוקף חוק המקרקעין ולכן נכרת הסכם פורמלי אחרי ה1.1.70 וכבר הצדדים הספיקו לעבור שתי ערכאות ולקבל פס"ד- למה ההליך היה כ"כ מהיר? הערעור בעליון היה על דחיית התביעה על הסף של ביהמ"ש המחוזי והוא כלל לא שמע עדים. גם לו נניח כי כל מה שאומר התובע הוא נכון דינו להיפסל כיוון שהחוזה נכרת בע"פ ואחר כך הועלה על הכתב ע"י בנו של הקונה והמסמך משקף את מה שהסכימו בע"פ- מסמך שנעשה אחר כך ומסכם את ההסכם יכול להיות טוב לדרישת כתב ראייתית אך לא מהותית כמו שנדרש לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין ולכן ביהמ"ש דחה את התביעה על הסף. השאלה היחידה שהתעוררה היא האם דרישת הכתב של סעיף 8 היא מהותית או לא? שאלות אחרות לא עלו כי הטענה במחוזי הייתה שהחוזה נעשה בע"פ. למה עורך הדין של גרוסמן לא טען במחוזי שהמסמך הקיים הוא החוזה? כי אלו לא היו העובדות! אם הוא היה טוען כך היה זה שקר. למה מבחינה טקטית הוא לא טען כך? הוא לא ידע כי דרישת הכתב היא מהותית. הוא הניח שכמו שבמשך שנים רבות הדין היה שזו דרישה ראייתית כמו שהיה עד 1970 כך גם נשאר.

ברגע שקבע ביהמ"ש את ההלכה בגרוסמן נ' בידרמן הגיעו מקרים נוספים ושם כבר עולה שאלה אחרת והיא: **מהו היקף המסמך הכתוב:**

1. קפולסקי נ' גני גולן: נעשתה עסקה במקרקעין בה המוכר מנסה להתחמק מהעסקה והקונה מגיש תביעה לאכיפת החוזה. כשהקונים מגישים את התביעה במחוזי הם צירפו שני מסמכים: קבלה על תשלום ותוכנית הנדסית של המקרקעין ששני הצדדים חתומים עליהם. בכתב התביעה נכתב כי שני המסמכים מוכיחים את החוזה. בזמן שהתיק של קפולסקי היה במחוזי ועוד לא דנו בו ניתנה ההלכה בנושא גרוסמן נ' בידרמן, ביקש עורך הדין של קפולסקי לשנות את התביעה שלו והוא טען כי שני המסמכים האלו הם החוזה עצמו. עניין זה ייראה כמטופש כי תוכנית קבלנית לא יכולה להיות חוזה. מאידך, העובדה היא (לאור פס"ד גרוסמן נ בידרמן) שאם הוא לא היה משנה את זה, היו דוחים אותו ישר על הסף. בסופו של יום, המחוזי שמע אותו ודחה את תביעתו והוא הגיע לעליון והשופט היה מוכן להניח שהמסמכים הללו היו החוזה עצמו (לטובת הדיון עצמו) ועבר לשאלה **האם מבחינת היקפו של החוזה** הוא מקיים את דרישת הכתב המהותית. הסיבה לכך שהשופט עציוני דן בשאלה זו היא כדי שהציבור ידע ישר בתחילת דרכו של החוק החדש מהו היקף דרישת הכתב המהותית. **הוא מחליט כי הם לא מקיימים את היקף דרישת הכתב משום שהיא לא מכילה את כל הפרטים הנדרשים**. יש לציין כי בתחילת שנות ה70 אנו עדיין נמצאים בשלב ההחמרה במסויימות ובדרישת הכתב ולכן הם קובעים כי כל **הפרטים המהותיים** וכל מה **שהסכימו הצדדים** צריכים להיות כתובים במסמך.

תקוותו של השופט עציוני לכך שהבהרת התמונה תמנע התדיינויות נוספות התבררה כהיפכא מסתברא: כעת יש דרישת צורה מהותית ולו זו לא מתקיימת - אין תוקף לחוזה. הבעיה אם כן היא שזוהי דרישה מורכבת. במקרים רבים הדרישה לא תקוים כך ובמיוחד במקרים שבהם נערך זיכרון דברים. הדרישה החמורה לצורה (שכל הפרטים המוסכמים יהיו כתובים במסמך) שהוא יצר מביאה לכך שהיא פותחת פירצה להתחמקויות רבות מהחוזה כי חסר פרט אחד קטן בדרישת הצורה. כך, כל אחד שרצה להתחמק מחוזה הגיע לבימ"ש בטענה כי חסר פרט בכתב בחוזה. (מאמצע שנות ה70 המשק הישראלי היה באינפלציה וזה הביא לחוסר יציבות חוזית כי תחשיבי הכדאיות שנעשו באותו זמן לא היו כדאיים מהר מאוד וצדדים חיפשו דרכים לצאת מהחוזה).

תגובת ביהמ"ש העליון: **לקראת סוף שנות ה70 תחילת ה80 – חל ריכוך בהיקף דרישת הכתב** שבא לידי ביטוי בהיקף דרישת המסוימות ודרישת הכתב (פס"ד הקלאסי הוא רבינאי נ' מן שקד).

שלב ראשון לריכוך – צמצום דרישת הכתב

ביהמ"ש מוסיף שכאשר מפעילים מנגנוני השלמה נורמטיביים להשלמת חוסר במסוימות המנגנונים האלו כאילו משלימים גם את הדרישה לכתב.

**מבחינת דרישת הכתב המהותית - כל הפרטים שהוסכמו בין הצדדים צריכים להיות במסמך הכתוב, אפילו אם בצורה שבה הם שוליים בלבד. נניח והצדדים הגדילו לעשות והסכימו בע"פ על 10 פרטים שרק 5 מהם מהותיים, אותם הם העלו על הכתב ואת ה5 הנותרים הם לא כתבו בחוזה - החוזה לא יהיה תקף כיוון שכל מה שהוסכם ביניהם צריך לעלות על הכתב (אם הם בחרו להחמיר).**

שלב שני לריכוך – הדרישה לחתימה

מה דינו של מסמך שכולל את כל הפרטים אבל הוא לא חתום? האם מתקיימת דרישת הכתב? הפסיקה קבעה שכן. הפסיקה הייתה במגמה של ריכוך דרישת הכתב ולכן ברוח המגמה של ריכוך קבעו כי **חתימה איננה הכרחית לצורך דרישת הכתב.**

דגשים:

* **לא נאמר כי חוזה במקרקעין שאיננו חתום תקף. אלא חוזה כתוב ולא חתום מקיים את דרישת הכתב**. ברוב המקרים חוזה שחסרה בו חתימה לא יהיה תקף כחוזה לא בגלל דרישת הכתב, אלא בשל העדר גמירת הדעת.
* חתימה היא העדה טובה לגמירת הדעת משום שנהוג שהסכם מקרקעין נסגר בחתימה. יחד עם זאת, למדנו כי העדה על גמירת דעת לא נלמדת מסימן אחד ולכן אם יש מספיק סימנים אחרים המעידים על גמירת דעת יכול ביהמ"ש לקבוע כי החוזה תקף גם בלי חתימה (ראה ערך פס"ד בוטקובסקי) מקרים אלו נדירים מאוד.
* ההלכות שנקבעו ביחס לסעיף 8 למקרקעין רלוונטיות גם לחוקים אחרים. יש חוקים שבהם בסעיף שדורש כתב יש דרישה מפורשת לחתימה (חוק מתווכים במקרקעין למשל). במקרים אלו, ההלכה שנקבעה בפס"ד בוטקובסקי לא רלוונטית.

פסקי דין שיש בהם ריכוך נוסף בדרישת הכתב מופיעים באיזור שנות ה90: אהרונוב נ' אהרונוב, ערעור משפחה פלוני ואלמונית נ' פלוני, עמ"ש חמדן נ' חמדן.

פס"ד אהרונוב נ' אהרונוב: מסופר על זוג שהתחתן. האישה הביאה איתה לנישואין דירה שרכשה לפני והבעל הביא איתו סכום כסף מפירוק נישואיו הקודמים. בנישואים הסכימו ביניהם שהבעל ישקיע את הכספים שלו בדירה של האישה כדי לשפצה ובתמורה היא תעביר לו מחצית מהזכויות בדירה. סוג של הסכם מכר- קניית חצי מהזכויות בדירה. מדובר בזוג טרי שלא עשו זאת בצורה פורמאלית בחוזה אלא עשו זאת כהסכם שהם רשמו.

מחד, מדובר בחוזה בתוך הקן המשפחתי, מאידך, מדובר כבר בנישואים שניים ואנשים כבר פחות תמימים. השיפוץ לקח כשנה ובסוף השיפוצים התווסף מסמך נוסף הנכתב ע"י האישה המאשר כי הבעל אכן השקיע את כל מה שצריך וכי מחצית מהדירה שייכת לבעל. לאחר מספר שנים הסתכסכו הצדדים והאישה לא רצתה להעביר מחצית מהדירה.

טענת האישה: המסמך לא מקיים את סעיף 8 לחוק המקרקעין בשל מחסור בפרטים:

1. **תיאור הנכס** (מיקומו הפיזי, גודלו..)- ביהמ"ש קבע כי אמנם יש חוסר אך ניתן להשלים אותו ממספר ראיות ועדויות חיצוניות. **כבר כאן**, ניתן לראות קפיצת מדרגה מבחינת ההתרככות כי תיאור הנכס הוא פרט מהותי וביהמ"ש מוכן להשלימו. ביהמ"ש עושה פה השלמה עובדתית (מה שמזכיר דרישת כתב ראייתית ולא מהותית).
2. **התמורה**- בהסכם הראשון כתוב שהבעל ישקיע "כמה שצריך"- לא מוזכר סכום נקוב. ביהמ"ש קובע כי אכן חסרה הסכמה על התמורה, אילו ניצב מסמך זה לבדו לא היה מנוס כי הוא לוקה בחסר ביחס לשיעור התמורה המוסכמת וזה לא עולה בקנה אחד עם דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין, פרט זה לא ניתן גם להשלמה (זו דרישת כתב מהותית).ביהמ"ש מעלה את המסמך השני כמפצה - בו האישה אכן אישרה כי הבעל שילם את כל מה שהיה צריך ולכן אותו מסמך שני משלים את החסר.

מצד אחד כל הפרטים בהסכם אמורים להגיע לידי הסכמה במועד אחד שהוא מועד כריתת החוזה ואילו המסמך השני נעשה שנה אחרי, אולם ביהמ"ש קבע כי ניתן לחבר את שני המסמכים יחד. **שוב - ריכוך גדול בדרישת הכתב ואולי אפילו העלמה של דרישת הכתב לגמרי.**

פס"ד תוקן נ' אל נששיבי: ניתן בסוף 1991. עוסק באישה זקנה וערירית אשר מטפל בה לעת זקנתה האחיין שלה (קשר כמו של הורה וילדו) הזקנה מבטיחה לו כי תמורת הטיפול תעביר לבעלותו נכס מקרקעין שלה ובסוף היא מוכרת לאדם אחר. הבטחה זו לוותה במסמך כלשהו, סוג של ייפוי כוח. בביהמ"ש מתעוררת שאלה האם המסמך מקיים את דרישת הכתב לסעיף 8 של חוק המקרקעין?

באמרת אגב של השופט בך (מבכירי השופטים בעליון, ידען גדול בחוזים)- הוא מתאר במשך כמה שורות את הריכוך שחל במשך השנים בדרישת הכתב ומסכם את התיאור באופן הבא: "נוכל אם כן לסכם כי דרישת הכתב היא מהותית במובן זה שללא מסמך בכתב המעיד על קיום עסקה במקרקעין, העסקה איננה תקפה ולא ניתן להוכיח את קיומה בדרכים חלופיות.עם זאת, אין המסמך חייב לגלם את ההתחייבות עצמה ומספיק שהוא מעיד על קיומה". **למעשה** הוא כמעט אומר כי דרישת הכתב היא מהותית בגלל שהיא ראייתית. מה מתחדש כאן?

אמרה זו היא אמרת אגב והיא לא מופיעה אחר כך בפסיקה אבל היא כן מעידה על משהו שמתרחש בפועל. בפסקי דין מעטים נוספים מאוחרים יותר ישנן אמרות כי בגבולות המשפחה ניתן לאפשר הגמשה בדרישות הכתב.

**הלכה למעשה, ביהמ"ש ער למציאות לפיה הסכמים הנערכים בתוך המשפחה מתאפיינים בחוסר פורמאליות מצד אחד אבל ברצינות המתחייבת מצד שני. לכן, ביהמ"ש מוכן להשלים פרטים.**

הריכוך האולטימטיבי של דרישת הכתב מתרחש בפס"ד קלמר נ' גיא:

העניין הייחודי לפס"ד זה הוא שבו **אין בכלל מסמך** לעומת פסה"ד לעיל בהם היה מסמך אבל הוא היה לוקה בחסר. בפס"ד קלמר נפתח חשבון משותף והוגשה בקשה להיתר בנייה. אלו לעולם לא נטענו להשתכללות לכדי חוזים. אלו, אולי מעידים על חוזה שנעשה אך החוזה נעשה בע"פ (וזה נעשה בע"פ ע"מ להימנע מלשלם מס שבח שבעל הקרקע, קלמר, רצה לחסוך.

משנבנה הבית קלמר לא רצה לקיים את חבותו כי מחירי הבתים בהרצליה האמירו וכי במחיר שמכר את מחצית הקרקע (עלות הבנייה של בית) עכשיו אפשר לקבל הרבה יותר על הבית (הוא תכנן להחזיר להם את עלויות הבנייה רק לא רצה שהם ירוויחו מעלות הקרקע). בני הזוג גיא מגישים תביעה לאכיפת החוזה . **ביהמ"ש קבע כי אכן אוכפים את החוזה בנימוקים הבאים**:

* נימוק דעת הרוב (ברק וגולדברג) אומר כי ההתלבטות שמציג אותה השופט גולדברג קיימת בפסיקה קודמת: אם נגיד שבמקרים מסויימים אפשר להכיר בתוקפו של הסכם מקרקעין ללא דרישת הכתב תחוסל הדרישה לכתב ובתי המשפט יוצפו בפניות. מחד אנו מרוקנים מתוכן חוק משפטי ומאידך, איך נתמודד עם כל פניות הציבור (שיקול מוסדי). **בכל זאת, מחליטים כי עיקרון תום הלב גובר.**

השופט ברק קובע סלוגן במשפט מאוחר יותר **"תום לב או כתב- תום לב עדיף".**

השופטים ברק וגולדברג נותנים מענה לחשש מפני הצפה בביהמ"ש בעקבות הפסיקה הזאת והם מגבילים את המקרים – **רק למקרים בהם ישנה זעקת הגינות גדולה**. בתי המשפט אכן לקחו ברצינות את האזהרה הזו ומעט מאוד פסקי דין הכירו באפשרות הזו (התקבלה במחוזי רק ב5 מקרים ובעליון בכלל לא- מדובר על נושאי מקרקעין כי בדרישות אחרות פחות מהותיות כן הכירו בכך). למעשה עד 2011 כבר חשבו כי אולי זו הלכה שלא מיישמים אותה בפועל עד שהגיע פס"ד שם טוב נ' פרץ.

* נימוק של השופט זמיר: הוא לא מבסס את זה כמו הרוב על תום הלב. הוא גם לא שולל את האפשרות הזו אבל הוא שומר את זה למקרים שזה יידרש. המקרה הזה הוא מאוד קיצוני (אין חוזה ויש קיצוניות של חוסר תום לב) אז אם לא עכשיו - מתי?

השופט זמיר פותר את הבעיה בדרך אחרת ובפיו שתי הנמקות-

1. **דרישת הכתב קויימה**- איך קויימה? הוא אומר כי דרישת הכתב רוככה מאוד ולא צריך הרבה פרטים בכתב וגם יש פסקי דין שמסכימים להשתמש במסמכים מאוחרים יותר (אם כי זה רק במשפחה). הוא רוצה לדלות את הפרטים ממקורות אחרים אם כי הוא מסכים שאין מספיק אבל במצב בו חוזה כבר קויים אין צורך בפירוט מורחב מדי. הבעיה היא שקלמר לא נתן לגיא אישור שההתחייבות קויימה ולכן אומר זמיר, הבית שעומד על המגרש הוא כמו אישור שקויימה ההתחייבות. הבית משמש את הדרישה הראייתית.
2. כשהחוזה כבר קויים או לפחות רובו, ביצוע החוזה משרת את אותו רציונל של דרישת הכתב – הרי הוא **משקף את הדרישה** המהותית של דרישת הכתב, הרצינות וההוכחה. (הייתה רצינות כי הבית נבנה) בעצם, הם מקבלים שירות יעיל מקיום החוזה כמו מדרישת הכתב והוא מייתר את דרישת הכתב. (זוהי דוקטרינה שמצויה שנים רבות במשפט האנגלו-אמריקאית שקובעת שכשיש דרישת כתב בחוק והיא לא קויימה אבל החוזה בוצע בפועל- הביצוע מחליף את דרישת הכתב).

דעתו של השופט זמיר (שהיתה דעת מיעוט) מצאה דרכה כהשראה לתיקונים העתידיים בקודקס.

* **בסעיף 120 להצעת חוק דיני הממונות נכתב:** "נקבע בדין כי צורה מסוימת של חוזה היא תנאי לתוקפו ותנאי זה לא קוים אך החוזה קוים במלואו או בחלקו המהותי יראו את דרישת הצורה כאילו קוימה".
* לקרוא הצעת חוק מסחר אלקטרוני התשס"ח 2008 סעיף 4 ולקבוע האם לדעתנו ניתן לקיים את דרישת הכתב באמצעות אימייל למשל. בנוסף, לקרוא את ספקטור נ צרפתי,ליום שלישי 2, 6 ו4 (מתוך הסילבוס) בנוסף מהותו של זכרון דברים רבינאי נ מן שקד

**הרצאה מספר 10 - 14.11.2013 עם המתרגל אפי צמח (025881884)**

**חוזרים לפרק ב' לחוק החוזים – ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו**

הטעיה תהיה הטעיה במחדל כאשר קיימת על המטעה חובת גילוי אותה הוא לא מקיים.

קיימת גישה שלישית לשתיים שלמדנו בשיעור הקודם עם אפי – היא הגישה הכלכלית אשר מנסה לאזן בין המקרים שבהם ראוי להטיל חובת גילוי רחבה (צריך לגלות, צד שלא גילה יחשב כמטעה) לבין המקרים בהם חובת הגילוי יכולה להיות מצומצמת (לא צריך לגלות, צד שלא גילה לא ייחשב כמטעה). הגישה הכלכלית מייחסת חשיבות יתר לרצון הצדדים כי הרצון החופשי הוא הרצון שמניע את הרווחה המצרפית הכלכלית. לפי גישה זו, חוזה הוא סחר חליפין שבו כל צד מאמין שהוא מקבל משהו ששווה יותר ממה שהוא נותן. לפיכך, בקיום חוזה ישנו רווח חברתי ומצב של טעות יהפוך עסקה ללא יעילה ולכן זוהי עסקה שהיא "עלות חברתית". חשיפת מידע יכולה למעשה לפתור את בעיית הטעות אך הטלת חובת גילוי רחבה מדי יכולה לגרום לפגיעה בצדדים ובחברה. הצדדים לא יראו טעם בחיפוש מידע כי ממילא הם יימסרו אותו לצד השני בבוא היום ולכן זה לא משתלם להם.

**הגישה הכלכלית - גישת אנטוני קרונמן**- יש לו מספר גישות:

1. טעות היא עלות לרווחה המצרפית.
2. יש למנוע טעויות.
3. סם הנגד לטעויות זה מידע.
4. אנו תומכים בגילוי מידע אבל לא לגמרי- כי אם תמיד נטיל חובת גילוי מידע אנשים לא יתאמצו ללכת ולגלות מידע.

למעשה, נרצה לאזן בין הרצון לשלול טעויות לבין התמריץ השלילי שאנשים לא יתאמצו להשיג מידע. הוא מבחין בין מידע שהושג במאמץ מכוון לכזה שהושג באקראי:

מידע שהושג באקראי - חייב אדם לגלות אותו - כי זה אומר בפועל שגם אם הצד יגלה מידע זה, הגילוי לא יהווה תמריץ שלילי מהשגת מידע זה בעתיד (משום שמימלא הושג באקראי).

מידע שהושג במכוון - (למשל כתב עבודה שלמה על תנודות במניות) ואם נכריח אותו לגלות את המידע הזה בעסקאות עתידיות הוא ימנע מלהשקיע את המאמץ הרב הזה בהשגת המידע- דבר שיהווה תמריץ שלילי להשגת מידע רלוונטי שחשוב להתפתחות החברה.

בנוגע לאנשי מקצוע, מצד אחד ניתן לומר שממילא הם עושים את הדברים האלו וההשקעה שלהם פוחתת משנה לשנה. מצד שני עצם העובדה שזה המקצוע של האדם יש פה מאמץ מכוון להשיג את המידע הזה.

**חובת גילוי קמה משלושה מקורות:**

1. **דין** - חוקים חיצוניים לחוק החוזים- מטילים חובת גילוי (חוק המכר בספקטור נ' צרפתי, חוקי הגנת צרכן , סעיף 12 לחוק החוזים- תום הלב הוא מקור לחובת גילוי).
2. **נוהג** - אם יש נוהג בתחום.

**נוהג שמעיד על חובת גילוי מועטת** - למשל צריך לבדוק רכב לפני קנייה כי אין לצפות שיגידו לך שמשהו לא בסדר.

**נוהג שמעיד על חובת גילוי מוגברת** - למשל בעל ואישה.

* **צריך להוכיח גם את הנוהג ואת הקשר בין הצדדים.**

1. **מכלול נסיבות העניין** - כל מיני רכיבים עובדתיים במקרה הנדון. למשל, האם מישהו נשאל במפורש על משהו, או ציין רגישות שלו למשהו.

**יסוד רביעי - קש"ס כפול (הוכחת קשר בין ההטעיה, לטעות ולהתקשרות)-**

1. תחילה יש לזהות את הטעות הספציפית שעליה אנו מדברים- להראות שקיים קשר סיבתי עובדתי בין ההטעיה לבין הטעות- אם הטעת אותי לגבי גודל הבית ולי יש בעיה לגבי זהות המוכר- אין כאן הטעיה שגרמה לטעות כי אני טעיתי בנקודה אחרת.
2. להוכיח שהטעות היא זו שגרמה להתקשרות.

היסוד הנפשי הנדרש כדי להוכיח הטעיה:

הדיון בסוגיית היסוד צמח מכל מיני מצבים בהם המטעים טענו כי לא ידעו, התרשלו, וכולי: בפס"ד שפיגלמן נ' שפניק- ניתן לחשוב כי יש יסוד כלשהו של כוונה ומרמה ופרופ' שלו כתבה שניתן להטעות גם ברשלנות ובתום לב. הפסיקה חזרה ודנה בנושא בדברים נוספים- בסופו של דבר הפסיקה לא הכריעה. בסופו של יום, צריך שיהיה יסוד כלשהו של מרמה.

בין חובת תום הלב להטעיה:

מה קורה כשיש פגם מוחלש? יש נסיבות שהיו יכולות להביא לקש"ס ועל יסוד אחד מהקריטריונים אין פגם בכריתה. **האם אפשר להכניס את ההתנהגות בסעיף 12?**

1. מאיה נ' פנפורד- עילת הכפייה.
2. גנז נ' כץ- עילת העושק.
3. פס"ד ישראל פרי שם הנשיא גורניץ מבטא גישה מאוד זהירה. היה מצג טרום חוזי כוזב עובדתית נניח. הבעיה היתה בזמן הסביר. ניתן לבטל תוך זמן סביר. במקרה שלנו הצד התחיל לקיים את החוזה ועבר הרבה מאוד זמן. כיוון שלא ניתן היה לטעון להטעיה הם רצו תום לב. גורניץ אמר שכשהבנו שלא מתאפשר לנו להיכנס להטעיה אנחנו לא נאפשר להכניס כל פעם אוטומטית את חובת תום הלב כי אז מוציאים מהדברים את התוכן. זו רק חוליה אחת בשרשרת רחבה של תכולות שמבקשות לקבל את העמדה של עיקרון תום הלב. גורניץ אומר שאת חובת תום הלב אנחנו לא רוצים להעביר על גדותיו ולהכיל בכל מקרה.

**טעות:**

* **גינדי נ' אפללו.**
* **כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה**.
* **ארואסטי נ' קאשי ואח'**.
* **זהבה כנען נ' ממשלת ארצות הברית**.
* **שלזינגר נ' הפניקס.**
* פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות",**עיוני משפט** יד (תשמ"ט) עמ' 459.

**יסודות הטעות**:

1. קיום חוזה.
2. יסודיות הטעות- כשמדובר בטעות סעיף 14 להבדיל מסעיף 15 יש תנאי שנקרא- **יסודיות הטעות**.

המערכת של טעות והטעיה היא מערכת קבועה של איזונים. ככל שהצד השני יותר תם כך יש דרישות מוגברות מהצד האחר ואחת מהדרישות באה לידי ביטוי ביסודיות הטעות- שלא כמו בהטעיה, שם אם צד אחד הטעה כל טעות נחשבת טעות מהותית, **כשמדובר בסעיף 14 הטעות צריכה להיות מהותית** שיורדת לשורש החוזה. הטעות צריכה להיות ניצבת במרכז ההתקשרות.

* קשה לבסס יסודיות אם לא דנו באריכות בפרטים בשלב המשא ומתן.

1. קש"ס רגיל (לא כפול) - להוכיח שאדם התקשר בחוזה עקב הטעות.
2. הידיעה/ העדר הידיעה: ההבדל בין **טעות חד צדדית לבין טעות ידועה לצד השני**. המבחן שמבחין ביניהן הוא ידיעת הצד השני על כך. בנוגע לניסוח **"על כך"** (מלשון החוק) נחלקו העמדות:

העמדה הקונבנציונאלית היא של פרופ' צלטנר- על מנת שתתקיים טעות, **צד אחד צריך לדעת שהצד השני טועה**.

העמדה של גבריאלה שלו- **צריך לדעת גם על הטעות וגם על היסודיות**. לא בלבד שצד יודע שהשני טועה אלא גם שהטעות היא יסודית ומהותית עבורו.

העמדה של השופטת בן פורת- עמדה מאוד בעייתית על אף העובדה שישנן ערכאות נמוכות שמאמצות אותה. יש להדגיש כי לא נמצא אותה יותר מדי- **אין צורך לדעת על הטעות אלא רק על היסודיות**. המבחן הוא כדלקמן: באופן היפותטי אם צד היה יודע על הטעות שטעה הצד השני האם הוא היה יודע שהיא יסודית? המבחן הוא נורמטיבי של מדיניות משפטית.

בפס"ד כנפי נקבעו כמה קביעות שהיו מאוד בעייתיות לאחר מכן וביהמ"ש העליון נאלץ להתמודד איתן בכל מיני מצבים. ראשית הסטיה היא בפס"ד ארואסטי אך מאז ועד היום רואים את הסטיות ואת הנסיונות לאבחן את המקרה הקונקרטי הנדון מהלכת כנפי. בארואסטי מנסים לאבחן את המקרה.

דרכי הסטייה מהלכת כנפי בפס"ד ארואסטי:

1. הטעות הרטרואקטיבית- שלא כמו בהלכת כנפי אנו לא נזרקים אחורנית ואומרים כי הדין השתנה למפרע. אנו לא מוכנים להכיר בכל טעות בדין כטעות שחלה אחורנית. לגבי יסוד הטעות לא היה שום פער בין המחשבה למציאות. ההלכה פועלת מכאן ואילך ולא אחורנית. השופט טל ניסה לתרץ זאת ביסוד הקשרים. בכנפי יש ציפייה להמשכיות היחסים בין הנכה לבין ביטוח לאומי. בארואסטי יש קשר שבאופן מובהק בדין ניסו לקטוע אותו.
2. טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה- בכנפי לא היה הסדר פשרה. אותו נכה לא נטל על עצמו סיכון בהקשרים האלו. בארואסטי יש הסכם פשרה והוא מעצם טבעו נתפס כנטילת סיכונים.

עד כאן סעיף זה הוא 14 א' – כאשר צד אחד יודע על הטעות של צד אחר.

עכשיו נעבור לסעיף 14 ב' – בו הצד האחר לא יודע על קיומה של הטעות.

ההבדל ביניהם הוא קריטי – כשצדדים מגיעים לביהמ"ש לפי סעיף 14 ב' הטעות לא ידועה לצד השני וביהמ"ש מפעיל את שיקול דעתו - עליו לעשות מאזן צדק בין הצדדים, עליו לבדוק מי יינזק יותר. ביהמ"ש בנוסף ייבחן את האשם היחסי של הצדדים כאשר כאן האיזון נוטה לטובת הצד שלא רוצה לבטל את החוזה.

**טעות משותפת**- אף אחד לא יודע על קיומה של הטעות בצד השני.

**עד כאן לעניין פגמים בכריתה – חוזרים לדבר על צורת החוזה**

**הרצאה מספר 11 - 14.11.2013**

דנים על מסמך אלקטרוני – האם הוא יכול לשמש על מנת לבצע חוזה למכר מקרקעין?

**התשובה היא לא**, באופן עקרוני מסמך אלקטרוני יכול לשמש כחוזה אך הוא לא יכול להוות את דרישת הכתב המהותית.

אין אף פס"ד שעונה על השאלה הזו. יש פס"ד מחוזי אחד לנדאו נ' קרסן היינץ בע"מ אך הוא לא עוסק בדרישת הכתב המהותית של סעיף 8 לחוק המקרקעין אלא עוסק בחוק המתווכים במקרקעין- האם מיילים מהווים את דרישת הכתב? שניים מבין השופטים הסכימו לשמוע את הטענות אך בפס"ד זה אין פסיקה חד משמעית וזה נדון רק לגבי פסילה על הסף (התיק עדיין מתנהל).

מה שכן, קיימת הצעת חוק "מסחר אלקטרוני" שטרם התקבלה.

עמדת משרד המשפטים בהצעת החוק: סעיף 4 להצעה –

א. לפעולה משפטית לרבות כריתת חוזה יש תוקף גם אם נעשתה באמצעות מסמך אלקטרוני.

ב. הוראה זו לא תחול על פעולות משפטיות המנויות בתוספת השנייה לחוק (בעצם לא חל על סעיף 8 לחוק המקרקעין כי זו דרישת כתב מהותית).

דעתו של גלברד: אין תשובה חד משמעית מפני שיש כמה סוגים של מסרים אלקטרוניים כמו סקייפ וגם מיילים שהם לפעמים תחליף לדיבור (התכתבות בקיצורים וכדומה).לא נרצה שעסקאות במקרקעין ייעשו בע"פ אבל אם יש מסמך שמישהו ניסח בצורה הולמת כמסמך ופשוט שלח אותו באמצעות מסר אלקטרוני- זה יכול להיתפס ככתב.

**זיכרון דברים**

**האם זיכרון דברים תקף כחוזה? התשובה היא - תלוי אם קיימים בו קריטריונים של חוזה או לא.**

אין חולק כי במציאות אנשים נוהגים לקיים ביניהם "זיכרון דברים". פעמים רבות מדובר בהסכם קצר- אבל לא חייב להיות קצר. לפעמים עושים מסמך לא מקצועי בלי עו"ד- אבל חוזה גם לא חייב להיווצר בליווי עו"ד.

השאלה העומדת לנגד עינינו היא מה מעמדו של אותו מסמך לא מקצועי המכונה "זיכרון דברים"?

**הפסיקה קובעת כי השם "זיכרון דברים" לא קובע על תוכן המסמך אלא השאלה היא מהותית-**

במידה והמסמך משקף העדה על גמירת דעת ויש את דרגת המסויימות המתבקשת ויש דרישת כתב אם צריך, הוא חוזה לכל דבר ועניין ואם לא אז הוא לא.

צדדים לא נוהגים לעשות זיכרון דברים סתם מתוך שעשוע אלא ברוב המקרים הוא חלק מתוך מו"מ ואם הם עדיין במו"מ יחולו עליו הדרישות במו"מ (כמו תום לב למשל). תוקפו נקבע ע"י סעיף חוק החוזים. כשאדם חותם על זיכרון דברים הוא מודע לזה שהוא קושר עצמו בקשר מחייב.

העדה על גמירת דעת נבחנת לפי כל הסימנים הרגילים שלמדנו. יחד עם זאת הפסיקה מפנה את תשומת ליבנו בפס"ד רבינאי ל"**נוסחת הקשר".**

**"נוסחת הקשר"-** היא אותו סעיף בזיכרון הדברים שלא תמיד מתקיים. המציאות מראה כי לפעמים יש בזיכרון הדברים התייחסות לחוזה המקצועי שהצדדים מתכוונים לכרות בהמשך. הפסיקה אומרת כי יש לשים לב לנוסחת הקשר במידה והיא קיימת כי בנוסחה הצדדים לפעמים מביעים עמדה ברורה לכוונתם: למשל, אם כתוב "נקבע חוזה בעוד 10 ימים במשרד עו"ד ואין לחזור בנו מדעתנו- מעיד על גמירת דעת. בחלק גדול ישנה **נוסחת קשר אך היא בעלת אופי ניטרלי**: למשל, "הצדדים יפגשו בעוד 10 ימים כדי לחתום על חוזה"- פה עולה השאלה: אם הצדדים רואים בזיכרון הדברים כחוזה מחייב, למה צריך עוד חוזה? ברק מעלה שאלה: **האם עצם העובדה שיש נוסחת קשר ניטרלית מעידה על כך שאין עדיין גמירת דעת?** התשובה לכך היא שהם אכן רואים עצמם מחויבים וגמרו בדעתם אך הם רוצים שעו"ד יקיים את החוזה בשל מורכבותו. זיכרון דברים מבטיח שיש קשר מחייב אבל לא מבטיח שהביצוע של החוזה יהיה קל ולכן דרוש מומחה בעניין- זה לא שולל את העובדה שהם רוצים לקשור עצמם בזיכרון הדברים.

**בהנחה שזיכרון הדברים הוא חוזה מחייב, מה היחס בינו לבין החוזה המקצועי שיכרת או לא יכרת בעתיד?**

* במקרה שהכל מתנהל כשורה והצדדים אכן נפגשו וכרתו חוזה חדש, זיכרון הדברים נבלע בתוך החוזה החדש והם חייבים ע"פ החוזה החדש המפורט (ברוב המקרים הוא יהיה תואם את זיכרון הדברים אך גם אם הוא יהיה סותר לו החוזה הוא שנחשב).
* אם הצדדים מגיעים למעמד כריתת החוזה החדש ושם הם לא מסכימים ביניהם ויש מחלוקת - במקרה כזה אם שני הצדדים מסכימים שלאור אי ההסכמות ביניהם הם לא רוצים שיהיה ביניהם חוזה- אז לא יתקיים ביניהם חוזה.
* המקרה הקלאסי הוא **שאחד הצדדים עומד על קיום החוזה ואחד הצדדים רוצה להשתחרר ממנו- במצב כזה יש חוזה מחייב**- זיכרון הדברים. הצדדים יהיו חייבים לבצע את זיכרון הדברים ואם יש חוסרים ישלימו אותם ע"פ מנגנוני ההשלמה.
* בפס"ד דור אנרגיה- היה מדובר בטיוטה והעליון קבע כי יש מספיק סממנים המעידים על גמירת דעת וזה חוזה מחייב.

# 3. מו"מ לקראת כריתתו של חוזה (שינוי בסדר הסילבוס)

## א.סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973

* **ספקטור נ' צרפתי**.
* **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**.
* **פנידר ואח' נ' דוד קסטרו.**

כל פרקים א' וב' לחוק החוזים עוסקים בשלבים טרום חוזיים ובמו"מ ולא רק סעיף 12 לחוק החוזים.

קיימים כללים משפטיים מחוץ לדיני החוזים העוסקים במשא ומתן:

**סעיף 56 לפקודת הנזיקין "עוולת התרמית"** כשהנפוץ ביותר זה תרמית במשא ומתן- ז"א אפשר לתבוע בנזיקין.

**סעיף 35 בחוק הנזיקין "רשלנות"-** אם מישהו מוסר מידע לא נכון במו"מ בטעות והתרשל- אפשר לתבוע בנזיקין על מצג שווא רשלני.

**גם דיני עשיית עושר ולא במשפט** יכולים לחול בזמן מו"מ.

**יש מגוון נורמות משפטיות החלות על מו"מ- אנחנו נתמקד בסעיף 12 לחוק החוזים כיוון שהוא הנורמה המרכזית.**

**12. תום-לב במשא ומתן**

(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 המחייבים.

**סעיף א קובע את הנורמה**- זוהי נורמה מופשטת ללא כללי התנהגות ספציפיים.

**עיקרי הנורמה:**

* חובת תום הלב חלה על כל משא ומתן, ארוך או קצר (הצעה וקיבול).

ייתכן מו"מ שבסופו נכרת חוזה וייתכן שלא - תום הלב חל על שניהם.

מקור סעיף 12 בקודקס הגרמני האזרחי. במשפט הגרמני המשמעות העיקרית של תום הלב במו"מ הוא במקרה וצד בחוסר תום לב גרם לפיצוץ מו"מ- אצלנו, עיקרון זה קביל גם אם נכרת חוזה ובדיעבד מסתבר שלא היה תום לב. החובה חלה לכל אורכו של המו"מ וברור שמשמעות החובה ועצמתה משתנה לאורך התהליך.

ככל שהמו"מ מתקדם יותר העוצמה גבוהה יותר והמשמעות רחבה יותר. ישנן חובות שהן רלוונטיות כבר מהרגע הראשון, כמו האיסור להטעות ויש כאלו שלא רלוונטיות כבר מההתחלה- כמו הפסקת מו"מ אחרי שעה. חובת תום הלב היא חובה אובייקטיבית. השאלה מה הצדדים חושבים על תום הלב לא רלוונטית לביהמ"ש. האמונה הסובייקטיבית לגבי הסטנדרט של תום הלב לא קובעת, אלא הרף האובייקטיבי שביהמ"ש מציב (אם שני הצדדים רמאים ומסכימים לרמאות זה לא תופס- כי אנו רוצים לקבוע נורמת התנהגות בחברה שהיא טובה והגונה). פה, בניגוד לרעיון של חופש החוזים אנו כופים על הצדדים לעשות חוזה בצורה הגונה לפי עיקרון תום הלב. מובן שהאובייקטיביות מושפעת מהנסיבות ורף ההתנהגות שקובע את תום הלב נוצר ע"פ ההשפעה ביחסים בין הצדדים ובמאפיינים נוספים כמו סוג החוזה והנסיבות.

* סעיף 12 הוא סעיף קוגנטי ואי אפשר להתנות עליו (בית יולס נ' רביד, שמגר).

**על מי חלה חובת תום הלב? כל מי שמשתתף במו"מ גם אם הוא לא אמור להיות צד לחוזה**.

בפס"ד פנידר נ' קסטרו החובה למו"מ חלה גם על השלוח של הצדדים. החברה שולחת מטעמה שלוח ומעשיו של השלוח מחייבים ומזכים את השולח- הוא עצמו לא מקבל זכויות או חובות מכוח השליחות והוא ידו הארוכה של השולח ואם השלוח מפר את חובת תום הלב במו"מ החובה חלה על השולח וגם על השלוח עצמו. במקרה שלנו השולח (החברה) הוא חדל פירעון ואין לו כסף. לכן, יש משמעות גדולה לשלוח מר פניני. סעיף 12 חל על "אדם" ולא "נושה/מציע/ניצע וכדומה" .

במצב בו השולח יאמר לשלוח לא לגלות מידע מסויים, איך צריך לנהוג השלוח?

**השלוח נמצא בדילמה**: לפי חוק השליחות השלוח חב חובת נאמנות לשולח ומשמעותה של החובה הזו היא לקיים את הוראות השולח. אם השלוח לא מקיים את הוראות השולח, לפי סעיף 9 לחוק השליחות השלוח חב כלפי השולח ויחולו דיני התרופות בשל הפרת חוזה (יצטרך לשלם פיצוי לשולח). בנוסף, יכול שיחוב פיצוי כלפי הצד בחוזה על הפרת חובת תום הלב. כאן נמצאת הבעיה.

שמגר אומר בפס"ד פנידר שאם אכן יבצע את הוראות השולח ויתבעו אותו בסעיף 12 לא יוכל להעלות כטענת הגנה את חובת הנאמנות שלו. כלומר, **חובת הנאמנות לא מעניקה חסינות לשלוח**. שמגר לא עוסק במצב ההפוך. העצה הפרקטית העולה מהפס"ד היא שכדי להימנע ממצב של הפרת דיני השליחות ותום הלב היא שהשלוח לא ייקח על עצמו שליחות שכרוכה בהפרת תום לב (יש לציין כי העצה לא פרקטית לחיים האמיתיים).

* גם עורך דין אשר מייצג לקוח במשא ומתן חשוף לסעיף זה ועליו לנהוג לפי חובת תום הלב.

**משמעויות קונקרטיות של הפרת חובת תום הלב:**

1. **מצבים של הפרת חובת תום הלב שאחריהם נכרת חוזה:**

את משמעות חובת תום הלב סעיף 12 לחוק החוזים לא מגדיר. ישנה נורמה כללית שמתאימה את עצמה לשינויי הזמנים. המופע האופייני ביותר הוא הנושא של **חובת גילוי**.

פס"ד ספקטור נ' צרפתי, פנידר נ' קסטרו, קינסטלינגר נ' אליה ועוד.

בדינים השונים ישנם מצבים של חובות גילוי ספציפיות ( חוק המכר, חוק הביטוח ועוד)

אבל חובת גילוי כללית יש מכוח חובת תום הלב בסעיף 12 לחוק החוזים וזוהי פרשנות של הפסיקה.

**מה היקף חובת הגילוי?**

בפס"ד ספקטור נ' צרפתי ניתן לראות הבדל בין דעתו של השופט אשר לשופט לנדוי*.*

גישת השופט אשר: סעיף 12 יוצר חובת גילוי ומאז חקיקת חוק החוזים גישת העבר של "ייזהר הקונה" כבר לא קיימת ויש לגלות לצדדים כמעט כל פרט החשוב להם לדעת.

גישת השופט לנדוי: אנו חיים בעולם מסחרי ולא צריך להגזים עם חובת הגילוי, ביהמ"ש אינו אפוטרופוס. הוא מדגיש שני דגשים: הקונה בפס"ד זה הוא קבלן והוא מתעסק בתחום והמידע היה ציבורי וקל להשגה. בסופו של דבר לנדוי מבטל את החוזה לפי סעיף 18 לחוק המכר כי הנכס לא היה נקי מצדדים שלישיים. אשר מאידך ביטל גם בגלל הפרת חובת תום הלב.

* פרק מו"מ פסקי דין לקרוא 3 שיכון עובדים 10 קל בניין 9 קל בניין (כן, שניים)

**הרצאה מספר 12 - 21.11.2013**

**היחס בין החובה בסעיף 12 לבין הוראות פרק ב' העוסק בפגמים בכריתת חוזה:**

גם פרק ב' עוסק בשלב המו"מ –וכמעט כל העילות כרוכות גם בהפרת חובת תום הלב. הצד שהטעה או עצם עיניו לטעות או כפה או עשק – כל אלו הן הפרות של חובת תום הלב.

* לא תמיד יש חפיפה. העילות של פרק ב' חלות רק על מצב שבו נכרת חוזה. יכולים להיות מצבים שבהם נכרת חוזה ויש הפרת תום הלב אך היא לא באה לידי ביטוי באחת ההתנהגויות המוצגות בפרק ב'.
* קיימת חפיפה במצבים מסויימים- בכל הטעייה למשל, יש הפרת תום לב.

**האם סעיף 12 מייתר על העילות בפרק ב' ולהפך?**

הן לא מייתרות זו את זו היות והתרופות שונות. התרופה של סעיף 12 היא פיצויים.

בתרופות של פרק ב' אפשר להשתמש בשביל ביטול והשבה של החוזה. צד שנעשק, הוטעה או נכפה וביטל את החוזה לא בהכרח קיבל את מה שהוא הוציא. יכול להיות שהוא שילם לצדדים שלישיים (מתווך, עו"ד) ועוד. את חסרון הכיס אפשר לפצות דרך העילה של סעיף 12 ב'. היות והעילות שונות הן לא מייתרות זו את זו. הרבה פעמים טוענים את שתיהן.

**בעצם, אפשר לדרוש פיצויים מכוח התרופות בסעיף ב' ואת החוסר שלא הושג מכוחן לדרוש מכוח סעיף 12 (ב).**

מה אם יש סיטואציה שהיא לכאורה הטעיה/עושק/כפייה אך לא ניתן לבסס את מלוא העילה?

בפס"ד גנז נ' כץ -ישנם מצבים בהם הצד לחוזה נתון בלחץ כה גדול שבו מכיר הדין בפגם בגמירת הדעת. במצב רגיל תמיד יש סף לחץ סביר שקיים ואינו מהווה פגם בכריתה.

מה קורה במצב הביניים שלא מגיע לשיבוש מוחלט של שיקול דעת?

במקרים כאלו נלך לעילה כללית יותר של הפרת חובת תום הלב שאין לה תנאים קונקרטיים. היא עילת מסגרת. השאלה הזו מתעוררת בפסה"ד. גנז היה בחור חרדי בשנות ה40 שהיה לחוץ להתחתן. הוא הבטיח לשדכן 100 אלף דולר תמורת שידוך ובנוסף לכך אם השדכן יצטרך עוזר גנז ישלם לו עוד 100 אלף דולר. השדכן מצא לו כלה וגנז שילם לו 20 אלף וחשב שיצא ידי חובה אך כץ לא חשב כך וטען לעושק. המחוזי דחה את הטענה וגם העליון- לא היה עושק משום שקשה לדעת אם רמת המצוקה היא מספיקה לעושק והאם התנאים גרועים מהמקובל- כי החוזה לא חוזה מקובל. ביהמ"ש אמר שההתנהגות של כץ הייתה מאוד לא אתית. ביהמ"ש שואל עצמו האם יש הפרה של חובת תום הלב מצדו של כץ? השופט קדמי חושב שכן ולוין וזמיר לא.

מדוע לא?

א. הטענה לא נטענה במחוזי, אי אפשר להעלות לראשונה טענה חדשה בערעור בעליון.

ב. אם נאפשר שבמצב שלא הוכיחו עושק הולכים לתום הלב–אנו בעצם מייתרים את העילות הספציפיות.

שני קשיים בנימוק זה:

* מדוע הנימוק עולה בדיני חוזים אבל לא עולה בדינים אחרים?
* דווקא בחוזים העילות לא מייתרות אחת את השנייה משום שהתרופות שונות. אם צד מבסס עושק הוא יכול לבטל את החוזה. אם הוא מוכיח את תום הלב החוזה נשאר על כנו ורק מקבל פיצויים (במקרה הספציפי של גנז נ' כץ ביטול החוזה או פיצויים יביאו לאותו המצב).

**גבולות חובת הגילוי:**

1. ברור שאין חובת גילוי תמיד ובכל מצב.
2. יש שורה של קריטריונים שביהמ"ש מפעיל סביב החוזה הקונקרטי כדי לבחון האם יש חובת גילוי. דוגמאות לקריטריונים המשפיעים על חובת הגילוי:
3. **סוג החוזה**– למשל, אם זה חוזה צרכני אז חובת הגילוי המוטלת על העסקה היא רחבה. לעומת זאת בחוזה בין שני גופים מסחריים עסקיים חובת הגילוי תהיה מצומצמת יותר ובחוזה ביו אנשים פרטיים חובת הגילוי בינונית.
4. **יחסי קרבה בין הצדדים**– הצדדים פחות בודקים בעצמם כי הם מצפים שהצד השני יגלה יותר ולכן נראה בפסיקה שרמת הגילוי עולה במצבים הללו.
5. **אופי המידע**- כאשר מידע נגיש חובת הגילוי תהיה מצומצמת יותר ולהפך.
6. **נסיבות מיוחדות** – כמו במקרה של קיסלינגר (מתואר בהמשך) – נסיבות חריגות לסטנדרט.

* מכיוון שיש מכלול קריטריונים קשה למצוא את האיזון ביניהם.

במבט מחודש על ספקטור נ' צרפתי ניתן לראות כי המחלוקת בין אשר ללנדוי היא לא מחלוקת עקרונית אלא רק מחלוקת על איך הם רואים את המצב בסיפור הספציפי הזה.

**השופט לנדוי-** יש עסקת מכר במקרקעין. המוכר הוא קבלן. המידע פומבי ולכן חובת הגילוי מצומצמת יותר.

**השופט אשר-** מספר לנו כי הקבלן כבר בנה בקרקע קרובה והוא כבר בירר את הזכויות וגילה בעירייה כי על חלקה כזו אפשר לבנות 16 דירות וכקבלן ותיק היה בטוח שהחלקה הזו באותו היתר בנייה. **ספקטור ניצל את עודף הידע של צרפתי**. הרי מי שלא מכיר את ההיתרים היה הולך ישר ובודק כמה אפשר לבנות עליה ודווקא צרפתי שידע כבר כמה אפשר לבנות לא בדק וספקטור הפיל אותו בפח. לכן, **ההבדל בין אשר ללנדוי הוא לא עקרוני אלא הוא רק מנקודת המבט בדגשים המסתכלים עליהם בסיפור.**

ניתן לראות בפס"ד אחר מקרה שכביכול דומה לספקטור נ' צרפתי בו מוטלת חובת גילוי על הקונה ולא על המוכר (מה שהפוך מבד"כ). פס"ד קיסלינגר נ' איליה: היה מדובר על חלקת קרקע (קצת למעלה מ3 דונם) חקלאית שגברת קיסלינגר, אישה שגרה בחו"ל קיבלה בירושה. איליה, חקלאי, שם עינו על החלקה הזו ומצא שהגב' קיסלינגר היא היורשת. הוא נסע לארה"ב ושיכנע אותה למכור התמורה ל10 אלף דולר. הוא לא גילה לה שבו בעת התפרסמה תכנית לשינוי הגדרת הקרקע מחקלאות לבנייה ומשגילתה זאת הגברת היא תבעה את איליה.

**אין תשובה ברורה וחד משמעית לגבי על מי חלה חובת הגילוי אך ניתן לראות זאת מהפסיקה בגדול – לטובת מי נוטים בתי המשפט.**

**ב. פרישה ממשא ומתן (עדיין תחת משמעויות קונקרטיות של הפרת חובת תום הלב)**

ברוב המקרים פרישה ממו"מ היא לא הפרה של חובת תום הלב. כל הרעיון במו"מ הוא שאפשר לפרוש ואפילו כשישנה העדה על גמירת דעת. במקביל, סעיף 3 קובע עד מתי יכול המציע/הניצע לחזור בו. למרות זאת, הפסיקה אומרת כי במצבים חריגים פרישה ממו"מ מסיבות לא ענייניות (למשל חלום שהנחה אותו) יכולה להביא להפרת חובת תום הלב. נדגים: **כאשר מו"מ נמצא לקראת סופו והושקעו בו משאבים משמעותיים** כיוון שכשצד משקיע משאבים הוא רוצה לדעת כי הצד השני פועל באופן רציונאלי ולא יפרוש מכל שטות, אילו לא היה כך אולי לא היה משקיע את המשאבים.

האם יש הפרה של חובת תום הלב בזה שצד מנהל מו"מ במקביל עם צדדים נוספים?

עקרונית לא. עם זאת, אם צד יוצר מצג של מו"מ בלעדי ובניגוד למצג זה מנהל מו"מ בו זמנית אז הוא מפר את חובת תום הלב כי בהתאם למצב, הצד השני מחשב את צעדיו.

אם צד מקבל ייעוץ משפטי טוב הוא יוכל "להלביש" את הסיבה שאינה עניינית לסיבה עניינית כביכול.

בפס"ד פאנטי נ' יצהרי מתואר סירובו של אדם לחתום על חוזה שעולה כדי התנהגות בחוסר תום לב. אכן כמו כל התנהגות במהלך משא ומתן גם פרישה ממנו צריכה להיות מונחית מתום הלב.

**ג. ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות**

**מה הסיבות לניהול מו"מ כזה?** יכול להיות שא' מנהל מו"מ עם ב' רק בשביל להלחיץ את ג' –**זוהי הפרה של חובת תום הלב**. ברוב המקרים יהיה קשה להוכיח את זה כי צריך להוכיח כוונה וכוונה היא דבר נסתר. אין רשימה סגורה של התנהגויות אסורות- חובת תום הלב היא חובה כללית ולמרות שיש מצבים שקשה להכניס למשבצת התנהגות מסויימת, הם יהוו הפרת חובת תום הלב בכל מקרה.

**ד. הפרת חובת שוויון במכרז פרטי**

האם הפרת שוויון המו"מ היא הפרה של חובת תום הלב?

מכרז- טכניקה לניהול משא ומתן. בעל המכרז מזמין להציע הצעות. המשתתפים הם מציעים ובעל המכרז יבצע את הקיבול. זהו **משא ומתן סימולטני רב משתתפים**. הטכניקה הזו מאפשרת להשוות בין ההצעות השונות על בסיס קריטריונים אחידים ושוויוניים.

מכיוון שכך, זו הדרך הכמעט יחידה בה ניתן לנהל מו"מ במישור של המשפט הציבורי. כרשות ציבורית חל עליה תחום המשפט הציבורי, מצד שני היא משתמשת בחוזה (כלי של המשפט הפרטי) וכך חובת השוויון חלה עליה מכוח הטריטוריה של המשפט הציבורי בו היא פועלת.

חוק חובת מכרזים מחייב רשות ציבורית לנהל מו"מ בדרך של מכרז שוויוני (למעט מקרים חריגים מעטים) אך לא מחייב גופים פרטיים.

**מה קורה כשגוף פרטי שלא חב בחובת שוויון רוצה להתקשר במכרז?**

ההנחה הרווחת במגזר הפרטי היא חופש החוזים והיכולת ולהתקשר כרצון הצדדים. לכן יש התנגשות של שני שיקולים: מצד אחד מכרז אומר שוויון. מצד שני מדובר בגוף פרטי בעל חופש.

העניין בא לידי ביטוי בפס"ד בית יולס שם גוף פרטי החליט שלא מתוך הכרח לעשות מכרז ועולה שאלת הצורך בשוויון. במידה ויש תנאי מפורש במכרז שמגדיר שאין חובת שוויון - אין מחלוקת בין השופטים שהוא קביל. אולם, ישנן דעות חלוקות לגבי ברירת המחדל – האם יש או אין חובת שווין.

שמגר וברק (בדעת מיעוט – מצב נדיר):

שמגר אומר כי ברגע שבוחרים דרך של מכרז הצדדים מצפים לשוויוניות. גם ממכרז פרטי מצופה להיות שוויוני אלא אם כן התנו במפורש שהוא לא יהיה כזה.

בעיקרון חוק חובת מכרזים לא חל על גופים פרטיים. אולם, בסיס השיוויון יהיה חובת תום הלב בסעיף 12 או "דוקטרינת החוזה הנספח" (חוזה שנוצר בין הצדדים לפני החוזה הכללי והוא נוגע לכללי המשחק במכרז. בחוזה הנספח החובה לשוויון לא נובעת מהדין של סעיף 12 לחוק החוזים אלא מכוחו של החוזה הנספח). החובה לנהוג בתום לב במכרזים פרטיים היא החובה לנהוג בשוויון.

השופט אילון:

חשב שאין חובת שיוויון כי חופש החוזים וחופש הקניין גוברים במשפט הפרטי.

בדיון הנוסף עמדתו של אילון הפכה לדעת הרוב כי הצטרפו אליו שאר השופטים.

השופט אילון מציין כי חובת תום הלב היא קוגנטית. לכן, אם הם טוענים שהבסיס לחובת השיוויון הוא חובת תום הלב אז איך הם מאפשרים להתנות עליה?

שמגר עונה לזה כך- חובת תום הלב היא קוגנטית **בעיקרה**.

אילון אומר כי אין שוויון במכרז פרטי אלא אם כן נאמר במפורש שכן יהיה שוויון (בניגוד לשמגר).

תשובה טובה יותר ניתנת לנו בקריאה נכונה של פס"ד בית יולס שמלמדת אותנו כי:

הפרת חובת תום הלב היא אי גילוי. מתוקף ההגדרה כ"מכרז" כל משתתף מבין שההצעה שלו תיבחן ע"ב קריטריונים שוויוניים. זה יוצר ציפייה אצל המשתתפים למכרז שוויוני. אם בניגוד לציפייה מזמין המכרז פועל באופן לא שיווני- זאת הפרה של חובת תום הלב. אם הוא היה מציין מראש שלמרות שזה מכרז הוא לא מתכוון לנהוג בשוויון או שהוא לא מתחייב לבחור את ההצעה הנמוכה ביותר אז המציעים יידעו את כללי המשחק המוגדרים מראש על ידי נותן המכרז. הפרת חובת תום הלב היא לא בעצם העובדה שלא נוהגים בשוויון אלא כשיוצרים מצג כלפי המשתתפים של שוויון ואז מפרים אותו מפני שאם חלק מהמשתתפים היו יודעים שזה לא שוויוני באמת הם לא היו משתתפים (שכן השתתפות כרוכה בהוצאות מצידם).

פס"ד שקבע קביעה הפוכה (למרות שהוא לא אמר את זה במפורש) זה פס"ד קל בניין #1. היות וע.ר.מ רעננה לקחה הצעה של חברה שלא פעלה לפי הכללים של המכרז. כשקל בניין עתרה לביהמ"ש המחוזי תשובתו היתה שיש הלכה לפי בית יולס לפיה אין חובת שיוויון במכרז פרטי. קל בניין ערערו לעליון והוא קיבל את טענתם והפך את הלכת בית יולס.

* **ניתן להבין בפשטות שכשמישהו מכריז על מכרז ופועל כנגד המצופה במכרז יש פגיעה בציפיות של הצד השני ובכך הוא מפר את תום הלב**.

**השאלה הקשה יותר היא האם בכלל יש חובת שוויון בחוזים?**

אם היו שואלים לפני 40 שנה התשובה הייתה שאין חובת שוויון והעיקרון השולט במשפט הפרטי הוא חופש הקניין וחופש החוזים. כיום המצב יותר מורכב בשל מספר סיבות:

1. הפסיקה קובעת כי עקרונות יסוד של המשפט הציבורי הם חלק מהנורמות של המשפט הפרטי- כמו תום לב (פס"ד חברת קדישא).
2. יש חקיקה שלפיה בתחומים מסוימים של המשפט הפרטי יש חובת שוויון במו"מ (חוק שוויון הזדמנויות עבודה, חוק איסור אפליה) יש הוראות ספציפיות כך שהנושא לא זר במשפט הפרטי.
3. בשנים האחרונות אנו חווים במדינת ישראל תהליך משמעותי של הפרטה. בדברים שבאופן מסורתי המדינה הייתה אחראית על מתן השירות או המוצר וחלה עליהם שוויון כעת מופרטים ואז עולות שאלות כדוגמת אפליה בקבלה לבית הספר למשל, האם חלה חובת השוויון במצב כזה? אם המדינה מסכימה להפריט שירותים שלה אז אולי לפחות באלו תהיה חובת שוויון. כנ"ל לגבי צורכי מחייה בסיסיים- אם למדינה היתה דאגה לשוק של השכרת דירות ודיור ציבורי רחב למשל, המדינה חייבת לנהוג בשוויון. אלו הן שאלות פתוחות **ואין פס"ד מפורש שקובע כי יש חובת שוויון בחוזה הפרטי**. (בחינוך זה יותר קל כי אם גוף פרטי מקבל תקציבים מהמדינה יש לו אופי מעין ציבורי וחלות עליו חובות השוויון).
4. במשפט האירופאי בשנים האחרונות מלומדים חיברו קודקס אזרחי כלל אירופאי והרעיון הוא שאולי מדינות יאמצו אותו. בחלק של דיני החוזים הפרק מתחיל בחובת שוויון במו"מ לכריתת חוזה בסקטור הפרטי ולאחר מכן הוא מכיל את החריגים (עצם העובדה שהם מתחילים מחובת שוויון מסמנת את המגמה המתפתחת).

**אין חובת שוויון כללית מכוח סעיף 12 אך ייתכן ובמו"מ מסוימים תחול חובת שוויון.**

**סעיף 12(ב) עוסק בתרופות בגין הפרת תום לב**

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

**בהפרת החובה של סעיף קטן א' התרופה נמצאת בסעיף קטן ב' והיא- פיצוי**. ראשית יש כאן הפנייה לחוק התרופות (חוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה עוסק בתרופות על הפרת חוזה ואילו אנו עוסקים בתרופות של הפרת תום לב במו"מ- שוב, המחוקק הישראלי שחובב את שיטת ההפניה, קובע שעל פיצויים מהפרת תום לב במו"מ יחולו התרופות בגין הפרת חוזה בשינויים הנדרשים בסעיפים 10, 13, 14).

סעיף 14 לחוק התרופות: קובע את נטל הקטנת הנזק " אין המפר חייב בפיצויים... בעד נזק שהנפגע יכול היה באמצעים סבירים למנוע או להקטין"- ההפרה גורמת נזק אבל ייתכן שהצד השני (הנפגע) יכול למנוע את הנזק או לצמצם אותו באמצעים פשוטים וסבירים. אם לא יעשה זאת- הוא לא יוכל לתבוע פיצויים על הנזק שהוא יכול היה למנוע. למשל, אדם קונה חבית יין ומקבל חבית עם חור קטן ועד שהוא מוסר אותה כבר נשפכו 10 ליטר מהחבית, אם הקונה לא ישים פקק למשל ויימנע את המשך השפיכה (או לכל הפחות ינסה) הוא יוכל לתבוע מהמוכר רק את מה שנשפך בהתחלה קרי 10 ליטר ולא על הכל (נזק שהוא לא מנע או ניסה למנוע).

סעיף 13: עוסק בנזק שלא ניתן לכימות: "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממוני רשאי ביהמ"ש לקבוע פיצוי הנראה בעיניו"- מדובר על עוגמת נפש.

אין כמעט פסיקה על נזק לא ממוני בגין סעיף 12 (ב). **גלברד מדגיש שאפשר לתבוע גם על נזק נפשי ועורכי דין בד"כ שוכחים את זה.**

נקבע בפסיקה לגבי סעיף 13:

א. אי אפשר לקבל פיצוי בגין נזק לא ממוני אם הנפגע אינו אדם ממשי (תאגיד למשל).

ב. בחוזים בעלי אופי מסחרי עסקי בד"כ לא מכירים בנזק מסוג זה.

ג. בתי המשפט בישראל נוטים שלא לפסוק פיצויים מהסוג הזה.

סעיף 10 הוא הסעיף העיקרי העוסק בפיצויים בשל הפרת חוזה:

הוא לא קובע נוסחת חישוב לפיצויים אלא רק שני עקרונות חשובים:

1. עיקרון הסיבתיות: פוסקים פיצויים רק על נזק שנגרם עקב ההפרה והנזק צריך להיות קשור בשרשרת סיבתית להפרת החוזה. יתכן ויש הפרה ויש נזק אבל אין ביניהם קשר סיבתי. לעיתים יכולה להיות שרשרת סיבתיות רחוקה.
2. צפיות: (סיבתיות משפטית) הנזק הוא מסוג כזה שהמפר ראה או שהיה עליו לראותו מראש ברגע כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. אם זה נזק מאוד חריג הוא לא יחויב בפיצויים (למשל אם צד הודיע במהלך המו"מ לקניית דירה שאם הוא לא מקבל אותה בזמן הוא מאבד עסקה ששווה סכום עתק).

**שני העקרונות צריכים להתקיים והשני תוחם את הראשון.**

קנה המידה הוא אובייקטיבי, נורמטיבי, אבל הידיעה הקונקרטית בפועל יכולה להרחיב את החבות האובייקטיבית. יש לבחון האם אדם סביר במצבו של המפר היה אמור לצפות שההפרה תגרום לנזק כזה – אם התשובה היא כן התנאי מתקיים.

מצב ראשון:

תרופות בשל הפרת חובת תום לב במו"מ- מצב שבו עקב ההפרה **לא נכרת חוזה**:

בשנים הראשונות שבהן הופעל סעיף 12 (משנת 1973) הפסיקה קבעה שהפיצוי במצב כזה יהיה מה שכונה "פיצויים שליליים" (פיצויי הסתמכות- פיצויים על ההוצאות שנגרמו לצד השני לצורך המו"מ- פיצויים אלו יעמידו אותו במצב שבו הוא היה אילולא התקיים המו"מ) ולא "פיצויי קיום" (שיעמידו אותו במצב בו היה אילו נכרת החוזה - קבלת הרווחים).

את הסיבה לכך ניתן לראות בפס"ד קל בניין 2# בו ברק מאפשר פיצויי קיום (אמנם מוקטנים אך עדיין מאפשר).

**הסיבות לכך שהיו פוסקים רק פיצויי הסתמכות:**

1. לגבי הקשר הסיבתי : הטענה הייתה שאם כתוצאה מחוסר תו"ל פוצץ המו"מ קשה לבסס קשר סיבתי לרווח שניתן היה להפיק מהחוזה אילו היה נכרת (כי יכול להיות שהמו"מ לא היה מסתיים בחוזה).

בקל בניין היה ברור שיכרת חוזה ולכן ניתן היה לתת פיצויי קיום.

* **פעם היה קשה לקבוע פיצויי קיום כי קשה היה להוכיח אם אכן היה נכרת חוזה בסוף**.

1. הסיבה השנייה היא צפיות: אי אפשר לדעת אם באמת היה יוצא רווח מהחוזה. אולי דווקא זה שלא נכרת חוזה הביא לטובת הצד השני.

**שינויים שהתרחשו:**

1. פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק: זפניק תבע תביעה לאכיפת החוזה. הוא רצה ששיכון עובדים ימכרו לו את הדירה במחיר של המבצע- אבל אין חוזה ואי אפשר לתבוע אכיפת חוזה שלא נכרת. זפניק חתם על חוזה חדש בעלות גבוהה יותר. הטענה המעניינת של עורך הדין שלו מלצר, הייתה שהפיצויים של סעיף 12 ב' לא ממצים את האפשרויות התרופתיות על הפרת חובת תום לב במו"מ- טענה זו אומרת שאפשר לקבל עוד תרופות חוץ מפיצויים- ניתן לפרש זאת בשני אופנים:

א. פיצויים ושום דבר מלבד זה . ב. פיצויים ואפשרויות נוספות.

האם הוראת החוק לפיצוי בסעיף 12 עוצרת בהסדר שלילי פיצויים וזהו או שמא זה לא הסדר שלילי? אפשר שיינתנו פיצויים אבל אין שלילה לאפשרויות אחרות.

השופטת בן פורת אומרת שזה שכתוב פיצויים לא אומר שום דבר **ושהתרופות בסעיף 12 ב' אינן בגדר "רשימה סגורה"**. ההסבר לכך: החובה קבועה בסעיף 12 א' והסנקציה על הפרת הנורמה קבועה בסעיף 12ב'. זוהי חובה רחבה מאוד ולכן גם הסנקציות רחבות.

גם סעיף 39 מחייב לנהוג בתום לב רק שם זה לא במו"מ אלא לאחר שנכרת החוזה. במבט על 39 נקבעת רק החובה ואין בו שום סנקציה.

ברק אומר בפס"ד שקדם לזפניק-בג"צ תחבורה ציבורית באר שבע נ' בית הדין לעבודה כי ברור שהסעיף לא קובע חובה מוסרית אלא נורמה משפטית (כי זה כתוב בחוק) המאפיין נורמה משפטית הוא קיומה של סנקציה – אז מה הסנקציה?עלול להשתמע כי משום שאין סנקציה הנורמה בסעיף 39 היא מוסרית או שמא זה לא כך? ע"פ דברי ברק שמחדש וקובע כי חובת תום הלב היא חובה כל כך רחבה שיכולה להתעורר בנסיבות שונות, אין לקבוע סנקציה ספציפית והסעיף משאיר שיקול דעת לביהמ"ש לקבוע איזו סנקציה תופעל ולכן הסנקציה לא כתובה בחוק.

השופטת בן פורת אומרת בפס"ד שיכון עובדים נ' זפניק שאותו הדבר גם בסעיף 12 ולא יכול להיות שהתרופה היחידה היא פיצויים ולכן המחוקק לא מתכוון רק לפיצויים.

**השופטת בן פורת מקבלת את טענתו** של זפניק לפיה לא רק שתרופת הפיצויים היא לא היחידה אלא היא גם מוסיפה תרופה שבכלל לא מצויה בדין הישראלי מעצם ההכרה בדרישת תום הלב כעיקרון על, וקובעת שאין לעצור בפיצויים בלבד – "**מסכימה אני** **שאשם בהתקשרות** מצד החברה היא מניעת ביצועם של פעולות ההפקדה... כיוון שכך יש לראות את מצב המשיבות כאילו בוצעו 2 הפעולות הללו מבעוד מועד" – כדי שיכרת חוזה היה צריך לבצע קיבול. **שיכון עובדים בחוסר תום לב מנעה את האפשרות לבצע קיבול ולכן שיכון עובדים לוקה ב"אשם בהתקשרות" ז"א היא מנעה את ההתקשרות- לכן צריכה היא לפצות על כך כאשר התרופה היא "אשם בהתקשרות"** (לא קיים דבר כזה, זה לקוח מהדין הגרמני והיא ייבאה את זה) ומשמעותה היא שאם המו"מ לא הושלם ואחד הצדדים מנע בחוסר תום לב את כריתת החוזה, ניתן לראות את הפעולות שלא בוצעו (הקיבול הנדרש) כאילו הן כן בוצעו ואז רואים את החוזה כאילו הוא נכרת- זו התרופה.

**פתאום אנו רואים כי חוזה יכול להיכרת לא רק בדרך של הצעה וקיבול אלא גם בדרך של הצעה + חוסר תום לב.**

**אזי, אם בעצם החוזה נכרת עברנו למישור של הפרת חוזה.** האשם בהתקשרות מעביר אותנו להפרת חוזה **ואז ניתן לקבל את כל התרופות שיש בחוק התרופות**.

**יש לשים לב שההלכה הזו לא מחייבת** כי היא נאמרה בדרך אגב ובמקרה הקונקרטי בגלל שזפניק חתם על הסכם הויתור הוא הפסיד בפס"ד.

**האפשרות לתבוע את הסעד של הפרת תום לב על בסיס "אשם בהתקשרות" הפכה מאוחר יותר להלכה מחייבת:**

* תוכן החוזה – סעיף 5 פרשנות החוזה בעיון מדינת ישראל נגד אפרופים (לקרוא היטב)

**הרצאה מספר 13 - 26.11.2013 (בוקר)**

**מתי?** בפס"ד קלמר נ' גיא-כדי שיכרת חוזה תקף צריך הצעה וקיבול אבל אם זה חוזה שמצריך דרישת כתב לא מספיקים הצעה וקיבול אלא דרוש גם מסמך כתוב בעיקרון.

בפס"ד זפניק הייתה הצעה והיה כתב- לא היה קיבול. השופטת בן פורת אומרת באמרת אגב שמכוח עיקרון של "אשם בהתקשרות" אפשר לראות את הקיבול כאילו הוא התבצע.

בקלמר נ' גיא הייתה הצעה וקיבול רק לא היה מסמך כתוב משום שקלמר בחוסר תום לב מנע את הכתב ולכן ניתן לראות את הכתב כאילו הוא התקיים.

ההבדל היחיד בין קלמר לזפניק הוא שבזפניק ראו כאילו בוצע הקיבול ובקלמר ראו כאילו בוצע הכתב. זהו אותו עיקרון בדיוק. מה שאומרת בן פורת בזפניק כאמרת אגב מאומץ בפס"ד קלמר.

בפס"ד זוננשטיין- עמדתו של ברק לא התקבלה למרות שהוא הסתמך על אותם דברים שבן פורת- אמרה בזפניק.

**התשתית להלכה הונחה בזפניק וההלכה נקבעה בקלמר נ' גיא.**

* הפסיקה לא נעצרה כאן. בנקודת זמן זו ישנן 2 תרופות אפשריות- פיצויים שליליים ואשם בהתקשרות- אכיפת חוזה או פיצויי הפרת חוזה (פיצויי קיום).

בפס"ד קל בניין #1 שהפך את ההלכה של בית יולס וקבע כי אכן יש חובת שוויון במכרז פרטי אם לא מתנים אחרת- התיק חזר למחוזי כי הופרה חובת תום הלב וכעת צריך לשמוע עדויות לעניין הפיצויים- המחוזי דן בשאלת הפיצויים ע"פ ההלכה שהפיצויים הם פיצויי הסתמכות ועורך הדין של קל בניין מציג לו חישובים של פיצויי קיום- ביהמ"ש אומר שיש רק פיצויי הסתמכות- אז הם הגישו ערעור לעליון על החלטה זו ובעליון ברק אומר כי ישנם מצבים שבהם מכוח סעיף 12 ב' אפשר לפסוק פיצויי קיום (בעצם הוא בחר ללכת בדרך חדשה ולא לפי "אשם בהתקשרות" ישירות מסעיף 12 ב'). יש לשים לב כי "אשם בהתקשרות" הוא לא מכוח סעיף 12 ב' אלא זה מחוץ לגדרו של הסעיף (השופטת בן פורת ייבאה אותו למשפט הישראלי). ברק אומר שאפשר לפסוק פיצויי קיום מכוח סעיף 12 ב' כי לא כתוב בסעיף פיצויי הסתמכות אלא זה נקבע ע"י העליון בפס"ד קודמים ולכן הוא מפרש מחדש שאם הפיצוץ במו"מ היה בשלב מוקדם ואין ידיעות עתידיות אז אפשר לקבל רק פיצויי הסתמכות. מאידך, אם הפיצוץ היה בשלב מאוחר ותנאי החוזה ידועים אז גם יש קשר סיבתי בין הפרת חובת תום הלב לבין הפסד הרווח מהפרת החוזה ויש צפיות שאנו יודעים מה הרווח ולכן אפשר לפסוק פיצויי קיום בלי קשר לאשם בהתקשרות.

**לסיכום:**

* **אם המו"מ פוצץ בחוסר תום לב בשלב מוקדם- פיצויי הסתמכות.**
* **אם הוא פוצץ בשלב מאוחר שידוע שהיה נכרת חוזה יש 2 מסלולים:**
  + **"אשם בהתקשרות".** כמו קלמר נ' גיא פיצויי קיום או אכיפה
  + **מכוח סעיף 12 ב'-** כמו בקל בניין פיצויי קיום בלבד

הדומה ביניהם הוא שאפשר לקבל פיצויי קיום מכוח אשם בהתקשרות או מכוח סעיף 12 ב' ואילו אכיפה אפשר רק מכוח אשם בהתקשרות.

**נשאלת השאלה – היה ומתקיימים התנאים לשתי האופציות, מי בוחר לאיזה כיוון ללכת? עורך הדין של התובע או שמא שופטי בית הדין? התשובה ניתנת כאן:**

בפס"ד אלריג נכסים נ' ברנדר : מדובר ב2 חברות: חברה א' (ברנדר) וב' של אלריג. לחברה א' יש חלקת קרקע בבעלותה. בצמוד לחלקה יש שלוש חלקות קטנות שבבעלות עיריית ר"ג (השטח המדובר – מגדל משה אביב). העירייה רואה שהחלקות שלה קטנות מכדי לעשות ניצול יעיל בהן אז היא יוזמת תוכנית לפיה הן יצטרפו לחלקה של א' ונוצרת חלקה גדולה. הם פונים לחברה א' בהצעה שא' ירכשו את שלוש החלקות שלהן בכ2 מיליון דולר. אם מצרפים אותן לחברה א' הן יהוו רבע מהמגרש השלם. חברה א' שמחה ורוצה לקנות אבל אין לה את הכסף והיא הולכת לחברה ב' ומציעה לריגר להיכנס כשותף ולממן את רכישת שלוש החלקות והוא יהיה שותף ברבע מהחלקה הסופית הכוללת (את העסקה הזו הם עושים בע"פ משיקולי מס). ריגר מתלהב ובמועד החתימה מביא את התשלום הראשון (לעירייה) ואת יתר הכסף היה צריך לשלם כששר הפנים יאשר את העסקה (כיוון שזו עסקה עם רשות ציבורית). הרעיון הוא למקסם את הרווח. ביום שבו שר הפנים מאשר את העסקה פועלת חברה א' ומוכרת את החלקה כולה לצד שלישי תמורת 12 מיליון דולר. יש לזכור שפורמאלית חברה א' היא הבעלים של המגרש כולו כי אף אחד לא יודע על החוזה בין א' לב'. חברה א' מזמנת את חברה ב' ומחזירה לה את "ההלוואה" שניתנה לה על רכישת שלוש הקרקעות (הבעיה היא שלפי ההסכם ריגר בגדר שותף ולא בגדר מלווה וכך יהיה שותף בחלקה ויזכה ברווחים). כב' מגיש את התביעה לביהמ"ש הטענה של א' היא שזה חוזה במקרקעין וישנה דרישת כתב.

**בביהמ"ש המחוזי השופט אומר שזה בדיוק כמו קלמר נ' גיא** ומכיל את ההלכה משם ונותן אכיפה שהיא כבר לא אפשרית כי הקרקע נמכרה ולכן האכיפה היא פיצוי על הרווח.

**לעומת זאת, העליון אומר שזה לא קלמר נ' גיא** כי זה רק במקרים נדירים ופה מדובר באנשי עסקים שצריכים לדעת שעסקה במקרקעין ללא כתב אין לה תוקף וזה לא "אשם בהתקשרות".

**עם זאת, אומר ביהמ"ש כי ללא ספק חברה א' הפרה את עיקרון תום הלב ומה שיחול פה זה פיצויי קיום מכוח הלכת קל בניין מתוקף סעיף 12 ב' ונותנים לו את אותו הפיצוי של מיליון דולר.**

* **ביהמ"ש קובע כאן למעשה שדרך הסגולה היא הלכת קל בניין, קרי, הפרה לפי סעיף 12 ב' לחוק החוזים.**

מה שהניע את ברק בקל בניין הניע את העליון לשנות את ההנמקה בפס"ד אלריג. המהות מאחורי הדברים היא שהעליון אומר שזה בסדר שביהמ"ש פתח נתיב של אשם בהתקשרות וזה צעד גדול אבל קודם לכן יש חוק, החוק מכתיב לפיצויים ותפקידו של ביהמ"ש ללכת בנתיב החוק. לכן עדיף ללכת בנתיב של 12 ב' ורק במקרים חריגים ביותר נפתחת דרך צדדית של אשם בהתקשרות.

המקרים החריגים שיכולים להיות לפי הצעת ד"ר גלברד: בCommon Law האנגלי הפרת חוזה מאפשרת קבלת פיצויי קיום וזהו. לא ניתן לקבל אכיפה. יש מקרים שבהם לנפגע יש אינטרס לקבל אכיפה. לצד הCommon Law האנגלי התפתחו דיני האקוויטי (דיני היושר) והם נותנים במצבים מיוחדים תרופה של אכיפה. במשפט הישראלי בהפרת חוזה יש שלל תרופות אבל בדין במקרה של הפרת תום לב במו"מ יש רק פיצויים- לצד הפיצויים מכוח תום הלב ביהמ"ש פיתח מאין אקוויטי ופיתח אמצעים לתת אכיפה. כשמדובר בנכס ייחודי ויש לקונה אינטרס ייחודי לקבל רק אותו (נכס סנטימנטלי, יצירת אומנות מיוחדת). בקלמר נ' גיא למשל היו זוג אדריכלים שבנו להם את בית חלומותיהם ולכן ביהמ"ש יוצא מגדרו ונותן להם אכיפה אבל בפס"ד של קל בניין השאיפה היתה לקבל את הכסף, כך שברגע **שהרווח הוא הרצון** התשובה היא פיצויים וזו לא ניתנת דרך אשם בהתקשרות אלא ניתנת דרך סעיף 12 ב' (אין עילה לדרך המיוחדת של אשם בהתקשרות כי אין צורך לאכיפה אלא רק לפיצויי קיום). כך גם הדבר באלריג נכסים - הרצון הוא לקבל את הרווח ולכן פוסקים לפי סעיף 12 ב'.

**לסיכום המצב הראשון:**

**כשאפשר להסתפק בפיצויים הדרך היא סעיף 12 ב' לקבלת פיצויי הסתמכות או קיום- זוהי דרך המלך. כשרוצים לקיים אכיפה (רק במקרים מיוחדים) הדרך היא הדרך המיוחדת של "אשם בהתקשרות" (השופטת בן פורת בזפניק).**

מצב שני-

תרופות על הפרת חובת תום הלב במצב בו למרות הפרת החובה **כן נכרת חוזה:**

האפשרות הפשוטה שעומדת בפני הנפגע היא ביטול החוזה מכוח עילת פגם (הטעיה, כפייה, עושק). הפיצויים יהיו פיצויי הסתמכות מכוח סעיף 12 (אם מבטלים בגין הטעיה זה אומר שלא מעוניינים בחוזה אז לא צריך פיצויי קיום). הנפגע מקבל ביטול והשבה מכוח סעיפים 20 ו21 לחוק החוזים ובנוסף לכך אם היו לו עלויות נוספות אז מכוח סעיף 12 ב' גם כן. צירוף 2 העילות נותנות לו פיצוי מלא ופחות או יותר הוא נעמד במצב בו היה לפני שנכנס למו"מ.

במצב זה מתעוררות 2 שאלות:

1. **במידה ואין עילה של פגם בכריתה (גנז נ' כץ) ונניח שניתן ללכת במקרה זה לעילה של סעיף 12-האם אפשר לבטל את החוזה מכוח עיקרון תום הלב?** התשובה היא עקרונית **לא**. סעיף 12 אומר שהסעד הוא פיצויים. בנוסף, דעת הרוב בפס"ד גנז קובעת שאם התשובה לכך תהיה חיובית, אזי זה מרוקן מתוכן את סעיף 12 ב'.

עם זאת, אין זה חד משמעי: בפס"ד מחוזי אוגלי נ' אביב שני בע"מ השופט בדימוס בועז אוקון כתב פס"ד ארוך ותיאר מדוע לדעתו אפשר לבטל במקרים מסויימים חוזה מכוח סעיף 12 והוא מסתמך על אמרת בן פורת שרשימת הפיצויים היא לא סגורה מכוח סעיף 12. לכן, אם אפשר לאמץ את הרעיון של "אשם בהתקשרות" שבכלל לא קיים בדין הישראלי אז למה אי אפשר לאמץ את תרופת הביטול שכן קיימת? זה לא עורער לעליון ולכן זו לא הלכה מחייבת אבל במקרה זה הוא ביטל את החוזה מכוח סעיף 12.

1. **ננסה מצב הפוך בו יש עילת פגם בכריתה אבל אין למעשה אפשרות להוכיח נזק- אין נזקי הסתמכות רציניים. האם ביטול הוא תרופה משמעותית?** מצד אחד לא כי הוא סה"כ משיב את האדם למצב ההתחלתי. מצד שני יש מצבים שבהם הביטול וההשבה יוצרים רווח גדול או מונעים הפסד מהצד המבטל- שהוטעה, נעשק או נכפה והדוגמא הקלאסית היא פרג' נ' מיטל.

**ביטול החוזה עשוי להיות תרופה בעלת משמעות רבה מאוד:**

1. היות והוא מבטל את החובות של הצדדים אחד לשני.
2. תרופה שיכולה ליצור רווח משמעותי ומניעת הפסד מהצד הנפגע (פס"ד פרג' נ' מיטל- בזמן שהחוזה נכרת התמורות היו שקולות. בשנים אחרי כריתת החוזה - ערך הדירה ירד ומנגד ערך הכסף עלה- ריבית משמעותית והפרשי שער. בזמן ביטול החוזה, הקונים שהוטעו היו צריכים להחזיר את הדירה ששוויה היה 1,125,000 ₪ אך סכום ההשבה היה 2,500,000 ₪. במילים אחרות- בסכום ההשבה היה אפשר לקנות 2 דירות ומה שקרה זה שהקונה בדיעבד עשה עסקת הפסד). העובדה שהקונה הוטעה מאפשרת לו לבטל את ההפסד ולהרוויח עוד כסף. תרופת הביטול בחלק ממצבי השוק יכולה להיות משמעותית מאוד.
3. פיצויים שליליים לפי סעיף 12- במקביל לביטול וההשבה יש פיצויי הסתמכות.

מה קורה במצב בו נכרת חוזה והייתה הפרת חובת תום הלב אבל הנפגע לא מבטל את החוזה אלא רק מגיש תביעת פיצויים?

(דוג' – אם מכרו לאדם דירה שבחוזה מתוארת כ3 חדרים ובפועל יש 2 כי לחדר אחד אין היתר בנייה הוא יתבע את הפער במחיר בין שתי הדירות). **לשאלה זו אין תשובה טובה בפסיקה.**

ראשית, במקרים לא מעטים צד מתוחכם יוכל לתבוע את הפיצויים לא על הפרת חובת תום הלב במו"מ אלא על הפרת החוזה. אם הוא לא מבטל את החוזה לפעמים אפשר לעשות טרנספורמציה של העילה הטרום חוזית ולהפוך אותה לעילת הפרה.

נניח כי העילה היא הטעיה, הנפגע בוחר לא לבטל את החוזה והוא דורש רק פיצויים. הטעיה היא הצהרה טרום חוזית כוזבת. מה קורה אם יש **הצהרה תוך חוזית כוזבת והיא לא מתקיימת? זו הפרה.** במצב כזה יש להפרה תרופות רבות (מכוח חוק החוזים תרופות).

מה ההבדל בין הצהרה טרום חוזית לתוך חוזית? הטיימינג.

לעיתים, חלק מההצהרות הטרום חוזיות הופכות להיות חלק מהחוזה ע"י פירושים או השלמה. בד"כ ביהמ"ש יאמץ אמרה טרום חוזית אל תוך החוזה גם אם אינה נמצאת בו באופן פורמאלי- משום שאדם שכרת חוזה הסתמך על ההצהרות הללו- במצב כזה ניתן לתבוע בגין הפרת חוזה.

* **אם אדם תובע בגין עילת פגם (טעות, הטעיה, כפייה ועושק) הוא בעצם אומר כי הוא לא מעוניין בקיומו של החוזה לחלוטין (ולכן גם לא בפוטנציאל הגלום בו) אך אם הוא תובע בגין הפרת חוזה הוא מעוניין בקיומו של החוזה וברווחים הגלומים בו (פיצויי קיום!)**

לדוגמא:

פס"ד קדמת דקל- אדם בשם עמר ניהל מו"מ למכור חלקת אדמה מאוד גדולה לחברת קדמת דקל. הזכויות של עמר לא היו זכויות בעלות אלא זכויות חכירה (שכירות ארוכה). במו"מ **הוא לא סיפר** לקדמת דקל כי מנהל מקרעי ישראל ביטל לו כבר את זכויות החכירה משום שהחכירה הייתה למטרה חקלאית והוא מתוך כוונה להפוך את הקרקע לבנייה כרת את הפרדסים וביטל את זכויות החכירה. דקל שילמה כסף רב עד שהסתבר לה שבכלל אין לעמר זכויות. עו"ד החברה הגיש תביעה להטעיה וביקש השבה של הכספים ופיצויים על הרווח שהחברה יכולה הייתה להפיק- פיצויי קיום, ופיצויים מוסכמים (פיצויי קיום שהצדדים הסכימו מראש על קיומם).

ביהמ"ש קבע כי הייתה הטעיה ועמר צריך להשיב את מה שקיבל אבל לא פוסק פיצויי קיום משום שאם הם בחרו לבטל את החוזה מכוח עילת הפגם אפשר לקבל רק פיצויי הסתמכות על הוצאות במו"מ. מה שהיה צריך עוה"ד לעשות הוא לתבוע על הפרה. עמר התחייב להקנות זכויות חכירה והוא לא הקנה זכויות חכירה. אילו היה תובע הפרה היה מקבל פיצויים רבים יותר. ביטול מכוח הפרת חוזה מאפשר גם פיצויי קיום.

בחוזי מכר- אפשר להגיע מהשלב הטרום חוזי לעילה החוזית של הפרה - יש בחוק המכר פרק שלם העוסק **באי התאמה של הממכר בין מה שהתחייב למה שסיפק**- זוהי בעצם הפרת חוזה לפי חוק התרופות בחוזים. אם בזמן המו"מ המוכר הראה לקונה דוגמא של הממכר ומה שסופק לא תואם את מה שהוצג בזמן המו"מ – החוק קובע שזוהי אי התאמה והמוכר הפר את ההתחייבות שלו- בעצם חוק המכר מקפיץ אותנו ישר מהצהרה טרום חוזית לתוך הפרת חוזה.

בפס"ד אלרומלי השופט עמית אומר שאפשר לפסוק פיצויים או מכוח סעיף 12 או מכח ההפרה.

מכוח פסקי דין אחרים – גם אם היו מגישים את התביעה מטעם סעיף 12 בלבד ייתכן והיה ניתן לקבל פיצויי קיום.

**הרצאה מספר 14 - 26.11.2013 (ערב)**

**באופן עקרוני כעת היה מגיע סעיף 4 במניין הסעיפים (סילבוס) – פגמים בכריתת חוזה אך למדנו את זה עם המתרגל ולכן מדלגים לסעיף 5**

# 5. תוכן החוזה

**שלושה מישורים:**

1. פרשנות.

2. השלמת התוכן.

3. התערבות בתוכן.

**24. תכנו של חוזה :** תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים.

זה לא תמיד נכון. לא תמיד ברור על מה הסכימו, ולפעמים מה שהם הסכימו לא מספיק בשביל החוזה. לפעמים המחוקק גם מתערב ברצון הצדדים (זה לא הוגן, זה לא מוסרי ועוד).

* **עיקרון חופש החוזים הוא מרכזי בדיני החוזים**. שני המישורים הראשונים משרתים אותו.

פרשנות- מטרת הפרשן היא לגלות מה רצו הצדדים.

השלמת התוכן- משרתת גם כן את העיקרון כי היא באה למנוע את פירוק החוזה, הרצון הבסיסי של הצדדים הוא להיקשר בחוזה וזה לא פועל בניגוד לרצון הצדדים.

(יש תיאוריות בתחום דיני החוזים הסוטות מהפרדיגמה הזאת למשל התאוריה העיקרית מקורה באקדמיה האמריקאית שהתפשטה בעולם המערבי שעניינה חוזי יחסים ועוסקת בחוזים ארוכי טווח שמסדירים מערכות יחסים מורכבות). אנו עוסקים בחוזה שיכול להיות נקודתי בזמן. בארצות הברית התפתחה תאוריה לפיה בחוזים ארוכי טווח צריך לשנות קצת את דיני החוזים בחלק מהסוגיות. למשל: יחסים בין שותפים (החוזה הינו חוזה מסגרת והוא נועד לטווח של שנים רבות במסגרת יחסים שמתפתחים עם הזמן) החוזה מהווה מסגרת למציאות דינאמית, חוזה בין בני זוג, חוזה בין עובד ומעביד, חוזה בין יצרן לבין משווק בלעדי שלו. אחת הנקודות היא פרשנות. הרעיון הוא שבחוזים כאלו אין זה הגיוני שכאשר מתעוררת מחלוקת פרשנית יש לחזור בזמן לכוונת הצדדים בזמן הכריתה. כעת, תאורית חוזי היחס אומרת שצריך להתייחס לכוונה הדינאמית של הצדדים ולפרש אותו בהתאם להתפתחות כוונת הצדדים במהלך השנים. יש לשים לב כי זו תאוריה אחת מבין עשרות הקיימות בדיני החוזים ואנו עוסקים בדיני חוזים קלאסיים ולא נוגעים בה.

**בדיני החוזים שלנו נקודת ההתייחסות לצורך פרשנות החוזה היא במועד הכריתה.**

התערבות- נתפסת כמנוגדת לעיקרון חופש החוזים אך ישנם מקרים בהם ביהמ"ש נדרש להתערב (עדיפות של אחד הצדדים במומחיותו או בידע ובכדי להגן על החלש ביהמ"ש מתערב). ההתערבות יכולה להיות Ex ante אך לא נעסוק בה. אנו נעסוק בהתערבות Ex post.

## א. פרשנות החוזה

* **מדינת ישראל נ' אפרופים.**
* **אמנון לוי נ' נורקייט בע"מ**.
* **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן**.
* **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ**

**25. פירוש של חוזה** (תיקון: תשמ"א)

(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות.

(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.

(ג) בביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים.

(ד) סעיפים 2, 4, 5, 6, 7, 8 ו-10 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, וסעיף 57ג לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א - 1971, יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור.

אנו נלמד עקרונות של הפרשנות משום שיישום הוא ע"י פרקטיקה. בשנים האחרונות התפתחו מחלוקות גדולות שהפכו לבסיס בהתגוששות בין הכנסת לבין ביהמ"ש העליון על חלוקת הכוחות בינהם בנושא הפרשנות.

ישנן תורות שונות של פרשנות בתחום המשפט ובכל ענף שעוסק בטקסטים. ב30 השנים האחרונות הפסיקה בעליון קבעה כי **הפרשנות הנוהגת בתחום המשפטי היא פרשנות תכליתית** (מי שהוליך את המהלך הוא ברק אם כי הוא זכה מתמיכה של כמעט כל השופטים בעליון).

**פרשנות תכליתית:**

משמעותה שצריך לפרש טקסט על פי תכליתו, על פי מטרתו. למעשה קיימות שתי משמעויות לפרשנות תכליתית בהקשר המשפטי:

1. לפי תכלית סובייקטיבית- יעודה להגשים את מטרתו הסובייקטיבית של מחבר הטקסט. ייתכן שזה ניסח את הטקסט באופן לא מוצלח או שגוי- מטרת הפרשן להבין מה עמד לנגד עיניו של המחבר.

2. פרשנות לפי תכליות אובייקטיביות- ההנחה היא שביסוד שיטת המשפט יש כמה עקרונות יסוד או תכליות יסוד. למשל תום לב, שוויון, סבירות, הגינות ועוד. אם מתעוררת שאלה פרשנית לגבי טקסט משפטי יש לפרש אותו באמצעות פרשנות המגשימה את אותן התכליות. למשל, אם טקסט נתון לשתי פרשנויות ופרשנות א' תביא לתוצאה הוגנת והשנייה ללא הוגנת- עלינו להעדיף את זו העולה בקנה אחד עם עיקרון תום הלב (הוגנת).

אם אנו מפרשים לפי תכלית סובייקטיבית שמטרתה להלום את רצון הכותב אין חובה ללכת לפי תכליות היסוד. שתי הפרשנויות יכולות להביא לפעמים לאותה תשובה ולפעמים לתשובה הפוכה.

החידוש של ברק לתאוריה זו: יש לפרש כל טקסט משפטי בפרשנות תכליתית ולגבי השאלה לפיה האם זו תכלית סובייקטיבית, אובייקטיבית או התערבות ואיזו – הדבר תלוי בסוג הטקסט המשפטי.

* נדגים על טקסט משפטי של צוואה- התכלית שאנו צריכים להפעיל היא סובייקטיבית משום שהמטרה היחידה של צוואה היא להגשים את רצון המצווה (הוא יכול להיות הוגן או לא הוגן וזה רצונו). כמובן שיכולים להיות מצבים בהם לא נצליח לברר את רצונו האמיתי של המצווה ושתי האפשרויות הפרשנויות נשארות מאוזנות- נלך בלית ברירה לתכלית האובייקטיבית.
* נדגים על טקסט משפטי מסוג חוקה- נניח ומגיע תיק למשפט האמריקאי על פירוש החוקה- אנו לא מצפים שהשופטים יעשו מחקר היסטורי על מנת לאמוד את דעתם של כותבי החוקה. כל הרעיון בחוקה הוא שהטקסט בסיסי, בין דורי ומספיק שלדי וגמיש שיספוג לתוכו את השינויים בחברה. לכן, הפרשן יפרש לפי תפיסות היסוד החברתיות הפוליטיות של היום- תכליות אובייקטיביות.

בין שני הקצוות הללו מפוזרים הטקסטים המשפטיים השונים:

* **חוק**- דומה יותר לחוקה אם כי לא תמיד. ברור שחוק צריך לפרש לפי תכליות אובייקטיביות שביסוד שיטת המשפט.
* יצויין כי לפעמים יש משבר מסויים והכנסת מבצעת חקיקת בזק וכתוצאה מכך גם לשונו אינה מדוייקת ומכך מתעוררת שאלה פרשנית- לא הגיוני שביהמ"ש במצב זה יתעלם מהכוונה הסובייקטיבית של כותב הטקסט, הרי יש פה כוונה מסויימת שרצו למלא ואי אפשר להתעלם ממנה.
* מאידך, נניח שמתעוררת שאלה פרשנית לסעיף כלשהו בחוק הנזיקין- ביהמ"ש העליון לא יעשה מחקר היסטורי על כוונת הנציב הבריטי שחוקק אותה ולכן יש לפרש על פי התכליות האובייקטיביות.
* **חוזים-** אם אנו מצליחים לגלות את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים אבל היא לא תואמת לשניהם, הייתכן ובכלל לא נכרת חוזה? אולי נכרת חוזה מבחינה אובייקטיבית אבל אחד הצדדים יטען לטעות.
* הנחת היסוד בפרשנות היא שלצדדים הייתה כוונה ורצון משותפים אבל דברים השתנו וכעת יש מחלוקת ביניהם.
* **הגישה המקובלת בפסיקה היום היא שיש עדיפות ברורה בפרשנות חוזית לתכלית הסובייקטיבית.**

כפי שצוואה היא מכשיר שנועד להגשים את רצון המצווה, מטרת החוזה היא להגשים את רצון הצדדים. בניגוד לצוואה בחוזה אנו מדברים על **תכלית סובייקטיבית משותפת.** אם יש כוונה סובייקטיבית רק של אחד הצדדים והשני לא מודע לה היא כלל לא רלוונטית. מטרת העל של הפרשן היא לגלות מה רצו הצדדים. אם הפרשן גילה זאת- פה נגמרה עבודתו. יכול להיות מצב שהשופט אומר שהוא לא גילה את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים וכפות המאזניים נשארו שקולות- במצב זה אין לו ברירה אלא להפעיל תכליות אובייקטיביות.

* **פרשנות ע"פ תכליות אובייקטיביות באות אחרי הסובייקטיביות.**

יחד עם זאת, לא כל החוזים הם אותו דבר. **בחוזה אחיד** בד"כ אין לנו כלל מושג מה כתוב בחוזה ואם מתעוררת שאלה פרשנית לגבי סעיף כלשהו, איך יכולה להיות ללקוח של חוזה אחיד (למשל עם בנק), כוונה סובייקטיבית אם לעולם הוא לא ראה את הסעיף. במצב זה יכולה להיות תכלית סובייקטיבית חד צדדית של החברה (וגם לא חייב כי ייתכן לחברה עצמה אין מושג מה כתוב בה) ולא קיימת תכלית סובייקטיבית משותפת. לכן, בחוזים אחידים מהסוג הארוך והבלתי קריא, כשמדובר בתנאים שאינם בלב העסקה מפעילים בד"כ ישירות פרשנות תכליות אובייקטיבית.

**סעיף 25 (א) (סובייקטיבי)** אומר כי סעיף יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים-

(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו.

עוסק בפרשנות לפי תכלית סובייקטיבית ולכן הוא הראשון- זו מטרת העל של הפרשן.

המשך הסעיף קובע איך מבררים את התכלית הסובייקטיבית.

**חומר הגלם ממנו שואבים את רצון הצדדים:**

1. החוזה- הטקסט החוזי. מהטקסט אפשר להפיק כמה דברים:

1. את המשמעות הלשונית הרגילה. יש לזכור כי ברוב המקרים הצדדים יודעים להביע את רצונם בצורה דיי ברורה. לכן, יש משמעות גדולה למשמעות הלשונית של הטקסט. ברוב הטקסטים יש פרשנות ידועה וברורה לכולם. יהיו טקסטים שמבחינה לשונית יש להם יותר ממשמעות אחת.
2. אפשר להפיק גם תובנות מהמבנה של החוזה- לפי הסעיף שבו נמצא בחוזה, הלוגיקה הפנימית של החוזה, היחס של הסעיף לסעיפים סמוכים.

2. הנסיבות- יכולות להיות נסיבות רקע לכריתת החוזה (למשל, בפס"ד אפרופים ניתן לראות כי המדינה הייתה בלחץ לבנות יחידות דיור מהירות בשל העלייה הגדולה). לחוזה ייתכנו אינסוף נסיבות חיצוניות ותפקיד הפרשן לברור את הנסיבות הרלוונטיות (גשם שירד למשל לא היה רלוונטי לפס"ד אפרופים). יכולות להיות נסיבות שקדמו לכריתת החוזה שקשורות למו"מ בין הצדדים- עניין שכזה יכול לשפוך אור על פרשנות החוזה. בנוסף, במידה וישנו סעיף מנוסח אך שאינו ברור- אם נחזור להיסטוריה של רצון הצדדים בזמן המו"מ זה עשוי לשפוך אור על כוונתם. נסיבות הן גם דברים שקרו אחרי כריתת החוזה- התנהגות הצדדים לאחר החוזה מעידה על הבנתם את החוזה. גם אלו חומרי גלם לצורך התכלית הסובייקטיבית.

**סעיף 25 (ב) (אובייקטיבי)**

(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.

הסעיף אומר שאם יש מחלוקת פרשנית על החוזה- פירוש המקיים את החוזה עדיף על פירוש המבטל אותו. **התכלית כאן היא אובייקטיבית** כי אנו לא שואלים את עצמנו למה התכוונו הצדדים.

דוגמא:

**(מתוך מבחן שגלברד נתן לפני שנתיים**): יש חוזה בין ראובן לשמעון ובחוזה כתוב שראובן מוכר לשמעון 250 סוליות. המוכר אומר שזה סוליות נעליים והקונה אומר שזה כינוי לחשיש.

לפי סעיף 25 ב' ברור שהפרשנות העדיפה היא שמדובר בסוליות נעליים והיא זו שמקיימת את החוזה משום שסוליות חשיש הן בלתי חוקיות.

אם מתברר לנו שראובן ושמעון הם סוחרי סמים והם דיברו במו"מ על סמים ולא על נעליים אז אין צורך ללכת לפי סעיף 25 ב' כי כבר גילינו את רצון הצדדים לפי הפרשנות הסובייקטיבית בסעיף 25 א'. **קודם ננסה לפרש לפי סעיף 25 א' (סובייקטיבית) ואם זה ייכשל נלך אל סעיף 25 ב' (אובייקטיבית).** אם הצלחנו לברר שהצדדים סוחרי סמים ודובר על סמים אז כאן נגמר העניין ופירוש החוזה הוא כהתחייבות למכירת סמים (זה שהחוזה לא חוקי והוא בטל לא קשור לפרשנות).

אם לא הצלחנו לגלות את רצון הצדדים לפי סעיף 25 א' נפנה לתכליות אובייקטיביות.

לא כל תכלית אובייקטיבית תמיד רלוונטית- למשל, במחלוקת לחוזה למכירת פירות - אם זה תפוחים או אגסים סעיף 25 ב' לא יעזור לנו. מדוע? משום שפה יש ויכוח בין שתי פרשנויות ששתיהן מאפשרות את קיום החוזה.

* סעיף 25 ב' (שעוסק בתכלית אובייקטיבית) עוסק בסיטואציה סצפציפית בה ישנם שני פירושים כאשר אחד מהם מביא לקיום החוזה והשני מביא לביטולו- זהו מקרה נדיר מאוד.

אם לא הצלחנו להבין לפי התכלית הסובייקטיבית נלך לסעיפים האובייקטיבים המתאימים (כאמור, סעיף 25 ב' מתאים רק במקרים מיוחדים).

לפעמים בפסיקה נראה שזה לא עובד כך. ביהמ"ש בד"כ יגיד שהוא יודע מה התכלית הסובייקטיבית וימשיך בכל זאת לתכליות האובייקטיביות. אם התכלית הסובייקטיבית מובילה לאותה תוצאה כמו התכליות האובייקטיבית השופטים לא מתאפקים ואומרים כי למרות שכוונת הצדדים ידועה גם התכליות האובייקטיביות מגיעות לאותה תוצאה. הם עושים זאת כדי לחזק את התוצאה המשפטית אליה הגיעו- נוח לבסס את פסק הדין על כמה יסודות.

מאידך, כאשר התכליות מביאות לתוצאה סותרת הם לא עושים זאת ונעצרים בסעיף 25 א' – התכלית הסובייקטיבית.

**אם כך - לתכליות אובייקטיביות נגיע בשלושה מצבים:**

1. כשלא ניתן לגלות את התכלית הסובייקטיבית.

2. אם התבררה התכלית הסובייקטיבית והיא מגיעה לאותה תוצאה כמו האובייקטיבית.

3. בחוזים אחידים כלל לא נזקק בד"כ לתכליות הסובייקטיביות ונלך ישר לאובייקטיביות.

**סעיף 25 (ג) (אובייקטיבי)**

(ג) בביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים.

גם סעיף זה משקף תכלית אובייקטיבית- אם יש מחלוקת והביטוי שלגביו יש מחלוקת הוא ביטוי שגור בחוזים מאותו סוג ויש לו משמעות ידועה ומקובלת- צריך ללכת למשמעות הידועה והמקובלת.

גם פה, נגיע לסעיף זה **רק אם** לא גילינו לפי סעיף 25 א' בפרשנות סובייקטיבית.

ייתכן שיש מחלוקת בחוזה על סעיף שאין לו משמעות שגרתית ומקובלת אז סעיף זה לא רלוונטי- צריך לדעת להתאים את התכליות האובייקטיביות למקרה.

דומה לסעיף זה נמצא בחוק המכר: למה לחזור על משהו דומה גם בחוק החוזים?

כשחוקק חוק המכר לא היה עדיין את חוק החוזים (חלק כללי) ולכן הכניסו בחוק המכר חובות כלליות. ברגע שנחקק החוק הכללי לחוזים ההוראות הכלליות בחוק המכר נהיו מיותרות.

**שאלה למחשבה:**

יש חוזה ויש מחלוקת פרשנית בין הצדדים לחוזה. צד א' טוען לפרשנות א' וצד ב' טוען לפרשנות ב'.

פרשנות א' מאפשרת את קיום החוזה ואילו ב' מביאה לבטלותו. אבל פרשנות ב' תואמת את הפרשנות המקובלת את החוזים מאותו סוג וא' לא.

איך צריך לפרש את החוזה? איזה סעיף גובר? 25(ב) או 25(ג)?

**תשובה:**

אין היררכיה פנימית בין התכליות האובייקטיביות. כל אחת מתאימה לסיטואציה אחרת. הסיכוי של המצב הנ"ל הוא די קלוש ובמצב כזה צריך לזכור שיש עוד תכליות אובייקטיביות חוץ מ ב' ו-ג' (לא כל התכליות האובייקטיביות קבועות בחוק) וכשבוחנים את כל התכליות מסתכלים איזו תכלית אובייקטיבית גוברת על איזו. מקרה קשה זה בעצם עומד לשיקול דעתו של ביהמ"ש העליון. כנראה שיפסקו ברוח הפרשנות לגביה יש יותר פרשנויות אובייקטיביות.

**סעיף 25 (ד) (אובייקטיבי)**

(ד) סעיפים 2, 4, 5, 6, 7, 8 ו-10 לחוק הפרשנות **(קובע כללים לפרשנותם של חוקים),** התשמ"א - 1981, וסעיף 57ג לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א - 1971, יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור.

מוצגת הוראה פרשנית נוספת. התכלית שלה היא אובייקטיבית – היא לא מחפשת את כוונת הצדדים והיא רק אומרת שעל פרשנות יחולו הוראות מסויימות שבחוק.

סעיפים 2,4,5,6,7,8,10 לחוק הפרשנות מכילים בעצם מילון פרשני למושגים המופיעים בחוק.

סוף סעיף 25 ד' אומר שההוראות האלו יחולו רק אם אנו לא מבינים מתוך החוזה למה התכוונו הצדדים ורק אז ניעזר בסעיף זה. חוק הפרשנות לא מחייב תמיד להיעזר בו.

מה שכתוב הוא למעשה בכפיפות לסעיף 25 א'.

**תכליות אובייקטיביות נוספות:**

קיימת עוד שורה שלמה של תכליות אובייקטיביות שלא נמצאות בסעיף 25. רובן נמצאות בפסיקה עובר לחקקיקתו של חוק החוזים- אם כך, מדוע לא הכניסו אותן לחוק החוזים? אין תשובה לכך.

עולה מתוך הפסיקה שהחשיבות של התכליות הכתובות בחוק איננו גדול יותר מהתכליות שבפסיקה. התכליות המצויינות בחוק והתכליות שבפסיקה בעלות משקל זהה.

**נדגים** - **תכליות אובייקטיביות**:

1. **עדיפות נתונה לפירוש המוביל לתוצאה הגיונית**: אם יש 2 פרשנויות שנטענות, אחת מובילה לתוצאה לא הגיונית והשנייה להגיונית- פרשנות הגיונית עדיפה. יצויין כי רק אם לא ניתן להבין את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים יש לגשת לתכליות אובייקטיביות ולנסות להבין לפיהן למה התכוונו הצדדים.
2. **כלל הפרשנות האלגנטית/ פרשנות מתואמת/ קוהרנטית:** אם יש 2 ביטויים זהים בחוזה ולגבי אחד מהם יש מחלוקת פרשנית ולגבי השני אין. אם יש מחלוקת פרשנית לגבי אחד מהביטויים הזהים ופרשנות אחת שנטענת זהה לזו של אותו ביטוי שנמצא במקום אחר בחוזה והשנייה שונה מהפרשנות של אותו ביטוי הנמצא במקום אחר בחוזה- יש להעדיף את הפרשנות המובילה לפירוש הזהה של אותו ביטוי הנמצא במקום אחר בחוזה. נדגיש כי גם במקרה זה - אם אנו יודעים בוודאות לפי הכוונה הסובייקטיבית שהצדדים התכוונו לשני דברים שונים למרות שהשתמשו באותו ביטוי אז הפירוש שונה.
3. **בחוזים מסחריים/ עסקיים:** יש תכלית אובייקטיבית האומרת שצריך להעדיף את הפרשנות שנותנת תוצאה כלכלית מסחרית הגיונית. אם תוצאה אחת גורמת לכך שהעסקה הינה מופרכת מבחינה כלכלית והשנייה אומרת שהיא הגיונית, צריך להעדיף את האחרונה (ראה ערך פס"ד אפרופים).

**תכליות אובייקטיביות "ראשונות בין שווים":**

1. **תום הלב-** נמצא בסעיף 39 לחוק החוזים אך הוא משמש לפרשנות של תכליות אובייקטיביות הנמצאות בפסיקה ולא בחוק- אם יש 2 פרשנויות ואחת מהן מובילה לתוצאה הוגנת שעולה בקנה אחד עם תום הלב והאחרת מביאה תוצאה לא הוגנת- צריך להעדיף את זו ההוגנת.

**יש לשים לב כי לא תמיד הן יישומיות כי ייתכן ושתי הפרשנויות מובילות לתוצאות הוגנות.**

1. **פרשנות כנגד המנסח** - **סעיף 25(ב)1** – פרשנות זו נוספה בתיקון אך היתה קיימת בפסיקה תמיד. החידוש הוא בכך שעיגנו אותה בחוק בניסוח שאולי קצת מרחיב את גבולותיה. סעיף זה קובע כי אם יש חוזה שאחד הצדדים הוא זה שניסח אותו (בד"כ זה יהיה חוזה אחיד אבל ייתכן וזה לא) ומתגלה מחלוקת פרשנית על אחד מסעיפי או תנאי החוזה- הפרשנות שעובדת לרעת מי שניסח את החוזה **עדיפה** על פרשנות שעובדת לטובת מי שניסח את החוזה. כלומר, יפסקו לטובת זה שלא ניסח.

למה?

במבט ראשון זוהי תוצאה לא הגיונית. הרי המטרה שלנו היא לנסות לגלות את כוונת הצדדים, מי שיודע הכי טוב את הכוונה הוא לכאורה המנסח - לכן היינו אמורים לטעון הפוך. אולם, הכלל הוא הפוך משום שכוונה של אחד הצדדים היא לא רלוונטית אלא אם הכוונה הזו מובאת לידיעתו של הצד האחר, רק כוונה של שני הצדדים היא רלוונטית. לכן, אם לא עלינו על התכלית הסובייקטיבית של הצדדים, **נשתמש בתכלית אובייקטיבית זו בשל שיקולי צדק ויעילות.**

תכלית אובייקטיבית זו עובדת כמו כל התכליות האובייקטיביות- משתמשים בה רק אם היא רלוונטית ורק אם לא מצליחים לגלות את הסובייקטבית (אם לפי הסובייקטיבי זה לא עולה עם עיקרון תום הלב אז זה לא עולה עם תום הלב וזו הפרשנות). משתמשים בה לפעמים כשיודעים את התכלית הסובייקטיבית של כוונת הצדדים ובמקרה כזה, פעמים רבות, ביהמ"ש יגיד שזה גם מתיישב עם עיקרון תום הלב. בנוסף, משתמשים בה גם בחוזים אחידים.

* אמנון לוי נ' נורקאי, בלמורל השקעות, המוסד לביטוח לאומי (ארוך ומייגע – לקרוא רק את החלק שנוגע לפרשנות חוזית והעובדות – איך צריך לפרש חוזים לאחר שהחוק תוקן) לבדוק במה בדיוק חולק השופט דנצינגר על הלכת אפרופים (באמנון ובלמורל) ונגד איזה חלק בהלכת אפרופים יוצא השופט דנצינגר ומה הנימוקים שלו??

**הרצאה מספר 15 - 28.11.2013 (שעה עקב חנוכה)**

השיקולים לפרשנות כנגד המנסח הם שיקולי צדק:

1. **סוג של צדק חלוקתי**- מי שניסח את החוזה ממילא ניסח את החוזה לטובתו בכל מקום שרק התאפשר לו כיוון שהוא הצד החזק והחוזה מוטה לטובתו. אם יש מקום שלא ברור- אז בואו לפחות נטה טיפה לטובת הצד השני. בנוסף, אם משהו בחוזה לא ברור עקב נוסח ניתן להטיל את האשמה על המנסח שכן זה באשמתו.
2. **סוג של צדק מתקן**- אין זה מצב טבעי כאשר ישנה מחלוקת פרשנית מבחינת דיני החוזים. טוב היה שהחוזה היה מנוסח באופן שבו אין מחלוקת פרשנית. מי שגרם לתקלה הזו הוא המנסח – ולכן מי שגרם לתקלה צריך לשאת בנזק שהיא גרמה (הוא לכאורה נענש על הטעות שלו ועליו לשאת בעלויות). המנסח הוא בעצם מונע הנזק הזול- הרבה יותר זול למנוע את הנזק מלכתחילה מאשר כל מה שעתיד לבוא. אם צד שמנסח חוזה יודע שבכל מקום שתהיה אי בהירות- הוא ישא במחיר - יש לו תמריץ לנסח את החוזה כמו שצריך. לכן, הכלל היעיל יותר הוא כלל הפרשנות כנגד המנסח.

בניגוד לכל התכליות האובייקטיביות האחרות, לתכלית זו יש משמעות מבחינת היקף התחולה שלה- מחקרים מוכיחים ש98% מהחוזים הם אחידים ובאחידים אי אפשר להוכיח תכלית סובייקטיבית ולכן תכלית זו משתמשים בה והיא באה כדי להגן על הצד החלש.

בתיקון החוק בסעיף 25 (ב)1 הכניסו את התכלית האובייקטית של "פרשנות כנגד המנסח". וגם שיפרו אותה ושינו ל"פרשנות כנגד מי שיש לו עדיפות בניסוח" ולא רק המנסח ספציפית. את ההבדל אנו לא יודעים כי אין עדיין פסיקה. אבל ניתן לנחש, שעדיפות בניסוח זה מישהו שהיה לו קצת יותר עדיפות (אולי יותר ידע, עו"ד מטעמו ועוד)- עניין זה בא להגדיל את היקף התכלית.

* בהצעת דיני ממונות כבר ב2006 שינו את סעיף 25(א) ובנוסף הכניסו את סעיף 25 (ב) (1).

**חזרה לסעיף 25 (א)**

מטרתו היא מטרת העל של פרשנות החוזה. לגילוי התכלית הסובייקטיבית יש לפרש רק באמצעים של חוזה ונסיבות.

איך משתמשים בחוזה ובנסיבות?

במשך שנים רבות הגישה במשפט הישראלי הייתה כמו בפס"ד אפרופים- **"גישת שני השלבים**" גישה זו נלקחה מדיני החוזים האנגליים והיכתה שורש בפסיקה שלנו. כשחוקק חוק החוזים חלק כללי חוקק סעיף 25 א' ששיקף את הגישה של פרשנות בשני שלבים.

**גישת שני השלבים**- אומרת שצריך לעשות כל מאמץ לגלות את אומד דעתם של הצדדים מהחוזה (גם המשמעות הלשונית אבל לא רק). אם הפרשן סבור שהוא הבין את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים מתוך החוזה- אסור לו לפנות לנסיבות. רק אם הוא בדק את החוזה מכל כיוון ועדיין לא יודע להחליט איזו פרשנות משקפת את כוונת הצדדים רק אז מותר לו ללכת לנסיבות.

יש לשים לב כי לא מדובר רק בתאוריה, יש לשיטה זו השלכה פרקטית בערכאה דיונית ששומעת את התיק. בגישת שני השלבים, אם יש מחלוקת פרשנית ואחד הצדדים רוצה להביא טיוטות קודמות, עדים או ראיות על התנהלות הצדדים לאחר כריתת החוזה- כל זה פסול. השופט לא יקבל ראיות אלו משום שאלו הן נסיבות וקודם כל צריך לנסות לעמוד על דעת הצדדים מתוך החוזה.

**הרצאה מספר 15 - 3.12.2013 (שעתיים עקב חנוכה)**

דברים אלו לא שייכים לדין המהותי של דיני הפרשנות- אנו משתמשים בחוזה כדי לגלות את אומד דעת הצדדים וכך גם בנסיבות. הכלל המהותי של דיני החוזים הוא שחוזה צריך לפרש ע"פ הכווונה המהותית של שני הצדדים. לכן, המחלוקת היא לא בגדר דיני הפרשנות אלא בגדר דיני הראיות- לפי גישת שני השלבים הראייה היחידה שמותר להביא היא החוזה ורק אם זה לא עובד ניגשים לנסיבות.

**בגישה החד שלבית**- מותר להביא את שניהם: חוזה ונסיבות אם כי יש להם משקל שונה: לחוזה יש משקל רב יותר מלנסיבות.

כל עוד לא השתכנענו שהחוזה לא מספיק ברור יש כלל שאומר כי "ראיות שנוגעות לנסיבות לא קבילות"- אלו כללים של קבילות. מנגד, עומדת הלכת פס"ד אפרופים לפיה **אפשר להביא הכל מיד** אבל השופט יודע שלחוזה צריך לתת משקל כבד וכל הנסיבות אכן קבילות גם כן אך השופט יודע שיש לתת להן משקל מועט ביחס לחוזה.

מכאן עולה למעשה כי אנו עוברים מחוקים של קבילות לחוקים של משקל. גם כשהפרשנות הייתה בשני שלבים, השופטים חשבו שכדאי להגיע לנסיבות משום שהן ישפכו אור על כוונת הצדדים. הם היו מוצאים דרכים עקיפות כדי לגשת לנסיבות. גישת שני הצדדים לא קיימת היום ודוגלים בגישת השלב האחד.

* הטענה הרווחת היא שפס"ד אפרופים הביא לראשונה את הגישה החד שלבית, אם כי כבר לפני פס"ד אפרופים יש רמיזות רבות לפרשנות החד צדדית רק שלא התייחסו לכך בכובד ראש כמו בפס"ד אפרופים בו השקיע ברק 99% מפסה"ד על העניין של פרשנות החוזה בלי קשר לעובדות של המקרה עצמו.

**אם כן, פס"ד דין אפרופים** שינה את ההלכה בדבר פרשנות החוזה.

**עובדות:** בתחילת שנות ה 90 יש גל עלייה מאוד גדול ואין מספיק יחידות דיור. אחד מהפתרונות היה שמשרד השיכון ישווק קרקעות מהר ובזול לחברות קבלניות כדי שיבנו יחידות דיור. נחתם חוזה סטנדרטי בנוסח אחיד ע"י משרד השיכון- חוזה הפרוגרמה. מטרת החוזה היא שהקבלנים יבנו מהר והרבה- לשם כך יש בתוך החוזה מערכת של תמריצים מצד אחד וסנקציות מצד שני. החוזה עקב היותו סטנדרטי מבחין בין שני סוגי אזורים- ביקוש גבוה וביקוש נמוך (באזור ביקוש נמוך הגיוני לתת תמריצים רבים יותר וגם סנקציות חזקות יותר משום שבאיזור ביקוש גבוה הרווח מתמרץ מעצמו).

התמריצים שניתנו בחוזה:

1. קבלנים בד"כ בונים טיפין טיפין עקב החשש להיתקע עם מלאי ולכן המדינה אומרת לקבלנים שבמידה ולא יצליחו למכור: באזור ביקוש גבוה המדינה תקנה מהם 50% ובנמוך 100% מכל מה שלא יצליחו למכור בשוק הפרטי.
2. המדינה מתחייבת לשלם עבור הדירות באזורים נמוכים- עם תום בניית השלד (שלב 18) ובאזורי ביקוש גבוה רק כשהמבנה עומד (שלב 40).

הסנקציות שניתנו בחוזה מפורטות בסעיף 6 שהוא מוקד המחלוקת:

1. סעיף 6 ז' – קובע סנקציה על איחור בגמר הבנייה באזורי ביקוש גבוה. הסנקציה היא הפחתה של שני אחוזים על כל חודש של איחור.
2. סעיף 6 ח' 1,2,3- סעיף 6 ח' 2 קובע סנקציה על איחור במועד הצגת דרישת מימוש הרכישה על אזורי ביקוש גבוה (כזכור הזמנים הם בנמוך בגמר השלד ובגבוה בקום המבנה). ישנו חלון זמן בו הקבלן צריך להציג את הדרישה לקניית הדירות. הסנקציה היא 2% לכל חודש איחור.

סעיף 6 ח' 3 עוסק באיחור בהצגת דרישת המימוש באזורי ביקוש נמוך והסנקציה היא 5% הפחתה לכל חודש איחור.

**יודגש כי במבט אובייקטיבי על החוזה ניתן לראות ישר שחסרה בו סנקציה על איחור בבנייה באזור ביקוש נמוך והסנקציה עליה תהיה 5%. אולם, היא לא קיימת בחוזה.**

חברת אפרופים בנתה באזור ביקוש נמוך ומיד כשגמרה את שלב 18 הציגה בקשת דרישת מימוש אולם, איחרה בסיום הבנייה בחמישה שבועות לעומת זמן היעד ולכן המדינה רצתה לשלם לה פחות 6% מהמחיר. (5% על חודש + אחוז בודד על השבוע הנוסף).

הטענה של אפרופים היא שאין סנקציה כזו ושזו מעולם לא נכתבה בחוזה. לטענת המדינה סעיף 6 ח' 3 עוסק באיחור בסיום הבנייה ולא בדרישת המימוש. **המחלוקת הפרשנית היא האם סעיף זה עוסק באיחור בבנייה או באיחור בדרישה?**

**בביהמ"ש העליון נחלקו הדעות:**

**השופט מצא:** לכאורה הולך בשיטת שני השלבים הקלאסית ואומר שלשון החוזה ברורה לחלוטין ולכן לא פונים לנסיבות (הנסיבות החיצוניות לחוזה הן הרקע לבנייה). בסוף פסה"ד של מצא הוא חייב להתמודד עם דבריו של ברק (ובמיוחד עם דוגמת הסוס והמכונה) ופרשנות דו שלבית תביא לתוצאה לא הגיונית ולכן הוא אומר כי במקרים מאוד בעייתים, כמו למשל שפה פרטית, הוא מוכן לראות את הנסיבות**. אולם יש פה בעיה לוגית מובנית, כי כדי לראות את המקרים המיוחדים הוא חייב לראות קודם את הנסיבות**!

* במבט על החוזה ניתן להבין מיד כי הסנקציה הכי חשובה בחוזה היא סנקציה באיחור השלמת הבנייה באזור ביקוש נמוך ודווקא היא איננה. המדינה בטענותיה שואלת כיצד יתכן שדווקא היא איננה? ולכן הם טוענים שהיא כן נמצאת – בסעיף 6 ח' 3.

**השופט ברק***:* חלק ניכר בדבריו של ברק כלל לא עוסק בעובדות המקרה אלא עוסק בשאלות עקרוניות של תורת הפרשנות. ברק מקעקע את פסה"ד של מצא.

ברק עומד לקבוע הלכה חדשה בנושא פרשנות חוזים מההלכה הרווחת שנים רבות. רוב פסה"ד עוסק בשאלה מדוע פרשנות שלב אחד עדיפה מפני פרשנות שני השלבים.

**בתורת הפרשנות של שני שלבים יש קושי אינהרנטי**, תורת שני השלבים אומרת שאם החוזה ברור אסור לפנות לנסיבות. ברק אומר: האם החוזה ברור? עד שלא נראה את הנסיבות לא נדע זאת. הקביעה שלשון החוזה ברורה צריכה להיות התוצאה של ההליך הפרשני ולא קודמת לו (דוגמת הסוס).

**נימוקיו של ברק:**

1. **אין מילים ברורות (Plain words as plain people are not so plain)**.
2. ממילא קו הגבול בין טקסט לנסיבות הוא לא קו גבול ברור- **קו הגבול בין שני השלבים מטושטש**.
3. **תורת שני השלבים אינה לוקחת ברצינות את אומד דעת הצדדים**- מטרת העל של הפרשן היא התכלית הסובייקטיבית של הצדדים. לכן, אם זו תכלית העל אומר ברק, יש להשתמש בכל מקור שיעזור לנו לגלות אותה. למה לחסום מראש מקורות שיכולים לעזור? יש להבחין כי ברק משקיף על הנושא כנושא בדיני ראיות ולא בדיני פרשנות.
4. **בשיטת המשפט שלנו אנו לא צריכים כלל של קבילות אלא כלל של משקל**- הכל קביל אבל ברור שצריך לתת משקל יתר ללשון החוזה- למשמעות הרגילה שנובעת מהטקסט החוזי. זה ברור שהמקור האמין ביותר הוא הלשון- המשמעות הרגילה והשגרתית של לשון החוזה. את הנסיבות יש לראות באותם המקרים שבהם מה שחשבנו שנובע מהמשמעות של הלשון לא נובע. מצב זה קורה רק במקרים נדירים.
5. **תורת שני השלבים אינה משתלבת בדיני החוזים הכלליים**: דיני החוזים הם לא אוסף אקראי של נורמות משפטיות, יש להם לוגיקה פנימית ותפיסות יסוד. אם כך, צריך לראות איזו משתי הגישות משתלבת טוב יותר עם סוגיות אחרות של דיני החוזים: כך לדוגמא, סעיף 16 עוסק בטעות סופר במצב כמו זה- נניח כי נכתב בחוזה במקום 1000 100 כי פספס כותב החוזה 0 אחד. את הטעות יש לתקן לפי אומד דעתם של הצדדים. אם נלך לפי גישת שני השלבים: גם אם ברצוני להביא את הנסיבות, החוזה הוא חד משמעי. לכן אם אנו הולכים לפי גישת שני השלבים עלינו "להתעלם" מטעות הסופר ולהניח שאין טעות כלל אבל סעיף 16 אכן קיים והוא אומר כי צריך לתקן את החוזה ע"פ אומד דעת הצדדים- **בעצם, הגישה החד שלבית מעוגנת בסעיף 16 לחוק החוזים.**
6. **תורת שני השלבים לא מתיישבת עם עיקרון תום הלב-** אם מי שקנה מכונה יטען שהוא רוצה סוס בגלל שהצדדים כתבו בחוזה סוס וביהמ"ש יקבע שהוא צריך לקבל סוס- זה סותר את תום הלב.
7. תורת שני השלבים מבוססת על תפיסה פרשנית שעבר זמנה- **בכל העולם כבר נטשו גישה זו**.
8. תורת שני השלבים אינה מתבקשת מסעיף 25 (א) לחוק החוזים: לפי סעיף 25 א' לא חייבים בפרשנות של שני שלבים. סעיף 25 (א) נוסח ע"פ ההלכה הרובצת באותה תקופה. ברק אומר שסעיף זה גם בנוסחו הישן יכול להתיישב עם שיטת החד שלבית. הוא טוען כי מטרת העל היא גילוי אומד דעת הצדדים. **הדירוג בכלים הוא לא לפי היררכיה אלא לפי משקל.** (הטיעון לא חזק במיוחד).

* באותן שנים בהם נכתב פס"ד אפרופים ברק עמד בראש הועדה שהכינה את הקודקס- והנוסח שנכתב בדיני ממונות הוא "חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים כפי שהוא משתמע מלשון החוזה ומאומד דעתם של הצדדים".

בסיכום הביניים של פסה"ד ברק אומר כי התכלית הסובייקטיבית עדיפה מאשר אובייקטיבית. זאת ועוד, בתוך התכלית הסובייקטיבית **נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה על פני מה שעולה מלשון חריגה או מנסיבות חיצוניות של החוזה**. נטל ההוכחה מוטל על מי שטוען למשמעות מיוחדת.

בהמשך פסה"ד ברק מציג עמדה עוד יותר שמרנית: הוא אומר כי במקרים החריגים ביותר בהם יש ללכת ע"פ הנסיבות ולא ע"פ הלשון, אפילו אז, אסור לפרשן להעדיף את הפרשנות שעולה מהנסיבות אם אין לה אחיזה כלשהי מהטקסט הכתוב, **זאת חוץ משני מקרים בהם ניתן ללכת ע"פ הנסיבות למרות שאין להם שום אחיזה בטקסט:**

1. **טעות סופר**- בה ברור שיש סתירה מוחלטת בין מה שכתוב למה שעולה מן הנסיבות. ברק אומר כי בטעות סופר גם אם אין אחיזה בטקסט מותר לפרשן למחוק את מה שכתוב בחוזה ולתקן לכוונת הצדדים המקורית.

2. **אבסורד מוחלט -** אם מה שעולה מלשון החוזה מביא לתוצאה מופרכת ביותר וכל אדם בר דעת יבין שזה לא הגיוני- עדיף להעדיף את הנסיבות גם אם אין להן שום אחיזה בטקסט.

באפרופים הלכה למעשה, הפרשנות שעולה מתוך הנסיבות – שסעיף 6 ח' 3 מתכוון לסנקציה לאיחור במסירה - אין לה שום אחיזה בטקסט ולכן עדיף למשפט להעדיף את פרשנות הנסיבות על פי אחד מהמקרים החריגים - אבסורד מוחלט. לטענת ד"ר גלברד אין ענייננו באבסורד משום שאם היה איחור במסירה ונניח ואכן חסר סעיף של סנקציה לאיחור זה- אם למדינה נגרם נזק כתוצאה מכך היא יכולה להוכיח את נזקה לפי סעיפי חוק התרופות ולקבל פיצויים. אם לא נגרם לה נזק- אין שום אבסורד בכך שהיא לא תקבל פיצויים. ברק אומר שזה אבסורד כי מכל הסנקציות דווקא את החשובה ביותר השמיטו. אולם, זה לא בהכרח אבסורד כי זה הגיוני שישמיטו משהו מהחוזה כי מיהרו או מסיבות אחרות- למעשה ובמילים פשוטות – זו בעיה שלהם.

**בפס"ד זה יש דיסוננס רציני בין הלכה שנראת יסודית ומוצדקת לבין היישום שלה. ד"ר גלברד חושב שפסה"ד הזה לא מתאים ליישום ההלכה החדשה. לכן, כל רעשי הרקע בנוגע להלכה זו היו נמנעים לו היו מיישמים את ההלכה על פס"ד מתאים יותר. פה נוצרה תחושה שביהמ"ש בכהונתו של ברק הוא אקטיביסטי במישור הציבורי והוא לקח על עצמו כוחות של הכנסת והוא אקטיביסטי במישור הפרטי בה הוא לקח את כוחו של הפרט. ההלכה עצמה לא בעייתית כמו היישום שלה בפועל על מקרה אפרופים.**

ברק אומר כי הוא מוכן ללכת גם עם השופט מצא מבחינת התוצאה:

לפיו נניח והפרשנות הנכונה היא זו הטוענת לה חברת אפרופים בה אין אבסורד ואין שום טעות- עדיין הוא היה מגיע לאותה התוצאה. וזאת בשל **השלמת חוסר בחוזה.**

מובן כי כל מי שמסתכל בחוזה מבחין שחסרה סנקציה בחוזה ולביהמ"ש מותר להשלים חוסר בחוזה. ברק אומר כי בעבר השלמת חוסר נעשתה לפי דוקטרינה של כלל משתמע וכיום היא נעשית לפי סעיף 39 לחוק החוזים וכך הוא היה משלים את החסר ומגיע לאותה תוצאה.

בעקבות פס"ד אפרופים הייתה רוח סערה גדולה בקרב האקדמיה ועו"ד (במיוחד אלו העוסקים במסחר) שלא קראו בעיון את פסה"ד. לכן, הוגשה בקשת דיון נוסף שלא אושרה בטענה כי אין חידוש גדול בהלכת אפרופים. יש פה חידוש הלכתי, אולם החידוש פה הוא בעיקר בעניין דיני ראיות.

ביהמ"ש קשוב לרחשי הציבור והבין כי זו הייתה טעות לא להרשות דיון נוסף ולכן לאחר שנים מעטות כשמגיע התיק של מגדלי ירקות בו הגיע סכסוך לגבי פרשנות החוזה דנים גם בהלכת אפרופים:

נעשה חוזה בין המדינה לבין ארגון מגדלי ירקות שמייצג חקלאים. ההסכם נעשה בעקבות הסכם עם הרשות הפלשתינאית, חלק מההסכם היה אפשרות לחקלאים מהרשות למכור תוצרתם בישראל והחקלאים חששו שכתוצאה מזרימה של תוצרת זולה תיפגע ההכנסה של החקלאים הישראלים והממשלה עשתה חוזה שלפיו היא מתחייבת לפצות על אובדן ההכנסות הצפוי של החקלאים הישראלים. מה שקרה בפועל זה שהפלשתינאים לא הזרימו כלום והפרנסה לא נפגעה. המחלוקת הפרשנית הייתה האם כוונת הצדדים היתה שהפיצוי שנקבע בהסכם ישולם בכל מקרה, ללא קשר לשאלה האם נגרם נזק או לא, לבין פרשנות המדינה שהפיצוי הוא רק אם באמת נגרם נזק בפועל של אובדן הכנסות. הסעיף היה מנוסח באופן מאוד לא ברור, ולכן פנו לנסיבות. הסעיף היה דווקא לטובת החקלאים למרות שהמדינה נצחה בסוף.

ביהמ"ש קבע בפס"ד מגדלי ירקות כי יש לקבל את העמדה של המדינה ואז ארגון מגדלי ירקות מבקש דיון נוסף- העליון מאשר דיון נוסף בהרכב של 9 שופטים לדון בשאלה האם הלכת אפרופים נכונה (למרות שהויכוח שהיה באפרופים כלל לא מתעורר במגדלי ירקות. כולם מסכימים כי הטקסט החוזי במגדלי ירקות הוא כל כך לא ברור שכלל אין שאלה כי יש לפנות לנסיבות החיצוניות ובכל זאת ביהמ"ש דן בפס"ד זה על הלכת אפרופים. ברור לגמרי שזה מקצה שיפורים להחלטה הלא מוצלחת שלא לאפשר דיון נוסף בהלכת אפרופים). **מגדלי ירקות שימש פלטפורמה להבהרת הלכת אפרופים.**

**כל תשעת השופטים סומכים ידם על הלכת אפרופים:**

השופט חשין- מדגיש באופן מהותי את העובדה שכאשר לשון החוזה ברורה צריך לתת לה משקל מאוד משמעותי בפרשנות החוזה. בעקבות פס"ד זה לא היה ספק מהי עמדתו של ביהמ"ש העליון.

פס"ד אפרופים בסופו של דבר נתפס בעיני הציבור ויותר בעיני הפוליטיקאים כסממן לעוצמת היתר של ביהמ"ש העליון- לאקטיביזם השיפוטי המוגזם של ביהמ"ש העליון (לטענת ד"ר גלברד בפס"ד אפרופים לא היה אקטיביזם גדול). עוה"ד המסחריים לא אהבו את פסה"ד בעיקר משום שהוא פוגע בוודאות המשפטית.

לימים, בתקופת הכהונה של פרופסור דניאל פרידמן כשר המשפטים, הוא מינה לביהמ"ש העליון שני שופטים שבאו מהסקטור הפרטי (דנצינגר ומלצר) ואנו רואים כי בשורה של פסקי דין והראשון ביניהם הוא פס"ד אמנון לוי נ' נורקייט, השופט דנציגר קורא תיגר לכאורה על הלכת אפרופים (הוא משתמש בפסקי דין פעמים רבות במילים "על אף כללי הפרשנות בהלכת אפרופים").

השופט דנציגר קורא תיגר, לכאורה, על הלכת אפרופים. במקרה כזה נצפה להתנגדות וגישה חדשה בהמשך המשפט אך זו לא מגיעה.

השופט דנציגר אומר שני דברים:

1. כשאנו יודעים את אומד דעת הצדדים אפשר להסתמך גם על התכלית האובייקטיבית (במקרה שלו- דיני המסחר).

2. כשלשון החוזה ברורה חד משמעית- יש ליתן לה משקל מכריע.

דבר זה מתמיה משום שזה כלל לא סותר את הלכת אפרופים. היינו יכולים לחשוב שהוא אומר זאת כי הוא לא בדק את הנסיבות, לעומת זאת רואים לפי דבריו כי הוא כן בדק. אנו רואים כי דנציגר מספר לנו כי בתחילת המו"מ אמנון לוי דורש מהמשיבות שישלמו לו סכום חד פעמי עבור הטכנולוגיה, אולם אמנון לוי שוכנע לקבל "פנסיה" לכל החיים. בנוסף לכך, דנצינגר מזכיר את התנהגות המשיבות לאחר הכריתה. למעשה, דנציגר מספר לנו את נסיבות המקרה. על אף שהוא אומר כי לשון החוזה ברורה- הוא משתמש בנסיבות וזאת בהתנגדותו להלכת אפרופים (ענין זה הוא המתמיה).

**גישת ריבלין בפס"ד בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן:**

ריבלין אומר כי אם 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. הוא אומר כי גם אם אנשים נסמכים על המיתולוגיה של אפרופים- אז במגדלי ירקות הדגישו את פסה"ד של ברק והבהירו אותו, כביכול.

**שינוי החקיקה**

בשנת 2010- באותה שנה של פס"ד אמנון לוי, חברי הכנסת ראו שהנסיונות בתוך העליון לשנות את הלכת אפרופים לא מצליחים. אמרות דנציגר נשארו בודדות ולכן **חלק מחברי הכנסת החליטו שהם ירסנו את ביהמ"ש העליון ויחזירו את החוק לקדמותו.**

הצעת החוק שהוגשה אמרה: כאשר לשון החוזה ברורה צריך לפרש אותו לפי לשון החוזה. שזה היפוך של הלכת אפרופים- לא הולכים על הנסיבות. הצעת החוק היא לתיקון סעיף 25 (א) לחוק החוזים. בזמן הגשת ההצעה כבר שכבה על שולחן הכנסת הצעת חוק דיני ממונות שהוגשה ע"י משרד המשפטים. יצא שיש הצעת חוק אחת שרוצה להפוך את הלכת אפרופים והצעה שנייה שבאה לעגן את הלכת אפרופים בסעיף 25. ההצעה כנגד הלכת אפרופים עוברת מהר יותר מהצעת חוק דיני ממונות. ועדת החוקה קיימה ישיבה והועדה החליטה להביא פשרה בין שתי ההצעות בהצעה חדשה בנוסח: **חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מהחוזה ומנסיבות העניין- ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה יש לפרש על פיו**. נוצרה סתירה בין שני הצדדים. אי אפשר לדעת אם הלשון מפורשת אלא אם כן יודעים את הנסיבות- בעצם הסעיף השאיר את הויכוח ועוד הפעם נוצרה מלחמה בין תומכי אפרופים למתנגדיו. נכון **לרגע זה ניתן לראות כי בפס"ד המוסד לביטוח לאומי ביהמ"ש העליון קובע לפי הלכת אפרופים כך שהלכת אפרופים בעינה עומדת.**

## ב. עיקרון תום הלב והשלמת החוזה: (עיקרון שני לתוכן החוזה)

* סעיפים 26 ו - 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה**.

מעבר למנגנוני ההשלמה שעליהם דיברנו כבר, יש מנגנון השלמה נוסף חשוב מאוד.

בסופו של פס"ד אפרופים ברק בקטע קצר אומר כי גם אם לא היה מגיע לתוצאה ע"פ פרשנות היה מגיע אליה בדרך של השלמה:

**"תניה מכללא"- תנאי משתמע**: בעבר הייתה זו דרך השלמה נוספת. דוקטרינה זו נקלטה מהמשפט האנגלי בתקופה של סימן 46 לדבר המלך במועצתו. תניה מכללא היא המצאה אנגלית של איך לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה. במשפט האנגלי של המאה ה19 עיקרון חופש החוזים היה בשיאו והתפיסה הייתה שלא מתערבים בחוזה. המחשבה הייתה שאפילו השלמה של חוזה היא סוג של התערבות. אבל עדיין אנחנו חיים במצב של חוסר בחוזה ולכן **מצאו דרכים להשלים מבלי להגיד שזה השלמה** ועיקרן להכניס לחוזה השלמה רק אם זה תנאי מכללא- תנאי שהצדדים כן חשבו עליו והתכוונו להכניסו לחוזה אולם התנאי הוא כה ברור ומובן מאליו שהצדדים לא טרחו להכניסו ולכן מותר לשופט לקבוע שזה חלק מהחוזה- בעצם השופט מגלה לנו תנאי שלא כתוב במפורש אבל הוא חלק מהחוזה. לכולם ברור שבעצם מדובר בפיקציה- במקרים רבים הצדדים אפילו לא חלמו על תנאי זה, אולם הצגה זו של הדברים איפשרה לביהמ"ש לא לפגוע, כביכול, בחופש החוזים. כמו כל פיקציה יש לה בעיות רבות. מצד אחד היא גורמת לזילות של ביהמ"ש- הרי ברור שהוא משלים חוזים. מצב שני- ניתן לעקוף זאת. לכן אומר לנו ברק כי עם חקיקתו של חוק החוזים אין לנו צורך להשלים חוזים ע"י תניה מכללא זאת משום שחוק החוזים מעמיד בידינו כלי אחר להשלמה והוא **עיקרון תום הלב המעוגן בסעיף 39 לחוק החוזים.**

* נושא ההדגמה ושיערוך: שיערוך סכומים פסד נודל נגד פינטו ושועית נגד אשל

**הרצאה מספר 16 - 5.12.2013 (בוקר במקום תרגיל)**

**39. קיום בתום-לב**

בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.

הבעיה היא שכאשר קוראים את סעיף 39 אין בו זכר להשלמת חוזה.

סעיף 39 אומר שכשיש חיוב או זכות בחוזה, מימושם צריך להיות בתום לב ובהגינות.

בג"צ שרותי תחבורה ב"ש נ' בית הדין הארצי לעבודה - מדוע בג"צ כנגד בית דין ארצי? אי אפשר לערער לעליון על החלטות של בית הדין לעבודה אבל אפשר להגיש בג"צ כנגד בית הדין וזאת בשלושה מקרים (חריגה מסמכות, פגיעה בכללי הצדק, טעות מהותית). דיון בסוגייה חשובה של תום לב נחשבת כסוגיה מהותית ולכן אפשרו את הדיון בסוגיה.

העותרת מפעילה שירות אוטובוסים ציבורי-עירוני בב"ש. בינה לבין מועצת פועלי ב"ש נחתם הסכם, לפיו התחייבה העותרת לשלם לעובדיה פרמיה נוספת, אשר תשלומה יופסק, אם ייגרמו שיבושי עבודה ע"י העובדים. חיש מהר עשו העובדים שביתה ולכן לא קיבלו את הפרמיה. העובדים טענו כי קיבלו אישור ממועצת הפועלים לשביתה ואילו החברה אמרה כי הם לא נתנו הודעה מראש. העובדים טענו כי בחוזה לא כתוב שצריך להודיע על השביתה. החברה טענה כי גם אם זה לא כתוב בחוזה זה **נכלל בחוזה מכוח חובת תום הלב** ולכן צריך להודיע מראש ולא רק לקבל הסכמה. בית הדין הארצי לעבודה אמר כי בסעיף 39 כתוב **שאם יש** **בחוזה חובה כלשהי צריך לקיים אותה בתום לב אבל לא כתוב שאפשר ליצור חובה בחוזה מכוח סעיף 39**. בית הדין אמר שאין חובה כזאת ולכן השאלה האם קויימה בתום לב כלל לא רלוונטית. בסוגייה זו דן בג"צ- ברק רואה זאת כטעות מהותית (יש להכיר כי בפס"ד אחרים באותה תקופה היו שופטי עליון שחשבו בדיוק כמו בית הדין לעבודה- ז"א בניגוד ברק). ברק ראה פס"ד זה כפלטפורמה להסביר מחדש את משמעות חובת תום הלב בסעיף 39 (הפס"ד הוא לא זמן רב אחרי חקיקת חוק החוזים החדש).

**ברק דן בסוגיות הבאות:**

**סוגיה ראשונה: האם סעיף 39 יכול להיות בסיס להשלמת חוזה?**

ברק מסביר את משמעות סעיף 39: הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר ובהגינות ע"פ המקובל בחוזים (בינתיים אין חידוש).

"**על כל הצדדים לחוזה מוטלת חובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף שלהם**"- פה ברק קובע הלכות מהפכניות חדשות.

**עד בג"צ זה התפיסה הייתה כי הצדדים לחוזה הם צדדים ביריבות.** ההנחה באופן טבעי היא שלצדדים יש אינטרסים מנוגדים (למשל בחוזה מכר, הקונה רוצה לשלם פחות ולקבל כמה שיותר והצד השני להפך). ההנחה הייתה שאין ביניהם הסכמה על כלום ושבאורח נס הצדדים בעלי האינטרסים המנוגדים הצליחו להגיע להסכמה ואז נכרת חוזה. בגלל שהם בצדדים מנוגדים מה שהם הסכימו נמצא בחוזה ואילו מה שלא נמצא משמעו כי לא הסכימו עליו- ולכן אי אפשר להשלים וליצוק אותו לתוך החוזה. **ברק שינה את זה לגמרי (זה כבר נעשה במדינות מערביות אחרות החל משנות ה80)–** לא חושבים יותר על צדדים לחוזה כיריבים אלא כעל שותפים. החוזה הוא שותפות ובבסיס החוזה עומד רצון משותף של שניהם. מכאן, במקרה ועולה בעיה חדשה בחוזה על השותפים לעשות ככל שביכולתם כדי לפתור את הבעיה ולכן פותרים בעיות אלו ע"י השלמה. **ברגע שברק מציג את רעיון השותפות בחוזה וזאת ע"פ סעיף 39 המסקנה המתבקשת בהכרח היא שסעיף 39 יכול להוות כלי להשלמת החוזה.** ברק אומר כי משתמשים "בתום לב" כי שאר המושגים תפוסים ובעצם מה שיש בין הצדדים זה "נאמנות". אנו מכירים במשפט מושג הנקרא "חובות אמון" למשל, לעו"ד יש חובת אמון כלפי הלקוח שלו ולשלוח יש חובת אמון כלפי השולח.

**מה משמעות "חובת האמון"?** באופן עקרוני, הנאמן צריך להעדיף את האינטרס של הנהנה על פני האינטרס העצמי שלו. למשל, עו"ד מייצג לקוח בתיק, הוא מגיע לביהמ"ש והשופט מציע הצעת פשרה ועוה"ד חושב שהיא הצעה מעולה מבחינת הלקוח שלו. נניח והוא סיכם את שכר הטרחה עם הלקוח לפי מספר הישיבות בביהמ"ש ואם יקבל את הפשרה שכר הטרחה יהיה נמוך. במקרה זה- על עוה"ד להעדיף את אינטרס הלקוח ולקבל את הפשרה.

ברק טוען ע"פ תפיסתו שלא רק בחוזים מיוחדים אלא מעתה בכל חוזה, נוצרים יחסי אמון. כוונת ברק היא ש**כל צד חב חובת אמון לא כלפי הצד השני אלא כלפי המטרה המשותפת של הצדדים**. בכריתת החוזה כאילו נוצרה ישות חדשה שהיא החוזה- והצדדים חבים חובת נאמנות לחוזה, כלומר למטרה המשותפת. כך, אם בשלב מאוחר יותר תיווצר הזדמנות עסקית אחרת טובה יותר וצד לא ירצה להיות קשור בחוזה - הוא לא רשאי לפעול כדי לגרום לזה שהחוזה בו הוא נמצא "יתקלקל" כי אז הוא פועל לטובת אינטרס שלו אבל כנגד אינטרס משותף שהיה שותף לו ברגע כריתת החוזה.

**ההבדל בין טרום בג"צ שרותי תחבורה ולאחריו: בעליון יש כמה פס"ד שעוסקים בסיטואציה הבאה**: צדדים עוסקים בחוזה למכירת דירה. פעמים רבות במציאות הישראלית הקונה צריך ללוות חלק מהכסף מהבנק. בד"כ כותבים בחוזה שהקונה מתכוון לשלם את התשלום האחרון מכספי הלוואה והמוכר יחתום על המסמכים הנדרשים כדי לקחת הלוואה. יש פסקי דין בהם לא נרשם בחוזה שהתשלום האחרון מגיע מכספי הלוואה והמוכרים יחתמו על טפסים כדי לאפשר זאת. מה שקרה במצבים אלה הוא שהקונה שילם את כל התשלומים מלבד האחרון, ועכשיו הוא צריך הלוואה, אולם המוכר לא מוכן לחתום על המסמכים הנדרשים כדי שייקח הלוואה מהבנק. המוכר אומר זאת משום שלפעמים מחירי הדירות עולים והמוכר רוצה להרוויח כפליים: הקונה יפר (פורמאלית) את החוזה כי הוא לא יכול לקחת הלוואה. המוכר לאחר מכן ימכור את הדירה למישהו במחיר גבוה יותר.

למעשה כל מה שהיה צריך כדי שהחוזה יתקיים היא חתימה של המוכר על מסמכי הבנק (עניין שלא דורש ממנו כלום) והמשמעות היא שהמוכר העדיף אינטרס שלו ולא אינטרס משותף.

בפסיקה שקדמה לבג"צ שרותי תחבורה אנו רואים פס"ד בהם השופטים מביעים חוסר נחת מהתוצאה אולם קובעים כי אם בחוזה לא נכתב שהמוכר חייב לחתום על מסמכי הבנק אז הוא לא חייב לחתום.

בפסיקה אחרי בג"צ שרותי תחבורה הכל מתהפך ונקבע כי מכוח חובת תום הלב יש לגלות נאמנות למטרה המשותפת ולכן על המוכר לחתום על המסמכים – זה לא משנה באופן מהותי את חלוקת הסיכונים בכריתת החוזה והחלוקה נותרה כפי שהייתה.

**סוגיה שנייה- האם קנה המידה של תום הלב הוא קנה מידה סובייקטיבי או אובייקטיבי?**

קנה המידה הוא **אובייקטיבי**.

ברק אומר כי יש סעיפי תום לב בחקיקה שהם סובייקטיבים. עם זאת, לא סעיף 39. תפיסת הצדק והמוסר של כל אדם לא יכולה לשמש קנה מידה משום שלכל אדם יש תפיסה שונה לתום לב- לכן קנה המידה הוא אובייקטיבי. בתוך המבחן האובייקטיבי ה"סובייקטיבי" היא רק העובדה שסטנדרט ההתנהגות נקבע ע"פ סוג העסקה, מהות הצדדים (אם אלו בעלי עסקים או זקנים תמימים) וכדומה.

**סוגיה שלישית- מה היקף התחולה של סעיף 39?**

בקריאת סעיף 39 ניתן לראות כי הוא חל על חיוב וזכות שקיימים בחוזה.

ברק אומר כי צריך להבין את הכוונה **מהם "חיוב" ו"זכות"?**

(יש סוגים שונים של זכויות וחובות. למשל, יש לאדם זכות לקבל ממישהו כסף ולו יש חובה לתת לו אותו- כתוצאה מחוזה למשל. מה קורה אם בחוזה כתוב שהנושה יכול לבחור בין חמישה סוגי ריצוף למשל, איך קוראים לזכות הזו? ואיזו חובה יש לקבלן מול הזכות שלו? מה החובה שלו לגבי עצם הבחירה? החובה נקראת "כפיפות" והזכות שלו היא "כח". מול הכוח שלו לקבלן יש כפיפות).

ברק אומר כי בסעיף 39 הכוונה היא לא מצומצמת אלא רחבה: **חובת תום הלב היא לגבי כל סוגי הזכויות והחובות המשפטיות וגם לגבי חוסר בחוזה שהושלם**. קיימות גם **זכויות משניות/ חובות משניות**- כאשר חוזה מופר לנפגע יש זכות לתרופות (פיצויים, השבה, אכיפה). הזכות לפיצוי היא לא זכות שנובעת מהחוזה אלא היא נובעת מהדין- היא בעצם מחליפה את הזכות המקורית: היתה לו זכות שיתבצע משהו כלפיו- לא ביצע החב – כפיצוי באה הזכות לפיצויים והיא זכות משנית במובן שהיא תחליף לזכות המקורית. **גם בעניין הזכויות / החובות המשניות יש חובת תום לב.**

**סוגיה רביעית- שאלה קונקרטית- האם חובת תום הלב יכולה ליצור חיוב חוזי חדש?**

העובדה שהחובה חלה על זכות / חובה קיימת ברורה כי זה כתוב בחוק. נשאלת השאלה, האם היא יכולה ליצור חיוב חוזי חדש? מן הכלל אל הפרט, ברק אומר כי לדעת בית הדין לעבודה אין לחובת תום הלב הכוח ליצור חיוב חוזי חדש (להכניס סעיף שקובע על חובת הודעה מוקדמת) ואילו ברק לא מסכים לכך: הוא אומר כי **מכוח חובת תום הלב אפשר ליצור חיוב חוזי חדש**. בענייננו יש חובה לתת הודעה והיא לא קיימת בחוזה במפורש אלא היא באה מכוח חובת תום הלב. הרי מטרת החוזה היא ליצור רגיעה ביחסי העבודה ולמנוע שביתות. אם יש בכוח העובדים לשבות בלי להודיע לאף אחד אנו למעשה חוזרים למצב שלפני ההסכם (שהוא כאמור לא מצב רצוי ומטרת החוזה ליצור מציאות חדשה) ולכן אי מתן הודעה נוגד את אופי החוזה. לפי ברק, החובה למתן הודעה נוצרת מעיקרון תום הלב. האם החובה הזאת קוימה?

ברק אומר שכן. ניתנה הודעה אך זו ניתנה שלא בתום לב משום שהיא ניתנה רק חצי שעה לפני השביתה (זמן בלתי סביר). **יצויין כי ברק עושה שימוש כפול בחובת תום הלב:**

הראשון- חיוב להודיע על השביתה.

השני- אחרי יצירת החובה יש לנו תוספת לחוזה שלא הייתה קודם ודינה ככל סעיף מקורי בחוזה ולכן את החובה החדשה ה"כתובה" בחוזה יש לקיים בתום לב. יצויין גם שבאופן תיאורטי - עם השימוש השני בחובת תום הלב בית הדין לעבודה היה מסכים עקרונית אך הבעיה שלהם הייתה עם השימוש הראשון.

**סוגיה חמישית- מה התוצאה של הפרת חובת תום הלב?**

ברק אומר כי סעיף 39 אינו כולל כל הוראה באשר לתוצאות. אולם, אין משמעות הדבר כי זו חובה מוסרית בלבד. היעדר הוראה לסנקציות היא משום שאלה אינן אחידות והן משתנות לפי ההקשר. גם בפס"ד שיכון עובדים נ' זפניק השופטת בן פורת קבעה כי סעיף 12 משמעותו חובה כה גדולה שרשימת התרופות לא יכולה להיות סגורה אלא חייבת להכיל תרופות נוספות- זה היה הבסיס של ברק.

* באופן עקרוני בחובה מוסרית אין סנקציה לאכיפה אך לעומת זאת חובה משפטית מלווה בצידה בסנקציה.

ברק טוען כי החוק לא קבע בכוונה סנקציה משום שחובת תום הלב רחבה כל כך ויכולה להתעורר במגוון רחב של מצבים- אין טעם להגדיר מראש סנקציות. וחובת ביהמ"ש להתאים את הסנקציות המצויות בדין למקרה הקונקרטי. במשך השנים הגיעו מקרים לביהמ"ש והסתבר כי רשימת הסנקציות שברק מונה בפס"ד זה מותאם כמעט לכל המקרים שמגיעים לבתי המשפט בהמשך.

**ברק מציע מספר אפשרויות לתרופות כנגד הפרת חובת תום הלב:**

1. לעיתים אי קיום חובת תום הלב היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה:

הפרת חובת תום הלב היא כמו הפרת חוזה ותרופות על הפרת חוזה אפשר לקבל על הפרת תום הלב. אפשרות זו היא כמעט מובנת מאליה.

2. צמצום הזכות התרופתית כאשר מימוש התרופות נעשה שלא בתום לב:

לעיתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר- זהו חידוש עצום. ממתי הצד המפר זכאי לפיצויים או אכיפה? ברק בעצם מתכוון שחובת תום הלב של סעיף 39 חלה גם על הזכויות התרופתיות (המשניות) ברק אומר כי אם הייתה הפרת חוזה- הנפגע זכאי לתרופה (למשל פיצוי/אכיפה) אבל בזמן מימוש הזכות שלו לתרופה הוא מפר את חובת תום הלב (למשל, אינו פועל להקטנת הנזק). החוק אומר כי צריך לקיים חובה או לממש זכות בתום לב- ואלה נובעות גם מדיני התרופות. אם הנפגע מהפרת חובת תום הלב מפר גם הוא את חובת תום הלב בקשר לתרופות- אפשר לשלול ממנו פיצויים או אכיפה. הנפגע מהפרת תום הלב הוא המפר במקרה שהוא פוגע בתרופות. דוגמא: איך נפגע יכול להפר את חובת תום הלב לגבי תרופות?

פס"ד אנגלי וויט נ' מגרגו- לאדם היה מוסך והוא רצה לפרסם אותו. הוא התקשר בחוזה עם חברה שהיה לה זיכיון מהעירייה להדביק פרסומות על פחי האשפה. עוד לפני שהדביקו את המודעות החליט האדם שהוא רוצה לסגור את המוסך ולכן הוא התקשר והודיע שלא יפרסמו כי הוא לא רוצה ולא ישלם על כך. פועלו היווה הפרת חוזה. לחברה היו מספר אפשרויות: נניח שלחברה היתה עלות של הכנה ופרסום המודעות ע"ס 80 ₪ ובחוזה היא סיכמה איתו על 100 ₪ תשלום כולל - אם החברה לא הכינה עדיין את המודעות היא יכלה לתבוע פיצוי על 20 ₪ כי זה הרווח שלה. במקום זאת, החברה הדפיסה את המודעות, הדביקה אותם ותבעה 100 ₪. אחד העקרונות של דיני התרופות הוא שהנפגע יכול לבחור איזו תרופה הוא רוצה. הנפגע שלנו (החברה) בחרה בפיצוי. במקרה זה החברה בחרה באכיפה ולכן הדפיסה את המודעות ובדרישתה של 100 ₪. בשתי התרופות היא תישאר עם 20 ₪ ולא משנה לה מה היא בוחרת. אולם למפר, במקרה אחד הוא ישלם 20 ₪ ואילו במקרה השני הוא ישלם 100₪ רק ש80 מתוך ה100 יזרקו לפח. הסיבה שהחברה תבחר באפשרות זו היא כדי להתנקם במפר החוזה ולגרום לו נזק כספי גדול יותר (למרות שהם ירוויחו אותו דבר). **במקרה זה החברה פעלה במימוש התרופות שלא בתום לב- ולכן יכול ביהמ"ש לשלול ממנה את הפיצויים.**

3. לעיתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לצד השני של החוזה (זה שלא הפר את תום הלב) לפעול פעולות מסויימות בגדר החוזה שאחרת היו נחשבות להפרה:

לדוגמא: פס"ד שוחט נ' לוביאניקר- חוזה למכר דירה במחיר של 420 אלף בחלוקה לארבעה תשלומים. החוזה התנהל כסדרו והצדדים שילמו את שלושת התשלומים הראשונים כסדרם. התשלום האחרון ע"ס 120 אלף היה אמור להיות בחודש ספטמבר אבל בחוזה הזה היה משהו שונה: מול חובת התשלום של הקונה עומדת חובת המוכר למסור את הדירה ולהעביר בעלות לקונה. החוזה קבע שבין התשלום השלישי לרביעי בחודש אוגוסט, המוכר צריך להעביר את הבעלות לקונה ורק חודש לאחר מכן יהיה התשלום האחרון ואז ימסרו את מפתחות הדירה. כשהגיע מועד העברת הבעלות המוכר היה בבעיה: הוא פחד להעביר את הבעלות מחשש שהקונה לא ישלם את התשלום האחרון וזאת משום שבני הזוג שוחט היו אמורים לשלם מכספי אביה של גברת שוחט אבל, שמעו שמועות שחל קרע ביחסים של בני הזוג (אין חובה בחוזה שיהיו בזוגיות טובה) וגברת שוחט נסעה לאוטרליה ומר שוחט נסע אחריה- העסק שם נראה לא טוב. למעשה, ההסתברות שהזוג לא ישלמו אינה גבוהה אך קיים חשש שכזה ולכן המוכרים פונים לעוה"ד שייצג את בני הזוג שוחט בשביל שיקבע מה יהיה עם התשלום האחרון. תשובתו הייתה מפוקפקת ולכן הם לא העבירו את הבעלות עד שהגיע מועד התשלום האחרון. במועד זה הם פנו שוב לעוה"ד כדי לראות מה עם הכסף. עוה"ד אומר כי הכסף מופקד אצלו בחשבון ומוכן להעברה למוכרים - אולם המוכר הפר את החוזה ובחוזה הוסכמו תשלומים על כל יום של איחור. לכן ישולמו למוכר רק 90 אלף. **השופטת בן פורת אומרת כי הקונים נהגו בחוסר תום לב**. חובת תום הלב היא החובה לשתף פעולה ולנהוג בנאמנות כלפי החוזה- בנסיעתם לחו"ל הם לא טרחו להפיג את החשש בלב המוכר ולכן בגלל שהקונים הפרו את חובת תום הלב מותר היה למוכר לסטות מהקיום המדויק של החוזה ולדחות את מועד העברת הבעלות. **וכך דחיית העברת הבעלות היא לא הפרה אלא מענה (תרופה) לחוסר תום הלב של הקונים**.

4. לעיתים התוצאה היא שלילת כוח הנתון לבעל החוזה המפר על פי הוראות החוזה. נדגים: כוח הוא זכות משפטית. למשל, אדם קיבל מקבלן יכולת לבחור את סוג הריצוף. עכשיו הקבלן רוצה שהוא יבחר ריצוף כי הרצף מחכה וזה יוצר לו עלויות. האדם לא בוחר את הריצוף כי הוא רוצה ללחוץ עליו ולנצל אותו לתנאים משופרים. למעשה, פעולתו היא הפרת חובת תום הלב במימוש הזכות שקיימת לו. ברק אומר כי הסנקציה היא שלילת הכוח שלו- בענייננו שלילת כוח הבחירה ועכשיו הקבלן יכול לתת לו איזה ריצוף שהוא ירצה.

* למעשה, מה שברק עשה הוא לא כזה חידוש גדול. זה קיים כבר בחקיקה במספר מקורות:
* **בסעיף 51 בחוק החוזים** כתוב כי אם קיימת לצד זכות בחירה והוא לא קיים אותה אז החייב רשאי לבחור במקומו. פה למעשה יש קונקרטיזציה של מה שאמר ברק.
* **סעיף 30 לחוק המכר.**

5. לעיתים התוצאה היא שפעולה שבוצעה תוך הפרת החובה אינה משתכללת ואינה תופסת:

לפעמים התוצאה היא שפעולה חוזית שבוצעה תוך הפרת חובת תום הלב נתפסת כאילו היא לא בוצעה. במקרה שלנו, הייתה חובה לתת הודעה על שביתה שברק יצר מכוח סעיף 39- ניתנה הודעה- אולם, היא ניתנה לא בתום לב. הסנקציה היא כי רואים את ההודעה כאילו לא ניתנה. במקרה זה אם ההודעה לא ניתנה הופרו התנאים לקבלת הפרמייה וניתן לשלול אותה מהעובדים.

**הרצאה מספר 17 - 5.12.2013 (ערב)**

## ג. הדגמה: שיערוך סכומים (בתקופת החוזה המקוים)

* **נודל נ' פינטו**
* **שועית בע"מ נ' אשד ואח'**

**שערוך סכומים הוא דוגמא מובהקת לשימוש בסעיף 39 לצורך השלמת חוזה**

**אינפלציה**: מצב בו כתוצאה מתנאים כלכליים מסוימים ערך הכסף הולך ונשחק. למשל, אם ניתן לקנות סל מוצרים מסוים ב100 ₪ וחודש לאחר מכן כדי לקנות אותו סל מוצרים צריך 110 ₪ אז הייתה אינפלציה.

כאשר לכלכלה יש מאפיינים אינפלציונים שיטת המשפט של אותה מדינה חייבת להתאים עצמה לתנאים הכלכליים האינפלציונים בכל תחומי המשפט.

בחלק מהנושאים הכנסת נותנת מענה חקיקתי. בישראל בתקופת האינפלציה שנמשכה עשור הכנסת נתנה רק מענה חלקי בתחום החקיקה. היא נתנה יותר מענה בתחום המשפט הציבורי כמו תקנות קנסות, דיני מס וכדומה. הכנסת התעניינה הרבה פחות בתחום המשפט הפרטי ולא נתנה מענה. לכן, כדי לא ליצור משפט מעוות נאלץ ביהמ"ש לתת מענה במגזר המשפט הפרטי.

בדיני חוזים הבעיה של שחיקת ערך הכסף באה לידי ביטוי בכל התהליך החוזי ולאחריו.

**שאלת ההשפעה תלויה בזמן המימוש ובשיעור האינפלציה.**

**תקופות השפעת האינפלציה מתחלקות לשלוש:**

1. תקופת קיום החוזה- אם נכרת חוזה בתאריך מסויים והכסף אמור לעבור לאחר תקופה ממושכת- במידה והייתה אינפלציה- אם נשלם בערך הנומינאלי[[5]](#footnote-5) של הכסף- הוא לא ישקף את מה שניתן תמורת הכסף. אם תאריך הביצוע הוא קצר (יום / שבוע) בד"כ לא תהיה בעיה כי לא תהיה לאינפלציה השפעה או שתהיה השפעה מזערית.
2. תקופת החוזה המופר- מרגע הגשת התביעה ועד מתן פסה"ד בד"כ עוברת תקופה מתמשכת והאינפלציה יכולה להשפיע.
3. ממתן פסה"ד ועד מימושו- בתקופה זו יש פתרון מכוח הדין. חיקוק חוק "מדד ריבית והצמדה". בתקופה זו אין קושי להתאים את הסכום לערכו הרלוונטי.

בתקופת החוזה המופר (הזמן שהתיק יושב בביהמ"ש), היינו מצפים כי המחוקק יכניס חיקוק שמטרתו להסדיר את התנהגות דיני התרופות בזמן האינפלציה, אולם במשפט הפרטי הכנסת לא עסקה בכך ואין פתרון בחוק. לכן, ביהמ"ש העליון פירש את חוק התרופות- בנוגע לכל אחת מהתרופות- איך לתת מענה לאינפלציה בתקופה בה התיק יושב בביהמ"ש המכונה בפס"ד אתא "תקופת החוזה המופר".

**ביהמ"ש נותן מספר פתרונות לאינפלציה בתקופת החוזה המופר:**

1. פיצויים- חלק מהנזק שמפצים עליו הוא גם השחיקה האינפלציונית. השחיקה הזו בערך הכסף- ההפרש הזה- ניתן בתור פיצוי מכוח סעיף 10 לחוק התרופות.
2. תרופת הביטול- בעקבות ביטול יש חובת השבה. אם למשל בחוזה מכר יש השבה כל צד צריך להחזיר מה שקיבל. הקונה מחזיר את הנכס ואילו המוכר צריך להחזיר כסף- הכסף נשחק- ביהמ"ש העליון קבע כי ההשבה צריכה להיות בערכים ריאליים.
3. אכיפה- למשל, כמו בפס"ד שועית- נעשה חוזה למכירת נכס ויש לשלם תמורתו 100 ₪, כשהגיעו למועד הביצוע המוכר אמר לקונה כי ערך הנכס הוא כבר לא 100 ₪ כי הייתה אינפלציה ואילו הקונה אומר כי בחוזה לא כתוב דבר בקשר לאינפלציה. התוצאה היא שהמוכר הפר את החוזה והקונה הגיש תביעה. בזמן זה עבר זמן נוסף של אינפלציה. מה שקורה הוא שאם ביהמ"ש היה קובע אכיפה הייתה יוצאת תוצאה מופרכת. ביהמ"ש קובע כי מכוח צו האכיפה יש לו סמכות להתנות את האכיפה בתנאים ולכן ביהמ"ש קובע כי בשביל האכיפה יש לשערך את הסכום והסכום לא יהיה הסכום המקורי אלא משוערך (השערוך יהיה רק על התקופה בה החוזה מופר ולא על התקופה בה קויים).

**כך בעצם ביהמ"ש מצא דרך בצורת פרשנות לתת פתרון לבעיית האינפלציה.**

**הבעיה הקשה היא בתקופת החוזה המקויים:**

כאן הפתרון לשחיקה האינפלציונית צריך להיות בחוזה. אם הצדדים ערים לבעיית האינפלציה ונותנים לה פתרון- אין עיוות של החוזה והכל בסדר.

הבעיה היא כשהצדדים כורתים את החוזה בתקופה בה אין אינפלציה- פס"ד אתא- החוזה נכרת בשנות ה60 כשלא הייתה בעיה אינפלציונית ואילו המימוש של החזרת הפיקדון היה בשנות ה80 בהן הייתה אינפלציה דוהרת. בחוזים ארוכי טווח בהם אין אינפלציה בזמן הכריתה- עולה הבעיה הגדולה ויש חוסר בחוזה. חוסר זה ניתן להשלמה באמצעות סעיף 39 לחוק החוזים- חובת תום הלב.

לעומת זאת, בפס"ד שועית הצדדים היו מודעים לאינפלציה אולם הם לא העריכו את גודלה. במקרים אלו יש בעיה מפני שהתוצאה שתתקבל ע"פ החיובים של הצדדים בחוזה תהיה תוצאה מעוותת. ברור לנו שהצדדים לא התכוונו שתהיה תוצאה מעוותת. הטענה הרגילה אומרת כי זו בעיה של הצדדים.

מאידך, אנו מנסים לשמור על המסגרת החוזית אליה התכוונו הצדדים. בפס"ד שועית החוזה היה למשך טווח ארוך והחברה הסכימה לספוג את האינפלציה הנמוכה אך לא הסכימה לספוג את האינפלציה הגבוהה במיוחד.

**הפתרון לבעיה הוא באמצעות סעיף 39**- כאשר נוצר מצב שהצדדים לא חשבו עליו- אין ברירה והדרך להגיע למטרה שהצדדים רצו היא בהוספת חיוב לחוזה- במקרה זה בדרך של שערוך- כך צריך לפעול. פתרון זה לא משנה את הקצאת הסיכונים של הצדדים בחוזה.

**מהם התנאים להשלמת החוזה ע"פ סעיף 39 "חובת תום הלב"?**

1. יש חוסר.

2. ההשלמה שלו הכרחית.

3. זה לא משנה באופן מהותי את הקצאת הסיכונים החוזיים של הצדדים.

**אנו רואים כי ביהמ"ש תמיד יעדיף פרשנות על פני השלמה:**

אם יש דרך להגיע למסקנה שהצדדים לא רצו לשערך- אז הוא לא ישלים את החוזה.

אם ביהמ"ש מגיע למסקנה שאפשר לשערך מכוח כוונת הצדדים אבל זה מחייב פרשנות- כך יעשה.

## ד. התערבות בתוכן החוזה: (עיקרון שלישי לתוכן החוזה)

### 1. חוזה פסול ותניות פטור

* סעיפים 30 ו - 31 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.

ההתערבות בתוכן עומדת באופן חזיתי מול עיקרון חופש החוזים. יכולים להיות מצבים של פערי כוחות/ידע של הצדדים, הנותנים יתרון לא הוגן לאחד הצדדים. ייתכנו מצבים בהם כשלי שוק שנובעים מבעיות שונות מתחרות בשוק, שהשוק עצמו אינו מצליח להתגבר עליהם והחברה באמצעות המשפט מחליטה להתערב בחוזים האלו כדי להשיג תוצאות מסויימות שלא הושגו בכוחות השוק החופשי.

**ההתערבות יכולה להיעשות בכמה דרכים:**

1. באופן ישיר ע"י הכנסת- באמצעות חקיקה קוגנטית.

2. מנגנוני התערבות באמצעותם בתי המשפט מתערבים בחוזה- **בזה נעסוק**.

**מנגנוני התערבות באמצעותם בתי המשפט מתערבים בחוזה**

התערבות זאת נעשיתEx ante (מראש).

**שלושת המכשירים העיקריים המאפשרים לביהמ"ש להתערב בחוזה:**

1. סעיפים 30-31 לחוק החוזים- הדוקטרינה של "חוזה פסול" כפי שהיא מוסדרת בחקיקה.

2. סעיף 39 לחוק החוזים- עיקרון תום הלב.

3. חוק החוזים האחידים.

עד שנחקק חוק החוזים לא היו לנו מנגנונים אלו. עיקרון החוזה הפסול היה קיים גם קודם אך במתכונת מצומצמת הרבה יותר. לא היה את סעיף 39 וחוק החוזים האחידים.

בתי המשפט לא היו אמורים להתערב בחוזים משום שעיקרון חופש החוזים היה בשיאו. אולם, לשופטים תמיד היה חוש צדק והם חשבו במקרים מסויימים שיש להתערב בחוזה אבל לא היו להם כלים לכך. לכן, הם השתמשו בכל מיני טריקים.

נדגים כיצד שופטים התערבו בחוזה ללא הכלים של היום:

1. התערבות במסווה של פרשנות- השופטים נתנו לחוזה פרשנות שברור לכולם שלא אליה התכוונו הצדדים, אולם ביהמ"ש רצה להגיע לתוצאה ההוגנת.
2. משחק בכללי ההצעה וקיבול- פס"ד גונשיורוביץ נ' מפעל הפיס- אדם טען שהוא קנה כרטיס והוא זכה. הבעיה שהוא לא יכול להציג את הכרטיס כי פרצו לו לבית וגנבו בין היתר את הכרטיס. לכאורה היה ביכולתו להציג הוכחה לקניית הכרטיס והיה פותר את הבעיה. אולם, במפעל הפיס יש תנאים ואחד מהם הוא סעיף שהזכייה תימסר אך ורק למי שמחזיק פיזית בכרטיס. מכאן שגם אם הוא יוכיח שהוא בעל הכרטיס אבל אין לו אותו פיזית- לא יעזור לו כלום. שופטי הרוב קבעו כי הוא לא יקבל את הזכייה (כנראה לא ממש האמינו לו לכל הסיפור) אולם השופט חיים כהן רצה להגיע לתוצאה בה גונשיורוביץ כן יקבל ולכן אמר כי מבחינת דיני החוזים כך היה: דוכן מפעל הפיס- מהווה הצעה לציבור- ברגע שגונשיורוביץ שילם כסף הוא ביצע קיבול- התנאים של מפעל הפיס כתובים על הכרטיס **ולכן תנאים אלו הוספו לאחר כריתת החוזה בעצם והם אינם חלק מהחוזה** ובזה נגמר העניין והאדם יכול לקבל את הכסף. במעשה זה הוא גם גרם שהרבה תנאים אחרים שכתובים שם והם חשובים- אינם תקפים אך אותו זה לא עניין כי הוא רצה להגיע לתוצאה מסויימת. אילו השופט היה עמנו היום הוא היה אומר שזה תנאי מקפח שסותר את תקנת הציבור, או שסותר את עיקרון תום הלב וכדומה אבל כשלא היו בידיו אפשרויות אלו אחת הדרכים הייתה לשחק בכללי ההצעה והקיבול ולהגיע לתוצאה שהתנאי הלא רצוי בכלל לא נכלל בחוזה- **זו יצירתיות של השופטים**.
3. תניות הפנייה- תנאי בחוזה שאומר שגם התנאים שנמצאים במקום אחר (מסמך אחר למשל) הם חלק מהחוזה שלנו (יכול להיות גם שלט בחניון).

מדוע מנסחי החוזים משתמשים בתניות הפנייה?

* **יעילות**- בתקופה הקדומה זה היה יעיל כי לא היה צריך להעתיק שנית את התנאים שכבר קיימים.
* **בעיית מקום פיזי**- למשל, חוזה כרטיס- זהו חוזה שהתנאים שלו כתובים על כרטיס כלשהו (כרטיס טיסה, מפעל הפיס, כניסה לקולנוע וכדומה) בחוזה זה אין הרבה מקום לכתוב.
* **הסוואה לתנאים מקפחים**- לפעמים כשמדובר בחוזה של עסק יש תנאים שצד היה רוצה שהקונה לא יראה ואז הוא שם התנאים האלו במסמך הרחוק מתוך הנחה שאף אחד לא ילך לראות מה יש במסמך השני.

בפסיקה האנגלית שאומצה לדין העברי, נקבע כי כדי שתניות הפניה יהיו תקפות צריכים להיות מספר תנאים:

1. הצד השני צריך לדעת שהכרטיס משמש כמסמך חוזי.

2. תניית ההפנייה צריכה להיות מודגשת באופן מיוחד- כדי שהלקוח יבין שיש עוד תנאים.

3. המסמך שאליו מפנים, לפחות באופן תיאורטי, יהיה נגיש ויוכלו לעיין בו.

בכל אחד מהתנאים הללו יש לביהמ"ש שיקול דעת מאוד רחב. שיקול דעת זה יופעל בעצם לא לפי האם התנאים מתקיימים באמת או לא, אלא לפי האם התנאי שנמצא כאן בעיני ביהמ"ש הוא תנאי הוגן או לא וזאת כדי להגיע לתוצאה הרצויה של ביהמ"ש.

נדגים כיצד ביהמ"ש עושה שימוש מניפולטיבי בתניות הפנייה כדי להתערב בחוזה:

פס"ד דוד נ' רוריו ופס"ד בריטניה אינשורנס קומפני נ' מויזס: אנשים שחתמו על חוזה ואז ביהמ"ש קבע שלא הוכח שתנאי ההפנייה תקף כי לא הוכח שהמסמך המופנה היה קיים במשרד באותה עת (טענה מגוחכת). בפס"ד אלו רואים באופן ברור כי אפשר להשתמש בטכניקות עקיפות כדי להתערב בתוכן החוזה למשל, באמצעות מניפולציה לתניות הפנייה.

**התוצאה של שימוש עקיף כזה שאינו מוצלח היא זילות של ביהמ"ש. לכן, בין היתר, נולדו אמצעים להתערבות בתוכן החוזה הקיימים כיום:**

**1. חוזה פסול סעיף 30-31 ככלי להתערבות בתוכן החוזה**

**30. חוזה פסול**

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

אמנם יש לפנינו חוזה אך ביהמ"ש קובע שהחוזה בטל – זו ההתערבות הכי בוטה שיש. יצויין כי ביהמ"ש לא מבטל חוזה אלא הוא רק קובע כי החוזה לא חוקי, לא מוסרי ונוגד את תקנת הציבור- וכתוצאה מכך החוזה בטל מעקרו (Void).

ישנם רק שני סעיפים הקובעים בטלות- סעיף 30 ו 13 לחוק החוזים.

לפי גבריאלה שלו יש מספר מקרים של חוזה פסול:

* 1. חוזה בלתי חוקי; (2) חוזה בלתי מוסרי; (3) חוזה שסותר את תקנת הציבור.

אי החוקיות יכולה להיות בעניין:

1. כריתה; (2) תוכן; (3) מטרה.

סעיפים 30 -31 במידה מסויימת משקפים את הדין הקודם לחוק החוזים ובמידה מסויימת משנים אותו. לפי הדין שקדם לחוק החוזים חוזה פסול היה בטל וזה הכל. ברגע שביהמ"ש קובע שהחוזה פסול - התוצאה האוטומטית הייתה בטלות וביהמ"ש לא היה דן בזה יותר. ביהמ"ש לא צריך "ללכלך את ידיו" בהתעסקות בחוזים בלתי חוקיים.

הדין לגבי חוזה פסול לפני חוק החוזים הביא לתוצאות בעייתיות מאוד משלוש סיבות:

1. **בניגוד למטרה המוצהרת התוצאה המעשית הייתה שתוצאותיו הקנייניות של החוזה ישארו**- (כי הרי אנו מצד אחד מבטלים את החוזה ומצד שני לא דואגים להשבה והחוזה כביכול בוצע ונשאר עומד). בהנחה ונכרת חוזה בלתי חוקי והוא בוצע בחלקו - עכשיו מגיעים לביהמ"ש והוא קובע שהחוזה בלתי חוקי (המטרה של ביהמ"ש היא שלחוזה בלתי חוקי לא יהיה אפקט משפטי כלל). למעשה, ברגע שביהמ"ש הכריז על החוזה כבלתי חוקי ותו לא- תוצאותיו הקנייניות של החוזה נשארו בשטח לתמיד- מה שהועבר כבר לא היה בר אכיפה והשבה. למשל, נכס שהועבר מצד אחד לצד השני ישאר במקומו ולא יוחזר.
2. **כאשר ביהמ"ש לא מטפל בהמשך של חוזה בלתי חוקי הוא מביא לעיוות בצדק ותוצאותיו לא הוגנות**- נניח כי במישור החוקי שני הצדדים לא אשמים באותה מידה. נדגים: כדי לחסוך במס אחד הצדדים יוזם אי חוקיות בצורת שינוי הסכום בחוזה. נניח שהצד שאשם פחות כבר קיים את חלקו וכשמגיע הצד של האשם יותר לשלם הוא טוען לחוזה בלתי חוקי וביהמ"ש לא מטפל בזה- מה שקורה הוא שהצד האשם יותר יוצא מורווח והצד התמים יותר יוצא נפגע- זוהי תוצאה שלא מתיישבת עם חוש הצדק שלנו.
3. **זילות ביהמ"ש**- כיוון שביהמ"ש ידע כי הוא לא יכול לעשות צדק מה שקרה הוא שהשופטים עצמו עיניהם מראות כי החוזה הוא בלתי חוקי. מה שהביא שוב, לזילות ביהמ"ש.

בשל הבעיות הנ"ל כאשר נחקק חוק החוזים החליטו לעשות טיפול שורש לנושא חוזה פסול. סעיף 30 כביכול מחקה את הדין הקודם ואז מגיע סעיף 31 (קובע את התוצאות להמשך הבטלות- חובת ההשבה/הצדק היחסי בין הצדדים) המאפשר לביהמ"ש לצוות על השבה ולעשות צדק יחסי ביניהם.

**מצבים שעליהם חל סעיף 30 - מה נכנס תחת ההגדרה של חוזה פסול לפי סעיף 30?**

1. **אי חוקיות-**

א. **אי חוקיות בתוכן**- יכול להיות אם התוכן נוגד הוראות חוק.

* נוגד חוק דיספוזיטיבי- אם תוכן החוזה סותר הוראת חוק דיספוזיטיבית- אין בעיה.
* נוגד חוק קוגנטי- אם תוכן החוזה סותר הוראת חוק קוגנטית- יש בעיה. למשל סותר הוראת חוק עונשית כדוגמת עבירות פליליות שמוסדרות בחוק העונשין ברור שהוא חוזה בלתי חוקי (חוזה לרצוח, לגנוב, לשדוד, להמר הימורים וכולי).

באופן עקרוני על חקיקה קוגנטית אסור להתנות אולם אם הצדדים כן התנו עליה זה לא אומר בהכרח שהחוזה בלתי חוקי. ייתכן שפשוט אותו סעיף ספציפי שמתנה על הוראת החוק הקוגנטית לא תקף ובמקומו ייכנס סעיף שבא בהלימה עם החוק. השאלה הקשה היא האם בכלל יש לראות בחוזה כחוזה בלתי חוקי? התשובה לכך היא **תלוי**. תלוי באיזו הוראה קוגנטית מדובר. ברוב המקרים ביהמ"ש קבע כי תוכן שסותר הוראות קוגנטיות מסויימות הוא בלתי חוקי **(הוראות חוק בעלות אופי רגולטורי)** לפעמים המחוקק מצרף לחוקים הקוגנטים סנקציות עונשיות- גם במקרה זה לא בהכרח החוזה הופך לבלתי חוקי. **ההבחנה מתי החוזה חוקי או בלתי חוקי נתונה לפרשנות ביהמ"ש את תכלית החוק שהוראותיו הופרו בחוזה**- כשתוכן החוזה סותר את האיסור שבחוק- על השופט להחליט מה תכליתו של החוק. אם למשל החוק בא להתמודד עם איזו רעה חברתית שהוא לא רוצה בשוק וחוזה שנכרת בתחום זה נוגד את יסוד החוק – אז נאמר שהחוזה פסול והוא בלתי חוקי. צריך לתת משקל לאיסור. לביהמ"ש יש שיקול דעת- אי חוקיות זו לא תוצאה מובנת מאליה ואוטומטית.

רוב המקרים של חוזים לא חוקיים בהם יש הוראות הסותרות חקיקה קוגנטית הם חוזים של יום ביומו ולכן על ביהמ"ש להחיל שיקול דעת.

פס"ד שלוש נ' בנק לאומי- דוגמא להוראה רגולטורית שבעקבותיה ביהמ"ש קבע שיש אי חוקיות. כאשר בנק נותן הלוואה במת"ח לתושב חוץ הוא צריך לקבל היתר מבנק ישראל (אחר כך הוא השתמש בסעיף 31 והחייה את החוזה).

ב. **בלתי חוקי בכריתתו-** מצב נדיר. תהליך הכריתה נעשה בניגוד להוראת חוק עונשית.

נדגים: חוק חובת מכרזים קובע שרשות ציבורית חייבת לכרות חוזה באמצעות מכרז. המו"מ הוא באמצעות מכרז. אם היא מתקשרת בחוזה לא במכרז זהו חוזה בלתי חוקי בכריתתו ואי החוקיות נוגעת לדרך הכריתה.

ג. **בלתי חוקי במטרתו**- במטרתו ובתוכנו משתמע באופן מאוד דומה אולם, במצבים מיוחדים ייתכן שמה שהופך את החוזה לבלתי חוקי הוא מטרה מסויימת ובעוד שהחוזה מנוטרל ממטרה זו הוא יכול להיות חוקי. נדגים: אדם משכיר למישהו דירה, ומטרת ההשכרה היא לקזינו - החוזה הוא בלתי חוקי.

**במידה והמטרה הבלתי חוקית ידועה רק לצד אחד לחוזה יכול והחוזה ייחשב כחוקי**. למשל, אם המשכיר לא ידע שהולך להיות שם קזינו- זה יכול להיות חוזה חוקי. תלוי בשיקול ביהמ"ש.

קיימות 2 גישות בנוגע לבטלות החוזה כשרק צד אחד מודע למטרה הבלתי חוקית:

1. **גישה אחת**- גם אם המטרה הבלתי חוקית ידועה רק לאחד הצדדים הוא עדיין בלתי חוקי והוא בטל. (כשנגיע לסעיף 31 נראה את הכלים שיש לביהמ"ש להיטיב עם הצד התמים בחוזה).
2. **גישה שנייה**- יש לקחת בחשבון שצד אחד בכלל לא מודע למטרה הבלתי חוקית. בחוזה כזה צריך לנקוט **בגישה מפוצלת**: למשל, אם בדוגמת הקזינו מי ששכר את הדירה הוא שמפר את החוזה והתוצאה היא שהוא לא משלם שכר דירה. הצד הנפגע הוא המשכיר- מבחינתו החוזה רגיל לכל דבר. נפגע יכול לתבוע פיצוי ע"פ דיני התרופות על הנזק שקרה לו. לעומת זאת, אם הצד שלא ידע מפר את החוזה והעבריין רוצה לתבוע- יגידו לו שהחוזה בכלל לא חוקי מלכתחילה.

ההבדל בין שתי הגישות הוא שהגישה השנייה מיטיבה יותר עם הצד התמים בחוזה משום שמגוון התרופות האפשריות מכוח דיני התרופות רחב יותר לעומת הדרך להיטיב עם הצד התמים יותר בחוזה פסול שיש בסעיף 31.

עמדת המשפט הישראלי: אין פסיקה חד משמעית כהלכה. אמרות אגב בפסיקה הולכות לכיוון הגישה המפוצלת- החוזה בלתי חוקי לצד שידע על המטרה הבלתי חוקית ואילו החוזה חוקי כלפי הצד התמים.

ד. **בלתי חוקי בביצועו**- בזמן כריתתו החוזה היה חוקי ומטרתו הייתה חוקית. עד שהגיע מועד ביצוע החוזה שונה החוק וכעת הוא בלתי חוקי- סעיף 30 לא עוסק במצב כזה. מצב כזה יכול להיות "סיכול" סעיף 18 לחוק התרופות (רצו משהו והשתנו הנסיבות שלא מאפשרות כרגע את החוזה- נלמד בהמשך). מצב זה לא קרה מעולם בישראל.

ה. **חוזה שסותר את תקנת הציבור -**

תקנת הציבור כפי שהיום הפסיקה מבינה אותה היא מושג עמום כמו תום לב. אין הגדרה של מה בדיוק סותר את תקנת הציבור. ביהמ"ש הוא שקובע מה סותר את תקנת הציבור לפי הערכים, עקרונות היסוד של השיטה וכולי. ביהמ"ש צריך לקבוע אם זה סותר את הסדר והמוסר הציבורי. במשך שנים רבות המושג תקנת הציבור היה מצומצם מאוד.

הפסיקה האנגלית ובעקבותיה הפסיקה הישראלית קבעה כי חוזה הסותר את תקנת הציבור הוא בשלושה מצבים ספציפיים בלבד: (אלו קטגוריות עתיקות)

1. חוזה או תנאי בחוזה שמתיימר לפתור צד מאחריות לנזקי גוף שהוא גרם לצד השני.

2. תנאי בחוזה עבודה בין עובד ומעביד שמגביל את חופש העיסוק של העובד כשהוא מסיים לעבוד אצל אותו מעביד. **רק כשהתנאי הוא בלתי מידתי** – שהוא רחב מידי מבחינת הזמן או ההיקף הגיאוגרפי או מבחינת היקף האיסור.

3. חוזה בלתי מוסרי- המושג עצמו הוא מושג עמום. באותם ימים גם המושג של "בלתי מוסרי" היה מוגדר לנושא ספציפי אחד ויחיד והוא הבטחת נישואים כשאחד מבני הזוג לא פנוי (נשוי).

למה בכלל לקחו מושג פתוח כמו תקנת הציבור והגבילו אותו לשלושה מצבים ספציפיים?

השופט שמגר בניסיון להרחיב את ה"רשימה הסגורה" ששלטה עד כה בענייני תקנות הציבור בפס"ד חיימוב נ' חמיד אומר כי הסיבות להגבלת תקנת הציבור בעבר הן:

א. שופטים לא היו מיומנים בשימוש בנורמות פתוחות מסוג זה. הם פחדו שתקנת ציבור היא סוס פרא שאם יעלו על גבו לא ידעו לאן הוא ייקח אותם- נימוק זה כבר לא רלוואנטי.

ב. מתוך שמירה קנאית על עיקרון חופש החוזים-**בעבר** עוצמתו של עיקרון חופש החוזים היתה מאוד גדולה. ככל שנגדיל את תקנת הציבור יהיו לביהמ"ש סיבות רבות להתערב בחופש החוזים.

ג. בתי המשפט לא אהבו להכריז על חוזה פסול כי אז הם היו מפסיקים את הטיפול בחוזה ולא היתה מתאפשרת השבה ועשיית צדק יחסי בין הצדדים.

ד. תניית פטור מאחריות לנזקי גוף - תנאי שמשחרר צד מהחוזה מאחריות לנזק גוף שהוא גרם לצד אחר (נניח במקרה של קפיצת בנג'י – המפעיל לא אחראי לנזקי הקופץ).

* המושג של תקנת הציבור החל מפס"ד חיימוב נפתח והפך להיות מושג פתוח כמו תום לב. כך בעצם הפכו מכשיר מיושן להתערבות בחוזים למכשיר מודרני.
* **ההשפעות של סעיף 31 הן שהפכו את מושג תקנת הציבור לכלי התערבות מודרני בחוזה.**

**מדוע דווקא שתי הקטגוריות של תניית פטור והגבלת חופש העיסוק נחשבו סותרות את תקנת הציבור?**

1. כיוון שהדוקטרינה של חוזה פסול מתערבת בחופש החוזים. אחת הסיבות לצמצומה בעבר היתה עוצמתו של חופש החוזים כעיקרון על בחוק החוזים אשר שיקף את רעיון אוטונומיית האדם הפרטי. הרעיונות הליברלים שהתפתחו במחצית המאה ה19 ותחילת המאה ה20, חופש האדם וכולי. על רקע תפיסות אלו חופש החוזים נתפס כעיקרון מקודש.
2. שלמות הגוף- כשאדם באמצעות החוזה מאפשר לפגוע בשלמות גופו של אדם או בבריאותו מבלי להיות אחראי לכך- זה פוגע בזכות לשלמותו הגופנית – עניין שעולה בתכליתו על החופש לאדם, קל וחומר חופש החוזים.

* כיום עיקרון חופש החוזים אינו חשוב כמו אז ולכן ניתן להסתמך יותר על תקנת הציבור. גם הנימוק שזו נורמה עמומה לא שייך כי היום ישנם עקרונות רבים ועמומים כמו תום לב. הסיבה השלישית היא חקיקת חוק החוזים שמאפשרת להרחיב את יסוד תקנת הציבור.
* חוזה פסול –פס"ד ג' ד' ה' ט' י'

**הרצאה מספר 18 - 10.12.2013**

**סעיף 31**

**31. תחולת הוראות**

הוראות סעיפים 19 ו - 21 יחולו, בשינויים המחייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי ביהמ"ש, 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 החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.

**התוצאות הנלוות לבטלותו של חוזה פסול:**

1. סעיף 19– **בטלות חלקית** של החוזה אם זה אפשרי.

קיימים שלושה תנאים ע"מ שהבטלות תהיה חלקית ולא שלמה:

1. החוזה ניתן להפרדה לחלקים. פס"ד מזל אילן- שם ניתן להפריד לחלקים וכנגד כל אחת מההתחייבויות של צד, יש מחיר שהצד האחר צריך לבצע.
2. עילת הפסלות- אי החוקיות נוגעת רק לחלק מהחוזה ולא לחוזה בשלמותו.
3. הבטלות החלקית לא פוגעת במהות החוזה- הצדדים היו מסכימים לקיים את החוזה גם במתכונתו החסרה (ללא החלק הנגוע).
4. סעיף 21-**השבה** **לאחר ביטול**- תוצאות אלו באו להרתיע מצד אחד ולכבד את רצון הצדדים (אם זה לא בא על חשבון ההרתעה) וההשבה באה לפתור את הבעיה שכשחוזה בלתי חוקי בטל - שלא ישארו שאריות קנייניות בשטח.

**נקודת המוצא היא ביטול החוזה (סעיף 30) והשבה. במקרים חריגים יש בסיפא לסעיף 31 לביהמ"ש שני מכשירים חלופיים כדי להבטיח שהחוטא לא יצא נשכר:**

1. לביהמ"ש יש סמכות לפטור צד מחובת השבה (או לפטור חלקית – גם זו אפשרות).
2. לצוות על קיומו של החוזה חרף תוצאת הבטלות. התנאי לכך הוא שצד אחד כבר קיים חלק משמעותי מהחיוב שלו וכן ששיקולי צדק מחייבים להגיע לתוצאה הזו.

בפס"ד טנדלר נ' קוזניצקי יש חוזה שאף צד לא קיים עוד את חיובו משום שעוד לא הגיע המועד לחיוב. האם במצב זה אפשר להפעיל את סעיף 31 סיפא ולהורות על קיום החוזה שבטל לפי סעיף 30?

**בפס"ד זה ביהמ"ש דן בשאלה מתי יהיה ראוי להורות על קיומו של החוזה הבטל למרות שהצדדים טרם קיימו את חיוביהם כי טרם הגיע המועד?**

השופט עמית אומר כי לפי דעתו אם עדיין לא קויים חיוב ע"פ החוזה כי לא הגיע המועד- אותו צד שמבקש מביהמ"ש להורות על קיום החוזה הבטל צריך להצהיר על כך שכשיגיע המועד הוא מתכוון לקיים אותו ולכן יכול ביהמ"ש להפעיל את סיפא סעיף 31- להכריז על קיום החוזה.

**פטור מחובת השבה וציווי קיום בחוזה– אלו מצבים חריגים** למצב הרגיל של בטלות והשבה מלאה. בשני המקרים ביהמ"ש שוקל שיקולי צדק- בפס"ד קוזניצקי השיקולים דומים ביסודם.

**דוגמאות לשיקולים של ביהמ"ש להפעלת החריג של קיום החוזה (ניתן למצוא את הרשימה** בפס"ד טנדלר נ' קוזניצקי):

1. עד כמה אי החוקיות חמורה- אם אי החוקיות היא לב החוזה ביהמ"ש לא יאכוף אותו.

אם אי החוקיות היא צדדית למטרה המרכזית של החוזה - ביהמ"ש יכול להורות על קיום (לדוג' בפס"ד ביהם נגד בית יוסף שם הצדדים כרתו חוזה למכירת דירה במטבע חוץ מה שבזמנו נגד את החוק. אי החוקיות כאן היא שולית וניתן לקיים את החיוב רק בשקלים).

1. קיימת דרך חוקית לקיים את החוזה- ביהמ"ש לעולם לא יצווה על קיום חוזה בדרך בלתי חוקית.
2. האשם היחסי בין הצדדים- נאכוף את החוזה לטובת הצד האשם פחות - כדי שלא יצא חוטא נשכר.
3. מניעת פגיעה בצד ג' תם שלא היה שותף לאי החוקיות- ביהמ"ש יאכוף חוזה אם אי אכיפתו פוגעת בצד ג' תם לב שהסתמך על החוזה. בפס"ד שילה נ' בארי- היה מדובר בעסקה בין בעל קרקע לבין קבלן, סוג של עסקת קומבינציה והיו בה אלמנטים בלתי חוקיים לפיהם הקבלן רצה לבנות חלק מהדירות בחריגה מהיתר הבנייה. אי החוקיות טפלה למטרה העיקרית. הקונים שרכשו שתי דירות בבניין סברו לפי טיעוני הקבלן שהוא בעל זכויות בקרקע וקיבל כבר את כל האישורים הנדרשים והם לא ידעו על אי החוקיות והסתמכו על החוזה הבלתי חוקי, לכן ביהמ"ש אכף את החוזה למרות אי חוקיותו.

**האם כאשר ביהמ"ש מחייה את החוזה ע"פ סיפא לסעיף 31 החוזה חוזר לחיים במלוא מובן המילה או שהוא מת חי**? למשל, אם בחוזה הבטל יש סעיף של פיצויים מוסכמים, האם במצב בו ביהמ"ש קובע כי צד אחד הביע נכונות לקיימו והוא מצווה על קיום החוזה, האם המשמעות היא שכל החוזה קם לתחייה ואז הוא הופר ולפיכך אפשר לתבוע פיצוי ע"פ המוסכם בחוזה? או שמא החוזה עצמו בטל וציווי ביהמ"ש על קיומו לא מחזיר את החוזה כולו לחיים אלא רק אומר לקיים את חיוביו? **שאלה זו נשארת בצריך עיון ואין פסיקה לגבי זה**.

**סוגיות נוספות לדיון לגבי חוזה פסול**

1. האם הפעלתו של החריג שבסעיף 31 סיפא במישור של החייב העיקרי מחזירה לחיים גם את החוזה של הערב?

פס"ד שלוש נ' בנק לאומי: נכרת חוזה הלוואה בין הבנק לאחד ארמן. במשפחת שלוש שני אחים, אחד תושב חו"ל ואחד תושב הארץ. השני הוסמך מטעם תושב החוץ לעסוק בכל ענייניו וזה חתם ערבות לאותו ארמן. לפי חוקי הערבות, החיוב של הערב הוא משני לחיוב של החייב. אם חוזה ההלוואה בטל כי הוא בלתי חוקי (לא קיבל אישור מבנק ישאל לגבי הלוואה לתושב חוץ) אוטומטית בטלה הערבות. **השאלה המתעוררת בפסה"ד היא מה היה קורה במצב בו חוזה ההלוואה שבוטל היה עומד על הפרק והדיון שהיה מתעורר הוא בנוגע לחוזה ההלוואה וארמן היה מתייצב ומבקש לצוות על קיום החוזה** (אי החוקיות טפלה לחוזה, חלק מהחיוב כבר בוצע, ואפשר להשיג היתר מבנק ישראל למט"ח) **וביהמ"ש היה מחזיר לחיים את החוזה. האם במצב זה אוטומטית חוזר לחיים גם החיוב של שלוש בחוזה הערבות?** תשובת ביהמ"ש היא שכן אבל הוא מסייג באומרו שבמקרה זה שלוש (תושב הארץ) לא תם לב כיוון שהוא ערב תוך שאיפה להיכנס בעסקים עם ארמן. אם שלוש היה תם לב ביהמ"ש היה שוקל אולי שלא להחיות את החוזה כדי לא לפגוע בצד ג'- שלוש. ביהמ"ש קובע כי בנסיבות שלנו הערב לא תם לב ולכן יש להחיות את החוזה משיקולי צדק.

1. **היחס בין חוזה בלתי חוקי לחוזה למראית עין-**

* חוזה למראית עין סימולציה מלאה- יש גילוי חיצוני של חוזה אבל שני הצדדים לא מתכוונים לקיים אותו ולא מתכוונים לפעול על פיו. אומד דעתם האמיתי היא שלא יבוצע החוזה.

דוגמא: אדם חייב לנושים אז הוא עושה חוזה בו הוא מעביר את כל רכושו במתנה לאחיו. כוונתו האמיתית היא לא להעביר רכוש לאח אלא רק שהנושים יחשבו שאין לו כסף.

* חוזה למראית עין סימולציה חלקית- במסגרתה הצדדים כלפי חוץ מראים חוזה א' ולא מתכוונים לבצע אותו אלא מתכוונים לבצע חוזה ב'.

דוגמא: חוזים שמטרתם להערים על רשויות המס.

**מקרה משולב - כאשר נעשה חוזה למראית עין למטרה בלתי חוקית**:

**האם נדון בו ע"פ דיני החוזה למראית עין או ע"פ דיני החוזה הבלתי חוקי?** האם נחיל עליו את סעיף 13 או את סעיפים 30 31?

בשני המקרים הללו התוצאה זהה- היא בטלות ובשניהם יש חובת השבה. **בחוזה למראית עין** חובת ההשבה נובעת מדיני עשיית עושר: אם אחד הצדדים קיבל משהו ע"פ החוזה והחוזה לא קוים עכשיו הוא מחזיק במשהו שלא מכוח הדין.

במקרה של **חוזה בלתי חוקי** יש סמכות לביהמ"ש לפטור צד מחובת השבה בכולה או במקצתה, אבל גם סעיף 2 לחוק ע"ע מקנה לביהמ"ש סמכות לפטור מחובת השבה כולה או מקצתה משיקולי צדק.

**ההבדלים בין סעיף 31 לסעיף 13:**

1. שמירה על זכויות צד ג' שקיימת בסעיף 13 ולא ב31:

בסעיף 13 נאמר כי אם א' וב' עשו חוזה למראית עין- החוזה ביניהם בטל. עם זאת, אם יש צד שלישי שרכש זכויות והסתמך על החוזה בתום לב – הזכות שלו מוגנת. בסעיף 31 זכות זו לא קיימת אולם התחשבות בצדדים שלישיים היא שיקול שביהמ"ש שוקל כשרצונו להחיות את החוזה.

1. אפשרות להחייאת החוזה שקיימת בסעיף 31 ולא ב13:

בחוזה למראית עין- אין הגיון להחיות את החוזה כי אז אנו מחיים אותו בניגוד לרצון הצדדים. לעומת זאת, בחוזה בלתי חוקי הצדדים כן מעוניינים בחוזה פשוט שיש בו אלמנט לא חוקי שהחברה לא מקבלת אותו.

**מבחינה היסטורית** בכלל לא התלבטו שאלה זו בעליון והיו מכילים את הדין של חוזה בלתי חוקי. בפס"ד ביטון נ' מזרחי השופט ברק אמר בדעת מיעוט לראשונה כי אין להפעיל את הדין של חוזה למראית עין וכי יש לעשות סדר בחיים. אם החוזה הוא למראית עין הוא כלל לא קיים ואי אפשר להגיע לדיון בתוכן שלו אפילו אם התוכן שלו הוא בלתי חוקי (אי החוקיות דנה בתוכן) מראית עין אומרת לנו שחוזה מעולם לא נכרת ולכן שאלת התוכן לא עולה לדיון. סוגיית החוזה למראית עין קודמת לסוגיית החוזה הבלתי חוקי לדעתו.

* **למעשה אין תשובה חד משמעית לגבי השאלה איזה סעיף תקף.**

**מקרה מיוחד:**

מה דינו של חוזה בלתי חוקי שנכרת ובנוסף הכריתה בוצע בהפרת חובת תום הלב.

שתי אפשרויות:

1. החוזה בטל לא בגלל תום הלב אלא בגלל סעיף 30.
2. הפרת חובת תום הלב לא יכולה "לכסות" על אי החוקיות.

**אם החוזה למראית עין בטל ומאחוריו מסתתר חוזה אחר (סימולציה חלקית) מה דינו של החוזה האחר**? עניין זה עלה בפס"ד מזל אילן אולם יש מחלוקות בקשר לתשובה, שני שופטים נתנו כ"א את עמדתו והשלישי לא פסק דעתו ואין הכרעה ברורה בפסיקה.

בפס"ד מזל אילן:

עמדת השופט פוגלמן– יש צורך בסיווג החוזה: או שהחוזה בלתי חוקי או שהחוזה הוא למראית עין. סוגיה זו נקבעת כך שיש לראות את התכלית שעומדת מאחורי רצון הצדדים ולפי זו לסווג את החוזה- אי אפשר לקבוע מראש.

השופט הנדל - משיג על עמדת פוגלמן ואומר כי הדין של חוזה למראית עין יכול לחול רק בסיטואציה של סימולציה מלאה ולא בסימולציה חלקית- כי בסימולציה חלקית הצדדים מתכוונים לעשות חוזה ופה נעוצה טעותו של פוגלמן לדעתו.

הנדל אומר כי זה לא חייב להיות האחד או האחר אלא זה יכול להיות גם חוזה למראית עין וגם בלתי חוקי- זה מעמיד אותנו בדילמה- האם אפשר להחיות את החוזה או לא? הנדל אומר כי הסיבה שהוא רוצה שיתאפשרו שתי העילות יחדיו היא כדי להרחיב את שיקול הדעת של ביהמ"ש ולכן אפשר להחיות אותו משום שהתוצאות של 31 רחבות יותר וכך אפשר לבחור מה להחיל והתוצאות האופרטיביות יהיו ע"פ סעיף 31.

**2. סעיף 39 תום הלב בקיום חוזה** (ככלי להתערבות בתוכן החוזה).

דיברנו על תום לב בהקשר של פרשנות חוזה ובהקשר של השלמה.

ביהמ"ש משתמש בעקרון תום הלב גם בשביל התערבות בתוכן החוזה:

פס"ד איטח נ' מפעל הפיס: אדון איטח טוען שהכרטיס שלו זכה בהגרלת היובל בסכום של כ4 מיליון ₪. מפעל הפיס לא רצה לשלם לו משום שבתנאי ההגרלה כתוב שצריך למסור פיזית את הכרטיס כתנאי לקבלת הפרס ואילו איטח השמיד את הכרטיס בטעות. למה ביהמ"ש לא קובע שהתנאי הזה סותר את תקנת הציבור? אילו היה קובע כך התנאי היה בטל ואז אדון איטח היה יכול לקבל את הזכייה. אולם לו כך היה - היו באים עשרות אנשים ונשבעים שהם בעלי כרטיסים זוכים אך הכרטיסים לא נמצאים אצלם פיזית. אופציה נוספת לביהמ"ש היא להפעיל אולי את מנגנון התנאי המקפח בחוזים אחידים - אולם זהו לא תנאי מקפח בעיקרו ומטרתו. אמנם בעניין זה היה תנאי החזקת הכרטיס הפיזי מקפח כלפי איטח וזאת משום שהייתה הסתברות גבוהה שאכן הכרטיס הוא של איטח (היו הוכחות לכך, מספר סידורי, עותק של הכרטיס, מיקום הכרטיס הזוכה ועוד) והחשש של מפעל הפיס מפני כפל תביעות כבר לא קיים (מפני שאחד מתנאי החוזה היא תקופת התיישנות מקוצרת של שישה חודשים ושישה חודשים אלו עברו מזמן ואף אחד אחר חוץ מאיטח לא בא לדרוש את הזכייה). בנסיבות אלו יש ודאות שזה איטח ואין חשש לכפל תביעות. **השופטת ארבל** אומרת כי בחוזה יש סעיף לגיטימי שהוא החזקה פיזית בכרטיס, אולם בענייננו כבר אין חשש שיש להגן עליו ואז מפעל הפיס משתמש בסעיף שלא לצורך המטרה אליה נועד (להגן על הזוכה האמיתי וכפל תביעות) אלא לשימוש אחר והוא להשאיר את הכסף אצלם- זהו שימוש שלא בתום לב. השופטת ארבל אומרת כי ברוב המקרים אם יש זכות בחוזה השימוש בה מותר **אולם במקרים קיצוניים עצם השימוש בזכות החוזית הקיימת בחוזה לא למטרה לשמה היא נועדה יכולה להיות הפרה של חובת תום הלב.**

התוצאה היא שבמקרה הספציפי הזה מקפיאים את הפעולה של הסעיף המורה על החזקת כרטיס פיזית לגבי המקרה של איטח.

* חוזים אחידים – אגד נ' יוסף – לשים לב לשאלה מדוע תקנון של תאגיד לא ייחשב כחוזה אחיד? מדוע ביהמ"ש מחליט שהוא כן בסופו של דבר

**הרצאה מספר 19 - 12.12.2013**

**נעבור לדון בחוזים אחידים ככלי להתערבות בתוכן החוזה**

### 2. חוזים אחידים ככלי להתערבות בתוכן החוזה

חוק החוזים האחידים, התשמ"ג – 1982. סעיפים 2, 22, 23- מגדירים את היקף התחולה של החוק.

חוזים אחידים באו לעולם במחצית הראשונה של המאה ה20. השימוש בחוזים אחידים הפך נפוץ יותר ויותר בעולם המערבי עד כדי כך שבערך 95-99% מהחוזים הם אחידים.

**לחוזים אחידים יש יתרונות רבים**:

1. מוריד עלויות.
2. יוצר סטנדרטיזציה.
3. שליטה של הנהלת חברות.

**לחוזה אחיד יש גם בעיות**:

החוזה נוסח ע"י צד אחד וכך הוא יכול לפגוע בקיפוח הזכויות של הצד השני.

פעמים רבות היה ויכוח האם חוזים אחידים הם בכלל חוזים? כשנדרשה לכך לראשונה גבריאלה שלו היא הייתה בדעה שחוזים אחידים הם כלל לא חוזים (היא שינתה את דעתה מאז).

אם כך, חוזים אחידים הם כן חוזים **אולם חלק מהמאפיינים שלהם שונים מהמאפיינים של החוזים שלמדנו עד כה:**

1. בחוזים אחידים יש פערי כוחות בין הספק ללקוח. הספק הוא בעל המומחיות.
2. צד אחד קובע את תנאי החוזה- הספק. הלקוח כמעט ולא משפיע על התנאים הללו והוא בד"כ מקבל את החוזה על בסיס "קח או הנח" (Take it or leave it).
3. הלקוח לא קורא את החוזה וגם אילו היה קורא לא סביר שהיה מבין.
4. בד"כ אין מו"מ של הצדדים- החוזה מתבצע רק בהצעה וקיבול.

* מסיבות אלה המחוקק הישראלי הבין שיש צורך בדין מיוחד לחוזים האחידים ע"מ שתהיה אפשרות בהתערבות בתוכן.

המדינה הראשונה בעולם שהפכה רעיון תיאורטי זה לחוק היא מדינת ישראל ובשנת 1964 נחקק חוק החוזים האחידים הראשון בעולם.

בחוק החוזים האחידים הראשון היו תקלות וזאת עקב:

1. החוק היה אב טיפוס ראשון ולכן היו בו תקלות.
2. החוק הקדים את זמנו- הקרקע לא הייתה בשלה לקלוט חוק כזה – בעיקר בתי המשפט. בכל פעם שעו"ד ניסה לטעון שיש לבטל את הסעיף מכוח דיני החוזים האחידים השופט לא הגיב כנדרש. עדיין לא הבינו שדיני החוזים האחידים הם שונים מהחוזים הכלליים וחופש החוזים הוא שונה שם.

בשנת 1982 הצטבר ניסיון מהכשלים של החוק הראשון ורעיון החוזים האחידים חדר יותר לכל שיטות המשפט וחוקק חוק חדש רלוונטי יותר. כיום ישנה הצעת חוק על שולחן הכנסת שמשנה את החוק הנוכחי לגבי חוזים אחידים – משרד המשפטים הבין שלהצעת חוק דיני ממונות יקח זמן רב להיקלט וחשוב לתקן את החוק כמה שיותר מהר ולכן העתיקו את הפרק מהקודיפיקציה והגישו את החוק בנפרד משום שבחוק הנוכחי ניתן עדיין למצוא בעיות. גם חוק זה עדיין לא אושר.

יש לזכור כי יש יחס שונה לחוזים אחידים לא רק בגדר חוק החוזים האחידים:

**יש התייחסות שונה לחוזים אחידים בנושא של פרשנות**- זה לא מוסדר בדין נפרד אלא הפסיקה קבעה כי הכללים הם שונים: מתחילים פרשנות מתכליות אובייקטיביות ולא סובייקטיביות.

גם בהפעלה של דיני החוזים הכלליים בנושא של חוזה אחיד- ההתייחסות היא שונה.

**בתי המשפט נוהגים להחמיר בחובת תום הלב בנושא של חוזה אחיד**.

**היקף תחולתו של חוק החוזים האחידים**

החוק מתחיל בסעיף "מטרה" מה שלא נראה עד היום. זהו סעיף הצהרתי ולא אופרטיבי. אחרי חיקוק החוק כבר נראו חוקים רבים בעלי סעיף המטרה. **סעיף המטרה אינו רק הצהרתי ויש לו גם משמעות אופרטיבית**- חקיקה כמו כל טקסט משפטי מפרשים פרשנות תכליתית. פה, המחוקק במקום לתת לביהמ"ש לפענח את תכלית החוק מציב ישר את התכלית בעיני ביהמ"ש. כך, מטרתו של החוק היא להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים.

**סעיף 3-**סעיף הליבה של החוק:

**3. תנאי מקפח וביטולו**

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

**היקף תחולת החוק**

שלושת הסעיפים הרלוונטיים כדי להבין את היקף תחולת החוק הם : 2,22,23.

**סעיף 2**- מגדיר את היקף התחולה. על מה החוק חל. נראה בפסיקה כי הפרשנות של סעיף זה היא רחבה.

**סעיף 22-** מחיל את החוק על המדינה הן כספק והן כלקוח.

**סעיף 23-** מסייג את תחולת החוק בארבעה מצבים ונראה כי פה הפסיקה פירשה את הסעיף באופן מצמצם. וזאת כדי להגיע למטרה של סעיף 1.

**על חוזה אחיד חלים כל דיני החוזים ובנוסף אליהם דיני חוק החוזים האחידים**.

חוק החוזים האחידים הוא כלי נוסף והוא לא בא במקום או על חשבון כלים אחרים. במקרים רבים יותר נוח להשתמש בחוק החוזים האחידים. יש דוקטרינות נוספות שמאפשרות התערבות בחוזה אחיד כמו תום לב, פרשנות, תקנת הציבור ועוד.

**כדי להבין על מה חל החוק יש לעיין בהגדרות:**

**2. הגדרות**

בחוק זה -

"חוזה אחיד" - נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם;

"תנאי" - תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים "ספק" - מי שמציע שהתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר;

"לקוח" - מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר;

"בית הדין" - בית הדין לחוזים אחידים המוקם לפי חוק זה.

**"חוזה אחיד":** קיימות 2 דרישות מצטברות:

1. צריך להיות מנוסח מראש ע"י צד אחד.

2. צריך להיות מיועד להתקשרויות רבות עם הלקוחות הפוטנציאלים של אותו ספק.

טעות נפוצה בציבור הרחב היא שאם לא כל התנאים הם אחידים- חושבים שזה לא חוזה אחיד.

הנכון הוא שגם אם חלק קטן מהתנאים בחוזה עונים על ההגדרה של "נוסחו מראש ע"י צד אחד" – על סעיפים אלו יחול חוק החוזים האחידים. **אין הכרח שכל התנאים בחוזה יהיו אחידים.**

**הפסיקה מפרשת את כל סעיפי ההגדרה באופן רחב**

בפסיקה התעוררה השאלה - האם חוק החוזים האחידים חל על זיכרון דברים?

זיכרון דברים יכול להיות או חוזה או לא. אם הוא חוזה- והוא עונה על ההגדרה של חוזה אחיד- אז כן.

היועמ"ש נ' שיכון ופיתוח לישראל בע"מ: חברות קבלניות פעמים רבות מחתימות את הלקוחות על הסכם מקדמי שנקרא לפעמים "זיכרון דברים" או "טופס הרשמה". המסמך הוא חוזי. הוא מצומצם יותר מהיקף החוזה הנרחב ולפעמים הוא מאפשר לשני הצדדים עוד לצאת מהחוזה בשלב שבין החתימה עליו לבין החתימה על החוזה הסופי. היועמ"ש הביא לבית הדין חוזה של החברה הקבלנית כדי שיבטל תנאים מקפחים בו ואז עלתה השאלה האם על בית הדין לדון גם על זיכרון הדברים כחוזה אחיד. **ביהמ"ש ראה כי דווקא בשלב החתימה על טופס ההרשמה צריך יותר הגנה כי בשלב זה הלקוח בא עדיין בלי עורך דין ואז קבעו כי זיכרון דברים גם הוא יכול להיכנס תחת החוק.**

פס"ד אגד נ' בן יוסף – עובד אגד שנתפס בשלשול לא חוקי של כספים לכיסו עקב מכירת כרטיסים משומשים מודח ולפיכך מאבד זכאותו לפנסיה ופיצויי פרישה. נשאלת השאלה האם תקנון יכול להיחשב כחוזה אחיד? ההתלבטות היא בגלל העובדה שעובדי האגודה של אגד הם גם חברים באגודה והמסמך שמסדיר את היחסים בין החברים מסדיר גם את יחסי העבודה. מצד אחד התקנון נראה כמו חוזה עבודה אחיד. מצד שני התקנון נוסד ע"י החברים המייסדים ואז לכאורה כלפי חברי אגד שהיו פעם צד להקמת האגודה ההגדרה "שנוסח ע"י צד אחד" לא חלה. אם מישהו הצטרף לאחר ייסוד התקנון ולא יכול לשנות כלום- כלפיו התקנון משמש כהסכם וכן מקיים את דרישת חוק החוזים האחידים. במצב נוסף בו חברי האגודה משנים חלק מהסעיפים בתקנון למשל - אזי הוא שוב שותף בעיצוב התקנון והם לא בגדר חוזה אחיד. כשיש הרבה חברים יש תסבוכת גדולה.

דעת הרוב במשפט אומרת כי אין צורך להיות קטנוניים עם ההגדרה בחוק ובאופן מהותי התקנון משמש כחוזה עבודה בין הצדדים באופי שלו וסוג זה מתאים שיחולו עליו חוק החוזים אחידים- **יש פה הרחבה מאוד גדולה של תחולת חוק החוזים האחידים** (רוב אנשי הספרות המשפטית חושבים שהלכת אגד היא לא נכונה).

"כדי שיחול על חוזים רבים"– המילה "רבים" פירושה הוא לא המון. למשל, בחוזה קבלני לדירות הפסיקה אומרת כי זה מספיק.

"בלתי מסויימים בזהותם"- לא חייב להיות לציבור בכללותו, זה יכול להיות לקבוצה מסויימת כל עוד אין זיהוי ספציפי של הפרטים באותה קבוצה.

"תניה שמאוזכרת בחוזה אחיד "- סעיפי הפנייה. אם התניה מפנה למסמך אחר שהוא אחיד- אזי גם התניה היא בגדר חוזה אחיד.

"ולמעט תניה שהספק והלקוח הסכימו לגביה ספציפית" – כלומר, תניה שהתנהל לגביה מו"מ לא חל עליה חוק החוזים האחידים. בפס"ד גרנות אמר ביהמ"ש כי המו"מ צריך להיות אמיתי ומהותי בו הספק בא בנכונות אמיתית לשנות את התנאים.

* יצוין כי משמעות המקרה בו שונו יותר מידי סעיפים (הרוב) היא שלמעשה ללקוח היה כוח גדול במיקוח ולכן יכול להיות שגם מעט הסעיפים שלא שונו עומדים כי הלקוח הסכים לא לשנות אותם- במצב זה כל החוזה הוא כבר לא חוזה אחיד.

**סעיף 2 מגדיר גם מיהו "ספק" ומיהו "לקוח"**

ספק הוא מי שמספק את תנאי החוזה (החוזה עצמו).

יש פה מקום לבלבול - בפס"ד ארגון בתי אבות: יש אנשים מבוגרים שהמדינה מממנת את השיכון שלהם בבית אבות. מבחינה כלכלית הספק הוא בית האבות והלקוח הוא המדינה- אולם מי שקובעת את החוזה היא המדינה. במקרה הזה למרות שהמדינה היא זו שמשלמת את הכסף ובית האבות הוא מספק השירות- מבחינת הדין- המדינה היא הספק ובית האבות הוא הלקוח.

**לסיכום, חוק החוזים האחידים חל על תנייה בחוזה שבין ספק ללקוח. למעט תניות שנוהל עליהן מו"מ.**

**סעיף 23 - סייגים לתחולת החוק**

**23. סייגים לתחולה**

(א) הוראות חוק זה לא יחולו על -

(1) תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח;

(2) תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק;

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

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

**סעיף 23 (א) מציין 4 סוגים של תנאים בחוזה עליהם לא יכולה לחול טענת קיפוח בחוזה אחיד:**

1. **סעיף קטן 4-** הסכם קיבוצי הוא הסכם עבודה מסוג מיוחד, האופי שלו דומה יותר לחוק ולא לחוזה ולכן כדי להסיר כל ספק הוציאו אותו החוצה. יש לשים לב שמשום שהוציאו מהחוק הסכם עבודה קיבוצי, על הסכם עבודה רגיל (שהוא לא קיבוצי) כן חל חוק החוזים האחידים.
2. **סעיף קטן 3**- מדינת ישראל חתומה על אמנות בינלאומיות. הסכם כזה שישראל צד לו איננו חלק מהדין הישראלי באופן עקרוני. למשל ולהיפך בהולנד - כל הסכם בינלאומי שהולנד חותמת עליו הופך להיות חלק מהמשפט ההולנדי. בישראל כדי שחוזה יהפוך לחוק עליו צריך לעבור 3 קריאות בכנסת. אם יש חוזה ישראלי אחיד שסעיף שבו תואם הוראה באמנה בינלאומית שישראל צד לה ההוראה הספציפית הזו בחוזה חסינה מפני ביטול או שינוי באמצעות חוק החוזים האחידים.
3. **סעיף קטן 2**- אם יש בחוזה האחיד תנאי שתואם הוראת חוק או חיקוק (תקנה)- התנאי חסין מפני התערבות של ביהמ"ש לפי חוק החוזים האחידים. העליון מסביר חריג זה כי ההנחה היא שכשהוראה מסוימת נקבעה בחיקוק היא נבדקה ע"י מהחוקק וסימן שהסעיף הזה הוגן ולא מקפח.

ביהמ"ש נוהג להתייחס בצמצום לסעיף זה לפחות בשני מובנים שהוצגו בפסיקה:

צמצום ראשון-

בפס"ד אגד ניסו לטעון כי התנאי לא מקפח משום שהתקנון אושר ע"י מקח האגודות והוא סמכות מנהלית וע"פ פקודת האגודות השיתופיות חייבים לקבל אישור של רשם האגודות השיתופיות- ולכן טענה אגד כי מכוח החוק רשם האגודות אישר אותו ולכן חל החריג של 23 (א) (2) והתנאי לא מקפח. ביהמ"ש אמר כי זה שזה נבדק ע"י גוף סטטוטורי זה לא אומר שהתנאי תואם הוראה שבחיקוק. ביהמ"ש מפרש בצמצום את החריג של סעיף 23 (א) (2).

הצמצום השני–

שהוצג בפסיקה הוא שבמקרה של חוזה מכר יש תנאי שתואם הוראה בחוק ההגבלים העסקיים. האם תחול החסינות מכוח סעיף קטן 2? פרופסור בר ניב טוען שלא- כל תנאי הוא תמיד תלוי הקשר. תנאי שהוא סביר בהקשר לדיני מכר לא בטוח שיהיה סביר בהקשר אחר. זו לא שאלה טכנית וההתאמה צריכה להיות אם התנאי התואם עוסק באותו עניין שעוסק החיקוק.

* בהצעת חוק החוזים האחידים שבכנסת (המופיע גם בקודקס) נאמר בסעיף זה: "הוראות החוק לא יחולו על תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק בהתאם לתכליתו של אותו חוק"- משרד המשפטים אימץ במפורש את הגירסה המצמצת.

הדין היום לא ידוע כי אין פסיקה בעניין- אם כי סביר להניח שהגישה תהיה בצמצום המירבי.

1. **סעיף קטן 1-** אומר כי ההוראות של החוק לא יחולו על תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח. בעצם הוא לא חל על הדבר החשוב ביותר בחוזה.

הרציונל לכך הוא שחוק החוזים האחידים רוצה להגן על הלקוח מההנחה שהלקוח לא קורא או לא מבין את החוזה. אולם, הדבר היחיד הוודאי אליו מודע הלקוח הוא המחיר ולכן לא נדרשת הגנה בעניין. באותה מגמה ובדומה לא מבטלים חוזה בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה- הסיכון לגבי המחיר הוא בעיה של הלקוח.

הסעיף מדבר על מה ש"הלקוח" שילם. אך מה לגבי "התמורה הכספית שישלם הספק"? יש לזכור כי הספק הוא לאו דווקא המוכר- למשל בדוגמא של בית האבות- המדינה היא שמשלמת והיא הספק. בעצם, קיימת טעות בניסוח החוק- טעות זו גרמה לכך שיש פסיקה ישנה מאוד של בית הדין לחוזים אחידים שאומרת כי הטעות היא טכנית אבל יש פסיקה חדשה יותר. בפס"ד אב"א – ארגון בתי אבות- הספק היה המדינה והלקוח (בית האבות) ביקש להתערב בתמורה הכספית בטענה שהיא מקפחת.

* כדי לתקן מצב זה המדינה קבעה בהצעת הקודקס שהסייג יחול גם על תמורה כספית שמשלם הלקוח או הספק. **גישה זו מצמצת את החריג עוד יותר.**

**צמצום נוסף-** מה היקף המושג "תמורה כספית"?

למשל, האם סעיף הקובע את המדד שצמוד למחיר הוא בהגדרה של "תמורה כספית"?ככל שנצמצם אותו יותר כך היקף הסייג יהיה יותר מצומצם. ככל שנרחיב זאת יהיו יותר סעיפים שלא נוכל להחיל עליהם את החוק.

בחוזים ארוכי טווח לקבל שירות או אספקת מוצר לאורך זמן, **ניתן לראות לפי סעיף 4 לחוק כי כן יש התערבות במחיר**. חייבת להיות דרך לעדכן את המחיר. האם מנגנון מחיר הוא חלק מהתמורה ואז בעצם, ביהמ"ש לא יכול לבטל או לשנות אותו בטענה שהוא מקפח או שהוא לא חלק מהמושג תמורה? קיים לפחות מנגנון עדכון מחיר אחד שחזקה שהוא מקפח. זהו מנגנון עדכון מחיר שהספק יכול לשנות את המחיר איך שירצה- לגבי מנגנון זה הנוגע לתמורה בכספית- יש התערבות ע"פ חוק החוזים האחידים. **זהו רמז לכך שלא כל מה שקשור לתמורה הוא מחוץ לנגיעות החוק.**

* חוזה לטובת אדם שלישי – נושא ו' בסילבוס – 34-38 לחוק החוזים הכללי, פס"ד 4 חושי נגד הטכניון

**הרצאה מספר 20 - 17.12.2013**

מה לגבי מנגנון עדכון מחיר שלא נוגע לרצון הספק אלא הוא לפי מדד והצמדה? האם הוא בכלל לא כפוף לחוק כי הוא חלק מהמושג "תמורה"? או שהוא חלק מהחוק ופשוט אין עליו חזקת קיפוח בסעיף 4? בית הדין לחוזים אחידים יצא מתוך הנחה שיש סמכות לטפל בתנאי כזה- כלומר אין לגביו חזקת קיפוח אבל הוא לא חלק מ23 (א) (1) וכן **חלים עליו חוקי החוזים האחידים**.

בפס"ד שיכון ופיתוח- בית הדין בדק חוזה מכר דירה של חברה קבלנית- אחד התנאים היה שהמחיר של הדירה צמוד לממד, אבל לא בדיוק- אם המדד עולה המחיר עולה אבל אם המדד יורד מתחת למחיר הבסיסי במועד החתימה המחיר לא ירד בפועל. יש פה מנגנון שלא תלוי בשיקול דעת הספק אבל הוא לא בדיוק מאוזן. נטען שתנאי זה מקפח. עד לפני פסה"ד היינו בדעה כי לביהמ"ש אין סמכות להתערבות בנוגע לתמורה שלא לפי שיקול הספק ולכן ביהמ"ש לא יכול היה לבדוק את התנאי בטענה שאין לו סמכות בנושא זה מכוח סעיף 23 (א)(1)- אולם בנסיבות עניין כאלו ביהמ"ש כן בדק את התנאי ולכן אנו רואים שלביהמ"ש יש סמכות להתערב.

* בעקבות פסה"ד הוגשה הצעת תיקון לחוק שהתקבלה לפני שנה וחצי לערך והיא הוסיפה לרשימת החזקות המקפחות שבסעיף 4 את סעיף 11 שאומר שיש חזקת קיפוח לגבי תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחד למדד כלשהו כך שעלייה או ירידה שלו לא תזכה את הלקוח.

**בעקבות תיקון החוק ברור כי החוק חל על כל מנגנון עדכון מחיר בין אם הוא נתון לשיקול דעתו של הספק ובין אם לאו.** הרציונאל מאחורי זה הוא שהלקוח מבין את משמעות המחיר ולגביו אין עדיפות חוכמה של הספק- אולם, במנגנוני הצמדה הלקוח לא מבין בהכרח את הדקויות.

מה לגבי מחיר בחוזה שהוא המחיר עצמו אבל אף אדם בר דעת לא מסוגל להבין אותו? (הכוונה להצעות מחיר כמו שהיו פעם בחברות הסלולריות) האם על מחיר כזה יכול לחול חוק החוזים האחידים? מבחינת הרציונאל של החוק- ברור שכן. אולם מבחינת לשון סעיף 23 (א) (1) - לא.

* בנושא הזה הצעת החוק החדשה עושה שינוי מסויים (לדברי גלברד השינוי לא מספיק ברור) הקודקס אומר כי "לא תהיה התערבות לגבי התמורה שישלם הספק או הלקוח בעד נושא העסקה"- מילים לא מובנות כלל. בדברי ההסבר של ההצעה מוסבר כי הכוונה היא שהחוק לא יחול רק על מחיר נקוב . ז"א הסייג בסעיף 23 (א) (1) יחול רק על מחיר נקוב (המחיר עצמו). **המגמה היא לצמצם את סעיף 23 (א) (1) כך שיחול רק על המחיר הנקוב וכל מה שמסביב יהיה לשיקול ביהמ"ש.**

**סעיף 22- דין המדינה** - לעניין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם אחר.

המדינה יכולה להיות גם ספק וגם לקוח.

המדינה משתמשת בחוזים לפעמים כדי למלא פונקציות שלטוניות וליישם מדיניות שלטונית בניגוד לאיש עסקים שמשתמש בחוזים כדי למקסם את הרווח הכספי שלו.

1. **הדין חל על המדינה גם בנוגע לחוזים שמטרתם ליישם פונקציות מדיניות שלטונית:**

נדגים: פס"ד גרנות מבית הדין לחוזים אחידים: הוגשה תביעה ע"י ארגון גרנות שהוסמך לייצג קיבוצים ומושבים נגד מנהל מקרקעי ישראל שהוא זרוע של המדינה. התביעה טענה שיש תנאים מקפחים בחוזה שבו מנהל מקרקעי ישראל מחכיר את הקרקעות החקלאיות לקיבוצים ולמושבים. המדינה באה בטענה מקדמית ואמרה כי אין לבית הדין סמכות לדון בתביעה זו משום שהחוזה הוא לא מסחרי אלא הוא נועד ליישם מדיניות שלטונית- קרקעית של מדינת ישראל. הקרקעות החקלאיות הן הרזרבה הקרקעית של המדינה והמדינה מחכירה אותן במחיר מאוד נמוך משיקולים של הכוונת מדיניות- בעתיד הקרקעות האלו ישמשו לבניית בתים למתיישבי ישראל ובינתיים החקלאות שומרת על הקרקע. התעוררה השאלה מה פירוש "דין המדינה כדין כל אדם"- האם על המדינה חל חוק החוזים האחידים ולא משנה מה מהותו של החוזה? בית הדין אמר כי זה חוזה אחיד- כל ההגדרות של חוזה אחיד חלות כאן. העובדה שהמדינה היא הספק לא משנה- ודין המדינה כדין כל אדם. עם זאת, ברור שאופיו של החוזה- שהוא לא למטרת רווח- יכתיב את התוצאה לגבי השאלה האם התנאים הם מקפחים או לא. לבית הדין אכן יש סמכות לדון בחוזה ומשיקולי מדיניות בית הדין החליט שתנאים אלו לא מקפחים.

2. התנגשות פקידי הממשלה בין כובע היועץ המשפטי לבין כובע הספק/לקוח:

מה יקרה במסגרת ההליכים בבית הדין כשהמדינה היא הספק?

היועמ"ש הוא בד"כ צד להליך והוא בעצם עובד מדינה. עד היום לא היו הליכים בהם היועמ"ש הגיש תביעה נגד המדינה אך לא בגלל שבחוזים אחידים של המדינה לא היו תנאים מקפחים. אין לזה תשובה ברורה.

ספק יכול גם ליזום הליך בבקשה שביה"ד יאשר שאין תנאים מקפחים בחוזה שלו, נניח ובנק מגיש בקשה לאישור היועמ"ש – מותר לו. מה יקרה אם המדינה תגיש בקשה לאישור? מי יעמוד מולה?

א. הבעיה לא כזו חשובה כי המדינה מעולם לא הגישה בקשה כזו.

ב. **בסעיף 12 (ג)** כתוב כי אם ליועץ המשפטי קשה לעמוד נגד המדינה. יכול בית הדין למנות עורך דין אזרחי לבחירתו שיטען נגד המדינה.

המורכבות של סעיף 22 היא שהמדינה לפעמים מופיעה כספק, כלקוח וכמחוקק והכי חשוב שיש לה את הכובע של היועמ"ש שהוא בעל תפקיד חשוב בבית הדין לחוזים אחידים- זה יוצר ערבוב. לעיתים כשהיא מופיעה כספק היא טוענת טענה מסויימת ואחר כך כשמופיעה בדמות היועמ"ש זו יכולה להיות טענה הפוכה. למשל בנושא של סעיף 23 א 1 כשהמדינה מופיעה בכובע היועמ"ש היא רוצה לצמצם את הסעיף כדי לבדוק כמה שיותר סעיפים ואילו כשהיא הייתה הספק בנושא בית האבות היא טענה אחרת.

**בית הדין לחוזים אחידים**

בזמן חיקוק החוק הוקם בית הדין לחוזים אחידים.

בסעיף 2 מוגדר: "בית הדין" - בית הדין לחוזים אחידים המוקם לפי חוק זה.

בית הדין לחוזים אחידים קרוב יותר לבתי המשפט הרגילים. ערעור על פס"ד של בית הדין מוגש לביהמ"ש העליון. בית הדין הוא לא חלק מהמערכת אבל הוא קרוב יותר אליה מאשר בית הדין לעבודה – אין לבית הדין ערכאת ערעור ולכן הערעור עובר לעליון. בית הדין יושב בד"כ בהרכבים של שלושה. אב בית הדין הוא שופט של ביהמ"ש המחוזי.

בבית הדין יושבים אנשי אקדמיה שמשמשים כשופטים של בית הדין לעבודה (יש להם עוד עיסוקים – ד"ר גלברד למשל הוא שופט בבית הדין לחוזים אחידים).

**ההליכים המתבצעים בבית הדין**

האם לקוח יכול להגיש תביעה לבית הדין לחוזים אחידים? לא. הוא יכול להגיש תביעה לביהמ"ש.

**בית הדין דן בשני סוגים של הליכים:**

1. **מוסדר בפרק ג' לחוק- הליך של "בקשה לאישור"** : בהליך הזה ספק מרצונו החופשי יכול לפנות לבית הדין בבקשה לאשר חוזה אחיד שהוא משתמש או מתכוון להשתמש בו. החוזה נבדק (המשיבים הם היועמ"ש או בא כוחו ולפעמים גופים ארגוניים נוספים שבית הדין יזמן)- החוזה יאושר או יאושר בשינויים מסוימים אם צריך.

אישור זה מקנה יתרונות מסוימים לספק:

1. הוא יכול לכתוב על גבי החוזה שהחוזה אושר ע"י בית הדין.
2. החוזה זוכה לחסינות של 5 שנים מפני שינוי וביטול ע"פ חוק החוזים האחידים.

**יש להדגיש** – החסינות ניתנת רק לטענה כנגד תנאי מקפח ולא חלה לגבי דברים אחרים (תום הלב, חוק החוזים חלק כללי ועוד).

* ברמת העיקרון לא משתלם לספקים לאשר את החוזה – למה להם לוותר על סעיפים או דרישות שיכולות להיות לטובתם מתוך הנחה שרק אולי הם יגיעו לסכסוך עם לקוח?

**סוגיה מעניינת** – סעיף 15 ב' הוא תיקון שמטרתו היתה ששר המשפטים יגדיר ספקים מסויימים שעליהם לכתוב על החוזה שהחוזה לא אושר בבית הדין אם בית הדין לא אישר אותו, הספק לא ביקש מבית הדין את אישורו או שלבית הדין הוגשה בקשה לאישור החוזה האחיד. עד היום שר המשפטים לא טבע רשימת ספקים שכזו.

**דוגמא** – יש ספקים שהפעילות שלהם היא על גבול החוקיות למשל חברות שמארגנות קבוצות מהמרים בלוטו. לא בטוח שהפעילות שלהן היא חוקית. במקרים רבים ספק כזה בא לבין הדין לחוזים האחידים לאשר את החוזה שלו מתוך שאיפה לגושפנקא. הספק חושב שזה נותן לו כשרות במובן שבו הפעילות היא חוקית אך למעשה, החסינות היא רק נגד תנאים מקפחים.

* הצעת חוק דיני ממונות שואפת לצמצם את סוגיית הבקשה לאישור חוזים אחידים מטעם הספקים ע"מ שהבקשות יגיעו מטעם היועמ"ש כפי שנראה בסעיף שמגיע מיד. ההצעה למעשה שואפת להפוך את המצב הקיים, קל וחומר את התיקון ל15 ב'.

1. **בקשה לביטול תנאים מקפחים**: רשות ציבורית שקבועה בחוק - קרי בד"כ היועמ"ש או ארגוני צרכנים הממונים על הגנת הצרכן ומפקח על הבנקים, ביטוח ועוד יכולים לפנות לבית הדין בתביעה כנגד ספק בבקשה לבטל תנאים מקפחים בחוזה אחיד. יש לשים לב כי אין כאן סכסוך בין הצדדים. אם יש סכסוך בין ספק ללקוח הוא נדון בביהמ"ש רגיל.

אם עולה טענה של תנאי מקפח בביהמ"ש (הרגיל) ההחלטה רלוונטית רק לאותו לקוח וספק שהם צדדים לתיק. אולם, בבית הדין לחוזים אחידים אם הוגשה תביעה כנגד ספק ובית הדין מבטל סעיפים מקפחים (לפי סעיף 18) - הביטול חל אוטומטית על כל הלקוחות הקשורים בחוזה באותו נוסח של אותו הספק. לבית הדין יש גם סמכות להחיל זאת רטרואקטיבית. **אלו הם הליכים מעין ציבוריים**.

**אישור חוזים אחידים – נרחיב:**

פרק ג' לחוק סעיפים 12-15 עוסקים באישור חוזה אחיד:

**סעיף 12** קובע כי ספק רשאי לבקש מבית הדין לאשר שאין תנאי מקפח בחוזה אחיד שהוא מתקשר או מתכוון להתקשר על פיו עם לקוח.

ספק יכול לפנות באופן רצוני לבית הדין לאישור החוזה האחיד. הליך זה הוא חריג משום שבד"כ אנו לא מכירים במערכת המשפט הליכים של חוות דעת משפטית מראש- כשאין סכסוך.

למה שספק יזום הליך כזה?

**זה אמור לתת לו 2 יתרונות:**

1. מצוי בסעיף 15 לחוק- זוהי תעודת כשרות: הספק יוכל לציין בגדול כי החוזה אושר ע"י בית הדין לחוזים אחידים. הדבר אמור לשמש תמריץ לספקים משום שזה עוזר למוניטין- זהו יתרון שיווקי. (היתרון הזה לא באמת עובד משום שרוב האנשים לא מכירים את בית הדין לחוזים אחידים).
2. מצוי בסעיף 14 לחוק- אומר כי תוקפו של אישור לחוזה אחיד הוא 5 שנים מיום מתן האישור. וסעיף 14 ב' אומר כי בתקופת תוקפו של האישור לא יוכלו לטעון בביהמ"ש שהחוזה מקפח- האישור של בית הדין נותן חסינות לחוזים של אותו ספק הן בבית הדין והן בבתי המשפט מפני הטענה שיש בו תנאים מקפחים.

**זהו יתרון יחסי מהסיבות הבאות:**

א. זה רק לחמש שנים – זו תקופה קצרה.

ב. אין חסינות מפני טענות אחרות- החסינות היא מפני תנאי מקפח בלבד- כאשר לרוב בסכסוכים קיימות טענות רבות אחרות שניתן להעלות כנגד החוזה האחיד.

ג. זו לא חסינות מוחלטת- אפילו בתוך חמש השנים הללו קובע סעיף 14 ג' שבית הדין רשאי לבקשת היועמ"ש לבטל תנאי שניתן עליו אישור גם בתוך התקופה של החסינות.

החסינות המוענקת היא כאמור מאוד מוגבלת ומצומצמת.

הסיבות לכך שספקים לא ירצו להגיש בקשת אישור חוזה לבית הדין:

1. עלויות.
2. ספק יודע איך הוא נכנס ולא יודע איך יצא.
3. ספק מעלה בעיות שלא ידעו עליהן - הכנסת ראש בריא למיטה חולה.

הנסיון מראה כי אין הרבה הליכים של בקשות יזומות של ספקים להגשת אישור החוזה האחיד זאת כיוון שהיתרונות שהאישור מקנה אינם כה אטרקטיביים.

מקרים מעטים בהם ספקים מגיעים לבית הדין לאישור חוזה:

1. **ספקים שאין להם ברירה**- הם פועלים בשוק שיש לו רגולטור שמחייב אותם באישור (למשל חברות הכבלים- חלק מתנאי הרישיון של משרד התקשורת הוא אישור החוזה בבית הדין).

חוק כרטיסי חיוב- כתוב ששר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות שהוא מחייב את חברות האשראי להביא את החוזים לאישור בית הדין (עד היום השר לא עשה זאת אבל זה בסמכותו).

1. **ספקים שהעסק שלהם הוא על גבול החוקיות**- מנהלים עסק שלא בטוח עד כמה הוא חוקי. ספקים אלו מצאו פטנט בו העסק לא חוקי אבל החוזה יהיה הוגן- אז בית הדין בודק את שאלת הקיפוח ויאשר את החוזה- כך בעקיפין אם מישהו יבוא בטענות לספק הוא יוכל לטעון כי החוזה כשר.

לאחרונה ניתן פס"ד בביהמ"ש על קבוצות שמנהלות חוזי הימורים (לא עורכים הימורים אלא ההימור הוא במסגרת הלוטו/טוטו החוקיים והם רק מארגנים את הקבוצות ושולחות את ההימור יחד עם הקבוצה וההסכם הוא אם מישהו זוכה הזכייה מתחלקת איכשהו). אין הכרעה האם פעילות זו חוקית או לא חוקית אבל את החוזה שלהם הם מביאים לאישור.

1. כאשר מתחיל הליך בבית הדין של בקשה לביטול בה היועמ"ש יוזם תהליך ביטוח חוזה- תוך כדי ההליך יש מגעים בין הצדדים ומצליחים להגיע לנוסח שהוא לא מקפח- הספק אומר כי אם כבר את הסעיפים המקפחים ביטלו לו אז היועמ"ש מוחק את עניין הביטול והחוזה מאושר לפי בית הדין.

**דגש** - אין בקשות רצוניות של ספקים בד"כ.

כשחוקקו את החוק חשבו שהספקים יהנו מהיתרונות של החוק אבל זה לא קרה. בשנת 2010 עלתה הצעת חוק פרטית מטעם ישראל ביתנו בה הציעו לעשות שינויים. הצעת החוק במקור הייתה מאוד רדיקלית- היא רצתה שכל ספק יביא את החוזה שלו לאישור. זה מאוד חריג כי זה נוגד את השוק החופשי. הרעיון עבר 2 דיונים בכנסת: בשלב הראשון רצו שספק שלא אישר את החוזה- יכתוב על החוזה שהוא לא אושר ע"י בית הדין. (זה עושה רושם רע מאוד על הלקוח). הדיון השני אומץ בכנסת כתיקון לסעיף 15 (ב) שאומר כי סוגי ספקים שקבע שר המשפטים יציינו על גבי החוזים האחידים שלהם כי החוזה טרם אושר ע"י בית הדין. לפיכך, ספקים מסויימים שיקבע השר יקבלו תמריץ כן להביא את החוזה לאישור. החוק אושר ונכנס לתוקף אולם בינתיים שר המשפטים לא קבע שום תקנה לגבי סוג ספק שחייב בחוק זה.

בפועל, מה שקורה כרגע ע"פ החוק לא מאוד מוצלח - ספקים לא באים מיוזמתם לבית הדין.

* משרד המשפטים **בהצעת חוק דיני ממונות** אומר כי אין טעם להליך הזה בכלל- ההליך המרכזי הוא פרק ד' לחוק- תביעה של ספקים נגד היועמ"ש על ביטול של תנאים מקפחים.

**ההצעה בחוק דיני ממונות עושה למעשה תמריץ הפוך למה שהיה קיים:**

1. ההצעה אומרת כי לא כל ספק יוכל לבוא לבית הדין ויהיה מבחן סף- יהיה צורך באישור בכלל אם להגיש את הבקשה ואם יש עניין ציבורי לבזבז זמן שיפוטי על העניין הזה.

2. ההצעה קובעת שגם בחוזה שאושר תהיה רק חזקה לכאורה שהתנאים שבו אינם מקפחים- עדיין אפשר יהיה לתקוף את התנאים שלו בביהמ"ש רק נטל ההוכחה יהיה על מי שטוען שהתנאים מקפחים.

תמריץ החסינות יורד וזאת מתוך תקווה שההליך הזה יגווע והזמן היקר של בית הדין יוקדש להליכי ביטול של פרק ד'.

לדעת ד"ר גלברד זה תמוה משום שאם זו המטרה היו צריכים פשוט לבטל את ההליך הזה ותו לא.

* **גלברד מספר שלעיתים הוא שואל במבחן כך** – מביאים מקרה מסויים שעוסק בחוזה אחיד והשאלה היא בעצם לגבי ההמלצה ללקוח – לאיזה בית משפט רצוי שנפנה אותו? לבית משפט רגיל או לבית הדין לחוזים אחידים? התשובה היא רק לבית משפט רגיל כי אדם פרטי לא יכול בכלל לפנות לבית הדין לחוזים בעצמו.

**בקשה לביטול חוזה אחיד- פרק ד' לחוק**

**סעיף 16 – בקשה לבית הדין לבטל תנאי מקפח**

(א) היועמ"ש או בא כוחו, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, כל ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות, וכן ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לענין מסוים, רשאים לבקש מבית הדין לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד.

(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע לארגון לקוחות או לרשות ציבורית שנקבעו לפי סעיף קטן (א) תנאים להגשת בקשות לבית הדין.

(ג) המשיב לבקשה יהיה הספק המתקשר או המתכוון להתקשר בחוזה האחיד, וכן רשאי להצטרף כמשיב, באישור בית הדין, ארגון יציג של ספקים או גורם אחר הנוגעים בדבר.

הצעות אלו לביטול בד"כ לא בוחנות סעיף יחיד אלא את כל החוזה לרוחבו.

**סעיף 17** קובע כי אם בית הדין מצא תנאי מקפח הוא יבטל או ישנה אותו כדי שלא יהיה מקפח.

בית הדין מעדיף להתערב כמה שפחות ולא לבטל את התנאי אלא לשנות אותו.

**סעיף 18 קובע את תוצאות פסק הדין**- תנאי שבית הדין ביטל יחשב כבטל בכל חוזה שנכרת על פי הנוסח של החוזה הזה אחרי החלטת ביהמ"ש. התחולה היא מאוד רחבה (למשל בחוזה של בנק זה ישתנה לגבי מאות אלפי ואף מיליוני לקוחות).

**סעיף 18 (ב)** בית הדין רשאי להטיל את הביטול או השינוי גם בדרך רטרואקטיבית בתנאי שעוד לא הסתיים ביצועו של החוזה (אם הסתיים הביצוע לא נוגעים בו).

יצויין כי אם בית הדין לא מחיל רטרואקטיבית ביטול או שינוי ובוקע סכסוך בין הצדדים יוכל הצד לטעון כי התנאי מקפח והעובדה שביהמ"ש קבע כבר שתנאי כזה הוא מקפח תעזור לו בביהמ"ש.

**דגש-בחוק לא קיימים שיקולים של ביהמ"ש להבחנה בין החלה פרוספקטיבית לרטרואקטיבית:**

בשורה של פסיקות ניתן לראות את השיקולים:

בוחנים את מידת הפגיעה בהסתמכות של הספק על התנאים הקיימים בחוזה העבר לעומת הפגיעה האפשרית בלקוחות במבחנים שונים:

1. בית הדין בודק האם מדובר בחוזים ארוכי טווח או קצרי טווח- ככל שהם יותר ארוכי טווח יש יותר סיבה להחיל רטרואקטיבית (כי במידה ולא יישארו זמן רב תנאים מקפחים).
2. עד כמה הקיפוח גדול? אם הוא מזערי אין צורך להטיל רטרואקטיבית.
3. זמן הימשכות ההליכים בבית הדין- נניח וההליך נמשך 8 שנים. מרגע שהוגשה הבקשה ועד רגע ההכרעה ידע הספק כי התנאים שלו אולי יוגדרו כמקפחים- בזמן זה היה צריך הספק לדעת ולקחת בחשבון שכל החוזים שהוא כורת בינתיים עשויים להיות מקפחים- לפיכך הטענה שלו להסתמכות קטנה יותר ולבית הדין תהיה יותר לגיטימציה להחיל רטרואקטיבית.

* **בהצעת חוק דיני ממונות** הכלל והיוצא מן הכלל מתהפכים:

הכלל בהצעה הוא שאוטומטית חלה רטרואקטיביות אלא אם כן יקבע בחריג שזה יחול מכאן ולהבא. בהצעה הוסיפו חלק מהשיקולים שביהמ"ש צריך לשקול כדי להחיל רק פרוספקטיבית.

**סעיף 21**– עקרונית יכול להתקיים בו זמנית סכסוך אינדיבידואלי בין ספק ללקוח ספציפי בביהמ"ש וגם הליך כנגד הספק בבית הדין. יכול שבשניהם תעלה טענה של תנאי מקפח והחשש הוא שיהיו תוצאות סותרות. סעיף 21 קובע כי דיון בבית הדין בחוזה אחיד שטרם נתקבלה החלטה לגביו לא יגרע מסמכותו של בית משפט לדון בתנאי מקפח- **העובדה שבית הדין דן בסעיף לא שוללת את סמכות ביהמ"ש לדון בו. ברגע שניתן פס"ד של בית הדין- ביהמ"ש כבר לא יכול לדון בסעיף זה.**

**אם ביהמ"ש יגיע להחלטה קודם אז זה יחול על הלקוח והספק הספציפיים ואילו החלטה של בית הדין שתגיע מאוחר יותר תחול על כל החוזים.**

סעיף 21 (ב) קובע כי בית הדין יכול לעכב את הדיון עד שביהמ"ש יאמר את דברו.

לסיכום, אין מניעה שידונו בחוזה בשני בתי המשפט. אם בית הדין יודע שעומד להיות פס"ד באותו עניין בעליון אז הוא יעכב את דיונו (הרי העליון הוא מעל בית הדין). בד"כ האינפורמציות האלו לא עוברות ביניהם והם לא יודעים מה קורה אחד אצל השני.

**חזרנו לסעיפי הליבה של חוק החוזים האחידים**

נגדיר לטובת ההבנה חלוקה של תנאים שעשויים להיות מקפחים:

**רשימה שחורה-** תנאים בחוזה אחיד שהם בטוח מקפחים ואי אפשר לסתור אותה- כיום יש רק אחד כזה- סעיף 5.

**רשימה אפורה-** חזקות הקיפוח שבסעיף 4.

**רשימה לבנה**- כל מה שלא שחור ואפור- תנאים כאלה יכולים להיות מקפחים ואז הנטל הוא על הלקוח ויש להוכיח זאת במסגרת סעיף 3 הסעיף הכללי.

**סעיף 3**- קובע מהו תנאי מקפח

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

המושג תנאי מקפח כפי שהוא מוגדר בסעיף 3 הוא מושג פתוח. כמו תום לב או תקנת הציבור.

בפסיקה נקבע לגבי משמעות התנאי:

פס"ד עיזבון מילגרום נ' מרכז משען- עוסק בעזבונו של דייר לשעבר בבית אבות. ברק קובע כי זה מבחן של "הגינות" ו"סבירות"- מונחים עמומים שבמסגרתם בודקים בין היתר האם הפגיעה בזכויות הלקוח – האם כעת סעיף בחוזה פוגע או גורע בזכויותיו – האם זה נעשה תוך הגנה על אינטרס לגיטימי של הספק. גם בהנחה שזה אכן מגן על אינטרס לגיטימי של הספק – האם זה מתבצע באופן מידתי תוך פגיעה פחותה בלקוח?

בפס"ד קסטנבאום- קובע ברק כי תנאי ייחשב מקפח כשהוא מגן על אינטרס לא לגיטימי של הספק או מגן על אינטרס לגיטימי אבל באופן לא מידתי. תנאי הוא לא מקפח אם מטרתו להגן על אינטרס של הספק אבל הוא עושה זאת תוך פגיעה מינימאלית בלקוח.

למרות ההרחבות שכביכול מוצאים בפסיקה אנו עדיין נשארים בתחום העמום ולביהמ"ש יש שיקול דעת רחב בנושא ההגדרה.

**סעיף 4**- קובע חזקות קיפוח ומעביר את הנטל על הספק (כל הקבוצות בשטח האפור – מקפח לכאורה ואפשר לסתור את הקיפוח).

קיימות 11 קבוצות של סוגי תנאים שהחוק קובע לגביהם חזקה שהם מקפחים.

משמעות החזקה היא שאם תנאי בחוזה האחיד נכנס לאחת מתוך 11 הקבוצות הלקוח לא צריך להוכיח יותר שהוא מקפח אלא רק להראות שהתנאי שייך לאחת מתוך 11 הקבוצות הללו. הנטל עובר לכתפי הספק לנסות ולהוכיח שבמקרה הספציפי הזה בשים לב למכלול תנאי החוזה ושאר הנסיבות- התנאי הוא לא מקפח.

תנאי שאין לגביו חזקת קיפוח- עדיין יכול להיות מקפח לפי סעיף 3.

תנאי שיש לגביו חזקת קיפול- יכול להיות לא מקפח בנסיבות העניין אם הספק הרים את נטל ההוכחה.

את התנאי המקפח בסעיף 3 ובסעיף 4 יש לבחון לפי **מכלול הנסיבות**- יכול שקיימים תנאים אחרים בחוזה שמאזנים את הקיפוח שבתנאי מסויים. למשל, תנאי בו ספק יכול לשנות את המחיר אבל ייתכן שכנגד זה שיש תנאי שאומר שבמקרה שספק משנה את המחיר הלקוח חופשי להשתחרר מהחוזה- יכול שסעיף זה מאזן את הקיפוח.

**מהן "הנסיבות"?** הפסיקה אומרת כי אלו נסיבות כלכליות בד"כ- בדיקת מעמדו הכלכלי של הספק (אם יש לו מונופול אז נבדוק ביתר קפדנות), סוג השירות או המוצר (אם הוא מספק מוצר חיוני שהלקוח חייב להיזקק לו אז נבדוק את הקיפוח ביתר קפדנות ועוד).

**4. חזקות** (תיקון: תשס"ד)

חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:

(1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי;

מדובר על **תניות פטור** בהן הדין מטיל על הספק חבות או אחריות כלפי הלקוח (למשל, רשלנות- עליה חבים בנזיקין ואילו אם הספק רושם בחוזה שלא יחוב על רשלנות- אם לא הייתה תניית הפטור ואכן היתה רשלנות היה הספק חב עליה בנזיקין). תנייה זו מקפחת. השימוש בסעיף זה בפסיקה הוא רב ויש לו חשיבות עצומה. כל זמן שהתניה זו לא נסתרה החזקה היא שהתנאי מקפח.

(2) תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה;

אם הספק התחייב לספק כמות מסויימת של סחורה והחוזה מאפשר לו לשנות את הכמות או מועד האספקה הוא מקפח. **דגש** - יש פה משהו מוזכר שכנראה הכותב לא שם לב אליו- כתבו "זכות בלתי סבירה" - החוק אומר כי הוא רוצה להעביר את הנטל בחזקות הקיפוח מהלקוח אל הספק אבל כדי להעביר את הנטל בסעיף קטן 2 הלקוח צריך להוכיח שהזכות הזו היא בלתי סבירה - אולם בלתי סבירה ותנאי מקפח זה אותו דבר, שניהם מקפחים. זה לא הגיוני כי אז לא משיגים כלום בחזקה זו. הבעיה הזו חוזרת בשורה של חזקות בסעיף 4 בכל מקום שבו נדרש הלקוח לא רק להוכיח תנאים אובייקטיבים אלא בנוסף לזה נדרש להוכיח שהתנאי הוא בלתי סביר מה שמרוקן את החזקות מכל תוכן. לדעת ד"ר גלברד- צריך לתקן את החוק.

(3) תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי;

חופף את סעיף קטן 1- הוא מנסה להשתחרר מאחריות המוטלת עליו על פי דין או על פי חוזה ולהעביר למישהו אחר.

(4) תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח; זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק;

אם הספק שומר לעצמו זכות באופן חד צדדי לאחר כריתת החוזה לשנות את המחיר- התנאי מקפח. זה עולה הרבה בפסיקה. בחוזים ארוכי טווח חייב להיות מנגנון לשיערוך סכומים. מה טיבו של המנגנון?

אם המנגנון הוא שינוי לפי דעת הספק - הוא מקפח.

דוגמא: אילו הספק קובע כי המחיר הוא 100 ₪ והוא יכול לשנות אותו לפי שיקול דעתו ובלבד שהמחיר לא יעלה על 150 ₪ האם מתקיימת החזקה של סעיף קטן 4 והתנאי הוא מקפח?

אם הלקוח יודע שהכי גרוע הוא משלם 150 ₪ אז לא. אילו הספק היה דורש מלכתחילה 150 ₪ אין סמכות לביהמ"ש להתערב כי זה המחיר הקבוע- פה בעצם יש מחיר גג שהלקוח יודע עליו והיום הוא מקבל הנחה- אין פה קיפוח.

מנגד, התקרה של ה150 ₪ תלויה בתנאי השוק והיא לא אומרת לנו כלום.

בבית הדין אומצה הגישה שהמחיר הולך לפי תנאי השוק וגובה התקרה. הסיבה שהספק קבע תקרה של 150 ₪ כשתנאי השוק לא מאפשרים להגיע ל150 ₪ ממילא והוא קבע זאת רק כדי שזה יראה כאילו סעיף קטן 4 לא חל וזה לא מקפח- במצב זה לתקרה אין שום משמעות וזה נעשה רק כדי שהוא יוכל להעלות את המחיר מבלי שזה ייחשב תנאי מקפח (שבו הספק משאיר לעצמו את השיקול לשנות את המחיר כפי שירצה)**. לכן, זה לא עוזב את החזקה של סעיף 4 וזה עדיין נחשב תנאי מקפח.**

דוגמא נוספת: אם מצמידים את המחיר לדולר – זה תנאי מקפח לפי סעיף 4 (4)? התשובה היא לא – מדוע? כי מדד הדולר לא נמצא בשליטת הספק.

כיצד אפשר לסתור חזקה זו?

הפסיקה הציעה כי במקביל לאפשרות של הספק לשנות את המחיר יש אפשרות ללקוח להשתחרר מהחוזה למשל (כתנאי מאזן). אולם, כדי שתנאי זה לא יהיה מקפח יש לבדוק את השאלה האם ההשתחררות הזו היא משפטית פורמאלית או אמיתית מבחינה כלכלית? בפס"ד מרכז משען- היה סעיף שאפשר למרכז משען - בית האבות - לשנות את המחיר לדייר לפי שיקול דעתו של בית האבות. בביהמ"ש העליון נטען כי הדייר יכול להשתחרר מהחוזה אם המחיר משתנה אולם זה סתם שחרור פורמאלי ולקשיש בד"כ אין באמת אפשרות להשתחרר מהחוזה ולעזוב את בית האבות- מעשית הוא לא יוכל לעזוב.

מה לגבי תנאי שמאפשר לספק לשנות את המחיר לפי מנגנון אובייקטיבי. האם הוא נכנס בגדר חזקת סעיף 4? לא. כלומר – זהו לא תנאי מקפח. האם תנאי 4 (4) יכול להיות מקפח? כן. הוא נכנס בגדר צבע לבן ויכול להיות מקפח.

* כדי שתנאי על המחיר לא ייחשב מקפח צריך שיהיה תנאי מאזן ואם יוכיח ספק שיש תנאי כזה ייתכן והתנאי לא ייחשב מקפח.
* חושי נ' טכניון, סעיפים 34-38 לחוק ובנוסף ליום שלישי: חוזה על תנאי – 1,2,3,4 ומאמר 6

**הרצאה מספר 21 - 19.12.2013**

**השיעור נפתח בשאלה** – איזה חזקות ייחשבו מקפחות שעוסקות בשינוי מחיר לאחר שנכרת החוזה?

1. אם נקבע תנאי לפיו רק הספק יכול לשנות את המחיר בעתיד.
2. אם המחיר צמוד למדד חד צדדי (רק עולה או רק יורד).

**שאלה נוספת**- הספק קובע תשלום חודשי ומה שנקבע בחוזה זה שהמחיר הוא נניח 1000 ₪ לחודש והספק רשאי לעדכן את המחיר לפי שיקול דעתו ובלבד שבכל מקרה המחיר לא יעלה על 1500 ₪. האם זה מקפח?

**התשובה היא לא** – הספק יכול היה מלכתחילה לקבוע מחיר 1500 ₪ ואז זה לא היה מקפח. ה1000 ₪ זו רק הטבה או הנחה שבאה לקראת הלקוח (ולכן חל סעיף 23(א)(1) לחוק החוזים האחידים. עם זאת, יש לזכור לבדוק האם 1500 ₪ זה לא מחיר מוגזם בעליל לעומת השירות. אם התקרה היא קיצונית זה עשוי להיחשב כתנאי עם סעיף מקפח. הספק ירצה לתחום בתקרה כדי שלא יחול על החוזה סעיף 4 (4), עם זאת כאמור, אם זה מוגזם בית הדין יכול להתעלם מהתקרה.

דוגמא למצב זה בפס"ד מגדל הזהב בע"מ נגד היועמ"ש– שם מומש עניין התקרה הגבוהה.

(5) תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר;

דוגמא: אדם קונה מכונית חדשה והספק אומר שכדי שהאחריות תהיה תקפה עליו לעשות את הטיפולים רק במוסך שבבעלותו. בגירסה קיצונית יותר - שהאחריות תחול רק במקרה שהלקוח יסתפר אצלו במספרה למשל. מצב זה נקרא "התניית שירות בשירות" ויש לגביו חזקת קיפוח.

הספק יכול להפריך את החזקה-

בדוגמת המוסך: אם הספק יוכיח שיש סיבה עניינית להתנייה שלו- אם המערכת מאוד מסובכת ורק הוא יכול לטפל בה למשל.

הערה: בחוק הבנקאות יש שירות ללקוח שעוסק בחוזים בין בנקים ללקוחותיהם וכמו חוקים צרכניים רבים אחרים הוראות החוק הם קוגנטיות. יש סעיף בחוק הבנקאות שקובע כי לא יתנה תאגיד בנקאי מתן שירות בהתניית שירות אחר או נכס ממנו- אסור להתנות שירות בשירות. נניח שהבנק בניגוד לכתוב עשה התניית שירות בשירות. **האם כדאי לתקוף את התנאי על סמך ההוראה הקוגנטית או על סמך חוק החוזים האחידים?** התשובה היא שברגע שהוראה בחוזה סותרת הוראת חוק קוגנטית אין לביהמ"ש שיקול דעת- הוא מיישם רגולציה של הכנסת וההתערבות היא מכוח החוק. בחוק החוזים האחידים ביהמ"ש עושה רגולציה שיפוטית ומשאיר שיקול דעת לשופטים להחליט מתי זה מקפח או לא. בחוזים האחידים זו רק חזקה ואפשר להחליט שזה לא מקפח ואילו הוראת החוק היא קוגנטית ואי אפשר להתנות עליה. **הוראת מחוקק גוברת על שיקול דעת ביהמ"ש.**

**מקרה** – אם בית דין דן בסכסוך ומגלה הפרה של חוק קוגננטי – מותר או אסור לו לאשר את החוזה? בית הדין צריך להכריז כי יש הפרה של חוק קוגנטי ולכן אין מקום לדיון כלל והתנאי / החוזה בטל מעיקרו.

(6) תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת;

תנאי כזה נמצא די הרבה בחוזים אחידים כהגבלת תרופות של הלקוח. למשל, בחוזים למכר דירות נמצא הוראה שאומרת שאם החברה מאחרת במסירת הדירה הפיצוי היחיד הוא פיצויים מוסכמים בגובה שכירות. אולם, לפי דיני התרופות זכות הבחירה לפיצויים הם של הלקוח. בחוזה אחיד לא ניתן להגביל את תרופות הלקוח (לעומת חוזה רגיל) – זה תנאי מקפח.

**יצויין כי** הסעיף לוקה בחסר לדעת גלברד ולא מתייחס לאופציה של הרחבת הזכויות בהגזמה של הספק – מצב שגם כן יכול להיות מקפח **והחוק לא מתייחס אליו**.

דוג' פס"ד שיכון ופיתוח – היתה תנייה שקבעה שאם הלקוח מפר את החוזה והספק (חברה קבלנית) מבטל את החוזה בשל כך – הספק זכאי לפיצויים מוסכמים בשיעור של 10 אחוזים מסכום החוזה. האם תנאי זה מקפח? אם בודקים את התנאי הזה במשקפיים של חוק התרופות (לפיו ביהמ"ש מוסמך להפחית פיצויים באופן ממש מוגזם מהנזק הצפוי) נראה כי 10-15 אחוזים מסכום החוזה אין זה מוגזם לפי ביהמ"ש בשורה של פס"דים שאירעו. לפי חוק התרופות בלבד התנאי תקין.

אם נבדוק זאת במשקפיים של חוזה אחיד – האם זה מגן על האינטרס של הספק והאם זה בצורה מידתית? המטרה של התנאי היא למנוע מהספק את הצורך להוכיח את הנזק ולמנוע דיונים משפטיים. לפי בית הדין הנזק העיקרי שיכול להיגרם לחברה זה שאחרי שהיא ביטלה את החוזה החברה עשוייה למכור את הדירה במחיר נמוך יותר. בישראל מאידך, ברוב המקרים המחיר של הדירה עולה, במקביל החברה יכולה לדרוש את הפיצויים מהלקוח שביטל על משהו שבכלל לא קרה – החברה לא הפסידה כסף. בשורה התחתונה – סעיף 4 (6) קובע חזקת קיפוח על הגבלה או צמצום של תרופות הלקוח אך לא קובע חזקת קיפוח על העצמה של תרופות הספק מנגד (עדיין אפשר להוכיח קיפוח לפי סעיף 3 והנטל הוא על הלקוח).

(7) תנאי המטיל את ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי;

דוגמא: הבנק כותב בחוזה שאם יש סכסוך בין הצדדים, מה שכתוב בספרים או במכתבים של הבנק הוא ראייה חלוטה לנכונות טענות הבנק. אם הבנק תובע את הלקוח על מי הנטל? על הבנק. אולם פה הספק כותב שבכל מקרה של הפרה אם הספק תובע את הלקוח בהפרת חוזה נטל ההוכחה על הלקוח. זוהי העברת נטל ובה יש חזקת קיפוח. **תנאי שמעביר את נטל ההוכחה- מקפח.**

(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או להיזקק להליכי משפט אחרים, והכל למעט הסכם בוררות מקובל;

כל הצבת מכשול על גישה לבית משפט למעט בוררות היא מקפחת.

דוגמא: החוזה אוסר על הלקוח לטעון טענות משפטיות כמו למשל טענת התיישנות למרות שבאמת כבר היתה התיישנות- זהו תנאי מקפח.

* מה הזיקה בין סעיף זה לבין סעיף 5? בחלק מהסעיפים יש חפיפה. אין גבול ברור בין שני הסעיפים אך כנראה שהסעיף הזה נועד כדי לעסוק בהגבלות מסויימות. בהצעת חוק דיני ממונות עושים סדר בעניין זה ו4(8) נוסח באופן ברור.

סיפא לסעיף אומרת כי בוררות מגבילה את הנגישות לביהמ"ש משום שלפי חוק הבוררות אם בין הצדדים יש סעיף בוררות ואחד הצדדים טוען להסכם הבוררות אז ביהמ"ש חייב לעצור את ההליכים ולשלוח לבוררות. יש כאן הגבלה על דרכי הפנייה של הלקוח למשפט אולם בוררות לא נחשבת בחזקת הקיפוח משום שבכל העולם המערבי הבוררות מתקבלת בברכה כיוון שזה מוריד את העומס ממערכת בתי המשפט. בנוסף לכך בורר הוא מקצוען בתחומו ואילו שופט מבין מעט בכל תחום ולכן סכסוכים בעולם המקצועי יפתרו אפילו טוב יותר והדיון בבוררות הוא מהיר מאוד. הגישה האוהדת כלפי בוררות באה לידי ביטוי בסעיף זה.

* באופן עקרוני לדעת ד"ר גלברד סיפא לסעיף זה היה צריך להופיע בסעיף 5 לחוק ולא במיקומו הנוכחי. זה רק מוכיח את טשטוש הגבולות בין השניים.

(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך.

תנאי שאנו מוצאים בהרבה מאוד חוזים אחידים. מטרתו לקבוע מקום שיפוט במקרה של סכסוך ובד"כ הוא קובע מקום שיפוט שנוח לספק (קרוב למשרדי הספק, למחלקה המשפטית שלו). עד 2004 סעיף קטן 9 קבע חזקת קיפוח לגבי תנאי שקבע מקום שיפוט בלתי סביר ואז הנטל הוא על כתפי הלקוח כדי להוכיח את אי הסבירות- שזה מקפח. בביהמ"ש התעוררה השאלה מהו מקום בלתי סביר וממנה הסיקו כי **המבחן הוא מבחן הפגיעה בזכויות**- הרתעה מפני מימוש זכויות: מקום שיפוט יחשב לבלתי סביר אם יש בו כדי להרתיע את הלקוח מפני מימוש זכויותיו המשפטיות. זהו מבחן די מחמיר- הרתעה. זה לא מבחן של נוחות. אולם למעשה אף מקום שיפוט לא מרתיע מפני מימוש זכויות מפני שישראל היא מדינה קטנה ואפשר להגיע לכל מקום.

**הפסיקה הפכה את חזקת הקיפוח הזו לחסרת משמעות** (הלכת מפעל הפיס- שקבעה שהמדינה קטנה וכל מקום שיפוט לא מרתיע אנשים מפני מימוש זכויותיהם וזה לא מקפח). הכנסת עשתה מעשה ושינתה את חזקת הקיפוח וכעת היא קובעת שיש חזקת קיפוח לגבי תנאי מקפח בשני מצבים:

1.שנתון לספק הכח לקבוע את מקום השיפוט.

2. אם מקום השיפוט מתנה על מקום השיפוט שקבוע בדין.

פס"ד בנק לאומי נ' היועמ"ש שניתן ב-2010 שעסק בחוזה לבנק- התעוררה השאלה של מיקום שיפוט. שם הבנק התנה על מקום השיפוט שקבוע בדין. השופט אילון קבע שהתניה זו אינה מקפחת כי היא קבעה מספיק חלופות שתואמות את הדין אבל הוא אומר שאם הסעיף שנקבע בחוזה לא מרתיע את הלקוח מפני מימוש זכויותיו אז נסתרה ההלכה. במילים אחרות הוא אומר שהשינוי של החוק לקח את מה שהיה קודם העיקרון והעביר אותו לסתירת החזקה. זה שוב מוציא את העוקץ מהסעיף ומעקר את כוונת הכנסת ואת שינוי החוק.

בפס"ד של השופט פוגלמן נרמז כי זה לא כך ושאחד מהשיקולים שביהמ"ש ישקול בסתירת החזקה זה עד כמה יש בסעיף כדי להרתיע את הלקוח מפני מימוש זכויותיו.

(10) תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על קביעת הבוררים או מקום הבוררות.

האם יש פה חזקת קיפוח על סעיף בוררות? לא. **יש חזקת קיפוח רק על סעיף שמאפשר לספק לבחור את הבורר או מקום הבוררות**. אם הסעיף קובע מנגנון ניטרלי לבחירת הבורר או המקום אז אין חזקת קיפוח. גם פה חוק החוזים האחידים מגלה יחס אמפטי כלפי תניות בוררות. חוק החוזים האחידים חל גם על חוזים מסחריים (בהם ברורים יתרונות הבוררות) אך גם על חוזים צרכניים.

בחוזה צרכני עצם העובדה שיש סעיף בוררות גם אם ניטרלי והוגן היא מקפחת מהסיבות הבאות:

1. אין פרסום של פס"ד – בעיה של פומביות.
2. כשיש ללקוח טענה כלפי הספק ילך הלקוח לביהמ"ש לתלונות קטנות. הליך בוררות עולה הרבה כסף. לקוח שיצטרך ללכת לבוררות על תביעה של 2000 ₪ יוותר מראש.
3. הבורר מנסה להיות מאוד ניטרלי אולם הוא מתפרנס מבוררות. את הלקוח הבורר לא יראה יותר בחיים ואילו לספק יש מיליון לקוחות והוא רוצה שהספק ימשיך להשתמש בשירותיו. לכן, למרות שהוא ישר עדיין תיתכן הטייה לטובת הספק.
4. בתביעות צרכניות צרכנים לא בהכרח ילכו לבית משפט (כמו תביעה על 100 ₪ על רמאות של חברת הסלולר) וודאי שלא לבוררות. לצורך זה יש מכשיר משפטי הנקרא "תובענה ייצוגית" כשיש להמון לקוחות עם תביעות קטנות יכול אחד מהם להגיש תביעה ייצוגית בשם כולם. הבעיה שתביעה ייצוגית יכולה להתדיין רק בבית משפט- אם בחוזה של אותו ספק יש תנאי של בוררות יהיה ביהמ"ש מחויב להעביר לבורר ובורר לא יכול לדון בתביעה ייצוגית. החשש הוא שתניות בוררות בחוזים אחידים ישמשו כמכשיר שחוסם תביעות ייצוגיות.

**לדעת גלברד** חוק הבוררות היה צריך להבחין בין חוזה צרכני לחוזה מסחרי. וכי את תניית הבוררות יש להתיר רק אם היא לא מונעת את התביעות על סכומים קטנים או על תביעות ייצוגיות- אחרת תניית הבוררות היא כן מקפחת.

(11) תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח.

זהו תיקון שבא על רקע פסיקה ופרקטיקה שהייתה בשוק. בחלק מהסקטורים יש פרקטיקה של סעיפי הצמדה חד כיוניים. למשל, הלוואה מהבנק שצמודה למדד אבל רק אם הוא עולה ולא יורד. בפס"ד שיכון ופיתוח בבית הדין לחוזים אחידים היועמ"ש טען שתנאי כזה מקפח – הוא היה מוצמד לעולה ויורד אבל עם גבול תחתון. בית הדין אמר כי תנאי זה לא מקפח משום שהוא מגן על אינטרס לגיטימי של הספק משום שהוכח בראיות שהספק עצמו קשור בחוזים עם הספקים שלו ששם יש סעיפים כאלו. למשל, חברה קבלנית שבונה ממומנת מבנק וגם בחוזה שלה עם הבנק יש תנאי כזה ולכן היא מחויבת לאותו תנאי עם הלקוחות שלה כדי שהיא לא תפסיד. בית הדין אומר שכל עוד החברה עובדת בסביבה עסקית שמחייבת אותה לסעיפים כאלו זה לא מקפח. לכן עלתה הצעת החוק והחוק שונה כפי שהוא היום- הצמדות למדד כזה היא בחזקת קיפוח אלא אם הוכח אחרת.

**סעיף** **5 - הגבלת זכות הפניה לערכאות**

תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות - בטל.

פנייה לערכאות היא זכות יסודית חוקתית ואם יש סעיף ששולל את הזכות- הוא מקפח. ברגע שסעיף 5 חל גם על תנאים שרק מגבילים את זכות הלקוח- האם זו חזקה שניתנת לסתירה או לא?

מה היחס בין סעיף 4(8) לסעיף 5?

למשל, נניח שיש בחוזה סעיף שאומר שאם הלקוח רוצה להגיש תביעה נגד הספק הוא צריך להפקיד קודם בידי צד ג' ערבות בנקאית ע"ס מיליון ₪ כדי להבטיח את הנזקים של הספק אם התביעה תידחה. האם זה סעיף ששולל את הגישה לערכאה? לא. האם זה מגביל את הגישה? כן. האם ההגבלה נכנסת לסעיף 5 או לסעיף 4(8)? **לדעת גלברד** כאשר ההגבלה היא חמורה ומגבילה באופן מהותי את זכות הגישה לערכאות זה יהיה סעיף 5 ואם מדובר בהגבלות קלות יחול סעיף 4(8). בקודקס מנסים לתחום את הגבול בין שני הסעיפים.

* בהצעת חוק דיני ממונות ניסו לתחום את ההגבלות לפי גישת השופט גלדברג והוסיפו שם עוד תנאי בחזקת קיפוח - שפוטר את הספק מאחריות לנזק גוף שגרם ללקוח ברשלנות או בזדון ותנאי שפוטר לנזק שגרם בזדון גם אם הוא לא רק גוף. זה נעשה כדי להשוות את המצב של דיני החוזים האחידים למצב של כלל החוזים (לפי סעיף 30 תניה כזו סותרת את תקנת הציבור. אז היום תניה בחוזה שפוטרת את הספק מאחריות לנזקי גוף שהוא גרם סותרת את תקנת הציבור ובטלה (לפי הדין בחוזים אחידים היא ניתנת לביטול ולא בטלה).

**חזרה לחוזים כלליים - עוסקים בפרק 5 לסילבוס - תוכן החוזה**

**נושאים כלליים הקשורים בתוכן החוזה- סוגים מיוחדים של תוכן:**

1. חוזה לטובת אדם שלישי.

2. חוזה על תנאי.

3. חצי תוכן וחצי תרופות.

## ו. סוג ראשון - חוזה לטובת אדם שלישי (שינוי ברצף הסילבוס)

אנו עוסקים במצב בו ראובן (חייב) מתחייב כלפי שמעון (נושה) לבצע חיוב כלשהו כלפי לוי (מוטב).

זהו מצב ייחודי של ריבוי נושים. החוק לא קורא להם שני נושים, אלא נושה ומוטב.

**למה יש צורך בחוזה לטובת אדם שלישי?**

למה לא לקיים ישר חוזה בין ראובן ללוי?

קיימות מספר אפשרויות:

1. **בעיה בכשרות הצד השלישי**- אם לצד השלישי אין אפשרות לכרות חוזה.
2. **ביטוח חיים**- יש חוזה בין החייב חברת הביטוח לבין הנושה המבוטח. הנושה אומר לחברת הביטוח שבעקבות הפעלת הביטוח, חברת הביטוח תשלם את הסכומים ע"פ החוזה לצד השלישי.
3. **"מוטב מקבל מתנה"-** הנושה רוצה לתת מתנה למוטב אבל עושה זאת בדרך עקיפה.
4. **פירעון חוב קודם של הנושה כלפי המוטב**- המצב השכיח ביותר: הנושה חייב כסף למוטב כי הייתה ביניהם עסקה קודמת למשל, במקום לשלם למוטב באופן ישיר, לנושה יש חוזה עם מישהו אחר ובמקום להאריך את דרך הכסף הנושה אומר לחייב לשלם ישירות למוטב.

* זה בדיוק אותו דבר כמו המחאת חיובים בו חייב מתחייב לשלם כסף לנושה, והוא לאחר מכן מוכר את הזכות שלו לאדם שלישי- ההבדל היחיד הוא שבחוזה לטובת אדם שלישי המוטב נמצא בתמונה כבר ברגע כריתת החוזה (הראשון).

חייב נושה נמחה חייב נושה

מוטב

**הרצאה מספר 22 - 24.12.2013**

עד חקיקת חוק החוזים חלק כללי- היה ספק האם המשפט הישראלי מכיר או לא בחוזה לטובת אדם שלישי. הסיבה היא שעד אז דיני החוזים שלנו היו מבוססים על דיני החוזים האנגליים שם לא הכירו בכך משום שבמשפט האנגלי אחת הדרישות ליצירת חוזה תקף היא "תמורה" ולכאורה בחוזה לטובת אדם שלישי למוטב, אין יסוד של תמורה. הוא מקבל משהו מבלי לתת תמורה. זה לא מדויק, משום שבמקרים רבים המוטב כבר נתן תמורה לנושה לפני כן והחוזה הזה עכשיו הוא שהנושה מחזיר למוטב על התמורה.

אפשר לעשות חוזה שממנו מותנות טובות הנאה לצד שלישי- אבל זה לא יהיה חוזה לטובת צד שלישי.

**מה צריך שיהיה בחוזה כדי שייחשב כחוזה לטובת אדם שלישי?**

מפס"ד חושי נ' הטכניון: צריכה להשתמע כוונה של שני הצדדים בחוזה ביניהם (ע"י פרשנות) להקנות זכות תביעה עצמאית של המוטב כלפי החייב- אם החייב לא מקיים את חובתו כלפי המוטב- המוטב יוכל לתבוע עצמאית את החייב מבלי לערב את הנושה.

חובה זו נמצאת **בסעיף 34**.

דוגמא – אדם עושה חוזה עם חברת גינון שתיצור לו גינה יפה בחזית הבית וכתוצאה מכך גם לשכניו יש כעת גינה יפה ליד ביתם – מצב זה לא הופך את שכניו למוטבים.

**34. הקניית הזכות**

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

בחוזה לצד שלישי עולות מספר בעיות אותן אמור לפתור פרק ד'

* איך מונעים מצב של כפל תביעות כלפי החייב?
* איך אפשר לשנות את החוזה כאשר מעורב צד ג'? האם לא צריך להתחשב במוטב?

**35. דחיית הזכות**

זכותו של המוטב לדרוש את קיום החיוב מתבטלת למפרע, אם הודיע לאחד הצדדים לחוזה על דחיית הזכות תוך זמן סביר לאחר שאחד מהם הודיע לו עליה.

חוזה לטובת אדם שלישי לא מצריך את הסכמתו של המוטב משום שהחוזה מקנה לו זכויות ולא מטיל עליו חובות. בסעיף 7 לחוק החוזים נאמר כי קיבול בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות- מתבצע בשתיקה ובאותה שיטה פועל חוזה לטובת אדם שלישי. החוזה לטובת אדם שלישי הוא הצעה שאין בה אלא כדי לזכות כך ששתיקת המוטב נחשבת לקיבול. אם האדם השלישי לא מעוניין בזכות הוא יכול תוך זמן סביר לדחות אותה. מה שקורה אז בין החייב לנושה תלוי באומד דעתם של הצדדים. אם הצדדים התכוונו שאם המוטב דוחה את הזכות אין להם עניין בחוזה אז הוא פוקע ואם אחרת לא.

**36. ביטול הזכות**

(א) כל עוד לא הודיע אחד הצדדים למוטב על זכותו לפי החוזה, רשאים הם לשנותה או לבטלה על ידי שינוי החוזה.

**עוסק בשאלת גמישותו של הקשר החוזי:** אם לא היה בתמונה מוטב והחייב והנושה כרתו חוזה והם רוצים לשנות אותו- הם יכולים. אולם במצב בו יש אדם שלישי נכנסת זכות המוטב לתמונה. אם שינוי החוזה יוצר גריעה או שינוי כלשהו בזכות המוטב נוצרת התנגשות בין חופש החוזים לבין העיקרון לפיו לא פוגעים בזכותו של אדם ללא הסכמתו. הרי למוטב כבר קיימת זכות.

סעיף 36 א' קובע כי **החייב והנושה יכולים לשנות את החוזה כל עוד המוטב לא יודע על זכותו** שאז למרות שהיא קיימת המוטב עוד לא יכול להסתמך על הזכות. וכך אינטרס חופש החוזים בין החייב לנושה גובר. ואילו ברגע **שהמוטב יודע על הזכות אז עקרון ההגנה עליה של המוטב גובר.**

לדעת ד"ר גלברד קיימת בעיתיות בסעיף בנוגע לאי היכולת לשנות את החוזה:

פס"ד גרבוב נ' רשות הנמלים היה חוזה בין חייב לנושה. הנושה התחייב לבצע עבודות מסוימות עבור החייב והחייב התחייב לשלם לו כסף. הנושה המחה את הזכות לקבל כסף לנמחה (הוא היה חייב כסף לנמחה). הנושה הפר את החוזה כלפי החייב הפרה יסודית. הוא לא עמד בלוח הזמנים של העבודה והחייב ביטל את החוזה בשל ההפרה. בהנחה שלא היה נמחה (או בענייננו למעשה מוטב) בשל הפרת החוזה החייב לא היה צריך לשלם לנושה. הנושה התחנן להמשך העבודה והחייב נתן לו עוד הזדמנות. הם הפחיתו את הסכום שהחייב אמור היה לשלם בגלל הנזקים שהנושה כבר גרם והגדילו את הפיצויים המוסכמים למקרה של הפרה והחוזה חודש. כצפוי, הנושה לא עמד שוב בתנאים החדשים והחייב ביטל את החוזה. כשהנמחה רצה לחייב ודרש תשלום החייב אמר כי הוא ישלם לו את מה שהנושה כבר ביצע בהפחתה של הפיצויים- יצא כי לא נשאר מה לשלם ואפילו החייב חייב לו. הנמחה טען כי הוא צריך לשלם לו לפי החוזה הראשון משום שאי אפשר לשנות את החוזה לאחר שהוא כבר בעל הזכות ללא ידיעתו והסכמתו. ביהמ"ש העליון קבע בעקבות מקרה זה (העתיק מהדין האמריקאי) שגם אחרי ההמחאה יכולים החייב והנושה לעשות שינויים בתנאי שהם נעשים בתום לב משיקולים מסחריים סבירים ולא כקנוניה שמטרתה לפגוע בנמחה. במקרה שלנו החוזה הראשון הופר כדין ולא הייתה שום זכות כבר למוטב. השינוי בחוזה ותחיית החוזה השני העניקו למוטב בכלל סיכוי לקבל משהו. העובדה שהחוזה הופר שוב היא מזל רע לנמחה. אם כבר החוזה הופר אז עדיף לאפשר לנושה ולחייב לפחות לשנות. הרי השינוי בא לטובה ולא בוצע בחוסר תום לב.

אילו היה זה חוזה לטובת אדם שלישי ולא המחאת חיובים- לפי ההנחה שהם הודיעו למוטב על הזכות מעתה אין הם יכולים לשנות אותו והחוזה בין החייב לנושה יישאר "תקוע" והם לא יוכלו לשנות אותו. גם אם ירצו לכרות חוזה חדש זו תהיה עבירה על סעיף 36 משום שזה אותו חוזה בתנאים חדשים וזו כביכול פגיעה בזכותו של המוטב לאחר שהוא כבר מודע לזכות.

לדעת ד"ר גלברד מה שצריך לחול במצב זה הוא סעיף 36 (א) כאשר הוא מותנה בחובת תום הלב: כלומר יש לאפשר לחייב ולנושה לשנות את הזכות גם לאחר שהמוטב יודע עליה וזאת בתנאי שזה נעשה משיקולים מסחריים עניינים בתום לב ולא מתוך מטרה לפגוע במוטב- זה הדין האמריקאי אבל הוא לא קיים בארץ. ההנחה של ד"ר גלברד היא שאם תתעורר השאלה הזו בפסיקה יעשו היקש לפסיקה בנושא ההמחאה (הדוגמא של פס"ד גרבוב).

* בקודקס לסעיף שמקביל לסעיף 36 (א) יש 2 חריגים: חריג אחד צוואתי וחריג על מקבל מתנה שם הנושה יוכל לחזור בו בכל אחד מהמצבים שיש ע"פ חוק דיני המתנה.

**סעיף 36 (ב)**

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

סעיף זה מדבר על ביטוח חיים. החייב הוא חברת ביטוח והנושה הוא מי שעשה ביטוח חיים והמוטב הוא מי שאמור לקבל את התשלום בפטירת הנושה.

קודם אמרנו כי ברגע שנודע למוטב על זכותו הצדדים לא יכולים לשנות יותר את החוזה.

**סעיף 36 ב' מסייג זאת:**

במצב של מוטב לביטוח חיים אפשר לשנות את החוזה. מדוע? משום שהחוזה הזה של ביטוח חיים הוא מעין דרך לעשות צוואה. העיקרון בדיני צוואות הוא שהמצווה יוכל לשנות את צוואתו כמה פעמים שירצה ללא שום הגבלה - וכך זה מתקיים גם פה.

מה היה קורה אם הנושה היה מתחייב לטובת המוטב במתן מתנה?

האם אז המתחייב היה יכול לשנות את החוזה? בעקרון התשובה היא כן אולם המחוקק לא חשב על אפשרות זאת והסייג היחיד שהכניס לסעיף הוא סייג הביטוח- הצוואה.

לפי חוק המתנה בניגוד לחוזה רגיל, התחייבות לתת מתנה מאפשרת להתחרט בשני מצבים:

* + - 1. אם המקבל עוד לא שינה את מצבו באופן כלשהו בהסתמך על ההתחייבות.
      2. אם מצבו הכלכלי של המתחייב במתן הורע מאוד. אם המקבל החל להתנהג בצורה מחפירה כלפיו- הוא יכול לחזור בו.
* יצויין כי החוק אומר כי המוסר יכול לחזור בו מההתחייבות- לא מהמתנה. ברגע שהמתנה נמסרה אי אפשר להשיבה.

מה קורה אם באותו המצב במקום התחייבות ישירה הוא עושה זאת דרך אדם אחר? (מצב של חוזה לטובת אדם שלישי)- הרציונאל העומד ביסוד חוק המתנה המאפשר לנותן לחזור בו לכאורה, אמור להיות גם בחוזה לטובת צד שלישי. אולם, פרק ד' לחוק החוזים לא רגיש לכך והסייג היחיד שחשב עליו הוא הסיטואציה של צוואה ולא חשב על סיטואציה של מתנה שגם היא אמורה לאפשר חזרה.

**37. טענות נגד המוטב**

כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב.

החוק מגביל את הטענות שהחייב יכול לטעון כלפי המוטב רק לטענות שהן בקשר לחיוב.

נניח למשל החייב צריך לשלם למוטב 100 ₪. אם הנושה הפר את החוזה באופן כלשהו ונגרם נזק של 10 ₪ לחייב- אילו היחסים החוזיים היו רק בין החייב לנושה היו יכולים הם לקזז את החיוב כרצונם ולשלם לנושה רק 90 ₪. אולם, **כשנכנס המוטב לתמונה החייב יכול לטעון טענות כלפי הנושה בקשר לחיוב רק כאלו שהיה יכול לטעון כלפי המוטב** (קרי רק בקשר לחוזה). אם למשל, המוטב היה גורם את הנזק לחייב ע"ס 10₪ היה מתאפשר לחייב לקזז את ה10 ₪ ולשלם רק 90 ₪.

**בסעיף 37 כתוב שהחייב יכול להעלות כלפי המוטב כל טענה. האם הוא יכול להעלות כלפי המוטב את הטענה הבאה**: הנושה ויתר לי על חלק מהחוב ולכן גם אתה צריך לוותר לי.

בהנחה שהמוטב לא היה בתמונה- החייב יכול. האם הוא יכול להעלות טענה זו כנגד המוטב? צריך להבין שמה שכתוב בסעיף 37 כפוף לסעיף 36 א': החייב יכול להעלות כלפי המוטב כל טענה שיש לו כלפי הנושה בקשר לחיוב למעט טענה שנובעת משינוי תנאי החוזה. אם התנאים שונו אחרי שנודע למוטב על זכותו אין לשינוי תוקף מכוח סעיף 36 א'.

**לסיכום**

* אם הנושה מפר את החוזה- החייב יכול לטעון כלפי המוטב. (החייב יטען שמשום שהנושה הפר את החוזה- יש ביטול כדין וגם זכותו של המוטב מתבטלת).
* אם לחייב יש טענה כנגד הנושה שהם הסכימו לשנות את החוזה (למשל להפחית מסכום התשלום)- הוא לא יכול לטעון זאת למוטב כי זה לא מתוקף סעיף 36 (א).
* אם הנושה והחייב יסכימו להפר את החוזה כדי שיוכלו לכרות חוזה חדש- זהו שינוי מוסכם שמהווה עבירה על סעיף 36 (א).
* אם הנושה מתחייב כלפי המוטב לתת לו מתנה- הוא יכול לחזור בו או לשנות את החוזה: למרות שזה לא נכלל בסייג של סעיף 36 (ב) הוא יכול לחזור בו לפי לפי חוק המתנה ובו בניגוד לחוזה רגיל, על התחייבות לתת מתנה אפשר להתחרט אם המקבל עוד לא שינה את מצבו באופן כלשהו בהסתמך על ההתחייבות.

**38. שמירת זכותו של הנושה**

זכותו של המוטב אינה גורעת מזכותו של הנושה לדרוש מן החייב את קיום החיוב לטובת המוטב.

**שאלה** – אם החייב לא קיים את התחייבותו כלפי המוטב. המוטב יכול לתבוע אותו אבל האם הנושה יכול לתבוע אותו? סעיף זה כאמור עוסק במצב בו החייב לא קיים את התחייבותו- מי יכול לתבוע אותו? סעיף 38 אומר כי לא רק המוטב אלא גם הנושה יכול לתבוע את החיוב אך לטובת המוטב.

**מצב בו החייב הפר את התחייבותו כלפי המוטב- האם המוטב יכול לתבוע את הנושה על זה שהחייב לא קיים? תלוי מה הסיבה שהעניקה זכות למוטב מלכתחילה:** במצב בו הזכות הוענקה למוטב לא כמתנה או כביטוח חיים אלא מפני שהנושה חייב למוטב למשל - לפי סעיף 48 בו נאמר "חיוב (החוב שיש לנושה כלפי המוטב) אשר לקיומו יתחייב החייב (הנושה) בחיוב אחר או שהעביר לו לשם כך זכות כלפי אדם שלישי (החייב) חזקה שלא התכוונו להפקיעו (את החוב שחב הנושה למוטב) אלא אם קויימו החיוב האחר או הזכות". כאשר משלמים חוב לא בכסף אלא באמצעות חיוב אחר או שצד מקנה לאחר זכות כלפי מישהו אחר במקום החוב (במקרה שלנו) חזקה שהצדדים מסכימים שכל עוד החיוב לא קוים החיוב האחר שבא לפרוע את החוב המקורי- החוב המקורי בעינו עומד. כך שאם החייב לא מקיים חיובו כלפי המוטב- **המוטב יכול לפנות אל הנושה בתביעה כדי לגבות את מה שהנושה חב לו מהעסקה הקודמת** (לא את מה שהחייב חב לו).

## ה. סוג מיוחד שני של תוכן - חוזה על תנאי (שינוי ברצף הסילבוס)

* **סעיפים 27, 28, 29 לחוק החוזים כללי.**

**סעיף 27(א) חוזה על תנאי**

(א) חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן - **תנאי מתלה**) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן - **תנאי מפסיק**).

חוזה על תנאי- נכרת חוזה ובחוזה יש את כל התנאים הנדרשים. בנוסף, בין מועד הכריתה למועד הביצוע יש תנאי שנקבע ע"י הצדדים.

**חוזה עם תנאי מתלה-** מסכימים שעד מועד התקיימות התנאי, למרות שהחוזה תקף לא מבצעים אותו- הוא במצב של קיפאון. אם התנאי מתקיים החוזה מתחיל להתבצע כרגיל. התקיימות התנאי מפשירה את החוזה. אם התנאי לא מתקיים החוזה מתבטל- פוקע.

**חוזה עם תנאי מפסיק**- נכרת חוזה שלם ותקף ומתחיל להתבצע. הצדדים מסכימים שאם במועד מסויים יתקיים תנאי מפסיק- החוזה יחדל מלהתקיים. אם התנאי המפסיק לא יתקיים החוזה ימשיך להתקיים.

* את ההתרחשות עצמה הצדדים יכולים להגדיר כתנאי מפסיק וכתנאי מתלה (נתון לבחירתם).

אם התקיים תנאי **מתלה** בשלב זה החיוב החוזי מתחיל, אם התקיים בשלב זה התנאי **המפסיק** – החוזה חדל.

אם התנאי **מתלה** בשלב זה החוזה תקף אך החיובים מוקפאים, אם הוא **מפסיק**, הם תקפים (זאת בכפוף לרצון הצדדים)

**לא תמיד קל לפענח מהו חוזה על תנאי** - דוגמא: ראובן מוכר לשמעון חנות ושמעון רוצה לעשות שם מסעדה- קובעים תנאי מתלה- תוך 3 חודשים מכריתת החוזה שמעון יקבל רשיון לפתיחת המסעדה. עד שיעברו 3 חודשים הצדדים לא עושים כלום- אם התנאי מתקיים הצדדים מתחילים לבצע את החוזה. באותה מידה הם יכולים לקבוע שמתן ההיתר הוא תנאי מפסיק.

**ההבדל המשפטי בין חוזה על תנאי מתלה לבין חוזה על תנאי מפסיק הוא ההתרחשות בזמן הביניים**. החוזה פועל עד התנאי (מפסיק) או החוזה קפוא עד תנאי (מתלה).

**האם תנאי שנקבע בגין הוראת דין ולא מרצון או הסכמה של הצדדים הופך את החוזה לחוזה על תנאי?**

התשובה היא כן, ניתן למצוא את התשובה בפסיקה (למשל מפעלי ברוך שמיר נ' הוך ונתיבי איילון נ' בשורה).

**הרצאה מספר 23 - 26.12.2013**

**מדוע צריך חוזה על תנאי?** במידה וצדדים גמרו בדעתם צריך להשתכלל חוזה ולעיתים הוא עשוי להיות מותנה במשהו, בין מרצונם ובין בעל כורחם. המצב הוא ששני הצדדים מעוניינים בחוזה כעת והם לא רוצים שמישהו מהם יתחרט. שניהם מקווים שהחוזה יתממש עד סופו אבל ייתכן ושני הצדדים, או לפחות אחד מהם, מעוניינים בחוזה רק בתנאי שיתרחש (או לא יתרחש) דבר מה.

לעיתים גם אם התנאי לא תלוי בצדדים, אחד מהם מוכן לקחת סיכון ולהתחייב שהתנאי יתקיים. נדגים - ראובן ושמעון עומדים לכרות חוזה למכר חנות והקונה אומר שהוא לא מעוניין בחוזה אם לא יוכל לפתוח שם מסעדה. המוכר יכול להיות מאוד להוט ואז הוא יתחייב להשיג לקונה אישור. **במצב זה לא השתכלל חוזה על תנאי**. ישנם מצבים בהם הצדדים רוצים שהחוזה יתבצע רק אם תהיה התרחשות שלא תלוייה בהם ועדיין, אחד מהם מוכן לקחת על עצמו התחייבות חוזית שזה יקרה – מצב כזה כאמור הוא מצב רגיל ולא מצב של חוזה על תנאי.

בפס"ד נתיבי איילון ביהמ"ש אומר כי נתיבי איילון לקחו על עצמם את ההתחייבות להשיג את אישור השר והעובדה שהם נכשלו מהווה הפרת חוזה. היתה בידם יכולת לעשות חוזה על תנאי - התנאי שיהיה אישור - אך החברה לקחה את ההתחייבות על עצמה והסתכנה בכך שלא תצליח. במידה והתנאי המתלה לא מתקיים או התנאי המפסיק מתקיים אף צד לא נחשב מפר- החוזה מתבטל בלי תוצאות של הפרה משום שאף צד לא לקח על עצמו התחייבות חוזית להתרחשותו של התנאי.

**האם התנאי המתלה או המפסיק יכול להיות תנאי שתלוי ברצונו של אחד הצדדים?**

נניח ואדם כורת חוזה עם אחר בתנאי מתלה שלפיו א' יקפוץ 3 פעמים - תנאי זה תלוי רק באחד הצדדים. האם זה נחשב לתנאי מתלה? **התשובה היא שכן**.

אם זהו רצון הצדדים וכל עוד שזה לא סותר את תקנת הציבור או בלתי חוקי או מוסרי אין סיבה שלא. אולם, כשחושבים על זה לעומק, החוזה הוא חוזה אופציה[[6]](#footnote-6)- השאלה אם הוא יתממש בסופו של דבר תלויה באחד הצדדים. האם אפשר לעשות חוזה אופציה בדרך של חוזה על תנאי? כן. זה אפשרי בגלל עקרון חופש החוזים וזה כתוב במפורש בחוק בסעיף 28(ג) שאומר שזה חוזה על תנאי רק שסעיף 28 לא יחול עליו. מבין שלושת הסעיפים 27-29 סעיף 28 לא יחול על חוזה כזה שהתנאי בו תלוי ברצונו של אחד הצדדים (כאמור, אופציה).

**התנאי-** הפסיקה אומרת שהתנאי הוא בד"כ דבר שאיננו ודאי. יש הבדל בין לא ודאי לבין לא בשליטת הצדדים. בפס"ד אנגלי מהמאה ה19 מישהו הבטיח להינשא למישהי. הוא היה שייך למעמד גבוה והיא הייתה משרתת. הוא חשש שאם זה ייוודע לאביו הוא ינשל אותו מהצוואה ולכן הוא הבטיח לה בסוד ועשה תנאי בחוזה לפיו הוא מבטיח לשאת אותה לאישה אחרי שאביו ימות. במאמר שנכתב במאה ה20 התעוררה שאלה מעניינת- האם זה חוזה על תנאי? הרי וודאי שהאב ימות ולכן כביכול אין פה תנאי. חוזה זה אכן חוזה על תנאי מפני שהשאלה היא מתי ימות האב ולא אם ימות. התנאי הוא שהוא ימות לפני בני הזוג.

**מה לגבי תנאי שקבוע בדין?**

למשל, כשעיריית תל אביב מכרה את הקרקע לנתיבי איילון החוק קובע שעסקה כזו מותנית באישור שר הפנים **לא כי הצדדים רצו אלא זה מותנה בחוק**. הדין יהיה בד"כ תנאי מתלה- והגישה כלפיו היא כמו לגבי תנאי מתלה רגיל.

**סעיף 27 (ב)**

(ב) חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רישיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרישיון הוא תנאי מתלה.

**יצויין** - בניגוד לדעתו של ברק, לפי פרופסור פרידמן במאמרו חוזה על תנאי (מתלה או מפסיק) הוא חוזה בר תוקף לכל דבר ועניין עד אשר יתקיים התנאי המתלה או יתבטל התנאי המפסיק. חוזה שקבוע לו בדין תנאי לקיומו (אישור ביהמ"ש במקרה של קטין למשל), בזמן שבין החתימה על החוזה לאישור השופט לפי פרידמן המסמך איננו חוזה ולכן ניתן להפר אותו, מאידך, ניתן לומר שיש כאן חוסר תום לב במו"מ (סעיף 12).

**חוזה שטעון תנאי שקבוע בדין יכול להופיע בכמה אופנים:**

1. ייתכן שהמוכר מתחייב שישיג את הרישיון עקב רצון עז למכור - במקרה זה השגת הרישיון זה חיוב שמוטל על המוכר - זה לא חוזה על תנאי.
2. הקונה בכלל לא היה מודע לעובדה שכדי לפתוח מסעדה הוא צריך רישיון - הוא לא מעוניין בחוזה אם לא תפתח שם מסעדה - זה יכול להיות מצב של טעות. יכול להיות שהוא חשב שיש רישיון למסעדה והוא טעה - במקרה זה אי קבלת הרישיון הוא לא תנאי אלא טעות המאפשרת את ביטול החוזה במסגרת סעיף 14.
3. חוזה עם קבלן שיבנה לאדם בית על הקרקע שלו - התנאי הוא קבלת רישיון בנייה. ייתכן מצב לפיו הצדדים הסכמיו לבנות בלי רישיון - זה יהיה חוזה בלתי חוקי ופסול.
4. אפשר והסכמנו שקבלת הרישיון תהיה תנאי מתלה או שאי קבלתו תהיה תנאי מפסיק.

פס"ד נתיבי איילון נ' בשורה- לדעת ביהמ"ש המחוזי מצב הצדדים נופל ל27(ב) כלומר שקבלת הרישון היא תנאי מתלה. ביהמ"ש העליון הגיע למסקנה שחברת נתיבי איילון לקחה על עצמה התחייבות חוזית, מכאן שהסעיף החל הוא 27(א) קרי חוזה רגיל על תנאי ולכן השופט המחוזי עשה טעות כשניגש לסעיף 27(ב) משום שחשב שהחוזה תלוי בקבלת אישור השר ולכן זה חוזה על תנאי מתלה (קבלת אישור מצד ג'). ביהמ"ש העליון הגיע למסקנה הפוכה מכמה נסיבות:

1. לשון החוזה- כתוב בחוזה שהמוכר יטפל על חשבונו ברישום הזכויות בנכס על שמו "על כל הכרוך בכך"- אם מה שכרוך בכך זה לקבל את אישור שר הפנים- זה תפקידו.
2. הנסיבות- נסיבה אחת ע"פ השופט ברק - פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם התנהגותן של בעלות הדין לאחר כריתת החוזה - עולה מהראיות שהמערערת נתיבי איילון ולא הקונה ביררה למה לא ניתן אישור וקיימה מגעים לקבלת האישור- לפיכך ניכר כי נתיבי איילון מנסה לקדם את קיום התנאי- זוהי התחייבות שהם לקחו על עצמם וזאת כפועל יוצא לכך שבינה לבין עיריית ת"א קיים חיוב. נסיבה שנייה לפי השופט טירקל – נתיבי איילון לא התנגדו לטענות בשורה ומתגובתם ברור שהם מבינים שהם נושאים באחריות לכך.

בפס"ד צאלים נ' דלק ביהמ"ש קובע כי הפרשנות לחוזה אף עולה בקנה אחד עם החזקה הקבועה בסעיף 27(ב) ומכאן שענייננו בתנאי מתלה (תלוי אישור מצד שלישי).

למה מכל האפשרויות שיכולות לחול במקרה של קבלת רישיון מצד שלישי, בוחר סעיף 27 (ב) לדבר דווקא על תנאי מתלה? סטטיסטית הכי נפוץ שאם החוזה מותנה בהסכמת צד שלישי- כנראה שמדובר בתנאי מתלה זאת כיוון שהצדדים לא ירצו להתחיל להשקיע משאבים וחיובים כל עוד הם לא בטוחים שהחוזה אכן ממשיך להתקיים. מכאן ההנחה שברוב המקרים מדובר בחוזה על תנאי מתלה. יש לזכור כי סעיף 27(ב) תמיד כפוף קודם לפרשנות הסובייקטיבית. סעיף 27 (ב) הוא תכלית אובייקטיבית של פרשנות החוזה והיא כפופה לסעיף 25(א). נפרש אובייקטיבית רק אם לא הצלחנו להבין את המחשבה הסובייקטיבית של הצדדים.

**סעיף 27 (ג)** - (ג) חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי.

אם החיובים מוקפאים לפני שנתקיים התנאי המתלה, כיצד יכולה להיות הפרה? מדובר על **הפרה צפויה –** מצב בו הסתבר לאחד הצדדים שהצד השני עומד להפר את החוזה אחרי מועד התקיימות התנאי. מצב זה עוסק במקרה שבו נכרת חוזה ולפני מועד החיוב מתברר שעומדת להיות הפרה במועד החיוב או לחלופין שהצד השני אומר שהוא לא מתכוון לבצע את החיוב (במפורש או בעקיפין למשל אם הוא שולח הודעת ביטול בגין עושק/כפיה/הטעייה סתם ולכן מלכתחילה הוא לא מתכוון להגיע גם לשלב התנאי) או מתוך הנסיבות - למשל, המוכר התחייב למסור תמונה עוד שישה חודשים ואחרי שלושה חודשים הוא שורף את התמונה (ברור שהוא לא יכול לקיים את החיוב).

במצב של הפרה צפויה הנפגע הפוטנציאלי זכאי לכל התרופות מיד- כאילו החוזה הופר.

**אז למה צריך את סעיף 27 (ג) אם יש הסדר בחוק החוזים תרופות בסעיף 17?**

**יש הבדל בין הפרה צפויה רגילה לבין הפרה צפויה של חוזה על תנאי:**

בחוזה רגיל- בהפרה צפויה מתרחשות נסיבות שמלמדות שהחיוב לא יתקיים אבל החיוב עצמו הוא ודאי - בוודאות צריך לקיים את החיוב ומתברר שהוא לא יתקיים.

בחוזה על תנאי- מתרחשת הפרה של חיוב שבכלל לא בטוח שיתקיים (כי אם התנאי המתלה לא יתקיים ממילא לא נצטרך לקיים את החיוב ומה שנחזה כהפרה חסר משמעות). ההסדר הרגיל של סעיף 17 לא מתאים ויש צורך בהסדר מיוחד. ההפרה הצפויה מתרחשת עוד לפני קיום התנאי- **במקרה כזה לא הגיוני לתת תרופות כאילו החיוב כבר הופר כמו בסעיף 17 כי אולי בכלל החיוב לא יגיע לכדי קיום**.

* סעיף 27(ג) אם כך, אומר שאפשר לקבל רק סעדים מניעתיים- לשם מניעת ההפרה.

יש הבדל בין סעדים לתיקון ההפרה שהן תרופות שמטרתן להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילולא החוזה היה מופר (פיצויים, אכיפה) לבין סעדים מניעתיים. הסעדים בסעיף 27(ג) הם סעדים לשם מניעת ההפרה ובחוק התרופות אין אף תרופה מניעתית. תרופות אלו מצויות בדינים שונים אחרים (תקנות סדר הדי האזרחי, חוק בתי המשפט ועוד) ומטרתן למנוע את ההפרה העתידית. למשל - בדוגמא של החנות, הקונה יכול לקבל צו מניעה שימנע מהמוכר לבצע עסקה אחרת כדי שבמידה והתנאי המתלה אכן יתקיים והמוכר יפר את החוזה הקונה יוכל לתבוע אכיפה או פיצוי.

* **יצויין כי אם הייתה הפרה בתקופה שלפני התקיימות התנאי, צד המפר את חובת תום הלב יוכל להיתבע על כך**.

פרופ' טדסקי כתב שהוא חושב שביהמ"ש יכול לתת גם אכיפה - אבל זו תהיה אכיפה על תנאי - אכיפה המותנת בתנאי המתלה - גלברד אומר שהשופטים לא נותנים סעדים תאורטיים וזה לא קרה מעולם (ביהמ"ש לא ייתן פסיקה שאולי תתרחש או לא).

מדוע סעיף 27(ג) קובע את הסעדים רק ביחס לחוזה על תנאי מתלה ולא בחוזה על תנאי מפסיק?

בחוזה על תנאי מפסיק החוזה לא מוקפא והוא אופרטיבי בכל שלביו.

אם מופר חיוב שמועד התקיימותו הוא לפני התנאי המפסיק?

זו הפרה של חיוב ודאי ואז על ההפרה חלות התרופות הרגילות.

מה לגבי חיוב שצריך להתרחש לאחר מועד אי התקיימות התנאי המפסיק?

אין הבדל בין מצב זה למצב בסעיף 27(ג) כי לא בטוח שהתנאי יתרחש או לא.

**לדעת ד"ר גלברד, בחוק יש חסר ואם מתרחשת סיטואציה כזו צריך לעשות היקש לסעיף 27(ג**) ולתת סעדים למניעת ההפרה.

מה קורה במצב בו אחד הצדדים פועל כנגד קיום התנאי המתלה?

נניח והוא הפר את חובת תום הלב והוא פועל כנגד המטרה המשותפת של הצדדים.

החוק יצר הסדר מיוחד למצב זה **בסעיף 28** שעוסק בהפרה הנוגעת לתנאי המתלה/המפסיק ולא בהפרה של החוזה כמו בסעיף 27(ג).

דוגמא - אדם שהולך ומשכנע את השר שלא ייתן היתר לבנייה (היפותטית במקרה כמו נתיבי איילון).

**סעיף 28-** אם אחד הצדדים גורם לחדילת החוזה עקב סיכול התנאי הוא לא יכול לטעון שהחוזה לא תקף והברירה בידי הצד התמים להחליט איך הוא רואה את המצב.

**28. סיכול תנאי**

(א) היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו.

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

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

* יודגש כי הכותרת לא נכונה- לא מדובר רק בסיכול התנאי אלא גם בקיום התנאי המפסיק.

**סעיף 28 (א)** עוסק במצב בו צד גרם לאי התקיימות התנאי המתלה.

**סעיף 28(ב)** עוסק במצב בו צד גרם לקיום התנאי המפסיק.

שני המקרים מביאים למעשה לאותה תוצאה.

**פירוש הסנקציה** הוא שמשום שצד גרם לאי קיום החוזה הוא לא יכול לטעון שהחוזה לא תקף

ומכאן אם הוא הפר את החוזה אפשר לתבוע אותו על הפרת חוזה. אם אחד הצדדים גרם לכך שהחוזה לא יתקיים- ממנו לא שומעים טענות והוא מושתק. כעת הצד השני התמים יחליט מה מתאים לו - אם הוא רוצה שהחוזה לא יהיה תקף אז החוזה לא תקף אבל אם הוא מעוניין בחוזה הוא יוכל לראות בחוזה כאילו הוא קיים ויוכל לתבוע פיצויים או אכיפה.

"סיכול" התנאי יכול להיעשות גם במעשה פאסיבי - אם הייתה לך אפשרות לתרום לכך שיתקיים התנאי המתלה ונמנעת מלעשות זאת- יראו אותך כגורם שמנע את קיום התנאי המתלה.

**נבחין בין שני סוגי חיובים –**

1. חיוב תוצאתי – חייט למשל שהתחייב לתפור חליפה מושלמת צריך לעמוד בתוצאות.
2. חיוב השתדלותי – עו"ד למשל יכול להתחייב כלפי לקוח לנסות אך לא להצליח.

יכול להיעשות גם במחדל-

בפס"ד נתיבי איילון נ' בשורה- רואים בעייתיות. אם נתיבי איילון לא פעלה לקיום התנאי אז כאילו היא מנעה אותו ודווקא אילו עשתה משהו לקיומו- ניתן לראותו כאילו לקחה על עצמה חיוב לבצע זאת (ואז זה לא תנאי מתלה). הפיתרון לבעיה הוא שאפשר לפעול למען קיום התנאי או אי קיום התנאי המפסיק אבל צריך לעשות זאת תוך הבהרה כי הצד עושה זאת מתוך אפשרות שקיימת לו ולא מתוך חיוב חוזי.

28 (ג) אומר שסעיפים קטנים (א) ו(ב) לא יחולו בשני מקרים:

1. חוזה אופציה שמשאיר בידי צד אחד את היכולת לקיים או לא לקיים.
2. הצד השני פעל בתום לב (לא בזדון ולא ברשלנות) למשל אדם שחושב שיש לו מהלכים טובים אצל השר ולכן פנה אליו כדי לעשות השתדלות אך הוא לא ידע שהשר שונא אותו ולפיכך לעולם לא ייתן את התנאי.

**סעיף 29 - בטלות החוזה או ההתנאה**

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

הסעיף מדבר על שני דברים:

1. אנו למדים ממנו שהתנאי המתלה או המפסיק אמור לחדול או להתקיים בהתאמה תוך הזמן שהצדדים קבעו ואם לא אז תוך זמן סביר.
2. תוצאות אי התקיימות התנאי המתלה או קיום המפסיק- פקיעת החוזה או ביטול ההתנאה.

* פרק תרופות תלות בין חיובי הצדדים כל פסקי הדין

**הרצאה מספר 24 - 31.12.2013**

**השיעור נפתח בשאלה:**

ראובן התחייב להשכיר את דירתו לשמעון בתנאי שלאה תסכים, כעת עוד לפני שלאה נתנה את הסכמתה ראובן מתחייב להשכיר את אותה דירה באותו מועד ללוי.

במקרה כזה מדובר **בהפרה צפוייה** של חוזה **על תנאי** והתרופות הן **סעדי מניעה** (צו מניעה זמני, צו עיכוב זמני) – סעיף 27(ג). אם עכשיו ראובן יירצה לגרום ללאה שלא להסכים לתנאי הוא יהיה מושתק לפי סעיף 28 ולכן שמעון (הצד התמים) יוכל לבחור את הסעד שירצה.

## ב. תלות בין חיובי הצדדים ודחיית קיום (שייך לפרק הבא של תרופות אך הגיע כאן)

* **שוחט נ' לוביאניקר**
* **דלתא הנדסה נ' שכון עובדים**
* [**ארבוס נ' רובינשטיין**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121097/Media/פסיקה/ארבוס%2098.doc)
* **נושא זה עוסק בחלקו בתוכן החוזה ובחלקו בנושא התרופות.**

אם אחד הצדדים לא מקיים את חיובו – האם הצד השני יכול לדחות או להשעות את קיום החיובים שלו? (זאת כמובן מבלי שהוא ביטל את החוזה). אם אחד הצדדים מפר והנפגע מבטל כדין ברור שאין צורך לקיים את החיוב אבל אם הוא לא ביטל – האם הוא יכול כרגע או לפחות לתקופת הביניים הקרובה נוכח ההפרה של הצד האחר לא לקיים את החיוב שלו? **השאלה רלוונטית רק** בחוזה שיש בו חיובים הדדיים לביצוע (חוזה סינרגמטי). יש חוזים שמלכתחילה הם חוזים שמטילים חיובים רק על צד אחד (למשל מתנה). גם אם מישהו סיים לקיים את חיוביו, למשל החיוב מתחיל כהדדי אבל בשלב מסויים הוא הופך להיות חד צדדי (למשל בהלוואה – מרגע מתן ההלוואה רק צד אחד מחוייב להחזיר אותה) השאלה לא רלוונטית.

**מתי אם כן ניתן לדחות קיום חיוב? ייתכנו שלושה מצבים:**

מצב ראשון:

המוכר התחייב לספק את הממכר לקונה ב1 לחודש. הקונה מתחייב לשלם ב10 לחודש. מגיע ה1 לחודש והמוכר לא מוסר את הסחורה- מפר את החוזה. האם הקונה חייב לשלם ב10 לחודש מבלי שהוא מבטל את החוזה?

**היה דירוג זמנים לחיובים והופר החיוב הראשון בזמן. האם השני בזמן צריך לקיים במצב בו הוא לא ביטל את החוזה? האם הוא רשאי להשהות את מועד קיום חיובו?**

מצב שני:

מוכר התחייב למסור סחורה ב1 לחודש. הקונה התחייב לשלם לו ברגע קבלת הסחורה. המוכר לא מוסר את הסחורה. האם הקונה צריך לשלם מבלי שהוא מבטל את החוזה?

**מועד החיובים הוא מקביל. אחד מפר, האם השני יכול לדחות את קיום חיובו?**

מצב שלישי:

הצדדים הסכימו שב1 לחודש הקונה ישלם על הסחורה והמוכר ימסור את הסחורה ב10 לחודש. הקונה צופה מראש שב10 המוכר לא יעביר את הסחורה. עוד לא הייתה הפרה אבל יש צפי להפרה. האם הקונה יכול לדחות את חיובו?

**יש חיובים מדורגים בזמן והמחויב הראשון בזמן עומד לקיים והוא צופה שהחיוב השני בזמן יופר. האם הראשון כבר מראש יכול לדחות את קיום החיוב שלו?**

דחיית קיום נוכח הפרה של הצד האחר (בעבר, בו זמנית או הפרה צפויה) יכולה להתעורר ביחס לכל חוזה שיש בו **חיובים הדדיים שאינם עצמאיים**.

עד השנים האחרונות המחוקק ובתי המשפט בעקבותיו הסתכלו על שאלה זו בפרספקטיבה של תוכן החוזה. ניתן להניח זאת כי התשובה לשאלה מופיעה בפרק של תוכן החוזה - בסעיפי ההשלמה ולא בדיני התרופות.

אם מנתחים את המקרה לפי פרשנות החוזה: צד יכול לדחות את קיום חיובו אם הצדדים הסכימו לכך בחוזה (קבעו שהפרה תאפשר דחייה). הבעיה היא שבד"כ לא קיים הסדר חוזי לגבי מצב שכזה.

בגלל שהחוק ידע שהצדדים לא מסדירים נושא זה- הוא קבע מנגנון השלמה:

האם הנפגע בפועל או הנפגע הפוטנציאלי יכול להפעיל סעד מסויים של דחיית קיום חיוביו במקרה שהצד השני הפר או עומד להפר את חיוביו? אם אנו מסתכלים על זה כך, אנו נמצאים בדיני התרופות. יש להבין כי הסעד לא נועד להחזיר את המצב לקדמותו אלא לקבע את המצב כפי שהוא ולא לאפשר לנזק לגדול. מטרת סעד זה היא לאפשר לנפגע להתגונן כצעד ראשון מפגיעה עקב הפרה.

השופטת דורנר מסבירה בפס"ד ארבוס את חלק מהיתרונות של דחיית קיום:

1. דחיית קיום היא סעד עצמי- בלי עזרה של בית משפט.

נדגיש כי כל תרופה שהיא סעד עצמי שהופעלה שלא כדין היא בעצם הפרה של החוזה. לדחיית קיום יש יתרון על סעד הביטול בעובדה שהוא עצמי (שניהם כאלה). אם צד מודיע על ביטול החוזה והביטול היה שלא כדין זו הפרה חמורה. מאידך, אם הצד דוחה את קיום החיוב ומסתבר שזה בוצע שלא כדין זו הפרה יותר קטנה משום שהוא רק דחה את הקיום ולא ביטל אותו לתמיד.

1. זהו סעד שמשדר מתינות.
2. פעמים רבות כשיש הפרה הנפגע בשלב המיידי עוד לא יודע מה הוא רוצה- האם ירצה לבטל את החוזה או שהוא רוצה לדרוש את קיומו של החוזה ולתבוע אכיפה. החלטה זו היא החלטה אסטרטגית לא קלה וכדי לקבלה עליו לבדוק נתונים שונים. דחיית קיום מאפשרת לו מצד אחד לא להמשיך להשקיע משאבים בחוזה שעתיד להיות בעייתי ומצד שני הוא שומר לעצמו את כל האופציות פתוחות משום שבעקבות דחיית קיום החיוב הוא יכול בשלב מאוחר יותר לתבוע קיום ואכיפה- למעשה כך כל הסעדים פתוחים לפניו.

באיזה משלושת המצבים יכול נפגע בחוזה לדחות את קיום חובתו כך שזה לא ייחשב להפרת חוזה?

**43. דחיית קיום**

(א) המועד לקיומו של חיוב נדחה -

(1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה 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.

סעיף קטן (א)3 נותן תשובה לדוגמה השנייה שניתנה שעוסקת ב**חיובים בו זמנית**-

מדוע מנגנון ההשלמה שבחוק קובע שבמקרה של חיובים בו זמנית- אם אחד מפר השני יכול לדחות וזאת במידה ולא הסכימו אחרת?

ביתר דיוק- מדוע החוק מניח כי במצב של **חיובים בו זמנית**- דחיית קיום החיוב היא רצון הצדדים?

כשעסקנו במנגנוני השלמה ראינו שביהמ"ש שואף לשער מה הצדדים היו מסכימים אם היו מסדירים זאת בחוזה קרי מנסה להתקרב כמה שאפשר לאומד דעתם של הצדדים. ההגיון שלנו אומר שאם צד אחד לא מקיים - גם הצד השני לא רוצה לקיים. הסבר שניתן למצוא בפסיקה קובע כי אם שני צדדים החליטו שהחיובים שלהם יהיו בדיוק באותו זמן (מה שאינו מקרי), מן הסתם אלה נקבעו באותה נקודת זמן מדוייקת משום שכל אחד מהם רצה לוודא שהוא מקיים וגם השני מקיים (נניח כשאדם קונה דבר מה, הוא בודק את טיב הסחורה בו ברגע והמוכר סופר את הכסף שקיבל).

קביעת החיובים באותו מועד בדיוק כנראה מעידה על אומד דעת הצדדים ששואפים ליצור יחסים של תלות הדדית בין החיובים שלהם – אלו הם "חיובים שלובים".

אם נקפיא פריים של הרגע שבו צד אחד מפר ולפיכך הצד השני דוחה את קיום חיובו - במצב של חיובים שלובים כשמגיע הסכסוך לביהמ"ש- השופט רואה שני צדדים שלא קיימו את חיוביהם. אולם, **מי המפר ומי הדוחה?**

הפסיקה קבעה בע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום- מדבריו של השופט שמגר: מקום בו על שני הצדדים לקיים חיובים מקבילים האחד יכול לתבוע את רעהו על ההפרה אלא רק אם התחייב או לפחות היה נכון לקיים את חיוביו שלו. אם כל אחד תלוי בשני אז כל אחד לא מקיים כי תלוי באחר– יוצא מעגל. כך היינו מסכלים את קיום החוזה והיינו מקשים על ההליכים המשפטיים. **המבחן אינו יכול להיות ביצוע החיוב המקביל ממש אלא רצון לקיום החיוב**. למשל בחוזה מכר: על המוכר להיות נכון למכור את החזקה בממכר והקונה חייב להיות נכון לשלם את הממכר. זהו המבחן: **"מבחן הנכונות לקיים**". יצויין כי ברמה הפרקטית לא קל להוכיח נכונות לקיים משום שהיא לכאורה עניין שבכוונה. במציאות לרוב המקרים כן יש סימנים של נכונות, כמו למשל, פינוי הדירה למכירה וכדומה. אפשר להציג ראיות על נכונות לקיים מצד אחד ועל סרבנות לקיים מצד שני- זה מה שיוצר את ההבחנה בין המפר לדוחה.

סעיף קטן (א)2 נותן תשובה לדוגמה הראשונה שניתנה שעוסקת **בתנאי לקיום ראשוני**-

סעיף קטן 2 –

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

כאשר החיובים מדורגים בזמן – אם הראשון לא מקיים השני יכול לדחות את קיומו עד שהראשון מקיים אבל בתנאי שהם תלויים אחד בשני- שיש תלות בין החיוב השני בראשון.

מתי יש תלות כזו? **כשהצדדים מסכימים** שתהיה תלות כזו.

ההתנייה הזו לא קיימת בסעיף קטן 3 שם החוק יצא מנקודת הנחה שהחיובים תלויים זה בזה משום שהם בו זמניים. בסעיף קטן 2 החוק לא מניח שהחיובים תלויים זה בזה. אם הצדדים כתבו בחוזה את עניין התלות אז אין בעיה אבל ברוב המקרים אין אינדיקציה ברורה בחוזה ביחס לכוונת הצדדים בסוגיית התלות בין חיובים. במקרה כזה - **פונים לפרשנות.**

* **עד אמצע שנות ה-80 עמדתו של ביהמ"ש הייתה שבאין סימנים הפוכים נקודת המוצא היא שהצדדים התכוונו שלא תהיה תלות בין החיובים והחיובים הם בגדר עצמאיים**.

עמדה זו של ביהמ"ש מתבטאת בע"א 765/82 אלתר נ' אלעני- אלעני היה קבלן בניין שבנה בית דירות בחולון ובקומת הקרקע של הבניין היו חנויות. לאלתר הייתה חנות בבניין אחר קרוב. אלעני הציע לאלתר לקנות אצלו חנות חדשה עוד לפני שהחל בבניה. אלתר אמר שאין לו הרבה כסף ואלעני אמר שהוא מוכן לחכות עד שימכור את החנות שלו והסכום ישולם במועד מכירת החנות של אלתר. החוזה נחתם בחודש מאי 1971 ולפי החוזה הבניין היה צריך להיות גמור באוגוסט 1972. רק בשנת 1974 הצליח אלתר למכור את החנות שלו אבל הקבלן עוד לא התחיל לבנות אפילו. באופן טבעי הקונה לא רצה לשלם את החיוב על חנות שלא קיימת. שנתיים לאחר מכן הסתיימה הבנייה ועכשיו הקונה רצה לשלם על החנות. בינתיים עלו מחירי החנויות מאוד והקבלן טען להפרה של החוזה (שהקונה לא שילם לו כפי שהוסכם כשמכר) ורצה לבטל את החוזה. **השאלה היא האם אלתר הקונה היה זכאי לדחות את התשלום כאשר הייתה הפרה קודמת בזמן של הקבלן אלעני המוכר?**

בניגוד לתשובה האינטואיטיבית שכן- ביהמ"ש קבע להפך. האם מדובר בחיוב עצמאי או בחיובים שיש ביניהם תלות? ביהמ"ש אמר שאם הצדדים לא תזמנו את החיובים לאותו מועד אזי אין להם כוונה להתלות את החיובים שלהם אחד בשני. אם הם היו רוצים שהחיובים יהיו תלויים זה בזה עליהם לציין זאת באותיות קידוש הלבנה.

**תשובה זו לא מסתדרת עם ההיגיון כיוון שיש סיבות רבות אחרות לאי תזמון ביצוע החיובים לאותו מועד** למשל תזרים מזומנים, הכנסות עתידיות, שיקולי מס ועוד.

זו התוצאה של הפסיקה עד שנות ה80 ולאחר השינוי בצורת החשיבה סביר להניח שהיום פסק הדין היה הפוך.

**הדוגמה השלישית שניתנה עוסקת בהפרה צפויה-**

בחוק אין הסדר לעניין זה.

באופן עקרוני הפרה צפויה מוסדרת בדיני התרופות. המחוקק הישראלי חשב על דחיית קיום החיוב בפריזמה של תוכן החוזה ולא בפריזמה של דיני התרופות ולכן הסדיר את ההפרה הצפויה בפרק ה'- תרופות של חוק החוזים חלק כללי (סעיף 17). סעיף ההפרה הצפויה אומר שאם צד צופה הפרה של חיוב עתידי החוק נותן לו תרופות לפי חוק התרופות- אבל **בחוק התרופות אין הסדר של דחיית קיום**. במקביל, **בחוק שעוסק בתוכן החוזה אף אחד לא חושב על הפרה צפוייה (סעיף 43)** כי הפרה מקוטלגת בדיני התרופות וכך הסיטואציה השלישית נופלת בין הכסאות.

כיצד אם כן ניתן מענה למצב השלישי שעוסק בהפרה צפויה:

1. **במשפט האמריקאי -** אם במהלך ביצוע החוזה מתקיים אצל אחד הצדדים חשש סביר שהצד השני עומד לא לקיים את חיובו צד זה יכול לפנות לצד השני שחיובו כנראה צפוי להפרה ולדרוש ממנו בטוחה או ערובה לקיום החיוב. הערובה או הבטוחה תלויות בנסיבות העניין. ברגע שהוא פונה לצד השני הוא יכול לדחות את חיוביו עד שהצד השני יספק את הערובה תוך זמן סביר של 30 יום- כך, המצב של החשש הופך להיות הפרה צפוייה ואז הנפגע זכאי לכל התרופות שכוללות גם דחיית קיום וגם שאר התרופות להפרת חוזה.

2. **בישראל אין פתרון**- עניין זה נדון לראשונה בפס"ד שוחט נ' לוביאניקר: שם נדון חשש סביר להפרה (ולא הפרה צפויה). לוביאניקר היו צריכים בחודש אוגוסט להעביר את הבעלות בדירה לשוחט- שוחט אמורים לשלם רק בספטמבר אבל באוגוסט נוצר אצל לוביאניקר חשש ששוחט לא ישלמו משום שהיה ויכוח בין הני הזוג שוחט והם טסו שניהם לאוסטרליה ונסיעה פתאומית כזו שבאה על רקע הסכסוך מבלי לדעת מתי יחזרו היא שיצרה את החשש. בפנייה לעורך הדין של שוחט התשובה שלו הייתה עמומה. במצב זה, אילו היו פועלים לפי הדין האמריקאי היה הפתרון המושלם.

פתרון נוסף שהיה ביד לוביאניקר הוא לבטל את החוזה.

**ביטול החוזה לא טוב מכמה סיבות**:

א. הם לא היו מעוניינים בביטול החוזה- הם רצו את קיומו- והם כלל לא היו בטוחים שיש בעיה אלא רק חששו.

ב. אפשר לבטל במצב של הפרה צפויה במידה ורמת הודאות להפרה מאוד גבוהה ואילו פה היה רק חשש. למשל, אם היה מסתבר שהקונים הוכרזו כחדלי פירעון אז היה ברור שתהיה הפרה של החוזה.

ג. במצבם הקונקרטי אם הם היו מבטלים את החוזה הם היו נחשבים למפרים.

**לכן, לוביאניקר פשוט לא העבירו את הבעלות** ובחודש ספטמבר בו היו צריכים לקבל את התשלום פנו שוב לעו"ד של שוחט והלה טען פתאום שהכסף לתשלום נמצא אצלו בערבון וכעת יש להפחית מסכום התשלום בשל הפרה של החוזה מצד לוביאניקר.

השופטת בן פורת אומרת כי אכן אין הסדר למצב זה בדין הישראלי ואת ההסדר היא מוצאת בסעיף 39- תום הלב. אם המוכרים סתם לא היו מעבירים את הבעלות ודוחים אותה זה היה נחשב להפרה. בגלל שזה נעשה כשתגובה לחוסר תום הלב של הקונים אז זה בסדר לדחות את הקיום מבלי שזה ייחשב להפרה. זוהי אם כן התשובה הראשונה שהפסיקה נותנת לנו למצב השלישי- **בחשש להפרה צד יכול לדחות את קיומיו בהסתמכות על עקרון תום הלב.** חשוב להדגיש גם שהשופטת בן פורת לא עוסקת בשאלת הכוונה של הצדדים – האם התכוונו ליצור תלות בין חיובים. בהסתמך על ההלכה הקיימת מלפני כן, היינו צריכים להגיע למסקנה שאין תלות בין החיובים כי הם לא בו זמניים.

בעקבות הפסיקה הזו ניתן לראות בשורה של פסקי דין הניתנים באותה תקופה שינוי בגישה:

פס"ד דניאלסה נ' גד שט ופס"ד מקור פיתוח עירוני נ' קרון- הייתה הפרה צפויה באופן ברור. השאלה הייתה האם במצב של הפרה צפויה (לא חשש להפרה צפוייה) ניתן לדחות את הקיום?

השופט בך אומר שהתשובה היא שקל וחומר **וזאת משתי סיבות:**

* + - 1. אם במצב של חשש מפני הפרה ניתן לדחות קיום קל וחומר כשהדוחה בטוח.
      2. אם במצב של הפרה צפויה ניתן לבטל את החוזה, קל וחומר שניתן רק לדחות.

השופט בך אומר שצד הנפגע מהפרה צפויה רשאי שלא לקיים את חיובו שלו. זכות זו תעמוד לנפגע מהפרה צפוייה כאשר קיימת **תלות** בין חיובו והחיוב שהפרתו צפויה. **על תלות זו בין החיובים אנו למדים לא רק ע"פ המועדים שבהם מבוצעים החיובים** (בניגוד להלכה הקיימת שאותה בן פורת לא שינתה בפס"ד לוביאניקר) **אלא ע"פ הנסיבות המיוחדות וכללי ההיגיון והשכל הישר**. כללי ההיגיון הם שגם חיוב שהוא לכאורה עצמאי ניתן לראותו כמותנה בנכונות ורצון מתמשך של הצד השני לפעול ע"פ החוזה. **השופט בך מכניס לראשונה את ההיגיון כפונקציה**. השכל הישר אומר שבחוזה בו יש חיובים הדדיים אומד דעתו של כל צד הוא שהחיוב שלו מותנה בנכונות של הצד השני לעמוד בהתחייבות שלו- וברגע שהתחייבות הזו נפסקת- צד יכול לדחות את קיום חיובו.

דברי בך הופכים את החזקה- **בכל חוזה הדדי יש הנחת מוצא שאומד הדעת הנורמטיבי הוא תלות בין החיובים.**

בפס"ד דלתא הנדסה נ' שיכון עובדים שוב עלתה השאלה של דחיית קיום החיוב. 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). ברגע ששיכון עובדים ביטלו את החוזה **הביטול לא היה כדין**. החיוב שדובר על דחיית קיומו הוא התשלום עבור מימוש האופציה. דלתא באי תשלומם עבור הרכישה לא התכוונו לדחיית קיום החיוב אלא הם לא שילמו כי הם היו כבר באמצע ההתדיינות בביהמ"ש. השופטת דורנר אומרת כי הפרה צפויה מקנה לנפגע את הזכות לעכב את חיובו ובלבד שהחיובים שלהם שלובים שכן, הנטל לחייב חיוב עצמאי מבוסס על הנחה שהצד השני מתכוון לקיים את חיוביו. (יש פה קצת שיבוש בהגדרות אבל כוונתה מובנת) והיא **שחיוב נפרד בזמן מבוסס על ההנחה כי הצד השני יקיים את חיוביו במועד שנקבע**. הודעת הביטול של שיכון עובדים מלמדת שהצד שמסר אותה לא יקיים את חיוביו בחוזה ולכן יש לאפשר לדלתא לדחות את חיוביה כי היא עמדה במבחן הנכונות למימוש התחייבותה.

* אכיפה – ב', ורטהיימר לוין נ' לוין

**הרצאה מספר 25 - 2.1.2014**

**השיעור נפתח בשאלה – למה בני הזוג ארבוס שילמו את הכסף על הדירות?** כי החוזה חייב אותם. **שאלה נוספת – למה עורכת הדין של ארבוס דרשה ריבית פיגורים ולא שכר דירה או דמי שכירות?** כי השתלם להם יותר לטעון לריבית עקב האינפלציה הגבוהה בשנים אלו.

בפס"ד ארבוס נ' רובינשטיין: הדברים מגיעים לשיאם- ההפרה הייתה על איחור בגמר בניית הדירה של בערך שנה. במצב רגיל הנפגע אמור לתבוע פיצויים בשל הפרת חוזה.

מהן האפשרויות לראשי הנזק שעמדו לרשות התובעים?

1. שכר דירה ששילמו במהלך השנה הזו.
2. אם הדירה נקתנה להשקעה הם היו משכירים אותה- אובדן דמי שכירות למשך שנה.
3. ריבית והפרשי הצמדה - רעיון זה מבוסס על זה שיש תלות בין מועד המסירה לתשלום ולכן מעקרון הזכות שלהם לדחיית החיוב הם היו יכולים להשאיר את הכסף אצלם ולשלם רק בעוד שנה. אולם הם שילמו כבר הכל ובמצב בו הכסף שלהם כבר נמצא בכיס של המוכר והמוכר מקיים את חובתו באיחור של שנה זכאים בני הזוג להפרשי הצמדה וריבית. הריבית הייתה גבוהה מאוד באותם ימים עקב אינפלציה והפרשי ההצמדה היו גבוהים ולכן הם תבעו את הריבית ולא את ראשי הנזק האחרים- זה הכי השתלם להם.

בפס"ד זה השופטת דורנר מציגה את היתרונות של דחיית חיוב הקיום: יעילות, חוסכת הפסדים נוספים מצד הנפגע, מתמרצת את המפר לקיים את חיוביו. דורנר אומרת גם שויתור על התלות צריך להיות מפורש- אם לא נאמר כלום יש להסיק כי יש תלות, זאת כמובן בניגוד גמור לפס"ד אלתר נ' אלעני בו נקבע שכדי לקבוע תלות בין הצדדים צריך בחוזה הוראה מפורשת ואילו פה היא אומרת את ההיפך. **המסקנה כרגע** היא ש**בחוזה אין זה משנה מהו עיתוי החיובים ויש תלות ביניהם**- שלילת התלות אם כן היא באמצעות הוראה מפורשת (ולכן נקודת המוצא היא שאכן יש תלות).

השופטת דורנר אומרת שאפשר להתנות ולשלול את התלות אבל אם ההתנייה תהיה בחוזה אחיד- היא תיחשב לתנאי מקפח. במקרה זה לדעתה, מאחר שחוזים של חברות בנייה הם חוזים אחידים- שלילת התלות בחוזה אחיד בהוראה מפורשת תיחשב כמקפחת. מפני שתנאי כזה הוא על פניו תנאי מקפח כמשמעותו בסעיף 4 (6) לחוק החוזים האחידים- סעיף זה קובע חזקת קיפוח לגבי תנאי בחוזה אחיד ששולל או מגביל תרופה שעומדת ללקוח ע"פ דין או חוזה. **השופטת דורנר סוף סוף הראשונה שתופסת שדחיית קיום היא בעצם תרופה ואנו רואים בפסיקה שדחיית קיום היא תגובה להפרה והיא עניין תרופתי ולא רק הסדר שבתוכן החוזה.**

**הפרה של חיובים שוליים או אגביים לא מקנה זכות לדחיית קיום החיוב:**

עניין זה נקבע בע"א 2568/98 פטר נ' חממי- פטר הוא הבעלים של חלקת קרקע בראשל"צ וחממי הוא קבלן וביניהם יש עסקת קומבינציה- הקבלן בונה בתים ומבנים מסחריים על הקרקע של פטר ובתמורה הקבלן מקבל כמה דירות. פטר התחייב לשלם חיובים נוספים חוץ מהבנייה ומסירת הקרקע שהוגדרו כהוצאות פיתוח– מס שבח, עלויות חיבור למים חשמל וגז, הוצאות גינון וסלילת המדרכות או הכבישים בסמוך לנכסים, חבות שהותנתה בדרישת תשלום ובהמצאת אישור על ההוצאות ע"י חממי. התנאי לא קויים, פטר לא שילם את ההוצאות ולפיכך חממי לא מסר במשך שנים את החזקה במבנים לפטר. בביהמ"ש דנו האם יש תלות בין החיובים או לא. ביהמ"ש אמר כי לא מדובר בחיובים שיש ביניהם תלות- "סכום הוצאות הפיתוח היה זניח ביחס לשוויה הכולל של העסקה ולא נראה סביר כי בתשלומם של סכומים זניחים אלו יותנה הביצוע המרכזי של המשיב".

* **ההבדלים בין הצעת חוק דיני ממונות לבין הדין הקיים:**
* סעיף 43א (3) כנגד סעיף 52 (א) שקובע כי המועד נדחה אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו. בכך אין הבדל או חידוש מפני שבחוק הקיים אין בעיה בנושא והוא הדין.
* סעיף 43 (א) (2) כנגד סעיף 127(א) שקובע שחיוב של צד לחוזה שהמועד לקיומו מאוחר מהמועד לקיום חיוב עיקרי של הצד השני יהיה מותלה בקיום החיוב של הצד השני- זוהי חזקת התלות שמחליפה את 43 (א) (2) **ומצרפת את ההלכות המאוחרות בפסיקה**- יש חזקה שניתנת לסתירה באמצעות הוראה מפורשת בחוזה אבל לא בחוזה אחיד- שהחיוב השני בזמן תלוי בחיוב הראשון בזמן. אם לא יקויים הראשון- השני יכול להידחות.

בסעיף 127 (ב) לקודקס: "היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי שמועדו עוד לא הגיע זכאי הצד השני לדרוש בטוחה לקיום ולדחות את קיום חיובו"- סעיף זה מועתק מהדין האמריקאי וממלא את הלאקונה שיש היום בחוק שפס"ד שוחט מילא.

* יצויין שבלשון הקודקס בכל הסעיפים מדובר על **חיוב עיקרי**- נובע מפס"ד פטר נ' חממי.

**ההבדל בין הפרה של חיוב עיקרי לבין הפרה יסודית-**

הפרה של חיוב עיקרי יכולה להיות הפרה לא יסודית. למשל, החיוב של הקונה לשלם הוא החיוב העיקרי בחוזה אבל אם הקונה מאחר בתשלום בשעתיים יכולה להיות הפרה לא יסודית של חיוב עיקרי. הפרה יסודית היא הפרה שאדם, לו היה צופה אותה, לא היה מתקשר בחוזה בגללה.

**החלק התוכני הוא זה שמאפשר דחייה של החיוב כאשר מדובר בחיוב עיקרי- ולאו דווקא המהותי**.

* בסעיף 496 לקודקס כתוב כי "הופר חוזה הפרה יסודית זכאי הנפגע להשעות (לדעת גלברד להשהות) את קיום חיוביו עד שהמפר יקיים את חיוביו".

סעיף זה מופיע בפרק התרופות וזו ההכרה הצפויה של המשפט הישראלי בדחיית קיום כתרופה. נכנסת פה תרופה חדשה שנקראת **השעיית קיום**. תרופה זו מגיעה גם בהיבט התוכני וגם בהיבט התרופתי- זאת עקב מקרה כדוגמת זה- אם המוכר צריך למסור סחורה ב1.1 והקונה לשלם ב3.1 והמוכר מתקשר לקונה ואומר שיש לו בעיות והוא יספק את הסחורה רק ב5.1 – לפי המבחנים של הפרה יסודית זו לא תיחשב הפרה יסודית. מאידך, המשמעות לפי הסעיף המוצע היא שהקונה שלנו יצטרך ב3.1 לשלם ולא יוכל לדחות את קיום חיובו וזה לא הגיוני שכן הצדדים קבעו שקודם מספקים ואז משלמים ופה החיובים יתהפכו. אם היינו מתמקדים כמו בחלק התוכני שמאפשר לדחות קיום כשמדובר בהפרה של חיוב עיקרי ולא הפרה יסודית אפשר לדחות קיום. יתרה מזאת- נראה בהמשך שאפשר אף לבטל חוזה בהפרה של חיוב עיקרי, לכן קל וחומר גם כאן.

ההסדר של דחיית קיום כפי שמופיע בקודקס הוא יחסית דליל לחשיבות הנושא הזה. קיימת שורה של נושאים רבים שלא מוסדרים:

1. יש הפרה והצד השני דוחה את הקיום. לפעמים, כדי לבצע חיוב צריך הכנה מראש. עכשיו הצד שדוחה קיום תלוי בקפריזה של המפר. האם הנפגע צריך להיות תמיד בכוננות קיום?
2. כמה זמן אפשר לדחות קיום? לנצח?
3. זכות עכבון- מוסכניק יכול לעכב רכב של אדם עד שישלם. הפסיקה אומרת שיש גבול לתקופת העיכוב. מה לגבי דחיית קיום? בפס"ד מונסנגו נ' מכביאן- קובע השופט עמית שהנפגע לא יכול לשבת על הגדר לאורך זמן והוא צריך תוך זמן סביר להחליט מה הוא רוצה: אכיפה או ביטול ולפעול בהתאם. **אי אפשר להמשיך לדחות מעבר לזמן סביר (היקש שנלמד מסעיף 41).**

יצויין גם צידו השני של המטבע - אם צד אחד מפר, הצד השני יכול לעכב את קיום החיוב שלו וכעת ההדק על הביצוע נמצא דווקא אצל המפר – החוזה יחזור לתוקף אם הוא יתקן את הפרתו ויקיים אותה וכעת יש לתת זמן סביר לנפגע להתארגן ולקיים את חיובו שלו שהוא דחה.

# 5. תרופות בשל הפרת החוזה (הפרק לא נלמד וסודר בדומה לסילבוס)

## א. מבוא לתרופות

* **עיריית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ**
* **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס**
* **EXIMINנ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל**
* **עברנו לחוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה התשל"א 1970**

חוק התרופות מסדיר את נושא התרופות. כמו חוק החוזים הכללי הוא קצר יחסית, תמציתי והיישום מחייב פרשנות רבה (אף יותר מבכללי). יש בחוק התרופות פרדוקס מובן ומקורו בכך שהוא נחקק לפני חוק החוזים (חלק כללי) כאשר הסדר צריך להיות הפוך. בנושאים מסויימים יש חוסר התאמה.

* אחת ממטרות הקודקס היא לפתור בעיות של חוסר התאמה. כרגע הפסיקה מיישרת את העניינים הללו- אבל החוק הזה רחוק מלהיות מושלם.

חוק התרופות הוא לא המקור היחידי לתרופות להפרת חוזה:

יש לא מעט תרופות שהן מחוץ לחוק התרופות. **סעיף 22** לחוק הוא סעיף של שמירת דינים. יש סעדים כלליים מחוץ לחוק התרופות. כמו כן, ישנם הסדרים תרופתיים של ממש המצויים מחוץ לחוק התרופות, דוגמא – **תרופת הניכוי מהמחיר** – מצויה בחוק המכר, וחלה רק על חוזי מכר. אולם, הכנסת חוקקה את חוק השכירות בהסתמך על חוק המכר, והתרופה הועתקה גם לחוזי שכירות. בהמשך, התקבל חוק הקבלנות, שקובע גם הוא את תרופת הניכוי מהמחיר. התרופה נמצאת מחוץ לחוק התרופות, אך חלה על מספר רב של חוזים.

**הדבר שונה מפיצויים.** **תרופת ניכוי המחיר מתמקדת במועד קיום החוזה ומשחזרת מחיר חוזי משוער שצד הסכים לו. תרופת הפיצויים, מנגד, מתמקדת במועד ההפרה, ומטרתה להעמיד את הנפגע במצב לו קוים החוזה כראוי. מטרות שונות, תוצאות שונות.**

* בהצעת חוק דיני ממונות התרופה הוכנסה לתוך חלק התרופות.
* **ככלל אצבע - כל דיני התרופות שלנו מצויים בסעיף 2 וכל יתר הסעיפים הם פירוט של סעיף זה. אנו נעסוק בשלוש התרופות העיקריות – אכיפה, ביטול ופיצויים למרות שיש גם עכבון, קיזוז וכדומה בהן לא נעסוק.**

**סעיף 2**

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

**בסעיף 2 נקבע מתי קמה הזכות לתרופות:**

1. התנאי הראשון- **קיום חוזה תקף**.

הטענה הראשונה של הנתבע פעמים רבות בתביעה היא שבכלל אין חוזה תקף (מסיבות שונות כמו לא הייתה כוונה ליצירת יחסים משפטיים, פגמים בכריתה, כשרות משפטית וכולי).

1. התנאי השני- **מעשה או מחדל בניגוד לחוזה**- צריך להיות פער בין מה שנעשה או לא נעשה לבין תוכן החוזה. פער זה הוא ההפרה.

**אילו מישורים יש לעבור כדי לדעת אם מעשה הוא הפרה או לא?**

פרשנות, השלמה והתערבות – כל אלה שייכים לבירור בנושאי תוכן החוזה.

מה הדין לגבי מצב שבו צד מכניס לחוזה הצהרה כלשהי ומסתבר שהצהרה זו לא נכונה? למשל, המוכר מצהיר שהנכס הנמכר נקי מזכויות של צדדים שלישיים ומסתבר שיש בו כאלה- האם זו הפרה? אם אותה הצהרה הוצהרה בשלב הטרום חוזי והיא לא נכונה- יש כאן הטעיה. בדוגמא יש הצהרה **בתוך החוזה**- האם זו הפרה? יש קושי עם ההגדרה של הפרה משום שההגדרה בחוק התרופות היא מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה- העובדה שיש הצהרה שלא תואמת את המציאות לא נכנסת להגדרה זו. אלא אם כן, כאשר צד מצהיר משהו בתוך החוזה הוא במשתמע נוטל על עצמו התחייבות לדאוג שזה יהיה מצב הדברים. ואז בדרך זו נוצרת הפרה.

**לשון החוק תומכת בכך שגם דברים מינוריים הם בגדר הפרה- אבל זה במשתמע ולא במפורש. כל פער בין ההתחייבות החוזית לבין הביצוע בפועל מהווה הפרה**.

* מכוח עיקרון תום הלב גם בדיני החוזים חל העיקרון שקיים במפורש בדיני הנזיקין והעונשין – זוטי דברים לפיו אם העניין הוא שולי זניח וחסר חשיבות זו לא הפרה או הפרה שביהמ"ש לא יעסוק בה.
* בסעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות עוסקים בזוטי דברים לכל המשפט הפרטי.

**הפרה צפויה סעיף 17:** (עדיין בגדר התנאי השני – שעוסק בהפרה)

17. גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות הענין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שביהמ"ש, בנתנו צו אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיומו.

סעיף זה מאמץ לתוך החוק שלנו דוקטרינה אנגלית שהייתה קיימת עוד לפני חוק התרופות. עקרון ההפרה הצפויה לא מובן מאליו. הרי מהי ההפרה פה? ההפרה עוד לא נעשתה בפועל, אם בכלל. המשפט האנגלי דאז לא הכיר במונח הפרה צפויה. תפיסה זו השתנתה וקיימת הנחה שאכן ישנה הפרה שניתן לצפות אותה.

הפרה צפויה יכולה להיווצר בשני מצבים:

1. **הפרה צפויה הצהרתית**- כל אמרה שנאמרת לצד השני שניתן להבין ממנה כי אדם לא עומד לקיים את החיוב- וזאת לפני מועד הקיום. למרות שיש סיכוי שהוא לא דובר אמת או שהוא עוד יכול לחזור בו, הדין הוא שהצהרה כזו נלקחת ברצינות.
2. **הפרה צפויה נסיבתית**- מתרחשות נסיבות מהן למדים שהחוזה לא יתקיים למרות שלא הוצהר כלום (כדוגמת שריפת התמונה). מצב זה מסובך משום שישנן נסיבות שיוצרות ודאות מוחלטת שתהיה הפרה ויש כאלה שיוצרות ודאות ברמת סבירות נמוכה יותר. **ודאות מוחלטת**- היא שריפת התמונה. גם דוגמא של עסקה נוגדת היא בגדר ודאות כמעט מוחלטת. **ודאות ברמת סבירות נמוכה יותר** היא מצב בו למשל, צד שמע שכל הצ'קים של החייב כלפיו חוזרים - במצב זה אין ודאות מוחלטת וגם הפסיקה לא יודעת לקבוע. יש מחלוקת בספרות המשפטית לגבי רמת הוודאות הנדרשת להפרה כדי שתיחשב צפויה. האם מדובר ב50% ומעלה או שהרמה הרבה יותר גבוהה? לא ברור לגמרי.

ברור הוא **שככל שהרמה גבוהה יותר - כך קל להגיד שיש הפרה צפויה.**

* בחוק דיני ממונות כתוב שצריך שההסתברות תהיה "קרוב לוודאי" שזה מעל ל90%.

**במצב של הפרה צפויה הנפגע יכול לתבוע את כל התרופות לפי חוק זה:**

כך נקבע בגוף הסעיף אבל האם יש לו אפשרות לבחור לחכות עד למועד החיוב ולראות מה קורה? אם תהיה הפרה הוא יתבע ואם לא הוא לא יתבע? האם ההוראה של סעיף 17 מטילה עליו נטל לתבוע מיד או רק נותנת לו זכות לתבוע?

במשפט האנגלי סברו במשך שנים רבות שהנפגע יכול להחליט מה שהוא רוצה. הגישה היום שונה לחלוטין במשפט האמריקאי שם הנפגע יכול להמתין זמן סביר וזאת משום שאולי בזמן זה יוכל לשכנע את הצד השני שלא להפר. אם עובר זמן סביר וההפרה הצפויה עדיין עומדת בעינה אסור לנפגע להתעלם ממנה עקב **עקרון הקטנת הנזק** שמתחיל לפעול החל מזמן סביר מהיוודע על ההפרה הצפויה. ככל הנראה, זה גם הדין אצלנו.

* אם אדם מבטל את החוזה מראש עקב חשש מהפרה צפויה – הוא מסתכן בעצמו להיחשב כמפר והוא מוותר מראש על קיום החוזה. אם הוא מחכה להפרה שתגיע הוא מסתכן בכך שהוא אולי ייחשב למפר בהמשך או שההפרה תהפוך לסיכול – יווצרו נסיבות שיימנעו ממנו לספק את ההתחייבות.

לכן, יש לשקלל את כל הנסיבות לכל מקרה באופן ספציפי ולבחור את הצעדים בקפידה.

ישנן תרופות שבעייתי ליישם במצב של הפרה צפויה: החוק מסייג במיוחד בסיפא לסעיף 17 את סוגיית תרופת האכיפה- צו האכיפה שיינתן יורה על אכיפה **במועד הקיום שנקבע בחוזה**.

* במציאות, סביר להניח שבמצב שבו הוגשה תביעה כזו על סמך הפרה צפויה עד שיינתן הצו כבר יגיע מועד החיוב ותהיה הפרה בפועל כבר בכל מקרה.

סעיף 17 נותן פתרון אחד להתאמה של תרופת האכיפה אבל לא לתרופות אחרות:

נניח שצד לחוזה רוצה לבטל חוזה בשל הפרה צפויה. כשמדובר בביטול על הפרה לא יסודית הנפגע צריך לתת למפר ארכה לבצע את החוזה. הפסיקה קבעה שהפרה צפויה יכולה להיות גם הפרה לא יסודית. איך נותנים ארכה במצב זה? הרי מועד הקיום כאמור עוד לא הגיע. מה שצריך להיות במצב כזה הוא **התאמת תרופת הביטול** למצב המיוחד של הפרה צפויה לא יסודית- **הנפגע צריך לתת ארכה למפר על מנת שיחזור בו מההצהרה שנתן או לתקן את הנסיבות שגרמו לנפגע לחשוב על הפרה צפויה**. החוק לא אומר דברים אלו והם לקוחים מהספרות המשפטית. יש להיות ערים לעובדה שיחולו כל התרופות בשינויים מותאמים.

* בקודקס נכתב כי יחולו כל התרופות אבל בשינויים המחוייבים.

**הרצאה מספר 26 - 7.1.2014**

**השיעור נפתח בשאלה** - מי זכאי לפיצוי עקב הפרה?

**תשובה:** הנפגע לפי סעיף 1 לחוק התרופות. אם החוזה הוא לטובת צד ג' אז גם המוטב זכאי לפי סעיף 34. גם במצב של נמחה הוא זכאי (נושה או חליפו).

**ברירת התרופות- כפי שמופיע בסעיף 2**

1. ברירת התרופות נתונה בידי הנפגע, זאת בכפיפות לסייג תום הלב ולכן הוא יכול לבחור תרופה רק אם מתקיימים היסודות שמזכים אותו ולא הסייגים.
2. הנפגע יכול לצרף תרופות- פה החוק נוקט בלשון מינימאלית והוא נותן דוגמא לצירוף תרופות.

**כדי לצרף תרופות צריך:**

1. **זכאות של הנפגע לכל אחת מהתרופות בנפרד**.
2. **שלא יתרחשו הסייגים הפנימיים שבתרופות עצמן**: לדוגמא: לאכיפה יש 4 סייגים (סעיף 3), ואם מתקיים אחד הסייגים, לא ניתן לקבל אכיפה. הסייג בביטול – ביטול תוך זמן סביר. התנאים הפנימיים של כל אחת מהתרופות מהווים לעיתים סייג לאפשרות לבחור באותה התרופה (למשל, בפיצויים – סייג הצפיות, אם מדובר בנזק חריג מאוד).
3. **שהתרופות לא יפלו בגדר שני הסייגים**:
4. סייג ראשון: שלא תהיה סתירה מהותית בין התרופות.

דוגמאות לתרופות שיש בינהן סתירה מהותית:

1.**אכיפה וביטול**- מן הסתם לא ניתן לתת שתי תרופות אלה במקביל.

2.**ניכוי מהמחיר ופיצויים**- מוכר התחייב בחוזה שנכרת בנקודת זמן כלשהי במחיר של 100 ₪ ולפיו ימסור את הממכר כעבור חצי שנה. במועד המסירה המחיר היה 120 ₪ כי שוויו עלה. במוסרו את הנכס היה בו פגם. הפגם הוריד משוויו 25% ולכן שווי הנכס שנמסר היה 90 ₪.

בתביעת פיצויים- כמה נכון לתבוע? התשובה היא 30 ₪. למה? אילולא הפגם היה לו ביד נכס ששוה 120 ₪ ועכשיו יש לו נכס ששווה 90 ₪ ולכן הוא יקבל 30 ₪.

בתביעה לתרופת הניכוי מהמחיר (חוק המכר)- הקונה רוצה את קיום ההתחייבות- הוא תובע את אינטרס הקיום באמצעות כסף (ולא קיום בפועל- מצב שהיה דורש ממנו לתקן את הפגם). מטרת תרופת הניכוי היא להתאים את המחיר החוזי לנכס הלוקה בחסר שנמסר. מהו סכום הניכוי? אם אדם קונה מראש נכס פגום הוא היה משלם עליו בזמן כריתת החוזה 75 ₪ למשל ולכן סכום הניכוי בדוגמא שלנו מקודם הוא 25 ₪ (המחיר 100 ₪ פחות הניכוי ע"ס 25 ₪). **פיצויים וניכוי- על אף ששתיהן תרופות כספיות הן מבוססות על רציונאל אחר לגמרי. מכאן נובע ששתיהן לא יכולות להיות יחד כי הן סותרות.**

1. כפל תרופה - המטרה העיקרית היא להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילולא הופר החוזה. אולם, ישנם מצבים בהם יועמד הנפגע במצב טוב יותר, לדוגמא- חשין בצוקים, ופ"ד אדרס. זהו סייג שאינו מופיע במפורש בחוק, אלא הוא משתמע והוכר בפסיקה. המשמעות של כפל תרופה - על אותו ראש נזק, הנפגע יקבל יותר ממאה אחוז ממה שמגיע לו.

**האינטרסים המוגנים בדיני התרופות**

מקובל לאפיין את דיני התרופות לפי אינטרסים מוגנים:

**אינטרס הקיום**- האינטרס האופייני ביותר בדיני התרופות להפרת חוזה. בא לידי ביטוי באכיפה ופיצויים- מטרתו להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילו קויים החוזה. אינטרס זה בא לידי ביטוי בפיצויים לפי סעיפים 10,11,13,15.

* תרופת האכיפה היא התרופה המגינה באופן הטוב ביותר על האינטרס הזה.

**אינטרס ההסתמכות-**

אינטרס ההסתמכות עיקרי- כל מה שהנפגע הוציא לצורך קיום החוזה.

אינטרס הסתמכות אגבי- הוצאה שהוציא הנפגע בהסתמך על החוזה אבל לא לצורך קיומו- אם למשל, הוא קנה רהיט שמתאים רק לדירה הספציפית שהוא קונה זו הוצאה שהוציא בהסתמך על החוזה אבל לא לצורך קיומו.

אינטרס זה בד"כ לא גלוי לעין בדיני החוזים- הוא גלוי לעין בדיני הנזיקין ובשלב הטרום חוזי בסעיף 12 אבל לא בשלב הפרת החוזה וזאת משום שברוב המקרים המפר יפר את החוזה כשלא כדאי לו לקיים אותו. כלומר, כשהוא כן כדאי עבור הנפגע.

מסקנה - **בד"כ החוזה יהיה חוזה רווח עבור הנפגע וזה מקור ההפרה.**

במצב של חוזה רווח בהגדרה, **אינטרס ההסתמכות יהיה נמוך יותר מאינטרס הקיום**.

ההוצאות **שהנפגע הוציא** לשם קיום החוזה פחותות ממה שהוא אמור היה לקבל ולכן הוא יתבע פיצויי קיום. **בתוך פיצויי הקיום יסתתרו גם עלויות הביצוע שהם אינטרס ההסתמכות**.

**אינטרס ההסתמכות בא לידי ביטוי רק במקרים נדירים שמופר חוזה שהיה חוזה הפסד לנפגע**.

**פיצויי הסתמכות לעומת פיצויי קיום**- שאלה זו מתעוררת בפס”ד מלון צוקים- האם הנפגע יכול לבחור ע”פ שיקול דעתו לתבוע דרך סעיף 10 פיצויי הסתמכות ולא פיצויי קיום?

דוגמאות:

1. אדם מתחייב לייצר מכונה במסגרת חוזה. הוא עושה חשבון שעלויות הייצור יהיו 80 ₪ ולכן הוסכם שיקבל 100 ₪. נניח שהכל היה ע”פ התכנון. לכשהסתיים הייצור, הוא רוצה למסור למזמין העבודה את המכונה והמזמין לא רוצה כי לא כדאי לו לשלם 100 ₪, זאת כי הוא מצא את אותה מכונה בפחות כסף ומפר את החוזה.

כמה יתבע היצרן? 100 ₪. מקובל לקרוא לזה פיצויי קיום אך בתוך סכום זה מסתתרים שני אלמנטים- קיום והסתמכות. במצב כזה בו מופר חוזה שהיה רווחי עבור הנפגע אין משמעות לאינטרס ההסתמכות כי אף אחד לא יתבע 80 ₪ (אם היה עושה כן, הוא היה מכסה את עלויות הייצור בלבד).

2. בדומה למקרה הקודם, הפעם בניגוד לתחשיב המקורי הסתבר בסופו של דבר שעלויות היצור שלו היו 120 ₪ והוא תמחר לא נכון. בהנחה שהחוזה היה מקויים הוא היה מקבל 100 ₪ ומפסיד 20 ₪. אך הקונה שוב מפר את החוזה. השאלה שמתעוררת היא האם היצרן יתבע 100 ₪ (זה יעמיד אותו במצב בו היה אילו קויים החוזה) או שהוא יכול לתבוע 120 ₪ כי זה מה שהשקיע בחוזה? פה פיצויי ההסתמכות גבוהים מפיצויי הקיום.

שאלה כזאת מתעוררת בפס”ד מלון צוקים- האם במקרה בו יש חוזה הפסד יכול הנפגע ע”פ שיקול דעתו לתבוע פיצויי קיום או הסתמכות?

**השופט מלץ** קובע שניתן לתבוע פיצויי קיום כי זה מה שהוסכם בחוזה וכי האינטרס המוגן הוא אינטרס הקיום ולא ההסתמכות והנזק לא נגרם בגלל ההפרה אלא בגלל תמחור לא נכון של הנפגע.

**היסוד שמצויין בסעיף 10 הוא שהנזק הוא עקב ההפרה**- זו גם הגישה המקובלת בעולם של הCommon Law- קרי **הגג לפיצויים הוא אינטרס הקיום.**

**השופט חשין** מאידך חושב אחרת (הגג אינו אינטרס הקיום) ונימוקיו הם:

1. אין בסיס בדין לחוק לעשות הבחנה בין פיצויי קיום לפיצויי הסתמכות- הוא חושב שניתן לתבוע פיצויי הסתמכות ע”פ סעיף 10 על רגליהם עצמם.
2. כאשר נפגע מבטל חוזה הוא זכאי לקבל השבה גם אם מסתבר בדיעבד שהוא עשה חוזה הפסד. לפיכך, מה זה משנה אם דורשים השבה עקב השקעות שהועברו לצד השני או השקעות שנעשו ולא הועברו לצד השני (הסתמכות)?

**כשמדובר על השבה לא ניתן לטעון שיש גג ע”פ אינטרס הקיום**. בהשבה אין הגבלה- הנפגע מקבל השבה על הכל. חשין אומר שכביכול **אין הבדל עקרוני בין השבה להסתמכות** ושההבדל היחידי הוא שבפיצויי הסתמכות תובעים בחזרה את מה שצד השקיע בחוזה ולא עבר לידי הצד השני, בהשבה אדם תובע את מה שהשקיע בחוזה ועבר לידי הצד השני- כלומר ההבדל היחיד הוא לאן הלכו המשאבים שהושקעו.

1. **הסכמים נועדו לקיום ולא להשבה**. המפר נוטל על עצמו סיכון שיצטרך לפצות גם על נזקים שהוא לא גרם (למרות שלא גרם לנזק של ה20 ₪ כי זו תוצאה של חישוב שגוי של היצרן). האפשרות לתבוע פיצויי הסתמכות שעולים על גובה פיצויי הקיום (במקרה של חוזה הפסד לנפגע) היא על מנת **להרתיע מהפרות חוזיות**.

* הדעות של חשין ומלץ מתנגשות כאשר מדובר בוודאות בחוזה הפסד (לא וודאי בפס"ד זה).

הויכוח במלון צוקים הוא תאורטי ולא קשור כל כך לעובדות. הרי במקרה שלנו אנו לא יודעים שיש פה בכלל חוזה הפסד. **איך מלץ מגיע לתוצאה שצריך לשלם פיצויי הסתמכות?**

מלץ אומר כי המפר במקרה שלנו, גרם שני נזקים:

1. נזק אחד בכך שהפר את החוזה.
2. הנזק השני ראייתי - בגלל שהעירייה הפרה את החוזה בשלב כל כך מוקדם הנפגע לא יכול להוכיח את ההפסד שלו.

לפי מלץ, אם העירייה גרמה לנזק הראייתי עליה לשאת בהוצאות של צוקים וכך אנו נניח לטובת הנפגע שהיה חוזה רווחי- אם העירייה לא מסכימה נטל ההוכחה הוא עליה. מכאן נניח שפיצויי הקיום הם **לכל הפחות** בגובה של ההסתמכות. אם צוקים מוכיחים את עלויות ההסתמכות הם בעצם הוכיחו את הקיום- ייתכן שמגיע להם מעבר לסכומים הללו אבל בטוח שלכל הפחות מגיע להם את אלו בוודאות. **מלץ משתמש בפיצויי ההסתמכות ככלי עזר ראייתי להוכיח את פיצויי הקיום**. לפיכך השופט מלץ פוסק להם פיצויי קיום שהם בגובה פיצויי ההסתמכות.

**לעומתו השופט חשין מוכן לפסוק להם את פיצויי ההסתמכות על יסודותיהם עצמם.** הויכוח שלהם יגיע לכדי הכרעה אמיתית כשיגיע לפסיקה תיק שעוסק בחוזה הפסד אמיתי ושם נראה אם מותר לפסוק פיצויי הסתמכות בעצמם.

**אינטרס שחזור השקילות החוזית**- יש תרופות בדיני התרופות שכשאנו חושבים עליהן הן בעצם לא משרתות לא את אינטרס הקיום, את אינטרס ההסתמכות וההשבה. הרעיון באינטרס זה הוא לשמור על שוויון המאזניים בין הצדדים. פרופ' אייל זמיר איתר את האינטרס וקרא לו "**אינטרס שחזור השקילות החוזית".** הייתה הפרה, הנפגע מקבל את ההפרה, מקבל את הביצוע הלא תקין וכעת הוא רק רוצה להתאים את התמורה שהוא עצמו צריך לתת.

דוגמא לתרופות אלו:

1. פס"ד ארבוס נ' רובינשטיין- שם תבעו קוני הדירות את **הפרשי ההצמדה וריבית על הכסף** למשך שנה בה הם היו יכולים לדחות את התשלום על בסיס תלות בין החיובים והחברה לא מסרה להם את הדירה. כשביהמ"ש פסק להם את ההפרשים הללו- איזה אינטרס הוא משרת? הוא פוסק להם סכום שנועד להחזיר עד כמה שניתן את ההגיון הבסיסי שהיה בחוזה והתקלקל בגלל ההפרה. ההגיון הוא שארבוס משלמים את הכסף והקבלן מוסר את הדירה. לכשלא נמסרה הדירה, לארבוס אכן היתה הזכות לדחות את חיוב הקיום שלהם. כמו שרובינשטיין שמרו את הדירה אצלהם במשך שנה והרוויחו מכך, כך ארבוס זכאים להפרשי ההצמדה והריבית שהכסף שלהם היה מרוויח אילו הוא נשמר אצלהם ולא נמסר לחברה.

2. **תרופת הניכוי מהמחיר** (נגזרת מרעיון השקילות החוזית)- בה הצדדים התקשרו על מוצר אחד וקיבלו מוצר שונה והנפגע אמר כי הוא לא רוצה פיצויים אלא ניכוי מהמחיר- בהנחה שבזמן החוזה היו מראש מסכימים על המוצר שהגיע בתשלום פחות אנו משחזרים למעשה מחדש את שקילות התמורות בחוזה.

**ניכוי מהמחיר לעומת פיצויים (בשוק עולה)**

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | **מחיר בכריתה** | **שווי במועד המסירה** |
| **נכס מתאים** | 100 (המחיר כרגע) | 120 (המחיר עלה) |
| **הפרה ולכן נכס לא מתאים** | 75 (פחות רבע) | 90 (פחות רבע) |
| **התרופה לאינטרס הקיום** | 25 (ניכוי) | 30(פיצויים) |
| **מחיר נכס לאחר התרופה** | 100-25=75 | 100-30=70 |

* בשוק שאינו משתנה שתי התרופות שוות.
* בשוק יורד (הפוך) עדיף לדרוש את הניכוי.
* יודגש כי זה אחת מבין השתיים. לא ניתן לשלב אותן.

**בשוק יורד: (נוצר חוזה הפסד)**

* פיצויים – הנכס (75) + פיצויים (25) = 100 סה"כ.
* ניכוי – הנכס (75) + ניכוי (30) = 105 סה"כ.
* ביטול – השבת הנכס מול השבת המחיר = 120 סה"כ.

**אם הקונה מעוניין למסור בידו את הנכס?**

סעיף 9 לחוק התרופות קובע שאם ההשבה בלתי אפשרית יש להשיב ערך כספי **וגם** (וזה החידוש – נמצא רק בישראל) **אם הנפגע בחר בכך.**

* בקודקס המחוקק הישראלי מדגיש זאת ומשאיר את המצב על כנו.

**אינטרס השבת (או העברת) פירות ההפרה מהמפר אל הנפגע-**

1. פס"ד אדרס נ' הרלו- מוכר וקונה מסכימים על עסקת מכר תמורת 100 ₪ ויש פער בין מועד ההתחייבות למועד הקיום. באמצע הדרך למוכר נזדמנה אפשרות למכור את הממכר למישהו אחר ב200 ₪ משום שהיה חוסר בשוק של המוצר והוא מכר. כשהגיע מועד הקיום המוכר לא יכול היה לספק את הממכר והקונה מגיש תביעה על הפרה. הוא ייאלץ עכשיו לקנות ממישהו אחר והמחיר בינתיים ירד חזרה ל100 ₪ ולכן הנזק שנגרם לקונה הוא 0 ₪ כי המחיר הוא שוב 100 ₪ והוא יכול לקנות את אותו מוצר עוד הפעם ב100 ₪.

**ברק קובע שהנפגע זכאי לרווח שהפיק המפר כתוצאה מההפרה**. המפר הפיק רווח נוסף של 100 ₪ ורווח זה ילך לנפגע- כך בפעם הבאה המפר ידע שאם ירצה להפר חוזה הרווח לא ישאר אצלו- **פסיקה זו משרתת את תכלית ההרתעה**. מאידך, קיימת אופציית ההפרה היעילה לפיה המוכר יישאר עם הרווח בכיס כי זה משפר את התהליך הכלכלי – מי שמעריך את הנכס יותר יישאר איתו. לדעת ד"ר גלברד, תוצאה זו לא הכרחית ואפשר למצוא צידוקים גם לתוצאה שהרווח ישאר אצל המפר ויכול להיות שהתוצאה הצודקת יותר היא שהרווח יחולק לפי קריטריונים מסויימים בין המפר לנפגע משום ששניהם תרמו לרווח הזה. **פס"ד זה עשה מהפכה גדולה גם בעולם**- הדין במדינות רבות השתנה בעקבות פס"ד אדרס- כולל במשפט האמריקאי. **הבעיה היא** שפס"ד אדרס לא קובע את התנאים הספציפיים בהם ביהמ"ש יפעיל את התרופה הזאת.

* לאחרונה לפני 3 שנים פורסם בארצות הברית הריסטייטמנט ה-3 שעוסק בדיני עשיית עושר ובאחד הפרקים מופיעה הלכת אדרס שם הם קובעים את התנאים ומגדירים שההשבה הזו תקרה רק בהפרה שנעשתה בזדון.
* לקרוא אדרס ותרופות הביטול

**הרצאה מספר 27 - 9.1.2014** **(שעתיים תרגול עם אפי)**

## ה. פיצויים: (שינוי בסילבוס עקב שיעור עם אפי)

* **אמפא נ' רום כרמל**.
* **אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע**.
* **EXIMIN נ' טקסטיל.**
* **עירית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ**
* **חשל נ' פרידמן**
* **אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופתוח בע"מ**
* **רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ**
* **Warner Bros. נ' רו"ח יוכמן נאמן ומנהל מיוחד של תבל**

הרעיון המרכזי של תרופת הפיצויים ולמעשה של כל חוק החוזים (תרופות) הוא נזק. הרציונל הוא רציונל מפצה במובחן מרציונל עונשי למשל. אין פיצויים בלי נזק, אין פיצוי מעבר לנזק והנזק הוא זה שיקבע את שיעור הפיצויים. גם פיצויים בלא הוכחת נזק עומדים בקרבה רבה לנזק האקטואלי. הנוסחאות שעומדות בסעיפים אלה לא מאפשרות לאדם להתעשר שלא בצדק על חשבון אדם אחר. תרופת הפיצויים דומה לתרופת האכיפה (תרופה שיפוטית ולא אוטונומית – יש לפנות לביהמ"ש כדי לזכות באכיפה או פיצויים) ושונה ממנה (תרופת הפיצויים נוקשה יותר, לביהמ"ש יש פחות שיקול דעת – ברגע שנפסקה הזכאות לנפגע הוא יפסוק בלי קשר להתנהגות הנתבע). ביהמ"ש חייב לתת אכיפה אם החוק מורה על כך אך יש לו שיקול דעת רחב כיצד לעשות זאת. כשמדברים על פיצויים – ביהמ"ש מוגבל.

כל אלה נכונים רק אחרי שהנזק הוגדר כנזק בר פיצוי. אחרי שקבענו שהנזק עבר את מבחן הסיבתיות ומבחן הצפיות הנפגע יפוצה. בדרך, בתהליך, ישנן טענות הגנה שיכולות להקטין את הזכאות שלו עקב התנהגותו (עקרון הקטנת הנזק, אשם תורם).

פיצויים

בהוכחת נזק (10, 13)

ללא הוכחת נזק

מכוח דין (11)

מכוח חוזה (15)

תיחום

כימות

**נעבור כעת על מסלולי הפיצוי שכרוכים בהוכחת נזק:**

**סעיף 10** הוא הסעיף המרכזי. **צריך להוכיח** **סיבתיות וצפיות**. אופן החישוב תלוי בנסיבות המקרה.

10. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

היתרון של סעיף 10 הוא הגמישות בחישוב הפיצויים- הנפגע לא כבול לשווי השוק במועד הביטול.

כדי לפסוק מסעיף זה יש לבצע תיחום של הנזק ולאחר מכן לכמת אותו. יש להראות בדיוק מה הם הנזקים הספציפיים שהשפיעו על הנפגע בפועל.

* מבחן ראשון - **סיבתיות** – יש להראות שהנזק הספציפי הזה נגרם עקב ההפרה.מה שלא יעבור את המבחן הזה לא ימשיך הלאה למבחן הצפיות.
* מבחן שני – **צפיות** – הנזק צריך להיות צפוי מנקודת מבטו של המפר (לא של הנפגע!) ברגע כריתת החוזה.

מדוע המפר צריך לצפות את הנזק? לנוכח מבחן הצפיות הצדדים יודעים בדיוק אילו התחייבויות הם נטלו על עצמם וכמה רחוקה האחריות במקרה הזה. כך גם באחריות כלכלית. כל צד יודע מה הוא נטל על עצמו וזה מה שמספק תמריצים להתנהגות יעילה (כך למשל היה ממצופה מהמשקיעים במלון צוקים לעדכן את העירייה על הפעולות שהם עתידים לעשות). יש להבחין בין **צפייה בפועל וצפייה בכוח:**

* **צפייה בכוח** היא החלטה של ביהמ"ש לפי משקפי האדם הסביר – האם המפר היה צריך לצפות את הנזק הזה בנסיבות העניין?
* **צפייה בפועל** שואלת האם המפר הספציפי יכול היה בנסיבות העניין לצפות שההפרה יכולה ליצור נזק שכזה.
* **כשמבחן הכוח מתקיים הוא מייתר את מבחן הפועל.**

ביהמ"ש מייחס למפרים צפיות רבה:

1. יש לצפות את הנזק לא כתוצאה וודאית אלא כתוצאה מסתברת.
2. לא צריך לצפות את הליך הגרימה הספציפי של הנזק.
3. לא צריך לצפות את ההיקף המדוייק של הנזק.

**דוגמא לבעיה בהפעלת מבחן הצפיות** – מלון צוקים – העירייה אמרה שכל ההוצאות שמלון צוקים הוציאו לא היו צפויות. העירייה טענה שאם מלון צוקים היו מודיעים להם שהם עתידים לעשות זאת הדבר היה צפוי אך בנסיבות אלו הם לא יכלו לצפות זאת. ביהמ"ש בא לכיוון מלון צוקים לגבי הוצאות אלה והחמיר עם המפרים. הוא קבע שגם אם הם לא צפו בפועל וגם אם צוקים לא אמרו להם במהלך המו"מ שהם עתידים להוציא את ההוצאות האלה – לאור גודל הפרוייקט, משכו ומורכבותו הם היו צריכים לדעת שיהיו הוצאות משמעותיות בדרך להבאתו מן הכוח אל הפועל.

**נטל הקטנת הנזק סעיף 14**:

חל על סעיפים ,10 12, 13. המערכת מצפה מהנפגע לעצור את ההידרדרות ולא לרכב עליה. אם הוא יכול לעשות זאת עליו לבצע וההצדקות הן מוסריות וכלכליות כאחד. נטל זה לא רלוונטי לרצונות הצדדים אלא לטובת התמונה הגדולה. אין חובה על הנפגע להקטין את הנזק ואם הוא לא יעשה זאת זה לא ימנע ממנו את הזכות לפיצויים אלא רק יקטין אותם. לא מדובר בחלק מיסודות סעיף 10 ולא ביסוד שמכונן זכות לפיצוי ולכן הנטל הוא על המפר.

**מקרה** - נניח שיש נזק של 500 ₪ שנגרם כתוצאה מהפרה. אם הנפגע היה מוציא 40 ₪ הוא היה יכול למנוע 400 ₪ מסך הנזק והוא לא עשה זאת. סכום הפיצויים במצב זה יהיה 140 ₪.

**עד עכשיו דנו בתיחום - כעת מגיע שלב כימות הנזק**

שתי הגישות לעניין זה הן הגישות של חיים כהן ואהרון ברק בפס"ד אניסימוב לגבי הוודאות הסבירה.

לדעת השופט ברק, צד חייב לבוא ולהוכיח את **שיעור הנזק**, הוא חייב להביא נתונים ספציפיים ע"מ להוכיח את הנזק. אם הנפגע לא עשה זאת, חרף העובדה שהוא הראה שמדובר בנזק בר ביצוע הוא לא יקבל כסף. **השופט חיים כהן** אמר שדי להוכיח נזק בר פיצוי, השופט יעשה אומדן כללי ויפסוק את אומדן הנזק. הקביעה של ברק היא נוקשה אבל הפסיקה המאוחרת **הובילה יותר לגישתו של ברק ופחות לגישתו של חיים כהן** מתוך ההנחה שבמידה ולנפגע יש נתונים זמינים הוא יודע טוב יותר מהמפר מה היקף הנזק והוא נמנע מלומר זאת כדי שביהמ"ש יאמוד את הנזק- במצב כזה ביהמ"ש לא יפסוק לו פיצויים לנזק.

בפס"ד מלון צוקים: הבעיה המרכזית היא שלא ניתן היה לכמת את פיצויי הקיום. לפיכך לא היה ניתן להעמיד את המלון כאילו הוא קויים. כיוון שכך, בחרו ללכת לפיצויי הסתמכות. מכאן עולה הויכוח בין מלץ לחשין בשאלה האם פיצויי ההסתמכות יכולים לעמוד בפני עצמם? כיום ההלכה המקובלת היא שכן וניתן לתבוע אותם דרך סעיף 10. **לדעת מלץ האינטרס החוזי היחיד הוא אינטרס הקיום**. (אנשים נקשרים בחוזה כדי לקיים אותו, אדם קונה פיצה כדי לאכול אותה). מלץ מסתייג במקרים שבהם קיים קושי אובייקטיבי ממשי להוכיח את פיצויי הקיום ולכן במצבים כאלה עומדת לנפגע האפשרות להסתפק בפיצויי הסתמכות אך אלה לעולם לא יעברו את גובה פיצויי הקיום. **חשין אומר שלדעתו אי אפשר לקבוע מהי מהות החוזה באופן מוחלט ולכן קיים מצב בו ניתן לדרוש רק את אינטרס ההסתמכות.**

עניין נוסף הוא האלמנט החינוכי – יש לחנך מפרים כנגד הפרת חוזה. אם ניקח ברצינות את האמירה לפיה יש לקיים הבטחות אז אין בעיה גם לתת פיצויים מעל הערך של הקיום. חשין לוקח ברצינות רבה יותר את החובה לקיים הבטחות. הוא אומר שנזקי ההסתמכות לא היו נזקים. צוקים השקיעו מתוך ידיעה שיהיה חוזה ורק ברגע בו העירייה הפרה את החוזה ההשקעות ירדו לטימיון וכעת הן מבוזבזות. בשלב כלשהו מלון צוקים דרשה שכר ראוי לכל הפחות על התוכניות שהם יצרו. ביהמ"ש התייחס לזה בפן של השבה ולא בפן של פיצויים וזו היתה טעות. לבסוף מלץ פוסק בצדק שאי אפשר לפסוק כאן להשבה כי חסר רכיב ההתעשרות – העירייה לא הרוויחה כלום מהתוכניות.

**סעיף 11**עוסק בפיצויים ללא הוכחת נזק (הכותרת לא נכונה) צריך להוכיח את הנזק אך יש נוסחה קבועה להוכחת הנזק.

11. (א) הופר חוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה.

(ב) הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, אם לא קבע ביהמ"ש שיעור אחר.

**סעיף 11(א)** סעיף זה יונק מכוח דין. מדבר על חוזה של מכירה או קנייה של נכס או של שירות כאשר יש פער בין המחיר החוזי לבין שווי הנכס או השירות במועד הביטול והפער הזה הוא לרעת הנפגע. סעיף זה לא כפוף לנטל הקטנת הנזק.

* היתרון של סעיף 11 הוא חסכון בעלויות הוכחת הנזק והעובדה שהוא לא כפוף לנטל הקטנת הנזק. החיסרון הוא שישנה כפיפות למועד ביטול קשיח (טווח זמן מדוייק מהשווי ביום כריתת החוזה עד השווי ביום הביטול).

**סעיף 11 (ב)**- עוסק בהפרה לשלם כסף ולכן אופן חישוב הפיצוי הוא שונה.

**סעיף 13 – נזק לא ממוני:** בתי המשפט לא פוסקים בנדיבות לפי סעיף זה. סעיף זה כפוף גם כן למבחנים כמו סעיף 10. סעיף זה מתייחס בד"כ לפיצויים על עוגמת נפש ודומה לכך.

**סעיף 15 – פיצויים מוסכמים:**

את הפיצויים המוסכמים יש לקבוע מראש בחוזה עצמו. קביעה נוספת בדיעבד לא תיחשב לפיצויים מוסכמים כלל אלא כחוזה חדש שכפוף למבחנים הרגילים של חוזים.

האם אפשר לקבל פיצויים מוסכמים אם ההפרה לא גרמה נזק לנפגע אלא דווקא גרמה לו רווח?

התשובה היא כן. פיצויים מוסכמים לא תלויים בנזק.

יתרונות הסעיף:

* היתרון של פיצויים אלו הוא חסכון בעלויות הוכחה.
* הפיצויים לא כפופים לנטל הקטנת הנזק.

**ביהמ"ש רשאי (לא חייב) להקטין את הפיצוי המוסכם.** הוא יעשה זאת בכפוף למבחן הפחתת הפיצויים שבודק האם מדובר בפיצויים שנקבעו ללא כל יחס סביר לנזק **שניתן היה לראותו בעת כריתת החוזה**. הנטל להגיד בביהמ"ש שיש כאן סמכות להפחתה נופל על המפר ועליו לטעון זאת בהזדמנות הראשונה (כתב הגנה). נטל ההוכחה יושב על המפר והוא צריך לתמוך את הטענות האלה בראיות מאוד ברורות.

* **לא לנזק בפועל אלא לנזק שניתן היה לראותו בזמן הכריתה. הנזק בפועל לא רלוונטי.**

התנהגות בלתי הולמת של הנפגע יכולה לעמוד לו לרועץ. אין כאן פטור מחובת תום לב ומהתנהגות ראויה. **נסביר:** מה קורה כששני צדדים קובעים תניית פיצוי מוסכם מוגזמת? גם אם המפר לא גיבה את טיעוניו בראיות ברורות ולא יזם את העניין בעצמו ביהמ"ש יטען שיש כאן יחס בלתי סביר בעליל וירכוש סמכות אוטומטית. כך גם כשצדדים קובעים תניית הפרה גורפת.

**דוגמא**: בין שני צדדים נערך חוזה. א' התחייב לדאוג להוציא לב' רישיון להפעלת חתונות באולם. הם קבעו שעבור כל יום איחור בהוצאת האישורים א' יחוב לב' 700$. לאחר עיכובים רבים האישור יצא לאחר 500 יום. ב' ביקש 350,000$, סכום שביהמ"ש כמובן לא העניק מתוך טענה שבשלב מסויים הוא (הנפגע) היה צריך לקום ולעשות צעד כדי להפסיק את החוזה (שכן לא ייתכן שהוא יישב בשקט וימשיך להרוויח כסף ע"ח ההפרה).

הנוהל המקובל הוא שביהמ"ש לא יתערב בפיצויים מוסכמים בהיקף של עד 20% משווי הנכס בחוזי מכר במקרקעין (כלומר היחס הסביר הוא 10:12). ניתן להסיק מכאן שאם זה היחס המקובל במקרקעין (שם רמת ההחמרה גבוהה) זה כנראה לא יעבור זאת גם בתחום אחר.

ניתן לתבוע פיצויים מוסכמים במקביל לסעיף 10 כל עוד התביעה לא מבוססת על אותו ראש נזק. לפיכך עולה הסוגיה הפרשנית ששואלת **על מה נועדו לפצות הפיצויים המוסכמים?**

בסעיף קטן ב' נאמר כי עצם העובדה שהוסכמו פיצויים מוסכמים לא מחייבת אדם לתבוע אותם ויכול להיות שיותר משתלם לו לתבוע דרך סעיפים אחרים.

מניעת אפשרות סעדים אחרים יכולה להיות רק אם יש בחוזה (רגיל) סעיף שאומר שאפשר לתבוע רק את הפיצויים המוסכמים. (**במידה ומדובר בחוזה אחיד הסעיף ייחשב למקפח)**.

* נקודת המוצא היא שהנפגע זכאי לבחור את התרופות שהוא רוצה.

**סייגים:**

1. התרופות של ביטול, אכיפה ופיצויים הן רשימה סגורה ואין תרופות אחרות.
2. יש כללים קוגנטיים שעליהם לא ניתן להתנות (צדדים לא יכולים לקבוע כי אצלהם לא צריך לבחון צפיות למשל).
3. ניתן לצרף הכל להכל תחת שני הסייגים – סתירה מהותית וכפל פיצויים.

דיני החוזים מגינים על שלושה אינטרסים – קיום הסתמכות והשבה.

ישנם אינטרסים שהתפתחו כאמור - שקילות חוזית והשבת התמורה הנגדית.

**אינטרס הציפייה**

תרופה קמה כדי לפצות על אינטרס הציפייה (קיום) אם היא שמה את הנפגע במצב בו הוא היה אילו קויים החוזה. תרופת האכיפה למשל מטרתה לשקם את אינטרס הציפייה. תרופת פיצויי הקיום קמה כדי לשקם את האינטרס הזה בפן הכלכלי (למשל סעיף 13 עוגמת נפש – אם היה מקויים החוזה לא היתה לנפגע עוגמת נפש).

**אינטרס ההסתמכות**

מטרת התרופה היא להעמיד צד באותו מקום שבו הוא היה אילו הוא לא היה כורת חוזה. תרופה זו צופה פני עבר ומתמקדת בנפגע. אינטרס זה שומר שהנפגע לא יינזק עקב הפעילות החוזית.

**אינטרס ההשבה**

תרופה שמטרתה להגן על אינטרס זה לוקחת מהמפר את ההתעשרות שהוא הפיק מבלי לתת לכך תמורה.

* ישנה חפיפה בין האינטרסים – אינטרס הקיום מגן על אינטרס ההשבה. האינטרס של אדם לקיים חוזה מגן בתוכו על האינטרס שאדם אחר לא יתעשר על חשבונו.

**הסייגים:**

**סייג הסתירה המהותית** – אי אפשר להפעיל שתי תרופות או יותר שיש ביניהן סתירה מהותית. יתקיים כאשר ההנחה שביסוד תרופה אחת סותרת את ההנחה שביסוד תרופה אחרת. נדגים – אכיפה וביטול (אי אפשר לעשות זאת), אכיפה עם פיצויי הסתמכות, אכיפה ופיצויי קיום (במצב זה אין סתירה מהותית – שתי התרופות רוצות להגן על אותו אינטרס). פיצויי קיום ותרופת ביטול – היתה יכולה להיות כאן סתירה אבל אין סתירה.

תרופת הביטול מוחקת את החיובים הראשונים של החוזה שבו היו התחייבויות ענייניות. תביעת הפיצויים היא תביעה משנית ולא אחד מהחיובים הראשוניים בחוזה (למשל אדם מזמין זמר לשיר בחתונה שלו ועכשיו הוא תובע אותו – הוא דורש שהוא ישלם לו ולא שישיר).

אין סתירה מהותית בין תביעת פיצויי קיום על הרווח שנמנע ממנו לבין ביטול החוזה.

**תביעת השבה ופיצויי קיום** – האם יש סתירה? אין סתירה כי הם כוללים אחד את השני.

**סייג כפל התרופות** – ייווצר במקום שבו צירוף נתון מעניק לנפגע יותר מהאינטרס המוגן שלו. זה לא אומר שאדם לא יכול לתבוע מעבר לאינטרס הקיום הישיר שלו: כשמופר חוזה יש נזקים עקיפים וישירים. אם כתוצאה מחוזה אדם היה אמור להרוויח 100 ₪ והפרו אותו, הנזק הישיר שלו הוא 100 ₪. כעת, כתוצאה מההפרה יש לו עלויות התדיינות, הוצאות תיווך, נזקים עקיפים וכולי. אם נרצה להעמיד אותו במקום שבו תיאורטית היה נכרת החוזה הוא היה מרוויח נטו ולא מוציא מסביב.

כיצד נזהה כפל פיצוי?

1. יש רכיב ותובעים עליו פעמיים (**אותו ראש נזק**)- כשיש 2 תרופות שונות שמגנות על אותו אינטרס. קל מאוד לזהות כפל תרופה כי קל לבודד את הרכיב. נדגים: אדם תובע פיצויי קיום 100 ₪ על החוזה שהופר כנגדו ובנוסף הוא תובע 50 ₪ על עוגמת הנפש שנגרמה לו עקב ההפרה. מטרת שניהם היא פיצויי קיום. אם החוזה היה מתקיים לא היתה לו עוגמת נפש וכן היה לו את הכסף ביד. שניהם מגנים על אותו אינטרס אבל כל אחד מהסעיפים מגן על רכיב אחר לגמרי (נזק ישיר ועוגמת נפש).
2. **אכיפה וקיום** – במקרה זה יש כפל באופן ברור. אדם תובע פעמיים על אותו רכיב. לא ניתן לבקש דירה ובנוסף את ערכה. יש לנו פיצוי על אותו רכיב פעמיים.

תרופות שמטרתן להגן על שני אינטרסים שונים הן שאלה אחרת:

על פניו אין כפל פיצויים וכל אחד מגן על ממלכה אחרת. ברור שזו טעות, אין זה אומר שכל אחד מהם לא מגן על אותו רכיב.

הפרו עם אדם חוזה לקבלת דירה ששווה 1.2 מיליון ₪. הבחירה היא או או. מלוא הסכום או השבה. יש לבחור וברור שעדיף להעדיף את הקיום (מלוא הסכום).

**ייתכן מצב של צירוף חלקי** – נוצרים מצבים שתובעים שהפרו איתם חוזה חוששים בראש ובראשונה לכסף שהם שילמו. נפגעים כאלה בד"כ מבקשים קודם כל להשיב את הכסף. אחרי שקיבלו השבה ניתן לתבוע בהליך נפרד צירוף חלקי שידון רק בחלק הקיומי (של הרווח הגלום).

* אם עוקבים אחרי נוסחה זו ניתן לשלב המון דברים רק צריך לדעת איך לעשות זאת.

צירוף חלקי ייתכן גם במצב דברים שמטרתו להגן על אותו אינטרס – השבה וקצת מקיום (לרווח). הדברים קיימים גם כשמדובר באותו אינטרס – אפשר לתבוע אכיפה ופיצויי קיום אבל לא מלאים. נניח שאחרי שנתיים פסקו לאדם שהוא קיבל דירה. בשנתיים האלה הדירה היתה יכולה להיות שלו והיא היתה מניבה לו שכר דירה. את החלק הזה אפשר לתבוע מאינטרס הקיום באופן חלקי.

סעיפים11, 13, 15 – אין בעיה לוותר עליהם ולתבוע תרופות אחרות במקומן. אנו יודעים כעת שגם באופן מצטבר סעיפים אלה לא מתנים על צירוף התרופות. אפשר לצרף כל דבר אליהם כל עוד זה עומד בסייגים.

יש לבחון למשל בסעיף 15 מה מהות הפיצויים. את מה הם באים להגשים? כך יש לבחור את הדרך.

**הרצאה מספר 28 - 9.1.2014** **(שעה תרגול למבחן עם אפי ושעתיים עם גלברד)**

פתרון תרגול בכיתה עם אפי על סמך השאלה הבאה:

במסגרת פרויקט בניית בניין משרדים בירושלים, התקשרה החברה הקבלנית – חברת מ.ש.ל.ב. בנין ופיתוח משרדים בע"מ **(להלן:"החברה")** חוזה מכר של נכס "מניב"1 עם ראובן, איש עסקים מפורסם אשר מרבה לקנות נכסים ולהשכירם בעיקר לקהל עורכי הדין (להלן: **חוזה המכר.)** בהתאם **לחוזה המכר** שנערך בין הצדדים בתאריך 1.1.14 מכרה **החברה** לראובן את הנכס, בשווי השוק שלו, בעלות כוללת של **2,000,000 ₪**. ראובן שילם את מלוא התמורה **לחברה** כבר במעמד חתימת החוזה. החזקה בנכס, כך נקבע בין הצדדים, עתידה להימסר לראובן, לכל המאוחר, בתוך חצי שנה ( 1.6.14 ). במקביל, ועקב כך, מהר לכרות ראובן חוזה עם עו"ד ציוני, שלפיו ישכיר ראובן לעו"ד ציוני את הנכס - שזה עתה נקנה - למשך שנה שלמה, החל ממועד קבלת החזקה בנכס וכלה בתאריך 1.6.15 (להלן: **חוזה השכירות**) בהתאם **לחוזה השכירות**, ישלם עו"ד ציוני לראובן דמי שכירות שנתיים המניבים לראובן רווח נטו של **100,000** ₪.

בתאריך 1.4.14 נודע לראובן כי - מטעם זה או אחר - הופר **חוזה המכר,** על ידי **החברה**, הפרה יסודית. עקב כך ועוד באותו היום, הודיע ראובן לחברה כי אין לו עוד עניין בקשר כלשהו עמה וכי הוא מבטל כליל את רכישת הנכס(**הניחו כי החוזה בוטל כדין, בהודעה שנמסרה כדין, והכול עקב היות ההפרה יסודית).** נוסף על כך, ועקב דרישתו, **החברה** השיבה לראובן את מלוא התמורה ששילם (בסך 2,000,000 ₪) עו"ד ציוני אשר שמע על התפתחות זו, מהר לבטל אף הוא, בעקבותיה, את חוזה השכירות שכרת עם ראובן ושכר נכס אחר מאדם אחר, לאחר שהושבה לידיו מלוא התמורה ששילם לראובן. בעקבות כך אף פורסמה כתבה בגיליון עורכי הדין שממליצה לעורכי דין להימנע מלשכור משרדים אצל ראובן, לאור "נטייתו המדאיגה להפר חוזים") הניחו לצורך תרגיל זה כי

פרסום מעין זה מצמצם במידה ניכרת את ההסתברות שראובן יוכל להשכיר נכס אחר שיקנה, אם יקנה, בשנתיים הבאות(.

ידיעה המספרת על העלייה התלולה של **The-Marker** עוד באותו היום, התפרסמה בעיתון ערך הקרקעות בירושלים בארבעת החודשים שחלפו, בשיעור של כ 20%-וזאת "באופן חריג, ובניגוד גמור לכל הציפיות של המומחים הגדולים ביותר בתחום". עד מהרה גילה ראובן כי אכן נכון הדבר וכי, עקב עלייה זו, שוב אין ביכולתו לרכוש נכס זהה לזה שרכש מן החברה (מאחר שנכסים מעין אלה עולים כעת, בהתאם לעליית הערך הנזכרת,**2,400,000 ₪)**. כחודש לאחר מועד ביטול החוזה פנה חברו של ראובן, מתווך נדל"ן ידוע, והציע לו לרכוש נכס זהה לגמרי לזה שרכש בשעתו. למרות ששווי הנכס, לפי מחיר השוק, הוא כאמור**2,400,000** ₪, הציע החבר-המתווך את הנכס לראובן בסך של **2,100,000** ₪ בלבד (כלומר, בהנחה של **300,000 ₪** ביחס למחיר השוק**)** כמחווה חברית. ראובן ענה בביטול: "אינני רוצה אפילו לשמוע על זה. אמנם יש לי את הכסף לשלם, אבל אני - עם רכישות סיימתי ".

כחודשיים לאחר מועד ביטול החוזה, ולנוכח העובדה שמחירי הקרקע נתקבעו, גמלה בליבו של ראובן ההחלטה לתבוע את החברה בגין הפרת החוזה. ראובן פונה אליך לייעוץ משפטי בכל הנוגע למשעולים שדרכם יוכל לתבוע **פיצוי מרבי** בגין ההפסדים שספג, כמו-גם בשאלת יתרונותיו וחסרונותיו של כל אחד ממשעולי התביעה ביחס לאחר. הופר חוזה. אנו רואים שלראובן שלנו שהופר כלפיו חוזה יש שני רכיבי תביעה- 400 אלף ₪ פער בין שווי הנכס בעת הרכישה ולאחר הביטול ו100 אלף ₪ על אובדן רווח דמי שכירות צפויים לשנה מהחוזה הנלווה.

* **הגישה הנכונה לתרגיל בפיצויים מתחילה בפירוק נכון! יש לגשת קודם כל לטקסט ולהתחיל בנזק.**

**שלבי הפיתרון:**

1. מהו הנזק? 400 אלף ₪ ו100 אלף ₪ כאמור.
2. את סעיף 15 אפשר לפסול כי לא הוסכמו במקרה הנ"ל פיצויים.
3. את סעיף 13 אפשר להכניס אבל הוא לא חלק מהליבה.
4. אם כן, ניתן לפסוק לפי סעיפים 10 ו-11.
5. נתחיל בסעיף 11:

הוא איבד את הנכס ואת היכולת להשכיר אותו הלאה. הפער בין השווי שנקבע בחוזה לבין ערך יום הביטול הוא 400 אלף ₪. כל תנאי הסעיף מתקיימים – הופר החיוב לספק נכס והחוזה בוטל כדין.

1. נבדוק אם אפשר לתבוע את כל ה500 אלף ₪ יחד דרך סעיף 1. ניגש לסעיף 10. נבדוק לגבי המאה. אובדן הרווח הוא תוצאה ישירה של הפרת החוזה. היתה צפייה בכוח ולכן לא נדרשים לצפייה בפועל. כאן נכנס הפרסום בדה מרקר. הם ייטענו שהוא היה יכול למנוע את הנזק אם הוא היה מוצא דירה אחרת, משכיר אותה ומקבל כספים. אין צורך לבדוק את ה400 אלף ₪ דרך סעיף 10. מדוע? אם טובי המומחים לא הבינו שתהיה עלייה במחירים איך הוא יבין? מאידך לא חייבים להוכיח את הנזק הספציפי אלא את סוגו ולא את היקפו אלא רק הסתברותית ולא באופן וודאי.
2. הבעיה הגדולה שלו בסעיף 10 היא הצעת החבר. הוא בחר שלא להקטין את הנזק מ400 ל100 וזה צריך להיות על גבו. לא ניתן לדרוש מאדם רגיל שיקנה דירה אחרת וזהו. מאידך, לסוחר שעוסק בנכסים זה כן לגיטימי להגיד. הוא סוחר, הדירה היא סחורה והיא לא למגוריו הפרטיים.
3. אם יש חסם כלכלי לא חייבים לעשות את זה – במקרה הזה ראובן אומר שיש לו את הכסף אך הוא לא רוצה לקנות.
4. כשהשאלה שואלת מה עדיף לעשות יש להוכיח את הבעייתיות של הסעיפים השונים ולא מספיק להגיד למשל שזה ללא הוכחת נזק. חובה להתייחס לכל השלבים ולא לצאת מנקודת הנחה "עצלנית".
5. את המאה אלף ₪ אי אפשר לתבוע מכורח סעיף 11. אותם נתבע דרך סעיף 10 ונעשה צירוף תרופות. את ה100 ניקח מסעיף 10 ו400 מסעיף 11.
6. נבדוק האם יש סתירה מהותית? התשובה היא לא. גם פיצויי הקיום (המכלול) וגם ה300 הסתמכות - מטרתם משותפת.

* **בהמשך שיעור זה עם גלברד עשינו הרחבה והשלמה של השיעור הקודם בעניין פס"ד צוקים והאינטרסים המוגנים וכל החומר נמצא שם. ראה שיעור קודם.**
* ביטול - ביטון הרשקו גולן ושיכון ופיתוח השבה ושיעורה – כלנית השרון

**הרצאה מספר 29 - 14.1.2014**

**האם יש אינטרס עונשי בדיני התרופות?**

אינטרס עונשי הוא פיצויים שלא משקפים נזק שנגרם לנפגע אלא מטרתם להעניש את המפר משיקולי גמול, הרתעה ומוסר. במשפט האמריקאי יש פיצויים עונשיים וגדולים מאוד. בישראל יש פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין ואילו בדיני החוזים הפסיקה אומרת שאין פיצויים עונשים- מטרת הפיצויים היא אינטרס הקיום ועוד כמה נלווים אבל לא פיצויים עונשיים (יש מספר מקרים בהם יש עונשים ספציפיים למשל חוקי הפטנטים, חוזה ביטוח, הגנת השכר, יישוב סכסוכי עבודה ועוד).

**השופט מלץ בפס"ד צוקים משתמש בעובדה זו כנימוק מדוע אינטרס הקיום הוא הגג העליון:** הוא גורס כי מה שהשופט חשין מציע הם פיצויים עונשיים שלא קשורים לנזק שההפרה גרמה ומטרתם היא הרתעה עונשית או גמול. **האם באמת אין בדיני החוזים שלנו פיצויים עונשיים?**

ד"ר גלברד טוען שבדיני החוזים יש פיצויים בעלי אופי עונשי, גם בפס"דים בהם ביהמ"ש אומר שאין.

אינטרס עונשי בא לידי ביטוי בפיצויים במקרים שהעוולה נעשתה מתוך זדון. יש דבר דומה גם במשפט האמריקאי. פיצויים שמשרתים אינטרס עונשי הם פיצויים שחורגים מקנה המידה הרגיל של דיני התרופות. מטרתם היא לא לפצות על הנזק ולהעמיד את הנפגע במצב שבו היה - אלא זה פיצוי כספי שחורג מהנזק ומטרתו היא הרתעתית או גמולית.

היכן ניתן לראות פיצויים עונשיים בדין בארץ (למרות שהם לא נקראים כך)?

* 1. הוראות ספציפיות בתחומים מסויימים בדיני החוזים שיש בהם פיצוי עונשי. למשל, בחוק הפטנטים יש הוראה שנוגעת לפיצוי עונשי בהפרת זכויות בפטנט.
  2. בחוק הגנת הצרכן יש פיצוי עונשי במצבים מסויימים של הפרה צרכנית.

האם אפשר לתת פיצוי עונשי בגדר סעיף 10 לחוק התרופות?

במשפט הישראלי אנו רואים מעט פיצויים בעלי אופי עונשי. נדגים:

אפשר לומר שעמדתו של חשין במלון צוקים יוצרת פיצוי עונשי- שופט שמוכן לאפשר במסגרת סעיף 10 לנפגע לתבוע פיצויי הסתמכות בחוזה הפסד- כלומר שיעמידו אותו במצב טוב יותר משהיה בו אילו קיים את החוזה וכאשר הנימוק הוא הרתעתי וערכי (חשין אומר שאנשים צריכים לעמוד בהתחייבויות שלהם) אז אפשר לראות זאת כסוג של פיצוי עונשי.

בפס"ד קרטי נ' עטרת ניירות ערך (ראה בהמשך) - השופט אנגלרד מחליט לפצות את משפחת קרטי גם בפיצוי על הנזק שנגרם מהירידה הכללית של השוק. הנמקותיו היו עונשיות ממש.

בפס"ד אדרס- הפס"ד מבוסס על דיני ע"ע אל תוך התחום החוזי- (לקיחת התעשרותו של הצד השני והעברתו לנפגע) פסק הדין מעמיד את הנפגע במצב טוב יותר לו היה אילו החוזה לא היה מופר.

דוגמא נוספת לפיצויים עונשיים:

**שערוך באכיפה בתקופת החוזה המופר**- קיים חוזה ולפיו מוכר התחייב למכור נכס תמורת 100 ₪ לקונה. מגיע מועד הקיום והמוכר לא מוסר את הנכס והקונה עוד לא שילם. הקונה תובע אכיפה- עד לפסה"ד עברו 3 שנים והייתה אינפלציה. כשביהמ"ש רוצה לאכוף את החוזה הוא משערך (המוכר צריך לתת את הנכס וביהמ"ש קובע שיש לשלם הפרשי הצמדה ובמצב כזה של שערוך באכיפה בתי המשפט בד"כ לא נותנים סכומים מלאים אלא רק 70% מהפרשי ההצמדה בהנמקה שהוא המפר ולפיכך מגיע לו שיקבל פחות בגלל ההפרה). מטרת השערוך היא שמירה על ערך הכסף וכשביהמ"ש מורה לנפגע לשלם יותר בגלל השערוך ממה שהיה צריך לשלם הוא לא שינה דבר כי 100 ₪ במועד החוזה זה כמו 400 ₪ במועד הפס"ד במהלך אינפלציה שכן, כסף נמדד לפי כוח הקנייה שלו. אם כך, ביהמ"ש היה צריך לתת הפרשי הצמדה מלאים אז למה הוא מפחית? בכך הוא מעניש את המפר. ביהמ"ש גם אומר שבגלל שהמפר מפר מגיע לו לסבול קצת. **שערוך באכיפה שלא בכדי המחיר המלא- מהווה פיצוי עונשי**.

בפס"ד הררי נ' ורטהיימר היה מדובר בהפרה זדונית ולכן נפסק שערוך של 50% אפילו לא 70%-80% כמו בד"כ- כאן רואים זיקה בין השערוך למידת האשם שהמפר לוקה בה. הסיבה לכך היא שיש להביע סלידה מההפרה. זוהי אמירה עונשית. בפס"ד זה בערעור המקורי בעליון (לפני הדיון הנוסף) נאמר בעניין שיערוך כנגד אכיפה ע"י השופטת נתניהו "בעיקרון אין לזכות את המוכר המפר בשיערוך מלא. במקרים השונים שנדונו בעבר בפסיקה הותנתה המכירה בד"כ ב70% מהפרשי ההצמדה. במקרים הללו לא הוכחה התנהגות זדונית של המפר. במקרה שלנו המפר נהג באופן זדוני – מכר את הדירה פעמיים. בהתחשב בנסיבות הללו הייתי מעמידה את שיעור הפיצוי על 50% בלבד מתמורת הדירה כשהיא משוערכת". **זוהי הנמקה עונשית.**

ע"א 48/89 ניר בוים נ' וילאר אינטרנשינל בע"מ- לסבא של ניר היה גג והוא הרשה לניר לבנות על הגג דירה בעצמו. ניר פנה לחברת וילאר שתבנה לו דירה על הגג. בשנות ה80 האינפלציה הייתה גבוהה ולכן עשו עסקאות בדולרים. במועד המסירה הדולר היה 61 שקלים ישנים והחברה איחרה במסירה. ניר ראה שהדולר גדל ולכן הוא הלך ביוזמתו ושילם את כל המחיר עוד לפני שהמבנה נמסר לו. אחרי שקיבל את המבנה הוא הגיש תביעה לפיצויים על ההפרש של הדולר מהמועד המיועד לבין המועד בו שילם שאז כבר היה 86 שקלים לדולר. החברה טענה כי לא נגרם לניר שום נזק כי אז חיו בארץ לפי הדולרים ולא היה שום הבדל. החוזה היה מוצמד לדולר- ההצמדה רק שמרה על ערך הכסף. ביהמ"ש קבע שנכון כי בתקופת האינפלציה כולם התנהלו לפי הדולר ולא היה נזק ולמרות זאת ביהמ"ש מחליט לעשות היקש לנושא של שיערוך באכיפה- במקרה בו החברה לא הייתה מוסרת לניר את הנכס והוא היה מגיש אכיפה- היה צורך לשיערוך הסכום שהיה צריך לשלם שהיה בערך 70% וניר לא צריך לסבול על זה שהוא עצמו הלך ושילם את הסכום. לכן, נקבעו לו פיצויים מכוח סעיף 10 על 30% מהפער.

פס"ד קרטי נ' עטרת ניירות ערך – משפחת קרטי מנהלת תיק ניירות ערך באמצעות ברוקר[[7]](#footnote-7) (עטרת ניירות ערך). לטובת הדוגמא נדבר על מספרים פשוטים (שונים מאלה שבפסה"ד). נניח ששווי התיק היה 100₪. לאחר תקופה ערכו ירד בחצי. עוד מתברר שעטרת הפרה את התחייבויותיה כלפי משפחת קרטי בכך שהיא עשתה פעולות שברוקר לא אמור לעשות (למשל פיזור ניירות הערך שלא ע"פ המקובל והיא השקיעה את הכספים במניות שהיא היתה בעלת עניין בהן, יתרה מכך הסתבר שהם עשו פעולות שנקראות "חיבוץ חמאה" – משל לפעולות חסרות ערך כדי שיניבו עמלות. בתקופה הזו כל שוק ניירות הערך צלל אך נניח שהוא לא צלל ל50 ₪ אלא רק ל70 ₪. קרטי הפסידו יותר מאשר הלקוחות הממוצעים בשוק עקב הפעולות של עטרת. ביהמ"ש מתלבט בכמה לחייב פיצויים. השופט אנגלרד מחליט לפצות את משפחת קרטי גם בפיצוי על הנזק שנגרם מהירידה הכללית של השוק. הנימוק המהותי של אנגלרד הוא שעטרת פעלו שלא בתום לב. הנמקותיו היו עונשיות ממש. במצב זה אנגלרד מאמץ מבלי לשים לב את עמדתו של השופט חשין בפס"ד צוקים.

**שערוך באכיפה הוא מין פיצוי עונשי וזאת למרות שבכל פסקי הדין יגידו שאין.**

* בקודקס בסעיף 461 יש פיצויים המכונים בשם "פיצויים לדוגמא" זה סעיף חדש בפרק הפיצויים. לפי הכתוב פיצויים אלו אינם תלויים בנזק והם ניתנים כאשר ההפרה הייתה זדונית וזה נתון לשיקול ביהמ"ש- בעצם, אלו פיצויים עונשיים.
* בקודקס ניתן לראות סוג נוסף של פיצוי עונשי- בפרק תרופות נוספות יש תרופה חדשה שנקראת "צו מרתיע" הוא כאשר ביהמ"ש נותן צו אכיפה וביהמ"ש יודע שמי שניתן כנגדו צו אכיפה לא יקיים אותו. לכן הוא רשאי לתת צו מרתיע שיקבע כי אם לא יבוצע צו האכיפה המפר ישלם פיצויים לנפגע על כל יום שבו האכיפה לא מתקיימת. פיצוי זה לא קשור לנזק- הוא זכאי גם לנזק על האיחור. מטרת פיצוי זה היא ליצור הרתעה ולכן פיצוי זה הוא עונשי גם כן (כיום אם מישהו לא מקיים את צו האכיפה ניתן לפתוח בהוצל"פ או בהליך נפרד של ביזיון בית משפט שלו שתי סמכויות – האחת היא לצוות על מאסר של הסרבן עד שיתרצה – מה שלא כ"כ בשימוש - והשנייה - פסיקת סכום שהוא ישלם על כל יום שבו הוא לא מקיים את צו ביהמ"ש).

**התרופות עצמן (למעט פיצויים עליהם דיברנו עם המתרגל)**

**זכאות לתרופות**

הנפגע זכאי לתרופה. לפי סעיף 1 לחוק התרופות: "נפגע" -מי שזכאי לקיום החוזה שהופר;

**התרופות:**

סעיף 2 מדבר על שלוש תרופות: אכיפה, ביטול ופיצויים ומדבר על אפשרות הצירוף.

אם יש חוזה והפרה של החוזה, לא תמיד הנפגע זכאי לתרופות- לפעמים יש למפר טענות הגנה שמסייגות מהנפגע תרופות מסויימות.

**דוגמאות להגנות על המפר ששוללות תרופות מהנפגע:**

**חוזה של משחק/הגרלה-** סעיף 32 לחוק החוזים- עוסק בחוזה של משחק, הגרלה או הימור.

חוזה של משחק הגרלה או הימור אינו עילה לאכיפה או לפיצויים.

אם החוזה הוא מהסוג הזה יש פה טענת הגנה. הדבר היחיד שאפשר לדרוש הוא השבה וביטול.

**סיכול- סעיף 18 לחוק התרופות**- פטור בשל אונס או סיכול החוזה.

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

באנגליה הסיכול גורם לפקיעת החוזה באופן מיידי. באופן עקרוני, כשחוזה נכרת הוא מבוסס על מערכת הנחות מסויימת. ייתכן והצדדים שוגים ביחס להנחות אלה או רק אחד מהם שוגה לגבי דברים שקדמו לכריתת החוזה. הוא טוען שמצב הדברים הוא X בעוד שהוא Y ואם הוא היה יודע את זה כנראה הוא לא היה מתקשר. מצב זה נקרא טעות וניתן לאפשר להם לבטל את החוזה. ייתכן מצב מאידך שבו הם שוגים לגבי מצבי העתיד שלגביהם ישנה אי ודאות מסויימת ופה תיכנס עילת הסיכול במידת הצורך.

**דוגמא לשאלה ממבחן לפני מספר שנים** - קבלן שעוסק באיטום גגות מתחייב לאטום את גג המפעל של לקוח ביריעות מסוג מסויים – לפני סיום הביצוע יצא מחקר שקובע כי היריעות הללו מסכנות את הבריאות. כשמתרחש מצב כזה – מה עושים? הצדדים לא חשבו על מצב שכזה ולא לקחו את הסיכון לגביו וגם לא היו אמורים לעשות זאת כאנשים סבירים והתשתית של החוזה נעלמת.

במצב זה נכרת חוזה ונוצרו נסיבות שלא מאפשרות לאחד הצדדים לקיים את חיובו- בכלל או באופן שונה. הצד שלא יכול לקיים את חיובו נחשב מפר. אולם, הפרה זו אינה באשמתו כי זה בשל נסיבות שהצדדים לא צפו ולא יכלו לצפות. בנסיבות כאלה **יש טענת הגנה למפר**- הנפגע לא יכול לקבל אכיפה או פיצויים אלא רק ביטול והשבה- וגם זה מוטל בספק, זאת משום שלפי סעיף 18 (ב) רשאי ביהמ"ש להשיב לנפגע ע"פ שיקול דעתו.

סיכול במשפט הישראלי- נחשב לטענת הגנה במצב של הפרה- לכן הוא ממוקם בחוק התרופות. זו הפרה אבל הפרה מוגנת- המפר לא יחוייב בפיצויים או אכיפה.

* בקודקס הסיכול עובר מחלק התרופות לחלק הכללי כי הגיעו למסקנה שזה לא הוגן להגדיר את מי שלא קיים את החוזה כמפר- הרי קרתה תקלה שהצדדים לא צפו אותה והעובדה שהיא גרמה לזה שהמוכר לא יכול לקיים את התחייבותו היא אקראית לחלוטין.
* בעתיד הסיכול לא יהיה חלק מדין התרופות ואם התרחש מצב של סיכול- החוזה יפקע וחובת ההשבה תהיה תלויה בשיקולי צדק.
* **המבחן היום להתקיימותו של סיכול הוא מבחן צפיות כפול**: לא צפה בפועל וגם לא צריך היה לצפות את הנסיבות הללו.

הפסיקה בנושא הסיכול פירשה את מבחן הצפיות באופן מאוד רחב:

בפס"ד חירם לנדאו חברה שהתחייבה לבצע עבודות לא יכלה לבצע אותן והפרה את החוזה וזאת משום שהציוד של החברה הולאם ע"י הפיכת השלטון באוגנדה שם בוצעו עבודות קודם לכן. ביהמ"ש אמר כי חברה שעובדת באפריקה צריכה לצפות שיהיו הפיכות צבאיות ובהפיכה צבאית יש הלאמה של הציוד ולכן זה לא סיכול.

בפס"ד כץ נ' נצחוני מדובר על צד שהפר את החוזה בגלל מלחמת יום הכיפורים. ביהמ"ש אמר כי במדינת ישראל אדם צריך לצפות כי כל כמה שנים תהיה מלחמה (פרשנות בעייתית). עקב הפרשנות הזו פרופ' שלו כותבת כי הסיכול הפך לאות מתה בדין הישראלי ולא משתמשים בו. פרשנות זו של ביהמ"ש החזירה אותנו לדיני החוזים של תחילת המאה ה-19 באנגליה שם הייתה אחריות חוזית מוחלטת והיה צריך לחשוב על כל הסיכונים האפשריים. כיום זה לא ככה **(גלברד אומר בציניות – ראש אמ"ן לא צפה את המלחמה אבל כץ היה צריך לעשות זאת).**

פס"ד רגב נ' משרד הבטחון– אדון רגב כרת חוזה עם מדינת ישראל ורכש ממשרד הבטחון מלאי גדול של מסיכות אב"כ שפג תוקפן ולא היו תקינות כי הוא מצא קונה בארה"ב שהיה מוכן לשלם עליהן יותר. אחרי המשלוח הראשון של מסיכות אב"כ החלה הכוננות לקראת מלחמת המפרץ הראשונה ומשרד הבטחון חילק לאזרחים את המסיכות שהוסכמו למכירה בחוזה. רגב הגיש תביעה ומשרד הבטחון טען לסיכול. רגב הסתמך על פס"ד קודם בו היה צורך לצפות אינתיפאדה ולכן אין סיכול. ביהמ"ש אמר כי יש להשתחרר ממבחן הצפיות המטופש הזה והוא בעצם **מחליף** (בלי בסיס בדין) **את מבחן הצפיות למבחן הסיכון החוזי**: האם זה סיכון שהצדדים לקחו בחשבון או היו צריכים לקחת בחשבון? תשובתו היא לא כי אף אחד לא לקח את הסיכון הזה של טילים כימיים מעירק. המדינה זכתה. יודגש כי אמרה זו הייתה אמרת אגב והמשפט זיכה את המדינה בגלל טיעון אחר של חוזה רשות וצורך ציבורי. **פס"ד זה בכל מקרה מראה על חזרה לשימוש בסיכול**.

ניתן לראות זאת גם בפס"דים רבים של המחוזי:

פס"ד בן אבו- חברה קבלנית זכתה במכרז לבניית בתי מגורים. החברה שזכתה התחייבה לבנות תוך פרק זמן מסויים וכדי להבטיח זאת הפקידה ערבות של מיליונים בידי מדינת ישראל. כשפרצה האינתיפאדה השנייה והאזור הפך להיות בעייתי מבחינה בטחונית החברה לא הצליחה למכור אף דירה ולכן גם לא החלה לבנות ובעצם הפרה את ההתחייבות בחוזה. בן אבו רצתה להשתחרר מהחוזה וטענה לסיכול. מ"י טענה שאין סיכול משתי סיבות- האחת יש לצפות אינתיפאדות. השנייה - סיכול זו טענת הגנה של המפר כנגד הנפגע ואילו הנפגע היא המדינה והיא לא תובעת כלום ומעדיפה לחכות ("טענת הסיכול היא טענת מגן ולא טענת חרב"). לעניין הסיכול ביהמ"ש אומר כי הצדדים לא לקחו את הסיכון הזה ולכן כן היה סיכול. בעניין טענת המגן- **סיכול עוסק בתקלה בחוזה והגדרת המפר או הנפגע היא שרירותית לחלוטין ואם מפר רוצה להשתחרר מהחוזה בגלל סיכול הוא יכול להגיש תביעה לטענת סיכול**.

* בקודקס המבחן הוא לא מבחן הצפיות אלא מבחן הסיכון. הסיכול הוא טענה לפקיעת החוזה ולא טענת הגנה.

**טענת האשם התורם על בסיס עקרון תום הלב/סבתיות**

* המונח אשם לא משתלב טוב בדין האזרחי ולכן הקודקס משנה את השם להתרשלות תורמת.

בעבר מונח זה לא היה קיים בדיני החוזים אלא רק בנזיקין (סעיף 68 לפקנ"ז).

כיום, סעיף 39 מחייב שיתוף פעולה בין הצדדים בחוזה ובשותפות כזו אנו מצפים שכל צד יעזור למימוש החוזה (בלי להגדיל את הסיכון של עצמו או חבותו) – אם הוא לא עושה זאת הוא מפר את חובת תום הלב. הבנה זו סללה את הדרך להכרה באשם תורם.

אקסימין נ' טקסטיל הוא הפס"ד הראשון שמכיר באשם תורם- שם הכרה זו בוססה גם על תום הלב וגם על סיבתיות. הרי מכוח סעיף 10 על מנת לפסוק פיצוי יש להוכיח סיבתיות. אפשר לייחס מבחינה סיבתית חלק מהנזק לפעולותיו או מחדליו של הנפגע ולא רק של המפר.

**בעבר כשהוגשה לבתי המשפט תביעה להפרת חוזה** ביהמ"ש יכול היה לקבוע שהייתה הפרה ולפסוק את מלוא הנזק או לקבוע הפרה ולפסוק שאין פיצויים- **זה היה הכל או כלום**. בתי המשפט לא אהבו את המצב הזה ולכן דחפו את הצדדים להתפשר כדי לחלק את הנזק איכשהו. **הגנת האשם התורם איפשרה לביהמ"ש להגיע לתוצאה הצודקת במסגרת הדין.**

מהם השיקולים לקביעת אשם תורם:

היעדר שיתוף פעולה מצד הנפגע, סירוב לתקן מחלוקות, חוסר נכונות לספק מידע, לבאר מצבים, 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.

באילו תרופות תהיה השפעה ל"אשם תורם"?

1. **פיצויים**- התרופה הטבעית להפעלת הגנה של אשם תורם- פיצויים היא תרופה שניתנת לכימות. אם אדם תובע פיצוי ע"ס 100 ₪ וקובעים שיש לו כנפגע אשם תורם של 30% הוא יקבל רק 70 ₪.

**האם אפשר להפעיל אשם תורם במצבים של ביטול או אכיפה?** אין שימוש בפסיקה בהקשר זה. התשובה האינטואטיבית היא לא אבל בכל זאת יש משמעות לאשם תורם גם מסגרת הביטול והאכיפה:

2. **ביטול**- משמעות אחת לאשם תורם בביטול הוא סיווג ההפרה.

האם ההפרה יסודית או לא יסודית? אם שואלים את השאלה לגבי צפיות תוצאות ההפרה וזאת כשיש אשם תורם- הוא יכול לגרום לזה שהפרה יסודית תחשב ללא יסודית כי חלק מהאשם של ההפרה יוטל על הנפגע. **בהפרה לא יסודית** הביטול תלוי בשיקולי צדק (הוא לא אוטומטי) חלק משיקולי הצדק יהיו האשם התורם של הנפגע.

3. **תרופת הביטול בעקבותיה באה השבה**- ע"פ הדין לביהמ"ש יש סמכות לפטור מהשבה משיקולי צדק. אשם תורם יכול להשפיע על גובה ההשבה.

4. **תרופת האכיפה-** הסייג המרכזי לתרופת האכיפה הוא סייג הצדק [סעיף 3 (4)] **וכך אשם תורם יכול להשפיע על האכיפה.**

* בקודקס סוגיית האשם התורם לא נכנסה בפרק הכללי של התרופות אלא כהגנה ספציפית בפרק הפיצויים- האם המחוקק אומר לנו שאפשר להפעיל אשם תורם רק בהגנה בפיצויים או שהוא כללי ופשוט לא נכתב בקודקס? ימים יגידו. לדעת גלברד יצטרכו לתקן זאת.

**טענת אי הקטנת הנזק סעיף 14** (טענת הגנה נוספת)

ההבדל בין הקטנת נזק לאשם תורם: **הקטנת נזק חלה רק על פיצויים ואשם תורם הוא כללי**.

נטל הקטנת הנזק מתחיל לפעול רק אחרי שהתרחשה ההפרה.

אשם תורם מתייחס למעשים ומחדלים של המפר גם אם התרחשו לפני ההפרה.

בשלב שאחרי ההפרה כשמדובר על פיצויים יש חפיפה מסויימת בין שתי הטענות הללו.

לגבי נטל הקטנת הנזק הפסיקה אומר שהנפגע לא צריך לצאת מגדרו אלא רק לעשות מאמצים סבירים כדי להקטין את הנזק. **אם הוא לא מקטין את הנזק הוא לא מפר חובה וזו תהיה רק טענת הגנה מפיו של המפר כדי להקטין את הפיצויים.**

נטל הקטנת הנזק חל רק על פיצויים לפי סעיף 10. בפס"ד אוסי השופט ריבלין רומז על אפשרות של הקטנת נזק גם בסעיף 11 (א) ע"י כך שקביעת מועד שווי השוק לא תעשה במועד הביטול בפועל אלא במועד בו הנפגע אמור היה לבטל את החוזה אילו היה פועל בתום לב כלומר ברגע שנודע לו על ההפרה. (זו רק אמרת אגב).

**טענת ויתור** (טענת הגנה נוספת)

פס"ד דלתא הנדסה- ההפרה הראשונה הייתה שחברת דלתא איחרה וחברת שיכון ויתרה על התרופות ומחלה על ההפרה (מתבטא בכך שהיא לא אמרה או עשתה מאום בקשר להפרה).

בפס"ד מעלה אדומים- הטענה של עיריית מעלה אדומים הייתה שחברת שיכון עובדים המתינה חמש שנים לפני הגשת התביעה ולכן ויתרה על תרופת הביטול. **השופט טירקל בדעת מיעוט** אמר שאכן היה ויתור על תרופת הביטול והשבה.

**זוהי שאלה נסיבתית**- כשההפרה גורמת לנזק קטן אז חלוף הזמן יכול להעיד על ויתור אולם במקרה זה מדובר על מחצית התשלום וקשה להניח שאדם מוותר על כסף רב רק כי הזמן חלף. **דעת הרוב** הייתה שלא היה ויתור על תרופת הביטול אלא היה ויתור על אפשרות לטעון לביטול ללא מתן ארכה.

**לסיכום**, גם ויתור יכול להיות טענת הגנה. ויתור על תרופות יכול להיות מפורש, משתמע שנובע מהתנהגות או מחלוף הזמן. היקף הויתור תלוי בכל מקרה לגופו.

## ג. אכיפה ושיערוך

### 1. אכיפה

* **ורטהיימר נ' הררי**

**אכיפה-** היא החשובה ביותר בשיטת המשפט שלנו. זו התרופה המועדפת מהבחינה הנורמטיבית.

במקרה זה לישראל עמדה שונה מהמשפט האנגלו אמריקני- אכיפה היא אחת הגזרות שמשקפות ניתוק של המשפט הישראלי מהמשפט האנגלי.

**חוזה פסול**- התנתקות ברורה מהמשפט המנדטורי לעצמאות המשפט הישראלי.

**תום הלב-** מהBGB הגרמני.

**אכיפה-** במשפט האנגלי והאמריקני האינטרס המוגן הוא אינטרס הקיום שמהווה מכנה משותף וגם האכיפה באה להגשים את אינטרס הקיום- הציפייה. **ההבדל הוא שבמשפט האנגלי אינטרס זה מוגן באמצעות הפיצויים ובישראלי ע"י האכיפה.**

לאכיפה יש יתרונות מסויימים על פיצויים. הפיצויים הם שווי ערך אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. ייתכן שצד שמעריך באופן מסויים את הנכס יקבל פחות באופן אובייקטיבי ממה שהוא מעריך (למשל אם אדם קנה רכב חדש ויש עליו שריטה והוא בעל שריטה אישית לפיה הוא חייב לקבל את הרכב שלו בצורה מושלמת אכיפה תשרת אותו טוב יותר מאשר פיצוי במידה ויספקו לו רכב אחר ללא שריטה).

במשפט הישראלי- **האכיפה (תרופת הביצוע) היא הבכורה**- במשפט האנגלי תרופת הביצוע נמצאת בשולי דיני החוזים (ביהמ"ש לא מכיר במושג "הפרה יעילה" – פס"ד אדרס ומעדיף אכיפה).

אכיפה להבדיל מתרופת הביטול ובדומה לתרופת הפיצויים היא תרופה שיפוטית, לא אוטונומית- היא לא ניתנת להפעלה עצמית אלא יש לפנות לביהמ"ש. חוק החוזים תרופות לא מגדיר מהי אכיפה. הוא נותן רצף של דוגמאות פרקטיות שמבארות מהי אכיפה או איך אוכפים חוזה.

באיזה מצב לא תינתן אכיפה?

חוזה הימורים סעיף 32 לחוק. ביהמ"ש לא פוסק אכיפה על חוזה שעוסק בהימורים.

**בהתאם לסעיף 1 לחוק התרופות אכיפה יכולה להיעשות ב4 דרכים:**

1. **צו לסילוק חוב כספי-** הצורה של אכיפה שלמעשה הכי דומה לפיצויים. למשל, אדם קיבל שירות מאדם מסויים ומסרב לשלם לו- צו האכיפה יהיה צו לסילוק חוב כספי בו הוא יידרש לשלם את הכסף שהוא חייב לו.
2. **צו עשה-** אדם התחייב למכור דירה, הקונה שילם והוא מסרב להעביר את הדירה. צו שיפוטי שיינתן כנגדו יהיה צו עשה שיגיד לו להעביר את הדירה בפועל. במקרה זה תרופת האכיפה היא השונה ביותר מתרופת הפיצויים- יש כאן חובה לביצוע אקטיבי של ממש.
3. **צו לא תעשה-** צו אכיפה שמורה לאדם להימנע מפעולה מסויימת עקב האכיפה.

דוגמא: תניית אי תחרות- תנייה שבמסגרתה צד מתחייב לא להתחרות בצד אחר במשך זמן מסויים ובד"כ זה נעשה בצו לא תעשה.

1. **צו לתיקון או הסרה של תוצאות ההפרה-** הצו הדרמטי ביותר כי לרוב הוא מאלץ צד לעשות איזשהי פעולה שזכרה מעולם לא בא בגדרי החוזה. יש הפרה ויש לה תוצאות ועכשיו אחד מהצדדים לחוזה שכנגדו יש אכיפה צריך לעשות פעולה שמסירה את תוצאות ההפרה. עצם הפעולה והחובה להסיר את תוצאות ההפרה נובעות מהחוזה אבל הן לא באמת כתובות בו. זו חובה שזכרה לא בא בגדרי החוזה.

דוגמא: פומרנץ קנו מקבלן שטח והקבלן מכר לשכנים חלק מהשטח שלו ותחם בקיר. צו זה דורש מפומרנץ לשבור את הקיר- כי הוא תוצאת ההפרה.

* **כל הצוים מנסים להעמיד את הצדדים במקום המדויק בו היו אם היה מקויים החוזה ככתבו וכלשונו והכל בהתאם לעניין ולנסיבות.**

**הבכורה של תרופת האכיפה מתבטאת בחוק**:

**סעיף 2 לחוק** אומר שאם הופר חוזה- זכאי צד לתבוע את אכיפתו. זו נקודת המוצא של חוק התרופות המדברת על זכאות (לנתבע זכאות לתבוע אכיפה מכוח הדין) ואין לביהמ"ש זכות שלא לתת לו אכיפה. האפשרות של ביהמ"ש שלא לאפשר לצד ליהנות מהאכיפה היא רק במסגרת סייגים תחומים שהוגדרו בחוק לעניין זה בסעיף 3.

* האהדה לתרופת האכיפה במשפט הישראלי נעוצה במחשבה שאכיפה היא המרפא האותנטי ביותר של הפרת החוזה.

**אכיפה היא זכות ולא חובה** צד שנפגע רשאי לוותר על אכיפה כי היא לא משתלמת לו בנסיבות המקרה ולתבוע במקומה פיצויים או ביטול בהתאם לנסיבות. ניתן לראות זאת בחוזה הפסד- בו צד לא ירצה אכיפה. בחוזה הפסד פיצויי הסתמכות גבוהים מפיצויי קיום ולכן צד יעדיף לדרוש הסתמכות ולא קיום (כאשר אכיפה=קיום). זוהי עמדתו של חשין בפס"ד צוקים שאומר כי אפשר לתבוע פיצויי הסתמכות בגדר סעיף 10 אם הם עולים על קיום.

**סעיף 3 סייגים לאכיפה**

3. הנפגע זכאי לאכיפת החוזה,זולת אם נתקיימה אחת מאלה:

(1)החוזה אינו בר-ביצוע;

(2)אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;

(3)ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;

(4)אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.

1.סייג ראשון - חוזה אינו בר ביצוע- אם היו עסקאות נוגדות לדוגמא: רישא לסעיף 9 לחוק המקרקעין קובע שאם מתחייב אדם להקנות לקונה ראשון זכות במקרקעין ושב והקנה את הזכות לקונה שני זכות הראשון עדיפה. **קודם בזמן- קודם בזכות**. הסיפא קובע מקרה קנייני ספציפי שבו זכות השני גוברת- וזה יקרה במצב בו אם השני בזמן שילם תמורה ופעל בתום לב (לא ידע שהייתה התחייבות קודמת) והשלים רישום במרשם המקרקעין. מדובר במקרה שהשני כבר אוחז בזכות קניינית ולא זכות חוזית אובליגטורית- הוא כבר רשום כבעל הדירה. ברגע ששמעון התחייב כלפי ראובן וכלפי לוי ולוי מילא את כל התנאים בתום לב הוא קיבל עדיפות. למרות שראובן עכשיו יתבע את שמעון החוזה כבר לא בר ביצוע כי הדירה כבר עברה ללוי והוא בעל הדירה.

**ההגיון של סייג זה** הוא שאין טעם שביהמ"ש יבזבז זמן בדיון כשברור שהחוזה כבר לא בר ביצוע ולכן אין טעם לדון באכיפה. הפסיקה לא אוהבת מצבים שאינם ברי ביצוע ולכן היא מפרשת את זה בצמצום הגדול ביותר.

בפס"ד אברהים עלאוברה השופטת בייניש קובעת דוגמא לזהירות שהפסיקה נוקטת עם חוזה שאינו בר ביצוע והמקרים בהם אולי ייכנס החוזה במסגרת הסייג- היה מדובר בקרקע בשותפות של 2 אנשים והאדם השני רצה גם את זכותו בקרקע. כדי לממש את זכותו היה צורך להרוס כליל את הבניין שנבנה. בייניש משאירה בצריך עיון שספק אם במקרה דרמטי כזה שבניין שלם עומד יש לצוות על צו הריסה של הבניין. אולי מקרה קיצוני כזה של בניין בשימוש- יכנס בגדר חוזה שאינו בר ביצוע. יצויין כי זה נשאר בצריך עיון אבל אנו מבינים את הגישה הכללית בפסיקה שקובעת באילו מקרים קיצוניים הפסיקה תשתמש בסייג.

* אם היעדר היכולת נובעת מסיכול לא יינתנו פיצויים. אם זה נובע מהתנהגות המפר כן יינתנו.

היחס בין ביצוע דוקטרינת הקירוב לבין סייג של חוזה שאינו בר ביצוע- ניתן להתגבר על סעיף 3(1) באמצעות כלי זה שהעיגון הפורמלי שלו הוא סעיף 39. דוקטרינת הביצוע בקירוב מצמצת משמעותית את אפשרות הכניסה לסייג של חוזה שאינו בר ביצוע משום שהאפשרות לבצע אכיפה בקירוב מצמצמת מאוד מקרים של חוזים שאינם ברי ביצוע. עדיין, אי אפשר ללכת רחוק מדי עם דוקטרינת האכיפה בקירוב כי היא תלויה בפרשנות כאמור.

* דרך אחרת להתגבר על סייג זה היא בסעיף 4 לחוק עליו נרחיב בהמשך.

2. סייג שני - שירות אישי- מדבר על מצב של אכיפה כשבעצם האכיפה גוררת כפייה לעשות או לקבל עבודה או שירות אישיים. **סייג זה חולש על 4 סיטואציות:**

א. כפייה לעשות עבודה אישית.

ב. כפייה לקבל עבודה אישית.

ג. כפייה לתת שירות אישי.

ד. כפייה לקבל שירות אישי.

רעיון המפתח של הסעיף מהגדרתו הוא הגוון האישי שיש לחיוב שאחד הצדדים נטל על עצמו.

אכיפת חוזה מסוג זה בעייתית משום שהיא מעלה ניחוח שמזכיר גירסה של "עבדות מודרנית".

אם למשל אדם הזמין את שלמה ארצי לשיר בחתונה שלו והוא סירב- הוא לא יכול לגרום לו לבוא ולשיר בעל כורחו וזאת לפי סעיף 3(2) לחוק התרופות (להכריח אותו משמעו כמו לשעבד את גופו).

ננמק גם מפן היעילות- קשה לפקח על ביצוע החיוב. ברגע שזה חיוב אישי ואדם לא רוצה לבצע אותו וביהמ"ש מכריח אותו- איך נדע שהוא עושה עבודה טובה? אם מעביד מפטר עובד שלא כדין – במידה ובית הדין לעבודה יכריח את המעביד להעסיק חזרה את העובד, לא מדובר בשירות אישי?

גם נימוק אינטואיטיבי נכון פה- אומנת שמטפלת בילדה של אדם נותנת שירות אישי מובהק. אם הוא רוצה לפטר אותה- ביהמ"ש לא יכול לכפות עליו להעסיק אותה שתטפל בבת שלו.

**ברגע שהצדדים לא מעוניינים בחוזה קשה לכפות עליהם ביצוע של המיזם.**

פס"ד צרי נ' בית הדין לעבודה- רופא נשכר להיות תועמלן- סוג של משרת אמון שיורדת לשורש סגולותיו ואישיותו של התועמלן (הפרזנטור של החברה איש המכירות). את ד"ר צרי פיטרו והמעביד לא רצה לקבל ממנו את השירות האישי וצרי רוצה שיחזירו אותו לעבודה. ביהמ"ש פסק שלא ניתן להחזיר אדם זה לעבודה ולא ניתן לאכוף על המפעל את שירותיו של התועמלן.

יודגש כי דיני החוזים כן יכולים לגרום לאדם לבצע דברים שהוא לא רוצה- אין רתיעה מכך. מאידך, יש רתיעה לכפות על צד לעשות משהו שטומן בחובו את הגוון האישי. **הבעיתיות שעולה היא מתיחת הגבול בין שירות אישי ושאינו.**

פס"ד מפעלי תחנות **–** מבחן שונה מצרי שם נקבע שמה שקובע הם לא הכישורים של העובד אלא טיב היחסים שבין המעביד לעובד. אם זה מקום עבודה קטן והיחסים הם בעלי אופי אישי אז לא נוכל לכפות על המעביד לקבל את העובד בניגוד לרצונו. כנ"ל אם העבודה היא בעלת אופי אישי (נהג אישי, עוזר אישי, מזכיר אישי). במצבים כאלה יחול הסייג של סעיף קטן 2. יצויין כי הסייג יחול באופן חד כיווני - בית הדין יכול לכפות על החברה להעסיק את העובד אבל הוא לא יכול לכפות על העובד לעבוד בחברה.

קיימים 2 פרמטרים בולטים למבחן "השירות האישי" :

1. **מבחן הקשר האישי (קיומו או היעדרו) בין העובד לבין המעביד**- עד כמה הקשר בין העובד והמעביד הוא צמוד ואישי? במסגרת מבחן זה בודקים מה גודל בית העסק (ככל שמדובר בחברה גדולה יותר הקשר הופך להיות קטן יותר ולהפך).
2. **מבחן האישיות והכישורים של העובד-** הפסיקה מבחינה בין שירות אישי לשירות אישי במהותו. הבחנה זו היא קשה מאוד ולפיכך יש להבין עד כמה השירות הזה בעצם נוגע לסגולותיו ומאפייניו הייחודיים של העוסק (עד כמה הוא מביא לעבודה מהאופי והכישורים האישיים שלו).

**איך משלבים בין שני המבחנים הללו? תלוי בסיטואציה.**

ייתכן מצב בו העובד מסרב לתת שירות לבין מצב שבו המעביד מסרב לקבל שירות.

**המבחן בנוגע למעביד הוא יותר קשה** **וברוב הפעמים תינתן אכיפה כנגד המעביד**. לא מספיק שהוא יגיד שהשירות אישי במהותו אלא הוא גם צריך להוכיח שיש קשר אישי בפרמטר הראשון בינו לבין העובד- במקרה התועמלן החוזה לא נאכף כי שני הקריטריונים לא התקיימו.

**ככל שמדובר במבחן של העובד שלא רוצה לתת שירות**- **דיי בזה שיוכיח את המבחן השני** ויראה שהשירות הזה או המאפיינים שלו הם בעלי גוון אישי ולא יהיה ניתן לכפות עליו לתת את השירותים האישיים שלו והעובד יכנס בגדרי סייג השירות האישי.

דרך נוספת לבחון האם השירות אישי במהותו היא **האם הצד התחייב לבצע את השירות בעצמו או שאין בעיה אם השירות יועבר לאדם אחר?**

לדוגמא: פס"ד סתם נ' מרקוביץ'- היה חוזה של עסקת קומבינציה בין קבלן ובין מזמין עבודה. היחסים נהרסו. הקבלן טען שזה שירות אישי וביהמ"ש פסק שהחוזה של הקבלן לא טומן בחובו התחייבות שהקבלן יבצע בעצמו את העבודות והקבלן הוא רק מתווך. לכן, מובן שהחיוב של הקבלן הגם שטומן בחובו התחייבות מיוחדת לא עולה בגדר התחייבות אישית.

שתי הרחבות של סייג השירות האישי:

1. **בדלת האחורית של תקנת הציבור**- פעם היה מקובל שבסייג השירות האישי היו אוכפים התחייבויות שליליות כדי להימנע מעבודה ולא היו אוכפים התחייבויות חיוביות- זמרת אופרה התחייבה לשיר במקומות מסויימים ולא לשיר במקומות מסויימים. את החיוב לא לשיר אכפו (כלומר היא הייתה מחויבת לשיר) ואת ההתחייבות לשיר לא אכפו.

אצלנו יש מגמה שמרחיבה את זה. בפס"ד סהר וטבעול- ברגע שאדם התחייב בתניית אי תחרות ביהמ"ש פסק שזה נוגד את תקנת הציבור- גם שהמסגרת הדוקטרינרית שנדונה היתה תקנת הציבור, בדלת האחורית זה מרחיב את סייג האכיפה של השירות האישי כי לא אוכפים התחייבות חוזית שלילית. **היום ביהמ"ש לא אוכף גם את ההתחייבות שלא לא לבצע פעולה- מה שמרחיב את הסייג.**

1. **שותפות**- ביהמ"ש פסק שבמצב בו שני אנשים היו שותפים יחד בניהול חברה- לא ניתן לאכוף ולהכריחם להיות שותפים לנוכח סייג השרות האישי. אי אפשר להכריח שני צדדים להיות שותפים למרות שזו לא עבודה אישית במהותה.

3. סייג שלישי - ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח- רעיון הסייג הוא להקל על הרשויות וביהמ"ש. אם אוכפים חוזה יש לפקח עליו מצד הרשויות. כשמידת הפיקוח הנדרשת גדולה מידי ביהמ"ש לא יתן צו אכיפה בגלל שיקולי יעילות. יש קשר מהותי בין חוזים בעלי רכיב אישי לדרך שיש לפקח עליהם. כשיש הפרת חוזה יחסי האמון בין הצדדים מתערערים לגמרי ואז נדרשת מידת פיקוח רבה מאוד וזה לא ריאלי לאכוף אותו. במילים אחרות, זה חוזה שמעצם טבעו אם התערער הקשר האישי בין הצדדים אין יותר טעם לקיים אותו. סייג זה גם אם לא עלה ע"י המפר יכול שיעלה מטעם ביהמ"ש משיקולי יעילות.

פרמטרים לחוזה שדורש רמה בלתי סבירה של פיקוח:

ביהמ"ש לא מוכן לשלול אכיפה בכל פעם שמדובר בעסקה מורכבת וזאת לאור בכרותה של תרופת האכיפה. בפס"ד תמגר נ' גושן- כדי לחוס במסגרת סייג אכיפה צריך שיהיה חוזה מורכב באופן מיוחד ושונה, ארוך במיוחד, ומידת שיתוף הפעולה שהוא דורש בין הצדדים תהיה גבוהה ביותר.

4. סייג רביעי - כאשר אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין- זהו הסייג הרחב ביותר שמאיים לבלוע את כל תרופת האכיפה. ביהמ"ש נדרש להסתכל על הסיטואציה ולכן בחינה זו יורדת תמיד לשורש השאלה הנורמטיבית בדבר מעמד תרופת האכיפה. ככל שביהמ"ש מכיר בתרופת האכיפה במעמד גבוה הוא יטה פחות לומר שהאכיפה בלתי צודקת. ברגע שהוא אומר שהאכיפה בלתי צודקת הוא מערער את מעמדה של האכיפה. המבחן לסייג זה הוא נורמטיבי לעומת המבחנים הקודמים שהם קונקרטיים. מעצם היותה נורמטיבית היא תמיד יורדת לשורש ההכרעה בדבר מעמדה של תרופת האכיפה. שאר הסייגים הם נורמות סגורות ותחומות שמבהירות לשופט מתי חוזה הוא לא אכיף ואילו פה זו נורמה פתוחה עם גמישות.

**סייג הצדק משמש כצינור להזרמת ערכים אל תוך דיני החוזים:**

**ישנן שתי גישות לסייג הצדק:**

1. הגישה הצרה**-** אומרת שבחינת הצדק של החוזה היא בין הצדדים בלבד. מסתכלים על ראובן ושמעון ועושים מאזן צדק כללי רק ביניהם. **מאזן זה מתבצע בכפוף לשתי נקודות מוצא**:

א. לאכיפה יש מעמד בכורה.

ב. לנפגע יש מעמד בכורה.

**בבחינת מאזן הצדק בוחנים שני פרמטרים:**

א. מאזן האינטרסים: מי יינזק יותר? הנפגע מאי אכיפת החוזה או המפר באכיפתו?

ב. התנהגות הצדדים: מי היה רע/טוב יותר.

**בין שני המאזנים זוכרים את נקודת המוצא של מעמד הבכורה לנפגע.**

בפס"ד פרץ נ' ביטון- הייתה שרשרת של הפרות ולמרות שאר החוזים בשרשרת ביהמ"ש בחן את הצדק רק בין פרץ לביטון.

התנהגות הצדדים- פרץ עשו כל מה שאפשר כדי לקיים את החוזה. פרץ הנפגע מההפרה היה טוב יותר.

מבחינת מאזן האינטרסים- ביטון גם ישאר בלי דירה וגם לא יוכל לחזור ולקנות כזו דירה כמו שאמורה הייתה להיות לו מגבאי. פרץ הוא הנפגע מההפרה ולכן מאזן האינטרסים פעל לטובת הנפגע ולרעת המפר(כי לנפגע יש מעמד בכורה). יודגש כי המבחן הצר הוא צר רק בשאלה של איזה צדדים בוחנים. אבל במבחן הזמן הוא רחב (ביהמ"ש בחן מה היה קורה לכל צד היום ולא חזר לפעם).

פס"ד פומרנץ - כדי לדעת אם אכיפת החוזה צודקת יש לפזול גם לעבר צדדים שלישיים שמעורבים. שאלה זו נענתה במקרה זה ושם נקבע כי השכנים לא מעניינים ומאזן הצדק נעשה בין פומרנץ לקבלן ובמאזן הצדק היה צודק לאכוף את החוזה.

אותו הדבר נפסק בפס"ד וורטהיימר- סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע שאם התחייב המוכר להעביר זכות למישהו אחד והתחייב להעביר זכות למישהו אחר- זכות הראשון עדיפה.

בפס"ד נשאלה השאלה: מה הקשר בין סעיף 9 לחוק המקרקעין לבין סעיף 3(4) לחוק התרופות שקובע שייעשה מאזן צדק בין הצדדים?

בסיטואציה זו ייתכן שחוק החוזים תרופות בסעיף הצדק יגיד שהוא לא יאכוף את החוזה של הראשון כי מה שהיה עם החוזה עם השני הוא לא צודק. אז עלתה השאלה מה היחס בין סעיף 9 לבין סעיף 3(4)? **אופציה ראשונה שעלתה** אומרת שבמקום שבו סעיף 9 לחוק המקרקעין חל- סעיף 3(4) לא חל ולא בודקים צדק. אופציה זו לא הגיונית ולא צודקת כי לא הגיוני שהקונה הראשון בזמן יצא נשכר מזה שהמוכר מנוול ומכר לאדם שני. מדוע במצב בו המוכר מפר מסיבות כלשהן כן ייבדק צדק ואם הוא מפר בנסיבות של מכירה לעוד מישהו לא יבדק צדק? **אופציה שנייה**- נרחיב את מעגל שיקולי הצדק ונכניס את הקונה השני לשיקולי הצדק. הבעיה בפיתרון זה היא שהוא מייתר את סעיף 9.

**אופציה שלישית**- מאזן הצדק של סעיף 3(4) הוא רק במישור של החוזה עם הקונה הראשון- ורק אחרי שנקבע כי הוגן לאכוף את החוזה ביניהם נחיל את סעיף 9 ונראה למי יש עדיפות על הקנייה.

כך גם נקבע בפס"ד פומרנץ.

לבסוף בפס"ד ורטהיימר נקבע כי הקונים השניים שניוניים וקונה א' עדיף.

2.**הגישה הרחבה**- באה לידי ביטוי בפס"ד לוין נ' לוין- הוא פסה"ד עם חוזה המזונות בו הצדדים קבעו כי אין תוקף משפטי לחוזה. השופט זמיר טוען קודם כל כי כן נכרת חוזה. דבר שני, הנסיון למנוע מצד נגישות לערכאות סותר את תקנת הציבור אבל במקרה זה לא נפסול את החוזה על עניין תקנת הציבור כי לא נמנע ממנה להגיש תביעה אלא רק להציג את המסמך כראיה ובענייננו, הוא לא אוכף את הסעיף לפיו אסור להראות את החוזה בביהמ"ש וזמיר אומר שהוא לא מאפשר מכוח סייג הצדק לאכוף את החוזה הזה שמונע גישה לערכאות. הוא לא עושה זאת מטעם עשיית צדק פרטי בין הצדדים לפי התנהגותם ומאזן האינטרסים אלא דרך שיקולים ציבוריים שמחלחלים לדיני החוזים. יש לפרש את סעיף 3(4) לדעת זמיר באופן שמתיישב עם עקרונות היסוד ואנו בוחנים את משולש הצדק- גברת לוין - מר לוין **- ושיקולי החברה בכללותה**. יש הבדל בין לפסול את הסעיף דרך תקנת הציבור (כי אז הסעיף בטל מעיקרו) לבין דרך סייג האכיפה משיקולי צדק יותר טוב (אפשר לקבל יותר כסף). במסגרת סייג הצדק בוחנים גם שיקולים ציבוריים. השאלה בנוגע לצדדים שלישיים נותרה בצריך עיון בפומרנץ.

* פס"ד לוין יוצא מאוחר יותר 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.

**נקודת המוצא המהותית היא בכורתה של תרופת האכיפה ממנה נובעות 2 מסקנות על הסייגים:**

1. **מסקנה מהותית**- הסייגים צריכים להתפרש בצמצום רב- אם מאמינים בבכורת תרופת האכיפה יש לצמצם ככל שניתן את סייגי האכיפה.
2. **מסקנה ראייתית**- ברור שהנטל להוכחת קיומם של סייגי האכיפה רובץ לפתחו של המפר- הנפגע טוען לאכיפה והמפר לסייגים. אם יש ספק וביהמ"ש לא בטוח אם נכון להכניס את המקרה בגדרי סייג האכיפה זה יהיה לטובת הנפגע תמיד.

* **טכניקות אלו בתי המשפט עושים מכוח סעיף 4 לחוק התרופות.**

**סעיף 4 לחוק התרופות**- **תנאים באכיפה**

4. ביהמ"ש רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין.

ביהמ"ש יכול להתנות את האכיפה בתנאים:

1. קיום חיוביו של הנפגע.

2. הבטחת קיום חיוביו של הנפגע.

3. תנאים אחרים העולים או המתחייבים מהחוזה.

* הקודיפיקציה משחררת את ביהמ"ש מהמגבלה הזו ונותנת לו סמכות רחבה יותר. היא עוסקת בתנאים שעולים **מן הנסיבות ולא בהכרח מלשון החוזה**.

סעיף 4 לוקח בחשבון שבהינתן אחד משלושת המצבים יכול להיגרם חוסר איזון בין המפר והנפגע:

מחד תרופת האכיפה היא תרופה חשובה וקשיחה ומאידך השילוב של סעיף 3 בחוק התרופות (סייגי האכיפה) וסעיף 4 (תנאים באכיפה) זה שילוב שהלכה למעשה **הופך את תרופת האכיפה למאוד גמישה**.

ישנן שתי דרכים להגמיש את תרופת האכיפה והשימוש שעושים בסעיף 4:

1. **שערוך באכיפה-** שערוך משמעו להתאים את החוזה הקונקרטי לנסיבות הכלכליות שהשתנו. המנגנון של שערוך אמור להתמודד עם פגעי האינפלציה. השערוך נעשה כדי שלא תהיה התעשרות של הצד הנפגע שלא כדין ע"ח המפר. לפיכך אין זה הוגן כי ההתחייבות שלו לשלם מיליון ₪ עומדת היום על 2 מיליון ₪. בלי לשערך יינתן פרס גדול מדי לנפגע מהפרת החוזה. מצד שני לא רוצים גם להיטיב יותר מדי עם המפר מעצם היותו מפר. לכן שיטת המשפט לא נותנת שערוך מלא של 100% אלא נותנת למפר אכיפה של בערך 80%-70%. כך **מאזנים בצורה הטובה ביותר את הזכות לאכיפה עם החשש להרתעת יתר**. הסמכות של ביהמ"ש לעשות שערוך באכיפה מוקנית מכוח סעיפים 3 ו-4 לחוק התרופות. סעיף 3 עוסק בסייגי אכיפה ומקנה סמכות לבית משפט שלא לאכוף חוזים במקרה שמתקיים אחד מהם. **אם ביהמ"ש רשאי שלא לאכוף בכלל לפי סעיף 3 - קל וחומר שהוא יכול לבצע אכיפה אבל להתנות אותה בתנאים סבירים (סעיף 4).**
2. **אכיפה בקירוב-** שני הצדדים התקשרו מדעת בחוזה ובהגיע מועד ביצוע החוזה ראו שמסיבה זו או אחרת לא ניתן לקיים את החוזה ככתבו וכלשונו. כאן נכנסת "אכיפה על דרך הקירוב" דבר זה נעוץ בתובנה לפיה אם ביהמ"ש היה תמיד חותר לתת את מה שכתוב בחוזה ולבצע אכיפה סימטרית הוא היה מבטל את תרופת האכיפה כי בתי המשפט היו רואים שברוב המקרים לא ניתן לחזור למתווה המקורי לאור ההפרה. הרי **מהרגע שהופר חוזה אף פעם לא נחזור למתווה המקורי בין הצדדים**. כאן נכנסת האכיפה בקירוב- נותנים אכיפה אבל זה ייעשה באופן הקרוב ביותר למתווה המקורי. הפסיקה עשתה שימוש גם ברעיון תום הלב.

**אכיפה בקירוב היא למעשה חיבור של סעיף 4 לתרופות וסעיף 39 תום הלב** (לתום הלב יש אפקט שיכול להצמיח חיובים חדשים מכוחו כמו שראינו בפס"ד תחבורה באר שבע ויש לו אפקט ממתן- מרכך לחיובים קיימים). כאן נעשה שימוש באפקט הממתן של חובת תום הלב ונקבע שכשלא ניתן לבצע את החיובים בדיוק כמו היו מתוכננים בין הצדדים תיכנס חובת תום הלב ותגרום להגמשת חלק מהחיובים החוזיים כדי לחזור בדומה למתווה המקורי. סעיף 4 שמצמיח את תורת האכיפה בקירוב היה יכול על פני הדברים לצמוח רק עקב חובת תום הלב. עצם העובדה שסעיף 4 אומר דברים אלו במפורש משמע שמטרתו לשגר מסר שתרופת האכיפה היא העדיפה. המחוקק דואג להראות לנו איך ניתן לעשות התאמות כדי להגשים בכל זאת את תרופת האכיפה:

פס"ד אייזמן: צד קנה מחברה דירת נופש במחיר כלשהו. החברה נקלעה לקשיים כלכליים ומכרה את הזכויות שלה לחברה אחרת והחברה האחרת בנתה יחידות דיור משודרגות טובות מאלו שאייזמן רצה מלכתחילה. אייזמן רצה אכיפה אבל רצה אכיפה באותו מחיר בו קנה את הדירה הראשונית. החברה אמרה שאין בעיה עם אכיפה אבל אכיפה כמו שאייזמן רוצה תגרום להתעשרות יתר כי עכשיו הדירות משודרגות.

**השופט אנגלרד אומר שזה מקרה קלאסי להפעלת אכיפה בקירוב**- הבסיס לכך הם סעיפים 4 ו-39. מכיוון שהיחידות טובות יותר ממה שקנה אייזמן קודם יש לבצע התאמה במחיר. כל תוצאה אחרת תביא להתעשרות בלתי צודקת של אייזמן ותפגע בעקרון תום הלב מצד אייזמן.

פס"ד עמיתי מלון ירושלים נ' טייק: מניח את אותם כללים לאכיפה בקירוב אבל מגיע לתוצאה אחרת. נעשה הסכם בין טייק לעמית מלון ירושלים לפיו טייק ירכוש את מלון הילטון שנבנה ע"י עמיתי המלון. בחוזה נקבע תנאי מתלה- קבע שהחוזה יכנס לתוקף רק אם טייק יקבל הלוואה ספציפית ממשרד האוצר ואם לא החוזה בטל. טייק לא קיבל את ההלוואה וטען שהחוזה בטל ועמיתי המלון ביקשו אכיפה. הם טענו כי אם רצה הלוואה ולא קיבל אותה- הם יתנו לו את ההלוואה וזה יהווה ביצוע בקירוב.

התוצאה בפס"ד הפוכה מבאייזמן אבל הכללים המשפטיים זהים:

* גם באייזמן וגם בעמיתי ירושלים קובעים כי ככלל מותרת התאמה קלה של חיובים חוזיים כדי להתאימם לחיובים המקוריים. יחד עם זאת ביהמ"ש לא יכול לעשות בהקשר זה ככל העולה על רוחו. עליו להראות שההתאמה הולמת את הכוונה המשוערת של רצון הצדדים ע"פ פרשנות החוזה ועליו לוודא שהוא לא כורת חוזה חדש בשביל הצדדים. ההתאמה לא באה על חשבון הקרבת חופש החוזים של הצדדים. יישום הכלל המשפטי הוא שמבחין בין אייזמן לבין עמיתי ירושלים.
* בפס"ד מלון ירושלים אין יסוד להניח שטייק היה מוכן לקבל את ההלוואה האחרת- כשקבע תנאי מתלה הוא התכוון שזו ההלוואה היחידה שהוא רצה (כי היא שונה מבחינת תנאיה). ביצוע בקירוב של חוזה זה יהווה כריתת חוזה חדש עבור הצדדים.

אם נדרשים לאכיפה בקירוב- יש קודם כל לעשות פרשנות (האם ניתן לבצע אכיפה בקירוב או לא? האם יש התאמה עם כוונת הצדדים או לא?).

* בנימיני נ אזימוב ואזימוב נגד בנימיני (ערעור נוסף והמקרה נשוא הערעור) בנוסף לביטול

**הרצאה מספר 30 - 16.1.2014**

## ד. ביטול חוזה והשבה

### 1. ביטול החוזה

* **ביטון נ' פרץ**.
* **גולן נ' פרקש**.
* **שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים**.

בביטול החוזה עוסק סימן ב' של פרק התרופות.

פס"ד בנימיני נ' אזימוב - אזימוב רכשה דירת מגורים שהיתה בבעלות בני הזוג בנימיני בגבעת זאב. לאחר שאזימוב העבירה 3 תשלומים על חשבון הדירה, פנה עורך דין מטעם המוכרים והודיע על ביטול הסכם המכר מטעמים "הומניטריים" אולם אזימוב הודיעה כי היא עומדת על זכותה לאכיפת ההסכם ואיננה מעוניינת בפיצוי המוסכם. תביעתה של אזימוב לאכוף את חוזה מכירת הדירה נדחתה ע"י ביהמ"ש המחוזי והעניין התגלגל לערעור בעליון. הסעד העיקרי שביהמ"ש ייתן במסגרת תרופות בדיני חוזים יהיה אכיפת החוזה ולא בהכרח תשלום פיצויים – כך קובע ביהמ"ש העליון. השופטים קיבלו במסגרת פסק הדין את ערעורה של רחל אזימוב על החלטת ביהמ"ש המחוזי לזכותה בפיצויים ולהימנע מאכיפת חוזה וקבעו כי יש לאכוף את החוזה.

**סעיף 6 מגדיר את ההפרה היסודית**

6. לענין סימן זה, "הפרה יסודית" -הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית; תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה.

**מבחינת החוק ההבחנה בין הפרה יסודית ללא יסודית חשובה רק לעניין הביטול** (זה לא משפיע על פיצויים למשל ועדיין, עורכי דין נוהגים לדחוף אותה בכל מקום).

**מדוע צריך להגדיר הפרה יסודית?** לפי הפסיקה לא נרצה שתינתן לצד אפשרות להתנער בקלות מחוזה גם אם הצד השני הפר הפרה שאינה מהותית או משמעותית. העיקרון הבסיסי הוא שחוזים נועדו לקיום אפילו במצב של הפרה ולכן החוק מציב 2 מגבלות חשובות על אפשרות הביטול.

הפרה יסודית מוסכמת- כזו שהצדדים מראש הסכימו שתחשב להפרה יסודית.

אם כותבים בחוזה כי **כל הפרה** היא יסודית- אין לזה תוקף. כדי שיהיה לזה תוקף צריך שישתמע מתוך סעיף ההפרה המוסכמת שהצדדים חשבו וקבעו את אותם התנאים החשובים להם בחוזה ואילו סוגי הפרות חשובות להם והשקיעו מחשבה בכך.

הפרה יסודית מסתברת- הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. האם אדם סביר בנעלי הנפגע היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה? שאלה זו מובילה אותנו לשאלות לא פשוטות:

מיהו האדם הסביר- סביר להניח שמדובר בנפגע.

האם יש חשיבות לצפיותו של המפר? דוגמא: אדם הזמין אתרוגים ממוכר שגר באיסלנד שם אוכלים אתרוגים באופן קבוע. המוכר הפר בכך שהוא סיפק לו בשלושה ימים של איחור. האם אדם סביר בנעליו של הנפגע היה מתקשר בחוזה? סביר להניח שהנפגע לא היה מתקשר בחוזה אם הוא חייב את האתרוג לסוכות אבל המפר לא ידע על חג הסוכות ועל חשיבותו לנפגע. שאלה זו עלתה בד"נ ביטון נ' פרץ – היתה שם שרשרת של חוזים כאשר למפר לא היתה יכולת לצפות את הנזק שנגרם לנפגע. בפס"ד זה ביהמ"ש אמר כי ברור שבהקשר הזה חייבת להיות צפיות של המפר. בהנחה ולנפגע יש מה שמכונה בדיני הנזיקין "גולגולת דקה" קרי מצב דברים ספציפי שאצל אדם רגיל לא היה גורם לנזק אבל אצלו כן – המוכר שלא ציפה לתוצאות מהותיות ולא העריך שבגלל הסיטואציה הספציפית שהנפגע נמצא בו ייגרם לו נזק כזה? התשובה היא כן.

המבחן להפרה יסודית הוא כפול-

1. האם אדם סביר בנעליו של הנפגע היה מתקשר בחוזה אילו היה יודע על ההפרה?

2. האם המפר היה מודע למשמעות האפשרית של ההפרה עבור הנפגע? רק אז זו תהיה הפרה יסודית מסתברת.

גם בסעיף 10 תנאי לפסיקת פיצויים הוא צפיות הנזק. לכן יש התאמה בין דין הפיצויים לדין הביטול.

האם יש עוד סיבה להבחנה בין הפרה יסודית ללא יסודית חוץ מתנאי ביטול שונים?

יש טעות נפוצה שלמונח הפרה יסודית יש משמעויות מעבר לתרופת הביטול. ההגדרה של הפרה יסודית רלוונטית **רק** **לכללי הביטול** שחלים על ההפרה. אין זה משפיע על פיצויים/פיצויים מוסכמים. אפשר לומר שתניית הפיצויים המוסכמים תחול רק על הפרת יסודית.

**סעיף 7** קובע את זכות הביטול ולכן סעיף 6 הגדיר קודם לכן את ההפרה היסודית.

**סעיף 7(א)**

(א) הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה היתה יסודית.

מקנה זכות ביטול בהפרה יסודית שלא מותנית בכלום וזאת בהפעלה עצמית ע"י משלוח הודעת ביטול שצריכה להיות ברורה וחד משמעית ורצוי שתכיל את סיבת הביטול. באופן עקרוני זכות זו תוגבל או תישלל בגלל עיקרון תום הלב אך זה מצב נדיר מאוד.

ישנם מצבים שבהם גם בהפרה "יסודית" צריך לתת ארכה (כמו בהפרה לא יסודית - בהמשך):

* חוק חוזה קבלנות סעיף 3(א) עוסק במצבים של מתן שירות או עשיית מלאכה (בניגוד למכר או שכירות למשל) ואם השירות או המלאכה היו פגומים יש חובה על פי החוק – אם אפשר לתקן את הליקוי יש לתת לו הזדמנות לתקן (שזה כמו לתת ארכה רק שכאן אין הפרדה בין יסודי ללא יסודי) כתנאי להפעלת כל זכות תרופתית.
* סעיף 4 (ב) לחוק המכר דירות – אי התאמה בדירה – צריך לתת הזדמנות למוכר הדירה לתקן את הפגם לפני הפעלת כל תרופה אחרת.
* יותר בהקשר של חכמת חיים ונסיון – המבחן שמבחין בין הפרה יסודית להפרה לא יסודית מסתברת נתון לשיקול דעת ביהמ"ש ולא תמיד ברור מה תהיה תוצאתו. גם בהפרה יסודית מוסכמת יכול להיות שביהמ"ש יקבע שהתניה היא גורפת ולכן אין לה תוקף ובנוסף ראינו בפסיקה שיכול להיות מצב שהפרה יסודית מוסכמת בעקבות התנהגות הצדדים הפכה להפרה לא יסודית (התנהגות מאוחרת יכולה לשנות הגדרה של הפרה יסודית).
* במצב של הפרה יסודית מסתברת ניתן לשקול במבחן שלה אשם תורם שיהפוך אותה מהפרה יסודית לפי סעיף 7 (א) להפרה שאינה יסודית לפי סעיף 7(ב).
* אחד הסיכונים הקיימים הוא שנפגע יבטל חוזה והוא לא ידע אם זו הפרה יסודית או לא (כי ההבחנה לא פשוטה). אם הוא ביטל ללא מתן ארכה אז הוא עצמו יהיה המפר. לכן מומלץ שהנפגע יתן ארכה (אם הדבר אפשרי) אפילו אם הוא חושב שזו הפרה יסודית למקרה שטעה ואז תהיה לו רשת ביטחון.
* יודגש כי גם אם נתנו ארכת חסד ההפרה עדיין לא כפופה לשיקולי הצדק (כמו במצב של הפרה יסודית רגילה).

**בפס"ד מעלה אדומים** **עולה סיבה נוספת למתן ארכה**: שיכון ובינוי בנו פרויקט מסחרי עבור מעלה אדומים, המבנה נמסר בשנת 1983 מבלי שנחתם חוזה, החוזה נחתם בשנת 1989 ושיכון ובינוי שלחו הודעת ביטול בשנת 1994 כיוון שלא קיבלו מחצית מהסכום (שכן התשלומים היו מוטלים במחציתם על משרד הפנים ששילמו ובמחציתם על משרד השיכון והבינוי שלא שילמו) – אם ההפרה גרמה לנזק שולי אז השתהות רבה של הנפגע יכולה ללמד על כך שהוא ויתר לגמרי על התרופות (ויתר על ההפרה) ואז הוא לא יוכל לתבוע כלום. לא ניתן לומר זאת על סכומים מאוד כבדים (מחצית מהתשלום). ייתכן שיש ויתור על חלק מהתרופות (כמו למשל תרופת הביטול – כך סבר השופט טירקל, לדידו הם לא ויתרו על כל התרופות אבל על הביטול כן). לדעת השופט ברק (דעת הרוב) הויתור היחיד שביצעה שיכון ובינוי הוא האפשרות לבטל ללא מתן ארכה. הפסיקה במשך השנים קבעה שאם חלפה תקופת הזמן הסביר, ניתן להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה (כמה שרוצים).

**סעיף 7(ב) – הפרה לא יסודית**

(ב) היתה הפרת החוזה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קויים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה, זולת אם בנסיבות הענין היה ביטול החוזה בלתי צודק; לא תישמע טענה שביטול החוזה היה בלתי צודק אלא אם המפר התנגד לביטול תוך זמן סביר לאחר מתן הודעת הביטול.

**אם ההפרה לא יסודית** יש לתת ארכה של זמן סביר בה מאפשרים למפר לתקן את ההפרה- אם הוא תיקן- נשללת אפשרות הביטול והזכות לפיצויים שנגרמו עדיין נשארת.

אם המפר לא מימש את הארכה יש להודיע על ביטול תוך זמן סביר מתום הארכה. ביטול בשל הפרה לא יסודית כפוף לשיקולי צדק.

* הארכה צריכה להיות כזו שיכולה לספק לצד המפר זמן סביר לתקן את הליקויים שהביאו להפרה (למשל במקרה של צומת בני דרור כשהגשר שקע – צריך לתת יותר משבוע למשל).

בתום הארכה הצד הנפגע צריך לשלוח הודעת ביטול תוך זמן סביר.

לכשהסתיים **הזמן הסביר** יש לשלוח לצד המפר הודעת ביטול על הפרה לא יסודית. משלוח ההודעה צריך להיות תוך **זמן סביר**.

נודע לצד הנפגע על הפרה לא יסודית?

עליו לשלוח הודעת ארכה למפר תוך **זמן סביר** ע"מ לאפשר לו לתקן את הליקוי תוך **זמן סביר**.

תיאורטית ניתן להמשיך בפרוצדורה הזו אלא אם כן הנזק קטן וההפרה לא יסודית וניתן להסיק שהיה ויתור מוחלט של הנפגע על ההפרה. האם ניתן כבר מראש בעת ההודעה על הארכה להודיע כבר מראש על הודעת ביטול? כן, זוהי הודעת ביטול מותנית.

**אם המפר מבקש ארכה על ארכה?** מבחינת החוק, הנפגע לא חייב. באופן מעשי, הנפגע לא באמת יודע מהו הזמן הסביר שנחוץ למפר כדי לתקן. פניה כזו מצד המפר יכולה להביא אינפורמציה לידיעת הנפגע שתשפיע על אורך הזמן הסביר. לפי הפסיקה, לו נניח שהזמן הסביר הוא 10 ימים למשל והנפגע נתן רק 4 ימים אבל בפועל הוא חיכה עד 10 ימים- עדיין הוא עמד בנטל הארכה. אם ביהמ"ש יחשוב שהארכה הייתה צריכה להיות יותר ארוכה, הוא יקבע שהנפגע פעל שלא בתום לב בכך שלא קיבל את בקשת הארכה הנוספת. באופן כללי, אם ביהמ"ש יקבע שהזמן של הארכה לא סביר – הביטול יהיה חסר תוקף וישנה הפרה (של הנפגע).

**הכפיפות לשיקולי הצדק** – מדובר על הצדק בין הצדדים בינם לבין עצמם, הפסיקה אומרת שיש לקחת בחשבון את תום לבם של שני הצדדים, המניע לביטול, אשם תורם מצידו של הנפגע, מאזן הנוחות או הנזק ועוד. הנפגע לא יישאר חסר תרופה אלא ישנם פיצויים. אם הנפגע נתן ארכה, החוזה לא קויים ולכן הוא מבטל את החוזה **על המפר להביע התנגדות לביטול תוך זמן סביר**.

פס"ד אבו זד – השופט אנגלרד רומז על כך שבמסגרת שיקולי צדק אפשר להתחשב גם בשיקולים שהם מעבר לצדק היחסי שבין הצדדים – שיקולים של יעילות כלכלית מצרפית.

**סיכום הסיבות למתן ארכה:**

* ישנה הוראת חוק.
* ארכת חסד כדי לעמוד על קרקע בטוחה.
* הסכמה של הצדדים –גם בהפרה יסודית צריך לתת ארכה.
* ארכת חסד - רצון לתת צ'אנס למפר לתקן.
* החייאה של זכות ביטול, הן בהפרה יסודית והן בהפרה לא יסודית, לאחר שההודעה לא נשלחה בתוך הזמן הסביר.

**סעיף 7(ג) – מקביל לסעיף 19 לחוק החוזים חלק כללי**

(ג) ניתן החוזה להפרדה לחלקים והופר אחד מחלקיו הפרה שיש בה עילה לביטול אותו חלק, אין הנפגע זכאי לבטל אלא את החלק שהופר; היתה בהפרה גם משום הפרה יסודית של כל החוזה, זכאי הנפגע לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו.

סעיף זה מחולק לשני חלקים ואומר שאם אפשר לפרק את החוזה לחלקים והופר רק חלק אחד צריך לבטל רק את החלק הזה אלא אם כן זו הייתה הפרה יסודית של החוזה כולו.

**סעיף 8**

8. ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה; אולם במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה -תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה.

הביטול הוא בהודעת הנפגע ויש לבטל תוך זמן סביר משנודע על ההפרה או בהפרה לא יסודית תוך זמן סביר מתום ההארכה. **במקרה של הגשת תביעה** – אם מהתרופות שהתובע מבקש משתמע שהוא לא מעוניין יותר בקיום החוזה זו יכולה גם כן להיות דרך סבירה להודיע על ביטול.

**אין תשובה לשאלה** האם ההודעה צריכה להכיל סיבת ביטול קונקרטית – בספרות הגישה המקובלת היא שלפחות רצוי לנמק את עילת הביטול, בפס"ד רונן נגד סעלר ישנה אמירה שאומרת שאם נומקה סיבת הביטול והנימוק היה שגוי יש בעיה עם הודעת הביטול עצמה.

* ברמת הפרקטיקה – כדאי לתת הודעת ביטול מנומקת אך שהיא תהיה עמומה מספיק כך שתוכל להכיל בתוכה עניינים שונים.
* עקרונית לא ניתן להתחרט על הודעת ביטול אך אם הצדדים הסכימו על כך זה תקף. אפשרות נוספת היא שמכיוון שפעולת הביטול היא פעולה משפטית שבעקבותיה משתנה מערך החובות והזכויות של הצדדים לפי סעיף 61 לחוק החוזים אם הודעת הביטול ניתנה תוך טעות (הנפגע לא הבין נכון) ניתן לבטל אותה כי היא כנראה לא משקפת את רצונו החופשי של הנפגע.

**מה קורה אם חלף זמן סביר והנפגע לא ביטל**? בטעות והטעייה יש חובה לבטל תוך זמן סביר ואם החוזה לא בוטל הנפגע מאבד את זכות הביטול. בדיני הביטול בשל הפרה לעומת זאת המצב שונה- אם הנפגע לא ביטל תוך זמן סביר הוא יכול להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה. גם במקרה בו ההפרה היא יסודית והנפגע לא ביטל תוך זמן סביר מהרגע שנודע לו על ההפרה- עליו לתת ארכה (פס"ד מעלה אדומים). זכות הביטול מקבלת חיים באמצעות מתן ארכה זו. אם המפר לא מתקן אפשר לבטל תוך זמן סביר. השופט טירקל מבקר הלכה זו וחושב שהיא לא הגיונית אבל ההלכה נותרת על כנה.

* יודגש כי הפרה לא יסודית **כפופה** לשיקולי צדק ואילו הפרה יסודית, גם בחלוף הזמן **אינה כפופה** לשיקולי צדק.

סעיף 9:

בעקבות הביטול נקבעה חובת השבה (בפס"ד כלנית) וההלכה שנקבעה שם היא שההשבה תעשה בערכים ריאליים ולא נומינאליים- יש להוסיף על הסכומים שנקבעו בחוזה הפרשי הצמדה וריבית.

סיפא לסעיף - "או שהנפגע בחר בכך". נניח שנכרת חוזה מכר. הקונה קיבל נכס שהוא שילם עבורו ע"פ החוזה 100 ₪, ושוויו של הנכס בעת הקבלה ירד (שווה רק 50 ₪). הקונה **ביצע עסקת הפסד**. המוכר מפר את החוזה, הנכס שהוא נתן פגום/לא מתאים/מסר באיחור רב. מבחינת כדאיות כלכלית, **התרופה הכי כדאית לנפגע היא ביטול** (כי ביצע עסקת הפסד). אם יתבע ביטול, הוא יקבל השבה. מה קורה אם הוא נקשר לנכס והוא מעוניין בו, למרות שהוא פגום? **הקונה יבטל את החוזה, יקבל בחזרה 100 ₪, ויחזיר למוכר מחיר של שווי הנכס, היינו 50 ₪ בלבד**. **זהו מצב אבסורד שיוצר החוק לפיו הקונה הנפגע שמצוי בעסקת הפסד למעשה מרוויח אך הוא לגיטימי כי זו לשון החוק והדבר מבוסס על דיני עשיית עושר שלפיהם צד לא צריך להחזיק דבר שאין לו זכות להחזיק בו.**

* בהצעת חוק דיני ממונות, המאפיין מחודד יותר – "הנפגע זכאי להשיב או לקבל השבה, כספית, גם אם ההשבה ממש אפשרית וסבירה".

מכיוון שהשבה מבוססת על דיני עשיית אושר חלים עליה ההעקרונות של חוק עשיית עושר – בעיקר סעיף 2 לחוק שנותן סמכות לביהמ"ש לפטור צד מחובת ההשבה כולה או מקצתה עקב שיקולי צדק. הפסיקה קבעה שצמצום ההשבה יתאפשר במצבים נדירים מאוד.

* **בביטול בשל פגם בחוזה** חלה חובת השבה הדדית על הצדדים ואם אי אפשר להשיב אז משיבים ערך כספי.
* **בביטול בשל הפרת חוזה** הנפגע יכול לבחור אם הוא רוצה בהשבת שווי במקום בהשבה בעין- זוהי המצאה ישראלית שהופכת את תרופת הביטול לפי רצונו של הנפגע לתרופה כספית. העובדה שלנפגע יש ברירה להחליט כיצד תתבצע ההשבה הופכת את הביטול לאופציה כספית נהדרת- אין אף שיטה בעולם שמאפשרת זאת.

# המבחן – דגשים, סיכום הצע"ח דיני מממונות ודיעות מיעוט לקבלת נק' בונוס

חומר פתוח – אפשר להביא מה שרוצים. כנראה שיהיו 1/2/3 קייסים.

לפעמים תהיה שאלה תיאורטית – משתדל להימנע כשיש חומר פתוח

דגשים:

* לקרוא את השאלה עד הסוף – לקשקש בצד רעיונות. מומלץ אפילו לקרוא פעמיים.
* להשתדל על סדר לוגי בתשובה, נכרת חוזה? פגום בכריתתו? וכולי וכולי.
* לא לדון בנושאים לא רלוונטיים (לא להכניס משהו שלא ניתן בגוף השאלה ולא להמציא דברים).
* להקפיד על הגבלת המקום – לא ייקרא מה שבחריגה.
* בקייס מורכב לא לחסום במבוי סתום בשלב מוקדם מדי – אם השאלה מורכבת יש לדון בכל השלבים (בשאלה ארוכה למשל כנראה לא יהיה מצב שבו אין העדה על גמירת הדעת). גם אם עצרנו, לרשום המסקנה שלי היא ככה וככה ויחד עם זאת, במידה והמקרה יתפתח זה מה שיקרה ואז להמשיך).
* לא לכתוב עובדות על פס"ד, לא לצטט אותם בכללי הציטוט האחיד.
* אם יש דעות מיעוט שהדגשנו במיוחד של שופטים למשל מומלץ להתייחס אליה – לא חייב עם שמו של השופט אבל לפחות שזה היה קיים.
* הצעת חוק דיני ממונות – רצוי לדעת את ההתייחסות בנוגעים שדיברנו בהם.
* יש ליישם – להגיד שבזכרון הדברים למשל יש התייחסות לנתונים הללו והללו וחסרה התייחסות לא' ב' ג' ד', ניתן להתייחס לאופציות ההשלמה.

**לטובת נקודות בונוס במבחן – מהם הדברים שעסקנו בהם בקשר להצעת חוק דיני ממונות?**

פקיעת הצעה כתוצאה ממוות – סעיף 4(2)

* בהצעת חוק דיני ממונות המונחת על שולחן הכנסת- בעניין פקיעת הצעה כתוצאה ממוות פיזי או משפטי עשו שינוי והתאימו את זה לנקודות האל חזור של המציע. כלומר- בהצעה רגילה תפקע אם מוות אחד הצדדים התרחש לפני הודעת הקיבול. בהצעה בלתי חוזרת- רק אם המוות התרחש לפני מסירת ההצעה לניצע. ז"א בהצעה בלתי חוזרת הניצע לא יצטרך לחשוש גם לא ממוות הצד המציע.

טעות שבכדאיות העסקה

* הצעת חוק דיני ממונות אימצה גם כן במפורש את עמדתו של פרידמן בציינה שצד לא יוכל להיבנות מטענת טעות אם הוא טעה לגבי תרחיש שהוא נטל את הסיכון לגביו).

דרישת הכתב במקרקעין – תוספת להעברת זכות

* בהצעת דיני ממונות בסעיף 597 כתוב כך – ש"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין וכן המחאת זכויות לעשות עסקה במקרקעין טעונות מסמך בכתב".

דרישת הכתב במקרקעין – ריכוך סופי בקלמר נ' גיא (דעתו של השופט זמיר)

* **בסעיף 120 להצעת חוק דיני הממונות נכתב:** "נקבע בדין כי צורה מסוימת של חוזה היא תנאי לתוקפו ותנאי זה לא קוים אך החוזה קוים במלואו או בחלקו המהותי יראו את דרישת הצורה כאילו קוימה".

פרשנות החוזה – גישה חד שלבית והוספת פרשנות כנגד המנסח

* בהצעת דיני ממונות כבר ב2006 שינו את סעיף 25(א) ובנוסף הכניסו את סעיף 25 (ב) (1).

פרשנות החוזה – דבריו של ברק באפרופים

* באותן שנים בהם נכתב פס"ד אפרופים ברק עמד בראש הועדה שהכינה את הקודקס- והנוסח שנכתב בדיני ממונות הוא "חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים כפי שהוא משתמע מלשון החוזה ומאומד דעתם של הצדדים".

חוזים אחידים – לקוח וספק [לעומת סעיף 23(א)(1)]

* כדי לתקן מצב זה המדינה קבעה בהצעת הקודקס שהסייג יחול גם על תמורה כספית שמשלם הלקוח או הספק. **גישה זו מצמצת את החריג עוד יותר.**

חוזים אחידים – חלות 23(א)(1)

* בנושא הזה הצעת החוק החדשה עושה שינוי מסויים (לדברי גלברד השינוי לא מספיק ברור) הקודקס אומר כי "לא תהיה התערבות לגבי התמורה שישלם הספק או הלקוח בעד נושא העסקה"- מילים לא מובנות כלל. בדברי ההסבר של ההצעה מוסבר כי הכוונה היא שהחוק לא יחול רק על מחיר נקוב . ז"א הסייג בסעיף 23 (א) (1) יחול רק על מחיר נקוב (המחיר עצמו). **המגמה היא לצמצם את סעיף 23 (א) (1) כך שיחול רק על המחיר הנקוב וכל מה שמסביב יהיה לשיקול ביהמ"ש.**

חוזים אחידים – צמצום מגמת הבקשה לאישור

* הצעת חוק דיני ממונות שואפת לצמצם את סוגיית הבקשה לאישור חוזים אחידים מטעם הספקים ע"מ שהבקשות יגיעו מטעם היועמ"ש כפי שנראה בסעיף שמגיע מיד. ההצעה למעשה שואפת להפוך את המצב הקיים, קל וחומר את התיקון ל15 ב'.

חוזים אחידים – ספקים לא באים לאשר חוזים

* משרד המשפטים **בהצעת חוק דיני ממונות** אומר כי אין טעם להליך הזה בכלל- ההליך המרכזי הוא פרק ד' לחוק- תביעה של ספקים נגד היועמ"ש על ביטול של תנאים מקפחים.

חוזים אחידים – תחולת פסיקה רטרואקטיבית

* **בהצעת חוק דיני ממונות** הכלל והיוצא מן הכלל מתהפכים:

הכלל בהצעה הוא שאוטומטית חלה רטרואקטיביות אלא אם כן יקבע בחריג שזה יחול מכאן ולהבא. בהצעה הוסיפו חלק מהשיקולים שביהמ"ש צריך לשקול כדי להחיל רק פרוספקטיבית.

חוזים אחידים – סעיף 5 מול חזקה 4(8) – השמעת טענות בערכאות

* מה הזיקה בין סעיף זה לבין סעיף 5? בחלק מהסעיפים יש חפיפה. אין גבול ברור בין שני הסעיפים אך כנראה שהסעיף הזה נועד כדי לעסוק בהגבלות מסויימות. בהצעת חוק דיני ממונות עושים סדר בעניין זה ו4(8) נוסח באופן ברור.

חוזים אחידים – הוספת חזקת קיפוח שמשמיטה אחריות בנזיקין

* בהצעת חוק דיני ממונות ניסו לתחום את ההגבלות לפי גישת השופט גלדברג והוסיפו שם עוד תנאי בחזקת קיפוח - שפוטר את הספק מאחריות לנזק גוף שגרם ללקוח ברשלנות או בזדון ותנאי שפוטר לנזק שגרם בזדון גם אם הוא לא רק גוף. זה נעשה כדי להשוות את המצב של דיני החוזים האחידים למצב של כלל החוזים (לפי סעיף 30 תניה כזו סותרת את תקנת הציבור. אז היום תניה בחוזה שפוטרת את הספק מאחריות לנזקי גוף שהוא גרם סותרת את תקנת הציבור ובטלה (לפי הדין בחוזים אחידים היא ניתנת לביטול ולא בטלה).

ביטול זכות כמוטב – הוספת שני חריגים

* בקודקס לסעיף שמקביל לסעיף 36 (א) יש 2 חריגים: חריג אחד צוואתי וחריג על מקבל מתנה שם הנושה יוכל לחזור בו בכל אחד מהמצבים שיש ע"פ חוק דיני המתנה.

עניין תזמון חיובים ודחיית קיום חיוב

* **ההבדלים בין הצעת חוק דיני ממונות לבין הדין הקיים:**
* סעיף 43א (3) כנגד סעיף 52 (א) שקובע כי המועד נדחה אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו. בכך אין הבדל או חידוש מפני שבחוק הקיים אין בעיה בנושא והוא הדין.
* סעיף 43 (א) (2) כנגד סעיף 127(א) שקובע שחיוב של צד לחוזה שהמועד לקיומו מאוחר מהמועד לקיום חיוב עיקרי של הצד השני יהיה מותלה בקיום החיוב של הצד השני- זוהי חזקת התלות שמחליפה את 43 (א) (2) **ומצרפת את ההלכות המאוחרות בפסיקה**- יש חזקה שניתנת לסתירה באמצעות הוראה מפורשת בחוזה אבל לא בחוזה אחיד- שהחיוב השני בזמן תלוי בחיוב הראשון בזמן. אם לא יקויים הראשון- השני יכול להידחות.

בסעיף 127 (ב) לקודקס: "היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי שמועדו עוד לא הגיע זכאי הצד השני לדרוש בטוחה לקיום ולדחות את קיום חיובו"- סעיף זה מועתק מהדין האמריקאי וממלא את הלאקונה שיש היום בחוק שפס"ד שוחט מילא.

* יצויין שבלשון הקודקס בכל הסעיפים מדובר על **חיוב עיקרי**- נובע מפס"ד פטר נ' חממי.

דחיית קיום חיוב – ההבדל בין הפרה של חיוב עיקרי להפרה יסודית

* בסעיף 496 לקודקס כתוב כי "הופר חוזה הפרה יסודית זכאי הנפגע להשעות (לדעת גלברד להשהות) את קיום חיוביו עד שהמפר יקיים את חיוביו".

לעניין הפרדוקס שנוצר כשחוק התרופות חוקק לפני הכללי

* אחת ממטרות הקודקס היא לפתור בעיות של חוסר התאמה. כרגע הפסיקה מיישרת את העניינים הללו- אבל החוק הזה רחוק מלהיות מושלם.

תרופת הניכוי מהמחיר

* בהצעת חוק דיני ממונות התרופה הוכנסה לתוך חלק התרופות.

הפרה מינורית – זוטי דברים

* בסעיף 4 להצעת חוק דיני ממונות עוסקים בזוטי דברים לכל המשפט הפרטי.

הפרה צפויה נסיבתית – הגדלת הוודאות הנדרשת (לעומת היום)

* בחוק דיני ממונות כתוב שצריך שההסתברות תהיה "קרוב לוודאי" שזה מעל ל90%.

הפרה צפויה לא יסודית – החוק לא עוסק בזה (סעיף 17)

* בקודקס נכתב כי יחולו כל התרופות אבל בשינויים המחוייבים.

הדגשה לגבי סעיף 9 לחוק החוזים תרופות – ניתן לקבל השבה בשווי כספי (כמו המצב היום)

* בקודקס המחוקק הישראלי מדגיש זאת ומשאיר את המצב על כנו.
* בהצעת חוק דיני ממונות, המאפיין מחודד יותר – "הנפגע זכאי להשיב או לקבל השבה, כספית, גם אם ההשבה ממש אפשרית וסבירה".

פיצויים עונשיים

* בקודקס בסעיף 461 יש פיצויים המכונים בשם "פיצויים לדוגמא" זה סעיף חדש בפרק הפיצויים. לפי הכתוב פיצויים אלו אינם תלויים בנזק והם ניתנים כאשר ההפרה הייתה זדונית וזה נתון לשיקול ביהמ"ש- בעצם, אלו פיצויים עונשיים.
* בקודקס ניתן לראות סוג נוסף של פיצוי עונשי- בפרק תרופות נוספות יש תרופה חדשה שנקראת "צו מרתיע" הוא כאשר ביהמ"ש נותן צו אכיפה וביהמ"ש יודע שמי שניתן כנגדו צו אכיפה לא יקיים אותו. לכן הוא רשאי לתת צו מרתיע שיקבע כי אם לא יבוצע צו האכיפה המפר ישלם פיצויים לנפגע על כל יום שבו האכיפה לא מתקיימת. פיצוי זה לא קשור לנזק- הוא זכאי גם לנזק על האיחור. מטרת פיצוי זה היא ליצור הרתעה ולכן פיצוי זה הוא עונשי גם כן (כיום אם מישהו לא מקיים את צו האכיפה ניתן לפתוח בהוצל"פ או בהליך נפרד של ביזיון בית משפט שלו שתי סמכויות – האחת היא לצוות על מאסר של הסרבן עד שיתרצה – מה שלא כ"כ בשימוש - והשנייה - פסיקת סכום שהוא ישלם על כל יום שבו הוא לא מקיים את צו ביהמ"ש).

סיכול - שינוי הגדרתי

* בקודקס הסיכול עובר מחלק התרופות לחלק הכללי כי הגיעו למסקנה שזה לא הוגן להגדיר את מי שלא קיים את החוזה כמפר- הרי קרתה תקלה שהצדדים לא צפו אותה והעובדה שהיא גרמה לזה שהמוכר לא יכול לקיים את התחייבותו היא אקראית לחלוטין.
* בעתיד הסיכול לא יהיה חלק מדין התרופות ואם התרחש מצב של סיכול- החוזה יפקע וחובת ההשבה תהיה תלויה בשיקולי צדק.

סיכול – מי יכול לטעון? (לא טענת מגן ולא טענת חרב)

* בקודקס המבחן הוא לא מבחן הצפיות אלא מבחן הסיכון. הסיכול הוא טענה לפקיעת החוזה ולא טענת הגנה.

אשם תורם – שינוי המונח

* המונח אשם לא משתלב טוב בדין האזרחי ולכן הקודקס משנה את השם להתרשלות תורמת.
* בקודקס סוגיית האשם התורם לא נכנסה בפרק הכללי של התרופות אלא כהגנה ספציפית בפרק הפיצויים- האם המחוקק אומר לנו שאפשר להפעיל אשם תורם רק בהגנה בפיצויים או שהוא כללי ופשוט לא נכתב בקודקס? ימים יגידו. לדעת גלברד יצטרכו לתקן זאת.

תנאים באכיפה – הרחבת סמכות ביהמ"ש

* הקודיפיקציה משחררת את ביהמ"ש מהמגבלה הזו ונותנת לו סמכות רחבה יותר. היא עוסקת בתנאים שעולים **מן הנסיבות ולא בהכרח מלשון החוזה**.

**לטובת נקודות בונוס במבחן – דעות מיעוט של שופטים בפס"ד שהדגשנו**

פס"ד פרץ בוני הנגב (אב שיכור, מכירת דירה)

השופט שמגר טובע את הבחינה לגמירת הדעות כאובייקטיבית בנסיבות סובייקטיביות (מקבל משנה תוקף בפס"ד בראשי)

פס"ד קלמר נ' גיא (בית של אדריכלים)

השופט זמיר טוען שדרישת הכתב קויימה בכך שהמבנה עומד (החוזה בוצע).

פס"ד בית יולס (מכרז לבית אבות)

השופט שמגר (ובו תומך ברק) קובע כי גם ממכרז פרטי מצופה שיתנהל בשוויון.

פס"ד ביטון נ' מזרחי (חוזה בלתי חוקי בתוכנו– הונאת מס + למראית עין למכירת נכס)

השופט ברק אומר שחוזה למראית עין כלל לא קיים ולכן לא ניתן לדון בתוכנו לדעתו.

פס"ד מעלה אדומים (הקמת מרכז מסחרי)

השופט טירקל שלדעתו היה ויתור על תרופת הביטול וההשבה

פס"ד מאיה נ' פנפורד (יהלומנים)

השופט חשין טובע את מבחן "איכות הכפייה" ומבחן "עוצמת הכפייה". מבחנים אלו נועדו לסייע לביהמ"ש שעה שהוא נדרש לקבוע האם מדובר בכפייה מעניקת זכות, או שמא בכפייה שאינה מעניקה זכות - שאינה לגיטימית.

1. חוסר - מלטינית: **lacuna** - "חור" או "בור" בין אם במלל בטקסט, במידע, או מחסור בתקדים משפטי או בהוראת חוק. [↑](#footnote-ref-1)
2. **שפיטוּת** היא שאלת היותה של סוגיה השנויה במחלוקת ראויה לדיון בביהמ"ש. [↑](#footnote-ref-2)
3. **תאגיד** הוא התאגדות של אדם אחד או יותר לכלל ישות משפטית בעלת מטרות, הפועלת בנפרד מבחינה משפטית מבעליה, מעובדיה או חבריה [↑](#footnote-ref-3)
4. נכס יכול להיות למעשה כל דבר, לא בהכרח משהו גדול. [↑](#footnote-ref-4)
5. נקוב (להבדיל מריאלי) [↑](#footnote-ref-5)
6. **אופציה** (option) היא חוזה בין שני צדדים. כותב האופציה מעניק לרוכש האופציה זכות לרכוש או למכור נכס תמורת מחיר קבוע מראש במועד קבוע מראש או לפניו ("מועד פקיעת האופציה"). ייתכן שבמועד המימוש הנכס יכלה או יירד אך המחיר כאמור קבוע. [↑](#footnote-ref-6)
7. **ברוקר** או בעברית: **תווכן** הוא גוף/אדם שמארגן עסקאות בין קונה ומוכר ומקבל עמלה כאשר העסקה יוצאת לפועל. [↑](#footnote-ref-7)