**דיני חוזים – מחברת מקוצרת**

**כניסה לחוזה:**

1. **כריתת חוזה:**
2. **גמ"ד** – מבחן מרכזי לכריתת חוזה ונדרש גמ"ד של שני הצדדים.
* גילוי חיצוני של כוונה ליצירת יחסיים משפטיים.
* דרישה מהותית ולא פורמלית.
* אינדיקציות לגמ"ד – מסמך כתוב, חתימה, האם עו"ד ערך את המסמך, טקסים, מחוות וכ'ו.

\*זנדבק נ' דצינגר - נבחן גמ"ד ע"פ מבחן אובייקטיבי חיצוני.

\*בראשי נ' בראשי / המבחן האובייקטיבי המרוכך– חוזה מתנה. גמ"ד של צד אחד לחוזה נלמדת מנק' מבטו של אדם סביר בנעלי הצד השני.

\*המבחן האובייקטיבי המרוכך גובר על המבחן האובייקטיבי כאשר יש סתירה ביניהם.

**מקרה חריג – טענת האפסות "לא נעשה דבר"**: טענת האפסות מעגנת את מחויבותו של ביהמ"ש, בנסיבות המתאימות, לבחון גמ"ד במדד סובייקטיבי במקום אובייקטיבי.

התנאים לטענת האפסות -

1. שלילה מוחלטת של חופש הבחירה, של רצון אחד הצדדים.
2. קיומו של שוני קיצוני בין המסמך שהחותם האמין כי עליו חתם לבין המסמך עליו חתם.
3. העדר רשלנות מצידו של המוטעה או הנכפה.

\*הדר חברה לביטוח נ' פלונית – הלוואה מהבנק. השופטת ארבל קובעת שאם לא הייתה גמ"ד סובייקטיבית מכיוון שהייתה שלילה מוחלטת של הרצון, החוזה לא נכרת למרות העדה חיצונית של גמ"ד.

**זכה"ד**: מסמך ראשוני שהצדדים כותבים אותו לשם חתימה בהמשך על הסכם מחייב.

* כדי זכה"ד ייחשב להסכם מחייב, עליו להעיד על גמ"ד של הצדדים להתקשר בחוזה ולהיות מסוים די צורכו.
* המגמה הכללית של הפסיקה היא לראות במסמכים כמו זיכרון דברים חוזה מחייב, אם מתקיימים התנאים הדרושים לשכלול חוזה (הצעה, קיבול, גמ"ד ומסוימות).

\*רבינאי נ' חברה מן השקד - "נוסחת הקשר" היא השאלה מה הקשר בין זכה"ד לחוזה הסופי - האם הוא ההסכם עצמו או שהוא שלב במו"מ בדרך לחוזה? נבחן זאת ע"פ גמ"ד ומסוימות.

ב. **מסוימות**: דרישה נוספת ומצטברת לכריתת חוזה.

* בעבר היה נהוג לבחון מסוימות ע"פ רשימת עציוני כיום ע"פ גרעין המסוימות (פס"ד רבינאי) – כמות מספקת של פרטים, ייתכן ויחסר פרט אבל הוא לא מהותי וניתן להשלמה – נשאל האם מהותי?
* יסוד המסוימות נבחן ע"פ כוונת הצדדים.

\*קפולסקי נ' גני גולן – על מנת שיתקיים יסוד המסוימות החוזה צריך לכלול רשימת פרטים שנקראת רשימת עציוני (גישה ישנה ולא מקובלת בפסיקה) - שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה, המחיר, מועדי התשלום והוצאות ומיסים – **לא** תקף בפסיקה המודרנית מכיוון שרצון ביהמ"ש לאפשר את רצון הצדדים ע"י חופש החוזים.

\*דור אנרגיה נ' חאג' - חוזה בלעדיות בין מפעיל תחנה לחברת דור. השאלה היא האם הפרטים החסרים הם מהותיים או ניתנים להשלמה? רק אם חסרים פרטים שוליים (שגם בלעדיהם עומד החוזה) נראה בחוזה כמסוים מספיק ותקף. אולם, במקרה של חוסר בפרט מהותי נראה בחוזה כלא תקף בשל העדר מסוימות.

\*עדני נ' דוד – עסקת מכר במקרקעין. היה פרט חסר (אמצעי התשלום ומועדו) ונשאל האם הוא מהותי או לא? השופט פוגלמן (דעת רוב) החליט שהפרט מהותי וע"כ גמ"ד ומסוימות לא מתקיימים והחוזה אינו תקף. השופט עמית (דעת מיעוט) קבע שהתקיימו גמ"ד ומסוימות וע"כ החוזה תקף. ההלכה – בין גמ"ד למסוימות יש יחסי גומלין והולכים יד ביד.

\*בית הפסנתר נ' מור ואח' – הסכם פשרה. האם דרישת המסוימות נבלעת בגמ"ד? דורנר (דעת מיעוט) טוענת שאם היה העדה על גמ"ד אין דרישה למסוימות ואילו בייניש (דעת הרוב) טוענת שאלו שתי דרישות נפרדות וצריך להוכיח את שתיהן.

**מנגנוני השלמה:**

1. דין
2. נוהג – משלימים ע"פ הנהוג והמקובל (דור אנרגיה).
3. מנגנון השלמה מוסכם - לכאורה יש פרט חסר אבל קבעו מגנון שע"פ רשימת הציוד תקבע.
4. עיקרון הביצוע האופטימלי - הצד שרוצה לקיים את החוזה יבוא לקראת הצד השני וישלים את החסר בצורה המיטיבה עמו (דור אנרגיה).
5. הוראות השלמה חקוקות - להשלים ע"פ הוראה שמופיעה בחקיקה.
6. השלמה אובייקטיבית – מה שנראה סביר בעיניי ביהמ"ש.

\*במסוימות קריטי לדון בצורה מקיפה ולהתייחס להשלמת פרטים! אם החוזה מסוים דיו, ביהמ"ש ישלים את הפרטים החסרים באמצעות מנגנוני השלמה. **לא** די בלציין זאת, יש ליישם על בסיס עובדות המקרה מה הם מנגנוני ההשלמה.

ג. **דרישת הכתב**: ס' 8 לחוק המקרקעין.

דרישה מהותית מול ראייתית - בדרישה ראייתית הכתב משמש כאחד מאמצעי ההוכחה לכך שהתקיים חוזה, אך ניתן להחליפו גם ע"י הצטברות של ראיות אחרות. לעומת זאת בדרישה מהותית עוסקים בחשיבות העסקה. עסקאות מכר הן דבר עיקרי ולכן הכתב עצמו מהווה את ההסכמה.

\*גרוסמן נ' בידרמן – השופט זוסמן קבע שהדרישה היא מהותית ואם יש הסכמה אך היא לא מנוסחת בכתב-לא נכרת חוזה.

\*בוטקובסקי נ' גת – עסקת מכר במקרקעין. עם השנים רוככה הדרישה המהותית בהתאם לריכוך המסוימות. ניתן לראות שדרישת הכתב כמעט רוקנה מתוכן ושמסתכלים גם על חוזה לא מוגמר או כתב אחר (למשל זכה"ד). לגבי החתימה, היא באה למלא פונקציה של הוכחה, וע"כ ניתן להחליפה בדרכי הוכחה אלטרנטיביות – תלוי באינדיקציות של גמ"ד.

ד. **הצעה וקיבול**: מפגש בין הרצונות של המציע והניצע.

**הצעה**: ס' 2 לחוה"ח.

* הצעה צריכה להעיד על גמ"ד ומסוימות.

**פקיעת הצעה**:

* חזרת המציע ס' 3 - למציע מותר לחזור בו מהצעתו כל עוד הניצע לא השיב בחיוב ונתן הודעת קיבול. הודעת החזרה מההצעה צריכה להימסר לניצע טרם שליחתו את הודעת הקיבול.
* הניצע דוחה את ההזמנה ס' 4(1)
* עבר מועד הקיבול ס' 4(1)
* פטירת אחד הצדדים ס' 4(2)
* המציע או הניצע הפכו לפסולי דין ס' 4(2)
* חלוף זמן בלתי סביר ס' 8 - קביעה מהו זמן סביר תלויה בנסיבות העניין לפי שיקול דעת ביהמ"ש.

\*נווה עם נ' יעקובסון – על מנת לדחות הצעה היא צריכה להתבצע בצורה אקטיבית ושתהיה מפורשת וברורה.

**הצעה בלתי חוזרת**: ס' 3(ב)

\*תשובה נ' בר נתן – עסקת מכר במקרקעין. הגיע פקס שמבטל את החוזה לפני שהגיעה ההצעה בדואר רשום, לכן לא נכרת החוזה. אם סדר הדברים היה הפוך החוזה היה נכרת.

**קיבול:** ס' 5

* קיבול ע"י התנהגות - ע"פ ס' 6 (א) או (ב) – קיבול לא יהיה בשתיקה אלא אם כן סוכם מראש ע"י הצדדים.
* חזקת קיבול – ס' 7
* חזרה מקיבול – ס' 10 - דומה לחזרה מהצעה, הניצע יכול לחזור בו מהקיבול רק אם הביטול הגיע טרם הקיבול (כאשר יש מקרים פחות ברורים, ביהמ"ש מנסה להתחקות אחר רצון הצדדים).
* קיבול כהצעה חדשה – קיבול בשינוי ע"פ ס' 11 או קיבול לאחר פקיעה ע"פ ס' 9.

**הצעה לציבור**:

הבדל בין הצעה לפנייה – הצעה מעידה על גמ"ד ומסוימות לעומת פנייה **שלא** מעידה על אלו והיא בגדר הזמנה למו"מ או הזמנה להצעה.

דוג' להצעה – חלון ראווה, מודעה, מכרז וכ'ו.

\*קוזלי נ' מדינת ישראל – המבחן הוא איך הניצע הסביר היה מבין את ההצעה? כל עוד לא חוזרים מההצעה במפורשות ההצעה תקפה. בנוסף, ייתכן מקרה ובו יהיה קיבול אקראי.

**מלחמת טפסים:** סיטואציה שבה יש שני טפסים הסותרים אחד את השני בדבר חלוקת האחריות של הצדדים. קיים פער ולכן יש להכריע בהתאם לנסיבות. לרוב קורה בין חברות מסחריות (ספק ולקוח). ניתן לפתור זאת ע"י - **1.** קביעה כי לא התקיים חוזה משום שאין מפגש רצונות **2.** קביעה שיש חוזה אך צריך להשלים פרט **3.** קביעה כי אחד הטפסים גובר על השני, נתון לשק"ד.

\*בקייס – אין צורך לדון בהצעה וקיבול. רק כאשר יש פער בזמן או במקום (גיאוגרפי).

2.**חובת התו"ל במו"מ:** ס' 12

* 12(א) חובת התו"ל היא עמומה לכן צריך לבדוק מה גבולותיה ע"י הפסיקה.
* 12(ב) – אלמנטים חשובים: **1.** הפרת חובה **2.** קשר סיבתי (בין הנזק למו"מ) **3.** נזק וסעד.

**מאפייני חובת התו"ל במו"מ**:

1. חובה החלה בניהול מו"מ - מדובר רק בשלב המשא ומתן, לאחר מכן חל סעיף 39.
2. סטנדרט ההתנהגות הנדרש - ברק: "אדם לאדם, אדם"(בית יולס). התנהגות לפי כללי המשחק הלגיטימיים וההוגנים.
3. מושג שסתום - מהווה פתח לקביעה מהי ההתנהגות הראויה במשפט הפרטי לפי שיקולי מדיניות.
4. חובה קוגנטית - חובה שלא ניתן להתנות עליה. (קסטרו)
5. סטנדרט אובייקטיבי (קסטרו).
6. תחולת החובה - החובה חלה על הצדדים במשא ומתן ואין הכרח שלבסוף ייכרת חוזה(קסטרו).
7. תוצאה – בעקבות הנזק של ההפרה מגיע פיצוי.

**תוכן חובת התו"ל:**

1. מצג שווא ועידוד הסתמכות (זפניק, קל בניין וקלמר)–
* אשם בהתקשרות
* פרישה ממו"מ שלא בתו"ל (קל בניין) - הציגו מצג שווא לגבי ניהול המו"מ, גרמו לחשוב שרק מי שמשתתף במכרז יוכל לקבל את החוזה.
* מו"מ ללא כוונת התקשרות
* העלאת דרישות בלתי סבירות או חוקיות (זוננשטיין)
* ניצול מצוקה (גנז נ' כץ) - אם ניצול המצוקה לא עולה בכדי טענת עושק ניתן לטעון לחוסר תו"ל במו"מ.
* התנערות מהסכמות שהושגו
* התעקשות על פרט טכני חסר (קלמר נ' גיא) - דרישת כתב. הרי ברור שהצדדים ראו בחוזה כתקף, הבנייה הסתיימה ורק לאחר מכן התעקשו על הפרט הטכני כדי לצאת מהחוזה.
1. אמירת שקר ואי גילוי האמת (קסטרו) - לעתים ההתנהגות דומה להטעיה אך הסעד שונה בהטעיה ביטול וכאן פיצויים.
2. אפליה במו"מ (בית יולס וקל בניין).
* הוגנות במכרז (קל בניין) - נוצרה הסתמכות של החברות במכרז, עצם הבחירה בחברה חיצונית פגעה במו"מ ויצרה מצג שווא לא תקין. ביהמ"ש קובע שמדובר בחוסר תו"ל כדי למנוע התנהגות זו בעתיד.
* חובת השוויון (בית יולס)

**סעדים:**

סעד שלילי / פיצוי הסתמכות - מבקשים להביא את הנפגע למקום אלמלא נכרת חוזה (השבה).

סעד חיובי / פיצוי קיום - מבקשים להביא את הנפגע למקום בו היה לו נכרת חוזה (אכיפה).

\*קל בניין נ' ע.ר.מ רעננה – בדר"כ כשיש הפרת חובת התו"ל נותנים פיצויים שליליים אך במקרים חריגים נותנים פיצויים חיוביים.

\*על מנת שינתנו פיצויים חיובים צריכה להיות קרבה גדולה מאד לכריתת חוזה ושחוסר התו"ל מנע את הכריתה באופן חדמ"ש.

\*קלמר נ' גיא - מקרה בו מתגברים על פרט טכני של דרישת כתב וניתן לקבל סעדים חיוביים: **1.** "זעקת הגינות" בשל הסתמכות חזקה. אם לא יאכפו את החוזה ייווצר חוסר צדק (ברק). **2.** ביצוע חלקי של החוזה ומסמכים אחרים יכולים להחליף את דרישת הכתב (זמיר).

מקרה ביניים – פיצוי בגין אובדן הזדמנויות - עדיין נחשב פיצוי שלילי לפי לשון החוק, אך נועד להביא את הנפגע למצב טוב יותר מתוך ההנחה שלולא ההסתמכות היה יכול להימצא בחוזה אחר משתלם לא פחות. בפועל מדובר בהגמשה של פיצויי ההסתמכות לעבר הסעדים החיוביים.

3**. פגמים בכריתת חוזה:**

א. **טעות – ס' 14:**

**ס' 14(א) טעות חד צדדית** (ידועה לצד השני):

* חוזה
* טעות – פער בין ההבנה למציאות.
* "עקב הטעות" / קשר סיבתי – החוזה הוא תוצאה של הטעות. לולא הטעות לא הייתי מתקשר בחוזה.
* יסודיות - לולא הטעות אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה.
* ידיעת הצד השני – צריך להראות שהצד השני ידע או עליו היה לדעת על הטעות.

בוחנים בצורה אובייקטיבית (יסודיות) וסובייקטיבית (סיבתיות) – גם האם האדם הסביר היה מתקשר בחוזה לולא הטעות וגם האם האדם הספציפי היה מתקשר לולא הטעות.

**ס' 14(ב) טעות משותפת**:

* מצב בו הצד השני לא ידע ולא היה צריך לדעת. כאן **אין** זכות ביטול אוטומטי, אלא ביהמ"ש יכול לקבוע ביטול ופיצויים במקרה שהצדק מחייב.

**ס' 14(ג) קיום החוזה בתיקון**:

* אם ניתן לתקן את הטעות לא יבוטל החוזה.

**ס' 14(ד) טעות בכדאיות העסקה**:

* טעות בכדאיות – אין זכות ביטול.
* טעות אופרטיבית – יש זכות ביטול.

**סיווג בין טעות בכדאיות לבין טעות שאינה בכדאיות:**

1. עבר מול עתיד (טדסקי) - אם הטעות נוגעת לעתיד (למשהו שעוד לא אירע בזמן הכריתה) אז הטעות היא בכדאיות ולכן **אין** זכות ביטול. לעומת זאת אם הטעות קרתה בעבר אז זו טעות אופרטיבית ויש זכות לביטול.
2. תכונות מול שווי (שלו) - אם התכונות היו קיימות טרם החוזה מדובר בטעות בכדאיות **ואין** זכות ביטול, אם מדובר בהערכה לא נכונה שהתבררה לאחר החוזה מדובר בטעות בכדאיות גרידא.
3. מבחן הסיכון (פרידמן) - מבחן הסיכון שואל מי מהצדדים לקח על עצמו את הסיכון לטעות הספציפית שהתקיימה. צריך לפרש את החוזה ולהבין למה הצדדים התכוונו. אם זה סיכון שאדם לקח על עצמו מלכתחילה זו טעות בכדאיות **ואין** זכות ביטול. – מבחן מקובל בפסיקה.

\* בדר"כ ניישם את שלושת המבחנים – כאשר למבחן השלישי יש משקל גבוהה.

\*שליזנגר נ' הפניקס (טעות לגביי המצב העובדתי) - גילה שחולה בסרטן לאחר שביטל את הביטוח. השאלה היא האם הטעות היא רק בכדאיות העסקה? מבחן הסיכון – זהו סיכון שהמבוטח נטל על עצמו בכך שביטל את הפוליסה. עד לאותו רגע הסיכון היה על הפניקס אך מאותו רגע שביטל את החוזה, הוא העביר את הסיכון מחברת הביטוח אליו. פה המקרה הוא הגילוי ולא המחלה עצמה. השופטת פרוקצ'יהנסמכת על מבחן הסיכון, איזה צד נטל על עצמו את הסיכון לטעות שהתרחשה בפועל? מדובר בשאלה פרשנית.

\*בן לולו נ' אליאס (טעות לגביי שינוי עובדתי) – הסכם פשרה. במקרה דנן ביהמ"ש קובע כי מדובר בטעות בכדאיות בעסקה ולכן לא מבטל את הסכם הפשרה. לטעמם התובעת לקחה על עצמה את הסיכון שמצבה יחמיר כשחתמה על ההסכם. אם היה מדובר בסיכון שהצדדים לא צפו מראש אזי ניתן לבטל את ההסכם – למשל, ביטוח על רגל כשבסוף התבררו בעיות גב.

\* אם פשרה נעשית בצורה טובה, היא תשקף את רצון הצדדים ואת התוצאה הטובה מבחינתם.

\*כרמל נ' טלמון (טעות לגביי המצב התכנוני) – עסקת מכר במקרקעין. לאחר החתימה גילה שהנכס יכול לשמש גם למגורים וגם למסחרי. הרוב הכריע שטלמון היה צריך לבדוק את המצב התכנוני ולכן הסיכון שלקח על עצמו הוא טעות בכדאיות העסקה. בדעת המיעוט השופט מזוז אומר כי מדובר בטעות משותפת ולא בטעות בכדאיות ולפיכך יש זכות לביטול.

\*ארואיסטי נ' קשתי ואח' (טעות לגביי המצב המשפטי) – הסכם פשרה. אישה נפצעה בתאונת דרכים וכשהיא התפשרה יכלה לקבל רק פיצויים פיזיים. יצא תיקון שמאפשר פיצויים רגשיים אך היא לא תקל אותם מכיוון שזה טעות בכדאיות העסקה, הנפגעת לקחה על עצמה את הסיכון שמצבה ישתנה.

\*סעיפים קטנים של ס' 14 מצטברים!

ב**. הטעיה – ס' 15:**

**הטעיה במעשה – רישא:**

* חוזה
* טעות
* קשר סיבתי כפול – צריך שתהיה טעות וגם צריך שהצד השני יהיה זה שבגללו היא נגרמה.
* הטעות אינה בכדאיות
* חובת גילוי
* זכות ביטול

\* וופנה ואח' נ' אוגש – חוזה מכר במקרקעין. הטעות נגרמה ע"י כך שהמוכרים אמרו לקונים שהדירה נמצאת במקום שקט שבפועל לא. ביהמ"ש קובע שיש חובת גילוי האמת מצד המוכר.

**הטעיה במחדל – סיפא:**

* חוזה
* טעות
* קשר סיבתי בין הטעות לחוזה
* גרימת הטעות ע"י אי גילוי
* הטעות אינה בכדאיות
* חובת גילוי
* זכות ביטול

\*ההבדל בין הטעיה במחדל לבין מעשה הוא האם גרמתי להטעיה ע"י מעשה או אי מעשה?

\*בשאלת קייס, בדר"כ נבין מהסיפור האם זה נגרם בהטעיה או במעשה.

**היקף חובת הגילוי:**

1. יתרון במידע - אם יש דברים שיש יסוד סביר לכך שהצד השני לא יודע, היקף חובת הגילוי גדולה יותר.
2. יחסי אמון - ככל שיש יותר יחסי אמון בין הצדדים, יותר נטה להרחיב את היקף חובת הגילוי מכיוון ויש ציפייה לגילוי.
3. חובות גילוי מכוח מצג מטעה

\*חברת בית חשמונאים נ' אהרוני ואח' – חוזה מכר במקרקעין. התנו בחוזה שהמוכרים לא ימכרו למסעדות אחרת על מנת שלא תיווצר תחרות. הטעות הייתה שחצי מהבניין היה שייך למישהו אחר שמכר למסעדה. הקונים טוענים למצג שווא שיצר רושם מסוים אצלם מכיוון והמוכרים יצרו מלכודת (גרמו להם לחשוב שכל הבניין שלהם). הלכה - אסור ליצור מצג מטעה, שווא או חלקי.

\*חובת הגילוי משותפת לס' 12 ולס' 15.

**היקף חובת הגילוי:** מה צריך לגלות ומה לא?

1. היקף חובת גילוי על המוכר – פגמים נסתרים ועובדות הגילוי.

\*ספקטור נ' צרפתי – עסקת מכר במקרקעין. הקונה רוצה להשתחרר כי הניח כאשר קנה שאפשר לבנות על המגרש 16 דירות ובפועל אפשר לבנות רק 12. השופט אשר(ד"מ) - אם צד מבין שהצד השני טעה עליו לגלות. השופט לנדוי - אין חובת גילוי על עובדות גלויות, אם הקונה יכול לברר בעצמו אז על הצד השני אין חובת גילוי כלפיו.

ב. היקף חובת גילוי על הקונה – מידע מקרי או מידע המגלם השקעה.

הטעיה וטעות הניתנת לתיקון - הדעה הרווחת בספרות היא שאם הטעות ניתנת לתיקון, לא ניתן לטעון הטעיה ע"פ ס' 15. הפסיקה לא מתייחסת לזה, אלא רק באוביטר ע"י השופטת ארבל שקובעת כי גם אם הטעות ניתנת לתיקון, יהיה ניתן לטעון להטעיה ע"פ ס' 15.

**עמדות בספרות:**

* שמגר – הטעיה רק ביודעין – יודעים על הטעות.
* צלטנר – הטעיה ביודעין או ברשלנות – לא יודעים את הטעות והיה עליי לדעת.
* שלו – הטעיה ביודעין, רשלנות או שגגה – לא יודעים על הטעות ולא היה עליי לדעת.
* דויטש – 1. *הטעיה במעשה* - ביודעין, רשלנות או שגגה. 2. *הטעיה במחדל* – רק ביודעין.

\*הפסיקה / הספרות לא קובעת מה הדרישה אלא כל צד יטען לטובתו.

הטעיה בפרסום – על מנת לטעון להטעיה צריך להתקיים חוזה.

סעדים - בפגמים בכריתה הסעד המבוקש לרוב הוא ביטול והשבה הדדית.

**ג.כפייה – ס' 17:**

יסודות הכפייה:

* חוזה
* איום
* מטעם הצד השני או אחר מטעמו (דיור לעולה)
* קשר סיבתי סובייקטיבי (שפיר נ' אפל) – הצד הנכפה התקשר בחוזה עקב איום אבל הדרישה היא סובייקטיבית, כלומר בחוויה האישית שלו הרגיש מאוים.
* אזהרה בתו"ל על הפעלת זכות אינה כפייה.
* איום בהליך פלילי אינו אזהרה בתו"ל
* איום בהפעלת זכות שהמאיים אינו מאמין בקיומה אינו אזהרה בתו"ל

\*שפיר נ' אפל – הסכם שיווק. איום של הגשת תלונת שווא במשטרה על שינוי הרישומים. לאחר מכן הגעה עם עו"ד לביתו ואיומים עד שחתם על הסכם. נקבע שלא מדובר באיום עסקי ושהכפייה נעשתה בחוסר תו"ל ולכן החוזה בטל. השופטת שטרסברג קובעת שאיום בהליך פלילי אינו מהווה אזהרה בתו"ל.

מבחני הכפייה - מבחנים מצטברים!

1. איכות הכפייה – סוג הכפייה, הפעלת לחץ לא לגיטימי - אלימות פיזית, פגיעה ברכוש, פניה למשטרה, איום בחשיפת מידע מביך ואיום שלא בתו"ל.
2. עוצמת הכפייה - האיום צריך להיות חזק ובעל משקל.

\*לא מדובר באיום כלכלי, אלא איום בפנייה למשטרה ואיום בהפעלת זכויות לא בתו"ל.

**כפייה כלכלית:** לרוב לגיטימית, אך יש מקרים של כפייה כלכלית **לא** לגיטימית. טענה יותר בעייתית וגבולית.

* איום עסקי / מסחרי (אקספומדיה)
* איום באי התקשרות

**מבחנים מגבילים בכפייה כלכלית**:

1. אם יש אפשרות פנייה לערכאות – אין כפייה (אקספומדיה)
2. אם תנאי החוזים הוגנים – אין כפייה (מצא בש.א.פ)

**אינדיקציות לכפייה כלכלית**:

* סחטנות, ניצול הסתמכות (מלצר, אקספומדיה) – האיום מגיע אחרי שהצד השני מסתמך.
* איום מפתיע
* נזק חמור ובלתי הפיך
* פגיעות הצד השני
* לחץ כלכלי בלתי לגיטימי (חשין במאיה)

\*כשרוצים להוכיח כפייה כלכלית, המבחנים נגזרים מאיכות הכפייה ובנוסף מוכיחים את עוצמת הכפייה. צריך לשאול מתי האיום הכלכלי הופך ללא לגיטימי?

אקספומדיה - חברות ששותפות בהקמת יריד. בעליון נקבע כי האיום אינו לגיטימי ולכן יש לבטל את החוזה.

מאיה – (יהלומים). הסתיר נכסים ואמר להם להסתפק במועט או להסתכן שלא יקבלו כלום. שמגר וגולדברג לא חושבים שהתקיימה פה כפייה לעומת חשין שקובע כי הלחץ היה איום כלכלי לא לגיטימי מכיוון שהוא איום שקרי שמלווה בחוסר תו"ל ובזה הוא שונה מהסדר נושים רגיל.

פס"ד זה מראה את המורכבות – האם לטעון הטעיה או כפייה? קשה יותר להוכיח כפייה ולכן לרוב כדי לטעון הטעיה כשאפשר. לבסוף הפס"ד מוכרע דרך תקנת הציבור כדי לא להרחיב את הכפייה הכלכלית יתר על המידה (שמגר).

\*בקייס לטעון גם כפייה וגם הטעיה. מה הופך איום ללא ראוי? חשין הציג רעיון שאמנם לא הפך להלכה, אבל עדיין ניתן להשתמש בו – איום שמבוסס על מצג שקרי.

\*עילת הכפייה ועושק הן עילות דומות ולעיתים כשטוענים לעילת הכפייה ניתן לטעון לעושק ולהפך. בעילת הכפייה ישנם מבחנים שבוחנים מתי לחץ שמפעיל צד אחד על הצד השני בחוזה הופך ללא לגיטימי? כפייה היא כשיש חוזה שהוא תוצאה מלחץ לא לגיטימי.

**ד. עושק – ס' 18:**

האלמנטים שצריך להוכיח בעושק:

* חוזה
* מצוקת העשוק (סאסי וגנז) – השאלה המרכזית שבוחנים אותה בפסיקה.
* קשר סיבתי בין המצוקה להתקשרות בחוזה
* ידיעת העשוק
* תנאי החוזה גרועים מהמקובל
* זכות ביטול

\*סאסי נ' קיקאון – עסקת חליפין במקרקעין. ביהמ"ש קובע כי המצוקה נמדדת במהות של פגיעה ביכולת של קבלת החלטות וכל השאר הם אינדיקציות ואין צורך להגיע למצב של פסול דין. השופט טירקל טוען שעל המצוקה להיות מתמשכת ואילו השופט לנדוי טוען שמצוקה יכולה להיות ארעית וחולפת.

גנז נ' כץ – שידוך. ביהמ"ש קובע שאין מצוקה מספיקה, בהיבט איכות התנאים: אמנם המחיר גבוה מהמקובל בשוק, אך ביהמ"ש נתקל במורכבות – עד כמה רוצים להתערב בהסכם החוזי בין הצדדים, יש לבחון את רצון הצדדים בזמן החתימה. ניכר כי גנץ היה מוכן לשלם מחיר גבוה כדי לתת תמריץ למאמץ, אם נבטל חוזה כזה בעתיד אנשים יחששו להיקשר בחוזים משתלמים מדי מפחד שיבוטלו מחמת עושק.

"תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל" –

* שקילת התמורות – מסתכלים על מה כל אחד מהצדדים נתן ומשווים.
* הסדר חריג – האם הוא שונה ממה שמקובל בשוק? הטיעון הנגדי הוא שיש סיבות טובות לכך שהחוזה חריג.
* היגיון עסקי – מבחן מרכזי!
* שקילות התמורות בהתחשב בסיכון
* תמריצים

\*אלה לא תנאים מצטברים, אלה דרכים שונות להתייחס לתנאי החוזה גרועים מן המקובל.

**בפסיקה נקבע כי עילת העושק מורכבת משלושה יסודות מצטברים ושלובים:**

1. מצבו של העשוק - מצוקה, חולשה שכלית או גופנית, חוסר ניסיון.
2. התנהגותו של העושק – הניצול.
3. העדר איזון סביר בין העשוק לעושק - תנאי חוזה גרועים.

ה. **ביטול והשבה בעקבות פגם בכריתה:**

**ביטול חלקי** – ס' 19 הוא לטובת הנפגע. אם הצד שמבקש לבטל את החוזה יכול להפריד את החוזה וכתוצאה מכך יכול לבקש לבטל את אותו חלק. ייתכן ויש מצב שמלכתחילה לא היה מתקשר בחוזה אם ידע שיש פגם בחוזה ולכן רשאי לבקש ביטול חלקי או ביטול מלא.

**דרך הביטול** – ס' 20 ביטול בעקבות פגם הוא לא אוטומטי, אלא הס' מאפשר לצד שרוצה לבטל את האפשרות לבטל ע"י הודעה תוך זמן סביר.

**השבה לאחר ביטול** – ס' 21 מה קורה אחרי הביטול – 1. תוצאה של ביטול שהיא הכרחית ולאחר מכן תגיע השבה. 2. ההשבה בעקבות ביטול היא הדדית.

**שמירת תרופות** – ס' 22 זה שהיה פגם בכריתה ויש זכות ביטול לא אמור למנוע מלבקש תרופות אחרות אבל התרופות האחרות ינבעו מאיזה שהוא מקור אחר. אי אפשר לתבוע פיצויים מכוח ס' 22.

**סיכום סעדים כניסה לחוזה ופגמים בכריתה:**

גמ"ד, מסוימות, דרישת הכתב, הצעה וקיבול - אין חוזה

תום לב במשא ומתן - 1. פיצויים חיובים 2. פיצויים שלילים

פגמים בכריתה – ביטול או לחילופין ביטול חלקי.

\* הסעדים תלויים כמובן ברצון הצדדים, אם למשל צד מסוים נפגע מהעושק אבל הוא רוצה לקיים את החוזה אז את נבקש ביטול חלקי של החלק שנגרם בו עושק (זה בד"כ יהיה נתון בקייס או ממש בשאלה - "יוסי מעוניין לקיים את החוזה, מה הסעדים שהוא ידרוש?"), אם הוא מעוניין לצאת מהחוזה, אז ביטול והשבה. ממילא, אם לא בטוחים כדאי לדון בשתי האפשרויות.

**תוכן החוזה:**

**פרשנות:**

* העיסוק בפרשנות קורה כאשר שני הצדדים לא מסכימים על התוכן של החוזה או חלקו.

ספק פרשני בחוזה –

* פרט חסר
* ניסוח דו משמעי – "זמן סביר"
* מושגים עמומים
* סתירה בין אמירות שונות
* שפה שמובילה לתוצאה אבסורדית
* סתירה בין הלשון לבין כוונת הצדדים

**ס' 25 – פרשנות** (במובן הצר): אין צורך להשלים, נובע מהחוזה.

**ס' 26 – השלמה** (במובן הרחב) – יש צורך בהשלמה ומוסיף עוד שני אלמנטים להבנת אומד דעת הצדדים על ס' 25: **1.** נוהג הקיים בין הצדדים. **2.** נוהג המקובל בחוזים מאותו סוג.

* כאשר מתעורר ספק פרשני ניתן להיעזר ע"י נוהג בחוזים דומים על מנת ללמוד את כוונת הצדדים- למשל חוזה שכירות מומלץ של עיריית ת"א.

**כלים לפרשנות והשלמת חוזה:**

* לשון החוזה 25(א)
* נסיבות הכריתה 25(א)
* נוהג בין הצדדים 26
* נוהג בחוזים מאותו סוג 26
* הוראות השלמה בחוק החוזים מיוחדים
* הוראות השלמה בחוק החוזים הכללי (41, 44-46)
* השלמה מכוח עיקרון תו"ל (39)

**אבחנות מסורתיות בפסיקה**:

1. פרשנות מול השלמה (אתא) - פרשנות היא פירוש תוכן קיים, השלמה היא במצב בו חסר פרט ויש להשלימו. קודם יש לפרש את מה שקיים ואז להשלים את מה שחסר.
2. לשון מול נסיבות (אפרופים) - לשון היא כל מה שכתוב בחוזה ונסיבות עוסקות בסיטואציה בה היו הצדדים בזמן כריתת החוזה. הקו בין הלשון לנסיבות עמום.
3. פרשנות אובייקטיבית מול פרשנות סובייקטיבית (אפרופים) - סובייקטיבית: כוונת הצדדים. אובייקטיבית: מה החוזה אומר. הפרשנות הסובייקטיבית גוברת, מה שמעריכים שהייתה כוונת הצדדים. אם כוונת הצדדים לא ברורה, ביהמ"ש יבחן מנק' מבט אובייקטיבית.

\*בדר"כ כוונת הצדדים גוברת אלא אם כן יש סייגים.

\*אתא נ' זולוטוב – חוזה סוכנות. הסכסוך הפרשני הוא ע"פ איזה ערך צריך להחזיר את הפיקדון. טשטוש האבחנה בין פרשנות לשלמה – פרשנות היא גם על פרט חסר. ברק משתמש בפרשנות במובן הצר, מגיע לתוצאה מתוך הנסיבות.

**גישות פרשניות**:

גישת השלבים (מצא, דעת מיעוט, אפרופים) - גישה הדוגלת במדרג היררכי. מתחילים בפרשנות ולאחר מכן עוברים להשלמה, לפי שלבים, כאשר נעצור בשלב בו נמצאה כוונת הצדדים. גישה זו אינה ההלכה היום.

גישת אפרופים (הגישה המקובלת בפסיקה!) - אבחנה בין לשון לנסיבות. ברק מנסה לבסס כי גישת השלבים היא פיקציה. על מנת לרדת לעומק דעתם של הצדדים צריך להבין את החוזה בכללותו לפי היגיון, אין להסתכל עליו חלקים חלקים - צריך לבחון את הלשון והנסיבות יחד. המקרה היחיד בו גישת אפרופים תוביל לתוצאה אחרת מגישת השלבים היא כאשר הלשון ברורה אך סותרת את הנסיבות.

\*נסיבות- האירועים שהתרחשו סביב כריתת החוזה וההיגיון העסקי.

\*אפרופים היא הלכה אבל היא נמצאת תחת לחץ ולכן ניתן להעלות טענות מנוגדות, מצא באפרופים, דנצינר בנורייקט, שטיין ביבי כבישים.

\*יש להתייחס לשתי הגישות בעניין הזה.

**גישת הפסיקה**:

* יש לבחון תמיד את כל האלמנטים.
* ללשון החוזה יש משקל גבוהה.
* כוונה סובייקטיבית גוברת על תכלית אובייקטיבית(ברק, אפרופים).

פרשנות אובייקטיבית מול פרשנות סובייקטיבית - פרשנות סובייקטיבית היא פרשנות שמטרתה להגיע לכוונת הצדדים. ופרשנות אובייקטיבית מטרתה היא להבין מה הוגן וראוי, למה צדדים סבירים היו רוצים להגיע.

אם לא ניתן לקבוע מה הייתה כוונת הצדדים (נראה שאין כוונה משותפת), ביהמ"ש יבחן פרשנות אובייקטיבית – מה צדדים סבירים היו מתכוונים בחוזה כזה.

לוי נ' נורקייט - הלכת אפרופים לא מהותית כי אפשר להגיע אליה דרך גישת השלבים וטעות סופר (דצינגר).

**פרשנות – ניתוח קייס:**

1. כשיש ספק פרשני- יש לזהות אותו ולהגדיר אותו. לאחר מכן, נעבור לבדיקת האינדיקציות.
2. אינדיקציות לכוונת הצדדים - לשון, נסיבות (היגיון עסקי(אתא), שיחה בע"פ וכ'ו).
3. גישת אפרופים- תמיד להסתכל על כלל האלמנטים (לשון +נסיבות).
4. גישת השלבים- אם לשון החוזה ברורה- לא לעבור לנסיבות. למרות שהיא לא ההלכה, יש להתייחס אליה ולכתוב שזו לא הגישה השולטת בפסיקה.

יש לבסס את שתי הגישות ולראות האם הן מובילות לתוצאה שונה. יישום על האינדיקציות.

1. טעות סופר- לאחר האינדיקציות ויישום הגישות. לבדוק האם ניתן ליישם טעות סופר.
2. פירוש מקיים- לבחור בפרשנות שבה החוזה מתקיים לעומת פרשנות בה החוזה בטל.
3. פירוש נגד המנסח- לבדוק אם ניתן ליישם את סעיף זה על המקרה. כשיש קייס נטען שתי טענות אלה לשני צדדים מתנגדים.

**כללים פרשניים נוספים:**

**טעות סופר – ס' 16:**

* פער בין כוונת הצדדים ללשון החוזה, כישלון בהבעת כוונת הצדדים בחוזה עצמו.
* במקרה של טעות סופר הסעד לא יהיה ביטול אלא תיקון הטעות.
* טעות סופר מראה שניתן להגיע לאותה תוצאה גם ללא אפרופים.

פרקש – עסקת מכר במקרקעין. ביהמ"ש קובע כי הנספח שהוכנס לחוזה (ומזכה את הקונה בהנחה גדולה ממה שהתכוונו הצדדים) הוכנס לשם בטעות ולכן יש להתייחס אליו כאל טעות סופר ולתקן את החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים. טעות סופר יכולה להיות גם חסר משמעותי בחוזה, ולא רק שגיאה קטנה.

לכאורה, ניתן היה להגיע לתוצאה זו גם דרך אפרופים (יפרשו את הנסיבות ויבינו כי הצדדים התכוונו להנחה נמוכה יותר). בפועל, סעיף 16 מתייחס למצב של חוסר תאימות, כשצד אחד לא מודה מה הייתה כוונת הצדדים, ואילו אפרופים משמש אותנו כאשר לא ברור מה הייתה כוונת הצדדים.

המבחן לשאלה לטעות סופר ע"פ השופט לוין הוא המבחן המהותי. האם מה שהתגבש להיות המסמך שאמור לשקף את החוזה (=אומד הצדדים) שונה מן החוזה שנכרת?

ע"פ ס' 16 כוונת הצדדים יותר חשובה מתוכן המסמך ואם יש פער בין הדברים, כוונת הצדדים מכריעה.

\*טעות סופר והלכת אפרופים הולכות יד ביד אך יש לדון בכל טענה בנפרד!

**ס' 25(ב) – פירוש מקיים:** פירוש המקיים הוא עוד דרך להגיע לכוונת הצדדים ויתרה מכך הוא יכול לגבור על כוונת הצדדים. יש קשר בין הרעיון של פרשנות לחוזים בלתי חוקיים. כשיש חוזה לא חוקי, נעדיף לפרש אותו כמשהו חוקי.

**ס' 25(ב1) – פירוש כנגד המנסח**: פרשנות אובייקטיבית, לא בוחנים את כוונת הצדדים. בוחרים את הצד שלרעת החזק. העובדה כי לאחד הצדדים יש עדיפות בחוזה נובעת מהבדלי מעמדות בין הצדדים והס' נותן תמריץ לצד שיש לו עליונות בחוזה על מנת שהחוזה יהיה כתוב בצורה ברורה ושוויונית כמה שאפשר.

\*ההבדל מפרשנות נגד המנסח הוא שבפרשנות נגד המנסח ניתן לסתור את העובדה שהייתה עדיפות בעיצוב תנאי החוזה. בסעיף 25(ב) פשוט נקבע שעדיף מקיים, אז אם צד טוען שניתן לפרש את החוזה כך שהוא יתקיים, הצד השני יכול להגיד שזה לא באמת ממש את התכלית ולכן זה לא באמת עדיף על ביטולו.

**תו"ל בקיום חוזה:**

* תו"ל בס' 39 ופרשנות הן "דוקטרינות אחיות".
* בדומה לסעיף 12, גם כאן הגדרת "תום לב" אינה ברורה מלשון החוק ומשאירה מקום רחב לפסיקה. בסעיף 39 אין אזכור לסעדים אלא רק איסור על שימוש בזכות בחוסר תו"ל, וקיום חיוב בחוסר תו"ל.
* חובה על צד לחוזה לקיים את חיוביו באופן שיגשים את רוח החוזה ומטרתו תוך התחשבות באינטרסים של הצד השני.
* חובה על צד לחוזה לעשות שימוש בזכויותיו באופן שמגשים את רוח החוזה ומטרתו ותוך התחשבות באינטרסים סבירים של הצד השני.

נשאלת השאלה האם ניתן להוסיף חיובים חדשים מכוח סעיף תום הלב? הדבר תלוי בנוסח. ניתן להתייחס למקרה כאילו נוספו חיובים חדשים מכוח תום הלב, או בניסוח אחר להתייחס לפרשנות לפי תום הלב ובכך להראות שלא נוספו חיובים חדשים אלא החיובים הקיימים פורשו בדרך של הגינות וסבירות. משמע, כל חובה ניתן להגדיר כחובות חדשות או כאופן ביצוע החובות הקיימות (פרשנות).

לסרסון נ' שיכון עובדים - (מגדל ביטחון וגנרטור). מכוח ס'39 אנחנו יכולים להגיד לצד איך לקיים את החיובים שלו בחוזה אבל **לא** ליצור חיובים חדשים. בייסקי – פועל בדרך של תו"ל. אלון – פועל בדרך של פרשנות.

פרקטיקה - צד אחד יטען שאי אפשר ליצור חיוב חדש (לפי אלון, פס"ד לסרסון) והצד השני יסביר שזה לא חיוב חדש אלא דרך לקיום חיובים קיימים.

**תוכן החובה**:

ג'רבי נ' בן דוד – אם העמידה על הזכות מזיקה לחייב ואינה מועילה לבעל הזכות

גלפנשטיין – אם העמידה על הזכות מזיקה לחייב ומועילה רק מעט לבעל הזכות.

שירותי התחבורה – שימוש בזכות באופן לא מתחשב, שיפגע בחייב שלא לצורך, עשוי להיחשב לחוסר תו"ל.

חיים יתח נ' מפעל הפייס + אזרניקוב- התעקשות על פרט טכני עשויה להיחשב לחוסר תו"ל.

**סעדים:**

1. תרופות בגין הפרת חוזה – תרופות בגין שימוש בחוסר תו"ל בשימוש בזכות או קיום חיוב זהות לאלו של הפרת חוזה: אכיפה או פיצויים.
2. בטלות הפעולה שנעשתה בחוסר תום לב – שייך לשימוש בזכות. מתייחסים כאילו הפעולה שנעשתה בחוסר תום לב לא נעשתה בכלל.

**חוזים פסולים:** תוצאה מרכזית – בטלות!

חוזה בלתי חוקי: חוזה עבדות, חוזה רוצח שכיר. מדובר במצב שעצם החוזה (או חלק ממנו) נוגד את הדין.

הוויכוח של הצדדים הוא לא בהוכחה כי מדובר בחוזה לא חוקי, אלא מה יהיו הסעדים.

**סעיף 30**- חוזה שכריתתו/ תכנו/ מטרתו הם בלתי חוקיים- בטל.

**סעיף 31**- הוראות תחולה- סעיף זה מורה כי סעיפים 19 (ביטול חלקי) ו21 (השבה לאחר ביטול) חלים על סעיף 30. עובדה זו מאפשרת לבטל רק את החלק הלא חוקי בחוזה וכן מאפשרת השבה הדדית. כמו כן, הסעיף מאפשר לביהמ"ש לפטור מחובת ההשבה או לחייב את אחד מהצדדים לבצע את חיוביו מהחוזה, במידה והצד השני ביצע את חיוביו על פי החוזה.

**תוצאות אפשריות של ס' 31:**

* בטלות והשבה הדדית (ס' 21)
* בטלות חלקית (ס' 19)
* בטלות ופטור השבה (חלקי או מלא)
* אכיפה חלקית או מלאה (אם הצד השני קיים את חלקו)

אדרעי נ' גדליהו - פיצלו עסקה של מכר דירה לשני חלקים כדי לרמות את רשויות המס. בן פורת – הגישה ההרתעתית, העונשית. כלומר ביהמ"ש לא אוהב אנשים שמתנהגים באופן לא חוקי ולכן אם יש צד שמתנהג באופן לא חוקי בחוזה על ביהמ"ש להעניש, ונברר זאת דרך ס'31. בעצם הניסיון הוא ליצור הרתעה. אלון – גישה של הוגנות, צדק בין הצדדים: הרעיון הוא החיובים של הצדדים אחד לשני ולכן זה יהיה מה שנבחן, נפנה לס'31 ונראה מה הצדק, מה צודק לעשות.

**טיעונים לבחירה בין הסעדים:**

**שיקולים ומטרות של ביהמ"ש:**

1. הרתעה - רוצים ליצור תוצאה בעייתית עבור הצדדים, על מנת להענישם.
2. הוגנות – מוביל ברוב המקרים את ביהמ"ש.
3. תפקיד ביהמ"ש - להרתיע, להעניש, ביהמ"ש לא רוצה "להתלכלך" בחוזה לא חוקי, ידחוף לכיוון של בטלות ולכן יאכוף את החוזה, ניקיון כפיים של בית המשפט.

**עובדות רלוונטיות** (אלון, אדרעי):

1. ניסיון להתחמקות מהחוזה ("כסות עיניים") – משתמשים באי חוקיות כתירוץ לא לבצע את החוזה.
2. אשם יחסי - מי יזם יותר את אי החוקיות, מי אשם יותר. ככל שאי החוקיות דבקה יותר באחד הצדדים, ביהמ"ש יעניש אותו.
3. התקדמות בביצוע ("אין חוטא נשכר") - מה כבר בוצע. האם בוצעו חלקים לא חוקיים או לא.
4. חומרת אי החוקיות ("מהותית או נלוות", חמורה או קלה) - עד כמה היא מרכזית וחשובה, קטנה ושולית, חמורה ונוגעת לשורש העסקה (יש הבדל בין חוזה עבדות לחוזה העלמת מס).

**המגמה בפסיקה:**

* גישה מסורתית - הרתעה, אי התערבות (ביטון נ' מזרחי)
* המגמה כיום - הוגנות בין הצדדים
* אדרעי נ' סולמיני (אכיפה)
* סולימני נ' כץ (ביטול חלקי)
* כפר קרע (הכשרת החוזה)
* קונקטיב גרופ (פטור מהשבה)

\*לכתוב בקייס: "אמנם בעבר הייתה קיימת גישה לפיה יש להעדיף הרתעה, אבל כיום הגישה הרווחת בפסיקה היא להעדיף הוגנות".

סולימני נ' כץ – עסקת מכר במקרקעין. ביהמ"ש פסק לטובת הקבלן למרות שבדרך כלל הולכים לטובת הקונים כדי להגן על הצד החלש מול החזק. הקונה הוא החריג, השופט אור מאשים אותו. מכשירים את החוזה (מבטלים את החלק הלא חוקי). מכשירים חוזה על ידי אכיפה (כשצד אחד קיים את חלקו) או על ידי הפרדה לחלקים (סעיף 19).

מועצת כפר קרע נ' מד"א - שירותי נט"ן ממד"א. המועצה טוענת כי החוזה הוא בלתי חוקי – כיוון שלא אושר כראוי בידי הרשויות הרלוונטיות, חסרה חתימת הגזבר. ביהמ"ש עוסק בשיקולים של הוגנות – "אין יוצא חוטא נשכר" – שלא ירוויחו מכך. פס"ד זה מראה על המגמה כיום.

קונקטיב גרופ – מכרז באינטרנט. עולה השאלה האם זה מכרז חוקי או הימור בלתי חוקי? הוחלט שאינו חוקי. הסעד הוא שביהמ"ש מבטל את החוזה אך ניתן פטור מהשבה כיוון שהמוצרים נמכרו ואנשים כבר שילמו עבורם, אי החוקיות היא לא חמורה. בית המשפט מוצא את הדרך להכשיר את החוזה ע"י פטור מהשבה.

\*כשיש קייס שיש בו אי חוקיות – כל אחד מהצדדים ירצה להגיע לסעד אחר (לדוג' – אחד רוצה להגיע לבטלות והשבה והשני אכיפה וכ'ו) ואז יש להסביר ולטעון לכל צד תוך התחשבות בשיקולים ועובדות אלו.

**חוזה למראית עין – ס' 13:**

* ס' 13 וס' 30 הן דוקטרינות אחיות- התוצאות שלהן זהות.
* כמעט ולא נעשה שימוש בפסיקה.

**סוגים של חוזה למראית עין:**

1. עסקה פיקטיבית – (חזן נ' חזן) חתימה על עסקה פיקטיבית של העברת דירה בשביל לנצל את רשויות המס. אם מצליחים להוכיח שהחוזה נעשה במטרה לעבוד על רשויות המס בלבד ניתן לקבוע שיש חוזה למראית עין. עסקה זו מטרתה לפטור מתשלומים מסוימים. אם יש עסקה פיקטיבית, לרוב ביהמ"ש יפסוק שהיא מחייבת, למרות שזה נעשה רק למראית עין.
2. עסקה נסתרת – (ברק בביטון נ' מזרחי) – כבר יש עסקה אמיתית אך יש גם עסקה פיקטיבית המכסה עליה. )באדרעי). מכר דירה במחיר מלא, אך החוזה למראית עין הוא מכירת הדירה במחיר נמוך כדי להעלים מס.

ברק בדעת מיעוט בביטון נ' מזרחי מציע להגיע לתוצאה דרך סעיף 13, ניתן גם להתגבר על כך בביטול חלקי (לפי סעיף 19), לקבוע מה החוזה התקף, אם יש חוזה אחד שהוא תקף וחוקי, נסיר את החוזה הבלתי חוקי ובכך נכשיר את החוזה הרגיל ונוכל לאכוף אותו.

**חוזה הנוגד את תקנת הציבור – ס' 30:**

אילו תניות סותרות את תקנת הציבור?

**תניות פטור:** תניות בחוזים שפוטרות צד אחד מאחראיות לצד השני.

**נזקי גוף:**

1. בחוזים רגילים (צים נ' מזיאר) - צים היא חברת ספנות, מזיאר הייתה בשיט של החברה וקיבלה הרעלת קיבה. בחוזה של צים נכתב כי יש לה פטור מנזקי גוף. ביהמ"ש קבע כי תניה זו בטלה בשל תקנת הציבור. תניה שנועדה לפטור צד מאחריות של נזקי גוף שהוא גרם להם, בטלה - אי אפשר להתנות על נזקי גוף.
2. ספורט תחרותי ואתגרי (נהרות רפטינג) - חוזה של מתן שירותים של חופשה אתגרית. אחד המשתתפים נפטר במהלך הספורט. ביהמ"ש קובע כשמדובר בספורט אתגרי / תחרותי ניתן לשים תנית פטור מאחראיות לנזקי גוף אך זה פטור לאחראיות רק של נזקי גוף שנגרמו כתוצאה מההתנהלות הסבירה והרגילה של הספורט / התחרות ולא כתוצאה מהתנהלות רשלנית.
3. נזקים כספיים ורכושיים (רוט נ' ישופה) – חוזה מכר במקרקעין. הזוג קיבל את הדירה עם הרבה פגמים. שמגר קובע 3 תנאים לפסילת תניה כסותרת את תקנת הציבור:
4. פטור גורף - תניות פטור מנזקים שהם לא נזקי גוף. ביהמ"ש נוהג פחות להתערב במקרים כאלו.
5. נכס חשוב
6. פערי כוחות - צד חלש וצד חזק- פחות כסף ופחות מקצועיים.

\*לדעת שמגר אלו תנאים מצטברים! דעת הרוב של אשר ואלון היא להשתמש בסעיף 39 ולא בתקנת הציבור, אך עדיין משתמשים במבחנים של שמגר במקרה של תקנת ציבור על נזקים כספיים ורכושיים.

\*חשוב לשים לב שפס"ד הנ"ל – ביקשו לבטל את תנית הפטור ולא לבטל את החוזה.

**תניות הפוגעות בחופש העיסוק:** יש מבחן כפול לבחינת התניה (סער).

1. לגיטימיות התניה: צריכה להיות לגיטימית ולא רק מתוך רצון למנוע תחרות בשוק. מגבלה מידתית שלא פוגעת יתר על המידה בחופש העיסוק.
2. סבירות התניה: לבחון שהתניה לא מוגזמת. את סבירות התניה בוחנים דרך שלושה תנאים: **1.** תקופת האיסור, **2.** תחום גיאוגרפי בו האיסור חל, **3.** היקף הפעילות האסורה.

**תניות הפוגעות בשוויון:** פס"ד רקנט (אל על) - האם בתוך תקנת הציבור יש חובה לשוויון? נקבע שאפליה בחוזה נוגדת את תקנת הציבור.

\*משפט ציבורי מול משפט פרטי: במשפט הציבורי יש חובת שוויון, המדינה מחויבת לנהוג כלפי הפרט ללא אפליה. במשפט הפרטי עוד אין קביעה סופית, יש מקומות ספציפיים בהם יש חובת שוויון.

* דיני עבודה- למעסיק יש חובת שוויון.
* גופים דו-מהותיים- גופים פרטיים וגם ציבוריים, בעלי חובת שוויון.
* מוצרים ושירותים- על פי חוק, יש חובת שוויון- חוק איסור הפליה.

**סעד -** אפשר לבטל חלקית/ לשנות את התניה כדי שתהיה מידתית.

**תקנת הציבור מול חוזה בלתי חוקי:**

מגבלה קוגנטית על חופש החוזים – ישנם דברים שלא ניתן לקבוע בחוזה:

* החצנות שליליות - לדוג' חוזה של העלמת מס' מטיב עם הצדדים אך פוגע בציבור.
* פערי כוחות בין הצדדים

\*יש רכיב בחוזה שאחד הצדדים לא אוהב ורוצה שיבטלו אותו ספציפית ואז הוא טוען לתקנת הציבור. בניגוד לחוזה בלתי חוקי- טוען לבטלות החוזה.

תניה (=הסדר בחוזה) הנוגדת את המוסר המקובל (כפי שביהמ"ש קובע אותו או לפי הפסיקה)

* לא בהכרח סתירה להוראת חוק מפורשת
* בדר"כ תניה ולא חוזה

**קיפוח בחוזה אחיד:**

* חוזים שנכתבו ונוסחו ע"י צד אחד לשימוש חוזר עם גורמים רבים. לכן נרגיש יותר בנוח להתערב בתוכן החוזה כדי להגן על הצד החלש, שלא כתב את החוזה האחיד.
* זהות הצדדים - ישנו צד אחד שהוא **הספק**, הצד שכתב את החוזה, והצד השני הוא **הלקוח** זה שמקבל את החוזה.

\*רק הקונה יכול לטעון לטענת קיפוח!

* האם הספק יכול להיות הקונה? כן. למשל תנובה קונה חלב ממשקים ולכן היא הקונה בעוד שהמשקים הם ספקים.

**תנאים להוכחת תניה מקפחת:**

* החוזה הוא חוזה אחיד: (סעיף 2 לחוק החוזים האחידים) מגדיר מהו חוזה אחיד.

\*ניתן לטעון לטענת קיפוח רק בחוזה אחיד!

* התניה היא חלק מהחוזה האחיד: צריך להראות שמדובר בתניה אחידה ולא חריגה.

\*תניה שנבעה ממו"מ בין הצדדים במסגרת הדיון על החוזה האחיד כבר לא נחשבת חלק מהחוזה האחיד. החוזה שנחתם הוא עדיין חוזה אחיד, אולם התניה עצמה כבר לא נחשבת תניה בחוזה אחיד, מאחר והיא הסדר ספציפי בין הצדדים.

**ס' 23** - כאשר טוענים לתנאי מקפח, חשוב לשים לב הוראות החוק לא חלות על תנאים מוחרגים - תניות הקשורות למחיר, הסכם קיבוצי, תנאים בהתאם לחיקוק, תנאי שתואם הסכם בין לאומי שישראל חלק ממנו. הרציונל מאחורי החריג של ס' 23 הוא שהייתה הסכמה בין הצדדים לגביי ההתניה ולכן לא ניתן לקיפוח.

* חלה חזקת קיפוח: (סעיף 4 מכיל קטגוריות בהן חלה חזקת קיפוח) על הטוען לקיפוח חלה חזקת הקיפוח. במקרים מסוימים בהם הנחת המוצא היא כי התניה מקופחת נטל ההוכחה מתהפך והצד שכתב את החוזה צריך להוכיח שאין קיפוח. עוסק בנטל ההוכחה ועל מי הוא יהיה.

\*בקייס נכתוב: "נבחן האם מתקיימת חזקת קיפוח.." או "הצד הזה יטען כי יש חזקת קיפוח ולכן חובת ההוכחה היא על הצד השני..".

* הכרעה שהתניה מקפחת: (סעיף 3) לא די בחזקת קיפוח, צריך להראות שהתניה עצמה מקפחת. בוחנים את מכלול התנאים והנסיבות.

היות וחזקה ניתנת להפרכה אז יש להוכיח שהתנאי אכן מקפחת (מבחן הקיפוח ס' 3):

1. היגיון עסקי – השוואה לחוזה שאינו אחיד. האם התנאי הגיוני? ההסדר הוגן? משרת מטרות של שני הצדדים או רק של צד אחד? (היועמ"ש נ' גד)
2. שקילות התמורות – איזון בין האינטרסים של הצדדים. אם הצדדים היו כותבים חוזה רגיל, זה תנאי שהם היו מגיעים אליו?
3. פס"ד מילגרום - חוסר שוויון בין הצדדים שנותן יתרון בלתי הוגן לצד השולט.
4. השוואה לנוהג (היועמ"ש נ' גד)
* חריג – סעיף 5: במקרה בו התניה המקפחת מונעת גישה לערכאות, הסעד יהיה ביטול אוטומטי של התניה.
* סעד: צריך לבטל או לשנות את התניה המקפחת (ס' 19).

**חוזה על תנאי**:

* חוזה שתוקפו מותנה בהתרחשות אירוע חיצוני, תנאי מסוים. תנאי מתלה – במידה והתנאי לא מתקיים אין חוזה. תנאי מפסיק – במידה ומתקיים מפסיק החוזה.

**סעיף 27** קובע כי חוזה על תנאי הוא חוזה בעל תנאי מתלה או תנאי מפסיק. ובמידה ויש תנאי שקשור בהסכמת גורם שלישי או השגת רישיון, חזקה על אותו תנאי שהוא מתלה.

**סעיף 28** עוסק בתוצאת סיכול תנאי ע"י אחד הצדדים. אם אחד הצדדים הביא לכך שהתנאי המתלה לא יתקיים, או שהתנאי המפסיק יתקיים – לא יוכלו להסתמך על כך כדי לבטל את החוזה, אלא אם הדבר נעשה לא ברשלנות ולא בזדון.

**סעיף 29** קובע כי במידה ובחוזה יש תנאי מתלה ולא נתקיים תוך זמן סביר – החוזה בטל. במידה ויש תנאי מפסיק שלא מתקיים תוך זמן סביר – מתבטל התנאי המפסיק.

\*הצד שמעוניין להשתחרר מהחוזה יטען כי התנאי המתלה לא מתקיים או לחילופין שהתנאי המפסיק התקיים.

**חוזה על תנאי, פרשנות ואי חוקיות:** כאשר יש דבר מה שעשוי להיות תנאי, השאלה המרכזית היא האם אכן מדובר בתנאי או שמא מדובר בחיוב. במקרה בו למשל נדרש היתר בניה במסגרת החוזה, האפשרויות הן:

* 1. קבלת היתר היא חיוב על אחד הצדדים (קבלן / מזמין).
	2. קבלת היתר היא תנאי לתוקף החוזה.
	3. החוזה קובע בנייה גם ללא היתר, ולכן החוזה אינו חוקי. ע"מ להוכיח כי אכן החוזה בלתי-חוקי הצד הטוען לאי-חוקיות צריך להראות שהכוונה הייתה לבנות ללא היתר.

**סעדים:**

1. אם מדובר בחיוב והצד החייב לא קיים את החיוב – נראה בכך הפרה ולכן התרופות יהיו בהתאם להפרה.
2. במידה ומדובר בתנאי מתלה – החוזה בטל בהיעדרו של התנאי ולכן נידרש להשבה בהתאם. אם יש בנייה הסעד יהיה השבה של שווי העבודה.
3. אם הצדדים התכוונו לבנות גם ללא היתר, הרי שמדובר בחוזה בלתי חוקי והסעד יהיה בהתאם ל31.

הסעד הטבעי הוא ביטול, אך במידה והתנאי חל רק על חלק מהחוזה ניתן יהיה להגיע גם לביטול חלקי.

צאלים נ' דלק - ברגע שקיים חיוב בחוזה, עדיין ייתכן שהוא גם תנאי. מצב כזה תלוי בפרשנות וע"מ לקבוע כי זה המצב יש להבין שמדובר בחיוב השתדלות.

**מטרות חוזה על תנאי, חלוקת סיכונים:** חוזה על-תנאי הוא כלי לחלוקת סיכונים בין הצדדים. ברגע שנקבע שהשגת ההיתר היא חיוב של הקבלן, הוא זה שנושא בסיכון. אם נקבע שמדובר בתנאי, כל צד נושא בסיכונים שלו שיתממשו במקרה בו לא יינתן היתר.

**סיכום סעדים תוכן החוזה:**

1. פרשנות**: א.** פרשנות **ב.** השלמה
2. תו"ל בקיום חוזים: **א.** תרופות בגין הפרה(בעיקר בקיום חיוב שלא בתו"ל) **ב.** בטלות הפעולה שנעשתה בחוסר תו"ל (בעיקר בשימוש בזכות).
3. תקנת הציבור: בטל
4. חוקה בלתי חוקי: בטל
5. חוזה למראית עין: בטל
6. קיפוח בחוזה אחיד: **א.** ביטול התנאי המקפח **ב.** שינוי התנאי המקפח
7. חוזה על תנאי: **א.** ביטול **ב.** ביטול חלקי

**יציאה מהחוזה:**

**הפרה:**

* אדם נחשב מפר כאשר לא קיים את החיובים שלו עפ"י החוזה.

**סוגי חיובים**:

1. חיובי תוצאה: לא נמדד מאמץ או השתדלות. עצם החיוב הוא הגעה לתוצאה המוסכמת (חריג לכך, דיני סיכול). משמע, ההפרה יכולה להיות גם כששני הצדדים פעלו בהתנהגות סבירה וראויה, אך לא עמדו בחיוב. דרישה מחמירה, צריך לבצע את התוצאה.
2. חיובי השתדלות: סטנדרט ההתנהגות הנדרש הוא מאמץ סביר, השתדלות. הרמה הנדרשת היא איכות בינונית ולא עוסקים בשאלה האם הושגה התוצאה או לא. צריך להוכיח שלא התרשל ונהג בסבירות.

עטרי נ' אורות – חוזה למתן שירות + סעיף בלעדיות. הצד החייב לא השתדל כנדרש לקיים את חובתו.

**ס' 17 – הפרה צפויה:**

* למשל ע"פ חוזה מחויבים למסור את הדירה והמועד למסירת הדירה לא הגיע אבל כבר עכשיו צד אחד יודע שהצד השני הולך להפר, ישנה הפרה אקטואלית. טכנית מועד הקיום עוד לא הגיע אבל מנסיבות העניין נראה שאחד הצדדים הולך להפר את החוזה ולכן כבר בשלב זה מגיע תרופות.

**ס' 41-43 - דחיית קיום וחיובים מקבילים:**

* כאשר מועד הקיום הגיע והוא נדחה. אם צד לא מוכן לקיים את חיובו לפי החוזה, הצד השני זכאי לדחות קיום של כל חיוב מקביל.

**ס' 43 – דחיית קיום:**

* יש אפשרויות לדחיית קיום. ייתכנו מקרים בהם המועד לביצוע החיוב עבר אך לא ניתן לתבוע הפרה מכיוון שהמועד לקיום החיוב נדחה ולכן אי קיום החיוב לא יהווה הפרת החוזה. ס'43(א) מונה מקרים בהם תיתכן דחיית חיוב:

**ס' 43א(2) – חיוב מותנה:**

* למשל אם הוסכם בחוזה שמסירת הדירה תיעשה רק לאחר התשלום ע"י הקונה, כלומר המסירה מותנת בתשלום. הצד שלא מוסר את הדירה לא יפר כל חיוב מכיוון שהחיוב יקום רק לאחר שהקונה ישלם גם אם עבר המועד האמור בחוזה. ועל כן כאשר החיוב בחוזה הוא מותנה הוא חל רק כאשר החיוב של הצד השני בוצע (במקרה זה התשלום על הדירה).

**ס' 43א(3) – חיובים שלובים:**

* יהיו מקרים בהם החיובים יהיו שלובים זה בזה. כלומר הם לא מותנים אחד בשני אלא הם צריכים להיעשות במקביל. במקרה הקודם הקבלן היה צריך למסור את הדירה רק אם הקונה ישלם. ואילו כאן החיוב הוא מקביל כלומר הוא צריך להיעשות ביחד. וניתן לטעון כאן לדחיית קיום כאשר צד אחד לא קיים את חיובו ועל כן הצד השני לא ייחשב למפר.

לסיכום חיוב של צד אחד לא מותנה בקיום החיוב של הצד השני אלא שני החיובים צריכים להיעשות במקביל ועל כן אם צד אחד רוצה לקיים את החיוב שלו ואילו הצד השני לא רוצה הצד השני ייחשב למפר. בכדי להוכיח הפרת חיוב שלוב יש להוכיח כי א. החיובים הינם שלובים ב. שהצד השני לא מוכן לקיים את החיוב שלו.

אלתר נ' אלעני – חוזה מכר במקרקעין. הקונים טוענים שבהתאם לנסיבות החיובים הפכו להיות שלובים. מבחן: 1. צריך להוכיח כי צד אחד לא מוכן לקיים את החיובים שלו במועדים שנקבעו בחוזה. 2. צריכים להוכיח שהחיובים שלובים זה בזה, כלומר החיוב שלהם נדחה כשחיוב שלו מתעכב. הלכה: אם צד אינו מוכן לקיים את חיובו לפי החוזה, הצד השני זכאי לדחות קיום של כל חיוב מקביל.

**דעות בפסיקה:**

* חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם מקבילים – אם יש חיובים שנקבעו לאותו מועד ניטה לחשוב שהם שלובים. נניח שלצד אחד יש את הזכות לעכב את הקיום שלו, אם הצד השני מעכב את הקיום של החיוב שלו. למשל ביום מסירת הדירה נקבע מועד התשלום האחרון. (דורנר בארבוס נ' רובינשטיין).
* חזקה על חיובים שנקבעו לאותו מועד שהם עצמאיים - שמגר טען כי עצם זה שהחיובים קבועים לאותו יום, זה לא מספיק כדי ללמד אותנו שהם מקבילים, לכן הם יהיו עצמאיים. על מנת להוכיח שהחיובים שלובים צריך ראיות חזקות. (שמגר במימון נ' מאור).

האם הנפגע זכאי לתרופה? צריך להראות שהתנאים המקדמיים מתקיימים: **א.** חוזה תקף- הוכחת כריתת חוזה. **ב.** הפרה של החוזה.

מטרות התרופות:

1. סעד חיובי (קיום)- נועד להעמיד את הנפגע במקום בו הוא היה **לו** קוים החוזה.
2. סעד שלילי (הסתמכות) - מעמיד את הנפגע במקום בו הוא היה **לולא** החוזה (להשיב את הזמן אחורה).
* תרופה שלילית לנפגע תביא אותו למצב בו היה אם לא היה נכרת החוזה. מכאן שיש להשיב לו את הסכום ששילם עפ"י החוזה ואת הוצאות ההסתמכות שלו (פיצויי הסתמכות).
* תרופה חיובית לנפגע תביא אותו למצב בו היה אם החוזה היה מקוים. מכאן שיש להעניק לו את מה שהיה צריך לקבל לפי החוזה או את הסכום שהיה מרוויח אילו החוזה היה מתקיים כראוי (פיצויי ציפייה).
* תרופה שלילית כלפי המפר תביא את המפר עצמו למצב בו היה אם לא נכרת החוזה. מכאן שעליו להחזיר לנפגע את מה שקיבל ממנו במסגרת החוזה (השבה).
* תרופה חיובית כלפי המפר תביא את המפר עצמו למצב בו היה אם היה מקיים את החוזה. מכאן שיש להעביר את הרווח שהפיק המפר מההפרה לידי הנפגע (שלילת רווח).

לאילו תרופות זכאי הנפגע? לאחר שהבנו שהנפגע זכאי לתרופה מסוימת, יש להבין מה המשמעות של הפיצוי וצריך להביא ראיות לגבי גובה הנזק/ הפיצוי הנדרש.

* זכאי לאכיפה? החוק הישראלי לרוב יעדיף אכיפה אך ישנם הרבה מקרים בהם אכיפה לא תהיה אפשרית. אכיפה היא הכרחת הצד המפר לעשות את שהתחייב לעשות לפי החוזה. לא תמיד הצד הנפגע זכאי לאכיפה אלא הוא זכאי לתרופה אחרת.
* זכאי להשבה? השבה היא בכל מקרה לגופו, להחזיר את הנפגע למצב בו היה טרם החוזה.
* זכאי לפיצויים? את כמות הפיצוי יקבע ביהמ"ש בכל מקרה לגופו.

**ס' 2 –** תרופות בגין הפרה

**ס' 3 – סייגים לאכיפה:**

**3(1)** – חוזה שאינו בר ביצוע:

* ביצוע בלתי אפשרי
* ביצוע לא רלוונטי או לא משתלם: לסרסון – לא ניתן לפרק את הבניין כדי לבנות מגדל ביטחון, אדרס – הברזל כבר נמכר לצד ג'.

אדרס - חברה גרמנית שכרתה חוזה למכור מתכת לחברה ישראלית. לבסוף הופר החוזה והחברה הגרמנית מכרה לחברה אחרת. ביהמ"ש קבע כי לא ניתן לאכוף את החוזה כי הסחורה נמצאת אצל צד שלישי וקובע סעד חריג שמקורו אינו בדיני החוזים אלא בעשיית עושר ולא במשפט - שלילת רווח. במקרה כזה על המפר להעביר את הרווח שהפיק כתוצאה מההפרה לצד הנפגע. מדובר בהלכה חריגה אשר שנויה במחלוקת לגבי ההוגנות שלה. שם דגש על עיקרון "הבטחות צריך לקיים".

**3(2)**  - חוזה לשירות אישי:

אכיפת החוזה היא כפייה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי. לא ייאכף חוזה לשירות אישי, שתלוי בביצוע ע"י אדם מסוים בעל כישורים מסוימים. נפוץ בעיקר בדיני עבודה.

סייג: חייא נ' מרקוביץ חוזה קבלנות הוא לא חוזה לשירות אישי.

המעביד תובע החזרה לעבודה:

1. אין אכיפה- בגדול לא אוכפים על עובד אכיפה של חוזה עבודה מתוך עקרון חופש העיסוק.
2. לא ייאכף סעיף המגביל עבודה במקום אחר, אם משמעותו אופרטיבית היא אכיפה לעבוד אצל מעסיק ספציפי.

העובד תובע לחזור לעבודה: פיטורים שלא כדין. המעביד יכול לטעון לחוזה לשירות אישי כסייג לאכיפה.

1. הכלל הוא פיצויים (צרי נ' בית הדין לעבודה). החזרה לעבודה לרוב תהיה לא יעילה.
2. יש חריג של אכיפה (אלישע נ' אוניברסיטת ת"א). יש מקרים בהם זכות העובד תגבור על כך. נוגע לסיטואציות של פיטורים מאוד לא מוצדקים/ על רקע אפליה.

מבחן לשירות אישי: האם נדרשים כישורים של אדם מסוים?

**3(3)** – דורש פיקוח בלתי סביר מטעם ביהמ"ש:

עוניסון נ' דויטש - עסקת קומבינציה שלא הושלמה. לפני הפס"ד חשבו **שלא** ניתן לתת אכיפה על חוזה בניין, החידוש כאן הוא שניתן לאכוף ע"י כונס נכסים. זוהי לא הלכה חדה וברורה. ואלו התנאים לאכיפת חוזה קבלנות ושיקולים בעד אכיפה:

1. העבודה מפורטת - יכולים להבין מהחוזה מה נדרש בדיוק לעשות לשם קיום החוזה.
2. פיצויים לא יפצו את הנפגע בצורה מספקת – פיצויים לא יביאו את הנפגע למקום בו היה לו קוים החוזה. אם הפיצוי לא מלא, אז יותר ניטה לתת אכיפה.
3. הקרקע שעליה העבודה צריכה להתבצע בידי הנתבע.

\*התנאים הנ"ל מצטברים בפס"ד דנן אך ממקרה למקרה הנסיבות משתנות ולכן ייתכן והתנאים לא יצטברו, בשונה מחקיקה שישנה דרישה להוכיח שהתנאים מצטברים לקיום החוק.

שיקולים נגד אכיפה:

1. ככל שהחוזה מורכב יותר
2. ככל שמשך הביצוע ארוך יותר
3. ככל שהביצוע מצריך יותר שת"פ בין הצדדים
4. התערערות היחסים

**3(4)** – סייג הצדק (המפר יטען לסייג זה)

* מאזן הנזק - מי סובל יותר? מסתכלים על הנזק של המפר אם תינתן אכיפה, לעומת הנזק של הנפגע אם לא תינתן אכיפה. אם מדובר בעניין כלכלי- הצדדים מתקזזים. אם מדובר בתועלת כלכלית- לרוב המפר לא יעבור את שלב הזה.
* אי שוויון נורמטיבי - מעצם זה שאחד הצדדים הוא המפר ואחד הצדדים הוא הנפגע – לא מתחשבים באינטרסים שלהם באופן שווה. האינטרסים של הנפגע הם בעלי משקל רב יותר. כדי שהמפר יוכל להיות פטור מאכיפה בגלל סייג הצדק, לא מספיק שהוא יראה שהנזק שלו מאכיפה עולה על נזק הנפגע. צריך להראות שהנזק גדול בפער משמעותי.
* תו"ל של הצדדים - מי מהצדדים יותר בסדר?
* שינויי נסיבות - היה שינויי נסיבות פתאומי? אם הנזק של המפר נובע מנסיבות חדשות שלא היו בזמן הכריתה- נתחשב בו יותר. אם הנזק נובע מנסיבות שהיו בזמן הכריתה- יתחשבו פחות.

אזימוב נ' בנימיני – חוזה מכר במקרקעין. המוכרים מפרים את החוזה מסיבות רגשיות – לא רוצים לעזוב את הדירה שבנם שנפטר גדל בה. העליון קובע שלמרות שהנזק שייגרם למוכרים מאכיפה הוא גדול, יש להעניק סעד זה כיוון שהנסיבות היו ידועות למוכרים טרם החתימה על החוזה, ובשל הנזק שייגרם לקונה (צריכה לעבור לארץ מחו"ל כדי לטפל בבנה החולה). ההלכה – על מנת לקבל פטור מאכיפה, על המפר להראות שהנזק שייגרם לו מהאכיפה עולה משמעותית על הנזק שייגרם לנפגע אם החוזה לא ייאכף.

\*שיקולים אלה אינם מצטברים. בפס"ד אזימוב נקבע שמאזן הנזק הוא השיקול העיקרי. בקייס רצוי ליישם כמה שיותר.

**ס' 4 – תנאים באכיפה:**

* במידה והנסיבות דורשות, ביהמ"ש רשאי להורות על אכיפה אך להקים לכך תנאים, גם אם לא הופיעו בחוזה המקורי.

אייזמן נ' קדמת עדן – הקונה חתם על חוזה לקניית דירה מסוימת במחיר מסוים, אך לאחר שהחברה נמכרה שונו תוכניות הבנייה והדירות החדשות היו יקרות יותר. במקרה זה, אכיפה הייתה גורמת להתעשרות המזמין יתר על המידה בשל דירה טובה יותר. ואכיפה רגילה אינה אפשרית כאן – הרי לא נבנתה דירה מהסוג המקורי. ההלכה - ניתן להתנות את האכיפה בתשלום נוסף, על מנת למנוע את התעשרות הנפגע.

**פיצויים:**

**ס' 10 –** אלמנטים: (רק אם מוכיחים את כלל האלמנטים ניתן לבקש פיצוי).

* חוזה - לא ניתן לטעון לס' 10 אם לא נכרת חוזה.
* הפרה - מעשה או מחדל בניגוד לחוזה.
* נפגע – רק הנפגע זכאי לפיצויים.
* נזק - פער בין שני מצבים- בין המצב שבו הנפגע נמצא למצב שבו היה אמור להיות אלמלא ההפרה.
* קשר סיבתי – "עקב" – קשר סיבתי בין הנזק לבין ההפרה.
* צפיות בכוח או בפועל – כאשר המפר ראה את הנפגע – בפועל או שהיה עליו לראותו – בכוח.
* נטל הקטנת הנזק - לא מבחן שמופיע בסעיף החוק אבל מתווסף מכוח ס' 14 (בדר"כ טענת נגד).

\*המבחן הקלאסי לקשר סיבתי – "מבחן אלמלא". צריך לשאול "לולא ההפרה (כלומר אם החוזה היה מתקיים) האם הנזק היה קורה?"

**נזק ישיר מול נזק עקיף:** השוואה בין מצבו של הנפגע לו קוים החוזה למצבו לאחר ההפרה.

* נזק ישיר – ברגע שהופר החוזה יודעים שהנזק התממש ולו קוים החוזה, הנזק היה נמנע. אין שלבים נוספים.
* נזק עקיף – יש שלב נוסף, לדוג' חוזה למכירת דירה ואם החוזה היה מתקיים היה יכול להשכיר את הדירה(=שלב נוסף) היה יכול להרוויח עוד.

השלב הנוסף הוא מה ניתן יכולה לעשות עם הנזק בעתיד.

**איך מוכיחים כל אחד מהנזקים?**

* נזק ישיר - צריך להוכיח כי יש עליית ערך (כתוצאה מהחוזה) או חוזה בתנאים עדיפים (לצד מסוים).
* נזק עקיף - ראיות לרווחים עתידיים.

\*בשני המקרים נטל הוכחת הנזק הוא על הנפגע, וסוגיית הזמן היא משמעותית: מודדים את ערך הנכס בזמן ההפרה.

אניסמוב נ' מלון טירת באר שבע – חוזה קבלני לבניית 2 קומות נוספות למלון. החוזה הופר ע"י הקבלן.

מחלוקת כהן ברק: שניהם מסכימים על כך שהנפגע צריך להוכיח מה הנזקים שנגרמו לו לתיחום הנזק. כהן – מספיק להוכיח שהיה נזק וביהמ"ש יקבע פיצויים בהתאם. ברק (רוב) – יש להוכיח את סוג הנזק ואת גודל הנזק (להוכיח את שיעור הפיצוי). ההלכה – אם אפשר להראות את גודל הנזק נדרש להראות אותו, אם לא ניתן להראות אותו אז מספיק להראות את מידת הנזק האפשרית.

תיחום הנזק מול שיעור הפיצוי: קודם כל צריך להבין מה ראשי הנזק – מה הפגיעות שנגרמו. ואז שיעור הפיצוי – מה סכום הכסף שיפצה, מה הסכום שיביא את הניזוק למקום שהיה ללא ההפרה, כמה כל ראש נזק שווה.

קביעת שיעור הפיצוי:

* כשנקבע שיעור הפיצוי, יש להסתכל על הפער בין המצבים ולעשות השוואה בין מצבו של הנפגע לו קוים החוזה לבין מצבו לאחר ההפרה.
* הבנה של הקשר הסיבתי בין ההפרה לבין הנזק מאפשרת להבין את הפער בין שני מצבים אלו. עם זאת, לרוב יהיה קושי מסוים למדוד את הפער הזה.

**ס' 13** – פיצויים בעד נזק שאינו של ממון (לרוב בחוזים אישיים).

אלמנטים:

* חוזה
* הפרה
* נפגע
* נזק שאינו נזק ממון – למשל עוגמת נפש
* קשר סיבתי בין ההפרה לבין הנזק
* צפיות(?)
* פיצול לשיקול דעת ביהמ"ש

\*חשוב להבין שלא מדובר בפיצוי על הפרת החוזה, מדובר על נזק לא ממוני שנגרם עקב ההפרה.

**ס' 14** – הקטנת הנזק:

* המפר לא יהיה חייב בפיצויים בעד נזק שהנפגע היה יכול להקטין באמצעים סבירים.
* ס' 14 הוא תוספת על ס' 10.

שמחון נ' בכר – עסקת קומבינציה בין בעלי מגרש לקבלן. השופט בך פוסק שהמפר היה צריך להוכיח שהנפגע לא התאמץ להקטין את הנזק ואם מצליח. *נטל ההוכחה על המפר.*

\*השאלה אם מה המועד שבו נקבע הפיצוי? עניין הזמן הוא מאד חשוב והחיים הם דינמיים ויש שינויים רבים. הנפגע צריך להוכיח את הנזק והוא ימצא את נק' הזמן שבו הערך של הנכס למשל הכי גבוהה ואז יתבע לקבלת פיצויים והמפר ירצה להראות את הנק' זמן שבה הנכס היה בעל ערך נמוך.

אלוניאל – עסקת מקרקעין.יש מסעדה שאמורה להיות בקניון ויש לה התחייבות לכך. לא נותנים לה לפתוח בקניון והיא טוענת לנזק עקיף ומביאים לכך ראיות. ביהמ"ש מהסס ונותנים פיצוי חלקי. ההלכה- בגלל שנזק עקיף זה ספקולטיבי יש להתחשב בסיכויי ההצלחה והכישלון.

**ס' 10 – סעד שלילי או חיובי?** על פניו סעד חיובי משום שמכוח הסעיף מדובר על נזק שנגרם "עקב ההפרה", רוצים להביא את הנפגע למצב שהיה לולא ההפרה. יכול להיות מקרה שבו יהיה קשה לנפגע להוכיח את הנזק שנגרם מההפרה ואז יבקש פיצויי הסתמכות (הוצאות שהוצאו) שיותר קל לקבל.

**האם ניתן לקבל מכוח ס' 10 סעד שלילי?**

מלון צוקים נ' עיריית נתניה - יזמי מלון ועיריית נתניה הם הצדדים. לאחר חילוף ראש עיר, עיריית נתניה הפרה את החוזה. בשל כך שיזמי המלון לא הצליחו להוכיח את הנזק שנגרם בשל הפרת החוזה, הם דרשו פיצויי הסתמכות (מה שהוציאו על כריתת החוזה). הלכה - כאשר יש קושי להוכיח את שיעורם של פיצויי ציפייה, ניתן לפסוק פיצויי הסתמכות.

האם ניתן לפסוק פיצויי הסתמכות כאשר אלה עולים על פיצויי אכיפה? (חוזה הפסד)

* חוזה הפסד- כאשר הסעד החיובי הוא אפס (ירידת ערך של דירה לאחר הפרת חוזה למכירתה).
* מחלוקת בפסיקה (מלץ, חשין ומצא): מלץ אומר שבסיטואציה של חוזה הפסד, ביהמ"ש לא יפסוק סעד שלילי כי זה לא הוגן על מנת למנוע התעשרות שלא כדין של צד לחוזה. חשין טוען שבמקרה של חוזה הפסד, ניתן לתת סעד שלילי במקום. מצא אינו מכריע אך בעיקרון מסכים עם חשין.

ציפיות בפיצוי הסתמכות- עדיין צריך להראות צפיות- הנזק היה צפוי. היזמים צריכים להראות שההוצאות שהוציאו הן ההוצאות שמפר סביר בזמן הכריתה היה יכול לצפות (הוצאות עו"ד וכו'..).

**ס' 11 – פיצויים ללא הוכחת נזק:**

אלמנטים:

* הפרת חוזה
* ביטול חוזה
* הפרש בין השווי בחוזה לשווי ביום הביטול
* נזק ישיר בלבד
* סיבת ההפרש יכולה להיות עליית מחיר או אינפלציה (אזורים).
* אין דרישה לקשר סיבתי – במובן שבס' 10 היו מממשים את הנכס וכ'ו.
* אין נטל הקטנת הנזק – כתוב בס' 14 שהקטנת הנזק לא חלה על ס' 11.

הבדלים בין ס' 11 לס' 10:

1. אין דרישה לקשר סיבתי – לא היה צריך להוכיח שהיה נזק.
2. בס' 10 ניתן לטעון לנזק עקיף וישיר בעוד שבס' 11 רק נזק ישיר.

אינשטיין נ' אוסי – עסקת מקרקעין. הצדדים חתמו על זכה"ד במהלכו המערערים שילמו מקדמה. כעבור 4 חודשים החוזה לא נחתם ובוטל. הדירה נמכרה לצד שלישי. המערערים תובעים לקבל את הפער בין הדירה שהובטחה להם לבין המחיר בו נמכרה – נזק ישיר.

\*סעיף 10 נותן פיצוי גם לנזקים עקיפים לעומת סעיף 11 שלא מאפשר זאת. לסעיף 10 יש עדיפות מסוימת בשל כך. עם זאת בסעיף 11 ניתן לקבל יותר לעיתים. הם ערוצים חלופיים וכל אחד מהם יועיל יותר לנפגע במקרים שונים. הנפגע יכול לבקש גם וגם אך לא יקבל כפל פיצוי.

**מתי יהיה יתרון לתבוע פיצוי ע"פ ס' 11?**

1. עלות השירות גבוהה וערכו נמוך – למשל קבלן מתחייב לשיפוץ (שלא יעלה את ערך הדירה – ערך השירות =0) ב10,000 ₪ ולאחר התייקרות חומרי הגלם המחיר עולה ל50,000 ₪. העבודה של הקבלן לא תניב רווח למרות העלות הגבוהה. בביהמ"ש צד אחד יטען שהוא צריך קבלן אחר והצד השני יטען שצד א' עבר דירה ולכן לא נגרם נזק ולכן לא ניתן להוכיח נזק ע"פ ס' 10. אך ניתן להתבסס על ס' 11 – עלות השירות אל מול המחיר ביום ביטול החוזה והפיצוי יהיה הפער ביניהם.
2. מחיר הנכס עלה ואז ירד
3. נזק שניתן היה להקטין (אינשטיין) - אם הייתה אפשרות להקטין את הנזק והנפגע מההפרה לא עשה זאת- הוא לא יקבל פיצוי מכוח ס' 10 אך יזכה לפיצוי ע"פ ס' 11. אם ניתן היה להקטין את הנזק, מאד קשה לקבל פיצוי ע"פ ס' 10 אבל אפשר ע"פ ס' 11.

אזורים נ' כהן - המערערת התחייבה למכור דירה למשיבים בזכה"ד. הם שילמו חלק מהמחיר במעמד הכנת המסמך ונקבע כי ישלמו את יתרת התשלום תוך חודש. לאחר שלושה שבועות המערערת הפרה את זכרון הדברים ומכרה את הדירה לצד שלישי במחיר גבוה יותר. המערערים מבקשים פיצויים מכוח ס' 11 והמשיבה טוען שלא משום שערך הדירה עלה (אינפלציה). ההלכה - כשעליית הערך היא תוצאה מאינפלציה אין פיצוי מס' 11. אם זה נובע מעלייה מעורבת, הפיצוי יהיה רק על החלק שלא קשור לאינפלציה.

**ס' 15 – פיצויים מוסכמים:**

* מקום בו הצדדים הסכימו מראש על פיצויים במקרה של הפרה, הפיצויים יהיו כמוסכם אלא אם יש יחס בלתי סביר בין הפיצוי לבין הנזק שהיה צפוי. הנפגע יכול לתבוע פיצויים בנוסף לפיצוי המוסכם.
* פיצוי מוסכם יכול להיות כל מיני דברים, לאו דווקא סעיף בחוזה שכותרתו היא "פיצויים מוסכמים", יכולים להיות דברים שייחשבו לפיצויים מוסכמים בלי שיוגדרו ככה מראש (למשל קנס על איחור – זה בעצם פיצוי מוסכם. אם צד אחר מפר את החוזה הוא צריך לשלם קנס כלשהו עבור ההפרה).

חשל נ' פרידמן - עסקת קומבינציה מורכבת בעלת הרבה חלקים והופר החיוב של אי תשלום דמי שכירות ונטען לפיצוי מוסכם מכוח ס' 15. הפיצוי גבוה מהנזק שנגרם בפועל ומהנזק שצפו הצדדים בזמן הכריתה. הלכה - אין להפחית את הפיצוי המוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק שהיה סביר לצפות בזמן הכריתה. המבחן הוא אובייקטיבי וצריך לשאול האם האדם הסביר היה צופה את זה?

\*ס' 15 מתחיל בכלל והחריג של הכלל הוא הפחתה של הפיצוי המוסכם והחריג יפורש בצמצום (ביהמ"ש יעדיף לפסוק ע"פ הכלל ולא ע"פ החריג לכלל, לא אוהב להתערב בתוכן החוזה ובהסכמת הצדדים. הנטייה תהיה לכבד את הצדדים).

אהרון נ' בן גיאת – עסקת מכר במקרקעין. נקבעה תניה גורפת, שקובעת פיצוי גבוה ללא אבחנה, אבל הנזק בפועל היה גבוה. הלכה - אין להפחית את הפיצוי המוסכם אם הוא עומד ביחס סביר לנזק שהיה סביר לצפות בזמן הכריתה כתוצאה של ההפרה הקונקרטית שאירעה בפועל.

התניה על תרופות:אכיפה היא הסטנדרט. אין מניעה לדרוש אכיפה בנוסף לפיצוי המוסכם אלא אם נאמר מפורשות בחוזה.

התנאה על אכיפה צריכה להיות מפורשת (לינדאור נ' רינגל): שלילת סעד האכיפה צריכה להיעשות בהתנאה מפורשת בחוזה.

או באופן שהוויתור יוסק באופן ברור ובלתי משתמע לשתי פנים מאוד דעת הצדדים, מתוך נוסח החוזה ומכלל הנסיבות.

\*אין לבקש כפל פיצויים!

**ס' 6 – ביטול:**

* התרופה ההפוכה מאכיפה. בעקבות ביטול מגיעה השבה הדדית. מה שמיוחד בביטול, כאן גם הנפגע מעוניין להשתחרר מהחוזה, לא רק המפר.
* באופן כללי שאר הסעדים (אכיפה ופיצוי) הם חיוביים. בביטול *הנפגע* צריך לבחור בין שתי אפשרויות – מתעקש על קיום העסקה או להשתחרר מן העסקה – בדר"כ תלוי מה יותר מועיל כלכלית.
* החוק מקשה על ביטול מכיוון שביהמ"ש מעדיף שהצדדים יקיימו את החוזה ולכן מעדיף אכיפה על פניי ביטול.

קיימים שני סוגים של הפרות יסודיות:

1. הפרה יסודית מוסכמת (במפורש): הפרה שהצדדים קבעו בחוזה שהיא יסודית. תניה גורפת לגבי הפרות יסודיות לא תחול אלא במקרים בהם אכן יש נזק גדול מכל הפרה.
2. הפרה יסודית מסתברת (מכללא): הפרה שביהמ"ש יניח שהיא יסודית כי אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה לו היה צופה את ההפרה ותוצאותיה.

\*האם כדי לקבל פיצוי מכוח ס' 10 צריך להראות הפרה יסודית מכוח ס' 6? לא. מכיוון *שהפרה יסודית זה לעניין ביטול החוזה.*

**ס' 7 - הזכות לביטול:**

הפרה יסודית נותנת זכות ביטול מלאה, לעומת הפרה שאינה יסודית שמעניקה זכות ביטול מוגבלת – צריך לתת ארכה וביהמ"ש כפוף לסייג הצדק.

ביטון נ' פרץ - הייתה עסקת מכר בין שני צדדים והקונה איחר בתשלום של שישה ימים בתשלום. המוכר רוצה להשתחרר מהעסקה והוא כנפגע מבקש ביטול. נשאלת השאלה האם ההפרה יסודית או לא? ההלכה- ביהמ"ש קובע שע"פ לשון הסעיף אם אדם סביר היה רואה מראש איחור של שישה ימים והיה רואה את התוצאות הרגילות של איחור כזה, רוב הסיכויים היה נכנס לחוזה. במקרה דנן קרה דבר חריג וקבוע שההפרה אינה יסודית ואינה מקנה זכות לביטול אוטומטי – המבחן הוא אובייקטיבי.

|  |  |
| --- | --- |
| ביטול בעקבות הפרה יסודית | ביטול בעקבות הפרה לא יסודית |
| הפרה יסודית | הפרה לא יסודית |
| זכות ביטול לנפגע | זכות ביטול לאחר מתן ארכה ובכפוף לשיקולי צדק |
| דרך הביטול: הודעה תוך זמן סביר מהרגע שנודע על ההפרה. | דרך הביטול: הודעה תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה. |
| תוצאת הביטול: השבה הדדית. | תוצאת הביטול: השבה הדדית. |

\*מדובר בזכות ביטול. לכן, ההפרה אינה מובילה כשלעצמה לביטול, אלא על הנפגע לבטל את החוזה.

ביטול חלקי: לפי סעיף 7(ג), במידה וניתן לחלק את החוזה לחלקים ולהחיל את ההפרה על אחד מחלקיו, ניתן להתייחס לחלק זה בלבד כבטל.

**ס' 8 – דרך הביטול:**

* לפי סעיף 8, הביטול יהיה דרך הודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר מרגע ההפרה בהפרה יסודית, ותוך זמן סביר מסיום הארכה בהפרה שאינה יסודית. במידה ועבר זמן סביר – ביהמ"ש עלול לראות באי הביטול כמחילה על ההפרה והמשך קיום החוזה.

**דרך הביטול**:

* ביטול בהתנהגות (לא מומלץ כי ההתנהגות עלולה להיחשב להפרה) (גינזברג נ' יוסף).
* תביעה כביטול (מונסנגו)
* הודעת ביטול במקביל להודעת הארכה (שיכון ופיתוח נ' מעלה אדומים)
* השתהות בביטול – גוררת בעקבותיה מתן ארכה (המפר חשב שההפרה אינה יסודית ונסלחה) (חלאבין או אבו זייד)

מכאן, דרך הביטול הטובה ביותר היא הודעת ביטול, יוצרת וודאות ומצמצמת מקום לפרשנות.

סוגי ביטול:

* ביטול בעקבות הפרה – הדעה הרווחת היא שהביטול הוא פרוספקטיבי, בטל מרגע ההפרה והלאה.
* ביטול בעקבות פגם – בטל מלכתחילה כיוון שהחוזה פגום מרגע היווצרותו.

הפרה יסודית שהופכת ללא יסודית - אם הנפגע השתהה בביטול החוזה עליו לתת ארכה אפילו אם ההפרה הייתה יסודית? (אנגלרד, מקל)

אנגלרד (דעת מיעוט) אומר שהייתה הפרה יסודית והנפגע מההפרה יכול היה לבטל אבל הוא השתהה, חיכה שלושה חודשים. עכשיו הוא כבר לא יכול לבטל אלא לתת ארכה ואז הוא יוכל לבטל. שאר החושבים שלא הייתה הפרה ולכן אין זכות ביטול.

אם הנפגע השתהה בביטול – האם זכות הביטול כפופה לסייג הצדק? (אנגלרד במקל), אנגלרד אומר שכן אך הוא מיעוט.

**ס' 9 – השבה (סעד שלילי):**

* סעד שלילי. השבה באה בעקבות ביטול, על הצדדים להשיב אחד לשני מה שקיבלו מהחוזה, או בהיעדר אפשרות כזו – השבת שווי.
* למה ההשבה היא הדדית? למנוע התעשרות שלא כדין וזה תקף לשני הכיוונים (ברק, כלנית השרון).

בחירה בנוגע להשבה:

1. השבה בעין – השבת הנכס "חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה".
2. השבה בשווי – כשהשבה בעין בלתי אפשרית, מחזירים בכסף – "או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך" – למשל כשאי אפשר להחזיר דירה אז מחזירים את הערך שלה.

\*כשבוחנים השבה חשוב להבחין מה נעשה בחוזה ומה לא – שאלות של השבה מתעוררות כאשר התחילו לבצע ואז יש ביטול חוזה.

כלנית השרון – חוזר מכר. הייתה הפרה וביטול. הדבר הבא צריך להיות השבה – נשאלת השאלה מה ההשבה צריכה להיות? כשמדובר בכסף הדבר פשוט, יש ריבית מתאימה שנחשבת "דמי שימוש", ואילו בנכס יש לשלם "דמי שימוש" בתצורה של שכירות למשל. ברק: המטרה היא להביא את הצדדים למקום בו היו לולא נכרת החוזה, רק דרך הוספת דמי שימוש יהיה אפשר לקיים מטרה זו במלואה. הלכה - ההשבה כוללת שני רכיבים: **1.** כל צד משיב את מה שקיבל, **2.** להשבה יתווספו דמי שימוש מתאימים כדי למנוע התעשרות שלא כדין.

**סייג הצדק להשבה**: בסעיף 2 לחוק עשיית עושר נקבע שניתן להפחית את ההשבה במידה והמשיב שינה את מצבו לרעה בתום לב בהסתמך על מה שקיבל מהחוזה.

אפשר לבחון את המבחן לעיל ע"פ שלושה תנאים מצטברים – **1.** שינוי לרעה (יכול להיות אובדן התעשרות). **2.** הסתמכות על חוזה **3.** אובדן בלתי הפיך.

גינזבורג נ' בן-יוסף - מדובר בעסקת שותפות בה השותף שילם את התשלום הראשון אך לא את השני. השותף המקורי השתמש בכסף לקניית מכונות (שלאחר זמן מה ערכן ירד משמעותית). החוזה בוטל ע"י השותף המקורי לאחר שהשותף החדש הפר את החוזה. ביהמ"ש מחיל את סייג הצדק ומחזיר את התיק למחוזי כדי לדון בהשבה מופחתת – הרי לא ניתן להחזיר את הכסף כיוון שהוצא על המכונות, וערך המכונות כשלעצמן נמוך. לכאורה ניתן להגיע לאותה התוצאה דרך פיצויים (מקזזים את הנזקים שגרמו אחד לשני בהפרה מתשלום ההשבה).

\*בפתירת קייס צריך לבחון גם את סייג הצדק וגם את מסלול הפיצויים – מסלולים מקבילים.

על איזה תרופות יש סייג צדק? (ביהמ"ש נותן תרופה אבל במקרה ספציפי לא ייתן את התרופה או יפחית אותה).

1. אכיפה
2. ביטול – ס' 7(ב) בהפרה **לא** יסודית
3. השבה – יש סייג צדק משל עצמו

אין סייג צדק –

1. ביטול בשל הפרה יסודית
2. פיצויים

**צירוף תרופות:**

סעדים סותרים: ההלכה היום היא שניתן לשלב סעדים שליליים וחיוביים כל עוד אין כפל פיצוי.

כפל פיצוי: המטרה של דיני התרופות היא להביא את הנפגע למקום בו היה לו קוים החוזה/ לולא נכרת החוזה. כל עוד לא קיבל זאת ע"י ההשבה, ניתן לצרף גם פיצויים.

לוי נ' מבט – חוזה מכר של דירה. הקונה גר בנכס 8 שנים ולאחר שלא עלה בידו לתקן את הליקויים בנכס מבקש לבטל את החוזה לאור הפרת הקבלן. עולות בפסק הדין שתי שאלות: **1.** האם הקונה יכול לקבל גם השבה וגם פיצויים **2.** האם עליו לשלם דמי שימוש במסגרת ההשבה? אם החוזה היה מקוים כהלכה, לא היה הקונה צריך לשלם שכירות כלל. הלכה - ביהמ"ש קובע כי יש להסתכל על דמי השימוש של הקונה כנזק נוסף של ההפרה (ולכן להגדיל את הפיצויים), ובכך הדבר מתקזז ולא משלם בפועל דמי שימוש. ניתן היה להגיע לאותה תוצאה דרך הוספת ריבית על הפיצויים של הקבלן ובכך לקזז בדרך יותר אלגנטית ונכונה את דמי השימוש.

**שלילת רווחי המפר:** (אדרס נ' ג'ונס)

דוג' – עלמה מחליטה למכור לגילעד דירה בשווי של מיליון ולבסוף מוכרת לקרן בשווי של מיליון וחצי ולכן מפרה את החוזה. ע"פ ס' 10 צריך להראות את הפער בין המצב של הנפגע כיום לבין המצב שהיה לו נכרת החוזה. גילעד היה משלם מיליון ומקבל דירה בשווי מיליון ומכוח ס' זה לגילעד לא מגיע פיצויים משום שערך הדירה לא עלה. ביהמ"ש מכריע שעלמה התעשרה לא כדין ולכן הרווח של החצי מיליון יהיה סכום הפיצויים של גילעד.

בלוי נ' מבט צריך להחזיר את הדירה בנוסף גם את דמי השימוש כשהחוזה הופר, לולא החוזה לא הייתה דירה וגם לא דמי מימוש. מניעת ההתעשרות היא במובן של להביא את הנפגע למקום לולא נכרת החוזה. בדוג' זה שונה מכיוון שלו קוים החוזה של עלמה עם גילעד היא הייתה מרוויחה מיליון. מניעת התעשרות כסעד חיובי. במקום להרוויח מיליון היא הרוויחה מיליון וחצי וזה התעשרות ביחס ללו קוים החוזה וכשלקחו את המיליון וחצי הביאו אותה למקום לו קוים החוזה. מניעת רווח לא כמו בלוי נ' מבט ששם מניעת הרווח היה בהיבט שלילי, נתפס כמה שמקבלים מהחוזה. כאן הרווח היא מה שמקבלים מההפרה. לולא ההפרה היה במקום לו קוים החוזה.

**ס' 18 – סיכול:**

* סיכול היא טענת הגנה של המפר.
* סעיף (א) עוסק במה צריך המפר להראות במסגרת טענת הסיכול, וסעיף (ב) עוסק בתוצאה במקרה והיה סיכול. סיכול הוא חריג לאחריות החמורה שקיימת בד"כ בדיני החוזים, בהוכחת סיכול מסירים את האחריות מהמפר.

אלמנטים:

* חוזה
* הפרה
* קשר סיבתי – בין ההפרה לנסיבות המסכלות. לולא הנסיבות לא היו מפרים את החוזה. התגובה של הצד השני היא שהוא לא הפר בגלל הנסיבות הללו, אלא זה רק תירוץ והפר מסיבות אחרות.
* נסיבות מסכלות
* בלתי צפויות (ע"י המפר בזמן הכריתה)
* שהמפר לא יכול היה למנוע
* ביצוע בלתי אפשרי או שונה מהותית מהמוסכם
* סעדים

כץ נ' נצחוני - קבלן משנה התחייב לבצע עבודה בעבור קבלן ראשי. כשפרצה מלחמת יום הכיפורים נקרא קבלן המשנה למילואים ובכך לא היה יכול לבצע את עבודתו. לאחר שסיים את המילואים העבודה לא השתלמה מבחינתו והציע לקבלן הראשי הצעה חדשה אשר נדחתה. הקבלן הראשי תבע את המשנה בפיצויים בגין הפרה.

טענת הסיכול מצד המפר היא בשני דברים: עליית מחירים בשל המלחמה (נקבע כי לא מדובר בסיכול ועליית מחירים היא דבר צפוי), והמלחמה עצמה (נשאר בצריך עיון האם מלחמה היא סיכול). טענת הסיכול לא מתקבלת, אך באופן עקיף. לבסוף לא נפסקו פיצויים ולכן לא ברור ממנו האם היה סיכול או לא. הלכה - העמדה הבסיסית משתקפת בפס"ד הנ"ל והיא עמדה שמצמצת מאד את עמדת הסיכול. הכלל הוא שאת החוזים יש לקיים ואם צד מפר אז הוא חייב בתרופות – יש יישום צר של דוקטרינת הסיכול.

\*השאלה המרכזית שביהמ"ש שואל את עצמו בדיון בסיכול היא האם הנסיבות במרכז טענת הסיכול היו צפויות או לא.

\*חשוב להבדיל בין דוקטרינת הסיכול במוגדר בחוק לבין סעיפי כוח עליון בחוזה – 2 טענות נפרדות.

**סעדים**:

* אין אכיפה
* אין פיצויים
* לשיקול דעת ביהמ"ש (גם ללא ביטול)
* השבה בעין
* השבה בשווי
* השבה חלקית – להשיב אבל לא הכל
* שיפוי הנפגע על הוצאות לקיום החוזה – פיצויים שליליים

ניתן לפתור מהסעד השלילי ולתת השבה חלקית.

רגב נ' משרד הביטחון – חוזה מכר במיטלטלין. המוכר הוא משרד הביטחון שמוכר לרגב. פורצת מלחמת המפרץ והם צריכים את המסכות על מנת להשתמש בהם. הקונה מבקש פיצוי כי מחירי המסכות עלו ואילו משרד הביטחון טוען לסיכון. השופט אנגלרד משאיר בצ"ע את שאלת הסיכול ומכריע ע"י הלכת השתחררות (לא בחומר).

הלכה –

1. מצביע על מגמה אפשרית הפוכה בנצחוני. ברגב אנגלרד טוען שאולי מלחמה זה יכול להיות מאורע מסכל וצריך לבחון ממקרה למקרה. יש פוטנציאל להרחבת הסיכול.
2. מגמה חשובה מסיכול לתו"ל – שינוי קיצוני בנסיבות והתעקשות על הביצוע יכולה להיחשב לחוסר תו"ל (טענה שהפר תמיד יכול לטעון).

**המגמה בפסיקה**:

* מצפיות לסיכון (נצחוני)
* מסיכול לתו"ל (רגב) - שינוי קיצוני בנסיבות והתעקשות על הביצוע יכולה להיחשב לחוסר תו"ל.
* ממגן לחרב (בן אבו) – חוזה קבלנות והמאורע המסכל הוא האינתיפאדה. ביהמ"ש פוסק שיש סיכול וזה מעיד על תנועת נגד מסוימת למגמה של נצחוני.

איזו הלכה יותר חשובה? נצחוני או בן אבו? נצחוני כי זה פס"ד של העליון ויש פסיקה מצמצת של סיכול. בבן אבו סיכול משמש כחרב ולא כמגן. בגלל שהיה סיכול אז הצד השני תובע שהחוזה צריך להתבטל. לכאורה סיכול זו טענת הגנה והמחוזי משתמש בסיכול כחרב. ניתן לבקש ביטול מכוח סיכול.

* ממשבר למשבר

**מבחני הסיכול**: (נצחוני)

1. מבחן הצפיות: בעייתי ועמום, עולה השאלה מהי רמת הצפיות הנדרשת? המפר פטור אם הנסיבות לא צפויות.
2. מבחן הסיכון: (עיגון לכך זו הצעת חוק בדיני ממונות ונצחוני) המפר פטור אלא אם:
3. נטל על עצמו את הסיכון להתרחשות האירוע המסכל.
4. או אם צודק להטיל עליו את הסיכון האמור.

\*בעצם נראה שבעיקרון הכל צפוי ולכן קשה לנצח בטענת סיכול, היא תידחה ברוב המקרים. הפסיקה מצמצמת בהכרה בנזקים בלתי צפויים, ולא מרבה לתת הגנה לטענת סיכול.

\*בקייס יש להשתמש בשני המבחנים!

**דוקטרינות משיקות:**

ישנן דוקטרינות קרובות שניתן להשליך על אותו מקרה עובדתי – יש להבין מתי נשתמש בכל אחת, לפעמים ניתן ורצוי ליישם יותר מאחת – לשים לב לעובדות המקרה.

* גמירת דעת ומסוימות – "הולכות יד ביד"
* טעות והטעיה
* פגמים בכריתה – טעות, הטעיה, כפיה ועושק – איך נדע במה להשתמש? לרוב כפיה ועושק הולכים יחד, לפעמים טעות והטעיה יחד, או טעות, הטעיה וכפיה
* טעות וסיכול
* חוזה בלתי חוקי וחוזה על תנאי – מעין "אחים חורגים".
* תקנת הציבור וקיפוח
* תום לב בקיום, תקנת ציבור ופרשנות
* פרשנות וטעות סופר
* אכיפה ופיצויים חיוביים
* יציאה מחוזה – פיצויי הסתמכות דרך מלון צוקים + ביטול והשבה

**דין מצוי ודין רצוי:**

**החלק הראשון – דין מצוי**: השאלה בעצם היא מה משמעות התיקון? האם הוא משנה את הדין הקיים או לא.

לטעון תמיד לשני הצדדים: צד אחד יטען כי הדין לא משתנה ועדיין ניתן להגיע לאותה תוצאה, הצד השני יטען כי השינוי גורם לשינוי בדין שלא מאפשר עוד את קיום התוצאה.

**החלק השני – דין רצוי**: בחלק השני יש להכניס את כל היתרונות והחסרונות הנובעים מהתיקון. האם מדובר בתיקון חיובי ורצוי או האם התיקון שלילי ויש להימנע ממנו?

רצוי לטעון 3 בעד ו3 נגד (למשל, ודאות, הרתעה, שיקול מוסדי – האם נכון שביהמ"ש הוא זה שיקבע בעניין הנדון, שק"ד רחב לביהמ"ש, לעומת זאת – אינטרס ציבורי, הגנה על חלשים וכו'). אם יש לכם יותר טענות ומספיק זמן – מצוין.

**רשימת עזרים – בעד ונגד לשאלת דין רצוי דין מצוי**:

* וודאות לצדדים – וודאות למי? מתנגש לפעמים עם פערי כוחות
* פערי כוחות – ביהמ"ש רוצה להגן על הצד החלש
* פטרנליזם – ביהמ"ש יודע מה טוב לצדדים יותר מאשר הצדדים
* קיצור הליכי בימ"ש/ יעילות משפטית – חוסך אמצעים ומשאבים כשהדבר וודאי.
* כלל חד מול סטנדרט
* הוגנות וצדק מול יעילות
* הכוונת התנהגות
* כוח רב לצדדים מול כוח רב לביהמ"ש (יכול להיות גם בעד וגם נגד)
* חופש החוזים, רצון הצדדים – אוטונומיה
* טיעוני פרשנות: מצמצם את הפרשנות מול מרחיב את הפרשנות.
* מקל/ מקשה על יציאה או כניסה לחוזה
* אפשרות להסתמך על החוזה
* אינטרס ציבורי מול פרטי
* הגנה על צד שלישי
* מהותי מול פורמלי
* הרתעה