דיני חוזים

**ד"ר אורי כץ**

**מחברת הקורס - איתיאל צוויקלר – תשפ"ד**

תוכן

[מבוא 4](#_Toc172707412)

[התוקף המחייב של חוזה 4](#_Toc172707413)

[מהי התועלת שיש בחוזים? 5](#_Toc172707414)

[מהו תפקיד המשפט בהסדרת החוזים? 6](#_Toc172707415)

[מטרות דיני החוזים והערכים המנחים אותם 8](#_Toc172707416)

[בין כח לזכות 10](#_Toc172707417)

[כריתת חוזה 11](#_Toc172707418)

[גמירת דעת 13](#_Toc172707419)

[אינדקציות לגמירת דעת: 13](#_Toc172707420)

[מעבר לבחינה מהותית של גמירות דעת: 14](#_Toc172707421)

[גמירת דעת - אובייקטיבית או סובייקטיבית? 14](#_Toc172707422)

[מסוימות 16](#_Toc172707423)

[דרישת הכתב 19](#_Toc172707424)

[מגמות בפסיקה 20](#_Toc172707425)

[כוונה ליצירת יחסים משפטיים 21](#_Toc172707426)

[עניינים בכריתה - סעיפים בחוק החוזים 23](#_Toc172707427)

[תום לב 30](#_Toc172707428)

[דעיכתה של תאוריית הרצון 30](#_Toc172707429)

[גדרי חובת תום הלב במשא ומתן 31](#_Toc172707430)

[קטגוריות קונקרטיות של תום לב במו"מ 33](#_Toc172707431)

[תוצאות הפרת חובת תום הלב 38](#_Toc172707432)

[פגמים בכריתה 44](#_Toc172707433)

[חובת הגילוי 44](#_Toc172707434)

[שיקולי מדיניות בהיקף חובת הגילוי 44](#_Toc172707435)

[טעות 47](#_Toc172707436)

[הטעיה 49](#_Toc172707437)

[טעות בכדאיות העסקה 50](#_Toc172707438)

[כפייה 53](#_Toc172707439)

[עושק 55](#_Toc172707440)

[ביטול בשל פגם 57](#_Toc172707441)

[תוכן החוזה 58](#_Toc172707442)

[פירוש והשלמה 58](#_Toc172707443)

[תום לב בקיום חוזה 66](#_Toc172707444)

[תרופות בשל הפרת חוזה 70](#_Toc172707445)

[מבוא לדיני תרופות 70](#_Toc172707446)

[תרופת הביטול 73](#_Toc172707447)

[תרופת האכיפה 78](#_Toc172707448)

[פיצויים 83](#_Toc172707449)

**פתיחה**

**מה נלמד בדיני חוזים?**

* להכיר ולהבין את הדוקטרינות המרכזיות בדיני חוזים(דוקטרינות – אוסף כללים שמסדיר סוגיות משפטיות – איך כורתים חוזה? מה הכללים המשפטיים שחלים במקרה של כריתת חוזה? וכו')
* היכרות עם שיקולי המדיניות הרלוונטיים – לא רק מה הדין, אלא למה ומה השיקולים שבזה.
* ניתוח סוגיות משפטיות בדיני חוזים.
* בניית טיעונים משפטיים המגובים בחוק, בפסיקה ובשיקולי מדיניות.

**דרישות הקורס:**

* תרגילים – שני תרגילים של ניתוח קייס משפטי. משקלו של התרגיל עם הציון הנמוך יהיה 10% מהציון הסופי. משקלו של התרגיל הנוסף יהיה 20%(30%) מהציון הסופי.
* בחינה מסכמת – 70% מהציון הסופי.
* רשימת קריאה מחייבת.

**מפת הקורס:**

1. מבוא – התועלת בחוזים, תפקיד המשפט בהסדרת חוזים והערכים העומדים בבסיס דיני החוזים.
2. כריתת חוזה והמשא ומתן לכריתתו – התנאים הנדרשים לכריתת החוזה והחובות החלות על הצדדים במשא ומתן לפני שנכרת החוזה.
3. פגמים בכריתה – העילות לביטול חוזה נוכח פגמים שהתגלו בהליך כריתה.
4. תוכן החוזה – פירוש החוזה, תוקפן של התניות בחוזה והפיקוח על תוכן החיובים שחלים על הצדדים מכח החוזה.
5. תרופות בשל הפרת חוזה – טיב הסעדים שהצדדים זכאים לקבל עקב הפרת חוזה.

**מבוא למבוא**

**מה לומדים בפקולטה למשפטים?**

* **הדין החל** - דיון דוקטרינרי – דוקטרינה הינה סט הכללים המסדירים סוגיה משפטית. ישנם 2 מקורות מרכזיים למה המשפט אומר; **חוקים** - בחוקים יש לנו מקורות כגון חוק החוזים הכללי, חוק התרופות, חוק חוזים אחידים וכו. ב**פסקי דין** – ס' 20 לחו"י השפיטה אומר כי הלכה שנפסקה בבית המשפט תנחה בית משפט בערכאה נמוכה ממנו, ולכן פסקי דין מנחים אותנו בעניין. מעבר לכך ישנם ספרים בתחום, שאינם מקור מחייב, אך נותנים נקודת מבט נוספת.
* **הדין הרצוי** – דיון נורמטיבי – מדוע אנחנו פוסקים איך שאנחנו פוסקים? אם אנחנו מחוקקים זה חשוב לדעת מכיוון שאנחנו קובעים מדיניות, גם שופטים צריכים לדעת, מכיוון שגם הם עלולים לקבוע מדיניות בסיטואציות מסוימות. אך הסיבה העיקרית היא שיש יחסי גומלין, יש קשר בין הדין החל לדין הרצוי. לעיתים הדין החל אינו ברור מספיק, וכדי להבין אותם ולצקת לתוכם תוכן, אנחנו צריכים להבין את טעם המדיניות. לדוגמא – ס' 12 לחוק החוזים אומר שבמשא ומתן לקראת כריתת חוזה צריך לנקוט בתום לב. מהו תום לב? לא לגמרי ברור בחוק. אם אני רוצה להשכיר דירה ואני מפרסם שאני רוצה להשכיר אך ורק לגברים, האם ניתן להגיד שבמשא ומתן שלי יש אפליה, ואפליה הינה חוסר תום לב, ולכן לתבוע ממני פיצויים? זהו דבר שאין לו תשובה ברורה, ולכן יש לעסוק בערכים העומדים בבסיס דיני חוזים. לא מספיק לעיין רק בפסיקה, הפרשנות של הדין מושפעת גם מהדין הרצוי ולא רק מהדין החל(המצוי).   
  דוגמא נוספת – כתוב בחוק החוזים – "אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזו, תוך זמן סביר". אם אני מציע למישהו למכור את הדירה במיליון שקלים, והצד השני אומר שיחשוב על זה, תוך כמה זמן הוא יכול להחזיר תשובה חיובית? החוק אומר תוך זמן סביר. מהו זמן סביר?   
  ב**פס"ד גרדוס נ' גרדוס**, מדובר בבני זוג שנפרדו והאישה קבעה לבעלה שהוא יכול לקנות ממנה חצי מהדירה שלה במחיר מסוים. עברה חצי שנה והבעל פנה אליה לקנות ממנה את החצי שלה אך האישה אמרה לו שהיא התחרטה, אך לא עדכנה אותו על כך. מה הדין במקרה כזה? הדעות היו חלוקות במקרה זה, מה נחשב זמן סביר, ואנחנו צריכים להבין מה השיקולים תחת כותרת זמן סביר.   
  למעשה, דבר זה מכונה במשפט – "**מושגי שסתום**". אלו מושגים, סטנדרטיים, שאינם ברורים מספיק. החקיקה והפסיקה מוצפת במושגי שסתום, ואנו צריכים לצקת בהם תוכן. הדרך שלנו לצקת בהם תוכן, היא באמצעות הבנת שיקולי המדיניות העומדים בבסיסם.   
  (טיעון משפטי שלם מורכב ממה הדין החל וממה הדין הרצוי.)
* **הדין בפועל** – דיון פוזיטיבי – פעמים רבות יש פער בין מה שנלמד כדין החל לבין מה שקורה במציאות. פעמים רבות לעו"ד לא אכפת מהדין החל, אכפת לו מה שנפסק ונעשה בפועל. לדוגמא - ישנו חוק שדמי תיווך ישולמו על ידי המשכיר, וזוהי התניה קוגנטית(התניה מחייבת שאי אפשר להתנות עליה, גם אם הצדדים הסכימו אחרת). במציאות – המציאות מוכיחה ומראה אחרת, ורוב המתווכים דורשים תשלום על ידי שוכר. כמשפטן, חשוב לדעת לא רק מה הדין החל, אלא מה קורה בפועל. דוגמא נוספת – לפי החוק להגנת הצרכן(הדין החל) ניתן לבטל עסקה עד 14 יום באם משלמים 5% או 100 ₪, בפועל לא תמיד ניתן לקבל החזר והחוק לא נאכף(הדין בפועל).

**מדוע הדין לא נאכף?**

* רוב הסכסוכים החוזיים אינם מגיעים לבתי המשפט. גם אם הם מגיעים לבית המשפט, לרוב הם לא יגיעו לערכאת ערעור. רוב הסכסוכים נפתרים בין אנשים. השאלה איך אנשים פועלים מושפעת ממה הדין אומר, ומושפעת מנושאים רבים נוספים שאינם קשורים בהכרח למה הדין אומר. כמו לדוגמא – מי הצדדים, מה העלות הכספית והנפשית, כמה אני מוכן להתעקש על דברים. ולכן, לדוגמא, בביטול עסקה – אם אנשים אינם מכירים את החוק, והספק לא עושה שום מאמץ לציין את החוק, הדין לא ייאכף.
* שופטים לא תמיד פוסקים על פי הדין, או כי הם מפרשים את הדין אחרת ממה שנכון לפרש אותו, או כי הם אינם מכירים חלקים מסוימים בו.

**המבנה של טיעון משפטי:**

* החוק אומר את מה שאני אומר - כלומר, יש עיגון בחוק לטענות שלי. (הדין החל).
* ראוי שהחוק יאמר את מה שאני אומר - פה נכנסים שיקולי המדיניות, טענה שמסבירה למה ראוי שהטענה שלי תעוגן בחוק, גם מבחינה מוסרית וגם מבחינת יסודות וערכים שאנו מאמינים בהם שייתמכו בטענה ויכריחו את התוצאה אותה אני מנסה לטעון. (הדין הרצוי)

טיעון משפטי שלם תמיד יהיה משילוב של הדין הרצוי והדין החל.

# מבוא

## התוקף המחייב של חוזה

**מהו חוזה?**הבטחה או הסכם בין 2 צדדים שהמשפט נותן לו תוקף.

מהם עסקאות החליפים שאנשים מבצעים באמצעות חוזים?

* מוצרים(חלב, חומרי ניקוי, דירה)
* שירותים(שכירת שירות של בעל מקצוע)
* סיכונים(ביטוחים, ביטול טיסות חינם)

החוזה הוא כלי חלוקת הסיכונים בין הצדדים.

**מה מוביל למתן תוקף מחייב לחוזה?**

* – **שיקולים פנימיים** (והשיקול המרכזי) – כוונת הצדדים. כלומר נותנים תוקף מחייב לחוזה כי הצדדים התכוונו לתת לכך תוקף.
* **שיקולים חיצוניים** – ציבוריים – לפעמים 2 הצדדים רוצים, אך ישנם ערכים נוספים שאינם מצדיקים מתן תוקף מחייב לחוזה. לדוגמא – בני זוג שהבעל העביר לאישה חצי מערך דירה על שמה, אך הם הסכימו בניהם שבמידה והאישה תהיה עם אדם אחר בזמן חיי הנישואין שלהם אז הדירה חוזרת לרשותו המלאה. שניהם הסכימו על כך. האם בית המשפט יסכים לכך? בפסיקה ניתן לראות כי ישנם שיקולים נוספים, ציבוריים, בסל השיקולים.   
  בס' 32 לחוק החוזים – נאמר כי בחוזה של משחק הגרלה או הימור ועשוי צד אחד לזכות בטובת הנאה, אינו עילה לאכיפה או פיצויים. כלומר, שני הצדדים הסכימו, אך לא ניתן לאכוף זאת משפטית.

**מה לא הכרחי למתן תוקף מחייב לחוזה?**

* **לא נדרש חוזה כתוב** – למעט מספר מועט של חוזים ספציפיים, כגון חוזה מקרקעין, לא נדרש חוזה כתוב. התנהגות עצמה יכולה ללמד באופן משתמע על הרצון להתקשר בחוזה.
* **לא נדרשת חתימה** – חוזה לא טעון חתימה, אלא הסכמה בין 2 צדדים. הסכמה יכולה להיעשות באמצעים אחרים, ואין הכרח לחתימה כאמצעי מחייב.
* **לא חייב להיות חוזה מפורש** – כלומר, לעיתים ההתנהגות עצמה מעידה על רצון להיקשרות. לדוגמא – בעלייה לאוטובוס, בעצם המעשה אדם מתכוון ל'חוזה' בו הוא צריך לשלם על הנסיעה באוטובוס, ואינו יכול לא לשלם בסיום הנסיעה, כיוון שמעשהו מלמד על כוונתו.
* **לא חייב להיות בעניינים עסקיים** – חוזה יכול להיות בכל תחום שהוא. לדוגמא, בפס"ד נחמני המפורסם, ישנו זוג בו אישה לא יכלה לשאת עוברים ברחמה והזוג היה צריך לבצע הפריה חוץ גופית. לאחר ההפריה, האבא מצא אישה אחרת והחליט שאינו רוצה להיות אבא יותר. האישה טענה להפרת חוזה בניהם.

## מהי התועלת שיש בחוזים?

חוזים מקדמים את היעילות הכלכלית. המשק יהיה במצב טוב יותר בעולם שיש בו חוזים. לפני שהיו חוזים, מצב המשק היה פחות טוב.

**מהי יעילות? 2 סוגי יעילות:**

1. **יעילות קלדור-היקס** – יעילות זו אומרת כי אנו בוחנים מצב עדיף. אם הרווחה המצרפית של אוסף הפרטים היא מרבית, זה עדיף. כלומר, אם יש חוק א בו לכל הצדדים יש יחד 100 ₪, ובחוק ב לכל הצדדים יש 50 ₪, מה עדיף יותר?
2. **יעילות פארטו** – מצב הוא פארטו אופטימלי במקרה בו לא ניתן לשפר את מצבו של פרט כלשהוא מבלי לפגוע בפרט אחר. במצב כזה, פארטו ישאר אדיש ויעדיף לא לפגוע באף אחד, ולכן לא לנקוט בשום צעד. כל עוד כולם מרוצים מהשינוי, ואף פרט לא נפגע מכך, היעילות תהיה פארטו אופטימלי.

דוגמא:

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
|  | **א** | **ב** | **ג** |
| **אבי** | 2 | 4 | 4 |
| **ברכה** | 3 | 3 | 2 |
| **גילי** | 5 | 5 | 10 |
| **דבורה** | 7 | 7 | 10 |
| **סה"כ** | 17 | 19 | 26 |

על פי **קלדור היקס** – אופציה ג היא צורת החלוקה הטובה ויעילה ביותר, כיוון שבה עוגת הרווחה המצרפית היא הגדולה ביותר, והרוב מרוויחים.   
על פי **פארטו** – בין אופציות א ל ב – ב עדיפה, אף אחד לא ניזוק ואבי מרוויח, כך כולם מרוצים. בין אופציות ב ל ג – שניהם לא טובים, כי תמיד מישהו יפגע. כנ"ל גם בין א ל ג.

**לפי איזו שיטה חוזים הם יעילים?**

חוזה למכירת פסלון מכסף. המוכר מעריך את שוויו ב10,000 שח, והקונה מעריך את שוויו ב15,000 שח.

|  |  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- | --- |
| **תמורה עבור המכירה** | **רווח למוכר** | **רווח לקונה** | **רווח לחברה בכללותה** | **רצוי פארטו** | **רצוי קלדור היקס** |
| 10 | 0 | 5 | 5 (כיוון שהפסלון נמצא אצל מי שמעריך אותו ב5000 יותר) | V | V |
| 15 | 5 | 0 | 5 | V | V |
| 13 | 3 | 2 | 5 | V | V |
| 18 | 8 | 3- | 5 | X | V |
| 7 | 3- | 8 | 5 | X | V |

החברה מרוויחה ממי שמחזיק במוצרים שלה שמעריך אותם יותר. החברה צומחת מהעברת משאבים למי שמשקיע בהם יותר כביכול. הרווח של המוכר והקונה מתחברים יחדיו וזה מראה את רווח החברה בכללותה. אך זה לפי קלדור היקס ולא לפי פארטו.  
הסיכויים שסיטואציה ד או ה יקרו היא לא סבירה, מכיוון שאף צד אינו חפץ בעסקה ממנה הוא מפסיד או שאינה משתלמת לו. ולכן, דיני חוזים מקדמים עסקאות המסתדרים עם 2 גישות היעילות, הם גם דואגים לרווחה הכללית, וגם לרווחת היחיד.

* למה אסור לגנוב על פי קלדור היקס? כיוון שזה לא יעיל, אנחנו לא יודעים שאותו גנב יקצה את המשאבים למי שמעריך אותו ביותר. אנחנו חוששים שמי שמעריך בפחות את הנכס הוא זה שיש לו יכולת טובה לגנוב. למה שהמדינה לא תעביר את הפסלון למי שמעריך אותו יותר? התשובה לזה היא שאף אחד לא מספר למדינה כמה כל אחד מעריך, המדינה נחותה באופן מובנה מבחינת מידע, לא יודעת מי מרוויח כמה ומתי. זהו הצד היפה של חוזים, הם מאפשרים להשתמש במידע של כל אחד על הנכס וזה הכלי הכי אפקטיבי להביא גם יעילות קלדור היקס וגם יעילות פארטו, בחוזים אין משחק סכום אפס, זה לא שרווח של אחד בא על חשבון השני, שני הצדדים מרוויחים, או צד אחד ירוויח, אך זה לא יהיה על חשבון הפסד של הצד השני, כלומר בהכרח החברה תרוויח מכך ויחד יהיה מעל 0. יעיל קלדור היקס.

חוזים הם יעילים כי הם מאפשרים להעביר משאבים שירותיים או סיכוניים למי שמעריך אותם יותר.

**ש.ב:**

* עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "חוזים" **הגישה הכלכלית למשפט**153 (2012) **רק עמודים 154-156**
* דניאל פרידמן ונילי כהן**חוזים** (כרך א, מהדורה שנייה, 2018), **רק פיסקאת 2.1-2.13; 2.24-2.33**

**שיעור 2 – 09.01**

## מהו תפקיד המשפט בהסדרת החוזים?

אם חוזים יעילים לשני הצדדים, מדוע נצטרך את המשפט בחוזים?

**אכיפה ובעיות אמון**:

* **עסקאות ריאליות וחוזים אובליגטורים** - ללא המשפט, עלולים להיווצר בעיות אמון בין הצדדים, כיוון שאין אף אחד שיכול לכפות את קיום החוזה.

שתי סוגי עסקאות:

* **עסקה ריאלית** היא מקרה בו העסקה מתרחשת בזמן אמת וכל הצדדים שותפים לה מקיימים את חלקם באותו הזמן. לדוגמא – כאשר קונים מוצר בסופר, הקונה נותן את כספו ומקבל את התמורה מייד.
* **חוזה אובליגטורי** – מלשון התחייבות – המתרחש בו לרוב מתכוון לעתיד. לדוגמא – הזמנה באינטרנט. החוזה הוא התחייבות לאספקת מוצר.

ההבדל הבסיסי בניהם, הוא רמת האמון הנדרשת. בעסקה ריאלית, החשיבות של היבט האכיפה ורמת האמון הנדרשת הוא מוגבל, כי לרוב מקבלים את המוצר בעת הרכישה. לעומת זאת, בחוזה אובליגטורי, רמת האמון הנדרשת היא גבוהה יותר, מכיוון שאספקת המוצר, לדוגמא, תלויה באמון שיש בין הקונה למוכר. בעבר לא היו חוזים אובליגטורים רבים, מכיוון שלא הייתה מערכת משפט מסודרת היכולה לאכוף ההבטחות בחוזים.

* **אינטרס של מי – המבטיח או הנבטח?**   
  ישנה אבחנה בין אקס פוסט – לאחר המעשה, לאקס אנטה – לפני המעשה.

באופן בסיסי אנו חושבים לאחר מעשה. לאחר כריתת החוזה מי שהאינטרס שלו בקיום החוזה הוא הנבטח. אך לפני המעשה, באקס אנטה, האינטרס הוא קודם כל של המבטיח. ולכן בעצם האינטרס פה הוא משותף.   
פעמים רבות אנו חושבים בהיבטים משפטיים באקס אנטה. כלומר, מה צריכים להיות הכללים המשפטיים כדי שיאפשרו לחוזים להיכרת.

* **מנגנונים חלופיים – האם חוזים יאכפו ללא אכיפה?** מה עוד יכול לגרום לצדדים לקיים את החוזה מעבר לבית משפט?
* מוניטין – אמצעי הגורם לקיום חוזים, בעיקר ב"שחקנים חוזרים". אדם הנקשר בחוזים חוזרים, ירצה לשמור על מוניטין טוב. כך גם חברות גדולות רבות פועלות מעבר להתחייבויות שלהן על מנת לשמור על מוניטין טוב וחיובי.
* סנקציות חברתיות – אדם החי בקהילה סגורה ומפר התחייבות, יוטלו עליו סנקציות חברתיות על ידי הסביבה החברתית שלו.
* שיקולים מוסריים – מחקרים מראים שאנשים פועלים בהתאם לחוזה גם כשהם יודעים בוודאות שהם לא יספגו סנקציה משפטית, כי מבחינה מוסרית יש לקיים את החוזה, ויסמכו על אותו אדם שנקשרו עימו בחוזה.

**פיקוח על הליך התקשרות:**

* **וידוא גמירת דעת** – המשפט צריך לפקח ולוודא ש2 הצדדים הסכימו לחוזה והיה גמירת דעת בעת הכריתה. לא רק לאכוף אלא גם לוודא שהחוזה נכרת כדין.
* **היעדר פגמים בכריתה** – יכול להיות שנכרת חוזה, אך אם החוזה נכרת בעקבות טעות, הטעיה, כפייה או עושק, החוזה אינו חוזה. במובן הזה המשפט מפקח על עצם הליך ההיקשרות.
* **דרישות פורמליות** – ישנן דרישות רשמיות, צורניות, לכריתת חוזים. לדוגמא – במקרקעין החוזה צריך להיות בכתב.   
  המשפט קובע את הדרישות הצורניות, מגדיר מהם פגמים היכולים להיות בכריתת חוזה, מפקח על מה נחשב גמירת דעת, וגם אוכף את כל זה.

**פירוש חוזים:**

לעיתים אנו לא יודעים מה החוזה אמר, או שיש מחלוקת איך לפרש את החוזה. ישנם פעמים בהם הצדדים באמת מתווכחים על פירוש החוזה, ומעולם לא הייתה הסכמה בניהם על החוזה, אלא כל צד הבין אותו אחרת.

**פיקוח על הסכמת הצדדים:**

למרות שהצדדים מסכימים בניהם, ישנם מקרים בהם המשפט ירצה שהחוזה לא יתקיים, מכל מיני טעמים. לדוגמא, במקרה בו ישנו ניצול של צד אחד, או במקרים בהם נגרם נזק לאחרים כתוצאה מהחוזה.

* **תניות קוגנטיות** – התניות מחייבות - כללים שאין לנו אפשרות להתנות עליהן. לדוגמא – דיני ביטול עסקה, לא משנה אם בחוזה העסקה הצרכנית כתוב שאי אפשר לבטל את העסקה, אם החוק אומר שלא ניתן לנטרל את ביטול העסקה, אז ההתניה הזו אינה תקפה כי החוק מעליה. דוגמא נוספת לתניה קוגנטית – דרישת הכתב בחוזה במקרקעין. לא ניתן להתנות בחוזה בעל פה כי הקרקע תימכר, מכיוון שזה נוגד את החוק.
* **תניות דיספוזטיביות** - תניות מרשות - כללים שלא מחייבים את הצדדים בעת היקשרות בחוזה. החוק קובע כי מושג כלשהוא הוא ברירת המחדל, וניתן להתנות על ברירת המחדל הזו. לדוגמא – על פי החוק ניתן לבטל עסקה תוך 10 ימים, וניתן להתנות על כך יותר.
* **סטנדרטים כלליים** – בס' 39 לחוק החוזים נקבע כי חוזים יש לקיים בתום לב. אם אחד הצדדים לא קיים את החוזה בתום לב, לדוגמא: כתוב בחוזה שצריך לבצע פעולה מסוימת עד ה09.01.24 בשעה 10:00, ואני ביצעתי את הפעולה בשעה 10:03. המשפט אומר שלדייק בצורה קטנונית כזו ולהגיד שהצד שאיחר בדקות מסוימות לא עמד בחוזה, הוא לא נכון והוא מתפרש כחוסר תום לב בקיום החוזה.

**השלמת חוזים וגמישות במהלך חיי חוזה:**

לעיתים ישנם נושאים שאינם מוסדרים במסגרת חוזה ויכולים להתפתח בהמשך. לדוגמא – חוזה עם גננת, בו יש גן לילדה והגננת מקבלת תשלום חודשי בעבור ה"שירות" הזה. לפתע פרצה מלחמה, והמצב השתנה. במקרים מעין אלו, הדין משלים את החוזה. לעיתים דרושה גם גמישות בחוזה, והמשפט אף מאפשר אותה. תפקיד המשפט הוא, בין היתר, להסדיר נושאים כאלו בין הצדדים, שלא הוכרע בהם מראש. ישנם גם מקרים בהם לכתחילה, צדדים מעדיפים לא לציין נושאים מסוימים בחוזה, מידיעה שאינם מסכימים בנושא הזה, ואילו הסיכוי שההתרחשות הנ"ל תתקיים מאוד נמוכה, ולכן מעדיפים להשאיר נושאים אלו פתוחים, בידיעה שבמידה והתרחיש יתממש, בית המשפט יהיה זה שיכריע.

## מטרות דיני החוזים והערכים המנחים אותם

**תיאוריית הרצון – חוזה כהבטחה(צ'ארלס פריד):**

המטרה המרכזית בדיני חוזים, לפי תיאוריה זו, והיא הכי אינטואיטיבית – **קידום רצון הצדדים**. חוזה נועד לקיים את כוונת ורצון הצדדים. ביהמ"ש לא כורת חוזה בשביל הצדדים, כל תפקידו הוא לאכוף את רצון הצדדים בחוזה.

**התיאוריה הקלאסית – מימוש רצון הצדדים: ערך מכונן**

* **הרצון הוא תנאי הכרחי ליצירת חוזה.** אם אין רצון, אין חוזה. לא יכול להיות חוזה ללא רצון. פס"ד המשקף את התובנה הזו הוא **פס"ד בישתי נ' ששון** - העוסק בזוג שרצו לטוס ליוון וטורקיה ל21 ימים במסגרת טיול מאורגן. חלה טעות, והזוג הגיע בפועל ליוון ל12 ימים. כיוון שנחתו ביוון כבר לא ניתנה להם האפשרות לבטל. בית המשפט הכריע שהחוזה לא התקיים, מכיוון שלא היה לזוג רצון בטיול הזה ולא ניתנה להם האפשרות לחזור בהם, והם אינם מחוייבים בתשלום.
* **הרצון הוא תנאי מספיק ליצירת החוזה** – לא רק שהרצון הוא תנאי הכרחי, אלא גם אם יש רצון בסיסי, יש חוזה. ברגע שהצדדים הסכימו, לא משנה מהם התנאים, החוזה ישנו.
* **יש להתחקות אחר הרצון הסובייקטיבי של הצדדים** –אנו מנסים להתחקות אחר מה שהם חשבו ואחר ראיות שיחזקו את זה, וזה מה שקובע.
* **תוכן החוזה נקבע בהתאם לרצון הצדדים**.

**מקור החובה: חובה מוסרית-דאונטולוגית** **לקיים הבטחה**

דאונטולוגיה - סף מוסרי שלא קשור לתוצאת המעשים שלנו. כלומר, יש מעשים שאסור לעשות גם אם התוצאות שלהם חיוביות. לדוגמא – שקר, הוא מעשה שלא עושים כי הוא נתפס כמשהו שיכול להוביל לתוצאות לא טובות. כלומר, בעצם עשיית מעשה השקר, עשית משהו רע. בקיום הבטחות – הבטחות אינן קשורות לתוצאה שתצא מהן, וצריך לקיימן. זוהי חובה דאונטולוגית, כי זה מה שהמוסר שלנו אומר(קאנט).

**האידיאל הליברלי:**

* הגנה על האוטונומיה של הצדדים – להכריח אותי להגן על האוטונומיה של עצמי.
* שמירה על אמון בין הצדדים – ערכים מוסריים שיש לשמור עליהם.
* כבוד להתחייבויות שאדם לוקח על עצמו – להכריח אדם לעמוד בהבטחה שהוא הבטיח, בכדי לשמור על האוטונומיה של הצד השני.

תיאוריית הרצון בעצם אומרת – יש חשיבות רבה לקיום ההבטחות שלנו, ו"עומד ביסוד חיינו כחברה וכעם"(השופט ברק).

**הערכים המנחים את דיני החוזים:**

* מימוש כוונת הצדדים
* הוגנות:
* תנאים הוגנים בחוזה
* התחשבות הדדית בין הצדדים.
* צדק מחלק – להשתמש בדיני החוזים על מנת לחלק את העושר בצורה שוויונית יותר בחברה.
* יעילות כלכלית
* ודאות שיפוטית:
* הסתמכות – היכולת שלנו לדעת מה בית המשפט יפסוק.
* יעילות.
* שוויון ומניעת אפליה.
* אחריות אישית – אדם הנוקט במעשים, צריך לקחת אחריות על מעשיו. אדם שחתם על חוזה באינטרנט למרות שלא קרא – צריך לקחת אחריות על כך שהיה פזיז וחתם בלא קריאה.

הערכים הנ"ל הינם ערכים המנחים את דיני החוזים. ככלל, אין מחלוקת על הערכים, אך ישנם מצבים בהם ערכים מסוימים מתנגשים מבחינת סדר העדיפויות בניהם. לדוגמא – רצון הצדדים מתנגש עם ודאות שיפוטית. בפסקי הדין ניתן לראות, שכל מקרה נבחן לגופו.

שאלה אפשרית למבחן:

א. תארו את הכלל המשפטי בקשר לדרישת הכתב?

ב. מה הערכים התומכים בהקשחה של דרישת הכתב, ומה הערכים התומכים בהגמשה של דרישת הכתב?

ג. מהם המגמות בפסיקה בנוגע לדרישת הכתב, ומה זה מלמד על הדרישה הערכית השלטת בדיני החוזים בישראל?

מח

**דיני חוזים מודרניים – מימוש ערכים מגוונים:**

* **הרצון אינו תנאי הכרחי ליצירת חוזה** – יכול להיות שייכרת חוזה גם אם אין רצון של הצדדים. לדוגמא – אדם הנוסע ברכב, עומד ברמזור, הגיעו ילדים וניקו את השמשה. האדם לא עצר אותם מלנקות את השמשה, והילדים סיימו וביקשו 5 שקלים בעבור העבודה. ניתן להגיד, שלילדים מגיע את ה5 שקלים האלו, מכיוון שהאדם לא מנע מהם את הפעילות הזו, ונהנה ממנה, גם ללא רצונו.
* **הרצון איננו תנאי מספיק ליצירת חוזה** – גם במידה והעדים הסכימו על רצון, זה לא בהכרח יהיה מספיק לכריתת חוזה. לדוגמא – **פס"ד לוכנר נ' מדינת ניו יורק** – המחוקק במדינה רצה שלא ניתן יהיה לעבוד מעל 60 שעות שבועיות, אך היו מקרים בהם גם המעסיק וגם העובד רצו שיעבוד מעל 60 שעות שבועיות והמדינה מנעה זאת מהם. עצם הרצון של הצדדים הוא לא מספיק לכריתת חוזה, אם ישנו סעיף הנוגד את חוקיה של המדינה. במקרה דנן – בית המשפט פסק שהחוק המגביל נוגד את חופש החוזים, ולכן פסל אותו.
* **יש להתחקות אחר הרצון האובייקטיבי של הצדדים**, כלומר מה אדם סביר בנעלי הצד השני מבין כשהוא שומע את הצעת הצד השני.
* **תוכן החוזה נקבע בהתאם לרצון הצדדים** **ולשיקולים נוספים**. גם אם הצדדים הסכימו על משהו, לא בטוח שנאכוף את זה, בהתאם לשיקולים נוספים.

דיני החוזים כיום – בהתאם לתפיסה המודרנית דנן.

## בין כח לזכות

**זכות** – האפשרות לדרוש ביצוע פעולה מסוימת(או להימנע מביצוע פעולה מסוימת)  
**כח** – היכולת לבצע פעולה מסוימת.

דוגמאות:

* ישנו חוזה ביני לבין אלעד על סכום הלוואה, והפירעון בו היה אתמול, לי יש זכות לדרוש מאלעד את הסכום המגיע לי, אך אין לי 'כח' לדרוש ממנו את הסכום. הדרך היחידה שלי למימוש הזכות היא ללכת לבית משפט. בית המשפט יכול להעניק לי את הכח הדרוש לביצוע הפעולה.
* חוזה שכירות – במידה ויש רטיבות בדירה, על מי חל התיקון? ברוב החוזים הנושא מופיע כמשהו שעל המשכיר לתקן. הזכות לתיקון נמצאת אצל השוכר, אך הכח נמצא אצל המשכיר. במידה והמשכיר מסרב לתקן, השוכר יכול לתקן בעצמו, ולהודיע למשכיר כי בשכר הדירה הקרוב הוא יקזז לו את סכום התיקון. בצורה זו, גם אצל השוכר יש מעט כח. במידה ויש אצל המשכיר צ'קים, העניין הופך מורכב יותר. אך גם לפי החוק, בס' 53 לחוק החוזים, לשוכר ישנה זכות קיזוז.
* המרת זכות לכח – במקרה בו שוכר מסיים את חוזה השכירות על הדירה, השוכר הינו בעל הכח והמשכיר הינו בעל הזכות. במידה והשוכר מסרב לפנות את הדירה, המשכיר יצטרך לפנות לבית המשפט על מנת לקבל כח לפנותו. איך ניתן להמיר את הזכות לכח?   
  באמצעות ערבות. אם המשכיר ייקח צ'ק ביטחון של 3 חודשי שכירות, לשם הדוגמא, במידה והדייר לא פינה את הדירה בזמן, הוא יכול לפדות את הצ'קים הללו, ובכך להפעיל כח על השוכר המסרב להתפנות. בצורה זו ניתן להמיר חלק מהזכות לכח.

דברים נוספים בעניין כח:

* **כח הוא דבר יחסי** – צ'ק ביטחון משמש להעברת הכח, אך האם הוא באמת העברת הכח? אם השוכר יבטל את הצ'ק, לא תהיה למשכיר דרך לגבות את הכסף. אז איך צ'ק ביטחון נותן לו עדיין כח? מכיוון שגם במקרה בו הצ'ק יבוטל, הוא עדיין יכול לשמש כראיה בהוצאה לפועל ובעזרתו לפתור בעיות גבייה. קל יותר לגבות כסף אם ישנו צ'ק, אך עדיין צריך לעבור דרך מערכת אכיפת החוק, ולכן כח הוא דבר יחסי.
* **כח מושפע מוודאות משפטית** – אם אדם ידע ב100% שינצח בדין, הפער בין הזכות לכח לא כל כך גדול, מכיוון שהצד השני יודע גם כן שיפסיד, ולא ירצה להשקיע בעורך דין. ככל שיש יותר עמימות, הפער בין כח לזכות גדול יותר. אם אני יודע שאזכה בתביעה ב100%, עצם זה שיש לי זכות זה מספיק, ואני לא צריך כח.   
  ישנם הסוברים שזה משפיע בעיקר על החלשים, שכתוצאה מכך מפחדים ללכת לבית המשפט, ולכן עצם זה שיש ודאות שיפוטית עוזר להם, גם משיקולי עזרה לחלש, וגם משיקולי צדק מחלק.   
  על הצד השני, אחרים סוברים כי זה דווקא רע לצד החלש, וזה טוב רק לצד שיודע ושולט ברזי החוק, ואלה הבקיאים בחוק הם החזקים העלולים להשתמש בכך בצורה מניפולטיבית ולפגוע בצדדים חלשים, מכיוון שהם יודעים בדיוק מה בית המשפט יעשה ואיך לעקוף את בית המשפט.   
  לעיתים ישנם התניות בחוזה שאינם אכיפות או חוקיות, אך אחד הצדדים עדיין מכניס אותם לחוזה, מתוך תקווה שהצד השני הינו צד חלש שאינו בקיא בחוק, ובכך 'יידפק'. לדוגמא – מוכר הכותב בחנות "ללא ביטולים", על אף שהוא יודע כי החוק ברור בנושא.
* **כח הוא דבר פסיכולוגי** – ישנם הטעיות פסיכולוגיות המונעות מאדם לעשות מעשים מסוימים. לדוגמא – נקיטת צעדים משפטיים – אנשים רבים אינם מודעים לפשטות ההליך בבית המשפט לתביעות קטנות, וחוששים מסיבות פסיכולוגיות לנקוט בהליכים באמצעים אלה.

פעמים רבות הכח נמצא במקום הפסיכולוגי בו אנשים יחליטו שהוא יהיה.

**ש.ב:**

* סעיפים 1 - 11 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג- 1973
* ע"א 158/77 **רבינאי נ' מן שקד**, פ"ד לג (2) 281 (1979), **פיסקאות 1-8 של השופט ברק.**
* ע"א 440/75 **זנדבנק נ' דנציגר,** פ"ד לו (2)  260 (1976), **פסקאות 1-6 של השופט שמגר.**
* ע"א 692/86 **בוטקובסקי נ' גת**, פ"ד מד (1) 57 (1989)
* ע"א 10859/07 **חברה קדישא נ' לוי** (22.01.2012)
* ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד** (18.07.2010)

**שיעור 3 – 16.01**

# כריתת חוזה

**מבנה דיני החוזים:**

* + **כריתה** – יצירת חוזה, חובות במו"מ, פגמים.
  + **תוכן החוזה** – פירוש, חובות הצדדים, כללים קוגנטיים.
  + **תרופות** – ביטול, השבה, אכיפה ופיצויים.

**יסודות החוזה – המודל הקלאסי:**

איך נכרת חוזה? על פי ס' 1 לחוק החוזים, על מנת לכרות חוזה, ישנו צורך בהצעה וקיבול.   
בהצעה וקיבול ישנו צורך בגמירת דעת ומסוימות.

* **גמירת דעת** – הבעת רצון של הצדדים להיקשר ביחסים משפטיים מחייבים, כלומר, לתת תוקף משפטי ליחסים בניהם.
* **מסוימות** – ישנם הפרטים הנדרשים על מנת שחוזה יתקיים.

דוגמא: מכתב נשלח מראובן לשמעון. המכתב עצמו מביע גמירת דעת, והוא מדויק בפרטיו לגבי החוזה המוצע, כלומר יש בו מסוימות. שמעון עונה לראובן על מכתבו במכתב חזרה, ולכן ישנו גם קיבול. חוזה נכרת.

**הקושי במודל הקלאסי:**פעמים קשה להתחקות אחר שלב ההצעה ושלב הקיבול, והניסיון לפרק את זה להצעה וקיבול הוא לעיתים מלאכותי:

* **לא תמיד יש מציע וניצע מובחנים** – לדוגמא - ישנם 2 אנשים המעוניינים לבצע עסקה במקרקעין, הולכים לעורך דין, חותמים על עסקה. האם היה פה הצעה וקיבול? מי המציע ומי הניצע?
* **הליכי משא ומתן** – לדוגמא – הולכים לשוק ומתמקחים עם מוכר בשוק. ניתן לנתח זאת כהצעות וקיבולים רבים, אך זה מלאכותי ולא באמת סדרת ההתרחשויות. לא ניתן להגיד בצורה מדויקת מהו הרגע המובחן של גמירת הדעת ומסוימות.
* **חוזה מכח התנהגות** – ס' 6 אומר כי ניתן לקבל חוזה בדרך של התנהגות – לדוגמא – אדם שנכנס למונית, הנהג הפעיל מונה ונסע. בסיום הנסיעה האדם יצא מהמונית ולא הסכים לשלם. נשאלת השאלה, באיזה שלב היה הצעה וקיבול? האם הייתה גמירת דעת ומסוימות? אין זמן או שלב מובחן להתחקות אחריו.
* **שותפות** – לדוגמא – אדם הקונה מניות בחברה, לחברה ישנו תקנון מחייב. אך האם יש פה הצעה וקיבול?

**יסודות החוזה – המודל הגמיש:**

השאלה היא כמה קריטי שיהיה לנו רגע מובחן של הצעה וקיבול?  
לפי **פרידמן וכהן**, לא תמיד ישנה חובת הצעה וקיבול. לפעמים לא ניתן לאתר את ההצעה וקיבול. והשאלה היא כמה אנחנו עומדים באופן דווקני על הזמן הזה. ככל שנתעניין בעניין הפורמלי של הצעה וקיבול ונצמד יותר להוראות החוק, ככה אנחנו נחפש את אותו רגע מכונן של ההצעה וקיבול והרגע המסוים בו נכרת החוזה. לפי מודל זה, חוזה יכול להתקבל גם בלי שיש הצעה וקיבול והרגע המסוים בו נכרת החוזה. כיום, לרוב הולכים על פי המודל הגמיש.

לדוגמא: הסכם של חוזה מכר יכול להיות מחייב גם אם לא ברור מתי הוא נכרת. עניין זה סותר את ס' 1 האומר שחוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול, ובית המשפט אינו יכול לפסוק כנגד החוק. אך לפי ס' 23 – חוזה יכול להיעשות בעל פה, בכתב, או בכל צורה אחרת, למעט מקרים ספציפיים בהם יש התניות על פי חוק או על פי הסכמה בין הצדדים. פעמים רבות ישנם כללים דיספוזיטיביים, כלומר ניתנים להתנאה. המחוקק מציע ברירת מחדל באמצעות הצעה וקיבול, אך נותן חופש פעולה לצדדים לנקוט בדרכים אחרות באם יחפצו בכך.

**הוראות קוגנטיות ודיספוזיטיביות:**

לא תמיד ברור אם התנאי הוא דיספוזיטיבי או הוראות קוגנטיות. לפעמים זה ברור מלשון החוק, ולעיתים הפסיקה דנה בכך ומכריעה. במקרה דנן – בית המשפט פירש שס' 1 הוא דיספוזיטיבי, כלומר הוראות מאפשרות וניתנות לבחירה על ידי הצדדים. לעומת זאת, דרישת הכתב במקרקעין היא הוראה קוגנטית. לעיתים קשה להבין האם ההוראה הינה קוגנטית או דיספוזיטיבית, אך חשוב לדעת להבחין בניהם. במידה וההוראה דיספוזיטיבית היא תשמש רק כמשא ומתן בין הצדדים אך לא תחייב אותם.

* **הוראה קוגנטית** – הוראה שלא ניתן לשנות אותה או להתנות עליה ואינה תלויה ברצון הצדדים. לרוב ההוראה נועדה להגן על צד שחלש יותר בחוזה.
* **הוראה דיספוזיטיבית** – הוראת ברירת מחדל שניתן להתנות עליה. בעסקאות קטנות הצדדים לא יתעכבו על הפרטים הקטנים, ולכן טוב שיש ברירת מחדל לעבוד לפיה. בנוסף, באמצעות ההוראות האלו ניתן לקדם מטרות חברתיות בתנאים לא כופים.

דוגמאות:

* ס' 30 לחוק החוזים – *"חוזה שכריתתו תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל."* – דוגמא להוראה קוגנטית.
* ס' 25 לחוק השכירות המדבר על קיזוז – *"חובות שהצדדים חבים זה לזה עקב שכירות ניתנים לקיזוז"* – זוהי הוראה קוגנטית. אך בהמשך הוסיפו את ס' 25 יד האוסר על התניה. כלומר, הסעיף הופך דיספוזיטיבי רק במידה ומדובר בחוזה שהוא לא למגורים, למשל, שכירות למסחר. בפועל במידת הצורך הפסיקה תפרש זאת ויכול להיות שתקבע שמדובר בסעיף קוגנטי גם אם מדובר בחוזה שכירות שהוא לא למגורים.

**פס"ד רבינאי נ' מן השקד:  
העובדות:** היה רצון ליצור חוזה בין רבינאי לחברת מן השקד. בתחילה נערך ביום חמישי זיכרון דברים בביתה של רבינאי. זיכרון הדברים כלל את מהות העסקה וטיב הממכר(מגרש), את התמורה הכספית, דמי קדימה ותנאי התשלום. באותו היום קיבלה רבינאי שיק מקדמה מחברת מן השקד, והיא חתמה על זיכרון הדברים. הצד השני לא ביצע חתימה בפועל על זיכרון הדברים.   
יום למחרת, יום שישי, הפקידה רבינאי את השיק בבנק.   
ביום ראשון התקשרה רבינאי לחברת מן השקד והודיעה על החרטה שלה, וביקשה למשוך את הצ'ק אותו הפקידה לצורך המקדמה.   
ביום שלישי מקבלת רבינאי הודעה בכתב על פגישה לחתימה על חוזה. להודעה מצורף זיכרון הדברים כאשר הוא חתום גם על ידי חברת מן השקד.   
ביום רביעי מתקבלת אצל רבינאי הודעה נוספת בכתב, והיא משיבה על הודעה זו עם מכתב בצירוף הצ'ק הבנקאי.   
לאחר כחצי שנה מתקבלת אצל רבינאי טיוטה לחוזה ודרישה שרבינאי תחתום עליו. רבינאי אינה חותמת ועורך דינה מודיע כי אין כל חוזה בין הצדדים.   
לאחר מספר חודשים מוגשת תביעה מטעם חברת מן השקד לאכיפת זיכרון הדברים.  **הטענות:** רבינאי טענה כי בזיכרון הדברים לא היה קיבול כנדרש, כיוון שהקיבול נעשה לאחר הודעת החרטה שלה. זיכרון הדברים לא נחתם על ידי חברת מן השקד בזמן הנדרש. בנוסף, זיכרון הדברים היא פנייה שאינה מהווה הצעה כיוון שאין בה גמירת דעת. זהו רק הסכם מוקדם והצדדים ביקשו לראות עצמם קשורים רק לאחר חתימה על חוזה פורמלי. בנוסף, טענה שהצדדים החסירו פרטים מהותיים מזיכרון הדברים, וכי זיכרון הדברים לא עומד בדרישות הכתב הקבועה בס' 8 לחוק המקרקעין.

האם כשצדדים חותמים על זיכרון דברים הם מתכוונים שזה רק בסיס למשא ומתן ומה שיחייב יהיה החוזה הסופי? בית המשפט אומר שיש נוסחת קשר, ואפשר ללמוד זאת מכך שהיא הפקידה את הצ'ק יום למחרת, וזה מלמד שכבר בחתימתה על זיכרון הדברים היה לה גמירת דעת. אך החתימה שלה לא מראה בהכרח שהיא רוצה להיקשר בחוזה סופי, כי יכול להיות שהיא חתמה מתוך הבנה להסכמה על זיכרון הדברים עד לחתימה על חוזה, וזיכרון הדברים לא היה מחייב בעיניה.

חשיבותו:

* עוסק בהרחבה ביחסי הגומלין שבין מסוימות לגמירת דעת.
* עוסק בזיכרון דברים – בד"כ קורה במקרקעין - התפר בין מגעים לקראת חוזה לבין חוזה מחייב.
* ניתוח פסק דין ראשון בקורס.

## גמירת דעת

**הגדרה:**  
השופט שמגר ב**פס"ד זנדבק** – *"פירושו ומשמעותו היא כי הן על ההצעה והן על הקיבול להראות כוונת המציע או הניצע, לפי העניין, ליצור יחסים משפטיים מחייבים".*

### אינדיקציות לגמירת דעת:

השופט ברק ב**פס"ד רבינאי** – *"על כוונה זו יש ללמוד, על פי אמות המידה של האדם הסביר, מהתנהגותם של הצדדים לפני, בשעת ולאחר ההסכמה על זיכרון הדברים ומתוכן זיכרון הדברים עצמו".*

* כתב יד, ניסוח על ידי עו"ד, חתימה, אמירות החלטיות, לחיצות ידיים, תחילת ביצוע חוזה, הפקדת צ'ק ערבות(ברבינאי כן, בקדישא לא), וכו.
* ירידת קרנה של החתימה – פעם היה לחתימה יותר משמעות, היום יש לזה פחות משמעות בפסקי הדין. השופט מצא סובר שחתימה של צד על חוזה מהווה ראיה חזקה לגמירת דעתו, לעומת זאת השופט ברק סובר שאין כל קדושה בחתימה כשהיא באה למלא פונקציה הוכחתית, ניתן להחליפה בדרכי הוכחה אחרות.
* העצמת חשיבותו של זיכרון הדברים. בעבר הוא נתפס כמשהו לא מחייב, עם השנים הפסיקה הכירה בו כמשהו יותר ויותר מחייב. יש בו הקלה בכניסה להתחייבות חוזית. איך ניתן לבדוק אם הוא מחייב?
  + נוסחת הקשר – מה הניסוח? האם בזיכרון הדברים ישנו ניסוח ברור שניתן לראות אותו כמחייב בחוזה?
  + מכלול הנסיבות – אם ממכלול הנסיבות עולה שזה מחייב אז זה מחייב, ואם לא אז לא.

לא מומלץ לחתום על זיכרון דברים, מכיוון שחותמים על משהו שלא יודעים אם בית המשפט יחליט שהוא מחייב או לא. זה עלול ליצור אי ודאות שיפוטית. במידה ואנו מעוניינים במשהו מחייב, עדיף לעשות חוזה ולסכם בו את כלל הדברים עליהם אנו מסכימים, ואם ישנם דברים עליהם לא מסכימים, ניתן לציין אותם בחוזה כדברים שיסגרו בהמשך. אנשים רוצים חוזה בו צד אחד מחויב לחוזה אך הצד השני לא, אבל לא תמיד חושבים עד הסוף, וזה קורה לעיתים בזיכרון דברים. כשזה יפעל לטובתם זה מחייב, אבל כשזה לא פועל לטובתם, זה לא יהיה מחייב.   
לדוגמא: מישהו שמחפש דירה וכותב לבעל הדירה בווטסאפ שהוא מעוניין בדירה. אם בעל הדירה יתן את הדירה למישהו אחר, נגיד עליו איך הוא מעז. אך אם אנחנו נמצא דירה טובה יותר, נגיד לעצמנו שלא באמת סגרנו איתו וזה היה רק בווטסאפ. פעמים רבות אנשים תופסים חוזה כמשהו מחייב באופן חד צדדי. ההמלצה היא שאם לא ברור אם יש תוקף מחייב, לא לחתום על זיכרון דברים. בחוק אין התייחסות לזיכרון דברים.

### מעבר לבחינה מהותית של גמירת דעת:

המושג של גמירת דעת, כלומר מה הצד השני בנעלי האדם הסביר היה חושב, היא לא רק שאלה ראייתית למה הצדדים התכוונו, אלא יש פה גם שאלה של החלטה האם לייצר את החוזה או לא.

**שיקולי מדיניות:**  
לשופטים יש שיקול דעת, הם נדרשים להכריע בשאלות רבות, ולא רק בשאלות ראייתיות אלא גם בנושאי מדיניות ופורמליות. האופן שבו שופטים מפעילים את שיקולי המדיניות הוא שונה, תלוי אם השופט רואה לנכון יותר את השאלות הראייתיות או את השאלות של המדיניות.

* **ודאות שיפוטית** – נניח ובית המשפט קובע בפס"ד שרק אם ישנה חתימה על חוזה החוזה מחייב. זו לא תפיסה מהותית של גמירת הדעת אלא תפיסה פורמלית שהייתה מגבירה את הודאות השיפוטית. ככל שמאמינים בוודאות שיפוטית נרצה להגביר דרישות צורניות-פורמליות. ודאות שיפוטית חשובה מאוד, בכדי שאנשים ידעו אם יש או אין חוזה.
* **הוגנות מהותית** – אם הצדדים התכוונו לכרות חוזה, למה שלא נאכוף זאת? נהיה דווקניים בגלל שלא הייתה חתימה? תפיסה זו תומכת בהגמשת הדרישות של גמירת דעת, ובחינה מהותית של העניין. אם היינו קובעים כלל שחייבים חתימה על מנת לכרות חוזה, כשצדדים לא היו חותמים, היה ברור שאין להם גמירת דעת. בכך שאנו מייצרים דרישות פורמליות ויוצרים מדיניות, זה יצור מדיניות הוגנת אליה הצדדים יתחייבו בדרך שאותה בית המשפט קובע. הם יתאימו את עצמם לכללים המשפטיים החלים וידעו שהחתימה מחייבת.
* **תפקידו של בית המשפט** – השאלה היא איך אנו תופסים את תפקידו של בית המשפט. ככל שאנו תופסים את בית המשפט כקובע מדיניות, ורוצים לתת לו יותר כח על מנת לקדם מדיניות, כך תהיה נטייה לדרישות מהותיות יותר. אבל ככל שאנו רוצים לצמצם את שיקול הדעת של בית המשפט ורוצים לתת את הכח בידי הצדדים, אנו ניטה לדרישות פורמליות יותר, נגדיר כללים פורמליים, ובכך נצמצמם את שיקול הדעת של בית המשפט.
* **צדק חלוקתי** – אפשר לומר שצדק חלוקתי תומך בהגמשה של הדרישות הפורמליות, מכיוון שזה לא הוגן שלחברה יש עורכי דין הבקיאים בחוק, ולאדם הקטן אין. מנגד, ישנה טענה האומרת שוודאות שיפוטית משרתת דווקא צדדים חלשים, כי לפחות הם יודעים מה יקרה. כשיש עמימות זה ייצור מצב בו הצדדים החזקים ינצלו זאת.

**היפוך מגמה?**   
ישנה מגמה למעבר לבחינה מהותית של גמירת דעת. **קדישא ועדני** הם דוגמאות לגישה שמקשיחה את המחויבות החוזית. בהתאם לזה נוכל לשער מה בתי המשפט יעשו. הדרישות הפורמליות כיום הן פחות קריטיות, עורכי דין תמיד צריכים להות זהירים ולהקפיד על דרישות פורמליות, אבל לדעת גם שאי הקפדה עליהם לא תפתור אותנו מהשאלה אם החוזה מחייב או לא.

### גמירת דעת - אובייקטיבית או סובייקטיבית?

השאלה בגמירת דעת היא לא מה אני מתכוון, אלא השאלה היא מה אדם סביר בנעלי הצד השני היה מבין מההתנהגות שלי.  
איפה זה מופיע בחוק?   
בלשון החוק ניתן לראות כשהחוק עוסק בגמירת דעת, שהוא מתכוון לכשמעשהו או דבריו של אדם "מעידים" על גמירת דעת.   
שאלת מה הצדדים התכוונו, היא שאלה אובייקטיבית הנבחנת על ידי האדם הסביר. צריך להוכיח שגם מבחינה סובייקטיבית האדם גמר בדעתו, כי סובייקטיבי יכול להיות אינדיקציה לאובייקטיבי . מבחינת הדין המחייב, מה שמעניין אותנו זה העדות האובייקטיבית. כל בחינה של גמירת דעת מושפעת מאמת המידה האובייקטיבית.

(אובייקטיבי – מה האדם הסביר היה חושב, סובייקטיבי – מה האדם עצמו חושב)

**ש.ב:**

* ע"א 1932/90 **פרץ בוני הנגב נ'  בוחבוט** פ"ד מז(1) 357 (1993) **פיסקאות 1-4 לפסק דינו של הנשיא שמגר**
* ע"א 649/73 **קפולסקי נ' גני גולן בע"מ** פ"ד כח(2) 291 (1974)
* ע"א 235/75 **קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש** פ"ד ל(1) 800 (1976)
* ע"א 252/78 **ברון נ' מנדיס טורס** בע"מ פ"ד לג(2) 437 (1979)
* ע"א 2143/00 **לוין נ' שולר** פ"ד נז(3) 183 (2003)

**שיעור 4 – 23.01**

**טעות הדדית:**

**פס"ד The peerless:**

הצדדים הסכימו על העברת משלוח כותנה עם ספינה בשם פירלס, הבעיה היא שהיו 2 ספינות פירלס, והם הגיעו ב2 זמנים שונים. המחלוקת בין הצדדים הייתה לאיזה ספינה מבין ה2 התכוונו. אי אפשר היה להבין באופן אובייקטיבי מה הצדדים התכוונו, ומה שקובע הוא האובייקטיבי. בית המשפט קבע שאין חוזה, מכיוון שלא היה מפגש רצונות ברמה האובייקטיבית, כי לא היה ברור לאיזה ספינה הכוונה. מבחינה סובייקטיבית הייתה סתירה בעמדותיהם, ולכן בית המשפט פסק שאין חוזה.

טעות הדדית יכולה לקרות פעמים רבות, לדוגמא – קבלן הנותן הצעה לשיפוץ דירה, כולם מסכימים על המחיר ולאחר ביצוע העבודה, מתגלעת מחלוקת האם המחיר שניתן כלל מע"מ או לא כלל מע"מ. הקבלן סובר שהמחיר לא כולל מע"מ. הלקוח סבור שהמחיר כן כלל מע"מ. נצטרך לבחור מה הכוונה הסובייקטיבית ומה הכוונה האובייקטיבית. אם ישנה מחלוקת - איך רואה זאת האדם הסביר? מיהו הסביר? במקרים כאלו יתכן ונקבל החלטה שלא נכרת חוזה כי לא היה מפגש רצונות בין הצדדים.

**אובייקטיביות או סובייקטיביות:**

* הצדקות - מדוע אנחנו מתעניינים בכוונת האדם הסביר ולא בכוונת האדם הסובייקטיבי, הקונקרטי?
* **קשיים ראייתיים** – קשה מאוד להוכיח מה הייתה כוונת הצדדים, ולכן נרצה לשים דגש על מה שניתן לראות ולהוכיח באופן חיצוני. מה שניתן להבין בפשטות מתוך התנהלות הצדדים.
* **יעילות** – מי מונע הנזק הזול – אם 2 צדדים לא מבינים אחד את השני, ייווצר נזק. נשאלת השאלה, אם אנחנו לא רוצים טעויות משותפות, על מי עלינו להטיל את האחריות שהצד השני מבין אותו? האם נטיל את האחריות על המוכר, שעליו לוודא שהקונה הבין אותו? או האם הקונה הוא זה שצריך לוודא שהמוכר מבין אותו? המציע או הניצע? זו שאלה של מדיניות. ומקובל לומר שנטיל את האחריות על מונע הנזק הזול. כלומר, כלומר, האחריות תוטל על מי שיותר זול לו למנוע את הנזק. יותר זול להטיל את האחריות על מציע ההצעה.   
  מונע הנזק הזול – מי העלות של אמצעי הזהירות נמוכים אצלו. יותר יעיל שמי שחורג מהכלל, מי שיש לו כוונות שונות מהאדם הרגיל ונוהג באופן לא סביר, יהיה זה שיהיה מחויב במניעת הנזק. (מי יותר קל לו לוודא שלא תהיה אי הבנה).
* **הסתמכות** – שינוי מצב לרעה. כאשר כורתים חוזה, מסתמכים על כך שהצד השני חושב בצורה מסוימת. אם נגלה בדיעבד שהוא חשב אחרת, אנו עלולים להינזק מכך. לדוגמא – שוכר שרוצה לשכור דירה ממשכיר. הוא מסכם עם המשכיר שנכנס מתאריך מסוים. בהסתמך על תאריך הכניסה שלו לדירה הוא מבסס דברים אחרים בחייו, כגון, משלם על מנוי לחדר כושר, על מסגרות לילדים, ומעביר את מרכז חייו לאזור הדירה החדשה אליה הוא מתעתד לעבור, בהתבססו על סיכומו עם המשכיר. כשמגיע מועד הכניסה לדירה, אומר לו המשכיר שבעצם הוא התכוון לתאריך אחר, כי הוא הולך לפי התאריך בצורה הנכתבת בארה"ב, בו החודש מופיע לפני היום. לשוכר עלול להיגרם נזק רב.   
  במקרה מסוג זה נבדוק בהעדה אובייקטיבית את נזקי ההסתמכות. מה שחשוב לנו הוא להגן על הניצע, שהבין דבר מסוים מהצעת המציע, ובעקבות כך ניזוק. אם מצבו של השוכר לא השתנה לרעה, אז הטענה הדוקטרינרית חלשה, וההצדקה פחותה.

במקרה של פער בין האובייקטיבי לסובייקטיבי – אנו תמיד מטילים את האחריות על הצד שיש לו פער, כלומר אנחנו נניח שהכוונה היא אובייקטיבית.

* גמישות המבחן:
* מיהו האדם הסביר שבנעליו אנחנו בוחנים את ההצעה? אם אחד הצדדים הוא עו"ד, מה שהעו"ד מבין הוא לא מה שאדם רגיל מבין. אם אחד הצדדים הוא קבלן, כוונתו אינה אותה כוונה כמו אדם רגיל.   
  אנשים צעירים אינם מבינים דברים כמו אנשים מבוגרים, ולהיפך. כשאנחנו בוחנים את ההבנה האובייקטיבית של האדם הסביר בנעלי הצד השני, מיהו האדם הסביר? מאוד קשה להכריע בנושא, ולכן דרושות ההצדקות.
* שאלה עובדתית או נורמטיבית? מי האדם הסביר זו שאלה נורמטיבית, כלומר מה ראוי שיהיה כשאנחנו בוחנים את האדם הסביר. לרוב, המקרים בהם אנחנו דנים הם מקרים בהם לאחד הצדדים באמת היה פוטנציאל להבין בצורה לא נכונה את הצד השני, ויש צורך להכריע בעניין.

**מתי הולכים לפי מבחן סובייקטיבי:**

* **כוונה סובייקטיבית משותפת ללא ביטוי חיצוני נכון** – אם שני הצדדים מבינים בצורה סובייקטיבית את הכוונה בחוזה, זה לא משנה שזה לא אובייקטיבי, כי לשני הצדדים יש כוונה משותפת, הם מבינים אחד את השני וזה מספיק. לדוגמא – שני הצדדים אמרו פירלס, ושניהם התכוונו לאותה הספינה. לאף צד לא תהיה טענה, כי הייתה הסכמה בניהם על כוונה משותפת.
* טעות סופר – ס' 16 – אם נפלה בחוזה טעות סופר, שני הצדדים יודעים למה התכוונו בסיכום בניהם, והחוזה יתוקן לפי דעת הצדדים הסובייקטיבית.
* חוזה למראית עין – ס' 13 – חוזה שנכרת למראית עין בלבד יהיה בטל. אם 2 צדדים כותבים בחוזה סכום כסף נמוך לצורך מצג שווא(העלמת מס), אבל בפועל מסכימים בניהם על סכום גבוה יותר, החוזה יהיה בטל כי הצדדים לא באמת התכוונו למה שרשום בו.
* **ידיעה על הכוונה הסובייקטיבית של הצד השני** – אם אחד הצדדים יודע שהצד השני לא מתכוון למה שהוא עושה, הוא לא יוכל לטעון בהמשך שהיה מודע לכך, אבל זה לא משנה כי מה שמשנה זו הכוונה הסובייקטיבית.   
  לדוגמא - בפס"ד פרץ בוני הנגב – האבא חתם על חוזה מכירת דירה בבעלותו בזמן שהיה שתוי, כשבפועל הדייר בדירה היה בנו והוא החתים אותו על החוזה. לפי המבחן האובייקטיבי הוא חתם, אך לפי המבחן הסובייקטיבי ידעו שהוא שתוי ורוצה את הכסף שהובטח לו על חתימתו, בלא שהוא מבין את משמעות חתימתו הפרקטית.העובדה שמבחינה אובייקטיבית הוא גמר בדעתו היא לא מעניינת, אם הצד השני יודע על כוונתו הסובייקטיבית של המציע, אז מה שחשוב זה הכוונה הסובייקטיבית.
* **רשלנות ביחס לאיתור הכוונה הסובייקטיבית של הצד השני** – גם אם לא ידעתי מה הצד השני חושב, אבל אדם סביר היה אמור להבין זאת, והתעלמתי מכל הרמזים שיכלו להעיד על כך, מה שיהיה חשוב זה מה שהיה ראוי לצדדים לדעת. שאנשים לא יתרשלו באיתור כוונת הצד השני.

ככל שנייחס לאחד הצדדים אשם גבוה יותר, כך הנטייה להקל עליו או להתחשב בו בגלל שההבנה האובייקטיבית לא הייתה ידועה היא מוגבלת, ולהיפך. אם דבק בך אשם אנחנו לא נגן עליך, אך אם לא דבק בך אשם, נגן עליך ככל שניתן.

## מסוימות

הגדרה - פרטים מהותיים הנדרשים בחוזה. במידה והפרטים אינם קיימים, לחוזה אין תוקף.

* + 1. מהם אותם פרטים מהותיים?
    2. האם אותם פרטים מהותיים חסרים או האם ניתן להשלים אותם בצורה כלשהיא?

**מסוימות ופירוש-והשלמה:**

* **מסוימות תלויה בפרשנות החוזה שנכרת**. פירוש והשלמה הם מושגים המופיעים בסעיפים 25 ו26 לחוק החוזים.   
  פירוש חוזה = הפרטים נמצאים בחוזה, אך אנחנו צריכים להבין מה הם אומרים.   
  השלמת פרטים = השלמת פרטים שאינם מופיעים בחוזה.   
  לדוגמא: אני הולך לקנות מאפה בקפיטריה, לוקח אותו, מתחיל לאכול, אבל אני לא יודע באמת כמה הוא עולה. ניתן לפרש את החוזה שנכרת ביני לבין הקפיטריה על ידי המחירון שתלוי על הדלפק. כלומר, נשלים את החוזה.
* **אופני הפרשנות:** 
  + נסיבות החוזה – פירוש תמיד נלמד מתוך נסיבות כריתת החוזה. גם אם דברים לא נאמרו במפורש, ניתן להבינם מתוך הנסיבות.
  + הסדרים שליליים – מכלל לאו אנו לומדים הן, ומכלל הן לומדים לאו. לדוגמא – אם אני רוכש מנוי מוזל לחדר כושר, וכתוב בו שניתן להגיע בשעות הבוקר, מתוך כך מובן שבשעות הלילה אין להגיע.
* **חסר מדומה** – ברור שהחוזה שלם ואין בעיה במסוימות, רק צריך לפרש את החוזה, ומתוך פירוש החוזה אנו מבינים. אם יש דרכים לפרש את החוזה באופן סביר, החוזה מסוים.
* **חוסר פרט מהותי** – ישנם פרטים מהותיים חסרים בחוזה, לדוגמא – מחיר. האם ניתן להשלים פרט מהותי? מחלוקת בעניין. **גבריאלה שלו** אומרת שלא ניתן**, פרידמן וכהן** סוברים שכן. בפועל המחלוקת אינה כה משמעותית, כי הכל תלוי בנסיבות. אם ישנה גמירת הדעת מאוד חזקה, אז הפרט המהותי לא יהיה כה משמעותי, אך אם גמירת הדעת תהיה חלשה מאוד, כל פרט מהותי יהיה חשוב לקיומו של חוזה. החוק עצמו מאפשר להשלים דברים שהם ודאי מהותיים. לדוגמא - מועד הקיום, מקום הקיום, סכום החוזה וכו.

**שיקולי מדיניות:**

השאלה אם חוזה מוגדר כמסוים מספיק או לא, ואם ניתן להשלימו היא על פי החלטת שופט. החלטה זו מושפעת משיקולי מדיניות. מהם שיקולי המדיניות בענייני מסוימות? האם להקפיד מאוד על מסוימות או לאפשר פחות מסוימות בחוזים בהם לא כל הפרטים הקטנים יופיעו?

* **תיאוריית הרצון** – ניתן להגיד שתיאוריה זו תומכת במסוימות גמישה, מכיוון שמה שחשוב בה זה גמירת דעת. מנגד, ניתן לטעון שתיאוריית הרצון מתנגדת למסוימות גמישה והיא דווקא בעלת מסוימות דווקנית.   
  על פי הUCC – ניתן להתגבר על המסוימות אם אנו יודעים שיש רצון, כלומר, גמירת דעת חזקה. ישנם קשרי גומלין בין מסיימות לגמירת הדעת, וזה גם מה שהכריעה הפסיקה. ככל שידועה לנו גמירת הדעת, נוכל לרכך את דרישת המסוימות.
* **פטרנליזם** – כשאנו רוצים להגן על אדם מעצמו. כלומר, אנשים עושים טעויות ואנו רוצים להגן עליהם. אדם שפרטנליסט יגיד שהוא תומך במסוימות קפדנית. יכול לבוא אדם ולהגיד שהוא רוצה לכרות חוזה ללא מסוימות. בסוף, זה לא משרת אותם, זה יוצר אי בהירות ויכול להביא להשלמת פרטים בחוזה שלא חפצו בהם, כי בית המשפט יפסוק על פי החוק.
* **הגנה על החלש** – לעיתים נקפיד על מסוימות על מנת להגן על החלש, ולעיתים מסוימות היא דווקא כלי של החזק להשתחרר מחוזה, ולכן ישנם מצבים שנרצה דווקא להגמיש את המסוימות, וזה תלוי בטיב הצדדים.
* **מידת ההתערבות של בית המשפט** – ככל שאנו תומכים בהתערבות של בית המשפט בחוזים, אנו נגמיש את המסוימות. ככל שאנו תומכים בבית משפט מרוסן, נקשיח את המסוימות, כי לא נרצה שבית משפט יכתוב חוזה בפועל עבור הצדדים. כלומר, כשיש חוזה ברור, מסוים, לבית המשפט לא יהיה הרבה מרחב תמרון, הפרטים ברורים וקבועים.
* **ודאות שיפוטית** – ככל שאנו רוצים לדעת יותר מה החוזה אומר עדיף שיהיה מסוים יותר. אך אם אנו מאפשרים גמישות במסוימות, השאלה אם נכרת חוזה או לא תלויה בשופט. ישנם שופטים שיסברו שזה מספיק מסוים, ויש אחרים שיחשבו אחרת. אין בעניין ודאות משפטית.
* **מניעת סכסוכים ועלויות התדיינויות** – כשהחוזה לא מסוים ישנם יותר סכסוכים והתדיינויות. ככל שהחוזה יותר ברור הוא ימנע סכסוכים ומחלוקות לגביו.
* **עלויות עסקה** – אם כל הפרטים יכנסו לחוזה, החוזה יעלה יותר. קפדנות במסוימות יכולה גם להקשות על עסקאות. כלומר, חוזה בעל פרטים רבים יותר, עולה יותר כסף להכין ולעשות.

**מסוימות בפסיקה:**

אנו קוראים רבות על דרישת הכתב ועל מסוימות, אך לא ברור מה היחס בניהם. רוב החוזים המגיעים לדיונים בבית המשפט העליון הם חוזי מקרקעין. מבחינה אנליטית מדובר ב2 סוגיות שונות. אך הפרטים הנדרשים במסוימות הם גם הפרטים שהיו נדרשים פעם בכתב בחוזי מקרקעין.

**רשימת עציוני** – רשימה המפרטת את דרישות הכתב בחוזה מקרקעין, וניתן להשתמש בה גם בחוזים רגילים כרשימה למסוימות. בשנות ה60 היה מצופה שפרטים אלו יופיעו בחוזה:

* שמות הצדדים
* מהות הנכס
* מהות העסקה
* המחיר
* זמני התשלום
* הוצאות ומיסים

במידה והפרטים הללו אינם מופיעים, ניתן תמיד להשלים אותם.   
השופט ברק ב**פס"ד רבינאי** – *"במכירת מקרקעין טבעי הוא כי תנאים מהותיים אלה יכללו את הצדדים להתקשרות, תיאור הנכס הנמכר, המחיר ומועדי התשלום והמסירה. דרישה זו רוככה במשך הזמן... אין זה הכרחי כי כל היסודות המהותיים והחיוניים יהיו כתובים בגוף זיכרון הדברים, ופרטים חיוניים חסרים הניתנים להשלמה על ידי החוק, מצטרפים ליסודות החיוניים הנזכרים בגוף המסמך ומהווים יחדיו את היסודות החיוניים על פיהם נקבע תוקפו של זיכרון הדברים".*

**הטלת ספק בחלק מפרטי רשימת עציוני:**  
השופט ויתקון ב**פס"ד קאדרי** *– "לא מקובל הוא לקבוע בהסכם מוקדם פרטי פרטים בדבר תשלום ההוצאות והמיסים, ואף על פי כן יש והסכם כזה עשוי לשמש כבסיס לתביעה".*  
השופטת ברק ארז – *"אין מקום לקבוע באופן קטגורי שמועדי התשלום הם תנאי שאי ההסכמה עליו מלמדת בהכרח על היעדר מסוימות, מאחר שבנסיבות מסוימות הוא שווי להיות טפל ליתר פרטי העסקה".*לפי דעותיהם – הוצאות ומיסים, וזמני התשלום אינם תנאים קריטיים למסוימות.

**קשרי גומלין בין גמירת דעת למסוימות:**  
השופט פוגלמן ב**פס"ד עדני נ' דוד** – *"שני התנאים המצטברים הנדרשים להתגבשות הסכם מחייב – גמירת דעת ומסוימות – הינם תנאים נפרדים אך קיימים בניהם קשרי גומלין חזקים. לעיתים, העדה חזקה על גמירת דעת נתפשת כפיצוי על מסוימות חסרה או פגומה. מנגד, היעדר מסוימות, בדגש על היעדר הסכמה לגבי פרט עיקרי – עשוי להעיד על פגם בגמירת דעתם של הצדדים."*כלומר, לדעתו, יש קשרי גומלין בין גמירת דעת למסוימות שאומרים שכשיש גמירת דעת, המסוימות אינה קריטית וניתן להשלימה בהמשך.   
השופטת דורנר ב**פס"ד בית הפסנתר נ' מור** מציגה צד קיצוני של גישה זו – *"במשפטנו, הכלל הוא שהיעדר מסוימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת דעת, אם ניתן לתת לחיוב פירוש נאות המאפשר לקיימו. ובאין אפשרות כזאת, אם ניתן להשלימו על יסוד מנגנוני השלמה הקבועים בחוק ובפסיקה".* כלומר, לדבריה, חוזה נכרת רק על בסיס גמירת דעת.

**מסוימות והשלמה – עקרונות נוספים:**

* **הוראות השלמה חקיקתיות** – בפרק ה לחוק ישנם הוראות רבות על השלמת פרטים. מדובר בהוראות השלמה דיספוזטיביות. לפי **שליו** – אם זה לא פרט מהותי אפשר להשלים. לפי **פרידמן וכהן** – גם אם זה פרט מהותי ניתן להשלים.   
  השאלה אם הפרט מהותי הוא לא, תלויה בכמה גמירת דעת הייתה בזמן החתימה על החוזה.
* **מחלוקת גלויה** – במידה והצדדים לא הסכימו, וחלקו במפורש, לא ניתן להשלים את החסר בצורת השלמה מהחקיקה. מכיוון שכשיש מחלוקת, זה מראה שאין גמירת דעת.
* **הסכמה להסכים** – ישנו נושא בחוזה עליו הצדדים אינם מסכימים, ולכן הם מסכימים בניהם לברר את הנקודה הזו ולדון עליה בהמשך.

1. הגישה השמרנית - אם הצדדים הסכימו להסכים – אז הם לא מסכימים. כלומר מדובר במחלוקת גלויה ולכן אין חוזה.
2. הגישה הליברלית - אם הסכימו להסכים – כנראה שהנושא לא כזה מהותי, ולכן ניתן להשלים אותו.
3. גישת האמצע – פרידמן וכהן – תלוי. אם הפרט מהותי, הסכמה להסכים אינה עוזרת, וכאילו מדובר במחלוקת גלויה. אך אם הפרט אינו מהותי, זה לא חשוב ולכן ניתן להשלים. כלומר השאלה היא אם ההסכמה להסכים מתפרשת כקריטית לגמירת הדעת או לא קריטית לגמירת הדעת, תלויה בפרט עליו דנים.   
   השופט אור ב**פס"ד דור אנרגיה נ' חמדן** – *"גם אם נאמר כי הצדדים הסכימו להמשיך במשא ומתן לגבי רשימת הציוד, והשאירו פרט פתוח למשא ומתן עתידי, יש לבחון את חסרונו על רקע התמונה הכוללת של הסכמות הצדדים. במקרה דנן, רשימת הציוד הינה פרט טפל, וההסכמה לדחות את המשא ומתן לגביו לשלב מאוחר, אינה פוגעת בתוקף של כלל הסכמות הצדדים."*   
   גישה זו היא זו שהתקבלה בסופו של דבר בפסיקה.

* **עיקרון הביצוע האופטימלי** – במידה ויש מחלוקת בין הצדדים, וצד אחד מוותר לחלוטין על רצונו עבור הצד השני, על מנת שיתקיים חוזה. החידוש בעניין זה – לא היה רגע שבו היה חוזה, מכיוון שלא הייתה מסוימות בשום שלב, ובכל זאת השופט עמית אומר שניתן להשלים את החוזה. עניין זה דומה מעט לחוזה הגמיש.

לדוגמא: ויכוח על מחיר עבור נכס. קונה רוצה לשלם 1000 שח, והמוכר רוצה עבור 2000 שח. על כל יתר הפרטים ישנה הסכמה. בהינתנן והיה גמירת דעת, דרך אחת להשלים את המחיר שלא הסכימו עליו, הוא באמצעות ביצוע אופטימלי בו הקונה יחליט שישלם 2000 שח.

## דרישת הכתב

**דרישת הכתב בחקיקה:**

ישנם מקומות שונים בחקיקה בהם מופיעה דרישת כתב ביחס לדברים מסוימים:

* ס' 23 לחוק החוזים – *"חוזה יכול שיעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים".*
* ס' 8 לחוק המקרקעין – *"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב".*
* ס' 5 לחוק המתנה – *"התחייבות לתת מתנה בעתיד טעונה מסמך בכתב".*
* ס' 9 לחוק המתווכים במקרקעין – *"מתווך במקרקעין לא יהיה זכאי לדמי תיווך, אלא אם כן כתב הלקוח על הזמנה בכתב לביצוע פעולת תיווך במקרקעין, שבה נכללו כל הפרטים שקבע השר, באישור ועדת הכלכלה".*
* ס' 25ב רבתי לחוק השכירות והשאילה – *"חוזה שכירות למגורים יערך בכתב וייחתם בידי המשכיר ושוכר, ואולם, אין באי קיום הוראה זו כדי לגרוע מתוקפו של החוזה. העתק חתום מהחוזה יימסר לכל אחד מהצדדים".*

**שיקולי מדיניות:**

מה שהיה רלוונטי למסוימות וגמירת דעת, רלוונטי גם לדרישת הכתב. השאלה היא אם אנחנו מקילים בכניסה למחויבות חוזית, או מחמירים.   
הרעיון – דרישת הכתב עולה כאשר מדובר בעסקה משמעותית, כמו לדוגמא – מקרקעין. ומכיוון שמדובר בעסקה משמעותית, הדיוק בפרטים הקטנים חשוב עד מאוד. כלל הטעמים שהופיעו במסוימות, מופיעים ביתר שאת בדרישת הכתב.

* פטרנליזם – נרצה להקשיח את דרישת הכתב כדי שלא יגיעו לטעויות בחוזים משמעותיים כאלה.
* מאפשר התחמקות מעסקאות
* הגנה על החלש
* מעורבות שיפוטית
* ודאות שיפוטית
* מניעת סכסוכים ועלויות התדיינות
* עלויות עסקה

**דרישת הכתב בפסיקה:**

* **גרוסמן את ק.ב.ק נ' עזבון בידרמן** – דרישת הכתב היא מהותית ולא ראייתית. כלומר, המטרה של כתב הוא ראיה. אך אם יש ראיות אחרות, אין צורך בכתב. בפס"ד הכריעו שזה לא נכון, ודרישת הכתב זו דרישה מהותית, ולא עוזר שישנם ראיות אחרות.
* מגמה כללית בהמשך – צמצום הדרישה – באופן כללי, הפסיקה מצמצת את הדרישה לכתב.
* **בוטוקובסקי נ' גת** – אין צורך בחתימה כדי לעמוד בדרישת הכתב.
* **קאדרי נ' מסדר האחיות צ'ארלס הקדוש** – אפילו קבלה חסרה בפרטים יכולה לשמש לצורך דרישת כתב אם ניתן להשלים את יתר הפרטים.
* חריג – **ברון נ' מנדיס טורס** – הסכמה בע"פ שסותרת הוראות השלמה בחוק פוגעת בדרישת הכתב. כלומר, הצדדים הסכימו על דבר אחר, אבל בכתב לא כתוב את זה. ומה שהם הסכימו שונה מהחוק. לדוגמא: החוק קובע שמועדי התשלום הם בעת המסירה, והצדדים הסכימו שהתשלום יהיה אחרי המסירה. במקרה כזה לא ניתן להשלים את הכתב באמצעות החוק. כל ההסכמות בעל פה החורגות מהוראות ההסכמה החקיקתיות – חייבות להיות מעוגנות בכתב.
* **שוויגר נ' לוי** – ביטול דה פקטו של הלכת ברון.
* **לוין נ' שולר** – הסכם בעל פה שנוי במחלוקת לא יכול לסייע לדרישת הכתב.

**ההלכה**: הסכם בעל פה שהצדדים לא חולקים עליו – מוסכם. אבל אם היה הסכם בעל פה ששנוי במחלוקת – הוא לא יכול לסייע לדרישת הכתב. (נלמד מפס"ד לוין נ' שולר)

**ש.ב:**

* ע"א 3833/93 **לוין נ' לוין**, פ"ד מח (2) 862. 19
* דנ"א 2401/95 **נחמני נ' נחמני** פ"ד נ(4) 661 (1996) **פסקאות 2, 8-7 לפסק דינה של השופטת דורנר, פסקאות 16-12 לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן, פסקאות 1, 14-13 של השופט זמיר**.
* סעיפים 11-2 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג-1973
* ע"א 532/82 **גרדוס נ' גרדוס** פ"ד לט(3) 617 (1985) 14
* ע"א 7824/95 **תשובה נ' בר נתן** פ"ד נה(1) 289 (1998) 17
* ע"א 6295/19 **קוזלי נ' מדינת ישראל** (3.6.2019) **פסקאות 1, 4-11 לפסה"ד של השופט הנדל**

**שיעור מס' 5 – 30.01**

## מגמות בפסיקה

**צורה אל מול מהות**:  
 כאשר אנו בוחנים את מגמות הפסיקה בשנים האחרונות, ומה נוכח יותר בפסיקה כיום, אנו רואים שגם בהקשר של דרישת הכתב גם בהקשר של גמירת דעת וגם בהקשר של מסוימות, ישנה הקלה בכניסה להתחייבות החוזית. כלומר, היום יותר קל מבעבר. המגמה בפסיקה היא למצב בו יותר קל להתחייב בחוזה. כלומר, סיכוי יותר גבוה להתחייב בחוזה, גם אם לא חשבנו שנהיה קשורים בו.   
זוהי מגמה המתחברת עם מה שמכונה, הבדל בין צורה למהות. התפיסה היום היא פחות פורמליסטית ויותר מהותית. אם פעם התפיסה הייתה יותר פורמליסטית והיו דרושים יותר כללים נוקשים לכניסה להתחייבות חוזית, היום הדרישות יותר קלות. צורה זה הפורם עצמו, כלומר מה צריך להופיע בחוזה. אך מהי מהות? גמירות דעת, כוונת הצדדים, וגם הוגנות. במגמה עליה אנו מדברים ישנה יותר נטייה ליחס חשיבות למהות ולא רק לצורה.

דוגמאות:

* **בהגמשה של דרישות המסוימות והפחתה בערך העצמי שלה** – ברגע שיש גמירת דעת לא צריך להתייחס למסוימות(פס"ד הפסנתר של דליה דורנר). דוגמא נוספת היא בכל הנוגע לזיכרון דברים, יש הקלה בכך שאפשר להפוך את זיכרון הדברים למחייב בלי שיהיה את כל הפרטים המהותיים(רבינאי).
* **הקלה בדרישת הכתב** – לא צריך דרישת כתב מסוימת, אפשר להכיר במסמכים שהיו בין הצדדים ככתב(פס"ד קאדרי).
* **נכונות להשלים במקרה של הסכמה להסכים** – כשמדובר בפרטים לא מהותיים אם הצדדים מסכימים שלא להסכים, אז גם אם יש מחלוקת גלויה זה לא פוגע במסוימות, כי הסכימו שלא להסכים(פס"ד דור אנרגיה).
* **צמצום רשימת הפרטים המהותיים** – פס"ד קפולסקי ודבריו של השופט עציוני – מגמה זו בולטת ברטוריקה של הפסיקה, באיך שהשופטים כותבים ומדברים את פסקי הדין שלהם.

**כוונת הצדדים או הוגנות**:  
ישנה מגמה נוספת שיותר מתחת לפני השטח, במסגרת המעבר למגמת מהות. שופט יכול להחליט על פי שיקול דעתו מה מהשתיים יותר חשוב לו, כוונת הצדדים או הוגנות. בד"כ שופטים לא ישתמשו ברטוריקת הוגנות בדיני חוזים, אך הרבה מושגים מתפרשים לאור שיקולי הוגנות, כמו האדם הסביר, אם יש שיקול דעת או לא מושפעת ממי הוא האדם הסביר, וניתן לצקת לזה תוכן מתוך ההוגנות והיבטיה. חשוב לדעת לשים לב להיבטים של הוגנות ולהעלות שיקולים כאלו, כיוון שהם יכולים להשפיע על פסק הדין והחלטת השופטים.   
שיקולי ההוגנות שבאים לידי ביטוי בכריתת חוזה:

* **מה גרם לפיצוץ החוזה? אופורטוניזם או אי הסכמה?** על פניו זה לא ממש מופיע בדוקטרינות. בסוגיות כריתה – 2 הצדדים עשו פעולה, אך בכל מקרה ברור שהם רצו להיכנס לחוזה, ואז היה פיצוץ והחליטו שהם לא רוצים את החוזה. 2 סיבות יכולות להיות לעניין – או משא ומתן שכשל עקב אי הסכמה. סיבה שנייה – אופורטוניזם, כלומר, נסיבות שלא קשורות להסכמות בין הצדדים, אלא צד אחד החליט לפתע שהחוזה אינו מתאים לו מסיבותיו שלו. כשהשופט בא לבחון אם יש חוזה או אין, הוא יבחן מה הסיבה המהותית שגרמה לפיצוץ החוזה – האם זה עקב אי הסכמה או עקב חוסר עניין של צד אחד? במקרה זה הצד הזה יצטרך לעמוד בחוזה עליו הוא חתם.
* **האם הייתה הסתמכות?** האם צד אחד לחוזה שינה את מצבו לרעה או לא. אם שיניתי את מצבי לרעה בעקבות החוזה או בעקבות המשא ומתן, הנטייה שלי להכיר בזה כחוזה גדולה יותר. אך אם לא שיניתי את מצבי לרעה אז נקל יותר. אומנם היה רצון, אך כעת כבר אין רצון.
* **האם תנאי החוזה היו הוגנים?** בסיטואציה בה תנאי החוזה אינם הוגנים, סיכוי גבוה יותר שבית המשפט יקל באפשרות לאכוף אותו או להכיר בתוקפו, לעומת חוזה הוגן. ככל שהחוזה יותר הוגן, כך הסיכוי שביהמ"ש יגיד שנכרת חוזה הוא גדול יותר.

כמה באים לידי ביטוי מושגי ההוגנות בפסקי הדין או בדברי השופטים? הדבר תלוי במחלוקת, בשופטים שונים, ולא תמיד מופיעה ברטוריקה של פס"ד. לעיתים ניתן לראות תוך כדי דברי השופטים את שיקולי ההוגנות.   
בחוזים אחידים יש הכרה רחבה יותר במסגרת החוק בחובות הגינות.

ככל שאנו יותר פורמליסטים אנו נכיר פחות בשיקולי הוגנות וגם בשיקולי כוונות הצדדים. הפורמליזם מתנגד בצורה מסוימת לשיקולי המהות(הוגנות וכוונות הצדדים).

* **היפוך מגמה?**

על אף הנטייה הכללית להיפוך מגמה, עדיין ישנם פסקי דין המראים דרישות פורמליסטיות יותר. כגון – פס"ד עדני נ' דוד, קדישא נ' לוי.

## כוונה ליצירת יחסים משפטיים

חוזה נכרת כשהצדדים גומרים בדעתם שיהיה בניהם יחסים משפטיים מחייבים. אך מה הם יחסים משפטיים מחייבים ולא סתם חיובים? אם אמרתי לאשתי שאני מגיע הביתה מוקדם ועוזר עם המקלחות לילדים, האם התכוונתי לתת לזה תוקף משפטי מחייב? האם ניתן לתבוע אותי על הפרת חוזה באם לא אגיע למקלחות הילדים?   
כששאלות מעין אלה מגיעות לבית המשפט, בית המשפט צריך להכריע האם הצדדים התכוונו לבוא לידי יחסים משפטיים בניהם או או שהכוונה הייתה להתחייבות ללא תוקף משפטי?

מהם השיקולים העומדים בפני בית המשפט כשהוא בוחן את העניין?

1. **כוונת הצדדים** – האם הצדדים התכוונו לתת לזה תוקף משפטי מחייב או לא. זו שאלה ראייתית שניתן לבחון לאור אינדיקציות, כפי שנלמד מפסקי דין קודמים.
2. **שיקולי מדיניות** – לעיתים לא נרצה שלאירוע יהיה תוקף משפטי מחייב, ללא קשר לכוונת הצדדים. כלומר, בית המשפט יחליט שהוא לא נכנס לענייני חוזה כלשהוא, לדוגמא מסיבות אכיפה(שהוא אינו רוצה להתערב בין בני הזוג בעניין כזה).

**פס"ד לוין נ' לוין:**  
**עובדות המקרה:** זוג אשר היו נשואים 8 שנים עם 3 ילדים, והחליטו להתגרש. חתמו בניהם על 2 הסכמים, האחד חוזה מזונות עד הגט, וחוזה שני הסכם גירושין. בחוזה המזונות חתמו על סעיף שלחוזה אין תוקף משפטי ולא ניתן להציג אותו בבית משפט כראיה, והוא נשאר סודי בניהם.   
תהליך הגירושין התארך, ולאחר שנתיים הבעל מחליט להפסיק לשלם את המזונות עקב עיכוב ההליך על ידי אשתו. אשתו בתגובה תובעת אותו על מזונות בבית משפט, ומביאה את הסכם המזונות הנ"ל, על אף הסכמתם בחוזה שהסכם המזונות לא יהווה ראיה בבית משפט. בית המשפט החליט להביא את ההסכם כראיה, וחייב את הבעל לשלם את דמי המזונות.

(לשון הסעיף: *"עד מתן הגט ימשיך הבעל לשאת בכל הוצאות החזקת הבית והמזונות בהתאם לחוזה שיערך בין הבעל והאשה... החוזה יהיה חסר תוקף משפטי.. הצדדים מתחייבים שלא להשתמש.. בו לכל מטרה שהיא לרבות הצגתו בבית משפט".*)  
**השאלות המשפטיות:**  
- האם מדובר בהסכם מחייב מבחינה משפטית או שלא? תשובת בית המשפט - טובת הילדים היא החשובה בסיפור, ולכן במקרה דנן הוא ימשיך לשלם את המזונות עד מתן הגט.   
- אם יש תוקף לחוזה משפטי, האם ניתן לקבוע בחוזה שלא ניתן לאכוף אותו? בית המשפט אומר כי באמת במקרה בו יש תוקף משפטי לחוזה, לא ניתן להתנות עליו ולומר שלא ניתן לאכוף אותו על ידי בית משפט, וזה נגד תקנות הציבור. אך עצם העובדה שלהסכם בין 2 צדדים אין תוקף משפטי מחייב, זה לא יכול לנגוד את תקנות הציבור. הכלל אומר שחוזה שהוא נגד תקנת הציבור בטל, אך פה אין חוזה.   
**ההכרעה:** השופט זמיר אמר שבפירוש הזה הניסוח אינו הכי טוב, אך בהתחשב בעריכה על ידי עורכי דין, ברור שהצדדים התכוונו ליצור חוזה, על אף הכתוב בו. ולכן יש סתירה בין 2 סעיפים בחוזה. מצד אחד, ברור שכוונת הצדדים הייתה להיקשר בחוזה, ולכן יש לו תוקף משפטי מחייב. מצד שני, נאמר במפורש בחוזה כי אין בכוונתם להפוך את ההסכם לחוזה תקף. מה עושים במקרה בו יש סתירה בין סעיפים בחוזה? השופט זמיר אומר, נלך לשיקולי מדיניות. כלומר, או שהוא מפרש את החוזה ככזה שיש לו תוקף, ולכן פוסק שעליו לשלם מזונות. או שהוא מקבל את כך שיש לסעיף תוקף, אך הוא סותר דברים אחרים בחוזה, ובהינתן הסתירה הוא פוסק לפי שיקולי מדיניות.

בית המשפט מראה בהחלטתו כי הוא משתמש בשיקולי מדיניות.

לפי מה נקבע אם חוזה או הסכם ג'נטלמני?

* התחקות אחר כוונות הצדדים – לא הייתה כוונה להתחייבות חוזית, זה הסכם ג'נטלמני שאין לראות בו כחוזה משפטי.
* מדיניות שיפוטית ראויה – התחשבות בשיקולי מדיניות, אלו שאלות ערכיות העולות לפני ההכרעה ואכיפת החוזה.

**פס"ד פלונית נ' פלוני(ע"א 5258/98 - לא מופיע בחומרי הקריאה):**   
**עובדות המקרה:** אישה שהייתה נשואה וגבר שהיה נשוי, שניהם לאנשים אחרים. והייתה בניהם מערכת יחסים. האישה נכנסה מספר פעמים להריון והפילה. פלוני ניסה לשכנע את פלונית להתגרש מבעלה מספר פעמים, ואף הבטיח לה שהוא יישא אותה לאישה לאחר הליך הגירושין שלה. לבסוף, היא התגרשה מבעלה, והוא דחה את חתונתם שוב ושוב. לאחר שהיא נכנסה שוב להריון, אמרה שהיא אינה רוצה להפיל שוב, והוא לקח את עצמו וברח. פלונית תבעה את פלוני בגין הבטחתו לשאת אותה לאישה.   
**להלכה:** השופט ברק פסק כי יש להבטחת פלוני תוקף משפטי מחייב וכי עליו לשלם פיצויים לפלונית.

**פס"ד נחמני נ' נחמני:**   
**עובדות המקרה:** מקרה בו בני הזוג לא יכלו להביא ילדים והתחילו תהליך הפריה חוץ גופית. לאחר שהיו ביציות מופרות, החליט הבעל שאינו מעוניין בהליך והביא ילדים עם אישה אחרת. האישה רצתה להמשיך בהליך, ובית המשפט היה צריך להכריע האם בניהם היה חוזה וניתן לאפשר לאישה שימוש בזרעו של הבעל על אף חוסר רצונו בהליך.   
**להלכה:** השופטת דורנר קבעה כי הצדדים לא התכוונו להכיל דיני חוזים על הסכמתם להליך וכי לא ניתן בכלל להכיל דיני חוזים בעניין עקב תקנות הציבור. אך למרות זאת פסקה שיש משמעות משפטית להסכם וכן ניתן להשתמש בביציות המופרות.   
לעומתה, שטרסברג כהן וזמיר אמרו כי קיים חוזה, אך פסקו כי לא ניתן להשתמש בביציות ממניעים אחרים.

ככלל – שאלות מורכבות בנושאים מורכבים מעוררות שאלות מדיניות שלא ניתן לברוח מהם. בנוסף, הרטוריקה בה משתמשים לא תמיד הינה השאלה החשובה.

**:PepsiCoפס"ד**

בשנות ה90 הייתה פרסומת של פפסי בה נאמר כי ניתן לאסוף נקודות באמצעות פחיות של פפסי, וניתן להמיר את הנקודות לקניית דברים אחרים כמו חולצה או משקפי שמש. כחלק מהפרסומת נכתב כי על 7 מיליון נקודות אתה יכול לקבל מטוס קרב. הייתה אפשרות להמיר את הנקודות בכסף, ולהשלים לנקודות נוספות. בא אדם, והשלים ל7 מיליון נקודות, וביקש לקבל את מטוס הקרב המובטח. הוא תבע בבית המשפט, אך לא ניצח בתביעתו. בית המשפט קבע כי גוזמה. כלומר, דברים שאנשים מבטיחים, אך ברור לכל שלא באמת התכוונו אליו, ולכן זה בטל. אין כאן כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים, ולכן בית המשפט לא יתן לזה תוקף מחייב.   
אנו רואים שבית המשפט בודק מה התוצאה הראויה לדעתם, ובהתאם לכך בוחרים האם ללכת על פי כוונות הצדדים או על פי שיקולי מדיניות, וכך להגיע לתוצאה הרצויה מבחינתם.

## עניינים בכריתה - סעיפים בחוק החוזים

ס' 11-2 הם סעיפים בחוק הקשורים לכריתת חוזה ובהם נעסוק כעת.

**הצעה לציבור:**

ס' 2 סיפא לחוק החוזים קובע כי "הפניה יכולה שתהא לציבור". פנייה לא חייבת להיות לאדם ספציפי אלא יכולה להיות לציבור לא מסוים. לדוגמא: מכרז, הוא הצעה לציבור. אם אני מפרסם ביד 2 או בפייסבוק מודעה למכירת רכב, זוהי פנייה לציבור.   
האם זו הצעה לציבור או פנייה לציבור? זו פנייה, ועל מנת שתהיה הצעה, צריך להיות בה גמירת דעת ומסוימות.

הייחודיות בפנייה – השאלה היא אם אנו מפרשים את הפניה כהצעה או הזמנה להציע הצעות(פנייה)?

באופן עקרוני, המבחן הוא אם היה גמירת דעת ומסוימות. אך בפועל, נתייחס לעוד ניואנסים. האבחנות הרלוונטיות:

* **זהות המציע** – אדם פרטי/גוף עסקי/גוף ציבורי – אם אדם פרטי מפרסם רכב למכירה, הנטייה תהיה להכיר בזה כפנייה, אך אם גוף ציבורי או עסקי יפרסם רכב למכירה, נתייחס יותר בקלות לפרסומו כהצעה. כמובן שהכל תלוי בנסיבות.
* **סוג החוזה** – חוזים יכולים להתפרש באופן שונה אם זה הצעה או פנייה. האבחנה המקובלת היא בין חוזי יחס לחוזים עסקתיים. חוזה יחס – חוזה ארוך טווח. חוזה עסקתי – חוזה קצר טווח. לדוגמא – הזמנתי דיו למדפסת שלי, מדובר בחוזה עסקתי קצר טווח. חוזה ההעסקה של המרצה עם האוניברסיטה הוא חוזה יחס. ככל שהחוזה הוא עסקתי, ככה זה יתפרש כהצעה לציבור. חוזים ארוכי טווח לא ננטה לראות אותם כהצעה לציבור כיוון שהם יותר מורכבים.   
  למשל במבחן – אם נראה חוזה הצעה לציבור, ונראה שהוא חוזה יחס(כלומר לטווח ארוך ובעל פרטים מסוימים), נכתוב בטיעונים שלנו שזהו חוזה יחס והנטייה לפרש את זה כהזמנה להצעה ולא כהצעה.
* **ציון מפורש שאין מדובר בהצעה אלא בהזמנה** – אם כתוב במפורש בחוזה שאין מדובר בהצעה אלא בהזמנה, גם אם זה חוזה עסקתי וגם אם זה גוף עסקי או ציבורי – זה לא יהיה הצעה לציבור.

גם בעניין הזה, שיקולים נורמטיביים יכולים לבוא לידי ביטוי. אם אני מציע הצעה ועקב טעמים מפלים אני לא רוצה לבצע את הצעתי, לדוגמא – פרסמתי את הרכב שלי למכירה, אך לאחר מכן אני לא רוצה למכור את הרכב כי הקונה הוא ערבי, המשפט יוכל לפרש את הצעתי כהצעה לציבור. ולכן, על אף שלא מחייבים אותי לכרות חוזה, ביהמ"ש יכול להגיד שעקב כך שפניתי לציבור, אם היה קיבול – אני אהיה חייב למכור את הרכב.

סוג נוסף של הצעה לציבור – מודעת פרס – אנו מציעים פרס לאדם בתמורה לפעולה שהוא עושה. לדוגמא – מיסטר ביסט – כתב ש10 ממי שיצייץ את הציוץ שלו יקבל ממנו 25,000 דולר. זוהי מודעת פרס, שניתן לפרש אותה כהצעה לציבור, שאם אדם באמת עשה את הפעולה הזו, הוא יוכל לתבוע להשתתף בהגרלה.

**פקיעת הצעה:**

* + 1. חזרת המציע מן ההצעה/קיבול:
* ס'3א – *"המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול*" – כלומר, המציע יכול לחזור בו מן ההצעה, ובלבד שהודעת הביטול שלו על ההצעה, תתקבל לפני שההודעה קובלה על ידי הניצע.   
  דוגמא: שלחתי מכתב עם הצעה לראובן, והתחרטתי. אני שולח חזרה מן ההצעה. אם ראובן שלח את הודעת הקיבול שלו חזרה אלי לפני שקיבל את מכתב החזרה מן ההצעה שלי, לא ניתן יהיה לחזור מההצעה. אך אם הוא קיבל את הודעת החזרה מן ההצעה שלי, לפני שהודיע לי על קיבול ההצעה, החזרה שלי תקפה, ולכן ההצעה מבוטלת.
* ס' 10 – *"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).*"   
  באופן דומה – חזרה מקיבול – אם מסרתי הודעת קיבול, ניתן לחזור מן הקיבול כל עוד ההודעה לא נמסרה למציע.
* חזרת המציע בהצעה לציבור – אם לא נמסרה הודעת קיבול, המציע יכול לחזור בו. מתי זה מסתבך? בהודעות פרס. לדוגמא – מי שימצא את הכלב שלי, יקבל ממני 1000 ₪, ואז אני חוזר בי. היה אדם שהתחיל לחפש, והשקיע משאבים כדי לחפש. האם זה הוגן כלפיו? הוא כבר הסתמך על ההצעה שלי, ולכן חזרה כזו מורכבת יותר. 2 גישות בעניין:

1. **שליו** – קיבול לאחר השגת תוצאה אך כפוף לחובת תום הלב – כלומר, עד שהכלב לא נמצא, אין קיבול. זה שאדם השקיע משאבים לא הופך את זה לקיבול. אך הוא אומר שכל מקרה יבחן לגופו בעניין תום הלב. ככל שאדם הוציא הוצאות הסתמכות בהסתמכו על ההצעה, ניתן יהיה להוציא לו פיצויי הסתמכות על ההוצאות שלו בגין ההצעה.
2. **פרידמן וכהן** – הסתמכות הניצעים הופכת את ההצעה לבלתי חוזרת – כלומר, אם אחד הצדדים, נגיד הניצע, שינה את מצבו לרעה בכך שהשתמש באמצעים עקב ההצעה, ההצעה הופכת לבלתי חוזרת. המציע לא יחזור בו.   
   * 1. חלוף הזמן לקיבול הצעה:

* ס' 4(1) – *"ההצעה פוקעת – כשדחה אותה הניצע או עבר המועד לקיבולה"* - הצעה פוקעת כשעבר הזמן לקיבולה. אם כתוב כמה זמן יש לניצע לקבל את ההצעה, בתום הזמן הנאמר ההצעה פוקעת ולא ניתן יותר לקבלה. אך מה עושים בהינתן מצב בו אין זמן מוגדר לתום ההצעה?

**גרדוס נ' גרדוס** – בני זוג שנפרדו, האישה גרה בחו"ל והבעל גר בארץ בדירתם. האישה שלחה לבעל הודעה שהיא מעוניינת למכור את חלקה בדירתם בעד 8000 דולר. לאחר חצי שנה הוא שלח לה הודעת קיבול, אך היא טענה כי פקע תוקף ההצעה. הוא תבע אותי במחוזי ושם ניצח בתביעתו. היא ערערה לעליון, ושם נפסק כי אכן הצעתה לא קובלה כי עבר זמן סביר מהצעתה והצעתה פקעה.   
מחלוקת בין השופטים – האם עבר זמן סביר או לא? מה מוגדר זמן סביר?

* שיקול של זמן סביר – נקבע בהתאם לכל מיני נסיבות(אינפלציה, הקשר בין הצדדים, כוונות הצדדים, שיקול דעת השופטים) אותם ניקח בחשבון בהקשר קביעת הזמן הסביר בין הצדדים.   
  + 1. דחיית ההצעה על ידי הניצע:
* אם הניצע דוחה את ההצעה – ההצעה פוקעת.
* קיבול שיש בו תוספת הגבלה או שינוי אחר לעומת ההצעה המקורית – כמוה כהצעה חדשה. לדוגמא – הצעה לקנות דירה ב2 מיליון ₪ , ואמרתי שאני רוצה לקנות גם את כל הריהוט של הדירה, אם הצד השני סרב להצעתי, האם ההצעה המקורית עדיין תקפה?

1. שלו, פרידמן וכהן – אין דחייה של ההצעה המקורית. בזה שהצעתי תוספת להצעתם, אני לא דוחה את ההצעה המקורית. עצם השינוי אינו מהווה דחיית ההצעה המקורית.
2. צלנטר ודויטש – ההצעה המקורית פקעה.

בעניין זה אין פסיקה, ולכן אנו משתמשים בספרות וגישת שלו פרידמן וכהן.

* + 1. ס' 4(2) – *"ההצעה פוקעת - כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול."*
    2. ס' 9 – *"קיבול של הצעה לאחר שפקעה, כמוהו כהצעה חדשה*". במקרה כזה הצדדים מחליפים תפקידים, המציע הופך לניצע ולהיפך.

**פס"ד קוזלי נ' מדינת ישראל:**עמותת נעדרים ושבויים מטעם המדינה, פרסמה הצעת פרס כספי של 10 מיליון דולר, למי שיוביל מידע למציאת גופתו של נעדר דרוזי. 2 אנשים שעבדו ביער מצאו שרידי גופת אדם תלויה ביער והזעיקו את המשטרה. לאחר מכן התברר כי הגופה אותה מצאו הייתה של הנעדר שהיה פרס כספי על מידע המוביל למציאתו. השניים דרשו את הפרס הכספי שהובטח, אך סורבו לקבלו. הם עתרו לבית המשפט, בטענה כי עמדו בתנאי הפרס שהובטח.   
בטענות המשיבה – התובעים לא ידעו בזמן מציאת הגופה שזהו הנעדר, ואף בשיחתם למשטרה לא אמרו כי הם חושדים שזהו הנעדר.   
בית המשפט בדעת הרוב הכריע כי מגיע להם הפרס. בדעת מיעוט – לא מגיע להם הפרס.

השאלות בפס"ד:

1. האם היה קיבול?

* ידיעה על הצעת הפרס – המדינה טוענת שלא ידעו על הצעת הפרס ולכן לא יכול להיות קיבול. בית המשפט קיבל את הטענה שאם לא הייתה ידיעה אז אין קיבול, אך במקרה דנן, הם ידעו על הפרס.
* ידיעת זהות הגופה – בית המשפט קיבל את כך שהם לא ידעו את זהות הגופה, אך לא הייתה דרישה שידעו את זהות הגופה, אלא די בכך שיחשדו לכך שיש סיכוי שזוהי גופת הנעדר.
* המחלוקת – הודעת הקיבול/מפגש רצונות – הרי, הצמד לא הודיעו לעמותה שהם מצאו, אלא התקשרו למשטרה, ולכן אין פה מפגש רצונות ואין קיבול. בזמן שהם התקשרו למשטרה, הם לא העידו על כוונתם לקיבול אותה הצעה, ובהודעת קיבול צריך למסור את ההודעה. השופט הנדל אומר שמספיק שהם ידעו, ההודעה לא צריכה להיות בצורה פורמלית, ומספיק שהם ידעו שישנו סיכוי קל שזוהי גופתו, ולכן בהתנהגותם הם קיבלו את ההצעה.

1. רלוונטיות של מציאה באקראי – הרי הצמד לא באמת חיפשו את הגופה, אלא במקרה מצאו אותה. האם זה צריך להיות רלוונטי? תשובת בית המשפט – לא. נכון שהסתמכות היא היבט חשוב בחוזים, כלומר אם הצדדים חיפשו והסתמכו על זה, אז נחיל חוזה עקב כך שהסתמכו, אך היא לא תנאי הכרחי. מה שחשוב פה הוא הרצון. ומכיוון שהיה רצון שלהם, בקבלתם את ההצעה דרך התנהגותם, לכן ישנו חוזה.
2. התחייבות חד צדדית – השופט עמית סובר שאין דבר כזה במשפט הישראלי, וצריך קיבול. השופט הנדל משאיר זאת ב"צ"ע".
3. פקיעת ההצעה – האם ההצעה עדיין תקפה?

* זמן סביר – לפי השופטים לא עבר זמן סביר ולכן ההצעה עדיין תקפה.
* הפסקת פעילות העמותה – האם בגלל הפסקת פעילות העמותה ההצעה אינה תקפה עוד? העמותה לא פרסמה על חזרתה בה מן ההצעה. לפי השופט עמית, זה שהודיעו בעיתון על הפסקת פעילות העמותה זה מספיק, ולכן ההצעה פקעה.

הסתמכות אל מול הבטחה – מה מכונן חוזה? הבטחה של הצדדים, ולא ההסתמכות. אומנם בתחושת הצדק כן נרגיש שההסתמכות חשובה, אך גם בית המשפט לא קיבל את זה. לפי אורי – פס"ד לא היה נכון. בפס"ד הם אומרים שהרלוונטיות של מציאה באקראי לא רלוונטית. למה? השופט הנדל – מה שחשוב בחוזה הוא הרצון. אם המדינה הציעה את ההצעה, הם רצו שמי שימצא יקבל את הפרס. הם לא הגדירו בהצעה שזה תלוי אם מצא באקראי או לא. ולכן, למרות שלא הייתה הסתמכות, העובדה שהם רצו שיהיה חוזה אומר שהחוזה מחייב.   
האם הם באמת רצו שיהיה חוזה? ברצונם הסובייקטיבי די ברור שהם לא רצו. מכיוון שהם חזרו בהם, והעמותה הפסיקה את פעילותה, ברור לכל שלא רצו שיהיה חוזה. אז מדוע השופט הנדל אומר שהם כן רצו? מכיוון שברצון האובייקטיבי שלהם הם רצו, כי הם לא הודיעו מספיק טוב שהם חוזרים בהם מן ההצעה. והכלל הוא שכדי שהצעה תפקע, צריך להודיע לציבור שההצעה פקעה. למרות שהרצון הסובייקטיבי שלהם הוא לא לתת את ההצעה, אלא לחזור בהם, ברצון האובייקטיבי הם לא חזרו בהם, ולכן ההצעה עדיין תקפה. וזה מה שבעצם אומר השופט הנדל. ולכן, הרצון האובייקטיבי הוא מה שמחייב.

למה חשוב לנו הרצון האובייקטיבי ולא הרצון הסובייקטיבי? קשיים ראייתיים. הסיבה המרכזית שאנו מעדיפים את הרצון האובייקטיבי, הוא לא בגלל תיאורית הרצון אלא בגלל ההסתמכות. כי אם אנחנו נתחשב ברצון הסובייקטיבי גם כשהוא סותר את הרצון האובייקטיבי, הצדדים יסתמכו על החוזה למרות שלא ראוי שיסתמכו עליו. ולכן יש רלוונטיות מאוד גדולה לכך שמצאו את הגופה באקראי.  
המדינה חזרה בן מן ההצעה. מה אומרים המוצאים? נכון שהמדינה חזרה, אבל לא ידענו על זה. אבל מה זה משנה להם? הרי, הם לא הסתמכו על ההצעה. כל הסיבה שאכפת לנו שהם לא ידעו מכך, זה כי הם מסתמכים. זה הסיבה שמעניין אותי רצון אובייקטיבי ולא רצון סובייקטיבי. אבל אם הם לא הסתמכו, איזה סיבה יש לבחון את הרצון האובייקטיבי שלי? הרי אין אפילו הסתמכות.

טיעון זה לא התקבל. איך זה יבוא לידי ביטוי בדוקטרינות? הזמן הסביר משתנה בין מי שמסתמך למי שלא מסתמך. אם הסתמכת, הזמן הסביר ארוך יותר, כמו שאומרים הנדל ועמית. אבל אם לא הסתמכת, הזמן הסביר קצר יותר וההצעה פוקעת, כי בכלל לא הסתמכת.

לדעתו של אורי – מבחינת התכליות של דיני החוזים, אין היגיון לאכוף רצון אובייקטיבי כנגד רצון סובייקטיבי, כשאין הסתמכות. זהו הטיעון, שלא התקבל.

**הצעה בלתי חוזרת:**

ס' 3(ב) – *"קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע."*

הצעה בלתי חוזרת כשמה כן היא, לא ניתן לבטלה. מתי היא הופכת להיות בלתי חוזרת? קביעה מפורשת, או אם יש מועד לקיבול ההצעה.

**פס"ד תשובה נ' בר נתן:  
עובדות המקרה:** חוזה בין 2 צדדים בדבר קרקע משותפת שיש בניהם. בחוזה נאמר כי אם צד אחד ירצה למכור את החלק שלו, יתן קדימות לצד השני ברכישת הקרקע לפני שיפנה לרבים. בחוזה נאמר כי ההצעה וקיבול צריכים להיעשות בדואר רשום.  
תשובה פונה טלפונית לבר נתן ומציע לו לרכוש את חלקו בקרקע תמורת 220,000 ₪ , בר נתן אומר לו כי אם הוא רוצה למכור לו את חלקו, הוא צריך לשלוח לו הצעה בדואר רשום כנדרש בחוזה.   
תשובה שולח את הצעתו בפקס ובדואר רשום, ולפני שהיה קיבול כלשהוא, הוא מתקשר טלפונית לבר נתן וחוזר בו מהצעתו, וגם שולח פקס עם ביטול ההצעה שלו, והצעה חדשה למכירה ב247,000 ₪. לאחר מכן תשובה שולח לבר נתן את הצעתו החדשה בדואר רשום. לאחר שההצעה החדשה התקבלה אצל בר נתן, הוא משיב בהודעת קיבול לתשובה, על הצעתו הראשונה, ומבקש לקבוע מועד לכריתת חוזה.  **פסיקת ביהמ"ש:** החזרה מהצעה לא צריכה להיות בדואר רשום, רק ההצעה וקיבול. בנוסף, הוא אומר שיש פה חוסר תום לב בצורת ההתנהלות. ולכן, הודעת הקיבול לא תקפה, כי הודעת החזרה על ההצעה הראשונה הייתה תקפה.

הצדקות להצעה בלתי חוזרת:

* הסתמכות הניצע – הניצע סומך על המציע על זה שהצעתו לא תבוטל.
* מאפשר למציע להקנות ביטחון לניצע.

הכלל של קביעת מועד לקיבול ההצעה הוא כלל דיספוזיטיבי ותלוי בפרשנות החוזה, האם ההצעה היא בלתי חוזרת או לא. באופן עקרוני כשקובעים מועד קיבול להצעה בברירת מחדל, היא בלתי חוזרת, אבל אם יש אופציה לפרש את החוזה לא ככזה, בית המשפט יוכל לפרש זאת כניתנת לחזרה. לכן כשנרצה לעשות הצעה בלתי חוזרת יש לוודא שזה יהיה כתוב במפורש כדי למנוע פרשנות של בית המשפט שהיא שגויה ממה שרצינו בפועל.

**ש.ב.:**

* סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973
* איל זמיר ודורון טייכמן "ניתוח התנהגותי של החלטות שיפוטיות: הישגים ואתגרים" **משפט ועסקים** יט 57 (תשע"ה), **עמודים 90-92**
* ד"נ 22/82, **בית יולס נ' רביב**, פ"ד מג (1) 441 (1989) פיסקאות 1-4 לפסה"ד של הנשיא שמגר , פסה"ד של השופטים אלון וברק. ניתן לדלג על פיסקאות 7-9 של השופט אלון ופיסקאות 13-16 של השופט ברק.
* ד"נ 7/81, **פנידר נ' קסטרו**, פ"ד לז (4) 673 (1983)
* ע"א 986/93, **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ (1) 185 (1996)

**שיעור 6 – 6.2**

**קיבול בשתיקה:**

ס' 6ב – *"קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע יחשב לקיבול, אין לה תוקף".* כלומר, צד אחד לא יכול להגיד אני מקבל את השתיקה שלך כקיבול.   
הצדקות:

* **אוטונומיה** – אנו לא רוצים להכריח אנשים לעשות מעשים שלא רוצים לעשות. יש פה היגיון מוסרי. לא הגיוני שאם הוא לא יענה לי זה יהווה קיבול.
* **בעיות הוכחה של גמירת דעת** – איך יודעים שהייתה גמירת דעת, הרי הוא שותק, כיצד ניתן להגיד שהוא גמר בדעתו?
* **שיקולים תוצאתיים**:
* ס' 6ב מוביל לתוצאות יעילות יותר ומגדיל את הרווחה המצרפית(החברתית). ללא ס' 6ב, המצב בחברה יהיה פחות יעיל והרווחה החברתית תקטן(יעילות קלדור היקס).
* ס' 6ב מוביל לתוצאות הוגנות יותר מבחינה חלוקתית. זה לא רק מגדיל את הרווחה המצרפית, אלא זה מחלק את המשאבים בצורה הוגנת יותר בחברה.

לדוגמא: מוציא לאור ומפיץ ספר לסטודנטים בפקולטה – של סיכומי פס"ד בדיני חוזים. הוא שולח לכולם את הספרים ואומר שהספר עולה 20 ₪, אבל אם מישהו לא רוצה, עלות משלוח הודעת דחייה או קבלה היא 3 ₪. כלומר, הוא יוצא מתוך הנחה שכולם רוצים, ומי שלא רוצה יצטרך לשלם גם על הודעת הביטול.   
לפי ס' 6ב אם מישהו שתק, לא נכרת חוזה. לפי הכלל ההפוך – נכרת חוזה.   
ישנם 4 קבוצות/סוגי אנשים:

* + 1. מעריכים את הספר במעל 23 ₪.
    2. מעריכים את הספר בבין 20 ל23 ₪. לצורך הדוגמא – 22 ₪.
    3. מעריכים את הספר בין 17 ל20 ₪. לצורך הדוגמא – 18 ₪.
    4. מעריכים את הספר בפחות מ17 ₪, לצורך הדוגמא – 16 ₪.

השאלה הנשאלת – איזה כלל כל קבוצה תעדיף ולמה? כמה תעדיף את הכלל?  
אם לא היה כלל של ס'6 ב ושתיקה כן הייתה מהווה הסכמה, מה היה קורה?



יש 2 אפשרויות:

* כלל של ס' 6ב - לא נכרת חוזה בשתיקה, שתיקה לא כהסכמה.
* כלל הפוך שהמצאנו - כלל 6ב לא קיים, שתיקה כהסכמה תהווה קיבול לחוזה.

בקבוצה הראשונה - כדי לקנות את הספר הם צריכים 23 שקלים (לפי הערכתם) , והם רוצים את הספר, ישלמו 20 על הספר ועוד 3 על הבול. כלומר, הם יעדיפו כלל ההפוך מ6ב - של שתיקה כהסכמה, כי אז היו מרוויחים 3 שקלים וקונים את הספר ב20 בלי הבול. לעומת זאת, אם יש את סעיף 6ב ששם קנו ב23 ולא ב20. סעיף 6ב לא יעיל קלדור היקס בקבוצה זו, כי החברה כולה הפסידה 3 שקלים.

בקבוצה השנייה - היא תעדיף את הכלל ההפוך לסעיף 6ב של שתיקה כהסכמה, כי הם יפסידו 2 ₪, בעצם הסעיף מונע מהם רווח של 2 שקלים, כי במצב של שתיקה לא כהסכמה הם באפס ובמצב של שתיקה כהסכמה הם בפלוס שתיים אז ההפרש הוא הפסד של 2. האם זה יעיל כאן? תלוי, כשנכרת חוזה מה שקובע אם הוא יעיל או לא מושפע לפי מי שמעריך אותו יותר, אם הקונה מעריך את הנכס ביותר זה יעיל ולכן זה תלוי.

בקבוצה השלישית - שתיקה לא כהסכמה - לא ייכרת חוזה, אם הוא מעריך ב18 הוא לא ישלם 23 שקלים למשהו שהוא מעריך ב18. אם שתיקה כהסכמה, הוא ישלם 20 שקלים על הספר ויקבל ספר ששווה 18 שקלים, אז יפסיד 2 שקלים, יעדיף להפסיד 2 שקלים מאשר לשלם 3 שקלים (כדי להודיע בבול שלא רוצה לקרות חוזה) ואז לא לכרות חוזה. יעדיף שתיקה לא כהסכמה כי ירוויח מ6ב 2 שקלים, מהכלל ההפוך הוא מפסיד 2 שקלים. האם זה יעיל? תלוי מי מעריך את הנכס יותר.

בקבוצה הרביעית - לא ייכרת חוזה למי שמעריך ב16, אבל תחת שתיקה כהסכמה צריך לשלם 3 שקלים, אז יעדיף את הכלל שתיקה כדחייה בו ירוויח ביחס 3 שקלים. כלל 6 ב יהיה יעיל פה כי מגיע לאותה תוצאה רק בלי לשלוח הודעת ביטול לקיבול ולהפסיד 3 שקלים.

אם אנחנו אומרים ששתיקה לא כהסכמה אנחנו מטילים את העלות לכרות חוזה על הניצע שהוא רוצה את החוזה. מתי אנחנו מעדיפים להטיל את העלות על הניצע? האם כאשר הוא רוצה חוזה או כשהוא לא רוצה חוזה? האם כשהוא רוצה חוזה נגיד לו לשלם או שכשהוא לא רוצה חוזה? זו השאלה של ס' 6ב, על מי אנחנו רוצים להטיל את העלות, על ניצע המעוניין בחוזה או על ניצע שלא מעוניין בחוזה? 6 ב אומר, נטיל את העלות על הניצע שמעוניין בחוזה. שאם ירצה לקבל אותו כביכול יצטרך להודיע ולשלם.

למה זה יותר יעיל?  רוב האנשים רוב הזמן דוחים הצעות, לא רוצים להיקשר בחוזים, למה הם צריכים לשלם על כך? אם הם חייבים להגיד שהם לא מעוניינים בו רוב הסיכויים שאנשים יקבלו מוצרים שהם לא מעוניינים בהם. קבוצה ג וד הם רוב, רוב האנשים לא מעוניינים ברוב הספרים. לכן אנחנו רוצים להטיל על העלות לכרות חוזה על הניצע, ולא לדחות את החוזה.

למה זה חלוקתית נכון? ובעל היגיון? כי בעצם אם עושים את הכלל ההפוך ל6ב אנחנו גורמים לג וד לסבסד את א וב. בעצם ג וד משלמים מחיר כדי שא לא יצטרכו לשלם מחיר. האם הגיוני לדרוש מאותם אנשים שלא רוצים את הספר לשלם יותר כדי שמי שרוצה לקבל את הספר יקבל אותו?

**מצבים חריגים לס' 6ב בהם שתיקה יכולה להוות הסכמה:**

* + 1. ס' 6א - מקרה בו התנהגות או חוסר תגובה מתפרשים באורח סביר כקיבול. לעיתים התנהגות אינה מלווה במילים ולומדים מזה שיכול להיות ששתיקה תהווה קיבול בנסיבות מתאימות. כל מה ש6ב אומר זה שאי אפשר להכריח את הצד השני ששתיקה תהיה קיבול. אבל אם זה לא נכון שהיא אף פעם לא מהווה קיבול, ישנם נסיבות מסוימות, למשל, התנהגות מסוימת, ממנה מבינים ששתיקה היא כן קיבול.
    2. ס' 7 – "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה". הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע חזקה עליו שקיבל אותה, ולכן גם קיבול בשתיקה תופס במקרה זה – לדוגמא – אם אני רוצה לתת את הפלאפון שלי במתנה למישהו, לא צריך שיהיה בה קיבול. באופן כללי, בהצעה שמזכה את הניצע, הנחת היסוד היא שהניצע קיבל את ההצעה גם ללא קיבול מפורש. אך אם הניצע יוכיח שהוא לא מעוניין באותה הצעה, אפשר לסתור את הנחת היסוד הזו. לדוגמא – נשק גנוב שמוענק במתנה. כן יש התחשבות בנושא זה בכוונות הצדדים.
    3. כאשר ס' 6ב פועל לרעת הניצע - שלו/פרידמן וכהן – לדוגמא - הצעתי הצעה שאני רוצה למכור את הטלפון שלי לראובן. אני אומר לו שאם הוא ישתוק זה אומר שהוא מקבל את ההצעה. לפי הסעיף בחוק, אין לזה תוקף. אך ראובן לא יודע שאין לזה תוקף אז הוא שתק, בהסתמכו על דבריי. הוא הסתמך על דברי המציע שהשתיקה שלו יכולה להיות קיבול. במקרה כזה, שהניצע הסתמך על מצג המציע והוא זה שמעוניין בחוזה, האם גם אז נגיד שזה לא משנה ואין קיבול בשתיקה?
* שלו – אין לזה תוקף, זה צריך להיות סימטרי, החוק אומר שאין לזה תוקף, וזה לא הגיוני שחוזה יהיה רק כלפי צד אחד. יש פה אופורטוניזם. אם מישהו הציע לי הצעה ואמר שתיקה כהסכמה, רק אני מרוויח, כי אם ארצה להשתחרר מהחוזה אטען את ס' 6ב לפיו לא הסכמתי בכלל לחוזה, ואם לא ארצה, לא אגיד כלום.
* פרידמן וכהן – זה נכון שיש בזה משהו לא סימטרי, אבל הניצע הסתמך על דבריו של המציע ויכול להגיד שיש כאן חוזה. אם המציע לא יציע דברים לא סבירים, הוא לא יפגע. בכך שהוא הציע את זה, הבעיה היא שלו.

**סיכום בנקודות – כריתה:**

1. כריתה – איך כורתים חוזה?

* המודל הקלאסי – הצעה וקיבול המשקפים גמירת דעת ומסוימות.
* המודל הגמיש – הפסיקה מכירה גם במודל זה - לא בהכרח נדרש להתחקות אחר הצעה, קיבול ורגע כריתת חוזה מובחן.

1. גמירת דעת – כוונה ליצור יחסים משפטיים:

* דרישה אובייקטיבית עם גוונים סובייקטיביים. אם צד אחד ידע או יכל לדעת על הכוונה הסובייקטיבית, נלך לפי זה.
* אינדיקציות – לפני, בעת, ולאחר כריתת החוזה.

1. מסוימות – כל הפרטים הנדרשים לכריתת חוזה נמצאים בהצעה. הסכמות במפורש או במשתמע כלולות בחוזה ולא מעוררות בעיה של מסוימות. מתי ישנה בעיה? כשחסרים פרטים עליהם לא הסכמנו.

* האם ניתן להשלים?

לפי המגמה בפסיקה, ניתן להשלים את הפרטים החסרים בהתאם להוראות חוק משלימות(שופטת דורנר – בית הפסנתר). ההשלמה תלויה בגמירות הדעת ובמהותיות הפרטים. ככל שיש יותר גמירת דעת, נשלים יותר פרטים, וכלל שהפרטים מהותיים יותר, נשלים אותם פחות. אם המחלוקת בין הצדדים גלויה – לא נשלים את הפרטים. אם יש הסכמה להסכים בעתיד, ישנן 3 גישות, שמרנית ליברלית וביניים, ואם זה מהותי נשלים.

* איך נשלים את הפרטים החסרים? לפי הוראות השלמה חקיקתיות, נוהג כללי בין הצדדים, עיקרון הביצוע האופטימלי גם במחלוקת גלויה ותום לב, עליהם דיברנו בהקשר גמירות הדעת.

1. דרישת הכתב – דרישה במקרקעין ובתחומים נוספים(חוזה, מתנה, תיווך). היא דרישה מהותית ולא ראייתית, המגמה מקלה עליה. כלומר, לא מחייבת חתימה ולא חוזה פורמלי.

## תום לב

### דעיכתה של תאוריית הרצון

חובת תום לב היא חלק ממערך שלם של חובות שנקראות חובות התחשבות. זה לא תמיד היה המצב. פעם התפיסה הייתה לפי תאוריית הרצון – מה שחשוב זה הרצון הסובייקטיבי של הצדדים ואין צורך להתחשבות אחד בשני. עם השנים חלה דעיכה בתאוריית הרצון ועלו 2 תיאוריות אחרות:

* **תיאוריית ההסתמכות** – בחוזה לא מספיק רצון של הצדדים, אלא אנחנו גם רוצים למנוע נזקים שיגרמו לאחד הצדדים בעקבות החוזה. אם הניצע הסתמך על הצעתו של המציע, ובעקבות כך מצבו השתנה לרעה, אנחנו נרצה לעזור לו.
* **התעשרות** – אם הניצע התעשר בזכות המציע, גם אם לא כרתו חוזה אנחנו נרצה שהניצע ישלם על מה שהתעשר.

הרצון איננו תנאי הכרחי לחוזה. לדוגמא: אם עלינו על אוטובוס בלי לשלם. ברור שצריך לשלם גם אם לא רצינו. לעיתים נעשית מחויבות טרום חוזית, לדוגמא – בהתנהלות במו"מ בו נגרם נזק לאחד הצדדים. הצד השני יצרך לפצות אותו למרות שברור לכולם שלא היה כאן חוזה אלא רק משא ומתן. עדיין, דיני חוזים מגנים על מי שהסתמך על המו"מ. הרצון אינו תנאי מספיק לחוזה, וגם לא הכרחי לו.

**בין אינדיבידואליזם לסולידריות:**

* אינדיבידואליזם ו"ייזהר הקונה" - כל אדם צריך לדאוג לעצמו. אדם לאדם זאב. יזהר הקונה – הוא צריך להיזהר שמה שהוא קונה הוא בסדר ותקין.
* תפיסה סולידרית – אדם לאדם הוא אדם. המוכר הוא זה שצריך להיזהר ולהבהיר מה הוא מוכר לקונה.

השיטה המשפטית מתקדמת בכל העולם לעבר סולידריות, ובייחוד בישראל. בשיעור נעסוק בחובות סולידריות, חובות התחשבות, ובניהם חובת תום לב שהיא חובה מרכזית שבהן. ישנן עוד חובות המופיעות בפסיקה שהן שריד מהמשפט המקובל(האנגלי, אמריקאי), ואנו שואבים משם חלק מהדוקטרינות.

**דוקטרינות להחלת חובת התחשבות:**

במשפט המקובל ישנן 2 דוקטרינות עיקריות שנועדו לייצר חובת התחשבות.

* + 1. **השתק הבטחה**:
* לדוגמא – אם ראובן הציג לשמעון מצג עובדתי כלשהוא ושמעון שינה את מצבו לרעה בהסתמך על המצג, ראובן אינו רשאי לכפור בנכונות המצג ולהגיד שזה היה מצג שקרי. כלומר, נניח ושמעון רוצה לקנות דירה מראובן, אבל הוא שומע שגם אריאל רוצה לקנות את הדירה מראובן. הוא מפחד לשלם לראובן על הדירה כי אולי כבר אריאל קנתה את הדירה והוא יאבד את הכסף שלו, ולכן הוא הולך לאריאל ושואל אותה אם היא קנתה את הדירה. אריאל אומרת שהיא לא קנתה את הדירה, ולכן שמעון מעביר כסף לראובן על הדירה, ומבקש להעביר את הדירה על שמו בטאבו. בדיעבד מתברר שראובן כבר מכר את הדירה לאריאל, ושמעון הפסיד את כספו בעקבות כך. דין השתק הבטחה אומר שבמצב כזה, הדירה לא תהיה שייכת לאריאל אלא לשמעון, כי הוא נפגע כתוצאה מהשקר שלה, והסתמך על השקר שלה. אריאל מושתקת מלטעון שקנתה את הדירה, כי היא שיקרה, אז היא לא יכולה להסתמך על מצג שהיא אמרה שהוא שקרי ולטעון שהיא רכשה. אי אפשר לטעון טענה שבה אתה מסתמך על מצג הפוך ממה שהצגת.
* קיבול בשתיקה - פרידמן וכהן – אם המציע אמר ששתיקה כהסכמה, ניצע יכול להסתמך על זה למרות שלפי חוק אין לזה תוקף. למה הם אומרים שבכל זאת ניצע יוכל להסתמך? בגלל השתק. המציע הציג מצג שיש לזה תוקף למרות שזה מצג שקרי, והניצע הסתמך על זה, אז המציע לא יכול פתאום לטעון שזה היה מצג שקרי ולטעון הפוך ממה שהציג. הוא מושתק מלטעון שהשתיקה היא לא כהסכמה אם הוא אומר בהצעה ששתיקה כהסכמה. הם מתבססים על עניין ההשתק בטענה זו שהם מקבלים את הסתמכות הניצע על דברי המציע.
* השתק כתחליף לדרישות אחרות בחוזה - ברעיון ההשתק משתמשים במשפט המקובל כתחליף לדרישות אחרות בחוזה. למשל, דרישת הכתב. ניתן להשתמש בהסתמכות כתחליף לדרישת הכתב. במשפט המקובל יש דבר שנקרא תמורה. תמורה – כל חוזה חייב שהצדדים יחליפו בניהם איזושהי תמורה. לא מספיק חוזה באוויר.
* **פס"ד הופמן נ' הינשוף האדום**(בחו"ל) - יישום של השתק הבטחה – בעל מאפייה שרצה להתקשר עם רשת מרכולים בשם הינשוף האדום, ורצה להיות הזכיין שלו. נכנסו למשא ומתן. הינשוף האדום שידרו שהם רוצים להיכנס איתו לחוזה, ולכן הוא עשה כל מיני מעשים לטובת החוזה העתידי. לבסוף הינשוף האדום אמרו שאינם מעוניינים בחוזה, והמשא ומתן לא הבשיל לידי חוזה כיוון שהייתה בעיה במסוימות. הופמן אמר שעקב המשא ומתן הוא היה בטוח שכן ייכרת חוזה, ולכן הוא שינה את מצבו לרעה בשביל החוזה. בית המשפט פסק(לא בישראל, אך חלק מהמשפט המקובל) שהופמן צודק. פסקו שאין חוזה, אך עקב התנהלות הינשוף האדום, והמצג השקרי שהם יצרו, נפסוק להופמן פיצויים. איזה פיצויים? פיצויי הסתמכות – פיצוי על הכסף שהוא הוציא. כלומר, ישפו אותו על הפסדיו בעקבות הסתמכותו על המצג של הינשוף האדום.
  + 1. **חוזה נספח**(משפט אנגלי) – קונסטרוקציה משפטית פיקטיבית(מהמשפט המקובל) שאומרת שבין הצדדים גם לפני חתימה על חוזה, יש בניהם איזשהו חוזה להסדרת המשא ומתן. הוא לא חוזה מפורש אלא חוזה משתמע.   
       לדוגמא:
* **כללים לניהול מכרז** – כללי מכרז אינם חוזה, אך אנו עדיין מחויבים אליהם ברמה כלשהיא. המשפט המקובל אומר שהחיוב של הכללים האלה זה חוזה נספח, עצם זה שאמרתי את הכללים למכרז, התחייבתי אליהם. לדוגמא: פס"ד בית יולס - צריך להפקיד ערבות, ומי שלא מפקיד ערבות לא משתתף במכרז, ניתן להגיד, שיש פה חוזה נספח. ובחוזה כזה, לא צריך קיבול, כי זה הצעה מזכה.
* **התחייבות של שלוח שאין לו הרשאה** – אני מציג את עצמי כנציג של חברת נדלן ואומר שאני מוכר דירה, וחותם על מסמכים כנציג החברה. בסוף מתברר שאין לי באמת הרשאה לחתום על המסמכים בשם החברה. במקרה כזה אין לי מחויבות חוזית כלפי הצד השני, כי חתמתי בשם החברה. תשובת המשפט המקובל – במקרים כאלה נעשה חוזה נספח, כלומר אני כורת חוזה עם הניצג, ובעצם אומר לו שאני שלוח של החברה, ומתחייב בפניך שאני שלוח. ואם אני מפר את האחריות הזאת, יש לי אחריות חוזית כלפיך.
* **הצעה בלתי חוזרת** – הצעה לקנות ממני דירה ב2 מיליון שח תוך 20 יום, ללא חזרה מההצעה. איך הצעה הופכת להיות בלתי חוזרת? המשפט המקובל אומר שיש פה חוזה נספח, אני נותן לך חוזה שאני מתחייב לא לחזור בי מההצעה שלי, והצד השני מקבל זאת כי קיימת פה חזקה המזכה את הניצע, ולא צריך קיבול.

באמצעות דוקטרינות אלו ניתן לעשות חובת התחשבות. במשפט הישראלי בחוק החוזים יצרו את ס' 12 לחוק, הכולל גם את שתי הדוקטרינות שצוינו במשפט המקובל.

### גדרי חובת תום הלב במשא ומתן

ס' חובת תום הלב מופיע גם בהקשר של משא ומתן לכריתת חוזה(ס' 12) וגם במהלך קיום חוזה(ס' 39).

תום לב במשא ומתן – ס' 12:

1. *"במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב"–* חובה, מה שהצדדים מחויבים לעשות אחד לשני.
2. *"צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעקבות הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן. הוראות ס' 10,13 ו14 לחוק החוזים(תרופות בשל הפרת חוזה), יחולו בשינויים המחייבים"* – סעיף זה עוסק בשאלה מה קורה אם אחד הצדדים הפר את חובתו – מה הסעדים/תרופות שהוא זכאי להם.

ס' א – 2 מושגים העולים מסעיף זה הם דרך מקובלת ותום לב. בפסיקה לא מייחסים הבדל בין 2 דרישות אלה, ואפשר פשוט להגיד תום ולא דרך מקובלת. מדובר בעצם **במושג שסתום** – תום לב הוא מושג לא ברור ומעורפל. ניתן להבין את העיקרון ולאן הוא מושך. הטענה לגבי מושגים כאלה הן שהם פוגעים בוודאות השיפוטית כי לא ברור איך לפרש אותם. אנשים יכולים לפרש אותם באופן שונה. אך יש ספרות על כך, שבתום לב אפשר גם לא להיות כאלה שפוגעים בוודאות השיפוטית, כי די מוסכם על כולם שיש הפרה על תום לב.   
על אף הביקורת על העמימות שבהגדרת תום הלב, בסופו של יום, רוב המקרים בהם אין תום לב הם מקרים בהם קל לראות שאין תום לב.

בס' ב – יש אפשרות לקבל פיצויים. השאלה אם מקבלים פיצויים לא תלויה אם נכרת חוזה או לא. פיצויים לא תלויים בתוקף החוזה, ניתן לקבל פיצויים גם אם נכרת חוזה והייתה הפרה של תום הלב, וגם אם לא נכרת חוזה והייתה הפרה שלו.

**תחולת החובה:**

התכולה של עיקרון תום הלב היא בעצם כפולה. תחולה ישירה ועקיפה:

* **תחולה ישירה** - יש לצדדים חובה לנהוג בתום לב.
* **תחולה עקיפה** – השופט ברק אומר שתום הלב חל על מערכת המשפט גם באופן עקיף, ועל סעיפי חוק שלא קשורים. כשאנחנו נפרש סעיפי חוק בחוק החוזים, אנו נפרש לאור עיקרון תום הלב. כנ"ל לגבי קריאת חוזה באופן כללי. אם ישנו חוסר בחוזה, אנו משלימים אותו על פי הנוהג והוראות השלמה חקיקתיות, אך גם לפי עיקרון תום הלב. בעצם, עיקרון תום הלב לא מופיע רק בס' 12, אלא משפיע על כל תחום המשפט האזרחי עקב ס' 61 לחוק החוזים.

**קנה המידה לתום הלב:**

האם החובה היא אובייקטיבית או סובייקטיבית?  
אם אני רוצה להשכיר דירה ושואלים אם יש בדירה נזילות ואני אומר שאין, למרות שאני יודע שיש. כיוון שאני יודע שאני משקר, השקר שלי הוא הפרה של חובת תום הלב הסובייקטיבית. אם לא ידעתי שיש נזילה, לא שיקרתי, ולכן אין הפרה אובייקטיבית של תום הלב. אך הטענה היא שמשכיר צריך לדעת מה המצב של הדירה שלו, וזוהי חובה אובייקטיבית. משכיר סביר היה צריך לדעת שיש לו נזילות בדירה, ולכן הטענה שהוא לא ידע על הנזילה היא לא רלוונטית, כי החובה היא אובייקטיבית. מה שמשנה הוא מה משכיר סביר צריך היה לדעת, לא מה משכיר קונקרטי ידע . ואם בית המשפט יכריע שמשכיר סביר צריך היה לדעת אם יש לו נזילות בדירה, אז זה לא ממש משנה מה הסובייקטיבי שלו.

עמדת הUCC – דרישה אובייקטיבית

**בפסיקה – ישנן 3 גישות עיקריות:**

1. **סובייקטיבי** – לא התקבלה כל כך ברוב הפסיקות. **פס"ד ספקטור נ' צרפתי**.
2. **מבחן מעורב** – אובייקטיבי עם היבטים סובייקטיביים – השופט ברק אומר כי *"המבחן לקביעת התנהגות ראויה היא מבחן מעורב, בו משמשים יחדיו עקרונות אובייקטיביים של הישר וההוגן, ועקרונות סובייקטיביים, המתחשבים בין השאר בטיב העסקה ובמהות הצדדים. עם זאת מן הראוי להדגיש, כי אמונתו של המנהל משא ומתן, כי הוא פועל ביושר ובהגינות, אינה מכרעת, שכן למשתתפים במשא ומתן החוזי עשויים להיות סטנדרטים מעוותים של יושר והגינות".*
3. **מבחן אובייקטיבי** – תום לב הוא מבחן אובייקטיבי הקובע מידת התנהגות ראויה, וזוהי הגישה השלטת בפסיקה – השופט ברק ב**פס"ד בית יולס** - *"תום לב הינו מבחן אובייקטיבי. הוא קובע רמת התנהגות ראויה. הוא אינו משיב אך תשובה על השאלה: מה חשב בליבו צד לחוזה? הוא גם אינו משיב תשובה על השאלה: כיצד התנהג צד לחוזה, הלכה למעשה? עקרון תום הלב משיב תשובה על השאלה: כיצד צריך צד לחוזה להתנהג? על פי עקרון תום הלב פוסקים, מה הוא הראוי והמצופה בנסיבות נתונות מצד המנהל משא ומתן".*
4. **תלוי בניסוח** - השופט חשין אומר שזה תלוי בחוק. אם כתוב בדרך מקובלת, הכוונה היא אובייקטיבית. אך אם כתוב רק תום לב, הכוונה היא סובייקטיבית.

**תום לב הוא קוגנטי או דיספוזיטיבי?**  
אם תו"ל הוא קוגנטי, אי אפשר לוותר עליו. נניח ואני כותב בחוזה "במסגרת חוזה זה אם יש נזילות בדירה אני לא מחויב להגיד לך אותם". לפי חובת תום לב אני חייב להגיד, אך לפי הסעיף בחוזה אני לא חייב. אם ההוראה היא קוגנטית אז הסעיף בטל בחוזה. אם ההוראה דיספוזיטיבית, הסעיף כן עומד.   
אחת הבעיות בחוזים מסחריים היא שאם נגיד שדברים הם דיספוזיטיביים, יופיעו סעיפים בסגנון הזה בכל החוזים. ובהרבה חוזים היינו רואים סעיף שאומר שבחוזה זה הצדדים אינם מחויבים בעיקרון תום לב, ואז יוכלו לכתוב סעיפים שמנוגדים לחובת תום לב בכל חוזה.

אבחנות רלוונטיות – בגדול תום לב הוא קוגנטי, אך ישנן אבחנות ספציפיות בהם הוא יכול להיות דיספוזיטיבי:

* **טיב הזכות** – יש חובות שהן בליבה של חובת תום הלב, ולכן הן הוראות קוגנטיות. אך יש גם דברים בתום הלב שניתן להתנות עליהם. לדוגמא, חובת שוויון במרכז, ניתן לכתוב בחוזה שאני לא מחויב לנהוג בשוויון בין הניצעים, ולא בטוח שזה קוגנטי. טיב הזכות פירושו – האם זה בליבה או לא בליבה(שמגר ב**פס"ד בית יולס**).
* **לכתחילה או בדיעבד** – לכתחילה זה לכתוב בחוזה שאין חובות תום לב בין הצדדים. בדיעבד זה להפר את חובת תום הלב, אך אני אומר לצד השני, למרות שהפרתי, תוותר לי על כך. הנטייה בבתי המשפט היא לאפשר להתנות בדיעבד. התנאה בדיעבד זה בעצם הסכם פשרה, ובתי המשפט לא רוצים להגביל או לפגוע בהסכמי פשרה.

**תחולה פרסונלית – על מי חובת תום הלב חלה?**   
על 2 הצדדים, אחד כלפי השני. האם החובה חלה על עוד אנשים?

* **שלוח** – נציג או שלוח של חברה - **פס"ד פנידר נ' קסטרו** – פנידר מכר את המקרקעין לקסטרו, ופנידר היה שלוח מטעם החברה, והיה חבר של קסטרו. קסטרו סמך עליו וקנה ושילם, אבל החברה הייתה בהליכי פירוק והוא לא סיפר לו שהקרקע כלל לא בבעלותו אלא בבעלות החברה הזו, ובסוף הוא לא קיבל את המקרקעין. לכן הוא תבע את פנידר. פנידר הוא לא זה שכרת את החוזה, כי הקרקע לא שלו, הוא היה שלוח. השאלה היא, האם ניתן להחיל עליו חובת תום לב, שברור שהופרה, על אף שהוא לא צד בחוזה? ברק בפס"ד – *"מן הראוי הוא להחיל את הוראת ס' 12 על התנהגותו של שלוח או מנהל בכל מקרה, שבו הצד השלישי, המנהל משא ומתן עם השלוח או המנהל, נוטה אמון לאותו שלוח ולאותו מנהל".*
* **מתווכים** – גם על מתווכחים חלה חובת תום לב בהקשר החוזה אותו הם מתווכים, לפי **פס"ד שר נ' כהן**.
* **צד לחוזה מאותו מתרס** – דעת פרידמן וכהן – קיימת חובת תום לב גם לאנשים באותו הצד. לדוגמא – עו"ד המייצג לקוח בתיק, קיימת לו חובת תום לב. שותפים בקרקע הרוצים למוכרה לאחרים.

### קטגוריות קונקרטיות של תום לב במו"מ

**הגדרה אבסטרקטית:**   
לא ניתן לתת רשימה סגורה של תנאים בהם צריך תום לב, אלא לתת כללים מנחים כלליים. השופט ברק בפס"ד בית יולס – *"החוק אינו דורש כי הצדדים יהיו מלאכים זה לזה, אך החוק דורש כי הצדדים לא יהיו זאבים זה לזה... הצד למשא ומתן החוזי דואג לאינטרסים של עצמו. תום הלב מבקש להבטיח, כי דאגה זו תיעשה באופן הוגן".*

**ש.ב:**

* ע"א 4850/96 **קל בנין בע"מ** נ' **ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, נב(5) 562 (1998).
* ע"א 829/80, **שכון עובדים נ' זפניק**, פ"ד ל"ז (1) 579 (1983)
* ע"א 979/17 **סלע חברה למוצרי בטון בע"מ נ' רשות מקרקעי ישראל**(19.4.2020)

**שיעור 7 – 13.02**

איך נדע מתי ישנה הפרה אבסטרקטית של תום לב?   
בצורת אנלוגיה מפסיקות בימ"ש קודמות, והשוואה למקרה הנוכחי. חשוב להגיד שבית המשפט תמיד יכול להכניס מקרים חדשים שלא נאמרו או נכללו בעבר.

**דוגמאות להפרת חובת תום הלב:**

**פגמים בכריתה:**

כשכורתים חוזה יכולים להיות פגמים בכריתה, ויש סעיפים המגדירים זאת בחוק:

* הטעיה – אי גילוי ומצגי שווא
* כפייה – לחץ פיזי, נפשי או כלכלי
* עושק – ניצול מצוקה של צד בחוזה כדי לגרום לו לחתום על החוזה.

על אף שחוזה יכול להכרת בכל אחד מהמצבים האלה, עדיין לצד הנפגע יש זכות בתנאים מסוימים לבטל את החוזה, נוכח הפגם.   
מדוע זה קשור לתום לב? כי כל המקרים האלה גם מהווים הפרה של תום לב. אם אני מטעה או כופה אדם כדי לגרום לו לכרות חוזה, זה הפרת חובת תום הלב.

מה היחס בין העילות האלה – אם יש חובת תום לב בס' 12, מדוע ישנו צורך גם בשלושת הפגמים לעיל?

* ככלל נעדיף לא להשתמש בס' 12 כי הוא סעיף שיורי. שיורי – כשאין לנו אופציה אחרת נשתמש בזה, אבל לא לכתחילה.
* ס' 12 משמש ככלי ליציקת תוכן בחובות הגילוי. הטעיה אומרת שאם הטעיתי אותך זה יכול להוות עילה לפסילת החוזה. מתי אי גילוי מהווה הטעיה ומתי לא? אם אי הגילוי נגוע בחוסר תום לב, זה ייחשב הטעיה המאפשרת ביטול החוזה. אם אי הגילוי אינו נגוע בחוסר תום לב, אזי ההטעיה לא תאפשר את ביטול החוזה. בעצם החובה הנובעת בס' 12 מאפשרת ליצוק תוכן בהטעיה.
* הסיבה המרכזית שס' 12 מוסיף על הפגמים – כיוון שהוא מאפשר לפסוק פיצויים. הטעיה כפייה ועושק מאפשרים לפסול את החוזה, אך לא מאפשרים לפסוק פיצויים. מכוח ס' 15(הטעיה) לא ניתן לדרוש פיצויים אלא רק לפי ס' 12, ולכן ס' 12 לא מיותר, כי הוא בא לתת מענה של סעדים על ס' 15.
* האם כאשר מתחרש פגם בכריתה בהכרח מופרת חובת תום הלב ולהיפך? כלומר, האם יכול להיות מצב בו הופרך תום הלב, אך אין הטעיה? לא. למשל, אם הופרה חובת תו"ל, אבל זה לא מספיק כדי להוות פגם בכריתה. זה שיש לאדם בעיה כלשהיא לא מצדיקה כדי להגדיר אירוע מסוים כעושק. האם רמת המצוקה הנדרשת כדי להגדיר אירוע כעושק היא אותה רמה כדי להגדיר חוסר תום לב?   
  צריך להבין שני דברים כדי לענות לשאלה: דבר ראשון שמערכת משפטית אמורה להיות קוהרנטית, אז הערכים שבאים לידי ביטוי בשאר הסעיפים של חוק החוזים (15,16 שמדברים על הטעיה וכפיה) באים לידי ביטוי גם בסעיף 12. מצד שני, סעיף 12 מאפשר סעדים שונים מאשר בסעיפים 15, 16. יש גישות שיגידו שלצורך פיצויים, מספיקה רמה מסוימת של הפרת חובת גילוי. לצורך ביטול חוזה צריך רמה גבוהה יותר, וכך גם מבחינת תו"ל.   
  שאלה זו נמצאת במחלוקת בפסיקה. גם בהקשר של תו"ל וגם בהקשר של פגמים בכריתה. אבל לפי קדמי וגולדברג זה יכול לקרות שיהיו מקהרים שיש רק אחד, אחד לא מחייב את השני.

ב**גנז נ' כץ** היה חוזה שידוכים עם מחיר גבוה לשידוך והמשודך רצה לבטלו מכוח עושק. והשופטים הסכימו שאי אפשר לבטל את החוזה מפאת עושק. גם דעת המיעוט סברה שלא היה מדובר בעושק. אך הייתה מחלוקת האם למרות שלא מדובר בעושק, האם עדיין אפשר לפקח על החוזה ולהקטין את התמורה שניתנה בחוזה באמצעות תביעה לחוסר תו"ל. **השופט קדמי** אומר שהמצוקה או התנאים הגרועים שהיו בחוזה לא מצדיקים את טענת העושק אבל הם מספיק טובים כדי שנפסוק לתת פיצויים מכוח ס' 12, ונוכל להגיד שיש כאן חוסר תו"ל. הסיטואציה לא מספיק חזקה כדי לבטל חוזה על בסיס עושק אבל כן מספיק חזקה כדי לקבל פיצויים מכוח עקרון תו"ל. **השופט זמיר** אומר מנגד, שאם לא הצלחת להוכיח עושק אי אפשר לבוא ולהשתמש בעילת תו"ל, כי זה אותו עיקרון. לכן במקרה הזה לא ניתן לטעון לחוסר תו"ל, כי אם עושק לא התקבל, גם זה לא יתקבל. **השופט גנץ** חולק ואומר שהסעדים הם שונים, נכון שהערכים הם אותם ערכים אבל יכול להיות שבגלל שתו"ל יותר גמיש בסעדים ומאפשר פיצויים יותר מדויקים, נכיר בחובת תום הלב ולא בעושק. (תו"ל בדר"כ בפסיקה יהיה סעד שהוא נמוך יותר, כי הוא יותר גמיש מבחינת הסעד שלו). יש פסיקות נוספות כמו אצל גולדברג בפס"ד מאיה, שהוא בגישת קדמי, מאפשר להשתמש בתו"ל גם כשאין כפייה או עושק.

**התכחשות להבטחות או פרישה לא נאותה מחוזה:**

צד אחד יוצר מצג שווא כאילו הם עומדים לחתום על חוזה עם צד שני, ואז ברגע האמת פורשים. לעיתים ישנם צדדים שעושים זאת בשביל מצג שווא.   
דוגמאות:

* **פס"ד הינשוף האדום נ' הופמן** – רשת הינשוף האדום השלתה את הופמן שהיא עומדת לכרות חוזה ובסוף לא כרתה חוזה. הופמן הסתמך על רצינותם במשא ומתן, והיה לו הפסדים בעקבות כך. בית המשפט פסק שאין חוזה, אך הייתה הפרת תום הלב.
* **פס"ד קוט נ' ארגון דיירים** – קוט הוציא הוצאות בהסתמכו על אמירות ארגון הדירים במשא ומתן. בית המשפט קבע כי הייתה הפרת תום הלב כיוון שארגון הדיירים נתן לקוט תחושה או מצג שהם עומדים לכרות איתו חוזה.
* **פס"ד קלנר** – 2 בני זוג אדריכלים שהתקשרו בחוזה עם בעל מגרש. הם יבנו בניין ויקבלו חלק מהמגרש. לאחר שבנו, בעל המגרש אמר שלא מתכנן להעביר את המגרש על שמם. על אף שלא הייתה דרישת הכתב, ישנה הפרה של תום הלב, ולכן דעת הרוב פסקה שהייתה פה פרישה לא נאותה מהחוזה, ויש להעביר את המגרש על שמם.

מתי נגיד שיש פרישה לא נאותה מהחוזה? תלוי בנסיבות. ישנם נסיבות שהפרישה לגיטימית. זה שמישהו מנהל משא ומתן לא אומר שהוא חייב לכרות חוזה. אין תשובה ברורה בעניין, אך זה מושפע מהנקודות הבאות:

* **האם הייתה הסתמכות?** ככל שיש הסתמכות, כך פרישה של צד אחד מהמשא ומתן היא לא לגיטימית. אם צד אחד יודע שהצד השני מוציא כסף כתוצאה מהסתמכותו על המשא ומתן ועל הציפייה לחוזה, הוא לא יכול לנהל הליך שהוא לא רציני, כי הסתמכו עליו.
* **מהו השלב בו נמצא המשא ומתן?** אינו דומה שלב ראשון לשלב מתמשך בו המשא ומתן מתקדם. אם 2 צדדים נפגשים פעמים רבות למשא ומתן, הגיוני שצד אחד מאמין כבר שיתממש חוזה, ולכן אם הצד השני בורח לפתע, יהיה הפרה של תום לב.
* **טיב המצג של הצד השני** – עד כמה נתתי לצד השני להאמין שאני מתכוון להתחייב בחוזה. 2 אפשרויות:

1. אם צד אחד אומר לצד השני שלא יסתמך וזהו רק משא ומתן, זהו טיב מצג שלא ניתן להגיד שיש בו חוסר תום לב, כי הובהר בצורה ברורה שזהו רק משא ומתן.
2. אם צד אחד אומר לשני שהם בטוח יחתמו על החוזה וש"יסמוך עליו", תהיה נטייה חזקה לומר שיש פה הפרה של תום הלב במידה וצד זה יפרוש לפתע מהמשא ומתן לחוזה.

הפסיקה הכירה בכך שפרישה לא נאותה מתום הלב כמוה כהפרת חובת תום הלב במשא ומתן.

**הצגת דרישות לא חוקיות:**

נניח ואני בא ומנהל משא ומתן על מקרקעין, אנו סוגרים את כל הפרטים, אך יודעים שצריך כתב. אנו באים לחתום על הכתב, ואז המוכר אומר שהוא אינו מעוניין לשלם מס שבח, אז מבקש שנרשום סכום פיקטיבי על מנת שלא יצטרך לשלם את מס הרווח. אני מסרב לכתוב בשטר המכר סכום שאינו נכון. המוכר אומר שאם כן, אין חוזה. האם זו הפרה חובת תו"ל? האם אני יכול לטעון שהוא העלה דרישה לא חוקית ולכן יש פה חוסר תום לב?   
האם הצגת דרישות לא חוקיות שהם אלה שסיכלו את החוזה, מהוות חוסר תום לב?

דוגמא נוספת - אני מזמין קבלן, ובשביל כך אני לוקח יום חופש. הקבלן מגיע, ואומר לי שהוא לא נותן קבלה(כלומר אינו משלם מע"מ), אני אומר שאיני מסכים לסגור את ה"חוזה" באם אין קבלה. הקבלן אומר שאם כן, הוא הולך ולא יבצע את העבודה. האם אוכל לתבוע את הקבלן על הפרת תום הלב?

האם הצגת דרישות לא חוקיות מהוות חוסר תום לב?

**פס"ד זוננשין** – מחלוקת בין השופטים בן פורת וברק – בן פורת סוברת שעצם העלאת דרישה לא חוקית איננה הפרת חובת תום לב במו"מ, השופט ברק אומר כי העלאת דרישה לא חוקית כן מהווה הפרת חובת תו"ל במו"מ.   
השופט ברק *- "אם גרסת המערערים תתקבל, וייקבע כי המשא ומתן בעל פה הבשיל הסכם בעל פה, אך אחד הצדדים סירב להעלותו על הכתב אך משום רצונו לרשום בחוזה הכתוב סכום נמוך מהמסוכם – גישה שאינה מקובלת על הצד האחר בשל חוסר החוקיות שבה – כי אז ניתן לומר, כי באותו צד ניהל משא ומתן שלא בתום לב".*

**פיקוח על תוכן החוזה:**

דעת מיעוט של השופט קדמי ב**פס"ד גנז נ' כץ**. עקרונית ניתן להשתמש בתו"ל(לפחות לפי קדמי) כדי לפקח על תוכן החוזה. כלומר, החוזה עצמו התנאים שלו גרועים, וזה הפרת תום הלב. זו דעת מיעוט, אך ניתן להעלות את הטענה הזו בהקשרים מסוימים. גישה זו לא התקבלה בפסיקה באופן ברור, ויש דרכים אחרות לתקוף את תוכן החוזה שאינם דרך ס' 12.

**איסורי הפליה ושוויון:**

ישנו איסור הפליה על רקע גזע, מין, השקפה וכו, אך יש גם שוויון שאינו קשור להפליה.

**פס"ד בית יולס:**  
**עובדות המקרה:** בית יולס החזיקה בבית אבות, ורצתה להוסיף עוד מבנה לבית האבות הקיים. בית יולס ניהלו משא ומתן רק עם חברת רסקו שלא עמדה בתנאי המכרז שפרסמה בית יולס בדבר הבאת ערבות בנקאית(ולא עם רביב וארנסון שעמדו בתנאים והפקידו את הערבות הנדרשת).   
**השאלה המשפטית:** כרשות ציבורית, אם אני עושה מכרז אני מחויב בשוויון, אך כגוף פרטי – האם מחויבים בשוויון במכרז? באים חברות רביב וארנסון וטוענים לחוסר שוויון במכרז, כיוון שבית יולס עשו חוזה עם אנשים שלא עמדו בתנאי המכרז כלל. בית יולס טוענים מנגד שהם חופשיים לפעול כרצונם במכרזם מכיוון שהם חברה פרטית ואינם מחויבים בשוויון.   
**ביהמ"ש:** המחוזי – לא נפל פגם בהתנהלות בית יולס. העליון - צדדים סבירים מצפים לשוויון, ולכן יש לפסוק פיצויי הסתמכות. בדיון נוסף נקבע בדעת הרוב כי לא חלה חובת השוויון במכרז הפרטי.   
השופט לוין – *"הגעתי לכלל מסקנה, שאין להעלות מן הנסיבות, שהוכחו במשפט זה, כוונה או ציפייה מצד בעלי הדין, שהטיפול בהצעות לאחר הגשתן ולאחר פתיחת תיבת המכרזים יתקיים על בסיס של שוויון".* כלומר, הצדדים כלל לא תכננו או חשבו שיהיה שוויון, הם יודעים שבמכרז פרטי אין חובת שוויון, ולכן לא ניתן להגיד שזו הציפייה הסבירה של הצדדים.   
השופט ברק – *"פשיטא, שבהעדר התנאה מפורשת אין בעל המכרז חייב לקבל את ההצעה הזולה ביותר, אך חובתו היא לשקול, מהי ההצעה הטובה ביותר. התחייבות זו נוטל על עצמו בעל המכרז כלפי כל משתתף ומשתתף. ממילא מתבקשת המסקנה - הטמונה בעצם החובה לנהוג ביושר ובהגינות - כי הוא חייב לנהוג שוויון ביניהם, תוך יצירת תנאים לתחרות הוגנת. זו ציפייתם הסבירה של המשתתפים. זו הבטחתו של בעל המכרז, וזאת קיבלו המשתתפים בהשתתפותם*". כלומר, זה מה שהצדדים רצו, הם רצו שוויון. המחלקות בין ברק ללוין – האם הייתה כוונה לשוויון או לא? לוין סובר שלא, ברק סובר שכן.   
השופט אלון(בדיון נוסף) *–**"קביעתו של השופט ברק, בקטע שציטטתי מדבריו לאחרונה, כי, מכוונת היא החובה לנהוג שוויון בין המציעים "זו ציפייתם הסבירה של המשתתפים, שאין לה לא יסוד ולא רמז כלשהו במציאות איפוא ל"ציפייה קונסטרוקטיבית". העובדתית במקרה שלפנינו, והיא אינה נובעת מהתנהגותם של בעלי הדין, כי אם להיפך, באה היא מבחוץ לכפות על בעלי הדין התנהגות בניגוד לציפיותיהם, כשם שנכפית על בעלי הדין התנהגות מקובלת אחרת, שיסודה בעקרון תום הלב****"***.הוא סובר שעם כל הכבוד לרטוריקה של רצון הצדדים, ברור שזה לא מה שהצדדים התכוונו. מה שברק אומר זה לא באמת רצון הצדדים. הוא אולי אוהב להשתמש במינוח רצון הצדדים, אך הוא מתכוון לרצון שלו של מה שהצדדים ירצו. כלומר, זה לא באמת מחלוקת על מה הצדדים רצו, אלא מה הסטנדרטים שאנו רוצים להחיל על התקשרויות חוזיות. השופטים לוין ואלון אומרים שהצדדים הם בעלי החוזה ויחליטו מה הסטנדרטים שחלים עליהם. אך השופט ברק אומר שלא, במכרז צריך לנהוג בשוויון.

**פס"ד קל בניין:**  
**עובדות המקרה** – ע.ר.מ פנתה במסגרת מכרז פרטי סגור לעשרה קבלנים וביקשה מהם הצעות מחיר לביצוע עבודות תשתית בשכונה חדשה ברעננה. בעלת המכרז ע.ר.מ רעננה ניהלה משא ומתן עם חלק מהמציעות, לרבות חברת קל בניין. בישיבה האחרונה בין ועדת המכרזים לקל בניין הגיעו להסכמה על המחיר, לאחר שקל בניין שיפרה את הצעתה. אישור של מועצת המנהלים של ע.ר.מ היה נחוץ על מנת שייכרת חוזה. כשהגיעו לידי ע.ר.מ תוצאות המו"מ לצד הצעות של שתי חברות שלא נטלו חלק במכרז, אישרה המועצה כריתת חוזה עם אחת החברות החיצוניות, שנתנה הצעה מחיר נמוכה מזו של קל בניין. קל בניין טענה שנכרת חוזה והופרה חובת תום הלב.   
**ביהמ"ש:**   
פסיקת ביהמ"ש המחוזי – לא הייתה הפרת תום הלב כיוון שאין עליהם חובת שוויון.  
פסיקת העליון – דעת המיעוט(לוין) – החוזה עם קל בניין נכרת עוד בטרם עלה העניין לאישור מועצת המנהלים. כיוון שאישור זה הוא טכני.   
דעת הרוב(גולדברג) – החוזה לא הופר, אך התקיים חוסר תו"ל במו"מ והפרת חוזה נספח. שזה בעצם להגיד במילים אחרות שהצדדים כן היו מחויבים בשוויון. בעצם נפסק בפס"ד זה שבמכרז פרטי יש חובת שוויון.

האם נהפכה ההלכה מפס"ד בית יולס? בית המשפט אומר שלא.   
השופטלוין – *"המקור לקביעת זכויותיהם וחובותיהם של המשתתפים במכרז נעוץ בדיני החוזים ולא במשפט הציבורי, אך כמו שנקבע בדעת הרוב... יכול שבנסיבות מכרז קונקרטי ניתן להסיק מן הנסיבות נטילת חובות כאמור... הדומות לחובות מתחום המשפט הציבורי".* כלומר, באופן עקרוני אין חובת שוויון, אך בנסיבות הקונקרטיות פה, יש חובת שוויון.

אבחונים אפשריים:   
- **מכרז סגור אל מול מכרז פתוח** – פה היה מכרז סגור, ובבית יולס היה מכרז פתוח. יכול להיות שבמכרז סגור נחיל חובת שוויון, ובמכרז פתוח לא נחיל.   
- **המכרז היה הליך סרק** – נטען שבעצם כל המכרז בסוף תלוי במועצת המנהלים, ונועד לסייע בהתקשרות עם החברה השלישית שעמה נחתם החוזה לבסוף. ובמובן הזה יש פה הפרת תום לב יותר חמורה.   
- **מועד הפרישה** מן המשא ומתן היה מאוחר יותר.

ניתן לראות בכל מיני דרכים שפס"ד קל בניין לא בא בדיוק להפוך את פס"ד בית יולס. יחד עם זאת, אחרי פס"ד קל בניין, אי אפשר לטעון באופן קטגורי שאין חובת שוויון במכרז פרטי, ומכוח תו"ל אפשר להחיל חובת שוויון במכרז פרטי. האם זה דומה לבית יולס? כל מקרה צריך לבחון לגופו. אך ברור שאם חברה באה ועושה מכרז ומתייעצת איתנו, צריך להגיד לה שישנו סיכוי שתהיה מחויבת בשוויון.

**חובות שוויון נוספות:**

* כללי המשפט הציבורי(גופים ציבוריים ומעין ציבוריים) – מחייבים בשוויון ואיסור הפליה. זה לא נכון רק לגופים ציבוריים, ולעיתים אנו מכילים חובות אלה גם על גופים שאינם ציבוריים. כמו לדוגמא – אוניברסיטה, חברת החשמל וכו'.
* חוק שוויון הזדמנויות בעבודה – בחוזה עבודה יש חובות שוויון.
* חוק איסור הפליה במוצרים, בשירותים ובכניסה למקומות בידור ולמקומות ציבוריים.
* ס' 22 לחוק השכירות והשאילה.
* הצעה לציבור היאאחת הדרכים שניתן להכיל חובות שוויון על שחקנים פרטיים.

חובת תום הלב איננה החובה היחידה שמתוכה מחילים על הצדדים חובת שוויון בהקשרים חוזיים.

### תוצאות הפרת חובת תום הלב

**האינטרסים השונים של דיני החוזים:**

פולר ופרדו, 2 מלומדים כתבו מאמר חשוב שנקרא The Reliance Interest in Contract Damages(1936).   
דיני החוזים יכולים להגן על אחד משלושה אינטרסים:

* + 1. **אינטרס הציפייה**/אינטרס הקיום – האינטרס שנועד להעמיד את הנפגע באותו מצב שבו היה לו קוים החוזה. כלומר, בהפרת תו"ל, אנו רוצים להעמיד את הנפגע כאילו לא הייתה הפרה והחוזה קיים.
    2. **אינטרס ההסתמכות** – האינטרס נועד להעמיד את הנפגע באותו המצב שבו היה אילולא פגש בצד השני. כלומר, הוא נועד להחזיר אותנו אחורה. אחד הצדדים הפר את החוזה או את חובת תום הלב במו"מ. אינטרס ההסתמכות אומר שבוא נחזיר אותך לאותו מצב כספי בו היית אם בכלל לא פגשת אותו.
    3. **אינטרס ההשבה** - להחזיר לנפגע את טובות ההנאה שהמפר קיבל מכוח החוזה. כלומר, בגלל החוזה הבאתי למישהו משהו, אינטרס ההשבה אמור להחזיר לי את מה שנתתי לו.

לדוגמא: אמיר רצה לכרות חוזה לרכישת דירה. הוא התקשר עם מוכר. המוכר ניהל מו"מ שהיה מאוד מתקדם, אמיר שכר עו"ד והסתמך רבות על המו"מ לכריתת חוזה. לבסוף המוכר אומר שהוא מכר את הדירה לאדם שלישי. לדבריו – האמת היא שהסיבה שהוא עשה את המו"מ הוא כדי לשפר את העמדות מול אותו גורם שלישי. יש פה הפרה ברורה של חובת תו"ל. השאלה היא מה הפיצויים?

עלות עו"ד– 10,000 ₪  
סכום המקדמה – 5,000 ₪  
מחר מוסכם לקנייה – 2,000,000 ₪   
שווי הדירה כעת – 2,500,000 ₪

* הגנה על אינטרס ההשבה – הוא יצטרך לשלם לו 5,000 ₪ - כי אינטרס ההשבה הוא לקחת מהמוכר את כל מה שהוא קיבל בעקבות החוזה. במקרה דנן – המקדמה שהקונה שילם.
* הגנה על אינטרס ההסתמכות – הוא יצטרך לשלם לו 15,000 ₪ - אם אנו רוצים להעמיד את הנפגע באותו מצב כספי בו היה לולא פגש את המוכר, אנו צריכים להחזיר לו את הכסף שהוא הוציא מאז פגש את המוכר.
* הגנה על אינטרס הציפייה – חצי מיליון ש"ח – אנו רוצים להעמיד אותו באותו מצב כספי לו היה חותם על החוזה כמו שציפה(כי מחיר הדירה עלה מאז השווי המוסכם לו ציפה).

הערות:

* מדוע באינטרס הציפייה אין צורך להחזיר את עלות העו"ד – כי בכל מקרה הוא היה משלם את עלות העו"ד אם החוזה היה מקוים, אז הרווח שלו מהעסקה התיאורטית היה 490,000 ₪.
* יכול לטעון אמיר – אינטרס ההסתמכות שלי הוא לא 15,000 ₪ אלא חצי מיליון ₪. מדוע? אם תכננתי לקנות דירה, בניתי על המוכר, אם לא הייתי קונה אצלו, הייתי קונה דירה אחרת. ובזה שהמוכר 'עבד עלי' הוא גרם לי לאבד הזדמנות. אם אתה רוצה להעמיד אותי באותו מצב כספי לולא פגשתי אותך, יכלה להיות לי דירה בשווי 2.5 מיליון ₪, לולא פגשתי אותך ורימית אותי. הייתי הולך למוכר אחר, וקונה ממנו דירה זהה, וכיום עם 2.5 מיליון ₪.

טענה זו היא ספקולטיבית, כי ניתן לטעון על הפסד של דברים רבים אחרים שיכול היה להשקיע בהם את הכסף במקום בדירה(דוגמת ביטקוין – יכלתי להשקיע בביטקוין והיום היה לי 8 מיליון דולר וכו).

* ההסתמכות – מסתכלת על חשיבה אחורה, כדי להעמיד את הנפגע באותו מצב כספי אילולא פגש את המוכר.
* השבה – מסתכלת על חשיבה אחורה בזמן, אך היא לא מסתכלת על הנפגע אלא על המפר. היא רוצה לקחת מהמפר את מה שקרה. ולוקחת ממנו את הכסף.
* ציפייה – להסתכל קדימה על הנפגע, מה הנפגע היה מקבל לו החוזה היה מתקיים.

באופן בסיסי – חוזים נועדו להגן על ציפייה, נזיקין נועדו להגן על הסתמכות, ועשיית עושר נועדו להגן על השבה.   
מהי עשיית עושר? נניח והפקדתי בטעות כסף בחשבון בנק של מישהו אחר, אני יכול לדרוש את הכסף הזה בחזרה מתוקף עשיית עושר. זה בעצם אינטרס ההשבה.   
הסתמכות זה דיני נזיקין, אם גרמתי לך נזק, אנחנו רוצים להעמיד אותך באותו מצב כאילו לא הייתה תאונת דרכים.  
חוזים זה אינטרס הציפייה, כלומר, הרעיון של חוזים וזה מה שמיוחד בו, זה שאנו עושים משהו ספקולטיבי – אנו אומרים, מה היה קורה אילו קוים החוזה? כי אנו מעמידים אותך על ההבטחה שלך.

**פיצויים שליליים:**

הפרת חובת תו"ל – הכלל הוא מתן פיצויים שליליים – כלומר, מגנים על אינטרס ההסתמכות(הסתכלות על העבר). מה בלשון הסעיף מראה לנו שההגנה היא על אינטרס ההסתמכות ולא על הציפיה?

תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, קו

התיאור נוצר באופן אוטומטי

מתוך הסעיף עצמו אין באמת הסמכה לפיצויים חיוביים שמגנים על אינטרס הציפייה, אלא פיצויים שליליים שמחזירים אותנו אחורה. "הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן".   
הצדקות:

* היגיון דיני החוזים היא כי הייתה פה הבטחה ואנו רוצים שאנשים יעמדו בהבטחותיהם. במקרה דנן, לא הייתה הבטחה. עכשיו שאתה מפר – תשלם כאילו קיימת.
* קשיי הוכחה. כשאין חוזה קשה להוכיח מה הנזק שנעשה לך, את אינטרס הציפייה. את אינטרס ההסתמכות קל לאמוד, אך את הכסף שהייתי אמור להרוויח מחוזה שכלל לא נכרת הרבה יותר קשה להוכיח.



**דוגמאות לפיצויים שליליים:**

* **פס"ד קוט נ' ארגון הדיירים** – ארגון דיירים תכנן למכור לקוט את החנות, ובסוף לא מכר. ביהמ"ש הכריע שהייתה הפרה של חובת תו"ל. הפיצויים – שליליים.   
  השופט לוין – "בכתב התביעה תבע המערער נזקים לפי חמישה ראשים:  
  א. הפרש במחיר החנות בין יום הגשת התביעה ויום ההסכם המיועד 100,000 ל"י.  
  ב. תשלום דמי תיווך 5,000.  
  ג. תשלום שכר טרחת עו"ד 2,500.  
  ד. הוצאות מימון התשלום הראשון 10,000.   
  ה. לחלופין – פיצויים קבועים מראש לפי ההסכם 50,000.   
  אין למערער עילה לתבוע את הסכומים הנזכרים בפסקאות א ו-ע לעיל, אך יש לו עילה לתבוע את שאר הסכומים דלעיל, במידה והוא יטען כי סכומים אלה הוצאו על ידיו עקב ניהול המשא ומתן על ידי המשיבה שלא כאמור בסעיף 12 לחוק".
* **פס"ד בית יולס נ' רביב** – פסקו פיצויי הסתמכות(שליליים) – כמה עלה לרביב ולארנסון להשתתף במכרז.
* **פס"ד פרינץ נ' אמירים** – גם פסקו פיצויים שליליים.

**פיצויים שליליים טיפוסיים:**

* הוצאות לצורך מו"מ
* הוצאות שהתבססו על ההנחה שייכרת חוזה – לדוגמא, נניח ואני רוצה לשכור דירה בירושלים, ובגלל הפרה של חובת תו"ל החוזה לא מתקיים. מכך שהסתמכתי על החוזה שייכרת, עשיתי מנוי לבריכה בירושלים. גם על זה ניתן לתבוע פיצויי הסתמכות.

**הערות נוספות:**

* ניתן לקבל פיצוי בין אם נכרת חוזה או לא נכרת חוזה. אם לדוגמא, המוכר הטעה אותי, גם אם נחתם חוזה, אם נפגעתי כתוצאה מההטעיה שלו, ניתן לתבוע פיצויי הסתמכות.
* ניתן לקבל פיצוי גם אם הפרת חובת תו"ל התגלתה לאחר הכריתה.
* ניתן לקבל פיצוי גם אם הנפגע בחר שלא לבטל את החוזה – נניח והייתה הטעיה במו"מ, ולא ביטלתי את החוזה. זה שלא ביטלתי את החוזה, לא מונע ממני לקבל את הפיצוי.   
  לדוגמא: עשינו עסקה לרכישת דירה. שווי העסקה בינואר הוא 2 מיליון ₪ ו40,000 ₪ דמי תיווך. באוקטובר הייתה עליית מחיר של 400,000 ₪, ולכן שווה 2,400,000. בדיעבד התברר שיש מרפסת שנסגרה ללא היתר, ולכן שווי הדירה ירד בעקבות ההפרות התכנוניות, בשווי 20%. כלומר, בפועל הדירה שווה בינואר 1,600,000 ₪, ובאוקטובר שווה 1,920,000 ₪.   
  מה גובה הפיצוי שאקבל? (באופן בסיסי – פיצויים – תמיד כוללים ריבית והצמדה. )

אם אני מבטל את החוזה בעקבות הטעות ומחזיר את הדירה למוכר:

* השבה – 2 מיליון ₪ על מה שהקונה הוציא, כי דמי התיווך לא הגיעו למפר אלא למתווך, שהוא אדם אחר.
* הסתמכות – 2,040,000 ₪ - אותו מצב כספי לולא פגשתי במוכר.
* ציפייה – 2,400,000 ₪ - מעמיד אותי באותו מצב כספי אילולא הייתה ההפרה והייתי מקבל דירה תקינה(ספקולטיבי)
* אובדן הזדמנויות(הסתמכות) – 2,400,000 ₪. הוא יכול לטעון, שאם הוא לא היה קונה את הדירה הזו ממנו, הוא היה קונה דירה אחרת באותו ערך ואז מרוויח את הכסף הזה.

מה קורה אם שמעון מגיע ואומר שהוא לא רוצה לבטל את החוזה?

* היגיון דומה - מותר לו לא לבטל את החוזה. אך למרות שהוא לא ביטל, הוא עדיין רוצה פיצויים, וביהמ"ש פסק שניתן לקבל פיצויים גם אם החוזה לא בוטל. מה יהיו הפיצויים? צריך לבחון את האינטרסים. החוזה לא בוטל, ולכן יש לו ביד 1,920,00 ₪. אם אנו רוצים להגן על אינטרס ההשבה של שמעון, ראובן יצטרך להשיב לו 80,000 ₪, אם על אינטרס ההסתמכות הוא יצטרך להשיב 120,000 ₪, ואם על מעשה הציפייה, 480,000 ₪. אין הבדל אם חוזה בוטל או לא מבחינת פיצויים, מה שמשנה הוא אם יש או אין דירה.
* שחזור השקילות החוזית(פס"ד נטע מור) – אינטרס אחר(אפשרות אחרת לפיצוי, מקור הרעיון ממאמר של אייל זמיר), לא מה שלעיל, אלא – אנו חוזרים אחורה ואומרים שאם מראש שמעון היה יודע על הטעות, כמה הוא היה משלם עבור הדירה? 1,600,000 ובפועל הוא משלם 2,000,000 ₪, אז נחזיר לו 400,000 ₪. אנו בודקים כמה זה היה שווה, ומחזירים את השווי.   
  בפס"ד מור האישה חשבה שהיא קונה דירה עם נוף וקיבלה בלי נוף, אמרו לה שישחזרו את השקילות החוזית, ויתנו לה בחזרה את הפער בין כמה ששילמה לכמה שהייתה אמורה לשלם (שזה נמוך יותר כי זה דירה בלי נוף), בלי התחשבות בעליית מכירים וכו'. זה גם פיצוי שלילי שניתן לקבל בגין הפרת חובת תו"ל.

השופט שטיין – כל אחת מהאפשרויות של פיצוי אפשרית, וזה נתון לבחירת הנפגע.

כלל האינטרסים, מהם הנפגע יכול לבחור אפשרות אחת:

* ציפייה
* הסתמכות (ובתוכו אובדן הזדמנויות)
* השבה
* שחזור השקילות החוזית

**ש.ב:**

* סעיפים 14-16 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973
* ע"א 9019/99 **קינסטלינגר** נ'**אליה**, פ"ד נה(3) 542 (2001)
* ע"א 11/84 **רבינוביץ נ' שלב – קואופרטיב להובלה**, פ"ד מ(4) 533 (1986)
* בג"ץ 221/86  **כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, מא(1) 469 (1987)

**שיעור 8 – 20.02**

**פיצויים חיוביים:**

בהתחלה לא היה פיצויים חיוביים בכלל, עד הגעתו של פס"ד **שיכון עובדים נ זפניק**

**פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק:**  
**העובדות:** הייתה חברה שהציעה לאנשים לרכוש דירות במחיר טוב. היו קונים רבים, אך 20 אנשים מהקונים הפוטנציאליים הגיעו, ולא הצליחו להיכנס למשרד.   
**ביהמ"ש:** התנהלותם לא הייתה תקינה והיה צריך לאפשר להם לכרות חוזה.   
השופטת בן פורת – קונים אלו חתמו על הסכם פשרה, וויתרו על זכויותיהם. אך אם לא היו חותמים על הסדר פשרה, הייתה להם הזכות לתבוע פיצויים חיוביים, כלומר פיצויי ציפייה, ולחייב את החברה לתת להם דירה, או לפצות אותם. במצב זה, הסיבה היחידה שלא נכרת חוזה הוא בגלל חוסר תום לב. אם לא היו נוהגים בחוסר תום לב, די ברור שהיה נכרת חוזה. ולכן, במקרים כאלה, ניתן לתת פיצויים חיוביים, כדי להגן על אינטרס הציפייה, בהפרת חובת תום הלב.   
*"תרופות הפיצויים, המנויות בס' 12(ב) לחוק החוזים, אינן בגדר רשימה סגורה או ממצה. נהפוך הוא, מעצם ההכרה בדרישת תום הלב כעיקרון על או כעיקרון חולש נובע, שאין להצר את תחום התרופות לפיצויים בלבד. לפיכך... התוצאה שח "אשם בהתקשרות" מצד החברה היא מניעת ביצוען של פעולות ההפקדה והחתימה על הטופס, דרישות הכלולות במודעה. כיוון שכך, המסקנה המשפטית היא, שיש לראות את מצב המשיבות, כאילו שתי הפעולות הללו בוצעו על ידיהן בעוד מועד. ועל כן, יכלו המשיבים... לתבוע את כל התרופות, לרבות אכיפה או פיצויים שהדין מעניק לצד המקיים נגד הצד המפר חוזה"*

ההיגיון שאומר לתת פיצויים שלילית על הפרת תום לב פחות שייך במצב זה. קודם כל אין חסר. דבר נוסף, מבחינה מהותית, היה פה כמעט חוזה. נכון שלא נכרת חוזה באופן פורמלי, אך המצב התבשל כמעט לכדי חוזה ולכן הגיוני להגיד שהיה פה הסכם.   
לאמיתו של דבר, היה דרך אחרת שהיו יכולים להגיע לאותה תוצאה גם בלי תום הלב. בעצם, שיכון עובדים פרסמו הצעה לציבור שהם יכולים לרכוש דירה היום במחיר מסוים. זו הצעה לציבור, עם זמן מוגדר(הצעה בלתי חוזרת), וממילא מכך שהקונים התדפקו על דלתותיהם, ניתן לראות זאת כקיבול, ומשכך, גם ללא תו"ל ניתן להגיד שיש פה חוזה. ובאמת, במקרים רבים בהם נותנים פיצויים חיוביים, היה ניתן להגיד שיש פה כבר חוזה.

**פס"ד קלנר נ' גיא:**  
**העובדות:** זוג אדריכלים ניהלו משא ומתן עם בעל מגרש, שתוכניתם הייתה שהאדריכלים יבנו את הבתים, אחד הבתים יהיה שלהם ואחד הבתים יהיה של בעל המגרש. הם יצרו איזשהו הסכם קומבינציה. הם לא רצו לכתוב הסכם כדי להימנע ממס שבח. היו מסמכים כגון בקשות היתר, אך לא היה מסמך המשקף את החוזה בניהם בצורה מספקת, וכך טען בעל המגרש. אך כיוון שהבניין כבר נבנה והיה ברור של מי הבניין, ביהמ"ש הכריע שסירוב של בעל המגרש לרשום אותו על שם הבעלים מהווה הפרה של תום הלב.   
מה הסעד בגין הפרת חובת תום הלב הזאת? לכאורה פיצויים שליליים, היא לא מאפשרת אכיפה, כי אכיפה מגינה על אינטרס הציפייה.   
**ביהמ"ש:** דעת הרוב(ברק וגולדברג) – כשתום לב ודרישת הכתב מתנגשים זה בזה, תום לב גובר. ולכן אפשר להתגבר על דרישת הכתב באותו מקרה, באמצעות תום לב. ולמרות שמדובר בס' 12 ואין בו פיצויים חיוביים, עדיין בית המשפט מאפשר אכיפה של החוזה. בדעת מיעוט(שלא התקבלה) – השופט זמיר אומר שתום לב לא גובר על כתב, אך הוא מגיע לאותה תוצאה, בכך שהוא אומר שאותם מסמכים נוספים שקיימים, וביצוע חלקי, מאפשרים להתגבר על דרישת הכתב. התוצאה זהה, הרטוריקה שונה.

הרעיון של אינטרס ההסתמכות הוא להעמיד את הנפגע באותו מקום בו היה אילולא פגש את הצד השני. אך, לעיתים קרובות, עדיף להחזיר את הנפגע לאותו מקום בו היה אילו לא הופרה חובת תום הלב. אבל מחזירים אחורה בזמן ומבטלים את הפרת חובת תום הלב. השאלה הנשאלת – מה היה קורה אם לא הייתה מופרת חובת תום הלב. באותם מקרים בהם זה ברור מה היה קורה אם לא הייתה מופרת חובת תום הלב, בימה"ש יסכים לפסוק פיצויים או סעד של אינטרס הציפייה. במקרה של קלנר – אכיפה. כי אנו יודעים שאם בעל המגרש לא היה מפר את חובת תום הלב, זה די ברור מהנסיבות שהיה נכרת חוזה. במקרים שכאלה, אנו מאפשרים גם הגנה על אינטרס הציפייה.

**פס"ד קל בניין נ' ע.ר.מ רעננה:**  
**העובדות:** ע.ר.מ רעננה בעצם אישרה את החוזה, אך אמרה שצריך אישור של מועצת המנהלים. בסופו של דבר, מועצת המנהלים לא אישרה את החוזה,ובימה"ש פסק שיש פה הפרה של חובת תום הלב.  **השאלה המשפטית:** קל בניין תקבל פיצויים חיוביים או שליליים?   
**ביהמ"ש העליון(בסיבוב שני):** קל בניין תקבל פיצויים חיוביים, פיצויים שמגנים על אינטרס הציפייה, כלומר פיצויים שמעמידים אותם באותו מצב כספי לו הם היו מתקשרים בחוזה עם ע.ר.מ רעננה. מדוע? כי חוזה כבר היה די ברור, היה צריך רק אישור של מועצת המנהלים, ובלי הפרת חובת תו"ל היה חוזה וברור מה הוא היה, ולכן ביהמ"ש נכון לפסוק פיצויים חיוביים.  
השופט לוין בדעת מיעוט – בכלל לא מדובר פה במקרה של הפרת חובת תום הלב, אלא נכרת חוזה בין הצדדים. ולכן מגיע להם פיצויים חיוביים. לדידו, אישור מועצת המנהלים הוא טכני, והיה בין הצדדים חוזה. ולכן, במקרים רבים של פיצויים חיוביים, לעיתים ישנם דרכים לדרוש הפיצויים גם ללא חובת תום הלב.

**פס"ד עלריג נ' ברנדר:**  
גם אם אי אפשר לקבל אכיפה כי לא היה חוזה, עדיין ניתן לקבל פיצויים חיוביים מתוקף הפרת חובת תום הלב.

פס"ד חריג במיוחד, סוג של שבירת הכלים מבחינת האפשרויות שס' 12 נותן – פס"ד סלע נ רמ"י. בגדול, הפרת חובת תום הלב מקנה פיצויי הסתמכות(פיצויים שליליים), אבל אם היה לנו מצב שהיה ממש קרוב לחוזה, נאפשר פיצויים חיוביים. פס"ד סלע הוא חריג כי הוא לוקח את זה כמה שלבים קדימה.

**פס"ד סלע נ' רמ"י:**   
**העובדות:** סלע היא חברת בטון ולה קרקע שהיא שלה, והיא פלשה לקרקע שלא שלה, השייכת לרמ"י. סלע רצו להסדיר את עניין הקרקע. הם רצו לחכור את הקרקע מרמ"י, ולהסדיר את התקופה בה השתמשו בקרקע כשלא הייתה שלהם. הם ניהלו מגעים עם רמ"י והיה מו"מ ארוך. במו"מ עלה נושא דמי השימוש בקרקע שהשתמשו בה, והיה צריך אישור של ועדת הפטור ממכרז על מנת לסגור את החוזה על הקרקע. העניין הגיע לוועדת הפטור, ואלה העלו משמעותית את דמי השימוש הדרושים מסלע, ואישרו את הפטור בכפוף לתשלום דמי השימוש. סלע לא רצו לשלם דמי שימוש כה גבוהים ולכן לא שילמו.   
**השאלה המשפטית:** האם נכרת חוזה או לא?   
**ביהמ"ש:** אין חוזה, כי האישור של ועדת הפטור מחייב ונדרש, ובלי זה אין חוזה. השופט עמית – הייתה פה הפרה של חובת תו"ל, לא ניתן להעלות את דמי השימוש באופן כה משמעותי. הסעד –הייתה הפרת חובת תו"ל, ולכן סלע צריכים לשלם דמי שימוש ראויים ולקבל את המקרקעין. אך כמה דמי השימוש ואיך ניתן לחשב את זה? ב2016 היה הסדר בין הצדדים שרמ"י הציעו 8 מיליון ₪ וסלע סירבו, עברו כמה שנים, אז נעלה את המחיר ל9 מיליון ₪, והציע את ההצעה הבאה – רמ"י תציע 9 מיליון ₪ ולקבל את המקרקעין, ואם סלע לא רוצים, לא יקבלו והמקרקעין לא יהיה שלהם. קשה להבין על מה השופט עמית מסתמך בחוק.

שיקול דעת רחב של השופט עמית מתבטא בזה שהוא:

* + 1. **כריתת חוזה עבור הצדדים** - ללא הסכמתם על הפרטים או החוזה אותו הוא פורש לפניהם.
    2. **העתקת העבר להווה** - לוקח התנהלות של חברות מלפני 20 שנה ומשליך אותה על היום, ועל בסיס זה גם מייצר חוזה.
    3. **חד צדדיות בחוזה** – סלע לא הייתה חייבת לחתום על החוזה, אך רמ"י הייתה חייבת לחתום אם סלע כן רצתה. זה עניין אחד להכריע אם יש או אין חוזה, אך במקרה דנן, הוא יצר הצעה בלתי חוזרת של רמ"י לסלע.
    4. **כימות הסעד** – הייתה בעיה שהשופט לא ידע כמה שווה הקרקע, והצדדים לא הגיעו לידי הסכמה. ולכן הוא לוקח נקודת יחוס מ2016, ומוסיף עליה מעט, ללא כל ביסוס.
    5. **היעדר קשר סיבתי** – הכי בעייתי – כל המקרים שבהם נותנים פיצויים חיוביים הם מקרים בהם יש הנחה סמויה לקשר סיבתי, כלומר, יש הנחה שיש קשר בין הפרת חובת תו"ל לבין הפרת חוזה. במקרה דנן – האם בגלל העלאת דמי השימוש זו הסיבה שלא נכרת חוזה? השופט עמית אומר כי "לא הוכח שהימנעותה של המערערת מלשלם קשורה לשינוי בגובה הסכום הנדרש" (פס' 14), כלומר השופט עמית עצמו פסק שאין קשר סיבתי.

נראה שהסיבה לפסק של השופט עמית היא כי הוא רצה לסיים את הסכסוך, ופעל על פי שיקול דעתו. הגיוני שזו תוצאה צודקת, אך הנקודה היא שיקול דעתו הרחב בפסק הדין בנוגע לס' 12ב.

פיצויים חיוביים הם חריגים בפסיקה. הכלל הוא פיצויי הסתמכות, פיצויים שליליים. במצב בו נמצאים קרוב לחוזה, ניתן יהיה לקבל פיצויים חיוביים או אפילו אכיפה. מהם השיקולים הרלוונטיים לפיצויים חיוביים?

* השלב בו נמצא המשא ומתן - אם קרוב לחוזה ניתן לפסוק פיצויים חיוביים.
* הסתמכות משמעותית.
* מצג חד משמעי של המוכר.
* קיום חלקי של החוזה (למשל כמו בפסד קלנר).

**דוגמא לשאלה למבחן:**

**תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, מסמך

התיאור נוצר באופן אוטומטי**

\*אוביטר – קביעות של בית המשפט שאינן הכרחיות להכרעה במקרה הקונקרטי שמונח בפניו. לדוגמא – בזפניק השופטת בן פורת קובעת שאפשר לקבל פיצויים ואכיפה על הפרת חובת תו"ל, אך היא לא פוסקת את זה כי היה שם הסכם פשרה. וזהו אוביטר. קביעתה אינה רלוונטית להכרעה בפסק הדין. המשמעות לאוביטר – ניתן לצטט אותו בהמשך, אך הם מחייבים פחות מאשר הרציו(ההלכה עצמה).

# פגמים בכריתה

## חובת הגילוי

ס' 14 ו15 לחוה"ח עוסקים בטעות והטעיה, אך הבסיס הוא קודם כל חובת הגילוי. חובות הגילוי עוסקת בשאלה מה הצדדים חייבים לספר אחד לשני. בחוק עצמו לא ברור מה צדדים צריכים לספר אחד לשני. לעיתים, צדדים רוצים להסתיר מידע וזה גם יכול להשתלם להם כלכלית. אם צד אחד לא סיפר לשני על משהו, האם ישנה חובה לספר, ואם כן, מה בדיוק חובה לספר?

**מה היקף חובת הגילוי?**   
בשביל לענות עליה, ובהינתן וזה לא מופיע בחוק, נבחן את שיקולי המדיניות, ומשם נבין מה הערכים שאנו רוצים לגלם בחובת הגילוי:

* **שיקולי הוגנות** – זה לא הוגן שצד אחד לא יגלה לצד השני. למה?
* תיאוריית הרצון - אנחנו רוצים שחוזים יהיו רצוניים.
* הסתמכות - אנחנו רוצים למנוע נזקי הסתמכות.

הבעיה בשיקולים אלה – הם לא ממש נותנים הבחנה מהו היקף חובת הגילוי.   
פס"ד ליה נ' קיסטלינגר – האם הקונה היה צריך לספר למוכר שהקרקע עומדת בפני שינוי יעוד?

* **שיקולים תוצאתיים** – מה התוצאות שנגרמות מזה:
  + יעילות – זה יותר יעיל להטיל חובת גילוי. מתי? אם זה יעיל נטיל חובת גילוי, ואם לא אז לא.
  + שיקולים חלוקתיים – אם זה מצמצם את הפערים בין הצדדים, אז נטיל חובת גילוי, אך אם 2 הצדדים חזקים, אולי אין צורך להטיל חובת גילוי.

בטיעון של הוגנות אין יתרון משמעותי למשפטנים על אחרים. כל אחד יכול לחשוב מה הוגן, לא צריך להיות משפטן בשביל זה. בשיקולים של יעילות, הם שיקולים יותר טכניים שיש בהם מידע שצריך להבחין בו.

**שיקולי מדיניות בהיקף חובת הגילוי:**

**ניתוח כלכלי בסיסי של חובת גילוי:**

האם זה יעיל להטיל חובות גילוי?רצוי שחוזים יעשו על בסיס מידע מלא.

* + 1. נניח וראובן רוצה למכור מחשב. הוא מעריך את ערך המחשב ב100 ₪, והוא רוצה למכור את המחשב לדינה, שמערכיה את שווי המחשב ב200 ₪ , כי היא צריכה אותו יותר. האם העסקה בניהם תהיה יעילה? כן. החברה תרוויח 100 ₪ מאירוע המכירה הזה. האם העסקה תתבצע באמת? ככל הנראה כן, אין סיבה שלא. האם זה משנה בכמה תתבצע העסקה – ב110 או ב190? לא. בכל מקרה החברה תרוויח.   
       מבחינת יעילות, האינטרס שלנו הוא שמי שמעריך משאב ביותר, יחזיק בו. אם ראובן מעריך את המחשב ב100 ודינה מעריכה ב200, יהיה לחברה רווח, ככה או ככה.
    2. מה קורה אם ראובן מעריך את שווי המחשב ב200 ודינה ב100 – האם העסקה יעילה? לא. האם היא תתבצע? לא. האם משנה באיזה מחיר? לא.
    3. מה קורה אם מישהו אמר לדינה שהמחשב שווה לה 300, אך זה מצג שווא, והיא מאמינה לו? האם העסקה יעילה? לא. האם היא תתבצע? כן. ולכן אנו רוצים שדינה תדע שהמחשב שווה רק 100, כי אנו לא רוצים שיהיו עסקאות לא יעילות.  
       בגדול – חוזה צריך להכיל חובות גילוי, כי אם לא, יהיו חובות כלכליות.
* חובות גילוי מונעות 2 דברים:
* חוזה הפסד – הוא לא יעיל, וחובות גילוי מונעות חוזי הפסד.
* הפסד הזדמנויות – לפעמים זה לא באמת הפסד, אך יכל להיות לה הזדמנות טובה יותר, והיא יכלה להרוויח יותר מהחוזה.

התפיסה היא שיעיל יותר להטיל חובות גילוי.

* השלכות עלויות מסירת מידע(סייג) - כמה עולה למסור את המידע – אם עלות מסירת המידע מאוד יקר, זה לא ישתלם.
* הבדל בין אי גילוי במחדל או בהטעיה אקטיבית – לא מעניין אותנו, מבחינה כלכלית אין לזה הבדל, השאלה היא מה יותר יעיל. החוק ובתי המשפט מאזנים זאת(נראה בהמשך).

אם אין עלויות למסירת המידע – צריך להטיל חובת גילוי.

**שוק הלימונים של ג'ורג' אקרלוף:**

ברירה שלילית - נניח ואין חובת גילוי, ואנחנו בשוק המכוניות המשומשות. יש מכוניות טובות ויש לא טובות. נניח והשווי של כל המכוניות שיש בשוק נע בין 0 ל100 ₪. אם יש חובת גילוי, אנו יודעים כמה כל מכונית שווה. אם אין חובת גילוי, אנו לא נדע כמה מכונית שווה. כמה נסכים לשלם על מכונית? המוכר אומר שזה שווה 100 ₪, אך אנו לא יודעים כמה ערך המכונית באמת, בכמה נקנה? ב50 ₪. אם זו באמת הסיטואציה, מה יקרה עם כל המכוניות ששוות יותר מ50? הם לא יימכרו, וימכרו רק מכוניות ששוות מתחת ל50 ₪, אז כמה שווה לשלם על כל מכונית – 25 ₪, ולכן כל מה שיהיה שווה מעל 25, יצא מהשוק. וכן הלאה, עד שנשאר רק עם "הזבל", ולכן חייבים להטיל חובת גילוי. **בעולם שאין חובת גילוי, השוק יהיה רק עם סחורה גרועה.**

בכיוון הפוך – ביטוח בריאות פרטי, בביטוח בריאות יש פרמיה שמשלמים. איך עובד ביטוח? יש לי בית בשווי מיליון שח ויש 10% סיכוי שהבית שלי יישרף. כמה שווה לי לשלם עליו ביטוח? קצת יותר מ100,000. עלות הסיכון שלי היא מעט יותר מ10% מערך הבית.

**טעמים כלכליים לא להטיל חובת גילוי:**

* ביצוע העסקה חושף מידע:
  + לעיתים קיום עסקה מזרים מידע לשוק.
  + אם חובת הגילוי תמנע את עשיית העסקה, יעיל יותר שלא להטיל אותה.
* כאשר יסכל עסקאות יעילות:
  + חשיפת השווי הסובייקטיבי עלולה להקשות על ניהול מו"מ.
  + בעיית הסחטן והאיסוף – נניח ואני רוצה לבנות קניון, בשביל זה צריך לקנות חלקות מ100 אנשים. נניח וקניתי מ99 והאדם ה100 שאני רוצה לקנות ממנו את חלקו – האם אני צריך לספר לו שאני רוצה לבנות קניון? אם אספר לו הוא יעלה את המחיר. ולכן זה הגיוני שלא אצטרך לספר לו מה אני הולך לעשות מהעסקה. בגדול, כשאנו מפחדים מסחטן שיכול לסכן פרויקט, אנו לא נדרוש בהכרח חובת גילוי וזה שיקול מבחינת יעילות. **(צריך לזכור רק את השיקול הזה)**.
* למוכר יש אינטרס לגלות מידע
  + חובת הגילוי במקרים כאלה מיותרת.
  + חוסך אדמיניסטרציה משמעותית.
* פגיעה בתמריץ להשגת מידע:
  + חובת גילוי עשויות למנוע את הרצון להשקיע בהשגת מידע מלכתחילה. לדוגמא - בתחום שלי אני מחפש נפט, ומצאתי נפט מתחת לקרקע מסוימת. אני בא לבעל הקרקע ורוצה לקנות את הקרקע. האם אני צריך לגלות על גילוי הנפט שלי? האם יעיל שאספר על הנפט? לא, כי אם אצטרך לספר שמצאתי נפט, אני לא אחפש נפט מלכתחילה. כל הסיבה שאני מחפש נפט זה כדי שאהיה עשיר, אך אם אצטרך לגלות את זה לבעל הקרקע, כל הכסף שהשקעתי בגילוי ושרציתי להרוויח ירד לטמיון.
* טיעון אנטוני קרומן:
* הבחנה בין מידע שטעון השקעת משאבים למידע שהושג באקראי. ולכן, לכאורה, עקרונית ניתן לטעון שבמקרים בהם צריך להשקיע כסף כדי למצוא מידע – אין חובת גילוי.   
  אם המידע הושג בדרך אגבית, כן ישנה חובת גילוי.   
  סייגים:

1. במקרה בו סביר להניח שהצד השני יודע את המידע, לא נטיל חובת גילוי על מידע שהושג באקראי.
2. ישנם מצבים בהם נטיל מידע של חובת גילוי גם על מידע שהושג במאמץ – כשהתמריץ חזק להשגת המידע, ולכן גם אם תהיה עליך חובת גילוי עדיין תשיג את המידע. לדוגמא – נניח אני הולך לאקו לב כדי לברר את המצב הבריאותי שלי, האם אני חייב לגלות את זה לחברת הביטוח? הלכתי במיוחד והשקעתי כספים בשביל האקו לב הזה. לכאורה, לפי הטיעון הבסיסי, עדיף לא להטיל חובת גילוי, כדי שאדם ישקיע את המאמץ הזה. אך בפועל, לאנשים יש תמריץ לבדוק את המצב הבריאותי שלהם ללא קשר לשאלה אם חלה עליהם חובת הגילוי או לא, אנשים יבדקו את הבריאות שלהם בלאו הכי, ולכן, באותם מקרים לא נטיל חובת גילוי. אך מסתמא, ניתן גם לטעון הפוך.

* **פס"ד Laidlaw V. Organ** – מלחמה בין אנגליה לארה"ב – סוחר שקם בבוקר ורוצה לקנות טבק רב מחבר שלו. לאחר כמה שעות נחתם הסכם שלום בין ארה"ב לאנגליה, והותר הייצוא מארה"ב לאנגליה, וזה הקפיץ את כל מחירי הטבק. הקונה הרוויח כסף רב עקב ההסכם הזה, והוא ידע על זה מראש. הוא לא רצה לספר זאת לצד השני. הצד השני טוען שהוא הטעה אותו, כי לו ידע שההסכם יחתם, הוא לא היה כורת את החוזה על מכירת הטבק. ביהמ"ש קבע שלא חלה חובת גילוי. על פס"ד הזה ישנם ביקורות רבות.   
  קרומן אומר שהיגיון פס"ד הוא שבגלל שהקונה השקיע מאמץ להשיג את המידע, אין עליו חובת גילוי.   
  **פס"ד קיסטלינגר** – הקונה השקיע מאמץ כדי לברר ולהבין מה ייעוד הקרקע, וכדי לברר מי בעלי הקרקע. לכאורה, לפי אותו היגיון, אם הוא השקיע מאמץ רב ואנו רוצים שישקיע את המאמץ הזה, אנו לא צריכים להטיל עליו חובת גילוי, בניגוד למה שנפסק.

**ש.ב.:**

* ע"א 2495/95 **בן לולו נ' אטראש**, פ"ד נא(1) , 577 (1997) פיסקאות 1-6 21-22 לפסה"ד של השופט אור
* איל זמיר "טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התפתחויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה" דין ודברים י 57 (2018)

**שיעור 9 – 5.3**

הביקורת על כך - הבחנה בין מידע חלוקתי אל מול מידע פרודוקטיבי - היישום פה לא מדויק, מפני שלא תמיד השגת מידע זה דבר יעיל חברתית, כלומר יעיל קלדור היקס. לעיתים המידע קריטי ולעיתים לא. מידע קריטי הוא מידע פרודוקטיבי. שהוא מספר את החברה. לדוגמא - אם אני בודק נפט, ובלעדי לא היו יודעים שיש נפט, בזכות הגילוי שלי על הנפט במקרקעין, הגדלתי את הרווחה החברתית. אך יש מידע שכל משמעותו היא חלוקתית. כלומר, לא נוצר ערך מהמידע הזה, אלא אדם רק דואג שהכסף מהמידע הזה יעבור אליו. במקרים שהמידע הוא חלוקתי, כלומר, הוא לא משפיע על הרווחה הכללית בחברה, אלא רק בין 2 אנשים, אז נטיל חובת גילוי.

**פס"ד קיסטלינגר:**   
שכיחות התופעה של מידע שהושג עם מאמץ – מחלוקת על מקרקעין על אדם שרכש קרקע מגברת שגרה בארה"ב ולא הייתה מודעת למצב המקרקעין, הוא לא סיפר לה שהיה צפוי להיות שינוי יעוד הקרקע וערכה עתיד לעלות. ככל שניקח את דעת קרומן לעיל וננסה ליישם כאן – מצד אחד, אותו אדם השקיע כספים כדי לגלות את המידע הזה. מצד שני, השאלה היא אם הכספים הללו באמת מועילים לחברה. השאלה היא אם הקרקע הייתה מתפתחת לולא השקעתו של אותו אדם. בכל אופן, כל הדיון לא נעשה בפסק הדין, כי תופעה זו כמעט ולא קורית, וכשהיא קורית, בתי המשפט נדרשים יותר לשאלות מוסר והוגנות, ולא בוחנים את הסוגייה מהסתכלות זו.

## טעות

בגדול, הסעיפים עליהם נדבר מאפשרים ברמה כזו או אחרת ביטול חוזה. על מנת לדעת אם אנו יכולים לבטל חוזה לפי כל אחד מן הסעיפים, ישנו מונח הנקרא "יסודות העילה". עילת הטעות, או עילת ההטעיה, יש לה יסודות, כלומר, מה אנו צריכים להוכיח כדי לטעון את טענת כל אחד מן הסעיפים הללו.

ס' 14 א – טעות ידועה – *"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".*

ס' 14 ב – "טעות לא ידועה – *"מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, לפי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה".*

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

**תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, קו

התיאור נוצר באופן אוטומטי**

**הדרישות לטעינת כל אחד מן הסעיפים:**

בגדול, 4 יסודות על מנת לטעון את הסעיפים דלעיל. יסוד בסיסי הנדרש כדי לטעון לטעות בכריתה הוא חוזה. ללא חוזה, לא ניתן לטעון דבר.

**קשר סיבתי:**  
כדי לטעון כל אחד מן הסעיפים הללו, דרוש קשר סיבתי. מהו קשר סיבתי? להוכיח שהחוזה נכרת עקב הטעות. יש קשר בין החוזה לבין הטעות. כלומר, מי שלא נקשר בחוזה עקב טעות, לא יוכל להוכיח כאן כלום. אם לא הייתה טעות, או שהייתה טעות אך החוזה לא נכרת בעקבות הטעות, לא ניתן לטעון לסעיפים הללו.   
לדוגמא – הנוף בדירה שקניתי לא לכיוון שחשבתי שהוא, אלא לכיוון אחר, וכיוון שחשבתי שהנוף בכיוון שחשבתי, רכשתי את הדירה, במקרה כזה, יש קש"ס. אך אם קניתי את הדירה למרות שידעתי שהנוף פונה לכיוון הפוך, לא ניתן יהיה לטעון את הסעיפים הנ"ל.

**יסודיות:**מהי יסודיות – שהטעות מהותית. בעצם, ניתן לקרוא לזה קשר סיבתי אובייקטיבי, וכך הוא מפורש בפסיקה(בניגוד לקשר סיבתי שהוא סובייקטיבי). כלומר, לא מספיק שבגלל שאתה, המתקשר הספציפי, לא היית נקשר בחוזה אם לא הייתה טעות, אנו רוצים גם יסודיות. כלומר, שאדם סביר לא היה נקשר בחוזה בעקבות הטעות. או, כמנוסח בחוק – ניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה. כלומר, לא רק שאתה האדם הספציפי הקונקרטי לא הייתה מתקשר בחוזה, אלא גם האדם הסביר לא היה מתקשר בחוזה. באיזה סעיפים נדרש יסודיות של הטעות? ב14 א ו,ב, בס 15 לא דרוש. ההיגיון – אם אחד הצדדים הטעה את הצד השני זה לא מעניין אותנו אם הטעות יסודית או לא, מספיק שהיה קשר סיבתי בין הטעות לתוצאה, אנו נאפשר את הביטול של החוזה. אך אם הצד השני לא הטעה, באותו מקרה אנו דורשים יסודיות. שלא על כל טעות ניתן לבטל את החוזה, אלא רק על טעות יסודית. למשל דרישת נוף בדירה יכולה להיות דרישה יסודית, תלוי בנסיבות, וכמובן שצריך לבחון את זה בנעלי אותו אדם אבל לראות מה אדם הגיוני אומר. נניח שהפער בשווי של השוק בין דירה עם נוף לדירה ללא נוף הוא למשל 100,000 ₪, אז זה כנראה יסודי לכולם, כי גם אם לא אכפת לך מנוף אכפת לך מערך הדירה. אם ערך הדירה ירד ב100,000 ₪ אז זה בכלל לא משנה אם אתה אוהב נוף או לא וזה יחשב יסודי.

**ידיעת הצד השני:**באיזה סעיפים צריך שהצד השני ידע על הטעות?   
14 א ו 15, מחלוקת בשאלה על מה הצד השני צריך לדעת(נדון בהמשך, נשאיר בשאלה).

**גרימה על ידי הצד השני:**רק ס 15 דורש. (נרחיב על כך בהמשך)

**הסעד – האם יש זכות אוטונומית לביטול החוזה?**   
לאחר שהוכחנו חוזה, טעות, קשר סיבתי, ואת היתר לפי כל סעיף ספציפי – אנו עוסקים במה הסעד, התרופה, בגין אותה עילה. האם אני יכול להגיד שאני פשוט מבטל את החוזה בצורה עצמאית? או שדרוש בית משפט לצורך כך?   
בסעיפים 14 א ו15 לאדם עומדת זכות הביטול בעצמו. ב14ב דרוש בית משפט על מנת לבטל את החוזה.

**נפקות ההבדל בין טעות ידועה לטעות לא ידועה:**

* **הפרוצדורה** – מי יכול לבטל חוזה? ב14 א הנפגע יכול לבטל את החוזה בעצמו, ב14 ב צריך לפנות לבית המשפט על מנת לבטל את החוזה. ברמת הפרקטיקה זה משמעותי. קודם כל, תיקים לא מגיעים לבית משפט בצורה הזו, והיכולת של אדם בקצה, לבטל את החוזה, היא משמעותית. אם הייתה טעות לא ידועה, ואין לי כח משפטי לבטל את החוזה, כל מה שאני אעשה כנגד החוזה יחשב כהפרה של החוזה. לעומת זאת, אם יש לי את הזכות לבטל את החוזה, לא צריך להמתין זמן רב לביטול החוזה על ידי בית המשפט.
* **שיקול דעת שיפוטי** – מה השיקולים שביהמ"ש לוקח בהחלטתו על ביטול חוזה – פגיעה יחסית, פגיעה בצד השני וכו. אלו דברים שב14א אין שיקול דעת לבית המשפט, אלא פשוט מבטלים את החוזה.
* **תרופות** – החוק אומר ש14א זה פשוט, אפשר לבטל את החוזה ובכך זה נגמר. ב14ב הסיפור מעט יותר מורכב. מי שנקשר בחוזה עקב טעות, וניתן להניח שלולא הטעות הוא לא היה נקשר בחוזה, והצד השני לא היה עליו לדעת על כך, ואין בו אשם, במקרים האלה – ביהמ"ש רשאי לבטל את החוזה(כאפשרות ולא כזכות, בכפוף לשיקול דעת בימה"ש), ואם ביהמ"ש החליט לבטל את החוזה, הוא רשאי לחייב את הצד שהטעה לשלם למוטעה על הנזק שנעשה לו בעקבות כריתת החוזה.

**על מה הצד השני צריך לדעת?**

* **צלנטר וגורי** – "על כך" – על הטעות. כלומר, אם הצד השני יודע על הטעות, אז זה 14א. אך אם הוא לא יודע על הטעות(שזה בעצם טעות משותפת), שניהם טועים ואזי זה 14ב.   
  הבעיה בפירוש זה – ב14א אני יודע על הטעות, ובכל זאת אנו כורתים חוזה. אז מה ההבדל בין 14א ל15? גם ב15 שני הצדדים יודעים על הטעות. ניתן להסביר שס' 15 מתעסק בהטעיה במעשה, ו14א עוסק בהטעיה במחדל. כלומר, 15 זה גם כשאני יודע שהצד שלי טועה, ואני מטעה אותו במעשה, וב14א זה שאני יודע שהוא טועה אבל אני לא אומר שום דבר, כלומר, אני לא מטעה אותו במעשה. הסבר זה לא התקבל בפסיקה.
* **קרצ'מר** – (פס"ד כנפי) "על כך" - הידיעה לא צריכה להיות על הטעות, אלא על היסודיות. כלומר, גם 14א יכול להיות טעות משותפת. הוא לא צריך לדעת על הטעות, אלא הוא צריך לדעת על היסודיות של הטעות. כלומר, הוא צריך לדעת שבהינתן הטעות, הטועה לא יתקשר בחוזה. נניח, יש בניין וגם המוכר וגם הקונה חשבו שהדירה של הקונה פונה לכיוון דרום. אך שניהם טעו, כי בפועל היא פונה לצפון(הבניין עוד לא נבנה). במובן הזה שניהם טעו, כי שניהם לא ידעו על כך. אז מדוע בכל זאת זה יכנס לגדר ס' 14א? כי הצד השני ידע על היסודיות של הטעות. המוכר ידע שכיוון השמיים של הדירה הוא קריטי לקונה. בשורה התחתונה – 14א זה ידיעה על היסודיות ולא על הטעות.   
  מהי יסודיות – שאדם סביר לא היה נקשר בחוזה. נשאלת השאלה – האם יכול להיות מצב שהצד השני לא יודע על היסודיות? האם יכול להיות מצב שבו הצד השני לא מבין שטעות היא קריטית? הרי מבחן היסודיות הוא אובייקטיבי, מה האדם הסביר בנעלי הצד השני היה חושב.   
  התשובה – פס"ד כרמל – אדם שרצה לשכור מבנה עבור מפעל בדים. טעותו – לא ידע שהמפעל ליד מחצבה ויש שם הרבה אבק, ולא ידע שלא ניתן לצבוע את הבדים במקום מלא אבק. גם המשכיר של המפעל לא ידע את זה. במובן הזה, היה אי ידיעה על היסודיות. אומנם בעל מפעל בדים סביר יודע שזה קריטי לא לבנות מפעל לצביעת בדים ליד מחצבה, אבל המוכר הסביר לא יודע ולכן למרות שהטעות היא יסודית עבור אנשי מפעלי בדים, המוכר לא ידע על היסודיות, ולכן זה לדוגמא, יכנס תחת 14ב גם לפי קרמצ'ר.
* **שלו וצמח** – הצד השני צריך לדעת גם על הטעות וגם על היסודיות, בשביל להכנס תחת כנפי 14א, שכך התקבל בפסיקה.

## הטעיה

**מעשה או מחדל:**  
הטעיה – *"לרבות אי גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן".*   
ברור שהטעיה היא במעשה, אך האם גם במחדל? החוק אומר שכן, הטעיה כוללת גם מחדלים. אך באיזה מחדלים? מחדלים שיש חובה על פי חוק, או לפי נוהג או לפי נסיבות, לגלות אותם. אם יש חוק שדורש ממני לגלות משהו ואני לא מגלה אותו, זו הטעיה, הנכנסת תחת ס' 15 ולא דרושה בכך יסודיות.

מהם החובות שהחוק אומר לגלות?   
לדוגמא:

* ס' 16 לחוק המכר – *"הייתה אי ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה ולא גילה אותן לקונה, זכאי הקונה להסתמך עליה על אף האמור בסעיפים 14 ו15 או בכל הסכם, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה".*   
  אי התאמה – מה שציפיתי לקבל מהמוכר, לא קיבלתי. אם המוכר ידע על אי ההתאמה, הקונה יכול להסתמך על זה. לדוגמא – אדם שקונה דירה ממוכר, כאשר בדירה יש נזילה שהמוכר מודע אליה אך לא מספר עליה, הקונה יכול להסתמך על כך, בשביל לטעון להפרה. אך ברור שהחוק מחיל חובת גילוי על כל אי התאמה שהמוכר יודע או היה עליו לדעת.   
  ס' 8 לחוק השכירות וההשאלה – "*תניה בחוזה שכירות הפוטרת את המשכיר מאחריות לאי ההתאמה או פגם, או המגבילה את אחריותו, בטלה, אם המשכיר ידע או היה עליו לדעת על אי ההתאמה או הפגם בעת כריתת החוזה או במועד מסירת המושכר ולא הודיע עליה לשוכר".* לדוגמא – אדם שכר דירה, ובדירה יש תקלות רבות בצנרת. בעל הדירה אומר לו שיתקן, אך שידע שהוא לא חייב לתקן עבורו את הדירה כי כתוב בחוזה שהשוכר מקבל את הדירה כמות שהיא. אומנם לא היה כתוב בחוזה שיש נזילות, אך השוכר חתם על חוזה שהוא מקבל את הדירה כמות שהיא. כמובן שדבר זה לא יהיה תקף בפועל על פי החוק.   
  באופן בסיסי – פסיקה מכירה בכך שיש חובת גילוי על המשכיר במקרים כאלה(של נזילה), ולכן ניתן לבטל את החוזה לפי ס' 15.
* חובת תום לב – גם אם אין חוק ספציפי, תמיד ניתן לטעון לחובת גילוי מכח חובת תום הלב. אומנם חובת תום הלב אינה ברורה ותלויה בנסיבות, אך ברגע שאנו טוענים לחובת גילוי מכח חובת תום הלב והוכחנו שישנה הפרה כזו, ניתן להשתמש בס' 15.

**יסוד נפשי:**

יסוד נפשי - מה האדם חושב.

* מקובל לומר שדי ברשלנות כדי להכיר בהטעיה, ולא צריך הטעיה בזדון. כדי לטעון את ס' 15 לא צריך זדון, מספיק רשלנות, אך זה תלוי בנסיבות.
* הטעיה במחדל – במחדל היסוד הנפשי הנדרש הוא לכל הפחות כמו במעשה. אם במעשה אנו אומרים שצריך זדון, במחדל, בוודאי נצטרך זדון. אם במעשה אנו אומרים שצריך רשלנות, יכול להיות שבמחדל אנו נדרוש זדון, ויכול להיות שנדרוש רשלנות. ואין תשובה לכך בפסיקה. במקרים המופיעים במפורש בחוק – יש תשובה, אך במקרים שאינם מפורשים, זה תלוי בנסיבות.

**הטעיה או הפרה:**

* האם חלק מהחובות או רק מצג - פעמים רבות הטעיה יכולה להיתפס כהפרה. אם קניתי ממך מרצדס וקיבלתי מאזדה, מדובר בהטעיה, אך זו גם הפרה. ולכן, תמיד צריך לשאול האם מדובר בהטעיה או בהפרה(האינטרס של הנפגע לטעון להפרה כי יש לו יותר סעדים בזה). השאלה היא האם האירוע הזה הוא חלק מהחובות לפי החוזה ולכן זה יהיה הפרה, או שזה רק מצג, ולכן מדובר בהטעיה.
* המבחן מאוד גמיש ולא חד משמעי.

## טעות בכדאיות העסקה

כשאנו מדברים על טעות, חוזים, הם כלי להקצאת סיכונים. לדוגמא - אני רוצה לטוס לאנגליה עוד חודשיים, אך עדיין לא רוכש כרטיסי טיסה. אם אני קונה כרטיסי טיסה עכשיו, יש סיכון שהמחיר ירד, ואז אפסיד. ולא ברור מתי כדאי לקנות את הכרטיסים. ברור שאם הייתי יודע שהמחירים ירדו, לא הייתי קונה את הכרטיסים עכשיו. מה יקרה אם אני אקנה כרטיס טיסה עכשיו, ועוד חודש המחירים ירדו בחצי? אני יכול לבקש לבטל את הכרטיס, ולהגיד שהייתה לי טעות כי אם הייתי יודע שהמחירים ירדו, לא הייתי קונה את הכרטיס.   
הטעות היא טעות יסודית, יכול להיות שאפילו טעות ידועה, ואפשר לבטל את החוזה.   
לכן, יש את ס' 14ד, שאומר שמקרה כזה אינו טעות: *"בין בעובדה בין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה"* – כלומר, אם הטעות היא שחשבתי שהעסקה היא טובה ובסוף היא לא טובה, זה לא מהווה עילה לטעות או להטעיה.   
קשה יותר להגדיר מה נחשב טעות בכדאיות העסקה. ועל זה נדבר בשיעור – מהי טעות בכדאיות העסקה.

**מבחנים לטעות בכדאיות העסקה:**

מקובל לומר שיש 3 מבחנים לעניין זה(דעות של שופטים שונים).

* + 1. **מבחן שווי האובייקט** – פס"ד ספקטור – אם הטעות שלי נוגעת לתכונה של האובייקט, אז זו טעות. אם הטעות שלי נוגעת רק לשווי שלו, זה לא טעות. אם חשבתי שמדובר במכונית עם מערכת מולטימדיה חדשה ובסוך התברר שאין לה מערכת מולטימדיה חדשה, אז זה טעות בתכונה של האובייקט. אם חשבתי שהמכונית שווה 90,000 ובפועל היא שווה 80,000, אז זה טעות בשווי ולא בתכונה של האובייקט. אם טעיתי בשווי, זה טעות בכדאיות העסקה. אך אם טעיתי בתכונה, אז זו כבר טעות אמיתית וניתן לבטל את החוזה, בהינתן יתר הכללים דלעיל.   
       תכונה – טעות רגילה, שווי – טעות בכדאיות העסקה.   
       הביקורת על כך –(פרידמן) – מה ההיגיון, מדוע אם יש לי טעות בשווי, זה לא יצדיק את ביטול החוזה? אם קניתי מארז של דפים וחשבתי שיש שם 10,000 דפים ובפועל היה שם 5,000 דפים, זו ודאי טעות. אך מה זה משנה אם הטעות שלי היא כנ"ל, או שחשבתי שהמחיר של דפים הוא 20 ₪ ל100 דפים והתברר שזה 10 ₪ ל100 דפים. למה זה משנה אם הטעות היא בכמות, בתכונות, או בשווי. יש פה טעות, ככה או ככה.
    2. **המבחן הכרונולוגי** – טעות לגבי העבר, זו טעות. טעות לגבי העתיד זו כדאיות העסקה. כלומר, אם חשבתי על משהו שכבר קרה בעבר, זה טעות לגבי העבר. אם זה לגבי משהו שבעתיד יקרה, זה ספקולטיבי ולא ניתן לדעת, ולכן זה כדאיות העסקה.   
       הבעיה – גם השאלה אם הטעות היא בעבר או בעתיד היא ספקולטיבית. זה לא תמיד ברור אם משהו קרה בעבר או בעתיד. בפס"ד בן לולו – יש הבדל בין דיאגנוזה לבין פרוגנוזה, יש טעויות באבחנה, ויש דברים שלא ניתן לצפות שיקרו כתוצאה מכך בעתיד. ילדה שעברה תאונת דרכים ונקבעו לה אחוזי נכות מסוימים, אך בהמשך המציאות השתנתה ומצבה החמיר, והייתה צריכה אחוזי נכות גבוהים יותר. האם אחוזי הנכות נשארים כמה שנקבע במקור לאחר התאונה, לכל החיים, או האם יש מקום לאפשר בחינה מחדש של אחוזי הנכות, לאור השתנות הנסיבות.
    3. **מבחן הסיכון** – (גישת פרידמן, אומץ בפסיקה בפס"ד שלזינגר) - השאלה שאנו צריכים לשאול היא האם הצדדים לקחו את הטעות הזו, בתוך מכלול הסיכונים שלהם? האם הם התחשבו בה?   
       אם כשאני קונה מכונית ומניח שיש בה מערכת מולטימדיה טובה, אני לא לוקח את הסיכון שאולי המערכת לא עובדת. כשאני קונה דירה, אני לא אקח את הסיכון שאולי יש בה רטיבות. אך במקרה שהמצב הרפואי שלי מחמיר, אנו ידענו שזה סיכון שיכול לקרות, ולכן כשעשינו את הפשרה(פס"ד בן לולו), לקחנו את זה בחשבון, וזה לא נחשב טעות, כי לקחנו את הסיכון הזה בחשבון. לפי פרידמן, השאלה שאנו צריכים לשאול את עצמנו היא האם הטועה לקח בחשבון את הסיכון או לא. כשאני קונה כרטיס טיסה ללא קשר לשאלת ירידת המחיר בעתיד, ברור שלקחתי בחשבון את האפשרות שהמחירים ירדו, ולקחתי על עצמי את הסיכון הזה, ולכן אני לא יכול להשתמש בזה כטיעון לטעות. אם יש חוק שהשתנה, ולא ידעתי שהחוק ישתנה, ולא לקחתי את הסיכון הזה על עצמי, באותם מקרים זה לא טעות בכדאיות העסקה. אך אם ידעתי שיש פס"ד שתלוי ועומד ועוד מעט יכריעו בזה, ויכול להיות שההכרעה גם תהיה נגדי, במקרה כזה, המקרה יהיה טעות בכדאיות העסקה.   
       הבעייתיות המרכזית בגישה – שהגישה לא אומרת הרבה, מכיוון שהשאלה היא אם לקחנו את הסיכון או לא, והוא לא נותן לנו כלי אובייקטיבי להבין אם הצדדים לקחו על עצמם את הסיכון או לא לקחו על עצמם את הסיכון. לדוגמא – במקרה שחתמתי על הסכם פשרה על נזקים שנגרמו לי מתאונת דרכים, ולאחר מכן מצבי הרפואי החמיר, האם לקחתי על עצמי את הסיכון שמצבי יחמיר, או שלא? לא ברור, ולכן המבחן לא כל כך עוזר לנו. אם לקחתי על עצמי את הסיכון, זה לא טעות. אם לא לקחתי על עצמי את הסיכון, זה כן טעות. אך המבחן לא נותן שום דרך אובייקטיבית לדעת אם לקחתי או לא לקחתי את הסיכון. ניתן לנסות להתחקות אחר כוונות הצדדים, וזה לא תמיד קל, ואפשר לנסות להגיד שיש דברים שאובייקטיבית אנשים לא לוקחים עליהם סיכון. אך בכל מקרה, המבחן הזה לא בהיר מספיק. ולכן, שאלת כדאיות העסקה נשארת פתוחה.

**פס"ד כרמל נ' טלמון:  
עובדות המקרה:** בעל קרקע מכר לבנות דודו קרקע בשווי נמוך משמעותית משוויו האמיתי נוכח טעות ביחס למצב התכוני של הנכס(לא ידע על אפשרות לבנות בניין מגורים רב קומות בשינוי התב"ע).   
**ביהמ"ש**(דעת הרוב): לא ברור שיש טעות וגם אם יש היא נובעת מרשלנות המוכר ולכן איננה מאפשרת ביטול מחמת טעות.   
דעת המיעוט – השופט מזוז:- ישנה תשתית ראייתית לגבי הפער בשווי הנכס. - המוכר לא ידע שיש לבצע בדיקה תכנונית ומדובר בטעות בתום לב. - מדובר בטעות על העבר שלגביה הטועה לא נטל את הסיכון.

השופט מזוז מוסיף בעצם מבחן רביעי – מבחן הסיכון + הכרונולוגי:

* + 1. **מבחן הסיכון + הכרונולוגי** - אם הטעות היא על העתיד, אז זו טעות בכדאיות העסקה. אך זה לא אומר שאם הטעות היא על העבר, זה בהכרח לא טעות בכדאיות העסקה. יכולים להיות מקרים של טעויות על העבר שהן טעויות בכדאיות העסקה. ולכן, כדי לבחון האם טעות על העבר היא טעות בכדאיות העסקה צריך להכין את מבחן הסיכון. כלומר, על העתיד זה תמיד כדאיות העסקה, על העבר, זה תלוי אם הטועה לקח על עצמו את הסיכון או לא. ביישום לעניינו – הטועה לא לקח על עצמו את הסיכון כי הוא לא חשב על המצב התכנוני ולא חשב שזה בעיה, ולכן השופט מזוז הסיק שהמוכר הטועה, לא לקח על עצמו את הסיכון, ולכן זה טעות ויש לאפשר לו לבטל.
    2. **רשלנות הטועה** - המבחן המפתיע הוא המבחן של דעת הרוב, שבוחן את עניין האשם. זה די ברור שלפי כל המבחנים הייתה פה טעות, כי הטעות היא לא רק בשווי אלא גם בתכונה של האובייקט, היא בעבר, ובמבחן הסיכון אין סיבה להניח שהמוכר לקח לעצמו את הסיכון. אם כל המבחנים מוליכים לזה שהמוכר טעה בטעות רגילה, שהיא לא טעות בכדאיות העסקה, למה בכל זאת דעת הרוב סברה שאי אפשר לבטל את החוזה? בגלל מבחן רשלנות הטועה.   
       כלומר, בגלל שהייתה פה רשלנות קיצונית של המוכר, הוא לא יכול לבטל את החוזה.   
       הקושי על עמדה זו – על פניו, מושג האשם נלקח בחשבון במסגרת הסעיפים בחוק, אז אפשר להגיד שאם הצד השני לא נושא בשום אשם, נחיל את ס' 14. אך, בשום מקום בס' 14 לא מוזכר האשם של הטועה, ואין שום קשר בין אשמו של הטועה לביטוי כדאיות העסקה.   
       שאלת האשם נפרדת מהשאלה איזה סוג טעות זו. מבחינת לשון הסעיף, זה מעט מוזר. אך, גם מבחינת הפסיקה, פסיקת עבר אומרת שרשלנות מצד הטועה לא שוללת זכות ביטול. נכון שניתן להגיד שפה יש רשלנות קיצונית, אך עדיין, חרגו פה מהפסיקה. זה לא שאין שום משמעות לאשם של הטועה. ניתן להתחשב בכך במסגרת 14ב. כלומר, לפי סעיף זה ניתן לפסוק שהטועה ישלם פיצויים לצד השני, ומתוך כך ניתן לטעון שככל שיש יותר אשם, ניתן להגיד שצריך לפסוק פיצויים גבוהים יותר. (לא בטוח שייך לפה, שיעור מבולגן מאוד).  
         
       **האם מבחן רשלנות הטועה תואם את הפסיקה?**
* רשלנות מצד הטועה לא שוללת זכות ביטול
* תפיסת יזהר הקונה – בעבר הייתה תפיסה זו, שקונה צריך להיזהר ולהבין על מה הוא חותם ומה הוא קונה. אך הפסיקה והחקיקה בישראל מאמצים עמדה של יזהר המוכר. למוכר יש אחריות גדולה יותר מאשר לקונה לגבי המכס. בגדול, רשלנות הקונה אינה משפיעה על חבות המוכר באי התאמה. עניין זה מוזכר בס' 16 לחוק המכר, שהוזכר לעיל, ובפס"ד עיני נ' שיפריס.   
  **פס"ד עיני נ' שיפריס**, דעת הרוב מפי השופט סולברג – "*הוראת ס' 16 לחוק המכר מכריזה על האופי הקוגנטי של אחריות המוכר. בהיעדר אפשרות להתנות על זכותו של הקונה להסתמך על אי ההתאמה, אינני רואה דרך להצדיק הפחתה מאחריותו של המוכר(גם לא בחלקה) בדרך של יחוס 'אשם תורם' לקונה שהתרשל בבדיקת מצבו של הנכס".*   
  כלומר, זה אומנם לא עוסק בטעות והטעיה אלא בהפרות של חובות של המוכר, אך הטענה היא שהעובדה שקונה התרשל בבדיקת מצב הנכס, לא מורידה מאחריות של המוכר. בהיקש למקרה שלנו, היינו מניחים שטעות בכדאיות העסקה לא צריכה להיות מושפעת מהאשם של המוכר.

דיון נורמטיבי – טעות בכדאיות העסקה:

מה השיקולים בעד ונגד העמדה בפס"ד טלמון?

* אחריות אישית
* שקילות התמורות
* תיאוריית הרצון
* יעילות פארטו
* תמריץ אקס-אנטה למנוע טעויות

**תיקון טעות וטעות סופר**

**14ג – תיקון טעות *-*** *"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".*   
הרעיון הוא שאנו לא נאכוף טעות באופן דווקני. אם הייתה טעות שהצד השני חשב שיהיו 50 מחשבים ובסוף העברתי לו 30 מחשבים והייתה פה טעות, אני מתקן את הטעות בכך שאני מעביר לו 20 מחשבים נוספים. אם תוקנה הטעות, הוא לא יכול להשתמש באופן אופורטוניסטי בכך שהייתה טעות כדי לבטל את החוזה, כי הטעות תוקנה.  
אם יש נזילה בדירה, זו טעות. אם בעל הדירה הגיע מהר ותיקן את הנזילה, תיקן את הטעות. אי אפשר לבוא ולטעון לביטול החוזה כי יש נזילה. מרגע שתוקנה הנזילה, לא ניתן לבטל את החוזה.

**16 – טעות סופר -** *"נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה".*מה זה טעות סופר? לא באמת שהייתה פה טעות, אלא טעות בכתב עצמו שבחוזה. לדוגמא – חוזה שכירות בו בתאריך החוזה כתובה שנה קודמת לשנה הנוכחית. טעויות מעין אלו עלולות לקרות לעיתים, ולא ניתן לטעון לטעות במקרים מעין אלו, אלא צריך לתקן אותה. היא איננה עילה לביטול החוזה.

**ש.ב:**

* סעיפים 17-18 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973
* ע"א 784/81 **שפיר נ' אפל**, פ"ד לט(4) 149 (1985)
* ע"א 8/88 **רחמים נ' אקספומדיה**, פ"ד מג(4) 95 (1989)
* ע"א 1569/93 **מאיה נ' פנפורד**, פ"ד מח(5) 705 (1994) **פיסקאות 1-5, 9-14 לפסה"ד של השופט חשין**
* ע"א 5493/95 **דיור לעולה** נ' **קרן**, פ"ד נ(4) 509 (1996)
* ע"א 403/80 **סאסי נ' קיקאון**, פ"ד לו(1) 762 (1982)

**שיעור 10 – 12.3**

## כפייה

**שיקולי מדיניות:**בשונה מטעות והטעיה, שם יש בעיה בהכרה של המציאות. בכפייה ועושק הטענה היא לא שיש בעיה בהכרה של המציאות, אלא שיש פה בעיה בגיבוש של הרצון של הצדדים. הרעיון הוא שגם אם הצדדים ידעו על כל הפרטים, הסיבה בגינה הם נקשרו בחוזה היא בלתי לגיטימית והיא מאפשרת להם להשתחרר מהחוזה. ההצדקות לכך:

* **אוטונומיה בכריתת חוזה** – הצדדים אמורים לשלוט בגורלם, ולהתחייב למה שהם רוצים ולסרב למה שאינם רוצים. אם כפו אדם להיכנס לחוזה, והוא לא נכנס לחוזה מרצון, זה מתנגש עם אידיאל חופש החוזים, ולאוטונומיה בכריתת חוזה.
* **כל דאלים גבר** – אנו לא רוצים להגיע למצב שצד חזק יותר יכריח צד שני לעשות מה שהוא רוצה. חזק יותר אינו רק באלימות, אלא ייתכן גם באמצעות כח כלכלי.
* **מניעת עסקאות לא יעילות** – ברגע שהחוזה אינו רצוני, הוא לא יעיל. חוזים לא רצוניים הם חוזים לא יעילים כי אחד הצדדים לא מעוניין בחוזה, כנראה שזה לא יעיל עבורו.
* **מורכבויות** – אם כפו אותי להתקשר בחוזה, טבעי שהחוזה לא יהיה תקף. מדוע אם כן עדיין יש פה מורכבות?
  + - * 1. ברוב העסקאות אם לא בכולן יש רכיב של כפייה.
        2. הקלה באפשרות הביטול מונעת אפשרות להיכנס לעסקאות מלכתחילה(חשיבה אקס אנטה) – נניח ונאפשר למי שנכפה עליו חוזה לבטל את החוזה, אף אחד לא ירצה לכרות איתו את החוזה הזה לכתחילה. במקרים רבים אנו רוצים לאפשר את החוזים האלה, לדוגמא – הסכמי פשרה.

**יסודות הכפייה:**

*"17(א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו בכח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.   
(ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לעניין סעיף זה."*

* **חוזה** – אם אין חוזה, לא יכולה לחול כפייה. אם לא הייתה גמ"ד או מסוימות, אין טעם לדבר על חוזה. על הצד שכן היה גמ"ד או מסוימות, אפשר לדבר על כפייה.
* **כפייה** – החוק אומר בכח או באיום, להוציא אזהרה בתו"ל על הפעלת הזכות, שהיא לא מוגדרת ככפייה. כלומר, אם הפעלתי כח והכרחתי אדם לכרות חוזה באיומי אקדח. האם זה כפייה? ניתן לטעון שלא, כי אין פה חוזה. אם אדם חתם מהכרח, הוא חתם ללא גמ"ד ולכן אין פה חוזה.  
  מקובל לפרש כדרישה סובייקטיבית, בניגוד לדרישת תו"ל(ס' 12) שהיא דרישה אובייקטיבית, אזהרה בתום לב נחשבת כדרישה סובייקטיבית. כלומר, אם אני חושב שיש לי זכות מסוימת ואני מאיים שאשתמש בזכות הזו, גם אם אני טועה, ואדם סביר לא היה חושב שיש לי את הזכות הזו, ככל שאני אישית האמנתי שיש לי את הזכות הזו, זה נחשב אזהרה בתו"ל שלא מגדירה את האירוע ככפייה.
* **קשר סיבתי(סובייקטיבי)** – לא צריך שאדם סביר לא היה נקשר בחוזה בעקבות הכפייה, די שאותו אדם קונקרטי נקשר בחוזה בעקבות הכפייה.

**קטגוריות של כפייה באיום:**

מה נכלל בתוך כפייה? זהו נושא הנתון לשיקול דעת במקרים קונקרטיים, אך ניתן לתת קטגוריות שונות של מקרים שנתייחס אליהם ככפייה:

* **איום בהגשת הליך פלילי** - אדם המאיים לפתוח בהליך פלילי(להתלונן במשטרה, לדוגמא) – האם זה נחשב איום?   
  בפס"ד שפיר נ' אפל השופטת בן פורת אומרת שלמרות שבאותו הקשר התייחסו לאיום בהליכים פליליים ככפייה, זה לא תמיד נכון, וזה יכול להיחשב גם לא ככפייה.

**פס"ד שפיר נ' אפל:**  
**עובדות המקרה:** בעלים של מכליות להובלת חלב חשד באחד מהחולבים בניהול רישומים כוזבים ביחס לכמויות החלב שהוא מעביר למחלבה. בעל המכליות הופיע במפתיע בבית החולבים, ולאחר הטחת האשמות ותוך איומים בנקיטת הליכים פליליים מבישים, החתים את החלבן על חוזה לשלם לו סכום כסף מסוים. למחרת, לאחר שבנו ואשתו של החלבן הגיעו למשרד של עורך הדין של בעל המכליות, חתמו גם הם על אותו הסכם.  
**ביהמ"ש:** החוזה נכרת עקב כפייה ועושק ועל כן ניתן לביטול.

* **איום בהפעלת זכות שאיננה קיימת** – בד"כ התפיסה היא שזה נחשב כפייה. אם אדם האמין בזמן שהוא איים שהזכות הזו קיימת לו, אז זה לא כפייה. אך אם הוא יודע שהוא מאיים בזכות שאינה קיימת – זו כפייה.
* **איום שמהווה עבירה פלילית או עוולה נזיקית** – אם אני מבצע איום שמהווה עבירה פלילית, כגון סחיטה באיומים.
* **איום בהפרת חוזה/כפייה כלכלית**:

**פס"ד רחמים נ' אקספומידיה:  
עובדות המקרה:** 2 צדדים סיכמו על קיום יריד, כאשר צד אחד ארגן ותפעל את היריד, והצד השני הביא את השטח ואפשר את השימוש בו. הם סיכמו בניהם על חלוקת רווחים של 25%-75%, היריד נחל כישלון, והיה די מובן שההכנסות ממנו לא יכסו את הוצאות בעל השטח, ולכן הוא דרש מהצד השני להתחייב לשלם לו 40,000 דולר, ועוד 10,000 דולר אם היריד יצליח. את דרישתו הוא עשה תוך איום שהוא יסגור את היריד ולא יאפשר את השימוש בשטח. בעקבות כך הצד הנכפה הסכים לשלם את הסכום לבעל השטח. לאחר שהיריד הסתיים פנה הצד הנכפה לבית משפט וטען לכפייה כלכלית.  
**ביהמ"ש:** זו אכן כפייה ולא אזהרה בתום לב, והיא מקנה את האפשרות לביטול החוזה. ביהמ"ש מדגיש שלא היה לצד הנכפה שום אפשרות סבירה באותה נקודת זמן למעשה אחר שהוא לא היכנעות לכפייה, והוא לא יכל לפנות לערכאה כלשהיא.

* **בחינת איכות הכפייה ועוצמת הכפייה:**

**פס"ד מאיה נ' פנפורד:**

**עובדות המקרה:** יהלומן שהביא צ'קים לא טובים, ברח לחו"ל, ואמר לאלה שרצו את כספם שיחתמו איתו על הסכם בו הם לא יקבלו את כל שווי כספם, ויפסידו מכך בצורה כלשהיא. **השאלה:** האם יש פה כפייה. תחושת כפייה יש, אך יש פה גם עניין של הסכם פשרה. הצד השני יכל להציע הצעות אחרות, או לפנות לערכאות.   
**ביהמ"ש:** דעת הרוב – כפייה. דעת המיעוט – לא כפייה.

**איכות הכפייה** – התמקדות בצד של הכופה, עד כמה מה שהכופה עשה הוא לא לגיטימי.   
**עוצמת הכפייה** – התמקדות בצד הנכפה, האם באמת לא הייתה ברירה לנכפה אלא להיקשר בחוזה. ככל שלנכפה היו חלופות אחרות, העוצמה היא חלשה יותר, וניטה לומר שלא מדובר בכפייה, ולהיפך.

**אינדיקציות להתקיימות יסוד הכפייה:**

* **הוגנות התנאים** – כשבתי משפט בוחנים אם יש כפייה במשהו, הם בודקים את הוגנות התנאים כי זה כלי ראייתי. אם החוזה שחתמנו עליו הוא מאוד לא סביר וצד אחד מקבל הרבה יותר ממה שצד אחר מקבל, זו אינדיקציה מאוד חזקה שהייתה פה כפייה.   
  בפס"ד **ש.א.פ נ' בנק לאומי** – השופט מצא אומר שהוגנות התנאים זה גם תנאי מהותי, כלומר אחד התנאים שצריך להראות בכפייה, זה להראות שהתנאים הוגנים.
* **הסיבה לאיום** – למה אדם מאיים, כי הוא רוצה לסחוט, או כדי לקבל את מה שמגיע לו בדין?   
  פס"ד **דיור לעולה נ' קרן** – פינוי בינוי שרצו לעשות. בפינוי בינוי צריך את הסכמת כלל הדיירים. אחד הדיירים לא הסכים לחתום, ולאחר הפעלת לחץ עליו באמצעים שונים הוא הסכים וחתם על ההסכם. לאחר מכן התכחש להתחייבותו, וטען לכפייה. השופטת דורנר בפס"ד – אין כפייה, הסיבה שחתמו על החוזה היא כי נתנו להם תנאים טובים. ניתן להגיד שאחת הסיבות לדבריה של דורנר הם הסיבה לאיום, כלומר, הסיבה שקרן סירבו לחתום על הפינוי בינוי היא משיקולי סחיטה של חברת דיור לעולה.
* **ייעוץ משפטי** – אם יש ייעוץ משפטי פחות נכיר בכפייה, כי האדם בחן את העניין היטב לפני כן.
* **מעמד פיננסי** – ככל שאדם חזק יותר פיננסית, הנטייה של ביהמ"ש להכיר בכפייה תהיה קטנה יותר.
* **תגובת הנכפה**
* **הסתרת מידע** – אם יש מידע רלוונטי שהצד הכופה לא מספר, זה יגדיל את ההכרה בכפייה.

**כפייה על ידי צד שלישי:**

*"17(א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפייה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו"*

כפייה לא מטעמו של הצד השני לחוזה:

* **שלו וצמח** – (הסעיף השיורי) יש לבחון בהתאם לחובת תום הלב. כלומר, אם ידעתי שאתה נקשר עימי בחוזה עקב כפייה, גם אם לא אני כפיתי אותך, אני חסר תום לב.
* **פרידמן וכהן**:
* **אם לא ידע** – אפשר לבטל חוזה בהיקש מס' 14ב(טעות לא ידועה, שהצד השני לא ידע על הטעות). ההיגיון בכך – גם אם אין אשם שדבק בצד השני, בגלל שהיה פגם ברצון אנו רוצים לתת שיקול דעת לביהמ"ש לבטל את החוזה.
* **אם ידע**(או היה עליו לדעת) – או שנלמד שאפשר לבטל את החוזה בלי שיקול דעת לבימ"ש, בהיקש מס' 14א. או שבגלל שזה לא בדיוק טעות, נלמד בהיקש מ14ב, כלומר שאין זכות ביטול אך יש אפשרות לביהמ"ש לבטל. או לחלופין להשתמש ב"עילת העושק", בה אפשר לבטל חוזה אם צד אחד נכנס אליו בעקבות מצוקה והוא חוזה גרוע.
* **פס"ד הדר נ' פלונית** – הדר חברה לביטוח התקשרה בחוזה עם פלונית, ועל פלונית הופעל לחץ ע"י בעלה לחתום על החוזה עם הדר. ביהמ"ש לא יישם את ההקשה של פרידמן וכהן מ14ב, אלא השתמש בדוקטרינה אחרת – "**לא נעשה דבר**" – אם אדם חותם על מסמך אך לא התכוון לכך וברור שהוא לא התכוון – כאילו לא חתם(לפי הדוקטרינה מהמשפט האנגלי).

## עושק

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

**ייחודיות הפגם:**

* מתחשב באופן מפורש בסבירות החוזה – עקרונית התפיסה של פגמים שזה פגם בהליך ההתקשרות, אך בעושק צריך להראות שתנאי החוזה גרועים בצורה קיצונית מהמקובל.
* מושפע מתיאוריות של הוגנות וסולידריות ולא רק מתיאוריות הרצון – השאלה היא לא מה רצה, אלא שהחוזה יהיה גרוע. אם החוזה הוגן הוא לא יבוטל.

**יסודות העושק:**

(5 התנאים המצטברים דרושים לקיום עושק)

* חוזה
* מצוקה, חולשה שכלית או גופנית – אם אין מצוקה אין עושק.
* ניצול המצוקה בידי הצד השני או מטעמו.
* קשר סיבתי(סובייקטיבי).
* גריעות תנאי החוזה.

**ניצול המצוקה:**

* **הבדלים מכפייה:**
* מידת האשם המוסרי – אצל הכופה מידת האשם המוסרי כבדה יותר. בניגוד לכפייה בה לא צריך להוכיח שהתנאים גרועים, בעושק מידת האשם המוסרי נמוכה יותר, ולכן צריך גם להוכיח שהתנאים גרועים.
* מידת החירות של הקורבן.
* **יסוד נפשי של העושק:**
* שלו וצמח, פרידמן וכהן - נדרשת מודעות לעושק, אם לא ידעתי על המצוקה לא ניצלתי. אך זה לא כולל רשלנות, בה היה עלי לדעת ולא ידעתי.
* שלו וצמח – גם עצימת עיניים(חשד אך נמנע מלברר).
* טירקל בסאסי: *"כן ניתן לראות את אי המוסריות לא רק במקום שיש לעושק הכרה ברורה של מצבו של העשוק, מצב שאותו הוא מנצל, אלא גם כאשר ברשלנות גסה עוצם הוא את עיניו מראותו".*

**מהי מצוקה:**

* חולשה שכלית או נפשית, חוסר ניסיון – מצוקה הוא מושג שסתום, עמום.
* מצוקה כלכלית – אדם עני נמצא במצוקה? אדם עשיר שנקלע למצב כלכלי בעייתי, האם הוא במצוקה?
* שלו וצמח – נדרש מצב של שינוי פתאומי המביא ללחץ חמור.
* כהן נ' הרשקוביץ – לא די בקושי כלכלי חולף, מצוקה הוא משהו מתמשך.
* סאסי, שפיר – גם מצוקה זמנית יכולה להיחשב מצוקה, זה תלוי בנסיבות.

כל הנ"ל תלויים ברצון הצדדים אל מול הליך תקין או צדק חלוקתי? ככל שמה שחשוב לנו בעושק זה להבטיח את רצון הצדדים ואת ההליך התקין, כך אנו נתייחס יותר למצוקות פתאומיות. לעומת זאת, ככל וצדק חלוקתי זה מה שמוביל אותנו, כך נתייחס למצוקות קבועות יותר.

החשש בהכרה במצוקה קבועה כעושק – לא ייכרתו חוזים עם עניים או קשישים.

**גריעות התנאים:**

*"ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל".* מה הופך תנאי לגרוע? בהיעדר סטנדרט מקובל – סטנדרט היפותטי. כלומר, אם לדוגמא יש מחיר שוק והחוזה נכרת שלא לפי מחיר שוק אלא משמעותית פחות ממנו, אז התנאים גרועים. אך במקרים רבים אין סטנדרט מקובל, ואז ביהמ"ש יצטרך להמציא סטנדרט היפותטי שנתון לשיקול דעת.

ככל הנראה מדובר ביסוד המרכזי ביותר בעילת העושק, וכך נראה גם מהדיונים בפסיקה.



**ש.ב:**

* חוק החוזים, סעיפים 19-21
* גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** (מהדורה רביעית, 2019); עמודים: 447-449; 450-453; 457-460; 463-467; 471-472
* חוק החוזים, סעיפים 24-26
* ע"א 4628/93 **מדינת ישראל נ' אפרופים**, פ"ד מט(2) 265 (1995); תיאור העובדות של פסק הדין המופיע בתקציר (עמודים 265-266) ופסה"ד של השופט ברק.

חופשת סמסטר

**שיעור 11 – 7.5**

## ביטול בשל פגם

דיברנו על פגמים בכריתה – טעות, הטעיה, כפייה, עושק וכו, המקנים לצד הנפגע זכות ביטול. זכות ביטול הכוונה היא לביטול תוקף החוזה. חוזים שנכרתו שהיה בהם פגם בכריתה, הם לא בטלים אוטומטית, אלא ניתנים לביטול. כל עוד הצד שזכאי לדרישת ביטול החוזה, לא דרש את הביטול, אזי החוזה לא בטל, ובתוקף. ככלל לצד הנפגע, לא רק יש זכות לבטל אלא גם כח לבטל. כלומר ברגע שישלח את הודעת הביטול החוזה יתבטל, ולא צריך את ביהמ"ש לזה. החריג לכך – ס' 14ב העוסק בטעות לא ידועה, בו כן צריך בימ"ש כדי לבטל את החוזה.

יש 3 נושאים בהם נעסוק:

* ביטול חלקי – האם אפשר לבטל חלק מהחוזה ולא את כולו.
* דרך הביטול – איך אנחנו מבטלים חוזה.
* תוצאות הביטול – מה ההשלכות של ביטול חוזה.

ביטול בעקבות פגם מוסדרים בס' 19-21 לחוה"ח. ביטול בעקבות הפרה מוסדר בסעיפים אחרים.

**ביטול חלקי:**ס' 19 – *"ניתן החוזה להפרה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד. אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העוולה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו".*

הכלל הוא שהחוזה ניתן לביטול, כאשר החריג שבס' 19 קובע שאם החוזה ניתן להפרדה לחלקים, אז רק אותו חלק מבוטל ולא כל החוזה. לדוגמא – אם אני עושה חוזה עם חברה למוצרי חשמל וקונה מהם מכונת כביסה ומדיח כלים, והרכישה של מכונת הכביסה הייתה בעקבות טעות ידועה, ככל שניתן להפריד בין החלקים בחוזה הקנייה ולבטל רק את רכישה מכונת הכביסה, הביטול יחול רק על מכונת הכביסה ולא על מדיח הכלים. לפעמים זה אינטרס של הנפגע, כי הוא כן רוצה את המדיח, ולפעמים זה יהיה אינטרס של הצד השני כי הנפגע כבר לא ירצה את המדיח.

**חוזה שניתן להפרדה** – כהגדרתו אינו דבר מובן מאליו, וכפוף לשיקול דעת של בית המשפט. הדוגמא שהובאה לעיל היא כזו שדי ברור שהחוזה ניתן להפרדה, אך יש חוזים שזה יותר מורכב בהם. לדוגמא – שכירת קבלן שישפץ את הבית ואת הסלון, האם החוזה ניתן להפרדה? הכל תלוי בנסיבות הקונקרטיות של כל חוזה וחוזה.

**החריג** – אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר לולא העילה(אם בעצם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא החלק שניתן להפרדה, כלומר החלק שלגביו חלה העילה) רשאי הוא לבטל את האמור או את החוזה כולו. כשיש חוזה והוא ניתן להפרדה לחלק א וב, אם הטעות נוגעת רק לחלק א, ולא נגעה כלל בחלק ב – ככלל הביטול יהיה רק על חלק א. אך אם יש להניח שהנפגע לא היה מתקשר בחוזה אם היה רק חלק ב של החוזה, אלא רק כשזה חלק א+ב ביחד, אזי תהיה לו עילת ביטול.

**דרך הביטול**:  
ס' 20 – *"ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה – תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפייה".*

* **סוגים של הודעות ביטול** - בשביל שחוזה יתבטל צריך הודעת ביטול. מה זה הודעת ביטול? לדוגמא, דואר רשום שכתוב בו במפורש. אך הפסיקה הכירה בדרכים נוספות, לדוגמא - בהחזרת כסף כהודעת ביטול, הגשת תביעה, חסימת אשראי וכו'. ככלל – בתי המשפט גמישים בנושא.
* **הימנעות מקיום החוזה ללא ביטול מהווה הפרה**.
* **מועד הביטול** – תוך זמן סביר מרגע שנודע על עילת הביטול, כלומר אי אפשר "למשוך" את הביטול, למעט בעניין של כפייה. כלומר, אם אני כופה אדם להיקשר בחוזה, מרגע שכפיתי אותו הוא יודע על הכפייה. ולכן ממילא בכפייה השאלה לא מתי נודע על הכפייה אלא מתי הפסיקה הכפייה. לא מצופה מאדם שכפו אותו לחוזה, לבטל את החוזה כשעוד לא פסקה הכפייה. אך מרגע שפסקה הכפייה מחכים זמן סביר לביטול החוזה. אם עדיין הוא ממאן לביטול החוזה, אזי עילת הביטול לא קיימת יותר והוא לא יוכל לבטל את החוזה.
* **חובת תום הלב** – חלה גם בהקשר של המועד( בשאלת מהו זמן סביר), וחלה גם בביטול באופן דווקני.

**תוצאות הביטול**  
ס' 21 – *"משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויו של מה שקיבל".*

* **הביטול מבטל את כלל השלכות החוזה** – כלומר, כל מה שכתוב בחוזה לא רלוונטי. גם אם נכתב בחוזה התניה של פיצוי מוסכם בשל פגם בחוזה. אם החוזה בוטל עקב פגם, כל סעיפיו מבוטלים, כולל פיצוי מוסכם.   
  פיצויי ציפייה – פיצויים המעמידים את הנפגע באותו מצב לולא הופר החוזה.  
  חריג – ביטול חלקי – אם ביטלנו רק חלק מהחוזה, אז הסעיפים הללו עדיין יכולים לחול.
* **השבה בעין והשבת שווי** – יש 2 סוגי השבה:
  + - * 1. השבה בעין – להחזיר את מה שקיבלת עקב החוזה.
        2. השבת שווי – החזרת הערך של מה שקיבלת.
* **בלתי אפשרית ובלתי סבירה** – ככלל, בביטול בשם פגם ישנו כלל של השבה של מה שקיבלת, החריג לכך הוא במצבים בהם לא ניתן להשיב, או שזה בלתי אפשרי להשיב. לדוגמא – אם קניתי פיצה ואכלתי, אני לא יכול להשיב.

# תוכן החוזה

## פירוש והשלמה

הקדמה – אין הלכה ברורה בעניין פירוש והשלמה של חוזים, וצריך להכיר את כל הדעות.

**מושא הפרשנות**:

השאלה המרכזית ביותר בפירוש חוזים – מה אנחנו מפרשים? כשאנו מנסים לפרש חוזה, אחרי מה אנחנו מנסים להתחקות ולהבין?   
התשובה הבסיסית ביותר – כוונת הצדדים. מה מחייב את הצדדים בחוזה? מה שהם הסכימו עליו, ולכן כדי לפרש את החוזה אנחנו צריכים קודם כל להבין מה הם הסכימו בדיוק.

קשיים אינהרנטיים:

* **פער בין הצהרה לכוונה** – במקרים רבים אדם מצהיר דבר אחד, אך בפועל מתכוון לדבר אחר. גם אם מבחינת תיאורית הרצון מה שמעניין הוא הכוונה הסובייקטיבית, משיקולי יעילות והסתמכות צריך לבדוק גם על מה הצהירו. העובדה שהתכוונתי לדבר אחד, אך בחוזה כתוב דבר אחר, גם אם ברור לכל שהתכוונת לדבר אחד – לא בטוח שזה יהיה רלוונטי בחוזה כי זה לא נכתב בחוזה.
* **אי מודעות לכלל המשמעויות** – הצדדים לא תמיד מבינים את כל המשמעויות של החוזה. עד איזה רמה אנו סומכים על הצדדים שהתכוונו למה שאמרו?
* **נושאים שלא נתנו עליהם את הדעת** – בחוזה, צדדים לא תמיד חושבים על כל העניינים, ולכן אי אפשר לפרש את החוזה רק על בסיס כוונת הצדדים כי אין כוונה כזו במקרים כאלה.
* **הסכמה ללא קריאת החוזה** – אם לדוגמא מישהו לקח חוזה אחיד(חוזה מוכן מראש להתקשרויות מסוימות, כמו בבנק, שיש טפסים אחידים לכל הלקוחות).
* **כוונות סובייקטיביות סותרות** – אם אחד הצדדים התכוון ל-א והשני התכוון ל-ב, הרצון להתחקות אחר רצון הצדדים הוא חסר תועלת.

**לשון החוזה**:  
לשון החוזה הכוונה אינה ככלי לדעת מה הצדדים התכוונו, אלא להסתכל על לשון החוזה גם כשברור שזה לא כוונת הצדדים. התפיסה שמעדיפה את לשון החוזה היא גישה פורמליסטית(מתעסקת בפורם, בצורני, ולא בתוכן ובמהות).   
למה שנתחשב בלשון החוזה בלי קשר למה שהצדדים התכוונו? ההנחה היא שכשאנחנו מדברים על כוונות הצדדים זה משהו עמום שקשה להתחקות אחריו, לעומת זאת כשיש לשון לחוזה, היא יכולה להעיד על הצדדים מה התכוונו.

שיקולים תומכים:

* ודאות שיפוטית והסתמכות(היכולת שלי להסתמך על החוזה)
* אחריות אישית
* יעילות דיונית(קשיים ראייתיים ומשך הליך).

הפורמליסטים מאמינים יותר שהאיזון בין כוונת הצדדים ללשון החוזה צריך לנטות ללשון החוזה. המהותניים סוברים שהאיזון צריך ללכת יותר לכיוון כוונת הצדדים. וניתן לראות כך גם בדברי שופטים בפסקי הדין, כל אחד לגישתו.

**תכלית אובייקטיבית**:  
מה התכלית של החוזה, מה הרעיון המארגן של החוזה? אנו שואלים את עצמנו, איזה פירוש של החוזה יפרש בצורה הטובה ביותר את התכלית שלו. כשהתכלית הוא מושג שכשלעצמו עמום. לעיתים התכלית היא מה שהצדדים התכוונו, אך זה גם יכול להיות מה הצדדים היו "צריכים" להתכוון, באופן שישרת את הרצון העסקי, או לפי התכלית האובייקטיבית שביהמ"ש יחליט(הוגנות, סולידריות וכו).

שיקולים תומכים:

* ייחוס חשיבות לתכליות האובייקטיביות – ככל שאני מאמין בהוגנות, ככה נייחס פחות חשיבות לכוונת הצדדים.
* ישנם מקרים בהם כוונת הצדדים ולשון החוזה אינן אינדיקטיביות או אינן חשובות דיין – כלומר, במקרים בהם לא ברור מה כוונת הצדדים או רצון החוזה, אנו נלך אחר התכלית האובייקטיבית.

**לסיכום:**כשאנו באים לפרש חוזה, השאלה היא את מה אנו מפרשים. השיטות השונות מתלבטות בין מושאי פרשנות שונים. המושא הבסיסי ואינטואיטיבי ביותר הוא כוונת הצדדים – מה הצדדים רצו. שיטה אחרת והיא השיטה הפורמליסטית, שמה את הדגש על לשון החוזה, משום שמה שכתוב בחוזה ועליו הצדדים חתמו זה מה שמכריע. גישה זו רוצה לקדם ודאות והסתמכות של אנשים על מה שכתוב. אדם אחראי על מה שחתם בחוזה. גישה שלישית סבורה שהערכים שאנו רוצים לקדם הם אלה החשובים ביותר, כגון – חוזים סבירים, חוזים עם היגיון פנימי, חוזים יעילים, שוויוניים, וכוונת הצדדים אינה מעניינת אותה.

**סקירה היסטורית:**

בהוראות החוק הישן ס' 25 לא היה קיים, ונדון בתוכן החוק הישן:

24. *"תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים"*. – מושא הפרשנות הבסיסי ביותר – כוונת הצדדים.   
25. *"(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות".* – כלומר לשון החוזה היא הערך החשוב, וקודם כל הולכים ללשון החוזה, רק אם הלשון לא ברורה, נלך לנסיבות.   
*"(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפי הוא בטל.   
(ג) ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים."*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"*. – סעיף העוסק במקרים בהם יש חוסר בחוזה. מחלוקת בנושא האם בחוסר מהותי יש פגם במסוימות או לא.

**א. תורת 2 השלבים**:  
החוק הישן התפרש בפסיקה באופן הנקרא תורת 2 השלבים.   
בשלב הראשון אנו בוחנים את לשון החוזה, אם היא ברורה עוצרים, ואם היא לא ברורה, בשלב השני, בודקים את הנסיבות. וזה מה שהיה מקובל בפסיקה, עד **פס"ד אפרופים**.

השופט בייסקי ב**פס"ד נחמני נ' גלאור**: *"כמצוות סעיף 25א (לחוה"ח) יפורש אומד דעתם של הצדדים כפי שהוא משתמע מתוך החוזה, ואם אינו משתמע ממנו - מתוך הנסיבות. ואם ברור הוא החוזה ולשונו היא חד-משמעית, שוב אין צורך להיזקק לנסיבות ובוודאי לא להיגיון המסחרי או לכדאיות הכלכלית, העשויים להיות מושפעים משיקולים אינדיווידואליים או קוניונקטוראליים של אחד הצדדים, אותם אין הוא מחוייב לגלות לצד שכנגד או לפרט בחוזה."*

הנשיא שמגר ב**פס"ד דלתא להשקעות ולמסחר נ' סופרגז**: *" נקודת המוצא בתהליך הפרשנות מצויה בחוזה גופו... מיצוי הטקסט החוזי מחייב, ראשית לכול, הידרשות למשמעות המילולית של הביטויים וההוראות המצויים בחוזה... אם אין בכך כדי להוליך למסקנה ברורה, מגיע שלב שני, ובו על בית המשפט לבחור, מתוך מיגוון המשמעויות הלשוניות הבאות בחשבון, את המשמעות המגשימה את התכלית החוזית."*

זו תורת 2 השלבים. תורה זו אומנם מתעניינת בכוונת הצדדים, אך כשהלשון ברורה היא מתעלמת מכוונת הצדדים. יש בכך יתרונות של וודאות שיפוטית, ויתרונות של יעילות. זו הייתה התפיסה ששלטה בפסיקה הישראלי עד פס"ד אפרופים.

תמונה שמכילה גופן, טקסט, לוגו, גרפיקה

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**ב. הלכת אפרופים:**

ברק בפס"ד אפרופים – בחינת לשון ונסיבות כאחד:

* **לא ניתן לפרש לשון ללא נסיבות** – אי אפשר להבין חוזים ללא התייחסות לנסיבות, ובשביל להבין חוזה צריך לעיין בנסיבות. *"בהירותה של הלשון אינה נקבעת על-פי תחושת לשון קדם פרשנית של השופט, אלא היא פרי מסקנה פרשנית הבאה בסיומו של התהליך הפרשני. רק פנייה למקורות חיצוניים עשויה להניח את דעת הפרשן שהלשון אינה ברורה. מה שעל פניו נראה כברור, עשוי להתברר כלא ברור לאור הנסיבות. מכיוון שמקובל על הכול, כי אומד דעתם של הצדדים הוא אמת מידה פרשנית ראויה, ניתן לקבוע כי הלשון היא ברורה רק לאחר שהשופט סיים את המהלך הפרשני, דהיינו קבע את אומד דעתם של הצדדים ופירש על פיה את לשון החוזה."*
* **לשון החוזה אף פעם לא ברורה – הכל טעון פרשנות**. *"מדע הלשון ומדע המשפט שוללים את הפרופוזיציה כי הלשון היא ברורה "כשלעצמה". עמדתי על כך באחת הפרשות בצייני: "אין מלים 'ברורות' כשלעצמן. אכן, אין לך דבר פחות ברור מהקביעה כי המלים הן 'ברורות' בצדק ציין השופט טרינר Plain words, like plain people, are not always so plain as they seem ".* כלומר, דעתו היא שהכל פתוח לפרשנות ואין דבר שברור כלשעצמו, השופט יפרש בהתאם לנסיבות.
* **אם מושא הפרשנות הוא כוונת הצדדים, אין מקום לשלבים**, וכוונת הצדדים הוא הדבר החשוב, ולא ניתן להבין את כוונת הצדדים רק על בסיס לשון החוזה, ולכן צריך לפנות גם ללשון החוזה וגם לנסיבות כאחד. *"אם אמנם הפרשן לוקח ברצינות את אומד דעת הצדדים כאמת מידה פרשנית, מדוע הוא מוגבל אך ללשון החוזה כדי לעמוד על תוכנה? אם אמנם ביסוד פרשנות החוזה עומדת המגמה "להגיע לחקר הכוונה האמיתית, שהייתה לנגד עיניהם של המתקשר... אם אכן אנו מסורים ודבקים בכוונתם )המשותפת( של הצדדים - מדוע זה יוגבל הפרשן ללשון החוזה עצמו, ורק אם לשון זו אינה ברורה, יהא רשאי לפנות לנסיבות החיצוניות?"*
* **פנייה לתכלית אובייקטיבית בהינתן עמימות** – אם כוונת הצדדים לא ברורה, לא בלשון החוזה ולא בנסיבות – באותם מקרים נפנה למקרים אובייקטיביים. *"אם אומד הדעת (הסובייקטיבי) של אחד הצדדים שונה מזה של הצד השני, אין כל אפשרות לגבש אומד דעת סובייקטיבי משותף. החוזה יפורש... על- פי תכליתו האובייקטיבית... התכלית האובייקטיבית מוסקת מתוך "אופייה ומהותה של העסקה שנקשרה בין הצדדים..."... זהו מבחן אובייקטיבי. הוא מושפע מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא. הוא נגזר משיקולים של היגיון... על-פי שיקולים של סבירות."*

דוקטרינות תומכות בדעתו של ברק:

* פירוש המקיים את החוזה עדיף על כזה שלפיו בטל(ס' 25ב).
* כלל הפירוש נגד המנסח – (ס' 25ב1) – לפיו נפרש חוזה נגד מי שניסח אותו.
* חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רישיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסמכה או הרישיון הוא תנאי מתלה(ס' 27ב).
* פירוש לפי עקרון תום הלב.



**ולסיכום:**

****

**ש.ב:**

* רע"א 3961/10**המוסד לביטוח לאומי נ' סהר** (26.2.2012), תקציר פסק הדין (עמודים 2-5).
* ע"א 7649/18**ביבי כבישים נ' רכבת ישראל**(20.11.2019).

**שיעור 12 – 28.05**

הביקורת על פס"ד אפרופים:

* מי שתומך בתורת 2 השלבים חולק על פס"ד אפרופים – מי שחושב שגם כשכוונת הצדדים סותרת את לשון החוזה, צריך ללכת לפי לשון החוזה – ברור שיחלוק על פסק הדין.
* "רוח הלכת אפרופים" – פסק הדין משתמש ברקטוריה שחוזים הם לא ברורים, והלשון עצמה לא ברורה. נכון שאנו מתעניינים בכוונת הצדדים, אך אם לשון החוזה תמיד לא ברורה ולא ניתן לפנות אליה לכתחילה, זה יוצר הרבה עמימות ופוגע בוודאות השיפוטית. יתרה מכך, אם חוזים לא ברורים, וכוונת הצדדים אינה ברורה, אזי בפועל השופטים יכתבו את החוזה עבור הצדדים, כי ניתן להכניס לחוזה בצורה כזו כל פרשנות שרוצים.   
  דניאל פרידמן – *"הקושי הוא ברטוריקה של פסק הדין ובדרך שבה יושמה ההלכה במקרה הספציפי, השילוב של גורמים אלה יצר תחושה שלפיה אין בנמצא חוזה ברור, הכל פתוח, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות".*
* ביקורת נוספת מתוך פס"ד ארגון מגדלי הירקות נ' מדינת ישראל פס' 6 לפסה"ד של השופט חשין: *"אכן, רבים - גם מן המצדדים בהלכת אפרופים - אין דעתם נוחה מן הדרך שבה נתפשה ההלכה בחיי היומיום של המשפט; שרוחה של ההלכה ניכסה לבית המשפט סמכויות החורגות מתחום הפרשנות במובנה המסורתי, ותוך כך חתרה תחת הוודאות והביטחון שהם כה חשובים למי שכורתים חוזה בניהם. לא בכדי שוררת בקרב רבים מן העוסקים במשפט- שופטים, עורכי דין וחכמי משפט - תחושה של חוסר ודאות מלווה בחשש כי חוזה כתוב וחתום- ככתבו וכלשונו - אינו עוד יכול להבטיח את זכויות הצדדים לו, שכן כיום עשוי בית משפט לפרשו כדרכו וכי כל תוצאה (כביכול) ניתנת להשגה באמצעות פרשנות".*

**ג. פס"ד ארגון מגדלי הירקות(פרשנות חוזים):**פסק דין זה הגיע לדיון נוסף, שעסק בשאלה מה הדין בהלכת אפרופים, האם היא עדיין נוהגת או שלא. מה שהוכרע בדיון זה מכונה "תמרורי אזהרה". כלומר, מקבלים את הלכת אפרופים, אך בגלל הביקורת על הלכה זו, אנו מותירים את תורת 2 השלבים על כנו, ומאפשרים לבחון נסיבות ולשון במקביל, ומדגישים את החשיבות שבלשון החוזה. אם באפרופים החלישו את לשון החוזה, בארגון מגדלי הירקות מדגישים את החשיבות של לשון החוזה. השופט חשין *– " עיקר הוא שנדע ונזכור כי בהלכת אפרופים, כשהיא לעצמה, לא נפל פגם, הגם שניתן למתן את הרטוריקה שקבעה את ההלכה... אף שבית-המשפט אינו מוגבל עוד ללשונו של, ראוי לו בכל החוזה במתכונת "שני השלבים" מזאת כי יעניק מעמד של בכורה ללשון, הן לעניין שמיעת ראיות לפירושו של חוזה הן לעניין משקלן של אותן ראיות. בפרשת אפרופים קבע המשנה לנשיא ברק כי "אין מילים 'ברורות' כשלעצמן" . אמירה זו... נתקבלה כפשוטה ... שלא ככוונת יוצרּה כקובעת כי לשון החוזה לעולם אין היא "ברורה" וכי תמיד ניתנת היא לפרשנות. פרשנות ברוח זו - באורח כה קיצוני - אינה מקובלת עלינו. פוגעת היא, לדעתנו, פגיעה חריפה בעקרון חופש החוזים ובאוטונומיה של הצדדים לחוזה... גורמת היא לחוסר ודאות... "*כלומר, חשין סובר שאין לקבל את הרוח שאין חוזים ברורים, זה פוגע בעיקרון חופש החוזים, כיוון שכורתים חוזה עבור הצדדים, ודבר זה פוגע באוטונומיה ובוודאות.

השופט גרוניס – *"מעורבות היתר של בתי המשפט בפרשנות חוזים צופנת בחובה פגיעה בוודאות המשפטית. כפי שמציין המשנה לנשיא מ' חשין, הבעיה איננה בהלכת אפרופים עצמה, אלא באווירה שיצרה. האזהרה מפני הפיכתו של בית המשפט למעין "צד" לחוזה, ומפני שִכְתּוב החוזה על ידי בית המשפט, ראוי לה שתהדהד מבית המשפט בקרית שמונה ועד זה שבאילת."*   
כלומר, זה לא שמבטלים את הלכת אפרופים, מה היתרון של תורת 2 השלבים? שברור יחסית מה היא אומרת – אם הלשון ברורה הולכים לפי הלשון, אם היא לא ברורה הולכים לפי הנסיבות.   
בפס"ד ארגון מגדלי הירקות, אומרים בעצם שתמיד ניתן ללכת לפי הנסיבות, אך ללשון יש מעמד יתר, מעמד בכורה. מה הכוונה מעמד בכורה? קשה להגדירו, כי הוא כשלעצמו נותן מקום רב לשיקול דעת לביהמ"ש. השאלה היא האם נתנו משקל בכורה ללשון או לא, היא שאלה גמישה ועמימה. ולכן אנשים שונים יכולים לפרש את פסק הדין בצורה שונה.

מי שדוגל בגישת 2 השלבים שדברים צריכים להיות מוגדרים וברורים, יגיד שפס"ד מגדלי הירקות לא שינה שום דבר, והביקורת בעינה עומדת. לעומת זאת, הדוגלים באפרופים יגידו שמגדלי הירקות לא שינה דבר.

**ד. תיקון חוק החוזים:**שלב ראשון – תורת 2 השלבים, שלב שני 2 – פס"ד אפרופים שמבטל את 2 השלבים, שלב שלישי – פס"ד ארגון מגדלי הירקות שהוסיף תמרורי אזהרה. ח"כ יריב לוין, שלא אהב את פס"ד אפרופים ופירוש חוזים, ורצה להחזיר את תורת 2 השלבים, ולכן הציע הצעת חוק לתיקון הנושא.

ההצעה המקורית - *"חוזה מפורש לפי אומד דעת הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה. ובמידה שאינה משתמעת ממנו – לפי הנסיבות".* לדעת המרצה, הכוונה היא לתורת שני השלבים. אך בפועל, הצעה זו לא התקבלה אלא נוסח שונה ממנה.

**ס' 25(א) לחוה"ח:** *"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".*  
**ס' 25(ב1) לחוה"ח:** *"חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו".*

הניסוח בפועל הוא ניסוח שאינו ברור, וזה מחזק את הטענה שחוקים לא תמיד ברורים. חלק פירשו את החוק בהתחלה שכוונתו לבטל את אפרופים, אך בפועל לשון החוק מורכבת.

בפועל, הגיע **פס"ד סהר**, ובדעת הרוב קבע:   
*"חוזה יפורש תוך בחינה מקבילה ומשותפת של לשון החוזה ושל נסיבות העניין, בכפוף לחזקה פרשנית – ניתנת לסתירה – שלפיה פרשנות החוזה היא זו התואמת את פשט הלשון, דהיינו: את המשמעות הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב. החזקה ניתנת לסתירה במקרים שבהם למד בית המשפט, מתוך הנסיבות, כי הלשון אינה פשוטה וברורה כפי שנחזתה להיות במבט ראשון; וכי למעשה – עשויה היא להתפרש בדרכים אחרות מאלה שנראו ברורות בתחילת הדרך הפרשנית... רק כאשר בלתי-אפשרי לאתר את התכלית הסובייקטיבית של החוזה, יפורש החוזה – בלית ברירה – בהתאם לתכליתו האובייקטיבית, המשמשת כמוצא אחרון".*  
כלומר, אין שום משמעות לתיקון. חזקה שמה שכתוב בלשון זה מה שהתכוונו הצדדים, אך אפשר לסתור את החזקה. אם גם מהלשון וגם מהנסיבות לא ברורה כוונת הצדדים, אפשר לפנות לתכלית אובייקטיבית. השופט ריבלין בעצם אומר שיש פה חזקה ניתנת לסתירה שמה שכתוב בלשון הוא כוונת הצדדים, שזה דומה למה שאמרו, שללשון יש בכורה.   
אין הבדל מהותי בין פס"ד ארגון מגדלי הירקות, לפסיקה לאחר התיקון. יוצא מכך, שהתיקון לא עשה הרבה בהקשר הזה, ועדיין אנו מאמצים את התפיסה שיש פה הליך חד שלבי, ונותנים בכורה כלשהיא ללשון, כאשר שופטים שונים מפרשים את המונח "בכורה" באופן אחר. שופטים המצדדים באפרופים של ברק יתנו בד"כ יותר 'בכורה' ללשון, ואחרים שיתנו פחות בכורה ללשון ויותר מקום לנסיבות.

**ה. פס"ד ביבי כבישים:**זוהי ההתפתחות האחרונה בנושא. באופן כללי, ישנם חברות ענק העושות עסקאות עם קבלני ענק על פרויקטים גדולים. היכולת לצפות עלויות ולוחות זמנים היא מוגבלת. ולכן, בחוזים בתחום זה ישנם מנגנונים ידועים של איך זה עובד, פיצויים במקרי איחור וכו. בתחום זה ישנה אי ודאות רבה, אך הצדדים מודעים לכך.   
הבעייתיות בחוזים מעין אלו היא שלעיתים ישנה טעות בחישוב על אף חישוב הסיכונים מראש של הצדדים, והחריגה בעלויות היא הרבה מעל למצופה מה שגורם לשולי הרווח להיות קטנים יותר.

בפס"ד זה, ביבי כבישים טענו מול הרכבת שהפרויקט עלה להם הרבה מעל מה שהם ציפו, זה הפך את החוזה ללא הגיוני ולכן הם רוצים פיצוי.   
מה השיקולים? שיקולים מהותיים, שיקולי הוגנות, האם הם לקחו על עצמם את הסיכון הזה, ואם טעו אזי מי צריך לשאת באחריות... בנוסף, ישנם שאלות של מדיניות – מי לקח את הסיכון, מי אשם במצב שנגרם, מה יהיו שולי הרווח, מה נחשב חוזה הגון, וכו. שאלות רבות שנמצאות ברקע פסק הדין. אך הדיון הדוקטרינרי מתנהל סביב שאלה של פרשנות חוזים. נשאלת השאלה – איך לפרש את החוזה. כנראה שלשון החוזה הלכה יותר לכיוון של הרכבת, אך התכלית של החוזה לפי כוונת הצדדים הלכה יותר לכיוון ביבי כבישים.

השופט שטיין:

* **לא כל החוזים שווים** – *"הלכת אפרופים חלה על כל חוזה וחוזה, אבל לא כל החוזים נולדו שווים... חוזה יחס פתוח אשר מנוסח בקווים כלליים בלבד... מסמיכים את בית המשפט לקרוא לתוכם תנאים וחיובים חדשים, שלא הוסכמו מראש, על בסיס עקרונות משפט רחבים כמו תום לב, הגינות וסבירות, כשכל אלו מותאמים למטרות החוזה."* שטיין לא הפך את אפרופים. אך אמר שחוזים שונים צריך לפרש באופן שונה. יש חוזים שידוע מראש שלא מסדירים בהם את הכל במסגרת החוזה. לצדדים יש אי וודאות לגבי דברים מסוימים, או שלא יודעים לצפות עניינים מסוימים, ולכן אומרים בחוזה שבמידה ויהיה לדוגמא, שינוי עלויות גדול, זה ייפתר באמצעות תו"ל וביהמ"ש יפרש את הבעיה החוזית בעתיד. חוזה כזה הוא חוזה יחס פתוח, הוא לא סגור, ומשאיר מקום לשיקול דעת עתידי. אך, ישנם סוגי חוזים אחרים – חוזה ממצה.
* **בחוזים ממצים אין לפנות לראות חיצוניות** *– "חוזה ממצה שכל תנאיו מוגדרים באופן ברור ונהיר... מנוהל על ידי כללים פורמליים, שעיקרם דרישת הכתב. כוונתי לא רק לדרישת הכתב כתנאי קונסטיטוטיבי לכריתתו של חוזה... אלא – ובעיקר – לכלל שפוסל עדות בעל פה אשר באה לסתור את הכתוב בחוזה (ה - .(rule evidence parolהכלל האחרון מאפשר הבאת עדויות בעל פה בנוגע לחוזה כתוב אך ורק למטרת פרשנות, וזאת רק מקום שקיימת עמימות גלויה על פני הכתוב."* כלומר, כשחוזה ממצה ומוגדר, אנו בוחנים רק את מה שעל הכתב. בחוזים ממצים סגורים אפשר לפנות לנסיבות רק במקרה שישנה עמימות גלויה על פני הכתוב. בשורה התחתונה – שטיין סובר שבחוזים ממצים צריך להתייחס ללשון החוזה, ממש כמו בשיטת 2 השלבים.
* **בחוזים ממצים חשובה הוודאות השיפוטית** – *"לחוזה סגור, שתנאיו פורטו לפרטי פרטים במסמך ארוך, אשר על פי רוב מנוסח על ידי עורכי דין המנוסים בכתיבת הסכמים, יש תכלית מהותית- עסקית. לצדה של תכלית זו, יש לו, לחוזה סגור, תכלית נוספת, חשובה לא פחות, ששמה וודאות חוזית".* שטיין מחזיר פה את עניין הוודאות החוזית, ומגדיל את משמעות לשון החוזה על פני כוונת הצדדים. הוודאות החוזית היא מה שמצדיקה את אי הפנייה לנסיבות חיצוניות בחוזים ממצים.

השופט פוגלמן:

הצטרפות לתוצאה, צינון הרטוריקה – *"כפי שציין חברי, הלכת אפרופים (שאושרה בהרכב מורחב של בית משפט זה בדנ"א 2045/05 ארגון מגדלי הירקות – אגודה שיתופית בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד סא)2( 1 )2006)), חלה על כל חוזה וחוזה. גם לגישתו, שלפיה "לא כל החוזים נולדו שווים" אני מסכים".* כלומר, פוגלמן מסכים עם שטיין שאפרופים חלה על כל החוזים, והוא מסכים עם גישתו שלא כל החוזים שווים. אך, הוא לא מסכים עם שטיין על צמצום של הלכת אפרופים, אלא הוא מאמץ את החלקים איתם הוא מסכים בפס"ד של שטיין.

השופט גרוסקופף:

גרוסקופף מסכים גם כן שלא כל החוזים שווים, אך הוא מחלק בין 3 סוגי חוזים:

* + - * 1. חוזה פרטי – חוזה בין 2 צדדים פרטיים, לדוגמא – חוזה שכירות, מכירת רכב וכו.
        2. חוזה צרכני – חוזה בין ספק לצרכן, לדוגמא – קנייה בסופר, ביטוח, וכו.
        3. חוזה עסקי – חוזה בין 2 צדדים עסקיים מתוחכמים, כדוגמת ביבי כבישים.

לכל חוזה מאפיינים שונים, ואופי הפרשנות צריך להיות שונה. **בחוזה פרטי** מה שחשוב הוא כוונת הצדדים וצריך לתת לכך בכורה. **בחוזה צרכני** מה שצריך לכבד זה את ערכי השיטה. כלומר, תכליות של הוגנות. אף צרכן בקצה לא קורא את החוזה עם הבנק וחברות הביטוח, ולכן ההיגיון בחוזה צרכני הוא להגן על הצרכן ועל הוגנות העסקה, ולכן צריך לתת יותר משקל לתכלית האובייקטיבית – ערכי השיטה. **בחוזה עסקי**, מה שחשוב לצדדים זה וודאות שיפוטית, כי 2 הצדדים מתוחכמים. ולכן, צריך לתת במקרים כאלה משקל ללשון החוזה.   
*"בחוזה הפרטי, הגשמת רצון הצדדים במועד הכריתה היא התכלית לה ראוי להקנות מעמד של בכורה... בחוזה הצרכני, כיבוד ערכי השיטה היא התכלית המקבלת מעמד מרכזי, וזאת בשל חוסר השוויון הקיים בין הצדדים, המעורר חשש לניצול לרעה של כללי הפרשנות החוזיים על ידי הצד החזק (העוסק) נגד הצד החלש (האדם הפרטי); בחוזה העסקי, שאיפתם העיקרית של דיני הפרשנות צריכה להיות לשכלול ההתקשרות החוזית... כלל פרשנות מרכזי התורם לשכלול ההתקשרות החוזית, הוא כלל הנותן ללשון החוזה מעמד מכריע בהליך פרשנות החוזה."*

התייחסות בספרות:  
ישנה מחלוקת איך להתייחס לביבי כבישים.

* יש האומרים שפס"ד זה גרם לשינוי מהותי בגישה הפרשנית(זמיר, פרידמן, וינצקי ביחס לחוזים סגורים עסקיים, גם כץ מסכים עם גישה זו). מכיוון ששטיין אומר שבחוזים ממצים צריך לאמץ גישת 2 שלבים.
* אין שינוי מהותי בגישה הפרשנית(שלו, בוקשפן).

חשוב לשים לב שלפחות ברטוריקה, השופט שטיין לא הופך את הלכת אפרופים.

**איך בוחנים שאלה של פרשנות חוזה?**באופן בסיסי, למעט השופט שטיין בחוזים ממצים – שיטת 2 השלבים נגמרה. כשאנו מפרשים חוזה אנו מתחילים בלשון החוזה, אבל מקשיבים גם לנסיבות. צריך לתת מעמד בכורה, מעמד משמעותי ללשון החוזה. מה הכוונה במעמד משמעותי? אין הגדרה ברורה לכך, ושופטים שונים יתנו מעמד שונה. ברטוריקה הבסיסית, ללשון החוזה יש מעמד משמעותי, כמה משמעותי, זו השאלה.

אם גם אחרי שבחנו את הלשון וגם את הנסיבות אנו לא יודעים להתחקות אחר אומד דעת הצדדים – נלך לתכלית אובייקטיבית.

הערות:

* + - * 1. שטיין בביבי כבישים – חוזים ממצים צריך להכיל את תורת 2 השלבים.
        2. גרוסקופף בביבי כבישים – הדגש שאנו נותנים לכל אחד מ3 מושאי הפרשנות משתנה בהתאם לסוג החוזה:

1. חוזה פרטי – דגש על כוונת הצדדים.
2. חוזה צרכני – ערכי השיטה, תכלית אובייקטיבית.
3. חוזה עסקי – דגש על השתכללות ההתקשרות החוזית, וודאות שיפוטית ולשון החוזה.

**הערות כלליות על הדיון:**

* היבטים דיוניים – שאלה זו של פרשנות חוזים היא לא רק שאלה מהותית אלא גם שאלה דיונית. דוגמא – יש חוזה, על פניו הוא ברור. מגיע אחד הצדדים ורוצה להראות לשופט שנסיבות כריתת החוזה מלמדות שמה שכתבו בחוזה לא כזה ברור. ככל שאוחזים בשיטת 2 השלבים והחוזה ברור, אין טעם לשמוע עדויות על נסיבות כריתת החוזה, וכך באמת אומר השופט שטיין: *"המערער טוען כי לנוכח טיעוני הצדדים בית משפט קמא חייב היה לקיים הוכחות, ולא היא. הסכם אידר 42 הוא חוזה בעלי אופי עסקי, מפורט ומוגמר, אשר גובש על ידי בעלי דין כשהם מיוצגים על ידי עורכי דין, וכאשר המערער עצמו פועל כאחד מנציגי הדיירים )כאמור בסעיף 29.1 להסכם אידר 42(. בהסכמים כדוגמת זה, אין לנו אלא ללכת לפי הלשון הכתובה, כפי שנקבע בפסקי הדין אשר ניתנו בעניין ביבי כבישים".* (רנצלר נ' יזמות כרמל).
* היקף המחלוקת – יכול להיות שהיקף המחלוקת קטן ממה שמציגים, נותנים לזה משקל רב בדיון בדיני חוזים, כפי שאומר השופט סולברג - *"גבי דידי, המחלוקת בין הגישות השונות איננה 'כצעקתה'. המטוטלת נעה מן הדגש על הלשון, אל עבר הנסיבות; בהמשך כרכה אותם יחדיו; וכעת שוב עולה קמעא משקלה של הלשון. דרך הכלל היא כי לצורך פרשנות חוזים "אחוז בזה )בלשון( וגם מזה )נסיבות העניין( אל תנח את ידך". ברם, לטעמי, ההיסטוריה החקיקתית, לשון סעיף 25)א( הנ"ל לחוק החוזים, ומדיניות משפטית ראויה, מחייבים גם זאת: ככל שהחוזה ברור יותר מתוכו, על-פי לשונו, פוחת משקלן של הנסיבות החיצוניות, עד כי, לעיתים, נדירות, תזכה הלשון למעמד בלעדי."* (דלק נ' ניר בן שלום). כמה כל שופט נותן משקל זהו מושג עמום מאוד. בפועל נראה שאין הרבה מקרים בהם יש מחלוקת בביהמ"ש העליון בין השופטים לגבי פירוש חוזים. על אף שישנם מחלוקות רטוריות על צורת פירוש חוזה, בתוצאה הסופית אין כמעט פסקי דין עם תוצאה שונה של פירוש חוזה.
* בין רטוריקה לפסיקה
* וודאות שיפוטית
* מראית עין של אוטונומיה

**ש.ב.:**

* סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973
* ע"א 391/80 **לסרסון נ' שכון עובדים**, פ"ד לח(2) 237, (1994)
* ע"א 144/87 **מדינת ישראל נ' אינג' פבר**, פ"ד מד(3) 769 (1990)

**שיעור 13 – 4.6**

## תום לב בקיום חוזה

בעבר למדנו על ס' 12 העוסק בתו"ל במו"מ. ההבדל הוא שסעיף זה עוסק עוד לפני שנוצר חוזה, ונותן בד"כ פיצויים שליליים, כלומר מגן על אינטרס ההסתמכות. כעת נעסוק בסעיף אחר לחלוטין, העוסק בהפרת תום הלב בקיום החוזה עצמו, והסעדים שלו גם יהיו שונים, כמו שנדבר בהמשך.

**לשון החוק:**סעיף 39 – "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה".

**הצדקות לעיקרון תום הלב:**מה ההיגיון הבסיסי של שימוש בתום הלב?

* **תיאוריית הרצון** – תיאוריה זו אומרת שהבסיס של חוזים הוא כוונת הצדדים ואנו רוצים לממש את כוונתם. האם הרציונל של כוונת הצדדים תואם את ההצדקות לכך שצריך לקיים חוזים בתו"ל? אחת הדרכים להתחקות אחר כוונת הצדדים זה באמצעות עיקרון תום הלב, לפעמים לא ברור עד הסוף מלשון החוזה מה הייתה כוונת הצדדים, וכשהולכים אחר עיקרון תום הלב, זה יכול במקרים מסוימים לשקף טוב יותר את כוונת הצדדים. ולכן במקרים מעין אלה, תיאוריית הרצון יכולה לשקף את רצון הצדדים בחוזה.   
  באופן בסיסי תום הלב אינו נובע מכוונת הצדדים אלא רוצה להגשים מטרות אחרות – הוגנות וסולידריות. יש מקרים בהם יש פער בין מהו כוונת הצדדים למהו חוזה הוגן. יחד עם זאת חשוב לדעת שבמקרים רבים תיאוריית הרצון כן מגשימה את העיקרון של תו"ל.
* **אין חוזה מושלם**(כלומר שעוסק בכל העניינים שצפויים לקרות בקשר לחוזה, בכל ההתרחשויות וסיכונים הקשורים אליו), חוזים הם חסרים וצריך להשלימם. ככל שצריך להשלימם ולצדדים אין כוונה קונקרטית ברורה במקרים שונים, באותם מקרים, הגיוני לפעול לפי עיקרון תו"ל, כי עיקרון זה הוא עיקרון שרוב הצדדים היו פועלים לפיו.
* **עלות גבוהה לפרט הכל** – כדי לכתוב חוזה שמפרט ומתייחס לכל מצב אפשרי, נצטרך עלות וזמן רב, יותר ממה ששווה לצדדים לרוב להשקיע.
* **צדדים מעדיפים להותיר דברים פתוחים**  - צדדים מעדיפים באופן מכוון לא להתייחס לכל אפשרות שהיא בחוזה, מתוך הנחה שהחוזה יפעל בהתאם לעקרונות תום הלב. לדוגמא – אם אני שוכר דירה וכותב חוזה, אני מניח שאם יהיו אירועים שלא צפינו מראש בחוזה, המשכיר והשוכר יפעלו באופן הגון.
* **חוסר היכרות עם פרטי החוזה**
* **צדדים מצפים להתנהלות הגונה** - פעמים רבות, צדדים לא מסדירים את כל האפשרויות השונות היכולות להתפתח, בתוך הזה. נשאלת השאלה, אם הפרטים לא מוסדרים בתוך החוזה - איך הצדדים מצפים שהחוזה יושלם? תשובה אפשרית – אנשים מצפים שהחוזה יושלם באופן הגון ותם לב. ולכן, עיקרון תום הלב תואם את רציונל כוונת הצדדים במקרים מסוימים, משום שהוא כלי להתחקות אחר כוונת הצדדים המשוערת.

*"כאשר צד מתנהל באופן שפוגע בהגשמת החוזה ומטרתו הרי שהוא חותר תחת אושיות החוזה ובכך הוא מכשיל את רצון הצדדים, ולכן יש לומר שהוא פועל בחוסר תום לב"* )דצניגר, אריאל נ' קרן הגמלאות(

*"עקרון תום הלב שבסעיף 39 לחוק החוזים בא להורות על קיומו וביצועו של חיוב מחיובי החוזה בדרך של ועשית הישר והטוב ומתוך רצון לקיים את כוונתם של הצדדים לחוזה לפי רוחו של החיוב ולא רק לפי אותיותיו הטכניות והפורמליות שבהן הוא נוסח"*)אלון בלסרסון(

* **תיאוריות של הוגנות וסולידריות** – חוזה צריך להיות הוגן. תיאוריות אלה שלא נובעות מכוונת הצדדים מחילות עלינו חובות של תום לב. לדוגמא – א קובע עם ב חוזה שהוא צריך לשלם לו עד 00:00 בלילה בתאריך כלשהוא. ב משלם ב00:01, ולפי החוזה, על איחור בתשלום צריך לשלם 100,000 ₪. יכול להיות ש-א תכנן וקיווה שב יאחר בתשלום, אך ביהמ"ש יכול להגיד שעל אף שזהו הסעיף בחוזה, עמידה דווקנית על זכות כאשר לא היה הפסד, רק כדי לגבות את הפיצוי הוא הפרה של עיקרון תום הלב. במובן הזה עקרון תום הלב יכול לסתור את כוונת הצדדים המשוערת. יחד עם זאת, צריך לדעת שהשאלה מה מוגדר תום הלב, היא שאלה של פרשנות.
* **השאלה המוסדית** – מה תפקיד בית המשפט? האם תפקידו לדאוג שיהיו חוזים הוגנים ולאכוף את כוונת הצדדים? ככל ואנו סוברים שביהמ"ש צריך להיות שמרן ולא להתעסק באיך צדדים אוכפים חוזה אלא במה הייתה כוונת הצדדים, זה יחליש את עיקרון תום הלב. לפי תפיסה אקטיביסטית – ביהמ"ש צריך לפקח על חוזים כדי לשמור על עיקרון תום הלב.

כשאנו מיישמים את עיקרון תום הלב עלינו להכיר את ההצדקות השונות.

**קטגוריות של חובת תום הלב בקיום:**

* **אופן ביצוע חיובים מכח חוזה** – את החיובים שעושים מכח חוזה צריך לעשות בתום לב. לדוגמא – אם בגלל פעולות של העירייה החוזה התעכב, האם מדובר בהפרת חוזה? העירייה סברה שלא, כי אין סעיף בחוזה האוסר עליה עיכובים.  
   *"היעדר הוראה מפורשת בחוזה באשר לעיכוב השלמת העבודות עקב התנהלות העירייה, אינו מהווה הסדר שלילי המקנה לעירייה זכות לגרום לעיכובים בלתי סבירים בהשלמת החוזה... גרימת עיכובים בלתי סבירים בהשלמת החוזה עשויה להוות חוסר תום לב בקיום חוזה והפרה של החוזה. אין הכרח בקיום הוראה מפורשת בחוזה כדי להביא לתוצאה זו... בנסיבות העניין, יש לראות בפעולות העירייה שעיכבו מעבר לסביר את מימוש החוזה כהתנהגות שאינה בתום לב וכהפרה של ההסכם*." (ריבלין ב-**אמיר נ' הרצליה**)  
  ביהמ"ש פסק שאין לעכב את החוזה, גם אם לא צוין בו במפורש שאסור לעכב, ועיכוב לא סביר בביצוע יכול להיחשב הפרת חוזה, כי ישנו חיוב קיום בתום לב, ואם מישהו מפר את תום הלב, זה אומר שהוא הפר את החוזה.
* **אופן שימוש בזכויות מכח חוזה** – חוזים מקנים לצדדים זכויות, אך זה שיש לצד כלשהוא זכות לא אומר שניתן להשתמש בזכות ככל שרוצים. לדוגמא:
* **זוטי דברים ועמידה דווקנית**: "*קבלן איחר במסירת בית לקונה, לטענתו, גם הקונים הפרו חובה כי הם איחרו בתשלומים, ולפי החוזה אם הקונים מאחרים בתשלומים הוא יכול לאחר בבנייה ובמסירת הבית. סעיף 41א להסכם קובע*: *"הקבלן יהיה רשאי להפסיק את העבודה כפי שהתחייב המזמין אם לא שולמה לו התמורה הנקובה בחוזה זה ובנספחיו ובמועדים[ששולמו]".* *לכאורה, עם איחורם של המשיבים בהפקדת התשלום על-פי ההסכם קמה למערערת הזכות להפסיק את עבודת הבנייה. אך יש לזכור, כי, הפעלת זכות זו כפופה... לעקרון תום הלב... מנסיבות המקרה שלפנינו עולה, כי תקופת האיחור בפירעון התשלום וסכום התשלום היו זעומים וזניחים יחסית... להשקפתי הצדקת איחור של 12 חודשים במסירת הבית, באיחור הקל בתשלום יתרת החוב הקטנה תוך ניסיון להתלות באמור בסעיף 41א הנ"ל, איננה מתיישבת עם עקרון תום-הלב."* (מלץ ב-**סב"מ נ' רוקח**)  
  כלומר, השימוש בסעיף זה על הפרה קלה כל כך, אינו לגיטימי. זוהי דוגמא לסתירה בין הוראות החוק לעיקרון תום הלב, ועיקרון תום הלב גובר כי צריך להפעיל את הזכויות בחוזה בתום לב. מה הייתה כוונת הצדדים, האם התכוונו שבזוטי דברים יאפשרו עיכוב בבנייה או לא? זה סוג המקרים שביהמ"ש יצטרך להכריע, ובמקרה דנן הכריע כך.

**פס"ד גרבי נ' בן דוד:**  
**העובדות:** לשתיים היה סכסוך, והגיעו לפשרה שעד תאריך מסוים ג'רבי ישלם 2500 דולר לבן דוד. ביום התאריך, הגיע ג'רבי למשרדו של בן דוד על מנת לשלם את חובו, בן דוד לא היה, והמזכירה גבתה ממנו את החוב. הוא עשה חישוב המרה של שער הדולר והעביר סכום שווה ערך ל2000 דולר, כלומר הוא לא שילם את מלוא החוב. למחרת הוא שם לב לטעותו, וחזר כדי לתקן את טעותו. בן דוד סירב לקבל את יתר התשלום, ואמר לג'רבי שהוא הפר את ההסכם בניהם, ולפי החוזה אם הוא מאחר את מועד התשלום הוא צריך לשלם פיצוי נוסף של עוד 3000 דולר.   
**ביהמ"ש:** התנהגותו של בן דוד דווקנית, הוא לא נפגע בצורה כלשהיא, ואינה עומדת בגדרי תום לב, ולכן הוא לא יקבל את הפיצוי המדובר.

* **שימוש בזכות אגב הטעיה** – התקופה היא אחרי שבגין מסר את סיני למצרים, ולצבא היו מבנים רבים בסיני שהיו דרושים פינוי. חברת X השתתפה במכרז לפינוי המבנים, ותוך כדי המכרז, עשתה המדינה מו"מ עם כח רב לאומי שנשאר בסיני על מנת שיקנו מהם את המבנים הללו, וממילא אם כח זה יקנה את המבנים לא יהיה צורך לפנותם. המדינה ידעה שזה הסיפור ויכול להיות שחלק מהחוזה לא יצא לפועל, ולכן הכניסה לחוזה סעיף האומר כי המדינה יכולה להפסיק את העבודות בכל זמן שתרצה. החוזה נחתם בין הצדדים, ומיד אחרי זה נחתם חוזה גם בין המדינה לכח הרב לאומי, ולכן הודיעה המדינה לחברה המדוברת שאינה זקוקה לשירותי הפינוי של רוב המבנים לבסוף, כמו שקבעו בהסכם. החברה רצתה מהמדינה פיצויי ציפייה על הרווחים שתכננו לקבל. המדינה בתגובה אמרה שהחברה תקבל את פיצוייה לפי המסוכם בחוזה. בתגובה אמרה החברה שישנה הפרת תום לב בחוזה בינה לבין המדינה (לכאורה יכלה החברה לטעון גם להטעיה או אי גילוי. אם יטענו לאי גילוי או לביטול החוזה, יקבלו פיצויי הסתמכות). טענתם לא הייתה להטעיה, אלא על כך שהסעיף עליו הסכימו מראש למקרה של הפסקת עבודות לא היה עבור הטעיה מכוונת של המדינה, שחתמה על החוזה כשידעה מראש שיתכן ויעצרו את העבודות. ולכן היה פה חוסר תום לב בקיום החוזה.
* **קשיים בקיום החוזה** – ישנה טענה הנקראת "סיכול", אם קרה אירוע שלא יכלנו לצפותו, זה נקרא חוזה מסוכל, ואם אני מפר אותו, איני נחשב מפר חוזה. לדוגמא – גננת המפעילה גן, פרצה מלחמה ולא היה באפשרותה לצפות את פרוץ המלחמה, ובעקבות המלחמה היא מפרה את החוזה ואינה מפעילה את הגן. החוזה יכול להיחשב כחוזה מסוכל.   
  דוקטרינת הסיכול היא כזו שבד"כ אינה מוחלת בבתי המשפט בישראל, אך עדיין, כשיש לאחד הצדדים קשיים בקיום החוזה, ניתן לדרוש מהצד השני לנהוג בתום לב ולא לאכוף את החוזה בכח.
* **יצירת חיובים חדשים** – לעיתים ישנם חיובים שאינם מופיעים בחוזה, וביהמ"ש מחיל אותם מכח עקרון תום הלב.
  + **שמירה על סוד עסקי** – **פס"ד יבין פלסט** – עובד שעזב חברה מסוימת והשתמש בסודות עסקיים של החברה שעזב – בחברה אחרת. בחוזה העבודה מול החברה הראשונה בה עבד לא היה סעיף המחייב אותו בשמירה על סודות עסקיים אלה. אך עדיין ביהמ"ש פסק שהוא הפר את חובת תום הלב, למרות שלא היה סעיף כזה שנכלל בחוזה.
  + **התרעה לפני עיצומים** – **פס"ד שירותי תחבורה** – הסכם בין שירותי תחב"צ בבאר שבע למועצת הפועלים. ההסכם כלל ששירותי תחבורה תשלם תוספת לעובדים כל חודש, אך אם יהיו עיצומים בלי אישור מועצת הפועלים, שירותי תחבורה יוכלו לשלול את התוספת המדוברת. היה סכסוך עבודה, מועצת הפועלים נתנו התרעה של חצי שעה לפני העיצומים, ואז פתחו בעיצומים. בתגובה שירותי תחבורה שללה את תוספת השכר הזו מהעובדים. ביהמ"ש אמר שאומנם נכון שלפי החוזה אם היה אישור של מועצת הפועלים שירותי תחבורה לא יכולה לשלול את תוספת השכר הזו, אך הם היו צריכים לתת התראה בטווח זמן סביר כדי ששירותי תחבורה יוכלו להודיע לתושבים ולנסות למצוא חלופות, ולכן מועצת הפועלים הפרה את החוזה, ושירותי תחבורה יכולים אכן לשלול את תוספת השכר.   
    הדגש החשוב בפס"ד – אין שום חובה המוזכרת בחוזה לתת התראה, אך עדיין ביהמ"ש פסק שחובת תום הלב מחייבת התראה לפני עיצומים, ומשלא הייתה התרעה, הופרה חובת תום הלב.
  + **פס"ד לסרסון** – סכסוך בין דיירים לחברת בנייה על 3 עניינים – פגמים בבנייה, שהיה צריך לפי התקן מגדל ביטחון שלא נבנה, שהיה צריך גנרטור לפי התקן, אך לא הביאו אחד בפועל. לענייננו החשוב הוא הגנרטור. החוק אומר שבניין מעל 8 קומות צריך גנרטור, אך עניין זה לא פורט בחוזה. החוק לא אומר שהחובה היא על היזם או על הקבלן לשים את הגנרטור, אלא צריך שיהיה גנרטור. הדיירים דורשים מהקבלן לשים גנרטור, הקבלן טוען שאין עליו חיוב כזה כיוון שלא דובר על כך בחוזה. 3 גישות בפסק הדין:
* בייסקי – לפי עיקרון תום הלב, חברה המתקשרת בחוזה בנוגע לעיסוקה, מחויבת מכוח תום לב לקיים את החיקוקים הרלוונטיים. ולכן, גם אם הצדדים לא הסכימו על בניית גנרטור, עדיין החברה מחויבת בכך כי זה מה שהחוק מחייב.
* בן פורת – כלל הפירוש המקיים – לפי ס' 25ב אם חוזה ניתן לפירושים שונים, יש לפרשו באופן שמקיים אותו יותר מאשר אופן שלא מקיים אותו. ולכן, כיוון שחוזה זה שותק ולא ברור בעניין הגנרטור, יש לפרש אותו באופן שמפרש אותו. ולכן מכח פרשנות חוזה ופירוש מקיים, היא קוראת אל תוך החוזה חובה לשים גנרטור.
* אלון – יש לפרש את החוזה לאור הנסיבות, הוא מתנגד לשימוש בעקרון תום הלב כאן ככלי ליצירת חיובים חדשים. אך הוא מסכים עם התוצאה, כי כך הוא מפרש את כוונת הצדדים, שאם צד מתקשר עם חברת בנייה, הגיוני שאנשים יצפו שחברת הבנייה תקיים את כל החובות הרגולטוריים.

הערות:  
כיום ישנו את חוק המכר(דירות) הקובע שמוכר לא קיים את חיוביו כלפי הקונה אם הדירה לא עומדת בתקנות הבנייה.

* **פיקוח על תוכן החוזה** – לפעמים באמצעות עקרון תום הלב אנו נפקח על תוכן החוזה עצמו. לדוגמא – קדמי בגנז, רוט נ' ישופה(שם השתמשו בעיקרון תום הלב כדי לפקח על תוכן החוזה ולבטל תניה המופיעה בחוזה).

**סעדים בגין הפרת חובת תום הלב:**

באופן בסיסי, אם הייתה הפרה של חובת תום הלב, אזי הייתה הפרה של החוזה. הסעדים על כך יהיו סעדים של הפרת חוזה – פיצויים(ציפייה), או אכיפה או ביטול.

השופט ברק אומר שבתום לב ישנה גמישות גדולה בסעדים:  
*"סעיף 39 לחוק החוזים אינו כולל כל הוראה באשר לתוצאות נובעות מתוך כך, שבעל חוזה אינו מקיים את החוזה בתום-לב ובדרך מקובלת. אין משמעות הדבר, כי זו חובה מוסרית בלבד, שאין לה נפקות משפטית. היעדר הוראה באשר לתוצאות. הנובעות מאי-קיום החובה האמורה בסעיף 39 לחוק החוזים, מקורו בעובדה, שתוצאות אלה אינן אחידות, אלא הן משתנות על-פי ההקשר בו מתעוררת השאלה. לעתים תוצאת אי-קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה. לעתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר. לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום הוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה, או שלילת כוח, הנתון לבעל החוזה המפר על-פי הוראות החוזה. לעתים התוצאה אינה אלא זו, שהפעולה, שבוצעה תוך הפרת החובה, אינה משתכללת ואינה תופסת."*  
לפי ברק, תום לב בקיום חוזה הוא לא רק גמיש מבחינת היקף החובה, אלא גם מבחינת הסעדים. תו"ל בס' 12 הוא פיצויים שליליים, שמאפשר גם פיצויים חיוביים ויש לו גמישות מסוימת. אך תו"ל בקיום חוזה הוא הרבה יותר גמיש מתו"ל במו"מ(ס' 12), ועדיף תמיד להשתמש בו, ובס' 39 כדי לקבל את הסעדים המשמעותיים יותר.

**ש.ב:**

* סעיפים 1-15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-197
* ע"א 1546/16 **ביסאן נ' מדינת ישראל – רשות הפיתוח וקק"ל**(16.9.2020) פיסקאות 39-45 לפסה"ד של השופט שטיין
* ע"א 458/93 **פרטין נ' אלכסנדר** פ"ד מז(5) 537 (1993)
* ע"א 1846/92 **לוי נ' מבט** פ"ד מז (4) 49 (1993)

**שיעור 14 – 18.06**

# תרופות בשל הפרת חוזה

## מבוא לדיני תרופות

**התרופות בגין הפרת חוזה:**

* **אכיפה** – לאכוף את מה שהוסכם בחוזה.
* **ביטול והשבה**  - ביטול החוזה והשבת המצב לקדמותו
* **פיצויים** – לא רוצים לאכוף, רוצים פיצוי.

סוגי תרופות נוספים שפחות חשובים:

* **עיכבון**(ס' 19 לחוה"ח) – אם מסרתי במסגרת החוזה נכס כלשהוא, הצד השני יכול לעכב את הנכס אצלו כדי לגבות ממני את החובות שלי בחוזה.
* **קיזוז** – א יכול לקזז מחובו ל-ב, את הסכום ש-ב חייב לו.
* **ניכוי** – תרופה הקיימת בחוקים ספציפיים ולא קיימת בחוק התרופות. הרעיון שלה – אם קניתי מוצר ב100 ₪ והיה בו פגם ולכן הפגם גרם לירידת ערך של המוצר ב20%, אני יכול לנכות את החלק היחסי של איבוד הערך במחיר. אם כבר שילמתי אני יכול לתבוע את ההפרש.   
  תרופת הניכוי היא סוג של שחזור השקילות החוזית.

**אחריות מוחלטת או אשם:**מהי הפרה?   
ס' 1 לחוק התרופות אומר – הפרה היא מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה. הגדרה זו רחבה במיוחד, ואין זה משנה כמה הייתה משמעותית ההפרה או המחדל, כל דבר כזה נחשב הפרה. הפרה יכולה להיות במעשה או במחדל.

ס' 2 לחוק התרופות – *"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".*

האם נדרש אשם בשביל לתבוע על הפרה? כלומר, האם זה משנה אם מי שהפר את החוזה הוא אשם, עשה מעשה לא מוסרי? האם דיני חוזים הם משטר אחריות מוחלטת או משטר של אשם הדורש רמה כלשהיא של רשלנות?   
מקובל לומר במשפט המקובל(האנגלי/אמריקאי) שלא צריך אשם. ההבדל המהותי ביותר בין נזיקין לחוזים הוא שלא צריך אשם. נזיקין הוא משטר אחריות של אשם, וחוזים הוא משטר של אחריות מוחלטת.   
בפועל – אשמה היא רלוונטית, ב3 הקשרים מרכזיים – **תו"ל, סיכול, חיובי השתדלות ותוצאה.**

לכן, החלוקה הקלאסית האומרת שבחוזים האשם לא נדרש אינה נכונה בהכרח. לאשם יש תפקיד, וחשוב לדעת איך הוא בא לידי ביטוי:

* **חיובי השתדלות וחיובי תוצאה** – כשאנשים מתחייבים לבצע חיובים חוזיים הם יכולים להתחייב ל2 סוגי חיובים – **השתדלות**(לדוג' – עו"ד מתחייב להתאמץ עבור לקוח, אך הוא לא מתחייב לתוצאה) ו**תוצאה**(לדוג' - מכירת דירה, ישנה התחייבות לתוצאה של העברת הדירה על שם הקונה).
* מקרים טיפוסיים – השתדלות: שירותים, ייצוג בבית משפט; תוצאה: מכר, הלוואה.
* הסיווג מהווה שאלה פרשנית – לעיתים החוזה לא ברור ושופטים יכולים להתלבט אם מודבר בחיוב השתדלות או בחיוב תוצאה. הצד המפר תמיד יטען שמדובר בחיוב השתדלות, והצד הנפגע תמיד יטען לחיוב תוצאה.

**פס"ד פרטין נ' סולומון:**  
**עובדות המקרה:** אדם מוכר דירה לקונה. (על מנת להעביר דירה צריך לרשום אותה בטאבו, אחרת לא ניתן לקחת משכנתא) כשבא הקונה לקחת משכנתא על הדירה הוא גילה שיש הערת אזהרה על הנכס בטאבו והוא לא יכול לקחת משכנתא. מאחר ולא הצליח לקחת משכנתא והמוכר התחייב בחוזה שאין אזהרות על הנכס – הוא הודיע שהחוזה בטל מבחינתו.   
המוכר מנגד טען שהוא לא היה צריך לדעת על האזהרה המדוברת, ובעת המכירה לא היה אזהרה בטאבו.   
**ביהמ"ש:** בהנחה שיש משטר אחריות מוחלטת - הקונה צודק, הייתה פה הפרת חוזה בדבר האזהרה גם אם לא ידע על כך בעל הנכס, ולכן הקונה יכול לקבל פיצויים.   
דעת המיעוט(גולדברג): צריך לפרש את החוזה באופן יצירתי – זה לא שהקונה התחייב למוכר שלא תהיה הערת אזהרה, אלא הוא התחייב שהוא לא יודע על הערת אזהרה קיימת כלשהיא והוא ישתדל שלא תהיה כזו. לא היה עליו לצפות שמישהו ילך באופן לא חוקי וירשום לו הערת אזהרה על הנכס בטאבו. ומשכך, המוכר לא הפר את ההתחייבות בניהם, וההתחייבות בניהם הוא חיוב השתדלות.

* נטל הוכחה להיעדר השתדלות הוא תמיד על הנפגע.
* חוזים יכולים לכלול חיובי השתדלות ותוצאה במקביל.
* סעדים(בהשתדלות: ישנם קשיי כימות, כלומר קשה לדעת כמה שווה הנזק, וקשיי אכיפה של הנזק)
* **חובת תום הלב** – גם אם אנו אומרים שהפרה ללא אשם היא הפרה, הצדדים עדיין מחויבים בתום לב. לכן בקשה לבטל את החוזה ללא אשם יכולה להיות הפרה של תום לב.
* **סיכול** – ישנם מקרים חריגים בהם אין יכולת לקיום החוזה ולמרות שזו הפרה לא תהיה חובה לשלם פיצויים, ולא תהיה חובת אכיפה לכך, עקב מצב קיצון כלשהוא, לדוג' – מלחמה.

**תוצאות הפרת חובת תום הלב**

האינטרסים השונים של דיני החוזים:  
מאמר פולר ופרדו – משפט ודיני החיובים יכולים להגן על אחד מ3 אינטרסים:

* **אינטרס הציפייה**(או קיום) – אנו רוצים להעמיד את הנפגע באותו מצב בו היה לו קוים החוזה.
* **אינטרס ההסתמכות** – אנו רוצים להעמיד את הנפגע באותו מצב בו היה אילולא פגש את הצד השני.
* **אינטרס ההשבה** – אנו רוצים להחזיר לנפגע את טובות ההנאה שהמפר קיבל מכוח החוזה.

**דוגמא:**אני מתכנן לפתוח דוכן למכירת פלאפל ביריד שנפתח עוד שבוע. אני מזמין מוצרי מזון, וישנן הוצאות נלוות שונות לתכנון המקדים. העלויות ורווח הצפויים:

* מוצרי מזון – 6,000 ₪
* עלות הוצאות נוספות(שיווק, דוכן, הוצאות וכו) – 6,000 ₪
* פדיון מכירות צפוי – 18,000 ₪
* רווח צפוי – 6,000 ₪

ביום המיועד ספק מצרכי המזון אינו מביא את המזון אותו היה אמור להביא. ומשכך, הפדיון הצפוי הופך ל0. אני תובע ממנו פיצויים.

בפיצויי אינטרס ציפייה:   
18,000 ₪. 12,000 ₪ על ההוצאות, ו6,000 ₪ על הציפייה שלי להרוויח מהחוזה.   
בפיצויי אינטרס ההסתמכות שלי: אקבל 12,000 ₪ , להקביל מצב בו לא הייתי פוגש את חברת המזון כלל. נוסף על כך, אם נצליח לשכנע את השופט שיש פה גם אובדן הזדמנויות כי הייתי יכול למצוא ספק אחר שכן היה מביא לי את מוצרי המזון, אקבל פיצוי של 18,000 ₪.   
בפיצויי אינטרס ההשבה: אקבל 6,000 ₪, כיוון שאנו מכוונים לקחת מהמפר את מה שהוא לקח ממני.

האינטרס הכי גבוה – ציפייה, לאחר מכן הסתמכות, ולאחר מכן ההשבה. אך זהו לא קונקרטי לכל מצב, וישנם מצבים אחרים - בחוזה יעיל ציפייה תמיד גבוהה מהסתמכות. בחוזה שאינו יעיל יכול להיות מצב הפוך.

לסיכום: באופן בסיסי, דיני חוזים של הפרה, מגנים על אינטרס הציפייה. בד"כ אינטרס הציפייה הוא גם הסכום הגבוה ביותר מבין הפיצויים האפשריים. ישנם מצבים חריגים אחרים, אך זהו המצב הבסיסי.

אכיפה מגן על ציפייה - אכיפה זה לחייב את הצד השני לקיים את החוזה, אז זה מעמיד את הצד השני במקום בו היינו כאילו התקיים החוזה.

**צירוף תרופות:**

ס' 2 לחוה"ח – *"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".*

הכלל הבסיסי בדיני תרופות הוא שניתן לצרף תרופות יחד ולקבל יותר מתרופה אחת. אך כלל זה כפוף לסייגים:

* + - * 1. **כפל פיצוי** – לא ניתן לקבל פעמיים פיצוי על אותו ראש נזק. לדוגמא – יש צד בחוזה שהטעה אותי בחוסר תו"ל ומגיע לי על כך פיצויי ציפייה. בנוסף, הוא הפר את החוזה ולא קיימו כמו שצריך. לא אוכל לקבל פעמיים פיצויי ציפייה. אומנם החוזה הופר פעמיים, אך הנזק שנגרם לי הוא נזק אחד.
        2. **סתירה מהותית בין תרופות** – לא ניתן לקבל פיצוי יותר מאינטרס שלם. אי אפשר לבקש גם את אינטרס הציפייה וגם את אינטרס ההשבה.

**פס"ד לוי נ' מבט:  
העובדות:** זוג קנו דירה מקבלן ובדירה היו פגמים. לאחר שמונה שנים ביטלו את החוזה בעקבות ההפרה, וביקשו פיצויים.   
**השאלה המשפטית:** האם יש לנכות את שווי דמי השימוש הראויים מהשבת שווי הדירה? (16,000 דולר).  
**הבעיה:**  לכאורה קיימות 2 אפשרויות חלופיות לפיצוי: - פיצויי קיום – אנו הולכים קדימה, לא מבטלים את החוזה, הזוג נשאר עם הדירה הפגומה ומשלמים להם פיצוי, את ההפרש בין דירה תקינה כיום לדירה פגומה. - ביטול והשבה – קבלת הסכום ששילמו על הדירה והשבת הדירה ודמי שימוש ראויים.  **ביהמ"ש:** מחוזי – יש להשיב לקונים את שווי הדירה כיום, בניכוי שווי דמי השימוש.   
העליון – יש להשיב את שווי הדירה כיום, בניכוי דמי השימוש, אך לא ניתן לגבות אותם מחדש כנזק בהתאם לס' 10 מכוח "חיובים משתנים" של החוזה.

הבעיה בפתרון זה שזה לא פותר את הבעיה המהותית – על איזה אינטרס מגנים פה? הסתמכות, ציפייה? יש פה כפל או שלא? ביהמ"ש עשה פה טריק של ראש נזק חדש, אך באופן בסיסי – האם יש סתירה בין האינטרסים או שלא?   
  
אנגלרד במאמרו – מביא דרך אנליטית לניתוח הפיצוי:  
כשאנחנו מבטלים חוזה בשל הפרה, בניגוד לביטול בשל פגם – ס' 9 נותן 2 אפשרויות לביטול החוזה:



* + 1. **השבת המצב לקדמותו**(אינטרס ההשבה/דיני עשיית עושר) – הנפגע משיב את הדירה ואת דמי השימוש, המפר משיב את הסכום ששילם הקונה + ריבית(לא את שווי הדירה היום. אם השבה, אז חוזרים אחורה בזמן).
    2. **ביטול מכאן ולהבא**(אינטרס הציפייה/דיני חוזים, צופה פני עתיד) – אני רוצה אינטרס הציפייה אבל אני לא רוצה להחזיק בדירה, אז תביא לי את אינטרס הציפייה ואני מחייב אותך לקנות ממני את הדירה. הנפגע משיב את הדירה ללא דמי שימוש, והמפר משיב את שווי דירה תקינה ביום ההשבה.

**תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, מספר

התיאור נוצר באופן אוטומטי**

**ש.ב:**

* סעיפים 6-9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970
* ד"נ 44/75 ביטון נ' פרץ, פ"ד ל(3) 581

**שיעור 15 – 25.06**

**התנאה על תרופות:**

החוק אומר שניתן לקבל השבה, אכיפה ופיצויים, בהתאם לרצון של הנפגע, וכל עוד אין לו כפל תרופות. האם ניתן להתנות כחלק מחוזה, על תרופות מסוימות? האם התנאה על תרופות זהו עניין קוגנטי או דיספוזטיבי?

**פס"ד ליפקין נ' דור הזהב:**   
**השאלה:** מחלוקת האם ניתן להגיד כחלק מחוזה בין 2 צדדים, שאין סעד של השבה?  
**ביהמ"ש:** השופטת נתניהו – ניתן להתנות על סעד ההשבה. השופטת בן פורת – לא ניתן להתנות על עצם ההשבה, השבה חייבת להיות ע"פ חוק וזהו עניין קוגנטי. אך ניתן להתנות על סוג ההשבה( שהשבה תהיה בעין או בשווי).

**פס"ד לינדאור נ' רינגל:**בפסק דין זה השופטים מניחים שניתן להתנות על הזכות לאכיפה. כלומר, הצדדים יכולים להגיד בהסכם שהיות ואי אפשר לאכוף את החוזה ניתן רק לקבל פיצוי על הפרה.

## תרופת הביטול

תרופת הביטול מוסדרת בסעיפים 6 עד 9 בחוק החוזים(תרופות). נעסוק ב3 הנושאים העיקריים בהם:

1. מתי ניתן לבטל?
2. איך ניתן לבטל?
3. מה תוצאות הביטול?

הערות:

* **מדובר בביטול אוטונומי** - מרגע שישנה הפרה, לצדדים יש זכות ביטול והם לא זקוקים לבית משפט.
* **פטור מחיובים עתידיים** - לצדדים ישנו פטור מחיובים עתידיים לפי החוזה, ברגע שהחוזה בטל.
* **השבה הדדית** – כל צד מחזיר לצד השני את מה שקיבל בעקבות החוזה.
* **פיצויים** – במקביל להשבה, ניתן לתבוע פיצויים בגין אותה הפרה.

**הפרה יסודית והפרה לא יסודית:**

מה המשמעות אם הפרה יסודית או שאינה הפרה יסודית?

* **מועד הביטול** – אם הפרה היא יסודית אני יכול לבטל מייד את החוזה. אם היא אינה יסודית, אצטרך לתת לצד השני ארכה, זמן סביר, לתקן את ההפרה(ואלו ההבדלים בין ס' 7 ל7ב).
* **סייג הצדק** – אם ביטלתי חוזה אך בנסיבות זה לא היה צודק לבטל, ס' 7ב אומר שכאשר ביטול החוזה היה בלתי צודק, לא ניתן לבטל את החוזה גם אם הייתה הפרה לא יסודית. כלומר, בהפרה יסודית ניתן לבטל את החוזה גם אם הוא לא צודק. בהפרה לא יסודית, לא ניתן לבטל חוזה אם הוא לא צודק.
* מנגד, חובת תום הלב חלה גם בהפרה יסודית.

**הסבר מושגים:**

* **הפרה לא יסודית (רגילה)**: מעשה או מחדל (הימנעות ממעשה) בניגוד למה שהוסכם בחוזה. צד שנפגע מהפרה לא יסודית חייב לתת לצד המפר הזדמנות לתקן את ההפרה. במקרה שההפרה לא תוקנה תוך זמן סביר, יכול הצד שנפגע לבטל את החוזה על-ידי הודעה לצד המפר בתוך זמן סביר מהרגע שניתנה לצד המפר ההזדמנות לתקן את ההפרה.
* **הפרה יסודית:** לפי ס' 6 לחוק החוזים (תרופות), מדובר בהפרה שאדם סביר לא היה חותם על החוזה אילו היה יודע מראש שתתקיים ואילו היה יודע מראש את תוצאותיה, או הפרה שהצדדים הסכימו לגביה בחוזה שתיחשב ליסודית. הפרה יסודית מקנה לצד שנפגע את הזכות לבטל את החוזה בגללה.

**הפרה יסודית מסתברת:**

* ס' 6 לחוה"ח – *"הפרה יסודית" – הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה".*
* ס' 10 לULIS(אמנת מכר טובין בינלאומית, חוק התרופות מבוסס רבות על האמנה הזו) - *"לעניין חוק זה יראו הפרת חוזה כהפרה יסודית כל אימת שהמפר ידע, או היה עליו לדעת, בעת גמירת החוזה, שאדם סביר במעמדו של הצד האחר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה"***.**

ההבדלים בין הסעיפים – נקודת המבט של המפר: לפי החוק הישראלי, כל מה שמעניין הוא נקודת המבט של הנפגע, אם הנפגע הסביר חושב שזה יסודי, אזי זה יסודי. אך לפי הULIS לא מספיק שהנפגע יסבור שההפרה יסודית, אלא שגם המפר יחשוב שהיא יסודית.

**פס"ד פרץ נ' ביטון - חשיבותה של נקודת מבטו של המפר:**  
המחלוקת בפסק הדין: האם העיכוב בתשלום מהווה הפרה יסודית או לא. לפי החוק שלנו (ס' 6), מדובר בהפרה יסודית, מפני שביטון (שהפרו לו את החוזה), טוען שלא היה מתקשר מראש בחוזה אם היה יודע על העיכוב בתשלום. מנגד, המפר טוען שלא יכול היה לדעת שהעיכוב בתשלום מהווה פרט יסודי מבחינתו של ביטון. בפועל, יישום של פס"ד זה אומר שלוקחים בחשבון את נקודת מבטו של המפר, על אף שהחוק לא מורה על כך.

שיקולי יעילות והוגנות תומכים בנקודת המבט של המפר, ובחוק של הULIS.

**דוגמא לשאלות מדיניות:**   
המחוקק רצה לשנות את ס' 6 לחוק התרופות. במקום שיהיה כתוב כמו שכתוב כיום בעניין הפרה יסודית, שמה שמעניין את החוק זה אם הנפגע סובר שמדובר בהפרה יסודית – החוק יהיה כמו ס' 10 לULIS שמה שמעניין אותו הוא נקודת המבט של המפר.

1. מה משמעות שינוי החוק בפועל?
2. מהם שיקולי המדיניות בעד ונגד השינוי?
3. האם השינוי תואם את המגמות בפסיקה?

תשובות:

1. משמעות שינוי החוק הוא הסתכלות של ההפרה היסודית מנקודת מבט לא רק של הנפגע, אלא גם של המפר. האם זה ישנה את המצב בפועל? ככל הנראה לא, כי כיום גם ללא שינוי החוק ישנו את פס"ד פרץ נ' ביטון.   
   מדוע זה מעניין אותנו אם ההפרה יסודית או לא? סיבה ראשונה – צורך במתן ארכה. סיבה שנייה – סייג הצדק(חשוב להגיד שסייג הצדק לא כל כך משנה, אלא שחובת תום הלב ההבדל בין הפרה יסודית ללא יסודית הוא מוגבר)
2. שיקולי מדיניות – הוגנות ויעילות.
3. ניתן לטעון שזה תואם למגמות בפסיקה. כל תשובה אינטלגנטית תתקבל – ניתן להתייחס למגמות בפסיקה של הוגנות, או של יעילות.  
   \*חשוב להראות את הבקיאות בפסיקה.

* מורכבות המבחן של יסודיות מסתברת – מורכב לחשוב מה נחשב יסודי ומה לא.
* איחור קל בתשלום – האם נחשב הפרה יסודית?   
  הפסיקה דנה בסוגיה זו, ויש כל מיני שיקולים:
* השפעה על מוסר התשלומים בישראל
* אשם הקונה
* מידת הפגיעה במוכר
* מתן הלגיטימציה בהגדרת הפרה כלא יסודית

בפועל, הפסיקה לא מכירה באיחור קל כהפרה יסודית.

* האפשרות לתקן – יש קשר בין ההשלכות של השאלה של הפרה יסודית לבין השאלה אם אפשר לתקן:
* אם אי אפשר לתקן את ההפרה, גם אם ההפרה לא יסודית לא צריך לתת ארכה, כיוון שארכה נועדה לאפשר לצד השני לתקן את החוזה, אך אם לא ניתן לתקנו אין סיבה לארכה.
* אם יש בעיה שקל מאוד לתקן, נתייחס אל זה כאל הפרה לא יסודית. הרעיון הוא לסייע לצדדים לקיים את החוזה באופן שאף צד לא יפגע. לא לאפשר לצד להשתחרר מחוזה ו"לדפוק" את הצד השני. ולכן, אם אפשר לתקן בקלות, נעדיף להתייחס להפרה כאל לא יסודית.

**הפרה יסודית מוסכמת:**

ס' 6: *"הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית; תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה בניהן, אין לה תוקף אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה".*

ניתן לפקח על הגדרת היסודיות. אם הגדרתי הפרה קונקרטית כהפרה יסודית, כך יהיה. אך אם הגדרנו בחוזה שהפרה של כל סעיף כלשהוא בחוזה מהווה הפרה יסודית, אזי מדובר בתניה גורפת, ולתניה גורפת אין תוקף אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה.   
כלומר, לביהמ"ש סמכות פיקוח על סבירות ההתניה הגורפת הזו בעת כריתת החוזה.

* חשוב להזכיר שתניה ספציפית איננה כפופה למבחן הסבירות(חופש החוזים אל מול הוגנות, חשוב לציין נקודה זו של תניה ספציפית במבחן).
* חופש החוזים על מול הוגנות - לכאורה, חופש החוזים תומך בכך שתניות גורפות יהיו יסודיות, כי אם זה מה שהצדדים הסכימו עליו, יש לאפשר להם חופש חוזים. מנגד, שיקולי הוגנות יגידו שצדדים לא באמת נותנים על עניין זה את הדעת, ולא יהיה סביר לאפשר תניות גורפות שיהיו יסודיות.
* גם אם היסודיות המוסכמת בטלה(ע"י ביהמ"ש), יכולה עדיין להיות יסודיות מסתברת. לדוגמא – כתבתי בחוזה שכל ההפרות בחוזה יהיו הפרות יסודיות. אם הצד השני יפר את החוזה, גם אם ביהמ"ש יגיד שלא ניתן להתנות בצורה גורפת שכל הפרה תהיה יסודית, עדיין ניתן להגיד אם ההפרה חמורה ועומדת בתנאים, שהיא הפרה יסודית מסתבר.

**חוזה הניתן להפרדה:**

ס7'ג – "ניתן החוזה להפרדה לחלקים והופר אחד מחלקיו הפרה שיש בה עילה לביטול אותו חלק, אין הנפגע זכאי לבטל אלא את החלק שהופר; הייתה בהפרה גם משום הפרה יסודית של כל החוזה, זכאי הנפגע לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו".

כלומר, באופן בסיסי זה שיש הפרה לא אומר שניתן לבטל את כל החוזה. אם החוזה ניתן להפרדה לחלקים, יבוטל רק החלק בחוזה שהופר. אם ההפרה היא יסודית ומשמעותית, ורלוונטית לכל החוזה, אזי ניתן יהיה לבטל את כל החוזה.

**ש.ב:**

* סעיפים 3-4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970
* ע"א 48/81 **פומרנץ נ' ק.ד.ש.**, פ"ד לח(2) 813.

**שיעור 16 – 02.07**

**דרך הביטול:**ס' 8 לחוה"ח: *"ביטול החוזה יהיה בהודעות 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".*

במידה ויש הפרה בחוזה, לא ניתן להמתין עם ביטול החוזה עד זמן אינסופי, אלא ניתן לבטל תוך זמן סביר.

**מתן ארכה לאחר תום הזמן הסביר**:  
אם פרק הזמן לביטול הסתיים ועדיין הצד המופר רוצה לבטל, האם ניתן לתת ארכה נוספת לצורך הביטול? מחלוקת בפסיקה.

* דעת הרוב בפס"ד שיכון ופיתוח, פס"ד אבו זייד – ניתן לחדש זמן סביר על ידי ארכה חדשה (בין בהפרה יסודית ובין בהפרה לא יסודית – אם עבר הזמן הסביר וכבר אין זכות לבטל, עדיין ניתן ליצור ארכה נוספת ואם החוזה לא יתוקן אזי החוזה יהיה בטל).
* טירקל בפס"ד שיכון ופיתוח – לא ניתן לתת ארכה לאחר שעבר הזמן הסביר.

**האם במתן ארכה נדרש איום בביטול?**כלומר, במקרה של מתן ארכה לתיקון ההפרה, האם צריך לאיים על הצד המפר שאם בסוף זמן הארכה החוזה יבוטל אם הוא לא יתוקן, או שלא צריך להגיד זאת מפורשות וזה מובן מעצם מתן הארכה?

* אנגלרד בפס"ד אבו זייד – נדרש איום בביטול, לא ניתן סתם לתת ארכה. בכל ארכה צריך לתת התראה על ביטול.
* בן פורת בפס"ד הרשקו – אין צורך לאיים בביטול, אך אין להטעות.
* חיים כהן בפס"ד הרשקו – הטעיה לגבי תוכניות עתידיות לא מפקיעה זכות ביטול. כלומר, אפילו אם אתה לא אומר שתבטל או אם אתה אומר שאתה לא מתכנן לבטל – ברגע שנתת ארכה, ישנה זכות ביטול כך או כך.

כעו"ד המלצתינו ללקוח אם הוא ירצה לבטל חוזה – לאיים בביטול. כך גם אם לא מבטלים בסופו של דבר את החוזה, אנו משאירים את האפשרויות פתוחות בפנינו. בדיעבד, גם אם לא היה איום לביטול החוזה – יש דעות בפסיקה שניתן להסתמך עליהם לבטל את החוזה בכל מקרה.

**אי בהירות בפסיקה לגבי נטל הודעת הביטול:**

מהי הודעת ביטול? בביטול בשל פגם בכריתה, הפסיקה גמישה בהקשר של הודעת ביטול. אם אנו יודעים שצד מסוים התכוון לבטל, אנו נאפשר לבטל. אך לפעמים אי בהירות בנושא הזה יכולה לפגוע בנפגע, כי לפעמים הנפגע לא יודע שהוא ביטל, או שחשב שביטל ולא באמת ביטל. העניין תלוי בנסיבות. בפסיקה ישנה עמימות לגבי השאלה מתי נחשבת הודעת ביטול כהודעת ביטול. ולכן, ניתן להעלות ספק מהנקודות הבאות האם הייתה פה הודעת ביטול או לא.

**המקרים בהם זה לא יחשב כביטול:**

* ביטול בהתנהגות – בהתנהגות, יכול להיות שהתנהגויות מסוימות יחשבו כהודעת ביטול ואחרות לא.
* פנייה לביהמ"ש – גם עצם הפנייה לבית משפט, האם היא מהווה הודעת ביטול? לא בהכרח, גם תלוי מה נטען בבית המשפט.
* נודע על ביטול מצד ג – אם אדם רצה לבטל, אך סיפר על זה לצד ג, והעניין נודע למפר באמצעות צד ג. האם זה ייחשב כהודעת ביטול?
* ברורה וחד משמעית – ישנם פסיקות לכאן ולכאן.
* הודעה לפיה חוזה יתבטל בתום הארכה – א נותן ל-ב ארכה לתיקון ההפרה ומודיע לו כי בתום השבועיים אם ההפרה לא תתוקן החוזה בטל. האם החוזה אכן יהיה בטל? גם בעניין זה הדעות חלוקות.

החשוב לזכור – אם אנו בקייס משפטי, אם אנו רוצים לשלוח הודעת ביטול, כדאי שתהיה בצורה ברורה וחד משמעית. אם מדובר באחרי מעשה – תמיד ניתן לטעון שבגלל שזה לא היה ברור, אין פה בכלל הודעת ביטול.

\*כיוון שלא קראנו פסיקה רבה בנושא, אין דרישה להכיר את כל הצדדים בכל נושא, אלא להכיר את הנקודות באופן כללי. במבחן צריך להתייחס לנקודות אלו. בחיים האמיתיים – צריך לעיין בפסיקה ובספרות ולראות כל מקרה לגופו.   
שאלת דרך הביטול היא שאלה שהתשובה לה איננה חד משמעית, ואם הודעת הביטול לא הייתה ברורה באופן מובהק, יכולות לעלות טענות שזו לא הייתה הודעת ביטול.

**תוצאות הביטול:**ס' 9(א) *"משבוטל החוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר מה שקיבל על פי החוזה, או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך.*

*(ב) בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק".*

כלומר, באופן בסיסי הנפגע בוחר איך ההשבה תהיה. הוא יכול לבחור השבה=שווי, או השבה=עין. גם למדנו לעיל שיש לו עוד זכות בחירה לפי אנגלרד במאמר על לוי נ' מבט – יכול לבחור בהשבה מכאן ולהבא או בהשבה למפרע. כמובן, אם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה, לא ניתן יהיה להשיב בעין.

אם היה רק ביטול חלקי, ההשבה היא רק על החלק שבוטל.

**סייג הצדק:**   
ס' 2 לחוק עשיית עושר(לא במשפט), העוסק בדיני עשיית עושר(דוגמא – אם העברתי לחשבון בנק של אחר כסף בטעות, אותו אחר צריך להשיב לי את הכסף).

*"בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי ס' 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכייה לא הייתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת".*כלומר, ניתן לפתור את אחד הצדדים מלהשיב באופן מלא או חלקי, אם ההשבה אינה צודקת. בהמשך לדוגמא לעיל – אם חשבתי שקיבלתי את הכסף בהעברה כדין והשתמשתי בו באופן שאין לי יכולת להחזיר אותו, או שהחזרתו תגרור עלויות כבדות, יכול להיות שיתחשבו בי.

השאלה – האם הסעיף חל גם על השבה מכוח ביטול חוזה? האם במקרה שביהמ"ש סבור שלא צודק להשיב באופן מלא את מה שהנפגע קיבל מהחוזה, האם ניתן להחיל את סייג הצדק מס' 2 בחוק עשיית עושר? כלומר, האם חובת ההשבה בביטול חוזה היא חובה חוזית, ולכן חוק עשיית עושר לא חל, או שהיא כלל לא חובה חוזית, אלא חובה שנובעת מעשיית עושר. שאדם מחזיר משהו שקיבל שלא במשפט.

מבחינה אנליטית יש פה דיון האם חובת ההשבה היא מכח עשיית עושר או לא?   
בפועל מבחינת ההשלכות, זה משפיע על השאלה אם נוכל לתת השבה חלקית מכח עשיית צדק.

**פס"ד גינזברג**  
**העובדות:** בעל מפעל ומשקיע, המשקיע היה צריך לשלם 120,000$ בתמורה ל40% מהחברה, אך בפועל שילם רק 50,000$. גינזברג קנה עם ה50,000$ מכונות, אך כיוון שהוא לא קיבל את מלוא הסכום שהיה דרוש לו, הוא לא יכל להפעיל את המפעל. עם השנים, המכונות נשחקו ושוות כבר פחות.   
הצדדים באו לבטל את החוזה. לפי כלל ביטול חוזה, כל צד צריך להחזיר את שקיבל. המפר(המשקיע) לא קיבל שום דבר מהמפעל, אך גינזברג קיבל 50,000 ונדרש על ידי המשקיע להחזיר את הכסף, שכבר הושקע במכונות. גינזברג טען מנגד שהכסף לא בידיו, מכיוון שהוא השתמש בו לקנות מכונות כשחשב שהחוזה יקוים, וכעת המכונות לא שוות דבר.   
**ביהמ"ש:** מחיל את סייג הצדק – גינזברג לא חייב להחזיר את כל ה50,000$, אך יצטרך להחזיר 30,000$. כלומר, יצטרך להחזיר את השווי של מה שקיבל, ולהפחית מזה את הפחת של המכונות עד השלב בו היה סביר לדרוש ממנו למכור אותם.

אין פה תרופה חוזית קלאסית, אך יש פה שימוש בסייג הצדק כדי להגביל את ההשבה.

- ברק בפס"ד סוכנויות השכרת רכב סבר שהשבה נובעת מעשיית עושר כמו בעניין גינזבורג לעיל.   
- יצחק כהן בסוכנויות השכרת רכב סבר שהשבה היא זכות חוזית שאיננה נובעת מעשיית עושר.

## תרופת האכיפה

בחוק התרופות – הזכות לאכיפה:  
*"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-המשפט או לשכת הוצאה לפועל;*
4. *אכיפת החוזה היא בלתי-צודקת בנסיבות העניין."*

באופן בסיסי, אם הופר חוזה, נפגע רשאי לגשת לביהמ"ש ולבקש אכיפה. אך חשוב להגיד שזה לא המצב בכל העולם.

* **במשפט המקובל** – הכלל הוא שהנפגע איננו זכאי לאכיפה אלא לסעד כספי.
* **במשפט הגרמני** – תרופת האכיפה היא הכלל, וסעד כספי הינו החריג.
* **במשפט הישראלי** – לפני חוק התרופות המצב היה כמו במשפט המקובל(עקב החלה של המשפט האנגלי, זה היה המצב עד 1970 כשחוקק חוק התרופות), ולאחריו כמו במשפט הגרמני.

**מעמדה של תרופת האכיפה:**

תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, מספר

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**פיצויים או אכיפה – שיקולי מדיניות:**

**בעד אכיפה** – מה ההיגיון לתת אכיפה למי שהפר חוזה:

* **"חוזים יש לקיים"** – תפיסות מוסריות האומרות שצריך לקיים, ללא קשר ליעילות, הרתעה וכו'.
* **הגברת אמון במערכת החוזית** – זה מגביר את האמון בין הצדדים ובחברה. אם מערכת המשפט לא תאפשר אכיפה, הציבור יאבד אמון שהמערכת המשפטית תדאג לאינטרסים שלו לאכיפת חוזה שהופר ע"י הצד השני. הוכח מחקרית שבפעמים רבות אנשים תופסים פיצוי כספי כמפצה באמת על ההפרה.
* **הרתעה מהפרות** – אם אנו רוצים להרתיע שלא יפרו חוזים, הדרך הכי טובה היא באכיפת חוזה שהופר, כך אדם לא יפר חוזה על מנת לקבל פיצוי.
* **חשש מפיצויי חסר** – פיצויי חסר הם פיצויים שיש קושי בכימות שלהם, כמו נזק נפשי. במקרים מעין אלו, קשה לביהמ"ש להעריך את הנזק כהלכה, ונוצר חשש שיתנו פיצויים נמוכים מידי.

**נגד אכיפה:**

* **פגיעה באוטונומיה** – לא ניתן לחייב אדם לקיים הבטחה בדיעבד, מדובר בפגיעה בחירות, מתוך התפיסה שאין "חוזה עבדות". דבקות בגישה זו תגרום לכך שהנטייה לחייב אכיפה תהיה קטנה יותר.
* **קושי לאכוף חוזים** – אכיפה דורשת עלויות מביהמ"ש לוודא שהחוזה מתקיים.
* **פגיעה באופן לא יעיל במפר** - כמו בלסרסון: מצב בו עלות האכיפה גבוהה יותר מהרווח למפר. (בלסרסון – הדיירים ביקשו מהקבלן לבנות מגדל ביטחון, שדורש הרס של חלק מהבניין ובנייתו מחדש. במקרה זה נעדיף פיצויים). אם צריך בשביל לאכוף את החוזה להרוס חלק מהבניין, ועלותו גבוהה מהנזק שנגרם לדיירים עצמם, אז זה לא יעיל - הרווח של הנפגע מהאכיפה קטן מהעלות של האכיפה למפר.
* **דוקטרינת ההפרה היעילה** – אכיפה פוגעת ביעילות כי היא מונעת הפרות יעילות.

מה זו הפרה יעילה? נדמיין מצב של חוזה. ערך הנכס למוכר הוא 50. לקונה הדירה שווה 100. שווי העסקה בפועל – 80. המוכר מרוויח מהעסקה 30, הקונה מרוויח 20, והחברה מרוויחה 50(רווח של המוכר + הקונה).   
מגיע צד ג ומעריך את הנכס ב150, ומציע למוכר לקנות את הדירה(לאחר הסכמתו למכור לצד ב) ב120. מה שווה למוכר לעשות? להסכים להצעתו של צד ג, כי אז הוא ירוויח 70.   
מבחינת החברה, עדיף שתהיה הפרה, כי החברה תרוויח הכי הרבה מהפרה - 100. בהיעדר הפרה, ואם הנכס יעבור לצד ב, הרווח לחברה יהיה רק 50.

טענת היעילות: אם משטר התרופות הוא אכיפה – לכאורה, הקונה לא יבטל את החוזה, כי הקונה יכול לחייב אותו לקיים את החוזה. תחת משטר של פיצויים – המוכר יצטרך לשלם לקונה פיצויים של 20, על הרווח הצפוי שהיה מרוויח מקניית הנכס, והמוכר ירוויח 50(70-20).   
  
מצב זה הינו גם יעיל קלדור היקס, וגם פארטו אופטימלי. אף אחד לא נפגע כלכלית, ו2 אנשים מרוויחים. ולכן התומכים בדוקטרינה זו אומרים שצריך שיהיה משטר פיצויים, כי אם לא יהיה פיצויים אנחנו מונעים הפרות יעילות.

תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, מספר

התיאור נוצר באופן אוטומטי

**טענות הנגד לדוקטרינה:**

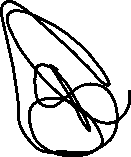
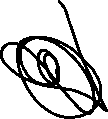
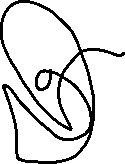
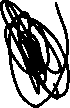
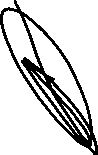
* הפיצויים אינם מפצים על מלוא הציפייה ולכן מעודדים הפרות לא יעילות – כלומר, בגלל שהפיצויים לא מכסים הכל, זה לא רק פוגע בנפגע אלא מעודד הפרות לא יעילות. כיוון שאם המפר לא נושא בכל הנזק שהוא גורם לנפגע, הוא יפר גם כשההפרה לא יעילה. (אנשים אינם רציונאליים).
* אכיפה איננה מונעת בהכרח הפרות יעילות. נניח, במצב בו הקונה יקנה מהמוכר את הזכות להפר, ואז ייתכן וסכום הקנייה יהיה גבוה יותר מהרווח. הדבר לא יעיל ולכן לא משתלם.
* האם גם נאפשר "גניבה יעילה"? אם אנו יודעים שהגניבה יעילה, זה לא מצדיק את הבעיה המוסרית שבדבר. יש פה בעיית הוגנות קשה.

**ספקות לגבי מעמד תרופת האכיפה:**

(לא צריך לדעת)

תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן

התיאור נוצר באופן אוטומטי



בפועל, ישנן סיבות מעשיות ומשפטיות בגינן בתי המשפט יעדיפו לפסוק פיצויים על פני אכיפה. מבחינה מעשית, תהליכי המשפט לוקחים הרבה זמן, באופן שאינו משתלם לצדדים. מתן צווי ביניים מעכב את ההליכים, ועורכי הדין יעדיפו פיצויים כי הדבר משתלם להם יותר מבחינת שכר הטרחה. מה גם שבד"כ הפרה יוצרת משבר אמון בין הצדדים ומביאה לכך שלא ירצו להמשיך לשתף פעולה.

**ממצאים אמפיריים:**

מחקר שערכו איל זמיר, לאון אנידג'ר ואורי כץ, מראה שבאופן מפתיע, על אף שהמשפט הישראלי אימץ מודל שמאפשר אכיפה, ניתן לראות שככל שמתקדמות השנים, משתמשים באופציית האכיפה פחות ופחות:

* חלה ירידה בתביעות אכיפה.
* שיעורי הפסיקה של אכיפה בבית המשפט העליון ירדו.
* אינדיקציה לכך שבאמת הדבר אינו משתלם הינה שמשך זמן ההליכים עלה משמעותית במהלך השנים.

**ש.ב:**

* סעיפים 10-15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.
* ע"א 355/80 **אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע**, פ"ד לה(2) 800.
* ע"א 3666,4012/90 **מלון צוקים נ' עיריית נתניה**, פ"ד מו(4) 45.

**שיעור 18 – 09.07.24**

בעניין ממצאים אמפיריים – במשפט בישראל, בדומה למשפט הגרמני, ניתן לבקש או אכיפה או פיצויים. צריך לדעת שלמרות שבתיאוריה תרופת האכיפה בישראל היא התרופה המרכזית, במציאות הצדדים לא תובעים אותה, וגם כשתובעים אותה, בתי המשפט לא בהכרח פוסקים אותה.

מדוע? חלק מהסיבות נעוצות בסייגים לאכיפה.

**סייגים לתרופת האכיפה:**למרות שלפי ס' 3 לחוק התרופות, הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, ישנם 4 סייגים בהם הנפגע לא יהיה זכאי לאכיפת החוזה.

1. **החוזה אינו בר ביצוע (ס' 3(1))** – אם לא ניתן לקיים אותו כלל, כגון זמר שהבטיח לקיים הופעה ונפטר, העניין מובן. אך ישנם מצבים בהם ניתן לקיים אותו מבחינה פיזית, אך עלות הביצוע לא תהיה סבירה. דוגמא לכך:

* פס"ד לסרסון: לפי הוראות החוזה, הקבלן היה צריך לבנות מגדל ביטחון בבניין, אך לאחר מעשה הבינו שבניית מגדל תגרור עלויות גבוהות מידי כי זה יצריך הריסה ובנייה מחדש של חלקים גדולים מהבניין בצורה שאינה פרקטית. ולכן זה **לא סביר** לבנות את המגדל הזה. מה הכוונה **לא סביר**? שעלות הבנייה של המגדל גבוהה באופן משמעותי מהרווח של הנפגע מאכיפת החוזה. לא יכול להיות שעלויות האכיפה יהיו כל כך גבוהות יותר מהרווח של אכיפת החוזה, ויהיה עדיף לתת פיצויים.
* פס"ד פומרנץ: היה סכסוך בין קבלן שמכר דירה לבין הדיירים. טענת הדיירים הייתה שהקבלן "גנב" חלק ממה שהיה אמור להיות חדר המדרגות, והפך אותו לחלק מאחת הדירות שמכר לדייר. כלומר, הוא הגדיל את הדירה על חשבון חדר המדרגות. הדיירים(פומרנץ) דרשו שהדירה תוקטן וחדר המדרגות יהיה כפי שאמור להיות. הדיירים דרשו אכיפה. לא הייתה מחלוקת על כך שהייתה הפרה, אלא הקבלן דרש שיפסקו לו פיצויים ושאין היגיון לפסוק אכיפה, כי עלות האכיפה תהיה גבוהה מידי מהרווח שיהיה לדיירים. יותר קל ופשוט לפצות את הדיירים על הקטנת המדרגות. בפועל, הטיעון לא התקבל, וביהמ"ש פסק לאכוף את החוזה ולהקטין את חדר המדרגות.   
    
  אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין(נדבר בהמשך) – ניתן היה גם לטעון לכך ב2 המקרים הנ"ל, אך לדעת אורי כץ זה יישום לא נכון. לא צריך לחפש אכיפת חוזה בלתי צודקת, כשיש סעיף שיותר מתאים – החוזה אינו בר ביצוע.
* מה יקרה אם יפסקו אכיפה במקרים שזה יקר מידי? התיאוריה של רונלד קוז: כאשר יש זכות סחירה ועלויות העסקה נמוכות, תתרחש התוצאה היעילה ללא קשר לאופן הקצאת הזכות. כלומר, פחות חשוב מה באמת נקבע בבית המשפט. כיוון שבין אם יפסקו פיצויים ובין אם יפסקו אכיפה, הצדדים בכל מקרה יבחרו עצמאית בתוצאה היעילה עבורם.
* חוזה לא חוקי (לא צריך לדעת) – חוזה לא חוקי בטל, ויש סייגים למתי הוא לא בטל. בהנחה והוא לא בטל, עדיין יכול להיות שנגדיר אותו כחוזה שאינו בר ביצוע. לדוגמא: חוזה להרחיב מרפסת באופן לא חוקי. ביהמ"ש לא יורה על אכיפה או בגלל שהוא לא חוקי והוא בטל, או כי הוא לא בר ביצוע, כי זה לא חוקי.

1. **שירות אישי (ס' 3(2))** – *"אכיפת החוזה היא כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי"*חוזים זה לא עבדות, אם כרתתי חוזה, אני יכול להפר אותו. במקרים אלה אין אכיפה כי לא ניתן להכריח אדם לתת שירות אישי, ולא ניתן להכריח אדם לקבל שירות אישי.

יחסי עובד מעביד - הבעייתיות מתרחשת במציאות של הסייג הזה בחוזה העסקה. במציאות המודרנית כשאדם עובד אצל מעסיק, זה לא באמת שירות אישי. האם מעסיק יכול להגיד לאדם שהוא לא מעוניין בעבודתו ומפטר אותו כנגד חוזה העסקה, ואם אותו אדם רוצה הוא יוכל לקבל פיצויים? האם יחסי עובד מעביד נחשבים כשירות אישי? לכאורה לפי הסעיף, התשובה היא כן.

* בעבר, היה את פס"ד צרי שקבע שיחסי עובד מעביד מהווים שירות אישי.
* בביה"ד לעבודה לא קיבלו את הלכת צרי, והחלו לכרסם בה ולקבוע לה חריגים: 1. אם ישנה פגיעה בזכות חוקתית אז לא ניתן לפטר עובד(אם עובד התאגד והקים ועד עובדים לא ניתן לפטרו). 2. איסור סטטוטרי על פיטורים, לדוגמא פיטור עובדת בהריון או במילואים, בכפוף לסייגים. 3. גופים ציבוריים – הנטייה בהם לאפשר פיטורין קטנה יותר. כנ"ל גופים דו מהותיים(גופים סמי-ציבוריים, כגון אוניברסיטה). 4. סמכות שיורית – עניין זה כפוף לשיקול דעת, ובתי הדין לעבודה פעמים רבות נוטים לחייב את המעסיק להעסיק את העובד גם אם מצבים אלה לא מתקיימים.
* הפיכת הלכת צרי – גם ביהמ"ש העליון "יישר קו" עם בית הדין לעבודה, והפכו דה-פקטו את הלכת צרי(בפס"ד פלדמן, קלפנר, אלישע).

מה חשוב לזכור – שירות אישי ככלל הוא סייג, אך בהקשר של יחסי עובד מעביד, בתי המשפט כן מחייבים פעמים רבות אכיפה, ועניין זה כפוף לשיקול דעת. איזה שיקולים רלוונטיים צריך לקחת בחשבון במסגרת שיקול הדעת הזה? כלומר, מתי נחייב אכיפה ומתי לא? לפי השיקולים דלעיל – פגיעה בזכות חוקתית, איסור סטטוטורי, גוף ציבורי/דו מהותי, סמכות שיורית, ולפי שיקול דעת של השופט אם באותו מקרה אם להחיל את סייג השירות האישי או לא.

1. **דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח (ס' 3(3))** – כאשר האכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח. כשבתי המשפט פוסקים פיצוי של כסף, קל מאוד לאכוף את זה. אם הנתבע לא מעוניין לשלם פיצוי, הולכים להוצאה לפועל, ולהם יש תהליכים מאוד מסודרים להוצאת הכסף.   
   באכיפה, העניין מורכב יותר. ישנן פעמים שאכיפה קלה, לדוגמא – מכר דירה. ביהמ"ש נותן צו לטאבו לרשום את הדירה על שם התובע. אך ישנה אכיפה מורכבת. לדוגמא – בבנייה, שם לרוב מדובר בחוזה ארוך טווח, ובכל רגע יכול להיות סכסוך בין הצדדים שיגיע לביהמ"ש.   
   לכן פשוט יותר לביהמ"ש לפסוק פיצוי כספי. זהו סייג לגיטימי ובתי המשפט משתמשים בו. העלות של עצם הפיקוח על אכיפת החוזה היא גבוהה מידי, ולכן פוסקים פיצויים.

פס"ד העוסק בכך – **פס"ד עוניסון**: באותו מקרה היה קבלן שפשט את הרגל והדיירים ביקשו אכיפה, ביהמ״ש מינה כונס נכסים והוא זה שביצע את הבנייה. בפועל בתי המשפט לא מעוניינים לאכוף חוזים מורכבים ומעדיפים פיצויים.

1. **אכיפת חוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין (ס' 3(4))**– מדובר בסמכות שיורית. כל מקום שביהמ"ש חושב שהמקרה לא צודק, הוא יכול להגיד שלא שייך לאכוף שם ולפסוק פיצויים. דוגמא לכך – כלל הקטנת הנזק באכיפה, שהובא **בפס"ד אגד**: לפעמים, הנפגע יכול להקטין את הנזק אך לא נוקט צעדים כלשהם לשם כך. ביהמ"ש במקרה כזה לא יאכוף את החוזה כי אותו אדם יכל להקטין את הנזק. בפס"ד אגד – פיטרו אדם שלא הצליח למצוא עבודה חלופית, והיה מובטל. הוא ביקש שישלמו לו משכורת על כל הזמן שלא היה בעבודה- כלומר: אכיפה. בית המשפט פסק שלא יקבל אכיפה, כיוון שיכל להקטין את הנזק - לחפש ולעבוד בעבודה אחרת בזמן הזה.

**אכיפה בתנאים ואכיפה בקירוב:**

ס' 4 – *"בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין"*

* **התנאת אכיפה בתשלום פיצוי** - יש שיקול דעת לביהמ"ש לפסוק אכיפה ולהתנות אותה. אם 2 הצדדים הפרו את החוזה, ביהמ"ש יכול להגיד שיחייב את מפר א באכיפה, רק לאחר שמפר ב ישלם פיצויים.
* **אכיפה בקירוב של מסירת דירה אחרת** – דוקטרינה הקיימת במשפט האנגלי. דוגמא: א קנה דירה מקבלן אך בפועל לא ניתן למכור אותה מכל מיני סיבות. א ירצה לקבל דירה אחרת בפרויקט במקום מה שקנה. הקבלן יגיד שאם א רוצה פיצוי הוא יוכל לקבל, אך לא יוכל לקבל אכיפה על דירה אחרת שאינה שלו. לפי הכלל האנגלי של אכיפה בקירוב, אם אתה תובע אכיפה ניתן גם לתבוע אכיפה בקירוב של דברים אחרים. בפס"ד אשד השופטת בן פורת תלתה את העניין הזה בס' 4, ובפועל בתי משפט מאפשרים אכיפה בקירוב באמצעות ס' 4.
* **שיערוך באכיפה** – בשנות ה80 הייתה בעיית אינפלציה קשה, כלומר שערך הכסף ירד באופן דרסטי. אם ב1978 היו חייבים לאדם מיליון שקלים, ב1982 המיליון שקלים האלה היו שווים הרבה פחות. לביהמ"ש הגיעו תביעות רבות בהם הסכום שהופיע בחוזה היה מיליון ₪ , ללא הצמדה(מושג שנוצר מאוחר יותר). בפס"ד רבינאי ביהמ"ש אמר שגם אם לא נאמר בחוזה שהסכום הנקוב בו הוא צמוד מדד, עדיין ניתן לאכוף תוך שיערוך באינפלציה. כלומר, נערוך את החוזה באופן ריאלי, תוך התחשבות באינפלציה, ולא באופן נומינלי שמוריד משמעותית את ערך הכסף.

## פיצויים

ס' 10 לחוק התרופות: *"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".*

פיצויים שמקבלים ומעוגנים בס' 10 אלו פיצויים בגין הנזק שנגרם עקב ההפרה. פיצוי זה יהיה **פיצויי קיום או ציפייה**.

**יסודות נוספים:**  
מה תובע צריך להוכיח כדי לקבל פיצויים? 4 תנאים מצטברים לעניין.

1. **נזק** – ללא הוכחת נזק לא יינתן פיצוי.
2. **קשר סיבתי** – להוכיח שהנזק נגרם עקב ההפרה.
3. **צפיות** – שהמפר ראה או היה עליו לראות את הנזק מראש בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.
4. **הוכחת שיעור הנזק**(מהפסיקה, לא בחוק) – לא מספיק לטעון שיש נזק ולבקש מביהמ"ש לפסוק, אלא צריך להוכיח את שיעור הנזק.

**צפיות:**

**פס"ד הדלי נ' בקסנדל(Hadley vs. Baxendale)** - פס"ד המנחה בשיטת המקובל  
**העובדות:** בעלים של תחנת קמח שהיה צריך להחליף חלק ברזל כלשהוא. הוא פנה למוכר חלקים כאלה, וביקש שיחליף לו את החלק תוך זמן מסוים. המוכר הפר את החוזה בכך שהחזיר לו את החלק הזה בעיכוב משמעותי. העיכוב גרם לנזק גדול לבעל תחנת הקמח כי הוא לא יכל להפעיל את תחנת הקמח ללא החלק הנ"ל. המפר טען שהוא מסכים שהוא הפר את החוזה, אך הוא לא הבין את המשמעות והחשיבות של אותו חלק. בעל תחנת הקמח אמר מנגד שאומנם הוא לא אמר מה החשיבות, אך היה הסכם בניהם, ואם הפרת אז תשלם.   
**ביהמ"ש:** בשביל לבחון אם נזק מסוים הוא בר פיצוי, צריך אחד מ2 דברים:  
- **מבחן התוצאה הטבעית:** שהנזק שנגרם הוא תוצאה טבעית של ההפרה. במקרה הנ"ל – האם התוצאה הטבעית של עיכוב בחלק ברזל מסוים היא אי הפעלת תחנת הקמח ואובדן רווחים בעקבות זאת?   
- **תוצאה מסתברת של ההפרה על ידי הצדדים בעת כריתת החוזה**(מבחן משמעותי יותר שאומץ בפסיקה הישראלית): האם התוצאה המסתברת של ההפרה בעת כריתת החוזה ביניהם היא הנזק שנגרם? כלומר, האם בשעת כריתת החוזה אותו מפר היה יכול לדעת שהנזק שיגרם לנפגע הוא אובדן הרווחים של תחנת הקמח.   
ביהמ"ש פסק שלא, ולכן לא פסק פיצויים.

לעניינו, החשוב הוא שמבחן זה אומץ בחקיקה. על מנת לקבל פיצויים על הפרה, צריך להוכיח צפיות. כלומר, שהמפר בעת כריתת החוזה היה יכול לצפות את הנזק כתוצאה מסתברת של ההפרה.

**שיקולי מדיניות:**  
מהם שיקולי המדיניות שתומכים בהלכת הצפיות, ולמה להתנגד להלכה זו?

* **פגיעה באינטרס הציפייה** – לאחד הצדדים נגרם נזק ואנו לא מפצים אותו.
* **הוגנות** – גם לשלם משהו שלא יכל לצפות/ גם לא לקבל פיצוי על הנזק.
* **גמישות במתן הפיצויים** - במקרים בהם לא בהכרח ניתן לצפות בדיוק את התוצאה הטבעית ועל כן יש לפיכך גמישות לבית המשפט לקבוע. דוגמא לכך, היא קניית כרטיסי טיסה ע"י סוכן, שבוטלו משיקול מסוים, אך בפועל התברר שגם כך הלקוח לא היה יכול לטוס עקב שינוי מזג האוויר. במקרה כזה, יש שיקול דעת רחב לבית המשפט לקבוע האם הסוכן מחויב או לא לפי מבחן הצפיות. כאן גם נכנס רעיון הוודאות השיפוטית- קשה לדעת איך יוכרע במקרים מורכבים.
* **יעילות:**
* טענת נגד, אקס פוסט - הנזק שאני משלם כמפר הוא רק נזק שהייתי יכול לצפות בעת כריתת החוזה. אני לא משלם נזק שלא צפיתי בכריתת החוזה. אם בכריתת החוזה צפיתי שהנזק יהיה 100, אך כעבור שנתיים הנזק שווה 200. כמה אשלם לפי החוק? את הנזק שצפיתי בעת כריתת החוזה – 100. השאלה היא האם זה יעיל? לא, כיוון שבמועד ההפרה אני כבר יודע שהנזק הוא 200, ויהיה שווה לי להפר את החוזה ושאצטרך לשלם רק 100. כחברה, אנו רוצים שכל עוד זה עולה לי לא להפר חוזה, פחות מ200 – אני לא אפר את החוזה. אם הנזק מההפרה הוא 200, והרווח שלי מההפרה הוא 150, לא שווה להפר. אך אם גם כשאני לא משלם 200 אני אשלם רק 100 – שווה להפר. ולכן התוצאה לא יעילה, וזו טענת יעילות נגד כלל הצפיות.
* טענה בעד, מתמרץ שיתוף מידע – תחת הלכת הצפיות יש לצדדים אינטרס לשתף כמה שיותר מידע בעת כריתת החוזה, כיוון שכך יש לכל צד סיכוי יותר גבוה לקבל את מלוא נזקו בעת הפרה.

**כימות הנזק:**

**פס"ד אניסימוב**  
**העובדות:** חברה קבלנית כרתה חוזה עם בית מלון, בשלב מסוים הפסיקה החברה הקבלנית את העבודות, ונפסק שהייתה הפרה. בית המלון לא הוכיח את הנזק.   
**השאלה:** האם ניתן לפסוק לפי אומדן של אובדן הרווח בגלל הפרעות הבנייה?   
**ביהמ"ש:** השופט חיים כהן – ניתן לקבוע את שיעור הנזק באומדן. השופט ברק(בדעת רוב) – לא מספיק לקבוע את שיעור הנזק באומדן, נדרש להוכיח את שיעור הפיצויים. במקרים בהם לא ניתן לכמת במדויק את הנזק, די בהוכחה במידת וודאות סבירה. נטל ההוכחה על גובה הנזק הוא על הנפגע. וזו ההלכה.

**חריגים לכימות הנזק:**  
(ס' 11 של פיצויים ללא הוכחת נזק – לא בחומר).

**פיצוי לא ממוני:**  
ס' 13 לחוק התרופות: *"גרמה הפרת חוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי ביהמ"ש לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין".*למרות הכלל הבסיסי של הוכחת נזק, יש ראש נזק שלא צריך להוכיח בו – נזק נפשי. אין צורך בהבאת חוות דעת של פסיכולוג להערכת נזק נפשי. ביהמ"ש יפסוק נזק זה באומדן.

* **כפוף להלכת הצפיות**– הסעיף כפוף להלכת הצפיות, צריך היה לצפות אותו בעת כריתת החוזה(ברק בגולדמן שלא כדעת ידין).
* **נפסק במשורה באופן יחסי** – בתי המשפט פוסקים זאת במשורה באופן יחסי, כלומר זה חריג שבית משפט יפסוק את זה.
* **לא מהווה פיצוי עונשי** – לא ניתן להשתמש בנזק ממוני כפיצוי עונשי, כלומר כפיצוי שגבוה יותר מהנזק שנגרם. בנזיקין יש תחום של פיצויים עונשיים, אך בחוזים זה לא קיים. לא משנה כמה מחפיר אופן ההתנהגות של המפר, לא ניתן לקבל פיצוי גבוה מהאינטרס של המופר.
* **לא נפסק לטובת תאגידים** – נזק של תאגיד הוא בהכרח ממוני, תאגיד לא יכול לתבוע על עוגמת נפש, לדוגמא.

**ש.ב:**

* סעיפים 10-15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970.
* ד"נ 20/82 **אדרס חומרי בניין נ' הרלו אנד ג'ונס**, פ"ד מב(1) 221.

**שיעור 19 – 16.07**

**פיצויים מוסכמים:**  
ס' 15 לחוק התרופות:   
*"(א) הסכימו הצדדים מראש על שיעור הפיצויים (להלן – פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה.   
(ב) הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כלשעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי סעיפים 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת בשל הפרת החוזה.   
(ג) לעניין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים."*

פיצויים מגנים על אינטרס הציפייה, הם שמים את הנפגע במקום שהיה נמצא לו היה מתקיים החוזה.

**15א:** תת הסעיף עוסק בפיצויים עליהם הצדדים מסכימים מראש בעת כריתת החוזה, שאינם כרוכים בהוכחת נזק. עם זאת, ביהמ"ש יכול להפחית את הפיצויים, אם עלותם אינה ביחס סביר לנזק.   
דוגמא לפיצוי מוסכם: בחוזה מקרקעין מקובל לקבוע פיצוי מוסכם של 10 אחוז משווי הנכס.

**15ב:** פיצוי מוסכם מראש אינו הפיצוי הבלעדי, וניתן לבקש פיצויים נוספים לפי סעיפים 10-14. לחלופין, ניתן לבקש תרופה אחרת בהתאם לנסיבות.

**15ג:** מקובל שסכום שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה "כפיקדון", יכולים להיחשב כפיצויים מוסכמים.

* **תלוי בסמכות ההפחתה** - עדיין יש דרכים לקבל פיצוי מעבר לאינטרס הציפייה. איך? ביהמ"ש יפחית את הפיצוי המוסכם רק אם הוא לא מקיים יחס סביר לנזק. אם נתתי סכום שבוודאי לא מקיים יחס סביר, למשל נתתי פיצוי של 10,000 כשהנזק הוא 500, סיכוי סביר שביהמ"ש יפחית את הפיצוי המוסכם. אך אם נתתי פיצוי של 600 והנזק הוא 500, ייתכן וביהמ"ש ישאיר את הפיצוי על כנו, ובמקרה כזה, יש אפשרות בפועל לקבל פיצוי גבוה מהנזק שנגרם, וגבוה מאינטרס הציפייה, וזה במקרה שביהמ"ש לא מפחית את הפיצוי המוסכם, כי קיים יחס סביר בין הפיצוי המוסכם לנזק.
* **צירוף תרופות?** כפוף לסייג בדבר כפל פיצוי (יש לבחון על מה מגנים הפיצויים המוסכמים).  
  הפירוש המקובל לס' 15ב, לפיו ניתן לצרף תרופות, הוא שהדבר אפשרי כל עוד אין "כפל פיצוי". כלומר, לא ניתן לתת פיצוי על אותו ראש הנזק מתוקף מספר סעיפים. עם זאת, יכולה להיות תופעה בה כן נקבע פיצוי מוסכם כלשהו בעת הכריתה, שהנפגע יטען שאינו גבוה דיו לאחר ההפרה ויש להגדילו מתוקף ס' אחר (כי הדבר יותר משתלם לו). לדוגמא: נניח שהוסכם בין הצדדים, שעיכוב בתשלום השכירות יגרור פיצוי מוסכם. בפועל, השוכרים לא שילמו בזמן ובינתיים מחיר השכירות עולה. במקרה כזה, הנפגע יכול לבקש פיצוי גבוה מהפיצוי המוסכם, והדבר לא ייחשב ככפל פיצוי. המקרים הללו בד"כ נשענים על שאלה של פרשנות. הכול תלוי באופן בו בית המשפט מפרש את הכתוב בסעיף הפיצוי המוסכם. הנפגע בד"כ יטען שיש לפרש בצמצום את ההפרה (רק חלק מהנזק חל תחת מטריית הפיצוי המוסכם) והתובע יטען שיש לפרש בהרחבה את הסכום, ולא לתת סכום גבוה ממנו.
* **פיצויים עונשיים?** פיצוי עונשי בחוזים, הכוונה היא לפיצוי שמפצה יותר מהאינטרסים המוגנים (השבה, הסתמכות, ציפייה). זה לא פיצוי על נזק שנגרם, אלא פיצוי מעבר לזה.  
  בחוזים אין פיצויים עונשיים, ולא ניתן להתנות עליהם. לא ניתן לבקש פיצוי מוסכם הגבוה מאינטרס הציפייה. תניית הפיצוי המוסכם נועדה להגן על האינטרסים המוגנים של דיני החוזים.

ניתן לבקש פיצוי מעבר לאינטרס הציפייה. לדוגמא: אם אינטרס הציפייה הוא 500 ₪, וההסכם המוסכם הוא 600 ₪, ניתן לטעון שזה פיצוי עונשי כיוון שהוא גבוה יותר מהציפייה, ועדיין יכול להיות שביהמ"ש יאשר פיצוי שכזה, כל עוד אין חריגה קיצונית. כלומר, יש אופציה לקבל פיצוי גבוה מאינטרס הציפייה, אבל רק אם יש יחס סביר בין גובה הפיצוי לנזק שניתן היה לראות בעת הכריתה. מצב זה יקרה כאשר בית המשפט ישתמש בסמכותו להפחית מהפיצוי המוסכם.

**עקרונות מנחים לסמכות ההפחתה:**כשבתי משפט מתלבטים אם להשתמש בסמכותם להפחית פיצויים, הם פועלים לפי העקרונות המנחים הבאים:

* **יש לפרש את סמכות ההפחתה בצמצום** – כלומר, בתי המשפט משתדלים שלא להפחית מסכומי פיצוי מוסכם מתוך עיקרון של כיבוד רצון הצדדים לפי ההסכם שיש בניהם.
* **תניה גורפת מקלה על הנטל להוכחת אי סבירות** – כשיש תניה גורפת בחוזה, כלומר כשאין הבחנות בין סוגי ההפרות בחוזה, ועל כל הפרה שהיא בחוזה יש את אותו פיצוי מוסכם - יהיה קל יותר לבתי המשפט לצמצם או לשנות את סכום הפיצוי המוסכם. אך אם ישנה התניה ספציפית על פיצוי מוסכם, בתי המשפט פחות יתערבו בתניה זו.
* **יש לבחון את הנזק שהמפר היה צופה בעת כריתת החוזה** – השאלה היא לא האם זה סביר היום, בהינתן הנזק היום, אלא מה היה הנזק שצפינו בעת כריתת החוזה. ייתכן ובעת כריתת החוזה צפינו נזק הרבה יותר גדול ממה שישנו היום בפועל, וגם להיפך.
* **במקרה של אי סבירות אין מבטלים אלא מפחיתים הסכום** – כלומר, אם נקבע פיצוי מוסכם לא סביר, ביהמ"ש לא יבטל לגמרי את תניית הפיצוי המוסכם, אלא מפחית אותו. לכמה מפחית? לצורך כך ישנו את "הכלל המחליף".

**הכלל המחליף**:

הפיצוי הסביר בנסיבות העניין – 1000 ₪.   
פיצוי שאינו מקיים כל יחס סביר לנזק – מעל 1500 ₪.

הפיצוי המוסכם – 2,000 ₪.

יש מקרה בו הפיצוי הסביר בנסיבות ובעת כריתת החוזה, הוא 1000 ₪, מעל 1500 ₪ ביהמ"ש יפסול את התנאי כי הוא לא הגיוני. הפיצוי המוסכם שנקבע בעת כריתת החוזה בפועל הוא 2000 ₪. האם ביהמ"ש יפסול את הפיצוי המוסכם? 3 אפשרויות:

- **כלל מחליף עונשי** – ביטול הפיצוי המוסכם, ביהמ"ש יפסול הכל.   
- **כלל מחליף מתון** – העמדת הפיצוי על 1000 ₪, ביהמ"ש יפחית את הפיצוי למה שסביר.

- **כלל מחליף נסבל** – העמדת הפיצוי על 1500 ₪, ביהמ"ש יפחית את הפיצוי למקסימום האפשרי.

בפסיקה נקבע – **הכלל המחליף הנסבל** זו ההלכה.

*"שיעורו מופחת עד כדי יצירת יחס סביר... ההפחתה נעשית על דרך הצמצום ולא ביד נדיבה, ויש להביא בחשבון לצורך קביעתה כל חשש אפשרי, ולו גם דחוק, שעשוי היה לקונן בלבו של מתקשר סביר בעת כריתת החוזה"* (פס"ד רוזנר)

כלומר, ביהמ"ש דוגל בכמה שפחות לפגוע בכוונת הצדדים, ולתת כבוד להסכמתם הראשונית.   
  
שיקולי מדיניות בעד ונגד הכלל הנסבל:

* **חופש החוזים** – אם אנו רוצים ללכת לפי עקרון חופש החוזים, ויש צורך להפחית את הסכום שעליו הוסכם, נלך לפי הכלל שיאפשר מינימום הפחתה של אותו פיצוי ופגיעה בחופש החוזים של הצדדים. ולכן חופש החוזים תומך בכלל המחליף הנסבל.
* **הרתעה** – אם אנו רוצים לדאוג שאנשים לא יכניסו פיצוי מוסכם לא הגיוני, אז הכלל הנסבל בעייתי. זה מעודד שיטת "מצליח" ועלול ליצור בעיה בהרתעה. כל אדם יכול להכניס בחוזה סכום פיצוי מוסכם מראש שיהיה מאוד גדול. אם ביהמ"ש יפסול את הסכום הזה, הוא יקבל את המינימום שביהמ"ש יקבע, אך אם ביהמ"ש לא יפסול, הוא יכול להרוויח סכומים גדולים מזה.   
    
  אם היו רוצים שיהיה כלל מרתיע, לא היו מאפשרים כלל פיצוי מוסכם, אלא רק את הכלל העונשי. ולכל הפחות, יכלו להשתמש בכלל המתון.
* **שיקולי הוגנות** – לדעת אורי, אם אנו רוצים לפי שיקולי הוגנות – ברגע שביטלנו את הסעיף, יש לקבוע את העניין מחדש, ובמסגרתו פיצוי סביר מתאים.

**הקטנת הנזק:**

סעיף נוסף בהקשר של פיצויים הוא הקטנת הנזק. ס' 14 אומר שאם אדם הפר את החוזה וגרם לנפגע נזק, אך הנפגע יכל להקטין או למנוע את הנזק באמצעים סבירים – הוא לא יקבל על כך פיצויים.

1. *"אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין.*
2. *הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו; היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות העניין."*

**ההצדקות:**

* **הוגנות** – אם הנפגע יכל להקטין את הנזק ולא הקטין אותו, לא הגון שהוא יקבל פיצוי.
* **יעילות** – אם נפגע יכל להקטין נזק ולא הקטין אותו, זה לא יעיל שיקבל פיצוי. אנו לא רוצים שצדדים יפרו חוזה ויהיו ללא אחריות על מעשיהם.

בפס"ד גינזברג היה בעל מפעל שעשה עסקה עם משקיע, במסגרת העסקה המשקיע ישלם 120,000$, בתמורה בעל המפעל יתן למשקיע 40% מהבעלות על המפעל. בפועל המשקיע נתן רק 50,000$, ובעל המפעל קנה עם הכסף הזה מכונות. על בעל המפעל היה נטל להקטין את הנזק. בשלב בו הוא ראה שהחוזה לא מתממש והוא לא מקבל את יתר הכסף, הוא היה צריך כבר ללכת ולמכור את המכונות, ולא לחכות עד שכבר יהרסו ולא יהיו שוות הרבה.

**הבעייתיות:**

* **לא ברור מתי יש חובה** - ישנם מצבים בהם זה לא ברור שעל הניזוק חלה חובה להקטין את הנזק באם הוא יכול. לדוגמא: אדם, נותן שירות, שמתחייב לחוזה עם צד ב. אם הוא לא יתן את השירות הנזק יהיה 100,000 ₪. מסיבה כלשהיא הוא לא רוצה לתת את השירות אליו הוא התחייב, אך הוא פונה לצד ב ואומר לו כי אם הוא ישלם עוד 10,000 ₪, הוא כן יתן את השירות. במקרה כזה, ניתן מבחינה אנליטית להגיד שהניזוק יכל להקטין את הנזק אם היה נותן למפר 10,000 ₪. אך אלו לא נחשבים אמצעים סבירים להקטנת הנזק, וזכותו של צד לעמוד על הזכויות החוזיות שלו.   
  דוגמא נוספת – קבלן שצריך להשלים פרויקט בנייה תוך שבועיים. עקב עיכובי משלוחים וחומרים הוא אומר לצד ב שאם הוא רוצה את השלמת הפרויקט תוך שבועיים הוא יצטרך להוסיף 10,000 ₪ לתשלום על מנת לזרז משלוחים. האם במקרה כזה ניתן להגיד שזה לא לגיטימי ולא נחשב סכום של הקטנת הנזק?
* **שיפוי על הוצאות סבירות** – יש צורך לשפות את הניזוק שהוציא מכספו סכום נוסף כדי לכסות כלכלית על ההפרה- גם אם הסכום בסוף גבוה יותר, עדיין ניתן לקבוע שהפיצוי סביר. קיים קושי לקבוע מהן הוצאות "סבירות" לצורך העניין.
* **אשם תורם** – פס"ד Examine - אשם תורם קיים גם בחוזים ולא רק בנזיקין. הקטנת הנזק זה אם הנפגע יכל להקטין את הנזק אחרי ההפרה. אשם תורם בחוזים, זה אם הנפגע יכל להקטין או למנוע את הנזק לפני ההפרה. אם נחליט שיש לנפגע אשם תורם בהפרה, ייתכן וביהמ"ש יפחית את הפיצויים, כיוון שלא רק המפר אשם אלא גם הנפגע.
* **חריגים להקטנת הנזק** – ס' 11(עליו דנים בפס"ד איינשטיין), וס' 15 שלמדנו – פיצוי מוסכם לא כפוף לנטל הקטנת הנזק. וזה עוד סיבה למה כדאי לעשות פיצוי מוסכם: זה גם פותר את קשיי ההוכחה, וזה גם לא כפוף לנטל הקטנת הנזק.

**הגנה מלאה על אינטרס הציפייה:**בתיאוריה, פיצויים נועדו להגן על אינטרס הציפייה, אך במציאות הם לא תמיד מגנים על מלוא אינטרס הציפייה. מדוע?

* דרישת הצפיות – לפעמים הנזק לא היה צפוי ולא יקבלו עליו פיצוי.
* קשיי הוכחה לנזק – אם קשה להוכיח את הנזק, משמע שלא נקבל את הפיצוי עליו.
* נזקים לא ממוניים ניתנים במשורה(בצמצום) – אם לדוגמא נגרם נזק נפשי, סיכוי טוב שלא אקבל פיצוי כי ביהמ"ש לא יפסוק את מלוא הנזק הנפשי עקב מתן במשורה.
* דוקטרינות הקטנת הנזק ואשם תורם – יתכן ואדם לא הקטין את הנזק או שיש לו אשם תורם ולכן לא יקבל את מלוא אינטרס הציפייה שלו.
* עלויות התדיינות – עולה כסף לתבוע פיצויים, אז אדם לא יקבל בפועל את מלוא הפיצויים שלו.

**הגנה על אינטרסים נוספים:**

**1. אינטרס ההשבה בחוזה הפסד:**  
מה קורה אם ההשבה גבוהה יותר מהציפייה? כלומר, אדם שילם על נכס מיליון ₪, אך היום הנכס שווה רק חצי מיליון ₪. אינטרס ההשבה להחזיר לו את מה ששילם הוא מיליון ₪, אך אינטרס הציפייה הוא חצי מיליון ₪. האם כשההשבה גבוהה מהציפייה ניתן לתבוע על הציפייה? כן, לפי ס' 9 לחוק התרופות.

* השופט מלץ בעניין מלון צוקים: "בנושא ההשבה המחוקק אמר את דברו במפורש בסעיף 9 לחוק התרופות ולא סייג את הזכות להשבה בכך שההשבה מוגבלת ב"גג" של גובה אינטרס הקיום".
* השופט חשין בעניין מלון צוקים: "במקום שהנפגע יכול להידרש לתביעת השבה בעקבות הפרת חוזה, אין תביעת ההשבה מוגבלת בכל גג, ועשוי הוא לזכות בהשבה גם אם עולה היא על פיצויי הקיום".

**2. אינטרס ההסתמכות בחוזה הפסד:**   
מה קורה אם אינטרס ההסתמכות גבוה מאינטרס הציפייה? לדוגמא: אדם רצה לבנות מלון, ולצורך כך הלך ותכנן עם מהנדסים, מתכננים, קבלנים וכו, והוציא הוצאות רבות. הוא הוציא מיליון ₪, אך הרווח שלו צפוי להיות רק חצי מיליון ₪. על אף שאינטרס ההסתמכות שלו הוא מיליון ₪, אינטרס הציפייה שלו הוא חצי מיליון ₪. האם במקרה של הפרה הוא יוכל לתבוע מיליון, כמו אינטרס ההסתמכות, או חצי מיליון כמו אינטרס הציפייה?

(ההיגיון בכך שפיצויי ציפייה יהיו גג עליון – המפר הוא לא "חברת ביטוח" של הנפגע. אם הנפגע בחר להיכנס לחוזה הפסד זו בעיה שלו, והמפר צריך לשלם פיצוי לפי מה היה קורה אילו קוים החוזה).

מחלוקת בעניין מלון צוקים:

* השופט מלץ: אינטרס ההסתמכות יכול לשמש במקרים של קושי אובייקטיבי להוכיח את גובה אינטרס הציפייה. עם זאת, אינטרס הציפייה מהווה גג עליון לפיצויים.
* השופט חשין: אינטרס הציפייה אינו גג עליון לפיצויים.   
  *"שאלת ההפרה, ובצדה שאלת הנזקים שהנפגע נשא בהם עקב ההפרה, לעולם תיבחנה לאחר מעשה, לאחר ההפרה, ולענייננו: לאחר שהחוזה עבר מן העולם. ואם כך נתבונן אל ימי חיי החוזה – במבט לאחור - לא ידעתי מדוע נזקי הסתמכות לא יהיה זה ראוי לראותם כנזקים שבאו "עקב ההפרה ותוצאותיה" ולייחסם להפרה ולתוצאותיה"*
* השופט מצא: הדין הרצוי כחשין, לגבי הדין המצוי נותר בצריך עיון.

**3. נטילת רווחי המפר:**למדנו על אינטרס ההשבה – שמשמעותו להחזיר לנפגע את טובות ההנאה שהמפר קיבל מכוח החוזה.   
באינטרס ההשבה רחבה – המטרה היא להעביר לנפגע את טובות ההנאה שהמפר קיבל בעקבות ההפרה – נטילת רווחי המפר מההפרה. לא רק שהנפגע יקבל את טובות ההנאה מהחוזה, אלא גם את מה שהמפר קיבל בעקבות ההפרה.

פס"ד אנדרס: הייתה חברה גרמנית שמכרה ברזל והיה לה הסכם עם חברת אנדרס למכור להם את הברזל. בעקבות המלחמה הם לא יכלו להביא להם את הברזל, ומכרה את הברזל לאחרים במחיר גבוה יותר. בלית ברירה אנדרס קנו ממישהו אחר ברזל באותו מחיר מקורי.   
חברת אנדרס לא הוכיחה שנפגע לה אינטרס הציפייה, כיוון שהם הצליחו לקנות באותו מחיר ממקום אחר. טענתם הייתה – אומנם לא נפגענו מההפרה, אך החברה הגרמנית הרוויחו בזכות ההפרה, ואנו רוצים לקבל את מה שאותה חברת ברזל הרוויחה בזכות ההפרה.

**סיכום 4 האינטרסים:**  
תמונה שמכילה טקסט, צילום מסך, גופן, מספר

התיאור נוצר באופן אוטומטי

* **ההסתמכות** – להחזיר את הנפגע למקום שהוא היה לפני החוזה.
* **ההשבה** – להחזיר את המפר למקום שהוא היה לפני החוזה. כי לוקחים מהמפר את מה שהוא קיבל מהנפגע.
* **ציפייה** – לוקחים את הנפגע קדימה למקום בו היה אילו קוים החוזה.
* **נטילת רווחי המפר** – לקחת מהמפר את מה שהיה לו בזכות ההפרה.

אינטרסי ההסתמכות וההשבה הוא שלילי – צופה פני עבר, מחזיר את המצב אחורה.   
אינטרסי הציפייה ונטילת רווחי המפר הוא חיובי - צופה פני עתיד.

השאלה אם באמת אפשר לתבוע את המפר בדיני חוזים היא במחלוקת בין השופטים בפס"ד אנדרס.

* בן פורת וד. לוין: ניתן לתבוע אך רק אם עושים אכיפה ויש נכס אמיתי שניתן לעקוב אחריו.
* ש. לוין ובך: ניתן לקבל את נטילת רווחי המפר.
* ברק: תלוי אם בוטל החוזה או לא. אם לא בוטל ניתן לתבוע מכוח עשיית עושר. ואם בוטל, נותר בצ"ע.

\*נושא נטילת רווחי המפר לא יהיה במבחן.

**נקודות נוספת שלא הזכרנו השנה:**

* חוזה בלתי חוקי ונוגד תקנת הציבור(ס' 30-31 לחוה"ח)
* חוזה על תנאי (ס' 27-29 לחוה"ח)
* חיובים מותנים (ס' 43 לחוה"ח)
* הפרה צפויה (ס' 17 לחוק התרופות)
* סיכול (ס' 18 לחוק התרופות)

**בהצלחה!**