

דיני חוזים



סיכומי שיעורים - ד"ר משה גלברד

סמסטר א', ה'תשס"ח - 2008, קבוצה 01

מסכם : צביקה דורות

ט.ל.ח

דיני חוזים/ ד"ר משה גלברד

שיעור מס' 1-2 - י"א חשון ה'תשס"ח, 23.10.07, י"ג חשון ה'תשס"ח, 25.10.07

מבוא לדיני חוזים

- הגדרת חוזה
- הבחנה בין זכות אובליגטורית לקניינית
- הגדרת דיני חיובים ומיקום דיני החוזים בהם
- חוזים - רקע היסטורי
- על ייחוד דיני החוזים משאר ענפי דיני החיובים
- מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חוזים
- מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חיובים
- אסכולות שונות ביחס לדיני חוזים

• הגדרת חוזה

קולמוסים רבים נשתברו בניסיון לתת מענה הולם לשאלה "כיצד מוגדר חוזה" - ללא הצלחה רבה. מבט חטוף על דיני החוזים הנהוגים במדינות העולם מצביע על קיומן של הגדרות שונות. אלה מסרבלות את ההתייחסות המשפטית לחוזים. המחוקק הישראלי בחר להמנע מהגדרת המושג באופן מילוני, ובחר לתאר בפרק א' ל"חוק החוזים (חלק כללי)" הליך שכל הפועל על פיו - חוזה בידיו.

• הגדרת דיני חיובים ומיקום דיני החוזים בהם

כידוע, עולם המשפט "רחב מני ים ועמוק מארץ מידה" הוא, וכדברי א. ברק - "מלא כל הארץ משפט". על כן, גם נהלים המסדירים יחסי גומלין בין שני צדדים פרטיים מוצאים את ביטויים בתוך עולם זה כחטיבה בעולם המשפט הפרטי ומכונים - "דיני חיובים". במשפטית מדוברת מקובל לאפיין את דיני החיובים על נספחיהם השונים כנורמות משפטיות העוסקות בזכויות אובליגטוריות (=חיוביות מלשון התחייבות, מכונות בז'רגון גם כ-"זכויות אישיות"). למשל, במקרה בו פלוני חב לאלמוני סכום כלשהו, הרי שלאמוני - זכות אובליגטורית כלפי פלוני, ולפלוני - חובה אובליגטורית כלפי אלמוני.

העיסוק בזכויות אובליגטוריות הוא המשותף לארבעת ענפי דיני החיובים: נזיקין, ע"ע ולמה"ד, חיובים מן הדין ודיני חוזים.

בדיני חוזים - שתי חטיבות משנה עיקריות - דיני חוזים כלליים הקשורים בכל מערכת חוזית באשר היא ודיני חוזים מיוחדים העוסקים בחוזים ייחודיים. לדוגמא, על חוזי מכר יחולו בנוסף לדיני החוזים הכלליים מגבלות "חוק המכר", וכך הדבר גם בחוזי שכירות. לנוכח זאת, כמעט ובכל חוזה חלות שתי מערכות נורמה משפטיות - כללית ומיוחדת.

• על ייחוד דיני החוזים משאר ענפי דיני החיובים

העקרון הראשוני העומד בבסיס דיני החוזים, הוא הרצון - ההסכמה - "חופש החוזים". הליך כריתת חוזה אינו יכול להתרחש אלמלא מובע רצון הצדדים לעשות כן והסכמתם על הכתוב בחוזה. זאת, בשונה משאר ענפי דיני החיובים שמטרתם הינה לפתור מצבים נתונים. יש לציין, כי במידה והופר חוזה, אזי העקרון התרופתי (סנקציה לטובת הנפגע בעולם החוזי קרוייה "תרופה") קובע, כי יש להעמיד את הנפגע עד כמה שניתן במצב בו היה נתון לפני הפגיעה בו.

ביטוי להבחנה זו ניתן למצוא בנקל בכינויים השונים אשר ניתנו לענפי דיני החיובים. בעוד דיני חוזים מכונים - "חיובים רצוניים", שכניו מכונים "חיובים שאינם רצוניים".

נדבך נוסף לייחודו של ענף החוזים מוצא את ביטויו באופי הסעד הניתן לנפגע. כך, בעוד שפיצויי נזיקין וע"ע ולמה"ד שואפים להעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אילו לא היה נפגע, תרופה חוזית שואפת לפצות את הנפגע על הרווח האופציונאלי בו היה זוכה לו היה מתממש החוזה, בנוסף לקרן.

• מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חיובים

בשיטות משפט מסודרות קיים קודקס המאגד את כלל חוקי המדינה, בסדר רציונאלי והיררכי. בישראל, לעומת זאת, מערכת החקיקה אינה מסודרת באופן שכזה, על כן לא נמצא בספר החוקים הישראלי את "חוק החיובים הכלליים". ע"מ לאתר את סעיפיו השונים של "חוק" זה, שומה עלינו לנבור בחקיקה הישראלית ולדלותם מתוכה.

ענפי המשפט בנויים במדרג היררכי, הגם שאינם מסודרים כך בספרות החקיקה הישראלית. ע"כ, דיני נזיקין, ע"ע ולמה"ד, חיובים מן הדין וחוזים כפופים גם לנורמות המחייבות בדיני החיובים הכלליים. יתרה מכך, בשל היות דיני החיובים הכלליים חטיבה אחת בתחום המשפט הפרטי מחוייבים דיני החיובים לנורמות המשפטיות המאפיינות את המשפט הפרטי. כך למשל, בעולם המשפט הפרטי קיים מושג המכונה - "דברי זוטות", קרי - בסמכות ביהמ"ש לקבוע שאינו דן בסוגיות, שלפי אות עיניו אינן מהותיות. משום שנורמה זו שייכת במשפט הפרטי, חלה היא על כלל נספחיו, בהם גם דיני חיובים בכלל, ודיני נזיקין, חוזים וכו' בפרט.

את דיני החיובים נאתר, אפוא, בכמה דרכים :

א. "חוק החוזים (חלק כללי)" - על אף שצויין, כי דיני החוזים הינם ענף בדיני החיובים, נוכל למצוא רבים מדיני החיובים בין סעיפי "חוק החוזים". כך למשל, פרק ו' בחוק החוזים - עוסק כולו בדיני החיובים הכלליים ולא בדיני חוזים. בנוסף, נבחין בין סעיפי חוק החוזים העוסקים בחוזים, לבין אלו העוסקים בחיובים הכלליים ע"י:

1. סעיף בו אינה מוזכרת המילה חוזה - עוסק בדיני החיובים הכלליים בהכרח.

2. סעיף שמהותו שונה מן הסעיפים שסביבו עוסק בדיני החיובים הכלליים. נדגים את הדבר בסעיף 61(ב) לחוק החוזים: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין

בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".

ב. ב-"חוק יסודות המשפט" סעיף 1, מעוגנות 4 דרכי הכרעה העומדות לרשות השופט: חקיקה- פסיקה- היקש- מסורת ישראל. ברבות השנים וכרכי הפד"י, השימוש בשתי הדרכים הראשונות נפוץ יותר ויותר. עם זאת, במידה וניעורים מצבים להם אין מענה בחקיקה או בפסיקה תקדימית, הרי שלשופט ניתנת הסמכות להקיש בין סיטואציות דומות, ולפסוק לאור היקש זה במידה ונקבעה נורמה משפטית באחת מן הסיטואציות. פורמט פסיקתי זה תקף בדיני החיובים הכלליים גם כן ומעשיר את סעיפי "חוק" החיובים.

• הבחנה בין זכות אובליגטורית לקניינית

בעולם המשפט, מקובל להבחין בין שתי זכויות יסודיות - זכות אובליגטורית וזכות קניינית. כך למשל, בעלות אדם על קרקע הינה זכות קניינית וחוזה על העברת קרקע לרשות פלוני מבטאת זכות אובליגטורית עד מימוש העסקה. לרוב, ניתן להבדיל בין שני דפוסי הזכויות בנקל, אך יש סיטואציות בהן קו התפר אינו נהיר ועל כן, נגדיר שניים מבין מבחני ההבחנה המקובלים:

א. **חובה פרטית מול חובה ציבורית** - כאשר דנים אנו בזכות אובליגטורית, הזכות והחובה מתקיימות, בהכרח, בין שני צדדים (מזיק וניזוק, חותמי חוזה וכד'). בעוד שהזכות הקניינית, מבטאת את זכותו של היחיד ומולה - חובת הכלל (לדוג' - בעלות על חפץ או קרקע, מקנה לבעל החפץ סמכות ורשות לנהוג בו כטוב בעיניו בעוד שאוסרת היא את השימוש בו לכ"ע).

ב. **תוקפה של הזכות** - זכות אובליגטורית - סופה שתפקע (כשישלם המזיק לניזוק, כשיתקיים החוזה וכו'), בעוד זכות קניינית - אינה פוקעת (אא"כ מפקיעה בעליה).

אגב אורחא, בכללי השפיטה, כאשר מתנגשות שתי זכויות אובליגטוריות - יוכרע הדין לטובת הקודמת מבין השתיים. לעומת זאת, במצב בו מתנגשת זכות אובליגטורית בזכות קניינית, תוטה הכף לטובת הזכות הקניינית - אף אם שנייה היא לזכות האובליגטורית מבחינה כרונולוגית.

• חוזים - רקע היסטורי

רקעם ההיסטורי של דיני החוזים, חופף להיסטוריית המשפט הישראלי. על כן, בתקופה בה נהגו חוקי המאג'לה העות'מאנית - גם דיני החוזים נבעו מתוכה. דיני החוזים המיוחדים במאג'לה חולקו לכרכים-כרכים לפי הנושאים. כך, היה כרך נפרד לחוזי מכר, קבלנות וכד'. לעומתם, דיני החוזים הכלליים עוגנו תחת "חוק הפרוצדורה האזרחית".

עם כינון (1917) המנדט הבריטי בא"י, הונהג ע"פ "דבר המלך במועצתו", כי יש להמשיך ולהתייחס אל המאג'לה כאל מקור סמכות חוקי מחייב. זאת, להוציא מקרים בהם נתגלו לקונות בחוקי המאג'לה - בהם, לפי סעיף 46 ל"דבר המלך במועצתו" היה לפנות אל ה- common law וה-

equity האנגליים ולא לחקיקה האנגלית. דיני החוזים באנגליה לא היו חקוקים, אלא מצויים בשני נדבכי משפט אלו.

במרוצת השנים שקדמו להקמת המדינה, חל פיחות במעמדה של המאגילה. זאת, מתוך עיסוק המשפטנים בארץ בחוק האנגלי. כך גם הדבר בדיני החוזים הכלליים, בעוד שלגבי דיני החוזים המיוחדים נותרה המאגילה מקור סמכות משפטי.

עם הקמת המדינה, קבעה מועצת המדינה הזמנית, כי המשפט הישראלי, ייקבע ע"פ שני רבדים היסטוריים אלו - המשפט העות'מאני ועל גביו האנגלי. מני אז "נוגסים" חברי הכנסת ואנשי המערכת המשפטית הישראלית בקביעות בשיטות משפט אלו באמצעות חיקוק, פסיקה "ישראלית - מקורית" ועוד. מהלך זה עיצב גם את דיני החוזים הכלליים והמיוחדים, כפי שניתן לראות בנקל בסעיפים 3-62 ל"חוק החוזים (חלק כללי)":

"בטלים - (1) סעיפים 658, 948, 949 ו-1003 עד 1007 והספר השנים עשר של המגילה; (2) סעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני מיום 2 ברג'ב 1296 (21 ביוני 1879) ... בעניינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922 - 1947".

• מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חוזים

1. חקיקה - נורמה מחייבת

בימינו, דיני החוזים אינם נשענים עוד על חוקי המאגילה ו"דבר המלך במועצתו". זאת מתוך חקיקת הכנסת. במרוצת השנים חוקקה הכנסת 3 חוקי חוזים:

א. חוק החוזים (חלק כללי).

ב. חוק חוזים אחידים.

ג. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזים).

את חוקי החוזים המיוחדים ניתן לסווג לשניים:

א. **חוק דיספוזיטיבי** - חוק המאפשר בעת עריכת חוזה, התנייה על הכתוב בחוק. כלומר - החוק אינו מחייב את הצדדים, במידה ומסכימים הם לחרוג ממנו.

ב. **חוק רגולטורי-קוגנטי** - תקנות כופות. חקיקה עליה לא ניתן להתנות. חוקים קוגנטיים עוסקים בחוזי עבודה, צרכנות ושאר תחומים בהם יש רצון למנוע סחטנות וניצול וחוסר הגינות.

לרוב, חוקי החוזים הינם דיספוזיטיביים. במקרה בו קשה ההבחנה בין חוק דיספוזיטיבי לקוגנטי, יש לפנות לתכלית החוק ולקבוע על פיו.

2. פסיקות עליון - נורמה מחייבת

לבד מן החקיקה, נורמות דיני החוזים מעוגנות בצורה נרחבת בפסקי ביהמ"ש העליון.

3. ספרות אקדמית - נורמה שאינה מחייבת

מקור מרכזי לדיני החוזים, הגם שאינו מהווה סמכות משפטית מחייבת מצוי בספרות המחקר האקדמי. כלל שופטי הערכאות השונות נותנים דעתם לנאמר בספרות זו ומשלבים קטעים מתוכה בפסיקותיהם.

4. משפט השוואתי - נורמה שאינה מחייבת

כמו כן, חשיבות רבה ניתנת למשפט השוואתי. אף שגם מקור זה אינו מהווה סמכות משפטית מחייבת.

• אסכולות שונות ביחס לדיני חוזים

תפישות שונות הן לדיני החוזים:

א. **אסכולה קלאסית** - נטועה במשפט האנגלו-אמריקאי ובתפישה הליבראלית, לפיה חופש האדם הינו יסוד-על. תפישה זו מבוססת על עקרון "חופש החוזים", לפיו חוזה הינו כלי המאפשר לצדדים לבטא רצונם ותו לא. לתפישה זו, אין מקום להתערבות בימ"ש בכל הקשור לחוזים, שכן מפר הוא את האיזון העדין בין רצונות הצדדים והסכמותיהם.

ב. **אסכולה ניאו קלאסית / מודרנית** - שינויים בתפישות העולם בעקבות מלחה"ע ה-2, הובילו לשינוי התפישה ביחס לדיני החוזים, גם כן. הכל הבינו, כי בזכויות בלבד אין די. אדרבה! יש מקום רב להתערבות רגולטורית. על כן, תוקנו חוקים מגבילים בנוגע לסוגי חוזים מסויימים, כמו גם חוקים שנועדו לאפשר לבתי המשפט להתערב בסוגיות חוזיות הדורשות זאת.

בימינו, דיני החוזים מבוססים על סינתזה בין שתי התפישות.

ג. **חוזי יחס - Relational Contract** - זרם תפישתי שראשיתו באקדמיה האמריקאית ותפס את מקומו גם בישראל. אליבא דאוחזיו - דיני החוזים הכלליים (הנותנים דעתם לעמדות הצדדים במעמד כריתת החוזה) רלוונטיים לחוזים קצרי טווח, אך לא לחוזים ארוכי טווח, דוג' שותפות עסקית בת עשרות שנים, נישואין וכד'. אליבא דתפישה זו - היעלה על דעת מאן דהוא, כי כוונת אחד הצדדים בכורתו חוזה ביום 1.1.1960 תוכל להכריע בסכסוך שנתגלע ב-1.1.2000? והרי בכל מערכת חוזית-שותפת צפויות עליות ומורדות, ועל כן יש לנהוג בחוזים אלו ע"פ נורמות משפטיות שאינן מעוגנות, בהכרח, בדיני החוקים הכלליים.

כשרות משפטית

- כשרות משפטית - מהי?
- מרכיבי הכשרות המשפטית
- כשרות תאגיד לכריתת חוזה
- 3 מעלות בתאגיד
- כשרות אדם לכריתת חוזה

• כשרות משפטית - מהי?

המחוייבים לנורמות המשפטיות כולן (זכויות וחובות כאחד) הם בעלי כשרות משפטית. בעלי הכשרות הם המכונים **אישיות משפטית**. ע"פ חוק, כשרות משפטית ניתנת לאדם ולתאגיד (להלן) בלבד.

• מרכיבי הכשרות המשפטית

כעולה מ"חוק כשרות משפטית ואפטרופסות" (סעיף 1): "כל אדם **כשר לזכויות ולחובות** מגמר לידתו ועד מותו" - לאדם כשרות משפטית בתנאי אחד בלבד - הוא חי. לעומת זאת, סעיף 2 באותו החוק קובע, כי: "כל אדם **כשר לפעולות משפטיות**, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו..." - עולה אפוא, כי כשרות אינה רק לזכויות וחובות, אלא גם לעשיית פעולה משפטית. פעולה משפטית היא זו המשנה את מערך הזכויות והחובות. כריתת חוזה, למשל, הינה פעולה משפטית קלאסית, שכן **מחייבת** היא את הצדדים לעמוד בתנאי ההסכם ו**מזכה** אותם, במקביל, בראוי להם על פי אותו ההסכם.

בבואנו לבחון את כשרותה של אישיות משפטית, עלינו לתת את הדעת על ההבדלים בין אדם לתאגיד. בעוד שכשרות אדם אינה כוללת, בהכרח, את שני מאפייני הכשרות (כשרות לנורמות משפטיות = זכויות וחובות וכשרות לפעולה משפטית), כשרות חברה תכלול תמיד את שני מרכיבי הכשרות.

• כשרות תאגיד לכריתת חוזה

בשונה מאדם - לו קיום פיסי-מוחשי, תאגיד הינו פונקציה משפטית. תאגיד הוא כינוי משפטי שניתן ל: חברה בע"מ, עמותה, מפלגה, אגודה שיתופית וכו' - כמוגדר בחוק. הגם שתאגיד אינו מוחשי, מרגע שפונקציה כלשהי הוגדרה באופן משפטי כתאגיד הרי שהיא "אישיות משפטית".

במרוצת השנים, עיצבה הפסיקה הישראלית מאפיינים משפטיים של תאגיד השייכים לכל סוגי התאגיד באשר הם, כדלהלן:

א. **חוק מגדיר תאגיד** - גוף כלשהו יוגדר כתאגיד רק ע"פ חוק. במידה והחוק אינו מכיר בו כתאגיד, לא יוגדר הוא ככזה.

מפס"ד אברמוב (בו ביקשה המערערת להגדיר "הקדש ציבורי" כתאגיד), עולה קביעה תמוהה למדי מכיוונו של א.ברק. ברק טען, כ קיימים גופים עליהם חלות זכויות וחובות והריהם כתאגיד, הגם שאינם מוגדרים כך בפירוש בחוק.

עולה אפוא, כי לא רק הפרמטרים המצויים בחוק הם המגדירים תאגיד ככזה, אלא גם פרשנות החוק יכולה לתרום חלקה. היכן נמתח, אם כן, קו הגבול? לשופט ברק הפתרונים: בפסיקתו טען, כי במידה ופרשנות הכרחית לחוק מסויים מובילה להגדרת גוף כתאגיד - ייחשב הוא ככזה, אף שהחוק אינו מגדירו בפירוש.

אם כן, פונקציה תוגדר כתאגיד מכח חוק ע"פ אחד משני הפרמטרים:
1. מפורשת היא בחוק כתאגיד; 2. הפרשנות ההכרחית לחוק, מחייבת את הגדרת הפונקציה כתאגיד.

ב. כשרות מוגבלת - מתוך העובדה שבכח החוק להגדיר פונקציה כתאגיד, בכחו גם להגביל את כשרותו. בשונה מאדם שכשר הוא לכל פעולה משפטית, כשרות התאגיד הינה מוגבלת רק לפעולות המשפטיות שהותרו לו ע"פ חוק.
עובדה זו נובעת משתי סיבות:

1. קביעת החוק, כי כשרות התאגיד היא רק לתחום מסויים.

2. מכח סעיף 4 לחוק החברות: "חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה, ופעולה המתיישבת עם אופייה וטבעה כגוף מואגד", עולה בבירור, כי כשרות התאגיד לפעול מבחינה משפטית היא רק בתחומים העולים בקנה אחד עם אופיו וטבעו. פעולות שאינן תואמות את אופי התאגיד אינן עומדות במבחן המשפטי.

כך למשל, ועד בית משותף, הינו תאגיד שתחום כשרותו, ע"פ חוק, הוא לעסוק אך ורק בתחומים הקשורים לענייני הבית. לו יצויר, כי תאגיד ועד הבית כרת חוזה אודות מכירת ירקות ופירות, אין לחוזה זה כל משמעות משפטית what so ever.

ג. נציגים - ע"פ חוק, רק בסמכות נציגי התאגיד הרשומים לבצע פעולות משפטיות בשם התאגיד. פעולות משפטיות שבוצעו בשם פלוני עבור חברת אלמונית, בעוד אין פלוני מוכר כנציגה הרשמי של אלמונית - אינו תקף.

• 3 מעלות בתאגיד

מקובל לחלק את התאגידים ל-3 קבוצות:

א. תאגידים שהוקמו ע"פ הרשות המחוקקת מכח חוק ("תאגיד סטטוטורי") - קיימים חוקים המחייבים הקמת תאגידים מסויימים. לדוג' ע"פ סעיף 3 בחוק להנצחת זכר רוח"מ רבין יש להקים מרכז להנצחתו. חוק דומה קיים גם ביחס לרוה"מ מנחם בגין. לרוב, תאגידים אלו נקראים כשם החוק המורה על הקמתם.

ב. תאגידיים שהוקמו ע"י הרשות המבצעת - תאגידיים שהוקמו מכח הנחיית הרשות המבצעת ולא מכח חוק. כך למשל, מכח פקודת העיריות לשר הפנים למנות תאגיד הממונה על ניהול ענייני הערים = עיריות.

ג. תאגידיים שהוקמו ע"י גופים פרטיים - חברות, שותפויות, עמותות, מפלגות וכו'. כל התאגידיים הפרטיים חייבים ברישום במרשם פומבי הפתוח לעין הציבור.

לאור כל האמור לעיל, בחותמנו חוזה כשמולנו תאגיד, יש לעיין היטב במרכיבי כשרותו של התאגיד. כך, יש לוודא, כי:

1. התאגיד עימו אנו כורתים חוזה מוגדר כתאגיד ע"פ חוק ורשום במרשם הרלוונטי.
 2. כשרותו המשפטית של התאגיד מאפשרת לו לכרות חוזה בתחום הרלוונטי.
 3. נציג התאגיד במעמד כריתת החוזה הוא אכן נציגו הרשמי של התאגיד לעניין זה.
- במידה ואחד משלושת מרכיבי הכשרות הללו אינם חלים, הרי שהחוזה אינו תקף.

- כשרות אדם
- הגבלות כשרות במשפט הישראלי
- הגנה ע"י הגבלת כשרות

• כשרות אדם

לכשרות בני"א קשר הדוק עם דיני החוזים, וזאת מתוך שני היבטים, המעשי והתיאורטי. על הצד המעשי, בדיקת כשרות הכורת חוזה הינה מהותית בבואנו לבחון את תוקף החוזה. ההיבט התיאורטי מוצא את ביטויו בבסיס המשותף ליסודות הכשרות ודיני החוזים. חוזים, כידוע, הינם חיובים רצוניים. כך גם כשרות לפעולה משפטית.

בשונה מתאגידיים, כל אדם כשר לזכויות וחובות (ע"פ סעי' 1 לחוק הכשרות), אך לא כל אדם כשר לביצוע פעולה משפטית (ע"פ סעי' 2 לחוק: "הכל כשרים... זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו...").

הנחת היסוד שבסיס חוק הכשרות המשפטית היא, כי קטינים ופסולי דין אינם בעלי שיקול דעת מספק הנצרך לעשיית פעולות משפטיות. על כן, מוגבלת כשרותם המשפטית, ע"פ חוק. הגבלה זו - ייעודה, בראש ובראשונה - להגן עליהם. מדוע, אפוא, לא מגן עליהם החוק באופן "הרמטי", תוך שלילת כשרותם לחלוטין? לכך כמה סיבות:

א. כנגד הקטין / פסול הדין שכרת חוזה עומד אדם נוסף. לא ניתן, כך סתם, להזניח עובדה זו ולשלול את תוקפו של החוזה מכל וכל - שכן מה יהא על אותו אדם? על כן, בחר המחוקק להגביל את כשרות הקטין / פסול הדין ולא לשלול.

ב. כלכלה מודרנית מבוססת על כך שיש לקיים חוזים. בלתי ניתן לנהל שוק כלכלי מתוך חוסר וודאות ואי יציבות הכרוכים בחשש לפסילת כל חוזה שנכרת עם קטין / פסול דין.

ג. שלילת כשרות מוחלטת מהווה פגיעה חמורה ב"חופש האדם" של אותו קטין / פסול דין. על כן, הגבלת כשרות (ולא שלילתה) הינה כלי מקובל במערכות המשפט המערביות לצורך שמירה על זכויות הקטין ומניעת פגיעה בו. ניכר, כי בשנים האחרונות נעשה ניסיון במדינות שונות לצמצם עד כמה שניתן את הגבלות הכשרות.

• הגבלות כשרות במשפט הישראלי

כעולה מסעי' 2 לחוק הכשרות, הכל כשרים לכל פעולה משפטית, זולת קטינים ופסולי דין. הגבלת כשרות יכולה לחול מתוך אחד משני גורמים בלבד: חוק או פסק בימ"ש, כל דרך אחרת

להגבלת כשרות אינה תקפה. יש לציין, כי כל מגבלת כשרות החלה על קטינים חלה גם על פסולי דין, בשינויים המחוייבים (סעי' 9 לחוק הכשרות).

ע"פ חוק, קטין הוא מי שטרם מלאו לו 18 (סעי' 3) ופסול דין הוא אדם שנפגמה יכולתו הקוגניטיבית עד כדי היעדר יכולת לטפל בענייניו מתוך פגיעה נפשית ו/או פיסיוולוגית והוכרז ככזה ע"י בימ"ש (סעי' 8). לבית המשפט ורק לו - נתונה הסמכות להכריז על אדם כפסול דין. כמו כן, לביהמ"ש גם סמכות להכריז על תום תקופת פסילות של אדם, אם מוצא הוא לנכון לנהוג כן. החלטת ביהמ"ש בדבר פסילות דין של אדם אינה רטרואקטיבית, אלא חלה מיום שניתנה והלאה.

כאמור בסעי' 8 לחוק הכשרות, ע"מ שיכריז בית משפט על פלוני, כי הוא פסול דין, יש על קרוביו / יועמ"ש / אנשי בייח לפנות אל בית המשפט בבקשה שכזו. לו יצויר, כי אותו פלוני אינו כשיר באופן וודאי, אך לא נעשתה פנייה רשמית אל ביהמ"ש להכיר בו כפסול דין ומתוקף כך אינו כזה ע"פ חוק, הרי שחוק הכשרות לא יחול עליו, והחובה יבוטל מתוקף סעיפי חוק החוזים העוסקים בהיעדר גמירות דעת, כפייה, עושה, טעות והטעייה¹.

• הגנה ע"י הגבלת כשרות

החוק קובע, כי לכל קטין ופסול דין צריך להיות גורם שייצגו, ולמעשה יחליפו, בכל הקשור לפעולות משפטיות. כאמור לעיל, הנחת היסוד היא, כי חסוי (קטין / פסול דין) אינו מודע להשלכות פעולותיו המשפטיות על כלל היבטיהן, ועל כן הגבלת כשרותו תוך הסמכת נציג נועדה לשמור על זכויותיו ולהיטיב עימו. עקב כך, כל חוזה הנכרת ע"י חסוי זוקק את אישור הנציג, שכן מתן אישור זה מבטא, כי ניתנה ההגנה הראויה באותו מעמד. מה תהא, אפוא, השלכתה של פעולה משפטית שנעשתה ללא אישור הנציג? האם בטלה היא לחלוטין? היש מצבים בהם תחול?

כללו של דבר: ככל שרמת הפגיעה ברכוש החסוי גבוהה יותר, כך גם מנגנון ההגנה (=הגבלת כשרות) המוענק לו ע"פ חוק גבוה יותר וכן להיפך, ככל שהסיכון לפגיעה ברכוש החסוי נמוך יותר גם הגבלת הכשרות נמוכה יותר ולחסוי מרחב פעולה רחב יותר. בחוק קבועות 4 רמות הגנה (במדרג יורד) על קטינים ופסולי דין:

א. **אין תוקף ללא אישור בימ"ש** - בפעולות משפטיות מסויימות, אין כל משמעות למעשה החסוי, אף אם ניתן אישורו של הנציג, כל עוד ביהמ"ש לא אישר את הפעולה. הגדרת רמת הגנה זו מעוגנת בסעיף 7 לחוק הכשרות בעוד שהפעולות הזוקקות הגנה מעין זו מצויות בסעיפים 20 (ביחס להורים) ו-47 (ביחס לאפוטרופוס). כעולה מסעיפים 20 ו-47, ניתן לחלק את הסיבות להגנה זו ל-3 והן:

1. משמעות כלכלית ניכרת - ביטוי לה ניתן בשני סעיפים קטנים: 20(1) - המציין פעולות המשליכות על משלח ידו של הקטין: מכירת יחידה חקלאית, תעשייתית, מסחרית וכו'. כמו גם בס' 20(2) אודותיו ניתנים מרבית פסקי הדין בסוגייה זו,

¹ עקרון זה, נפסק כהלכה מחייבת ב- ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ פלוני ופלונית (2007).

הדן בפעולה משפטית המחייבת רישום במרשם המתנהל ע"פ חוק (פנקסי מקרקעין וכו'). יש לציין, כי יש והרצון להגן על קטינים תוך הגבלת כשרותם - מחמיץ את מטרתו בימינו. זאת, לנוכח העובדה, כי החוק הקיים מכיר אך ורק בצורך להגן על עסקאות מקרקעין ודומיהן, מתוך תפישה ארכאית לפיה עסקת מקרקעין כרוכה במהלך כלכלי משמעותי. מה יהא, אפוא, דין פעולה משפטית בגין חפץ שערכו לא יסולא בפז? ע"פ החוק הקיים - אין הגנת ביהמ"ש נדרשת לכך. לאור זאת, בקודיפיקציית דיני הממונות - שונה סעיף זה והוגדרה פעולה משפטית הדורשת אישור בימ"ש, במידה והינה בעלת נופך כלכלי משמעותי. נופך זה הוגדר לפי שווי מושא הפעולה. במידה והינו יתר על 50,000 ₪ הרי שדורשת הפעולה אישור בימ"ש, ללא הבחנה בין מקרקעין למטלטלין.

דוג' לרמת הגנה זו מצוייה בפס"ד שרף נ' אבער. בו נתעורר דיון בדבר חוזה שנחתם בין נציגי קטינה לרוכשי דירה. ע"פ ס' 20(2) הרי שפעולה זו זוקקת אישור בימ"ש (הניתן במקרים אלו, מכרח המציאות, בין חתימת החוזה למועד ביצועו). מהו, אפוא, מעמדו של החוזה מיום החתימה עד למתן אישור בימ"ש? האם כזכרון דברים הוא? התחייבות לחוזה? חוזה על תנאי? אינו כלום?

השופטים (שמגר וברק) הכריעו בדעת רוב, כי מעמד חוזה זה בטווח הזמן שבין כריתתו למתן² אישור בימ"ש הריהו "חוזה על תנאי" (כך גם נקבע בתזכיר חוק דיני ממונות). לעומתם, יש לציין את גישתו המקורית של השופט ח.כהן שסבר, כי חוזה מעין זה מעת שנכרת - ככל החוזים הוא. את דבריו ביסס ע"פ עקרונות חוק המקרקעין:

ברי לכל, כי כריתת חוזה וביצועו שתי פעולות משפטיות נפרדות המה. ע"פ חוק המקרקעין - "עסקת מקרקעין" נעשית במועד הקניית הנכס (רישומו בפנקס). הסכמה בדבר עסקת מקרקעין מכונה ע"פ חוק זה: "התחייבות לעשות עסקת מקרקעין" - וטעונה היא מסמך שאינו מנהלי - קרי חוזה. לדברי הש' כהן, רק שלב ביצוע החוזה זקוק לאישור ביהמ"ש, שכן לפי דיני המקרקעין - רק שלב העסקה זוקק רישום בפנקס המתנהל ע"פ חוק (המצריך ע"פ חוק הכשרות אישור בימ"ש); בעוד שמועד כריתת החוזה - שלפי דיני המקרקעין אינו אלא התחייבות - אינו זוקק כל רישום מנהלי - וע"כ עומד החוזה בתוקפו מיום שנכרת ואינו זוקק אישור בימ"ש כלל וכלל.

2. פעולות בהן הקטין נותן דבר מה אך אינו מקבל דבר בחזרה - 20(4-3).

3. חשש לניגוד עניינים בפעולת הנציג ביחס לטובת הקטין - 20(5).

² יש לציין, כי קיימת מגבלת זמן למתן אישור זה, הגם שאינה קבועה. החוק מגדיר, כי במידה ולא הסכימו הצדדים על מועד מסויים, ייקבע הוא לפי היום בו תם "פרק זמן סביר" הדרוש למתן אישור מערכת המשפט למהלך.

ב. **שליחת כשרות / אין תוקף / VOID (=בטל) - בחוזים בהם רמת ההגנה הנדרשת הינה גבוהה, נשללת כשרותו של הקטין לאותה פעולה. הפעולה בטלה מעצמה, ללא כל צורך התערבותי מצד הנציג. במידה ויסבור הנציג, כי נכון יהיה לקיים חוזה זה, אזי צריך הוא באופן אקטיבי להקנות לה תוקף (ע"י העברת הסכמתו לגורם השני בחוזה).**

דוג' לרמת הגנה זו מנוייה בסעי' 6א לחוק הכשרות. הסעי' עוסק בעסקאות (חוזים, בענייננו) רכש באמצעות אשראי. מתוך ההבנה, כי עסקאות אלה הינן סבוכות ומורכבות (על שום היבטן ארוך הטווח הכולל תשלום ריביות), מצריך החוק את אישור הנציג לכריתת חוזים אלו; ובהיעדר זה - בטלות מעיקרן.

ג. (רמה בינונית- ברירת המחזל) **הגבלת כשרות VOIDABLE (=פעולה ניתנת לביטול) - חוזים בהם רמת הפגיעה בחסוי הינה בינונית. במידה וכרת החסוי חוזה כזה - תקף הוא, אא"כ תוך חודש ימים מיום שנודע לנציג אודות כריתת החוזה בחר לבטלו [ע"פ סעי' 5(1) לחוק הכשרות]. אלמלא נהג הנציג כן - תקף החוזה והריהו כחוזה שנכרת ע"י הנציג לכל דבר ועניין. בעוד שברמת הגנה גבוהה - VOID נדרשת פעולת אישור מצד הנציג לקיום החוזה, רמה זו - VOIDABLE, מצריכה פעולת ביטול מפורשת מצידו לביטול החוזה, ואלמלא תתקיים זו תוך חודש ימים מיום היוודע דבר החוזה - עומד החוזה בתקפותו.**

לנוכח סעי' 5(2) לחוק הכשרות, במקרה בו נכרת חוזה בין חסוי לפלוני ללא ידיעת הנציג בעת הכריתה, וכן לא נודע לו בכל תקופת הקטינות, הרי שמיום שבגר הקטין ניתן לו חודש ימים לבטל את החוזה. עקרון זה מבוסס אף הוא על הנחת היסוד בדבר היעדר שיקול דעת מספק בזמן היות האדם קטין. משום שבמצב ספציפי זה, לא ניתנה ההגנה הראויה בהיותו קטין - שכן הנציג לא ידע אודות החוזה; הרי שמיום שאדם עומד על דעתו ומבין את השלכותיהן המשפטיות של מעשיו (=18 שנים) - ניתן לו חודש ימים לכלכל צעדיו ו"להגן על עצמו" במקום הגנת הנציג שהגיעה לו ולא מומשה.

ד. **תקף (כמעט) ללא אפשרות ביטול - לאור סעי' 6 לחוק הכשרות, פעולה משפטית מצד קטין שדרכם של קטינים במעמדו (=חברתי, סוציו-אקונומי וכו') ובגילו לעשות כמותה תקפה גם ללא אישור הנציג. זאת, להוציא מקרה בו יפסוק ביהמ"ש, כי אותה הפעולה - הגם שנורמלית היא פגעה באופן יוצא דופן באותו קטין או ברכושו.**

כמו כן, חוזה שנכרת בין קטין לפלוני, תוך שהלה "לא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין" - סעי' 6, תקף הוא. זאת, מתוך הרצון לשמור על מעמד החוזה במציאות הכלכלית בת ימינו ומתוך ההנחה והתודעה, כי אין ברשות הקטין יכולת ממשית לכרות חוזה רחב היקף היכול לפגוע בו /או ברכושו קשות. כמובן, שאם מדובר במקרה בו קיים חשש לפגיעה משמעותית בקטין - בסמכות ביהמ"ש לבטל חוזה זה.

לו יצוייר, כי בחוזה שכרת קטין שלובים שני יסודות: עסקה אותה רגילים בני גילו ומעמדו לעשות, בד בבד עם שימוש במתווה האשראי, הרי שלפי סעי' 6א: "פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי... אין לה תוקף על אף האמור בסעיפים

5 ו-6" גובר סעיף זה ובטל החוזה מעיקרו. יש לציין, כי בתזכיר חוק דיני ממונות, התהפך דין זה, ולפיו, הגורם המכריע יהיה רגילות קטינים בני גילו ומעמדו ולא מתווה העסקה.

גבולות דיני החוזים

- אני רוצה משמע אני חוזה
- הסכם שבכבוד - צדדים שווי כוח
- הסכם שבכבוד - צדדים שאינם שווי כוח
- חוזה שאינו בר אכיפה

• גבולות דיני החוזים

• אני רוצה משמע אני חוזה

חוזה מבוסס על הסכמה ורצון. מתוקף כך, במידה והצדדים אינם מעוניינים בהסכם חוזי - הרי שהסכמם לא היא חוזה. בהגדרתנו זו נשמר הרציונאל המעניק תוקף לחוזה - הרצון. מהי הסכמה חוזית? ברי לכל, כי לא כל הסכמה - חוזה היא. כמה מרכיבים מבדילים בין הסכמות חוזיות לאלה שאינן:

- א. רצון - כריתת חוזה תלוייה ברצון. במידה והסכימו הצדדים לקיים מערכת חוזית מחוייבים הם לכך מתוקף דיני החוזים, וכך להיפך.
- ב. אכיפה - בעוד שהתחייבויות חוזיות ניתנות לאכיפה ע"י הרשות הסטטוטורית המוסמכת לכך, הסכמות שאינן חוזיות אינן אכיפות.
- ג. דבר המחוקק - יש והחוק הגדיר במפורש מהי מערכת חוזית ואין באפשרות הצדדים להגדירה אחרת.

לו יצוייר, כי מחליטים הצדדים להתקשר שלא ע"י מערכת חוזית - הרי שבהיעדר מגבלה חוקית רצונם יישמר וקשרם לא יהא בעל נופך חוזי. לעומת זאת, בסיטואציה בה לא טרחו הצדדים לציין את רצונם - יצטרך ביהמ"ש לפרש את כוונת הצדדים. בעבר, פרשנות זו היתה מוכתבת ע"פ קטגוריות - ירושה משיטת המשפט האנגלית, אשר על פיה, בין היתר: הסכמות במסגרת תא משפחתי אינן בעלות נופך חוזי בעוד שהסכמות במסגרת אירוסין הן כן וכד'.

ברבות השנים, ננטשה שיטת הקטגוריזציה. ע"פ שיטת המשפט הנהוגה במדינת ישראל כיום, נבחן כל מקרה לגופו. כך, קיימים "תנאי סף" שעמידה בהם מאפשרת דיון אודות המקרה הנדון ע"פ דיני החוזים. לדוג', דיון בסוגיית מקח וממכר יעבור את תנאי הסף וביהמ"ש ישקול במקרה זה אם מדובר היה בהסכמה חוזית מחייבת אם לאו ע"פ דיני החוזים.

נקדים ונאמר, כי הפסקאות הבאות (צדדים שווי כח ושאינם שווי כח) דנות במקרים בהם ניתן ביטוי כלשהו לרצון הצדדים. במקרה בו לא צויין רצונם - נפעל מתוך הנחה כי מדובר בהסכם חוזי לכל דבר ועניין.

• הסכם שבכבוד - צדדים שווי כח

מקרה בו שני צדדים שווי כח ציינו כחלק ממסמך עליו חתמו, כי הסכמם הוא "הסכם שבכבוד" (הסכם ג'נטלמני - הסכם לו אין תוקף משפטי) ואינו בעל נופך חוזי כלל ועיקר - מעלה תמיהה: היש לכבד את מהות ההסכם (כוונת הצדדים: הסכם מבטא התחייבות, וזו הריהי כחווה), או שמא את הכתוב במסמך (ציון מפורש בדבר אי היות המסמך חוזה)?

התשובה ברורה - יש להתחשב ברצון הצדדים במעמד חתימת ההסכם. לו יצויר, כי הצדדים ביקשו שהסכמם לא יהא חוזה כלל ועיקר - הרי שאינו כזה. זאת, על שום אבן הפינה בדיני החוזים - הרצון.

• הסכם שבכבוד - צדדים שאינם שווי כח

האם כוונת הצדדים תהא משמעותית גם במקרה בו אינם שווי כוח וקיים חשש אמיתי שאחד הצדדים "הכתיב" את התנאי לפיו ההסכם יהא נטול תוקף משפטי והשני הסכים מתוך תלות (בעל ואשה בהליכי גירושין, תאגיד וספק וכו')? המערכת המשפטית מוכיחה שלא. בתי המשפט נוטים להתערב במצבים מעין אלו, לרוב, לטובת הנפגע. כפי שניתן לראות בפס"ד לוינ' נ' לוינ' - בחר ביהמ"ש להתערב לטובת גב' לוינ' תוך שבחר לפרש את כוונת הצדדים בחתימת ההסכם. במאמר מוסגר, רק נציין כי הפרשנות בסוגיית לוינ' היתה קשה. מהכרעת ביהמ"ש ניתן להסיק, כי במקרה בו הפרשנות אינה מוכרחת וניתן להטותה לכל אחד מן הצדדים - יש מקום להעדפת פרשנות הרואה בהסכם מסמך חוזי. כמו כן, גם אם הפרשנות היתה מוכרחת לטובת הצד החזק, הרי שיכול ביהמ"ש להתערב ולפסוק כנגדו - מתוך דברינו אלה.

פרופ' גבריאלה שלו (שהתוותה את המינוח 'הסכם שבכבוד' והינה 'לוחמת' למען חופש החוזים ושמירת עקרון הרצון) סבורה, כי אף במצב בו יש פערי כוח והחלש נפגע משמעותית - יש לשמר את עקרון הרצון ולמנוע התערבות בימ"ש. עם זאת, היא סבורה, כי יש להטיל סנקציות נזיקיות על הפוגע. ד"ר גלברד סבור שעמדה זו בעייתית. לתפישתו, אף שכך נשמרים עקרונות היסוד שבבסיס החוזה - היקף תרופות הנזיקין הוא מצומצם והסעד הניתן לנפגע הינו קטן משמעותית לעומת סעד הניתן מתוקף תרופות חוזיות - שכן הללו מרובות יותר.

• חוזה שאינו בר אכיפה

לו יצויר, כי פלוני ואלמוני כרתו חוזה שהיקפו הכלכלי רב, אך בחוזה פנימה סיכמו, כי הסעד אשר יינתן לנפגע במקרה של הפרת חוזה יהיה זעום למדי. הרי שלפי עקרון חופש החוזים - יהא החוזה שריר וקיים, אף שמתקיים פה עוול "סעדי". עם זאת, זהו ייצור כלאיים, שכן מחד - משקף הוא את רצון הצדדים והסכמותיהם, מאידך - לצד עקרון חופש החוזים, ניצב עקרון האכיפה,

לפיו כל חוזה כפוף למערכת אכיפת החוק במדינה והרי אם נשלל יסוד זה מן החוזה - אין הוא חוזה מושלם.

חרף בעייתיות זו, שלילת האכיפה מעוגנת בחוק ביחס לחוזים מסויימים, כדלהלן:

א. **חוזה הגרלה** (סעי' 32 לחוק החוזים) - חוזה שנכרת בדבר הגרלה, משחק או הימור שרווח הצפוי בעקבותיו תלוי במזל יותר מאשר ביכולת - אינו ניתן לאכיפה במקרה של הפרתו - סעי' 32(א). הסעד היחיד היכול להינתן במצב זה, הוא המתואר בפרק ב' לחוק החוזים, המכונה - "ביטול והשבה". לפיו, הנפגע זכאי להשבת הקרן בלבד, אך לא לקבלת הרווח בו היה זוכה לו היה מתקיים החוזה.

יש לציין, כי חוזה הגרלה אשר נכרת בין אדם פרטי לגוף המורשה לעסוק בעניינים אלו מטעם המדינה (מפעל הפיס וכד') ניתן לאכיפה (כעולה מס"ק (ב), שם). סיבת ההבדל נעוצה בכך ש"חופש החוזים" אינו חזות הכל. הגם שלו נדבך משמעותי - לקביעת הרגולטור - מקום משמעותי לא פחות. האחרון חפץ במיגור תופעת ההימורים ומשחקי המזל ועל כן הסיר הוא באמצעות החוק את ההגנה המשפטית הניתנת לנפגעים במצבים אלה, כחלק מנסיונו למגרם.

ב. **מתן פרסים וציונים** (סעי' 33 לחוק החוזים) - בעקבות פרשיית קראסניאנסקי, הוסף סעי' 33 לחוק החוזים, לפיו - אין בסמכות ביהמ"ש להתערב בסוגיות הנתונות להכרעת חבר שופטים מוסכם, במקרה של תחרות, חידון וכו'. זאת למעט מקרים יוצאי דופן, בהם מוצא ביהמ"ש להתערב באמתלאות שונות, דוג' פרשיית שני, בה בחר ביהמ"ש להתערב בהחלטה אדמיניסטרטיבית פנים-אוניברסיטאית. ברבות השנים, הורחבו מקרים אלו, בהם רואה ביהמ"ש לנכון להתערב גם בהחלטות פנימיות.

ראינו אפוא, כי משלושה סוגי חוזים נשללת סמכות האכיפה. יש וחוזים אלו נסמכים ונשענים על הסכמות הדדיות ומתוקף עקרון "חופש החוזים" אין למערכת המשפט סמכות להתערב בהם. לעומתם, יש וסמכות האכיפה מוגבלת ע"פ חוק במקרים מסויימים.

הצעה וקיבול

- גמירות דעת
- גמ"דומטר

• הצעה וקיבול

פרק א' ל-"חוק החוזים (חלק כללי)" אינו מגדיר מהו חוזה. עם זאת, נמנים בו קריטריונים, אשר כל העומד בהם - חוזה בידו. כמובן, תנאי מקדים לכך שחוזה ייחשב ככזה הוא, כי כוונת הצדדים תהא לראותו ככזה, לולא כיוונו הצדדים לכרות חוזה - מסמך נבוב בידם, ללא כל תוקף משפטי.

לפי האמור בס' 1 לחוק - חוזה נכרת בדרך של הצעה (מצד מציע החוזה) וקיבול (מצד מקבלו). כאמור בס' 2, ובהתאמה, בס' 5 - ע"מ שיתרחשו "הצעה" ו"קיבול", צריכים להתקיים 3 אלמנטים:

א. פנייה - המציע צריך לפנות בדרך כלשהי אל הניצע; ובהתאמה - על הניצע להודיע למציע כי מסכים לפנייתו.

ב. גמירות דעת - המציע צריך להביע בפנייתו גמירות דעת בדבר מוכנותו לביצוע החוזה; ובהתאמה על הניצע להביע גמירות דעת בדבר התקשרותו עם המציע בחוזה.

ג. מסויימות (פירוט) - על נוסח החוזה אותו מגיש המציע להיות מפורט כך, שלניצע לא תהיינה כל הערות תוכניות - ויסתפק באמירת - "מסכים"; ובהתאמה - על הניצע להסכים לדברי המציע כפי שהועברו מצידו.

במידה ושלושת תנאים אלו התקיימו ע"י שני הכותרים - הרי שנעשו הצעה וקיבול, המגדירים את אופי ההתקשרות בין הצדדים כחוזה.

• גמירות דעת

המונח "גמירות דעת" לקוח מן העולם התלמודי. על כן, היו דעות באקדמיה, כי יש להגדיר מונח זה במשפט הישראלי ע"פ הגדרתו בתלמוד. הצעה זו לא התקבלה. מן הפסיקה עולה, כי נתפרשה גמירות הדעת, כ: כוונה ליצור יחסים משפטיים. הגדרה זו, שמקורה בדברי פרופ' שלו הובאה אל הפסיקה ע"י הנשיא שמגר (בפרשיית זנדבנק). במרוצת השנים, הוכיחה הפסיקה, כי הפרשנות אינה שוקטת על שמריה, וחודדה הגדרתו של ביטוי זה. עד שנתעצבה לכדי הגדרה קונקרטית למדי, לפיה מכוון ביטוי זה ל-"נקודת האל חזור", קרי - גמירות דעת הריהי כהתחייבות האדם לכרות חוזה ולעמוד בתנאיו. פלוני אשר גמר בדעתו לכרות חוזה עם אלמוני - למעשה, מחוייב לאלמוני.

דיוק בלשון החוק מעלה, כי הגדרות הצעה וקיבול אינן מחייבות גמ"ד, אלא העדה על גמ"ד. לכך שתי סיבות מרכזיות. הראשונה - "דברים שבלב אינם דברים" - אלמלא תוחצן באופן כלשהו גמירות דעתו של האחד, כיצד יבין זאת השני? במידה ולא תתקיים פעולה המבטאת גמ"ד הרי שלשני אין אילן להיאחז בו בכורתו את החוזה. יתירה מכך, במידה ויובא דבר כריתת חוזה זה לדיון בבימ"ש, לא יוכל בימ"ש לקבוע באם היתה גמ"ד אם לאו. על מנת למנוע מצבים אלו, נקבע בחוק, כי על הצדדים להעיד על גמ"ד בעת הכריתה.

דוג' לדבר, נמצא במקרה בו פלוני ואלמוני כרתו חוזה, אך אלמוני יידע צד שלישי, כי כל שיסכם עם פלוני יהא מתוך לצון - האם יהא חוזם תקף? נראה לומר שכן. זאת על שום דרישת החוק לבחון "העדה על גמ"ד" ולא גמ"ד לבדה. הרי שבמקרה זה, התרחשה העדה זו כלפי פלוני - אלמוני חתם על החוזה ועל כן אין זה עוד משנה מה התכוון בתוך תוכו.

כיצד מבוטאת ההעדה? סימנים חיצוניים הנצרכים לבטא העדה אינם קבועים, ותלויים בנסיבות העניין אודותיו נכרת החוזה. כך למשל, חתימה במקרה של חוזה כתוב - תעיד על גמ"ד. התנהלות טרם כריתת החוזה תעיד על גמ"ד במצבים מסויימים. כמו כן, גם בתוכן החוזה יש כדי להעיד על גמ"ד, זאת מתוך בחינת הפרטים המצויים בו. ככל שרמת הפירוט נמוכה יותר - נתקשה להעיד באמצעות התוכן על גמ"ד וכן להיפך. סימן מובהק לגמ"ד הוא ציון סנקציה תרופתית כחלק מן החוזה.

מן הפסיקה עולה כ"הלכה מחייבת", כי גם בפעולות הננקטות לאחר כריתת החוזה יש כדי להעיד על גמ"ד, אף שלדעת ד"ר גלברד, הדבר קשה מאוד. הקושי שבדבר, כך לטענתו, נובע מדרישת החוק להצעה וקיבול. ביטוי לגמ"ד הינו נדבך מרכזי בשניהם - ובמידה וראובן ביטא את גמירות דעתו רק לאחר שנכרת החוזה, הרי ששמעון כרת חוזה, בעוד שראובן לא עמד ביסודות ההצעה כנדרש בחוק. יש לציין, כי בפרשיית קדר נ' חברת אתרים התעצבה עמדת הפסיקה, לפיה אין ברשות ביהמ"ש להכריע בדבר קיום העדה על גמ"ד במקרה בו הנסיבות מורות אחרת בוודאות.

• גמ"דומטר

הדרך בה ננקוט לבדיקת העדה על גמ"ד הינה באמצעות מבחן "המתקשר הסביר" - מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי. מחד, לא נוכל לבחון את ההעדה רק על סמך הסובייקטיב המתקשר בחוזה, ומאידך - אין די במבחן האובייקטיבי - הבוחן את הדברים "מלמעלה". יסוד זה הונהג ע"י הנשיא שמגר בפרשיית פרץ בוני הנגב, ובאמצעותה יודגם העיקרון:

פרשייה זו נסבה על אב שהיה בעליו הפורמליים של נכס. בנו - החזיק בנכס בפועל ובקש להתקשר עם חברה קבלנית בדבר מכירת הנכס. האב, שאינו יודע קרוא וכתוב הובא בהיותו שתוי אל שולחן חתימת החוזה. מתוך שנאמר לו, כי בנו מעוניין בעסקה (בעוד האחרון לא נכח שם כלל) סמך ידיו וחתם. לאחר שלא עמדו בעלי הדירה בתנאי החוזה - נתבעו ע"י החברה. הנשיא שמגר סבר, כי מבחן האדם הסביר אינו יוביל לעשיית צדק במקרה דנן, שהרי למתבונן מבחוץ - נראית החתימה כהעדה גמורה על גמ"ד. על כן בחר שמגר להפעיל בפסיקתו מבחן המשלב את המדד

האובייקטיב יחד עם הסובייקטיבי. לפי מבחן זה - השאלה העומדת לנגד עינינו אינה האם ניכרת העדה על גמ"ד כלפי חוץ (מבחן אובייקטיבי גרידא), אלא מה היתה מידת גמירות הדעת של כל אדם אחר לו היה נתון במצבו של האב. בפרשיית **בראשי**, נקבע מבחן זה כהלכה מחייבת, ע"י השופטת ביניש.

גם מבחנו של הנשיא שמגר אינו פותר את כלל המקרים הקשים. כך למשל, בפרשיית **הדר חברה לביטוח** - גם בהפעלת מבחן ה"מתקשר הסביר" לא היה די כדי להגיע למסקנה, כי לא גמרה החותמת בדעתה לכרות חוזה, ועל כן פסקו השופטים לאור הכלל המצוי במשפט האנגלי - "לא נעשה דבר".

כשתוקנו סעיפי חוק החוזים, עמדה לנגד עיני המחוקק ההנחה, לפיה על החוק לתת מענה גם למצב בו ההצעה והקיבול אינם מתבצעים סימולטנית, אלא בפערי זמן. ע"כ נקבע ב**ס' 3**, כי המציע יכול לחזור בו מהצעתו עד לשלב שהגיעה ההצעה לידי הניצע (ובמקרים מסויימים, עד לשלב בו נשלח הקיבול מאת הניצע). מרגע שנשלח קיבול הניצע - אין המציע יכול לחזור בו עוד. כמו כן, יכול הניצע לחזור בו מקיבולו - כל זמן שלא התקבל זה אצל המציע. לאור זאת, במידה ומתעוררים ספקות בדבר העדה אודות גמ"ד במקרים בהם יש פערי זמן בין הגשת ההצעה להגשת הקיבול - יש לבחון את העדת גמירות הדעת ביחס לכל פרק זמן בנפרד.

מסויימות

- הגדרה והיקף
- השלמת חסרים

• מסויימות - הגדרה והיקף

לעקרון חופש החוזים - שני קווים מנחים. הראשון - רצון האדם, מוצא את ביטויו בתוקף ובחשיבות שניתנים לגמירות הדעת בנוגע לכריתת חוזה. השני - תוכן החוזה, בא לידי ביטוי בעקרון ה"מסויימות" - לפיו על החוזה להיות מפורט דיו, ע"מ לשקף את כוונת הצדדים בעת כריתתו - שכן חוזה שאינו מאגד את מרכיבי ההסכם המהותיים - אינו יכול להיות חוזה בר אכיפה.

למסויימות תפקיד כפול במציאות המשפטית:

א. מהותי - מסויימות הינה אחת ממרכיבי ההצעה. על כן, בהיעדרה אין כלל הצעה ובלאו הכי - אין חוזה.

ב. הוכחתי - במקרה של הפרת חוזה, סעיפיו יכולים להוות נדבך בהוכחת גמ"ד. כמובן, שמסויימות אינה הוכחת-על. על כן, במידה וקיימת אינדיקציה מפורשת להיעדר גמ"ד גם פירוט, רב ככל שיהיה, לא יועיל דבר.

מן הפסיקה עולה בבירור, כי קיימת מערכת יחסי גומלין בין גמ"ד לדרישת המסויימות³. כך, מסתמן, כי ככל שרמת הפירוט בחוזה גבוהה יותר, יש בכך כדי להעיד על גמ"ד. מנגד, במידה וברי, כי מתקיים עקרון גמ"ד, הרי שגם רמת פירוט גבולית - לא תערער את תוקף החוזה.

כפי שניכר בפסיקת השי' שמגר בפרשיית זנדבנק - רמת הפירוט הנדרשת, הינה כזו שלפיה ניתן להבין את מהות החוזה והשלכותיו, ללא צורך במו"מ נוסף. כמובן, שהיקף הפירוט הנדרש משתנה בין חוזה למשנהו - אין דין רמת המסויימות בחוזה מכר כרמת מחוייבות בחוזה שכירות וכו'.

סקירה היסטורית מעלה, כי משלהי שנות ה-70' חל ריכוך בדרישת הפסיקה לרמת מסויימות גבוהה⁴, בעוד שליסוד גמירות הדעת ניתן משנה תוקף, תופעה שניצניה בפס"ד זנדבנק, התקבעה בפס"ד רבינאי (המהווה אבן דרך בכל בחינת עקרון המסויימות בפרשיות חוזים שלאחריו) וביטוי

³ ובלשונו של השי' תי' אור בפרשיית דור חברה לאנגריה - "יסוד זה (המסויימות - צ.ד.) אינו מנותק מיסוד גמירת הדעת. שני יסודות אלה שלובים זה בזה ומעידים זה על זה. כך, קיומה של מסוימות יש בה כדי להעיד, בדרך כלל, על גמירת הדעת של הצדדים להתקשר בהסכם" (עמ' 832, פסקה 13).

⁴ כפי שגם עולה מדברי השופט דורנר בפס"ד בית הפסנתר - עמ' 588, פס' 12.

ייחודי לה עולה היטב מפס"ד דור אנרגיה. עם זאת, המסויימות לא נעדרה מן העולם, שכן ע"פ חוק היא נדרשת - ועל כן הסתפקה המערכת השיפוטית בהמצאות יסודות גמ"ד ומסויימות גרעינית ע"מ לשוות להתקשרות מעמד חוזי. כך, התעצבו להן 3 קבוצות של פרטים: פרטים שאינם הכרחיים למהות החוזה, והיעדרותם אינה משפיעה על תוקפו; פרטים חיוניים הניתנים להשלמה בדרכים שונות (כדלהלן); ופרטים גרעיניים, המהווים את "ליבת החוזה" מתוך שמבטאים הם את רצון הצדדים להתקשר בחוזה ועל כן אי-המצאותם מעקרת את החוזה ואין כל דרך להשלימם.

למגמת ריכוך זו 3 סיבות מרכזיות:

- א. חילופי גברי בקרב השופטים - "דם חדש" במערכת המשפט הוביל להחלפת תפישות ארכאיות בחדשניות (יש לזכור, סופסוף מדובר בשנות ה-70).
- ב. תמורות קיצוניות במשק הישראלי הובילו לבחינתם מחדש של יסודות דיני החוזים והתאמתם למציאות המשתנה.
- ג. ריבוי עו"ד - משום שעד אותן שנים, נהוג היה לכרות חוזים שלא בנוכחות עו"ד - היה צורך ברמת וודאות מירבית בבחינת החוזה. משהחלו עו"ד לרוב בקרב הארץ - דרישת המסויימות ירדה ממעמדה.

מגמה זו הובלטה בחריפות רבה בדברי הש' דורנר בפרשיית **בית הפסנתר** - שם קבעה, כי בהתקיים עקרון גמ"ד ללא עוררין, הרי שיסוד המסויימות כמעט ואינו נצרך. הגם שלקביעתה של דורנר הצטרף הש' א' לוי באומרו - "אני מסכים", אין לראות את הקביעה השוללת את הצורך ביסוד המסויימות בהתקיים יסוד גמ"ד כ"הלכה מחייבת". זאת על שום שדבריה של דורנר הובאו באותו פס"ד כאוביטר גמור, שהרי בפסיקה מאוחרת - התעלמו מדבריה ובנוסף בפרשיית בית הפסנתר עצמה, התקיימה מסויימות ועל כן בדבריה של דורנר לא היה כדי לשנות.

• השלמת חסרים

יש ולאחר כריתת חוזה - משתנים שונים, אשר לא הובאו בחשבון בעת כריתתו משפיעים על אחד הצדדים לרעה. בסיטואציות אלה, יש צורך "להשלים חוזה", כלומר לעדכן את הִסְסָרִים בחוזה לנוכח השינויים המציאותיים. במידה וצדדי החוזה אינם מגיעים לעמק השווה בדבר פרטי ההשלמה, הרי שמוטלת החובה על בית המשפט.

בטרם ייגש בית המשפט למלאכת ההשלמה, ייבחן החוזה שנגד עיניו לפי שני פרמטרים:

- א. חוזה בר תוקף - במידה ומסתבר, כי החוזה אינו בר תוקף (על שום היעדר הצעה / קיבול וכו') - אין ביהמ"ש מחויב לעצבו יש מאין - ע"מ להשלימו.
- ב. ווידוא חסר - יש והחסרון אינו ממשי - אלא מדומה. במקרה זה, יעדיף ביהמ"ש לנקוט לפרש את הסעיף הרלוונטי בחוזה ולא ישלימו. זאת משום שמתוך עקרון חופש החוזים - יש לשמר את החוזה בפורמט בו נכרת בין הצדדים, ועל כן עדיפה פרשנות על התערבות.

"הסדר שלילי" - יש וחסרון בחוזה הינו מכוון. כך למשל, במידה ומתעורר סכסוך אודות דבר מה שאינו מוסדר בחוזה משום שבחרו הצדדים שלא להסדיר נושא זה בחוזה - הרי שמדובר ב-"הסדר שלילי" וביהמ"ש לא יגדיר היעדר נושא זה כחסר ועל כן לא יפעל להשלימו.

במידה והשתכנע ביהמ"ש, כי קיים חסר אמיתי בחוזה, הרי שעומדים לרשותו כמה מנגנוני השלמה. להלן נעמוד על מנגנוני ההשלמה העיקריים. יש לציין, כי חסרים מסויימים בחוזים מסויימים אינם ברי השלמה. כך למשל, אם בחוזה מכר לא צויין מושא החוזה או מחירו - לא ישלים ביהמ"ש פרטים אלו, שכן אלו פרטיים מהותיים לעצם החוזה ותוקפו. עם זאת, מנויים בחוק החוזים הכלליים וכן בחוקי החוזים הפרטניים סעיפים המאפשרים לביהמ"ש להשלים חסרים, דוג' ערך חוזה, מועד מסירה וכד' - במידה ונתונים אלו אינם מהותיים לתוקפו של החוזה, אלא ממלאים חסרים "אגביים".

מנגנוני ההשלמה העיקריים מנויים מטה במדרג יורד הנובע מהצורך בשמירת עקרון חופש החוזים. ביהמ"ש יעדיף להפעיל מנגנון המשמר את עיקרון זה על פני רעו המצריך התערבות רגולטורית ופוגע בעקרון זה. על כן, במידה והפעיל ביהמ"ש מנגנון רגולטורי הרי שלא היתה לו כל אפשרות להפעיל מנגנון קודם לו במדרג. מקור המנגנונים בס' 26 לחוק החוזים (חלק כללי) - יש לציין, כי מנגנון ג' מפורש בחוק בעוד האחרים עולים מלשון הסעיף במשתמע.

- א. **מנגנון השלמה חוזי** - במידה ובחוזה ציינו הצדדים, כי במקרה של חסר יש לפנות לביהמ"ש או לגורם המקובל עליהם (אדם מסויים, מחירון וכד'), הרי שהשלמה זו הינה עדיפה, שכן משמרת היא את רצון הצדדים כפי שהשתקף בלשון החוזה.
- ב. **עקרון ביצוע אופטימאלי** - כאשר תמורת אחד הצדדים לשכנגדו הוגדרה בחוזה שכרתו באמצעות מדדים כלליים שאינם ספציפיים, הרי שהתערבות ביהמ"ש והכרעתו לתמורה ספציפית, הינה השלמה השואפת לבטא את רצון הצדדים בקירוב.
- ג. **הנחות הסתברותיות** - שניים הם מרכיבי מנגנון זה ומנויים, גם כן, במדרג יורד.

1. אמד דעת - במידה ובין הצדדים נכרתו חוזים בעבר, הרי שניתן להשליך מן העולה בחוזי העבר על חוזה ההוה במקום בו יש חסר. יסוד זה מבוסס על ההנחה, לפיה החסר אינו נובע מתוך רצון לשנות, אלא מתוך השמטה בעלמא, במידה והיו הצדדים מעוניינים לשנות - מתאים היה שיצינו זאת במפורש.

2. "פוק חזי" - במקרה בו אין התקשרות חוזית בעבר ממנה ניתן להשליך, אזי יש לבחון את הנורמה המקובלת בחוזים מעין אלו בקרב הציבור ולפיה להשלים את החסר. כמובן, מנגנון זה מתרחק צעד נוסף משמירת עקרון חופש החוזים, שהרי הבחינה אינה מחשבתם הקונקרטי של הצדדים - אלא נוהג העם.

ד. **השלמה מכח חוק** - כל הוראות החוק העוסקות בתוכן החוזה הן, למעשה, מנגנוני השלמה. חלקן נמצאות בפרקים ג' ו-ה' לחוק החוזים (חלק כללי), אך רובן נמצאות

בחוקי החוזים הספציפיים. לנוכח זאת, יש להעדיף מנגנון השלמה מכוח חוק הנובע מחוקי החוזים הספציפיים על פני מנגנונים המנויים בחוק הכללי.

יש לציין, כי כל האמור בדבר השלמה מכח חוק הינו רק אודות חוזים בהם החסרים הינם דיספוזיטיביים (רצוניים). לעומתם, פסק בימ"ש בדבר חסרים קוגנטיים אינו השלמה - אלא "התערבות".

דפוס השלמה זה מוצא את ביטויו היטב בפס"ד דור אנרגיה, בו קבעו השופטים, כי ניתן להשלים את כלל החסרים בחוזה שנחתם באמצעות מנגנוני השלמה אלו ובסדר המצויין מעלה.

- זכרון דברים
- "נוסחת הקשר"
- הצעה וקיבול
- הצעה
- חזרה מהצעה
-
- הצעה ללא חזרה - הצעה בלתי הדירה
- פקיעת הצעה
- קיבול
- קיבול ע"י התנהגות

• זכרון דברים

מדברי הש' ברק בפס"ד רבינאי, עולה בבהירות, כי קיימים שני אופני התקשרות. האחד חוזי, והשני אינו חוזי - אלא חלק ממו"מ לקראת כריתת חוזה ואינו מחייב כלל. הקריטריונים לבחינת אופי ההתקשרות נעוץ בכתוב בס' 1 לחוק החוזים, לפיו - חוזה מוגדר ע"י הצעה וקיבול, בהם התקיימו יסודות גמ"ד ומסויימות. במידה ובהתקשרות כלשהי לא התקיימו יסודות אלו הרי שחוזה לא נכרת בין הצדדים. אין זה כלל משנה אם להתקשרות זו קראו בשם "זכרון דברים" אם לאו. הכותרת אינה מעלה ואינה מורידה. הגדרת החוזה נובעת ממהות תוכן ההתקשרות. אמנם, נכון הדבר, כי בהתאם לנורמות הנהוגות בישראל, כאשר מגדירים צדדים מסמך עליו חתמו כ"זכרון דברים" - שומה על ביהמ"ש, במידה והדיון מגיע לפתחו לדון במעמדו של מסמך זה ולבחון באם כרתו הצדדים חוזה, או שמא מסמך סתמי.

• "נוסחת הקשר"

יש ובזכ"ד מופיע סעיף ה' בקשר העתידי שבין הצדדים - סעיף אשר זכה לכינוי "נוסחת הקשר" (ברק בפס"ד רבינאי). במידה ובזכ"ד שוכן סעיף שכזה, הרי שיש לעיין בו היטב שכן, לעתים, מבוטאים בו בצורה מפורשת ביטויים היכולים להעיד על גמ"ד או, לחילופין, להכחישה. עם זאת, יש ו-"נוסחת הקשר" אינה מפורטת די הצורך - עובדה המעוררת ספיקות ותהיות, בה עוסקים, לרוב בתיהמ"ש.

המציאות מורה, כי צדדים המעוניינים בכריתת חוזה, חפצים לעשות כן בפני עו"ד ובאופן מסודר. על כן, נהוג למסד את התחייבות הצדדים זה לזה באופן ראשוני ע"י זכ"ד. הש' ברק בפס"ד רבינאי, קבע, כי מציאות זו מוכיחה, כי בהמצאות "נוסחת הקשר" כסעיף בזכ"ד אין כדי לפגוע בהעדה על גמ"ד. שכן חרף העובדה שרוצים הם לערוך חוזה מקיף ויסודי, מעוניינים הם, ראשית כל, למסד את התחייבותם זה לזה ולשם כך - חותמים הם על זכ"ד. לאור זאת, במידה ובזכ"ד מתקיימים יסודות גמ"ד ומסויימות - הרי שחוזה בידם לכל דבר.

במידה ולאחר חתימת זכ"ד המבטא התקשרות חוזית מעוניינים הצדדים לערוך חוזה מקיף, אין בכך כל פסול, שכן עקרון חופש החוזים מתיר לצדדים לערוך כל שינוי בחוזה, במידה ונעשה בהסכמה. עם זאת, במידה ולאחר חתימת זכ"ד (בעל אופי חוזי) מתגלעת מחלוקת בין הצדדים

ואינם מעוניינים עוד בכריתת חוזה - הרי שעדיין מחוייבים הם לנאמר בזכ"ד - שכן הריהו כחוזה לכל דבר.

• הצעה וקיבול

כאמור, הצעה וקיבול הינן דרכי כריתת החוזה - "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול" (ס' 1 לחוק החוזים).

מנגד, לפי עקרון חופש החוזים, במידה ומעוניינים הצדדים לכרות חוזה שלא ע"י הצעה וקיבול - נתיר להם לנהוג כן. על כן, במצב בו שני הצדדים מציעים הצעה בעלת מרכיבים זהים במקביל - הרי שייכרת ביניהם חוזה - אף שאין במקרה זה מציע וניצע "קלאסיים", אלא מציע ומציע. זאת משום ששתי ההצעות משקפות נאמנה את רצון הצדדים. מהלך שכזה מכונה - "הצעות מצטלבות".

• הצעה

ע"מ שתבוצע הצעה, עלייה להעיד על גמ"ד ולהיות מסויימת דיה. על כן ובמידה וההצעה נגועה בהססנות, אין בה משמעות משפטית חוזית, אלא משמעות ביחס לבדיקת הליכי המו"מ. "הצעה" כזו מכונה במשפט האנגלי - "הצעה לכריתת חוזה".

"הזמנה להציע הצעות" - אדם המפנה קריאה לציבור להציע הצעות (דוג' מכרז) - הרי שאין במעשהו כדי להעיד על גמ"ד ביחס לניצע ספציפי ולכן אין מדובר בחוזה בינו לניצע.

"הצעה לציבור" - במידה והצעה המופנית לכלל הציבור יכולה להניב חוזה יחיד, אזי שעם הראשון שמבצע קיבול - ייכרת חוזה. מנגד, אם ההצעה אינה מוגבלת ויכולה להניב חוזים רבים - אזי כל המבצע קיבול - כרת חוזה (דוג' - מכונת שתייה וכו'). נסיון החיים מורה, כי המציע, שומר לעצמו פעמים רבות את הזכות לבחור בניצע עימו מעוניין הוא לכרות חוזה. על כן, במידה ומן ההצעה עולה במפורש או במשתמע, כי הפונה שומר זכות זו לעצמו, הרי שלפי המשפט הישראלי אין זו הצעה, אלא - "פנייה להצעה" ואין בה כדי להעיד על גמ"ד.

• חזרה מהצעה

כעולה מס' 3 לחוק החוזים (חלק כללי), על שני תנאים להתקיים ע"מ שמציע יחזור מהצעתו:

א. **החצנת כוונת החזרה** - על המציע להביע ולהחצין את רצונו לחזור בו מהצעתו. החצנה זו יכולה להיעשות בכל דרך ראוייה ע"פ נסיבות העניין (ס' 60**(ב)** לחוק). מקובל, כי החצנת החזרה תובע באופן דומה עד כמה שניתן לדרך בה ניתנה ההצעה.

ב. **מועד החזרה** - על המציע לחזור בו מהצעתו טרם שיגר הניצע הודעת קיבול. למעשה, דבר זה גורם לחוסר וודאות בקרב הניצע, שכן בעוד עמל הניצע על הבנת ההצעה ובחינת מענה לה, אין בידיו כל ערובה שעודנה בתוקף, שהרי בכל רגע נתון טרם שיגור הקיבול - יכול המציע לחזור בו.

• הצעה ללא חזרה - הצעה בלתי הדירה

כעולה מס' 3(ב), בכוח אחת משתי הפעולות הבאות להגדיר הצעה כבלתי הדירה:

א. **הקצבת פרק זמן** - במידה והמציע נוקב בהצעתו מועד לפקיעת ההצעה, אינו יכול המציע לחזור בו טרם חל מועד זה. כך - אם קצב המציע את הצעתו ב-30 יום, או נקב בתאריך מסויים - אין ביכולתו לחזור בו מהצעתו בתוך פרק זמן זה. זאת משום שקביעת המועד מגלמת בתוכה, במשתמע, כי לניצע יכולת לקבל עד לאותו יום. הקצבת זמן הינה תופעה שכיחה למדי.

יש ומציע נוקב פרק זמן בהצעתו, אך אין בכך כדי להצביע על כוונתו להגביל את הצעתו בזמן, לדוג' - "השב על הצעתי בתוך 30 ימים", הרי שניתן להבין דרישה זו בשני אופנים. ייתכן וכוונת המציע - להגביל בזמן את הצעתו = הצעה בלתי הדירה. מנגד, ייתכן ולא היה בכוונתו להגביל הצעתו ב-30 ימים. אודות סיטואציה מעין זו, נחלקו פרופ' ג' שלו ופרופ' סיני דויטש. שלו סוברת, כי לפי החוק, כל הצעה בה מצויין פרק זמן - דינה כהצעה בלתי הדירה ואין מקום לפרשנות כוונת המציע. בעוד שדויטש סבור, כי בכל הקשור לחוזים - יש לתת משקל לכוונת הצדדים ולבחון כל הצעה בראי הכוונה.

ב. **הגדרת ההצעה** - במידה והמציע הגדיר את הצעתו כנטולת אפשרות חזרה, הרי שאינו יכול לחזור בו מהצעתו. עם זאת, הצעתו אינה תלויה ועומדת לעד, אלא פוקעת בתום הזמן הסביר (ס' 8(א) לחוק).

בשונה מהצעה הדירה, בה יכול המציע לחזור עד שיגור הודעת הקיבול מאת הניצע, מרגע שנתקבלה הצעה בלתי הדירה אצל הניצע - אין בסמכותו של המציע לעשות כן. יסוד ההבדל בין שני דפוסי ההצעות הוא, אפוא, בפרק הזמן שבין הגעת ההצעה לשיגור הקיבול. במידה ומציע מנסה לחזור בו מהצעה בלתי הדירה אין לכך כל משמעות משפטית, כעולה מפס"ד נווה עס.

במצבים מסויימים, אין המציע יכול לחזור בו מהצעתו אף בפרק הזמן שטרם הגעת ההצעה לידי הניצע. כך למשל, רגע לפני התקשרות חוזית המבוססת על מו"מ מורכב ומתמשך, במהלכו כל אחד מן הצדדים משמש כמציע וניצע לסירוגין (שכן המסמך עובר בין הצדדים פעמים רבות לאישורים והגהות) - אין לאחרון שהציע לחזור בו מדבריו בלא טיעון ענייני, שכן במעשה זה מפר הוא את הוראת ס' 12 לחוק הדין בחובת תום לב במו"מ. במקרה בו חזר בו המציע, ללא טענות ענייניות - הרי שיכולות להנקט כנגדו כמה פעולות: הכרה בפרישה תוך הטלת סנקציה תרופתית כלשהי, או לחילופין - חסימת אפשרות הפרישה מן החוזה לחלוטין.

• פקיעת הצעה

ההצעה אינה קיימת לעד, אלא פוקעת היא, כעולה מן החוק בכמה אופנים:

א. **חזרת המציע (ס' 3)** - במידה וחזר המציע מהצעתו בעוד יש לו אפשרות לעשות כן - הרי שפקעה ההצעה.

ב. **חלף מועד קיבול (ס' 4(1))** - במידה וחלף פרק הזמן (המוקצב במידה וקיים; ה"סביר" - במידה ולא הוקצב) - פקעה ההצעה ואין להודעת הקיבול כל תוקף.

ג. **דחיית הצעה (ס' 14(1))** - במידה ודחה הניצע את ההצעה (גם בתוך פרק הזמן שהוקצב ע"י המציע) - פקעה ההצעה ואין לה כל תוקף. דחייה זו יכולה להתבצע במפורש או במשתמע (לאחר בירור מדוקדק בדבר כוונת הניצע). **מס' 5 לחוק** עולה, כי על מרכיבי הקיבול להיות מקבילים למרכיבי ההצעה. על כן, במידה וקיימים הבדלים בין הודעת הקיבול להצעה - יש בכך משום - "שינוי קיבול" - ודין שינוי זה - כדחייה לכל דבר ועניין.

מפס"ד נווה עם עולה מפורשות, כי על דחיית הצעה בלתי הדירה להיעשות במפורש ובאופן אקטיבי. זאת על שום ההנחה, כי אדם לא מוותר על זכות מוקנית כלאחר יד. הצעה הינה, למעשה, זכות העומדת למימוש הניצע ע"י הודעת הקיבול. לאור זאת, ע"מ להפקיע הצעה בלתי הדירה - שדבר מימושה נתון להחלטת הניצע ותו לא - יש צורך בגילוי דעת משמעותי מצד הניצע - גילוי אשר יביע נחרצות, כי מוותר הוא על זכותו.

ד. **מוות (ס' 4(2))** - כאשר מתרחש מוות פיסיו או משפטי (עיקול נכסי חברה, הכרזה על פסול דין וכד') בין של הניצע ובין של המציע - עד למועד **שיגור** הודעת הקיבול - מופקעת ההצעה. אין כל נפק"מ בין הצעה הדירה להצעה שאיננה הדירה ביחס להפקעה מעין זו, שכן ההצעות כולן תפקענה מחמת מוות, במידה וזה התרחש עד שיגור הקיבול.

• **קיבול (ס' 5)**

לרוב, קיבול נעשה ע"י הודעה, אא"כ עולה מן ההצעה (במפורש או במשתמע), כי יש לבצע את הקיבול באופן שונה. הודעה זו, כמוגדר **בס' 60(א) לחוק** - "תינתן בדרך המקובלת בנסיבות העניין". כאמור לעיל, שינוי קיבול - הריהו כדחיית ההצעה. בשיטת המשפט הישראלית - שלב הקיבול בהליך כריתת החוזה מסתיים בהגעת הודעת הקיבול לידי המציע - **"תיאוריית המסירה"**. בשונה מכך, קיימות שיטות משפט שונות (בהן שיטת המשפט האנגלית בחלק מן המקרים) הגורסות, כי כבר בשליחת הניצע את הודעת קיבולו נכרת חוזה, עוד טרם התקבלה היא אצל המציע - **"תיאוריית השיגור"**.

• **קיבול ע"י התנהגות**

יש והקיבול לא ייעשה ע"י הודעה, אלא ע"י התנהגות. כך עולה **מס' 6(א)**, וכן נפסק **בפס"ד ש.ג.מ. חניונים**. על כן, יש ונורמות התנהגותיות מסויימות, בהתחשב בנסיבות העניין, משמשות כקיבול להצעה ויש בהן כדי לכרות חוזה. כמו"כ, ברי, כי בהתנהגות לפי הצעה, ללא ידיעה בדבר קיומה, אין כדי לכרות חוזה, שכן נעדר מהתנהגות זו יסוד גמירות הדעת לכריתת חוזה הנצרך ע"פ חוק (לדוג' - פלוני איבד כלב ופרסם מודעה בדבר מענק כספי למשיבו. אלמוני השיב את הכלב ללא שידע את דבר הפרסום. אזי, ע"פ כללי הצעה וקיבול - פלוני אינו מחוייב להעניק לאלמוני את המענק. הגם שמחוייב הוא לכך מפאת "התחייבות חד צדדית").

קיבול ע"י התנהגות - מעורר תמיהות. בעוד שמועד קיבול הודעתי הינו ברור ופשוט, אין נק' ייחוס מוגדרת להחלת קיבול ביחס להתנהגות מסויימת, שכן מהו הקיבול? תחילת ההתנהגות? סופה? מחציתה? לעומת מצבים בהם ניתן לזהות את הקיבול בנקל (כניסה לחניון, קניית פחית ממכונה וכו'), קיימים מצבים רבים - בהם לא ניתן להגדיר קיבול בקלילות שכזו. כך למשל, בניסוי הסטודנטים המוקפאים - אימתי תחוייב האוניברסיטה בתשלום להם - משנכנסו והחלו לקפוא, או שמא לא תחוייב כלל, שהרי נקטע הניסוי באיבו וכל הקפאתם לשוא היתה?

- דרישת המציע לקיבול ע"י היעדר תגובה - ס' 6(ב)
 - חזקת קיבול - חוזה שאינו אלא כדי לזכות - ס' 7
 - מועד קיבול - ס' 8
 - חזרה מן הקיבול - ס' 10
-

- **דרישת המציע לקיבול ע"י היעדר תגובה - ס' 6(ב)**

כעולה מס' 6(ב) לחוק במידה והגדיר המציע, כי קיבול ההצעה יבוצע ע"י היעדר תגובת הניצע - אזי אין לכך כל תוקף. זאת משום שהגדרה זו מצד המציע משוללת כל היגיון היא. בעשות המציע כן, הרי שכופה הוא על הניצע התנהגות אקטיבית לביטול ההצעה - ובכך מופר עקרון "חופש החוזים". סעיף זה נועד להגנת הניצע. על כן, במידה ונהג מציע בחוסר תום לב מתוך כוונה להסתמך על סעיף זה כדי לבטל את תוקפה של ההצעה - אין במעשהו ולא כלום- וביהמ"ש יתערב לטובת הניצע במידה ותובא הסוגיה בפניו.

חרף סעיף זה, שלושה הם המצבים בהם יתבצע קיבול ע"י היעדר תגובת הניצע:

- א. **חידוש חוזה** - במידה ובמעמד כריתת החוזה - הסכימו הצדדים, כי כל חידוש עתידי של חוזם יבוצע אוטומטית, אלא אם ניתנה הודעה אחרת מצד הניצע - הרי שהיעדר תגובת הניצע בעתיד - תוביל לחידוש החוזה ואין בס' 6(ב) כדי למנוע המהלך. זאת משום שהוראות חוק החוזים הינן דיס פוזיטיביות (למעט ס' 12 - חובה לנהוג בתום לב) ובהסכמת הצדדים על חידוש אוטומטי יש כדי לקיים את עקרון "חופש החוזים". יתירה מכך - ס' 6(ב) דן בראשית התקשרות בין צדדים ולא בחידושה.
- ב. **שלהי מו"מ** - יש ולאחר מו"מ מתמשך בין צדדים לכריתת חוזה, נוצרת מוסכמה לפיה די בשתיקה כדי לבצע קיבול. במידה והנסיבות מורות, כי כך הם פני הדברים הרי ששתיקת הניצע - קיבול היא.

- **חזקת קיבול - חוזה שאינו אלא כדי לזכות - ס' 7**

ג. **חוזה שאינו אלא כדי לזכות** - לפי ס' 7 לחוק - יש והתקשרות חוזית בין הצדדים מעניקה לניצע זכויות תוך שאינה מטילה עליו כל חובה כלפי המציע. במצב זה חלה "חזקת קיבול" - לפיה אדם מוחזק כמקבל ההצעה - אא"כ מפר הוא את החזקה במעשה אקטיבי המורה על אי רצונו לקבל את ההצעה. מצב זה הופך את הקערה על פיה. כך, בעוד שמטבע הדברים שתיקה אינה מהווה הודאה - אלא היעדר הסכמה, במציאות משפטית מעין זו - שתיקה היא מצב ברירת המחדל להסכמה ודחיית ההצעה יכולה להיעשות רק ע"י חריגה מן השתיקה - באופן סביר כלשהו.

חוזה זה תקף, משום שהחוק שואף לשקף את הנוהג המקובל בציבור - לפיו חזקה, כי אדם יהא מוכן לזכות בכל עת ובכל דבר במידה ואין הדבר מטיל עליו חובות. כמובן, חובות הינן, כאמור לעיל - כלפי המציע. כך, אדם אשר זכה בדירה מפאת חזקת קיבול - אין לראות את תשלומי הארנונה כחובות הפוגמות בתקפותו של חוזה זה - שהרי לא ניתן להיות בעלים על נכס / חפץ ובד בבד להמנע מאחזקתו השוטפת.

בשונה מהצעות רגילות - אין כל נורמה משפטית המגדירה מועד לפקיעת הצעה מעין זו. ע"כ קיימות כמה גישות בעולם האקדמי. כך - נעשה ניסיון (פרידמן וכהן בספרם) לדמות את מועד פקיעתה של הצעה זו למועד פקיעת הצעה בלתי הדירה. זאת על שום ההבנה, כי בהצעה בלתי הדירה משולב אלמנט של הצעה שאין בה אלא כדי לזכות (שהרי מרגע שנקב המציע במועד - הכדור במגרשו הבלעדי של הניצע). לאור אנלוגיה זו - יש לראות את מועד הגעת ההצעה אל הניצע כנק' האל-חזור ממנה אין למציע לחזור בו.

בנוסף, יש שרצו לדמות הצעה כזו לנהוג בחוזה מתנה - בו יכול המציע לחזור עד המועד בו שינה הניצע (המקבל) את יחסו למתנה, ולנהוג כן גם בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות. אנלוגיה זו איננה פשוטה כלל ועיקר, שכן יש להבחין בין מתנה לחוזה דנן. בעוד שמציע המתנה פועל מתוך אלטרואיזם, מציע החוזה דנן פועל, לרוב, מתוך מניעים עסקיים גרידא. החוק מכיר במניעיו של נותן המתנה, מקל עימו ומאפשר לו לחזור בו עד נק' זמן מאוחרת יותר. לעומת זאת, במציע דנן, המניעים אינם זכים וטהורים ועל כן אין מקום להקל על המציע ולאפשר לו לחזור מהצעתו במועד מאוחר. כמובן, שבחוזה שאין בו אלא כדי לזכות המונע ממניעים אלטרואיסטיים יש לתת משקל רב לאנלוגיה זו, אך כאמור - מעטים הם המקרים.

• מועד קיבול - ס' 8

כאמור ב-ס"ק (א) הניצע יכול לבצע קיבול בתוך פרק הזמן המוקצב לכך בהצעה, במידה ומדובר בהצעה בלתי הדירה, או תוך פרק זמן סביר במידה ומדובר בהצעה רגילה. מ-ס"ק (ב) עולה, כי במידה וקצב המציע מועד לקיבול והניצע שלח הודעתו מתוך הנחה, כי יתקבל הקיבול אצל המציע בתוך פרק הזמן הקצוב, והיה, כי מחמת סיבה שלא יכול היה הניצע לצפותה מראש - התקבלה הודעת קיבולו לאחר פרק הזמן הקצוב - נכרת חוזה בין הצדדים. זאת, במידה והמציע לא דחה אקטיבית את הקיבול מייד עם קבלתו. לו נהג כן המציע - הרי שלא נכרת חוזה בין הצדדים.

• חזרה מן הקיבול - ס' 10

במידה והניצע שלח הודעת קיבול ולאחריה - הודעת ביטול, אזי הראשונה שנמסרה לידי המציע (כמובן, נמסרה - בצורה סבירה בנסיבות העניין) היא התקפה מבין השתיים.

צורת החוזה - דרישת כתב

- בין דרישה מהותית לראייתית
- ריכוך דרישת הכתב

• צורת החוזה - דרישת כתב

אחד ההבדלים בין שיטות משפט עתיקות לאלה המודרניות הוא בדרישת החוק לפורמולה צורנית במבנה החוזה. בעוד ששיטות משפט קדומות דרשו פורמולה זו להגדרת תוקפו של חוזה (תוך הכרה, כי במקרים מסויימים ההתקשרות הינה חוזית אף לולא התקיימה הפורמולה); הגישה המודרנית היא לאכוף את עקרון "חופש החוזים" - לפיו לצדדים סמכות לקבוע לא רק את תוכן החוזה, אלא גם את אופיו הצורני. עם זאת, לגישה הדוגלת בהזדקקות לפורמולה צורנית שני יתרונות:

א. **מהותי** - הפורמולה מסייעת להבחין בין סיטואציה חוזית לשאינה כזו. כך, בקיום דרישת הפורמולה - מוגדר המסמך כחוזה ובהיעדרו - אינו חוזה.

ב. **ראייתי** - במקרה של תביעה בגין הפרת חוזה - בחינת מבנה המסמך לאור הנחיות הפורמולה מהווה אסמכתא להגדרת התקשרות כחוזית.

כאמור, בשיטות המשפט המודרניות - דרישת הפורמולה נמוגה. כך, בס' 23 ו-24 לחוק החוזים ניתן לכך ביטוי - שכן ע"פ חוק רשאים הצדדים לנסח את תוכן החוזה - ככל העולה על רוחם (24) ובכל אופן צורני בו חפצים הצדדים (23). עם זאת, סייג לדבר בס' 23 לפיו - במידה וע"פ חוק יש לערוך חוזה מסויים באופן המוגדר בחוק - אזי רצון הצדדים אינו רלוונטי.

יש חוזים שכריתתם תלויה ע"פ חוק בפורמולה צורנית מסויימת. קיום תנאי הפורמולה הינו הכרחי למתן תוקף משפטי לחוזה. עקרונית, דרישת הפורמולה במשפט המודרני הינה, כי החוזה ייערך בכתב (כבחוזה למכר מקרקעין - ע"פ ס' 8 לחוק המקרקעין). עם זאת, יש חוזים מסויימים אודותם דרישת החוק אינה מסתכמת בכתב - אלא באפיון צורני נוסף - דוג' חתימת נוטריון בעת הצורך, הדגשת משפטי מפתח (בחוזי ביטוח מסויימים) ועוד.

מן החוקים השונים, אינה עולה תמונת מצב חד משמעית בדבר מהות דרישת הכתב בחוזים השונים. על כן, כאשר מגיע דיון מעין זה לפתחו של ביהמ"ש, מוטלת עליו החובה לפרש את תכלית החוק במקרה הרלוונטי. יש ותפורש דרישת הכתב כמהותית, ולחלופין - ראייתית. מתח פרשני זה נובע, בין היתר, בשל הסתירה שבין ס' 23 לחוק החוזים וס' 80 לחוק הפרוצדורה העות'מאנית. כאמור לעיל, ס' 23 דן בעקרון המהותי, לפיו - חוזה יכול להיכרת בכל דרך בה חפצים הצדדים אלא אם קיימת דרישה מהותית לאופן כריתה מסויים. לעומתו, ס' 80 לחוק הפרוצדורה (שעודנו בתוקף) קובע, כי כל דרישת כתב אינה אלא ראייתית.

• בין דרישה מהותית לראייתית

במרוצת הזמן התפתחו בפסיקה אבחנות חשובות בין דרישת כתב מהותית לראייתית:

א. סוג המסמך - בעוד שדרישת כתב מהותית מצריכה, כי שני פניו של החוזה (הצעה וקיבול) ייעשו בכתב, בדרישה ראייתית - אין בכך כל צורך. בדרישה ראייתית נצרך מסמך כתוב כלשהו המצביע על כריתת חוזה.

ב. היקף המסמך - בדרישת כתב מהותית, על המסמך הכתוב להכיל את כלל הפרטים המהותיים להתקשרות, בעוד שבדרישה ראייתית - אין הכרח כזה.

הפרטים המהותיים הנצרכים לקיום דרישת הכתב מקבילים בחלקם לפרטים הנצרכים לקיום דרישת המסויימות. זאת משום שדרישת המסויימות נצרכת בכל התקשרות חוזית, בעוד שדרישת הכתב רלוונטית רק בחלקן. כך למשל, כשחלק מן הפרטים סוכמו בע"פ ולא הועלו על הכתב, יהיה בכך כדי למלא אחר דרישת המסויימות, אך במקרה בו קיימת דרישת כתב מהותית - הפרטים שבע"פ לא יוכלו למלאה. יש לציין, כי בכח מנגנוני ההשלמה למלא לא רק את דרישת המסויימות, אלא גם דרישת הכתב המהותית. לכן במקום בו אין חסר במסויימות (כאשר סוכמו פרטים בע"פ) - אין בכח מנגנוני ההשלמה להשלים את דרישת הכתב לבדה. מנגד, במידה והסכמות הצדדים אינן תואמות את דרישות החוק וההשלמות הנורמטיביות - אין בכך כדי לפגום בדרישת הכתב.

כאמור, בחקיקה - חוקים רבים בהם מצוייה דרישת כתב מהותית. אחד הבולטים הוא **ס' 8 לחוק המקרקעין** (אשר נחקק ב-1969). כעולה מן הפסיקה פרשנות שהוענקה לדרישת הכתב המהותית בס' 8 לחוק המקרקעין תחול גם על דרישות כתב בסוגיות משפטיות אחרות - "בשינויים המחוייבים".

חמש הן הזכויות המשפטיות המוכרות ביחס למקרקעין: הקניית בעלות, שכירות, שעבוד (משכנתא), זיקת הנאה וזכות קדימה. על כל התקשרות חוזית בדבר הקניית אחת מזכויות אלה חל **ס' 8 לחוק המקרקעין** ומצריך, כי תיעשה באמצעות כתב. עם זאת, כעולה מס' **79(א)** שכירות קצרת מועד (עד 5 שנים) אינה כפופה לס' 8. עולה אפוא, כי בשכירות קצרת טווח לא תחול דרישת הכתב המהותית מכח **ס' 8**, אך תחול דרישת כתב ראייתית מכח **ס' 80 לחוק הפרוצדורה**. בנוסף, בהמחאת זכות על מקרקעין - שייכת דרישת הכתב המהותי, בעוד שהמחאת זכות של זכות אין הדרישה חלה. זאת להוציא, דעתם של פרידמן וכהן בספרם הסבורים, כי על המחאת זכות של זכות קניינית במקרקעין - יש צורך בדרישת כתב ראייתית מכח **ס' 80 לחוק הפרוצדורה**, משום שקיים נוהג אודות כך.

ב-**פס"ד גרוסמן נ' בידרמן**, חודשה הלכה לפיה - דרישת הכתב במקרקעין הינה דרישה מהותית. השי' זוסמן ביסס דברים אלו על כמה אדני פרשנות ארכאיים, אך גם מתוך פירוש תכליתי לחוק המקרקעין, אשר לפירוש זה, יש לראות בחקיקת **ס' 8** משום כוונת המחוקק לעגן בחוק את ההעדה בדבר גמ"ד בעת עשיית קניין מקרקעין, ועל כן יש לראות את דרישת כתב זו

כמהותית. נוסף על כך, בפס"ד קפולסקי חודשה ההלכה המגדירה את היקף הכתב הנדרש לעמידה בסטנדרט דרישת הכתב המהותית. אליבא דפס"ד זה - כל הפרטים הנצרכים ליישום עקרון המסויימות נצרכים גם למימוש דרישת הכתב המהותית. עם זאת, יש להבחין בין שתי הדרישות, שהרי מדובר בשתי דרישות הנובעות משני חוקים שונים בתכלית.

• ריכוך דרישת הכתב

בעקבות שתי הלכות אלה נראה היה, כי רק הבקיאים במשפט המקרקעין יכולים היו לעמוד בדרישת הכתב המהותית. עובדה, אשר הובילה לפער בין ה"אידיאל" המשפטי לבין המצב בפועל. על כן, החל ביהמ"ש בריכוך דרישת הכתב המהותית. מהלך זה, מוצא את ביטויו בשלושה שלבים עיקריים, הנותנים מענה לדפוסי התקשוריות חוזיות שונים:

א. **צמצום היקף הפרטים הנדרש והשלמה נורמטיבית** (מחצית השנייה של שנות ה-70)

ואילך) - הליך ריכוכה של דרישת המסויימות, היווה מעין אב טיפוס להליך דומה שהתרחש בדרישת הכתב המהותית. כך, נקבעה רמת סף של פרטים הנדרשים להמצא בחוזה ע"מ לקיים את דרשת הכתב המהותית. בפס"ד רבינאי ובוטקובסקי, ניתן לראות יפה מהלך ריכוך זה. הליך ריכוך זה "פותר" את רוב הפערים בין האידיאל המשפטי למצב השוק.

חתימה - נחלקו המשפטנים בדבר משמעותה של חתימת הצדדים על החוזה למילוי דרישת הכתב. ברי, כי זו שונה מהותית משאר מרכיבי החוזה. בעוד השאר מהווים את לב ליבו של החוזה ובלעדיהם דין חתימה כדין קליפת השום, הרי שבחתימה אין, בהכרח, כדי להוסיף למהות החוזה - אלא רק לתקפו. על כן, יש שטענו (הש' בך בפס"ד דירות מקסים), כי היעדרה של חתימה מן החוזה אינה פוגעת בדרישת הכתב המהותית. הגם, שסבר הש' בך - כי היעדרה של חתימה פוגע בהעדה על גמ"ד. נוסף על כך, במידה ויש צורך בחתימה, ניתן לומר - כי נצרכת רק חתימת המוכר - שכן במקרקעין - המוכר הוא מבצע העסקה ורצינותו היא שעומדת למבחן ולא רצינות הצד שכנגד. בפס"ד בוטקובסקי נקבע מפורשות, כי אין צורך בחתימה כלל לקיום דרישת הכתב המהותית - במידה והתקיימה העדה על גמ"ד.

ב. **ריכוך משפחתי** (שלהי שנות ה-80 - תחילת שנות ה-90) - בשנים אלה ביצע ביהמ"ש

מהלך ריכוך נוסף, בכל הנוגע לחוזים פנים-משפחתיים. כך, למשל ב-פס"ד אהרונוב, בוצע ריכוך, אשר סתר שניים מעקרונותיה של דרישת הכתב המהותית:

1. אין השלמה עובדתית בדרישה מהותית - באהרונוב, השלימו את סוג הנכס. יש לציין, כי לרוב - לא ישלים ביהמ"ש עובדות, כאשר מדובר בדרישת כתב מהותית, אא"כ ברורה ההעדה על גמ"ד ונוסח החוזה באופן לא פורמאלי.

2. על כל התנאים המהותיים להיות בכתב בעת כריתת החוזה - באהרונוב, השלים ביהמ"ש את מחיר הנכס בהסתמך על מסמך אחר.

ג. **מילוי דרישת כתב בהיעדר כתב - בפס"ד קלמר נ' גיא**, קבע השי' זמיר, כי התקיימה דרישת הכתב המהותית, אף שלמעשה - לא היה בנמצא כל מסמך כתוב. מדברי זמיר עולה, כי ניתן להסתמך על כמות פרטים מצומצמת במסמך וכן שאת הפרטים המעטים הנצרכים לקיום דרישת הכתב ניתן ללקט מכמה מסמכים מאוחרים למועד כריתת החוזה.

- מו"מ לקראת כריתת חוזה - עקרונות פסיקטיים
- מכרז

- **מו"מ לקראת כריתת חוזה - עקרונות פסיקטיים**

ס' 12 לחוק החוזים העוסק בחובת תו"ל בניהול משא ומתן לקראת כריתת חוזה הינו ס' בעייתי וייחודי גם יחד. ייחודי בכך שעד לחקיקת חוק החוזים, לא היתה כל נורמה משפטית חוזית אשר עסקה בשלבים המוקדים לכריתת החוזה; ובעייתי בכך שאין החוק מגדיר מהו תום לב ו/או מהי דרך מקובלת. עובדה המשאירה מקום רב לפרשנות פסיקטית. ס' זה הפך את הקערה על פיה בכל הקשור לתפישות משפטיות. עד לחקיקתו, נהוגה היתה בארץ השיטה האנגלית של - "יזוהר הקונה", לפיה על כל אחד מן הצדדים לדאוג לחלקו בעסקה מתוך הגינות כלפי הצד שכנגד. ס' זה קבע סטנדרט התנהגותי המצריך משני הצדדים לדאוג זה לאינטרסים של חברו ולהיפך. מקור הס' ב-ב.ג.ב. הגרמני ועל כן חלק מן הפרשנות שניתנה לסעיף במרוצת השנים נשאבה מתוך המשפט הגרמני.

הפסיקה הישראלית, שלא כמו הנהוג בגרמניה, קבעה כי **ס' 12** חל על כל מו"מ באשר הוא, ללא הבחנה באם נכרת בסופו חוזה אם לאו. כמו"כ, החילה הפסיקה את **ס' 12** על כל שלבי המו"מ (אף בשלב המקדים ל"הצעה"). עם זאת, כעולה מן הפסיקה - עוצמת הדרישת לתו"ל אינה קבועה וניתנת היא לשינויים במהלך ניהול המו"מ. כך, גוברת הדרישה ככל שהמו"מ קרב לשלבו הסופיים, קרי כריתת החוזה. עקרון נוסף העולה מן הפסיקה (**פנידר נ' קסטרו**) הוא, כי על אף שהס' דן ב-"אדם", כוונתו לכל גוף העורך מו"מ, בין אם מדובר באדם ובין אם בתאגיד. כמו כן, אין זה כלל משנה אם עורך המו"מ עתיד להיות צד לחוזה שייכרת אם לאו - כל המנהל מו"מ, בין אם בשם עצמו ובין אם בשם מעסיקו מחוייב לנהוג בתום לב. משמעות הלכה זו היא, כי במקרה של הפרת חובת תום הלב, יכול הנפגע לתבוע את כל מי שניהל מולו את המו"מ (השולח והשליח גם יחד). עוד נפסק, כי דרישת החוק להתנהגות בתום לב בניהול מו"מ הינה קוגנטית ואין להתנות עליה כלל ועיקר.

פרדוקס השליח - כאשר שלח אדם נציג מטעמו לנטרן ניהול מו"מ, תוך שהפציר בו, כי אל לו למסור מידע, אשר באי מסירתו יש משום הפרת חובת תו"ל הרי שנוצר פראדוקס. מחד - מחוייב השליח מתוקף חוק השליחות לצו שולחו. מאידך, מפאת **ס' 12** לחוק החוזים מחוייב הוא למסור את כלל המידע הרלוונטי לצד השני מחמת התנהגות בתום לב. השי' שמגר בפס"ד **קסטרו** פסק, כי במקרה זה חובת תום הלב גוברת על מצוות השליחות ועל כן ראוי לו לאדם שלא ייקלע למצב זה (כמובן שקביעה זו אינה ישימה בחלק לא מבוטל מן המקרים).

ביהמ"ש בפסיקותיו, ייתר את דרישת הס' - "דרך מקובלת" והותיר על כנו אך את תום הלב. זאת, משום שקבעה הפסיקה, כי תו"ל נבחן בכלים אובייקטיביים. גם בקודקס - אין כל אזכור ל"דרך מקובלת", אלא לתום לב בלבד.

עוד מסתמן, כי כאשר יוכחו פגמים מהותיים בכריתת חוזה, אזי יגרור הדבר, לרוב, גם תביעה בגין **ס' 12**. במידה והתקיימו הפגמים המנויים בפרק ב' - כפייה הטעיה ועושק, אזי וודאי כי היה חוסר תו"ל בניהול המו"מ. עם זאת, בדבר טעות שלא היה לדעת עליה (**ס' 14(ב)**) אין כל מקום לתביעה בין הפרת **ס' 12**. כעולה מפס"ד **ספקטור נ' צרפתי, ס' 12** מהווה "קרב קפיצה" לטענות בגין הטעייה (**ס' 15**). כך למשל, כעולה מס' **15** - אי גילוי הריהו עוולה ע"פ דין. בצינו "דין" - כיוון המחוקק ל**ס' 12**. כלומר - עוולת אי גילוי, בהכרח, מהווה הפרת חובת תום הלב הנדרשת בס' **12**. כמו כן, גם עילת העושק סוחבת עימה את ס' **12** (**פס"ד גנז נ' כץ**). עקרונית, ניהול מו"מ תוך ניצול מצוקות הצד השני - הינו עניין של יום יום, שכן כך פועל השוק העסקי - ובכך, המשפט מכיר. עם זאת, קיימות פעולות המנצלות בבוטות את מצוקת הצד השני והן - בגדר עושק. מחלוקת בין השופטים (**גנז נ' כץ**) בדבר חיובה של התנהגות תמת לב במקרים שאין המשפט מכיר בהם כעושק. כך, הש' קדמי סבור כי ניתן לבחון התנהגות כזו בפריזמת **ס' 12**, בעוד ששני השופטים שכנגדו, סברו, כי יש לדון בס' **12**, רק כאשר בוצע עושק.

• מכרז

ברק ושמגר פסקו (דעת מיעוט) בפס"ד **בית יולס**, כי חובת התנהגות שוויונית בניהול מכרז נובעת מס' **12 לחוק החוזים**. עם זאת, שניהם מסכימים, כי במקרה של מכרז - במידה והתנה מציע המכרז, כי אין הוא מחוייב לנהוג בשוויון - הרי שאכן - אין הוא מחוייב לכך. דבר זה עומד בסתירה ליסוד הפסיקטי, לפיו דרישת תום הלב הינה קוגנטית! נראה שהסבר הדבר נעוץ בציפיית האדם בניהול מו"מ. במידה ובגשת אדם למכרז - מודע הוא, כי אין בכוונת מציע המכרז לנהוג בשוויון, הרי שלא יוצר פער בין ציפיית המשתתף במכרז לתוצאתו הסופית. על כן - הרי שאין בכך משום הפרתה של חובת תו"ל - שכן המשתתף במו"מ (מכרז) לא נפגע מדבר אותו לא יכול היה לצפות.

- **חובת תום לב**
- פרישה ממו"מ
- חובת השוויון
- תרופות בשל הפרת חובת תום לב - ס' 12(ב)

- **חובת תום לב**

לשון החוק - "דרך מקובלת ותום לב" אינה מוגדרת ע"י המחוקק. ביהמ"ש העליון פסק עוד בראשית הדרך, כי בעשות המחוקק כן, ביקש הוא לבחון כל מקרה לגופו ולא לערוך קטגוריזציה לפעולות אשר בעשותן מופרת חובת תום הלב והיעדרן - קיומה. כאמור לעיל, ייתר ביהמ"ש את דרישת החוק להתנהגות ב"דרך מקובלת" והותיר על כנה את הדרישה לנהוג בתום לב.

מהו תום לב? **מפס"ד ספקטור נ' צרפתי**, עולה מפורשות כי בחובה להתנהג בתום לב, יש הכרח לגלות לצד שכנגד את הפרטים הרלוונטיים לעניין כריתת החוזה המדובר. עם זאת, נחלקו השופטים **בפס"ד ספקטור** בדבר היקפה של חובת הגילוי. הש' אשר סבור היה, כי **ס' 12** מחייב את גילוי כל הפרטים החיוניים להחלטת הניצע אודות קיבול ההצעה. זאת, כאשר יודע המציע, כי אין הפרטים ידועים לניצע, אף אם יכול הוא לשים עליהם ידיו. לעומתו, הש' לנדוי גרס, כי אין המציע מחוייב בגילוי כל הפרטים, אלא את אלו שלא היה יכול הניצע להשיג בעצמו. אליבא דלנדוי - במידה והיה יכול הניצע להשיגם ולא נהג כן, אין בכך משום הפרת חובתו של המציע לגלות.

למעשה, סוגיית היקף הגילוי הנדרש נותרה בעינה, עד **לפס"ד פנידר**, בו הש' שמגר אימץ את גישתו של הש' אשר **בפס"ד ספקטור** והורה, כי על המציע לגלות את כלל הפרטים החיוניים, אף אם יכול הניצע להשיגם בכוחות עצמו. מאוחר מכן, **בפס"ד קיסטינגר נ' אליה** הורחבה חובת הגילוי והוחלה גם על הניצע.

בפני ביהמ"ש עומדים חמישה קריטריונים על פיהם ייקבע באם חלה חובת הגילוי:

- א. **סוג החוזה** - ביהמ"ש ירחיב את חובת הגילוי, כאשר החוזה הינו חוזה צרכני (**פס"ד פנידר**) בעוד שיקטינו כאשר מדובר בחוזה עסקי (**פס"ד ספקטור**). זאת, מתוך ראייה מערכתית היוצאת להגנת הצרכן ומכבדת את כללי המשחק הנהוגים בעולם העסקי.
- ב. **טיב היחסים בין הצדדים** - כאשר מדובר ביחסי קרבה מיוחדים (משפחה, חברים) בהם מתקיימת רמה גבוהה של אמון בין הצדדים - קיימת ציפייה ליתר גילוי. בעוד שהתקשרות בין זרים, אינה מפתחת ציפיות מעין אלה ועל כן רמת הגילוי הנדרשת היא פחותה.
- ג. **אופי המידע** - במידה ומדובר במידע פומבי, אזי רמת הגילוי פחותה לעומת חוזה הכרוך במידע שאינו פומבי.
- ד. **צד החוזה** - חובת הגילוי המוטלת על המוכר (מציע) רחבה מחובת הקונה (ניצע).

ה. **נסיבות מיוחדות** - פרמטרים רבים מגדירים את היקף חובת הגילוי. במקרים מיוחדים - "נסיבות מיוחדות" יכריעו את הכף.

• פרישה ממו"מ

כעולה מס' 3(א) - ניתן לפרוש ממו"מ. עם זאת, על הפרישה להיות ממניעים ענייניים (כלכליים, שינוי בנסיבות ועוד) ולגיטימיים. לעומת פרישה ממניעים ענייניים, ס' 12(א) פוסל כל פרישה ממו"מ, כאשר סיבותיה אינן ענייניות - אלא שרירותיות, מפאת היעדר תו"ל. זאת ועוד, גם בניהול מו"מ מתוך כוונה שאינה רצינית ואין ייעודה - כריתת חוזה, יש משום הפרת חובת ההתנהגות בתום לב. כך למשל, יתכן וניהול מו"מ פיקטיבי במקביל לניהול מו"מ רציני ייחשב כהפרת חובת תו"ל, הגם שפעולה מעין זו הינה מקובלת בעולם העסקי, בהתחשב בנסיבות העניין.

• חובת השוויון

רשות ציבורית - הריהי כ-"נאמן ציבור". על כן מחוייבת היא להתנהל מתוך שמירה על שוויוניות. עקרון השוויון, הינו אחד מיסודותיה של ההתנהלות הציבורית. כעולה מן החוק והפסיקה, רשות ציבורית המעוניינת לנהל מו"מ אודות דבר מה, מחוייבת לנקוט בהליך מכרזי. לעומת המשפט הציבורי, המשפט הפרטי נושא על נס את זכותו של הפרט לעשות ברכושו כטוב בעיניו. על כן, רשאי הוא להעדיף את פלוני על אלמוני, ללא סיבה מוצדקת ועניינית, ואין הוא מפר בכך כל נורמה משפטית. עם זאת, מתעוררת השאלה - מה דינו של מכרז במשפט הפרטי? פרט המעוניין לנהל מו"מ בעל אופי מכרזי מחוייב לנהוג בשוויון - שהרי מהות המכרז הוא. למעשה, דרישה משפטית זו - נטלה עקרון משפט ציבורי והחילתו במשפט הפרטי.

מה, אפוא, הוא תוקפה של חובת השוויון במשפט הפרטי? האם מחמת ס' 12 הוא? או אולי משום נורמה חיצונית השואפת מן היסודות הציבוריים? שאלה זו התחדדה בפס"ד בית יולס. שופטי בית יולס הסכימו כולם (כולל שמגר וברק, שהיו בדעת מיעוט), כי אם בעל המכרז קבע מראש שאין בכוונתו לנהוג בשוויון במשתתפי המכרז, הרי שאין הוא מחוייב לעקרון השוויון - כלל ועיקר. קביעה זו יכולה להיעשות בדרכים מגוונות ובניסוחים מניסוחים שונים. מקרה זה - אינו מכרז, אלא מו"מ רב משתתפים סימולטני. עוד נקבע בפס"ד בית יולס, כי גם בהיעדר התנייה - מכרז פרטי, נידון בפרמטרים פרטיים - ואין חלה עליו החובה לנהוג בשוויון.

לעומת זאת, בפס"ד קל בנין נעקרה הלכת בית יולס ונקבע, כי גם במכרז פרטי קיימת החובה לנהוג בשוויון. ניצני מהפך זה שבין הלכת בית יולס להלכת קל בנין, מוצאים את ביטויים בפס"ד חברה-קדישא נ' קסטנבאום ממנו עולה מפורשות, כי עקרונות מסויימים מן המשפט הציבורי זולגים אל המשפט הפרטי ומחילים בו עקרונות ציבוריים מסויימים.

• **תרופות בשל הפרת חובת תום לב - ס' 12(ב)**

ס' 12(ב) קובע, כי הסנקציה בגין הפרת חובת תום לב הינה פיצויית - בעד הנזק שנגרם בעקבות הפרת המו"מ. זאת ועוד, התרופות הניתנות הינן אלה המנויות בס' 10,13 ו-14 **בחוק התרופות** - "בשינויים המחוייבים":

ס' 10 - סעיף הפיצויים העיקרי הקובע שני עקרונות מתווים - צפיות וסיבתיות. **סיבתיות** - במידה והופר חוזה, אך הנזק שנגרם אינו כרוך בהפרתו אזי לא יחוייב המזיק בתשלום פיצויים. **צפיות** - ניתן היה לצפות, כי הנזק שהתרחש היה עתיד להתרחש בשל הפרת החוזה.

ס' 13 - יש מקום לפיצויים בגין **עגמת נפש**, הגם שבתיהמ"ש נוטים לפסוק זאת אך במקום בו הנזק שנגרם הינו מעבר לנזק ממוני גרידא ונוגע הוא בעניינים שברוח.

ס' 14 - **הקטנת נזק**: הנפגע אינו זכאי לכלל הפיצויים, במידה והיה יכול להקטין את הנזק ולא נהג כן.

כעולה מס' **12(ב)**, סעיפים אלו המנויים בחוק התרופות, חלים בשינויים המחוייבים על הפרת חובת תום לב. על כן, נראה - כי הפיצויים המוזכרים בס' 12(ב) הינם פיצויים שליליים - "פיצויי הסתמכות". פיצויים אלו שואפים להשיב את השקעתו של הנפגע מהפרת המו"מ. על פניו נראה, כי אין בכוונת סעיפים אלו משום תשלום עבור הרווח בו היה זוכה הנפגע במידה והמו"מ היה מבשיל לכדי חוזה - פיצויים חיוביים - "פיצויי קיום". עם זאת, קיים פורמט של פיצויי הסתמכות שהינו בעל אופי קיומי בדמות - פיצוי עבור מו"מ שלא התממש בין צד א' לג', משום שהיה א' טרוד בניהול מו"מ עם צד ב' שלבסוף הפרו. ביהמ"ש אינו מרבה לפסוק פיצויים מעין אלה, על שום הקושי הרב שבהוכחת יסודות הצפיות והסיבתיות בכגון דא.

במרוצת השנים, אופייה של התרופה בגין הפרת ס' 12 שונה והורחב. כך למשל, בפס"ד **שיכון עובדים נ' זפניק** - פסקה הש' בן-פורת אכיפה חוזה בשל הפרת חובת תו"ל. זאת, לטענתה, משום שעקרון הגג המנוי בס' 12(א) - החובה לנהוג בתו"ל גובר על הסעד הניתן בס' 12(ב). שיטתה זו של בן-פורת מוצאת את ביטוייה גם בדברי ברק בבג"ץ **שירותי תחבורה**, כי בס' 39 לחוק החוזים, העוסק בהפרת חוזה מתוך חוסר תום לב, אינה מנוייה סנקציה ספציפית - משום שהסעיף עצמו מדגיש את רוחב היריעה לגביו חל הסעיף.

פסיקת הש' בן-פורת אמנם לא אומצו כהלכה מחייבת בפס"ד **שיכון עובדים** מחמת ההליך הדיוני. מהות דבריה לעומת זאת, אומצו בפסקי דין מאוחרים יותר. כך למשל, בפס"ד **החברה האילתית** ולאחריו בפס"ד **קלמר נ' גיא**. ביסוד דבריה של הש' בן פורת טמון היסוד המכונה במשפט הגרמני - "**אשם בהתקשרות**". הליך פסיקתי זה, רואה את החוזה כאילו נכרת - מחמת **ס' 12(א)**, אף שבפועל לא כך היה. תפישה זו יכולה להוביל לכמה תרופות אפשריות - המשתנות בין מקרה למקרה. מן האמור עולה, כי קיימים שלושה סעדים אפשריים במקרה של הפרת חובת תום לב במו"מ:

א. **פיצויי הסתמכות** - מתוקף ס' 12(ב) - יינתנו במקרה בו הופסק המו"מ בשלב מוקדם.

ב. **כל תרופה** - מתוקף ס' **12(א)**, מבוסס על עקרון "אשם בהתקשרות", לרבות אכיפה. כעולה מדברי ברק בפס"ד **קל בנין**, "אשם בהתקשרות" פועל מתוך תפישת החוזה כאילו הבשיל מתוך ההתקשרות, אף שבפועל לא כך היה ועל כן אין עוד צורך בבחינת ס' **12**, ודי בפסיקת תרופה מכח חוק החוזים (תרופות).

ג. **פיצויי קיום** - עוד עולה מדברי ברק בפס"ד **קל בניין**, כי יש מצבים בהם ניתן לפסוק פיצויי קיום ("פיצויים חיוביים") עבור הרווח העתידי.

אף שבין פסיקת "אשם בהתקשרות" לפסיקת פיצויי קיום מכח ס' **12(ב)** אין הבדל בתוצאת הפסיקה - קיים הבל מהותי בין שתי הדרכים. בעוד שפסיקה לפי ס' **12(ב)** מחילה את קביעת החוק במקרים רלוונטים, פסיקת "אשם בהתקשרות" מסיט את הדיון מן הנורמות החוקיות לנורמות פסיקתיות. כעולה מדברי הש' מצא בפס"ד **עלריג**, יש מקרים בהם תנקוט הפסיקה בעקרון "אשם בהתקשרות", אך אין אופן פסיקה זה רצוי. כמשתמע מדבריו, יש להעדיף את הפסיקה הפועלת מתוך סעיפי החוק ומיישמתם. על כן, יש להעדיף לפסוק פיצויים מכח ס' **12(ב)** על פני תרופת "אשם בהתקשרות". עם זאת, קבע הש' מצא, כי לנוכח פס"ד **קלמר נ' גיא** - במקרים בהם מקננת זעקת ההגינות, יש להעדיף את פסיקת "אשם בהתקשרות" על פני ס' **12(ב)**. כמו כן, יש לפסוק לפי עקרון "אשם בהתקשרות" במקרים בהם הפיצוי הכספי לבדו לא ישיב את הפגיעה.

- עושק - ס' 18
- גריעות תנאים בחוזי מתנה
- תרופות בשל פגמים בכריתת חוזה
- פגמים בכריתה
- טעות - ס' 14
- הטעיה - ס' 15
- כפייה - ס' 17

• פגמים בכריתה - כללי

כידוע, לנוכח פרק א' - חוזה מבוסס על כוונה ורצון הצדדים, הבאם לידיעת הצדדים במדדים אובייקטיביים חיצוניים (צורה, מסוימות, גמ"ד). עם זאת, עלול להיווצר פער בין החזות האובייקטיבית למציאות הסובייקטיבית. פרק ב' בחוק החוזים נועד לתת מענה לפער זה. מדדי פרק ב' הינם סובייקטיביים גרידא. ניתן לסווג את המדדים הללו לשני סוגים של פגמים בכריתת חוזה: "פגמים רצוניים" - טעות (ס' 14-א-ב) והטעיה (ס' 15) ו"פגמים שאינם רצוניים" - כפייה (ס' 17) ועושק (ס' 18). יש שרצו (פרופ' שלו) לראות ברשימת פגמים זו רשימה סגורה, אף שהפסיקה מוכיחה, כי קיימים מצבים בהם עילות פגם נוספות יכולות להשפיע, דוג' - "לא נעשה דבר" כבפס"ד הדר חברה לביטוח. הסעד הניתן לכל אחת מארבע העילות הוא ביטול והשבה.

שני פגמים נוספים יוצאי דופן מנויים בפרק ב':

א. **חוזה למראית עין (ס' 13)** - כאשר הצדדים ממלאים אחר כל הוראות החוק, בעוד שברור לשניהם - כי אין בכריתת החוזה משום כוונה אמיתית להתקשר בהתקשרות חוזית - הרי שלא נכרת כל חוזה. כידוע, חופש החוזים הוא נר לרגלי דיני החוזים, ועל כן - בס' 13 רישא אין כל חידוש - שכן הממד העיקרי הוא רצון הצדדים ולא הפרקטיקה. חידושו המרכזי של ס' 13 מובע בסיפא. לפיה - חוזה שכרת צד ג' בתום לב עם צד ב', בהסתמכו על החוזה למראית עין שבין צד ב' ל-א' - שריר וקיים. הרחבה לכך - ניתן לראות בפס"ד **ביטון**.

ב. **טעות סופר (ס' 16)** - במידה ובנוסח החוזה נפלה טעות המוגדרת כ"טעות סופר" - אין בכך כדי לגרוע מתוקפו של החוזה. יש לתקן את הטעון תיקון ולפעול לפי החוזה.

• טעות - ס' 14

• 14 (א-ב)

ארבעה הם התנאים לתביעה בגין עילת הטעות: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות בחוזה; ג. יסודיות הטעות; ד. ידיעת הצד השני (14(א)) / אי ידיעת הצד השני (14(ב)).

הגישה המקובלת בימינו היא, כי כדי לתבוע ביטול חוזה בגין טעות יש להוכיח, כי המטעה ידע על קיום הטעות והבין את יסודיותה.

"סעד עצמי" - כאמור בראש הדברים - הסעד הניתן בגין טעות הינו ביטול החוזה והשבת המשאבים שהוקצו ליישומו. לטועה מחמת ס' 14(א) זכות מוקנית להפעלת סעד זה - ללא הזדקקות להוראת בית משפט. לנוכח ס' 20 לחוק, על הטועה להודיע למטעה על כוונתו לבטל את החוזה מחמת הטעות - וזאת בתוך זמן סביר. כמובן, שיהיו מקרים אשר ביהמ"ש יזדקק להכריע בהם.

לעומת זאת, סעד הביטול מחמת טעות שלא היתה ידועה לצד השני (ס' 14(ב)) - ניתן בהוראת בית משפט. ביטול מעין זה תלוי בשלושה גורמים:

א. הביטול ניתן מכח **הוראת בית משפט** ואין אפשרות להפעלת "סעד עצמי".

ב. החלטת ביהמ"ש לנתינת סעד הביטול תונע **משיקולי צדק**. שיקולי צדק אלו יונעו מכח מבחן האיזון - ביהמ"ש יבחן למי מהצדדים ייגרם נזק חמור יותר מחמת הביטול וכד'. כמו כן, ישקול בית המשפט פרמטרים נוספים - דוג' השתוות בין גילוי העילה לבין הגשת התביעה לבית המשפט ועוד. בקודקס - אין מקום לשיקולי צדק.

ג. **פיצויים לצד שכנגד** - במידה ופסק בית המשפט כי יש לבטל חוזה, רשאי הוא ע"פ חוק לפסוק פיצויים לצד שכנגד (המטעה). מלשון החוק ותכליתו משמע בבירור, כי במקרה זה מדובר בפיצויי הסתמכות, שאלמלא כן ניטל עוקצו של סעד הביטול.

במשפט האנגלי קיימת הבחנה בין טעות משותפת (בה שני הצדדים טעו מחמת אי ידיעת האמת ומתוך כוונה זהה) לטעות הדדית (בה שני הצדדים טעו מחמת כוונה שונה של כל אחד מהם).

• ס' 14(ג)

ס' זה מבטא עמדה עקרונית, לפיה עדיף ליישמו של החוזה והמתחייב ממנו על פני ביטולו. כעולה מן הסעיף, במידה ונתגלתה טעות העונה על ארבעת הקריטריונים המנויים לעיל כמגדירי הטעות - אזי יש לתקן את הטעות ולקיים החוזה. עם זאת, התיקון זוקק את אישור הצד השני (המטעה). כך שסעיף זה אינו ישים בהקשרי ס' 14(א) בהם הטעות היתה מכוונת, כמו גם בהקשרי ס' 15 העוסק בהטעה מכוונת.

• ס' 14(ד)

ס' זה נועד לבטל את הנוהג אשר היה קיים במשפט האנגלי, לפיו קיים הבדל בין טעות בחוק לטעות בעובדה. כלשון הסעיף - אין כל הבדל בין טעות בחוק לטעות בעובדה ביחס להגדרת טעות. עם זאת, נמנית בסעיף סוגה של טעות שאינה מהווה עילה לתביעה מחמת טעות - והיא "טעות בכדאיות".

"טעות בכדאיות" - טרם נפנה להסבר המונח, יש לבחון את לשון החוק. כעולה מן הסעיף - כל טעות, בין אם בחוק ובין אם בעובדה יכולה להביא לתביעה מחמת עילת הטעות. זאת למעט "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". מכאן משמע, כי טעות שהיא בכדאיות העסקה בלבד - אינה מהווה עילה לתביעה. אחד המבחנים שהוצעו לבחינת טעות כזו, הינו - לבחון את **מהות הטעות**. כך למשל, הוצע, כי במידה והטעות נוגעת למהות הממכר - לתכונה מתכונותיו, אזי אין היא טעות בכדאיות (=ערך) בלבד וניתן לתבוע בגינה. מבחן זה אינו פשוט כלל ועיקר! שהרי - ערכו של נכס מושפע ישירות מתכונותיו וטיבו. מבחן נוסף שהוצע בספרות ורמזים לו בפסיקה הישנה - הוא מבחנו של פרופ' טדסקי - **"מבחן הזמן"**. לדבריו, טעות המתייחסת לעבר - לזמן כריתת החוזה - אינה טעות בכדאיות ומאפשרת את ביטול החוזה מחמת טעות. מנגד - טעות המתייחסת לצפי עתידי - הינה טעות בכדאיות אשר איננה מאפשרת את ביטול החוזה. מבחן שלישי אשר הוצע בספרות, אומץ בפסיקה (**פס"ד ארואסטי וסולל בונה**) ומשמש עד ימינו אנו הינו מבחנו של פרופ' פרידמן - **"מבחן הסיכון"**.

לפי מבחן זה, כריתת החוזה טומנת בחובה פשרות וויתורים הדדיים. משום כך, טוען פרידמן, כי אדם המקבל על עצמו סיכון כלשהו בעת כריתת החוזה אינו יכול לבוא בטרונאי כלפי הצד שכנגד כאשר הסיכון אשר נטל על עצמו מתממש. זוהי, אפוא, טעות בכדאיות אליבא דמבחן הסיכון - במידה וה"טעות" אינה אלא פרי סיכון מחושב שהיה צריך כורת החוזה לקחתו בחשבון (נטילת סיכון במשתמע) ו/או לקחו בחשבון (נטילת סיכון בפועל) - אזי אין בטעות זו משום עילה לביטול החוזה. לאור מבחן הסיכון, רק טעות מחמת סיטואציה שלא היה מקום לקחתה בחשבון עת נכרת החוזה היא הטעות המאפשרת את ביטול החוזה.

מבחן הסיכון אומץ בפסיקה כמבחן כללי לכל טעות באשר היא (**פס"ד שלינגר וכן לולו**). עוד נראה, כי מבחן הסיכון החל להיות רלוונטי לעניין **ס' 18 לחוק התרופות** העוסק בסיכול. אמנם, אין למבחן הסיכון אחיזה בלשון החוק דהיום (למעט הבנת הביטוי טעות בכדאיות באספקלריא זו) - אך בקודיפיקציה (**מס' 131 ואילך**) מושם הדגש על מבחן זה.

• **הטעיה - ס' 15**

טעות הנגרמת כתוצאה ממעשיו ו/או מחדליו של האחר - מהווה עילה לביטול חוזה מחמת **הטעיה**. הבדל יסודי בין הטעיה והפרה הוא במועד פעולת הצד השני. כך, כאשר ההצהרה המטעה ניתנת בשלב הטרם חוזי - הריהי הטעיה וכאשר היא ניתנת בשלב החוזי - הריהי הפרה. כמו כן, הבדל נוסף הוא בתרופה הניתנת מחמת כל אחת מן הפעולות. הפרה - מזכה בפיצוי קיום והטעיה מזכה בפיצוי הסתמכות. עם זאת, הגבול בין שתיהן הוא דק למדי.

יסודות עילת ההטעיה מקבילים ליסודות הטעות: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין התקשרות המוטעה לטעות ובין ההטעיה לטעות וכמובן - פעולת הצד השני. כעולה מס' **14(ד)**, גם הטעיה אינה מהווה עילה לביטול חוזה במידה והטעות הינה בכדאיות העסקה (לאור מבחנו של פרידמן).

בחוק הגנת הצרכן העוסק בחוזים צרכניים, קיימת עילת הטעייה ספציפית השייכת לעולם הצרכנות. על כן, בחוזה צרכני ניתן לתבוע בגין הטעייה מכח חוק החוזים ו/או מכח חוק הגנת הצרכן. זאת ועוד, הטעייה צרכנית מאפשרת: א. הגשת תובענה ציבורית; ב. ביטול והשבה / פיצויים.

• כפייה - ס' 17

מהותה של הכפייה - פגם ברצון. לכאורה, גם בשעה שנכפה אדם לבצע דבר מה - עומדת בפניו אפשרות הבחירה. יכול הוא לבחור באם לפעול לפי הכפייה או להתנגד לה. הגם שבכפייה מצוי עקרון הבחירה - טווח הבחירה מצומצם הוא עד מאד ועל כן - החוק אינו מכיר בטווח זה כדי למלא אחר עקרון חופש החוזים.

יסודות עילת הכפייה שלושה הם: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין הכפייה לכריתה; ג. מצב הכפייה ("בכוח, או באיום"). בעבר, כפייה היתה צריכה להיות תוך שימוש באלימות. עם זאת, בהקשרים חוזיים כפייה באלימות אינה משמעותית. עיקר הכפייה בעולם החוזי הינה כפייה כלכלית. פס"ד רחמים נ' אקספומדיה היה הראשון בו נתנה הפסיקה דעתה על כך והתייחסה לכפייה כלכלית כעילה לביטול חוזה מחמת ס' 17. הגדרת הכפייה הכלכלית קשה וסבוכה - שכן היכן נמתח קו הגבול בין כפייה כלכלית, לבין לחץ עסקי מקובל? בפס"ד מאיה נ' פרנפורט קבע הש' חשין, כי לבחינת הדבר יש להיעזר בשני פרמטרים:

א. **עוצמת הכפייה** - אין לו לנכפה חלופה מעשית - אלא להכפיף עצמו הכופה.

ב. **איכות הכפייה** - נוהלי מסחר תקינים אינם יכולים לשאת את אופיה של הכפייה המדוברת.

תנאי נוסף לעילת הכפייה הוא - זהות מבצעה. כעולה מס' 17, על הכפייה להתבצע ע"י הכופה או מי מטעמו. במידה ונעתר צד לחוזה מחמת כפיית צד ג' שאינו שותף לחוזה ואינו פועל מטעם הצד השני - אזי אין מקום לעילת הכפייה. במקרה ומודע הצד השני לכפייה מעין זו, יהיה מקום לתבוע מחמת עקרון תום הלב אך לא מחמת כפייה. יש לציין, כי בהצעת הקודיפיקציה, מדרג ס' 14 בין טעות ידועה וטעות שאיננה ידועה מוצא את ביטויו גם ביחס לכפיית צד ג'.

כפייה - מהווה, בראש ובראשונה, עילה לביטול חוזה. עם זאת, מחמת הקשר ההדוק שבין הכפייה לעקרון תום הלב, יש מקום במקרה של כפייה לקבלת פיצויים מחמת הפרת עקרון זה. כעולה מס' 20 לחוק - הודעת ביטול החוזה מחמת אחת מן העילות צריכה להינתן בתוך זמן סביר. אין כך פני הדברים ביחס לביטול חוזה מחמת כפייה. או אז - הודעת הביטול יכולה להנתן תוך זמן סביר מרגע היוודע, כי כלה הכפייה. אגב אורחא נציין, כי בשונה מן המשפט הישראלי - המשפט האנגלו-אמריקאי ההתמודדות עם היבט הכפייה נפתר באמצעות חיוב התמורה.

• עוֹשֵׁק - ס' 18

המייחד את עילת העוֹשֵׁק משלושת הפגמים הקודמים הוא בבחינת תוכן החוזה ולא רק את פרוצדורת הכריתה כבשאר הפגמים. מן הספרות המשפטית עולה, כי בקביעת עילת העוֹשֵׁק יש לבחון את שני המרכיבים גם יחד: הן את רצון הנעשק והן את תנאי החוזה ותוכנו. ע"מ לבטל חוזה מחמת עילת העוֹשֵׁק יש לבחון את תנאי החוזה בראייה אובייקטיבית.

יסודות עילת העוֹשֵׁק: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין כריתת החוזה למעשה העוֹשֵׁק; ג. ידיעת העוֹשֵׁק את מצוקת הנעשק (העוֹשֵׁק אינו חייב לעשוק בפועל ודי אם יידע אודות העוֹשֵׁק המתבצע); ד. מצב הנעשק - חולשה שכלית או גופנית, מצוקה או חוסר ניסיון.

חולשה שכלית - אין הכוונה לרפיון סתמי - אלא לפגיעה משמעותית בקוגניציה, כבפס"ד **בראשי והדר חברה לביטוח**. לרוב, חוזים מעין אלו יטופלו במסגרת חוק הכשרות. כזכור, ע"מ שתקיים דיון במסגרת חוק הכשרות - על הנפגע להיות מוכרז בידי בימ"ש על היותו פסול דין. על כן, במידה ולא הכריז בימ"ש על אדם, כי הינו פסול דין - אין מקום להכנסת חוק הכשרות לתמונה וחוזה מעין זה יטופל במסגרת עילת העוֹשֵׁק שבחוק החוזים. כעולה מן הפסיקה, קיים יחס הפוך בין מצוקת המתקשר לגריעות התנאים. כך, ככל שהתנאים גרועים יותר - נחלשת מידת ההקפדה על בחינת המצוקה הנפשית.

מצוקה - בפסיקה התגלה קושי רב בהגדרת רמת המצוקה הנדרשת להגדרת עוֹשֵׁק. יש שהדגישו את הצורך במצוקה רגעית ולעומתם - יש שהדגישו, כי על המצוקה להיות מתמשכת. לא נקבעה הלכה מפורשת המגדירה יסוד זה. עכ"פ ברי לכל, כי מצוקה לעניין עוֹשֵׁק צריכה להיות משמעותית דיה כדי לחרוג מן המצב הרגיל בו נתון הנעשק ויש בה כדי להסית את דעת הנעשק.

חוסר ניסיון - האמור - בחוסר ניסיון אינהרנטי, הגם שאין פסיקה אודות כך.

• גריעות תנאים בחוזי מתנה

חוזה מתנה - חד צדדי הוא. על כן, קושי רב בקביעת עוֹשֵׁק לעורך חוזה מתנה - שכן אינו בנמצא מדד גריעות התנאים המאפשר לבחון זאת. הועלו הצעות בספרות המשפטית לפיהן, בחוזה מתנה לא תחול עילת העוֹשֵׁק מחמת הקושי שבהוכחתו - ובמקרה של חוזה מתנה יש לערוך היקש בינו להליך ה"השפעה בלתי הוגנת" אליו מתייחסים בצוואות. מאידך, יש שביקשו להכניס את עילת העוֹשֵׁק תחת הגג של חוזי מתנה - אך לשנות בחוזה זה את המבחן הנערך. אליבא דידם, במקום לבחון את גריעות התנאים - יש לבחון את הסבירות לעוֹשֵׁק בחוזה מתנה ספציפי, לאור הפרמטרים - טיב היחסים בין הצדדים, משך ההיכרות והיקף המתנה.

• תרופות בשל פגמים בכריתת חוזה

התרופה הבסיסית הנפסקת במקרה של פגם בכריתת החוזה הינה - ביטול והשבה. עם זאת, לנוכח ס' 22 - ניתן לפסוק במקרה הצורך גם תרופות פיצויים לאור פרק א'; כמו גם תרופות הניתנות מכח חוקי חוזים ספציפיים אחרים.

ביטול חלקי - לאור ס' 19, במידה וניתן להפריד את החוזה לחלקיו - והפגם נוגע אך באחד מן החלקים - אזי ניתן לבטל את החלק הספציפי ולהשאיר את שאר החוזה בתוקפו. זאת בתנאי, שחלק זה אינו "ליבו" של החוזה המהווה את סיבת ההתקשרות הצד שכנגד בו. במידה והחלק העומד בפני ביטול מעיב על ההתקשרות כולה (לנוכח פרמטרים אובייקטיביים) - אזי יש מקום לבטל את החוזה כולו.

השבה - כעולה מס' 21 - משבוטל החוזה חייב כל אחד מן הצדדים להשיב לשני את שקיבל מכח החוזה. במידה והשבת החפץ עצמו אינה מתאפשרת - אזי ניתן להשיב את שוויו.

תוכן החוזה

- פרשנות
- פרשנות תכליתית
- פרשנות חוזה
- השלמה
- השלמה מכח ס' 39
- סנקציה בגין הפרת חובת תו"ל
- שערך
- התערבות

• תוכן החוזה

כאשר נדרש ביהמ"ש לבחינת תוכנו של חוזה, פועל הוא בשלושה מישורים:

- א. פרשנות** - מתוך עקרון חופש החוזים, יש מקום לפרשנות נוסח החוזה מתוך כוונה לשמר את רצון הצדדים.
- ב. השלמה** - השלמת חסרים בחוזה מצטיירת ככלי הנוגד את עקרונות חופש החוזים. עם זאת, אין הדבר מדוייק, שהרי ההשלמה לא נועדה אלא למלא חללים אותם חיסרו הצדדים שלא במתכוון מתוך רצון לקיים את האמור בחוזה ולמעשה, באמצעות ההשלמה לפעול ליישום חופש החוזים.
- ג. התערבות** - לעתים, נדרש בית המשפט להתערב בנוסח החוזה. מישור ההתערבות עומד בסתירה חזיתית כנגד חופש החוזים. על כן, במשפט המודרני אין ההתערבות באה אלא בחוזים שאינם הוגנים. התערבות באה לידי ביטוי בכלים מספר: חקיקה קונגנטית, פעולות מכח עקרון תום הלב, תקנת הציבור ועוד.

• פרשנות

מטרת הפרשנות - לחשוף את כוונת הצדדים שהובילתם לכריתת החוזה. הגם שלפרשנות - כללים ועקרונות מנחים המעוגנים בחוק וברחבי הפסיקה - קשה הוא יישומם בכל המקרים המובאים בפני בית המשפט. ב-20 השנים האחרונות נקטה הפסיקה בגישתו של ברק ונהגה בדרך הפרשנות התכליתית.

• פרשנות תכליתית

פרשנות תכליתית שואפת לפרש את לשון הטקסט ע"פ מהותו התכליתית. שני סוגי תכליות הם: **תכלית סובייקטיבית** - מבררת את מטרת מחבר הטקסט - גם אם התוצר אינו משקף במאת האחוזים את כוונתו; ו**תכלית אובייקטיבית** - מבררת את תכלית הטקסט כמנותק ממחברו, לפי שורה של הנחות אובייקטיביות. כך למשל, לאור התכלית האובייקטיבית יש להעדיף את הפרשנות ההגיונית - אף במקרה בו מחבר הטקסט הינו אדם שאינו הגיוני בעליל.

אליבא דברק בספרו - כל טקסט משפטי צריך להיות מפורש לנוכח תכליתו. אך מהי התכלית? האם יש להיעזר בתכלית האובייקטיבית, או, אולי בסובייקטיבית? מתברר, כי תלויה התשובה בסוג הטקסט המשפטי. כך למשל, בצוואה - התכלית הסובייקטיבית הינה הבלעדית, שכן המסמך המשפטי לא נועד אלא לשקף את רצון כותבו. לעומת זאת, טקסט חוקתי יפורש ע"פ תכליתו האובייקטיבית בלבד. שכן מה עניין מחשבת המחוקק וכוונתו לחוקה שהינה רלוונטית בכל זמן וזמן. ברי, כי בפירוש חוקה - שומה על ביהמ"ש להיעזר בתכלית האובייקטיבית הרלוונטית לאותה תקופה. נראה, כי כך יש להתייחס גם לחוק שאינו חוקתי. עם זאת, כמובן שיש מצבים בהם יש לבחון גם תכליות סובייקטיביות, דוגמת תקנות שעה שנחקקו אך לזמן קצוב וכוונת המחוקק הינה משמעותית להחלת החוק בתקופות מאוחרות לחקיקתו.

• פרשנות חוזה

הפרשנות התכליתית בבחינת חוזה הינה ע"פ תכלית סובייקטיבית. זאת משום שיסוד החוזה הוא הסדרת רצון הצדדים וכוונתם. כמובן, כי התכלית הסובייקטיבית בחוזה - אינה חד צדדית, אלא משותפת לשני הצדדים. במידה ואין כל דרך לקביעת התכלית הסובייקטיבית המשותפת, יפנה בית המשפט לפרשנות תכליתית אובייקטיבית. כמובן, כי קיים הבדל מהותי בין חוזים המבוססים על הסובייקט (חוזי מתנה, חוזה שותפות ושאר חוזים בין אנשים פרטיים) לבין חוזים אחידים, בהם רצון אחד הצדדים אינו מהווה פאקטור - אזי יפנה ביהמ"ש לתכלית האובייקטיבית.

ראוי לציין, כי אף שבמקרים בהם פרשנות אובייקטיבית ופרשנות סובייקטיבית מובילות לאותה התוצאה היה די בציון הפרשנות הסובייקטיבית (שהרי היא העיקרית בבירור כוונת הצדדים ביחס לחוזה), יתמוך ביהמ"ש פסיקתו גם על התכלית האובייקטיבית, המהווה באופן עקרוני, חלופה לתכלית הסובייקטיבית.

ס' 25 לחוק החוזים מעגן שורה של כללים פרשניים. עם זאת, הפסיקה עושה שימוש בכלי פרשנות נוספים שאינם מנויים בלשון הסעיף, אלא התפתחו במרוצת השנים כפי שעולה מן הפסיקה.

ס' 25(א) דן בתכלית הסובייקטיבית ומגדיר שני פרמטרים לקביעת התכלית הסובייקטיבית המשותפת:

א. **נסיבות** - נסיבות חיצוניות לחוזה, אשר ארעו קודם לכריתתו ולאחריה ויש להן רלוונטיות לכריתת החוזה.

ב. **אומד דעת** - אומד דעת הצדדים נמדד באמצעות פרמטרים חיצוניים בלבד.

סעיפים **25(ב-ג-ד)** עוסקים בתכליות האובייקטיביות של החוזה:

25(ב) - סעיף זה מבוסס על ההנחה, כי במידה וטרחו הצדדים לכרות חוזה - אזי חזקה עליהם שנתכוונו הם להתקשר באופי חוזי. על כן במידה והתכלית הסובייקטיבית (כנדרש בס' 25(א))

מעידה, כי נתכוונו הצדדים לנסח את חוזה בלשון תמוהה המוליכה למבוי סתום, יפרש ביהמ"ש את החוזה באופן המקיים אותו מאשר באופן שאינו מקיים אותו.

25(ג) - במידה ומדובר בחוזה המשוויך לז'אנר חוזי בו מקובל להשתמש בביטויים שמשמעותם ידועה וחלוקים הצדדים בפני ביהמ"ש בדבר משמעות הביטוי - אזי יפנה ביהמ"ש לבחינת משמעות הביטוי בחוזים מעין אלו ויכריע ע"פ הנוהג המקובל.

25(ד) - במידה וברור, כי כוונת הצדדים היתה מסויימת, אזי שומה על ביהמ"ש לפרש את לשון החוזה באופן שישקף כוונה זו. במילים אחרות, מוטלת על ביהמ"ש לפרש באמצעות התכלית הסובייקטיבית, קודם שייגש לפרשנות תכליתית אובייקטיבית.

כאמור לעיל, שורת כלי פרשנות לפי התכלית האובייקטיבית התעצבה בפסיקה, להלן דגימת מקצתם:

א. **ביטוי חוזר** - במידה וביטוי כלשהו משמש באותו טקסט כמה פעמים, ועל אחת מהופעותיו אין מחלוקת בין הצדדים בדבר פרשנותו - אזי זו הפרשנות שתנתן לאותו הביטוי בשאר חלקי החוזה. זאת, כמובן בהיעדר פרשנות תכליתית סובייקטיבית הסותרת זאת.

ב. **תום לב** - פרשנות המובילה לתוצאה המגלמת את עקרון תום הלב עדיפה על פרשנות שאינה מובילה לכך. במילים אחרות - פרשנות הוגנת עדיפה.

ג. **פרשנות כנגד המנסח** - כאשר מנסח החוזה הוא אחד מן הצדדים וחלוקים הם בדבר משמעותו של ביטוי מביטוי החוזה, יעדיף בית המשפט את הפרשנות הנוגדת את גישת המנסח. סיבות הדבר - נובעות משיקולי צדק ויעילות. **שיקולי צדק** - מניחה הפסיקה, כי הצד שניסח הטה את החוזה לטובתו ועל כן בפירוש נגדי יש כדי להטות את הכף לטובת הצד השני ולאזן ביניהם. **שיקולי יעילות** - במידה והמנסח היה מקפיד על ניסוחיו, מחלוקת לא היתה מתגלעת. בגישתו זו, מנסה בית המשפט לגרום למנסחי החוזה להקפיד על ניסוח רהוט וברור, וכך למנוע פנייה לערכאות. כלל פרשני זה מוצא את ביטויו גם בהצעת הקודיפיקציה. ככלל, ס' 25 לחוק החוזים מצוי בהצעת הקודיפיקציה כמעט במתכונתו הנוכחית בס' 123.

כעולה מן הפסיקה, שתי גישות הן לפרשנות החוזה. בעבר, שלטה הגישה הדו-שלבית. לפיה יש לבחון את לשון החוזה תחילה, ובמידה ויש בכח לשון החוזה כדי להבהיר את כוונת הצדדים ואומד דעתם במעמד כריתת החוזה - אזי אין לפנות עוד לנסיבות בשלן נכרת החוזה, אלא לפסוק לנוכח לשון החוזה. גישה זו מצאה את ביטוייה במשפט האנגלי, כמו גם בישראלי (**פס"ד שטרן נ' זיונץ**). במרוצת השנים, שונתה גישה פרשנית זו והגישה הפרשנית השלטת עד ימינו אנו הינה פרשנות חד שלבית, לפיה עיקר תכליתו של החוזה מצוי בנסיבות בשלן הוא נכרת. הנסיבות אשר הובילו לכריתת החוזה משמשות נדבך מרכזי לפרשנות הסובייקטיבית. כמובן, כעולה מדברי ברק בפס"ד **אפרופים נ' מדינת ישראל** - אין לזנוח את לשון החוזה - אך זו היא רק נקודת המוצא

לפרשנות ואין מקום להסתפק בבחינת הלשון ללא מבט מעמיק בנסיבות שהובילו לכריתת החוזה. גישת ברק בפס"ד אפרופים התקבלה במשפט הישראלי ובה נעשה שימוש עד ועד בכלל..

• השלמה

לרוב, מנגנוני ההשלמה הינם הוראות החוק הדיספוזיטיביות. במשפט האנגלי בו נתפס חופש החוזים כעקרון על וכפשוטו גם השלמה נחשבה כהתערבות שאינה ממין החוזה. על כן התפתח במשפט האנגלי מנגנון השלמתי, שכלפי חוץ נראה כאילו אינו גורם להתערבות בחוזה והוא - "תנאי מכללא" - תנאי משתמע. משמעות תנאי מכללא הינה, כי ביהמ"ש "משלים" חסר המצוי בחוזה מתוך כוונת החוזה כפי שהיא מגולמת בחוזה עצמו. כך למעשה - ביהמ"ש אינו מתערב באמצעות כלים חיצוניים לחוזה, חופש החוזים נשמר והחסר מושלם. גישה זו אף היתה מקובלת במשפט הישראלי תקופה לא מבוטלת ועדיין ניכרת השפעתה, אם כי אין היא הגישה הדומיננטית.

כאשר ניגש ביהמ"ש להשלמה באמצעות תנאי מכללא, עומדים בפניו שני מבחנים מצטברים. הראשון, אותו מכנה ד"ר גלברד - "הטרדן המתערב" - לפיו בעיני השופט מצטיירת תמונת רגע כריתת החוזה, אשר במהלכו מציץ מבעד לכתפי הכותרים אדם ה"מזכיר" לצדדים כי שכחו להכניס פרט זה או אחר, במידה ומן החוזה משתמע, כי הצדדים הוציאו פרט זה מן החוזה במתכוון, אזי אין לו לשופט להשלימו מכח תנאי מכללא - שכן הדבר פוגע ברצון הצדדים. מאידך, במידה ואין עולה מן המבחן, כי הצדדים התעלמו במתכוון מן הפרט וייתכן כי היו מכניסים אותו לחוזה - אזי השופט ישלימו מכח תנאי מכללא. המבחן השני העומד בפני השופט - הוא **מבחן התכלית**. על השופט לבחון את הפרט החסר-המשתמע במסקפי תכלית החוזה. במידה והתנאי עולה בקנה אחד עם אופיו של החוזה, אזי ישלימו השופט מכח תנאי מכללא.

• השלמה מכח ס' 39

גישה זו, לפיה יש להשלים חוזים תוך שמירת עקרון חופש החוזים באמצעות מנגנון תנאי מכללא אינה קונה שביתה במשפט הישראלי. הש' ח' כהן ובעקבותיו הש' ברק הכריעו, כי יש להשלים חוזה מכח ס' 39 לחוק החוזים, המחייב תום לב במילוא חובות הנדרשות מן החוזה ולא ע"י תנאי מכללא. לגישה זו יתרון מרכזי והוא - התחשבות בשיקולי הגינות אובייקטיבים תוך המנעות משיקולים סובייקטיביים. בפס"ד בג"ץ **שירותי תחבורה** הונחה תשתית תיאורטית ראשונית להשלמה מכח ס' 39. עם זאת, גם קושי בגישה זו, שכן על פניו נראה, כי הוראות ס' 39 חלות רק על חיובים עליהם הוסכם בחוזה עצמו.

כעולה מלשון הס', קיום של חובה הנובע מחוזה מחוייב להיעשות בדרך מקובלת ובתום לב. עד לבג"ץ שירותי תחבורה - גישת המשפט לחוזה ראתה את החוזה כבסיס ליריבות בין צדדים. מפס"ד זה שונתה הגישה והמשפט החל להתייחס לחוזה כאל בסיס לשותפות ולא לעוינות. לאור זאת, אליבא דהגישה הארכאית - אין לצדדים לעשות דבר שאינו מחוייבים הם לו מן החוזה, על כן גם הוראות ס' 39 יחולו רק על חיובים הנובעים מן החוזה. לעומת זאת, הגישה המודרנית שואפת לקיים את השותפות, ועל כן אליבא דידה יש לערב בקיום החוזה גם מרכיבים שאינם מצויינים בו בפירוש. במילים אחרות ולאור העולה מדברי ברק בבג"ץ שירותי תחבורה - התפישה

המודרנית שמה במוקד את האינטרס המשותף המבוטא בחוזה, בעוד שהתפישה הארכאית שמה במוקד את האינטרס האישי.

אליבא דברק - לשון ס' 39 צרה היא עד מאוד ואינה מכילה את כלל הוראות חוק זו. אליבא דברק, ס' 39 מתייחס, אמנם, בראש ובראשונה לזכויות וחובות הנובעות מן החוזה עצמו - אך בכך לא נסתם הגולל. זכויות וחובות שאינן חלות מתוך החוזה נכללות אף הן בסעיף זה. ראייה לדבר - גם חוק התרופות מאפשר סעדים שאינם מופיעים בתוככי חוזה כלשהו. כלומר, לשון החוזה אינה מגבילה מתן סעדים חיצוניים לחוזה.

קביעת רף ההגינות המצופה מוטלת על ביהמ"ש ונעשית ע"פ מדדים אובייקטיביים. ברק **בבג"ץ שירותי תחבורה**, מייתר למעשה את הצורך בדרישת החוק לדרך מקובלת, שכן המבחן הרלוונטי - אובייקטיבי הוא ואין בדרך מקובלת כדי להשפיע על כך. גם מבחן זה - הוא המבחן האובייקטיבי המרוכך - אובייקטיבי-סובייקטיבי, בדמות: "המתקשר הסביר".

לנוכח דברי ברק **בבג"ץ שירותי תחבורה** עולה בבירור, כי ס' 39 כשלעצמו משמש כמנגנון השלמה. אליבא דברק, חובת ההתנהגות בתו"ל טומנת בחובה את האפשרות להוסיף חיובים על חיובי החובה הנדרשים מחמת עקרון תום הלב. למעשה, השלמה מעין זו - יצירת חיוב חוזי חדש היא.

לעומת גישתו של ברק (בה החזיק גם השי' בייסקי **בפס"ד לסרסון**), כי יש לראות בס' 39 מנגנון השלמה חוזי, חלק משופטי ביהמ"ש העליון החזיקו בשיטה הופכית לשלו. חלקם החזיקו בה עד לפנסיה, חלקם שינו דעתם וחברו לברק (השי' בן פורת, למשל, סברה **בפס"ד לסרסון** כי אין בכחו של ס' 39 כדי להוות מנגנון השלמה ושינתה דעתה ברבות הימים). המתנגד החריף ביותר לגישתו זו של ברק, היה השי' אלון. אליבא דאלון (כמופיע, בין היתר **בפס"ד לסרסון**), אין בכחו של ס' 39 להוסיף חיובים חוזיים אודותיהם לא הסכימו הצדדים בכריתת החוזה. לדבריו, החלת חיובים שאינם מוסכמים מעמידה את עקרון הוודאות בסימן שאלה, שכן יודע האדם כיצד נכנס הוא להתקשרות החוזית, אך אין הוא יודע כיצד היא תסתיים. אף **שפס"ד לסרסון** היה מאוחר **מבג"ץ שירותי תחבורה**, לא היה בו כדי לשנות את הלכת **בג"ץ שירותי תחבורה**.

• סנקציה בגין הפרת חובת תו"ל

ניכר הדבר, כי בס' 39 אינה מנוייה סנקציה כנגד הנוהג שלא בתום לב. עם זאת, כדברי ברק **בבג"ץ שירותי תחבורה** - אין ללמוד מכאן, כי הפרת ס' 39 משוללת סנקציה. אליבא דברק הפרת חובת תו"ל גוררת בעקבותיה פסיקת כל סנקציה אפשרית מחמת הנסיבות ואף מנה הוא אותן בפסק דינו. ראוי לציין, כי הסנקציות אותן מנה ברק **בבג"ץ שירותי תחבורה** אכן מומשו שנים רבות לאחר מכן ואף ממומשות בהווה.

• שערך

אחד מיישומיו של ס' 39 כמנגנון השלמה נוגע בקביעת שערך. כך, במידה ובתקופת חוזה חווה השוק שינויים אינפלציוניים דרסטיים אודות הסדרתם לא סיכמו הצדדים דבר בחוזה -

משמש ס' 39 להגנת הנפגע. הקושי הניצב בפני ביהמ"ש בקביעת שערורך חל בתקופת החוזה המקויים (טרם ההפרה). זאת משום שלאחר הפרת החוזה טרם מתן פסק הדין - השערורך מחוייב מכח חוק התרופות. לאחר מתן פסק דין - מחוייב השערורך מכח חוק רבית והצמדה. כך יוצא, שפרק הזמן לגביו על ביהמ"ש להתערב, הוא פרק הזמן הקודם להפרת החוזה.

בפס"ד נוביץ' נ' לייבוביץ' טען ברק, כי עקרונית אל לו לביהמ"ש להתערב בתקופת החוזה המקויים - זו הגישה אשר רווחה בבתי המשפט בראשית תקופת האינפלציה. במרוצת השנים, עת גאתה האינפלציה - לא יכול היה ביהמ"ש להתעלם מן ההיבט האינפלציוני וחוסר האיזון אשר נוצר בגללו ביישום הסכמות חוזיות. כשאך החלו להתעסק בתי המשפט עם השינויים האינפלציוניים והתאמותיהן לתקופת החוזה המקויים, הודגש בפסיקה, כי אין מדובר בהשלמה - אלא בפרשנות, אף שבפועל - נקט ביהמ"ש בטכניקות של השלמה. כך ניתן למצוא בפס"ד **עמר נ' מנהל מקרקעי ישראל ונודל נ' פינטו**. כך למשל, בפס"ד **נודל** נקט הש' לוי בפרשנות חד שלבית וירטואוזית למדי ע"מ להגיע למסקנתו. במהרה השכילו השופטים, כי פרשנות אינה מתאימה לסוגיות של שינויים אינפלציוניים דרסטיים, שכן הפרשנות אינה משקפת את רצון הצדדים בדבר אופן חישוב המדד האינפלציוני לגבי החוזה שכתרו. על כן, לא נותר לביהמ"ש אלא להוסיף לחוזה את נוסחאות החישוב הנ"ל, וזאת עשה ביהמ"ש מכח ס' 39 כמנגנון השלמה חוזי.

בפס"ד אתא התבטא ברק, כי השלמה מכח ס' 39 יכולה להתבצע אך במקום בו ברור, כי אין מדובר בהסדר שלילי. זאת ועוד, ציין ברק, כי יש להעדיף פרשנות על פני השלמת אופן חישוב המדדים - במקום בו רצון הצדדים ברור. לעומת זאת, במקרה בו נכרת חוזה לתקופה מסויימת מתוך מחשבה, כי הפערים האינפלציוניים לא יהיו דרסטיים בין מועד הכריתה למועד הקיום - אזי ברור, כי יש מקום לבצע השלמה.

• התערבות

התערבות ביהמ"ש בחוזה, מתאפשרת בכמה אופנים:

א. **חקיקה קוגנטית** - במידה והסכימו הצדדים בניגוד להוראות חוק קוגנטיות, אזי אין להסכמתם כל תוקף וביהמ"ש יתערב בחוזם ויתאימו להוראות החוק.

ב. **ס' 39** - במקרים מסויימים, נעזר ביהמ"ש בס' 39 למטרות התערבות. היתרון בשימוש בס' זה הוא בכך שההתערבות היא נקודתית ואינה משפיעה על החוזה כולו. ביהמ"ש מפעיל את ס' 39 למטרת התערבות במקרים בהם שיקולי הצדק מורים, כי יש לנהוג כן. כך למשל, במקרה בו אחד מצדדי החוזה נתון במעמד נחות לעומת רעהו. במצב בו שני הצדדים שווי מעמד - ס' 39 ישמש להשלמת חסרים, אך לא להתערבות.

ג. **ס' 30** - שימוש בס' זה מאשר להתערב בחוזה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או כזה הסותר את תקנת הציבור. ס' 30 מאפשר את ביטול החוזה כולו.

ד. **חוק החוזים האחידים** - מאפשר ביטול תנאים מקפחים בחוזים אחידים.

חוזה פסול

- חוזה הסותר את תקנת הציבור

- חוזה בלתי מוסרי
- תוצאת הבטלות - ס' 31

- ס' 30 לחוק

- חוזה בלתי חוקי

• חוזה פסול - כללי

תפישת המשפט הארכאית ראתה חוזה בלתי חוקי, כאילו היה בטל ולא נשא שם חוזה עליו. לתפישה זו שתי מגרעות עיקריות: בתי המשפט לא טיפלו בחוזים מעין אלו במקרים בהם בוצעו חלקם ולעתים, נעשה עוול עם הצד הנפגע. מגרעות אלה הובילו את בתי המשפט לבחון חוזים אלו כאילו היו חוקיים ואך הופרו או נפגמו מחמת סיבה כלשהי. כך נוצר מצב פרדוכסאלי בו - כו"ע הבינו, כי בחוזה פסול עסקינן, בעוד שביהמ"ש התייחס אליו כחוקי.

ברבות השנים שונתה התפישה. פועלו היוצא של שינוי התפישה הוא הבנת ביהמ"ש, כי יש מקום לפסוק השבה במקרים של חוזה פסול. זאת ועוד, תוקנו סעיפי חוק החוזים המסדירים את טיפול ביהמ"ש בחוזים פסולים. כך למשל, ס' 31 העניק לביהמ"ש את הסמכות להורות על אכיפת חוזה פסול, במידה ושיקולי הצדק מחייבים זאת.

• ס' 30 לחוק

ס' זה מונה 3 קטגוריות של חוזים פסולים: חוזה בלתי חוקי, בלתי מוסרי, סותר את תקנת הציבור. להגדרת חוזה כאחד מאלו, נדרשת עמידה באחד משלושת הפרמטרים: כריתה תוכן או מטרה.

• חוזה בלתי חוקי

א. **תוכן** - הגדרת "בלתי חוקי" אינה מתייחסת להוראות חוק דיספוזיטיביות, אלא אך להוראות חוק **קוגנטיות-עונשיות** (חוזה רצח, גניבה וכד'). עולה אפוא, כי חוזה הנועד למטרת עבירה המצויינת בחוק העונשין - הריהו חוזה פסול מכח ס' 30 לחוק. בשונה מהוראות קוגנטיות-עונשיות, אין קביעה חד משמעית בפסיקת בית המשפט העליון ביחס להוראות חוק קוגנטיות-רגולטוריות (חוזים וכד'), הגם שבתי משפט מחוזיים פסקו, לעתים, לפסול מעין אלו גם כן. עכ"פ, אין בדבר הלכה מחייבת ונתון הדבר לפרשנות.

ב. **כריתה** - הכוונה למקרים בהם מופרת הוראת חוק קוגנטית העוסקת בפרוצדורת הכריתה. כך למשל, חוק חובת מכרזים קובע, כי רשות ציבורית מחוייבת לכרות חוזה מתוך מכרז - במידה ולא נהגה הרשות כנדרש בחוק, הרי שנעשתה הכריתה באופן המגדיר את החוזה כבלתי חוקי, ופסול הוא מכח ס' 30 לחוק החוזים.

ג. **מטרה** - ברוב המקרים תהא חפיפה בין אי חוקיות בתוכן החוזה לאי חוקיות במטרתו. האבחה בין מטרה לתוכן רלוונטית אך במקרה בו המטרה הבלתי חוקית ידועה רק לאחד מן הצדדים לחוזה. במקרה כזה, בו נפגע דווקא הצד התמים - ייתכן ועל ביהמ"ש לפעול מכח ס' 31 ולפסוק השבה או פורמט תרופתי אחר. מנגד, ייתכן ומוטל על ביהמ"ש לפסוק לטובת הצד התמים מכח חוק התרופות, בגין הפרת חוזה. הדבר תלוי במח' פרידמן ושלו. נראה, כי הפסיקה נוטה לפסוק לטובת הצד התמים מכח חוק התרופות.

• חוזה הסותר את תקנת הציבור

ביחס לחוזה הסותר תקנת ציבור אין משמעות לכריתתו או מטרתו, אלא אך לתוכנו. מהותה של תקנת הציבור הינה אמורפית ומשתנה בהתאם לנסיבות העניין, כעין השלמה מכח ס' 39. בעבר פירושו של המושג "תקנת הציבור" היה מצומצם למדי וכלל רק 3 מצבים:

א. פגיעה בחירותו של אדם - למשל, חוזה או תנאים בו המגבילים חופש עיסוק של עובד באופן שאינו נדרש ע"מ להגן על אינטרס המעסיק.

ב. סעיפי חוזה הפוטרים צד מאחריות לנזקי גוף שגרם ברשלנות - כעולה מפס"ד **מניאר נ' צים וטרמפולין נ' נחמיאס** - במידה ותנייה חוזית פוטרת צד מאחריות לנזק גופני שנגרם ברשלנות - אזי סותרת היא את תקנת הציבור והחוזה פסול הוא מכח ס' 30 לחוק.

ג. חוזה שתוכנו לא מוסרי - עקרון זה צומצם לעניין אחד בלבד, והוא - חוזה על הבטחת נישואין כאשר המבטיח או המובטח אינם תלויים, אלא נשואים לבני זוג אחרים. חוזה מעין זה אינו מוסרי. עקרון זה נובע מן המשפט האנגלי שבעניין זה מבוסס על הקתולים.

כאמור לעיל, בעבר פירושו של המושג היה מצומצם לכדי 3 קטגוריות אלה בלבד. צמצום זה נבע מחמת:

א. חשיבות יתר לחופש החוזים אפשרה רק לשני גורמים לגבור עליו: הגבלת חירות ופגיעה בגוף.

ב. בתי המשפט לא היו מיומנים בעבר בפסיקת נורמות שאינן פורמליסטיות המונעות משיקולים ערכיים.

ג. באותן שנים לא היתה לבתי המשפט סמכות לעסוק בחוזה "בטל" וע"כ העדיפו הם שלא להרחיב את מרכיבי תקנת הציבור.

ברבות השנים, סיבות אלה הפכו לא רלוונטיות מחמת צמצום חופש החוזים, פיתוח מיומנות הפסיקה בהפעלת נורמות ערכיות ומתן כלים לטיפול בחוזים פסולים באמצעות חוק החוזים. לאור כל זאת, לא היה עוד מקום לשמר את צמצום הגדרתו של עקרון תקנות הציבור. התמורות שארעו בהחלט ס' 39, מצאו את ביטויין גם בהרחבת עקרון תקנת הציבור. בימינו, תקנת הציבור נתונה לשיקול דעת השופטים בכל מקרה ומקרה בגין נסיבות המקרה ושיקולים נוספים.

- **חוזה בלתי מוסרי**

בפס"ד פלונית קבע ביהמ"ש, כי קטגוריה זו אינה שייכת עוד.

- **תוצאת הבטלות - ס' 31**

ס' 31 מחיל את הוראות ס' 19 (ביטול חלקי) גם על חוזים פסולים. כמו כן, מחיל ס' 31 את ס' 21 (השבה בגין ביטול) על חוזה פסול. לאור ס' 31(סיפא) רשאי ביהמ"ש, לאור שיקולי צדק לפסוק לאכיפת החוזה. זאת בתנאי שאחד מן הצדדים קיים את חיובו החוזי. מן הפסיקה (פס"ד שלוש ובארי) עולה, כי שלושה הם שיקולי הצדק העומדים לרשות ביהמ"ש מכח ס' 31 :

א. אכיפה הכרחית כדי למנוע מחוטא להיות נשכר. (פס"ד שלוש)

ב. החוזה היה מקויים ככתבו וכלשונו במידה והיה חוקי. (פס"ד שלוש)

ג. מניעת פגיעה בצדדים חיצוניים תמי לב. (פס"ד בארי)

יחס בין ס' 13 (חוזה למראית עין) לס' 30 (חוזה פסול) - לעתים, חוזה נכרת למראית עין לטובת מטרה שאיננה חוקית (דוגמת הערמה על רשויות המס). לכאורה, בין אם ייבחר החוזה במשקפי ס' 13 ובין אם במשקפי ס' 30 - בטל הוא. עם זאת, לסיווגו כחוזה למראית עין - יש השלכות, שכן הוראת ס' 31(סיפא) (אכיפת חוזה פסול) לא תחול בכל מקרה של חוזה למראית עין. שנית, מכח ס' 13 - צד ג' תם לב אשר התקשר בחוזה בעקבות החוזה למראית עין זכאי לאשר הסתמך בכריתת החוזה - הוראה שאינה תקפה כאשר יוגדר חוזה כפסול מכח ס' 30 ותופעל בשל כך הוראת האכיפה מכח ס' 31(סיפא).

- תניית הפנייה
- חוק החוזים האחידים - כללי
- תנאי מקפח בחוזה אחיד
- בימ"ש ובי"ד
- חזקות קיפוח - ס' 4

• תניית הפנייה

תניית הפנייה הינה כינויו המשפטי של סעיף חוזי המפנה אל מסמך חיצוני לחוזה בו מצויים תנאים נוספים החלים על החוזה, הגם שאינם מצויינים בו. לשימוש בתניית הפנייה סיבות מספר: תנאים ויזואליים (חוזה כרטיס בקני"מ קטן) ונוחות - שימוש בתניית הפנייה מבטל את הצורך בניסוח חוזה מחדש ומאפשר שימוש בתנאים קיימים. יש לציין, כי בשיטת תניית הפנייה עשה ביהמ"ש שימוש כמנגנון התערבותי.

המשפט האנגלי מבחין בין תניית הפנייה בחוזים רגילים לכאלה שבחוזי כרטיס. בעוד שתניות הפנייה בחוזים רגילים הינן קבילות וראויות (מתוקף עקרון חופש החוזים), הרי שבחוזי כרטיס הערים המשפט האנגלי קשיים ודרישות ביחס לתניות הפנייה. כך, חייבה הפסיקה האנגלית, בתניית הפנייה ע"ג חוזה כרטיס: הדגשה, כי לכרטיס משמעות חוזית והדגשת הפנייה. בנוסף, חייבה הפסיקה האנגלית, כי המסמך אליו מפנה התנייה יהיה בר קיימא ושיהיה ניתן לקראו.

תפישה אנגלית זו, היא שעמדה בבסיס תפישת המשפט הישראלי. כך למשל, בפס"ד גיונשירוביץ נ' מפעל הפיס (מאוזכר בפס"ד ייטח), ממנו עלה בבירור כי הפסיקה הישראלית ראתה בתניית הפנייה כלי התערבותי. שכן, ביהמ"ש הכריע במקרה זה, כי תניית הפנייה הפנתה לתנאי הוגן - משמע שאם התנאי היה לא הוגן היה ביהמ"ש מבטל את חוזה הכרטיס שהתקשר בו גיונשירוביץ.

התערבות באמצעות תניית הפנייה היתה מקובלת במשפט הישראלי כל זמן שכלי התערבות מתקדמים יותר לא היו בנמצא. מיום שעומדים לביהמ"ש כלי התערבות כעקרון תום הלב ("הוראה מלכותית") ועוד, הרי שלא נצרך ביהמ"ש לבחון את הגינותן של תניות הפנייה.

• חוק החוזים האחידים - כללי

חוק החוזים האחידים נחקק ע"מ לצמצם את פערי הכוחות שבין הצדדים לחוזה אחיד, שכן ברוב החוזים האחידים ידו של הספק על העליונה (מתוך ריבוי ידע, כח ועוד). לחוזה אחיד יתרונות רבים, אך חסרונו הגדול - היעדר מתן בחירה ללקוח. החוזה אינו משקף את רצון הלקוח במלא מובן המילה - מכאן התוקף להתערבות בחוזה אחיד, כאשר תנאיו מקפחים את הלקוח. לחוק החוזים דהשתא קדם חוק מ-1964. בחוק הקודם נפלו פגמים דוג' - הגדרות מצמצמות של

"ספק" ו-"לקוח", כמו גם רשימה סגורה של תנאים בגינם ניתן לבטל את החוזה. מעל לכל, הבעיה המשמעותית ביותר בחוק משנת 64' היתה, ככל הנראה, שהקדים הוא את זמנו. שכן, באותם הימים רווחה התפישה לפיה אין להתערב בחוזה מתוך עקרון חופש החוזים. בחוק שנחקק ב-1982 תוקנו הליקויים. כמו כן, שינוי התפישות ביחס לעקרון חופש החוזים העניק לגיטימציה להתערבות והחלת החוק במצבים השונים.

בס' 1 לחוק נמנית מטרתו. מטרה, אשר כל ייעודה להורות לביהמ"ש, כי במקום בו יש להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים - אזי יש לעשות כן מכח חוק זה.

ס' 24 - בס' זה מצויין, כי אין חוק החוזים האחידים מונע שימוש בדוקטרינות מחמת חוק החוזים (חלק כללי) וחוק החוזים (תרופות).

ס' 23 - ס' זה מסייג את תחולת החוק:

א. תנאי הקובע את התמורה הכספית - אינו מקפח. זאת משום שחזקה על הלקוח שקרא את ס' התמורה, הבינו והסכים לו.

ב. תנאי החוזר על הוראות חוק - במידה ותנאי בחוזה האחיד חוזר על הסדר שנקבע בחוק - לא יתערב בו ביהמ"ש. זאת משום שחזקה על המחוקק שלקח בחשבון את השיקולים הרלוונטיים בטרם תיקן את החוק. בפס"ד **אגד וכדורגל** נקבע, כי חיקוק לעניין ס' זה הינו אך ורק חיקוק המתפרסם בחוקי המדינה מטעם הרשות המחוקקת, או בחקיקת משנה מטעם הרשות המבצעת. אין כוונת ס' זה לתנאים הנובעים מחיקוק - דוג' תקנון.

ג. הסכם בינ"ל - במידה ומדינת ישראל חתמה על אמנה בינ"ל, אזי הגם שאין האמנה מחייבת את כלל האזרחים כחוקי המדינה, עדיין במידה ובחוזה מצוי תנאי מכח אמנה זו - אין לביהמ"ש להתערב.

ד. ביהמ"ש לא יתערב בחוזים קיבוציים (שנכרתו לפי חוק הסכמים קיבוציים).

ס' 2 - ס' ההגדרות

"חוזה אחיד" - נוסח חוזה שכל תנאיו או מקצתם נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים. במידה ובין חוזה אחיד למשנהו משתנים תנאים מסויימים, עדיין יתייחס ביהמ"ש לתנאים הזהים בכל החוזים כתנאי בחוזה אחיד ויבחן במידת הצורך האם יש מקום להתערב בו מחמת תנאי מקפח. במידה והחוזה מיועד לשימוש מול פלח אנושי מצומצם אזי - אין הוא חוזה אחיד, כמובן שתלוי הדבר בנסיבות העניין.

"ספק" - מנסח החוזה המכתיב את תנאיו הוא הספק. למעשה, ספק הינו - ספק החוזה.

• תנאי מקפח בחוזה אחיד

ס' 3 - "תנאי מקפח" - הס' אינו מגדיר מהו תנאי מקפח. הוראת ס' זה הינה כללית ע"מ לאפשר ללקוח לטעון בגין כל ס' בחוזה, כי מקפח הוא - בכפוף לשיקולי ביהמ"ש. נטל הוכחה זה אינו פשוט כלל ועיקר. על כן, לעזרת הלקוח נחלץ **ס' 4** לחוק המונה חזקות, אשר אם מתקיימת

אחת מהן ביחס לתנאי - הרי שנטל ההוכחה עובר לספק - ועליו יהיה להוכיח, כי התנאי אינו מקפח.

לקביעת תנאי כמקפח, על ביהמ"ש לתת דעתו למכלול הנסיבות הכרוכות בכריתת החוזה. כך למשל, כאשר הספק הוא מונופול, גובר חשש הקיפוח. לקביעת הקיפוח אימצה הפסיקה (פס"ד גד, ח"ק נ' קסטנבאום) את המבחן לפיו בוחנים אם התנאי המקפח מגן על אינטרס לגיטימי של הספק באופן מידתי. עולה אפוא, כי בקביעת תנאי מקפח - שני שלבים:

א. הגנה על אינטרס לגיטימי.

ב. ההגנה מידתית ואינה חורגת מן התחום הסביר.

מבחן נוסף אשר עלה בפסיקה הוא - נגיעת התנאי לליבת העסקה. לפיו, תנאי הנוגע לליבת העסקה יעורר פחות התערבות מאשר תנאי שאינו בליבת העסקה, אלא בסובב אותה.

• בימ"ש ובי"ד

כל ערכאות בתי המשפט מוסמכות לדון בחוזים אחידים. לרוב, בית המשפט יעסוק במקרי קיפוח שארעו בעבר, טרם באה הסוגייה בפניו. לעתים, יעסוק ביהמ"ש במקרי קיפוח עתידיים או אלו המתרחשים בהווה. על כל פנים, החלטות ביהמ"ש תקפות רק לאותו המקרה המובא בפניו גופא - פסיקת in person.

לעומת זאת, פרק ב' של החוק מתאר את הקמתו של בית הדין לחוזים אחידים. בבי"ד זה מתבצעים שני הליכים:

א. **בקשת אישור לחוזה אחיד** - יכול ספק לפנות לביה"ד בבקשה לקבלת אישור לחוזה האחיד שברשותו. אישור זה מוטבע ע"ג החוזה ומעניק לספק 5 שנים של שקט ובטחון מפני תביעות להכרה בתנאיו כתנאים מקפחים. אמנם, ע"פ חוק ליועמ"ש יש סמכות לפנות לביה"ד בדרישה להסיר את חותם הכשרות - אך סמכות זו לא נוצלה מעולם. עם מנגנון בקשת האישור - בעייה מהותית והיא, כי כל ספק זכאי לפנות לביה"ד ולבקשו. עובדה המביאה לבזבוז כספי ציבור לריק. בקודיפיקציה שונה במעט ההליך וניתנה סמכות לביה"ד להחליט באם מדובר בבקשת אישור בעלת אינטרס ציבורי בטרם יפנה לבחינת החוזה האחיד המדובר.

ב. **בקשת ביטול תנאי מקפח** - בשונה מביהמ"ש, לביה"ד סמכות לפסיקת in rem המחייבת את כלל החוזים האחידים בהם מצוי תנאי מקפח. בקשת ביטול מוגשת לביה"ד רק ע"י גופים ציבוריים המנויים בס' 16א, דוג' - יועמ"ש, ממונה על הגנת הצרכן וכו'. הבדל מהותי נוסף בין ביה"ד לביהמ"ש הוא, כי ביטול תנאי מקפח אינו מחייב, כי החוזה האחיד ייכרת בפועל - די בתנאי מקפח פוטנציאלי ע"מ שביה"ד יבטלו בכל החוזים האחידים במ הוא מצוי. מס' 18(ב) לחוק עולה, כי תחולת הביטול היא גם רטרואקטיבית, במידה ומחליט ביהמ"ש להורות כך.

• חזקות קיפוח - ס' 4

כאמור לעיל, במידה ובחוזה האחיד מתקיימת אחת מן החזקות הבאות לגבי תנאי כלשהו, הרי שנטל ההוכחה בדבר אי קיפוחו של התנאי עובר לספק, ואלו הן:

1. במידה ותנאי בחוזה פוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שחייב בה ע"פ חוק - עומד הוא בחזקת קיפוח. חזקה זו מעניקה לחוקים דיספוזיטיביים נופך קוגנטי בכל הקשור לחוזים אחידים. זאת מפני שבמידה והתנה הספק על הוראת חוק דיספוזיטיבית באופן מקפח - יבטלו ביהמ"ש ובכך הופך הוא את הוראת החוק למעין קוגנטית.

2. תנאי המאפשר לספק זכות בלתי סבירה לבטל או לדחות את ביצוע החוזה, או חלק מרכיביו המהותיים - עומד בחזקת קיפוח. ייתכן ובמקרה בו קיים איזון בין זכות הספק להשתחרר מן החוזה לזכותו של הלקוח לעשות כן - אזי אין בכך משום תנאי מקפח.

3. תנאי המקנה לספק זכות להעביר אחריות לצד שלישי. למשל, במכר דירות זכות הלקוח היא למול הספק ולא למול הקבלן.

4. תנאי המאפשר לספק לשנות, לאחר כריתת החוזה ועל דעת עצמו בלבד, מחיר או חיובים מהותיים בחוזה. כזכור, ס' 23 לחוק החוזים (חלק כללי) הורה, כי אין להתערב במחיר המוסכם בחוזה. חזקה זו באה למנוע אפשרות, כי הספק מותר מקום בחוזה לשינוי המחיר המוסכם על סמך "דעתו בלבד". פס"ד העוסק בחזקת קיפוח זו - פס"ד משען. כמובן, כי במידה ובחוזה מצוי תנאי המאפשר את עדכון התמורה החוזית בהתאם לשינויים אינפלציוניים - אין בכך כל קיפוח, שכן אין הדבר תלוי בדעתו הבלעדית של הספק - אלא תלוי מדדי שוק אובייקטיביים חיצוניים לחוזה האחיד הספציפי. במצב בו יש בחוזה תנאי בו נמנה מחיר ולצידו נמנית אפשרות להעלותו עד תקרה מסוימת - אזי ייתכן ותנאי זה יעמוד בחזקת הקיפוח בהתחשב בנסיבות. כך למשל, במידה ותקרת הגג אינה סבירה - הרי שתנאי זה יעמוד בחזקת הקיפוח. לעומת זאת, במידה ותקרת הגג עומדת בקני"מ סביר ותלוייה בפרמטרים אובייקטיביים הנתנים לפיקוח שאינם פרי דמיונו של הספק בלבד - אין היא עומדת בחזקת הקיפוח כפי שנקבע בפס"ד איתוראן נ' היועמ"ש.

5. תנאי המחייב את הלקוח להזקק באופן בלתי סביר לשירות הספק או גורם אחר ובכך מגביל הוא את חופש הלקוח להתקשר עם מי שחפץ - עומד בחזקת קיפוח.

6. תנאי המצמצם זכויות או תרופות ע"פ חוק עומד בחזקת קיפוח.

7. תנאי המעביר את נטל ההוכחה לגורם שלא היה חייב בכך ע"פ דין - עומד בחזקת קיפוח. חזקה זו, למעשה, מוצאת את ביטוייה בחזקות 1 ו-6 גם יחד.

8. תנאי השולל מן הלקוח או מגבילו לטעון טענות משפטיות בפני ערכאה שיפוטית. חזקה זו שונה מן האמור בס' 5 לחוק העוסק בתנאי מקפח השולל אפשרות להגשת תביעה ובטל מעצמו (זאת משום ששלילת אפשרות זו פוגעת בזכות יסוד).

9. תנאי בדבר מקום שיפוט בניגוד לדין - בחוזים אחידים רבים מצוי תנאי מעין זה. חרף חזקת הקיפוח המנוייה בחוק, ביהמ"ש העליון פסק ביחס לחזקה זו באופנים סותרים. כך למשל, נפסק כי בהתניית מקום שיפוט יש משום הגנה לגיטימית על הספק (שכן אם עיסוקיו בכל רחבי הארץ, אין בתנאי זה משום היעדר לגיטימיות) ובנוסף - מדינתנו אינה רחבת ידיים עד כדי כך, כי ייטען כלפי תנאי כזה שמצריך מאמץ שאינו מידתי. לעומת פסיקות מעין אלה, נפסק גם להעמיד תנאי מעין זה בחזקת קיפוח.
10. תנאי הקובע, כי סכסוך בדבר החוזה האחיד יועבר לבוררות, כשלספק השפעה גדולה יותר על קביעת הבוררים ומקום מושבם - עומד בחזקת קיפוח.

- חוזה על תנאי (ס' 27 לחוק החוזים הכללי)
- סיכול התנאי (ס' 28)
- בטלות חוזה או התנאה (ס' 29)

• חוזה על תנאי (ס' 27 לחוק החוזים הכללי)

חוזה על תנאי נותן מענה לצדדים אשר גמרו בדעתם לכרות חוזה, אך אינם מוכנים ליטול סיכונים ביחס לתנאי עתידי שהתרחשותו לוטה בערפל. התנאי המדובר הוא, לרוב, תנאי חיצוני לעסקה ואינו ממרכיביה המהותיים. כמו כן, התנאי חייב להיות כזה שהתרחשותו העתידית אינה וודאית כלל ועיקר. הגם שס' 27 מתייחס לתנאי שהינו פרי דמיונם של הצדדים, הפסיקה ראתה גם דרישות רגולטוריות כתנאי מתלה, למשל - דיני הכשרות, כבפס"ד שרף נ' אבער. החוק מכיר בשני סוגים של תנאי כזה:

- א. **תנאי מתלה** - צדדים התנו, כי החוזה שנכרת ייכנס לתוקף מעת שהתקיים תנאי מוסכם.
 - ב. **תנאי מפסיק** - צדדים הסכימו, כי החוזה שנכרת והחל להתקיים יחדל מכך מעת שהתקיים תנאי מוסכם. הפסקת חוזה מחמת קיום תנאי מפסיק אינה מצריכה הודעת ביטול - עצם קיום התנאי מפסיק את תקפות החוזה.
- במבט ראשון נראה, כי ההבדל בין תנאי מתלה למפסיק הינו מהותי. עם זאת, עיון מעמיק יותר מגלה שההבדל הינו דק למדי. עיקרו של ההבדל הוא במשמעות פרק הזמן שבין כריתת החוזה להתרחשות התנאי. כך, בתנאי נתלה - בפרק זמן זה אין הצדיים מחוייבים מכח החוזה לדבר. לעומת זאת, בתנאי מפסיק - פרק זמן מטיל חיובים חוזיים ופעולה בניגוד לחוזה נחשבת כהפרתו. יש לציין, כי ההבחנה בין תנאי מתלה למפסיק תלויה ברבות מן הפעמים בפרשנות. באופן עקרוני, במידה ומהות התנאי אינה מפורשת - יניח ביהמ"ש, כי התנאי הוא תנאי מתלה אשר אינו מטיל חבות כלשהי בפרק הזמן שבין הכריתתה להתרחשות התנאי.
- כידוע, ישנם חוזי השתדלות, בהם מתחייב אחד הצדדים לעשות ככל יכולתו להגשמת מטרה כלשהי - אך אין הוא מתחייב להשיגה. לעומת אלו, ז'אנר שונה של חוזים הוא - חוזי תוצאה - בהם מתחייב אחד הצדדים להגשמת תוצאה ספציפית; ומשזו לא הוגשמה - הפר הוא את החוזה. חוזה על תנאי מעורר את השאלה - האם קיימת חובת השתדלות לקיומו של התנאי. על פניו, נראה היה, כי אם רצו הצדדים היו יכולים להסדיר את התקשרותם באמצעות חוזה השתדלות - ומשלא עשו כן, אלא תלוה בקיום תנאי - אזי ייתכן ואין חובה להשתדל כלל. עם זאת, ס' 39 מחייב התנהגות בתום לב בכל חוזה באשר הוא - ע"כ ייתכן ויש מקום לחייב השתדלות גם בחוזים על תנאי.

במידה ובחוזה על תנאי מתלה, נקט אחד הצדדים בהפרה צפויה, אזי מכח ס' 27(ג) זכאי הנפגע לסעדים לשם מניעת ההפרה. סעדים אלו הם, בין היתר: צוי מניעה, צוי עיקול ועוד. סעדים

אלו נועדו "להקפיא" את המצב הנתון עד למועד בו צפויה התרחשות התנאי. כמו כן, שונים הם מסעדי חוק התרופות ומאלו שלהם זכאי הנפגע מהפרה צפויה מכח ס' 17 לחוק התרופות.

• **סיכול התנאי (ס' 28)**

ס' 28(א) - במידה והיה החוזה תלוי בתנאי מתלה ופעל צד למניעתו, או מנעו בפועל, אזי אין הוא זכאי להסתמך על אי קיומו ולהשיל מעצמו את חובות החוזה.

ס' 28(ב) - במידה והיה החוזה תלוי בתנאי מפסיק ופעל צד להתרחשותו, או גרם לו בפועל, אזי אין הוא זכאי להסתמך על קיומו ע"מ להשיל מעצמו את חובות החוזה.

ס' 28(ג) - הוראות ס' 28(א-ב) אינן חלות בשני מצבים:

א. אם פעל הצד בתו"ל (לא בזדון ו/או ברשלנות).

ב. במקרה בו התנאי המדובר היה אמור להתרחש ע"י אחד מן הצדדים, בכפוף לשיקוליו האישיים.

• **בטלות חוזה או התנאה (ס' 29)**

במידה והתנאי המוסכם לא התרחש במועד שנקבע ובאין תקופה מוסכמת - תוך זמן סביר, הרי שאם היה הוא תנאי מתלה - החוזה לא חל; ואם היה הוא תנאי מפסיק - הרי שהחוזה לא חדל מלהתקיים. הגדרתו של הזמן הסביר נתונה לפרשנות. כך למשל, בפס"ד **מפעלי שמיר נ' הו"ך** הורה ביהמ"ש, כי הזמן הסביר עמד על שבע שנים. זאת, מחמת הארכות במשתמע (דעת השי' ברק), או הגדרת פרק זה כסביר לעניין עסקאות נדל"ניות בתנאים מסויימים (דעת השי' ברק).

- דחיית קיום (ס' 43 לחוק)
- חיובים בו זמניים - עסקת מזומן (ס' 43(א))
- חיובים שאינם בו זמניים - עסקת מקדמה (ס' 43(א))
- חשש להפרה צפויה

• דחיית קיום (ס' 43 לחוק)

במקרה בו אחד הצדדים לא קיים את חיובו החוזי מתעוררת השאלה לפיה, האם לצד שכנגד מותר לדחות את קיום חובתו החוזית בשל כך? שאלה זו מתעוררת בשלושה מצבים:

- א. חיובים בו זמניים - עסקת מזומן.
 - ב. חיובים שאינם בו זמניים - עסקת מקדמה.
 - ג. החיוב המופר הוא שני בזמן - עסקת אשראי - הפרה צפויה.
- השהיית קיום אינה מנוייה, אמנם, בחוק התרופות אלא בס' 43 לחוק החוזים (חלק כללי), אך מהווה היא תרופה משמעותית למדי, אם לא המשמעותית ביותר, כטענת המלומד האנגלי טריטון. ייחודו של סעד זה הוא בכך שס' 43 עוסק בסעד עצמי. הגם שבמקרה של הפרה צפויה יכול סעד עצמי זה להוות הפרה - אין לראותו ככזה, שהרי דחיית הקיום אינה מפרה את החוזה, אלא אך דוחה את מועד קיומו. זאת ועוד, סעד מכח ס' 43 אינו גורע מסעדי חוק התרופות. יתרונה הגדול של דחיית הקיום הוא בהמנעות מהשקעת משאבים בחוזה העתיד להיות מופר בין כה וכה. יש להקדים ולציין, כי בימינו, בכל שלושת המצבים - ניתן להשהות קיום, אא"כ התנו על כך הצדדים בחוזה.

• א. חיובים בו זמניים (ס' 43(א))

במידה ואחד הצדדים משהה את קיום חובתו החוזית, יכול הצד שכנגד להשהות את חיובו גם כן. הוראה זו היא דיספוזיטיבית, שכן יכולים הצדדים לקבוע בחוזה, כי קיימת חובת קיום, אלא אם בוצעה הפרה או הוגש ביטול. ס' זה שקף את אומד דעתם הבסיסי של הצדדים.

במקרה זה - בו החיובים הם בו זמניים מתעורר קושי - שהרי כיצד ייקבע מיהו המפר ומי הנפגע? ע"מ לפתור זאת, נעשה מעין "משפט שלמה" בו נבחנת מוכנות הצדדים לקיום החוזה. הצד המוכן לקיים בכל רגע את חיובו - הוא הנפגע, בעוד שכנגדו הוא המפר.

• **ב. חיובים שאינם בו זמניים (ס' 43(א)2)**

במידה וחיובו של צד א' נובע מקיום צד ב' את חובתו החוזית - אזי מותר לא' לאחר את קיום חובתו. בפועל, כל זה תקף רק במקרה בו התנו הצדדים, כי חיובו של א' נובע מקיום חיובו של ב', כעולה מפס"ד **אלתר נ' אלעני**. בראשית, זיהתה הפסיקה חיובים מעין אלו כ: "חיובים עצמאיים". ברבות השנים, שונתה הגישה והסיקה הפסיקה, כי הצדדים מפרידים את חיוביהם, דווקא מתוך התלות שבין החיובים השונים ולא מחמת עצמאותם.

• **ג. חשש להפרה צפויה**

ס' 17 לחוק התרופות קובע, כי במקרה של הפרה צפויה זכאי הנפגע הפונטציאלי לכלל התרופות אותן היה מקבל אילו היתה ההפרה מבוצעת בפועל. משום שמורה ס' 17, כי הפרה צפויה כפופה להוראות חוק התרופות, הרי שאין **ס' 43** חל על הפרה צפויה. עם זאת, ברבות השנים, קבעה הפסיקה, בין היתר, בפס"ד **שוחט** כי במקרה בו עורר אחד מצדדי החוזה אפשרות להפרה צפויה הרי שנהג בחוסר תום הנדרש בס' **39 לחוק הכללי** וע"כ רשאי הצד שכנגדו להשהות את קיום חיובו החוזי.

ברבות השנים, קבע ביהמ"ש, כי ברירת המחדל היא שקיימים יחסי תלות בין הצדדים. עוד עלה מפס"ד **ארבוס**, כי יחסי התלות בין הצדדים הם כמעט קוגנטיים.

- תרופות בשל הפרת חוזה - מבוא
- ביטול
- אינטרסים מוגנים
- פיצוי מוסכם
- אכיפה
- פטור בשל אונס או סיכול החוזה (ס' 18 לחוק התרופות)

• תרופות בשל הפרת חוזה - מבוא

ס' 2 לחוק התרופות מגדיר בקציר המחוקק את עיקרון של התרופות הניתנות בגין הפרת חוזה. כעולה מן הסעיף, שניים הם התנאים המקדימים למתן תרופות - כריתת חוזה כדין והפרה. לאור זאת, קו ההגנה הראשון בכל תביעה יהיה, כי לא נכרת חוזה (בהיבטי פרק א' לחוק ופרק ב' לחוק הכללי ועוד), בקו ההגנה השני ייטען - כי לא היתה הפרה - שכן הגדרתה תלויה בפרשנות.

מהי הפרה? כעולה מס' 1 לחוק התרופות - הפרה היא מעשה או מחדל המנוגדים לחוזה. הגדרה זו מעלה תמיהות בנוגע להצהרה חוזית מוטעית. על פניו נראה, כי הצהרה אינה מעשה או מחדל. עם זאת, הפרשנות המקובלת רואה את ההצהרה כהתחייבות מצד המצהיר, כי תוכן ההצהרה יקויים - ועל כן דין אי קיום ההצהרה כדין מחדל המנוגד לחוזה. זאת ועוד, בימינו, הצהרה המעוררת חוסר וודאות מנוגדת לעקרון תום הלב ונחשבת כהפרה צפוייה.

התרופות העיקריות הניתנות בגין הפרת חוזה הן: אכיפה, ביטול ופיצויים. בנוסף לאלה מנויות תרופות נוספות בס' 20, 19 ו-22 לחוק. עם זאת, לא כל הפרה מזכה בתרופות. כך למשל, במקרים של "זוטי דברים", חוזה בו דן ס' 32(א) לחוק הכללי (חוזה הגרלה שלא אושר ע"פ חוק) ובמקרים בהם דן ס' 18 לחוק התרופות, המגדיר פטור בשל אונס או סיכול החוזה.

כעולה מס' 2 ברירת התרופות נתונה בידי הנפגע. ברירה זו אינה מוחלטת וכפופה לסייגים המעוגנים בחוק, כמו גם לעקרון תום הלב מכח ס' 39 לחוק הכללי. כך למשל, במקום בו אכיפה אינה תועיל ודי בפיצויים ע"מ לשפות על הנזק - הרי שלא יפסוק ביהמ"ש את תרופת האכיפה, מחמת עקרון תום הלב.

שני עקרונות יסוד קיימים בהרכבת סל התרופות:

א. אין אפשרות לצרף תרופות - אשר צירופן יעמיד את הנפגע במקום יותר טוב מזה בו היה עומד אילו קויים החוזה.

ב. אין אפשרות לתבוע אכיפה וביטול יחד.

• אינטרסים מוגנים

אינטרס הקיום - באינטרס זה מבוטאת העמדה, לפיה תרופות בשל הפרת חוזה אמורות להעמיד את הנפגע, עד כמה שניתן, במקום בו היה עומד אילו קויים החוזה. התרופות המקיימות

אינטרס זה הינן פיצויים ואכיפה. קיימים מצבים בהם אינטרס הקיום מגלם בתוכו גם את אינטרס ההסתמכות או אינטרס ההשבה - או אז יכונה הוא: "אינטרס הקיום - ברוטו". במקרים בהם אינטרס הקיום נועד לפצות על רווח ותו לא, יכונה הוא: "אינטרס הקיום - נטו".

אינטרס ההסתמכות - מקובל לומר שאינטרס ההסתמכות, השואף להעמיד את הנפגע במקום בו עמד קודם הפרת החוזה שייך בדיני הנזיקין, אך מסתבר שרלוונטי הוא גם לדיני החוזים. בפס"ד **מלון צוקים**, נחלקו הש' חשין ומלץ בדבר מעמדם של פיצויי ההסתמכות מכח ס' 10. הש' חשין סבר, כי בכל מקרה יש מקום להעניק פיצויי הסתמכות - גם בחוזי הפסד בהם פיצויי הקיום נמוכים מפיצויי ההסתמכות, בעוד שהש' מלץ, סבר כי פיצויי ההסתמכות אינם ניתנים אלא במקום בו לא ניתן להעריך את פיצויי הקיום. בפיצויי ההסתמכות, יש להבדיל בין שני סוגים:

א. **הסתמכות עיקרית** - הוצאות הנפגע שנועדו לקיום התחייבויותיו בחוזה.

ב. **הסתמכות אגבית** - הוצאות הנפגע בהסתמכו על החוזה, אך לא לצורך התחייבויותיו בו. נראה שנוק זה, אינו עומד במבחן הצפיות הנדרש לפסיקת פיצויים מכח ס' 10 **לחוק התרופות**. לאור זאת, יש לו לנפגע העתידי לציין במעמד כריתת החוזה את נזקי ההסתמכות האגביים הצפויים. כך ימלא הוא אחר הוראות ס' 10 ויעמיד את הנזקים האגביים במבחן הצפיות.

אינטרס ההשבה - שייך, בעיקר, בהקשרי תרופת הביטול. אינטרס זה מאפיין את דיני ע"ע ולמה"ד, אך שייך גם בדיני החוזים. משמעות אינטרס זה הינה - להשיב את אשר הועבר למפר קודם ההפרה, וכך למעשה, לאפס את מערכת היחסים בין הצדדים. אינטרס ההשבה - אינו עוסק בשיפוי הנפגע על נזקיו.

נזק תוצאתי - במידה ועל סמך חוזה שלבסוף הופר נכרת חוזה נוסף, שכעת לא נותר אלא להפרו, הרי שנוק זה - תוצאתי הוא. על תביעת נזק תוצאתי לעמוד במבחן הצפיות, ע"כ במטרה למנוע אי יכולת לקבלו - יש לציין בפירושו במעמד כריתת החוזה.

אינטרס השבת פירות ההפרה - חידוש עולמי שנתחדש בפס"ד **אדרס**, לפיו נפגע זכאי לקבל את פירות המפר ממעשה ההפרה, ולמעשה נקבע באדרס, כי גם בדיני חוזים יש מקום לשיקולי ע"ע ולמה"ד. סיבות הדבר נעוצות ברצון ביהמ"ש למנוע מחוטא לצאת נשכר וכן מתוך הוראה לשוק, כי חוזים יש לקיים ואין להפרם.

אינטרס שחזור השקילות החוזית - חידושו של פרופ' זמיר, ובא לידי ביטוי בפס"ד **ארבוס**. אינטרס זה נועד לאפשר לנפגע, במידה ומעוניין הוא בקיום החוזה, אף שהופר והשתנו תנאיו לשנות את חיוביו החוזיים בהתאם לשינויים שביצע המפר.

• **אכיפה**

משנחקק חוק התרופות הפכה האכיפה לסעד ראשון במעלה. אמנם, ברוב התביעות המשפטיות - נתבעים פיצויים, אך מבחינה מהותית - אכיפה היא העליונה והמשמעותית ביותר. כמצויין בס' 3 לחוק התרופות - לאכיפה, ארבעה סייגים המונעים את פסיקתה:

א. **חוזה אינו בר ביצוע** - במידה ונשוא החוזה אינו בנמצא, לא יפסוק ביהמ"ש אכיפה, מחמת מניעת ביזיונו. עם זאת, במשפט הישראלי מוכרות שתי דוקטרינות המעכבות סייג זה:

1. "אכיפה בקירוב" - נעוצה בעקרון תום הלב. במידה וניתן לאכוף את החוזה בקירוב - אזי הסייג המנוי בס' 3(1) לא ימנע אכיפה כזו.

2. "תחליף חיוב" - במקום בו ניתן להמיר את נשוא החוזה בתשלום שוויו - אזי תפסק אכיפה כזו.

ב. **חוזה לקבלת עבודה אישית / שירות אישי** - לפי סייג זה לא יאכוף ביהמ"ש חוזה המחייב אדם להעניק שירות הייחודיים לו ולתכונותיו הבלעדיות. סיבות סייג זה שלוש: פגיעה בחירות האדם וסלידה מעבדות, היעדר פיקוח על טיב השירות, אין טעם לצוות על צדדים מסוכסכים להתמיד בקשרם המתבסס על תכונות ייחודיות ועדיף לפרקו. פרשנותו של סייג זה הינה בצמצום ונדונה, בעיקר, בביה"ד לדיני עבודה. סייג זה לא חל במגזר הציבורי, כמו גם בהסכמי עבודה קיבוציים ועוד.

ג. **אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם הרשויות המוסמכות** - כעולה מפס"ד **עוניסון**, סייג זה פורש בצמצום.

ד. **אכיפה צודקת** - הסייג הנפוץ ביותר לפיו - ביהמ"ש לא יפסוק אכיפה כאשר היא תוביל לתוצאה שאינה צודקת בנסיבות העניין. בפס"ד **ורטהיימר נ' הררי** נקבע, כי אין לכלול בשיקולי הצדק התייחסות לגורם שלישי שאינו צד לחוזה. זאת בשונה מפסיקת הש' זמיר בפס"ד **לוינ' נ' לוינ**, בו קבע כי יש להתייחס בשיקולי הצדק גורמים חיצוניים.

אכיפה בהצעת הקודיפיקציה - בתזכיר חוק דיני ממונות אוחדו תרופות הנזיקין והחוזים, עובדה אשר החלה את תרופת האכיפה גם בדיני נזיקין (בהם היא מבוטאת באמצעות צו). עקב כך הוספו סייגים נוספים: כאשר הפיצויים ראויים יותר מן האכיפה - ייפסקו פיצויים, כמו גם מניעת הפעלת סייג שיקולי הצדק באכיפת חוב כספי. כמו כן, בתזכיר חוק דיני ממונות הוספה אפשרות לביהמ"ש להוציא צו מרתיע - במידה וסובר ביהמ"ש, כי המפר לא יקיים את צו האכיפה שהוצא נגדו, יכול הוא לפסוק בנוסף לצו האכיפה גם צו מרתיע המטיל חבות כספית בגין איחור בביצוע החוזה.

• **ביטול**

ביטול הוא סעד עצמי המבוצע ע"י הודעת ביטול הנמסרת למפר מאת הנפגע. בפועל, בנתח ניכר מן המקרים יהיה הביטול נושא לדיון בביהמ"ש (כבמקרים של הערת אזהרה וכד'). החוק מבחין בין הפרה יסודית - בה יש זכות מוחלטת (כפוף לס' 39) לביטול החוזה להפרה שאיננה

יסודית - בה מחוייב הנפגע להעניק ארכה למפר למען יחזיר את הגלגל לאחור ויקיים את החוזה. ביטול החוזה במקרה זה ייעשה בזמן סביר לאחר תום הארכה. כעולה מן הפסיקה, הכרעה בדבר מהות ההפרה אינה פשוטה כלל ועיקר. עקרונית, איחור קל ביישום החוזה הריהו הפרה שאיננה יסודית, אך גם איחור זה תלוי נסיבות הוא (משל האתרוג - לא זה של אמנון אברמוביץ').

ביטול שלא בזמן סביר - במקרים בהם לא ביטל הנפגע את החוזה תוך זמן סביר, אזי מאבד הוא את זכותו לעשות כן במקרים בהם ניתן להסיק, כי הנפגע ויתר, כעולה מפס"ד **זלתא הנדסה נ' שכון עובדים**. באותם מקרים בהם לא ניתן להסיק, כי ויתר הנפגע - אזי היעדר ביטול אינו גורע מזכותו של הנפגע לעשות כן, אם כי ביטול זה מצריך מתן ארכה, בין אם בהפרה יסודית עסקינן ובין אם בהפרה שאיננה יסודית.

כל זמן שהחוזה לא בוטל, יכול המפר למנוע את ביטולו ע"י תיקון ההפרה. ברובם המכריע של המקרים, התיקון מונע ביטול - אך אין בו כדי למנוע חבות פיצויים בעד נזק שנגרם מחמת ההפרה.

בין אכיפה לביטול ניכר הבדל מהותי והוא: במידה ובחר הנפגע באכיפה והתחרט יוכל לבחור במקומה בביטול. לעומת זאת, במידה וביטל הנפגע את החוזה, לא יוכל הוא עוד לדרוש אכיפה.

• **פיצוי מוסכם**

מלשון ס' **15(ב) לחוק התרופות** - "הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי... עולה, כי אין אפשרות לתבוע פיצויים מוסכמים בנוסף לפיצויים מכח סעיפי חוק אחרים. עם זאת, במידה והפיצוי המוסכם והפיצוי מכח ס' 10 אינם בגין אותו ראש נזק, אזי ניתן לצרפם יחדיו.

• **פטור בשל אונס או סיכול החוזה (ס' 18 לחוק התרופות)**

אונס - במידה והופר החוזה מחמת נסיבות שהמפר לא יכול היה לדעת עליהן או לצפותן - אזי אין מקום לאכיפה או פיצויים.

סיכול - כאשר נמנע מימוש החוזה מחמת סיבה חיצונית. באופן מעשי, ס' הסיכול משך שנים רבות היה בלתי ניתן ליישום, שכן מבחן הצפיות פורש בצמצום. תמורות המשפט בשנים האחרונות מפיחות רוח חיים גם בס' הסיכול. כך, השי' אנגלרד בדעת מיעוט גרס בפס"ד **רגב מסכות אב"כ נ' (מדינת ישראל?)**, כי אין מקום לצפיות מוחלטת וע"כ טיעון הסיכול רלוונטי. קיים קשר הדוק בין הסיכול לחובת תום הלב הנדרשת בס' **39 לחוק הכללי**, שהרי אם עומד הנפגע על קיום החוזה במצב בו אירע סיכול מחמת סיבות שאינן צפויות בכח או בפועל - הרי שנוהג הוא בחוסר תו"ל. בהצעת הקודיפיקציה נכנסה שורת שינויים בסיכול, שני העיקריים הם: מעבר ממבחן הצפיות למבחן הסיכול - על בסיס מבחן הסיכון; ובנוסף, הוצאת ס' הסיכול מן הפרק העוסק בתרופות, שהרי סיכול אינו תרופה אלא "תאונה משפטית" שאין לראות במסגרתו את צדדי החוזה המסוכל כנפגע ומפר. לאור נוסח הקודיפיקציה - סיכול מפקיע את החוזה ומחייב השבה ותו לא.

דיני חוזים



סיכומי שיעורים - ד"ר משה גלברד

סמסטר א', ה'תשס"ח - 2008, קבוצה 01

מסכם : צביקה דורות

ט.ל.ח

דיני חוזים/ ד"ר משה גלברד

שיעור מס' 1-2 - י"א חשון ה'תשס"ח, 23.10.07, י"ג חשון ה'תשס"ח, 25.10.07

מבוא לדיני חוזים

- הגדרת חוזה
- הבחנה בין זכות אובליגטורית לקניינית
- הגדרת דיני חיובים ומיקום דיני החוזים בהם
- חוזים - רקע היסטורי
- על ייחוד דיני החוזים משאר ענפי דיני החיובים
- מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חוזים
- מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חיובים
- אסכולות שונות ביחס לדיני חוזים

• הגדרת חוזה

קולמוסים רבים נשתברו בניסיון לתת מענה הולם לשאלה "כיצד מוגדר חוזה" - ללא הצלחה רבה. מבט חטוף על דיני החוזים הנהוגים במדינות העולם מצביע על קיומן של הגדרות שונות. אלה מסרבלות את ההתייחסות המשפטית לחוזים. המחוקק הישראלי בחר להמנע מהגדרת המושג באופן מילוני, ובחר לתאר בפרק א' ל"חוק החוזים (חלק כללי)" הליך שכל הפועל על פיו - חוזה בידיו.

• הגדרת דיני חיובים ומיקום דיני החוזים בהם

כידוע, עולם המשפט "רחב מני ים ועמוק מארץ מידה" הוא, וכדברי א. ברק - "מלא כל הארץ משפט". על כן, גם נהלים המסדירים יחסי גומלין בין שני צדדים פרטיים מוצאים את ביטויים בתוך עולם זה כחטיבה בעולם המשפט הפרטי ומכונים - "דיני חיובים". במשפטית מדוברת מקובל לאפיין את דיני החיובים על נספחיהם השונים כנורמות משפטיות העוסקות בזכויות אובליגטוריות (=חיוביות מלשון התחייבות, מכונות בז'רגון גם כ-"זכויות אישיות"). למשל, במקרה בו פלוני חב לאלמוני סכום כלשהו, הרי שלאמוני - זכות אובליגטורית כלפי פלוני, ולפלוני - חובה אובליגטורית כלפי אלמוני.

העיסוק בזכויות אובליגטוריות הוא המשותף לארבעת ענפי דיני החיובים: נזיקין, ע"ע ולמה"ד, חיובים מן הדין ודיני חוזים.

בדיני חוזים - שתי חטיבות משנה עיקריות - דיני חוזים כלליים הקשורים בכל מערכת חוזית באשר היא ודיני חוזים מיוחדים העוסקים בחוזים ייחודיים. לדוגמא, על חוזי מכר יחולו בנוסף לדיני החוזים הכלליים מגבלות "חוק המכר", וכך הדבר גם בחוזי שכירות. לנוכח זאת, כמעט ובכל חוזה חלות שתי מערכות נורמה משפטיות - כללית ומיוחדת.

• על ייחוד דיני החוזים משאר ענפי דיני החיובים

העקרון הראשוני העומד בבסיס דיני החוזים, הוא הרצון - ההסכמה - "חופש החוזים". הליך כריתת חוזה אינו יכול להתרחש אלמלא מובע רצון הצדדים לעשות כן והסכמתם על הכתוב בחוזה. זאת, בשונה משאר ענפי דיני החיובים שמטרתם הינה לפתור מצבים נתונים. יש לציין, כי במידה והופר חוזה, אזי העקרון התרופתי (סנקציה לטובת הנפגע בעולם החוזי קרוייה "תרופה") קובע, כי יש להעמיד את הנפגע עד כמה שניתן במצב בו היה נתון לפני הפגיעה בו.

ביטוי להבחנה זו ניתן למצוא בנקל בכינויים השונים אשר ניתנו לענפי דיני החיובים. בעוד דיני חוזים מכונים - "חיובים רצוניים", שכניו מכונים "חיובים שאינם רצוניים".

נדבך נוסף לייחודו של ענף החוזים מוצא את ביטויו באופי הסעד הניתן לנפגע. כך, בעוד שפיצויי נזיקין וע"ע ולמה"ד שואפים להעמיד את הנפגע במקום בו היה עומד אילו לא היה נפגע, תרופה חוזית שואפת לפצות את הנפגע על הרווח האופציונאלי בו היה זוכה לו היה מתממש החוזה, בנוסף לקרן.

• מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חיובים

בשיטות משפט מסודרות קיים קודקס המאגד את כלל חוקי המדינה, בסדר רציונאלי והיררכי. בישראל, לעומת זאת, מערכת החקיקה אינה מסודרת באופן שכזה, על כן לא נמצא בספר החוקים הישראלי את "חוק החיובים הכלליים". ע"מ לאתר את סעיפיו השונים של "חוק" זה, שומה עלינו לנבור בחקיקה הישראלית ולדלותם מתוכה.

ענפי המשפט בנויים במדרג היררכי, הגם שאינם מסודרים כך בספרות החקיקה הישראלית. ע"כ, דיני נזיקין, ע"ע ולמה"ד, חיובים מן הדין וחוזים כפופים גם לנורמות המחייבות בדיני החיובים הכלליים. יתרה מכך, בשל היות דיני החיובים הכלליים חטיבה אחת בתחום המשפט הפרטי מחוייבים דיני החיובים לנורמות המשפטיות המאפיינות את המשפט הפרטי. כך למשל, בעולם המשפט הפרטי קיים מושג המכונה - "דברי זוטות", קרי - בסמכות ביהמ"ש לקבוע שאינו דן בסוגיות, שלפי אות עיניו אינן מהותיות. משום שנורמה זו שייכת במשפט הפרטי, חלה היא על כלל נספחיו, בהם גם דיני חיובים בכלל, ודיני נזיקין, חוזים וכו' בפרט.

את דיני החיובים נאתר, אפוא, בכמה דרכים :

א. "חוק החוזים (חלק כללי)" - על אף שצויין, כי דיני החוזים הינם ענף בדיני החיובים, נוכל למצוא רבים מדיני החיובים בין סעיפי "חוק החוזים". כך למשל, פרק ו' בחוק החוזים - עוסק כולו בדיני החיובים הכלליים ולא בדיני חוזים. בנוסף, נבחין בין סעיפי חוק החוזים העוסקים בחוזים, לבין אלו העוסקים בחיובים הכלליים ע"י:

1. סעיף בו אינה מוזכרת המילה חוזה - עוסק בדיני החיובים הכלליים בהכרח.

2. סעיף שמהותו שונה מן הסעיפים שסביבו עוסק בדיני החיובים הכלליים. נדגים את הדבר בסעיף 61(ב) לחוק החוזים: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין

בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".

ב. ב-"חוק יסודות המשפט" סעיף 1, מעוגנות 4 דרכי הכרעה העומדות לרשות השופט: חקיקה- פסיקה- היקש- מסורת ישראל. ברבות השנים וכרכי הפד"י, השימוש בשתי הדרכים הראשונות נפוץ יותר ויותר. עם זאת, במידה וניעורים מצבים להם אין מענה בחקיקה או בפסיקה תקדימית, הרי שלשופט ניתנת הסמכות להקיש בין סיטואציות דומות, ולפסוק לאור היקש זה במידה ונקבעה נורמה משפטית באחת מן הסיטואציות. פורמט פסיקתי זה תקף בדיני החיובים הכלליים גם כן ומעשיר את סעיפי "חוק" החיובים.

• הבחנה בין זכות אובליגטורית לקניינית

בעולם המשפט, מקובל להבחין בין שתי זכויות יסודיות - זכות אובליגטורית וזכות קניינית. כך למשל, בעלות אדם על קרקע הינה זכות קניינית וחווה על העברת קרקע לרשות פלוני מבטאת זכות אובליגטורית עד מימוש העסקה. לרוב, ניתן להבדיל בין שני דפוסי הזכויות בנקל, אך יש סיטואציות בהן קו התפר אינו נהיר ועל כן, נגדיר שניים מבין מבחני ההבחנה המקובלים:

א. **חובה פרטית מול חובה ציבורית** - כאשר דנים אנו בזכות אובליגטורית, הזכות והחובה מתקיימות, בהכרח, בין שני צדדים (מזיק וניזוק, חותמי חוזה וכד'). בעוד שהזכות הקניינית, מבטאת את זכותו של היחיד ומולה - חובת הכלל (לדוג' - בעלות על חפץ או קרקע, מקנה לבעל החפץ סמכות ורשות לנהוג בו כטוב בעיניו בעוד שאוסרת היא את השימוש בו לכ"ע).

ב. **תוקפה של הזכות** - זכות אובליגטורית - סופה שתפקע (כשישלם המזיק לניזוק, כשיתקיים החוזה וכו'), בעוד זכות קניינית - אינה פוקעת (אא"כ מפקיעה בעליה).

אגב אורחא, בכללי השפיטה, כאשר מתנגשות שתי זכויות אובליגטוריות - יוכרע הדין לטובת הקודמת מבין השתיים. לעומת זאת, במצב בו מתנגשת זכות אובליגטורית בזכות קניינית, תוטה הכף לטובת הזכות הקניינית - אף אם שנייה היא לזכות האובליגטורית מבחינה כרונולוגית.

• חוזים - רקע היסטורי

רקעם ההיסטורי של דיני החוזים, חופף להיסטוריית המשפט הישראלי. על כן, בתקופה בה נהגו חוקי המאג'לה העות'מאנית - גם דיני החוזים נבעו מתוכה. דיני החוזים המיוחדים במאג'לה חולקו לכרכים-כרכים לפי הנושאים. כך, היה כרך נפרד לחוזי מכר, קבלנות וכד'. לעומתם, דיני החוזים הכלליים עוגנו תחת "חוק הפרוצדורה האזרחית".

עם כינון (1917) המנדט הבריטי בא"י, הונהג ע"פ "דבר המלך במועצתו", כי יש להמשיך ולהתייחס אל המאג'לה כאל מקור סמכות חוקי מחייב. זאת, להוציא מקרים בהם נתגלו לקונות בחוקי המאג'לה - בהם, לפי סעיף 46 ל"דבר המלך במועצתו" היה לפנות אל ה- common law וה-

equity האנגליים ולא לחקיקה האנגלית. דיני החוזים באנגליה לא היו חקוקים, אלא מצויים בשני נדבכי משפט אלו.

במרוצת השנים שקדמו להקמת המדינה, חל פיחות במעמדה של המאגילה. זאת, מתוך עיסוק המשפטנים בארץ בחוק האנגלי. כך גם הדבר בדיני החוזים הכלליים, בעוד שלגבי דיני החוזים המיוחדים נותרה המאגילה מקור סמכות משפטי.

עם הקמת המדינה, קבעה מועצת המדינה הזמנית, כי המשפט הישראלי, ייקבע ע"פ שני רבדים היסטוריים אלו - המשפט העות'מאני ועל גביו האנגלי. מני אז "נוגסים" חברי הכנסת ואנשי המערכת המשפטית הישראלית בקביעות בשיטות משפט אלו באמצעות חיקוק, פסיקה "ישראלית - מקורית" ועוד. מהלך זה עיצב גם את דיני החוזים הכלליים והמיוחדים, כפי שניתן לראות בנקל בסעיפים 3-62 ל"חוק החוזים (חלק כללי)":

"בטלים - (1) סעיפים 658, 948, 949 ו-1003 עד 1007 והספר השנים עשר של המגילה; (2) סעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני מיום 2 ברג'ב 1296 (21 ביוני 1879) ... בעניינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר המלך במועצתו לארץ ישראל, 1922 - 1947".

• מקור הנורמות המשפטיות העוסקות בדיני חוזים

1. חקיקה - נורמה מחייבת

בימינו, דיני החוזים אינם נשענים עוד על חוקי המאגילה ו"דבר המלך במועצתו". זאת מתוך חקיקת הכנסת. במרוצת השנים חוקקה הכנסת 3 חוקי חוזים:

א. חוק החוזים (חלק כללי).

ב. חוק חוזים אחידים.

ג. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזים).

את חוקי החוזים המיוחדים ניתן לסווג לשניים:

א. **חוק דיספוזיטיבי** - חוק המאפשר בעת עריכת חוזה, התנייה על הכתוב בחוק. כלומר - החוק אינו מחייב את הצדדים, במידה ומסכימים הם לחרוג ממנו.

ב. **חוק רגולטורי-קוגנטי** - תקנות כופות. חקיקה עליה לא ניתן להתנות. חוקים קוגנטיים עוסקים בחוזי עבודה, צרכנות ושאר תחומים בהם יש רצון למנוע סחטנות וניצול וחוסר הגינות.

לרוב, חוקי החוזים הינם דיספוזיטיביים. במקרה בו קשה ההבחנה בין חוק דיספוזיטיבי לקוגנטי, יש לפנות לתכלית החוק ולקבוע על פיו.

2. פסיקות עליון - נורמה מחייבת

לבד מן החקיקה, נורמות דיני החוזים מעוגנות בצורה נרחבת בפסקי ביהמ"ש העליון.

3. ספרות אקדמית - נורמה שאינה מחייבת

מקור מרכזי לדיני החוזים, הגם שאינו מהווה סמכות משפטית מחייבת מצוי בספרות המחקר האקדמי. כלל שופטי הערכאות השונות נותנים דעתם לנאמר בספרות זו ומשלבים קטעים מתוכה בפסיקותיהם.

4. משפט השוואתי - נורמה שאינה מחייבת

כמו כן, חשיבות רבה ניתנת למשפט השוואתי. אף שגם מקור זה אינו מהווה סמכות משפטית מחייבת.

• אסכולות שונות ביחס לדיני חוזים

תפישות שונות הן לדיני החוזים:

א. **אסכולה קלאסית** - נטועה במשפט האנגלו-אמריקאי ובתפישה הליבראלית, לפיה חופש האדם הינו יסוד-על. תפישה זו מבוססת על עקרון "חופש החוזים", לפיו חוזה הינו כלי המאפשר לצדדים לבטא רצונם ותו לא. לתפישה זו, אין מקום להתערבות בימ"ש בכל הקשור לחוזים, שכן מפר הוא את האיזון העדין בין רצונות הצדדים והסכמותיהם.

ב. **אסכולה ניאו קלאסית / מודרנית** - שינויים בתפישות העולם בעקבות מלחה"ע ה-2, הובילו לשינוי התפישה ביחס לדיני החוזים, גם כן. הכל הבינו, כי בזכויות בלבד אין די. אדרבה! יש מקום רב להתערבות רגולטורית. על כן, תוקנו חוקים מגבילים בנוגע לסוגי חוזים מסויימים, כמו גם חוקים שנועדו לאפשר לבתי המשפט להתערב בסוגיות חוזיות הדורשות זאת.

בימינו, דיני החוזים מבוססים על סינתזה בין שתי התפישות.

ג. **חוזי יחס - Relational Contract** - זרם תפישתי שראשיתו באקדמיה האמריקאית ותפס את מקומו גם בישראל. אליבא דאוחזיו - דיני החוזים הכלליים (הנותנים דעתם לעמדות הצדדים במעמד כריתת החוזה) רלוונטיים לחוזים קצרי טווח, אך לא לחוזים ארוכי טווח, דוג' שותפות עסקית בת עשרות שנים, נישואין וכד'. אליבא דתפישה זו - היעלה על דעת מאן דהוא, כי כוונת אחד הצדדים בכורתו חוזה ביום 1.1.1960 תוכל להכריע בסכסוך שנתגלע ב-1.1.2000? והרי בכל מערכת חוזית-שותפת צפויות עליות ומורדות, ועל כן יש לנהוג בחוזים אלו ע"פ נורמות משפטיות שאינן מעוגנות, בהכרח, בדיני החוקים הכלליים.

כשרות משפטית

- כשרות משפטית - מהי?
- מרכיבי הכשרות המשפטית
- כשרות תאגיד לכריתת חוזה
- 3 מעלות בתאגיד
- כשרות אדם לכריתת חוזה

• כשרות משפטית - מהי?

המחוייבים לנורמות המשפטיות כולן (זכויות וחובות כאחד) הם בעלי כשרות משפטית. בעלי הכשרות הם המכונים **אישיות משפטית**. ע"פ חוק, כשרות משפטית ניתנת לאדם ולתאגיד (להלן) בלבד.

• מרכיבי הכשרות המשפטית

כעולה מ"חוק כשרות משפטית ואפטרופסות" (סעיף 1): "כל אדם **כשר לזכויות ולחובות** מגמר לידתו ועד מותו" - לאדם כשרות משפטית בתנאי אחד בלבד - הוא חי. לעומת זאת, סעיף 2 באותו החוק קובע, כי: "כל אדם **כשר לפעולות משפטיות**, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו..." - עולה אפוא, כי כשרות אינה רק לזכויות וחובות, אלא גם לעשיית פעולה משפטית. פעולה משפטית היא זו המשנה את מערך הזכויות והחובות. כריתת חוזה, למשל, הינה פעולה משפטית קלאסית, שכן **מחייבת** היא את הצדדים לעמוד בתנאי ההסכם ו**מזכה** אותם, במקביל, בראוי להם על פי אותו ההסכם.

בבואנו לבחון את כשרותה של אישיות משפטית, עלינו לתת את הדעת על ההבדלים בין אדם לתאגיד. בעוד שכשרות אדם אינה כוללת, בהכרח, את שני מאפייני הכשרות (כשרות לנורמות משפטיות = זכויות וחובות וכשרות לפעולה משפטית), כשרות חברה תכלול תמיד את שני מרכיבי הכשרות.

• כשרות תאגיד לכריתת חוזה

בשונה מאדם - לו קיום פיסי-מוחשי, תאגיד הינו פונקציה משפטית. תאגיד הוא כינוי משפטי שניתן ל: חברה בע"מ, עמותה, מפלגה, אגודה שיתופית וכו' - כמוגדר בחוק. הגם שתאגיד אינו מוחשי, מרגע שפונקציה כלשהי הוגדרה באופן משפטי כתאגיד הרי שהיא "אישיות משפטית".

במרוצת השנים, עיצבה הפסיקה הישראלית מאפיינים משפטיים של תאגיד השייכים לכל סוגי התאגיד באשר הם, כדלהלן:

א. **חוק מגדיר תאגיד** - גוף כלשהו יוגדר כתאגיד רק ע"פ חוק. במידה והחוק אינו מכיר בו כתאגיד, לא יוגדר הוא ככזה.

מפס"ד אברמוב (בו ביקשה המערערת להגדיר "הקדש ציבורי" כתאגיד), עולה קביעה תמוהה למדי מכיוונו של א.ברק. ברק טען, כ קיימים גופים עליהם חלות זכויות וחובות והריהם כתאגיד, הגם שאינם מוגדרים כך בפירוש בחוק.

עולה אפוא, כי לא רק הפרמטרים המצויים בחוק הם המגדירים תאגיד ככזה, אלא גם פרשנות החוק יכולה לתרום חלקה. היכן נמתח, אם כן, קו הגבול? לשופט ברק הפתרונים: בפסיקתו טען, כי במידה ופרשנות הכרחית לחוק מסויים מובילה להגדרת גוף כתאגיד - ייחשב הוא ככזה, אף שהחוק אינו מגדירו בפירוש.

אם כן, פונקציה תוגדר כתאגיד מכח חוק ע"פ אחד משני הפרמטרים:
1. מפורשת היא בחוק כתאגיד; 2. הפרשנות ההכרחית לחוק, מחייבת את הגדרת הפונקציה כתאגיד.

ב. כשרות מוגבלת - מתוך העובדה שבכח החוק להגדיר פונקציה כתאגיד, בכחו גם להגביל את כשרותו. בשונה מאדם שכשר הוא לכל פעולה משפטית, כשרות התאגיד הינה מוגבלת רק לפעולות המשפטיות שהותרו לו ע"פ חוק.
עובדה זו נובעת משתי סיבות:

1. קביעת החוק, כי כשרות התאגיד היא רק לתחום מסויים.

2. מכח סעיף 4 לחוק החברות: "חברה היא אישיות משפטית כשרה לכל זכות, חובה, ופעולה המתיישבת עם אופייה וטבעה כגוף מואגד", עולה בבירור, כי כשרות התאגיד לפעול מבחינה משפטית היא רק בתחומים העולים בקנה אחד עם אופיו וטבעו. פעולות שאינן תואמות את אופי התאגיד אינן עומדות במבחן המשפטי.

כך למשל, ועד בית משותף, הינו תאגיד שתחום כשרותו, ע"פ חוק, הוא לעסוק אך ורק בתחומים הקשורים לענייני הבית. לו יצויר, כי תאגיד ועד הבית כרת חוזה אודות מכירת ירקות ופירות, אין לחוזה זה כל משמעות משפטית what so ever.

ג. נציגים - ע"פ חוק, רק בסמכות נציגי התאגיד הרשומים לבצע פעולות משפטיות בשם התאגיד. פעולות משפטיות שבוצעו בשם פלוני עבור חברת אלמונית, בעוד אין פלוני מוכר כנציגה הרשמי של אלמונית - אינו תקף.

• 3 מעלות בתאגיד

מקובל לחלק את התאגידים ל-3 קבוצות:

א. תאגידים שהוקמו ע"פ הרשות המחוקקת מכח חוק ("תאגיד סטטוטורי") - קיימים חוקים המחייבים הקמת תאגידים מסויימים. לדוג' ע"פ סעיף 3 בחוק להנצחת זכר רוח"מ רבין יש להקים מרכז להנצחתו. חוק דומה קיים גם ביחס לרוה"מ מנחם בגין. לרוב, תאגידים אלו נקראים כשם החוק המורה על הקמתם.

ב. תאגידיים שהוקמו ע"י הרשות המבצעת - תאגידיים שהוקמו מכח הנחיית הרשות המבצעת ולא מכח חוק. כך למשל, מכח פקודת העיריות לשר הפנים למנות תאגיד הממונה על ניהול ענייני הערים = עיריות.

ג. תאגידיים שהוקמו ע"י גופים פרטיים - חברות, שותפויות, עמותות, מפלגות וכו'. כל התאגידיים הפרטיים חייבים ברישום במרשם פומבי הפתוח לעין הציבור.

לאור כל האמור לעיל, בחותמנו חוזה כשמולנו תאגיד, יש לעיין היטב במרכיבי כשרותו של התאגיד. כך, יש לוודא, כי:

1. התאגיד עימו אנו כורתים חוזה מוגדר כתאגיד ע"פ חוק ורשום במרשם הרלוונטי.
 2. כשרותו המשפטית של התאגיד מאפשרת לו לכרות חוזה בתחום הרלוונטי.
 3. נציג התאגיד במעמד כריתת החוזה הוא אכן נציגו הרשמי של התאגיד לעניין זה.
- במידה ואחד משלושת מרכיבי הכשרות הללו אינם חלים, הרי שהחוזה אינו תקף.

- כשרות אדם
- הגבלות כשרות במשפט הישראלי
- הגנה ע"י הגבלת כשרות

• **כשרות אדם**

לכשרות בני"א קשר הדוק עם דיני החוזים, וזאת מתוך שני היבטים, המעשי והתיאורטי. על הצד המעשי, בדיקת כשרות הכורת חוזה הינה מהותית בבואנו לבחון את תוקף החוזה. ההיבט התיאורטי מוצא את ביטויו בבסיס המשותף ליסודות הכשרות ודיני החוזים. חוזים, כידוע, הינם חיובים רצוניים. כך גם כשרות לפעולה משפטית.

בשונה מתאגידיים, כל אדם כשר לזכויות וחובות (ע"פ סעי' 1 לחוק הכשרות), אך לא כל אדם כשר לביצוע פעולה משפטית (ע"פ סעי' 2 לחוק: "הכל כשרים... זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו...").

הנחת היסוד שבסיס חוק הכשרות המשפטית היא, כי קטינים ופסולי דין אינם בעלי שיקול דעת מספק הנצרך לעשיית פעולות משפטיות. על כן, מוגבלת כשרותם המשפטית, ע"פ חוק. הגבלה זו - ייעודה, בראש ובראשונה - להגן עליהם. מדוע, אפוא, לא מגן עליהם החוק באופן "הרמטי", תוך שלילת כשרותם לחלוטין? לכך כמה סיבות:

- א. כנגד הקטין / פסול הדין שכרת חוזה עומד אדם נוסף. לא ניתן, כך סתם, להזניח עובדה זו ולשלול את תוקפו של החוזה מכל וכל - שכן מה יהא על אותו אדם? על כן, בחר המחוקק להגביל את כשרות הקטין / פסול הדין ולא לשלול.
- ב. כלכלה מודרנית מבוססת על כך שיש לקיים חוזים. בלתי ניתן לנהל שוק כלכלי מתוך חוסר וודאות ואי יציבות הכרוכים בחשש לפסילת כל חוזה שנכרת עם קטין / פסול דין.
- ג. שלילת כשרות מוחלטת מהווה פגיעה חמורה ב"חופש האדם" של אותו קטין / פסול דין. על כן, הגבלת כשרות (ולא שלילתה) הינה כלי מקובל במערכות המשפט המערביות לצורך שמירה על זכויות הקטין ומניעת פגיעה בו. ניכר, כי בשנים האחרונות נעשה ניסיון במדינות שונות לצמצם עד כמה שניתן את הגבלות הכשרות.

• **הגבלות כשרות במשפט הישראלי**

כעולה מסעי' 2 לחוק הכשרות, הכל כשרים לכל פעולה משפטית, זולת קטינים ופסולי דין. הגבלת כשרות יכולה לחול מתוך אחד משני גורמים בלבד: חוק או פסק בימ"ש, כל דרך אחרת

להגבלת כשרות אינה תקפה. יש לציין, כי כל מגבלת כשרות החלה על קטינים חלה גם על פסולי דין, בשינויים המחוייבים (סעי' 9 לחוק הכשרות).

ע"פ חוק, קטין הוא מי שטרם מלאו לו 18 (סעי' 3) ופסול דין הוא אדם שנפגמה יכולתו הקוגניטיבית עד כדי היעדר יכולת לטפל בענייניו מתוך פגיעה נפשית ו/או פיסיוולוגית והוכרז ככזה ע"י בימ"ש (סעי' 8). לבית המשפט ורק לו - נתונה הסמכות להכריז על אדם כפסול דין. כמו כן, לביהמ"ש גם סמכות להכריז על תום תקופת פסילות של אדם, אם מוצא הוא לנכון לנהוג כן. החלטת ביהמ"ש בדבר פסילות דין של אדם אינה רטרואקטיבית, אלא חלה מיום שניתנה והלאה.

כאמור בסעי' 8 לחוק הכשרות, ע"מ שיכריז בית משפט על פלוני, כי הוא פסול דין, יש על קרוביו / יועמ"ש / אנשי בייח לפנות אל בית המשפט בבקשה שכזו. לו יצויר, כי אותו פלוני אינו כשיר באופן וודאי, אך לא נעשתה פנייה רשמית אל ביהמ"ש להכיר בו כפסול דין ומתוקף כך אינו כזה ע"פ חוק, הרי שחוק הכשרות לא יחול עליו, והחובה יבוטל מתוקף סעיפי חוק החוזים העוסקים בהיעדר גמירות דעת, כפייה, עושה, טעות והטעייה¹.

• הגנה ע"י הגבלת כשרות

החוק קובע, כי לכל קטין ופסול דין צריך להיות גורם שייצגו, ולמעשה יחליפו, בכל הקשור לפעולות משפטיות. כאמור לעיל, הנחת היסוד היא, כי חסוי (קטין / פסול דין) אינו מודע להשלכות פעולותיו המשפטיות על כלל היבטיהן, ועל כן הגבלת כשרותו תוך הסמכת נציג נועדה לשמור על זכויותיו ולהיטיב עימו. עקב כך, כל חוזה הנכרת ע"י חסוי זוקק את אישור הנציג, שכן מתן אישור זה מבטא, כי ניתנה ההגנה הראויה באותו מעמד. מה תהא, אפוא, השלכתה של פעולה משפטית שנעשתה ללא אישור הנציג? האם בטלה היא לחלוטין? היש מצבים בהם תחול?

כללו של דבר: ככל שרמת הפגיעה ברכוש החסוי גבוהה יותר, כך גם מנגנון ההגנה (=הגבלת כשרות) המוענק לו ע"פ חוק גבוה יותר וכן להיפך, ככל שהסיכון לפגיעה ברכוש החסוי נמוך יותר גם הגבלת הכשרות נמוכה יותר ולחסוי מרחב פעולה רחב יותר. בחוק קבועות 4 רמות הגנה (במדרג יורד) על קטינים ופסולי דין:

א. **אין תוקף ללא אישור בימ"ש** - בפעולות משפטיות מסויימות, אין כל משמעות למעשה החסוי, אף אם ניתן אישורו של הנציג, כל עוד ביהמ"ש לא אישר את הפעולה. הגדרת רמת הגנה זו מעוגנת בסעיף 7 לחוק הכשרות בעוד שהפעולות הזוקקות הגנה מעין זו מצויות בסעיפים 20 (ביחס להורים) ו-47 (ביחס לאפוטרופוס). כעולה מסעיפים 20 ו-47, ניתן לחלק את הסיבות להגנה זו ל-3 והן:

1. משמעות כלכלית ניכרת - ביטוי לה ניתן בשני סעיפים קטנים: 20(1) - המציין פעולות המשליכות על משלח ידו של הקטין: מכירת יחידה חקלאית, תעשייתית, מסחרית וכו'. כמו גם בס' 20(2) אודותיו ניתנים מרבית פסקי הדין בסוגייה זו,

¹ עקרון זה, נפסק כהלכה מחייבת ב- ע"א 8163/05 הדר חברה לביטוח נ פלוני ופלונית (2007).

הדן בפעולה משפטית המחייבת רישום במרשם המתנהל ע"פ חוק (פנקסי מקרקעין וכו'). יש לציין, כי יש והרצון להגן על קטינים תוך הגבלת כשרותם - מחמיץ את מטרתו בימינו. זאת, לנוכח העובדה, כי החוק הקיים מכיר אך ורק בצורך להגן על עסקאות מקרקעין ודומיהן, מתוך תפישה ארכאית לפיה עסקת מקרקעין כרוכה במהלך כלכלי משמעותי. מה יהא, אפוא, דין פעולה משפטית בגין חפץ שערכו לא יסולא בפז? ע"פ החוק הקיים - אין הגנת ביהמ"ש נדרשת לכך. לאור זאת, בקודיפיקציית דיני הממונות - שונה סעיף זה והוגדרה פעולה משפטית הדורשת אישור בימ"ש, במידה והינה בעלת נופך כלכלי משמעותי. נופך זה הוגדר לפי שווי מושא הפעולה. במידה והינו יתר על 50,000 ₪ הרי שדורשת הפעולה אישור בימ"ש, ללא הבחנה בין מקרקעין למטלטלין.

דוג' לרמת הגנה זו מצוייה בפס"ד שרף נ' אבער. בו נתעורר דיון בדבר חוזה שנחתם בין נציגי קטינה לרוכשי דירה. ע"פ ס' 20(2) הרי שפעולה זו זוקקת אישור בימ"ש (הניתן במקרים אלו, מכרח המציאות, בין חתימת החוזה למועד ביצועו). מהו, אפוא, מעמדו של החוזה מיום החתימה עד למתן אישור בימ"ש? האם כזכרון דברים הוא? התחייבות לחוזה? חוזה על תנאי? אינו כלום?

השופטים (שמגר וברק) הכריעו בדעת רוב, כי מעמד חוזה זה בטווח הזמן שבין כריתתו למתן² אישור בימ"ש הריהו "חוזה על תנאי" (כך גם נקבע בתזכיר חוק דיני ממונות). לעומתם, יש לציין את גישתו המקורית של השופט ח.כהן שסבר, כי חוזה מעין זה מעת שנכרת - ככל החוזים הוא. את דבריו ביסס ע"פ עקרונות חוק המקרקעין:

ברי לכל, כי כריתת חוזה וביצועו שתי פעולות משפטיות נפרדות המה. ע"פ חוק המקרקעין - "עסקת מקרקעין" נעשית במועד הקניית הנכס (רישומו בפנקס). הסכמה בדבר עסקת מקרקעין מכונה ע"פ חוק זה: "התחייבות לעשות עסקת מקרקעין" - וטעונה היא מסמך שאינו מנהלי - קרי חוזה. לדברי הש' כהן, רק שלב ביצוע החוזה זקוק לאישור ביהמ"ש, שכן לפי דיני המקרקעין - רק שלב העסקה זוקק רישום בפנקס המתנהל ע"פ חוק (המצריך ע"פ חוק הכשרות אישור בימ"ש); בעוד שמועד כריתת החוזה - שלפי דיני המקרקעין אינו אלא התחייבות - אינו זוקק כל רישום מנהלי - וע"כ עומד החוזה בתוקפו מיום שנכרת ואינו זוקק אישור בימ"ש כלל וכלל.

2. פעולות בהן הקטין נותן דבר מה אך אינו מקבל דבר בחזרה - 20(4-3).

3. חשש לניגוד עניינים בפעולת הנציג ביחס לטובת הקטין - 20(5).

² יש לציין, כי קיימת מגבלת זמן למתן אישור זה, הגם שאינה קבועה. החוק מגדיר, כי במידה ולא הסכימו הצדדים על מועד מסויים, ייקבע הוא לפי היום בו תם "פרק זמן סביר" הדרוש למתן אישור מערכת המשפט למהלך.

ב. **שלילת כשרות / אין תוקף / VOID (=בטל) - בחוזים בהם רמת ההגנה הנדרשת הינה גבוהה, נשללת כשרותו של הקטין לאותה פעולה. הפעולה בטלה מעצמה, ללא כל צורך התערבותי מצד הנציג. במידה ויסבור הנציג, כי נכון יהיה לקיים חוזה זה, אזי צריך הוא באופן אקטיבי להקנות לה תוקף (ע"י העברת הסכמתו לגורם השני בחוזה).**

דוג' לרמת הגנה זו מנוייה בסעי' 6א לחוק הכשרות. הסעי' עוסק בעסקאות (חוזים, בענייננו) רכש באמצעות אשראי. מתוך ההבנה, כי עסקאות אלה הינן סבוכות ומורכבות (על שום היבטן ארוך הטווח הכולל תשלום ריביות), מצריך החוק את אישור הנציג לכריתת חוזים אלו; ובהיעדר זה - בטלות מעיקרן.

ג. (רמה בינונית- ברירת המחזל) **הגבלת כשרות VOIDABLE (=פעולה ניתנת לביטול) - חוזים בהם רמת הפגיעה בחסוי הינה בינונית. במידה וכרת החסוי חוזה כזה - תקף הוא, אא"כ תוך חודש ימים מיום שנודע לנציג אודות כריתת החוזה בחר לבטלו [ע"פ סעי' 5(1) לחוק הכשרות]. אלמלא נהג הנציג כן - תקף החוזה והריהו כחוזה שנכרת ע"י הנציג לכל דבר ועניין. בעוד שברמת הגנה גבוהה - VOID נדרשת פעולת אישור מצד הנציג לקיום החוזה, רמה זו - VOIDABLE, מצריכה פעולת ביטול מפורשת מצידו לביטול החוזה, ואלמלא תתקיים זו תוך חודש ימים מיום היוודע דבר החוזה - עומד החוזה בתקפותו.**

לנוכח סעי' 5(2) לחוק הכשרות, במקרה בו נכרת חוזה בין חסוי לפלוני ללא ידיעת הנציג בעת הכריתה, וכן לא נודע לו בכל תקופת הקטינות, הרי שמיום שבגר הקטין ניתן לו חודש ימים לבטל את החוזה. עקרון זה מבוסס אף הוא על הנחת היסוד בדבר היעדר שיקול דעת מספק בזמן היות האדם קטין. משום שבמצב ספציפי זה, לא ניתנה ההגנה הראויה בהיותו קטין - שכן הנציג לא ידע אודות החוזה; הרי שמיום שאדם עומד על דעתו ומבין את השלכותיהן המשפטיות של מעשיו(=18 שנים) - ניתן לו חודש ימים לכלכל צעדיו ו"להגן על עצמו" במקום הגנת הנציג שהגיעה לו ולא מומשה.

ד. **תקף (כמעט) ללא אפשרות ביטול - לאור סעי' 6 לחוק הכשרות, פעולה משפטית מצד קטין שדרכם של קטינים במעמדו (=חברתי, סוציו-אקונומי וכו') ובגילו לעשות כמותה תקפה גם ללא אישור הנציג. זאת, להוציא מקרה בו יפסוק ביהמ"ש, כי אותה הפעולה - הגם שנורמלית היא פגעה באופן יוצא דופן באותו קטין או ברכושו.**

כמו כן, חוזה שנכרת בין קטין לפלוני, תוך שהלה "לא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין" - סעי' 6, תקף הוא. זאת, מתוך הרצון לשמור על מעמד החוזה במציאות הכלכלית בת ימינו ומתוך ההנחה והתודעה, כי אין ברשות הקטין יכולת ממשית לכרות חוזה רחב היקף היכול לפגוע בו /או ברכושו קשות. כמובן, שאם מדובר במקרה בו קיים חשש לפגיעה משמעותית בקטין - בסמכות ביהמ"ש לבטל חוזה זה.

לו יצוייר, כי בחוזה שכרת קטין שלובים שני יסודות: עסקה אותה רגילים בני גילו ומעמדו לעשות, בד בבד עם שימוש במתווה האשראי, הרי שלפי סעי' 6א: "פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי... אין לה תוקף על אף האמור בסעיפים

5 ו-6" גובר סעיף זה ובטל החוזה מעיקרו. יש לציין, כי בתזכיר חוק דיני ממונות, התהפך דין זה, ולפיו, הגורם המכריע יהיה רגילות קטינים בני גילו ומעמדו ולא מתווה העסקה.

גבולות דיני החוזים

- אני רוצה משמע אני חוזה
- הסכם שבכבוד - צדדים שווי כוח
- הסכם שבכבוד - צדדים שאינם שווי כוח
- חוזה שאינו בר אכיפה

• גבולות דיני החוזים

• אני רוצה משמע אני חוזה

חוזה מבוסס על הסכמה ורצון. מתוקף כך, במידה והצדדים אינם מעוניינים בהסכם חוזי - הרי שהסכמם לא היא חוזה. בהגדרתנו זו נשמר הרציונאל המעניק תוקף לחוזה - הרצון. מהי הסכמה חוזית? ברי לכל, כי לא כל הסכמה - חוזה היא. כמה מרכיבים מבדילים בין הסכמות חוזיות לאלה שאינן:

- א. רצון - כריתת חוזה תלוייה ברצון. במידה והסכימו הצדדים לקיים מערכת חוזית מחוייבים הם לכך מתוקף דיני החוזים, וכך להיפך.
- ב. אכיפה - בעוד שהתחייבויות חוזיות ניתנות לאכיפה ע"י הרשות הסטטוטורית המוסמכת לכך, הסכמות שאינן חוזיות אינן אכיפות.
- ג. דבר המחוקק - יש והחוק הגדיר במפורש מהי מערכת חוזית ואין באפשרות הצדדים להגדירה אחרת.

לו יצוייר, כי מחליטים הצדדים להתקשר שלא ע"י מערכת חוזית - הרי שבהיעדר מגבלה חוקית רצונם יישמר וקשרם לא יהא בעל נופך חוזי. לעומת זאת, בסיטואציה בה לא טרחו הצדדים לציין את רצונם - יצטרך ביהמ"ש לפרש את כוונת הצדדים. בעבר, פרשנות זו היתה מוכתבת ע"פ קטגוריות - ירושה משיטת המשפט האנגלית, אשר על פיה, בין היתר: הסכמות במסגרת תא משפחתי אינן בעלות נופך חוזי בעוד שהסכמות במסגרת אירוסין הן כן וכד'.

ברבות השנים, ננטשה שיטת הקטגוריזציה. ע"פ שיטת המשפט הנהוגה במדינת ישראל כיום, נבחן כל מקרה לגופו. כך, קיימים "תנאי סף" שעמידה בהם מאפשרת דיון אודות המקרה הנדון ע"פ דיני החוזים. לדוג', דיון בסוגיית מקח וממכר יעבור את תנאי הסף וביהמ"ש ישקול במקרה זה אם מדובר היה בהסכמה חוזית מחייבת אם לאו ע"פ דיני החוזים.

נקדים ונאמר, כי הפסקאות הבאות (צדדים שווי כח ושאינם שווי כח) דנות במקרים בהם ניתן ביטוי כלשהו לרצון הצדדים. במקרה בו לא צויין רצונם - נפעל מתוך הנחה כי מדובר בהסכם חוזי לכל דבר ועניין.

• הסכם שבכבוד - צדדים שווי כח

מקרה בו שני צדדים שווי כח ציינו כחלק ממסמך עליו חתמו, כי הסכמם הוא "הסכם שבכבוד" (הסכם ג'נטלמני - הסכם לו אין תוקף משפטי) ואינו בעל נופך חוזי כלל ועיקר - מעלה תמיהה: היש לכבד את מהות ההסכם (כוונת הצדדים: הסכם מבטא התחייבות, וזו הריהי כחווה), או שמא את הכתוב במסמך (ציון מפורש בדבר אי היות המסמך חווה)?

התשובה ברורה - יש להתחשב ברצון הצדדים במעמד חתימת ההסכם. לו יצויר, כי הצדדים ביקשו שהסכמם לא יהא חווה כלל ועיקר - הרי שאינו כזה. זאת, על שום אבן הפינה בדיני החוזים - הרצון.

• הסכם שבכבוד - צדדים שאינם שווי כח

האם כוונת הצדדים תהא משמעותית גם במקרה בו אינם שווי כוח וקיים חשש אמיתי שאחד הצדדים "הכתיב" את התנאי לפיו ההסכם יהא נטול תוקף משפטי והשני הסכים מתוך תלות (בעל ואשה בהליכי גירושין, תאגיד וספק וכו')? המערכת המשפטית מוכיחה שלא. בתי המשפט נוטים להתערב במצבים מעין אלו, לרוב, לטובת הנפגע. כפי שניתן לראות בפס"ד לוינ' נ' לוינ' - בחר ביהמ"ש להתערב לטובת גב' לוינ' תוך שבחר לפרש את כוונת הצדדים בחתימת ההסכם. במאמר מוסגר, רק נציין כי הפרשנות בסוגיית לוינ' היתה קשה. מהכרעת ביהמ"ש ניתן להסיק, כי במקרה בו הפרשנות אינה מוכרחת וניתן להטותה לכל אחד מן הצדדים - יש מקום להעדפת פרשנות הרואה בהסכם מסמך חוזי. כמו כן, גם אם הפרשנות היתה מוכרחת לטובת הצד החזק, הרי שיכול ביהמ"ש להתערב ולפסוק כנגדו - מתוך דברינו אלה.

פרופ' גבריאלה שלו (שהתוותה את המינוח 'הסכם שבכבוד' והינה 'לוחמת' למען חופש החוזים ושמירת עקרון הרצון) סבורה, כי אף במצב בו יש פערי כוח והחלש נפגע משמעותית - יש לשמר את עקרון הרצון ולמנוע התערבות בימ"ש. עם זאת, היא סבורה, כי יש להטיל סנקציות נזיקיות על הפוגע. ד"ר גלברד סבור שעמדה זו בעייתית. לתפישתו, אף שכך נשמרים עקרונות היסוד שבבסיס החווה - היקף תרופות הנזיקין הוא מצומצם והסעד הניתן לנפגע הינו קטן משמעותית לעומת סעד הניתן מתוקף תרופות חוזיות - שכן הללו מרובות יותר.

• חווה שאינו בר אכיפה

לו יצויר, כי פלוני ואלמוני כרתו חווה שהיקפו הכלכלי רב, אך בחווה פנימה סיכמו, כי הסעד אשר יינתן לנפגע במקרה של הפרת חווה יהיה זעום למדי. הרי שלפי עקרון חופש החוזים - יהא החווה שריר וקיים, אף שמתקיים פה עוול "סעדי". עם זאת, זהו ייצור כלאיים, שכן מחד - משקף הוא את רצון הצדדים והסכמותיהם, מאידך - לצד עקרון חופש החוזים, ניצב עקרון האכיפה,

לפיו כל חוזה כפוף למערכת אכיפת החוק במדינה והרי אם נשלל יסוד זה מן החוזה - אין הוא חוזה מושלם.

חרף בעייתיות זו, שלילת האכיפה מעוגנת בחוק ביחס לחוזים מסויימים, כדלהלן:

א. **חוזה הגרלה** (סעי' 32 לחוק החוזים) - חוזה שנכרת בדבר הגרלה, משחק או הימור שרווח הצפוי בעקבותיו תלוי במזל יותר מאשר ביכולת - אינו ניתן לאכיפה במקרה של הפרתו - סעי' 32(א). הסעד היחיד היכול להינתן במצב זה, הוא המתואר בפרק ב' לחוק החוזים, המכונה - "ביטול והשבה". לפיו, הנפגע זכאי להשבת הקרן בלבד, אך לא לקבלת הרווח בו היה זוכה לו היה מתקיים החוזה.

יש לציין, כי חוזה הגרלה אשר נכרת בין אדם פרטי לגוף המורשה לעסוק בעניינים אלו מטעם המדינה (מפעל הפיס וכד') ניתן לאכיפה (כעולה מס"ק (ב), שם). סיבת ההבדל נעוצה בכך ש"חופש החוזים" אינו חזות הכל. הגם שלו נדבך משמעותי - לקביעת הרגולטור - מקום משמעותי לא פחות. האחרון חפץ במיגור תופעת ההימורים ומשחקי המזל ועל כן הסיר הוא באמצעות החוק את ההגנה המשפטית הניתנת לנפגעים במצבים אלה, כחלק מנסיונו למגרם.

ב. **מתן פרסים וציונים** (סעי' 33 לחוק החוזים) - בעקבות פרשיית קראסניאנסקי, הוסף סעי' 33 לחוק החוזים, לפיו - אין בסמכות ביהמ"ש להתערב בסוגיות הנתונות להכרעת חבר שופטים מוסכם, במקרה של תחרות, חידון וכו'. זאת למעט מקרים יוצאי דופן, בהם מוצא ביהמ"ש להתערב באמתלאות שונות, דוג' פרשיית שני, בה בחר ביהמ"ש להתערב בהחלטה אדמיניסטרטיבית פנים-אוניברסיטאית. ברבות השנים, הורחבו מקרים אלו, בהם רואה ביהמ"ש לנכון להתערב גם בהחלטות פנימיות.

ראינו אפוא, כי משלושה סוגי חוזים נשללת סמכות האכיפה. יש וחוזים אלו נסמכים ונשענים על הסכמות הדדיות ומתוקף עקרון "חופש החוזים" אין למערכת המשפט סמכות להתערב בהם. לעומתם, יש וסמכות האכיפה מוגבלת ע"פ חוק במקרים מסויימים.

הצעה וקיבול

- גמירות דעת
- גמ"דומטר

• הצעה וקיבול

פרק א' ל-"חוק החוזים (חלק כללי)" אינו מגדיר מהו חוזה. עם זאת, נמנים בו קריטריונים, אשר כל העומד בהם - חוזה בידו. כמובן, תנאי מקדים לכך שחוזה ייחשב ככזה הוא, כי כוונת הצדדים תהא לראותו ככזה, לולא כיוונו הצדדים לכרות חוזה - מסמך נבוב בידם, ללא כל תוקף משפטי.

לפי האמור בס' 1 לחוק - חוזה נכרת בדרך של הצעה (מצד מציע החוזה) וקיבול (מצד מקבלו). כאמור בס' 2, ובהתאמה, בס' 5 - ע"מ שיתרחשו "הצעה" ו"קיבול", צריכים להתקיים 3 אלמנטים:

א. **פנייה** - המציע צריך לפנות בדרך כלשהי אל הניצע; ובהתאמה - על הניצע להודיע למציע כי מסכים לפנייתו.

ב. **גמירות דעת** - המציע צריך להביע בפנייתו גמירות דעת בדבר מוכנותו לביצוע החוזה; ובהתאמה על הניצע להביע גמירות דעת בדבר התקשרותו עם המציע בחוזה.

ג. **מסויימות (פירוט)** - על נוסח החוזה אותו מגיש המציע להיות מפורט כך, שלניצע לא תהיינה כל הערות תוכניות - ויסתפק באמירת - "מסכים"; ובהתאמה - על הניצע להסכים לדברי המציע כפי שהועברו מצידו.

במידה ושלושת תנאים אלו התקיימו ע"י שני הכותרים - הרי שנעשו הצעה וקיבול, המגדירים את אופי ההתקשרות בין הצדדים כחוזה.

• גמירות דעת

המונח "גמירות דעת" לקוח מן העולם התלמודי. על כן, היו דעות באקדמיה, כי יש להגדיר מונח זה במשפט הישראלי ע"פ הגדרתו בתלמוד. הצעה זו לא התקבלה. מן הפסיקה עולה, כי נתפרשה גמירות הדעת, כ: כוונה ליצור יחסים משפטיים. הגדרה זו, שמקורה בדברי פרופ' שלו הובאה אל הפסיקה ע"י הנשיא שמגר (בפרשיית זנדבנק). במרוצת השנים, הוכיחה הפסיקה, כי הפרשנות אינה שוקטת על שמריה, וחודדה הגדרתו של ביטוי זה. עד שנתעצבה לכדי הגדרה קונקרטיית למדי, לפיה מכוון ביטוי זה ל-"נקודת האל חזור", קרי - גמירות דעת הריהי כהתחייבות האדם לכרות חוזה ולעמוד בתנאיו. פלוני אשר גמר בדעתו לכרות חוזה עם אלמוני - למעשה, מחוייב לאלמוני.

דיוק בלשון החוק מעלה, כי הגדרות הצעה וקיבול אינן מחייבות גמ"ד, אלא העדה על גמ"ד. לכך שתי סיבות מרכזיות. הראשונה - "דברים שבלב אינם דברים" - אלמלא תוחצן באופן כלשהו גמירות דעתו של האחד, כיצד יבין זאת השני? במידה ולא תתקיים פעולה המבטאת גמ"ד הרי שלשני אין אילן להיאחז בו בכורתו את החוזה. יתירה מכך, במידה ויובא דבר כריתת חוזה זה לדיון בבימ"ש, לא יוכל בימ"ש לקבוע באם היתה גמ"ד אם לאו. על מנת למנוע מצבים אלו, נקבע בחוק, כי על הצדדים להעיד על גמ"ד בעת הכריתה.

דוג' לדבר, נמצא במקרה בו פלוני ואלמוני כרתו חוזה, אך אלמוני יידע צד שלישי, כי כל שיסכם עם פלוני יהא מתוך לצון - האם יהא חוזם תקף? נראה לומר שכן. זאת על שום דרישת החוק לבחון "העדה על גמ"ד" ולא גמ"ד לבדה. הרי שבמקרה זה, התרחשה העדה זו כלפי פלוני - אלמוני חתם על החוזה ועל כן אין זה עוד משנה מה התכוון בתוך תוכו.

כיצד מבוטאת ההעדה? סימנים חיצוניים הנצרכים לבטא העדה אינם קבועים, ותלויים בנסיבות העניין אודותיו נכרת החוזה. כך למשל, חתימה במקרה של חוזה כתוב - תעיד על גמ"ד. התנהלות טרם כריתת החוזה תעיד על גמ"ד במצבים מסויימים. כמו כן, גם בתוכן החוזה יש כדי להעיד על גמ"ד, זאת מתוך בחינת הפרטים המצויים בו. ככל שרמת הפירוט נמוכה יותר - נתקשה להעיד באמצעות התוכן על גמ"ד וכן להיפך. סימן מובהק לגמ"ד הוא ציון סנקציה תרופתית כחלק מן החוזה.

מן הפסיקה עולה כ"הלכה מחייבת", כי גם בפעולות הננקטות לאחר כריתת החוזה יש כדי להעיד על גמ"ד, אף שלדעת ד"ר גלברד, הדבר קשה מאוד. הקושי שבדבר, כך לטענתו, נובע מדרישת החוק להצעה וקיבול. ביטוי לגמ"ד הינו נדבך מרכזי בשניהם - ובמידה וראובן ביטא את גמירות דעתו רק לאחר שנכרת החוזה, הרי ששמעון כרת חוזה, בעוד שראובן לא עמד ביסודות ההצעה כנדרש בחוק. יש לציין, כי בפרשיית קדר נ' חברת אתרים התעצבה עמדת הפסיקה, לפיה אין ברשות ביהמ"ש להכריע בדבר קיום העדה על גמ"ד במקרה בו הנסיבות מורות אחרת בוודאות.

• גמ"דומטר

הדרך בה ננקוט לבדיקת העדה על גמ"ד הינה באמצעות מבחן "המתקשר הסביר" - מבחן אובייקטיבי-סובייקטיבי. מחד, לא נוכל לבחון את ההעדה רק על סמך הסובייקטיב המתקשר בחוזה, ומאידך - אין די במבחן האובייקטיבי - הבוחן את הדברים "מלמעלה". יסוד זה הונהג ע"י הנשיא שמגר בפרשיית פרץ בוני הנגב, ובאמצעותה יודגם העיקרון:

פרשייה זו נסבה על אב שהיה בעליו הפורמליים של נכס. בנו - החזיק בנכס בפועל ובקש להתקשר עם חברה קבלנית בדבר מכירת הנכס. האב, שאינו יודע קרוא וכתוב הובא בהיותו שתוי אל שולחן חתימת החוזה. מתוך שנאמר לו, כי בנו מעוניין בעסקה (בעוד האחרון לא נכח שם כלל) סמך ידיו וחתם. לאחר שלא עמדו בעלי הדירה בתנאי החוזה - נתבעו ע"י החברה. הנשיא שמגר סבר, כי מבחן האדם הסביר אינו יוביל לעשיית צדק במקרה דנן, שהרי למתבונן מבחוץ - נראית החתימה כהעדה גמורה על גמ"ד. על כן בחר שמגר להפעיל בפסיקתו מבחן המשלב את המדד

האובייקטיב יחד עם הסובייקטיבי. לפי מבחן זה - השאלה העומדת לנגד עינינו אינה האם ניכרת העדה על גמ"ד כלפי חוץ (מבחן אובייקטיבי גרידא), אלא מה היתה מידת גמירות הדעת של כל אדם אחר לו היה נתון במצבו של האב. בפרשיית **בראשי**, נקבע מבחן זה כהלכה מחייבת, ע"י השופטת ביניש.

גם מבחנו של הנשיא שמגר אינו פותר את כלל המקרים הקשים. כך למשל, בפרשיית **הדר חברה לביטוח** - גם בהפעלת מבחן ה"מתקשר הסביר" לא היה די כדי להגיע למסקנה, כי לא גמרה החותמת בדעתה לכרות חוזה, ועל כן פסקו השופטים לאור הכלל המצוי במשפט האנגלי - "לא נעשה דבר".

כשתוקנו סעיפי חוק החוזים, עמדה לנגד עיני המחוקק ההנחה, לפיה על החוק לתת מענה גם למצב בו ההצעה והקיבול אינם מתבצעים סימולטנית, אלא בפערי זמן. ע"כ נקבע **בס' 3**, כי המציע יכול לחזור בו מהצעתו עד לשלב שהגיעה ההצעה לידי הניצע (ובמקרים מסויימים, עד לשלב בו נשלח הקיבול מאת הניצע). מרגע שנשלח קיבול הניצע - אין המציע יכול לחזור בו עוד. כמו כן, יכול הניצע לחזור בו מקיבולו - כל זמן שלא התקבל זה אצל המציע. לאור זאת, במידה ומתעוררים ספקות בדבר העדה אודות גמ"ד במקרים בהם יש פערי זמן בין הגשת ההצעה להגשת הקיבול - יש לבחון את העדת גמירות הדעת ביחס לכל פרק זמן בנפרד.

מסויימות

- הגדרה והיקף
- השלמת חסרים

• מסויימות - הגדרה והיקף

לעקרון חופש החוזים - שני קווים מנחים. הראשון - רצון האדם, מוצא את ביטויו בתוקף ובחשיבות שניתנים לגמירות הדעת בנוגע לכריתת חוזה. השני - תוכן החוזה, בא לידי ביטוי בעקרון ה"מסויימות" - לפיו על החוזה להיות מפורט דיו, ע"מ לשקף את כוונת הצדדים בעת כריתתו - שכן חוזה שאינו מאגד את מרכיבי ההסכם המהותיים - אינו יכול להיות חוזה בר אכיפה.

למסויימות תפקיד כפול במציאות המשפטית:

א. מהותי - מסויימות הינה אחת ממרכיבי ההצעה. על כן, בהיעדרה אין כלל הצעה ובלאו הכי - אין חוזה.

ב. הוכחתי - במקרה של הפרת חוזה, סעיפיו יכולים להוות נדבך בהוכחת גמ"ד. כמובן, שמסויימות אינה הוכחת-על. על כן, במידה וקיימת אינדיקציה מפורשת להיעדר גמ"ד גם פירוט, רב ככל שיהיה, לא יועיל דבר.

מן הפסיקה עולה בבירור, כי קיימת מערכת יחסי גומלין בין גמ"ד לדרישת המסויימות³. כך, מסתמן, כי ככל שרמת הפירוט בחוזה גבוהה יותר, יש בכך כדי להעיד על גמ"ד. מנגד, במידה וברי, כי מתקיים עקרון גמ"ד, הרי שגם רמת פירוט גבולית - לא תערער את תוקף החוזה.

כפי שניכר בפסיקת השי' שמגר בפרשיית זנדבנק - רמת הפירוט הנדרשת, הינה כזו שלפיה ניתן להבין את מהות החוזה והשלכותיו, ללא צורך במו"מ נוסף. כמובן, שהיקף הפירוט הנדרש משתנה בין חוזה למשנהו - אין דין רמת המסויימות בחוזה מכר כרמת מחוייבות בחוזה שכירות וכו'.

סקירה היסטורית מעלה, כי משלהי שנות ה-70' חל ריכוך בדרישת הפסיקה לרמת מסויימות גבוהה⁴, בעוד שליסוד גמירות הדעת ניתן משנה תוקף, תופעה שניצניה בפס"ד זנדבנק, התקבעה בפס"ד רבינאי (המהווה אבן דרך בכל בחינת עקרון המסויימות בפרשיות חוזים שלאחריו) וביטוי

³ ובלשונו של השי' ת' אור בפרשיית דור חברה לאנגריה - "יסוד זה (המסויימות - צ.ד.) אינו מנותק מיסוד גמירת הדעת. שני יסודות אלה שלובים זה בזה ומעידים זה על זה. כך, קיומה של מסוימות יש בה כדי להעיד, בדרך כלל, על גמירת הדעת של הצדדים להתקשר בהסכם" (עמ' 832, פסקה 13).

⁴ כפי שגם עולה מדברי השופט דורנר בפס"ד בית הפסנתר - עמ' 588, פס' 12.

ייחודי לה עולה היטב מפס"ד דור אנרגיה. עם זאת, המסויימות לא נעדרה מן העולם, שכן ע"פ חוק היא נדרשת - ועל כן הסתפקה המערכת השיפוטית בהמצאות יסודות גמ"ד ומסויימות גרעינית ע"מ לשוות להתקשרות מעמד חוזי. כך, התעצבו להן 3 קבוצות של פרטים: פרטים שאינם הכרחיים למהות החוזה, והיעדרותם אינה משפיעה על תוקפו; פרטים חיוניים הניתנים להשלמה בדרכים שונות (כדלהלן); ופרטים גרעיניים, המהווים את "ליבת החוזה" מתוך שמבטאים הם את רצון הצדדים להתקשר בחוזה ועל כן אי-המצאותם מעקרת את החוזה ואין כל דרך להשלימם.

למגמת ריכוך זו 3 סיבות מרכזיות:

- א. חילופי גברי בקרב השופטים - "דם חדש" במערכת המשפט הוביל להחלפת תפישות ארכאיות בחדשניות (יש לזכור, סופסוף מדובר בשנות ה-70).
- ב. תמורות קיצוניות במשק הישראלי הובילו לבחינתם מחדש של יסודות דיני החוזים והתאמתם למציאות המשתנה.
- ג. ריבוי עו"ד - משום שעד אותן שנים, נהוג היה לכרות חוזים שלא בנוכחות עו"ד - היה צורך ברמת וודאות מירבית בבחינת החוזה. משהחלו עו"ד לרוב בקרב הארץ - דרישת המסויימות ירדה ממעמדה.

מגמה זו הובלטה בחריפות רבה בדברי הש' דורנר בפרשיית **בית הפסנתר** - שם קבעה, כי בהתקיים עקרון גמ"ד ללא עוררין, הרי שיסוד המסויימות כמעט ואינו נצרך. הגם שלקביעתה של דורנר הצטרף הש' א' לוי באומרו - "אני מסכים", אין לראות את הקביעה השוללת את הצורך ביסוד המסויימות בהתקיים יסוד גמ"ד כ"הלכה מחייבת". זאת על שום שדבריה של דורנר הובאו באותו פס"ד כאוביטר גמור, שהרי בפסיקה מאוחרת - התעלמו מדבריה ובנוסף בפרשיית בית הפסנתר עצמה, התקיימה מסויימות ועל כן בדבריה של דורנר לא היה כדי לשנות.

• השלמת חסרים

יש ולאחר כריתת חוזה - משתנים שונים, אשר לא הובאו בחשבון בעת כריתתו משפיעים על אחד הצדדים לרעה. בסיטואציות אלה, יש צורך "להשלים חוזה", כלומר לעדכן את הִסְסָרִים בחוזה לנוכח השינויים המציאותיים. במידה וצדדי החוזה אינם מגיעים לעמק השווה בדבר פרטי ההשלמה, הרי שמוטלת החובה על בית המשפט.

בטרם ייגש בית המשפט למלאכת ההשלמה, ייבחן החוזה שנגד עיניו לפי שני פרמטרים:

- א. חוזה בר תוקף - במידה ומסתבר, כי החוזה אינו בר תוקף (על שום היעדר הצעה / קיבול וכו') - אין ביהמ"ש מחויב לעצבו יש מאין - ע"מ להשלימו.
- ב. ווידוא חסר - יש והחסרון אינו ממשי - אלא מדומה. במקרה זה, יעדיף ביהמ"ש לנקוט לפרש את הסעיף הרלוונטי בחוזה ולא ישלימו. זאת משום שמתוך עקרון חופש החוזים - יש לשמר את החוזה בפורמט בו נכרת בין הצדדים, ועל כן עדיפה פרשנות על התערבות.

"הסדר שלילי" - יש וחסרון בחוזה הינו מכוון. כך למשל, במידה ומתעורר סכסוך אודות דבר מה שאינו מוסדר בחוזה משום שבחרו הצדדים שלא להסדיר נושא זה בחוזה - הרי שמדובר ב-"הסדר שלילי" וביהמ"ש לא יגדיר היעדר נושא זה כחסר ועל כן לא יפעל להשלימו.

במידה והשתכנע ביהמ"ש, כי קיים חסר אמיתי בחוזה, הרי שעומדים לרשותו כמה מנגנוני השלמה. להלן נעמוד על מנגנוני ההשלמה העיקריים. יש לציין, כי חסרים מסויימים בחוזים מסויימים אינם ברי השלמה. כך למשל, אם בחוזה מכר לא צויין מושא החוזה או מחירו - לא ישלים ביהמ"ש פרטים אלו, שכן אלו פרטיים מהותיים לעצם החוזה ותוקפו. עם זאת, מנויים בחוק החוזים הכלליים וכן בחוקי החוזים הפרטניים סעיפים המאפשרים לביהמ"ש להשלים חסרים, דוג' ערך חוזה, מועד מסירה וכד' - במידה ונתונים אלו אינם מהותיים לתוקפו של החוזה, אלא ממלאים חסרים "אגביים".

מנגנוני ההשלמה העיקריים מנויים מטה במדרג יורד הנובע מהצורך בשמירת עקרון חופש החוזים. ביהמ"ש יעדיף להפעיל מנגנון המשמר את עיקרון זה על פני רעו המצריך התערבות רגולטורית ופוגע בעקרון זה. על כן, במידה והפעיל ביהמ"ש מנגנון רגולטורי הרי שלא היתה לו כל אפשרות להפעיל מנגנון קודם לו במדרג. מקור המנגנונים בס' 26 לחוק החוזים (חלק כללי) - יש לציין, כי מנגנון ג' מפורש בחוק בעוד האחרים עולים מלשון הסעיף במשתמע.

א. **מנגנון השלמה חוזי** - במידה ובחוזה ציינו הצדדים, כי במקרה של חסר יש לפנות לביהמ"ש או לגורם המקובל עליהם (אדם מסויים, מחירון וכד'), הרי שהשלמה זו הינה עדיפה, שכן משמרת היא את רצון הצדדים כפי שהשתקף בלשון החוזה.

ב. **עקרון ביצוע אופטימאלי** - כאשר תמורת אחד הצדדים לשכנגדו הוגדרה בחוזה שכרתו באמצעות מדדים כלליים שאינם ספציפיים, הרי שהתערבות ביהמ"ש והכרעתו לתמורה ספציפית, הינה השלמה השואפת לבטא את רצון הצדדים בקירוב.

ג. **הנחות הסתברותיות** - שניים הם מרכיבי מנגנון זה ומנויים, גם כן, במדרג יורד.

1. **אמד דעת** - במידה ובין הצדדים נכרתו חוזים בעבר, הרי שניתן להשליך מן העולה בחוזי העבר על חוזה ההוה במקום בו יש חסר. יסוד זה מבוסס על ההנחה, לפיה החסר אינו נובע מתוך רצון לשנות, אלא מתוך השמטה בעלמא, במידה והיו הצדדים מעוניינים לשנות - מתאים היה שיצינו זאת במפורש.

2. **"פוק חזי"** - במקרה בו אין התקשרות חוזית בעבר ממנה ניתן להשליך, אזי יש לבחון את הנורמה המקובלת בחוזים מעין אלו בקרב הציבור ולפיה להשלים את החסר. כמובן, מנגנון זה מתרחק צעד נוסף משמירת עקרון חופש החוזים, שהרי הבחינה אינה מחשבתם הקונקרטי של הצדדים - אלא נוהג העם.

ד. **השלמה מכח חוק** - כל הוראות החוק העוסקות בתוכן החוזה הן, למעשה, מנגנוני השלמה. חלקן נמצאות בפרקים ג' ו-ה' לחוק החוזים (חלק כללי), אך רובן נמצאות

בחוקי החוזים הספציפיים. לנוכח זאת, יש להעדיף מנגנון השלמה מכוח חוק הנובע מחוקי החוזים הספציפיים על פני מנגנונים המנויים בחוק הכללי.

יש לציין, כי כל האמור בדבר השלמה מכח חוק הינו רק אודות חוזים בהם החסרים הינם דיספוזיטיביים (רצוניים). לעומתם, פסק בימ"ש בדבר חסרים קוגנטיים אינו השלמה - אלא "התערבות".

דפוס השלמה זה מוצא את ביטויו היטב בפס"ד דור אנרגיה, בו קבעו השופטים, כי ניתן להשלים את כלל החסרים בחוזה שנחתם באמצעות מנגנוני השלמה אלו ובסדר המצויין מעלה.

- זכרון דברים
- "נוסחת הקשר"
- הצעה וקיבול
- הצעה
- חזרה מהצעה
- הצעה ללא חזרה - הצעה בלתי הדירה
- פקיעת הצעה
- קיבול
- קיבול ע"י התנהגות

• זכרון דברים

מדברי הש' ברק בפס"ד רבינאי, עולה בבהירות, כי קיימים שני אופני התקשרות. האחד חוזי, והשני אינו חוזי - אלא חלק ממו"מ לקראת כריתת חוזה ואינו מחייב כלל. הקריטריונים לבחינת אופי ההתקשרות נעוץ בכתוב בס' 1 לחוק החוזים, לפיו - חוזה מוגדר ע"י הצעה וקיבול, בהם התקיימו יסודות גמ"ד ומסויימות. במידה ובהתקשרות כלשהי לא התקיימו יסודות אלו הרי שחוזה לא נכרת בין הצדדים. אין זה כלל משנה אם להתקשרות זו קראו בשם "זכרון דברים" אם לאו. הכותרת אינה מעלה ואינה מורידה. הגדרת החוזה נובעת ממהות תוכן ההתקשרות. אמנם, נכון הדבר, כי בהתאם לנורמות הנהוגות בישראל, כאשר מגדירים צדדים מסמך עליו חתמו כ"זכרון דברים" - שומה על ביהמ"ש, במידה והדיון מגיע לפתחו לדון במעמדו של מסמך זה ולבחון באם כרתו הצדדים חוזה, או שמא מסמך סתמי.

• "נוסחת הקשר"

יש ובזכ"ד מופיע סעיף ה' בקשר העתידי שבין הצדדים - סעיף אשר זכה לכינוי "נוסחת הקשר" (ברק בפס"ד רבינאי). במידה ובזכ"ד שוכן סעיף שכזה, הרי שיש לעיין בו היטב שכן, לעתים, מבוטאים בו בצורה מפורשת ביטויים היכולים להעיד על גמ"ד או, לחילופין, להכחישה. עם זאת, יש ו-"נוסחת הקשר" אינה מפורטת די הצורך - עובדה המעוררת ספיקות ותהיות, בה עוסקים, לרוב בתיהמ"ש.

המציאות מורה, כי צדדים המעוניינים בכריתת חוזה, חפצים לעשות כן בפני עו"ד ובאופן מסודר. על כן, נהוג למסד את התחייבות הצדדים זה לזה באופן ראשוני ע"י זכ"ד. הש' ברק בפס"ד רבינאי, קבע, כי מציאות זו מוכיחה, כי בהמצאות "נוסחת הקשר" כסעיף בזכ"ד אין כדי לפגוע בהעדה על גמ"ד. שכן חרף העובדה שרוצים הם לערוך חוזה מקיף ויסודי, מעוניינים הם, ראשית כל, למסד את התחייבותם זה לזה ולשם כך - חותמים הם על זכ"ד. לאור זאת, במידה ובזכ"ד מתקיימים יסודות גמ"ד ומסויימות - הרי שחוזה בידם לכל דבר.

במידה ולאחר חתימת זכ"ד המבטא התקשרות חוזית מעוניינים הצדדים לערוך חוזה מקיף, אין בכך כל פסול, שכן עקרון חופש החוזים מתיר לצדדים לערוך כל שינוי בחוזה, במידה ונעשה בהסכמה. עם זאת, במידה ולאחר חתימת זכ"ד (בעל אופי חוזי) מתגלעת מחלוקת בין הצדדים

ואינם מעוניינים עוד בכריתת חוזה - הרי שעדיין מחוייבים הם לנאמר בזכ"ד - שכן הריהו כחוזה לכל דבר.

• הצעה וקיבול

כאמור, הצעה וקיבול הינן דרכי כריתת החוזה - "חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול" (ס' 1 לחוק החוזים).

מנגד, לפי עקרון חופש החוזים, במידה ומעוניינים הצדדים לכרות חוזה שלא ע"י הצעה וקיבול - נתיר להם לנהוג כן. על כן, במצב בו שני הצדדים מציעים הצעה בעלת מרכיבים זהים במקביל - הרי שייכרת ביניהם חוזה - אף שאין במקרה זה מציע וניצע "קלאסיים", אלא מציע ומציע. זאת משום ששתי ההצעות משקפות נאמנה את רצון הצדדים. מהלך שכזה מכונה - "הצעות מצטלבות".

• הצעה

ע"מ שתבוצע הצעה, עלייה להעיד על גמ"ד ולהיות מסויימת דיה. על כן ובמידה וההצעה נגועה בהססנות, אין בה משמעות משפטית חוזית, אלא משמעות ביחס לבדיקת הליכי המו"מ. "הצעה" כזו מכונה במשפט האנגלי - "הצעה לכריתת חוזה".

"הזמנה להציע הצעות" - אדם המפנה קריאה לציבור להציע הצעות (דוג' מכרז) - הרי שאין במעשהו כדי להעיד על גמ"ד ביחס לניצע ספציפי ולכן אין מדובר בחוזה בינו לניצע.

"הצעה לציבור" - במידה והצעה המופנית לכלל הציבור יכולה להניב חוזה יחיד, אזי שעם הראשון שמבצע קיבול - ייכרת חוזה. מנגד, אם ההצעה אינה מוגבלת ויכולה להניב חוזים רבים - אזי כל המבצע קיבול - כרת חוזה (דוג' - מכונת שתייה וכו'). נסיון החיים מורה, כי המציע, שומר לעצמו פעמים רבות את הזכות לבחור בניצע עימו מעוניין הוא לכרות חוזה. על כן, במידה ומן ההצעה עולה במפורש או במשתמע, כי הפונה שומר זכות זו לעצמו, הרי שלפי המשפט הישראלי אין זו הצעה, אלא - "פנייה להצעה" ואין בה כדי להעיד על גמ"ד.

• חזרה מהצעה

כעולה מס' 3 לחוק החוזים (חלק כללי), על שני תנאים להתקיים ע"מ שמציע יחזור מהצעתו:

א. **החצנת כוונת החזרה** - על המציע להביע ולהחצין את רצונו לחזור בו מהצעתו. החצנה זו יכולה להיעשות בכל דרך ראוייה ע"פ נסיבות העניין (ס' 60**(ב)** לחוק). מקובל, כי החצנת החזרה תובע באופן דומה עד כמה שניתן לדרך בה ניתנה ההצעה.

ב. **מועד החזרה** - על המציע לחזור בו מהצעתו טרם שיגר הניצע הודעת קיבול. למעשה, דבר זה גורם לחוסר וודאות בקרב הניצע, שכן בעוד עמל הניצע על הבנת ההצעה ובחינת מענה לה, אין בידיו כל ערובה שעודנה בתוקף, שהרי בכל רגע נתון טרם שיגור הקיבול - יכול המציע לחזור בו.

• הצעה ללא חזרה - הצעה בלתי הדירה

כעולה מס' 3(ב), בכוח אחת משתי הפעולות הבאות להגדיר הצעה כבלתי הדירה:

א. **הקצבת פרק זמן** - במידה והמציע נוקב בהצעתו מועד לפקיעת ההצעה, אינו יכול המציע לחזור בו טרם חל מועד זה. כך - אם קצב המציע את הצעתו ב-30 יום, או נקב בתאריך מסויים - אין ביכולתו לחזור בו מהצעתו בתוך פרק זמן זה. זאת משום שקביעת המועד מגלמת בתוכה, במשתמע, כי לניצע יכולת לקבל עד לאותו יום. הקצבת זמן הינה תופעה שכיחה למדי.

יש ומציע נוקב פרק זמן בהצעתו, אך אין בכך כדי להצביע על כוונתו להגביל את הצעתו בזמן, לדוג' - "השב על הצעתי בתוך 30 ימים", הרי שניתן להבין דרישה זו בשני אופנים. ייתכן וכוונת המציע - להגביל בזמן את הצעתו = הצעה בלתי הדירה. מנגד, ייתכן ולא היה בכוונתו להגביל הצעתו ב-30 ימים. אודות סיטואציה מעין זו, נחלקו פרופ' ג' שלו ופרופ' סיני דויטש. שלו סוברת, כי לפי החוק, כל הצעה בה מצויין פרק זמן - דינה כהצעה בלתי הדירה ואין מקום לפרשנות כוונת המציע. בעוד שדויטש סבור, כי בכל הקשור לחוזים - יש לתת משקל לכוונת הצדדים ולבחון כל הצעה בראי הכוונה.

ב. **הגדרת ההצעה** - במידה והמציע הגדיר את הצעתו כנטולת אפשרות חזרה, הרי שאינו יכול לחזור בו מהצעתו. עם זאת, הצעתו אינה תלויה ועומדת לעד, אלא פוקעת בתום הזמן הסביר (ס' 8(א) לחוק).

בשונה מהצעה הדירה, בה יכול המציע לחזור עד שיגור הודעת הקיבול מאת הניצע, מרגע שנתקבלה הצעה בלתי הדירה אצל הניצע - אין בסמכותו של המציע לעשות כן. יסוד ההבדל בין שני דפוסי ההצעות הוא, אפוא, בפרק הזמן שבין הגעת ההצעה לשיגור הקיבול. במידה ומציע מנסה לחזור בו מהצעה בלתי הדירה אין לכך כל משמעות משפטית, כעולה מפס"ד נווה עס.

במצבים מסויימים, אין המציע יכול לחזור בו מהצעתו אף בפרק הזמן שטרם הגעת ההצעה לידי הניצע. כך למשל, רגע לפני התקשרות חוזית המבוססת על מו"מ מורכב ומתמשך, במהלכו כל אחד מן הצדדים משמש כמציע וניצע לסירוגין (שכן המסמך עובר בין הצדדים פעמים רבות לאישורים והגהות) - אין לאחרון שהציע לחזור בו מדבריו בלא טיעון ענייני, שכן במעשה זה מפר הוא את הוראת ס' 12 לחוק הדין בחובת תום לב במו"מ. במקרה בו חזר בו המציע, ללא טענות ענייניות - הרי שיכולות להנקט כנגדו כמה פעולות: הכרה בפרישה תוך הטלת סנקציה תרופתית כלשהי, או לחילופין - חסימת אפשרות הפרישה מן החוזה לחלוטין.

• פקיעת הצעה

ההצעה אינה קיימת לעד, אלא פוקעת היא, כעולה מן החוק בכמה אופנים:

א. **חזרת המציע (ס' 3)** - במידה וחזר המציע מהצעתו בעוד יש לו אפשרות לעשות כן - הרי שפקעה ההצעה.

ב. **חלף מועד קיבול (ס' 4(1))** - במידה וחלף פרק הזמן (המוקצב במידה וקיים; ה"סביר" - במידה ולא הוקצב) - פקעה ההצעה ואין להודעת הקיבול כל תוקף.

ג. **דחיית הצעה (ס' 14(1))** - במידה ודחה הניצע את ההצעה (גם בתוך פרק הזמן שהוקצב ע"י המציע) - פקעה ההצעה ואין לה כל תוקף. דחייה זו יכולה להתבצע במפורש או במשתמע (לאחר בירור מדוקדק בדבר כוונת הניצע). **מס' 5 לחוק** עולה, כי על מרכיבי הקיבול להיות מקבילים למרכיבי ההצעה. על כן, במידה וקיימים הבדלים בין הודעת הקיבול להצעה - יש בכך משום - "שינוי קיבול" - ודין שינוי זה - כדחייה לכל דבר ועניין.

מפס"ד נווה עם עולה מפורשות, כי על דחיית הצעה בלתי הדירה להיעשות במפורש ובאופן אקטיבי. זאת על שום ההנחה, כי אדם לא מוותר על זכות מוקנית כלאחר יד. הצעה הינה, למעשה, זכות העומדת למימוש הניצע ע"י הודעת הקיבול. לאור זאת, ע"מ להפקיע הצעה בלתי הדירה - שדבר מימושה נתון להחלטת הניצע ותו לא - יש צורך בגילוי דעת משמעותי מצד הניצע - גילוי אשר יביע נחרצות, כי מוותר הוא על זכותו.

ד. **מוות (ס' 4(2))** - כאשר מתרחש מוות פיסי או משפטי (עיקול נכסי חברה, הכרזה על פסול דין וכד') בין של הניצע ובין של המציע - עד למועד **שיגור** הודעת הקיבול - מופקעת ההצעה. אין כל נפק"מ בין הצעה הדירה להצעה שאיננה הדירה ביחס להפקעה מעין זו, שכן ההצעות כולן תפקענה מחמת מוות, במידה וזה התרחש עד שיגור הקיבול.

• **קיבול (ס' 5)**

לרוב, קיבול נעשה ע"י הודעה, אא"כ עולה מן ההצעה (במפורש או במשתמע), כי יש לבצע את הקיבול באופן שונה. הודעה זו, כמוגדר **בס' 60(א) לחוק** - "תינתן בדרך המקובלת בנסיבות העניין". כאמור לעיל, שינוי קיבול - הריהו כדחיית ההצעה. בשיטת המשפט הישראלית - שלב הקיבול בהליך כריתת החוזה מסתיים בהגעת הודעת הקיבול לידי המציע - **"תיאוריית המסירה"**. בשונה מכך, קיימות שיטות משפט שונות (בהן שיטת המשפט האנגלית בחלק מן המקרים) הגורסות, כי כבר בשליחת הניצע את הודעת קיבולו נכרת חוזה, עוד טרם התקבלה היא אצל המציע - **"תיאוריית השיגור"**.

• **קיבול ע"י התנהגות**

יש והקיבול לא ייעשה ע"י הודעה, אלא ע"י התנהגות. כך עולה **מס' 6(א)**, וכן נפסק **בפס"ד ש.ג.מ. חניונים**. על כן, יש ונורמות התנהגותיות מסויימות, בהתחשב בנסיבות העניין, משמשות כקיבול להצעה ויש בהן כדי לכרות חוזה. כמו"כ, ברי, כי בהתנהגות לפי הצעה, ללא ידיעה בדבר קיומה, אין כדי לכרות חוזה, שכן נעדר מהתנהגות זו יסוד גמירות הדעת לכריתת חוזה הנצרך ע"פ חוק (לדוג' - פלוני איבד כלב ופרסם מודעה בדבר מענק כספי למשיבו. אלמוני השיב את הכלב ללא שידע את דבר הפרסום. אזי, ע"פ כללי הצעה וקיבול - פלוני אינו מחוייב להעניק לאלמוני את המענק. הגם שמחוייב הוא לכך מפאת "התחייבות חד צדדית").

קיבול ע"י התנהגות - מעורר תמיהות. בעוד שמועד קיבול הודעתי הינו ברור ופשוט, אין נק' ייחוס מוגדרת להחלת קיבול ביחס להתנהגות מסויימת, שכן מהו הקיבול? תחילת ההתנהגות? סופה? מחציתה? לעומת מצבים בהם ניתן לזהות את הקיבול בנקל (כניסה לחניון, קניית פחית ממכונה וכו'), קיימים מצבים רבים - בהם לא ניתן להגדיר קיבול בקלילות שכזו. כך למשל, בניסוי הסטודנטים המוקפאים - אימתי תחוייב האוניברסיטה בתשלום להם - משנכנסו והחלו לקפוא, או שמא לא תחוייב כלל, שהרי נקטע הניסוי באיבו וכל הקפאתם לשוא היתה?

- דרישת המציע לקיבול ע"י היעדר תגובה - ס' 6(ב)
 - חזקת קיבול - חוזה שאינו אלא כדי לזכות - ס' 7
 - מועד קיבול - ס' 8
 - חזרה מן הקיבול - ס' 10
-

- **דרישת המציע לקיבול ע"י היעדר תגובה - ס' 6(ב)**

כעולה מס' 6(ב) לחוק במידה והגדיר המציע, כי קיבול ההצעה יבוצע ע"י היעדר תגובת הניצע - אזי אין לכך כל תוקף. זאת משום שהגדרה זו מצד המציע משוללת כל היגיון היא. בעשות המציע כן, הרי שכופה הוא על הניצע התנהגות אקטיבית לביטול ההצעה - ובכך מופר עקרון "חופש החוזים". סעיף זה נועד להגנת הניצע. על כן, במידה ונהג מציע בחוסר תום לב מתוך כוונה להסתמך על סעיף זה כדי לבטל את תוקפה של ההצעה - אין במעשהו ולא כלום- וביהמ"ש יתערב לטובת הניצע במידה ותובא הסוגיה בפניו.

חרף סעיף זה, שלושה הם המצבים בהם יתבצע קיבול ע"י היעדר תגובת הניצע:

- א. **חידוש חוזה** - במידה ובמעמד כריתת החוזה - הסכימו הצדדים, כי כל חידוש עתידי של חוזם יבוצע אוטומטית, אלא אם ניתנה הודעה אחרת מצד הניצע - הרי שהיעדר תגובת הניצע בעתיד - תוביל לחידוש החוזה ואין בס' 6(ב) כדי למנוע המהלך. זאת משום שהוראות חוק החוזים הינן דיס פוזיטיביות (למעט ס' 12 - חובה לנהוג בתום לב) ובהסכמת הצדדים על חידוש אוטומטי יש כדי לקיים את עקרון "חופש החוזים". יתירה מכך - ס' 6(ב) דן בראשית התקשרות בין צדדים ולא בחידושה.
- ב. **שלהי מו"מ** - יש ולאחר מו"מ מתמשך בין צדדים לכריתת חוזה, נוצרת מוסכמה לפיה די בשתיקה כדי לבצע קיבול. במידה והנסיבות מורות, כי כך הם פני הדברים הרי ששתיקת הניצע - קיבול היא.

- **חזקת קיבול - חוזה שאינו אלא כדי לזכות - ס' 7**

- ג. **חוזה שאינו אלא כדי לזכות** - לפי ס' 7 לחוק - יש והתקשרות חוזית בין הצדדים מעניקה לניצע זכויות תוך שאינה מטילה עליו כל חובה כלפי המציע. במצב זה חלה "חזקת קיבול" - לפיה אדם מוחזק כמקבל ההצעה - אא"כ מפר הוא את החזקה במעשה אקטיבי המורה על אי רצונו לקבל את ההצעה. מצב זה הופך את הקערה על פיה. כך, בעוד שמטבע הדברים שתיקה אינה מהווה הודאה - אלא היעדר הסכמה, במציאות משפטית מעין זו - שתיקה היא מצב ברירת המחדל להסכמה ודחיית ההצעה יכולה להיעשות רק ע"י חריגה מן השתיקה - באופן סביר כלשהו.

חוזה זה תקף, משום שהחוק שואף לשקף את הנוהג המקובל בציבור - לפיו חזקה, כי אדם יהא מוכן לזכות בכל עת ובכל דבר במידה ואין הדבר מטיל עליו חובות. כמובן, חובות הינן, כאמור לעיל - כלפי המציע. כך, אדם אשר זכה בדירה מפאת חזקת קיבול - אין לראות את תשלומי הארנונה כחובות הפוגמות בתקפותו של חוזה זה - שהרי לא ניתן להיות בעלים על נכס / חפץ ובד בבד להמנע מאחזקתו השוטפת.

בשונה מהצעות רגילות - אין כל נורמה משפטית המגדירה מועד לפקיעת הצעה מעין זו. ע"כ קיימות כמה גישות בעולם האקדמי. כך - נעשה ניסיון (פרידמן וכהן בספרם) לדמות את מועד פקיעתה של הצעה זו למועד פקיעת הצעה בלתי הדירה. זאת על שום ההבנה, כי בהצעה בלתי הדירה משולב אלמנט של הצעה שאין בה אלא כדי לזכות (שהרי מרגע שנקב המציע במועד - הכדור במגרשו הבלעדי של הניצע). לאור אנלוגיה זו - יש לראות את מועד הגעת ההצעה אל הניצע כנק' האל-חזור ממנה אין למציע לחזור בו.

בנוסף, יש שרצו לדמות הצעה כזו לנהוג בחוזה מתנה - בו יכול המציע לחזור עד המועד בו שינה הניצע (המקבל) את יחסו למתנה, ולנהוג כן גם בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות. אנלוגיה זו איננה פשוטה כלל ועיקר, שכן יש להבחין בין מתנה לחוזה דנן. בעוד שמציע המתנה פועל מתוך אלטרואיזם, מציע החוזה דנן פועל, לרוב, מתוך מניעים עסקיים גרידא. החוק מכיר במניעיו של נותן המתנה, מקל עימו ומאפשר לו לחזור בו עד נק' זמן מאוחרת יותר. לעומת זאת, במציע דנן, המניעים אינם זכים וטהורים ועל כן אין מקום להקל על המציע ולאפשר לו לחזור מהצעתו במועד מאוחר. כמובן, שבחוזה שאין בו אלא כדי לזכות המונע ממניעים אלטרואיסטיים יש לתת משקל רב לאנלוגיה זו, אך כאמור - מעטים הם המקרים.

• מועד קיבול - ס' 8

כאמור ב-ס"ק (א) הניצע יכול לבצע קיבול בתוך פרק הזמן המוקצב לכך בהצעה, במידה ומדובר בהצעה בלתי הדירה, או תוך פרק זמן סביר במידה ומדובר בהצעה רגילה. מ-ס"ק (ב) עולה, כי במידה וקצב המציע מועד לקיבול והניצע שלח הודעתו מתוך הנחה, כי יתקבל הקיבול אצל המציע בתוך פרק הזמן הקצוב, והיה, כי מחמת סיבה שלא יכול היה הניצע לצפותה מראש - התקבלה הודעת קיבולו לאחר פרק הזמן הקצוב - נכרת חוזה בין הצדדים. זאת, במידה והמציע לא דחה אקטיבית את הקיבול מייד עם קבלתו. לו נהג כן המציע - הרי שלא נכרת חוזה בין הצדדים.

• חזרה מן הקיבול - ס' 10

במידה והניצע שלח הודעת קיבול ולאחריה - הודעת ביטול, אזי הראשונה שנמסרה לידי המציע (כמובן, נמסרה - בצורה סבירה בנסיבות העניין) היא התקפה מבין השתיים.

צורת החוזה - דרישת כתב

- בין דרישה מהותית לראייתית
- ריכוך דרישת הכתב

• צורת החוזה - דרישת כתב

אחד ההבדלים בין שיטות משפט עתיקות לאלה המודרניות הוא בדרישת החוק לפורמולה צורנית במבנה החוזה. בעוד ששיטות משפט קדומות דרשו פורמולה זו להגדרת תוקפו של חוזה (תוך הכרה, כי במקרים מסויימים ההתקשרות הינה חוזית אף לולא התקיימה הפורמולה); הגישה המודרנית היא לאכוף את עקרון "חופש החוזים" - לפיו לצדדים סמכות לקבוע לא רק את תוכן החוזה, אלא גם את אופיו הצורני. עם זאת, לגישה הדוגלת בהזדקקות לפורמולה צורנית שני יתרונות:

א. **מהותי** - הפורמולה מסייעת להבחין בין סיטואציה חוזית לשאינה כזו. כך, בקיום דרישת הפורמולה - מוגדר המסמך כחוזה ובהיעדרו - אינו חוזה.

ב. **ראייתי** - במקרה של תביעה בגין הפרת חוזה - בחינת מבנה המסמך לאור הנחיות הפורמולה מהווה אסמכתא להגדרת התקשרות כחוזית.

כאמור, בשיטות המשפט המודרניות - דרישת הפורמולה נמוגה. כך, בס' 23 ו-24 לחוק החוזים ניתן לכך ביטוי - שכן ע"פ חוק רשאים הצדדים לנסח את תוכן החוזה - ככל העולה על רוחם (24) ובכל אופן צורני בו חפצים הצדדים (23). עם זאת, סייג לדבר בס' 23 לפיו - במידה וע"פ חוק יש לערוך חוזה מסויים באופן המוגדר בחוק - אזי רצון הצדדים אינו רלוונטי.

יש חוזים שכריתתם תלויה ע"פ חוק בפורמולה צורנית מסויימת. קיום תנאי הפורמולה הינו הכרחי למתן תוקף משפטי לחוזה. עקרונית, דרישת הפורמולה במשפט המודרני הינה, כי החוזה ייערך בכתב (כבחוזה למכר מקרקעין - ע"פ ס' 8 לחוק המקרקעין). עם זאת, יש חוזים מסויימים אודותם דרישת החוק אינה מסתכמת בכתב - אלא באפיון צורני נוסף - דוג' חתימת נוטריון בעת הצורך, הדגשת משפטי מפתח (בחוזי ביטוח מסויימים) ועוד.

מן החוקים השונים, אינה עולה תמונת מצב חד משמעית בדבר מהות דרישת הכתב בחוזים השונים. על כן, כאשר מגיע דיון מעין זה לפתחו של ביהמ"ש, מוטלת עליו החובה לפרש את תכלית החוק במקרה הרלוונטי. יש ותפורש דרישת הכתב כמהותית, ולחלופין - ראייתית. מתח פרשני זה נובע, בין היתר, בשל הסתירה שבין ס' 23 לחוק החוזים וס' 80 לחוק הפרוצדורה העות'מאנית. כאמור לעיל, ס' 23 דן בעקרון המהותי, לפיו - חוזה יכול להיכרת בכל דרך בה חפצים הצדדים אלא אם קיימת דרישה מהותית לאופן כריתה מסויים. לעומתו, ס' 80 לחוק הפרוצדורה (שעודנו בתוקף) קובע, כי כל דרישת כתב אינה אלא ראייתית.

• בין דרישה מהותית לראייתית

במרוצת הזמן התפתחו בפסיקה אבחנות חשובות בין דרישת כתב מהותית לראייתית:

א. סוג המסמך - בעוד שדרישת כתב מהותית מצריכה, כי שני פניו של החוזה (הצעה וקיבול) ייעשו בכתב, בדרישה ראייתית - אין בכך כל צורך. בדרישה ראייתית נצרך מסמך כתוב כלשהו המצביע על כריתת חוזה.

ב. היקף המסמך - בדרישת כתב מהותית, על המסמך הכתוב להכיל את כלל הפרטים המהותיים להתקשרות, בעוד שבדרישה ראייתית - אין הכרח כזה.

הפרטים המהותיים הנצרכים לקיום דרישת הכתב מקבילים בחלקם לפרטים הנצרכים לקיום דרישת המסויימות. זאת משום שדרישת המסויימות נצרכת בכל התקשרות חוזית, בעוד שדרישת הכתב רלוונטית רק בחלקן. כך למשל, כשחלק מן הפרטים סוכמו בע"פ ולא הועלו על הכתב, יהיה בכך כדי למלא אחר דרישת המסויימות, אך במקרה בו קיימת דרישת כתב מהותית - הפרטים שבע"פ לא יוכלו למלאה. יש לציין, כי בכח מנגנוני ההשלמה למלא לא רק את דרישת המסויימות, אלא גם דרישת הכתב המהותית. לכן במקום בו אין חסר במסויימות (כאשר סוכמו פרטים בע"פ) - אין בכח מנגנוני ההשלמה להשלים את דרישת הכתב לבדה. מנגד, במידה והסכמות הצדדים אינן תואמות את דרישות החוק וההשלמות הנורמטיביות - אין בכך כדי לפגום בדרישת הכתב.

כאמור, בחקיקה - חוקים רבים בהם מצוייה דרישת כתב מהותית. אחד הבולטים הוא **ס' 8 לחוק המקרקעין** (אשר נחקק ב-1969). כעולה מן הפסיקה פרשנות שהוענקה לדרישת הכתב המהותית בס' 8 לחוק המקרקעין תחול גם על דרישות כתב בסוגיות משפטיות אחרות - "בשינויים המחוייבים".

חמש הן הזכויות המשפטיות המוכרות ביחס למקרקעין: הקניית בעלות, שכירות, שעבוד (משכנתא), זיקת הנאה וזכות קדימה. על כל התקשרות חוזית בדבר הקניית אחת מזכויות אלה חל **ס' 8 לחוק המקרקעין** ומצריך, כי תיעשה באמצעות כתב. עם זאת, כעולה מס' **79(א)** שכירות קצרת מועד (עד 5 שנים) אינה כפופה לס' 8. עולה אפוא, כי בשכירות קצרת טווח לא תחול דרישת הכתב המהותית מכח **ס' 8**, אך תחול דרישת כתב ראייתית מכח **ס' 80 לחוק הפרוצדורה**. בנוסף, בהמחאת זכות על מקרקעין - שייכת דרישת הכתב המהותי, בעוד שהמחאת זכות של זכות אין הדרישה חלה. זאת להוציא, דעתם של פרידמן וכהן בספרם הסבורים, כי על המחאת זכות של זכות קניינית במקרקעין - יש צורך בדרישת כתב ראייתית מכח **ס' 80 לחוק הפרוצדורה**, משום שקיים נוהג אודות כך.

ב-פס"ד גרוסמן נ' בידרמן, חודשה הלכה לפיה - דרישת הכתב במקרקעין הינה דרישה מהותית. השי' זוסמן ביסס דברים אלו על כמה אדני פרשנות ארכאיים, אך גם מתוך פירוש תכליתי לחוק המקרקעין, אשר לפירוש זה, יש לראות בחקיקת **ס' 8** משום כוונת המחוקק לעגן בחוק את ההעדה בדבר גמ"ד בעת עשיית קניין מקרקעין, ועל כן יש לראות את דרישת כתב זו

כמהותית. נוסף על כך, בפס"ד קפולסקי חודשה ההלכה המגדירה את היקף הכתב הנדרש לעמידה בסטנדרט דרישת הכתב המהותית. אליבא דפס"ד זה - כל הפרטים הנצרכים ליישום עקרון המסויימות נצרכים גם למימוש דרישת הכתב המהותית. עם זאת, יש להבחין בין שתי הדרישות, שהרי מדובר בשתי דרישות הנובעות משני חוקים שונים בתכלית.

• ריכוך דרישת הכתב

בעקבות שתי הלכות אלה נראה היה, כי רק הבקיאיים במשפט המקרקעין יכולים היו לעמוד בדרישת הכתב המהותית. עובדה, אשר הובילה לפער בין ה"אידיאל" המשפטי לבין המצב בפועל. על כן, החל ביהמ"ש בריכוך דרישת הכתב המהותית. מהלך זה, מוצא את ביטויו בשלושה שלבים עיקריים, הנותנים מענה לדפוסי התקשוריות חוזיות שונים:

א. **צמצום היקף הפרטים הנדרש והשלמה נורמטיבית** (מחצית השנייה של שנות ה-70)

ואילך) - הליך ריכוכה של דרישת המסויימות, היווה מעין אב טיפוס להליך דומה שהתרחש בדרישת הכתב המהותית. כך, נקבעה רמת סף של פרטים הנדרשים להמצא בחוזה ע"מ לקיים את דרשת הכתב המהותית. בפס"ד רבינאי ובוטקובסקי, ניתן לראות יפה מהלך ריכוך זה. הליך ריכוך זה "פותר" את רוב הפערים בין האידיאל המשפטי למצב השוק.

חתימה - נחלקו המשפטנים בדבר משמעותה של חתימת הצדדים על החוזה למילוי דרישת הכתב. ברי, כי זו שונה מהותית משאר מרכיבי החוזה. בעוד השאר מהווים את לב ליבו של החוזה ובלעדיהם דין חתימה כדין קליפת השום, הרי שבחתימה אין, בהכרח, כדי להוסיף למהות החוזה - אלא רק לתקפו. על כן, יש שטענו (הש' בך בפס"ד דירות מקסים), כי היעדרה של חתימה מן החוזה אינה פוגעת בדרישת הכתב המהותית. הגם, שסבר הש' בך - כי היעדרה של חתימה פוגע בהעדה על גמ"ד. נוסף על כך, במידה ויש צורך בחתימה, ניתן לומר - כי נצרכת רק חתימת המוכר - שכן במקרקעין - המוכר הוא מבצע העסקה ורצינותו היא שעומדת למבחן ולא רצינות הצד שכנגד. בפס"ד בוטקובסקי נקבע מפורשות, כי אין צורך בחתימה כלל לקיום דרישת הכתב המהותית - במידה והתקיימה העדה על גמ"ד.

ב. **ריכוך משפחתי** (שלהי שנות ה-80 - תחילת שנות ה-90) - בשנים אלה ביצע ביהמ"ש

מהלך ריכוך נוסף, בכל הנוגע לחוזים פנים-משפחתיים. כך, למשל ב-פס"ד אהרונוב בוצע ריכוך, אשר סתר שניים מעקרונותיה של דרישת הכתב המהותית:

1. אין השלמה עובדתית בדרישה מהותית - באהרונוב, השלימו את סוג הנכס. יש לציין, כי לרוב - לא ישלים ביהמ"ש עובדות, כאשר מדובר בדרישת כתב מהותית, אא"כ ברורה ההעדה על גמ"ד ונוסח החוזה באופן לא פורמאלי.

2. על כל התנאים המהותיים להיות בכתב בעת כריתת החוזה - באהרונוב, השלים ביהמ"ש את מחיר הנכס בהסתמך על מסמך אחר.

ג. **מילוי דרישת כתב בהיעדר כתב - בפס"ד קלמר נ' גיא**, קבע השי' זמיר, כי התקיימה דרישת הכתב המהותית, אף שלמעשה - לא היה בנמצא כל מסמך כתוב. מדברי זמיר עולה, כי ניתן להסתמך על כמות פרטים מצומצמת במסמך וכן שאת הפרטים המעטים הנצרכים לקיום דרישת הכתב ניתן ללקט מכמה מסמכים מאוחרים למועד כריתת החוזה.

- מו"מ לקראת כריתת חוזה - עקרונות פסיקטיים
- מכרז

- **מו"מ לקראת כריתת חוזה - עקרונות פסיקטיים**

ס' 12 לחוק החוזים העוסק בחובת תו"ל בניהול משא ומתן לקראת כריתת חוזה הינו ס' בעייתי וייחודי גם יחד. ייחודי בכך שעד לחקיקת חוק החוזים, לא היתה כל נורמה משפטית חוזית אשר עסקה בשלבים המוקדים לכריתת החוזה; ובעייתי בכך שאין החוק מגדיר מהו תום לב ו/או מהי דרך מקובלת. עובדה המשאירה מקום רב לפרשנות פסיקטית. ס' זה הפך את הקערה על פיה בכל הקשור לתפישות משפטיות. עד לחקיקתו, נהוגה היתה בארץ השיטה האנגלית של - "ייהר הקונה", לפיה על כל אחד מן הצדדים לדאוג לחלקו בעסקה מתוך הגינות כלפי הצד שכנגד. ס' זה קבע סטנדרט התנהגותי המצריך משני הצדדים לדאוג זה לאינטרסים של חברו ולהיפך. מקור הס' ב-ב.ג.ב. הגרמני ועל כן חלק מן הפרשנות שניתנה לסעיף במרוצת השנים נשאבה מתוך המשפט הגרמני.

הפסיקה הישראלית, שלא כמו הנהוג בגרמניה, קבעה כי **ס' 12** חל על כל מו"מ באשר הוא, ללא הבחנה באם נכרת בסופו חוזה אם לאו. כמו"כ, החילה הפסיקה את **ס' 12** על כל שלבי המו"מ (אף בשלב המקדים ל"הצעה"). עם זאת, כעולה מן הפסיקה - עוצמת הדרישת לתו"ל אינה קבועה וניתנת היא לשינויים במהלך ניהול המו"מ. כך, גוברת הדרישה ככל שהמו"מ קרב לשלבו הסופיים, קרי כריתת החוזה. עקרון נוסף העולה מן הפסיקה (**פנידר נ' קסטרו**) הוא, כי על אף שהס' דן ב-"אדם", כוונתו לכל גוף העורך מו"מ, בין אם מדובר באדם ובין אם בתאגיד. כמו כן, אין זה כלל משנה אם עורך המו"מ עתיד להיות צד לחוזה שייכרת אם לאו - כל המנהל מו"מ, בין אם בשם עצמו ובין אם בשם מעסיקו מחוייב לנהוג בתום לב. משמעות הלכה זו היא, כי במקרה של הפרת חובת תום הלב, יכול הנפגע לתבוע את כל מי שניהל מולו את המו"מ (השולח והשליח גם יחד). עוד נפסק, כי דרישת החוק להתנהגות בתום לב בניהול מו"מ הינה קוגנטית ואין להתנות עליה כלל ועיקר.

פרדוקס השליח - כאשר שלח אדם נציג מטעמו למטרת ניהול מו"מ, תוך שהפציר בו, כי אל לו למסור מידע, אשר באי מסירתו יש משום הפרת חובת תו"ל הרי שנוצר פראדוקס. מחד - מחוייב השליח מתוקף חוק השליחות לצו שולחו. מאידך, מפאת **ס' 12** לחוק החוזים מחוייב הוא למסור את כלל המידע הרלוונטי לצד השני מחמת התנהגות בתום לב. השי' שמגר בפס"ד **קסטרו** פסק, כי במקרה זה חובת תום הלב גוברת על מצוות השליחות ועל כן ראוי לו לאדם שלא ייקלע למצב זה (כמובן שקביעה זו אינה ישימה בחלק לא מבוטל מן המקרים).

ביהמ"ש בפסיקותיו, ייתר את דרישת הס' - "דרך מקובלת" והותיר על כנו אך את תום הלב. זאת, משום שקבעה הפסיקה, כי תו"ל נבחן בכלים אובייקטיביים. גם בקודקס - אין כל אזכור ל"דרך מקובלת", אלא לתום לב בלבד.

עוד מסתמן, כי כאשר יוכחו פגמים מהותיים בכריתת חוזה, אזי יגרור הדבר, לרוב, גם תביעה בגין **ס' 12**. במידה והתקיימו הפגמים המנויים בפרק ב' - כפייה הטעיה ועושק, אזי וודאי כי היה חוסר תו"ל בניהול המו"מ. עם זאת, בדבר טעות שלא היה לדעת עליה (**ס' 14(ב)**) אין כל מקום לתביעה בין הפרת **ס' 12**. כעולה מפס"ד **ספקטור נ' צרפתי, ס' 12** מהווה "קרב קפיצה" לטענות בגין הטעייה (**ס' 15**). כך למשל, כעולה מס' **15** - אי גילוי הריהו עוולה ע"פ דין. בצינו "דין" - כיוון המחוקק ל**ס' 12**. כלומר - עוולת אי גילוי, בהכרח, מהווה הפרת חובת תום הלב הנדרשת בס' **12**. כמו כן, גם עילת העושק סוחבת עימה את **ס' 12 (פס"ד גנז נ' כץ)**. עקרונית, ניהול מו"מ תוך ניצול מצוקות הצד השני - הינו עניין של יום יום, שכן כך פועל השוק העסקי - ובכך, המשפט מכיר. עם זאת, קיימות פעולות המנצלות בבוטות את מצוקת הצד השני והן - בגדר עושק. מחלוקת בין השופטים (**גנז נ' כץ**) בדבר חיובה של התנהגות תמת לב במקרים שאין המשפט מכיר בהם כעושק. כך, הש' קדמי סבור כי ניתן לבחון התנהגות כזו בפריזמת **ס' 12**, בעוד ששני השופטים שכנגדו, סברו, כי יש לדון בס' **12**, רק כאשר בוצע עושק.

• מכרז

ברק ושמגר פסקו (דעת מיעוט) בפס"ד **בית יולס**, כי חובת התנהגות שוויונית בניהול מכרז נובעת מס' **12 לחוק החוזים**. עם זאת, שניהם מסכימים, כי במקרה של מכרז - במידה והתנה מציע המכרז, כי אין הוא מחוייב לנהוג בשוויון - הרי שאכן - אין הוא מחוייב לכך. דבר זה עומד בסתירה ליסוד הפסיקטי, לפיו דרישת תום הלב הינה קוגנטית! נראה שהסבר הדבר נעוץ בציפיית האדם בניהול מו"מ. במידה ובגשת אדם למכרז - מודע הוא, כי אין בכוונת מציע המכרז לנהוג בשוויון, הרי שלא יוצר פער בין ציפיית המשתתף במכרז לתוצאתו הסופית. על כן - הרי שאין בכך משום הפרתה של חובת תו"ל - שכן המשתתף במו"מ (מכרז) לא נפגע מדבר אותו לא יכול היה לצפות.

- **חובת תום לב**
- פרישה ממו"מ
- חובת השוויון
- תרופות בשל הפרת חובת תום לב - ס' 12(ב)

- **חובת תום לב**

לשון החוק - "דרך מקובלת ותום לב" אינה מוגדרת ע"י המחוקק. ביהמ"ש העליון פסק עוד בראשית הדרך, כי בעשות המחוקק כן, ביקש הוא לבחון כל מקרה לגופו ולא לערוך קטגוריזציה לפעולות אשר בעשותן מופרת חובת תום הלב והיעדרן - קיומה. כאמור לעיל, ייתר ביהמ"ש את דרישת החוק להתנהגות ב"דרך מקובלת" והותיר על כנה את הדרישה לנהוג בתום לב.

מהו תום לב? **מפס"ד ספקטור נ' צרפתי**, עולה מפורשות כי בחובה להתנהג בתום לב, יש הכרח לגלות לצד שכנגד את הפרטים הרלוונטיים לעניין כריתת החוזה המדובר. עם זאת, נחלקו השופטים **בפס"ד ספקטור** בדבר היקפה של חובת הגילוי. הש' אשר סבור היה, כי **ס' 12** מחייב את גילוי כל הפרטים החיוניים להחלטת הניצע אודות קיבול ההצעה. זאת, כאשר יודע המציע, כי אין הפרטים ידועים לניצע, אף אם יכול הוא לשים עליהם ידיו. לעומתו, הש' לנדוי גרס, כי אין המציע מחוייב בגילוי כל הפרטים, אלא את אלו שלא היה יכול הניצע להשיג בעצמו. אליבא דלנדוי - במידה והיה יכול הניצע להשיגם ולא נהג כן, אין בכך משום הפרת חובתו של המציע לגלות.

למעשה, סוגיית היקף הגילוי הנדרש נותרה בעינה, עד **לפס"ד פנידר**, בו הש' שמגר אימץ את גישתו של הש' אשר **בפס"ד ספקטור** והורה, כי על המציע לגלות את כלל הפרטים החיוניים, אף אם יכול הניצע להשיגם בכוחות עצמו. מאוחר מכן, **בפס"ד קיסטינגר נ' אליה** הורחבה חובת הגילוי והוחלה גם על הניצע.

בפני ביהמ"ש עומדים חמישה קריטריונים על פיהם ייקבע באם חלה חובת הגילוי:

- א. סוג החוזה** - ביהמ"ש ירחיב את חובת הגילוי, כאשר החוזה הינו חוזה צרכני (**פס"ד פנידר**) בעוד שיקטינו כאשר מדובר בחוזה עסקי (**פס"ד ספקטור**). זאת, מתוך ראייה מערכתית היוצאת להגנת הצרכן ומכבדת את כללי המשחק הנהוגים בעולם העסקי.
- ב. טיב היחסים בין הצדדים** - כאשר מדובר ביחסי קרבה מיוחדים (משפחה, חברים) בהם מתקיימת רמה גבוהה של אמון בין הצדדים - קיימת ציפייה ליתר גילוי. בעוד שהתקשרות בין זרים, אינה מפתחת ציפיות מעין אלה ועל כן רמת הגילוי הנדרשת היא פחותה.
- ג. אופי המידע** - במידה ומדובר במידע פומבי, אזי רמת הגילוי פחותה לעומת חוזה הכרוך במידע שאינו פומבי.
- ד. צד החוזה** - חובת הגילוי המוטלת על המוכר (מציע) רחבה מחובת הקונה (ניצע).

ה. **נסיבות מיוחדות** - פרמטרים רבים מגדירים את היקף חובת הגילוי. במקרים מיוחדים - "נסיבות מיוחדות" יכריעו את הכף.

• פרישה ממו"מ

כעולה מס' 3(א) - ניתן לפרוש ממו"מ. עם זאת, על הפרישה להיות ממניעים ענייניים (כלכליים, שינוי בנסיבות ועוד) ולגיטימיים. לעומת פרישה ממניעים ענייניים, ס' 12(א) פוסל כל פרישה ממו"מ, כאשר סיבותיה אינן ענייניות - אלא שרירותיות, מפאת היעדר תו"ל. זאת ועוד, גם בניהול מו"מ מתוך כוונה שאינה רצינית ואין ייעודה - כריתת חוזה, יש משום הפרת חובת ההתנהגות בתום לב. כך למשל, יתכן וניהול מו"מ פיקטיבי במקביל לניהול מו"מ רציני ייחשב כהפרת חובת תו"ל, הגם שפעולה מעין זו הינה מקובלת בעולם העסקי, בהתחשב בנסיבות העניין.

• חובת השוויון

רשות ציבורית - הריהי כ-"נאמן ציבור". על כן מחוייבת היא להתנהל מתוך שמירה על שוויוניות. עקרון השוויון, הינו אחד מיסודותיה של ההתנהלות הציבורית. כעולה מן החוק והפסיקה, רשות ציבורית המעוניינת לנהל מו"מ אודות דבר מה, מחוייבת לנקוט בהליך מכרזי. לעומת המשפט הציבורי, המשפט הפרטי נושא על נס את זכותו של הפרט לעשות ברכושו כטוב בעיניו. על כן, רשאי הוא להעדיף את פלוני על אלמוני, ללא סיבה מוצדקת ועניינית, ואין הוא מפר בכך כל נורמה משפטית. עם זאת, מתעוררת השאלה - מה דינו של מכרז במשפט הפרטי? פרט המעוניין לנהל מו"מ בעל אופי מכרזי מחוייב לנהוג בשוויון - שהרי מהות המכרז הוא. למעשה, דרישה משפטית זו - נטלה עקרון משפט ציבורי והחילתו במשפט הפרטי.

מה, אפוא, הוא תוקפה של חובת השוויון במשפט הפרטי? האם מחמת ס' 12 הוא? או אולי משום נורמה חיצונית השואפת מן היסודות הציבוריים? שאלה זו התחדדה בפס"ד בית יולס. שופטי בית יולס הסכימו כולם (כולל שמגר וברק, שהיו בדעת מיעוט), כי אם בעל המכרז קבע מראש שאין בכוונתו לנהוג בשוויון במשתתפי המכרז, הרי שאין הוא מחוייב לעקרון השוויון - כלל ועיקר. קביעה זו יכולה להיעשות בדרכים מגוונות ובניסוחים מניסוחים שונים. מקרה זה - אינו מכרז, אלא מו"מ רב משתתפים סימולטני. עוד נקבע בפס"ד בית יולס, כי גם בהיעדר התנייה - מכרז פרטי, נידון בפרמטרים פרטיים - ואין חלה עליו החובה לנהוג בשוויון.

לעומת זאת, בפס"ד קל בנין נעקרה הלכת בית יולס ונקבע, כי גם במכרז פרטי קיימת החובה לנהוג בשוויון. ניצני מהפך זה שבין הלכת בית יולס להלכת קל בנין, מוצאים את ביטויים בפס"ד חברה-קדישא נ' קסטנבאום ממנו עולה מפורשות, כי עקרונות מסויימים מן המשפט הציבורי זולגים אל המשפט הפרטי ומחילים בו עקרונות ציבוריים מסויימים.

• **תרופות בשל הפרת חובת תום לב - ס' 12(ב)**

ס' 12(ב) קובע, כי הסנקציה בגין הפרת חובת תום לב הינה פיצויית - בעד הנזק שנגרם בעקבות הפרת המו"מ. זאת ועוד, התרופות הניתנות הינן אלה המנויות בס' 10,13 ו-14 **בחוק התרופות** - "בשינויים המחוייבים":

ס' 10 - סעיף הפיצויים העיקרי הקובע שני עקרונות מתווים - צפיות וסיבתיות. **סיבתיות** - במידה והופר חוזה, אך הנזק שנגרם אינו כרוך בהפרתו אזי לא יחוייב המזיק בתשלום פיצויים. **צפיות** - ניתן היה לצפות, כי הנזק שהתרחש היה עתיד להתרחש בשל הפרת החוזה.

ס' 13 - יש מקום לפיצויים בגין **עגמת נפש**, הגם שבתימה"ש נוטים לפסוק זאת אך במקום בו הנזק שנגרם הינו מעבר לנזק ממוני גרידא ונוגע הוא בעניינים שברוח.

ס' 14 - **הקטנת נזק**: הנפגע אינו זכאי לכלל הפיצויים, במידה והיה יכול להקטין את הנזק ולא נהג כן.

כעולה מס' **12(ב)**, סעיפים אלו המנויים בחוק התרופות, חלים בשינויים המחוייבים על הפרת חובת תום לב. על כן, נראה - כי הפיצויים המוזכרים בס' 12(ב) הינם פיצויים שליליים - "פיצויי הסתמכות". פיצויים אלו שואפים להשיב את השקעתו של הנפגע מהפרת המו"מ. על פניו נראה, כי אין בכוונת סעיפים אלו משום תשלום עבור הרווח בו היה זוכה הנפגע במידה והמו"מ היה מבשיל לכדי חוזה - פיצויים חיוביים - "פיצויי קיום". עם זאת, קיים פורמט של פיצויי הסתמכות שהינו בעל אופי קיומי בדמות - פיצוי עבור מו"מ שלא התממש בין צד א' לג', משום שהיה א' טרוד בניהול מו"מ עם צד ב' שלבסוף הפרו. ביהמ"ש אינו מרבה לפסוק פיצויים מעין אלה, על שום הקושי הרב שבהוכחת יסודות הצפיות והסיבתיות בכגון דא.

במרוצת השנים, אופייה של התרופה בגין הפרת ס' 12 שונה והורחב. כך למשל, בפס"ד **שיכון עובדים נ' זפניק** - פסקה הש' בן-פורת אכיפה חוזה בשל הפרת חובת תו"ל. זאת, לטענתה, משום שעקרון הגג המנוי בס' 12(א) - החובה לנהוג בתו"ל גובר על הסעד הניתן בס' 12(ב). שיטתה זו של בן-פורת מוצאת את ביטוייה גם בדברי ברק בבג"ץ **שירותי תחבורה**, כי בס' 39 לחוק החוזים, העוסק בהפרת חוזה מתוך חוסר תום לב, אינה מנוייה סנקציה ספציפית - משום שהסעיף עצמו מדגיש את רוחב היריעה לגביו חל הסעיף.

פסיקת הש' בן-פורת אמנם לא אומצו כהלכה מחייבת בפס"ד **שיכון עובדים** מחמת ההליך הדיוני. מהות דבריה לעומת זאת, אומצו בפסקי דין מאוחרים יותר. כך למשל, בפס"ד **החברה האילתית** ולאחריו בפס"ד **קלמר נ' גיא**. ביסוד דבריה של הש' בן פורת טמון היסוד המכונה במשפט הגרמני - "**אשם בהתקשרות**". הליך פסיקתי זה, רואה את החוזה כאילו נכרת - מחמת **ס' 12(א)**, אף שבפועל לא כך היה. תפישה זו יכולה להוביל לכמה תרופות אפשריות - המשתנות בין מקרה למקרה. מן האמור עולה, כי קיימים שלושה סעדים אפשריים במקרה של הפרת חובת תום לב במו"מ:

א. **פיצויי הסתמכות** - מתוקף ס' 12(ב) - יינתנו במקרה בו הופסק המו"מ בשלב מוקדם.

ב. **כל תרופה** - מתוקף ס' **12(א)**, מבוסס על עקרון "אשם בהתקשרות", לרבות אכיפה. כעולה מדברי ברק בפס"ד **קל בנין**, "אשם בהתקשרות" פועל מתוך תפישת החוזה כאילו הבשיל מתוך ההתקשרות, אף שבפועל לא כך היה ועל כן אין עוד צורך בבחינת ס' **12**, ודי בפסיקת תרופה מכח חוק החוזים (תרופות).

ג. **פיצויי קיום** - עוד עולה מדברי ברק בפס"ד **קל בניין**, כי יש מצבים בהם ניתן לפסוק פיצויי קיום ("פיצויים חיוביים") עבור הרווח העתידי.

אף שבין פסיקת "אשם בהתקשרות" לפסיקת פיצויי קיום מכח ס' **12(ב)** אין הבדל בתוצאת הפסיקה - קיים הבל מהותי בין שתי הדרכים. בעוד שפסיקה לפי ס' **12(ב)** מחילה את קביעת החוק במקרים רלוונטים, פסיקת "אשם בהתקשרות" מסיט את הדיון מן הנורמות החוקיות לנורמות פסיקתיות. כעולה מדברי הש' מצא בפס"ד **עלריג**, יש מקרים בהם תנקוט הפסיקה בעקרון "אשם בהתקשרות", אך אין אופן פסיקה זה רצוי. כמשתמע מדבריו, יש להעדיף את הפסיקה הפועלת מתוך סעיפי החוק ומיישמתם. על כן, יש להעדיף לפסוק פיצויים מכח ס' **12(ב)** על פני תרופת "אשם בהתקשרות". עם זאת, קבע הש' מצא, כי לנוכח פס"ד **קלמר נ' גיא** - במקרים בהם מקננת זעקת ההגינות, יש להעדיף את פסיקת "אשם בהתקשרות" על פני ס' **12(ב)**. כמו כן, יש לפסוק לפי עקרון "אשם בהתקשרות" במקרים בהם הפיצוי הכספי לבדו לא ישיב את הפגיעה.

- עושק - ס' 18
- גריעות תנאים בחוזה מתנה
- תרופות בשל פגמים בכריתת חוזה
- פגמים בכריתה
- טעות - ס' 14
- הטעיה - ס' 15
- כפייה - ס' 17

• פגמים בכריתה - כללי

כידוע, לנוכח פרק א' - חוזה מבוסס על כוונה ורצון הצדדים, הבאם לידיעת הצדדים במדדים אובייקטיביים חיצוניים (צורה, מסוימות, גמ"ד). עם זאת, עלול להיווצר פער בין החזות האובייקטיבית למציאות הסובייקטיבית. פרק ב' בחוק החוזים נועד לתת מענה לפער זה. מדדי פרק ב' הינם סובייקטיביים גרידא. ניתן לסווג את המדדים הללו לשני סוגים של פגמים בכריתת חוזה: "פגמים רצוניים" - טעות (ס' 14-א-ב) והטעיה (ס' 15) ו"פגמים שאינם רצוניים" - כפייה (ס' 17) ועושק (ס' 18). יש שרצו (פרופ' שלו) לראות ברשימת פגמים זו רשימה סגורה, אף שהפסיקה מוכיחה, כי קיימים מצבים בהם עילות פגם נוספות יכולות להשפיע, דוג' - "לא נעשה דבר" כבפס"ד הדר חברה לביטוח. הסעד הניתן לכל אחת מארבע העילות הוא ביטול והשבה.

שני פגמים נוספים יוצאי דופן מנויים בפרק ב':

א. **חוזה למראית עין (ס' 13)** - כאשר הצדדים ממלאים אחר כל הוראות החוק, בעוד שברור לשניהם - כי אין בכריתת החוזה משום כוונה אמיתית להתקשר בהתקשרות חוזית - הרי שלא נכרת כל חוזה. כידוע, חופש החוזים הוא נר לרגלי דיני החוזים, ועל כן - בס' 13 רישא אין כל חידוש - שכן הממד העיקרי הוא רצון הצדדים ולא הפרקטיקה. חידושו המרכזי של ס' 13 מובע בסיפא. לפיה - חוזה שכרת צד ג' בתום לב עם צד ב', בהסתמכו על החוזה למראית עין שבין צד ב' ל-א' - שריר וקיים. הרחבה לכך - ניתן לראות בפס"ד **ביטון**.

ב. **טעות סופר (ס' 16)** - במידה ובנוסח החוזה נפלה טעות המוגדרת כ"טעות סופר" - אין בכך כדי לגרוע מתוקפו של החוזה. יש לתקן את הטעון תיקון ולפעול לפי החוזה.

• טעות - ס' 14

• 14 (א-ב)

ארבעה הם התנאים לתביעה בגין עילת הטעות: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין הטעות להתקשרות בחוזה; ג. יסודיות הטעות; ד. ידיעת הצד השני (14(א)) / אי ידיעת הצד השני (14(ב)).

הגישה המקובלת בימינו היא, כי כדי לתבוע ביטול חוזה בגין טעות יש להוכיח, כי המטעה ידע על קיום הטעות והבין את יסודיותה.

"סעד עצמי" - כאמור בראש הדברים - הסעד הניתן בגין טעות הינו ביטול החוזה והשבת המשאבים שהוקצו ליישומו. לטועה מחמת ס' 14(א) זכות מוקנית להפעלת סעד זה - ללא הזדקקות להוראת בית משפט. לנוכח ס' 20 לחוק, על הטועה להודיע למטעה על כוונתו לבטל את החוזה מחמת הטעות - וזאת בתוך זמן סביר. כמובן, שיהיו מקרים אשר ביהמ"ש יזדקק להכריע בהם.

לעומת זאת, סעד הביטול מחמת טעות שלא היתה ידועה לצד השני (ס' 14(ב)) - ניתן בהוראת בית משפט. ביטול מעין זה תלוי בשלושה גורמים:

א. הביטול ניתן מכח **הוראת בית משפט** ואין אפשרות להפעלת "סעד עצמי".

ב. החלטת ביהמ"ש לנתינת סעד הביטול תונע **משיקולי צדק**. שיקולי צדק אלו יונעו מכח מבחן האיזון - ביהמ"ש יבחן למי מהצדדים ייגרם נזק חמור יותר מחמת הביטול וכד'. כמו כן, ישקול בית המשפט פרמטרים נוספים - דוג' השתוות בין גילוי העילה לבין הגשת התביעה לבית המשפט ועוד. בקודקס - אין מקום לשיקולי צדק.

ג. **פיצויים לצד שכנגד** - במידה ופסק בית המשפט כי יש לבטל חוזה, רשאי הוא ע"פ חוק לפסוק פיצויים לצד שכנגד (המטעה). מלשון החוק ותכליתו משמע בבירור, כי במקרה זה מדובר בפיצויי הסתמכות, שאלמלא כן ניטל עוקצו של סעד הביטול.

במשפט האנגלי קיימת הבחנה בין טעות משותפת (בה שני הצדדים טעו מחמת אי ידיעת האמת ומתוך כוונה זהה) לטעות הדדית (בה שני הצדדים טעו מחמת כוונה שונה של כל אחד מהם).

• ס' 14(ג)

ס' זה מבטא עמדה עקרונית, לפיה עדיף ליישמו של החוזה והמתחייב ממנו על פני ביטולו. כעולה מן הסעיף, במידה ונתגלתה טעות העונה על ארבעת הקריטריונים המנויים לעיל כמגדירי הטעות - אזי יש לתקן את הטעות ולקיים החוזה. עם זאת, התיקון זוקק את אישור הצד השני (המטעה). כך שסעיף זה אינו ישים בהקשרי ס' 14(א) בהם הטעות היתה מכוונת, כמו גם בהקשרי ס' 15 העוסק בהטעה מכוונת.

• ס' 14(ד)

ס' זה נועד לבטל את הנוהג אשר היה קיים במשפט האנגלי, לפיו קיים הבדל בין טעות בחוק לטעות בעובדה. כלשון הסעיף - אין כל הבדל בין טעות בחוק לטעות בעובדה ביחס להגדרת טעות. עם זאת, נמנית בסעיף סוגה של טעות שאינה מהווה עילה לתביעה מחמת טעות - והיא "טעות בכדאיות".

"טעות בכדאיות" - טרם נפנה להסבר המונח, יש לבחון את לשון החוק. כעולה מן הסעיף - כל טעות, בין אם בחוק ובין אם בעובדה יכולה להביא לתביעה מחמת עילת הטעות. זאת למעט "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". מכאן משמע, כי טעות שהיא בכדאיות העסקה בלבד - אינה מהווה עילה לתביעה. אחד המבחנים שהוצעו לבחינת טעות כזו, הינו - לבחון את **מהות הטעות**. כך למשל, הוצע, כי במידה והטעות נוגעת למהות הממכר - לתכונה מתכונותיו, אזי אין היא טעות בכדאיות (=ערך) בלבד וניתן לתבוע בגינה. מבחן זה אינו פשוט כלל ועיקר! שהרי - ערכו של נכס מושפע ישירות מתכונותיו וטיבו. מבחן נוסף שהוצע בספרות ורמזים לו בפסיקה הישנה - הוא מבחנו של פרופ' טדסקי - **"מבחן הזמן"**. לדבריו, טעות המתייחסת לעבר - לזמן כריתת החוזה - אינה טעות בכדאיות ומאפשרת את ביטול החוזה מחמת טעות. מנגד - טעות המתייחסת לצפי עתידי - הינה טעות בכדאיות אשר איננה מאפשרת את ביטול החוזה. מבחן שלישי אשר הוצע בספרות, אומץ בפסיקה (**פס"ד ארואסטי וסולל בונה**) ומשמש עד ימינו אנו הינו מבחנו של פרופ' פרידמן - **"מבחן הסיכון"**.

לפי מבחן זה, כריתת החוזה טומנת בחובה פשרות וויתורים הדדיים. משום כך, טוען פרידמן, כי אדם המקבל על עצמו סיכון כלשהו בעת כריתת החוזה אינו יכול לבוא בטרונאי כלפי הצד שכנגד כאשר הסיכון אשר נטל על עצמו מתממש. זוהי, אפוא, טעות בכדאיות אליבא דמבחן הסיכון - במידה וה"טעות" אינה אלא פרי סיכון מחושב שהיה צריך כורת החוזה לקחתו בחשבון (נטילת סיכון במשתמע) ו/או לקחו בחשבון (נטילת סיכון בפועל) - אזי אין בטעות זו משום עילה לביטול החוזה. לאור מבחן הסיכון, רק טעות מחמת סיטואציה שלא היה מקום לקחתה בחשבון עת נכרת החוזה היא הטעות המאפשרת את ביטול החוזה.

מבחן הסיכון אומץ בפסיקה כמבחן כללי לכל טעות באשר היא (**פס"ד שלינגר וכן לולו**). עוד נראה, כי מבחן הסיכון החל להיות רלוונטי לעניין **ס' 18 לחוק התרופות** העוסק בסיכול. אמנם, אין למבחן הסיכון אחיזה בלשון החוק דהיום (למעט הבנת הביטוי טעות בכדאיות באספקלריא זו) - אך בקודיפיקציה (**מס' 131 ואילך**) מושם הדגש על מבחן זה.

• **הטעיה - ס' 15**

טעות הנגרמת כתוצאה ממעשיו ו/או מחדליו של האחר - מהווה עילה לביטול חוזה מחמת **הטעיה**. הבדל יסודי בין הטעיה והפרה הוא במועד פעולת הצד השני. כך, כאשר ההצהרה המטעה ניתנת בשלב הטרם חוזי - הריהי הטעיה וכאשר היא ניתנת בשלב החוזי - הריהי הפרה. כמו כן, הבדל נוסף הוא בתרופה הניתנת מחמת כל אחת מן הפעולות. הפרה - מזכה בפיצוי קיום והטעיה מזכה בפיצוי הסתמכות. עם זאת, הגבול בין שתיהן הוא דק למדי.

יסודות עילת ההטעיה מקבילים ליסודות הטעות: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין התקשרות המוטעה לטעות ובין ההטעיה לטעות וכמובן - פעולת הצד השני. כעולה מס' **14(ד)**, גם הטעיה אינה מהווה עילה לביטול חוזה במידה והטעות הינה בכדאיות העסקה (לאור מבחנו של פרידמן).

בחוק הגנת הצרכן העוסק בחוזים צרכניים, קיימת עילת הטעייה ספציפית השייכת לעולם הצרכנות. על כן, בחוזה צרכני ניתן לתבוע בגין הטעייה מכח חוק החוזים ו/או מכח חוק הגנת הצרכן. זאת ועוד, הטעייה צרכנית מאפשרת: א. הגשת תובענה ציבורית; ב. ביטול והשבה / פיצויים.

• כפייה - ס' 17

מהותה של הכפייה - פגם ברצון. לכאורה, גם בשעה שנכפה אדם לבצע דבר מה - עומדת בפניו אפשרות הבחירה. יכול הוא לבחור באם לפעול לפי הכפייה או להתנגד לה. הגם שבכפייה מצוי עקרון הבחירה - טווח הבחירה מצומצם הוא עד מאד ועל כן - החוק אינו מכיר בטווח זה כדי למלא אחר עקרון חופש החוזים.

יסודות עילת הכפייה שלושה הם: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין הכפייה לכריתה; ג. מצב הכפייה ("בכוח, או באיום"). בעבר, כפייה היתה צריכה להיות תוך שימוש באלימות. עם זאת, בהקשרים חוזיים כפייה באלימות אינה משמעותית. עיקר הכפייה בעולם החוזי הינה כפייה כלכלית. פס"ד רחמים נ' אקספומדיה היה הראשון בו נתנה הפסיקה דעתה על כך והתייחסה לכפייה כלכלית כעילה לביטול חוזה מחמת ס' 17. הגדרת הכפייה הכלכלית קשה וסבוכה - שכן היכן נמתח קו הגבול בין כפייה כלכלית, לבין לחץ עסקי מקובל? בפס"ד מאיה נ' פנפורד קבע השייחין, כי לבחינת הדבר יש להיעזר בשני פרמטרים:

א. **עוצמת הכפייה** - אין לו לנכפה חלופה מעשית - אלא להכפיף עצמו לכופה.

ב. **איכות הכפייה** - נוהלי מסחר תקינים אינם יכולים לשאת את אופיה של הכפייה המדוברת.

תנאי נוסף לעילת הכפייה הוא - זהות מבצעה. כעולה מס' 17, על הכפייה להתבצע ע"י צד לחוזה או מי מטעמו. במידה ונעתר צד לחוזה מחמת כפיית צד ג' שאינו שותף לחוזה ואינו פועל מטעם הצד השני - אזי אין מקום לעילת הכפייה. במקרה ומודע הצד השני לכפייה מעין זו, יהיה מקום לתבוע מחמת עקרון תום הלב אך לא מחמת כפייה. יש לציין, כי בהצעת הקודיפיקציה, מדרג ס' 14 בין טעות ידועה וטעות שאיננה ידועה מוצא את ביטויו גם ביחס לכפיית צד ג'.

כפייה - מהווה, בראש ובראשונה, עילה לביטול חוזה. עם זאת, מחמת הקשר ההדוק שבין הכפייה לעקרון תום הלב, יש מקום במקרה של כפייה לקבלת פיצויים מחמת הפרת עקרון זה. כעולה מס' 20 לחוק - הודעת ביטול החוזה מחמת אחת מן העילות צריכה להינתן בתוך זמן סביר. אין כך פני הדברים ביחס לביטול חוזה מחמת כפייה. או אז - הודעת הביטול יכולה להנתן תוך זמן סביר מרגע היוודע, כי כלה הכפייה. אגב אורחא נציין, כי בשונה מן המשפט הישראלי - במשפט האנגלו-אמריקאי ההתמודדות עם היבט הכפייה נפתר באמצעות חיוב התמורה.

• עוֹשֵׁק - ס' 18

המייחד את עילת העוֹשֵׁק משלושת הפגמים הקודמים הוא בבחינת תוכן החוזה ולא רק את פרוצדורת הכריתה כבשאר הפגמים. מן הספרות המשפטית עולה, כי בקביעת עילת העוֹשֵׁק יש לבחון את שני המרכיבים גם יחד: הן את רצון הנעשק והן את תנאי החוזה ותוכנו. ע"מ לבטל חוזה מחמת עילת העוֹשֵׁק יש לבחון את תנאי החוזה בראייה אובייקטיבית.

יסודות עילת העוֹשֵׁק: א. נכרת חוזה; ב. קשר סיבתי בין כריתת החוזה למעשה העוֹשֵׁק; ג. ידיעת העוֹשֵׁק את מצוקת הנעשק (העוֹשֵׁק אינו חייב לעשוק בפועל ודי אם יידע אודות העוֹשֵׁק המתבצע); ד. מצב הנעשק - חולשה שכלית או גופנית, מצוקה או חוסר ניסיון.

חולשה שכלית - אין הכוונה לרפיון סתמי - אלא לפגיעה משמעותית בקוגניציה, כבפס"ד **בראשי והדר חברה לביטוח**. לרוב, חוזים מעין אלו יטופלו במסגרת חוק הכשרות. כזכור, ע"מ שיתקיים דיון במסגרת חוק הכשרות - על הנפגע להיות מוכרז בידי בימ"ש על היותו פסול דין. על כן, במידה ולא הכריז בימ"ש על אדם, כי הינו פסול דין - אין מקום להכנסת חוק הכשרות לתמונה וחוזה מעין זה יטופל במסגרת עילת העוֹשֵׁק שבחוק החוזים. כעולה מן הפסיקה, קיים יחס הפוך בין מצוקת המתקשר לגריעות התנאים. כך, ככל שהתנאים גרועים יותר - נחלשת מידת ההקפדה על בחינת המצוקה הנפשית.

מצוקה - בפסיקה התגלה קושי רב בהגדרת רמת המצוקה הנדרשת להגדרת עוֹשֵׁק. יש שהדגישו את הצורך במצוקה רגעית ולעומתם - יש שהדגישו, כי על המצוקה להיות מתמשכת. לא נקבעה הלכה מפורשת המגדירה יסוד זה. עכ"פ ברי לכל, כי מצוקה לעניין עוֹשֵׁק צריכה להיות משמעותית דיה כדי לחרוג מן המצב הרגיל בו נתון הנעשק ויש בה כדי להסית את דעת הנעשק.

חוסר ניסיון - האמור - בחוסר ניסיון אינהרנטי, הגם שאין פסיקה אודות כך.

• גריעות תנאים בחוזי מתנה

חוזה מתנה - חד צדדי הוא. על כן, קושי רב בקביעת עוֹשֵׁק לעורך חוזה מתנה - שכן אינו בנמצא מדד גריעות התנאים המאפשר לבחון זאת. הועלו הצעות בספרות המשפטית לפיהן, בחוזה מתנה לא תחול עילת העוֹשֵׁק מחמת הקושי שבהוכחתו - ובמקרה של חוזה מתנה יש לערוך היקש בינו להליך ה"השפעה בלתי הוגנת" אליו מתייחסים בצוואות. מאידך, יש שביקשו להכניס את עילת העוֹשֵׁק תחת הגג של חוזי מתנה - אך לשנות בחוזה זה את המבחן הנערך. אליבא דידם, במקום לבחון את גריעות התנאים - יש לבחון את הסבירות לעוֹשֵׁק בחוזה מתנה ספציפי, לאור הפרמטרים - טיב היחסים בין הצדדים, משך ההיכרות והיקף המתנה.

• תרופות בשל פגמים בכריתת חוזה

התרופה הבסיסית הנפסקת במקרה של פגם בכריתת החוזה הינה - ביטול והשבה. עם זאת, לנוכח ס' 22 - ניתן לפסוק במקרה הצורך גם תרופות פיצויים לאור פרק א'; כמו גם תרופות הניתנות מכח חוקי חוזים ספציפיים אחרים.

ביטול חלקי - לאור ס' 19, במידה וניתן להפריד את החוזה לחלקיו - והפגם נוגע אך באחד מן החלקים - אזי ניתן לבטל את החלק הספציפי ולהשאיר את שאר החוזה בתוקפו. זאת בתנאי, שחלק זה אינו "ליבו" של החוזה המהווה את סיבת התקשרות הצד שכנגד בו. במידה והחלק העומד בפני ביטול מעיב על ההתקשרות כולה (לנוכח פרמטרים אובייקטיביים) - אזי יש מקום לבטל את החוזה כולו.

השבה - כעולה מס' 21 - משבוטל החוזה חייב כל אחד מן הצדדים להשיב לשני את שקיבל מכח החוזה. במידה והשבת החפץ עצמו אינה מתאפשרת - אזי ניתן להשיב את שוויו.

• תוכן החוזה

- פרשנות
- פרשנות תכליתית
- פרשנות חוזה
- השלמה
- השלמה מכח ס' 39
- סנקציה בגין הפרת חובת תו"ל
- שערך
- התערבות

• תוכן החוזה

כאשר נדרש ביהמ"ש לבחינת תוכנו של חוזה, פועל הוא בשלושה מישורים:

- א. פרשנות** - מתוך עקרון חופש החוזים, יש מקום לפרשנות נוסח החוזה מתוך כוונה לשמר את רצון הצדדים.
- ב. השלמה** - השלמת חסרים בחוזה מצטיירת ככלי הנוגד את עקרונות חופש החוזים. עם זאת, אין הדבר מדוייק, שהרי ההשלמה לא נועדה אלא למלא חללים אותם החסירו הצדדים שלא במתכוון מתוך רצון לקיים את האמור בחוזה ולמעשה, באמצעות ההשלמה לפעול ליישום חופש החוזים.
- ג. התערבות** - לעתים, נדרש בית המשפט להתערב בנוסח החוזה. מישור ההתערבות עומד בסתירה חזיתית כנגד חופש החוזים. על כן, במשפט המודרני אין ההתערבות באה אלא בחוזים שאינם הוגנים. התערבות באה לידי ביטוי בכלים מספר: חקיקה קונגנטית, פעולות מכח עקרון תום הלב, תקנת הציבור ועוד.

• פרשנות

מטרת הפרשנות - לחשוף את כוונת הצדדים שהובילתם לכריתת החוזה. הגם שלפרשנות - כללים ועקרונות מנחים המעוגנים בחוק וברחבי הפסיקה - קשה הוא יישומם בכל המקרים המובאים בפני בית המשפט. ב-20 השנים האחרונות נקטה הפסיקה בגישתו של ברק ונהגה בדרך הפרשנות התכליתית.

• פרשנות תכליתית

פרשנות תכליתית שואפת לפרש את לשון הטקסט ע"פ מהותו התכליתית. שני סוגי תכליות הם: **תכלית סובייקטיבית** - מבררת את מטרת מחבר הטקסט - גם אם התוצר אינו משקף במאת האחוזים את כוונתו; ו**תכלית אובייקטיבית** - מבררת את תכלית הטקסט כמנותק ממחברו, לפי שורה של הנחות אובייקטיביות. כך למשל, לאור התכלית האובייקטיבית יש להעדיף את הפרשנות ההגיונית - אף במקרה בו מחבר הטקסט הינו אדם שאינו הגיוני בעליל.

אליבא דברק בספרו - כל טקסט משפטי צריך להיות מפורש לנוכח תכליתו. אך מהי התכלית? האם יש להיעזר בתכלית האובייקטיבית, או, אולי בסובייקטיבית? מתברר, כי תלויה התשובה בסוג הטקסט המשפטי. כך למשל, בצוואה - התכלית הסובייקטיבית הינה הבלעדית, שכן המסמך המשפטי לא נועד אלא לשקף את רצון כותבו. לעומת זאת, טקסט חוקתי יפורש ע"פ תכליתו האובייקטיבית בלבד. שכן מה עניין מחשבת המחוקק וכוונתו לחוקה שהינה רלוונטית בכל זמן וזמן. ברי, כי בפירוש חוקה - שומה על ביהמ"ש להיעזר בתכלית האובייקטיבית הרלוונטית לאותה תקופה. נראה, כי כך יש להתייחס גם לחוק שאינו חוקתי. עם זאת, במצבים מסויימים יש לבחון גם תכליות סובייקטיביות, דוגמת תקנות שעה שנחקקו אך לזמן קצוב וכוונת המחוקק הינה משמעותית להחלת החוק בתקופות מאוחרות לחקיקתו.

• פרשנות חוזה

הפרשנות התכליתית בבחינת חוזה הינה ע"פ תכלית סובייקטיבית. זאת משום שיסוד החוזה הוא הסדרת רצון הצדדים וכוונתם. מובן, כי התכלית הסובייקטיבית בחוזה - אינה חד צדדית, אלא משותפת לשני הצדדים. במידה ואין כל דרך לקביעת התכלית הסובייקטיבית המשותפת, יפנה בית המשפט לפרשנות תכליתית אובייקטיבית. יצוין, כי קיים הבדל מהותי בין חוזים המבוססים על הסובייקט (חוזי מתנה, חוזה שותפות ושאר חוזים בין אנשים פרטיים) לבין חוזים אחידים, בהם רצון אחד הצדדים אינו מהווה פקטור, אזי יפנה ביהמ"ש לתכלית האובייקטיבית.

ראוי לציין, כי אף שבמקרים בהם פרשנות אובייקטיבית ופרשנות סובייקטיבית מובילות לאותה התוצאה היה די בציון הפרשנות הסובייקטיבית (שהרי היא העיקרית בבירור כוונת הצדדים ביחס לחוזה), יתמוך ביהמ"ש פסיקתו גם על התכלית האובייקטיבית, המהווה באופן עקרוני, חלופה לתכלית הסובייקטיבית.

ס' 25 לחוק החוזים מעגן שורה של כללים פרשניים. עם זאת, הפסיקה עושה שימוש בכלי פרשנות נוספים שאינם מנויים בלשון הסעיף, אלא התפתחו במרוצת השנים כפי שעולה מן הפסיקה.

ס' 25(א) דן בתכלית הסובייקטיבית ומגדיר שני פרמטרים לקביעת התכלית הסובייקטיבית המשותפת:

א. **נסיבות** - נסיבות חיצוניות לחוזה, אשר ארעו קודם לכריתתו ולאחריה ויש להן רלוונטיות לכריתת החוזה.

ב. **אומד דעת** - אומד דעת הצדדים נמדד באמצעות פרמטרים חיצוניים בלבד.

סעיפים **25(ב-ג-ד)** עוסקים בתכליות האובייקטיביות של החוזה:

25(ב) - סעיף זה מבוסס על ההנחה, כי במידה וטרחו הצדדים לכרות חוזה - אזי חזקה עליהם שנתכוונו הם להתקשר באופי חוזי. על כן במידה והתכלית הסובייקטיבית (כנדרש בס' 25(א)) מעידה, כי נתכוונו הצדדים לנסח את חוזם בלשון תמוהה המוליכה למבוי סתום, יפרש ביהמ"ש את החוזה באופן המקיים אותו מאשר באופן שאינו מקיים אותו.

25(ג) - במידה ומדובר בחוזה המשוויך לז'אנר חוזי בו מקובל להשתמש בביטויים משמעותם ידועה וחלוקים הצדדים בפני ביהמ"ש בדבר משמעות הביטוי - אזי יפנה ביהמ"ש לבחינת משמעות הביטוי בחוזים מעין אלו ויכריע ע"פ הנהג המקובל.

25(ד) - במידה וברור, כי כוונת הצדדים היתה מסויימת, אזי שומה על ביהמ"ש לפרש את לשון החוזה באופן שישקף כוונה זו. במילים אחרות, מוטלת על ביהמ"ש לפרש באמצעות התכלית הסובייקטיבית, קודם שייגש לפרשנות תכליתית אובייקטיבית.

כאמור לעיל, שורת כלי פרשנות לפי התכלית האובייקטיבית התעצבה בפסיקה, להלן דגימת מקצתם:

א. **ביטוי חוזר** - במידה וביטוי כלשהו משמש באותו טקסט כמה פעמים, ועל אחת מהופעותיו אין מחלוקת בין הצדדים בדבר פרשנותו - אזי זו הפרשנות שתנתן לאותו הביטוי בשאר חלקי החוזה. זאת, כמובן בהיעדר פרשנות תכליתית סובייקטיבית הסותרת זאת.

ב. **תום לב** - פרשנות המובילה לתוצאה המגלמת את עקרון תום הלב עדיפה על פרשנות שאינה מובילה לכך. במילים אחרות - פרשנות הוגנת עדיפה.

ג. **פרשנות כנגד המנסח** - כאשר מנסח החוזה הוא אחד מן הצדדים וחלוקים הם בדבר משמעותו של ביטוי מביטויי החוזה, יעדיף בית המשפט את הפרשנות הנוגדת את גישת המנסח. סיבות הדבר - נובעות משיקולי צדק ויעילות. **שיקולי צדק** - מניחה הפסיקה, כי הצד שניסח הטה את החוזה לטובתו ועל כן בפירוש נגדי יש כדי להטות את הכף לטובת הצד השני ולאזן ביניהם. **שיקולי יעילות** - במידה והמנסח היה מקפיד על ניסוחיו, מחלוקת לא היתה מתגלעת. בגישתו זו, מנסה בית המשפט לגרום למנסחי החוזה להקפיד על ניסוח רהוט וברור, וכך למנוע פנייה לערכאות. כלל פרשני זה מוצא את ביטויו גם בהצעת הקודיפיקציה. ככלל, ס' 25 לחוק החוזים מצוי בהצעת הקודיפיקציה כמעט במתכונתו הנוכחית בס' 123.

כעולה מן הפסיקה, שתי גישות הן לפרשנות החוזה. בעבר, שלטה הגישה הדו-שלבית. לפיה יש לבחון את לשון החוזה תחילה, ובמידה ויש בכח לשון החוזה כדי להבהיר את כוונת הצדדים ואומד דעתם במעמד כריתת החוזה - אזי אין לפנות עוד לנסיבות בשלן נכרת החוזה, אלא לפסוק לנוכח לשון החוזה. גישה זו מצאה את ביטוייה במשפט האנגלי, כמו גם בישראלי (**פס"ד שטרן נ' זיונץ**). במרוצת השנים, שונתה גישה פרשנית זו והגישה הפרשנית השלטת עד ימינו אנו הינה פרשנות חד שלבית, לפיה עיקר תכליתו של החוזה מצוי בנסיבות בשלן הוא נכרת. הנסיבות אשר הובילו לכריתת החוזה משמשות נדבך מרכזי לפרשנות הסובייקטיבית. כמובן, כעולה מדברי ברק בפס"ד **אפרופים נ' מדינת ישראל** - אין לזנוח את לשון החוזה - אך זו היא רק נקודת המוצא לפרשנות ואין מקום להסתפק בבחינת הלשון ללא מבט מעמיק בנסיבות שהובילו לכריתת החוזה. גישת ברק בפס"ד **אפרופים** התקבלה במשפט הישראלי ובה נעשה שימוש עד ועד בכלל.

• השלמה

לרוב, מנגנוני ההשלמה הינם הוראות החוק הדיספוזיטיביות. במשפט האנגלי בו נתפס חופש החוזים כפשוטו בתור עקרון על. על כן, נחשבה השלמה כהתערבות שאינה ממין החוזה. לאור זאת, התפתח במשפט האנגלי מנגנון השלמתי, שכלפי חוץ נראה כאילו אינו גורם להתערבות בחוזה והוא - "תנאי מכללא" - תנאי משתמע. משמעות תנאי מכללא הינה, כי ביהמ"ש "משלים" חסר המצוי בחוזה מתוך כוונת החוזה כפי שהיא מגולמת בחוזה עצמו. כך למעשה - ביהמ"ש אינו מתערב באמצעות כלים חיצוניים לחוזה, חופש החוזים נשמר והחסר מושלם. גישה זו אף היתה מקובלת במשפט הישראלי תקופה לא מבוטלת ועדיין ניכרת השפעתה, אם כי אין היא הגישה הדומיננטית.

כאשר ניגש ביהמ"ש להשלמה באמצעות תנאי מכללא, עומדים בפניו שני מבחנים מצטברים. הראשון, אותו מכנה ד"ר גלברד - "הטרדן המתערב" - לפיו, בעיני השופט מצטיירת תמונת רגע כריתת החוזה. בו ברגע מציץ מבעד לכתפי הכורתים אדם ה"מזכיר" לצדדים כי שכחו להכניס פרט זה או אחר, במידה ומן החוזה משתמע, כי הצדדים הוציאו פרט זה מן החוזה במתכוון, אזי אין לו לשופט להשלימו מכח תנאי מכללא - שכן הדבר פוגע ברצון הצדדים. מאידך, במידה ואין עולה מן המבחן, כי הצדדים התעלמו במתכוון מן הפרט וייתכן כי היו מכניסים אותו לחוזה - אזי השופט ישלימו מכח תנאי מכללא. המבחן השני העומד בפני השופט - הוא **מבחן התכלית**. על השופט לבחון את הפרט החסר-המשתמע במשקפי תכלית החוזה. במידה והתנאי עולה בקנה אחד עם אופיו של החוזה, אזי ישלימו השופט מכח תנאי מכללא.

• השלמה מכח ס' 39

גישה זו, לפיה יש להשלים חוזים תוך שמירת עקרון חופש החוזים באמצעות מנגנון תנאי מכללא אינה קונה שביתה במשפט הישראלי. הש' ח' כהן ובעקבותיו הש' ברק הכריעו, כי יש להשלים חוזה מכח ס' 39 לחוק החוזים, המחייב תום לב במילוא חובות הנדרשות מן החוזה ולא ע"י תנאי מכללא. לגישה זו יתרון מרכזי והוא - התחשבות בשיקולי הגינות אובייקטיבים תוך המנעות משיקולים סובייקטיביים. בפס"ד בג"ץ **שירותי תחבורה** הונחה תשתית תיאורטית ראשונית להשלמה מכח ס' 39. עם זאת, גם בגישה זו טמון קושי, שכן על פניו נראה, כי הוראות ס' 39 חלות רק על חיובים עליהם הוסכם בחוזה עצמו.

כעולה מלשון הס', קיום של חובה הנובע מחוזה מחוייב להיעשות בדרך מקובלת ובתום לב. עד לבג"ץ שירותי תחבורה - גישת המשפט לחוזה ראתה את החוזה כבסיס ליריבות בין צדדים. מפס"ד זה ואילך שונתה הגישה והמשפט החל להתייחס לחוזה כאל בסיס לשותפות ולא לעוינות. לאור זאת, אליבא דהגישה הארכאית - אין לצדדים לעשות דבר שאינו מחוייבם הם לו מן החוזה, על כן גם הוראות ס' 39 יחולו רק על חיובים הנובעים מן החוזה. לעומת זאת, הגישה המודרנית שואפת לקיים את השותפות, ועל כן אליבא דידה יש לערב בקיום החוזה גם מרכיבים שאינם מצויינים בו בפירוש. במילים אחרות ולאור העולה מדברי ברק בבג"ץ שירותי תחבורה - התפישה המודרנית שמה במוקד את האינטרס המשותף המבוטא בחוזה, בעוד שהתפישה הארכאית שמה במוקד את האינטרס האישי.

אליבא דברק - לשון ס' 39 צרה היא עד מאוד ואינה מכילה את כלל הוראות חוק זו. זאת ועוד, ס' 39 מתייחס, אמנם, בראש ובראשונה לזכויות וחובות הנובעות מן החוזה עצמו - אך בכך לא נסתם הגולל. זכויות וחובות שאינן חלות מתוך החוזה נכללות אף הן בסעיף זה. ראיה לדבר - גם חוק התרופות מאפשר סעדים שאינם מופיעים בתוככי חוזה כלשהו. כלומר, לשון החוזה אינה מגבילה מתן סעדים חיצוניים לחוזה.

קביעת רף ההגינות המצופה מוטלת על ביהמ"ש ונעשית ע"פ מדדים אובייקטיביים. ברק בבג"ץ שירותי תחבורה, מייתר למעשה את הצורך בדרישת החוק לדרך מקובלת, שכן המבחן הרלוונטי - אובייקטיבי הוא ואין בדרך מקובלת כדי להשפיע על כך. גם מבחן זה - הוא המבחן האובייקטיבי המרוכך - אובייקטיבי-סובייקטיבי, בדמות: "המתקשר הסביר".

לנוכח דברי ברק בבג"ץ שירותי תחבורה עולה בבירור, כי ס' 39 כשלעצמו משמש כמנגנון השלמה. אליבא דברק, חובת ההתנהגות בתו"ל טומנת בחובה את האפשרות להוסיף חיובים על חיובי החוזה הנדרשים מחמת עקרון תום הלב. למעשה, השלמה מעין זו - יצירת חיוב חוזי חדש היא.

לעומת גישתו של ברק (בה החזיק גם השי' בייסקי בפס"ד לסרסון), כי יש לראות בס' 39 מנגנון השלמה חוזי, חלק משופטי ביהמ"ש העליון החזיקו בשיטה הפוכה לשלו. חלקם החזיקו בה עד לפנסיה, חלקם שינו דעתם וחברו לברק (השי' בן פורת, למשל, סברה בפס"ד לסרסון כי אין בכחו של ס' 39 כדי להוות מנגנון השלמה ושינתה דעתה ברבות הימים). המתנגד החריף ביותר לגישתו זו של ברק, היה השי' אלון. אליבא דאלון (כמופיע, בין היתר בפס"ד לסרסון), אין בכחו של ס' 39 להוסיף חיובים חוזיים אודותיהם לא הסכימו הצדדים בכריתת החוזה. לדבריו, החלת חיובים שאינם מוסכמים מעמידה את עקרון הוודאות בסימן שאלה, שכן יודע האדם כיצד נכנס הוא להתקשרות החוזית, אך אין הוא יודע כיצד היא תסתיים. אף שפס"ד לסרסון היה מאוחר מבג"ץ שירותי תחבורה, לא היה בו כדי לשנות את הלכת בג"ץ שירותי תחבורה.

• סנקציה בגין הפרת חובת תו"ל

ניכר הדבר, כי בס' 39 אינה מנוייה סנקציה כנגד הנוהג שלא בתום לב. עם זאת, כדברי ברק בבג"ץ שירותי תחבורה - אין ללמוד מכאן, כי הפרת ס' 39 משוללת סנקציה. אליבא דברק הפרת חובת תו"ל גוררת בעקבותיה פסיקת כל סנקציה אפשרית מחמת הנסיבות ואף מנה הוא אותן בפסק דינו. ראוי לציין, כי הסנקציות אותן מנה ברק בבג"ץ שירותי תחבורה אכן מומשו שנים רבות לאחר מכן ואף ממומשות בהווה.

• שערוד

אחד מיישומיו של ס' 39 כמנגנון השלמה נוגע בקביעת שערוד. כך, במידה ובתקופת חוזה חווה השוק שינויים אינפלציוניים דרסטיים אודות הסדרתם לא סיכמו הצדדים דבר בחוזה - משמש ס' 39 להגנת הנפגע. הקושי הניצב בפני ביהמ"ש בקביעת שערוד חל בתקופת החוזה המקויים (טרם ההפרה). זאת משום שלאחר הפרת החוזה טרם מתן פסק הדין - השערוד מחוייב

מכח חוק התרופות. לאחר מתן פסק דין - מחוייב השערוך מכח חוק רבית והצמדה. כך יוצא, שפרק הזמן לגביו על ביהמ"ש להתערב, הוא פרק הזמן הקודם להפרת החוזה.

בפס"ד נוביץ' נ' לייבוביץ' טען ברק, כי עקרונית אל לו לביהמ"ש להתערב בתקופת החוזה המקויים - זו הגישה אשר רווחה בבתי המשפט בראשית תקופת האינפלציה. במרוצת השנים, עת גאתה האינפלציה - לא יכול היה ביהמ"ש להתעלם מן ההיבט האינפלציוני וחוסר האיזון אשר נוצר בגללו ביישום הסכמות חוזיות. כשאך החלו להתעסק בתי המשפט עם השינויים האינפלציוניים והתאמותיהם לתקופת החוזה המקויים, הודגש בפסיקה, כי אין מדובר בהשלמה - אלא בפרשנות, אף שבפועל - נקט ביהמ"ש בטכניקות של השלמה. כך ניתן למצוא **בפס"ד עמר נ' מנהל מקרקעי ישראל ונודל נ' פינטו**. כך למשל, **בפס"ד נודל** נקט הש' לוי בפרשנות חד שלבית וירטואוזית למדי ע"מ להגיע למסקנתו. במהרה השכילו השופטים, כי פרשנות אינה מתאימה לסוגיות של שינויים אינפלציוניים דרסטיים, שכן הפרשנות אינה משקפת את רצון הצדדים בדבר אופן חישוב המדד האינפלציוני לגבי החוזה שכרתו. על כן, לא נותר לביהמ"ש אלא להוסיף לחוזה את נוסחאות החישוב הנ"ל, וזאת עשה ביהמ"ש מכח **ס' 39** כמנגנון השלמה חוזי.

בפס"ד אתא התבטא ברק, כי השלמה מכח **ס' 39** יכולה להתבצע אך במקום בו ברור, כי אין מדובר בהסדר שלילי. זאת ועוד, ציין ברק, כי יש להעדיף פרשנות על פני השלמת אופן חישוב המדדים - במקום בו רצון הצדדים ברור. לעומת זאת, במקרה בו נכרת חוזה לתקופה מסויימת מתוך מחשבה, כי הפערים האינפלציוניים לא יהיו דרסטיים בין מועד הכריתה למועד הקיום - אזי ברור, כי יש מקום לבצע השלמה.

• התערבות

התערבות ביהמ"ש בחוזה, מתאפשרת בכמה אופנים:

- א. **חקיקה קוגנטית** - במידה והסכימו הצדדים בניגוד להוראות חוק קוגנטיות, אזי אין להסכמתם כל תוקף וביהמ"ש יתערב בחוזם ויתאימו להוראות החוק.
- ב. **ס' 39** - במקרים מסויימים, נעזר ביהמ"ש בס' 39 למטרות התערבות. היתרון בשימוש בס' זה הוא בכך שההתערבות היא נקודתית ואינה משפיעה על החוזה כולו. ביהמ"ש מפעיל את **ס' 39** למטרת התערבות במקרים בהם שיקולי הצדק מורים, כי יש לנהוג כן. כך למשל, במקרה בו אחד מצדדי החוזה נתון במעמד נחות לעומת רעהו. במצב בו שני הצדדים שווי מעמד - **ס' 39** ישמש להשלמת חסרים, אך לא להתערבות.
- ג. **ס' 30** - שימוש בס' זה מאשר להתערב בחוזה בלתי חוקי, בלתי מוסרי או כזה הסותר את תקנת הציבור. **ס' 30** מאפשר את ביטול החוזה כולו.
- ד. **חוק החוזים האחידים** - מאפשר ביטול תנאים מקפחים בחוזים אחידים.

חוזה פסול

- חוזה הסותר את תקנת הציבור

- חוזה בלתי מוסרי
- תוצאת הבטלות - ס' 31

- ס' 30 לחוק

- חוזה בלתי חוקי

• חוזה פסול - כללי

תפישת המשפט הארכאית ראתה חוזה בלתי חוקי, כאילו היה בטל ולא נשא שם חוזה עליו. לתפישה זו שתי מגרעות עיקריות: בתי המשפט לא טיפלו בחוזים מעין אלו במקרים בהם בוצעו חלקם ולעתים, נעשה עוול עם הצד הנפגע. מגרעות אלה הובילו את בתי המשפט לבחון חוזים אלו כאילו היו חוקיים ואך הופרו או נפגמו מחמת סיבה כלשהי. כך נוצר מצב פרדוכסאלי בו - כו"ע הבינו, כי בחוזה פסול עסקינן, בעוד שביהמ"ש התייחס אליו כחוקי.

ברבות השנים שונתה התפישה. פועלו היוצא של שינוי התפישה הוא הבנת ביהמ"ש, כי יש מקום לפסוק השבה במקרים של חוזה פסול. זאת ועוד, תוקנו סעיפי חוק החוזים המסדירים את טיפול ביהמ"ש בחוזים פסולים. כך למשל, ס' 31 העניק לביהמ"ש את הסמכות להורות על אכיפת חוזה פסול, במידה ושיקולי הצדק מחייבים זאת.

• ס' 30 לחוק

ס' זה מונה 3 קטגוריות של חוזים פסולים: חוזה בלתי חוקי, בלתי מוסרי, סותר את תקנת הציבור. להגדרת חוזה כאחד מאלו, נדרשת עמידה באחד משלושת הפרמטרים: כריתה תוכן או מטרה.

• חוזה בלתי חוקי

א. **תוכן** - הגדרת "בלתי חוקי" אינה מתייחסת להוראות חוק דיספוזיטיביות, אלא אך להוראות חוק **קוגנטיות-עונשיות** (חוזה רצח, גניבה וכד'). עולה אפוא, כי חוזה הנועד למטרת עבירה המצויינת בחוק העונשין - הריהו חוזה פסול מכח ס' 30 לחוק. בשונה מהוראות קוגנטיות-עונשיות, אין קביעה חד משמעית בפסיקת בית המשפט העליון ביחס להוראות חוק קוגנטיות-רגולטוריות (חוזים וכד'), הגם שבתי משפט מחוזיים פסקו, לעתים, לפסול מעין אלו גם כן. עכ"פ, אין בדבר הלכה מחייבת ונתון הדבר לפרשנות.

ב. **כריתה** - הכוונה למקרים בהם מופרת הוראת חוק קוגנטית העוסקת בפרוצדורת הכריתה. כך למשל, חוק חובת מכרזים קובע, כי רשות ציבורית מחוייבת לכרות חוזה מתוך מכרז - במידה ולא נהגה הרשות כנדרש בחוק, הרי שנעשתה הכריתה באופן המגדיר את החוזה כבלתי חוקי, ופסול הוא מכח ס' 30 לחוק החוזים.

ג. **מטרה** - ברוב המקרים תהא חפיפה בין אי חוקיות בתוכן החוזה לאי חוקיות במטרתו. ההבחנה בין מטרה לתוכן רלוונטית אך במקרה בו המטרה הבלתי חוקית ידועה רק לאחד מן הצדדים לחוזה. במקרה כזה, בו נפגע דווקא הצד התמים - ייתכן ועל ביהמ"ש לפעול מכח ס' 31 ולפסוק השבה או פורמט תרופתי אחר. מנגד, ייתכן ומוטל על ביהמ"ש לפסוק לטובת הצד התמים מכח חוק התרופות, בגין הפרת חוזה. הדבר תלוי במח' פרידמן ושלו. נראה, כי הפסיקה נוטה לפסוק לטובת הצד התמים מכח חוק התרופות.

• חוזה הסותר את תקנת הציבור

ביחס לחוזה הסותר תקנת ציבור אין משמעות לכריתתו או מטרתו, אלא אך לתוכנו. מהותה של תקנת הציבור הינה אמורפית ומשתנה בהתאם לנסיבות העניין, כעין השלמה מכח ס' 39. בעבר פירושו של המושג "תקנת הציבור" היה מצומצם למדי וכלל רק 3 מצבים:

א. פגיעה בחירותו של אדם - למשל, חוזה או תנאים בו המגבילים חופש עיסוק של עובד באופן שאינו נדרש ע"מ להגן על אינטרס המעסיק.

ב. סעיפי חוזה הפוטרים צד מאחריות לנזקי גוף שגרם ברשלנות - כעולה מפס"ד צים נ' מניאר וטרמפולין נ' נחמיאס - במידה ותנייה חוזית פוטרת צד מאחריות לנזק גופני שנגרם ברשלנות - אזי סותרת היא את תקנת הציבור והחוזה פסול הוא מכח ס' 30 לחוק.

ג. חוזה שתוכנו לא מוסרי - עקרון זה צומצם לעניין אחד בלבד, והוא - חוזה על הבטחת נישואין כאשר המבטיח או המובטח אינם תלויים, אלא נשואים לבני זוג אחרים. חוזה מעין זה אינו מוסרי. עקרון זה נובע מן המשפט האנגלי שבעניין זה מבוסס על הקתולים.

כאמור לעיל, בעבר פירושו של המושג היה מצומצם לכדי 3 קטגוריות אלה בלבד. צמצום זה נבע מחמת:

א. חשיבות יתר לחופש החוזים אפשרה רק לשני גורמים לגבור עליו: הגבלת חירות ופגיעה בגוף.

ב. בתי המשפט לא היו מיומנים בעבר בפסיקת נורמות שאינן פורמליסטיות המונעות משיקולים ערכיים.

ג. באותן שנים לא היתה לבתי המשפט סמכות לעסוק בחוזה "בטל" וע"כ העדיפו הם שלא להרחיב את מרכיבי תקנת הציבור.

ברבות השנים, סיבות אלה הפכו לא רלוונטיות מחמת צמצום חופש החוזים, פיתוח מיומנות הפסיקה בהפעלת נורמות ערכיות ומתן כלים לטיפול בחוזים פסולים באמצעות חוק החוזים. לאור כל זאת, לא היה עוד מקום לשמר את צמצום הגדרתו של עקרון תקנות הציבור. התמורות שארעו בהחלט ס' 39, מצאו את ביטויין גם בהרחבת עקרון תקנת הציבור. בימינו, תקנת הציבור נתונה לשיקול דעת השופטים בכל מקרה ומקרה בגין נסיבות המקרה ושיקולים נוספים.

• חוזה בלתי מוסרי

בפס"ד פלונית קבע ביהמ"ש, כי קטגוריה זו אינה שייכת עוד.

• תוצאת הבטלות - ס' 31

ס' 31 מחיל את הוראות ס' 19 (ביטול חלקי) גם על חוזים פסולים. כמו כן, מחיל ס' 31 את ס' 21 (השבה בגין ביטול) על חוזה פסול. לאור ס' 31(סיפא) רשאי ביהמ"ש, לאור שיקולי צדק לפסוק לאכיפת החוזה. זאת בתנאי שאחד מן הצדדים קיים את חיובו החוזי. מן הפסיקה (פס"ד שלוש ובארי) עולה, כי שלושה הם שיקולי הצדק העומדים לרשות ביהמ"ש מכח ס' 31 :

א. אכיפה הכרחית כדי למנוע מחוטא להיות נשכר. (פס"ד שלוש)

ב. החוזה היה מקויים ככתבו וכלשונו במידה והיה חוקי. (פס"ד שלוש)

ג. מניעת פגיעה בצדדים חיצוניים תמי לב. (פס"ד בארי)

יחס בין ס' 13 (חוזה למראית עין) לס' 30 (חוזה פסול) - לעתים, חוזה נכרת למראית עין לטובת מטרה שאיננה חוקית (דוגמת הערמה על רשויות המס). לכאורה, בין אם ייבחר החוזה במשקפי ס' 13 ובין אם במשקפי ס' 30 - בטל הוא. עם זאת, לסיווגו כחוזה למראית עין - יש השלכות, שכן הוראת ס' 31(סיפא) (אכיפת חוזה פסול) לא תחול בכל מקרה של חוזה למראית עין. שנית, מכח ס' 13 - צד ג' תם לב אשר התקשר בחוזה בעקבות החוזה למראית עין זכאי לאשר הסתמך בכריתת החוזה - הוראה שאינה תקפה כאשר יוגדר חוזה כפסול מכח ס' 30 ותופעל בשל כך הוראת האכיפה מכח ס' 31(סיפא).

- תניית הפנייה
- חוק החוזים האחידים - כללי
- תנאי מקפח בחוזה אחיד
- בימ"ש ובי"ד
- חזקות קיפוח - ס' 4

• תניית הפנייה

תניית הפנייה הינה כינויו המשפטי של סעיף חוזי המפנה אל מסמך חיצוני לחוזה בו מצויים תנאים נוספים החלים על החוזה, הגם שאינם מצויינים בו. לשימוש בתניית הפנייה סיבות מספר: תנאים ויזואליים (חוזה כרטיס בקני"מ קטן) ונוחות - שימוש בתניית הפנייה מבטל את הצורך בניסוח חוזה מחדש ומאפשר שימוש בתנאים קיימים. יש לציין, כי בשיטת תניית הפנייה עשה ביהמ"ש שימוש כמנגנון התערבותי.

המשפט האנגלי מבחין בין תניית הפנייה בחוזים רגילים לכאלה שבחוזי כרטיס. בעוד שתניות הפנייה בחוזים רגילים הינן קבילות וראויות (מתוקף עקרון חופש החוזים), הרי שבחוזי כרטיס הערים המשפט האנגלי קשיים ודרישות ביחס לתניות הפנייה. כך, חייבה הפסיקה האנגלית, בתניית הפנייה ע"ג חוזה כרטיס: הדגשה, כי לכרטיס משמעות חוזית והדגשת הפנייה. בנוסף, חייבה הפסיקה האנגלית, כי המסמך אליו מפנה התנייה יהיה בר קיימא ושיהיה ניתן לקראו.

תפישה אנגלית זו, היא שעמדה בבסיס תפישת המשפט הישראלי. כך למשל, בפס"ד גיונשירוביץ נ' מפעל הפיס (מאוזכר בפס"ד יתח), ממנו עלה בבירור כי הפסיקה הישראלית ראתה בתניית הפנייה כלי התערבותי. שכן, ביהמ"ש הכריע במקרה זה, כי תניית הפנייה הפנתה לתנאי הוגן - משמע שאם התנאי היה לא הוגן היה ביהמ"ש מבטל את חוזה הכרטיס שהתקשר בו גיונשירוביץ.

התערבות באמצעות תניית הפנייה היתה מקובלת במשפט הישראלי כל זמן שכלי התערבות מתקדמים יותר לא היו בנמצא. מיום שעומדים לביהמ"ש כלי התערבות כעקרון תום הלב ("הוראה מלכותית") ועוד, הרי שלא נצרך ביהמ"ש לבחון את הגינותן של תניות הפנייה.

• חוק החוזים האחידים - כללי

חוק החוזים האחידים נחקק ע"מ לצמצם את פערי הכוחות שבין הצדדים לחוזה אחיד, שכן ברוב החוזים האחידים ידו של הספק על העליונה (מתוך ריבוי ידע, כח ועוד). לחוזה אחיד יתרונות רבים, אך חסרונו הגדול - היעדר מתן בחירה ללקוח. החוזה אינו משקף את רצון הלקוח במלא מובן המילה - מכאן התוקף להתערבות בחוזה אחיד, כאשר תנאיו מקפחים את הלקוח. לחוק החוזים דהשתא קדם חוק מ-1964. בחוק הקודם נפלו פגמים דוג' - הגדרות מצמצמות של

"ספק" ו-"לקוח", כמו גם רשימה סגורה של תנאים בגינם ניתן לבטל את החוזה. מעל לכל, הבעיה המשמעותית ביותר בחוק משנת 64' היתה, ככל הנראה, שהקדים הוא את זמנו. שכן, באותם הימים רווחה התפישה לפיה אין להתערב בחוזה מתוך עקרון חופש החוזים. בחוק שנחקק ב-1982 תוקנו הליקויים. כמו כן, שינוי התפישות ביחס לעקרון חופש החוזים העניק לגיטימציה להתערבות והחלת החוק במצבים השונים.

בס' 1 לחוק נמנית מטרתו. מטרה, אשר כל ייעודה להורות לביהמ"ש, כי במקום בו יש להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים - אזי יש לעשות כן מכח חוק זה.

ס' 24 - בס' זה מצויין, כי אין חוק החוזים האחידים מונע שימוש בדוקטרינות מחמת חוק החוזים (חלק כללי) וחוק החוזים (תרופות).

ס' 23 - ס' זה מסייג את תחולת החוק:

א. תנאי הקובע את התמורה הכספית - אינו מקפח. זאת משום שחזקה על הלקוח שקרא את ס' התמורה, הבינו והסכים לו.

ב. תנאי החוזר על הוראות חוק - במידה ותנאי בחוזה האחיד חוזר על הסדר שנקבע בחוק - לא יתערב בו ביהמ"ש. זאת משום שחזקה על המחוקק שלקח בחשבון את השיקולים הרלוונטיים בטרם תיקן את החוק. בפס"ד **אגד וכדורגל** נקבע, כי חיקוק לעניין ס' זה הינו אך ורק חיקוק המתפרסם בחוקי המדינה מטעם הרשות המחוקקת, או בחקיקת משנה מטעם הרשות המבצעת. אין כוונת ס' זה לתנאים הנובעים מחיקוק - דוג' תקנון.

ג. הסכם בינ"ל - במידה ומדינת ישראל חתמה על אמנה בינ"ל, אזי הגם שאין האמנה מחייבת את כלל האזרחים כחוקי המדינה, עדיין במידה ובחוזה מצוי תנאי מכח אמנה זו - אין לביהמ"ש להתערב.

ד. ביהמ"ש לא יתערב בחוזים קיבוציים (שנכרתו לפי חוק הסכמים קיבוציים).

ס' 2 - ס' ההגדרות

"חוזה אחיד" - נוסח חוזה שכל תנאיו או מקצתם נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים. במידה ובין חוזה אחיד למשנהו משתנים תנאים מסויימים, עדיין יתייחס ביהמ"ש לתנאים הזהים בכל החוזים כתנאי בחוזה אחיד ויבחן במידת הצורך האם יש מקום להתערב בו מחמת תנאי מקפח. במידה והחוזה מיועד לשימוש מול פלח אנושי מצומצם אזי - אין הוא חוזה אחיד, כמובן שתלוי הדבר בנסיבות העניין.

"ספק" - מנסח החוזה המכתיב את תנאיו הוא הספק. למעשה, ספק הינו - ספק החוזה.

• תנאי מקפח בחוזה אחיד

ס' 3 - "תנאי מקפח" - הס' אינו מגדיר מהו תנאי מקפח. הוראת ס' זה הינה כללית ע"מ לאפשר ללקוח לטעון בגין כל ס' בחוזה, כי מקפח הוא - בכפוף לשיקולי ביהמ"ש. נטל הוכחה זה אינו פשוט כלל ועיקר. על כן, לעזרת הלקוח נחלץ **ס' 4** לחוק המונה חזקות, אשר אם מתקיימת

אחת מהן ביחס לתנאי - הרי שנטל ההוכחה עובר לספק - ועליו יהיה להוכיח, כי התנאי אינו מקפח.

לקביעת תנאי כמקפח, על ביהמ"ש לתת דעתו למכלול הנסיבות הכרוכות בכריתת החוזה. כך למשל, כאשר הספק הוא מונופול, גובר חשש הקיפוח. לקביעת הקיפוח אימצה הפסיקה (פס"ד גד, ח"ק נ' קסטנבאום) את המבחן לפיו בוחנים אם התנאי המקפח מגן על אינטרס לגיטימי של הספק באופן מידתי. עולה אפוא, כי בקביעת תנאי מקפח - שני שלבים:

א. הגנה על אינטרס לגיטימי.

ב. ההגנה מידתית ואינה חורגת מן התחום הסביר.

מבחן נוסף אשר עלה בפסיקה הוא - נגיעת התנאי לליבת העסקה. לפיו, תנאי הנוגע לליבת העסקה יעורר פחות התערבות מאשר תנאי שאינו בליבת העסקה, אלא בסובב אותה.

• בימ"ש ובי"ד

כל ערכאות בתי המשפט מוסמכות לדון בחוזים אחידים. לרוב, בית המשפט יעסוק במקרי קיפוח שארעו בעבר, טרם באה הסוגייה בפניו. לעתים, יעסוק ביהמ"ש במקרי קיפוח עתידיים או אלו המתרחשים בהווה. על כל פנים, החלטות ביהמ"ש תקפות רק לאותו המקרה המובא בפניו גופא - פסיקת in person.

לעומת זאת, פרק ב' של החוק מתאר את הקמתו של בית הדין לחוזים אחידים. בבי"ד זה מתבצעים שני הליכים:

א. **בקשת אישור לחוזה אחיד** - יכול ספק לפנות לביה"ד בבקשה לקבלת אישור לחוזה האחיד שברשותו. אישור זה מוטבע ע"ג החוזה ומעניק לספק 5 שנים של שקט ובטחון מפני תביעות להכרה בתנאיו כתנאים מקפחים. אמנם, ליועמ"ש סמכות חוקית לפנות לביה"ד בדרישה להסיר את חותם הכשרות - אך סמכות זו לא נוצלה מעולם. עם מנגנון בקשת האישור - בעיה מהותית והיא, כי כל ספק זכאי לפנות לביה"ד ולבקשו. עובדה המביאה לבזבוז כספי ציבור לריק. בקודיפיקציה שונה במעט ההליך וניתנה סמכות לביה"ד להחליט באם מדובר בבקשת אישור בעלת אינטרס ציבורי בטרם יפנה לבחינת החוזה האחיד המדובר.

ב. **בקשת ביטול תנאי מקפח** - בשונה מביהמ"ש, לביה"ד סמכות לפסיקת in rem המחייבת את כלל החוזים האחידים בהם מצוי תנאי מקפח. בקשת ביטול מוגשת לביה"ד רק ע"י גופים ציבוריים המנויים בס' 16א, דוג' - יועמ"ש, ממונה על הגנת הצרכן וכו'. הבדל מהותי נוסף בין ביה"ד לביהמ"ש הוא, כי ביטול תנאי מקפח אינו מחייב, כי החוזה האחיד ייכרת בפועל - די בתנאי מקפח פוטנציאלי ע"מ שביה"ד יבטלו בכל החוזים האחידים במ הוא מצוי. מס' 18(ב) לחוק עולה, כי תחולת הביטול היא גם רטרואקטיבית, במידה ומחליט ביהמ"ש להורות כך.

• חזקות קיפוח - ס' 4

כאמור לעיל, במידה ובחווה האחיד מתקיימת אחת מן החזקות הבאות לגבי תנאי כלשהו, הרי שנטל ההוכחה בדבר אי קיפוחו של התנאי עובר לספק, ואלו הן:

1. במידה ותנאי בחווה פוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שחייב בה ע"פ חוק - עומד הוא בחזקת קיפוח. חזקה זו מעניקה לחוקים דיספוזיטיביים נופך קוגנטי בכל הקשור לחוזים אחידים. זאת מפני שבמידה והתנה הספק על הוראת חוק דיספוזיטיבית באופן מקפח - יבטלו ביהמ"ש ובכך הופך הוא את הוראת החוק למעין קוגנטית.
2. תנאי המאפשר לספק זכות בלתי סבירה לבטל או לדחות את ביצוע החווה, או חלק מרכיביו המהותיים - עומד בחזקת קיפוח. ייתכן ובמקרה בו קיים איזון בין זכות הספק להשתחרר מן החווה לזכותו של הלקוח לעשות כן - אזי אין בכך משום תנאי מקפח.
3. תנאי המקנה לספק זכות להעביר אחריות לצד שלישי. למשל, במכר דירות זכות הלקוח היא למול הספק ולא למול הקבלן.
4. תנאי המאפשר לספק לשנות, לאחר כריתת החווה ועל דעת עצמו בלבד, מחיר או חיובים מהותיים בחווה. כזכור, ס' 23 לחוק החוזים (חלק כללי) הורה, כי אין להתערב במחיר המוסכם בחווה. חזקה זו באה למנוע אפשרות, כי הספק מותר מקום בחווה לשינוי המחיר המוסכם על סמך "דעתו בלבד". פס"ד העוסק בחזקת קיפוח זו - פס"ד משען. כמובן, במידה ובחווה מצוי תנאי המאפשר את עדכון התמורה החוזית בהתאם לשינויים אינפלציוניים - אין בכך כל קיפוח, שכן אין הדבר תלוי בדעתו הבלעדית של הספק - אלא תלוי מדדי שוק אובייקטיביים חיצוניים לחווה האחיד הספציפי. במצב בו יש בחווה תנאי בו נמנה מחיר ולצידו נמנית אפשרות להעלותו עד תקרה מסויימת - אזי ייתכן ותנאי זה יעמוד בחזקת הקיפוח בהתחשב בנסיבות. כך למשל, במידה ותקרת הגג אינה סבירה - הרי שתנאי זה יעמוד בחזקת הקיפוח. לעומת זאת, במידה ותקרת הגג עומדת בקני"מ סביר ותלוייה בפרמטרים אובייקטיביים הנתנים לפיקוח שאינם פרי דמיונו של הספק בלבד - אין היא עומדת בחזקת הקיפוח כפי שנקבע בפס"ד איתוראן נ' היועמ"ש.
5. תנאי המחייב את הלקוח להזקק באופן בלתי סביר לשירות הספק או גורם אחר ובכך מגביל הוא את חופש הלקוח להתקשר עם מי שחפץ - עומד בחזקת קיפוח.
6. תנאי המצמצם זכויות או תרופות ע"פ חוק עומד בחזקת קיפוח.
7. תנאי המעביר את נטל ההוכחה לגורם שלא היה חייב בכך ע"פ דין - עומד בחזקת קיפוח. חזקה זו, למעשה, מוצאת את ביטוייה בחזקות 1 ו-6 גם יחד.
8. תנאי השולל מן הלקוח או מגבילו לטעון טענות משפטיות בפני ערכאה שיפוטית. חזקה זו שונה מן האמור בס' 5 לחוק העוסק בתנאי מקפח השולל אפשרות להגשת תביעה ובטל מעצמו (זאת משום ששלילת אפשרות זו פוגעת בזכות יסוד).

9. תנאי בדבר מקום שיפוט בניגוד לדין - בחוזים אחידים רבים מצוי תנאי מעין זה. חרף חזקת הקיפוח המנוייה בחוק, ביהמ"ש העליון פסק ביחס לחזקה זו באופנים סותרים. כך למשל, נפסק כי בהתניית מקום שיפוט יש משום הגנה לגיטימית על הספק (שכן אם עיסוקיו בכל רחבי הארץ, אין בתנאי זה משום היעדר לגיטימיות) ובנוסף - מדינתנו אינה רחבת ידיים עד כדי כך, כי ייטען כלפי תנאי כזה שמצריך מאמץ שאינו מידתי. לעומת פסיקות מעין אלה, נפסק גם להעמיד תנאי מעין זה בחזקת קיפוח.
10. תנאי הקובע, כי סכסוך בדבר החוזה האחיד יועבר לבוררות, כשלספק השפעה גדולה יותר על קביעת הבוררים ומקום מושבם - עומד בחזקת קיפוח.

- חוזה על תנאי (ס' 27 לחוק החוזים הכללי)
- סיכול התנאי (ס' 28)
- בטלות חוזה או התנאה (ס' 29)

- **חוזה על תנאי (ס' 27 לחוק החוזים הכללי)**

חוזה על תנאי נותן מענה לצדדים אשר גמרו בדעתם לכרות חוזה, אך אינם מוכנים ליטול סיכונים ביחס לתנאי עתידי שהתרחשותו לוטה בערפל. התנאי המדובר הוא, לרוב, תנאי חיצוני לעסקה ואינו ממרכיביה המהותיים. כמו כן, התנאי חייב להיות כזה שהתרחשותו העתידית אינה וודאית כלל ועיקר. הגם שס' 27 מתייחס לתנאי שהינו פרי דמיונם של הצדדים, הפסיקה ראתה גם דרישות רגולטוריות כתנאי מתלה, למשל - דיני הכשרות, כבפס"ד שרף נ' אבער. החוק מכיר בשני סוגים של תנאי כזה:

- א. **תנאי מתלה** - צדדים התנו, כי החוזה שנכרת ייכנס לתוקף מעת שהתקיים תנאי מוסכם.
- ב. **תנאי מפסיק** - צדדים התנו, כי יפוג תקפו של חוזה שנכרת והחל להיות מקויים לכשיתקיים תנאי מוסכם. הפסקת חוזה מחמת קיום תנאי מפסיק אינה מצריכה הודעת ביטול - בעצם קיום התנאי בטל החוזה.

במבט ראשון נראה, כי ההבדל בין תנאי מתלה למפסיק הינו מהותי. עם זאת, עיון מעמיק יותר מגלה שההבדל הינו דק למדי. עיקרו של ההבדל הוא במשמעות פרק הזמן שבין כריתת החוזה להתרחשות התנאי. כך, בתנאי מתלה - בפרק זמן זה אין הצדדים מחוייבים מכח החוזה לדבר וחצי דבר. לעומת זאת, בתנאי מפסיק - בפרק זמן מוטלים על הצדדים חיובים חוזיים ופעולה בניגוד אליהם תיחשב כהפרתו. יש לציין, כי ההבחנה בין תנאי מתלה למפסיק תלויה ברבות מן הפעמים בפרשנות. באופן עקרוני, במידה ומהות התנאי אינה מפורשת - יניח ביהמ"ש, כי התנאי הוא תנאי מתלה אשר אינו מטיל חבות כלשהי בפרק הזמן שבין הכריתה להתרחשות התנאי.

כידוע, ישנם חוזי השתדלות, בהם מתחייב אחד הצדדים לעשות ככל יכולתו להגשמת מטרה כלשהי - אך אין הוא מתחייב להשיגה. לעומת אלו, ז'אנר שונה של חוזים הוא - חוזי תוצאה - בהם מתחייב אחד הצדדים להגשמת תוצאה ספציפית; ומשזו לא הושגה - הפר הוא את החוזה. חוזה על תנאי מעורר את השאלה - האם קיימת חובת השתדלות לקיומו של התנאי. על פניו, נראה היה, כי לו חפצו הצדדים היו מסדירים את התקשרותם באמצעות חוזה השתדלות - ומשלא עשו כן, אלא תלוה בקיום תנאי - אזי ייתכן ואין חובה להשתדל כלל. עם זאת, ס' 39 מחייב התנהגות בתום לב בכל חוזה באשר הוא - ע"כ ייתכן ובחוזה על תנאי מתלה יש מקום לחייב השתדלות לקיום התנאי.

במידה ובחווה על תנאי מתלה, נקט אחד הצדדים בהפרה צפויה, אזי מכח ס' 27(ג) זכאי הנפגע לסעדים לשם מניעת ההפרה. סעדים אלו הם, בין היתר: צוי מניעה, צוי עיקול ועוד. סעדים אלו נועדו "להקפיא" את המצב הנתון עד למועד בו צפויה התרחשות התנאי. כמו כן, שונים הם מסעדי חוק התרופות ומאלו שלהם זכאי הנפגע מהפרה צפויה מכח ס' 17 לחוק התרופות.

• **סיכול התנאי (ס' 28)**

ס' 28(א) - במידה והיה החווה תלוי בתנאי מתלה ופעל צד למניעתו, או מנעו בפועל, אזי אין הוא זכאי להסתמך על אי קיומו ולהשיל מעצמו את חובות החווה.

ס' 28(ב) - במידה והיה החווה תלוי בתנאי מפסיק ופעל צד להתרחשותו, או גרם לו בפועל, אזי אין הוא זכאי להסתמך על קיומו ע"מ להשיל מעצמו את חובות החווה.

ס' 28(ג) - הוראות ס' 28(א-ב) אינן חלות בשני מצבים:

א. אם פעל הצד בתו"ל (לא בזדון ו/או ברשלנות).

ב. במקרה בו התנאי המדובר היה אמור להתרחש ע"י אחד מן הצדדים, בכפוף לשיקוליו האישיים.

• **בטלות חווה או התנאה (ס' 29)**

במידה והתנאי המוסכם לא התרחש במועד שנקבע ובאין תקופה מוסכמת - תוך זמן סביר, הרי שאם היה הוא תנאי מתלה - החווה לא חל; ואם היה הוא תנאי מפסיק - הרי שהחווה לא חדל מלהתקיים. הגדרתו של הזמן הסביר נתונה לפרשנות. כך למשל, בפס"ד מפעלי שמיר נ' הו"ך הורה ביהמ"ש, כי הזמן הסביר עמד על שבע שנים. זאת, מחמת הארכות במשתמע (דעת הש' ברק), או הגדרת פרק זה כסביר לעניין עסקאות נדל"ניות בתנאים מסויימים (דעת הש' ברק).

- דחיית קיום (ס' 43 לחוק)
- חיובים בו זמניים - עסקת מזומן (ס' 43(א))
- חיובים שאינם בו זמניים - עסקת מקדמה (ס' 43(א))
- חשש להפרה צפויה

• דחיית קיום (ס' 43 לחוק)

במקרה בו אחד הצדדים לא קיים את חיובו החוזי מתעוררת השאלה לפיה, האם לצד שכנגד מותר לדחות את קיום חובתו החוזית בשל כך? שאלה זו מתעוררת בשלושה מצבים:

- א. חיובים בו זמניים - עסקת מזומן.
- ב. חיובים שאינם בו זמניים - עסקת מקדמה.
- ג. החיוב המופר הוא שני בזמן - עסקת אשראי - הפרה צפויה.

השהיית קיום אינה מנוייה, אמנם, בחוק התרופות אלא בס' 43 לחוק החוזים (חלק כללי), אך מהווה היא תרופה משמעותית למדי, אם לא המשמעותית ביותר, כטענת המלומד האנגלי טריטון. ייחודו של סעד זה הוא בכך שס' 43 עוסק בסעד עצמי. הגם שבמקרה של הפרה צפויה יכול סעד עצמי זה להוות הפרה - אין לראותו ככזה, שהרי דחיית הקיום אינה מפרה את החוזה, אלא אך דוחה את מועד קיומו. זאת ועוד, סעד מכח ס' 43 אינו גורע מסעדי חוק התרופות. יתרונה הגדול של דחיית הקיום הוא בהמנעות מהשקעת משאבים בחוזה העתיד להיות מופר בין כה וכה. יש להקדים ולציין, כי בימינו, בכל שלושת המצבים - ניתן להשהות קיום, אא"כ התנו על כך הצדדים בחוזה.

• א. חיובים בו זמניים (ס' 43(א))

במידה ואחד הצדדים משהה את קיום חובתו החוזית, יכול הצד שכנגד להשהות את חיובו גם כן. הוראה זו היא דיספוזיטיבית, שכן יכולים הצדדים לקבוע בחוזה, כי קיימת חובת קיום, אלא אם בוצעה הפרה או הוגש ביטול. ס' זה משקף את אומד דעתם הבסיסי של הצדדים.

במקרה זה - בו החיובים הם בו זמניים מתעורר קושי - שהרי כיצד ייקבע מיהו המפר ומי הנפגע? ע"מ לפתור זאת, נעשה מעין "משפט שלמה" בו נבחנת מוכנות הצדדים לקיום החוזה. הצד המוכן לקיים בכל רגע את חיובו - הוא הנפגע, בעוד שכנגדו הוא המפר.

• **ב. חיובים שאינם בו זמניים (ס' 43(א)2)**

במידה וחיובו של צד א' נובע מקיום צד ב' את חובתו החוזית - אזי מותר לא' לאחר את קיום חובתו. בפועל, כלל זה תקף רק במקרה בו התנו הצדדים, כי חיובו של א' נובע מקיום חיובו של ב', כעולה מפס"ד **אלתר נ' אלעני**. בראשית, זיהתה הפסיקה חיובים מעין אלו כ: "חיובים עצמאיים". ברבות השנים, שונתה הגישה והסיקה הפסיקה, כי הצדדים מפרידים את חיוביהם, דווקא מתוך התלות שבין החיובים השונים ולא מחמת עצמאותם.

• **ג. חשש להפרה צפויה**

ס' 17 לחוק התרופות קובע, כי במקרה של הפרה צפויה זכאי הנפגע הפונטציאלי לכלל התרופות אותן היה מקבל אילו היתה ההפרה מבוצעת בפועל. משום שמורה ס' 17, כי הפרה צפויה כפופה להוראות חוק התרופות, הרי שאין **ס' 43** חל על הפרה צפויה. עם זאת, ברבות השנים, קבעה הפסיקה, בין היתר, בפס"ד **שוחט** כי במקרה בו עורר אחד מצדדי החוזה אפשרות להפרה צפויה הרי שנהג בחוסר תום הנדרש בס' **39 לחוק הכללי** וע"כ רשאי הצד שכנגדו להשהות את קיום חיובו החוזי.

ברבות השנים, קבע ביהמ"ש, כי ברירת המחדל היא שקיימים יחסי תלות בין הצדדים. עוד עלה מפס"ד **ארבוס**, כי יחסי התלות בין הצדדים הם כמעט קוגנטיים.

- תרופות בשל הפרת חוזה - מבוא
- ביטול
- אינטרסים מוגנים
- פיצוי מוסכם
- אכיפה
- פטור בשל אונס או סיכול החוזה (ס' 18 לחוק התרופות)

• תרופות בשל הפרת חוזה - מבוא

ס' 2 לחוק התרופות מגדיר בקציר המחוקק את עיקרון של התרופות הניתנות בגין הפרת חוזה. כעולה מן הסעיף, שניים הם התנאים המקדימים למתן תרופות - כריתת חוזה כדין והפרה. לאור זאת, קו ההגנה הראשון בכל תביעה יהיה, כי לא נכרת חוזה (בהיבטי פרק א' לחוק ופרק ב' לחוק הכללי ועוד), בקו ההגנה השני ייטען - כי לא היתה הפרה - שכן הגדרתה תלויה בפרשנות.

מהי הפרה? כעולה מס' 1 לחוק התרופות - הפרה היא מעשה או מחדל המנוגדים לחוזה. הגדרה זו מעלה תמיהות בנוגע להצהרה חוזית מוטעית. על פניו נראה, כי הצהרה אינה מעשה או מחדל. עם זאת, הפרשנות המקובלת רואה את ההצהרה כהתחייבות מצד המצהיר, כי תוכן ההצהרה יקויים - ועל כן דין אי קיום ההצהרה כדין מחדל המנוגד לחוזה. זאת ועוד, בימינו, הצהרה המעוררת חוסר וודאות מנוגדת לעקרון תום הלב ונחשבת כהפרה צפוייה.

התרופות העיקריות הניתנות בגין הפרת חוזה הן: אכיפה, ביטול ופיצויים. בנוסף לאלה מנויות תרופות נוספות בס' 20, 19 ו-22 לחוק. עם זאת, לא כל הפרה מזכה בתרופות. כך למשל, במקרים של "זוטי דברים", חוזה בו דן ס' 32(א) לחוק הכללי (חוזה הגרלה שלא אושר ע"פ חוק) ובמקרים בהם דן ס' 18 לחוק התרופות, המגדיר פטור בשל אונס או סיכול החוזה.

כעולה מס' 2 ברירת התרופות נתונה בידי הנפגע. ברירה זו אינה מוחלטת וכפופה לסייגים המעוגנים בחוק, כמו גם לעקרון תום הלב מכח ס' 39 לחוק הכללי. כך למשל, במקום בו אכיפה אינה תועיל ודי בפיצויים ע"מ לשפות על הנזק - הרי שלא יפסוק ביהמ"ש את תרופת האכיפה, מחמת עקרון תום הלב.

שני עקרונות יסוד קיימים בהרכבת סל התרופות:

א. אין לצרף תרופות שיעמידו את הנפגע במקום טוב מזה בו היה עומד אילו קיים החוזה.

ב. אין אפשרות לתבוע אכיפה וביטול יחד.

• אינטרסים מוגנים

אינטרס הקיום - באינטרס זה מבוטאת העמדה, לפיה תרופות בשל הפרת חוזה אמורות להעמיד את הנפגע, עד כמה שניתן, במקום בו היה עומד אילו קיים החוזה. התרופות המקיימות אינטרס זה הינן פיצויים ואכיפה. קיימים מצבים בהם אינטרס הקיום מגלם בתוכו גם את

אינטרס ההסתמכות או אינטרס ההשבה - או אז יכונה הוא: "אינטרס הקיום - ברוטו". במקרים בהם אינטרס הקיום נועד לפצות על רווח ותו לא, יכונה הוא: "אינטרס הקיום - נטו".

אינטרס ההסתמכות - מקובל לומר שאינטרס ההסתמכות, השואף להעמיד את הנפגע במקום בו עמד קודם הפרת החוזה שייך בדיני הנזיקין, אך מסתבר שרלוונטי הוא גם לדיני החוזים. בפס"ד **מלון צוקים**, נחלקו הש' חשין ומלץ בדבר מעמדם של פיצויי ההסתמכות מכח ס' 10. הש' חשין סבר, כי בכל מקרה יש מקום להעניק פיצויי הסתמכות - גם בחוזי הפסד בהם פיצויי הקיום נמוכים מפיצויי ההסתמכות, בעוד שהש' מלץ, סבר כי פיצויי ההסתמכות אינם ניתנים אלא במקום בו לא ניתן להעריך את פיצויי הקיום. בפיצויי ההסתמכות, יש להבדיל בין שני סוגים:

א. **הסתמכות עיקרית** - הוצאות הנפגע שנועדו לקיום התחייבויותיו בחוזה.

ב. **הסתמכות אגבית** - הוצאות הנפגע בהסתמכו על החוזה, אך לא לצורך התחייבויותיו בו. נראה שנוק זה, אינו עומד במבחן הצפיות הנדרש לפסיקת פיצויים מכח ס' 10 **לחוק התרופות**. לאור זאת, יש לו לנפגע העתידי לציין במעמד כריתת החוזה את נזקי ההסתמכות האגביים הצפויים. כך ימלא הוא אחר הוראות ס' 10 ויעמיד את הנזקים האגביים במבחן הצפיות.

אינטרס ההשבה - שייך, בעיקר, בהקשרי תרופת הביטול. אינטרס זה מאפיין את דיני ע"ע ולמה"ד, אך שייך גם בדיני החוזים. משמעות אינטרס זה הינה - להשיב את אשר הועבר למפר קודם ההפרה, וכך למעשה, לאפס את מערכת היחסים בין הצדדים. אינטרס ההשבה - אינו עוסק בשיפוי הנפגע על נזקיו.

נזק תוצאתי - במידה ועל סמך חוזה שלבסוף הופר נכרת חוזה נוסף, שכעת לא נותר אלא להפרו, הרי שנוק זה - תוצאתי הוא. על תביעת נזק תוצאתי לעמוד במבחן הצפיות, ע"כ במטרה למנוע אי יכולת לקבלו - יש לציינו בפירושו במעמד כריתת החוזה.

אינטרס השבת פירות ההפרה - חידוש עולמי שנתחדש בפס"ד **אדרס**, לפיו נפגע זכאי לקבל את פירות המפר ממעשה ההפרה, ולמעשה נקבע באדרס, כי גם בדיני חוזים יש מקום לשיקולי ע"ע ולמה"ד. סיבות הדבר נעוצות ברצון ביהמ"ש למנוע מחוטא לצאת נשכר וכן מתוך הוראה לשוק, כי חוזים יש לקיים ואין להפרם.

אינטרס שחזור השקילות החוזית - חידושו של פרופ' זמיר, ובא לידי ביטוי בפס"ד **ארבוס**. אינטרס זה נועד לאפשר לנפגע, במידה ומעוניין הוא בקיום החוזה, אף שהופר והשתנו תנאיו לשנות את חיוביו החוזיים בהתאם לשינויים שביצע המפר.

• **אכיפה**

משנחקק חוק התרופות הפכה האכיפה לסעד ראשון במעלה. אמנם, ברוב התביעות המשפטיות - נתבעים פיצויים, אך מבחינה מהותית - אכיפה היא העליונה והמשמעותית ביותר. כמצויין בס' 3 **לחוק התרופות** - לאכיפה, ארבעה סייגים המונעים את פסיקתה:

א. **חוזה אינו בר ביצוע** - במידה ונשוא החוזה אינו בנמצא, לא יפסוק ביהמ"ש אכיפה, מחמת מניעת ביזיונו. עם זאת, במשפט הישראלי מוכרות שתי דוקטרינות המעכבות סייג זה:

1. "אכיפה בקירוב" - נעוצה בעקרון תום הלב. במידה וניתן לאכוף את החוזה בקירוב - אזי הסייג המנוי בס' 3(1) לא ימנע אכיפה כזו.

2. "תחליף חיוב" - במקום בו ניתן להמיר את נשוא החוזה בתשלום שוויו - אזי תפסק אכיפה כזו.

ב. **חוזה לקבלת עבודה אישית / שירות אישי** - לפי סייג זה לא יאכוף ביהמ"ש חוזה המחייב אדם להעניק שירות הייחודיים לו ולתכונותיו הבלעדיות. סיבות סייג זה שלוש: פגיעה בחירות האדם וסלידה מעבדות, היעדר פיקוח על טיב השירות, אין טעם לצוות על צדדים מסוכסכים להתמיד בקשרם המתבסס על תכונות ייחודיות ועדיף לפרקו. פרשנותו של סייג זה הינה בצמצום ונדונה, בעיקר, בביה"ד לדיני עבודה. סייג זה לא חל במגזר הציבורי, כמו גם בהסכמי עבודה קיבוציים ועוד.

ג. **אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם הרשויות המוסמכות** - כעולה מפס"ד עוניסון, סייג זה פורש בצמצום.

ד. **אכיפה צודקת** - הסייג הנפוץ ביותר לפיו - ביהמ"ש לא יפסוק אכיפה כאשר היא תוביל לתוצאה שאינה צודקת בנסיבות העניין. בפס"ד ורטהיימר נ' הררי נקבע, כי אין לכלול בשיקולי הצדק התייחסות לגורם שלישי שאינו צד לחוזה. זאת בשונה מפסיקת הש' זמיר בפס"ד לוינ' נ' לוינ, בו קבע כי יש להתייחס בשיקולי הצדק גורמים חיצוניים.

אכיפה בהצעת הקודיפיקציה - בתזכיר חוק דיני ממונות אוחדו תרופות הנזיקין והחוזים, עובדה אשר החלה את תרופת האכיפה גם בדיני נזיקין (בהם היא מבוטאת באמצעות צו). עקב כך הוספו סייגים נוספים: כאשר הפיצויים ראויים יותר מן האכיפה - ייפסקו פיצויים, כמו גם מניעת הפעלת סייג שיקולי הצדק באכיפת חוב כספי. כמו כן, בתזכיר חוק דיני ממונות הוספה אפשרות לביהמ"ש להוציא צו מרתיע - במידה וסובר ביהמ"ש, כי המפר לא יקיים את צו האכיפה שהוצא נגדו, יכול הוא לפסוק בנוסף לצו האכיפה גם צו מרתיע המטיל חבות כספית בגין איחור בביצוע החוזה.

• ביטול

ביטול הוא סעד עצמי המבוצע ע"י הודעת ביטול הנמסרת למפר מאת הנפגע. בפועל, בנתח ניכר מן המקרים יהיה הביטול נושא לדיון בביהמ"ש (כבמקרים של הערת אזהרה וכד'). החוק מבחין בין הפרה יסודית - בה יש זכות מוחלטת (כפוף לס' 39) לביטול החוזה להפרה שאיננה יסודית - בה מחוייב הנפגע להעניק ארכה למפר למען יחזיר את הגלגל לאחור ויקיים את החוזה. ביטול החוזה במקרה זה ייעשה בזמן סביר לאחר תום הארכה. כעולה מן הפסיקה, הכרעה בדבר מהות ההפרה אינה פשוטה כלל ועיקר. עקרונית, איחור קל ביישום החוזה הריהו הפרה שאיננה יסודית, אך גם איחור זה תלוי נסיבות הוא (משל האתרוג - לא זה של אמנון אברמוביץ').

ביטול שלא בזמן סביר - במקרים בהם לא ביטל הנפגע את החוזה תוך זמן סביר, אזי מאבד הוא את זכותו לעשות כן במקרים בהם ניתן להסיק, כי הנפגע ויתר, כעולה מפס"ד **זלתא הנדסה נ' שכון עובדים**. באותם מקרים בהם לא ניתן להסיק, כי ויתר הנפגע - אזי היעדר ביטול אינו גורע מזכותו של הנפגע לעשות כן, אם כי ביטול זה מצריך מתן ארכה, בין אם בהפרה יסודית עסקינה ובין אם בהפרה שאיננה יסודית.

כל זמן שהחוזה לא בוטל, יכול המפר למנוע את ביטולו ע"י תיקון ההפרה. ברובם המכריע של המקרים, התיקון מונע ביטול - אך אין בו כדי למנוע חבות פיצויים בעד נזק שנגרם מחמת ההפרה.

בין אכיפה לביטול ניכר הבדל מהותי והוא: במידה ובחר הנפגע באכיפה והתחרט יוכל לבחור במקומה בביטול. לעומת זאת, במידה וביטל הנפגע את החוזה, לא יוכל הוא עוד לדרוש אכיפה.

• **פיצוי מוסכם**

מלשון ס' 15(ב) **לחוק התרופות** - "הסכם על פיצויים מוסכמים אין בו כשלעצמו כדי לגרוע מזכותו של הנפגע לתבוע במקומם פיצויים לפי..." עולה, כי אין אפשרות לתבוע פיצויים מוסכמים בנוסף לפיצויים מכח סעיפי חוק אחרים. עם זאת, במידה והפיצוי המוסכם והפיצוי מכח ס' 10 אינם בגין אותו ראש נזק, אזי ניתן לצרפם יחדיו.

• **פטור בשל אונס או סיכול החוזה (ס' 18 לחוק התרופות)**

אונס - במידה והופר החוזה מחמת נסיבות שהמפר לא יכול היה לדעת עליהן או לצפותן - אזי אין מקום לאכיפה או פיצויים.

סיכול - כאשר נמנע מימוש החוזה מחמת סיבה חיצונית. באופן מעשי, ס' הסיכול משך שנים רבות היה בלתי ניתן ליישום, שכן מבחן הצפיות פורש בצמצום. תמורות המשפט בשנים האחרונות מפיחות רוח חיים גם בס' הסיכול. כך, השי' אנגלרד בדעת מיעוט גרס בפס"ד **רגב מסכות אב"כ נ' (מדינת ישראל?)**, כי אין מקום לצפיות מוחלטת וע"כ טיעון הסיכול רלוונטי. קיים קשר הדוק בין הסיכול לחובת תום הלב הנדרשת בס' **39 לחוק הכללי**, שהרי אם עומד הנפגע על קיום החוזה במצב בו אירע סיכול מחמת סיבות שאינן צפויות בכח או בפועל - הרי שנוהג הוא בחוסר תו"ל. בהצעת הקודיפיקציה נכנסה שורת שינויים בסיכול, שני העיקריים הם: מעבר ממבחן הצפיות למבחן הסיכול - על בסיס מבחן הסיכון; ובנוסף, הוצאת ס' הסיכול מן הפרק העוסק בתרופות, שהרי סיכול אינו תרופה אלא "תאונה משפטית" שאין לראות במסגרתה את צדדי החוזה המסוכל כ-"נפגע" ו-"מפר". לאור נוסח הקודיפיקציה - סיכול מפקיע את החוזה ומחייב השבה ותו לא.