1.11.11

**דיני חוזים – משה גלברד**

תיאור כללי של מבנה הקורס-

מבוא-

1. מבוא כללי - סקירה כללית של מה זה חוזים, מיקום דיני החוזים במפת המשפט, ההיסטוריה של דיני החוזים, סקירה של המקורות, החוקים המרכזיים.
2. הצדדים לחוזה – מי יכול להיות צד בחוזה, מהם הכללים לנושא זה.
3. גבולות דיני החוזים- מה נכנס ומה לא.

כריתת חוזה – הכוונה לתהליך היצירה של החוזה. "כריתה" – היות וזה קבוע בחוק:

1. גמירת-דעת
2. מסוימות ההצעה
3. הצעה וקיבול
4. צורת החוזה

פגמים בכריתת חוזה – הפתולוגיה של כריתת החוזה: המצבים הלא תקינים.

מו"מ לכריתת חוזה – הכללים המשפטיים בחלים בעת המו"מ, מה הסנקציות בהפרת הכללים.

תוכן החוזה- בשלושה מישורים (סעיף 24 בחוק).

1. פרשנות - מה הסכימו הצדדים. השפה איננה מדויקת, לכן יש צורך בפרשנות. הטקסט תמיד תלוי הקשר. תכליתו – לברר את הרצון האמתי של הצדדים.
2. השלמה – כשמדובר בחוזה מורכב, הסיכוי שהצדדים יכסו את כל המצבים האפשריים, קלוש. הפתרון המשפטי- המשפט מורה כיצד ומה להשלים.
3. התערבות בתוכן החוזה – המשפט מתערב בפרטים וברצון של הצדדים. כל זכות משפטית הינה לעולם לא-מוחלטת, לעיתים מפנה מקום לזכות אחרת. חופש החוזים אינו מוחלט, הוא מוגבל. המשפט המודרני רווי בכלים המאפשרים התערבות בחוזים.

הפרה ותרופות - הפרה – כאשר אחד הצדדים אינו מקיים את החוזה, יש פער בין ההתחייבות החוזית לביצוע. תרופות (סנקציות) - כל נורמה משפטית, אם היא מופרת, יש לצידה סנקציות.

**המבוא הכללי-**

היכן מצויים דיני החוזים במפת עולם המשפט? בעולם המערבי המודרני המשפט נוגע בכל תחומי החיים (א' ברק – "מלא כל הארץ משפט"), לכל דבר יש נורמות משפטיות.

משפט ציבורי – מערכת היחסים בין הרשות הציבורית לאזרח. נחלק למשפט חוקתי ומשפט מנהלי (דיני מכרזים ציבוריים, תכנון ובנייה). לעיתים משתמשים בכלים מהמשפט הפרטי – דיני חוזים. חוזה שהוא כפוף לדואליות נורמטיבית (פרטי וציבורי).

המשפר הפרטי- עוסק במערכת יחסים אופקית. כולל דיני משפחה, משפט מסחרי (דיני תאגידים, למשל), דיני ירושה, דיני קניין, דיני חיובים.

דיני חיובים – כולל בתוכו ארבעה תחומי משנה:

1. חיובים מכח דין, לדוג'- מזונות.
2. דיני עשיית עושר ולא במשפט (ע"ע).
3. דיני נזיקין.
4. דיני חוזים – תת נושא של דיני החיובים, שהם חלק מהמשפט הפרטי. קרובים לשלושת התחומים האחרים, יש ביניהם נקודות השקה. דיני חוזים נחלקים ל-2:
5. דיני החוזים הכללים – דינים (כללים/נורמות משפטיות) הרלוונטיים לכל סוגי החוזים, כללים החלים על כל חוזה מעצם היותו חוזה.
6. דיני החוזים המיוחדים – הדינים החלים על סוגים מיוחדים, ספציפיים, של חוזים. פוסקים בנורמות המשפטיות המיוחדות לסוגים של חוזים. דוג' - דיני מכר, דיני שכירות (רלוונטיים לחוזי שכירות בלבד).

על כל חוזה חלים כל דיני החוזים הכלליים, כי הוא קודם כל חוזה, ועוד מערכת של דינים המיוחדים לסוגו של חוזה זה. דיני החוזים הינם חלק מדיני החיובים, לכן על כל חוזה חלה גם מערכת דיני החיובים.

מקובל לומר שהחלוקה הנ"ל של המשפט עוסקת **בדין המהותי** (קיימת נורמה משפטית המחייבת בדין זה). ישנה מפה מקבילה העוסקת **בדין הפרוצדורלי** (מהן סדרי הדין, לאיזה בית משפט פונים, איך מוכחים את הטענה, מי מביא עדים וכו'). אנו נעסוק בדין המהותי בלבד.

קיימת חפיפה רבה בין דיני קניין לדיני חיובים. לא תמיד קו הגבול ברור, לעיתים הוא מטושטש. דיני קניין מטפל בזכויות קנייניות – תחומי משפט שונים. הזכות בדיני חיובים היא כלפי אדם – זכות אישית.

זכויות אובליגטוריות-

המונח בו משתמשים בדיני החיובים הוא זכות אובליגטוריות, שהן למעשה זכויות אישיות. זכויות אלו תקפות גם בדיני החוזים ויש לקחת אותם בחשבון. המשפט המודרני מכיר בזכות על נכס ערטילאי, בניגוד למשפט העתיק. ההבחנה בין זכויות אישיות לקנייניות הצטמצמה בעולם המודרני, כיוון שבענייני ירושה למשל, הזכות הפרטית כן ניתנת להעברה (כסף ונכסים שעוברים בירושה).

זכות קניינית אל מול זכות אישית (זכות אובליגטורית, זכות כלפי אדם מסוים)-

זכות אישית (דיני חיובים) פועלת כלפי חייב מסוים- אנשים או גוף ספציפי שקיימת חובה עבורם, וזכות קניינית (דיני הקניין) פועלת כלפי כל העולם- מספר בלתי מוגבל של אנשים. הזכות פרטית (אובליגטורית) היא זכות שלא ניתן להעביר, לעומת זו הקניינית (נכסים ניתנים להעברה).

ההבחנה בין זכויות אישיות לקנייניות הצטמצמה בעולם המודרני, כיוון שבענייני ירושה למשל, הזכות הפרטית כן ניתנת להעברה (כסף ונכסים שעוברים בירושה).

הבחנה נוספת הינה ברמת הסיכון, דוג'- נושא הפקדת הכסף. במידה ואני מפקיד סכום כסף מסוים פיזית בכספת, הסיכונים הם שונים לעומת הפקדת הכסף בחשבון העובר ושב. לדוגמא במידה של גניבה או שרפה, הכסף ספציפית שנמצא בכספת ניזוק. בעוד שבמידה והכסף נמצא בעובר ושב ולמעשה הוא נמצא בקופת הבנק לאירוע מסוג זה אין משמעות. אך עם הבנק פושט את הרגל ומגיע לחדלות פירעון – אז הכסף בעובר ושב נמצא בסכנה בעוד שהכסף שנמצא בכספת לא נמצא בכלל סכנה.

מקובל לומר שזכות קניינית חזקה יותר במשפט, מזו האישית. דוג':

ל-א' יש נכס, הוא הבטיח למכור אותו לב' בעוד שנה. לאחר מכן הבטיח זאת גם לג'. הוא לקח משניהם את הכסף וברח מן הארץ. למי הנכס? מדובר פה ב-2 זכויות אובליגטוריות, של ב' ושל ג', לכן הנכס יהיה של הראשון שקיבל את הזכות.

לעומת זאת, אם היה המקרה אחר- אם א' היה לוקח משניהם את הכסף ובורח מהארץ לאחר שכבר נתן את הנכס לג', מדובר פה בזכות האובליגטורית של ב', אך בזכותו הקניינית של ג' (כיוון שהנכס כבר שלו) ומכיוון שזכות קניינית גוברת על אובליגטורית, הנכס של ג'.

דיני החיובים בחוק-

כיום, דיני החיובים אינם מוסדרים בחוק בצורה מסודרת, אלא נלקחים מחוקים אחרים.

חוק החוזים (חלק כללי) 61 ב' – "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה". משמע, כל הוראות חוק זה, אם מתאים – יחולו גם על חיובים שאינם מתאימים לדיני החוזים. כלומר הסעיף איננו רלוונטי לדיני החוזים.

חוק החוזים (חלק כללי) 39 – "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". כלומר בזכויות הנוגעות לחוזה יש לנהוג בתום לב. חיוב זה חל גם על התחומים האחרים.

הכתוב בפרק ו' בחוק החוזים רלוונטי לדיני חיובים.

המאפיין המהותי של דיני החוזים - בדיני חוזים מדובר **בחיובים רצוניים** (מתוך רצון והסכמה). הם מבטאים את רוח חופש האדם (האדם החופשי). זאת בניגוד ליתר ("קרובי המשפחה") הדינים הכלולים תחת דיני חיובים. חיובים מבוססים על רצון, על הסכמה, לצדדים יש חופש לקבוע את תוכן החוזה והחיובים (יש חריגים). קנה המידה התרופתי הוא העמדת הנפגע (הופר חיוב חוזי כלפיו) במצב בו היה, אלמלא הופר החוזה – השבת המצב לקדמותו, במובן של מה היה קורה אם החוזה היה מתבצע כראוי. קנה המידה התרופתי העיקרי בדיני החוזים מגן על אינטרס הקיום.

דיני נזיקין - עוסקים באיסור על אדם לגרום נזק לזולת, תוך כדי מעשה עוולה נזיקית. התרופה המשפטית - השבת מצבו של הנפגע למצבו הקודם.

דיני ע"ע – אדם לא יכול להתעשר שלא כדין על חשבון הזולת. אם אדם זוכה לטובת הנאה על חשבון האחר, מבלי שהייתה לו זכות לכך, עליו להשיב את ההתעשרות עצמה או ערכה (חובת השבה). איסור הפקת התעשרות על חשבון הזולת, שלא כדין. המקור – חוק ע"ע.

**בדיני נזיקין ובדיני ע"ע מדובר בחיובים לא-רצוניים.**

**המקורות הנורמטיביים של דיני החוזים (החקיקה הרלוונטית): ההיסטוריה של דיני החוזים**

דיני החוזים הם חלק מהמשפט הישראלי, ההיסטוריה שלהם שלובה עמוק בהיסטוריה של המשפט הישראלי.

המשפט העותמני-

במשך תקופה ארוכה, הטריטוריה של א"י הייתה תחת שלטון עות'ומני. בסופה של התקופה עותמנית היה קובץ שנקרא **המג'לה** – זהו ספר חוקים, המבוסס בעיקרו על הדין הדתי המוסלמי, והוא לא בנוי כחוק מודרני אלא יותר בצורה קזואיסטית, ומתוכו נגזרים הכללים המשפטיים. המג'לה עסקה בעיקר בדיני החוזים המיוחדים – מכר, קבלנות וכו'... הסעיף העיקרי שעסק בדיני החוזים המיוחדים הוא סעיף 64, עסק בדין הפרוצדורלי (חוק הפרוצדורה האזרחית העותמנית). חוק זה נחקק רק לאחר התקדמות המשפט העות'מני וחדירת נורמות מודרניות לאימפריה העות'מנית, לכן העותמנים הרגישו "לא בנוח" להכניסו לספר החוקים המוסלמי המג'אלה חוקים בעלי אופי מערבי. אחת מהתפיסות בסעיף 64 הייתה סביב עקרון חופש החוזי – תוכן החוזה יהיה לפי דעת הצדדים.

המשפט הבריטי-

לאחר מיכן, ישנם חילופי שליטה בארץ – **המנדט הבריטי**. המחוקק האנגלי קובע בסימן 46 לדבר המלך למועצתו, כי המשפט שהיה בתוקפו ערב המנדט הבריטי, ימשיך להיות תקף. אולם, בכל מצב בו יהיה לקונה (חסר משפטי, משהו שהמשפט העותמני לא מסדיר), יפנו למקורות של הריבון החדש – יפנו לחלק מסוים מהדין האנגלי (common law) ומשם ישאבו את הפתרון. בתחום של דיני החוזים הכלליים היה חוסר גדול במשפט העותומני, לכן מהר מאוד פנו למשפט המקובל הבריטי. נוצר רובד משמעותי של דיני חוזים מהמשפט האנגלי (בעיקר בדיני החוזים הכלליים – איך מפרשים חוזה, פחות עיסוק בתוכן החוזה), ובנוסף השלמה לדיני החוזים המיוחדים מהמשפט העותמני. במשך השנים האוריינטציה המשפטית התחלפה, למשל בנוגע ללימודי משפטים, השופטים שהתמנו היו שופטים אנגליים, שקיבלו את החינוך שלהם באנגליה. הם לא הכירו במשפט העותמני, ויצרו לקונות במכוון במשפט בעותמני, על מנת לשאוב פתרונות מהמשפט המקובל האנגלי. בסוף המנדט, הסטודנטים למשפטים לומדים באנגלית, דיני החוזים זהים כמעט לחלוטין לאלה במשפט האנגלית. נוצרים שני רבדים, כאשר הרובד האנגלי דומיננטי יותר.

הקמת המדינה-

עם קום המדינה עושה המחוקק המקומי את אשר עשה המחוקק הבריטי, **סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט** – המשפט שעמד בתוקפו ערב הקמת המדינה ימשיך להיות תקף. החל משנות ה-60, חקיקה ישראלית מקורית תופסת, לאט לאט, את המקום של שני הרבדים הקודמים. החקיקה איננה מסודרת, המדינה בהתארגנות, החוקים, טיפין טיפין, מתחילים לגבש חקיקה ישראלית בתחום דיני החוזים הכלליים והמיוחדים.

בתחום דיני החוזים הכללים נחקקו שלושה חוקים מרכזיים (מרכיבים את דיני החוזים הכלליים):

1. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 – חוק שעוסק בדיני החוזים הכללים – כריתת החוזה, פגמים בכריתה, פרשנות החוזה, תוכן החוזה, וכמה סעיפים שלא קשורים לדיני חוזים.
2. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1971 – עוסק בחלק הכללי של הפרת החוזה והסנקציות במקרה של הפרה.
3. חוק החוזים האחידים תשכ"ד-1964 - עוסק בחוזים אחידים. בחוק זה ישראל הייתה חלוצה עולמית. החוק תוקן ונחקק מחדש בתשמ"ג 1982.

לצדם נחקקו עשרות חוקים המסדירים נושאים בדיני החוזים המיוחדים – חוק המכר, חוק השכירות והשאילה, חוק חוזה מתנה, חוק חוזה ביטוח וכו'...

בכל פעם שהכנסת מחוקקת חוק בתחום מסוים, היא מבטלת את הפניה למשפט העותמני וכן גם את ה"צינור" למשפט המקובל האנגלי. דוג' - חוק החוזים (תרופות) – בסוף החוק, סעיף 23 קובע שסעיפים 106-111 בחוק העותומני בטלים. בעניינים שחוק זה דן בהם, לא יחולו הסעיפים מהמשפט העותמני. החוק מבטל את הרובד העותמני ואת הרובד האנגלי (מבטלים את ה"צינור"). הרעיון – החקיקה הישראלית תעמוד בכוחות עצמה, ללא כל תלות ממקורות אחרים. לאט לאט, הכנסת ממלאת את תחום דיני החוזים (הכללים והמיוחדים).

**חוק יסודות המשפט (1980) –**

סעיף 2 (א') – סימן 46 לדבר המלך למועצתו בטל (הוא בוטל כל פעם בתחום אחר, כעת הוא מבטל את הסימן לגמרי) – ה"צינור" מבוטל לגמרי. לא פונים יותר למשפט האנגלי, אין זיקה למשפט האנגלי. אין יותר פניה למקורות האנגליים כמקור מחייב, ניתן לפנות כבסיס להשראה.

סעיף 2 (ב) – אין בהוראות סעיף קטן זה לבטל הלכות שנקלטו בישראל. ההלכות שהיו עד ביטול הזיקה ממשיכות לעמוד בעינן.

 מה קורה במצב של לקונה?

סעיף 1 – קובע מהם **מקורות המשפט הישראלי**, המקורות המחייבים, אליהם פונים:

1. קודם כל פונים לחוק של הכנסת
2. הלכה פסוקה – תקדים מחייב של בית המשפט
3. היקש – אם לא נמצאה תשובה בחוק או בפסיקה (כיום מצב זה הוא נדיר) הוא רשאי לבצע היקש. למשל, אם יש סוגיה מסוימת המוסדרת בתחום דיני הנזיקין אך לא בדיני החוזים, ורואים כי ההיגיון זהה בשני הנושאים, ניתן להקיש, מחילים את הפתרון מדיני הנזיקין בדיני החוזים.

במצב שבית המשפט מיצה את שלושת המקורות ולא מצא פתרון – יכריע בה לאור עקרונות החירות הצדק והשלום של מורשת ישראל.

בשנת 1984 נחקק חוק לביטול המג'לה –

סעיף 1 – המג'לה בטל. חלקים מהמג'לה בוטלו כבר בעבר ע"י חוקים ספציפיים.

**החוקים בתחום דיני החוזים בישראל בנויים בעיקר על חקיקה ישראלית ופסיקה של בית המשפט העליון – מבוססת על היקש ולעיתים רחוקות על המורשת.**

* הערה: יש **מקורות לא-מחייבים** – חלק מהתרבות המשפטית שהתפתחה. בית המשפט העליון מרבה לצטט ולקבל השראה משני מקורות נוספים:
1. כתיבה אקדמית – מאמרים וספרים אקדמיים מהארץ ומהעולם – אין זה מקור מחייב.
2. משפט השוואתי – בית המשפט מייצר אלפי פסקי דיו בשנה – כטיפה בים בהשוואה לארה"ב, למשל. אם מדובר בסוגיה חדשה, שבית המשפט טרם התמודד איתה, הוא מביא ממקורות מארה"ב, קנדה וכו'.

הצעת חוק דיני ממונות (2006) - הפך לתזכיר חוק של משרד המשפטים שאמור היה להגישו כהצעת חוק לכנסת, ועד היום לא עשה זאת. אמור לאגד את כל דיני החיובים והחוזים.

הקודקס האזרחי –

החוקים שנחקקו במהלך השנים (בשני התחומים – הכלליים והמיוחדים), נחקקו מתוך מחשבה שיום אחד החוקים יקובצו לספר חוקים כולל. הנוסח בו הם מחוקקים מזכיר קודקסים – תמציתיים ועקרוניים. המהלך הראשון החל לפני כ-25 שנים – **הוקמה ועדת הקודיפיקציה בראשות השופט אהרון ברק**, שכללה משפטנים מובילים, במטרה לאסוף את החוקים השונים במשפט הפרטי (כ-25) ולקבצם לספר אחד. המטרות היו ליצור מבנה קוהרנטי, למנוע כפילויות וסתירות, לבצע האחדה של מושגים משפטיים, למען פרשנות אחידה. הועדה עבדה כ-20 שנים. כשהיא סיימה את עבודתה, התוצאה (חוק עם למעלה מ-1000 סעיפים) פורסמה באינטרנט לעיון הציבור הרחב – התקיימו דיונים ציבוריים. משרד המשפטים הוציא נוסח מתוקן של הקודקס – תזכיר חוק, השלב המוקדם לפני הצעת החוק בכנסת. התזכיר שכב מס' שנים במשרדי המשפטים, מסיבות פוליטיות. לפני מס' חודשים הונחה הצעת החוק, ועברה קריאה ראשונה, כרגע הצעת החוק נמצאת בוועדות להליך של עיבוד ההצעה לקראת קריאה שנייה. הקודקס איננו מחייב עדין. הכוונה היא לבטל קליל שורה של למעלה מ-20 חוקים.

**תאוריות שונות על דיני החוזים-**

בתחום דיני החוזים יש תאוריות שונות, שבאות לידי ביטוי בכתיבה אקדמית ולהם השפעה על המשפט הפוזיטיבי.

ניתוח כלכלי של המשפט - יש תאוריה שלמה העוסקת בניתוח כלכלי של המשפט , לפיה למשפט יש מטרות כלכליות (יעילות כלכלית), מקסום העושר של החברה – תוצאות להשגת רווחה כלכלית.

Relational – תיאוריית היחס (תיאוריה אמריקאית) – ע"פ גישה זו, דיני החוזים רלוונטיים לחוזים בין אנשים שלא מכירים אחד את השני, אך לא רלוונטיים לחוזי ארוכי טווח (חוזים המסדירים יחסים ארוכי טווח), להם יש צורך בכללים אחרים, היות וקשה לצפות מה יקרה לאורך השנים. יש צורך במנגנונים בדין, שיתאימו את החוזה למצבים משתנים.

הגישה הקלאסית של דיני החוזים - מקדשים את דיני החוזים, בעיקר האנגלו-אמריקאים, הם דיני חוזים של המאה ה19 וחלק מהמחצית הראשונה של המאה ה20. הם מבוססים כמעט ורק על חירות הצדדים וחופש לנסח כפי שרוצים, צריך להימנע מהתערבות ובפסיקה בנושא. חוזה מבטא רצון חופשי ואוטונומיה של האדם.

גישה ניאו-קלאסית של דיני החוזים- זוהי גישה מודרנית יותר, התערבות במקרים מסוימים, כאשר חוזים מנוגדים לעקרונות אחרים (הגינות, יעילות). הגישה כיום בארץ מבוססת בעיקר על גישה זאת.

**דיני החוזים במדינת ישראל הם ניאו-קלאסיים –** הרובד הבסיסי מבוסס על חופש החוזים, תאוריית הרצון וההסכמה כבסיס עיקרי לדיני החוזים, אך קיים גם רובד מודרני, המכיר בכך שהחיים מסובכים יותר מכפי שהם נראים, קיימים סעיפים של הגינות וכו'...

**כשרותם של הצדדים לחוזה –**

מיהו "שחקן" בעולם המשפט? מיהו אישיות רלוונטית בעולם המשפט (מי כשיר)? עוסקת במונח – **כשרות משפטית,** המוגדרת ע"י כל שיטת משפט. השאלה קיימת בכל אחד מהתחומים בעולם המשפט. כל שיטת משטר קובעת את הכללים בנושא זה. מונח זה קיים ברמות רזולוציה שונות-

כשרות לזכויות וחובות משפטיות - רמת ההפשטה הגדולה ביותר - מי יכול להיות בעל זכויות וחובות בעולם המשפט? נורמות משפטיות מקנות חובות וזכויות. למי הזכויות מוענקות ועל מי חלות החובות? שיטת המשפט אינה מכירה בעצמים דוממים כבעלי כשרות לזכויות וחובות. המשפט מגדיר מעגל, שכל הנמצא בתוכו הינו בעל כשרות לזכויות וחובות.

כשרות לפעולות משפטיות - רמת הפשטה נמוכה יותר – מי רשאי לבצע פעולות שונות בעולם המשפט? בשיטות המשפט השונות, כאשר מסדירים את השאלה סביב הכשרות המשפטית, נשאלת השאלה למי יש זכויות וחובות, אך תהיה גם התייחסות לרמה השנייה, מבין כל אלה, למי יש כשרות לבצע פעולות משפטיות. **פעולה משפטית** היא פעולה בתחום המשפט, הגורמת לשינוי במערך הזכויות והחובות של מישהו. דוג' – כריתת חוזה/צוואה. לא לכל אדם בעל כשרות לזכויות וחובות הינו בעל כשרות לפעולות משפטיות, אולם על מנת שלאדם תהיה כשרות לפעולות משפטיות, הוא בהכרח יהיה בעל כשרות לזכויות וחובות.

כשרות משפטית לפעולה ספציפית - ברמה מופשטת עוד יותר, למי יש כשרות לבצע פעולה משפטית מסוימת. למשל, חוק הירושה – מי כשר לערוך צוואה. שיטות משפט שונות קובעות כללים לגבי כשרות משפטית בהקשרים ספציפיים. בישראל, אין ירידה לרזולוציה זו בנושא חוק החוזים – אין הוראות בנוגע לכשרות המשפטית לכרות חוזה. לכן, נשתמש בכשרות הכללית לפעולות משפטיות. בחלק משיטות המשפט (איטליה וספרד) יש הוראות ספציפיות לגבי הכשרות לכרות חוזה.

לגבי שאלת הזכויות והחובות, אין תשובה מפורשת, אך **בהצעת חוק דיני ממונות בסעיף 5 (א) נכתב – יש שני גופים להם כשרות לזכויות ולחובות – בני אדם (מגמר לידתו ועד יום מותו) ותאגידים**.

תאגיד – תאגיד הינו אישיות משפטית מלאכותית (וירטואלית), המוכר ע"י שיטת המשפט ככזה. מאותו רגע שהוכר, הוא כשר גם לזכויות וחובות, ונתייחס אליו כאילו הוא קיים בעולם האמתי, למרות שהוא לא. לבני אדם יש קיום פיזי ומשפטי, ולתאגיד רק קיום משפטי. דוג' – שני אנשים מקימים מפעל, אחד מביא מבנה והשני מכונות. לאחר מיכן, כל אחד מהם יהיה בעל מניות בחברה והחברה בעלת המכונות והמבנה. גם אם ימכרו את המניות, המפעל ימשיך להתקיים. כלומר, מבחינה רעיונית, לתאגיד יש אישיות משלעצמו. היות ותאגיד הוא גוף משפטי מלאכותי (חסר בינה), אם המשפט יכיר בחוק בכשרות שלו לפעולות משפטיות, הוא יכיר בכך גם בכשרות שלו לזכויות וחובות. ישנם תאגידים המוכרים כבעלי **כשרות כללית לפעולות משפטיות**, למעט פעולות משפטיות שלא משתלבות עם העובדה שמדובר בגוף מלאכותי ווירטואלי – עריכת צוואה, למשל. לתאגידים מסוימים החוק מעניק **כשרות לפעולות משפטיות מסוימות** (כשרות מוגדרת לעניינים מסוימים). המחוקק יכול לעצב את הכרתו כראות עיניו.

מהי הכרה בחוק?

הכרה מפורשת בחוק - ברוב המקרים, קיימת אמירה מפורשת, מימנה ברור לכל כי מדובר בתאגיד.

הכרה במשתמע - כאשר מכלול הוראות החוק מחייבות את המסקנה הבלתי נמנעת שהגוף הוא תאגיד. כלומר, כאשר שרוצים להוכיח כשרות משפטית במשתמע – לא מספיק שזו אפשרות (אין שלילה שתהיה), אלא צריך שזו תהיה אפשרות הכרחית ומחייבת, הוראות החוק צריכה להביא למסקנה הכרחית כי מדובר בתאגיד.

דוג' – כיתה, אינה תאגיד, משום שאין אף הוראת חוק המכירה זאת באופן מפורש או במשתמע.

**בפ"ד אברמוב 46/94** התעוררה השאלה – האם הקדש ציבורי הוא תאגיד? **הקדש ציבורי** הוא נאמנות. **נאמנות** היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או למטרה אחרת (סעיף 1 לחוק הנאמנות). כלומר, בנאמנות בד"כ יש שלושה צדדים – יוצר הנאמנות (בעלי הנכס - לוקח את הנכס ומקדיש אותו למטרה מסוימת), נאמן (מנהל את הנכס למטרת הנאמנות) ונהנה (שהנאמנות נועדה לטובתם). לפי החוק, הבעלות המשפטית בנכס עוברת בעת יצירת הנאמנות לנאמן. אין זאת בעלות פרטית, אלא בעלות לצורך הנאמנות – רשאי לעשות בנכס רק מה שמסמך הנאמנות מתיר לו לעשות. אברמוב רצתה לרשום את הבעלות על שם הנאמנות כולה (כל המבנה – יוצר, נאמן, נהנה) ולא על נאמן ספציפי. אולם הנאמנות איננה תאגיד, היא חסרת כשרות לזכויות וחובות, לכן היא אינה יכולה לעשות זאת. אין להקדש, כפעול יוצא מכך, כשרות לפעולות משפטיות. השופט **אהרון ברק** בפסק-דין זה, מדבר על המושג של תאגיד – הוכר בחוק במפורש או במשתמע. במשתמע – כאשר מכלול הוראות החוק מחייבות את המסקנה הבלתי נמנעת שהגוף הוא תאגיד. אם החוק מכיר בגוף, כבעל כשרות לפעולות משפטיות ומכאן גם לזכויות וחובות, הגוף הוא תאגיד. ברק טוען, כי אם מסתכלים על הוראות החוק המתייחסות להקדש ציבור, אין הוראה השוללת את היותה של הקדש הציבורי תאגיד, אך בא בעת אין הוראה שהמסקנה ההכרחית הנובעת מימנה היא שהקדש ציבורי הוא תאגיד. כאשר שרוצים להוכיח כשרות משפטית במשתמע, לא מספיק שזו אפשרות (אין שלילה), אלא צריך שזו תהיה אפשרות הכרחית ומחייבת, הוראות החוק צריכות להביא למסקנה הכרחית כי מדובר בתאגיד.

דוג' הפוכה - פ"ד רוטנברג (חוק התכנון והבניה) – העוסק בוועדות מקומיות לתכנון ובניה – לא נאמר בפרק זה כי הועדות הינם תאגידים. אבל בשל מכלול החובות והזכויות המשפטיות של הועדה המקומית, החליט ברק כי במשתמע היא תאגיד.

בני-אדם – בניגוד לתאגיד, בנוגע לבני-אדים, קיימת הבחנה בין הכשרות לזכויות וחובות לכשרות לפעולות משפטיות. הסיבה היא כי לבני אדם יש קיום גשמי (בעלי בינה), לכן מוטלים סייגים מסוימים בנוגע לפעולותיהם המשפטיות. החוק המסדיר זאת, הוא חוק הכשרות והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962. אין הוראות המסדירות את כשרותם של בני האדם באופן ספציפי בדיני החוזים, לכן פונים לכשרות הכללית לפעולות משפטיות.

**חוק הכשרות הכללית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 –**

סעיף 1 – כשרות לזכויות וחובות – "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו". אינו מתייחס לתאגידים (ואילו בהצעת חוק דיני ממונות יש התייחסות). כשרות לכל סוגי הזכויות והחובות, קיימת בכל אדם בתנאי יחיד – שהוא חי. חריגים – החוק מכיר בזכויות מסוימות של אדם גם אם הוא איננו חי (לפני החיים) – חוק הירושה בנוגע לעובר, פקודת הנזיקין, המכירה בזכויות של עובר לתבוע מישהו שגרם בעוולה נזיקית למות האדם, שעתיד היה להיות מפרנסו של אותו עובר. כלומר, כל אדם חי יכול להיות צד לחוזה (לא לכרות).דוגמא נוספת - א' כורת חוזה עם ב', שיעניק שירות מסוים לג'. ג' הוא צד לחוזה, למרות שהוא לא כרת את החוזה. קיים חוזה לטובת אדם שלישי, אין חוזה לרעת אדם שלישי. הכשרות הנדרשת לצד ג' היא כשרות לזכויות וחובות בלבד! מכאן, הרי שכל אחד רשאי להיות "ג'". א' ו-ב' צריכים כשרות לפעולות משפטיות.

סעיף 2 – כשרות לפעולות משפטיות – כל אדם כשר לפעילות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק-דין של בית משפט. ישנם סייגים, בניגוד לחוק דיני ממונות. יש חריג – חוק הכשרות מטיל מגבלות שונות על כשרות לפעולות משפטיות (לכרות חוזה, למשל) על שתי קטגוריות של בני-אדם (2 קבוצות סיווג של בני-אדם): **קטינים ופסולי דין**. החוק עושה זאת על מנת להגן על קבוצות אלו. כל שיטות המשפט המערביות מגינות על קבוצות מסוימות באוכלוסייה, הזקוקות להגנה מיוחדת. המגמה כיום בעולם שונה מחוק הכשרות, בכמה דרכים. חוק הכשרות מגן על שתי קבוצות באוכלוסייה, הזקוקות בעיני המחוקק להגנה, אולם ההגנה היא ע"י הגבלה על הפעילות משפטית מסוימת. זוהי דרך מיושנת משני מובנים:

1. החוק מגדיר שתי קטגוריות קשיחות - מה עם קשישים? אלכוהוליסטים? נרקומנים? קיימות כל מיני קבוצות באוכלוסייה הזקוקות להגנה, מפני שהם עשויות לבצע פעולות משפטיות העלולות לפגוע בהם. בגישות מודרניות יותר (החוק הקנדי, למשל) , דיני הכשרות יוצרים הגנה בהגדרה יותר מעורפלת ורכה – מי שאינו מסוגל לדאוג כראוי לאינטרסים שלעצמו. גישה זו לא קיימת בישראל, בה ההגדרות קשיחות.
2. דרך ההגנה – מצד אחד החוק מגן על הקבוצות, אך מהצד שני פוגע בזכויותיהם – מגבילים זכות יסוד חוקתית של אדם (בעולם המודרני הזכויות המשפטיות הינם חלק מאישיותו של אדם). צריך מידה נכונה של פטרניאליזם, כדי להגן על קבוצות אלו. צריך מצד אחד להגן, אך מצד שני צריך מינון מסוים. בשיטות משפט מודרניות, משתמשים בשיטת הגנה אחרת – הגנה ע"י יועץ/מסייע, שיעזור לאדם בקבלת ההחלטה, בנוגע לסוגיה המשפטית. המסייע שלא שולל את הכשרות המשפטית של האדם, אלא רק עוזר לו להחליט.

מיהו קטין ומיהו פסול דין, ואילו מגבלות מוטלות על כשירותם?

קטין (סעיף 3) – אדם שלא מלאו לו 18 שנה. 18 ומעלה – האדם מוגדר כבגיר. יתר הסעיפים שלאחר מיכן קובעים את הכללים, המגבלות והסייגים החלים על כשרותו המשפטית של קטין.

פסול דין (סעיף 8) – אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי שכלי, אינו מסוגל לדאוג לעניינו. מוכרז אך ורק ע"י בית משפט בפסק-דין, לאחר בקשה של קרוב משפחה/בן זוג או עובד סוציאלי. אדם, גם אם הוא במצב של יכולת מנטלית קטסטרופלית, או לא בהכרה, לא יוכר כפסול דין, כל עוד לא הוגשה בקשה לבית המשפט ובית המשפט לא הכריז עליו כפסול דין.

סעיף 9 – קובע כי הסעיפים המטילים מגבלות על הכשרות המשפטית של קטין, חלים גם על פסול דין.

מנגנון ההגנה (סעיפים 4-7)-

החוק מגן על קבוצות אלו ע"י הטלת מגבלות על כשרותם לפעולות משפטיות. הגנת יתר אינה טובה, היא פוגעת יתר על המידה. אנו מעוניינים להגן במידה הדרושה. לכן, אין שלילה מוחלטת של הפעולות המשפטיות . החוק נותן רמות הגנה שונות, בהתאם לסוג העניין. רמת הגנה גבוהה – הגבלות קשיחות יותר. רמת הגנה נמוכה – הגבלות רכות יותר.

לקטין ולפסול דין יש נציג, שתפקידו לשמור על האינטרסים של אותו אדם. אצל קטינים, הנציג הוא ההורים, אצל פסול דין בגיר, הנציג יהיה אפוטרופוס הממונה ע"י בית המשפט. אם עדין אין אפוטרופוס – הנציג המשפטי לממשלה משמש כאפוטרופס. פעולה משפטית הנעשית ע"י קטין או פסול-דין, מצריכה אישור מהנציג (החוק דורש זאת). כשהקטין או פסול הדין מבצע פעולה משפטית (כורת חוזה) ללא אישור הנציג, מתקיימות מס' רמות הגנה –

רמת הגנה נמוכה (סעיף 6)- הפעולה תקפה ולא ניתנת לביטול, למרות שלא ניתן אישור מהנציג – כשרות כמעט מלאה (יש רמת הגנה מאוד נמוכה, אך היא קיימת). הפעולות המשפטיות תקפות ולא ניתנות לביטול, אלא במקרים מאוד חריגים – נזק של ממש לקטין או לרכושו. הפעולות משפטיות הנכללות כוללות שתי קטגוריות היוצאות מברירת המחדל –

1. פעולות משפטיות שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוהם.
2. כשהצד השני (לחוזה) לא ידע ולא היה אמור לדעת כי מדובר בקטין. חוזה דרך האינטרנט, למשל.

רמת הגנה בינונית (סעיף 5)- זוהי ברירת המחדל. כל פעולה משפטית של קטין ופסול דין, החוק נותן לה רמת הגנה בינונית, אלא אם כן החוק מוציא את זה מברירת המחדל, ונותן למקרה הספציפי רמת הגנה אחרת. לפי רמת הגנה זו, אם הפעולה המשפטית של הקטין/פסול הדין נעשית ללא הסכמת הנציג, הפעולה תקפה, אך ניתן לבטלה ע"פ כללים מסוימים, מפני שלא ניתן אישורו של הנציג. ביטול הפעולה מתאפשר תוך חודש ימים מהיום שנודע לנציג (סעיף קטן א'). אם בתוך תקופת הקטינות נכרת החוזה ולנציג לא נודע על כך, לא ניתן לבטל את החוזה והוא תקף, אי הידיעה הינה שוות ערך להסכמה. סעיף קטן ב' לסעיף 8, קובע כי החוזה יהיה ניתן לביטול ע"י הקטין תוך חודש ימים מהיום שהפך לבגיר. הביטול אפשרי ורלוונטי, רק אם הנציג לא ידע על החוזה עד לתום תקופת הקטינות.

רמת הגנה גבוהה (סעיף 6 א' רבתי – סעיף נפרד לסעיף 6, שהוכנס לאחר מיכן)- ישנם סוגים מסוימים של מקרים בהן תינתן רמת הגנה גבוהה. אם אין אישור מהנציג – הפעולה המשפטית מבוטלת ונשללת לחלוטין, אין לה תוקף. הגנה זו חלה על רכישת נכס, או קבלת שירות באשראי ע"י הקטין (קנייה ללא תשלום במועד הרכישה – פריסה של תשלומים או דחיית תשלומים, בהן יש ריבית). הסיבות:

1. לעסקת אשראי יש פוטנציאל כלכלי מסוכן, היא מפתה.
2. קשה לנתח ולהפנים את ההשלכות הכלכליות של עסקאות אלו (ריבית).

יש חובות גילוי מיוחדות, המחייבות את החברות שעושות את העסקאות באשראי, על מנת להגן גם על הבגיר. יכול להיות שהגנה זו היא יותר מידי קשיחה. הוראת 6(א) גוברת על הוראה 6 – אם קטין מבצע עסקה בתשלומים, שמישהו בגילו רגיל לעשות, יחול סעיף 6(א).

דוגמא - אם קטין קונה עכבר למחשב, המקרה מתאים לסעיף 6. אך אם הקטין מתווכח עם המוכר, מוזיל את המחיר ומשלם באשראי (בתשלומים) – מתאים לסעיף 6(א), ולכן העסקה לא תקפה. פעולה הנעשית באשראי, אין לה תוקף על אף האמור בסעיפים 5 ו-6.

רמת הגנה גבוהה מאוד (סעיף 7) – גם אם הנציג נותן את אישורו, אין תוקף, אלא אם בית המשפט מאשר את הפעולה (חוזה), ניתן לה תוקף. בית המשפט הרלוונטי לנושא זה הוא בית משפט לענייני משפחה. הפעולה מצריכה אישור בית משפט, אם היא הייתה מצריכה אישורו גם אם הנציג היה רוצה לבצעה. אם הנציג לא מוסמך לעשות את הפעולה ללא אישור בית המשפט, אז גם הקטין לא. החוק מגביל גם את הנציג. הפעולות מוצגות בשני סעיפים נוספים בחוק. סעיף 20 – עוסק בסמכויות ההורה כנציג. סעיפים 47-48 - עוסקים בסמכויות האופוטרופס כנציג הקטין. הסעיפים מאוד דומים.

סעיף 20 - הפעולות שלהורה אין כשרות לעשות, ללא אישור בית המשפט, ומכוח זה גם לקטין אין כשרות לעשותן ללא אישור בית המשפט. פעולות אלו נחלקות לשלוש קבוצות:

1. שתי הפעולות הראשונות עוסקות ברציונל, לפיו פעולה בעלת ערך כלכלי גבוה מהווה סיכון לאינטרסים הרכושניים של הקטין.
2. הקבוצה השנייה (סעיפים 3-4) כוללת פעולות משפטיות בעלות אופי מתנתי (מלשון תנאי).
3. קבוצת המקרים השלישית (סעיף 5) כוללת מקרים בהם יכול להיות ניגוד עניינים בין הקטין לנציגו.

הפעולות הן:

1. סעיף 1 - העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה. מתוך רוח החוק, הכוונה היא כאשר מוכרים או משעבדים משהו, המשמש כמקור הפרנסה או כמקום המגורים של הקטין. יש לו ערך כלכלי גבוה, לכן לא ניתן לוותר עליו בקלות.
2. סעיף 2 - פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק. יש פעולות משפטיות, שהחוק קובע שהפעולה מחייבת רישום בפנקס המתנהל באיזשהו מרשם. דוג' – מרשם המקרקעין – פנקס רשום המקרקעין. הרציונל שעומד מאחורי רעיון זה, הוא שהנכסים הינם בעלי ערך כלכלי גבוה. מה קורה אם נכס שחייב רישום אך ערכו הכלכלי נמוך? ולהיפך?
3. סעיף 3 - נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין.
4. סעיף 4 - נתינת ערבות. כשהקטין מתחייב כערב לחיוב של מישהו. הסיכוי של הקטין כערב להשיב את הסכום מהאדם שהתחייב לשלם, קטן מאוד.
5. סעיף 5 - פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין. עסקאות מכר בין ההורים לקטין. זהו מצב של ניגוד עניינים פוטנציאלי. במקרה כזה, בית המשפט צריך לדאוג לאינטרסים של הקטין, בעוד שההורה עשוי לחשוב, בין היתר, על האינטרסים שלו.

**ככל שרמת הסיכון לקטין/פסול-דין גדלה, כך רמת ההגנה גדלה ובמקביל גדלה הפגיעה בכשרות לפעולות המשפטיות של הקטין/פסול-דין.**

מה קורה עם אדם, הזקוק להגנה ולא נכנס לאחת הקטגוריות?

**פ"ד הדר חברה לביטוח 8163/05** - מה קורה כשאדם לוקה בנפשו, אך לא הוכר כפסול דין?

בהיבט המשפטי – השופטת ערבל קבעה, כי דיני הכשרות חלים רק על אדם שהוכרז כפסול דין. במקרה זה, אין הגנות על סמך דיני הכשרות, היות והמשיבה לא הוכרזה כפסולת דין. המשיבה בעלת כשרות משפטית, ופעולתה תקפה.

בהצעת חוק דיני ממונות יש פתרון חלקי – נקבע כי ההגנות של דיני הכשרות יחולו גם על אדם שלא הוכרז כפסול דין, אם מצבו הנפשי והמנטלי הוא כזה, שאילו היו פונים לבית המשפט הוא היה מוכרז כפסול דין, ובלבד שהצד השני לחוזה ידע או היה עליו לדעת על המצב הזה. הצעת חוק זו לא הייתה עוזרת למשיבה בפ"ד המדובר.

ערבל מוסיפה וקובעת, כי חוק הכשרות אינו מוציא את תכולתן של הוראות חוק החוזים. דיני הכשרות מהווים חגורת הגנה ראשונה. בחוק החוזים מצויים חגורות הגנה נוספות. הכריתה במקרה זה לא הייתה מתוך רצון חופשי. פגמים בכריתה מוגדרים בחוק (טעות, הטעיה, כפיה, עושק). בית המשפט מעיר לחיים דוקטרינה משפטית שהייתה רדומה – "לא נעשה דבר", היא קיימת בפסיקה הישנה. כשמוכח לבית המשפט כי מדובר במקרה קיצוני, כי החתום על החוזה לא הבין כי המצב הבריאותי שלו לא אפשר לו להבין את מהות המעשה, הסיכונים וההתחייבויות, ניתן להשתמש בעילה.

* **גם אם על האדם לא חלים ההגנות מתוקף הכשרות המשפטית, יש לו מסגרות הגנה אחרות בחוק החוזים.**

**גבולות דיני החוזים – הכוונה ליצור יחסים משפטיים ושפיטות**

על מה חלים דיני החוזים? על אילו התחייבויות?

התשובה – לפי הפסיקה שלנו (מהדין האנגלי), יש תנאי מקדמי לכריתת חוזה, העושה את עיקר ההבדל בין מה ששייך לדיני החוזים ומה שלא. התנאי – **כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים**.

איך יודעים באילו מצבים יש כוונה ליצור יחסים משפטיים?

אין נוסחה או פרמטרים, שעוזרים לענות על שאלה זו. השאלה נבחנת ע"פ מכלול שלם של שאלות ונסיבות – מה סוג היחסים (טיב היחסים), מה מהות העניין שסביבו ניתנו ההבטחות, האם יש החלפה של תמורות בעלות ערך כלכלי וכו'...

בישראל, הבטחה הניתנת בתוך התא המשפחתי מעוררת חשד לגבי הכוונה ליצור יחסים משפטיים. יש לבדוק את מערכת הנסיבות הכוללת של המקרה.

מה קורה במקרים שהבטחה אינה מחייבת מבחינה חוזית?

חוק החוזים קובע כי לאדם יש "חופש חוזי", לפיו הוא חופשי לקבוע את תוכן החוזה. אם ברור שהצדדים קבעו כי אין תוקף משפטי מחייב (בהנחה והצדדים מאוזנים) – יש לכבד את רצונם. יש לכבד את רצונם לא לכרות חוזה. כוונת הצדדים יכולה להיות מפורשת או משתמעת. היא מתבטאת ע"י טיב היחסים בין הצדדים, תוכן ההבטחות, התנהגותם במהלך ההסכמות וכמובן – אם יש הבעת רצון מפורשת ליצור חוזה (יחסים משפטיים).

אולם, בתנאים לא הוגנים של הצדדים, המשפט מרשה לעצמו להתערב. המשפט מכיר בהסכמים ג'נטלמנים, הכינוי הנכון כיום הוא **הסכמים שבכבוד**.

הכוונה ליצור יחסים משפטיים, טומנת בתוכה כוונה של הצדדים לתת מעטפת של התחייבויות לקיום החוזה. חוזה הוא הבטחות הדדיות שמקבלת מעטפת משפטית. המאפיינים של החוזה:

1. על ההבטחות הללו יחולו דיני החוזים, בעוד שעל הסכמים שבכבוד לא.
2. ניתן יהיה להשתמש במערכת המשפטית, בכדי לאכוף את ההתחייבויות.
3. אכיפת הקיום תעשה ע"י סנקציות משפטיות, באמצעות תרופות, שיופעלו ע"י המערכת המשפטית.

הצדדים יכולים להדיר את ההתחייבות בצורה חלקית – למשל, כן דיני החוזים, כן אכיפה אך לא באמצעות בית המשפט.

דוג' - אתמול בלילה התקשר אליי חבר ואמר שהוא רוצה לצאת לרוץ ועל כן ויתרתי על תוכנית החביבה עליי. קבענו להיפגש במרכז היישוב, אך החבר לא הגיע. לא ניתן לתבוע אותו על הפרת חוזה, מכיוון שאף אחד מהצדדים לא התחייב שיהיה עטוף במעטפת משפטית.

כל הרעיון בדיני חוזים, הוא שחוזה מבוסס על רצון, על הסכמה. כשם שצריך לכבד את רצונם של הצדדים ליצור חוזה, יש לכבד גם את רצונם לא לכרות חוזה, כל עוד זה לא פוגע באינטרסים פרטיים, או חברתיים. חופש החוזים הוא גם החופש לא ליצור חוזה.

חריגים: כאשר יש אינטרס חברתי (או אישי של אחד הצדדים בחוזה), או אם קיים פער כוחות בחוזה (פערי נוחות, או פערים כלכליים). כשאין שוויון כוחות בין הצדדים, יש הצדקה להתערבות ביהמ"ש גם אם היה כתוב במפורש שזהו הסכם שבכבוד.

**פ"ד לוין נ' לוין 3833/93–**

הצדדים רצו להסיר את המעטפת המשפטית מהחוזה, כך שלא ניתן יהיה לאכוף את ההתחייבויות. הצדדים התכוונו כי ההסכם יהיה הסכם שבכבוד. לחוזה זה יש את כל המאפיינים של חוזה, וגם הצדדים קוראים לו חוזה, אך הוא לא חוזה. בית המשפט טען כי החוזה נראה כחוזה. אולם, ישנה הבעת הצהרה ברורה להדיר את ההסכמה מגבולות דיני החוזים. אם כן, מה המשמעות החוזית של הסכם כזה? אם כל הנסיבות מצביעות על הכוונה להדיר את ההסכמה מגבולות דיני החוזים – אז אין בעיה. אך לא זה המקרה שלפנינו. בית המשפט מפרש את החוזה כחוזה. גם אם הפרשנות הנכונה של הסעיף היא שהצדדים לא התכוונו שזה יהיה חוזה, יכול להיות שלפרשנות אין תוקף, משום שהיא סותרת את תקנת הציבור, הסיבה – מי שיפגע בעיקר מאי-תשלום המזונות הם הילדים. יש שיקול חברתי-ציבורי לשמור על זכויותיהם של הילדים. כלומר, נכבד את הרצון לא לכרות חוזה, כל עוד הוא לא פוגע בשיקולי-על.

קו ההגנה הראשון עוסק בשאלה פרשנית – האם זה חוזה? נטיית בית המשפט היא להכיר במקרה כזה כמקרה מעורפל. יכול להיות שיוכר כחוזה.

קו ההגנה השני – גם אם החוזה מוכר כחוזה, הוא סותר את תקנת הציבור, משום שהוא פוגע בשיקול-על (פגיעה באינטרסים של הילדים).

קו ההגנה השלישי – אדון לוין מבקש לאכוף את החיוב. בית המשפט יכול לטעון כי האכיפה אינה צודקת במקרה דנן, משום שקיים צד שלישי, אשר השלכות המקרה נוגעות לו באופן ישיר. כשבוחנים שיקולי צדק בנוגע לאכיפה, הפסיקה בעבר הייתה כי השיקולים, אותם יש לקחת בחשבון, הם בין הצדדים בלבד. אולם, במקרה זה השופט טוען כי השיקולים יכולים להיות חיצוניים, ובמקרה המדובר השיקולים, אותם יש לקחת בחשבון, הם הצרכים ואינטרסים של הילדים, הצד השלישי לחוזה, העשוי להינזק.

* **הכוונה ליצור יחסים משפטיים היא המבחינה בין חוזה לבין הסכם שבכבוד. והיא נבחנת ע"פ מכלול שלם של נתונים.**

**יש מצבים, בהן המחוקק עצמו מכנה חוזה כחוזה, אך הוא מעקר (מדיר) במידה רבה את המהות החוזית שלו. המחוקק מנטרל את האלמנטים החוזיים ומדיר את החוזים לגמרי/חלקית מתחום דיני החוזים. חוק החוזים (חלק כללי):**

סעיף 33 - חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט. **פ"ד יום טוב קרסיאנסקי** **338/65** – המערער טען כי פסלו תשובה נכונה שלו, קיבלו כנכונה תשובה לא נכונה של מי שזכה בתואר וגם לא נספרו נכון הנקודות. ישנם שתי הנמקות לשלילת הטיעונים:

1. בעניינים אלה אין כוונה ליצור יחסים משפטיים חוזיים (אם התשובה נכונה או לא).
2. גם אם זה חוזה, יש דברים שכמדיניות, בית המשפט לא מתערב בהם. שיקול הדעת של השופטים בבית המשפט לא יותר טוב משיקול הדעת של השופטים המקצועיים. גם אם השופטים היו טועים בנושא שבית המשפט מבין בו, גם אז בית המשפט לא צריך להתערב, כי הצדדים החליטו כי מדובר בהסכם שבכבוד.

ההנמקה לסעיף 33 היא – גם אם הצדדים התכוונו לכך שזה חוזה, וקיבלו על עצמם את המעטפת המשפטית, בעניינים מקצועיים בית המשפט לא מתערב. המומחים הם השופטים המקצועיים לעניין. בעניינים מקצועיים בית המשפט לא שם את שיקול דעתו במקום שיקול הדעת של הפורום המקצועי.

סעיף 32 –

1. חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת הנאה והזכיה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים.
2. הוראות סעיף זה לא יחולו על משחק, הגרלה או הימור שהוסדרו בחוק או שניתן לעריכתם היתר על פי חוק.

מדובר בחוזה. אולם, הנפגע לא יוכל לקבל שתי תרופות – אכיפה ופיצויי. ניתן לקבל רק ביטול והשבה של דמי ההשתתפות. **החוק מנטרל את המאפיין התרופתי** (מאפיין חוזי מובהק). שתי התרופות המובהקות, שתפקידן להעמיד את הנפגע במצב בו היה, אם החוזה היה מקוים, מנוטרלות.

* **הזכייה צריכה להיות תלויה בגורם מקרי יותר מאשר בהבנה** (לכן המסחר בבורסה אינו נכנס לסעיף זה, משום שהוא דורש הבנה).

דוגמאות נוספות-

1. פלוני מבטיח לפלונית לשאת אותה לאישה. לאחר הוא מפר את החלטתו ולא נושא אותה לאישה. היא ביטלה טיול לחו"ל וקנתה שמלה. האם אפשר לתבוע על הפרת חוזה? **תלוי בכוונת הצדדים. בגלל שהאישה הסתמכה על זה מאוד והפסידה בגלל זה כסף, אז הוא כן חייב לה כסף.**
2. גבר ואישה מתחתנים. פלונית מביאה איתה דירה לנישואין. הדירה במצב לא טוב. לעומת זאת לפלוני יש כסף מלפני הנישואין. בנישואין אומרת הפלונית שייקחו את כספו של האיש וישפצו את הדירה ובתמורה היא תעביר על שמו מחצית מהזכויות בדירה (רשמו גם על כתב). פלוני מסכים ומעביר את הכסף. אחרי השיפוץ האישה מתחרטת ולא רושמת על שמו. יש בסיס לתביעה על הפרת חוזה? **יש עילה לתביעה, משום שהייתה כוונה שתהיה לזה מעטפת משפטית.**
3. פלוני ופלונית התחתנו, עברו 3 שנים מאושרות. פלוני מבטיח לפלונית שלכבוד יום הנישואין הוא יקנה לה שעון יהלומים. היא הבטיחה לקנות לו ארנק עור, היא קנתה לו את הארנק עור והבעל שכח ולא קנה לה שעון משובץ יהלומים. האם יש לה עילת תביעה כנגדו על הפרת חוזה? **לא ניתן לתבוע, משום שלא הייתה כוונה להעניק לכך מעטפת משפטית (ליצור יחסים משפטיים).**
4. שני יהלומנים נפגשים, שניהם בקהילת היהלומים ומתעסקים בסחר. מנהלים עסקה ומגיעים להסכמה בכתב – שא' מוכר לב' תמורת 50,000 שקלים. מוסכם בניהם שההתחייבות היא התחייבות לא משפטית והוא לא מחייב. מגיע שלב מסירת היהלומים וא' אומר שהוא מצטער והוא מכר כבר לג' ולא יכול למכור לו. **במקרה זה, אין עילה לתביעה, משום שמדובר בהסכם ג'נטלמני, הסכם שבכבוד, ולא בחוזה משפטי.**
5. תחרות ארצית במתמטיקה, לה יש דמי הרשמה 350 שקלים. מארגני התחרות מתחייבים, שה-10 שיעלו לשלב הגמר שיערך במלון הילטון, יקבלו 2 לילות במלון וגם פרס כספי נאה לזוכה. מתחרה א' נרשם ומגיע לשלב הגמר. הוא נוחל שתי אכזבות: ראשית, הוא לא זוכה במקום הראשון, למרות שהיה אמור, משום שפתר נכון והשני לא (שאלת חישוב). שנית, הוא מגלה כי לא מימנו לו את הלילה השני במלון. כעת הוא תובע על הלילה שהוא נאלץ לשלם, ועל הפרס הראשון. **המתחרה יכול לתבוע לגביי השינה במלון עקב חיוב חוזי, אך לא יכול לתבוע לגביי החלטה מתמטית, משום שמדובר בהחלטת הפורום המקצועי המוסמך.**

**כריתת חוזה – הליבה של דיני החוזים**

חוק החוזים (חלק כללי), נמנע מלהגדיר מהו חוזה. הסיבה – ההגדרה של חוזה אינה פשוטה. גישה אחת – הסכם אכיף. אולם, המדינה נמנעת ממתן הגדרה.

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973

סעיף 1 - חוזה נכרת בדרך של **הצעה וקיבול** לפי הוראות פרק זה. האם מדובר בסעיף קוגנטי או דיספיזיטיבי? אין סיבה לא להניח שהוא דיספוזיטיבי, כלומר שהצדדים יכולים להסכים על דרך אחרת לכריתת חוזה.

האם יש דרכים נוספות לכריתת חוזה?

יש לזכור את הרציונל של דיני החוזים - רצון הצדדים, להתקשר בחוזה או לא. החוק מציע את דרך המלך, לתפיסתו, לכריתת חוזה, אבל מתקבלות גם דרכים אחרות:

1. קונצנזוס - ישיבה מסביב לשולחן לגיבוש הסכמים ותנאים (אף על פי שאפשר לראות בכך מבחינה רעיונית גם כהצעה וקיבול).
2. הצעות מצטלבות - א' שלח לב' הצעה, וב' שלח לא' את אותה ההצעה בדיוק.
3. התחייבות חד-צדדית - מצב בו המציע רואה עצמו מחויב, גם אם אין קיבול – מצב זה מכונה "התחייבות חד-צדדית". במשפט הישראלי אין הסדרה לנושא זה. האם אפשר לומר כי מדובר בחוזה?
4. כן, כי הסעיף דיספוזיטיבי ומאפשר זאת.
5. לא, אין מדובר בחוזה, אבל נחיל עליה את דיני החוזים בדרך של היקש, משום שמדובר בחיוב שאדם נכנס אליו מרצון.

דוגמא – מודעה לפיה מוצע פרס של 5000 שקל על מציאת כלב. אדם מצא את הכלב והביאו לבעלים מבלי שקרא את ההודעה. האם בעל הכלב יכול שלא לשלם את הכסף משום שהאדם לא קרא את הכתבה? התשובה היא לא, הוא מחויב לשלם, גם אם המוצא לא קרא את ההודעה. מדובר בהתחייבות חד-צדדית. בהודעה לא כתוב "רק מי שקרא את ההודעה ומצא...". לכן, ניתן להבין מהמודעה כי הבעלים מתכוון לקיים את החיוב כלפי כל אדם.

**הצעה וקיבול -**

סעיף 2 - מגדיר מהי **הצעה**, מונה את היסודות הנדרשים לקיומה של הצעה – "פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה. הפניה יכול שתהיה לציבור". היסודות מצטברים, יש צורך בקיומם של שלושת היסודות. הכוונה ליצור יחסים משפטיים – תנאי מוקדם!

היסוד הראשון – פניה של אדם לחברו, כלומר החצנה של הרצון.

היסוד השני – הפנייה צריכה להעיד על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה – העדה על גמירת דעת.

היסוד השלישי – הפניה צריכה להיות מסוימת דיה.

* פניה שנעשית מתוך כוונה ליצור יחסים משפטיים (בהיעדר גמירת דעת) – בעלת משמעות משפטית. הפנייה במקרה זה, היא חלק מתהליך של מו"מ. אולם, אין מדובר בהצעה, לכן אין עליה קיבול.

סעיף 5 - מגדיר את היסודות הנדרשים לקיומו של **קיבול** – "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה".

היסוד הראשון – הקיבול יהיה ע"י הודעה של הניצע אל המציע. הבעת רצון מוחצנת של הניצע.

היסוד השני – הודעת הניצע צריכה להעיד על גמירת דעתו להתקשר עם המציע בחוזה.

היסוד השלישי – לפי ההצעה. הקיבול צריך לחפוף באופן מדויק את תנאי ההצעה. מקביל ליסוד המסוימות. קיימת דרישה להתאמת הפרטים.

יסודות גמירת הדעת והמסוימות-

בשיטת המשפט הישראלי שני המאפיינים הנ"ל הם תנאי לקיומו של חוזה.

החוזה מבוסס על עקרון חופש החוזים - החופש לכרות חוזה או לא לכרות חוזה והחופש לקבוע את תוכן החוזה כרצונו של האדם. שני המאפיינים המרכזיים באים לידי ביטוי בשני העקרונות של חופש החוזים.

**העדה על גמירת דעת**

גמירת דעת – אין פירוש מדויק. בשורה התחתונה, העמדה שהתגבשה בפסיקה קובעת : אין זה מושג החופף לכוונה ליצור יחסים משפטיים (שהוא תנאי סף). בהינתן כוונה ליחסים משפטיים ניתן לבחון האם חלה העדה לגמירת דעת. גמירת דעת – החלטה קונקרטית, כוונה רצינית להתקשר בחוזה, בתנאים מסוימים, בנק' הזמן הנתונה, מול הצד הספציפי הזה. כלומר, אני רואה עצמי מחויב, ההתחייבויות הכלולות בהצעה מקובלות ואני רואה עצמי מחויב מבחינה משפטית, באופן שאם לא אקיים את ההתחייבויות, יחולו עלי הסנקציות המקובלות. האם אכן ניתן לבחון כליות ולב? אין באמת כלי לבדוק זאת. **הסיבות לדרישה להעדה על גמירת דעת, ולא לגמירת דעת:**

1. בעיית הוכחה – איך מוכחים מצב נפשי פנימי? מדובר בבעיה ראייתית.
2. ההסתמכות ההדדית של הצדדים - אדם לא עושה חוזה עם עצמו, בניגוד לצוואה. גמירת הדעת צריכה להיקלט בחושיו של הצד האחר, הצד השני צריך להיות מודע שאני בשל להיכנס להתחייבות. לכן, החוק לא מדבר על גמירת דעת אלא על העדה על גמירת דעת. יש כאן השקה לדיני הראיות – יש צורך במשהו שמוכיח העדה על גמירת דעת.

מתעוררות שתי שאלות:

1. מה מעיד על גמירת דעת?
2. הנחת המחוקק היא כי אם יש הוכחות חיצוניות המעידות על גמירת דעת – מתקיים מצב של גמירת דעת. אך מה קורה כשיש פער בין ההעדה למצב האמתי (נאמר בבדיחות הדעת, למשל)?

הסימנים לפי הפסיקה המעידים על גמירת דעת:

אין סימן אחד מובהק, אלא מדובר במכלול שלם של סימנים ונסיבות. זה גם תלוי מה מקובל בציבור, בעייני המתקשרים, שיחשב כדבר המעיד על כך שהם נכנסים לחוזה (למשל, נוהג לומר משהו, לפיו יש הסכמה לכריתת חוזה). סימנים המעידים על גמירת דעת:

1. חתימה, בד"כ, ראיה חזקה המעידה על גמירת דעת.
2. רמת הפירוט – ככל שרמת הפירוט גדולה יותר, כך אנו מניחים שהושקעה יותר רצינות והשקעה, לכן זה מעיד יותר על גמירת דעת.
3. תוכן ההצעה – אם קיים בחוזה סעיף ספציפי העוסק במצב בו אחד הצדדים נסוג מההתחייבות. עצם קיום הסנקציה מעידה על גמירת דעת, שהרי אחרת אין כל סיבה להכניסה לחוזה (הסכמה על פיצוי כלשהו, אם אחד הצדדים נסוג מההתחייבות).
4. נסיבות החתימה יכולות להעיד לעיתים על היעדר העדה על גמירת דעת.
5. התנהגות הצדדים בעת הכריתה – לחיצת ידיים, תשלום, וויתר על מו"מ אחרים.
6. התנהגות הצדדים לאחר כריתת החוזה – האם התנהגו כאילו נכרת חוזה (מתן תשלומים, למשל)? זוהי העמדה המקובלת ע"י בית המשפט. עמדה נוגדת – לא ניתן בזמן כריתת החוזה לצפות את ההתנהגות לאחר כריתת החוזה. לכן, לא ניתן לדעת האם כל צד פענח את התנהלות הצד האחר כמעידה על גמירת דעתו. אי לכך, הסימנים שכל צד מפענח לא יכולים לכלול את התנהגות הצדדים לאחר הכריתה.
* יש סימנים בעלי ערך הוכחתי גבוה יותר – חתימה, התנהלות המאפיינת כריתה של חוזה מסוים (סימן מקובל באותה חברה/קבילה) – סימן בעל משקל יתר. כאשר הסימנים סותרים, בית המשפט שוקל אילו סימנים "שוקלים יותר". העיקרון – כשיש סימנים סותרים, מבצעים שקילה של הסימנים.

**בפ"ד בראשי**, בית המשפט קובע כי העדה על גמירת הדעת הנדרשת נכונה לכל סוגי החוזים. יחד עם זאת, בית המשפט מבהיר כי **אופן ההוכחה עשוי להיות תלוי בסוג החוזה בו מדובר**. בחוזה מתנה, למשל, בחינת העדה על גמירת דעת תהיה קפדנית יותר. בחוזה מסחרי רגיל (החלפת תמורות משני הצדדים) תהליך הבשלת גמירת הדעת הוא תהליך הדרגתי. בחוזה מתנה יש התחייבות חד-צדדית (מתוך כוונה אלטוראיסטית), לכן לא צפים ניגודי העניינים בין הצדדים, התהליך כולו יותר קצר, הקיבול אינו מצריך הודעת קיבול (שתיקה נחשבת לקיבול), על כן הסימנים הם פחות מובהקים ואנו יכולים לפענח אותם בצורה לא נכונה.

* בדיקת העדה על גמירת דעת בתחום מסוים עשויה להיות שונה מתחום אחר (קפדנית יותר/פחות).

באיזה אופן צריך לפענח את הסימנים החיצוניים הללו?

קיומה של גמירת דעת נבחן ע"פ אמת מידה אובייקטיבית. בוחנים את ביטוייו החיצוניים הגלויים של האדם. הפענוח הוא על **בסיס אובייקטיבי (היסוד האובייקטיבי), כלומר,** **האם בנסיבות הרלוונטיות היה אדם סביר למד מן ההצעה שהופנתה אליו על כוונה ליצור יחסים משפטיים?** יכול להיות שהצד השני איננו אדם סביר, והוא מפענח את הסימנים אחרת. אנו לא מתחשבים במקרה כזה. אולם, יש שתי הסתייגויות:

1. מתוך שמגר בפרץ בוני הנגב ובעיזבון בראשי – אנו לא בוחנים עמדה אובייקטיבית מנותקת מהמציאות, אלא אדם סביר העומד **בנעליים של הצד השני**, הוא יודע את מה שהצד השני יודע ויש לו את כל הנתונים. אבל עכשיו, בהינתן הידע, איך הוא (האדם הסביר) יפענח את הנתונים הללו? **בפ"ד פרץ בוני הנגב**, נקבע בבית המשפט המחוזי כי החוזה תקף. השופט שמגר בדק טענה שלא נטענה – תקפות החוזה. בד"כ בית המשפט לא ידון בטענה שלא הועלתה ע"י אחד הצדדים, אך במקרה זה, שמגר חש כי העוול שעשוי להיגרם הוא כה גדול, על כן העלה על דעת עצמו את הטענה המשפטית. שני השופטים לא חושבים כי יש מקום לעשות זאת, לכן קובעים כי החוזה תקף. שמגר הוא בדעת מיעוט, אולם דעתו היא המקובלת – ניתן לראות זאת **בפ"ד בראשי**, בו תוצאותיהם של שלושת השופטים מבוססות על עמדתו של שמגר בפ"ד פרץ בוני הנגב. ע"פ עמדתו של שמגר, אנו לא בוחנים עמדה אובייקטיבית מנותקת מהמציאות, אלא אדם סביר בעל הידע והנתונים הנדרשים, בנעליים של הצד שני – זוהי הטענה של שמגר בפ"ד פרץ בוני הנגב. האבא לא ידע קרוא וכתוב ולעיתים לא היה במצב של פיקחון, לכן האדם הסביר בנעליים של החרבה לא יכול היה להעיד על גמירת דעת מצדו של האב. לאב הייתה גמירת דעת אחרת לגמרי – אם יחתום על החוזה, יקבל 1000 ₪, אך לא הייתה העדה על גמירת דעת מצדו לכרות את החוזה.
2. **פ"ד הדר חברה לביטוח** (מקרים קיצוניים) – המבחן הוא אובייקטיבי, אך במקרים מאוד קיצוניים המבחן האובייקטיבי עשוי שלא לעבוד. במקרה זה, נגיד כי לא הייתה גמירת דעת והחוזה לא תקף (המבחן האובייקטיבי לא עובד) או שנמצא דרך אחרת להגיע לאותה מסקנה (המבחן האובייקטיבי חל, אך החוזה לא תקף, בשל עילת "לא נעשה דבר"). למשל, התנהגות מכנית בלי השפעה של תודעה. מדובר במקרים שכמעט לא קיימים במציאות.
* היסוד הסובייקטיבי – מגולם ברצונו הפנימי של המציע אם להתקשר בחוזה או לא.
* סעיף 13 לחוק החוזים – עוסק **בחוזה למראית עין**. דוגמה - נניח שאני יודע שניתן נגדי פ"ד של מיליון שקל, והנושים עומדים לגבות את החוב ע"י עיקול הרכוש. לכן, למראית עין אני מוכר את הבית לאחי. לפי סעיף 13, חוזה למראית עין בטל. אולם, החוזה למראית עין אינו "לא-תקף" בשל סעיף זה, אלא משום שאין העדה על גמירת דעת ואין בכלל כוונה ליצור יחסים משפטיים (תנאי סף). בהמשך הסעיף, נאמר כי אומנם החוזה בטל, אך יש לו השלכות.
* העיתוי (טיימינג) – המועד בו תיבחן גמירת הדעת - מתי צריכה להתקיים העדה על גמירת דעת? לפי הפסיקה – במועד בכריתת החוזה (אך גם לאחר הכריתה). ההנחה היא כי באיזשהי נקודה במרחב הזמן התקיים מבקש רצונות הצדדים, במפגש זה צריכה להתקיים העדה על גמירת דעת. דהיינו, העדה על גמירת דעת בנקודת הזמן הרלוונטית. **ההעדה לגמירת דעת צריכה להתקיים במועד הרלוונטי למציע ולניצע.** נקודת זמן זו הינה מורכבת, לא תמיד קיימת חפיפה בין המציע לניצע בנקודה הזו. מה קורה אם מתרחש משהו "באמצע הדרך" (התחרטות של אחד הצדדים)?

דוגמה - המציע שולח הודעה בדואר רשום, לוקח לה יומיים להגיע. הניצע חושב עליה שלושה ימים. הניצע שולח את קבלתו, לוקח לה להגיע יומיים. לפי סעיף 3, המציע יכול להתחרט, בחלק מהמקרים עד להגעת ההצעה לניצע ובחלק אחר עד לשליחת הודעת הקיבול ע"י הניצע. מרגע שליחת הודעת הקיבול, לא נכרת חוזה, אך המציע לא יכול לחזור בו. הניצע, לעומת זאת יכול לחזור בו עד לקבלת הודעת הקיבול ע"י המציע. הבעיה – יש צורך בהעדה על גמירת דעת. אם הצד יכול להתחרט – אין העדה על גמירת דעת. לכן, כדי שההצעה תייצר חוזה, ההעדה על גמירת דעת צריכה להתקיים לאורך כל השלבים, עד לנקודת האל-חזור של המציע/ניצע. אי לכך, אין זה הכרחי שעד לנקודת סיום התהליך תתקיים גמירת דעת מצד שני הצדדים (רלוונטי רק לגבי הניצע). ההעדה על גמירת הדעת של המציע תתקיים לפני כן, עד לשליחת הודעת הקיבול מצד הניצע, לכל היותר.

**יסוד המסוימות –**

הדרישה למסוימות מתייחסת להצעה. אולם הקיבול צריך להיות חופף להצעה. הצדדים צריכים לגבש מספיק פרטים בכדי להפוך את ההסכם למחייב. על ההצעה להיות מפורטת דיה.

בפ"ד הישנים, בית המשפט העליון הציב רף גבוה של פירוט, למען מתן תוקף של חוזה מחייב. זו הייתה המגמה דיאז. התוצאה בפועל הייתה שצדדים יכלו להשתחרר מהחוזה, שהלכה למעשה נכרת, בקלות יחסית. אפשר היה להיאחז בהיעדר פרט מסוים בהסכם, ולצאת מההסכם מכוח יסוד המסוימות.

מה קורה בנוגע לחוזה שנעשה על ידי הדיוטות בענייני משפט?

בעבר, קראו לזה זיכרון דברים. בחברה בישראל רווחה הדעה כי הסכם בנושא מקרקעין הנחתם ללא עו"ד לא יהיה כה מפורט ויקרא לרוב זיכרון דברים. לביטוי "זיכרון דברים" אין כל משמעות. החוזה המפורט ייחתם בעתיד. אולם, לרוב, זיכרון הדברים בעצמו מהווה הסכם מחייב (משום שיש בו העדה על גמירת דעת). כאשר צדדים מסכמים על זיכרון דברים, הם מעוניינים בו. אם לא חלים שינויים דרמטיים בשוק או במצב האישי, המוטיבציה שלהם לכרות את החוזה תישאר בעינה. במצב של שינויי נסיבות מהותיים, לעומת זאת, הרצון של אחד הצדדים לכרות את החוזה עשוי להשתנות.

החל מאמצע שנות ה-70 (**פ"ד זנדבק**), החלה מגמה ברורה של ריכוך דרישת המסוימות. בית המשפט קיבל הסתמכות על פחות פרטים בהסכם. הסיבות:

1. התנודות הכלכליות בעת ההיא, גרמו לכך שתיקים רבים הגיע לבית המשפט.
2. ב-73 נחקק חוק החוזים (חלק כללי). בחוק החוזים יש סעיפים המורים על השלמת נתונים שונים בחוזה, ובכך הוא מעביר מסר ברור לרשות השופטת - "להיות ליברליים להשלים פרטים".
3. חילופי דורות בבית המשפט העליון. הדור הישן (לנדוי, עציוני), שהיה יותר פורמליסט, התאפיין בשמרנות וקפדנות, היה בעל השקפת עולם המתאימה לזמנו, פינה את מקומו לדור חדש של שופטים (שמגר, ברק), עם חינוך משפטי שונה.

בעקבות הסיבות הנ"ל, חלה ריכוך בדרישת המסוימות. הריכוך הולך בד ובד עם שימת דגש על היסוד השני, גמירת הדעת. התנאי הראשון הוא ההעדה לגמירת הדעת. בית המשפט, בהינתן גמירת דעת, רשאי להשלים את הפרטים החוזיים (בהתאם למנגנוני ההשלמה). אם כן, משתמע כי לגמירת הדעת חשיבות גבוהה יותר. בית המשפט סבור כי מתקיימים **יחסי גומלין** בין שתי היסודות: ככל שבית המשפט משוכנע יותר בגמירת הדעת, כך הוא יהיה נכון להסתפק ברמת פירוט נמוכה יותר, ולהיפך.

**בפ"ד זנדבק –** בית המשפט בחן קודם כל את יסוד גמירת הדעת. שהרי אם הצדדים לא התכוונו לכרות חוזה, אין כל חשיבות לרמת הפירוט. לאחר מיכן, פנה בית המשפט לבחינת יסוד המסוימות. **השופט שמגר קבע:** ההסכם צריך להיות שלם ומלא, אולם אין חובה כי ההסכם יהיה כליל השלמות ולא יחסרו בו פרטים. יכול להיות מצב בו ההסכם יחסר פרטים. ההסכם צריך לכלול פרטים המעידים על מהותו ותחומו.

הדרישה למסוימות איננה דרישה למושלמות. אין דרישה לרמת פירוט אופטימלית. אם כן, מהו הסף המינימלי? רמת הפירוט המינימלית הנדרשת היא הכללת הפרטים, המגדירים את מהותה ותחומיה של העסקה. פרטי הליבה של העסקה חייבים להיות. ישנה מגמה ברורה לצמצם את היקף הפרטים בהסכם. את הפרטים החסרים, ניתן יהיה להשלים ע"י מנגנוני השלמה הקבועים בחוק.

השופט שמגר מודע לכך שהוא מתחיל "מסלול חדש", דרך חדשה, השונה מהדרך שהייתה מקובלת בעבר (היה מקובל כי ההסכם צריך להיות מפורט מאוד). השופט שמגר טוען כי פסקי- הדין הישנים אותם הציגו המערערים אינם דומים למקרה הספציפי המדובר. בעסקה זו מוכרים מניות ולא מקרקעין. זהו סוג של תירוץ מצדו של השופט שמגר, אין זה הסבר מספק. מיד לאחר פסק-דין זה, הגיעו פסק-דין בנושאי מקרקעין שגם בהם חלה מגמת הריכוך.

פ"ד זה היה הסנונית הראשונה למגמת הריכוך. בהמשך הופיעו פסקי-דין נוספים, שהמחישו את מגמת הריכוך בדרישה למסוימות.

**פ"ד רבינאי** משקף באופן מובהק את מגמת הריכוך בדרישה למסוימות. הדגש באופן ברור הוא על ההעדה לגמירת דעת, עיקר הדיון מוקדש ליסוד זה. בהינתן ראיות ברורות לגמירת דעת, ניתן להסתפק במסוימות מצומצמת. פרטים שבעבר היו פוסלים את החוזה, לא נמצאים בהסכם המדובר. מפסק-דין זה אנו למדים, כי בעסקת מכר של דירה, אם אנו משוכנעים בגמירת דעת, הפרטים שצריכים להיכלל בהסכם הם- מהות החוזה, תיאור הנכס, המחיר וזהות הצדדים. רצוי גם שיהיו פרטים בנוגע למועד התשלום ומועד מסירת הנכס. ע"פ פ"ד זה פוסקים על היחס בין גמירת הדעת לדרישת המסוימות.

* כשמדובר בחוזה לא שגרתי, שאלת המסוימות איננה פשוטה. דוגמא - **פ"ד פלוני נ' פלוניות, מ-78 (נמצא במחשבות).**

מנגנוני השלמה המאפשרים השלמת חסר בחוזה-

בית המשפט נעזר במנגנוני ההשלמה. ישנם שני תנאי סף, שבית המשפט יבדוק אותם בטרם יפעיל את מנגנוני ההשלמה:

1. מסוימות מינימלית - אם לא מתקיימת רמת המסוימות המינימלית הנדרשת (הפרטים המהותיים), לא ניתן להפעיל מנגנוני השלמה. במקרה כזה יקבע כי אין החוזה מחייב. מנגנוני ההשלמה יפעלו על מנת להשלים חוזה קיים ומחייב. השלד העיקרי של החוזה צריך להיות מוסכם ע"י הצדדים. התנאי - חוזה תקף בשל כך כי קיימת העדה על גמירת דעת ומסוימות מינימלית.
2. חסר בחוזה - יש לבדוק שאכן קיים חסר בחוזה שטעון השלמה. קיימים שני מצבים אפשריים, בהם אין להפעיל את מנגנוני ההשלמה, על אף החסר:
3. כאשר קיימת הסכמה חבויה של הצדדים, היא עדיפה על פני הפעלת מנגנוני ההשלמה. בית המשפט, בראש ובראשונה, מנסה לרדת לרצון הצדדים. כלומר, ייתכן כי במבט מעמיק יותר הצדדים כן הסכימו על הנושא, יש צורך בפרשנות.
4. הסדר שלילי - חסר מדומה שנובע מהסדר שלילי (נובע מעמדה נגטיבית של הצדדים). יכול להיות שהצדדים הסכימו כי עניין מסוים לא יהיה חלק מהחוזה. השלמת הסוגיה ע"י מנגנוני ההשלמה תסתור את רצון הצדדים, על כן היא איננה לגיטימית.

מנגנוני ההשלמה:

1. מנגנון השלמה הסכמי – הכוונה היא כי לפעמים הצדדים עצמם לקחו בחשבון את האפשרות שבעת המו"מ הם פספסו פרט כלשהו. הם קבוע מראש את הדרך (כל מיני דרכים אפשריים, כולל שבמקרה מסוים אחד הצדדים ישלים את החסר) בה יושלם החסר, אם יתגלה כזה. הדבר קיים בעיקר בחוזים בעלי אופי טכני, אצל צדדים מיומנים ומנוסים (כדי לדעת שאתה לא יודע, צריך לדעת לא מעט). ברוב המקרים אין מנגנוני השלמה בחוזה עצמו, אך אם קיים מנגנון והוא מתאים לחסר הקיים, פועלים לפיו.
2. עיקרון הביצוע האופטימלי - **בפ"ד עדני** – השופט י' עמית, שהיה בדעת מיעוט, מדבר על השלמה באמצעות עיקרון הביצוע האופטימלי. זהו מצב בו קיים חסר בחוזה הטעון השלמה, ואחד הצדדים מאוד מעוניין בקיום החוזה, עד כדי כך שהוא מוכן לקבל את האפשרות הטובה ביותר מבחינת הצד השני. הדבר פותר את בעיית המסוימות. התנאים לביצוע השלמה מסוג זו: ראשית, קיים טווח נתון של אפשרויות השלמה. שנית, אחד הצדדים מוכן להתגמש עד לקצה הטווח. מתקיימת השלמה מאוחרת, הפועלת לפי רצון הצדדים. בית המשפט רשאי לבחור את המצב האופטימלי של הצד השני.
3. סעיף 26 לחוק החוזים – השלמת פרטים. "פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה – לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים". הסעיף קובע שתי חלופות (אפשרויות השלמה) המדורגות לפי סדר קדימות:
4. הנוהג הקיים בין הצדדים – מחייב כי הייתה פרקטיקה קודמת בין הצדדים. לצורך קיום החלופה, יש להניח כי בעבר נכרתו מספר חוזים בין הצדדים הללו, וכן כי בחוזים הנ"ל קיימת אחידות ביחס לאותו נושא שלגביו קיים חסר. במקרה כזה קיים נוהג מקובל, שניתן להחילו על המקרה הנדון. אם אין נוהג מקובל (אין אחידות או חוזים קודמים), פונים לחלופה השנייה.
5. הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג – האם קיימת פרקטיקה מקובלת בנוגע לנושא מסוים שלגביו קיים חסר? אם קיים נוהג, ישלימו את החוזה לפיו.
6. הוראות השלמה בחוק- הוראות המצויות בחוק החוזים (חלק כללי) ובחוקי החוזים המיוחדים הספציפיים. **הוראות בנוגע לתוכן החוזה –** הוראות יכולות להיות קוגנטיות או דיספוזיטיביות. ההוראות הקוגנטיות נבדלות, הם משלימות את החסר, אך גם בהיעדר חסר, הם מחליפות את רצון הצדדים. ההוראות הכופות מתערבות בחוזה, הן יכולות להשלים את החסר, אך אין זה תפקידן העיקרי. על כן משייכים אותן למישור ההתערבות. בנוגע למנגנוני ההשלמה, אנו מדברים על הוראות השלמה דיספוזיטיביות (הוראות שהצדדים יכולים להתנות עליהם). תפקידן של ההוראות הדיספוזיטיביות הנוגעות לתוכן החוזה, הוא בעיקר להשלים חסר בחוזה, להפוך את החיים לקלים ויעילים. הצדדים מודעים לכך שהחוק מספק להם את מעטפת ההסכמות. המחוקק קובע הוראות שהוא חושב שהן סבירות, משקפות את המקובל בשוק, יוצרות איזון סביר בין האינטרסים של הצדדים. המחוקק מספק מעין שירות להשלמת החוזה.
7. הוראת השלמה בדין המיוחד- חוקי החוזים המיוחדים/הספציפיים.
8. הוראת השלמה בדין הכללי- חוק החוזים (חלק כללי).
* הדין המיוחד, הספציפי, קודם לדין הכללי. החקיקה הספציפית והחקיקה הכללית הולכות יחד, הן משלימות זו את זו. אם רק אחת מעניקה פתרון, נשתמש בו. אם שתיהן נותנות פתרונות לא סותרים, משלבים. אם שתיהן נותנות פתרונות סותרים, החקיקה הספציפית גוברת. הרציונל - ככל שהחקיקה ספציפית יותר, כך גדל הסיכוי שהמחוקק יצליח להתאימה לרצון הצדדים, ולשקף את המקובל בנושא זה.
1. סעיף 39 לחוק החוזים – חיוב וזכות הנובעים מהחוזה יש לקיים במסגרת תום-לב.

בפסיקה, השופטים משתמשים במגוון האפשרויות. גם אם הם בוחרים אחת, הם מציגים את יתר האפשרויות. הדבר מתבטא ע"י השופט עמית בפ"ד עדני, וכן גם בפ"ד דור אנרגיה בנוגע לציוד להפעלת תחנת דלק.

קיים **סדר קדימויות בין מנגנוני ההשלמה**. השופט לא תמיד פועל לפי סדר זה, אך הוא משתדל לעשות כן. הרציונל העומד מאחורי הקדימויות – להשלים את החוזה כך שישקף, עד כמה שניתן, את רצון הצדדים.

אם כן, ישנה מגמה ברורה של ריכוך בדרישת המסוימות. קיימת נכונות להסתפק בפרטים מעתים יותר ונכונות להשלים פרטים בעסקה. הדגש המרכזי הוא על בחינת העדה על גמירת – אם התשובה חיובית, ישנה גישה ליברלית יותר ביחס ליוסד המסוימות – מעט פרטים ולהשלים פרטים.

**פ"ד דור אנרגיה** – עוסק בחוזה על בלעדיות בהפעלת תחנת דלק. נושא אחר, תקופה אחרת, אותה גישה – התייחסות כבדה להיעדה על גמירת הדעת והקלה ביחס ליסוד המסוימות.

**פ"ד בית הפסנתר** – פ"ד זה ממחיש עד לאיזה נק' קיצוניות הגיעה מגמת הריכוך. פ"ד זה לא שינה את המגמה שהחלה בפ"ד רבינאי. ההנמקה במקרה זה ע"י **השופטת דורנר** בנוגע ליסוד המסוימות – במשפט המודרני, דרישת המסוימות איבדה מחשיבותה. במשפט הישראלי, הכלל הוא שהיעדר מסוימות לא ישמש כעילה לצד בחוזה להשתחרר מהחוזה בהינתן גמירת דעת. אם יש גמירת דעת, אך אין מסוימות – במידה והחוזה יופר, לא ניתן יהיה לאכוף אותו, כי אנו לא יודעים את תוכן החוזה. לכן, במקרה זה לא נאכוף את החוזה אלא נקבע פיצויים. אין זה נכון, אין קשר בין התרופה לעצם כריתת החוזה. אם לא ניתן לאכוף את החוזה, לא ניתן לקבוע פיצויים. **השופטת בייניש** קובעת כי החוזה תקף – יש היעדה על גמירת דעת וגם יסוד המסוימות מתקיים (הפרט החסר איננו מהותי). השופטת בייניש מציגה ביקורת כלפי השופטת דורנר - אין להפחית מחשיבות הדרישה למסוימות. **השופט אדמונד לוי** – אני מסכים, כתב זאת לאחר פסק הדין של השופטת דורנר. על כן, העמדה של דורנר הופכת להלכה. זוהי עמדת שופטי הרוב, אך באופן פורמלי אין זה הרציו, אלא האוביטר.

**פ"ד עדני** – בנוגע להשלמה, **השופט עמית** פנה תחילה לביצוע האופטימלי, נוהג פרטי, נוהג כללי והוראות חוק המכר – מועד התשלום הוא במועד המסירה. לכן ניתן להשלים את מועד המסירה ע"פ חוק המכר. אולם, הוא מעדיף את החלופה של הביצוע האופטימלי. זוהי דעת המיעוט. דעת הרוב לא מוכנה להשלים את הפרט החסר. פרט חסר – נושא שהצדדים לא נתנו את דעתם עליו. לפי דעת הרוב**, כל עוד שהצדדים לא הסכימו על הנושא הזה, אין גמירת דעת.** אין זה לגיטימי להשלים פרט שהצדדים לא הסכימו עליו, זוהי התערבות בחופש החוזים. הפרט חסר משום שהצדדים לא הסכימו עליו. במקרה זה, הפרט החסר הוא **פרט מהותי** עבור הצדדים.

**הצעה וקיבול -**

**הצעה לציבור-**

סעיף 5 לחוק החוזים – "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה". **ההצעה יכולה שתהיה לציבור**. אין לנו בפסיקה הישראלית פסקי דין העוסקים בהצעה לציבור.

**פ"ד Carlil v Carbolic** – התביעה נדחתה בערכאה הראשונה, בשל היעדר מסוימות. למשל, לא היה כתוב תוך כמה זמן מאז השימוש בכדור ניתן יהיה לממש את הזכאות הכספית. לא יתכן כי הזכאות תהא לנצח. כמו כן, לא הייתה היעדה על גמירת דעת מצד החברה. בנוסף, במקרה זה לא הייתה הודעת קיבול מצד הניצע.

בערעור, נקבע כי קיימים סימנים המעידים על גמירת דעת – למשל, הכסף הופקד בבנק. המציע יכול היה לקבוע את דרך הקיבול. משתמע מהמודעה שדרך הקיבול לא תהיה ע"י כך שכל אחד יתקשר ויידע את החברה, אלא דרך הקיבול יכולה להיות באמצעות התנהגות (דבר המאפיין הצעות לציבור) – עצם ההתנהגות להצעה. האם מדובר בחוזה המוני הנכרת עם כל הציבור? לא, מדובר בהצעה המופנית לכלל הציבור, אולם החוזה ייכרת רק עם מי שפועל בהתאם להצעה.

הבחנה בין הצעה לציבור או לא-

יש כל מיני סוגים של פניות לציבור. חלק נגדיר כהצעה וחלק לא. אם ברור לנו מתוך ההקשר ונוסח הפניה, שמבחינתו של הפונה כל מי שמוכן להסכים ולקבל את התנאים של ההצעה, נכרת עימו חוזה (כמו בקרליל), הרי שמדובר בהצעה. לעומת זאת, כשיש מקרים שהפונה רוצה לשמור בידיו את השליטה על התהליך עד לסוף ולהחליט בעצמו עם מי ייכרת חוזה או לא (מכרז אוטובוסים – בית הספר צריך רק אחד, מעוניין לבחור), אין מדובר בהצעה. מכרז, למשל, אינו מהווה הצעה לציבור, אלא **הזמנה למתן הצעה**. ניתן ללמוד זאת **ממהות העניין וכן לפעמים מתוכן ההודעה**. בנוסף, אם הפנייה לציבור יכולה להניב חוזה יחיד, אנו נצא מנק' הנחנה שהמפרסם מעוניין לקבוע עם מי ייכרת החוזה היחיד מבין כל ההצעות שיפנו אליו, הוא יבחר עם איזו הצעה להתקשר. זהו פן נוסף של הבחנה ע"י המהות.

דוגמאות לפנייה (הצעה) לציבור – פרסומת- במידה ויסודות גמירת הדעת והמסוימות מתקיימים. הקיבול הינו ע"י תשלום בקופה, כלומר באמצעות התנהגות. מכונות קפה – מהוות הצעה לציבור. הקיבול – תשלום, משמע התנהגות כלפי ההצעה.

נק' האל-חזור בהצעה בלתי חוזרת.

מציע

ניצע

נק' האל-חזור בהצעה רגילה.

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

**ההצעה –**

המועד בו תיבחן גמירת הדעת (מתי המציע רשאי לחזור בו מההצעה?)-

סעיף 3 לחוק החוזים, עוסק בעיתוי של גמירת הדעת – עד מתי יכול המציע לחזור בו מההצעה? לפי עקרון חופש החוזים – תמיד ניתן לחזור, כל עוד לא נכרת חוזה. החוק לא נוקט בהכרח בגישה זו, החוק קובע נק' אל-חזור מסוימות עבור המציע, גם אם באותה נק' לא נכרת חוזה.

סעיף 3א' – הצעה רגילה - קובע שהמציע יכול לחזור בו מההצעה עד **לשליחת הודעה הקיבול ע"י הניצע**. מהרגע שהניצע נותן את הודעת הקיבול, אין המציע רשאי לחזור בו מהצעתו. השתהות הניצע מסכנת אותו, משום שבכל רגע המציע רשאי לחזור בו מהצעתו. הודעת הביטול צריכה להגיע לניצע, לפני שהניצע שולח את הודעת הקיבול, כל זאת למרות שטרם נכרת חוזה. החוזה נכרת רק כאשר הודעת הקיבול מגיעה למציע (למקום בו הוא שולט עליה ויכול לקורא אותה בכל עת).

סעיף 3ב' – הצעה בלתי חוזרת - אם נקבע מועד לפקיעת ההצעה (גמר המלאי, למשל) או מועד לקיבול ההצעה, המציע לא רשאי לחזור בו מההצעה עד למועד זה. סעיף זה חל על הצעה בה נאמר במפורש או במשתמע שהמציע לא יכול לחזור בו ממנה, או כשהיא קובעת מועד. זוהי הצעה בלתי חוזרת (בלתי הדירה). נק' האל חזור של המציע משתנה, המציע לא רשאי לחזור בו מההצעה מהרגע **שההצעה נמסרה לניצע**. ההצעה תקפה עד לאותו מועד שנקבע. אם אין מועד, ההצעה תפקע מאליה תוך זמן סביר, בין אם מדובר בהצעה רגילה או הצעה בלתי חוזרת. הצעה בלתי חוזרת דומה ל"אופציה". **אופציה** היא בעצמה חוזה (חוזה האופציה) שמתייחס לחוזה אחר (חוזה המכירה - החוזה העיקרי), שעוד לא נכרת. מוסכם בין הצדדים שלאחד מהם תינתן אופציה למשך זמן מסוים לגבי החוזה העיקרי, שכאמור עדין לא בתוקף. החוזה יהיה בתוקף כשהאופציה תמומש. לאחד הצדדים יש את הכוח לקבוע מתי והאם החוזה העיקרי ימומש. גם חוזה האופציה יכול להיות בתמורה כספית מסוימת. אם כן, ישנם שני חוזים מבחינה מהותית – חוזה המכירה, שהוא החוזה העיקרי (שאינו בתוקף) המותנה בתנאי, שהוא הפעלת האופציה ע"י אחד הצדדים, קיבול לחוזה האופציה. יש דמיון רב בין אופציה להצעה בלתי חוזרת. הבדל לדוגמא – אם הניצע/המציע נפטרים במרווח הזמן, ההצעה בלתי חוזרת תפקע והאופציה לא תפקע.

* קיים וויכוח המובע **בפ"ד תשובה**, ע"י השופטת טירקל. המציע נתן הצעה וקבע מועד לקיבולה. האם זה **בהכרח הצעה בלתי חוזרת?** ע"פ **פרופ' שלו** – מדובר בהצעה בלתי חוזרת. לפי **פרופ' דוייטש** – ברוב המקרים מדובר בהצעה בלתי חוזרת, אולם ישנם מקרים שההצעה לא תוכר כהצעה בלתי חוזרת. אם אנו יכולים להבין מתוכן ההצעה, שנקיבת המועד לא נועדה לכבול את ידיו של המציע לפרק זמן נתון, אלא נועדה להגדיר מראש את פרק הזמן שבעקבותיו תפקע ההצעה. אין זה וויכוח מהותי. השאלה המתעוררת - איך מוכיחים את כוונת המציע? האם יכולים להיות בכוונתו דברים מפורשים או משתמעים? המשפט שלנו לא פורמליסטי, לא כל דבר חייב להיות כתוב במפורש, הגישה הפרשנית צריכה לחול במקרה זה. אם המציע קבע שההצעה תפקע במועד מסוים, יש לפרש את כוונתו. הוראת סעיף 3ב' היא הוראה דיספוזיטיבית – ניתן לקבוע מועד, אך ניתן גם לקבוע שבמועד זה ההצעה תפקע מעצמה, כשהמציע רשאי לחזור בו טרם המועד.
* **פ"ד נוה עם** – מה קורה, אם המציע בכל זאת חוזר בו מההצעה בלתי חוזרת, כאשר הוא לא רשאי לעשות את זה? האם למציע אין את הזכות לחזור בו אך יש לו את הכוח לחזור בו? אפשרות אחת – יש למציע את הכוח המשפטי לחזור בו מההצעה, לא ניתן לאכוף את החוזה, אלא רק להטיל סנקציות (פיצויים). אפשרות אחרת – סעיף 3ב' שולל מהמציע את הכוח לחזור בו, משמע כי ניתן לאכוף את החוזה. בפ"ד זה בית המשפט מכריע לפי התשובה השנייה, לפי למציע אין את הכוח המשפטי לחזור בו מהצעת הבלתי חוזרת, לאחר שהיא נמסרה לניצע. החזרה מההצעה לא יוצרת שום אפקט, הניצע יכול להתעלם מימנה ולבצע קיבול.

סעיף 4 – מתי ההצעה פוקעת?

1. ההצעה תפקע כשהמציע מבטל אותה, ובלבד שהוא עושה זאת במועד. בהצעה רגילה – עד שהניצע שלח את הודעת הקיבול. בהצעה בלתי חוזרת – עד שההצעה הגיע לידי הניצע.
2. ההצעה תפקע מאליה, מבלי שהמציע חוזר בו, באופן אוטומטי בחלוף זמן מסוים – הזמן הסביר או הזמן הנוקב בהצעה.
3. סעיף קטן 1 – "כשדחה אותה הניצע או עבר המועד לקיבולה". ההצעה פוקעת כשהניצע דוחה אותה. אין דרישות פורמליות לדרך הדחיה. כל הבעת דחייה שהיא מספיקה ברורה, מהווה דחיה של ההצעה. כאשר הניצע משנה את ההצעה ולא דוחה אותה בשלמותה, האם מדובר בדחיית ההצעה? מדובר במתן הצעה חדשה, ודחיית ההצעה המקורית.

**בפ"ד נוה עם** – בפגישה במשרד עו"ד, רצו לשנות את תנאי ההצעה, שהתשלום הראשוני של כל קונה, יהיה קצת יותר נמוך. בעצם, ניתן לומר שהוא קיבל את ההצעה, אך באחוזים נמוכים יותר. לכאורה מדובר בהצעה חדשה ודחיית ההצעה המקורית. בית המשפט לא קיבל טענה זו. גם באומרו כי "אין לי הכסף", אין הדבר מהווה דחיית הצעה. לכן, אין משמעות לחזרה מההצעה ע"י המציע לפני המועד. כוונתו של בית המשפט היא – **קיים הבדל בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת לגבי מידת המובהקות של אקט הדחייה. כאשר מדובר בהצעה בלתי חוזרת נרצה אמירה ברורה וחד-משמעית, כדי להסיק מימנה דחייה של ההצעה.** בהצעה בלתי חוזרת, לניצע יש זכות משפטית חזקה ("שקט תעשייתי", אלא אם אחד הצדדים מת), לכך שלתקופת זמן נתונה, הוא השליט והמחליט, ידיו של המציע כבולות. במצב כזה, לא נהוג שאדם יוותר כלאחר יד על זכות שיש לו. על מנת להסיק שהניצע דחה את ההצעה לעוד פני שהגיע המועד בו ההצעה פוקעת מעצמה, נחפש אמירה ברורה. **הצעה נגדית של הניצע לא בהכרח משמעותה דחיית ההצעה המקורית.** הניסיון מצד הניצע לשנות את תנאי ההצעה, תלו באיך הוא מתבצע – קביעת תנאי מפורש (אחרת אין עסקה), או גישושים אצל המציע להתגמש בתנאים. בהצעה רגילה, גישוש עשוי להתפרש כדחיית ההצעה.

1. סעיף קטן 2 – "כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול". מוות יגרום לפקיעת ההצעה, אך ורק אם הוא מתרחש לפני שהניצע נתן את הודעה הקיבול. נק' הזמן הקובעת לעניין מאורעות מוות של אחד הצדדים, היא אותה נק' האל-חזור בהצעה רגילה. לפי הצעת **חוק דיני ממונות** – כשמדובר על פקיעת ההצעה בגלל מוות של אחד הצדדים, נק' הזמן הקובעת מותאמת בדיוק לנק' האל חזור של המציע. כלומר, אם מדובר בהצעה בלתי חוזרת, מות אחד הצדדים יגרום לפקיעת ההצעה אם הוא מתרחש לפני קבלת ההצעה ע"י הניצע. אם מדובר בהצעה רגילה, מות אחד הצדדים יגרום לפקיעת ההצעה, אם הוא מתרחש לפני שהניצע שלח את הודעת הקיבול.

**קיבול –**

סעיף 5 - "הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה". כלומר, הקיבול יהיה **בהודעה**.

סעיף 6א' – "הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה; ולענין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול". המשמעות היא, שניתן לבצע קיבול לא רק בהודעה אלא גם **בהתנהגות**. ההתנהגות עשויה להתבטא כתחילת ביצוע החוזה (תשלום) או התנהגות אחרת. הדבר תלוי באופן שבו מגדיר המציע את הקיבול. המציע רשאי לקבוע את דרך הקיבול, זהו חלק מעקרון חופש החוזים. המציע יכול לקבוע גם, כי אין צורך בקיבול, זוהי התחייבות חד-צדדית. אם המציע לא קובע את דרך הקיבול, **ביררת המחדל הינה ע"י הודעה**, בכל צורה שהיא (לפי סעיף 60א', הדרך המקובלת – כל דרך סבירה להעברת הודעה). מקובל לומר, כי צריכה להיות פרופורציה בין האופן שבו נמסרה ההצעה, לבין האופן שבו הניצע מודיע את החלטתו. צריך שיתקיים יחס סביר בין ההודעות. לרוב, כשההצעה מופנית לציבור, דרך הקיבול היותר אופיינית, המשתמעת מההצעה, היא בהתנהגות. למשל, **בפ"ד חניונים לישראל** – היה חניון שהפעילה החברה. משרד הביטחון, החל להחנות שם כלי רכב. כשהחברה דרשה תשלום, המדינה טענה כי אין חוזה. לפי ביהמ"ש, כאשר יש חניון הפתוח לציבור, ובכניסה יש שלט המורה על תשלום, זוהי הצעה לציבור. הקיבול לא חייב להיות בכתב. עצם הכניסה לחניון היא התנהגות המביעה הסכמה, זהו קיבול ולכן נכרת חוזה.

רגע מתן הודעת קיבול ע"י הניצע הינו רגע מכונן, משני היבטים (3 א' -4 2) – ראשית, מרגע זה המציע לא רשאי לחזור בו (נק' העל חזור בהצעה רגילה), שנית, מרגע זה ההצעה לא תפקע, גם במות אחד הצדדים. אם הקיבול לא נעשה בהודעה אלא בהתנהגות, מה שווה ערך על ציר הזמן לרגע מתן ההודעה? **ההתנהגות עצמה, היא שוות ערך למתן הודעת הקיבול**. הכלל קל ליישום, כשההתנהגות הינה מידית וקצרה, משום שברור מהי הנק' על ציר הזמן. מה קורה כשההתנהגות ארוכה? בתחילת ההתנהגות, או בסיומה? התשובה לכך תלויה בנסיבות המקרה הספציפי. לעיתים, תחילת ההתנהגות לא בהכרח מספיקה.

דוגמה – מתפרסמת מודעה בקמפוס שאחד מהדוקטורים במדעי החיים מבצע ניסוי והוא מחפש סטודנטים מתנדבים, שצריכים להיכנס לתא הקפאה ל-10 ד', לאחר מיכן הוא יבדוק דופק, חום גוף וכו'... הוא מציע לכל סטודנט שכר של 100 ₪. בשעה המיועדת מתייצבים 5 סטודנטים, הנכנסים לתא ההקפאה. לאחר 9 ד' הדוקטור פותח את הדלת ואומר שהוא חוזר בו מההצעה. לפי האינטואיציה הבריאה, אין לו אפשרות לעשות זאת.

דוגמה הפוכה – ביל גייטס חי בישראל, מפרסם מודעה בעיתון – פרס של 10 מיליון דולר למוצא תרופה למחלת שפעת החזירים. מדען ידוע, שעבד על מחקר אחר, הפסיק את עבודתו במחקר ושינה את כיוון המקצוע שלו לתחום אחר – למצוא תרופה למחלה עבור הפרס הכספי. אחרי שבוע, ביל מפרסם מודעה לפיה הוא מחרט ומציע את הפרס עבור משהו אחר. האם הוא רשאי לעשות זאת? כן, משום שהמדען טרם מצא את התרופה. מה קורה אם ההתחרטות של ביל נעשית לאחר שנה, כשהמדען על סף מציאת תרופה למחלה? במקרה כזה, להחזרה שלו מההצעה ככל הנראה לא תהיה תוקף.

הקביעה של החוק בסעיף זה, בנוגע לסעיף 3א' ו4 2, כי דין ההתנהגות כדין מתן קיבול, היא עניין שקל ליישומו בעניינים מסוימים, כשההתנהגות קצרה ומידית. אולם, קשה ליישום עקרון זה כאשר ההתנהגות ארוכה ומורכבת. התשובה לכך תלויה בנסיבות המקרה הספציפי.

סעיף 6ב' – "קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף". כאשר המציע קובע בהצעה, שהעדר תגובה מצד הניצע תחשב כקיבול, הוא כופה על מישהו להגיב, זהו דבר בלתי אפשר כמובן, ולכן חסר תוקף. הוראת חוק זו היא דיספוזיטיביות. אם הצדדים התנו והסכימו מראש שהשתיקה תחשב כקיבול, אין בעיה מקרה שכזה (שותפים בשותפות עסקית, למשל). דוגמא נוספת – ראובן מציע למכור את מכוניתו לשמעון, חברו, תמורת 58 אש"ח. הוא כותב לו במייל, בו הוא מוסיף כי הוא מוכן למכור את האוטו רק בעוד חודש, ועל כן התשלום יהיה במועד זה. נכתב גם כי אם הוא לא ישמע משמעון תוך 3 ימים, השתיקה תחשב כקיבול. חלף חודש, שמעון הגיע לראובן עם סכום הכסף. שמעון טען – לפי ההצעה, הוא לא הגיב על כן הדבר נחשב לקיבול. ראובן טען – לפי סעיף 6ב', לא ניתן להציב בכלל תנאי שכזה. אולם, הסעיף איננו מגן על המציע אלא על הניצע. לכן, החוזה תקף. במקרה כזה, השתיקה כן תחשב לקיבול.

סעיף זה נועד להגן על האינטרס של הניצע, כדי שלא ניתן לכפות עליו להגיב. הוא לא נועד לטובתו של מציע, שהוא זה שהעלה את התנאי ששתיקה תחשב כקיבול. אנו לא מאפשרים למציע להתחמק מהמצג שהוא הציג.

* השתיקה תחשב לקיבול אם שני הצדדים הסכימו על כך, או כאשר הדבר מתפרש מיחסי הצדדים. לעיתים, ההסכמה יכולה להיות משתמעת מהנסיבות. ניתן להניח שבמצב כה מתקדם של המו"מ, שתיקה עשויה להיחשב כקיבול.

סעיף 7 – "הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה". סעיף זה עוסק בהצעה מסוג מיוחד, **הצעה מזכה**, הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע. בהצעה שאיננה הצעה מזכה (רגילה או בלתי חוזרת), הקיבול יכול להיות רק בדרך אקטיבית (התנהגות אם הודעה), בד"כ שתיקה איננה מהווה קיבול. בהצעה מזכה, מנגד, **שתיקה מהווה קיבול**. ניצע שאיננו מעוניין בהצעה, עליו **לדחות אותה באופן אקטיבי**. החוק רוצה להיות יעיל, חוק יעיל הוא חוק שמחקה התנהגות צפויה של הצדדים, והרי שרוב בני האדם יסכימו להצעה מזכה.

עד מתי בהצעה מזכה יכול המציע להתחרט ולחזור בו מההצעה? ההנחה ההגיונית - עד שההצעה מגיעה לניצע. הדבר מעלה מספר קשיים:

ההצעה נחשבת כהצעה, ברגע שהיא יוצאת מהמציע. ברגע שההצעה נמסרה לניצע, שתיקתו נחשבת לקיבול. אולם, תוך זמן סביר מרגע קבלת ההצעה, הניצע יכול לדחות את ההצעה. לכן, ניתן לומר שעדין לא נכרת חוזה. אי לכך, ניתן לטעון כי המציע רשאי להתחרט תוך זמן סביר מהרגע שההצעה התקבלה ע"י הניצע. בחוק המתנה, המציע רשאי לחזור בו במצבים מסוימים אפילו אחרי שנכרת החוזה, כשהניצע לא יכול לדחות את ההצעה. חוק המתנה כן מתייחס לחזרה מההצעה, סעיף 7 לא.

ההסבר המקובל - בהצעה רגילה ובהצעה בלתי חוזרת, התוכן הוא אותו תוכן. ההבדל הוא, שבהצעה בלתי חוזרת מתווסף לתוכן רכיב נוסף – לניצע ניתנת זכות, "שקט תעשייתי", הוא המחליט לפרק זמן מסוים. ההבדל בין ההצעות הינו הרכיב הנוסף, שהוא בעצמו הצעה מזכה. מכאן ניתן להסיק שבהצעה מזכה, כמו בהצעה בלתי חוזרת, נק' האל-חזור הינה כשההצעה מגיעה לניצע.

סעיף 8א' – "אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר".

סעיף 8ב' – "נתן הניצע הודעת קיבול בעוד מועד, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא הייתה ידועה לו, נכרת החוזה, זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול". עוסק במצב משפטי קשה, בו השופט צריך לקבוע כלל הכרעה במצב שלשני הצדדים יש טענה צודקת. במצב כזה, לעיתים חלה תחושת אי-נוחות. דוגמה- המציע מגדיר שהודעת הקיבול צריכה להגיע תוך שבוע. ההצעה הגיעה אחרי יומיים למציע. הניצע, חושב על זה יום אחד ושולח את הודעת הקיבול בדואר רשום. ההודעה לא הגיעה מסיבה שאף אחד לא חשב עליה. המכתב הגיע אחרי 10 ימים. האם ייכרת חוזה במקרה שכזה? מבחינת המציע, אין חוזה, משום שנקבע כי הקיבול צריך להגיע תוך שבוע. אולם מצד שני, הניצע עשה כל מה שהיה עליו לעשות בכדי שהודעת הקיבול תגיע תוך שבוע. הודעת הקיבול לא נמסרה למציע במועד שנקבע, בגלל **סיבה שאינה תלויה בניצע.** סעיף זה, לכאורה, מגן על הניצע. אולם במבט שני, מי שבאמת מחליט הוא המציע. התנאי לכך שלא ייכרת חוזה - **מיד עם המסירה** המאוחרת של ההודעה, המציע צריך להודיע לניצע כי הוא דוחה את הקיבול. אם הוא לא עושה כן, נכרת חוזה. ההנחה היא, כי אם המציע לא עושה זאת, אין לו בעיה כי החוזה ייכרת לאחר המועד שנקבע.

**פ"ד תשובה נ' בר-נתן –** הצדדים שותפים לחלקת מקרקעין. נכרת ביניהם חוזה, המסדיר את יחסי השיתוף ביניהם. החוזה קבע, כי אם אחד הצדדים מעוניין למכור את חלקו, הוא חייב להעניק "זכות ראשונים" לצד השני, זוהי זכות קדימה. בר-נתן יצר קשר טלפוני והציע לתשובה למכור את המקרקעין תמורת 220 אלף דולר. תשובה הגיב ואמר, שיש לנהוג לפי ההסכם, שם נקבע כי כל הצעה צריכה להיות בדואר רשום. לכן, דרש מבר-נתן לשלוח את הצעתו בדואר רשום. מהפנייה של בר-נתן בטלפון מסתמנת התניה על הסעיף בחוזה. מבחינתו של תשובה, בדיעבד, מדובר בטעות. הצדדים יכלו להתנות על ההסכם ועל דרך מתן ההודעות. בר-נתן שלח את ההצעה בדואר ובפקס. לאחר מיכן, בר-נתן התחרט על המחיר (רצה להעלות אותו ל247 אלף דולר). באותו היום הרים בר-נתן טלפון לתשובה, בו הודיע לו כי הוא מבטל את ההצעה הקודמת ומעלה הצעה חדשה. תשובה דרש שההצעה תשלח בדואר רשום ובר-נתן אכן שלח את ההצעה החדשה בדואר רשום. ברור לחלוטין, שהצעה כזאת משמעותה גם ביטולה של ההצעה הראשונה. להודעה השנייה יש שתי משמעויות – ביטול ההצעה הראשונה ומתן הצעה שנייה. ההודעות לא הגיעו באותו היום, המכתב השני הגיע יום אחרי. תשובה מחכה, משום שמדובר הצעה בלתי חוזרת הקצובה בזמן. הוא שולח הודעת קיבול להצעה הראשונה, תוך התעלמות מוחלטת מההצעה השנייה. לדעתו, ההצעה הראשונה היא הצעה בלתי חוזרת, אזי שלהצעה השנייה אין תוקף, משום שמהרגע שההצעה הראשונה נמסרה לניצע, המציע לא רשאי לחזור בו מההצעה. המועד הקובע למתן הודעת הקיבול הוא לפי הגעת ההצעה הראשונה. בר-נתן מקבל את הודעת הקיבול להצעה הראשונה אך מתעלם מימנה, לאחר 14 ימים מההצעה השנייה, ההצעה פוקעת והוא מוכר את החלקה לאדם אחר. בר-נתן סבר כי ההצעה הראשונה לא בתוקף, מפני שהוא ביטל אותה. לגבי ההצעה השנייה לא הגיעה הודעת קיבול , לכן הוא רשאי למכור את החלקה למי שהוא רוצה. לפי ביהמ"ש, הטלפון השני היה למעשה הודעת הביטול של בר-נתן. כאשר בר-נתן שלח את ההצעה הראשונה, היא נמסרה לתשובה רק כאשר הגיע הדואר הרשום (אם תשובה היה מסכים להתייחס להצעה הטלפונית הראשונה כהצעה, אז באותו הרגע בר-נתן לא היה יכול לחזור בו מההצעה. בסיטואציה כזו, הטלפון השני לא היה מהווה הודעת ביטול, משום שהמציע לא היה רשאי לחזור בו). ביומיים שלקח להצעה להגיע, בר-נתן חזר בו מההודעה, הוא הודיע על הביטול בטלפון ובפקס. לפי ביהמ"ש, הצדדים קבעו כי ההצעה והקיבול יהיה בדואר רשום. אולם, **לא הוסכם בחוזה על דרך מסוימת למתן הודעת הביטול** – החזרה מההצעה הראשונה לא חייבת להיות בדואר רשום. על כן, הטלפון השני מהווה ביטול להצעה הראשונה. אי לכך, לא נכרת חוזה.

* מה היה קורה אם שתי ההצעות היו מגיעות באותו הרגע? **לפי סעיף 3ב', משום שמדובר בהצעה בלתי חוזרת, אם ההצעה הבלתי חוזרת והודעת החזרה מימנה מגיעות בו זמנית לניצע, ההצעה היא הגוברת על הביטול (הפוך מסעיף 10)!**
* מה היה קורה אם תשובה היה מסכים להתייחס להצעה הטלפונית הראשונה? בר-נתן לא יכול היה לחזור בו עוד מההצעה, שכן מדובר בהצעה בלתי חוזרת.
* מה קורה אם הצדדים קבעו בחוזה כי כל ההודעות היו צריכות להיות בדואר רשום? התשובה הפורמלית במקרה כזה, היא כי ההצעה הראשונה היא התופסת, למרות הודעת הביטול הטלפונית. למרות זאת, בפ"ד של ברק יש היסוס בנוגע לתוצאה זו. יש פה עניין של תום-לב, משום שתשובה ידע על החזרה מההצעה (בטלפון). הניצע יודע בפועל שיש הצעה שהוא לא ידע ולא מכיר אותו, והמציע עצמו מתחרט וחוזר בו מההצעה הראשונה. לפי ברק, היתפסות של הניצע לכללים הפורמליים עשויה להיחשב כתום-לב. אם בפועל נודע לניצע כי המציע חוזר בו מההצעה, מה ההיגיון להפעיל את החוזה על המציע? מצד שני, מדוע דין פנים מול פנים איננו כדין ההודעה הטלפונית

סעיף 9 – "קיבול של הצעה לאחר שפקעה, כמוהו כהצעה חדשה". קיבול הצעה לאחר פקיעתה, שווה ערך להצעה חדשה. הניצע הופך למציע, בכך שהוא משנה בעצם את רכיב הזמן בהצעה (ניתן לשנות רכיבים אחרים בהצעה – סעיף 11 לחוק). היפוכי התפקידים הינם המו"מ.

סעיף 10 – חזרת הניצע מהודעת הקיבול - "הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול או שנודע לו על קיבול בדרך האמורה בסעיף 6(א)". כל עוד המציע לא יודע על הקיבול (כי היא לא הגיעה אליו, או ההתנהגות לא הגיע לידיעתו), הניצע רשאי לחזור בו מהקיבול. מה קורה **כשהקיבול והחזרה מהקיבול מגיעים יחד למציע? במקרה כזה, הודעת החזרה גוברת. אולם בכל מקרה אחר, ההודעה המקדימה (שהגיעה קודם) היא הגוברת.**

**צורת החוזה –**

האם יש צורך שחוזה יעשה בדרך מסוימות, על מנת שיהיה לו תוקף?

השוללים יטענו –

1. לפי עקרון חופש החוזים לצדדים יש חופש לקבוע את תוכן החוזה ופרטים מסוימים. אי לכך, לצדדים יש גם חופש לעצב את צורת החוזה כרצונם.
2. יעילות, זרימה של חיי מסחר. כשהכללים הפורמליים מורכבים, רצוי שיהיה עו"ד בעת כריתת החוזה. זה מסבך את העניין ומייקר את העלויות. ללא עו"ד, כשהחוזה לא נוח לאחד הצדדים, יהיה לו קל למצוא פגם פורמלי בחוזה ולהשתחרר מימנו. יש חסרונות לא מעטים בדרישה לצורה פורמלית.

מנגד, ישנם יתרונות ברורים לדרישת הצורה הפורמלית -

1. הבטחת רצינות המתחייבים, העדה על גמירת דעת, הנחוצה לצורך כריתת חוזה. אם יש ריטואל פורמלי שצריך להתקיים (מסמך בכתב), לעלות את ההסכמות על כתב ואף לחתום עליהם, אנו בטוחים כי הייתה גמירת דעת. אם טרחנו לעלות את ההסכמות על הכתב, ברור שאין מדובר בהתחייבות חפוזה, ללא גמירת דעת.
2. יתרון במישור של דיני הראיות – למסמך יש חשיבות הוכחתית, ראייתית. קשה להוכיח חוזה בהיעדר מסמך כתוב.
3. במישור הפרשנות – כאשר אנו מסכימים ביננו בעל פה, אין הקפדה על האופן בו הדברים מנוסחים. אי לכך, קשה לפרש את כוונת הצדדים. אם אנו מעלים את המוסכמות על מסמך כתוב, ניתן לפרשם ביתר קלות. מכיוון שאנו נזהרים ומנסחים בקפידות את המוסכמות, הקשיים הפרשניים יהיו מצומצמים בהרבה.

בשל היתרונות והחסרונות של שתי הגישות, בשיטות המשפט השונות, אנו נמצא את שתי השיטות. יש לבחון מה הכלל ומה החריג ע"פ כל שיטת משפט? בשיטות משפט עתיקות יותר – הגישה שהתקבלה הייתה הדרישה לצורה פורמלית של חוזה, החריג – הכרה במנהג הסוחרים, למשל. בשיטות משפט מערביות מודרניות, נמצא את הגישה ההפוכה, העיקרון הכללי יהיה – אין דרישה לצורה פורמלית, אולם בנסיבות מיוחדות קיימת דרישה לצורה פורמלית (חוזי מקרקעין, למשל).

במשפט הישראלי, העיקרון מצוי בסעיף 23.

סעיף 23 – "חוזה יכול שייעשה בעל פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים". אין דרישה פורמלית לצורה מסוימת של חוזה, אלא אם יש בחוק מסוים דרישה כי צורה מסוימות תהיה תנאי לתוקפו של החוזה. חוזה יכול להיות בכל צורה, אך בחוקים מסוימים קיימת דרישה צורנית ביחס לסוג חוזה מסוים.

חוק הגנת הצרכן – ישנה תקנה בחוק, המגדירה באופן ברור את צורת הכתב בחוזה. זוהי דרישת צורה מאוד מפורטת.

חוק הסכמי ממון בני בין זוג – יש דרישה שההסכם יהיה בכתב ויאומת (חותמת) ע"י רשם נישואין.

חוק חוזה ביטוח – דרישה להבלטת תנאים מסוימים.

**דרישת כתב מהותית ודרישת כתב ראייתית-**

אם נבדוק, נגלה ע"פ הפסיקה כי דרישות הכתב בחוזים השונים נחלקות ל-2 סוגים:

1. דרישת כתב מהותית – אם לא קוימה, אין תוקף לחוזה. זהו תנאי לתוקף החוזה.
2. דרישת כתב ראייתית – אם לא קוימה, לא ניתן להוכיח קיומו של חוזה בבימ"ש במקרה של סכסוך. כאשר צריך להוכיח את קיומו של ההסכם בבית משפט צריך להראות את החוזה אבל לא נוגע לגביי המהות של עשיית חוזה. הדרישה לא נוגעת לתוקפו של החוזה, אלא מטילה מגבלות על אופן ההוכחה.

ההבדל הבסיסי בין הדרישות הוא– כאשר בחוק קיימת דרישת כתב מהותית (דוגמה - סעיף 8 לחוק המקרקעין), המשמעות היא כי אם החוזה נעשה בעל פה, אין לו תוקף. דרישת הכתב שייכת לתחום המהותי במובן זה שהיא היא מצטרפת כדרישה נוספת לדרישות של פרק א' בחוק החוזים, כדי שהחוזה יהיה תקף. הדרישה למסמך כתוב היא אחת התנאים הנדרשים לכך שהחוזה יהיה תקף. דרישת הכתב הראייתית נוגעת לענייני הוכחה בלבד, ולא לדין המהותי, הדרישה איננה חלק מהדין המהותי של החוזה. אם יהיה סכסוך, ללא חוזה כתוב יהיה קשה להוכיח את תוקפו של החוזה בביהמ"ש.

האם להבחנה הזו יש ערך מעשי? לכאורה, אם אין סכסוך בין הצדדים, אין זה חשוב שהחוזה לא נעשה בעל פה. העניין לא מגיע לפתחה של מערכת המשפט. לכאורה, במבט ראשון, ההבחנה התיאורטית לא באה לכדי ביטוי מעשי. גם בהינתן סכסוך, לכאורה, ההבחנה איננה משמעותית, משום שהתובע לקיום החוזה יפסיד בשני המקרים.

אך אין זה נכון בפועל. במקרה ואין סכסוך בין הצדדים, כאשר אין הפרה, ביצוע של חוזים מסוימים מחייב היזקקות לפרוצדורת מנהליות, לא כל חוזה יכול להתקיים ללא עזרה מנהלית. הצדדים לא יכולים להשלים בעצמם את החוזה, הם זקוקים למערכת מנהלית. אם דרישת הכתב מהותית – תבוא לידי ביטוי דרישה הצורה ע"י השופט. אם יש דרישה כתב מהותית – התובע יפסיד. כאשר דרישה הכתב ראייתית, אין כל בעיה, השופט מקבל את תוקפו של החוזה. על כן קיימת חשיבות להבחנה בין הדרישות. לעיתים יובילו לאותה תוצאה, אך בפעמים אחרות התוצאות עשויות להיות שונות.

הפסיקה במהלך השנים גזרה שני הבדלים נוספים:

1. העיתוי של יצירת המסמך - דרישת כתב מהותית, משום שנוגעת לתוכן החוזה, צריכה להתקיים בכריתת החוזה. המסמך הכתוב צריך לגלם את החוזה בגופו. בדרישת כתב ראייתית, אין הכרח שהמסמך הכתוב יהיה החוזה, בעצמו החוזה יכול להיעשות בעל פה, ובלבד שיהיה מסמך כלשהו. יכול שהמסך יעשה לאחר כריתת החוזה. למשל, קבלה, מכתב שהוחלף בין הצדדים.
2. היקף המסמך הכתוב – בדרישת כתב מהותית הדרישה (גרוסמן נ' בידרמן) היא כי כל פרטי החוזה צריכות להימצא במסמך הכתוב, משום כי הוא החוזה, הסכמות בעל פה אינן תקפות. לעומת זאת, בדרישת כתב ראייתית, אין הכרח, המסמך צריך להעיד על כך שנכרת חוזה – מספיק ראשית ראיה בכתב, פיסת כתב, שתוכיח את קיום החוזה. דוגמה – מסמך בו נכתב כי נכרת חוזה ופרטיו יסוכמו בעל פה.

איך יודעים מתי הדרישה מהותית או ראייתית?

בד"כ דרישות הכתב בחוק מופיעים בצורה לקונית לחלוטין, לא כתוב אם היא מהותית או ראייתית. החוק, בד"כ לא יקבע במפורש אם הדרישה מהותית או ראייתית. התשובה טמונה **בפרשנות של הוראת החוק**, מהי מטרת החוק/כוונת המחוקק. "תורת הפרשנות השולטת היא הפרשנות התכליתית" – מה התכלית העומדת ביסודו של הטקסט המשפטי, או במקרה זה הוראת החוק? מטרת המחוקק תסווג לנו את דרישת הכתב. האם המטרה קשורה לבעיות בענייני הוכחה או בנוגע לעניין מהותי? **בפ"ד גרוסמן נ' בידרמן**, השופט זוסמן מציג את הדרישות הקיימות ואת מטרותן. אם המטרה העיקרית נוגעת לעניין מהותי, כגון הרצון למנוע התחייבות חופזה והרצון להגן על צד חלש, הדרישה לכתב מהותית.

בפ"ד זה, ישנן שיטות פרשנויות ישנות, שלא משתמשים בהם כיום, כגון השוואה בין ס' 7 לחוק המקרקעין לס' 8 לאותו חוק. כיום הפרשנות הינה פרשנות תכליתית – תכלית מהותית או ראייתית.

* סעיף 23 מתייחס בחורג מימנו לדרישה המהותית בלבד, דהיינו בנוגע לתופו של החוזה. דרישות הצורה המהותיות, דרישה הצורה עליה יש הכי הרבה פסיקה, היא זו שבסעיף 8 לחוק המקרקעין. כל ההלכות המשמעותיות, נקבעו על גבו של סעיף זה. מנגד, הדרישה הראייתית החשובה ביותר הוא בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה העותומני, לפיו כל חוזה שיש נוהג לבצעו בכתב, אזי קיימת דרישת כתב ראייתית. הדרישה הראייתית נוגעת לדיני הראיות.

ההלכה בפסיקה בנוגע לסעיף 8 לחוק המקרקעין (רלוונטי גם ליתר הדרישות המהותיות):

רוב הפסיקה בעליון, היוצרת תקדימים, מתייחסת לסעיף חוק זה. הסיבה היא משום שעסקת מקרקעין היא עסקה מאוד נפוצה. בנוסף, זוהי עסקה שהשווי הכספי שלה מאוד גבוה, הצד שהפסיד ינסה את מזלו בביהמ"ש העליון. ההלכות ביחס לסעיף 8, הינן הלכות כלליות, הן עוסקות בדרישות כתב מהותיות בכלל, על כן זה רלוונטי לדרישות כתב מהותיות בכל סעיפי החוק השונים, ולא רק בעסקאות מקרקעין.

ס' 8 לחוק המקרקעין – "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב".

* ברוב שיטות המשפט המערביות המודרניות, חוזי מקרקעין מחייבים כתב. בחלק הדרישה היא מהותית ובחלק היא רק ראייתית. עסקת המקרקעין נתפסת כשונה מכל עסקה אחרת, בגלל המשמעות הכלכלית הניכרת הכרוכה בעסקה זו, הקשר המיוחד בין אדם למקרקעין, הזיקה והמיוחדות שבנכס מקרקעין, ישנה כמות ידועה ומוגבלת של נכסי מקרקעין, לכל נכס מקרקעין תכונות ומאפיינים יחודיים.
* דרישת הכתב בס' חוק זה חלה על עסקת מקרקעין. עסקה המקרקעין מוגדרת **בס' 6 לחוק המקרקעין**. זוהי התניה רצונית של בעלות או זכות אחרת במקרקעין. ישנן 5 זכויות במקרקעין - **בעלות** (זוהי זכות הקניין האולטימטיבית והשאר נגזרים ממנה), **שכירות** (זכות להחזיק בנכס לזמן מוגבל), **משכנתא**, **זיקת הנאה** (זכות לעשות שימושים מסוימים, מבלי להחזיק בנכס) **וזכות קדימה** (מתחייבים להציע קודם לשותף שלך לקנות). הקנייה של אחת מזכויות אלו נחשבת לעסקה במקרקעין, העברה של הזכות מתבצעת במרשם (רישום). עסקת המקרקעין נעשית בשני שלבים – התחייבות להקנות זכות מקרקעין כלשהי, זהו **החוזה**. בשלב מאוחר יותר, מתבצע רישום – ביצוע ההתחייבות. כעת, זוהי **עסקה**. **ההתחייבות החוזית להקנות זכות במקרקעין לאדם מוגדרת כהתחייבות לעשות עסקה במקרקעין וחל עליה ס' 8 לחוק המקרקעין.**
* על מה סעיף חוק זה לא חל? ישנם מס' הבחנות:
1. על חוזים שנעשו לפני כניסתו לתוקף של חוק המקרקעין, לא חל חוק המקרקעין. מה היה הדין הקודם? בדין הקודם לא הייתה הוראה ספציפית לעסקאות מקרקעין, אולם הפסיקה קבעה כי קיים נוהג ברור שחוזי מקרקעין נעשים בכתב. דרישת הכתב מקורה בס' 80 לחוק הפרוצדורה העותומני. אולם, הייתה זו דרישת כתב ראייתית בלבד! כלומר, **על חוזים שנעשו לפני חוק המקרקעין חלה דרישה ראייתית שמקורה בס' 80 לחוק הפרוצדורה העותומנית.**
2. ס' 79(א) לחוק המקרקעין קובע- " ". יש הוראה ספציפית – אם חוזה השכירות הוא לפחות מ-5 שנים, אין דרישת כתב מהותית. עם זאת, ברור לגמרי שלגבי שכירות מקרקעין קצרה, קיים נוהג שעושים אותה בכתב, לכן הדרישה היא ראייתית והיא נובעת מס' 80 לחוק הפרוצדורה העותומנית ולא מכוח ס' 8 לחוק המקרקעין. **על חוזי שכירות קצרים חלה דרישה ראייתית בלבד מכוח ס' 80 לחוק הפרוצדורה העותומנית.**
3. המשפט המודרני מאפשר למכור כל סוג של נכס – מקרקעין, מטלטלין וזכויות. נניח שא' הוא בעלים של מקרקעין. א' מתחייב להקנות בעלות לב'. נכרת חוזה ב1.1, לפיו הנכס יועבר ב8.1. ב' מעביר את הבעלות לג' ב4.1. עסקת המקרקעין בין ב' לג' טעונה גם היא מסמך בכתב. אולם, ב' יכול למכור לג' זכות חוזית – זכות לקבל בעלות בנכס מא'. בבוא היום, א' יצטרך לקיים את ההתחייבות כלפי ג', משום שג' הוא בעל הזכות. במקרה כזה, ב' לא מבצע עסקה במקרקעין, אלא מוכר זכות. **על עסקת העברת זכות לא חל ס' 8 לחוק המקרקעין, לכן אין דרישת כתב מהותית.** הרציונל של השופט זוסמן **בפ"ד גרוסמן** הוא הבטחת רצינותו של המתחייב. רצינות של המתחייב (גמירת דעת), שלא יתחייב כלאחר יד. השורה התחתונה היא שהדרישה שבסעיף 8 היא מהותית. הכתב צריך להיות בחוזה עצמו, בגופו, ואחרת הוא לא מקיים את דרישת הכתב לסעיף 8. הרציונל הזה אומר לחול גם בהמחאה זכות, אך בפועל זה לא קורה. בהצעת חוק דיני ממונות, לצד עסקת המקרקעין מחילים את דרישת הכתב המהותית גם על המחאת זכות. כרגע, על המחאת זכות לא חל ס' 8 לחוק המקרקעין ואין דרישת כתב מהותית.

לסיכום, 3 האפשרויות בהן אין דרישת כתב מהותית מכוח ס' 8 לחוק המקרקעין הן:

1. שכירות של פחות מ-5 שנים.
2. העברת כתב זכויות מב' לג'.
3. חוזים שנכרתו לפני שנת 69.

**מפ"ד גרוסמן ובידרמן**, ניתן להפיק 2 תובנות –

1. האופן שבו ביהמ"ש מברר אם מדובר בדרישה מהותית או ראייתית.
2. ע"פ הבירור הזה, דרישת הכתב בס' 8 לחוק המקרקעין היא דרישה מהותית.

אך לא דנו בשאלות כגון מהו היקף דרישת הכתב? האם קיים צורך בחתימה על המסמך? הסיבה – התברר שבעצם החוזה נכרת בעל פה, הצדדים הסכימו שהחוזה יועלה על הכתב לאחר מיכן, תהא פרוצדורה טכנית שהצדדים יחתמו על החוזה. המסמך רק שיקף חוזה שכבר נעשה ביניהם בעל פה. אם זוהי הטענה והקביעה של הפסיקה היא שהדרישה בס' 8 לחוק המקרקעין היא דרישה מהותית, מה זה משנה אם צריך מסמך ארוך או קצר, עם חתימה או לא? הרי שלא נעשה מסמך בכתב, המסמך הוא רק תרשים של מה שהוסכם בעל פה. לפי הדרישה המהותית, נדרש שהחוזה עצמו יעשה בכתב. עו"ד של גרוסמן טען כי נעשה חוזה בעל פה, והמסמך הוא עדות לכך. כלומר, המסמך עונה לדרישה ראייתית. הוא לא ידע בכלל שהדרישה היא דרישה מהותית, משום שזה נקבע רק בפ"ד זה. הוא ידע כי קיימת דרישה ראייתית בלבד, לפי חוק הפרוצדורה העותומני. הוא הניח שלחוק המקרקעין החדש לא שינה את הדרישה הקיימת.

היקף דרישת הכתב-

**בפ"ד קפולסקי** – "טוען המערער בכתב התביעה המתוקן שלו.." – בתחילה, המערער השתמש במסמכים כדי להוכיח את החוזה (דרישה ראייתית). בתיקון הוא טען כי המסמכים שצרף הם החוזה (דרישה מהותית). התעוררה שאלה בדבר היקפה של דרישת הכתב? לפי ביהמ"ש, הצדדים לא כפרו בהלכה של גרוסמן נ' בידרמן, הם הבינו כי דרישת הכתב מהותית. המחלוקת – פירוש ההלכה, האחד בצורה מקלה והשני בצורה מחמירה. **עו"ד של קפולסקי** – הדרישה מהותית, אך היקף הדרישה (אין מענה בפ"ד גרוסמן) לא השתנה לעומת ס' 80 לחוק הפרוצדורה, כלומר מספיקה פיסת כתב המעידה על החוזה. **עו"ד של גני גולן** – אין מדובר רק בהבדל בעיתוי, יש הבדל גם בהיקף הדרישה – כל הפרטים המהותיים צריכים להיות במסמך. ביהמ"ש מקבל את טענת גני גולן. **גם אם המסמכים מהווים חוזה, ביהמ"ש מקבל את טענת גני גולן, כי יש צורך שכל הפרטים יופיעו.** **ביהמ"ש מתווה מדיניות לכל המערכת ולא רק פותר סכסוכים. הוא מעדיף "לעצום עין" ולקבל את היותם של המסמכים כחוזה, על מנת לדון בשאלת היקף הדרישה, בשביל למנוע התדיינויות בעתיד.** זוהי הקשחה של הדרישה המהותית – כל הפרטים צריכים להופיע במסמך הכתוב.

מחיבור ההלכות של גרוסמן וקפולסקי נובע כי ישנה דרישת צורה מהותית, בלעדיה אין תוקף לחוזה. אולם, זוהי דרישת צורה מהותית שקשה לקיים אותה, דרישה מורכבת. אם הצדדים לא מכניסים הרבה מאוד פרטים, דרישת הצורה אינה מתקיימת. הבעיה בעניין המסוימות מתרחשת גם במקרה זה – עניין טכני שקל להשתחרר מהחוזה בגינו. בדומה למגמה בעניין המסוימות, גם בנוגע לדרישה המהותית חל ריכוך בדרישה המהותית. ביהמ"ש מצמצם את היקף הפרטים ההכרחיים לקיום דרישת הכתב, בדומה ליסוד המסוימות. פ"ד הרלוונטי הוא **רבינאי נ' מן שקד** – לפי ברק, בעניין המסוימות ניתן להסתפק בפרטים הגרעיניים, יתר הפרטים ניתנים להשלמה. הוא מוסף ואומר כי פרטים אלה הם הפרטים הדרושים גם לדרישת הכתב. השלמת הפרטים משלימה את החסר ביסוד המסוימות ואת דרישת הכתב. **דרישת הכתב מקבילה בהיקפה לדרישת המסוימות.**

ההבדל בין דרישת הכתב ליסוד המסוימות–

* בהינתן 5 פרטים גרעיניים – אם הצדדים הסכימו על כולם, אך רק חלק מהפרטים הועלו על כתב – יסוד המסוימות מתקיים באופן המינימלי שלו ודרישת הכתב לא.
* מה קורה כשהצדדים הסכימו על פרטים נוספים מעבר לפרטים ההכרחיים, הפרטים ההכרחיים נכנסו למסמך הכתוב, היתר לא. האם מדובר בחוזה? דרישת הכתב המהותית נוגעת לפחות לפרטים ההכרחיים, אך לפי הדרישה **כל הפרטים שהוסכמו** מחויבים לעלות על הכתב. אלא אם ברור שהדברים שהוסכמו בפרטים הנוספים ולא הוכנסו למסמך הכתוב תואמים מבחינת תוכן ההסכמות למנגנוני ההשלמה הנורמטיביים, כלומר ניתנים להשלמה.

אם הפרטים הנוספים ניתנים להשלמה – יש חוזה תקף. אם הפרטים לא ניתנים להשלמה – אין חוזה, כי לא מתקיימת דרישת הכתב, משום שלא כל ההסכמות באות לידי ביטוי על הכתב.

**פ"ד רבינאי** מסמן עבורנו עד היום את הגישה החדשה בנוגע להיקף דרישת הכתב.

האם החתימה היא חלק מדרישת הכתב?

השופט זוסמן בפ"ד גרוסמן משאיר שאלה זו בצריך עיון. שאלה זו חזרה לביהמ"ש בתחילת שנות ה-80, כשבית המשפט היה בעיצומו של תהליך ריכוך דרישת הכתב. כחלק ממגמת צמצום דרישת הכתב, **בפ"ד בוטקובסקי** נקבע כי החתימה איננה חלק מדרישת הכתב. ביהמ"ש קבע כי סעיף 8 לא קובע במפורש שצריך חתימה, לכן אין היא חלק מדרישת הכתב. **יחד עם זאת, כמעט תמיד קובע ביהמ"ש כי כאשר אין חתימה אין תוקף בחוזה, לא בגלל דרישת הכתב, אלא בשל היעדר גמירת דעת!**

הבעיה העיקרית, שבגינה צדדים יכלו להתחמק מחוזים שהם כרתו מתוך גמירת דעת, ע"ס טענות פורמליסטיות – דרישות פורמליות של צורה. הבעיה בא לפתרונה ע"י צמצמום דרישת הכתב, גם מי שאינו מיומן בענייני משפט מסוגל לקיים את דרישת הכתב המצומצמת.

לקראת המחצית השנייה של שנות ה-80, אנו עדים לריכוך נוסף בדרישת הכתב. **פ"ד אהרונוב נ' אהרונוב** – לגברת אהרונוב הייתה דירה. כמה שנים לאחר מיכן היא נישאה לאדון אהרונוב. לא מדובר בנישואים ראשונים לשניהם. לבעל היה סכום כסף שנותר לו ממכירת דירת המגורים הקודמת שהייתה לו. בני הזוג עשו עסקה, לפיה הבעל התחייב להשקיע מהכספים שיש לו כדי לשפץ את הדירה ובתמורה האישה תעביר על שמו מחצית מהזכויות על הדירה, עסקת קומבינציה בין בני זוג. אומנם, בעסקות בין בני זוג לא מקפידים על פורמליות, אך במקרה זה ניסחו מסמך. השיפוץ היה ארוך ומייגע, ונמשך כשנה. מבין השורות, אנו למדים שהתקופה שעברה לא העלתה את רמת האמון בין בני הזוג. הבעל דרש אישור בכתב לקיום ההתחייבות מצדה של האישה – השניים חתמו על מסמך חדש, האישור. לאחר זה מה, בני הזוג הסתכסכו, והאישה זרקה את הבעל מהדירה. הבעל תבע את אכיפת ההסכם. עו"ד של האישה טען כי המסמך לא מקיים את דרישת הכתב המופיעה בס' 8 לחוק המקרקעין. לטענתו, חסרו במסמך שני פרטים שהם חלק מהפרטים הגרעיניים: התמורה ותיאור מדויק של הנכס – אין פירוט מספיק. ביהמ"ש קבע בעניין תיאור הנכס, כי ניתן לברר בעדות שלאישה יש רק דירה אחרת. מבחינה נורמטיבית, זוהי פריצת דרך. עד כה הפסיקה טענה שלא ניתן להשלים את אותם פרטים מהותיים באמצעות ראיות חיצוניות למסמך, אלא רק ע"י מנגנוני השלמה נורמטיביים. במקרן דנן מדובר בהשלמה עובדתית שלא הייתה מקובלת עד כה. בעניין התמורה, לפי ביהמ"ש יש פסיקה קודמת, לפיה אם כל התמורה שולמה, אין זה חשוב מהי וכמה התמורה. די בעובדה שהתמורה שולמה, בכדי שהמסמך יקיים את דרישת הכתב. אולם, אישור העברת התמורה נכתב רק במסמך האישור ולא בהסכם המקורי. ההסכם המקורי כשלעצמו אינו עומד בדרישת הכתב, הפרט החסר לא ניתן להשלמה נורמטיבית (זהו פרט בסיסי/גרעיני) ולא להשלמה עובדתית. ההסכם הראשון לקה בפגם, אבל ההסכם השני תיקן את הפגם. באישור כתוב שכל התמורה שולמה. הוחלט כי האישור יצורף להסכם המקורי. זוהי פריצת דרך נורמטיבית נוספת. הטענה המקובלת בעבר הייתה כי דרישת הכתב צריכה להיות בהסכם הכתב, דהיינו בחוזה. ובמקרה דנן מתקבל מסמך שנחתם לאחר החוזה המקורי. בשני הבעיות הנ"ל, ביהמ"ש השתמש בשני מאפיינים של דרישת הכתב הראייתית והחילם על דרישת הכתב המהותית.

**פ"ד תוקן נ' אלנששיבי** – גברת זקנה הבטיחה לתת במתנה נכס מקרקעין לאחיינה, בתנאי שהוא ידאג לה לעת זקנתה. מתעוררת השאלה בדבר תוקף ההתחייבות כלפי האחיין. המוסכמות הועלו על הכתב, אך לא בצורה פורמלית. בתא המשפחתי לא נהוג לדרוש פורמליות יתרה. השופט בך מתאר את ההשתלשלות של ריכוך דרישת הכתב ואז מסכם את - "נוכל אם כן לסכם כי דרישת הכתב היא מהותית שללא מסמך כתב שמוכיח עסקה בכתב ואי אפשר להוכיח בדרכים חלופיות ואם אין את זה העסקה איננה תקפה". השופט מתאר דרישת כתב מהותית, אך נותן לה מאפיינים מובהקים של דרישת כתב ראייתית. הוא מתאר את הכתב בצורה ראייתית. זוהי לא הלכה, אלא דעת מיעוט.

בשני הפ"ד הנ"ל יש טשטוש בין דרישת הכתב המהותית לראייתית, מוסכם על הבאת ראיות חיצוניות למסמך, ומאפשרים שימוש במסמך מאוחר יותר. המשותף בין פסקי הדין – יחסים בין אנשים קרובים, ומכאן ביהמ"ש רומז לנו שהוא מבין את המציאות. כאשר מדובר על הסכם בתוך התא המשפחתי המצומצם או בין אנשים להם יחסי אמון קרובים, האנשים פחות מקפידים על פורמליות, הם סומכים על מילתו של האחר. במקרה כזה, יש לשים יותר דגש על גמירת הדעת ולהקל עוד יותר על העניין הפורמלי, עד כדי כך שמטשטש ההבדל הפורמלי בין דרישת הכתב המהותית והראייתית. בפסקי דין מאוחרים יותר נקבע כי אין קטגוריה מיוחדת להסכמים שכאלה. לדעת גלברד, יש הבדל בין הרטוריקה לפרקטיקה. בפ"ד קיימת מגמת ריכוך נוספת, אך אין זו מגמה כללית.

**פ"ד קלמר נ' גיא** – בפ"ד זה בוצעה חריגה מההלכה והנוהל הקיים ולמעשה הוכר חוזה שלא היה בו חוזה בכתב. מדובר במקרה קשה שמחייב פתרון משפטי יצירתי. כל אדם בר דעת יחשוב במקרה כזה כי ביטול החוזה בגין הפרת דרישת הכתב איננה הוגנת. במקרה זה לא נעשה מסמך כתוב, בשל שיקולי מס. שיקולי המס הם שיקולים של המוכר, הקונה לא היה ניזוק אם החוזה היה נעשה כמו שצריך במועד. המוכר שכנע את הקונים להסכים לעשות את החוזה בעל פה, כדי להשיג יתרונות מס לעצמו. הרעיון היה, שכאשר הם יגמרו לבנות את שתי היחידות, אז יעשו חוזה. קלמר מכר מחצית מהחלקה בתמורה לבניית שני בתים. העסקה האמתית נעשתה בעל פה, העסקה בכתב תהא שקלמר מוכר להם בית עם מחצית החלקה. קלמר סרב לבצע את ההסכם השני לאחר גמירת הבנייה משום שהמחיר של הקרקע עלה במידה ניכרת. ברור שהוא צריך להחזיר להם את עלויות הבנייה, אך גם אחרי שיחזיר את עלויות הבניה, הוא ישאיר ברווח גדול, כי העלויות השתנו. האם נאפשר לחוטא לצאת מרווח? ביהמ"ש לא מוכן לקבל זאת. **השופט ברק** – ממקרה זה עולה "זעקת ההגינות". השופטים הגיעו לאותה תוצאה, אך יש הבדל בין ההנמקה של דעת הרוב לדעת היחיד של השופט זמיר. דעת הרוב מבססת את הנמקה על חוסר תום לב. **השופט זמיר** לא שוללת את הנמקת תום הלב, אך לא משתמש בה משני טעמים –

1. יש לשמור את טענת תום הלב למקרים קיצוניים ביותר.
2. ניתן להגיע לתוצאה הרצויה לפי ' 8 לחוק המקרקעין עצמו.

השופט זמיר עושה סקירה של ריכוך דרישת הכתב במהלך השנים. דרישת הכתב מאוד רוככה, הוא עושה שימוש במסמכים מאוחרים יותר (כמו באלנששיבי). הוא מספיק כן כדי לומר, כי המסמכים לא באמת נותנים את כל הפרטים הדרושים לעסקת מקרקעין בכלל ולעסקת קומבינציה במקרקעין בפרט. יש עקרון שאוזכר בפ"ד אהרנוב – במקרה והחיוב כבר בוצע, די שיהיה מסמך שמאשר שהחיוב בוצע, בשביל שתוכן החיוב לא יעניין. דהיינו, מספיק אם היה מכתב שמאשר שנבנו הבתים. אבל בפועל, יש בית, האם צריך מכתב שיאשר את בנייתו? כל צעד שכזה הוא נכון ומבוסס על פסיקה קודמת, אך בפועל מגיעים לתוצאה לא סבירה – קיום דרישת הכתב. השופט ברק, המייצג את דעת הרוב, קובע כי יש הבדל בין מסמך כתוב לבית שעומד על מגרש. כתב על דף ובית על המגרש הינם דברים שונים. השופט זמיר מאמץ את דוקטרינת פר פרפורמנס שקיימת בחלק מהמדינות, לפיה אם יש דרישת כתב, והחוזה קוים בפועל, דרישת הכתב מיותרת. בהצעת חוק דיני ממונות, מופיע סעיף (צורת החוזה), לפיו אם נדרשת דרישת כתב מהותית ולא קוימה, אך החוזה קוים במלואו או בחלקו המהותי, דרישת הצורה תראה כאילו קוימה. זוהי דוקטרינה של ריכוך דרישת הכתב ע"י ביצוע בפועל של החוזה, אך זוהי איננה הלכה. דעת הרוב, בראשות **השופט ברק** – "תום לב או כתב, תום לב עדיף". השופט טוען שמגרש איננו דף. צריכים להיות אמתיים, במקרים קיצוניים מהם עולה "זעקת ההגינות", כאשר חוסר תום לב קיצוני של אחד הצדדים גרם לכך שלא תתקיים דרישת הכתב, אם תגרם תוצאה בלתי צודקת בקביעה שהחוזה איננו תקף, ביהמ"ש רשאי לקבוע כי החוזה תקף בשם ההגינות.

**פ"ד שם טוב נ' פרץ** – הוכחה לכך שההלכה שרירה וקיימת, אך מקיימים אותה במקרים קיצוניים.

* הלכת קלמר מיושמת בערכאות נמוכות. ביהמ"ש משתמש בהלכה זו באופן רחב יותר בערכאות נמוכות יותר, בדרישות כתב מהותיות, שמקורן לא בחוק המקרקעין. למה בימה"ש יותר ליברלים במקרים אחרים? התשובה – לערכאות נמוכות קל יותר לעשות דברים שכאלה – ראשית, מדובר בסכומים קטנים, שנית, השופט יודע כי מה שהוא החליט נוגע לצדדים האלה בלבד, בניגוד להחלטת שופט בביהמ"ש העליון שהופכת להלכה ומשליכה על כולם.
* **בפ"ד שם טוב נ' פרץ**, **השופט עמית** מדבר על אפשרויות הריכוך של דרישת הכתב בחוק המקרקעין. במקרה זה החוזה נעשה בכתב, לכן יש לו תוקף. יש בעיה רק בנוגע להוכחה. ניתן להוכיח את החוזה ע"י ראיה משנית. דרישת הכתב במקרה זה קוימה, אך יש בעיה להציג את המסמך – זהו מישור של דיני הראיות.

**זיכרון דברים –**

כשיש זכ"ד, קיימת כוונה ליצר יחסים משפטיים. מדובר בשלב של טרום חוזה (מו"מ) או אחרי כריתת החוזה. זכ"ד יכול להיות חוזה ויכול להיות שהוא לא חוזה. אם הוא לא חוזה, הוא חלק מהמ"מ. שאלה זו מוכרעת כמו בכל מקרה אחר- יש לבחון האם מתקיימים בו הדרישות לתוקפו של חוזה – הצעה וקיבול, בהם מתקיימים יסודות המסוימות וגמירת הדעת, וכן דרישת כתב (אם יש). הכותרת זכ"ד אינה מעלה ואינה מורידה דבר. השאלה היא מהותית – האם זכ"ד, המסמך, חוזה או לא, תלויה באותם תנאים שאנו בודקים לכל מקרה ומקרה, כל זאת בניגוד לדעה הרווחת בציבור. זכ"ד איננו מצב בין חוזה ללא חוזה. הכותרת לא חשובה, אנו בודקים באופן מהותי – מסוימות, העדה על גמירת דעת, תוכן המסמך, רמת הפירוט בו, סוג החיובים, התנהגות הצדדים.

* לפי המציאות הישראלית, כשצדדים עושים חוזה והם לא משפטנים ולא נעזרים בעו"ד, יש נוהג רווח, מציאות חברתית, להכתיר את זה כזיכרון דברים. ברור לצדדים כי אין זה הנוסח הסופי של החוזה, האם זה חוזה? יש מצבים שהצדדים מתכוונים שזכ"ד יהיה בעצמו חוזה ואז הוא חוזה ויש מצבים שלא. הדבר תלוי בכוונת הצדדים.
* "נוסחת הקשר" – סעיף בזכ"ד (לא מחויב להיות) שמדבר על איך הצדדים רואים את היחס בין הזכ"ד לחוזה המפורט שהם רוצים לערוך בהמשך. למשל, "הצדדים מתכוונים לערוך חוזה מפורט בעוד 10 ימים ועד אז הזכ"ד אינו מחייב" – ראיה להיעדר גמירת דעת. כדאי תמיד לשים לב לפסקה זו, אם היא קיימת. אם הצדדים מביעים עמדה, הם יעשו זאת לרוב בסעיף זה, ויקבעו בה לרוב את היחס של הזכ"ד לחוזה העתידי. הרבה פעמים, מדובר **בנוסחת קשר ניטרלית** – נאמר שהצדדים מתכוונים לחתום על חוזה מפורט בעוד שבועיים וטו לא (**פ"ד רבינאי**), בלי מענה על תוקפו של זכ"ד. הדבר מעלה קושי – ניתן לחשוב שאם הצדדים מתכוונים לחתום על חוזה מפורט, אולי הם לא רואים עצמם מחויבים? עצם קיומה של נוסחת הקשר עשוי להעיד על כך שהצדדים לא גמרו בדעתם. השופט ברק טוען כי זוהי חשיבה מוטעית. הסיבה לרצון לעשות חוזה מפורט (מקצועני), היא כי הצדדים יודעים כי עסקת מקרקעין היא עסקת מורכבת וצריך בעל מקצוע שינסח את העסקה. הם רצו לקשור עצמם בהתחייבות מחייבת ולערוך הסכם מפורט בהמשך. קיומה של הנוסחה הניטרלית איננה מלמדת על גמירת דעת או על היעדרה.
* מקרה - הצדדים חתמו על זיכרון דברים, קבעו שיחתם חוזה מפורט תוך 10 ימים. במעמד החוזה המפורט, הם חותמים עליו. החוזה המפורט בולע בתוכו את זיכרון הדברים – תמיד הסכמה מאוחרת גוברת על ההסכמה הקודמת. לזכ"ד יכולות להיות משמעויות בנוגע לפרשנויות. מה קורה אם העסק התפוצץ בעת ההסכם המפורט? יש כאן כמה אפשרויות:
1. כאשר זכ"ד הוא חוזה מחייב – אם הם לא יחתמו על החוזה המפורט, הצדדים יהיו קשורים בחוזה שהוא זכ"ד, משום שהוא תקף ומחייב. הפרטים החסרים יושלמו ע"י השלמה נורמטיבית.
2. אם הזכ"ד איננו חוזה, אלא רק חוזה על תנאי – הצדדים אינם מחויבים.

**מו"מ לכריתת חוזה – חובת תום הלב**

כל המתואר בפרק א' הינו חלק מהמשא ומתן. בין השורות של סעיפים 1-11, מסתתר מו"מ, גם אם לא במפורש. סעיף 12 קובע את נורמות ההתנהגות במו"מ, מהם הכללים המשפטיים החלים על המו"מ. תום הלב במו"מ היה חידוש, הייתה חובת תום לב מאוד מוגבלת, בעיקר ביחס לסוגים ספציפיים של חוזים. בעבר, העיקרון הכללי היה כי כל צד צריך לדאוג לאינטרסים שלעצמו – "יזהר הקונה". חובת תום הלב נכנסה בדלת הראשית לדיני החוזים רק עם חקיקתו של חוק החוזים. המקור ההיסטורי הוא החוק הגרמני (סעיף 242). האם עד לחקיקת חוק החוזים לא היו נורמות משפטיות שחלו במו"מ? ברור שכן. אבל לא הייתה נורמה חוזית מובהקת שיוחדה לשלב הזה. היו הכללים של הצעה וקיבול, אך לא הייתה חובת התנהגות כללית. יחד עם זאת, העילות של פגמים בכריתה נוגעות למו"מ, לשלב הטרום חוזי. היו גם נורמות משפטיות מחוץ לדיני החוזים, בדיני נזיקין למשל קיימות עוולות מרכזיות, עוולת הרשלנות והתרמית.

הסעיף עוסק במו"מ והוא הנורמה המרכזית בנושא זה. הנורמה נקבעת בסעיף א'. סעיף ב' קובע את הסנקציות המוטלות בעת הפרת החובה.

הנורמה –

סעיף 12(א') – "במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב".

סעיף 12 (א') מחייב כל אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. על מי מוטלת החובה? **בד"נ בפנידר נ' קסטור, השופט שמגר** קובע– החובה מוטלת על כל אדם המנהל מו"מ, אפילו אם הוא לא אמור להיות צד לחוזה. כלומר, גם אדם המייצג מישהו אחר. החובה חלה על מי שמנהל בפועל את המו"מ. זוהי חובה כללית ועמומה באופיה.

כשיש שולח שממנה שלוח על מנת שיעשה עבורו איזושהי שליחות כלפי צד שלישי, הכלל בדיני השליחות הוא שהשלוח הוא בסך הכול "ידו הארוכה" של השולח, כל מה שהוא עושה מזכה ומחייב את השולח בלבד, כאילו השולח עשה זאת. השלוח הוא רק אמצעי. **לפי השופט שמגר**, במו"מ לקראת כריתת חוזה אם השלוח מפר את חובת תום הלב, הוא עצמו גם חייב, כי הוא זה שהפר את החובה. זהו חידוש שמשנה את התפיסה הראשונית לגבי דיני השליחות. יש לכך השלכות מרחיקות לכת. במקרה של פנידר, אפשר היה לתבוע את החברה וגם את המנהל! המנהלים חשופים לחבות אישית, בניגוד לדיני השליחות הרגילים אם הם מפרים את חובת תום הלב במו"מ. המסך החוצץ בינו לחברה לא יעזור לו אם הוא מפר את חובת תום הלב.

אם מעיינים בחוק השליחות, השלוח חב חובת נאמנות לשולח. חובת הנאמנות – לקיים את הוראותיו של השולח. אם לא ימלא את ההוראות, יחשב כאילו הפר חוזה כלפי השולח, ולטובתו של השולח יעמדו כנגד השלוח כל התרופות – לתבוע פיצויים, למשל. מה קורה אם השולח ממנה את השלוח לנהל מו"מ ונותן לו הנחיות שהמשמעות שלהם תהיה הפרת חובת תום הלב (למשל – להסתיר מידע כלשהו). בעקבות הלכת פינדר, השלוח מוצא עצמו **בעמדה בעייתית** – אם יפעל לפי הנחיות השולח, הוא מפר את חובת תום הלב כלפי הצד השלישי. הצד השלישי יכול לתבוע פיצויים בגין הפרת חובת תום הלב. מנגד, אם הוא ירצה לנהוג בתום לב, הוא יפר את הנחיות השולח, והשולח יתבע אותו לפי חוק השליחות. הפתרון – הוא חייב לסרב לשליחות. חובת הנאמנות לא תשמש לו כמגן, כטענת הגנה, חסינות, כשיטענו נגדו הפרת חובת תום לב. לכן, הפתרון היחיד הוא לא לקיים את השליחות. הדילמה האמתית בחיים הרבה יותר מורכבת.

לפי סעיף זה, חייב אדם לנהוג בדרך מקובל ובתום לב. ביהמ"ש מראש קבע כי הוא מעוניין להשאירה את הנורמה בגדר נורמה פתוחה, לתת לתשובה להתפתח בדרך של אבולוציה טבעית, להתייחס לנסיבות הספציפיות של כל מקרה. ההנחה היא כי בעתיד ייווצר בסיס נתונים ממנו אפשר יהיה לגזור קווים מנחים שיעזרו לתכנן את הצעדים. יחד עם זאת, הנורמה נשארת פתוחה, אם מחר תתעורר סיטואציה חדשה, ביהמ"ש יכול לקבוע כי חלה הפרה של חובת תום הלב במקרה הספציפי הזה.

* **החובה חלה על כל מו"מ**. כביכול הדבר נראה מובן מאליו. ישנם מו"מ בהם מופרת החובה ונכרת החוזה, אך יש מצבים כי הופרה החובה ולא נכרת החוזה. המקור הגרמני של הסעיף הוחל בעיקר בסיטואציות הפרת החובה מנעה את כריתת החוזה. אצלנו לא קיימת הבחנה כזו, החובה חלה על שני המצבים באותה המידה.

החובה חלה לכל אורך המו"מ. יש מו"מ קצרים (הצעה וקיבול), אך יש מו"מ שעשויים להיות ארוכים מאוד, החלו מפנייה ראשונית (בלי גמירת דעת ומסוימות), ברגע שהאינטרקציה הראשונית נעשית מתוך כוונה ליצור יחסים משפטיים, אנו עוסקים במו"מ. היבטים מסוימים של החובה עשויים להיות בעוצמות משתנות, בהתאם למצב המו"מ (בהתחלה או לקראת סופו). פרישה מהמו"מ בנסיבות מסוימות יכולה להיות ע"י הפרת חובת תום הלב. בשלבים מוקדמים של המו"מ, פרישה מימנו בד"כ לא תחשב כהפרת החובה.

חובה קוגנטית או קוגנטית בעיקרה?

חובת תום הלב היא קוגנטית, לא ניתן להתנות עליה. עד כה, כל הסעיפים הקודמים היו דיספוזיטיביים. הסיבה – עד כה, הסעיפים נגעו ליחסים בין הצדדים בלבד, במערכת יחסים שכזו העקרון החשוב ביותר הוא להעניק לצדדים חופש. החובה לתוה"ל אינה נוגעת רק לצדדים, אלא מכוונת ליצור נורמות חברתיות, שיקולים ציבוריים רחבים יותר. **בפ"ד בית יולס** **השופט שמגר** קבע – חובת תום הלב היא חוברה קוגנטית בעיקרה. מה הכוונה? האם יכול להיות דבר כזה? בפ"ד זה השאלה הבסיסית שעמדה לדיון – האם הפרת חובת השוויון בין משתתפים במכרז פרטי (מכרז בית אבות) מהווה הפרה של חובת תום הלב במו"מ? למרות שהדעות היו חלוקות (2 מול 3), אם מסתכלים על הפ"ד לעומק, יש שם הרבה יותר הסכמה מאי-הסכמה, כל השופטים מסכימים שאם בעל המכרז מתנה מראש שהוא מתחייב לנהוג בשוויון אז הוא חייב לנהוג בשוויון. אך השופטים לא הסכימו בשאלה, מה קורה כשהוא לא מתחייב לכך? שופטי המיעוט טענו כי אם בעל המכרז מתנה שהוא לא מתנהג בשוויון, הוא לא מחויב לנהוג בשוויון. השופטים שמגר וברק, שהיו בדעת מיעוט, טענו כי אם חובת השוויון היא קונקרטיזציה של חובת תוה"ל, ואם ס' 12 הוא קוגנטי אזי שכל החובות הנגזרות מימנו גם כן קוגנטיות. אולם לפי שמגר, החובה היא קוגנטית בעיקרה. לדעת גלברד, ניהול מו"מ סימולטני רב משתתפים ללא שוויון מקובל, בתנאי שכל המשתתפים מבינים שזהו המצב. צריך לחשוב מה פסול בכך שנוהגים שלא בשיוויון במכרז פרטי? הרי כולם מבינים שבמגזר הפרטי לא צריך בכלל לעשות מכרז. הבעיה היא, שכאשר אדם מפרסם מכרז, הוא מייצר ציפייה והסתמכות אצל המשתתפים לשוויון ולכן אם הוא לא נוהג בשוויון, יש מעין מצג שווא. אבל אם מראש הוא מפרסם שלא ינהג בשוויון, דהיינו מסיר מראש את הציפייה, אזי אין כאן הסתמכות ולכן חוסר שוויון לא הופך את המצג הראשוני למצג שווא.

קיימת בעיה של גילוי – אם זהו המצב, צריך להגיד שזה לא באמת מכרז ואין באמת כללי שוויון. ברגע שיש שקיפות מלאה, החלק הלא תקין כבר לא קיים. אין כרסום בקוגנטיות של הסעיף. על היבטים מסוימים אפשר להתנות, כי הם לעצמם לא מהווים התנהגות פסולה. בניגוד למכרז ציבורי שבו מחייבים שיהיה שוויון, במכרז פרטי אין דרישה כזאת. השאלה היא, האם בדרישה לשיוויון אפשר להגיד שזו חובה לתום לב? שמגר וברק טוענים שתום לב הוא בסיס לשוויון. אם חובת השוויון מבוססת על חובת תום הלב, אחת המשמעויות של תום לב הוא שיוויון במכרז פרטי, אז כיצד ניתן להתנות עליה במכרז? על כך שמגר אמר "קוגנטית בעיקרה".

לדעת גלברד, למרות האמירות של השופטים ברק ושמגר, חובת תוה"ל הינה קוגנטית, ולא קוגנטית בעיקרה.

* חובת תוה"ל היא חובה שנבחנת ע"פ **קנה מידה אובייקטיבית** ולא סובייקטיבית. כמו בכל קנה מידה אובייקטיבי, קיימת מידה של סובייקטיביות, לוקחים בחשבון מיהם הצדדים ומאפייניהם. אם כך, ביהמ"ש קובע את רף ההתנהגות. מה המשמעות, אם כן, של דרך מקובלת? ג' שלו חשבה בתחילה כי מדובר בקנה מידה כפול. בהמשך הפסיקה הבהירה כי זה אינו נכון – קנה המדיה הוא אובייקטיבי. עמדת הפסיקה היא שהמילים מיותרות, אין משמעות לדרך מקובלת, ביהמ"ש קובע את רף ההתנהגות. בהצעת חוק דיני ממונות המילים "דרך מקובלת נמחקה".

היחס בין חובת תום הלב לעילות הפגימה בכריתה -

מה היחס בין ס' 12(א') הקובע חובה כללית, לבין העילות הספציפיות של פרק ב' שגם הן מתייחסות לשלב המו"מ? האם כל הפרת חובת תוה"ל הינה פגימה בכריתה? לא. כל הפגמים בכריתה חלים רק כאשר החוזה נכרת, חובת תוה"ל לא בהכרח. אולם כאשר מתקיימת אחת מעילות הפגימה בכריתה, חלה בהכרח הפרה של חובת תום הלב.

מצבים בהם נוהל מו"מ, הופרה החובה ונכרת חוזה – האם הפרת החובה הינה פגם בכריתה? לא בהכרח. יש זיקה הדוקה, אבל ברור שלא כל הפרה של חובת תום הלב הינה פגימה בכריתה. הפגם מאפשר ביטול והשבה, אולם ישנם נזקים נוספים בהם ההשבה אינה מספקת, במקרה זה נצרף את שתי העילות יחד – הפגימה בכריתה והפרת חובת תום הלב (לשם פיצויים).

זיקה מיוחדת קיימת בין ס' 12 לס' 15 – חובת תום הלב והטעיה. זאת מפני שההטעיה יכולה להיות גם ע"י אי גילויי של עובדות, שחובה היה לגלותן ע"פ דין, נסיבות או נוהג. חובת הגילוי יכולה לנבוע מדין ספציפי (חוק המכר וכו') או מדין כללי – סעיף 12 בחוק החוזים. הפרת של חובת הגילוי היא בסיס לעילת ההטעיה (**ספקטור נ' צרפתי**).

**בפ"ד גנז נ' כץ**, קיימת מחלוקת בין שופטי הרוב לשופט קדמי לגבי השאלה הבאה – אם גנז לא מצליח לשכנע את ביהמ"ש שמתקיימים יסודות עילת העושק, האם הוא יכול במקום זה לטעון להפרת חובת תום הלב במו"מ? משאלה זו נגזרת רחבה יותר – האם בסיטואציה בה לכאורה מתקיימת אחת העילות לפגימה, אך לא הוכחו כל היסודות של העילה, ניתן לפנות לחובת תום הלב? העיקרון הוא כי החל מרמת לחץ מסוימת, מצוקה, אנו לא מוכנים לשאת זאת במובן המוסרי. אך מהם מצבי הבינים? מהם המצבים בהם מידת המצוקה/לחץ הוא יותר מההתנהלות הרגילה אך אינם מגיעים לרמה מספק לשם עילת העושק? האם במצבים אלו ניתן לטעון כי הופרה חובת תום הלב? **לדעת הרוב**, לפיה אם לא הגענו למצוקה המתאימה לרמת העושק, לא ניתן לפנות לחובת תום הלב, היו שני נימוקים – ראשית, אם נאפשר זאת, אז בשביל מה אנו צריכים את כל התנאים המחמירים של עילת העושק? ניתן לעקוף אותם ע"י חובת תום הלב (נימוק מהותי). שנית הטענה הזו לא נטענה בביהמ"ש המחוזי, אלא נטעה לראשונה בביהמ"ש העליון (נימוק טכני בלבד). השופט קדמי, **בדעת מיעוט**, טען כי באותם מצבי הביניים ניתן לפנות לחובת תום הלב. הוא מקבל את הטענה, למרות שהוצגה לראשונה רק בביהמ"ש העליון.

מצד אחד, ניתן לטעון, כי קיים הבדל בין העילות – הפרת תום הלב מאפשרת רק פיצויים ולא ביטול. עילת ההטעיה מאפשרת סעד חזק יותר של ביטול כליל של החוזה. יש מדרג תרופתי המצדיק את המדרג העילתי. כנגד זה, ניתן לטעון כי במקרים מסוימים ההבדל בין התרופות הינו תיאורטי בלבד, כמו בפרשת גנז נ' כץ. לעיתים, יש צורך "להשיב שירות מסוים" (שירות שדכנות), ולא נכס/סכום כסף, במקרה כזה משיבים שווי ערך השוק של השירות – 20 אלף דולר עבור השדכנות. אולם, כאשר נפסק על הפרת חובת תום הלב, החוזה אינו בטל, והצד מחויב לשלם פיצויים. התוצאה במקרה זה זהה – תשלום של 20 אלף דולר. מבחינה מעשית, נכון לומר כי קיים הבדל תרופתי, אולם באותם מצבים בהם הביטול אינו מאפשר השבה של ממש (אלא השבת שווי הערך), לא יהיה הבדל מעשי בד"כ בין הביטול וההשבה לפיצוי.

העמדה הכללית בפסיקה היא, שכשיש עילה ספציפית ועילה כללית, ולא מצליחים להוכיח את העילה הספציפית, אין מניעה לפנות לעילה הכללית. לכן, לדעת גלברד אין הגיון לטענה ההפוכה הקיימת בגנז נ' כץ, לפיה לא ניתן לפנות לעילה הכללית. אין הצדקה לאפשר פגיעה ע"ס מצוקה שהיא עד לרמה של עושק.

מצבים קונקרטיים שנחשבו ע"פ הפסיקה כמפרים את חובת תום הלב –

בבסיס הנורמה נשארת נורמה פתוחה, היא מאפשרת שיקול דעת, אין מדובר ברשימה סגורה בלבד. מדובר במצבים אופייניים, אך לא בלעדיים. למשל, אם יהיו בעתיד שינויים בעולם הטכנולוגי והמסחריים יתכנו מקרים חדשים בהם יהיו חוסר תום לב.

* חובת הגילוי - דוגמה מובהקת להפרה של חובת תום הלב. זוהי חובה מובהקת הנגזרת מחובת תום הלב. עניין זה השתנה בעקבות חקיקתו של ס' 12 וחל בפ"ד **ספקטור נ' צרפתי**, למשל. חובה זו לא חלה בכל מצב ולא על כל מידע? מתי כן? האם זה קשור בלבד ליכולת של הצד השני להשיג את המידע או לא? לפי ספקטור נ' צרפתי, התמונה היא לכאורה שהוויכוח הוא האם המידע הוא כזה שצרפתי יכול היה להשיג בעצמו או לא. יש פ"ד שמרחיבים את חובת הגילוי ויש כאלה שמצמצמים אותה. בפועל, הכוון אינו תלוי במשתנה יחיד ובקריטריון אחד (האם המידע נגיש או לא), אלא בכמה קריטריונים, לכן קשה לנו לצפות את התוצאה בכל מקרה ומקרה. הקריטריונים המשחקים תפקיד:
1. סוג החוזה – יש הבדל בין חוזה שהוא ביזנס טו ביזנס, חוזה בין פרטים וחוזה בין עסק מסחרי לצרכן. היקפה של חובת הגילוי בחוזים צרכניים תוטל חובת גילוי רחבה יותר על הביזנס, לעיתים היא קבועה בחקיקה ספציפית. הפיקה נוטה להרחיב במקרים אלה את חובת הגילוי בשל הצדקות מוסריות ויעילות, הצד בעל המומחיות צריך להעביר את המידע (לא קיים בין שני עסקים). **בפנידר נ' קסטרו**, **השופט שמגר** מציג את העמדה המרחיבה – יש חובה לגלות מידע, גם אם מדובר במידע שהצד השני יכול היה להשיג. אך במקרה זה דובר היה עסקה צרכנית.
2. טיב היחסים – אם יש יחסי אמון בין הצדדים, קיימת הסתמכות רבה יותר של כל אחד על השני, לכן לרוב תוטל חובת גילוי רחבה יותר, משום שזוהי הצפייה הלגיטימית. פ"ד העוסקים בהטעיה בין בני זוג.
3. מוכר מול קונה או להיפך.
4. סוג המידע ואופיו – ככל שמידע נגיש יותר, כך חובת הגילוי שתוטל תהא מצומצמת יותר. יש סוגים של מידע שלא מקובל לגלותן- מידע שהצד השני השקיע מומחיות ומאמץ מכוון להשיגו, מידע שלא מקובל להציג בעסקאות מסחר מסוימות. בספקטור מול צרפתי מידע פומבי, ובפנידר מול קסטרו אז המידע היה פנימי (רק הוא ידע שהחברה עומדת להיסגר).
5. נסיבות מיוחדות – דוגמת **קינסטלינגר נ'** – הוטלה חובת גילוי על הקונה ולא על מוכר, בחוזה שאינו צרכני, בין צדדים זרים. הדגש במקרה זה היה על הנסיבות המיוחדות – הוא זה שיזם את העסקה, מדובר בגברת זקנה שגרה בארה"ב והייתה מנותקת לחלוטין מהארץ.

**בפ"ד ספקטור נ' צרפתי** – הוויכוח בין השופטים אשר ולנדוי אינו וויכוח עקרוני, אלא על שקלול של הפרמטרים, היינו מי נותן יותר משקל לאיזה קריטריון. **השופט לנדוי** שחושב שאין חובת גילוי במקרה זה, טוען כי מדובר בחוזה מסחרי רגיל, אין סיבה להטיל חובת גילוי רחבה מידי בחוזים אלה. צרפתי עצמו קבלן, לכן עליו לבדוק בעצמו. **השופט אשר** שם דגש על הנסיבות המיוחדות – צרפתי כבר עשה עסקאות באזור זה, כל החלקות היו זהות. חל שינוי בעקבות תוכנית המתאר, למה צרפתי צריך לבדוק שוב? הוא מכיר את הנוהל של תוכנית המיתאר, כל אדם אחר היה בודק את אפשרויות הבנייה השונות, צרפתי לא עשה זאת דווקא בשל עודף המומחיות שלו, שכן ידע על אפשרויות הבנייה השונות. אין מדובר בהבדלי תפיסה/עקרונות בין השופטים, אלא על איזה קריטריון לשים את הדגש – השופט לנדוי שם דגש על סוג החוזה והשופט אשר שם דגש על הנסיבות המיוחדות.

**חובת תוה"ל בפרישה מהמ"מ - פ"ד פנטי נ' יצהרי** – הסירוב לחתום על החוזה במקרה זה מהווה הפרה של חובת תום הלב. הפרישה מהמו"מ גם צריכה להיעשות בתום לב. בד"כ מותר להפסיק מו"מ, זה לגיטימי. אך אם מדובר במו"מ ארוך ומתמשך (הצדדים אולי וויתרו על אלטרנטיבות אחרות), צד שרוצה לפרוש מהמו"מ צריך להציג סיבות ענייניות, הוא לא יכול לעשות זאת מרצון קפריזי בלבד. לרוב, הפרישה מהמו"מ אינה נחשבת כהפרה של חובת תוה"ל. בפסקה 8 לפ"ד **השופט ריבלין** קובע: "פרישה בתום לב היא פרישה המודרכת על-ידי שיקולים ענייניים הנובעים ממהות העסקה, מהתפתחות המשא-ומתן ומעמדות הצדדים לו" (ג' שלו דיני חוזים [2], בעמ' 57). "שאלת תחולתו של סעיף 12 ל[חוק החוזים (חלק כללי)](http://www.pador.co.il/PadorGSA/PadorGoogleSearch//SearchResults.aspx?mode=docLink&searchText=%d7%97%d7%95%d7%a7+%d7%94%d7%97%d7%95%d7%96%d7%99%d7%9d+(%d7%97%d7%9c%d7%a7+%d7%9b%d7%9c%d7%9c%d7%99)&linkType=1&f=90) על מקרה של הסתלקות ממשא ומתן טעונה גם בירור עובדתי. בבירור כזה יש להתחשב בכלל נסיבות העניין, ובייחוד בשאלה, לאיזה שלב הגיע המשא ומתן בין הצדדים; שכן ככל שהצדדים קרובים יותר ליצירת הקשר החוזי, מצפים מהם להציג סיבה ברורה יותר להצדקת פרישה מן המשא ומתן...".

**יהיו מצבים, שבהצעה רגילה המציע לא יוכל לחזור בו בנק' האל-חזור הרגילה ואף לא לפניה. מתי? אם ההצעה היא סופו של תהליך ארוך של מו"מ, המציע לפי סעיף 3 יכול לחזור בו, אך לפי סעיף 12 הוא לא יכול לחזור בו ללא סיבה עניינית. אפשרות החזרה שלו נחסמת במקרה זה גם לפני נק' האל-חזור, שכן הוא מחויב לסיבה עניינית.**

* הכניסה למו"מ חייבת להיות על מנת להתקשר בחוזה – אם לא קיימת כוונה להתקשר בחוזה, מופרת חובת תום הלב. אבל אם מראש יש כוונה שלא לכרות חוזה, יש כאן בזבוז זמן של הצד השני ומכאן הפרה של חובת תום הלב (למשל – צד אחד רק מעמיד פנים שבכוונתו לכרות חוזה, כדי להלחיץ את הצד השני ולגרום לו לכרות חוזה עם צד שלישי, מתוך תכנון בין הצד הראשון לצד השלישי).
* טקטיקות פסולות - **פ"ד זוננשטין נ' גבסו –** ניהלו מו"מ ארוך וממושך על עסקת מקרקעין, ברגע האחרוןנותר רק לעלות את ההסכמות על הכתב, כמקובל בעסקת מקרקעין. הועלתה דרישה שהתשלום יועבר "מתחת לשולחן", חלק מהסכום לא ירשם בחוזה. האם הייתה פה הפרה של חובת תוה"ל במו"מ? **השופטת בן פורת** –זוהי דרישה שהמוכר העלה והקונה לא הסכים ובכך הסתיים המו"מ. **לפי השופט ברק**, אם אלו הן העובדות, מדובר בהפרה של חובת תוה"ל במו"מ. הוא שם דגש על העובדה כי המוכר ידע מההתחלה כי זה מה שהוא רוצה לעשות. הוא ידע כי זה עשוי לטרפד את העסקה. זוהי בעצם מניפולציה של המוכר, להעלות דרישה בעייתית בסופו של המו"מ. יש שיאמרו שזוהי **טקטיקה לגיטימית של מו"מ**.בפ"ד זה השאלה הזו לא הוכרעה.
* **שאלת השוויון במשפט הפרטי, האם עקרון תוה"ל מטיל חובת שוויון? - פ"ד בית יולס**- בפ"ד זה ניתן למצוא עוד מקרה שבו פרישה מהכריתה מהווה הפרת חובת תום הלב. פסק הדין עסק בשאלה – האם חובת השוויון מהווה הפרה של חובת תוה"ל? המילה מכרז טומנת בחובה שוויון, זה כל הרעיון מאחורי מכרז. המכרז הוא אחד הדריכם לניהול חוזים ציבוריים, בעניין זה קיים חוק חובת מכרזים. הרשות הציבורית, גופי הממשל למיניהם, חייבת לפעול בשוויון, משום שהמשאבים שלה הם של הציבור. הדרך לנהוג בשוויון היא ע"י מכרז. לעומת זאת, במשפט הפרטי העיקרון המרכזי הוא חופש החוזים וחופש הקניין. מה קורה כשאדם פרטי מחליט לעשות מכרז? דעת הרוב קבעה כי אין חובת שוויון במכרז פרטי, בהיעדר התנאה ספציפית לעומת זאת, **בפ"ד קל בניין הראשון**, ביהמ"ש טוען הפוך, גם במקרה זה היה מכרז פרטי, אך ביהמ"ש קבע כי הופרה חובת השוויון והשיב את התביעה לביהמ"ש המחוזי לדיון על הפיצויים.

**בפ"ד בית יולס** נקבעה הלכה, לפיה במכרז פרטי לא חלה חובת שוויון., בהיעדר התניה אחרת. בתחום המשפט הפרטי צריך לגבור העיקרון של חופש החוזים וחופש הקניין. בתחום המשפט הציבורי קיימת חובת שוויון.

בין פסקי הדין הנ"ל, מעניין לבחון את **פ"ד קסטנבאום נ' חברת קדישא** (האם חלק מהעקרונות במשפט הציבורי חלות גם במשפט הפרטי?), העוסק במצבות – חוזה של חברת קדישא שאוסר על בני המשפחה לכתוב כיתוב לועזי על גבי המצבה. האם התנאי תופס? בפ"ד קודמים שעסקו באותה השאלה, ביהמ"ש הפעיל דוקטרינות חוזיות נקודתיות – מדובר בתנאי מקפח בחוזה אחיד ולכן ניתן לבטלו. בפרשת קסטנבאום, ניתן היה לפתור את הסכסוך באותה הדרך. **השופט ברק** טוען כי ניתן לפתור את הסכסוך ע"פ חוק החוזים האחידים, אך זהו פתרון נקודתי מידי. חברת קדישא היא חברה דו-מהותית, לכן חלות עליה חובות גם מתחום המשפט הציבורי, על כן יש להתערב. אך מה היה קורה אם היא הייתה גוף פרטי למהדרין? לדעת ברק, התוצאה הייתה זהה, הנימוק – במשפט הפרטי פזורות נורמות משפטיות שהן נורמות בעלות מרקם פתוח, לא קונקרטיות, המחוקק משאיר שיקול דעת לשופט. במקרה זה דובר על תקנת הציבור. הס' סותר את תקנת הציבור, לכן הוא בטל. זוהי נורמה פתוחה, לכן הוא ממלא אותה בתוכן, בין היתר ע"י כך שהוא מזרים למשפט הפרטי עקרונות יסוד מהמשפט הציבורי. עקרונות יסוד אלה הופכים לעקרונות יסוד של כל המשפט, ולא רק של המשפט הציבורי. לכן, בעצם השופט מזרים לתוך תקנת הציבור את העיקרון של כבוד האדם, לכן הס' המדובר בטל.

הנורמה המרכזית ביותר במשפט הציבורי היא השוויון. אמירתו העקרונית של ברק, קובעת כי הנורמות הבסיסיות של המשפט הציבורי זורמות למשפט הפרטי דרך הנורמות הפתוחות. הנורמה הכי פתוחה במשפט הפרטי היא חובת תוה"ל והנורמה הבסיסית ביותר במשפט הציבורי היא השוויון. על כן, ברור כי עקרון השוויון יזרום למשפט הפרטי דרך חובת תוה"ל. **בפרשת קל בניין**, ברק ושמגר מנסים להפוך את הלכת בית יולס. בפ"ד קל בניין הופרה חובת שוויון במכרז פרטי (קבלת הצעה ממציע שלא השתתף בכלל במכרז). חרף הפסיקה, מבחינה מעשית, לא כל כך מהר משנים הלכה בדיון נוסף. בפועל, הלכת בית יולס שונתה כבר בפ"ד קסטנבאום.

המכרז כשלעצמו יוצר ציפייה לשוויון, וכאשר מתנהגים אחרת, מופרת החובה לשוויון.

האם במשפט הפרטי אנו צריכים לפרש את ס' 12, בצורה הקובעת כי קיימת חובת שוויון? האם חלה חובת שוויון במשפט הפרטי הנובעת חובת תוה"ל? התשובה איננה פשוטה, ישנן גישות לכאן ולכאן. ישנם שתי גישות, אולם בפועל לא ניתן לשלול קביעה זו.

1. לא קיימת חובת שוויון, העקרונות החשובים במשפט הפרטי הם חופש הקניין, חופש החוזים.
2. כן קיימת חובת שוויון, על סמך לגישתו של ברק בקסטנבאום, יכול להיות שקיימת חובת שוויון במו"מ.

עד לפני 30-40 שנה, התשובה הייתה נחרצת – אין שוויון במשפט הפרטי. כיום, התשובה פחות נחרצת. ישנם תחומים מסוימים, בהם מוסדרת חובת שוויון ספציפית בדין. חובת השוויון חלה בעיקר בתחומים שבאופן מסורתי המדינה אמורה לספק אותם, צרכים קיומיים ובסיסיים. אולם, כיום חלק מהתחומים הללו מסופקים ע"י הסקטור הפרטי. לכן, יכול ויטען כי בתחומים אלה קיימת חובת שוויון מכוח עקרון תוה"ל.

**תרופות בגין הפרת חובת תוה"ל**

סעיף 12ב'- קובע מה התרופות במקרה של הפרת חובת תום הלב- "צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום-לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה, והוראות סעיפים 10, 13 ו-14 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, יחולו בשינויים המחויבים". ס' זה קובע תרופת פיצויים על הפרת חובת תוה"ל במו"מ. יש להבחין בין שני מצבים – מצב בו נכרת חוזה חרף ההפרה, ומצב בו לא נכרת החוזה עקב אותה הפרת חובת תוה"ל. ס' זה מפנה אפוא ל-3 סעיפים בחוק החוזים: תרופות בשל הפרת חוזה, המחיל פרק על פיצויים. ס' 12ב' קובע כי על הפיצויים בגין הפרת חובת תוה"ל במו"מ יחולו שלושת סעיפי הפיצויים של חוק התרופות.

סעיף 14 לחוק התרופות – עוסק בנטל הקטנת נזק. אם יש מישהו שהפר חוזה, ויש נפגע לו נגרם נזק, הנפגע צריך לנקוט באמצעים סבירים להקטנת הנזק (הוא לא יכול לשבת ב"חיבוק ידיים" ולאחר מיכן לתבוע בעבור כל הנזק, שחלקו יכל היה למנוע באופן סביר). אם הנפגע יכול בדרך סבירה לצמצם את היקף נזקיו, עליו לנקוט בדרך זו, אחרת הוא יהיה מנוע לתבוע חלק מהפיצויים.

סעיף 13 - עוסק בנזק שאיננו נזק ממון. זהו נזק שלא ניתן לכמת אותו באופן כספי, למשל – עוגמת נפש. פוסקים נזק שכזה אך ורק לאדם, לא לתאגיד/חברה. בד"כ פוסקים אותו רק אם נגרם גם נזק ממוני, כלומר הנזק נלווה לנזק הממוני (אך לא בהכרח). בנוסף, בד"כ מדובר בנזק שקשה להוכיח אותו, את עצם התרחשותו ואת היקפו. חוזה למכירת נכס, הינו חוזה לשם רווח עסקי, אם יש הפרה, היא גרמה להפסד ממוני. אך מנגד, במקרה פרטי – צלם שהיה אמור להגיע ולצלם אירוע אך לא הגיע – זהו נזק של עוגמת נפש. ס' 12ב' קובע כי נזק מסוג זה אפשרי גם במצב של מו"מ. למשל, ציפיתי מאוד לכריתת החוזה, היינו לקראת החתימה והצד השני פרש מהמו"מ, יכול להיות והיה נזק של עוגמת נפש.

סעיף 10 – זהו הס' העיקרי העוסק בתרופת הפיצויים בכלל. ס' זה קובע 2 עקרונות מאוד חשובים:

1. עקרון סיבתי - המפר צריך לפצות את הנפגע אך רק בגין הנזק שנגרם כתוצאה מההפרה. צריך להיות קשר סיבתי, עובדתי, בין ההפרה לנזק.
2. עקרון הצפיות - הנזק צריך להיות כזה, שאפשר היה לצפות שהוא יגרם כתוצאה מההפרה. אם הנזק הוא לחלוטין בלתי צפוי, אין צורך לפצות.

עקרונות אלו חלים גם על פיצויים בגין הפרת חובת תוה"ל.

**מצב בו הופרה החובה וכתוצאה מכך לא נכרת החוזה –**

דוגמאות – קל בניין הראשון, פרישה ממו"מ ללא סיבות ענייניות ועוד.

פיצויי קיום- פיצויים של הרווח הצפוי, הרווח שנמנע, אותו היה מקבל הצד הנפגע אילו היה נכרת החוזה ומקוים. פיצויים שהיו שמים את הנפגע במצב שהיה אילו היה מתקיים המו"מ.

פיצויי הסתמכות- פיצויים שנועדו להעמיד את הנפגע באותו מצב אילו לא היה נכנס למו"מ. פיצויים על מה שהשקיע הנפגע במסגרת המו"מ, כגון- תשלום לעו"ד או נסיעה לחו"ל.

מהם הפיצויים שמגיעים בגין הפרה זו? אם מסתכלים על השנים הראשונות בו נדון ס' זה, הפסיקה קבעה כי בגין הפרה שכזו, הפיצויים היחידים הם פיצויים שליליים, **פיצויי הסתמכות** – הכוונה היא לפיצויים בגין ההוצאות שהנפגע הוציא בשל המו"מ. מעמידים את הנפגע במצב בו היה ללא המו"מ. הסיבות – ראשית, יש קושי לבסס קשר עובדתי בין פיצוץ המו"מ לנזק שנובע מכך שלא נכרת חוזה. שנית, אם המו"מ פוצץ, אנו לא יודעים מה היו התנאים הסופיים של החוזה. לכן, צפיות הנזק הוא ספקולטיבי בלבד, צריכים לנחש את תנאי החוזה. מטעמים הללו, קבוע שמעניקים אך ורק פיצויי הסתמכות.

אדם שנכנס למו"מ כזה, מעריך את הסיכונים והסיכויים וקובע אם שווה לו להשקיע את הסכום. אילו היה יודע שהצד השני מנהל את המו"מ, למשל ללא כוונת התקשרות, הוא לא היה משקיע את הסכום.

התפתחות ראשונה ומעניינת בהקשר קיימת בפ"ד **שיכון עובדים נ' זפניק**, ביהמ"ש קבע שהחברה הפרה את חובת תום הלב. בעקבות הפרה זו לא נכרת החוזה. זפניק ביקש לקנות את הדירה בתנאים המקוריים של המבצע, לאכוף על החברה את קיומו, כריתתו וביצועו של החוזה המקורי, שכלל לא נכרת. **השופטת בן-פורת** קובעת – ראשית, מקובל עליה **שרשימת תרופות הפיצויים בס' 12ב' אינה בגדר רשימה סגורה של תרופות**. זוהי אמירה נועזת. לפי החשיבה המשפטית השגרתית ניתן לחשוב כי מדובר ברשימה סגורה. השופטת טוענת כי יכולות להיות תרופות נוספות. צריך קודם כל להסתכל על החובה, שהיא נורמה פתוחה, החובה יכולה להופיע במגוון רחב של מצבים. כל הפרה שונה במהותה, משום שהיא יכולה להתרחש במגוון של נסיבות. לא הגיוני שלכל הנסיבות יתאימו תמיד אותן התרופות הספציפיות. לכן, לא ניתן לשלו את העיקרון כי יכול להיות שיהיו תרופות שונות לנסיבות אחרות.

ההבדל בין ס' 12 לס' 39 – הראשון קובע חובת תוה"ל לפני הכריתה והשני קובע חובת תוה"ל לאחר הכריתה. בנוסף, בס' 39 יש רק את החובה, ללא הסנקציה. הסיבה – הס' כה רחב, יכול להתרחש במגוון רחב של נסיבות, שהמחוקק לא חשב שיש צורך להגדיר תרופה ספציפית. בס' 12 המחוקק כן כתב תרופות, אך השופטת קובעת כי רשימת התרופות איננה סגורה, ניתן להוסיף לה.

שנית, היא **מוסיפה תרופה שלא מופיעה בדין הישראלי**, אלא בדין הגרמני. יש פה חידוש כפול. זוהי תרופה חדשה לגמרי. שם התרופה – "**אשם בהתקשרות**". התרופה איננה אכיפה. אם הופרה משמעותית חובת תוה"ל בשלב הסופי של המו"מ, אחד הצדדים בחוסר תום לב חמור מונע את כריתת החוזה, ניתן לראות את החוזה כאילו הוא נכרת. כלומר התנאים להפעלת המסלול התרופתי של אשם בהתקשרות-

1. הפרת תום הלב (הפרה בוטה, משמעותית).
2. הפרה שמנעה את כריתת החוזה.
3. היא צריכה להתרחש בשלב סופי של המו"מ, מבחינה מהותית המשא ומתן בעצם הסתיים. שאנחנו יודעים את פרטי החוזה שאמור היה להיכרת וחסר רק האקט הפורמלי של הקיבול ושל הכתב.

החברה בחוסר תום לב מנעה את אפשרות ביצוע הקיבול, לכן לא נכרת חוזה. במקרה דנן רואים את הקיבול כאילו התרחש בפועל. אין מדובר בתרופה ישירה של אכיפה, משום שבמקרה הזה אנו רואים את החוזה כאילו הוא נכרת, התרופה מעבירה אותנו למישור של הפרת חוזה.

כל זה היה במסגרת אוביטר, שכן השופטת פוסקת לטובת שיכון עובדים, משום שזפניק קיבלו את הצעת הפשרה ורק לאחר מיכן תבעו. שני השופטים האחרים הסכימו לאוביטר זה, ללא הסתייגות. באופן פורמלי, לא מדובר בהלכה.

בפ"ד זה היה מדובר על מכירה של דירה, חוזה במקרקעין, יש צורך בהצעה, קיבול ודרישת כתב מהותית. הייתה הצעה, היה כתב, היה חסר הודעת הקיבול. השופטת בן-פורת קובעת כי ניתן לראות כאילו היה קיבול. **בפ"ד קלמר נ' גיא** – יש הצעה וקיבול, חסר כתב. מכוח "אשם בהתקשרות" ניתן לראות את דרישת הכתב כאילו קוימה. פ"ד קלמר הופך את האמרה של בן פורת להלכה. **בדרך זו, חובת תום הלב גוברת על דרישת הכתב, בשל "אשם בהתקשרות".**

הכלל המנחה הוא כי אם ההפרה נעשתה בשלב מוקדם של המו"מ – התרופה היא פיצויי הסתמכות בלבד. אך אם ההפרה נעשתה בשלב מאוחר של המו"מ - ישנה תרופה נוספת, אשם בהתקשרות, רואים בחוזה כאילו נכרת, ואם הוא נכרת ולא קוים, חלה הפרה של החוזה.

**פ"ד קל בניין השני** – היה חסר רק הקיבול. ביהמ"ש המחוזי קבע פיצויי הסתמכות, לפי ההלכה. במקרה זה לא היה טעם להשתמש באשם בהתקשרות, בכדי לתבוע אכיפה. נקבעו פיצויים בגין העלויות שהמו"מ הצריך. אולם, הפיצוי שנדרש מצד התובעים היה פיצוי בגין אובדן הרווח הצפוי בהתקיים החוזה, זהו **פיצויי קיום**. בערעור, **השופט ברק** מורה גם על פיצויי קיום. נוכח נסיבות המקרה, הוא יכול היה להפעיל את המסלול של "אשם בהתקשרות", ניתן היה לראות בחוזה כאילו נכרת. במקום זה, ברק מדגיש כי לא נכרת חוזה, לטענתו אנו מצויים בשלב המו"מ. הוא מעניק פיצויי קיום מכוח סעיף 12ב'. אין וודאות שגם אם המו"מ לא היה מתנהל בתום לב, אכן לא היה נכרת חוזה. במקרה דנן, לכל אדם בר דעת ברור, כי אלמלא הופרה החובה, היה נכרת החוזה. מכוח ס' 12ב' עצמו ניתן לקבל פיצויי קיום, במקרים שההפרה של חובת תום הלב הינה בשלב סופי של המו"מ, כשברור שלולא אותה הפרה היה נכרת חוזה. אלו הם אותם תנאים הנדרשים לתרופת אשם בהתקשרות. ברק פותח מסלול תרופתי חדש:

מסלול 1 – מסלול לפי ס' 12ב' – פיצויי הסתמכות בשלב לא סופי או פיצויי קיום אם הפיצוץ היה בשלב סופי של המו"מ.

מסלול 2 – מסלול של אשם בהתקשרות.

האם קיים הבדל בין המסלול בקל בניין השני למסלול של אשם בהתקשרות?

ברמת הפיצויים, לא קיים הבדל – שני המסלולים מעמידים את הנפגע במצב בו היה אילו נכרת החוזה, התוצאה היא אותה תוצאה. אולם על הפרת חוזה, העשויה להתרחש במסלול של אשם בהתקשרות, ישנם תרופות נוספות – אכיפה. במסגרת המסלול של אשם בהתקשרות ניתן להעניק אכיפה.

מדוע ברק עשה הבחנה זו?

לטענתו, יש להשאיר את המסלול של אשם בהתקשרות למקרים חריגים בלבד, משום שיש חוק ובסופו של דבר ביהמ"ש צריך לפעול בהתאם לחוק. כל עוד אפשר למצוא את הפתרון הנדרש בגבולות החוק, אין להיות חדשניים. זה המסר שעולה מתוך פ"ד זה, ניתן להעניק פיצויי קיום מכוח ס' 12ב' ואין צורך להשתמש במקור חיצוני, אשם בהתקשרות.

מסר דומה עולה גם **מפ"ד עלריג נ' ברנדר** – המקרה מזכיר בנסיבותיו את פרשת קלמר. השופט קבע כי מדובר במצב דומה לפרשת קלמר, מדובר בעסקת מקרקעין, שהמוכר שכנע את הקונה לעשותה בעל פה, וכאשר הוא מצא אפשרות לרווח גדול יותר, הוא ניסה להתנער מהחוזה. משמעות האכיפה שניתנה בביהמ"ש המחוזי – רבע מהסכום הולך לצד הנפגע. המסלול התרופתי הוא של אשם בהתקשרות. בביהמ"ש העליון, השופטים מסרבים להפעיל את המסלול התרופתי של אשם בהתקשרות. ביהמ"ש מסרב להחיל את הילכת קלמר, אולם וודאי שהחברה הפרה באופן חמור את חובת תוה"ל. במקרה כזה, השופטים קובעים כי ניתן להחיל את **הלכת קל בניין השני** – הענקת פיצויי קיום מכוח ס' 12ב'. כלומר, התוצאה זהה (אותו סכום), אך ההנמקה שונה. הסיבה- ביהמ"ש מנסה להעביר מסר, לפיו כל עוד ניתן למצוא תשובה מספקת במסגרת החוק, יש לעשות כן. השימוש במסלול התרופתי של אשם בהתקשרות יעשה במקרים מיוחדים, כשהתרופה הדרושה איננה פיצויים אלא אכיפה, כשתרופת הפיצויים אינה עונה על הצורך.

מתי התרופה הדרושה היא אכיפה ולא פיצויים?

בתחום של ס' 12, המצב מאוד דומה למצב באנגליה. התרופה היא רק פיצויים. ביהמ"ש יצר את המסלול של אשם בהתקשרות, סוג של אקוויטי, לפיו במקרים שהפיצוי לא יתן לנפגע את אשר הוא רוצה, ניתן להחיל את הדין המיוחד, שיעניק לו אכיפה.

בקל בניין השני היה מדובר בחברה מסחרית, לכן האכיפה איננה רלוונטית, הפיצויים מספיקים. אותו דבר בעלריג, חברה ב' נכנסה להסכם משיקולים מסחריים לצורך רווח כספי, לכן הפיצויים הם התרופה הנאותה, לכן ניתן לעשות זאת מכוח ס' 12, אין צורך באשם בהתקשרות. לעומת זאת, בקלמר נ' גיא, התובעים רצו לגור דווקא שם, לכן הפיצוי הכספי איננו מספק. אי לכך הפעילו את המסלול של אשם בהתקשרות.

המצב נכון להיום -

אם ההפרה איננה בשלב הסופי של המו"מ, מעניקים פיצויי הסתמכות. אם ההפרה מתקיימת בשלב הסופי של המו"מ, דהיינו יש מידה רבה של וודאות כי לולא ההפרה החוזה היה נכרת, ישנן שתי אפשרויות:

1. דרך המלך – הדרך המועדפת ע"י ביהמ"ש, קביעה לפי הילכת קל בניין השני, כלומר הענקת פיצויי קיום לפי ס' 12.
2. באותם מקרים שהתרופה הכספית איננה תואמת לצורכו של הצד הנפגע, כלומר יש צורך שהחוזה יקוים לא רק במונחים כספיים, נלך לפי המסלול של אשם בהתקשרות.

**תרופות על הפרה של חובת תום הלב במו"מ כשנכרת חוזה –**

בפני הנפגע במצב כזה יש שני מסלולים אפשריים, שני סעדים.

מסלול תרופתי של **ביטול החוזה** **והשבה** – ברור שאם הפרת תום הלב עולה לכדי פגם בכריתה, אזי יש לנו אפשרות לבטל את החוזה מכוח עילת הפגם, והתרופה הנלווית לביטול היא השבה מכוח סעיף 21, ועקרונית גם פיצויים. ההשבה נראית ,לכאורה, עניין של מה בכך, אך היא באמת מהווה תרופה. לעיתים התרופה משיבה את הנפגע למצב טוב יותר ממה שהיה.

**פ"ד פרג' נ' מיטל-** זוהי דוגמא מצוינת. בפסד דין זה צד א' רכשה דירה ב-370,000 אלף דולר ולאחר מיכן הסתבר לו שהייתה סיטואציה של הטעייה לגבי חדר שנבנה ללא היתר. הצד ביטל את החוזה. הביטול הזה לוקח זמן, מכיוון שבהתחלה היו גישושים להסדרת המצב, מבלי להגיע ביהמ"ש. התמורות שהיו שקולות בזמן קיום החוזה השתנו באופן משמעותי, בגלל שבאותן תקופות ערך הדירות ירד משמעותית ומנגד ערך הכסף עלה. כתוצאה מכך, הסתבר שבזמן הביטול הקונים מחזירים דירה ששוויה היה 1,125,000 שקלים בעוד שהסכום שהמוכר היה צריך להשיב לקונה היה 2,500,000 מיליון. הפער העצום בין הערכים של מה שמוחזר, נוצר בעקבות כך שערך הדירה ירד וערכו של הכסף עלה, המצב גרם להתרחקות משמעותית בין הערכים. הקונים בביטול החוזה הרוויחו המון, הביטול אפשר להם להשתחרר מההפסד שהיה צפוי להם, וכעת באמצעות ההשבה הם יכולים לקנות שני דירות כאלה. כלומר, בתנאי שוק מסוימים ביטול והשבה יכולים להוות השבה מאוד דרמטית. במקרה זה עצם הביטול וההשבה, החזיר את הקונים למצב טוב יותר משהיו בו. המוכרים ביקשו מביהמ"ש להקל עליהם בהחזר ההשבה (דבר שביהמ"ש יכול לעשות זאת), אך ביהמ"ש קבע כי לא יעזור לאדם שהטעה אדם אחר.

תרופה ראשונה היא, כאמור, **ביטול והשבה**, מכוח סעיף 21. ההשבה מכוונת רק לתמורות שהועברו לצד האחר, ולא לתמורות ששולמו לצדדים אחרים בחוזה (עלויות עורך דין, שכירת יועצים, הפסד ימי עבודה, עלויות הוצאות כלליות). ההשבה תעניק את התמורות שאדם העביר לצד האחר ואילו את התמורות האחרות שניתנו לצדדים אחרים בחוזה יכולים לחזור אל מבטל החוזה בתביעת פיצויי הסתמכות, מכוח סעיף 12ב'.

**התרופה בגין הפרת חובת תום הלב במו"מ, כשנכרת חוזה, היא שילוב של ביטול והשבה, לצד פיצויי הסתמכות על העלויות שהושקעו במו"מ – זאת התמונה התרופתית השלמה.**

מה קורה אם יש **הפרת חובת תום לב במו"מ ובעקבותיה נכרת חוזה**, והיא איננה מהווה עילת פגם (לדוגמא: **גנז נ' כץ**)? כשיש הפרת חוזה בעקבות הפרת תום הלב במו"מ, נכרת חוזה אך ההפרה לא מגיעה לידי פגם בכריתה, במקרה כזה אפשר לקבל רק פיצויים. הגישה המקובלת היא שאי אפשר לבטל את החוזה מכוח סעיף 12ב', אבל יש כאלה שחושבים אחרת. יש לפחות פסק דין מחוזי אחד שקבע שאפשר לבטל מכוח סעיף 12ב'. (ה"פ [י-ם] 684/97 **אילנה עוגלי נ' אביב שני בע"מ**). **השופט אורון** שאל עצמו האם הוא יכול לבטל חוזה מכוח העילה של סעיף 12. התשובה הנועזת שהוא נתן, היא שכבר בפס"ד זפניק קבעה השופטת בן פורת שרשימת התרופות שמנויות בסעיף 12 היא לא רשימה סגורה. לכן, אם לא מדובר ברשימה סגורה, ניתן לאמץ גם תרופה שמוכרת בדין הישראלי – תרופת הביטול.

יש אמירות כלליות של ביהמ"ש העליון, מהם עולה שאי אפשר לבטל חוזה מכוח סעיף 12ב', אבל עדיין לא הייתה לבית המשפט התמודדת עם הנושא הזה. ישנן דעות לכאן ולכאן, הדעה השוללת הינה על סמך פ"ד **גנז נ' כץ**, שם נקבע כי אם תינתן תרופת הביטול על בסיס סעיף 12, אז נייתר את עילות הפגם לפי סעיף 12. **המסלול הראשוני הוא ביטול. כשיש עילת פגם ויש ספק לגבי סעיף 12, כאשר מבטלים את החוזה, יש תרופה של השבה. לזה אפשר לצרף פיצויי הסתמכות על העלויות שהושקעו במשא ומתן ולא הועברו לצד האחר.** אם יש צירוף של עילת פגם + הפרת תום לב – התרופה היא ביטול והשבה על עילת הפגם ולעילת תום הלב – פיצויי הסתמכות (העמדת הנפגע במצב בו היה טרם הכניסה לחוזה)**.** הפיצויים ע"פ סעיף 12 הם פיצויי הסתמכות ולא פיצויי קיום, כי ע"פ סעיף 12, מדובר בפיצויים עבור ביטול החוזה. אם מבטלים את החוזה, לא מקבלים את הרווח שאמור היה להתקבל כתוצאה מכריתתו.

מסלול תרופתי של **פיצויים**- כשחוזה מופר בעקבות הפרת תום הלב במו"מ, נכרת חוזה והנפגע אינו יכול לבטל את החוזה (אם אין עילת פגם ואם נחזיק בדעה שסעיף 12 לא מאפשר ביטול), או לא רוצה לבטל את החוזה, אלא מעוניין בפיצויי על הנזק שנגרם לו. **אי ביטול החוזה מבחירה / אילוץ.**

לדוג'- אני חתמתי חוזה בהטעיה ואני רוצה את החוזה במצב שעליו הסתמכתי שחתמתי. איזה פיצויים אני רוצה? ההפרש בין מצב א' שרציתי למצב ב' הקיים. באופן עקרוני זה לא אפשרי, על אף שהיו מקרים שבהם כן פסקו בצורה זה.

מהו היקף הפיצויים?

אפשרות אחת במצב כזה היא "להתחכם" ולנסות לעבור מנתיב של פגם בכריתה, לנתיב של הפרה. אפשרות זו תתכן לרוב בסיטואציה של הטעיה. הטעיה היא מצג שווא טרום חוזי מטעה בין במעשה או במחדל.

כאשר המצג הטרום חוזי הכוזב, היה הופך להיות חלק מהחוזה, ברגע שמצב הדברים שונה ממה שהצד התחייב בחוזה, יש עילה להפרת החוזה. כלומר, לא רק שהמטעה הטעה במו"מ, אלא הוא כתב את המצג השקרי בחוזה. הקו בין הטעייה לבין הפרה הוא דק, הוא תלוי בשאלה האם המצג-שווא הוא מצג טרום חוזי או מצג תוך חוזי. כשנדבר בהמשך על תוכן החוזה, אנו נגלה שהרבה פעמים דברים שנאמרו או הוצגו במו"מ הופכים להיות חלק מהחוזה, גם אם הם לא הוכנסו לחוזה במפורש. הפרטים הופכים להיות חלק מהחוזה בדרך של פרשנות. יש דברים שהם חלק מהחוזה, גם אם אנו לא רואים אותם במפורש בתוך החוזה. זה לא קורה תמיד, אבל אפשרי.

* אם הנפגע מצליח "לדחוף" את הסיטואציה לתוך החוזה, ומצליח לשכנע את ביהמ"ש שהמצג שווא הוא חלק מתוך החוזה, אזי הוא עומד על קרקע יציבה של הפרה, שבאמצעותה הוא יכול לתבוע פיצויים (קיום או הסתמכות), כאילו נכרת החוזה– מטענת עילת ההפרה.

**בפ"ד אלרומאלי** **השופט עמית** מפנה את תשומת ליבנו להוראות חוק המכר. בחוק המכר ישנם שורה של סעיפים מ-11 ועד 17, שעוסקים בהפרה של חוזה מכר בשל "אי התאמה". כלומר, כאשר הנכס שהמוכר מסר לקונה שונה ממה שהובטח בחוזה, זוהי הפרה. סעיף 11 לחוק המכר מגדיר מצבים של אי התאמה- למשל, המוכר לא קיים את חיוביו (הפר את החוזה), מסר רק חלק מהממכר או נכס שונה מן המוסכם ועוד. לגבי סעיף 4 של סעיף 11, אם המוכר מסר נכס שאינו מתאים לדגם או לדוגמא שהוצגה לקונה (מתייחס למו"מ), האופן הרגיל זה מצג טרום חוזי. אם לאחר מיכן ניתן לו משהו שונה, היינו מתייחסים לזה כאל הטעיה, חוק המכר דוחף את המצג הטרום חוזי אל תוך החוזה, הדבר הופך להיות חלק מהחוזה (אלא אם כן המוכר אומר במפורש לקונה שהוא לא מתחייב לספק את מה שהוא מציג). אנו נכנסים למישור הפרת החוזה, וכך אפשר לקבל יותר פיצויים. דוגמא לכך ניתן לראות ב**פ"ד מחוזי, ת"א [ת"א] 2546/00 קדמת דקל בע"מ נגד יצחק עמר.** אדם בשם עמר כרת חוזה עם חברת קדמת דקל ובחוזה הוא מכר לה זכויות חכירה (מרבית המקרקעין במדינת ישראל הם לא בבעלות פרטית אלא בבעלות המדינה, ויש אפשרות לרכוש בהם רק זכויות חכירה), בחלקת מקרקעין גדולה, כמה דונמים. עמר הסתיר מהחברה מס' עובדות - המקרקעין האלה הוחכרו לו למטרת שימוש חקלאי, הוא הפסיק את השימוש החקלאי והתחיל לעשות כל מיני פעולות כדי להפשיר את הקרקע למגורים, אבל הוא לא היה רשאי לעשות זאת ולכן המנהל ביטל את זכויות החכירה שלו, ואז הוא מכר את הזכויות שכלל לא היו נתונות לו לחברת קדמת דקל. ברגע שהחברה גילתה זאת, היא הגישה תביעה בגין הפרת עילת ההטעיה. לטענתה, המוכר יצר מצג, לפיו הוא בעל הזכויות. החברה ביקשה השבה ופיצויים, פיצויים מוסכמים שהיו מאוזכרים בחוזה, ופיצויי נזק צפוי. ביהמ"ש פסק שהייתה הטעיה, ביהמ"ש העניק סעד של השבה, ללא פיצויים, מפני שפיצויים אלה הם פיצויים קלאסיים במקרה של הפרת חוזה. עו"ד היה צריך לתבוע הפרה, הפספוס בעילת התביעה מנע פיצויים במקרה זה.

אם כן, דרך אחת היא "לדחוף" את הסיטואציה לתוך החוזה. במקרה כזה אפשר לקבל פיצויים בהיקף של פיצויי קיום (פיצויים חיוביים). בהקשר הזה היה לנו את **פ"ד אלרומאלי** וגם **בפ"ד ספקטור**.

מה קורה שאי אפשר להעביר את הסיטואציה לסיטואציה של הפרה, מה הוא היקף הפיצויים? מצד אחד, יש פסקי דין שאומרים שבמצב כזה אפשר לקבל רק פיצויי הסתמכות, אולם זה נראה לא נכון, בגלל שהנפגע בוחר לקיים את החוזה ולכן באופן הגיוני העליות צריכות לחול עליו. אולם, נגרם לו נזק כתוצאה מהפרת חובת תום הלב במו"מ, הנזק הזה בא לידי ביטוי בכך ששווי החוזה שלו נמוך יותר. במקרה כזה, יש פגיעה ברווח שאפשר להפיק מהחוזה והתרופה אמורה להיות פיצוי בגין אותו הפסד רווח, משמע פיצויי קיום. אם זוהי התרופה, אזי שיש לנו טשטוש בהבחנות בין הפרת חובת תום לב במו"מ לבין הפרת חוזה, מפני שהתרופה תהא זהה, התרופה תהא פיצוי קיום, שיעמיד את הנפגע במלוא הרווח החוזי שהוא ציפה לו. אלה יהיו הפיצויים גם בהפרת חובת תום לב שגרמה לאובדן רווח מהחוזה והוא לא מבטל את החוזה. לא קיימת תשובה חד משמעתית, **גלברד** חושב שהאפשרות השנייה היא הנכונה יותר.

**תוכן החוזה –**

לפי **סעיף 24**, החוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים. הדבר מבטא את עקרון חופש החוזים.
אולם, אנו לא יכולים להסתפק בזה. לעיתים, תוכנו של החוזה לא יוכל להית כפי שיסכימו הצדדים, מטעמים של תקנת הציבור, כשלי שוק וכו', אלא יוכתב לצדדים ע"י המחוקק, ביהמ"ש ועוד. ישנם מקרים בהם התוכן לא מובן בצורה מושלמת לעניין אומד דעתם של הצדדים.

נשתמש ב-3 מישורים כדי לדעת את תוכנו של החוזה:

1. פרשנות – מישור זו משרת את חופש החוזים, כיוון שדרכו אנו מנסים לחלץ מתוך הטקסט את כוונת הצדדים. שאלת הפרשנות מתעוררת בשלב מאוחר, לאחר הכריתה, כשצד מסוים לא מקיים כהלכה את החוזה או מפר אותו. עולה השאלה, למה כל צד טוען שהסכים? הפרשן צריך לגלות את כוונתם של הצדדים בצורה רטרואקטיבית, ולא להסתמך על דעתם כעת. ישנן תאוריות שאומרות שבסוגים מסויימים זה לא חייב להיות כך, למשל אם עשינו חוזה שותפות לפני 30 שנה, אז כנראה שהחוזה שכרתנו באותה נק' זמן לא משקף את הרצון האמתי וצריך ראייה אמורפית ומשתנה. על מה הצדדים הסכימו? השאלה הזו נובעת מהעובדה שחוזה בנוי משפה, בע"פ או בכתב, והשפה היא תלוית הקשר ומחייבת פרשנות. לא תמיד ברור לנו על מה הצדדים הסכימו.
2. השלמה - הרבה פעמים חוזה טעון השלמה. השלמה זו מכניסה לתוכן החוזה דברים שהצדדים לא הסכימו עליהם. נראה כי מישור זה לא משרת את חופש החוזים, כיוון שהוא מוסיף לרצון הצדדים דבר שלא הסכימו עליו. אך מהי החלופה? אם יש חוסר בחוזה, ללא השלמה הוא יהיה בטל. חלופה כזו ודאי לא מקיימת את חופש החוזים. ההנחה שפרט חסר משום שהצדדים לא חשבו עליו או לא החשיבו אותו, עדיין באה במטרה לשרת את רצונם ולא לפעול בניגוד לו. לכן מישור זה משרת את חופש החוזים. לעיתים הגבול בין מישור הפרשנות למישור ההשלמה הוא מאוד דק וצריך לעבור בשני המישורים.

הרבה פעמים הצדדים עושים חוזים שתוכנו איננו מושלם. במקרה זה, הצדדים מגדירים את התנאים הדרושים לקיום החוזה (מסוימות), אך לא מגדירים את כל התנאים בחוזה, ולכן תנאים אלה נדרשים להשלמה ע"י בית המשפט.

1. התערבות – אחרי שעברנו בשני המישורים הראשונים קיבלנו את החוזה בשלמותו. אך ייתכן כי זהו אינו נוסחו הסופי של החוזה. ייתכן כי יש בו סעיפים שאינם בתוקף. לכאן נכנס מישור ההתערבות – סעיפים מוצאים מהחוזה ובמקומם אחרים צריכים להיכנס. לפעמים יש מקרים שהם חשובים יותר מרצון הצדדים, כגון תקנת ציבור. על מנת לדעת את תוכן החוזה הסופי, נצטרך לעבור בשלושת המישורים.

הרבה פעמים הדין מתערב בתוכן ההסכמות של הצדדים. ההתערבות יכולה להיות באופן ישיר, באמצעות חקיקה קוגנטית, בעיקר בתחומים שהמחוקק חושב שיש להנהיג התנהגות כופה. מנגד, במקרים רבים ההתערבות הינה שיפוטית, באמצעות מנגנונים שהמחוקק קבע, המסמיכים את בתי המשפט להתערב בתוכן של חוזים (חוזים אחידים), למשל, סעיף 30 לחוק. הסתכלות ריאלית על הנושא של תוכן החוזה מגלה תמונה יותר מורכבת מזו של סעיף 24.

**מישור פרשנות החוזה –**

נושא זה הפך במרוצת השנים להיות טעון ועתיר מחלוקות בין הכנסת לבין ביהמ"ש העליון. ישנן כל מיני תורות פרשנות. בעשורים האחרונים, הפרשנות המקובלת במשפט הישראלי של טקסטים משפטיים, היא פרשנות תכליתית. במשפט הישראלי, בעקבות פסיקה של ביהמ"ש העליון, המושפעת מהגותו של אהרון ברק, הפרשנות המקובלת היא **פרשנות תכליתית**.

הפרשנות התכליתית והמודל שמציג ברק-

לפי **השופט ברק**, שכל טקסט משפטי צריך להתפרש בשיטת הפרשנות התכליתית. תורת הפרשנות התכליתית מתייחסת לשני סוגים של פרשנות תכליתית.

1. פרשנות לפי **תכלית סובייקטיבית**- כלומר, הפרשן צריך לפרש את הטקסט בהתאם לכוונתו הסובייקטיבית של יוצר הטקסט, "למה התכוון המשורר". יכול להיות שיוצר הטקסט היה נסח לא מוצלח והוא ניסח את טענתו בצורה לא ברורה או מעוותת. אין זה אמור להפריע לפרשן לפרש את הטקסט לפי הפרשנות הסובייקטיבית. מטרת העל של הפרשן היא לפרש את הטקסט בהתאם לכוונתו של יוצר הטקסט.

1. פרשנות לפי **תכלית אובייקטיבית** – קיימת הנחה שישנם עקרונות בסיסיים, והפרשן צריך לפרש את הטקסט בהתאם לאותם עקרונות. כלומר, הפרשן צריך להעדיף את הפרשנות שתגשים את עקרונות היסוד, גם אם הפרשנות לא תואמת את כוונתו של מחבר הטקסט. ברור שאם הכוונה והעקרונות יסוד עולות בקנה אחד, הפרשנות האובייקטיבית והסובייקטיבית יביאו לתוצאה זהה. אולם, אם כוונתו הסובייקטיבית של המתקשר שונה מהתכלית של אותם עקרונות יסוד, שני הסוגים הללו של פרשנות יובילו לתוצאות שונות.

דוגמא - נניח שיש טקסט (של חוזה או צוואה וכדומה), ונניח שיש מחלוקת על הפרשנות שלו. נניח שעקרון היסוד היחיד הוא תום לב. פרשנות א' של הטקסט תביא לתוצאה הוגנת ואילו פרשנות ב' תביא לתוצאה של פרשנות לא הוגנת. אם מפרשים לפי פרשנות אובייקטיבית צריך ללכת לפי אפשרות א', אם יוצר הטקסט היה רשע גנב, וכשהוא חיבר את הטקסט הוא התכוון לפרשנות הלא הוגנת, אז התכלית הסובייקטיבית תורה לנו לבחור באפשרות ב', משום שזו כוונתו של יוצר הטקסט. בעוד שפרשנות אובייקטיבית תורה לנו לבחור באפשרות א'.

החידוש של **השופט ברק** **בפ"ד האפרופים** הוא במודל שהוא מציע לגבי פרשנות של טקסטים משפטיים, בהתייחס לשני סוגי הפרשנות התכליתית. לפי המודל שהציע ברק, יש לפרש כל טקסט משפטי ע"י פרשנות תכליתית. ההבדל בין הטקסטים טמון בעוצמה של הסוג האחד לעומת הסוג השני, בתלות בסוג הטקסט שאותו מפרשים.

לדוגמא- טקסט מסוג של **צוואה**, איזה תכלית פרשנית צריכה להיות דומיננטית? תכלית סובייקטיבית. כל הרעיון במכשיר המשפטי שנקרא צוואה, הוא להגשים את רצונו של המצווה ולכן השאלה הכי חשובה בפרשנות של טקסט משפטי מסוג צוואה, היא מה באמת התכוון המצווה? זוהי דוגמא למצב בו המשקל נתון לתכלית סובייקטיבית. אולם, ישנם מקרים, בהם ביחס לצוואה יהיה צורך להשתמש בפרשנות אובייקטיבית. דוגמא- ישנם שני צדדים הרבים על פרשנות הטקסט, אם התכלית הסובייקטיבית ברורה, אין בעיה. אבל יכול להיות מצב שהפרשן לא ידע בוודאות והראיות שהביאו בפניו לא מאפשרות לו להחליט. כלומר, בעיני ביהמ"ש שתי האפשרות שקולות. במצב כזה אין ברירה, ביהמ"ש מחויב להכריע, על כן ילך לפי תכליות אובייקטיביות.

החוקה האמריקאית - נניח שמגיע תיק לבית המשפט האמריקאי, בו הוא צריך לפרש סעיף בחוקה. ברור לחלוטין ששופטי בית המשפט העליון לא יעשו מחקר היסטורי וינסו לגלות מה הייתה כוונתם הסובייקטיבית של מנסחי החוקה האמריקאית. לכן, השאלה שביהמ"ש ישאל את עצמו, היא איך צריך לפרש את החוקה האמריקאית על רקע תפיסות העולם השונות של החברה האמריקאית כיום, אותם ערכי יסוד או עקרונות יסוד (פרשנות לפי תכליות אובייקטיביות) וכך הוא יפרש את החוקה. בגלל שטקסט חוקתי הוא בין דורי, אזי הוא יכול להחיל משמעויות משתנות, בהתאם להתפתחות החברה לאורך שנים ודורות. כלומר, בפרשנות של חוקה, התכלית הרלוונטית היא תכלית אובייקטיבית. **בין הקצה של הצוואה לבין הקצה של החוקה מסתדרים שאר הטקסטים המשפטיים, וביניהם חוזה וחוק.** החוק קרוב יותר לחוקה. יש להבחין בין סוגים שונים חוקים, ישנם חוקים שהם ארוכי טווח והם יותר קרובים חוקה, לדוגמא הקודקס בארצות אירופה או פקודת הנזיקין בארץ, המסדירה את הפקודות במשך עשרות שנים. כאשר מתעוררת שאלת פרשנות, ברור שבית המשפט לא אמור לשאול את עצמו מה חשב הנציב הבריטי בעת כתיבת הפקודה, ולכן החוק יפורש לפי התכלית האובייקטיבית.

פרשנות של חוזים-

היכן בספקטרום הרחב נמצאת פרשנות החוזה? האם פרשנות החוזה קרובה יותר לצד של חוקה או לצד של הצוואה? כלומר, האם יש לפרש את החוזה לפי התכלית הסובייקטיבית או האובייקטיבית? ברור שהפרשנות צריכה להיות קרובה יותר לצוואה, משום שהבסיס לחוזה הוא רצונם של הצדדים לחוזה, עקרון חופש הרצון וחופש החוזים. במקרה זה תעניין אותנו התכלית הסובייקטיבית המשותפת לצדדים. אולם, כמו בצוואה, גם כאן יכול להיות מצב שהפרשן לא יכול לברר את כוונתם של הצדדים בעת הכריתה, צד אחד טוען שהוא התכוון לא' ואילו הצד השני אומר שהוא התכוון לב'. כלומר, כוונות הצדדים סותרות. כל צד מביא ראיות לכוונה הסובייקטיבית שלו. אם ביהמ"ש לא מצליח לברר, אז בלית ברירה הוא ילך לתכליות אובייקטיביות.

התכלית הסובייקטיבית קודמת לתכלית האובייקטיבית. יכול להיות מצב שהתכלית הסובייקטיבית מנוגדת לאותם עקרונות יסודות שמייצגים את התכליות האובייקטיביים. תפקידו של הפרשן במצב שכזה הוא, בראש ובראשונה, לפרש מה הצדדים רצו. לאחר מיכן יכול ביהמ"ש להתערב בחוזה, בטענה שהוא לא מסכים לעקרונות אלו, הוא צריך לבחור בפרשנות הסובייקטיבית ויהיו מצבים ששיטת המשפט מורה לביהמ"ש לא לכבד תכלית סובייקטיבית כזו, לא לתת תוקף לחוזה מסוג זה (לדוגמא, חוזה למכירת סמים).

קיים שימוש נוסף בתכלית אובייקטיבית, והיא **בחוזים אחידים**. מדובר על חוזים אחידים, שאף בן אדם שפוי לא אמור לקרוא, לדוגמא חוזה לפתיחת חשבון בנק, פוליסת ביטוח, חוזה עם חברות הסלולר, מכיוון שזה נורא ארוך וחבל על מפח הנפש של הלקוח שיקרא את זה, כי הוא ממלא לא יכול לשנות את החוזה. ההבנה של מערכת המשפט, היא שבנוגע לחוזים אחידים מהסוג הכבד והארוך, לפחות צד אחד לא מודע לתוכן המלא של החוזה. הוא כן מודע לגרעין של החוזה (לדוגמא בחוזה פוליסה האדם מבין שזו פוליסת ביטוח). אם מתעוררת שאלה לגבי סעיף ספציפי בחוזה אחיד, לא ניתן לפרש את החוזה על סמך התכלית הסובייקטיבית, אלא אך ורק לפי התכלית האובייקטיבית. בתכלית אובייקטיבית לא מעניינים אותנו כוונות מהצדדים, אלא מעניין אותנו איך צריך לפרש את הטקסט על פי עקרונות יסוד שקבע בית המשפט.

**בחוזה מתנה** יינתן משקל יתר לכוונה הסובייקטיבית של האדם שהביא את המתנה. זהו החוזה שהכי קרוב במהותו לצוואה.

מעתה אנו נעסוק בעיקר בפרשנות של חוזים רגילים.

**סעיף 25 לחוק החוזים – פרשנות החוזה**

סעיף 25א' – "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו". הסעיף עוסק בתכלית סובייקטיבית.

החוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כלומר לפי **תכלית סובייקטיבית משותפת**, כפי שהוא משתמע מלשון החוזה ומנסיבות העניין. הסעיף מגלה לנו מהו בסיס הנתונים, ממנו צריך ללמוד הפרשן, בסיס הנתונים הוא החוזה והנסיבות. חוזה הוא הטקסט החוזי (בכתב או לאו), הנסיבות הם כל מה שמחוץ לחוזה. לא כל הנסיבות רלוונטיות, צריך לדעת לבודד את הנסיבות הרלוונטיות. מתוך הפסיקה אנו רואים שנעשה שימוש בחוזה כמקור ראשוני לגילוי כוונתם הסובייקטיבית של הצדדים, הפרשנות יכולה להיות לפי המשמעות הטקסטואלית, אולם יש אפשרויות לגזור דברים נוספים מהחוזה. לדוגמא, אפשר ללמוד מהמיקום של התניה בחוזה, השוואה של הטקסט לטקסט סמוך לפעמים נותנת לנו הארה לגבי כוונת הצדדים. הבנת ההתניה לגבי מכלול החוזה. נסיבות רלוונטיות הן גם נסיבות רקע כלליות, למשל, **בפ"ד אפרופים** נסיבת הרקע הרלוונטית הן המצוקה שנוצרה בעקבות גל העלייה הגדול ממדינות חבר העמים. זוהי עובדת רקע כללית המשליכה על הבנת החוזה. ישנן נסיבות רקע ספציפיות של הצדדים, פרטי מול פרטי או חברה מול פרטי, האם נעזרו בעורך דין או לא. כמובן שדברים שנאמרו או שלא נאמרו בזמן המו"מ, גם אם הדברים הם לא חלק מהחוזה, בהחלט יכולים לשפוך אור על כוונת הצדדים בחוזה.

עוד נסיבה רלוונטית היא האופן שבו התנהלו הצדדים לאחר כריתת החוזה, עד לפרוץ הסכסוך. נניח שעשיתי עם מישהו חוזה למכירת סחורות, הוא מספק לי סחורה פעם בחודש למשך שלוש שנים. קבענו מחיר עבור כל אספקה, כל חודש 100 שקים של סחורה. קבענו שהמחיר צמוד, אבל לא הגדרנו למה המחיר הזה צמוד. במשך שנתיים וחצי מתוך השלוש הקונה משלם למוכר לפי מחיר שצמוד למדד, אחרי שנתיים וחצי היה פיחות גדול במדד והמוכר אומר שהוא התכוון לצימוד לדולר. ברור שהצעדים אחרי כריתת החוזה מעידים על הכוונה שלהם לנהוג לפי צימוד למדד. כאמור, עיקר המאמץ הפרשני של הפרשן הוא לפי סעיף 25א'.

סעיפים 25 (ב), (ב1), (ג) עוסקים בפרשנות אובייקטיבית. כל מה שנאמר לגבי תכלית אובייקטיבית אחת רלוונטי לגבי כל התכליות האובייקטיביות האחרות. יש לשים לב, שיש עוד תכליות אובייקטיביות, אך הן לא כתובות בסעיף 25, אלא בפסיקה. למה עגנו דווקא תכליות אלה? אין תשובה. האם יש עדיפות לתכלית שמעוגנת בחוק על פני תכלית שמצוינת בפסיקה ? לא, הם ניצבות באותו דרגה נורמטיבית.

סעיף 25ב' – "חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל". הסעיף עוסק בתכלית אובייקטיבית.

סעיף זה קובע, שחוזה שיש לגביו מחלוקת פרשנית, כל צד טוען את טענתו, אם נבחר באפשרות א' החוזה ימשיך להתקיים ואילו אם נבחר באפשרות ב' אז החוזה לא יתקיים, עדיף לבחור באפשרות שתקיים את החוזה. למה מעדיפים את הפרשנות שתקיים את החוזה? זהו עניין של הסתברות, אם צדדים טרחו זמן במשאבים ובניהול מו"מ, ההנחה היא שהם לא עשו זאת לשווא, ולכן מעדיפים את הפרשנות הזאת. אולם, לפעמים אפשר להיתקל בפסק דין, בהם השופט קבע את קביעתו לפי סעיף 25ב', מבלי להתעמק בכוונות של הצדדים. אם הוא גילה שהם התכוונו לפרשנות שהנושא לא יוכל להתקיים, אז זוהי הפרשנות וזה יהיה בלתי לגיטימי להשתמש בסעיף 25ב', הוא יוכל ללכת לסעיף זה רק אם הוא לא יוכל לגלות למה הצדדים התכוונו באופן סובייקטיבי. לגיטימי להשתמש בסעיף 25ב', כאשר לא מצליחים להגיע להכרעה לפי סעיף 25א'.

ישנה מטרה נוספת לשימוש בסעיף 25ב' - אם במסגרת הפרשנות, הפרשן מגיע למסקנה שהוא יודע מה התכלית הסובייקטיבית והיא זהה לפרשנות האובייקטיבית, הרבה פעמים נוח לבית המשפט להגיד שברור לו מה כוונת הצדדים, וחוץ מזה הוא היה מגיע לאותה תוצאה גם לפי 25ב'. כלומר, כאשר התכלית הסובייקטיבית מביאה לאותה תוצאה כמו לתכלית האובייקטיבית, הפרשן מביע את התכלית האובייקטיבית בשביל לתמוך בהחלטתו. לא בכל מקרה סעיף 25 רלוונטי במצב שבו פרשנות אחת מקיימת את החוזה ופרשנות אחרת לא, ברוב המקרים שתי הפרשנויות מאפשרות את קיום החוזה. במקרה כזה, התכלית של סעיף 25ב' לא רלוונטית.

ברור לכל שסעיף 25 (ב) רלוונטי אך ורק כאשר קיימת מחלוקת פרשנית, ופרשנות אחת מאפשרת את קיום החוזה, ואחת לא.

סעיף 25ג' – "ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים". אם יש ביטוי שהוא ביטוי מקובל בחוזים סוג מסוים, והצדדים השתמשו בו בחוזה, פרשנותו של הביטוי תהא לפי הפרשנות המקובלת, העדיפה על הפרשנות הפחות מקובלת. הסעיף יהיה רלוונטי במקום בו קיימת מחלוקת פרשנית וישנה משמעות מקובלת לביטוי. גם פה, פונים קודם כל לתכלית הסובייקטיבית (מכוח סעיף א'), כשהפרשן משוכנע שהוא יודע מהו אומד הדעת המשותף של הצדדים, גם אם הוא זהה למשמעות הפחות המקובלת, זוהי המשמעות. המטרה – לברר מה הצדדים רצו. סעיף ג' רלוונטי כאשר הפרשן לא מצליח לברר את התכלית הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים. לפעמים, השופט מוסיף את סעיף ג' אך ורק כדי לתמוך בתכלית הסובייקטיבית המשותפת, כשהן מגיעות לאותה התוצאה.

דוגמא - בחוזים של אספקת סחורות, מקובל לתת אשראי ספקי. יש מונח מקובל – תשלום שוטף פלוס שישים. הכוונה היא שהתשלום יועבר שישים יום מתום החודש שבו נכרת החוזה. כנגד נוהג זה, אחד הצדדים יטען כי הכוונה הייתה שהתשלום יהיה שישים יום, מיום חתימת החוזה. תחילה נפנה לתכלית הסובייקטיבית, באמצעות הנסיבות החיצוניות. אם מסתבר כי במקרים הקודמים כך הם נהגו, בניגוד לכללי המשק, זוהי הפרשנות המתאימה, ואין צורך לפנות לסעיף ג'. אם לא, ניתן יהיה לפנות לסעיף ג'.

* מקרה של מחלוקת פרשנית – צד א' טוען לפרשנות א' וצד ב' לפרשנות ב'. פרשנות א' תואמת את המשמעות המקובלת בחוזים מאותו סוג, אך היא תגרום לכך שאי-אפשר יהיה לקיים את החוזה. פרשנות ב' איננה מקובלת בחוזים מאותו סוג, אך היא מאפשרת את קיום החוזה. מה נעדיף? ישנן שתי תכליות אובייקטיביות המביאות לתוצאות מנוגדות. קודם כל, צריך לבחון את התכלית הסובייקטיבית (סעיף א'). אפשר יהיה לתמוך את המסקנה הסופית לפי סעיף ג' או ב'. אך מה קורה כאשר לא ניתן להכריע לפי סעיף א'?

הפתרון - יכול להיות שישנן מספר נוסף של תכליות אובייקטיבית רלוונטיות, כגון תום לב. יש לשקול את הפרשנויות זו מול זו – כמה תכליות אובייקטיביות תומכות בכל פרשנות. וכאשר כמות התכליות זהה? יש לבחון את המשקל של כל תכלית אובייקטיבית.

סעיף ד' – "סעיפים 2, 4, 5, 6, 7, 8 ו-10 לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, וסעיף 57ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"א-1971, יחולו, בשינויים המחויבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור". הסעיף מפנה לשורה של סעיפים בחוק הפרשנות.

חוק הפרשנות הוא סוג של מילון, המסביר את המשמעות של מונחים נפוצים בחוק. לחלק מהמונחים המופעים בחוק והמוגדרים בחוק הפרשנות, קיימת הגדרה שונה בחוק ספציפי, במקרה כזה הפרשנות בחוק הספציפי גוברת. סעיף ד' מפנה אותנו להגדרות בחוק הפרשנות, וקובע כי הן יהיו רלוונטיות גם כאשר המונחים מופיעים בחוזים. ההגדרות חלות על חוזים. למרות האמור לעיל, כוונת הצדדים תמיד גוברת, סעיף א' תמיד גובר. אם לא ברורה כוונתם המשותפת של הצדדים, ניתן לפנות לסעיף ד'. הסעיף רלוונטי רק כאשר המחלוקת הפרשנית נוגעת לאותו מונח הקבוע בסעיף זה ומפורש בחוק הפרשנות.

ישנן תכליות אובייקטיביות נוספות –

* **פרשנות סבירה והגיונית** עדיפה על פרשנות שמובילה לתוצאה לא הגיונית. התכלית מבוססת על שיקולי הסתברות, רוב האנשים סבירים והגיוניים.
* תכלית אובייקטיבית, שמכונה "**פרשנות הרמונית**" או "פרשנות אלגנטית" – נניח כי יש חוזה ובסעף מסוים יש ביטוי X ועליו קיימת מחלוקת פרשנית בין הצדדים. הביטוי מופיע גם בסעיף אחר, סעיף קרוב. אולם בסעיף הקרוב, אין מחלוקת לגבי פרשנותו של הביטוי. לפי תכלית אובייקטיבי זו, אם מדובר בדיוק באותו ביטוי המצוי באותה חטיבת טקסט, יש להניח כי הם התכוונו לאותה המשמעות. גם כאן, מדובר בעניין הסתברותי.
* תכלית פרשנית אובייקטיבית המצויה בחוזים מסחריים, בהם קיימת מטרה מסחרית. בחוזים אלה, **עדיפה הפרשנות שתשיג את התכלית העסקית** של העסקה, פרשנות שתגשים את המטרה הכלכלית של הצדדים. הפרשנות שעולה בקנה אחד עם ההיגיון הכלכלי והעסקי של העסקה, תהא עדיפה. **בפ"ד אמנון לוי נ' נורקייט**, **השופט דנצינגר** משתמש בתכלית אובייקטיבית זו, כדי לתמוך במסקנה אליה הגיע לפי סעיף א' (התכלית הסובייקטיבית), מכוח לשון החוזה. במקרה זה, התכלית האובייקטיבית תומכת בתכלית הסובייקטיבית.
* תכלית אובייקטיבית בחוזים צרכניים – הגנה צרכנית על צד חלש, לאור פערי הכוחות בין הצדדים. הגנה על עובד מפני מעביד, למשל.

ישנן שתי תכליות אובייקטיביות נוספות – תום לב, וסעיף ב'1 (פרשנות כנגד המנסח).

תום הלב (סעיף 39 לחוק החוזים) – אם המצב הוא, שפרשנות א' מתיישבת עם עקרון תום הלב ומובילה לתוצאה הגונה וצודקת, ופרשנות ב' מובילה לתוצאה לא-הגונה, לפי התכלית האובייקטיבית, נבחר בפרשנות הראשונה, המתיישבת עם עקרון תום הלב.

המיוחד בתכלית אובייקטיבית זו – התכלית תהא רלוונטית בהרבה מאוד מקרים. בנוסף, הפסיקה מתייחסת אליה כאל תכלית-על. זאת משום שמדובר בהכתבת נורמה, רוצים להבטיח שהמו"מ לכריתת חוזה יתנהל בתום לב. אולם, אפילו כאן, התכלית הסובייקטיבית גוברת על התכלית האובייקטיבית. רק אם לא מצליחים לגלות את התכלית הסובייקטיבית המשותפת, הפרשנות המתיישבת עם עקרון תום הלב ומובילה לתוצאה הוגנת, היא העדיפה. אם כוונתם המשותפת של הצדדים נוגדת את עקרון תום הלב, הדבר נוגע אך ורק למישור הפרשנות של החוזה, השופט יכול שלא לכבד את רצון הצדדים ולהתערב בחוזה (לבטל את הסעיף המדובר).

סעיף 25ב'1 – " ". זהו תיקון מס' 2 שהוכנס לחוק, בינואר 2011. גרסה דומה של תכלית אובייקטיבית הייתה קיימת בפסיקה של ביהמ"ש העליון מאז ומתמיד, לא מדובר בתכלית אובייקטיבית חדשה. בחרו לקחת את התכלית הזו הקיימת בפסיקה ולעגנה בחוק. מדובר בפרשנות כנגד המנסח. לפי התכלית האובייקטיבית הזו, עדיפה **הפרשנות הפועלת כנגדו של המנסח**. עקרון זה רלוונטי בעיקר בחוזים אחידים. עקרון זה עוגן בחוק, משום שהוא עקרון צרכני, עקרון בעל תכולה גדולה. ברוב המקרים, הצד החזק מנסח את החוזה, ישנה מטרה חיונית להגן על צד חלש. מעבר למטרה להגן על צד חלש, ישנם רציונלים נוספים לכלל זה: שיקולי צדק, מדיניות ויעילות.

שיקולי יעילות – במצבים רבים, נעדיף כלל משפטי שמטיל את הסיכון והחבות על מי שהוא **מונע הנזק היעיל** ביותר, המונע הזול. במקרה זה ברור מיהו המונע הזול, מנסח החוזה, הוא יכול היה לנסח את החוזה בצורה ברורה, כדי למנוע את המחלוקת הפרשנית. זהו תמריץ להתנהגות יעילה, שווה למנסח להשקיע ולנסח את החוזה בצורה ברורה, כדי למנוע את המחלוקת הפרשנית העתידית והתדיינויות הרבות.

שיקולי צדק – ישנם כמה אופנים. שיקול אחד של צדק, הוא **צדק מתקן**, לפיו אם יש בעיה פרשנית, מי שגרם לבעיה הוא מי שניסח את החוזה, לכן צודק כי מי שגרם לבעיה יישא בעלויות שלה. בנוסף, ישנו **צדק חלוקתי**, לפיו אנו מניחים שהצד החזק שניסח את החוזה, בכל מקום שהיה יכול, היטה את החוזה לטובתו. נוצרה אי-בהירות, אם נפרש לרעת המנסח, אני מטים ומאזנים טיפה את כפות המאזניים.

שיקולי מדיניות – מונעים משיקולי צדק ויעילות. שיקולי מדיניות של הגנת הצרכן.

* הנימוקים המצדיקים את התכלית האובייקטיבית הזו שונים מהשיקולים של הסתברות הנוגעות לתכליות האובייקטיביות האחרות.

ברוב המקרים עד כה בפסיקה, תמיד דובר על חוזים אחדים. לרוב, בחוזים אחדים לא קיימת תכלית סובייקטיבית שלמה. לכן הכלל הזה מופעל במצבים בהם לא קיימת תכלית סובייקטיבית. יש פוטנציאל לתכולה יותר רחבה. הלשון בסעיף זה יותר רכה, מהי "עדיפות"?

סעיף 25א' - ישנם שלושה נוסחים : המקורי, כיום ובהצעת חוק דיני ממונות.

האופן שבו נוסח סעיף 25א' כאשר חוקק החוק (לפני התיקון), שיקף את עמדת הפסיקה ביחס לפרשנות חוזית – כאשר רוצים לגלות את התכלית הסובייקטיבית של שני הצדדים, יש לעשות זאת בשני שלבים – תחילה, יש לבחון את כוונת הצדדים מתוך לשון החוזה. אם השופט חושב שהוא הצליח להבין את כוונת הצדדים, הסתיימה מלאכתו, אסור לו לפנות לנסיבות חיצוניות. לעומת זאת, אם הפרשן ראה את החוזה ועדין נותר עם מחלוקת פרשנית, אז ורק אז מותר לו ללכת לשלב השני, ולדלות מידע על כוונת הצדדים מתוך הנסיבות החיצוניות. **פ"ד אפרופים** משנה את הגישה המקובלת. **השופט ברק** קובע הלכה חדשה, לפיה הפרשן רשאי לגשת באופן ישיר, בשלב אחד, אלא החוזה ואל הנסיבות ולדלות כל מידע רלוונטי משני המקורות, תוך מתן משקל כבד יותר ללשון החוזה. אם חושבים לעומק, המחלוקת בין הגישה הישנה לגישה החדשה (שלב אחד), היא מחלוקת בתוך תחום דיני הראיות. הגבול בין הדין המהותי לדיני הראויות מטשטש, כולנו מבינים שבפרשנות הדרך היחידה לגלות את כוונת הצדדים עוברת דרך הנסיבות החיצוניות. אין הבדל בדין המהותי בין שתי הגישות, הכלל הוא כי החוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, יש עדיפות לכוונה הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים. שתי הגישות קובעות את אותו הכלל המהותי. קיימת מחלוקת בדיני הראיות, איך מוכחים את הכוונה הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים? הגישה הישנה יצרה כללי ראיות של קבילות, לפיהם בשלב א' הראיה היחידה הרלוונטית היא החוזה, וחל איסור על הגשת ראיות אחרות. לפי הגישה החדשה, כל הראיות קבילות, בתנאי שהן רלוונטיות. ההנחיה היא לגבי משקל הראיות – החוזה הינו ראיה לכוונת הצדדים, ומשקלו כבד יותר מאשר ראיות חיצוניות לחוזה.

בעבר, דיני הראיות בישראל היו מבוססים בעיקר על כללים של קבילות, אילו ראיות קבילות ואילו לא, ולא כללים של משקל. למה? יש הבדל בין שיטות המשפט השונות. בישראל, כללי הראיות הם מהתקופה המנדטורית, בו הקביעה העובדתית התבצעה ע"י מושבעים, שהם הדיוטות לענייני משפט. שיטה זו הולכת יד ביד עם ענייני קבילות, משום שקיים חשש שאותם הדיוטות יושפעו מראויות לא-קבילות, הם לא ידעו לעשות את הניתוח הנכון ולהבין שהראיות אינן שוות דבר. הבריטים לא הביאו את שיטת המושבעים לארץ, הם לא סמכו על המושבעים הארצ-ישראלים. נוצר מצב אנומלי, בו הקובעים הם שופטים מקצועיים, אך דיני הראיות הם דינים של קבילות. במשך השנים עברנו מכללי ראיות של קבילות לכללי ראיות של משקל.

המעבר קורה גם בפרשנות החוזים. ביהמ"ש עובר מכללי ראיות של קבילות (השיטה הישנה) לכללי ראיות של משקל (הלכת אפרופים). אולם, בניגוד למקובל בציבור מבקרי הלכת אפרופים, באופן מעשי ההשפעה של הלכת אפרופים על התוצאות בתחום הפרשנות אפסית. התוצאה המעשית לרוב לא תשתנה בעקבות הלכת אפרופים.

בסילבוס ישנם מס' פסקי דין שקדמו לאפרופים (התנהלו לפי שיטת שני השלבים) –

**פ"ד טרקטורים נ' אספלט** - פ"ד זה מראה שימוש בנסיבות חיצוניות ומראה איך צריך לנהוג בזהירות כשמתייחסים לנסיבות, משום שכל צד טען לנסיבות התומכים בדעתו. ביהמ"ש מבחין בנסיבות שאינן רלוונטיות, ישנן נסיבות שאחד הצדדים לא מודע להן, לכן אין הן יכולות ללמד על אומד דעתו. נק' נוספת, ביהמ"ש פונה גם לתכליות אובייקטיביות, לתכלית של תום לב, רק משום שהיא מחזקת את המסקנה לה הגיעו ע"י התכלית הסובייקטיבית. בנוסף, השאלה האם ביהמ"ש יודע ומבין את כוונת הצדדים מתוך החוזה, נתונה לשיקול דעתו של ביהמ"ש. נראה כי המעבר בין השלבים נתון לשיקול דעת של ביהמ"ש במידה רבה. ביהמ"ש במקרה דנן הרגיש נוח להשתמש בנסיבות.

**פ"ד שטרן** – מראה איך ביהמ"ש הרגישו מחויבים מאוד לפרשנות בשני שלבים. יחד עם זאת, גם כשהחוזה ברור מעצמו, ביהמ"ש מוצא את הדרך להגיע אל הנסיבות. במקרה זה הייתה מחלוקת בנוגע למילה "נתן". נקבע כי לשון החוזה אינה ברורה, לכן ביהמ"ש פנה לנסיבות. כאשר ביהמ"ש חש והבין שבנסיבות החיצוניות שוכן הפתרון (הפרשנות הנכונה), ברוב המקרים הוא מוצא את הדרך לבחון את הנסיבות.

**הלכת אפרופים איננה משקפת מהפכה גדולה בתחום דיני החוזים**, משום שגם בשיטת שני השלבים, אותם שופטים שהקפידו על השיטה, מצאו את דרך להגיע אל הנסיבות כשהיה צורך בכך. בנוסף, עוד לפני הלכת אפרופים היו שופטים, כמו **השופט לוין** **בפ"ד נודל נ' פינטו**, שביצעו פרשנות חד-שלבית.

**פ"ד אפרופים** משנה את הגישה המקובלת עד לאותו זמן. אולם, על פניו היו שופטים שנהגו עוד לפני כן לפי הלכת אפרופים, הם לא נהגו לפי שיטת שני השלבים. בפ"ד זה, **השופט לוין** מפנה לפסק דין שלו עצמו, בו הוא ביצע פרשנות חד-שלבית, בדיוק כפי שנקבע בהלכת אפרופים, אך הדבר לא עורר מהומה.

פסק דין זה עסק בחוזה בין המדינה, באמצעותו המדינה שיווקה את הקרקעות לחברות. המדינה רצתה שהחברות יבנו הרבה דירות ומהר. לצורך כך, החוזים כללו גם סנקציות וגם תמריצים, שמכוונים למטרה זו. החוזה מתייחס לבניה במרכז הארץ ובפריפריה (אזורי ביקוש נמוך וגבוה). לפי ההיגיון, יש צורך בסנקציה ותמריץ גבוהים יותר באזורי ביקוש נמוכים (בפריפריה) מאשר במרכז הארץ.

תמריץ אחד – המדינה מוכנה לקנות את הדירות מהחברות, כדי שהם לא יחששו לבנות הרבה דירות בבת אחת. היה הבדל בתמריץ בין אזור ביקוש גבוה לנמוך. באזור ביקוש נמוך, המדינה מחויבת לרכוש עד 100 אחוז ובאזור ביקוש גבוה עד 50 אחוז. התמריץ השני – תזרים המזומנים, אפשר יהיה לממש את התחייבות המדינה לרכוש באזור ביקוש גבוה רק כשהדירות מוכנות, באזורי ביקוש נמוך כבר ששלד הבניין מוכן. זוהי העדפה נוספת לאזורי ביקוש נמוך.

סנקציה אחת הינה לגבי מועד גמירת הבנייה – אם הבניה מסתימת באיחור (הסנקציה מופעלת רק כאשר החברה מבקשת מהמדינה לרכוש את הדירות). הסנקציה השנייה – מועד בקשת הרכישה מהמדינה, ישנו חלון הזדמנויות, בו ניתן לדרוש מהמדינה לרכוש את הדירות.

ס' 6 ז' – קובע סנקציה על איחור בגמר הבניה באזורי ביקוש גבוה. על כל חודש של איחור בבניה – הפחתה של 2 אחוז ממחיר הדירה.

ס' 6ח'2 – סנקציה על איחור במועד הצגת דרישת המימוש באזורי ביקוש גבוה. על כל חודש של איחור – הפחתה של 2 אחוז ממחיר הדירה.

ס'6 ח'3 – עוסק באיחור הצגת דרישת המימוש באזורי ביקוש נמוך. על כל חודש של איחור – הפחתה של 5 אחוז ממחיר הדירה.

אם החוזה קוהרנטי, היינו מצפים כי תקבע סנקציה בגין איחור בגמר הבניה באזור ביקוש נמוך, ושהיא תהא הפחתת 5 אחוז ממחיר הדירה על כל חודש איחור. אך סנקציה זו לא קיימת.

בפועל, חברת אפרופים הגישה בזמן את הדרישה לרכישת הדירות באזור ביקוש נמוך, אך היא לא עמדה בלוח הזמנים של הבניה, איחרה בחודש ו-5 ימים. המדינה הפחיתה 6 אחוז ממחיר הדירה, כאילו קיימת הסנקציה, מכוח ס' 6 ח'3. זוהי המחלוקת הפרשנית – האם הסעיף עוסק רק בסנקציה לגבי דרישת המימוש או גם על איחור בבניה? מלשונו של הוראת הסעיף, נראה כי הכוונה הינה לסנקציה עבור דרישת המימוש בלבד. לדעת המדינה, יש להתחשב בנסיבות החיצוניות – הרצון להאיץ את הבניה, בשל בעליה ההמונית.

מבין 2 הסנקציות, הסנקציה עבור האיחור בגמר הבניה היא החשובה ביותר. הסנקציה החשובה בחוזה היא הסנקציה על איחור בבניה באזור ביקוש נמוך, אך היא לא מופיעה. לדעת ביהמ"ש המחוזי, לשון החוזה ברורה, לכן טענות המדינה בדבר הנסיבות אינן רלוונטיות.

בביהמ"ש העליון, **השופט מצא**, לכאורה, דבק **בשיטת שני השלבים**, לכן דחה את טענת המדינה, שכן לשון החוזה ברורה לחלוטין ואין צורך לפנות לנסיבות. לאחר שהשופט מצא קרא את פסק הדין של השופט ברק, הוא הוסיף קטע נוסף לפסק דינו, בו הוא מרגיש צורך עז להתייחס לדוגמת המכונה והסוס של ברק. התשובה של מצא לטיעון זה של ברק, היא בעייתית, הוא מסכים כי במקרים קיצוניים ניתן להסתכל על הנסיבות. אולם, כיצד השופט יכול לדעת אם מדובר במקרה קיצוני? חייבים להסתכל על הנסיבות, ומכאן שטענתו של השופט מצא סותרת את עצמה. פסק דין זה איננו קונסיסטנטי.

הגישה האחרת, היא **הגישה החד-שלבית**, לפיה יש לאפשר לשופט לראות את כלל הראיות הרלוונטיות. לא גישה של קבילות ראיות, אלא מתן ערך למשקל הראיות. גישה זו עשויה להגיע במקרים רבים יותר לתוצאה הנכונה, אולם קשה יותר לחזות את התוצאות מראש. לרוב, החוזה והנסיבות יביאו לאותה התוצאה. לא אמור להיות הבדל בין התוצאה בין שתי הגישות. השיטה החד-שלבית מעשירה את בסיס הנתונים של השופט, אך היא פוגעת בוודאות (מקטינה את היכולת לצפות את התוצאה). חסרון נוסף – הגישה מאריכה את הדיון, ההליכים המשפטיים בערכאות הדיוניות, העוסקים בפרשנות חוזה ארוכים מאוד.

**השופט לוין** לא משתמש במנוחים של הגישות. ברור שמה שהוא עושה בפועל זה מה שברק עושה, לכן הוא מגיע לאותה התוצאה. "יש להתיר את מוסרותיהם של המילים הכתובות...", כלומר גם אם החוזה ברור, יהיו מקרים בהם נתעלם מהלשון הברורה. ניתן לפרש את החוזה לפי כוונת הצדדים ולא מלשונו. מאיפה ידע את כוונת הצדדים? מהנסיבות. במקרים מסוימים, יש להסיק את הכוונה מהנסיבות. זוהי עמדתו של השופט גם בפסיקה קודמת (הוא מצטט את עצמו מפסקי דין קודמים). בפסק דין זה יש נק' בעייתית אחת – השופט מנסה להפוך את הצדדים לצדדים מתוחכמים. לדעתו, החוזה "מושלם". סעיף 3 מתייחס לאיחור בבניה באזור ביקוש נמוך. סעיף 2 מתייחס למימוש בשני האזורים גם יחד. זהו דבר בעייתי. אם שני הצדדים טוענים שכוונתם הייתה שסעיף 2 מתייחס לאזור ביקוש גבוה, אין זה לגיטימי שביהמ"ש יקבע תכלית הסותרת את כוונתם המשותפת של הצדדים. בנוסף, התאמת גודל הסנקציה לאזור הביקוש מהווה גם כן בעיה.

**השופט ברק**, כמו ביתר פסקי הדין העקרוניים, המלמדים מדיניות, מעטר את פסק דינו בכותרות. חלק גדול מפסק הדין אינו עוסק בסכסוך הקונקרטי. בפסקי דין בהם ביהמ"ש הוא בתפקיד של ביהמ"ש עליון (ולא רק כערכאת ערעור), משתמשים בתיק כפלטפורמה להעברת מדיניות. החלק הבעייתי בפסק הדין – כשלוקחים את ההלכה העקרונית ומיישמים אותה על המקרה הקונקרטי. המטרה של שתי שיטות הפרשנות היא לגלות את התכלית הסוביקטיבית המשותפת של הצדדים. הוויכוח הוא על האמצעים לגילוי התכלית – האם לביהמ"ש מותר להתייחס רק לטקסט ורק אם ממנו לא נובעת התכלית, לפנות לנסיבות, או שלביה"ש מותר כבר בשלב הראשון לשמע ראיות הקשורות גם לנסיבות?

נימוקיו של השופט ברק לשיטה החד-שלבית -

* בתורת שני השלבים יש קושי הינהרנטי, טבוע. "הקושי הוא כי בהירותה של הלשון צריכה להיקבע בסוף התהליך הפרשני ולא בתחילתה...". כלומר, יש פה כשל לוגי בשיטת שני השלבים, לפיה אם החוזה ברור, אין ללכת לנסיבות. לדעת ברק, לא ניתן לדעת אם החוזה ברור, אם לא ניגש לנסיבות. לדעת ברק, בהירותה של הלשון צריכה להתפרש בסיומו של התהליך הפרשני.
* האבחנה היא הרי בין טקסט לנסיבות. אבחנה זו איננה כה ברורה, יש תחום אפור גדול. למשל, העובדה שהייתה מצוקת דיור גדולה - נסיבות או חוזה? הדבר אינו כתוב בחוזה במפורש, אך כל החוזה אפוף בסיטואציה זו.
* תורת שני השלבים אינה לוקחת ברצינות את אומד דעת הצדדים (למשל, דוגמת הסוס והמכונה). זאת כיוון שהיא מוכנה לקחת במצבים נדירים את הסיכון שהפרשנות איננה תואמת את כוונת שני הצדדים, שעל פיה בירור כוונות הצדדים נתונה למגבלות של שיטת משפט. ברור כי הוויכוח אינו בתחום דיני החוזים, אלא בתחום דיני הראיות של קבילות. "אם אומנם הנסיבות החיצוניות הן מקור אמין...". או שהנסיבות אמינות, או שלא. אם לא, אין להרשות גישה עליהן בכל מקרה. אולם אם הן מהוות חומר רלוונטי, מה זה חשוב אם החוזה ברור או לא? אם הנסיבות הן חומר ראייתי רלוונטי, אין לחסום אותן, יש לאפשר לשופט לקבל את כל הראיות ולהנחות אותו לגבי המשקל הראיות. בעניין המשקל, החוזה חשוב יותר מהנסיבות.
* תורת שני השלבים אינה משתלבת בדיני החוזים הכלליים. ישנן סוגיות בהן אנו נוקטים בגישה החד-שלבית, למשל: סעיף 16 לחוק החוזים עוסק בטעות סופר – הפתרון במקרה כזה הוא תיקון הטעות לפי אומד דעת הצדדים ולא ביטול החוזה. בצורה מעשית, כאשר טוענים לטעות סופר, ביהמ"ש יסתכל על החוזה הברור והחד-משמעי. החוק קובע כי השופט צריך לתקן את החוזה לפי אומד דעת הצדדים. מאיפה ידע זאת השופט? מהנסיבות. הנסיבות החיצונית הן למשל שמחיר השוק של הממכר שונה. בטעות סופר, מובן מאליו בחוק שהשופט צריך להסתכל על הטקסט והנסיבות על מנת להבין את אומד דעת הצדדים. אם כן, למה כשמגיעים לפרשנות, העמדה צריכה להיות שונה כאשר בוחנים את אומד דעת הצדדים? דוגמה נוספת – הסוס והמכונה.
* תורת שני השלבים איננה מתיישבת עם עקרון תום הלב. אם היא תאפשר למוכר להתעקש ולהצליח בכך שיעניק לקונה סוס ולא מכונה, וביהמ"ש יקבל זאת, ברור שהדבר מנוגד לעקרון תום הלב.
* תורתו של ברק איננה מתבקשת מס' 25א' לחוק החוזים. הלכתו של ברק אינה מתיישבת עם לשון החוק. לא רק שלשון הסעיף ברורה (תומכת בשני שלבים), אלא גם אם נבדוק את הנסיבות של ניסוח הסעיף, ברור שהכנסת התכוונה להלכת שני השלבים. ברק מציע לעשות את הפאוזה בזמן אחר בעת קריאת הסעיף. לדעתו, הדירוג הוא לעניין המשקל שצריך הפרשן לתת, קודם כל לחוזה ולאחר מיכן לנסיבות. הסעיף מסוגל לשאת את הפרשנות הזו, לכן יש להתאים את החוק למציאות החדשה והמשתנה. כל עוד הפרשנות נסבלת ע"י הטקסט, היא לגיטימית. עצם העובדה שברק כותב שני עמודים על מנת להוכיח את הקשר בין סעיף החוק לשיטה החד-שלבית, מעידה כי קיימת בעיה. יחד עם זאת, וועדת הקודיפיקציה כותבת (בהצעת חוק דיני ממונות) את הסעיף הרלוונטי בצורה, לפיה אין אבחנה בין החוזה לנסיבות, נכתב אפוא במפורש כי הדבר משקף את הלכת אפרופים.

צמצומה של הלכת אפרופים ע"י ברק -

לאחר הנימוקים, ברק מבחין בין תכלית סובייקטיבית לאובייקטיבית. בנוסף, הוא מדגיש שוב את הדברים הבאים- "בגדרי התכלית הסובייקטיבית (סעיף 25א') נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה...". ברק טוען כי יש חזקה פרשנית, לפיה המשקל הגדול יינתן לכוונת הצדדים העולה מתוך החוזה. הכוונה בא לידי ביטוי במשמעות הפשוטה והרגילה של הטקסט. אלא מה, זוהי רק חזקה, אנו מאפשרים לצד הרוצה להפריך את החזקה לעשות זאת. אין מדובר בעדיפות שאינה ניתנת לסתירה, אך יש להרים נטל כבד.

ברק טורח לקבוע דבר כללי נוסף – הגבלה נוספת להלכת אפרופים, ההלכה קובעת כי ברוב המכריע של הטקסט יש עדיפות למשמעות הפשוטה והרגילה של הטקסט. ברק רק משאיר פתח לאחוז הבודד, בו החוזה עצמו אינו משקף את אומד דעת הצדדים. מגבלה נוספת – גם באותו אחוז בודד של מקרים שהטקסט לא משקף את כוונת הצדדים, עדין יש מגבלה על ביהמ"ש מותר לו לפרש לפי הנסיבות, ובלבד שלפרשנות הזו יש איזושהי אחיזה בטקסט. אסור לביהמ"ש להעניק פרשנות המנוגדת חזיתית לטקסט, למעט שני מקרים – טעות סופר וכאשר הפרשנות לפי הטקסט תוביל לתוצאה אבסורדית שהדעת אינה סובלת, כלומר שאף בר דעת לא יחשוב שלזה התכוונו הצדדים. במקרים אלה, אין בררה אלא לקבוע כי הפרשנות היא לפי הנסיבות, גם אם היא סותרת את הטקסט.

אם כן, ברור כי ביהמ"ש אינו יכול לפרש את החוזה בכל דרך שהיא. ברק מקבל את טענת המדינה, כי יש לפרש את הסעיף כמכוון להפחתת מחיר בגין איחור בגמר הבניה. ברק מספיק הוגן וכנה כדי לומר שלפירוש אין שום אחיזה בטקסט, הוא עולה מתוך הנסיבות (מוזר כי לא הוכנסה הסנקציה הכי חשובה). אך סעיף 3 אינו סובל את הפרשנות שהמדינה קובעת, האם זהו אבסורד כזה גדול לא לפרש את הסעיף כפי שהמדינה מבקשת? לא לדעת ברק. המסקנה היא בעייתית, הסעיפים בסך הכול קובעים פיצוי מוסכם בשל הפרה. אם הייתה הפרה, ואם אין פיצוי מוסכם בחוזה ונגרם למדינה נזק בשל האיחור, היא צריכה להוכיח את הנזק ובשל כך תקבל פיצוי. אם לא נגרם נזק, מה האבסורד בזה שהיא לא תקבל פיצוי? חוזה שאין בו סנקציה על עיכוב הביצוע אינו אבסורדי.

דבריו של ברק אינם מהווים מהפיכה, כיוון שהם נוגעים רק לאותם מקרים נדירים שבנדירים, בהם הטקטס ברור ועדיין לא מגלם את אומד דעת הצדדים. ובכל מקרה ברק מתגלה פה כשמרן אמיתי – הוא קובע שבכל מקרה, לפרשנות צריכה להיות אחיזה כלשהי בטקסט. אפילו במקרים, בהם קיימת סתירה בין הפרשנות העולה מהחוזה לזו העולה מהנסיבות, מותר לפרשן להעדיף את הפרשנות העולה מתוך הנסיבות, רק אם אפשר למצוא לה אחיזה גם בטקסט עצמו, למעט המקרים הבאים: טעות סופר (מאפשרת לבית המשפט לשנות את הטקסט המקורי), ובמקרה שבו שאם לא נעשה כך התוצאה תהיה אבסורדית ושאף אדם סביר לא יחשוב שמישהו התכוון לכך.

השלמת חסר בחוזה, כקונסטרוקציה חלופית -

ישנו פרק, שכאילו אינו קשור לעניין – השלמה חסר בחוזה. לפי ברק, גם אם טעה בפרשנות והשופט מצא צודק, עדין הוא היה מגיע לאותה תוצאה סופית בפסק הדין, לא ע"י פרשנות אלא ע"י השלמה של חסר. ברור כי קיימת בעיה במערך הסנקציות, חסר פרט שכולם מבינים מהו. יש חסר ברור הטעון השלמה, השופט היה מוסיף לחוזה תנאי נוסף, הקובע סנקציה על איחור בביצוע הבניה באזורי ביקוש נמוך. זוהי השלמה מכוח ס' 39 לחוק החוזים. בסוף פסק הדין, הוא קובע כי זוהי קונסטרוקציה חלופית בלבד (להסרת ספק), המקור המחייב – הפרשנות, עליה מבוסס פסק הדין.

בעקבות פסק דין זה הייתה מהומה גדולה, הייתה תחושה שהוא עושה מהפכה בעניין הפרשנות, שתאפשר לביהמ"ש לפרש את החוזה כרצונו (לא בצדק). חברת אפרופים ביקשה דיון נוסף, השופטת שטרסברג-כהן, החליטה כי אין כל חידוש בהלכת אפרופים ודחתה את הבקשה לדיון נוסף. אחד מהנימוקים של השוללים את ההלכה – זוהי החלטה אקראית (2 נ' 1), אם היו שופטים אחרים, יכול להיות שההחלטה הייתה משתנה (זוהי טענה לא נכונה בשיטת המשפט הישראלית).

**בפסק דין ארגון מגדלי הירקות** בו ניתן פסק דין בערעור האזרחי, הייתה מחלוקת פרשנית. בפרשה זו הוגשה בקשה לדיון נוסף, וביהמ"ש העליון התיר דיון נוסף בשאלה אחת בלבד – האם הלכת אפרופים שרירה וקיימת? לדעת גלברד, שאלה זו כלל אינה מתעוררת בפסק דין זה, הסיבה – הטקסט בכלל לא היה ברור, לכן מותר וברור כי היה על השופטים לגשת לנסיבות. בדיון הנוסף, על מנת להסיר כל ספק, הושיבו הרכב של 9 שופטים. המחלוקת הפרשנית – במסגרת ההסכם הראשון שנחתם בין ממשלת ישראל לרשות הפלסטינאית, ניתנו הקלות שאפשרו לחקלאים ערבים משטחי עזה ויו"ש ויצא את התוצרת החקלאית שלהם לשטחי ישראל ללא הגבלה. החשש – הדבר יפגע בחקלאים הישראלים. המדינה הסכימה לפצות אותם. לאחר מיכן, הסתבר כי לא נגרם כל נזק לחקלאים הישראלים. לטענת החקלאים, הפיצוי הובטח להם כפיצוי מוסכם מראש, ללא כל קשר אם נגרם הנזק.

בדיון הנוסף, כל השופטים קיבלו את הלכת אפרופים. חלק מהשופטים בחרו לשים דגשים מיוחדים, דוגמת השוט חשין – למרות שניתן לפנות לנסיבות כבר בהתחלה (שיטה חד-שלבית), חייבים לתת משקל רב מאוד ועיקרי לטקסט של החוזה ולמשמעות הרגילה של החוזה (הדבר כתוב באפרופים).

הלכת מגדלי הירקות ביססה באופן ברור את הלכת אפרופים.

לאחר מיכן, מונו לביהמ"ש שני שופטים מהסקטור הפרטי. ציבור עורכי הדין לא אהבו את הלכת אפרופים. **השופט דנצינגר,** שייצג סקטור זה, הביא איתו את רוח חוסר האהדה להלכת אפרופים. משלב כלשהו, פסיקתו מתחילה, לאט-לאט לערער, לכאורה, על הלכת אפרופים. פסק הדין הראשון היה של אמנון לוי נ' נורקייט. בנוסף, ישנו פ"ד בלמורל. **בפסק הדין אמנון לוי נ' נורקייט** – כאשר חברת נורקייט הפסיקה לעשות שימוש בידע של לוי,לטענתה היא לא הייתה צריכה לשלם לו את שכר הייעוץ, לטענת אמנון לוי היא כן מחויבת להמשיך לשלם. על גבי וויכוח זה, מתנהל וויכוח על הלכת אפרופים. השופט דנצינגר – "אני סבור כי **על אף** כללי הפרשנות...". דעתו תומכת במתן תכלית אובייקטיבית – פרשנות המתיישבת עם ההיגיון הכלכלי-מסחרי של החוזה. אם התכלית האובייקטיבית תומכת התכלית הסובייקטיבית, ניתן להביאה כתימוכין. מדוע משתמש השופט במינוח "על אף"? ברמה ההצהרתית, יש פה קריאת תיגר על הלכת אפרופים. בפועל, השופט תומך את מסקנתו הסופית בנסיבות – שלב המו"מ (הסתבר שהם החלו את המו"מ כשאמנון לוי ימכור את הידע תמורת סכום חד פעמי, אלא שהוסכם כי הסכום יועבר בצורה חודשית, בתשלומים – העובדה כי מפסיקים להשתמש בידע/נכס, אינה מאפשר לאדם להפסיק לשלם את התשלומים) והתנהגות הצדדים לאחר כריתת החוזה (היה מקרה אחר, הו הפסיקה החברה את השימוש בידע, אך בכל זאת המשיכה לשלם לאמנון לוי כרגיל). השופט טוען כי לשון החוזה ברורה ויש לפרש גם לפי הנסיבות, בהתאם לגישתו של ברק, אז מדוע הוא כותב "על אף"?

**בפ"ד בלמורל** – עולה אותה סוגיה. **השופט דנצינגר** שוב תוקף, לכאורה, את הלכת אפרופים – "סבור אני כי מקום בו לשון ההסכם ברורה חזקה עליה כי היא משקפת את אומד דעת הצדדים...". זהו בדיוק טענתו של ברק בהלכת אפרופים, אם כן מדוע מוסיף השופט דנצינגר בסוף דברי "בניגוד לדעת אפרופים"? כמו כן, הוא פונה גם הפעם לנסיבות. בפ"ד זה קיימת התנצחות לא שגרתית שבא לידי ביטוי, בדבריו של השופט דנצינגר – "גישתי...ברורה ובהירה..".

**השופט ריבלין** מגיב- "חברי השופט דנצינגר....ככל שחברי דנצינגר..בכך אין שינוי". הערה צינית נוספת – "אינו מבקש להחזירנו..". התחושה העולה, לכאורה, מהלכת אפרופים כי ביהמ"ש יכול לפרש את החוזה כרצונו איננה נכונה – "תמרורי ההזהרה...".

מהם הגבולות ששם לעצמו ביהמ"ש כשהוא נכנס לעניינים של אחרים? אחרי פסק דין כמו בלמורל, ח"כ לוין הגיש הצעה לקעקע את הלכת אפרופים בסעיף 25. בוועדה חוקה, בה נדונה ההצעה, יו"ר הוועדה ביקש להגיע לנוסח של פשרה. הפשרה – החלק הראשון של סעיף 25 נשאר כמו בהצעת חוק דיני ממונות (הלכת אפרופים), והחלק השני הוא התוספת של ח"כ לוין, המביע את הרצון להחזיר לצדדים את כוחם בעיצוב החוזה ולהגביל את כוחו של ביהמ"ש. יכול להיות כי קיימת סתירה בין החלקים. איך יודעים אם אומד דעת הצדדים באמת בא לידי ביטוי בחוזה? רק לפי הנסיבות? יכול להיות שגם הסיפא מצדדת בהלכת אפרופים, ללא כוונת תחילה. הפשרה עברה את כל ההצבעות והתקבלה. כעת, לא ברור לנו מהי הכוונה. חסידי הלכת אפרופים – השינוי עיגן בחוק את ההלכה ולא סתר אותה. המתנגדים – אם לשון החוזה ברורה, לא ניגשים לשום מקור אחר, רצון המחוקק – לשנות את הלכת אפרופים. בהצעת חוק דיני ממונות, הנוסח של סעיף 25א' חזר לנוסח שהוצע ע"י משרד המשפטים ולא הנוסח שתוקן (רק החלק הראשון!).

**מישור השלמת החוזה –**

עסקנו בנושא זה, כשדנו במנגנוני השלמה בעת היעדר יסוד מסוימות.

מנגנון השלמה נוסף שהיה נהוגה בעבר הוא **דוקטרינת אנגלית של תנאי מכללא, או תנאי משתמע** (עקרון משיטת המשפט הבריטי). לפי עקרון זה, ישנם תנאים שגם אם הם לא נמצאים בחוזה במפורש, הם חלק ממנו, כלומר קיימים חיובים משתמעים מהחוזה. השלמת החוזה נתפסה בעבר ע"י הבריטים כסוג של התערבות ברצון הצדדים, אך אין זה נכון, להיפך היא משרת את הרצון. כדי להגשים את רצון הצדדים, ביהמ"ש משלים את החוזה. לפי הבריטים, ביהמ"ש רשאי להשלים את החוזה, רק אם הוא משוכנע כי הצדדים התכוונו לזה. מדוע הצדדים לא הכניסו זאת לחוזה? כי זה היה ברור מאליו עבורם. הם הכניסו מס' מבחנים – למשל, הטרדן המתערב, לפיו כאשר השופט מתלבט אם יש מקום להכניס תנאי מכללא לחוזה, הוא צריך לדמיין את מעמד כריתת החוזה. אם הצדדים טוענים כי התנאי מובן מאליו, אז ורק אז ניתן להכניסו לחוזה. המחיר של דוקטרינה זו - כולם מבינים שזה פיקציה. בנוסף, כמו כל פיקציה, יש לה חולשות.

במשפט הישראלי, אם מסתכלים על פ"ד של השופט ברק בנוגע להשלמת החוזה, הוא כותב (האוביטר בהלכת אפרופים) – "משהיגע השופט למסקנה כי החוזה חסר...עם חקיקתו של חוק החוזים...העמיד מכשיר אחר..". לפי העמדה שהתקבלה בפסיקה, את אותו תנאי מכללא עושים באמצעות סעיף 39 לחוק החוזים.

סעיף 39 לחוק החוזים – "בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה". הסעיף אינו מדבר על השלמה חסר בחוזה, אלא קובע כי אם יש בחוזה חובה או זכות, יש לקיימה בתום לב. לסעיף תפקיד בשלושת הרבדים: במישור של הפרשנות, הוא מתפקד כתכלית אובייקטיבית. במישור של השלמה הסעיף פועל כמנגנון השלמה. במישור של ההתערבות סעיף זה משמש כמכשיר להתערבות מצד ביהמ"ש.

ההבדל בין ההשלמה ע"י סעיף 39 להשלמה ע"י תנאי מכללא: בעוד שתנאי מכללא מתיימר לשקף את אומד דעתם של הצדדים, עקרון תום הלב לא מתיימר לשקף רצון של הצדדים, אלא להשלים את החוזה בהתאם לעקרון תום הלב, באופן הראוי להשלים את החוזה, בהתחשב באיך צדדים סבירים והגונים היו משלימים אותו.

**בג"ץ שירותי תחבורה ב"ש –**

* בית הדין לעבודה הוא חלק ממערכת המשפט הישראלי. ישנם בתי דין, שניתן לערער על החלטותיהם במערכת הרגילה, אך לא כך בבתי הדין לעבודה. הבעיה – הדין הוא לא רק החוק, החוק הוא רק שלד, רוב המעטפת היא פסיקה שמפרשת את החוקים. אם שתי המערכות יעבדו במנותק, במשך הזמן ייווצר דין חוזה שונה לכל בית משפט, ואין זה אפשרי במערכת משפט אחת. הפתרון – שימוש בבג"ץ. ישנן שלושה עילות, שבגינן ניתן לעתור לבג"ץ: ראשית, בעת חריגה מסמכות. שנית, פגיעה בצדק הטבעי. העילה השלישית והמרכזית היא טעות מהותית על פני הפסיקה. לא מדובר בטעות בפרשות החוק, אלא טעות מהותית. עם הזמן, חלה תפנית, ביהמ"ש מוכן לדון לא רק כשמדובר בטעות מהותית, אלא גם אם מדובר בנושא מהותי, והטעות איננה מהותית.

בבג"ץ זה, ביהמ"ש סבר שפרשנותו של סעיף 39 הינה עניין מהותי, תכולתו ושימושו רחבים מאוד, לכן נענה לדון בעתירה זו. יחד עם זאת, ברור כי פסק דין זה אינו משקף טעות מהותית. בג"ץ זה משקף את ההלכה.

המעביד – חברת שירותי תחבורה. ישנם עובדים, שהם נהגים. ישנה מועצת הפועלים של הנהגים – גוף המייצג את הנהגים. נחתם חוזה פרמיה בין החברה למועצה. מטרת הפרימה – לפתור יחסי עבודה משובשים, למנוע שביתה וסבל רב לתושבים ומנוע פגיעה בעבודה השוטפת. ההסכמה שהושגה, לפיה ינתן תשלום פרמיה לנהגים, כל עוד הם לא מקיימים שביתות, הפכה לחלק מחוזה המעביד. הנהגים יכולים לשבות, בתנאי שיינתן אישור מטעם מועצת הפועלים. העובדים קיימו אסיפה, שגרמה להשבתת שרותי התחבורה. החברה הפסיקה לשלם את הפרמיה, משום שהעובדים ביצעו שיבוש עבודה.

הנהגים פנו, כל אחד, לבית הדין לעבודה והגישו תביעה לתשלום שכרם. טענה החברה – היה שיבוש עבודה, לכן הם זכאים לא לשלם את הפרמיה. טענת הנהגים – המועצה אישרה את האסיפה, לכן יש להמשיך לשלם את הפרמיה. הטענה הנגדית של החברה – לא הנהגים ולא מועצת הפועלים הודיעו כי הם עומדים לקיים את האסיפה. העובדים, מנגד, טענו כי אין בחוזה שום תנאי המחייב אותם להודיע על השביתה, התנאי היחידי – אישורה של מועצת הפועלים. החברה, מנגד טענה כי התנאי נובע מעקרון תום הלב, כלומר מכוח סעיף 39. על טענה זו קובע בית הדין הארצי לעבודה שהוא מציע לצדדים לקרוא את סעיף 39. בית הדין פונה לחברה וטוען כי כוונתה הוא שהוא ייצור את החיוב מכוח 39, זוהי טעות. קודם כל צריך להיות חיוב בחוזה, לאחר מיכן יש לבחון האם קוים החיוב בחוסר תום לב. לשונו של סעיף 39 משקף לחלוטין את עמדתו של בית הדין. לדעת בית הדין, משום שאין חיוב בחוזה, אין כלל מקום לעסוק בסעיף 39. סעיף 39 לא יכול ליצור חיוב שלא קיים בחוזה.

באות העת, לא הייתה בפסיקה תשתית שמפרשת את סעיף 39. אי לכך, ברק החליט שזוהי ההזדמנות להסביר מה המשמעות של סעיף 39 בהקשר של דיני החוזים. לכן, רוב פסק הדין עוסק בשאלות עקרוניות, ורק בסוף חוזרים לסכסוך הקונקרטי בין הצדדים. ברק עונה על שורה של שאלות לעניין סעיף 39.

* מהי המשמעות של חובת תום הלב? מהי דרך מקובלת? היריבות החוזית מול השותפות החוזית

הוראה זו הכניסה שינוי מהותי בדיני החוזים בישראל. מהו השינוי? משמעותה של החובה היא כי הצדדים לייחס החוזים חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר והגינות וע"פ המקובל בחוזים הוגנים. "אמת אין הצדדים לחוזה מלאכים...אל נא להם להיות זאבים זה לזה". קנה המידה הוא אדם לאדם, אדם, מדובר בקנה מידה של הגינות סבירה. לפי ברק, על כל הצדדים לחוזה מוטלת החובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף להם בחוזה. זהו השינוי. עד כה, הגישה הייתה שהצדדים לחוזה נתפסים כצדדים יריבים, ולא כשותפים. ההנחה היא כי ברוב המקרים, לצדדים לחוזה יש אינטרסים מנוגדים. במהלך המו"מ הם מצליחים בנק' מסוימות להגיע לעמק השווה, לגבי המחיר, הכמות וכו'. אם יש מספיק נק', מתקיימת דרישת המסוימות ואם יש גם גמירת דעת, יש חוזה. על כל מה שהם לא הסכימו, אין הסכמה. אם כך, ההנחה היא שצד מחויב לקיים רק את מה שהוא התחייב עליו, ולא שום דבר נוסף. לכן, הצדדים הם בגדר יריבים, שהצליחו למס' הסכמות אותם ורק אותם יש לקיים.

ברק טוען כי תפיסה זו מוטעית מהיסוד. את המהפכה הוא מבסס על סעיף 39. לטענתו, יש לראות את הצדדים כשותפים. התפיסה הלעומתית מפנה את מקומה לתפיסה של שותפות חוזית, לפיה קיימת הנחה כי הצדדים שותפים למיזם משותף, שהוא החוזה. ההנחה – לאורך כל השותפות, ישנם אינטרסים משותפים לצדדים. הצדדים צריכים לקיים הסכם מסגרת שמסדיר את היחסים בינם. אולם, אי-אפשר להסדיר את כל היחסים בהסכם מסגרת. אם מתעורר קושי, השותפים צריכים לשנס מותניים ולהתגבר עליו יחד. ההסכם הוא שותפות. המטרה המשותפת של הצדדים היא להוציא לפעול בדרך הטובה ביותר את החוזה, להגשים את תוכן החוזה בצורה הטובה ביותר. ברור כי לפי תפיסה זו, המשמעות של סעיף 39 היא שותפות, והיא מביאה לכך שאותו סעיף מהווה בסיס לתנאים נוספים שלא הוגדרו החוזה.

ברק מחדד את הדברים – "על בעלי החוזה לפעול להגשמת כוונתם המשותפת...ללא היו הביטויים...כיחסי נאמנות". זוהי אמרה מאוד מרחיקת לכת. במשפט יש חובות אמון, למשל – שלוח חב חובת אמון לשולח. המשמעות של חובת אמון היא שמי שחב חובת אמון, צריך להעדיף את האינטרס של מי שכלפיו הוא חב חובת אמון, על פני האינטרס שלו עצמו. לפי ברק, ביחסים חוזיים קיימת חובת אמון. מהי כוונתו של ברק? כלפי מי החובה? ברק לא מתכוון שהצדדים חייבים חובת אמון זה לזה במשמעות הרגילה, אלא הוא מתכוון שברגע שנכרת חוזה, נוצרת כביכול איזושהי ישות שלישית, השותפות, החוזה. ישות זו משקפת את האינטרס המשותף של הצדדים בזמן כריתת החוזה. כל אחד מהצדדים לחוזה חב חובת אמון כלפי החוזה, כלפי האינטרס המשותף. המשמעות היא כי כל צד צריך להעדיף את האינטרס המשותף, על פני האינטרס שלו.

**פ"ד גלפשטיין נ' אברהם** – מתאר סיטואציה עובדתית שחוזרת על עצמה שוב ושוב בפסיקה. הסיטואציה – נעשה חוזה בין מוכרי דירה לקונים. הקונים, כמקובל, בד"כ יש להם סכום כסף משלהם, אך הם צריכים לקחת גם הלוואת משכנתא. פ"ד זה עוסק במצב שעו"ד לא הכניס את תנאי הכרחי לחוזה, יש חוזה מכר עם מועד תשלום בלבד. הקונה שילם 2-3 תשלומים ראשונים. המוכר מעוניין לבטל את החוזה, ויש לו עילה מוצדקת לעשות זאת. בפסקי דין ישנים, ביהמ"ש מקבל את בקשתו של המוכר, הטענה כי אין מה לעשות כנגד החוק. בפסיקה מאוחרת יותר, כמו במקרה דנן, נאמר כי החוזה הגיע לנק' שהצדדים לא חשבו עליה מראש, כדי להגשים את החוזה, המוכר רק צריך לחתום על המסמך, פעולה פשוטה. בעקבות חובת תום הלב, לפיה יש לפעול להגשמת החוזה, וחובת הנאמנות שגוברת על האינטרס האישי של כל צד, המוכר חייב לחתום על הטפסים, שכן יש לפעול להגשמת האינטרס המשותף של הצדדים. אם לא, הוא מפר את חובת תום הלב ומפר חוזה.

לסיכום – המשמעות העיקרית, לפי ברק, של החובה - לשתף פעולה ולפעול מתוך נאמנות להגשמת האינטרס המשותף של הצדדים.

* האם את הנורמה של תום הלב, צריך לפרשה באופן סובייקטיבי או אובייקטיבי?

תשובתו של ברק – **אובייקטיבי**, מפני שאם לצדדים יש תפיסות מוסר גרועות, אין שום סיבה שביהמ"ש יאמץ את קנה המידה שלהם לצורך הגדרת חובת תום הלב. זוהי ההבחנה בין סעיף 39 לתנאי מכללא, שכן סעיף 39 איננו מתיימר לשקף את רצון הצדדים. ביהמ"ש הוא זה שקובע את רף ההתנהגות של הצדדים.

מה היחס בין הביטוי תום לב לדרך מקובלת? אם מדובר בדרך מקובלת ע"י הצדדים, הדבר עשוי לסתור את תום הלב? מה גובר במקרה זה? כל עוד הדרך המקובלת תואמת את תום הלב, אין בעיה. אם קיימת סתירה, תום הלב גובר. בפועל, ברק מייתר את המילים "דרך מקובלת". כיום הפסיקה נוהגת כאילו לא קיים הביטוי "דרך מקובלת", אלא רק תום לב.

* חובת תום הלב היא **חובה קוגנטית**. הדבר נובע מכך שעקרון תום הלב מוכתב ע"י ביהמ"ש. בעצם, הרעיון של סעיף 39 הוא לשרת אינטרס חברתי כללי (כך יש לנהוג), ולא את האינטרס של הצדדים. כאשר מדברים על נורמות חברתיות, הם יהיו קוגנטיות, משום שהם קובעות התנהגות ראויה, ואין אנו רוצים שהצדדים יוכלו להתנות על כך.
* מה היקף התכולה של סעיף, 39?

במשפט ישנן מס' זכויות העומדות כנגד חובת. אם יש בחוזה זכות בחירה בין מס' חלופות, זוהי זכות מסוג של כוח, מול הכוח אין חובה, אלא כפיפות של הצד השני. לפי ברק, החובה מתייחסת לכל סוגי החובות והזכויות לסוגיהן. "יש לייתן פרוש מרחיב...". כלומר, ברק מרחיב את ההיקף. הכוונה הינה לכל החובות והזכויות, מכל הסוגים שיש בחוזה (שהצדדים בעצמם הגדירו), אבל גם החיובים והזכויות השונים שהושלמו אל החוזה ע"י מנגנוני ההשלמה.

מקובל להבחין בין חיובים ראשוניים לחיובים משניים. חיובים וזכויות מהסוג הראשוני, הם אלה שהם חלק מהחוזה. חובות וזכויות משניות – תרופות. כאשר החוזה הופר, החובה הראשונית מוחלפת בחובה משנית, התרופה. מקובל לראות בתרופות חובות וזכויות משניות, אשר מתעוררות לחיים בעת הפרה. לרוב, אין מדובר בחובות וזכויות אותם הגדירו הצדדים, אלא ככאלה שמוגדרות בחוק – דיני התרופות. לפי ברק, חובת תום הלב חלה גם על החיובים והזכויות המשניים.

האם סעיף 39 יכול ליצור חובה חוזית חדשה?

האם מכוח סעיף 39 ניתן לקרוא אל תוך החוזה חובה לתת הודעה מוקדמת? האם מכוח חובת תום הלב אפשר להכניס חיוב לחוזה? אם יש צורך בחיוב, למען הגשמת האינטרס המשותף, אז ניתן להכניסו לחוזה. אם על מנת לקיים את החוזה, יש צורך במתן הודעה, יש לעשות כן. חובת מתן ההודעה תהא חלק מהחוזה, היא נובעת מכוחו של סעיף 39. לפי בית הדין לעבודה, יש צורך במקור החובה. **ברק מתנגד לכך. לכן, מכוח חובת תום הלב, הוא מוסיף את החובה לתת הודעה אל תוך החוזה.**

במקרה זה ברק מסכים כי ניתנה ההודעה, אולם היא ניתנה חצי שעה לפני השביתה. לדעת ברק, ההודעה לא קיימה את החובה, משום שהחברה לא יכלה לכלכל את צעדיה בזמן כה קצר.

**ברק עושה בחובת תום הלב העולה מסעיף 39 שימוש כפול. השימוש הראשון – על מנת להוסיף את החובה לחוזה. השימוש השני – ההודעה ניתנה לא בתום לב, דרך הקיום של החיוב הייתה שלא בתום לב. זהו השימוש הרגיל של הסעיף.**

הסנקציה בשל הפרות חובת תום הלב מכוח סעיף 39 -

ביהמ"ש קבע שמכוח חובת תום הלב, קמה החובה החוזית למסור הודעה**.** דרך הקיום של החובה הייתה שלא בתום לב. מהי התוצאה של ההפרה? בניגוד לחובת תום הלב במו"מ, סעיף 12, שם נקבעת החובה והסנקציה, סעיף 39 שותק לעניין הסנקציה וקובע רק מהי החובה. אם כן, מהי הסנקציה כאשר מופרת החובה?

ברק אומר - העובדה כי החובה נראית כחובה מוסרית ואין לגביה סנקציה בחוק, עשויה לגרום לאדם לחשוב שאכן מדובר בנורמה מוסרית. ההבדל הוא לא בתוכן של הנורמה, אלא בסנקציה. נורמה מוסרית היא נורמה שאין בצידה סנקציה על מי שמפר אותה. ברק מדגיש כי מדובר בנורמה משפטית ולא מוסרית. אם כך, ביהמ"ש צריך לקבוע את הסנקציה.

"היעדר הוראה באשר לתוצאות. הנובעות מאי-קיום החובה האמורה בסעיף 39 לחוק החוזים, מקורו בעובדה, שתוצאות אלה אינן אחידות, אלא הן משתנות על-פי ההקשר בו מתעוררת השאלה ". כלומר, זוהי חובה בעלת אופי כללי, שיכולה להתעורר במצבים שונים, לכן אין הגדרה בדבר הסנקציה המתאימה בחוק. ברק מציג רשימה של סנקציות הנדרשות במצבים שונים:

* אכיפה / פיצויים - "לעתים תוצאת אי-קיום החובה יא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה". כלומר, לעיתים הפרת תום הלב כמוה כהפרת חוזה. אי לכך, ניתן לקבל את אותם התרופות הקמות בשל הפרת חוזה – אכיפה, פיצויים וביטול.
* שלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר את הזכות לתרופות - הדבר מעורר בעיה. כוונתו של ברק – אם חוזה הופר וכתוצאה מההפרה הנפגע זכאי לתרופות, והנפגע במימוש הזכות שלו לתרופות נוהג שלא בתום לב, הסנקציה יכולה להיות שישללו מימנו את התרופה באופן מלא או חלקי. מדובר בחידוש. בעבר דובר על זכות מוחלטת לממש את הזכות התרופתית. ברק טוען כי הזכות לתרופות, ככל הזכויות, כפופה לחובת תום הלב.

אם לצד יש זכות לתרופה, הנפגע זכאי לתרופות וגם לקבוע איזה תרופה הוא רוצה, בכפוף לכללים מסוימים המונעים צירוף של תרופות הסותרות זו את זו או יוצרות כפל תרופתי. אכיפה עם פיצוים או ביטול עם פיצויים. אם לנפגע קיימות שתי תרופות המציבות אותו באותו מצב, והוא בוחר בתרופה שתגרום הכי הרבה נזק למפר, במצב זה ניתן לשלול ממינו את התרופות, כופים עליו תרופה מסוימת, משום שהוא ניצל את זכותו שלא בתום לב.

* מתן כח לצד הנפגע לפעול פעולות שבמקרה אחר נחשבות היו להפרה – "לעתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה, שאחרת היו נחשבות להפרה". ישנם מקרים בהם אחד הצדדים צריך לפעול ע"פ החוזה באופן מסוים. הצד השני הפר את חובת תום הלב. הסנקציה יכולה להיות, שאנו נאפשר לצד התמים לפעול באופן שונה, לא כפי שהיה אמור לפעול ע"פ החוזה, מבלי שהדבר יחשב להפרת חוזה.

דוג' – **פ"ד שוחט נ' לוביאניקר** – בני הזוג שוחט רכשו דירה מבני הזוג השני. לפני תנאי החוזה, היו צריכים הקונים לשלם את המחיר (430 אלף לירות) ב-4 תשלומים. אין פירוט של סדר התשלומים והיקפם, מלבד התשלום האחרון. התשלום הרביעי והאחרון 120 אלף. המוכרים מתחייבים למסור את הדירה ולהעביר את הבעלות בה. הצדדים הסכימו הסכמה שאינה מאפיינת חוזה מסוג זה, לרוב במועד התשלום האחרון המוכר מוסר את הדירה ומעביר את הבעלות. במקרה דנן, נקבע כי התשלום האחרון שיהיה בחודש ספטמבר, באותו מועד המוכרים ימסרו את החזקה בדירה לקונים, אך עוד לפני כן, בין התשלום השלישי לרביעי המוכרים התחייבו להעביר את הבעלות בדירה לקונים. שלושת התשלומים הראשונים שולמו כנדרש. אולם, אחרי התשלום השלישי חל קרע בין היחסים בין הקונים, בין לבין עצמם. לפי תנאי החוזה, את התשלום האחרון היה צריך לשלם אביה של אשת שוחט, המוכרים חששו שאם יש קרע, אדון שוחט לא ירצה לשלם. התקרב המועד להעברת הבעלות, והם לא ידעו מה לעשות. הם חששו שיעבירו את הבעלות ולא יקבלו את התשלום האחרון. הם פונים לעו"ד שייצג את בני שוחט בחוזה. עו"ד אמר – בני הזוג שוחט טענו כי אין מה לדאוג. האמירה לא הרגיעה את המוכרים. אין לכך, הם לא העבירו את הבעלות במועד שנקבע, למרות שהיו מעוניינים להשלמת החוזה. בעת מועד התשלום הרביעי, הם התעניינו בנוגע לתשלום. עו"ד של הקונים טען כי יש לו את הכסף, אך הוא ישלם רק 90 אלף ולא 120, משום שבחוזה היו פיצויים מוסכמים על כל יום שלא הועברה הבעלות (חודש). המוכרים לא הסכימו לזה. מי הפר ומהי התוצאה?

במצב זה, צד אחד חשש שהצד האחר יפר את החוזה. במשפט, יש הבחנה בין מצב זה למצב בו צד אחד בטוח כי הצד האחר יפר את החוזה. כאשר יש הסתברות גבוהה להפרה או וודאית – זהו מצב של **הפרה צפויה**. הדין נותן פתרון למצב זה – ניתן לקבל תרופות כאילו מדובר בהפרה ממשית, בכפוף למס' סייגים. במקרה דנן מדובר אך ורק בחשש, המבוסס על עובדות אובייקטיביות אולם אין מדובר בהסתברות וודאית. מה עושים במצב שכזה?

במשפט האמריקאי, **חוק ה-UCC** (הקוד המסחרי האזרחי) – עוסק במשפט מסחרי והתקבל ע"י כל המדינות. באחד מסעיפיו (2-609), נקבע כי אם בחוזה מכר נוצרו נסיבות שגרמו לצד אחד לחשוש שהצד השני יפר את החוזה, הצד החושש רשאי לעקב את קיום חיוביו עד שהצד השני ידאג להפיג את החשש ע"י הסבר מתאים, מתן ביטחונות מתאימים וכו', תוך זמן סביר (תוך 30 יום). אם לא מופג החשש, הוא הופך להפרה צפויה. זהו הסדר יעיל שהפך לעקרון כללי בדיני החוזים בארה"ב. הסדר כזה אינו קיים בישראל (יש בהצעת חוק דיני ממונות). **בפ"ד שוחט**, **השופטת בן-פורת** מקבלת הסדר דומה – בני הזוג שוחט נהגו שלא בתום לב, משום שכאשר פנו אליהם בני הזוג לובניאניקר וטענו כי הם מודאגים, הם העדיפו להשאיר את המצב מעורפל. כך לא נוהג צד משותף לחוזה, לכן הם נהגו שלא בתום לב. מהי ההשלכה? בגלל שבני הזוג שוחט נהגו שלא בתום לב, בני הזוג לובניאנקר היו זכאים לדחות את חיובם, לכן דחיית החיוב לא היווה הפרת חוזה.

המוכרים, כתגובה להפרת חובת תום הלב של הקונים, דחו את מועד קיום החיוב (פועלים בניגוד לאמור בחוזה) ולא נחשבים כמפרים. כל זאת בהתאם לדבריו של ברק.

* שלילת כח הנתון לבעל החוזה המפר הוראות ע"פ החוזה – לפעמים, לאחד הצדדים לחוזה נתון כוח ע"פ החוזה (סוג של זכות משפטית, לרוב מדובר בכוח לבחור בין חלופות). זוהי זכות משפטית שיש לקיימה בתום לב (שכן ברק הרחיב את החובה על כלל הזכויות והחובות). מי שהחוזה מקנה לו זכות זו ומקיימה שלא שתום לב, דהיינו מנצל את הכוח שלא בתום לב, וביהמ"ש רשאי לשלול מימנו כוח זה.
* החובה תראה כאילו לא קוימה כלל - "לעיתים התוצאה אינה אלא זו...אינה משתכללת ואינה תופסת". הסנקציה היא שרואים את הפעולה שבוצעה תוך הפרת החובה כאילו לא בוצעה. **ובפ"ד שירותי תחבורה** - רואים את ההודעה שניתנה כאילו כלל לא ניתנה, משום שהחיוב נעשה שלא בתום לב.

**בג"ץ שירותי תחבורה מסביר לנו מדוע סעיף 39, ע"פ פרשנותו, משמש כבסיס להשלמת חיובים אל תוך החוזה.**

**שיערוך סכומים -**

בישראל הייתה בעבר תקופה שבה הייתה אינפלציה מאוד גבוהה (79-84). מה קורה כשחוזה מסוים נכרת בתקופה שהשוק יציב לחלוטין ואין צפי לאינפלציה, וצד אחד צריך לשלם, החוזה הוא חוזה ארוך טווח והנכס או השירות שומר על ערכו הריאלי, אבל החוזה נקלע לתקופה של אינפלציה, ששוחקת את ערך הכסף? האינפלציה משבשת לחלוטין את כל שיטת המשפט, בכל תחום.

כשהכלכלה נתונה לתקופה של אינפלציה משמעותית, כל שיטת המשפט צריכה להתאים עצמה לתהליך האינפלציוני. בפועל, המחוקק טיפל אך ורק בכמה מהתחומים. הוא לא טיפל במשפט הפרטי.

אם מסתכלים על חוזה, אנו יכולים לחלקו למס' תקופות עיקריות.

תקופת החוזה המקוים – ממועד כריתת החוזה ועד סיום ביצעו או עד מועד ההפרה. על תקופה זו שולטים החיובים הראשוניים של החוזה, הסכמות הצדדים. הנורמות השולטות הן הנורמות שהכתיבו הצדדים. החיובים הם ע"פ מה שהצדדים קבעו. אם הצדדים נתנו פתרון, לפיו הערך צמוד למדד, אין בעיה. מה קורה כשהצדדים כרתו את החוזה, כשהם לא היו מודעים לאינפלציה העתידית, וחלו נסיבות שהצדדים לא חשבו עליהם ולא לקחו אותם בחשבון (אינפלציה משמעותית)? הדרך היחידה לפתור זאת הינה ע"י סעיף 39.

תקופת החוזה המופר - אם יש הפרה, ממועד ההפרה והילך, תקופת החוזה המופר. מערך החיובים והזכויות נשלט בעיקר ע"י דיני התרופות.

התקופה לארך מתן פסק הדין - אם יש פסק דין, אז החיובים מכוח הפסק הם ששולטים.

בכל אחת מהתקופות, החיובים הכספיים, לא משנה ממה נובעים, ערכם נשחק בתקופת אינפלציה.

אם תקופת החוזה המקוים מאוד קצרה, או לחלופין אין בא אינפלציה משמעותית, ערך הכסף יישאר בעינו, תישמר שקילות סבירה בין הערכים המוחלים. אך אם בתקופה הזו יש אינפלציה משמעותית, ככל שהתקופה תהא יותר ארוכה, ערך הכסף ישחק, בעוד שערכו של הנכס עשוי להישאר זהה. התוצאה – הצדדים יחליפו תמורות שאין ביניהם שקילות.

נניח שהכסף נשחק במחצית מערכו. מגיע המועד, המוכר מסרב למכור את הנכס תמורת ערך כספי זה, ולכן לא מוסר את הממכר, דהיינו מפר חוזה. הקונה מגיש תביעה. אנו עוברים לתקופת החוזה המופר. נניח והתביעה היא לאכיפה, ומשך הדיון מתמשך. בכל הזמן הזה ממשיכה להתקיים אינפלציה. מה תהא הכרעתו של ביהמ"ש? האם יש לקיים את החוזה ולהעביר את התמורה בערכה הריאלי או הנומינלי?

מה קורה בתקופה שלאחר מתן פסק הדין?

הכי קל להכריע בתקופה שלאחר פסק הדין, משום שלביהמ"ש יש סמכות שקבועה במפורש בחוק (חוק ריבית והצמדה), הוא יכול לקבוע שהחיוב יהיה צמוד למדד, שערך החיוב הכספי ישמר, לקבוע ריבית ועוד.

מה קורה בתקופת החוזה המופר?

חלים החיובים מכוח דיני התרופות. צריך למצוא עיגון בדיני התרופות, שיאפשר שיערוך של החיובים. במדינה מתוקנת, בתקופה של אינפלציה משמעותית, המחוקק היה דואג לקבוע הסדרים בדיני התרופות, שמסמיכים את ביהמ"ש לשערך סכומים. בישראל, אין זכר לסוגיה זו בדיני החוזים. יש צורך ביצירתיות בפרשנות של דיני התרופות ובישומם מצד ביהמ"ש.

נניח שהנפגע מעוניין **באכיפת** **החיוב הכספי**. בפסיקה ביהמ"ש קבעו –ככל שמדובר בתקופת החוזה המופר, אם הנפגע מעוניין באכיפה, יש בסיס בחוק התרופות לשערוך. מהו הבסיס? בסעיף האכיפה, ארבעה סייגים. הסייג הרביעי- ביהמ"ש לא יאכוף חוזה אם האכיפה היא בלתי צודקת. אכיפת חוזה, אכיפת חיוב, כנגד תמורה שנשחקה באופן משמעותי, הינה אכיפה לא צודקת. סעיף 4 לחוק התרופות, מקנה סמכות לביהמ"ש כשהוא אוכף, להתנות את צו האכיפה בתנאים שונים, לפי שיקול דעתו. ביהמ"ש חיבר את שני הסעיפים הנ"ל. יתנה את האכיפה בתנאים, על מנת שהאכיפה תהא צודקת. במקרה דנן, התנאי הוא שיערוך. הפתרון בתקופת החוזה המופר, בתביעה לאכיפה – שילוב של סעיף 4 לחוק התרופות והסייג הרביעי לחוק התרופות.

הדבר זהה לתקופת **הפיצויים**. השחיקה האינפלציונית היא חלק מהנזק שניתן לפצות עליו.

**בביטול חוזה**, הביטול הולך תמיד עם השבה. אם משיבים סכום כספי לאחר מספר שנים, ביהמ"ש קובע כי מכיוון שההשבה מקורה הרעיוני בדיני עשיית עושר ולא במשפט (אם החוזה לא קיים, צד מחזיק בכסף לא כדין), משיבים את הסכום בערכו הריאלי.

* עליה או ירידה בערך הנכס, הינה סיכון טבעי שהצדדים היו צריכים לקחת על עצמם ולצפות אותו. על כן, אין התחשבות לשחיקה/עליה בערך הנכס ע"י ביהמ"ש.

מה קורה בתקופת החוזה המקוים?

בתקופה הזאת, אנו חיים מפי הצדדים. החיובים הראשונים הם שקובעים את מערך הזכויות והחובות של הצדדים. איך מתגברים על שחיקת הכסף?

אם מסתכלים על הפסיקה, התשובה היא כך – קודם כל, **פרשנות**! זהו הכלל. אם אנו יכולים לדלות מהפרשנות את כוונת הצדדים, נפעל לפי הכוונה הזו. יכול להיות שהצדדים התכוונו שהתמורה תשולם בערך ריאלי, גם אם הם לא כתבו במפורש מנגנון הצמדה. אם אפשר להסיק שאומד דעתם של הצדדים היה שהתמורה תשולם בערכים ריאליים, אין בעיה, נפעל על פי זאת. יכול להיות שמגיעים למסקנה פרשנית, לפיה הצדדים לא התכוונו להצמיד את תשלום התמורה למדד, יש לכבד זאת. פרשנות החוזה היא הפתרון הראשון.

מה קורה כשהחוזה שותק בגלל חוסר מודעות לבעיית האינפלציה? יכולים להיות שני מופעים שונים:

1. שתיקה שנובעת מחוסר מודעות מוחלטת לבעיית האינפלציה. כלומר, במצב בו כלל אין אינפלציה. זהו חסר שטעון השלמה. אנו משלימים את החסר מכוח סעיף 39.
2. הצדדים כן מודעים לאינפלציה. למשל, החוזה נחתם לתקופה של שנה, כשהצדדים היו מודעים לאינפלציה של 5 אחוז לשנה. הם היו מודעים לאינפלציה, ובחור לא להוסיף מנגנון הצמדה לתשלום. מה קורה אם יש התפרצות אינפלציונית במחצית השנייה של השנה? יש חסר בנוגע להפרש המחצית השנייה (והסדר שלילי במחצית הראשונה של השנה) , שכן הצדדים לא לקחו ולא היו אומרים לקחת בחשבון את ההתפרצות האינפלציונית. החסר טעון השלמה, ניתן להשלימו ע"י סעיף 39.

**בפ"ד שועית** - נכרת חוזה מכר. הצדדים לא התייחסו בחוזה לנושא האינפלציה. בפ"ד זה, יש חידוש מעניין – שלושת השופטים מגיעים לאותה תוצאה, אך יש הבדל גדול בהנמקה של השופטים.

**השופט גרוניס** – משנה לעומת כל פסקי הדין הקודמים, בהם ביהמ"ש עשה אבחנה ברורה בין התקופות. נקבע כי בתקופת החוזה המקוים השערוך הוא מכוח פשרנות, או מכוח סעיף 39, השערוך הוא מלא. בתקופת החוזה המופר – השערוך הוא מכוח דיני התרופות (סעף 4), והוא אינו מלא. השופט גרוניס, טוען כי לתת צו אכיפה כאשר התמורה נשחקה באופן כל כך דרמטי אינו צודק, אין לעשות את האבחנה בין התקופה. אין זה צודק לבצע אכיפה, לכן מותר לו לשערך את התמורה הכוללת, כדי להסיר את אי הצדק. השופט משתמש בסעיף 4 כדי לשערך את התמורה לכל התקופה!

**השופט אנגלרד** – הגיע לאותו הסכום, אך הבסיס שונה לגמרי. יש לעשות אבחנה בין התקופות. בתקופת החוזה המופר השערוך יהיה מתוך סעיף 4 לחוק התרופות והשערוך לא יהיה מלא. ביחס לתקופה החוזה המקוים, יש לעשות אבחנה, לגבי אחוזי האינפלציה שהיו ידועים יש הסדר שלילי (הצדדים היו אמורים לקחת זאת בחשבון, בחישוב התמורה, שכן הם כללו את התחזית לאינפלציה שנצפתה על ידם). ההתפרצות האינפלציונית הייתה בלתי צפויה, לכן ההפרש הוא חסר שניתן להשלימו על ידי סעיף 39.

כיום, קשה לקבוע מהי ההלכה, השופט השלישי כתב אני מסכים אחרי פסק הדין של גרוניס. אולם, עדין לא ידוע אם ההלכה שונתה.

**מישור ההתערבות בחוזה -**

בתקופת החוזה המקוים, לפי הגישה הקלאסית, הולכים בראש ובראשונה לפרשנות . נניח וביהמ"ש קבע על סמך פרשנות שאומד דעת הצדדים היה שלא יהיה שערוך. האם רשאי ביהמ"ש לשערך למרות זאת? לכאורה, עקרון חופש החוזים קובע שלא. התשובה הכללית לא שייכת למשור הפרשנות ולא למשור ההשלמה, אלא למשור ההתערבות. האם ביהמ"ש יכול לשנות/לבטל משהו בחוזה, בניגוד לאומד דעת הצדדים? האם לגיטימי להתערב בחוזה? כן, במצבים מסוימים. ישנם שני נימוקי-על:

1. שיקולים ציבוריים, תקנת ציבור. לא נאפשר חוזים שתהא בהם פגיעה חברתית (חוזה למכירת סמים, למשל).
2. שיקולים של הגינות חוזית. אנו כחברה רוצים שביחסים בין הצדדים תהיה מידה של הגינות.

עקרון חופש החוזים הוא הבסיס של דיני החוזים, אך מעמדו בעידן המודרני חלש יותר. הוא צריך להסתדר עם עקרונות נוספים (שיקולים ציבוריים, למשל). לעיתים עקרון זה מפנה את מקומו לעקרונות האחרים. בעידן המודרני אין הוא מונע התערבות בחוזה.

התערבות חקיקתית ישירה בתוכן החוזה - על ידי כך שהכנסת מחוקקת חוקים קוגנטיים. כל החקיקה הקוגנטית היא התערבות בחופש החוזים, היא קובעת הסדרי חובה בחוזים מסוימים. זוהי חקיקה כופה, רגולציה של המחוקק.

המנגנונים המשפטיים, שמכוחם ביהמ"ש התערב בתוכן החוזה בעבר-

מאז ומעולם השופטים התערבו בתוכן של חוזה, כשהם חשבו שהוא לא הוגן, או בשל פערי הכוחות בין הצדדים. כיום לביהמ"ש יש הסמכה מפורשת בחוק להתערבות. מה היה הבסיס להתערבות בעבר, בהיעדר חוק החוזים? בתי המשפט מצאו דרכים מתוחכמות להתערבות בחוזה, ללא לגיטימציה חקיקתית (כיום אין צורך בדרכים אלה, שכן לביהמ"ש מותר להתערב):

1. התערבות בתוכן החוזה במודע, במסווא של פרשנות.
2. התערבות באמצעות משחק בכללי ההצעה והקיבול. יש מרחב של תמרון מסוים בכללי ההצעה והקיבול, שמאפשרים בעצם לביהמ"ש להיפטר מתנאים לא רצוניים ע"י משחק בכללים. למשל, הילכת Thornton (כרטיס החניה).
3. התערבות ע"י הפניה לתנאים כללים. "גם התנאים הנמצאים במסמך נוסף כלשהו, הם חלק מהחוזה דנן". ישנן שלוש סיבות עיקריות – ראשית, נוחות ויעילות (במקום להדפיס שוב את אותם תנאים). שנית, הגודל הפיזי של החוזה לא מאפשר לכלול בו תנאים רבים (חוזי כרטיס, למשל האיגרת של מפעל הפיס). שלישית, לפעמים נוח לספק של המוצר/השירות שנחתום על חוזה בהיקף מצומצם, שמפנה לתנאים שבמקום אחר, שכן אין ברצונו שנקרא את אותם תנאים. כלומר, תניית ההפניה משמשת גם כטכניקה כדי להסתיר מעייני הלקוח את הנאים שהפירמה פחות מעוניינת שנראה.

במשפט האנגלי נקבעו תנאים, מתי לתניית הפניה יש תוקף ומתי לא. הפניה כזו תופסת בהתקיימם של שני תנאים מצטברים:

1. הדגשת תניית ההפניה- תשומת ליבו של הלקוח הופנתה לכך שישנה הפניה למסמך אחר. כלומר, שהלקוח ידע שלא כל התנאים מפורטים לעיניו.
2. נגישות סבירה לתנאים - ההפניה היא למסמך, שהתנאים האחרים בו, יהיו נגישים באופן סביר ללקוח (הפניה לא מדויקת, בעיה פיזית להגיע למסמך ועוד).

שני התנאים משאירים מרחב רב של שיקול דעת לשופט (שופט אחד יכול לחשוב שההפניה מספקת והאחר יטען שלא). השופטים השתמשו בשיקול דעת זה למטרה אחרת- אם יש תנאי במסמך ההפניה שהוא בעיני ביהמ"ש לא הוגן, שמקפח את זכויות הלקוח, ביהמ"ש יכול להגיע למסקנה שההפניה אינה מספקת, ולכן הדבר יאפשר לו להתערב נקודתית.

**פ"ד דויד נ' דרורי** – אדם חתם על חוזה פוליסת ביטוח של רכב. איך נעשתה טכניקת החתימה? הוא חתם על פוליסה חלקית, בה היו כמה תנאים מרכזיים והפניה לתאנים של הפוליסה הכללית. הייתה תאונת דרכים, במסגרתה היה נזק ופציעות. המבוטח פנה לחברת הביטוח וביקש שתשלם. החברה לא רצתה לשלם, מפני שבפוליסה המלאה היה תנאי, לפיו אם לנהג אין רישיון נהיגה תקף בזמן התאונה, הפוליסה לא מכסה. ביהמ"ש קבע כי התנאי בכתב הכיסוי, המפנה אל תנאי הפוליסה המקובלת, הופיע במקום בולט, לא באותיות קטנות. בנוסף, ביהמ"ש קבוע כי התנאי הזה הוא תנאי סביר שאין בו כל דבר יוצא דופן. השופט, למעשה, מגלה את השיקול האמתי להכרעתו. המשמעות היא שאם התנאי היה לא סביר, יכול להיות שהשופט היה משתמש בטכניקת ההפניה, על מנת להתערב בסעיף הספציפי ולבטל אותו.

**פ"ד בריטניה נ' מוזס** – זהו מקרה דומה. פוליסה שמבטחת מעביד מפני נזקים שעשויים להיגרם לעובדיו תוך כדי העבודה. המעביד חתם על הסכם ובו תנאי הפניה לפוליסה המקובלת. עובד מסוים אכן נפגע, והמעביד רוצה שהביטוח ישלם. גם הפעם החברה לא רוצה לשלם. לפי התנאים בפוליסה הכללית, החברה תשלם רק אם המבוטח הודיע לה על קרות מקרי הביטוח תוך 48 שעות (הם הודיעו בפועל תוך 72 שעות). ביהמ"ש קבע כי ההתניה לא תופסת. הנימוק – המערערת לא הוכיחה שמבחינה מעשית היה המשיב יכול לעיין בתנאי הפוליסה הרגילים שלה. בפועל, במקרה הזה התוצאה מקפחת את הלקוח ולכן הוא רוצה להיפטר מהתנאי ע"י פסילת תניית ההפניה.

העובדות בשני המקרים זהות, אך התוצאה שונה. התוצאה השונה מקורה בהבחנה אם התנאי נראה בעיני השופט כתנאי הוגן או לא, ולא בהכרח בנוגע לכשרות התניית ההפניה.

דוקטרינות משפטיות המאפשרות התערבות בתוכן החוזה בימנו –

סעיף 30 לחוק החוזים (חוזה פסול) – עוסק בחוזה פסול. הסעיף קובע כי חוזה פסול בטל. זוהי התערבות בעקרון חופש החוזים. זאת יכולה להיות התערבות בחלק מסוים בתוכן החוזה או בשלמותו. ישנם הבדלים בין חוזה פסול של פעם לחוזה פסול של ימנו. בעבר, חוזה בלתי-חוקי נחשב כחוזה פסול. התוצאה- החוזה בטל מידית. ברגע שהחוזה הוכרז בחוזה פסול, ביהמ"ש מפסיק לאלתר את הדיון, בטענה כי ביהמ"ש לא צריך ללכלך את ידיו בהתעסקות בחוזים פסולים, לא מוסריים. הגישה הצדקנית הזו יצרה שלושה קשיים:

צריך לדאוג להשבה, שכן צד ב' כבר ביצע את חלקו בחוזה. אך ביהמ"ש נמנע מללכלך את ידיו בהתעסקות בחוזה בלתי חוקי, והוא לא מוכן להתעסק בסוגיית ההשבה. שתי התוצאות הן:

1. החוטא הגדול מבין השנים יוצא נשכר.
2. חלק מתוצאות החוזה ישמרו ויהיו קיימות לתמיד. לחוזה השלכות משפטיות תמידיות, בשל חוסר רצונו של ביהמ"ש להתערב. לא ניתן לבטל את תוצאות החוזה.

שתי התוצאות הללו, גרמו לתוצאה שלישית בעייתית, והיא – כאשר החוזה הוכרז כפסול, נשללה מהשופטים האפשרות לטפל בחוזה, לכן, תהיה תוצאה לא צודקת. השופטים נמנעו מלראות אי-חוקיות בחוזים. תחושה שהמערכת לא נוהגת באופן כנה.

חוק החוזים עשה שינוי מאוד משמעותי. סעיף 30 לחוק קבע את התוצאה הפרקטית של חוזה פסול. אך לצד סעיף זה, הוא הוסיף את סעיף 31, שפותר את שתי הבעיות הראשונות שהיו בעבר. ראשית, הסעיף דואג שביהמ"ש יפסוק השבה כאשר החוזה מוכרז כפסול ובטל. שנית, הסעיף קובע מנגנונים שמאפשרים להתחשב בשיקולי הצדק היחסיים בין הצדדים, שלא יקרה מצב שצד אשם יותר יצא מורווח.

סעיף 30 – **"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל".**

**חוזה בלתי חוקי -**

מהי הכוונה לחוזה שהוא בלתי חוקי בתוכנו?

ברור שאם תוכן החוזה סותר הוראת חוק פלילית מובהקת (הוראות חוק העונשין, למשל), אז מדובר בחוזה בלתי חוקי. אולם, החלק הקשה הוא כשתוכן החוזה סותר הוראות חוק שעוסקות ברגולציה, חוק המסדיר תחום מסוים (לא פלילי), ובו קיימות סנקציות מנהליות? הכוונה היא לחקיקה קוגנטית, שמסדירה תחום בעייתי מסוים. כאשר תוכן החוזה סותר הוראת חוק כזו, ישנן שתי תוצאות אפשריות:

1. ההשלכות לכך שתוכן החוזה סותר הוראת חוק קוגנטית יהיו מצומצמות למה שקבוע באותה הוראות חוק. כלומר, אותו חלק בחוזה לא תקף, ומה שקבוע בחוק הקוגנטי יחליף אותו. לעיתים יכולה להיות איזושהי סנקציה פלילית/מנהלית.
2. אפשרות נוספת היא כי על חוזה כזה יחולו ההסדרים של סעיפים 30 ו-31, כלומר הוא יחשב כחוזה פסול ולכן יבוטל.

האם מדובר בחוזה בלתי חוקי? התשובה הכללית היא שמדובר בשאלה הנוגעת לפרשנות של החוק. אם האיסור הוא מינורי, ביהמ"ש יקבע כי אין מדובר בחוזה בלתי חוקי, אלא עניין של הסדרה נקודתית (האפשרות הראשונה).

מה הכוונה לחוזה שהוא בלתי חוקי בכריתתו?

הכוונה למקרים, בהם יש הפרה של הוראות חוק העוסקות בפרוצדורת הכריתה. למשל - לפי חוק חובת המכרזים, יש חברות שצריכות לפרסם מכרז כדי להעסיק אדם. אם החברה לא פרסמה במכרז אז ניתן לבטל את החוזה כי הוא לא חוקי.

מה הכוונה בחוזה בלתי חוקי במטרתו?

ברוב המקרים תהיה חפיפה בין חוזה בלתי חוקי בתוכנו לבלתי חוקי במטרתו. לכן, בד"כ לא תהא הבחנה בין המצבים הנ"ל. אולם, יכולים להיות מקרים שהתוכן היה יכול להיחשב כחוקי אך המטרה היא בלתי חוקית, כלומר תוכן החוזה הוא ניטראלי ומטרת החוזה היא בלתי חוקי. המטרה הבלתי חוקית ידועה רק לאחד הצדדים. במקרה כזה תהיה חשיבות לאותה מטרה בלתי חוקית של החוזה. יש שתי גישות:

1. כאשר המטרה הבלתי חוקית ידועה לאחד הצדדים אך לא לצד האחר, במצב כזה תלוי מהי הסיטואציה – אם הצד האשם מפר חוזה, מבחינתו של הצד התמים הוא יכול לתבוע בגין הפרת חוזה (לא אכיפה, אלא פיצויים). ביהמ"ש יקבע שהחוזה בטל וישקול במסגרת סעיף 31 איזון צדק (כגון- ביטול ההשבה). הטענה תהיה עקב חוסר המודעות של הצד ה"תמים" למטרה הבלתי-חוקית. מדובר בחוזה רגיל שהופר והוא יוכל לתבוע על פי חוק התרופות. מנגד, אם הצד המפר הוא הצד התמים, ביהמ"ש יתייחס אל החוזה כבלתי חוק.
2. לפי הגישה האחרת, כשיש מטרה בלתי חוקית, החוזה בלתי חוקי ובטל. אלא, שבמסגרת סעיף 31, החוק מקנה לביהמ"ש לעשות צדק יחסי בין הצדדים, לדאוג שהחוטא הגדול לא יצא נשכר. ביהמ"ש מאזן בין הצד התמים לחוטא. בגישה הזו ביהמ"ש מוגבל לאפשרויות שלו מכוח סעיף 31. באפשרות הראשונה ניצבות לצד התמים כל התרופות האפשריות, מלבד אכיפה.

מהי הכוונה בחוזה שהוא בלתי חוקי בביצועו?

חלק טוענים שיש להחיל את סעיף 30 גם על חוזה שהוא בלתי חוקי בביצועו. גישה אחרת, מתנגדת לכך. לגישתם, אם החוזה חוקי בתוכנו ובמטרתו, והפך לבלתי חוקי בשלב מאוחר יותר, יש להפעיל את דין הסיכול (סעיף 18). בעתיד, לפי חוק דיני ממונות, לא יהיה הבדל בין שתי הגישות, שכן סיכול יגרום לביטול החוזה (כיום סיכול לא גורם לביטול, אלא הוא הפרה, אלא שזאת הפרה מוגנת, הנתבע לא יוכל לתבוע אכיפה או פיצוי, הוא יוכל לתבוע רק ביטול ושאלת ההשבה תלויה בשיקול דעתו של ביהמ"ש). אין הכרעה בין שתי הדוקטרינות המשפטיות הנ"ל.

**חוזה בלתי מוסרי -**

חוזה פסול כולל בתוכו גם חוזה בלתי מוסרי. מהו חוזה בלתי מוסרי? איפה כתובות הוראות המוסר? בלתי מוסרי נראה כמו תום לב, זהו מושג פתוח, שלביהמ"ש יש שיקול דעת במה למלא אותו. בפסיקה הישנה, המושג "חוזה בלתי מוסרי" היה מיוחד לנושא מאוד ספציפי – חוזה של הבטחת נישואין בזמן שלפחות אחד מבני הזוג איננו פנוי. למה דווקא הנושא הזה? סיבות היסטוריות, השפעות קתוליות על המשפט באנגליה. כיום אנו לא משתמשים בגישה זו.

אם מסתכלים על פסיקה מאוחרת של ביהמ"ש העליון, אין חוזים שכאלה. אמות המידה כיום שונות. קטגוריה זו קיימת כיום רק בחוק ולא בפסיקה. בהצעת חוק דיני ממונות החלופה של חוזה בלתי מוסרי אינה קיימת.

**חוזה שסותר את תקנת הציבור –**

אם מסתכלים מסורתית, בעבר, המשמעות של חוזה שסותר את תקנת הציבור (ע"פ המשפט האנגלי) הייתה כי מדובר במושג אמורפי, פתוח, שניתן למלא אותו בכל מיני תכנים. במשך השנים, ביהמ"ש הקפידו שהמונח תקנת הציבור יתייחס לשני מצבים בלבד:

1. חוזה בין עובד למעביד, שיש בו הגבלה על חופש העיסוק של העובד, במקרה של סיום יחסי העבודה- הפסיקה קבעה כי מדובר על מצבים בהם הגבלת העיסוק אינה מדתית. הגבלת חופש עיסוק באופן מידתי איננה פסולה. כעקרון, מותרת הגבלה מידתית של חופש העיסוק המוגבלת בזמן ובהיקף גיאוגרפי, באופן שהיא לא מעבר למידה הדרושה כדי להגן על האינטרס הלגיטימי של המעביד. הגבלת חופש עיסוק תהא לא מידתית, כאשר היא לא קשורה לאינטרס לגיטימי של המעסיק, והיא לא סבירה מבחינת זמן ומקום גיאוגרפי. כל הרעיון של חופש החוזים נבע מתפיסות עולם מערביות-ליברליות של חופש האדם וזכויות האדם. מאותו רעיון בסיסי של ליברליזם, שממנו נובע עקרון חופש החוזים, נובע גם הרעיון שהאדם צריך להיות חופשי, לא עבד, אנו רוצים לשמור על חירותו של האדם. בשל הליברליזם, ישנה התנגשות בין החירות הממשית לעקרון חופש החושים. בהתנגשות זו, החירות הממשית גוברת על עקרון חופש החוזים, ועל כן הצמצום.
2. חוזה שפוטר צד אחר מאחריות לניזקי גוף שהוא גרם ברשלנות/בזדון לצד האחר לחוזה- למשל, חברה לבנג'י. החברה מחתימה על חוזה, בו הלקוח מודע שזה מסוכן, והוא קופץ על דעת עצמו ובאחריותו. מה קורה אם החברה לא מדדה את הנתונים נכון? האם הקופץ יכול לתבוע את החברה? הסעיף המדובר סותר את תקנת הציבור, מתוך הרעיון, העיקרון של חשיבה ליברלית, שמקדש את חירות האדם, מכוחם לא רק חירות האדם מקודשת, אלא קודם כל האדם עצמו. אם אדם לא יכול באמצעות חוזה לוותר על חירותו, כל וחומר שהוא לא יכול לוותר על שלמות גופו וחיוו.

הסיבות לחוסר הרצון בעבר להרחיב את המושג תקנת הציבור –

1. בעבר המגמה הייתה לצמצם את המושג של חוזה פסול, כי לא היו דרכים לטפל בחוזה שכזה. אז בוודאי שביהמ"ש לא ירחיב אותו ע"י הרחבת המושג של תקנת הציבור.
2. התפיסה של עקרון חופש החוזים כמרכזי וחשוב, מבטא את הערך של חירות האדם, ולכן הכרסום בעקרון הזה יהיה מינימליסטי. העיקרון ש"חוזים יש לקיים" הוא עיקרון חשוב של תקנת הציבור, ורק שני דברים עומדים לפניו: הגבלה לא מידתית של חופש העיסוק ופטירה מנזקי גוף.
3. השופטים של פעם היו הרבה יותר פורמליסטים, היה להם נוח לעבוד עם כללים משפטיים מוגדרים וכתובים, ולא עם נורמות משפטיות פתוחות, כמו תום הלב. הם הפכו את תקנת הציבור מנורמה פתוחה לכתובה – רק שני מצבים. ביהמ"ש לא הרגיש בנוח להתעסק בנורמות לא מוגדרות ולכן הפך את הנורמה הפתוחה למוגדרת. שמגר מדבר על תקנת הציבור כ"סוס פרא", כלומר- ריסון שיפוטי זה הכתיב למחוקק שגם נורמה שנראית פתוחה צומצמה למקרים קונקרטיים.

**בפ"ד חיימוב**- מדובר בהסכם בוררות שהרקע הוא סכסוך בין עבריינים, שהגיע לביהמ"ש עקב הישארות חוב לפי הסכם בוררות בע"פ (שאינו תקף בבימ"ש). בפס"ד נטען כי כל שלושת הסיבות הנ"ל הפכו להיות בלתי רלוונטיות. **השופט שמגר** מסביר שכל ההצדקות הנ"ל לצמצום תקנת הציבור כבר לא קיימות יותר. כיום, יש דרכים לטפל בחוזה פסול. בנוסף, קיימת תפיסה יותר ריאלית של המציאות, ליברליזם ריאלי, יש התערבות גדולה יותר וניתן לשנות את תקנת הציבור. כיום, אף שופט לא חושש ממשגים כגון תום לב, תנאי מקפח והגינות. מושגים עמומים הם לחם חוקו של השופט, הוא איננו נרתע מימנו. בפ"ד זה **ביהמ"ש פתח את תקנת הציבור והחיל אותו גם על סיטואציות אחרות.**  ביהמ"ש דן בשאלת תוקפו של פסק הבוררות. האם הוא תקף? ביהמ"ש קבע שההסכם לא תקף, משום שהוא סותר את תקנת הציבור, כל מה שמסביב להסכם היה רווי בהוויה פלילית. קשה להראות שההסכם עצמו מנוגד להוראת חוק, שתוכנו הינו עבירה על חוק. אנו כחברה, לא מעוניינים בחוזים מסוג זה. לכן, קבע שהחוזה בטל. מכאן, ניתן לביהמ"ש האפשרות לפתוח את המושג תקנת הציבור, לפי שיקול דעתו. מכשיר שהיה שמרני למדי הופך להיות מכשיר הרבה יותר רחב.

ביהמ"ש הרחיב את השימוש בתקנת הציבור מאוחר יותר **בפס"ד קסטנבאום** בו בוטל תנאי בחוזה (אסור לכתוב על מצבה בלועזית) בטענה שהוא נוגד את תקנת הציבור.

**התוצאות של חוזה פסול –**

התוצאה המידית והראשונית קבועה בסעיף 30 – החוזה בטל, שהיינו **בטלות**. יחד עם הבטלות (בטל מעיקרו) של החוזה הפסול, ישנם תוצאות נוספות הנגזרות מסעיף 31:

1. סעיף 31 מחיל את סעיפים 19 ו-21 על בטלות החוזה.
2. החלת סעיף 21 – "משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויו של מה שקיבל".

הסעיף עוסק בהשבה לאחר ביטול, בשל פגם בחוזה. הסעיף קובע **חובת השבה** במקרה של פגם בכריתה. במקרה של ביטול חוזה בשל פגם בכריתה, יש צורך במתן הודעת ביטול, בתוך מגבלות של זמן סביר. לעומת זאת, בבטלות חוזה (התוצאה הראשונה מכוח סעיף 30) אין צורך במתן הודעה, שכן החוזה פסול והוא בטל אוטומטית, הוא בטל מעיקרו, כאילו לא נכרת. ע"פ סעיף 21 בטלות והשבה זו התוצאה השגרתית.

1. החלת סעיף 19 – "ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו".

על בטלותו של חוזה מכוח סעיף 30, חל סעיף 19. הסעיף עוסק **בביטול חלקי**, בשל פגם בכריתה. התנאי הראשון להחלת סעיף 19, הוא שהחוזה ניתן להפרדה לחלקים. התנאי השני הוא שעילת הביטול נוגעת לאחד החלקים, אך לא לחוזה כולו. מי שזכאי לבטל, רשאי לבטל רק את החלק הנגוע בפגם. יקוים החוזה, ללא אותו החלק, אלא אם כן הצד שנפגע לא היה מתקשר בו מלכתחילה, אילו היה יודע שכך יראה החוזה (ללא אותו חלק). אם מערכים שהצד היה מתקשר בחוזה גם במצב של ביטול חלקי, אז הבחירה בידיו – יכול לבטל החוזה בשלמותו או את החוזה כל עוד אפשר לשמר את החוזה, אנו נשתל לשמרו, משתדלים לדבוק בחוזה.

סעיף 31 מחיל את הוראות סעיף 19 על בטלותו של חוזה מכוח סעיף 30, בשינויים המתחייבים. מהם התנאים שצריכים להתקיים?

1. מדובר בחוזה שניתן להפרדה לחלקים.
2. עילת הבטלות, הפסלות (אי-חוקיות או תקנת הציבור), נוגעים לחלק מהחוזה ולא לחוזה בשלמותו. במקרה זה, רק החלק הנגוע בפסלות יהא בטל, אלא אם כן ביהמ"ש הגיע למסקנה שאומד דעתם המשותף של הצדדים היה, שאם החוזה היה במתכונת הזו (ללא אותו חלק), הם לא היו מתקשרים בו, ואז כל החוזה בטל. אם יש בטלות חלקית, גם ההשבה חלקית.
3. המשכו של סעיף 31, עוסק במצבים לא-שגרתיים: "רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה". זהו המכשיר הראשון הניתן לביהמ"ש על מנת להשיג צדק יחסי בין הצדדים, המטרה הינה להבטיח שהבטלות לא תגרום לכך שהחוטא הגדול ביותר יצא נשכר, ע"י **פטירת אחד הצדדים (הצד היותר תמים) מחובת ההשבה כולה, או מקצתה, משיקולי צדק**. חלק מהערך של החוזה יישאר בידיו של אחד הצדדים, כסוג של ערך כלכלי, למניעות המצב הלא-צודק. אותו צד משיב רק חלק מהנכס/כסף (אם הנכס לא ניתן לחלוקה, ניתן להשיב ערך כספי מותאם). לביהמ"ש שיקול דעת מאוד רחב – לפטור מחובת ההשבה, לקבוע את היקף הפטור ולקבוע תנאים. זהו מרחב פעולה מאוד גדול לביהמ"ש, שמוגבל בתקרה (עד גובה סכום ההשבה), על מנת להוביל לצדק יחסי בין הצדדים. **זהו מנגנון ראשון לעשיית צדק יחסי בין הצדדים במצב של בטלות חוזה פסול.** לביהמ"ש שיקול דעת מלא.
4. החלופה השנייה שפתוחה בפני ביהמ"ש על מנת להשיג תוצאה של צדק יחסי בין הצדדים היא: "ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החוב שכנגד, כולו או מקצתו". החלופה מותנית בכך שצד אחר כבר ביצע את חיובי ע"פ החוזה. בדרך כלל הצד התמים יותר כבר ביצע את חיובו, והצד השני לא קיים את חיובו. החלופה – **רשאי ביהמ"ש, כאשר צד אחד ביצע את חיובו, לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד**, כולו ומקצתו. יש סתירה לוגית, לפי סעיף 30 החוזה בטל, אך כאן מחזירים לחיים את החוזה – החוזה קיים. הסעיף מאפשר לביהמ"ש לאכוף חוזה בטל. ביהמ"ש ישתמש בחלופה זו במקרים מיוחדים – **פ"ד שלוש.** השיקולים לביצוע החלופה:
5. השיקול המרכזי – שיקול צדק, לפיו יש למנוע מצב בו החוטא הגדול יותר יצא נשכר.
6. יש דרך לקיים את החיובים שביהמ"ש הורה על קיומם, בדרך חוקית. שהרי ביהמ"ש לא יורה על אכיפה של פעולות לא חוקיות. **בפ"ד שלוש**, הייתה אפשרות חוקית לפנות לבנק ולקבל היתר מאוחר.
7. אי החוקיות צריכה להיות מסוג שהוא טפל, שולי, יחסית למטרה העיקרית של החוזה. מדובר באי-חוקיות לא מהותית. אם החוזה כולו עוסק בעניינים לא-חוקיים (חוזה למכירת סמים), ביהמ"ש לא יאכוף את החיוב.
8. האם צד שלישי שאיננו צד לחוזה עלול להיפגע מהבטלות? לפי **פ"ד שילה נ' בארי**, אם צד שלישי בתם לב עלול להיפגע כתוצאה מביטולו של החוזה, זוהי סיבה להחיותו.
* **פ"ד שלוש** – ההתדיינות המשפטית הייתה בין הבנק לערב. אי החוקיות היא בחוזה בין החייב לבנק ולא בין הערב לבנק. לפי חוק הערבות (סעיף 2) – החיוב של הערב הוא חיוב משני, הוא ערב לחיוב של החייב. הכלל – החיוב המשני הולך אחר חיובו של החייב. אם החיוב של החייב בטל, גם החיוב של הערב בטל. החידוש של פ"ד הוא, שאחרי שביהמ"ש קבע שהחיוב בטל, הוא החייה אותו ע"י סעיף 31 סיפא – הוא מצווה על החייב לקיים את חיובו. זהו חידוש גדול. ביהמ"ש מחייה את החיוב מחדש, יחד איתו קם לתחייה מחדש גם החיוב של הערב.
* מהם שיקולי הצדק? (לא כל השיקולים חייבים להתקיים ע"מ שיופעלו המנגנונים, אך לפחות חלקם)
1. הסיכון שאם ביהמ"ש לא יפעיל את מנגנון עשיית הצדק, החוטא יצא נשכר.
2. יש דרך לקיים את החיובים שביהמ"ש הורה על קיומם, בדרך חוקית. שהרי ביהמ"ש לא יורה על אכיפה של פעולות לא חוקיות.
3. באיזו מידה אי החוקיות היא כבדה? כאשר החוזה נגוע כולו באי-חוקיות לא יאכוף אותו ביהמ"ש גם אם צד אחד קיים את חלקו.
4. האם צד שלישי שאיננו צד לחוזה עלול להיפגע מהבטלות? בפס"ד שילה נ' בארי אם צד שלישי תם לב עלול להיפגע כתוצאה מביטולו של החוזה זו סיבה להחיותו.

**חוזה למראית עין –**

סעיף 13 - חוזה שנכרת למראית עין בלבד - בטל; אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה. דוגמאות לחוזה למראית עין-

1. חוזה למטרת הברחת רכוש מהנושים – כשרכוש נמכר רק למראית עין כדי שלא יילקח ע"י נושים. זוהי סימולציה מלאה (לפי הגדרתו של השופט ברק). החוזה הוא כולו למראית עין, אין שום כוונה לעשות חוזה.
2. חוזה למטרת הונאת רשויות המס – כשהמחיר האמתי של העסקה איננו מתבטא בחוזה והוא בעצם מחיר נמוך יותר. זוהי סימולציה חלקית, משום שמאחורי החוזה למראית עין מסתתר חוזה אמתי.
3. חוזה מתנה למראית עין – כשמאחורי ה"מתנה" ניתנת תמורה אמתית. זוהי סימולציה חלקית.

**פ"ד ביטון נ' מזרחי** – שני צדדים חתמו על זיכרון דברים על מכירת קרקע ב-400,000₪. הם חתמו בחוזה עצמו על 340,000₪ ע"מ לרמות את מס ההכנסה, שצד אחד יקבל יותר כסף. פ"ד זה עוסק ביחס בין סעיף 30 וסעיף 13 לחוק? סעיף 13 עוסק בחוזה למראית עין. חוזה שנכרת למראית עין בלבד, בטל. שני הסעיפים הללו הם היחידים, שבגינם החוזה בטל מעיקרו. לעיתים קרובות, כשיש חוזה למראית אין, הוא נעשה למראית עין בגלל מטרה בלתי חוקית.

מכיוון שחוזה למראית עין נעשה לרוב למטרה בלתי חוקית, נשאלה השאלה **בפ"ד ביטון נ' מזרחי** איזה סעיף חל עליו, 13 או 31? מה היחס בין הסעיפים? התשובות:

1. במשפט, יש חשיבות לסווג נכון.
2. עשויה להיות חשיבות מעשית, שנגזרות ממנה תוצאות ממשיות. למשל – בבטלות לפי סעיף 30, יש סמכות לביהמ"ש להורות על קיום חיוב ע"פ החוזה הבטל, אין סמכות כזו במסגרת בטלות לפי סעיף 13. אם יש חוזה שנעשה במטרה להונות את רשויות המס, או חוזה לצורך הברחת רכוש, ומתעוררת שאלה כזו, תהיה חשיבות לשאלה אם החוזה בטל בגלל שהוא למראית אין או בלתי חוקי. לסיכום - במצב הרגיל, אין הבדל בין הסעיפים. אולם, במצבים המסובכים, יש הבדלים (2).

במשך השנים התפתחה התפיסה שחוזה למראית עין הוא חוזה בלתי חוקי. **השופט ברק** מציג תפיסה אחרת – חוזה למראית עין בטל מעיקרו קודם כל משום שהוא למראית עין, שכן, בניגוד לחוזה בלתי חוקי, בחוזה למראית עין לא התקיים תנאי בסיסי לחוזה (הסכמה לחוזה מחייב). מבחינה לוגית, אם חוזה נעשה למראית עין למטרה בלתי חוקית, הוא בטל קודם כל משום שהוא למראית עין. בפועל, לפי הפסיקה, ביהמ"ש קובע כי החוזה בטל בשל שני הסעיפים – משום שהוא חוזה למראית עין ובשל היותו לא-חוקי, זאת משום שעד כה לא התעורר צורך בהבחנה בין המקרים.

**חוזים אחידים –**

בפועל, חוזים אחידים הם החוזים הרגילים, רוב החוזים בימי חיינו הם חוזים אחידים. למרות זאת, דיני החוזים הנלמדים בכל העולם המערבי הם דיני החוזים שמתייחסים לחוזים לא אחידים, משום שזהו המודל הקלאסי.

חוזים אחידים שונים מחוזים רגילים כמעט בכל היבט אפשרי, ההבדלים מרכזיים:

1. בחוזים אחידים, הצדדים בד"כ לא שווי כוחות. בדרך כלל יש מעמד של חזק וחלש. הצדדים לא שווים בכוח המיקוח שלהם, בכוח הכלכלי שלהם ובמידע בו הם מצוידים.
2. בחוזים אחידים, ברוב המקרים, לא מתקיים מו"מ. גם אם מתקיים, הוא על חלקים מאוד מצומצמים בחוזה.
3. צד אחד, הלקוח, לא יכול להשפיע אל התוכן של החוזה. החוזה מוצע לו על דרך של "טייק איט או ליב איט".
4. ההנחה היא שצד אחד, הלקוח, בד"כ לא קורא את כל החוזה, הוא מודע לתוכן שלו באופן מאוד כללי, הוא מודע לרכיבים בסיסיים ולא לכל הפרטים, אין צפייה ריאלית שהוא יהיה מודע לכל הרכיבים.

לכן, ההנחה היא שהרבה פעמים הספק, הצדי שמכתיב את תנאי החוזה, מנצל את המאפיינים הנ"ל לטובת עצמו (יתרון הידע, הכלכלי ועוד). לעיתים הוא עושה זאת באופן לגיטימי, ולעיתים באופן מוגזם. לכן, המחוקק הישראלי היה חלוץ ופורץ דרך. לאט לאט התחילה כתיבה אקדמית, שמו לב לחוזים אחידים, הבינו שהם חוזים מסוג אחר. הראשון שעשה מעשה היא הכנסת – חוקקה את חוק החוזים האחידים. מהר מאוד התבררו שתי עובדות:

1. הקרקע עוד לא הייתה בשלה לקלוט את הרעיונות הללו. באותה תקופה, עדין שלטה התפיסה הקלאסית של חופש החוזים. הרעיון של התערבות בחוזה, גם אם הוא אחיד, נתפס כדבר מופרך. לכן, על אף שהיה חוק, ביהמ"ש לא יישם אותו.
2. היו כשלים ספציפיים בחוק.

בפועל, הצטברו לקחים, וב-1982, נחקק חוק חוזים אחידים חדש, ובו שורה של תיקונים ושיפורים.

סעיף 1– "חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים". לסעיף זה יש השפעה מאוד משמעותית על הפעלת הוראות החוק, שכן מדובר בפרשנות תכליתית. המחוקק קובע איך יש לפרש את החוק הזה. האופן שבו נפרש את סעיפי ההגדרה, הוא זה שיקבע אילו סעיפים יכנסו. ככל שנבין שמטרת החוק היא להגן על אנשים, כך יהא יותר קל להכניס מקרים לקטגוריה הזאת. הדבר נכון גם לגביי הסייגים, נשתדל להשתמש בסייגים בצמצום, כדי להגן על האנשים.

סעיף 3 – "בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח)". סעיף זה הוא ליבת החוק. הוא מסמיך את בתי המשפט וביה"ד לשנות או לבטל תנאי בחוזה אחיד, אם הוא תנאי מקפח.

סעיף 24 – "הוראות חוק זה לא יגרעו מהוראות כל דין שעל פיו עשוי חוזה או תנאי שבחוזה להיות בטל או ניתן לביטול, ולא ימנעו טענה נגד חוזה או תנאי שבחוזה". כלומר, העובדה שמדובר בחוזה אחיד, אין משמעה שחייבים להתמודד עם התנאי (לבטל או לשנות) רק באמצעות חוק החוזים האחידים. כל הדרכים פתוחות, החוק לא גורע מהדרכים האחרות, למשל ע"י סעיף 30 ו-39 לחוק החוזים, עילת העושק (תוכן מקפח) ועוד.

**היקף תחולתו של החוק –**

החוק חל על תנאים בחוזים אחידים. בחוק ישנו סעיף הגדרות וסעיף שמסייג את תחולת החוק.

סעיף 22 - "לעניין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם אחר". חוזה אחיד שהמדינה היא הספק, כלומר היא זו שקובעת את תנאיו, ניתן לתקוף אותו ע"י חוק החוזים האחידים. החוק חל על המדינה, בין אם היא ספק ובין אם היא לקוח.

סעיף 2 (סעיף ההגדרות, היקף התחולה) –

חוזה אחיד – "**נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם**". נוסח של חוזה, שיכול להופיע במסמך חוזי רגיל (בכתב), מסגרת תקנות, שלט. הכוונה הינה לכל נוסח קבוע של תנאים בחוזה, שכולם או מקצתם נקבעו מראש ע"י צד אחד, דהיינו ישנם שני תנאים. אולם, אין הכרח שכל התנאים יקבעו מראש.

**בפ"ד אגד,** מתעוררת שאלה לגבי התנאי "נקבעו מראש ע"י צד אחד". המערכת החוזית בין אגד לנהג כפולה – ראשית, חוזה הנובע מהיותו חבר באגודה השיתופית, ע"י הסכם שהוא התקנון. שנית, הנהג הוא גם עובד של אגד (יחסי עובד ומעביד). הסנקציה שחלה עליו במקרה זה הינה מכוח היותו חבר באגודה. התנאי האמור התקבל ע"י מייסדי האגודה יחד. על כן, לכאורה, לא מתקיים התנאי השני – ניסוח בידי צד אחד מראש. מי שמצטרף אחרי השינוי – כל החוזה, כולל השינוי יהיו לגביו חוזה אחיד. מנגד, עבור אדם שהיה חבר עוד טרם השינוי – כל החוזה הוא חוזה אחיד עבורו, למעט השינוי, שכן היה שותף לקבלתו. השופטים קבעו כי במקרה דנן מדובר בחוזה אחיד. לגישתם, יש להסתכל על **מהות היחסים (ולא על הפורמליות)** בין אגד לנהג, עיקר היחסים נוגעים ליחסי עבודה, שהם בד"כ יחסים לפי חוזה אחיד (צד חזק מול צד חלש).

פ"ד זה מסמל עמדה קבועה של ביהמ"ש העליון, לפיה **ככל שמדובר בהגדרות התחולה, הנטייה של ביהמ"ש העליון היא לגישה ליברלית, להרחיב את הגדרות התחולה**, הדבר יוצר תחולה רחבה יותר של החוק. מנגד, **כשמדברים על הסייגים לתחולת החוק, הפרשנות של ביהמ"ש היא מאוד מצמצמת**. ההנמקה – בכך ביהמ"ש סבור כי הוא מקיים את תכלית החוק, הקבועה בסעיף 1 לחוק – "להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחידים".

עד היום פ"ד זה בעינו עומד, תקנון של אגודה שיתופית הינו חוזה אחיד.

* כמה "רבים"? – לפי הפסיקה, אין צורך ברבים מאוד. רבים גם במובן הממעיט מאוד של המילה. חוק החוזים האחידים לא יחול על חוזה שנכרת ע"י צד אחד מראש, כשמולו אדם אחד.
* "אנשים בלתי מסוימים במספרם ובזהותם" - **פ"ד חברת בית יהונתן** – בית רופאים שיש בו יחידות שמיועדות להימכר לרופאים בלבד, והיזם הכין מראש חוזים, האם הציבור הפוטנציאלי של הלקוחות הוא מספיק בלתי מזוהה? לפי הפסיקה, גם אם החוזה מיועד לקהל ספציפי, כל עוד אין זיהוי אישי, הוא עומד בהגדרה. גם כאן רואים מגמה של ביהמ"ש להרחיב את משמעות ההגדרה. ביהמ"ש העניק פירוש, לפיו גם אם מדובר על סקטור מסוים, זה מספיק בלתי מוגבל, צריך שהחוזה יהיה לא מכוון לאדם מסוים אלא חוזה שנועד למס' בלתי מסוים של התקשרויות וזהותם לא מוגדרת.
* "חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם" – יש טעות רווחת בציבור, לפיה אם חלק מהתנאים הם אינדיבידואלים, אזי לא מדובר בחוזה אחיד. אבל לא כך הדבר, גם אם רק חלק מהתנאים הם אחידים, עדיין מדובר בחוזה אחיד, לעניין חוק זה. החוק לא יחול על אותם תנאים שנוסחו בעקבות משא ומתן. אולם, החוזה בכללותו הוא חוזה אחיד. המשמעות היא שניתן יהיה לטפל באמצעות החוק בתנאים האחידים, כפי שמתפרש מהחוק. מתי אפשר להגדיר מגעים בין הצדדים כמשא ומתן? צריכה להיות פתיחות אמתית מצד הספק לשנות תנאים. עצם הפנייה של הלקוח בבקשה לשנות תנאים איננה מו"מ משא ומתן. גם את תנאי זה ביהמ"ש מגמיש.

תנאי – **"תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים".** גם הגדרה זו הינה מרחיבה.

* "תניה מאוזכרת" – הכוונה לתניית הפניה.
* "ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסוים" – כלומר, אם בתוך החוזה האחיד, יש תנייה שנוהל לגביה מו"מ, היא יוצאת מגדר תחולתו של החוק. כלומר, לא ניתן לבטלה או לשנותה מכוח חוק החוזים האחידים.

**פ"ד גרנות נ' מנהל מקרקעי ישראל** – גרנות הוא ארגון שהוכר כארגון יציג של קיבוצים ומושבים, הוא הגיש תביעה לביה"ד לחוזים אחידים לבטל תנאים מקפחים מסוימים בחוזה שלפיו הקיבוצים חוכרים קרקע חקלאית ממנהל מקרקעי ישראל. התנאי המקפח – אם היעוד של הקרקע משתנה מחקלאי לבנייה, הוא חוזר לבעלות המדינה. המדינה טענה – נוהל מו"מ על תנאי חוזה החכירה, הם לא הכתיבו את התנאים בצורה חד-צדדית. ביה"ד טען כי מו"מ הוא עניין מהותי ולא טכני, ובמקרה דנן בעצם לא היה מו"מ, אלא שתדלנות. כלומר, בקשה לשנות מצד הלקוח (שתדלנות מצדו) לא הופכת את זה למו"מ. השאלה המרכזית - האם הספק הציג עמדה של פתיחות ונכונות לנהל מו"מ לשינוי המו"מ. הבעיה הינה כי גם אם מתקיים מו"מ, לא תמיד התנאים משתנים. **השאלה היא שאלה מהותית – האם התנאים שנשארו הינם מכוח הסכמה, או מכוח חוסר נכונותו של הספק להתגמש ולשנות?**

ספק – "**מי שמציע שהתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר**".

לקוח – "**מי שספק מציע לו שהתקשרות ביניהם תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא המקבל או הנותן של דבר**".

ההגדרות שונות ממה שאנו מכירים ביום-יום. ספק הוא מי שמספק את החוזה, גם אם הוא לא הספק במובן הכלכלי. הלקוח הוא הצד השני, לו מציע הספק את החוזה.

סעיף 23 (סעיף הסייגים) –

קובע כי הוראות החוק לא יחולו על המקרים הבאים:

1. סעיף 23א' (1) - תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח - במבט ראשון, הסייג מעלה קושי, שכן זהו הפרמטר החשוב ללקוח. הסיבה להוצאת תנאי זה מחוק החוזים האחידים, הינה משום שהרציונלים המצדיקים התערבות בחוזים אחידים (חוסר תשומת לב של הלקוח לתנאי החוזה, פערי מידע ומומחיות, חוסר הבנה של הלקוח) אינם קיימים, או קיימים במידה מצומצמת כשמדובר במחיר, כולם מבינים. המחיר מבטא אלמנט חשוב של עקרון חופש החוזים, **הקונה מודע לקיומו ומשמעותו של המחיר**, אם ירצה יקבלו ואם לא, הוא לא יחתום על החוזה.

האם באמת חוק החוזים האחידים אף פעם לא מטפל בעניינים הכספיים? לא בהכרח. יש חזקת קיפוח (בסעיף 4) – "תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק". כלומר, יש דברים הקשורים לכסף, שהחוק כן חל עליהם. מהו היחס בין סעיף 23א1' לסעיף 4(4)? **פרשנות מצמצמת של סעיף 23 תוביל למסקנה שהסייג הנ"ל יחול רק לגבי תמורה כספית נקובה בסכום**, הוא לא יחול לגבי מנגנוני עדכון של המחיר, ולא לגבי תנאים אחרים הנוגעים למחיר. גדר הספקות יחול להיות לגבי מנגנון עדכון שקובע תוספת שנתית לפי ריבית קבועה – האם הדבר נחשב לתמורה נקובה, או מנגנון עדכון?

1. סעיף 23א' (2) - תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק (חוק או תקנה) – כאשר תנאי בחוזה האחיד תואם תנאי שנקבע בחוק או בתקנה, חוק החוזים האחידים לא יחול. ההנחה היא שתנאי שנקבע בחיקוק הוא תנאי ראוי, מאוזן ולא מקפח. המחוקק לא יקבע תנאים מקפחים. לא תפקידו של ביהמ"ש לבקר את מידת ההגינות בתנאים שקבע המחוקק. שתי הערות לפירוש המצומצם של הסייגים –
2. מהו חיקוק? חוק או תקנה, ולא כל דבר אחר. **בפ"ד אגד** התעוררה השאלה - האם התקנון של האגודה, מכיוון שהוא אושר ע"י רשם האגודות השיתופיות (אישור ניתן מכוח חיקוק) אושרו בחיקוק ומוגנים מפני התערבות מפני חוק החוזים האחידים? תשובת ביהמ"ש – לא, מפני שהתנאי לא תואם חיקוק, אלא רק אושר ע"י רשות שניתן לה הסמכה לכך מכוח חוק. **העובדה שהתנאים אושרו על ידי גוף סטטוטורי, שפועל ע"פ חוק, אינה מספקת**, **יש צורך שהתנאי יהיה תואם לתנאי המופיע בחיקוק.**
3. השאלה צריכה להיבדק **באופן מהותי** ולא טכני. יכול להיות שסעיף מסוים מופיע בחוק המכר, ואחר כך, מכניסים סעיף זה לחוזה שכירות. האם חל הסייג במקרה זה? לפעמים דבר הוגן וראוי בהקשר מסוים אינו כזה בהקשר אחר. על כן, יש לבחון האם במהות החוזה והוראת החיקוק עוסקים באותו עניין. המבחן המהותי, בניגוד למצב כיום, נקבע במפורש בהצעת חוק דיני ממונות.
4. סעיף 23א' (3) - תנאי התואם תנאים שנקבעו בהסכם בין-לאומי שישראל צד לו – אמנה עליה ישראל חתומה אינה הופכה באופן אוטומטית לחלק מהדין הישראלי, היא צריכה לעבור חקיקה בשלוש קריאות בכנסת.

1. סעיף 23א' (4) - הסכם קיבוצי לפי חוק הסכמים קיבוציים, תשי"ז-1957, בין שהוגש לרישום לפי החוק האמור ובין אם לאו, לרבות הסדר קיבוצי אחר ובלבד שנעשה בכתב ונקבעו בו שיעורים לשכר עבודה.

ההליך –

סעיף 3 – "בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח)". סעיף זה הוא ליבת החוק. הוא מסמיך את בתי המשפט וביה"ד לשנות או לבטל תנאי בחוזה אחיד, אם הוא תנאי מקפח.

**בביהמ"ש**, במסגרת סכסוך משפטי רגיל בין ספק ללקוח, מאפשר להשתמש בחוק החוזים האחידים כעילה, לצד עילות נוספות (טענות משפטיות נוספות, כגון סתירת תקנת הציבור). בביהמ"ש, חוק החוזים האחידים מופעל ביחס למקרה קונקרטי, והוא מוסמך מכוח הטענה, שמדובר בחוזה אחיד וקיים בו תנאי מקפח, לבטל את הסעיף, והביטול תקף רק לגביי הצדדים האלה, ובחוזה הזה. הלקוח יכול לטעון שהסעיף המסוים הוא מקפח, ואם בית המשפט יחליט שהוא אכן מקפח, אז הביטול של הסעיף תקף רק לאותו לקוח שפנה.

ההכרעה, פורמלית, נוגעת רק ליחסים הספציפיים בין הספק ללקוח המדובר, אך בעקיפין ההכרעה משפיעה על היחסים של הספק עם כלל הלקוחות. יש להחלטה השלכות עקיפות, כלומר, אם הפ"ד יגיע לעליון והם יקבעו שאכן היה מדובר בתנאי מקפח, אז הלקוחות האחרים יוכלו להתבסס על המקרה הזה, אם ייגשו לבית המשפט.

המצב שונה בהליכים **בביה"ד**. פרק ב' של החוק קובע כי יוקם בית דין לחוזים אחידים. ואכן, מיד עם חקיקת החוק קם ביה"ד לחוזים אחידים. אב בית הדין והמשנה לאב בית הדין הם שופטים של בית משפט המחוזי בירושלים. בית הדין יושב בהרכבים של שלושה שופטים, כאשר בראש ההרכב עומד אב בית הדין או המשנה לאב בית הדין, לצד עוד שני חברים בבית הדין (לא שופטים). ערעור על פ"ד של בית הדין הוא ערעור בזכות (לא צריך לבקש רשות) לבית המשפט העליון.

בביה"ד יש שני סוגי הליכים ושניים בלבד:

1. הליך אישור חוזה אחיד - ההליך מוסדר בפרק ג' לחוק. במסגרת ההליך הזה, ספק רשאי לפנות ביזמתו לביה"ד, ולבקש שהוא יאשר שבחוזה אין תנאים מקפחים. המשיבים לבקשה הם היועמ"ש או בא כוחו. מה קורה כשהספק הוא המדינה? נוצרת בעיה. ישנו הסדר – מינוי עורך דין, על מנת לשלול בעיה של ניגוד עניינים. ביה"ד רשאי לאשר/לסרב לבקשה. ביה"ד דן לפי טענות הצדדים ומחליט אם התנאים מקפחים או לא. לרוב, נעשים שינויים בחוזה בעקבות עמדת היועמ"ש והחוזה מאושר. אם החוזה לא מאושר, ביה"ד מבטל או משנה את הסעיפים המקפחים. החוק מציע שני תמריצים עבור הספקים, כדי שיבואו מראש לביה"ד:
2. תמריץ הכתב – סעיף 15 לחוק:

סעיף 15 א'– אם ביה"ד יאשר את החוזה, אז הספק יציין על החוזה כי הוא מאושר ע"י ביה"ד. כלומר, האישור יוצר **מוניטין חיובי** לספק, מדובר בחוזה הוגן שקיבל גושפנקא. תמריץ זה לא עובד בפועל.

סעיף 15 ב' – "סוגי ספקים שקבע שר המשפטים לפי סעיף קטן (ג), יציינו על פני החוזים שהם עושים לפי חוזה אחיד, כי החוזה האחיד טרם אושר על ידי בית הדין". אם החוזה לא אושר ע"י ביה"ד, ייכתב על גבי החוזה כי החוזה לא אושר ע"י ביה"ד. זהו סוג של **תמריץ שלילי**, סנקציה, על מנת לתמרץ ספקים לעשות כן. בפועל, התמריץ השלילי לא קיים, שכן השר לא התקין תקנות.

1. סעיף 14 (תמריץ החסינות – כוחו של אישור)– "בתקופת תקפו של אישור לא תישמע בבית הדין טענה שיש בחוזה האחיד תנאי מקפח". כוחו של אישור:
2. תקופת תקפו של אישור לחוזה אחיד היא חמש שנים מיום מתן האישור או תקופה קצרה יותר שקבע בית הדין.
3. בתקופת תקפו של אישור, לא תישמע בבית הדין טענה שיש בחוזה האחיד תנאי מקפח, ולא תישמע טענה כזאת בבית משפט לגבי חוזה שנכרת לפי אותו חוזה אחיד, אף אם נכרת לפני מתן האישור.
4. על אף האמור בסעיף קטן (ב), רשאי בית הדין, לבקשת היועץ המשפטי לממשלה, לבטל תנאי בחוזה אחיד שניתן עליו אישור, אף בתוך תקופת תקפו של האישור, אם מצא שקיימות סיבות מיוחדות המצדיקות ביטול זה.

האישור מעניק חסינות לחוזה מפני תקיפתו בביה"ד או בביהמ"ש בעילה של תנאי מקפח. התמריץ בעייתי – ראשית, האישור הינו ל-5 שנים בלבד. שנית, גם בתק' זו, בנסיבות מיוחדות, החסינות לא תעמוד. שלישית, החסינות הינה רק מפני עילת התנאי המקפח, יתר העילות האחרות עדין קיימות. רביעית, מי אומר שהספק יתבע? דיה לצרה בשעתה.

לכן, בפועל, ספקים רבים לא מגיעים לביה"ד לאישור החוזה. אולם, יש גופים מסוימים המחייבים זאת.

הצעת חוק דיני ממונות עושה רפורמה בהליך זה, היא קובעת כי יהיה הליך מקדמי, הספק יצטרך להגיש בקשה לבחינה, ביה"ד צריך לקבוע האם יש אינטרס ציבורי לדון בבקשה הזו. בנוסף, אי אפשר יהיה לציין בחוזה את דבר אישורו בביה"ד (הסרת תמריץ הכתב). כמו כן, הצעת החוק מורידה אפוא את תמריץ החסינות. ההליך של אישור החוזים בביה"ד יהפוך להליך שולי, שכמעט ולא קיים, ויחול רק לגבי גופים שמחויבים להביא את חוזיהם לאישור ביה"ד.

1. הליך הביטול – זהו ההליך המרכזי, בו עוסק פרק ד' לחוק. אפשר להגיש בקשה לביה"ד, לבטל תנאים מקפחים בחוזה אחיד. מגישי הבקשה - היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן לפי חוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981, כל ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות וכן ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לענין מסוים, רשאים לבקש מבית הדין לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד. המשמעות - **לקוח לא יכול לפנות לביה"ד, אלא רק גופים מעין ציבוריים, אין הליכים אינדיבידואלים בביה"ד.** בד"כ, בהליך ידונו אך ורק באותם תנאים שהם לכאורה מקפחים.

סעיף 16 – היועמ"ש לממשלה פונה לבית הדין לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד – הוא יכול לבקש לבטל תנאי אחד או מס' תנאים. המשיב לבקשה יהיה הספק, וניתן לבקש להוסיף ארגון שמייצג.

סעיף 17 - "מצא בית הדין שתנאי הוא מקפח, יבטל את התנאי או ישנה אותו במידה הנדרשת כדי לבטל את הקיפוח". תוצאת ההליך לא תהא אישור החוזה, אלא הבקשה לבטל תנאים מקפחים תתקבל או לא, או תתקבל בחלקה. **ביה"ד רשאי לבטל או לשנות את התנאי המקפח**.

סעיף 18 א' – "תנאי שבית הדין ביטל ייחשב כבטל בכל חוזה שנכרת על פי אותו חוזה אחיד אחרי מועד החלטת בית הדין; תנאי שבית הדין שינה יחול כפי ששונה בכל חוזה כאמור". כלומר, מדובר **בהחלטה רוחבית**. הביטול חל על כל החוזים שנכרתו לאחר החלטת ביה"ד, של אותו ספק ושהנוסח שלהם זהה לנוסח שבו הסעיף בוטל.

סעיף 18 ב' – "בית הדין רשאי להחיל את הביטול או את השינוי גם על חוזים שנכרתו לפני מועד מתן ההחלטה ואשר טרם בוצעו במלואם". הסעיף מסמיך את ביה"ד להחיל את הביטול/שינוי **רטרואקטיבית**, על חוזי העבר. כלומר, מה שבוצע, בוצע. אולם, על מה שעוד לא בוצע, יש סמכות לביה"ד להחיל את הביטול/שינוי באופן רוחבי ורטרואקטיבי.

* מה קורה כאשר מתקיים דיון מקביל בביה"ד ובביהמ"ש? מה היחס בין ההליכים? באופן עקרוני, אין השפעה. לפי סעיף 21 – " ". העובדה שמתנהל דיון בביה"ד, לא מונעת מביהמ"ש לקבוע שהתנאי מקפח או לא. באופן מעשי, ביהמ"ש/ביה"ד יכולים לדחות את ההחלטה שלהם, משום שהוא נדון באחר ועומד להינתן פסק דין.
* ביה"ד אינו מחויב לפשרה בין הספק ללקוח הספציפי, שכן הוא שומר על אינטרס של כלל הלקוחות. יש יותר אקטיביזם של ביה"ד, בגלל באופי הציבורי (ולא האינדיבידואלי) של ההליך.

הקיפוח –

**פ"ד קסטלבאום-** השופט ברק קובע שתנאי מקפח הוא תנאי שבא להגן על אינטרס לא לגיטימי של הספק, או שהוא מגן על אינטרס לגיטימי, אך באופן לא מדתי. מצב זה בא על חשבון הגנת האינטרס של הלקוח. כלומר, גם כאשר מדובר באינטרס לגיטימי של הספק, ההגנה עליו צריכה להיות במידתיות. זהו מבחן עמום.

**פ"ד המכרז של המדינה –** היועמ"ש מבצע סקירה רוחבית של החוזה, בודק את החוזה כולו, ותוקף את התנאים שהוא חושב שיש בהם פוטנציאל קיפוח. נק' נוספת – חשיבות של קביעת המצב הנורמטיבי, המצב שקובע הדין אילולא החוזה. הספק במסגרת ההתניות החוזיות מנסה לסטות מהדין הקיים. הסטייה היא לרעת הלקוח ולטובת הספק. כאשר יש סטייה כזו מהדין, יש חשש או אשרות לקיפוח. הנורה האדומה, המחייבת בדיקה, בהרבה פעמים הינה כאשר החוזה סוטה מהדין. לצורך כך, צריך לדעת מהו הדין, ובמקרה דנן – הדין שקובע את היקף החבות של המכרז? מה המעמד של החברה (רק מתווכת או שהיא עצמה מספקת את השירות, או משהו באמצע)? הדיון הינו, על מנת לקבוע מהו היקף האחריות החל על החברה? על כן, הדיון מתחיל בבירור מעמדו של הספק.

בית הדין לחוזים אחידים משתמש ב-2 מבחנים:

1. על מנת לבחון האם התנאי הוא תנאי מקפח, צריך לבחון אותו ביחס למשהו. לכן בית הדין יבחן את התנאי המקפח ביחס למצב המשפטי של הצדדים בעניין, ללא הסעיף בחוזה. אם הספק משנה את האיזון בין הצדדים בצורה בוטה לכיוונו, יש לחשוד בתנאי מקפח. במקרה כזה, נבחן אם האינטרס לגיטימי או לא ומהי מידת ההגנה על האינטרס. בוחנים את מצב הרקע, המצב המשפטי הקיים ללא התנאי בחוזה, דהיינו ברירית המחדל.
2. ככל שהסעיף המדובר נוגע לסעיפי ליבה הקובעים את מהות העסקה, ביהמ"ש יהיה הרבה יותר זהיר בהתערבות, מהנחה שהשוק העסקי לא יקבל את המודל העיסקי הנ"ל. בעוד שבסעיפי מעטפת, ביהמ"ש יהיה יותר ליברלי. בית המשפט או בית הדין יתערב בסעיפי הליבה ב-3 מצבים:
3. כאשר המודל העסקי מבוסס על **פערי מידע** משמעותיים בין הספק ללקוח, בית המשפט לא יהסס להתערב כיוון שיש ניצול של הלקוח.
4. כאשר המודל העסקי מבוסס על **ניצול ציני של הטיות קוגנטיביות**, **שכליות (לא קוגנטי) הקיימות אצל בני האדם**, כמו פיתוי הלקוח ע"י מתנות.
5. כשיש פער בין המודל העסקי המשפטי אותו מציג הספק בחוזה, לבין ההתנהגות בפועל. כלומר הספק מתנהג באופן שונה ממה שהוסכם בחוזה, ומשתמש בחוזה כדי להגן על עצמו (לדוג' משרד שליחויות קובע שהוא לא מוביל דברי ערך ובפועל כן מוביל דברי ערך, כאשר נאבד דבר ערך יסמך על החוזה כי אינו מוביל דברי ערך).

**סעיף 3** הוא הסעיף המרכזי שעוסק בנושא הקיפוח. סעיף זה מקנה לביה"ד או לביהמ"ש לבטל או לשנות תנאי מקפח. הסעיף לא מגדיר מהו תנאי מקפח, זהו מושג עמום. יש בפסיקה ניסיונות להתוות קווים מנחים לגבי מהו תנאי מקפח. **השופט ברק** **בפ"ד מרכז משען** קבע את **מבחן הקיפוח**– תנאי שפוגע או גורע מהזכויות או האינטרס של הלקוח לצורך הגנה על אינטרס לא לגיטימי של הספק, אולם גם אם התנאי מגן על אינטרס לגיטימי של הספק, עליו להיות מידתי. **תנאי יחשב כמקפח, כאשר הוא גורע מזכויות הלקוח, שלא על מנת להגן על אינטרס לגיטימי של הספק, או על מנת להגן על אינטרס לגיטימי של הספק, אך באופן לא-מידתי.**

**סעיף 4** לחוק קובע רשימה של 10 סוגים/קבוצות של תנאים (תנאים אפורים), שהחוק קובע לגביהם **חזקה שהם מקפחים**. סוגים ספציפיים של תנאים שמתקיימת לגביהם חזקה שהם מקפחים.

היחס בין סעיף 3 לסעיף 4– תנאי שנכנס לאחת הקבוצות בסעיף 4, קיימת לגביו חזקה שהוא מקפח, הוא נחשב למקפח (מקפח לכאורה), אלא אם הספק יצליח להוכיח ש"בשים לב למכלול יתר סעיפי החוזה ושאר נסיבות החוזה, התנאי אינו מקפח. **על הספק מוטל נטל ההוכחה, להוכיח שהתנאי איננו מקפח**.

מה קורה כשהלקוח טוען שהתנאי מקפח והתנאי המדובר אינו כלול בסעיף 4? סעיף 4 קובע רשימה של סעיפים שהם רק לכאורה מקפחים, והרשימה אינה סגורה, היא אינה קובעת את כל התנאים המקפחים. במקרה זה, עדין הלקוח יכול להוכיח שהתנאי מקפח. **נטל ההוכחה רובץ על הלקוח**.

סעיף 5 – "תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות – בטל". זהו תנאי שהספק לא יכול להפוך את נטל ההוכחה, דהיינו תנאי שהוא מקפח לחלוטין. יש להבחין בין וויתור מראש לוויתור בדיעבד. לא ניתן לשלול מאדם מראש את הזכות לפנות לערכאות. ישנן נסיבות, בהן ניתן לשלול זאת בדיעבד. ס**עיף 5 קובע חזקה מוחלטת של קיפוח**, חזקה שאי אשר לסתור אותה, **לגבי תנאי ששולל את הזכות לפנות לערכאות.** בהצעת חוק דיני ממונות, הסעיף מורחב, נוסף תנאי. תנאי שפוטר ספק מאחריות לנזק גוף שהוא גרם ללקוח ברשלנות, או ממעשה זדון, זהו תנאי מקפח. זהו תנאי שנחשב כסותר את תקנת הציבור.

* **מה היחס בין תנאי מקפח לבין תנאי שסותר הוראת חוק קוגנטית?** לכאורה, יש תחומי חפיפה בין הסוגיות. דוג' – חוק הבנקאות שירות ללקוח, חוק שעוסק ביחסים בין הבנק ללקוח. בחוק קיים איסור התניית שירות בשירות. יש לכאורה, בתוך החזקות של סעיף 4, חזקת קיפוח המתאימה לתנאי מקפח מסוג זה (סעיף 5). מה היחס בין הסעיפים? האם ביהמ"ש יאמר שהתנאי מקפח, או שהוא לא תקף מפני שהוא סותר הוראת חוק קוגנטית? ביה"ד התייחס לשאלה זו לאחרונה, בפ"ד היועמ"ש נ' שיכון ופיתוח, ביה"ד קבע – המקום הנכון לטפל בזה הינו קוגנטיות, ולא קיפוח. כשמדובר על תנאי שהוא לכאורה מקפח, המשמעות היא שהספק יכול להוכיח שהתנאי לא מקפח, אבל הוא לא יכול לעשות זאת כנגד הוראה קוגנטית. לכן, ההגדרה הנכונה היא **שביהמ"ש יקבע את בטלותו של התנאי בגלל שהוא סותר הוראת חוק קוגנטית** ולא משום שהוא תנאי מקפח. במישור הקיפוח, ביהמ"ש מפעיל שיקול דעת שיפוטי, שהמחוקק השאיר לו, לקבוע מה מקפח ומה לא (שימוש במונח עמום ע"י המחוקק). לעומת זאת, כשביהמ"ש קובע כי התנאי סותר הוראת חוק קוגנטית, הוא מיישם פיקוח חקיקתי, הוא לא מפעיל ביקורת שיפוטית, אלא מיישם מדיניות חקיקתית (מעין כלי של המחוקק).

בהצעת חוק דיני ממונות, לביה"ד סמכות אחת בלבד – לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד. הפרשנות והקביעה שתנאי הוא מקפח, היא סמכות הינהרנטי, טבועה, שיש לכל ערכאה שיפוטית בישראל.

"הרשימה האפורה" -

סעיף 4 (1) – "תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהייתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי". לכן, יש חשיבות לדעת מהו מעמדו המשפטי של הספק, משום שזה עוזר לנו להבין מהי ברירת המחדל שחלה עליו ע"פ דין. כל הוראה בחוזה שמנסה לצמצם את היקף האחריות של הספק, מהווה תנאי מקפח.

תמונת הראי לסעיף זה נמצאת בסעיף 6 – "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת". הספק, כדי לשפר את מעמדו מול הלקוח, כדי לסטות מהוראות הדין, יכול לפעול בשני מישורים – **לצמצם את היקף האחריות שלו ע"י הקטנת החבות שלו ע"פ דין, או להרחיב את היקף החבות של הלקוח, ע"י שלילת הזכויות שנתונות לו ע"פ דין. בשני המקרים יש חזקת קיפוח, ויש לברר מה קובע הדין.**

אם הספק מנסה להשתחרר מאחריות המוטלת עליו מכוח הוראת חוק **דיספוזיטיבית**, הדבר מותר מבחינת דיני החוזים הרגילים, אך בדיני החוזים האחידים, הדבר **יוצר חזקת קיפוח**, גם אם החוק הוא דיספוזיטיבי. הרציונל של חזקת הקיפוח מוסבר בכך, **שההנחה היא שהוראות החוק הן מאוזנות**, המחוקק יצר הסדר ראוי והוגן, שאין תפקידו של ביהמ"ש להתערב. אם הספק סוטה מהדין הזה, אנו מניחים כי הדבר מקפח. אם הסטייה מהוראת החוק הדיספוזיטיבית הינה על מנת לצמצם את היקף האחריות של הספק, או להרחיב את היקף החבות של הלקוח, יש חזקת קיפוח, שקשה מאוד להפריח אותה. המעמד, בחוזה אחיד, של הוראות חוק דיספוזיטיביות מתקרב למעמדם של הוראות חוק קוגנטיות.

סעיף 4 (2) – "תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה". אם הספק מותיר לעצמו אפשרות לשנות בשלב מאוחר יותר תנאים בחוזה, או לבטלם בצורה חד-צדדית, הדבר יחשב כמקפח.

סעיף 4 (3) – "תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי". אם הספק מסיט את אחריותו לאדם אחר, זהו תנאי מקפח.

סעיף 4 (4) – "תנאי המקנה לספק זכות לקבוע או לשנות, על דעתו בלבד, ולאחר כריתת החוזה, מחיר או חיובים מהותיים אחרים המוטלים על הלקוח, זולת אם השינוי נובע מגורמים שאינם בשליטת הספק".

הסעיף קצת מזכיר את סעיף 2, הספק משאיר לעצמו אפשרות לשנות בשלב מאוחר יותר תנאים בחוזה (בעיקר בנוגע למחיר וחיובים כספיים). סעיף 23א'1, קובע שהחוק לא חל בכלל על התמורה הכספית שמשלם הלקוח. בסעיף זה, המחוקק שכח את ההגדרות שבסעיף 2, הוא מתייחס ללקוח מבחינה כלכלית גרידא, מה לגבי תמורה כספית שמשלם הספק? המחוקק לא חשב על זה. בהרבה מקרים, המדינה מגיעה לביהמ"ש כלקוח התובע את הספק. מסעיף קטן 4, אנו למדים, שלא כל דבר שקשור במחיר מודר אל מחוץ לחוק. **אין הדרה טוטאלית של התמורה**. מתי יש חזקת קיפוח לפי הסעיף? **ישנה חזקת קיפוח כשהספק משאיר לעצמו את האפשרות לשנות את המחיר, לפי שיקול דעתו, אחרי מועד כריתת החוזה** (**מנגנון עדכון מחיר, שתלו בשיקול דעתו של הספק**). בהקשר זה מתעוררות מס' שאלות:

מה לגבי מנגנון עדכון מחיר, שאינו לפי שיקול הדעת של הספק, אלא לפי גורמים חיצוניים אובייקטיביים (הצמדה למדד, למשל)? מנגנון כזה לא מקיים את חזקת הקיפוח של סעיף 4, משום שהוא אינו לפי שיקול דעתו של הספק. המדד איננו בשליטת הספק, על כן כאשר הספק קובע מנגנון צמוד למדד, לא מתקיימת חזקת הקיפח. האם במקרה המדובר, לא מתקיימת חזקת קיפוח והלקוח יכול לטעון ולנסות להוכיח שהתנאי מקפח? או שאוטומטית חל סעיף 23א'1, התנאי מחוץ ולחוק ובכלל אין לדון בו? בחוק ישנם שני סעיפים העוסקים בתמורה הכספית – 23א'1 וסעיף 4(4), הקובע חזקת קיפוח על מנגנון עדכון מחיר, שנתון לשיקול דעתו של הספק.

אפשרות אחת להסדרה – התנאי יהא שייך לאחד הסעיפים, כלומר או שאי אפשר לדון בו (לא מצוי בתחומי החוק, לפי סעיף 23א'1), או שהוא מקים חזקת קיפוח (לפי סעיף 4(4)). אפשרות שניה – את סעיף 23א'1 יש לפרש בצמצום, דהיינו חל רק על סכום נקוב, כל השאר הינו תחת כנפי החוק, יש מצבים בהם מתקיימת חזקת קיפוח (מנגנון עדכון מחיר, הנתון , ויש מצבים בהם לא מתקיימת חזקת קיפוח, אך בהם הלקוח עדין יכול לנסות ולטעון כי התנאי מקפח. מנגנוני עדכון מחיר הינם מורכבים, ספק אם הלקוח מבין את המשמעויות שלהן וספק אם הלקוח מתעניין בהם. ביהמ"ש לא הכריע בשאלה זו. ביה"ד לחוזים אחידים קבע – **יש לפרש את סעיף 23א'1 בצורה מצמצמת, הוא חל רק על סכום נקוב.**

מה קורה כשהספק קובע שהמחיר יהא לצמוד למדד רק כשהוא עולה ולא כשהוא יורד (מנגנון הצמדה חד-כיווני)? הדבר נראה באופן ראשוני כתנאי מקפח, אך הספק מגן על אינטרס לגיטימי שלו (שמירה על רווח היא אינטרס כלכלי לגיטימי של עוסק), על כן הדבר לגיטימי.

המשמעויות של הסעיף-

1. מנגנון עדכון מחיר כפוף לחוק, בניגוד לתמורה נקובה בסכום, גם אם הוא לא מקיים את חזקת הקיפוח.
2. האם יש קיפוח? על מנת לבחון זה, נבדוק האם התנאי נועד להגן על אינטרס לגיטימי של הספק.
3. כאשר קיים מנגנון עדכון שתלוי בשיקול דעתו של הספק, דהיינו מתקיימת חזקת הקיפוח, איך יכול הספק להוכיח כי התנאי אינו מקפח? הפסיקה קובעת, כי במקרים מסוימים, יכול הספק לסתור את הקיפוח, גם בתנית עדכון התלויה בשיקול דעתו. ישנן שתי אפשרויות:
4. ע"י הוכחה שללקוח קיימת אפשרות ריאלית, מבחינה כלכלית ולא רק משפטית, להשתחרר מהחוזה.
5. הכנסת אפשרות השתחררות של הספק מהחוזה – כלומר, החוזה תם אחרי מועד מסוים, וניתן לחדשו, תוך עדכון המחיר בהצעה החדשה. המשמעות הינה כי כאשר הספק לא מחויב לספק את השירות, הוא רשאי לעדכן את המחיר לפי שיקול דעתו, בהצעה החדשה.

סעיף 4 (5) – "תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר". לדוג' - כאשר קיים תנאי, לפיו כל טיפול ברכב שאינו במוסך הראשי, האחריות על הרכב לא תופסת, זהו תנאי קיצוני ומקפח.

סעיף 4 (6) – "תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת". ללקוח יש זכויות או תרופות ע"פ דין, אם הספק מנסה לשלול חלק מהן, מדובר בתנאי מקפח.

סעיף זה מטשטש את הגבולות בין חקיקה קוגנטית לדיספוזיטיבית. לדוג' חוק המכר קובע שכאשר המוכר מספק את הממכר יש לשלם, המוכר קבע בחוזה האחיד שהקונה קודם ישלם ואחר כך הקונה יספק את הממכר, ההתניה שוללת זכות מהלקוח שאם לא יספק את הממכר הלקוח לא ישלם לו (במידה ושני הצדדים לחוזה מסכימים על ההתניה אין עם כך בעיה). כל פעם שהוראת חוק דיספוזיטיבית פועלת לטובת הלקוח והספק מתנה עליה בחוזה אחיד מתקיימת חזקת הקיפוח מכוח סעיף 4(6). סעיף זה מקנה לעיתים להוראות דיספוזיטיביות מעמד קוגנטי. הוראות החוק בד"כ יאזנו בין הספק ללקוח, התנייה עליה לטובת הספק מקנה חזקת קיפוח.

סעיף 4 (7) – "תנאי המטיל את ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי". בד"כ נטל ההוכחה הוא על התובע, לפעמים הדין קובע נטל הוכחה ספציפי. אם הספק מנסה לשנות את נטל ההוכחה ע"י החוזה, זהו תנאי מקפח.

סעיף 4 (8) – "תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסוימות בערכאות משפטיות, או להיזקק להליכי משפט אחרים, והכל למעט הסכם בוררות מקובל". הבחנה בין סעיף זה לסעיף 5 לחוק – ההנחה היא, שסעיף 5 היא שלילה של האפשרות ללכת לביהמ"ש (לפנות לערכאות). לעומת זאת, סעיף קטן 8 עוסק במשהו יותר מינורי, דהיינו הגבלת הלקוח לטענות משפטיות מסוימות, מונעים מהלקוח להעלות טענות משפטיות מסוימות בביהמ"ש.

סעיף 4 (9) – "תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך". מדובר בהתנייה שנוגעת **לסמכות שיפוט מקומית**. עד 2004, הסעיף קבע חזקת קיפוח על תנאי הקובע מקום שיפוט לא הוגן. נטען כי מדינת ישראל הינה מדינה קטנה, ולכן ריחוק הגיאוגרפי במדינת איננו ענין מהותי. מהו המבחן העיקרי? **בפ"ד מפעל הפיס**, **השופט ברק** קבע את מבחן הסבירות, לפיו בוחנים האם תניית מקום השיפוט מרתיעה את הלקוח מללכת לביהמ"ש. אם כן, מדובר בתנאי מקפח. ביהמ"ש הפך בהחלטתו את חזקת הקיפוח, לחזקה שכמעט ואי-אפשר להשתמש בה. הפסיקה רוקנה חזקה זו מכל משמעות, מתוך הטענה שישראל היא מדינה קטנה וכמעט כל מקום הינו מקום סביר.

הכנסת הגיבה מיד לפסיקה של ביהמ"ש העליון, וקבעה תיקון לחוק. **מבחן הסבירות הוחלף** **במבחן הסטייה מהדין** – תנאי המתנה על הוראת דין בדבר הוראת שיפוט, חלה עליו חזקת הקיפוח. הדין קובע מהו מקום השיפוט. אם הוראת החוזה מתנה בחוזה אחיד על הוראת הדין, יש להניח כי יש קיפוח, אלא אם כן הספק יוכיח כי ההתנייה הזו היא סבירה. שני פ"ד בולטים – **היועמ"ש נ' בנק לאומי לישראל** **והמפקח על הבנקים נ' הבנק הלאומי הראשון** - ביהמ"ש קבע כי הייתה סטייה מהוראות הדין, סטייה שהייתה לא סבירה, על כן התנאי מקפח. על שני פסקי הדין הוגשו ערעורים. **בפ"ד בנק הלאומי** – ערער הבנק על פסילת ההתניה הזו. ביהמ"ש העליון, בדעת הרוב של **השופט אלון**, הפך את ההחלטה, בטענה שלא נס ליחה של הלכת מפעל הפיס (הכבישים טובים וגודל המדינה מספיק קטן). למה כוונתו, שכן החוק תוקן? ביהמ"ש העליון קבע שאמנם החוק שונה, אך הספק יכול להפריח את טענת קיפוח. למראית עין, ביהמ"ש מתחשב בחקיקת המחוקק, אך בפועל מפעיל את מבחן הסבירות של השופט ברק (הרתעה מפני מימוש הזכויות המשפטיות). היות ומבחן זה אף פעם לא מרתיע כיוון שמדובר במדינה קטנה, כבישים טובים וכו', חזקת הקיפוח לא מתקיימת. אם זוהי הפרשנות, אזי שהתיקון של החוק לא הועיל, שכן בכל מצב הספק יוכל לסתור את החזקה, כי המרחקים בישראל אכן קצרים.

בשני פסקי דין של ביה"ד לחוזים אחידים, החוזה החיל את אותו הסעיף – הלקוח מצהיר כי הוא קרא את החוזה, מבין אותו, ומסכים לתנאיו. בשני פסקי הדין, קבע ביה"ד כי התנאי הוא מקפח. למה? כי הוא פיקציה, כולם יודעים שמוכחים שלקוחות לא קוראים חוזים אחידים. **בפ"ד הבנק הלאומי הראשון**, נקבע כי גם אם הלקוח היה קורא, אין סיכוי שהוא היה מבין, אנו בעצמנו קראנו את החוזה ועדין אין אנו בטוחים שהבנו. לצפות לכך שהלקוח יבין ויצהיר על כך שהוא מבין, הינו תנאי מקפח. **בפ"ד בנק לאומי (בלל),** ביהמ"ש התמודד עם טענה נוספת – **חזקת "חתמת הסכמת".** איך עומדת חזקה זו עם הרעיון/הקביעה שתנאי כזה בחוזה אחיד הוא מקפח (שכן ההתניה משקפת את החזקה הזו)? ההסבר טמון בקביעה כי החזקה של חתמת הסכמת עובדת במלוא עוצמת בחוזים שאינם אחידים. בניגוד לכך, בחוזים אחידים, יש לרכך חזקה זו – "חזקה מרוככת". החזקה לא כוללת הסכמה לתנאים מקפחים, תנאים שאינם סבירים ואינם הוגנים, לכן יש קיפוח בסעיף המדובר. הבנק טען כי אין זה משנה, כי מדובר אך בהצהרה, הלקוח בכל מקרה יוכל לתבוע את הבנק בגין התנאים, אין להצרה משמעות אופרטיבית. לפי ביה"ד, אם התנאי לא עוזר לבנק, הרי שאין כל סיבה להשאירו בחוזה. ביהמ"ש העליון קבע אחרת בערעור – לגישתו, חוזה אחיד הוא גם חוזה, החזקה המדוברת עובדת גם בחוזה אחיד, לכן אין בעיה עם תנאי והצהרה כזו. בנוסף, ההצהרה הזו לא מונעת מהלקוח להגיש כל תביעה שהוא רוצה, כולל תביעה שהתנאי מקפח, לכן נקבע כי התנאי לא מקפח. אולם מכיוון שהתנאי ממלא לא עוזר לבנק, מוטב שהבנק ישקול להורידו.

התגובה לפ"ד זה באה בהצעת חוק דיני ממונות, שם מוצע להוסיף חזקת קיפוח נוספת: תנאי לפיו "הלקוח צריך להצהיר...". יש פה שינוי לגישה שהובעה במסגרת הערעור בביהמ"ש העליון – כל הצהרה של הלקוח תהא מקפחת. אין זה מדויק שההצהרה לא משפיעה על הזכויות של הלקוח. כלפי לקוח שאינו מומחה לענייני משפט, ההצהרה מרתיעה אותו מלהתחיל בהליך משפטי, הוא אינו יודע שההצהרה אינה מונעת מימנו לתבוע בגין סעיף כזה או אחר. יש פה יצירת מצג מטעה כלפי לקוחות, שעלול להרתיע אותם מימוש הזכויות שלהם.

סעיף 4 (10) – "תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר מאשר ללקוח על קביעת הבוררים או מקום הבוררות".

תניית בוררות בחוזה אחיד, לפני שמתעורר הסכסוך- בחוזים מסחריים, יש יתרונות בולטים לבוררות. בספרות המשפטית ישנן חששות, ששופטים לא מספיק מיומנים להכריע בהסדרים עסקיים מורכבים מאוד. יתרון נוסף, הוא הורדת העומס ממערכת ביהמ"ש. חוק הבוררות קובע – אם יש הסכמה על בוררות, ביהמ"ש עוצר את ההליך ומורה לצדדים לגשת לבורר. באופן כללי, קיימת אהדה גדולה לגבי הסדרי בוררות. הגישה הזאת באה לידי ביטוי גם בחוק החוזים האחידים, מפני שהוא לא קובע שתנאי הליכה לבוררות הינו תנאי מקפח. הסעיף שמטפל ספציפי בהסכמי בוררות, סעיף 10, קובע חזקת קיפוח מאוד מצומצמת – כשלספק השפעה גדולה יותר על קביעת הבורר.

**חוק החוזים האחדים חל על כל החוזים האחידים, הוא אינו עושה הבחנה בין חוזים אחידים צרכניים לחוזים אחידים מסחריים.** השופט צריך לבחון זו, שכן בחזקות הקיפוח אין הבחנה. על כן, נשאלת השאלה – **האם התניית בוררות בחוזה אחיד צרכני הינה תנאי מקפח**? אם בודקים את המציאות, נראה שיש בעיה קשה מאוד בנושא זה. כאשר עומד ספק גדול מול לקוח קטן ויש תנאי שכל סכסוך הולך לבוררות, יש חשש גדול מאוד מפגיעה באינטרסים של הלקוח –

1. עלויות ההתדיינות – פנייה לבוררות יקרה יותר מאשר תביעה בביה"ד לתביעות קטנות.
2. חשש כבד לניטרליות – שכן הבורר מעוניין שהספק יפנה אליו את הסכסוכים, ועלול לנטות לטובתו.
3. ההחלטות אינן פומביות.
4. הבעיה המרכזית – בד"כ לקוחות, אם מרמים אותם, לא ילכו לביהמ"ש, מפני שהזמן וכאב הראש לא שווים את הסכום הקטן. מה הפתרון שקיים בעולם המערבי כולו? **תובענה ייצוגית**. לכן, הספקים מכניסים את תניית הבוררות, שכן אצל בורר לא ניתן להגיש תובענה ייצוגית. סעיפי הבוררות הפכו להיות אמצעי חוסם כנגד הזכות להגיש תובענה ייצוגית.

בישראל טרם הוחלט בעניין. **לדעת גלברד**, תניית בוררות בחוזה אחיד צרכני, צריכה להיחשב כמקפחת, אלא אם כן היא מקיימת שני תנאים –

1. היא לא תמנע הגשת תביעה בביה"ד לתביעות קטנות.
2. אסור שהתנאי ימנע הגשת תובענה ייצוגית.
* ישנן מס' חזקות קיפוח, שמתנות את קיום החזקה בשאלה של סבירות, או ליתר דיוק א-סבירות. למשל, תנאי 2 – "בלתי סבירה", או תנאי 5. הבעיה היא שגם המושג סביר וגם המושג מקפח, הם מושגי שסתום, עמומים, שיש ביניהם חפיפה רבה. אם הלקוח צריך להוכיח שהתנאי הוא בלתי-סביר, זה כאילו שהטלנו עליו את הנטל להוכיח שהתנאי מקפח. מה השגנו בזה? **הנטל באופן מעשי נמצא על כתפיו של הלקוח**, שכן אין הבדל בין ההוכחה שהתנאי בלתי-סביר לבין ההוכחה שהתנאי מקפח. במקרים אלה, החזקה לא באמת עוזרת ללקוח, שכן מוטל עליו נטל ההוכחה. הדרך הנכונה – להוריד את המילה "סבירות", ואז יהא מדובר בחזקת קיפוח אמתית, ונטל ההוכחה היה רובץ על הספק, להוכיח שהתנאי סביר.

**בפ"ד שיכון ופיתוח**, נדונה השאלה בדבר **היחס בין הסמכות של ביהמ"ש לבטל תנאי מקפח לבין הסמכות להפחית פיצויים מוסכמים.** לפי סעיף 15 – צדדים רשאים לקבוע ביניהם סכומים מוסכמים. תניית פיצויים מוסכמים היא תנייה תקפה. אולם, לביהמ"ש יש סמכות להפחית את הפיצויים המוסכמים, אם הם נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראות אותו בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת מההפרה. איזה נזק הם יכלו לשער שיגרם כתוצאה מהפרת החוזה בעת כריתת החוזה? מטרת הפיצויים העונשיים (בדיני החוזים) איננה להעניש את המפר, אלא מטרתם להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילו לא הופר החוזה. הפיצויים המוסכמים שוללים את הצורך בהוכחת נזק (אלא רק לצפות).

בפ"ד זה, נקבע סעיף בחוזה האחיד, לפיו אם הלקוח, הקונה של הדירה, מפר את החוזה, והחברה ביטלה כתוצאה מכך את החוזה, היא זכאית לפיצויים מוסכמים בערך של 15 אחוז מערך הדירה. היועמ"ש טען כי התנאי מקפח, כי הסכום גבוה מידי. החברה, מצידה, טענה כי ישנה פסיקה של ביהמ"ש העליון, שלפיה בעסקאות של מכר מקרקעין, פיצויים מוסכמים בשיעור של עד 20 אחוז מסכום החוזה הינו בטווח הסביר, שלא מפחיתים. ביה"ד נדרש לשאלה – מה היחס בין סמכות ההפחתה של פיצויים מוסכמים לבין הסמכות של ביהמ"ש לבטל תנאי מקפח? האם מדובר באותו מבחן? האם כשמוחלט לא להפחית את הפיצויים המוסכמים, זה אומר בהכרח שהתנאי איננו מקפח במובן של חוק החוזים האחידים?

ביה"ד קבע שהסיבה שבסעיף 15 מתערבים בתנייה רק כאשר יש פער קיצוני בין הנזק הצפוי לפיצויים המוסכמים, הינו עקרון חופש הצדדים. צריך הצדקה מאוד משמעותית על מנת להתערב בעקרון חוש החוזים. קנה המידה להתערבות הינו מאוד מחמיר. אולם, **כאשר מדובר על חוזים אחידים, עקרון חופש החוזים מבוטא באופן מאוד מוחלש, לא נוהל מו"מ, תנאי החוזה משקפים יותר את רצון הספק, לכן חוק החוזים האחידים מאפשר להתערב בחוזים מעין אלה.** לכן, המבחן הוא שונה לגמרי. מבחן הקיפוח בחוזים אחידים שונה מאוד ממבחן ההתערבות בחוזים בכלל שבסעיף 15.

מהו המבחן לקיפוח? לפי **פ"ד משען** - **האם יש פגיעה בזכויות או באינטרסים של הלקוח, לצורך הגנה על אינטרס לא לגיטימי של הלקוח, או הגנה על אינטרס לגיטימי, אך באופן לא מידתי.** ביה"ד בדק את מידת ההתערבות והפחתת הפיצויים המוסכמים לפי מבחן זה. הנזקים הצפויים לחברה כתוצאה מההפרה:

1. מכירת הדירה למישהו אחר – ענייני פרוצדורה- לגבי הנזק של עלויות ההחלפה, מצד אחד זהו נזק וודאית, ברור שיגרם נזק שכזה. מצד שני, קשה מאוד לחברה להוכיח נזק זה לגבי לקוח יחיד, קשה לכמת אותו, קשה להוכיח זאת שכן הנזק נבלע בעלויות הכוללות של החברה. ביה"ד קובע כי אם הפיצויים המוסכים היו על הנזק הזה והיו באחוזים בודדים, לא היה מקום להתערבות. אולם, 15 אחוז הינם אחוזים כבדים עבור נזק זה, הם מתייחסים לנזק השני.
2. השוק ירד, והחברה תמכור את הדירה במחיר נמוך יותר- מצד אחד, קל מאוד להוכיח נזק זה, אך מצד שני מדובר בנזק לא וודאי (ההפך מהנזק הראשון). ביה"ד קבע כי גם אם הנזק עומד במבחנים של סעיף 15 הוא איננו עומד במבחן הקיפוח, כל סכום שיקבע בגין נזק זה יהיה מקפח, שכן בכלל לא בטוח שהוא יקרה.

**סעיף 39 כמכשיר להתערבות בחוזה-**

**פ"ד יתח** – התנאי בחוזה האחיד עליו סבב העניין – הסכום יימסר אך ורק למי שמחזיק בכרטיס ההשתתפות. יטח השמיד בטעות את הכרטיס, והוא תובע את קבלת הסכום חרף זאת. לביהמ"ש ברור כי יתח הינו הבעלים של הכרטיס, בניגוד **לפ"ד גונשיורוביץ נ' מפעל הפיס**. ההנמקה העיקרית של **השופטת ארבל**- סעיף 39 לחוה"ח. בד"כ עצם העובדה שאדם עומד על זכותו החוזית, לא אומר בהכרח שהוא נוהג שלא בתום לב, אולם במקרים מסוימים עמידה על הזכות בנסיבות מסוימות מהווה שימוש בזכות שלא בתום לב. מדוע השופטת ארבל לא טוענת שזהו תנאי מקפח? היא חושבת שהתנאי מגן על אינטרס לגיטימי של מפעל הפיס, שכן לולא הסעיף, אנשים רבים היו מגיעים וטוענים כי הם הזוכים, על אף שאין בידם את הכרטיס. **הסעיף מגן על אינטרס לגיטימי של ספק העורך הגרלות**, קשה לראות אפשרות של חוזה מסוג זה ללא התנאי, על כן אין מדובר בתנאי מקפח. חלק מהמיומנות של ביהמ"ש הוא להכריע באיזה כלי של התערבות להשתמש. במקרה דנן קביעה של בטלות התנאי אינה מתאימה. אולם, בנסיבות המיוחדות של המקרה (ברור לכול כי יתח הוא הזוכה), **שימוש בתנאי נוגד את עקרון תוה"ל שבסעיף 39**. ההסתמכות על התנאי נועדה לתכלית שונה – שהכסף יישאר ברשות מעל הפיס, ולא התכלית הלגיטימי מקורית – להגן על מפעל הפיס מפני רמאים. **השימוש בתנאי לשם תכלית חיצונית אינה לגיטימית.** הטיעונים השונים של בית המשפט לפסוק לטובת יתח:

השופטת ארבל - נכרת בין הצדדים חוזה מחייב, זה לא עונה אם מפעל הפיס פטור או לא. ס'31 לחוזה ברור מאוד, בלי כרטיס ההשתתפות אין כסף, זאת תכלית החוזה. מדובר בתנאי הוגן והכרחי, אם לא היה התנאי הזה, אז כל שבוע מפעל הפיס היה צריך להתמודד עם עשרות אנשים שהיו טוענים לזכייה. התנאי נועד להגן על אינטרס לגיטימי של מפעל הפיס. לא מדובר בתנאי שמקפח את תקנת הציבור. אך במקרה זה, היה ברור שיתח הוא הזוכה בגלל הנסיבות המיוחדות (תקופת התיישנות, עותק, הוא מנתיבות וכו'...) ובגלל שברור שהוא הזוכה, אזי שההתעקשות על קיום הסעיף מצידה של מפעל הפיס היא שלא בתום לב ע"פ סעיף 39.

* **בהמ"ש צריך להתערב על סמך ס' 39 לחוק החוזים** **– תום לב בביצוע חוזה**. החברה יכולה לדעת בביטחון שהבן אדם זכה, והיא בוחרת להתחמק מכך, חובת תום הלב מחייבת את מפעל הפיס לבדוק את טענותיו של מי שמבקש את כספי הזכייה אך פגם זה או אחר מאפשר למפעל שלא לשלם, אין להשלים עם כך שהחברה יודעת שהוא הזוכה ובורחת ע"ב טכני.

השופטת נאור -צריך להתבסס על ס' 31 לחוזה ולא על הפרת תום הלב, סעיף זה מחייב שיקול דעת לשלם או לא. לא תמיד שיקול דעת אומר לדחות. מפעל הפיס סירבו להפעיל שיקול דעת.

**חוזה על תנאי -**

אלו הם סוגים מיוחדים של תנאים. חוזה על תנאי מוסדר בסעיפים 27-29 לחוק.

סעיף 27 – "חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מתלה) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן – תנאי מפסיק)". הצדדים יכולים לכרות ביניהם חוזה מחייב ותקף, כשינה אפשרות שהחוזה יהא מותנה בתנאי – תנאי מתלה או תנאי מפסיק. המשותף לתנאי מתלה ולתנאי מפסיק הוא שבשני המקרים מדובר בחוזה שנכרת וכעבור מסוים זמן צריכה להתקיים התרחשות מסוימת שהצדדים תולים בה את תוקף החוזה.

כאשר החוזה הוא על **תנאי מתלה**, הצדדים לא מתחילים לבצע את החוזה, עד למועד התקיימות התנאי. התנאי צריך להתקיים עד למועד שקבעו הצדדים, אם לא נקבע מועד, אז מתייחסים ל"זמן סביר", לפי סעיף 29. אם התנאי מתקיים, החוזה מתחיל להיות אופרטיבי, מתחיל להתבצע. עד לקיום התנאי, החוזה נמצא במצב של תרדמת, אם התנאים מתקיים, החוזה מתעורר לחיים מלאים ואם התנאי לא מתקיים, החוזה מתבטל מעצמו.

כאשר החוזה הינו על **תנאי מפסיק**, החוזה מתחיל מיד להתבצע, הוא חוזה כאילו רגיל, על מעל ראשו של החוזה מתהפכת חרב, שהיא התנאי המפסיק. אם חוזה התנאי מתרחש, יחדל החוזה מלהתקיים. אם הוא לא מתרחש, החוזה ממשיך להתקיים עד למועד פקיעת התנאי המפסיק, אותו קבעו הצדדים.

מדוע צריכים לקבוע חוזה על תנאי מתלה? האם אין כאן בעיה עם גמירת הדעת של הצדדים? האם עדיף לחכות ולראות אם התנאי מתקיים או לא ואז להחליט אם לכרות חוזה או לא? יתכנו מצבים שהצדדים מעוניינים בכריית חוזה כשתנאי מוסכמים עליהם, והם חוששים שהצד האחר ישנה את דעתו. בחוזה על תנאי, הצדדים כן גמרו בדעתם , החוזה תקף ומחייב אותם מרגע הכרית, אל שהם רוצים שהחוזה יתבצע אם יקרו תנאים מסוימים, ולא יתבצע אם יקרו תנאים אחרים. הצדדים מעוניינים בביצועו של החוזה אך ורק כאשר יקרו הנסיבות המוסמכות. לפעמים, צד לחוזה רוצה מאוד בכריתת החוזה, עד כדי כך שהוא מתחייב בקיומו של התנאי המתלה, הוא לוקח את החיוב לדאוג להתקיימות התנאי, גם אם הוא לא תלוי באחד הצדדים. אולם, ישנם מצבים בהם שני הצדדים מעוניינים לקשור זה את זה כעת, ומעוניינים כי החוזה יתבצע בתנאים מסוימים, אך אף אחד לא רוצה לקחת על עצמו את האחריות לקיומם של אותם תנאים. במקרים אלה, שאף צד לא מוכן לקחת אחריות, הדרך היחידה להשיג זאת הינה ע"י חוזה על תנאי. הפתרון המשפטי למצב המדובר – חוזה על תנאי. קיים צורך בתנאי מסוג זה בד"כ במצב שהצדדים אינם שולטים בו (כגון- נוכחות צד שלישי), או כשהתקיימותו תלויה ברצון אחד הצדדים (כגון- אופציה).

**מבחינה עובדתית, כל תנאי יכול להיות מתלה או מפסיק, זהו רק עניין של כוונת הצדדים וניסוחו של התנאי.** כל תנאי, ניתן להציגו באופן פוזיטיבי כתנאי מתלה ובאופן נגטיבי כתנאי מפסיק. הצדדים ישתמשו בתנאי מתלה כאשר בתקופת אי-הוודאות (מועד הכריתה למועד התרחשות התנאי) הם לא מעוניינים לבצע את החיובים החוזיים הכספיים שלהם. לעומת זאת, כאשר באותה התקופה הצדדים מוכנים להתחיל ולבצע את החיובים החוזיים הכספיים שלהם, הם ישתמשו בתנאי מפסיק, והחוזה הינו כבר אופרטיבי. זהו ההבדל הבסיסי בין שני סוגי התנאים.

התנאי –

* הפסיקה קובעת התנאי הוא סוג של תנאי שהוא **חיצוני למהות של החוזה**. התנאי הוא חיצוני למערך החיובים הרגילים שקשורים למהות של אותו חוזה. התנאי המתלה הינו תנאי חיצוני, הוא זר למהות המרכזית של החוזה. לכן, לעיתים ההתניה תהא מחוץ לחוזה.
* בנוסף, **התנאי איננו וודאי**. כאשר ההתרחשות היא וודאית, אין מדובר בחוזה על תנאי. יחד עם זאת, לא תמיד פשוט לקבוע אם ההתרחשות וודאית או לא. דוג' – בן של אדם מהמעד הגבוה באנגליה, בעל אחוזות, הבטיח לשאת לאישה את אחת המשרתות באחוזה. לפי המשפט האנגלי, הבטחת נישואין הינה חוזה. בהבטחה הזו היה תנאי – הוא הבטיח לשאת אותה לאישה, אחרי שהאב ימות. לאחר מיכן, הבן התחרט. המשרתת הגישה תביעה בגין הפרת הבטחת נישואין. האם התנאי המדובר הוא תנאי מתלה? וודאי שהאב ימות, אך התנאי הנכון יותר לבחינה הוא שהבן והמשרתת לא ימותו לפני האב, ועל כן מדובר בתנאי מתלה.
* מה לגבי תנאי, התלוי ברצונו של אחד הצדדים? "אני מתחייב למכור את המטריה, בתנאי שבמהלך השבוע הקרוב אעביר X מכאן לכאן". מדובר בתנאי מתלה. התנאי תלוי באחד הצדדים. חוזה על תנאי מתלה, כשהתנאי נתון להחלטתו של אחד הצדדים, מאוד דומה לחוזה אופציה והצעה בלתי חוזרת. זהו מוסד משפטי נוסף שמוביל לאותה תוצאה. על כן, **התנאי המתלה יכול להיות תלוי ברצונו של אחד הצדדים**. מה הנימוק? ראשית, עקרון חופש החוזים. שנית, סעיף 28ג' מכיר בקיומו של תנאי מתלה שתלוי ברצונו של אחד הצדדים.
* מה לגבי חוזה שמותנה בתנאי מתלה, משום שכך קובע החוק (ולא מרצון הצדדים)? בהצעת חוק דיני ממונות, נקבע שכשיש צורך באישור ביהמ"ש, יראה התנאי כתנאי מתלה בחוזה. **בפ"ד נתיבי איילון** – העובדה כי יש צורך באישור שר הפנים איננה מרצון הצדדים, אלא נובעת מהדין. התשובה כיום ברורה – **גם אם מקורו של התנאי הוא בדין, יחולו עליו הסעיפים 27-29, זהו תנאי מתלה.**
* **בפ"ד נתיבי איילון**, כאשר מדברים על התנאי, יכולות להיות לו מס' משמעויות:
1. מתן ההיתר הוא תנאי מתלה – חוזה על תנאי.
2. אי מתן ההיתר תוך שלושה חודשים, זהו תנאי מפסיק.
3. הקבלן מתחייב להשיג את ההיתר – זהו חיוב ולא תנאי מתלה.
4. בעל הקרקע לכך על עצמו התחייבות להשגת ההיתר.
5. שני הצדים מסכימים לבנות גם ללא ההיתר – זהו חוזה בלתי חוזה, ועל כן פסול.
6. הצדדים לא היו מודעים בכלל לצורך ברישיון – זוהי סיטואציה של טעות.
7. בעל הקרקע או הקבלן מודעים לצורך להשיג רישיון, ובעל הקרקע לא רוצה בחוזה מחייב, בטרם יהיה רישיון – אין חוזה.

בכל הסיטואציות הללו, המצבים העובדתיים זהים, אולם התוצאה המשפטית שונה לגמרי. איך בוחרים ביניהם? **לפי אומד דעתם של הצדדים, לפי כוונתם, מכוח הפרשנות של החוזה**. כיצד מפרשים? לפי סעיף 25 – קודם כל תכלית אובייקטיבית ע"י התייחסות לחוזה ולנסיבות ביחד (אפרופים), סעיף 25א' מתוקן (ללא הדו-שלביות), אם לא מצליחים לגלות את אומד דעת הצדדים, ניגשים לתכלית אובייקטיבית. למקרים בהם קיים צורך השגת רישיון או הסכמת אדם שלישי, יש לנו תכלית אובייקטיבית כללית ב**סעיף 27ב'** – "חזקה שקבלת הרישיון הוא תנאי מתלה".

**בפ"ד נתיבי איילון**, **השופט טירקל**, ער לקיומו של סעיף 27ב', אולם גם מתוך החוזה והנסיבות הוא מגיע למסקנה שהתכלית הסובייקטיבית של הצדדים הייתה שונה מהתכלית האובייקטיבית, והתכלית הסובייקטיבית גוברת. השופט טירקל בוחן את כוונת הצדדים מתוך החוזה והנסיבות. לשון החוזה היא כללית ובהירה, החברה לקחה על עצמה התחייבות לבצע את כל הכרוך לשם השגת ההיתר. החברה הבטיחה שתנסה לעשות את כל מה שאפשר לשם השגת הצדדים, זוהי התנהגות של אדם המבין שההתחייבות מוטלת עליו. על כן, הצדדים התכוונו כי החוזה לא יהא על תנאי, אלא מדובר בהתחייבות שנטלה על עצמה החברה.

**השופט ברק**- החוק מחייב את אישור שר הפנים בחוזה בין עריית ת"א לחברה (העברת הבעלות מהעריה לחברה), כלומר מדובר בחוזה שהקונה אינו צד לו. לכן, יש הגיון לגיטימי מדוע הצדדים התכוונו שיהיה זה חיוב שחל על החברה, ולא מדובר בחוזה על תנאי.

**סעיף 27ב' הוא תכלית פרשנית אובייקטיבית, שלעולם נסוגה מפני תכלית סובייקטיבית נוגדת. לכן, תפקידו של ביהמ"ש הוא לברר קודם כל מהי התכלית הסובייקטיבית של הצדדים, על מנת לקבוע אם התנאי מתלה או מפסיק.**

ברוב המקרים, אם אין ודאות, הצדדים יעדיפו שלא להשקיע כספים, ולכן האפשרות השכיחה ביותר היא חוזה על תנאי מתלה, ולא חוזה על תנאי מפסיק. לכן החוק בוחר בה (חוזה על תנאי מתלה) כברירת מחדל פרשנית.

סעיף 27ג' – "חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי". הסעיף עוסק בהפרת החיובים הפנימיים של החוזה, הפרת זכויות, ולא הפרת התנאי המתלה. ס' 17 לחוק התרופות עוסק בהפרה צפויה של חיוב שוודאי שיהיה צורך לקיים אותו (ודאי שמועד הקיום יגיע), מצב שאין תנאי. לעומת זאת, ב**חוזה על תנאי יש הפרה צפויה של חוב עתידי, שבכלל לא בטוח שהוא יבשיל לחיוב אופרטיבי** (תלוי באם התנאי המתלה יתקיים**). הנפגע, לפי ס' 27ג', זכאי לסעדים לשם מניעת ההפרה- צווי מניעה זמניים**, שיהיו תקפים עד למועד התקיימות התנאי המתלה.

מה קורה כשארעה הפרה צפויה והתנאי לא התקיים? ברור שהיו נזקים (הוצאות משפט, נזקים לא-ממוניים).

**פ"ד חוות היען**- מישהו שכר את המקום לקיום מסיבה. לפני מועד המסיבה, המשכיר הודיע לשוכר שהוא חוזר בו והוא לא מאפשר לו לקיים את המסיבה. המשכיר הגיש תביעה. ביהמ"ש קבע כי מדובר בחוזה על תנאי, התנאי הוא אישור המשטרה למסיבה. מדובר בהפרה צפויה של חיוב עתידי המותנה בהתקיימותו של תנאי.

מדוע הסעיף עוסק רק בתנאי מתלה ולא בתנאי מפסיק? לפי פרופ', כשהחוזה על תנאי מפסיק, הוא אופרטיבי מרגע כריתתו, מדובר בהפרה. לדעת גלברד, יש בעייתיות בהסבר זה. בחוזה על תנאי מפסיק, חלק מהחיובים אמורים להתקיים במועד שביו הכריתי למועד התנאי המפסיק, אך חלק אחר אמורים להתקיים לאחר התנאי המפסיק. בנוסף, סביר להניח שהחיובים הכבדים יהיו למועד שלאחר התנאי המפסיק. אם יש הפרה (צפויה או ממשית) של אחד מהחיובים שאמורים להתבצע לפני התנאי המפסיק, ודאי שאפשר לקבל תרופות רגילות. זהו חיוב שלם ומגובש שלא מותנה בכלום. אולם, אם מתקיימת הפרה צפויה של חיוב שאמור להתקיים לאחר התנאי המפסיק, אין הבדל בין זה לבין ס' 27ג'. הרעיון הוא זהה, לכן מוזר שהחוק לא קובע הסדר דומה (צווי מניעה) לגבי הפרה צפויה, בין הכריתה למועד התנאי המפסיק, של חיוב עתידי בחוזה על תנאי מפסיק כשמועד קיום החיוב הוא לאחר התנאי המפסיק (חיוב עתידי שאינו וודאי).

סעיף 28א' – "היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו". סעיף זה עוסק במצב של הפרה או סיכול או פגיעה באפשרות התקיימותו של התנאי המתלה, או המפסיק. מה יקרה כשאחד הצדדים ינסה לגרום לכך שתנאי מתלה לא יתקיים, או שתנאי מפסיק כן יתקיים? התגובה הראשונה היא שהמעשה מנוגד לעקרון תוה"ל (שיתוף פעולה בין הצדדים, לצורך הגשמת מטרת החוזה). הכוונה והשאיפה של הצדדים בעת הכריתה היא שהחוזה יתקיים, אחרת לא היו כורתים חוזה. המטרה המשותפת היא לאפשר את קיום החוזה עד לסופו, במלואו. אם צד גורם לאי-התקיימות התנאי המתלה או להתקיימות התנאי המפסיק, הוא פועל וחותר כנגד המטרה המשותפת של הצדדים. לפי סעיף 28, התוצאה היא **מניעות/השתק**, הצד שגרם לאי-התקיימות התנאי המתלה מושתק מלכפור בתוקף החוזה, רואים את התנאי המתלה כאילו הוא התקיים. לצד התמים יש ברירה: אם נוח לא שלא יהיה חוזה, הוא יכול לומר שהתנאי המתלה התקיים ואין חוזה. מאידך, הוא יכול לתבוע על הפרת החוזה. **הצד המפר לא יוכל לטעון שהחוזה לא תקף משום שהתנאי המתלה התקיים** (ועל כן לא הפר אותו), הוא מושתק.

הפסיקה קבעה, **בפ"ד צאלים**, שגרימה לאי-התקיימות התנאי המתלה יכולה להיות גם במחדל, כשצד לא פעל מקום שיכול היה לפעול. אם לצד אין אחריות להתקיימות התנאי, איך אפשר לייחס לו את מניעת התקיימות התנאי? התשובה- יש לזכור את חובת תוה"ל, המחייבת צדדים לשתף פעולה לצורך הגשמת המטרה המשותפת. אם לצד יש הזדמנות או אפשרות לסייע בהתקיימות התנאי המתלה והוא יושב באפס מעשה, זה יכול להיות שקול לגרימה לכך שהתנאי המתלה לא מתקיים. נוצר קושי נוסף, הנובע **מפ"ד נתיבי איילון**- אם הצד כן יפעל, הוא לוקח סיכון שהפעולה שלו יכולה להתפרש כאילו זה חיוב המוטל עליו, ולא מודבר בחוזה על תנאי. מה הפתרון? לפעול להתקיימות התנאי, אך להבהיר לצד השני, שהוא עושה זאת אף על פי שאין הוא מחויב לפי החוזה.

סעיף 28ב' – זהה, אך לגבי חוזה על תנאי מפסיק. ההשתק יהיו לגבי צד שגרם להתקיימות התנאי המפסיק.

**פ"ד סוכנות מכונית לים התיכון** – נעשה חוזה למכירת מקרקעין בין עמותת קרן תל-חי (החזיקה בנכסי הליכוד) לסוכנות מכוניות לים התיכון (סוכנות ליבוא רכב). החוזה היה מותנה באישור של רשות הפיתוח, המקרקעין היה ברשות הפיתוח (כמו מקרקעין ישראל). נרשם תנאי מתלה שהעסקה תלויה באישור של רשות הפיתוח. קרן תל-חי דאגה שרשות הפיתוח לא תיתן את ההסכמה. זהו מצב קלאסי של 28 א'. סוכנות המכוניות הגישה תביעה לאכיפת החוזה. היה בחוזה הזה מתווך בשם קראוס, אחרי שהחוזה נחתם בא קראוס לסוכנות מכוניות וביקש את כספי התיווך, אך הסוכנות סירבה לתת לו, בטענה שהחוזה לא התקיים שכן התנאי המתלה לא התקיים. כלומר, מצד אחד הם טענו שהוא כן התקיים ומצד שני הוא לא התקיים. בית המשפט אמר שהם צריכים לבחור האם החוזה התקיים או לא. לצד התמים יש לו יתרון, הוא יכול לבחור פוזיציה, אבל רק אחת ולא את שני הצדדים.

**אם אחד הצדדים גרם לאי-התקיימות התנאי המתלה הוא מושתק מלכפור בתוקף החוזה. לנפגע , להבדיל, פתוחות שתי הברירות. מפ"ד זה נובע שהנפגע לא יכול לרקוד בשתי החתונות, הוא צריך לבחור. אם מבחינת הנפגע החוזה תקף, הוא תקף בכל החזיתות, ולהיפך.**

האמת העובדתית היא שקרן תל-חי לא הלכה לשכנע את הרשות, אלא היא פשוט לא הלכה לבקש הסכמה. והטענה שלה הייתה שזהו תנאי מתלה והיא לא חייבת לעשות כלום כדי שהוא יתקיים. הפסיקה קובעת **שגם אם מדובר בתנאי מתלה, אם לצד יש אפשרות סבירה לדאוג שהתנאי יתקיים, הוא חייב לעשות כך.** אולם, כאמור, נוצרת בעיה- אם לא נוקטים צעדים לקבלת האישור, מדובר בסיכול של התנאי מתלה, אבל אם כן יעשו זאת, יכולים לראות בו כמי שהחיוב הוא עליו.

סעיף 28ג' – "הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות". יש 2 תנאים לתחולת הסעיף:

1. התנאי נתון לבחירתו של אחד הצדדים, ולא בגורם חיצוני, דומה יותר לחוזה אופציה. במקרה כזה, אם אותו צד גרם לאי-התקיימות התנאי המתלה או להתקיימות התנאי המפסיק, לא ניתן לבוא אליו בטענות.
2. אם אחד הצדדים גרם להתקיימות התנאי המפסיק או לאי-התקיימות התנאי המתלה, אך לא בזדון ולא ברשלנות, אלא בתום לב, לא ניתן לבוא אליו בטענות.
* בנוסף, התנאי לא יחול כאשר הוא היה דבר שאותו צד היה חופשי לעשותו, או כשהצד השתדל ופעל לקיום התנאי כשניסה להיטיב אך יצא רע.

סעיף 29 – "היה חוזה מותנה והתנאי לא נתקיים תוך התקופה שנקבעה לכך, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר מכריתת החוזה, הרי אם היה זה תנאי מתלה - מתבטל החוזה, ואם תנאי מפסיק - מתבטלת ההתנאה".

משך הזמן שעד אליו צריך להתקיים התנאי הוא המועד שקבוע הצדדים, ואם לא מדובר בזמן סביר. **פ"ד מפעלי ברוך שמיר נ' הוך** – היה מדובר בעסקת קומבינציה שהלו"ז שנקבע נדחה למשך 7 שנים עקב עיכוב באישורי הבניה. לפי דעתו של **השופט בך**, 7 שנים בהקשר של קבלת היתר בניה הוא עדין במסגרת הזמן סביר. **השופט ברק** סבר שאין מדובר בזמן סביר. הוא הגיע לאותה התוצאה, בדרך אחרת - כל פעם שמועד הזמן עמד לפוג, הצדדים בהתנהגותם האריכו את המועד לתקופה נוספת, **מותר לצדדים להאריך שוב ושוב את מועד הזמן הסביר.** אם אחד הצדדים לא מעוניין בהארכה נוספת, הוא צריך לידע את הצד השני מראש (התרעה סבירה מראש). צד אחד לא יכול להפתיע את הצד השני באופן פתאומי, אלא עליו לתת התראה סבירה מבעוד מועד על רצונו שלא להמשיך ולשתף פעולה.

בנוסף, הסעיף מדבר על התוצאה של התקיימות, או אי-התקיימות התנאי. מהן התוצאות? אם היה זה תנאי מתלה (שלא התקיים), **מתבטל החוזה**. הוא לא בטל מעיקרו, והוא גם לא ניתן לביטול (כמו בטעות, הטעייה, כפייה ועושק), לא צריך בקשה של אחד הצדדים. השאלה אם תהיה השבה או לא תלוי ברצון הצדדים. אם הם קבעו שלא אז לא תהיה, אבל בדרך כלל תהיה השבה. אם התנאי המפסיק לא התקיים, מתבטלת ההתנאה על החוזה, החוזה לא נמצא בסיכון, הוא ממשיך להתקיים.

**חוזה לטובת אדם שלישי-**

סיטואציה שצד נוסף מצטרף למערכת החוזית. יש מגוון של הסדרים ומוסדות משפטיים בהקשר של דיני החוזים, בהם יש מעורבות של צד שלישי (ערבות, למשל).

הצדדים הרגילים- **חייב** **ונושה**. ההגדרה אינה מדויקת משום שכל צד בחוזה מכר הוא חייב ונושה. החיובים מוטלים על שני הצדדים, בניגוד לחוזה מתנה, למשל. בעוד שבד"כ החייב מתחייב לקיים את חיובו כלפי הנושה ולהיפך, בחוזה לטובת אדם שלישי, החייב מתחייב כלפי הנושה לקיים את החיוב כלפי צד שלישי, ולא כלפי הנושה. זוהי הסיטואציה הבסיסית של חוזה לטובת אדם שלישי.

במשפט האנגלי, לא הכירו בכלל במשך שנים רבות בתוקף של חוזה כזה, משום שבמשפט האנגלי תוקף של התחייבות חוזית מותנית במתן תמורה, והרי שהצד השלישי לא נותן תמורה. במשפט הישראלי, מנגד, מתן תמורה אינה מתנה על תוקף החוזה, לכן הוא מכיר בחוזה לטובת צד שלישי. כבר בחוק המתנה (ס' 4) – " נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב, ורשאי לדרוש זאת מי שהחיוב הוא לזכותו, ואם היה בדבר ענין לציבור - היועץ המשפטי לממשלה או בא-כוחו". הייתה הכרה בחוזה לטובת אדם שלישי, אך בהקשר מתנתי.

סעיף 34 – "חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן - המוטב) מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו".

זוהי האבחנה היחידה בין חוזה לטובת אדם שלישי אמתי, לחוזה שהוא לא חוזה לטובת אדם שלישי, גם אם הוא מקנה טובת הנאה לאדם שלישי. יכול להיות, שאגב ביצוע החוזה, אדם אחר יוצא נזכר מהביצוע, אין מדובר בחוזה לטובת אדם שלישי. המבחן – **האם הצדדים התכוונו להעניק לאדם השלישי את הזכות לדרוש ולתבוע את קיום החיוב, ולא רק שייהנה מקיום החוזה?** בחוזה לטובת אדם שלישי, הצדדים מתכוונים שלאדם השלישי יהיה זכות לתבוע את קיום החוזה, למורת שהוא איננו צד לחוזה. את כוונת הצדדים למדים מפרשנות, לפי לשון החוזה והנסיבות (חלק מהשיקולים - המוטיבציה של הצדדים).

למה לעשות חוזה לטובת אדם שלישי? עקרון חופש החוזים. בנוסף, יש לזה לא מעט סיבות במציאות הכלכלית – הנושה רוצה לתת **מתנה למוטב**, אך נוח לו לעשות זאת דרך אדם שלישי (קניית פרחים לאדם דרך חנות). דוג' נוספות- **חוזה ביטוח חיים**, בו הנושה מתחייב לשלם פרמיה לחברה, כאשר בהתרחש מוות, החברה מתחייבת לשלם כספים לאדם שלישי (המשפחה). **פירעון חובות קודמים של הנושה** – לעיתים קיים חוב קודם של הנושה כלפי האדם השלישי, ובמקום שהוא יפרע בשני מהלכים נפרדים, עושים ייעול של הפרוצדורה, קיצור הליכים, הנושה מורה לחייב לשלם ישירות למוטב, ובכך נפרעים שני חובות (של החייב לנושה, ושל הנושא לאדם השלישי).

בחוזה לטובת אדם שלישי, המוטב נמצא בתמונה מהרגע הראשון. **פ"ד חושין נ' הטכניון**- העמותה עשתה הסכם עם הטכניון, שבית הספר לרפואה יהיה חלק מהטכניון ויקרא ע"ש חושין. ביה"ס קם, אך לא נקרא ע"ש חושין. יורשי חושין, פנו בתביעה כנגד הטכניון, מדוע לא קרוא לבית הספר ע"ש חושין, נטען כי מדובר בחוזה לטובת אדם שלישי. **לפי ברק**, המאפיין חוזה לטובת אדם שלישי, הוא **האם התכוונו הצדדים להעניק לאדם הנוסף זכות תביעה**, ובמקרה זה הצדדים לא התכוונו לכך.

* קטין יכול להיות מוטב (הסכם מזונות), כי הוא לא צד לחוזה, הוא לא מבצע פעולות משפטיות, הזכות נופלת עליו. חוזה מזונות יכול להיות חוזה לטובת אדם שלישי.

המוטב הוא לא צד לחוזה, לכן לא מבררים את גמירת דעתו, ולא צריכים את הסכמתו וידיעתו ליצירת הזכות. אולם, אין זה מדויק. האופי ההסכמי של הזכות הזו, האופי החוזי של הזכות, בא לידי ביטוי בכך שלפי **ס' 35** – "זכותו של המוטב לדרוש את קיום החיוב מתבטלת למפרע, אם הודיע לאחד הצדדים לחוזה על דחיית הזכות תוך זמן סביר לאחר שאחד מהם הודיע לו עליה".

הזכות נוצרת בחוזה והיא מיד מוקנית למוטב, אך מהרגע שנודע למוטב על זכותו, י**ש לו זמן סביר לדחות את הזכות, ואז היא מתבטלת למפרע**. האדם השלישי יכול להביע אי-הסכמה. הדבר לס' 7 לחוה"ח, חוזה שאין בו אלא לזכותו, גם כאן מאפשרים לצד להביע אי-הסכמה ולדחות את הזכות. כמו כן, בחוק המתנה בס' 3, מופיע אותו ההסדר. **אם המוטב לא דוחה את קבלת הזכות, הוא יכול לתבוע את קיום החיוב**. הזכות הראשונית מגובה בזכויות המשניות, התרופתיות, שנועדו להבטיח את קיום החוזה. אם החייב לא מקיים כלפי המוטב, המוטב יכול לתבוע תרופות – אכיפה, פיצויים וביטול. יש מחלוקת לגבי הביטול, שכן למוטב אין מה להשיב.

צירוף צד שלישי למערכת חוזית, שהיא בד"כ בין שני צדדים, מעורר כל מיני קשיים. למשל, קושי של כפל תביעות (שני נושים לחייב). איך מונעים מצב שהחייב יהיה מוגן מכפל תביעות? קושי נוסף – לפי עקרון חופש החוזים, הצדדים יכולים לשנות את ההסכמה (הסכמה מאוחרת גוברת על הסכמה מוקדמת), מה קורה עם זכות המוטב? איך מגשרים על המתח בין הרצון לשמור על חופש החוזים בין החייב לנושה ובין הרצון להגן על זכות מוקנית של המוטב?

הפתרון הקיים הוא חלקי, ומופיע **בס' 36א'**– "כל עוד לא הודיע אחד הצדדים למוטב על זכותו לפי החוזה, רשאים הם לשנותה או לבטלה על ידי שינוי החוזה". **כל עוד המוטב לא יודע על הזכות (לא נכנס אינטרס ההסתמכות של המוטב), אין מצדו שום הסתמכות, ולכן הצדדים יכולים לשנות את ההסכם**. מכאן אפשר ללמוד, לכאורה, שהאמירה גם כוללת את האפשרות האחרת, מרגע שנודע למוטב, לעולם זכות ההסתמכות שלו גוברת על עקרון חופש החוזים שבין החייב לנושה. האם זה מוצדק?

**פ"ד גרבור נ' רשות הנמלים** – בפ"ד זה התעוררה שאלה דומה, בקשר להמחאת זכות. חברה קבלנית התקשרה בחוזה עם רשות הנמלים. היא התחייבה לבצע עבודות מסוימות. החברה הייתה זקוקה למזומנים, היא הייתה אמורה לקבל את התשלום רק לאחר ביצוע העבודות. החברה פנתה לגוף מימוני, גרבוב. כאשר החברה קיבלה הלוואה מגרבוב, היא המחאתה לו את הזכות שלה לקבל כספים מרשות הנמלים. החברה הפרה את החוזה כבר בשלבים הראשונים שלו. הרשות ביטלה את החוזה לאחר מס' התרעות. המקרה דומה לחוזה לטובת אדם שלישי, אך מכיוון שגרבוב נכנס לתמונה בשלב מאוחר יותר (לא במועד כריתת החוזה), החברה המחאתה לו את הזכות. במקרה כזה, כשהצד השלישי, בין אם הוא מוטב או נמחה, היה מבקש את הכסף, הרשות הייתה טוענת כי ביטלה את החוזה כדין, ולכן לא מגיע לו דבר.

כל טענה של החייב כלפי הנושה, הוא יוכל לעלות כלפי הצד השלישי. אם לא היה צד שלישי, הרשות לא הייתה מחויבת לשלם לחברה. את אותם הטענות היא יכולה לטעון כלפי הצד השלישי. לפני מועד התשלום, החברה התחננה בפני הרשות, נוהל מו"מ, הרשות התרצתה, ביטלה את הביטול, אך בתנאים שונים. הוטל קנס על נזקים שכבר נגרמו והגדילו את הפיצויים המוסכים. החברה שוב נקלעה לקשיים ולא עמדה בזמנים, והרשות שוב ביטלה את החוזה כדין. עכשיו, הנמחה דורש את כספו, הרשות טוענת כי לא מגיע לו כסף.

התברר שלגבי העבודות הנוספות, אם מחילים את תנאי החוזה המקורי, יש יתרת כסף (ואז היא צריכה לשלם את הכסף לצד השלישי), שהרשות צריכה לשלם, אולם אם מחילים את תנאי החוזה המתוקן, אין יתרה. **האם החייב והנושה רשאים לעשות שינויים בחוזה, אחרי שהרשות כבר ידעה שהייתה המחאה?** **האם השינויים משפיעים על זכותו של הצד השלישי?**

בחוק המחאת חיובים אין תשובה לשאלה זו. התשובה של ביהמ"ש, השופטת בן פורת, אימץ לקוחה מהדין האמריקאי (קוד מסחרי) – **גם אחרי ההמחאה של הזכות, החייב והנושה יכולים לעשות שינויים בחוזה, ובתנאי שהם נעשים בתו"ל, למטרה מסחרית אמתית, ולא כקנוניה כדי לפגוע בצד השלישי (לא נועדו לפגוע בנחמה).**

הצד השלישי טוען כי השינוי לא אמור לפגוע בו. מה הייתה האלטרנטיבה? שהחוזה יבוטל, כי לרשות הייתה זכות לעשות זאת. מצבו הורע יחסית לתנאים הראשונים של החוזה אך מצבו לא הורע ביחס למצב שנוצר בגלל ההפרה (שכן אז הרשות יכלה לטעון כי לא מגיע לו דבר), אלא מיטיב איתו. נוצרה אפשרות שהוא יקבל משהו על פי החוזה.

מה קורה אם דווקא הנושה מפר את ההתחייבויות שלו כלפי החייב, והחייב יכול לבטל החוזה? במצב כזה, אם יש אפשרות שיעשה שינוי, **שעשוי להציל את החוזה, ולאפשר למוטב לקבל את המגיע לו**. לא צריך לפרש את הסעיף באופן כה דווקני. העובדה שהסעיף כתוב באופן פוזיטיבי, לאו דווקא ניתן להסיק את הטענה ההפוכה! **בחלק מהסיטואציות, ההיגיון מחייב עשיית שינויים, להצלת החוזה.**

**בהצעת חוק דיני ממונות,** ישנה התייחסות למצב בו המוטב מקבל את זכותו לא בגלל חוב קודם של הנושה, אלא כמתנה. התכלית של החוזה היא שהנושה רוצה לתת מתנה למוטב, הוא עושה זאת ע"י חוזה עם החייב. כשמדובר בחוזה מתנה בכלל, הנותן כל עוד לא קיים את החיוב, אלא רק התחייב, **חוק המתנה** מונה 3 סיבות שבגינם המתחייב יכול לחזור בו גם אחרי שהחוזה נכרת (סעיף 5ב' ו-5ג'):

1. כאשר המקבל עוד לא שינה את מצבו בהסתמך על המתנה.
2. אם אחרי ההתחייבות, המקבל מתנהג באופן מחפיר כלפי המתחייב, המתחייב רשאי לחזור בו.
3. הרעה כלכלית ניכרת שחלה במצבו של הנותן.

בהצעת חוק דיני ממונות, בסעיף 139ב', בפרק שעוסק בחוזה לטובת אדם שלישי הוסיפו- " ". כשהמוטב הוא מוטב המקבל מתנה (הנושה לא חייב לו), רשאים הצדדים לבטל החוזה בשיתוך פעולה גם אם נודע למוטב על זכותו, באותם התנאים לעיל. **זה לא הדין היום.** האם ניתן כיום להקיש דרך הוראה זו מחוק המתנה לסעיף 36א'? תלוי בגישה.

סעיף 36ב' – " בחיוב שיש לקיימו עקב מותו של אדם - על פי חוזה ביטוח, על פי חברות בקופת קצבה או בקופת תגמולים או על פי עילה דומה - רשאי הנושה, בהודעה לחייב או בצוואה שהודעה עליה ניתנה לחייב, לבטל את זכותו של המוטב או להעמיד במקומו מוטב אחר, אף אחרי שנודע למוטב על זכותו".

אחד הדוגמאות לשימוש בחוזה לטובת אדם שלישי – פוליסת ביטוח חיים (המשפחה כמוטב). במצב כזה, מדובר בחוזה, בו המוטב אמור לקבל את זכותו אחרי מותו של החייב. בעצם, החייב משתמש בהסדר של חוזה לטובת אדם שלישי כהסדר תחליפי לצוואה. **סעיף זה משווה את הדין החל לצוואות**. אדם יכול תמיד לשנות את צוואתו, עד למותו. מאחר ויש אפשרות להקנות זכות לאחר מיתה, ע"י הסדרים של חוזה לטובת אדם שלישי, הסעיף משווה את הדין. במצב כזה, אפשר לשנות בלי הגבלה, גם אחרי שנודע למוטב על זכותו. מי יכול לבצע את השינויים? רק הנושה, ע"י הודעה לחייב.

מה קורה כשהנושה עשה שינוי ע"י צוואה, לא הודיע לחייב, אבל אחרי מותו הודיעו לחייב. האם ההודעה לחייב צריכה להינתן בעוד הנושה בחיים? בביהמ"ש הייתה פסיקה סותרת. כרגע, **עמדת הרוב היא שההודעה צריכה להימסר לפני מותו של הנושה.**

היחסים בין החייב למוטב – מע' יחסים חד-כיוונית, החייב חייב למוטב, והמוטב לא חייב לחייב דבר. אנו לא רוצים להקשות על החייב בגלל שיש נושה נוסף. למשל, ניהול "מלחמה" בשתי חזיתות. כדי למנוע מצבים אלה, **סעיף 37** קובע- "כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב". יכולות להיות לחייב טענות כלפי הנושה, שאינן בקשר לחיוב. למשל – לפי הדין, החייב יכול לטעון טענת קיזוז הנובעת מעסקאות וסיבות אחרות. **אולם, רק טענה שנובעת מהחוזה, בקשר לחיוב, יכול החייב לטעון אותה כלפי המוטב.** טענות החייב כלפי מוטב:

1. טענות אישיות כלפי המוטב.
2. הטענות שלו כלפי הנושה, הנובעות ממערכת היחסים החוזית הספציפית ביניהם (נוגעות לחיוב).
* המוטב לא יכול לטעון כלפי החייב כלום, משום שהוא לא חייב לו כלום.
* האם החייב יכול לטעון כלפי המוטב – הנושה וויתר על 10 אחוז מהסכום? טענת הגנה זו, קשורה לסעיף 36א', משום שמדובר בשינוי מאוחר לחוזה. האם מותר? תלוי לפי סעיף 36א', התשובה הבסיסית- לא.

היחסים בין הנושה לחייב - השאלה העיקרית – אם החייב לא מקיים, האם גם הנושה יכול לתבוע אותו (המוטב רשאי לתבוע, לפי סעיף 34)? התשובה – הנושה יכול גם לתבוע, הוא יתבע שהחייב יקיים את החיוב כלפי המוטב. **סעיף 38** - "זכותו של המוטב אינה גורעת מזכותו של הנושה לדרוש מן החייב את קיום החיוב לטובת המוטב".

היחסים בין הנושה למוטב - השאלה העיקרית – אם המוטב לא מצליח לגבות מהחייב (החייב מפר), האם הוא יכול לתבוע את הנושה? התשובה – **לפי שלו**, לא. החייב מחויב כלפי המוטב, לנושה אין חבות כלפי המוטב מכוח החוזה.

לדעת גלברד, חשוב לדעת מה הייתה הסיבה לחוזה בו הוענקה זכות למוטב. אם מדובר במוטב שמקבל מתנה, הוא לא יכול לתבוע את הנושה. אם החוזה הוא בגלל חוב קודם של הנושה למוטב, כאן תחול הוראת **סעיף 48** – "חיוב אשר לקיומו התחייב החייב כלפי הנושה בחיוב אחר, או שהעביר לו לשם כך זכות כלפי אדם שלישי, חזקה שלא התכוונו להפקיעו אלא אם קויימו החיוב האחר או הזכות".

לפי סעיף זה, אם הנושה פורע את חובו למוטב, לא בכסף מזומן, אלא באמצעי חלופי, זכות כלפי החייב, הפירעון הוא על תנאי, בתנאי שהחייב באמת ישלם. אם החייב לא משלם, הנושה עדין חייב למוטב מכוח החיוב הראשוני ביניהם. החיוב נפרע על תנאי, בתנאי שהחוזה יקוים.

* דיני החוזה לטובת אדם שלישי הם דיספוזיטיביים. הצדדים יכולים להתנות.

**התלות בין חיובי הצדדים-**

נמצא על התפר בין דיני התרופות לדינים הנוגעים לתוכן החוזה. **אם צד אחד לא מקיים את חיובו, קרי מפר חוזה, האם הצד השני יכול גם כן לא לקיים את חיובו, בלי שיחשב למפר?**

מדובר בחוזה שיש בו חיובים הדדיים. כל עוד החוזה הוא עדיין הדדי. חוזה הלוואה, למשל, הוא חוזה דו-צדדי, אך כבר בתחילה המלווה ממלא את מלוא חיובו. כשהחוזה נכרת הוא הדדי, אך מהרגע שהמלווה העביר את הסכום ללווה, החוזה הפך להיות חד-צדדי, ושאלת התלות איננה רלוונטית. השאלה יכולה להתעורר ב-3 מצבים:

1. כשהחיובים ההדדיים אמורים להתקיים בו זמנית. אחד הצדדים לא מקיים, האם הצד השני צריך לקיים?
2. החיובים הם לא בו-זמניים. הראשון בזמן מפר, איך זה משפעי על חיובו של השני?
3. החיובים הם לא בו-זמניים. הראשון מקיים, והשני בזמן מפר. זוהי סיטואציה של הפרה צפויה.

איך מושפע חיובו של הנפגע בשל ההפרה של המפר? בעבר, המחשבה על השאלה הייתה בנוגע לכוונת הצדדים (תוכן החוזה), מה התכוונו הצדדים שיקרה אם אחד הצדדים לא יקיים את חיובו. ברוב המקרים, הצדדים לא מתייחסים לזה בחוזה. במקרה זה, משתמשים בפרשנות, ואם אין הסדר חוזי, מבצעים השלמה. ניתן להסתכל על זה בהיבט אחר, בהיבט דיני התרופות, משום שהשאלה היא בעצם – איזה זכויות/אפשרויות ניתנות לצד נפגע נוכח הפרה שמתרחשת כעת, בעבר או בעתיד של המצד האחר? האם הנפגע יכול לדחות את קיום חיוביו, ללא ביטול, מבלי שזה יחשב כהפרה מצידו (שכן אם הוא ביטל את החוזה, אין הוא מחויב לקיים את חיוביו)?

באספקלריה של דיני התרופות, סעד הדחייה הוא סעד התגוננותי, הוא איננו סעד שנועד להעמיד את הנפגע במקום בו היה אילולא ההפרה. סעד שמבקש להקפיא את מצב העניינים כדי לא להגדיל את הנזק של הנפגע ואיננו סעד סופי, תרופת ביניים. זהו הסעד הפרקטי ביותר – זוהי תרופה עצמית שהנפגע יכול להפעיל בלי לפנות לבימ"ש.

היתרונות של דחיית הקיום:

1. מדובר **בסעד עצמי**, בדומה לביטול. אולם דחיית הקיום הוא סעד עדיף:
2. בכל סעד עצמי, אם המפעיל טעה, הוא מפר. אך אם אדם מודיע על דחיית קיום, ומסתבר שטעה, ברוב המקרים, הדחייה לא תהא הפרה יסודית. הסיכון הוא הרבה יותר קטן בדחיית קיום מאשר בביטול.
3. ברגע שהנפגע בחר בביטול, אין דרך חזרה. לעומת זאת, דחיית קיום, מאפשרת לנפגע לא לסכן משאבים כלכליים נוספים בשלב הראשון, אך הוא עדיין משאיר את כל האופציות פתוחות, יכול לבחור באכיפה או ביטול. הנפגע לא מחויב לעשות בחירה אסטרטגית סופית מבין התרופות.

**בפ"ד ארבוס** **השופטת דורנר** מצביעה על יתרונות נוספים:

1. תרופה מעודדת, תמריץ חיובי לצד השני לתקן את ההפרה. אם מבטלים את החוזה, זוהי הכרזת מלחמה טוטאלית. בדחיית קיום יש מסר יותר פייסני, עם אפשרות להחזיר את החוזה.
2. תמריץ פנימי לקיים – אם הצד השני מעוניין בחיוב הנגדי, התמורה הנגדית של הנפגע, והוא יודע שהצד השני יכול להפסיק לקיים, זה מהווה תמריץ משמעותי עבורו לקיים החוזה.

מצב א' – חיובים בו-זמניים (חיובים מקבילים/שלובים – עסקת מזומן)

**סעיף 43א'3** – "אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד - כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו". ברירת המחדל שקובע החוק- **הצד השני רשאי לדחות את החיוב**. הצדדים בחרו לקבוע שהחיובים יהיו בדיוק באותה נק' זמן, אין מדובר במקריות, הם רצו להבטיח שליטה הדדית, מחשש שהאחר לא יקיים את חיובו. ההנחה היא, שהצדדים תזמנו את החיובים לאותה נק' זמן, מפני שזה היה אומד דעתם, לאפשר לצד השני להגיב באי קיום, כשהאחר לא מקיים את חיובו (ליצור פיקוח/תלות).

* שני הצדדים קבוע לקיים את חיוביהם באותה נק' זמן בדיוק. בדיעבד, בביהמ"ש שני הצדדים לא קיימו את החיוב. מי הפר קודם? הפסיקה קובעת (**פ"ד ג'רבי נ' הייבלום**), שכדי למנוע "מעגל שותק", המבחן הוא **הנכונות לקיים** – **צד המביע נכונות לקיים יחשב לצד הנפגע (ניתן לראות פעולות קודמות, המעידות על נכונות לקיום).**

מצב ב- חיוב ראשון הופר (חיובים מותנים)

**סעיף 43א'2** – "אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב". **ניתן לדחות, בתנאי שהצדדים התכוונו שהחיוב השני בזמן יהא תלוי בחיוב הראשון בזמן.** ברוב המקרים, החוזה שותק בעניין זה. זוהי שאלה של אומד דעתם של הצדדים, פרשנות. במשך שנים רבות, הייתה בעיה. הגישה הפרשנית של ביהמ"ש הייתה, שברירת המחדל – הצדדים לא התכוונו ליצור תלות שכזו. כדי להסיק אחרת, ביהמ"ש חיפש אמירה מפורשת בחוזה, שהחיוב השני תלוי בראשון. הסיבה- אם הצדדים הפרידו את המועדים, ההנחה לאורך השנים הייתה שלא אכפת להם שתהא תלות בין החיובים. המסקנה ההפוכה הזו איננה נכונה. הצדדים לא עשו זאת מסיבות אחרות, ולא משום שלא רצו בתלות בין החיובים. היינו, **גם אם הצדדים לא קבעו שהחיובים יהיו מקבילים, אין זה אומר שכוונתם היא שלא יתקיים תלות בין החיובים.**

**פ"ד 765/82 אלטר נ' עלאני** (הגישה הישנה) – עלאני הוא קבלן שמתעדת לבנות בניין. בסמיכות מקום יש לאלטר חנות. עלאני משכנע את אלטר לקנות חנות חדשה. אלטר טוען שאין לא מספיק כסף. הם חותמים חוזה. הוסכם שרוב הכסף ישולם כאשר אלטר ימכור את החנות הישנה שלו. בפועל, הבנייה נגררת. ב-74, אלטר מצליח למכור את החנות, אך הקבלן כמעט ולא התחיל לבנות. בנסיבות הללו, אלטר לא מעביר את התשלום עליו הוסכם, למרות שמכר את החנות הישנה. עלאני הפר חוזה, ואלטר לא מעוניין לשלם. בסופו של דבר, הבנייה התחילה והסתיימה ב-76. הקבלן טוען שאלטר הפר חוזה, מפני שלא שילם. האם הייתה זכות לקונה לדחות את מועד התשלום, נוכח ההפרה הברורה מצידו של הקבלן? ביהמ"ש הבחין בין חיובים שלובים (בו-זמניים), חיובים מותנים (לא בו-זמניים, והצדדים התכוונות ליחסי תלות) וחיובים עצמאיים (לא בו-זמניים ואין תלות). ביהמ"ש קבע שיש להיזהר מאוד כשמסיקים על יחסי תלות, מי שחפץ בהתניית חבותו בקיום חיובו של רעהו, ייטיב לעשות אם יאמר זאת במפורש בחוזה. אם רוצים תלות, יש לומר זאת במפורש בחוזה. על כן, אלטר נחשב כמפר. זאת הגישה עד למחצית שנות ה-80, ולכן סעיף זה חל, אך בפועל לא יושם, משום שביהמ"ש חיפש תניה מפורשת בחוזה. במקרה זה המוכר הפר חוזה – עסקת מקדמה.

ע"פ ביהמ"ש, ברירת המחדל הפרשנית בחיובים מדורגים בזמן, היא שהחיובים עצמאיים, ועל מנת להפריך זאת, על הצד להראות בחוזה הוראה מפורשת הנוגדת את ההנחה. במשך שנים רבות זאת הייתה ההלכה (אחר כך נראה את השינוי).

מצב ג – חיוב שני בזמן מופר (הפרה צפויה)

יש צפי שהחיוב השני בזמן עומד להיות מופר, הפרה צפויה. ראשית, אין שום פתרון בחוק, משום שהמצב נופל בין הכיסאות. סעיף 43 לא דן במצב הזה. בעיניים של תוכן החוזה, לא מתעסקים בהפרה צפויה. סעיף 17 לחוק התרופות קובע שבמצב של הפרה צפויה, הנפגע זכאי לכל התרופות לי החוק. אולם, המחוקק לא התייחס לדחיית קיום כתרופה, לכן אין הסדר של דחיית קיום בחוק בנוגע להפרה צפויה. מצב זה לא מוסדר בכלל בחוק. הנושא הוסדר בפסיקה בשורה של פסקי דין.

טיפול מסוים רואים **בפ"ד שוחט נ' לובליאנקר**. בני הזוג שוחט רכשו דירה מבני הזוג השני. לפני תנאי החוזה, היו צריכים הקונים לשלם את המחיר (430 אלף לירות) ב-4 תשלומים. אין פירוט של סדר התשלומים והיקפם, מלבד התשלום האחרון. התשלום הרביעי והאחרון 120 אלף. המוכרים מתחייבים למסור את הדירה ולהעביר את הבעלות בה. הצדדים הסכימו הסכמה שאינה מאפיינת חוזה מסוג זה, לרוב במועד התשלום האחרון המוכר מוסר את הדירה ומעביר את הבעלות. במקרה דנן, נקבע כי התשלום האחרון שיהיה בחודש ספטמבר, באותו מועד המוכרים ימסרו את החזקה בדירה לקונים, אך עוד לפני כן**, בין התשלום השלישי לרביעי המוכרים התחייבו להעביר את הבעלות בדירה לקונים**. שלושת התשלומים הראשונים שולמו כנדרש. אולם, אחרי התשלום השלישי חל קרע בין היחסים בין הקונים, בין לבין עצמם. לפי תנאי החוזה, את התשלום האחרון היה צריך לשלם אביה של אשת שוחט, המוכרים חששו שאם יש קרע, אדון שוחט לא ירצה לשלם. התקרב המועד להעברת הבעלות, והם לא ידעו מה לעשות. הם חששו שיעבירו את הבעלות ולא יקבלו את התשלום האחרון. הם פונים לעו"ד שייצג את בני שוחט בחוזה. עו"ד אמר – בני הזוג שוחט טענו כי אין מה לדאוג. האמירה לא הרגיעה את המוכרים. אין לכך, הם לא העבירו את הבעלות במועד שנקבע, למרות שהיו מעוניינים להשלמת החוזה. בעת מועד התשלום הרביעי, הם התעניינו בנוגע לתשלום. עו"ד של הקונים טען כי יש לו את הכסף, אך הוא ישלם רק 90 אלף ולא 120, משום שבחוזה היו פיצויים מוסכמים על כל יום שלא הועברה הבעלות (חודש). המוכרים לא הסכימו לזה. מי הפר ומהי התוצאה?

במצב זה, צד אחד חשש שהצד האחר יפר את החוזה. במשפט, יש הבחנה בין מצב זה למצב בו צד אחד בטוח כי הצד האחר יפר את החוזה. כאשר יש הסתברות גבוהה להפרה או וודאית – זהו מצב של **הפרה צפויה**. הדין נותן פתרון למצב זה – ניתן לקבל תרופות כאילו מדובר בהפרה ממשית, בכפוף למס' סייגים. במקרה דנן מדובר אך ורק בחשש, המבוסס על עובדות אובייקטיביות אולם אין מדובר בהסתברות וודאית.

בפ"ד זה, חרף החשש שהתעורר אצל המוכרים שהקונים עלולים לא לקיים את התחייבותם (לשלם את התשלום האחרון), המוכרים לא רצו לבטל החוזה, אלא היו מעוניינים בקיומו. בנוסף, לא יכלו הם לבטל את החוזה, **משום שלא התקיים מצב של הפרה צפויה, מדובר רק בחשש**. הפתרון שניתן ע"י **השופטת בן פורת** היה מבוסס ע"ס **סעיף 39** – ניתן לדחות את קיום החיוב עד להסרת החשש. לסיטואציה יש פתרון ב-UCC האמריקאי (הקודקס המסחרי האחיד). בישראל, אין הסדר כזה בחוק. הפתרון של השופטת בן-פורת הוא פתרון חליפי, מכוח ס' 39, בגלל שהמפר הפוטנציאלי הפרו את חובת תוה"ל ולא טרחו להסיר את זה (להפיג את החשש), הצד התמים רשאי לדחות את קיום חיובו. זהו פתרון חלקי לשאלה שמתעוררת. במצב של חשש מפני הפרה, מכוח ס' 39, ניתן לדחות את קיום החיוב.

השופטת בן פורת לא התייחסה לשאלה –האם יש תלות בין החיובים (שכן יש מצב של חיובים מדורגים בזמן)? **אם לא ניתן להסיק כוונת תלות בין החיובים, לא ניתן לדחות את קיום החיוב. יש להוכיח תלות בין החיובים (לא חיובים עצמאיים), על מנת לדחות את קיום החיוב.**  מכיוון שאין סעיף חוק העוסק בכך, השופטת לא התייחסה לשאלה. אם קיימת הנחה פרשנית שאין תלות, לא ניתן לדחות את קיום החיוב.

מה קורה בנוגע למצב של **הפרה צפויה**? הנושא מוסדר בחוק, אך אין במסגרתו דחיית קיום. האם מדובר בהסדר שלילי? זוהי חשיבה פורמליסטית מידי.

**674/83 דניאלסה נ' גד-שט-** בפ"ד זה מתעוררת שאלה מאוד דומה לפ"ד שוחט. ההבדל היחיד – בפ"ד היה מצב ברור של הפרה צפויה ולא חשש. האם ניתן להחיל את קביעת השופטת בן פורת בפ"ד שחוט גם על הפרה צפויה של ממש? ביהמ"ש (השופט בך) קבע שכן, "קל וחומר". אם התאפשר דחיית קיום במצב של חשש מפני הפרה, **קל וחומר** שנאשר **דחיית קיום במצב של הפרה צפויה.** אם במצב של הפרה צפויה, מאפשרים את ביטול החוזה, **קל וחומר** שצריך לאפשר את התרופה המתונה יותר של דחיית קיום. **בפ"ד מורחבת האפשרות של דחיית קיום גם למצבים של הפרה צפויה.**

תרופות הביטול ודחיית הקיום שתיהן נובעות מאותו מקור היסטורי. **בקוד יוסטיניאנוס** היה עקרון משפטי שהיה מנוסח כך – "אין לקיים לטובת מי שאינו מקיים". מעקרון משפטי זה, התגלגלו בסופו של דבר 2 תרופות – ביטול ודחיית קיום. בקומון לו הדבר בא לידי ביטוי בעיקר בתרופת הביטול. באירופה, בשיטת המשפט הקונטיננטלית, העיקרון בא לידי ביטוי ע"י דחיית קיום.

**פ"ד מקור פיתוח עירוני נ' קרון** – מתעוררת שאלה של דחיית קיום. השופט בך קובע **שהזכות לדחות קיום חיוב תעמוד לנפגע כאשר קיימת תלות בין חיובו לחיוב שהפרתו צפויה. אולם,** **על התלות אנו למדים לא רק מהמועדים שנקבעו לקיום החיובים (הטיימינג), יש לבחון זאת ע"פ הנסיבות וכללי הגיון ושכל ישר (פרשנות).** העובדה שהצדדים לא קבעו לקיים את החיובים בו-זמנית, אין פירושה בהכרח שלא קיימת תלות ביניהם. השופט הגיע לקביעה זו ע"י "קל וחומר" והיקש. הקביעה נכונה גם למצב ב', בו הופר החיוב הראשון במועדו.

**פ"ד דלתא הנדסה** – בפ"ד זה, **השופטת דורנר** חוזרת על אותם העקרונות של השופט בך. מתחיל להתנהל המשפט, שיכון עובדים מבינה כי יש לה קייס מאוד חלש, אבל אז פתאום התגלה כי הגיעה המועד לשלם את התשלום עבור החנות ודלתא לא שילמה. ההפרה הזו מאפשרת את ביטול החוזה כעת. הטענה של דלתא– את התשלום לא שילמנו מפני שאנו זכאי לדחות את שילומו בגלל ההפרה הצפויה של שיכון עובדים (ביטול שלא כדין=הפרה צפויה). השופטת דורנר קובעת שניתן לדחות קיום בהפרה צפויה, יש להתחשב בשיקולים של שכל ישר והגיון, ובד"כ אנו מניחים כי הצדדים התכוונו שתהא תלות בין החיובים.

**פ"ד ארבוס נ' רובינשטיין** (שיאו של העיקרון) – משפחת ארבוס קונה 2 דירות מחברת רובינשטיין. לפי תנאי החוזה, התשלום האחרון אמור להיות משולם שבוע לפני מועד מסירת הדירות. משפחת ארבוס משלמת במועד את התשלום, אך הם מקבלים את הדירה באיחור של שנה. החברה הפרה את החוזה הפרה יסודית. לרוב, ידרשו הנפגעים פיצויי קיום (דמי שכירות/דמי שימוש בנכס). אולם, ארבוס תובעים פיצויים אחרים. לטענתם, אם הם היו יודעים על ההפרה, הם יכלו לדחות את התשלום, על כן הם תובעים הפרשי הצמדה וריבית. הם מעדיפים פיצוי זה בגלל אחוז האינפלציה הגבוה. על מנת לקבל דרישה זו, יש לבסס תחילה את הטענה שהם אכן היו רשאים לדחות את קיום החיוב שלהם.

השופטת דורנר מדבר על היתרון הרב שאפשרות לדחות קיום. סעיף 23 לחוק המכר קובע שמועד התשלום ומועד המסירה הם חיובים מקבילים שיש לקיים בד ובד. ההשלכה היא שאם צד לא מקיים את חיובו, הצד השני רשאי לדחות את חיובו. הסעיף מעניק לחייב הגנה מפני נושה המסרב/נמנע מלקיים את חיובו. העקרון לאו דווקא נוסע מסעיף 23.

שילוב חובת הקונה לשלם את המחיר בחובה של המוכר להעביר את הנכס, איננו מתקיים רק כאשר החיובים צריכים להתבצע באותו הזמן. **התלות משקפת את אומד דעת הצדדים בעסקת מכר רגילה, בלי קשר למועד קיום החיובים.** **בהיעדר הוראה מפורשת בחוזה השוללת את השילוב (תלות), יש להסיק כי קיימת תלות בין החיובים, גם אם החיובים אינם בו-זמניים.** **בד"כ נניח לפי ההיגיון כי קיים תלות, אלא אם הצדדים התנו על כח במפורש בחוזה.** זוהי מסקנה הפוכה לגמרי **מפ"ד אלטר**.

כלל פרשני זה, לפי השופטת דורנר, חל על אחת כמה וכמה לעניין **חוזה אחיד**. זאת ועוד, שלילת התלות בין החיובים צריכה לנבוע מהגיונה המסחרי של העסקה בחוזה אחיד. תנאי בחוזה אחיד השולל את התלות בין הצדדים **מגביל ללא הצדקה את התרופות העומדות לצרכן** (עיכוב תשלום), זהו **תנאי מקפח** כמשמעותו בסעיף 4(6). בכל חוזה הפרשנות היא שקיימת תלות בין החיובים, גם אם הם אינם בוזמניים. ניתן להתנות על כך, אם התנאי מופיע בחוזה אחיד, הוא בבחינת תנאי מקפח. דחיית הקיום היא תרופה.

* הרציונל שאנו מניחים כי קיים תלות חל רק על **חיובים מרכזיים/עיקריים** ולא חל על חיובים תפלים. **בפ"ד 2568/98 פטר נ' חממי** – פטר היה בעלים של קרקע וחממי היה קבלן. נעשתה עסקת קומבינציה – פטר נותן קרקע וחממי נותן חלק מהדירות שהוא יבנה על המגרש. חממי לא רוצה למסור את הדירות, בשל דחיית קיום, משום שלפי החוזה פטר התחייב גם שעל הדירות שלו, שהוא יקבל, הוא ישלם על המונה של החשמל והמים. חממי שילם את התשלום לעירייה, ופטר לא מעוניין לשלם, על כן חממי לא מוסר לו את הדירות. ביהמ"ש קבע **שאין שום פרופורציה** – החיוב העיקרי של פטר הוא למסור את הקרקע (ולא לשלם על המים והחשמל), הוא עשה זאת. החיוב העיקרי של חממי הוא למסור את הדירות, את זה עליו לקיים.
* לעיתים קל להתבלבל בין שני מצבים – אם מאפשרים דחיית חיוב כספי, הדבר מאוד דומה, במבט ראשון, **לקיזוז**, שגם הוא סעד עצמי בו האדם לא משלם את החיוב הכספי המוטל עליו. ההבדל – **בהודעת דחיית קיום אנו רק קובעים שלא נקיים את החיוב כעת, אך נקיימו כשיבשילו התנאים. בעצם הודעת הקיזוז, אנו גורמים לפקיעת החיוב, לעולם לא נקיים את החיוב**. **בפ"ד מקור פיתוח עירוני נ' קרון** – קרון רכשו דירה מהחברה וההסכם היה שקרון יקבלו את מפתחות הדירה למרות שעדין לא שילמו את כל התמורה הכספית. הוזכר שאת התשלום הם ישלמו כאשר הם יצליחו למכור את הדירה הישנה שלהם. לאחר שהם קיבלו את המפתחות, החברה הקבלנית התחייבה לרשום לטובתם הערת אזהרה בטאבו, שמבטיח שבבוא היום ניתן יהיה לרשום את זכויות הבעלות על שם. אלא שקרון טרם שילמה את הסכום ונושים של החברה הקבלנית הטילו עיקול על הזכויות של החברה בטאבו. העיקול מונע את האפשרות לרשום. הקונים הודיעו לחברה שבגלל זה הם מקזזים את הסכום. ביהמ"ש קבע כי הם זכאים נוכח ההפרה הצפויה של העברת הבעלות לדחות את קיום החיוב. אם תהיה הפרה ויגרם נזק, הם יוכלו לתבוע, לקבל פיצויים ואולי גם לקזז. בהודעת קיזוז הם מודיעים שהם אף פעם לא מתכוונים לשלם את הסכום.

המצבים דומים, אך מאוד שונים. בקיזוז המשמעות היא שלא משלמים, החיוב מופקע, ואילו בדחיית קיום עדין קיימת כוונה לקיים את החיוב, כשהתנאים יבשילו.

* הצעת חוק דיני ממונות –

סעיף 52 – "אם על הצדדים לקיים חיובייהם בד ובד...". סעיף 43א'3, אין שום שינוי.

סעיף 127א' – "חיוב של צד לחוזה שהמועד לקיומו מאוחר מהמועד לקיום חיוב עיקרי של הצד השני, יהיה מותנה בקיום...". זהו סעיף 43א'2, אך בשינויים מהותיים:

1. החוק קובע כברירת מחדל את קיומם של יחסי תלות. ההוראה משקפת את עמדת הפסיקה, שקיימת תלות (הוראה דיספוזיטיבית, אך לא בחוזה אחיד).
2. שיקוף נוסף של עמדת הפסיקה – חזקת התלות (ההנחה הפרשנית שקיים תלות בין החיובים) עובדת רק על החיובים המרכזיים של החוזה.

סעיף 127ב' – " ". אם קיים חשש סביר מפני הפרה צפויה של חיוב עיקרי (כמו בפ"ד שוחט), זכאי הצד השני לדרוש המצאה של בטוחה לקיום החיוב ולדחות עד אז את קיום חיובו. כמו סעיף 2-609 של ה-UCC. גם סעיף זה משקף את עמדת הפסיקה.

סעיף 496 – " ". קיימת הכרה בתרופה של **השעיית קיום**. מתעוררות מס' בעיות: יש הבדל בתנאים בין דחיית קיום תרופתית לדחיית קיום תוכנית. ההבדל העיקרי – במקום לדבר על **תנאי עיקרי**, מדברים כעת על **הפרה יסודית**. לדעת גלברד, מדובר בטעות קונספטואלית: ראשית, עניין "**קל וחומר**", גם ביטול ניתן לעשות בהפרה לא-יסודית, אז אם אפשר לבטל בהפרה לא-יסודית, קל וחומר שיש לאפשר דחיית קיום בהפרה לא-יסודית. שנית, צד עשוי לקיים חוזה מתוך אילוץ, כשההפרה אינה יסודית. אם מדברים על חיוב עיקרי, הצד יהא זכאי לדחות את חיובו.

* לכמה זמן ניתן לדחות את הקיום? לפי פ"ד מהשנה, ניתן לדחות לזמן סביר.
* בעצם, כשיש דחיית קיום, במצבים רבים השליטה בידי המפר מתי הנפגע יצטרך לקיים את לחיובו. ההיגיון קובע כי מתבקשת ההוראה שאם הייתה דחיית קיום ואם משתנות הנסיבות באופן שהקיום חזר לחיים, צריך לאפשר **זמן סביר להתארגנות של הנפגע**, ולא לחייבו לקיים את החיוב מידית, אין זה מעשי.

**תרופות –**

תרופה – הסנקציה בתחום דיני החיובים. בתחום של דיני חוזים, התרופות באות במקרה של הפרה, כתחליף של החיובים הראשוניים. התרופות במשפטנו ממוקמות בחוק התרופות. זהו חוק קצר מידי ולא ממצא, על כן הפסיקה ביצעה השלמות רבות. בהצעת חוק דיני ממונות יש הסדר יותר מקיף לעניין זה.

החוק נחקק בסדר לא נכון, הוא נחקק לפני חוק החוזים חלק כללי. לפי ההיגיון, קודם כל יש להסדיר את מושגי היסוד ורק לאחר מיכן נוגעים בהסדרים התרופתיים. הדבר יוצר כל מיני קשיים. בנוסף, ברור לגמרי שמנסח חוק החוזים לא פנה ובחן את חוק התרופות, ולכן קיימות כל מיני אי-התאמות, שהן בחלקן מהותיות. הפסיקה גישרה על כל הפערים הללו.

יש לא מעט תרופות שהן מחוץ לחוק התרופות. **סעיף 22** לחוק הוא סעיף של שימור דינים. יש סעדים כללים מחוץ לחוק התרופות. כמו כן, ישנם הסדרים תרופתיים של ממש המצויים מחוץ לחוק התרופות, דוג' – **תרופת ניקוי מהמחיר** – מצויה בחוק המכר, וחלה רק על חוזי מכר. אולם, הכנסת חוקקה את חוק השכירות בהסתמך על חוק המכר, והתרופה הועתקה גם לחוזי שכירות. בהמשך, התקבל חוק הקבלנות, שקובע גם הוא את תרופת הניקוי מהמחיר. התרופה נמצאת מחוץ לחוק התרופות, אך חלה על מס' רב של חוזים. בהצעת חוק דיני ממונות התרופה הוכנסה לתוך חלק התרופות.

**סעיף 1** של החוק הוא סעיף הגדרות.

הסעיף שמתמצת את דיני התרופות הוא **סעיף 2** לחוק – "הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה". הסעיף קובע מהם התנאים ההכרחיים על מנת שתקום זכאות לתרופות:

1. קיומו של חוזה בר-תוקף (טענה שכיחה היא שאין חוזה תקף, בגלל אחת מהעילות – כשירות, מסוימות/גמירת דעת וכו').
2. הפרת החיוב – מהי הפרה של החוזה? הפרה מוגדרת בסעיף 1 – מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה. מספיק הפרת חיוב מסוים ולא הפרת החוזה כולו. הפרה היא מצב של פער בין מה שקוים או לא בפועל לבין החיוב החוזי. הדבר מכניס אותנו לעולם התוכן- פרשנות, השלמה והתערבות.
* אם החוזה מחייב את אחד הצדדים לעשות משהו והוא לא עשה (או להיפך), מדובר בהפרה. לעומת זאת, מה לגבי הצהרה? דוג' – הצהרתי שאני יודע לשיר. הצהרה טרום חוזית לא נכונה – הטעייה. **האם הצהרה תוך-חוזית לא נכונה מהווה הפרה?** לכאורה, הגדרת ההפרה יכולה ליצור בעיות לגבי מצב בו יש בחוזה הצהרות על מצב עובדתי מסוים. **הגישה המקובלת היא שמדובר בהפרה.** **בהצהרתו של אדם בחוזה גלומה התחייבות מצדו שזהו מצב הדברים.** ההצרה מהווה התחייבות לכך שהאדם ידאג לכך שמצב הדברים העובדתי יהיה בהתאם להצהרה.
* הפסיקה החילה בדיני החוזים את העיקרון הכללי של "**זוטי דברים**". בחלק מהחוקים (עונשין ונזיקין) יש הוראה מפורשת שאנו מכנים אותה בשם "זוטי דברים" (דה מיני מיס). הכוונה היא שהמשפט לא עוסק בזוטות, עניינים של מה בכך. למשל, בנזיקין – אם אדם ביצע עוולה נזיקית, אך מדובר בדבר זניח. חרך מיעוט החוקים, הפסיקה הפכה את זה לעקרון כללי. בדיני החוזים, מחילים את העיקרון כשבהעדר בסיס פורמלי אחר, הבסיס הוא ס' 39. **אם יש הפרה, אך היא זניחה, חסרת משמעות, גרמה לנזק של מה בכך, לא תהיה עילת תביעה.**
* הפרה כוללת גם מצב של **הפרה צפויה**. ס' 17 עוסק בהפרה צפויה. סעיף זה בעצם משקף דוק' משפטית שהייתה קיימת עוד לפני חוק התרופות, מקורה בקומון לו האנגלי. אין זה מובן מאליו, שרואים הפרה במצב בו קיימת רק הסתברות להפרה. הפרה צפויה יכול שתהא הצהרתית, היינו נובעת מגילוי דעת של צד לחוזה, אך יכולה להיות גם מכוח נסיבות. הדוק' חלה גם מקרים בהם רמת ההסתברות אינה וודאית לחלוטין, לפי הפסיקה **רמת ההסתברות צריכה להיות גבוהה**. עסקה נוגדת, למשל, הוכרה בפסיקה כמצב של הפרה צפויה.

אם הנפגע מחליט לפעול כנגד המפר, בהסתמך על ההפרה הצפויה, הוא לוקח סיכון לכך שהוא מפענח נכון את הנסיבות ושביהמ"ש יחשוב כמוהו שהייתה הפרה צפויה.

לפי הפסיקה האחרונה, מתן צו זמני - במהלך הליכי ביניים לא נפרשת בפני ביהמ"ש התמונה המלאה, לכן התמונה העובדתית יכולה להשתנות, ומה שנקבע בהליך הביניים לא מחייב כעת.

* הפרה צפויה מאפשרת לנפגע להפעיל את כל התרופות לפי חוק התרופות. זוהי אמירה סתמית, משום שלגבי חלק מהתרופות מתעוררת השאלה - כיצד להפעילם במצב של הפרה צפויה? ההתאמה היחידה היא עבור אכיפה. בהצעת חוק דיני ממונות, נוספה הבהרה שהנפגע יהא זכאי לתרופות בשינויים המחויבים. מהם השינויים? דוג':
* תרופת הביטול, ניתן לבטל חוזה במצב של הפרה יסודית והפרה לא-יסודית. כשמדובר בביטול בשל הפרה לא-יסודית, תנאי לביטול – מתן ארכה של זמן סביר לקיים את החיוב. נניח ויש הפרה לא יסודית, והנפגע מעוניין לבטל את החוזה – עליו לתת ארכה לקיום החיוב. איך מתאימים את סעיף 7ב' לחוק התרופות למצב של הפרה צפויה? במצב כזה, הנפגע צריך לתת למפר ארכה לחזור בו מההפרה הצפויה.
* איך מחשבים פיצויים? ס' 10 לא קובע נוסחה לחישוב הפיצויים. אחת השיטות במצבים מסוימים היא לחשב את ההפרש בין המחיר החוזי לשווי השוק במועד ההפרה. בהפרה רגילה, אין בעיה. אולם, מה קורה בהפרה צפויה? מהו המועד בו צריכים להתחשב לשווי השוק?

ישנה הרחבה של מושג ההפרה לפי סעיף 17, להפרה צפויה.

מי זכאי לתרופות? **הנפגע**, מי הוא הנפגע? ע"פ סעיף 1 א' – מי שזכאי לקיום החוזה שהופר (מי שזכאי לקיום החיוב שהופר). הנפגע לא בהכרח יהא הצד השני לחוזה, יכול שזה יהיה נמחא בהמחאת זכות, מוטב בחוזה לצד שלישי, חליפו של הנושה מכוח הסכם, או חליפו של הנושה מכוח דין (הנושה מת – יורשיו).

אילו תרופות ניתן לתבוע?

התרופות המצוינות בסעיף 2 הן העיקריות, אך אין הן היחידות. התרופות העיקריות – אכיפה, ביטול (והשבה) ופיצויים. יש סידור מסוים של הרכב התרופות, "אכיפה, או ביטול, ובנוסף פיצויים". האפשרויות: ביטול, ביטול + פיצויים, אכיפה, אכיפה + פיצויים, פיצויים.

מתוך תיאור התרופות ניתן להסיק שני דברים –

1. החוק רומז והפסיקה קובעת **שברירת התרופות נתונה בידי הנפגע**, ולא בידי המפר או ביהמ"ש. הנפגע מרכיב את מערך התרופות שהוא מעוניין בו. יחד עם זאת, הכוח שבידי הנפגע לקבוע את מערך התרופות שהוא מעוניין בו, כפוף לסייגים:
2. לכל אחת מהתרופות יש סייגים פנימיים- לדוג': לאכיפה, יש 4 סייגים (סעיף 3), ואם מתקיים אחד הסייגים, לא ניתן לקבל אכיפה. הסייג בביטול – ביטול תוך זמן סביר. התנאים הפנימיים של כל אחת מהתרופות מהווים לעיתים סייג לאפשרות לבחור באותה התרופה (למשל, בפיצויים – סייג הצפיות, אם מדובר בנזק חריג מאוד).
3. עקרונות של צירוף תרופות – ראשית, **סייג הסתירה המהותית** - **לא ניתן לקבל תרופות שיש ביניהן סתירה מהותית**- כשהרציונל העומד ביסוד תרופה מסוימת נוגד את הרציונל העומד ביסוד התרופה האחרת. למשל, ביטול ואכיפה, פיצויים וניכוי מהמחיר. שנית, **לא ניתן לצרף תרופות כשייווצר כפל תרופה**, שכן המטרה העיקרית היא להעמיד את הנפגע במצב אילולא הופר החוזה. אולם, ישנם מצבים בהם יועמד הנפגע במצב טוב יותר, לדוג'- חשין בצוקים, ופ"ד אדרס. זהו סייג שאינו מופיע במפורש בחוק, אלא הוא משתמע והוכר בפסיקה. המשמעות של כפל תרופה - על אותו ראש נזק, הנפגע יקבל יותר ממאה אחוז ממה שמגיע לו.
* **דיני החוזים לא נועדו להעניש, אלא לתקן את הנזק (להעמיד את הנפגע במצב בו היה לו קוים החוזה).** אין זה לגיטימי להכניס שיקולי ענישה בתחום של דיני התרופות בגין הפרת חוזה. לכן, פיצויים מוסכמים החורגים באופן קיצוני מהנזק שעשוי להיגרם, נחשבים לסוג של קנס כספי, שתכליתו עונשית. ביהמ"ש רשאי להפחית את הפיצויים המוסכמים, שכן מטרתם היא לחסוך את עלויות הוכחת הנזק, ולא להעניש את המפר. הרציונל הוא שסמכות ענישה נתונה רק למדינה. בהצעת חוק דיני ממונות, יש סוג של פיצויים עונשים, אולם כרגע אין (לפחות ברמה ההצהרתית).

**צירוף התרופות כפוף לסייגים הפנימיים של כל תרופה ולשני הסייגים לעיל (סייגים קוגנטיים).**

טענות הגנה אפשריות, שיכול לעלות המפר, גם אם מתקיימים התנאים לעיל (התנאים לקבלת תרופות):

1. סעיף 32א' לחוק החוזים – "חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת הנאה והזכייה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים". בחוזה מהסוג הזה, חוזה להגרלה או הימור שלא ניתן לגבי היתר כדין, לא ניתן לקבל לגביו אכיפה או פיצויים. שתי התרופות המובהקות ביותר (המגנות על אינטרס הקיום), אכיפה ופיצויי קיום נשללות, ולכן כל המהות של החוזה נעלמת.
2. סיכול – סעיף 18 לחוק התרופות - אם המפר יטען סיכול, כטענת הגנה, לא ניתן לחייבו באכיפה/פיצויי קיום. במשך שנים רבות, כמעט ואף פעם לא התקבלה טענת הסיכול. ההנחה בעבר הייתה כי במדינת ישראל, הכול צפוי. כיום, קשה לראות שינוי גישה דרמטי בביהמ"ש. המציאות בפועל היא מעט שונה, שכן בערכאות הנמוכות טענת הסיכול מתקבלת במקרים רבים יותר. ניתנה בביהמ"ש העליון **פרשנות מאוד מצמצמת לתנאי הצפיות**. **פ"ד רגב** מסמן נטייה לשנות את הגישה עד אז. קיים קשר הדוק בין סעיף 39 לטענת הסיכול. ספק, אם הגישה הכה מצמצמת לטענת הסיכול נכונה לימנו. בהצעת חוק דיני ממונות, יש 2 שינוי דרמטיים-
3. מבחן הצפיות מוחלף במבחן הסיכון – מבחן הסיכון הוא המבחן המועדף בפסיקה כדי להבחין בין טעות שמאפשרת ביטול לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. בעצם, יש דמיון רב בין סוגיית הטעות לסוגיית הסיכול. כשאדם מתקשר בחוזה, הוא מתקשר על סמך תובנות מסוימות, על בסיס נתונים מסוים, לוקחים בחשבון את האפשרות שישנם דברים שהוא אינו מודע להם ("לא כל אדם יותר הכול"). ניתן לאפשר לו להשתחרר מהחוזה. בסיכול, אנשים לא מודעים למצב דברים עתידי. זהו אותו רציונל, בהבדל של זמן. בשני המקרים מדובר בנסיבות שלא היו ידועות למתקשר בעת כריתת החוזה, והיו משפיעות עליו באם להתקשר או לא.
4. כיום, כשצד לא מקיים את חיובו בגלל נסיבות מסכלות, הוא מפר חוזה. הסיכול מהווה טענת הגנה עבור המפר. זהו מצב של הפרה, וזוהי רק טענת הגנה. הקושי בולט **בפ"ד בן אבו** – המדינה טוענת שבן אבו מבקש לבטל את החוזה והוא המפר, ממתי המפר יכול לתבוע תרופות? מדוע להטיל על האדם תווית של מפר? בנוסף, זוהי רק טענת הגנה, ועיתים קרובות היא לא תועיל. **בהצעת חוק דיני ממונות הסיכול יחשב להתרחשות שגורמת לפקיעת החוזה, לא טענה ולא הפרה!**
5. נטל הקטנת הנזק – סעיף 14 לחוק התרופות. חל רק על פיצויים מסוימים. בתי המשפט מאוד זהירים בהפעלת נטל הקטנת הנזק. הטענה אמנם חלה לכאורה רק בפיצויים, למעשה הפסיקה באמצעות עקרון תום הלב (סעיף 39) החילה עקרונות של הקטנת נזק גם באכיפה וגם בפיצויים שלא אמורים להיות כפופים לנטל הקטנת הנזק.
6. זוטי דברים.
7. טענת אשם תורם – נקבע בפסיקה ולא בחוק. עד לפני שנים לא רבות, אשם תורם בדיני החוזים היווה כפירה בעיקר, שכן התפיסה של דיני החוזים הייתה – צד מחויב רק בהתחייבויות שלקח על עצמו בחוזה, והאחריות שלו לקיים את חיוביו היא מוחלטת. לפי התפיסה הזו, אם נגרם נזק לאחד הצדדים, יש רק שתי אפשרויות – אם הנזק הוא תוצאה של הפרה של הצד השני, הצד המפר יישא במלוא הנזק. אם הנזק הוא לא כתוצאה מהפרה, הנזק ימשיך להיות על הנפגע. "הכול או כלום". טענת אשם תורם מוכרת בדיני הנזיקין (ס' 164 – חלוקת הנזק לפי מידת הרשלנות).

פרופ' אריאל פורת הציע להחיל את טענת האשם התורם בדיני החוזים בישראל. הרעיון נקלט בביהמ"ש העליון. תפיסה שיתופית של דיני החוזים המודרניים היא קרקע מאוד נוחה לקליטת הרעיון של אשם תורם. בהכרח יש מצבים רבים בהם אנו מצפים שהחיוב יבוצע תוך שיתוף פעולה של שני הצדדים. יכולים להיות מצבים בהם צד שני יכול היה להקטין את היקף ההפרה. האחריות לא נופלת כולה על כתפיו של צד אחד לחוזה. פסק הדין הראשון בו ביהמ"ש הכיר בעקרון זה - **פ"ד אקזימין**.

**זהו כלי, במסגרתו ביהמ"ש רשאי לחלק את האחריות בגין הנזק, לפי מידת האשם היחסי.**

* **נטל הקטנת הנזק חל רק לאחר שהייתה הפרה**. **אשם תורם, לעומת זאת, יכול להתרחש גם לפני ההפרה.** אם מסתבר שע"י העברת מידע לפני ההפרה, יכול היה הנפגע לחסוך חלק מהנזק, יכול לחול פה עקרון האשם התורם, אך לא יכול לחול נטל הקטנת הנזק.
* **אשם תורם חל גם על אותם הפיצויים שלגביהם לא חל נטל הקטנת הנזק (פיצויי הסתמכות)** – אשם תורם רחב יותר מנטל הקטנת הנזק.
* האם אשם תורם חל רק לגבי תרופת הפיצוי? במבט ראשון ניתן לחשוב שכן, מפני שהוא רלוונטי לגבי תרופה שניתן לתת אותה באופן חלקי. בהצעת חוק דיני ממונות, יש סעיף של אשם תורם – התרשלות תורמת, הוא מופיע בתת הפרק של פיצויים. למרות זאת, לפי הכתיבה האקדמית, יש אפשרויות להשתמש בעקרון זה גם בביטול וגם באכיפה. **לגבי ביטול**:
1. בתרופת הביטול, יש הבדל בין הפרה יסודית להפרה לא-יסודית. סעיף 6 מגדיר הפרה יסודית: "הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית". אם קיים אשם תורם, ההפרה שלגביה יש להחיל את המבחן עשויה להשתנות לחלוטין. אשם תורם יכול לשנות סיווג של הפרה, מהפרה יסודית ללא-יסודית.
2. הפרה לא-יסודית, כפופה לפי סעיף 7ב' לחוק התרופות למתן ארכה ולשיקולי צדק. במסגרת שיקולי הצדק, ביהמ"ש יכול להתחשב בשיקולים של אשם תורם. אם ההפרה אינה מיוחסת במלואה למפר, יכול להיות שביהמ"ש יקבע שהיקף ההפרה אינו מצדיק ביטול.
3. השבה – במקרה של ביטול, קמה חובת השבה. כל חובות ההשבה כפופות לעקרון שקבוע בסעיף 2 של חוק עשיית עושר ולא במשפט, מפני שהרציונל שעומד ביסוד חובות ההשבה שבדיני החוזים הוא רציונל של מניעת עשיית עושר ולא במשפט. התפיסה של ביהמ"ש כיום היא שיש בעצם דין רחב שנקרא עשיית עושר ולא במשפט, הגרעין שלו הוא חוק עשיית עושר ולא במשפט. אולם, לדין שנקרא עשיית עושר יש נציגויות בכל תחומי המשפט. דיני ההשבה שנמצאים בחוק החוזים מבוססים על עקרון עשיית עושר ולא במשפט, לכן לגיטימי להחיל עליהם חלק מהכללים של חוק עשיית עושר ולא במשפט. **סעיף 2 לחוק זה, מקנה לביהמ"ש סמכות לפטור מישהו מחובת השבה, משיקולי צדק. סמכות זו קיימת גם בהשבה בעקבות ביטול חוזה.** עקרון זה מופיע בסעיף 31. נקבע שהסמכות הזו נתונה לביהמ"ש בכל המקרים של השבה בעקבות ביטול חוזה, לרבות השבה לאחר ביטול חוזה בשל הפרה. **בין שיקולי הצדק הללו, ניתן לכלול שיקולים של אשם תורם, בעקבותם יכול ביהמ"ש להורות על השבה חלקית – הקטנת היקף ההשבה.**

**לגבי אכיפה -** ההשפעה העיקרית של אשם תורם היא דרך **סייג הצדק**. שיקולי צדק כוללים גם שיקולים של אשם תורם. מקום נוסף, **סעיף 4**, המעניק לביהמ"ש סמכות **להתנות את האכיפה** בתנאים, לדוג' – שיערוך של התמורה החוזית במקרה של אינפלציה. אחד מהשיקולים יהיה אשם תורם. אחד השיקולים להקטנת היקף השערוך היא מידת האשם של המפר (אם ההפרה זדונית, מידת השערוך תקטן). אם המפר פועל באופן זדוני, מקטינים את היקף השערוך. מצד שני, אם יש אשם תורם של הנפגע, ביהמ"ש יפעל להגדלת היקף השערוך.

1. טענת וויתור – הנפגע וויתר על התרופות שלו. **פ"ד דלתא הנדסה** – לגבי ההפרה הראשונה, של תשלום דמי השכירות באיחור, היה וויתור מצד שיכון עובדים, הם המשיכו להתנהג כרגיל. הוויתור יכול להיות מפורש, אך יכול להיות משתמע. יחד עם זאת, ככל שההפרה חמורה יותר, והנזק גדול יותר, כך אנו נהיה זהירים יותר להסיק וויתור, בהיעדר וויתר מפורש.

גם אם יש וויתור, יכול להיות שהוא רק על חלק מהתרופות, לדוג' – **פ"ד עריית מעלה אדומים נ' חברת שיכון ופיתוח**, בפ"ד זה, עריית מעלה אדומים רכשה נכס מקרקעין מהחברה. העריה הפרה את החוזה, ע"י כך ששילמה רק חצי מהתשלום. חלפו 5 שנים והחברה הגישה תביעה לביטול החוזה, בגלל ההפרה (הערך ירד, ולכן לא דרשו אכיפה). האם היה וויתור? האם השתיקה לא מעידה על וויתור? נקבע ע"י ביהמ"ש, כי **כשמדובר בסכום כה גדול, השתיקה לא מהווה וויתור.** יחד עם זאת, אחד השופטים, השופט טירקל, היה סבור שגם אם לא היה וויתור מלא, היה וויתור על ביטול, מפני שיש לבטל תוך זמן סביר. שופטי הרוב (ברק) לא קיבלו זאת, מפני שאמנם צריך לבטל תוך זמן סביר, אולם **הפסיקה קובעת שאם חלף הזמן הסביר, הנפגע עדין יכול להחיות את זכות הביטול ע"י כך שהוא יפנה למפר וייתן לו ארכה לקיים.** **שופטי הרוב קבעו שבכך שחלף הרבה זמן, החברה וויתרה על אפשרות הביטול ללא מתן ארכה.** יש כאן וויתור על חלק מסוים בתרופה. הוויתור משמשת כטענת הגנה.

**האינטרסים המוגנים -**

האינטרס האופייני ביותר לדיני החוזים הוא אינטרס הקיום (מכונה אינטרס הציפייה).

אינטרס הקיום – נניח שנכרת חוזה בין קונה ומוכר, לפיו קונה יתחייב לשלם 100 עבור ממכר. במועד המסירה של הממכר, ערכו של הממכר הוא כבר 150. איזה ערך כספי משקף את ערך הקיום של הקונה? ברוטו 150, נטו 50. **אם טרם שילם**, והופר החוזה, הוא יהא זכאי לקבל 50 בלבד (זהו הרווח העתידי שלו, אינטרס הקיום האמתי) – הערך הכספי שהיה לו אילו החוזה קוים. אם הקונה **כבר שילם** 100, הוא זכאי ל-150, כש-100 מתוכם משקפים את אינטרס ההשבה, ו-50 משקפים את אינטרס הקיום.

**מטרת ההגנה על האינטרס הוא להעמיד את הנפגע במצב בו היה לו החוזה קוים.** התרופות המשרתות את האינטרס הזה – אכיפה ופיצוים. אלו הן תרופות חלופיות בהקשר זה (לא ניתן לצרפן יחד, שכן נקבל כפל תרופות).

אינטרס ההסתמכות – בא לידי ביטוי גם בדיני החוזים. פולר ופארדו מבחינים בין שני סוגים של אינטרס הסתמכות:

1. אינטרס הסתמכות עיקרית – נוגע לכל מה שצד לחוזה (הנפגע), עשה **לצורך קיום החלק שלו בחוזה**. ברור שכשהחוזה רווחי, אינטרס הקיום בהכרח גבוה מאינטרס ההסתמכות, ולכן נפגע סביר יתבע תמיד פיצויים ע"פ אינטרס הקיום. השאלה הנדונה **בפ"ד צוקים** - הנפגע מתקשר בחוזה הפסד, אינטרס ההסתמכות גבוה יותר מאינטרס הקיום, האם הנפגע יכול לתבוע אינטרס הסתמכות בלבד, תוך התעלמות מאינטרס הקיום? שיקולי **השופט חשין**, התומך בהעמדת אינטרס ההסתמכות על כוחות רגליו - ענישה חינוכית וכן גם - למה להפלות בין הסתמכות להשבה? מנגד, **השופט מלץ** טען כי לא ניתן לתבוע בגין אינטרס ההסתמכות בעת חוזה הפסד. אחד משיקוליו, הוא שדיני החוזים לא עוסקים בענישה.
2. אינטרס הסתמכות אגבית - כל מה שצד השקיע בהסתמך על החוזה אבל **לא לצורך קיום החוזה**. דוג'- צד קנה תמורה 100 דירה, שערכה עלה ל105. הקונה, טרם קיבל את הדירה, התקשר בחוזה עם קבלן שישפץ אותה, הוא מחויב לשלם לו כסף. זוהי הוצאה שהוא הוציא בהסתמך על החוזה, אך לא לצורך קיום החוזה. באופן עקרוני, הנפגע זכאי לפיצויי בגין אינטרס ההסתמכות האגבית. עקרונית, ניתן לקבל אינטרס זה כפיצויי במסגרתו של סעיף 10 לחוק התרופות. יחד עם זאת, **ס' 10 קובע שני תנאים לצורך זכאות לפיצויים – סיבתיות וצפיות.** **בנזקי הסתמכות אגבית, עלולה לפעמים להיות בעיה של צפיות**, לא בכל מקרה המפר יכול לצפות מהלכים של הנפגע שהוא עושה בהסתמך על החוזה, שהם לא לצורך קיום החוזה.

**אינטרס ההסתמכות השונות מוגן ע"י תרופת הפיצויים,** בכפוף לדעות החלוקות **בפ"ד צוקים**, ויכוח בין השופטים חשין ומלץ. גם **השופט מלץ** מסכים כי המלון יקבל את הפיצויים, **לא ניתן להעריך את פיצויי הקיום ולכן ניתן לקבל פיצויי הסתמכות** (**כתחליף ראייתי**). השופט מלץ מבטא את הגישה המקובלת. **בדיני החוזים ההגנה העיקרית היא על אינטרס הקיום, במקרה של חוזה הפסד לא ניתן לתבוע את אינטרס ההסתמכות**. במקרה דנן, לא ניתן להעריך כמה המלון יכול היה להרוויח/להפסיד. המפר, בכך שהפר בשלב כה מוקדם, פגע באפשרות לדעת האם מדובר בחוזה הפסד או רווח. לכן, מותר לנו להניח הנחה ראייתית, עובדתית, שמן הסתם החוזה לא היה חוזה הפסד. לכן, יש להטיל את הנטל על מי שגרם לבעיה. יוצרים חזקה ראייתית (חוזה רווחי), שניתנת לסתירה ע"י העירייה. במקרה של חוזה רווחי, אינטרס ההסתמכות קטן או שווה לאינטרס הקיום. במקרה כזה, **אם מוכחים את גובה אינטרס ההסתמכות, בעצם אני יודע שאינטרס הקיום לפחות שווה לזה, או גבוה מזה. ואז,** **ניתן לתבוע את הסכום הזה כאינטרס קיום, למרות שהוכחנו בעצם את אינטרס ההסתמכות.**

אינטרס ההשבה – בא לידי ביטוי בעיקר בתרופת הביטול. אינטרס זה פירושו, לקבל בחזרה כל מה שהעברתי במסגרת החוזה לצד האחר. במשפט הישראלי, לפי **ס' 9** לחוק התרופות, **הנפגע יכול לבחור לפי שיקול דעתו, האם הוא רוצה השבת שווי (ערך כספי), או השבה בעין, של הדבר עצמו.** זהו דבר ייחודי לשיטת המשפט בישראל (הדבר מחדד את עמדתו של השופט חשין בצוקים, בדבר הפליית ההסתמכות אל מול ההשבה). בשיטות משפט אחרות – תמיד משיבים את הדבר עצמו (הממכר), אלא אם ההשבה הינה בלתי אפשרית/סבירה, ואז ישנה השבה כספית. אין שיקול דעת לנפגע בבחירה בין ההשבות.

סעיף 9 – "או שהנפגע בחר בכך". נניח שנכרת חוזה מכר. הקונה קיבל נכס שהוא שילם עבורו ע"פ החוזה 100, ושוויו של הנכס בעת הקבלה ירד (שווה רק 50). הקונה **ביצע עסקת הפסד**. המוכר מפר את החוזה, הנכס שהוא נתן פגום/לא מתאים/מסר באיחור רב. מבחינת כדאיות כלכלית, **התרופה הכי כדאית לנפגע היא ביטול** (כי ביצע עסקת הפסד). אם יתבע ביטול, הוא יקבל השבה. מה קורה אם הוא נקשר לנכס והוא מעוניין בו, למרות שהוא פגום? **הקונה יבטל את החוזה, יקבל בחזרה 100, ויחזיר מחיר של שווי הטבעת, היינו 50 בלבד**. **זהו מצב אבסורד שיוצר החוק. אין הגבלה לפי אינטרס הקיום**. הדבר מחזק את הטיעון של **השופט חשין** **בצוקים** בדבר ההפליה של ההשבה אל מו ההסתמכות – אם ההשבה אינה מוגבלת בגובה אינטרס הקיום, מדוע יש להגביל את אינטרס ההסתמכות? במקרה לעיל, המפר נושא בנזק שלא נובע מההפרה, אלא רק בנזק שנגרם כתוצאה מכך שהנפגע עקב שיקול דעת מוטעה נכנס לחוזה הפסד.

בהצעת חוק דיני ממונות, המאפיין מחודד יותר – "הנפגע זכאי להשיב או לקבל השבה, כספית, גם אם ההשבה ממש אפשרית וסבירה".

אלו הם האינטרסים העיקריים המוגנים בדיני החוזים. ישנם מספר אינטרסים נוספים אפשריים:

* הגנה על נזקים תוצאתיים – סוג של אינטרס הסתמכות. מסרו לי טבעת לא מתאימה, הנזק הישיר הוא אינטרס קיום (רוצה שהיא תהא מתאימה), אולם בגלל שהיא לא הייתה מתאימה, היא גרמה לנמק באצבע – זהו נזק תוצאתי. תוצאה שנגרה כתוצאה מההפרה, ניתן לקבל עליה פיצוי. דוגמא נוספת - קניתי דירה מקבלן שהתחייב למסור לי דירה תקינה, לדירה ואז נפל הקיר ,אז יש פה אינטרס קיום וזה העלות שיעלה לי להביא את הדירה למצב שבה רציתי אותה, אבל נגיד שהקיר שבר לי את הרגל, זה נזק כתוצאה של הפרת חוזה.
* פיצויי על רווח שניתן להפיק מחוזה אלטרנטיבי.
* **הגנת אינטרס מניעת עשיית עושר ולא במשפט/השבת פירות ההפרה, פ"ד אדרס –** פ"ד זה היה חידוש עצום של ביהמ"ש, שהשפיע על כל העולם המערבי, בו נהוג הקומון לו. **הלכת אדרס – אם המפר משיג רווח מצד שלישי, הנפגע יכול לתבוע רווח זה.**

נניח ונכרת חוזה למכירת ברזל, בעבור 10. באמצע, מחיר הברזל עלה ל-200, והוגשה הצעה למוכר לרכוש את הברזל. אם המחיר של הברזל במועד הקיום עלה ל-300, ניתן לתבוע את הפרש השווי (לפי ס' 10 או 11), היינו 200. אם המחיר חזר להיות 100, אין נזק. אם המחיר צנח ל-50, יש הפרה, אך לנפגע יש רווח של 50, הוא יכול לבטל את החוזה כי הייתה הפרה, ולרכוש את הברזל, אותו התכוון לרכוש ב-100, ב-50 בלבד.

השאלה באדרס - האם יש להחיל אך ורק קריטריון חוזי, או שיש להלביש את דיני ע"ע על דיני החוזים, ולהגיע לתוצאה בה המפר הפיק רווח שלא ע"פ זכות שבדין (מכר ברזל שהיה מיועד לקונה), ולכן הוא צריך להעביר את רווחי ההפרה לקונה? ביהמ"ש בחר להעביר את הרווח כולו לידי הקונה. ההנמקה – להרתיע מפרים, להדגיש את הערך החשוב של קיום הבטחות, ביהמ"ש דוחה את הרעיון הכלכלי של ההפרה היעילה. ביהמ"ש מגן על אינטרס ייחודי (השבת פירות ההפרה), יכול להיות שיש פה סוג של אינטרס של עשיית עושר, או סוג של אינטרס עונשי. **פיצויי על הפרת חוזה, כשהמפר מפיק רווח מההפרה.**

באילו תנאים תופעל הלכת אדרס? במשפט האמריקאי – כשיש בהפרה זדון.

* **מתן פיצויים עונשיים -** האם דיני התרופות בגין הפרת חוזה, מגנות על אינטרס עונשי? התשובה הטריוויאלי היא לא, כתשובת השופט מלץ. אולם, אם רוצים להיות ריאליסטיים, התמונה קצת יותר מורכבת. אם מטרת הפיצויים היא העמדת הנפגע במצב טוב יותר, על חשבון המפר, כגמול למפר/הרתעה, אז אילו שיקולים עונשיים מובהקים. יש בדיני התרופות סממנים/תרופות בעלות אופי מעין עונשי.

לדוג' – **פ"ד אדרס** (ברור שיש אלמנט עונשי), העמדה של השופט חשין **בפ"ד צוקים**. **פ"ד קרטין** – אדם בשם קרטין נתן לחברת ברוקרים להשקיע את כספו. בסופו של דבר, הוא הפסיד המון כסף. הסתבר, שההפסד נגרם משתי סיבות – ראשית, כל שוק מניות הערך באותה התקופה צלל (הפסד שהיה נגרם בכל מקרה, גם אם לא הייתה הפרה של החוזה). שנית, הברוקר נהג באופן לא רואי, הפר את חובות האמון שלו. ביהמ"ש קבע: הברוקר השקיע את הכסף בעיקר במניות שהחברה הייתה בעלת עניין בהן, והוא עשה פעולות של קנייה ומכירה, שלא עמד מאחוריהם שיקול כלכלי אמתי, אלא הן נועדו להפקת עמלות לברוקר.

לפי הקריטריון של דיני החוזים המסורתיים, עמדת השופט מלץ, הפיצוי היה צריך להיות אך ורק בגין הפרת האמון, ולא בשל קריסת שוק המניות. לעומת זאת, **השופט אנגלרד**, פוסק פיצויים בגין כל הנזק. הוא מפצה את קרטין **גם בגין הנזק שנגרם לו כתוצאה מההפרה וגם על הנזק שנגרם כתוצאה מקריסת שוק המניות**. הוא בעצם, פוסק ברוח השופט חשין בצוקים. **בחוזה הפסד, הוא נותן לנפגע את מלוא ההפסד, כשההנמקה היא הנמקה הרתעתית (שאנשים יחששו מהפרה) וגם הנמקה של גמול.**

דוג' לסוג של פיצוי שעומד מאחורי רעיון עונשי – **מקרי השערוך**. אם נחשוב באופן רציונלי, התניה האכיפה בשערוך, הייתה צריכה להיות בשערוך מלא. אם ערכו של הערך נשחק, יש להעניק אותו בערכו הריאלי. **אם אין ענישה, אז כנגד האכיפה היה צריך לתת שערוך מלא**. אולם, באופן שיטתי כשביהמ"ש פוסק אכיפה, הוא קובע שהנפגע צריך לשלם את הכסף, אך לא בשערך מלא, למה? הוא מפר, לכן **ראוי שלא יקבל תשלום מלא – שיקול של גמול והרתעה, שיקולים עונשיים**. **כשביהמ"ש לא מעניק שערוך מלא, הוא בעצם מעניש את המפר, הוא מעמיד את הנפגע במצב קצת יותר טוב ואת המפר במצב קצת פחות טוב.** הדבר בולט במיוחד **בפ"ד וורטייהמר** – ביהמ"ש אכף את החוזה, הוא ציווה על הנפגע שערוך של הסכום, אבל הוא מדגיש שבד"כ משערכים ב-70-80, אך במקרה זה, כשההפרה זדונית (יש **אשם כל כך גדול של המפר**), הוא משערך אך ורק ב-50. למה? זהו **גמול ראוי למפר, משום שההפרה זדונית, כלומר מכוח שיקול עונשי.**

דוג' נוספת לפיצויים בגין שיקול עונשי – **ניר בוים נ' וילר אינטרנשיונל**. בפ"ד זה, לסבא של ניר בוים היה גג משותף, הוא הרשה לנכדו לבנות שם דירה. ניר התקשר עם החברה לבניית הדירה. סוכם שהתשלום יהיה צמוד דולר. החברה הפרה את החוזה בכך שהיא לא סיימה את הבניה בזמן, אלא במועד מאוחר יותר. כתוצאה מכך, הסכום במטבע ישראלי היה גבוה יותר, אחרי מועד המסירה המיועד, השקל המשיך להיות מפוחת לעומת הדולר. ניר היה זקוק לדירה, לכן שילם, ולאחר מיכן תבע ודרש פיצויים – על האיחור במסירה ועל ההפרשים. החברה טענה כי לא מדובר בנזק, מנגנון ההצמדה שמר על הערך הריאלי של התמורה. ביהמ"ש קבע שההצמדה אכן רק שומרת על ערך הכסף, אך לא ניתן להתעלם מההתנהגות הלא ראויה של החברה, לכן **נפסק שהחברה צריכה להחזיר לו חלק מההפרשים** – 30 אחוז, כי באכיפה אנו נותנים 70 אחוז מהפרשי ההצמדה. אלו הן פיצויים, שהבסיס היחיד שעומד ביסודם הוא שיקול עונשי.

הצעת חוק דיני ממונות-

ס' 1 – **פיצויים לדוגמא**. ביהמ"ש יכול לפסוק פיצויים שאינם תלויים בנזק, אם המפר פעל בזדון. אלו הן פיצויים עונשיים, שמטרתם הרתעתית.

ס' 574 – **צו מרתיע**. תרופה חדשה, שנלוות לתרופת האכיפה. אם לביהמ"ש יש רושם/חשש שהמפר לא יקיים את צו האכיפה, יכול ביהמ"ש לקבוע צו מרתיע (פיצוי בגין כל יום בו המפר לא מקיים את צו האכיפה). זהו פיצויי בעל אופן עונשי מובהק – להעניש אנשים שלא מקיימים את צו האכיפה/להרתיע אנשים מלא-לקיים את צו האכיפה.

* **הגנה על אינטרס שחזור השקילות החוזית, פ"ד ארבוס –**  משפחת ארבוס תבעה פיצויים. אם המשפחה הייתה יודעת שהדירות היו נמסרות בעוד שנה, הם היו יכולים לשלם בעוד שנה. הם לא ידעו שיהיה איחור של שנה, הם שילמו שנה מראש ועל כן דורשים הצמדה וריבית. מה היסוד העומד בבסיס הפיצויים? פרופ' אייל זמיר איתר את האינטרס – **אינטרס שחזור השקילות החוזית.** הייתה הפרה, הנפגע מקבל את ההפרה, מקבל את הביצוע הלא-תקין, הוא רק רוצה להתאים את התמורה שהוא עצמו צריך לתת.

תרופת הניכוי מהמחיר (משרתת את אינטרס שחזור השקילות החוזית) - ניתנת כאשר יש אי-התאמה בממכר. במצב כזה, ניתן לדרוש אכיפה (הוספת חדר חסר). ניתן לתבוע את הערך הכספי של החלק החסר. ניתן לבטל את החוזה. לפי **ס' 28 לחוק המכר**, אם לא ביצעתי שום דבר, לא מעוניין באכיפה ולא ביטול, המסקנה חייבת להיות שאמנם קיבלתי משהו לא מתאים, אולם בדיעבד זה מתאים. בדיעבד, **נותרה רק תרופת הניכוי מהמחיר -** **יש להתאים את המחיר לנכס שקיבלתי בפועל – כמה הייתי משלם אם מראש הייתי קונה דירה שכזו.**

**הדבר שונה מפיצויים.** **תרופת ניכוי המחיר מתמקדת במועד קיום החוזה ומשחזרת מחיר חוזי משוער שהייתי מסכים עליו. תרופת הפיצויים, מנגד, מתמקדת במועד ההפרה, ומטרתה להעמיד את הנפגע במצב לו קוים החוזה כראוי. מטרות שונות, תוצאות שונות.**

תרופת הניכוי מהמחיר מצויה בחוק המכר, חוק חוזה קבלנות וחוק שכירות (טווח גדול של חוזים). בהצעת חוק דיני ממונות, התרופה נכנסת כתרופה כללית אל תוך פרק התרופות, בהקשר של חיוב בהפרה של אי התאמת נכס.

דוג' – נניח והמחיר למכירת נכס הוא 100, בזמן המכירה של הממכר המחיר עלה ל-120. הממכר היה לא מתאים (במקום דירה של 4 חדרים יש 3 חדרים). פיצויים במקרה הזה הם 30. קבלנו ממכר ששווה רק 90 במקום ממכר ששווה 120, לכן פיצויי הקיום הם 30. הניכוי מהמחיר – כמה הייתה אמור לשלם על הממכר? הפיצוי הוא 25 (רבע מהמחיר ההתחלתי). הרציונל – אם הקונה לא ביטל את החוזה ולא דרש אכיפה של החיוב המקורי, מתאים לו מה שהוא קיבל, כל שנותר הוא להתאים את המחיר.

**בכל מקרה בו שווי הממכר במועד המסירה שלו גבוה מהמחיר החוזי שלו, ונשמר יחס קבוע בין שוויו של ממכר מתאים לשוויו של ממכר לא מתאים, תמיד עדיף לתבוע פיצויים.**

תרופת הניכוי בחוק המכר הגיע מאמנת מכר בינלאומית ישנה – אמנת האג. תרופת הניכוי מהמחיר מוכרת בשיטות המשפט האירופאיות (בניגוד לקומון לו). במשפט האירופאי, כשיש אי התאמה של ממכר, לא ניתן לקבל פיצויים, ניתן לקבל רק ניכוי מהמחיר, ביטול או אכיפה. בישראל, ניתן לקבל גם פיצויים, לכן במקרה לעיל נפגע סביר יעדיף פיצויים.

דוג' הפוכה – **שווי הממכר ירד.** במבט ראשון, עדיפה תרופת הניכוי. אולם, **אצלנו ניתן לתבוע ביטול, שתיתן תוצאה טובה יותר.** בעת ניכוי מהמחיר – 105, פיצויים – 100, ביטול – 120. אולם, יכול להיות שהוא מעוניין בנכס, עדין במשפט הישראלי הוא יוכל ללכת על תרופת הביטול, ואז הוא יכול להשיב שווי של הממכר ולא את הממכר עצמו – הוא ישמור על הנכס ששווי 75, ובמקומו הוא ייתן לצד השני 75, ויקבל 120 (יודיע קיזוז ויקבל 45). בשיטה משפטי כמו בישראל, בו הנפגע יכול לבחור בחירה חופשית בין התרופות (לתבוע ביטול גם אם הוא לא מעוניין לבטל, לשם תכסיס כספי), לעיתים רחוקות בלבד יתבע הנפגע ניכוי מהמחיר.

**פיצויים וניכוי מבוססים על רציונל שונה לגמרי. בפיצויים מעוניינים בביצוע החוזה, בניכוי החוזה מעוניינים אך ורק בהתאמת הממכר. לכן, למרות שמדובר בתרופות כספיות, הן סותרות אחת את השנייה, משום שהרציונל העומד ביסודן של כל אחת מהן שונה.**

* כשלא נשמר יחס קבוע, יכולים להיווצר מצבים בהם תרופת הניכוי מהמחיר תהא עדיפה.

**תרופת הפיצויים –**

סימן ג' בפרק ב' של החוק עוסק בפיצויים – סעיפים 10-16.

סעיף 10 – "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה". הסעיף המרכזי והעיקרי לפסיקת פיצויים. בעיקרון פיצויי קיום, אך לפי השופט חשין **בפרשת צוקים** ניתן גם פיצויי הסתמכות. **הסעיף קובע את עקרונות הסיבתיות והצפיות, אותם הנפגע צריך להוכיח.**

**הנפגע צריך להוכיח את נזקו** (המחלוקת **בפ"ד אנסימוב**), מעבר לסיבתיות והצפיות, את היקף הנזק. לא ניתן להשאיר את הנזק לשיקול דעתו של ביהמ"ש. מה קורה כשקשה להעריך את הנזק? במקרים אלו, הנפגע צריך להוכיח באופן מקורב את הנזק, עד כמה שניתן. **בהצעת חוק דיני ממונות,** יש הוראה מפורשת – אם קשה להעריך את הנזק, יש סמכות לביהמ"ש לקבוע את הנזק ע"פ אומדן.

אותם מקרים, בהם הוכחת הנזק מבוססת על הפרש בין מחיר חוזי למחיר שוק – מהו מועד החישוב? לפי סעיף 10 אין מועד קבוע. **הוכחת הנזק במסגרת סעיף 10 היא גמישה ותלויה בנסיבות**. לפי סעיף 11 – מועד הביטול של החוזה.

סעיף 10 כפוף לנטל הקטנה הנזק, הקבוע בסעיף 14 לחוק התרופות.

סעיף 11 – כותרתו לא נכונה, ברור שצריך להוכיח נזק, הסעיף עצמו קובע נוסחה להוכחת הנזק, קל יותר להוכיח נזק. לא צריך להוכיח סיבתיות וצפיות, הסעיף עוסק בנזקים הכי ישירים שיש. הסעיף מניח שבנזק יש סיבתית ויש צפיות.

סעיף 11 א' – "הופר חוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שווים ביום ביטול החוזה". עוסק בהפרה בחוזה מכר או בחוזה קבלנות. יש בעייתיות בלשון הסעיף. בחוזה מסוג זה, כשהופר החוזה, **אם הנפגע ביטל את החוזה, הוא זכאי להפרש שבין השווי של הממכר במועד הביטול לבין השווי במועד החוזה, בהנחה שיש הפרש לטובתו.**

דוג' – המחיר החוזי של הנכס הוא 100, המוכר מפר את החוזה ולא מוסר את הממכר. הקונה מבטל את החוזה. אם השווי נותר 100 – לא ניתן להשתמש בסעיף 11, כי אין הפרש שווי לטובתו של הנפגע. לא ניתן לתבוע בגין הנזק של הפרז השווי. אולם אם המכיר עלה ל-120, ניתן לתבוע בגין הנזק של הפרש השווי, שכן יש הפרש לטובתו של הנפגע.

דגו' נוספת – המוכר התחייב לספק נכס תמורת 100, הקונה מפר את החוזה. המוכר מבטל, ובזמן הביטול, שווי הנכס הוא – 80, המוכר יכול לתבוע 20, הפרש השווי הוא לטובתו. אולם, הקושי הוא שלא הופר כאן חיוב לספק או לקבל נכס. האם ניתן להפעיל את סעיף 11 א'? התשובה- כן. ברור לחלוטין שהחוק התכוון לחוזה מכר ולהפרה מצדו של המוכר או מצדו של הקונה, בשני המקרים ניתן להפעיל את הסעיף. הסעיף לא מנוסח בצורה טובה.

**סעיף זה לא כפוף לנטל הקטנת הנזק**. יחד עם זאת בפ"ד **אוסי נ' אינשטיין,** יש אמירה של **השופט ריבלין** – במסגרת סעיף 11א', אם הנפגע כשהוא מבטל את החוזה מעוניין להשתמש בסעיף 11א', מבטל את החוזה בדרך תחמנית ומתחכמת (מחכה לראות איך השוק יתנהג). אם השוק ירד, הוא כמובן יבטל את החוזה, כי זה כדאי לו. אם השוק יעלה, יוכל לתבוע פיצויים. במצב כזה, השופט ריבלין מעלה רעיון (אוביטר) שאולי מועד השוק לפי בודקים את שווי הממכר, צריך להיות **המועד שבו אמור היה הנפגע לבטל את החוזה אם היה מתנהג בצורה הוגנת**. יש כאן **נטל הקטנת הנזק בדלת אחורית**, **דרך הזזת המועד בו קובעים את שווי השוק של הממכר ממועד הביטול בפועל למועד בו היה ראוי לבטל את החוזה אילו הנפגע היה פועל בצורה הוגנת.**

סעיף 11 ב' – "הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר". הפרה של חיוב לשלם סכום כסף (איחור בתשלום). הנזק הרגיל הוא שווי השימוש בכסף – ריבית. **ישנה נוסחה סטטוטורית לקבלת ריבית על סכום כסף שלא שולם.** העובדה שאדם מקבל את הכסף באיחור גם היא מהווה נזק – **העדר אפשרות להשתמש בנכס**/**בכסף**, לכן תובעים ריבית. מדובר בראש נזק אחר לגמרי מסעיף 11 א'.

גם לפי סעיף 10 ניתן לתבוע את שני ראשי הנזק לעיל (אותם תובעים בסעיפים 11 א' וב'). ההבדלים:

* סעיף 10 כפוף לנטל הקנטת הנזק, סעיף 11 לא.
* סעיף 11 מגדיר בדיוק את המועד לבדיקה שווי השוק – מועד הביטול. לפי סעיף 10 מועד זה גמיש.
* סעיף 10 כרוך בעלויות גבוהות להוכחת ערך הנזק (לא קובע דרך לחישוב הנזק). סעיף 11 קובע נוסחה ברורה, ההוכחה פשוטה יותר וקלה (אין צורך להוכיח סיבתיות וצפיות).
* ניתן לתבוע פיצויים מכוח סעיף 10 לצד פיצויים מכוח סעיף 11, רק כאשר תובעים בגין ראשי נזק שונים. אם תובעים בגין אותו ראש נזק, יהיה מצב של כפל תרופות.

סעיף 13 – "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שייראה לו בנסיבות העניין". עוסק **פיצויים בעד נזק לא-ממוני**. סעיף 12 ב' לחוה"ח מפנה לסעיף 13 לחוק התרופות.

* מדובר בנזק לא ממונה – עוגמת נפש, צער וכו'.
* אין פיצוי כשהנפגע הוא לא אדם בשר ודם.
* בד"כ לא ניתן פיצויי כזה בחוזה בעל אופי מסחרי גרידא.
* לא ניתן להוכיח את שיעור הנזק, הוא נתון לשיקול דעתו של ביהמ"ש.
* הפסיקה קובעת שיש צורך להוכיח קשר סיבתי וצפיות, בדומה לסעיף 10.
* ניתן לתובע פיצויים מכוח סעיף 10 ו-13 במקביל.

סעיף 14 א' – "אין המפר חייב בפיצויים לפי סעיפים 10, 12 ו-13 בעד נזק שהנפגע יכול היה, באמצעים סבירים, למנוע או להקטין". עוסק בנטל הקטנת הנזק.

* נטל הקטנת הנזק חל על סעיפים 10, 12 ו-13. ביהמ"ש זהיר בשימוש בסעיף 14. **הצפייה היא שהנפגע יקטין את נזקו רק כאשר יש לו אפשרות סבירה, ואף קלה, לעשות זאת.** כשהוא צריך להשקיע מאמץ גבוה להקטנת הנזק, הוא לא אמור לעשות זאת. ביהמ"ש הוא מאוד פרו-נפגעי ואנטי מפרים, לכן הנטל מופעל בצמצום ובזהירות.
* מה קורה אם הנפגע מנסה להקטין את הנזק והוא לא מצליח, ואף גורם להגדלת הנזק? כל עוד הוא פועל בתום לב, הוא יפוצה בגין הנזק שנגרם (גם בעד הנזק שהגדיל).

סעיף 14 ב' – "הוציא הנפגע הוצאות סבירות למניעת הנזק או להקטנתו, או שהתחייב בהתחייבויות סבירות לשם כך, חייב המפר לשפות אותו עליהן, בין אם נמנע הנזק או הוקטן ובין אם לאו; היו ההוצאות או ההתחייבויות בלתי סבירות, חייב המפר בשיפוי כדי שיעורן הסביר בנסיבות העניין". העלות שהנפגע הוציא לשם הקטנת הנזק גם היא חלק מהפיצויים.

סעיף 15 – "הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם, ללא הוכחת נזק; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה". עוסק **בפיצויים מוסכמים.** יש התנגשות בין שני שיקולים. האחד – אם צדדים רוצים להגדיר מראש את הפיצוי, יש לאפשר להם זאת, **בשם עקרון חופש החוזים**. השני – אנו **לא מכירים בשיקולי ענישה בתחום דיני החוזים**, ובוודאי שלא מאפשרים לצדדים להעניש בדיני החוזים. הענישה מסורה לרשות, לביהמ"ש.

איך מגשרים בין השיקולים? **סמכות ההפחתה של ביהמ"ש.** ביהמ"ש מכיר בפיצויים מוסכמים, ובלבד שהמטרה שלהם היא באמת לפצות, ולא להעניש. **המטרה/ההצדקה של הפיצויים המוסכמים –** **לחסוך את העלויות של הוכחת הנזק.**

**ביהמ"ש רשאי להשתמש בסמכותו, רק כאשר הפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היא לראותו מראש כתוצאה מסתברת מההפרה. קנה המדינה הוא לא מה קרה בפועל, אלא מה אפשר היה לצפות בעת הכריתה.** אם הצדדים צפו נזק של 100 וסיכמו על כך, ובפועל הייתה הפרה אך הנזק היה 0 (או אפילו הנפגע הרוויח מההפרה), המפר עדיין מחויב לשלם את הפיצויים המוסכמים (100), כי בוחנים את מה ניתן היה לצפות ולא מה קרה בפועל.

* בכמה ביהמ"ש מפחית? עד לגובה שהיחס נשאר סביר, הוא לא יבטל לחלוטין את הפיצויים המוסכמים.

היחס בין פיצויים מוסכמים לתרופות אחרות:

* האם ניתן לתובע פיצויים מוסכמים לצד פיצויים אחרים? אם הדבר בא לפצות על אותו ראש נזק – לא ניתן לתבוע במקביל – כפל תרופות. אם התביעה הינה על ראש נזק אחר, ניתן לתבוע.
* **תביעת הפיצויים המוסכמים נתונה לשיקול דעתו של הנפגע** – הוא רשאי לבחור האם לתבוע פיצויים מכוח סעיף 15 או מכוח סעיף אחר (אך לא יכול לתבוע במקביל בגין אותו ראש נזק).
* אם נוספת תניה מפורשת לפיצויים המוסכמים – התנאי תופס (מלבד אם היא מופעיה בחוזה אחיד) וניתן לתובע בגין ראש הנזק רק פיצויים מוסכמים.

דוג' - ניתן היה לצפות בעת כריתת החוזה שהנזק יהא 100 והצדדים קובעים פיצוי מוסכם של 100. הסיכוי שהנזק יגרם הוא 10 אחוז בלבד. האם אפשר להפחית פיצויים מוסכמים? תוחלת הנזק מבחינת הנפגע היא 10. אם הסתברות התרחשות הנזק מאוד נמוכה, ב-99 אחוז מהמקרים, הנפגע יקבל פיצויים על נזק שלא קרה. גלברד טוען שיש להתחשב בתחולת הנזק.

סעיף 15 ג – "לעניין סימן זה, סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע, דינם כדין פיצויים מוסכמים". יש מצב בו נעשה חוזה מכר, והצדדים מסכימים שאם הקונה מפר את החוזה, המוכר רשאי לבטל אותו, הוא יכול לחלט, להשאיר אצלו חלק מהסכום שניתן לו - **יש התניה חוזית על היקף ההשבה** (יהא חייב להשיב רק חלק). במהות, מדובר בפיצויים מוסכמים. לכן, על סכום כזה, יכול דין הפיצויים המוסכמים.

* כשמדובר על פיצויים מוסכמים בחוזה אחיד, השאלה האם הפיצויים מהווים תנאי מקפח לא זהה לשאלה האם הפיצויים ניתנים להפחתה. הקריטריונים שיופעלו שונים. יכול להיות שהתנאי עומד בקריטריונים של סעיף 15, ולכן ביהמ"ש לא מוסמך להפחית אותו, אך הוא מהווה תנאי מקפח ולכן ביהמ"ש רשאי לבטל אותו.

**תרופת האכיפה –**

סעיפים 3-4 לחוק התרופות עוסקים באכיפה. אין זה דבר מובן מאליו. בשיטת הקומון לו האנגלי, אין זכות מוקנית לנפגע לתבוע אכיפה. תרופת האכיפה מצויה בעיקר בשיטות אירופאיות. תרופה זו אומצה כראשונה בין שווים. התרופה משקפת את העיקרון **שחוזים יש לקיים.** הכרה בתרופה כראשונה במעלה מנוגדת לרעיון של הפרעה יעילה.

בצד ההכרה באכיפה כזכות של הנפגע ישנם 4 סייגים, שמסייגים את האפשרות לאכוף את החוזה:

1. החוזה אינו בר ביצוע – ביהמ"ש לא יעניק צו אכיפה שלא ניתן לקיימו. יש צורך בחוסר אפשרות מוחלטת. **הצירוף של סעיף 39 עם סעיף 4, מקים בסיס לאכיפה בקירוב.** אם ניתן לבצע את **האכיפה בקירוב**, הסייג לא יתקיים. בהצעת חוק דיני ממונות יש סעיף מפורש המאפשר אכיפה בקירוב.
2. כפיה לעשות או לקבל שירות אישי – הרציונל הוא שנודף ריח של עבדות, לא נכפה על אדם לעשות עבודה בניגוד לרצונו. הסייג מתעורר רבות בהקשר של דיני עבודה. **הסייג לא יכול כאשר מדובר בעבודה שלא מבוססת על קישורים מיוחדים אישיים של העובד ולא במצבים בהם אין קשר אישי אמתי אישי בין העובד למעביד. פרשנות הסייג הינה מצומצמת.**
3. מידה בלתי סבירה של פיקוח – ביהמ"ש לא יהא "גננת". אם האכיפה היא פעולה חד-פעמית, אין בעיה. ביהמ"ש מפרש את הסייג הזה באופן מצומצם ביותר, דוג'- **פ"ד עוניסון** – היה חשש שאכיפת החוזה תחייב פיקוח הדוק מידי של ביהמ"ש, לכן ביהמ"ש מינה כונס נכסים.
4. סייג הצדק – מהם שיקולי הצדק? לפי **פ"ד ורטהיימר** – נקבע כי השיקולים הם **בין הצדדים בלבד** בפ"ד זה נקבע שאין עדיפות לקונה המאוחר יותר על פני הקונה המוקדם, חרף תחושת הצדק האינטואיטיבית. "**הראשונה בזמן גוברת**", לפי הכלל של סעיף 9 לחוק המכר. שיקולים חיצוניים לבעלי הדין אינם רלוונטיים. **בפ"ד לוין נ' לוין** – נקבע ע"י ביהמ"ש שבמסגרת שיקולי הצדק, **יש לקחת בחשבון גם שיקולים חיצוניים, של צדדים שלישיים**.

סעיף 4 – "בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין". מאפשר התנאה על האכיפה.

השינויים בהצעת חוק דיני ממונות –

* יש האחדה של התרופות בכל תחום דיני החיובים. אי לכך, תרופת האכיפה תהפוך להיות תרופה שווה גם בתחום דיני הנזיקין ולא רק בתחום דיני החוזים. **המחוקק הוסיף סייג נוסף – לא תינתן אכיפה, כאשר האכיפה נוגדת את אופיו של החיוב.** סייג זה כביכול מייתר את הסייג של עבודה אישית.
* תרופת האכיפה נתמכת בתרופת עזר – **צו מרתיע**, המסמיך את ביהמ"ש להרתיע את המפר ולחייב אותו בפיצויים על כל יום בו לא יקיים את צו האכיפה.

**תרופת הביטול –**

סעיפים 6-9 לחוק התרופות עוסקים בתרופת הביטול.

זוהי **תרופה עצמית** (בניגוד לפיצויים ואכיפה), על מנת לבטל את החוזה, יש לשלוח הודעת ביטול. אם הביטול מוצדק, החוזה בטל. יחד עם זאת, גם הביטול יגיע לרוב לדיון בביהמ"ש. ביהמ"ש ידון האם הביטול היה כדין.

**הביטול משחרר את הצדדים מהחוזה, בעקבות הביטול תבוא השבה**. אם יש נזק נוסף, ניתן לתבוע פיצויים לצד הביטול. בד"כ, הנפגע לא יכול לחזור בו מהודעת הביטול (אלא רק בהסכמה, ואז בעצם נכרת חוזה חדש). אם הנפגע טרם ביטל את החוזה, ברוב המקרים הוא כן יוכל לבטל את החוזה. אם בחר הנפגע במסלול הביטול – לא יכול לחזור בו. אם בחר הנפגע במסלול הקיום – יכול לחזור בו.

* **גם אם חלף זמן סביר והנפגע לא נתן את הודעת הביטול, הוא יכול להחיות את זכות הביטול ע"י כך שייתן לצד השני ערכאה לקיים את החוזה.**
* המפר, מצדו, יכול למנוע מהנפגע להפעיל את התרופה, אם עוד לפני הביטול הוא חוזר בו ומקיים את חיובו.

סעיף 6 – "לעניין סימן זה, "הפרה יסודית" - הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה, או הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית; תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן, אין לה תוקף אלא אם היתה סבירה בעת כריתת החוזה". **סעיף מבחין בין הפרה יסודית להפרה לא יסודית**. מהי הפרה יסודית?

1. הפרה יסודית מוסכמת - הפרה שהוסכם עליה מראש בין הצדדים שתהא יסודית.
2. הפרה יסודית מסתברת - מופעל מבחן אובייקטיבי הקבוע בסעיף 6 – "**הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה".** האדם הסביר העומד בנעליו של הנפגע.
* נניח שהנפגע יודע עובדות מיוחדות, שבגינן הוא לא היה מתקשר בחוזה אם הוא היה רואה את ההפרה הזו. האם העובדה שהמפר לא מודע בכלל לעובדות המיוחדות צריכה לשנות משהו? כן, אך אין לכך זכר בסעיף. **הסעיף מדבר על הצפיות, הערכת ההפרה, בעינוי של הנפגע.** אולם, ביהמ"ש קבע **בפ"ד ביטון** – **הכול כפוף לכך שהמפר ידע או היה עליו לדעת על ההפרה.** ביהמ"ש יצר סימטריה למבחן של סעיף 10 לעניין פיצויים לבין המבחן של סעיף 6, לעניין הביטול.

ההבדל בין ביטול בשל הפרה יסודית לביטול בשל הפרה לא יסודית:

סעיף 7 א' – "הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה הייתה יסודית". בעת הפרה יסודית, לנפגע יש **זכות מוקנית לבטל**. זכות הביטול מוחלטת, אינה כפופה לשיקולי צדק ואין צורך לתת ערכאה למפר.

סעיף 7 ב' – "הייתה הפרת החוזה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קויים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה, זולת אם בנסיבות הענין היה ביטול החוזה בלתי צודק; לא תישמע טענה שביטול החוזה היה בלתי צודק אלא אם המפר התנגד לביטול תוך זמן סביר לאחר מתן הודעת הביטול". בעת הפרה לא יסודית, **הנפגע צריך לתת למפר ערכאה סבירה לקיים את החוזה**. רק אם בתוך הערכאה המפר לא מקיים, יכול הנפגע תוך זמן סביר מתום הערכאה לבטל את החוזה. **הביטול בהפרה לא-יסודית כפוף לשיקולי צדק.**

בהפרה יסודית – הודעת הביטול תינתן תוך זמן סביר ממועד ההפרה. בהפרה לא יסודית - במועד סיום הארכה. אם חלף הזמן הסביר והנפגע לא ביטל את החוזה, הוא לא בהכרח מפסיד את זכות הביטול, הפסיקה קובעת כי ניתן להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה נוספת.

**פ"ד כלנית השרון** – **נקבע כי בעת אינפלציה, השבה של כסף תעשה עם שיערוך, כי ההשבה צריכה להיות בערכים ריאלים.**