**תרופות –**

**הפרה-**

סעיף 1 לחוק התרופות רובע כי הפרה היא **מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה**. אל מול המפר יש נפגע.

סעיף 2- לא משנה אם זאת הפרה גדולה או קטנה, כל מקרה הוא הפרה . התוצאות כמובן יהיו שונות, בהתאם לחומרת ההפרה. יכנס גם תום הלב בעקבות נמהרות לקבוע כי ישנה הפרה של חוזה.

**פ"ד זגורי** - האם מדובר בחוזה בתנאי מתלה או בחוזה בלתי חוקי? ישנה אופציה היפותטית שזה לא חוזה ע"ת מתלה, אלא חיוב חוזי שהופר. צריך להבין שיש הבחנה בין חוזה ע"ת מתלה או חוקי בלתי חוקי או חיוב חוזי שהופר.

מבחינת המפר קיימת **אחריות מוחלטת** – לא מעניין אותנו היסוד הנפשי של המפר, חשוב לנו רק התוצאה האובייקטיבי. אנחנו עושים השוואה בין מה שקורה במציאות למה שכתוב בחוזה. כמובן שיכול להיות הבדל בכמות התרופות ועוצמותיהן בין מפר בתום לב לבין מפר זדוני.

**פ"ד איקסזימין -** מקדיש את העיקרון ועוצמתה של היסוד הנפשי של המפר. העניין יהיה הפרה, ללא קשר להלך רוח המפר. חברה בלגית נקשרה בחוזה עם חברה ישראלית. החברה הבלגית שילמה כסף לחברה הישראלית והמגפיים של החברה הישראלי לא הגיעו לבלגיה. נקבע **שהאחריות החוזית היא מוחלטת**, יש הפרת חוזה על אף שההפרה הייתה בניגוד לרצונה של המפרה ובניגוד ולכך שרצתה לעשות כך. שני הצדדים תרמו להפרה ולכן זה השפיע על התוצאה של התרופות אבל לא על ההפרה.

**פרטין נ' סלומון –** פרטין התחייבו למכור דירה לסלומון ורשמו שהדירה נקייה מכל חוב, שהם התחייבו שהנכס נקי מכל שיעבוד אכן היא הייתה נקייה. כשהקונה הגיע לבנק לרשום משכנתא על הנכס מכיוון שיש הערת הזהרה (היא אומרת שיש התחייבות נוגדת) למישהו אחר על הדירה. ההודעה נרשמה ללא דעת המוכרים וידיעתה. בית המשפט קבע שהוכח בפניו שהמוכרים לא ידעו, הם לא עשו שום דבר כנגד החוזה, אך חרף זאת ישנה הפרת חוזה. הרציונאל של זה **היא שהעיקרון החשוב ביותר הוא קיום החוזה עצמו**. לפיכך, גם אם העיקרון הזה יבוא על דרך הקרבת המפרים היותר מסכנים, אנחנו מוכנים לשלם מחיר זה. האלטרנטיבה היא שאם לא נטיל אחריות מוחלטת, נצטרך להשלים עם כך שחלק מהחוזים לא יקוימו. ישנו שיקול יעילות הטמון באחריות המוחלטת. במקרה זה, אנחנו מתמרצים את הצד לחוזה (המפר). **יש גיוס של מערכת המשפט לטובת אכיפת הבטחות**.

כדי לבחון הפרה, מצלמים תמונת מצב של מה שרשום בחוזה לבין מה שקורה במציאות. לעניין המבחן הזה יש **הבחנה בין 2 סוגי חיובים**:

חיובי תוצאה - רוב החיובים החוזיים. אדם מתחייב שתהיה תוצאה בשטח, לגביי תוצאה מה שתיארנו לעיל שריר וקיים – בוחנים את המצב מבחינה תוצאתית.

וחיובי השתדלות – כאשר צד מתחייב להשתדל לעשות משהו, אז השאלה היא הרבה יותר סבוכה, בגלל אופי החיוב. דוגמא לכך: **פ"ד אורות יצוג עממי נ' גלי עתרי -** מדובר בחברת הפקות שהשתדלה להשיג לגלי עתרי כמה שיותר הופעות בכמה שיותר מקומות. רצה הגורל ובתקופת החוזה הצליחו לארגן לה רק 5 הופעות. עתרי טוענת שהחברה הפרה את החוזה. הטענה של החברה שהם רק הבטיחו להשתדל. בגין פ"ד עלו מס' דרכים אפשריות שבטעמם נוכל לבסס טענת הפרת השתדלות:

הדרך הראשונה - **לבחון היא ע"פ התוצאה**, כאשר התוצאה היא מאכזבת מדי, אנחנו לא נכריע אוטומטית שהייתה הפרה אלא הנטל יעבור למפר הפוטנציאלי שלנו, זאת הפרה של כל החוקים של נטל ההוכחה. במקרים רבים של השתדלות, היא באחריותו של הנתבע בלבד. קשה להוכיח מה הנתבע "לא עשה", אלא ניתן להתבסס רק על התוצאות. צריך להבין ולסייג, ברור לכולנו שראיות בדבר התוצאות הם לא מספיקות. לא חייב להיות קשר בין השתדלות לתוצאות גרועות. **בנסיבות קיצוניות של תוצאה קטסטרופלית, נעביר את הנטל ונאפשר לצד הנתבע להראות שהוא השתדל**.

הדרך השנייה - **חיפוש אחר התנהגות מזלזלת או אדישה של המפר**. זהו חריג לעקרון האחריות המוחלטת וקיימת חשיבות ליסוד הנפשי של המפר.

דרך שלישית (במקרים קלים) – **להוכיח רשלנות קונקרטית של המפר**, הוכחת קיומם של נהלים מקובלים בפרקטיקה וסטייה של המפר מהנהלים המקובלים שלה. לדוג': רבים החוזים שנעשים בין חוזה ללקוח הם חוזי השתדלות, לקוח יוכל לבסס טענת התרשלות אם עורך דינו איחר לבית המשפט, לא הגיש את הטיעונים וכו'.

**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 האכיפה -**

האכיפה, במובחן מתרופת הביטול (ביטול כשמדובר בהפרה יסודית), היא לא תרופה עצמאית, אוטונומית, אלא תרופה שיפוטית – יש ללכת לביהמ"ש כדי לתבוע אכיפה.

סעיף 1 - הסעיף נוקט דוג' לגבי על איזו דרך ייאכף החוזה. **צו הסרת חיוב** – צו לסילוק חיוב כספי אם קיבלתי שירות מסוים, לא שילמתי לו – בית המשפט ייתן צו לחיוב כספי ומתן הכספים. תרופה פיצויי הקיום והאכיפה משתלבות. **צו עשה** – דורש אקט פוזיטיבי ואקטיבי של המפר – השוני מתרופת הפיצויים. לתת לשמעון את הדירה שהתחייבו לגביו. **צו לא-תעשה** – הימנעות מעשיית משהו. דוג' - פס"ד לוין, הבעל דרש לא להציג את החוזה של הגירושין. דוג' נוספת פ"ד סער וטיבעול – שעה שתניית אי-תחרות נאכפת, ניתן צו לא תעשה למפר – אתה לא יכול לבצע אקטים מסוימים, אתה לא יכול להתחרות. השאלה אם לתת צו כזה או לא, תלויה בתוכן החיובים. **צו לתיקון או הסרה של תוצאות ההפרה** – מחייב פעולה מסוימת שאינה מופיעה בחוזה. **פ"ד פומרנץ נ' קדש**- קבלן התחייב למכור לפומרמץ דירה, הקבלן בנה קיר בשטח משותף של מדרגות, כמתחייב מהחוזה שלו עם קונה אחר. פומרנץ תבע אכיפה של שבירת הקיר. מדובר בחיוב יצירתי יחסית, מכיוון שלא רשום בחוזה שחייבים לשבור את הקיר. אם הייתה ניתנת אכיפה היא הייתה על דרך של צו זה – תיקון או הסרה של נזקי ההפרה.

**המשותף לצווים הוא שכולם רוצים להגשים מטרה אחת שבו להביא את הצדדים לאותו מצב שהם התכוונו מלכתחילה, למצב בו היו לו קוים החוזה.**

**אינטרס הקיום הוא הראשון במעלה** - **פ"ד צוקים**. הבכורה של התרופה משתקפת בחוק בכמה דרכים:

סעיף 2 – יש זכאות לתרופת האכיפה, זכות של הנפגע לקבל אכיפה. זוהי **זכות שבדין** ולא זכות שביושר. אין לביהמ"ש הרבה שיקול דעת אם לתת אותה או לא, במידה שהנפגע דורש אותה, מלבד סייגי האכיפה. הסייגים – האי היחיד בו ניתן לביהמ"ש שיקול דעת ללא להעניק את תרופת האכיפה. התרופה היא זכות ולא חובה, הנפגע רשאי לוותר עליה.

אם נסכם ב-6 דברים (התבטאות של תרופה האכיפה):

1. הזכות לקבל אותה.
2. בית המשפט חייב לתת אותה.
3. הבנת השיטה כשיטה שזהו המזור הטוב ביותר להפרה – התרופה הראויה ביותר בדיני החוזים.
4. מבחינתה טקסט החוק תומך בזה פעמיים, גם בסעיף 2 שהוא מונה אותה ראשונה וגם בסדר הבאתם בדברים שהיא תופסת את סימן א' לחוק. הפרשנות המקובלת של סדר הבאת הדברים היא שהיא לא טכנית אלא באה להראות את החשיבות של התרופות.
5. ביהמ"ש שם דגש על הניתוק של המשפט הישראלי מהמנדטורי כפי שהוא בא לידי ביטוי בפסיקות שונות. שופטים נוהגים לפרט ולהרחיב שאכיפה הוא הראשון במעלה פד צרי ניתן בסמוך לדיני החוזים ומשקף את המעבר מהדין המנדטורי לדין הישראלי תוך שהוא מבהיר שזאת תרופה ראשונה במעלה. פ"ד צורי משקף את המעבר מהמשפט המנדטורי למשפט הישראלי, לאחר חקיקת חוד החוזים.
6. סעיף 24 לחוק התרופות – סעיף עצמאות החוק. אומר שהוא עצמאי לחוק, הוא מנתק וקורע את הדינים הישראלים מדבר 46 לדבר המלך. לא בלבד שהמחוקק הסביר את תרופת האכיפה בדרך החיוב והוא עשה זאת גם ע"י דרך השלילה בסעיף 24. בכל עניין בו החוק דן, לא יחול ס' 46 לדבר המלך – ניתוק פורמלי בחוק עצמו של הדינים האנגלים. המסקנה – המחוקק לא הדגיש את הבכורה של התרופה רק על דרך החיוב אלא גם על דרך השלילה.

דוגמאות לגמישות תרופת האכיפה -

**התנאה על האכיפה -**

צו נוסף שביהמ"ש רשאי לתת – **תנאים באכיפה**. **מעבר לארבעת הצווים של האכיפה, סעיף 4 לחוק קובע שביהמ"ש רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע, או בכל תנאי אחר המתחייב מנסיבות העניין**. סעיף 4 לוקח בחשבון, שאם בית המשפט נותן אחד מהצווים יהיה חוסר איזון (כופה על המוכר להעביר לצד השני את הנכס שלצד השני אין מספיק כסף לשלם לו). כאן הבחינה אינה רק במפר, אלא בחינה כוללת במבט-על על החוזה עצמו ואכיפה של החיובים בחוזה.

אחד השימושים המקובלים בכוח הוא **אכיפה תוך שיערוך** – מצד אחד התרופה של אכיפה הוא הראשון במעלה ובצד אחד סעיף 4 והסייגים של סעיף 3 מאפשרים שילוב המאפשר גמישות של תרופת האכיפה ואפשר לאכוף בכל מיני דרכים. **נוכח האינפלציה, בית המשפט המציא פטנט של אכיפה תוך שיערוך**. **התאמה של הערך הכספי החוזי למציאות הכלכלית בשטח**. קיים רצון של הפסיקה להתמודד עם החולי של האינפלציה. ערך הכסף יורד, כל המחירים עולים. ביהמ"ש אוכף את החוזה, אך עקב ירידת ערך הכסף, הסכום שיקבל המפר תמורת הממכר שהוא יתחייב להעביר יהיה סכום נמוך. הקונה הלכה למעשה ישלם על הדירה הרבה פחות בגלל האינפלציה ולכן עושים שיערוך כדי לעשות **צדק**. **השערוך הוא חלקי בלבד ולא מלא, על מנת שלא לתת פרס למפר**. בדרך כלל יעשו שיערוך של 70-80 אחוז. ביהמ"ש רוכש את הסמכות לשערוך משילוב של סעיף 3 וסעיף 4 – נוכח האינפלציה, יכול ביהמ"ש היה לקבוע שהאכיפה בנסיבות המקרה אינה צודקת. ביהמ"ש נותן אכיפה, אך מתנה אותה בשערוך.

**צו שכזה, להבדיל מהצווים האחרים, מתייחס גם לחיוביו של הנפגע. אם ביהמ"ש יקבע אכיפה, עשוי להיווצר חוסר איזון בין הנפגע למפר. מצד אחד, תרופת האכיפה היא תרופה קשיחה וראשונה במעלה, אך מצד שני השילוב של סעיף 3 (סייגים) עם סעיף 4 (התנאה על אכיפה) זוהי תרופה שהיא בעצם פתוחה ומאוד גמישה.**

הסעיף, לפי לשונו, מציין שני מצבים קונקרטיים:

1. האכיפה מותנית בקיום חיוביו של הנפגע, או בהבטחת הקיום של חיוביו.
2. ניתן להתנות את האכיפה, **בכל תנאי שיראה לביהמ"ש נכון בנסיבות העניין**, כל תנאי המתחייב מהחוזה לפי נסיבות העניין. הפסיקה השתמשה בחלק זה בצורה מאוד **מצמצמת** – תנאים המתחייבים מהחוזה , לכן לא ניתן להכניס חיובים שאינם בגדרי החוזה, **התנאים צריכים לעמוד בקשר אמיץ עם החוזה ועם ההפרה, והשיקול דעת של ביהמ"ש לעניין זה כפוף לאומד דעת הצדדים כפי שהיא עולה מהחוזה**. חוק דיני ממונות - מבקש לשחרר את המגבלה שיוצר הסעיף "מהחוזה", יהא כתוב "מהנסיבות", דומה מאוד להליך שקורה עם פרשנות – ביהמ"ש יכול להתנות על האכיפה, בכל תנאי המתחייב מהנסיבות - הרחבת מרחב שיקול הדעת של ביהמ"ש.

**אכיפה בקירוב –** דוג' נוספת לגמישות של תרופת האכיפה

זהו מצב בו אין אפשרות לקיים את החוזה, אין אפשרות לקיימו ככתבו וכלשונו, אולם אין זה אומר שלא ניתן לקיימו בכלל. **המאפשר את האכיפה בקירוב הוא צירופו של ס' 4 לעקרון תוה"ל – ס' 39** (קיום חוזה ושימוש בזכויות חוזיות). התוצאה – אכיפה לכל דבר ועניין, לא בדיוק ככתבו וכלשונו של החוזה, אך באופן הכי קרוב לכך. הרעיון שאוב מעקרון תוה"ל, במובן הממתן שלו – ממתן שימוש בזכויות חוזיות – **אדם לא יכול להשתמש בזכותו החוזית באופן דווקני, כאשר לא ניתן לאכוף את החוזה כמו שהוא, לא ראוי שצד יעמוד על זכותו לאכיפה באופן דווקני**. יש לרכז במקצת את זכויותיו של צד לחוזה, ונאכוף את החוזה בקירוב בלבד.

**כל אכיפה הינה אכיפה בקירוב** – ביהמ"ש לא יכול להזיז את הזמן אחורה, האכיפה אינה במועד המקורי.

**אייזמן נ' קידמת עדן – השופט אנגלרד** העמיד באופן מוקפד ושיטתי את התנאים. אדם רכש יחידת נופש מחברה בשווי מסוים. החברה לא השלימה את הבנייה ומכרה את עצמה לחברה חלופית. היא בנתה דגמים יותר משופרים של דירות. ערך הדירות החדשות היה קצת יותר גבוהה. אייזמן מצדו, שכרת חוזה עם הדירה הראשונה רוצה לשלם אותו סכום עם דירה משותפת. **אייזמן רצה לאכוף את החוזה במחיר המקורי** – כאן עומד האפקט הממתן של חובת תוה"ל, של השימוש בזכויות באופן דווקני. **קדמת עדן** טענו אחרת, יחידות הנופש טובות יותר, המחיר קצת יותר גבוה, **יש לבצע אכיפה בקירוב**. השופט אנגלרד קבע שאפשר להפעיל את אכיפה בקירוב עם תום הלב. הוא פסק שיש להתאים את המחיר המקורי שסוכם בין הצדדים לשווי עלות הדירה המשופרת (למחיר החדש) ונוכח העובדה שיחידת הנופש החדשה עולה באיכותה על יחידת הנופש שהוא קנה בהתחלה, אם ניתן לו את אותה יחידת נופש במחיר מופחת, יעלה בחוסר תום לב מצד התובע והתעשרות שלא כדין של התובע. אומנם יש לו זכות לקבל את הדירה הזאת במאה, אבל הוא לא יכול לעמוד עליה בקפדנות ולשלם 120. ד"ר גלברד אומר שבעצם כל אכיפה היא סוג של אכיפה בקירוב. **קבלת הדירה במחיר המקורי תפגע בעקרון תום הלב, ותוביל להתעשרות לא מוצדקת של אייזמן.**

**פ"ד עמיתי ירושלים נ' טייק –** חברה הקימה בית מלון ומכרה את בית המלון למר טייק היה תנאי מתלה שכל העסקה שנכרתה כפופה לאישור שר האוצר ולהלוואה (הלוואה באישור שר האוצר) שמר טייק יקבל. אם הוא לא יקבל הלוואה ולא אישורים אז החוזה מתבטל. משרד האוצר לא אישר הלוואה, ומר טייק לא קיבל אותה, על כן עתר לביטול החוזה. מר טייק סירב להצעה של עמיתי ירושלים שהוא בעצמו ייתן לו את ההלוואה (אכיפה בקירוב). האם מה שהוצע לו זה אכיפה בקירוב או לא? נבחן האם ניתן לאכוף את החוזה הזה בקירוב ע"פ ההצעה החדשה שעמיתי ירושלים הציעה. שמגר אומר שאנחנו לוחצים לעבר קיום החוזה בזכות העקרונות שמנינו שזאת המטרה העיקרית ולא ניתן להתנתק ממנה. בית המשפט קובע שהוא רשאי להוסיף לחוזה נופך משלו. **בדומה לפ"ד אייזמן, השופט שמגר קובע שמותרת מודיפיקציה קלה של התחייבויות חוזיות, לשם קיום החוזה.**

בפ"ד אייזמן השופט אנגלרד קבע **2 תנאים לשם אכיפה בקירוב**:

1. שינויים לא גדולים – שינוים קלים בלבד.
2. שינויים שאין בהם משום כריתת חוזה חדש עבור הצדדים. לא תנאים חדשים שאינם מוזכרים בחוזה.

הכללים שנקבעו באייזמן ובטייק הם זהים אבל התוצאה של ההליך היא תוצאה שונה. הכללים: אכיפה בקירוב תעשה רק בשינויים קטנים וכשהם אינם עולים לכדי המצאה יש מאין של תנאים חדשים בחוזה או התחייבויות חדשות.

**מבחינת התוצאה האופרטיבית, הנשיא שמגר הגיע לתוצאה אחרת – לגישתו, קיים הבדל מהותי בין הלוואה מסובסדת באישור שר אוצר להלוואה ע"י חברה פרטית – זה לא אכיפה בקירוב אלא המצאת חוזה חדש בין הצדדים.**

**בפ"ד טייק, הנשיא שמגר** קובע שבית המשפט ינסה להימנע מקביעת תנאים חדשים. לפי שמגר היישום של אכיפה בקירוב היא רק לפי **סעיף 25 (פרשנות)**, היינו לפי אומד דעת הצדדים. השופט שמגר עורך פרשנות חוזית, ובוחן האם עולה מפירושו של החוזה לפי אומד דעת הצדדים (מהחוזה והנסיבות) שחיובים אלו העלו הצדדים לקבל על עצמם. בחינה האם מר טייק רצה לקבל את ההלוואה דווקא ע"י הלוואה מסובסדת משר האוצר ולא מחברה פרטית. לפי הנשיא, מאומד דעת הצדדים (נסיבות או לשון החוזה) לא ניתן להניח שהלוואה מצד החברה המוכרת דינה כהלוואה ממשרד האוצר, ולפי כך לא ניתן כאן לאכוף את החוזה בקירוב תוך שאנחנו נשארים נאמנים לחוק 25 לחוק החוזים. **בפ"ד באייזמן**, **השופט אנגלרד** אפשר את קיום החוזה וחיוב גבוה יותר של הקונה וזאת מכיוון שמהותית אנחנו לא משנים את החוזה (הקונה רוצה את הדירה).

**המקודש הוא ערך אכיפת החוזה ובכורות של אכיפה. אבל זה לא על חשבון חופש החוזים ואסור שזה ינגוד את אומד דעתם.**

* **אכיפה בקירוב – פועל יוצא של בסעיף 3 ו-4, בצירוף עקרון תוה"ל (ס 39), משקף את האיזון שנעשה בין בכורת תרופת האכיפה לבין עקרון תוה"ל ומניעת התעשרות שלא כדין. תינתן תחת שני התנאים לעיל (מודיפיקציות קלות, ואי המצאת חיובים חדשים). הסוגיה תידון על יסוד פרשנות של אומד דעת הצדדים.**

נקודת המוצא לסייגים היא בכורתה של תרופת האכיפה. לנקודת המוצא יש 2 נגזרות –

הנגזרת המהותית – **הגישה כלפי סייגים האכיפה היא גישה מצמצמת ביותר**. הגישה צריכה להיות מצומצמת. בגלל העליונות של אכיפה נצמצם את הסייגים. לכן כל פעם שנראה פסיקה שמרחיבה את הסייג, היא פוגעת באכיפה. הפסיקה חשדנית וטרודה.

מבחינה ראייתית – **הנטל להוכחת קיומם של נסיבות, של הסייגים, הינה על המפר, שאינו מעוניין באכיפה**. זהו נטל קשה. שבגינם יכול האכיפה, אין סייגי אכיפה למעט המקרים בהם יוכיח המפר. כאשר מדובר על 50-50 אז יפסקו לטובת הנפגע. הנפגע זכאי לאכיפה כברירת מחדל, לכן אינו צריך להוכיח את אי-קיומם של הסייגים.

**הסייגים לאכיפה:**

1. **החוזה אינו בר ביצוע סעיף 3(1) –** הנכס אבד או הושמד**.** מדובר על מצב קיצוני ומוחלט.אם גנבו למוכר את הרכב אז לא ניתן לאכוף עליו לבצע את החוזה. לא נכלא את זמנו של בית המשפט במקרים בהם לא ניתן לקיים את זה. התנאי הוא **שבשום תנאי לא יכול להיאכף החוזה**. כאשר ניתן לאכוף אותו בצורה מסוימת אז הוא כן. הסייג יפורש בצמצום המתחייב מדין החוזים. **ישנם שני תנאים מצטברים לסייג:**
2. אך ורק אם החוזה הוא באמת לא אכיף (כולל אכיפה בקירוב). **דוק' האכיפה בקירוב, אם ניתנת למישוש, מבטל את האפשרות לקיומו של סייג זה.**
3. מדובר **בחוסר אפשרות קבוע** ולא זמני.
* רק בהתקיים שני התנאים הללו החוזה לא ייאכף ע"פ הסייג הזה.

רוח הפסיקה היא שאין, וכמעט לא יהיו מצבים שבהם החוזה אכן יהיה לא בר ביצוע. הפסיקה תחפש מקרים טוטאליים. **פ"ד איבראים אל אוברה –** היה מדובר בשני צדדים שהיו שותפים במגרש. המגרש היה 50-50, צד אחד היה יותר פעיל והשני פחות. הצד הפעיל בנה בניין על כל המגרש, הגיע הצד השני וביקש להרוס את המבנה ולבנות בגודל שלו. במצב דברים שבו נבנה בניין במשך 5 שנים, יש מצב בעייתי להרוס אותו. אכיפה, תעשה אם תקבע – ע"י הצו הרביעי – להרוס את הבניין. זהו פ"ד מאוד קיצוני, כי נדרש מביה"ש לקבוע הריסת בניין שלם. **השופטת** **בייניש** קבעה שאפשר להשתמש בסייג הזה, על אף שבסופו של דבר היא הכריע ע"פ סעיף אחר בדיני קניין. יש סיטואציה קשה מאוד, היא נותנת רק הרגשה שזהו המצב הכי קרוב שיכנס בגדר סייג הביצוע, אך היא לא מכילה אותו. היא לא תאפשר את ביצוע את החוזה, שכן לא ניתן לבצע את החוזה מכוח דינים אחרים.

1. **סייג השירות האישי, אכיפת החוזה היא כפייה לעשות או לקבל שירות אישי**, **סעיף 3 (2)-**  – סייג זה כולל 4 מצבים:
2. כפייה לעשות עבודה אישית.
3. כפייה לקבל עבודה אישית.
4. כפייה לתת שירות אישי.
5. כפייה לקבל שירות אישית.

הרציונאל הוא ברור – האכיפה של חוזה שיש בו רכיב אישי מדי בעבדותו מעלה **ניחוח של עבדות ובמשפט קיימת סלידה מכך (בסעיף 30 של חוזה פסול).** גם הסעיף הזה מבטא סלידה מעבדות ונותן משקל יתר לזכויות הפרט. דוג': משורר התחייב לרשום שיר אישי, ברור שבית המשפט לא יכפה על המשורר לרשום שיר עבור מישהו (לעומת זאת הוא יצטרך לתת פיצויים). ישנם שיקולים כלכליים– לא ניתן לחייב אותו לעשות עבודה טובה ובית המשפט לא יוכל לפקח כי אכן ניתנת עבודה טובה.

**יש ניחוח של פגיעה באוטונומיה של הפרט – ניחוח של עבדות או כפייה.**

קיים גם **נימוק אינטואטיבי** – כשיש הפרה, לא נכון להתייחס לשיתוף פעולה. הנימוק האינטואיטיבי – הצד המקבל, לדוג': אישה סוחרת מטפלת והיא מפרטת אותה. אף בית משפט לא יכפה טיפול של מטפלת על מי שפיטרה. דוג' - **פ"ד צורי** – רופא ששימש כתועמלן (שיווק) של חברה (העבודה טומנת בחובה כישורים אישיים), עבודה שכולה קשורה בכישוריו ויכולותיו. הוא פוטר, ופנה לבית הדין הארצי שיחזירו את הרופא לעבודה. בית המשפט אומר שיש פה יותר מדי יכולת אישית. לא אוכפים חוזה של שירות אישי, לא ניתן לכפות על המעביד להעסיק מישהו שטיב הקשר בינו למועסק הוא כה אינטימי ואינטנסיבי ואישי. בית המשפט אומר שהוא לא יכול לכפות על המפעל לקבל את הרופא כמו שהוא לא היה מחייב את הרופא לעבוד במפעל.

**מתעוררת שאלה האם לא נאכוף אף פעם חוזה עבודה?**

כדי לענות על זה ישנם שני מבחנים:

1. **המבחן הראשון :** **מבחן הקשר בין העובד למעביד-** טיב הקשר בין המעסיק לעוסק. ברור לכולם שיש הבדל בין בתי עסק גדולים לקטנים. ככל שהוא גדול יותר אז הקשר מתרופף, וככל שהוא קטן יותר, אמיץ, אינטנסיבי, הוא מתהדק – הדין ייטה שלא לאכוף חוזה מסוג זה. ככל שהוא גדול יותר והקשר מתרופף נוכל לאכוף את החוזה. ככל שמקום העבודה גדול יותר – הקשה נעשה רופף יותר – הדעת נותנת שעובד שהוא רק פונקציונר קטן שעוסק בעבודה טכנית באופן יחסי, יצליח ככל הנראה לאכוף את החוזה. במקומות קטנים – הקשר אישי יותר, אינטימי יותר ומבוסס על אמון.
2. **המבחן השני : טיב השירות – מבחן כישוריו של העובד –** לא מדובר בכל שירות אישי, אלא **שירות אישי במהותו, מבחינה אובייקטיבית**. ההבחנה היא מאוד קשה. ברור שלא מדובר ברשימה סגורה של מקרים (דוג' של מורה פרטי, רופא בנסיבות ספציפיות, מתמחה במשרד קטן). יש לבחון את זה במבחן אמת. האם העבודה יורדת לשורש המבחן הספציפי. בהתאמה לכך כן נבוא ונחייב ספק להעביר סחורה, אבל לא נחייב את שלומי שבת לשיר בחתונה שהוא לא רוצה.

**בוחנים האם האדם נשכר לעבודה נוכח תכונותיו, ייחודו הספציפי כישוריו, סגולותיו וכו'.**

מבחנים מצטברים?

האם מדובר במבחנים משולבים או מספיק שיתקיים רק אחד מהם? התפיסה המקובלת – **תלוי בגורם שדורש שהחוזה לא ייאכף**. יש להבחין בין כפייה לקבל שירות אישי לבין כפייה לעשות שירות אישי.

**ככל שמדובר באכיפה לקבל שירות (מהצד של המעביד) –** המעביד צריך להוכיח את שני המבחנים את מבחן הכישורים ומבחן של טיב הקשר. זהו מבחן מחמיר יותר!

**ככל שמדובר בכפייה לעשות/לתת שירות אישי-** מספיק מבחן הכישורים ובמבחן אישי כדי שלא נאכוף את החוזה (יש להצביע שמדור בשירות אישי בלבד, ואין צורך להוכיח את טיב הקשר). אם מדובר באכיפה לקבל עבודה **(פ"ד צורי),** גם אם מדובר בעבודה אישית, המעסיק יצטרך לבוא ולהוכיח שיש קשר אישי כדי שהחוזה לא יתקיים. אם לא היינו עושים כך היינו פוגעים ביכולת האכיפה כל פעם שיש מקרה שונה.

פרמטר שאומץ בפסיקה- **שירות לא יחשב אישי בזמן שניתן יהיה להעביר לאדם אחר והביצוע יהיה זהה לחלוטין.** **השאלה - האם האדם התחייב לבצע את העבודה בעצמו, במו ידיו, שירות לא יחשב אישי במצב הדברים בו ניתן להעביר את הביצוע לאדם אחר.** **פ"ד סתם נ' מרקוביץ' –** מדובר בעסקת קומבינציה, ועלתה שאלה האם מדובר בסייג אישי, בית המשפט קבע שלא מדובר בשירות אישי, הקבלן לא מחויב לעשות בעצמו, יש לו 78 פועלים שעושים זאת וזה לא בעיה. ההבחנה באין האישי ללא-אישי – תבחן בין היתר ע"י השאלה האם האדם התחייב לעשות זאת בעצמו. כשיש חוזה אישי במהותו ויש בתוכו חיובים לא אישיים (תשלום או שכר עבודה) החיובים האלה כן יאכפו, בית המשפט יעשה הבחנה בין החיובים השונים.

**המבחן המשפטי הכולל לתחולתו של הסייג:**

1. האם החיוב נועד לקיום אישי – מבחן מקדים.
2. טיב הקשר בין העובד למעביד, נותן ומקבל השירות.
3. טיב השירות המתבקש או הניתן.
4. האם האדם התחייב לבצע את העבודה בעצמו ובמו ידיו.

יש מגמה להרחבת סייג השירות האישי –

מגמה אחת להרחבת הסייג – בעבר היה מקובל לחשוב שניתן לאכוף התחייבויות שליליות (להימנע מלעשות דבר), ובגדר הסייג הזה נכנסו רק חיובים חיוביים. פרופ' שלו עומדת על מגמה בסייג – כשמעיינים בפסיקה, מזהים מגמה להרחבת השירות האישי בניגוד למה שציפינו בגלל ערך האכיפה. וזאת מכיוון שבעבר היה נהוג לומר שהוא מצומצם רק לביצוע עבודה אישית ולא הימנעות מלבצע. **פ"ד וגנר –** זמרת אופרה התחייבה לשיר במקום אחד ולא לשיר במקום אחר, לא אכפו עליה **לשיר במקום האחד אך אסרו עליה לשיר במקום אחר**. **כשאדם נמנע מלעשות עבודה מסוימת, כשהוא התחייב להימנע מעשיית פעולה מסוימת, ההתחייבות תיאכף**. כיום, **אוכפים במלוא העוצמה גם תניות שליליות**, דוג' – תקנת הציבור ב**פ"ד סער וטבעול –** איסור תחרות. בהתחלה נהגו לאכוף התחייבויות כאלה אבל תחת פירוש מצומצם. לאחר מכן, כשערך התחרות נכנס כערך עצמאי, בית המשפט קבע שהוא לא אוכף יותר התניות כאלה (בגלל תקנת הציבור), מפרספקטיבה של אכיפה ברור שזה מגדיל באופן גדול את הסייג וישנם התנהגויות רבות שמושפעות מזה. הנכונות של הפסיקה לגבי אכיפה של תניות במסגרתן צד מבטיח שלא להתחרות ירדה.

נסיבות נוספות להרחבת השירות האישי - **שותפות בין שני אנשים.**

**פ"ד** **זאב נ' אינקומר –** הובטח לזאב שיהא מנכל באיזושהי חברה בשותפות עם אדם בשם לוין. אדון זאב תבע את זכותו לנהל את החברה בשיתוף. בית המשפט לא אכף שירות אישי לא בנסיבות של שירות ולא בשל עבודה אלא בנסיבות של שותפות. הכרחת שני צדדים לעבודה יחד, יורד יותר מידי לאוטונומיה של האדם. שני הצדדים התחייבו להקים עסק**,** להיות שותפים מלאים במניות ובניהול, צד אחד לא היה פעיל וחזר אחרי כמה שנים ודרש מניות וניהול. הוא קיבל מניות אבל לא אישרו לקבל ניהול חברה כי הוא לא רוצה להתערב במשהו אישי של שותפות, **ישנה הרחבה של הסייג ומכילים אותו גם בשותפות.**

1. **סייג הפיקוח, סעיף 3 (3) –** סעד האכיפה דורש פיקוח צמוד מדי של בתי המשפט – הסייג הוא כדי להקל על הרשויות שלא יאכפו חוזים שקשים מדי לפיקוח. ברור שבחיוב לקבל שירות אישי יש בעיה של פיקוח. הפירוש של סייג זה הוא **מצמצם** מאוד. **פ"ד תמגר נ' גושן** – הסכם קומבינציה מאוד מורכב וארוך טווח, יחסי הצדדים עלו על שרטון – עלתה שאלה האם הסייג מתקיים. **השופט אור** – קבע שכשהוא מסתכל על החוזה, הוא לא מוכן לשלול את סייג האכיפה, אלא בשלושה תנאים מצטברים:
2. החוזה מורכב במיוחד- עסקה מורכבת במיוחד – חורגת מהעסקאות שאנו נוהגים לראות בפרקטיקה היומיומית.
3. שהחוזה ארוך טווח במיוחד – משך זמן ביצוע העסקה ארוך במיוחד.
4. החוזה דורש מידה גבוהה מאוד של שיתוף פעולה של שני הצדדים.

**רק בהתקיים 3 התנאים בית המשפט נמנע מלאכוף את החוזה בגין סייג זה.**

**יש קשר הינהרנטי בין הסייגים – חוזה של שירות אישי קשור בקשר הינהנרטי לסייג פיקוח.**

1. **סייג הצדק, סעיף 3(4) –** חוזה לא ייאכף שהחוזה בלתי צודק בנסיבות העניין, מדובר על הסייג המאיים ביותר לבלוע את סייג האכיפה. הוא מונע בתוכו מוסג שסתום, אמורפי הנעדר תוכן קונקרטי שמקנה לבית המשפט שיקול דעת רחב להפעלתו בנסיבות העניין. זאת צומת משמעותית ביחס לסייגים האחרים (בעלי כללים ברורים). כאן מדובר שוב על סטנדרט. צריך להבין שבדיון הזה תמיד נכריע באופן מפורש וישיר לגביי מעמדה של אכיפה. ממלא אחד הפרמטרים שישקלו הם מה הם מעמדה ועוצמתה של האכיפה. הכרעה בסייג הצדק הוא דיון בעוצמת תרופת האכיפה ומעמדה.  **הסייג במשמעותו הרחבה דומה לדין הפרשנות, חובת תוה"ל ותקנת הציבור – מושג אמורפי שביהמ"ש יוצק את תכניו – דרך להזרמת ערכים חיצוניים.**

לסייג הצדק שתי גישות:

**הגישה הצרה –** **פ"ד ורטהיימר** **–** יש לערוך את מאזן אינטרסים בין שני הצדדים לחוזה, רק זה יבחן, אף אינטרס נוסף לא יכנס. שתי הנטיות שלאורן נקבע את מאזן הצדק - הנטייה הראשונה היא שלתרופת האכיפה תמיד מעמד בכורה, והנטייה השנייה ברור שלנפגע תינתן עדיפות. בינתן שתי נקודות מוצא אלה נראה מה קורה לצדדים – האם המפר יינזק יותר מאכיפת החוזה או שמע הנפגע יינזק יותר מאי אכיפת החוזה. **נבחן 2 דברים:**

1. מאזן הנזקים בין שני הצדדים/מאזן האינטרסים (מי מהצדדים יינזק יותר) – בכפוף לשתי נטיות (ברירות מחדל) –
2. מעמדה של תרופת האכיפה.
3. עדיפות ברורה לנפגע - כשכפות המאזניים מאוזנות, תינתן עדיפות לנפגע
4. מבחן שני **הוא התנהגות הצדדים**..

בעזרת שני המבחנים הללו נבחן את הגישה הצרה.

**פ"ד פרץ נ' ביטון –** פרץ מוכרים את דירתם למשפחת חליף, פרץ קונים דירה חדשה מביטון, ביטון קונים מגבאי. כל צד חייב כסף לשני. כליף-פרץ-ביטון-גבאי. יש פה שרשרת מכירות ונשייה כספית. מצד אחד יש לנו צד משתדל וצד תעלולן. בגלל איחור בתשלום כל צד איחר בתשלום לצד השני. בגלל האיחור גבאי מבטל מביטון, וביטון מפרץ. פרץ רוצים אכיפה וביטון ביטול.

ביהמ"ש לא מתעניין בשרשרת, מאזן האינטרסים יערך רק בין שני הצדדים החוזה, הצדדים לחוזה הפרטני – בין פרץ לביטון. **לצורך מתן אכיפה במקרה הזה, בית המשפט בוחן את גישת הצדק, הוא עושה מאזן אינטרסים בין הצדדים, פרץ רוצים אכיפה וביטון שלא.**

**התנהגות הצדדים –** ביטון לא היה תם לב, הוא קפץ לבטל את החוזה. הם לא ניסו בכלל לשכנע את גבאי שלא יבטל. ביטון חיכו רק 8 ימים לביטול החוזה. תגובות לא-סובלניות, הוא ביטל את החוזה מייד, לא נתן ערכאה לקיום החוזה. פרץ לעומת זאת, פעלו בתום לב לקיום החוזה, הם התדלו, הם דאגו מיד להעביר כסף לביטון, הם עשו כל שביכולתם. בית המשפט נתן יותר נקודות זכות לפרץ. הנטייה הייתה ע"פ צד זה לתת אכיפה. אי לכך, כשנשארים במישור הזה, כרגע המסקנה המתמנת היא שיש להעניק צד אכיפה.

**מאזן האינטרסים –** מה יקרה לשני הצדדים – מה יקרה לנפגע אם לא נאכוף את החוזה, לעומת מה יקרה למפר אם נאכוף עליו את החוזה. בחינה היפותטית של מה יקרה לכל אחד מהצדדים בסיטואציה שהוא טוען להיפוכה.

מצדו של ביטון – יצטרך לתת את הדירה, אך הוא יישאר בלי כסף ובלי דירה – גם מעביר דירה וגם לא יקבל את הכסף. מצדו של פרץ – אם החוזה לא ייאכף, הם יישארו בלי דירה (מכרו גם את דירתם), והכסף לא יאפשר לקנות דירה אחרת. במשור מאזן האינטרסים – הסיטואציות זהות. מה שפרץ סבל מביטון, ביטון סבל מגבאי. כפות המאזניים מאוזנות, לכן החוזה ייאכף. בגדול בית המשפט רואה שהנזק שיגרם לפרץ הוא זהה למה שיקרה לביטון. במובהק הצדדים שקולים. כאשר מדובר במאזן שקול אז בית המשפט יקבע לטובת הנפגע.

**המבחן הזה הוא צר, רק מבחינת הצדדים הנכנסים במבחן/מאזן האינטרסים. אולם, מבחינה כרונולוגית המבחן הוא רחב, הוא בודק גם נתונים מההווה ולא רק מהעבר, הוא בודק מי יינזק יותר עכשיו.**

**פ"ד פומרנץ –** בפ"ד זה עשו מאזן אינטרסים, אך נדונה בו שאלה שהושארה בצריך עיון – גישת/שאלת בייניים – האם ניתן להתחשב בצדדים שלישיים (לא בחברה בכללותה) שיינזקו?

קבלן התחייב למכור לפומרנץ דירה, הקבלן בנה קיר בשטח משותף של מדרגות. פומרנץ ביקשו אכיפה של שבירת הקיר. מדובר בחיוב יצירתי יחסי מכיוון שלא רשום בחוזה שחייבים לשבור את הקיר. שני הצדדים שקנו הם תמי לב, רק הקבלן הוא לא בסדר. עלתה שאלה האם כשעושים מאזן צדק צריך להכניס את הקונים השניים למאזן או רק בין הקבלן למי קנה. **בית המשפט קבע שלא מכניסים צדדים נוספים**, **אלא רק צד לחוזה**. האינטרסים הם של הצדדים לחוזה בלבד. הרציונאל הוא חינוכי, אם אני אתחשב בצד שלישי, אני אעודד קבלנים להתחייב עם עוד אנשים, כי הוא ידע שבית המשפט יפסוק ע"פ הצדק וע"פ החוזה השני **(השופטת** **בן פורת)**.

**במבחן – יש להתייחס למבחן הצר ולמבחן הרחב. אם יש מעורבות של צד שלישי, יש להתייחס לשאלה זו בפ"ד פומרנץ, שהושארה בצריך עיון.**

לדעת הרבה פרשנים הגישה לא נכונה, כי הוא גם כך יצטרך לפצות את הצד הנפגע בכסף שווה ערך. אז לא חשוב לחנך את הקבלן. ב**פד אדרס** ראינו שגם אם בחוזה השני הוא הרוויח יותר מהחוזה הראשון, עדיין ניתן יהא לקחת ממנו את הכסף, בשל מניעת עושר ולא במשפט. בהתקיים פיצויים הקיום והלכת אדרס, הטיעון של בן-פורת לא נכנס. **השופט שמגר** גם לא חושב שצריך להכניס צד שלישי, אבל הוא לא חושב שצריך לעשות אכיפה וזאת בגלל התנהגות הקונים.

**גישה רחבה לסייג הצדק – פ"ד לוין** (דיברנו עליו האם נכרת חוזה בין הצדדים, ודיברנו האם הוא עומד נגד תקנת הציבור) – האם בכלל נכרת חוזה? דיני הכריתה הם מהותיים ולא צורניים – בודקים מבחינה מהותית האם מדובר בחוזה או לא. ראוי שהיא תעשה ע"פ כוונה הצדדים, אומד דעתם וכו'. מדובר בחוזה, הוא לא נוגד את תקנת הציבור. נשאלת השאלה, האם הסעיף הוא אכיף או לא (להראות לבתי משפט)? אם הוא אכיף, זה לטובת הגבר, אם הוא לא אכיף זה לטובת האישה. **בית המשפט בודק האם אכיפת החוזה בנסיבות העניין תהיה צודקת או לא**. האם במסגרת 3(4) האם יכלכלו שיקולים ציבוריים שאינם נוגעים למאזן הצר של הצדדים. **השופט** **זמיר** מחליט שכן, מדובר בחוזה לכל דבר ועניין, הנוסח הוא של חוזה. השיקולים שלו הם שניים:

1. ע"פ הטקסט –לשון הסעיף מאפשרת הכנסת ערכים ציבוריים לתוכן. הוא סומך את טיעונו על יסודות טקסטאלי – סעיף 3(4), אינו מונע להכניס עקרונות רחבים יותר לתוך מאזן הצדק.
2. תכלית – תכליתו של הסעיף הוא להגשים את ערכי היסוד של השיטה.

מכאן הוא גוזר 2 מסקנות:

1. **כללית –** סייג הצדק לא התכוון למנוע מבית המשפט מלהכניס ערכי היסוד של השיטה**.**
2. **ספציפית –** סייג הצדק לא מונע מערך פנייה לערכאות.

לכן קובעים שהסעיף לא אכיף, בגלל **שהסעיף לא מתקיים עם ערכי היסוד של השיטה ולכן לא עומד בסייג הצדק.**

**מה ההבדל בין לאשר בצדק ולא תקנת הציבור?** ההבדל הוא **בתוצאה** – בתקנת הציבור מדובר בבטלות, וכאן מדובר שאין פסול בסעיף שלעצמו, אין עניין של בטלות אבל הסעיף לא אכיף. התוצאה של הפסיקה היא מעט אבסורדית –קבעו שכן מדובר בהפרת חוזה של האישה שהיא פנתה, ולכן על אף שהיא זכתה במזונות, הבעל יכול לפנות לבית משפט בטענה של הפרת חוזה והוא יקבל פיצויים (אם הוא יקבל פיצויי קיום אז המצב יהיה כמו ללא קיום החוזה).

היה אפשר להגיע לאותה תוצאה עם הגישה הצרה – אם שופט זמיר היה עורך מאזן בין הצדדים להבנה שמדובר בסעיף לא אכיף בגלל שבמאזן בניהם יכלו לפסוק לטובת האישה. אבל השופט זמיר רצה להראות שבית המשפט לא יעמוד מנגד לחוזה שאכיפתו הם נגד ערכי יסוד של השיטה.

השופט זמיר, בנימוק נוסף, מסביר שהוא עושה קל וחומר פשוט מתקנת הציבור, אם הוא היה מכניס את תקנת הציבור שיוצרות תוצאות מחמירות, אז הוא יכול להכניס את אותו ערך כאשר התוצאות פחות קשות. אך נראה שיש טעות בנקודת מוצא של זמיר – מדובר במאזן כוחות שווה בין הצדדים שרק בגלל תקנת הציבור לא תקף. אבל סעיף 3(4) מדובר על מפר וניזוק וברגע שאנחנו מרחיבים את הסייג אנחנו פוגעים בצד הניזוק כאשר נכנסים אינטרסים שלא בין שני הצדדים.

סיכום – **קביעת השופט זמיר מהווה פתח נוסף להזרמת ערכים חיצוניים לתוככי החוזה**, הנימוקים בחלקם לא טובים, אבל בראיה רחבה מדובר במהלך טוב. השופט הניח את הגישה הרחבה – ניסיון לבלום את הגישה לערכאות יעלה כדי פגיעה בתקנת הציבור. אך במקרה דנן הסעיף לא שולל את האפשרות של האישה לפנות לערכאות, אלא רק את זכותה להסתמך על החוזה לצורך תביעתה. **השופט מכניס שיקולים וערכים חיצוניים לתוך החוזה, לתוך סייג הצדק.**

**בסופו של יום התרחקנו מהגישה הצרה לגישה המרחיבה וזאת נהוג בשיטתנו. עדיין אין לנו תשובה לגביי צדדים שלישיים, היא טרם הוכרעה.**

**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.**

**תרופת הפיצויים –**

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

פיצויים יכולים להינתן כתרופה עצמאית או כמשלימה. הגישה של דיני התרופות היא תמיד לטובת הנפגע. קיים איזה שהוא חשש תמידי שהנפגע ינסה להתעשר שלא כצורך ע"ח המפר. מדוע החשש קיים? מכיוון שאכיפה היא תרופה מאוד מדויקת, לעומת זאת פיצויים הם הרבה פעמים לא מדויקים. לא תמיד ניתן לדעת במדויק מה יהיה בעתיד. בגלל שיש שיקול דעת, יש חשש שתהיה טעות ונסטה ממה שהיה אמור לקרות בפועל.

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.

שלושה שלבים לזכאות בפיצויים:

1. איתור הנזק- הניזוק צריך להראות איזה נזקים נגרמו לו.
2. תיחום הנזק – לא די בקיומו של הנזק, צריך לעמוד בשני מבחנים מצטברים שנוכל להגיד שזה בר פיצוי:

סיבתיות – שהנזק אירע עקב ההפרה. טענות הגנה נפוצות – הנזקים לא קשורים אליי, הם מתנודות השוק, מפרים יטענו גם שהטיעונים לא הגיוניים (רות נ' דיק – הצד המפר טען שאובדן הנזקים הם בגלל שאתה ביטלת ולא בגלל ההפרה, בית המשפט הגיב שהביטול הוא בגלל הפרה)

צפיות – מבחן הצפיות יבחנו רק כאשר מדובר בנזקים שעברו את מבחן הסיביות. הצפיות כאן היא לגביי המפר, מה הוא היה צריך לצפות. הזמן הרלוונטי הוא זמן הכריתה. יש שני סוגי צפיות:

מה הוא צפה בפועל (אמירות במשא ומתן, עדויות במשא ומתן, הסכמות חוזיות מפורשות).

צפייה בכוח – ע"פ האדם הסביר, אנחנו מבינים שמדובר בשיקולי מדיניות, בית המשפט יחליט במקרה הקונקרטי מה צפוי ומה לא. חשוב להבין שבפועל בית המשפט מגדיל את הצפיות בכוח, כי הוא מחמיר עם מפרים. **לפי ביהמ"ש, מספיק לצפות תוצאה מסתברת בלבד, יש לצפות רק את הנזק, מה הנזק בפועל, לא מה הוא היה צריך לצפות את הנזק אלא מה היה הנזק בפועל, ואין צורך לצפות את היקפו של הנזק, אלא רק את סוג הנזק**.

פ"ד צוקים – בדקו האם משקיעים מחו"ל נכנס להגדרת הצפיות. דרך המלך היא צפיות בפועל, ככל שיהיו הרבה עדויות ואמירות שזה מה שמתוכנן. במלון צוקים זה לא היה המקרה, אלא הם בדקו צפייה בכוח.

1. כימות הנזק – **בפ"ד אניסימוב** לדעת השופט ברק, צד חייב לבוא ולהוכיח את **שיעור הנזק**, הוא חייב להביא נתונים ספציפיים ונתונים ע"מ להוכיח את הנזק. אם הנפגע לא עשה זאת, אז חרף העובדה שהוא הראה שמדובר בנזק בר ביצוע הוא לא יקבל כסף. **השופט חיים כהן** אמר שדי להוכיח נזק בר פיצויי, השופט יעשה אומדן כללי ויפסוק את אומדן הנזק.

הקביעה של ברק היא נוקשה. הוא אומר שחרף העובדה שהוא מבקש ראיות עדיין קשה לאמוד את הנזק, אז השופט יעשה אומדן. הפסיקה המאוחרת **הבהירה יותר לגישתו של ברק ופחות חיים כהן**, שאם יש נתונים זמינים לנפגע והוא יודע טוב מהמפר והוא נמנע כדי שבית המשפט יעמוד את הנזק, אז בית המשפט לא יפסוק לו פיצויים לנזק.

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.