**11\10\30- שיעור מספר 1**

**מבוא לדיני החוזים**

ברוב ענפי המשפט למדינה יש תפקיד כפול של קביעת הנורמות (באמצעות המחוקק) ואכיפת הנורמות (באמצעות ביהמ"ש). לעומת זאת, בדיני חוזים הצדדים הם אלו שקובעים את הנורמות והחוזה הוא החוק הפרטי של הצדדים.

**חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג- 1973**

עניין דיני חוזים הוא מין תרשים זרימה- צריך שתנאי אחד יתקיים כדי להמשיך לתנאים הבאים.

**התנאים הם:**

1. **האם נכרת חוזה?** האם נכרת בתנאים המתאימים המעוגנים בחוק לכריתת חוזה?
2. **האם יש פגמים בכריתת החוזה**? לדוג'- אם לאחר חתימת חוזה בין מוכר רכב לקונה, מתגלה לקונה שיש פגם ברכב עוד לפני חתימת החוזה ודבר זה הוסתר מהקונה.
* ישנם כמה סוגים של פגמים בכריתת חוזה:
* הטעייה- אי הצגת כל המידע הקיים
* כפייה- מכריחים אדם להתקשר ולחתום על חוזה
* עושק- כאשר צד אחד מנצל את הצד השני- יודע שהצד השני חסר בניסיון בנושא, נמצא במצב נפשי ירוד וכו'.
1. **מה הוא תוכן החוזה?**
2. פרשנות- מצבים בהם יש לנו סיטואציה מסוימת ויש בין הצדדים מחלוקת לגבי התוכן- ניסוח לא ברור, כוונה לא ברורה וכו'. זהו חלק של פרשנות בלבד.
3. השלמה- נושאים מסוימים שהצדדים לא דיברו עליהם במהלך ההתקשרות בחוזה. לדוג'- שתיקה לגבי מנגנון ההצמדה במקרה של פיצויים. במקרה זה בימ"ש כן פועל, לעומת החלק של הפרשנות שבו הוא רק נותן פרשנות חיצונית ולא נוגע בחוזה עצמו,והוא משלים את החסר. במקרה זה בימ"ש כן פועל אך לא בצורה אגרסיבית אלא רק משלים את החסר.
4. התערבות- כאן בימ"ש הפוך להיות יותר אגרסיבי. בתחומים מסוימים בימ"ש קובע ומשנה את הכתוב בחוזה. למשל: אם מעסיק כותב שהוא לא מוכן לשלם פיצויים לעובד במקרה של פיטורין, המדינה כן מתערבת ומוחקת סעיף זה ומוסיפה במקומו סעיף של תשלומי פיצויים.

המדינה מתערבת ב:

* ערכי יסוד
* פערי כוחות
* להגן על האדם מעצמו.

**חוק התרופות בהפרת החוזה:** (=הסעד המשפטי שניתן למופר)

בחלק זה של החוק מדברים על מה שקורה לאחר כריתת החוזה. קודם מזהים את המפר ואז מחליטים מה התרופה. האפשרויות הן:

1.אכיפה של החוזה- הסעד האופטימלי. ביצוע בפועל של החוזה

2. פיצוי כספי- פיצוי חיובי:להחזיר למצב אלמלא הופר החוזה

פיצוי שלילי: להחזיר למצב אלמלא נכרת החוזה מלכתחילה.

3.ביטול חוזה

**חוק החוזים (חלק כללי) - פרק א!**

עוסק בכריתת החוזה ודורש בעיקר את עיקרון גמירת הדעת ועיקרון המסויימות- 2 דרישות אלו חייבות להיות בכל חוזה.

**דרישת גמירות הדעת**

 מצב בו דעת הצדדים גמורה. שני הצדדים מגיעים לעסקה ולחוזה מרצון מלא. שני הצדדים יודעים על מה הם חותמים ויודעים שזהו מצב בטוח וסופי. התעניינות, הומור,בדיחה והיעדר משפטיות מתפרשים כחוסר גמ"ד.

**גישה סובייקטיבית לגמירת הדעת**: נדמה כאילו שני הצדדים הבינו שיש חתימה על חוזה ויש הסכם, אך למעשה אחד הצדדים לא הבין\לא ידע מה ההסכם ומה מהותו בגלל שאין לו מספיק ידע וניסיון\לא יודע קרוא וכתוב\היה תחת השפעה וכו'.

**גישה אובייקטיבית לגמירת הדעת:** העדה על גמירת הדעת- האם הייתה התנהגות שמעידה על גמירת הדעת כגון חתימה לחיצת יד וכו'.

היא מסתמכת על כך שבעיות של גמירת דעת סובייקטיבית ייפתרו בחלק ב' של החוק (הטעייה וכו').

עד שנות ה-2000 המשפט הישראלי עובד בצורה אובייקטיבית בעניין כריתת החוזה ונותן לחלק ב' של החוזה להתעסק בעניין זה.

**פס"ד בוני הנגב נ' בוחבוט:**

\*המטרות העסקיות של המערערת היו:

1. להעביר את הדירה על שמם

2. להביא לפינוי הדירה

\* בקריטריונים סובייקטיבים- אין חוזה- היה שיכור, אינו יודע קרוא וכתוב וכו'.

\* בקריטריונים אובייקטיבים- יש חוזה. יש חתימה של המשיב על החוזה.

השופט שמגר משלב בין 2 הגישות. הוא טוען שיש פער בין הצד הסובייקטיבי לאובייקטיבי. הוא טוען כי האובייקטיבי מהותו הסתמכות על החוזה אך פרץ בוני הנגב ידעה כי אין לה על מה להסתמך וזאת כי היא נכחה במעמדת החתימה והייתה עדה לכך שהיה חוסר בגמירת הדעת, ואף היא זו שגרמה לה ע"י הטעייה. הוא מרכך את ההיבט האובייקטיבי באמצעות ההיבט הסובייקטיבי. ההיבט האובייקטיבי למעשה נובע מההסתמכות על החוזה אך פרץ בוני הנגב לא יכלו להסתמך באמת על החוזה . השופטים האחרים לא מקבלים את עמדתו של שמגר. מבחינת פס"ד לא השתנתה ההלכה אך נוצר למעשה קו חדש של מחשבה, שצריך אולי גם להסתכל על הצד הסובייקטיבי ולא רק על האובייקטיבי.

**11\11\02- שיעור מס' 2**

**פס"ד בראשי נ' עיזבון המנוח:** בפס"ד זה יש עסקה בין אדם במצב קוגנטיבי גבולי (המנוח) לבין בניו שבה הוא חותם שהוא מעביר להם את רוב הרכוש שלו. במקרה זה לפרק א' של החוזה יש תפקיד מאוד חשוב מכיוון שאם זה היה פרק ב' היה צריך לבטל את העסקה בזמן סביר והטענה לביטול חוזה נעשתה לאחר מותו של בראשי- זמן רב לאחר חתימת החוזה, לא פרק זמן סביר.

במקרה זה, החלק השני של המשפחה רוצה לבטל את החוזה עפ"י פרק א'- בטענה לחוסר גמירות הדעת ולכן לא נכרת חוזה. יש צד אחד שטוען לקיום החוזה וצד שני שטוען לאי קיום החוזה.

בהיבט האובייקטיבי- יש חוזה. המנוח חתם על החוזה בנוכחות עו"ד ולא היה פסול דין. לכן אין כל סיבה מבחינה אובייקטיבית לבטל את החוזה. הכל התבצע כשורה בהיבט האובייקטיבי.

בהיבט הסובייקטיבי- לא נכרת חוזה מהסיבות הבאות:

* המצב הקוגנטיבי של המנוח גבולי למרות שלא הוכרז כפסול דין. בימ"ש רומז שאם היו ממנים לו אפוטרופוס בזמן כשהיה בחיים, יכול להיות שהוא כן היה מוגדר כפסול דין. (זוהי רמיזה בלבד וזהו לא דבר וודאי)
* החוזה נחתם בתנאים לא הולמים:
* לא מיידעים אותו מראש ולא מתייעצים איתו לגבי גיבוש החוזה או הרעיון להעברת הרכוש
* מוציאים אותו ל"טיול" מבית האבות ואז מחתימים אותו על חוזה בתוך הרכב כאשר הוא מפצח גרעינים.

להשלים!!

אנו רואים כאן שבימ"ש לא מגן על עניין ההסתמכות וזאת משום שהם ידעו על מצב המנוח בעת חתימת החוזה. הם ידעו על הפער שקיים בין ההיבט האובייקטיבי לסובייקטיבי- ידעו שהחתימה על החוזה אינה משקפת באמת את רצונו של המנוח. בפס"ד זה השופטת בייניש מסתמכת על דבריו של שמגר בפס"ד בוני הנגב למרות שהוא היה דעת מיעוט. וזוהי למעשה הלכה חדשה של בימ"ש עליון.

עקרון ההסתמכות- עקרון שקבע המחוקק בכדי להגן על הצד שהסתמך על החוזה. צד לחוזה רשאי להסתמך על ההתחייבות של הצד השני כלפיו ולבצע שינויים בחייו. במידה וישנה הפרת חוזה ונגרם נזק לצד שהסתמך, הוא זכאי לפיצוי.

לסיכום – העדה על גמירת דעת (מבחן אובייקטיבי): דיני ראיות – יש. רעיון ההסתמכות של הצד השני על גמירת הדעת של הצד החותם – אין.

גמירת דעת (מבחן סובייקטיבי): המתקשר הסביר לא היה יכול לפרש את חתימת המנוח כאקט רצוני.

תנאי 1 – פער קיצוני בין הרצון האמיתי להעדה על גמירת דעת.

תנאי 2 – לא היה את עיקרון הההסתמכות, המערערים יצרו מצג שווא של גמירת דעת.

שני פס"ד הנ"ל:

* בשני המקרים הצד ה-"מחתים" ידעו על חוסר גמירת הדעת ועל הפער בין החתימה לכוונת החותם. אך בפס"ד בראשי בית המשפט מתרכך יותר וזאת משום שזהו חוזה מתנה ולמעשה הצד ה"מחתים" אין לו שום התחייבות לגבי החותם משום שזו מתנה לכן יש כאן יותר מקום לבדוק את הכוונה האמיתית של החותם על העסקה.
* בעקרון שני פס"ד הנ"ל הם הקובעים בעניין החוסר לגבש הבנה מה הוא חוזה מה השלכותיו ומה למעשה קורה בעצם חתימת חוזה. אך יש עוד פס"ד שגם הוא עוסק בחוסר גמירות הדעת אך מהיבט אחר- מהיבט חוסר היכולת לגבש רצון עצמאי לחתימת החוזה:

**פס"ד הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית ופלוני:**ההתדיינות היא בן המשיבה למערערת- החברה. המשיבה טוענת לחוסר גמירות הדעת, הסיבות לחוסר גמירות הדעת:

* מצב נפשי בעייתי- כושר שיקול דעת בעייתי מאוד. חולת סכיזופרניה.
* הפעלת לחץ מצד בעלה- וזהו הבדל גדול ביחס לפסקי הדין הנ"ל. פה כן הייתה הסתמכות וזאת משום שלחברה לא הייתה אפשרות לדעת שבעלה מאיים עליה ומפעיל עליה לחץ לחתום. למעשה פה הלחץ מופעל על החותמת לא מצד החברה אלא מצד בעלה שהוא לא צד בחוזה, היא חותמת על החוזה מול החברה.

בית המשפט דבק בהלכות הישנות-גם דרישה לפער בין האובייקטיבי לסובייקטיבי וגם שלא יתקיים עקרון ההסתמכות. אך במקרה זה מתקיימת הדרישה הראשונה והדרישה השנייה אינה מתקיימת.

לכן, בית המשפט קובע משהו חדש, הלכה חדשה:

"לא נעשה דבר"- במקרה קיצוני מאוד של היעדר גמירת דעת סובייקטיבי אנחנו נטען שלא נכרת חוזה למרות שהצד השני אינו אשם בכך ולא הייתה לו שום דרך לדעת על חוסר גמירות הדעת.

השופטת מציינת כי בעייתי לקבל את טענת "לא נעשה דבר" כי זה פותח פתח למעין "פורענות" שינסו לנצל את התקדים הזה ולהשתחל החוצה מחוזים. למרות זאת- השופטת מקבלת את טענת "לא נעשה דבר",

פס"ד הדר הוא פס"ד יחיד, סוג של "תאונה משפטית"- שבו אין "רעים". גם חברת הדר צודקת וגם פלונית צודקת. היא אינה אשמה בכך שהיא סכיזופרנית וגם החברה אינה אשמה בכך.

**לסיכום,** במשפט הישראלי, נק' הפתיחה של גמירת הדעת הייתה היבט אובייקטיבי נוקשה- הסתפקות בהעדה על רצון. התקווה הייתה שאת כל הבעיות יהיה אפשר לפתור באמצעות פרק ב'.

ההסתמכות המוחלטת על האובייקטיביות ניזוקה בפס"ד בראשי ופרץ בוני הנגב. בפסקי דין אלו בית המשפט מתחיל "להתרכך" ולהסתכל גם על ההיבט האובייקטיבי וגם על ההיבט הסובייקטיבי- התקיימות 2 התנאים של גמירות הדעת:

1. פער משמעותי בין המצג החיצוני לבין המצב הפנימי
2. אין התקיימות של עיקרון הסתמכות

על רקע 2 התנאים הנ"ל מגיע פסד הדר שמכניס לנו את עקרון "לא נעשה דבר". מה שמיוחד בפס"ד הדר ששם בית המשפט מגדיר אותו כמצב מאוד מאוד קיצוני- טוענים לאי כריתת החוזה למרות שהצד השני לא ידע שקיים חוסר גמירת הדעת מהצד של האדם שחותם. פס"ד זה הוא מאוד קיצוני ובתקווה שיהיה חד פעמי, כנראה שלא יהפוך נפוץ.

**דרישת המסוימות!**

מסוימות- הפרטים המהותיים של החוזה צריכים להיות מוגדרים ומוסכמים על הצדדים. לא מספיק שיהיה רצון כללי להתקשר בחוזה אלא אמורים להיות פרטים ספציפיים.

**יש שני היבטים למסוימות:**

1. **אמצעי עזר כדי לדעת שיש גמירת דעת**- כאשר העסקה חסרה בפרטים לא ניתן לומר שדעתם של הצדדים המתקשרים בעסקה הייתה גמורה. ככל שהעסקה תהיה חסרה ככה כך דעתם תהיה פחות גמורה. המסוימות היא למעשה אינדיקציה להיבט גמירת הדעת.
2. כאשר אין מסוימות בעסקה- לא יודעים **איך להבין אותה, איך לאכוף אותה.**

לדוגמא: איך נדע מי המפר ומי המופר איזה מקרה נחשב הפרה וכו'.

* הגישה הרחבה לדרישת המסוימות- המסוימות היא לא אינדיקציה לגמירת הדעת בלבד אלא גם דרישה שעומדת בפני עצמה- חייבת להיות מסוימות בחוזה לא משנה מה. בית המשפט תפקידו הוא לשפוט ולא לכתוב לבעלי הדין את החוזים ולכן נדרשת מסוימות ופירוט מלא של כל התנאים והסעיפים בתוך החוזה עצמו.
* הגישה הצרה לדרישת המסוימות- מה שחשוב בגישה זו הוא גמירת הדעת. במצב שבו בימ"ש ישתכנע שהצדדים כן רצו בעסקה הזו אך הם מתקשים בפרטים בית המשפט בית המשפט ישלים במקומם את החלקים החסרים בחוזה.

**פס"ד קפולסקי נ' גני גולן:**בפס"ד זה היה אפשר לדעת מי מעביר למי ומה מהות המכירה מעניין החוזה- המחיר הוא למעשה מחיר של מכירה ולא מחיר שכירות או חכירה. ברור מי הקונה ומי המוכר משום שמדובר בשם של חברה ולא ב-2 אנשים פרטיים ואנו יודעים מי בעלי הנכס.

אך בית המשפט דורש בכל זאת מסוימות בעסקה זו למרות שהוא יכול להשלים בעצמו את הפרטים. אך זוהי עסקת מקרקעין והיא חייבת להיות בכתב ולא בעל פה ולכן השופט מציין רשימה של דרישות שחייבות להיות בכל חוזה מקרקעין, **רשימת קפולסקי:**

1. זיהוי מדויק של הנכס
2. מהות העסקה- מכירה חכירה או השכרה
3. מחיר
4. תנאי עסקה- מועד מסירה ומועדי תשלום
5. שמות הצדדים- מי מעביר למי
6. הוצאות ומיסים

בפס"ד קפולסקי מצד אחד (חסרון) יש נוקשות ולמרות שיש גמירות דעת החוזה מבוטל. מצד שני (יתרון) הוא נותן לך יציבות וודאות- מה כן נחשב עסקת וחוזה מקרקעין ומה לא. מראה לך מה יכול לתת לך יציבות בעסקה אך בלי שתכבול עצמך לגמרי לעסקה.

פס"ד קפולסקי מייצג את הגישה ה"עבה" למסויימות.

* במשך הזמן מתחיל בית המשפט לרכך את דרישת המסויימות. לדוגמא פס"ד מנזר האחיות- פעם ראשונה שבימ"ש מסכים לכך שאם אין את כל הפרטים בחוזה, ניתן להשלים באמצעות מנגנוני השלמה.
* השלבים של מהלך זה הם:
* **שימוש בהוראת השלמה**:

החוק כולל כל מיני מנגנונים באמצעותם אפשר להשלים את החסר:

1. מנגנון של נוהג פרטי- הצדדים מתבססים על הסכמים שלהם מהעבר, פרקטיקות קודמות- שאפשר לעשות מההסכמים הקודמים והפרקטיקות האדם היקש ולהחיל אותו על ההעסקה הנוכחית.
2. נוהג כללי- התבססות על נוהג כללי של אוכלוסייה מסוימת. למשל יהלומנים.
3. הוראות חוק דיספוזיטיביות- השלמה של פרטים חסרים בחוזה על פי מה שרשום בחוק. למשל, חוק המכר(איכות בינונית ותשלום עם המסירה, או מסירת המוצר בתוך "זמן סביר", בית המשפט יקבע מהו זמן סביר באותו מקרה וכך ישלים את מועד המסירה), חוק הממון בזמן גירושין- אם לא עשו הסכם ממון לפני הנישואין על חלוקת הרכוש במקרה של גירושין, אז לפי החוק ההשלמה היא שכל הרכוש שצבר כל אחד מבני הזוג במהלך הנישואין הוא משותף. וזאת למרות שלא נעשה שום הסכם לפני הנישואין על חלוקת הרכוש וכו'.

צריך את כל הפרטים המהותיים- או שיסוכמו בפועל בחוזה או מושלמים על ידי מגנוני ההשלמה, אחרת אין חוזה כי אין מסוימות.

* מקרים חריגים בהם אי אפשר להשתמש במנגנון השלמה:

חריג הגבינה השוויצרית- צריך שיהיה יותר גבינה מאשר חורים. צריך שיהיה מספיק מידע בשביל שנוכל להשלים חורים, למרות שאפשר להשלים תיאורטית את הכל על פי המנגנונים. אי אפשר שיהיו הרבה חוסרים וחורים ושכך ייצא שרוב החוזה יהיה למעשה השלמות.

במקרים כאלה בית המשפט לא מוכן להשלים את כל הפרטים.

**שיעור מספר 3 - 11\11\06**

חריג הפטפטן\נסכם בהמשך- הוראות ההשלמה לא באות לומר שיש פרטים מסוימים שאינם חשובים או אינם מהותיים, אלא שלפעמים ניתן לראות בפרטים האלו כאילו הם סוכמו באמצעות הוראות ההשלמה. חריג הפטפטן, זהו מצב בו הצדדים כן מתדיינים על נושא מסוים בחוזה אך לא מגיעים להסכמה לגביו ומציינים בחוזה כי יסכמו בהמשך לגבי הנושא הזה."כאשר שתקת אז אתה יכול להשתמש בהוראת ההשלמה, אך כאשר נושא מסוים היה תחת דיון ולא סיכמת אותו, לא תוכל להשלים אותו באמצעות מנגנוני ההשלמה".ברגע שנכתב "נסכם בהמשך" לא ניתן להשלים את באמצעות מנגנוני ההשלמה. מצב זה הוא מצב שאין בו מסוימות, משום שהצדדים לא הגיעו להסכמה בפרטים המהותיים של החוזה.

1. מנגנון השלמה של ביצוע אופטימלי- מקרים בהם אפשר להשלים פרטים חסרים למרות חריג הפטפטן או שאין הוראות השלמה לגבי המקרה. בנושא שעדיין מסכל את העסקה אחד הצדדים בא ואומר- "**אני נותן לך לבחור איזה אפשרות שאתה רוצה, מציע לך את האפשרות הטובה ביותר מבחינתך**" (כמו בפס"ד תמגר). זהו מצב שבו לא נכרת החוזה, והצד שמאוד רוצה את העסקה הזו, צריך לבוא ולהציע לצד שלא מעוניין בעסקה את מה שהוא רוצה בנושא שבו אין מסוימות. לדוגמא, בעסקת קומבינציה במקרקעין- אם לא סוכם איזו דירה יקבל, שזהו פרט מהותי מאוד בעסקה משום שהיא גם מהות העסקה וגם התמורה שמקבל המוכר, לכן יש אפשרות במצב כזה לתת למוכר לבחור איזו דירה הוא רוצה מבין הדירות שיש, וככה בעצם העסקה חייבת להתקיים. מנגנון זה צריך להתבצע לפני המשפט למעשה, בדינמיקה שלאחר חתימת החוזה, ובזמן המשפט על הצד שמעוניין בעסקה להוכיח שהוא הציע זאת.

**זכרון דברים (או:מסמך הבנות)-** מסמך מוקדם שבו מסכמים את הפרטים הכלליים של העסקה, אך זהו לא מסמך סופי, אחריו אמורים לנסח מסמך סופי- חוזה. אם בשלב שבין חתימה על זכ"ד לחוזה הסופי, אחד מהצדדים רצה לסגת מהעסקה טוען שאם לא נחתם חוזה סופי אז זכרון הדברים לא תקף, ואחד מהצדדים רצה לדבוק בעסקה וטוען שלמרות שלא נחתם חוזה סופי מסמך זכ"ד כן תקף🡨במקרה זה **צריך לבדוק גמירת דעת ומסוימות**, לצורך בדיקת גמירת הדעת והמסוימות אלו הכלים:

* לבדוק את ה**נסיבות** שקדמו לכריתת החוזה (אם צד א' אמר לצד ב' החתימה על הזכ"ד אינה מחייבת, זה לא חוזה"- ברור כי לא הייתה גמירת הדעת. לחילופין, אם שני הצדדים כן התדיינו על הנושא ולא חתמו על כך בחוזה אך הסכימו על כך במין מחווה- לדוגמא לחיצת ידיים או או השקת כוסות- זוהי העדה על גמירת הדעת)
* **נוסחת הקשר**- איך זכ"ד התייחס לחוזה הסופי- אם נחתם חוזה סופי העסקה מתקיימת ואם לאו, מתבטלת- זוהי העדה על חוסר גמירת הדעת. לעומת זאת, "טקס חתימה חגיגי התקיים במשרד עו"ד- וכל תיאור הטקס בזכ"ד יהיה כתיאור טקסי- יש גמירת דעת.
* **דמי הקדימה**- ככל שדמי הקדימה גבוהים יותר כך הסיכוי שבית המשפט יימצא גמירת הדעת גבוה יותר.
* **דמי הפיצוי המוסכם-** אם הפיצוי הוא מאוד גבוה יכול ללמד על מחויבות שהעסקה היא כן מחייבת ושכן הייתה גמירת הדעת. אם העסקה אינה מחייבת מבחינת הצדדים, לא יהיה שום סעיף שמדבר על פיצויים במקרה של הפרה. כלומר, עצם קיום הסעיף של מקרה הפרה ופיצויים מעיד על גמירת דעת.
* **פרטים מהותיים**- ככל שישנם יותר פרטים מהותיים, כך יש העדה גדולה יותר על גמירת דעת ומסוימות.

**עקרון תום הלב**

עקרון זה מצוין פעמיים בדיני החוזים:

1. **סעיף 12 בחוק החוזים- כאשר כורתים חוזה צריך לנהוג בתום לב.**
2. סעיף 39 בחוק החוזים- תום לב בביצוע\קיום החוזה.

**תום לב**- מבחינה מילולית, סוג של הגינות. לא ניתן לדעת בדיוק מה ייחשב תום לב ומה לא, שיקול הדעת ניתן לבית המשפט.

**ס' 12 לחוק החוזים**:

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

 (ב) 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 המחוייבים."

בשלב מו"מ יש להתנהג בתום הלב. במקרים האלה מה שקורה זה שבד"כ הפסיקה לוקחת את הסטנדרט ומצליחה להפריד אותו לסדרה של מקרים פרטיים (אולם זוהי לא רשימה סגורה).

האם תום לב הוא סובייקטיבי או אובייקטיבי?

האם בתום לב צריך להוכיח שאדם פעל בתום לב לפי דעתי או שזה למעשה אובייקטיבי, כלומר, ערכים אובייקטיבים של החברה שכולם יחשבו שהוא נהג בתום לב? השופט ברק הוליך מהלך חזק להפיכת עקרון תום הלב לעניין אובייקטיבי. תום הלב במשפט הישראלי הוא לא עניין שאתה בודק מתוך המערכת יחסים עצמה באופן ספציפי למקרה, אלא בסדרה שלמה של סיטואציות – בה בית המשפט יגדיר מה הוא תום ומה לא.

כיום נוהגים במדינת ישראל בפן האובייקטיבי של תום הלב עם מס שפתיים לסובייקטיבי.

גישות ביחס לעקרון תום הלב

* הגישה המסורתית-נזהרת מעיקרון תום הלב משום שהוא מסוכן לעניין החוזים, הצדדים צריכים להרוויח, לא משנה מה.

דיני חוזים נותנים כללי התנהגות ובתוך כללי התנהגות האלה צריך זכור שהמוטיבציה

* הגישה החינוכית- הגישה שבה השופט ברק דוגל. " החיים הם ג'ונגל אבל המשפט צריך לאזן את מה שקורה בג'ונגל"- אנחנו לא באים לדרוש מאנשים להיות "מלאכים", אלא בני אדם ושינהגו בהגינות. לא מבקשים להיות אדם לאדם מלאך, אלא אדם לאדם אדם.

**שתי הגישות הנ"ל חושבות שהחיים הם ג'ונגל.**

* גישה שלישית- ניתן לעשות שימוש בעיקרון תום הלב אך לעצב אותו מתוך נורמה פנימית של הצדדים ופחות מתוך נורמה חיצונית.

מה קורה אם הופר עקרון תום הלב? עד שנת 2000- תום לב יכול היה לתת פיצויים שליליים, הוא היה מאוד מצומצם, כמעט ולא השתמשו בו.

**שיעור מספר 4- 11\11\09**

**תום הלב המוקדם- הפסיקה המוקדמת של תום הלב- הדור הראשון**

סיטואציות בהן הפסיקה נתקלה בתום הלב:

**סיטאוציה מס' 1: ניהול מו"מ מקביל**- זה נקרא "עלויות שקועות"- המאמצים שנעשו במו"מ שקעו. במקרה כזה, הפסיקה אומרת שזהו חוסר תום לב. אלנהל מו"מ מקביל כאשר אתה לא מיידע את הצדדים שאתה מנהל מו"מ עם אנשים אחרים, לא לתת הרגשה שהוא היחיד. הסעד הכלכלי- פיצויים שליליים- מחזירים רק את הכסף של העלויות של מו"מ.

**סיטאוציה מס' 2: ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות**- אדם שמנהל מו"מ אך מעולם לא הייתה לו כוונה להתקשר בחוזה מעולם. הסעד הכלכלי- פיצוי שלילי.

**סיטאוציה מס' 3: פרישה מאוחרת ממו"מ**- הפסיקה "הולכת על ביצים" כשהיא עוסקת בנושא זה, בסוגים מסוימים של חוזים שכרוכים במו"מ ארוך ומורכב עם הוצאות מרובות.

אחרי שכל המתווה כבר מוכן, צד מסוים מקבל רגליים קרות, מתחרט. הצד שכן רוצה את העסקה יעשה כל מאמץ שנכרת חוזה (יגיד שהכל כבר נסגר ומה שלא הם פרטים שוליים ואולי נשלים אותם באמצעות מנגנוני השלמה, ואם כבר דנו עליהם אז משלימים במנגנון ביצוע אופטימלי) ואם הוא הצליח לטעון לכך שכן קיים חוזה אין לו שום סיבה לטעון לחוסר תום לב. חלק מהמשמעות שלא נכרת חוזה זה אומר שכן מותר להתחרט, אך במקרה שבו היה מו"מ מורכב וארוך של עסקאות מורכבות, צריך "סיבה יותר טובה" להתחרט. את החישובים האם העסקה מתאימה ולא מתאימה לי צריך לעשות בשלב הראשוני של העסקה ולא בשלב האחרון רגע לפני חתימת החוזה. במקרה כזה יגידו שיש לפצות את הצד השני פיצויים שליליים על ההוצאות שהוא הוציא על המו"מ. ככל שמדובר במו"מ התחלתי, כך יש זכות להתחרט ולהגיד לא. אך ככל שהמו"מ ממושך יותר עמוק יותר ומתקרב לסיומו כך צריך סיבות יותר הגיוניות ומהותיות כדי לפרוש (לדוג'- אי הסכמה על סעיף מסוים וכו', אין להסתפק ב"זה לא משתלם לי" משום שזהו שלב מאוחר לטעון לדבר כזה, היה צריך לחשוב על זה בהתחלה).

**במבחן-** **דוגמה לאירועון –**

**שתי חברות עסקיות שניהלו מו"מ ממושך. עשו ניירות עבודה עם הסכמות. אחרי שנה של מו"מ לא נכרת חוזה, אפילו שנקבע תאריך לחתימת חוזה – חברה אחת נסוגה מכל העסקה:**

**איך פותרים?**

1. **מטרות הצדדים:**החברה שביטלה לא רוצה שיהיה חוזה, החברה שנפגעה רוצה להוכיח שיש הסכם מחייב.
2. **גמירת דעת ומסויימות:** האם היה אפשר לראות שגמירת הדעת התקיימה, האם תיארו את זה כטקס חגיגי שבו ייחתם החוזה או שנחגוג את מה שהסכמנו עליו כבר? האם תהיה נוסחת קשר, מהם הפרטים המהותיים, האם הם הוסכמו – האם יש מנגנון השלמה להשלים את החסרים, האם אפשר לעשות ביצוע אופטימלי לאלה שלא עומדים במנגנוני השלמה (שוויצרית, פטפטן). כך מחליטים אם יש חוזה או אין חוזה. הסכמנו שיש חוזה – אנחנו מכריעים לטובת החברה שנפגעה. אם גילינו שאין חוזה מכל הסיבות שפירטנו, אפשר לעבור לבדוק את חוסר תום הלב במו"מ.
3. **חוסר תום לב במו"מ:** הפרישה הייתה בשלב מאוחר מסיבה שאינה מוצדקת (מוצדקת – יש פרט מהותי שלא הסכמנו עליו לא יכולנו להתקדם, חלו שינויים כלכליים אדירים, לא מוצדקת – הגעתי למסקנה שאני לא רוצה להתקשר איתם, ההחלטה גדולה עלינו וכו') נכריע שאין סיבה מוצדקת והוא מחוייב לשלם את ההוצאות. כעומק המו"מ – כך הדרישה להנמקה יותר גדולה. אם יש לכם סיבה מוצדקת לפרישה, אין חוסר תום לב.
4. **דוקטרינת האשם בהתקשרות:** הצעה בלתי חוזרת – הצעה עם גמירות דעת ומסויימות שאני נותן תאריך שעד אליו אפשר לקבל את ההצעה. באותה תקופת זמן שהניצע יכול להחליט המציע לא יכול להתחרט. הצעה רגילה – אפשר להתחרט לפני הקיבול.
5. **עיקרון תום הלב מול דרישת הכתב (סעיף 8 בחוק המקרקעין):**דרישת כתב ראייתית – ביהמ"ש יכול להגיד שאפשר לעשות את העסקה גם בע"פ, הכתב נדרש כדי לדעת מה היה. את העסקה אפשר ליצור באמצעות גמירת דעת ומסויימות, אני לא צריך מסמך כתוב בשביל זה, הכתב הוא רק דרישה שבית המשפט ידע שיש עסקה. אנחנו צריכים הוכחה בכתב, היא לא חייבת להיות המסמך שיצר את העסקה. מאחר שרוב האנשים מתייחסים בצורה יותר רצינית למסמך כתוב מאשר להבטחות, בעסקאות חשובות שמצריכות שיקול דעת מיוחד, אני דורש שההתקשרות תהיה כתובה בצורה מהותית. הכתב הוא מכונן, קונסטיטיבי – אם אין כתב אין עסקה. דרישת כתב מהותית– כדי לייצר עסקה טעונה מסמך בכתב, בלי הכתב אין עסקה. היצירה של העסקה צריכה להיות בכתב.

**עקרון תום הלב- בפסיקה המאוחרת- הדור השני**

סיטואציות בהן הפסיקה נתקלה בתום הלב:

**סיטאוציה מס' 4: אשם בהתקשרות-** הצעה בלתי חוזרת

הזמנה- מזמינים את האנשים לתת הצעות ואז חושבים אם לקבל את ההצעה או לא. אין גמירת דעת

הצעה- מציעים עסקה מסוימת אך אפשר להתחרט לפני שמקבלים תשובה על ההצעה

הצעה בלתי חוזרת- מציעים עסקה מסוימת ונותנים פרק זמן מסוים לקבלת או אי קבלת ההצעה, אי אפשר להתחרט לא לפני ולא אחרי קבלת התשובה.

**פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק**:ישנה הצעה לציבור מצידה של חב' שיכון עובדים, הצעה חד פעמית ומפתה, מי שיגיע למשרדנו או ישלח פקס יקבל את ההצעה וירוויח. מי שיבוא תוך 14 יום למשרדי החברה, יש עסקה. בודקים האם הייתה גמירת דעת? כן, פורסמה הודעה שמנוסחת בצורה משפטית. ההצעה הייתה מאוד אטרקטיבית, ומגיעים המוני קונים, ישנו ביקוש עצום והחברה מוכרת את הדירה במחיר נמוך מידי.

לכן החברה החליטה לסגור את המשרדים ולנתק את הפקס וכך אף אחד לא יוכל להגיש קיבולים.

זפניק שלח פקס והגיע פיזית אך המשרדים היו סגורים. זפניק טוען כי העובדה שזה קרה היא בגלל חוסר תום לב מצד החברה, זפניק טוען כי החברה סיכלה את האפשרות שלו גם לקבל דירה במחיר הזה.

המקסימום שזפניק יכול לקבל לפי פסיקת הדור הראשון הוא פיצויים על הפקס ששלח ועל יום העבודה שהפסיד (מה היה קורה אם הם לא היו מציעים את ההצעה הזאת) ואולי אם היה מקרה קצת מסובך זה אם הוא היה מוכיח שהוא הפסיד קנייה של דירה אחרת זולה משום שהוא הסתמך על המבצע של החברה. הפיצוי השלילי במקרה הזה הוא מאוד עלוב. זפניק דורש פיצוי חיובי, את מה שהוא היה מרוויח מההסכם. בית המשפט מציג את האשם בהתקשרות, אם יוכח שמכל הסיבות היה חייב להיכרת החוזה, ורק בגלל התנהגות בוטה של חוסר תום לב (ניתוק הפקס ונעילת המשרדים), עקרון תום הלב יאפשר לראות את העסקה כאילו היא נכרתה- פיצויים חיובים. זהו מקרה יחסית בוטה לעקרון תום הלב. החברה ניסתה לפעול נגד הכללים שהיא בעצמה קבעה. בית המשפט קובע שיש חוזה על פי עקרון תום הלב – תקדים, על פי אשם בהתקשרות ולכן יש לקבל פיצויים חיוביים ולא רק פיצויים שליליים.

יש כאן **שימוש יותר אגרסיבי של עקרון תום הלב,** מתייחסים כאילו העסקה נכרתה למרות שהיא לא, לעומת הפסיקה הקודמת, שהתייחסה למקרים כאילו לא נכרת חוזה בגלל תום הלב ולכן היו מקבלים רק פיצוי שלילי.

**סיטאוציה מס' 5: עקרון תום הלב נגד דרישת הכתב-**

דרישת הכתב- יש חוזים מסוימים בהם המחוקק לא מסתפק בגמירות דעת ומסוימות אלא דורש גם כתב.

מה היתרונות של כתב על חוזה בע"פ?

**דרישת כתב ראייתית-** יותר קל לבית משפט לדעת כשהוא רואה מסמך כתוב מאשר עדויות. ככל שהטכנולוגיה מתפתחת העניין הראייתי פחות חשוב- אפשר להקליט, אפשר לבצע בדיקות פוליגרף וכו'. בית המשפט אומר שצריך "פתק" בכתב שמעיד על עסקה ולא חייב שיהיה פירוט וכו', את הכתב צריך כדי לדעת על מה שהיה. בית המשפט צריך הוכחה שהעסקה אכן הייתה וזה באמצעות ה"פתק" הזה שבתוכו רשום רק חלק מהעסקה. ההוכחה לא חייבת להיות המסמך שיצר את העסקה (חוזה), זה יכול להיות גם התכתבויות לאחר סיכום העסקה בע"פ, זה גם יכול למלא את הדרישה הראייתית של דרישת הכתב.

**דרישת הכתב מהותית, כדי להעיד על גמירת הדעת**- יש עסקאות מסוימות שהמחוקק מתייחס אליהם כעסקאות חשובות, שדורשות שיקול דעת מיוחד, ולכן הוא דורש גם את הכתב (מקרקעין, הסכם ממון, תיווך). הכתב כאן **מהותי,** מכונן. המשמעות היא שאם העסקאות הנ"ל התרחשו בעל פה, בלי כתב, מבחינת בימ"ש לא התקיימה העסקה.

**"עלייתה ונפילתה" של דרישת הכתב**-

**פס"ד גרוסמן נ' ביטרמן-(שנות ה-70)**: מדובר בעסקת מקרקעין שנעשתה בע"פ, אבל למרות שהעסקה נעשתה בע"פ אפשר היה להסיק שהצדדים הסכימו על העסקה ע"י התכתובות שלאחר הסכמת העסקה, מהן עולה כי העסקה נוצרה בהסכמת שני הצדדים. התכתובות הנ"ל אינן מייצרות חוזה אלא מעידות על הסכמה שהייתה בין שני הצדדים, לכן הצד השני יכול להתכחש לעסקה משום שאין חוזה כתוב. אם העסקה לא הייתה במקרקעין, כן הייתה עסקה, משום שכן היה הסכם בעל פה. אך זוהי עסקה במקרקעין ויש דרישה מפורשת ומחייבת לדרישת הכתב. כאן בית המשפט קובע שהכתב הוא דרישה מהותית בעסקאות מקרקעין. ס' 8 לחוק המקרקעין- "עסקת מקרקעין טעונה מסמך בכתב"- זוהי דרישה מהותית ולא ראייתית, משמע לא מספיק בתכתובת מאוחרת המעידה על הסכם אלא יש דרישה במעמד ההסכם על חתימת חוזה מחייב. ולכן, באופן מעשי, יש להבין אם מדובר בדרישה ראייתית או בדרישה מהותית- **אם הדרישה לכתב היא מהותית חייב מסמך בכתב. פס"ד זה הוא התחלתה של דרישת הכתב**

**פס"ד קפולסקי נ' גני גולן:** השופט עציוני אומר: במקרקעין, כל הפריטים שנדרשים על ידי העקרון המסוימות, חייבים להיות **מעוגנים בכתב** ונותן רשימה של הפרטים המהותיים של העסקה, וגורס כי הם חייבים להיות בכתב וכי לא מספיק שיסוכמו בעל פה.

החסרון : אדם שכן גמר בדעתו וכן התחייב לעסקה אבל בעל פה, יכול להתחמק מהעסקה בטענה שאין מסמך בכתב. **פס"ד זה הוא שיאה של דרישת הכתב ושל הפורמליזם.**

**פס"ד בוטקובסקי נ' גת:**עוסק בסיטואציה שבה כתבו את החוזה, השיקו כוסות (העדה על גמירת הדעת), אך לא חתמו על החוזה. השופט אומר שחתימה היא רק העדה על גמירות הדעת, היא לא דרישה מהותית אלא ראייתית. אנו כבר יודעים שיש גמירת דעת עקב ההתכנסות של כל צוותי המשא ומתן, השקת הכוסות וכו'.לכן אין צורך בחתימה.**זהו שלב ראשוני של הריכוך.**

**פס"ד מנזר האחיות נ' צראלס:** אומר פס"ד זה, כפי שאפשר להשתמש בהוראות השלמה כדי להשלים את המסוימות, כך גם ניתן להשתמש בהוראת השלמה בשביל להשלים את דרישת הכתב. כלומר, גם אם יהיו חסרים פרטים מהותיים, אם תהיה אפשרות, נשלים את הפרטים המהותיים החסרים על ידי מנגנוני ההשלמה. כל ההגבלות שעליהן דיברנו בעניין הוראות ההשלמה בעקרון המסוימות, תקפים גם בדרישת הכתב.

**פס"ד ברון נ' מנדיס-** יש חוזה מקרקעין שבו חמישה פריטים כתובים, ולגבי הפריט השישי רשום "נסכם בהמשך". שבוע לאחר חתימת החוזה הצדדים נפגשים ומסכמים בעל פה את הסעיף ה-6, אך לא מעגנים אותו בכתב ולכן לא מתקיימת דרישת הכתב. נוצר מצב מוזר שבו יש עסקה שאנשים כתבו רק 5 פריטים ואת השישי סיכמו בהמשך ולא עגנו בכתב- מבחינת בית המשפט שבו העסקה "תקועה". הצדדים כן סגרו את הסעיף ה-6 ובכל זאת כאילו החוזה לא קיים. על סעיפים שבהם לא שתקו וכתוב נסכם בהמשך, לא ניתן להתייחס לסיכום בעל פה וגם לא ניתן להשלים על ידי הוראת השלמה. ברמה הטכנית פס"ד זה מסכם ברמה מדויקת את הנאמר בחוק- גם דורש כתב וגם לא משלים את החוסרים בניגוד לחריג הפטפטן\נסכם בהמשך. פס"ד זה הוא תוצר של מנזר האחיות נ' צ'ארלס, שם נאמר להשלים באמצעות הוראות השלמה, אך לא ניתן להשלים על ידי הוראות השלמה כאשר יש חריג "פטפטן\נסכם בהמשך".

נניח שיש עסקה במקרקעין בה 4 פרטים סוכמו ו-2 חסרים, נשלים באמצעות מנגנון השלמה. אך אם נאמר "נסכם בהמשך", לא ניתן להשלים את החוזה בגלל שאין מסוימות ולכן אין שום רווח לדרישת הכתב, החוזה לא מתקיים מעצם חוסר מסוימות.

**שיעור מס' 5- 11\11\13**

**כניסתו של עקרון תום הלב:**

**פס"ד זוננשטיין נ' גבסו שנת 1984:**גב' זוננשטין רוצה לקנות דירה מחברת האחים גבסו. נעשה זכ"ד ומסכימים על 5 פרטים אך לא מסכמים על מועד המסירה ותנאי התשלום. נכתב בזכ"ד ששני פריטים אלו יוסכמו בפגישה הבאה ("נסכם בהמשך"). בפגישה, אומרת הגב', קבענו את מועד המסירה ותנאי התשלום ולא הייתה שום מחלוקת, ואז הם החליטו להעלות את זה על הכתב ואז היא ראתה שרשום בחוזה שהמחיר שכתוב נמוך מהמחיר שנקבע ומבינה שאת ההפרש עליה לשלם "בשחור", ולא מוכנה לקחת חלק בעבירה זו. לכן האחים גבסו החליטו לבטל את העסקה. היא תובעת בבית המשפט, האחים גבסו מכחישים את הסיפור, ואומר שבכל מקרה גם אם הייתה צודקת, זה לא משנה, הם לא סיכמו את הפריט השישי שעליו רשום "נסכם בהמשך" בכתב, לכן אי אפשר להשתמש בהוראות השלמה. עפ"י פס"ד ברון נ' מנדיס, ההלכה היא שחברת גבסו צודקת. ברק מכניס לכאן את **עקרון תום הלב**, באומרו שהקבלן הוא זה שסיכל את ההעלאה לכתב את הפריט האחרון בכך שהוא התנה את ביצוע העסקה בביצוע מעשה לא חוקי- הפריט השישי סוכם בעל פה אבל לא הועלה לכתב בשל ההתניה של חב' גבסו להעלמת מס.ברק מעדיף את עקרון תום הלב על פני דרישת הכתב. מול ברק מתייצב השופט בייסקי- אומר לברק יכול להיות שהוא צודק, אבל אם אני מקבל את הלוגיקה שלך, אתה הולך למעשה למחוק את סעיף 8 מהחוק (דרישת הכתב). בייסקי מבין שאם כך יהיה, לא תהיה משמעות יותר ל-ס' 8, בייסקי לא מקבל את עמדת אהרון ברק. השופטת בן פורת- לעומת בייסקי וברק, לא רואה שיש חוסר תום לב, אלא רואה התנהגות לא חוקית בין הקבלן לבין המדינה. היא לא רואה שיש כאן התנהגות של חוסר תום לב. ברק הוא במיעוט. **דרישת הכתב "שורדת" באופן קלוש ביותר את עקרון תום הלב.**

**פס"ד קלמר נ' גיא-** עסקת קומבינציה במקרקעין. יש כאן עסקה שכבר בוצעה, שאחד הצדדים מתכחש אליה משום שהחוזה לא עוגן בכתב. זוהי למעשה "זעקת ההגינות". ברק טוען שזהו מקרה קיצוני בו עקרון תום הלב הוא מאוד חשוב. ברק לא אמר שבכל מקרה תום לב מנצח דרישת הכתב, אלא רק במקרים קיצוניים- ב-2 המקרים האלו. במקרה הזה, **חוסר תום הלב כן גובר על דרישת הכתב.** אך לבימ"ש יש טיעון נוסף- השופט זמיר אומר שאין כאן שום ספק לגמירת הדעת (שזוהי המטרה של הכתב) משום שההתנהגות של קלמר מעידה על כך שלא הייתה לו שום התנגדות במשך שנים במהלך ביצוע העסקה בפועל. **ביצוע בפועל מחפה על דרישת הכתב**.

בתקופה שבין קלמר לפס"ד לילי נ' שם טוב, בעליון לא מקבלים את דרישת תום הלב על פני דרישת הכתב.

אחד מהנושאים שיש בהם דרישת כתב- הסכמי נישואין(הסכם ממון)- ואפילו צריך חותמת של רשות מסוימת על כך שנערך ההסכם. דוג' למקרה כזה: הזוג גולן, נשואים בפעם השנייה. הם עושים הסכם נישואין- שכל אחד ישאר עם הרכוש שלו במקרה של גירושין. האישה מגיעה לנישואין עם ילד בן 14 והבעל מתחייב שהיא והילד יגורו אצלו והוא לוקח על עצמו את פרנסת הילד. אך במקרה של גירושין, כל אחד יקח את הרכוש שלו. הם באים לרב שעורך את החופה (אמורים ללכת לרב שרושם את הנישואים ברבנות) והוא מאשר להם את החוזה למרות שזהו לא תפקידו. הם נשואים במשך 9 שנים ואז הם מחליטים להתגרש. היא תובעת אותו ודורשת חצי מהרכוש, והוא מבקש "דחייה על הסף" בטענה שיש הסכם. האישה מוציאה "קלף מנצח" ואומרת שמי שאישר את ההסכם הוא לא רשם נישואין, והוא לא יכול לאשר את ההסכם לכן ההסכם לא תקף. בימ"ש למשפחה דוחה את הבקשה לדחייה על הסף וקובע להם תאריך שבו הם צריכים לקבוע את חלוקת הרכוש שנצבר. המהלכים האפשריים:

* טענה לחוסר תום לב כלפי האישה משום שהיא ידעה שהרב הוא לא רשאי לאשר (מהלך ברק)
* אם לא ידעת שהוא לא רשאי- אז זה מעיד על גמירת דעת בחתימה על חוזה. וזהו חוסר תום לב (מהלך זמיר)

ובסופו של דבר התביעה באמת נדחית.

**פס"ד לילי נ' שם טוב-**  *השופט עמית-* מנסה לתת לנו קריטריונים מתי כן להשתמש בעיקרון תום הלב.

מבחין בין עסקה שבוצעה לעסקה שלא בוצעה: **כאשר מדובר בעסקה שבוצעה והוסכמה בעל פה** אין צורך לדרישת הכתב- במקרה הזה, כדורי כבר קיבל את החזקה על הבית. מפעיל את עקרון תום הלב.

**כאשר מדובר על עסקאות שעוד לא ביצעו והוסכמו בעל פה**- לא נפעיל את תום הלב. **כאשר יש מקרה שהעסקה כן הייתה בכתב**, אבל המסמך עצמו נעלם\הושמד, אבל אפשר להביא ראיות מאוחרות על ההסכם הכתוב, כן אפשר לוותר על דרישת הכתב. *השופטת א' חיות*- לא מוכנה לקבל את קביעת הקריטריונים האלו בייחוד לא מוכנה להתחייב למקרה מס' 2, אלא אומרת שצריך לבחון בכל פעם את הנסיבות. היא משאירה את שיקול הדעת לשופטים. *השופט רובינשטיין-* כתב זה חשוב אי אפשר להתעלם מהמחוקק- הוא יותר מצומצם מעמית.

**סיטאוציה מס' 6: שוויון במכרזים פרטיים:**

מכרז זהו מצב בו אדם\חברה מסויים מציע לקבוצת אנשים\חברות להציע לו הצעה בנוגע לביצוע עבודה מסוימת- אומר להם את התנאים ומבקש הצעת מחיר. מכרזים כאלה יכולים להיעשות ע"י רשויות ציבוריות או ע"י אנשים פרטיים. מכרז פרטי- זהו מצב שבו גוף פרטי היה יכול להתקשר באופן עקרוני עם מי שבא לו , אך באמצעות המכרז הוא יוצר סוג של תחרות- יקבל כמה הצעות ויבחר את ההצעה הטובה יותר בשבילו. לעיתים, הגוף רוצה להגן על עצמו מראש ומציין במכרז "אני לא מתחייב לקחת את ההצעה הכי זולה" וכו'. מצב זה גורם להרבה חברות לא לרצות להשתתף במכרז. אנו עוסקים בפסקי דין בהם לא צויינה אמירה שמסייגת את אפשרותה של מציעת המכרז לבחור את מי שהיא רוצה.

**פס"ד בית יולס נ' רביב**- התנאי במכרז היה ערבות בנקאית של 5% מגובה ההצעה, חברה אחת לא הביאה ערבות בנקאית וזכתה במכרז. אחד המשתתפים טוען לחוסר תום לב כי לא היה שיוויון בין כל ההצעות.

בפסיקה יש 5 שופטים:

**שמגר –** האם חובת תום הלב כוללת את החובה לנהוג בשיוויון במכרזים פרטיים? החובה לנהוג בתום לב היא קוגנטית והחובה לנהוג בשיוויון היא דיספוזיטיבית. חיובו של גוף פרטי לנהוג במכרז בצורה של שיוויון – אינו פוגע בחופש ההתקשרות, אך חובה להתקשר רק באמצעות מכרז – פוגע בשיוויון. תום הלב והשיוויון הם הגבלת חופש החוזים לשם הבטחת קיומו. חובת השיוויון נועדה להבטיח לכל משתתף במכרז את האפשרות להתחרות עם שאר המשתתפים.

**ברק –** האם בעל מכרז פרטי חייב לנהוג בשיווין? מה דין היחיסים בין תום הלב לבין שיוויון?

"חוזה נספח" – כללים איך להתנהג במכרז. חוזה שנחתם במסגרת ההזמנה להציע הצעות. ברק אומר – אפשר לעבוד דרך חוזה נספח. ההבחנה בין משפט פרטי לציבורי היא לא כל כך חדה. חוק השיוויון חל בתוך עיקרון תום הלב. בחוזה אתה יכול להתחבר עם מי שאתה רוצה אבל אם כבר בחרת באופציה של מכרז, הציפייה של הצדדים תהיה שתתנהג בשיוויון. אפשר גם להגיד שעיקרון השיוויון חל גם על המשפט הפרטי. הוא לא נגמר במשפט הציבורי. הפרת שיוויון במכרז היא הפרת תום הלב.

**אלון –** האם ראוי להחיל את עקרון השיווין הציבורי אל המשפט הפרטי? תחרות הוגנת אין פירושה תחרות שווה ותום לב לא שווה שיוויון. הכנסת חובת השיוויון לעקרון תום הלב הוא הכנסת תוכן למושג. אם נרשה להתנות על הפליה ושיוויון – כולם ישימו את זה במכרז וכך בית המשפט לא יוכל להתעסק בסוגייה הזו. המכרז חייב לקיים תחרות הוגנת אך פירושה אינה דווקא תחרות שוויונית. לחייב בעל מכרז להתנות על עיקרון השיוויון כדי שיוכל לעשות בחירה חופשית לגמרי, יש כאן משום פגיעה בחופש ההתקשרות.

**לוין –** האם ישנה חובה לנהוג בשיווין כתוצאה מעיקרון הלב? על יסוד הערכת ציפייתם של המתקשרים במכרז זה, לא נראה שהמזמין נהג שלא בתום לב בכך שלא ניהל מו"מ עם כל המשתתפים במשפט.

**מליץ –** האם יש להחיל את עיקרון השיוויון מהמשפט הציבורי אל המשפט הפרטי? עיקרון השיווין במכרז הפרטי הוא פגיעה בלתי נחוצה בחופש ההתקשרות. תחרות הוגנת אינה בהכרח תחרות שיוויונית, במכרז פרטי הצדדים לא מצפים לשיוויון.

במקרה הספציפי, ליפשיץ אומר שהתנאי שהוא קבע לחברות – לא בהכרח מחייב גם את עורך המכרז (עניין הערבות הבנקאית). העתירה נתקבלה ברוב דעות נגד דעתם החולקת של הנשיא מ' שמגר והשופט א' ברק. לא נכון לטעון שיש כאן הפרה של תום הלב. אבל מכוח דוקטרינת החוזה הנספח יש ציפייה לגיטימית שיבחנו את הצעות כולם בשיוויון. אומר שעיקרון תום הלב לא מכיל בתוכו את השיוויון.

**פס"ד קל בניין נגד ע.ר.מ** – בין חברת קל בניין לנציג של חברת ע.ר.מ לא נכרת למעשה חוזה משום שבחברות חייבת להיות החלטה סופית של דירקטוריון החברה. החברה המערערת טוענת שנהגו כלפיה בחוסר תום ולב ושוויון. שלב הראשוני, בית המשפט צריך לפסוק האם יש כאן הפרה של חובת תום הלב. הבעייתיות כאן היא שהחברה שבסופו של דבר קיבלה את המכרז היא חברה שהציעה את הצעתה אחרי סגירת המכרז, באיחור (מצב שבו הייתה יכולה לדעת את כל ההצעות של החברות האחרות ולתת הצעה נמוכה מהן). בית המשפט פסק שחברת ע.ר.מ נהגה בחוסר תום לב בגלל פגיעה בעקרון השוויון (הפעם מחזקים את מה ששמגר וברק טענו בפס"ד בית יולס, 15 שנה לפני כן).

ההבדל בין פס"ד זה לבית יולס – כשאין ערבות בנקאית זה פגיעה בבית יולס ולא במתחרי המכרז, ובפס"ד זה חובת השוויון פגעה במתחרים וזה השוויון המתבקש.

**שיעור מס' 6- 11\11\16**

מה הסעד במקרה של הפרת תו"ל בעת כריתת החוזה?

בזה עוסק **פס"ד קל בניין השני**: בפס"ד זה ברק בא בגישה שבה הוא מנחיל הלכה שעוסקת בזכויות טבעיות וצדק כללי, ולא במקרה ספציפי שיש לדון בו ולתת פיצויים לאדם שנעשה לו עוול. בסופו של דבר, ברק הוא בדעת מיעוט ונפסק כי אין לערב משפט ציבורי עם משפט פרטי.

**מהו הסעד שמגיע לחברה שתובעת את הפיצויים?**

עולות השאלה- מי יכול לתבוע- האם כל החברות או רק החברה שתובעת? בפס"ד קל בניין הראשון המחוזי פסק על פיצויים שליליים והעליון פסק שמגיע פיצויים חיוביים לתובעת והחזיר את הפסיקה בעניין גובה הפיצויים לבית המשפט המחוזי. בית המשפט החליט החלטה דרמטית, מהפכנית.

ומכאן פס"ד קל בניין השני- פס"ד זה מטשטש את האבחנה בין השלב בו נכרת חוזה לבין השלב שבו לא נכרת חוזה.

שתי נק' חשובות שכדאי לשים לב אליהן

* בפס"ד זה היו נסיבות שהקלו על בית המשפט לפסוק שבאופן וודאי, אם לא הייתה מגיעה ההצעה המאוחרת, המערערת והמשיבה היו מתקשרות בחוזה. לכן כל ההיבט הספקולטיבי של אם אכן היה נחתם חוזה או לא, לא רלוונטי בעניין זה.
* בגלל העניין הספקולטיבי לגבי הפיצויים האפשריים שהיו צפויים לקל בניין, פירשו את הרווח באופן מצומצם ביותר- כל רווח אפשרי שלא הוכח על ידי קל בניין, לא התקבל.

עולה כאן השאלה, עד כמה בתי המשפט יעשו שימוש ברעיון של פיצוי חיובי?

**פס"ד עלריג:** שני שלבים בעסקה- שלב ראשון פחות רווחי, הלוואות מהבנק. שלב שני שאמור להיות רווחי – שממנו הוא נושל. הוא טוען שהייתה כאן הפרת חוזה. הם טוענים- לא נכרת חוזה.

מדובר כאן בעסקאות מקרקעין שאמורות להיות בכתב, והוא טוען שעצם זה שהוא שילם מעיד על כך שכן הייתה עסקה ומעיד על הכתב. ניתן לטעון- אמנם העסקה הזאת לא נחתמה בכתב, אבל הייתה הבנה בין הצדדים והחברה הפרה את החוזה ונהגה בחוסר תום לב. ריגר טוען- על פי הלכת קל בניין 2 אפשר לדרוש פיצויים חיוביים ולאו דווקא מוגבל לקטגוריה בה כן נכרת חוזה אלא גם על פרישה בשלב מאוחר ממו"מ- או שתתייחסו לזה כאילו נכרת חוזה (סיטואציה מס' 5) או שתתייחסו לזה כעל פרישה בשלב מאוחר ממו"מ (סיטואציה מס' 3). בית המשפט בשלב הזה, מוכן ללכת למהלך של פיצוי חיובי- "שבר עוד כלל"- פסק שהפסקיה של קל בניין לא מוגבלת לסיטואציה 6 אלא גם לסיטואציות אחרות. בית המשפט אומנם שובר כלל אבל הוא עושה זאת בצורה מעודנת, ממותנת- לא פיצויים גבוהים מידי- אפשר לומר שבית המשפט "נבהל מהפסיקה של עצמו", לכן הוא פסק פיצוי חיובי צולע- כזה שלא באמת נותן את כל הרווחים שהייתה אמורה העסקה להניב (פיצויים שליליים הם מאוד קלושים ונמוכים ומצד שני פיצוי חיובי מלא הוא גבוה מידי).

הפיצוי החיובי הוא סוג של רצון לרסן את הגישה המהפכנית, ואף שלפי עיקרון הפיצויים החיוביים מדובר בנדל"ן שערכו מעורך כגבוה ולכן ערכו יכפיל את עצמו מס' פעמים, נותן ביהמ"ש פיצוי חיובי נמוך. עד הפס"ד הנ"ל יש סדר דין מאוד פשוט מבחינה פורמליסטית (יש סכמה ברורה של תביעות נגד סעדים מתאימים), אך מלווה תחושה של חוזר הגינות כלפי הצד הנפגע בגלל הסעדים הקיימים. אולם, בפס"ד קל בניין חלה מהפכה שמקשה אומנם על הקביעה המשפטית אך מגדילה את ההגינות כלפי הצד הנפגע.

**פס"ד אמירים:** בית המשפט לא מוחק את מה שפסק בפס"ד הקודם- שאפשר להחיל פיצויים חיוביים על סיטואציה מס' 3- אלא נותן 3 **תנאים שכדאי להקפיד עליהם כשנותנים פיצויים חיוביים:**

1. שנכרת בוודאות חוזה אלמלא תום הלב
2. וודאות חזקה לגבי הרווחים הנצפים
3. הנפגע צריך להיות איש טהור לב – שני הצדדים צריכים לנהוג בתום לב.

באמירים, הצד הנפגע נהג בעצמו בחוסר תום לב ולכן לא נפסקים כאן פיצויים חיוביים.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| מס' |  | סעד | פסקי דין רלוונטיים |
| 1 | ניהול מו"מ מקביל | פיצוי שלילי |  |
| 2 | ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות | פיצוי שלילי |  |
| 3 | פרישה בשלב מאוחר ממו"מ | פיצוי שלילי |  |
| 4 | אשם בהתקשרות | התייחסות ללא חוזה כחוזה – סיום העסקה | שיכון עובדים נ' זפניק |
| 5 | תום לב נגד כתב | התייחסות ללא חוזה כחוזה | קלמר נ' גיאשם טוב נ' פרץ |
| 6 | חובת שיוויון במכרז (קל בניין 1) | פיצוי חיובי (קל בניין 2) | קל בניין 1 ו-2עלריג נ' ברנדרפרינץ נ' אמירים |

**סיכום הסיטואציות, הפרת תו"ל:**

**כוונה ליצור יחסים משפטיים ושפיטות**

מלבד גמ"ד ומסויימות מתקיימים במשפט הישראלי שני "שומרי סף":

**- שומר הכוונה ליצור יחסים משפטיים בין הצדדים-** שומר זה מסנן בין הסכמים בהם הצדדים התכוונו שיהיו משפטיים לבין הסכמים בהם הם לא התכוונו שההסכמים יהיו משפטיים. שומר זה אומר, גמירות דעת ורצינות- לאו דווקא מעידה על קיום של חוזה משפטי.

ישנם שני סוגי הבטחות –

1) הבטחות משפטיות- שבאמצעות ההבטחה מבינים שני הצדדים שיצרו יחסים וזכויות משפטיות.

2) הבטחות במישור האישי\משפחתי\חברי- לא פחות רציניות מההבטחות הקודמות. הבטחה יכולה להיות בעל גמירת דעת גבוהה ועדיין היא תהיה במישור היחסים האישיים- לא מעניק זכות משפטית במקרה של הפרה, לא ניתן לתבוע.

**- שומר השפיטות-** עוסק במקרים שבנק' המבט של הצדדים, הם כן מעוניינים לייחס למקרה יחסים משפטיים, ובהם בית המשפט לא מוכן לתת מענה מכיוון שהם לא עניינים משפטיים. שיקולי השפיטות**-** דיני החוזים נועדו לשרת פונקציות מסויימות, יש להם עניין לדון בנושאים ספציפיים ולא לדון בנושאים ספציפיים. יש עניינים שיש אינטרס ציבורי לעסוק בהם.

**שיעור מס' 7- 11\11\20**

עולות שתי שאלות:

1. איך שומר הכוונה ליצור יחסים משפטיים יודע מתי הצדדים התכוונו שהחוזה יהיה משפטי ומתי התכוונו שיהיה ג'נטלמני?
2. איך שומר השפיטות יודע אם הנושא הוא כן נושא שבו בית המשפט עוסק או נושא שבית המשפט לא עוסק?

**שאלה מס' (1)- כוונה ליצור יחסים משפטיים-**

תמיד המצב הוא שבזמן התביעה יהיה צד שיטען שההסכם הוא לא משפטי וצד שיטען שההסכם הוא כן משפטי- מה שמעניין את בית המשפט זה לא מה שהצדדים חושבים עכשיו אלא מה הצדדים חשבו ורצו בזמן כריתת החוזה. איך ניתן לעשות את הסינון ולדעת אם היו כוונות אלו?

1. תוכן החוזה, מה הצדדים אמרו במפורש- אמור לבדוק מה הייתה הכוונה של הצדדים והדרך הכי טובה לבדוק זאת היא לבדוק מה הצדדים אמרו בפועל, האם התכוונו ליחסים משפטיים או לא. זהו הכלל הכי מדויק.
2. סגנון ותוכן ההסכם- גם אם לא כתוב במפורש שההסכם משפטי או לא יש עוד דרכים לבדוק האם היו כוונות ליצור יחסים משפטיים- לבדוק אם מדובר בשפה משפטית או חתימת עו"ד, או מופיעים סעיפים משפטיים.
3. נסיבות הכריתה- מה הייתה האווירה שקדמה לכריתת ההסכם? אם האווירה היא חברית, משפטית, רצינית וכו'.
4. נושא העסקה- יש סוג מסוים של נושאים שבטבעם הם יותר משפטיים וסוג מסוים של נושאים שהם פחות משפטים.

**פס"ד בלפור-** עוסק בבני זוג באנגליה שאחד מהם עובד בשירות החוץ האנגלי והוא נמצא בהרבה נסיעות בעולם ולאשתו זה לא מתאים ולכן הוא מגיע עם אשתו להסמכה- כל חודש שבו אני נעדר מאנגליה אני מפצה אותך בכסף. בשלב מסוים הוא ממשיך לטוס ומפסיק לשלם וגב' בלפור תובעת אותו- מה שמיוחד פה זה שבני הזוג בלפור לא הולכים להתגרש, ישנה דרישה לעמוד בהבטחות. אדון בלפור לא מכחיש את העובדה שהוא הבטיח לאשתו. הטענה שלו- הבטחתי, ההבטחה הייתה ג'נטלמנית, ולא הבטחה משפטית, בין בני זוג. זה לא על רקע גירושין אלא רקע חיים משותפים לכן אין פה כוונה שההסכמה תהיה משפטים.

**פס"ד אדוארד-** טייס שמועסק בחברה מסוימת ובהסכם עבודתו מצוין שאם מפטרים אותו הוא זכאי ל-"קצבה קבועה", דבר שיוצר לו רשת ביטחון. עוד מצוין כי, אם הוא חותם על ויתור על הקצבה הוא מקבל סכום חד פעמי שמוגדר בהסכם. אדוארד מוזמן למשרד הנהלת חברה ומספרים לו שיש קיצוצים בחברה ועליהם לפטר אותו, והם רוצים לבקש מהטייסים לחתום על ויתור קצבה וכך הוא יקבל את המענק החד פעמי שלו ואף מובטח לו כי יקבל יותר מכך, אך לא כך קרה הוא קיבל רק את הסכום שהיה מוגדר בחוזה עבודה. הוא תובע מבית משפט לקבל את הסכום הנוסף שהובטח לו- החברה טוענת כי זוהי הבטחה ג'נטלמנית. אך להפתעת החברה, ביהמ"ש עושה אבחנה בין נושאי ההסכם- והוחלט כי ההסכם הזה, שהוא הסכם מסחרי שעוסק ביחסי עבודה, לעומת יחסים משפחתיים- על החברה לשלם לאדוארדס את התשלום שהובטח.

**שאלה מס' (2)- איך מבחינים בין נושאים משפטיים לנושאים לא משפטיים?**

המלומדים פרידמן וכהן מציגים בספרם את עמדה רחבה לגבי נושא השפיטות- יש יותר מקרים בהם נשתמש בשומר השפיטות. הטענה הבסיסית שלהם- דיני חוזים נועדו בעיקר בשביל פסקאות כלכליות,מסחריות.

למה הכלכלה חשובה לחברה ולמדינה?

יש עסקאות מאוד מורכבות שיש עליהן אינטרס הסתמכות גדול. למדינה יש אינטרס במשק כלכלי שבנוי על עסקאות. פרידמן וכהן אומרים שדיני חוזים נועדו לנושאים אלו בלבד- דיני חוזים לא עוסקים במשפחה, חברות וכו'. הפסיקה בישראל לא הסכימה להגיד שחוזה הוא עניין כלכלי בלבד. כל הסכם הוא שפיט, אך יש דוקטרינות מסוימות שבית המשפט החליט שהן לא תהיינה שפיטות. בית המשפט רואה ערך בקיום הבטחות, גם אם הן לא עסקיות מסחריות, אך עדיין הוא מפתח נק' מסוימות שהוא עוסק בהן:

**הסכמים פוליטיים**- רוטציה בין שני חברי רשימה שאחד מהם התחייב לפרוש, שיריון עתידי וכו'.

הסכמים אלו מנוסחים באופן מאוד משפטי על ידי עו"ד- לבית המשפט יש רתיעה מלעסוק בנושאים אלו למרות שההסכמים מנוסחים משפטית היטב ויש כוונה ליצור יחסים משפטיים- מסיבות שהן סיבות ציבוריות: לא טוב להפרדת רשויות, שהפוליטיקה תהיה מעורבת בסעדים כספיים וכו'). יש שופטים ששוללים על הסף את כל ההסכמים הפוליטיים ויש כאלה שמאשרים הסכמים פוליטיים.

**תחומי הרוח והכבוד-** ס' 33 לחוק החוזים (חלק כללי) התשל"ג- 1973. חוזים שעוסקים בחום הרוח והכבוד הם נושאים שאינם שפיטים.

**פס"ד קריאנסקי-** המשיב הוא חתן התנ"ך הישראלי שהתמודד בחידון התנ"ך העולמי וזכה במקום השני. טוען כנגד מארגני החידון שיש טעות בחישוב הנקודות ושלא קיבלו תשובה נכונה. השופט הלוי אומר- חוזים שהשורה התחתונה שלהם היא מתן פרס, ציון וכו' בית המשפט לא יתערב בעניין, לא יעסוק וידון בחוזה כזה- נושאים לא שפיטים. מציג עמדה של דוקטרינה רחבה של שומר השפיטות- פוסל תחום שלם שבו לא יעסוק בית המשפט.

**פורום חילופי מומחה**- תחום שהוא שפיט, אבל, בנושא שהחוזה עצמו נקב בשמו של גוף מקצועי שהוא זה שאמון על ההחלטות המקצועיות (מחליט מי יקבל את הפרס, מי יקבל תואר) לגבי שיקול הדעת המקצועי של אותו פורום בית המשפט לא יתערב.

**פס"ד קריאנסקי**- השופט ברנזון-אם היה מדובר בטענות חשבונאית גסה, כן הייתי מתערב. אך הוא דוחה את התביעה- כי הוא לא מציג את התביעה בתור טעות חשבונאית אלא על שיקול דעת של שופטים ואין להתערב בשק"ד של הגוף שאמון על כך. ברק מעדיף את דוק' פורום חילופי מומחה על פני דוק' תחומי הרוח והכבוד- ישנו מקרה שבו סטודנטים לומדים לתואר באוניברסיטה ונאמר להם לקחת קורסים מסוימים בהוראת האונ'. בסיום התואר, הם רואים שהקורסים שאמרו להם לקחת אינם מוכרים לצורך התואר. הסטודנטים ניגשים לבית המשפט ותובעים את האונ'. בפס"ד זה ברק אומר שזהו כן נושא משפטי- לא שייך לדוק' תחומי הרוח והכבוד, אלא לדוק' פורום חילופי מומחה- אם ישנה טעות טכנית וכו'. בסופו של דבר, בית המשפט דוחה את התביעה, אך לא בגלל שהנושא אינו שפיט, אלא מסיבות אחרות שאינן קשורות לנושא זה.

**במבחן**- מקרה דומה לחידון התנ"ך- שמדובר בו בטעות חשבונאית שברור שאי אפשר להציג עליה טעות של שק"ד. התשובה תהיה : בית המשפט בפס"ד קריאנסקי נחלק בשאלה מה יש לפסוק בסיטואציה של טעות חשבונית: על פי הגישה שהשופט הלוי, גם בטעות חשבונאית בעניין כזה בית המשפט לא יתערב (תחום הרוח והכבוד) , לעומת זאת, בגישה שברנזון הציג, שרק בטעות של שק"ד לא מתערבים (פורום חלופי מומחה). בפס"ד שני נ' אונ' ת"א בית המשפט הכריע לכיוון הדוקטרינה היותר מצמצמת- דוקטרינת פורום חילופי מומחה, לכן סביר להניח שעל פי הפסיקה של בית המשפט כיום, בית המשפט כן יתערב במקרים בהם יש טעות טכנית, חשבונאית ולא יעסוק בטענות כנגד שק"ד של הגוף האמון על העניין.

**הסכמים אישיים\אינטימיים-** מקרה בו עו"ד עשה הסכם קדם נישואין עם אשתו- בו נכתב מה יקרה בחיים המשותפים, על יחסי המין שלהם, ולא מה יקרה עם הכסף. סיכמו את התדירות בה יקיימו יחסי מין. ההסכם הופר על ידי האישה והבעל שהוא עו"ד, הגישה תביעה- יודע שהוא לא יקבל אכיפה, אך הוא דורש פיצויים. ההסכם נעשה מרצון חופשי והיו התחייבויות מסוימות בהן נקבע בה יהיה על מי שיפר את ההסכם.

ישנן שתי גישות לשלילת נושא שפיטות זה:

1. האיזור האינטימי, של בני האדם- תחום שבו בית המשפט לא מוכן לעסוק.
2. התחום האינטימי הוא דבר שבית המשפט לא מאשר לעשות בו חוזים.

גישה שליפשיץ דוגל בה- לא שאלו נושאים לא שפיטים, אלא שאלו נושאים בהם בית המשפט לא מוכן לשלול את יכולת החרטה. כשאנו מדברים על חופש החוזים אנו מדברים על החופש להתקשר בחוזה- אם יש מצב בו שנתחם חוזה בין 2 צדדים, צד אחד מעוניין בחוזה והצד השני לא מעוניין בחוזה כבר- בית המשפט בודק אם הייתה גמירת דעת וכו' ובסופו של דבר אוכף, בצורת כפייה את החוזה על הצד שאינו מעוניין בכך. זהו לא הרצון בזמן המימוש אלא הרצון בזמן כריתת החוזה. ביחסי מין ויחסים אישיים- מה שהרבה יותר חשוב, לעומת נושאים רגילים, הרצון במימוש לעומת הרצון בעת כריתת החוזה- לא ניתן לכפות קיום יחסי מין, זהו אונס. זכות היציאה מחוזה גוברת על זכות ההתחייבות- המשפט לא מוכן לבוא ולהגיד זה לא בסדר שלא קיימת את ההבטחה. אסור לעשות הבטחות כאלה, הן בטלות וחסרות משמעות.

ניתן להרחיב מצב כזה גם למצבים נוספים- הפרת הבטחת נישואין.

בד"כ מצב בו גבר הבטיח לאישה להינשא והתחרט- הייתה דוקטרינה בבית המשפט בו אין חובה לאכוף את הנישואין על הבעל, אלא תשלום פיצויים.

תרמית- אפשר להוכיח שכבר בזמן ההבטחה אחד הצדדים לא מתכנן לקיים את ההבטחה. הפרת הבטחת נישואין היא אינה תרמית כי אין איך להוכיח אם הוא התכוון או לא התכוון להתחתן מלכתחילה.

בהרבה מאוד מדינות במאה ה-19 הייתה דוקטרינה מהסוג הזה, שאפשרה לאדם שנפגע מהפרת הבטחת נישואין, לתבוע על הפרת הבטחת נישואין. במהלך המאה ה-20 יותר ויותר מדינות מבטלות את הדוקטרינה הזו, ומשאירות את חריג ה"תרמית" ואת חריג חלוקה הטכנית של הנזקים (אם שילמו לצלם, לאולם וכו'). בית המשפט רוצה לאפשר לבני האדם להתחרט בהצעות נישואין.

במשפט הישראלי- היו הרבה מאוד תביעות בעניין הפרת הבטחת נישואין- אם הוא היה משתכנע שזה נכרת על פי הקריטריונים הרגילים אז הוא היה קובע סעדים. בשלב מסוים, החלה התהפכות במגמה, לאחר כתיבת מאמרו של פרופ' שיפמן שטען שיש לבטל את סעדי הפרת הבטחת נישואין. בית המשפט שיחקו משחק כפול- למרות לא ביטלו את דוקטרינת הפרת הנישואין, הם צמצמו אותה- הפסיקו לתת פיצויים על נזקים עקיפים (נזק נפשי, הפסקת עבודה), אלא נתנו רק פיצויים מסוג חלוקה טכנית של נזקים (תשלום לאולם וכו').

**פס"ד פלוני נ' פלוני (2004):** אדם נשוי ויש לו מאהבת. הוא תמך בה כלכלית. מאהבת שהוא מבטיח לה שהוא יתגרש מאשתו ויתחתן איתה. המאהבת בהיריון, והוא מבקש ממנה לעשות הפלה כדי שלא יהיה ילד מחוץ לנישואין ושהוא יתגרש מאשתו בקרוב ואז הם יתחתנו וכו', היא מקשיבה לו ומפילה. זה קרה 4 פעמים (בכל הפעמים הוא מימן את ההפלות)- אחרי ההפלה הרביעית היא מבקשת ממנו להתחתן איתה והוא אומר לה שזה לא מתאים כרגע ועוזב אותה. היא הגישה תביעה כנגדו. היא תובעת על הנזקים הנפשיים שנגמרו לה עקב הפרת הבטחת נישואין מצידו. בבית המשפט העליון יש 2 שאלות:

* האם הפרת הבטחת נשואין מהווה עילה לתביעה? בלי קשר לכך שהוא היה נשוי. הסעד המרכזי שהיא תובעת הוא נזק נפשי. על פי ההתקדמות וההתפתחות של המגמה המצמצמת את ההפרות של ההבטחות של נישואין- בית המשפט ידחה את התביעה.
* לא כמו במקרה של רווקים, במקרה זה הגבר הוא נשוי ומעלה טענה- אני נשוי. אם הייתי צריך לקיים את החוזה ולהתחתן איתה הייתי פוגע בתקנת הציבור- לוחצת על האדם לבטל את נישואיו כדי לקיים את החוזה.

האם העובדה שהאיש נשוי תגרום לכך שלא נכיר בהבטחת הנישואין מכיוון שהיא פוגעת בתקנות הציבור?

אם בית המשפט רוצה לעזור לאישה במקרה זה- מבלי להיכנס לשאלה של הפרת הבטחת נישואין, בית המשפט יכול היה להגיד שהייתה כאן תרמית- אסור להבטיח כשמראש יודעים שלא הולכים לקיים- כאן קל להוכיח זאת משום שזה קרה 4 פעמים. השופט ברק מודע לזה ולא פוסק כך- אם הבעיה של בית המשפט היה רק של הגברת הזו- אז היה עליו לפסוק כך. אך אם הוא היה פוסק בדרך של תרמית אז הייתה בעייתיות בפסיקה של הפרת הבטחת נישואין- הוא רוצה לקבוע הלכה מסודרת ומסוימות.

האם הפרת הבטחת נשואין מהווה עילה לתביעה?

השופט ריבלין- ממשיך את המגמה של אי קבלת הפרת הבטחת נישואין. יוצר קטגוריה שבה אין שפיטות, לבטל את הפרת הבטחת נישואין כעילה חוזית.

השופט ברק- ברק לא אוהב דוקטרינות של שפיטות. הוא מעדיף לפרש את ס' 33 בצורה מאוד מצומצמת.

המשפט לא נעצר בדלת הבית וגם דיני החוזים לא נעצרים בבית. משפט כולל גם דיני חוזים ואם יש לוגיקה שמגינה על הסתמכות בחוזים, כאן יש בחורה שהסתמכה על כך שלא משנים את דעתך מבלי לפצות. את הנזק שנגרם אתה צריך לשלם. לוקח את המשפט הישראלי אחורה ולא מוכן לקבל דוקטרינה של שפיטות בנושא הפרת הבטחת נישואין.

העמדה של בית המשפט הישראלי, בתקופה לפני פס"ד:

גישה מסורתית- עצם העובדה שאתה נשוי כבר פוסלת את הבטחת הנישואין כנוגדת תקנת הציבור- איום על מוסד הנישואין.

גישה ליברלית- אם כשהוא הבטיח, היחסים כבר בינו לבין אישתו היו הרוסים לגמרי, אז יינתן תוקף משפטי להבטחה. אם כשהוא הבטיח, הוא חי באושר עם אשתו לא יינתן תוקף להבטחה.

ברק לוקח עמדה יותר קיצונית מהעמדה הליברלית- לא משנה אם הנישואין הרוסים או לא, העובדה שאתה נשוי אינה רלוונטית, יש להכיר בהפרת הבטחה. הנימוקים של ברק:

* טענה אמפירית- הבטחה בזמן שנישואין הרוסים היא הבטחה שכן נותנים לה תוקף- ברק אומר שעצם העובדה שהוא הבטיח הצעת נישואין כבר מניחה שהנישואין הם הרוסים.
* טענה עקרונית- אי אפשר להגיד אם זה פוגע בתקנת הציבור או לא, זה לא ברור בימים אלו, שיש תפיסה ליברלית מאוד- זהו שיפוט מוסרי שלא ניתן לעשותו בעולם ליברלי.
* גם אם יש כאן אי מוסריות, היא בין הבעל לאשתו, ולא בין הבעל למאהבת.

שני החלקים של פסק הדין של ברק סותרים אחד השני: בחלק הראשון, ברק אומר שהמשפט לא נעצר בדלת המשפחתית- ניתן לשפוט נושאים שהינם משפחתיים- כשעושים זאת בית המשפט לוקח על עצמו את האחריות להבין מי הפר את ההבטחה והאם הסיבות היו לגיטימיות (מה שהוא לא היה מוכן לעשות בהסכם בין העורך דין עם אישתו בקשר ליחסי המין). רוצה שהאדם שהפר את ההבטחה ייקח את האחריות על מה שעשה. בחלק השני, בנושא של בעל ובין אישה, ברק אומר שהוא לא יודע אם זה סותר את תקנת הציבור במשפט המודרני- הוא סותר את עצמו- יש אי מוסריות במה שהבעל עשה עם אשתו, בבגידה. ופה ברק לא מוכן להתערב בזה. בחלק הראשון הוא אמר שאדם חייב לקחת אחריות על כך שהפר הבטחה בגלל המוסריות ובחלק השני לא אכפת לו מהמוסריות, לא ניתן לשפוט מוסריות. התובעת היא לא רק קורבן, היא נהנתה מהכסף ששייך לתא המשפחתי של הבעל ואשתו.

ריבלין- בית המשפט לא יכול להגיד לך עם מי להתחתן ומתי זה בסדר ולא בסדר לשנות את דעתך. בית המשפט לא צריך להתערב בכך אלא אם כן יש חריג של תרמית. גישה קוהרנטית.

ברק- על פי ברק בית המשפט יכול לשפוט בין אדם למאהבת ולכן, על פי ההיגיון, הוא צריך לשפוט בין אדם לאשתו. אך ברק לא מוכן לשפוט בין אדם לאשתו- לא מוכן לגנות רומן מחוץ לנישואין.

**פסק הדין הזה מוריד את המוטיבציה לבגוד ומעלה את המוטיבציה של המאהבות. המאהבת קיבלה 250,000 שקלים מהבעל.**

**שיעור מס' 8 11\11\23**

**פס"ד לוין נ' לוין-** לבעל יש 2 טענות משפטיות:

(1)הטענה המרכזית בפס"ד- אין כוונה ליצור יחסים משפטיים, אין להסכם תוקף משפטי, לא ניתן לאכוף אותו.

(2)נניח שיש פה הסכם שיש בו כוונה ליצור יחסים משפטיים, חלק מתנאי ההסכם היו לא להציג אותו בבית משפט, ולכן צריך למצוא דרך לאכוף סעיף זה. הוא כן הוצג כבר בפני בית משפט לכן בית המשפט צריך להתעלם ממנה.

האישה צריכה לנצח, להוכיח 2 טענות מצטברות-

(1)להוכיח שיש כוונה ליצור יחסים משפטיים.

(2)בהנחה שהחוזה הוא כן תקף, צריכה למחוק או לא לאכוף את הסעיף שמדבר על לא להציג את המסמך בפני בית המשפט.

השאלה המשפטית הראשונה: האם ההסכם הוא משפטי?

הטענה של הבעל- מאוד חזקה,הכוונה ליצור יחסים משפטיים נבדקת בראש בראשונה ובהסכם עליו הם חתמו נאמר במפורש כי אין כוונה ליצור יחסים משפטיים.

השופט זמיר-

* פעמיים נאמר שההסכם לא יכול להיות מוצג בבית המשפט (גם בהסכם המקדמי וגם בחוזה המזונות) אבל מה שבעייתי הוא שהכותרת של ההסכם היא "חוזה מזונות"- מעיד על כוונה של חוזה משפטי ועל כוונה ליצור יחסי שפיטות.
* יש כאן "תיקו"- בשיעור אמרנו שאם לא מתייחסים לעניין אפשר לבדוק על פי מבחני העזר, אבל כאן יש שתי אמירות סותרות. מפעילים את מבחני העזר- הלכו לעורך דין, מנוסח כמו חוזה וכו' מוליך למסקנה שמכלול היחסים היה משפטי.
* זמיר מעלה את שיקול השפיטות- שיקול של הגינות מצידו של הבעל, מבטיח משהו ואומר שזה לא משפטי ולא ניתן לאכוף אותו.

מתברר שבמקרה זה לעומת מקרים אחרים, יש שיקול שפיטות שמתמשים בו כדי לדחוף את ההסכם פנימה, ולא החוצה כמו שיש ברוב המקרים- משתמשים בשיקול השפיטות כדי להוכיח שניתן להשתמש בהסכם ולא כדי להוכיח שאין בהסכם שפיטות.

המהלך של זמיר בנוי כך: מתחיל בכוונה ליצור יחסים משפטיים ומגיע למסקנה שנאמרו דברים סותרים- קראו להסכם חוזה מזונות ולא הסכם מזונות בכותרת (גם בחוזה עצמו וגם בהפנייה אליו) ומצד שני אמרו שההסכם אינו משפטי, אין לו תוקף משפטי. לכן יש כאן מצב של תיקו ואין לשני עניינים אלו חשיבות. לאחר מכן, משתמש במבחני העזר ליצור יחסים משפטיים- מוצא שההסכם מנוסח בצורה משפטית, נכתב על ידי לעורך דין, נושא שפיטות-הסכם גירושין שנעשה בד"כ על ידי חוזים. לאחר מכן מוסיף את שיקול השפיטות- אם ההסכם אכן לא יהיה משפטי ניתנת האפשרות לאחד הצדדים להתנער מההתחייבות בלי שתהיה אפשרות לצד השני לאכוף אותה.

יש חידושים בדבריו של זמיר:

* התיקו- יש 2 טענות סותרות ולכן שתיהן מתבטלות.
* גם כאשר יש התלבטות על הכוונה ליצור יחסים משפטיים ויש עמימות על כוונת הצדדים ניתן להשתמש בשיקול השפיטות.

מהלכים רדיקליים של זמיר-

* כוונה גוברת על מילים- למרות שכתבו במפורש זה לא משפטי לא מאמין להם שזה לא משפטי- עשו פעולות שנראות כאילו שהם התכוונו שזה יהי משפטי. בניגוד למה שלמדנו לשיעור קודם- ללכת ולבדוק מה נאמר במפורש- אם נאמר שלא ניתן ליצור יחסים משפטיים במפורש אז יש כוונה ואם נאמר שלא רוצים ליצור יחסים משפטיים משפטיים (כמו במקרה בזה) אז אוטומטית לא אין חוזה.
* יש שיקולי שפיטות שהם כל כך חזקים, שייגרמו לכך להכניס חוזה שהצדדים לא רוצים שידון בו.

אם זוהי הלכת פסק דין זה, נוצר כאן זעזוע. יש כאן שתי אמירות שממש משנות את כל מה שחשבנו. זמיר לא מתנער לגמרי מכל מה שלמדנו מהשיעור הקודם, אלא שומר לעצמו את האופציה להשתמש בשיקולי שפיטות כמו במקרים כאלה.

הערכה נורמטיבית של פסק הדין- האם בית המשפט עשה דבר הטוב? האם העובדה שבית המשפט נותן לנו במקרים מסוימים להתנער מהאמירה שההסכם אינו משפטי הוא רעיון נכון?

שומעים בפס"ד 2 קולות, הנמקות, סיפורים-

**סיפור 1-** זה שלא שבית המשפט רצה לבטל את מושג "כוונה ליצור יחסים משפטיים" באופן גורף. אלא זה תלוי בנסיבות- שני הצדדים הולכים לאותה עו"ד, סביר להניח שהבעל הוא המפרנס והוא זה ששוכר את עו"ד. לאישה אין כסף לקחת עו"ד, היא במצב כלכלי פחות טוב מהבעל. היא זו שאחראית לילדים וכו'. עושים הסכם גירושין, הוא מפתה אותה במזונות גבוהים כדי שזה יסתדר לו- הוא עשה ויתור רק לתקופה שעד הגט, התקופה שבה האישה ממש לחוצה וכך הוא גרם לה לעשות ויתורים, ויתור על המשפטיות של החוזה. יש רמזים מסוימים בפס"ד שזהו אכן הסיפור, לכן בית המשפט לא יכול לתת להם לאכוף את ההבטחה הזאת. יש כאן מערכת יחסים שבמכלול היא משפטית לגמרי, אז ניתן לראות בס' שאומר שההסכם אינו משפטי, כעודף כוח של הבעל.

**סיפור 2-** אדם הבטיח הבטחה ועכשיו הוא רוצה להתנער ממנה וזמיר אומר לו- זהו חוסר תום לב לנצל את העובדה שההסכם הוא לא משפטי כדי לא לקיים הבטחות. העובדה שמישהו מבטיח משהו באופן ברור ולא רוצה לקיים אותו זהו שיקול השפיטות. על פי הסיפור הזה ביהמ"ש אומר לבעל, ברגע שאתה מבטיח הבטחות יש משהו פגום מוסרית בזה שאתה לא מקבל על עצמך את ההבטחה שלך- אנו נגרום לכך שתקיים את ההבטחה שלך. אם מישהו הבטיח הבטחה שהוא לא רוצה לקיים אותה בית המשפט יכול להכריח אותו לקיים אותה.

בעייתיות בסיפור 2:

* אוטונומיה של הפרטים- אדון לוין נתן פה משהו שהוא לא חייב על פי החוק. הוא בא והחליט לשלם יותר בתנאי שהאקסטרה הזאת לא תהיה משפטית- זה בא מרצון טוב.
* זה ייפגע בנשים שרוצות להתגרש. עורכי דין ימליצו לגברים לא לעשות חוזים כאלה ולא לתת תשלומי "אקסטרה" וכך זה ייפגע בנשים.

**שיעור מס' 9- 11\11\27**

**פרק ב'- פגמים בכריתת החוזה**

מאפיינים כלליים של פרק ב':

1. פרק ב' מגיע אחרי פרק א'- כלומר מתחילים מפרק א'- בודקים אם נכרת חוזה לפי פרק א' (גמ"ד, מסוימות, תום לב וכו').
2. למרות שנכרת חוזה עפ"י פרק א', יש בפרק ב' טענות של אחד הצדדים בדיעבד נגד הכריתה שנקראות "פגם ברצון". השאלה שעולה היא- למה מגיעים לפרק ב' וטוענים לאחר כריתת החוזה שיש פגם ברצון בעת כריתת החוזה ולא בודקים את זה כבר בפרק א'? התשובה היא, פרק א' בודק באופן אובייקטיבי את תהליך כריתת החוזה לעומת פרק ב' שבודק באופן סובייקטיבי את כריתת החוזה (הטעיה, כפייה, עושק). כשהמחוקק חוקק את החוק הוא חוקק את פרק א' בצורה נוקשה, אובייקטיבית והשליך את כל הפרטים הסובייקטיביים לפרק ב'. הלוגיקה של פרק א' שמדגישה את עקרון ההסתמכות של הצדדים, "מתבטלת" בפרק ב'- אחד הצדדים מסתמך על החוזה כשפרק א' כן מתקיים ואז מגיע פרק ב' ופוסל את זה. תמיד יש לצד השני תפקיד- יש צד אחד רוצה לבטל ויש צד שני שהוא לא "טהור".
3. הביטול לפי פרק ב' הוא לא אוטומטי- גם אם השתכנענו באופן סופי שישנה עילה לביטול(הטעייה, עושק, כפייה וכו') החוזה לא מתבטל באופן אוטומטי אלא ישנה אופציה לביטול, "החוזה ניתן לביטול". יש אפשרות לבטל את החוזה ויש אפשרות לא לבטל אלא לדרוש פיצויים.
4. הביטול הוא אוטונומי- צריך לבטל לא באמצעות פנייה לביהמ"ש, אלא בפנייה לצד השני של החוזה ולהודיע לו שאני רוצה לבטל את החוזה בגלל טעות, הטעייה, עושק וכו'. יש מצבים שבהם האנשים שהיה להם פגם ברצון ועדיין הם יחשבו מפרי חוזה (למשל בוופנה נ' אוגש). יש כאן מצב "מפחיד" מבחינה משפטית.
5. דרך הביטול- אין דרך פורמאלית לביטול החוזה. אך גם כאן יש הבחנה בין מה שכדאי לעשות מראש או מה שכדאי לעשות בדיעבד: עדיף לעשות הודעה חדה, ברורה בדואר רשום שבה מודיעים על הביטול. כאשר הביטול הוא אחרי שנים, יש לבצע פעולות שמאפיינות ביטול ואז אפשר לטעון לביטול בע"פ, ביטול בהתנהגות (דרכים לא פרומליות). הפסיקה מאוד נחרצת בעניין ש-"דרך הביטול תהיה חד משמעית"- גם לצד ה"פוגע" יש זכויות, אסור לבטל בדרך של עמימות. מי ש"ינסה לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה"- עלול להפסיד פעמיים
6. זמן הביטול- הביטול יעשה בתוך זמן סביר (ביטוי מאוד אמורפי). פרמטרים שרלוונטים לביטול העסקה:
* כאשר מדובר בחוזה שהוא עדיין צריך לפעול על פיו- זה לא הוגן להשאיר אותו תלוי לזמן מאוד ארוך. יש אינטרס מאוד לגיטימי **לצד הפוגע** לדרוש שההלטה תהיה מהירה
* לטובת הנפגע- ככל שההחלטה האם לבטל או להמשיך היא החלטה שהיא דורשת סוג של מקצוענות שאין לצדדים בהסכם, זה לוקח זמן להעריך את הפגיעה.
1. מה הסעד? הסעד בפרק זה הוא רכיב מורכב.
* מהביטול עצמו מקבלים ביטול בהשבה- כשאני טענתי טענות של טעות\הטעייה\כפייה\עושק זה אומר שהחוזה בוטל, אני לא חייב לפעול על פי החוזה. **אין פיצויים בעילות טעות\הטעייה\עושק\כפייה אלא רק דמי קדימה (מה ששילמתי לצד השני, סעד ההשבה).** כאשר יש מצב שבו הקונה הטעה את הקבלן**,** והקבלן מבטל את העסקה אז הקבלן יצטרך לשלם לקונה את דמי ההקדמה- השבה. פיצויים אלו הם סימטריים- אם אתה ביטלת, אתה צריך להחזיר את הכסף לצד השני. אבל אפשר לתבוע במקביל על חוסר תום לב ושם יש אפשרות לקבל פיצויים\לתבוע פיצויים על נזיקין.תום לב יכול להיות גם תביעה עצמאית גם אם החלטתי לא לבטל את החוזה.

פרק ב': ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו

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

חוזה למראית עין

14. (א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.

טעות

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

 (ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.

 (ד) "טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 -בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

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

הטעיה

16. נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה.

טעות סופר

17. (א) מי שהתקשרבחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

כפיה

 (ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

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

עושק

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.

ביטול חלקי

20. ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה -תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה.

דרך הביטול

21. משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה -לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

השבה לאחר ביטול

22. אין בהוראות פרק זה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת.

שמירת תרופות

**עילת הטעות- ס' 14 לחוה"ח**

ס' 14 (א) דורש:

1. חוזה
2. טעות ⇦ סייג 14(ד)- למעט טעות שנטענת בגלל חוסר כדאיות העסקה.
3. קש"ס (קשר סיבתי)- סובייקטיבי\אובייקטיבי.
4. הצד השני ידע או היה עליו לדעת.

ס' 14 (ב) דורש:

1. חוזה
2. טעות ⇦ סייג 14(ד)- למעט טעות שנטענת בגלל חוסר כדאיות העסקה.
3. קש"ס (קשר סיבתי)- סובייקטיבי\אובייקטיבי.
4. הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת.

הסבר הסעיפים:

1. חוזה- צריך שייכרת חוזה ע"י המבחנים של פרק א'.
2. טעות- דוגמא לפער בין מציאות לבין מחשבה, דימוי בראש. כלומר- חשבתי משהו אחד והמציאות הייתה אחרת.
3. קש"ס- מבחן "האלמלא"- אלמלא הטעות הצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה. על הצד הטועה להוכיח שהפריט (שבו הוא טעה) הוא הכרחי עבור הצד הטועה, אך זה לא מספיק שהטועה יראה שזה אכן חשוב לו אלא הוא צריך להוכיח זאת באמצעות מבחן אובייקטיבי. ישנם שני סוגים של מבחנים אובייקטיבים:
* באמצעות האדם הסביר- האדם הסביר צריך לחשוב שפריט זה הוא חשוב לעסקה. אם יש לי גחמה שרוב האנשים לא מייחסים לה חשיבות, ולי היא חשובה, לא באופן אוטומטי יתבטל החוזה מכיוון שאין קש"ס אובייקטיבי אלא רק קש"ס סובייקטיבי.
* הפיכת סובייקטיביות לאובייקטיביות- ברגע שהצד הטועה מצהיר על כך שהפריט שלגביו קרתה הטעות מאוד חשוב לו בעת כריתת החוזה.
1. הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת- יש פגם ברצון אבל לצד השני אין שום קשר לזה- אם הייתה טעות ולצד השני אין מושג על הטעות ס' 14 (ב):המחוקק לא מקבל את כל מה שלמדנו עד עכשיו- יש כאן "קרב בין שני טובים", ולא "קרב בין רע וטוב".

במקרה זה לא ניתן לעשות סעדים עצמאיים אלא חייבים לפנות לביהמ"ש, עד שביהמ"ש לא יבטל, החוזה קיים. הביטול כפוף לשק"צ (שיקולי צדק)- בית המשפט בודק מהו הנזק לכל אחד משני הצדדים, ואז מחליט אם יש סעד לביטול החוזה בעקבות הטעות או לא.

פסיקת פיצויים לחובת המבטל- בית המשפט יכול להתנות ביטול לצד הטועה בכך שישלם פיצויים לטובת הצד השני.

**תנאים אלו לא קיימים בשאר הסעיפים אלא רק בסעיף 14 (ב)!!!!**

הצד השני ידע או היה עליו לדעת- אם הייתה לך טעות והצד השני היה צריך לדעת על הטעות הזאת, ס' 14 (א):

* מביא לביטול אוטונומי, הטועה יכול לבטל מתי שהוא רוצה.
* זכות הביטול היא מוחלטת, זוהי זכותו המוחלטת של הצד הנפגע לבטל את העסקה בלי להודיע על כך לבית המשפט.
* אין פיצויים לחובת המבטל.

טעות משותפת- שני הצדדים טעו- בן אדם קונה דירה והתכנון הוא שליד הדירה אמור להיות פארק ובסוף מסתבר שבמקום פארק יש מזבלה- מצב שבו ששני הצדדים טועים.

דומה לס' 14(ב)- פס"ד כנען.

**שיעור מס' 10 11\11\30**

**חזרה על שיעור קודם- סוגי טעויות**

למשל במקרה של אדם שקונה דירה והמצב התכנוני הוא שליד הדירה אמור להיות פארק ובסוף מתברר שבמקום פארק מתוכננת שם מזבלה:

**14(א) טעות ידועה:** בחלופה ראשונה הקונה חושב שאמור להיות שם פארק, המוכר יודע שיש שם מזבלה ויודע שהקונה חושב שיש שם פארק.

**14 (ב) טעות לא ידועה:** הקונה חושב שמתוכנן שם פארק, המוכר יודע שיש מזבלה ולא יודע שהקונה חושב שיש שם פארק. המוכר יגיד – לא ידעתי שאתה לא יודע שיש שם מזבלה. תום הלב של הצד שלא ידע שהצד הראשון חושב שיש

**ההבדל הוא האם המוכר יודע או לא יודע שהצד השני טועה.**

**טעות משותפת:** שני הצדדים לא ידעו שמתוכננת שם מזבלה. שניהם היו תמי לב. יש מי שיסתכל על זה ב14(א) – שני הצדדים הניחו משהו מסויים וחתמתם על ההנחה הזו חוזה, אז יש כאן טעות משותפת. ביהמ"ש מגדיר אותה לפי סעיף 14(ב).

**טעות בכדאיות העסקה:**

14(ד) "טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 -בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

טעות שהיא רק בכדאיות העסקה לא ניתן לבטל את העסקה אבל אם טעית במשהו אחר שכולל בו גם טעות בכדאיות העסקה –אפשר לבטל. ברגע שהטעו אותי לגבי כדאיות העסקה, לא ניתן לבטל אותה. קודם כל בודקים בפרק ב' – את סעיף 14(ד) ובודקים קודם כל אם הטעות אינה אלה בכדאיות העסקה ואז מסווגים את הטעות ל-14(א) או ל14(ב).

הפסיקה והמלומדים פיתחו שלושה מבחנים לבדיקה האם טעות היא בכדאיות העסקה:

1. **המבחן הכרונולוגי –** טעות מתייחסת לכך שכבר בזמן כריתת החוזה הידע שלך לגבי המציאות היה שגוי ולכן אם היו היו שגיאות לגבי העבר או ההווה הן לא נחשבות טעות בכדאיות העסקה. האם השגיאות שלך היו לגבי העתיד זו טעות בכדאיות העסקה. במקרה הפארק והמזבלה – אם חודש אחרי שחתמת את החוזה שינו את התוכניות אז לא נוכל לבטל את החוזה עקב טעות מאחר שטעות היא רק עבר והווה (זמן כריתת החוזה) והנחות היסוד שלך בזמן הכריתה או לפניו ולא לאחריו. אם זו טעות בעבר ובהווה – אפשר לסווג אותה ל14(א) או ל14(ב). אם אני שואל את המוכר מה הצפי לעתיד לגבי שווי החברה שאני רוכש והוא עונה שהיא בצמיחה – ואחרי חודשיים היו יורדת, אי אפשר לטעון לטעות כי זו טעות בכדאיות העסקה. כדי שזו תהיה טעות צריך לכתוב את ההתחייבות שהחברה תרוויח בעתיד בחוזה. (צריך היה לכתוב בחוזה רכישת הדירה שהקבלן מתחייב שיהיה שם פארק) ואז אפשר לטעון להפרה ולטעות. דברים שעוסקים בעתיד הם דברים שאי אפשר לקחת בחשבון כי העתיד נתון לשינויים ולכן גם אם ההערכות שלך לא היו נכונות – אם זה לא מחוייב בחוזה, זה טעות בכדאיות העסקה ואי אפשר לבטל את החוזה.
2. **מבחן התכונות לעומת שווי –**המבחן "הנאמן" ביותר ללשון החוק. אם אתה קונה בנכס ויש לך שגיאה בתכונות שלו ובגלל ששגית בתכונות יש גם נגזרת של שווי – זו טעות שאפשר בגינה לבטל חוזה. כאשר התכונות היו ברורות אבל לא הערכתן את שוויין כמו שצריך ויצאת "פראייר" ושילמת יותר אז יש טעות בשווי ולא בתכונות ולכן אי אפשר לבטל כי זו טעות בכדאיות העסקה. לא מתקיים כאן כלל ההונאה במשפט העברי לפיו אם המוכר קיבל יותר משישית מהרווח ביהמ"ש לא יכול להתערב. אם קניתי מכונית שהייתה בה פגיעה בשלדה אבל לא ידעתי לפני כן, זו טעות קלאסית של 14(א). אם ידעתי והמוכר מוריד לי במחיר כתוצאה מכך – אי אפשר לבטל במידה ואטען ששילמתי יותר מדי, כי ביהמ"ש יגיד לי שאני לא תמחרתי נכון את השווי וזו בעיה שלי.
3. **מבחן הסיכון –** מופיע למטה.

**פס"ד נחמני נ' גלאור***-* שגיאה בגובה המשכנתא על הבית שע"פ החוזה הקונה היה צריך לשלם אותה. המשכנתא צברה ריביות והצמדות והיא הפכה מ800 אלף שקל לכמעט מיליון וחצי שקל ובזמן כריתת החוזה הקונה לא ידע את גובה המשכנתא האמיתי כי לא סופקו לו המסמכים. המוכר טוען כי יש טעות משותפת – שני הצדדים לא ידעו מהו הגובה האמיתי של המשכנתא. השופט קבע כי המוכר כן ידע שיש חוב פיגורים והצמדה ולכן לא מדובר בטעות משותפת. השופט בייסקי קובע שטעות שנוגעת לגובה החוב אינה טעות יסודית (טעות יסודית=כזו שיוצרת שוני מהותי בעסקה כפי שהבין אותה הטועה לבין העסקה האמיתית**). טעות על גובה הריבית היא לכל היותר טעות בכדאיות העסקה** שלפי סעיף 14(ד) אינה מזכה בביטול החוזה. העתירה נדחית.

**פס"ד לירון נ' אלבוחר***:*מצבים שבהם יש חוב כספי נלווה של מס רכוש או משכנתא – אפשר להגדיר את זה בטעות בשווי ושעלות המס היא טעות בתכונה ולכן אפשר לבטל. בפס"ד זה הוחלט שהייתה טעות בתכונות ולכן לפי המבחן השני הוחלט שזו טעות. צריך לבחון מה הצדדים ראו כנתון ומה הם ראו כסיכון.

**איך בודקים אם הטעות היא בכדאיות העסקה או לא?** כן צריך להתחיל במבחנים הקלאסיים (עבר הווה, תכונות ושווי). מבחן הסיכון מבוסס עליהם וצריך להתחיל איתם ואז להגיד שמבחן הסיכון יביא לתוצאות דומות. לעומת זאת אם המבחנים לא יהיו חד משמעיים או שהם יובילו לתוצאה הפוכה ממה שאני רוצה אפשר להגיד שביהמ"ש יסטה מהמבחנים הקלאסיים ויפנה למבחן הסיכון ולהסביר אותו. אם זו לא טעות בכדאיות העסקה - הולכים ל14א, 14ב או 15 ומוכיחים אחד מהם.

*מקרה לדוגמא:* בעל מניות השליטה בחברה שרוצה למכור לאדם אחר את המניות שלו. יש בידיהם רק עיתון מאתמול שאומר שערך המניה הוא 100. אין סיבה להניח שערך המניה הוא הרבה יותר או הרבה פחות ואנחנו מחשבים את המכירה לפי ערך המניה של 100. נניח שבאותו היום המניה קפצה ושוויה הייתה 200 המוכר יכול לטעון טעות משותפת. הצד השני יכול להגיד, הקונה, שהטעות היא לא בתכונות אלא בשווי. לא ידענו כמה שוות המניות ולא מהן תכונות החברה. ההערכה נכזבה, הבנת שאתה עושה את העסקה בתנאים של אי-ודאות, לקחת סיכון, אתה יודע שהבורסה היא תנודתית ומדובר בטעות בכדאיות העסקה כי מדובר לא בתכונות אלא בערך, בשווי. במקרה זה התוצאה תהיה שאפשר לבטל את העסקה.

במקרה אחר, המוכר והקונה ראו במחשב את הערך המעודכן של המניה וחשבו שכתוב 100 אבל בעצם היה כתוב 200 והנחת היסוד של העסקה היא שבאותו רגע זה מדובר ב-100. מבחינה טכנית יש כאן טעות בכדאיות העסקה, אבל מבחינה מהותית, יש כאן טעות משותפת. לכן המבחן השני הוא לא מוצלח – יש לו שתי תוצאות: באחת יתייחסו לערך כנתון שקשור לתוכן ובחלק שני מתייחסים לערך כספקולציה.

המבחן השלישי אותו הציע פרופ' פרידמן נקרא **"מבחן הסיכון".** בכל עסקה יש רכיבים לגביהם אנחנו לוקחים סיכון, הערכה, צ'אנס מסויים. אם יתברר שהרכיבים העובדתיים עליהם התבססה העסקה הם שגויים זו טעות אבל אם יתברר שההערכות או הסיכונים שלי לא יתממשו – במקרה כזה מדובר בטעות שהיא בכדאיות העסקה. למרות כל התקוות שהיו לי לגבי הסיכון שלקחתי זה לא רציני להגיד שהעתיד הוא חלק מהנתון. איפה המבחן הזה משפר את המבחן הכרונולוגי?

מבחן התכונות והשווי – מבחן הסיכון מקבל אותו ואומר שתכונות זה לא משהו שנחשב כסיכון, כספקולוציה – כמה אפשר להרוויח מהתכונות האלה זאת כבר ספקולציה. בדרך כלל מבחן הסיכון יסכים עם מבחן התכונות והשווי שתכונות הן טעות בכדאיות העסקה, אבל איפה היתרון שלו? במקרה המניות למשל, ע"פ מבחן הסיכון במקרה הראשון שבו הייתה עלייה משמעותית של מחיר המניות מעבר למה שהיה כתוב בעיתון – אחנו נגיד למוכר שהואל קח כאן סיכון ואם זה היה קריטי בשבילו מהו מחיר המניה הוא היה הולך לבדוק מה השווי שלה היום. לקחת את הסיכון באי הוודאות, אל תבוא לטעון שיש לך טעות בתכונות, כי הערכת את התכונות על מידע לא עדכני. במקרה השני, קיבלת מידע לא עדכני והוא היה שגוי לקחת סיכון שאני כן מקבל כבעיה בתכונות. מבחן הסיכון בנחמני נ' גלאור – במשכנתא יש מסמכים שמגדירים את הגובה שלה, לא לוקחים לגביה סיכון אלא נתון. אם שגית לגבי זה, זאת בעיה בנתון.

**פס"ד בן לולו נ' אליאס-** המערערת שנפגעה בתאונת דרכים טוענת כי הסכם הפשרה לא מכסה את נזקיה כי כמה שנים אחרי החתימה על הסכם הפשרה – היא לקתה במחלת נפש ואחוזי הנכות שלה עלו, שילמו לה על 20 אחוז ואחוזי הנכות שלה עלו ל-50%. גם אם באופן מטאפיזי הפציעה כבר כיננה בי ולא התפרצה, אנחנו עדיין מתייחסים אל המחלה כמשהו עתידי שאנחנו לוקחים לגבי סיכון. מצב הפוך – אם היו יורדים אחוזי הנכות שלה – החברה לא יכלה לטעון שהיא השאלה היא האם המומחים טעו לגבי העבר וכבר בזמן ההערכה הייתה טעות לגבי הנזקים העתידיים.

**פס"ד ארואסטי נ' קאשי-**האם פסק הדין החדש שקובע שיש קשר בין בעל הקרקע לקונה מהקבלן שייך לעתיד או רק קובע את מה שהיה ברור בעבר, בזמן כריתת החוזה? כאשר מנהלים מו"מ לפי תנאי החוק אנחנו צריכים לקחת בחשבון שהחוק ישתנה, שיום אחד ביהמ"ש יפסוק לטובת מקרה כמו שלי. ביהמ"ש לא מבטל את העסקה כי מדובר בטעות בכדאיות העסקה. מבחן הסיכון נתן תוצאה חיובית לגבי הטעות בכדאיות.

**סיכום הטעויות:**

כאשר יש הבטחה בתוך החוזה – זאת הפרה חוזה שמחייבת פיצוי

כאשר יש הבטחה או מצג שהוא לא בתוך החוזה:

אם ההבטחה היא לגבי העבר – אפשר לבטל את החוזה בגלל טעות והטעיה

אם ההבטחה היא לגבי נתון – אפשר לבטל את החוזה בגלל טעות והטעייה

אם ההבטחה היא לגבי העתיד – היא חסרת משמעות ואי אפשר לבטל את החוזה כי זו טעות בכדאיות העסקה.

**בדיקת תנאים מצטברים לטעות:**

1. בדיקה שנכרת חוזה
2. טעות שאינה בכדאיות העסקה
3. טעות לפי סעיף 14(א) או(ב) קשר סיבתי סובייקטיבי ואובייקטיבי – אם הייתה ידיעה אנחנו ב14(א) ואם לא הייתה ידיעה היינו ב14(ב)
4. אם הטעות היא לפי 14(ב) אנחנו נמצאים בסעדים מתונים יותר, פנייה לבית משפט, שיקולי צדק ואפשרות לחייב את הטועה בפיצויים. אם הטעות היא לפי 14(א) יש תוצאה של ביטול אוטונומי, מוחלט וללא פיצויים. אפשר להגיש ב14(א) תביעה על חוסר תום לב.

*דוגמא:*

14(א) – **וופנה נ' אוגש**. חשבתי שהיא במקום שקט, היא לא הייתה והמוכר ידע שאני חושב שזה במקום שקט. נאפשר לבטל את העסקה ויכול להיות שבמקביל מעקרון תום הלב הם יוכלו לבקש פיצויים. מכוח דיני הטעות הם לא מקבלים פיצויים אלא רק ביטול אוטנומי מחייב וללא פיצויים. המוכר לא יוכל לבקש שום סעד על הביטול של הטועים.

14(ב) – נניח שבמקרה של וופנה הקונים לא סיפרו שהם רוצים מקום שקט והמוכר לא ידע שהם רוצים מקום שקט. לא ידע על הטעות ולא היה עליו לדעת. במקרה הזה הם לא יכולים לבטל – הולכים לבית המשפט. אם הוא משתכנע שזו לא טעות בכדאיות העסקה ופוסק על ביטול החוזה, הטועים ישלמו פיצויים לצד השני שלא ידע על הטעות.

**הטעיה – סעיף 15 לחוק החוזים**

הדרישה השנייה של סעיף 15 היא שתהיה טעות. מה שלא טריוויאלי הוא שהסעיף הזה כפוף לס' 14 ד – עדיין אפשר להתנער מהטעייה במצב שההבטחה היא לא בחוזה שמתייחסת לעתיד. המשפט הישראלי אומר שאם יש טעות בכדאיות העסקה גם אי אפשר לטעון להטעייה.

**בדיקת תנאים מצטברים להטעייה:**

1. בדיקה שנכרת חוזה
2. טעות שאינה בכדאיות העסקה– אותה הגדרה של טעות לצורך סעיף 14 נשארה לצורך סעיף 15, במיוחד באותן המגבלות.
3. קשר סיבתי סובייקטיבי
4. 14(א) ו15 הן תוצאות דומות של ביטול אוטונומי, מוחלט וללא פיצויים.

**פס"ד עזר נ' עזריהו**- מוכר שעושה עסקה עם קונה למכירת דירה. הקונה משלם תשלום ראשון ונרשמת הערת אזהרה לטובת הקונה בטאבו. היא עדיין לא רשומה על שמו בטאבו אלא רק הערת אזהרה. אף אחד בעצם לא יכול למכור את הדירה לאף אחד חוץ מלקונה. יש סכסוך בין המוכר לקונה שבגינו הקונה מפסיק לשלם למוכר את יתרת התשלום על הדירה והוא נשאר תקוע עם הערת האזהרה על הנכס שלא מאפשרת לו למכור אותה לאף אחד אחר. הקונה לא יכול למכור את הדירה כי היא לא רשומה על שמו וכספו נמצא אצל המכר. הסכסוך נמשך 5 שנים. המוכר אומר לקונה שיש אדם שלישי שמוכן לשלם על הדירה 100 אלף דולר מיד. מציע לקונה לבטל את העסקה – עסקה לביטול העסקה. אתה תבטל את הערת האזהרה ואני אתן לך 40 אלף דולר. במציאות שבה ערך הנדל"ן כל הזמן משתנה זה לא משנה בכמה קנו אותה, אלא כמה היא שווה כיום. יש לקונה זכות בדירה שהערך הנוכחי הוא 100 אלף דולר – מקבל רק 40 אחוז מערך הדירה בתמורה לוויתור על הזכויות בדירה. אחרי החתימה על הביטול, מתברר שהמוכר מוכן לשלם 130 אלף דולר ולא 100 – ולכן ערכה של ביטול הערת האזהרה שווה יותר מ-40 אלף דולר והמוכר מרמה את הקונה שהיא שווה פחות. הקונה מגלה את זה ומבקש לבטל את עסקת הביטול. הוא חשב שהוא ויתר על דירה ששווה 100 ולא 130 אלף דולר. למעשה, הוא טעה בשווי – מקרה מובהק של טעות בכדאיות העסקה.אם המוכר היה אומר שהקרקעות שוות בערך 100 אלף דולר, שהוא מעריך את זה – אז זו טעות בכדאיות העסקה. במקרה דנן, שבו המוכר אמר לו מפורשות שהוא מוכר את הדירה לקונה ספציפי במחיר מסויים ומשקר לו. השופט אריאל מבין שיש כאן רמייה ואומר שצריך לשנות את החוק ובמקרה של הטעייה גם לפי כדאיות העסקה אפשר לבטל אבל במקרה הזה אי אפשר לבטל. אותם מבחנים שמפעילים לגבי סעיף 14 ד מפעילים גם כאן בהטעייה.

**שיעור מס' 11- 11\12\04**

**סוגים של הטעייה:**

1. הטעייה במעשה- שקר:

**פס"ד בן עמי נ' בל"ל:** המערער הוא אדם פרטי שמנהל עסק עצמאי לא כחברה בע"מ, משמע ההלוואות שהוא לוקח נלקחות ממנו – ואם הוא לא משלם אותן הוא חייב כסף אישית, משמע אפשר לעקל את רכושו. אם היה מנהל את עסקיו כחברה בע"מ – היא הייתה אישיות משפטית נפרדת וגם אם מנהל העסק בחובות, החברה צריכה להחזיר את החוב והאדם לא חייב להחזיר ואי אפשר לפגוע בנכסיו האישיים. המערער לוקח הלוואה מהבנק, ומבקש להעביר אותה מחשבונו האישי לחשבונה של החברה שהוא רוצה לפתוח בבנק. מנהל הבנק מבקש ממנו לחתום על ערבויות אישיות להלוואה, האיש מבטיח שיעשה את זה אבל מבקש לעשות זאת רק בערב – ועכשיו רוצה את הכסף. הבנק מעביר לו את הכסף, האיש מושך אותו ומעביר לצד ג', אבל מעולם לא נותן ערבות על ההלוואה. הבנק טוען להטעיה ואומר שמדובר בהבטחה (שמתייחסת לעתיד) שאילולא היו מבטיחים לו שיחתמו על ערבויות, הוא לא היה נותן את הכסף ומקיים את החוזה. למדנו שהבטחה לעתיד – אם היא כתובה בחוזה היא הפרת חוזה ואם לא היא אינה הבטחה שאפשר להסתמך עליה משפטית. הסיבה שהבנק מבקש הטעיה ולא הפרת חוזה כי הערבות הועברה לצד שלישי וזה אומר שהביטול בהטעיה יהיה כאילו לא היה חוזה ולא בפיצויים. לכאורה אי אפשר לקבל את ההטעייה כי מדובר בהבטחה לעתיד, הטעייה לגבי העתיד. השופט ברק אומר שהטעות במקרה הזה שהיא לגבי העתיד היא גם טעות לגבי ההווה – הטענה שהוא מעלה בשביל הבנק היא שאם אני מבטיח משהו בהווה ובעתיד לא קיימתי, משהו השתבש בו – התחייבתי לגבי העתיד. במקרה כזה, של תרגיל עוקץ שכבר בזמן ההבטחה הוא תיכנן את המניפולציה ולא תכנן לקיים את ההבטחה אלא רק רצה להוציא את הכסף מהבנק ואמר שהטעות קיימת כבר בהווה ולצד השני יש טעות כבר ברגע הכריתה לגבי הכוונות של הצד השני. אין כאן הפרה של הבטחה שרק אחרי כריתת החוזה היא הופרה, אלא כבר ברגע החתימה, משמע בהווה, לא הייתה כוונה לקיים את ההבטחה ומדובר בהטעייה. האיש עשה כל מיני "הכנות" לרמאות ואפשר היה להוכיח שהוא התכוון להפר את ההבטחה מלכתחילה. פס"ד ולנטין – לא הצליחו להוכיח שמדובר בטעות לגבי העתיד. הלכת ברק: במקרה שמדובר בהבטחה שהיא מלכתחילה ללא כוונת אמת מדובר בהבטחה שהיא בהווה ולא בעתיד, על אף שכך נראה מהמקרה לכאורה. יש לשים לב שמדובר במקרים חריגים וספצייפים מאוד. ישנה ביקורת על המסקנה הנ"ל כיוון שבית המשפט לא אמור לדון בנסיבות הצד השני עד לשלב ההטעיה, ובמסקנה הנ"ל ברק דילג ישירות להטעייה מבלי לדון בטעות בלבד (אם היה בודק אם יש טעות – הוא לא היה מגיע למסקנה הנ"ל). ישנה גמישות בפסיקה הנ"ל לגבי השלבים בהוכחת הטעייה.

**קשר סיבתי סובייקטיבי** - הוכחה שאילו הייתי יודע על הטעות לא הייתי חותם על החוזה. יש להוכיח את זה בנתון מאוד ספציפי שיוכל להוכיח בצורה טובה ללא ספק שזהו הפרט ששיכנע אותי לחתום. לא נוכל לטעון לטעות שכן המסקנה תהיה כי גם אם הטעות הייתה ידועה הייתי חותם על החוזה.

**פס"ד ולנטין-** שבוע לפני חתימת הסכם פיוס בין בני זוג מתברר שהאישה שטענה שנסעה לחופשה באילת עם זוג חברים נוסף נסעה בפועל לאילת עם גבר אחר בלבד וישנה איתו בחדר. הבעל ניסה לבטל את החוזה שנחתם ביניהם ואומר שאם היה יודע שאישתו בגדה בו הוא לא היה חותם על הסכם הפיוס ביניהם. עורך הדין של הבעל עשה טעות בכך שהוא לא כתב בתצהיר בדיוק מה מפריע לו. תביעת הגירושין – לא הוכחה טעות לגבי ההווה אלא רק לגבי העתיד. בגידה – לא הוכחה בגידה. שקר – לא הוכח קשר סיבתי כי לא כתבת בטענה שלך שאם היא לא הייתה משקרת אז לא היית חותם על החוזה. לא הוכח קשר סיבתי ולכן הערעור נדחה.

1. חצי האמת- מצב שבו באופן מילולי אחד הצדדים לא אומר דבר שקר, אך גם לא אומר את האמת ונוצר מצב שבאופן תוצאתי הצד השני מקבל מידע שקרי(כמו בברכת הבכורה שמברך יצחק את יעקב). טכנית, זהו לא מצב של שקר אבל התוצאה שלו היא תוצאה של שקר.

**פס"ד בית חשמונאים-** קניון שבנוי משפטית על שתי חלקות ויש אדם שרוצה לשכור מסעדה בשרית בקניון ומאוד חשוב לו שהוא יהיה הסטקייה היחידה בבניין, שלא יהיו שם מוסדות בשריים אחרים. השוכר שואל את הצד השני אם הוא המסעדה הבשרית היחידה? והמשכיר אומר לו – כן, אתה היחידי בחלקה. בדיעבד מסתבר שאומנם באותה חלקה הוא היחיד שמפעיל מסעדה בשרית אך בחלקה המשפטית השנייה של הקניון ישנה עוד מסעדה בשרית- חצי אמת.

בית המשפט קובע שחצי אמת דינו כדין שקר, מכיוון שהוא יוצר אצל האדם מידע שקרי.

**לאקי דרייב נ' הרטס**- כל דבר שאמרתי בזמן המו"מ הצד השני יכול להניח שאם הוא לא עודכן שהמצב שונה, אז מבחינת הצד השני המציאות נתפסת בכך שהדברים לא השתנו- בעת חתימת החוזה לאקי דרייב וחברת הילטון לא דיברו כלל על הזיכיון של לאקי דרייב, ולכן חברת לאקי דרייב לא הודיעה להם שהיא כבר לא ב עלת הזיכיון של חברת הרטס.בית המשפט פוסק לטובת הרטס משום שזוהי חצי אמת, שיוצרת אצל הצד השני מצג שווא ולא מעדכן את הצד השני במציאות המשתנה.

1. חובת הגילוי- יש דברים שאחד הצדדים לא יודע והם חשובים וחיוניים לחוזה והצד השני לא טרח לספר לו עליהם. פריטים שאם הוא ידע עליהם הוא לא היה מתקשר בעסקה או היה דורש לתמחר את העסקה במחיר אחר. דרישה שבן אדם יפעל בניגוד לאינטואיציה העיסקית שלו.

יש כאן עניין שהצד המוטעה יכול היה לברר את הנתונים והפריטים הללו בעצמו וזוהי למעשה בעיה שלו שלא בדק את העניין. עד כמה ניתן להסתפק בעובדה שהטועה לא בדק ובירר את הפריטים האלו יכולה להצדיק את העובדה שהצד המטעה לא גילה לו את הפריטים?

**פס"ד ספקטור נ' צרפתי:** ספקטור הוא בעלים של מגרש בראשל"צ שעומד להיות מופקע ממנו שטח של 40% לטובת העירייה, קבלן שמגיע לרכוש (צרפתי) את המגרש לא מברר שאפשר לבנות על הבניין רק 12 דירות במקום 16 כפי שנהוג בחלקות מסוג זה באותו איזור. המערער יודע בוודאות שזה בעייתי וחשוב כי יש כבר קבלנים שנסוגו מהעסקה בשל הפרט הזה. הם מתקשרים בחוזה, הקבלן לא בודק בעירייה לפני ההתקשרות אלא רק אחריה ומגלה שהעסקה לא משתלמת. הקבלן מבקש לבטל את החוזה בעילה של הטעייה.

**השופט אשר:** מסכים שהמערער לא ידע על ההפקעה ולא היה עליו לדעת. מס' הדירות הוא אי גילוי של עובדה מהותית וחוינית ושהמערער היה צריך לגלות את העובדה לפי דין – ע"פ ס' 11 לחוק המכר. גם ע"פ הנסיבות המערער היה צריך להודיע למשיב כי היה עליו לדעת מניסיונו שהמשיב מצפה לבנות שם 16 דירות ולא 12 דירות. זו חצי אמת. גישה מרחיבה יותר מלנדוי – על פרטים מהותיים צריך לגלות גם אם האינטרס המסחרי אומר אחרת, מדובר בחובת גילוי.

**השופט לנדוי:**צד יכול לברר בעצמו את העובדות אם הן פרט כזה חיוני עבורוף זו רשלנות חמורה. מדובר בחוזה מסחרי שלא צריך לקבוע בה רמת מוסריות גבוהה ולדעתו המוכר לא הטעה את הקונה, יש גבול לתפקיד האפוטרופוס שבימ"ש יכול למלא עבור ברי דעת. אין טעות גם לפי סעיף 14(א) כי המוכר לא ידע שהקונה טועה ולא חייב היה לדעת. בחובת גילוי לא צריך לתקן את הצד שנפגע על דברים שהוא יכל לברר בעצמו. לגבי סעיף 14(ב) צריך לבדוק בו קודם את סעיף הנזק ואז להחליט אם בימ"ש יבטל את החוזה או לא. מסכים לביטול החוזה בגלל שזכות ההפקעה של הרשות המקומית היא זכות צד שלישי שקיומה ללא ידיעת הקונה מצדיק את ביטולו בשל הפרת החוזה יש פגם אובייקטיבי במכר ומפרש את ס' 18 לחוק המכר כאילו זכות ההפקעה היא גם זכות של צד שלישי בעסקה.

**השופט כהן:** אומר שלא מסכים שהקונה יכול לבטל את החוזה מחמת תום הלב אלא לפי ס' 11(3) לחוק המכר של אי התאמה בנכס שאין בו תכונות לשימוש המסחרי או למטרה שמשתמעת מן ההסכם.

ככל שהפסיקה תשתכנע בגישתו של אשר להרחיב את חובת הגילוי גם על מקרים שהצד הנפגע יכל לגלות את הפרטים בעצמו, קשה לחשוב על מקרים שיעמדו במבחן הזה. ההבחנה בין 14(א) ל-15 יש הבחנה מאוד דקה. ברגע שהגדרת שחובת הגילוי היא מרחיבה ושהרשלנות של הטועה אינה נחשבת ואמרת את זה גם ב14(א) וגם ב-15, קשה לחשוב על מקרה שהוא מבודד ושבו יגידו שלא מדובר בהטעייה לפי ס' 15 ויוכיחו קשר סיבתי אובייקטיבי ב14(א). למה להסתבך עם 14(א) אם בכל מקרה שבו הצד השני ידע על הטעות אפשר ללכת ל-15 ולפי הגישה המרחיבה, אצטרך להוכיח רק קשר סיבתי סובייקטיבי ואזכה לסעד מהטעיה. המחוקק במקור ראה את חובת הגילוי כפי שלנדוי ראה אותה – מצומצמת ולכן עשה הפרדה בין 14(א) ל-15. יש עוד הבדל בין שני הסעיפים– האפשרות לתקן. מה קרה אם הצד השני טעה ולפני הביטול הצד השני אומר – אני יודע שטעית, אני אתקן את המצב ואהפוך אותו למצב שרצוי מבחינתך, מה שחשבת. בסעיף 14(א) אפשר בזמן סביר לתקן את הטעות. ב15 אין אפשרות כזו. מאז שהורחבה חובת הגילוי, במקרה שהייתה טעות לפי 14(א) יש הטעיה לפי 15 ואם נדחתה הטעות לפי 14(א) אין הטעיה.

**פס"ד שפיגלמן נ' צ'פניק:** שפיגלמן וצ'פניק הם שותפים במוסך שנחתם ביניהם הסכם לסיום ההתקשרות ביניהם לאחר שהשטח הופקע לטובת נתיבי איילון ובזאת חיסל שפיגלמן את עסקיו במוסך, מכר את מניותיו על סך 25% לצ'פניק והוסיפו בהסכם סעיף לפיו אם יינתנו עוד פיצויים או שיתבעו שוב את נתיבי איילון הוא גם כן יקבל פיצוי של 25%. צ'פניק מתחיל במו"מ על רכישת חלק מהשטח תוך כדי המו"מ בין שפיגלמן לצ'פניק, אחרי שהוא רואה מודעה בעיתון שמשנים את התוואי ויכול להיות שחלק מהשטחים שהופקעו יוחזרו, אך בזמן כריתת ההסכם בינו לבין השותף השני הוא עדיין לא חותם על הרכישה הסופית עם נתיבי איילון. שנתיים אחרי ההסכם שפיגלמן מגלה שצ'פניק רכש בחזרה חלק מהקרקע של המוסך. במחוזי נקבע כי לא הייתה חובת גילוי למשיב ולא מדובר בחוסר תום לב. השופט שמגר קובע שהדין לפיו צריכה להיות חובת גילוי יכול להיות ס' 12 לחוק החוזים – חובת תום הלב. עוד קובע כי צ'פניק לא יודע שהמשיב לא יודע על העסקה ולא ידע כי הוא מעוניין לשוב ולעבוד במוסך ופיצוי הוא לא רכישת הקרקע (כלומר, השקעה בעסקה חדשה) ושהיה על שפיגלמן לדעת מהן הזכויות במניות שלו ושיש גבול לתפקיד האפוטרופוס של בימ"ש. אין הוכחה שמדובר בפיצוי נוסף ויש כאן תביעה לביטול החוזה לא דרך זמן סביר. בפס"ד זה בית המשפט מתחבא מאחורי הנושא של הגדרת הזמן כתוצאה מכך שבחוק לא מוגדר "הזמן הסביר". פס"ד זה חוזר לגישה המסחרית- "בית המשפט לא יהיה אפוטרופוס..."

קריטריונים מתי צריך להשתמש בגישה המרחיבה או בגישה המצמצמת:

1. **גודל ה"תקלה" של הטועה-** עד כמה התקלה היא גדולה, עד כמה בית המשפט צריך להיות "גננת" של אנשים שטועים.
2. **טיב היחסים והאמון בין הצדדים-** בפס"ד ספקטור היחסים הם לא יחסים מתמשכים, לצורך העסקה בלבד- במקרה הזה הציפייה שאדם יפעל נגד האינטרס של עצמו ונגד הציפייה העסקית שלו היא מוגזמת. בפס"ד שפיגלמן- מדובר בשותפים עסקיים מזה 20 שנה, ההיסטוריה המשותפת שלהם יוצרת חובת אמון וגילוי.
3. **יחסי הכוחות בין הצדדים-** אם מדובר באדם פשוט שהיה יכול לברר מידע מסוים באופן פורמאלי אבל הוא לא מקצוען ואין לו עו"ד שיכוון אותנו, אז פה יש צורך בחובת גילוי מרחיבה. יש כאן משהו מופרך, במצב בו באים לטובת החזקים ולא לטובת החלשים וזה מה שקרה בפס"ד ספקטור נ' צרפתי. נוצר מצב הפוך- בפס"ד ספקטור נ' צרפתי מאפשר את הביטול של העסקה למרות שיחסי הכוחות ביניהם היו שהקבלן הוא "חזק" בתחום. בפס"ד שפיגלמן גם נוצר מצב הפוך שבו הצד המרמה, הוא הצד החזק שמבין יותר ועדיין נפסק לטובתו.

מה שמייצר את חובת הגילוי בין הצדדים הוא או הקש"ס(על פי נסיבות) או חובת תו"ל(על פי דין).

תו"ל, ס' 12, יכול להיות קריטריון לכך שיש חובת גילוי על פי דין ב-ס' 15.

תו"ל, ס' 12, יכול להיות בסיס לתביעת פיצויים.

פס"ד שפיגלמן הוא לאחר פס"ד ספקטור- אפשר לראות כביכול שבית המשפט לוקח צעד אחורה וחוזר לגישה המצמצמת. אך לא כך הדבר ניתן לראות זאת בפסקי הדין הבאים:

**פס"ד קיסטינגר נ' איליה:** המשיבה, תושבת ארה"ב מכרה קרקע בבעלותה בעפולה שכשהיא מכרה אותה היא חשבה שמדובר בקרקע חקלאית אבל הייתה תוכנית ראשונית של בקשה לשינוי ייעוד לקרקע למגורים עליה ידע הקונה.

**השופט אנגלרד** החליט שמדובר בנסיבות ספציפיות ומיוחדות ושעקרון תום הלב דורש שהמציע יגלה לניצע וזוהי הטעיה לפי ס' 15. כאן חובת הגילוי הייתה על הקונה ולא על המוכר. העליון הפך את ההחלטה והכריז על ביטול החוזה.

בפס"ד ספקטור אין הקשריות, כלומר כל אחד מהשופטים באו עם אידיאולוגיה מהבית. התחושה שהיא ששתי הגישות לא באו עם קונטקסט, אלא ששתיהן הנחילו את האידיאולוגיה בלי קשר לנסיבות הספציפיות של אותו המקרה. בשפיגלמן זה עוד יותר חזק- התחושה היא שאין עמדת אמצע- או שיש חובת גילוי מרחיבה גם במקרה הכי פחות מתאים (כמו שאשר עושה בספקטור) או שיש גישה מצומצמת במקרה הכי פחות מתאים (שמגר בשפיגלמן).

בית המשפט לא עושה הבחנה בין המקרים על פי הנסיבות אלא מפעיל את הגישות באופן כללי בלי לרדת לשורשו מקרה.

בפס"ד קסיטניגר ובפס"ד סוויסה - בית המשפט מנסה לצמצם את הפערים שיש בין הצדדים- הוא כן מדבר על גודל התקלה אבל בית המשפט גם מדבר על מערכת היחסים והאמון שבין הצדדים וגם על יחסי הכוחות.

**במבחן:** לא מציינים רק את 2 הגישות אלא מנסים להצביע על הפרמטרים הרלוונטיים (ולכן הבקיאות בפסקי הדין היא חשובה כדי לנסות לדמות את זה למקרה).

**שיקול היעילות (של אנשי תורת הכלכלה והמשפט)** : בעניין חובת הגילוי, יש פרמטר נוסף של יעילות כלכלית – ובודקים פחות את הצדק של כלל מסויים אלא איך כלל משפטי ישפיע על הרווחה המצרפית. יכול להיות שכללים משפטיים שונים ישפיעו לא רק על איך מחלקים את הרווח אלא על גודלו. נניח שבית העץ עולה 1,000 שקל והדברה עולה 200. בעולם שאין חובת גילוי – והמוכר לא מגלה שיש מזיקים בבית – הקונה משלם את מלוא הסכום, למוכר יש 1,000 שקל ביד אבל הקונה מאבד את הבית וסה"כ העוגה היא 1,000. אם תהיה חובת גילוי – אנחנו כן נגלה לו כי אחרת הבית ייהרס והתוצאה היא שהוא ייתן לי צ'ק של 800, הוא יעשה הדברה ויישאר עם בית ששווה 1,000 משמע העוגה של שני הצדדים יחד היא 1,800. אחד מהשיקולים הוא מהי התוצאה הסופית – לא רק תועלת לחברה או לא, במקרה קלאסי של חובת גילוי אנחנו בעדה כי היא תוסיף עושר מצרפי כמו בדוגמה של המזיקים. בדוגמה של מוכר הספרים – יכול להיות שהתוצאה היא הפוכה, ובמקרה של קיסטלינגר, מדובר במקרה של קרקע שאף אחד לא נהנה ממנה ואני במומחיות שלי אני מאתר קרקעות עם פוטנציאל ויכול להיות ששיקול היעילות יתן לנו שיקול שדווקא טוב שלא הייתה חובת גילוי. בפסיקה כמעט ואין כאלה שיקולים, היא מניחה שהעוגה היא קבועה. במצבים מסויימים, מעבר לצדק בין הצדדים יש גם שיקולים של איך הכלל ישפיע על הפרט. אפשר לעשות שיקול של יעילות מול שיקול של צדק. אפשר לקרוא לשיקול היעילות גם שיקול של צדק, הזמן שהשקעתי בחיפוש נכס לרכישה ולא ניתן לי פיצוי על כך שחיפשתי ומצאתי קרקע ולכן לא הייתי חייב בגילוי. גם בעולם שבו יש חובת גילוי והקונה בכלל לא יחפש את הקרקע לרכישה, בהרבה מאוד מקרים תהיה טענה שהכלל המשפטי בניגוד למה שחשבנו הוא לא ישפיע על מה שקורה מבחינה כלכלית, אלא ישפיע על מי ישלם למי (תיאוריית קוז).

**שיעור העשרה- 11\11\04- הצעה וקיבול**

הצעה- לשון החוק:

פרק א': כריתת החוזה

1. חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה.

2. 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.

הצעה

כשמדברים על הצעה צריך לבדוק אם יש פנייה, גמ"ד ומסוימות מספקת.

קיבול- לשון החוק:

5. הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר עם המציע בחוזה לפי ההצעה.

קיבול

לעומת זאת כשמדברים על קיבול צריך לדבר על הודעה שנסמרה למציע שמעידה על גמ"ד של הניצע ועל כוונתו להתקשר בחוזה.

צריך לשים לב שיש סוג של חוזים שאין בהן מו"מ- שהמציע פונה לניצע באופן שמעיד על גמירות דעתו להתקשר עם הניצע בהסכם והניצע מוסר הודעה למציע שבה יש גמ"ד מספקת והסכמה על החוזה.

ההסכמה צריכה להיות חופפת את פרטי הצעת המציע במלואה- ספורמרקט, חנויות, עסקאות באינטרנט- אין מו"מ.

יש גם עסקאות שכן מתנהל בהן מו"מ- כשבכל סבב של המו"מ המציע והניצע יכולים להתחלף. זה בא לידי ביטוי בצורה מאוד בולטת בעסקאות מקרקעין- מתחלפות טיוטות של חוזים הלוך וחזור כשכל פעם עו"ד של הצד הרלוונטי שולח טיוטה של חוזה עם הערות חדשות\תיקונים ובכך הוא הופך להיות המציע.

תמיד צריך לדבר על גמ"ד ומסוימות בהצעה וקיבול- מספיק שבשלב מסוים נמצא גמ"ד ומסוימות כדי להגיד שיש לנו חוזה מוחלט.

כשיש לנו הצעה שהיא נעדרת העדה על גמ"ד, חסרה בה מסוימות- אז אנו נגיד שמדובר בהזמנה להציע הצעות, הזמנה לפתוח במו"מ.

**מה מבחין בין הזמנה לבין הצעה?**

הצעה כפי שהיא מוגדרת בחוק נותנת לניצע כוח. הכוח שהוא מקבל הוא בזה שכשהוא יקבל את ההצעה בעצם נכרת חוזה מחייב בין הצדדים.

**פס"ד בטחון אזרחי נ' מדינת ישראל**- בשנת 84 נחתם בין חברת בטחון אזרחי לבין משרד הבריאות, מדינת ישראל הסכם שמתייחס למתן שירותי שמירה של החברה לבתי חולים של מדינת ישראל, בתי חולים ממשלתיים. בשלב מאוחר יותר באותה שנה, נחתם הסכם נוסף שמחיל את ההסכם הראשון גם על בתי חולים נוספים ביניהם בית חולים רמב"ם. אחד מהתנאים בהסכם קבע שהתשלום יהיה תוך 25 ימים מהגשת החשבון. הכל עבד בסדר עד שבחודש ספטמבר 1984 נקלעו למצב של קושי בתשלום – והתשלום של חודש אוקטובר 1984 לא שולם. באותה תקופה הייתה אינפלציה מאוד גבוהה וכל תשלום שלא שולם גרר איתו ריבית מאוד גבוהה. החברה פחדה מנזקים ועשתה מאמצים מאוד גדולים כדי לקבל את הכספים שמגיעים לה על פי ההסכמים הנ"ל. המאמצים של החברה לא צלחו והיא פנתה במכתב משרד הבריאות וכתבה בסוף המכתב סעיף שאומר כי הם ייגבו דמי פיגורים מסוימים על כל יום בתקופה של אי התשלום. כך הם שגרו מכתבים לכל בתי החולים בהם מופעלים שירותי השמירה. בית חולים טירת הכרמל שילם פעם אחת את תשלום הפיגורים הנ"ל ולאחר כמה חודשים שילם פעם נוספת. המדינה מצידה התעלמה מפניה זו ולא נתנה מענה אם היא מסכימה למכתב או לאו אך היא לא שילמה כל דמי הפיגורים על בתי החולים האחרים. החברה טענה שבינה לבין המדינה יש הסכם מחייב שאומר שהמדינה התחיבה לשלם את תשלום הריבית בגין כל יום פיגור בית המשפט העליון פסק שלא נכרת חוזה מחייב בין הצדדים ככל שהדבר מתייחס לריבית הפיגורים (למכתב שנשלח מהחברה). המכתבים של המערערת הם לא בגדר הצעה אלא באו כדרישת תשלום ואי אפשר ללמוד רק מהדרישה כי התשלום מגיע לה בכל מקרה.גם אם נגיד שהמכתבים האלה כן היו הצעה, אז המדינה לא הגיבה להם ואת השתיקה אי אפשר לראות כקיבול. העובדה שבית חולים אחד שילם לא יכולה להעיד על כריתת חוזה- כי עובדה שלאחר מכן החברה המשיכה לספק שירותים וזאת על אף שחשבונות אחרים של דרישה לתשלום ריבית פיגורים לא נפרעו.

**פס"ד אדרת שומרון-** אדרת שומרון היא חברה ישראלית שהקימה מפעל לתוויות חוטים והיא רכשה את הציוד של המפעל מהמשיבה, שהיא חברה גרמנית. אחרי שנה קרתה תקלה בציוד והתקלה הזו גרמה לנזקים בכך שהיא בעצם שיתקה את העבודה של המפעל החברה הגרמנית שלחה חלקי חילוף והחברה הישראלית ביקשה שישלחו מומחה שיתקין את חלקי החילוף. כל ההתקשרות ביניהם נעשתה בפקסים שתיארו את כל התנאים של התשלום. בעקבות התכתובת הזו החברה הגרמנית שלחה חזרה אישור הזמנה מתוקנת ובו יש כל מיני פרטים שהיא תיקנה והיא צרפה לזה חוזר סטנדרטי של תנאים שבו הייתה תניית שיפוט זר שקובעת שאם הצדדים יקלעו למחלוקת משפטית בית המשפט שיהיה מוסמך לדון בתיק הוא בית המשפט בגרמניה. אחרי שסיימו את התיקונים התברר שהתיקון לא כל כך הצליח ואדרת שומרון חשבה שהתיקון הגרמנית התרשלה ולא עשתה עבודה מספיק מקצועית הגישה תביעה בארץ. החברה הגרמינת מצידה ביקשה דחיית סף בטענה שבית המשפט בארץ לא מוסמך לדון בתיק. השאלה שעמדה בפני בית המשפט האם תניית השיפוט הזר תקפה? כדי להכריע בשאלה הזו היה צריך לדעת מתי נכרת החוזה. אם החוזה נכרת בכל שלב שהוא מאוחר לשליחת חוזר התנאים אז זה אומר שתניית השיפוט הזר היא חלק מהחוזה ואז ההתדיינות צריכה להתקיים בגרמניה. השופט לוין קובע שהעסקה השתכללה בזמן התשלום וקבלת החלקים. אמנם החברה הישראלית לא הגיבה ששלחו לה את חוזר התנאים ולא נתנה את הסכמתה אבל כל עוד לא נסגרה עסקה בחילופי הטלפונים והפקסים אלא רק לאחר מכן זה אומר שתניית השיפוט תקפה. הנקודה שחשוב לשים לב אליה בפסד זה היא הזיהוי של הנקודה הספציפית שבה מתקיים יסוד גמ"ד ודבר נוסף לא פחות חשוב הוא מה תנאי החוזה- כל מה שקורה לאחר מכן הוא בעצם הוא כמו הצעה חדשה . אם היינו קובעים שהחוזה השתכלל אחרי חילופי הפקסים אז תניית השיפוט הזר לא מעלה ולא מורידה מבחינת החוזה אלא היא צריכה לקבל הסכמה מפורשת.

פס"ד זה משקף את אחד האתגרים שהם הכי קשים לדיני החוזים. זה מה שנקרא "מלחמת הטפסים"- איזה טופס מבין הטפסים ייחשב לכריתה אם בכלל? השופט לוין בוחר בכלל "הירייה האחרונה"- מסתכל על הטופס האחרון שעבר יחד עם השירות\החלקים. הכלל הוא לא הוגן ולא ישים כי לא תמיד אפשר לשים את האצבע באופן מדויק על הטופס האחרון. זה גם לא בהכרח מצביע על גמ"ד מוחלטת.

**הצעות לציבור**- ס' 2 קובע שהצעות יכולות להיות מופנות גם לציבור כשהרבה פעמים הקיבול שנדרש מהציבור יכול להיות בהתנהגות כלשהי. אנו לא מצפים לתגובה מהסוג של "אני מסכים" אלא לאיזשהו אקט. למשל: אני מציגה בחנות מוצרים זוהי הצעה, והלקוח נכנס וקונה את זה, זהו קיבול בהתנהגות. הרבה פעמים גם מכרז יכול להיחשב כשהצעה לציבור כי צריך להיות קיבול שחופף באופן מלא את תנאי המכרז. זה יכול להיות קיבול של כמה מצעים כשהפרט היחיד ששונה בדרך כלל הוא המחיר ואז אולי אפשר להסתכל על זה כעל הזמנה להציע הצעות כשאני קוראת לאנשים לבוא ולהציע לי את ההצעה הכי זולה.

**שיעור מס' 12- 11\12\07**

**פס"ד סוויסה:** השופטת חיות פסקה כי בעניין המסוימות בהסכם שנחתם בין הצדדים, על אף שהוחלט כי תנאי ומועדי התשלום יסוכמו במעמד חתימת ההסכם אצל עו"ד היא יכולה להשלים אותם באמצעות מנגנון השלמה נורמטיבי של הוראת חוק בעצם מבטלת את "חריג הפטפטן" של כלל "נסכם בהמשך" ואפילו שיש העדה על כך שמדובר בפרט מהותי לצדדים מאחר שהסכימו לחתום עליו רק בסיום ההסכם, השופטת הפעילה מנגנון השלמה ויצרה הסכם מסויים על אף הפרט המוהתי שהיה חסר בו.

הטעייה כשלעצמה לא מעניקה פיצויים אלא מעניקה השבה- כל אחד מחזיר לשני מה שהוא נתן.

**פס"ד כהן נ' מבני גזית:** המשיב הוא קבלן והמערער מחכיר ממנו יחידה במרכז מסחרי במודיעין. המרפסת שכלולה בנכס מסתבר כפופה למעבר הולכי רגל מה שפוגם משמעותית בעסקה מבחינתו. יש כאן הפרה של חובת גילוי ולכן הדיון הראשוני הוא האם אכן הייתה כאן הפרה?הפרת חובת גילוי יכולה להיות בדין, נסיבות או בנוהג – כאן הייתה הפרה בדין לפי ס' 16 לחוק המכר (יש כאן אי התאמה). הסוחר היה יכול לבטל את החוזה, להודיע למשכיר שהוא מבטל את החוזה – אם היה כאן ביטול הוא היה מקבל השבה של השכ"ד שהוא שילם מול דמי השימוש הנאותים שהם פחות ממה ששילם בפועל. הוא כבר שיפץ את המסעדה והוא לא יכול לקבל את הכסף הזה כי הוא לא נתן אותו ישירות לקבלן אלא השקיע אותו. יכל לתבוע גם לפיצויים לפי הפרת תום הלב ולכן יש כאן הפרת חובת גילוי שמאפשרת גם לתבוע בבית משפט על פיצויים מכוח עיקרון תום הלב. הוא רוצה להמשיך את החוזה למרות שהיה יכול לבטל לפי פסיקת בית המשט. מאחר שהוא רוצה להמשיך בחוזה, צריך לקבל פיצוי בגין הפער בין המחיר בפועל לבין המחיר כשהוא נקי מזכות צד שלישי, כלומר ירידת ערך הנכס. *השופט פוגלמן* קובע כי עקב ההפרה של תום הלב ושל החוזה עצמו נותןפיצויים בגין ירידת ערך הנכס, אין מקום לפסוק גם פיצוי עבור הפגיעה הנטענת לדמי השכירות בנכס. *השופט עמית* פוסק כי המערערת הפרה את סעיף 18 לחוק המכר ואת החוזה ולכן הוא זכאי לתרופות בגין הפרת חוזה – בלי קשר לחובת גילוי. השופטת חיות קובעת כי בגלל שיש הפרה של ס' 18 לחוק המכר די בכך להעניק סעד של הפרת חוזה.

כל הבטחה שהבטיחו לי במו"מ ולא קיימו, כשהייתה הפרה של חובת גילוי – גם הבטחות שהן לא חלק מהחוזה מייצרות זכות לפיצוי כאילו הייתה הפרת חוזה. השופטים האחרים מסכימים לפיצוי שהוסכם דרך חובת גילוי – דרך הפרת חוזה.

נניח שדמי השכירות במסעדה עם מרפסת לכל התקופה הם חצי מיליון, דמי שכירות שמקובל לשלם על מסעדה בלי מרפסת הם 400 אלף – הרווח הצפוי ממסעדה עם מרפסת הוא 3 מיליון, הרווח הצפוי ממסעדה בלי מרפסת הוא 2 מיליון ו-700 אלף. אם זו הייתה הפרת חוזה, התחייבות חוזית שלא קויימה – היינו צריכים לקבל 300 אלף. חוזרים למצב אלמלא ההפרה. פוגלמן נותן פיצוי שלילי – לא נותן את הרווח הצפוי מהעסקה, אלא מוריד את דמי השכירות שהאיש שילם למערער, מה היה קורה אלמלא היית חותם על חוזה למסעדה עם מרפסת אלא משלם על חוזה בלי מרפסת – מה היה ההבדל. הקושי במתן סעד של רווח צפוי במקרה של הפרת חובת גילוי הוא שלא מדובר בהתחייבות חוזית ולכן אי אפשר לתת סעד של רווח צפוי. אם היה מדובר בהפרת חוזה כן היינו נותנים!

בשאלת המכבסה בקניון:

השוכר גילה את זה שהקניון לא מקיים את מה שהוא הבטיח (אין תחבורה, חניון וכו').

**שאלה א' – השוכר רוצה להתנער המעסקה. מה הוא צריך לעשות?**

ביטול – לפי עילת הטעייה. במקרה של ביטול מכוח דיני הטעות הוא יצטרך להחזיר את המכבסה, אם הוא שילם דמי שכירות הוא יצטרך לקבל אותם חזרה ולהחזיר דמי שימוש ראויים. באותה מערכת עובדתית במקביל הוא יגיש תביעה לפיצויים מכוח עיקרון תום הלב – הוא יכול לתבוע על פיצויים על הכסף של סבלים, עיצוב המכבסה, הפסדת עסקת אלנטרנטיבית – מכוח עיקרון תום הלב. העסקה בוטלה ואנחנו מנסים לחזור למצב כאילו לא נוצרה פה עסקה.

**במקרה שהוא לא רוצה לבטל אלא להמשיך ולקבל פיצוי –**

הוא לא ישתמש בהטעייה אלא רק יגיש תביעה לפיצויים מכוח עיקרון תום הלב. חישוב הפיצויים שונה – לא יקבל את המעצב פנים ואת הסבלים כי במקרה הזה הוא כן בחר להמשיך בעסקה ונהנה מכל אלה. נעשה הערכת שמאי כמה היו משלמים דמי שכירות על חנות כזאת במידה שהיו יודעים שאין תחבורה ואין חניון, לעומת מה ששולם בפועל. את הפער הזה הוא יקבל כפיצוי שלילי. זה היה המהלך של פוגלמן בפס"ד כהן אבל השופטים האחרםי פתרו את הבעיה דרך חוק המכר. כרגע זה לא נמצא בפסיקה, אבל אפשר לדמיין שופט עוד יותר רדיקלי שהיה מנסה לתת פיצוי חיובי מכוח הרחבה של הלכת קל בניין ואז המשמעות היא שאנחנו מטשטשים לגמרי את ההבחנה בין מו"מ להתחייבות. אם לוקחים את העיקרון של קל בניין שתום לב הוא פיצוי חיובי – על הפרת תום לב אפשר היה לתת פיצוי חיובי.

**כיצד תשתנה התשובה אם במסגרת החוזה יתחייב בעל הקניון שיהיה תחבורה וחניון בקניון?**

במקרה כזה, מדובר בהפרה ולכן הפיצוי לא הפחתה בדמי השכירות אלא הערכת שמאי על כמה צפוי המכבסה תרוויח במצב הטוב, כמה היא הרוויחה במצב המצוי והפער ביניהם הוא מה שניתן.

**פיצוי שלילי –** אני לא מתייחס לזה כאילו זה חלק מהחוזה, אבל אני כן רוצה לפצות אותך בזה שפעלת לפי מידע שקרי. מה היה קורה אם הייתי יודע את המידע האמיתי? הייתי משלם יותר, או לא הייתי עושה את החוזה. אנחנו מנסים דרך הפיצוי לשחזר את מה שהיה קורה אם הייתי יודע את המידע האמיתי. או השבה של מה ששילמתי או הנחה של דמי שכירות. השבה במקרה שרוצים לבטל חוזה (מכוח דיני הטעות) והנחה של דמי שכירות במקרה שרוצים להמשיך את החוזה (מכוח תום הלב, לולא הייתה הפרת חובת גילוי).

**פיצוי חיובי –**(הלכת קל בניין: תום לב יכול לתת פיצוי חיובי).

לגבי הטעייה, יש זמן די קצר לביטול – הזמן הסביר הוא קצר יחסית כדי שהצד השני יידע אם הוא מחוייב בעסקה או לא. לא יגידו את זה לגבי תום הלב, כי כאן הצד השני לא רצה לבטל את החוזה.

**הסעדים האפשריים אם נשאלת שאלה כזו במבחן:**

(א) ביטול חוזה בטענה להטעייה ולפיצויי השבה.

(ב) פיצויים מתוקף תו"ל. חישוב הפיצויים הוא שונה משום שבמקרה הזה הוא ממשיך בעסקה אז לא ייקבל את הכסף שהשקיע במקרה כזה מביאים שמאי שיעריך את הערך של הדירה ויראה

(ג) אם במסגרת החוזה התחייב בעל הקניון כהתחייבות חוזית שהוא ידאג שבקניון תהיה תחבורה וכו' ובמקרה כזה מדובר בהפרה וכאן לא יהיה הפחתה בדמי שכירות אלא פיצויים על הפערים ברווחים.

(ד) לציין לגבי תשובה ב' שזה היה מהלך בפס"ד שפיגלמן אבל הם הכריעו דרך חוק המכר ולא תו"ל. שופט רדיקלי היה יכול לתת פיצוי חיובי מתו"ל מהלכת קל בניין אבל אז היה נוצר טשטוש בין התחייבויות טרום חוזיות במו"מ לבין התחייבויות חוזיות.

**עילת הכפייה ס' 17 –**

17.   (א)  מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה.

           (ב)  אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה.

1. חייב להתקיים חוזה לפי פרק א'
* כפייה- פיזית\כלכלית.
1. קש"ס- אלמלא הכפייה לא הייתי מתקשר בחוזה
2. על ידי הכופה או מי מטעמו- דומה להטעייה.

בעבר- עמדת המוצא של המשפט הישראלי צמצמה את הכפייה רק לכפייה פיזית- כולל בתוכו פגיעה בשם טוב. לא מכניסים לכפייה מצבים של כפייה כלכלית.

**פס"ד כהן נ' הרשקוביץ 83– צמצום עילת הכפייה לכפייה פיזית-**עסקה ראשונית למכירת דירה והקבלן מאחר במסירת הדירה. יש מחלוקת בין הקבלן לקונים בנושא הגובה של התשלום האחרון – בני הזוג כהן טוענים שהם היו צריכים לשלם פחות בגלל שהם שכרו דירה חלופית עד למסירת הדירה. התשלום האחרון היה צריך להיות בשביל מסירת המפתח – והם טוענים שהוא צריך להיות נמוך יותר. יש בעיה עם הצמדות ופיצויים, רוצים לקזז מהתשלום האחרון את העניין של דמי השכירות. יש מחלוקת בין הקבלן לקונה על איך מפעילים את מנגנון ההצמדות ופיצויים. נניח שהמחלוקת היא בתום לב. טוען שהם מפרים את החוזה בזה שהם לא משלמים את הסכום שהוא רוצה. הם נכנעים ומוכנים לשלם את התשלום שהקבלן רוצה כי הם במצוקה, והקבלן מפחד שהם יתבעו אותו על התשלום העודף ולכן מחתים אותם על "הסכם פשרה" שלפיו הם מוותרים על זכות התביעה לגבי הדירה או ההתקשרות. התשלום הזה ממצה עכשיו את כל ההתחייבות בין הצדדים. הקבלן טוען שלא משנה מה היה בהסכם הראשון – הסכם הפשרה הוא מחייב והחוזה הראשון בטל ולחילופין טוען שגם אם פוסקים לפי ההסכם הישן, הוא יכול להראות שהוא לא טעה והחוזה הראשון תקף. המחלוקת היא מהי התוצאה של הפרת החוזה הראשון? הטענות של הקבלן הן טענות חלופיות.

בית המשפט מתחיל בדיון של ההסכם השני. בודק את עוצמת הכפייה – האם הייתה ברירה או לא הייתה ברירה. וכאן אומר שמגר שהייתה ברירה –אין להסיק במקרה דנן על העדר אלטרנאטיבה. זאת ועוד, אף הובהר לא אחת, כי קושי כלכלי ארעי או חולף אינו יוצר מצב של מצוקה. יכולתם גם לא לחתום על הסכם הפשרה, ולהמשיך להתנהל באותה הדרך, לשכור דירות, לשלם משכנתא ולשלם לעו"ד על ניהול ההליכים ולקבל את המפתח דרך בית המשפט – ולקבל גם פיצוי על מה שעברת. מבחן הברירה אומר שלא שתי הברירות היו אותו דבר, אבל הייתה אלטרנטיבה. לא היה דבר, שמנע מן המערערים היזקקות להליכים משפטיים, פרט לאי הנוחות המתמשכת אשר במגורי הארעי.בכל מצב שבו יש אלטרנטיבה תמיד תהיה ברירה. גם בכפייה פיזית אפשר להגיד שיש ברירה – אבל בית המשפט אומר שאין כפייה כלכלית. **האפשרות לפנות לערכאות להשיג סעד – סותר את הקיום של כפייה.**

**שיעור מס' 13- 11\12\11**

**פס"ד רחמים נ' אקספומדיה בע"מ-** מדובר על מצב "מעכשיו לעכשיו" כאשר מאיימים עליהם שעומדים לסגור את היריד, הם מתייעצים עם עו"ד שלהם והוא אומר להם שאם הולכים לבית המשפט- הם "יאכלו אותה" זה יהיה מצב יותר גרוע, התהליך ייקח הרבה ימים, מה שבטוח שהצו שיוצא על ידי המשפט, אם בכלל יוצא, יהיה לאחר שהיריד כבר ייגמר\יסגר. לכן הם מחליטים להתקשר בחוזה, למרות הכפייה, אך לאחר מכן הם מגישים תביעה בעילה של כפייה. בעלת הקרקע תרצה שההסכם השני יכובד ואקספומדיה תרצה שההסכם הראשון יכובד. בית המשפט שואל את עצמו האם הייתה להם דרך אחרת שהיריד יתקיים- ומגיע למסקנה שלא הייתה להם ברירה. בהרשקוביץ השאלה היא- הקבלן מסיים לבנות את הדירה אבל רק בהנחה- בית המשפט אומר שהייתה לו ברירה- לשכור דירה בינתיים ולהסתפק בדיור הזה עד שהמשפט ייגמר ואז יקבל פיצויים על האיחור, בית המשפט מכמת את הפיצויים שנגרמו להם בכל התקופה הזו. אך פה בית המשפט קובע כי לאקספומדיה לא הייתה שום ברירה מלבד לחתום על החוזה בכפייה ולו לא היה חותם על הסכם הכפייה- וזה בגלל שבהרשקוביץ לא התייעצו עם עו"ד ולא בדקו את כל הברירות של ובאקספומדיה בדקו את הברירות שלהם והבינו למעשה שאין להם ממש ברירה. רשקוביץ בדק עם עו"ד רק את הפיצויים שמגיעים לו ולא את הברירות שיש לו.

אם קוראים טוב ושמים לב לכל העובדות מדובר במקרה הרבה פחות וקיצוני ובית המשפט מקבל את התביעה לעומת תביעות קודמות אחרות שהיו קיצוניות אפילו יותר- פעם ראשונה שבית המשפט מוכן לחרוג מעבר למקרים המאוד מאוד מצומצמים של כפייה. פס"ד אקספומדיה מכניס אותנו ללבטים שלא היו לנו קודם: בעבר (לפני אקספומדיה)היו עילות לכפיה מאוד ברורות. אך כשמכניסים כפייה כלכלית למשחק, אז הבעייתיות היא גדולה משום שכמעט בכל חוזה כלכלי יש עניין של כפייה כלכלית במהלך המו"מ🡨 כל סעיף בחוזה נגזר מהשאלה מי מהצדדים היה לחוץ יותר כלכלית על הסעיף ועל תוכנו וכו'.

ככל שעסקה כלכלית היא יותר מתוחכמת כך אין לה מחיר מדויק, התמחור מאוד תלוי באינטרס של הצדדים- אם זה כך, לכאורה בכל עסקה כלכלית ישנה כפייה כלכלית.

 לא כל שינוי בחוזה בגלל איום בהפרה הוא כפייה כלכלית. לפני אקספומדיה הגבול הוא מאוד ברור- כפייה פיזית מול כפייה כלכלית אך בגלל ההבחנה הזאת הייתה בעייתיות גדולה משום שגם מצבים שבהם היה ברור לעין שישנה כפייה בית המשפט פסק שאין כפייה. אקספומדיה פתח לנו תיבת פנדורה שנובעות ממנה הרבה מאוד שאלות ובכך דנים פסקי הדנים הבאים.

**ע"א יוסי מאיה נ' פנפורד-**היהלומנים מקבלים שקית יהלומים ששווה הרבה פחות ממה שהיה מגיע להם- אבל נאמר להם שאם הם לא יחתמו על החוזה וייקחו את השק יהלומים הם לא ייקבלו כלום, חוץ מהשק הזה. הם התייעצו עם עו"ד. למאיה לא היו נכסים בארץ, ולכן היה להם שווה לחתום על ההסכם של הוויתור על החובות משום שאין להם על מה לוותר- במצב הנוכחי, בין 2 האופציות הקיימות האופצייה של ההסכם עדיפה להם, והם אכן חותמים על החוזה ולאחר תקופה מסוימת הם תובעים לביטול החוזה. מדוע החברה רוצה לבטל את החוזה שהיא הרגע חתמה עליו? למה רוצים לטעון לכפייה ולביטול החוזה?

**אם לא היו חותמים על החוזה**, הם לא היו מקבלים את היהלומים ולא חותמים על סילוק חוב.

**כשחתמו על החוזה –**יש להם יהלומים שהם נתנו לנאמןוהם מעדיפים לקבל מהם חלק ושהוא יתחבר עם חלק נוסף מנכסי פשיטת הרגל. נניח שהם חצי מהנושים – הם קודם כל יקבלו חלק מהיהלומים (שממילא הם יקבלו) וגם יקבלו חלק מהנכסים שלו.

**אופציה שנייה לאינטרס** של החברה לחתום על החוזה – אם יש נכסים שלא רשומים על שמו ואתה יכול להראות שהוא נתן אותם במתנה, זאת הענקה שאתה יכול לבטל בפשיטת רגל. כשאתה רואה את זה תחת זמן, אתה יכול לבדוק עוד נכסים שתוכל לקבל. והם מגיעים למסקנה שלאיש יש יותר נכסים ממה שחשבו ולכן אחרי חתימת החוזה ראו שיש אפשרות לתבוע עוד נכסים והודיעו על ביטול החוזה.

**האופציה השלישית** היא וזו האמיתית שהאיש חזר לארץ. כשאתה מפעיל על בן אדם לחץ אישי, ולכן הם גם טענו לחבות אישית שלו. כשהוא בחו"ל אין דרך לדרוש את הנכסים שלו. כשהוא בארץ – אפשר להפעיל את הלחץ האישי עליו. הוא חזר לארץ בעקבות ההסכם שנחתם והוא ראה שהוא נקי מחובות – ועכשיו אפשר להפעיל עליו עיכוב ייאה מהארץ ופשיטת רגל.

החברה יוצאת למאבק משפטי כדי לחזור לכאורה למצב שהיא הייתה בו קודם.

**השופט גולדברג –**יש דבר כזה כפייה כלכלית – רק אם אין ברירה סבירה ומעשית. במקרה הזה הייתה אופציה לסעד זמני שיקפיא את המצב הקיים, הם ידעו שיש לו נכסים בארץ וידעו שיש יהלומים אצל בוארון. תקוותן כי לאחר החתימה הם יוכלו לבטל את העסקה בעילת כפייה היא כמו "טעות בכדאיות העסקה". היה להם ייעוץ משפטי, אתם אנשים אמידים ומנוסים בעסקים, יש לך אמצעים לפעול במאבק משפטי. השופט גולדברג לא מקבל את זה שאם ייעוץ משפטי לא נותן לך ברירה אחרת אז הוא לא ייעוץ משפטי ולכן יש כפייה. ייעוץ משפטי ע"פ פרידמן וכהן יסכל טענת כפייה רק אם הייעוץ מציע פעולה שונה מזו של הדרישה.

**מתי מצב כלכלי הוא פרמטר?**

למשל אם נניח שהרשקוביץ הוא איש אמיד שקנה את הדירה להשקעה – הוא יכל היה לנהל מאבק משפטי ולקבל פיצויים ולהמשיך את החיים שלו כרגיל. אם הסיפור האמיתי – איש בלי יכולות כלכליות שצריך את הדירה למגורים – ברור שזה לא סביר לצפות ממנו לשלם את השכירות, משכנתא ולנהל מאבק משפטי. לכן כאן יש משמעות למצב כלכלי. במאיה נ' פנפורד – העובדה שהם עשירים לא בהכרח מייצרת להם אופציית פעולה אחרת. בהרשקוביץ' – זה כן היה משנה את הברירה המעשית והסבירה. הניואנס כאן הוא העובדה האם בלי ההסכם הם יקבלו את היהלומים – יש להם יכולות כלכליות להישאר בלי היהלומים. אם המציאות הייתה שבעצם מתברר שכן היה כסף קיים בארץ וכן היו נכסים ואת הנכסים היה אפשר להשיג עם ייעוץ משפטי טוב, גם בלי ההסכם וגם בלי שהאיש חוזר, והם לא רצו לקחת סיכון והעדיפו לקחת 50% מהחוב ולגמור עניין – אז גולדברג צדק. גולדברג אומר שיכולתם לעשות סעד זמני, אבל הם לא ידעו איפה היהלומים ואם יש נכסים. השאלה היא האם כדי להשיג את מה שמגיע לי הייתה לי אופציה להשיג את מה שמגיע לי?

לעשות הבחנה בין מצב שבו ברור בייעוץ שהם ערכו אין שום נכס זמין ובמקרה כזה ליפשיץ חושב שהעשירות לא ייצרה שום ברירה וגולדברג טועה. לבין מצב שהיועץ המשפטי אומר שהם יצליחו להוכיח קיום נכסים – והיהלומנים לא מוכנים לשלם את הכסף לחוקר פרטי והולכים לחתום על ההסכם. ***צריך לבדוק אם העושר או ייעוץ המשפטי ייצר אופציה לפעולה אחרת פרט לדרישה.***

השופט חשין מבחין בין לחץ לגיטימי לבין לחץ לא לגיטימי – הוא מייצר מבחן שבודק האם צד נאלץ להתקשר בחוזה עקב כורח מיידי ולחץ אשר נלווה לקיפוח (או איום בקיפוח) זכות חוקית שקנויות לו. צריך לדון באיכות הכפייה ואז בעוצמת הכפייה.

**איכות הכפייה –**בודק את הכופה.כפייה שיש בה לחץ פסול מוסרי-חברתי-כלכלי, תניב זכויות לביטוח חוזה – אחרת פוגעים בחיי המסחר. ***איום וכפייה הוא כאשר ישנה הפרה של חובת תום הלב וכללי המסחר בהתקשרות בחוזה.***בודקים את הלגיטימיות של הכופה – במקרה זה הוא ברח, יש כאן שבירה של כללי המשחק. ההתנהגות הזו היא לא לגיטימית, חשין לוקח את זה מעולם העסקים עצמו – הנורמות המקובלות שם, ניתן לטעון לכפייה. מבסס את המבחן על עיקרון תום הלב .

**עוצמת הכפייה –** מסתכל על הכפוי ובודק האם בנסיבות פסק הדין יש אופציות פעולה ***– האם הייתה לצד שנכפה עליו אלטרנטיבה לא להיכנע ללחץ שהיא ברירה מעשית וסבירה.*** ע"פ מליץ ברחמים נ' אקספומדיה האפשרות לפנות לערכאות שוללת את עילת הכפייה המצב של היהלומנים היה מצב של אין ברירה. ע"פ גישת *פרידמן וכהן* רק אם הייעוץ מציע פעולה שונה מזו של הדרישה שאינה כרוכה בה הוא ייחשב כפוסל אפשרות לכפייה.

מצוקה פיננסית אינה תנאי הכרחי לקיומה של כפייה. יוסי לא מחזיק בדין בנכסים ועוד מבקש פידיון מהמשיבים! צריך לבדוק קשר אובייקטיבי וסובייקטיבי, מה קורה בנסיבות העניין.

המחלוקת בין חשין לבין גולדברג נסובה על שני נושאים: התנהגות הכופה והנכפה.

חשין חולק על עוצמת הכפייה – חושב שהוא לא בדק מהי בדיוק אופציית הפעולה החדשה שצמחה כאן ולמעשה לא הייתה כאן ברירה. עימות עובדתי שיש מאחוריו תפיסת עולם גמישה יותר של חשין. המוקד השני הוא לגבי הנושא של איכות הכפייה – בודקים גם את התנהגות הכופה, לא מדובר באיום לגיטימי מבחינה עסקית וזה פרמטר משמעותי כדי לסווג עילה לכפייה.

שמגר –מסכים עם חשין לגבי ביטול החוזה אבל לא בגלל הכפייה אלא בגלל שהוא סותר את תקנת הציבור ועשיית עושר שלא במשפט. לא בוחן את הכפייה והולך לדיני פשיטת רגל שאוסרים על העדפת נושים ולכן החוזה סותר את תקנת הציבור ולכן הוא בטל. התוצאה היא השבה.

 ככל שמדובר על צד בעל עוצמה רבה יותר – נחלש היסוד לטענת הכפייה. הפגם ברצון לדעתו אינו כפייה כי אין פגיעה חריפה בחופש הרצון החוזי של המתקשר. מסכים שהפגם נבחן על רקע הנסיבות – ואומר שהפשרה נעשתה מכדאיות ולכן בחרו בדרך העדיפה ולא בדרך האין ברירה.

שמגר לא פוסק על פי הכפייה – החוזה בטל בגלל תקנת הציבור – נגוע בהעדפת נושים. בנושא הכפייה יש לו אמירות שמתחברות גם עם גולדברג בעיקר וגם עם חשין. מבחינה פורמלית אין הלכה ברורה. רציו נקבע על פי שני שופטים שהם בדעת רוב ומתייחסים לזה כחלק מפסק הדין. שמגר מדבר על כפייה בצריך עיון אבל אף אחד מהם הוא לא הלכה מחייבת.

**פס"ד ש.א.ף נ' בל"ל-** יש אדם שעוד לפני התביעה היו לו אשראי וחובות לבנק אבל הוא עדיין בקשיים, הבנק לא מוכסה כל כך טוב כנגד החובות שלו, אין שיעבוד- הבנק במצב מסוכן. לאותו איש יש עיסקה שיכולה לסדר אותו, בשביל זה הוא צריך מכתב אשראי (סוג מסוים של ערבות, הבנק מתחייב לתת לו אשראי אם הוא יפר התחייבויותיו לאדם אחר), בתמורה לכך הוא פותח חשבונות נוספים באותו הסניף ותן לי ערבות אישית כלפי החוב, מנסה לשפר את המצב שלו ביחס לחובות שיש לו כבר אצלו רוצה לנסות להשיג ערבויות. האיש מאוד מאוד צריך את המכתב אשראי כי בלי העסקה הוא יקרוס. בסופו של דבר הוא חותם על כתב וויתור וטוען שהוא חתם עליו בגלל הכפייה. שוב, יש כאן סיטואציה של שיפור עמדות בתנועה- מערכת הסכמית מקורית שעליה חתמו הסכם נוסף ויש טענה שהוא נחתם בכפייה.

מבחן עוצמת הכפייה- מתקיים, משום שלא הייתה לו ברירה כי אחרת הוא היה פושט רגל.

מבחן איכות הכפייה- הבנק התנהג באופן לגיטימי, הלחץ אינו פסול. הבנק הרי חשוף לחוב של האיש. אם האיש לא מחזיר את החוב והבנק ערב אז הוא יצטרך לשלם את הכסף. זה גורם עוד יותר נזק לבנק. לא הייתה ברירה אך מאחר וההתנהגות הייתה לגיטימית אז לא הייתה כפייה.

המערערים מבקשים מהבנק מכתב אשראי – התחייבות של ערבות מהבנק לכיסוי החובות. הבנק בתמורה מבקש ערבות אישית ופתיחת תוכניות חיסכון. הם לא פונים לבנק אחר כי הם צריכים את זה מהר, בלי המכתב אשראי לא תהיה עסקה וגם החברה תקרוס כלכלית. החברה חותמת על הסכם להענקת אשראי נוסף שהותנה בסעיף לפיו החברה תצהיר על אי תביעות כלשהן בקשר לבנק להחזרי ריבית ושהקופות הגמל נפתחו ע"פ רצונם האישי. שוב יש כאן מערכת שהשתנתה כשאחד מהצדדים הפעיל לחץ.

השופט מצא קובע שבעוצמת הכפייה – לא הייתה ברירה אחרת ולכן לכאורה יש כפייה. בודק לפי הלכת מאיה – ייעוץ משפטי מחליש או שולל את טענת הכפייה. גם במקרה שבו לא הייתה ברירה, עדיין יכולה להיות שזה לא כפייה כי ההתנהגות היא לא לגיטימית. יש לבדוק מבחינה אובייקטיבית סבירות והגינות של תנאי החוזה – חוזה סביר אובייקטיבי אינו ניתן לביטול מחמת כפייה. השאלה לכפייה כלכלית היא האם החוזה הוגן וסביר במובן שגם עניינו של הצד החלש זכה בגדרו להגנה ראויה- האם הייתה טובת הנאה סבירה וראויה תמורת הוויתור על הזכות של הצד החלש? מפעיל ביקורת מהותית-תוכנית, מה קיבל כל אחד מהצדדים. טובות ההנאה במקרה הזה פיצו את ש.א.פ על הויתור – הצליחה לשקם את העסק בגלל האשראי שהיא קיבלה מהבנק. גם אם לא הייתה ברירה (כלומר עוצמת הכפייה היא רבה) עדיין לא הייתה כפייה (לפי איכות הכפייה) – אין פסול מוסרי-חברתי בהתנהגות הבנק. לא בודק רצון חופשי, אכפת לו רק שהעסקאות יהיו הגונות וצודקות. ***אם העסקה לא הגונה ולא ברור מה קורה עם הרצון החופשי שלך –אני אקבל את הכפייה. אם קבעתי שלא היה לך רצון חופשי והעסקה היא כן הגונה – אני כן מקבל את העסקה.***

בנוסף, תנאי בחוזה שמונע פנייה לערכאות בגין הפרה עתידית של חוזה אינו לגיטימי וייפסל – כמו בלוין נ' לוין. כאן יש ויתור על זכות תביעה מן העבר, הוא חלק מפשרה הוגנת אם יש טובת הנאה לצד המוותר תמורת הוויתור.

**סיכום ביניים:**

**רחמים נ' אקספומדיה –** גם כפייה כלכלית יכולה להוליך למצב של חוסר ברירה

**שפייר נ' דיור לעולה –**

**מאיה נ' פנפורד –**יש או אין ברירה סבירה ומעשית. בודקים את איכות הכפייה – המתקשר לכופה ולא לאדם שנכפה.

**הרשקוביץ' נ' כהן –**יש או אין ברירה סבירה ומעשית (גם חשין בפנפורד)

**ש.א.פ נ' בנק לאומי – אין כפייה כשהחוזה הוגן וסביר במובן** שגם עניינו של הצד החלש זכה בגדרו להגנה ראויה (האם הייתה טובת התנאה סבירה וראויה תמורת הוויתור על זכותו של הצד החלש).

**שיעור מס' 14- 11\12\14**

**פס"ד שפרד דיור לעולה**- חשופה לתביעות הדיירים, וכאשר דייר רוצה לעבור דירה ורוצה למכור את הנכס, הוא צריך שיתוף פעולה של החברה (הדירות לא רשומות בטאבו ולכן החברה הקבלנית משמשת כטאבו זמני). אחד מהדיירים רוצה לתבוע על ליקויים בדירה, הוא רוצה למכור את הדירה והחברה מתנה את היענותה בפשרת ויתור על התביעות כנגדה. הוא חותם על הסכם הפשרה ולאחר מכן מתחרט ותובע אותם. החברה טוענת שיכל לא לחתום ולתבוע, ביהמ"ש קובע שלא הייתה ברירה ממשית.

גם פס"ד זה וגם פס"ד מדיה מראים כי ביהמ"ש מפעיל את מבחן היש ברירה או אין ברירה.

**פס"ד דיור לעולה נ' קרן-** מקרה של כפייה פיזית, לכאורה השמרנים שבשמרנים מבטלים חוזים שנחתמו בכפייה פיזית (עד כה התדיינו בכפייה כלכלית, האם מתערבים בעסקים או לא). הסיפור במקרה הזה הוא שקודם חתמו על החוזה ורק לאחר מכן הופעל הלחץ הפיזי, ולכן איך אפשר לטעון לכפייה פיזית, איפה הקשר הסיבתי? המחוזי לא קיבל טענה זו, מהסיפור עולה כי היו איומים מופרכים לפני הכריתה, הם חותמים על החוזה וכשחוזרים ממנו עוצמת האיומים עלתה לכדי מימוש ולכן הסוף כן מעיד על ההתחלה וכן הייתה כפייה. העליון לעומת זאת מכריע לפי הרכיב הרביעי- שהכופה הוא הצד השני. מבחינת ההתפתחות יש כאן מקרה לכאורה שלא משמעותי – כי מדובר בכפייה פיזית של השכנים על משפחת קרן (המשיבים) ונראה שבעבר שגם השמרנים מבטלים.

השופטת דורנר:

*"כאמור, כריתת החוזים נערכה לאחר משא-ומתן שבו הצליחו המשיבים לשפר את מצבםבמידה משמעותית, הן בהשוואה להצעתם הראשונית כפי שפורטה במכתב לעיריית רמת-גן, הן בהשוואה ליתר שכניהם בבניין. אמנם, במהלכו של המשא-ומתן הפעילו השכנים לחצים על המשיבים, לחצים שחלקם נבעו מהתניית מימוש הסדר הפינוי בהשגת הסכמת כלל הדיירים. אולם המשיבים לא נכנעו ללחצים אלו, המשיכו להעלות את דרישותיהם מחברת הבנייה ובעת הצורך פנו גם לעזרת המשטרה. החוזים שנחתמו בסופו של המשא-ומתן נוסחו על-פי הצעתם האחרונה של המשיבים. אלו כפרו בהסכמתם רק לאחר החתימה על החוזים, כאשר החליטו כי לא די בתמורה שקיבלו. החלטה זו גררה התנהגות אלימה מצד שכניהם, אך אין בכך כדי לאפשר להם להשתחרר מחוזים שעליהם חתמו כדין."*

1. קובעת שחוזה ניתן לביטול מחמת כפייה רק אם היא הופעלה לפני כריתת החוזה ואין תשתית ראייתית לקביעת המחוזי שביטל את החוזים מחמת כפייה. לא היה **קשר סיבתי** בין הכפייה לרצון החופשי –שממילא התקיים.
2. הכפייה התקיימה על ידי השכנים ולא ע"י חברת הבנייה בעצמה – לא קובעת בבירור שעצם העובדה שהשכנים הפעילו את הכפייה קמה בעייתיות בכך שלא מדובר בצד השני או מישהו מטעמו. המחוזי לא מקבל את הטענה הזו מכיוון שהחברה ידעה על הלחץ שמופעל על המשיבים וניסחה את החוזה בצורה כזו – ולכן זה נחשב שהכפייה כן הייתה מטעמם. העליון יכל לבטל את פס"ד המחוזי ולהגיד שהכפייה היא מצד ג' ולכן לא מדובר בכפייה.
3. חוזה מטיב –הפס"ד הזה הוא לפני פס"ד ש.א.פ והגינות החוזה הוא משהו שאנחנו עדיין לא מדברים עליו בשלב הזה – אין פרמטר לבדוק את הגינות החוזה. כל הדיירים קיבלו דירה בעד דירה והוא מקבל 3 דירות תמורת 2 דירות. אי אפשר שכולם ירוויחו מהלחץ על החברה, רק האחרון יכול להיות להיות "הרוכב החופשי" ולנצל את העניין הזה וזה מה שעושה משפחת קרן – מעין סחיטה, שמפעילים על החברה שרוצה להתחיל את הפרוייקט.

למה דורנר לא פוסלת על הכפייה מצד שלישי ואומרת למחוזי שהוא עשה טעות משפטית?

יכול להיות שדורנר במקרה אחר כשהחוזה הוא לא הגון אבל הכפייה היא ע"י צד שלישי – היא לא תוכל להשתמש אחרי שיש לה הלכה שהיא קבעה. מצד אחד, במקרה הספציפי היא רוצה לבטל את הכפייה ומצד שני היא לא רוצה לקחת שום "נשק" למקרה שבו תהיה לה כפייה כלכלית ע"י צד שלישי אבל החוזה יהיה מאוד לא הוגן ואז היא לא תוכל לבטל כי היא קבעה שכפייה מצד שלישי היא לא כפייה

 **יש כאן שתי בעיות:**

1. הקשר הסיבתי- רב הלחץ היה אחרי החוזה- קשה להתרשם במקרה העובדתי, כפי שהשופט המחוזי לא התרשם ממנה (בג"צ לא משנה התרשמות עובדתית אלא משפטית). ניתן היה להסיק כי היה ברור שהלחץ לפני החוזה ברור שיוביל לאלימות ממשית.
2. הכופה הוא הצד השני- סעיף 17 דומה לסעיף 15 הטעיה, הצד השני הוא המטעה, ו17 הצד השני הוא הכופה. במקרה דנן הדיירים הם אלו שהפעילו את הלחץ ולא החברה שמחכה (בדומה לפס"ד הדר מתחילת הקורס, שם הלוחץ הוא הבעל ולא החברה). לכאורה, היה אפשר להגיע לתוצאה של ביהמ"ש רוצה להגיע אליה דרך הרכיב הנ"ל, הרכיב הרביעי.

המחוזי טוען שהשילוב כך שקרן לא רצה לחתום על החוזה, ובידיעה שהופעל עליו לחץ חיצוני כדי שיחתום, עצם הידיעה על אף שלא שלחו אותם) ומשתמשים בה לטובתם, מספיק לביטול החוזה.

לכאורה, אם העליון רצה לדחות את המחוזי יכול היה להגיד שיש טעות משפטית בהכרעה, לפי החוק צריך שיהיה הכופה מהצד השני או מישהו מטעמו. העליון לא עושה כן, ומבטל את הפס"ד על היבט עובדתי- על הקשר הסיבתי. הוא מכריע כי כשהוא קורא את המקרה הוא מתרשם שהלחץ האמיתי היה מאוחר לכריתת החוזה, לאחר הכפייה הנטענת, ולכן החוזה קיים והעתירה נידחת.

שאלות שעולות לליפשיץ:

1. זהו צעד חריג של בג"צ, התערבות לא בהחלטה שיפוטית אלא בממצא עובדתי. מה המיוחד במקרה כאן שביהמ"ש הופך את החלטת של ביהמ"ש המחוזי, דווקא במקרה המסורתי לא מוכן לבטל את החוזה?
2. למה במקום לעשות זאת ברמה העובדתית לא עושה ביהמ"ש את ההכרעה ברמה המשפטית- הכפייה לא הייתה על ידי הצד השני אלא על הגורם השלישי?

תשובות:

1. ביהמ"ש לא מתערב כי הוא חושב שהחוזה הגון ולכן לא מקבל את טענת הכפייה. ביהמ"ש עושה פעולה לא שיגרתית, משחק בעובדות- זה פס"ד קצר ועובדתי, לכאורה אין בו שום חידוש משפטי מעניין. כשמסתכלים לעומק ניתן להבין שביהמ"ש לא יכול לשים על השולחן את עדיפות מבחן ההגינות על פני הכפייה אפשר שייכפו כל עוד החוזה הוגן). זוהי אינטואיציה חזקה של ביהמ"ש שתצא לאור בפס"ד ש.א.פ.

למרות שביהמ"ש לא אומר מפורשות שהוא מכריע לפי מבחן ההגינות, ניתן להבחין בהלכה הזו ויש לטעון לפי זה (זוהי אינטואיציה שקיימת עוד לפני ש.א.פ, וכך הוא הכריע. לדעתו של ביהמ"ש חשוב יותר הצדק התוכני מהצדק התהליכי).

1. ביהמ"ש אוהב כמה שיותר דרגות חופש, אם בג"צ יכריע משפטית שכפייה לא נחשבת כאשר היא נעשית ע"י גורם שלישי במקרה הזה זה "יחשק" אותה למקרים הבאים בהם לדעתה החוזה לא יהיה הגון והיא תצטרך להשתמש בטיעון העובדתי הזה. במקרה הספציפי הזה היא רוצה שהעתירה לא תתקבל, היא יכלה להשתמש בטיעון העובדתי אבל היא (דורנר) לא רוצה לקבוע כלי נשק למשפטים אחרים בהם לדעתה החוזה לא יהיה הגון.

**ס' 17 (ב) חריג לעילת הכפייה**

**סיטואציה קלאסית:** מעביד תופס את העובד מועל בכספים. אם הוא תפס אותו פעם אחת הוא משוכנע שהיו עוד מעילות ויש לו שתי אופציות – ללכת למשטרה להגיש תלונה על הגניבה ובמקביל להגיש תביעה אזרחית כנגד הגנב להשבת הכספים. מבחינה אזרחית הוא מפחד שהוא לא יקבל את כל הכסף כי הוא הצליח להוכיח רק גניבה אחת והוא משוכנע שהיו עוד. המעביד מנצל את אלמנט ההפתעה, מזמן אותו לשיחה וחושף בפניו הוכחות שהוא גנב ויוצר תחושה שיש לו הוכחות גם לגניבות נוספות – עכשיו הוא צריך לכתוב התחייבות, מעין הודאה על הגניבות שהוא נתפס בהן וגם על אלו שאין עליהן הוכחות ודואג לאמצעי גבייה כלשהו, ייפוי כוח על הבית כביטחון ואם הבית רשום על שני בני הזוג – מזמינים את האישה שתחתום גם. מה שהכופה מנסה לעשות פה הוא להסתתר מאחורי 17 ב' ולהגיד שהוא איים בתום לב.

זה מסתבך כאשר ההליך הוא באיום פלילי- לדוג' מעסיק תופס את העובד שלו גונב כספים והוא משוכנע שהיו עוד מעילות. למעסיק יש 2 אופציות:

* ללכת בדרך המלך- ללכת למשטרה ובנוסף להגיש תביעה אזרחית- אך יש בדרך זו כמה חסרונות: (1) זה פוגע בשם של החברה, שיש בה מעילות והעובדים בה נתפסים כלא אמינים.(2) הוא יכול לשכנע רק גניבה אחת אבל הוא לא יכול להוכיח שיש עוד מעילות, עוד גניבות- מההליך הפלילי העובד ייפגע אבל הוא עצמו לא יוכל להוכיח באופן מלא את כל הסכום שנגנב.
* העובד לא יודע שהמעביד תפס אותו- המעסיק מזמן אותו לשיחה וחושף בפניו את העובדה שהוא יודע שהוא גנב ויוצר אצלו תחושה שהוא יודע על עוד גניבות ולא רק על הגניבה הספציפית הזו- ואז הוא אומר לו שהתחנה הבאה היא המשטרה ואם הוא לא רוצה ללכת לכלא אז הוא צריך לחתם על חוזה שבו הוא מודה על כל הגניבות וקובע את אמצעי הגבייה על הכספים הגנובים- במקרה כזה נשאלת השאלה **האם עומדת ההגנה של ס' 17 (ב)?** האם איום בהליך פלילי נחשב לכפייה? למעשה לא הייתה לגנב ברירה, אך מה שיעשה הכופה לעשת הוא לנסות "להסתתר" תחת ס' 17(ב).
1. עצם האיום בהליך פלילי לא הופך את זה אוטומטית לכפייה- זה לגיטימי בתנאי שהאיום הוא לא מופרך והוא מובסס, הסכום הוא פרופורציונאלי.
2. יש הבחנה בין הליכים פליליים לאזרחיים- הליכים פליליים נועד לציבור, חובה לדווח על עבירות כאלה. לעומת זאת הליכים אזרחיים נועדו לממש זכויות של האזרח.

**האם איום בהליך פלילי הוא איום שלא בתום לב?**

**פס"ד שפיר נ' אפל**: איום בהליך פלילי- עצם האיום בהליך הפלילי הופך את הפעולה לכפייה ולעומת זאת השופטת בן פורת מזהירה אותנו לא לקפוץ למסקנות חפוזות ולמקד את המקרה בעובדות הספציפיות.

הפרמטרים המיוחד בפסק הדין הזה, שהם מאוד קיצוניים-

* יש אינטרפרטציה צבעונית של מה שקורה בתא המעצר
* האיש היה ניצול שואה, חולה- זה לא אדם רגיל.
* רק אחד מהצדדים יוצג עם עו"ד- יש כאן משמעות לייצוג המשפטי
* ההתחייבות השנייה היא בוודאי מופרכת (של הילדים) מנצלים את אהבתם לאביהם.

בעמדת הרוב עולה תחושה שעצם האיום בהליך הפלילי הופך את הפעולה לכפייה ולעומת זאת השופטת בן פורת לא ממהרת לקפוץ למסקנה וממקדת את המקרה בעובדות הספציפיות - איום בהליך פלילי הוא לא בהכרח כפייה. נסיבות העניין – האיום הפלילי הוא על מישהו חלש ומסכן, האיום לווה בעורך דין שהיה נוכח שם והאיום הוא לא "טהור" – הוא אומר שהמשטרה תרביץ לו ותתעלל בו, **האיום הוא לא על חוב קיים** ולא מוכח שאכן יש כאן גניבה. היה ברור שלא היה חוב בכלל, שלא הייתה באמת גניבה- בדיעבד מסתבר שהמסמכים לא הספיקו כדי להוכיח גניבה ושהאדם בכלל לא גנב. ההתחייבות השנייה בטוח מלווה בכפייה – איום פלילי על האדם השני.

לפי גישת זוסמן, חובת ההוכחה היא על הנכפה ולא על הכופה. אם הופעל לחץ על החייב עצמו, מתייחסים לכך בפחות חומרה, ואילו אם הופעל הלחץ על קרובו או על שוחר טובתו של החייב, מתייחסים לדבר ביתר חומרה.

האם ברגע שהוכחתי 17(א) – מי צריך להוכיח שהאיום בזכות הוא לא בתום לב?

זוסמן קובע שחובת ההוכחה על כך שהאיום הוא לא בתום לב היא על הנכפה ולא על הכופה. בן פורת מאמצת את גישת לנדוי שהתובע צריך להראות שהחוב הוא הכשר והלחץ היה אמצעי להשגת המגיע לו בדין.

חוץ מאשר דיני הכפייה והעושק יש לשים לב שבמסגרת כללי האתיקה אסור לעו"ד לאיים בהליך פלילי. כאן העו"ד לא אומר בכתב או בע"פ שאנחנו נפנה להליך פלילי – טכנית, אפשר להגיד שיש לדבר השלכות פליליות. השופטת שטרסברג כהן אומרת שמדובר בהתנהגות לא ראויה של עורך הדין, ההתקשרות נוגדת את האינטרס הציבורי. איום כזה יכול להתפרש בסחיטה באיומים.

**פס"ד שחם נ' מנס**- העמדה של שטרסברג כהן לא מתקבלת ומתקבלת עמדת בן פורת ובך – איום פלילי הוא לא בהכרח איום בכפייה וצריך לבדוק באיזה נסיבות הוא כפייה ובאיזה מקרים הוא לא יהפוך להיות כפייה.

**מהן הנסיבות ששונות מפס"ד שפיר נ' אפל?**

כאן כן הייתה גניבה אמיתית – לא חוב מומצא, מי שיזם את הסיטואציה "המפתיעה" הוא הגנב, העורך דין ולא "הכופה" כביכול, אין כאן רקע אישי החלש של הרפתן בשפיר נ' אפל – להפך, מדובר בעורכי דין מנוסים.

לגבי העו"ד – מה שהוא חתם עליו זה קביל, לא הייתה כפייה אצלו. לגבי אישתו, עו"ד בעצמה –היא עצמה עובדת בפרקליטות וזו מעילה שתתפרסם בעיתונות. **כאן מדובר בסיפור הקלאסי**– הגבר הגנב והאישה שברגע האמת מטיחים בה את הגניבה של הבעל ואומרים לה לחתום על ייפוי כוח לדירה.

ביהמ"ש לוקח כאן את הכפייה באופן צר מדי לפי ליפשיץ – אומר רק שהלחץ והמצוקה של שחם היו פניימים, לא מדובר בגורם חיצוני שהפעיל עליו לחץ אלא המצפון שלו. גם הלחץ שלה היה פסיכולוגי ולא מצוקה שהסיטה את שיקול דעתה.

**שיעור מס' 15- 11\12\21**

**ס' 18 – עילת העושק**

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

1. חוזה תקף
2. קשר סיבתי
3. תנאי ראשון שעוסק בעשוק: מצוקה, חוסר ניסיון, חולשה גופנית\שכלתית
4. מצב העשוק: ניצול
5. תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל

**ההבדלים בין פרק ב' – טעות, הטעייה וכפייה ביחס לעושק:**

**שינוי בפגם ברצון:** כל פרק ב' שעוסק בפגמים ברצון (טעות, הטעייה, כפייה) הייתה גמירות דעת אובייקטיבית – אבל מבחינה סובייקטיבית לא הייתה רצון אמיתי. בכל העילות האלה יש איזון של מצד אחד תיאור הפגם ברצון המתקשר ואחריות של הצד השני – או שהוא גרם לזה כמו בהטעייה או בכפייה או שהוא ידע או היה עליו לדעת כמו בטעות.

בכל אלה אין שום תיאור של תוכן החוזה – מדברים רק על הפגם ברצון ולא על תוכן החוזה (בש.א.פ ובדיור לעולה כן הזכירו).

**שוני במצב העשוק:**האם אפשר להגיד שאין רצון? בכפייה כלכלית הסיטואציה היא שהצד השני מכניס אותי לסיטואציה ואז כופה עליי את ההתקשרות. מצוקה בעושק הצד השני לא יוצר את המצוקה למשל סוגייה שמופיעה בתלמוד, אדם שבורח מבית אסורים ורודף אחריו מישהו ואם הוא יתפוס אותו הוא יצטרך לשלם לו מיליון שקלים. הוא מגיע לנהר ושם יש נהג רפסודה ואומר לו תשלם לי 1,000 ש"ח כדי שאעביר אותך לצד השני למרות שהתעריף המקובל הוא 10 ש"ח. לפי החוק, אין חובה של בעל הרפסודה להעביר אותו – האם אפשר להגיד שהאסיר לא בחר להתקשר בעסקה? הוא לא עשה החלטה לא נכונה, זאת הייתה החלטה רציונלית, זה לא שבגלל המצוקה הוא חתם על משהו.

**פס"ד גנז נ' כץ**-אם הוא היה השדכן היחיד שיכול לפתור את זה – אז זה לא היה עושק. הטענה שם היא אחרת – אתה לא השדכן היחיד בעולם וזה לא היה סביר לשלם כזה סכום מופרז אלא שאני הייתי לחוץ מאוד וכבר לא חשבתי באופן רציונלי ולכן הסכמתי לשלם כל סכום שתרצה. במקרה התלמודי, הרצון של האדם הוא באמת להתקשר בחוזה מתוך חשיבה רציונלית – זה כן הרצון שלו אבל הוא לא לוקח בחשבון פרמטרים שאדם סביר היה לוקח.

**שוני בתנאי החוזה:** בפרק ב' מבחינת המחוקק היינו צריכים לבדוק את תוכן החוזה לפי ס' 14 ד שקובע שאין להתערב בטעות בכדאיות העסקה – היא לא טעות. תנאי החוזה שגרועים במידה בלתי סבירה

**ניצול מול ידיעה :** עד עכשיו הכרנו ידיעה או גרימה – שאני גרמתי לכפייה או לטעות ע"י הטעיה. ניצול הוא שונה מידיעה ונראה שהוא "חזק ממנה". ניצול זה לא גרימה של המצב אלא ניצול של מצב קיים.

**גישות לדרישת הניצול:**

* **פרופ' סיני דויטש –** תנאי החוזה הם אינדיקציה ראייתית לבחינת גמירות הדעת. ניצול הוא ידיעה.
* **פרופ' אייל זמיר –** סעיף העושק הוא ביטוי בחקיקה לרעיון הגינות החוזה. חלק מחוק החוזים ממוקד בפרוצדורה תהליכית וכאן כשמדברים על תנאי חוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל אנחנו בעצם בודקים את הגינות החוזה. טוען שבפסיקה בפועל כשהתנאים הם גרועים מגדירים את מצב העשוק בצורה רחבה. מפרשים את סעיף 1 לאור 3. לא מייחס חשיבות לניצול.
* **פרופ' פרידמן וכהן –** גישת ביניים שמשקפת את הפסיקה הנוכחית ומציגה אותו כפגם שהוא לא מספיק כדי להגיד שאין גמירת דעת, המשפט הישראלי לא קיבל את הגינות החוזה באופן עצמאי ועצם העובדה שהחוזה לא הגון לא מספיק למשפט הישראלי כדי להחליט שהוא בטל ולכן הטענה היא שצריך לצרף להגינות החוזה פגם ברצון שבעצמו לא היה מספיק. כשיש רצון חלש עם חוזה לא הגון – השילוב הזה מספיק כדי לבטל את החוזה. לכל אחד יש משקל יחסי. "מבחן המטוטלת" – בסאסי נ' קיקאון ובאיליט – לקח את 1 ו-3 וצבר אותם יחד. בגלל שאין קריטריונים למצוקה ולתנאי חוזה גרועים – הסטייה צריכה להיות גדולה מאוד. כשמצד אחד יש רצון בעייתי וגם התוצר בעייתי – אנחנו מבטלים. ברוב הפסיקות נגלה את המבחן הזה שבו לא בודקים כל אחד ואומרים שמסתכלים על המכלול. גם באופציה הזו הניצול לא קיבל משקל בפני עצמו.
* **גישת המשפט העברי –**בסוגייה התלמודית– בהגעה לחוף המבטחים האסיר צריך לשלם לנהג. בחלק הראשון של הברייתא אומרים שעליו לשלם רק את מחיר השוק (כאילו מפעילים את ס' 18) ובחצי השני –אומרים שזה חופש החוזים ולכן עליו לשלם את הסכום שנקבע מראש שהוא פי 10 ממחיר השוק. הגמרא אומרת שההבדל הוא בין המקרים במקצוע של נהג הרפסודה – אם מדובר בנהג מונית שנמצא שם כדי לחכות לאנשים שיעברו ולקח למישהו 1,000 כי הוא ראה שהוא במצוקה – אז נפעיל את ס' 18 ונשלם רק את מחיר השוק. בחצי השני היה בכלל מדובר על דייג שאמר שלעיתים בזמן הזה שהוא עובר בנהר הוא דג דגים בשווי של 1,000 ש"ח ולכן דרש 1,000 ש"ח. מנק' מבטו של האסיר השאלה היחידה שמעניינת אותנו היא האם התחייבות לשלם פי 10 ממחיר שוק משקפת רצון חופשי וכאן יש תשובות אפשריות: כן כי בנסיבות האלה הוא עשה החלטה טובה ורציונלית ותשובה שנייה אומרת שרצון חופשי לא נבדק לפי הרצון הסובייקטיבי שלו – אלא לפי הלחץ שהופעל עליו. ההבדל בין שני המקרים שבגמרא הוא לא במצב העשוק ולא במצב של תנאי החוזה. הקול השלישי של המשפט העברי מקשר בין הסוגייה הזו לעוד סוגייה מעניינת "זה נהנה וזה לא חסר– פטור" –אדם מגיע למקום, מתיישב בקרקע ששייכת לבן אדם אחר והוא מתיישב עליה והוא נהנה מזה כי אם הוא לא היה מתיישב שם הוא היה צריך ללכת למקום סמוך ולשלם כסף, הדרישה המוסרית החזקה לכך שתאפשר לבן אדם להשתמש ברכוש שלך הופכת להיות בדיעבד סיבה לכך שלא נרשה לך לתבוע את ההנאה שהופקה מהרכוש. זה נהנה וזה לא חסר "קצת" – ברגע שיש חיסרון של הצד השני אז משלמים את הכל – מכיוון שמלכתחילה לא הייתה לך דרישה מוסרית אנחנו הולכים לפי הכללים הרגילים, מי שנהנה מהרכוש שלי צריך לשלם. אפשר בסוגיית העושק לעשות מהלך דומה – אם הנהג מונית לוקח את האסיר במחיר של 1,000 ש"ח – זה נהנה וזה חסר. אם מדובר בדייג – זה נהנה וזה חסר קצת, משמע אין חובה מוסרית עליו לקחת אותו כי יכול להיות שבאופן סובייקטיבי הדייג מפסיד. לא הייתה לו חובה משפטית ומכיוון שכך בדיעבד כל מחיר שסיכמנו יהיה מחיר מחייב. **בגמרא יש הצדקות למעשים, בודקים על איזו התנהגויות מצופות בין בני אדם, מתי מדובר באינטרס עיסקי ומתי מדובר בניצול לא לגיטימי.** אם זה הדגש יש להכניס גם את הניצול למשוואה הזו, כדאי לראות דיון יותר משמעותי לא רק בהיבט הטכני ושל הפגם ברצון אלא גם בלגיטימציה של ההתנהגות הצד השני – נותנים הנחות במצוקה, חוסר ניסיון ובתנאי החוזה לעומת הכנסת משתנים שקשורים להתנהגות העושק.

דוגמה נוספת מהמשפט העברי: יבם (אחיו נפטר ולא היו להם ילדים וצריך שהאח ייבם או יחלוץ את האלמנה שהיא גיסתו) אם הוא לא עושה את טקס החליצה הזה היא לא יכולה להתחתן. באותו מקרה מדובר ביבם שאינו הגון – ע"פ ההלכה הוא לא יכול לדרוש לייבם מאחר שהוא איש לא הגון וזכותה של האלמנה לסרב לייבום ולבקש טקס חליצה. אין לו לגיטימציה להגיד שהוא מוותר על זכות הייבום כי לא היו נותנים לו ע"פ ההלכה ממילא ולכן יש כאן כלל של "זה נהנה וזה לא חסר" – ולכן ביהמ"ש מבטל את עסקת העושק שהוא עשה עם האלמנה. מה יקרה בפעם הבאה שאדם לא יסכים לחלוץ אלא אם ישלמו לו כסף? הוא לא יסכים לחתום וכנ"ל לגבי בעל הרפסודה שהוא נהג מונית – כי המקרה יבוטל בעושק. בפעם הבאה אנשים לא ירצו להגיש עזרה לאנשים במצוקה, אם אנחנו מבטלים את החוזים העושקים ולא מוכנים לשלם להם – ואם אין חובת הצלה (תביעה נזיקית שהוא לא הציל אותי) יש כאן שילוב של כלל שלא מחייב אותו לעשות ולקיחת התמריץ כי החוזה העושק מבוטל – ייגרם כאן נזק סביבתי כי בעצם הסיבה היחידה שאנחנו עושים את הפעולה היא הרווח שלנו. מנק' המבט של השבוי בכל מקרה הוא היה מעדיף לשלם את המחיר היקר ואם ביהמ"ש לא יתן לזה תוקף נהג המונית לא יסכים לקחת אף אחד.

במודל הרגיל של הפסיקה – כשלא מייחסים מקום לניצול – אני חשוף לתביעות ואני לא ארצה להתקשר עם אדם שיכול לטעון נגדי עושק.

כשמדברים על צורך אמיתי – אז יש לך הסבר טוב ולכן יותר תמריץ להתקשר עם אדם במצוקה או בעל חולשה.

**פס"ד פאגאס נ' פאגאס**- בדין הדתי הכלל הוא שהבעל צריך לתת גט לאישתו מתוך רצון חופשי אחרת הוא נקרא "גט מעושה". ניתן לכפות על הבעל לתת גט ואז זה לא נקרא גט מעושה, אם הבעל כפה במקום שאסור לו – האישה עדיין נשואה. במקרה הזה הבעל המכה לא מוכן לתת גט לאישתו – נניח שהזוג הזה מסורתי. אם האישה תנהל קשר עם מישהו אחר – הילדים שלה יהיו ממזרים (ילדים מחוץ לנישואין של הבעל הם לא ממזרים) והיא לא יכולה לקיים זוגיות חדשה, היא מסורבת גט היא מסכימה להתקשר בהסכם הזה – הוא מקבל את הדירה על שמו ואת כל המטלטלין והיא מקבלת מהגט רק את בגדיה. הם מתגרשים על סמך ההסכם הזה ואחרי שהם מתגרשים היא מגיעה לבית המשפט למקצה שיפורים של החוזה. נכון ליום פסק הדין העמדה ההלכתית הייתה היא שגם אם יפתחו את הסכם הגירושין זה לא יפגע בתוקף הגט. הסמכות עכשיו היא של בית משפט אזרחי לפסוק האם לבטל את החוזה בשל עושק – היא אישה במצוקה, מוכה ומסורבת גט, יש ניצול של המצוקה לטובת הבעל ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל שהוא חזקת השיתוף – מחלקים לחצי. העניין מגיע לעליון והוא דוחה את הערעור – את אמנם במצוקה ונראה שתנאי החוזה גרועים אבל את מאוד רצית את הגט.

***פס"ד אברהם*-**אישה מסורבת גט במשך 10 שנים שבסופן בית הדין הרבני העליון מתערב לטובתה ומקבל ערעור על בית הדין האזורי ומצווה עליו לכפות על הבעל לתת גט שטוען מנגד בבית הדין האזורי שהוא מוכן לתת את הגט מרצונו החופשי, אבל לא יעשה זאת מאחר שאישתו היא גנבת – הרכושעל שמו ולכן הוא שייך לו, אבל בדיונים בבית משפט אזרחי נפסק שהרכוש יתחלק בין שניהם. זכותו להתנגד לגט אם יש לו טענה כלכלית נגד האישה לפי מהרשדם מתקופת הראשונים. בית הדין אומר לאישה – תחתמי על הסכם שאת מוותרת על כל מה שקיבלת מביהמ"ש האזרחי ותסכימי לדון בזה על פי דין תורה, היא חותמת, נותנים לה את הגט והיא לא מסכימה לדון בבית הדין על הכספים כי היא טוענת שיש כפייה ועושק עליה – ואז היא מגיעה לבג"צ כנגד בית הדין הרבני ובג"צ מחליט שגם האישה נהגה של כהוגן – אלא מראש נהגה בדרכי תחבולה, כי כבר שחתמת על ההסכם ידעת שאי אפשר יהיה להחזיר את הגט אחרי שניתן לפי ההלכהולכן כשחתמת עשית משהו לא חוקי.

מבחינה מוסרית השאלה המשמעותית כאן היא האם לגיטימי לסחור בגט? או להגיד שזה שלא כופים עליך את הגט לא אומר שאין לך חובה מוסרית ומשפטית לתת אותו. בית הדין הרבני מקבל את החובה המוסרית של הצדדים. לפי הפסיקה האזרחית הזו נראה שיש לעושק ולכופה זכות לגיטימית לדרוש מה שהם רוצים כי הכוונה של הנעשקת הוא לקבל את הגט, היא רצתה אותו ולכן חתמה. הסיבה שבגללה בישראל יש סרבנות גט היא בגלל הסכמים מהסוג של פאגאס שבסופו של דבר מתקבלים. בישראל יש חזקת שיתוף קוגנטית ולכן לא משנה מה יקרה, הוא יצטרך לתת את הכסף חצי-חצי לפי חזקת שיתוף.

משנות ה90 עד 2000 – בעקבות פס"ד קוט נ' קוט הייתה אפשרות לבעל להרוויח גם על חשבון מזונות הילדים עד שזה נפסק ע"י בית הדין הרבני וגם ע"י בג"צ שקבע שחוזה כזה סותר את תקנת הציבור. הבעל היה אומר – אם את לא חותמת על ההסכם אין גירושין ומצד שני אומרים לו – אנחנו לא מאשרים הסכם כזה. לכאורה הוא אמור להגיד שהוא לא מוכן להתגרש וכאן מה שקרה בפועל ששונו כללי המשחק והוא מבין שאי אפשר לעשות כזה מהלך יותר והם יפסיקו לדרוש את זה ולכן בסופו של דבר בית המשפט לא רק כועס על האישה אלא גם משנה את כללי המשחק לטובתה.

**שיעור מס' 16- 11\12\28**

רכיב של תנאי החוזה שונים מהמקובל- הגדרנו אותו כ"הגינות החוזה", אך בלשון החוק אין מבחן אמורפי של הגינות אלא נותן קריטריון- תנאי החוזה שונים במידה בלתי סבירה מהמקובל, מודדים באמצעות מחיר השוק, מחיר סטנדרטי- לבדוק האם יש סטייה בלתי סבירה ממחיר השוק.

על הרקע הזה התעוררה בפסיקה שאלה מה קורה בעסקה שאין לה סטנדרט, נוהג מקובל? האם ישנה אפשרות לבדוק את הרכיב השלישי?

**פס"ד איליט נ' אלקו-** בית המשפט קבע שכשאשר אין מחיר מוגדר, מה שיחליף את הרעיון של הסטייה מהמחיר הוא מבחן מסוים של הגינות, שקילות תמורות וכו'. עצם העובדה שמדובר בעסקה שאין לה מחיר סטנדרטי לא פוסלת את האפשרות להפעיל את עילת העושק. ברק לא מוכן להתחייב לגישה זו, לעומת שמגר שמקבל אותה באופן מלא.

**פס"ד** **מחקשווילי נ' מיכקשווילי-**  אין קריטריון לבדוק את ההגינות של העסקה, זוהי עסקת מתנה. בית המשפט לא הסכים לשלול את עסקת העושק ממתנה- ניסה למצוא קריטריון של הגינות גם בעסקאות עושק, למרות שהרכיב השלישי הוא מאוד מאולץ. האינטואיציה של בית המשפט מאוד ברורה- דווקא בעסקאות מתנה, עילת העושק היא הכי "חשודה". הפסיקה לא הסכימה לקבל את האמירה שלא ניתן להחיל עילת העושק בעסקאות מתנה. דווקא הדוגמא של המתנה מחדדת את הטענה שאם רוצים לקחת את העושק במתנה הדגש צריך להיות על הניצול או על תוכן החוזה.

השפעה בלתי הוגנת- בחוק הירושה- עילה לביטול צוואה- בד"כ המבנה עבד בצורה הבאה:

* מוריש שמוגבל באיזושהי דרך אך עדיין מתפקד כלומר הוא בעל כשירות משפטית.
* המוריש קצת מבודד והוא מאוד תלוי ביורש.
* יש נישול של יורשים אחרים.

אם כל אלו התקיימו, ישנה חזקה של השפעה בלתי הוגנת- צריך לנסות להוכיח שהצוואה אכן שיקפה את רצונו של המוריש.

בעבר, הייתה פסיקה של פס"ד שוורץ, שבה הייתה דעת מיעוט שאומרת שהשפעה בלתי הוגנות הוא רק בירושות, אך השופטים האחרים לא קיבלו זאת ולכן במצבים של מתנות ופעולות חד צדדיות כאלה ואחרות, משתמשים בדוקטורינת השפעה בלתי הוגנת.

לסיכום, יש שתי דרכים לתקוף את הסכמי המתנה\הסכמים חד צדדים:

* עילת העושק
* עילת ההשפעה הבלתי הוגנת- דיני ירושה, אבל עדיין מחילים אותם על פסיקות אחרות.

**פרק ג'- תוכן החוזה**

בנוי מ-3 קומות:

1. פרשנות- עוסקת בפרשנות של הוראות שיש בתוך החוזה. זהו נושא מורכב.
2. השלמה- דברים שלא כתובים בתוך החוזה. אם חסרים יותר מידי פרטים יכול להיות שהושלמו בשלב המסוימות או שפשוט אומרים שאין חוזה בגלל חוסר מסוימות. בפרק זה עוסקים בחסרים שלא היו כה קשים עד כדי ביטול חוזה- מדובר בפרטים שהצדדים שתקו בהם ויש למלאם בתוכן.
3. התערבות- עוסקים בנושאים שבהם לא משנה מה הצדדים כתבו או לא כתבו- בית המשפט כותב סעיפים חדשים או שמוחק סעיפים מסוימים. למשל: בדיני מכר קבלן תמיד צריך סעיפים של ערבות וכו'. מה שבמיוחד בקומה הזו הוא שלא מפרשים את מה שהצדדים אומרים, אלא היא שמה גבולות לחופש החוזים ועושה דברים גם בניגוד לרצון המתקשרים.
* מה שבמיוחד במבנה הזה הוא המתח שיש בין המדינה לבין הצדדים- בקומה הראשונה למדינה אין התערבות מיוחדת, בקומה השנייה מתערבת אבל לא באופן אגרסיבי, בקומה השלישית המדינה מתערבת בצורה מאוד אגרסיבית. הקומה השנייה היא קומת ביניים.
* כשבודקים את תוכן החוזה- בודקים את שלושת התהליכים באופן מצטבר.

**הקומה הראשונה- פרשנות החוזה!**

קיימות כמה דילמות פרשניות (דירות, בקומה הראשונה):

1. את מה אנו מפרשים? את היוצר או את היצירה?

פרשנות יוצר (באופן כללי, לאו דווקא במשפטים) פרשנות סובייקטיבית- בודקים למה התכוון היוצר, מנסים "להיכנס לראש" של היוצר, ככל שאצליח יותר בלעשות זאת כך הפרשנות תהיה טובה יותר. אם זוהי המטרה של הפרשן, אילו אמצעים יש לפרשן כדי לפרש את היוצר? קודם כל לבדוק את היצירה, לבדוק את הרקע, יצירות אחרות וכו'. באופן מסורתי, הגישה המקובלת בפרשנות הייתה לנסות להבין למה התכוון היוצר המקורי.

עם הזמן, החלה להתפתח פרשנות היצירה- אם היוצר מספיק מוכשר, אזי הוא הצליח להכניס בתוך היצירה את כוונתו המקורית. פרשנות לפי יצירה היא לא מילולית גרידא, אלא פירוש מבני של היצירה, היצירה מדברת ומעידה על היוצר. על פי גישה זו, היצירה היא משהו שעומד בפני עצמו ומהרגע שהיצירה באה לעולם היא עומדת מעצמה.

בחוק- כשמדברים איתנו על גישת היוצר- כוונת המחוקק היא אנשים מסוימים שכתבו את החוק- נעזר בהצעת החוק, וועדות החוק שקדמו להצעות החוק וכו'.

מה תהיה משמעות של גישת יוצר בחוזים? המשמעות תהיה מה התכווני הצדדים לחוזה. יש כאן בעיה- אם אני אבדוק למה הם התכוונו בלב אז נעלם כל הקטע של ההסתמכות- אז כאן ידברו על כוונה משותפת של הצדדים, למרות שזה קצת מסובך בגלל שהם לעיתים "יריבים"- על פי גישה זו, החוזה הוא רק אמצעי משום שכל מה שמעניין אותי זה כוונת הצדדים.

מה תהיה משמעות של גישת היצירה בחוזים? זוהי הגישה המקובלת בפסיקה כיום. בודקים את החוזה עצמו, החוזה עומד בפני עצמו.

**שיעור מס' 17 - 12\01\01**

בחוזים, גישת היוצר תהיה יותר משמעותית- המטרה של החוזה היא להגשים את הרצון של היוצרים- ואי אפשר לפרש רק לפי מסמך בלי לבדוק את הכוונה שלהם על פי טיוטות, נסיבות וכו'.

ישנו גם כיוון חשיבה אחר- אם הצדדים מחליטים שרק היצירה היא מחייבת.

ישנו גם רעיון שאומר שגישת היצירה היא יותר זולה, יותר נוחה- מצריכה הרבה פחות עבודה עם עו"ד.

הרטוריקה של חוה"ח הולכת לקראת גישת היצירה. זה משהו שמחייב את ביהמ"ש, אומרת לו- "אל תסטה מהכתוב".

הסעיף בחוה"ח שעוסק במתח בין שתי הגישות זה ס' 25 א'- אשר תוקן לפני כמה שנים.

הסעיף הישן, לפני התיקון: חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה וכפי שהיא משתמעת ממנו מהנסיבות- זוהי גישת יצירה- " לפי אומד דעת הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה" וגישת יוצר- " כפי שהיא משתשמעת מהנסיבות"- אם לא ניתן למצוא מתוך החוזה אז הולכים לנסיבות. 🡨 המשפט הישראלי מכיר בשתי הגישות, אך ישנה עדיפות לגישת היצירה. "תורת שני השלבים":

1. שלב ראשון- בודקים מהו אומד הדעת כפי שהוא עולה מתוך החוזה ומנסים להבין את החוזה מתוכו. זה לא חייב להיות שעושים רק פרשנות מילולית אלא יכול להיות שמנסים לבדוק מהו ההיגיון הפנימי בתוך החוזה. אם בעקבות השלב הראשון אתה מוצא מהו אומד הדעת של הצדדים אז נעצרים בשלב הזה.
2. שלב שני- אם בתום השלב הראשון עדיין לא מגלים את אומד הדעת אז עוברים לשלב השני- זהו שלב הנסיבות.

למעשה תורת שני השלבים תביא אותנו למצב שבו היא עלולה לא להיחשף לנסיבות של חתימת החוזה. תורת שני השלבים היא מאוד חזקה- אך גם בימים שהיא הייתה הלכה מחייבת היא לא מומשה באופן מלא- זה לא שהשופט נחשף לחוזה בלבד ולפרשנותו, אלא הוא נחשף גם לעדויות, לממצאים ולראיות של המשפט וכך הוא מושפע מהנסיבות וממה שקרה בזמן חתימת החוזה, הוא לא יכול "לנתק" את עצמו מהפרשנות הזו. בגלל העובדה שתורת שני השלבים לא לוותה בפרוצדורה שתלווה אותה – היא לא התקיימה כראוי- אם הייתה פרוצדורה שאומרת שהשופטים נחשפים לחוזה בלבד אלא במקרים בהם הם לא בטוחים בפרשנות בהם הם ייחשפו לראיות ועדויות.

המקרה שבו בית המשפט באמת קיים את תורת שני השלבים:

**פס"ד חירם –**

פס"ד ראשון – מה שמיוחד בו הוא שמדינת ישראל עושה חוזה עם שתי חברות- החברה "הנדיבה" והחברה "האסרטיבית". שתי החברות מתקשרות באותו חוזה, זהו חוזה לסלילת כבישים- יש תעריף של מחיר למטר אספלט- הם עשו הצמדה למחיר של הביטומן. בחוזה כזה מאוד חשוב לחברות עלויות היצור שלהם. מתעוררת שאלה- מתברר שלא כל האספלט הוא ביטומן, הוא מורכב גם מחומרים אחרים. מתעוררת השאלה האם כל המחיר נצמד לביטומן או רק הביטומן עצמו נצמד למדד הביטומן?

שתי החברות שולחות למדינה חשבונית על ההוצאות- החברה "הנדיבה" שלחה את החשובנית לטובת המדינה- רק הביטומן צמודה למדד. החברה "האסרטיבית"- שולחת חשבונית שכל החומרים צמודים למדד. המדינה לא מכונה לקבל עמדה זו ולכן החברה האסרטיבית הולכת למשפט ונקבע כי החברה צודקת ולא המדינה- כל החומרים צמודים למדד.

פס"ד שני: החברה "הנדיבה"- שולחת חשבונית מתוקנת שבה כל החומרים צמודים למדד- המדינה לא מוכנה לקבל עמדה זו ולכן החברה הולכת למשפט.

המדינה טוענת שזהו אומד דעתה של החברה משום שהיא שלחה חשבונית שבה רק הביטומן צמוד למדד- גישת היוצר- ברור ששני הצדדים התכוונו רק לביטומן.

מה שקורה כאן זה שביהמ"ש לא יכול לעשות את הטריק של " החוזה לא ברור, צריך לעבור לנסיבות" משום שהוא עצמו פסק במקרה אחר שהחוזה צמוד למדד הביטומן בכל החומרים באופן חד משמעי- יש כאן השתק פלוגתא- ביהמ"ש כבר הכריע בנושא, הוא לא יכול לשנות את דעתו פתאום. גם אם בימה"ש משתכנע שבמקרה הזה הנסיבות הן שונות מהמקרה הקודם זה לא משנה כי על פי תורת שני השלבים- מתחילים בפירוש היצירה- אם היא ברורה אין צורך לעבור הלאה לגישת היצירה- ועל פי פס"ד הקודם יש פירוש ברור ליצירה.

הערעור התקבל.

סיכום ביניים- אנו בקומה הראשונה – קומת הפרשנות – בעימות בין היוצר ליצירה. במשפט הישראלי יש מקום לשתי הגישות, עם עדיפות לגישת היוצר. פס"ד חירם לנדאו מדגים בצורה הטובה ביותר את תורת שני השלבים.

**פס"ד אפרופים:** פס"ד בנוי כמאמר משפטי ועוסק בהתקפה מוחצת של ברק על תורת שני השלבים.

הוא אומר שמה שבאמת חשוב בחוזים הוא להגשים את רצון הצדדים ואומר שהטכניקה היא מסכלת את המטרה- אם המטרה היא לקדש את היוצר ולא את החוזה, החוזה הוא אמצעי להגשים את המטרה של היוצרים- הכל צריך להיגזר מן המטרה. המטרה לא יכולה להיות היוצר תוך כדי שיש כללים טכניים שמסכלים את המטרה בשני מובנים-

(1) במקרה של עימות חזיתי בין הגישות, הולכים לפי היצירה במקום ללכת לפני היוצר .

(2) ככל שהשופט יקבל יותר ראיות, יותר נסיבות כך הוא יפרש את החוזה יותר טוב- כך העבודה של השופט תהיה טובה יותר.

בד"כ מה שהצדדים כתבו בחוזה זה מה שהם התכוונו ורק במקרים שבהם השופט יהיה בטוח שהצדדים התכוונו אחרת ממה שהם כתבו. הנחת היסוד תהיה שמה שהצדדים התכוונו זה מה שכתוב, אבל כדי להיות בטוחים בכך חייבים לראות גם את הנסיבות של החוזה.

**ישנה ביקורת על שיטתו של ברק:**

1. יהיו שיאמרו שהשופטים לא מפרשים את החוזה כמו שצריך, לא מספיק מוכשרים כדי להבין מתוך ראיות מה הצדדים התכוונו.
2. ביקורת חמורה יותר – השופטים הם "שקרנים" – אם לא יגבילו את השופט לחוזה, אז הוא יכניס לפרשנות ולנסיבות את הדעות שלו ויעשה את מה שהוא חושב ורוצה.

קורה דבר מדהים- מצד אחד פס"ד זה יוצא ומקבל גל עצום של ביקורות.

מי שרוצה להגן בצורה רצינית על תורת שני השלבים צריך לפתח תיאוריה פרשנית- כמו בארה"ב.

**פס"ד מגדלי הירקות:** מדובר על הסכם שהוא נגזרת של הסכמי אוסלו – מאפשרים כניסה של גידולי ירקות מעבר לגבולות הקו הירוק ואז ישנה פגיעה בחקלאים- הם מפסידים כי יש הצפה של השוק בסחורה חדשה. ישנו הסכם שלשונו וקריאתו הסבירה אומרת ש: כל שנה במשך שלוש שנים מה הנזק של החדירה של הירקות מקו הירוק ואז בשנה הרביעית מגיעים לסכום מקסימום שמוגדר בחוזה. מה שקרה בפועל הוא שכמעט ולא נגרם נזק משום לא רכשו בכלל את הירקות הללו- מה שיצר מצב שבו המדינה צריכה לשלם פיצויים למגדלי הירקות שלא נגרם להם כלל נזק.

יש לשון שאומרת דבר מסוים והמדינה מנסה מתוך הנסיבות לומר משהו אחר.

שוב יש כאן תורת שני השלבים- לא צריך לגשת לבדיקת הנסיבות בגלל שהחוזה מאוד ברור.

בשורה התחתונה, ביצור מול היצירה כל השופטים מסכימים שהלכת אפרופים תקפה- יש כאן מסתורין סביב ההלכה, כולם מאוד כועסים על ההלכה הזו אבל לא מצליחים ליישם ולהסביר על מה הם כועסים ומיישמים אותה בביהמ"ש. כל 9 השופטים מחליטים שתורת שני השלבים "חוסלה".

השופט דנציגר- אומר שאם לשון החוזה ברורה צריך ללכת לפי לשון החוזה ולא לעבור לנסיבות על פי תורת שני השלבים אבל בכ"ז יש משהו מוזר בפסקי הדין שלו שבהם- הוא אומר שצריך לחשוב שוב פעם על הלכת אפרופים והוא הולך ומוכיח שהנסיבות מתיישבות עם לשון החוזה.

הגישה של דנציגר בעייתית משתי סיבות:

1. אם אתה בעד גישת יצירה למה זה כל כך חשוב לה שהצדדים התכוונו ללשון החוזה? הר זה לא חשוב לתורת שני הצדדים.
2. אם הוא באמת דוגל בגישת יצירה- הוא לא אמור לייחס חשיבות למה שהצדדים התכוונו- הוא לא צריך לרצות להיחשף בכלל לראיות ולעדויות. אך לא כך, הוא משקיע 80% מפסקי הדין שלו בניתוח הנסיבות.

לברק היה רעיון בראש והוא הלביש עליו על העובדות בלי קשר. זהו פס"ד שבו בפועל לא הובאו בו ראיות, הוא בכלל אוביטר שמדבר על מתי מותר לי להיזקק לנסיבות חיצוניות.

סיכום ביניים- עד לפרשת אפרופים ביהמ"ש דוגל בתורת שני השלבים, החל מהלכת אפרופים ישנו דגש על היוצר ולא על היצירה- היא הותקפה בהרבה מאוד ביקורות, אך לבסוף התקבלה וברגע האמת כל השופטים מתייצבים מאחורי ההלכה. זוהי הלכה מאוד חזקה עם קולות של מרד שלא משתקפים במציאות.

תזכורת:

קיימות כמה דילמות פרשניות (דירות, בקומה הראשונה):

1. **מחלוקת בין יוצר ליצירה-** מה שדיברנו עליו עד עכשיו.
2. **מחלוקת בין פרשנות מילולית לבין פרשנות תכליתית**:

פרשנות מילולית- למילים יש משמעות פשוטה ואותה אנו צריכים לממש.

פרשנות תכליתית- פרשנות היא לא רק תרגום מילוני אלא יש להבין את התכלית על רקע ההקשר וההיגיון הכולל של המסמך. פרשנות לא יכולה להסתיים בפרשנות של המילים.

התכליתית והמילולית דרות אחת עם השנייה, הן לא מנוגדות אחת עם השנייה- מבינות את החשיבות האחת של השנייה.

יש גישות שאומרות שהטקסט הוא כמו "מטמון סודי" שיש בו משמעות עומק גלומה ולפעמים המילים מטשטשות אותה והתפקיד של הפרשן הוא לנסות לחלץ משמעויות עומק שהמילים המפורשות מסתירות ומסוות.

איפה מתחיל "הקרב" ? כאשר יש ביטוי מסוים שיש לו משמעות אחת, אך אם תיתן לו את המשמעות הלשונית הפשוטה הוא יקלקל את המערך הכולל ואת ההיגיון הכללי של היצירה.

הפרשן המילולי- אבל הפירוש שנותנים צריך להסתדר, לשבת בצורה הגיונית עם הפירוש המילולי, יהלום את המילים של המסמך.

הפרשן התכליתי- אי אפשר לטשטש אמצעי ומטרה- בכל מסמך יש משמעות עומק ולפעמים ביטוי מסוים מטשטש את המשמעות הפנימית של הכתוב ועל הפרשן "להוציא" את המילים הרעות שמטשטות את המשמעות הפנימית.

**פס"ד בן-נתן נ' הנגבי-** השופט טירקל אומר משהו מאוד מעניין- לעיתים על הפרשן להתגבר על מוסרותיהם של המילים על מנת להגיע לחקר האמת הפנימית של הכתוב. למעשה, ישנה איזושהי אמת בכתוב והמילים לא נותנות למשמעות האמיתית של הכתוב לעלות מתוך הכתוב ולכן על המשמעות להשתחרר מהמילים ולפרוץ החוצה. המילים הן לא הכל, התכלית יכולה לגבור על המילים.

לעומת זאת, ברק בפסקי הדין המוקדמים, לפני אפרופים- הפרשנות אינה מוגבלת למילים, ישנה גם פרשות תכליתית, אך המילים מגבילות את הפרשנות.

כלומר, ישנה מחלוקת בין המילולית לתכליתית עוד לפני אפרופים.

**פס"ד אפרופים- העובדות:**

פרשנות מילולית של הסעיפים:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | איזור פיתוח א' | איזור פיתוח ב' |
| תמריץ | התחייבות רכישה 50% | התחייבות רכישה 100% |
| סנקציה על איחור בהצגת הדרישה | ס' 6 ח (2)- 2% | סעיף 6 ח (3)5 אחוזים |
| סנקציה על עיכוב בביצוע | ס' 6 ז 2 אחוזים – לא דיבר על איזור מסוים |

הטבלה חסרת היגיון כלכלי- איך יכול להיות שבאיזור שעל המדינה יותר לחוצה שיבנו, לא נקבעה שום סנקציה על איחור בביצוע?

אפשר להתגבר על הפרשנות המילולית- לומר שהמדינה לא רצתה שישחקו איתה- בחוזה כתוב באיזה תאריך הקבלנים צריכים לסיים לבנות, לעומת זאת לא נקבע בחוזה תאריך להצגת הדרישה- כתוב שם "בשלב 18 של הבנייה יש להגיש דרישה"- אבל אין תאריך מסוים, כי אז הקבלנים יתעכבו בהגעתם לשלב 18 וכך לא יגישו דרישה בזמן ויוצא שאין שום סנקציה כנגד כך.

איך יוצרים חוזה הגיוני?

על ידי פרשנות תכליתית:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
|  | איזור פיתוח א' | איזור פיתוח ב' |
| תמריץ | התחייבות רכישה 50% | התחייבות רכישה 100% |
| סנקציה על איחור בהצגת הדרישה | ס' 6 ח (2) 2% | ס' 6 ח(2) 2% |
| סנקציה על עיכוב בביצוע | ס' 6 ז 2% | ס' 6 ח (3) 5% |

 טבלה זו יוצרת משמעות הגיונית אבל הבעייתיות היא שהיא מכניסה מילים לחוזה שאינן קיימות בחוזה. זהו פס"ד נטול צביעות משום ששני הצדדים שמים על השולחן את כל מה שרצו וביקשו.

הנסיבות: המדינה הייתה בלחץ של זמן- הייתה עלייה גדולה מברית המועצות והיה צורך בדירות חדשות ובמקומות דיור. לכן המדינה נתנה תמריצים ועודדה את הקבלנים לבנות- למעשה הנסיבות היו לחץ של זמן, הכל נעשה במהירות וזהו חוזה מאוד מורכב שבמצב רגיל היה נחתם בשלווה ולא בלחץ של זמן.

מה שמיוחד בפס"ד אפרופרים הוא שברק אומר שהתכלית עולה על המילים " תכלית שהמשמעות המילולית אינה סובלת".

ברק אומר שלא צריך לבחור מתוך מתחם פרשנויות אלא לתת פרשנות תכליתית לחוזה.

זהו חוזה פרוגרמה- המדינה מנהלת מו"מ עם עצמה- ואז בא ביהמ"ש ועושה לה מקצה שיפורים.

החוזה הרבה יותר דומה לחוק מאשר לחוזה רגיל- כביכול צריך ללכת לפי היצירה ולא לפי הנסיבות.

**בפס"ד מגדלי הירקות-** ריבלין מודה שאחרי שנחשף למכלול הנסיבות השתכנע באמת שהכוונה האמיתית של הצדדים שהפיצוי יהיה רק אם יהיה נזק, ועכשיו שאני קורא את המילים אני רואה את זה גם בתוך המילים של החוזה. – זוהי גישת היצירה אך אחרי שתיחשף לכל הנסיבות השורה התחתונה שלך כן חייבת להיות מעוגנת בכתוב. לא יכול להיות שיינתן פירוש שלא מעוגן בתוך החוזה- ליפשיץ חושב שזה מה שמפריע לדנציגר, ההיבט הזה של הלכת אפרופים- שאין עיגון של הפרשנות בתוך החוזה, הפרשנות היא הפוכה ממה שכתוב בתוך החוזה. אין עניין לקדש את היצירה אלא יש צורך לראות את כל הנסיבות, אך עם זאת יש לעגן את הפרשנות בתוך החוזה.

תזכורת:

קיימות כמה דילמות פרשניות (דירות) בקומה הראשונה:

1. **מחלוקת בין יוצר ליצירה**
2. **מחלוקת בין פרשנות מילולית לבין פרשנות תכליתית**
3. **פרשן מול נשוא פרשנות**- לעולם לא אוכל לעשות פרשנות שהיא נקייה מהעולם שלי. למשל פרשת גנימאת: איך יכול להיות שב-1991 פירשנו את פקודת המיסים בצורה שונה מ-1993, מה השתנה? משתנה עולמו המשפטי של הפרשן- הפרשן כיוצר. הביטוי של חוקה שמשפיעה על פרשנות הוא דוג' מובהקת לכך שלא מסתכלים רק על היוצר\היצירה אלא גם על סביבתך התרובתית. נניח ששני אנשים נכלוליים חותמים חוזה- איך ברק יכול להסיק לגבי עולם העקרונות והערכים שלהם, איך הוא יכול לפרש את החוזה על פי עקרון תום הלב? כבר בקומה הראשונה שבה לכאורה מדברים על פרשנות הפרשן מכניס את הערכים שלו, שלו ביהמ"ש, של השיטה.

**זוהי אחת מההלכות הכי חזקות של אפרופים (ההלכה השלישית):**

**הלכה ראשונה**- העדפת היוצר על היצירה.

**הלכה שנייה**- פרשנות תכליתית גובר על המילולי.

**הלכה שלישית-** הוא מדבר על תכלית אובייקטיבית- עקרון תו"ל ועקרונות השיטה.

**שיעור מס' 18- 12\01\04**

**חזרה על השיעור הקודם:**

ברק ניסה לאתגר את גישת היוצר ולהסביר מדוע גם בפרשנות הולכים על גישת היצירה.

יש זרם של ניאו-פורמאליזם שמנסים להסביר למה הגיוני שהצדדים יעדיפו שביהמ"ש יסתכלו על החוזה עצמו ולא על מה שהם דיברו לפני כריתת החוזה.

המקרה של אפרופים הוא המקרה שבו החוזה דומה יותר לחוק- המתקשרים בחוזה צריכים לעבוד על פי החוזה, ואין כאן חשיבות למו"מ- לכן כאן מאוד חשובה גישת היצירה ולא גישת היוצר.

**מילולי מול תכליתי:**

**פס"ד אפרופים** לא עבדו מול היוצר בגלל שלא היו נסיבות, העימות האמיתי באפרופים היה "מה קורה כשיש הבדל בין הפרשנות המילולית לפרשנות התכליתית?"- אין כאן צביעות, הוא מביא את השאלה הזו לעימות חזיתי- ברק בא ואומר בפה מלא שהפרשנות שלו היא לא מילולית ושהיא לא מופיעה בכלל בחוזה אבל הוא חייב לפרשן כך כי רק אז תתגשם התכלית האמיתית של החוזה. פס"ד אפרופים נותן תשובה מוחצת על העדפת התכלית על פני המילולי, גם אם זה ממש שונה מהטקסט של החוזה.

פס"ד מגדלי הירקות- ריבלין טוען שבעקבות זה שהוא נחשף לנסיבות הוא משתכנע שהוא לא קרה את החוזה נכון בהתחלה והכוונה האמיתית של החוזה היא לפצות רק אם נגרם נזק.

בניגוד לברק, שאומר שאי אפשר בשום מצב לעגן את הפרשנות בלשון החוזה, המהלך של ריבלין בעניין של המילולי מול התכליתי אומר שחייב להיות עיגון לפרשנות החוזה בלשון החוזה.

פרשן מול נשוא פרשנות: ההבחנה בין פרשנות לבין היוצר לא קיימת, אין משמעות אמיתית של טקסט, יש משמעות לפרשנות בלי הנחות מקדמיות. החוקה היא דוגמא מובהקת

כאשר ברק מדבר על תכלית הוא קופץ לתכלית אובייקטיבית- ערכים, עקרונות של ה"שיטה" (זה לא באמת של השיטה אלא שלו). כל השופטים חולקים את אותם עקרונות של יושר, הגינות ותו"ל, אולם לכל שופט עולם פנימי ורקע משלו . כבר בשלב הפרשנות כמציגים את עמדת ה"אדם הסביר", משקפים את הראיה הנורמטיבית על הסיטואציה בחוזה, וראיה זו לעולם אינה אובייקטיבית אלא סובייקטיבית של השופט המציג אותה.

בערעור האזרחי של מגדלי הירקות, ברק כתב את פס"ד וקבע שתכלית סובייקטיבית זה דבר שקשה מאוד לדעת, אני כופה את התכלית האובייקטיבית- "מה פתאום שנפצה אותך על נזק שלא נגרם?" במקרה שבפרשה לא נוסח מצב בו לא יקרה נזק, בשורה התחתונה המדינה לכאורה מתחייבת לפיצוי בכל מצב (כי היא מניחה שיהיה נזק). מה שברק עשה בתכלית האובייקטיבית הוא שנוצרה טעות נוראית בכדאיות- היא לא ידעה שהיא תשלם סכומי עתק על נזק שלא נגרם רק בגלל שהיא התחייבה. ריבלין מנגד

**פס"ד מגדלי הירקות:** המהלך הראשון- יוצר מול יצירה, תורת שני השלבים מתבטלת, מהלך שני- האפשרות שפרשנות תכליתית תתגבר אפילו על מילים מפורשות, מהלך שלישי- את התכלית לומדים לא רק מהגיון ומהנסיבות אלא גם מהערכים של ביהמ"ש.

* בנושא יוצר יצירה הלכת אפרופים עומדת והיא הקובעת
* בנושא תכליתי-מילולי- ההלכה הקובעת היום אינה ברורה- יש לנו את גישת אפרופים ומאידך יש לנו את העמדה של גרוניס, דנציגר וריבלין שהפרשנות חייבת להיות מעוגנת בתוך לשון החוזה.
* מקומה של התכלית האובייקטיבית- מקומם של ערכים גם בתחילת הפרשנות.

**סקאלי נ' דוראן**- אדם שמוכר לצד השני חברה בסכום מסוים שייקבע אבל בלי לדעת מה מצב המס של החברה- האם היהא חייבת כסף למס הכנסה, האם מגיעים לה החזרי מס- אז הם עושים בהסכם שברגע שהם יידעו מה מצב המס של החברה הם יעשו התאמה- כל אחד ישלם מה שהוא צריך הוא שייקבל מה שצריך. קובעים ריבית כדי שבאמת מי שיצטרך לשלם את הכסף ישלם בזמן ואם לא אז הוא ישלם ריבית.

התיקון לחוה"ח:

* הנוסח המקורי "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו – מתוך הנסיבות"
* נוסח הצעת החוק של יריב לוין: "חוזה יפורש באופן שתואם ככל הניתן את הפירוש שניתן לו על ידי הצדדים"- מחזקת את הלכת אפרופים.
* הנוסח החדש "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומתוך נסיבות העניין, אולם אם השתמע אומד דעתם במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו"- הלכת אפרופים הפכה להיות מחייבת בעניין של יוצר מול יצירה. החלק השני של החוק אומר- שאם לשון החוזה ברורה צריך ללכת לפי לשון החוזה- חייב שהפרשנות תהיה מעוגנת בחוזה.

**שיעור מס' 19 12\01\08**

עוד נושא שנבדק בפרשנות- תכלית אובייקטיבית\סובייקטיבית. סובייקטיבית- מה הצדדים התכוונו. אך במקרים בהם קשה להבחין בתכלית הסובייקטיבית- כלומר כוונת הצדדים, נפנה לתכלית האובייקטיבית- מה ה"אדם הסביר" היה מבין על כוונת הצדדים מהסתכלות חיצונית על המקרה.

גם מי שמבקר את גישת התכלית האובייקטיבית לא אומר שהוא בעד חופש חוזים מוחלט-הנטייה של אפרופים הוא להכניס את שלבי ההתערבות ששייכים לקומה השלישית כבר בקומה הראשונה- תחת הגדרת "פרשנות".

נעבור לקומה השנייה- מקרים בהם יש חוזה שאנו יודעים לפרש אותו,

אבל יש בו חוסר שצריך להשלים אותו.

מנגנוני השלמה- אותם מנגנוני ההשלמה שקיימים במסוימות- יש כאן חפיפה משום שחלק מהפרטים הללו היינו צריכים להשלים כבר בשלב המסוימות כדי לדעת אם בכלל נכרת חוזה .

איך יודעים שפרט מסוים מהווה חוסר? לדוג': באותם מקרים שבהם החוזה לא ייתן מנגנון הצמדה- אפשר לפרש את זה כחוסר מנגנון הצמדה מסוים ואפשר להגדיר את זה כהסדר שלילי ולאו דווקא כשתיקה, כלומר לא צמוד לאף מדד.

אם פירשנו שתיקה כחסר- מגיעים לקומה השנייה

אם פרשנו שתיקה כהסדר שלילי- אז לא מגיעים לקומה השנייה.

בפסיקה, כל הזמן מתלבטים בהתלבטויות האלו- סיפורים של אנשים שעשו חוזים ארוכי טווח- זה יעבוד בכמה רבדים:

* בקומה השלישית- יפרשו את החוזה כהסדר השלילי אך למרות שהחוזה הוא בעל הסדר השלילי יבוא ביהמ"ש ויתערב ויאמר שזה לא הוגן,חוסר תו"ל סעיף 39 לחוה"ח (חלק כללי) ולכן הוא יוסיף הצמדה למדד- מקרים מאוד נדירים, ביהמ"ש חושש להשתמש בדרך זו.
* האם זה באמת לא צמוד, או שיש פה שתיקה? יש הרבה פסקי דין שעוסקים בסיטואציה זו- קורים לחוסר כשתיקה- )

באום נ' כנפי- אדם פרטי (באום) ששוכר כלי תעופה מבי"ס לטייס (כנפי)- מחתימים אותו שהוא צריך להחזיר להם את המטוס במצב שלם. בהסכם כתוב שהם מתחייבים לעשות לו ביטוח צד ג'. מה שקורה הוא שיש שם איזושהי משאית לא צפויה על המסלול והוא נוחת ופוגע במשאית- יש נזק למטוס ולמשאית- המטוס לא מכוסה בביטוח צד ג' ואז החברה תובעת אותו- הוא מנסה לטעון שיש שתיקה לגבי הביטוח הרגיל, הוא אומר שיש חוסר וצריך להשלים את זה. לרוע מזלו הוא נופל על השופט דנציגר שמפרש את השתיקה בצמצום- אומר שאין שום חוסר, הוא אומר שהחוזה ממש מפורט ולכן לא יכול להיות ששכחו לכתוב על הנושא הזה- זה לא שיש חוסר לגבי ביטוח, ברגע שאמרו שיש ביטוח לצד ג' זה אומר שלא נותנים ביטוח רגיל.

מנגנוני השלמה:

* נוהג פרטי- מה המנהג הספציפי בין הצדדים
* נוהג כללי- נוהג של התחום הזה
* הוראות חוק דיספוזיטיביות- בודקים חוקים שלא מתערבים בקומה השלישית, לא קוגנטיים- הם מתערבים ואומרים, שאם הצדדים לא קבעו אחרת אז החוק יקבע את מה שיקרה. לדוג' אם שותקים לגבי הסכם ממון אז הרכוש המשותף במהלך החיים המשותפים מתחלק בין הצדדים
* התניות מכללא- דברים שלא כתובים במפורש בחוזה, אבל אם היה אדם שהיה שואל אותנו בעת כריתת החוזה לגבי פרט מסוים אז מה שהיינו עונים זאת הייתה ההשלמה- הטרדן המתערב. מהחזות החיצונית שלו הוא דומה יותר לקומה ראשונה, מנסים לחשוב מה הצדדים היו עונים על פרט מסוים.
* השלמה מכוח עקרון תו"ל- בית המשפט אומר ברגע ששתקת, ההשלמה לא תהיה על פי מה שאתה היית עושה אלא על פי מה שאדם בעל תום לב היה עושה.

**פס"ד לסרסון**- מדובר על חוזה של חברת שבנייה שבמסגרת היתר הבנייה מציינת שהיא תבנה תא לגנרטור אך היא לא מתחייבת לבנות גנרטור- הדיירים תובעים את חברת הבנייה שהפרה את ההתחייבות לבנות גנרטור- ביהמ"ש קובע שיש במקרה הזה חסר ולא כהסדר שלילי- הוא קובע זאת משום שחייב להיות גנרטור בבניין, לא מקבלים היתר לבנייה בלי גנרטור- נקבע כי יש חסר ומשלימים את החסר באמצעות עקרון תו"ל- סעיף 39 לחוה"ח (חלק כללי)- תו"ל בביצוע החוזה. סעיף זה מופיע בקומה השלישית והמרכיב הטבעי שלו הוא המרכיב של התערבות בחוזה. למקרה זה יש מרכיב בכל הקומות: יש לו את הקומה הראשונה(פרשנות) קומה שנייה (חסר) וקומה שלישית של תו"ל- בפס"ד לסלרסון נקבע שלעקרון תו"ל הוא לא רק אמצעי תרבותי ופרשני אלא גם אמצעי של השלמת חוזה.

לסרסון הוא זה שהכניס את עקרון תו"ל להתערבות אך פס"ד אפרופים קבע שתו"ל זה במקום התנייה מכללא, זהו החידוש הרביעי בפס"ד אפרופים.

**איזור אחד** בקומה השלישית זה איזור ההוראות הקוגנטיות- נכנסים לדיני החוזים האחידים. לא משנה מה תכתוב, יש הוראות שבכל מקרה הן חלק מהחוזה שלך- למשל הוראות שהן בתוך דיני עבודה –הוראות/חקיקה קוגנטית של דיני העבודה, פיצויי פיטורים וכד'. מגוון הוראות שגם אם תכתוב בחוזה משהו אחר, אז ביהמ"ש לא יפרש אותך או ישלים אותך אלא ימחוק הוראות לא חוקיות או שיכצוב דברים שלא כתבת. כל הנושא של הוראות קוגנטיות זה נושא שיש להצדיק אותו. הסברים להתערבות: פערי כוחות, צדק חברתי, פטרנליזם חיובי.

**איזור שני** הוא איזור של דיני החוזים האחדים- שצד אחד ניסח אותו עבור כל הצדדים השניים הפוטנצאליים. זה מצב בו לא יכולת באמת לנהל מו"מ אלא רק להחליט אם אתה מסכים או לא. למשל חוזה עם בנק, או קניית דירה מקבלן (יתנו לכם לשנות דברים קטנים אבל את הכללים הגדולים הוא מכתיב) או כל חוזה עם חברה גדולה. ישנו חוק שעוסק בדיני החוזים האחידים ויש גם ביץ משפט לחוזים אחידים. לביהמ"ש או לבית הדין יש שני הליכים: אחד זה בהליך יחיד שבה ביהמ"ש קובע שזה לא היה הוגן כלפי הלקוח הפרטי ואופציה שניה היא שיש מפקח שבודק את החוזה האחיד ופונה לבית הדין לחוזים אחידים בעקבות חוזה מקפח שמתחייחס לקבוצה גדולה של אנשים ש"נפגעו" מהחוזה האחיד (למשל חברת כבלים או פלאפון). דוגמא לס' מקפח: "במקרה של אירועים לא צפויים היא לא אחראית ולא תובכל לבטל את החוזה ולא יהיה לך סעד חוזי". במצב כזה ביהמ"ש לא יבטל את הס' אלא ישנה אותו.

**שיעור עם המתרגלת, אראל אוחנה פרץ - 12\01\08**

חוזה פסול

ס' 30-31 לחוה"ח (חלק כללי)- עוסק בחוזה פסול, כשהתוצאה של חוזה פסול הוא שהוא בטל אוטומטית ולא כזה שניתן לביטול.

בעבר, חוזה שהיה חוזה פסול, ביהמ"ש היה מתעלם ממנו, הם לא אהבו לעסוק בו. הגישה הייתה "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה". מדובר על חוזה שהוא בלתי חוקי בתוכן, בכירתה ובמטרה שלו או שהוא בלתי מוסרי או סותר את תקנת הציבור. היום ביהמ"ש נוקט בטכניקות של התערבות כדי לנסות ולהוציא חוזים כאלו לפועל.

בעבר, ביהמ"ש לא אהב לעסוק בחוזים בלתי חוקיים, הוא רצה להרתיע אנשים מלכרות חוזים כאלה. זה יצר קשיים:

1. כשהחוזה הזה מגיע לביהמ"ש הוא בד"כ חוזה שכבר התחיל לבצע- צד אחד קיים את חלקו והצד השני בא ואומר זהו חוזה בלתי חוקי ולכן אני לא רוצה לקיים את החוזה. נוצר מצב שלא ניתן לקיים השבה משום שביהמ"ש לא דן בנושא זה.
2. לא תמיד שני הצדדים אשמים באותה מידה- לפעמים צד אחד רוצה ליצור חוזה בלתי חוקה כדי לייצר לעצמו רווח ( לדוג' העלמת מס) והצד השני הוא יותר פסיבי ונגרר לחוזה הזה. נוצר מצב שהאדם שיצר את החוזה הבלתי חוקי יוצא נשכר. במצב הישן של החוק לבית המשפט לא הייתה את האפשרות ליצור איזונים של צדק.
3. הרבה פעמים בתי המשפט בסיטואציות האלה, חיפשו דרכים להתחמק מהגדרת החוזה כבלתי חוקי משום שרצו להימנע מחוסר הצדק. השופטים "העלימו עין" מהוראות לא חוקיות בגלל שהם רצו לעשות צדק ולקבל החלטות.

יש שני מקרים מאוד בולטים של חוזים בלתי חוקיים:

1. הגבלת חופש העיסוק של עובד- לפעמים זה לגיטמי, אך זה נבחן לפי הגבלה שצריכה להיות סבירה וגם מבחינת זמן וגם מבחינת מקום ג"ג. חו"י: חופש העיסוק לא מאפשר פגיעה כזאת.
2. כשפוטרים את הצדדים מאחריות על נזקי גוף.

**פס"ד חיימוב נ' חמיד-** ביהמ"ש מנסה להסביר למה צמצמו בעבר את ההתערבות. אחת הסיבות המרכזיות שהוא נותן- בעבר, עקרון חופש החוזים היה עקרון מאוד בולט וחזק ובתי המשפט לא היו נוטים להתערב יותר מידי בחוזים. הגישה הייתה מאוד נוקשה- בית המשפט לא היה מתערב אא"כ היה משהו מאוד קיצוני, וגם אז לא בטוח. השופטים היו רגילים לעבוד עם נורמות סגורות- לא היה תו"ל, זמן סביר וכו'- לא היה קיים פתח לאפשר לביהמ"ש להיכנס ולהתערב גם בחוזים פסולים.

סוג נוסף של חוזה – חוזה בלתי מוסרי- השורש של הדוקטורינה הזו מגיע מהדת הקתולית – אם מישהו היה נותן הבטחה אז הוא היה חייב לעמוד בה.

המחוקק בא ועשה שינוי משמעותי במצב הזה- ס' 3- הוא צילום של מה שהיה החוק עד אז אבל אז הוסיפו את ס' 31 שניסה לתת פתרון ובפועל פתר כמה בעיות מהותיות שדיברנו עליהן. השינוי הכי גדול שהביא הסעיף הזה הוא סעיף 21- השבה של חוזה פסול: במקרה של חוזה פסול, תהיה לנו השבה. עדיין יכולה להיווצר בעיה- החוטא יכול לצאת נשכר- ההמשך של ס' 31 פותר את הבעיה הזו- עפ"י שק"ד של ביהמ"ש ניתן לפתור את חובת ההשבה של אחד הצדדים.

ס' 19 שגם אליו מפנה ס' 31- מדבר על ביטול בעקבות פגם בכריתה. הוא אומר שאם ניתן להפריד חוזה לחלקים והעילה של הביטול נוגעת רק לאחד מחלקי החוזה \_ כלומר, רק ב-ס' אחד של החוזה יהיה פגם- למשל הגבלה על חופש העיסוק) אז ביהמ"ש יכול לבטל את רק את ה-ס' בחוזה שהוא בלתי חוקי ולאו דווקא ייבטל את כל החוזה. אם הצד שהיה רשאי לבטל ייטען שהוא לא היה מתחייב אם לא היה חוזה שלם אז לבית המשפט יש שק"ד אם לבטל את החוזה או את החלק הפגום בחוזה בלבד.

חוזה בלתי חוקי:

1. בתוכן- חוזה שלא מתייחס להוראה דיספוזיטיבית (הוראה שניתן להתנות עליה, הצדדים יכולים לקבוע על עצמם כלל אחד מהחוק הזה) אלא רק להוראת חוק קוגנטית (הוראת חוק שאי אפשר להתנות עליה, הוראת חוק מחייבת ואם הצדדים יתנו עליה החוזה יהיה בלתי חוקי): הוא יכול להתייחס לשני סוגים של הוראות חוק:
2. הוראות שעוסקות בסוג העונש, חוק העונשין- למשל חוזה בין שני אנשים ללכת לשדוד בנק- הוא חוזה בלתי חוקי.
3. חוזה שהעבירות בו אינן עונשיות מובהקות כמו עבירות קנס, עבירות מנהליות.

הפסיקה לא כל כך עקבית במקרים של החוזים האלו: במקרים בהם החוזה עוסק בהוראות לא חוקיות, קונגטיות בית המשפט לא דן בזה בכלל אלא קובע שההסדר של החוק הקיים הוא שייקבע את החוזה, על פיו הצדדים ינהגו, בית המשפט לא מבטל את החוזה אלא רק מחיל את הוראת החוק על הסעיפים הבלתי חוקיים.

גבריאלה שלו מבדילה בין חוזה פסול שכולו בטל לבין ביטול של ס' מסוים מהחוזה- היא עושה זת על פי מידת החוקיות- נראה עד כמה אי החוקיות טבועה וניכרת בכל החוזה כולו. אם היא משפיעה על כל החוזה כולו אז יש לנסות לשנות בניסוי קוסמטי, אם זה לא יעזור- החוזה צריך להיות בטל. אם אי החוקיות היא משהו שניתן לרפא אותו בצורה פשוטה- אז יש לנקוט בגישה שאומרת שניתן להביא את החוזה ליד קיום ולממש אותו.

1. בכריתה- מקרים בהם יש הפרה של הוראת חוק שעוסקת בפרוצדורה של הכריתה. לדוג' חוק רישום קבלנים לעבודות הנדסה בנאיות קובע שקבלן חייב להיות רשום בפנקס הקבלנים כדי לבצע עבודות קבלניות. אם הוא לא רשום והוא בכ"ז כורת חוזה שבאופן מעשי הוא לא יכול לבצע אותו אז החוזה נחשב לחוזה בלתי חוקי בכריתה.

מכרזים- אם גוף ציבורי יגייס כ"א בלי לערוך מכרז אז החוזה יהיה בלתי חוקי בכריתה שלו.

1. במטרה- ברוב המקרים תהיה לנו חפיפה בין חוזה שהוא בלתי חוקי בתוכן לבין חוזה בלתי חוקי במטרה. לעיתים התוכן יהיה חוקי אך המטרה לא חוקית. ישנן שתי אפשרויות:
2. מצב בו החוזה הופר על ידי הצד התמים- הצד שלא ידע על המטרה הבלתי חוקית- במקרה כזה ביהמ"ש יטה להגדיר את החוזה כבלתי חוקי בהנחה שזה לטובתו של הצד התמים. כשמסתכלים על חוזה פסול צריך לבדוק מי יעדיף את ביטול החוזה ומי יעדיף שהחוזה ימשיך להתקיים. אם הצד המעוול מפר את החוזה והצד התמים רוצה לאכוף את החוזה אז ביהמ"ש יגיד שהחוזה בטל לפי ס1 30 אבל על פי ס' 31 נעשה איזוני צדק וכך לא נבטל את החוזה, נראה איך ניתן להורות על אכיפה של החוזה במקרה כזה.
3. בהמשך ס' 30 יש חלק שמדבר על מקרה שנוגד את תקנת הציבור- תקנת הציבור הוא מושג שסתום שניתן ליצוק לתוכו הרבה מאוד תוכן. זהו מכשיר שיש בו הרבה מאוד פוטנציאל של התערבות. השאלה שבית המשפט היא מתי אני כן אחיל את עקרון תקנת הציבור ומתי לא אעשה זאת.

יש שני פסקי דין שמדברים על התניות בחוזים:

* **פס"ד צים נ' מזיעאר**- אישה קנתה כרטיס לשיט באוניה לבלות – האוכל היה מקולקל. היא הגישה תביעת פיצויים נ' צים. חברת צים טענה שיש סעיף בחוזה שאומר שהחברה לא אחראית לנזקי גוף שייגרמו לנוסעים מכל סיבה שהיא- ביהמ"ש קבוע כי סעיף זה נוגד את תקנת הציבור- כשאנשים קונים כרטיסים לשיט הם יכולים לצפות שיוגש להם אוכל טרי ולא מקולקל. סעיף כוללני כזה בתוך החוזה שבעזרתו החברה פוטרת עצמה מאחריות הוא סעיף בטל ולכן בית המשפט חייב אותם בתשלום פיצויים.
* **פס"ד לגיל טרמפולין-** חברה שמפעילה מתקנים של טרמפולינות שהכניסה סעיף לחוזה שהם לא אחראים לנזקים שייגרמו בטרמפולינה גם אם הרשת קרועה. בית המשפט קבע שסעיף זה נוגד את תקנת הציבור וחייב אותם בתשלום פיצויים.

זוהי רק אפשרות אחת לבטל אותם- יש גם אפשרות להחשיב את התניות הללו כתניות מפקחות בחוזים אחידים.

במבחן: אם מוצגת שאלה שבמקשת לתת דוג' לאיזושהי תנייה כזו ויש אופציה לדון עליה גם מחוזה פסול וגם מחוזה אחיד- עדיין צריך לשים לב לחוזה אחיד ולדבר על זה גם מנק' המבט של חוזה אחיד.

**אכיפה ופיצויים:**

כשמדברים על תרופות באופן כללי צריך לזכור שתרופה באה בעקבות זכות –אם לצד אין זכות כלשהיא הוא לא יכול לגבל בגינה תרופה. התרופה היא האמצעי המוחשי והפרקטי להגנה על הזכות. ברגע שמעשה מסוים מוגדר כמחדל או כהפרה אז אנחנו נכנסים לחוק החוזים,תרופות. כשיש מחדל או הפרה הדילמה שאיתה אנו מתמודדים היא איזו תרופה מתאימה לסיטואציה ספציפית?

דיני התרופות רוצים להתמודד עם איזושהי בעייתיות שמצב שבו אנו ניתן תרופות יותר (ניתן לצד הנפגע יותר מידי תרופות) אנו עשויים לגרום להתרעת יתר של הצדדים האחרים וגם להתעשרות של הנפגע. מהצד השני אנו גם רוצים להימנע ממצב של חסר בתרופה, להימנע ממצב שבו צדדים לא ירצו להיכנס בכלל לעסקאות מחשש שלא יקבלו את הסעד המתאים במקרה של הפרה. דיני התרופות מציגים לנו ארבעה סוגים אפשריים של תרופות:

1. אכיפה
2. פיצויים
3. השבה
4. ביטול

כשאנן באים לבחון איזו תרופה היא המתאימה, אנחנו בודקים את האינטרסים שדיני התרופות באים להגן עליהם כשיש שלושה אינטרסים:

1. אינטרס הציפייה- " פיצויים חיוביים"- מצב שתרופה חוזית שמכוונת להגן על האינטרס הזה היא כזו שהמטרה שלה היא להעמיד את הנפגע באותו המקום שבו הוא היה עומד אילו קוים החוזה. אינטרס שצופה את פני העתיד. לדוג' אני כרתתי חוזה עם צד שני ובמסגרת החוזה הזה בסופו של יום היו אמורים להיות מופקים לי רווחים של 100,000 שקלים. הצד השני הפר את החוזה, אני ניגשת לבית המשפט ומבקשת פיצויים שמהם אני אגיע למצב בו אינטרס הציפייה שלי מהחוזה יתממש. ביהמ"ש מסתכל קדימה לראות איפה הייתי עומדת אילו קוים החוזה ולפי זה קובע לי את התרופה.
2. אינטרס ההסתמכות- " פיצויים שליליים"- מצב שבו תרופה חוזית ניתנת בכוונה להעמיד את הנפגע באותו המצב שבו הוא היה עומד אם הוא לא היה פוגש את הצד השני בכלל- אם לא היה נכרת חוזה. אינטרס ההסתמכות צופה פני עבר- רוצה להשיב את המצב לקדמותו- להעמיד אותי במצב שבו אני לא אפגע.
3. אינטרס ההשבה- מצב בו תרופה חוזית ניתנת אם היא מכוונת לקחת מהמפר משהו שהוא קיבל מהצד הנפגע ולהחזיר לו אותו לאור ההפרה של היחסים החוזיים.

חשוב להבין שכל אחד מהאינטרסים האלו יכול להוביל אותי לתרופה אחרת.

ננסה קודם לבקש את אינטרס הציפייה ולחלופין אם לא נקבל את הציפייה לפנות לאינטרס ההשבה.

יש חוזים שהם חוזי הפסד ואז הצד הנפגע ינסה לבקש פיצויי הסתמכות כדי לא לצאת נפגע.

בתוך העבודה עלולות לעלות סוגיות של השבה וביטול- מי שרוצה במילה או שתיים ולא יותר לכתוב על זה אבל להעמיק בזה.

**אכיפה:**

צד לא יכול להחליט בעצמו על אכיפה, אלא רק בית המשפט יכול להורות על אכיפה. יש כמה סוגים של צוין:

הצו שהוא הצו הכי בולט הוא צו "עשה"- מבקשים מבית המשפט שיורה לצד השני לבצע פעולה שהוא התחייב לה בחוזה.

הצו השני הוא צו " לא תעשה"- סוג של צו מניעה. כשמבקשים מבית המשפט להורות לצד השני להימנע מביצוע של פעולה מסוימת.

 צו כספי- בית המשפט יורה לאחד הצדדים להעביר כספים, לבצע חיוב כספי כלשהו.

צו תיקון או הסרה של תוצאות ההפרה-

**פס"ד פומרנס-** קבלן התחייב למכור לפומרנס דירה והוא החליט לבנות קיר בחדר המשותף של המרגות פומרנס פנה לבית המשפט בכוונה להוריד את הקיר. מדובר בחיוב שהוא יצירתי יחסית כי הוא לא היה כתוב בחוזה בין הצדדים- זה לא בדיוק אכיפה של הפרה שהיא קצ ת שונה- בית המשפט הורה לו להרוס את הקיר שהוא בנה. המשותף לכל הצווים הוא שכולם רוצים להביא את הצדדים למצב שאליו הם התכוונו מלכתחילה- כלומר שאנו מדברים על אכיפה אנו מדברים על מצב שבו אנו רוצים לקיים את החוזה כפי שסיכמנו. הזכות לאכיפה היא הזכות הראשונה במעלה- ס' 2- זכות שקבועה בדין אך בית המשפט לא יכול באופן בלתי מוגבל לתת אכיפה. השיקול שלו אם לתת את האכיפה מוגבל לארבעה סייגים, שבלעדיהם בית המשפט לא רשאי למנוע את האכיפה. לסייגים יש כמה צורות של פרשנות- הפסיקה אומרת שהפרשנות שלהם צריכה להיות מצומצמת בגלל העליונות של האכיפה ולהחיל את הסייגים בכמה שפחות מקרים- אנו כן רוצים לקיים חוזים. מבחינה ראייתית צד שרוצה להגיד שא"א לאכוף את החוזה בשל אחד הסייגים מוטל עליו נטל ההוכחה.

1. חוזה שאינו בר ביצוע סעיף 3(1)- מצב שבו נכס אבד\הושמד- מצב קיצוני ומוחלט. התנאי הוא שאי אפשר בשום מצב לאכוף את החוזה. יש כאן שני תנאים מצטברים: החוזה לא אכיף (כולל אכיפה בקירוב) והתנאי השני רק אם מדובר בחוסר אפשרות קבוע ולא זמני. רק בהתקיים שני התנאים האלו האכיפה לא תתקיים. מבחינת הפסיקה כמעט ולא קיימים מצבים שבהם החוזה לא יהיה בר ביצוע.
2. סעיף 3(2)- סייג של שירות אישי- הרציונאל הוא ברור- אכיפה של חוזה שיש בו רכיב אישי מידי, אנחנו לא יכולים לפעמים לחייב את הצד השני לקיים אותו מכל מיני סיבות- נאבדו יחסי האמון בין הצדדים וכו'. השיקול הכלכלי הוא שאנו לא יכולים לחייב צד מסוים לעשות עבודה טובה- לביהמ"ש יש קושי לפקח על טיב העבודה.
3. סייג הפיקוח- האכיפה דורשת פיקוח צמוד מידי של בית המשפט- להקל על הרשויות שלא יצטרכו לאכוף חוזים קשים מידי- ברור שבשירות אישי יש בעיה של פיקוח.

פס"ד תמגר נ' גושן- השופט אור אמר שכשהוא מסתכל על החוזה הוא לא מוכן לשלול את סייג האכיפה אלא בשלושה תנאים:

1. החוזה מורכב במיוחד
2. החוזה ארוך טווח במיוחד
3. החוזה דורש מידה גבוהה מאוד של שת"פ בין הצדדים.

תנאים אלו הוא מצטברים- רק בהתקיים שלושת התנאים בית המשפט יימנוע מאלכוף את החוזה.

1. סייג הצדק- חוזה לא ייאכף כשהוא בלתי צודק בנסיבות העניין- ה"אדם הסביר" , "תום הלב", "תקנת הציבור"- סעיף סל מאוד רחב- שסתום שמאיים לבלוע את הסעד של האכיפה. כולל בתוכו איזושהו מושג מאוד אמורפי, כללי שאין בו תוכן קונקרטי והוא מאפשר לביהמ"ש להפעיל שק"ד מאוד רחב במקום שבו ביהמ"ש רוצה להפעיל אותו- כאן נכנסים השיקולים והאיזונים.

תרופה האכיפה היא זכות, לא חובה- הוא יכול לבחור גם לבטל

כשדנים בשאלות של אכיפה- יש לבחון את הסעד של האכיפה ואיך אפשר לבקש את הקיום שלו ולבדוק את הסייגים- לראות איזה סייג יכול לחול אם יכול לחול ולנסות גם להגיע לאיזושהי תובנה או מסקנה מה יהיה בנסיבות העניין- מה בית המשפט יפסוק על פי הפסיקה הקיימת.

פיצויים:

פיצויים יכולים להינתן כתרופה עצמאית וגם כתרופה משלימה. בעקרון הגישה של דיני התרופות הולכת לטובת הנפגע אך יכול להתעורר גם איזשהו חשש (והוא מתעורר) שהנפגע ירצה להתעשר על חשבון המפר בניגוד לדין מדוע החשש הזה בעצם קיים?

אכיפה היא תרופה מאוד מדויקת- יודעים בדיוק על מה מדברים, מה רוצים- יודעים מה הסעד המדויק שמבקשים. לעומת זאת בפיצויים הסעד של פיצוי הוא לא סעד מדויק0- לא תמיד ניתן לנקוב בסכום שהוא ספציפי מהסיבה הפשוטה שלא תמיד אפשר לדעת מה יקרה בעתיד- כשאני מבקשת פיצויי קיום על חוזה שלא באמת יצא לפועל אז יכול להיות שאשערך את הפיצויים שמגיעים לי, אך זה לא בוודאות שבאמת הייתי מרוויחה את הכסף הזה – אולי הייתי מרוויחה יותר או לי פחות שום דבר הוא אינו ודאי.

אפילו בעסקאות שנראה כאילו הצפי שלי הוא מאוד ברור לגביהם- אני יודעת בוודאות שיש לי עסקאות שבהם אני הולכת להרוויח את הכסף שלי. אף אחד לא מבטיח לי שהעסקאות יצאו לפועל, אולי אני אפר אותן אולי הצד השני. לכן התרופה של פיצויים היא תרופה לא מדויקת- תמיד יש את החשש שתהיה טעות ובעצם נסטה ממה שהיה צריך לקרות בפועל- או שנקבל יותר ממה שהייתי יכולה לקבל בפועל או שאני אקבל פחות ממה שהייתי יכולה לקבל בפועל. יש שלושה שלבים שהם מחויבים כשאני באה לבקש תרופה של פיצויים:

1. לאתר את הנזק- אם אני לא יודעת מה הנזק שצפוי לי אני לא יכולה לגשת לבית המשפט.
2. לתחום את הנזק- במימד של זמן שהוא סביר כדי ביהמ"ש יוכל להתייחס אליו.
3. לכמת את הנזק בצורה מדויקת- השלב הכי בעייתי.

חשוב להבין שגם תרופת הפיצויים כמו תרופת האכיפה היא תרופה שיפוטית- זהו לא סעד עצמאי, בית המשפט צריך להעניק אותה (לא כמו ביטול).

נקודה חשובה נוספת היא – לעומת אכיפה שהיא תרופה שנתונה למשטר של סייגים, היא עדיין תרופה שהיא יותר גמישה, ביהמ"ש יכול ברוב המקרים לתת את הצו המתאים כדי לאוכף את החוזה, אך בפיצויים אין יותר מידי גמישות- הגמישות יכולה להיות בשלב של הכימות עצמו- אני חייבת בשלב הראשון להצביע על נזק ולתחום אותו- בגלל שהכימות הוא בעייתי, לא תמיד צד אחד אשם ב-100%. בשלב הזה יש לבית המשפט את הגמישות לשחק עם הגובה של הפיצויים כשאנו מתייחסים בנקודה לשני הדברים:

1. תרופת הפיצויים כפופה לעקרון תו"ל- חייב להגיע נקי כפיים, הגון וישר. אם מסבתר שהצד שביקש את הצו הוא לא הכי תם לב, הוא גם קינטר את המפר קצת ודחף אותו להפרה של החוזה- אולי הצד השני לא אשם ב-70% אלא ב-100%.
2. תרופת הפיצויים כפופה לנטל הקטנת הנזק- ס' 14 (א)- נטל הפיצויים כפוף לחובת הקטנת הנזק. שמדברים על זה, הצד המפר חייב לטעון שהצד הנפגע היה יכול להקטין את הנזק והוא גם צריך להראות איך הוא היה יכול להקטין את הנזק.

אפשר לבקש גם אכיפה ופיצויים.

סוגי פיצויים:

1. סעיף 10 הוא הסעיף העיקרי- פיצויים בהם יש צורך בהוכחת הנזק- יש נזק שאפשר להוכיח אותו והצד הנפגע צריך להוכיח את זה במבחנים המקובלים. יש שלושה שלבים שאנו צריכים ללכת לפיהם:
2. איתור
3. תיחום
4. כימות
5. ס' 11- פיצויים ללא הוכחת נזק- לעשות הבחנה- יש להסתכל על לשון הסעיף (לא מדובר על פיצוי ללא הוכחת נזק שקבוע בחוק כמו חוק לשון הרע) מדובר באי הוכחת הנזק שבהתקיים הצו של ביטול החוזה הנפגע יהיה זכאי בלי שהוא יצטרך להוכיח את הנזק שלו לפיצוי בין הסכום של ההפרש שבין התמורה לפי החוזה לבין השווי ביום הביטול. מצומצם מבחינת ההיקף שלו אך הוא לא תמיד פחות כדאי.
6. ס' 13- מתייחס למצבים שבהם יש לי נזק שהוא לא נזק ממוני- נפשיים, רגשיים וכו'. בית המשפט יכול לפסוק לי פיצוי לפי ס' 13 (כמו בעבודה).
7. ס' 15- פיצויים מוסכמים- מדבר על מצב שצדדים הסיכמו ביניהם בתוך החוזה שבמקרה של הפרה ישלם הצד המפר לצד הנפגע פיצוי בסכום שננקב בגוף החוזה. פיצוי מוסכם הוא לא בהכרח חייב לעמוד לבד ואפשר לקבל גם פיצוי מוסכם וגם פיצויים נוספים.

**שיעור מס' 20 – 12\01\11**

התורה הקלאסית של דיני החוזים – שמה במוקד שלה בצורה מאוד חזקה את הרעיון של חופש שהחוזים שאומר שהצדדים לחוזה הם המחוקקים של עצמם – בית המשפט והמדינה צריכים להיות שתקנים לגבי תוכן החוזה – אסור להם להתערב. הרעיון הזה בתקופת המאה ה-19 וחלק מהמאה ה-20 היה מאוד חזק והוא משפיעה ברמת המשפט, החוק והחוקה.

ברמת החוקים- דיני חוזים זו עוגה עם שתי שכבות – כל מיני סוגים של חוזים עם הרבה מאוד כללים קונקרטיים ספציפיים שהמחוקק קובע🡨 מעבר לכלל הרגיל של דיני החוזים, בכל מיני מערכות חיים ספציפיות אנחנו רוצים לקבוע כללים כופים המיועדים לסוג הזה של העסקה (למשל דיני עבודה). עולה השאלה מה זה משנה איזה תחום זה? הרי בכל מקרה הצדדים צריכים לקבוע את תנאי וסעיפי החוזה, למה צריך להתערב בתוכן ההסכמה, ההתערבות של בית המשפט צריכה להיות ברמת האכיפה ולא ברמת התוכן. אין כמעט חקיקה קוגנטית וספציפית בתקופה זו- התחום היחידי שבית המשפט כן התערב היה דיני משפחה בלבד. יש מחויבות מאוד חזקה של המחוקק לדיני החוזים- המחוקק נמנע מחקיקה קוגנטית.

לוכנר0 מקרה שבו בניו ירוק דוגמא לחוק שעות העבודה והמנוחה של היום שמדבר על עובדי מאפיות שאומרים שאי אפשר להעסיק אותם יותר מ-10 שעות עבודה ביום. זהו חוק מאוד טריוויאלי שתערב יותר מידי בחופש החוזים- פגיעה בחירות האנשים להתקשר בחוזה. כשיש חוזה שפוגע בתקנת הציבור – פסול, אז השופטים במקרה כזה עושים הפוך על הפוך וטוענים שתקנת הציבור היה ששני הצדדים צריכים לקיים את מה שנקבע בחוזה- כלומר אי ההתערבות מהווה את תקנת הציבור. כל המהלך הזה של אגרסיביות חזקה של חופש החוזים, במידה מסוימת צמצום חזק של הקומה ה-3. תק' המאה ה-19 היא תקופה המאופיינת בליברליזם ובערך החירות, כלומר לאדם יש את היכולת לבנות את דרכו ואת עולמו, ולפעול לפי רצונו, ולכן יש לאפשר את חופש החוזים. לכן הטענה היא שהתערבות בחופש החוזים פוגעת בחירות. כמו כן בכלכלה את הקפיטליזם- כל אחד אגואיסט ודאג לעצמו דרך הדאגה של כל אחד לעצמו ובסופו של דבר "טוב מצרפי". אדם סמית' "היד הנעלמה"- כל אחד יפעל לטובת עצמו ובסופו של דבר יהיה טוב מצרפי והתערבות בתהליך הזה רק תפריע. קיים גם היבט נוסף, של טבע האדם- האדם רציונאלי- אם רק תיתן לו הוא יעשה את הבחירות הנכונות, והאדם הוא אגואיסט- לא במובן השלילי אלא כ"בלתי תלוי"- כלומר תלוי רק בעצמו ופועל עבור עצמו. 🡨 כל המהלך הזה מתאים לדיני חוזים קשוחים.

כל אלו מתחילים להתערער במאה ה-20 בנפילה הגדולה של הבורסה בארה"ב, הקפיטליזם הפסיק לעבוד ובארה"ב מתחילים לדבר עם ה"ניו דיל" –לא מדברים על רעיונות סוציאליזם אלא מדברים על הצורך בבקרה שלטונית חזקה, לפעמים המדינה כן צריכה להתערב 🡨 הסכנות של מונפולים וכו'. מבחינת תפיסת האדם- מנסים לאזן בין חירות לשוויון- לא צריך חירות קיצונית מוחלטת. יש איזושהי סקפטיות לגבי טבע האדם המסתמך על האחר.

כל אלו הם רקע לקומה השלישית- למה המדינה בעצם מתערבת בחוזים- **המהות של ההתערבות.**

איך מתערבים בחוזים, איך המדינה עושה זאת?- **הטכניקה של ההתערבות**- היא עושה זאת בכמה אפיקים:

1. **סוג ראשון של התערבות- חקיקה קוגנטית**- בחוקים אלו, החוקים המיוחדים, נמצא מסגרת של סדרת חוקים המסדירה תחום יחסים מסוים- דיני עבודה, הגנת הצרכן, ביטוח, הגבלים עסקיים וכו'. בד"כ בחוקים האלו ההצדקות להתערבות יהיו בגלל עקרונות השוויון והצדק שצריכים לגבור על חופש החוזים ולכן יהיו חוקים שיגבילו את חופש החוזים- החוזה לא יהיו שוויוניים.
2. הגבלות כלכליות- ההתערבות של המדינה במונופולים היא הכריח כדי לאפשר תחרות חופשית, יש לעשות רגולציה כדי לאפשר תחרות חופשית.
3. התערבות פטרנליסטית- אנחנו לא סומכים שהאדם יידע לקחת החלטות כראוי, להגן על האדם מעצמו. לדוג' על ערובה על חוזה מכר של דירה שיגן על הצרכן.
4. החצנת עלויות, אקסטרנליסט- שני אנשים עושים הסכם שהוא טוב עבורם אך הוא פוגע בצדדים אחרים, הסכם שמחצין עלויות.

היתרונות בהתערבות של חקיקה קוגנטית:

* הדרך הדמוקרטית- המחוקק בא ומסדיר תחום ספציפי, רואה את השיקולים והערכות השיקולים שלפניו ולפי זה מחליט לחוקק חוק. במדינה דמוקרטית ישנה העדפה שהמחוקק יהיה בעל היד החזקה ולא בית המשפט.
* ההתערבות מגנה על הסתמכות בצורה יותר חזקה- בד"כ חקיקה קוגנטית היא לא הפתעה שמקבלים אותה בדיעבד אלא יודעים אותה מראש. כשמשווים את זה להתערבות מצד בית המשפט כשהוא מבטל חוזים שפוגעים בתקנות הציבור- מראש אומרים שאסור לכלול בחוזה סעיפים שפוגעים בתקנת הציבור ולכן בסופו של דבר לא אוכפים את הסעיפים האלו – מראש נאמר שאסור את זה ולא בדיעבד ולכן עקרון ההסתמכות לא נפגע באמת.

מדוע אי אפשר להסתפק בחקיקה קוגנטית? לא משנה כמה שהמחוקק יהיה חכם, מתוחכם ורחב דעת הוא לא יצליח אף פעם לכלול את כל סוגי הסיטואציות והמצבים.

קודקסים מנסים לעשות דברים כאלו לפעמים אבל הם אף פעם לא מצליחים- זה בלתי אפשרי לכסות את כל המצבים בהם זה נכון שבית המשפט יתערב- יש התפתחות זמנים, תרבות – המחוקק לא יושב כל יום לחוקק חוק, המציאות היא דינאמית ומשתנה.

1. **סוג שני של התערבות – דוקטרינות שמאפשרות לביהמ"ש להתערב בחופש החוזים**. יש במשפט הישראלי 2 דוקטורינות שמאפשרת התערבות כזו: תו"ל ותקנת הציבור. הם בעצם המענה לעבודה שעם כל הרצון הטוב לעולם לא נוכל לאפשר התערבות באמצעות חקיקה קוגנטית. ולכן בא המחוקק ומעניק לביהמ"ש איזושהי "סמכות סל" להתערב בחוזים כאשר הם פוגעים בתקנת הציבור או בתו"ל.
2. תקנת הציבור- ס' 30 לחוה"ח עוסק בזה. המחוקק לא הגדיר מראש מהי תקנת הציבור אלא נתן לבית המשפט את האפשרות לקבוע בכל מקרה לגופו מה היא תקנת הציבור. החסרון 🡨 יש כאן הענקת שק"ד רחב מידי לבית המשפט, זה עלול לפגוע בעקרון הסתמכות. היתרון 🡨 מכשיר גמיש שיצליח לתפוס התנהגות לא מוסריות, שאותה המחוקק לא הגדיר, לא תפס. בסעיף 30 היינו מבחינים בין תקנת הציבור לבין אי חוקיות:
* אי חוקיות- ברגע שסעיף בחוזה סותר חוק, אז אוטו' הוא מתבטל, יש חוק שמגן על זה.
* במקרים בהם אין חוק שממנו נובע ביטול הסעיף שפוגע בתקנת הציבור, העניין הוא יותר מסובך- ישנו פחד מהסעיף הזה לשופטים של פעם – משהו בפחד הזה קיים גם היום. להגיד שסעיף מסוים פוגע בתקנת הציבור זוהי אמירה שמלחיצה את הפסיקה – הם מעדיפים למצוא למה זה לא תקין בדרכים אחרות ולאו דווקא בתקנת הציבור – למרות המערבות החזקה של בתי המשפט בחופש החוזים עדיין ניתן להרגיש היסוס.

באילו מקרים בתי המשפט כן מתערבים בנוגע לתקנת הציבור? כמה מקרים טיפוסיים:

1. סעיפים של תניות פטור- מישהו נותן שירות מסוים לצד שני בחוזה, הוא כנראה יודע שהשירות הזה עלול להיות לא כל כך טוב ולכן הוא מגבה את עצמו מראש – גם אם השירות יהיה לא טוב, יגרום נזק וכו' – הוא יהיה מכוסה ממנו ולא יצטרך לקחת אחריות על מעשיו.

התפתחות הפסיקה בנושא תקנת הציבור:

* שנות ה-60 - **פס"ד צים** 🡨 נסיעה באונייה שבה האנשים שהיו על האונייה חטפו קלקול קיבה – הם הלכו ותבעו את האוניה אבל בחוזה היה סעיף שאומר שהאוניה לא לוקחת על עצמה אחריות על כל נזק שהוא – בית המשפט באותה תקופה הולך מאוד חזק עם חופש החוזים ונזהר מתקנת הציבור ולכן הוא קובע שלושה תנאים להחלת תקנת הציבור :
1. הנזק צריך להיות נזק גוף.
2. שירות חיוני
3. שירות שיש עליו מונופול

התנאי הראשון חייב להתקיים, שני התנאים האחרים הם חלופיים, אחד מהם צריך להתקיים ולא חייב ששניהם 🡨 זוהי העמדה המקורית של המשפט הישראלי, אין התערבות בכלל בנזק רכוש\ממוני.

* **פס"ד לגיל טרמפולין –** מדובר על מקרה שבו לקוחה בצעה סלטה ונפצעה אבל על כרטיס הכניסה היה רשום שהחבה לא לוקחת אחריות על נזקים שיקרו 🡨 לא מדובר כאן בשירות חיוני.
* השופטים לא מסתייגים מהלכת צים לגבי העניין של שירות חיוני אבל הם יוצרים תנייה – הופיע שלט בתוך האיזור שאומר שהחברה לא אחראית, זה לגיטימי משום שזהו לא שירות חיוני אך השלט הזה צריך להופיע בחוץ ולא בפנים, הלקוחות לא צריכים להיכנס ואז לראות שאין אחריות.
* מצד שני, ישנה הסתייגות קלה מהלכת צים – זהו אמנם לא שירות חיוני אבל זה לא אפשרי שחברה שנותנת שירותים שהם יחסית מסוכנים לא תיקח אחריות על נזקים שיווצרו בעקבות השימוש בשירות שלה.

ברוב המקרים של תניות הפטור זהו לא חוזה רגיל אלא חוזה שצד אחד מכתיב לצד האחר – חוזים אחידים.

* **פס"ד קשת** – מכבסה שבה נאמר שהמכבסה לא לוקחת אחריות על הכביסה- בית המשפט שזהו תנאי מקפח – הוא לא הסכים להגביל את תניות הפטור רק למקרים של נזקים פיזיים אלא גם במקרים של נזקים רכושיים.

**במבחן:** אם יש מצב שבו אנו מקבלים תניית פטור בחוזה אחיד אז אומרים שמדובר בתנאי מקפח לאור הלכת קשת. אם יש תניית פטור בחוזה רגיל (מקרים שבהם מביאים את זה באופן ברור , ורק בן אדם אחד חותם על החוזה הזה ולא הרבה מאוד אנשים לוקחים בו חלק, למשל מורה פרטי) – אז צריך לדון האם זה סותר את תקנת הציבור או לא. בפסיקה הישנה – זה לא סותר את תקנת הציבור משום שזוהי לא תניית פטור על נזק גופני והיום הפסיקה מדברת על בעיקר דרך תנאי מקפח. אם התנייה היא באותיות קטנות בתוך החוזה או לא מופיע בתוך החוזה אלא בשלט במשרד, על כרטיס הביקור וכו' יש להחיל את הלכת לגיל טרמופלין (יש להביא את התנייה ללקוח באופן ברור וגלוי לפני הכניסה לשירות). כלומר, אם מדובר בחוזה רגיל שלא עוסק בשירות חיוני ונזק גופני: יש להתייחס תחילה ל פס"ד לגיל טרמפולין (יש להביא את ההתניה ללקוח באופן ברור) ואחר כך להתייחס לדיני תקנת הציבור

תניית אי הליכה לערכאות:

* נניח שנכרת חוזה אבל יש הוראה חוזית בחוזה שאומר לא להציג בפני בית המשפט, האם ניתן להגיד הוראה כזו סותרת את תקנת הציבור? בתי המשפט ייטו להגיד שכן, שלילת גישה לערכאות שיפוטיות זה משהו שסותר את תקנת הציבור. רוב החוזים שמופיעים בהם סעיפים כאלו הם חוזים אחידים. אבל בפס"ד לוין נ' לוין- היה מדובר באנשים פרטיים.
* בוררות- לא נתפסת כשלילת ערכאה שיפוטית – אי אפשר ללכת לבוררות כשיש חקיקה קוגנטית.
* הנושאים האלו הם לא פשוטים בנושא של פלורליזם שיפוטי- למשל כל מיני קהילות דתיות שרוצות להסדיר את העניינים שלהם בתוך הקהילה שלהם, אך אנשים כמו ברק לא כל כך אוהבים את זה כי זה פוגע במשפט המדינה. לעומת זאת יש אנשים שקוראים לעצמם רב תרבותיים, אנשי הפלורליזם השיפוטי – לפעמים אפשר ללכת לערכות שיפוטיות של הקהילה ולכבד את האוטונומיה השיפוטית של הקהילה עצמה – למשל בתי דין רבניים.

דרך תקנת הציבור כוללים את עקרונות יסוד, עקרונות השיטה- תחולה ישירה ואכיפה – בפס"ד קסטנבאום ברק מכניס את חירות האדם, בפס"ד רקאנט מכניס את עקרון השוויון.

(3) **סוג ההתערבות השלישי- סעיף 39 לחוה"ח עקרון תום הלב –** פגשנו אותו כבר בקומות ובדירות הקודמות. המשמעות של תקנת הציבור היה ביטול החוזה- כל צד מחזיר לשני מה שהוא קיבל מהחוזה, השבה. מה שמיוחד בחוזה לא חוקי הוא שבית המשפט בס' 31 נותן אופציות לחריגה: (א) לבטל חלק מההשבה (ב) למרות שהחוזה מבוטל הוא נותן לו איזשהו תוקף מעבר להשבה – דוג' – עו"ד של מועצה מקומית ועכשיו התברר שמועצה העסיקה אותו שלא על פי חוק ועקרונית החוזה מבוטל – הוא צריך להחזיר להם את הכסף שהוא קיבל ולקבל שכר ראוי על העבודה – כאם יכול להיות שבית המשפט יילך לשני כיוונים הפוכים:

(א)אם בית המשפט ישתכנע שעו"ד שכנע אותם להעסיק אותם שלא על פי חוק יכול להיות שהוא יקבל אפילו פחות משכר ראוי – לא יקבל בכלל השבה או השבה חלקית (2) אך אם בית המשפט ישתכנע שזהו אדם מסכן, תמים שהבטיחו לו שכר והוא לא אשם בכלל - לבית המשפט יש את האפשרות לתת לו את השכר שהבוטח לו מעבר להשבה שמגיעה לו.

מה כן דיכוטומי בסעיף 30? צריך להחליט לגבי סעיף בחוזה האם הוא סותר את תקנת הציבור או לא – צריך להחליט בצורה גורפת ואי אפשר להחיל חלקית.

מה קשור עקרון תו"ל? עקרון תו"ל לא מוחק לי את הסעיף לגמרי, אלא הוא אומר הסעיף כן קיים בחוזה, אבל בנסיבות מסוימות שימוש בסעיף הזה יהווה חוסר תו"ל. לדוג' –

1. **פס"ד ג'רבי נ' בן דוד –** בחוזה כתוב שקונה הדירה צריך לשלם בזמן מסוים וכל איחור יהווה הפרה יסודית של החוזה. הקונה משלם בזמן אך המזכירה שלו עושה טעות טכנית ובטעות משלמת סכום נמוך יותר ממה שצריך לשלם – הוא מגלה את הטעות ומיד שולח את המזכירה לשלם את יתרת הסכום אבל המוכר לא רוצה לקבל את הכסף כי בינתיים עלו המחירים וממש משתלם לו לבטל את החוזה בגלל שהכסף לא שולם בזמן – הוא יכול לבטל את החוזה ולמכור את הדירה למישהו במחיר גבוה יותר ולקבל מהקונה הראשון פיצוי. המוכר משתמש בזכויות החוזיות שלו – יש לו זכות לבטל את החוזה בעקבות ההפרה. מה עושה ביהמ"ש? אומר שהשימוש בזכות הוא שימוש שנעשה לא בתו"ל מצידו של המוכר – זהו כלי יותר עדין מס' תקנת הציבור??? כי הוא לא מחק לגמרי את הסעיף או הפך אותו למוחלט – הוא הסתכל באופן יחסי – אם מדובר באיחור קטן יחסית והסיבה היא טעות טכנית ולא טעות מכוונת, זה מהווה תו"ל. אם היינו מחילים את תקנת הציבור היינו צריכים להחיל אותו באופן מוחלט – או שזה תמיד סותר או שזה אף פעם לא סותר לעומת תו"ל שזה תלוי מקרה.
2. **פס"ד אגד נ' חברת הגמלאות של חברי אגד –** בתקנון של אגד שאם שאתה גמלאי של אגד , כאשר אתה נפטר בן הזוג שלך מקבל קצבת שארים – בתקנון מוגדר בן הזוג – או האישה או הידועה בציבור. מה מוגדר ידוע בציבור? קובע התקנון כלל מאוד טכני- שלוש שנים לפני המוות על החברה לדעת שיש לחבר אגד ידועה בציבור. מדובר על אדם שעובדתית ברור שחי עם אותה גברת שמונה שנים ואפילו כתב צוואה שהיא כלולה בה אבל הבעיה שלאגד הוא הודיע שנה לפני שהוא נפטר – על פי התקנון של אגד הוא לא עומד בכללים.

יכול להיות שאם זה היה מגיע לברק- הוא היה אומר לעשות פרשנות תכליתית, כבר בקומה הראשונה ולא היינו מגיעים לקומה השלישית.

בפועל פסק דנציגר בפס"ד – קובע בקומה הראשונה שלא נתנה הודעה לכן האישה לא נחשב ידועה בציבור, בקומה השלישית. יש שתי אפשרויות:

1. עצם הסעיף הזה בתקנון נוגד את תקנת הציבור – יש פגיעה לא הוגנת בידועות בציבור בגלל שלא תמיד אנשים זוכרים לבוא ולהודיע את זה לחברה, לפעמים הם לא רוצים לספר את זה וכו'. מבחינת ההיגיון הבריא הן כן היו תלויות באדם ואין סיבה שרק בגלל שהאדם לא הודיע צריך לבטל. אם נלך בדרך הזה המשמעות המשפטית היא שעשינו ביטול מוחלט לסעיף הזה בתקנון.
2. הדרך המעודנת- הסעיף הזה תקף אך בנסיבות הספציפיות של המקרה , שאמנם הוא לא הודיע 3 שנים לפני ורק שנה לפני וגם יש הוכחות חותכות שהיא ידועתו בציבור מזה 8 שנים, ועצם ההתעקשות על הסעיף מהווה פגיעה בעקרון תו"ל.

הגרסה של תקנת הציבור היא פגיעה קשה, לעומת זאת הגרסה של תו"ל היא גרסה רכה יותר.

פרופ' ליפשיץ מותח ביקרות על הפסיקה - זה מאוד לגיטימי מצידה של חברת אגד לבוא ולדרוש הודעות לגבי הידועות בציבור משום שזהו מושג מאוד רחב וערטילאי והחברה מצידה רוצה לדעת בוודאות שהם היו יודעים בציבור וזה לא היה קשר ידידותי גרידא. דנציגר העלה את אפשרות תום הלב וגם את תקנת הציבור – הוא קיבל את שתיהן אבל פרופ' ליפשיץ חושב שזה היה מיותר בכלל להציג את האפשרות של תקנת הציבור.

כשמקבלים את עיקרון תום הלב בית המשפט יכול לעשות עוד פעולה שהיא פועלת שינוי הסעיף- לקרוא לתוכו תנאים מסוימים, זה קצת דומה לאכיפה בקירוב – רק שפה זה לא במישור הסעד אלא במישור תוכן החוזה.

**פס"ד שירותי תחבורה-** יש הסכם בין מועצת הפועלים לבין העירייה וההסכם הזה מסדיר את יחסי העבודה ואת הזכות של מועצת הפועלים להכריז על שביתות ובהסכם הזה מועצת הפועלים מתחייבת להודיע לעירייה לפני שהיא מכריזה על שביתה. ואכן הם הודיעו להם אבל חצי שעה לפני השביתה – ברק אומר שהם פגעו בעקרון תו"ל ומחליט לשנות דרך עקרון תו"ל את ההוראה בחוזה- מוסיף שיש להודיע מראש בתקופה "סבירה" – מצד אחד זה עוצמתי ומצד שני הוא נותן גמישות – הוא לא בא ואמר שמועצת הפועלים לא חייבת או כן חייבת להודיע שנתיים מראש אלא הוא קובע תקופת זמן מסוימת להודעה, יש כאן גמישות, זה לא דיכוטומי וזאת משום שזהו עקרון תו"ל.

מה שמיוחד פה – זה שהוא ישר עלה לקומה השלישית (היה יכול להתעסק עם זה בקומה הראשונה בפרשנות התכליתית, שהעירייה רצתה להתכונן לשביתה ובפרק זמן של חצי שעה היא לא יכלה לעשות זאת) ולא התעסק עם זה בקומות התחתונות – עלה ישר לקומה השלישית בשביל לשנות ולקרוא לחוזה את פרק הזמן הסביר.

דירה רביעית- תנאי מקפח בחוזה אחיד- תוצאה: שינוי או ביטול- (1) חזקות קיפוח ס' 3 לחוק החוזים האחידים. (2) אבחנה בין ביה"ד לביהמ"ש.

**קומה שלישית**

**קומה שנייה**

**קומה ראשונה**

דירה שלישית- ס' 39- שימוש בזכות שלא בתו"ל. תוצאות: איסור על השימוש במקרה הספציפי. שינוי הסעיף לפי שיקול ביהמ"ש. דוג'- פס"ד שירותי תחבורה- הודעה בזמן סביר, פס"ד שועית- התערבות במנגנוני הצמדה

דירה שנייה- ס' 30: (1) אי חוקיות. (2) תקנת הציבור- דוג' תניית פטור, מניעת גישה לביהמ"ש, שסתום לחדירות עקרונות המשפט הציבורי.

תוצאה : בטלות והשבה בכפוף ל-ס' 31.

דירה ראשונה- איזור החקיקה הקוגנטית- לדוג' דיני עבודה, ביטוח, הגנת הצרן. מטרות: הגנה על צדדים חלשים, הגנה על צד ד', פטרנליזם, הבטחת תחרות..

דירה ראשונה- נוהג פרטי. דירה שנייה- נוהג כללי. דירה שלישית- דיספוזיטיבי. דירה רביעית- תנאי מכללא שבוטל על ידי הדירה החמישית- תו"ל (כעקרון השלמה)

**דירה ראשונה**-יוצר מול יצירה. **דירה שנייה-** מילולי מול תכליתי. **דירה שלישית-** הפרשן כיוצר: (1) תכלית אובייקטיבית (2) ציפיות סבירות (3) פרשנות לאור עקרון תו"ל.

**שיעור מס' 21 12\01\15- לא הגעתי, השלמתי מסווט**

**תנאי מקפח בחוזה אחיד**

זה איזשהו רעיון ליהנות מכל העולמות. חוק שאנו מתרכזים בו באזור ד'- חוק החוזים האחידים- וס' 2 לחוק קובע: "נוסח החוזה שתנאם ומקצתם נקבעו מראש על ידי צד אחד..."

הרעיון הוא בעצם טופס, לא מדובר על חוזה עם בן אדם ספציפי. יכול להיות שאני רוכש שירות של גופים ואני מנסח נוסח שישמש כל אחד שינסה להתקשר איתי. המונחים שהחוק מדבר עליהם זה ספק ולקוח. בחוק החוזים האחידים הכוונה היא לא לספק ולקוח כמו במצב רגיל (מוכר וקונה). לדוג': באל על יש כמה חברות קייטרינג שנותנים לה שירותי הסעדה. מכיוון שאל על היא הצד החזק אז היא הכינה את החוזה וכותבת שמי שרוצה לספק לנו שירותי קייטרינג אז שיתקשר איתנו בחוזה. מבחינת הנוסח פה נראה שחברת הקייטרינג היא הספק אולם לפי חוק החוזים האחידים הספק יהיה אל –על.

חוק החוזים האחידים נותן לצד שנגדי את האופציה גם לפעול נגדי כמו בחוזה רגיל וגם עוד כמה טיעונים כנגד חוזה אחיד.

לכאורה יש אפשרות לשנות ס' פה ושם בכל החוזים אולם זה לא באמת עובד ככה. המחוקק הוא יותר חכם מהבחינה הזו ומגדיר, שלא חובה שכל החוזה יהיה אחיד, אלא מספיק שכל האנשים מתקשרים איתך לפי הוראה אחת, זה כבר יהפוך אותו לחוזה אחיד. החוזה מוגדר חוזה אחיד אפילו אם יש רק הוראה אחת אחידה לכולם. אבל הוראה שעשית בה שינוי (בחוזה)- מחסן אותו מהוראות חוק החוזים האחידים. למה זה יעזור למרות שלא באמת שיניתי? זה יתן "אווירה". כלומר עדיין בביהמ"ש כהשופט יצטרך לבחון אם החוזה כולו אחיד או שיש ס' אחד או יותר שהוא נתון במחלוקת וכן היה עליו מו"מ. מבחינת החוק היבש ס' אחד שאחיד לכולם יעם עם עוד 9 ס' שלא אחידים, בכל זאת יגדירו את החוזה כאחיד. אבל אולי מבחינת הפסיכולוגיה וה"אווירה" של החוזה יש אפשרות אולי לשיקול נוסף של השופט. \*\*יש לשים לב, שלא תהיה יותר מדי "קוסמטיקה" בחוזה והס' ששונו הם סעיפים שוליים, ולכן זה אולי יראה מזוייף.

תרשים זרימה במבחן: אם מקבלים חוזה אחיד אז עובדים בתוואי הרגיל: נכרת חוזה לפי פרק א', ניתן לביטול ע"פ פרק ב' ואז רק אם הלקוח בחוזה אחיד מנסה לנסות את מזלו והוא יטען לס' מקפח.

אנו מגיעים לחוק החוזים האחידים רק כטענה נוספת. מה עושה חוק החוזים בעצם? ברגע שהגדרתי את התנייה האחידה.

ביהמ"ש יש התדיינות רגילה- הוא מתדיין בשם כל הלקוחות של חברה קדישא (קסטנבאום), הוא מתדיין בשם עצמו: "זה שהגדרתם לי לעשות כיתוב בלועזית זה תנאי מקפח". זה שביהמ"ש יקבע תוצאה מסויימת לטובת קסטנבאום לא אומר שזה יחייב את החברה קדישא באותו ס' כלפי כל הלקוחות שלהם- מדובר במקרה נקודתי. לעומת זאת, יש הליך אחר, שבגינו הוקם בית הדין לחוזים אחידים, והוא סורק חוזים אחידים של חברות בנק, איסתא, הוט, פלאפון וכד'. ואז נגיד היועץ המשפטי לממשלה שמגיש את התיק לבית הדין לחוזים האחידים (יש 3 שופטים שיושבים בתורנות בבית הדין , וישעוד 6 שופטים שמקבלים מינוי ל5 שנים לשבת בבית הדין לחוזים אחידים) ובית הדין בדוק את סעיפי החוזה האחיד. שם אין סיפור של אדם מסויים, בית הדין מקבל "טופס" ולכן אין דיון בנסיבות מסויימות להיקשרות ולכן ההחלטה הי איותר רחבה. אם מחליטים שיש תנאי מקפח ויש לשנותו, אז כל בן אדם שיתקשר בחוזה הזה בעתיד על נוסח קודם, זה לא יחייב אותו אלא רק לפ הנוסח החדש. יתרה מזו, יש לבית הדין סמכות לעשות את ההחלטה רטרואקטיבית, כלומר גם למחוק ס' מסויימים עבור אנשים שהתקשרו בחוזה בעבר.

מה לגבי השלכות רוחביות? אם קבענו החלטה בנוגע לחוזה של בנק לאומי, זה מחייב גם את בנק פועלים? באופן פורמאלי לא, גם אם תאורטית יש נוסח זהה. באופן מעשי מה קורה: מאחר שבנק פועלים קורא את ההחלטה הזאת, ואז לקוח ספציפי של בנק הפועלים יאמץ את ההחלטה הזו ויתבע בגינה באופן פרטני בביהמ"ש, שסביר שיאמץ את החלטת בית הדין לחוזים אחידים. כדי למנוע סיטואציה כזו בנק הפועלים ישנה בעצמו את הס' המקפח. כך שמעשה יש לכך השפעה רוחבית.

למדנו בעצם שישי שני הליכים: אחד זה בבית המשפט- דיון ספציפי בין החברה ללקוח והתקדים לא מחייב עבור שאר החברות. ההליך השני הוא הליך לקיפוח בבית הדין לחוזים האחידים, מזמינים נציג מטעם החברה, ואז ברגע שמחליטים שהס' מקפח אז יש לזה בין אם בכוונה ובין אם לא השלכה רוחבית.

ההליך השלישי זה בקשה לאישור. יש חברה שעושה חוזה ומפחדת מההליך הראשון וגם מההליך מהסוג השני (מפחדת שכל מיני לקוחות יתנערו מסעיפים מסויימים בהסכם או שהיועץ המשפטי "יעלה" עליהם), ואז הם באים לבית הדין לחוזים אחידים ומבקשים שיגידו שהסעיפים לא מקפחים. יש בכך סיכון. שאם כן יוגדר שהס' מקפח, אולם אם בין הדין קובע שזה לא מקפח הם מקבלים חסינות למספר שנים קבוע בחוק. יש מצבים בהם זה לא שהחברה פונה מתוך "תמימות" או חשש, אלא כי יש מפקח שמורה לחברה לעשות כך: כמו חברת הוט שביקשה שיבדקו את החוזה שלה.

**מה זה קיפוח?**

הס' המרכזי של החוק הוא **ס' 3 : "בית המשפט ובית הדין- יבטלו/ישנו בהתאם להוראות חוק זה תנאי לחוזה אחיד שיש בו...משום קיפוח לקוחות..".** כל שאר הסעיפים בחוזה הם בעצם פרשות של הסעיף הזה. לכאורה חוק החוזים האחידים יותר דומה לתקנת ציבור ולא חקיקה קוגנטית. אז מה בעצם נתן לנו חוק החוזים האחידים? דבר ראשון זה רציונאל- חוק זה מטרתו להגן על לקוחות מתנאי חוזה מקפחים.

קיפוח כמו שאמרנו זו מילה מאוד רחבה- ס' 4 לחוק נותן 10 קטגוריות/סיטואציות שמייצרות חזקת קיפוח. סיטואציה נכנסת לאחת מהסעיפים של ס' 4 אז ההנחה שלנו זה שמדובר בחוזה מקפח. אם מדובר בחזקה אז יש אפשרות לסתירה של חזקה אם החברה תצליח לשכנע שהס' מוצדק ולא מקפח, ומנגד יש גם אפשרות להוכיח שגם אם ס' מסויים לא נכנס לאחת החזקות של ס' 4 עדיין יש אפשרות לקוח להסביר למה מדובר במקרה מקפח למרות שהוא לא נכנס לאחת החזקות הקונקרטיות.

אחת החזקות- ס4(1)- סוג של תניית פטור: "תנאי הפוטר את הספק באופן מלא או חלקי מאחריות שהייתה מוטלת עליו ע"פ אותו דין...", כלומר אם יש חקיקה קוגנטית אז אני לא צריך את חוק החוזים האחידים כי הס' בכל מקרה מבוטל. אבל מה קורה אם יש ס' הסותר חוק דיספוזיטיבי? נניח לא היה סעיף מה היה הדין. כלומר לבדוק הוראות דיספוזיטיביות. אם על פי ההוראה הדיספוזיטיבית הבנק חייב, אז ברגע שהוא פטר את עצמו מאחריות כזו זה ס' מקפח. ברגע שהבנק סטה מהוראה דיספוזיטיבית הוא יצר תנאי מקפח. ברגע שהוא פטר את עצמו מאחריות לפי חוק/דין, גם אם זה דין דיספוזיטיבי (בלי התנאי בחוזה).

ס' 4(2): "תנאי המקנה לספק אפשרות בלתי סיבר...לשנות את סעיפיו בחוזה" – "רשאי המלון לפי דעתו לשנות מעת לעת את סוגי השירותים שמופעלים במלון וזה לא יחשב תנאי מקפח..." . חברת התיירות באה ואומרת : למה אנחנו אחראים על החלטות שבית המלון מחליט בינו לבין עצמו. החוק בא ואומר שאם מדובר בשירות מהותי שבלעדיו אין סיכוי שהלקוח היה הולך למלון או פונה לחברת התיירות.

כשמדובר בתרופות החוזיות לחוזה אחיד בודקים: מה היה קורה אם לא היה הס' הזה? - יכול להיות שהוא אומר את מה שכתוב בחוק אז לא קרה כלום, אם הוא משנה את מה שהחוק אומר אז יש בעצם חזקה וקיפוח. נגיד ומדובר בחוזה מכר – כאשר מדובר בהוראת חוק דיספוזיטיבית אז אומר שבחוזה רגיל לא תהיה בעיה אבל בחוזה אחיד זה בעצם מחייב את החוזה ואם ס' מסויים מבטל את הוראת החוק אז זה חוזה מקפח.

ס' 5 לחוק: הוא המקרה היחיד שבו זה לא חזקה אלא הוראה מוחלטת. מדובר בהוראה שהיא לא חזקה, מדובר על זכות הגישה לערכאות משפטיות.

**התוצאה של שינוי או ביטול...(אזור ד')**

מבנה שבלוני של שאלה במבחן: קודם כל בודקים את מטרות הצדדים. נגיד צד אחד רוצה מימוש של עסקה והצד השני רוצה להתנער. הצד הראשון יגיד יש גמירות דעת ומסויימות והצד השני אומר שאין ואז אין לאן להתקדם . אם נגיע למסקנה שנכרת חוזה, מי שלא מעוניין בחוזה ינסה לבטלו לפי פרק ב'. מי שרוצה את העסקה יאמר כי ישנם תנאים מקפחים. זה מקרה קלאסי. אז נמשיך הלאה לשלב ב' ואם נגיע למסקנה שלא נכרת חוזה נסגר הסיפור.

**מה קורה כשאני לא רוצה חלק מהחוזה? ס' 19** מדבר על ביטול חלקי, לא על כל החוזה. גם לפי ס' 30. אם אני לא רוצה לבטל את החוזה או חלקו אלא לשנות אותו. פרק א' לא נתן לי שום דבר כזה. בפרק ב' יכולתי לטעון שלא הייתה טעות ולא הייתה כפייה. אותו דבר בס' 30, לא היה לי דרך לשנות את החוזה. מה שמיוחד בחוזה אחיד זה שתנאי מקפח מאפשר את שינוי לפי החוק. בבתי הדין לחוזים אחידים יש התפלגות בנושא. יש הסוברים כי יש להשאיר את אופציית השינוי כאופציה אחרונה כי זו התערבות ויש ניסיון להימנע מלכתוב את החוזה עבור הצדדים.

**פס"ד משען**: יש לשים לב לדילמה בהצגת העסקה. בית האבות אומר שמבחינתו יש 2 הסכמים. אחד זה כשאתה אדם מזדקן שלא מדבר על הסכם סיעודי והשני זה המעבר מבית אבות רגיל לבית אבות סיעוד. כלומר, אני נותן לך הצעה ואם לא מתאים לך אל תקבל (מצב מאוד בעייתי להציב בפני אדם נזקק ליחס סיעודי ולכן גם מאוד מקפח). ביהמ"ש אומר שנוצרת סיטואציית מחוייבות שבו הסיעודי תלוי בבית אבות. ביהמ"ש אומר אתה לא יכול להתייחס לחלק השני של החוזה כמנותק מהחלק הראשון וגם הוא קצת ניסה להעניש את משען. הוא בעצם חייב את בית האבות לקבל תשלום כמו זה שהיה בבית האבות לפני שהעבירו את הקשישה לבית אבות סיעודי. זה היה מהלך מאוד אגריסיבי- ביהמ"ש הכריח בעצם את הבית אבות לטפל בקשישה בבית אבות שיעודי במחיר של בית אבות רגיל.

**בפרשת בנק לאומי** (קריאת רשות): הבנק נותן מסגרת רשאי ובחוזה כותב שהוא רשאי להפסיק את המסגרת מתי שהוא רוצה ולהודיע לך במיידי. שחר חשב שמדובר בתנאי מקפח כי כשיש קונספט של חוזה יחס- חוזה שהוא חלק ממע' יחסים (חוזה מתמשך) שכל פעם צריך לבקש אישור מחדש על מסגרת האשראי. אולם בית הדין קבע אחרת וקיבל את טענת הבנק שהבנק כל הזמן תלוי בשינויים.

דיון בתוכן של החוזה ובודקים את ההוראות הקיימות ורואים איך אפשר לפרשות: אם הלשון לא ברורה אז עוברים הלאה אם וגם אם היא כן ברורה יש להתפלסף על תורת שני השלבים ולהגיע למסקנה כי היא לא קיימת. השלב הבא במידה והלשון לא ברורה בודקים תכלית: דנציגר בודק תכלית מתוך הנסיבות, וברק, פרוקצ'ה ובייניש יבדקו את גם את התכלית האובייקטיבית, עקרון התו"ל לשם פרשנות וציפיות סבירות (של ברק). חוזרים לתוכן החוזה אם מצליחים לעגן אז סבבה. אם לא מצליחים לעגן במילים, לפי הלכת אפרופים, אם יש איזושהי אפשרות לעגן במילים אז מעגנים במילים. עוברים לקומה השנייה ובודקים אם יש לאקונות. אם כל מיני דברים שנראים כחוזרים זה בעצם הסדרים שליליים, אז עוברים לקומה השלישית. אם מצאנו חוסרים עוברים דרך ההשלמות שמכיירם: נוהג פרטי/כללי, דיספוזיטיבי. בקומה השלישית (במידה והגענו), בודקים א'- הוראת חוק קוגנטית, אם לא אז מחילים אותה לתוך החוזה. אזור ב'- בודקים אם זה עומד בס' 30 (תקנת ציבור ואי-חוקיות), אם לא עומד בתנאים התוצאה היא ביטול והשבה. אזור ג' שימוש בזכות שלא בתו"ל- ס' 39- אם המטרה לא לבטל אלא לשנות ס' זה מאפשר שינוי וזה הופך לס' קריטי עבורנו. אזור ד'- תנאי מקפח בחוזה אחיד- חזקות קיפוח- התוצאה היא או שינוי או ביטול. **טעות גסה להתחיל מבחן בחוזה אחיד!** (אלא אם כן נכתב במפורש במבחן שמדובר על חוזה אחיד).

מה קורה אם יש לי ס' שהוא לא חוקי והוא בחוזה אחיד והוא לכאורה מבוטל אבל החייתי אותו לפי ס' 31 (חריג), האם אפשר לבטלו שוב ע"י ס' מקפח בחוזה אחיד? התשובה היא כן.

**פרק ד'- תרופות**

**אכיפה, פיצויים, ביטול והשבה.**

יש נושא שהוא בתפר של בין דיני התרופות לחוק החוזים- ההבדל בין מצג להתחייבות.

בפרק ב' אם יש הטעייה זה נותן לנו השבה ועקרון תו"ל נותן לנו פיצויים שליליים (ובמקרים חריגים גם פיצויים חיוביים- לפי פס"ד \_\_\_\_\_ שפתח פתח לפיצויים חיוביים).

חשוב לי לדעת האם התחייבויות מסוימות שנתנו לי היו חלק מהחוזה כן או לא? למשל, פרוספקטים של דירה.

השאלה הנשאלת היא מהו המעמד של אותם מצגים ופרוספקטים? אם הם חלק מהחוזה אז הם חלק מההתחייבות אז נלמד מה לעשות איתם בשיעורים הבאים. ואם הם לא חלק מהחוזה זה יתן לי השבה, וגם ע"פ תו"ל זה יקנה לי סעד מוגבל של פיצוי חיובי.

יש 2 שאלות שיש לדבר עליהן:

1) מה המעמד של המצגים בחוזה?

2) מה קורה לגבי התפתחויות מאוחרות אם הן משהות את ההתפתחות החוזית?

פס"ד המנחה הוא **פס"ד צמיתות:** אם החוזה לא מתייחס במפורש לאותם דברים שהיו במצגים הקודמים אז המצגים הופכים להיות חלק מההתחייבות. אם לא צירפת תסריט למשל אז אתה מחויב למה שהראית קודם. במיוחד חוק המכר דירות- יש התחייבות של הקבלן למה שהוא הראה בחוזה. נניח שהיה דגם או היה כל מיני מצגים ואח"כ צורף מפרט אבל הוא היה עמום, אז הדגם כן יהפוך לפרט הכולל בחוזה. אם היו נושאים שהיית אמור לצרף לפי החוק כמו שטח הדירה או חלקים מסויימים בה, ולא צירפת אז המצגים יהפכו לחלק מהחוזה. לעומת זאת ככל שאת הכן צירפת בחוזה ועמדת בכללים המחייבים בחוק, תסריט מפורט של מה שייך לרכוש המשותף ומה כוללת הדירה. ברירת המחדל היא שהחוזה הוא קונקלוסיבי- החוזה האחרון הוא המחייב. אלא אם כן הדברים החדשים ראו לך הם לא דברים שלפי החוק היית אמור להתייחס אליהם או שהמפרט החדש עמום ולא ברור. גם אם החוזה הוא קונקלוסיבי עדיין תוכלו להשתמש בפרוספקטים ולהגיד שמה שהציגו לכם היה חוסר תו"ל. בשאלה האם הפרוספקט מחייב כחלק מהחוזה מה שיקבע זה החוזה המאוחר (אלא אם כן החוזה לא כלל את כל הפרטים החייבים על פי דין או שהיה לא ברור), אבל גם אם החוזה כלל את כל הפרטים ונוכל להוכיח שנציג המכירות יצר לי תחושה שונה- כלומר נתן לי להבין שאני מקבלת דברים אחרים ממה שבפועל נקבע בחוזה. הקבלן, כדי להימנע מתביעת נגד מצד שקרי, לא מספיק שהוא יכתוב בחוזה כי הפרוספקטים והמצגים לא מהווים חלק מהחוזה כיוון שהדברים השתנו, הוא גם צריך להודיע ללקוח- טרם הרכישה- בע"פ שהמצג/פרוספקט לא כלול בחוזה שהוא הולך לחתום עליו. כך הוא מחוסן מתביעה בעתיד.

יש ניואנסים מסויימים בין הטעייה לבין חוסר תו"ל.

אם המרצה נותן שאלה במבחן על מישהו שעשה דגם או פרוספקט ולאחר מכן כתב בחוזה שהם לא מחייבים אבל לא כלל תפריט או מפרט באופן אוביייקטיבי מפורט מספיק וסותר את הדגם הראשוני, והשאלה היא מהם הסעידם שהוא יכו לתבוע? הוא יכול לתבוע את כל הסעדים על הפרת חוזה. כיצד תשתנה תשובתנו אם יתברר שהחוזה כן כלל מפרט לפי החוק? 🡨 הוא לא יוכל לטעון להפרה אלא לטעות והטעיה. כיצד תשתנה תשובתנו אם עוד לפני כריתת החוזה הקבלן הורה לאיש המכירות לעמוד עם הקונים על כל ההבדלים בין הדגמים בחוזה שנכרת? 🡨 אז הקונה לא יוכל לטעון כלום- לא הפרה ולא הטעיה.

סיפור שיכון וביטוח החברה כתבה בחוזה אחיד שכל מה שהוצג לפני החוזה לא תקף. הם ניסו לשלול מעצמם שהדגם לא יהיה שווה ואת המחוייבות לעקרון תו"ל, טעות והטעייה. עקרונית זה לגיטימי אבל החברה לא יכולה לשלול תרופות מעצמה ע"פ חוק. ואם היא לא עונה מפרט מפורט מספיק אז הדגמים.

**שיעור העשרה- אראל אוחנה-חוזה על תנאי(השלמתי מסווט)**

**תנאי= אירוע בלתי ודאי, חיצוני לחוזה, שמתנה את החוזה. קיימות 2 דרישות עיקריות בהגדרתו:** 1) חוסר וודאות- המשמעות היא שהתנאי יהיה אירוע שההתרחשות שלו עשויה לקרות בעתיד ובגלל זה היא בלתי ודאית. בהקשר זה יש להבחין בין תנאי לבין הוראה בחוזה הקובעת מועד עתידי לביצוע. כשההוראה מהסוג השני היא לא....יחד עם זאת הגבול בין תנאי לתניה הוא לא כל כך חד וברור. יש אירועים כמו מוות של אדם שהם אינם בלתי וודאים אבל המועד שבו התרחשו הוא מועד שאנו לא יודעים אותו. 2) חיצוניות- המשמעות שלילית. מה הכוונה? התנאי לא תלוי בהתנגדות הצדדים בעצמם ואי הוודאות נובעת בעצם בתלותו מאירועים חיצונים (צד שלישי או כוח עליון)- הצדדים בעצם לא שולטים בהתקיימות הדרישה הזו.

חוזה מורכב מהוראות חוזיות שנובעות מהרצון של הצדדים ונקבעות על ידם. ההוראות האלה מכונות "תניות" כשלא לכל התניות יש צורה דומה ואחידה כשלענייננו ניתן לחלק את התניות ל2 סוגים:

 1) **תניות שמטילות חובות** על צד אחד לחוזה ובמקביל מקנות זכויות לצד אחר. הסוג השני זה תניות שמקנות את הזכויות החוזיות במאורע חיצוני לא וודאי. כלומר, התניות האלו מקבילות את רצון הצדדים ומכילות תנאים. מה שחשוב להבין זה שלא תמיד התניות האלו מופיעות בחוזה והחוזה יכול בעצם להתקיים גם בלעדיהן. אבל במקום בו הן מתקיימות ומתנות את החיובים החוזיים במקרה זה אנו מדברים בחוזה על תנאי. עוד הבחנה שחושב לעשות בין תנאי לבין תנייה. היא שתנאי לא מופר אלא פשוט לא מתקיים. למשל, שריפה שהיא תנאי לחבות של המבטח בחוזה ביטוח, אם היא לא מתרחשת אז זה לא שתנאי הופר כי ברור שאף אחד מהצדדים לא התחייב שתהיה שריפה, אלא שהתנאי פשוט לא מתקיים. בעצם השאלה היא האם הוראה חוזית מסויימת כוללת התחייבות או תנאי היא שאלה של פרשנות. אנו מפרשים את כוונת הצדדים כשהמפתח לפירוש הוא ס' 25(א) – "אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מהחוזה...".

 2) **תנאי מן הדין**- מדברים על מצב שהחוק קובע תנאי לקיום של פעולה משפטית, למשל חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. בחוק הזה יש ס' 6(א) שמדבר על הסכמת נציגו של קטין כתנאי לתוקף פעולה של קטין (עיסקה שהקטין מבצע באשראי כדי שיהיה לעסקה תוקף). דוגמה נוספת היא בס' 7 לאותו חוק הקובע כי צריך אישור לפעולה משפטית של קטין ע"י ביהמ"ש בכל מינני סוגים של עסקאות למשל עיסקת מקרקעין. פרופ' אנגלרד והשופט ברק במאמרו הביעו את הדעה שאישור ביהמ"ש לפעולות קטין מקנה תנאי מתלה כמשמעותו בחוק החוזים. לעומתם פרופ' פרידמן במאמרו הביע דעה שונה ביחד עם ג' שלו והם סבורים שהסכמת הנציג הנזכרת בס' 6(א) והאישור של ביהמ"ש שנזכרת בס' 7, הם לא בגדר תנאי מתלה.

למה צריך חוזה על תנאי?

בתקופת ביניים מתקיימים שני מצבים: או שהחוזה נמצא על תנאי או שהחוזה נמצא על תנאי מפסיק.

הסיטואציה הקלאסית מדברת על מצב שבו מדובר על עובדה חיצונית לחוזה שעשויה להיות לה השפעה על התחייבויות הצדדים, בגלל זה בעצם הצדדים יכולים להיות במצב שבו הם שוקלים לדחות את הכריתה של החוזה למועד מאוחר יותר שבו התברר להם שאכן התרחשה העובדה ואיך היא יכולה להשפיע עליהם. אלא מה שבדרך הזו יש כל מיני סיכונים ויש גם חוסר וודאות לא רק לגבי התרחשות האירוע החיצוני אלא גם לגבי מידת הנאמנות שהצדדים חייבים אחד לשני או חבים אחד כלפי השני, כל עוד לא נכרת חוזה מחייב. (כל עוד אין חוזה כל צד יכול לעשות כראות עיניו). בנסיבות האלה בו בעצם הצדדים גם רוצים לכרות את החוזה לאלתר, רוצים להתחייב, אבל גם יחד עם זאת הם רוצים להתנות אותו בהתרחשות חיצונית מאוחרת, כאן נכנס החוק ומציע את הפתרון של חוזה על תנאי. שלפי התרון הזה- הצדדים למעשה קשורים בחוזה באופן מיידי אבל החובות והזכויות שלהם מותנות בהתרחשות התנאי בעתיד. כדוג': ראובן עובד במשרד ממשלתי בי-ם והמשרד מתכנן להעתיק את מקומו לת"א. לראובן יש דירה בי-ם והוא רוצה למוכרה אבל רק בתנאי שהוא באמת יכול לעבור, אז הוא מוכן להתחייב לצד שלישי שהוא ימכור לו את הדירה אבל זה רק בתנאי שיעבירו לו את המשרד, ואז הוא מכניס תנאי לחוזה שהחוזה יכנס לתוקף רק במידה והמשרד יועתק לת"א. (חיצוני). למעשה אפשר להגיד שחוזה על תנאי יוצר זיקה בין אירועים עובדתיים לבין התוצאות המשפטיות של החוזה. שבאמצעות החוזה על תנאי מועבר הסיכון של אי-התרחשות התנאי מצד אחד, ראובן בדוג' שנתנו, לצד השני.

\*עוד נק' חשובה- חוזה על תנאי יהפוך לכזה רק כשהצדדים רוצים בכך. כשההתנייה של התוקף הזה יכולה להיעשות במפורש בחוזה- כשהצדדים הגדירו את התניה בצורה מפורשת או בצורה בלתי מפורשת- מושג מתוכן החוזה והנסיבות שלו.

\*\*חוזה על תנאי הוא חוזה שלם מרגע הכריתה שלו. חוזה מוחלט. הוא נכרת בדרך של הצעה וקיבול, צריך מסויימות וגמ"ד. כל התנאים צריכים להתקיים. ההבדל היחיד בינו לבין חוזה רגיל הוא שתוצאותיו האופרטיביות של החוזה מותנות.

ס' 27 לחוק החוזים מבחין בין 2 סוגים של תנאים: 1) תנאי מתלה 2) תנאי מפסיק.

1) תנאי מתלה- תנאי שבהתקיימו תלוי החוזה, כלומר אם התנאי לא יתקיים החוזה לא יצא לפועל. התנאי הזה בעצם מדבר על "הקפאת חוזה" עד ש...

2) תנאי מפסיק- תנאי שבהתקיימותו חדל החוזה מלהתקיים. התנאי הזה מדבר על מצב בו אני כבר נמצא בתוך החוזה והוא מותנה

למעשה התנאי יכול להתנות את החוזה ב2 דרכים:

1) ע"י דחיית הקיום של החוזה על מועד התרחשות התנאי המתלה.

2) או פקיעת החוזה במועד התרחשותו של תנאי מפסיק.

כל תנאי ניתן לנסחו גם כתנאי מתלה וגם כתנאי מפסיק. למשל ניתן להתנות רכישת מכונית מיד שניה בכ שהרוכשת תצליח במבחן הנהיגה ב2 דרכים: הדרך הראשונה ע"י תנאי מתלה- החוזה יכנס לתוקף בתנאי שאעבור את הטסט, דרך שניה בתנאי מפסיק- אם אני לא אעבור את הטסט. מכל מקום התוצאה היא אחת- פקיעת החוזה במקרה שהרוכשת נכשלה במבחן והשבת הכספים ששולמו ומסירת המכונית (בחזרה).\

את ההבחנה הזו שהיא לא פשוטה ניתן להמחיש באמצעות הלכות המתנה. בפס"ד **ברקוביץ' נ' קלימר:** אמא שנתנה לבת שלה כסף בשביל שתטיב את תנאי המגורים שלה ולרכוש דירה גדולה יותר. את הכסף הזה היא נתנה כמתנה אלא שאת המתנה הזו היא התנתה בכך שיתאפשר לה לגור בדירה של בתה עד סוף ימיה. השופט **ברק** קובע בפס"ד הדין הזה שהתנאי הזה הוא תנאי מפסיק ככה שעם ההתרחשות שלו – מרגע שהאם לא יכולה לגור יותר בדירה- החוזה מפסיק להתקיים והאמא שהיא נותנת המתנה זכאית לדרוש את השבת השקעתה כנגד השבת דמי שימוש ראויים.

בין תנאי מתלה למפסיק יש הבחנה ראייתית. כשמדובר בתנאי מתלה אז הצד לחוזה שכלפיו קם החיוב, בעל הזכות, הוא זה שצריך להוכיח את ההתקיימות של התנאי, ההתרחשות שלו. התנאי צריך להתקיים ואז בתהקיים התנאי מתחילים הנכסים לעבור למי שזכאי להם על פי החוזה. אם יש איזשהו ויכוח בשאלה אם התנאי מתקיים או לא אז בעל הזכות הוא זה שצריך להוכיח בביהמ"ש שהתנאי המתלה התקיים. כשמדובר על תנאי מפסיק המצב הוא הפוך. מי שצריך להוכיח את ההתקיימות של התנאי המפסיק זה הצד החייב- כלומר הצד שטוען שהחיובים פקעו עם התרחשות התנאי.

בס' 27(ב) יש חזקה, הס' אומר: "חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון לפי חיקוק חזקה שקבלת ההסכמה או הרשיון היא תנאי מתלה"- הבחנה חשובה שקיימת בין הסכמה של חוזה שטעון הסכמה של צד שלישי או בין חוזה שטעון הסכמה של אורגן גבוה בתוך איזשהו אירגון נמצאת בפס"ד כהן נ' מנהל מקרקעי ישראל (לא בסילבוס).: הותנה ביצוע עיסקה באישור הנהלת מקרקעי ישראל. כשהשופטת שרסברג-כהן קבעה שאישור הנהלת המנהל היא לא תנאי מתלה אלא היא שלב בדרך לכריתתו של חוזה מלא (חלק ממו"מ)- כל עוד לא התקבל אישור ממקור גבוה, אין לזה אישור. הגורם הוא צד שלישי, אך הוא לא חלק חיצוני לצדדים (מדובר על ראש המנהל, כחלק מגוף המנהל). למעשה נכון יהיה לומר שכשקיים צורך חוקי בהסכמה של אדם שלישי או ברשיון אז הצדדים מוחזקים מכוח ס' 27(ב), כאילו התנו את החוזה שבינהם בקבלת ההסכמה או הרשיון. אם לא ניתנה ההסכמה או לא הושג הרשיון- החוזה מתבטל!

חשוב להבין שהחזקות האלה הן חזקות משפטיות, כלומר ניתנות לסתירה. כידוע כפופות עיסקאות מסחריות רבות להסכמה של אדם שלישי או לקבלת אישור או הסכמה משלטונות. יחד עם זאת לא כל חוזה שבו הוזכרו הסכמה ורשיון או שהוזכר בו היתר, הוא חוזה על תנאי. במקרה של צורך בהסכמה של הסכמה או של רשיון, יכול להיווצר מצב כמו שהתעורר **בפס"ד נתיבי איילון נ' בשורה** שבו הצדדים מודעים לצורך לרשיון ולאישור, אבל אחד מהם נוטל על עצמו יכול להיות במפורש ויכול להיות מכללא, את השגת הרשיון או האישור. כשאם הוא לא ישיג את הרשיון או האישור, אז בעצם הוא יחשב למפר של החוזה. אפשרות נוספת, שהצדדים אומרים – נכון אנו יודעים שצריך הסכמה של צד ג' או שצריך להשיג רשיון, אבל אנחנו מחליטים לערוך את החוזה בלא השגתם, ואז בעצם יחולו על זה דיני החוזה הפסול- חוזה בלתי חוקי. כשבשתי האפשרויות שהזכרנו למעשה הצדדים סותרים את החזקה שבס' 27(ב), גם אם באופן בלתי חוקי, הם סותרים זאת.

**שלב א'**: הכריתה של החוזה. בחייו של חוזה על תנאי יש 2 נק' זמן שהן נק' זמן עיקריות. הנק' הראשונה היא רגע הכריתה, כי אז בעצם מתגבש החוזה. והנק' השניה היא התרחשות התנאי, כלעניין התרחשות הזמן הראשונה אין הבדל בין חוזה על תנאי לחוזה מוחלט. מרגע הכריתה החוזה על תנאי מחייב את שני הצדדים.

**שלב ב'**: השלב הקריטי- תק' הביניים. כשתק' זו מתרחשת בין רגע הכריתה לבין רגע התרחשות התנאי. כאשר מרגע ההתרחשות או אי-התרחשות, החוזה עובר ממצב של חוזה מותנה לאחד משני המצבים שהם ברורים יותר: או שהוא מתבטל או שהוא הופך לחוזה רגיל. בתק' הביניים בעצם קיים חוזה מלא אבל התוצאות האופרטיביות שלו מושעות עד להתקיימות התנאי. אבל למרות שהצדדים קשורים ביניהם בחוזה, אי אפשר לבקש אכיפה ואי אפשר לתבוע פיצויים בשל אי קיום. רק עם התרחשות התנאי החוזה מקבל כוח מלא. ורק בנק' זו יש לו תוצאות משפטיות שיכולות להקים זכויות וחובות. כשאנו מדברים על חוזה מפסיק בהקשר הזה, אז בעצם בתק' הביניים אנו מדברים על חוזה מוחלט-חוזה תקף ומחייב- וחוזה על תנאי מפסיק יוצר חובות וזכויות לצדדים מרגע כריתתו. אם זאת במשך כל תק' הביניים, מתהפכת מעל החוזה חרב התנאי המפסיק. החרב הזו מוסרת רק אם התקיימות התנאי או אי-התקיימותו.

שלב ג': התקיימות החוזה. רגע התקיימות התנאי מייחדת אותו משאר החוזים. ברגע הזה של התקיימות התנאי בעצם עובר החוזה המותנה מהמצב המיוחד של חוזה על תנאי בתק' הביניים למצב ברור וחד משמעי או של קיום מוחלט של החוזה או בטלותו.

מה קורה במצב בו התנאי לא מתקיים? מצב בו בעצם יש חוזה מותנה וקיים ספק לגבי זכויות הצדדים וחובותיהם זה מצב של חוסר וודאות. ס' 29 לחוק נועד למנוע מצב שבו אנו לא יכולים לדעת לאורך זמן אם החוזה התקיים או לא. כשהס' אומר בעצם שאחרי התק' שהצדדים קבעו ביניהם, ובאין קביעה כזו אז לאחר "זמן סביר", אם התנאי לא התקיים- בעצם מתבטל החוזה על תנאי מתלה. ההוראה בס' 29 היא הוראה דיספוזיטיבית, כלומר ניתנת להתנייה. אם הצדדים שתקו ולא התייחסו להוראת הס' באיזושהי דרך בחוזה לגבי תחולתו של הס' אז הס' יחול באופן מלא. לעומת זאת אם הם נתנו ביטוי מפורש לאיזשהו הסדר אחר- אז יחול ההסדר שהם נתנו לו ביטוי. תמיד, ככלל, עדיף המועד שהצדדים קבעו ביניהם, ורק בהיעדר מועד כזה אז ביהמ"ש יבוא לבדוק מהו ה"זמן הסביר"? איך יעשה זאת?

 "הזמן הסביר" בדר"כ נמדד מרגע הכריתה, כשהסבירות יכולה להשתנות עקב התפתחויות שמתרחשות לאחר חתימת החוזה וגם עקב התנהגות של הצדדים בעצמם. יש להבין שהצדדים יכולים לעכב התקיימות של תנאי. **בפס"ד שמיר נ' הוך**: מדובר ב"עיסקת קומבינציה" שהרשיון צריך להיות מושג תוך 18 חודשים, ואז חלפו 7-8 שנים והאישור לא הושג, ה7 שנים חלפו מרגע כריתת החוזה ועד משלוח של הודעת ביטול ע"י צד אחד לצד השני. החוזה לא קבע מועד או הגבלת זמן להשגת היתרי בנייה, והשופט בך בעצם ניסה לפתור את שאלת התנאי במועדו, בהנחה שמדובר בתנאי מתלה. כשלדעתו, תק' 7 השנים שבהם לא התמלא התנאי לא חרגה בנסיבות העניין מתחום הזמן הסביר. גם השופט ברק קבע שלא צריך לבטל את החוזה אך קבע זאת מכיוון אחר. הוא אמר שהיעדר רשיון הבנייה הוא בעצם תנאי מפסיק, הוא נתן פירוש שונה לעובדות ולמצגים של הצדדים שבעצם אומר/מפרש, שלפיו הצדדים כל פעם האריכו את תק' הזמן לקבלת רישיון הבניה ולכן לדעתו טרם פקע התנאי המפסיק והחוזה ממשיך לעמוד בתוקפו.

כתנאי מתלה מתקיים אז אמרו שהחוזה הופך למוחלט- וכשהוא לא מתקיים הוא מתבטל. ההתבטלות היא למפרע, כלומר לאחור. החוזה כאילו לא היה בכלל והצדדים זכאים לחזור כל אחד למצב שבו הוא היה טרם הכריתה. כשעם התבטלות חוזה על תנאי מתלה קמה זכות להשבה. ס' 27(ג): "חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה זכאי כל צד לסעדים בשל מניעת הפרתו אף לפני התקיים התנאי"- מדבר על סעדים ואומר כי חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו אף לפני שנתקיים התנאי. ההוראה מחזירה אותנו לתק' הביניים בחוזה על תנאי מתלה היא התק' בין רגע הכריתה לבין רגע התקיימות התנאי. חשוב להבין שכדי לבקש אכיפה עלי להמתין עד לרגע התקיימות התנאי. ההוראות של ס' 27(ג) הם מיועדות להגן על חוזה על תנאי דווקא בתק' הביניים ובעצם לתת לנו סעדים שנוכל לבקשם כדי למנוע את ההפרה של החוזה כמו "צווי מניעה". הס' הזה יותר איזשהו ייצור חוזי די משונה כי מצד אחד יש לי חוזה שאי אפשר לאכוף אותו אבל מהצד השני אני יכולה לתבוע על אירוע שעלול לגרום להפרתו. כשאחרי התקיימות התנאי בנק' זו אני יכולה לבקש אכיפה מלאה, ואז גם אין ספק שכל צד יכול לבקש את כל שלל הסעדים האחרים בגין הפרות. בחוזה על תנאי מפסיק המצב שונה. כס' 7(ג) מדבר רק על חוזה שהיה בו תנאי מתלה והסיבה לכך נעוצה במהות השונה של החוזים האלוף כאשר המהות מתבלטת בעיקר בתק' הביניים. בתק' זו חוזה על תנאי מפסיק הוא לא שונה מכל חוזה אחר, אפשר לאכוף אותו אכיפה מלאה וניתן באופן מלא. זו הסיבה שהמחוקק לא ראה לנכון להורות במיוחד על סעדים בתק' הביניים בתק' של תנאי מפסיק.

מה קורה אם צד מסכל את התנאי?

ס' 28 לחוק משמעותו היא התערבות רצונית של אחד הצדדים לחוזה המונעת את קיומו של התנאי המתלה או גורמת לקיומו של התנאי המפסיק. הוראת ס' 28 נובעת מעקרון תו"ל. הס' בעצם מטיל על הצדדים לחוזה חובת נאמנות והתנהגות לפי רוח החוזה.

שמניעה של קיום התנאי המתלה או שצד גורם להתקיימות התנאי המפסיק זו בעצם ההפרה של חובת תו"ל. התוצאה של הפרה זו היא קיום רעיוני- אם צד ניסה למנוע קיום של תנאי מתלה אז בעיני החוק, ס' 28(א), התנאי יחשב כאילו התקיים. זה יעבוד הפוך על הפוך. ואם צד ניסה לגרום לקיום של תנאי מפסיק אז בעיני החוק לפי ס' 28(ב) זה יחשב לאי קיום. כלומר החוק אומר שאתה לא יכול להתנהג בחוסר תו"ל ולהגיד שהחוזה בעצם לא התקיים כאשר אתה בעצמך גרמת לאי התקיימות החוזה. אפשר להגיד שס' זה גורם להשתק סטטוטורי, צד שגורם לקיום התנאי המתלה- לא זכאי להסתמך על אי קיומו, וצד שגורם לקיום התנאי המפסיק לא זכאי להסתמך על כך.

כמה נק' למבחן: למבחן יש המון חומר. המלצה מאראל: לקחת את כל הכמויות של החומר ולסכם את הכל לאיזה 30 עמודים. לצמצם למינימום עמודים. את כל הפסקי דין את כל ההלכות וכל סעיפי החוק- אבל בצורה מתומצתת. לקחת את השורה התחתונה- דעת מיעוט/דעת רוב. להביא את החומר למצב שאפשר לזכור אותו.

בתוך המבחן קודם כל לקרוא את כל השאלות מההתחלה ועד הסוף פעמיים. פעם הראשונה לקרוא הכל בלי לסמן, פעם השניה עם לסמן. ואז לבחור סדר שאלות. לשים לב גם להיקף הנק' – כלומר לחלק את הזמן בהתאם לכמות הנק' בשאלה. אם החקיקה היא בחומר פתוח יש לסמן את סעיפי החוק הרלוונטיים וראשי פרקים בסילבוס, ולא בקריאה מעמיקה אלא ברפרוף. לדון בסדר כרונולוגי- קודם כל הצעה וקיבול, אח"כ אם יש פגם, אח"כ אם יש הפרה ורק אח"כ לדון בסעדים. לפני שמגיעים לביטול יש להגיע לשלב של הביטול על ידי כל הפרקים של חוק החוזים.

כשכותבים את התשובה תמרקרו שמות של פסקי דין וסעיפי חוק. בסוף המבחן כשמסיימים לכתוב לא לרוץ ולמסור את המחברת, לעבור על רשימת הדברים והסעיפים שמרקרתם ולבדוק שבאמת הזכרתם את כל מה שרציתם להזכיר ובמידה ושכחתם להכניס את זה.

**שיעורים מס'22+23 - 12\1\18 + 12\1\22**

המאמר של פולר ופרדו בעצם מבהיר מה האינטרסים של כל צד, שעליו החוק מבקש להגן, ומה הסעד, הכלי המשפטי, שבפועל מספקים דיני החוזים כדי להגן עליו. פרדו מזהה 3 אינטרסים שלהם דיני החוזים נותן סעד:

1. **אינטרס ההשבה**- אני בא ולוקח מכם משהו על פי הסכם ואתם תובעים ממני להשיב את זה. אתה מחזיק במשהו שהוא שלי ואין לך זכות להחזיק ברכושי. אם עשיתי עושר על חשבון הרכוש שלי, אז בעצם התעשרת על חשבונך. כל עוד החוזה מתקיים יש לי לגיטימציה בהחזקת הרכוש, אבל ברגע שהחוזה מתבטל, אין לצד השני זכות להחזיק במשהו ששיך לי במקור (כסף או רכוש). אם מישהו קיבל משהו בעקבות חוזה, עליו להחזירו לבעליו המקוריים ברגע שהחוזה מתבטל- אין לו לגיטימציה להחזיק ברכוש האחר אחרי ביטול החוזה.

2. **הסתמכות**- השבת המצב לקדמותו, לסיטואציה אלמלא נכרת החוזה. אני פעלתי בגלל ההבטחות שלך ולכן עכשיו אני במצב שהוא יותר בעייתי מאשר מצבי ההתחלתי- אתה גרמת לי נזק באמצעות ההבטחות שלך שלא קויימו, ולכן תחזיר אותי למצב בו הייתי לפני שכרתנו חוזה. \*\*בדיני החוזים אין ס' שמדבר על פיצוי הסתמכות (פיצוי שלילי)- הם חוסים תחת פיצויי קיום. אם נבדוק, נראה שבפסיקה כמעט ולא נותנים פיצויי קיום (פיצויים חיוביים), אלא דווקא פיצויי הסתמכות, אף שהוא לא מצויינים במפורש בחוק. במובן המצומצם- הוצאות שהוצאתי בעקבות החוזה, במובן המצומצם- עיסקה שפיספסתי.

פיצוי שלילי מחזיר למצב בו אלמלא נכרת חוזה, בדומה לדיני הנזיקין שמטרתם להחזיר אותי למצב אלמלא נגרם הנזק.

3. **אינטרס הקיום והציפייה-** כשאתה הבטחת לי את ההבטחה זה לא שציפיתי למצב אלמלא החוזה נכרת, אל אני כבר בחלומות על מה שהבטחת לי. הסעד הכי מתאים והכי אידיאלי הוא אכיפה בפועל, הסעד השני במעלה יהיה פיצויי. אם מכל מיני סיבות אנו לא מצליחים לבצע את סעד האכיפה אז נעבור לפיצויי חיובי. גם אם לא נגרם לך נזק, וכל מה שהנחלתי לך זה רק ציפייה שלא מומשה- זה כשלעצמו מאפשר לצד השני דרישה לאכיפת החוזה או החלופה הכספית לאכיפה.

**למה בעצם אין הצדקה לאינטרס הקיום והציפייה?**

**גישה אחת** אומרת שבעולם אמתי שבו אפשר היה להוכיח בצורה מלאה פיצויי הסתמכות, אין הצדקה לאינטרס הקיום וציפייה. במיוחד פיצוי שלילי רחב הוא קשה להוכחה. אני עשיתי איתך עיסקה אז בגלל זה נמנעתי מלעשות עיסקאות אחרות (שאפשרי שהיו יותר משתלמות), אז למה לא חיפשת עוד אופציות? כי הסתמכתי על העיסקה איתך. אין בעצם הצדקה לאינטרס הקיום, בעולם אמיתי נסתפק בפיצויי קיום. אין משהו באמת קדוש בפיצויי חיובי זה רק כדי להגן על הפיצוי שלילי נרחב.

בעולם אידיאלי בו כל הנתונים קיימים לא הייתי צריך פיצוי קיום, הייתי מסתפק בפיצויי הסתמכות, אבל בעולם הנוכחי בו

בשורה התחתונה אם פולר ופרדו צודקים ואין הצדקה אמיתית לדרוש יותר מפיצוי שלילי, אין אינטרס אמיתי של ציפייה מעבר. כלומר הם אומרים שקשה להוכיח פיצוי שלילי מורחב ולכן עדיף שיהיה אינטרס ציפייה – פיצוי חיובי.

**הגישה השנייה** הולכת לגישות מוסר קאנטיאניות (אהבת לרעך כמוך..) כשאתה מבטיח לבן אדם אחר ויוצר אצלו ציפייה שהיא בעצם הבטחה מחייבת ואז אתה מפר אותה משיקולייך, אתה לא מכבד אותי כבן אדם. לפי גישה זו אין לך כוח לפעול בניגוד להבטחה שלך- אתה לא יכול באופן חד-צדדי, אין לך כוח ללכת בניגוד להבטחה. כלומר בפועל הסעד יהיה אכיפה ובמידה ולא רק אז פיצויים. גישה המדברת על העניין המוסרי שיש בעצם הפגיעה ולכן כן מצדיק את אינטרס הקיום.

לפי פולר ופרדו יש גם מקום לפיצויי הסתמכות, כלומר לא טוענים בצורה כל כך קיצונית לאכיפה.

**גישה שלישית**, מדברת על חיזוק המוסד החברתי של ההבטחה ועל חשיבותה החברתית- גם אם במקרה קונקרטי לכאורה פיצית את הבן אדם באופן שהוא לא נפגע, עדיין הלגיטימציה להבטחה שלך היא בעייתית, ולכן אני צריך לבנות מערכת ערכים שתשקף את ערך המוסדות החברתיים כמוסד חברתי. גישה המדברת לא על האדם הפרטי אלא על החברה שתיפגע אם אנשים לא יעמדו בהתחייבויותיהם- בא להגן על אינטרס היקום.

במבחן: שאלה שבו אין פיצוי שלילי במובן הרחב והצר אבל תהיה שאלת רווח והגענו לחלק של התרופות שבו לא רלוונטי כבר אכיפה כי נגרם נזק – צריך לשים לב לא רק לזה שברמה פורמלית יתנו פיצויי קיום לפי הגישה הישראלית אלא להוסיף את שלושת הגישות ולהגיד שגם אם בתיאוריה זה לא צריך להשפיע אז כשאין נזק אמיתי צריך להיכנס לפיצוי הקיום. לכאורה צריך לתת פיצוי מלא וצריך לשים לב שאם באמת מדובר במקרה נקי שאין חשיבות אלא רק נזק מזוקק – האם מוצדק שהמשפט יגן רק על הבטחה שהופרה ואז נכתוב שזה תלוי בתפיסת היסוד למה יש פיצוי קיום וככל שגישה פחות מזדהה עם הפיצוי קיום (כמו 1) אז היא תנסה בדרכים שונות לצמצם את הפיצוי למובן הצר.

במצב עניינים נורמלי ברור שפיצויי חיובי יהיה יותר גבוה מפיצוי שלילי, כי בעיסקה שבה ההוצאות שלי בעקבות ההיקשרות בעיסקה עולים בסכומם מהרווחים שאני צפוי להרוויח, אין לי אינטרס להיכנס לחוזה. לכן העיקרון שמאחורי הפרקטיקה של פיצוי שלילי לא חותרת תחת הפיצוי החיובי. איפה העניין מסתבך? במצב בו הפיצוי השלילי עולה על הפיצוי החיובי, כדוג' פרשת **מלון צוקים.**

הסוג השני של המקרים אלו מקרים שבהם יש לי צד שהרוויח מההפרה יותר מהרווח שהיה צפוי לי, כמו ב**פס"ד אדרס**. החברה באה ואומרת "אנחנו לא מספקים ברווח שלך אלא אנחנו רוצים את הרווח שהבטחת".

הסוג השלישי הוא מקרה בו אני לא רוצה השבה, פיצוי או ביטול- אלא שאני אקיים את החוזה רק כשאתה תקיים אותו. אני רוצה להשהות את החיובים שלי עד שאתם תקיימו את החיובים שלכם.

|  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- |
| מקבילות בענפי משפט אחרים | סעדים | אינטרס |  |
| דיני קניין\עשיית עושר ולא במשפט | סעד ביטול וההשבה סימטרית- \פועל גם כנגד המפר וגם כנגד והנפגע. | אינטרס ההשבה- מניעת התעשרות שלא כדין | 1 |
| דיני נזיקין | פיצויים שליליים- מחזיר אותי למצב אלמלא נכרת החוזה (ולא אלמלא הופר החוזה).במובן הצר:במובן המורחב: אובדן רווח בעסקה אלטרנטיבית | אינטרס ההסתמכות- החזרת המצב לסיטואציה אלמלא נכרת החוזה | 2 |
| ייחודי לדיני חוזים, אין מקבילה | אכיפה- עדיףפיצוי חיובי- אפשרות פחות טובה | אינטרס הקיום והציפייה | 3 |
|  | השבת רווחי ההתעשרות | אינטרס הערך הכלכלי של קיום הבטחות\ הרתעה מפני הפרה\ האינטרס המוסרי של קיום החוזה | 4 |
|  | פיצוי שלילי שעולה על פיצוי חיובי | פס"ד צוקים- לא ברור מה האינטרס | 5 |

פיצוי שלילי רחב- מביאים הוכחה לעסקה שפספסתי

פיצוי שלילי צר- הוצאות שהוצאתי בעקבות כריתת החוזה

במקרה שבו החוק נותן רק פיצויי שלילי מקבלים גם את הרחב וגם את הצר ובמקרה שבו החוק נותן גם שלילי וגם חיובי – יקבל הנפגע רק שלילי צר וחיובי.

בשנים האחרונות ישנם כמה פס"ד שמגלים שבמשפט הישראלי מתחיל להתעורר סוג חדש של סעדים משפטיים בעקבות הפרת חוזה.

פס"ד אדרס- ס' לחוק עשיית עושר, האם הוא חל על דיני השבה? התשובה היא כן. ב- 01.01.73 נכרת חוזה בין הצדדים בנוגע לאספקת ברזל ב-1.1.74 במחיר שנקבע ב-73. ב-1.6.73 המחירים מאמירים והם יודעים שהם יקבלו הזמנה חדשה של ברזל זה אומר שהם לא יוכלו לספק ברז לחברת אדרס, ובכ"ז היא מתפתה למכור את הברזל הזה לחברה אחרת במחיר גבוה יותר וכך מרוויחה יותר ממה שהייתה מרוויחה אילו הייתה מספקת את הברזל לחברת אדרס. החברה שהפרה אומרת לאדרס שבמקום ברזל היא תיתן לה את הכסף של הרווח שהיה צפוי לאדרס אילו קוים החוזה. במקרה הזה, אדרס הייתה יכולה להיות באותו המצב אלמלא ההפרה- אופציה ראשונה היא ע"י קניית הברזל מחברה אחרת שכן מחיר הברזל התאזן וחזר למחיר המקורי והאופציה השנייה היא לקבל את הכסף מהחברה המפרה, את הפיצוי. מה שמעניין כאן הוא שהחברה הנפגעת הייתה יכולה להשיג את אינטרס הציפייה ע"י קבלת הכסף מהחברה המפרה או ע"י קניית ברזל מחברה אחרת. אבל את אדרס זה לא מעניין אלא מה שמעניין אותה זה שהמפרה התעשרה על חשבונה- השאלה היא אם זה באמת על חשבון אדרס? הרי היא לא הפסידה שום כסף באופן מעשי. אם נקבל את התביעה הזו, אנו מכירים בסעד שהוא מעבר לשלושת האינטרסים שעליהם דיברנו, זהו סעד שייתן לנפגע יותר מאשר הציפייה המקורית שלו. ביהמ"ש פוסק לטובת אדרס. למה ביהמ"ש פוסק לטובת הנפגע יותר כסף ממה שהיה אמור להיות לו אילו התקיים החוזה? חלק מהשופטים הולכים לנימוק המוסרי והחברתי של קיום הבטחות וחוזים. השופט לוין- בני אדם אינם רובוטים. יש כאן איזשהו מניפסט עמוק לטובת קיום ההבטחות, כאשר קיון ההבטחות יותר חשוב מפיצוי הנפגע, כי למעשה הנפגע לא באמת נפגע. יותר חשוב ערך חברתי של קיום חוזים והרתעת המפר. לביהמ"ש יש קו קנייני- רעיונית, הזכות החוזית שייכת כבר לנפגע, הוא צריך גם לקבל את הפירות שהיו צומחים מהעסקה.

יש כמה ניואנסים בפס"ד- האם החברה הייתה יכולה לעשות את אותו הרווח? בהנחה שהיה מקוים החוזה אז אדרס הייתה יכולה לעשות את אותו המהלך שעשתה המפרה, הייתה מוכרת את הברזל גם היא ומרוויחה את ההפרש, ההתעשרות כאן למעשה היא גם ההתעשרות שלה.

מה קורה אם המפרה היא חברה שמספקת מוצרים שבשבלים היא צריכה חומר גלם? לחברה הנפגעת את היכולות הטכניות של המפרה ולכן אם למשל הנפגע לא היה מקבל את מבוקשו מהמפר זה לא שהוא היה יכול לפנות גם לנפגעת המקורית משום שהוא לא צריך את הברזל אלא צריך את המוצר שנוצר מהברזל? כאן הרעיון נופל לטימיון. האם עצם העובדה שעשית רווח מההפרה מספיק או שזה צריך להיות רווח שאני בעצמי הייתי יכול לעשות?

המקרה כאן הוא לא רק שהוא מתעשר, אלא הוא מתעשר על חשבון הנפגע, גם הנפגע היה יכול להיות עשיר יותר. זוהי הגרסה המתונה של פס"ד.

קריאה רדיקלית של הפס"ד- גם אם הנפגע לא יכול להראות שזה על חשבונו כי הוא עצמו לא היה מרוויח אבל עדיין אתה הפרת זה לא בסדר להפר ואני בכ"ז אקבל את הפיצויים.

בהצגה המקובלת אדרס לפס"ד ישראלי, הוא תורגם לאנגלית, הוא הפס"ד הכי מצוטט במיוחד במשפט האנגלו-אמרקאי, במיוחד בקטע של היינו רוצים להשיג הרתעה למרות שלא ממש היה הפסד רווח.

מכאן נולדה תורת ההפרה היעילה- במקרה שבו צד אחד לא יכול היה להיענות להזמנה המיוחדת שהגיע והצד השני היה יכול להיענות זוהי מצווה להפר את החוזה משום שכל הרעיון הוא לייצר רווח. כל הרעיון הוא להגדיל את העוגה. יש כמה דרכים להסתכל על הגישה:

הגישה הבסיסית: המשפט הישראלי הוא משפט שמסתכל מאוד על העניין המוסרי ועל הערך החברתי והכללי- ואלו גוברים על הערך הכלכלי.

פרופ' ליפשיץ אומר שזה יותר מסובך" באיזה מובן זה לא מוסרי לפעול כמו שפעלה החברה המפרה? מי אמר שמוסריות היא דוגמטית, שהיא נדר? אם יש מצב שבו שבנסיבות מסוימות הבטחתי הבטחה וכיום התברר שמימוש ההבטחה תגרום מבחינה מצרפית נזק ואני יכול להבטיח שכל הנוגעים בדבר לא יפסידו ואני ארווח, למה זה כל כך ברור שזה לא בסדר? איך מעמידים כלכלה לעומת מוסר ואומרים תמיד שזה לא מוסרי כשמעדיפים כלכלה? אפשר גם להגיד שזה לא מוסרי מצידו של הנפגע לאכוף את החוזה.

גישה נוספת- מבחינה כלכלית לא בטוח שהלכת אדרס היא שלילית. נטל ההוכחה הוא דבר שגורם לכך שרוב האנשים שנגרם להם נזק מפסידים משום שקשה מאוד להוכיח כמה היית מרוויח ולכן פיצוי חיובי נותן חסר, ולכן יש פיתוי להפר, אופורטוניזם. אנו יודעים שהנפגעים לא יקבלו את הפיצוי האמיתי, יש כאן מערכת תמריצים נכונה. גם מבחינה כלכלית פס"ד זה פחות נורא בטווחים רחוקים.

יש כאן עוד נק'- נניח שאני חברה שרוצה להפר ואני יודעת שיש לי הזדמנות עסקית נהדרת עם הפרש גבוה מאוד. לכאורה, בעקבות הלכת אדרס זה לא משתלם להפר את החוזה. זה לא מדויק, אפשר לפנות לחברה הנפגעת ולהציע לה מן עסקה על חלוקת הרווח מההזדמנות הקיימת (לחלק ביניהם את הרווח במקרה שבו יקבל את העסקה החדשה), יש כאן את טובת המפר והמופר- שני הצדדים צריכים את שת"פ, כל אחד מהם יש וטו- לנפגע יש וטו כי הוא יכול לעמוד על זכויותיו ולפוגע יש וטו משום שהוא יכול להתחמק מהעסקה ולקבל עסקה חדשה- הם יחלקו ביניהם את הרווחים 🡨 זה יוצא שההלכה של פס"ד אדרס היא לא אסון כלכלי, היא לא תמנע הפרות יעילות היא רק תגרום לחלוקת התוצר.

כמה רחוק אפשר ללכת עם זה? כמה קשרים סיבתיים אנו נייחס להפרה? לצורך הדיון נניח באופן תיאורטי- כמו בעבודה – פס"ד אגריפם, עוסק בגבולות העניין הזה.

ככל שהגישה היא יותר פורמליסטית, דוגלים יותר בגישה הכלכלית.

**פס"ד מלון צוקים**- כשמביאים את סך הקבלות שהם הוציאו לעומת תחשיב הרווחים- יוצא שזה חוזה הפסד. דיני החוזים אמורים להפסיד אותי אלמלא הופר החוזה, אז בעצם היה כאן הפסד, אם היו נותנים פיצויי קיום הם עדיין היו מפסידים. עדיף להם לבקש פיצויים שהם הוציאו בעקבות קיום החוזה- האם פיצוי קיום הוא גג עליון, מתוך הנחה שהסתמכות בד"כ נמוכים מקיום? או שפיצוי הסתמכות עומד בפני עצמו? אם יתברר בדיעבד שהחוזה הוא הפסד אז עדיף הסתמכות. פס"ד מבחינת ההכרעה אין בו הכרעה ואנו נשארים עם דיון תיאורטי. חשין הוא היחיד שפוסק פיצוי שלילי גם כשהוא עולה על חיובי. לעומת זאת, מלץ אומר שהגג הוא פיצוי הקיום ולא נותנים הסתמכות אם זה יותר גבוה מקיום.

ככל שיש ערכים מסוריים וכו' אנו מבינים את תפיסת של חשין ותפיסת אדרס

ככל שאנו דוגלים בפיצויי קיום אנו לא בגישת חשין ואדרס.

סיימנו את המבוא לדיני התרופות, עכשיו נעבור לתרופות עצמן.

**התרופות!**

**תרופה ראשונה**, אכיפה- למדנו לעבודה.

**תרופה שנייה, ביטול והשבה-**
אחרי ההפרה יש בפני הנפגע אופציה להמשיך את החוזה, הוא רוצה אכיפה ובמידה והיא לא אפשרית- הוא רוצה פיצויים.
אם הנפגע רוצה פיצויים אז בבקשה אל תטענו בשבילו את סעיפי הביטול וההשבה. יש להחליט רק סמך הנתונים. זה שהבן אדם יכול לבטל לא אומר שהוא רוצה לבטל. המשמעות של ביטול אומרת שמעכשיו לא יהיה חוזה- כלומר אם הוא שכר משהו הוא יצטרך להחזיר אותו, או אם קיבלתי שירות ולפי לוחות הזמנים הצד השני מאחר ונותן לי שירות גרוע. ההחלטה על ביטול היא לא החלטה של העו"ד אלא החלטה של הלקוח – גם במציאות וגם במבחן. צריך שיתקיימו 2 תנאים בשביל ביטול החוזה: 1. שתהיה הפרה. 2. שהלקוח מעוניין בביטול. במידה והתנאים התקיימו אנו נכנסים לתרשים הבא:

**ביטול חוזה**

**זכות ביטול מיידית**

**זכות ביטול לא מוגבלת בשיקולי צדק**

**הפרה יסודית מסתברת (פס"ד ביטון נ' פרץ)**

**הפרה יסודית מוסכמת (חריג- תניה גורפת)**

**הפרה יסודית**

**נדרשת ארכה**

**הביטול מוגבל בשק"ד**

**הפרה לא יסודית (לא מסתברת ולא מוסכמת)**

כאן נכנס הס' שייחודי רק לדיני החוזים: הפרה יסודית או הפרה לא יסודית. סוג ההפרה לא רלוונטי לא לגבי השבה ולא לגבי פיצויים. סוג ההפרה חשוב רק לסעד הביטול! בדיני חוזים מסתבר שיש שני סוגים של הפרות.
כאשר ההפרה היא יסודית אז יש 2 תוצאות- דבר ראשון זכות הביטול שלי היא מיידית. כלומר לאור העובדה שהחוזה הופר הפרה יסודית, החוזה מבוטל. מאפיין נוסף של ביטול בשל הפרה יסודית זה שהוא לא צריך להיות מושפע משיקולי צדק והתחשבות בצד האחר- זכות הביטול מוחלטת. הביטול הוא אוטונומי- אין צורך לפנות לבית המשפט, ואין צורך להודיע לו שבועיים מראש, אלא רק להודיע לצד השני שהחוזה מבוטל בשל הפרה יסודית. \*\*יש כאן סיכון שכן אפשרי שביהמ"ש יקבע שלא מדובר בהפרה יסודית. ברגע שסיווגתי הפרה כהפרה יסודית, אני יכול לבטל באופן מיידי ואני לא צריך להכפיף את הביטול לשיקולי צדק. לעומת זאת, כאשר הפרה תסווג כהפרה לא יסודית אז השיקולים הם שיקולים הפוכים- גם אם אתה צודק והפרו לך, אתה צריך לתת אורכה, לתת "הזהרה" למפר, אם אני לא אעשה זאת, ייצא מצב בו אני בעצמי מבטל את החוזה.

אחרי האורכה, אם הוא לא ביצע את החוזה, גם אז לא באופן אוטומטי ניתן לבטל את החוזה אלא יש להתחשב בשיקולי צדק.

איך הפרה הופכת להיות הפרה יסודית?

**יש שני דברים שיכולים להפוך הפרה להפרה יסודית:**

1. הפרה יסודית מוסכמת- בזמן כריתת החוזה, אני מציין לגבי הפרות שנראות לי קריטיות, שהן הפרות מוסכמות. כאשר יש הפרות שאני מראש לא רוצה שיתקיימו, אני כותב לגביהן בחוזה שהן יסודיות, ברגע שעשיתי זאת ביהמ"ש לא ישקול שק"ד עצמאי. יש חריג: תניה גורפת- אם ס' 8 בחוזה קובע ש-ס' 5-6-7 הם הפרות יסודיות, זה מוגדר בחוק "תניה גורפת", הגריפה "הרסה" לנו את ההסכמה, ביהמ"ש חושד שההסכמה היא לא אמתית אלא איזשהו משהו גורף, ואז יש סיכוי שזוהי הפרה יסודית מסתברת, כלומר ניתן לביהמ"ש שק"ד.

פס"ד מוטה- עו"ד שכתב את החוזה לא כתב בסעיף אחד ששאר הסעיפים הם הפרה מוסכמת אלא כתב בסוף כל סעיף שזוהי הפרה מוסכמת- הוא שיחק משחק וביהמ"ש שיחק איתו את המשחק למרבה ההפתעה, וזוהי ההלכה הרווחת היום בעליון. מה הלקח? אם אנחנו הצד החזק במו"מ, אנו צריכים לקחת את המצבים שאנו חוששים שהצד השני יעשה, ומגדירים אותם בחוזה כהפרה מוסכמת.

במבחן: נניח שהתניה לא גורפת מופיעה בחוזה אחיד- צריך לבדוק את זה לא רק במשקפיים הרגילות של חוזה רגיל אלא האם עצם העובדה שהגדירו הפרות אלה כהפרות יסודיות, לבדוק את זה תחת המשקפיים של סעיף מקפח.

**שיעור מס' 24 – 12\01\25**

1. במקרה שבו תהיה הפרה יסודית וזה יהיה בוטה לגמרי כנגד הצד השני, יהיו שופטים שיגידו ש-ס1 39, תו"ל לביצוע החוזה יעמוד גם כאן. יש כאן מוחלטות במשקפיים פנימיות של הפרה יסודית לעומת הפרה לא יסודית, מבחינת דיני התרופות יש לי זכות מוחלטת לבטל אבל גם זכויות מוחלטות כפופות לעקרון תו"ל.
2. סעד הביטול הוא לא סעד שצריך להחליט עליו רק בביהמ"ש אלא יש להחליט עליו בעצמך- זה דרמטי מאוד אם הפרה היא יסודית או לא. אם היא יסודית- אני יודע שאני יכול לבטל, אבל אם היא לא יסודית, אז בעצם הביטול אני יכול להפוך להיות המפר.

**הפרה יסודית מסתברת**- אם לא הגדרתי הפרה כיסודית, איך ביהמ"ש יחלט אם ההפרה היא יסודית או לא?

**ס' 6 לחוה"ח (תרופות)**- שני מאפיינים בחריג, שניהם נידונים בפס"ד ביטון נ' פרץ.

נניח שיש איחור במסירת דירה בחצי שנה, אני שואל את עצמי מה היה אומר הקונה אם היו אומרים לו מראש שהעברת הדירה תתעכב בחצי שנה? אם התשובה של הקונה תהיה שבסה"כ הכללי גם אם הוא יודע מראש שיהיה איחור הוא עדיין לא היה נסוג מהעסקה אלא מסתפק בפיצויים- אז גם בדיעבד הוא לא יוכל לבטל.

אם התשובה של הקונה תהיה שלילית, שהוא לא היה קונה את הדירה אם היה עיכוב כזה, משום שהוא קנה את הדירה דווקא בגלל שהוא רצה לרכוש אותה בתאריך הקונקרטי- אז ההפרה תוגדר כהפרה יסודית.

**מפס"ד ביטון נ' פרץ ומחריג שמופיע ב-ס' 6, עולות שתי תכונות:**

1. שחזור העבר- אנחנו לא בודקים את המצב עכשיו אלא בודקים את התודעה של הקונה בעת כריתת החוזה. דוג' נוספת- נניח אם אני בעל בית חרושת שיש בו מכונות ואני עשיתי הסכם עם ספק שמספק חלקי חילוף למכונות, וברגע שאני מודיע לו שהתקלקל חלק במכונה הוא צריך לספק לי את החלק תוך 30 יום – נניח לצורך הדיון, שגם אם הוא היה מספק את זה בתוך 40 יום זה לא היה כזה קריטי בשבילי, אפשר להתמודד עם עיכוב של עשרה ימים מבחינתי. מה קרה בפועל? לאחר כריתת החוזה, יש לי לקוח שמשלם לי מחירי עתק אבל הלקוח הוא מערכת בטחונית שחשוב לו בצורה קנאית עמידה בלו"ז והוא בהתקשרות שלו איתי הוא מחייב אותי בלו"ז וברגע שיש עיכוב קטן אני משלם לו קנסות עצומים – במציאות הקיימת, 30 יום של חלקי חילוף הפכו להיות קריטיים וכל איחור עלול להרוס את העסקה עם הלקוח החדש ולכם כרגע במציאות הנוכחית הייתי עומד על זה ש-30 ימים יהיו באמת 30 ימים – אך בזמן כריתת החוזה לא ידעתי על העסקה החדשה ואם היו שואלים אותי באותו מעמד אם זה יפריע לי העיכוב הייתי אומר שלא. מה שאומר ס' 6 עפ"י פס"ד ביטון נ' פרץ שהמבחן הוא לא מבמן לפי המציאות בזמן ההפרה אלא המבחן הוא מבחן המציאות לפי מה שהיה נאמר בזמן כריתת החוזה. לכאורה יחש כאן משהו שנשמע לא הגיוני- למה צריך לקדש את מה שחשבתי בכריתת החוזה ולא את מה שחשבתי בזמן ההפרה?
2. המבחן הוא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי – מבחן סביר- נניח שבשוק בד"כ הנוהג המקובל הוא אספקת חלקי חילוף הוא תוך עשרה ימים אבל רוב האנשים בשוק לא היו שוברים את ההסכם גם אם היה עיכוב של חמישה ימים. אבל נניח, להבדיל מהמקרה הקודם, שהחוזה עם מע' הבטחון היה עוד לפני כריתת החוזה עם חברת חלקי החילוף אבל לא סיפרתי את זה לחברת חלקי החילוף. אבל אם הייתי יודע שהוא מתעכב בעשרה ימים לא הייתי חותם איתו חוזה אבל הצד השני לא יודע את זה- עפ"י פס"ד ביטון המבחן הוא מבחן של האדם הסביר- אם רוב האנשים במצב הזה לא היו מבטלים את החוזה, אז זה שאצלי זה שונה, הצד השני לא יכול לדעת את זה. אבל כאן יש "קסם"- הופכים נטיות סובייקטיביות ל"אדם סביר" ע"י כך שהוא מספר לו את מלכתחילה ואומר לו שיש לו חוזה כזה וכל עיכוב קטן בהספקת חלקי החילוף תהווה פגיעה קשה מבחינתי 🡨 אם הייתי אומרת בזמן כריתת החוזה לספק חלקי החילוף שכל עיכוב יהיה קריטי לי, החוזה תלוי בחוזה אחר, הנזק יהיה גדול, במקרה כזה אני "הפכתי" את הייחודיות של החוזה למשהו שידוע לצד השני ולמרות שאני לא אדם סביר, כיוון שהאדם השני ידע על כך שזה קריטי לי זה ייחשב כאדם הסביר.

**במבחן-** נניח שיש את המקרה של אספקת מוצר תוך עשרה ימים ולא מופיע בחוזה שזוהי הפרה יסודית מוסכמת אבל אצל רוב אנשים עשרה ימים זה קריטי עבורם – היה איחור, האם אפשר לבטל או א"א לבטל? אפשר, בגלל שאמרו מראש שכל איחור הוא קריטי.

מקרה אחר, לרוב האנשים גם כשכתוב עשרה ימים, אז עד חודש זה לא קריטי אך לאדם הזה ספציפית זה קריטי – האם ההפרה היא יסודית? בעקרון לא, בגלל שזה לא עומד במבחן האדם הסביר אא"כ הצד הנפגע הפוטנציאלי יידע את המפר הפוטנציאלי על המיוחדות שלו לפני כריתת החוזה.

כעת נניח שבזמן כריתת החוזה לא היה משהו מיוחד- עדיין בהנחה שאפשר לחיות עם איחור של עשרה ימים – הוא חותם עם מע' הביטחון וכל איחור הופך להיות קריטי, אבל אני שולח פקס לחלקי חילוף ואומר להם שזה מאוד חשוב לי שלא יהיו איחורים. נניח שבפועל החברה לא עשתה כלום עם זה ולא התייחסה. האם הוא יכול לבטל? על פי לשון הסעיף הוא לא יכול לבטל משום שזה לא האדם הסביר 🡨 זוהי לא הפרה יסודית. יש שני מבחנים להפרה יסודית- סבירות וזמן – ההודעה מאוחרת לא מרפאת את בעיית הזמן. אפשר לטעון שיש כאן חוסר תו"ל מצד החברה, וזה יהפוך את ההפרה להפרה יסודית.

לכאורה, אפשר להגיד, כל עוד הודעתי יום לפני ההפרה אפשר להגיד שלא היה לו זמן להיערך, זה לא ייחשב כהפרה יסודית אף אם הודעתי את זה יום אחרי כריתת החוזה לא ניתן לטעון כי לא היה מספיק זמן להיערך, זה כן הפרה.

למאפיינים של הביטול עקב הפרה דומים מאוד למאפיינים של ביטול עקב כריתת חוזה:

1. הביטול הוא באמצעות הודעה לצד השני, ביטול אוטונומי- בעולם אידיאלי הייתי רוצה פס"ד הצהרתי, בגלל הסכנות יכול להיות מצב שאם יש לי מספיק זמן אז אפנה לביהמ"ש ואקבל פס"ד הצהרתי על הביטול, אך ברוב המקרים זה יהיה הרבה יותר מסובך כיוון שאם זהו חוזה שהוא תוך כדי הביצוע שלו ואם אני לא בטלתי אני צריך להמשיך לקיים את המחויבויות שלי – מצד אחד לקחתי סיכון אך היתרון הוא שהצדדים לא מחויבים לחוזה, יש לגיטימציה. לעומת זאת, אם לא בטלתי את החוזה למרות ההפרה, אני מחויב להמשיך ולקיים את החוזה. (עוד בנוגע לנושא הזה נדבר על "השהייה").
2. דרך ההודעה חייבת להיות חד משמעית- א"א לאכול את העוגה ולהשאיר אותה שלמה, צריך להחליט מה רוצים – אם כותבים מכתב שלא מבטא את הביטול באופן חד משמעי, אז הצד השני יכול לטעון שלא היה ביטול משמעי. אפשר לתת אורכות חסד במכתב אך אם החלטנו לבטל זה צריך להיות מכתב חד משמעי- יכול להיות בכתב, בע"פ או בהתנהגות- הדרך היא לא חשובה אך מה שחשוב הוא החד משמעיות.
3. הזמן הסביר- בדיני חוזים זה לא רק "רעים וטובים"- גם לרעים יש זכויות, גם למפר יש אינטרסים שהמשפט רוצה להגן עליהם גם אם הם פחות חשובים מהאינטרסים של הנפגע. הנפגע לא יכול במשך הרבה זמן להתעכב עם ההחלטה על הביטול, בגלל שיש את אינטרס ההסתמכות של המפר. הזמן הסביר הוא מאוד חשוב בכל הנוגע לעניין הביטול.
4. השיקולים לביטול בעקבות פרק זה, דומים מאוד לשיקולים בעקבות פרק ב'.

לגבי הנושא של ה"זמן הסביר" יש עוד נק'- מה קורה אם עבר הזמן הסביר? נניח לצורך הדיון שהייתה הפרה יסודית אבל לא ביטלתי בתוך זמן סביר – מכל מיני שיקולים – יש כאן שתי חלופות:

1. בפועל הצד השני קיים את החלק שלו בחוזה, עפ"י החלופה הזו, אני לא יכול לבקש ביטול, נכון שהוא ביצע את החובות שלו כלפיי מאוחר אך הוא ביצע אותן, הוא תיקן את ההפרה- אין לי זכות לבקש ביטול.
2. הצד השני לא תיקן את ההפרה, הוא לא ביצע את החובות שלו כלפיי- םס"ד אבו זייד נ' ברוך ופס"ד רונן – עבר הזמן הסביר והחוזה לא בוטל וההפרה לא תוקנה ע"י המפר. פס"ד מעלה אדומים- החברה הייתה צריכה לספק קניון בצורה מסוימת והייתה צריכה לספק אותו בצורה אחרת וזה מהווה הפרה יסודית- יש לי זמן סביר לבטל וברגע שלא ביטלתי אז זה אבוד לי לגמרי.

אם הצד השני לא תיקן אחרי הזמן הסביר , מתחדשת לי הזכות לביטול 🡨 יש שתי אופציות:

1. כל עוד המפר ממשיך להפר גם אחרי הזמן הסביר, הוא ממשיך את ההפרה היסודית והוא מחיה את ההפרה היסודית וכך נשמרת לי הזכות לביטול.
2. אפשרות הפוכה- אחרי הזמן הסביר, הנפגע ויתר לגמרי – עפ"י האפשרות הזאת, לנפגע יש חלון זמן אחד, "הזמן הסביר", הוא לא מתחדש – אם לא ביטלת בזמן הזה, מבחינת ביהמ"ש וויתרת על זכות הביטול, זכות הביטול קיימת רק פעם אחת.
3. בפס"ד שקראנו, ביהמ"ש הלך לאפשרות אמצע (אבו זייד ורונן ) – כאשר אתה לא ביטלת בזמן הסביר, אתה לא איבדת לעד את הזכות שלך לבטל אלא איבדת את ההפרה כהפרה יסודית, ההפרה הפכה להיות הפרה לא יסודית, זה אומר שני דברים:
* יש לתת אורכה מחודשת למפר, אתה לא יכול לבטל על דעת עצמך בלי אורכה.
* הנפגע כפוף לשיקולי צדק – ביהמ"ש עלול להגיד שזה מאוחר מידי, יש להסתפק בפיצויים בלבד.

אם יש במבחן סיטואציה שבה מישהו הפר לנו חוזה- המשמעות היא – ביהמ"ש יכול לפרש את זה כויתור על זכות הביטול או יכול לפרש את זה כהפרה לא יסודית, צריך לתת אורכה ואף ביהמ"ש יכול להכפיף את זה לשיקולי צדק – אפשר להגיד שבתיאוריה יש כמה אפשרויות אבל בית המשפט פוסק רק לאפשרות האמצע.

לקרוא פס"ד אריגמן ומעלה אדומים.

אורכות חסד: הפרו לי את החוזה, אני רוצה לבטל את העסקה כי היא לא משתלמת, אך בכ"ז אנחנו רוצים לצמצם סיכונים ומה שמ'קובל לעשות זה אורכת חסד – אני לא רוצה שהאורכה תתפרש כאילו זוהי הפרה לא יסודית, כי אז יכפיפו אותי לשיקולי צדק, באורכת החסד אני אומר לצד המפר – עקרונית, בגלל ההפרה אני הייתי יכול לבטל באופן מיידי אבל לפנים משורת הדין ומתוך רצון לשת"פ אני נותן לך אורכת חסד כדי לקיים את החוזה. מה הרווחתי מזה? אם ביהמ"ש ייקבע בדיעבד שההפרה הייתה לא יסודית אבל היה מוצדק לבטל- אם הייתי מבטל באופן מיידי אז הייתי נחשב למפר אז אורכת החסד מגבה אותי. צריך לחדד שמדובר באורכת חסד כדי שלא יתפרש שאנו מודים בזה שההפרה היא לא יסודית. יש כאן סיכון, שבסופו של דבר הוא ירצה לקיים את החוזה למרות שהצד הנפגע רוצה לצאת מהחוזה, במקרה כזה אם אני בטוח שההפרה היא יסודית לא כדאי לי לעשות את זה – אם אני עו"ד אני צריך להסביר ללקוח את כל האופציות- למה כדאי ולמה לא כדאי לו אורכת חסד.

**בהפרה יסודית אם אני צריך לנמק מה הייתה ההפרה שלך?** מצד אחד, למרות האינטואיציה המאוד חזקה להודיע למפר על מה הביטול, אך לכאורה אם מדובר בביטול על הפרה יסודית למה זה משנה אם מודיעים או לא מודיעים על מה הביטול? יש פסיקה ישנה שקובעת כי מכתב שמבטל את החוזה עקב ההפרות היסודיות בלי לנמק כן תופס. אך בפס"ד רונן מסתבר שהנימוק להפרה יסודית היה שגוי, אך הייתה סיבה אחרת שלא הופיעה בתוך המכתב ואז ביהמ"ש קבע שהעובדה שאתה נקבת סיבות שגויות, גורמת לכך שהודעת הביטול פסולה ולכן החוזה בתוקף. נראה כי לכאורה עדיף לשתוק- אם אני מדבר בצורה כללית על ההפרות החמורות אז זה בסדר כי אף אחד לא מחייב אותי לנמק ולעומת זאת אם עשיתי ביטול שגוי אז הביטול נפסל- אם הפרשנות של פס"ד רונן הוא שאסור לתת נימוק שגוי, אז זה לא כדאי לתת נימוק. אם הפרשנות של פס"ד רונן היא שצריך לתת נימוק נכון אז כן צריך לתת נימוק. מה שאנו יודעים בוודאות הוא, שנימוק שגוי בפסול ולא יודעת אם נימוק דו משמעי יכול להתקבל או לא.

**הסעד בעקבות הביטול-**

1. הסעד הוא השבה-השבה לא שוללת את הזכות לבקש גם סעדים אחרים. מהי התוצאה הישירה של הביטול? השבה- מניעת התעשרות שלא כדין, ברגע שהחוזה מבוטל כל צד אחד מחזיק דברים שהוא קיבל מהצד השני על פי החוזה והוא לא אמור להחזיק אותם, השבה היא כמעט סימטרית- כשבוטל החוזה כל צד מחזיר לשני את מה שהוא נותן בעקבות החוזה. מבצעים השבה בעין, ורק אם זה הגיוני לבצע את בעין אני עושה החזרת שווי- ס' 9 לחוה"ח תרופות- נותנים יתרון לנפגע, יכול לבחור בין השבה בעין (השבה של החפץ) לבין השבת שווי 🡨 מלבד העובדה הזו, ההשבה היא סעד סימטרי.
2. בטבלת האינטרסים ראינו כי רעיון ההשבה הוא נגזרת של חוק עשיית עושר ולא במשפט- ברגע שהחוזה מבוטל אין לגיטימציה להחזיק מה שקיבלת בעקבות החוזה. בעבר היה מי שאמר שנכון שזה קשור לדיני עשיית עושר ולא במשפט אך ברגע שיש הוראה ספציפית בדיני החוזים היא ממצה את דיני ההשבה, צריך להסתכל רק בחוה"ח ולא בחוקים אחרים כמו דיני עשיית עושר ולא במשפט. אבל כיום, כמו שראינו בפס"ד אדרס- ביהמ"ש תיאר את דיני עשיית עושר כ"נשר גדול" שיש לו כנפיים שפרושות על כל סעיפי ההשבה במשפט הפרטי – כלומר בדיני ההשבה, פרט ל-ס' 9 , אנו צריכים ליישם עליו את ההוראה של עשיית עושר ולא במשפט, הוראת ס' 2 לחוק עשיית עושר – ס' זה מאפשר לביהמ"ש משיקולי צדק לעשות השבה חלקית- כלומר, בניגוד לסימטריה שתיארנו שלא משנה מי טוב ומי רע עושים השבה לכולם באותה הדרך, ס' 2 מאפשר לבית המשפט להכניס גם בסעד ההשבה שיקולי צדק. מתי זה יבוא לידי ביטוי? נניח שיש חברה שהעובדים בה הם בעלי המניות, וקובעים כי גוף מסוים, המשקיעים, מתחייבים שכל עובד שפורש מהחברה לקנות ממנו את המניות במחיר מסוים. יש בעיה – מה קורה אם העובדים שהולכים לפרוש וכולם יבואו לבקש מהמשקיעים לקנות את המניות? המשקיעים יישארו ללא כסף לכן קובעים תקופת חסימה של 7 שנים שבהן לא ניתן לקנות את המניות ויש חריג לפרוצדורה הזו שניתן לבקש את זה בפחות מ-7 שנים. יש קבוצת עובדים שפרשו ובאו למשקיעים וביקשו חריג לקנות אחרי שנתיים והמשקיעים הסכימו- אפשר להניח שהמשקיעים הפרו את החוזה בכך שלא ביצעו פרוצדורה מסוימת בחוזה ולכן הם הפרו, וההפרה היא יסודית. מה קרה בינתיים? עברו השנים והמניות של החברה קפצו ואז העובדים שפרשו באים ומבקשים לבטל את החוזה. יש כאן שלושה שלבים:
3. האם יש הפרה? יש הפרה והיא יסודית, זה נתון לנו.
4. האם הם ביטלו תוך כדי זמן סביר? זהו לא זמן סביר, הם רכבו על תנודות השוק. אך נניח לצורך הדיון כי העובדים טונים כי רק עכשיו הם גילו שהייתה הפרה ולכן זה כן זמן סביר.
5. הם מבקשים ביטול והשבה- יחזירו להם את הכסף ויקבלו בחזרה המניות- הם צריכים לבחור בין השוות שווי לבין השבת המניות – הם בוחרים להשיב את המניות ולא שווי. המשקיעים יכולים להגיד על פי ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט שהם מנסים להתעשר שלא כדין- הם באו למשקיעים וביקשו להיות חריגים ולקנות את המניות אחרי שנתיים, הם ניסו לברוח מההפסדים של החברה ועכשיו הם מגלים שיש בעיה פורמאלית פרוצדוראליות והם רוכבים על זה, בעוד שאם החברה הייתה מפסידה באמת, המשקיעים לא היו מקבלים פיצויים 🡨 האינטראקציה בין ס' 9 לחוה"ח (תרופות) ל-ס' 2 לעשיית עושר כאן יכולה להביל ביהמ"ש חכם לפסיקה נכונה. צריך לקרוא את ס' 9 במשולב עם ס' 2.

פס"ד כלנית – לקרוא.

**שיעור מס' 25- 12\01\29**

**השעיית קיום-**

כשחוזה מופר יכולים להיות שני מצבים:

1. בגלל שהצד השני הפר את החוזה אני כבר לא מעוניין בעסקה – במקרה כזה אני אנסה ללכת על ביטול – אקבל השבה ולא אצטרך למלא את מחויבויותיי.
2. אני לא אבטל את העסקה – ניתן לתבוע פיצוי בביהמ"ש אך להמשיך בחוזה.

בסוג מסוים של חוזים הפתרונות הללו לא יעילים:

למשל אם אנו קונים דירה בפרויקט רב שלבי – תחנות של תשלומים ותחנות של ביצוע – ואנו כבר רואים שהצד השני מתחיל לזייף, לא עומד בזמנים ובאספקת הסחורה, אבל אנו לא רוצים לבטל את החוזה – במיוחד כאשר מדובר בחוזה שהוא עדיין בביצוע, נמשך- פינג פונג של שלבים, אז אנו נמשיך לקיים את החוזה כאשר הצד השני כל הזמן מפר אותו. מה שהיינו רוצים לעשות זה לעצור ולהגיד לצד השני שהחוזה לא מבוטל אך מאחר שאתה הפרת אותו אני משהה, מקפיא את מחויבויותיי עד שאתה תקיים את מחוייביותיך . בדיני התרופות לא נמצא את הסעד שלכאורה מאוד אינטואיטיבי שאומר- אני לא מבטל את החוזה אך מקפיא את עשיית החלק שלי עד שתעשה את החלק שלך. כלומר בסיטואציה בחיים- אם צד מפר אבל הצד השני מפסיק לעמוד בהתחייבות שלו- הוא הופך גם למפר. אם ביטלת יש משמעות- השבה אך אם לא ביטלת אתה צרייך עדיין להמשיך ולקיים את החוזה.

*אנו עוסקים בשני מישורים:*

1. *המישור הראשון- התכנון החוזי-* הפרה יסודית, מצדים שנכנסים לתוך החוזה כדי שלא יהפכו להטעייה. בשלה הניסוח של החוזה איך אני יכול מראש לחשוב על פתרון הבעיה. אני צופה שהצד השני לא יעמוד בהתחייבויות שלו ואני לא רוצה להיות במצב שאם הוא לא עומד בהתחייבות הדבר היחיד שאני אוכל לעשות זה לבטל את החוזה כאן מגיעים ליחסים בין החיובים בחוזה. נכון שפורמלית המו"מ נכנס לחלק של כריתת החוזה, אך זה שייך לתרופות. יש סוג מסוים של חיוביים – חיובים עצמאיים. מה זה אומר שכל אחת מהמחויבויות עומדות באופן עצמאי? אם מישהו הפר את ההתחייבות שלו- הדרך היחידה שלך זה לבטל את החוזה, אך אם מישהו הפר את החוזה ואתה לא ביטלת את זה אתה חייב לעמוד בהתחייבות שלך לפי החוזה. סוג נוסף של חיובים הם חיובים מותנים- התשלום הראשון יהיה מיד עם השלמת השלב הראשון, התשלום השני עם השלמת השלב השני 🡨 לא השלמת את השלב, לא תקבל כסף. חיובים שלובים – צריך להראות לנו שהוא מוכן לבצע את השלב ואז אנו משלמים ורק אז הוא מבצע את השלב. לצורך הדיון שלנו, ההבדל בין שלובים למותנים הוא ניואנס פחות חשוב לנו כרגע, אך מה שחשוב הוא שבשלובים נוצרת לנו דינמיקה שבה אם הוא לא מקיים את החיוב שלו אז אני יכול להקפיא, להשהות את החלק שלי. אם אני אנסח את המחויבויות כמותנות או כשלובות אז אני אייצר לעצמי את סעד ההשהייה.

מה קורה אם לא כתוב בצורה ברורה שהחיובים הם מותנים\שלובים? מופיע שהתשלומים והביצוע הם באותו היום אך לא מצוין במפורש שהחיוב הוא שלוב או מותנה?

עמדת המוצא של המשפט הישראלי **בעבר** הייתה עמדה שברירת המחדל היא חיובים עצמאיים. במשפט הישראלי למעשה אם לא היה מנסח חכם שמראש היה משלב או מתנה, אז גם אם הצד השני היה מפר אתה היית חייב לבטל או לקיים. העמדה הייתה מאוד נוקשה. ישנם שלושה מהלכים:

1. הגדרת החיובים כחיובים משולבים וחיובים מותנים כברירת מחדל.
2. **פס"ד שוחט נ' לובליאקר**- שילוב דרך עקרון תו"ל, ס' 39 לחוה"ח (חלק כללי)- גם אם החיוב היה במקורו חיוב עצמאי, עדיין בנסיבות מסוימות, זה לגיטימי לבוא לצד השני ולדרוש ממנו לקיום את החיובים שלו ורק אח"כ אני אקיים את החיובים שלי. כאן אנו עוברים למישור השני:
3. *המישור השני- הטענות בביהמ"ש*- אומר שבמקרים מסוימים עקרון תו"ל יכול לחייב את המפר להסכים לשילוב של חיובים.

**פס"ד מגדלי באך-** ביהמ"ש אומר שברירת המחדל היא דווקא חיובים שלובים. אם אתה רוצה חיובים עצמאיים אתה צריך להדגיש שהחיובים הם חיובים עצמאיים בניסוח החוזה 🡨 אם החוזה הוא לא ברור אז ברירת המחדל היא שהחיובים הם שלובים ואפילו הם זה כן ברור שהחיובים הם עצמאיים מתוך החוזה אז יכול להיות שעדיין יחשיבו את זה כחיובים שלובים.

1. **פס"ד ארבוס-** אם בחוזה אחיד הגדרת חיוב כחיוב עצמאי אז ייחשב כתנאי מקפח – בית המשפט יפסול את התנייה ויגיד שהיא תנייה מקפחת.

בהתחלה, המצב היה מאוד בעייתי לצד הנפגע, אך המצב הנוכחי שלפני פס"ד דנז'ו יוצא מצב שהוא יותר מידי לטובת הנפגע – זה בעייתי, לא תמיד המפר הוא הרע.

נניח שהמפר לא מקיים התחייבות מסוימת כי הוא לא יכול להמשיך ולקיים אותה – בעולם הביטול יש כללים מאוד ברורים שמגנים גם על המפר :

1. זמן סביר לביטול החוזה ע"י המפר
2. אם ההפרה לא יסודית אז הנפגע צריך לתת אורכה, יכול להיות שאם מדובר בשיקולי צדק אז יגידו לנפגע שלמרות ההפרה הוא לא יכול להמשיך ולקיים את החוזה.
3. ההודעה צריכה להיות ברורה- הנפגע צריך להודיע למפר אם הוא מבטל או לא מבטל, אם ההודעה היא לא ברורה היא תהיה חסרת תוקף.

כל אלו, לא קיימים בגלל נוסחת האיזון שהצגנו עכשיו – הנפגע תמיד "מנצח" – מבחינת הנפגע יכול להנות מקיום החוזה ולא לקיים את חלקו, אין לו מחויבות של זמן ושל דרך הודעה, הוא לא מודיע לנפגע אני לא מבצע את החוזה כי אני מבטל את החוזה – הוא לא משלם אולי כי הוא מפר את החוזה? אולי כי הוא משהה? אי אפשר לדעת. אין הבחנה בין הפרה יסודית לבין הפרה לא יסודית – האם נכון שבחוזה מורכב אני יכול להקפיא את כל המחויבות שלי?

אנחנו צריכים לחשוב על מצבו של המפר אם ניקח ברצינות את שלושת המהלכים שעשינו.

**פס"ד מוסנגרו-** מקרה מעוות, הקונים קיבלו את החזקה בלי לשלם תשלום אחרון מאחר שהמוכר לא נותן להם לשלם אותו, הוא לא חותם להם על מסמכים מסוימים שנדרשים לצורך התשלום האחרון. ביהמ"ש בכלל דן האם הוא צריך לתת לקונים סעד וקובע שמוכר כן היה צריך לחתום על החוזה ולכן המפר המקורי הוא דווקא המוכר. בפועל, הקונה לא תבע את המוכר, יש לו דירה שלא רשומה על שמו בטאבו אבל הוא קיבל את המפתח וגם לא שילם את הכסף. המוכר תובע את הקונה בעטנה שהוא מפר את החוזה בגלל שהוא לא שילם והקונה טוען שדווקא המוכר הוא המפר כי הוא לא חתם לו על מהמסכים שיאפשרו לו לשלם על הדירה. יוצא מצב שבו המוכר מפר את המשכנתא והקונה מפר את התשלומים 🡨 הוא לא ביטל ולכן הוא המפרץ בפסיקה הישנה –

בפסיקה החדשה- נכון שאני לא ביטלתי אך זה עדיין לא אומר שאני צריך להמשיך בעסקה, החיוב שלי לשלם הוא שלוב לחיוב שלך לחתום לי על המסמכים, איך אני אשלם אם אתה לא חותם לי על הטפסים? כמה שנים יכול הקונה לשחק את המשחק של ההקפאה? המוכר לא חתם על הטפסים בגלל הבלגן התכנוני שהוא עשה, הוא כנראה לא יכול לחתום בכלל, אלא במאמצים שיהפכו את העסקה ללא כדאית. נוצר "לימבו"- מצב שבו המוכר לא חותם והוקנה לא משלם וגר בדירה "חצי בחינם". לכן לכאורה במצב כזה היה נכון להגיד שההשהיה הופכת להיות ביטול- האם אפשר למשוך את ההשהיה כל החיים? ביהמ"ש מתחיל לעשות סדר, קובע כי :

1. צריך להודיע על זכות ההשהיה בזמן סביר
2. זכות ההשהיה לא יכולה להימשך לעד.

השופט עמית לא רצה לקבוע מסמרות אלא רק רצה להתחיל לעשות את הערת האזהרה- נותן התחלה של מגבלה על סעד ההשהיה- זהו אמנם סעד אך לא ניתן להשהות על כל הפרה, רק על הפרות חמורות ויסודיות, צריך להודיע בבירור על הרצון שלך וההשהיה לא תתקיים לעד, בשלב מסוים את צריך לקבל החלטה.

**במבחן**: נניח אם הלקח הכי גדול שלנו בקורס הוא מטרות עסקיות של הלקוח- נניח בסיטואציה שמגיע אלינו נפגע, אז אנו צריכים לספר על שלוש חלופות:

1. ביטול על כל משמעויותיו
2. שילוב – צריך להודיע וזה לא על כל הפרה וזה לא לנצח
3. קיום החוזה ולדרוש פיצויים.

זה חשוב לדרך בה אנו מנתחים שאלה של הפרה במבחן.

אם שואלים מה האפשרות שעומדות בפני הנפגע, דנים בשלוש האפשרויות הנ"ל ובאפשרות של שילוב לומר שאם זו הפרה לא יסודית אז יכול להיות שבית המשפט לא יתייחס לחיובים כשלובים, להשאיר את זה עמום, זה לא הוכרע בפס"ד מוסנגרו.

לשים לב באיזו פוזיציה אנחנו – זמן קצר מאוד אחרי ההפרה או הרבה זמן אחרי ההפרה – אם המבחן כבר תיאור מציאות שבה צד אחד הפר בגלל ההפרה של הצד השני נוכל להשתמש בסעד ההשהייה.

אם עכשיו הייתה הפרה אנחנו יכולים לייעץ לו שישלח הודעת ביטול, ננסה להוכיח שיש ביטול 🡨 זמן סביר. אם ההפרה נעשתה וכבר אין פרק זמן סביר- ננסה להוכיח שכן התבצע ביטול.

**סיכול**

ההתחייבויות בדיני חוזים הן התחייבויות מוחלטות – אם לא קיימתי את ההתחייבות אני נחשב כמפר בלי קשר לאם אני רשלן או לא, האם אני אדם רע או טוב. אין בדיני חוזים כמו במשפט פלילי קטגוריות של כוונה פלילית 🡨 האשמה כלפי המעוול בנזיקין והפושע בפלילי.

אך יש מגבלה עילת הסיכול – עוסקת במצבים של "כוח עליון" – דברים שגרמו לך להפרת החוזה שלא היו בשליטתך, אירוע לא צפוי 🡨 נוצר מתח מאוד חזק בין תפיסה סטטית לבין תפיסה דינאמית.

תפיסה סטטית- כשאני חותם חוזה אני צריך לחשוב על כל המצבים האפשריים שעלולים לקרות – להכניס לחוזה סעיפים שאתה אומר " אני לא לוקח אחריות על הפרה במקרה של....". דוג' למקרים כאלה – עלייה במחירים של מוצרי הגלם שקשורים לחוזה – אם אתה רוצה שאז החוזה יופר אז עלייך לציין את זה או להצמיד את זה למדד כלשהו.

הגישה הדינאמית – אתה אף פעם לא יכול לחשוב על כל התרחישים והמצבים – גם אם אתה לוקח בחשבון עלייה של מחירים אך אתה מצפה לעליה מתונה ולא דרמטית – אז במקרה כזה ניתן להפר את החוזה.

במשפט הישראלי, הסעיף שאמור היה לטפל בנושא הזה הוא סעיף 18 לחוה"ח (תרופות) – כמו שהעברנו את סעיף ההשהייה מדיני תוכן החוזה לדיני התרופות כך נעביר את ס' 18 מהתרופות לתוכן החוזה.

ס' 18 – אם היה אירוע שלא ניתן היה לצפותו מראש, אז לא הנפגע לא יוכל לקבל אכיפה או פיצוי ברגע שהייתה הפרה.

18. (א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

פטור בשל אונס או סיכול החוזה

 (ב) במקרים האמורים בסעיף קטן (א) רשאי בית המשפט, בין אם בוטל החוזה ובין אם לאו, לחייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה או, על פי בחירה כאמור בסעיף 9, לשלם לו את שוויו, ולחייב את המפר בשיפוי הנפגע על ההוצאות הסבירות שהוציא ועל ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר לשם קיום החוזה, והכל אם נראה לבית המשפט צודק לעשות כן בנסיבות הענין ובמידה שנראה לו.

ס' זה מוגבל כי הוא מפיע כטענת פטור מפני תביעה נגדך ולא כטענה שלך לשינוי החוזה. מה הכוונה? אם אתה המפר, אתה יכול להתשמש בזה רק טענץת הגנה בתביעה נגדך, שתמנע מתביעת פיצויים נגדך. אבל לפעמים אני רוצה להשתמש בשינוי נסיבות לא כטענת הגנה אלא טענת התקפה – לא רוצה לבטל החוזה אלא דורש לקיומו תוך התחשבות בתנאים החדשים שלא צפינו מראש, עילת היסכול לא תעזור לו- לא נותנת פתרון לאדם שרוצה לקיים החוזה אך בתנאים חדשים.

נניח שאני מתכנן כפר נופש שיהיה בצורה מסוימת והתחייבתי לתת לצד השני יחידה בכפר ומסיבות שלא צפינו לא אוכל לתת לו את היחידה בצורה שהובטחה אך הייתי רוצה לקיים את החוזה כשאני לוקח בחשבון את המציאות החדשה שאותה לא יכולתי לצפות מראש – דורש שביהמ"ש ישנה את החוזה. הקונה לא רוצה את היחידה, הסיכול לא יעזור לי, אני לא רוצה טענת הגנה אלא טענת התקפה – שביהמ"ש ישנה את החוזה.

הפסיקה הישנה הוציאה להורג את ס' 18 – "הכל צפוי" – באחד מפס"ד מדובר על אדם שהמפעל שלו היה באוגנדה, בתקופה בה היו הרבה מפעלים ישראליים באוגנדה, ואז הייתה מהפכה וגירשו את האיש ואת המפעל שלו וכתוצאה מכך הוא לא עמד במחויבויות שלו. בא הקונה הפוטנציאלי ותבע אותו על הפרה, והמפר טען כי הוא לא יכל לצפות זה, ביהמ"ש קבע כי היה עליו לצפות בגלל שאפריקה היא מקום לא יציב והיה עליו לצפות מהפכה.

הפסיקה של ביהמ"ש העליון עד סוף 1990, אנו מגלים שעילת הסיכול כמעט לא ממומשת, מראש המחוקק הגביל אותה שעשה אותה רק טענת הגנה ולא התקפה ונתן ביטוי מצומצם יחסית למאורעות שלא ניתן לצפות ובית המשפט צמצם את זה עוד יותר, גישה סטטית ומאוד נוקשה.

הפסיקה המקורית הזה היא מאוד נוקשה בישראל:

1. המשפט הישראלי בא ואומר גם אם נגדיר אירוע כמסכל אז כל מה שזה ייתן לך פטור מאכיפה ופיצויים אך זה לא ייתן לך אפשרות לתבוע את שינוי החוזה.
2. ההדרה מהו אירוע מסכל מוגדרת בחוק כאירוע לא צפוי – בית המשפט לוקח גם אירועים מאוד חריגים וקובע שהם כן צפויים. בנושא זה אפשר להצביע על כמה שינויים בפסיקה החדשה, אף שינוי הוא אינו מכריע:
3. פס"ד הראשון שמבטא את המגמה החדשה, **פס"ד רגב-** מד"י נתקעת עם סטוק גדול של מסכות אב"כ לפני מלחמת המפרץ הראשונה ואז מגיעה חברה שמייצגת חברות כימיות בארה"ב ומוכנות לקנות מהמדינה את המסכות שעוד מעט יפוג התוקף שלהם ונקבע מחיר מאוד זול. זמן קצר אח"כ פורצת מלחמת המפרץ, מד"י צריכה את כל המסכות האלו והיא נדרשת לקנות את המסכות שהיא עצמה מכרה במחיר שהוא גדול בהרבה ולכן היא מבקשת להתנער מהעסקה המקורית בטענה שהיא לא צפתה את המלחמה. בפועל, מאחר שמדובר במד"י, ביהמ"ש מעדיף להכריע את פס"ד על דוקטורינת "הבטחה מנהלית"- למדינה מותר להתחרט כשהיא מבטיחה משהו. בניגוד לדיני חוזים, שהרעיון שלהם הוא התסמכות ולכן אסור להתחרט, מדינה כשהיא פועלת כמנהלית ולכן קיום ההבטחות הוא רק אחד מהערכים הרלוונטים אך יש עוד ערכים שבגינם למדינה יש זכות להתנער מההבטחה. שופטי הרוב מבטלים את החוזה בגלל דוקטורינה זו אך השופט אנגלרד כדי לתת הגיגיו בנושא הסיכול- הוא אומר שזה לא נראה לו לעניין שצמצמנו כ"כ את הסיכול והתנגדנו לכל דבר שאפשר לחשוב עליו, יש בחיים התפתחויות ודינמיקות. במצבים כאלה אנו צריכים להפעיל את עילת הסיכול גם בלי קשר לכך שמדובר במדינה. השופטים האחרים לא נכנסים להיבט הזה, אך הם לא חולקים על אנלגרד, זהו מין איתות. מדובר באוביטר, זה לא היה נחוץ לצורך הפסק אך בימה"ש מאותת לנו שהוא היה מוכן לתת מבחן יותר סולידי, רחב כדי לאפשר את עילת הסיכול. בכמה פס"ד של ביהמ"ש מחוזיים הם כן הפכו את זה להלכות, למשל פס"ד בן אבו- מעסיק שהעובדים שלו היה מהשטחים ובזמן האינתיפאדה ומלחמת הלבנון והוא הפסיק להעסיק אותם ובית המשפט קיבל במקרה הזה את עילת הסיכול. ישנה תחושה של נכונות חזקה לקבל את עילת הסיכול. בקודקס, שהוא עדיין לא רשמי, שינו את נושא הסיכול ממבחן הציפיות (א"א לצפות) למבחן הסיכון ( לא משהו שאי אפשר לצפות אותו אלא שהוא לא קיים במתחם הסיכונים). אם ניקח את הרוח החדשה לגבי סיכול אס יכול להיות שגם לגבי טענת התקפה בית המשפט יקבל את הסיכול – פרשנות תכליתית, אכיפה בקירוב (פס"ד אייזמן), התערבות.

**במבחן-** אם יש פיחות דרמטי במחירים - אם זו טענת הגנה אנו משתמשים בסיכול, ומציגים את עמדת הפסיקה הישנה והחדשה. אם זו טענת התקפה, ביצוע בשינויים – הסיכול לא יעזור אך אפשר להגיע להתאמת החוזה ע"י פרשנות תכליתית, ס' 39, אכיפה בקירוב.

עד עכשיו דיברנו על לטעון לבית המשפט – אחרי שנוסח החוזה, אחרי שעו"ד כבר חיבר חוזה. ניתן לראות את עילת הסיכול כעילה שמשנה את המחויבויות בתוך החוזה. בחוזה אחיד, בפס"ד שיכון ופיתוח, נטענה הטענה הזו –

להשלים מסווט על דיני חוזים אחידים וסיכול.

מבנה המבחן:

אירועון + שאלה בסוף האירועון שבה משנים את העובדות של האירועון.

החלק הראשון- האירועון:

דבר ראשון להראות (ולכתוב) את המטרות העסקיות של הצדדים לפני שהולכים למשפט.

בונים מתווה משפטי- מנסים לחשוב כמו בתרשים זרימה איך כל צד מגיע למטרה שלו, מהו מערך הטענות שלו- האם הן מצטברות או חלופיות. לדוג' מי שטוען לקיום החוזה- נכרת חוזה לפי פרק א', לא בטול כמו בפרק ב', תוכן החוזה הוא טוב, תוכן שהוא רוצה לממש לפי פרק ג' ויבקש תרופות לפי פרק ד'. זהו המתווה הקלאסי של צד שרוצה לקיים עסקה🡨 טענות מצטברות!!!

הצד שטעון להתנערות מהעסקה- ינסה לטעון שלא נכרתה עסקה לפי פרק א', לחלופין יטען שהעסקה נתנת לביטול לפי פרק ב' ולחלופין תניות מסוימות (לא חוקיות וכו'). יטען שלי פרק ג' תוכן החוזה הוא לא מה שחשבת- לפי הקומות שלמדנו והדירות. ולאחר מכן הוא יעבוד במישור הביטול ויטען שלא ניתן לאכוף, גם אתה הפרת וישהה את הביטול, גם אתה הפרת וזכותי לבטל.

זאת שבלונה- אך יש לה חסרון , שום מבחן הוא לפי השלבונה- תמיד יש מיוחדים. מאוד חשוב המבנה של תרשים זרימה. גם אם ההכרעה נעצרת בפרק ב' אז צריך להמשיך ולבדוק גם את הפרקים האחרים, אחרת הנקודות יותר.

לא הספקנו ללמוד פס"ד אגריפם אך חייבים לקרוא אותו הוא חשוב!