23.10.12

שיעור 1

**דיני חוזים**

2 עבודות במהלך הקורס- נראה באתר הקורס.

מבחן 1 בסוף הקורס.

קריאת חומר- יש הרבה חומרי קריאה. בעיקר פסקי דין ומעט חקיקה. חשוב לקרוא את המקור.

ספר קובץ חקיקה- מומלץ.

לומדים חוק- רצוי להדפיס אותו!

סילבוס- ממליץ להדפיס.

מה נלמד?

1. מבוא-

איפה ממוקמים דיני החוזים בתוך ענף המשפט.

היסטוריה של דיני החוזים.

* גבולות דיני החוזים. על אילו התחייבויות חלים דיני החוזים?
* צדדים- זהותם של הצדדים לחוזה.
1. כריתת חוזה- איך כורתים חוזה? -כמחצית מהקורס.
* העדה על גמירת דעת.
* הצעה מסויימת. (מסוימות)
* הצעה וקיבול.

צורת החוזה- האם הדרך כרוחה בעניינים צורניים? האם יש צורה מסויימת?

* משא ומתן לכריתת חוזה. מהם החוקים המשפטיים החלים על משא ומתן של כריתת חוזה.
1. פגמים בתהליך כריתת חוזה, ומהם התוצאות האפשריות בעקבות פגמים אלו.
* טעות (סעיף 14 לחוק).
* הטעיה( סעיף 15 לחוק).
* כפיה (סעיף 17 לחוק).
* עושק (סעיף 18 לחוק).
1. תוכן החוזה- (מחצית שנייה של הקורס).
* פרשנות- שפה יכולה להיות רבת משמעות והיא תלוית הקשר. (משרת את עקרון חופש החוזים).
* השלמה- בעיקר בחוזים מורכבים/מסובכים יכולים להיווצר מצבים בהם קיימים נושאים שלא נתנו את דעתם בהם, או שאחרי כריתת החוזה קרו מצבים שלא חשבו עליהם מראש.

קיימות טכניקות משפטיות הבאות להשלים את החוסר בחוזה. והדבר בא כדי באמת להוציא לפועל את החוזה. **השלמה נורמטיבית.**

* התערבות- הסמכות המשפטית להתערב בחוזה למרות המוסכם בו. למשל כשעקרון חופש החוזה נוגד עקרון אחר (דוגמאת עסקת הסמים).

-חוזה פסול

-חוזים אחידים

-עקרון תום הלב

1. ביצוע/ אי ביצוע- הפרת חוזה.

תרופות- הסנקיציות המשפטיות המוטלות על מי שהפר את הנורמות בחוזה.

* אכיפה.
* ביטול והשמה.
* פיצויים.

**1. - מבוא -**

**מיקום דיני החוזים בענף המשפט.**

 שיטת משפט

ציבורי פרטי

-מנהלי -חוקתי -דיני משפחה -דיני תאגידים - **קנין**  **-חיובים**

1. חוזים.

2. נזיקין.

3. ע"ע.

4. חיובים

מכוח דין.

**א. דיני חיובים ודיני חוזים כללי**

**חיובים:**

1. חוזים- מבוסס על רצון חופשי. (בשונה מן השאר).
2. נזיקין- החובה המטילה על אדם ע"פ דין את החובה שלא להזיק (מה שמוגדר עפ"י דין כמובן).
3. דיני עשיית עושר ולא במשפט- חוק עשיית עושר ולא במשפט- אדם שהתעשר ולא זכאי לו חייב להשיב זאת לאדם שזכאי לו.
4. חיובים מכוח דין- למשל חיובי מזונות.

\*\*כל אלו הם זכויות אובליגטוריות.

\*\*לכל כלל משפטי יש חריג.

דוגמא לעירוב מגזרים:

מדינה שרוצה לסלול כביש יכולה לפקיע את השטח מהאדם הפרטי (ציבורי) אבל היא יכולה לרכוש אותו קודם עפ"י דיני חוזים (פרטי) ואז על ההחוזה חלים גם כללים של ציבורי וגם כללים של פרטי והחוזה יקרא: חוזה רשות.

**חוזים:** (סוג של חיוב)

1. כלליים- דיני החוזים האלו חלים על כל סוגי החוזים.
2. מיוחדים- דיני החוזים האלו מיוחדים לסוגים ספציפיים של חוזים. (למשל דיני המכר חלים רק על חוזי המכר וכו').

\*\* ברוב המקרים על חוזה נתון יחולו 2 סוגים של דיני חוזים: כלליים ומיוחדים.

במידה וישנה סתירה, בדר"כ המיוחדים גוברים על הכלליים.

\*\***בקורס נעסוק רק בדיני החוזים הכלליים.**

**דיני החוזים**

הסטוריה של דיני החוזים

מקורות דיני החוזים:

* **שלטון עותמאני**- כלל בתוכו דיני חוזים.

חלקם המרכזי היה ה**מג'לה** (ספר מכר, שכירות, קבלנות) כללה בתוכה בעיקר דיני חוזים מיוחדים והחלק הכללי היה דליל.

בתי המשפט גזרו את הדינים הכלליים מתוך הדין המיוחד.

החלק של דיני החוזים הכלליים במג'לה נקרא חוק הפרוצדורה האזרחית העותמאנית- והוא היה דל.

כשרצו להוסיף דין חוזים מודרני, היה קל יותר למחוקק להוסיף אותו לדין אזרחי מאשר לדין הדתי עליו היו מובססים רוב החוקים.

בתחילת שנות ה20 כשהתחלף השלטון לאנגלי המנדטורי קבעו שהמשפט באזור ישאר המשפט העותמאני וזאת ע"י החוק המנדטורי הראשון – חוק דבר המלך במועצתו לא"י. שם נקבע בסימן 46 לדבר המלך במועצתו: כאשר לשופט בבית משפט יסתבר שיש לאקונה בדין העותמאני, צריך הוא לחפש את הפתרון בחלק מהמשפט האנגלי הנקרא common law (הפסיקה של בית הלורדים).

במהלך שנות המנדט הבריטי השופטים האנגלים שלא מכירים את הדין העותמאני בין כה וכה משתמשים בדר"כ במשפט האנגלי וכך גם השופטים המקומיים קיבלו "חינוך" של הדין האנגלי וכך ככל שהשלטון המנדטורי האנגלי התארך נהיה המשפט מושפע יותר ויותר מהאנגלים. במיוחד בתחום דיני החוזים הכלליים שהיה דל מאוד במשפט העותמאני.

בסיום שלטון המנדט הבריטי כבר למדו בארץ משפט עפ"י המשפט האנגלי.

בדיני החוזים המיוחדים עדיין ישנה השפעה של הדין העותמאני.

בהקמת המדינה, חוקק המחוקק הישראלי את **פקודת סדרי השלטון והמשפט** ע"י מועצת העם הזמנית כדי להתחיל סדר משפטי במדינה החדשה שקמה.

**סעיף 11** לפקודה זו קובע כי הדין שנהג ערב הקמת המדינה ממשיך לחול.

כך בעצם קלטנו את הרובד העותמאני (במיוחד דיני חוזים מיוחדים ) ואת הרובד האנגלי (במיוחד בדיני החוזים הכלליים).

בשנים הראשונות של המדינה אין זמן לעסוק בדינים בגלל המלחמות.

אך החל מתחילת שנות ה60 מתחילים לראות חקיקה די מסיבית של הכנסת בתחומים שונים וגם בתחום דיני החוזים.

הכנסת מחוקקת בשיטה של חוקים חוקים (לא חוק אחד שמאחד הכל) בשל הרצון שמה שמוכן כבר יצא לשטח ולחוקק חוק אחד גדול לוקח זמן רב מידי.

בתחום דיני החוזים הכלליים נחקקו-

1. חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג- 1973 כריתת חוזה, פגמים, פרשנות..
2. חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תלש"א- 1970 .
3. חוק החוזים האחידים , תשכ"ד- 1964.

בתחום דיני החוזים המיוחדים חוקקו עשרות חוקים-

1. חוק חוזי מכר
2. חוק חוזי קבלנות
3. חוק המתנה

וכו' וכו'

בנושאים בהם חוק החוזים חלק כללי מטפל- מבטלים את מה שהיה מחוקק בנושא עפ"י העותמאנים. וגם מבטל את העניין שאם לא מוצאים פתרון הולכים לקומן לואו האנגלי. בעצם מתבטלים שני הרבדים ההיסטורים. ברגע שהכנסת הסדירה את חוקי החוזים, היא ביטלה את הרבדים ההיסטורים של העותמאני ואת הפנייה למשפט האגלי. ויש להתבסס על החוק הישראלי! לאט לאט החקיקה הישראלית מתרבה ומכסה כמעט את כל דיני החוזים וכמעט כל הדין העותמאני מתבטל וכל פנייה לקומן לואו בטלה.

בשנת 1984- **חוק לביטול המג'לה**- סעיף 1: "המג'לה בטלה". נעשה ליתר בטחון שעדיין נשאר משהו מהמג'לה.

בשנת 1980- **חוק יסודות המשפט התש"מ** **1980-** סעיף 2- סימן 46 לדבר המלך במועצתו בטל. התבטל באופן גורף הפנייה לcommon law האנגלי.

**יחד עם זאת עולה השאלה : מה יקרה אם המשפט הישראלי יתקל בלאקונה?**

חוק יסודות המשפט קובע מהם המקורות הנורמטיבים המחייבים של המשפט הישראלי:

1. חוק הכנסת.

2. הלכה פסוקה- תקדימים של בית המשפט העליון הישראלי.

3. היקש (אנלוגיה)- מתחומים אחרים במשפט הישראלי.

ואם וקרה ולא נמצאו במקורות הקודמים (אין מצב) יכריע בית משפט עפ"י עקרונות החירות הצדק והשלום של מורשת ישראל.

בעבר במקרה של לאקונה היו מחוייבים לפנות לקומן לואו האנגלי. בימינו ניתן לראות הפנייה לפסקי דין בחו"ל. הפעם זו פנייה לא כמקור מחייב כמו פעם אלא כמקור השראה.

למרות ההבדלים בין שיטות המשפט, קיים דמיון רב ולכן בית המשפט העליון פונה למקורות זרים (גם פניה למשפט העברי נחשבת פנייה למקור זר).

הזיקה לרובד העותמאני נותקה קטעים קטעים (כל חוק ביטל את הזיקה בתחומו) ולאחר מכן "חוק יסודות המשפט" לביטול המג'לה הכללי ביטל את כל הפנייה לחקיקה העותמאני. אם זאת עדיין קיימות פיסות חוק עותמאניות שלא בוטלו ועדיין קיימות בימינו. יחד עם זאת מה שכבר נטמע מהמשפט האנגלי כבר לא בוטל משום שהוא כבר נטמע כחלק מהמשפט הישראלי.

דוגמא לעקרון ששיך לכל המשפט הפרטי- **זוטי דברים**-

עקרון האומר שהמשפט אינו מתעסק בעניינים פעוטי ערך. העקרון הזה נכון בכל תחומי המשפט. בפקודת הנזיקין קיימת הוראה מפורשת שאין סעד על זוטי דברים. בחוק החוזים אין הוראה כזו, אך בית המשפט העליון קבע כי בכל סוגי המשפט דוגלים בעקרון זה.

**איזה כללים משפטיים מצויים במישור דיני החיובים?**

**ב. הצדדים לחוזה**

* סעיפים 1 - 10, 80 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב.
* רע"א 46/94 **זקס** **אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין**, פ"ד נ(2) 202.
* ע"א 8163/05 **הדר חברה לביטוח בע"מ נ' פלונית**, תקדין-עליון 2007(3) 1976.

שיטת משפט- מערכת של נורמות משפטיות שקובעות חובות וזכויות.

מיהם השחקנים הרלוונטים במערכת הזו? מי יכול להנות מהזכויות ומי כפוף לחובות?

כל שיטת משפט צריכה להחליט מי הוא אישיות משפטית. (למי יש כשרות משפטית).

בשיטת המשפט שלנו קיימים שני סוגים של ישויות משפטיות:

1. בני אדם.
2. תאגידים- גוף משפטי מלאכותי.

לתאגידים אין קיום בעולם הפיזי. המשפט ברא אישיות זו כגוף וירטואלי והמשפט מייחס לו תכונות של גוף קיים ומתייחס לו כאילו הוא קיים באמת. והמשפט מכיר בגוף זה כבעל אישיות משפטית. (מפלגות, חברות, עיריות, עמותות וכו'.)

קביעת הכשרות המשפטית בארץ ישראל:

לגבי בני האדם: כיום יש חוק אחד שקובע את הכשרות של בני אדם (חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות תשכ"ב 1962) כל אדם כשר לזכויות וחובות מלידתו ועד מותו.

לגבי תאגידים: לא קיים חוק האומר כי לתאגיד יש כשרות משפטית. אולם, קיימים חוקים שונים מוזרים העוסקים בתאגידים שונים וכל חוק כזה קובע את כשרותו של התאגיד בו הוא עוסק. (למשל חוק החברות קובע כי חברה היא בעלת כשרות משפטית).

במקרים מסוימים המשפט היה מוכן להכיר בגוף מסויים כתאגיד למרות שהחוק לא קבע כי הוא כזה במפורש אלא זה רק השתמע מהחוק .

**מי יכול להיות צד לחוזה?**

כשרות משפטית- המושג כולל בתוכו מספר משמועיות שונות:

1. כשרות משפטית לחובות וזכויות-

מי יכול להיות בעל חובות ובעל זכויות בעולם המשפט (כשרות לחובות וזכויות). זו המשמעות הבסיסית.

1. כשרות לפעולות משפטיות-

(פעולה משפטית היא פעולה בתחום המשפט שמשנה זכויות וחובות- למשל כריתת חוזה).

שיטות המשפט השונות מגדירות מתוך המעגל הראשון עליו דיברנו מי הוא הכשיר לבצע פעולה משפטית כלשהי.

ולכן כדי להיות בעל כשרות לפעולות משפטיות אתה חייב להיות בעל כשרות משפטית, אך לא להפך.

שיטות המשפט השונות יורדות לרזולוציות יותר ממוקדות של סוגי כשרות: למשל, מיהו בעל כשרות לעשות צוואה? אם יש הוראה ספציפית עלינו לפנות אליה כיוון שכנראה היא מסמנת מעגל יותר מצומצם. בחלק משיטות המשפט (איטליה לדוגמא) יש הגדרה מיהו בעל כשרות לכרות חוזים ויש לזה מינוח ייחודי. בשיטת המשפט הישראלי אין הגבלות לכשרות בהקשר של כריתת חוזים (להבדיל מנזיקין לדוגמא) ולכן, ההוראות שרלוונטיות לגבינו הן ההוראות שעוסקות בכשרות לפעולות משפטיות המצויות מחוץ לגבולות דיני החוזים - בדין הכללי.

אפשרויות לזכויות חוזיות:

מי שבעל כשרות משפטית- יכול לכרות חוזה.

מי שמקבל זכות חוזית - תלוי בכשרות לזכויות וחובות.

מי שמקבל בירושה זכות ע"פ חוזה - יכול להינות מזכות זו גם אם לא עושים שום פעולה של כריתת חוזה וזאת מתוקף הכשרותו לזכויות וחובות.

אפשרות נוספת היא-

חוזה לטובת אדם שלישי:

א' כורת חוזה עם ב' ובחוזה ב' מתחייב לבצע דבר כלשהו לטובת ג'. לג' יש זכות חוזית כיוון שיש לו כשרות לזכויות וחובות. זה לא מצריך לו כשרות לפעולות משפטיות כיוון שהוא לא כרת את החוזה.

תאגידים:

לכל תאגיד יש חוק המסדיר את הכללים המשפטיים הרלוונטים לכשרותו. תאגיד הוא יציר החוק ולכן שיטת המשפט יכולה לעצב את כשירותו. לכל תאגיד יש הגדרות ספציפיות לכשרותו המשפטית ובמידה ואין הגדרה ספציפית אז ניתן להניח כי יש לו כשרות כללית (בכפוף כמובן למה שמתאים לתאגיד).

יש כמה מאפיינים החשובים לכל התאגידים:

1. לתאגיד אין כשרות אלא אם כן נקבעה בחוק. במפורש או במשתמע (במשתמע- רק אם אי אפשר אחרת וזה נובע מהחוק באופן ברור ובלתי משתמע באופן אחר). צריך להצביע איפה בחוק ניתנת הכשרות המשפטית.
2. תאגיד חייב לפעול באמצעות נציגים. הנציגים יהיו בעלי סמכות לייצג את התאגיד.

בני אדם:

"חוק הכשרות והאפוטרופוסות"- החוק הכללי העוסק בכשרותם של בני אדם. חוק זה מסדיר גם את הכשרות לזכויות וחובות וגם לפעולות משפטיות.

כשרות לזכויות וחובות: הכלל קבוע בסעיף 1 לחוק הכשרות והאפוטרופות וקובע כי כל אדם כשיר לזכויות ולחובות מגמר-לידתו ועד מותו.

עפ"י המשפט הישראלי אין מצב לאדם חי שאין לו כשרות לזכויות וחובות.

חריגים- למשל אדם בטרם נולד גם זכאי לזכויות כמו למשל בענייני ירושה בהם עובר הוא יורש של אביו למרות שעוד לא נולד.

מי כשיר לכרות חוזה:

רוב שיטות המשפט מטילות מגבלות על כשרות לפעולות משפטיות של חלקים מהאוכלוסיה (הסיבה להגבלה היא כי רוצים להגן על אותם בני האגם ולא להפך). דיני הכשרות מטילים מגבלות על אוכלוסיות חלשות מתוך חשש כי הפעולות שהם יעשו עלולות לפגוע באינטרסים שלהם.

קיימות שתי קבוצות:

1. קטינים
2. פסולי דין

גישה זו מיושנת מכמה סיבות:

1. מי אמר שרק שתי הקבוצות האלו זקוקות להגנה? מה עם קשישים למשל? מכורים? ואולי בכלל לא כל קטין זקוק להגנה משפטית אולי הוא מאוד נבון וחכם?
2. האופן בו מגינים על מי שזקוק להגנה- ההגנה נעשת באמצעות הטלת סייגים על הכשרות לפעולות משפטיות.

מצד אחד אנו אכן מגינים עליהם בצורה זו מלבצע פעולות שיפגעו בהם. אך מצד שני הגנה זו פוגעת בכבוד האדם של אותו מוגן. פגיעה זו הינה פגיעה בסיסית בחלק מהותי מההוויה האנושית שלו.

שיטות משפט שהלכו בכיוונים מודרניים יותר: (רפורמה שנעשתה במשפט הגרמי ובחלק מהקנדי).

1. קבוצת המוגנים לא נקבעת עפ"י קביעה מאוד מקובעת וישנם גישות גמישות יותר למשל בהגדרה: מי שאינו מסוגלת לדאוג לענייניו.
2. קיימות שיטות הגנה יותר מתקדמות: במקום לשלול ולהגביל את הכשרות, משאירים לו את כשרותו אך ממנים לו מסייע (מישהו שיעזור לו לקבל את ההחלטות הנכנונות מבלי לפגוע בכשירותו).

\*\*אצלינו כבר הוצעה הצעת חוק להגמשת הבחינה מי זכאי להגנה ושינוי שיטות ההגנה בכנסת אך בינתיים אין שינוי בנושא.

חוק הכשרות בסעיף 2 לחוק: כל אדם כשיר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית-משפט.

קיים פה סייג: "זולת אם הוגבלה או נשללה כשירותו". והגבלה או שלילה זו נעשית עפ"י דין או ע"י חוק.

**חוק החוזים אינו קובע מגבלות וסייגים ולכן אנו הולכים למגבלות ולסייגים הנמצאים בחוק הכשרות עצמו**.

סעיף 3 בחוק הכשרות קובע מיהו קטין.

סעיפים 4-7 בחוק הכשרות קובעים את המגבלות ואת הסייגים לכשרותם של קטינים בפעולות משפטיות- ככל שבחוזה יש פוטנציאל גבוהה יותר לפגיעה בקטין , כך ההגנה צריכה להיות גבוהה יותר. ולכן בחוק אין כלל אחיד אלא דירוג עפ"י החוזה המדובר.

סעיף 5- לפי סעיף 5 לכל קטין יש נציג (אדם בגיר שמבחינת החוק ממונה על שמירת האינטרסים של אותו קטין). ולכן לפי סעיף 5 כשקטין מבצע פעולה משפטית הנציג צריך לתת את הסכמתו.

הקושי העולה הוא במצב בו הקטין כורת חוזה ללא הסכמת הנציג:

החוק קובע את הדרגות לחוזים בנוגע לרמת הסיכון שלהם ( גבוהה בינונית ונמוכה). החוק מניח כי כל החוזים הם ברמת סיכון בינונית למעט אלו שהוא יגדיר במפורש שיוצרים רמת סיכון גבוהה או נמוכה.

החוק קובע לגבי כלל החוזים כי גם אם החוזה נעשה ללא הסכמת הנציג- החוזה תקף! אבל הנציג יכול לבטל אותו, אם הנציג לא יבטל החוזה ימשיך להיות תקף. כלומר במצב זה יש חוזה "רגיל" ומלא אך עם מגבלה של תנאים מסויימים. למשל, חודש מרגע ידיעת הנציג הוא יכול לבטל החוזה- זהו מנגנון ההגנה.

סעיף 6 בחוק הכשרות **עוסק בהגנה בחוזים בעלי רמת סיכון נמוכה**-

*סייג לביטול פעולות*

*6. פעולה משפטית של קטין שדרכם של קטינים בגילו לעשות כמוה, וכן פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין, אינה ניתנת לביטול כאמור בסעיף 5, אף שנעשתה שלא בהסכמת נציגו, אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו.*

המחוקק משאיר גמישות לביהמ"ש- הוא קובע כי על שני סוגי חוזים יחול סעיף 6 שאומר כי פעולה משפטית של קטין מסוג מסויים אינה ניתנת לביטול אף שנעשתה ללא הסכמת נציגו (בניגוד לסעיף 5) כך שאין בעצם הגנה על הקטין. אך גם פה נמצא סייג: אלא אם כן נגרם נזק ממשי לקטין. (ההגנה הזו מינימלית במיוחד ולמרות זאת הסייג מאוד תאורטי ואין בו כלל שימוש- במשך 50 שנה לא הייתה פסיקה שהשתמשה בסייג זה) וזאת בשל הכתוב בסעיף:

1. "חוזה שקטינים בגילו רגילים לעשות כמוהו". לכן בית המשפט צריך לשקול את גילו של הקטין ואת סביבתו.
2. "פעולה בין הקטין לבין מי שלא ידע ולא היה עליו לדעת כי הוא מתקשר עם קטין"- בא לתת הגנה גם לצד השני של החוזה .

לעומת זאת סעיף 6 (א) **עוסק במקרים בדרגת סיכון חמורה** וכאן מתבצעת ישירות שלילת חוזה . החוזה לא תקף בכלל ואין צורך אפילו לבטל אותו הוא מעולם לא היה תקף.

 *6.א פעולות בטלות* ***(תיקון: תשל"ג)***

*פעולה משפטית של קטין שהיא רכישת נכס באשראי או במקח-אגב- שכירות, שכירות-נכס*

*או קבלת שירות באשראי, אין לה תוקף, על אף האמור בסעיפים 5 ו- 6, כל עוד לא באה עליה הסכמה נציגו; לענין סעיף זה, "אשראי" - לרבות תשלום בשיעורים.*

בטל (void) אין לו תוקף מעיקרו.

ניתן לביטול (voidable).

איזה מקרים מחייבים רמת הגנה גבוהה במיוחד?

1. פעולות משפטיות שהם רכישת נכס או קבלת שירות באשראי- כיוון שאם יש תשלומים יש ריבית וכו'. ולכן החוק חושב שיש צורך גדול יותר להגן על הקטין. אם נעשתה פעולה זו ללא הסכמת הנציג היא חסרת תוקף ובטלה מעיקרה (void ) . פה אין לקטין שום כשרות משפטית!

במידה וקטין מבצע פעולה משפטית כמו בסעיף 6 כמו שכל אדם בגילו מבצע אך הוא עושה זאת באשראי- חל סעיף 6.א והעסקה חסרת תוקף.

סעיף 7 **עוסק בחוזים בעלי רמת סיכון גבוהה עוד יותר** ובהם גם הסכמת הנציג לא תעזור וכדי שיהיה תוקף לחוזה צריך אישור של בימ"ש.

*פעולות טעונות אישור בית המשפט*

*7. פעולה משפטית של קטין טעונה אישור בית המשפט אם היתה טעונה אישור כזה אילו נעשתה בידי נציגו; ואין תוקף לפעולה כל עוד לא בא עליה אישור בית המשפט.*

אלו הם פעולות שגם אם היה הנציג עצמו מבצע אותם גם הנציג עצמו היה זקוק לאישור ביהמ"ש (קיימת רשימה של מקרים כאלו בחוק). למשל, בסעיף 20- עסקאות בעלות ערך כלכלי גבוהה (רכוש המשמש לצורך ייצור הכנסה או לצרוך ממון). ופעולות של נתינת מתנות או מתן ערבות של קטינים.

סעיף 8 **מגדיר מיהו פסול דין**- אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לענייניו רשאי ביהמ"ש לבקשת בן זוגו או קרובו או יועץ המשפטים לממשלה או בא כוחו לאחר ששמע את האדם, להכריזו כפסול דין.

סעיף 9 אומר כי על כשרותם המשפטית של פסולי דין יחולו הסייגים שחלים על קטינים רק עם שינויים החייבים בחוק.

**ג. גבולות דיני החוזים: כוונה ליצור יחסים משפטיים, הסכמים שבכבוד, חוזים בלתי שפיטים:**

* סעיפים 32 - 33 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* ע"א 319/65, **דוד אלבלדה וישראל עזריאלי נ' חברת האוניברסיטה**, פ"ד כ (1) עמ' 206.
* ע"א 338/65, **מדינת ישראל נ' יום טוב קראסניאנסקי**, פ"ד כ (2 ) 281.
* ע"א 3833/93, **ד"ר יוסי לוין נ' אילנה לוין ואח'**, פ"ד מח (2) 862.

לא קיימת סיבה להכריח מישהו לכרות חוזה. חופש החוזים הוא גם חופש מחוזים.

אנשים יכולים להבטיח הבטחות מבלי לתת להם מעטפת הנקראת דיני חוזים.

בקהילות עסקיות אפשר לחסוך המון בעלויות עסקה, הדבר הופך את העניין העסקי ליעיל יותר וזול יותר.

ההבחנה היא הכוונה- האם לצדדים יש כוונה באותה אינטרקציה- ליצור חיובים משפטיים- לכרות חוזה משפטי.

האם זו סתם הבטחה או שזאת התחייבות משפטית? באופן מעשי אנשים כהרגלם לא מצהירים על כוונתם כאשר מבטיחים הבטחות.

צריך לפרש את הכוונות ע"פ מכלול והסבר- לראות את הסיבות להבטחות, האם יש החלפה של תמורות בעלות ערך כלכלי- ברוב המקרים הללו, יש כוונה ליצור יחסים משפטים מחייבים. אלא אם כן, קיימות אינדיקציות ברורות שהן הפוכות.

כאשר הקונטקסט הוא חברתי, משפחתי - בדר"כ זה ללא כוונה ליצור התחייבות משפטית. צריך כל הזמן לבדוק את ההקשר, הנסיבות.

 בעבר, היו חוקים נוקשים וברורים לגבי נושאים אלו- למשל באנגליה במאה ה19 הבטחות בין גבר לאישה היו נחשבות כוונות ליצירת יחסים משפטיים.

היום ברוב המצבים של הבטחת נישואים- אין בכך כוונה ליצירת יחסים משפטיים, אלא אם יוכך אחרת.

כדי לדעת מה הכוונה בין האנשים, אין כלל קבוע, ישנה רק נקודת מוצא וקריטריונים מסויימים.

**לסיכום**:

**תנאי 1 לכניסה לתוך המעגל של דיני החוזים:**

**כוונה ליצור יחסים משפטיים-**

ברוב המקרים הכוונה לא מפורשת אלא נסיק אותה ע"פ הנסיבות. בהנחת מוצא מסויימת שתלויה בסיטואציה מסויימת. אם הכוונה או היעדר הכוונה מובעים בצורה מפורשת אז צריך לכבד זאת ואין מה לחפש בין השורות. זהו תנאי סף לצורך כניסה אל תוך העולם החוזי. אם אין תנאי זה אין טעם בכלל לפתוח את דיני החוזים. ודיני החוזים אינם חלים כלל במקרה בו אין מלכתחילה כוונה משפטית.

מכיוון שדיני החוזים מבוססים על רצון של הצדדים, הצדדים יכולים ליצור מצבים מכוונים וגמישים.

חוזה ג'נטלמני- אם הם רוצים להדיר את רגליהם מדיני החוזים הם מחליטים על חוזה שבכבוד.

חוזה עם שיפוט בורר- כשרוצים שכן יחולו סנקציות משפטיות על החוזה שלהם אך אינם רוצים שהדבר יתבצע ע"י מערכת בתי המשפט ואז יקבעו כי במקרה סכסוך יש למנות בורר. במצב זה הצדדים נקשרו בחוזה רק הוציאו ממנו את האלמנט של טיפול בתי המשפט.

מתי לא נכבד הסכם שכזה? כאשר החופש אינו חופש אמיתית. כשצד חזק יותר מכתיב את החוזה לצד החלש.

כשהצדדים שווים בכוחם ויוצרים הסכם משותף אנו נכבד את רצונם- חופש החוזים.

בחוזים שיש צד חזק וחלש (מבחינה כלכלית, מומחית ועוד)- פה הדין מתערב בחוזים גם על סעיף שמתנה את חוקיותו של החוזה (שולל תרופות, שולל פנייה לביהמ"ש ועוד).

**פס"ד לוין נגד לוין**- באותו פס"ד ההסכם הופקד בידי עורכת הדין ועסק בהסדר דמי המזונות בין רגע ההחלטה על הגט ועד למימושו ויועבר חזרה לבעל ברגע הגירושים. בחוזה לא יעשה שימוש בביהמ"ש.

המילה חוזה נמצאת בשימוש אך טוענים שהחוזה לא יהיה בעל תוקף משפטי- יש פה דבר והיפוכו והסעיף מנוסח בצורה מאוד לא ברורה. אך פרשנות זו אכן עולה כי לצדדים לא היה רצון שהמסמך יצור זכויות משפטיות. אלא שזה יהיה הסכם שבכבוד. אך מכיוון שהפרשנות כל כך בעייתית ניתן לפרש זאת בכמה צורות:

 *השופט זמיר* חושב שיש יותר סימנים כי הכוונה היא שזה כן יהיה חוזה מאשר אלו המעידים שזה לא יהיה חוזה (הוא מנוסח כחוזה, עוסק בעניינים כספיים, עירוב של עורכת דין) אך גם אם כפות המאזניים היו מאוזנים כאן נכנסים אספקטים נוספים כמו תום לב, מדיניות, טובת הילדים- דברים שהם מעבר חטובתם האישית רק של בני הזוג.

יש מצבים בהם החוזה נמצא מחוץ לתוקף דיני החוזים בגלל שיטת המשפט:

**פס"ד חידון התנך**- השופטים מבססים את נימוקם על העובדה כי **ע"פ מדיניות שיטת המשפט בנושא שיש בו הכרעה ערכית המבוססת על מומחיות, לא המשפט צריך לפסוק בו אלא המומחה**. (עניין של העדר שפיטות מוסדית). כל עוד המומחים פעלו בתוך מתחם הסבירות, גם אם טעו זה עניין שלהם.

לעומת זאת *השופט הלוי* טען כי בשאלה מי יהיה הזוכה כלל לא התכוונו הצדדים להתקשר ביחסים משפטיים וסביב עניין זה אין בכלל מעטפת משפטית- זה לא חוזה. ע"פ סעיף 33 לחוק החוזים.

***33. חוזה למתן ציונים:*** *חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט*

בעצם בפס"ד ישנם שני טיעונים שונים:

1. העדר כוונה ליצירת יחסים משפטיים.
2. זה חוזה אבל בנושאים אלא לא בתי משפט צריכים להכריע אלא הפורום המומחה.

**סעיף 32 לחוק החוזים** הוא עוד דוגמא שמראה איך מוציאים רגל אחת החוצה מדיני החוזים.

***32. חוזה של משחק, הגרלה או הימור***

*(א) חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת-הנאה והזכיה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים.*

*(ב) הוראות סעיף זה לא יחולו על משחק, הגרלה או הימור שהוסדרו בחוק או שניתן לעריכתם היתר על פי חוק.*

2 התרופות העיקריות בדיני החוזים מתנטרלות בסעיף זה (פיצויים ואכיפת החוזה).

לדוגמא: נעשה חוזה של הגרלה בו הובטח פרס של מיליון ודמי ההשתתפות 10 ש"ח. נרשמתי- זכיתי- אך לא משלמים לי את הפרס. הדבר היחיד שאני יכול לעשות זה לא לקבל פיצוי ולא לקבל אכיפה. אני יכול רק לבטל את החוזה ולקבל חזרה 10 ש"ח. (בסעיף קטן ב' יש הגבלה שהגרלות שהוסדרו ע"פ חוק כן קיימת אכיפה לגביהם- טוטו לוטו וכדומה).

המחוקק הישראלי חוקק את סעיף 32 לחוק החוזים רק בשל העובדה שאינו משקיף בעין יפה על עניין ההימורים.

לסיכום אנו רואים כי התחייבויות הדדיות יכולות להיות:

* לא חוזה.
* חוזה בעל מאפיינים חלקיים של חוזה (כי קבעו הצדדים או קבע הדין).

**2. כריתת חוזה:**

**כללי:**

**חוק החוזים חלק כללי תשל"ג**.

**פרק א' בחוק- כריתת חוזה:**

יש דיונים פילוסופיים ארוכים ועמוקים לגבי הגדרת חוזה, מהו חוזה? ומהם המאפיינין שצריכים להופיע בו?

המחוקק הישראלי לא מציעה הגדרה כלשהי כדי להמנע מהקושי התאורטי הזה של הכללה מידי או צמצום . ולכן המחוקק הישראלי נקט בגישה פרקטית, פרגמטית ופרק א' מגדיר כיצד נוצר חוזה- אם התהליך התקיים- התוצאה היא חוזה ואם לא התקיים- זה איננו חוזה. ולכן **אנו נתעלם מהשאלה מהו חוזה, ונעסוק ישר בתהליך יצירת חוזה.**

**יצירת חוזה**- קיים תנאי מקדים והוא : האם קיימת כוונה ליצירת יחסים משפטיים? זה לא כתוב בחוק אך זהו תנאי סף והוא כאילו כתוב בדיו סתרים.

לפי סעיף 1 בחוק חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול.

האם באמת יכול החוזה להכרת רק בדרך זו? ואין דרך אחרת?

ע"פ פרשנות אחת זו הדרך היחידה וע"פ פרשנות שנייה זו לא חובה משום שיש חופש חוזים.ופשוט רוב החוזים נכרתים בדרך של הצעה וקיבול אך זה לא אומר שחייב לכרות בדרך זו.

הגישה המקובלת היא שאכן אין מניעה לדרך כריתת החוזה.

למשל:

1. כריתת חוזה בדרך של קונצנזוס- התדיינות וקבלת חוזה מרצון משותף שהתגבש לאחר דיון בנושא והגעה למסקנות מסויימות.
2. "הצעות מצטלבות"- שני הצדדים משגרים זה כלפי זה הצעות זהות בתיאום מושלם. (הסיכוי שזה יקרה הוא אפסי).

\*\*חלק לא קטן מהחוזים במדינת ישראל אכן נכרתים בדרך זו של קונצנזוס.

1. התחייבות חד צדדית- מצב שבו אדם מביע איזשהי התחייבות תוך כוונה ברורה להיות מחויב באופן משפטי כלפי אחד הצדדים גם מבלי שהציבור אליו בוצעה ההתחיבות ביצע קיבול. (דבר זה אינו מוזכר בחוק החוזים הישראלי אך הוא נפוץ בשיטות משפט אחרות)

\*\***החוק הישראלי** אומר כי חוזה נכרת בדרך הצעה וקיבול אך אינו מונע דרכים אחרות לכריתת חוזה ולכן מותר לכרות חוזים גם בדרכים אחרות.

נקודת המוצא שלנו היא שחוקי החוזים שלנו הינם דיספוזיטיביים- ניתן להתנות עליהם.

איך יודעים אם הוראות חוק כי קוגנטית (מרשה) או דיספוזיטיבית (כופה)? לפעמים יש סעיף בחוק שמעיד על זה ואם אין אז לפי פרשנות. נקודת המוצא שלנו היא שהן דיספוזיטיביות אלא אם יש סיבה להניח שהוראת חוק מסויימת משקפת איזה אינטרס ציבורי חברתי חזק יותר מחופש החוזים ואז זו תהיה קוגנטיבית.

**א. העדה על גמירת דעת:**

* ע"א 440/75, **זנדבנק נ' דנציגר ואח'**, פ"ד ל (2) 260.
* ע"א 1932/90, **פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט**, פ"ד מז (1) 357 (פסק דינו של הנשיא שמגר).
* ע"א 3601/96, **עמית בראשי נ' עזבון המנוח זלמן בראשי ז"ל**, פ"ד נב (2) 582.
* ע"א 5511/06 **אמינוף נ' א. לוי השקעות ובנין בע"מ**,

**הבחינה על העדה לגמירת דעת מתבצעת בצורה אובייקטיבית**. **מדוע?**

שני עניינים שבגללם החוק דורש **העדה** על גמירת דעת (ולא גמירת דעת):

1. החוזה מבוסס על הסכמה ומפגש בין הרצונות של צדדים, אם צד אחד מתכוון בלבו לקשור חוזה אבל אין אינדיקצייה חיצונית לכך, הצד השני לא יכול לסמוך על כך. או להפך, אינו מעוניין לכרות חוזה אבל התנהגותו מציגה שכן והצד השני מבין שיש רצון לכרות חוזה.
2. לא ניתן לדרוש לדעת את הכוונה האמיתית אלא רק עפ"י מה שניתן לקלוט מבחוץ. (השופט אינו בוחן כליות ולב). אין לנו כלים לדעת את הכוונה לגמירת הדעת ולכן בוחנים עפ"י הסימנים החיצוניים. (ברוב המקרים הסימנים החיצוניים מעידים על הכוונה האמיתית).

**מהי גמירת דעת?** (שהסימנים החיצוניים מעידים עליה)

גמירת הדעת היא הנקודה בזמן שבה כל אחד מהצדדים מוכן, כבר כעת, לראות עצמו מחוייב כלפי הצד השני. גמירת הדעת כוללת בתוכה את הכוונה ליצירת יחסים משפטיים, אך לא להפך.

**הסימנים המעידים על גמירת הדעת** ושהחוק דורש שיהיו בהצעת המציע ובקיבול של הניצע:

הפסיקה אומרת כי אין סימן אחד, זהו מכלול שלם. ואין סימנים מסויימים זה תלוי בחוזה.

* התנהגויות מסוימות: למשל, אם זה חוזה שנהוג לגמור אותו בחתימה אז החתימה היא סימן מובהק לגמירת דעת. (כל עוד לא חתמתי כנראה לא ראיתי עצמי עדין מחויב).
* תוכן ההודעה (ההצעה או הקיבול):

הצעה- ככל שרמת הפירוט של ההצעה גבוה יותר כך היא מעידה על המחשבה הרבה שהושקעה ועל הרצינות שבה ולהפך.

* סוג פרטים בחוזה- אם למשל, תנאי החוזה כוללים תנאי שאומר: "מרגע זה כל צד שמתחרט משלם לצד השני סכום משמעותי"- זה מעיד על גמירת דעת.
* הגיון בריא- אם משרד מפרסם מודעה בעיתון לחיפוש עובד- אין זה אומר התקשרות בחוזה. ( אי אפשר להתקשר ולהגיד "כן אני מסכים".)
* התנהגויות לאחר מועד הכריתה, שהצדדים ראו עצמם מחוייבים לחוזה.

\*\*הקושי העולה מקרטיריון זה הוא שביה"מ בודק מה חשבו הצדדים ברגע כריתת החוזה כשלא ידעו עדיין כיצד ינהגו לאחר מכן. יש בלבול בנושא זה, כי בוחנים את נקודת הזמן בכריתת החוזה ולכן קיימת בעיה לוגית, אך הפסיקה קובעת כי מסתמכים גם על כך.

לסיכום, העדה על גמירת דעת משתקפת בסימנים חיצוניים שונים, שלא ניתן להגדירם מראש והם נצפים עפ"י מה שמקובל באותה קהילה.

מהי הדרך שבה צריך לפענח את הסימנים?

**הפענוח נעשה עפ"י קנה מידה אובייקטיבי**- ע"י סימנים שע"פ אדם סביר מעידים על גמירת הדעת.

אם האדם השני חושב בדרך אחרת , האם צריך להסתכל על ההביט הסובייקטיבי? התשובה היא **לא**. וזאת בשל הסיבות המצויינות לעיל.

אבל, השאלה איזו מן אובייקטיביות?

**אובייקטיבי טהור**- אדם סביר שנחת מהחלל החיצון צריך להעיד עפ"י הסימנים מה דעתו.

**אובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות**- לקחת את האדם הסביר ולהעמיד אותו בנעליו של האדם השני (להכיר את הסיטואציות, את ההקשר וכל נתוני הרקע הרלווניטיים), ועל סמך זה להבחין מה דעתו.

בע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב- האב לא ידע דבר על מהות החוזה.הוא היה בשכרות, לא ידע קרוא וכתוב ולא הבין מה שעשה. האב ידע שהוא צריך לחתום ולקבל 1,000 ש"ח. האם אפשר להבין מחתימתו שהוא גמר בדעתו למכור דירה? למרות הסימנים- הוא חתם, הוא היה במשרד עו"ד. בסיטואציה כזו אין הסימנים הללו מעידים על גמירת דעתו. יש לדעת את כלל הסיטואציה להכנס לנעליו של האב ואז להחליט באופן אובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות אם הייתה גמירת דעת - ע"פ דעתו של השופט שמגר.במקרה זה שמגר היה דעת מיעוט ודעת רוב לא הביעה דעתה כיוון שהם טענו שאם האב לא העלה בערעור את סעיף זה לגבי גמר דעתו אין הם דנים בהחלטת המחוזי.

הנשיא שמגר שהיה בדעת מיעוט קבע על סמך המבחן האובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות.

מתי צריכה להתקיים ההעדה על גמירת הדעת?

**עפ"י החוק:**

במציע- במועד ההצעה.

בניצע- במועד הקיבול.

לפי החוק, **בהנחה כי החוזה שנערך בין צדדים בעלי פער בזמן ובמרחק**:

ההעדה על גמירת הדעת צריכה להתקיים אצל המציע עד לרגע בו הניצע קיבל או שלח את הודעת הסכמתו.

והניצע יכול להתחרט עד שהמציע קיבל את הסכמתו.

בחוזה הנכרת פנים מול פנים- אין התייחסות לאספקט זה.

**מה קורה במצבים קיצוניים שבהם עפ"י קנה המידה האובייקטיבי יכול הניצע להסיק שהמציע גמר בדעתו משום שהסימנים החיצוניים מעידים על גמירת דעת אך בדיעבד אנו יודעים שהמצב הפנימי של אותו אדם היה בהעדר גמירת דעת?**

למשל: המציע פעל תחת השפעה של היפנוזה: הציעה הצעה טובה ומגובשת אך המציע לא ידע שהוא פעל תחת היפנוזה.

**עפ"י המבחן האובייקטיבי יש העדה על גמירת דעת.** – לפי פס"ד פרץ בוני הנגב.

בדיעבד במבחן הסובייקטיבי לא הייתה העדה על גמירת דעת.

באופן עקרוני המבחן הוא אובייקטיבי ולכן אכן נכרת חוזה. כל אדם סביר בנעליו של הצד השני היה מפענח את המצב כגמירת דעת. אבל, במצבים קיצוניים, כמו היפנוזה או מחלת נפש שפוגעת בהבנה, ביה"מ ילך לפתרון של "לא נעשה דבר" (החוזה לא נכרת מעיקרו- החוזה פגום כי לא היה מבוסס על רצון למרות שבדר"כ המבחן הוא אובייקטיבי). כמו בפסק הדין של הדר חברה לביטוח. אך זה רק במצבי קיצון.

**ב. הדרישה להצעה מסוימת (וכמה הערות על השלמת פרטים ועל מהותו של זכרון-דברים):**

* סעיפים 2 ו - 26 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* ע"א 440/75, **זנדבנק נ' דנציגר ואח'**, פ"ד ל (2) 260. (מופיע גם בגמירת דעת).
* ע"א 158/77, **רבינאי נ' חברת מן שקד**, פ"ד לג (2) 281.
* ע"א 1049/94, **דור אנרגיה נ' חאג' אחמד סמיר**, פ"ד נ (5) 820.
* ע"א 7193/08 **עדני נ' דוד** תק-על 2010(3), 545 (2010)
* ע"א 10589/07 **חברא קדישא גחש"א נ' דוד לוי**  (נבו, 22.1.2012).

**מסוימות- רמת הפירוט הנדרשת**

דרישת המסוימות משקפת את עקרון חופש החוזים במובן של החופש של הצדדים לעצב את תוכן החוזה כרצונם. הדרישה מתייחסת ביחס להצעה- אין דרישה ביחס לקביול. הקיבול צריך להיות תואם להצעה.

האם ההצעה מסויימת דיה?

בפסיקה מתעוררת השאלה פעמים רבות, האם החוזה( ולא ההצעה) מסויים מספיק? בעקרון זוהי לא טעות, כי אם אין הצעה אין חוזה.

בדר"כ בסוגיות בביה"מ **הטענה לגמירת דעת והטענה למסוימות יהיה שלובות זו בזו**.

הפסיקה קובעת כי **ככל שביה"מ משוכנע יותר כי התקיימה גמירת דעת , הוא יכול להיות גמיש יותר לגבי שאלת המסוימות , ולהפך**.

**מהי רמת הפירוט הנדרשת כדי שפנייה תהיה הצעה?**

בפס"ד זנדבק נ' דנציגר 440/75 ניתן לראות עפ"י דבריו של שמגר, כי ההצעה אינה חייבת להיות מושלמת בפרטיה. ורמת הפירוט הנדרשת צריכה להכיל את הפרטים המהותיים ע"מ שתתגבש הצעה ותהיה אפשרות לקיבול.

מדובר כאן במבחן עמום בו מעמיד אותנו שמגר, אך הכיוון הוא ברור. שמגר לא רוצה להגביל לקריטריונים מסוימים משום שזה תלוי בסוג החוזה. חוזים שהם שכיחים מאוד השכל הישר הוא שיעזור לנו להבחין מהם הפרטים המהותיים שיאפשרו לנו לזהות אם ההצעה היא מסויימת דיה.

עולה מתוך הפסיקה:

* **רמת הפירוט הנדרשת ע"מ שהצעה תהיה מסויימת דיה ע"מ לכרות חוזה, איננה דרישה למושלמות.** הנוסחה שקבוע בחוק בסעיף 2 ובין זו שפורשה בפסיקה היא עמומה, ולא ניתן להימנע מכך.
* **יש הבדל ברמת הפירוט הנדרשת וסוג הפירוט הנדרש בין חוזה לחוזה**.
* **ככל שהחוזה שכיח יותר, יהיה קל יותר לבדוק מהי רמת הפירוט הנדרשת** (ניכר בפסיקה) .
* **בחוזה פחות שכיח אנו יכולים לראות גישות שונות ואין כלל חד וברור בעניין.**

**בהנחה שנוצר חוזה תקף, כיצד משלימים את הפרטים החסרים בתוכן ומתי?**

העמדה בפסיקה היא, כאשר חסרים פרטים ניתן להשלים אותם.

מתי ניתן להשלים אותם? כאשר קודם כל יש חוזה.

לפני שביה"מ ניגש לשלב השלמת הפרטים, צריך לבדוק 2 תנאי סף:

1. האם יש חוזה: האם יש העדה על גמירת דעת? והאם יש את רמת המסוימות הנדרשת?
2. השלמה אפשרית רק כשיש חסר אמיתי:

פרט קיים אבל מוסווה- לפעמים פרט מסויים נראה חסר במבט ראשוני אך בדיקה מעמיקה יותר מגלה כי הפרט הזה הוסכם והוא קיים בחוזה בצורה מוסוות. ופשוט יש כאן מקום לפרשנות.

פרט חסר מרצון- לפעמים פרט מסויים חסר בחוזה לא משום שהצדדים נתנו דעתם עליו אלא משום שהצדדים רצו להחסיר אותו. ואז השלמה של פרט זה הוא לא השלמה- אלא התערבות בחוזה.

**השלמה אפשרית רק כאשר הצדדים לא חשבו על פרט מסויים ומדובר בחסר אמיתי** והצדדים לא הביעו לגביו עמדה (שהוא מהותי והם רוצים לקבוע אותו!), בהנחה שזהו פרט שאינו שייך לליבת החוזה.

**מנגנוני ההשלמה של חסר בחוזה**

**איך ביה"מ מחליט איזה מנגנון להפעיל?**

זה לא אקראי למרות שכך נראה הדבר. יש סדרי העדפות במגנונים. ככל המנגנון קרוב יותר לרצון הקונקרטי של הצדדים כך הוא ימצא בדרגת עדיפות גבוהה יותר.

המנגנונים הם:

1. **מנגנון השלמה הסכמי:** לא תמיד נמצא אותו בחוזים ( משום שהצדדים בדר"כ לא מתוחכמים דיים, צריך ניסיון רב כדי להכניס מנגנון זה) אבל אם הוא נמצא בחוזה וניתן להשלים באמצעותו את הפרט החסר, אזי הוא העדיף ביותר. למשל:

בכריתת חוזה לבניית בניין החוזה מפורט ביותר, אבל שני הצדדים יודעים כי יכול להיות שבעתיד יתעוררו נושאים שלא הוסדרו בחוזה, אז הם מכניסים בחוזה סעיף הקובע כי אם בעתיד הם יתקלו בחסר במפרט הטכני, הפרט הזה יושלם בדרך מסויימת (והדרך מצויינת בחוזה)- זהו מנגנון ההשלמה ההסכמי.

**מנגנון זה משקף רצון קונקרטי של הצדדים** (לא בקשר לפרט החסר- כי אותו הם לא צפו, אבל בקשר לדרך בה רצו להשלים את החסר).

1. **מנגנון "עיקרון הביצוע האופטימלי":** זהו מנגנון שנקבע בפסיקה. למשל:

ניהלתי משא ומתן עם חברה קבלנית לקנות דירה, הבעיה שלא ציינו איזה מספר דירה התכוונו. ויש 2 דירות זהות. אם הצד שמעוניין בקיום החוזה מוכן לוותר לצד השני עד קצה טווח האפשרויות ( לבחור איזה דירה שרוצה) בא העניין על פתרונו ומשלימים את החוזה באופו קונקרטי התואם את רצון הצדדים (אנו בעצם משחזרים את אותו המצב של רגע החתימה על החוזה בזה שצד אחד מוותר לצד השני ומביא אותו לנקודה בה הרצון של אחד הצדדים הוא המשלים את החסר. בעצם ניתן לומר שרצון אחד הצדדים הוא שמשלים את החסר – וזאת כמובן כשיש מספר אפשרויות מוגבל לבחירת ההשלמה).

1. **"נוהג" הקבוע בחוק החוזים סעיף 26:** *"פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה - לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים"* (סעיף 26 לחוק החוזים חלק כללי)
2. "נוהג בין הצדדים"- חייבים להניח כי היו חוזים דומים בין הצדדים בעבר, אחרת לא היה נוהג. כמה חוזים דומים צריכים להיות כדי שיווצר נוהג? לא ידוע. זה תלוי בסוג החוזים בתכיפותם. אין כללים מוגדרים. צריך שתהיה איזושהי פרקטיקה שחוזרת על עצמה מספיק פעמים כדי שיהיה נוהג.

כשמשלימים פרט חסר באמצעות נוהג, **אנו לא משלימים בהתאם לרצון אותנטי הקונקרטי של הצדדים אלא פה מדובר על הסתברות**. הסתברות גבוהה שקרובה באופן הרב ביותר לרצון הצדדים (אומנם לא במקרה הזה אלא במקרים קודמים בתקווה שהפעם הרצון זהה).

1. "נוהג בחוזים מאותו סוג"- במקרים בהם אין נוהג בין הצדדים, במידה ויש נוהג מסויים בו רוב השוק בתחום כזה או אחר הולך על פיו, אז ניתן להשלים עפ"י הנהוג בתחום. **זהו סיכוי הסתברותי שהנוהג יתאים גם לצדדים בחוזה המדובר.**

1. **"הוראות השלמה המצויות בחקיקה"**: יש המון חוקים שעוסקים בחוזים ובכולם יש הוראות השלמה שונות ומגוונות. יש חקיקה שהיא דיספוזיטיבית (ניתן להתנות עליה) ויש קוגנטית. הכוונה במקרה זה היא חקיקה דיספוזיטיבית. הוראות בחקיקה קוגנטית הם לא במישור של השלמת תוכן אלא התערבות בתוכן. כשאנו מדברים על השלמה וחוסר אנו מדברים על הוראות דיספוזיטיביות- שניתן להתנות עליהן. המטרה של הוראות חוק דיספוזיטיביות נועדו כדי לחסוך חסר בחוזה.

כשנקבעת הוראה בחוק כללי היא יכולה הרבה פחות לקלוע לכוונה המשוערת של הצדדים .

כשנקבעת הוראה בחוזה קונקרטי- מכר לדוגמא יש מאפיינים דומים יותר ואפשר לכוון יותר לרצון המשוער של הצדדים. מכיוון שאנו מעדיפים מנגנון השלמה ככל שהוא דומה לרצון של הצדדים נעדיף הוראה בחוק ספציפי מאשר בחוק כללי. בדר"כ נמצא או בכללי או בספציפי ולא תהיה כפילות אלא אם היא תהיה חופפת. עלולים להיות מקרים שהוראות בכללי ובספציפי יביאו תוצאות שונות ואז נלך לחוק הספציפי.

לדוגמא:

אם אני מייבא מוצרי חשמל ומספק לחנויות ולא נכנס לחוזה סעיף ההובלה אז נלך להוראת חוק- הוראת חוק ספציפית חוק המכר סעיף 10 יתן לנו תשובה- "המסירה תהיה במקום עסקו של המוכר"- כלומר במחסן של הייבואן (הובלה ע"ח בעל החנות). אם הייתי הולכת לדין הכללי הייתי רואה בחוק החוזים חלק כללי- סעיף 44 "חיוב שלא יוסכם במקום מסירתו. מסירתו תהיה במקום עסקו של הנושה".

בחוזה מכר שניהם הנושים ושניהם החייבים השאלה היא באיזה חיוב. בחוזה רגיל יש חיובים שהם כלפי שני הצדדים. כל צד הוא חייב ונושה. בחוזה מכר הקונה חייב בתשלום והמוכר הוא נושה בתשלום. לעומת זאת בחיוב לספק את הממכר המוכר חייב בו והנושה מקבל אותו. אנו עוסקים בחיוב אספקת המוצר- אם כן, הנושה הוא הקונה. במילים אחרות- **יש ללכת לפי החוק הספציפי כי הוא ברור יותר בנוגע לעניין.**

**חזרה לעניין תוקף החוזה- מסויימות**

במהלך השנים האחרונות חל ריכוך בדרישה למסויימות.

עד אמצע שנות ה70 הייתה דרישה לרמת פירוט יחסית גבוהה. לדוגמא: בעסקאות מכר בעבר דרשו בין היתר שיהיה מוסכם גם על חלוקת הוצאת ומיסים בין הצדדים והיום אין צורך.

מה גרם לריכוך הדרישה למוסיימות?

1. חילופי שופטים בביהמ"ש העליון- דור ותיק שסיים את כהותנו והגיע דור חדש וצעיר (שמגר, ברק, חשין) שהגיע עם חינוך משפטי יותר אנגלו-אמריקאי ותפיסות חדשות.
2. מציאות כלכלית- אחרי שנים רבות של יציבות במשק אחרי מלחמת יום הכיפור בערך מתחיל גם אינפלציה וחוסר יציבות במשק, משבר אנרגיה עולמי, אלו השפיעו על תחום המשפט ועל תחום דיני החוזים.

\*\*הגישה העדכנית בנושא המסויימות ניתן למצוא בפס"ד רבי נאי נ' מן שקד. אם ניקח את אותה הסיטואציה עשר שנים קודם לכן, התוצאה הייתה הפוכה.

**המאפיינים של הגישה העדכנית:**

1. עיקר תשומת הלב של ביה"מ מוקדש לשאלה האם הייתה או לא העדה על גמירת דעת- נובע מהתפיסה של חשיבות עקרון חופש החוזים. אם הצדדים רצו לכרות חוזה אז אנו לא נאפשר בקלות למישהו מהצדדים לחמוק מהחוזה בטענות שהם לכאור יותר פורמאליות.
2. בדיקת שאלת המסויימות- ככל שההעדה על גמירת הדעת היא בטוחה יותר כך הדרישה למסויימות נמוכה יותר.

**מתי פניה שמופנית אל הציבור היא הצעה?**

כשיש העדה על גמירת הדעת ומסויימות.

בכל מצב שבו אנו מבינים כי הפונה רוצה לשמר בידו את הכוח להחליט עם מי להתקשר מתוך הציבור- זו לא יכולה להיות הצעה. (מודעה למכירת דירה). כיוון שהצעה היא שמי שהציע גמר בדעתו ומי שיגיד "כן" נקשר איתו בחוזה.

**ג. הצעה וקיבול:**

* סעיפים 1 - 11, ו - 60 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* ע"א 374/64, **רוזנר נ' מגן דוד אדום** פ"ד יח(4) 640.
* ע"א 379/82, **נוה-עם נ' יעקובסון**, פ"ד לח (1) 740.
* ע"א 7824/95, **יצחק תשובה ואח' נ' בר נתן** פ"ד נה(1) 289.

**הצעה**: **סעיף 2 לחוק החוזים-**

***2. הצעה***

*פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפנייה יכול שתהיה לציבור.*

**כדי שתהיה הצעה צריכים להתקיים 3 תנאים:**

1. פנייה של אדם לחברו.
2. החצנה של הרצון (אינטרקציה לפחות בין 2 צדדים).

הפנייה צריכה להעיד על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה- בהצעה צריכים להיות סימנים שמעידים על כך שהמציע החליט בלבו פנימה להיות קשור עם הניצע בקשר חוזי מחייב מבחינה משפטית על כל המשמעויות הנובעות מכך.

1. הצעה מסויימת- ההצעה צריכה להיות מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה. כלומר- אם הצד השני אומר אני מסכים, כולנו נבין למה הוא מסכים.

מה קורה אם פנייה של אדם לחברו לוקה בחסר באחד היסודות הנ"ל?

**מבחינה משפטית- אין הצעה**. פנייה היא הצעה רק אם היא כוללת את היסודות הנ"ל.

**יש פנייה שאיננה הצעה**- זוהי הזמנה להציע הצעות. וחייב להגדיר אותה כפנייה משום שאכן היו כוונות ליצירת יחסים משפטיים.

לפעמים יש פניות להציע הצעות. תגובה לפנייה כזו איננה קיבול אלא היא יכולה להיות שלב כלשהו במהלך המשא ומתן. פניה שאיננה הצעה היא חלק ממשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה גם אם היא אינה הצעה.

**עד מתי מציע יכול לחזור בו מהצעתו**?

בקיצוניות זה:

1. המציע לא יכול לחזור- מנוגד לרעיון חופש החוזים.
2. המציע יכול לחזור בו תמיד- פוגע בהסתמכות של הצד השני בחוזה.

**האפשרויות הללו לא הגיוניות ולכן אנו מחפשים את נקודת האיזון בין חופש החוזים של המציע לבין האינטרס ההסתמכות של הצד השני-** איפה עובר הקו הזה?

מובן מאליו כי כל עוד ההצעה לא נמסרה לניצע- המציע יכול לחזור בו.

**לפי סעיף 3(א)**

*" המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול."*

**נקודת המוצא לפי החוק** היא לפני שנתן הניצע הודעת קיבול. ז"א לניצע כבר יש אינטרס מסויים משום שהוא מודע להצעה אך עד שלא "שלח" את הודעת הקיבול – יכול המציע לחזור בו.

**חריג**- אחת המשמעויות של תום הלב היא שבמצבים מסוימים צד לא יכול לחזור בו מהמשא ומתן וחובת תום הלב תמנע מצד לפרוש מהמו"מ. מתי? אם היה מו"מ ממושך רציני שהצדדים השקיעו בו משאבים / ויתרו על הזדמנויות אחרות והמו"מ קרוב לסיומו המוצלח ואחד הצדדים רוצה לפרוש, עליו להציג סיבה עניינית (למשל שינוי שחל במצבו הכלכלי) ואם יפרוש בלי סיבה הגיונית או שיטילו עליו פיצויים או שיקבעו כי פרישתו לא נחשבת וכאילו החוזה מוגמר.

שימי לב, כי לא תמיד דווקא הצעה וקיבול הם השלבים המכריעים, אלא הם השלבים הסופיים ושלב המו"מ לא פחות חשוב ומשמעותי מהשלב הסופי.

**לפי סעיף 3 (ב)** המדבר על הצעה בלתי חוזרת

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

**2 המקרים בהם ההצעה היא בלתי חוזרת:**

1. קבע המציע כי ההצעה ללא חזרה.
2. אם קבע לה מועד.

**בהצעה בלתי חוזרת לא רשאי המציע לחזור בו מהרגע שההצעה הגיע לידו של הניצע.**

ההבדל בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת הוא פרק הזמן שבין קבלת הניצע את ההצעה לבין שליחת הודעת הקיבול. בחוזה רגיל הניצע שוקל את ההצעה בחשש שבכל רגע עלולה ההצעה להתבטל ואילו בהצעה בלתי חוזרת הוא יכול לשקול אותה בנחת.

למה שאדם בכלל יציע הצעה שלא ניתן לחזור ממנה? זה בעצם אותו הדבר כמו הצעה שיש לה תוקף ( רק פה מופעל התוקף הסביר משום שהוא לא צויין) זה תלוי בנוהג בתחום. (למשל אם נהוג שסוחרים מציעים הצעות ומפרסמים כי זה המחירון שלהם עד לחודש אפריל).

למה אם קבענו מועד להצעה היא הופכת להיות בלתי חוזרת? בשל העבדה כי הניצע מסתמך על פרק הזמן שיש לו בכדי לשקול את ההצעה. (ניתן לקבוע מועד ולסייג את זה בסעיף הקובע כי אלא אם כן אני אחליט לבטלה).

במצבים בהם המציע רוצה לחזור בו מהצעתו כשהוא כבר לא יכול- אם כי בשלב שטרם נכרת החוזה , למשל לחזור בו מהצעה בלתי חוזרת לאחר שהניצע כבר מודע להצעה.

1. אין לו את הרשות / הזכות לעשות זאת- אם הוא חזר בו הוא הפר נורמה ותהיה נגדו סנקציה/ פיצויים.
2. אין לו את הכוח לעשות זאת- מתעלמים ממנו והיא עומדת בתוקף.

אם המציע חוזר בו מההצעה כשהוא כבר לא יכול האם יש לזה תוקף והוא פשוט ישא בתרופות לכך או שבכלל אין לו את הזכות המשפטית לעשות זאת?

בעיסוק שלנו בחוזים רק האפשרות השנייה היא האפשרות הקיימת. ניתן לראות זאת בפס"ד נוה עם נ' יעקובסון שבו זו הייתה השאלה. ההצעה הייתה בתוקף עד תאריך מסויים וחברת נוה עם יום לפני התאריך ניסתה לבטל את ההצעה וביהמ"ש קבע כי אין לחברה את הכוח לעשות זאת וברגע שההצעה היא בלתי חוזרת והיא בתוקף עד תאריך מסויים אז ניתן לקבלה עד התאריך הזה.

**אין למציע את הכוח לבטל את ההצעה אחרי נקודת האל חזור**. בהצעה בלתי חוזרת- מרגע השניצע מודע להצעה. ובהצעה רגילה- מרגע שנשלחה הודעת הקיבול.

**סעיף 4**: מלמד אותנו על מצבים בהם ההצעה פוקעת:

***4. פקיעת ההצעה***

*ההצעה פוקעת -*

*(1) כשדחה אותה הניצע או עבר המועד לקיבולה;*

*(2) כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול.*

1. כאשר המציע חוזר בו במועד.
2. **"**ההצעה פוקעת כשדחה אותה הניצע או כשחלף המועד לקיבולה".לפי המוקדם משניהם. **לפי סעיף קטן 1**.

בחלוף המועד שנקבע בה, או באין מועד- תוך זמן סביר ( הצעה לא יכולה להיות תלויה לנצח בחלל העולם).

עניין זה עולה בפס"ד נוה עם נגד יעקובסון משם שיומיים לפני סיום התוקף בחוזה ניסה יעקובסון לשנות תנאי בחוזה ומשלא הצליח טען כי אין לו כסף קם והלך. השאלה היא האם התנהגותו היא בגדר דחיית ההצעה ואז החברה תוכל להגיד כי ההצעה פקעה? ביהמ"ש קבע כי לא. למרות שאנו יודעים כי הודעת דחייה לא חייבת להיות באופן פורמאלי אך היא צריכה להיות באופן מפורש ולכן התנהגותו של יעקבסון משתמעת לשני צדדים וכאן יש הבדל בין הצעה רגילה לבלתי חוזרת.

**בהצעה רגילה**- ברגע שהניצע קיבל את ההצעה כאילו אין לו דבר ביד חוץ מתקווה שלא תגיע הודעת ביטול והוא יוכל לממש את החוזה, אין לו שום זכות מוקנת לקבל את החוזה משום שבכל רגע יכולה להגיע הודעת ביטול. במקרה של יעקבסון אם זו הייתה הצעה רגילה- יכלה החברה לפרש את התנהגותו כדחייה ולבטל את ההצעה כי בעצם היא יכולה בכל רגע לבטל את ההצעה גם אם זו לא דחייה. בהצעה רגילה הודעת הדחייה לא חייבת להיות מפורשת או לא כלפי הצד המציע.

**בהצעה בלתי חוזרת**- יש לניצע זכות יקרה והיא לשקול את ההצעה מבלי חשש לביטולה ויש פה בעצם כבילת המציע. לניצע יש ביד אפשרות למימוש החוזה. ההנחה שלנו היא שאנשים לא מוותרים בקלות על הזכות הזו ולכן הודעת הדחייה שלהם צריכה להיות מפורשת ביותר! (לא בוער לו לדחות את ההצעה כל עוד לא פג תוקפה- אולי מחר יעקבסון יזכה בלוטו ויוכל לרכוש את הדירה). לכן ביהמ"ש הכריע את הכף לטובת יעקבסון.

1. ההצעה תפקע במועד התאריך.
2. "כשמת המציע או הניצע או כשנעשה אחד מהם פסול-דין או ניתן נגדו צו לקבלת נכסים או צו פירוק, והכל לפני מתן הודעת הקיבול"- **לפי סעיף קטן 2**.

כשמת המציע או הניצע (גם מוות משפטי כמו פושט רגל) או נהיה אחד מהם פסול דין.

אם הצד עוד לא נתן הודעת קיבול- **אם הוא נתן הודעת קיבול החוזה תקף**.

\*\*בהצעת חוק דיני ממונות המונחת על שולחן הכנסת- בעניין פקיעת הצעה כתוצאה ממוות פיזי או משפטי עשו שינוי והתאימו את זה לנקודות האל חזור של המציע. כלומר- בהצעה רגילה תפקע אם מוות אחד הצדדים התרחש לפני הודעת הקיבול. בהצעה בלתי חוזרת- רק אם המוות התרחש לפני מסירת ההצעה לניצע. ז"א בהצעה בלתי חוזרת הניצע לא יצטרך לחשוש גם לא ממוות הצד המציע.

מול יסודות ההצעה ישנם היסודות המגבילים של הקיבול.

**קיבול : סעיף 5 בחוק החוזים קובע**-

***5. קיבול***

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

**יסודות הכרחיים להגדרת הקיבול:**

1. הודעה- בקיבול לעומת הפנייה בהצעה, יש צורך בהודעת הניצע.
2. להעיד על גמירות דעת- הודעת הניצע צריכה להעיד על גמירת דעת של הניצע להתקשר בחוזה של המציע.
3. הקיבול צריך להיות לפי ההצעה- צריך לחפוף באופו מדוייק את ההצעה. (אם יש בו שינוי ולו הקטן ביותר אינו קיבול אלא הצעה חדשה).

**כל שיטת משפט יוצרת את הרכיבים שמגדירים מתי יש חוזה ומתי אין חוזה.** למשל במשפט האנגלי בשביל חוזה תקף צריך תמורה. חוזה מתנה לא מופיע במשפט האנגלי כיוון שאין לו תמורה. (אם אביא למישהו מכונית תמורת שקל ואגיד שזה חוזה- אין שם תוקף לחוזה- זוהי מתנה).

לעקרון חופש החוזים יש 2 משמעויות עיקריות:

1. החופש להתקשר בחוזה או לא להתקשר בחוזה- משמעות זו של חופש החוזים שהיא במישור החוקתי כך מקובל לומר משקף את הצורך "להעיד על גמירת דעת".
2. החופש לעצב את תוכן החוזה בהתאם לרצון הצדדים- פן זה של חופש החוזים מגולען בדרישה של "הצעה מסויימת".

**קיבול באמצעות הודעה**

**איך נעשה הקיבול**? באמצעות הודעה.

האם ההודעה היא בכתב? לפי **סעיף 60(א)** היא צריכה להינתן ע"י דרך סבירה בנסיבות העניין.

הקיבול מושלם במסירת ההודעה למציע. רגע זה הוא רגע חשוב כיוון:

1. שקובע את נקודת האל חזור במידה וההצעה היא איננה הצעה בלתי חוזרת.
2. קובע את תוקף ההצעה במקרה של מוות ושל הצעה בלתי חוזרת.

בנקודת הזמן בה הקיבול הושלם (כשהודעת הקבלה הגיע למציע), ההצעה הופכת מהצעה לחוזה מחייב.

**דרכי קיבול נוספות:**

***6. קיבול דרך התנהגות***

*(א) הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה; ולענין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול.*

*(ב) קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף.*

**סעיף 6 (א)** : "הקיבול יכול שיהיה במעשה לביצוע החוזה או בהתנהגות אחרת, אם דרכים אלה של קיבול משתמעות מן ההצעה"

כלומר, **הקיבול לא חייב להיות בהודעה אלא הוא יכול להיות באמצעות התנהגות.**

מתי? אם דרכים אלו של קיבול משתמעות מההצעה (למשל תשלום) .

אם המציע קובע את דרך הקיבול והיא שונה מהודעה (למשל באמצעות מעשה או התנהגות אחרת) אז אי אפשר לבצע קיבול באמצעות הודעה.

\*\*המציע הוא שליט ההצעה וזכותו לקבוע את דרך הקיבול. בתמיכה של עקרון חופש החוזים.

זה מוגבל- אם המציע קובע דרך קיבול שהיא לא חוקית – כמובן שזה לא תקף.

פעמים רבות בהצעה שמופנית לציבור (כמו מודעת מבצע לנעליים) דרך הקיבול בהן היא קיבול בהתנהגות.

המשך סעיף 6 (א): "ולענין סעיפים 3(א) ו-4(2), התנהגות כאמור דינה כדין מתן הודעת קיבול."

לפי סעיף זה נקודת שליחת הודעת הקיבול מקבילה לנקודת ההתנהגות (בקבלה בדרך זו).

**כאשר הקבלה היא בהתנהגות- מתי חלה נקודת האל חזור**?

**אם ההתנהגות או המעשה הם נקודתיים** בזמן אז העניין פשוט– אז נקודת זמן של ההתנהגות היא נקודת האל חזור של המציע בהצעה רגילה. וקובעת אם ההצעה תפקע בהצעה בלתי רגילה.

**אם ההתנהגות היא אינה נקודתית** אז האם נקודת הזמן הזו היא תחילת ההתנהגות, סיום ההתנהגות או סופה?

לפי התחושה האינטואיטיבית נראה כי תחילת ההתנהגות היא רגע הקבלה וכריתת החוזה. אבל זה תלוי בנסיבות.

לדוגמא: אדם פרסם בעיתון הצעת פרס של 5000 ש"ח למוצא את הכלב שלו. פלוני ראה את המודעה . עברו שבועיים ומפרסם המודעה החליט כי הוא לא רוצה למצוא את הכלב אז הוא מפרסם מודעה שהוא מבטל את ההודעה הקודמת. פלוני מתקשר ואומר כי אי אפשר לבטל את ההודעה כי הוא כבר החל לחפש את הכלב.

מה שניתן לראות מדוגמא זו שמה שכורת את החוזה הוא סוף ההתנהגות ולא תחילתה.

דוגמא נוספת: מישהו מפרסם מודעה בעיתון שהוא רוצה לתרום חלק מהונו ושמע שהשנה יש זן חדש של שפעת חתולים הוא מבטיח פרס של 10 מיליון למוצא תרופה לשפעת חתולים. ולכן חוקרים רציניים פינו את מעבדתם ותקציבי המחקר שלהם לחקר זה. כעבור זמן מחליט העשיר כי שפעת החתולים כבר לא מעניינת והוא מבטל את ההצעה.

ניתן לראות כי האמירה הפשטנית של סעיף 6.א שקובעת כי דין ההתנהגות כדין קיבול, זה נכון למקרים מסויימים (של התנהגות נקודתית) אך **במקרים בהם ההתנהגות נמשכת צריך להפעיל שכל ישר** (גם תום הלב משחק כאן תפקיד) .

**סעיף 6(ב) קובע כי:** "קביעת המציע שהעדר תגובה מצד הניצע ייחשב לקיבול, אין לה תוקף."

מה יקרה אם המציע יקבע שהקיבול הוא בשתיקה?

והניצע לא קיבל את ההצעה, האם זה נחשב לקבלה? לא- אין לזה תוקף.

\*\* שימי לב, כי סעיף 6.ב לא קובע שלעולם לא תיחשב שתיקה כקיבול- קביעה חד צדדית לכך אין לה תוקף אבל אם הצדדים הסכימו שניהם ששתיקה תיחשב כקיבול- אז זה בסדר.

סעיף 6.ב הוא דיספוזיטיבי והוא ניתן להתנייה.

לעיתים גם אם הסכמה זו אינה מפורשת, היא יכולה להשתמע מההקשר בינהם. למשל אם יש מו"מ ארוך ומייגע בין הצדדים, ואז אחד מהם שותק – כלומר הוא מסכים, אין לו מה להוסיף עליו.

דוגמא : ראובן ושמעון הם חברים ותיקים . לראובן יש מכונית ושמעון מכיר אותה . ראובן שולח במייל לשמעון הצעה לקניית המכונית תמורת סכום, ואמר כי הוא הזמין מכונית חדשה שתגיע ב 1 לדצמבר ואם הוא לא שומע ממנו עד אז ז"א הוא הסכים. והתנאי להעברה הוא תשלום ב1 לדצמבר. ב1 לדצמבר מתייצב שמעון עם צ'ק ודורש את המכונית- ראובן אומר שאתמול בלילה מישהו קנה את המכונית. "אבל יש חוזה" טוען שמעון. ראובן עונה כי לפי סעיף 6.ב אין תוקף לדרך הקיבול שהציע. האם היה חוזה או לא?

נימוקים לכך שאכן נכרת חוזה:

1. שני הצדדים הסכימו לכך שהקיבול יהיה בשתיקה ( המציע כי הוא קבע זאת והניצע כי הוא שתק ועכשיו הוא מביא את הכסף).
2. תום לב.

**מטרת סעיף 6.ב להגן על הניצע ולא על המציע**.

**סעיף 7**: *"הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה."*

סעיף זה עוסק בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע.

השאלה האם סעיף זה עוסק במתנה היא שאלה לגביה ישנם התחבטויות רבות בספרות המשפטית .

חוק המתנה קובע כי ישנם מצבים בהם גם אחרי שהחוזה נכרת , המציע יכול לחזור בו. ולכן יכול להיות שמדובר בהצעה ש"אין עליה אלא כדי לזכות".

כאשר מדובר בחוק המתנה , ישנה הנחה כי למציע יש רצון להיטיב עם מקבל המתנה, כלומר חסד לכן החוק יותר סבלני .

"הצעה שאין זה אלא כדי להיטיב" – יכול להיות שלנגד עיני המציע יש אינטרס אגואיסטי- כלומר המציע חושב על עצמו .

לדוגמא- חברת ביטוח שרוצה לפרסם את עצמה מציעה חודש חינם . ולפי סעיף 7- אין צורך שהניצע יודיע הסכמה וזאת משני שיקולים:

1. זה לא עולה כלום לניצע.
2. מההנחה שכל אדם יסכים לכך.

ולכן יש חזקת קיבול על הצעה שאין בה אלא כדי לזכות.

**מתי נכרת חוזה מחייב בהצעה שקיבולה הוא בשתיקה?**

1. החוזה יכרת זמן סביר אחרי שההצעה מגיעה מהניצע משום שהחוק קובע כי תוך זמן סביר הניצע יכול להודיע שהוא לא מעוניין.
2. מיד. זהו חוזה "על תנאי מפסיק" שאומר כי החוזה נכרת מיד אך יש תנאי שיכול להפסיק אותו- הודעת מהניצע שהוא לא מעוניין.

**עד מתי יכול המציע לחזור בו מההצעה?**

ההבדל בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת הוא רק התוספת להצעה הרגילה שאין בה אלא כדי לזכות.

**בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות נקודת האל חזור היא ברגע בו הגיעה ההצעה לניצע בדיוק כמו בהצעה בלתי חוזרת**.

**סעיף 8** עוסק במועד הקיבול.

**סעיף 8(א) :** *אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר.*

**סעיף 9** : ***קיבול לאחר פקיעה***

*קיבול של הצעה לאחר שפקעה, כמוהו כהצעה חדשה*.

**סעיף 9 הוא מקרה פרטי של סעיף 11:**

***11. קיבול תוך שינוי***

*קיבול שיש בו תוספת, הגבלה או שינוי אחר לעומת ההצעה, כמוהו כהצעה חדשה.*

במקרה של שינוי מכל תנאי של ההצעה- שהניצע משנה- אין פה קיבול אלא הצעה חדשה . ולכן סעיף 9 קובע שאם יש קיבול להצעה לאחר שפקעה זוהי הצעה חדשה.

**עד מתי הניצע יכול לחזור בו מהקיבול?**

לפי חוק החוזים **סעיף 10** : *חזרה מן הקיבול- הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול או שנודע לו על קיבול בדרך האמורה בסעיף 6(א).*

אם הניצע שלח הודעת חזרה מהקיבול והודעת הקיבול הגיע לפני הודעת הביטול בהבדל של שנייה בזמן- מה שגובר הוא הודעת הקיבול ואז נכרת חוזה.

אם להפך אז גובר הביטול ולא נכרת חוזה.

אם הם מגיעים בו בזמן- גוברת הודעת הביטול.

**סעיף 8 (ב)** :

*"נתן הניצע הודעת קיבול בעוד מועד, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא היתה ידועה לו, נכרת החוזה, זולת אם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול."*

סעיף זה דרוש משום שבישראל על מסירת הודעה חלה תורת המסירה ולא תורת השיגור.

הסעיף עוסק בשאלה הבאה:

המציע קבע בהצעתו שהודעת הקיבול צריכה להגיע אליו תוך 10 ימים. לוקח להצעה להגיע יומיים ויומיים בחזרה אז נותר לו 6 ימים לחשוב על ההצעה . הוא חשב על ההצעה שלושה ימים ושלח כדי להספיק- אם הדוור נפל לבור וחילק את הדואר באיחור וקרה שהודעת הקיבול הגיע למציע באיחור. **האם נכרת חוזה?**

**ההחלטה הסופית נתונה בידי המציע**. יש פה מנגנון מאזן: אם המציע רוצה שלא יכרת החוזה הוא חייב **מיד** להודיע לניצע שזה הגיע מאוחר והוא אינו מעוניין בחוזה. אם הוא לא עושה את זה מיד- נכרת החוזה.

**פס"ד ע"א 7824/95 תשובה נ' בר נתן**

בהסכם השיתוף שנכרת בין הצדדים נקבע הזכות לסירוב ראשונה ואם הצד השני מעוניין צריך תוך 14 יום לבצע קיבול וההצעה והקיבול צריכים להיות בדואר רשום וההצעה היא הצעה בלתי חוזרת.

בר נתן רוצה למכור והוא מציע לתשובה. ההצעה הייתה בלתי חוזרת מכורח הנקבע בחוזה השיתוף הקודם שבהם.

בר נתן מציע את ההצעה בטלפון ותשובה דורש שישלח לו בדואר רשום כפי שנקבע.

בפניית בר נתן בטלפון אם תשובה היה מביע נכונות להצעה בטלפון אזי משתמע כי הצדדים משנים את ההסדר לגבי דואר רשום ואז מאותו הרגע זו הייתה בצעה בלתי חוזרת ותשובה יכל לחשוב עליה במשך 14 יום- מכיוון שלא הסכים נשארה הדרישה לגבי דואר רשום.

לאחר כמה שעות משיחת הטחפון התחרט בר נתן והודיע לתשובה בטלפון ובמשלוח פקס על הביטול . ושוב תשובה דורש שישלח לו בדואר רשום וכך עושה בר נתן. ויצא כי המכתב ההצע הגיע ראשון ומכתב הביטול הגיע שני- במקרה זה תשובה עושה קיבול להצעה ומתעלם מהודעת הביטול משום שההצעה היא בלתי חוזרת.

ההצעה השנייה מכיוון שהיא שונה מההצעה הראשונה מגלמת בתוכה שני דברים: ביטול של ההצעה הראשונה והצעה חדשה. מכיוון שהצדדים הסכימו בינהם כי רק ההצעה והקיבול יהיו בדואר רשום- שאר ההודעות יכולות להיות בכל דרך סבירה. כאשר בר נתן צלצל לתשובה בפעם השנייה , ככל שמשתמע מכך ביטול , הודעת ביטול יכולה להיות גם בטלפון.

ההודעה הטלפונית ביטלה את הדואר הרשום (ההצעה) עוד לפני שהיא הגיע וכך בידי תשובה אין שום הצעה ואז ההצעה השנייה שמגיע היא בידיו של תשובה והוא יכול לקבלה במשך 14 יום. תשובה לא קיבל את ההצעה החדשה ולכן בר נתן מכר לאדם אחר.

* מה היה קורה אילו בחוזה שלהם היה כתוב כי כל הודעה שהיא צריכה להיות בדואר רשום?

בעיקרון ההצעה הראשונה הייתה התקפה.

* נקודה למחשבה: אם כי אולי זה חוסר תום לב מצידו לקבל את ההצעה הראשונה כי בפועל ידע כי הצד כבר לא רוצה את ההצעה. ברק מעלה את הרעיון הזה אך הוא לא מחליט בעניין ומשאיר את זה פתוח.

**ד. צורת החוזה:**

* סעיף 23 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.
* סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמנית.
* סעיף 8 לחוק המקרקעין, תשכ"ט - 1969.
* סעיף 5 (א) לחוק המתנה, תשכ"ח - 1968.
* ע"א 726/71, **גרוסמן נ' בידרמן**, פ"ד כו (2) 781.
* ע"א 158/77, **רבינאי נ' חברת מן שקד**, פ"ד לג (2) 281.
* ע"א 693/86, 692 **בוטקובסקי נ' גת**, פ"ד מד(1) 57.
* ע"א 986/93, **קלמר נ' גיא**, פ"ד נ (1) עמ' 185.
* ע"א 8234/09, **לילי שם טוב נ' כדורי פרץ**, (נבו, 21.3.11).

**האם כריתת חוזה מחייבת צורה מסויימת?**

פרק א' לא אומר כלום על זה- כל כללי כריתת החוזה 1-11 לא מזכירים בכלל נושא של צורה. הם מזכירים מהות- הצעה וקיבול. השאלה היא למה אין בחוק הוראה שקובעת צורה לחוזה? בגלל חופש החוזים.

**יתרונות לזה שאין דרישה צורנית:**

1. חסכון בעלויות- יש חוזים פשוטים שאנו לא רוצים לסבך אותם בצורה מסויימת.
2. אם דרישת הצורה, אילו הייתה, הייתה מסובכת (למשל בכתב ומודפס בפונט דויד בגדול 12 וכדומה..) אז הייתה גם בעיית חופש החוזים וגם בעיית עלויות עסקה והצטיידות בעורכי דין. ככל שדרישת הצורה יותר מסובכת , צריך מומחה. זה יוצר חסמים בכלכלה- מעלה את רכיב עלויות העסקה, מה שלא רצוי מבחינה כלכלית.

**יחד עם זאת אי אפשר להתעלם מכך שדרישה צורנית יש לה יתרונות רבים.**

**יתרונות:**

1. יתרון ראייתי- אם יש מחלוקת והחוזה נעשה בצורת התנהגות וכדומה, הרבה יותר קשה להוכיח אותו מאשר אם יש לנו חוזה כתוב. גם את תוכנו יותר קל להוכיח אם הוא מעוגן בכתוב.
2. כאשר צדדים צריכים לכתוב את ההתחיבויות שלהם, הם הרבה יותר קפדניים בניסוח הרצונות- יותר חוזים ברורים .
3. לא יכול להיות ספק לעניין גמירת הדעת- אם הצדדים מנסחים מסמך שעומד בכל הריקטריונים הקשים לצורת החוזה זה אומר שהם גמרו בדעתם. עצם קיום הצורה יוצרת את גמירת הדעת.
4. הבחנה מאוד ברורה בין השלב הטרום חוזי לשלב החוזי- יש הבדל בין החיובים שיש לצדדים בזמן המו"מ (כמו תום לב) לבין החיובים שלאחר החוזה- הם מחויבים לפעול ע"פ ההתחייבויות שסוכמו בחוזה.

ישנה דילמה לגבי היתרונות והחסרונות בדרישת צורה ולכן הכלל הוא חופש, אך **כחריג לכלל זה ישנם דרישות מסויימות לצורות של חוזים למיניהם:**

**חריג מבחינת החוק**- מבחינת החוק לפעמים אותו חריג יהיה נפוץ יותר אפילו מהחופש- בארץ החריג הוא הדרישה הצורנית.

**סעיף 23** לחוק החוזים קובע כי ניתן לעשות חוזה ב3 צורות: בכתב, בע"פ או בצורה אחרת. בעצם בצורה אחרת זה בכל דרך שהיא. אך הנפוץ שבהם בכתב או בע"פ.

כשחוק מסויים חורג מהעקרון הכללי של סעיף 23 וטוען דרישת צורה מיוחדת בדר"כ היא תהיה דרישת כתב. לעיתים זו תהיה דרישה מורכבת יותר, למשל בחוק חוזי ביטוח בו קיימת דרישת כתב ופרטים במיקום מסויימים בחוזה או האופן מובלט בכתב.

לעיתים יש דרישות נוספות, כמו למשל, בחוק יחסי ממון בין בני זוג יש דרישת כתב וגם שהחוזה יחתם בחותמת של רשם נישואים- רשם הנישואים לא בודק את החוזה אלא זה למען הדרישה הצורנית בלבד.

דרישה צורנית מיוחדת במיוחד היא בתקנות שנחקקו מכוח חוק תקנות הצרכן- חוזים אחידים צרכניים: "האותיות לא תהיינה נוטויות או מוצרות, צבע האותיות יהיה נוגד את צבע הדף עליו הם כתובות , הרווחה בין השורות לא יקטן מגודל האות בשורה וגודלן המזערי של האותיות יהיה 2 מ"מ, האותיות בשורות לא תגענה אחת בשנייה וכו.."

**הפסיקה מבחינה בין דרישות כתב מהותיות לדרישות כתב ראיתיות:**

|  |  |
| --- | --- |
| מהותיות | ראיתיות |
| **דרישת הכתב תקבע את תוקף החוזה-** אם החוזה לא נעשה בכתב- אין לו תוקף | **דרישת הכתב היא למען הוכחה-**לא נוגע לתוקף החוזה. אם החוזה ייעשה בע"פ זה עדיין תקף. אבל אם יש בעיה במישור ההוכחה. אם יש סכסוך בין הצדדים ומגיעים לביהמ"ש והתובע מגיש תביעה על הפרת חוזה והנתבע מכחיש שיש חוזה אז התובע יהיה צריך להעיד במסמך כתוב כיוון שבע"פ עדותו לא קבילה. לפעמים, למרות ההבדל בין מהותית לראיתית התוצאה תהא זהה. |
| **היקף המסמך**- כל פרטי החוזה חייבים להופיע במסמך כדי שתתקיים דרישת הכתב. | **היקף המסמך**- די בראשית ראיה- מספיק שיש פיסת נייר שממנה אפשר להבין שיש חוזה זה מספק את דרישת הכתב. |
| **מועד היצירה במועד כריתת חוזה-**בחוזה, יכול להיות מסמך אחד/חילופי מכתבים אבל הפרטים צריכים להיות מעוגנים במסמך כתוב. | **העיתוי בו נוצר המסמך הכתוב-** אין הכרח שיהיה מסמך בעת הכריתה. מספיק החוזה או מסמך שמאוחר יותר. וגם אם חוזה נעשה בע"פ ואחר כך יש חילופי מכתבים בין הצדדים שמהם ניתן להבין כי נעשה חוזה. גם אם החוזה סוכם בע"פ אך יש לו קבלה הוא יכולה להוכיח. |

דוגמא 1- ייתכן והתוצאה תהיה זהה במשפט ל2 הדוגמאות.

אם הסכסוך בין הצדדים נוגע לתוכן של החוזה (דולר צמוד למדד או לא). ואם זו דרישת כתב מהותית- השופט יכול להחליט שגם אם הצדדים אומרים אין חוזה תקף כי הוא מבחינה מהותית צריך להיות בכתב ושלם לא כתוב. והצדדים מסכימים במשפט שכן כרתו חוזה אבל בע"פ ואין דרישה מהותית לחוזה אזי השופט ידון בעובדות.

דוגמא 2- נעשה הסכם ירקות בין שמעון ללאה. ההסכם אומר כי שמעון מוכר ירקדות ללאה ויתר הפרטים סוכמו בע"פ. אם מדובר בדרישת כתב מהותית המסמך לא עוזר כי כל ההסכמות חייבות להיות כתובות. ואם מדובר בראייתית זה מספיק כי המסמך מעיד על כך שנחתם חוזה וניתן להוכיח את השאר.

איך יודעים אם דרישת הכתב היא מהותית או ראייתית?

**המחוקק לא כותב ולכן מסתמכים על פרשנות**: איך? ראי פס"ד גרוסמן נ' בידרמן:

רואים שימוש בכל מיני כלי פרשנות.

הגישה המודרנית היא שדרך הפרשנות של סעיף שדורש דרישת צורה הוא:

 **פרשנות תכליתית**- השופט או הפרשן צריך לשאול עצמו למה המחוקק בסעיף הזה טרח לסטות מהעיקרון הכללי שלפיו חוזה יכול להיעשות בכל צורה? הסיבה לך תכתיב לנו אם דרישת הכתב היא ראייתית או מהותית. למשל:

בחוק המקרקעין- הסיבה היא להבטיח את רצינות הצדדים – הדרישה לכתב היא מהותית.

לעומת זו, אם אנו מגיעים למסקנה כי המחוקק קבע את דרישת הכתב בשל חשש מעדות שקר או שכחה- הדרישה לצורה היא ראייתית . אם הדרישה לכתב היא כדי להגן על צד חלש- הדרישה היא מהותית.

**אין הרבה חוקים עם דרישת כתב ראייתית**- אחד החשוב מהם הוא סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאנית- חלקים קטנים מהחוק הזה עדיין בתוקף- בחלקו הראשון של הסעיף נאמר כי כל חוזה שנוצר לגביו נוהג שעושים אותו בכתב, מהרגע שהתבסס נוהג כזה , יש לגביו דרישת כתב ראייתית. חשיבות הסעיף היא שהוא לא מדבר על סוג ספציפי של חוזים אלא יוצר דרישה לגבי כל חוקי החוזים שנוצר בהם נוהג.

**החריג לסעיף 23 הוא דרישת כתב מהותית- ונתמקד רק בה.**

**בדרישת הכתב נתמקד בסעיף 8 לחוק המקרקעין**. כלל הדרישות של כתב מהותי וכל הפסיקה שעוסקת בדרישת כתב מהותית היא ביחס לסעיף 8 לחוק המקרקעין.

מדוע?

1. עסקה שנוגעת לשווי כלכלי גבוה. (אם יש צד מפסיד הוא בדר"כ יעער לעליון).
2. עסקה מאוד נפוצה.

**\*\*ההלכות שנקבעו ביחס לסעיף 8 רלוונטיות גם לדרישות כתב מהותיות בקשר לחוקים אחרים וחלות גם עליהם.**

כיוון שההוראה הכללית היא זו של סעיף 23 והחריג מצוי בחוק (למשל סעיף 8) אחת השאלות שמתעוררות בבית המשפט היא מהו היקף התחולה של אותו חוק?

בגלל שדרישות הכתב המהותיות הם החריג ולא הכלל והחריג חל על חוזים ספציפיים , יש לדעת על מה הוא חל.

כאשר אני עוסק בכלל משפטי שחל רק על סוג ספציפי של חוזים כי הוא חל רק בחוק מסויים, אני צריך לדעת את היקף תחולתו.

**סעיף 8 לחוק המקרקעין** :

*8. התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב.*

מה זו התחייבות לעשות עסקה במקרקעין?

סעיף 6 לחוק המקרקעין מגדיר זאת כהקניה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין לפי רצון המקנה . למעט הורשה לפי צוואה. (רשות ציבורית יכולה להפקיע מקרקעין- לא רצוני, ולכן לא חל עליה סעיף 8). מה זה זכות אחרת בקרקעין? הפסיקה קובעת שזכות במקרקעין זה רק אחת מחמש הזכויות שמנויות בחוק המקרקעין: בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה, זכות קדימה.

התחייבות בחוזה להקנות אחת מהזכויות הנ"ל היא התחייבות לעשות עסקה במקרקעין שחל עליה סעיף 8 לחוק המקרקעין.

סעיף 79 לחוק המקרקעין קובע שעל שכירות שהיא פחות מחמש שנים לא חל סעיף 8 לחוק המקרקעין.

מקרה דוגמא: סטודנט שכר דירה רק לשנה והחוזה נעשה בע"פ- עכשיו יש מחלוקת האם החוזה תקף? אין דרישת כתב לפי סעיף 8 ולכן גם חוזה בע"פ תקף! יחד עם זאת כולנו יודעים שגם בהשכרה קצרה נהוג שעושים בכתב- מכיוון שיש נוהג אז יש דרישת כתב ראייתית שנובעת מסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאנית.

נכסי מקרקעין בניגוד לנכסי מטלטלין נשארים במקומם שנים רבות, התוצאה היא שמגיעים לבתי המשפט סכסוכים חוזיים גם עשרות שנים אחרי כריתת החוזה. בחוזים מאוד ישנים עורכי דין מתבלבלים בקשר לדרישה לכתב. חוק המקרקעין נכנס ב1970- חוזה שנכרת לפני כן נהגו לעשות אותו בכתב לאור סעיף 80 לחוק הפרוצדורה העותמאני כדרישה ראייתית ולא כדרישה מהותית לפי סעיף 8 לחוק המקרעין.

מקרה:

א' הוא בעלים של מקרקעין. הוא כורת חוזה עם ב' ב1.3 הוא מתחייב להעביר לו בעלות על מקרקעין (חל חוק המקרקעין). א' מתחייב להעביר את הבעלות ב1.12 אבל ב 1.6 ב' עושה חוזה עם ג' שבו הוא מתחייב להעביר לג' את הבעלות באותם מקרקעין ב2.12. האם החוזה בין ב' לג' חל עליו סעיף 8 לחוק המקרקעין? כן. העובדה שב' עדיין לא בעלים לא משנה כלום. מותר לאדם להתחייב להקנות בעלות בכנס שהוא עדיין לא בעלו. הוא לא יכולה להקנות בעלות אבל הוא יכול להתחייב להקנות אותה בעתיד. אבל, ב' יכול לעשות גם עסקה אחרת: במשפט המודרני יש סוגים שונים של נכסים וגם זכויות הם נכסים (אם פוני חייב לי מיליון בעוד שנה אנ יכולצלמכור את הזכות הזו למישהו)- לב' יש זכות חוזית לקבלת בעלות במקרקעין מא' והוא יכול להתחייב לג' לזכות החוזית הזאת (מכר לו את הזכות)- ואז מה שב' מוכר לג' הוא לא מקרקעין אלא זכות ואז לא חל סעיף 8 לחוק המקרקעין! על מכר של זכות אין דרישת כתב. (בתי המשפט קבעו שיש נוהג שכאשר מוכרים זכות שתוכנה הוא בעלות במקרקעין אז יש נוהג שחוזים כאלו נעשים בכתב אז יש דרישת כתב ראייתית מתוקף סעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית).

לסיכום, כשיש דרישת כתב מהותית לאחד מהחוקים הספציפים מתעוררת שאלה בחוזה שחל בע"פ האם הוא בתוקף או לא? יש לבדוק האם דרישת הכתב הנוגעת לעניין בכלל חלה? כי לא תמיד היא חלה. יש לחשוב תמיד, על מה חלה דרישת הכתב. אם היא לא חלה? אז חל סעיף 23 לחוק החוזים (שאפשר לעשות את החוזה בכל צורה ).

מקרה:

בין בשני צדדים נערך חוזה למכר מקרקעין הכל סוכם ונכתב, אבל בשלב מסויים הייתה הפרה והמוכר לא העביר את המקרקעין. הקונה מגיש תביעה ואז מסתבר לו שהחוזה שלו אבד. מה עושים? אם היה כבר ביצוע של החוזה- זה מכפר על הכתב (ראי קלמר נ' גיא). אם לא היה עדיין ביצוע של החוזה- (פס"ד שם טוב נ' פרץ דעת השופט עמית) אומר עמית: סוג זה של מקרים עניינו במישור הראייתי בלבד. הלכה פסוקה היא כי דרישת הכתב המהותית קוימה, בעת כריתת החוזה התכלית המהותית קויימה וזה שהמסמך הלך לאיבוד לא אומר שלא התבצעה הדרישה המהותית. העיה היא רק איך מוכיחים שהיה מסמך בכתב? השופט עמית העיר בהערת אגב בפס"ד הנ"ל- להוכיח באמצעות ראיה משנית כמו למשל צילום, או אם אין אז העדה בע"פ על כך שנעשה חוזה בכתב , מבנהו , צורתו ותוכנו- אם השופט יאמין אז הוא יקבע כי היה חוזה תקף ודרישת הכתב קויימה.

פס"ד שעוסקים בסעיף 8 לחוק המקרקעין:

1. גרוסמן נ' בידרמן- קבע כי דרישת הכתב היא מהותית. פס"ד זה ניתן ב1971 ורק ב1.1.1970 נכנס לתוקף חוק המקרקעין ולכן נכרת חוזה אחרי ה 1.1.70 וכבר הצדדים הספיקו לעבור שתי ערכאות ולקבל פס"ד- למה ההליך היה כ"כ מהיר? הערערו בעליון היה על דחיית התביעה על הסף של ביהמ"ש המחוזי והוא כלל לא שמע עדים בהנחה שכל מה שאומר התובע הוא נכון (הוא דחה על הסף כי החוזה נכרת בע"פ ואחר כך הועלה על הכתב ע"י בנו של הקונה- והמסמך משקף את מה שהסכימו בע"פ- מסמך שנעשה אחר כך ומסכם את ההסכם יכול להיות טוב לדרישת כתב ראייתית ולא מהותית כמו שנדרשת לפי סעיף 8 לחוק המקרקעין ולכן דחה את התביעה על הסף). השאלה היחידה שהתעוררה היא האם דרישת הכתב של סעיף 8 היא מהותית או לא? שאלות אחרות לא עלו כי הטענה במחוזי הייתה כי החוזה נעשה בע"פ.

למה עורך הדין של גרוסמן לא טען במחוזי שהמסמך הקיים הוא החוזה?

כי אלו לא היו העובדות! אם הוא היה טוען כך היה זה שקר.

למה מבחינה טקטית הוא לא טען כך?

הוא לא ידע כי דרישת הכתב היא מהותית. הוא הניח שכמו שבמשך שנים רבות הדין היה שזו דרישה ראייתית כמו שהיה עד 1970 כך גם נשאר.

ברגע שקבע בית המשפט את ההלכה בגרוסמן נ' בידרמן הגיעו מקרים נוספים ושם כבר עולה שאלה אחרת והיא: **היקף המסמך הכתוב.**

1. קפולסקי נ' גני גולן- נעשתה עסקה במקרקעין בה המוכר מנסה להתחמק מהעיסקה והקונה מגיש תביעה לאכיפת החוזה. כשהקונים מגישים את התביעה במחוזי הם צירפו שני מסמכים : קבלה על תשלום ומתוכנית הנדסית של המקרקעין ששני הצדדים חתומים עליו. בכתב התביעה נכתב כי שני המסמכים מוכיחים את החוזה. בזמן שהתיק של קפולסקי היה במחוזי ועוד לא דנו בו ניתנה ההלכה בנושא גורסמן נ' בידרמן, ביקש עורך הדין של קפולסקי לשנות את התביעה שלו והוא טען כי שני המסמכים האלו הם החוזה עצמו. מה שמטופש מצד אחד כי תוכנית קבלנית לא יכולה להיות חוזה. מה שהיה חכם כי אם הוא לא היה משנה את זה היו דוחים אותו ישר על הסף. בסוף המחוזי שמע אותו ודחה את תביעתו והוא הגיע לעליון והשופט היה מוכן להניח בכאילו והמסמכים הללו היו החוזה עצמו ועבר לשאלה האם מבחינת היקפו החוזה מקיים את דרישת הכתב המהותית. הסיבה שבה השופט עציוני דן בשאלה זו היא כדי שהציבור ידע ישר בתחילת הדרך מהו היקף דרישת הכתב המהותית. **הוא מחליט כי הם לא מקיימים את היקף דרישת הכתב משום שהיא לא מכילה את כל הפרטים הנדרשים** . זכרי כי בתחילת שנות ה70 אנו עדיין נמצאים בשלב ההחמרה במסויימות ובדרישת הכתב ולכן הם קובעים כי כל הפרטים המהותיים וכל מה שהסכימו הצדדים צריכים להיות כתובים במסמך.

תקוותו של השופט עציוני שהבהרת התמונה תמנע התדיינויות גרמה להפך: יש דרישת צורה מהותית שאם היא לא מתקיימת אין תוקף לחוזה וזוהי דרישה מורכבת. במקרים רבים הדרישה לא תקויים כך . במיוחד במקרים שנערכים זכרון דברים. והדרישה החמורה לצורה (שכל הפרטים המוסכמים יהיו כתובים במסמך) שהוא הביא מביאה לכך שהיא פותחת פירצה להתחמקויות רבות מהחוזה כי חסר פרט אחד קטן בדרישת הצורה. אז כל אחד שרצה להתחמק מחוזה הגיע לבימ"ש בטענה כי חסר פרט בכתב בחוזה. (מאמצע שנות ה70 המשק הישראלי היה באינפלציה וזה הביא לחוסר יציבות חוזית כי תחשיבי הכדאיות שנעשו באותו זמן לא היו כדאיים מהר מאוד וחיפשו דרכים לצאת מהחוזה).

תגובת בית המשפט העליון: **לקראת סוף שנות ה70 תחילת ה80—ריכוך בהיקף דרישת הכתב.** הוא בא לידי ביטוי בהיקף דרישת המסויימות ודרישת הכתב (פס"ד הקלאסי הוא רבינאי נ' מן שקד) .

מוסיף ביהמ"ש שכאשר מפעילים מנגנוני השלמה נורמטיבים להשלמת חוסר במסוימות המנגנונים האלו כאילו משלימים גם את הדרישה לכתב.

**מבחינת דרישת הכתב המהותית כל הפרטים שהוסכמו צריכים להיות במסמך הכתוב- גם אם הם שוליים! אם הצדדים הסכימו על 10 פרטים שרק 5 מהם מהותיים ואת ה5 הם כתבו בחוזה ואת השוליים לא כתבו- החוזה לא יהיה תקף!**

פס"ד רבינאי משקף את הגישה מרוככת. אמצע שנות ה80 תחילת 90 רואים פסיקה שממשיכה לרכך עוד יותר את דרישת הכתב.

**בנושא החתימה:** מה דינו של מסמך שכולל את כל הפרטים אבל הוא לא חתום. האם מתקיימת דרישת הכתב? הפסיקה קבעה שכן! הפסיקה הייתה במגמה של ריכוך דרישת הכתב ולכן ברוח המגמה של ריכוך קבעו כי **חתימה איננה הכרחית לצורך דרישת הכתב.**

שימי לב:

* לא נאמר כי חוזה במקרקעין שאיננו חתום תקף. אלא חוזה כתוב ולא חתום מקיים את דרישת הכתב. ברוב המקרים אי חותם כזה לא יהיה תקף לא בגלל דרישת הכתב אלא בשל העדר גמירת הדעת. חתימה היא העדה טובה לגמירת הדעת משום שנהוג שהסכם מקרקעין ניסגר בחתימה. יחד עם זאת למדנו כי העדה על גמירת דעת לא נלמדת מסימן אחד ולכן אם יש מספיק סימנים אחרים המעידים על גמירת דעת יכול ביהמ"ש לקבוע כי החוזה תקף גם בלי חתימה (ראי פס"ד בוטקובסקי) מקרים אלו נדירים מאוד.
* ההלכות שנקבעו ביחס לסעיף 8 למקרקעין רלוונטי גם לחוקים אחרים. יש חוקים שבהם בסעיף שדורש כתב יש דרישה מפורשת לחתימה (חוק מתווכים במקרקעין) במקרים אלו, ההלכה שנקבע בפס"ד בוטקובסקי לא רלוונטית.

פסקי דין שיש בהם ריכוך נוסף בדרישת הכתב: ע"א אהרונוב נ' אהרונוב, ערעור משפחה פלוני ואלמונית נ' פלוני, עמ"ש חמדן נ' חמדן.

פס"ד אהרונוב נ' אהרונוב - מסופר על זוג שהתחתן. האישה הביאה איתה לנישואין דירה שרכשה לפני והבעל הביא איתו סכום כסף מפירוק נישואיו הקודמים. בנישאוים הסכימו בינהם שהבעל ישקיע את הכספים שלו בדירה של האישה כדי לשפצה ובתמורה היא תעביר לו מחצית מהזכויות בדירה . סוג של הסכם מכר- קניית חצי מהזכויות בדירה. מדובר בזוג טרי והם לא עשו זאת בצורה פורמלית בחוזה מקצועני אלא עשו זאת לבד. מצד אחד מדובר בחוזה בתוך הקן המשפחתי, מצד שני מדובר כבר בנישואים שניים ואנשים כבר פחות תמימים. השיפוץ לקח כשנה ובסוף השיפוצים התווסף מסמך נוסף הנכתב ע"י האישה המאשר כי הבעל אכן השקיע את כל מה שצריך וכי מחצית מהדירה שייכת לבעל. לאחר מספר שנים הסתכסכו הצדדים והאישה לא רצתה להעביר מחצית מהדירה.

טענת האישה: המסמך לא מקיים את סעיף 8 לחוק המקרקעין בשל חוסר בפרטים:

1. תיאור הנכס (מיקומי וכדומה)- ביהמ"ש קבע כי אמנם יש חוסר אך ניתן להשלים אותו ממספר ראיות ועדויות חיצוניות. – פה ניתן לראות כי קפיצת מדרגה מבחינת ההתרככות כי תיאור הנכס הוא פרט מהותי וביהמ"ש מוכן להשלימו. ביהמ"ש עושה פה השלמה עובדתית (מה שמזכיר דרישת כתב ראייתית ולא מהותית).
2. התמורה- בסהכם הראשון כתוב שהבעל ישקיע "כמה שצריך"- לא מוזכר סכום נקוב. ביהמ"ש קובע כי אכן חסרה הסכמה על התמורה , אילו ניצב מסמך זה לבדו לא היה מנוס כי הוא לוקה בחסר ביחס לשיעור התמורה המוסכמת וזה לא עולה בקנה אחד עם דרישת הכתב בסעיף 8 לחוק המקרקעין , לא ניתן להשלמה , לא ניתן להוכחה בראיות חיצוניות (זו דרישת כתב מהותית). בעניין זה הייתה קיימת פסיקה קודמת הוא רשום כי "הקונה שילם את התמורה במלואה" וזה היה מספיק מבחינת דרישת הכתב. ובענייניו במסמך השני באישה אכן אישרה כי הבעל שילם את כל מה שהיה צריך ולכן אותו מסמך שני משלים את החסר. מצד אחד כל הפרטים בהסכם אמורים להתקבע במועד אחד שהוא מועד כריתת החוזה ואילו המסמך השני נעשה שנה אחרי, אולם ביהמ"ש קבע כי ניתן לחבר את שני המסמכים יחד. **עוד הפעם- ריכוך גדול בדרישת הכתב ואולי אפילו העלמה של דרישת הכתב לגמרי.**

פס"ד תוקן נ' אל נששיבי- ניתן בסוף 1991 . אישה זקנה וערירית מטפל בה לעת זקנתה האחיין שלה (קשר כמו של הורה וילדו) הזקנה מבטיחה לו כי תמורת הטיפול תעביר לבעלותו נכס מקרקעין שלה ובסוף היא מוכרת לאדם אחר. הבטחה זו לוותה באיזה מסמך, סוג של יפוי כוח . בביהמ"ש מתעוררת שאלה האם המסמך מקיים את דרישת הכתב לסעיף 8 של חוק המקרקעין?

אמרת אגב של השופט בך (מבחירי השופטים בעליון, ידען גדול בחוזים)- הוא מתאר במשך כמה שורות את הריכוך שחל במשך השנים בדרישת הכתב ומסכם את התיאור באופו הבא: "נוכל אם כן לסכם כי דרישת הכתב היא מהותית במובן זה שללא מסמך בכתב המעיד על קיום עסקה במקרקעין , העסקה איננה תקיפה ולא ניתן להוכיח את קיומה בדרכים חלופיות, אם זאת אין המסמך חייב לגלם את ההתחייבות עצמה ומספיק שהוא מעיד על קיומה". בעצם הוא כמעט אומר כי דרישת הכתב היא מהותית בגלל שהיא ראייתית. מה קורה כאן?? האימרה הזו היא אימרת אגב והיא לא מופיעה אחר כך בפסיקה אבל היא כן מעידה על משהו שמתרחש כאן. בפסקי דין מעטים נוספים מאוחרים יותר יש אימרות כי בגבולות המשפחה ניתן לאפשר הגמשה בדרישות הכתב. בעצם בתי המשפט ערים למציאות כי הסכמים הנערכים בתוך המשפחה מתאפיינים בחוסר פורמאליות מצד אחד אבל ברצינות המתחייב מצד שני. ולכן ביהמ"ש מוכן להשלים פרטים.

שם טוב נ' פרץ- אחד השופטים אומרים כי אין קטגוריה אחרת או נפרדת בקשר לדרישת הכתב גם לא בגדר המשפחה.

**אולם, כשמסתכלים על מה שביהמ"ש עושה בפועל, אנו רואים כי כן יש קטגוריה נפרדת, ובגדר הסכמים במשפחה ביהמ"ש אכן מרכך את דרישת הכתב.**

שימי לב, ביהמ"ש מתכחש להתרככות הזו והוא עושה זאת במקרים נדירים.

**הריכוך האולטימטיבי של דרישת הכתב הוא**: פס"ד קלמר נ' גיא

מה שאופייני לפס"ד זה זה שבפס"ד קלמר **אין בכלל מסמך** לעומת הפס"דים לעיל בהם היה מסמך אבל הוא היה לוקה בחסר. בפס"ד קלמר היה פתיחת חשבון משותף ובקשה להיתר בנייה. אף אחד לא חושב כי הם חוזים. הם אולי מעידים על חוזה שנעשה אך החוזה נעשה בע"פ. החוזה בע"פ נעשה כדי לא לשלם מס שבח שבעל הקרקרע קלמר רצה לחסוך. אחרי שנבנה הבית קלמר לא רצה לקיים את צידו כי מחירי הבתים בהרצליה קפצו וכי במחיר שמחר את מחצית הקרקע (עלות הבנייה של בית) עכשיו אפשר לקבל הרבה יותר על הבית (הוא תכנן להחזיר להם את עלויות הבנייה רק לא רצה שהם ירוויחו מעלות הקרקע). בני הזוג גיא מגישים תביעה לאכיפת החוזה . **ביהמ"ש קבע כי אכן אוכפים את החוזה בנימוקים הבאים**:

* נימוק דעת הרוב (ברק וגולדברג) אומר כי ההתלבטות שמציג אותה השופט גולדברג והיא קיימת בפסיקה קודמת: אם נגיד שמבמקרים מסויימים אפשר להכיר בתוקפו של הסכם מקרקעין ללא דרישת הכתב תחוסל הדרישה לכתב ובתי המשפט יוצפו בפניות. אז מצד אחד אנו מפרקים מתוכן חוק משפטי ומצד שני איך נתמודד עם כל פניות הציבור (שיקול מוסדי). **ובכל זאת מחליטים כי עקרון תום הלב גובר.**

השופט ברק קובע סלוגן במשפט מאוחר יותר **"תום לב או כתב- תום לב עדיף".**

השפטים ברק וגולברג נותנים מענה לחשש מפני הצפה בבית המשפט בעקבות הפסיקה הזאת והם מגבילים את המקרים – **רק למקרים בהם ישנה זעקת הגינות גדולה**. בתי המשפט אכן לקחו ברצינות את האזהרה הזו ומעט מאוד פסקי דין הכירו באפשרות הזאת (התקבלה במחוזי רק ב5 מקרים ובעליון בכלל לא- מדובר על נושאי מקרקעין כי בדרישות אחרות פחות מהותיות כן הכירו בכך). למעשה עד 2011 כבר חשבו כי אולי זו הלכה שלא מיישמים אותה בפועל עד שהגיע פס"ד שם טוב נ' פרץ.

* נימוק של השופט זמיר: הוא לא מבסס את זה כמו הרוב על תום הלב . הוא גם לא שולל את האפשרות הזאת אבל הוא שומר את זה למקרים שזה יידרש. המקרה הזה הוא מאוד קיצוני (אין חוזה ויש קיצוניות של חוסר תום לב) אז אם לא עכשיו- מתי?

השופט זמיר פותר את הבעיה בדרך אחרת: יש לו שתי הנמקות-

1. דרישת הכתב קויימה- איך קויימה? הוא אומר כי דרישת הכתב מאוד רוככה ולא צריך הרבה פרטים בכתב וגם יש פסקי דין שמסכימים להשתמש במסמכים מאוחרים יותר (אם כי זה רק במשפחה). הוא רוצה לדלות את הפרטים ממקורות אחרים אם כי הוא מסכים שאין מספיק אבל במצב בו חוזה שכבר קויים לא צריך לפרט אותו יותר מידי. הבעיה היא שקלמר לא נתן לגיא אישור שההתחיבות קויימה ולכן אומר זמיר, הבית שעומד על המגרש הוא כמו אישור שקויימה ההתחייבות. הבית משמש את הדרישה הראייתית.
2. כשהחוזה כבר קויים או לפחות רובו , ביצוע החוזה משרת את אותו רציונל של דרישת הכתב – הרי הוא **משקף את הדרישה** המהותית של דרישת הכתב , הרצינות וההוכחה. (הייתה רצינות כי הבית נבנה) בעצם, הם מקבלים שירות יעיל מקיום החוזה כמו מדרישת הכתב והוא מייתר את דרישת הכתב. (זוהי דוקטרינה שמצויה שנים רבות במשפט האנגלו-אמריקאית שקובעת כשיש דרישת כתב בחוק והיא לא קויימה אבל החוזה בוצע בפועל- הביצוע מחליף את דרישת הכתב).

\*\* שימי לב- רעיון זה מצא חן בעיני אנשי החוק ובהצעת חוק דיני ממונות נוסף סעיף האומר בדיו את הרציונל של פס"ד השופט זמיר ויש תוספת של התגברות על עקרון הכתב לא רק ע"י עקרון תום הלב אלא גם ע"י אפשרות הביצוע של החוזה שמחליפה את דרישת הכתב.

שאלה נוספת שעולה בהתפתחות הטכנולוגיה: האם מסר אלקטרוני מקיים את דרישת הכתב?

אין אף פס"ד שעונה על שאלה זו. יש פס"ד מחוזי אחד 1691/09 לנדאו נ' קרסן היינץ בע"מ אך הוא לא עוסק בדרישת הכתב המהותית של סעיף 8 לחוק המקרקעין אלא עוסק בחוק המתווכים במקרקעין- האם מיילים מהווים את דרישת הכתב? שניים מבין השופטים הסכימו לשמוע את הטענות. אך בפס"ד זה אין פסיקה חד משמעית וזה נדון רק לגבי פסילה על הסף. (התיק עדיין מתנהל).

מה שכן, קיימת הצעת חוק "מסחר אלקטרוני" שטרם התקבלה.

עמדת משרד המשפטים בהצעת החוק: סעיף 4 להצעה" פעולה משפטית לרבות כריתת חוזה יהיה לה תוקף גם אם נעשתה שאמצעות מסמך אלקטרוני. ב. הוראה זו לא תחול על פעולות משפטיות המנויות בתוספת השנייה לחוק". (בעצם לא תופס על סעיף 8 לחוק המקרקעין כי זו דרישת כתב מהותית). דעתו של גלברד: אין תשובה חד משמעית מפני שיש כמה סוגים של מסרים אלקטרוניים (תחליף לדיבור- כמו סקייפ וגם מיילים הם לפעמים תחליף לדיבור (התכתבות בקיצורים וכאלו) ואנו לא רוצים שעסקאות במקרקעין ייעשו בע"פ. אבל אם יש מסמך שמישהו ניסח בצורה הולמת כמסמך ופשוט שלח אותו באמצעות מסר אלקטרוני- זה כתב.

**זכרון דברים**

**זכרון דברים הוא או חוזה או לא חוזה- תלוי אם קיימים בו קריטריונים של חוזה או לא.**

אנו מכירים בעובדה כי במציאות אנשים נוהגים לקיים בינהם "זכרון דברים". פעמים רבות מדובר בהסכם קצר- אבל לא חייב להיות קצר. לפעמים עושים מסמך לא פרופסיונלי בלי עו"ד- אבל חוזה גם לא חייב להיות עם עו"ד.

השאלה היא מה המעמד של אותו מסמך לא פרופסיונלי המכונה "זכרון דברים"?

הפסיקה אומרת כי **השם "זכרון דברים" לא קובע על תוכן המסמך אלא השאלה היא מהותית**-

אם המסמך משקף העדה על גמירת דעת ויש את דרגת המסויימות המתבקשת ויש דרישת כתב אם צריך= אזי הוא חוזה לכל דבר ועניין. ואם לא= אזי הוא לא חוזה.

צדדים לא נוהגים לעשות זכרון דברים סתם מתוך שעשוע אלא כי הוא חלק מתוך המו"מ ואם אנו עדיין במו"מ יכולו עליו הדרישות במו"מ (כמו תום לב למשל). אבל תוקפו נקבע ע"י סעיף חוק החוזים . כשאדם חותם על זכרון דברים הוא מודע לזה שהוא קושר עצמו בקשר מחייב.

העדה על גמירת דעת נבחנת לפי כל הסימנים הרגילים שלמדנו. יחד עם זאת הפסיקה מפנה את תשומת ליבנו בפס"ד רבינאי ל"**נוסחת הקשר".**

**"נוסחת הקשר"-** זה אותו סעיף בזכרון הדברים שקיים או לא קיים. המציאות מראה כי לפעמים יש בזכרון הדברים התייחסות לחוזה הפרופסיונאלי שהצדדים מתכוונים לכרות בהמשך. הפסיקה אומרת כי יש לשים לב לנוסחת הקשר אם היא קיימת כי בנוסחה הצדדים לפעמים מביעים עמדה ברורה לכוונתם: למשל, אם כתוב "נקבע חוזה בעוד 10 ימים במשרד עו"ד ואין לחזור בנו מדעתנו- מעיד על גמירת דעת. בחלק גדול יש נוסחת קשר אך היא בעלת אופי ניטרלי: למשל, "הצדדים יפגשו בעוד 10 ימים כדי לחתום על חוזה"- פה עולה השאלה: אם הצדדים רואים בזכרון הדברים כחוזה מחייב, למה צריך עוד חוזה? ברק מעלה שאלה: האם עצם העובדה כי יש נוסחת קשר ניטרלית מעידה על כך שאין עדיין גמירת דעת? התשובה לכך היא שהם אכן רואים עצמם מחויבים וגמרו בדעתם אך הם רוצים שעו"ד יקיים את החוזה בשל מורכבותו. זכרון דברים מבטיח שיש קשר מחייב אבל לא מבטיח שהביצוע של החוזה יהיה קל ולכן דרוש מומחה בעניין- זה לא שולל את העובדה שהם רוצים לקשור עצמם בזכרון הדברים.

**בהנחה שזכרון הדברים הוא חוזה מחייב, מה היחס בינו לבין החוזה הפרופסיונאלי שיכרת או לא יכרת בעתיד?**

* במקרה שהכל מתנהל כשורה והצדדים אכן נפגשו וכרתו חוזה חדש, אז זכרון הדברים נבלע בתוך החוזה החדש והם חיים עפ"י החוזה החדש המפורט (ברוב המקרים הוא יהיה תואם את זכרון הדברים אך גם אם הוא יהיה סותר לו החוזה הוא שנחשב).
* אם הצדדים מגיעים למעמד כריתת החוזה החדש ושם הם לא מסכימים בינהם ויש פיצוץ- במקרה כזה אם שני הצדדים מסכימים שלאור אי ההסכמות בינהם הם לא רוצים שיהיה בינהם חוזה- אז לא יהיה חוזה וזה הכל.
* המקרה הקלאסי הוא שאחד הצדדים עומד על קיום החוזה ואחד הצדדים רוצה להשתחרר ממנו- במצב כזה יש חוזה מחייב- זכרון הדברים. הצדדים יהיו חייבים לבצע את זכרון הדברים ואם יש חוסרים ישלימו אותם עפ"י מנגנוני ההשלמה.

בפס"ד דור אנריגה- היה מדובר בטיוטה והעליון קבע כי יש מספיק סממנים המעידים על גמירת דעת וזה חוזה מחייב.

**3. מו"מ לקראת כריתתו של חוזה**

**א. סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973**

1. ע"א 838/75, **ספקטור נ' צרפתי**, פ"ד ל"ב (1) 231.

2. ד"נ 22/82, **בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ**, פ"ד מג (1) 441. רק על סיכום.

3. ע"א 829/80, **שכון עובדים בע"מ נ' זפניק**, פ"ד לז (1) עמ' 579. רק על סיכום!

6. ד"נ 7/81, **פנידר ואח' נ' דוד קסטרו,** פ"ד לז (4) 673.

9. ע"א 4850/96 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה**, פ"ד נב (5) 562.

10. ע"א 6370/00 **קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה**, פ"ד נ(3) 289. רק על סיכום

12. ע"א 5888/08 **אלרומלי נ' החברה הכלכלית לפיתוח** (מיום 3.2.11, פורסם בנבו).

כל פרק א' ופרק ב' לחוק החוזים עוסקים במו"מ ולא רק סעיף 12 לחוק החוזים.

כללים משפטיים מחוץ לדיני החוזים שעוסקים במשא ומתן :

 **סעיף 56 לפקודת הנזיקין** **"עוולת התרמית"** כשהנפוץ ביותר זה תרמית במשא ומתן- ז"א אפשר לתבוע בנזיקין.

**סעיף 35 בחוק הנזיקין "רשלנות"-** אם מישהו מוסר מידע לא נכון במו"מ בטעות והתרשל- אפשר לתבוע בנזיקין על מצג שווא רשלני.

**דיני ע"ע** יכולים לחול בזמן מו"מ.

**יש מגוון נורמות משפטיות החלות על מו"מ- אנחנו נתמקד על סעיף 12 לחוק החוזים כיוון שהוא הנורמה המרכזית.**

***12. תום-לב במשא ומתן***

*(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"א1970-, יחולו בשינויים המחוייבים.*

**סעיף א קובע את הנורמה**- זוהי נורמה מופשטת ללא כללי התנהגות ספציפיים.

**הנורמה בכלליות:**

* חובת תום הלב חלה על כל משא ומתן. ארוך או קצר (הצעה וקיבול).

יכול להיות מו"מ שבסוף נכרת חוזה או לא- תום הלב חל על שניהם.

סעיף 12 מקורו בקודקס הגרמני האזרחי, המשפט הגרמני המשמעות העיקרית של תום הלב במו"מ הוא שצד בחוסר תום לב גרם לפיצוץ מו"מ- אצלינו זה גם אם נכרת חוזה ובדיעבד מסתבר שלא היה תום לב. החובה חלה לכל אורכו של המו"מ וברור שמשמעות החובה ועצמתה משתנה לאורך התהליך- ככל שהמ"ומ מתקדם יותר העוצמה גבוה יותר והמשמעות רחבה יותר.

יש חובות שרלוונטיות מהרגע הראשון, כמו אסור לרמות ויש כאלו שלא רלוונטיות בהתחלה- כמו הפסקת מו"מ אחרי שעה.

חובת תום הלב היא חובה אובייקטיבית , כלומר- לא סובייקטיבית. השאלה מה הצדדים חושבים על תום הלב לא מעניינת את המשפט . האמונה הסובייקטיבית לגבי הסטנדרט של תום הלב לא קובעת, מה שכן קובע זה הרף האובייקטיבי שביהמ"ש מציב. (אם הצדדים שניהם רמאים ורוצים ומסכימים לרמאות זה לא תופס- כי אנו רוצים לקבוע נורמת התנהגות בחברה שהיא טובה והגונה ובניגוד לרעיון של חופש החוזים אנו כופים על הצדדים לעשות חוזה בצורה הגינה של תום לב). כמובן שהאובייקטיביות מושפעת מהנסיבות ורף ההתנהגות שקובע את תום הלב יווצר עפ"י השפעה ביחסים בין האנשים ובמאפיינים נוספים כמו סוג החוזה, הנסיבות והצדדים.

סעיף 12 הוא סעיף קוגטי ואי אפשר להתנות עליו!

* **על מי חלה חובת תום הלב?** **כל כל מי שמשתתף במו"מ גם אם הוא לא אמור להיות צד לחוזה**.

 (ראי פנידר נ' קסטרו בו החובה למו"מ חלה גם על השלוח של הצדדים. במקרה הזה שולח ממנה שלוח ומעשיו של השלוח מחייבים ומזכים את השולח- הוא עצמו לא מקבל זכויות או חובות מכוח השליחות והוא ידו הארוכה של השולח ואם השלוח מפר את חובת תום הלב במו"מ החובה חלה על השולח וגם על השלוח עצמו. במקרה שלנו השולח הוא חדל פרעון ואין לו כסף ולכן יש משמעות גדולה לשלוח מר פניני. ) סעיף 12 חל על "אדם" ולא "נושה/מציע/ניצע וכדומה" .

במצב בו השולח יאמר לשלוח לא לגלות מידע מסויים, איך צריך לנהוג השלוח?

השלוח נמצא בדילמה: לפי חוק השליחות , השלוח חב חובת נאמנות לשולח ומשמעותה של החובה הזו היא לקיים את הוראות השולח. אם השלוח לא מקיים את הוראות השולח, לפי סעיף 9 לחוק השליחות השלוח יחוב כלפי השולח ויחולו דיני התרופות בשל הפרת חוזה (יצתרך לשלם פיצוי לשולח). ובנוסף יכול שיחוב פיצוי כלפי הצד בחוזה על הפרת חובת תום הלב. כאן נמצאת הבעיה.

*שמגר* אומר בפס"ד שאם אכן יבצע את הוראות השולח ויתבעו אותו בסעיף 12 לא יוכל להעלות כטענת הגנה את חובת הנאמנות שלו. כלומר, **חובת הנאמנות לא מעניקה חסינות לשלוח**. שמגר לא עוסק במצב ההפוך. העצה הפרקטית העולה מהפס"ד היא כדי להמנע ממצב של הפרת דיני השליחות ותום הלב היא שהשלוח לא יקח על עצמו שליחות שכרוכה בהפרת תום לב. העצה לא פרקטית לחיים האמיתיים.

**היחס בין החובה בסעיף 12 לבין הוראות פרק ב' העוסק בפגמים בכריתת חוזה:**

גם פרק ב' עוסק בשלב המו"מ – וכמעט כל העילות כרוחות גם בהפרת חובת תום הלב. הצד שהטעה או עצם עיניו לטעות או כפה או עשק – כל אלו הן הפרות של חובת תום הלב.

* לא תמיד יש חפיפה. העילות של פרק ב' חלות רק על מצב שבו נכרת חוזה. יכולים להיות מצבים שבהם נכרת חוזה ויש הפרת תום הלב אך היא לא באה לידי ביטוי באחת ההתנהגויות המוצגות בפרק ב'.
* קיימת חפיפה במצבים מסויימים- בכל הטעייה למשל, יש הפרת תום לב.

**האם ס' 12 מייתר על העילות בפרק ב' ולהפך?**

הן לא מייתרות זו את זו היות והתרופות שונות.

התרופה של סעיף 12 היא פיצויים.

ואילו בתרופות של פרק ב' אפשר להשתמש בשביל ביטול והשבה של החוזה.

צד שנעשק או הוטעה או נכפה וביטל את החוזה לא בהכרח קיבל את מה שהוא הוציא. יכול להיות שהוא הוציא לצדדים שלישיים (מתווך, עו"ד) את חסרון הכיס אפשר לפצות דרך העילה של סעיף 12 ב'. והיות והן שונות הן לא מייתרות זו את זו. הרבה פעמים טוענים את שתיהן.

**בעצם, אפשר לדרוש פיצויים מכוח התרופות בסעיף ב' ואת החוסר שלא נדרש שם לדרוש מכוח ס' 12 (ב).**

מה אם יש סיטואציה שהיא לכאורה הטעיה/עושק/כפייה אך אני לא מצליח לבסס את מלוא העילה ?

בפס"ד גנז נ' כץ

יש מצבים בהם הצד לחוזה נתון בלחץ כה גדול שבו מכיר הדין בפגם בגמירת הדעת.

במצב רגיל תמיד יש סף לחץ סביר שקיים ואינו מהווה פגם בכריתה.

מה קורה במצב הביניים שלא מגיע לשיבוש מוחלט של שיקול דעת?

במקרים כאלו נלך לעילה כללית יותר של הפרת חובת תום הלב שאין לה תנאים קונקרטיים. היא עילת מסגרת. השאלה הזו מתעוררת בפס"ד.

גנז היה בחור חרדי בשנות ה40 שהיה לחוץ להתחתן. הוא הבטיח לשדכן 100 אלף דולר תמורת שידוך ובנוסף לכך אם השדכן יצתרך עוזר גנז ישלם לו עוד 100 אלף דולר. השדכן מצא לו כלה וגנז שילם לו 20 אלף וחשב שיצא ידי חובה אך כץ לא חשב כך וטען לעושק. המחוזי דחה את הטענה וגם העליון- לא היה עושק משום שקשה לדעת אם רמת המצוקה היא מספיקה לעושק והאם התנאים גרועים מהמקובל- כי החוזה לא חוזה מקובל. ביהמ"ש אמר שההתנהגות של כץ הייתה מאוד לא אטית. ביהמ"ש שואל עצמו האם יש הפרה של חובת תום הלב מצדו של כץ? השופט קדמי חושב שכן שניים שלא.

הנימוק שלא:

א. הטענה לא נטענה במחוזי, אי אפשר להעלות לראשונה טענה חדשה בערעור בעליון.

ב. אם נאפשר שבמצב שלא הוכיחו עושק הולכים לתום הלב –אנו בעצם מייתרים את העילות הספציפיות.

שני קשיים בנימוק זה:

* למה הנימוק עולה בדיני חוזים אבל לא עולה בדינים אחרים?
* דווקא בחוזים העילות לא מייתרות אחת את שנייה משום שהתרופות שונות . אם אני מבסס את עושק אני יכול לבטל את החוזה. אם אני מוכיח את תום הלב החוזה נשאר על קנו ורק אקבל פיצויים (במקרה הספציפי של גנז נ' כץ ביטול החוזה או פיצויים יביאו לאותו המצב).

**משמעויות קונקרטיות של הפרת חובת תום הלב:**

**א.מצבים של הפרת חובת תום הלב שאחריהם נכרת חוזה:**

את משמעות חובת תום הלב סעיף 12 לחוק החוזים לא מגדיר. יש פה נורמה כללית שמתאימה עצמה לשינויי הזמנים.

המופע האופייני ביותר הוא הנושא של **חובת גילוי**.

פס"ד ספקטור נ' צרפתי, פנידר נ' קסטרו, קינסטלינגר נ' אליה ועוד.

בדינים השונים יש מצבים של חובות גילוי ספציפיות ( חוק המכר, חוק הביטוח ועוד)

אבל חובת גילוי כללית יש מכוח חובת תום הלב בסעיף 12 לחוק החוזים וזוהי פרשנות של הפסיקה.

**מה היקף חובת הגילוי?**

בפס"ד ספקטור נ' צרפתי ניתן לראות הבדל בין דעתו של השופט *אשר* לשופט *לנדוי.*

גישת השופט אשר: סעיף 12 יוצר חובת גילוי ומאז חקיקת חוקי החוזים. הגישה בעבר של "היזהר הקונה" כבר לא קיימת. ויש לגלות לצדדים כמעט כל פרט החשוב להם לדעת.

גישת השופט לנדוי: אנו חיים בעולם מסחרי ולא צריך להגזים עם חובת הגילוי, ביהמ"ש אינו אפוטרופוס. הוא מדגיש שני דגשים: הקונה במצב הוא קבלן והוא מתעסק בתחום. והמידע היה ציבורי וקל להשגה .

בסופו של דבר לנדוי מבטל את החוזה לפי סעיף 18 לחוק המכר כי הנכס לא היה נקי מצדדים שלישיים. ואילו אשר ביטל גם בגלל הפרת חובת תום הלב.

**גבולות חובת הגילוי:**

1. ברור שאין חובת גילוי תמיד ובכל מצב.
2. יש שורה של קריטריונים שביהמ"ש מפעיל סביב החוזה הקונקרטי כדי לבחון האם יש חובת גילוי. דוגמאות לקריטריונים המשפיעים על חובת הגילוי:
3. סוג החוזה – למשל, אם זה חוזה צרכני אז חובת הגילוי המוטלת על הביזנס היא רחבה. לעומת זאת בחוזה בין שני גופים מסחריים עסקיים חובת הגילוי תהיה מצומצת יותר. ובחוזה ביו פרטי לפרטי חובת הגילוי בינונית.
4. יחסי קרבה בין הצדדים – הצדדים פחות בודקים בעצמם כי מצפים שהצד השני יגלה יותר ולכן נראה שבפסיקה שרמת הגילוי עולה במצבים הללו.
5. אופי המידע- מידע שהוא נגיש חובת הגילוי תהיה מצומצת יותר ולהפך (ראי קינסטלינגר נ' איליה- ביהמ"ש אומר כי איליה יזם את החוזה וחיפש את המוכרת באמריקה ובא ביוזמתו. היא לא מדברת עברית והיא אישה מבוגרת ללא קשר לקרקע – כל הנסיבות הללו מקימות את חובת הגילוי על איליה- הוא לא גילה על תוכנית המיתאר לשינוי הקרקע).

\*\* מכיוון שיש מכלול קריטריונים קשה למצוא את האיזון בינהם.

במבט מחודש על ספקטור נ' צרפתי ניתן לראות כי המחלוקת בין אשר ללנדוי היא לא מחלוקת עקרונית אלא רק מחלוקת על איך הם רואים את המצב בסיפור הספציפי הזה.

*השופט לנדוי*- תופס את הסיפור כך: יש עסקת מכר במקרקעין. המוכר הוא קבלן. המידע פומבי ולכן חובת הגילוי מצומצת יותר.

*השופט אשר*- מספר לנו כי הקבלן כבר בנה בצמוד לקרקע והוא כבר בירר את הזכויות וגילה בעירייה כי על חלקה כזו אפשר לבנות 16 דירות וכקבלן ותיק היה בטוח שחלקה הזו באותו היתר בנייה. **ספקטור ניצל את עודף הידע של צרפתי**. הרי מי שלא מכיר את ההיתרים היה הולך ישר ובודק כמה אפשר לבנות עליה ודווקא צרפתי שידע כבר כמה אפשר לבנות לא בדק וספקטור הפיל אותו בפח.

ולכן ההבדל בין אשר ללנדוי הוא לא עקרוני אלא הוא רק מנקודת המבט בדגשים המסתכלים עליהם בסיפור.

**ב. פרישה ממשא ומתן**

ברוב המקרים פרישה ממו"מ היא לא הפרה של חובת תום הלב. כל הרעיון במו"מ הוא שאפשר לפרוש ואפילו כשיש העדה על גמירת דעת סעיף 3 אומר לנו עד מתי יכול המציע/הניצע לחזור בו.

למרות זאת, הפסיקה אומרת כי במצבים חריגים פרישה ממו"מ מסיבות לא ענייניות יכולה להביא להפרת חובת תום הלב. למשל:

**כאשר מו"מ נמצא נמצא לקראת סופו והושקעו בו משאבים משמעותיים** וזאת משום שכשצד משקיע משאבים הוא רוצה לדעת כי הצד השני פועל באופן רציונאלי ולא יפרוש מכל שטות, אילו לא היה כך אולי לא היה משקיע את המשאבים.

האם יש הפרה של חובת תום הלב בזה שצד מנהל מו"מ במקביל עם צדדים נוספים?

עקרונית, לא. אבל אם אני יוצר מצג של מו"מ בלעדי ובניגוד למצג זה מנהל מו"מ בו זמנית אז אני מפר את חובת תום הלב. כי בהתאם למצב, הצד השני מחשב את צעדיו.

**ג. ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות**

מה הסיבות לניהול מו"מ כזה?

יכול להיות שא' מנהל מו"מ עם ב' רק בשביל להלחיץ את ג' – **זוהי הפרה של חובת תום הלב**. ברוב המקרים

יהיה קשה להוכיח את זה כי צריך להוכיח כוונה וכוונה היא דבר נסתר.

אין רשימה סגורה של התנהגויות אסורות- חובת תום הלב היא חובה כללית ולמרות שיש מצבים שקשה להכניס למשבצת התנהגות מסויימת הם בכל מקרה יהוו הפרת חובת תום הלב.

**ד. הפרת חובת שוויון במכרז פרטי**

האם הפרת שוייון המו"מ היא הפרה של חובת תום הלב?

מכרז- טכניקה לניהול משא ומתן . בעל המכרז מזמין הצעות המשתתפים הם מציעים ובעל המכרז מבצע את הקיבול. זהו **משא ומתן סימולטני רב משתתפים** . הטכניקה הזו מאפשרת להשוות בין ההצעות השונות על בסיס קריטריונים אחידים ושוויוניים.

מכייוון שכך, זו הדרך הכמעט יחידה בה ניתן לנהל מו"מ במישור של המשפט הציבורי. כרשות ציבורית חל עליה תחום המשפט הציבורי, מצד שני היא משתמשמת בחוזה (כלי של המשפט הפרטי) וכך חובת השוייון חלה עליה מכוח הטריטוריה של המשפט הציבורי בו היא פועלת.

חוק חובת מכרזים מחייב רשות ציבורית לנהל מו"מ בדרך של מכרז שוויוני (למעט מקרים חריגים מעטים).

מה קורה כשגוף פרטי שלא חב בחובת שוויון רוצה להתקשר במכרז?

ההנחה הרווחת במגזר הפרטי היא חופש החוזים ולהתקשר איך שאנו רוצים לכן יש התנגשות של שני שיקולים: מצד אחד מכרז אומר שוויון. מצד שני גוף פרטי אומר חופש.

בא לידי ביטוי בפס"ד בית יולס

שמגר וברק (בדעת מיעוט) :

שמגר אומר כי ברגע שבוחרים דרך של מכרז הצדדים מצפים לשוויוניות. ז"א מכרז פרטי מצופה ממנו גם כן להיות שוויוני אלא אם כן התנו במפורש שלא יהיה שוויוני.

בעקרון, חוק חובת מכרזים- לא חל על גופים פרטיים. אולם, בסיס השיוויון יהיה חובת תום הלב בסעיף 12 או "דוקטרינת החוזה הנספח" ( חוזה שנוצר בין הצדדים לפני החוזה הכללי והוא נוגע לכללי המשחק במכרז. בחוזה הספח החובה לשוויון לא נובעת מהדין של סעיף 12 לחוק החוזים אלא מכוחו של החוזה הנספח).

חובת לנהוג בתום לב במכרזים פרטיים היא החובה לנהוג בשוויון.

השופט אילון :

חשב שאין חובת שיוויון כי גובר "חופש החוזים" "חופש הקניין" במשפט הפרטי.

ובדיון הנוסף עמדתו של אילון הפכה לדעת רוב כי הצטרפו אליו שאר השופטים.

השופט אילון מציין כי חובת תום הלב היא קוגנטית. אז אם הם טוענים שהבסיס לחובת השיוויון היא חובת תום הלב אז איך הם מאפשרים להתנות עליה?

שמגר עונה לזה כך- חובת תום הלב היא קוגנטית בעיקרה.

אילון אומר כי אין שוויון במכרז פרטי אלא אם כן נאמר במפורש שכן יהיה שוויון. (בניגוד לשמגר).

תשובה טובה יותר ניתנת לנו בקריאה נכונה של פס"ד בית יולס מלמדת אותנו ש:

הפרת חובת תום הלב היא אי גילוי. היות והגדרתי את זה כ"מכרז" כל משתתף מבין שההצעה שלו תבחן ע"ב קריטריונים שוויוניים. זה יוצר ציפייה אצל המשתתפים למכרז שיוויוני. ואם אז בניגוד לציפייה אני פועל באופן לא שיווני- זאת הפרת חובת תום הלב. אם הייתי בא ואומר שזה מכרז ואני לא מתכוון לנהוג בשיוויון- או אני לא מתחייב לבחור את ההצעה הנמוכה ביותר. אז הם יודעים את כללי המשחק. הפרת חובת תום הלב היא לא בעצם העובדה שלא נוהגים בשיוויון אלא כשיוצרים מצג כלפי המשתתפים של שיוויון ואז מפרים את זה. מפני שאם חלק מהמשתתפים היו יודעים שזה לא שיוויוני הם לא היו משתתפים.

פס"ד שקבע קביעה הפוכה (למרות שהוא לא אמר את זה במפורש) זה קל בנין 1. היות וע.ר.ם רעננה לקחה הצעה של מי שלא פעל לפי הכללים של המכרז. וכשקל בנין הלכה לבימ"ש המחוזי הוא אמר להם שיש הלכה לפי בית יולס שאין חובת שיוויון. הם ערערו לעליון והוא קיבל את טענתם והפך את הלכת בית יולס.

**ניתן להבין בפשטות שכשמישהו מכריז על מכרז ופועל כנגד המצופה במכרז יש פגיעה בציפיות של הצד השני ובכך הוא מפר את תום הלב**.

השאלה הקשה יותר היא **האם בכלל יש חובת שוויון בחוזים?**

אם היו שואלים לפני 40 שנה התשובה הייתה כי אין חובת שוויון והעקרון שבמשפט הפרטי הוא חופש הקניין וחופש החוזים. כיום המצב יותר מורכב בשל שורה של סיבות:

1. הפסיקה קובעת כי עקרונת יסוד של המשפט הציבורי הם חלק מהנורמות של המשפט הפרטי- כמו תום לב פס"ד חברת קדישא).
2. יש חקיקה שלפיה בתחומים מסוימים של המשפט הפרטי יש חובת שיוויון במו"מ (חוק שיוויון הזמנויות עבודה, חוק איסור אפליה) יש הוראות ספציפיות כך שהנושא לא זר במשפט הפרטי.
3. בשנים האחרונות אנו חווים במדינת ישראל תהליך משמעותי של הפרטה. דברים שבאופן מסורתי המדינה הייתה אחראית על מתן השירות או המוצר וחלה עליהם שוויון כעת מופרטים ואז השאלה למשל אם לא רוצים לקבל מישהו לבית ספר בגלל אפלייה כלשהי האם חלה חובת השוויון במצב זה? אם המדינה מסכימה להפריט שירותים שלה אז אולי לפחות באלו תהיה חובת שוויון. או לגבי צורכי מחייה בסיסיים- אם למדינה היה למשל דאגה לשוק של השכרת דירות, דיור ציבורי רחב, המדינה חייבת לנהוג בשוויון. אלו הם שאלות פתוחות **ואין פס"ד מפורש שקובע כי יש חובת שוויון בחוזה הפרטי**. (בחינוך זה יותר קל כי אם גוף פרטי מקבל תקציבים מהמדינה יש לו אופי מעין ציבורי וחלות עליו חובות השוויון.
4. במשפט האירופי בשנים האחרונות מלומדים חיברו קודקס אזרחי כלל אירופי והרעיון הוא שאולי מדינות יאמצו אותו. בחלק של דיני החוזים הפרק מתחיל בחובת שוויון במו"מ לכריתת חוזה בסקטור הפרטי ולאחר מכן הוא מכיל את החריגים (עצם העובדה שהם מתחילים מחובת שוויון זה מסמן את המגמה המתפתחת).

**אין חובת שיוויון כללית מכוח סעיף 12 אך ייתכן ובמו"מ מסויימים יחולו חובות שיוויון.**

**סעיף 12(ב) עוסק בתרופות**

"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"א1970-, יחולו בשינויים המחוייבים."

**בהפרת החובה של סעיף קטן א' התרופה לו נמצאת בסעיף קטן ב' והיא- פיצוי**. ראשית יש כאן הפנייה לחוק התרופות (חוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה עוסק בתרופות על הפרת חוזה ואילו אנו עוסקים בתרופות של הפרת תום לב בו"מ- שוב המחוקק הישראלי שחובב את שיטת ההפנייה קובע שעל פיצויים מהפרת תום לב במו"מ יחולו התרופות בגין הפרת חוזה בשינויים הנדרשים בסעיפים 10, 13, 14

סעיף 14 לחוק התרופות: קובע את נטל הקטנת הנזק " אין המפר חייב בפיצויים... בעד נזק שהנפגע יכול להיה באמצעים סבירים למנוע או להקטין"- ההפרה גורמת נזק אבל אם הצד השני (הנפגע) באמצעים פשוטים וסבירים יכול למנוע את הנזק או לצמצם אותו . אם לא יעשה זאת- לא יוכל לתבוע פיצויים על הנזק שהוא יכול היה למנוע. למשל, אני קונה חבית יין והוא מוסר לי חבית עם חוק קטן ועד שהוא מסר לי כבר חלק נשפך 10 ליטר מהחבית, אני יכול לשים פקק ולמנוע את המשך השפיכה אבל אני אוכל לתבוע ממנו רק את מה שנשפך בהתחלה 10 ליטר ולא על הכל.

סעיף 13: עוסק בנזק שלא ניתן לכימות: "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון רשאי ביהמ"ש לקבוע פיצוי הנראה בעיניו"- מדובר על עוגמת נפש.

אין כמעט פסיקה על נזק לא ממוני בגין סעיף 12 (ב) . **אפשר לתבוע גם על נזק נפשי ועורכי דין בדר"כ שוכחים את זה!**

נקבע בפסיקה לגבי סעיף 13:

א. אי אפשר לקבל פיצוי בגין נזק לא ממוני אם הנפגע אינו אדם ממשי (תאגיד למשל).

ב. בחוזים בעלי אופי מסחרי עסקי בדר"כ לא מכירים בנזק מסוג זה.

ג. בתי המשפט בישראל מאוד קמצנים בפסיקת פיצויים מהסוג הזה.

סעיף 10 הוא הסעיף העיקרי העוסק בפיצויים בשל הפרת חוזה:

הוא לא קובע נוסחת חישוב לפיצויים אלא רק שני עקרונות חשובים:

1. עקרון הסיבתיות: פוסקים פיצויים רק על נזק שנגרם עקב ההפרה והנזק צריך להיות קשור בשרשרת סיבתית להפרת החוזה. יתכן ויש הפרה ויש נזק אבל אין בינהם קשר סיבתי.

לפעמים יכולה להיות שרשרת סיבתיות רחוקה.

1. צפיות: (סיבתיות משפטית) הנזק הוא מסוג כזה שהמפר ראה או היה עליו לראותו מראש ברגע כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה. אם זה נזק מאוד חריג הוא יחוב בפיצויים.

שניהם צריכים להתקיים והשני תוחם את הראשון.

קנה המידה הוא אובייקטיבי, נורמטיבי, אבל הידיעה הקונקרטית בפועל יכולה להרחיב את החבות האובייקטיבית . מסתכלים האם אדם סביר במצבו של המפר היה אמור לצפות שההפרה תגרום לנזק כזה – אם התשובה היא כן התנאי מתקיים.

מצב ראשון:

תרופות בשל הפרת חובת תום לב במשא ומתן- מצב שבו הפרת חובת תו"ל גרמה לכך **שלא נכרת חוזה**:

בשנים הראשונות שבהם הופעל סעיף 12 (משנת 1973) הפסיקה קבעה שהפיצוי במצב הנ"ל הם מה שכונה "פיצויים שליליים" (פיצויי הסתמכות- פיצויים על ההוצאות שנגרמו לצד השני לצורך המו"מ- פיצויים אלו יעמידו אותו במצב שבו הוא היה אילולא התקיים המו"מ) ולא "פיצויי קיום" (שיעמידו אותו במצב בו היה אילו נכרת החוזה) .

את הסיבה לכך ניתן לראות בפס"ד ברק בקל בנין 2 בו הוא מאפשר פיצויי קיום.

הסיבות לכך שהיו פוסקים רק פיצויי הסתמכות:

1. לגבי הקשר הסיבתי : הטענה הייתה אם כתוצאה מחוסר תו"ל פוצץ המו"מ קשה לבסס קשר סיבתי לרווח שיכולתי להפיק מהחוזה אילו היה נכרת (כי יכול להיות שהמו"מ לא היה מסתיים בחוזה).

בקל בניין היה ברור שיכרת חוזה ולכן אפשר היה לתת פיצויי קיום.

**פעם היה קשה לקבוע פיצויי קיום כי קשה היה להוכיח אם היה נכרת חוזה בסוף**.

1. הסיבה השנייה היא צפיות: אי אפשר לדעת אם באמת היה יוצא רווח מהחוזה אולי דווקא זה שלא נכרת חוזה הביא לטובת הצד השני.

שינויים שהתרחשו:

1. פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק: זפניק תבע תביעה לאכיפת החוזה הוא רצה ששיכון עובדים ימכרו לו את הדירה במחיר של המבצע- אבל אין חוזה ואי אפשר לתבוע אכיפת חוזה שלא נכרת. זפניק חתם על חוזה חדש בעלות גבוה יותר.

הטענה המעניינת של עורך הדין שלו מלצר, הייתה שהפיצויים של סעיף 12 ב' לא ממצים את האפשרויות התרופתיות על הפרת חובת תו"ל במ"ומ- טענה זו אומרת שאפשר לקבל עוד תרופות חוץ מפיצויים- ניתן לפרש זאת בשני אופנים: 1. פיצויים ושום דבר מלבד זה . 2. פיצויים ואפשרויות נוספות.

האם הצעת החוק לפיצוי בסעיף 12 מוקפת בהסדר שלילי? פיצויים וזהו. או שזה לא הסדר שלילי? אפשר פיצויים אבל לא שולל אפשרויות אחרות.

*השופטת בן פורת* אומרת שזה שכתוב פיצויים זה לא אומר שום דבר **והתרופות בסעיף 12 ב' לא בגדר רשימה סגורה**. ההסבר לכך: החובה קבועה בסעיף 12 א' והסנקציה על הפרת הנורמה קבועה בסעיף 12ב'.

גם סעיף 39 מחייב לנהוג בתום לב רק שם זה לא במו"מ אלא אחרי שנכרת החוזה. במבט על 39 נקבעת רק החובה ואין בו שום סנקציה.

ברק אומר בפס"ד שקדם לזפניק- בג"צ תחבורה ציבורית באר שבע נ' בית הדין לעבודה כי ברור שהסעיף לא קובע חובה מוסרית אלא נורמה משפטית (כי זה כתוב בחוק) המאפיין נורמה משפטית הוא קיומה של סנקציה – אז מה הסנקציה?עלול להשתמע כי משום שאין סנקציה הנורמה בס' 39 היא מוסרית או זה לא כך עפ"י דברי ברק שמחדש וקובע כי חובת תום הלב היא חובה כל כך רחבה שיכולה להתעורר בנסיבות שונות ואין לקבוע סנקציה ספציפית והסעיף משאיר שיקול דעת לביהמ"ש לקבוע איזו סנקציה תפעל ולכן הסנקציה לא כתובה בחוק.

השופטת בן פורת אומרת בפס"ד שיכון עובדים נ' זפניק שאותו הדבר גם בסעיף 12 ולא יכול להיות שהתרופה היחידה היא פיצויים ולכן המחוקק לא מתכוון רק לפיצויים.

השופטת בן פורת מקבלת את טענתו של זפניק לא רק שהתרופת הפיצויים היא לא היחידה היא גם מוסיפה תרופה שבכלל לא מצוייה בדין הישראלי: מעצם ההכרה בדרישת תום הלב כעקרון על נובע שאין להצר לפיצויים בלבד... מסכימה אני **שאשם בהתקשרות** מצד החברה היא מניעת ביצועם של פעולות ההפקדה... כיוון שכך יש לראות את מצב המשיבות כאילו 2 הפעולות הללו מבעוד מועד" – כדי שיכרת חוזה היה צריך לבצע קיבול. **שיכון עובדים בחוסר תום לב מנעה את האפשרות לבצע קיבול ואילו שיכון עובדים לוקה ב"אשם בהתקשרות" ז"א היא מנעה את ההתקשרות- ולכן צריכה לפצות על כך כאשר התרופה היא "אשם בהתקשרות"** (לא קיים דבר כזה זה לקוח מהדין הגרמני והיא המציאה את זה) ומשמעותה היא שאם המו"מ לא הושלם ואחד הצדדים מנע בחוסר תום לב את כריתת החוזה , רואים את הפעולות שלא בוצעו (הקיבול הנדרש) כאילו הם כן בוצעו! ואז רואים את החוזה כאילו הוא נכרת- זו התרופה.

**פתאום אנו רואים כי חוזה יכול להכרת לא רק בדרך של הצעה וקיבול אלא גם בדרך של הצעה + חוסר תום לב. ואז אם בעצם החוזה נכרת עברנו למישור של הפרת חוזה.** האשם בהתקשרות מעביר אותנו להפרת חוזה **ואז ניתן לקבל את כל התרופות שיש בחוק התרופות!**

**שימי לב שההלכה הזו לא מחייבת** כי היא נאמרה בדרך אגב ובגלל שזפניק חתם על הסכם הויתור זה הוא הפסיד בפס"ד.

**האפשרות לתבוע את הסעד של הפרת תו"ל על בסיס "אשם בהתקשרות" הפכה מאוחר יותר להלכה מחייבת:**

לדוגמא בפס"ד קלמר נ' גיא-כדי שיכרת חוזה תקף צריך הצעה וקיבול אבל אם זה חוזה שצריך דרישת כתב לא מספיק הצעה וקיבול אלא גם מסמך כתוב בעקרון.

בפס"ד זפניק הייתה הצעה- והיה כתב- לא היה קיבול. ביהמ"ש אומר באמרת אגב שמכוח עקרון של "אשם בהתקשרות" אפשר לראות את הקיבול כאילו הוא התבצע.

בקלמר נ' גיא הייתה הצעה וקיבול רק לא מסמך כתוב משום שקלמר בחוסר תום לב מנע את הכתב ולכן ניתן לראות את הכתב כאילו הוא התקיים.

ההבדל היחיד בין קלמר לזפניק הוא שבזפניק ראו כאילו בוצע הקיבול ובקלמר ראו כאילו בוצע הכתב! זה אותו עקרון! מה שאומרת בן פורת בזפניק כאמרת אגב מאמצים בפס"ד קלמר נ' גיא.

בפס"ד זוננשטיין- עמדתו של ברק לא התקבלה למרות שהוא הסתמך על אותם דברים שבן פורת- אמרה בזפניק.

**התשתית להלכה הונחה בזפניק וההלכה נקבעה בקלמר נ' גיא.**

הפסיקה לא נעצרה כאן . בנקודת זמן זו ישנם 2 תרופות אפשריות- פיצויים שליליים ואשם בהתקשרות- אכיפת חוזה או פיצויי הפרת חוזה (פיצויי קיום).

פס"ד קל בניין 1 הפך את ההלכה של בית יולס וקבע כי אכן יש חובת שוייון במכרז פרטי אם לא מתנים אחרת- התיק חזר למחוזי כי הופרה חובת תום הלב וצריך לשמוע עדויות לעניין הפיצויים- המחוזי דן בשאלת הפיצויים עפ"י ההלכה שהפיצויים הם פיצויי הסתמכות ועורך הדין של קל בנין מציג לו חישובים של פיצויי קיום- ביהמ"ש אומר שיש רק פיצויי הסתמכות- אז הם הגישו ערעור לעליון על החלטה זו ובעליון ברק אומר כי יש מצבים שבהם מכוח סעיף 12 ב' אפשר לפסוק פיצויי קיום. שימי לב כי "אשם בהתקשרות" הוא לא מכוח סעיף 12 ב' אלא זה מחוץ לגדרו של הסעיף.

ברק אומר כי אפשר לפסוק פיצויי קיום מכוח סעיף 12 ב' כי לא כתוב בסעיף פיצויי הסתמכות אלא זה נקבע ע"י העליון בפס"דים קודמים ולכן הוא מפרש מחדש שאם הפיצוץ במו"מ היה בשלב מוקדם ואין ידיעות עתידיות אז אפשר לקבל רק פיצויי הסתמכות- אבל אם הפיצוץ היה בשלב מאוחר ותנאי החוזה ידועים אז גם יש קשר סיבתי בין הפרת חובת תום הלב לבין הפסד הרווח מהפרת החוזה ויש צפיות שאנו יודעים מה הרווח ולכן אפשר לפסוק פיצויי קיום בלי קשר לאשם בהתקשרות.

* **אם המו"מ פוצץ בחוסר תום לב בשלב מוקדם- פיצויי הסתמכות.**
* **אם הוא פוצץ בשלב מאוחר שידוע שהיה נכרת חוזה יש 2 מסלולים:**

**1. "אשם בהתקשרות".** כמו קלמר נ' גיא

**2. מכוח סעיף 12 ב'-** כמו בקל בניין.

הדומה בינהם הוא שאפשר לקבל פיצויי קיום מכוח אשם בהתקשרות או מכוח סעיף 12 ב'.

ואילו אכיפה אפשר רק מכוח אשם בהתקשרות.

בפס"ד אלריג נכסים נ' ברנדר : מדובר ב2 חברות חברה א' (ברנדר) וב' של אלריג. לחברה א' יש חלקת קרקע בבעלותה . בצמוד לחלקה יש שלוש חלקות קטנות שבבעלות העירייה . העירייה רואה שהחלקות שלה קטנות מידי מכדי לעשות ניצול יעיל שלהן אז היא יוזמת תוכנית בה הן מצתרפות לחלקה של א' ונוצרת חלקה גדולה. הם פונים לחברה א' בהצעה שא' ירכשו את שלושת החלקות שלהן בכ2 מיליון דולר אם מצרפים אותן לחברה א' הם מהוול רבע מהמגרש השלם (את העסקה הזו הם עושים בע"פ משיקולי מס). חברה א' שמחה ורוצה לקנות אבל אין לה את הכסף והיא הולכת לחברה ב' ומציע לרינגלר להכנס שותף ולממן את רכישת שלושת החלקות והוא יהיה שותף ברבע מהחלקה רינגלר מתלהב ובמועד החתימה מביא את התשלום הראשון ויתר הכסף היה צריך לשלם כששר הפנים יאשר את העסקה. הרעיון הוא למקסם את הרווח.ביום שבו שר הפנים מאשר את העסקה הולכת חברה א' ומוכרת את החלקה כולה לצד שלישי תמורת 12 מיליון דולר כי פורמאלית חברה א' היא הבעלים של המגרש כולו כי אף אחד לא יודע על החוזה בין א' לב'. חברה א' מזמנת את חברה ב' ומחזיר לו את "ההלוואה" שנתן לו על רכישת שלושת הקרקעות (הבעייה היא שהוא לא חשב שהלווה לו אלא הוא יהיה שותף בחלקה ויזכה ברווחים). כשמגיש ב' את התביעה לבית המשפט הטענה של א' היא שזה חוזה במקרקעין ויש דרישת כתב.

בבית המשפט המחוזי השופט אומר שזה בדיוק כמו קלמר נ' גיא ומכיל את ההלכה משם ונותן אכיפה שהיא כבר לא אפשרית כי הקרקע נמכרה ולכן האכיפה היא פיצויי על הרווח.

לעומת זאת, העליון אומר שזה לא קלמר נ' גיא כי זה רק במקרים נדירים ופה מדובר באנשי עסקים שצריכים לדעת שעסקה במקרקעין ללא כתב אין לה תוקף וזה לא "אשם בהתקשרות".

**אבל, ללא ספק חברה א' הפרה את עקרון תום הלב ומה שיחול פה זה פיצויי קיום מכוח הלכת קל בניין מתוקף סעיף 12 ב' ונותנים לו את אותו הפיצוי של מיליון דולר.**

מה שהניע את ברק בקל בניין הניע את העליון לשנות את ההנמקה בפס"ד אלריג ומה שעומד מאחורי הדברים הוא: העליון אומר שזה בסדר שבית המשפט פתח נתיב של אשם בהתקשרות וזה צעד גדול אבל לאט לאט, יש חוק והחוק אומר פיצויים ותפקידו של ביהמ"ש ללכת בנתיב שאומר החוק. ככה שיש עדיפות ללכת בנתיב של 12 ב' ורק במקרים חריגים ביותר נפתחת דרך צדדית של אשם בהתקשרות.

המקרים החריגים שיכולים להיות לפי הצעת ד"ר גלברד: בקומן לואו האנגלי הפרת חוזה מאפשרת קבלת פיצויי קיום וזהו. הוא לא יכול לקבל אכיפה. יש מקרים שבהם לנפגע יש אינטרס לקבל אכיפה. לצד הקומן לואו האנגלי התפתחו דיני האקוויטי (דיני היושר) והם נותנים במצבים מיוחדים תרופה של אכיפה:

כשמדובר בכנס ייחודי, כשיש לקונה אינטרס ייחודי לקבל רק אותו (נכס יחודי, יצירת אומנות מיוחדת וכו') . במשפט הישראלי בהפרת חוזה יש שלל תרופות אבל בדין במקרה של הפרת תום לב במו"מ יש רק פיצויים- לצד הפיצויים מכוח תום לב ביהמ"ש פיתח מאין אקוויטי ופיתח אמצעים לתת אכיפה. (בקלמר נ' גיא היו זוג אדריכלים שבנו להם את בית חלומותיהם ולכן ביהמ"ש יוצא מגדרו ונותן להם אכיפה) אבל בפס"ד של קל בניין החלום היה לקבל את הכסף, כך שברגע שהרווח הוא הרצון התשובה היא פיצויים וזה לא על דרך של אשם בהתקשרות אלא על דרך של סעיף 12 (לא צריך פה ללכת בדרך המיוחדת של אשם בהתקשרות כי אין צורך לאכיפה אלא רק לפיצויי קיום) . כך גם באלריג הרצון הוא לקבל את הרווח ולכן הם הולכים לפי סעיף 12 ב'.

לסכום,

**כשאפשר להסתפק בפיצויים הדרך היא סעיף 12 ב' לקבלת פיצויי הסתמכות או קיום- זוהי דרך המלך.**

**כרוצים לקיים אכיפה (רק במקרים מיוחדים) הדרך היא הדרך המיוחדת של "אשם בהתקשרות".**

מצב שני-

תרופות על הפרת חובת תום הלב במצב בו למרות הפרת החובה **כן נכרת חוזה:**

האפשרות הפשוטה שעומדת בפני הנפגע היא ביטול החוזה מכוח עילת פגם אם היא קיימת ופיצויים מכוח סעיף 12 שיהיו מיד פיצויי הסתמכות (אם מבטלים בגין הטעיה זה אומר שלא מעוניינים בחוזה אז לא צריך פיצויי קיום) . הוא מקבל ביטול והשבה מכוח סעיפים 16 ו21 לחוק החוזים ובנוסף לכך אם היו לו עלויות נוספות אז מכוח סעיף 12 ב' גם כן. צירוף 2 העילות נותנות לו פיצוי מלא ופחות או יותר הוא נעמד במצב בו היה לפני שנכנס למו"מ.

מתעוררות 2 שאלות

1. אם אין לי עילה של פגם בכריתה (גנז נ' כץ) ונניח מקבלים שכן אפשר ללכת במקרה זה לעילה של סעיף 12- האם אפשר לבטל את החוזה מכוח סעיף 12? התשובה היא עקרונית **לא**! סעיף 12 אומר רק פיצויים.

אבל, זה לא חד משמעי: בפס"ד אוגלי השופט בדימוס בועס אוקון כתב פס"ד ארוך על מדוע לדעתו אפשר לבטל במקרים מסויימים חוזה מכוח סעיף 12 והוא מסתמך על אמרת בן פורת שרשימת הפיצוי היא לא סגורה מכוח סעיף 12. ולכן אם אפשר לאמץ את הרעיון של "אשם בהתקשרות" שבכלל לא קיים בדין הישראלי אז למה אי אפשר לאמץ את תרופה הביטול שכן קיימת? זה לא עורער לעליון ולכן זו לא הלכה מחייבת אבל במקרה זה הוא ביטל את החוזה מכוח סעיף 12 .

1. נלך למצב הפוך בו יש עילת פגם בכריתה אבל אין למעשה אפשרות להוכיח נזק- אין נזקי הסתמכות רציניים. האם ביטול היא תרופה משמעותית? מצד אחד לא כי היא סה"כ משיבה את האדם למצב ההתחלתי. מצד שני יש מצבים בהם הביטול וההשבה יוצרים רווח גדול או מונעים הפסד מהצד המבטל- שהוטעה או עושק או נכפה והדוגמא הקלאסית היא פרג' נ' מיטל.

ביטול החוזה, יכול להיות תרופה בעלת משמעות רבה מאוד:

1. היות והוא מבטל את החובות של הצדדים אחד לשני.
2. תרופה שיכולה ליצור רווח משמעותי ומניעת הפסד מהצד הנפגע. (פס"ד פרג' נ' מיטל- בזמן שהחוזה נכרת התמורות היו שקולות. בשנים אחרי כריתת החוזה- ערך הדירה ירד ומנגד ערך הכסף עלה- ריבית משמעותית והפרשי שער. בזמן ביטול החוזה, הקונים שהוטעו היו צריכים להחזיר את הדירה ששוויה היה 1,125,000 ש"ח אך סכום ההשבה היה 2,500,000 ש"ח. במילים אחרות- בסכום ההשבה היה אפשר לקנות 2 דירות. ומה שקרה זה שהקונה בדיעבד עשה עסקת הפסד). העובדה שהקונה הוטעה מאפשרת לו לבטל את ההפסד ולהרוויח עוד כסף. תרופת הביטול בחלק ממצבי השוק יכולה להיות משמעותית מאוד.
3. פיצויים שליליים לפי סעיף 12- נלווים לביטול וההשבה יש פיצויי הסתמכות.

מה קורה במצב בו נכרת חוזה והייתה הפרת חובת תום הלב אבל הנפגע לא מבטל את החוזה אלא רק מגיש תביעת פיצויים?

אין תשובה טובה בפסיקה.

ראשית, במקרים לא מעטים צד מתוחכם יוכל לתבוע את הפיצויים לא על הפרת חובת תום הלב במו"מ אלא על הפרת החוזה. אם הוא לא מבטל את החוזה לפעמים אפשר לעשות טרנספורמציה של העילה הטרום חוזית ולהפוך אותה לעילת הפרה.

נניח כי העילה היא הטעיה, הנפגע בוחר לא לבטל את החוזה והוא דורש רק פיצויים. הטעיה היא הצהרה טרום חוזית כוזבת. אבל מה אם יש הצהרה תוך חוזית כוזבת והיא לא מקויימת? זו הפרה ! אם יש הצהרה או התחייבות חוזית והיא לא מקויימת זו הפרה ויש לה תרופות רבות.

מה ההבדל בין הצהרה טרום חוזית לתוך חוזית? הטיימינג.

לפעמים חלק מההצהרות הטרום חוזיות הופכות להיות חלק מהחוזה ע"י פירושים או השלמה. בדר"כ ביהמ"ש יאמץ אמרה טרום חוזית ויפרש אותה אל תוך החוזה גם אם אינה נמצאת בו באופן פורמאלי- משום שאדם שכרת חוזה הוא הסתמך על ההצהרות הטרום חוזיות- אם הצליח יכול לתבוע בגין הפרת חוזה.

לדוגמא:

פס"ד קדמת דקל- אדם בשם עמר ניהל מו"מ למכור חלקת אדמה מאוד גדולה לחברת קדמת דקל. הזכויות של עמר לא היו זכויות בעלות אלא זכויות חכירה. במו"מ הוא לא סיפר לקדמת דקל כי מנהל מקרעי ישראל ביטל לו כבר את זכויות החכירה משום שהחכירה הייתה למטרה חקלאית והוא מתוך כוונה להפוך את הקרקע לבנייה כרת את הפרדסים וביטל את זכויות החכירה. דקל שילמה כסף רב עד שהסתבר לה שבכלל אין לעמר זכויות. עו"ד החברה הגיש תביעה להטעיה וביקש השבה של הכספים ופיצויים על הרווח שהחברה יכולה הייתה להפיק- פיצויי קיום, ופיצויים מוסכמים (פיצויי קיום שהצדדים הסכימו מראש על קיומם).

ביהמ"ש קבע כי הייתה הטעיה ועמר צריך להשיב את מה שקיבל אבל לא פוסק פיצויים משום שאם בחרתם לבטל את החוזה מכוח עילת הפגם אפשר לקבל רק פיצויי הסתמכות על הוצאות במו"מ. מה שהיה צריך עו"ד לעשות הוא לתבוע על הפרה! עמר התחייב להקנות זכויות חכירה והוא לא הקנה זכויות חכירה! אילו היה תובע הפרה היה מקבל הרבה יותר פיצויים. ביטול מכוח הפרת חוזה מאפשר גם פיצויי קיום.

בחוזי מכר- אפשר להגיע מהשלב הטרום חוזי לעילה החוזית של הפרה- יש בחוק המכר פרק שלם העוסק **באי התאמה של הממכר בין מה שהתחייב למה שסיפק**- זוהי בעצם הפרת חוזה לפי חוק התרופות בחוזים. אם בזמן המו"מ הראתי לקונה דוגמא של הממכר ומה שסופק לא תואם את מה שהצגתי בזמן המו"מ – החוק אומר שזוהי אי התאמה והמוכר הפר את ההתחייבות שלו- בעצם חוק המכר מקפיץ אותנו ישר מהצהרה טרום חוזית לתוך הפרת חוזה.

בפס"ד אלרומלי השופט אומר שאפשר להביא פיצויי או מכח סעיף 12 או מכח ההפרה.

**4. פגמים בכריתת חוזה:**

דיני החוזים מעלים על נס את עקרון חופש החוזים: יסוד גמירת דעת, הצעה וקיבול, מסוימות (המשקפת רצון, רצינות), חופש הצורה, חופש התוכן.

ואף על פי כן לא באמת בכל החוזים יש הסכמה מלאה ורצון חופשי מלא ועמדת הדין היא שבכל זאת נכרת חוזה בין צדדים בלי רצון חופשי מלא (חוזים אחידים, הסכם משכנתא). למרות זאת התפיסה המקבולת שגם בחוזה שבו הרצון החופשי הוא לא מלא לחלוטין הוא חוזה לכל דבר ועניין כי הצדדים מעוניינים בו. אבל לנוכח ההכרה וההבנה שהרצון הוא מוגבל הקים החוק מנגנוני הגנה שיטפלו בפערים- "פגמים בכריתה".

כל עוד לא נכרת חוזה תקף בין הצדדים אנו לא עוסקים בשאלת הפגמים בכריתה. הדגש העיקרי הוא פגם ברצון. הפגם הזה יכול להביא בנסיבות מתאימות לביטולו של החוזה.

אם אנחנו מעלים על נס את הרצון החופשי אז במצב שבו יש פגם ברצון ממילא היינו יכולים לחשוב שלא נכרת חוזה.

לפי התורה האובייקטיבית, הדין מעדיף את הגילוי החיצוני של ההסכמה ולא מחפש לתור אחר כוונות שבלב. החוק לא תובע קיומה של גמירת דעת אלא העדה על גמירת דעת. הדין מחפש את הביטוי החיצוני האובייקטיבי של ההסכמה. השופט צריך לאמוד לפי סממנים אובייקטים מה היו רצונות הצדדים.

הראציונל של התפיסה הזו הוא דיוני (לא מהותי), ראייתי. בתי המשפט לא יכולים להיוודע בדיעבד מה היו רצונות הצדדים. מבחינה ראייתית בדיונים נדרשת התורה האובייקטיבית כדי שעל יסודה בית המשפט יוכל להעריך מה כוונת הצדדים. עם התורה האובייקטיבית אין הרבה בעיות כי קיים מטען אמפירי ולכן אין בעיה בין הכוונות לביטוי החיצוני. **דיני הפגמים בכריתה עוסקים באותם מקרים ספציפיים שקיים פער דרמטי בין הביטוי החיצוני לבין הכוונה הפנימית.** אז מופעלים דיני הפגמים. הם טומנים בחובם דילמה ברורה ומתמשכת שניתן לזהות בכל הפס"דים. התוצאה של הפגמים בכריתה היא שצד רשאי לטעון לביטול. יש חוזים שהם ניתנים לביטול ויש חוזים שהם בטלים מעיקרם (חוזה שנכרת בכפיה).

לא כל זמן שאדם יטען שהוא לא רצה יבטלו את החוזה.

שיקולים נגד ביטול:

1. אנשים יסתמכו על זה שניתן לבטל ולא יקחו ברצינות חוזים.
2. שיקול מערכתי של השיטה החוזית- לא כל פעם שאדם יגיד שהוא טעה יבוטל החוזה כי אז לא יהיו חוזים.
3. תאוריה כלכלית שמעודדת חוסר התערבות.

שיקולים בעד ביטול:

1. צדק יושר והוגנות.
2. העדר רצון לפי תאורית הרצון.

התשובה של החוק היא איזונים פנימיים בין האינטרסים של א' לב'. כל אחד מהתאוריות מושך לכיוון אחר.

**ב. הטעיה:**

1. ע"א 44/66, 309, **לקי דרייב בע"מ נ' הרץ**, פ"ד כא (1) 576.

2. ע"א 494/74, **חברת בית החשמונאים נ' אהרוני ואח'**, פ"ד ל (2) 141. ברפרוף ועל סיכום

3. ע"א 838/75, **ספקטור נ' צרפתי**, פ"ד ל"ב (1) 231. (מופיע גם בסעיף 12 לחוק החוזים).

4. ע"א 338/85, **שפיגלמן נ' צ'פניק ואח'**, פ"ד מא (4) 421. ברפרוף ועל סיכום

5. ע"א 373/80, **וופנה ואח' נ' אוגש**, פ"ד לו (2) עמ' 215. ברפרוף ועל סיכום הפס"ד רק 5 עמ'

6. ע"א 1581/92 **ולנטין נ' ולנטין**, פ"ד מט(3) 441. ברפרוף ועל סיכום

7. ע"א 9019/99 **קינסטלינגר נ' רחמים אליה**, פ"ד נה(3) 542.

8. ע"א 5393/03 **אברהם פרג' נ' יעל מיטל**, פ"ד נט(5) 337. על סיכום

9. ע"א 2469/06 **רונן סויסה ואח' נ' חברת זאגא בע"מ ואח'**, תק-על 2008(3) 2580. מסוכם במחברת הכתומה קשיחה!

**הטעיה נמצאת בסעיף 15 לחוק החוזים**

**15. הטעיה**

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

**יסודות עילת ההטעיה סעיף 15 לחוק החוזים**

1. קיומו של חוזה תקף.
2. טעות אופרטיבית- להראות שהתקיימה טעות שלא באה בגדרי הסייג שנדון בו לאחר מכן
3. הטעיה
4. קשר סיבתי כפול

פרק ב' הוא ההמחשה של מערכת האיזונים שעסקנו בה. ככל שצד א' יותר רשע (הטעיה) ויותר אחראי לקיומו של הפגם, כך לצד השני יהיה יותר קל לצאת מהחוזה וגם במישור התוצאה. הצד שהוטעה יקבל סעדים טובים יותר מאשר סיטואציה ששני הצדדים טעו בה מתום לב. ככל שא' יותר צדיק, יותר תם לב. כך יהיה לאדון ב' חרף העובדה שרצונו פגום הרבה יותר קשה לצאת מהסיטואציה החוזית.

**בחינת היסודות:**

**יסוד ראשון- חוזה תקף-** בוחנים את החוזה ע"פ הכללים שנלמדו בפרק א'. האם זהו חזה תקף

**יסוד שני- טעות-** הרכיב היסודי ביותר. הטעות היא מכנה משותף בין כל הסעיפים (15, 14). המחוקק מגדיר את יסוד הטעות לשני הסעיפים. ההגדרה של טעות אינה מובאת בחוק. היא יכולה להיות בעובדה ובחוק ומוסיף החוק סייג לקיומה של טעות. גבריאלה שלו מחשיבה את הטעות כפער בין האמונה לבין המציאות. בפער זה מופעלים דיני הטעות.

סעיף 14 עוסק בשני סוגי טעויות. בעובדה ובחוק. בעובדה זה בפועל (קניתי טלוויזיה 48 אינץ וקיבלתי 24), בחוק זה טעות שנוגעת לאי הבנת המציאות המשפטית. טעות בנוגע למציאות המשפטית.

"טעות בכדאיות העסקה"

ברגע שמסווגים טעות בכדאיות העסקה אנחנו עושים את הפעולה האנליטית הבאה- מכירים בכך שהיתה טעות אך מוציאים את הטעות הספציפית הזו ממאגר הטעויות שהחוק מקנה זכות ביטול בהקשרן. לפי הגדרת החוק היא טעות, אך ביה"מש מחליט שאותה טעות היא לא עילה מספקת לביטול החוזה.

ישנן 3 גישות דומיננטיות להגדרת "טעות בכדאיות העסקה":

1. גישתו של **השופט אשר** פס"ד ספקטור נ' צרפתי: השופט מותח את הקו המבחין בין שווי הממכר לבין תכונות המושא. ככל שהטעות נוגעת רק בשווי- זו טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. טעות שנוגעת לתכונות היא טעות אופרטיבית והיא ניתנת לביטול.
2. **פרופ' טדסקי**: (במאמרו טעות בכדאיות העסקה) טדסקי מבקר נחרצות את העמדה של השופט אשר. הוא טוען שהוא לא דוקר את הנק' המרכזית ומתעסק בתחום מעורפל מסביב. הוא אומר שהוא לא מבין את ההבדל בין התכונות לבין השווי כי ממילא תכונות נמדדות כמותית.

טדסקי מותח קו בין טעויות שנוגעות לעתיד לבין טעויות שמתיחסות להווה או לעבר.טדסקי טוען שהדין לא בא לשקם טעויות נכזבות, שציפיתי לדבר מסוים שלא התממש, טעות עתידית (נוגעת לדוגמא לשיעור שלי של מה יהיה שער הדולר). טעות זו היא בכדאיות העסקה. לעומת זאת טעות שנעוצה בהווה היא טעות אופרטיבית.

פרידמן טוען כי- נטילת סיכון יכולה להיות משתמעת או מפורשת:

נטילת סיכון מפורשת- מאוד קל לנתח- צד לחוזה נטל עליו סיכון במפורש (חוזה שנערך בין לקוח לקבלן והלקוח אומר שבנסיבות של כוח עליון ניתן אישור לקבלן לאחר בביצוע הפעולה- הקונה נוטל סיכון שיקרה משהו מכוח עליון).

נטילת סיכון משתמעת- יכולה לבוא בדרכים שונות:

* באמצעות זיהוי תכליתי של טיב הפעולה המשפטית שנעשתה- למשל חוזה פשרה שהוא מהיותו פשרה יש בו נטילת סיכון של מה היה יכול לקרות לולא התפשרוץ
* הצהרה – שהיא לא מבטאת ויתור מפורש, אבל איזשהו ויתור (בחוזה שכירות יש הצהרה של השוכר שהוא בדק את הדירה והיא מתאימה לו- הצהרה זו טומנת בחובה הצהרת סיכון מפורשת והשוכר נוטל על עצמו את הסיכון).

פס"ד ארואסטי- אימץ בפסיקה שלנו את עמדתו של פרידמן באופן מובהק (גם דיני ממונות מאמצת את גישתו של פרימן):

עסקאות קומבינציה הן הדדיות שאין בהם ממש החלפת תמורה כספית- במקרה שלנו אראסטי הוא בעלים של מגרש- המגרש ריק- פונה אליו קבלן הרוצה לבנות בחינם בניין שלם על המגרש ובתמורה לכך הקבלן ימכור את הדירות ויקצה לאראסטי 3 דירות. הקבלן רשם הערת אזהרה לקונים ופשט את הרגל . הבעלים פנו לביהמ"ש בקשר לביטול הערות האזהרה הרשומות על הקרקע שלהם. עד אז לא הייתה פסיקה שביססה קשר קנייני ישיר בין הקונים עם הבעלים. הערת האזהרה בשעתו טרם הוכרה כזכות שיעבוד קניינית חזקה- על רקע זה ועל רקע זכותם הרופפת מאוד של הקונים- הם הסכימו להגיע לאיזו פשרה במסגרתה הם יוותרו על הערות האזהרה בתמורת הסכום סימלי שיחזיר את המצב לקדמותו (לא כל הכסף ששולם לקבלן אלא רק נזקים אחרים נלווים כתוצאה מההתקשרות- פיצוי מאוד מינורי)- אחר כך החוק לא השתנה אך הדין השתנה והייתה פסיקה חדשה שאומרת כי הערת האזהרה משקפת זכות קניינית חזקה של הקונים. בעניין ארואסטי יש טעות שבדין וישר פער בין אמונה למצב במציאות. עולות שלל בעיות:

האם מדובר בפער בין אמונה למציאות? האם זו מציאות בכלל? האם ההלכה החדשה יכולה להיות מופעלת רטרואקיבית?

ביהמ"ש חיפף את הקונים בשתי דרכים:

1. פתרון אחד לפי "פער בין אמונה לבין מציאות"- בדיוק כמו הביקורת של שלו על טדקסקי- אין פה שום פער בין אמונה לבין מציאות. לא מקבלים את אותה תאוריה רטרואקבטיבת מוזרה שאימצה בן פורת בפרשת כנפי. כלל לא מדובר בטעות- החוק לא מספיק נהיר. דבר החקיקה פורש מאוחר יותר ואין הפירוש הולך רטרואקטבית. קשה לבסס פער מסויים בין אמונה למציאות כי המציאות היא השתנתה לאחר מכן- כלומר, בזמנו לא היה פער.
2. סייג- אימוץ הגישה של פרידמן: אפילו נניח ויש טעות לפי הדעה של בן פורת בכנפי ממילא יש בעניינו טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה- טעותם של הקונים היא טעות מובהקת ביחס לסיכון ברור שהם נטלו על עצמם. ביחס לארואסטי הייתה נטילת סיכון משתמעת כי הצדדים לא התייחסו לכך במפורש בחוזה אולם, פרידמן אומר כי הסכמי פשרה הם נטילת סיכון מעצמם.

**מה היו אומרים טדסקי ואשר על המקרה של ארואסטי?**

טדסקי- זו לא טעות שעומדת ביסוד העיסקה אלא זו התפתחתות מאוחרת יותר ולכן זו לא טעות אלא בכדאיות העסקה.

אשר- הטעות הזו נוגעת במובהק לתכונות והצדדים טעו ביחס לתכונות יסודיות של הזכויות המשפטיות שלהם, הם לא הכירו את הזכויות המשפטיות שלהם- הם לא אפיינו את התכונות נכון ולכן קשה מאוד לאמר כי זו טעות שנוגעת רק לשווי.

אנטוני קרונמן- גדול עולם אמריקני פרופסור בולט בדיני חוזים- אפשר להשקיף עליו כמעין ממשיך לעמדתו של פרידמן. פרידמן דיבר על נטילת סיכונית מפורשת ומשתמעת.

מהי משתמעת? מדובר בטעות שעפ"י הנסיבות ראוי לייחס לצד לחוזה- השאלה היא יותר נורמטיבית מעובדתית.

מתי ראוי לייחס לצד לחוזה נטילת סיכון משתמעת? הוא בא מגישה כלכלית והסתכלות על הגשמת רצון הצדדים במונחים אינסטרומנטלים לשם השאת הרווחה הכללית (לא מקדשים את הרצון החופשי כשלעצמו אלא כי הוא מניב תוצאות טובות). טעות נחשבת עלות ואנו רוצים למנוע את העלות הזו. לפיה חוזה שנכרת מתוך רצון חופשי גורם להשאת הרווחה המצרפית כי הוא משיא את רווחתם של הפרטים המתקשרים והרווחה המצרפית הכללית עולה. צריך למנוע טעויות כי כל טעות היא עלות חברתית.

יש להטיל את הסיכון תמיד על המונע הזול ביותר של הטעות- אם תמיד נעשה כך זה יספק תמריץ חיובי למונע הזול למנוע את הטעות.

איך אנו משיטים עליו את הסיכון? אומרים לו כי אם תהיה טעות בכל המערך הזה אתה תישא בסיכון". בעילת הטעיה המונע הזול הוא המטעה.

בטעויות משותפות- השאלה הופכת להיות קצת יותר קשה . (בדוגמא שלו עם הקבלן בבית הוא המונע הזול כי יכל למנוע את הסיכון).

**יסוד שלישי- הטעיה**

לפי הפסיקה הטעיה היא מסר טרום חוזי כוזב- ברגע שמסר כוזב מגיע לאוזנו של הנפגע ועקב כך הוא מתקשר בחוזה- קמה זכות ביטול ששווה גם להטעיה וגם לטעות ידועה 14 (א) . **הסעדים של 14(א) ושל 15 הם אותם סעדים.**

במובחן מעילת הטעות יש לשים לב שבהטעיה אנו קצת חורגים מהפגמים בכריתה (בטעות יש מישהו שטעה והוא פגום רצון) פה אנו עוברים גם לגינוי של אנשים המוסרים מסרים טרום חוזיים כוזבים.

**הטעיה יכול שתהיה במעשה ויכול שתהיה במחדל**:

הטעיה במעשה - היא הטעיה אקטיבית,האדם הטעה!

הטעיה במעשה קלה יותר להוכחה ולהתמודדות ערכית אידיאולוגית.

לעיתים ההחנה בין הטעיה במעשה או במחדל היא מטושטשת.

הטעיה במחדל (הימענות מגילוי) – פה משתקפת מערכת האיזון בין המתחים שדוברו בהתחלה.

שאלת השאלות שמתעוררת בעניין מחדל היא מה כן צריך לגלות ומה לא? יש לגלות דברים אלו ע"מ להביא את הצד המטעה לרמת גינוי של סעיף 15!

אם לא הצלחנו להוכיח את המטעה אנו חוזרים לסעיף 14 א.

התנאים להוכחת הטעיה הם קלים יותר וזה אותם סעדים- ויותר קל לנפגע להחלץ מהחוזה אם הצד השני הוא מטעה **(זכרי את המדרג 15- 14א.- 14ב.)**

חובת הגילוי: דין- נסיבות- נוהג

זהו מנגנון גמיש. השאלה היא על עמדות מדיניות לגילוי (שימי לב ספקטור נ' צרפתי)

עמדה קפיטלסטית- מונעת התערבות.

**גישת השופט לנדאו** בספקטור נ' צרפתי– "היזהר הקונה" ביהמ"ש אינו אפוטרופוס וצד שיכול לגלות פרטים בעצמו ביהמ"ש לא צריך לגונן עליו בשל העובדה שמדובר בפרט כל כך חיוני ומהותי- לך ותבדוק אותו. לנדאו תומך יותר ביציבות החוזית.

עמדה פטרנליסטית- יותר מגוננת על הצדדים לחוזה.

**גישת השופט אשר** בספקטור נ' צרפתי מבטא עמדה רחבה בנוגע לחובת הגילוי- בהתאם לעמדתו ברוב הפסיקות יש חובת גילוי שמופנת לספקטור נ' צרפתי- מזכיר גם את חובת תום הלב שאומרת כי אתה צריך לגלות לצד השני כמעט כל מה שחשוב לו לדעת. החשוב ביותר בעמדתו הוא שגם אם הקונה יכול היה לברר בעצמו כל עוד מדובר בפרט חשוב ומהותי היושר וההגינות מחייב לגלות אותו.

**גישת אנטוני קרונמן**- מאזן בין הדברים : יש לו מספר גישות:

1. טעות = עלות לרווחה המצרפית.
2. יש למנוע טעויות.
3. סם הנגד לטעויות זה מידע.
4. אנו תומכים בגילוי מידע אבל לא לגמרי- כי אם תמיד נטיל חובת גילוי מידע אנשים לא יתאמצו ללכת ולגלות מידע.

בעצם אנו רוצים לאזן בין הרצון לשלול טעויות לבין התמריץ השלילי שאנשים לא יתאמצו להשיג מידע. הוא מבחין בין מידע שהושג במאמץ מכוון לכזה שהושג באקראי:

מידע שהושג באקראי- חייב אדם לגלות אותו- כי זה אומר בפועל שגם אם הצד יגלה מידע זה, הגילוי לא יהווה תמריץ שלילי מהשגת מידע זה בעתיד (משום שמימלא הושג באקראי).

מידע שהושג במכוון- (למשל כתב עבודה שלמה על תנודות במניות) ואם נכריח אותו לגלות את המידע הזה בעסקאות עתידיות הוא ימנע מלהשקיע את המאמץ הרב הזה בהשגת המידע. מה שיהווה תמריץ שלילי להשגת מידע רלוונטי שחשוב להתפתחות החברה.

בנוגע לאנשי מקצוע, מצד אחד ניתן לומר שממילא הם עושים את הדברים האלו וההשקעה שלהם פוחתת משנה לשנה. מצד שני עצם העובדה שזה המקצוע של האדם יש פה מאמץ מכוון להשיג את המידע הזה .

חובת גילוי קמה משלושה מקורות:

1. דין- חוקים חיצוניים לחוק החוזים- מטילים חובת גילוי (חוק המכר בספקטור נ' צרפתי, חוקי הגנת צרכן , סעיף 12 לחוק החוזים- תום הלב הוא מקור לחובת גילוי).
2. נוהג- אם יש נוהג בתחום.

נוהג שמעיד על חובת גילוי מועטת-למשל צריך לבדוק רכב לפני קנייה כי אין לצפות שיגידו לך שמשהו לא בסדר.

נוהג שמעיד על חובת גילוי מוגברת -למשל בעל ואישה.

**צריך להוכיח גם את הנוהג ואת הקשר בין הצדדים.**

1. מכלול נסיבות העניין- כל מיני רכיבים עובדתיים במקרה הנדון. למשל, האם מישהו נשאל במפורש על משהו, או ציין רגישות שלו למשהו.

**יסוד רביעי- קש"ס כפול-**

1. תחילה יש לזהות את הטעות הספציפית שעליה אנו מדברים- להראות שקיים קשר סיבתי עובדתי בין ההטעיה לבין הטעות- אם הטעת אותי לגבי גודל הבית ולי יש בעיה לגבי זהות המוכר- אין כאן הטעיה שגרמה לטעות כי אני טעיתי בנקודה אחרת.

2. להוכיח שהטעות היא זו שגרמה להתקשרות.

יסוד הנפשי הנדרש כדי להוכיח הטעיה-

הדיון של מהו היסוד צמח מכל מיני מצבים בהם המטעים טענו כי לא ידעו, התרשלו, וכו': בפסד שפיגלמן נ' שפניק- ניתן לחשוב כי יש יסוד כלשהו של כוונה ומרמה ופרופ' שלו כתבה שניתן להטעות גם ברשלנות ובתום לב. הפסיקה חזרה ודנה בנושא בדברים נוספים- בסופו של דבר הפסיקה לא הכריעה. בתכלס צריך שיהיה איזה יסוד של מרמה.

בין חובת תום הלב להטעיה-

מה קורה כשיש פגם מוחלש? יש נסיבות שהיו יכולים להביא ועל יסוד אחד מהקריטריונים אין פגם בכריתה. האם אפשר להכניס את ההתנהגות בסעיף 12.

1.מאיה נ' פנקפור- עילת הכפיה.

2. גנז נ' כץ- עילת העושק.

3. פס"ד ישראל פרי ששם הנשיא גורניץ מבטא גישה מאוד זהירה. היה מצג טרום חוזי כוזב עובדתית נניח. הבעיה היתה בזמן הסביר. ניתן לבטל תוך זמן סביר. במקרה שלנו הצד התחיל לקיים את החוזה ועבר הרבה מאוד זמן. אז אם לא הטעיה הם רצו תום לב. גורניץ אמר שכשהבנו שלא מתאפשר לנו להיכנס להטעיה אנחנו לא נאפשר להכניס כל פעם אוטומטית את חובת תום הלב כי אז מוציאים מהדברים את התוכן. זה רק חוליה אחת בשרשרת רחבה של תכולות שמבקשות לקבל את העמדה של עיקרון תום הלב. גורניץ אומר שאת חובת תום הלב אנחנו לא רוצים להעביר על גדותיו ולהכיל בכל מקרה.

**א. טעות:**

1. ע"א 544/78 גינדי נ' אפללו, פ"ד לג(2) 9.

2. בג"צ 221/86, **כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מא (1) 469

3. ע"א 2444/90, **ארואסטי נ' קאשי ואח'**, פ"ד מח (2) 513.

4. דנ"א 2568/97 **זהבה כנען נ' ממשלת ארצות הברית,** פ"ד נז(2) 632

5. ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס, פ"ד נז(4) 817. על הסיכום

6. ד. פרידמן, "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות", **עיוני משפט** יד (תשמ"ט) עמ' 459.

**יסודות הטעות**:

1. קיום חוזה
2. יסודיות הטעות- ככל שמדובר בטעות סעיף 14 במובחן מסעיף 15 יש תנאי שנקרא- יסודיות הטעות.

המערכת של טעות והטעיה היא מערכת קבועה של איזונים. ככל שהצד השני יותר תם כך יש דרישות מוגברות מהצד האחר ואחת מהדרישות בא לידי ביטוי ביסודיות הטעות-

שלא כמו בהטעיה ששם אם צד אחד הטעה כל טעות נחשבת טעות, כשמדובר בסעיף 14 הטעות צריכה להיות מהותית שיורדת לשורש החוזה. הטעות צריכה להיות ניצבת במרכז ההתקשרות.

1. קש"ס (להוכיח שאדם התקשר בחוזה עקב הטעות).
2. הידיעה/ העדר הידיעה: ההבדל בין טעות חד צדדית לבין טעות ידועה לצד השני. המבחן שמבחין בהם הוא ידיעת הצד השני על כך. בנוגע ל- "על כך" נחלקו העמדות מה זה אומר "על כך":

העמדה הקונצניונאלית היא של פרופ' צלטנר- על כך זה על הטעות, **צד אחד צריך לדעת שהצד השני טועה**.

העמדה של גבריאלה שלו- **צריך לדעת גם על הטעות וגם על היסודיות**. לא בלבד שאני יודע שאתה טועה אלא גם שהטעות יסודית ומהותית עבורך.

העמדה של השופטת בן פורת- עמדה מאוד בעיתית חרף העובדה שיש ערכאות נמוכות שמאמצות את העמדה לא נמצא אותה יותר מדי- **אין צורך לדעת על הטעות אלא רק על היסודיות**. המבחן הוא כדלקמן: באופן היפותטי אם היית יודע על הטעות שטעה הצד השני האם היית יודע שהיא יסודית? המבחן הוא נורמטיבי של מדיניות משפטית.

**טעות משותפת**- אף אחד לא יודע על קיומה של הטעות בצד השני.

בפס"ד כנפי נקבעו כמה קביעות שהיו מאוד בעיתיות לאחר מכן וביהמ"ש העליון נאלץ להתמודד איתן בכל מיני מצבים. ראשית הסטיה היא בפס"ד ארואסטי אך מאז ועד היום רואים את הסטיות ואת הנסיונות לאבחן את המקרה הקונרטי הנידון מהלכת כנפי.

בארואסטי מנסים לאבחן את המקרה.

דרכי הסטייה מהלכת כנפי בפס"ד ארואסטי:

1. הטעות והרטוראקטיביות- שלא כמו בהלכת כנפי אנו לא נזרקים אחורנית ואומרים כי הדין השתנה למפרע. אנו לא מוכנים להכיר בכל טעות בדין כטעות שחלה אחורנית. לגבי יסוד הטעות לא היה שום פער בין המחשבה למציאות. ההלכה פועלת מכאן ואילך ולא אחורנית. השופט טל ניסה לתרץ זאת ביסוד הקשרים. בכנפי יש ציפייה להתמשכות היחסים בין הנכה לבין ביטוח לאומי. בארואסטי יש קשר שבמובהק בדין ניסו לקטוע אותו.
2. טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה- בכנפי לא היה הסדר פשרה. אותו נכה לא נטל על עצמו סיכון בהקשרים האלו. בארואסטי יש הסכם פשרה והוא מעצם טבעו מניח ומשמיע נטילת סיכונים.

מהו ההבדל בין 14 א' ל-14 ב'?

ס' 14(א) מקנה זכות ביטול אוטונומי .

ס' 14 (ב) הביטול בשיקול דעת ביהמ"ש.

ההבדל בין ביטול אוטונומי לבין ביטול ע"י ביהמ"ש טומן בחובו גם יתרון וגם חיסרון. החיסרון הוא חיסרון ברור- הענין לא בידי הנפגע. אין לו כ"כ הרבה כח כמו מהטעיה או מטעות ידועה. ההחלטה היא ע"י ביהמ"ש וע"י שיקולי צדק.

שיקולי הצדק-

1. מאזן נזקים בין הצדדים- ביהמ"ש יבחן איזה צד ינזק יותר אם טענתו תדחה. האם הטועה ינזק יותר מהשארת החוזה על קנו. או שהצד השני ינזק יותר.
2. התנהגות הצדדים- האשם היחסי של כל אחד מן הצדדים בטעות שקרתה כאן. הדגש תמיד יהיה על הטועה. מה מידת רשלנותו? אין לנו בצד השני אדם רשע אלא טעות לא ידועה. ככל שמידת רשלונותו של הטועה גדולה יותר כך ביהמ"ש יכריע לרעתו. (זהו מתיישב היטב עם המבחן של קרונמן- אם הטועה היה רשלן זה אומר מבחינת ההיבט הכלכלי של קרונמן שהוא יכול להיות המונע הטוב ביותר של הטעות אם הוא לא היה רשלן!).

ביטול לא אוטונומי הוא יתרון גדול היות וביטול אוטונומי הוא סכנה כי הרבה מאוד פעמים צדדים חושבים שעומדת בפניהם זכות ביטול והם מבטלים באופן אוטונומי (עשית דין עצמי) ואז הם חשופים לתביעת הפרה. כי ביטול שלא כדין כמוהו כהפרת חוזה.

**ג. כפיה ועושק**

3. ע"א 784/81, **ישראל שפיר נ' מרטין אפל ואח'**, פ"ד לט (4) 149.

4. ע"א 5493/95, **דיור לעולה בע"מ נ' שושנה קרן ואח'**' פ"ד נ (4) עמ' 509

7. ע"א 1569/93, **יוסי מאיה נ' פנפורד**, פ"ד מח (5) 705. סיכום.

דיני החוזים על פני הדברים מניחים שוויון בין שני צדדים לעסקה.

המיוחד בכפייה ועושק הוא שדיני החוזים יורדים מהסיפור של השוויון. יש הכרה ברורה שיש צד אחד חלש/חזק יותר וכבר אין שוויון.

בעילת הכפייה - מה שיוצר את חוסר השוייון ופערי הכוחות זה עצם ההתנהגות הכופה של צד לחוזה.

בעילת העושק- מה שיוצר את חוסר השוויון זה לא התנהגות העושק אלא חוסר השויון הוא אינהרנטי- יש לנו שני צדדים שבאופן טבעי הם לא שווים ומכאן ואילך התחיל המו"מ בינהם.

כפייה ועושק הוא ביטוי לשיקולי מוסר, הוגנות. יש המביטים על כפייה ועושק ככרסום בחופש החוזים (מצד אחד יש חופש לעשות חוזים מרצוננו- אבל שמים לכך מגבלות) ואפשר לראות אותם כחלק מחופש החוזים , כחלק מתאוריית הרצון (אם חופש החוזים בתפיסה הקלאסית של דיני החוזים מעלים על נס את אוטונומיית הרצון של הפרט, ממילא הדוקטרינה החוזית צריכה לבוא להתחכות אחר הרצונות של הצדדים ולכן הכפייה והעושק באים דווקא לממש את חופש החוזים בכך שהם מונעים חוזים שלא נעשו ע"י רצון אמיתי).

הגישה הכלכלית – מצדיקה את העלאת אוטונומיית הרצון והבחירה החופשית על נס מטעמים אינסטרומנטלים של רווחת הכלל. במקום שאין רצון חפשי העברת החליפין לא יעילה.

**סעיף 17 (א)**

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

**יש שלושה יסודות:**

1. חוזה

2. כפייה- כפייה בכוח או כפייה באיום.

3. קשר סיבתי.

**רואים כי יש העדר של יסוד היסודיות**. הדגש הוא על ההתנהגות הפסולה של הכופה. אין צורך ביסודיות הטעות.

סיפור הכפייה הלך והסתבך בפסיקה- פעם הכפייה הייתה מאוד ברורה ובטוחה. ומאז בתי המשפט נאלצו להכניס לכך מקרים עדינים יותר, **איזשהו לחץ בלתי סביר שנוצר בנסיבות מסויימות בין שני צדדים**.

**ההבדל בין כפייה- לבין "לא חוזה בכלל":**

כשמדובר על כפייה קל לטשטש בין מצב בו אין גמירות דעת בכלל לבין גמירות דעת עם כפייה.

ההסתכלות על כפייה אומרת כי **כפייה חוזית במובנה החוזי היא כזו שלא שוללת את רצון ההתקשרות**. ההבדל כפי שניסח השופט חיים כהן הוא בין "הכריחוני"- אין חוזה. לבין "הכריחוני" אבל כן רציתי.

**הכפייה היא מצמצמת את האלטרנטיבות שיש לבן אדם ברגיל אך לא מעלימה אותם כליל**.

פרופ' שלו נותנת את הדוגמא של "תחתום או שתחטוף" כשאנו מסתכלים על מקרה זה אנו רואים אדם שעדיין הייתה לו בחירה- רק צמצמו לו את האלטרנטיבות. משום שהוא בחר ברע במיעוטו אנו מניחים כי היה פגם כלשהו בהתקשרות. ההבנה שיש לנו כאן מבחר קטן מסויים – זה מה שמכניס אותנו לטריטוריה החוזית בכלל. לנוכח העובדה שהצד בחר ברע במיעוטו (צומצו האלטרנבטיות) אנו יכולים להכנס לדיני הכפייה.

הפסיקה בישראל מאוד קמצנית לגבי כפייה ועושק- היא מפרשת אותם בצמצום ומקשה את הכניסה לגדריהם. צמצום זה בא לידי ביטוי משום שאין טולרנטיות למסכנים. מנגד ניתן לראות כי דווקא לפעמים כן המשפט פותח את ידיו למסכנים בין היתר בהרחבת הכפייה הכלכלית.

בתי המשפט מצמצמים את עילת הכפייה ועושק בדרישה ליסוד נוסף לכפייה והוא שצריכה להיות כפייה בלתי חוקית מה שעולה בעבירה פלילית.

האם איום בהפרת חוזה עולה בכדי איום?

**איום בהפרת חוזה הוא כפייה לכל דבר**- לדעת גבריאלה שלו ולדעת פרידמן וכהן בספר "חוזים"

פס"ד שפיר נ' אפל

מקרה של כפייה קלאסית-

יש שלושה חוזים במקרה זה:

1. בין המערער לבין המשיבים על אספקת החלב.

בשלב מסויים המערער החליט שהפרו את החוזה – הגיע בלילה מלווה בעו"ד , איים על המשיב בפנייה למשטרה ובתביעה אזרחית, הוסיף והסביר איך השופטים מכים וכולאים. כתוצאה מההפרה הזו המשיב כרת חוזה.

2. חוזה בו המשיב מסכים להעביר סכום כסף למערער כפיצוי.

קמו הילדים של המשיב והלכו לעו"ד של המערער שם הוא המשיך לצעוק ולהפחיד ויצאו משם חתומים על חוזה נוסף.

3. חוזה בו חתומים הילד והאישה עם הסכם לשלם סכום גבוה עוד יותר.

**בעניינו יש כפייה באיום**.

ניתוח הכיפייה: ביקור בלילה בבית, ליווי אדם נוסף, צעקות והאשמות, אים בפנייה למשטרה, הסברה על עבודת המשטרה, איום בפגיעה בקריירה של אפל.

יש להבחין בדרך בה נערכה הכפייה (יש הבדל בין הגעה לבית ביום או בלילה ולהגעה לבד או בליווי וכו').

יש לבחון האם אנו באים בגדרי הסייג של סעיף 17 לחוק.

**הסייג בסעיף 17 הוא**: יש להבין שכל מכתב התרעה הנשלח ע"י עו"ד הוא מבחן מאיים ולכן המחוקק קבע את ההוראה של אזהרה בתום לב לצורך הפעלה של זכות. ברגע שמדובר בכלי לגיטימי למימוש זכויות, אנו לא נראה את זה כאיום או ככפייה.

מה נכנס בגדר הסייג?

האם אני יכול לאיים בנקיטת הליכים פליליים?

גבריאלה שלו בטוחה כי איום זה אינו לגיטימי להפעלה של זכות. הדין הפלילי הוא בין אדם למדינה ולכן פרטים לא יכולים לבוא ולאיים בשימוש בהליך הפלילי. לפי שלו **הליכים פליליים אינם נכנסים בסייג של סעיף 17.ב.**

שימי לב, כי כדי להכנס בגדר הסייג אין צורך שבאמת תהיה עילה למימוש זכות אלא מחשבה סובייקטיבית של "המאיים" שיש לו את הזכות למימוש זכותו.

**השופטת בן פורת לא מקבלת את הגישה של שלו** ואומרת כי לפעמים איום פלילי יהיה בגדר הסייג ולפעמים לא.

**כפייה כלכלית**- מצב שבו אדם כורת חוזה כדי להשתחרר מלחץ עסקי מסחרי כלכלי שמופעל עליו.

פס"ד רחמים נ' אקספומדיה-

שני צדדים כרתו חוזה אחד היה בעל קרקע והשני מפעיל יריד. מפעיל היריד עשה הסכם עם בעל הקרקע לפיו יפעיל יריד מסחרי עסקי על הקרקע וכתוצאה מכך את ההוצאות של בעל הקרקע ישלם בסוף. בשלב מסויים בעל הקרקע הרגישה כי היריד לא כדאי לו הוא פנה למפעיל ואמר לו שישלם לו עכשיו בניגוד למסוכם, את ההוצאות ואם לא יעשה זאת הוא יסגור את הקרקע שלו. זה מהווה הפסד עצום למפעיל ולכן המפעיל הסכים לכרות איתו הסכם חדש שבו ישלם לו את הסכומים. המפעיל לא שילם את הכסף בסוף ובעל הקרקע פנה לביהמ"ש בטענה שלא קיים את החוזה.

עד אז לא הייתה הכרה בכפייה כלכלית ולכן לא פחד לטעון במשפט שיש חוזה. ביהמ"ש דחה את התביעה וזה הגיע לעליון.

יש כאן איום מיידי לסגור את היריד . ביהמ"ש עושה הבחנה חשובה מאוד במילות מפתח:

"**שימוש ביתרונות שוק**"- ביהמ"ש מכיר בכך שמותר לאדם לעשות זאת. אולם הוא מבחין בין שימוש ביתרונות אלו לפני כריתת חוזה לבין אחרי כריתת חוזה. אחרי שכרתו חוזה ומישהו מתחיל להתשמש ביתרונות שעומדים לו בין היתר מכוח החוזה כדי לסחוט- זה כבר גובל בסחטנות וזה לא ניצול יתרונות שוק.

קו ההבחנה בכפייה כלכלית הוא שימוש הגון ביתרונות שוק לבין ניצול.

המבחנים המצטברים לכפייה כלכלית שנקבעו לפי רחמים נ' אקספמדיה-

1. האלטרנטיבות העומדות לנפגע כל הזמן – המבחן הוא צר ומצר: מבחן זה משחק תפקיד חזק בשאלה האם היה כאן ניצול האם הייתה סחטנות או האם הייתה התנהגות המותאמת לסטנדרט הסביר? (למשל האם הייתה אפשרות לפנות במהירות למשפט ע"מ לקבל צו זמני כלשהו למניעה או לעשייה, האם היו אלטרנטיבות זמניות וכלכליות או עסקיות? ברחמים נ' אקספמדיה ביהמ"ש מגיע למסקנה כי לא היו אלטרנטיבות בגלל אלמנט הזמן.
2. איום מפתיע שהנזק ממימושו עשוי להיות בלתי הפיך ושנעשה בעיתוי מאוד בעייתי.

המבחנים הללו מכירים בכפיה כלכלית אבל מאוד מצרים אותה.

\*\* אם אנו רואים שני חוזים- כנראה שהייתה כפייה כלכלית .

המבחנים שנקבעו לפי מאיה נ' פנפורד:

מאיה סוחר היה חייב כסף ליהלומנים . הוא ברח מהארץ מבלי לשלם והסב להם נזק גדול. בא כוחו פנה אליהם בהצעה להסכם ויתור משובש בו יקבלו סכום מופחת ויבטלו את טענותיהם כלפיו- או שלא יקבלו כלום.

במקרה זה יש לנו 2 חוזים. החוזה הראשון השתבש ובחוזה השני יש לנו צד שמנסה לפחות להציל את מה שנותר ממנו בחוזה אחר.

בכפייה כלכלית יש תמיד הנחת יסוד כי חלק מהמשחק הוא לגיטימי וחלק אחר אינו לגימיטי ואנו צריכים לעלות על מה שעולה בכדי סחיטה.

**בכפייה כלכלית יש קצת גלישה לעושק**. וזאת משום שבכפייה קלאסית הרכיב המרכזי הוא רכיב האילוץ ואילו בעושק הרכיב המרכזי הוא ניצול מצוקה. **בכפייה כלכלית אנו מנצלים מצוקה של אדם.**

העושק התפתח כענף של דיני הכפייה כי יש פה רכיב של איום אולם, פסיכולוגית אנו נמצאים יותר בקטע של עושק. כדי לזהות מצוקה של אדם בודקים האם היו לו אלטרנטיבות ולכן מבחן האלטרנטיבות הוא מבחן פחות דומיננטי בכפייה ויותר משתייך לעושק אם כי הוא נבחן בהרחבה במבחני הכפייה גם כן.

במאיה נגד פנפורד יש הישג גדול של השופט חשין שעשה הבחנה:

הוא קובע מבחן דו ראשי במסגרתו הוא בוחן שני מבחנים עיקריים:

1. איכות הכפייה- המבט מופנה אל הצד הכופה. אנו מסתכלים על התנהגות הכופה, איכות פעולתו, טיב מעשיו ואנו שואלים את השאלה הקבועה: האם התנהגותו עולה כדי סטנדרט מסחרי מקובל או כדי סחיטה? ברור שהמבחן הוא מאוד גמיש ואמורפי, אנו לא יודעים איפה נגמר ניצול אובייקטיבי של יתרונות שוק ואיפה מתחילה הסחיטה. זה תלוי נסיבות. המבחן אינו ממשי אבל מהותו ברורה. שמגר למשל, כשנדרש להתייחס לאיכות הכפייה ולהסביר למה זה עולה כדי סחיטה הוא אומר- "אם תרצו תשלמו ואם לא, שם תהיה כתובתכם".
2. עוצמת הכפיה- המבט מופנה על הקורבן. דרכו אנו מבינים כמה הכפייה הייתה עוצמיתית. אנו בודקים זאת ע"י האלטרנטיבות: חשין מכניס לנו את האלטרנבטיות בתוך מבחן עוצמת הכפייה.

לגבי השאלה מהם אלטרנטיבות נחלקו העמדות:

*חשין* סביר כי האלטרנטיבות צריכות להיות טובות ויעילות באותה המידה. החלופה לכריתת החוזה צריכה להיות יעלה באותה המידה ומושוות לחוזה הראשוני.

*שמגר וגולדברג* אומרים שאין צורך בחלופה דומה וזהה בערכה אלא יש צורך בחלופה מעשית וסבירה. \*\*ההלכה היא עפ"י העמדה של חשין היא שהתקבלה בפסיקה ואנו **רואים תמיד חיפוש אחר אלטרנטיבות זהות**. מחפשים לראות שהייתה לו חלופה שהייתה מעמידה אותו באותו מקום.

במסגרת מבחן זה גם מסתכלים על תגובת הקורבן.

חלק מהבחינה שמתייחסת לעוצמת הלחץ בוחנת לעיתים גם את המעמד הפיננסי של הקרובן.

בפס"ד מאיה שמגר הביע את העמדה שככל שהקורבן חזק יותר ומעמדו איתן יותר הכפייה הכלכלית פחותה יותר- הוא פחות לחיץ.

חשין חולק על עמדה זו מחלוקת גמורה- הוא טוען שכל אדם הוא לחיץ.

\*\*שני המבחנים האלה מכנסים בתוכם את מבחני אקספומדיה אבל עושים בהם סדר.

היסוד השלישי של כפייה: קשר סיבתי

קשר סיבתי סובקייטבי- צריך לראות שהאיום הניב את החוזה.

בשפיר נגד אפל יש ניתוח רחב שמראה איך האיום הטיל מורא וגרם למתקשר להתקשר בחוזים הגרועים הללו.

ברחמים נ' אקספדמיה דיברו הרבה על מבחן האלטרנטיבות וקושרים זאת לקשר הסיבתי. מחמת היעדר אלטרנטיבות הוא נקשר בחוזה.

במאיה נ' פנפורד לא ניתחו את הקשר הסיבתי- הבליעו אותו במבחנים האחרים.

פגמים מוחלשים

במאיה נגד פנפורד נחלקו העמדות בין גולדברג לחשין בשאלת מצב בו הגענו לכלל מסקנה שאין כפייה מסיבה כלשהי, האם בכל זאת ניתן לבחון את הסיטאציה במסגרת מבחן תום הלב?

הסיטואציה לא באמת עולה כדי עילות ההטעיה כפייה ועושק ולכן אנו מנסים להזרק לסעיף 12 לחוק החוזים.

השופט גולדברג- אומר שכן. תומך בכך ומסכים לפנות למסגרת הנורמאטיבית של סעיף 12.

השופט חשין- נוטה לומר שלא. אבל מקזז את זה כי הוא מאוד מרחיב את עילת הכפייה. (הוא מכניס גם את העשירים ומחפש אלטרנטיבות זהות).

**עושק:**

**18. עושק**

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, ראשי לבטל את החוזה.

בפס"ד קיקאון נ' סאסי נכרת חוזה בו הוסכם בין הצדדים להחליף את זכויות החזקה והחכירה שלהם בדירות שבהן התגוררו באותו זמן, זו כנגד זו. שווי דירת המשיבה היה רב בהרבה משווי דירת המערערים. המשיבה טענה לעושק. במחוזי התקבלה התביעה לביטול מחמת עושק וערעור בעליון נדחה מחמת עושק.

ההלכה ע"פ בן פורת וטירקל (רוב) היא כי עילת העושק בנויה מ-3 יסודות מצטברים:

1. מצבו של העשוק- צורך להוכיח שמצבו של העשוק הוא מתמשך וחמור ולא ארעי/חולף (לא פסול דין אלא בעל מום כלשהו). לנדוי (מיעוט) טען כי יש מצב שעשוק נקלע גם למצב ארעי וחולף.
2. התנהגותו של העושק- יש צורך בידיעה של העושק על מצבו של העשוק.
3. תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל.

בטעות, בהטעיה ובכפייה יש בעיה בפרוצדורה שבכריתה ובעיה של פגם ברצון ובהסכמה.

מה שמיוחד בעושק הוא שקיים אלמנט נוסף- בחינת תוכנו של החוזה. בעיה פרוצדוראלית אינה מספיקה (ניצול של מצוקה וחולשה גופנית) ויש גם חשיבות לתנאי החוזה (צריכים להיות גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל). ישנו וויכוח בספרות המשפטית לגבי "מרכז הכובד"- האם זהו הפגם ברצון או תוכן החוזה.

עילת העושק יוצרת לפעמים גם עבירה פלילית ויכולה לגרור תביעה מצד המדינה. העובדה שהנעשק השיג את מבוקשו לא תשלול תביעה פלילית.

יסודות עילת העושק הם:

1. קיום חוזה.
2. אדם התקשר בחוזה עקב ניצול הצד השני (קשר סיבתי).
3. ידיעת העושק על מצוקת הנעשק וניצול מצוקה זו (לא חשוב מהי סיבת המצוקה- אין דרישה שהעושק גרם למצוקה, להבדיל מכפייה- מספיק שהוא ידע על המצוקה וניצל אותה. אם הוא גם גרם אותה אפשר לטעון לגם לכפייה וגם לעושק).
4. מצבו של הנעשק- מצוקה, חולשה שכלית/גופנית או חוסר ניסיון.

בד"כ מדובר על מצוקה, והקושי הוא לאבחן בין מצוקה של עושק לבין משהו אחר. ברוב המקרים המצוקה היא מצוקה עסקית רגילה "הנסבלת" מבחינה משפטית.

בפסיקה יש האומרים שמצב מתמשך של מצוקה לא עונה על ההגדרה "דרגת מצוקה מיוחדת הנדרשת לעילת העושק". זה צריך להיות אירוע ארעי מיוחד כדי לומר שהייתה מצוקה באותו מקרה. הקושי הוא אבחון מצוקה שהיא מעבר למצוקה "רגילה". ביהמ"ש יכול לחוש במצוקה כבדה כזו החורגת מהמצב הרגיל שאותו אדם נמצא בו והיא לא מאוד קצרת טווח כך שהיא משפיעה על שיקול דעתו.

דוגמא לחולשה שכלית ניתן לראות בפס"ד הדר חברה לביטוח או פס"ד בראשי. בדרך כלל ניתן לטפל במצבים כאלה באמצעות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות (פסלות דין).

הפסיקה אימצה דעת הספרות המשפטית שיש יחס שלוב בין מידת המצוקה או החולשה השכלית/גופנית לבין גריעות התנאים. **ככל שהתנאים יהיו יותר גרועים- המשקל שיינתן למידת המצוקה בבדיקתה יהיה קטן יותר, ולהיפך.**

מקרה של חוסר ניסיון הוא מצב שיש בו חוסר ניסיון אינהרנטי, למשל- הנובע מקטינות. לא מדובר בחוסר ניסיון רגיל אלא כזה שצריך להיות טבוע ולכן אין כמעט פסיקה בנושא.

גם בחוזה מתנה קיים צורך להוכיח גריעות תנאים ויחסי תלות, ויש מספר גישות לכך:

1. עילת העושק לא חלה בחוזי מתנה. מתנה היא מתנה, וכיוון שאין תמורה נגדית לא יכולים להיות תנאים גרועים מהמקובל. זה בעייתי כי דווקא שם נדרשת עילת העושק. הפיתרון הוא היקש להשפעה בלתי הוגנת בחוק הירושה (כגון צוואה).  גישה זו די דחוקה.
2. החלפת מבחן גריעות התנאים במשהו אחר. דבר זה מוצע בפס"ד איליט נ' אלקו לגבי חוזה שאין לגביו תנאי עושוק מקובלים. גישה זו סבירה.

בסעיף 3 לחוק הגנת הצרכן יש גם עילה ספציפית של עושק. מדובר על תנאים בלתי מקובלים והחלופה- בלתי סבירים. כלומר, מבחן של סבירות. אם עושים היקש מחוזה מתנה לחוק הגנת הצרכן- במקרה שאין תנאים מקובלים, במקום מבחן הגריעות, יבחנו אם התנאים בלתי סבירים (כגון- יבדקו אם הוא נותן את המתנה למישהו שיש לו יחסים קודמים והיכרות עמו או למישהו שהוא לא מכיר). אורך תקופת היחסים וטיב המתנה יכולים לעזור בבדיקת סבירות תנאי החוזה. ע"י הפעלת מבחן הסבירות במקום מבחן גריעות התנאים ניתן להוכיח את עילת העושק בחוזי מתנה.

**5. תוכן החוזה**

**שלושה מישורים:**

1. פרשנות

2. השלמת התוכן.

3. התערבות בתוכן.

***24. תכנו של חוזה :*** *תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים.*

זה לא תמיד נכון. לא תמיד ברור על מה הסכימו, ולפעמים מה שהם הסכימו לא מספיק בשביל החוזה. ולפעמים המחוקק מתערב ברצון הצדדים (זה לא הוגן, זה לא מוסרי ועוד).

**עקרון חופש החוזים הינו מרכזי בדיני החוזים**. שני המישורים הראשונים משרתים עקרון זה .

פרשנות- מטרת הפרשן לגלות מה רצו הצדדים.

השלמת התוכן- משרתת גם כן את העקרון כי היא באה למנוע את פירוק החוזה, רצון הבסיסי של הצדדים היא להיקשר בחוזה וזה לא פועל בניגוד לרצון הצדדים.

(יש תאוריות בתחום דיני החוזים הסוטות מהפרדיגמה הזאת. למשל, התאוריה העקרית מקורה באקדמיה האמריקיאית שהתפשטה בעולם המערבי יש תאוריה של חוזי יחס העוסקת בחוזים ארוכי תווח שמסדירים מערכות יחסים מורכבות. אנו עוסקים בחוזה שיכול להיות נקודתי בזמן. בארצות הברית התפתחה תאוריה שאומרת שבחוזים ארוכי טווח צריך לשנות קצת את דיני החוזים בחלק מהסוגיות. למשל, יחסים בין שותפים (החוזה הינו חוזה מסגרת והוא נועד להמשך הרבה שנים במסגרת יחסים שמתפתחים עם הזמן) החוזה מהווה מסגרת למציאות דינאמית, חוזה בין בני זוג, חוזה בין עובד ומעביד, חוזה בין יצרן לבין משווק בלעדי שלו. אחת הנקודות היא פרשנות. הרעיון הוא שבחוזים כאלו זה לא הגיוני כאשר מתעוררת מחלוקת פרשנית לחזור בזמן לכוונת הצדדים בזמן הכריתה. ואז תאורית חוזי היחס אומרת שצריך להתייחס לכוונה הדינאמית של הצדדים ולפרש אותו בהתאם להתפתחות כוונת הצדדים במהלך השנים.

\*\*שימי לב זו תאוריה אחת מבין עשרות הקיימות בדיני החוזים ואנו עוסקים בדיני חוזים קלאסיים ולא נוגעים בה.

**בדיני החוזים שלנו נקודת ההתייחסות לצורך פרשנות החוזה היא במועד הכריתה.**

התערבות - נתפסת מנוגדת לעקרון חופש החוזים.

**א. פרשנות החוזה:**

3. ע"א 4628/93, **מדינת ישראל נ' אפרופים**, פ"ד מט (2) 265. רציו

5. ע"א 5856/06 **אמנון לוי נ' נורקייט בע"מ**, תק-על 2008(1) 840

6. ע"א 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן**, תק-על 2010(1), 9412 (2010).

7. רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ** (נבו, 26.2.2012)

***25. פירוש של חוזה*** *(תיקון: תשמ"א)*

*(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות.*

*(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.*

*(ג) בביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים.*

*(ד) סעיפים 2, 4, 5, 6, 7, 8 ו-10 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, וסעיף 57ג לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א - 1971, יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור.*

(אנו נלמד עקרונות של הפרשנות משום שיישום הוא ע"י פרקטיקה.

בשנים האחרונות התפתחו מחלוקות גדולות שהפכו לבסיס בהתגוששות בין הכנסת לבין בית המשפט העליון על חלוקת הכוחות בינהם בנושא הפרשנות. )

ישנם כל מיני תורות של פרשנות. בתחום המשפט ובכל ענף שעוסק בטקסטים עוסקים בפרשנות עם תאוריות שונות. ב30 שנים האחרונות, הפסיקה בעליון קבעה כי **הפרשנות הנוהגת בתחום המשפטי היא פרשנות תכליתית** (מי שהוליך את המהמלך הוא ברק אם כי זכה מתמיכה של כמעט כל השופטים בעליון).

**פרשנות תכלתית:**

אומרת שצריך לפרש טקסט על פי תכליתו, על פי מטרתו. בעצם קיימות, שתי משמעויות לפרשנות תכליתית בהקשר המשפטי:

1. לפי תכלית סובייקטיבית- יעודה להגשים את מטרתו הסובייקטיבית של מחבר הטקסט. יכול להיות שניסח את הטקסט באופן לא מוצלח או באופו טוב- מטרת הפרשן להבין מה עמד לנגד עיניו של מחבר הטקסט.

2. פרשנות לפי תכליות אובייקטיביות- ההנחה היא שביסוד שיטת המשפט יש כמה עקרונות יסוד או תכליות יסוד. למשל, תום לב; שוויון; סבירות; הגינות ועוד. ואם מתעוררת שאלה פרשנית לגבי טקסט משפטי יש לפרש אותו באמצעות פרשנות המגשימה את אותם התכליות. למשל, אם טקסט נתון לשתי פרשנויות ופרשנות א' תביא לתוצאה הוגנת והשנייה ללא הוגנת- עלינו להעדיף את זו העולה עם עקרון תום הלב.

אם אנו מפרשים לפי תכלית סובייקטיבית שרוצה להגיע לרצון הכותב אז לא חייב ללכת לפי תכליות היסוד ואם כותב הטקסט התכוון למשהו לא הוגן, אנו נגיע לתוצאה הלא הוגנת.

שתי הפרשנויות יכולות להביא לפעמים לאותה תשובה ולפעמים לתשובה הפוכה.

החידוש של *ברק* לתאוריה זו היא : כל קטסט משפטי מפרשים פרשנות תכליתית אבל האם זו תכלית סובייקטיבית או אובייקטיבית או תערבות ואיזו- תלוי בסוג הטקסט המשפטי.

* למשל, בואו נקח טקסט משפטי של צוואה- התכלית שאנו צריכים להפעיל היא סובייקטיבית. משום שהמטרה היחידה של צוואה היא להגשים את רצון המצווה (הוא יכול להיות הוגן או לא הוגן זה רצונו). כמובן שיכולים להיות מצבים בהם לא נצליח לברר את רצונו האמיתי של המצווה ושתי האפשרויות הפרשנויות נשארות מאוזנות- ילך בלית ברירה לתכלית האובייקטיבית.
* למשל, בטקסט משפטי מסוג חוקה- נניח ומגיע תיק למשפט האמריקאי על פירוש החוקה- אנו לא מצפים שהשופטים יעשו מחקר היסטורי על מנת לאמוד את דעתם של כותבי החוקה. כל הרעיון בחוקה היא שהוא טקסטק בסיסי בין דורי ומספיק שלדי וגמיש שיספוג לתוכו את השינויים בחברה. ולכן הפרשן יפרש לפי תפיסות היסוד החברתיות הפוליטיות של היום- תכליות אובייקטיביות.

בין שני הקצוות הללו מפוזרים הטקסטים המשפטיים השונים:

* **חוק**- דומה יותר לחוקה אם כי לא תמיד. ברור שחוק צריך לפרש לפי תכליות אובייקטיביות שביסוד שיטת המשפט. שימי לב שמצד אחד לפעמים יש משבר מסויים והכנסת מבצעת חקיקת בזק וכתוצאה מכך גם הטקטס יוצא מצוקמק ומתעוררת שאלה פרשנית- לא הגיוני שבית המשפט במצב זה יתעלם מהכוונה הסובייקטיבית של כותב הטקסט, הרי יש פה כוונה מסויימת שרצו למלא ואי אפשר להתעלם ממנה.

מצד שני, נניח שמתעוררת שאלה פרשנית לסעיף כלשהו בחוק הנזיקין- ביהמ"ש העליון לא יעשה מחקר היסטורי על כוונת הנציב הבריטי שחוקק אותה, ולכן יש לפרש על פי התכליות האובוייקטיביות.

* **חוזים-** אם אנו מצליחים לגלות את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים אבל היא לא תואמת לשניהם, אולי בכלל לא נכרת חוזה? אולי נכרת חוזה מבחינה אובייקטיבית אבל אחד הצדדים יטען לטעות.

הנחת היסוד בפרשנות היא שלצדדים הייתה הנחת רצון משותפת אבל דברים השתנו וכעת יש מחלוקת בינהם. הגישה המקובלת בפסיקה היום היא שיש עדיפות ברורה בפרשנות חוזית לתכלית הסובייקטיבית. כמו שצוואה היא מכשיר שנועד להגשים את רצון המצווה, מטרת החוזה היא להגשים את רצון הצדדים. בניגוד לצוואה בחוזה אנו מדברים על **תכלית סובייקטיבית משותפת.** אם יש כוונה סובייקטיבית רק של אחד הצדדים והשני לא מודע לה היא כלל לא רלוונטית. מטרת העל של הפרשן היא לגלות מה רצו הצדדים. אם הפרשן גילה זאת- פה נגמרה עבודתו. יכול להיות מצב שהשופט אומר כי הוא לא גילה את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים וכפות המאזניים נשארו שקולות- במצב זה אין לו ברירה אלא להפעיל תכליות אובייקטיביות.

**פרשנות עפ"י תכליות אובייקטיביות באות אחרי הסובייקטיביות.**

יחד עם זאת, לא כל החוזים הם אותו דבר. בחוזה אחיד בדר"כ אין לנו כלל מושג מה כתוב בחוזה ואם מתעוררת שאלה פרשנית לגבי סעיף כלשהי, איך יכולה להיות לי כלקוח של חוזה אחיד, כוונה סובייקטיבית אם לעולם לא ראיתי את הסעיף. שם יכולה להיות תכלית סובייקטיבית חד צדדית של החברה (וגם לא חייב כי לחברה גם אין מושג מה כתוב בה) ולא קיימת תכלית סובייקטיבית משותפת. לכן, בחוזים אחידים מהסוג הארוך והבלתי קריא, כשמדובר בתנאים שאינם בלב העסקה מפעילים בדר"כ ישר פרשנות תכליות אובייקטיביות.

**סעיף 25 (א)** אומר כי סעיף יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים-

*(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות.*

עוסק בפרשנות לפי תכלית סובייקטיבית ולכן הוא הראשון- זו מטרת העל של הפרשן.

המשך הסעיף אומר איך מבררים את התכלית הסובייקטיבית: חומר הגלם ממנו אנו שואבים את רצון הצדדים הוא:

1. החוזה- הטקסט החוזי. מהטקסט אפשר להפיק כמה דברים:

* את המשמעות הלשונית הרגילה. יש לזכור כי ברוב המקרים הצדדים יודעים להביע את רצונם בצורה דיי ברורה. ולכן יש משמעות גדולה למשמעות הלשונית של הטקסט. ברוב הטקסטים יש פרשנות ידועה וברורה לכולם. יהיו טקסטים שמבחינה לשונית יש לו יותר ממשמעות אחת.
* אפשר להפיק גם תובנות מהמבנה של החוזה- לפי הסעיף שבו נמצא בחוזה, הלוגיקה הפנימית של החוזה, היחס של הסעיף לסעיפים סמוכים.

2. הנסיבות- יכולות להיות נסיבות רקע לכריתת החוזה (למשל, בפס"ד אפרופים ניתן לראות כי המדינה הייתה בלחץ לבנות יחידות דיור מהירות בשל העלייה הגדולה). לחוזה יש אינסוף נסיבות חיצוניות ותפקיד הפרשן לברור את הנסיבות הרלוונטיות (אם ירד גשם לא היה רלוונטי לפס"ד אפרופים). יכולות להיות נסיבות שקדמו לכריתת החוזה שקשורות למו"מ בין הצדדים- יכול לשפוך אור על פרשנות החוזה. למשל סעיף מנוסח והוא לא ברור- אם נחזור להיסטוריה של חשיבת הצדדים בזמן המו"מ תשפוך אור על כונתם. נסיבות הם גם דברים שקרו אחרי אחרי כריתת החוזה- התנהגות הצדדים לאחר החוזה מעידה על הבנתם את החוזה.

גם אלו חומרי גלם לצורך התכלית הסובייקטיבית.

**סעיף 25 (ב)**

*(ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.*

הסעיף אומר שאם יש מחלוקת פרשנית על החוזה- פירוש המקיים את החוזה עדיף על פירוש המבטל אותו.

**התכלית כאן היא אובייקטיבית** כי אנו לא שואלים עצמינו למה התכוונו הצדדים.

דוגמא:

מתוך מבחן שנתן לפני שנתיים: יש חוזה בין ראובן לשמעון ובחוזה כתוב שראובן מוכר לשמעון 250 סוליות. המוכר אומר שזה סוליות נעליים והקונה אומר שזה סוליות חשיש.

לפי סעיף 25.ב' ברור שהפרשנת העדיפה היא זו שמקיימת את החוזה משום שסוליות חשיש הם בלתי חוקיות.

אם מתברר לנו שראובן ושמעון הם סוחרי סמים והם דיברנו במו"מ על סמים ולא על נעליים אז אין צורך ללכת לפי סעיף 25.ב. כי כבר גילינו את רצון הצדדים לפי הפרשנות הסובייקטיבית בסעיף 25.א.

**אנו נלך לפרשנות אובייקטיבית לפי סעיף 25 ב. רק אם לא הצלחנו לפרש לפי סעיף 25. א.**

אם הצלחנו לברר שהצדדים סוחרי סמים ודובר על סמים אז כאן נגמר העניין ופירוש החוזה הוא שהתחייבות למכירת סמים (זה שהחוזה לא חוקי והוא בטל לא קשור לפרשנות).

אם לא הצלחתי לגלות את רצון הצדדים לפי סעיף 25.א. אז נלך לתכליות אובייקטיביות.

לא תמיד כל תכלית אובייקטיבית היא רלוונטית- למשל, בדוגמאת המחלוקת לחוזה למכירת ירקות אם זה תפוחים או אגסים סעיף 25.ב. לא יעזור לנו. משום שפה יש ויכוח בין שני פרשנויות ששתיהן מאפשרות את קיום החוזה.

סעיף 25.ב עוסקת בסיטואציה סצפציפית בה ישנם שני פירושים כאשר אחד מהם מביא לקיום החוזה והשני מביא לביטולו- זהו מקרה נדיר מאוד!

* אנו לא נלך לתכלית האובייקטיבית אם אנו מבינים לפי התכלית הסובייקטיבית.
* אם לא הצלחנו להבין לפי התכלית הסובייקטיבית אנו נלך לסעיפים המתאימים. (סעיף 25.ב. מתאים רק במקרים מיוחדים.

לפעמים בפסיקה נראה שזה לא עובד ככה. ביהמ"ש בדר"כ יגיד כי הוא יודע מה התכלית הסובייקטיבית וימשיך בכל זאת לתכליות האובייקטיביות. אם התכלית הסובייקטיבית מובילה לאותה תוצאה כמו התכלייות האובייקטיבית השופטים לא מתאפקים ואמרים כי למרות שיודעים את כוונת הצדדים גם התכליות האובייקטיביות מגיעות לאותה תוצאה! וזאת כדי לחזק את התוצאה המשפטית אליה הגיעו- נוח לבסס את פסק הדין על כמה עדנים.

כאשר התכליות מביאות לתוצאה סותרת הם לא עושים זאת ונעצרים בסעיף 25.א.

לתכליות אובייקטיביות נגיע בשלושה מצבים:

1. כשלא הצלחתי לגלות את התכלית הסובייקטיבית.

2. אם גיליתי את הסובייקטיבית אבל היא מגיעה לאותה תוצאה כמו האובייקטיבית.

3. בחוזים אחידים כלל לא נזקק בדר"כ לתכליות הסובייקטיביות. ונלך ישר לאובייקטיביות.

**סעיף 25 (ג)**

*(ג) בביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים.*

גם הוא משקף תכלית אובייקטיבית- אם יש מחלוקת והביטוי שלגביו יש מחלוקת הוא ביטוי שגור בחוזים מאותו סוג ויש לו משמעות ידועה ומקובלת- צריך ללכת למשמעות הידועה והמקובלת.

גם פה, אני אגיע לסעיף זה רק אם לא גיליתי לפי סעיף 25. א בפרשנות סובייקטיבית

יכול להיות שיש מחלוקת בחוזה על סעיף שאין לו משמעות שגרתית ומקובלת אז סעיף זה לא רלוונטי- צריך לדעת להתאים את התכליות האובייקטיביות למקרה.

דומה לסעיף זה נמצא בחוק המכר. למה לחזור על משהו דומה עוד הפעם בחוק החוזים?

כשחוקק חוק המכר לא היה עדיין את חוק החוזים חלק כללי ולכן הכניסו בחוק המכר חובות כלליות. ברגע שנחקק החוק הכללי לחוזים ההוראות הכלליות בחוק המכר נהיו מיותרות.

שאלה למחשבה:

יש חוזה ויש מחלוקת פרשנית בין הצדדים לחוזה.

צד א' טוען לפרשנות א' וצד ב' טוען לפרשנות ב'.

פרשנות א' מאפשרת את קיום החוזה ואילו ב' מביאה לבטלותו. אבל פרשנות ב' תואמת את הפרשנות המקובלת את החוזים מאותו סוג וא' לא.

איך צריך לפרש את החוזה? מה עדיף 25(ב) או 25(ג)?

תשובה:

אין היררכיה פנימית בין התכליות האובייקטיביות. כל אחת מתאימה לסיטואציה אחרת. הסיכוי של המצב הנ"ל הוא די קלוש ובמצב כזה צריך לזכור שיש עוד תכליות אובייקטיביות חוץ מ ב' ו-ג' (לא כל התכליות האובייקטיביות קבועות בחוק) וכשבוחנים את כל התכליות מסתכלים איפה יש יותר משקל וכמה תכליות אובייקטיביות תמוכות במה (הרוב מנצח). מקרה קשה זה בעצם עומד לשיקול דעתו של ביהמ"ש העליון.

**סעיף 25 (ד)**

*(ד) סעיפים 2, 4, 5, 6, 7, 8 ו-10 לחוק הפרשנות, התשמ"א - 1981, וסעיף 57ג לפקודת הראיות (נוסח חדש), התשל"א - 1971, יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור.*

יש פה עוד הוראה פרשנית. התכלית שלה היא אובייקטיבית – היא לא מחפשת את כוונת הצדדים והיא רק אומרת שעל פרשנות יכולו הוראות מסויימות שבחוק.

סעיפים 2,4,5,6,7,8,10 לחוק הפרשנות מכילים בעצם מילון פרשני למושגים המופיעים בחוק.

סוף סעיף 25 ד. אומר שההוראות האלו יכולו רק אם אנו לא מבינים מתוך החוזה למה התכוונו הצדדים רק אז ניעזר בסעיף זה. חוק הפרשנות לא מחייב תמיד להיעזר בו.

מה שכתוב זה בעצם כפיפות לסעיף 25.א

**תכליות אובייקטיביות נוספות:**

קיימת עוד שורה שלמה של תכליות אובייקטיביות שלא נמצאות בסעיף 25. רובם נמצאות בפסיקה עוד מלפני שנחקק חוק החוזים- אז מדוע לא הכניסו אותן לחוק החוזים. אין תשובה.

עולה מתוך הפסיקה שהחשיבות של התכליות הכתובות בחוק איננו גדול יותר מהתכליות שבפסיקה. לתכליות המצויינות בחוק והתכליות שבפסיקה בעלות אותו משקל.

לדוגמא- **תכליות אובייקטיביות**:

1. **עדיפות נתונה לפירוש המוביל לתוצאה הגיונית**: אם יש 2 פרשנויות שנטענות, אחת מובילה לתוצאה לא הגיונית והשנייה להגיונית- פרשנות הגיונית עדיפה. שימי לב, רק אם לא הצלחתי להבין את הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים אני הולכת לתכליות אובייקטיביות ומנסה להבין לפי זה למה הם התכוונו.
2. **כלל הפרשנות האלגנטית/ פרשנות מתואמת/ קוהרנטית:** אם יש 2 ביטויים זהים בחוזה ולגבי אחד מהם יש מחלוקת פרשנית ולגבי השני אין. אם יש מחלוקת פרשנית לגבי אחד מהביטויים הזהים ופרשנות אחת שנטענת זהה לזו של אותו ביטוי שנמצא במקום אחר בחוזה והשנייה שונה מהפרשנות של אותו ביטוי הנמצא במקום אחר בחוזה- יש להעדיף את הפרשנות המובילה לפירוש הזהה של אותו ביטוי הנמצא במקום אחר בחוזה. שימי לב, גם פה אם אנו יודעים בוודאות את הכוונה הסובייקטיבית שהם התכוונו לשני דברים שונים למרות שהשתמשו באותו ביטוי אז הפירוש שונה וזה הכל.
3. **בחוזים מסחריים/ עסקיים** יש תכלית אובייקטיבית האומרת שצריך להעדיף את הפרשנות שנותנת תוצאה כלכלית מסחרית הגיונית . אם תוצאה אחת גורמת לכך שהעסקה הינה מופרכת מבחינה כלכלית והשנייה אומרת שהיא הגיונית , צריך להעדיף את האחרונה.

**תכליות אובייקטיביות חשובות מאוד:**

1. **תום הלב-** נמצא בסעיף 39 לחוק החוזים אך הוא משמש לפרשנות מתכליות אובייקטיביות הנמצאות בפסיקה ולא בחוק- אם יש 2 פרשנויות ואחת מהן מובילה לתוצאה הוגנת שעולה בקנה אחד עם תום הלב והאחרת מביאה תוצאה לא הוגנת- צריך להעדיף את זו העולה עם עקרון תום הלב.

שימי לב, לא תמיד הם יישומיות כי יכול להיות ששתי הפרשנויות מובילות לתוצאות הוגנות. תכלית אובייקטיבית זו עובדת כמו כל התכליות האובייקטיביות- משתמשים בה רק אם היא רלוונטית ורק אם לא מצליחים לגלות את הסובייקטבית (אם לפי הסובייקטיבי זה לא עולה עם עקרון תום הלב אז זה לא עולה עם תום הלב וזו הפרשנות). משתמשים בה לפעמים כשיודעים את התכלית הסובייקטיבית את כוונת הצדדים אז פעמים רבות, ביהמ"ש יגיד שזה גם מתיישב עם עקרון תום הלב. וגם משתמשים בה בחוזים אחידים.

**מבין התכליות האובייקטיביות הפסיקה קובעת שעיקרון תום הלב הוא ראשון ואין שווה לו!**

לדוגמא: פס"ד טרקטורים נ' אספלט- הייתה התחייבות בחוזה לספק את הטרקטור במועד משוער בסוף אוגוסט ובפועל סיפקו אותו בדצמבר. המחלוקת הייתה על פרשנות הביטוי "מועד משוער" . ביהמ"ש הגיע למסקנה עפי" החוזה ועפי" הנסיבות שהצדדים לא התכוונו שזה היה עד דצמבר. והוסיף ביהמ"ש שהתוצאה הזו עולה בקנה אחד עם עקרון תום הלב- מוכר מבטיח שהוא יספק בסוף אוגוסט טרקטור לא יכול להיות שזה שבערך סוף אוגוסט זה כולל גם את דצמבר.

1. **פרשנות כנגד המנסח**- אם יש חוזה שאחד הצדדים הוא זה שניסח אותו (בדר"כ זה יהיה חוזה אחיד אבל יכול להיות שזה לא חוזה אחיד) ומתגלה מחלוקת פרשנית על אחד מסעיפי או תנאי החוזה- הפרשנות שעובדת לרעת מי שניסח את החוזה עדיפה על פרשנות שעובדת לטובת מי שניסח את החוזה.

למה?

במבט ראשון זוהי תוצאה לא הגיונית. הרי המטרה שלנו היא לנסות לגלות את כוונת הצדדים, מי שיודע הכי טוב את הכוונה זה מי שניסח- אז היינו אמורים לטעון הפוך. אולם, הכלל הוא הפוך משום שכוונה של אחד הצדדים היא לא רלוונטית אלא אם הכוונה הזו מובאת לידיעתו של הצד האחר, רק כוונה של שני הצדדים היא רלוונטית. ולכן אם לא עלינו על התכלית הסובייקטיבית של הצדדים, נשתמש בתכלית אובייקטיבית זו בשל שיקולי צדק ויעילות:

שיקולי צדק-

1. **סוג של צדק חלוקתי**- מי שניסח את החוזה ממילא ניסח בכל מקום שרק יכול היה לטובתו, הוא הצד החזק והחוזה מוטה לטובתו. אם לפחות יש מקום שלא ברור- אז בואו לפחות נטה טיפה לטובת הצד השני.
2. **סוג של צדק מתקן**- כשיש מחלוקת פרשנית מבחינת דיני החוזים זאת תאונה- כי טוב היה שהחוזה היה מנוסח באופן שאין מחלוקת פרשנית. מי שגרם לתקלה הזו הוא המנסח – ולכן מי שגרם לתקלה צריך לשאת בנזק שהיא גרמה (הוא כאילו נענש על הטעות שלו ועליו לשאת בעלויות). המנסח הוא בעצם מונע הנזק הזול- הרבה יותר זול למנוע את הנזק מלכתחילה מאשר כל מה שקרה אחר"כ. אם צד שמנסח חוזה יודע שבכל מקום שתהיה אי בהירות- הוא ישא במחיר - יש לו תמריץ לנסח את החוזה כמו שצריך. ולכן הכלל היעיל יותר הוא כלל הפרשנות כנגד המנסח.

ביגוד לכל התכליות האובייקטיביות האחרות, לתכלית זו יש משמעות מבחינת היקף התחולה שלה- מחקרים מוכיחים ש98% מהחוזים הם אחידים ובאחידים אי אפשר להוכיח תכלית סובייקטיבית ולכן תכלית זו משתמשים בה והיא באה כדי להגן על הצד החלש.

בתיקון החוק בסעיף 25 (ב)1 הכניסו את התכלית האובייקטית של "פרשנות כנגד המנסח". וגם שיפרו אותה ושינו ל"פרשנות כנגד מי שיש לו עדיפות בניסוח" ולא רק המנסח ספציפית. את ההבדל אנו לא יודעים כי אין עדיין פסיקה. אבל ניתן לנחש, שעדיפות בניסוח זה מישהו שהיה לו קצת יותר עדיפות (אולי יותר ידע, עו"ד מטעמו ועוד)- זה בא להגדיל את היקף התכלית.

\*\*בהצעת חוק דיני ממונות כבר ב2006 שינו את סעיף 25.(א) ובנוסף הכניסו את סעיף 25 (ב) (1) .

**חזרה לסעיף 25 (א)**

מטרתו היא מטרת העל של פרשנות החוזה. לגילוי התכלית הסובייקטיבית יש לפרש רק באמצעים של חוזה ונסיבות.

איך משתמשים בחוזה ובנסיבות?

במשך שנים רבות הגישה במשפט הישראלי הייתה כמו בפס"ד אפרופים- **"גישת שני השלבים**" גישה זו נלקחה מדיני החוזים האנגליים והיכתה שורש בפסיקה שלנו. במשך שנים רבות. כשחוק החוזים חלק כללי חוקק סעיף 25.א. ששיקף את הגישה של פרשנות בשני שלבים.

**גישת שני השלבים**- אומרת שצריך לעשות כל מאמץ לגלות את אומד דעתם של הצדדים מהחוזה (גם המשמעות הלשונית אבל לא רק) אם הפרשן סבור שהוא הבין את הכוונה הסוביקטיבית של הצדדים מתוך החוזה- אסור לו לפנות לנסיבות. רק אם הוא בדק את החוזה מכל כיוון ועדיין לא יודע להחליט איזו פרשנות משקפת את כוונת הצדדים רק אז מותר לו ללכת לנסיבות.

שימי לב, לא מדובר בתאוריה, יש לזה השלחה פרקטית בערכאה דיונית ששומעת את התיק. בגישת שני השלבים, אם יש מחלוקת פרשנית ואחד הצדדים רוצה להביא טיוטות קודמות או עדים או ראיות על התנהלות הצדדים לאחר כריתת החוזה- כל זה פסול! השופט לא יקבל ראיות אלו משום שכל אלו הם נסיבות וקודם כל צריך לנסות לאמוד על דעת הצדדים מתוך החוזה.

שימי לב, מה שנאמר עכשיו לא שייך לדין המהותי של דיני הפרשנות- אנו משתמשים בחוזה כדי לגלות את אומד דעת הצדדים וכך גם בנסיבות. הכלל המהותי של דיני החוזים היא שחוזה צריך לפרש עפ"י הכווונה המהותית של שני הצדדים. ולכן המחלוקת היא לא בגדר דיני הפרשנות אלא בגדר דיני הראיות- לפי גישת שני השלבים הראייה היחידה שמותר להביא היא החוזה ורק אם זה לא עובד אז מביאים את הנסיבות.

**בגישה החד שלבית** - מותר להביא את שניהם: חוזה ונסיבות. אם כי יש להם משקל שונה: לחוזה יש משקל רב יותר מלנסיבות.

כל עוד לא השתכנענו שהחוזה לא מספיק ברור ,כלל שאומר "ראיות שנוגעות לנסיבות" לא קבילות- אלו כללים של קבילות.

לעומת הלכת פס"ד אפרופים אומר **שאפשר להביא הכל מיד**, אבל השופט יודע שלחוזה צריך לתת משקל כבד וכל מה שמסביב קביל גם כן אבל השופט יודע שיש לתת להם משקל מועט.

מכאן עולה כי אנו עוברים מחוקים של קבילות לחוקים של משקל.

גם כשהפרשנות הייתה בשני שלבים, השופטים שחשבו שכדאי להגיע לנסיבות משום שהם ישפכו אור על כוונת הצדדים, היו מוצאים דרכים עקיפות כדי לגשת לנסיבות.

גישת שני הצדדים לא קיימת היום ודוגלים בגישת השלב האחד.

בפס"ד שטרן נ' זיונץ ניתן לראות את עקיפת השופטים את שיטת שני השלבים- אדם בשם שטרן הקים עסק והיה צריך אשראי בבנק. הוא חתם על חוזה מול הבנק ולפני שהוא מקבל אשראי הבנק רוצה ערב לו. מי שמתחייב כערב כלפי הבנק זה זיונץ ועל סמך הערבות הזו קיבל אשראי. אחר"כ נפל לזיונץ האסימון והוא מבין שאם הבנק לא סומך על שטרן, למה שאני אסמוך עליו? בשלב הזה זיונץ אומר לשטרן שיתן לו איזה בטחון למקרה בו יצתרך לפרוע את החובות שלו. שטרן חותם על חוזה שבו הוא ממשכן את דירתו לטובת זיונץ. אחר"כ היה צורך לעוד אשראי לעסק וניתן אשראי נוסף ונחתמה ערבות נוספת בבנק ע"י זיונץ. בשלב מסוים האשראי לא נפרע- העסק נכלא לקשיים והבנק רוצה לגבות את הכסף מזיונץ. אז זיונץ רוצה לממש את המשכנתא על הדירה. ושטרן מתנגד למימוש בטענה חוזית הנוגעת לפרשנותו של חוזה המשכנתא- "הממשכנים ממשכנים את הדירה לבטחונות של זיונץ בגין ערבויות שזיונץ נתן לבנקים או לספקים שונים"- שטרן אומר שהחוזה אומר שהמשכון של הדירה נועדה להבטיח ערבויות שאתה נתת לבנקים ולספקים (לא תיתן אלא נתת) ואילו הערבות שהוא נתן בעבר נפרעה כבר. ואילו האשראי שלא נפרע לא מכוסה בשטר המשכנתא.

שטרן אומר כי החוזה ברור לפי לשונו והתכוונו לערבויות העבר. ואילו זיונץ אומר שהתכוונו לכל הערבויות. עולה ויכוח פרשני וביהמ"ש המחוזי רואה עצמו כבול לפרשנות בשני שלבים (הפס"ד משנת 87) כי לכאורה החוזה ברור ולכן אי אפשר לפנות לנסיבות. השופט רואה כי אם יגיע לנסיבות הם יביאו אותו לתוצאה הפרשנית ההוגנת. **כדי לעקוף את כלל שני השלבים השופט אומר כי החוזה לא ברור בכך שלפעמים כשאומרים בזמן עבר לפעמים מתכוונים לעתיד** ומביא ראיות מהמשנה. ולכן אפשר לפנות לנסיבות!—אנו רואים כי השופטים היו עוקפים את שיטת שני השלבים במקרה הצורך בעיניהם בדרכים עקיפות ויצירתיות.

השופטת נתניהו בעליון אמרה כי החוזה ברור ואי אפשר ללכת לנסיבות- אבל יש לה פתרון יותר אלגנטי- היא אומרת שהוא כן חל רק על הערבות הראשונה והיא אומרת כי האשראי השני ניתן גם הוא ע"י הערבות הראשונה. גם היא עקפה את זה בתחכום.

\*\*הטענה הרווחת היא שפס"ד אפרופים הביא לראשונה את הגישה החד שלבית , אם כי כבר לפני פס"ד אפרופים יש רמיזות רבות לפרשנות החד צדדית רק לא התייחסו לזה בכובד ראש כמו בפס"ד אפרופים בו נתן ברק 99% על העניין של פרשנות החוזה בלי קשר לעובדות של אפרופים.

**פס"ד דין אפרופים** שינה את ההלכה בדבר פרשנות החוזה.

**עובדות:**

בתחילת שנות ה 90 יש גל עלייה מאוד גדול ואין מספיק יחידות דיור . אחד מהפתרונות היה שמשרד השיכון ישווק קרקעות מהר ובזול לחברות קבלניות כדי שיבנו יחידות דיור. נחתם חוזה סטנדרטי ע"י משרד השיכון- חוזה הפרוגרמה.

מטרת החוזה היא שהקבלנים יבנו מהר והרבה- לשם כך יש בתוך החוזה מערכת של תמריצים מצד אחד וסנקציות מצד שני. החוזה מכיוון שהוא סטנדרטי מבחין בין שני סוגי אזורים- גבוהה ונמוך. (באזור שיווק נמוך, יותר הגיוני לתת תמריצים רבים יותר וגם סנקציות חזקות יותר משום שבמקום ביקוש גבוהה הרווח מתמרץ כבר מעצמו).

התמריצים שניתנו בחוזה:

1. קבלנים בדר"כ בונים טיפין טיפין מפני החשש להתקע עם מלאי ולכן המדינה אומרת לקבלנים שבמידה ולא יצליחו למכור: באזור ביקוש גבוהה המדינה תקנה מהם 50% ובנמוך 100%.
2. המדינה מתחייבת לשלם עבור הדירות באזורים נמוכים- עם תום בניית השלד. ובאזורי ביקוש גבוהה רק אחרי שהדירה גמורה לגמרי.

הסנקציות שניתנו: מפורטות בסעיף 6 שהוא מוקד המחלוקת:

1. סעיף 6.ז' – קובע סנקציה על איחור בגמר הבנייה באזורי ביקוש גבוהה. והסנקציה היא הפחתה של שני אחוז על כל חודש של איחור.
2. סעיף 6 ח' 1,2,3-

סעיף 6ח' 2 קובע סנקציה על איחור במועד הצגת דרישת המימוש על אזורי ביקוש גבוהה. (הנמוך- אמור לדרוש בגמר השלד ובגבוה בגמר הדירה) יש חלון זמן שהקבלן צריך להציג את הדרישה לקניית הדירות. הסנקציה היא 2% לכל חודש איחור.

סעיף 6 ח' 3 עוסק באיחור בהצגת דרישת המימוש באזורי ביקוש נמוך. והסנקציה היא 5 % הפחתה לכל חודש איחור.

\*\*שימי לב, במבט על החוזה ניתן לראות ישר שחסרה סנקציה על איחור בבנייה באזור ביקוש נמוך והסנקציה עליה תהיה 5%. אולם, היא לא קיימת בחוזה.

חברת אפרופים בנתה באזור ביקוש נמוך ואיך שגמרה את השלב הציגה בקשת דרישת מימוש אולם, איחרה בסיום הבנייה בחמישה שבועות לעומת המועד המעודכן ולכן המדינה רצה לשלם לה פחות 6% מהמחיר.

הטענה של אפרופים היא שאין סנקציה כזאת!

לטענת המדינה סעיף 6 ח' 3 עוסק באיחור הבנייה גם כן.

**המחלוקת הפרשנית היא האם סעיף הנ"ל עוסק באיחור בבנייה או באיחור במימוש?**

**בביהמ"ש העליון נחלקו הדעות:**

**השופט *מצא*:** לכאורה הולך בשיטת שני השלבים הקלאסית והוא אומר שלשון החוזה ברורה לחלוטין ולכן לא פונים לנסיבות.

(הנסיבות החיצוניות לחוזה הם הרקע לבנייה ).

בסוף הפס"ד של *מצא* הוא חייב להתמודד עם הפס"ד של ברק (ובמיוחד עם דוגמאת הסוס והמכונה) ופרשנות דו שלבית תביא לתוצאה לא הגיונית ולכן הוא אומר כי במקרים המאוד בעייתים האלה, כמו שפה פרטית, הוא מוכן לראות את הנסיבות. אולם יש פה בעייה מובנת, כי כדי לראות את המקרים המיוחדים הוא צריך לראות את הנסיבות! – זוהי תשובה של פרשן שתומך בלב שלם בפרשנות הדו שלבית.

\*\*במבט על החוזה ניתן להבין מיד כי הסנקציה הכי חשובה בחוזה היא סנקציה באיחור הבנייה באזור ביקוש נמוך ודווקא היא איננה! המדינה טוענת כיצד יתכן שדווקא היא איננה? ולכן הם טוענים שהיא כן נמצאת.

***השופט ברק****:* חלק ניכר בפס"ד ברק כלל לא עוסק בעובדות המקרה. אלא עוסק בשאלות עקרוניות של תורת הפרשנות. ברק מכסח את פס"ד של מצא.

ברק עומד לקבוע הלכה חדשה בנושא פרשנות חוזים מההלכה הרווחת שנים רבות . רוב הפס"ד עוסק במדוע פרשנות שלב אחד עדיפה מפני פרשנות שני השלבים.

**בתורת הפרשנות של שני שלבים יש קושי אינהרנטי**, תורת שני השלבים אומרת שאם החוזה ברור אסור לפנות לנסיבות. ברק אומר: האם החוזה ברור? עד שנראה את הנסיבות אנו לא נדע זאת! הקביעה שלשון החוזה ברורה צריכה להיות התוצאה של ההליך הפרשני ולא קודמת לו (דוגמאת הסוס).

**נימוקיו של ברק:**

1. **אין מילים ברורות**.
2. ממילא קו הגבול בין טקסט לנסיבות הוא לא קו גבול ברור- **קו הגבול בין שני השלבים מטושטש**.
3. **תורת שני השלבים אינה לוקחת ברצינות את אומד דעת הצדדים**- מטרת העל של הפרשן היא התכלית הסובייקטיבית של הצדדים. ולכן אם זו תכלית העל, אומר ברק יש להשתמש בכל מקור שיעזור לנו לגלות אותה. למה לחסום מראש מקורות שיכולים לעזור?

שימי לב, ברק משקיף על הנושא כנושא בדיני ראיות ולא בדיני פרשנות.

1. **בשיטת המשפט שלנו אנו לא צריכים כלל של קבילות אלא כלל של משקל**- הכל קביל אבל ברור שצריך לתת משקל יתר לחוזה- למשמעות הרגילה שנובעת מהטקסט החוזי. זה ברור שהמקור האמין ביותר הוא הלשון- המשמעות הרגילה והשגרתית של לשון החוזה. ואת הנסיבות יש לראות בשביל אותם המקרים שבהם מה שחשבנו שנובע מהמשמעות של הלשון היא לא. וזה קורה רק במקרים נדירים.
2. **תורת שני השלבים אינה משתלבת בדיני החוזים הכללים**: דיני החוזים הם לא אוסף אקראי של נורמות משפטיות, יש להם לוגיקה פנימית ותפיסות יסוד . אם כך, צריך לראות איזו משתי הגישות משתלבת טוב יותר עם סוגיות אחרות של דיני החוזים: לדוגמא, סעיף 16 עוסק בטעות סופר בה נכתב בחוזה במקום 1000 מאה. את הטעות יש לתקן לפי אומד דעתם של הצדדים. אם נלך לפי גישת שני השלבים: אני רוצה להביא את הנסיבות. אבל החוזה הוא חד משמעי. לכן אם אנו הולכים לפי גישת שני השלבים עלינו כלל לא להתייחס לטעות סופר. אבל סעיף 16 קיים והוא אומר כי צריך להתקן את החוזה ע"פ אומד דעת הצדדים- בעצם, הגישה החד שלבית מעוגנת בסעיף 16 לחוק החוזים.
3. **תורת שני השלבים לא מתיישבת עם עקרון תום הלב-** אם מי שקנה מכונה יכול להגיד שהוא רוצה סוס בגלל שהצדדים כתבו סוס וביהמ"ש יקבע שהוא צריך לקבל סוס- זה סותר את תום הלב.
4. תורת שני השלבים מבוססת על תפיסה פרשנית שעבר זמנה- **בכל העולם כבר נטשו גישה זו**.
5. תורת שני השלבים אינה מתבקשת מסעיף 25 (א) לחוק החוזים: לפי סעיף 25 א' לא חייבים בפרשנות של שני שלבים. סעיף 25 (א) נוסח עפ"י ההלכה הרובצת באותה תקופה. ברק אומר שסעיף זה גם בנוסחו הישן יכול להתיישב עם שיטת החד שלבית. הוא טוען כי מטרת העל היא גילוי אומד דעת הצדדים. הכלים הם אחר"כ **הדירוג בכלים הוא לא לפי היררכיה אלא לפי משקל.** (הטיעון לא חזק במיוחד).

ברק באותם שנים בהם נכתב אפרופים עמד בראש הועדה שהכינה את הקודקס- והנוסח שנכתב בדיני ממונות הוא "חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים כפי שהוא משתמע מלשון החוזה ומאומד דעתם של הצדדים".

בסיכום הביניים של פס"ד ברק אומר כי תכלית סובייקטיבית על העליונה מאשר אובייקטיבית. זאת ועוד, בתוך התכלית הסובייקטיבית **נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה על פני מה שעולה מלשון חריגה או מנסיבות חיצוניות של החוזה**. נטל ההוכחה מוטל על מי שטוען למשמעות מיוחדת.

בהמשך הפסד ברק מציג עמדה עוד יותר שמרנית: הוא אומר כי במקרים החריגים ביותר בהם יש ללכת עפ"י הנסיבות ולא עפ"י הלשון, אפילו אז, אסור לפרשן להעדיף את הפרשנות שעולה מהנסיבות אם אין לה אחיזה כלשהי מהטקסט הכתוב. חוץ משני מקרים:

מקרים בהם ניתן ללכת עפ"י הנסיבות למרות שאין להם שום אחיזה בטקסט:

1. **טעות סופר**- בה ברור שיש סתירה מוחלטת בין מה שכתוב למה שעולה מן הנסיבות. ברק אומר כי בטעות סופר גם אם אין אחיזה מותר לפרשן למחוק את מה שכתוב בחוזה ולכתוב למה שהתכוונו הצדדים.

2. **אבסורד מוחלט -** אם מה שעולה מלשון החוזה מביאה לתוצאה מופרחת ביותר וכל אדם בר דעת יבין כי זה לא הגיוני- עדיף להעדיף את הנסיבות גם אם אין להם שום אחיזה בטקסט.

באפרופים, הפרשנות שעולה מתוך הנסיבות – שהסעיף 6 ח' 3 מתכוון לסנקציה בבניה- אין לה שום אחיזה בטקסט ולכן עדיף למשפט להעדיף את פרשנות הנסיבות עפ"י אחד מהמקרים החריגים הוא "אבסורד מוחלט". ד"ר גלברד טוען כי זה לא אבסורד , משום שאם היה איחור בשהשלמת הדירות ונניח וחסר סעיף של סנקציה לאיחור זה- אם למדינה נגרם נזק כתוצאה מזה היא יכולה להוכיח את נזקה לפי סעיפי חוק התרופות ולקבל פיצויים. ואם לא נגרם לה נזק- אין שום אבסורד בכך שהיא לא תקבל פיצויים. ברק אומר שזה אבסורד כי מכל הסנקציות דווקא את החשובה ביותר השמיטו. אולם, זה לא בהכרח אבסורד כי זה הגיוני שישמיטו משהו מהחוזה כי מיהרו או מסיבות אחרות- בעיה שלהם!

 **בפס"ד זה יש דיסוננס רציני בין הלכה שנראת יסודית ומוצדקת לבין היישום שלה. ד"ר גלברד חושב שהפס"ד הזה לא מתאים ליישום ההלכה הזו. ולכן כל רעשי הרקע בנוגע להלכה זו היו נמנעים לו היו מיישמים את ההלכה על פס"ד מתאים יותר. פה נוצרה תחושה שביהמ"ש בכהונתו של ברק הוא אקטיביסטי במישור הציבורי והוא לקח על עצמו כוחות של הכנסת . והוא אקטיביסטי במישור הפרטי בה הוא לקח את כוחו של הפרט. ההלכה עצמה לא בעייתית כמו היישום שלה.**

ברק אומר כי הוא מוכן ללכת גם עם השופט מצא מבחינת התוצאה:

הוא אומר כי נניח והפרשנות הנכונה היא זו הטוענת חברת אפרופים בה אין אבסורד ואין שום טעות- עדיין היה מגיע לאותה התוצאה. וזאת בשל, **השלמת חסר בחוזה:**

מובן כי כל מי שמסתכל בחוזה מבחין שחסרה סנקציה בחוזה . ולבית המשפט מותר להשלים חסר בחוזה. ברק אומר כי בעבר השלמת חסר נעשתה לפי דוקטרינה של כלל משתמע וכיום היא נעשת עפ"י סעיף 39 לחוק החוזים וכך הוא היה משלים את החסר ומגיע לאותה תוצאה.

בעקבות פס"ד אפרופים היית רוח סערה גדולה בקרב האקדמיה ועו"ד (במיוחד אלו העוסקים במסחר) שלא קראו בעיון את הפס"ד. ולכן, הוגשה בקשת דיון נוסף שלא אושר בטענה כי אין חידוש גדול בהלכה של פס"ד אפרופים. יש פה חידוש הלכתי, אולם החידוש פה הוא בעיקר בעניין דיני ראיות.

ביהמ"ש קשוב לרחשי הציבור והבין כי זו הייתה טעות לא להרשות דיון נוסף ולכן לאחר שנים מעטות כשמגיע התיק של מגדלי ירקות בה הגיע סכסוך לגבי פרשנות החוזה.

ביהמ"ש קבע בפס"ד מגדלי ירקות- כי מקבלים את העמדה של המדינה ואז ארגון מגדלי ירקות מבקש דיון נוסף- העליון מאשר דיום נוסף בהרכב של 9 שופטים לדון בשאלה האם הלכת אפרופים עומדת על מכונה. למרות שהויכוח שהיה באפרופים כלל לא מתעורר במגדלי ירקות. כולם מסכימים כי הטקסט החוזי במגדלי ירקות הוא כל כך לא ברור שכלל אין שאלה כי יש ללכת לנסיבות החיצוניות ובכל זאת ביהמ"ש דן בזה על הלכת אפרופים. ברור לגמרי שזה מקצה שיפורים להחלטה הלא מוצלחת לא לאפשר דיון נוסף בהלכת אפרופים.

נעשה חוזה בין המדינה לבין ארגון מגדלי ירקות שמייצג חקלאים. ההסכם נעשה בעקבות הסכם עם הרשות הפלשתינאית, חלק ההסכם היה אפשרות לחקלאים מהרשות למכור תוצרתם בישראל והחקלאים חששו שכתוצאה מזרימה של תוצרת זולה תיפגע ההכנסה של החקלאים הישראלים והממשלה עשתה חוזה שלפיו היא מתחייבת לפצות על אובדן ההכנסות הצפוי של החלקאים הישראלים. מה שקרה בפועל זה שהפלשתינאים לא הזרימו כלום והפרנסה לא נפגעה .המחלוקת הפרשנית הייתה האם כוונתן של הצדדים היתה שהפיצוי שנקבע בהסכם ישולם בכל מקרה , ללא קשר להאם נגרם נזק או לא, לבין פרשנות המדינה שהפיצוי הוא רק אם באמת נגרם נזק בפועל של אובדן הכנסות.

הסעיף היה מנוסח באופן מאוד לא ברור, ולכן הלכו לנסיבות. הסעיף היה דווקא לטובת החקלאים למרות שהמדינה נצחה בסוף.

מגדלי ירקות שימש פלטפורמה להבהרת הלכת אפרופים.

**כל תשעת השופטים סומכים ידיהם על הלכת אפרופים:**

השופט חשין- מדגיש יותר חזק את העובדה שכשאשר לשון החוזה ברורה צריך לתת לה משקל מאוד משמעותי בפרשנות החוזה.

 בעקבות פס"ד זה לא היה ספק מהי עמדתו של בית המשפט העליון.

פס"ד אפרופים בסופו של דבר נתפס בעיניי הציבור ויותר בעיניי הפוליטיקאים כסממן לעוצמת היתר של בית המשפט העליון- לאקטיביזם השיפוטי המוגזם של בית המשפט העליון (ד"ר גלברד טוען כי בפס"ד אפרופים לא היה אקטיביזם גדול). עורכי הדין המסחריים לא אהבו את הפס"ד בעיקר משום שהוא פוגע הוודאות המשפטית.

 לימים, בתקופת הכהונה של פרופסור דניאל פרידמן כשר המשפטים, הוא מינה לבית המשפט העליון שני שופטים שבאו מהסקטור הפרטי (דנצינגר ומלצר) ואנו רואים כי בשורה של פסקי דין והראשון בינהם הוא פס"ד אמנון לוי , השופט דנציגר קורא תיגר, לכאורה, על הלכת אפורפים. (הוא מביא בפסק דיניו פעמים רבות את המילים "על אף כללי הפרשנות בהלכת אפרופים").

בפס"ד אמנון לוי נ' נרוקייט

 השופט דנציגר קורא תיגר, לכאורה, על הלכת אפורפים. הוא מביא בפסק דינו את המילים "על אף כללי הפרשנות בהלכת אפרופים".

אומר השופט *דנציגר* שני דברים:

1. כשאנו יודעים את אומד דעת הצדדים אפשר להסתמך גם על התכלית האובייקטיבית (במקרה שלו- דיני המסחר).

2. כשלשון החוזה ברורה חד משמעית- יש ליתן לה משקל מכריע.

מה שמוזר משום שזה כלל לא סותר את הלכת אפרופים. היינו יכולים לחשוב שהוא אומר זאת כי הוא לא בדק את הנסיבות, לעומת זאת רואים לפי דבריו כי הוא כן בדק. אנו רואים כי דנציגר מספר לנו כי בתחילת המו"מ אמנון לוי דורש מהמשיבות שישלמו לו סכום שילום חד פעמי עבור הטכנולוגיה, אולם אמנון לוי שוכנע לקבל "פנסיה" לכל החיים. ובנוסף לכך, מזכיר את התנהגות המשיבות לאחר הכריתה.

בעצם דנציגר מספר לנו את נסיבות המקרה. על אף שהוא אומר כי לשון החוזה ברורה- הוא משתמש בנסיבות. וזאת בהתנגדותו להלכת אפרופים (מוזר!!) .

**גישת *ריבלין* בפס"ד** בלמורל נ' ביטוח לאומי

מסכים עם דברי דנציגר אמר כי דנציגר בעצם כאילו לא סתר את אפרופים אלא הוא אומר בדיוק מה שנאמר באפרופים- למרות שאומר "בניגוד לאפרופים".

אם הוא לא מתכוון לחזור להלכת שני השלבים אז הסיבה שהוא יוצא נגד הלכת אפרופים היא כנראה רק המיטולוגיה האגדות שנקשרו לגבי הלכת אפרופים (הוא עוקץ אותו ואומר שיקרא את אפרופים ולא יקשיב לשמועות!) כלומר, היו כאלה שאמרו בגלל היישום הלא מוצלח של אפרופים הבינו אנשים כי כאילו מותר לבית המשפט – גם כשהלשון ברורה- לשנות את לשון החוזה. הוא אומר כי גם אם אנשים נסמכים על המיתולוגיה של אפרופים- אז במגדלי ירקות הדגישו את פס"ד ברק והבהירו אותו, כביכול.

**שינוי החקיקה**

בשנת 2010- באותה שנה של פס"ד אמנון לוי, חברי הכנסת ראו שהנסיונות בתוך העליון לשנות את הלכת אפרופים לא מצליחים. אמרות דנציגר נשארו בודדות ולכן **חלק מחברי הכנסת החליטו שהם ירסנו את בית המשפט העליון ויחזירו את החוק לקדמותו.**

הצעת החוק שהוגשה אמרה: כאשר לשון החוזה ברורה צריך לפרש אותו לפי לשון החוזה. שזה היפוך של הלכת אפרופים- לא הולכים על הנסיבות. הצעת החוק היא לתיקון סעיף 25 (א) לחוק החוזים. בזמן הגשת ההצעה כבר שכבה על שולחן הכנסת הצעת חוק דיני ממונות שהוגשה ע"י משרד המשפטים. יצא שיש הצעת חוק אחת שרוצה להפוך את הלכת אפרופים והצעה שנייה שבאה לעגן את הלכת אפרופים בסעיף 25. ההצעה כנגד הלכת אפרופים עוברת מהר יותר מהצעת חוק דיני ממונות . ועדת החוקה קיימה ישיבה והועדה החליטה להביא פשרה בין שתי ההצעות בהצעה חדשה בנוסח: **חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כי שהוא משתמע מהחוזה ומנסיבות העניין- ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה יש לפרש על פיו**. נוצרה סתירה בין שני הצדדים. אי אפשר לדעת אם הלשון מפורשת אלא אם כן יודעים את הנסיבות- בעצם הסעיף השאיר את הויכוח. ועוד הפעם נוצרה מלחמה בין תומכי אפרופים למתנגדיו. נכון **לרגע זה ניתן לראות כי בפס"ד המוסד לביטוח לאומי ביהמ"ש העליון קובע לפי הלכת אפרופים! כך שהלכת אפרופים בעינה עומדת.**

**ב. עקרון תום הלב והשלמת החוזה:** (עקרון שני לתוכן החוזה)

1. סעיפים 26 ו - 39 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.

3. בג"צ 59/80, **שירותי תחבורה ציבוריים באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד לה (1)

מעבר למנגנוני ההשלמה שעליהם דיברנו כבר, יש עוד מנגנון השלמה חשוב מאוד.

בפס"ד אפרופים בסוף הפס"ד ברק בקטע קצר אמר כי גם אם לא היה מגיע לתוצאה עפ"י פרשנות היה מגיע אליה בדרך של השלמה:

**"תניה מכללא"- תנאי משתמע** .בעבר הייתה זו דרך השלמה נוספת. דוקטרינה זו נקלטה מהמשפט האנגלי בתקופה של סימן 46 לדבר המלך. תניא מכללא היא המצאה אנגלית של איך לאכול את העוגה ולהשאירה שלמה. במשפט האנגלי של המאה ה19 עקרון חופש החוזים היה בשיאו והתפיסה הייתה שלא מתערבים בחוזה. המחשבה הייתה שאפילו השלמה של חוזה היא סוג של התערבות. אבל עדיין אנחנו חיים במצב של חוסר בחוזה ולכן מצאו דרכים להשלים מבלי להגיד שזה השלמה: וזה להכניס לחוזה רק אם זה תנאי מכללא- תנאי שהצדדים כן חשבו עליו והתכוונו להכניסו לחוזה אולם התנאי הוא כה ברור ומובן מאליו שהצדדים לא טרחו להכניסו ולכן מותר לשופט לקבוע שזה חלק מהחוזה- בעצם השופט מגלה לנו תנאי שלא כתוב במפורש אבל הוא חלק מהחוזה. לכולם ברור שבעצם מדובר בפיקציה- במקרים רבים הצדדים אפילו לא חלמו על תנאי זה, אולם הצגה זו של הדברים איפשר לביהמ"ש לא לפגוע, כביכול, בחופש החוזים. כמו כל פיקציה יש לה בעיות רבות. מצד אחד היא גורמת לזילות של ביהמ"ש- הרי ברור שהוא משלים חוזים. מצב שני- ניצן לעקוף זאת.

ולכן אומר לנו ברק כי עם חקיקתו של חוק החוזים אין לנו צורך של להשלים חוזים ע"י תניה מכללא. וזאת משום שחוק החוזים מעמיד בידינו כלי אחר להשלמה והוא **עקרון תום הלב המעוגן בסעיף 39 לחוק החוזים.**

**סעיף 39** **עקרון תום הלב**

***39. קיום בתום-לב***

*בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.*

הבעיה היא שכאשר קוראים את סעיף 39 אין בו זכר להשלמת חוזה.

סעיף 39 אומר שכשיש חיוב או זכות בחוזה, מימושם צריך להיות בתום לב ובהגינות.

בג"צ 59/80 שרותי תחבורה באר שבע נ' בית הדין הארצי לעבודה.

מדוע בג"צ כנגד בית דין ארצי? אי אפשר לערער לעליון על החלטות של בית הדין לעבודה אבל אפשר להגיש בג"צ כנגד בית הדין. וזאת בשלושה מקרים (חריגה מסמכות, פגיעה בכללי הצדק, טעות מהותית). דיון בסוגייה חשובה של תום לב נחשבת כסוגיה מהותית ולכן אפשרו את הדיון בסוגיה.

העותרת מפעילה שירות אוטובוסים ציבורי-עירוני בבאר-שבע. בינה לבין מועצת פועלי באר-שבע נחתם הסכם, לפיו התחייבה העותרת לשלם לעובדיה פרמיה נוספת, אשר תשלומה יופסק, אם ייגרמו שיבושי עבודה על-ידי העובדים. חיש מהר עשו העבדים שביתה ולכן לא קיבלו את הפרמיה. העובדים טענו כי קיבלו אישור ממועצת הפועלים לשביתה ואילו החברה אמרה כי הם לא נתנו הודעה מראש. ואילו העובדים טענו כי בחוזה לא כתוב שצריך להודיע על השביתה. החברה טענה כי גם אם זה לא כתוב בחוזה זה נכלל בחוזה מכוח חובת תום הלב ולכן צריך להודיע ולא רק לקבל הסכמה. בית הדין הארצי לעבודה אמר כי בסעיף 39 כתוב שאם יש בחוזה חובה כלשהי צריך לקיים אותה בתום לב אבל לא כתוב שאפשר ליצור חובה בחוזה מכוח סעיף 39. בית הדין אמר שאין חובה כזאת ולכן אם קויימה בתום לב כלל לא רלוונטי.

בסוגייה זו דן בג"צ- ברק רואה זאת כטעות מהותית. (שימי לב, שפס"דים אחרים באותה תקופה היו שופטי עליון שחשבו בדיוק כמו בית הדין לעבודה- ז"א בניגוד ברק). ברק ראה פס"ד זה כפלטפורמה להסביר לנו את משמעות חובת תום הלב בסעיף 39 (הפס"ד הוא לא זמן רב אחרי חקיקית חוק החוזים החדש).

**ברק דן בסוגיות הבאות:**

**סוגיה ראשונה: האם סעיף 39 יכול להיות בסיס להשלמת חוזה?**

ברק מסביר את משמעות סעיף 39: הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר ובהגינות ע"פ המקובל בחוזים (בינתיים אין חידוש).

 "**על כל הצדדים לחוזה מוטלת חובה לשתף פעולה זה עם זה ולפעול תוך התחשבות באינטרס המשותף שלהם**"- פה ברק מטיל פצצה שמשנה הכל!

עד בג"צ זה התפיסה הייתה כי הצדדים לחוזה הם צדדים ביריבות. ההנחה באופן טבעי היא שלצדדים יש אינטרסים מנוגדים. (למשל בחוזה מכר, הקונה רוצה לשלם פחות ולקבל כמה שיותר והצד השני להפך). ההנחה הייתה שאין בינהם הסכמה על כלום ושבאורך נס הצדדים בעלי האינטרסים המנוגדים בהצליחו להגיע להסכמה ואז נכרת חוזה. בגלל שהם בצדדים מנוגדים מה שהם הסכימו נמצא בחוזה ואילו מה שלא נמצא אומר כי לא הסכימו עליו- ולכן אי אפשר להשלים את החוזה.

ברק בא ושינה את זה לגמרי (זה כבר נעשה במדינות מערביות אחרות) – לא חושבים יותר על צדדים לחוזה כיריבים אלא כעל שותפים. החוזה הוא שותפות ובבסיס החוזה עומד רצון משותף של שניהם. ומכאן , במקרה שעולה בעייה חדשה בחוזה על השותפים לעשות ככל שביכולתם כדי לפתור את הבעיה. ולכן פותרים בעיות אלו ע"י השלמה. ברגע שברק מציג את השותפות בחוזה וזאת עפ"י סעיף 39 זה מביא אותנו בהכרח לכך שסעיף 39 יכול להוות כלי להשלמת החוזה .

ברק אומר כי משתמשים "בתום לב" כי שאר המושגים תפוסים ובעצם מה שיש בין הצדדים זה "נאמנות". אנו מכירים במשפט מושג הנקרא "חובות אמון" למשל, לעו"ד יש חובת אמון כלפי הלקוח שלו. ולשלוח יש חובת אמון כלפי השולח.

מה משמעות של "חובת אמון"- באופן עקרוני , הנאמן צריך להעדיף את האינטרס של הנהנה על פני האינטרס העצמי שלו. למשל, עו"ד מייצג לקוח בתיק והוא בא לביה"מ והשופט מציע הצעת פשרה ועו"ד חושב שהיא הצעה מעולה מבחינת הלקוח שלו. אבל, יש בעייה הוא סיכם את שכר הטרחה עם הלקוח לפי מספר הישיבות בביה"מש ואם יקבל את הפשרה שכר הטרחה יהיה נמוך. במקרה זה- על עו"ד להעדיף את אינטרס הלקוח ולקבל את הפשרה.

ברק אומר שלא רק בחוזים מיוחדים אלא בכל חוזה עכשיו , עפ"י תפיסתו נוצרים יחסי אמון. כוונת ברק היא ש**כל צד חב חובת אמון לא כלפי הצד השני אלא כלפי המטרה המשותפת של הצדדים**. בכריתת החוזה כאילו נוצרה ישות חדשה שהיא החוזה- והצדדים חבים חובת נאמנות לחוזה , ז"א למטרה המשותפת. וכך, אם בשלב מאוחר יותר תיווצר הזדמנות עסקית אחרת טובה יותר ולא ירצה להיות קשור בחוזה- הוא לא רשאי לפעול כדי לגרום לזה שהחוזה בו הוא נמצא "יתקלקל" כי אז הוא פועל לטובת אינטרס שלו אבל כנגד אינטרס משותף שהיה שותף לו ברגע כריתת החוזה.

ההבדל בין טרום בג"צ שרותי תחבורה לאחרי בג"צ זה:

בעליון יש כמה פסקי דין שעוסקים בסיטואציה הבאה: צדדים עוסקים בחוזה למכירת דירה. פעמים רבות במציאות הישראלית הקונה צריך להלוות חלק מהכסף מהבנק. בדר"כ כותבים בחוזה שהקונה מתכוון את התשלום האחרון לשלם מכספי הלוואה והמוכר יחתום על המסמכים הנדרשים כדי לקחת הלוואה. יש פסקי דין בהם הנאמר בנ"ל לא נרשם בחוזה ומה שקרה הוא שהקונה שילם את כל התשלומים מלבד האחרון, ועכשיו הוא צריך הלוואה, אולם המוכר לא מוכן לחתום על המסמכים הנדרשים כדי שיקח הלוואה מהבנק. המוכר אומר זאת משום שלפעמים מכירי הדירות עולים והמוכר רוצה להרוויח מכל הצדדים: הקונה יפר את החוזה כי לא יכול לקחת הלוואה. והמוכר ימכור את הדירה למישהו במכיר גבוה יותר.

כאשר כל מה שהיה צריך כדי שהחוזה יתקיים היא חתימה של המוכר על מסמכי הבנק. מה שאומר כי המוכר העדיף אינטרס שלו ולא אינטרס משותף.

בפסיקה שקדמה לבג"צ שרותי תחבורה אנו רואים פס"דים בהם השופטים מביעים חוסר נחת מהתוצאה אולם קובעים כי אם בחוזה לא נכתב שהמוכר חייב לחתום על מסמכי הבנק אז הוא לא חייב לחתום.

בפסיקה אחרי בג"צ שרותי תחבורה הכל מתהפך ונקבע כי מכוח חובת תום הלב יש לגלות נאמנות למטרה המשותפת ולכן על המוכר לחתום על המסמכים. – זה לא משנה באופן מהותי את חלוקת הסיכונים בכריתת החוזה והחלוקה נותרה כפי שהייתה.

**סוגיה שנייה- האם קנה המידה של תום הלב הוא קנה מידה סובייקטיבי או אובייקטיבי?**

קנה המידה הוא אובייקטיבי.

ברק אומר כי יש סעיפי תום לב בחקיקה שהם סובייקטיבים. אבל, לא סעיף 39. תפיסת הצדק והמוסר של כל אדם לא יכולה לשמש קנה מידה משום שלכל אדם יש תפיסה שונה לתום לב- לכן קנה המידה היא אובייקטיבית.

בתוך המבחן האובייקטיבי מה ש"סובייקטיבי" הוא רק בזה שסטנדרט ההתנהגות נקבע עפ"י סוג העסקה, מהות הצדדים (אם אלו בעלי עסקים או זקנים תמימים) וכדומה.

**סוגיה שלישית- מה היקף התכולה של סעיף 39?**

בקריאת סעיף 39 ניתן לראות כי הוא חל על חיוב וזכות שקיימים בחוזה.

ברק אומר כי כי צריך להבין את הכוונה מהו "חיוב" ו"זכות" ?

( יש סוגים שונים של זכויות וחובות. למשל, יש לי זכות לקבל ממישהו כסף כי ולו יש חובה לתת לי משהו- כתוצאה מחוזה למשל. מה קורה אם בחוזה כתוב שאני יכול לבחור בין חמישה סוגי ריצוף למשל, איך קוראים לזכות הזו? ואיזו חובה יש לקבלן מול הזכות שלי? מה החובה שלו לגבי עצם הבחירה? זה נקראה "כפיפות" והזכות שלי היא "כח" . מול הכוח שלי לקבלן יש כפיפות. ועוד עוד.)

ברק אומר כי בסעיף 39 הכוונה היא לא מצומצת אלא לרחבה-

**חובת תום הלב היא לגבי כל סוגי הזכויות והחובות המשפטיות וגם לגבי חוסר בחוזה שהושלם**.

קיימות גם זכויות משניות/ חובות משניות- כאשר חוזה מופר לנפגע יש זכות לתרופות (פיצויים, השבה, אכיפה) הזכות לפיצוי היא לא זכות שנובעת מהחוזה אלא היא נובעת מהדין- היא בעצם מחליפה את הזכות המקורית: היה לי זכות שתבצע משהו כלפיי- לא ביצעת- במקום זה באה הזכות לפיצויים והיא זכות משנית במובן שהיא תחליף לזכות המקורית. **וגם לגבי הזכויות/ החובות המשניות יש חובה לתום לב.**

**סוגיה רביעית- שאלה קונקרטית- האם חובת תום הלב יכולה ליצור חיוב חוזי חדש?**

זה שהיא חלה על זכות / חובה קיימת זה ברור כי זה כתוב בחוק. אך האם היא יכולה ליצור חיוב חוזי חדש?

ברק אומר כי לדעת בית הדין לעבודה אין מחובת תום הלב ליצור חיוב חוזי חדש, ואילו ברק לא מסכים לכך: הוא אומר כי **מכוח חובת תום הלב אפשר ליצור חיוב חוזי חדש**. בענייננו יש חובה לתת הודעה והיא לא קיימת בחוזה במפורש אלא היא באה מכוח חובת תום הלב. הרי, מטרת חוזה היא ליצור רגיעה ביחסי העבודה. אם אפשר לעשות שביתה בלי להודיע לאף אחד נוצר בלגאן כמו שהיה קודם ולכן אי מתן הודעה נוגדת את אופי החוזה. ולכן החובה למתן הודעה נוצרת מעקרון תום הלב.

האם החובה הזאת קוימה?

ברק אומר שכן. אבל, ההודעה ניתנה שלא בתום לב משום שהיא ניתנה רק חצי שעה לפני השביתה. **שימי לב שברק עושה שימוש כפול בחובת תום הלב:**

הראשון- חיוב להודיע על השביתה.

השני- אחרי יצירת החובה יש לנו תוספת לחוזה שלא הייתה קודם ודינו ככל סעיף אחד ולכן את החובה החדשה ה"כתובה" בחוזה יש לקיימה בתום לב. שימי לב, שעם השימוש השני גם בית הדין לעבודה היה מסכים- הבעיה שלהם הייתה עם השימוש הראשון.

**סוגיה חמישית- מה התוצאה של הפרת חובת תום הלב?**

ברק אומר כי סעיף 39 אינו כולל כל הוראה באשר לתוצאות. אולם, אין משמעות הדבר כי זו חובה מוסרית בלב. היעדר הוראה לתוצאות היא משום שהתוצאות אינן אחידות והן משתנות לפי ההקשר. גם בפס"ד שיכון עובדים נ' זפניק השופטת בן פורת קבעה כי סעיף 12 מכיל חובה כה גדולה שרשימת התרופות לא יכולה להיות סגורה אלא חייבת להכיל תרופות נוספות- זה היה הבסיס של ברק.

(בחובה מוסרית אין סנקציה לאכיפתה , לעומת זאת בחובה משפטית מלווה בצידה בסנקציה)

ברק טוען כי החוק לא קבע בכוונה סנקציה משום שחובת תום הלב רחבה כל כך ויכולה להתעורר במגוון רחב של מצבים- אין טעם להגדיר מראש סנקציות. וחובת בית המשפט להתאים את הסנקציות המצויות בדין למקרה הקונקרטי.

במשך השנים הגיעו מקרים לבתי המשפט והסתבר כי רשימת הסקציות שברק מונה בפס"ד זה מותאם כמעט לכל המקרים שמגיעים לבתי המשפט.

**האפשרויות של ברק לתרופות כנגד הפרת חובת תום הלב הם:**

1. לעיתים אי קיום חובת תום הלב היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה-

הפרת חובת תום הלב היא כמו הפרת חוזה. והתרופות על הפרת חוזה אפשר לקבל על הפרת תום הלב. אפשרות הזו היא כמעט מובנת מאליה.

2. צמצום הזכות התרופתית כאשר מימוש התרופות נעשה שלא בתום לב-

לעיתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר- זהו חידוש עצום! ממתי הצד המפר זכאי לפיצויים או אכיפה? ברק בעצם מתכוון, כי חובת תום הלב של סעיף 39 חלה גם על הזכויות התרופתיות (המשניות) ברק אומר כי הייתה הפרת חוזה- הנפגע זכאי לתרופה (למשל פיצוי/אכיפה) אבל בזמן מימוש הזכות שלו לתרופה הוא מפר את חובת תום הלב. החוק אומר כי צריך לקיים חובה או לממש זכות בתום לב- והם נובעות גם מדיני התרופות. אם הנפגע מהפרת חובת תום הלב מפר גם הוא את חובת תום הלב בקשר לתרופות- אפשר לשלול ממנו פיצויים או אכיפה. הנפגע מהפרת תום הלב הוא המפר במקרה שהוא פוגע בתרופות.

דוגמא: איך נפגע יכול להפר את חובת תום הלב לגבי תרופות?

פס"ד אנגלי וויט נ' מגרגו- לאדם היה מוסך והוא רצה לפרסם אותו. הוא התקשר בחוזה עם חברה שהיה לה זכיון מהעיריה להדביק פרסומות על פחי האשפה. עוד לפני שהדביקו את המודעות החליט האדם שהוא רוצה לסגור את המוסך ולכן הוא התקשר והודיע שלא יפרסמו הוא לא רוצה ולא ישלם על כך. זה היווה הפרת חוזה. לחברה היו מספר אפשרויות : נניח שלחברה היה עולה להכין את המודעות ולפרסמם היה 80 ש"ח ובחוזה היא סיכמה איתו על 100 ש"ח- אם החברה לא הכינה עדיין את המודעות היא יכלה לתבוע פיצוי על 20 ש"ח כי זה הרווח שלה. במקום זה החברה הדפיסה את המודעות, הדביקה אותם ותבעה 100 ש"ח. אחד העקרונות של דיני התרופות היא שהנפגע יכול לבחור איזו תרופה הוא רוצה. הנפגע שלנו (החברה) בחרה בפיצוי. במקרה זה החברה בחרה באכיפה ולכן הדפיסה את המודעות ובדרישתה של 100 בשתי התרופות היא תישאר עם 20 ש"ח ולא משנה לה מה היא בוחרת. אולם למפר, במקרה אחד הוא ישלם 20 ואילו במקרה השני הוא ישלם 100. אולם, 80 ש"ח מתוך המאה יזרקו לפח. הסיבה שהחברה תבחר באפשרות זו היא כדי להתנקם במפר החוזה ולהוציא ולגרום לו נזק כספי גדול יותר (למרות שהם ירוויחו אותו דבר). **במקרה זה החברה פעלה במימוש התרופות שלא בתום לב- ולכן יכול ביהמ"ש לשלול ממנה את הפיצויים.**

3. לעיתים תוצאת ההפרה היא במתן כוח לצד השני של החוזה האחר (זה שלא הפר את תום הלב) לפעול פעולות מסויימות בגדר החוזה שאחרת היו נחשבות להפרה-

לדוגמא: פס"ד שוחט נ' לוביאניקר- חוזה למכר דירה במחיר של 420 אלף. החוזה התנהל כסדרו והצדדים שילמו את התשלומים הראשונים כסדרם . התשלום האחרון -120 אלף היה אמור להיות בחודש ספטמבר אבל בחוזה הזה היה משהו שונה: מול חובת התשלום של הקונה עומדת חובת המוכר למסור את הדירה ולהעביר בעלות לקונה. החוזה קבע שבין התשלום השלישי לרביעי בחודש אוגוסט, המוכר צריך להעביר את הבעלות לקונה. ורק חודש לאחר מכן יהיה התשלום האחרון ואז ימסרו מפתחות הדירה. אבל החיוב העיקרי- הבעלות- יבוצע כבר באוגוסט. כשהגיע מועד העברת הבעלות המוכר היה בבעיה: הוא פחד להעביר את הבעלות מחשש שהקונה לא ישלם את התשלום האחרון וזאת משום שבני הזוג שוחט היו אמורם לשלם מכספי אביה של גברת שוחט אבל, שמעו שמועות שחל קרע ביחסים של בני הזוג (אין חובה בחוזה שיהיו בזוגיות טובה) וגברת שוחט נסעה לאוטרליה ומר שוחט נסע אחריה- העסק שם נראה לא טוב. בעצם, אין הסתברות גבוהה שלא ישלמו אבל קיים חשש שכזה. ולכן, המוכרים פונים לעו"ד שיצג את בני הזוג שוחט בשביל שיגיד להם מה יהיה עם התשלום האחרון. ותשובתו הייתה מפוקפקת ולכן הם לא העבירו את הבעלות עד שהגיע מועד התשלום האחרון. אז הם פנו שוב לעו"ד כדי לראות מה עם הכסף. עו"ד אומר כי הכסף מופקד אצלו בחשבון מוכן להעברה למוכרים- אולם המוכר הפר את החוזה ובחוזה כתוב תשלומים על כל יום של איחור. ולכן ישלמו למוכר רק 90 אלף. השופטת בן פורת אומרת כי הקונים נהגו בחוסר תום לב. חובת תום הלב היא החובה לשתף פעולה ולנהוג בנאמנות כלפי החוזה- בנסיעתם לחו"ל הם לא טרחו להפיג את החשש בלב המוכר ולכן בגלל שהקונים הפרו את חובת תו"ל מותר היה למוכר לסטות מהקיום המדויק של החוזה ולדחות את מועד העברת הבעלות. **וכך דחיית העברת הבעלות היא לא הפרה אלא מענה (תרופה) לחוסר תום הלב של הקונים**.

4. לעיתים התוצאה היא שלילת כוח הנתון לבעל החוזה המפר על פי הוראות החוזה –

דוגמא: כוח היא זכות משפטית. למשל, קיבלתי מהקבלן יכולת לבחור את סוג הריצוף. עכשיו הקבלן רוצה שאני אבחר ריצוף כי הרצף מחכה וזה עולה כסף. ואז אני לא בוחר את הריצוף כי אני רוצה ללחוץ עליו ולנצל אותו שיעשה לי משהו טוב יותר. מה שאני עושה פה בעצם הוא הפרת חובת תום הלב במימוש הזכות שקיימת לי. וברק אומר כי הסנקציה היא שלילת הכוח שלי- בעניינו שלילת כוח הבחירה ועכשיו הקבלן יכול לתת לי איזה ריצוף שירצה.

בעצם מה שברק עשה הוא לא כזה חידוש גדול. זה קיים כבר בחקיקה במספר מקורות: למשל:

**סעיף 51 בחוק החוזים** כתוב כי אם קיימת לי זכות בחירה ולא קיימתי אותה אז החייב רשאי לבחור במקומי. פה עצם יש קונקרטיזציה של מה שאמר ברק.

**סעיף 30 לחוק המכר.**

5. לעיתים התוצאה היא שפעולה שבוצעה תוך הפרת החובה אינה משתכללת ואינה תופסת-

לפעמים התוצאה היא שפעולה חוזית שבוצעה תוך הפרת חובת תום הלב רואים אותה כאילו היא לא בוצעה. במקרה שלנו, הייתה חובה לתת הודעה שנוצרה מכוח סעיף 39- ניתנה הודעה- אולם, היא ניתנה לא שתום לב. הסנקציה היא כי רואים את ההודעה כאילו לא ניתנה. ובמקרה זה אם ההודעה לא ניתנה הופרו התנאים לקבל הפרמייה וניתן לשלול אותה מהעובדים.

**ג. הדגמה: שיערוך סכומים (בתקופת החוזה המקוים)**

3. ע"א 554/83, **"אתא" בע"מ נ' עזבון המנוח זולוטולוב**, פ"ד מא (1) 282. (פסק דינו של השופט ברק).

4. ע"א 6136/00 **שועית בע"מ נ' אשד ואח'**, פ"ד נו(4) 241.

**שערוך סכומים הוא דוגמא מובהקת לשימוש בסעיף 39 לצורך השלמת חוזה**.

אינפלציה: מצב בו כתוצאה מתנאים כלכליים מסוימים ערך הכסף הולך ונשחק. למשל, אם אני יכול לקנות סל מוצרים מסוים במאה שקלים וחודש לאחר מכן כדי לקנות אותו סל מוצרים אני צריך 110 ש"ח אז הייתה אינפלציה.

כאשר הכלכלה יש לה מאפיינים אינפלציונים שיטת המשפט של אותה מדינה חייבת להתאים עצמה לתנאים הכלכליים האינפלציונים בכל תחומי המשפט.

בחלק מהנושאים הכנסת נותנת מענה חקיקתי. בישראל בתקופת האינפלציה שנמשכה עשור הכנסת נתנה רק מענה חלקי בתחום החקיקה. היא נתנה יותר מענה בתחום המשפט הציבורי כמו תקנות קנסות, דיני מס וכדומה. הכנסת התעניינה הרבה פחות בתחום המשפט הפרטי ולא נתנה מענה. ולכן, כדי לא ליצור משפט מעוות נאלץ ביהמ"ש לתת מענה במגזר המשפט הפרטי.

בדיני חוזים הבעייה של שחיקת ערך הכסף באה לידי ביטוי בכל התהליך החוזי ולאחריו.

**שאלת ההשפעה תלויה בזמן המימוש ובשיעור האינפלציה.**

**תקופות השפעת האינפלציה מתחלקות לשלוש:**

1. תקופת קיום החוזה- אם נכרת חוזה בתאריך מסויים והכסף אמור לעבור לאחר תקופת מה ממושכת- במידה והייתה אינפצליה- אם נשלם בערך הנומינאלי של הכסף- הוא לא ישקף את מה שניתן תמורת הכסף. אם תאריך הביצוע הוא קצר (יום / שבוע) בדר"כ לא תהיה בעייה.
2. תקופת החוזה המופר- מרגע הגשת התביעה עד מתן פס"דץ בדר"כ תקופה זו מתמשכת והאינפלציה יכולה להשפיע.
3. ממתן פס"ד עד מימושו- בתקופה זו יש פתרון מכוח הדין. חיקוק חוק "מדד ריבית והצמדה". בתקופה זו אין קושי להתאים את הסכום לערכו הרלוונטי.

בתקופת החוזה המופר (הזמן שהתיק יושב בביהמ"ש), היינו מצפים כי המחוקק יכניס חיקוק על איך דיני התרופות מתנהגים בזמן האינפלציה? אולם במשפט הפרטי הכנסת לא נגעה ואין פתרון בחוק. ולכן, ביהמ"ש העליון פירש את חוק התרופות- בנוגע לכל אחת מהתרופות- איך לתת מענה לאינפלציה בתקופה בה התיק יושב בביהמ"ש המכונה בפס"ד אתא "תקופת החוזה המופר".

**ביהמ"ש נותן מספר פתרונות לאינפלציה בתקופת החוזה המופר:**

1. פיצויים- חלק מהנזק שמפצים עליו הוא גם השחיקה האינפלציונית. השחיקה הזו בערך הכסף- ההפרש הזה- ניתן בתור פיצוי מכוח סעיף 10 לחוק התרופות.
2. תרופת הביטול- בעקבות ביטול יש חובת השבה. אם למשל בחוזה מכר יש השבה כל צד צריך להחזיר מה שקיבל. הקונה מחזיר את הנכס ואילו המוכר צריך להחזיר כסף- הכסף נשחק- ביהמ"ש העליון קבע כי ההשבה צריכה להיות בערכים ריאליים.
3. אכיפה- למשל, כמו בפס"ד שועית- נעשה חוזה למכירת נכס ויש לשלם תמורתו 100 , כשהגיעו למועד הביצוע המוכר אמר לקונה כי ערך הנכס הוא כבר לא 100 כי הייתה אינפלציה, ואילו הקונה אומר כי בחוזה לא כתוב דבר בקשר לאינפלצייה. מה שיצא הוא שהמוכר הפר את החוזה. הקונה הגיש תביעה. ובזמן זה עבר עוד זמן של אינפלציה. מה שקורה הוא שאם ביהמ"ש היה קובע אכיפה הייתה יוצאת תוצאה מופרכת. ביהמ"ש קובע כי מכוח צו האכיפה יש לו סמכות להתנות את האכיפה בתנאים ולכן ביהמ"ש קובע כי בשביל האכיפה יש לשערך את הסכום והסכום לא יהיה הסכום המקורי אלא משוערך (השערוך יהיה רק על התקופה בה החוזה מופר ולא על התקופה בה היה מקויים).

כך בעצם ביהמ"ש מצא דרך בפרשנות לתת פתרון לבעיית האינפלציה.

**הבעייה הקשה היא בתקופה החוזה המקויים:**

כאן הפתרון לשחיקה האינפלציונית מקורה צריך להיות בחוזה. אם הצדדים ערים לבעיית האינפלציה ונותנים לה פתרון- אין עיוות של החוזה – והכל בסדר.

הבעייה היא כשהצדדים כורתים את החוזה בתקופה בה אין אינפלציה- פס"ד אתא- החוזה נכרת בשנות ה60 כשלא הייתה בעייה אינפלציונית ואילו המימוש של החזרת הפיקדון היה בשנות ה80 בהם הייתה אינפלציה דוהרת. בחוזים ארוכי טווח בהם אין אינפלציה בזמן הכריתה- עולה הבעייה הגדולה ויש חסר בחוזה. אותו ניתן להשלים באמצעות ס' 39 לחוק החוזים- חובת תום הלב.

לעומת זאת, בפס"ד שועית הצדדים היו מודעים לאינפלציה אולם הם לא העריכו את גודלה. במקרים אלו יש בעייה מפני שהתוצאה שתתקבל עפ"י החיובים של הצדדים בחוזה תהיה תוצאה מעוותת. ברור לנו שהצדדים לא התכוונו שתהיה תוצאה מעוותת.

הטענה הרגילה אומרת כי זו בעייה של הצדדים.

אולם אנו מנסים לשמור על המסגרת החוזית אליה התכוונו הצדדים. בפס"ד שועית הם היו ערים לאינפלציה אולם היא הייתה נמוכה. החוזה היה למשך טווח ארוך והחברה הסכימה לספוג את האינפלציה הנמוכה, אולם לא הסכימה לספוג את האינפלציה הגבוהה במיוחד.

**הפתרון לבעייה הוא באמצעות סעיף 39**- כאשר נוצר מצב שהצדדים לא חשבו עליו- אין ברירה והדרך להגיע למטרה שהצדדים רצו היא בהוספת חיוב לחוזה- במקרה זה בדרך של שערוך- כך צריך לפעול.

פתרון זה לא משנה את הקצאת הסיכונים של הצדדים בחוזה.

תנאים להשלמת החוזה עפ"י סעיף 39 "חובת תום הלב":

1. יש חסר.

2. ההשלמה שלו הכרחית.

3. זה לא משנה באופן מהותי את הקצאת הסיכונים החוזיים של הצדדים.

**אנו רואים כי ביהמ"ש תמיד יעדיף פרשנות על פני השלמה-**

 אם יש דרך להגיע למסקנה שהצדדים לא רצו לשערך- אז הוא לא ישלים את החוזה.

אם ביהמ"ש מגיע למסקנה כי אפשר לשערך מכוח כוונת הצדדים אבל זה מחייב פרשנות- הוא יעשה זאת.

בפס"ד "שועית"

השופט גרוניס **לא עושה את ההבחנה** הקלאסית בין תקופות השערוך:

שערוך בתקופת החוזה המופר- נעשה מכוח דיני התרופות.

שערוך בחוזה המקויים- מכוח החוזה ואם אין בחוזה אז פרשנות או סעיף 39.

גרוניס אומר כי בפס"ד של אכיפה הוא מוסמך להתנות את האכיפה בתנאים והתנאי שלו הוא שערוך המתייחס **לכל התקופה**. השערוך פה מתבצע לטובת המפר של החוזה (המערערים שלא רצו להעביר את הנכס). גרוניס אומר כי הוא נותן שערוך מכוח סעיף 4 לחוק התרופות אבל השערוך הוא לא מלא משום שהשערוך הוא לטובת מפר החוזה. השתיקה של הצדדים בקשר לאינפלציה הקטנה הייתה מוסכמת ולכן אין להשלים אותה. ואילו השתיקה לגבי האינפלציה הגדולה- מהווה חסר כי הם לא חשבו עליה.

השופט אנגלרד אומר כי הוא ישערך אחרת- בתקופה של החוזה המופר הוא ישערך לפי חוק התרופות ואילו לתקופה של החוזה המקויים הוא משערך מכוח ההשלמה- בעניינו הצדדים לקחו בחשבון אינפלציה של 2 % ולכן הוא משערך רק את ההפרש בין הסיכון שלקחו לבין האינפלציה עצמה.

**גישת אנגלרד הולכת בנתיב הרגיל**- מפריד בין תקופות החוזים- בתקופה של החוזה המקוים משערכים מכוח החוזה- הולכים לפרשנות- אם לא הסכימו לשערך בכוונה לא נשערך- אם יש חסר בחוזה נשערך מכוח סעיף 39.

**הגישה של גרוניס- מעניינת** וכוללת בשערוך שלה גם את תקופת החוזה המקויים. השערוך שהוא עושה הוא עפ"י דיני התרופות- וכללי השערוך מכוח דיני התרופות שונים מאשר מכוח 39. הוא לא לוקח בחשבון את רצון הצדדים ואת עניין החסר. בדיני התרופות הדין קובע את התרופה ולא רצון הצדדים. אין לנו עוד פסיקה כזו ואנו לא יודעים מה תהיה הגישה לכך.

**ד. התערבות בתוכן החוזה**: (עקרון שלישי לתוכן החוזה)

**1. חוזה פסול ותניות פטור.**

א. סעיפים 30 ו - 31 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.

ג. ע"א 661/88, **פיסאר חיימוב נ' פארס חמיד ואח'**, פ"ד מד (1) 75.

ד. ע"א 395/87, **שלוש נ' בל"ל**, פ"ד מו (5) 529. לסיים לקרוא

ט. ע"א 4305/10 **מזל אילן נ' יוסף לוי** (נבו, 9.5.2012). רק על רציו

י. עא 6667/10 **גלית הלוי בר טנדלר נ '**[**דרור קוזניצקי**](http://www.nevo.co.il/Handlers/Search/Sides.ashx?resultstype=0&name=%d7%93%d7%a8%d7%95%d7%a8+%d7%a7%d7%95%d7%96%d7%a0%d7%99%d7%a6%d7%a7%d7%99) רק רציו (נבו, 12.9.12)

עומד באופן חזיתי מול עקרון חופש החוזים.

יכולים להיות מצבים של פערי כוחות/ידע של הצדדים, הנותנים יתרון לא הוגן לאחד הצדדים.

ייתכנו מצבים בהם כשלי שוק שנובעים מבעיות אחרות של תחרות בשוק שהשוק עצמו אינו מצליח הלתגבר עליהם והחברה באמצעות המשפט מחליטה להתערב בחוזים האלו כדי להשיג תוצאות מסויימות שלא הושגו בכוחות השוק החופשי.

ההתערבות יכולה להעשות בכמה דרכים:

1. באופן ישיר ע"י הכנסת- באמצעות חקיקה קוגנטית.

2. מנגנוני התערבות באמצעותם בתי המשפט מתערבים בחוזה- בזה נעסוק.

**מנגנוני התערבות באמצעותם בתי המשפט מתערבים בחוזה**

התערבות זאת נעשת אקס פאקטה.

**שלושת המכשירים העיקריים המאפשרים לביהמ"ש להתערב בחוזה:**

1. סעיפים 30-31 לחוק החוזים- הדוקטרינה של "חוזה פסול" כפי שהיא מוסדרת בחקיקה.

2. סעיף 39 לחוק החוזים- עקרון תום הלב.

3. חוק החוזים האחידים.

עד שנחקק חוק החוזים לא היו לנו מנגנונים אלו. עקרון החוזה הפסול היה קיים גם קודם אך המתקונת מצומצמת הרבה יותר. לא היה את סעיף 39 וחוק החוזים האחידים.

בשליש של המאה הקודמת בתי המשפט לא היו אמורים להתערב בחוזים משום שעקרון חופש החוזים היה בשיאו. אולם, לשופטים תמיד היה חוש צדק והם חשבו במקרים מסויימים שיש להתערב בחוזה אבל לא היו להם כלים לכך, אז הם שתמשו בכל מיני טריקים.

דומגאות לאיך שופטים התערבו בחוזה ללא הכלים של היום:

1. התערבות במסווה של פרשנות- השופטים נתנו לחוזה פרשנות שברור שלכולם שלא אליה התכוונו הצדדים. אולם, ביהמ"ש רצה להגיע לתוצאה ההוגנת.
2. משחק בכללי ההצעה וקיבול- פס"ד גונשיורוביץ נ' מפעל הפיס- אדם טען שהוא קנה כרטיס והוא זכה. הבעיה שהוא לא יכול להציג את הכרטיס כי פרצו לו לבית וגבנו בין היתר את הכרטיס. הוא יכל להציג שקנה את הכרטיס והיה פותר את הבעיה. אולם, במפעל הפיס יש תנאים ואחד מהם הוא סעיף שהזכייה תימסר אך ורק למי שמחזיק פיזית בכרטיס. ז"א שגם אם יוכיח שהוא בעל הכרטיס אבל אין לו אותו פיזית- לא יעזור כלום. שופטי הרוב קבעו כי הוא לא יקבל את הזכייה (כנראה לא ממש האמינו לו לכל הסיפור) אולם השופט חיים כהן רצה להגיע לתוצאה בה גונשיורוביץ כן יקבל ולכן אמר, כי מבחינת דיני החוזים . דוכן מפעל הפיס- מהווה הצאה לציבור- ברגע שגונשיורוביץ שילם כסף הוא ביצע קיבול- התנאים של מפעל הפיס כתובים על הכרטיס **ולכן תנאים אלו הוספו לאחר כריתת החוזה בעצם והם אינם חלק מהחוזה**- ובזה נגמר העניין והאדם יכול לקבל את הכסף. במעשה זה הוא גם גרם שהרבה תנאים אחרים שכתובים שם והם חשובים- אינם תקפים. אולם, אותו זה לא עניין כי רצה להגיע לתוצאה מסויימת. אילו השופט היה עמנו היום הוא היה אומר כי זה תנאי מקפח שסותר את תקנת הציבור, או שסותר את עקרון תום הלב וכדומה. אבל כשלא היו בידיו אפשרויות אלו אחת הדרכים הייתה לשחק בכללי ההצעה והקיבול ולהגיע לתוצאה שהתנאי הלא רצוי בכלל לא נכלל בחוזה- זו יצירתיות של השופטים.
3. כללים של דיני ראיות וסדרי דין- אם השופט חושב שיש להפסיד בתיק אפשר לסדר את הראיות בצורה שתתאים לפס"ד הרצוי.
4. תנאית הפנייה- תנאי בחוזה שאומר שגם התנאים שנמצאים במקום אחר (מסמך אחר למשל) הם חלק מהחוזה שלנו.

למה מנסחי החוזים משתמשים בתניות הפנייה?

* **יעילות**- בתקופה הקדומה זה היה יעיל כי לא היה צריך להעתיק עוד הפעם את התנאים שכבר קיימים.
* **בעיית מקום פיזי**- למשל, חוזה כרטיס- זהו חוזה שהתנאים שלו כתובים על איזה כרטיס (כרטיס טיסה, מפעל הפיס, כניסה לקולנוע וכדומה) בחוזה זה אין הרבה מקום לכתוב.
* **משמשת כדי להסתיר תנאים מקפחים**- לפעמים כשמדובר בחוזה של עסק יש תנאים שהייתי רוצה שהקונה לא יראה ואז אני שם תנאים אלו במסמך הרחוק מתוך הנחנה שאף אחד לא ילך לראות מה יש במסמך השני. בפסיקה האנגלית שאומצה לדין העברי, נקבע כי כדי שתניות הפניה יהיו תקפות צריכים להיות מספר תנאים:

1. הצד השני צריך לדעת שהכרטיס משמש כמסמך חוזי.

2. תניית ההפנייה צריכה להיות מודגשת באופן מיוחד- כדי שהלקוח יבין שיש עוד תנאים.

3. המסמך שאליו מפנים , לפחות באופן תאורטי, יהיה נגיש ויוכלו לעיין בו.

בכל אחד מהתנאים הללו יש לביהמ"ש שיקול דעת מאוד רחב. שיקול דעת זה יופעל בעצם לא לפי האם התנאים מתקיימים באמת או לא, אלא לפי האם התנאי שנמצא כאן בעייני ביהמ"ש הוא תנאי הוגן או לא. וזאת כדי להגיע לתוצאה הרצויה של ביהמ"ש.

דוגמאות לאיך ביהמ"ש עושה שימוש מניפולטיבי בתנאיות הפנייה כדי לתערב בחוזה:

פס"ד דוד נ' רורי ופס"ד בריטנה אינשורנס קומפני נ' מויזס- אנשים שחתמו על חוזה ואז ביהמ"ש קבע שלא הוכח שתנאי ההפנייה תקף כי לא הוכח שהמסמך המופנה היה קיים במשרד באותה עת (טענה מגוחכת). בפס"דים אלו רואים באופן ברור כי אפשר להשתמש בטכניקות עקיפות כדי להתערב בתוכן החוזה למשל, באמצעות מניפולציה לתנייות הפנייה.

**התוצאה של שימוש עקיף כזה לא מוצלח כי הוא גורם לזילות של ביהמ"ש**. ולכן

**אמצעים להתערבות בתוכן החוזה הקיימים כיום:**

**1. חוזה פסול**  ככלי להתערבות בתוכן החוזה (סעיף ד(1) בסילבוס).

**סעיף 30-31**

***30. חוזה פסול***

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

יש פה התערבות משום שיש פה חוזה , אולם ביהמ"ש קובע שהחוזה בטל – זו ההתערבות הכי בוטה שיש. שימי לב, כי ביהמ"ש לא מבטל חוזה אלא הוא רק קובע כי החוזה לא חוקי, מוסרי ונוגד את תקנת הציבור- וכתוצאה מכך החוזה בטל מעקרו. (void ) .

ישנם רק שני סעיפים הקובעים בטלות- סעיף 30 ו 13 לחוק החוזים.

לפי ג. שלו יש 9 מקרים של חוזה פסול-

1. חוזה שהוא בלתי חוקי

2. חוזה בלתי מוסרי

3. חוזה שסותר את תקנת הציבור

אי החוקיות יכולה להיות בקשר ל-

1. כריתה .

2. תוכן .

3.מטרה.

 3 כפול 3 = 9

סעיפים 30 -31 במידה מסויימת משקפים את הדין הקודם לחוק החוזים ובמידה מסויימת משנים אותו.

לפי הדין שקדם לחוק החוזים חוזה פסול היה בטל וזה הכל. ז"א ברגע שביה"ש קובע שהחוזה הוא פסול- התוצאה האוטומטית הייתה בטלות וביהמ"ש לא היה דן בזה יותר. ביהמ"ש לא צריך "ללכלך את ידיו" בהתעסקות בחוזים בלתי חוקיים.

הדין לגבי חוזה פסול לפני חוק החוזים הביא לתוצאות בעייתיות מאוד משלוש סיבות:

1. **בניגוד למטרה המוצהרת התוצאה המעשית הייתה שתוצאותיו הקנייניות של החוזה ישארו**- (כי הרי אנו מצד אחד מבטלים את החוזה ומצד שני לא דואגים להשבה והחוזה כביכול בוצע ונשאר עומד על קנו). נניח ונכרת חוזה בלתי חוקי הוא בוצע בחלקו- עכשיו מגיעים לביהמ"ש והוא קובע שהחוזה בלתי חוקי (המטרה של ביהמ"ש היא שלחוזה בלתי חוקי לא יהיה אפקט משפטי כלל). אבל בעצם אם ברגע שביהמ"ש הכריז על החוזה כבלתי חוקי וזה הכל- תוצאותיו הקנייניות של החוזה נשארו בשטח לתמיד- מה שהועבר כבר לא היה דרך לאכוף את החזרתו. למשל, נכס שהועבר מצד אחד לצד השני ישאר במקומו ולא יוחזר.
2. **ביהמ"ש כשלא מטפל בהמשך של חוזה בלתי חוקי מביא לעיוות בצדק ותצאותיו לא הוגנות**- נניח כי במישור החוקי שני הצדדים לא אשמים באותה מידה. כדי לחסוך במס אחד הצדדים היה זה שיזם את אי החוקיות . נניח שהצד שאשם פחות כבר קיים את חלקו וכשמגיע הצד של האשם יותר לשלם הוא טוען לחוזה בלתי חוקי וביהמ"ש לא מטפל בזה- מה שקורה הוא שהצד האשם יותר יוצא מורווח והצד התמים יותר יוצר נפגע- זוהי תוצאה שחוש הצדק שלנו לא סובל.
3. **זילות ביהמ"ש**- כיוון שביהמ"ש ידע כי הוא לא יכול לעשות צדק מה שקרה הוא שהשופטים עצמו עינהם מלראות כי החוזה הוא בלתי חוקי. מה שהביא שוב, לזילות ביהמ"ש.

בשל הבעיות הנ"ל כאשר נחקק חוק החוזים החליטו לעשות טיפול שורש לנושא חוזה פסול.

סעיף 30 כביכול מחקה את הדין הקודם , ואז מגיע סעיף 31 (קובע את התוצאות הבאות להמשך הבטלות- חובת ההשבה או הצדק היחסי בין הצדדים) המאפשר לביהמ"ש לצוות על השבה ולעשות צדק יחסי בין הצדדים.

**מצבים שעליהם חל סעיף 30- מה נכנס תחת ההגדרה של חוזה פסול לפי סעיף 30?**

1. **אי חוקיות-**

א. **אי חוקיות בתוכן**- יכול להיות אם התוכן נוגד הוראות חוק.

* נוגד חוק דיספוזיטיבי- אם תוכן החוזה סותר הוראת חוק דיספוזיטיבית- אין בעיה.
* נוגד חוק קוגנטי- אם תוכן החוזה סותר הוראת חוק קוגנטית- יש בעיה. למשל סותר הוראת חוק עונשית- למשל, עבירות פליליות שמוסדרות בחוק העונשין ברור שהוא חוזה בלתי חוקי (חוזה לרצוח, לגנוב, לשדוד, להמר הימורים וכו')

חקיקה קוגנטית מצד אחד אסור להתנות עליה, אולם אם הצדדם כן התנו עליה זה לא אומר בהכרח שהחוזה בלתי חוקי. יכול להיות שפשוט אותו סעיף ספציפי שמתנה על הוראת החוק הקוגנטית לא תקף ובמקומו יכנס סעיף שמתאים עם החוק. השאלה הקשה היא האם בכלל יש לראות בחוזה כחוזה בלתי חוקי? התשובה לכך היא תלוי. תלוי באיזו הוראה קוגנטית מדובר. ברוב המקרים ביהמ"ש קבע כי תוכן שסותר הוראות קוגנטיות מסויימות הוא בלתי חוקי. לפעמים המחוקק מצרף לחוקים הקוגנטים סנקציות עונשיות- גם במקרה זה לא בהכרח החוזה הופך לבלתי חוקי.

**ההבחנה בין מתי החוזה חוקי או לא חוקי נתונה בפרשנות ביהמ"ש את תכלית החוק שהוראותיו הופרו בחוזה**- כשתוכן החוזה סותר את האיסור שבחוק- ולהחליט מה תכליתו של החוק. למשל, אם החוק בא להתמודד עם איזו רעה חברתית שהוא לא רוצה בשוק וחוזה שנכרת בתחום זה נוגד את יסוד החוק – אז נאמר שהחוזה פסול והוא בלתי חוקי. צריך לתת משקל לאיסור.

לבהימ"ש יש שיקול דעת- אי חוקיות זו לא תוצאה מובנת מעליה ואוטומטית. רוב המקרים של חוזים לא חוקיים בהם יש הוראות הסותרות חקיקה קוגנטית אלו חוזים של יום ביומו ולכן על ביהמ"ש להחיל שיקול דעת.

פס"ד שלוש נ' בנק לאומי- דוגמא להוראה רגולטורית שבעקבותיה ביהמ"ש קבע שיש אי חוקיות. כאשר בנק נותן הלוואה במת"ח לתושב חוץ הוא צריך לקבל היתר מבנק ישראל. (אחר כך הוא השתמש בסעיף 31 והחייה את החוזה).

ב. **בלתי חוקי בכריתתו-** תהליך הכריתה נעשה בניגוד להוראת חוק עונשית.

דוגמא: חוק חובת מכרזים קובע שרשות ציבורית חייבת לכרות חוזה באמצעות מכרז. המו"מ הוא באמצעות מכרז. אם היא מתקשרת בחוזה לא במכרז זהו חוזה בלתי חוקי בכריתתו ואי החוקיות נוגעת לדרך הכריתה.

ג. **בלתי חוקי במטרתו**- במטרתו ובתוכנו זה דיי אותו דבר. אולם, לפעמים במצבים מיוחדים יכול להיות שמה שהופך את החוזה לבלתי חוקי הוא מטרה מסויימת ובעוד שהחוזה מנוטרל ממטרה זו הוא יכול להיות חוקי.

לדוגמא:

אם אני משכיר למישהו דירה, ומטרת ההשכרה היא לקזינו- החוזה הוא בלתי חוקי.

**במידה והמטרה הבלתי חוקית ידועה רק לצד אחד לחוזה יכול והחוזה ייחשב כחוקי**. למשל, אם המשכיר לא ידע שהולך להיות שם קזינו- זה יכול להיות חוזה חוקי. תלוי בשיקול ביהמ"ש.

קיימות 2 גישות בנוגע לבטלות החוזה כשרק צד אחד מודע למטרה הבלתי חוקית:

1. גישה אחת- גם אם המטרה הבלתי חוקית ידועה רק לאחד הצדדים הוא עדיין בלתי חוקי והוא בטל. (כשנגיע לסעיף 31 נראה את הכלים שיש לביהמ"ש להטיב עם הצד התמים בחוזה).
2. גישה שנייה- יש לקחת בחשבון שצד אחד בכלל לא מודע למטרה הבלתי חוקית. בחוזה כזה צריך לנקוט **בגישה מפוצלת**: למשל, אם בדוגמאת הקזינו מי ששכר את הדירה הוא שמפר את החוזה והתוצאה שהוא לא משלם שכר דירה. הצד הנפגע הוא המשכיר- מבחינתו החוזה רגיל לכל דבר. נפגע יכול לתבוע פיצוי עפ"י דיני התרופות על הנזק שקרה לו. לעומת זאת, אם הצד שלא ידע מפר את החוזה והעבריין רוצה לתבוע- יגידו לו שהחוזה בכלל לא חוקי מלכתחילה.

ההבדל בין שתי הגישות הוא שהגישה השנייה מיטיבה יותר עם הצד התמים בחוזה משום שמגוון התרופות האפשריות מכח דיני התרופות רחב יותר לעומת הדרך להיטיב עם הצד התמים יותר בחוזה פסול שיש בסעיף 31.

עמדת המשפט הישראלי: אין פסיקה חד משמעית כהלכה. אמרות האגב בפסיקה הולכות לכיוון הגישה המפוצלת- החוזה בלתי חוקי לצד שידע על המטרה הבלתי חוקית ואילו החוזה חוקי כלפי הצד התמים.

ד. **בלתי חוקי בביצועו**- בזמן כריתת החוזה היה חוקי ומטרתו הייתה חוקית. ואילו, עד שהגיע מועד ביצוע החוזה שונה החוק וכעת הוא בלתי חוקי- סעיף 30 לא עוסק במצב כזה. מצב כזה יכול להיות "סיכול" סעיף 18 לחוק התרופות (רצו משהו והשתנו הנסיבות שלא מאפשרות כרגע את החוזה- נלמד בהמשך)

ה. **חוזה שסותר את תקנת הציבור-**

תקנת הציבור כפי שהיום הפסיקה מבינה אותו- הוא מושג עמום כמו תום לב. אין הגדרה של מה זה סותר את תקנת הציבור. ביהמ"ש הוא שקובע מה סותר את תקנת הציבור לפי הערכים, עקרונות היסוד של השיטה וכו' ביהמ"ש צריך לקבוע אם זה סותר את הסדר והמוסר הציבורי.

במשך שנים רבות המושג תקנת הציבור היה מצומצם מאוד.

הפסיקה האגלית ובעקבותיה הפסיקה הישראלית קבע כי חוזה הסותר את תקנת הציבור הוא בשלושה מצבים ספציפיים בלבד: (אלו קטגוריות עתיקות)

1. חוזה או תנאי בחוזה שמתיימר לפתור צד מאחריות לנזקי גוף שהוא גרם לצד השני.

2. תנאי בחוזה עבודה בין עובד ומעביד שמגביל את חופש העיסוק של העובד כשהוא מסיים לעבוד אצל אותו מעביד. רק כשהתנאי הוא בלתי מידתי – שהוא רחב מידי מבחינת הזמן או ההיקף הגאוגרפי או מבחינת היקף האיסור.

3. חוזה בלתי מוסרי- המושג עצמו הוא מושג עמום. באותם ימים גם המושג של "בלתי מוסרי" היה מוגדר לנושא ספציפי אחד ויחיד והוא הבטחת נישואים כשאחד מבני הזוג לא פנויים.

למה בכלל לקחו מושג פתוח כמו תקנת הציבור וסגרו אותו לשלושה מצבים ספציפיים?

השופט שמגר בפס"ד חיימוב נ' חמיד אומר כי הסיבות להגבלת תקנת הציבור בעבר הם:

א. שופטים לא היו מיומנים בשימוש בנורמות פתוחות מסוג זה. הם פחדו שתקנת ציבור הוא סוס פרא שאם יעלו על גבו לא ידעו לאן הוא יקח אותם- נימוק זה כבר לא רלוואנטי.

ב. מתוך שמירה קנאית על עקרון חופש החוזים-בעבר עוצמתו של עקרון חופש החוזים היה מאוד גדול. ככל שנגדיל את תקנת הציבור יהיה לביהמ"ש סיבות רבות להתערב בחופש החוזים.

ג. בתי המפשט לא אהבו להכריז על חוזה פסול כי אז הוא היה מפסיק את הטיפול בחוזה ולא היה יכול לצוות על השבה ולעשות צדק יחסי בין הצדדים.

המושג של תקנת הציבור החל מפס"ד חיימוב נפתח והפך להיות מושג פתוח כמו תום לב. כך בעצם הפכו מכשיר מיושן להתערבות בחוזים למכשיר מודרני . ההשפעות של סעיף 31 הם שהפכו את מושג תקנת הציבור לכלי התערבות מודרני בחוזה.

**מדוע דווקא שתי הקטגוריות של תניית פטור והגבלת חופש העיסוק נחשבו סותרים את תקנת הציבור?**

1. כיוון שהדוקטרינה של חוזה פסול מתערבת בחופש החוזים. אחת הסיבות לצמצום שלה בעבר היה עוצמתו של חופש החוזים כעקרון על בחוק החוזים אשר שיקף את רעיון אוטונומית האדם הפרטי, הרעיונות הליברלים שהתפתחתו במחצית המאה ה19 תחילת המאה ה20 , חופש האדם וכו' . על רקע תפיסות אלו חופש החוזים נתפס כעקרון מקודש .
2. שלמות הגוף- כשאדם באמצעות החוזה מאפשר לפגוע בשלמות גופו של אדם או בבריאותו מבלי להיות אחראי לכך- זה פוגע בזכות לשלמותו הגופנית – דבר שיותר חשוב אפילו מחופש האדם ובטח מחופש החוזים.

**סעיף 31**

***31. תחולת הוראות***

*הוראות סעיפים 19 ו - 21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.*

קובע את כל התוצאות הנלוות לחוזה פסול. התוצאות הנלוות לבטלותו של חוזה פסול:

1. סעיף 19 – **בטלות חלקית** של החוזה אם זה אפשרי.

קיימים שלושה תנאים ע"מ שהבטלות תהיה חלקית ולא שלמה:

1. החוזה ניתן להפרדה לחלקים. פס"ד מזל אילן- שם ניתן להפריד לחלקים כנגד כל אחת מההתחייבויות של אדם אחד יש מחיר שהצד האחר צריך לבצע.
2. עילת הפסלות- אי החוקיות נוגעת רק לחלק מהחוזה ולא לחוזה בשלמותו.
3. הבטלות החלקית לא פוגעת במהות החוזה- שלא תיצור חוזה שהצדדים כלל לא רצו ולא התחייבו לו.
4. סעיף 21- **השבה**. תוצאות אלו באו להרתיע מצד אחד ולכבד את רצון הצדדים (אם זה לא בא על חשבון ההרתעה) וההשבה באה לפתור את הבעיה שכשחוזה בלתי חוקי בטל שלא ישארו שאריות קנייניות בשטח.

המשך הסעיף הוא יוצא מן הכלל ובו 2 מנגנונים (כדי להבטיח שהחוטא לא יצא נשכר):

1. לביהמ"ש יש סמכות לפטור צד מחובת השבה.
2. לצוות על קיומו של החוזה חרף בטלותו. התנאי לכך הוא שצד אחד כבר קיים חלק משמעותי מהחיוב שלו.

בפס"ד טנדלר נ' קוזניצקי יש חוזה שאף צד לא קיים עוד את חיובו משום שעוד לא הגיע המועד לחיוב. האם במצב זה אפשר להפעיל את סעיף 31 סיפא ולהורות על קיום החוזה שבטל לפי סעיף 30 ?

**בפס"ד זה ביהמ"ש דן בשאלה מתי יהיה ראוי לצוות על קיומו של החוזה הבטל למרות שאף צד עוד לא קיים את חיוביו כי טרם הגיע המועד?**

השופט עמית בפס"ד קוזמיצקי אומר כי לפי דעתו אם עדיין לא קויים חיוב עפ"י החוזה כי לא הגיע המועד- אותו צד שמבקש מביהמ"ש להורות על קיום החוזה הבטל צריך להצהיר על כך שכשיגיע המועד הוא מתכוון לקיים אותו ולכן יכול ביהמ"ש להפעיל את סיפא סעיף 31- להכריז על קיום החוזה.

**פטור מחובת השבה וציויי קיום בחוזה – אלו חריגים** למצב הרגיל של בטלות והשבה מלאה.

בשני המקרים ביהמ"ש שוקל שיקולי צדק- בפס"ד קוזניצקי השיקולים דומים ביסודם:

דוגמאות לשיקולים של ביהמ"ש להפעלת **החריג של קיום החוזה**:

1. עד כמה אי החוקיות חמורה- אם אי החוקיות היא לב החוזה ביהמ"ש לא יאכוף אותו.

אם אי החוקיות היא צדדית למטרה המרכזית של החוזה- אז ביהמ"ש יכול להורות על קיום.

1. קיימת דרך חוקית לקיים את החוזה- ביהמ"ש לעולם לא יצווה על קיום חוזה בדרך בלתי חוקית.
2. האשם היחסי בין הצדדים- נאכוף את החוזה לטובת הצד הפחות אשם- כדי שלא יצא חוטא נשכר.
3. מניעת פגיעה בצד ג' תם לה שלא היה שותף לאי החוקיות- ביהמ"ש יאכוף חוזה אם אי אכיפתו פוגעת בצד ג' תם לב שהסתמך על החוזה. בפס"ד שילון נ' בארי- היה מדובר בעסקה בין בעל קרקע לבין קבלן, סוג של עסקת קובמבינציה והיו בה אלמנטים בלתי חוקים- יבנו חלק מהדירות שלא בהיתר הבנייה. אי החוקיות תפלה למטרה העיקרית. כבר היו כאלו שקנו דירות בבניין והם לא ידעו על אי החוקיות והסתמכו על החוזה הבלתי חוקי. ולכן אכפו את החוזה למרות אי חוקיותו.

**האם כאשר ביהמ"ש מחייה את החוזה עפ"י סעיף 31 סיפא , החוזה חוזר לחיים במלוא מובן המילה או שהוא מת חי**? למשל, אם בחוזה הבטל יש סעיף של פיצויים מוסכמים, האם כשביהמ"ש קבע כי צד אחד הביע על נכונות לקיימו והוא מצווה על קיום החוזה, האם המשמעות היא שכל החוזה קם לתחייה ואז הוא הופר, אפשר לתבוע פיצוי עפ"י המוסכם בחוזה? או שהחוזה עצמו בטל וזה שביהמ"ש ציווה על קיומו לא מחזיר את החוזה כולו לחיים אלא רק אומר לקיים את חיוביו? **שאלה זו נשארת בצריך עיון ואין פסיקה לגבי זה**.

**סוגיות נוספות לדיון לגבי חוזה פסול** :

1. האם הפעלתו של החריג שבסעיף 31 סיפא במישור של החייב העיקרי מחזירה לחיים גם את החוזה של הערב?

פס"ד שלוש נ' בנק לאומי לישראל: נכרת חוזה הלוואה בין בל"ל לארמן. וערבות בין בלל לשלוש. לפי חוקי הערבות, החיוב של הערב הוא משני לחיוב של החייב. אם חוזה ההלוואה בטל כי הוא בלתי חוקי (לא קיבל אישור מבנק ישאל לגבי הלוואה לתושב חוץ) אוטומטית בטלה הערבות.

**השאלה המתעוררת בפס"ד היא מה היה קורה במצב בו חוזה ההלוואה שבטל היה עומד על הפרק והדיון שהיה מתעורר הוא בנוגע לחוזה ההלוואה וארמון היה מתייצב ומבקש לצוות על קיום החוזה** (אי החוקיות טפלה לחוזה, חלק מהחיוב כבר בוצע, ואפשר להשיג היתר מבנק ישראל) **וביהמ"ש היה מחזיר לחיים את החוזה. האם במצב זה אוטומטית חוזר לחיים גם החיוב של שלוש בחוזה הערבות?** תשובת ביהמ"ש היא שכן. אבל הוא מסייג באומרו שלפחות במקרה כמו כאן בו שלוש לא תם לב. אם שלוש היה תם לב אזי ביהמ"ש היה שוקל אולי לא להחיות את החוזה כדי לא לפגוע בצד ג'- שלוש. אם כי בנסיבות שלנו הערב לא תם לב ולכן ביהמ"ש לא חושש להחיות את החוזה משיקולי צדק.

1. היחס בין חוזה בלתי חוקי לחוזה למראית עין-
* חוזה למראית עין סימולציה מלאה- יש גילוי חיצוני של חוזה אבל שני הצדדים לא מתכוונים לקיים אותו ולא מתכוונים לפעול על פיו. אומד דעתם האמיתי היא שלא יבוצע החוזה.

דוגמא: אדם יודע שעומדים לעוט עליו נושים אז הוא עושה חוזה בו הוא מעביר את כל רכושו במתנה לאחיו. כוונתו האמיתית לא להעביר לאח אלא רק שהנושים יחשבו שאין לו כסף.

* חוזה למראית עין סימולציה חלקית- במסגרתה הצדדים כלפי חוץ מראים חוזה א' ולא מתכוונים לבצע אותו אלא מתכוונים לבצע חוזה ב'.

דוגמא: כל החוזים שמסתירים בהם מס.

**כאשר נעשה חוזה למראית עין, למטרה בלתי חוקית**:

**האם נדון בו עפ"י דיני החוזה למראית עין או עפ"י דיני החוזה הבלתי חוקי?** האם נחיל עליו את סעיף 13 או את סעיפים 30 31?

בשני המקרים הללו התוצאה זהה- היא בטלות ובשניהם יש חובת השבה. בחוזה למראית עין חובת ההשבה נובעת מדיני ע"ע: אם אחד הצדדים קיבל משהו עפ"י החוזה והחוזה לא קיים עכשיו הוא מחזיק במשהו שלא מכוח הדין.

במקרה של חוזה בלתי חוקי יש סמכות לביהמ"ש לפטור צד מחובת השבה בכולה או במקצתה, אבל גם סעיף 2 לחוק ע"ע מקנה לביהמ"ש סמכות לפטור מחובת השבה כולה או מקצתה משיקולי צדק.

**ההבדלים בין ס' 31 לס' 13:**

1. שמירה על זכויות צד ג' שקיימת בסעיף 13 ולא ב31:

בסעיף 13 נאמר כי אם א' וב' עשו חוזה למראית עין- החוזה בינהם בטל. אבל, אם יש צד שלישי שרכש זכויות והסתמך על החוזה בתום לב –הזכות שלו מוגנת. בס' 31 זכות זו לא קיימת אולם התחשבות בצדדים שלישיים היא שיקול שביהמ"ש שוקל כשרוצה להחיות את החוזה.

1. אפשרות להחייאת החוזה שקיימת בסעיף 31 ולא ב13:

בחוזה למראית עין- אין הגיון להחיות את החוזה כי אז אנו מחיים אותו בניגוד לרצון הצדדים. לעומת זאת, בחוזה בלתי חוקי הצדדים כן מעונייים בחוזה פשוט שיש בו אלמנט לא חוקי שהחברה לא מקבלת אותו.

**מבחינה היסטורית** בכלל לא התבלטו שאלה זו בעליון והיו מכילים את הדין של חוזה בלתי חוקי. בפס"ד ביטון נ' מזרחי השופט ברק אמר בדעת מיעוט לראשונה כי אין להפעיל את הדין של חוזה למראית עין וכי יש לעשות סדר בחיים. אם החוזה הוא למראית עין הוא כלל לא קיים ואי אפשר להגיע לדיון בתוכן שלו בגלל שהתוכן שלו הוא בלתי חוקי (האי חוקיות דנה בתוכן) מראית עין אומרת לנו שחוזה מעולם לא נכרת ולכן שאלת התוכן לא עולה לדיון. סוגיית החוזה למראית עין קודמת לסוגיית החוזה הבלתי חוקי.

**אם החוזה למראית עין בטל ומאחוריו מסתתר חוזה אחר (סימולציה חלקית) מה דינו של החוזה האחר**? ישנן נידון בפס"ד מזל אילן אולם, יש מחלוקות בקשר לתשובה, שני השופטים האחרים לא הסכימו איתו ואין הכרעה ברורה בפסיקה.

בפסד מזל אילן:

עמדת השופט פוגלמן – יש צורך בסיווג החוזה או שהחוזה הוא בלתי חוקי או שהחוזה הוא למראית עין. סוגיה זו נקבעת ע"י כך שיש לראות את התכלית שעומדת מאחורי רצון הצדדים. ולפי זה לסווג את החוזה- אי אפשר לקבוע מראש.

השופט הנדל - מעיר על עמדת פוגלמן ואומר כי הדין של חוזה למראית עין יכול לחול רק ביסטואציה של סימולציה מלאה ולא בסיטואציה חלקית- כי בסימולאציה חלקית הצדדים מתכוונים לעשות חוזה ולכן הוא מעיר לפוגלמן.

אומר כי זה לא חייב להיות או או אלא זה יכול להיות גם חוזה למראית עין וגם בלתי חוקי- זה מעמיד אותנו בדילמה- האם אפשר להחיות את החוזה או לא? הנדל אומר כי הסיבה שהוא רוצה שזה יכול להיות גם זה וגם זה זה כדי להרחיב את שיקול הדעת של בית המשפט ולכן אפשר להחיות אותו משום שהתוצאות של 31 רחבות יותר וכך אפשר לבחור מה להחיל והתוצאות האופרטיביות יהיו עפ"י סעיף 31.

**2. תום לב** ככלי להתערבות בתוכן החוזה. (סעיף ד(4) בסילבוס).

דיברנו על תום לב בהקשר של פרשנות חוזה ובהקשר של השלמה.

**בית המשפט משתמש בעקרון תום הלב גם בשביל התערבות בתוכן החוזה**:

פס"ד יטח נ' מפעל הפיס- אדון יטח טוען שהכרטיס שלו זכה בהגרלת היובל בסכום של כ4 מיליון ש"ח. מפעל הפיס לא רצה לשלם לו משום שבתנאי ההגרלה כתוב שצריך למסור פיסית את הכרטיס כתנאי לקבלת הפרס ואילו יטח השמיד את הכרטיס בטעות. למה ביהמ"ש לא קובע שהתנאי הזה סותר את תקנת הציבור? אילו היה קובע כך התנאי היה בטל ואז אדון יטח היה יכול לקבל את הזכייה. אולם, אז לאחר מכן היו באים עשרות אנשים ונשבעים שהם בעלי כרטיסים זוכים אולם הכרטיסים לא נמצאים אצלם פיזית. ביהמ"ש יכל גם להפעיל אולי את מנגנון תנאי מקפח בחוזים אחידים- אולם זהו לא תנאי מקפח. אם כי בעניין זה היה תנאי החזקת הכרטיס הפיזי מקפח את יטח וזאת משום שהייתה הסתברות גבוהה שאכן הכרטיס הוא של יטח (היו הוכחות לכך, מספר סידורי, עותק של הכרטיס, מיקום הכרטיס הזוכה ועוד) והחשש של מפעל הפיס מפני כפל תביעות כבר לא קיים (מפני שאחד מתנאי החוזה היא תקופת התיישנות מקוצרת של שישה חודשים ושישה חודשים אלו עברו מזמן ואף אחד אחר חוץ מיטח לא בא) בנסיבות אלו יש ודאות שזה יטח ואין חשש לכפל תביעות. השופטת ארבל אומרת כי בחוזה יש סעיף לגיטימי שהוא החזקה פיזית בכרטיס, אולם בענייננו כבר אין חשש עליו להגן ואז מפעל הפיס משתמש בסעיף לא לצורך המטרה אליה נועד (להגן על הזוכה האמיתי וכפל תביעות) אלא לשימוש אחר והוא להשאיר את הכסף אצלם- זהו שימוש שלא בתום לב! השופטת ארבל אומרת כי ברוב המקרים אם יש זכות בחוזה השימוש בה מותר , **אולם במקרים קיצוניים עצם השימוש בזכות החוזית הקיימת בחוזה לא למטרה לשמה היא נועדה יכולה להיות הפרה של חובת תום הלב.**

התוצאה כך היא במקרה ספציפי זה מקפיאים את הפעולה של הסעיף המורה על החזקת כרטיס פיזית לגבי המקרה של יטח.

**3. חוזים אחידים** ככלי להתערבות בתוכן החוזה (סעיף ד(2) בסילבוס).

א. חוק החוזים האחידים, התשמ"ג – 1982. שימו לב לסעיף 2, 22, 23- הם מגדירים את היקף התחולה של החוק

ב. ע"א 1795/93, **אגד נ' יוסף**, פ"ד נא (5) 433.

חוזים אחידים באו לעולם במחצית הראשונה של המאה ה20 . השימוש בחוזים אחידים הפך נפוץ יותר ויותר בעולם המערבי עד כדי כך שבערך 95-99% מהחוזים הם אחידים.

**לחוזים אחידים יש יתרונות רבים**:

1. מוריד עלויות.
2. יוצר סטנדרטיזציה.
3. שליטה של הנהלת חברות.

**לחוזה אחיד יש גם בעיות**:

החוזה נוסח ע"י צד אחד רק וכך הוא יכול לפגוע בקיפוח הזכויות של הצד השני.

פעמים רבות היה ויכוח האם חוזים אחידים הם בכלל חוזים? במהדורה הראשונה של ג. שלו היא הייתה בדעה שחוזים אחידים הם כלל לא חוזים (היא שינתה את דעתה מאז).

חוזים אחידים הם כן חוזים, אולם חלק מהמאפיינים שלהם שונים מהמאפיינים של החוזים שלמדנו עד כה:

1. בחוזים אחידים יש פערי כוחות בין הספק ללקוח. הספק הוא בעל המומחיות.
2. צד אחד קובע את תנאי החוזה- הספק. הלקוח בגדול לא משפיע על התנאים הללו והוא בדר"כ מקבל את החוזה על בסיס קח או הנח.
3. הלקוח לא קורא את החוזה. וגם אילו היה קורא לא היה מבין.
4. בדר"כ אין מו"מ של הצדדים- החוזה מתבצע רק בהצעה וקיבול.

מסיבות אלו המחוקק הישראלי הבין שיש צורך בדין מיוחד לחוזים האחידים ע"מ שתהיה אפשרות בהתערבות בתוכן.

המדינה הראשונה בעולם שהפכה רעיון תאורטי זה לחוק היא מדינת ישראל בשנת 1964 נחקק חוק החוזים האחידים הראשון בעולם.

בחוק החוזים האחידים הראשון היו תקלות בחוק שחוקק וזאת משום ש:

1. החוק היה אב טיפוס ראשון ולכן היו בו תקלות.
2. החוק הקדים את זמנו- הקרקע לא הייתה בשלה לקלוט חוק כזה – בעיקר בתי המשפט. בכל פעם שעו"ד ניסה לטעון שיש לבטל את הסעיף מכוח דיני החוזים האחידים השופט לא הבין מה הוא רוצה. עדיין לא הבינו שדיני החוזים האחידים הם שונים מהחוזים הכלליים וחופש החוזים הוא שונה שם.

בשנת 1982 הצטבר נסיון מהכשלים של החוק הראשון ורעיון החוזים האחידים חדר יותר לכל שיטות המשפט וחוקק חוק חדש משופר יותר.

כיום ישנה הצעה חוק על שולחן הכנסת שמשנה את החוק הנוכחי לגבי חוזים אחידים – משרד המשפטים הבין שלהצעת חוק דיני ממונות יקח המון זמן להקלט וחשוב לתקן את החוק כמה שיותר מהר. ולכן העתיקו את הפרק מהקודיפיקציה והגישו את החוק בנפרד משום שבחוק הנוכחי יש באגים רבים.

יש לזכור כי יש יחס שונה לחוזים אחידים לא רק בגדר חוק החוזים האחידים:

**יש התייחסות שונה לחוזים אחידים בנושא של פרשנות**- זה לא מוסדר בדין נפרד אלא הפסיקה קבעה כי הכללים הם שונים: מתחילים פרשנות מתכליות אוביקטיביות ולא סובייקטיביות.

ז"א גם בהפעלה של דיני החוזים הכלליים בנושא של חוזה אחיד- ההתייחסות היא שונה.

**בתי המשפט נוהגים להחמיר בחובת תום הלב בנושא של חוזה אחיד**.

היקף תחולתו של חוק החוזים האחידים

החוק מתחיל בסעיף "מטרה" מה שלא נראה עד היום. זהו סעיף הצהרתי ולא אופרטיבי. אחרי חיקוק החוק כבר נראו חוקים רבים בעלי סעיף המטרה.

סעיף המטרה אינו רק הצהרתי ויש לו גם משמעמות אופרטיבית- חקיקה כמו כל טקסקט משפטי מפרשים פרשנות תכליתית. ופה המחוקק במקום לתת לבית המשפט לפענח את תכלית החוק הוא מציב ישר את התכלית בעיני בית המשפט. וכך מטרתו של החוק הוא להגן על לקוחות מפני תנאים מקפחים בחוזים אחדים.

**סעיף 3-** סעיף הליבה של החוק:

***3. תנאי מקפח וביטולו***

*בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח).*

**היקף תחולת החוק**

שלושת הסעיפים הרלוונטיים כדי להבין את היקף תחולת החוק הם : 2,22,23.

**סעיף 2**- מגדיר את היקף התחולה. על מה החוק חל. נראה בפסיקה כי הפרשנות של סעיף זה היא רחבה.

**סעיף 22-** מחיל את החוק על המדינה הן כספק והן כלקוח.

**סעיף 23-** מסייג את תחולת החוק בארבעה מצבים ונראה כי פה הפסיקה פירשה את הסעיף באופן מצמצם. וזאת כדי להגיע למטרה של סעיף 1.

**על חוזה אחיד חלים כל דיני החוזים ובנוסף אליהם חוק החוזים האחידים**.

חוק החוזים האחידים הוא כלי נוסף והוא לא בא במקון או על חשבון כלים אחרים. במקרים רבים יותר נוח להשתמש בחוק החוזים האחידים. יש דוקטרינות נוספות שמאפשרות התערבות בחוזה אחיד: כמו תום לב, תקנת הציבור ועוד.

כדי להבין על מה חל החוק יש לעיין בהגדרות:

**סעיף 2**

***2. הגדרות***

*בחוק זה -*

*"חוזה אחיד" - נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם;*

*"תנאי" - תניה בחוזה אחיד, לרבות תניה המאוזכרת בו וכן כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות, ולמעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד לצורך חוזה מסויים "ספק" - מי שמציע שהתקשרות עמו תהיה לפי חוזה אחיד, ואחת היא אם הוא הנותן או המקבל של דבר;*

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

*"בית הדין" - בית הדין לחוזים אחידים המוקם לפי חוק זה.*

**"חוזה אחיד":** קיימות 2 דרישות מצטברות:

1. צריך להיות מנוסח מראש ע"י צד אחד.

2. צריך להיות מיועד להתקשרויות רבות עם הלקוחות הפוטנציאלים של אותו ספק.

טעות נפוצה בציבור הרחב היא שאם לא כל התנאים הם אחידים- חושבים שזה לא חוזה אחיד.

הנכון הוא שגם אם חלק קטן מהתנאים בחוזה עונים על ההגדרה של "נוסחו מראש ע"י צד אחד" – על סעיפים אלו יחול חוק החוזים האחידים. **אין הכרח שכל התנאים בחוזה יהיו אחידים.**

הפסיקה מפרשת את כל סעיפי ההגדרה באופן רחב.

בפסיקה התעוררה השאלה האם חוק החוזים האחידים חל על זכרון דברים?

זכרון דברים יכול להיות או חוזה או לא. אם הוא חוזה- והוא עונה על ההגדרה של חוזה אחיד- אז כן.

הסיפור היה: חברות קבלניות פעמים רבות מחתימים את הלקוחות על הסכם מקדמי שנקרא לפעמים "זכרון דברים" או "טופס הרשמה". המסמך הוא חוזי. הוא מצומצם יותר מהיקף החוזה הנרחב ולפעמים הוא מאפשר לשני הצדדים עוד לצאת מהחוזה בשלב שבין החתימה עליו לבין החתימה על החוזה הסופי. היועץ המשפטי לממשלה הביא לבית הדין חוזה של החברה הקבלנית כדי שיבטל תנאים מקפחים בו ואז עלתה השאלה אם יש על בית הדין לדון גם על זכרון הדברים. **ביהמ"ש ראה כי דווקא בשלב החתימה על טופס ההרשמה צריך יותר הגנה כי בשלב זה הלקוח בא עדיין בלי עורך דין ואז קבעו כי זכרון דברים גם הוא יכול להכנס תחת החוק.**

פס"ד אגד

ההתלבטות היא בגלל העובדה שעובדי האגודה של אגד הם גם חברים באגודה והמסמך שמסדיר את היחסים בין החברים מסדיר גם את יחסי העבודה. מצד אחד התקנון נראה כמו חוזה עבודה אחיד. מצד שני התקנון נוסד ע"י החברים המייסדים ואז לכאורה כלפי חברי אגד שהיו פעם צד להקמת האגודה ההגדרה "שנוסח ע"י צד אחד" לא חלה עליו. ואם מישהו הצתרף לאחר יסוד התקנון ולא יכול לשנות כלום- אזי התקנון משמש כהסכם וכן מקיים את דרישת חוק החוזים האחידים. ואילו מצב נוסף בו חברי האגודה משנים חלק מהסעיפים בתקנון- אזי הוא שוב שותף בעיצוב התקנון והם לא בגדר חוזה אחיד. כשיש הרבה חברים יש תסבוכת גדולה.

דעת הרוב במשפט אומרת כי אין צורך להיות קטנוניים עם ההגדרה בחוק ובאופן מהותי התקנון משמש כחוזה עבודה בין הצדדים באופי שלו וסוג זה מתאים שיחולו עליו חוק החוזים אחידים- **יש פה הרחבה מאוד גדולה של תחולת חוק החוזים האחידים**. (רוב אנשי הספרות המשפטית חושבים שהלכת אגד היא לא נכונה).

"כדי שיחול על חוזים רבים" – המילה "רבים" פירושה הוא לא המון. למשל, בחוזה קבלני לדירות הפסיקה אומרת כי זה מספיק.

"בלתי מסויימים בזהותם"- לא חייב להיות לציבור בכללותו , זה יכול להיות לקבוצה מסויימת כל עוד אין זיהוי ספציפי של הפרטים באותה קבוצה.

"תניה שמאוזכרת בחוזה אחיד "- סעיפי הפנייה. אם התנייה מפנה למסמך אחר שהוא אחיד- אזי גם התנייה היא בגדר חוזה אחיד.

"ולמעט תניה שהספק והלקוח הסכימו לגביה ספציפית" – כלומר, תנייה שהתנהל לגביה מו"מ לא חל עליה חוק החוזים האחידים. בפס"ד גרנות אמר בית המשפט כי המו"מ צריך להיות אמיתי ומהותי בו הספק בא באמת בנכונות אמיתית לשנות את התנאים.

שימי לב, במקרה בו שינינו יותר מידי סעיפים (הרוב) זה אומר שבעצם ללקוח היה כוח גדול במיקוח ולכן יכול להיות שגם מעט הסעיפים שלא שינינו הם כי הלקוח הסכים לא לשנות אותם- במצב זה כל החוזה הוא כבר לא חוזה אחיד.

**מזה "ספק" ומזה "לקוח"**

ספק הוא מי שמספק את תנאי החוזה.

זה מאוד מבלבל למשל, בפס"ד ארגון בתי אבות: יש זקנים שהמדינה ממנת את השיכון שלהם בבית אבות. מבחינה כלכלית הספק הוא בית האבות והלקוח הוא המדינה- אולם מי שקובע את החוזה הוא המדינה. במקרה הזה למרות שהמדינה היא זו שמשלמת את הכסף ובית האבות הוא מספק את השירות- מבחינת הדין- המדינה היא הספק ובית האבות הוא הלקוח.

לסיכום, חוק החוזים האחידים חל על תנייה בחוזה שבין ספק ללקוח. למעט תניות שנוהל עליהם מו"מ.

**סייגים לתחולת החוק**

***23. סייגים לתחולה***

*(א) הוראות חוק זה לא יחולו על -*

*(1) תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח;*

*(2) תנאי התואם תנאים שנקבעו או אושרו בחיקוק;*

*(3) תנאי התואם תנאים שנקבעו בהסכם בין-לאומי שיש שישראל צד לו;*

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

**סעיף 23 (א) מציין 4 סוגים של תנאים בחוזה עליהם לא יכולה לחול טענת קיפוח בחוזה אחיד:**

1. סעיף קטן 4- הסכם קיבוצי הוא הסכם עבודה מסוג מיוחד, האופי שלו דומה יותר לחוק ולא לחוזה ולכן כדי להסיר כל ספק הוציאו אותו החוצה. שימי לב, משום שהוציאו מהחוק הסכם עבודה קיבוצי זה אומר כי הסכם עבודה רגיל (שהוא לא קיבוצי) עליו כן חל חוק החוזים האחידים.
2. סעיף קטן 3- מדינת ישראל חתומה על אמנות בינלאומיות. הסכם כזה שישראל צד לו איננו חלק מהדין הישראלי באופו עקרוני. למשל בהולנד כל הסכם בינלאומי שהולנד חותמת עליו הופך להיות חלק מהמשפט ההולנדי. בישראל כדי שחוזה יהפוך לחוק מחוקק צריך לעבור 3 קריאות בכנסת. אם יש חוזה ישראלי אחיד שסעיף שבו תואם הוראה באמנה בינלאומית שישראל צד לו ההוראה הזאת בחוזה היא חסינה מפני ביטול או שינוי באמצעות חוק החוזים האחידים.
3. סעיף קטן 2- אם יש בחוזה האחיד תנאי שתואם הוראת חוק או חיקוק (תקנה)- התנאי חסין מפני התערבות של בית המשפט לפי חוק החוזים האחידים. העליון מסביר חריג זה כי ההנחה היא שכשהוראה מסויימת נקבעה בחיקוק היא נבדקה ע"י מהחוקק וסימן שהסעיף הזה הוגן ולא מקפח.

ביהמ"ש נוהג להתייחס בצמצום לסעיף זה לפחות בשני מובנים שהוצגו בפסיקה:

צמצום ראשון-

 בפס"ד אגד ניסו לטעון כי תנאי לא מקפח משום שהתקנו אושר ע"י מקח האגודות והוא סמכות מנהלית ועפ"י פקודת האגודות השיתופיות חייבים לקבל אישור של רשם האגודות השיתופיות- ולכן טענה אגד כי מכוח החוק רשם האגודות אישר אותו ולכן חל החריג של 23 (א) (2) והתנאי לא מקפח. ביהמ"ש אמר כי זה שזה נבדק ע"י גוף סטטוטורי זה לא אומר שהתנאי תואם הוראה שבחיקוק. ביהמ"ש מפרש בצמצום את החריג של סעיף 23 (א) (2).

הצמצום השני –

שהוצג בפסיקה הוא- במקרה של חוזה מכר יש תנאי שתואם הוראה בחוק ההגבלים העסקיים. האם תחול החסינות מכוח סעיף קטן 2? פרופסור בר ניב טוען שלא- כל תנאי הוא תמיד תלוי הקשר. תנאי שהוא סביר בהקשר לדיני מכר לא בטוח שיהיה סביר בהקשר אחר. זו לא שאלה טכנית וההתאמה צריכה להיות אם התנאי התואם עוסק באותו עניין שעוסק החיקוק.

\*\*בהצעת חוק החוזים האחידים שבכנסת (המופיע גם בקודקס) נאמר בסעיף זה: " הוראות החוק לא יחולו על תנאי התואם תנאים שנקבעו בחיקוק בהתאם לתכליתו של אותו חוק"- משרד המשפטים אימץ במפורש את הגירסה המצמצת.

הדין היום לא ידוע כי אין פסיקה בעניין- אם כי סביר להניח שהגישה תהיה בצמצום המירבי.

1. סעיף קטן 1- אומר כי ההוראות של החוק לא יכולו על תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח. בעצם הוא לא חל על הדבר החשוב ביותר בחוזה.

הרציונל לכך הוא הוא שחוק החוזים האחידים רוצה להגן על הלקוח מההנחה שהלקוח לא קורא או לא מבין את החוזה. אולם, הדבר היחיד הוודאי אליו מודע הלקוח- זה המחיר. ולכן לא דורש הגנה בעניין. זה באותה מגמה שבה לא מבטלים חוזה בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה- הסיכון לגבי המחיר הוא בעייה של הלקוח.

הסעיף מדבר על מה ש"הלקוח" שילם. אך מה לגבי "התמורה הכספית שישלם הספק"? זכרי כי הספק הוא לאו דווקא המוכר- למשל בדוגמא של בית האבות- המדינה היא שמשלמת והיא הספק. בעצם, קיימת טעות בניסוח החוק- טעות זו גרמה לכך שיש פסיקה ישנה מאוד של בית הדין לחוזים אחידים שאומרת כי הטעות היא טכנית אבל יש פסיקה חדשה יותר . בפס"ד בית האבות- הספק היה המדינה והלקוח (בית האבות) ביקש להתערב בתמורה הכספית בטענה שהיא מקפחת.מה שהמדינה עשתה זה לתקן את החוק בהצעה החדשה שמונחת על השולחן כיום. לכך שיחול על תמורה כספית שמשלם הלקוח או הספק. **גישה זו מצמצת את החריג עוד יותר.**

**צמצום נוסף-** מה היקף המושג "תמורה כספית"?

למשל, האם סעיף הקובע את המדד שצמוד למחיר הוא בהגדרה של "תמורה כספית"?ככל שנצמצם אותו יותר כך היקף הסייג יהיה יותר מצומצם. ככל שנרחיב זאת יהיו יותר סעיפים שלא נוכל להחיל עליהם את החוק.

בחוזים ארוכי טווח לקבל שירות או אספקת מוצר לאורך זמן, **ניתן לראות לפי סעיף 4 לחוק כי כן יש התערבות במחיר**. חייבת להיות דרך לעדכן את המחיר. האם מנגנון מחיר הוא חלק מהתמורה ואז בעצם, ביהמ"ש לא יכול לבטל או לשנות אותו בטענה שהוא מקפח או שהוא לא חלק מהמושג תמורה?

קיים לפחות מנגנון עדכון מחיר אחד אחד שחזקה שהוא מקפח. זהו מנגנון עדכון מחיר שהספק יכול לשנות את המחיר איך שירצה- לגבי מנגנון זה הנוגע לתמורה בכספית- יש התערבות עפ"י חוק החוזים האחידים. **זהו רמז לכך שלא כל מה שקשור לתמורה הוא מחוץ לנגיעות החוק.**

מה לגבי מנגנון עדכון מחיר שלא נוגע לרצון הספק אלא הוא לפי מדד והצמדה? האם הוא בכלל לא כפוף לחוק כי הוא חלק מהמושג "תמורה"? או שהוא חלק מהחוק פשוט אין עליו חזקת קיפוח בסעיף 4? בית הדין לחוזים אחידים יצא מתוך הנחה שיש סמכות לטפל בתנאי כזה- ז"א אין לגביו חזקת קיפוח אבל הוא לא חלק מ23 (א) (1) וכן **חלים עליו חוקי החוזים האחידים**.

בפס"ד שיכון ופיתוח- בית הדין בדק חוזה מכר דירה של חברה קבלנית- אחד התנאים היה שהמחיר של הדירה צמוד לממד, אבל לא בדיוק- אם המדד עולה המחיר עולה אבל אם המדד יורד אל מתחת למחיר הבסיסי במועד החתימה אזי המחיר לא ירד מתחת למחיר זה. יש פה מנגנון שלא תלוי בשיקול דעת הספק אבל הוא לא בדיוק מאוזן. נטען שתנאי זה הוא מקפח. עד לפני הפס"ד היינו בדעה כי לביהמ"ש אין סמכות להתערבות בנוגע לתמורה שלא לפי שיקול הספק אז ביהמ"ש לא יכל היה לבדוק את התנאי בטענה שאין לו סמכות בנושא זה מכוח סעיף 23 א 1- אולם בנסיבות עניין אלו ביהמ"ש כן בדק את התנאי ולכן אנו רואים לי לביהמ"ש יש סמכות להתערב.

\*\*בעקבות הפס"ד הוגשה הצעת תיקון לחוק שהתקבלה לפני כמה חודשים והיא הוסיפה לרשימת החזקות המקפחות שבסעיף 4 את סעיף 11 שאומר שיש חזקת קיפוח לגבי תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחד למדד כלשהו כך שעלייה או ירידה שלו לא תזכה את הלקוח.

**בעקבות תיקון החוק ברור כי החוק חל על כל מנגנון עדכון מחיר בין אם הוא נתון לשיקול דעתו של הספק ובין אן לאו.** הרציונאל מאחורי זה הוא שהלקוח מבין את משעמות המחיר ובה אין עדיפות חוכמה של הספק- אולם, במנגנוני הצמדה הלקוח לא מבין את הטריקים שעושים במנגנונים אלו.

מה לגבי מחיר בחוזה שהוא המחיר עצמו אבל אף אדם בר דעת לא מסוגל להבין אותו? האם על מחיר כזה יכול לחול חוק החוזים האחידים? מבחינת הרציונאל של החוק- ברור שכן. אולם מבחינת לשון סעיף 23 (א) (1) - לא.

\*\*בנושא הזה הצעת החוק החדשה עושה שינוי מסויים (לדברי גלבדר השינוי לא מספיק ברור) החוק אומר כי "לא תהיה התערבות לגבי התמורה שישלם הספק או הלקוח בעד נושא העסקה"- מילים לא מובנות כלל ! בדברי ההסבר של ההצעה מוסבר כי הכוונה שהחוק לא יחול רק על מחיר נקוב . ז"א הסייג בסעיף 23 (א) (1) יחול רק על מחיר נקוב (המחיר עצמו).

\*\*המגמה היא לצמצם את סעיף 23 (א) (1) כך שיחול רק על המחיר הנקוב וכל מה שמסביב יהיה לשיקול ביהמ"ש.

**סעיף 22-**

***22. דין המדינה***

*לענין חוק זה דין המדינה כדין כל אדם אחר.*

המדינה יכולה להיות גם ספק וגם לקוח.

המדינה משתמשת בחוזים לפעמים כדי למלא פונקציות שלטוניות, ליישם מדיניות שלטונית. בניגוד לאיש עסקים שמשתמש בחוזים כדי למקסם את הרווח הכספי שלו.

1. **הדין חל על המדינה גם בנוגע לחוזים הבאים ליישם פונקציות מדיניות שלטונית:**

דוגמא:

פס"ד מבית הדין לחוזים אחידים- פס"ד גרנות: הוגשה תביעה ע"י ארגון גרנות שהוסמך לייצג קיבוצים ומושבים נגד מנהל מקרקעי ישראל שהוא זרוע של המדינה. התביעה טענה שיש תנאים מקפחים בחוזה שבו מנהל מקרקעי ישראל מחכיר את הקרקעות החקלאיות לקיבוצים ולמושבים. החוזה הוא אחיד והטענה שיש בו תנאים מקפחים. המדינה באה בטענה מקדמית ואמרה כי אין לבית הדין סמכות לדון בתביעה זו משום שהחוזה הוא לא מסחרי אלא הוא נועד ליישם מדיניות שלטונית- קרקעית של מדינת ישראל. הקרקעות החקלאיות הם הרזרבה הקרקעית של המדינה והמדינה מחכירה אותם בכלל במחיר מאוד נמוך משיקולים של הכוונת מדיניות- בעתיד הקרקעות האלו ישמשו לבניית בתים למתיישבי ישראל ובינתיים החקלאות שומרת על הקרקע. התעוררה השאלה מה פירוש "דין המדינה כדין כל אדם"- האם על המדינה חל חוק החוזים האחידים ולא משנה מה מהותו של החוזה? בית הדין אמר כי זה חוזה אחיד- כל ההגדרות של חוזה אחיד חלות כאן. העובדה שהמדינה היא הספק לא משנה- כי דין המדינה כדין כל אדם. אולם, ברור שאופיו של החוזה- שהוא לא למטרת רווח- יכתיב את התוצאה לגבי השאלה האם התנאים הם מקפחים או לא. ז"א יש סמכות- דין המדינה היא כדין כולם ובית הדין יכול לדון בנושא. אולם, משיקולי מדיניות בין הדין החליט שתנאים אלו לא מקפחים.

2. התנגשות פתקידי הממשלה בין כובע היועץ המשפטי לבין כבוע הספק/לקוח:

מה יקרה במסגרת ההליכים בבית הדין כשהמדינה היא הספק?

היועץ המשפטי לממשלה הוא בדר"כ צד להליך והוא בעצם עובד מדינה. עד היום לא היו הליכים בהם היועץ המשפטי לממשלה הגיש תביעה נגד המדינה , מסיבות לא ברורות, לא בגלל שבחוזים אחידים של המדינה לא היו תנאים מקפחים. אין לזה תשובה ברורה.

ספק יכול גם ליזום הליך בבקשה שביה"ד יאשר שאין תנאים מקפחים בחוזה שלו. אם אני בנק ואני מגישה בקשה לאישור היועמ"ש. מה יקרה אם המדינה תגיש בקשה לאישור? מי יעמוד מולה?

א. הבעיה לא כזו חשובה כי המדינה מעולם לא הגישה בקשה כזו.

ב. **בסעיף 12 (ג)** כתוב כי אם ליועץ המשפטי קשה לו לעמוד נגד המדינה. יכול בית הדין למנות עורך דין אזרחי שיטען נגד המדינה.

המורכבות של סעיף 22 היא שהמדינה לפעמים מופיעה כספק ולקוח וכמחוקק והכי חשוב שיש לה את הכובע של היועץ המשפטי לממשלה שהוא בעל תפקיד חשוב בבית הדין לחוזים אחידים. זה יוצר ערבוב. פעמים כשהיא מופיעה כספק היא טוענת טענה מסויימת ואחר כך כשמופיעה היועץ המשפטי לממשלה זה יכול להיות טענה הפוכה. למשל בנושא של סעיף 23 א 1 כשהמדינה מופיעה בכובע היועץ המשפטי לממשלה היא רוצה לצמצם את הסעיף כדי לבדוק כמה שיותר סעיפים ואילו כשהיא הייתה הספק בנושא בית האבות היא טענה אחרת.

**בית הדין לחוזים אחידים**

בזמן חיקוק החוק הוא הקים בית דין לחוזים אחידים.

בסעיף 2 מוגדר:

*"בית הדין" - בית הדין לחוזים אחידים המוקם לפי חוק זה.*

בית הדין לחוזים אחידים קרוב יותר לבתי המשפט הרגילים .ערעור על פס"ד של בית הדין מוגש לבית המשפט העליון. הוא לא חלק מהמערכת אבל הוא קרוב יותר מאשר בית הדין לעבודה- אי לו ערכאת ערעור ולכן הערעור עובר לעליון. בית הדין יושב בדר"כ בהרכבים של שלושה. אב בית הדין הוא שופט של ביהמ"ש המחוזי.

בבית הדין יושבים אנשי אקדמיה שמשמשים כשופטים של בית הדין לעבודה (יש להם עוד עיסוקים – גלברד הוא שופט בבית הדין לחוזים אחידים).

**ההליכים המתבצעים בבית הדין**

האם לקוח יכול להגיש תביעה לבית הדין לחוזים אחידים? לא. הוא יכול להגיש תביעה לביהמ"ש.

**בית הדין דן בשני סוגים של הליכים:**

1. מוסדר בפרק ג' לחוק- הליך של "בקשה לאישור" : בהליך הזה ספק מרצונו החופשי פונה לבית הדין בבקשה לאשר חוזה אחיד שהוא משתמש או מתכוון להתשמש בו. החוזה נבדק (המשיבה הוא היועץ המשפטי לממשלה ולפעמים גופים ארגוניים נוספים)- החוזה מאושר או מאושר בשינויים מסויימים.

אישור זה מקנה יתרונות קטנים לספק:

א. הוא יכול לכתוב שהחוזה אושר ע"י בית הדין.

ב. החוזה זוכה לחסינות של 5 שנים מפני שינוי וביטול עפ"י חוק החוזים האחידים.

1. בקשה לביטול תנאים מקפחים- רשות ציבורית שקבועה בחוק בדר"כ היועץ המשפטי לממשלה או ארגוני צרכנים הממונים על הגנת הצרכן ומפקח על הבנקים ביטוח ועוד, יכולים לפנות לבית הדין בתביעה כנגד ספק בבקשה לבטל תנאים מקפחים בחוזה אחיד. שימי לב, אין כאן סכסוך בין הצדדים . אם יש סכסוך בין ספק ללקוח הוא נדון בביהמ"ש רגיל.

בביהמ"ש הרגיל אם עולה טענה של תנאי מקפח ההחלטה רלוונטית רק לאותו לקוח וספק שהם צדדים לתיק. אולם, בבית הדין לחוזים אחידים אם הוגשה תביעה כנגד ספק ובית הדין מבטל סעיפים מקפחים- הביטול חל אוטומטית על כל הלקוחות הקשורים בחוזה באותו נוסח של אותו הספק. לבית הדין יש גם סמכות להחיל זאת רטרואקטיבית.

\*\*אלו הליכים מעין ציבוריים.

**אישור חוזים אחידים**

פרק ג' לחוק סעיפים 12-15 עוסקים באישור חוזה אחיד.

**סעיף 12** אומר כי: "ספק" רשאי לבקש מבית הדין לאשר כי אין תנאי מקפח בחוזה אחיד שהוא מתקשר או מתכוון להתקשר על פיו על לקוח.

ספק יכול לפנות באופן וולנטרי לבית הדין לאישור חוזה אחיד. הליך זה הוא חריג משום שבדר"כ אנו לא מכירים במערכת המשפט הליכים של חוו"ד משפטי מראש- כשאין סכסוך.

למה שספק יזום הליך כזה?

זה אמור לתת לו 2 יתרונות:

1. מצוי בסעיף 15 לחוק- זוהי תעודת כשרות: יוכל לציין בגדול כי החוזה אושר ע"י בית הדין לחוזים אחידים. הדבר אמור לשמש תמריץ לספקים משום שזה עוזר למוניטין- זהו יתרון שיווקי. (היתרון הזה לא באמת עובד משום שרוב האנשים לא מכירים את בית הדין לחוזים אחידים).
2. מצוי בסעיף 14 לחוק- אומר כי תוקפו של אישור לחוזה אחיד הוא 5 שנים מיום מתן האישור. וסעיף 14 ב' אומר כי בתקופת תוקפו של האישור לא יוכלו לטעון בביהמ"ש שהחוזה מקפח- האישור של בית הדין נותן חסינות לחוזים של אותו ספק הן בבית הדין והן בבתי המשפט מפני הטענה שיש שם תנאים מקפחים.

זהו יתרון יחסי מהסיבות הבאות:

א. זה רק לחמש שנים – זו תקופה קצרה.

ב. אין חסינות מפני טענות אחרות- החסינות היא מפני תנאי מקפח- כאשר קיימות טענות רבות אחרות שניתן להעלות כנגד החוזה האחיד.

ג. זו לא חסינות מוחלטת- אפילו בתוך חמש השנים בללו קובע סעיף 14 ג' שבית הדין רשאי לבקשת היועץ המשפטי לממשלה לבטל תנאי שניתן עליו אישור גם בתוך התקופה של החסינות.

\*\*החסינות המוענקת היא מאוד מוגבלת ומצומצמת.

הסיבות לכך שספקים לא ירצו להגיש בקשת אישור חוזה לבית הדין:

1. עלויות.
2. אתה יודע איך אתה נכנס ולא יודע מה יצא מזה.
3. אתה מעלה בעיות שלא ידעו עליהם- הכנסת ראש בריא למיטה חולה.

\*\*הנסיון מראה כי אין הרבה הליכים של בקשות יזומות של ספקים להגשת אישור החוזה האחיד- היתרונות שזה מקנה אינם כה אטרקטיביים.

מקרים מעטים בהם ספקים מגיעים לבית הדין לאישור חוזה:

1. ספקים שאין להם ברירה- הם פועלים בשוק שיש לו רגולטור שמחייב אותם זאת (למשל, חברות הכבלים- חלק מתנאי הרשיון של משרד התקשורת הוא אישור החוזה בבית הדין).

חוק כרטיסי חיוב- כתוב ששר המשפטים רשאי לקבוע בתקנות שהוא מחייב את חברות האשראי להביא את החוזים לאישור בית הדין. (עד היום השר לא עשה זאת אבל הוא יכולה ואז הם יהיו חייבים).

1. ספקים שהעסק שלהם הוא על גבול החוקיות- מנהלים עסק שלא בטוח עד כמה הוא חוקי. ספקים אלו מצאו פטנט בו העסק לא חוקי אבל החוזה יהיה הוגן- אז בית הדין בודק את שאלת הקיפוח ויאשר את החוזה- אז בעקיפין אם מישהו יבוא בטענות לספק זה הוא יוכל לטעון כי החוזה כשר.

לאחרונה ניתן פס"ד בבית המשפט על קבוצות שמנהלות חוזי הימורים (לא עורכים הימורים אלא ההימור הוא במסגרת הלוטו/טוטו החוקיים והם רק מארגנים את הקבוצות ושולחות את ההימור יחד עם הקבוצה וההסכם הוא אם מישהו זוכה הזכייה מתחלקת איכשהו). אין הכרעה האם פעילות זו חוקית או לא חוקית אבל את החוזה שלהם הם מביאים לאישור.

1. כאשר מתחיל הליך בבית הדין של בקשה לביטול בה היועץ המשפטי לממשלה יוזם תהליך ביטוח חוזה- תוך כדי ההליך יש מגעים בין הצדדים ומצליחים להגיע לנוסח שהוא לא מקפח- הספק אומר כי אם כבר את הסעיפים המקפחים ביטלו לו אזי היועץ המשפטי לממשלה מוחק את עניין הביטול והחוזה מאושר ע"י בית הדין.

\*\*שימי לב- אין בקשות וולנטריות בדר"כ.

כשחוקקו את החוק חשבו שהספקים יהנו מהיתרונות של החוק אבל זה לא קרה. בשנת 2010 עלתה הצעת חוק פרטית מישראל ביתנו בה הציעו לעשות שינויים. הצעת החוק במקור הייתה מאוד רדיקלית- היא רצתה שכל ספק יביא את החוזה שלו לאישור. זה מאוד חריג כי זה נוגד את השוק החופשי. הרעיון עבר 2 עידונים בכנסת: בשלב הראשון רצו שספק שלא אישר את החוזה- יכתוב על החוזה שהוא לא אושר ע"י בית הדין. (זה עושה רושם רע מאוד על הלקוח). העידון השני אומץ בכנסת כתיקון (סעיף 15 (ב) שאומר כי סוגי ספקים שקבע שר המשפטים יציינו על גבי החוזים שהם עושים כי החוזה טרם אושר ע"י בית הדין. מה שאומר שספקים מסויימים שיקבע השר יהיה להם תמריץ כן להביא את החוזה לאישור. החוק אושר ונכנס לתוקף אולם בינתיים שר המשפטים לא קבע שום תקנה לגבי סוג ספק שחייב בחוק זה.

שימי לב, מה שקורה כרגע עפ"י החוק לא מאוד מוצלח- ספקים לא באים מיוזמתם לבית הדין.

\*\*משרד המשפטים **בהצעת חוק דיני ממונות** אומר כי אף אחד לא צריך את ההליך הזה בכלל- ההליך המרכזי הוא פרק ד' לחוק- תביעה של ספקים נגד היועץ המשפטי לממשלה על ביטול של תנאים מקפחים.

ההצעה בחוק דיני ממונות עושה תמריץ הפוך למה שהיה קיים:

1. ההצעה אומרת כי לא כל ספק יוכל לבוא לבית הדין ויהיה מבחן סף- יהיה צורך באישור בכלל אם להגיש את הבקשה ואם יש עניין ציבורי לבזבז זמן שיפוטי על העניין הזה.

2. ההצעה קובעת שגם חוזה שאושר תהיה רק חזקה לכאורה שהתנאים שבו אינם מקפחים- עדיין אפשר יהיה לתקוף את התנאים שלו בביהמ"ש רק נטל ההוכחה יהיה על מי שטוען שהתנאים מקפחים.

תמריץ החסינות יורד וזאת מתוך תקווה שההליך הזה יגווע והזמן היקר של בית הדין יוקדש להליכי ביטול של פרק ד'.

לדעת ד"ר גלברד זה תמוהה משום שאם זו המטרה יכלו פשוט לבטל את ההליך הזה וזה הכל.

**בקשה לביטול חוזה אחיד- פרק ד' לחוק**

**סעיף 16**

***16. בקשה לבית הדין לבטל תנאי מקפח*** *(תיקון: תשס"ו)*

*(א)2 היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו, הממונה על הגנת הצרכן והסחר ההוגן לפי חוק הגנת הצרכן, התשמ"א-1981, כל ארגון לקוחות ורשות ציבורית שנקבעו בתקנות, וכן ארגון לקוחות שיאשר שר המשפטים לענין מסוים, רשאים לבקש מבית הדין לבטל תנאי מקפח בחוזה אחיד.*

*(ב) שר המשפטים רשאי לקבוע לארגון לקוחות או לרשות ציבורית שנקבעו לפי סעיף קטן (א) תנאים להגשת בקשות לבית הדין.*

*(ג) המשיב לבקשה יהיה הספק המתקשר או המתכוון להתקשר בחוזה האחיד, וכן רשאי להצטרף כמשיב, באישור בית הדין, ארגון יציג של ספקים או גורם אחר הנוגעים בדבר.*

הצעות אלו לביטול בדר"כ לא בוחנות סעיף יחיד אלא את כל החוזה לרוחבו.

**סעיף 17** קובע כי אם בית הדין מצא תנאי שהוא מקפח- יבטל או ישנה אותו כדי שלא יהיה מקפח.

בית הדין מעדיף להתערב כמה שפחות ולא לבטל את התנאי אלא לשנות אותו.

**סעיף 18** **קובע את תוצאות פסק הדין**- תנאי שבית הדין ביטל יחשב כבטל בכל חוזה שנכרת על פי הנוסח של החוזה הזה אחרי החלטת בית המשפט. התכולה היא מאוד רחבה (למשל בחוזה של בנק זה ישתנה לגבי אלפי לקוחות).

**סעיף 18 (ב)** בית הדין רשאי להטיל את הביטול או השינוי גם בדרך רטרואקטיבית. בתנאי שהחוזה עוד לא הסתיים ביצועו (אם הסתיים הביצוע לא נוגעים בו).

שימי לב, אם בית הדין לא מחיל רטרואקיבית ואז יש סכסוך בין הצדדים יוכל הצד לטעון כי התנאי מקפח וזה שביהמ"ש קבע כבר שתנאי כזה הוא מקפח זה יעזור לו בביהמ"ש.

שימי לב, **בחוק לא קיימים שום שיקולים של ביהמ"ש להבחנה בין החלה פרוספקטיבית לרטרואקטיבית:**

בשורה של פסיקות ניתן לראות את השיקולים:

בוחנים את מידת הפגיעה בהסתמכות של הספק על התנאים הקיימים בחוזה העבר לעומת הפגיעה האפשרית בלקוחות. במבחנים שונים:

1. בית הדין בודק האם מדובר בחוזים ארוכי טווח או קצרי טווח- ככל שהם יותר ארוכי טווח יש יותר סיבה להחיל רטרואקטיבית (כי אז ישארו זמן רב תנאים מקפחים).
2. עד כמה הקיפוח הוא גדול? אם הוא מינורי אין צורך להטיל רטרואקטיבית.
3. זמן המשכות ההליכים בבית הדין- נניח וההליך נמשך 8 שנים. מרגע שהוגשה הבקשה ועד רגע ההכרעה ידע הספק כי התנאים שלו אולי יוגדרו כמקפחים- בזמן זה היה צריך הספק לדעת ולקחת בחשבון שכל החוזים שכורת בינתיים יכול והם מקפחים- ככה הטענה שלו להסתמכות קטנה יותר ולבית הדין תהיה יותר לגיטימציה להחיל רטרואקטיבית.

**\*\*בהצעת חוק דיני ממונות** הכלל והיוצא מן הכלל מתהפכים:

הכלל בהצעה הוא שזה אוטומטית חל רטרואקיבית אלא אם כן יקבע בחריג שזה יחול מכאן ולהבא.

בהצעה הוסיפו חלק מהשיקולים שביהמ"ש צריך לשקול כדי להחיל רק פרוספקטיבית.

**סעיף 21** – עקרונית יכול להתקיים בו זמנית סכסוך אינדיבידואלי בין ספק ללקוח ספציפי בביה"ש וגם הליך כנגד הספק בבית הדין. יכול שבשניהם יעלה טענה של תנאי מקפח והחשש הוא שיהיו תוצאות סותרות.

סעיף 21 אומר כי דיון בבית הדין בחוזה אחיד שטרם נתקבלה החלטה לגביו לא יגרע מסמכותו של בית משפט לדון בתנאי מקפח- **העובדה שבית הדין דן בסעיף לא שוללת את סמכות ביהמ"ש לדון בו. ברגע שניתן פס"ד של בית הדין- בית המשפט כבר לא יכול לדון בסעיף זה.**

**אם בית המשפט יגיע להחלטה קודם אז זה יחול על הלקוח והספק הספציפיים ואילו החלטה של בית הדין שתגיע מאוחר יותר תחול על כל החוזים.**

סעיף 21 (ב) קובע כי בית הדין יכול לעקב את הדיון עד שביהמ"ש יאמר את דברו.

לסיכום, אין מניעה שידונו בחוזה בשני בתי המשפט. אם בית הדין יודע שעומד להיות פס"ד באותו עניין בעליון אז הוא יעכב את דיונו (הרי העליון הוא מעל בית הדין). בדר"כ האינפורמציות האלו לא עוברות בינהם והם לא יודעים מה קורה אחד אצל השני.

**חזרה לסעיפי הליבה של החוק**

**סעיף 3**- קובע מהו תנאי מקפח

***3. תנאי מקפח וביטולו***

*בית משפט ובית הדין יבטלו או ישנו, בהתאם להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח).*

המושג תנאי מקפח כפי שהוא מוגדר בסעיף 3 הוא מושג פתוח. כמו תום לב או תקנת הציבור.

בפסיקה נקבע לגבי משמעות התנאי:

פס"ד מרכז משען- ברק קובע כי זה מבחן של "הגינות" ו"סבירות"- עדיין עמום.

פס"ד קסטנבאום- קובע ברק כי תנאי הוא מקפח כשהוא מגן על אינטרס לא לגיטימי של הספק או מגן על אינטרס לגיטימי אבל באופן לא מידתי.

תנאי הוא לא מקפח אם הוא בא להגן על אינטרס של הספק אבל הוא עושה זאת תוך פגיעה מינימאלית בלקוח.

למרות זאת אנו עדיין נשארים בתחום העמום ולביהמ"ש יש שיקול דעת רחב בנושא ההגדרה.

**סעיף 4**- קובע חזקות קיפוח ומעביר את הנטל על הספק.

קיימות 11 קבוצות של סוגי תנאים שהחוק קובע לגביהם חזקה שהם מקפחים.

משמעות החזקה היא שאם תנאי בחוזה האחיד נכנס לאחת מתוך 11 הקבוצות הלקוח לא צריך להוכיח יותר שהוא מקפח אלא רק להראות שהתנאי שייך לאחת מתוך 11 הקבוצות הללו. הנטל עובר לכתפי הספק לנסות ולהוכיח שבמקרה הספציפי הזה בשים לב למכלול תנאי החוזה ושאר הנסיבות- התנאי הוא לא מקפח.

תנאי שאין לגביו חזקת קיפוח- עדיין יכול להיות מקפח לפי סעיף 3.

תנאי שיש לגביו חזקת קיפול- יכול להיות לא מקפח בנסיבות העניין אם הספק הרים את נטל ההוכחה.

את התנאי המקפח בסעיף 3 ובסעיף 4 יש לבחון לפי **מכלול הנסיבות**- יכול שקיימים תנאים אחרים בחוזה שמאזנים את הקיפוח שבתנאי מסויים. למשל, תנאי בו ספק יכול לשנות את המחיר אבל יכול שכנגד זה יש תנאי שאומר שבמקרה שספק משנה את המחיר הלקוח חופשי להשתחרר מהחוזה- יכול שסעיף זה מאזן את הקיפוח.

**מהם "הנסיבות"?** הפסיקה אומרת כי אלו נסיבות כלכליות בדר"כ- בדיקת מעמדו הכלכלי של הספק (אם יש לו מונופול אז נבדוק ביתר קפדנות), סוג השירות או המוצר (אם הוא מספק מוצר חיוני שהלקוח חייב להיזקק לו אז נבדוק את הקיפוח ביתר קפדנות. ועוד.

***4. חזקות*** *(תיקון: תשס"ד)*

*חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים:*

*(1) תנאי הפוטר את הספק, באופן מלא או חלקי, מאחריות שהיתה מוטלת עליו על פי דין אילולא אותו תנאי, או המסייג באופן בלתי סביר את האחריות שהיתה מוטלת עליו מכוח החוזה אילולא אותו תנאי;*

מדובר על **תניות פטור** בהם הדין מטיל על הספק חבות או אחריות כלפי הלקוח (למשל, רשלנות- עליה חבים בנזיקין ואילו אם הספק רושם בחוזה שלא יחוב על רשלנות- אם לא הייתה תניית הפטור היה הספק חב עליה בנזיקין). תנייה זו מקפחת.

*(2) תנאי המקנה לספק זכות בלתי סבירה לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה, או לשנות את חיוביו המהותיים לפי החוזה;*

אם הספק התחייב לספק כמות מסויימת של סחורה והחוזה מאפשר לו לשנות את הכמות או מועד האספקה הוא מקפח. שימי לב, יש פה משהו מוזכר שכנראה הכותב לא שם לב אליו- כתבו "זכות בלתי סבירה" החוק אומר כי הוא רוצה להעביר את הנטל בחזקות הקיפוח מהלקוח אל הספק אבל כדי להבעיר את הנטל בסעיף קטן 2 הלקוח צריך להוכיח שהזכות הזו היא בלתי סבירה- אולם בלתי סבירה ותנאי מקפח זה אותו דבר, שניהם מקפחים. זה לא הגיוני כי אז לא משיגים כלום בחזקה זו. הבעיה הזו חוזרת בשורה של חזקות בסעיף 4 בכל מקום שבו נדרש הלקוח לא רק להוכיח תנאים אובייקטיבים אלא בנוסף לזה נדרש להוכיח שהתנאי הוא בלתי סביר מה שמרוקן את החזקות מכל תוכן. לדעת ד"ר גלברד- צריך לתקן את החוק.

*(3) תנאי המקנה לספק זכות להעביר את אחריותו לצד שלישי;*

חופף את סעיף קטן 1- הוא מנסה להתשחרר מאחריות המוטלת עליו על פי דין או על פי חוזה ולהעביר למישהו אחר.

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

אם הספק שומר לעצמו זכות באופן חד צדדי לאחר כריתת החוזה לשנות את המחיר- התנאי מקפח. זה עולה הרבה בפסיקה. בחוזים ארוכי טווח חייב להיות מנגנון לשיערוך סכומים . מה טיבו של המנגנון?

אם המנגון הוא שינוי לפי דעת הספק- הוא מקפח.

דוגמא: אילו הספק קובע כי המחיר הוא 100 והוא יכול לשנות אותו לפי שיקול דעתו ובלבד שהמחיר לא יעלה על 150 האם מתקיימת החזקה של סעיף קטן 4 והתנאי הוא מקפח?

אם הלקוח יודע שהכי גרוע הוא משלם 150. אילו הספק היה דורש 150 אין סמכות לביהמ"ש להתערב כי זה המחיר הקבוע- פה בעצם יש מחיר גג שהלקוח יודע עליו והיום הוא מקבל הנחה- אין קיפוח.

מנגד, התקרה של ה150 תלויה בתנאי השוק והיא לא אומרת לי כלום.

בבית הדין אומצה הגישה שהמחיר הולך לפי תנאי השוק וגובה התקרה. הסיבה שהספק קבע תקרה של 150 כשתנאי השוק לא מאפשרים להגיע ל150 ממילא והוא קבע זאת רק כדי שזה יראה כאילו סעיף קטן 4 לא חל וזה לא מקפח- אזי לתקרה אין שום משמעות וזה נעשה רק כדי שהוא יוכל להעלות את המחיר מבלי שזה ייחשב תנאי מקפח (שבו הספק משאיר לעצמו את השיקול לשנות את המחיר כפי שירצה**). ולכן זה לא יוצא מחזקה של סעיף 4 וזה עדיין נחשב תנאי מקפח.**

כיצד אפשר לסתור חזקה זו?

הפסיקה הציעה כי במקביל לאפשרות של הספק לשנות את המחיר יש אפשרות ללקוח להשתחרר מהחוזה.

אולם כדי שתנאי זה לא יהיה מקפח ישלבדוק את השאלה האם ההשתחררות הזו היא משפטית פורמאלית או אמיתית מבחינה כלכלית? בפס"ד מרכז משען- היה סעיף שאפשר למרכז משען בית האבות לשנות את המחיר לדייר לפי שיקול דעתו של בית האבות. בבית המשפט העליון נטען כי הדייר יכול להשתחרר מהחוזה אם המחיר משתנה אולם זה סתם שחרור פורמאלי ולקשיש בדר"כ אין באמת אפשרות להשתחרר מהחוזה ולעזוב את בית האבות- מעשית הוא לא יוכל לעזוב.

לגבי תנאי שמאפשר לספק לשנות את המחיר לפי מנגנון אובייקטיבי נכנס בגדר חזקת סעיף 4? לא.

האם תנאי זה יכול להיות מקפח? כן. הוא נכנס בגדר צבע לבן ויכול להיות מקפח.

*(5) תנאי המחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להיזקק לספק או לאדם אחר, או המגביל בדרך אחרת את חופש הלקוח להתקשר או לא להתקשר עם אדם אחר;*

דוגמא: קונה מכונית חדשה והספק אומר כי אני חייב כתנאי לזה שהאחריות תהיה תקפה אתה לעשות את הטיפולים רק במוסך שבבעלותו. או יותר מופרך שהאחריות תחול רק במקרה שאני אסתפר אצלו במספרה. זה נקרא "התניית שירות בשירות"- יש לגביה חזקת קיפוח.

הספק יכול להפריך את החזקה-

בדוגמאת המוסך: אם הספק יוכיח שיש סיבה עניינית להתנייה שלו- אם המערכת מאוד מסובכת ורק הוא יכול לטפל בה.

הערה: יש חוק הבנקאות שירות ללקוח שעוסק בחוזים בין בנקים ללקוחותיהם וכמו חוקים צרכניים רבים אחרים הוראות החוק הם קונגנטיות. יש סעיף בחוק הבנקאות שקובע כי לא יתנה תאגיד בנקאי מתן שירות בתניית שירות אחר או נכס ממנו- אסור להתנות שירות בשירות. נניח שהבנק בניגוד לכתוב עשה התניית שירות בשירות. **האם כדאי לי לתקוף את התנאי על סמך ההוראה הקוגנטית או על סמך חוק החוזים האחידים?** התשובה היא שברגע שהוראה בחוזה סותרת הוראת חוק קוגנטית אין לבהימ"ש שיקול דעת- הוא מיישם רגולציה של הכנסת וההתערבות היא מכוח החוק. בעוד בחוק החוזים האחידים ביהמ"ש עושה רגולציה שיפוטית ומשאיר שיקול דעת לביהמ"ש להחליט מתי זה מקפח או לא. בחוזים האחידים זה רק חזקה ואפשר להחליט שזה לא מקפח ואילו הוראת החוק היא קוגנטית ואי אפשר להנות עליה. **הוראת מחוקק גוברת על שיקול דעת של ביהמ"ש.**

*(6) תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת;*

נמצא די הרבה בחוזים אחידים הגבלת תרופות של הלקוח. למשל, בחוזים למכר דירות נמצאה הוראה שאומרת שאם החברה מאחרת במסירת הדירה הפיצוי היחיד הוא פיצויים מוסכמים בגובה שכירות. אולם, לפי דיני התרופות זכות הבחירה לפיצויים הם של הלקוח. בחוזה אחיד לא ניתן להגביל את תרופות הלקוח (לעומת חוזה רגיל) – זה תנאי מקפח.

*(7) תנאי המטיל את ההוכחה על מי שנטל זה לא היה עליו אילולא אותו תנאי;*

דוגמא: הבנק כותב בחוזה שאם יש סכסוך בין הצדדים מה שכתוב בספרים או במכתבים של הבנק הוא ראייה חלוטה לנכונות טענות הבנק. אם הבנק תובע את הלקוח על מי הנטל? על הבנק. אולם פה הספק כותב שבכל מקרה של הפרה אם הספק תובע את הלקוח בהפרת חוזה הלקוח צריך להוכיח שהוא לא הפר. זוהי העברת נטל ובה יש חזקת קיפוח. **תנאי שמעביר את נטל ההוכחה- מקפח.**

*(8) תנאי השולל או המגביל את זכות הלקוח להשמיע טענות מסויימות בערכאות משפטיות, או להיזקק להליכי משפט אחרים, והכל למעט הסכם בוררות מקובל;*

כל הצבת מכשול על גישה לבית משפט למעט בוררות הוא מקפח.

דוגמא: החוזה אוסר על הלקוח לטעון טענות משפטיות כמו למשל טענת התיישנות למרות שבאמת כבר התיישן- זה תנאי מקפח. סיפאת הסעיף אומרת כי בוררות מגבילה את הנגישות לביהמ"ש משום שלפי חוק הבוררות אם בין הצדדים יש סעיף בוררות ואחד הצדדים טוען להסכם הבוררות אז ביהמ"ש חייב לעצור את ההליכים ולשלוח לבוררות. יש כאן הגבלה של דרכי הפנייה של הלקוח למשפט . אולם בוררות לא נחשבת בחזקת הקיפוח משום שבכל העולם המערבי אוהבים בוררות מהסיבה העיקרית שזה מוריד את העומס ממערכת בתי המשפט ולכן מעודדים הליכי בוררות. בנוסף לכך בורר הוא מקצוען בתחומו ואילו שופט מבין מעט מכל תחום ולכן סכסוכים בעולם המקצועי יפתרו אפילו טוב יותר מבבית המשפט. והדיון בבוררות הוא מהיר מאוד. הגישה המאוד אוהדת כלפי בוררות באה לידי ביטוי בסעיף זה.

*(9) תנאי המתנה על הוראת דין בדבר מקום שיפוט או המקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום השיפוט או הבוררות שבהם יתברר סכסוך.*

תנאי שאנו מוצאים בהרבה מאוד חוזים אחידים. הוא קובע מקום שיפוט במקרה של סכסוך ובדר"כ הוא קובע מקום שיפוט שנח לספק (קרוב למשרדי הספק, למחלקה המשפטית שלו). עד תשס"ד ס' קטן 9 קבע חזקת קיפוח לגבי תנאי שקבע מקום שיפוט בלתי סביר ואז הנטל הוא על כתפי הלקוח כדי להוכיח את אי הסבירות- שזה מקפח. בביהמ"ש התעוררה השאלה מהו מקום בלתי סביר הסיקו כי:

המבחן הוא מבחן הפגיעה בזכויות- הרתעה מפני מימוש זכויות: מקום שיפוט יחשב לבלתי סביר אם יש בו כדי להרתיע את הלקוח מפני מימוש זכויותיו המשפטיות. זהו מבחן די מחמיר- הרתעה. זה לא מבחן של נוחות. אולם, בעצם אף מקום שיפוט לא מרתיע מפני מימוש זכויות מפני שישראל היא מדינה קטנה ואפשר להגיע לכל מקום.

**הפסיקה הפכה את חזקת הקיפוח לחסרת משמעות** (הלכת מפעל הפיס- שקבעה שהמדינה קטנה וכל מקום שיפוט שהוא לא מרתיע אנשים מפני מימוש זכויותיהם וזה לא מקפח). הכנסת עשתה מעשה ושינתה את חזקת הקיפוח וכעת היא קובעת שיש חזקת קיפוח לגבי תנאי מקפח בשני מצבים:

1.שנתונה לספק הכח לקבוע את מקום השיפוט.

2. אם מקום השיפוט מתנה על מקום השיפוט שקבוע בדין.

בפס"ד בל"ל נ' היועמ"ש שניתן ב-2010 שעסק בחוזה לבנק- התעוררה השאלה של מיקום שיפוט. שם הבנק התנה על מקום השיפוט שקבוע בדין. השופט אילון קבע שהתניה זו אינה מקפחת כי היא קבעה מספיק חלופות שתואמות את הדין אבל הוא אומר שאם הס' שנקבע בחוזה לא מרתיע את הלקוח מפני מימוש זכויותיו אז נסתרה ההלכה. במילים אחרות הוא אומר שגם במסגרת השינוי של החוק לקח את מה שהיה קודם העיקרון והעביר אותו לסתירת החזקה. זה שוב מוציא את העוקץ מהס' ומעקר את כוונת הכנסת ואת שינוי החוק.

בפס"ד של הש' פוגלמן נרמז כי זה לא כך ושאחד מהשיקולים שביהמ"ש ישקול בסתירת החזקה זה עד כמה יש בס' כדי להרתיע את הלקוח מפני מימוש זכויותיו.

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

האם יש פה חזקת קיפוח על סעיף בוררות? לא. **יש חזקת קיפוח רק על סעיף שמאפשר לספק לבחור את הבורר או מקום הבוררות**. אם הסעיף קובע מנגנון ניטרלי לבחירת הבורר או המקום אז אין חזקת קיפוח. גם פה חוק החוזים האחידים מגלה יחס אמפטי כלפי תניות בוררות.

חוק החוזים האחידים חל גם על חוזים מסחריים (בהם ברור יתרונות הבוררות) אך גם על חוזים צרכניים.

בחוזה צרכני עצם העובדה שיש סעיף בוררות גם אם הוא ניטרלי והוגן היא מקפחת מהסיבות הבאות:

1. כשיש ללקוח טענה כלפי הספק ילך הלקוח לביהמ"ש לתלונות קטנות. הליך בוררות עולה הרבה כסף. לקוח שיצטרך ללכת לבוררות על תביעה של 2000 ש"ח הוא יבטל מראש.
2. הבורר מנסה להיות מאוד ניטרלי אולם הוא מתפרנס מבוררות. את הלקוח הבורר לא יראה יותר בחיים ואילו לספק יש מיליון לקוחות והוא רוצה שהספק ימשיך להשתמש בשירותיו. ולכן למרות שהוא ישר עדיין תיתכן הטייה לטובת הספק.
3. תביעות צרכניות שצרכנים לא ילכו לבית משפט (כמו תביעה על 100 ש"ח שרימתה אותי חברת הסלולר) וודאי שלא לבוררות. לצורך זה יש מכשיר משפטי הנקרא "תובענה ייצוגית" כשיש להמון לקוחות עם תביעות קטנות יכול אחד מהם להגיש תביעה ייצוגית בשם כולם. הבעיה שתביעה ייצוגית יכולה להתדיין רק בבית משפט- אם בחוזה של אותו ספק יש תנאי של בוררות יהיה ביהמ"ש מחויב להעביר לבורר ובורר לא יכול לדון בתביעה ייצוגית. החשש הוא שתניות בוררות בחוזים אחידים ישמשו כמכשיר שחוסם תביעות ייצוגיות.

**לדעת גלברד** חוק הבוררות היה צריך להבחין בין חוזה צרכני לחוזה מסחרי. וכי את תניית הבוררות יש להתיר רק אם היא לא מונעת את התביעות על סכומים קטנים או על תביעות ייצוגיות- אחרת תניית הבוררות היא כן מקפחת.

*(11) תנאי הקובע הצמדה של מחיר או תשלום אחר, לפי החוזה, למדד כלשהו, כך שירידה של המדד או עלייה שלו לא תזכה את הלקוח.*

זהו תיקון שבא על רקע פסיקה ופרקטיקה שהייתה בשוק. בחלק מהסקטורים יש פרקטיקה של סעיפי הצמדה חד כיוניים. למשל, הלוואה מהבנק שצמודה למדד אבל רק אם הוא עולה ולא יורד. בפס"ד שיכון ופיתוח בבית הדין לחזים אחדים היועמ"ש טען שתנאי כזה מקפח – הוא היה מוצמד לעולה ויורד אבל עם גבול תחתון. בית הדין אמר כי תנאי זה לא מקפח משום שהוא מגן על אינטרס ליגיטימי של הספק משום שהוכח בראיות שהספק עצמו קשור בחוזים עם הספקים שלו ששם יש סעיפים כאלו. למשל, חברה קבלנים שבונה ממומנת מבנק וגם בחוזה שלה עם הבנק יש תנאי כזה ולכן היא מחוייבת לאותו תנאי עם הלקוחות שלה כדי שהיא לא תפסיד. בית הדין אומר שכל עוד החברה עובדת בסביבה עסקית שמחייבת אותה לסיעיפים כאלו אז זה לא מקפח. לכן עלתה ההצעת חוק והחוק שונה כפי שהוא היום- הצמדות למדד כזה היא בחזקת קיפוח אלא אם הוכח אחרת .

**סעיף 5-**

***5. הגבלת זכות הפניה לערכאות***

*תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות משפטיות - בטל.*

פנייה לערכאות היא זכות יסודית חוקתית ואם יש סעיף ששולל את הזכות- הוא מקפח.

ברגע שסעיף 5 חל גם על תנאים שרק מגבילים את זכות הלקוח- האם זו חזקה שניתנת לסתירה או לא?

מה היחס בין סעיף 4(8) לסעיף 5?

למשל, נניח שיש בחוזה סעיף שאומר שאם הלקוח רוצה להגיש תביעה נגד הספק הוא צריך להפקיד קודם בידי צד ג' ערבות בנקאית על מיליון ש"ח כדי להבטיח את הנזקים של הספק אם התביעה תידחה. האם זה סעיף ששולל את הגישה לערכאה? לא. האם זה מגביל את הגישה? כן. האם ההגבלה נכנסת לסעיף 5 או סעיף 4(8) **לדעת גלברד** כאשר ההגבלה היא חמורה ומגבילה באופן מהותי את זכות הגישה לערכאות זה יהיה סעיף 5 ואם זה הגבלות קלות יחול סעיף 4(8). בקודקס מנסים לתחום את הגבול בין שני הסעיפים.

בהצעת חוק דיני ממונות ניסו לתחום את ההגבלות לפי גישת גלדברג והוסיפו שם עוד תנאי בחזקת קיפוח - שפוטר את הספק מאחריות לנזק גוף שגרם ללקוח ברשלנות או בזדון ותנאי שפוטר לנזק שגרם בזדון גם אם הוא לא רק גוף. זה נעשה כדי להשוות את המצב של דיני החוזים האחידים למצב של כלל החוזים (לפי ס' 30 תניה כזו סותרת את תקנת הציבור. אז היום תניה בחוזה שפוטרת את הספק מאחריות לנזקי גוף שהוא גרם סותרת את תקנת הציבור ובטלה. (לפי הדין בחוזים אחידים היא ניתנת לביטול ולא בטלה).

רשימה שחורה- תנאים בחוזה אחיד שהם בטוח מקפחים ואי אפשר לסתור אותה- כיום יש רק אחד כזה- סעיף 5.

רשימה אפורה- חזקות הקיפוח שבסעיף 4.

רשימה לבנה- כל מה שלא שחור ואפור- יכולים להיות מקפחים ואז הנטל הוא על הלקוח ויש להוכיח זאת במסגרת סעיף 3 הסעיף הכללי.

**חזרה לחוזים כלליים- עוסקים בפרק 5: תוכן החוזה.**

**נושאים כללים הקשורי בתוכן החוזה- סוגים מיוחדים של תוכן:**

1. חוזה על תנאי.

2. חוזה לטובת אדם שלישי.

3. חצי תוכן וחצי תרופות.

**ה. חוזה על-תנאי:**

**סעיפים 27, 28, 29 לחוק החוזים כללי.**

3. ע"א 1581/98 **חברת נתיבי אילון נ' בשורה**, פ"ד נד(4) 209.

4. ע"א 1363/04 **צאלים החזקות בע"מ נ' "דלק" חברת הדלק הישראלית בע"מ**, תק-על 2007(4), 3447.

**סעיף 27(א)** –

**27. חוזה על תנאי**

(א) חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי (להלן - **תנאי מתלה**) או שיחדל בהתקיים תנאי (להלן - **תנאי מפסיק**).

חוזה על תנאי- נכרת חוזה ובחוזה יש את כל התנאים הנדרשים. בין מועד הכריתה למועד הביצוע יש תנאי שנקע ע"י הצדדים.

**חוזה על תנאי מתלה-** מסכימים שעד מועד התקיימות התנאי, למרות שהחוזה תקף לא מבצעים אותו- הוא במצב של קפאון. אם התנאי מתקיים החוזה מתחיל להתבצע כרגיל. התקיימות התנאי מפשירה את החוזה. אם התנאי לא מתקיים החוזה מתבטל- פוקע.

**חוזה על תנאי מפסיק**- נכרת חוזה שלם ותקף ומתחיל להתבצע. הצדדים מסכימים שאם עד למועד מסויים נתקיים תנאי מפסיק- החוזה יחדל מלהתקיים. אם התנאי המפסיק לא יתקיים החוזה ימשיך להתקיים.

את ההתרחשות עצמה החוזים יכולים להגדיר כתנאי מפסיק וכתנאי מתלה.

לדוגמא: ראובן מוכר לשמעון חנות ושמעון רוצה לעשות שם מסעדה- קובעים תנאי מתלה- תוך 3 חודשים מכריתת החוזה שמעון יקבל רשיון לפתיחת המסעדה. עד שיעברו 3 חודשים הצדדים לא עושים כלום- אם התנאי מתקיים הצדדים מתחילים לבצע את החוזה. אותו הדבר הם יכולים לקבוע שמתן ההיתר הוא תנאי מפסיק.

**ההבדל המשפטי בין חוזה על תנאי מתלה לבין חוזה על תנאי מפסיק הוא ההתרחשות בזמן הביניים**. החוזה פועל עד התנאי או החוזה קפוא עד תנאי.

אם הצדדים גמרו בדעתם צריך להיות חוזה ואם הצדדים עוד לא בטוחים או שאין גמירת דעת בכלל? **אז למה צריך חוזה על תנאי?**

המצב הוא ששני הצדדים מעוניינים בחוזה עכשיו והם לא רוצים שמישהו מהם יתחרט. הם מקווים שניהם שהחוזה יתממש עד סופו. אבל שני הצדדים או לפחות אחד מהם מעוניינים בחוזה רק בתנאי שיקרה משהו (התנאי).

לפעמים גם אם המשהו הזה (התנאי) לא תלוי בצדדים אחד הצדדים מוכן לקחת סיכון ולהתחייב שהמשהו הזה יקרה. למשל, יתכן שראובן ושמעון עומדים לכרות את החוזה לחנות והקונה אומר שהוא לא מעוניין בחוזה אם לא יוכל לפתוח מסעדה. המוכר יכול להיות מאוד להוט ואז הוא יתחייב שהוא ישיג לו אישור. אבל אז זה לא חוזה על תנאי! יש מצבים שהצדדים רוצים שהחוזה יתבצע רק אם תהיה התרחשות שלא תלוייה בהם ועדיין אחד מהם מוכן לקחת על עצמו התחייבות חוזית שזה יקרה- ואז זה חוזה רגיל ולא חוזה על תנאי!

בפס"ד נתיבי איילון ביהמ"ש אומר כי נתיבי איילון לקחו על עצמם את התתחייבות להשיג את האישור- זה שהם לא הצליחו מהווה הפרת חוזה- לומר, הם יכלו לעשת חוזה על תנאי- התנאי שיהיה אישור אך החברה לקחה את התתחייבות על עצמה והסתכנה בכך שלא תצליח.

אם התנאי המתלה לא מתקיים או התנאי המפסיק מתקיים אף צד איננו מפר- החוזה מתבטל בלי תוצאות של הפרה משום שאף צד לא לקח על עצמו התחייבות חוזית להתרחשותו של התנאי.

**האם התנאי המתלה או המפסיק יכול להיות תנאי שתלוי ברצונות של אחד הצדדים?**

למשל אני כורת חוזה איתך בתנאי מתלה שאני אעשה משהו- תנאי זה תלוי רק באחד הצדדים. האם זה נחשב לתנאי מתלה? **התשובה היא שכן**.

אם זה רצון הצדדים, כל עוד זה לא סותר את תקנת הציבור או לא בלתי חוקי או מוסרי אין סייג שלא. אולם, כשחושבים על זה לעומק, החוזה הוא חוזה אופציה- השאלה אם הוא יתממש בסופו של דבר תלויה באחד הצדדים. האם אפשר לעשות חוזה אופציה בדרך של חוזה על תנאי? כן. זה אפשרי בגלל עקרון חופש החוזים וזה כתוב במפורש בחוק בסעיף 28(ג) שאומר שזה חוזה על תנאי רק סעיף 28 לא יחול עליו. מבין שלושת הסעיפים 27-29 סעיף 28 לא יחול על חוזה כזה שהתנאי בו תלוי ברצונות של אחד הצדדים.

**התנאי-** הפסיקה אומרת שהתנאי הוא בדר"כ דבר שאיננו ודאי. יש הבדל בין לא ודאי לבין לא בשליטת הצדדים. בפס"ד אנגלי מהמאה ה19 מישהו הבטיח נישואין למישהי. הוא היה שייך למעמד גבוהה והיא הייתה משרתת. הוא חשש שאם זה יודא לאביו הוא יסלק אותו מהצוואה ולכן הוא הבטיח לה בסוד ועשה תנאי שהוא מבטיח לשאת אותה לאישה אחרי שאביו ימות. במאמר שנכתב במאה ה20 התעוררה שאלה מעניינת- האם זה חוזה על תנאי? הרי וודאי שהאב ימות ולכן כביכול אין פה תנאי. אולם זה כן חוזה על תנאי מפני שהשאלה היא מתי ימות האב? התנאי הוא שהוא ימות לפני בני הזוג.

**מה לגבי תנאי שקבוע בדין?**

למשל, כשעיריית תל אביב מכרה את הקרקע לנתיבי איילון החוק קובע שעסקה כזו מותנית באישור שר הפנים. לא כי הצדדים רצו אלא זה מותנה בחוק.

הדין יהיה בדר"כ תנאי מתלה- והגישה כלפיו היא כמו לגבי תנאי מתלה רגיל.

**סעיף 27 (ב)**

 (ב) חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או רשיון על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרשיון הוא תנאי מתלה.

**חוזה שטעון הסכמת אדם שלישי יכול ללבוש כמה פנים:**

1. יכול להיות שהמוכר שמאוד רוצה למכור מתחייב שישיג את הרשיון- במקרה זה השגת הרשיון הוא חיוב שמוטל על המוכר- זה לא חוזה על תנאי.
2. הקונה בכלל לא היה מודע לזה שכדי לפתוח מסעדה הוא צריך רשיון- הוא לא מעוניין בחוזה אם לא יפתח שם מסעדה- זה יכול להיות מצב של טעות. יכול להיות שחשב שיש רשיון למסעדה והוא טעה- במקרה זה אי קבלת הרשיון הוא לא תנאי אלא טעות המאפשרת את ביטול החוזה במסגרת סעיף 14.
3. חוזה עם קבלן שיבנה לי בית על הקרקע שלי- התנאי הוא קבלת רשיון בנייה. יכול שהסכמנו לבנות בלי רשיון- זה יהיה חוזה פסול בלתי חוקי.
4. אפשר שהסכמנו שקבלת הרשיון תהיה תנאי מתלה או שאי קבלתו תהיה תנאי מפסיק.

פס"ד נתיבי איילון נ' בשורה- ביהמ"ש אומר כי הוא יודע את אומד דעת הצדדים והיא לא כמו 27(ב) – בהנחה שזה לא מוביל לאותה תוצאה סעיף 25 (א) גובר. ביהמ"ש העליון הגיע למסקנה שחברת נתיבי איילון לקחה על עצמה התחייבות חוזית. ואילו, השופט המחוזי עשתה טעות- הלך ישר לסעיף 27(ב) משום שחשב שהחוזה תלוי בקבלת אישור השר (קבלת אישור מצד ג'). ביהמ"ש העליון הגיע למסקנה הפוכה מכמה נסיבות:

א. לשון החוזה- כתוב בחוזה שהמוכר יטפל על חשבונו ברישום הזכויות בנכס על שמו "על כל הכרוך בכך"- אם מה שכרוך בכך זה לקבל את אישור שר הפנים- זה תפקידם.

ב. הנסיבות- נסיבה אחת עפ"י השופט ברק- פרשנות זו עולה בקנה אחד גם עם התנהגותן של בעלות הדין לאחר כריתת החוזה- עולה מהראיות שהמערערת נתיבי איילון ולא הקונה, ביררה למה לא ניתן אישור וקיימה מגעים לקבלת האישור- ז"א ראינו שנתיבי איילון מנסה לקדם את קיום התנאי- ז"א זו התחייבות שלקחו על עצמם.

למה מכל האפשרויות שיכולות לחול במקרה של קבלת רשיון מצד שלישי , בוחר סעיף 27 (ב) לדבר דווקא על תנאי מתלה? סטאטיסטית הכי נפוץ שאם החוזה מותנה בהסכמת צד שלישי- כנאה שמדובר בתנאי מתלה. אבל זכרי, שסעיף 27(ב) תמיד כפוף קודם לפרשנות הסובייקטיבית. סעיף 27 (ב) הוא תכלית אובייקטיבית של פרשנות החוזה והיא כפופה לס' 25(א)- נלך אליה רק אם לא הצלחנו להבין את המחשבה הסובייקטיבית של הצדדים.

**סעיף 27 (ג)**

(ג) חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי.

מדבר על הזמן שלפני התקיימות התנאי- בחוזה על תנאי מתלה – אולם, בתקופה זו עדיין אין הפעלה של החוזה- אז כיצד יכולה להיות הפרה? מדובר על **הפרה צפוייה-** במידה והתגלה לאחד הצדדים שהצד השני עומד להפר את החוזה אחרי מועד התקיימות התנאי.

יש הבדל בין הפרה צפויה זו להפרה צפויה רגילה שבה עוסק סעיף 17 לחוק החוזים תרופות- עוסק במצב שנכרת חוזה ולפני מועד החיוב מתבררת שעומדת להיות הפרה במועד החיוב- או שהצד השני אומר שהוא לא מתכוון לבצע את החיוב או מתוך הנסיבות- למשל, התחייב למסור לי תמונה עוד שישה חודשים ואחרי שלושה חודשים הוא שורף את התמונה (ברור שלא יכול לקיים את החיוב).

במצב של הפרה צפוייה הנפגע הפוטנציאלי זכאי לכל התרופות מייד- כאילו החוזה הופר.

אז למה צריך את סעיף 27 (ג)?

**יש הבדל בין הפרה צפוייה לבין הפרה צפוייה של חוזה על תנאי:**

בחוזה רגיל- בהפרה צפוייה מתרחשות נסיבות שמלמדות שהחיוב לא יקויים אבל החיוב הוא ודאי- בודאות צריך לקיים את החיוב ומתברר שהוא לא יקויים.

בחוזה על תנאי - מתרחשת הפרה של חיוב שבכלל לא בטוח שיתקיים (כי אם התנאי המתלה לא יתקיים ממילא לא נצתרך לקיים את החיוב ומה שנחזה כהפרה אין לה משמעות). ההסדר הרגיל של סעיף 17 לא מתאים ויש צורך בהסדר מיוחד.

ההפרה הצפוייה מתרחשת עוד לפני התקיימות התנאי- **במקרה כזה לא הגיוני לתת תרופות כאילו החיוב כבר הופר כמו בסעיף 17 כי אולי בכלל החיוב לא יגיע לכדי קיום**.

**סעיף 27(ג) אם כך, אומר שאפשר לקבל רק סעדים מניעתיים- לשם מניעת ההפרה.**

יש הבדל בין סעדים לתיקון ההפרה שהם תרופות שבאות להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילולא החוזה היה מופר (פיצויים, אכיפה).

הסעדים בס' 27(ג) הם סעדים לשם מניעת ההפרה- החוק לא מסביר. בחוק התרופות אין אף תרופה מניעתית. תרופות אלו מצויות בדינים שונים אחרים (תקנות סדר הדי האזרחי, חוק בתי המשפט ועוד) מטרתם למנוע את ההפרה העתידית. למשל, בדוגמא של החנות הקונה יכול לקבל צו מניעה שימנע מהמוכר לבצע עסקה אחרת כדי שאם התנאי המתלה יתקיים ואז המוכר יפר את החוזה- אני אוכל לתבוע אכיפה או פיצויי.

**שימי לב, אם הייתה הפרה בתקופה שלפני התקיימות התנאי המפר הפר את חובת תום הלב ויוכל לתבוע על הפרת חובת תום הלב**.

*פרופ' טדסקי* כתב שהוא חושב שביהמ"ש יכול לתת גם אכיפה- אבל, אכיפה על תנאי- אכיפה המותנת בתנאי המתלה- גלברד אומר כי השופטים לא נותנים סעדים תאורטיים וזה לא קרה מעולם.

למה סעיף 27(ג) קובע את הסעדים רק ביחס לחוזה על תנאי מתלה? ולא על חוזה על תנאי מפסיק?

בחוזה על תנאי מפסיק החוזה לא מוקפא הוא אופרטיבי.

אם מופר חיוב שמועד התקיימותו הוא לפני התנאי המפסיק- זו הפרה של חיוב ודאי ואז על הפרה זו חלות התרופות הרגילות.

לגבי חיוב שצריך להתרחש לאחר מועד אי התקיימות התנאי המפסיק-אין הבדל בין מצב זה למצב בסעיף 27(ג) כי לא בטוח שהתנאי יתרחש בכלל.

**לדעת ד"ר גלברד, בחוק יש חסר ואם מתרחשת סיטואציה כזו צריך לעשות היקש לסעיף 27(ג**).

**סעיף 27(ג)**

מסייג את סעיפים קטנים א' וב' שלא יחולו בשני מצבים:

1. כשאותו צד שגרם לאי התקיימות התנאי המתלה או לקיום התנאי המפסיק- מראש הסכמנו שמותר לו לעשות כך. (חוזה על תנאי יכול להיות שהתנאי נתון לרצונו של אחד הצדדים- שזו אופציה- ואז לא ניתן לבוא אליו בטענות).
2. אם אותו צד שגרם לאי קיום התנאי המתלה או לקיון המפסיק עשה זאת לא בזדון ולא ברשלנות. סעיף 28 א' וב' הם ביטוי קונקרטי לחובת תו"ל (אם יש לך אפשרות לעזור אז תעזור) אבל אם קרה מצב למשל, בו חשבתי שאלך למשרד הפנים ואשכנע את הפקיד הוא יתן אישור אבל מסתבר שעצבנתי אותו והוא לא נותן רשיון- לא הפרתי את חובת תו"ל.

מה קורה במצב בו אחד הצדדים פועל כנגד השגת התנאי המתלה?

הוא הפר את חובת תום הלב כי הוא פועל כנגד המטרה המשותפת של הצדדים.

החוק עשה הסדר מיוחד למצב זה בכ"ז- **סעיף 28** עוסק בהפרה הנוגעת לתנאי המתלה/המפסיק ולא בהפרה של החוזה כמו בסעיף 27(ג).

למשל, אדם שהולך ומשכנע את השר שלא יתן היתר לבנייה.

**סעיף 28-** אם אחד הצדדים גורם לחדילת החוזה הוא לא יכול לטעון שהחוזה לא תקף. הברירה בידי הצד התמים להחליט איך הוא רואה את המצב.

***28. סיכול תנאי***

*(א) היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי-קיומו.*

*(ב) היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו.*

*(ג) הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות.*

שימי לב, שהכותרת לא נכונה- כי לא דובר רק בסיכול התנאי אלא גם בקיום התנאי המפסיק.

**סעיף 28 (א)** עוסק במצב שצד גרם לאי התקיימות התנאי המתלה.

**סעיף 28(ב)** עוסק במצב שאדם גרם לקיום התנאי המפסיק.

זה בעצם אותו הדבר.

**הסנקציה** היא שמשום שאתה גרמת לאי קיום החוזה- אתה לא יכול לטעון שהחוזה לא תקף.

ואז אם הפרת את החוזה אפשר לתבוע אותך על הפרת חוזה.

אם אחד הצדדים גרם לכך שהחוזה לא יתקיים- ממנו לא שומעים טענות הוא מושתק. ואז הצד השני התמים יחליט מה מתאים לו- אם רוצה שהחוזה לא יהיה תקף אז החוזה לא תקף. אבל אם הוא מעוניין בחוזה הוא יוכל לראות בחוזה כאילו הוא קיים ויוכל לתבוע פיצויים או אכיפה.

"סיכול" התנאי יכול להיעשות במעשה פאסיבי- אם הייתה לך אפשרות לתרום לכך שיתקיים התנאי המתלה ונמנעת מלעשות זאת- יראו אותך כגורם שמנע את קיום התנאי המתלה.

יכול להיעשות גם במחדל-

פס"ד נתיבי איילון נ' בשורה- רואים בעייתיות. מצב אחד אם לא עשה משהו לקיום אז כאילו מנע אותו ודווקא אילו עשה משהו לקיומו- ניתן לראותו כאילו לקח על עצמו חיוב לבצע זאת. היציאה מהבעייה היא שאפשר לפעול למען קיום התנאי או אי קיום התנאי המפסיק אבל צריך לעשות זאת תוך הבהרה כי הצד עושה זאת מתוך אפשרות שקיימת לו ולא מתוך חיוב חוזי!

**סעיף 29**

***29. בטלות החוזה או ההתנאה***

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

הסעיף אומר שני דברים:

1. למדים ממנו שהתנאי המתלה או המפסיק אמור לחדול או להתקיים בהתאמה תוך הזמן שהצדדים קבעו ואם לא אז תוך זמן סביר.
2. מה התוצאות של אי התקיימות התנאי המתלה או קיום המפסיק- פקיעת החוזה.

**ו. חוזה לטובת אדם שלישי: פרק ד' לחוק החוזים חלק כללי**

4. ע"א 253/82 **חושי נ' הטכניון**, פ"ד לח (1) 640.

אנו עוסקים במצב בו ראובן (חייב) מתחייב כלפי שמעון (נושה) לבצע חיוב כלשהו כלפי לוי (מוטב).

זהו מצב ייחודי של ריבוי נושים. החוק לא קורא להם שני נושים, אלא נושה ומוטב.

**למה יש צורך בחוזה לטובת אדם שלישי?**

למה לא לקיים ישר חוזה בין ראובן ללוי?

קיימות מספר אפשרויות:

1. בעיה בכשרות הצד השלישי- אם לצד השלישי אין אפשרות לכרות חוזה.
2. ביטוח חיים- יש חוזה בין החייב חברת הביטוח לבין הנושה המבוטח. הנושה אומר לחברת הביטוח שבעקבות מקרה הביטוח, חברת הביטוח תשלם את הסכומים עפ"י החוזה לצד השלישי.
3. "מוטב מקבל מתנה"- הנושה רוצה לתת מתנה למוטב אבל עושה זאת בדרך עקיפה.
4. פרעון חוב קודם של הנושה כלפי המוטב- המצב השכיח ביותר: הנושה חייב כסף למוטב כי הייתה בינהם עסקה קודמת למשל, במקום לשלם למוטב באופן ישיר, לנושה יש חוזה אם מישהו אחר. אז במקום להאריך את דרך הכסף הנושה אומר לחייב לשלם ישירות למוטב.

\*\*זה בדיוק אותו דבר כמו המחאת חיובים בו חייב מתחייב לשלם כסף לנושה, והוא לאחר מכן מוכר את הזכות שלו לאדם שלישי- ההבדל היחידה הוא שבחוזה לטובת אדם שלישי המוטב נמצא בתמונה כבר ברגע כריתת החוזה.

עד חקיקת חוק החוזים חלק כללי- היה ספק האם המשפט הישראלי מכיר או לא בחוזה לטובת אדם שלישי. הסיבה היא שעד אז דיני החוזים שלנו היו מבוססים על דיני החוזים האנגליים שם לא הכירו בזה משום שבמשפט האנגלי אחת הדרישות ליצירת חוזה תקף היא "תמורה" ולכאורה בחוזה לטובת אדם שלישי למוטב, אין יסוד של תמורה. הוא מקבל משהו מבלי לתת תמורה. זה לא מדויק, משום שבמקרים רבים המוטב כבר נתן תמורה לנושה לפני כן והחוזה הזה עכשיו הוא שהנושה מחזיר למוטב על התמורה.

אפשר לעשות חוזה שממנו מותנות טובות הנאה לצד שלישי- אבל זה לא יהיה חוזה לטובת צד שלישי.

**מה צריך שיהיה בחוזה כדי שייחשב כחוזה לטובת אדם שלישי?**

מפס"ד חושי נ' הטכניון- צריכה להשתמע כוונה של שני הצדדים בחוזה בינהם (ע"י פרשנות) להקנות זכות תביעה עצמאית של המוטב כלפי החייב- אם החייב לא מקיים את חובתו כלפי המוטב- המוטב יוכל לתבוע עצמאית את החייב מבלי לערב את הנושה.

חובה זו נמצאת **בס' 34**

***34. הקניית הזכות***

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

בחוזה לצד שלישי עולות מספר בעיות אותן אמור לפתור פרק ד'

* איך מונעים מצב של כפל תביעות כלפי החייב?
* איך אפשר לשנות את החוזה כאשר מעורב צד ג'? האם לא צריך להתחשב במוטב?

**סעיף 35:**

***35. דחיית הזכות***

*זכותו של המוטב לדרוש את קיום החיוב מתבטלת למפרע, אם הודיע לאחד הצדדים לחוזה על דחיית הזכות תוך זמן סביר לאחר שאחד מהם הודיע לו עליה.*

חוזה לטובת אדם שלישי לא מצריך את הסכמתו של המוטב משום שהחוזה מקנה לו זכויות ולא מטיל עליו חובות. בסעיף 7 לחוק החוזים נאמר כי קיבול בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות- מתבצעת בשתיקה. ולכן כך זה פועל בחוזה לטובת אדם שלישי. החוזה לטובת אדם שלישי הוא הצעה שאין בה אלא כדי לזכות. כך ששתיקת המוטב נחשבת לקיבול.

אם האדם השלישי לא מעוניין בזכות הוא יכול תוך זמן סביר לדחות את הזכות.

מה שקורה אז בין החייב לנושה – תלוי באומד דעתם של הצדדים. אם הצדדים התכוונו שאם המוטב דוחה את הזכות אין להם עניין בחוזה אז הוא פוקע. ואם אחרת אז להפך.

**סעיף 36 א':**

***36. ביטול הזכות***

*(א) כל עוד לא הודיע אחד הצדדים למוטב על זכותו לפי החוזה, רשאים הם לשנותה או לבטלה על ידי שינוי החוזה.*

**עוסק בשאלת גמישותו של הקשר החוזי.**

אם לא היה בתמונה מוטב אז החייב והנושא כרתו חוזה והם רוצים לשנות אותו- הם יכולים. אולם במצב בו יש אדם שלישי נכנסת זכות המוטב לתמונה. אם שינוי החוזה יוצר גריעה או שינוי כלשהו בזכות המוטב נוצרת התנגשות בין חופש החוזים לבין העקרון שלא פוגעים בזכותו של אדם ללא הסכמתו. הרי למוטב כבר קיימת זכות.

ס' 36 קובע כי **החייב והנושה יכולים לשנות את החוזה כל עוד המוטב לא יודע את זכותו** שאז למרות שהיא קיימת המוטב עוד לא יכול להסתמך על הזכות. וכך אינטרס חופש החוזים בין החייב לנושה גובר. ואילו ברגע **שהמוטב יודע על הזכות אז עקרון ההגנה על זכותו של המוטב גובר.**

לדעת ד"ר גלברד קיימת בעיתיות בסעיף בנוגע לאי היכולת לשנות את החוזה:

פס"ד גרבוב נ' רשות הנמלים היה חוזה בין חייב לנושה . הנושה התחייב לבצע עבודות מסוימות עבור החייב והחייב התחייב לשלם לו כסף. הנושה את הזכות לקבל כסף הימחה למוחה (הוא היה חייב כסף למוחה). הנושה הפר את החוזה כלפי החייב הפרה יסודית. הוא לא עמד בלוח הזמנים של העבודה. החייב ביטל את החוזה בשל הפרה.

בהנחה שלא היה נמחה (או בעניננו מוטב) בשל הפרת החוזה החייב לא היה צריך לשלם לנושה. הנושה התחנן להמשך העבודה והחייב נתן לו עוד הזדמנות. הם הפחיתו את הסכום שהחייב אמור היה לשלם בגלל הנזקים שהנושה כבר גרם. והגדילו את הפיצויים המוסכמים. והחוזה חודש. כצפוי, הנושה לא עמד שוב בתנאים החדשים והחייב ביטל את החוזה. כשהנמחה בה לחייב ודרש תשלום החייב אמר כי הוא ישלם לו את מה שהנושה כבר ביצע בהפחתה של הפיצויים- יצא כי לא נשאר מה לשלם ואפילו החייב חייב לו. הנמחה טען כי הוא צריך לשלם לו לפי החוזה הראשון משום שאי אפשר לשנות את החוזה לאחר שהוא כבר בעל הזכות. ביהמ"ש העליון קבע בעקבות מקרה זה (היא העתיקה מהדין האמריקאי) שגם אחרי ההמחאה יכולים החייב והנושה לעשות שינויים בתנאי שהם נעשים בתום לב במהלך עסקים רגיל ולא כקנוניה שמטרתה לפגוע בנמחה. במקרה שלנו החוזה הראשון הופר כדין ולא הייתה שום זכות כבר למוטב. השינוי בחוזה ותחיית החוזה השני העניקו למוטב בכלל סיכוי לקבל משהו. זה שפתאום החוזה הופר שוב זה מזל רע לאדם השלישי. אם כבר החוזה הופר אז עדיף לאפשר לנושה ולחייב לפחות לשנות. הרי השינוי בא לטובה ולא בוצע בחוסר תום לב.

אילו היה זה חוזה לטובת אדם שלישי ולא המחאת חיובים- לפי ההנחה שאם הם הודיעו למוטב על הזכות יותר הם לא יכולים לשנות אותו אז החוזה בין החייב לנושה ישאר תקוע והם לא יוכלו לשנות אותו. גם אם ירצו לכרות חוזה חדש זו תהיה עבירה על ס' 36 משום שזה אותו חוזה בתנאים חדשים וזו כביכול פגיעה בזכותו של המוטב לאחר שהוא כבר מודע לזכות.

לדעת ד"ר גלברד מה שצריך לחול במצב זה הוא ס' 36 (א) כאשר הוא מותנה בחובת תום הלב- ז"א יש לאפשר לחייב ולנושה לשנות את הזכות גם לאחר שהמוטב יודע עליה וזאת בתנאי שזה נעשה משיקולים מסחריים עניינים בתום לב ולא מתוך מטרה לפגוע במוטב- זה הדין האמריקאי אבל הוא לא קיים בארץ. ההנחה של ד"ר גלברד היא שאם תתעורר השאלה הזו בפסיקה יעשו היקש לפסיקה בנושא ההמחאה (הדוגמא של פס"ד גרבוב).

**סעיף 36 (ב)**

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

מדבר על ביטוח חיים. החייב הוא חברת ביטוח והנושה הוא מי שעשה ביטוח חיים והמוטב הוא מי שאמור לקבל את התשלום בפטירת הנושה.

קודם אמרנו כי ברגע שנודע למוטב על זכותו הצדדים לא יכולים לשנות יותר את החוזה.

**סעיף 36 ב' מסייג זאת:**

במצב של מוטב לביטוח חיים אפשר לשנות את החוזה. משום שהחוזה הזה של ביטוח חיים הוא מן דרך לעשות צוואה. העקרון בדיני צוואות הוא שהמצווה יוכל לשנות את צוואותו כמה פעמים שרוצה ללא שום הגבלה- וכך זה מתקיים גם פה.

מה היה קורה אם הנושה היה מתחייב כלפי המוטב לתת לו מתנה?

האם אז המתחייב היה יכול לשנות את החוזה? בעקרון התשובה היא כן. אולם המחוקק לא חשבת על אפשרות זאת והסייג היחיד שהכניס לס' הוא סייג החוזה לביטוח- הצוואה.

לפי חוק המתנה בניגוד לחוזה רגיל, התחייבות לתת מתנה מאפשרת להתחרט בשני מצבים:

1. אם המקבל עוד לא שינה את מצבו באופן כלשהו בהסתמך על ההתחייבות.

2. אם מצבו הכלכלי של מתחייב המתנה הורע מאוד. ואם המקבל החל להתנהג בצורה מחפירה כלפיו- הוא יכול לחזור בו.

שימי לב, החוק אומר כי המוסר יכול לחזור בו מההתחייבות- לא מהמתנה. ברגע שהמתנה נמסרה אי אפשר להשיבה.

מה אם באותו המצב אבל במקום התחייבות ישירה הוא עושה זאת דרך אדם אחר (מצב של חוזה לטובת אדם שלישי)- הרציונאלים העומדים ביסוד חוק המתנה המאפשרים לנותן לחזור בו לכאורה, אמורים להיות גם בחוזה לטובת צד שלישי. אולם, פרק ד' לחוק החוזים לא רגיש לכך וסייג היחיד שחשב עליו הוא הסיטואציה של צוואה ולא חשב על סיטואציה של מתנה שגם היא אמורה לאפשר חזרה.

\*\*בקודקס הסעיף שמקביל לסעיף 36 (א) יש לו 2 חריגים: חריג אחד צוואתי. וחריג על מקבל מתנה שם הנושה יוכל לחזור בו בכל אחד מהמצבים שיש עפ"י חוק דיני המתנה.

**סעיף 37:**

***37. טענות נגד המוטב***

*כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב.*

החוק מגביל "כל טענה" רק לטענות שהם בקשר לחיוב.

למשל החייב צריך לשלם למוטב 100 ש"ח. אם הנושה הפר את החוזה באופן כלשהו ונגרם נזק של 10 ש"ח לחייב- אילו היחסים החוזיים היו רק בין החייב לנושה היו יכולים הם לקזז את החיוב כרצונם ולשלם לנושה רק 90 ש"ח. אולם, **כשנכנס המוטב לתמונה החייב יכול לטעון טענות כלפי הנושה בקשר לחיוב רק כאלו שהיה יכול לטעון כלפי המוטב**. אם למשל, המוטב היה גורם את הנזק לחייב של 10 ש"ח אז החייב יכל היה לקזז את ה10 ש"ח ולשלם רק 90 ש"ח.

כתוב בסעיף 37 שהחייב יכול להעלות כלפי המוטב כל טענה. האם הוא יכול להעלות כלפי המוטב את הטענה הבאה:

הנושה ויתר לי על חלק מהחוב.

בהנחה שהמוטב לא היה בתמונה- החייב יכול.

האם הוא יכול להעלות טענה זו כנגד המוטב? צריך להבין שמה שכתוב בס' 37 כפוף לס' 36 א': החייב יכול להעלות כלפי המוטב כל טענה שיש לו כלפי הנושה בקשר לחיוב למעט טענה שנובעת משינוי תנאי החוזה. אם התנאים שונו אחרי שנודע למוטב על זכותו אין לשינוי תוקף מכוח ס' 36 א'.

לסיכום,

אם הנושה מפר את החוזה- החייב יכול לטעון כלפי המוטב. (החייב יטען שמשום שהנושה הפר את החוזה- יש ביטול כדין וגם זכותו של המוטב מתבטלת).

אם לחייב יש טענה כנגד הנושה שהם הסכימו לשנות את החוזה (למשל להפחית מסכום התשלום)- הוא לא יכול לטעון זאת למוטב כי זה לא מתוקף ס' 36 א'.

אם הנושה והחייב יסכימו להפר את החוזה כדי שיוכלו לכרות חוזה חדש- זהו שינוי מוסכם שמהווה עבירה על ס' 36 א' .

אם הנושה מתחייב כלפי המוטב לתת לו מתנה- הוא יכול לחזו בו / לשנות את החוזה. למרות שזה לא נכלל בסייג של ס' 36 (ב) הוא יכול לחזור בו לפי לפי חוק המתנה בו בניגוד לחוזה רגיל, התחייבות לתת מתנה אפשרת להתרחט אם המקבל עוד לא שינה את מצבו באופן כלשהו בהסתמך על ההתחייבות.

**סעיף 38:**

***38. שמירת זכותו של הנושה***

*זכותו של המוטב אינה גורעת מזכותו של הנושה לדרוש מן החייב את קיום החיוב לטובת המוטב.*

עוסק במצב בו החייב לא קיים את התחייבותו- מי יכול לתבוע אותו?

ס' 38 אומר כי לא רק המוטב אלא גם הנושה יכול לתבוע את החייב לטובת המוטב.

מצב בו החייב הפר את התחייבותו כלפי המוטב- האם המוטב יכול לתבוע את הנושה על זה שהחייב לא קיים?

תלוי מה הסיבה שהוענקה זכות למוטב: במצב בו הזכות הוענקה למוטב לא כמתנה או לא כביטוח חיים אלא מפני שהנושה חייב למוטב- לפי ס' 48 בו נאמר "חיוב (החוב שיש לנושה כלפי המוטב) אשר לקיומו יתחייב החייב (הנושה) בחיוב אחר או שהעביר לו לשם כך זכות כלפי אדם שלישי (החייב) חזקה שלא התכוונו להפקיעו (את החוב שחב הנושה למוטב ) אלא אם קויימו החיוב האחר או הזכות". כאשר אני משלמם חוב לא בכסף אלא באמצעות חיוב אחר או שאני מקנה לך זכות כלפי מישהו אחר במקום החוב (במקרה שלנו) חזקה שהצדדים מסכימים שכל עוד החיוב לא קוים החיוב האחר שבא לפרוע את החוב המקורי- החוב המקורי בעינו עומד. כך שאם החייב לא מקיים חיובו כלפי המוטב- **המוטב יכול לפנות אל הנושה בתביעה כדי לגבות את מה שהנושה חב לו מהעסקה הקודמת** (לא את מה שהחייב חב לו).

**6. תרופות בשל הפרת חוזה**

**ב. תלות בין חיובי הצדדים ודחיית קיום:**

1. ע"א 701/79, **שוחט נ' לוביאניקר**, פ"ד לו (2) 113. רק סיכום

2. ע"א 1816/91, **דלתא הנדסה נ' שכון עובדים**, תקדין עליון, כרך 98 (2), 1885. רק סיכום

4. [ע"א 1632/98 **ארבוס נ' רובינשטיין**](http://hl2.biu.ac.il/upload/121097/Media/%D7%A4%D7%A1%D7%99%D7%A7%D7%94/%D7%90%D7%A8%D7%91%D7%95%D7%A1%2098.doc), פ"ד נה(3) 913. סיכום

**נושא זה הוא חלקו בתוכן החוזה וחלקו בנושא התרופות.**

מצב ראשון:

דוגמא: המוכר התחייב לספק את הממכר לקונה ב1 לחודש. הקונה מתחייב לשלם ב10 לחודש. מגיע ה1 לחודש והמוכר לא מוסר את הסחורה- מפר את החוזה. האם הקונה חייב לשלם ב10 לחודש מבלי שהוא מבטל את החוזה? אם הוא מבטל את החוזה הרי ברור שהוא לא חייב כי החוזה בוטל. אבל אם הוא לא מבטל את החוזה האם הוא חייב לשלם?

מצב שני:

דוגמא: מוכר התחייב למסור סחורה ב1 לחודש. הקונה התחייב לשלם לו באותו הזמן של קבלת הסחורה. המוכר לא מוסר את הסחורה. האם הקונה צריך לשלם מבלי שהוא מבטל את החוזה?

מצב שלישי:

דוגמא: הצדדים הסכימו שב1 לחודש הקונה ישלם על הסחורה והמוכר ימסור את הסחורה ב10 לחודש. הקונה צופה מראש שב10 המוכר לא יעביר את הסחורה. עוד לא הייתה הפרה אבל יש צפי להפרה. האם הקונה יכול לדחות את חיובו?

במצב הראשון- הופר חיוב ראשון בזמן. היה דירוג זמנים. הראשון בזמן הפר. האם השני בזמן צריך לקיים במצב שהוא לא ביטל את החוזה? האם הוא רשאי להשהות את מועד קיום חיובו?

במצב השני- מועד החיובים הוא בו זמני. אחד מפר, האם השני יכול לדחות את חיובו?

במצב השלישי- אין הפרה עדיין . יש חיובים מדורגים בזמן והחיוב הראשון בזמן עומד לקיים והוא צופה שהחיוב השני בזמן יופר. האם הוא כבר מראש יכול לדחות את החיוב שלו?

דחיית קיום נוכח הפרה של הצד האחר ( בעבר, בו זמנית או הפרה צפויה) יכולה להתעורר ביחס לכל חוזה שיש בו חיובים הדדיים בשפה המשפטית חוזה סיננגמטי.

דוגמא לחוזה שהוא לא סיננגמטי- חוזה מתנה: על הצד השני לא מוטלת חובה אז הוא לא יכול להפר.

שאלת דחיית הקיום רלוונטית רק בחוזה הדדי או חוזה שבו עוד לא קויימו חיובים. **זה רלוונטי רק בחוזה בו שני הצדדים עוד לא קיימו את חיוביהם.**

עד השנים האחרונות המחוקק ובתי המשפט בעקבותיו הסתכלו על שאלה זו בפרספקטיבה של תוכן החוזה. ואנו רואים זאת כי התשובה לשאלה מופיע בפרק של תוכן החוזה בסעיפי ההשלמה. ולא בדיני התרופות.

ולכן הם הסתכלו על זה לפי פרשנות החוזה- הוא יכול לדחות את חיובו אם הצדדים הסכימו לכך בחוזה.

הבעיה היא שבדר"כ לא קיים הסדר חוזי לגבי עניין זה בו החוזה מופר.

בגלל שהחוק ידע כי הצדדים לא מסדירים נושא זה- הוא קבע מנגנון השלמה:

האם הנפגע בפועל או הנפגע הפוטנציאלי יכול להפעיל סעד מסויים של דחיית קיום חיוביו במקרה שהצד השני הפר או עומד להפר את חיוביו? אם אנו מסתכלים על זה כך, אנו נמצאים בדיני התרופות. אמנם זה לא נועד להחזיר את המצב לקדמותו אלא לקבע את המצב כפי שהוא ולא לאפשר לנזק לגדול. סעד זה בא לאפשר לנפגע להתגונן כצעד ראשון מהפרה שעומדת להתרחש.

השופטת דורנר מסבירה בפס"ד ארבוס את חלק מהיתרונות של דחיית קיום:

1. דחיית קיום הוא סעד עצמי- בלי עזרה של בית משפט.

שימי לב כי כל תרופה שהיא סעד עצמי שהופעלה שלא כדין היא בעצם הפרה של החוזה. לדחיית קיום יש יתרון על סעד הביטול שגם הוא עצמי משום שאם אני מודיע על ביטול החוזה ולא הייתי זכאי לבטל זו ההפרה הכי חמורה שיכולה להיות. אם אני דוחה קיום ומסתבר שטעיתי זו הפרה יותר קטנה משום שאני רק דוחה את הקיום אני לא מבטל אותו לתמיד.

1. זהו סעד שמשדר מתינות.
2. פעמים רבות כשיש הפרה הנפגע בשלב המיידי עוד לא יודע מה הוא רוצה- האם ירצה לבטל את החוזה או שהוא רוצה לדרוש את קיומו של החוזה הזה- לתבוע אכיפה. החלטה זו היא החלטה אסטרטגית לא קלה וכדי לקבלה עליו לבדוק נתונים שונים. דחיית קיום מאפשרת לו מצד אחד לא להמשיך להשקיע משאבים בחוזה שכבר נחזה להיות בעייתי ומצד שני הוא שומר לעצמו את כל האופציות פתוחות משום שבעקבות דחיית התשלום הנפגע יכול ללכת אח"כ ולתבוע קיום והוא יכול אח"כ לתבוע אכיפה- בעצם, כל הסעדים פתוחים לפניו.

באיזה משלושת המצבים, יכול נפגע בחוזה לדחות את קיום חובתו כך שזה לא ייחשב להפרת חוזה?

**בסעיף 43(א) אומר**-

**43. דחיית קיום**

(א) המועד לקיומו של חיוב נדחה -

(1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה - עד שהוסרה המניעה;

(2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב;

(3) אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד - כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו.

סעיף קטן 3 נותן תשובה למצב השני של **חיובים בו זמנית**-

למה מנגנון ההשלמה שבחוק קובע שבמקרה של חיובים בו זמנית- אם אחד מפר השני יכול לדחות וזאת במידה ולא הסכימו אחרת? ז"א מדוע החוק מניח כי במצב של חיובים בו זמנית- הדחייה היא רצון הצדדים?

כשעסקנו במנגנוני השלמה ראינו שהם מנסים לשער מה הצדדים היו מסכימים אם היו מסדירים זאת בחוזה- מנסה להתקרב כמה שאפשר לאומד דעתם של הצדדים. ההגיון שלנו אומר שאם צד אחד לא מקיים אזי גם השני לא רוצה לקיים. "אין לקיים לטובת מי שאינו מקיים". אנו מוצאים בפסיקה הסבר שאומר כי אם שני צדדים החליטו שהחיובים שלהם יהיו בדיוק באותו זמן (מה שאינו מקרי), מן הסתם החיוב נקבע באותה נקודת זמן משום שכל אחד רצה לוודא שהוא מקיים וגם השני מקיים.

קביעת החיובים באותו מועד בדיוק כנראה מעידה על אומד דעת הצדדים שרוצים לתלות יחסים של תלות הדדית בין החיובים שלהם- "חיובים שלובים".

במצב של חיובים בו זמנית כשמגיע הסכסוך בלהימ"ש- השופט רואה שני צדדים שלא קיימו את חיוביהם. אולם, **מי המפר ומי הדוחה?**

הפסיקה קבעה בע"א 594/75 ג'רבי נ' הייבלום- פס"ד השופט שמגר. מקום בו על שני הצדדים לקיים חיובים מקבילים האחד יכול לתבוע את רעהו על ההפרה אלא רק אם התחייב או לפחות היה נכון לקיים את חיוביו שלו. אם כל אחד תלוי בשני אז כל אחד לא מקיים כי תלוי באחר – יוצא מעגל. כך היינו מסכלים את קיום החוזה והיינו מקשים על ההליכים המשפטיים. המבחן אינו יכול להיות ביצוע החיוב המקביל ממש אלא רצון לקיום החיוב. למשל בחוזה מכר: על המוכר להיות נכון למכור את החזקה בממכר והקונה חייב להיות נכון לשלם את הממכר. זהו המבחן: **"מבחן הנכונות לקיים**". עדיין ברמה הפרקטית לא קל להוכיח נכונות לקיים משום שהיא לכאורה עניין שבכוונה. במציאות לרוב המקרים כן יש סימנים של נכונות. כמו למשל, פינוי הדירה למכירה וכדומה. ז"א אפשר להציג ראיות על נכונות לקיים מצד אחד ועל סרבנות לקיים מצד שני- זה מה שיוצר את ההבחנה בין המפר לדוחה.

**לגבי המצב הראשון**-

סעיף קטן 2 –

*(2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה - עד שקויים אותו חיוב;*

כאשר החיובים מדורגים בזמן – אם הראשון לא מקיים השני יכול לדחות את קיומו עד שהראשון מקיים אבל בתנאי שהם תלויים אחד בשני- שיש תלות בין החיוב השני בראשון. מתי יש תלות כזו? כשהצדדים מסכימים שתהיה תלות כזו.

ההתנייה הזו לא קיימת בסעיף קטן 3 שם החוק יצא מנקודת הנחה שהחיובים תלויים זה בזה משום שהם בו זמניים. ואילו בסעיף קטן 2 החוק לא מניח שהחיובים תלויים זה בזה . אם הצדדים כתבו בחוזה את עניין התלות אז אין בעייה. אבל ברוב המקרים אין אינדיקצייה ברורה בחוזה ביחס לכוונת הצדדים בסוגיית התלות בין חיובים. במקרה כזה, **עושים פרשנות.**

עד אמצע שנות ה80 **עמדתו של ביהמ"ש הייתה שבאין סימנים הפוכים נקודת המוצא היא שהצדדים התכוונו שלא תהיה תלות בין החיובית והחיובים הם בגדר עצמאיים**.

עמדה זו של ביהמ"ש ניתן לראות בע"א 765/82 אלתר נ' אלעני- העובדות היו- אלעני היה קבלן בניין שבנה בית דירות בחולון ובקומת הקרקע של הבניין היו חנויות. לאלתר הייתה חנות בבניין אחר קרוב. אלעני הציע לאתר לקנות אצלו חנות חדשה עוד לפני שהחל בבניה בכלל. אלתר אמר כי אין לו הרבה כסף ואלעני אמר כי הוא מוכן לחכות עד שימכור את החנות שלו. הסכום ישולם במועד מכירת החנות של אלתר. החוזה נחתם בחודש מאי ולפי החוזה הבניין היה צריך להיות גמור באוגוסט בשנה שאחרי 72. רק בשנת 74 הצליח אלתר למכור את החנות שלו אבל הקבלן עוד לא התחיל לבנות אפילו. באופן טבעי הקונה לא רצה לשלם את החיוב. שנתיים לאחר מכן הסתיימה הבנייה ועכשיו הקונה רצה לשלם על החנות. בינתיים עלו מחירי החנויות מאוד והקבלן טען להפרה של החוזה (שהקונה לא שילם לו אז כשמכר) ורצה לבטל את החוזה. השאלה היא האם אלתר הקונה היה זכאי לדחות את התשלום כאשר הייתה הפרה קודמת בזמן של הקבלן אלעני המוכר?

בניגוד לתשובה האינטואיטיבית שכן- ביהמ"ש קבע להפך. האם מדובר בחיוב עצמאי או בחיובים שיש בינהם תלות? ביהמ"ש אמר שאם הצדדים לא תזמנו את החיובים לאותו מועד אזי אין להם כוונה להתלות את החיובים שלהם אחד בשני.

**תשובה זו מאוד לא הגיונית משום שיש סיבות רבות אחרות לאי תזמון ביצוע החיובים לאותו מועד**. למשל, תזרים מזומנים הכנסות עתידיות, שיקולי מס ועוד.

**המצב השלישי- "הפרה צפויה"**

בחוק אין הסדר לעניין זה.

המצב השלישי עוסק בהפרה צפויה- הפרה צפויה מוסדרת בדיני התרופות. המחוקק הישראלי חשב על דחיית הקיום בעיניים של תוכן החוזה ולא בעיניים של דיני התרופות ולכן הסדיר את ההפרה הצפויה בפרק ה'- תרופות של חוק החוזים חלק כללי.

סעיף ההפרה הצפויה אומר שאם אני צופה להפרה של חיוב עתידי החוק נותן לי תרופות לפי חוק התרופות- אבל **בחוק התרופות אין הסדר של דחיית קיום**. ולעומת זאת, **בחוק שעוסק בתוכן החוזה אף אחד לא חושב על הפרה צפוייה** כי הפרה מקוטלגת בדיני התרופות וכך הסיטואציה השלישית נפלה בין הכסאות.

מספר תשובות למצב השלישי "הפרה צפויה":

1. במשפט האמריקאי - אם במהלך ביצוע החוזה מתקיים אצל אחד הצדדים חשש סביר שהצד השני עומד לא לקיים את חיובו . צד זה יכול לפנות לצד השני שחיובו כנראה עומד להיות מופר ולדרוש ממנו בטוחה או ערובה לקיום החיוב . הערובה או הבטוחה תלויות בנסיבות העניין. ברגע שהוא פונה לצד השני הוא יכול לדחות את חיוביו עד שהצד השני יספק את הערובה תוך זמן סביר של 30 יום- המצב של החשש הופך להיות הפרה צפוייה ואז הנפגע זכאי לכל התרופות שכוללות גם דחיית קיום וגם שאר התרופות להפרת חוזה.

2. בישראל אין פתרון- עפ"י הפסיקה נידון לראשונה בפס"ד שוחט נ' לוביאניקר: לוביאניקר היו צריכים בחודש אוגוסט להעביר את הבעלות בדירה לשוחט- שוחט אמורים לשלם רק בספטמבר. אבל באוגוסט נוצר אצל לוביאניקר חשש ששוחט לא ישלמו משום שהיה ויכוח בין הני הזוג שוחט והם טסו שניהם לאוסטרליה ונסיעה פתאומית כזו שבאה על רקע הסכסוך מבלי לדעת מתי יחזרו היא שיצרה את החשש. בפנייה לעורך הדין של שוחט התשובה שלו הייתה מעומעמת.

במצב זה אילו היו פועלים לפי הדין האמריקאי היה הפתרון המושלם.

פתרון נוסף שיכלו לעשות לוביאניקר הוא לבטל את החוזה- ביטול החוזה לא טוב מכמה סיבות:

1. הם לא היו מעוניינים בביטול החוזה- הם רצו את קיומו- והם כלל לא היו בטוחים שיש בעייה הם רק חששו.

2. אפשר לבטל במצב של הפרה צפוייה במידה ורמת הודאות להפרה מאוד גבוהה ואילו פה היה רק חשש. למשל, אם היה מסתבר שהקונים הוכרזו פשוטי רגל אז היה ברור שתהיה הפרה של החוזה.

3. במצבים הנ"ל אם היו מבטלים את החוזה היו נחשבים הם למפרים.

ולכן לוביאניקר פשוט לא העבירו את הבעלות- בחודש ספטמבר בו היו צריכים לקבל את התשלום פנו שוב לעו"ד של שוחט ועו"ד פתאום טען שהכסף לחוזה נמצא אצלו בערבון וכעת יש להפחית מסכום התשלום בשל הפרה של החוזה מצד לוביאניקר.

השופטת בן פורת אומרת כי אכן אין הסדר למצב זה בדין הישראלי ואת ההסדר היא מוצאת בסעיף 39- תום הלב. אם המוכרים סתם לא היו מעבירים את הבעלות ודוחים אותה זה היה נחשב להפרה. בגלל שזה נעשה כשתגובה לחוסר תום הלב של הקונים אז זה בסדר לדחות את הקיום מבלי שזה ייחשב להפרה.

התשובה הראשונה שהפסיקה נותנת לנו למצב השלישי- **בחשש להפרה צד יכול לדחות את קיומיו בהסתמכות על עקרון תום הלב.**

מה שהשופטת בן פורת לא אומרת- היא לא עוסקת בהאם הצדדים התכוונו ליצור תלות בין חיובים. ולכן בהסתמך על ההלכה הקיימת מלפני כן, היינו צריכים להגיע למסקנה שאין תלות בין החיובים כי הם לא בו זמניים.

בעקבות הפסיקה הזו ניתן לראות בשורה של פסקי דין הניתנים באותה תקופה שינוי בגישה:

פס"ד דניאלסה נ' גד שט ופס"ד מקור פיתוח עירוני נ' קרון- הייתה הפרה צפויה ממש. השאלה הייתה האם במצב של הפרה צפויה (לא חשש להפרה צפוייה) אפשר לדחות את הקיום? שופט בך אומר שהתשובה היא שקל וחומר! משני סיבות:

1. אם במצב של חשש מפני הפרה אני יכול לדחות קיום קל וחומר כשאני בטוח.

2. אם במצב של הפרה צפוייה אני יכול לבטל את החוזה, קל וחומר שאני יכול רק לדחות.

השופט בך אומר שצד הנפגע מהפרה צפוייה רשאי שלא לקיים את חיובו שלו. זכות זו תעמוד לנפגע מהפרה צפוייה כאשר קיימת **תלות** בין חיובו והחיוב שהפרתו צפויה. **על תלות זו בין החיובים למדים לא רק עפ"י המועדים שבו מבוצעים החיובים** (בניגוד להלכה הקיימת שאותה בו פורת לא שינתה בפס"ד לוביאניקר) **אלא עפ"י הנסיבות המיוחדות וכללי הגיון והשכל הישר**. כללי ההגיון הם שגם בחיוב שהוא לכאורה עצמאי ניתן לראותו כמותנה בנכונות ורצון מתמשך של הצד השני לפעול עפ"י החוזה.

השופט בך מכניס לראשונה את ההגיון. השכל הישר אומר שבחוזה בו יש חיובים הדדיים אומד דעתו של כל צד הוא שהחיוב שלו מותנה בנכונות של הצד השני לעמוד בהתחייבות שלו- וברגע שהתחייבות הזאת נפסקת- אני יכול לדחות את קיום חיוביי.

דברי בך הופכים את החזקה- **בכל חוזה הדדי יש הנחת מוצא שאומד הדעת הנורמטיבי הוא תלות בין החיובים.**

בפס"ד דלתא הנדסה נ' שיכון עובדים שוב עלתה השאלה של דחיית קיום.

שיכון עובדים הפרה את החוזה למרות שדלתא לא שילמה את דמי השכירות. הייתה הפרה מצד דלתא אבל שיכון עובדים בהתנהגות שלהם ויתרו על ההפרה הזאת. (לדעת גלברד גם אם לא היו מוותרים ההפרה לא הייתה יסודית ממילא). וברגע ששיכון עובדים ביטלו את החוזה הביטול לא היה כדין. החיוב שדובר על דחיית קיומו הוא התשלום עבור הרכישה. דלתא כשהם לא שילמו עבור הרכישה הם לא התכוונו לדחיית קיום הם לא שילמו כי הם היו כבר באמצע ההתדיינות בביהמ"ש.

השופטת דורנר אומרת כי הפרה צפוייה מקנה לנפגע את הזכות לעכב את חיובו ובלבד שהחיובים שלהם שלובים. שכן, הנטל לחייב חיוב עצמאי מבוסס על הנחה שהצד השני מתכוון לקיים את חיוביו. יש פה קצת שיבוש בהגדרות אבל כוונתה היא בסדר. **כוונתה הייתה שחיוב נפרד בזמן מבוסס על ההנחנה כי הצד השני יקיים את חיוביו במועד שנקבע**. הודעת הביטול של שיכון עובדים מלמדת שהצד שמסר אותה לא יקיים את חיוביו בחוזה ולכן יש לאפשר לדלתא לדחות את חיוביו.

בפס"ד ארבוס נ' רובינשטיין- הדברים מגיעים לשיאם- ההפרה הייתה על איחור גמר בבנית הדירה של בערך שנה. במצב רגיל הנפגע אמור לתבוע פיצויים בשל הפרת חוזה. אפשרות לראשי נזק שנגרמו להם:

1. שכר דירה ששילמו במהלך השנה הזו.

2. אם הדירה נקתנה להשקעה הם היו משכירים אותה- אובדן דמי שכירות למשך שנה.

3. ריבית והפרשי הצמדה- רעיון זה מבוסס על זה שיש תלות בין מועד המסירה לתשלום. ולכן מעקרון הזכות שלהם לדחיית החיוב הם היו יכולים להשאיר את הכסף אצלם ולשלם רק בעוד שנה. אולם הם שילמו כבר הכל ובמצב בו הכסף שלהם נמצא בכיס של המוכר, והמוכר כביכול מחזיר לי בשנה איחור, אני רוצה על הכסף הפרשי הצמדה וריבית. הריבית הייתה גבוהה מאוד באותו זמן והפרשי ההצמדה היו גבוהים ולכן הם תבעו את הריבית ולא את ראשי הנזק האחרים- זה הכי השתלם להם.

השופטת דורנר אומרת כי היתרונות של דחיית קיום: יעילות, חוסכת הפסדים נוספים מצד הנפגע, מתמרצת את המפר לקיים את חיוביו.

דורנר אומרת גם בניגוד גמור לפס"ד אלתר נ' אלעני בו נאמר כדי לקבוע תלות בין הצדדים צריך בחוזה הוראה מפורשת ואילו פה היא אומרת שויתור על התלות צריך להיות מפורש- אם לא נאמר כלום אזי בטוח יש תלות.

**המסקנה כרגע** היא ש**בחוזה לא משנה מה עיתוי החיובים יש תלות בינהם**- שלילת התלות היא באמצעות הוראה מפורשת.

השופטת דורנר אומרת שאפשר להתנות ולשלול את התלות אבל אם ההתנייה תהיה בחוזה אחיד- היא תיחשב לתנאי מקפח. ומאחר שחוזים של חברות בנייה הם חוזים אחידים- שלילת התלות בחוזה אחיד בהוראה מפורשת תיחשב כמקפחת. מפני שתנאי כזה הוא על פניו תנאי מקפח כמשמעותו בסעיף 4 (6) לחוק החוזים האחידים- סעיף זה קובע חזקת קיפוח לגבי תנאי בחוזה אחיד ששולל או מגביל תרופה שעומדת ללקוח עפ"י דין או חוזה. השופטת דורנר סוף סוף הראשונה שתופסת שדחיית קיום היא בעצם תרופה ואנו רואים בפסיקה שדחיית קיום היא תגובה להפרה והיא עניין תרופתי ולא רק הסדר שבתוכן החוזה.

**אם יש בחוזה חיובים שוליים או אגביים הפרה של חיובים אלו לא תקנה זכות לדחייה.**

ע"א 2568/98 פטר נ' חממי- פטר הוא בעלים של חלקת קרקע וחממי הוא קבלן ובינהם יש עסקת קומבינציה- הקבלן בונה בית על הקרקע של פטר ובתמורה הקבלן מקבל כמה דירות. בחוזה יש חיובים נוספים חוץ מהבנייה ומסירת הקרקרע- חיוב שרוכשי הדירות צריכים לשלם עבור המונים לחיבור הדירה לחשמל ומים. היה ויכוח בין הצדדים האם פטר צריך לשלם על המונים או לא ובתמורה הקבלן לא מסר לבעל הקרקע את הדירות. בביהמ"ש דנו בהאם יש תלות בין החיובים או לא. ביהמ"ש אמר כי לא מדובר בחיובים שיש בינהם תלות. סכום ההוצאות של המונים היה זניח ביחס לשוויה הכולל של העסקה ולא נראה סביר כי בתשלומם של סכומים זנוחים אלו יותנה הביצוע המרכזי של המשיב.

**ההבדלים בין הצעת חוק דיני ממונות לבין הדין הקיים:**

ס' 43א (3) אל מול ס' 52 (א) אומר כי המועד נדחה אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו.

אין הבדל מפני שבחוק הקיים אין בעייה בנושא והוא הדין.

ס' 43 (א) (2) אל מול סעיף 127(א) חיוב במועד קיומו מאוחר מהחיוב העיקרי של הצד השני יהיה מותלה בקיום של הצד השני- זוהי חזקת התלות מחליפה את 43 א 2 ומכניס את ההלכות המאוחרות בפסיקה- יש חזקה שניתנת לסתירה באמצעות הוראה מפורשת בחוזה אבל לא בחוזה אחיד- שהחיוב השני בזמן תלוי בחיוב בראשון בזמן. אם לא יקויים הראשון- השני ידחה.

סעיף 127 (ב) היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי שמועדו עוד לא הגיע זכאי הצד השני לדרוש בטוחה לקיום- זה מועתק מהדין האמריקאי וממלא את הלאקונה שיש היום בחוק שפס"ד שוחט מילא אותה.

\*\* שימי לב שבכל הסעיפים מדובר על חיוב עיקרי- נובע מפס"ד פטר נ' חממי.

**ההבדל בין הפרה של חיוב עיקרי לבין הפרה יסודית-**

הפרה של חיוב עיקרי יכולה להיות הפרה לא יסודית. למשל, החיוב של הקונה לשלם הוא החיוב העיקרי בחוזה אבל אם הקונה מאחר בתשלום שעתיים זו הפרה לא יסודית של חיוב עיקרי.

הפרה יסודית זו הפרה שלא הייתי מתקשר בחוזה לו הייתי יודע שתהיה הפרה כזו.

**החלק התוכני מאפשר דחייה של החיוב כאשר מדובר בחיוב עיקרי- ולאו דווקא מהותי**.

\*\*בסעיף 496 לקודקס כתוב כי הופר חוזה הפרה יסודית זכאי הנפגע להשהות את קיום חיוביו עד שהמפר יקיים את חיוביו.

סעיף זה מופיע בפרק התרופות וזו ההכרה הצפויה של המשפט הישראלי בדחיית קיום כתרופה. נכנסת פה תרופה חדשה שנקראת "השעיית קיום".

זה מובא גם בהיבט התוכני וגם בהיבט התרופתי- זאת משום למשל, אם המוכר צריך למסור סחורה ב1.1 והקונה לשלם ב3.1- המוכר מתקשר לקונה ואומר שיש לו בעיות והוא יספק את הסחורה רק ב5.1 – לפי המבחנים של הפרה יסודית זה לא יהיה הפרה יסודית. אבל אם נלך לפי הסעיף הזה המשמעות היא שהקונה שלנו יצתרך ב3.1 לשלם ולא יוכל לדחות וזה לא הגיוני הרי הצדדים קבעו שקודם מספקים ואז משלמים ופה תהיה התהפכות הסדר. אם היינו מתמקדים כמו בחלק התוכני שמאפשר לדחות קיום כשמדובר בהפרה של חיוב עיקרי ולא הפרה יסודית אפשר לדחות קיום. יותר מזה, נראה בהמשך שאפשר אף לבטל חוזה בהפרה של חיוב עיקרי, אז קל וחומר גם כאן.

ההסדר של דחיית קיום כפי שמופיע בקודקס הוא יחסית דליל לחשיבות הנושא הזה. קיימת שורה של נושאים רבים שלא מוסדרים:

1. יש הפרה והצד השני דוחה את הקיום. לפעמים, כדי לבצע חיוב צריך הכנה מראש. עכשיו הצד שדוחה קיום תלוי בקפריזה של המפר. האם הנפגע צריך להיות תמיד בכוננות קיום.?
2. כמה זמן אפשר לדחות קיום? לנצח?
3. זכות עקבון- אם אני מוסכניק אני יכול לעקב את האוטו שלך אצלי עד שתשלם. הפסיקה אומרת שיש גבול לעקבון. מה לגבי דחיית קיום? פס"ד מונסנקו נ' המכבייה- קובע השופט עמית שהנפע לא יכול לשבת על הגדר לאורך זמן והוא צריך תוך זמן סביר להחליט מה הוא רוצה: אכיפה או ביטול? ולפעול בהתאם. **אי אפשר להמשיך לדחות מעבר לזמן סביר.**

**א. מבוא לתרופות:**

1. ע"א 4012/90, 3666/90, **עירית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ**, פ"ד מו (4) עמ' 45. סיכום

2. ד"נ 20/82, **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו את ג'ונס**, פ"ד מב (1) עמ' 221.סיכום

3 ע"א **EXIMIN S.A.** ,3912/90 **נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל**, פ"ד מז (4) 64. סיכום

חוק התרופות מסדיר את נושא התרופות.

כמו חוק החוזים הכללי הוא קצר יחסית, תמציתי, יישומם מחייב פרשנות רבה (יותר מבכללי). יש בחוק התרופות בעייה מובנת וזה שהוא נחקק לפני חוק החוזים חלק כללי כאשר הסדר צריך להיות הפוך. בנושאים מסויימים יש חוסר התאמה.

\*\*הקודקס באחד ממטרותיו בא לפתור בעיות של חוסר התאמה. כרגע הפסיקה מיישרת את העניינים הללו- אבל החוק הזה רחוק מלהיות מושלם.

חוק התרופות הוא לא המקור היחידי לתרופות להפרת חוזה:

סעיף 22 לחוק התרופות הוא סעיף שמירת הדינים. יש תרופות בדינים נוספים גם על הפרת חוזה ממש. למשל בחוק המכר יש פרק של תרופות וחלקם חופפות לחוק התרופות וחלקם לא.

כל דיני התרופות שלנו מצויים בסעיף 2 וכל יתר הסעיפים הם פירוט של סעיף 2.

**סעיף 2**

*2. הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה, וזכאי הוא לפיצויים, בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומן, והכל לפי הוראות חוק זה.*

**בסעיף 2 נאמר מתי קמה הזכות לתרופות:**

1. התנאי הראשון- שיש חוזה תקף.

הטענה הראשונה של הנתבע פעמים רבות בתביעה היא שבכלל אין חוזה תקף. (מסיבות שונות כמו לא הייתה כוונה ליצירת יחסים משפטיים, וכו' וכו').

1. התנאי השני- מעשה או מחדל בניגוד לחוזה- צריך להיות פער בין מה שנעשה או לא נעשה לבין תוכן החוזה. פער זה הוא ההפרה.

מה לגבי מצב שבו צד מצהיר בחוזה הצהרה כלשהי ומסתבר שהצהרה זו לא נכונה? למשל, המוכר מצהיר שהנכס הנמכר נקי מזכויות של צדדים שלישיים ומסתבר שיש בו זכויות של צדדים שלישיים- האם זאת הפרה? אם אותה הצהרה הוצהרה גם בשלב הטרום חוזי והיא לא נכונה- אז יש פה הטעייה. פה יש הצהרה בתוך החוזה- האם זו הפרה? יש קושי עם ההגדרה של הפרה. משום שההגדרה בחוק התרפות היא מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה- העובדה שיש הצהרה שלא תואמת את המציאות לא נכנסת להגדרה זו. אלא אם כן, כאשר צד מצהיר משהו בתוך החוזה הוא במשתמע נוטל על עצמו התחייבות לדאוג שזה יהיה מצב הדברים. ואז בדרך זו נוצרת הפרה.

**לשון החוק תומכת בכך שגם דברים מינוריים הם בגדר הפרה- אבל זה במשתמע ולא במפורש. כל פער בין ההתחייבות החוזית או בין הביצוע בפועל מהווה הפרה**.

**הפרה צפויה בע' 17:** (בתוך התנאי השני עדיין- מהי הפרה)

*17. גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות הענין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום החוזה, ובלבד שבית המשפט, בנתנו צו אכיפה, לא יורה שיש לבצע חיוב לפני המועד שנקבע לקיומו.*

מאמץ לתוך החוק שלנו דוקטרינה אנגלית שהייתה קיימת עוד לפני חוק התרופות. עקרון ההפרה הצפויה לא מובן מאליו. הרי מהי ההפרה פה? הרי עוד לא נעשתה הפרה. למה אסור לי להצהיר למשל, שאני לא מתכוון למסור לך את הנכס? המשפט האנגלי של פעם לא הכיר במונח זה של הפרה צפויה. תפיסה זו השתנתה וקיימת הנחה שיש הפרה צפויה.

יכול שיהיה בשני מצבים:

1. הפרה צפויה הצהרתית- כל אימרה שנאמרת לצד השני שניתן להבין ממנה כי לא אקיים את החיוב- וזאת לפני מועד הקיום. הדין הוא שהצהרה זו נלקחת ברצינות- למרות שיש סיכוי שהוא לא דובר אמת או שהוא עוד יכול לחזור בו.
2. הפרה צפויה נסיבתית- מתרחשות נסיבות מהן למדים שהחוזה לא יתקיים למרות שלא הוצהר כלום. (למשל, שריפה של התמונה). זה מסובך, משום שיש נסיבות שיוצרות ודאות מוחלטת שתהיה הפרה ויש כאלה שיוצרות ודאות ברמת סבירות נמוכה יותר. ודאות מוחלטת- היא שריפת התמונה. גם דוגמא של עסקה נוגדת היא בגדר ודאות כמעט מוחלטת. ודאות ברמת סבירות נמוכה יותר היא מצב בו למשל, שמעתי שכל הצ'קים של החייב שלי חוזרים. אבל במצב זה אין ודאות מוחלטת וגם הפסיקה לא יודעת. יש מחלוקת בספרות המשפטית מה הוודאות הנדרשת להפרה צפוייה. האם זה מעל 50% או שהרמה הרבה יותר גבוה- לא ברור שלגמרי. כמובן, **שככל שהרמה גבוהה יותר יותר קל להגיד שיש הפרה צפוייה.**

\*\*בחוק דיני ממונות כתוב שצריך שההסתברות תהיה "קרוב לוודאי" שזה מעל 90%.

**במצב של הפרה צפויה הנפגע יכול לתבוע את כל התרופות לפי חוק זה.**

אבל האם יש לו אפשרות לבחור לחכות עד מועד החיוב ולראות מה קורה? אם תהיה הפרה אני אתבע ואם לא אז לא.

האם ההוראה של סעיף 17 מטילה עליי נטל לתבוע מיד או רק נותנת לי זכות לתבוע?

במשפט האנגלי סברו במשך שנים רבות שהנפגע יכול להחליט מה שהוא רוצה. הגישה היום שונה בוודאות במשפט האמריקאי שם הנפגע יכול להמתין זמן סביר וזאת משום שאולי בזמן זה יוכל לשכנע את הצד השני. אבל אם עובר זמן סביר וההפרה הצפויה עדיין עומדת בעינה הנפגע לא יכול להתעלם מזה- משום שעקרון הקטנת הנזק מתחיל לפעול החל מזמן סביר מהיוודע על ההפרה הצפויה. זה כנראה גם הדין אצלינו.

בחוק כתוב כי "הנפגע זכאי לכל התרופות לפי חוק זה" במצב של הפרה צפויה. אולם למרות הנאמר יש תרופות שבעייתי ליישם אותם במצב של הפרה צפויה.

למשל, במצב של תרופת האכיפה- צו האכיפה שיינתן יורה על אכיפה במועד הקיום שנקבע בחוזה. מצב שבו הוגשה תביעה כזו על סמך הפרה צפויה עד שיינתן הצו כבר ודאי שיגיע מועד החיוב ותהיה הפרה בפועל כבר בכל מקרה.

ס' 17 נותן פתרון אחד להתאמה של תרופת האכיפה אבל לא לשאלות אחרות, למשל:

נניח שצד לחוזה רוצה לבטל חוזה בשל הפרה צפויה.

בביטול על הפרה לא יסודית הנפגע צריך לתת למפר ארכה לבצע את החוזה.

מצב שבו יש הפרה צפויה לא יסודית- הפסיקה קבעה שהפרה צפויה יכולה להיות גם הפרה לא יסודית. איך נותנים ארכה במצב זה? הרי מועד הקיום עוד לא הגיע. מה שצריך להיות במצב כזה הוא שהתאמת תרופת הביטול למצב המיוחד של הפרה צפויה לא יסודית- **הנפגע צריך לתת ארכה לחזור בו מההצהרה שנתן או לתקן את הנסיבות שגרמו לנפגע לחשוב על הפרה צפויה**. החוק לא אומר דברים אלו- זה הכל מהספרות המשפטית.

יש להיות ערים לעובדה שיחולו כל התרופות בשינויים מותאמים.

\*\*בקודקס נכתב כי יכולו כל התרופות אבל בשינויים המחוייבים.

**ברירת התרופות- כפי שמופיע בסעיף 2**

1. ברירת התרופות נתונה בידי הנפגע. בכפיפות לסייג תו"ל ולכן אני יכול לבחור תרופה רק אם מתקיימים היסודות שמזכים אותי ולא הסייגים.
2. הנפגע יכול לצרף תרופות. אבל פה החוק נוקט בלשון מינימאלית והוא נותן דוגמא לצירוף תרופות. כדי לצרף תרופות צריך:
3. זכאות של הנפגע לכל אחת מהתרופות בנפרד.
4. שלא יפלו בגדר שני הסייגים:
5. סייג ראשון: שלא תהיה סתירה מהותית בין התרופות.

דוגמאות לתרופות שיש בינהן סתירה מהותית:

1. **אכיפה וביטול**-

2. **ניכוי מהמחיר ופיצויים**- מוכר התחייב בחוזה שנכרת בנקודת זמן כלשהי במחיר של 100 ימסור את הממכר כעבור חצי שנה. במועד המסירה המחיר היה 120 כי שוויו עלה. במוסרו את הנכס היה בו פגם. הפגם הוריד משוויו 25% ולכן שווי הנכס שנמסר היה 90.

בתביעת פיצויים- כמה יתבע? 30- אילולא נכרת החוזה היה לו ביד נכס ששוה 120 ועכשיו יש לו נכס ששווה 90 ולכן יקבל 30.

בתביעה את תרופת הניכוי מהמחיר- הקונה רוצה את קיום ההתחייבות- תבע את אינטרס הקיום באמצעות כסף (לא קיום בעין שאז היה דורש לתקן את הפגם) . תרופת הניכוי באה להתאים את המחיר החוזי לנכס הלא מתאים שנמסר. כמה סכום הניכוי? אם הייתי קונה מראש נכס פגום הייתי משלם עליו בזמן כריתת החוזה 75 ולכן סכום הניכוי בדוגמא שלנו הוא 25. פיצויים וניכוי למרות ששתיהן תרופות כספיות הם מבוססות על רציונאל אחר לגמרי. ולכן שתיהן לא יכולות להיות יחד כי הם סותרות.

1. כפל תרופה.

**האינטרסים המוגנים בדיני התרופות:**

מקובל לאפיין את דיני התרופות לפי אינטרסים.

**אינטרס הקיום**- האינטרס האופייני ביותר בדיני התרופות להפרת חוזה הוא אינטרס הקיום. בא לידי ביטוי באכיפה ופיצויים- מטרתו להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילו קויים החוזה. זה בא לידי ביטוי בפיצויים לפי ס' 10,11,13,15.

**אינטרס ההסתמכות-**

אינטרס ההסתמכות עיקרי- כל מה שהנפגע הוציא לצורך קיום החוזה.

אינטרס הסתמכות אגבי- הוצאה שמוציא בהסתמך על החוזה אבל לא לצורך קיומו- אם למשל, קניתי רהיט שמתאים רק לדירה הספציפית שאני קונה זו הוצאה שהוצאתי בהסתמך על החוזה אבל לא לצורך קיומו.

אינטרס זה בדר"כ לא גלוי לעין בדיני החוזים- הוא גלוי לעין בדיני הנזיקין ובשלב הטרום חוזי בסעיף 12 אבל לא בהפרת חוזה. וזאת משום שברוב המקרים המפר יפר את החוזה כשלא כדאי לו לקיים אותו. כלומר, כשהוא כן כדאי עבור הנפגע.

ז"א **בדר"כ החוזה יהיה חוזה רווח עבור הנפגע.**

במצב של חוזה רווח בהגדרה, **אינטרס ההסתמכות יהיה נמוך יותר מאינטרס הקיום**.

ההוצאות שהנפגע הוציא לשם קיום החוזה הם פחות ממה שאמור היה לקבל- ולכן הוא יתבע פיצויי קיום. **בתוך פיצויי הקיום יסתתרו גם עלויות הביצוע שהם אינטרס ההסתמכות**.

**אינטרס ההסתמכות בא לידי ביטוי רק במקרים נדירים שמופר חוזה שהיה חוזה הפסד לנפגע**.

**פיצויי הסתמכות לעומת פיצויי קיום**- שאלה זו מתעוררת בפס”ד מלון צוקים- האם הנפגע יכול לבחור ע”פי שיקול דעתו לתבוע ע”פ ס’ 10 פיצויי הסתמכות ולא פיצויי קיום?

דוגמאות:

1. אדם מתחיייב ליצר מכונה במסגרת חוזה, עשה חשבון שעלויות היצור יהיו 80 ולכן הוסכם שיקבל 100. נניח שהכל היה ע”פ התכנון. והוא ייצר את המכונה. הוא בא להביא למזמין את המכונה והמזמין לא רוצה כי לא כדאי לו לשלם 100- מצא את אותה מכונה בפחות כסף ומפר את החוזה. כמה יתבע היצרן? 100. מקובל לקרא לזה פיצויי קיום אך בתוך סכום זה מסתתרים שני אלמנטים- קיום והסתמכות. במצב כזה בו מופר חוזה שהיה רווחי עבור הנפגע אין משמעות לאינטרס ההסתמכות כי אף אחד לא יתבע 80.

2. מקרה בו בניגוד לתחשיב הסתבר בסופו של דבר שעלויות היצור שלו היו 120 והוא תמחר לא נכון. בהנחה שהחוזה היה מקויים הוא היה מקבל 100 ומפסיד 20. אך הקונה שוב מפר את החוזה. השאלה שמתעוררת היא האם היצרן יכול לתבוע 100 (זה יעמיד אותו במצב בו היה אילו קויים החוזה) או שהוא יכול לתבוע 120- כי זה מה שהשקיע בחוזה? פה פיצויי ההסתמכות גבוהים מפיצויי הקיום.

שאלה כזאת מתעוררת בפס”ד מלון צוקים- האם במקרה בו יש חוזה הפסד יכול הנפגע ע”פ שיקול דעתו לתבוע פיצויי קיום או הסתמכות?

השופט מלץ קובע כי ניתן לתבוע פיצויי קיום כי זה מה שהוסכם בחוזה וכי האינטרס המוגן הוא אינטרס הקיום ולא ההסתמכות והנזק של ה20 לא נגרם בגלל ההפרה אלא בגלל תמחור לא נכון של הנפגע.

היסוד שמצויין בס’ 10 הוא שהנזק הוא עקב ההפרה- זו הגישה המקובלת בעולם של הקומן לואו- **שהגג לפיצויים הוא אינטרס הקיום.**

הש’ חשין חושב אחרת- הנימוקים שלו:

1. אין בסיס בדין לחוק לעשות הבחנה בין פיצויי קיום לפיצויי הסתמכות- הוא חושב שניתן לתבוע פיצויי הסתמכות ע”פ ס’ 10.
2. לפי החוק גם בחוזה הפסד בו הצד השני מפר- הוא מקבל השבה- במילים אחרות הוא עומד במצב טוב יותר מאשר אילו קויים החוזה.

כשמדובר על השבה אין מי שיקום ויגיד שיש גג ע”פ אינטרס הקיום. בהשבה אין הגבלה- הנפגע מקבל השבה על הכל. חשין אומר שכביכול **אין הבדל עקרוני בין השבה להסתמכות** ושההבדל היחידי הוא שבפיצויי הסתמכות תובעים בחזרה את מה שהשקעתי בחוזה ולא עבר לידי הצד השני, ובהשבה אני תובע את מה שהשקעתי בחוזה ועבר לידי הצד השני, כלומר ההבדל היחיד הוא לאן הלכו המשאבים שהושקעו.

1. הסכמים נועדו לקיום ולא להשבה. המפר נוטל על עצמו סיכון שיצטרך לפצות גם על נזקים שהוא לא גרם. (למרות שלא גרם לנזק של ה20 כי זו תוצאה של חישוב רע של היצרן). האפשרות לתבוע פיצויי הסתמכות שעולים על גובה פיצויי הקיום (במקרה של חוזה הפסד לנפגע) היא על מנת **להרתיע מהפרות חוזיות**.

הויכוח במלון צוקים הוא תאורטי ולא קשור כל כך לעובדות. הרי במקרה שלנו אנו לא יודעים שיש פה בכלל חוזה הפסד. אז איך מלץ מגיע לתוצאה שצריך לשלם פיציי הסתמכות?

מלץ אומר כי המפר במקרה שלנו, גרם שני נזקים:

1. נזק אחד בכך שהפר את החוזה.

2. הנזק השני ראייתי- בגלל שהפרה את החוזה בשלב כל כך מוקדם הנפגעת לא יכולה להוכיח את ההפסד שלה.

מלץ אומר שאם העירייה גרמה לנזק הראייתי אז שהיא תיסע בהוצאות שלו. וכך אנו נניח לטובת הנפגע שהיה חוזה רווחי- ואם העירייה לא מסכימה נטל ההוכחה הוא עליה. וכך נניח שפיצויי הקיום הם לפחות בגובה של ההסתמכות. אם מלון צוקים מוכיחה את עלויות ההסתמכות היא בעצם הוכיחה את הקיום- יכול להיות שמגיע לה מעבר לסכומים הללו אבל בטוח שלפחות מגיע לה את אלו בוודאות.

מלץ משתמש בפיצויי ההסתמכות ככלי עזר ראייתי להוכיח את פיצויי הקיום. ולכן השופט מלץ פוסק להם בעצם פיצויי קיום שהם בגובה ההסתמכות.

לעומת השופט חשין שמוכן לפסוק להם את פיצויי ההסתמכות על רגליהם שלהם. הויכוח שלהם יגיע לכדי הכרעה אמיתית כשיגיע לפסיקה תיק שעוסק בחוזה הפסד אמיתי ושם נראה אם מותר לפסוק לו פיצויי הסתמכות במקרה כזה.

**אינטרס שחזור השקילות החוזית**- יש תרופות בדיני התרופות כשאנו חושבים עליהם הם בעצם לא משרתות לא את אינטרס הקיום, ההסתמכות וההשבה. פרופסור זמיר אומר שהם משרתות את אינטרס שחזור השקילות החוזית.

דוגמא לתרופות אלו:

1. פס"ד ארבוס נ' רובינשטיין- שם תבעו קוני הדירות את הפרשי ההצמדה וריבית על הכסף למשך שנה בה היו יכולים לדחות את תשלום הכף על בסיס תלות בין החיובים והחברה לא מסרה להם את הדירה. כשביהמ"ש פסק להם את הכסף הזה- את איזה אינטרס הוא משרת? הוא פוסק להם סכום שנועד להחזיר על קנו את ההגיון הבסיסי שהיה בחוזה והתקלקל בגלל ההפרה. ההגיון הוא אני משלם לך את הכסף ואתה מוסר לי את הנכס- לא מסרת את הנכס- הייתי אמור לדחות את התשלום.

2. תרופת הניכוי מהמחיר- בה הצדדים התקשרו על מוצר אחד וקיבלו מוצר שונה והנפגע אמר כי הוא לא רוצה פיצויים אלא ניכוי מהמחיר- הנחה שבזמן החוזה היו מראש מסכימים על המוצר שהגיע- בעצם, אנו משחזרים מחדש את שקילות התמורות בחוזה.

**אינטרס השבת פירות ההפרה**

1. פס"ד אדרס נ' הרלו- מוכר וקונה מסכימים על עסקת מכר תמורת 100 ויש פער בין מועד ההתחייבות למועד הקיום. באמצע הדרך למוכר הזדמנה אפשרות למכור את הממכר למישהו אחר ב200 משום שהיה חסר בשוק של המוצר. כשהגיע מועד הקיום המוכר לא יכל לספק את הממכר והקונה מגיש תביעה על הפרה. הוא ייאלץ עכשיו לקנות ממישהו אחר והמחיר בינתיים ירד חזרה ל100 ולכן הנזק שנגרם לקונה הוא 0 כי המחיר הוא שוב 100 והוא יכול לקנות את אותו מוצר עוד הפעם ב100.

ברק קובע שהנפגע זכאי לרווח שהפיק המפר כתוצאה מההפרה. המפר הפיק רווח נוסף של 100 ורווח זה ילך לנפגע- כך בפעם הבאה המפר ידע שאם ירצה להפר חוזה הרווח לא ישאר לו- **משרת את תכלית ההרתעה**. לדעת ד"ר גלברד, תוצאה זו לא הכרחית ואפשר למצוא צידוקים גם לתוצאה שהרווח ישאר אצל המפר ויכול להיות שהתוצאה הצודקת יותר היא שהרווח יחולק לפי קריטריונים מסויימים בין המפר לנפגע משום ששניהם תרמו לרווח הזה. פס"ד אדרס עשה מהפכה גדולה גם בעולם- הדין במדינות רבות השתנה בעקבות פס"ד אדרס- כולל במשפט האמריקאי. הבעיה היא שפס"ד אדרס לא קובע את התנאים בהם ביהמ"ש יפעיל את התרופה הזאת.

**האם יש אינטרס עונשי בדיני התרופות?**

במשפט האמריקאי יש פיצויים עונשיים וגדולים מאוד. בישראל יש פיצויים עונשיים בדיני הנזיקין ואילו בדיני החוזים הפסיקה אומרת כי אין פיצויים עונשים- המטרה היא אינטרס הקיום ועוד כמה נלויים אבל לא פיצויים עונשיים.

השפוט מלץ בפס"ד צוקים הנימוק שלו מדוע אינטרס הקיום הוא הגג העליון- הוא כי אין פיצויים עונשיים בדיני החוזים בישראל. הוא תופס שמה שהשופט חשין מציע זה פיצויים עונשיים שלא קשורים לנזק שההפרה גרמה ומטרתם היא הרתעה עונשית או גמול.

האם באמת אין בדיני החוזים שלנו פיצויים עונשיים?

ד"ר גלברד טוען כי בדיני החוזים יש פיצויים בעלי אופי עונשי, כולל בפסקי דין בהם ביהמ"ש אומר שאין.

אינטרס עונשי בא לידי ביטוי בפיצויים במקרים שהעוולה נעשתה מתוך זדון. יש דבר דומה גם במשפט האמריקאי. פיצויים שמשרתים אינטרס עונשי- הכוונה לפיצויים שחורגים מקנה המידה הרגיל של דיני התרופות. הם לא באו לפצות על הנזק ולהעמידו במצב שהיה- אלא זה פיצוי כספי שחורג מהנזק ומטרתו היא או הרתעתית או גמולית.

היכן ניתן לראות פיצויים עונשיים בדין בארץ (למרות שלא נקראים ככה)?

א. יש הוראות ספציפיות בתחומים מסויימים בדיני החוזים שיש בהם פיצוי עונשי. למשל, בחוק הפטנטים יש הוראה שנוגעת פיצוי עונשי בהפרת זכויות בפטנט. יש בחוק הגנת הצרכן פיצוי עונשי במצבים מסויימים של הפרה צרכנית.

האם אפשר לתת פיצוי עונשי בגדר סעיף 10 לחוק התרופות? במשפט הישראלי אנו רואים קצת פיצויים בעלי אופי עונשי. דוגמאות:

אפשר לומר שעמדתו של חשין במלון צוקים יוצרת פיצוי עונשי- שופט שמוכן לאפשר במסגרת סעיף 10 לנפגע לתבוע פיצויי הסתמכות בחוזה הפסד- כלומר שיעמידו אותו במצב טוב יותר משהיה בו אילו קיים את החוזה. וכאשר הנימוק הוא הרתעתי וערכי (חשין אומר שאנשים צריכים לעמוד בהתחייבויות שלהם) אז אפשר לראות זאת כסוג של פיצוי עונשי.

בפס"ד קרטי נ' עטרת ניירות ערך- השופט אנגלרד בהחלטתו לפצות את משפחת קרטי גם בפיצוי על הנזק שנגרם מירידה הכללית של השוק. הנמקותיו היו עונשיות ממש.

בפס"ד אדרס- הפס"ד מבוסס על דיני ע"ע אל תוך התחום החוזי- (לקיחת התעשרותו של הצד השני והעברתו לנפגע) פסק הדין מעמיד את הנפגע במצב טוב יותר לו החוזה לא היה מופר.

דוגמא נוספת לפיצויים עונשיים היא:

**שערוך באכיפה בתקופת החוזה המופר**-

יש חוזה- מוכר התחייב למכור נכס תמורת 100 לקונה- מגיע מועד הקיום והמוכר לא מוסר את הנכס והקונה עוד לא שילם. הקונה מגיש אכיפה- עד לפסק הדין עברו 3 שנים והייתה אינפלצייה. כשביהמ"ש בא לאכוף את החוזה הוא משערך ( המוכר צריך לתת את הנכס ואומר כי יש לשלם הפרשי הצמדה ובמצב כזה של שערוך באכיפה בתי המשפט בדר"כ לא נותנים סכומים מלאים אלא רק 70% מהפרשי ההצמדה בהנמקה שהוא המפר כי ומגיע לו שיקבל פחות בגלל ההפרה). מטרת השערוך היא שמירה על ערך הכסף וכשביהמ"ש מורה לנפגע לשלם יותר בגלל השערוך ממה שהיה צריך לשלם הוא לא שינה דבר. כי 100 במועד החוזה זה כמו 400 במועד הפס"ד הרי כסף נמדד לפי כוח הקנייה שלו. אם כך, ביהמ"ש היה צריך לומר כי הוא נותן הפרשי הצמדה מלאים אז למה הוא מפחית? הוא מעניש את המפר! ביהמ"ש גם אומר שבגלל שהמפר מפר מגיע לו לסבול קצת. **שערוך באכיפה שלא בכדי המחיר המלא- מהווה פיצוי עונשי**.

בפס"ד הררי נ' וורטהיימר היה מדובר בהפרה זדונית ולכן פסק שערוך של 50% אפילו לא 70-80 כמו בדר"כ- כאן רואים זיקה בין השערוך למידת האשם שהמפר לוקה בה.

ע"א 48/89 ניר בוים נ' וילאר אינטרנשינל בע"מ- לסבא של ניר היה גג וסבא הרשה לניר לבנות על הגג דירה בעצמו. ניר פנה לחברת וילאר שתבנה לו דירה על הגג. בשנות ה80 האינפלציה הייתה מטורפת ולכן עשו עסקאות בדולרים. החברה איחרה במועד. במועד שהייתה צריכה למסור הדולר היה 67 שקלים ישנים. ניר ראה שהדולר גודל ולכן הוא הלך ביוזמתו ושילם את כל המחיר עוד לפני שהמבנה נמסר לו. אחרי שקיבל את המבנה הוא הגיש תביעה לפיצויים על ההפרש של הדולר במועד המיועד לבין המועד בו שילם שאז כבר היה 87 שקלים לדולר. החברה אמרה כי לא נגרם לניר שום נזק כי אז חיו בארץ לפי הדולרים ולא הי שום הבדל. החוזה היה מוצמד לדולר- ההצמדה רק שמרה על ערך הכסף. ביהמ"ש אמר שנכון כי בתקופת האינפלציה כולם התנהלו לפי הדולר ולא היה נזק- ולמרות זאת ביהמ"ש מחליט לעשות היקש לנושא של שיערוך באכיפה- אם החברה לא הייתה מוסרת לו את הנכס והוא היה מגיש אכיפה- היינו משערכים את הסכום שהיה צריך לשלם היינו עושים שיערוך של בערך 70% וניר לא צריך לסבול על זה שהוא עצמו הלך ושילם את הסכום. ולכן נקבע לו פיצוי מכוח ס' 10 על 30% מהפער.

שערוך באכיפה הוא מין פיצוי עונשי. וזאת למרות שבכל פסקי הדין יגידו שאין.

\*\*בקודקס בסעיף 461 יש פיצויים המכונים בשם "פיצויים לדוגמא" זה סעיף חדש בפרק הפיצויים. פיצויים אלו כתוב שאינם תלויים בנזק והם ניתנים כאשר ההפרה הייתה זדונית וזה נתון לשיקול ביהמ"ש- בעצם, אלו פיצויים עונשיים.

\*\*בקודקס ניתן לראות סוג נוסף של פיצוי עונשי- בפרק תרופות נוספות יש תרופה חדשה שנקראת "צו מרתיע" הוא כאשר ביהמ"ש נותן צו אכיפה וביהמ"ש יודע שמי שניתן כנגדו צו אכיפה לא יקיים אותו. ולכן הוא רשאי לתת צו מרתיע שיגיד כי אם לא יבצע את צו האכיפה ישלם פיצויים לנפגע. פיצוי זה לא קשור לנזק- הוא זכאי גם לנזק על האיחור. פיצויי זה בא להביא הרתעה- ולכן פיצוי זה הוא עונשי גם כן.

**זכאות לתרופות**

הנפגע זכאי לתרופה. לפי סעיף 1 לחוק התרופות: *"נפגע" - מי שזכאי לקיום החוזה שהופר;*

**התרופות:**

סעיף 2 מדבר על שלוש תרופות: אכיפה, ביטול ופיצויים. ומדבר על אפשרות הצירוף.

אם יש חוזה והפרה של החוזה, לא תמיד הנפגע זכאי לתרופות- לפעמים יש למפר טענת הגנה השלוות מהנפגע תרופות מסויימות.

**דוגמאות להגנות על המפר ששוללות תרופות מהנפגע:**

**חוזה של משחק/ הגרלה- סעיף 32 לחוק החוזים**- עוסק בחוזה של משחק, הגרלה או הימור.

חוזה של משחק הגרלה או הימור אינו עילה לאכיפה או לפיצויים.

אם החוזה הוא מהסוג הזה יש פה טענת הגנה. הדבר היחיד שאפשר לדרוש הוא השבה וביטול.

**סיכול- סעיף 18 לחוק התרופות**- פטור בשל אונס או סיכול החוזה.

*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.*

נכרת חוזה ונוצרו נסיבות שלא מאפשרות לאחד הצדדים לקיים את חיובו- בכלל או באופן שונה. הצד שלא יכול לקיים את חיובו הוא מפר. אולם זה לא באשמתו כי זה בשל נסיבות שהצדדים לא צפו ולא יכלו לצפות. בנסיבות כאלו יש טענת הגנה למפר- הנפגע לא יכול לקבל אכיפה או פיצויים אלא רק ביטול והשבה- וגם זה לא בטוח. משום שלפי סעיף 18 (ב) רשאי ביהמ"ש להשיב לנפגע עפ"י שיקול דעתו.

סיכול במשפט הישראלי- הוא טענת הגנה במצב של הפרה- לכן הוא ממוקם בחוק התרופות. זו הפרה אבל הפרה מוגנת- המפר לא יחוייב בפיצויים או אכיפה.

\*\*בקודקס הסיכול עובר מחלק התרופות לחלק הכללי כי הגיעו למסקנה שזה לא פייר להגדיר את מי שלא קיים את החוזה כמפר- הרי קרתה תקלה שהצדדים לא צפו אותה והעובדה שהיא גרמה לזה שהמוכר לא יכול לקיים את התחייבותו היא אקראית לחלוטין.

\*\* בעתיד הסיכול לא יהיה חלק מדין התרופות ואם התרחש מצב של סיכול- החוזה יפקע. וחובת ההשבה תהיה תלויה בשיקולי צדק.

המבחן היום להתקיימות הסיכול- המבחן הוא מבחן צפיות כפול: לא צפה בפועל וגם לא צריך היה לצפות את הנסיבות הללו.

הפסיקה בנושא הסיכול- פירשה את מבחן הצפיות באופן מאוד רחב.

בפס"ד חירם לנדאו חברה שהתחייבה לבצע עבודות לא יכלה לבצע אותן והפרה את החוזה וזאת משום שהציוד של החברה הולאם ע"י הפיכת השלטון באוגנדה שם בוצעו עבודות קודם לכן. ביהמ"ש אמר כי חברה שעובדת באפריקה צריכה לצפות שיהיו הפיכות צבאיות ובהפיכה צבאית יש הלאמה של הציוד ולכן זה לא סיכול!

בפס"ד כץ נ' צמחוני מדובר על צד שהפר את החוזה בגלל מלחמת יום הכיפורים. ביהמ"ש אמר כי במדינת ישראל אדם צריך לצפות כי כל כמה שנים תהיה מלחמה. (פרשנות הזוייה!!) כתוצאה מהפרשנות הזאת פרופ' שלו כותבת כי הסיכול הפך לאות מתה בדין הישראלי ולא משתמשים בו. פרשנות זאת של ביהמ"ש החזירה אותנו לדיני חוזים של תחילת המאה ה19 באנגליה שם הייתה אחריות חוזית מוחלטת והיה צריך לחשוב על כל הסיכונים האפשריים. כיום זה לא ככה.

פס"ד רגב נ' משרד הבטחון– אדון רגב כרת חוזה עם מדינת ישראל ורכש ממשרד הבטחון מלאי גדול של מסיכות אב"כ שפג תוקפן ולא היו תקינות. וזה כי הוא מצא מוכר בארה"ב שהיה מוכן לשלם עליהם יותר. אחרי המשלוח הראשון של מסיכות אב"כ החלה הכוננות לקראת מלחמת המפרץ הראשונה ומשרד הבטחון חילק לאזרחים את המסיכות הפגות תוקף הללו. רגב הגיש תביעה . ומשרד הבטחון טען לסיכול! ביהמ"ש אמר כי יש להשתחרר ממבחן הצפיות המטופש הזה והוא בעצם מחליף (בלי בסיס בדין) את מבחן הצפיות למבחן הסיכון החוזי: האם זה סיכון שהצדדים לקחו בחשבון או היו צריכים לקחת בחשבון? תשובתו היא לא, כי אף אחד לא לקח את הסיכון הזה של טילים כימיים מעירק. המדינה זכתה. אמרה זו הייתה אמרת אגב והמשפט זיכה את המדינה בגלל נימוק אחר- של חוזה רשות וצורך ציבורי. **אבל פס"ד זה בכל מקרה מראה על חזרה לשימוש בסיכול**. וזאת גם בפסדים רבים של המחוזי:

פס"ד בן אבו- חברה קבלנית זכתה במכרז לבניית בתי מגורים. החברה שזכתה התחייבה לבנות תוך פרק זמן מסויים וכדי להבטיח זאת הפקידה ערבות של מילונים בידי מדינת ישראל. ואז פרצה האינטיפאדה השנייה והאזור הפך להיות בעייתי מבחינה בטחונית והחברה לא הצליחה למכור אף דירה ולכן גם לא החלה לבנות ובעצם הפרה את ההתחייבות בחוזה. בן אבו רצתה להשתחרר מהחוזה וטענה לסיכול. מ"י טוענת שאין סיכול משתי סיבות- האחת יש לצפות אינטיפאדות. וטענה שנייה היא שסיכול זו טענת הגנה של המפר כנגד הנפגע. ואילו הנפגע היא המדינה והיא לא תובעת כלום היא רוצה לחכות. וטענת הסיכול היא טענה מגן ולא טענת חרב. לעניין הסיכול ביהמ"ש אומר כי הצדדים לא לקחו את הסיכון ולכן כן היה סיכול. ודבר שני לעניין טענת המגן- **סיכול זה צד של תקלה בחוזה והגדרת המפר או הנפגע היא שרירותית לחלוטין ואם מפר רוצה להשתחרר מהחוזה בגלל סיכול הוא יכול להגיש תביעה לטענת סיכול**.

\*\*בקודקס המבחן הוא לא מבחן הצפיות אלא מבחן הסיכון. והסיכול הוא טענה לפקיעת החוזה ולא טענת הגנה.

**טענת האשם התורם** על בסיס עקרון תום הלב/סבתיות

בעבר מונח זה לא היה קיים בדיני החוזים אלא רק בנזיקין (ס' 68 לפקהנ"ז).

כיום, סעיף 39 מחייב שיתוף פעולה בין הצדדים בחוזה ובשותפות כזו אנו מצפים שכל צד יעזור למימוש החוזה (בלי להגדיל את הסיכון של עצמו או חבותו) – אם הוא לא עושה זאת הוא מפר את חובת תו"ל. הבנה זו של חובת תו"ל סללה את הדרך להכרה באשם תורם.

ע"א אקסימין נ' טקסטיל הוא הפס"ד הראשון של הכרה באשם תורם. שם הכרה זו בוססה גם על תום הלב וגם על סיבתיות. הרי מכוח ס' 10 כדי לפסוק פיצוי יש להוכיח סיבתיות. אפשר לייחס מבחינה סיבתית חלק מהנזק לפעולותיו או מחדליו של הנפגע ולא רק על המפר.

**בעבר כשהוגשה לבתי המשפט תביעה להפרת חוזה** ביהמ"ש יכל או לקבוע שהייתה הפרה ולפסוק את מלוא הנזק או לקבוע הפרה ולפסוק 0- **זה היה הכל או כלום**. בתי המשפט לא אהבו מצב זה ולכן דחפו את הצדדים להתפשר וכדי לחלק את הנזק כלשהו. **הגנת האשם התורם איפשרה לביהמ"ש להגיע לתוצאה הצודקת במסגרת הדין.**

שיקולי אשם תורם:

היעדר שיתוף פעולה מצד הנפגע, סירוב להבהיר מחלוקות, חוסר נכונות לספק מידע, להבהיר מצבים, הנפגע רואה שהמפר עומד להפר והוא יודע שההפרה תגרום לנזק גדול במיוחד שהמפר עוד לא ער לו והוא לא טורח להאיר את עיניי המפר ועוד.

באילו תרופות תהיה השפעה ל"אשם תורם"?

1. פיצויים- התרופה הטבעית להפעלת הגנה של אשם תורם- פיצויים היא תרופה שניתנת לכימות. אם אני תובע פיצוי בזכות של 100 ואמרים שאני הנפגע יש לי אשם תורם של 30% אני אקבל 70.

האם אפשר להפעיל אשם תורם במצבים של ביטול או אכיפה? אין שימוש בפסיקה בהקשר זה. התשובה אינטואיטיבית היא לא. אבל בכל זאת יש משמעות לאשם תורם גם מסגרת הביטול והאכיפה:

2. ביטול- משמעות אחת לאשם תורם בביטול הוא סיווג ההפרה.

האם ההפרה יסודית או לא יסודית? אם שואלים את השאלה לגבי צפיות תוצאות ההפרה וזאת כשיש אשם תורם- הוא יכול לגרום לזה שהפרה יסודית תחשב ללא יסודית כי חלק מהאשם של ההפרה יוטל על הנפגע.

**בהפרה לא יסודית הביטול תלוי בשיקולי צדק (הוא לא אוטומטי) חלק משיקולי צדק יהיו האשם התורם של הנפגע.**

3. תרופת הביטול בעקבותיה באה השבה- עפ"י הדין לבהימ"ש יש סמכות לפטור מהשבה משיקולי צדק. **אשם תורם יכול להשפיע על גובה ההשבה.**

4. תרופת האכיפה- הסייג המרכזי לתרופת האכיפה הוא סייג הצדק (סעיף 3 (4)) **וכך אשם תורם יכול להשפיע על האכיפה.**

\*\*בקודקס סוגיית האשם התורם לא נכנסה בפרק הכללי של התרופות אלא כהגנה ספציפית בפרק הפיצויים- האם המחוקק אומר לנו שאפשר להפעיל אשם תורם רק בהגנה בפיצויים או שהוא כללי ופשוט לא נכתב בקודקס? ימים יגידו. לדעת גלברד יצתרכו לתקן זאת.

**טענת אי הקטנת הנזק ס' 14** (טענת הגנה נוספת)

ההבדל בין הקטנת נזק לאשם תורם:

**הקטנת נזק חלה רק על פיצויים ואשם תורם הוא כללי**.

נטל הקטנת הנזק מתחיל לפעול רק אחרי שהתרחשה ההפרה.

אשם תורם מתייחס למעשים ומחדלים של המפר גם אם התרחשו לפני ההפרה.

בשלב שאחרי ההפרה כשמדובר על פיצויים יש חפיפה מסויימת בין שתי הטענות הללו.

לגבי נטל הקטנת הנזק הפסיקה אומר שהנפגע לא צריך לצאת מגדרו אלא רק לעשות מאמצים סבירים כדי להקטין את הנזק. אם הוא לא מקטין את הנזק הוא לא מפר חובה וזו רק תהיה טענת הגנה מפיו של המפר כדי להקטין את הפיצויים.

נטל הקטנת הנזק חל רק על פיצויים לפי סעיף 10. בפס"ד אוסי השופט ריבלין רומז על אפשרות של הקטנת נזק גם בסעיף 11 (א) ע"י כך שקביעת מועד שווי השוק לא תעשה במועד הביטול בפועל אלא במועד בו הנפגע אמור היה לבטל את החוזה אילו היה פועל בתו"ל- ז"א ברגע היוודעו על ההפרה. (זו רק אמרת אגב).

**טענת ויתור** (טענת הגנה נוספת)

פס"ד דלתא הנדסה- ההפרה הראשונה הייתה שחברת דלתא איחרה וחברת שיכון ויתרה על התרופות ומחלה על ההפרה.

בפס"ד מעלה אדומים- הטענה של עיריית מעלה אדומים הייתה שחברת שיכון עובדים המתינה חמש שנים לפני הגשת התביעה ולכן ויתרה על תרופת הביטול. השופט טירקל בדעת מיעוט אמר שהיה ויתור על תרופת הביטול והשבה.

זו שאלה נסיבתית- כשההפרה גורמת לנזק קטן אז חלוף הזמן יכול להעיד על ויתור. אולם, במקרה זה דובר בתשלום וקשה להניח שאדם מוותר על כסף רב רק כי הזמן חלף. דעת הרוב הייתה שלא היה ויתור על תרופת הביטול אלא היה ויתור על אפשרות לוותר על ביטול ללא מתן ארכה.

לסיכום, גם ויתור יכול להיות טענת הגנה. ויתור על תרופות יכול להיות מפורש, משתמע שנובע מהתנהגות או מחלוף הזמן. היקף הויתור תלוי בכל מקרה לגופו.

**התרופות עצמן:**

**ג. אכיפה ושיערוך:**

**1. אכיפה:**

ג. ד"נ 21/80, **ורטהימר נ' הררי**, פ"ד לה (3) 253.

**אכיפה-** החשובה ביותר בשיטת המשפט שלנו. זו התרופה המועדפת מהבחינה הנורמטיבית.

בשונה מהמשפט האנגלו אמריקני-

אכיפה היא אחת הגזרות שמשקפות ניתוק של המשפט הישראלי מהמשפט האנגלי:

חוזה פסול- התנתקות ברורה מהמשפט המנדטורי לעצמאות המשפט הישראלי.

תום הלב- מהBGB הגרמני.

אכיפה- במשפט האנגלי והאמריקני האינטרס המוגן הוא אינטרס הקיום , שמהווה מכנה משותף וגם האכיפה באה להגשים את אינטרס הקיום- הציפייה. אבל ההבדל הוא שבמשפט האנגלי אינטרס זה מוגן באמצעות הפיצויים ובישראלי ע"י האכיפה.

במשפט הישראלי- **האכיפה היא הבכורה**- תרופת הביצוע בעין- במשפט האנגלי תרופת הביצוע בעין נמצאת בשולי דיני החוזים.

אכיפה במובחן מתרופת הביטול ובדומה לתרופת הפיצויים היא תרופה שיפוטית, לא אוטונומית- היא לא ניתנת להפעלה עצמית אלא יש לפנות לביהמ"ש.

חוק החוזים תרופות, לא מגדיר מזה אכיפה. הוא נותן רצף של דוגמאות פרקטיות שמבארות מהי אכיפה או איך אוכפים חוזה.

**בהתאם לסעיף 1 לחוק התרופות אכיפה יכולה להיעשות ב4 דרכים:**

1. צו לסילוק חוב כספי- הצורה של אכיפה שלמעשה הכי דומה לפיצויים. למשל, קיבלתי שירות מאדם מסויים ואני מסרב לשלם לו- צו האכיפה יהיה כנגדי צו לסילוק חוב כספי בו אצתרף לשלם את הכסף שאני צריך לשלם לו.
2. צו עשה- התחייבתי למכור דירה והוא שילם ואני מסרב להעביר את הדירה. צו שיפוטי שיינתן כנגדי יהיה צו עשה שיגיד לי להעביר את הדירה בפועל. במקרה זה תרופת האכיפה היא השונה ביותר מתרופת הפיצויים- יש כאן חובה לביצוע אקטיבי של ממש.
3. צו לא תעשה- צו אכיפה שמורה לאדם להימנע מפעולה מסויימת עקב האכיפה.

דוגמא: תניית אי תחרות- תנייה שבמסגרתה צד מתחייב לא להתחרות בצד אחר במשך זמן מסויים ובדר"כ זה נעשה בצו לא תעשה.

1. צו לתיקון או הסרה של תוצאות ההפרה- הצו הדרמטי ביותר כי לרוב הוא מאלץ צד לעשות איזשהי פעולה שזכרה מעולם לא בא בגדרי החוזה. יש הפרה ויש לה תוצאות ועכשיו אחד החוזה שכנגדו יש אכיפה צריך לעשות פעולה שמסירה את תוצאות ההפרה. עצם הפעולה והחובה להסיר את תוצאות ההפרה נובעת מהחוזה אבל היא לא באמת כתובה בו. זו חובה שזכרה לא בא בגדרי החוזה.

דוגמא: פומרנץ קנו מקבלן שטח והקבלן מכר לשכנים חלק מהשטח שלו ותחם בקיר. צו זה דורש מפומרנץ לשבור את הקיר- כי הוא תוצאת ההפרה.

**כל הצוים מנסים להעמיד את הצדדים במקום המדויק בו היו אם היה מקויים החוזה כתבו וכלשונו. והכל בהתאם לעניין ולנסיבות.**

**הבכורה של תרופת האכיפה מתבטאת בחוק**:

**סעיף 2 לחוק** אומר שאם הופר חוזה- זכאי צד לתבוע את אכיפתו. זו נק' המוצא של חוק התרופות המדברת על זכאות! יש לנתבע זכאות לתבוע אכיפה מכוח הדין! ואין לביהמ"ש זכות שלא לתת לו אכיפה. כלומר האפשרות של ביהמ"ש לא לאפשר לצד להנות מהאכיפה היא רק במסגרת סייגים תחומים שהוגדרו בחוק לעניין זה בס' 3.

האהדה לתרופת האכיפה במשפט הישראלי נעוצה במחשבה שאכיפה היא המרפה האותנטי ביותר של הפרת החוזה.

**אכיפה היא זכות ולא חובה**. צד שנפגע רשאי לוותר על אכיפה כי היא לא משתלמת לו בנסיבות המקרה ולתבוע במקומה פיצויים או ביטול בהתאם לנסיבות. למשל, בחוזה הפסד- צד לא ירצה אכיפה, אם נקבל את עמדתו של חשין בפס"ד צוקים שאומר כי אפשר לתבוע פיצויי הסתמכות בגדר ס' 10 אם הם עולים על קיום. בחוזה הפסד פיצויי הסתמכות גבוהים מפיצויי קיום ולכן צד יעדיף לדרוש הסתמכות ולא קיום. כאשר אכיפה= קיום.

**סעיף 4 לחוק התרופות**- **תנאים באכיפה**

4. בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין.

ביהמ"ש יכול להתנות את האכיפה בתנאים:

1. קיום חיוביו של הנפגע.

2. הבטחת קיום חיוביו של הנפגע.

3. או בתנאים אחרים העולים או המתחייבים מהחוזה. \*\*הקודיפיקציה משחררת את ביהמ"ש מהמגבלה הזו ונותנת לו סמכות רחבה יותר. היא עוסקת בתנאים שעולים מן הנסיבות ולא בהכרח מלשון החוזה.

סעיף 4 לוקח בחשבון מצב דברים שאם בהינתן אחד משלושת המצבים יכול להיגרם חוסר איזון בין המפר והנפגע.

מצד אחד תרופת האכיפה היא תרופה חשובה וקשיחה אבל מהעבר השני השילוב של סעיף 3 בחוק התרופות (סייגי האכיפה) וסעיף 4 (תנאים באכיפה) זה שילוב שהלכה למעשה **הופך את תרופת האכיפה למאוד גמישה**.

שתי דרכים להגמיש את תרופת האכיפה והשימוש שעושים בסעיף 4:

1. שערוך באכיפה-

שערוך ז"א להתאים את החוזה הקונקרטי לנסיבות הכלכליות שהשתנו. המנגנון של שערוך אמור להתמודד עם פגעי האינפלציה. השערוך נעשה כדי שלא תהיה התעשרות של הצד הנפגע שלא כדין ע"ח המפר. וזאת כי ההתחייבות שלו לשלם מיליון אקויוולנטית היום ל2 מיליון ש"ח. בלי לשערך ינתן פרס גדול מדי לנפגע מהפרת החוזה. ומצד שני לא רוצים גם להיטיב יותר מדי עם המפר מהיותו מפר. ולכן שיטת המשפט לא נותנת שערוך מלא של מאה אחוז אלא נותנת למפר אכיפה של בערך 60-70%. כך **מאזנים בצורה הטובה ביותר את הזכות לאכיפה עם החשש להרתעת יתר**.

הסמכות של ביהמ"ש לעשות שערוך באכיפה מוקנית מכוח סעיף 3 וסעיף 4 לחוק התרופות. סעיף 3 עוסק בסייגי אכיפה ומקנה סמכות לבית משפט לא לאכוף חוזים במקרה שמתקיים אחד מסייגי האכיפה. **אם ביהמ"ש רשאי שלא לאכוף בכלל לפי סעיף 3 אז קל וחומר שהוא יכול לבצע אכיפה אבל להתנות אותה בתנאים סבירים.**

1. אכיפה בקירוב- שני הצדדים התקשרו מדעת בחוזה ובהגיע מועד ביצוע החוזה ראו שמסיבה זו או אחרת לא ניתן לקיים את החוזה כתבו וכלשונו. כאן נכנסת "אכיפה על דרך הקירוב" דבר זה נעוץ בתובנה שאם ביהמ"ש היה תמיד חותר לתת את מה שכתוב בחוזה ולבצע אכיפה סימטרית היה מבטל את תרופת האכיפה- כי בתי המשפט היו רואים שברוב המקרים לא ניתן לחזור למתווה המקורי לאור ההפרה. הרי **מהרגע שהופר חוזה אנחנו אף פעם לא נחזור למתווה המקורי בין הצדדים**. ולכן יש אכיפה בקירוב- נותנים אכיפה אבל זה ייעשה באופן הקרוב ביותר. הפסיקה עשתה שימוש גם ברעיון תום הלב.

**אכיפה בקירוב היא חיבור של סעיף 4 לתרופות וסעיף 39 תום הלב**. (לתו"ל יש אפקט שיכול להצמיח חיובים חדשים מכוח חובת תו"ל- פס"ד תחבורה באר שבע. ויש לה אפקט ממתן- מרכך חיובים קיימים) כאן נעשה שימוש באפקט הממתן של חובת תו"ל ונאמר שכשלא ניתן לבצע את החיובים בדיוק כמו היו מתוכננים בין הצדדים יכנס חובת תום הלב ותגרום להגמשת איזה מהחיובים החוזיים כדי לחזור בדומה למתווה המקורי.

סעיף 4 שמצמיח את תורת האכיפה בקירוב היה יכול על פני הדברים לצמוח רק עקב חובת תום הלב. עצם העובדה שסעיף 4 אומר דברים אלו במפורש אומר שהוא בא לשגר מסר שתרופת האכיפה היא העדיפה. המחוקק דואג להראות לנו איך ניתן לעשות מודיפיקציות כדי להגשים בכל זאת את תרופת האכיפה. פס"ד אייזמן נ' קדמת עדן, עמיתי מלון ירושלים נ' דוד טייק.

פס"ד אייזמן- צד קנה מחברה דירת נופש במחיר כלשהו. החברה נקלעה לקשיים כלכליים ומכרה את הזכויות שלה לחברה אחרת והחברה האחרת בנתה יחידות דיור משודרגות טובות מאלו שאייזמן רצה מלכתחילה. אייזמן רצה אכיפה אבל רצה אכיפה באותו מחיר שקנה את הדירה הראשונית. החברה אמרה שאין בעייה עם אכיפה אבל אכיפה כמו שאייזמן רוצה תגרום להתעשרות יתר כי עכשיו הדירות משודרגות.

השופט אנגלרד אומר כי זה מקרה קלאסי להפעלת אכיפה בקירוב- הבסיס לכך זה סעיף 4 וסעיף 39. מכייוון שהיחידות טובות יותר ממה שקנה קודם יש לבצע התאמה במחיר. כל תוצאה אחרת תביא להתעשרות בלתי צודקת של אייזמן ותפגע בעקרון תום הלב מצד אייזמן.

פס"ד עמיתי מלון ירושלים נ' טייק- מניח את אותם כללים לאכיפה בקירוב אבל מגיע לתוצאה אחרת. נעשה הסכם בין טייק לעמית מלון ירושלים לפיו טייק ירכוש את מלון הילטון שנבנה ע"י עמיתי המלון. בחוזה נקבע תנאי מתלה- קבע שהחוזה יכנס לתוקף רק אם טייק יקבל הלוואה ספציפית ממשרד האוצר ואם לא החוזה בטל. טייק לא קיבל את ההלוואה וטען שהחוזה בטל ועמיתי המלון ביקשו אכיפה. הם טענו כי אם רצה הלוואה ולא קיבל אותה- הם יתנו לו את ההלוואה וזה יהווה ביצוע בקירוב.

התוצאה בפס"ד הפוכה מבאייזמן אבל הכללים המשפטיים זהים:

* גם באיזיימן וגם בעמיתי ירושלים קובעי כי ככלל מותרת מודיפיקציה קלה של חיובים חוזיים כדי להתאימם לחיובים המקוריים. יחד עם זאת ביהמ"ש לא יכול לעשות בהקשר זה ככל העולה על רוחו. עליו לראות שהמודיפיקציה מותאמת לכוונה משוערת של רצון הצדדים. עליו לוודא שהוא לא כורת חוזה חדש בשביל הצדדים. וזה מתבצע עפ"י פרשנות החוזה. מודיפקציה לא באה על חשבון הקרבת חופש החוזים של הצדדים. יישום הכלל המשפטי הוא שמבחין בין אייזמן לבין עמיתי ירושלים.
* בפס"ד טייק אין יסוד להניח שטייק היה מוכן לקבל את ההלוואה האחרת- כשקבע תנאי מתלה הוא התכוון שזו ההלוואה היחידה שהוא רצה (כי היא שונה מבחינת תנאיה) . ביצוע בקירוב של חוזה זה יהווה כריתת חוזה חדש עבור הצדדים.

אם נדרשים לאכיפה בקירוב- יש קודם כל לעשות פרשנות! האם ניתן לבצע אכיפה בקירוב או לא? האם יש התאמה עם כוונת הצדדים או לא?

**סעיף 3 סייגים לאכיפה**

3. הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה:

(1) החוזה אינו בר-ביצוע;

(2) אכיפת החוזה היא כפיה לעשות, או לקבל, עבודה אישית או שירות אישי;

(3) ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית משפט או לשכת הוצאה לפועל;

(4) אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות הענין.

1. חוזה אינו בר ביצוע- דוגמא: אם היו עסקאות נוגדות: סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע שאם מתחייב אדם להקנות לקונה ראשון זכות במקרקעין ושב והקנה את הזכות לקונה שני הרישא קובע שזכות הראשון עדיפה. קודם בזמן- קודם בזכות. הסיפא קובע מקרה קנייני ספציפי שבו זכות השני גוברת- וזה יקרה במקרה בו אם השני בזמן שילם תמורה ופעל בתום לב (לא ידע שהייתה התחייבות קודמת) והשלים רישום במרשם המקרקעין. ז"א יש פה מקרה שהשני כבר אוחז בזכות קניינית ולא זכות חוזית אובליגטורית- הוא כבר רשום כבעל הדירה. ברגע שמשה התחייב כלפי א' וכלפי ב' וב' מילא את כל התנאים ונתקבעת עדיפותו. למרות שא' עכשיו יתבע את הנושה החוזה כבר לא בר ביצוע כי הדירה כבר עברה לב' והוא בעל הדירה.

ההגיון של סייג זה הוא שאין טעם ביהמ"ש יבזבז זמן בדיון כשברור שהחוזה כבר לא בר ביצוע אז אין טעם לדון באכיפה. בפסיקה לא אוהבת מצבים שאינם ברי ביצוע ולכן היא באמת מפרשת את זה בצמצום הגדול ביותר.

פס"ד השופטת בייניש בעניין פס"ד אברהים עלאוברה- דוגמא לזהירות שהפסיקה נוקטת עם חוזה שאינו בר ביצוע והמקרים בהם אולי ייכנס החוזה במסגרת הסייג- היה מדובר בקרקע בשותפות של 2 אנשים והאדם השני רצה גם את זכותו בקרקע- כדי לממש את זכותו היה צורך להרס כליל של הבניין שנבנה. בייניש משאירה בצריך עיון שספק בעינייה אם במקרה דרמטי כזה שבניין שלם עומד יש לצוות על צו הריסה של הבניין. אולי מקרה קיצוני כזה של בניין בשימוש- יכנס בגדר חוזה שאינו בר ביצוע. שימי לב, זה נשאר בצריך עיון אבל אנו מבינים את הגישה הכללית בפסיקה באילו מקרים קיצוניים הפסיקה תשתמש בסייג.

היחס בין ביצוע דוקטרינת הקירוב לבין סייג של חוזה שאינו בר ביצוע- דוקטרינת הביצוע בקירוב מצמצת משמעותית את האפשרות הכניסה לסייג של חוזה שאינו בר ביצוע משום שבגלל שאפשר לעשות אכיפה בקירוב זה מצמצם מאוד חוזים שאינם ברי ביצוע. ועדיין אי אפשר ללכת רחוק מדי עם דוקטרינת האכיפה בקירוב כי זה תלוי בפרשנות.

2. שירות אישי- מדבר על מצב של אכיפה כשבעצם האכיפה גוררת כפייה לעשות או לקבל עבודה או שירות אישיים. סייג זה חולש על 4 סיטואציות:

א. כפייה לעשות עבודה אישית.

ב. כפייה לקבל עבודה אישית

ג. כפייה לתת שירות אישי.

ד. כפייה לקבל שירות אישי.

רעיון המפתח של הסעיף מההגדרה הוא הגוון האישי שיש לחיוב שאחד הצדדים נטל על עצמו.

אכיפה חוזה מסוג זה היא בעייתית משום שהיא מעלה ניחוח של סוג של "עבדות מודרנית".

למשל, אם הזמנתי אל עידן רייכל לשיר בחתונה שלי והוא סירב- אני לא יכול לגרום לו לבוא ולשיר מעל כורחו לפי סעיף 3(2) לחוק התרופות.

הנמקה מעולם היעליות- קשה לפקח על ביצוע החיוב. ברגע שזה חיוב אישי ואדם לא רצה לבצע אותו וביהמ"ש מכריח אותו- איך נדע שהוא עושה עבודה טובה.

נימוק אינטואיטיבי- למשל, מטפלת שמטפלת בילדה שלי זה שירות אישי מובהק. אם אני רוצה לפטר אותה- בימ"ש לא יכול לכפות עליי להעסיק אותה שתטפל בבת שלי.

ברגע שהצדדים לא מעוניינים בחוזה קשה לכפות עליהם ביצוע של המיזם הזה.

פס"ד בעניין צרי נ' בית הדין לעבודה- רופא נשכר להיות תועמלן- סוג של משרת אמון שיורדת לשורש סגולותיו ואישיותו של התועמלן (הפרזנטור של החברה אי המכירות). את ד"ר צברי פיטרו והמעביד לא רצה לקבל ממנו את השירות האישי וצרי רוצה שיחיזור אותו לעבודה. ביהמ"ש פסק שלא ניתן להחזיר אדם זה לעבודה ולא ניתן לאכוף על המפעל את שירותיו של התועמלן.

שימי לב, דיני החוזים כן יכולים לגרום לאדם לבצע דברים שהוא לא רוצה- אין רתיעה מכך. אבל יש רתיעה לכפות על צד לעשות משהו שטומן בחובו את הגוון האישי הזה.

הבעייה היא שמתיחת הגבול בין מה אישי ומה לא-

קיימים 2 פרמטרים בולטים למבחן "השירות האישי" :

1. מבחן הקשר האישי (קיומו או היעדרו) בין העובד לבין המעביד- עד כמה הקשר בין העובד והמעביד הוא צמוד ואישי? במסגרת מבחן זה בודקים מה גודל בית העסק (ככל שמדובר בחברה גדולה יותר הקשר הופך להיות קטן יותר ולהפך).
2. מבחן האישיות והכישורים של העובד- הבחנה בפסיקה זה מבחן בין שירות אישי לשירות אישי במהותו. הבחנה זו היא קשה מאוד ולפיכך יש להבין עד כמה השירות הזה בעצם נוגע לסגולותיו ומאפייניו הייחודיים של העוסק (עד כמה הוא מביא לעבודה מהאופי והכישורים האישיים שלו).

איך משלבים בין שני המבחנים הללו? תלוי בסיטואציה.

יש מצב דברים בו העובד מסרב לתת שירות לבין מצב שבו המעביד מסרב לקבל שירות.

המבחן בנוגע למעביד הוא יותר קשה-ז"א **ברוב הפעמים תינתן אכיפה כנגד המעביד**. לא מספיק שיגיד שהשירות אישי במהותו הוא גם צריך להוכיח שיש קשר אישי בפרמטר הראשון בינו לבין העובד- במקרה התועמלן החוזה לא נאכף כי שני הקריטריונים התקיימו.

ככל שמדובר במבחן של העובד שלא רוצה לתת שירות- **דיי בזה שיוכיח את המבחן השני** ויראה שהשירות הזה הוא המאפיינים שלו ולא יהיה ניתן לכפות עליו לתת את השירותים האישיים שלו והעובד יכנס בגדרי סייג השירות האישי. כשמדובר במעביד

דרך נוספת להבחנה האם השירות אישי במהותו היא **האם הצד התחייב לבצע את השירות בעצמו או שאין בעייה אם השירות יועבר לאדם אחר.**

לדוגמא: פס"ד סתם נ' מרקוביץ'- היה חוזה של עסקת קומבינציה בין קבלן ובין מזמין עבודה. היחסים נהרסו. הקבלן טען שזה שירות אישי וביהמ"ש פסק שהחוזה של הקבלן לא טומן בחובו התחייבות שהקבלן יבצע בעצמו את העבודות והקבלן הוא רק מטווח. ולכן מובן שהחיוב של הקבלן הגם שטומן בחובו התחייבות מיוחדת הוא לא עולה שבגדר התחייבות אישית.

שתי הרחבות של סייג השירות האישי:

1. בדלת האחרורית של תקנת הציבור- פעם היה מקובל שבסייג השירות האישי היו אוכפים התחייבות שליליות- להמנע מעבודה ולא היו אוכפים התחייבות חיובית- זמרת אופרה התחייבה לשיר במקומות מסויימים ולא לשיר במקומות מסויימים. את החיוב לא לשיר אכפו עליה (ז"א היא הייתה מחויבת שלא לשיר) ואת ההתחייבות לשיר לא אכפו עליה.

אצלנו יש מגמה שמרחיבה את זה. בפס"ד סהר וטבעול- ברגע שאדם מתחייב בתניית אי תחרות אז ביהמ"ש פסק שזה נוגד את תקנת הציבור- גם שהמסגרת הדוק' שנדונה היתה תקנת הציבור, בדלת האחורית זה מרחיב את סייג האכיפה של השירות האישי כי לא אוכפים התחייבות חוזית שלילית- אני לא אעשה. **היום ביהמ"ש לא אוכף גם את ההתחייבות לא לא לבצע פעולה- מה שמרחיב את הסייג.**

1. שותפות-

ביהמ"ש פסק ששני אנשים שהיו שותפים יחד בניהול חברה- אי אפשר לאכוף זאת לנוכח סייג השרות האישי. אי אפשר להכריח שני צדדים להיות שותפחים. למרות שזה לא עבודה אישית במהותה.

סייג שלישי

3. ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח- רעיון הסייג הוא להקל על הרשויות וביהמ"ש. אם אוכפים חוזה יש לפקח עליו מצד הרשויות. כשמידת פיקוח זו גדולה מידי ביהמ"ש לא יתן צו אכיפה במקרה כזה בגלל שיקולי יעילות. יש קשר אינהרנטי בין חוזים בעלי רכיב אישי לדרך שיש לפקח עליהם. כשיש הפרת חוזה יחסי האמון בין הצדדים מתערערים לגמרי ואין יחסי אמון ואז יש מידת פיקוח רבה מאוד וזה לא ריאלי לאכוף אותו. במילים אחרות, זה חוזה שמעצם טבעו אם התערער הקשר האישי בין הצדדים אין יותר טעם לקיים אותו. שימי לב, סייג זה גם אם לא עלה ע"י המפר ביהמ"ש יכול להעלות סייג זה.

פרמטרים לחוזה שדורש רמה בלתי סבירה של פיקוח:

ביהמ"ש לא מוכן לבוא ולשלול אכיפה בכל פעם שמדובר בעסקה מורכבת וזאת לאור בכורתה של תרופת האכיפה. בפס"ד תמגר נ' גושן- כדי להכנס במסגרת סייג אכיפה צריך שיהיה חוזה מורכב באופן מיוחד ושונה, ארוך במיוחד, ומידת שיתוף הפעולה שהוא דורש בין הצדדים היא גבוהה ביותר.

4. כאשר אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין- זה הסייג הרחב ביותר שמאיים לבלוע את כל תרופת האכיפה. ביהמ"ש נדרש להסתכל על הסיטואציה ולכן ממילא שאלה זו יורדת תמיד לשורש השאלה הנורמטיבית בדבר מעמד תרופת האכיפה. ככל שביהמ"ש מכיר בתרופת האכיפה במעמד גבוה הוא יטה פחות לומר שהאכיפה בלתי צודקת. וברגע שהוא אומר שהאכיפה בלתי צודקת הוא מערער את מעמדה של האכיפה. מבחן לסייג זה לעומת המבחנים הקודמים שהם קונקרטיים, כאן יש שאלה נורמטיבית. מחמת העובדה שהיא נורמטיבית היא תמיד יורדת לשורש ההכרעה בדבר מעמדה של תרופת האכיפה.

שאר הסייגים הם נורמות סגורות ותחומות שמבהירות לשופט מתי חוזה הוא לא אכיף. ואילו פה זו נורמה פתוחה.

סייג הצדק- משמש כצינור להזרמת ערכים אל תוך דיני החוזים.

2 גישות לסייג הצדק:

1. הגישה הצרה- אומרת שבחינת הצדק של החוזה היא בין הצדדים בלבד. מסתכלים על ראובן ושמעון ועושים מאזן צדק כללי רק בינהם. מאזן זה מתבצע בכפוף לשתי נק' מוצא:

1. לאכיפה יש מעמד בכורה.

2. ולנפגע יש מעמד בכורה.

בבחינת מאזן הצדק בוחנים 2 פרמטרים:

א. מאזן האינטרסים: מי ינזק יותר? הנפגע מאי אכפיתו או המפר באכיפתו?

ב. התנהגות הצדדים: מי היה רע/ טוב יותר.

בין שני אלו זוכרים את נק' המוצא של מעמד הבכורה לנפגע.

פס"ד פרץ נ' ביטון- הייתה שרשרת של הפרות ולמרות שאר החוזים בשרשרת ביהמ"ש בחן את הצדק רק בין פרץ לביטון.

התנהגות הצדדים- פרץ עשו כל מה שאפשר כדי לקיים את החוזה. פרץ הנפגע מההפרה היה טוב יותר.

מבחינת מאזן האינטרסים- כפות המאזניים מעויינות. ביטון גם ישאר בלי דירה וגם לא יוכל לחזור ולקנות כזו דירה כמו שאמורה הייתה להיות לו מגבאי. פרץ הוא הנפגע מההפרה ולכן מאזן האינטרסים פעל לטובת הנפגע ולרעת המפר (כי לנפגע יש מעמד כורה). שימי לב שהמבחן הצר הוא צר רק בשאלה של איזה צדדים בוחנים. אבל במבחן הזמן הוא רחב (ביהמ"ש בחן מה היה קורה לכל צד היום ולא חזר לפעם).

פס"ד פומרנץ - הרי כדי לדעת אם אכיפת החוזה צודקת יש לפזול גם לעבר צדדים שלישיים שמעורבים. שאלה זו נענתה במקרה זה ושם נקבע כי השכנים לא מעניינים ומאזן הצדק נעשה בין פומרנץ לקבלן ובמאזן הצדק היה צודק לאכוף את החוזה.

אותו הדבר נפסק בפס"ד וורטהיימר- סעיף 9 לחוק המקרקעין קובע שאם התחייב המוכר להעביר זכות למישהו אחד והתחייב להעביר זכות למישהו אחר- זכות הראשון עדיפה.

בפס"ד נשאלה השאלה : מה הקשר בין סעיף 9 לחוק המקרקעין לבית סעיף 3(4) לחוק התרופות שקובע שיעשה מאזן צדק בין הצדדים?

בסיטואציה זו יכול שחוק החוזים תרופות סעיף הצדק יגיד שהוא לא יאכוף את החוזה של הראשון כי מה שהיה עם החוזה עם השני הוא לא צודק. ואז עלתה השאלה מה היחס בין ס' 9 לבין סעיף 3(4)?

אופציה ראשונה שעלתה אומרת שבמקום שס' 9 לחוק המקרקעין חל- סעיף 3(4) לא חל ולא בודקים צדק. אופציה זו לא הגיונית ולא בסדר כי לא הגיוני שהקונה הראשון בזמן יצא נשכר מזה שהמוכר מנובל ומכר לאדם שני. למה אם המוכר יפר מסיבות כלשהם יבדק צדק ואם הוא הפר בנסיבות של מכירה לעוד מישהו אז לא יבדק צדק.

אופציה השנייה- נרחיב את מעגל שיקולי הצדק ונכניס את הקונה השני לשיקולי הצדק. ואז פתרון זה מייתר את ס' 9.

אופציה שלישית- מאזן הצדק של סעיף 3(4) הוא רק במישור של החוזה עם הקונה הראשון- ורק אחרי שנקבע כי הוגן לאכוף את החוזה בינהם- אנו נחיל את ס' 9 ונראה למי יש עדיפות על הקנייה.

כך גם נקבע בפס"ד פומרנץ.

 2. הגישה הרחבה- באה לידי ביטוי בפס"ד לוין נ' לוין- הפס"ד עם החוזה מזונות שקבעו שלא יראו את ההסכם בביהמ"ש. השופט לוין טוען קודם כל כי נכרת חוזה. דבר שני, הנסיון למנוע מצד נגישות לערכאות עולה בסתירה את תקנת הציבור אבל במקרה זה לא נפיל את החוזה על עניין תקנת הציבור כי לא נמנע ממנה לגשת אלא רק להציג את המסך. ובענייננו, הוא לא אוכף את את הסעיף שאסור להראות את החוזה בביהמ"ש ולוין אומר שהוא לא מאפשר מכוח סייג הצדק לאכוף את החוזה הזה שמונע גישה לערכאות אבל לא כי עשיתי צדק פרטי בין הצדדים לפי התנהגותם ומאזן האינטרסים אלא דרך שיקולים ציבוריים שמחלחלים לדיני החוזים. יש לפרש את ס' 3(4) לדעת זמיר באופן שמתיישב עם עקרונות היסוד ואנו בוחנים את משולש הצדק- גב' לוין מר' לוין **ושיקולי החברה בכללותה**. יש הבדל בין להפיל את הס' מתקנת הציבור (כי אז הס' בטל בעיקרו) לבין דרך סייג האכיפה משיקולי צדק יותר טוב (אפשר לקבל יותר כסף). במסגרת סייג הצדק בוחנים גם שיקולים ציבוריים.

השאלה בנוגע לצדדים שלישיים נותרה בצריך עיון בפומרנץ.

נקודת המוצא המהותית היא בכורה של תרופת האכיפה – ממנה נובעות 2 מסקנות על הסייגים:

1. מסקנה מהותית- הסייגים צריכים להתפרש בצמצום רב- אם מאמינים בבכורת תרופת האכיפה יש לצמצם כמה שאפשר את סייגי האכיפה.

2. מסקנה ראייתית- ברור שהנטל להוכחת קיומם של סייגי האכיפה מונח לפתחו של המפר- הנפגע טוען לאכיפה והמפר לסייגים. אם יש ספק או כפות המאזניים מעוינות וביהמ"ש לא בטוח אם נכון להכניס את המקרה בגדרי סייג האכיפה זה יהיה לטובת הנפגע תמיד.

טכניקות אלו בתי המשפט עושים מכוח סעיף 4 לחוק התרופות.

**ה. פיצויים:**

1. ע"א 278/78, **אמפא נ' רום כרמל**, פ"ד לג (1) עמ' 29.

2. ע"א 355/80, **אניסימוב נ' מלון טירת בת שבע**, פ"ד לה (2) 800.

3. ע"א 3912/90 **EXIMIN נ' טקסטיל**, פ"ד מז (4) 64. סיכום

4 ע"א 4012/90, 3666/90, **עירית נתניה נ' מלון צוקים בע"מ**, פ"ד מו (4) ע' 45. סיכום

5 ע"א 18/89, **חשל נ' פרידמן**, פ"ד מו (5) 257. סיכום

6 רע"א 2371/01 **אינשטיין נ' אוסי תכנון והקמת מבנים ופתוח בע"מ**, תק-על 2003(2), 4311. סיכום.

7. ע"א 4162/02 **רנדור בע"מ נ' דרור מהנדסים (1990) בע"מ**, פ"ד נח(4), 193 (2004).

8. ע"א 8946/04**Warner Bros. נ' רו"ח יוכמן נאמן ומנהל מיוחד של תבל**, תק-על 2010(3), 1001 (2010)

**סעיף 10** הוא הסעיף המרכזי. צריך להוכיח: סיבתיות וצפיות. אופן החישוב תלוי בנסיבות המקרה.

10. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

היתרון של סעיף 10 היא הגמישות בחישוב הפיצויים. הנפגע לא כבול לשווי השוק במועד הביטול.

**ס' 11** עוסק בפיצויים ללא הוכחת נזק- הכותרת לא נכונה! צריך להוכיח את הנזק פשוט יש נוסחה קבועה להוכחת הנזק.

11. (א) הופר חוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שוויים ביום ביטול החוזה.

 (ב) הופר חיוב לשלם סכום כסף, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום הריבית על התשלום שבפיגור, מיום ההפרה ועד יום התשלום, בשיעור המלא לפי חוק פסיקת ריבית, תשכ"א-1961, אם לא קבע בית המשפט שיעור אחר.

**סעיף 11(א)** מדבר על חוזה של מכירה או קנייה של נכס או של שירות כאשר יש פער בין המחיר החוזי לבין שווי הנכס או השירות במועד הביטול והפער הזה הוא לרעת הנפגע. סעיף זה לא כפוף לנטל הקטנת הנזק.

היתרון של סעיף 11 זה חסכון בעלויות הוכחת הנזק והעובדה שהוא לא כפוף לנטל הקטנת הנזק.

**סעיף 11 (ב)**- עוסק בהפרה לשלם כסף ולכן אופן חישוב הפיצוי הוא שונה.

**סעיף 15 – פיצויים מוסכמים.**

האם אפשר לקבל פיצויים מוסכמים אם ההפרה לא גרמה שום נזק לנפגע? אלא דווקא גרמה לו רווח.

כן! פיצויין מוסכמים לא תלויים בנזק.

יתרונות:

היתרון של פיצויים אלו הוא חסכון בעלויות הוכחה.

הפיצויים לא כפופים לנטל הקטנת הנזק.

ביהמ"ש רשאי להקטין את הפיצויי המוסכם בכפוף למבחן הפחתת הפיצויים שבודק האם מדובר בפיצויים שנקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו בעת כריתת החוזה. שימי לב, לא לנזק בפועל אלא לנזק שהיה ניתן לראותו בזמן הכריתה. הנזק בפועל לא משחק עניין.

עד 20% משווי ההנכס בחוזי מכר מקרקעין ביהמ"ש לא יתערב.

אפשר לתבוע פיצויי מוסכם וסעיף 10 כל עוד זה לא על אותו ראש נזק. כאן אבל עומדת השאלה הפרשנית על מה נועדו לפצות הפיצויים המוסכמים.

בסעיף קטן ב' נאמר כי עצם העובדה שיש לי פיצויים מוסכמים לא מחייבת אותי לתבוע אותם ויכול להיות שיותר כדאי לי לתבוע דרך סעיפים אחרים.

מניעת אפשרות סעדים אחרים יכולה להיות רק אם יש בחוזה סעיף שאומר שאפשר לתבוע רק את המוסכמים. אלא אם כן זה בחוזה אחיד ואז זה יהיה מקפח.

**ד. ביטול חוזה והשבה:**

**1. ביטול החוזה:**

א ד"נ 44/75, **ביטון נ' פרץ**, פ"ד ל (3) 581.

ג ע"א 409/78, **גולן נ' פרקש**, פ"ד לד (1) 813.

ז. 7956/99 **שיכון ופיתוח נ' עיריית מעלה אדומים**, פ"ד נו(5) 779.

בביטול החוזה עוסק סימן ב' של פרק התרופות.

**ס' 6** מגדיר את ההפרה היסודית.

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

**ההבחנה בין הפרה יסודית ללא יסודית חשובה רק לעניין הביטול**. (בניגוד לזה שעורכי דין נוהגים לדחוף אותה בכל מקום).

הפרה יסודית מוסכמת- שהצדדים מראש הסכימו שתחשב להפרה יסודית.

אם כותבים בחוזה כי כל הפרה היא יסודית- אין לזה תוקף. כדי שיהיה תוקף צריך להשתמע מתוך ההפרה המוסכמת שהצדדים חשבו מה התנאים החשובים להם בחוזה ואילו סוגי הפרות חשובות להם והשקיעו מחשבה בכך.

הפרה יסודית מסתברת- הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. האם אדם סביר בנעלי הנפגע היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה? זה מוביל אותנו לשאלות לא פשוטות:

האם יש חשיבות לצפיותו של המפר? דוגמא- הזמנתי אתרוגים אבל אני גר באיסלנד שם אוכלים אתרוגים באופן רגיל. המוכר הפר בכך שהוא סיפק לי בשלושה ימים של איחור. האם אדם סביר בנעליו של הנפגע היה מתקשר בחוזה? אני הנפגע לא הייתי מתקשר בחוזה כי אני חייב את האתורג לסוכות. אבל המפר לא ידע על חג הסוכות. שאלה זו עלה בד"נ ביטון נ' פרץ שם ביהמ"ש אמר כי ברור שבהקשר הזה חייבת להיות צפיות של המפר.

המבחן להפרה יסודית הוא כפול-

1. האם אדם סביר בנעליו של הנפגע היה מתקשר בחוזה אילו היה יודע על ההפרה.

2. האם המפר היה מודע למשמעות האפשרית של ההפרה עבור הנפגע- רק אז זו תהיה הפרה יסודית מסתברת.

**ס' 7** קובע את זכות הביטול ולכן ס' 6 הגדיר קודם לכן את ההפרה היסודית.

**סעיף 7(א)**

(א) הנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה היתה יסודית.

מקנה זכות ביטול בהפרה יסודית שלא מותנית בכלום. וזאת בהפעלה עצמית ע"י משלוח הודעת ביטול שצריכה להיות ברורה וחד משמעית ורצוי שתכיל את סיבת הביטול.

**סעיף 7(ב)**

(ב) היתה הפרת החוזה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן תחילה למפר ארכה לקיומו והחוזה לא קויים תוך זמן סביר לאחר מתן הארכה, זולת אם בנסיבות הענין היה ביטול החוזה בלתי צודק; לא תישמע טענה שביטול החוזה היה בלתי צודק אלא אם המפר התנגד לביטול תוך זמן סביר לאחר מתן הודעת הביטול.

אם ההפרה לא יסודית יש לתת ארכה של זמן סביר בה מאפשרים למפר לתקן את ההפרה- אם הוא תיקן- נשללת אפשרות הביטול- הזכות לפיצויים שנגרמו עדיין נשארת.

אם המפר לא מימש את הארכה יש להודיע על ביטול תוך זמן סביר מתום הארכה. ביטול בשל הפרה לא יסודית כפוף לשיקולי צדק.

אחד הסיכונים הוא שנפגע יבטל חוזה והוא לא ידע אם זאת הפרה יסודית או לא (כי ההבחנה לא פשוטה) ואז אם הוא ביטל ללא מתן ארכה אז הוא עצמו יהיה המפר. לכן מומלץ שהנפגע יתן ארכה (אם זה אפשרי) אפילו אם הוא חושב שזו הפרה יסודית למקרה שטעה ואז יהיה לו בטחון.

**ס' 7(ג)**

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

אומר שאם אפשר לפרק את החוזה לחלקים והופר רק חלק אחד אפשר לבטל רק את החלק הזה אלא אם כן זו הייתה הפרה יסודית של החוזה כולו.

**סעיף 8**

8. ביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על ההפרה; אולם במקרה האמור בסעיף 7(ב) ובכל מקרה אחר שהנפגע נתן למפר תחילה ארכה לקיום החוזה - תוך זמן סביר לאחר שחלפה הארכה.

הביטול הוא בהודעת הנפגע ויש לבטל תוך זמן סביר משנודע על ההפרה או בלא יסודית תוך זמן סביר מתום ההארכה.

מה קורה אם חלף זמן סביר ולא ביטלתי? בטעות והטעייה יש חובה לבטל תוך זמן סביר ואם לא בוטל אז איבדת את הזכות. בדיני הביטול בשל הפרה זה לא כך- לא ביטלת תוך זמן סביר תוכל להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה. גם אם ההפרה היא יסודית אם לא ביטלתי תוך סביר מרגע שנודע לי על ההפרה- יש לתת ארכה (פס"ד מעלה אדומים). זכות הביטול מוחיית באמצעות מתן ארכה. אם המפר לא מתקן אפשר לבטל תוך זמן סביר. השופט טירקל מבקר הלכה זו וחושב שהיא לה הגיונית אבל ההלכה נשארת על קנה. שימי לב, שבהפרה לא יסודית כפופה לשיקולי צדק ואילו הפרה יסודית גם עם חלוף הזמן היא עדיין לא כפופה לשיקולי צדק.

בעקבות הביטול נקבעה חובת השבה (פס"ד כלנית) ההשבה תעשה בערכים ראליים- יש להוסיף הפרשי הצמדה וריבית.

בביטול בשל פגם בחוזה חלה חובת השבה הדדית על הצדדים ואם אי אפשר להשיב אז משיבים ערך כספי.

ואילו, בביטול בשל הפרת חוזה הנפגע יכול לבחור אם הוא רוצה בהשבת שווי במקום בהשבה בעין- זוהי המצאה ישראלית שהופכת את תרופת הביטול ,לפי רצונו, של הנפגע לתרופה כספית. העובדה שלנפגע יש ברירה להחליט מה בא לו הופכת את הביטול לאופציה כספית פנטסטית- אין אף שיטה בעולם שמאפשרת זאת.