**1.ב' צדדים לחוזה (בתוך המבוא)**

**אישיות משפטית (ס' 1 אפוטרופוס):**

 1. בני אדם – מתוקף חוק הכשרות והאפוטרופוסות.

2. תאגידים (ביהמ"ש מכיר בתאגיד רק אם החוק אומר זאת- חריג פס"ד רוטברג נ' וועדה בני ברק)

**כשרות משפטית (ס' 2 אפוטרופוס):**

1. לחובות וזכויות משפטיות- יש לכל אדם
2. לפעולות משפטיות- **למעט קטינים ופסולי דין** .

לפסול דין (רק אם מכירים כפסול דין, בפס"ד הדר חברה לביטוח לא הכירו) וקטין אין כשרות לפעולות משפטיות (סייגים ס' 4-7 לחוק האפוטרופוס).

* החוק מניח שכל החוזים ברמת סיכון בינונית אלא אם נקבע אחרת.
* ס' 6 סיכון נמוך- לא ניתן לביטול גם אם אין הסכמת הנציג. בשני מקרים:

א. פעולות שקטינים כמוהו רגילים לעשות.

ב. אם המתקשר בחוזה לא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא שהוא מתקשר עם קטין.

סייג: אלא אם נגרם נזק ממשי לקטין.

* ס' 6(א) חמורה- פעולות עם אשראי: החוזה מעולם לא היה תקף.
* ס' 7 חמורה ביותר- צריך אישור בימ"ש.

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

1. תנאי ראשון לכניסה למעגל החוזים- הכוונה להיקשר ביחסים משפטיים מחייבים.
2. חוזה צריך שיהיה שפיט (מ"י נ' יומטוב ס' 33, משחק/הגרלה ס' 32).
* התחייבות הדדית יכולה להיות: חוזה, חוזה בעל מאפיינים חלקיים של חוזה.
* יכול שזה חוזה לא שפיט- מוסכם על בוררות.
* יכול שזה חוזה שבכבוד.

פס"ד לוין נ' לוין- מהווה דוגמא לחוזה ג'נטלמני שמתנה את התערבות ביהמ"ש (חוזה לא שפיט) ואולם, בשל שיקולים חיצוניים ביהמ"ש מתערב בו בכל זאת.

* יכול שהחוזה לא שפיט בגלל עקרונות שיטת המשפט:

פס"ד חידון התנ"ך- מהווה דוגמא לחוזה שביהמ"ש לא מתערב בו בגלל שדוגל בעקרון שהחלטה המבוססת על מומחיות אין מקום להתערבות ביהמ"ש.

\*\* תבדקי שהחוזה שלך לא נופל בקטגוריות האלו.

**2. כריתת חוזה:**

תנאי מקדים לכריתת חוזה- לבדוק האם יש כוונה ליצירת יחסים משפטיים.

חוקי החוזים הם דיספוזיטיביים.

**ג. הצעה וקיבול :**

**הצעה- 3 תנאים מצטברים:**

1. פניה לאדם
2. העדה על גמירת דעת
3. מסוימות

\*\*אם חסר אחד מהיסודות הנ"ל או שזו לא הצעה. או שזו הזמנה להציע הצעות.

חזרה מהצעה (ס' 3):

1. בהצעה רגילה- ניתן להתחרט עד שניתן הקיבול מהניצע.
2. בהצעה בלתי חוזרת (ס' 3 ב)- עד הרגע בו הניצע מקבל את ההצעה.

פס"ד נוה עם נ' יעקבסון- דוגמא לכך שבהצעה בלתי חוזרת אי אפשר לחזור בך מרגע שנמסרה ההצעה. והסירוב להצעה בלתי חוזרת צריך להיות מפורש ולא משתמע לשני פנים.

פקיעת ההצעה (ס' 4):

1. כשעבר המועד לקיבולה
2. כאשר המציע חזר בו בזמן
3. כשהניצע דוחה אותה
4. כשמת המציע/ ניצע/ שנהיה פסול דין- כיום, אם המציע מת לפני הקיבול היא פוקעת, אם אחרי הקיבול החוזה יתקיים עם התלויים (אין הבדל בין הצעה רגילה לבלתי חוזרת). בקודי' ההצעה פוקעת בבלתי חוזרת רק אם היא עוד לא הגיעה לניצע ובהצעה רגילה אם המוות יתרחש לפני הקיבול (יש הבדל- מתאימים לנק' האל חזור).

\*\*למציע אין בכלל את הכוח לחזור בו מההצעה אחרי נק' האל חזור!

**קיבול (ס' 5-11): 3 יסודות להגדרת קיבול:**

1. הודעת הניצע על הקיבול
2. גמירת דעת להתקשר בחוזה
3. קיבול חופף באופן מדויק את ההצעה (ולא- זו הצעה חדשה)

\*זמן השלמת הקיבול- כאשר הקיבול נמסר למציע ולא כאשר הוא משוגר.

דרכי קיבול:

1. קיבול בהודעה (60 א') דרך מקובל בנסיבות הענין (כתב, הודעה, בע"פ)
2. קיבול בהתנהגות (ס' 6 א) רק אם זה במפורש או משתמע מההצעה
3. קיבול בשתיקה (ס' 6 ב) לא תקף!

אלא אכן כן זו הצעה שאין בא אלא כדי לזכות (ס' 7). החוזה יכרת אחרי זמן סביר ממתן ההצעה.

או מיד ואז הודעת הניצע כי אינו מעוניין תשמש תנאי מפסיק.

\*חזרה מן הקיבול (ס' 10) התנאי הוא שהודעת ביטול הקיבול תגיע לפני הודעת הקיבול או בו זמנית איתה- פס"ד תשובה נ' בר נתן.

\*קיבול שמגיע באיחור בגלל סיבה שלא קשורה לניצע (ס' 8 ב'): נכרת חוזה אלא אם המציע הודיע על דחיית קיבול ברגע שקיבל אותו.

\* נקודת האל חזור בהצעה שאין בה אלא כדי לזכות – כמו בהצעה בלתי חוזרת – ברגע שהניצע קיבל את ההצעה.

**2. א. העדה על גמירת דעת:**

\*בפס"ד זנדיבנק נ' דנצינגר הש' שמגר כי העדה על גמירת דעת היא הכוונה ליצור יחסים משפטיים ובפסיקה מאוחרת אמרו כי זה יותר קונקרטי. כל גמירת דעת תלווה בכוונה אך לא כל כוונה תיצור גמירת דעת.

סימנים לגמירת דעת:

1. התנהגויות בעת כריתת החוזה (לאו דווקא חתימה, גם לחיצת יד בקהילות מסוימות)
2. תוכן ההצעה (ככל שרמת המסוימות גבוהה יותר כך היא מעידה יותר על גמירת דעת)
3. התנהגויות לאחר כריתת החוזה (תשלומים נלויים למשל)

דרכים לפיענוח הסימנים:

1. אובייקטיבי טהור
2. אובייקטיבי בנסיבות סובייקטיביות- בפס"ד פרץ בוני הנגב הש' שמגר בדעת מיעוט הציע לבחון זאת בדרך אובייקטיבית בנסיבות הסובייקטיביות ובפסיקה מאוחרת אימצו זאת- פס"ד בראשי)

\*במצבים קיצוניים כאשר הסממנים האובייקטיבים מעידים על גמירת דעת אך האדם למעשה תחת היפנוזה\מחלת נפש אז ביהמ"ש יפעיל שיקול דעתו ויפנה לעיקרון "לא נעשה דבר".

פס"ד הדר חברה לביטוח- מהווה דוגמא למקרה בו הייתה העדה על גמירות דעת. אך בדיעבד התברר שלא הייתה גמירות דעת סובייקטיבית. ולמרות זאת ביהמ"ש התחשב במצב הקיצוני וקבע ש"לא נעשה דבר" והחוזה לא תקף בגלל שלא הייתה גמירות דעת.

**2.ב' הדרישה להצעה מסוימת:**

* הטענה לגמירת דעת והטענה למסוימות יהיו שלובות זו בזו- ככל שהראשונה גבוהה יותר יתרכחו עם השנייה ולהפך.
* רמת המסוימות הנדרשת נידונה בפס"ד דנצינגר- שמגר אומר שהדרישה היא לסף מינימום של פרטים מהותיים בעסקה. המבחן הוא עמום, גמיש.
* יש מגמה של ריכוך בדרישה למסויימות .

המגמה העדכנית לרמת הריכוך בפס"ד ריבנאי נ' מן-שקד- עיקר תשומת הלב מוקדש לשאלה האם הייתה העדה על גמירות דעת? ככל שההעדה על ג"ד גדולה יותר- דרישה למסויימות יורשת. במקרה דנן, הייתה העדה רבה על גמירות דעת והיא כביכול "השלימה" את החוסר במסויימות. ובהמשך בפס"ד דור אנרגיה אותו דבר, הקיצוני ביותר הוא פס"ד "בית הפסנתר" בו דעת רוב גורסת כי דרישת המסוימות פגה מהעולם המודרני. הפסיקה המאוחרת חזרה לתלם- ריכוך מסוימות ולא ביטול (בשנים האחרונות יש הקשחה).

* כאשר חסרים פרטים ניתן להשלימם בתנאים הבאים:
1. שיהיה חוזה תקף -העדה על גמירת דעת ומסוימות. ז"א החוזה כן מסויים דיו והחוסרים הם בפרטים שהם לא לב החוזה.

בפס"ד עדני נ' דוד נקבע כי החוסר על פרט מהותי (מועד התשלום) מעיד על חוסר במסוימות ומכאן שאין גמירת דעת והחוזה לא תקף.

1. שיהיה קיים חוסר אמיתי- ניתן להשלים רק כאשר הצדדים השמיטו פרט שלא שייך לפרטים הגרעיניים, לו הצדדים הבהירו שפרט מסוים שבדר"כ אינו מהותי הוא מהותי אז גם לא ניתן להשלימו.

**יש לשים לב** שלעיתים הצדדים חשבו על הפרט ובכוונה לא הכניסו אותו ואין צורך בהשלמה כי זה יהיה בניגוד לרצונם.

* מנגנוני השלמה:

המנגנון שמשקף באופן מירבי את רצון הצדדים הוא שיבחר.

1. מנגנון השלמה הסכמי- ס' בחוזה שמפנה להשלמה למנגנון מסויים נעזר בו (נניח מפרט טכני לפי משרד השיכון).
2. מנגנון ביצוע אופטימלי- מעוגן בפסיקה, צויין גם בפס"ד עדני. מתאפשר כאשר הצד המעוניין בחוזה מציע פיתרון ביצוע אופטימלי לצד השני (קח איזה צבע אוטו שאתה רוצה).
3. ס' 26: נוהג
4. הנוהג הקיים בין הצדדים- בהנחה שהיו ביניהם חוזים קודמים דומים משתמשים במה שעשו בעבר כי ההסתברות שרצו בכך גבוהה. נטל ההוכחה מוטל על הצד המעוניין בהשלמה לפי נוהג.
5. נוהג המקובל בחוזים מאותו סוג- נוהג בפרקטיקה באותו תחום (ירקן מביא ירקות עד פתח הבית).
6. הוראות השלמה בחקיקה:

משתמשים בחוקים דיספוזיטיביים (שניתן להתנות עליהם)- במקרה ויש הוראות חוק גם בכללי וגם בספציפי נלך על הספציפי (לדוג' חוק המכר מגדיר שהסחורה נמסרת במחסן היבואן אז נעזר בו אם אין אזכור בחוזה).

**2.ד' צורת החוזה:**

* ס' 23 קובע **שאין דרישה צורנית מסוימת לחוזה**(חופש החוזים) ויכול שיעשה בכתב, בע"פ או בכל צורה אחרת. דרך המלך היא בע"פ או בכתב.
* **יש פעמים שהחוק כן דורש צורנות מסוימת**- מקרקעין בכתב, חוזי ביטוח ואחידים בנוסח מסויים ויחסי ממון בין בני זוג עם אישור רשם נישואין.
* דרישת הכתב מבחינה בין דרישה מהותית לראייתית:
1. תוקף החוזה:

אם יש דרישת כתב מהותית והיא לא קיימת אז אין חוזה.

אם יש דרישת כתב ראייתית החוזה תקף אבל יהיה קשה להוכיח אותו (כשעדות בע"פ לא קבילה).

1. היקף המסמך:

אם יש דרישה כתב מהותית כל הפרטים מצויים בה.

אם יש דרישת כתב ראייתית מספיק בכל ראיה בכתב (בלי דרישה לכל הפרטים).

1. עיתוי יצירת המסמך:

אם יש דרישת כתב מהותית צריך להיווצר במהלך כריתת החוזה.

אם יש דרישה כתב ראייתית יכול להיווצר גם לאחר הכריתה, לפניה וכו'.

* איך מבחינים בין דרישת כתב מהותית או ראיתית? פרשנות. להבחין בין דרישה מהותית לראיתית לבחון למה התכון המחוקק בס'.
* דרישת כתב ראיתית בדר"כ מכוח ס' 80 לחוק הפרוצדורה העותמנית שבו נקבע כי בתחום בו התפתח נוהג לעשות חוזה בכתב- דרישת הכתב היא ראייתית.
* **ס' 8 לחוק המקרקעין הוא דוגמא לדרישת כתב מהותית** וההלכות שנקבעו בו רלוונטיות לכל החוקים הדורשים כתב מהותי.
* אם יש חוק כללי וחוק מיוחד אזי גובר החוק הספציפי (חוזה לדירה הוא לפי ס' 8 ולא 23 לחוה"ח).
* ס' 6 למקרקעין מגדיר מהי ההתחייבויות לעסקה במקרקעין: הקניה רצונית של אחת מחמשת הזכויות- בעלות, שכירות, משכנתא, זיקת הנאה וזכות קדימה. אזי- ההתחייבות להקנות את אחת מהזכויות היא התחייבות לעסקה במקרקעין ודורשת דרישת כתב מהותית- ס' 8.
* החריגים לדרישת הכתב המהותית בעסקת מקרקעין : (בהם חל ס' 23 לחוה"ח)
1. ס' 79 קובע חריג לזכות השכירות- חוזה שכירות של 5 שנים ומטה לא טעון מסמך בכתב.
2. חוק המקרקעין חל החל מ-1970. כל חוזהמקרקעין לפניו חל עליו חוק הפרוצדורה העותמנית ס' 80 אשר טוען לדרישת כתב ראייתית (ולא מהותית!).
3. אם א' וב' כורתים חוזה מקרקעין וב' מעביר לג' את הזכות לבעלות, או חלופין א' מעביר אותה ישירות לג' אז אין דרישת כתב מהותית בהעברת זכות. הדרישה לכתב היא ראייתית (מבוסס על נוהג מכח ס' 80).
* במקרה בו היה כבר ביצוע של חוזה זה מכפר על דרישת הכתב (קלמר נ' גיא)
* במקרה בו עדיין לא היה ביצוע של חוזה (לילי שם טוב נ' פרץ) זה במישור הראייתי בלבד- דיי שדרישת הכתב קוימה בעת כריתת החוזה וזה שהמסמך אבד לא משמעותו שלא התקיימה דרישת הכתב המהותית וניתן להוכיח את קיום החוזה ע"י ראיות משניות או עדויות- נתון לשיקול דעת ביהמ"ש.
* פס"דים לאורך ההסטוריה של ס' 8:

גרוסמן נ' בידרמן- קבע שדרישת הכתב בס' 8 היא מהותית.

התעוררה השאלה מה היקף דרישת הכתב?

בהתחלה הייתה הקשחה- פס"ד קפולסקי- נקבע שכל הפרטים שסוכמו צריכים להמצא בחוזה- מהותי ושולי.

הדרישה החמורה לצורה הביאה רבים שרצו להתחמק מחוזה לטעון שלא התקיימה דרישת הכתב.

שנות ה 80- ריכוך בדרישת הכתב:

* פס"ד רבינאי נ' מן שקד- עוסק בזכרון דברים שנעשה ואף שולמה מקדמה ואז אחד הצדדים רצה לחזור בו מהחוזה וטען שלא קויימה דרישת הכתב המהותית בגלל שלא כל הפרטים כתובים בזכרון הדברים . ביהמ"ש קבע שהייתה גמירת דעת ומסויימות על פרטי הליבה- את הפרטים השוליים ניתן להשלים במנגנוני השלמה- והשלמה זו כאילו משלימה את דרישת הכתב- זכרון הדברים נאכף.
* פס"ד בוטקובסקי- ריכוך בדרישת הכתב בנוגע לחתימה. אין צורך בחתימה בשביל שתתקיים דרישת הכתב המהותית במידה ויש אינדיקציות אחרות המעידות על ג"ד (כי חתימה היא אינדיקצייה לג"ד).
* פס"ד אהרונוב נ' אהרונב ופס"ד תוקן נ' אל נששיבי- מעידים על ריכוך דרישת כתב במסגרת המשפחה. (פס"ד שם טוב- טוען שאין ריכוך כזה במסגרת משפחה אולם בפועל- יש!)
* פס"ד קלמר נ' גיא- הריכוך האולטימטיבי בדרישת הכתב:

ברק- "**תום לב או כתב- תום לב עדיף**!" (**שימי לב, זו בעצם קבלה של "אשם בהתקשרות" שהציע בן פורת בשיכון עובדים נ' זפניק: חוזה נכרת בהצעה+הפרת חובת תו"ל**).

זמיר- בוצעה דרישת הכתב מכיוון שיש ריכוך במגמה. הבית העומד מהווה תחליף לדרישת הכתב המהותית שכן תפקידה להראות על ג"ד ורצינות- עליהם מראה הבית.

* פס"ד שם טוב נ' פרץ- מיישם את ההלכה של קלמר נ' גיא.

בקודי' נקבע כי יש לראות את דרישת הצורה כאילו קוימה כאשר ישנו קיום בפועל של החוזה.

**מסר אקלטרוני:** אין פס"ד שעונה על שאלה זו, כרגע בתהליך בביהמ"ש המחוזי. לדעת ד"ר גלברד יש אבחנה בין אמצעים אלקטרוניים ומסממך מפורט שהושקע בו זמן כמו מייל אכן יהיה קביל. כרגע יש הצעת חוק שטרם התקבלה לאשר חוזים באמצעים אלקטרוניים פרט לחוזים שדרישת הכתב בהם היא מהותית (ס' 8).

**זכרון דברים:** במציאות צדדים מכתירים מסמך לא מקצועי ולא מפורט בכותרת "זכרון דברים" מעמדו של מסמך עדיין תלוי באוויר, תלוי סיטואציה. **אם המסמך משקף גמירת דעת והוא בעל מסוימות נדרשת הוא חוזה מחייב**. השאלה נבחנת לפי המבחנים המהותיים. אדם הכותב זכרון דברים, גם אם הוא לא מודע לכך שהוא חותם על חוזה הוא מודע לכך שהוא חותם על מחויבות ושבאם השתחרר ממנה עלולים להפעיל נגדו סנקציות מסוימות.

בפס"ד רבינאי נ' מן שקד ברק מציין את "נוסחת הקשר" ס' שקיים לרוב בזכרון דברים ומפנה לביצוע חוזה "מקצועי" במועד אחר. ברק מציין כי ס' זה מביע עמדה ברורה לגבי גמירות דעתם ולכן זהו חוזה מחייב.

\*הסכמה מאוחרת בחוזה "בולעת" את זכרון הדברים וגוברת עליו.

\*אם במעמד החתימה על החוזה צד אחד מתחרט אזי הצד השני יכול לתבוע את אכיפת זיכרון הדברים ואם יש חסר הוא יושלם לפי מנגנוני השלמה.

\*בפס"ד דור אנרגיה היה רשום "טיוטא" אך ביהמ"ש החליט כי הסימנים לגמירת הדעת גברו על הכותרת "טיוטא" ולכן זה היה חוזה מחויב.

**3. מו"מ לקראת כריתתו של חוזה-**

ס' 12 א קובע את הנורמה ו12 ב קובע את הסנקציה.

 \*בהצעת חוק דיני ממונות השמיטו את "בדרך מקובלת".

* מתי חלה חובת תו"ל? כל המו"מ- מתחילתו ועד סופו. גם אחרי שנכרת החוזה אפשר לתבוע בגינו וגם לו לא נכרת חוזה.
* אובייקטיביות- חובה אובייקטיבית לפי הרף הסטנדרטי של ביהמ"ש.
* קוגנטיות- הפסיקה קובעת כי ס' זה הוא קוגנטי ולא ניתן לבטלו או להתנות עליו.
* על מי חל? גם על הצדדים וגם על האנשים המשתתפים במו"מ כמו לדוגמא בפנידר נ' קסטרו שם נקבע כי חובת תו"ל חלה גם על השלוח (ולא רק על השולח) ובמצבים שיש התנגשות עם חובת הנאמנות ס' 9 יש לנסות להמנע ממצבים כאלה וחובת תו"ל חשובה יותר. חובת הנאמנות לא תשמש הגנה מפני חובת תו"ל במו"מ.
* היחס בין ס' 12 לפרק ב' פגמים בכריתה:
1. **לא תמיד יש כפילות**- פרק ב' חל רק כשנכרת חוזה ותו"ל חל גם במו"מ לו לא נכרת חוזה, גם יכול להיות מצב שנכרת חוזה ויש הפרה של חובת תו"ל אבל היא לא באה לידי ביטוי בפגמים בכריתה.
2. **תרופות שונות**. פרק ב' (פגמים) הם ביטול והשבה ו-12 הם פיצויים. אפשר לדרוש פיצויי קיום מכוח פרק ב' ואילו הסתמכות מכוח ס' 12 בגין הפרת חובת תו"ל במו"מ.
3. **במקרה שלא מצליחים לבסס עילה מכח פרק ב' ניתן לקבל פיצויים מכח ס'** 12 (פס"ד גנז נ' כץ- שם בשל העובדה שלא ניתן היה לבסס עושק שופט המיעוט קבע כי נכון לבסס את המקרה על ס' 12 ב אך שופטי הרוב דחו את הצעתו ואת הערעור של גנץ בטענה שלא ניתן להתלות כ"קולר" על תו"ל. (לדעת גלברד טיעון זה לא חזק במיוחד משום שבדינים אחרים עוולה אחת לא משתלטת על כל התחום שלה ולא מכניסה עוולות אחרות- אז למה בחוזים כן?)
* מצבים קונקרטיים של הפרת חובת תו"ל :
1. מופע שחוזר על עצמו היא **חובת הגילוי** שמעוגנת בפסיקה.

ס' 12 קובע חובת גילוי כללית במו"מ- אולם היקפה יקבע ע"פ המצב.

פס"ד ספקטור נ' צרפתי בה הובאו 2 גישות לחובת הגילוי-

1. המרחיבה- השופט אשר טוען לח"ג רחבה.
2. המצמצמת- השופט לנדוי "יזהר הקונה", יש לגלות רק מידע מהותי שהוא לא יכל להשיג לבד.

**גבולות חובת הגילוי:**

1. אין ח"ג בכל מצב
2. ע"מ לקבוע את רמת הגילו ביהמ"ש משתמש בקירטריונים הבאים:
3. סוג החוזה- צרכני ח"ג רחבה, עסקים ח"ג נמוכה יותר, אדם לאדם ח"ג בינונית.
4. יחסי קרבה בין הצדדים- יש מקרים שהצדדים פחות בודקים (כמו במשפחה) ואז רמת הגילוי עולה.
5. אופי המידע- מידע שהוא נגיש וקל להגיע אליו ח"ג מצומצת יותר ולהפך -פס"ד קינטינגר נ' איליה- המידע לא היה נגיש לקינסטלינגר בגלל שהייתה זקנה מחו"ל ועל איליה הייתה חובת גילוי.

2. **פרישה ממו"מ מסיבות לא ענייניות:**

* ברוב המקרים פרישה מו"מ היא לא הפרה של חובת תום הלב כי כל הרעיון של מו"מ הוא שאפשר כמעט עד לנק' הכריתה לפרוש. כל צד יכול להתחרט וודאי כשאין העדה על גמירת דעת ואפילו אחרי ואף על פי כן **במקרים חריגים פרישה ממו"מ עשויה לגרור לסנקציות**.
* יש מצבים קיצוניים- **כאשר מו"מ נמצא לקראת סופו והושקעו בו משאבים משמעותיים**. כשצד עושה תחשיב של הסיכון מותר לו להניח שהצד שמולו פועל באופן מהותי או ראצינולי ולא יפרוש מכל שטות, אילו לא היה כך אולי לא היה משקיע את את המשאבים.

3. **ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות:**

כאשר צד מנהל מו"מ במקביל עם מס' גורמים ומייצרים מצג שווא בלעדי אזי זו הפרה של חובת תו"ל. אם כי, קשה להוכיח מו"מ ללא כוונת התקשרות.

4. **ניהול מו"מ עם עוד צדדים תוך יצירת מצג שווא של מו"מ בלעדי**.

5. **הפרת חובת שיוויון במכרז:**

מכרז- מו"מ סימולטני רב משתתפים.

1. במכרז של רשות ציבורית- חובה.
2. בפרטי- אין חובה מכוח ס' 12- אך יתכן ותחול בכ"ז.

ד"נ בית יולס שם שמגר וברק טענו כי במכרז פרטי יש חובת שיוויון אלא אם כן הותנה במפורש שלא היה שוויוני. היא מבוססת בחובת תו"ל או בדוק' "החוזה הנספח"- הסכם שנכרת בין הצדדים הקובע את כללי המכרז.

לעומתם, איילון טען כי חופש החוזים גובר על חובת השיוויון, אין חובת שוויון במכרז פרטי אלא אם כן נאמר שהוא יהיה שוויוני.

ההלכה בסופו של דבר היתה- אין חובת שיוויון במרכז פרטי. ההלכה התהפכה (למרות שזה לא נאמר במפורש) בפס"ד קל בנין -המחוזי פסק לפי בית יולס- אין חובת שיוויון. והעליון הפך את הלכת בית יולס באמת אגב. ובעצם ביסס את הטענה שיש חובת שיוויון בשל ההסתמכות על מכרז שוויוני וניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות של ע.ר.מ רעננה.

שימי לב, אין חובת שוויון במכרז פרטי מכוח ס' 12 אולם, ניתן לטעון כי ההכרזה על מכרז יוצרת מצג שווא של שוויון מה שמביא להסתמכות על שוויוניות- וברגע שאין שוויוניות יש הפרה של חובת תו"ל במו"מ עליה אפשר לבסס את התביעה!

* **אם מופרת החובה של סעיף 12 א התרופה היא פיצויים**. ראשית, יש כאן הפניה לחוק התרופות סעיפים 10: נזק עם הוכחת צפיות וסיבתיות, 13: נזק לא ממוני- עוגמת נפש, 14: הקטנת נזק.
* **תרופות בשל הפרת חובת תו"ל במו"מ (כאשר ההפרה היא הגורם לכך שלא נכרת חוזה):**
1. תחילה, אפשר היה לקבל רק פיצויי הסתמכות.
2. בפס"ד קל בנין 2000 **ברק מאפשר פיצויי קיום אם בטוח נכרת חוזה**. (הוכיח צפיות וקש"ס).
3. בפס"ד שיכון עובדים נ' זפניק: העו"ד של זפניק טען כי הפיצויים של ס' 12 (ב) לא ממצים אפשרויות תרופתיות על הפרת תו"ל במו"מ. **השופטת בן פורת מסכימה עם הטענה שהתרופות אינם בגדר רשימה סגורה**. היא מסתמכת על דבריו של ברק אשר קובע כי חובת תו"ל בס' 39 היא חובה משפטית המאופיינת בקיום סקנציה לשיקול דעת השופט. בן פורת אומרת אומרת שס' 12 (ב) ו-39 דומים במהותם רק העיתוי שלהם שונה (12 מו"מ ו-39 בזמן החוזה) ולכן **כשהמחוקק קובע ב-12 רק פיצויים הוא לא מתכוון רק אליהם** ואז **היא ממציאה תרופה חדשה- "אשם בהתקשרות"** משמעותה- במקרה בו המו"מ לא הושלם בגלל שאחד הצדדים מנע בחוסר תו"ל את כריתת החוזה רואים אותו כאילו הוא נכרת. משמע- התרופה היא שרואים את החוזה כאילו נכרת. סעד זה מעביר אותנו ממצב של מו"מ למצב של הפרת חוזה ואז ניתן לקבל תרופות בשל הפרת חוזה. (דבריה נאמרו בהוביטר וזפניק מפסיד בתיק ולכן זו לא הלכה מחייבת).
4. "אשם בהתקשרות" הפך להלכה מחייבת בפס"ד קלמר כאשר עשו היקש בין העובדה ששיכון עובדים לא איפשרה לזפניק לבצע קיבול לבין העובדה שקלמר מנע בחוסר תו"ל את חתימת המסמך הכתוב. אם צד בחוסר תום לב מנע חוזה אזי היה חוזה.
5. בפס"ד קל בנין- המחוזי דן בפיצויים והוא מכיר בפיצויי הסתמכות סעיף 12. עו"ד של קל בנין עשה תחשיב נזק והשופט לא נתן לו רווח נמנע כי רווח נמנע יכול להנתן רק שהופר חוזה. אלא פיצויי הסתמכות. וקל בנין רצו את הרווח ולכן ערערו לעליון.

ברק אמר ש**יש מצבים שמכח סעיף 12 (ב) אפשר לפסוק פיצויי קיום**. ו**לא מתוך "אשם בהתקשרות**". ברק אומר שבחוק לא רשום רק פיצויי הסתמכות, זה לפי הפסיקה והוא משנה את ההלכה ומוסיף פיצויי קיום במצב בו ניתן לדעת בוודאות היה נכרת חוזה.

1. לסיכום:

אם פיצוץ המו"מ היה בשלב מוקדם- פיצויי הסתמכות 12 ב.

אם הפיצוץ היה בשלב בו ברור שאילולא אותו חוסר תו"ל היה נכרת חוזה יש 2 אופציות:

1. "אשם בהתקשרות" אכיפה או פיצויי קיום (תשתית בזפניק, הלכה בקלמר של בן פורת)
2. פיצויי קיום מכח 12 (ב) ברק בקל בנין

הנפגע לא יכול להחליט איזה מבין התרופות הוא מעדיף.

1. בפס"ד עלריג נכסים נ' ברנדר: השופט במחוזי הולך לפי הלכת קלמר וקובע לפי "אשם בהתקשרות" וקובע שאכיפה בלתי אפשרית כי הקרקע כבר נמכרה, ואז ניתנים פיצויים על שוויה על סך מיליון ש"ח. ביהמ"ש העליון קובע כי קלמר זה רק במקרה נדיר ובגלל שהם אנשי עסקים המודעים לדרישת הכתב ולכן לא ניתן לאכוף את החוזה ולהכיר ב"אשם בהתקשרות". אבל, היתה הפרה בוטה של חובת תו"ל ולכן נקבע לפי הלכת קל בנין פיצויי קיום ע"ס מיליון ש"ח.
2. **ביהמ"ש נוטה לפצות בגין 12 (ב) ולא "אשם בהתקשרות" היות שקודם כל יש חוק ולכן יש עדיפות למסלול של 12 (ב).** ברגע שהאינטרס הוא מסחרי ינתנו פיצויים כספיים ב"דרך המלך" 12 ב' (קל בנין ועלריג) אך ברגע שהאינטרס הוא רגשי יכירו ב"אשם בהתקשרות" ותנתן אכיפה (קלמר).
3. אם הופרה חובת תו"ל ואז בוצע חוזה ניתן לתבוע גם בגין פגם בכריתה (ביטול והשבה) וגם ס' 12 על פיצויי הסתמכות- הוצאות נוספות ואז מקבלים פיצויי מלא.
4. במקרה בו לא מתקיימות כל העילות של פגם בכריתה (עושק בגנז נ' כץ לדוג') אז יש פס"ד אוגלי במחוזי שהשופט קבע שלפי בן פורת בזפניק יש עוד תרופות מכח ס' 12 ב כמו למשל ביטול החוזה במקרה קיצוני אבל זאת עדיין לא הלכה מחייבת כי זה לא היה בעליון.
5. במצבי שוק מסויים שהפרת חובת תו"ל עולה לכדי פגם בכריתה- תרופת הביטול מאוד משמעותית.
6. היא מבטלת חובות הצדדים אחד לשני.
7. היא נושאת רווח משמעותי ומונעת הפסד כמו בפרג' נ' מיטל- בגלל שערך הדירה ירד וערך הכסף עלה אז המוכרים יצאו מופסדים אז לנוכח האשם שלהם הקונים יצאו נשכרים וקיבלו את הסכום ששילמו בשיערוך שיצא כפול 2 לטובתם.
8. לעומת זאת, יש מקרים רבים בהם עדיף לתבוע בגין הפרה חוזה במקום פגמים בכריתה המובילים לביטול. דוגמא לכך היא הצהרה טרום חוזית כוזבת- הטעיה. אם משהו מטעה שנאמר במו"מ נאמר גם באופן לא פורמלי בכריתת החוזה ניתן להתייחס אליו כהצהרה תוך חוזית כוזבת ואז לקבוע כי זו הפרת החוזה ואז לקבל תרופות בגין הפרת חוזה.
9. עוד דוגמא לכך היא בחוזי מכר בהם פעמים רבות קל להגיע מהשלב הטרום חוזי לעילה חוזית של הפרה (לפי ס' 11-17 העוסקים באי התאמה בממכר) ובכך נפסק בפס"ד רומלי כי ניתן להקנות פיצויים או מכח ס' 12 או מכח ההפרה.

**4. פגמים בכריתה-**

עוסקים במצבים בהם קיים פער דרמטי בין הביטוי החיצוני לבין הכוונה הפנימית.

**ב. הטעיה (ס' 15)**

* יסודות ההטעיה:
1. חוזה תקף (להוכיח לפי פרק א')
2. טעות אופרטיבית: מחשבה או אמונה שלא תואמת את המציאות.

טעות יכולה להיות בדין (פער בין אמונה משפטית למציאות- כנפי) או בעובדה (הערכה שגויה של המציאות הדברים האמיתית- שלזינגר נ' הפניקס- הש' לוי בדעת מיעוט- הטעות במקרה דנן, מקורה באמונה או במחשבה שלא תואמת את המציאות- חשב שהוא בריא ובמציאות היה לו סרטן).

\*החריג הוא טעות בכדאיות העסקה:

טדסקי- מותח קו בין טעות הנוגעת בעתיד לטעות הנוגעת בעבר (אם זה בעתיד זה בכדאיות).

אשר- מותח קו בין שווי הממכר לתכונות המושא (אם זה לשווי זה בכדאיות). בפס"ד ספקטור נ' צרפתי.

פרידמן- מתייחס לטעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה- "מבחן הסיכון" סיכון שנלקח בחשבון הוא בכדאיות. פס"ד ארואסטי- דוגמא לקיבול גישת פרידמן- ביהמ"ש דחה את הטענה לטעות משום שעשו הסכם פשרה שהוא מטבעו נטילת סכון משתמעת. וגם משום שלא היה פער בין אמונה למציאות שכן המציאות השתנתה מאוחר יתר.

קרונמן- הגישה הכלכלית הנובעת מפרידמן וקובעת כי טעות היא עלות לחברה המצרפית והיא תוטל על מי שיכל למנוע אותה באופן הזול ביותר (בהטעיה המטעה, בטעות- מי שלא אמר עליה).

1. הטעיה: הצהרה טרום חוזית כוזת- עפ"י ג. שלו.

ניתן להטעות במעשה ובמחדל:

* במעשה- הטעיה אקטיבית (מצג שווא)
* במחדל - זה הימנעות מגילוי.

בהטעיה במחדל יש להוכיח חובת גילוי: דין, נוהג ונסיבות.

דין: דין פנימי (תו"ל ס' 12) או דין חיצוני (כמו למשל חוק המכר).

נסיבות: האם לאור הנסיבות הקונקרטיות חלה חובת גילוי. למשל אם שאלתי מישהו משהו או ציינתי רגישות.

נוהג: עובדה שיש להוכיחה לפי ראיות.

גישות לחובת גילוי:

אשר תומך בהיקף גדול.

לנדוי "יזהר הקונה" תומך בהיקף מצומצם. פס"ד שפיגלמן נ' שפניק- דוג' לחובת גילוי מצומצמת- עסקה בין אנשי עסקים במכירת מניות במוסך מבלי לדעת על הסכם הפקעת שטחים עם נתיבי איילון.

אנטוני קרונמן בנושא זה עוסק בשיקולים כלכליים ואומר שיש הבדל בין מידע שהושג במאמץ מכוון לבין מידע שהושג באקראי, הטעות תוטל לבעל הידע הרב ביותר כיוון שהוא לא התאמץ להשיג את המידע.

1. קש"ס כפול- גם בין הטעות להתקשרות וגם בין ההטעיה לטעות.
* היסוד הנפשי הנדרש: **לא חייבים זדון ג. שלו אומרת שגם ברשלנות ובתו"ל**.
* הקשר בין הטעיה לתו"ל: לעיתים כשיש פגם מוחלש בכריתה אפשר לפנות לתו"ל ס' 12. אם כי זה לא בדיוק התקבל בפסיקה- בפס"ד גנז נ' כץ נאמר באמרת אגב על הנושא שאי אפשר כל הזמן ללכת לחובת תו"ל של ס' 12 אם לא ביססנו פגם בכריתה. וגם בפס"ד ישראל פרי.

**א. טעות (ס' 14)**

* **יסודות הטעות:**
1. חוזה תקף (לפי המבחנים של פרק א')
2. טעות (שאינה בכדאיות העסקה)

הטעות צריכה להיות יסודית, טעות שניתן להניח שאילולא ארעה לא היה הטוען אותה מתקשר בחוזה. טעות שיורדת לשורש העסקה. טעות שניצבת במרכז ההתקשרות.

1. קש"ס סובייקטיבי- הטעות היא שגרמה לכריתת החוזה.
2. הידיעה/ העדר הידיעה- ההבדל בין טעות לא ידועה (14 ב') לבין טעות ידועה לצד השני (14 א') הוא ידיעת הצד השני על כך. בנוגע ל- "על כך" נחלקו העמדות מה זה אומר "על כך"?

*פרופ' צלטנר*- הגישה הקונוונציונאלית- על כך זה על הטעות, צד אחד צריך לדעת שהצד השני טועה.

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

*בן פורת*- אין צורך לדעת על הטעות אלא רק על היסודיות. עמדה בעייתית לא כ"כ משתמשים. צריך רק לדעת על רשימת הדברים המהותיים לצד השני כך שבמחבן היפותטי של לו הייתי יודעת על הטעות- האם הייתי יודעת שהיא מהותית? **שימי לב, אם אני לא מצליחה לבסס טעות ידועה אני יכולה להציד את גישת בן פורת ולטעון שהצד השני ידע שנושא זה מהותי גם אם לא ידע על הטעות ועדיין להשאר בגדר ס' 14 א!!**

* **"טעות משותפת**" 14 (ב) שני הצדדים טעו טעות מהותית ואף אחד לא יודע על קיום הטעות בצד השני.
* **תיקון טעות** 14 (ג) תיקון החוזה באופן שיאזן את רצונות הצדדים ויעשה עמם צדק.
1. מבחינת סעדים 14 א ו-15 דומים- שניהם אוטונומים. מבחינת הוכחה צריך יסודיות בטעות של ס' 14 ולכן עדיף להוכיח הטעיה.
2. מבחינת הבדל 14 א ו-14 ב. 14 ב זה בשיקול דעת ביהמ"ש ולא אוטונומי. שיקולי ביהמ"ש מתבססים על צדק (בודקים איזה צד יפגע יותר, את התנהגות הצדדים, ואת האשם היחסי של כל אחד מהצדדים).

\*ביטול אוטונומי לעיתים יכול להיות סכנה כי הצדדים חושבים שעומדת בפניהם זכות ביטול ואז הם חשופים לתביעת הפרה חוזה.

**כפיה ועושק:**

הבדל ראשון הוא שבעילת הכפייה חוסר השיוויון ופערי הכוחות נוצרים ע"י ההתנהגות הכופה של צד בחוזה. ואילו, בעילת העושק מה שיוצר את חוסר השיוויון זה לא ההתנהגות של העושק אלא שחוסר השיוויון כבר קיים- שני הצדדים באופן טבעי לא שווים ואז מתחיל המו"מ ביניהם (יש מראש צד חלש וחזק).

בכפיה חוסר שיוויון נוצר מהתנהגות כופה ולא ממצב התחלתי.

**כפיה (ס' 17):**

**יסודות הכפיה-**

1. חוזה תקף
2. כפיה (בכח או באיום)
3. קש"ס – האיום הניב את ההתקשרות בחוזה.

כפייה:

* יכול שתעשה באיום או בכוח.
* החריג: 17 ב- אזהרה בתום לב להפעלתה של זכות היא לא בגדר איום לעניין סעיף זה.
* בכפיה אין צורך ביסודיות- משום שהדגש הוא על התנהגות הכופה.
* איום להפר חוזה גם עולה בכדי כפייה.
* יש לעשות הבחנה כי כפייה לבין "לא חוזה בכלל"- **בכפייה כן יש גמירות דעת**. לנכפה יש פחות אלטרנטיבות אולם מתוכן הוא גומר בדעתו לפעול על פי אחת מהן.
* צריך להסתכל על כל הקונטקסט, לזהות מסרים בקייס שמהווים התנהגות כופה.

לדוגמא שפיר נ' אפל (החלבן עם הילדים הפריארים) - ביקור בלילה לא כמו ביום, עם ליווי לא כמו לבד וכו').

* איום בהליך פלילי (שפיר נ' אפל –היה איום לפתוח בהליכים פליליים נגד אפל):

ג. שלו- זה כפיה ולא עומד בסייג 17 ב (כי הליך פלילי זה בין אדם למדינה זה לא אזהרה).

השופטת בן פורת - אומרת שזה לא חד משמעי.

* **כפיה כלכלית-** מצב שבו אדם כורת חוזה כדי להשתחרר מלחץ עסקי מסחרי כלכלי שמופעל עליו. ( רחמים נ' אקספומדיה) .

בפס"ד רחמים נ' אקפומדיה חשין עושה הבחנה בין שימוש ביתרונות שוק לפני שכורתים חוזה (לגיטימי למסחר) לבין שימוש ביתרונות שוק לאחר שנכרת חוזה ואז זה עולה לכדי סחטנות (באמצע היריד לאיים לסגור אותו ולהחתים על עוד מסמך תוך ניצול העיתוי זה סחטנות!).

בפס"ד מיה נ' פנפורד חשין קובע **מבחן דו ראשי לכפייה כלכלית**-

1. מבחן איכות הכפייה: בוחנים את התנהגות הכופה, האם ניצול יתרונות השוק עולה כדי סטנדרט או כדי סחיטה.
2. עוצמת הכפייה: בוחנים את הקורבן ע"י אלטרנטיבות:

חשין- מרחיב את עילת הכפייה משום שמחפש אלטרנטיבות זהות- זו ההלכה.

שמגר וגולדברג- מצמצים את עילת הכפייה משום שמסתפקים באלטרטיבות סבירות.

* **פגמים מוחלשים**- במידה ואני לא מצליחה לבסס טענה של פגם בכריתה- אפשר לפנות לס' 12 עפ"י דעתו של השופט גולדברג בפס"ד מאיה נ' פרנפורד.

**עושק (ס' 18):**

**יסודות עילת העושק:**

1. קיום חוזה
2. מצבו של העשוק- מצוקה, חולשה שכלית/גופנית, חוסר נסיון אינהרנטי.

בפס"ד קיקאון נ' סאסי- נקבע כי יש להוכיח שמצבו מתמשך וחמור ולא ארעי/ חולף. ש' לנדוי בדעת מיעוט- טען שעשוק יכול להיות גם אם נקלע למצב ארעי וחולף ולא תמידי/ מתמשך.

1. ידיעת העושק על מצוקת הנעשק וניצול מצוקה זו (אם הוא גם הגורם למצוקה זה כפיה ועושק).
2. תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל- ככל שהתנאים יהיו יותר גרועים כך המשקל שינתן למידת המצוקה יהיה קטן יותר ולהפך.

**5. תוכן החוזה**

1. פרשנות
2. השלמת התוכן
3. התערבות בתוכן

**ס' 24-** תוכנו של החוזה יכול להיות ככל אשר הסכימו הצדדים- לא תמיד זה ככה- יש מקרים שהתוכן לא מספיק בשביל לקיים חוזה או ביהמ"ש לא מסכים עם תוכן שכזה וכו'.

העקרון המרכזי בדיני החוזים- חופש החוזים- פרשנות והשלמת תוכן משרתים עקרון זה ואילו התערבות בתוכן מנוגדת לעקרון.

**א. פרשנות החוזה:**

הפרשנות הנוהגת בתחום המשפטי היא **פרשנות תכליתית:**

את הטקסט המשפטי יש לפרש לפי תכליתו- מטרתו.

1. לפי תכלית סובייקטיבית- להבין מה עמד לנגד עיניו של מחבר הטקסט.

2. לפי תכלית אובייקטיבית- ביסוד שיטת המשפט יש כמה עקרונות/ תכליות יסוד ואם מתעוררת מחלוקת פרשנית הולכים לפי תכליות אלו.

\*\*שתי הפרשנויות יכולות להביא לפעמים לאותה תשובה ולפעמים לתשובה הפוכה.

\*\*ברק אומר כי כל טקסט מפרשים ע"י פרשנות תכליתית- האם זו סובייקטיבית או אובייקטיבית או תערובת- נקבע לפי סוג הטקסט המשפטי.

1**. שלב ראשון בפרשנות:**

**ס' 25 (א) קודם כל מפרשים חוזה עפ"י פרשנות הסובייקטיבית.**

שימי לב, בחוזים אחידים בדר"כ נדלג על הפרשנות הסובייקטיבית ונלך ישר לאובייקטיבית.

*ס' 25(א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו.*

**מטרת העל של הפרשן הוא לגלות את הרצון המשותף של הצדדים בכריתת החוזה!**

חומר הגלם ממנו שואבים את רצון הצדדים:

1. החוזה- מהטקסט אפשר להפיק את המשמעות הלשונית הרגילה. וגם תובנות ממבנה החוזה.
2. הנסיבות- נסיבות רקע לכריתת החוזה.

נסיבות שקדמו לו ונסיבות לאחר הכריתה- יכולים לשפוך אור על פרשנות החוזה.

בעבר הייתה נהוגה **"גישת שני השלבים"-** יש לעשות כל מאמץ לגלות את אומד דעתם של הצדדים מהחוזה עצמו (משמעותו הלשונית ומבנהו) . אם הפרשן סבור כי הצליח לאמוד את רצונם של הצדדים מהחוזה- אסור לו לפנות לנסיבות. גם ראיות שמעידות על הנסיבות לא יהיו קבילות בביהמ"ש בשלב זה. רק אם לא הצליח לאמוד על דעתם יוכל לפנות לנסיבות.

\*\*שימי לב, המחלוקת היא בעצם בעניין דיני ראיות ולא פרשנות.

\*\* גם בזמן גישת שני השלבים השופטים היו מוצאים דרכים עקיפות לגשת לנסיבות גם אם לשון החוזה הייתה ברורה.

פס"ד אפרופים- שינה את ההלכה ובעקבותיו השתנה גם החוק והתקבלה **"גישה חד שלבית"-**

בחוזה הבנייה בין חברת אפרופים למדינה הייתה חסרה הסנקציה בעבור איחור בבנייה ואפרופים טענו שאין סנקציה כזו ואילו המדינה טענה שהסעיף שמדבר על איחור במימוש זכות המכירה הוא גם מדבר על איחור בבנייה- וזה לב המחלוקת- פרשנות סעיף זה.

השופט מצא- הולך לכאורה בגישת שני השלבים ואומר שלשון החוזה ברורה ולכן אין צורך לפנות לנסיבות. (לאחר הפס"ד של ברק- הוא נאלץ להגיב ואומר כי בנסיבות חריגות הוא מוכן לפנות לנסיבות- אולם, שוב אותה בעייה לא טוען ברק בגישת שני השלבים- כדי לדעת שהנסיבות חריגות יש לפנות לנסיבות!).

השופט ברק- טוען שיש קושי אינהרנטי בגישת שני השלבים- **הקביעה שלשון החוזה ברורה צריכה להיות התוצאה של ההליך הפרשני ולא קודמת לו**. נימוקיו הם:

1. תורת שני השלבים לא לוקחת ברצינות את אומד דעת הצדדים- מטרת העל היא להגיע למטרתם הסובייקטיבית אז למה לא להשתמש בכל מקור שעוזר לגלות מטרה זו?
2. בשיטת המשפט שלנו אנו לא צריכים כלל של קבילות אלא כלל של משקל.
3. פרשנות עפ"י נסיבות מעוגנת בסעיף 16 לחוק החוזים- "טעות סופר". כשטוענים לטעות סופר החוזה ברור וכביכול אין צורך לפנות לנסיבות- אולם אם לא נפנה לנסיבות לא נדע שאכן קרתה טעות סופר ולכן קיומו של סעיף 16 מעיד על כך שהדרך הנכונה היא הגישה החד שלבית.
4. תורת שני השלבים לא מתיישבת עם עקרון תום הלב- אם הצדדים סיכמו על מכונה שנקראת סוס- לא פייר שהוא יקבל סוס אמיתי.
5. הגישה החד שלבית יכולה להסתדר גם עם נוסחו הישן של ס' 25(א) משום שהדירוג בכללי הפרשנות (חוזה נסיבות) הוא לא לפי סדר פעולות אלא לפי משקל.

ברק נותן מספר דגשים:

* קיימת עדיפות נורמטיבית לאומדת דעת הצדדים העולה מלשונו הרגילה של החוזה על פני מה שעולה מלשון חריגה או מנסיבות חיצוניות.
* אסור לפרשן להעדיף את הפרשנות העולה מהנסיבות אלא אם יש לה אחיזה כלשהי בטקסט.
* רק בשני מקרים מותר לו להעדיף את הפרשנות מהנסיבות גם אם אין לה אחיזה בטקסט:

1. טעות סופר.

2. אבסורד מוחלט- בפס"ד אפרופים ברק בוחר בפרשנות עפ"י הנסיבות שאין לה אחיזה בטקסט הטענה שמדובר באבסורד מוחלט שדווקא הסנקציה הכי חשובה לא מופיעה בחוזה.

פס"ד מגדלי ירקות- נקבע כי הללכה של אפרופים בעינה עומדת.

שינוי החקיקה- בעקבות פס"ד אפרופים התקבל חוק שמהווה פשרה בין הלכת אפרופים לבין מתנגדיה- והתקבל הנוסח המוזר הקיים היום בס' 25(א) שבעצם סותר את עצמו.

**ההלכה- היא הגישה החד שלבית לפי הלכת אפרופים!**

**2. שלב שני- פרשנות אובייקטיבית:**

**רק במידה ולא הצלחנו לגלות את אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים**.

התכליות האובייקטיביות מצויות בחוק ובפסיקה ולשני המקורות משקל שווה.

תכליות אובייקטיביות בחוק:

1. סעיף 25 (ב)- פירוש המקיים את החוזה עדיף על פירוש שמבטל אותו.
2. סעיף 25 (ג) – אם יש מחלוקת והיבטוי שלגביו יש מחלוקת הוא ביטוי שגור בחוזים מאותו סוג ויש לו משמעות ידועה ומקובלת- נפרש לפי משמעות זו.
3. ס' 25 (ד)- מפנה אותנו למילון מושגים המצוי בחוק.

תכליות אובייקטיביות מהפסיקה:

1. תום הלב- אם יש 2 פרשנויות ואחת מהן מובילה לתוצאה הוגנת שעולה הקנה אחד עם עקרון תום הלב והשנייה לא- יש להעדיף את זו שעולה בקנה אחד עם תום הלב. **תכלית זו החשובה ביותר מהתכליות האובייקטיביות ואין שווה לה!**
2. פרשנות כנגד המנסח- הפרשנות שעובדת לרעת מי שניסח את החוזה- עדיפה!

פרשנות זו משרתת את תכליות הצדק-

* צדק חלוקתי- מי שניסח את החוזה גם ככה הטה אותו עד כמה שאפשר לטובתו אז אם יש מחלוקת לגבי חלק ממנו לפחות בחלק זה נטה את הכף לטובת הצד השני.
* צדק מתקן- מחלוקת פרשנית היא תאונה- כאשר הגורם לה וכן המונע אותה הוא המנסח- הוא המונע הזול ביותר ועליו לשלם על התאונה שגרם.
1. עדיפות נתונה לפירוש המוביל לתוצאה הגיונית.
2. כלל הפרשנות האלגנטית/ קוהרנטית/מתואמת- אם יש 2 ביטויים זהים בחוזה ויש מחלוקת פרשנית רק לגבי אחד מהם- ופרשנות אחת בנטענת זהה לפרשנות של אותו הביטוי שכבר מופיע בחוזה ואין מחלוקת לגביו והשנייה מביאה משמעות חדשה- יש להעדף את הפרשנות התואמת לפירוש הביטוי שכבר נמצא בחוזה ואין מחלוקת לגביו.
3. בחוזים מסחריים- יש להעדיף את הפרשנות שנותנת תוצאה כלכלית מסחרית הגיונית.

**ב. השלמת החוזה: ס' 39 עקרון תום הלב**

**מנגנוני השלמה:**

המנגנון שמשקף באופן מירבי את רצון הצדדים הוא שיבחר.

1. מנגנון השלמה הסכמי- ס' בחוזה שמפנה להשלמה למנגנון מסויים נעזר בו (נניח מפרט טכני לפי משרד השיכון).
2. מנגנון ביצוע אופטימלי- מעוגן בפסיקה, צויין גם בפס"ד עדני. מתאפשר כאשר הצד המעוניין בחוזה מציע פיתרון ביצוע אופטימלי לצד השני (קח איזה צבע אוטו שאתה רוצה).
3. ס' 26: נוהג
4. הנוהג הקיים בין הצדדים- בהנחה שהיו ביניהם חוזים קודמים דומים משתמשים במה שעשו בעבר כי ההסתברות שרצו בכך גבוהה. נטל ההוכחה מוטל על הצד המעוניין בהשלמה לפי נוהג.
5. נוהג המקובל בחוזים מאותו סוג- נוהג בפרקטיקה באותו תחום (ירקן מביא ירקות עד פתח הבית).
6. הוראות השלמה בחקיקה:

משתמשים בחוקים דיספוזיטיביים (שניתן להתנות עליהם)- במקרה ויש הוראות חוק גם בכללי וגם בספציפי נלך על הספציפי (לדוג' חוק המכר מגדיר שהסחורה נמסרת במחסן היבואן אז נעזר בו אם אין אזכור בחוזה).

מנגנון השלמה נוסף וחשוב:

**ס' 39: עקרון תום הלב-** זכות/חובה חוזית המופיעה בחוזה צריכה להיות ממומשת בתום לב.

שימי לב, שאין אזכור בסעיף לגבי השלמת חוזה, אולם ניתן להשלים חסר בחוזה על בסיס עקרון תום הלב.

ברק מעלה את עקרון תום הלב בפס"ד אפרופים כתחליף לתנאי משתמע שמקורו במשפט האנגלי "תנאי מכללא".

בבג"צ שירותי תחבורה באר שבע נ' ביה"ד לעבודה ברק מבסס את ס' 39 עקרון תו"ל בקיום חוזה כמקור השלמה, משתמש בו להכרעה בפס"ד ומגדיר את עקרון זה כחובה משפטית (ולא כנורמה).

ברק מסביר את משמעות ס' 39:

1. ברק קובע כי צדדים לחוזה הם שותפים ולא יריבים.
2. **ס' 39 מהווה בסיס להשלמת חוזה** משום שבניגוד לתפיסה בעבר, כיום רואים את הצדדים כשותפים ולא כיריבים. ובין הצדדים יש "חובת אמון" כלפי החוזה שהוא המטרה המשותפת שלהם, צריכים לפעול להגשמת והעדפת אינטרס קיום החוזה המשותף כפי שראו אותו בכריתה. יש לגלות נאמנות למטרה המשותפת של הצדדים ע"ח האינטרס שלך שנוצר בשלב מאוחר יותר. ולכן כשעולה בעיה בחוזה על הצדדים לפעול לפתרון הבעיה וזאת מכוח היותם נאמנים לחוזה וכך חובת היא מכוח ס' 39 ולכן אם הפתרון הוא השלמת חסר חוזה אז השלמה זו נובעת מכוח ס' 39 עקרון תו"ל.
3. **עקרון תום הלב בס' 39 הוא אובייקטיבי**, אך יש התחשבות בסיטואציה הקונקרטית (הסובייקטיבית).
4. היקף התכולה של ס' 39: כל הזכויות והחובות המשפטיות בכלל ובפרט כל חיוב וזכות שנובעים מהחוזה ומשניות לו. (כל כוח שניתן- אפשרות בחירה בין מרצפות).
5. **חובת תו"ל יכולה ליצור חיוב חוזי חדש**- היא יוצרת חובה חדשה והופכת אותה לחלק אינטגרלי מהחוזה. (בבג"צ באר שבע מחובת תו"ל הם היו צריכים להודיע מראש על שביתה וכשלא הודיעו הם כאילו הפרו את החיוב החוזי).
6. **תוצאות הפרת חובת תו"ל**:
7. הפרת חובת תו"ל היא כמו הפרת חוזה ואפשר לקבל תרופות מכח חוק התרופות על הפרת חוזה.
8. שלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר את החוזה כאשר מימשו את הזכות התרופתית שלא בתום לב. (כמו בחברת פירסום 80 או 100).
9. מתן כח לבעל החוזה (הלא מפר) לפעול פעולות מסוימות בגדר החוזה שאחרת היו נחשבות להפרה. (פס"ד שוחט נ' לוביאניקר שהזוג הפר תו"ל נסע לאוסטרליה ובעל הדירה קיבלת את הכוח לדחות את החובה החוזית שלו משום שהזוג שוחט הפרו את חובת תו"ל).
10. לעיתים התוצאה היא שלילת כח, הנתון לבעל החוזה המפר לפי הוראות החוזה (אפשר לבחור סוג מרצפת אם את מתמהמהת אז נשללת זכותך לבחור). ניתן להגיע לסנקציה זו גם לפי ס' 51.
11. פעולה חוזית שבוצעה תוך הפרת חובת תו"ל רואים אותה כאילו לא בוצעה וזה מוביל להפרת החוזה (בבג"צ רואים את ההודעה שנמסרה ממש קצת זמן מראש (ז"א לא בתו"ל) כאילו לא נמסרה בכלל- ואז החוזה הופר).

**ג. הדגמה להשלמת חוזה מכוח ס' 39: שערוך סכומים בתקופת החוזה המקוים.**

בתקופת אינפלציה דוהרת הכנסת נתנה מענה חקיקתי למשפט הציבורי אך לא בפרטי ולכן ביהמ"ש היה צריך למצוא פיתרון.

החלוקה לתקופות:

1. "תקופת החוזה המקויים"- הפתרון לשחיקה האינפלציונית צריך להיות בחוזה. הבעיה נוצרת בדר"כ כשכורתים חוזה בתקופה בה אין אינפלציה ולא מכניסים מנגנון שערוך לחוזה. במצב זה מכוח עקרון תו"ל ס' 39 משלימים את החסר הזה בחוזה ומוסיפים מנגנון שערוך ע"מ שרצון הצדדים- מטרתם המשותפת תתבצע כהלכתה ולא בצורה מעוותת כתוצאה מהאינפלציה שהתרחשה.

צריכים להתקיים התנאים הבאים בשביל קיום מנגנון השלמה:

1. יש חסר.
2. השתיקה היא לא מכוונת אלא שהצדדים לא חשבו על זה- ביהמ"ש תמיד יעדיף פרשנות על פני השלמה וקודם כל יעשה פרשנות וינסה לגלות את רצון הצדדים וכוונתם- האם רצו שיהיה שערוך או לא.
3. שזה נחוץ כדי להשיג את המטרה שעמדה לעיני החוזה. השלמה הכרחית.
4. שזה לא משנה באופן דרמטי את הקצאת הסיכונים. (בפס"ד שועית הקונים לקחו על עצם סיכון של אינפלציה קטנה אולם לא לקחו סיכון לאינפלציה גדולה).

פס"ד שועית- הסכם אופציה לרכישת מקרקעין שנעשה בשת 79 כשלא הייתה אינפלציה. הקונים מימשו את זכות האופציה ב84 כשהייתה אינפלציה דוהרת ויצא ששילמו רק 2% משווי הכנס. השופט אנגלרד מבצע שערוך בתקופת החוזה המקויים מכוח עקרון תום הלב ס' 39- מבצע השלמת חסר בחוזה ומוסיף חיוב חוזי- מנגנון שערוך. הוא מבצע שערוך חלקי של ההפרש בין האינפלציה לבין הסיכון שלקחו על עצמם של 2%.

1. תקופת החוזה המופר- מההפרה עד לפס"ד משערכים לפי חוק התרופות ולא מכוח השלמת חוזה על בסיס ס' 39:
2. פיצויים- נזק השחיקה האינפלציונית, נתבע את ההפרש לפי ס' 10
3. ביטול והשבה (בערך ריאלי ולא נומינלי!)
4. אכיפה (כמו למשל בפס"ד שעועית- אכיפה נעשית מכח ס' 4 לחוק התרופות- בדר"כ שיערוך יעשה כ-70%-80% לרעת הצד המפר, לא מקבל הכל! ביהמ"ש מתנה את האכיפה בשערוך הסכום מכוח התניית האכיפה שיש לו.
5. ממתן פס"ד ועד לרגע התשלום- השיערוך יעשה בהתאם לחוק המדד הריבית וההצמדה.

**ד. התערבות בתוכן החוזה** (עקרון שלישי לתוכן החוזה)

בעבר לא היו חוקים שלפיהם ניתן היה לתהערב בחוזה (חופש החוזים) ולכן היו מתערבים בדרכים אלגנטיות כמו לדוגמא: התערבות במסווה של פרשנות (כאשר ברור שזו לא הפרשנות שהתכוונו אליה), שימוש בכללי הראיות וסדרי דין, משחק בדרישות ההצעה וקיבול (חיים כהן בפס"ד מפעל הפיס) ותניית הפנייה (ניתנת לשיקול דעתו של ביהמ"ש אם היא קבילה או לא לפי מס' תנאים: 1. לקוח מודע שהכרטיס הוא חוזה. 2. תניית הפניה מודגשת, המסמך אליו מפנים יהיה זמין).

היום, שלושת המכשירים העיקריים שמאפשרים לביהמ"ש להתערב בתוכן החוזים הם:

1. סעיפים 30,31 דוקטרינת החוזה הפסול.
2. סעיף 39 עיקרון תו"ל לחוק החוזים.
3. חוק החוזים האחידים.
4. **דוק' החוזה הפסול 30-31:**

חוזים שהם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור (לפי ג. שלו יכול להיות בכריתה בתוכן או במטרה) הם בטלים מעיקרם. ס' 31 מאפשר לביהמ"ש לצוות על ביטול והשבה, או לחלופין להורות על פטור מהשבה.

ס' 30:

1. חוזה בלתי חוקי:
2. בתוכן: אם סותר הוראת חוק קוגנטית. (סותר הוראה דיספוזיטיבית- זה חוקי)

פס"ד שלוש נ' בנק לאומי- דוגמא לחוזה שסתר הוראת חוק רגולטורית שביהמ"ש פירש שהיא קוגנטית וקבע שהחוזה בלתי חוקי.

1. בכריתה:

כאשר תהליך הכריתה נעשה בניגוד להוראת חוק (לדוג' רשות ציבורית כורתת חוזה לא דרך מכרז- הוא בטל).

1. במטרתו: החוזה יכול להיות חוקי בתוכן שלו אולם המטרה שלו היא שהופכת אותו לבלתי חוקי. (דוגמאת השכרת דירה לצורך קזינו).

יכול שאחד הצדדים לא ידע על המטרה הבלתי חוקית-

 ובמצב זה יש 2 גישות בנוגע לתוצאות החוזה:

1. גישת שאומרת שהחוזה לא חוקי גם אם אחד הצדדים לא ידע את המטרה הלא חוקית ואז הוא בטל מעיקרו . התוצאות יהיו בהתאם לס' 31- ביטול והשבה.
2. פיצול הדין- הסתכלות שונה על היודע והתם. כשהיודע תובע בגין דבר מה לא מתייחסים כי זה חוזה בטל ואם התם פונה לביהמ"ש יקבלו את טענותיו על הפרת חוזה.
3. בביצועו:בזמן הכריתה החוזה היה חוקי ולאחר מועד הביצוע שונה החוק ועתה זה לא חוקי (מלחמת קרים עם האונייה) במקרה כזה ס' 30 לא חל זה לא חוזה לא חוקי אלא סיכול.

\* במסגרת חוזה בלתי חוקי נבחנים 2 מבחנים מרכזיים שנותנים עליהם דגש בפס"ד זגורי:

מבחן אחד בוחן את החוק השני את החוזה. המבחן שבוחן את החוזה מסתכל רק על החוזה ובודק האם אי החוקיות שבאה לידי ביטוי היא תפלה או מהותית?! המבחן שבוחן את החוק מסתכל על הוראת החוק שהחוזה סוטר אותה, מפרש את החוק ושואל האם תכליתו היא גם לאסור חוזים בלתי חוקיים בעניינו והדבר הזה לא מובן מאליו.

**חוזה פסול כי סותר את תקנת הציבור:**

ביהמ"ש צריך לקבוע אם דבר מסוים סותר את המוסר והסדר הציבורי ואם כן לבטל בגינו את החוזה.

\*בפס"ד חיימוב הש' שמגר אומר כי בעבר תקנת הציבור היה מושג מצומצם בשל חשש השופטים מנורמות פתוחות שמירה קנאית על עקרון חופש החוזים, אי אהדה להכרזת חוזה בטל משום שלא היה את ס' 31 .

\*בפס"ד חיימוב פתח את המושג תקנת הציבור וכיום התקנה היא שסתום כמו עיקרון תו"ל אך בניגוד אליו עיקרון תו"ל עוסק ביחסים בין הצדדים לעומת תקנת הציבור שכופה על הצדדים ערכים חיצוניים.

ב. **חוזה בלתי מוסרי**: בקושי משתמשים בו, הקודי' מבקשת להסירו ובשל הרחבת המושג תקנת הציבור הוא נכנס בתוכה.

**ס' 31: מהם התוצאות הנלוות לבטלותו של חוזה פסול:**

1. ס' 19: **בטלות חלקית** של החוזה מתי שזה אפשרי.

יש 3 תנאים שצריכים להתקיים -

1. שהחוזה יהיה ניתן להפרדה לחלקים. (אם נגד כל אחת מההתחיבויות של כל צד יש הפרדה נפרדת שצריך לשלם- לדוגמא פס"ד מזל אילן)
2. אי החוקיות נוגעת רק לחלק אבל לא לחוזה בשלמותו. (רק חלק מהחוזה נגוע בעילת הפסלות ויתר החוזה נקי).
3. שהבטלות החלקית לא פוגעת במהות החוזה. (שאלה פרשנית שמשאירה מקום נרחב לשיקול דעת של ביה"מ).
4. **חובת השבה-** ס' 21.

המשך הס' הוא יוצא מן הכלל ובו 2 מנגנונים שמהווים חריג לתוצאות הרגילות של בטלות החוזה (כדי להבטיח שהחוטא לא יצא נשכר):

1. פטור מהשבה- לביהמ"ש יש סמכות לפטור צד מחובת ההשבה (רוצה לאזן את הצדק היחסי בין הצדדים).
2. אכיפה- לצוות על קיומו של החוזה חרף בטלותו. התנאי לכך הוא: צד אחד צריך היה לקיים חלק או יותר מחיובו. (בפס"ד טנדלר נ' קוזימינצקי אף אחד לא התחיל לקיים את חיוביו ולכן לא ציוו על אכיפה בשל הסייפה של ס' 31 אבל שאלה זו נשארה בצריך עיון, כמו שאלת הפיצויים המוסכמים בגין ביטול חוזה ע"י ביהמ"ש והחייאתו).
* שיקולי ביהמ"ש להפעלת החריג בסיפא – אכיפת החוזה:

א. מידת אי החוקיות (חוזה רצח או חוזה שכירות עם כסף שחור)
ב. האם יש דרך חוקית לקיים את החוזה

ג. אשם היחסי בין הצדדים (שילון נ' בארי)

סוגיות נוספות בחוזה פסול:

* **הקמתם לחיים של חוזים נלווים לחוזה הפסול:**

פס"ד שלוש נ' בלל- הפעלתו של החריג שבס' 31 סייפה במישור של החייב העיקרי גם מחזירה לחיים את החוזה של הערב וזאת במקרים מיוחדים בהם הערב לא תם לב ולכן הוא לא חושש משיקולי צדק, במקרים בהם הערב יהיה תם לב השיקול יהיה שונה.

* **יחס בין חוזה בלתי חוקי לחוזה למראית עין-**

חוזה למראית עין: גילוי חיצוני של חוזה שהצדדים לא מתכוונים לפעול פיו. יש חוזה למראית עין מלא (לא מתכוונים שבכלל יהיה חוזה) ויש חוזה למראית עין חלקי (כורתים חוזה א' ומתכוונים לבצע חוזה ב').

* בחוזה למראית עין (ס' 13) למטרה בלתי חוקית חלה חובת השבה מדיני ע"ע ס' 2 ובחוזה בלתי חוקי ס' 31 חובת השבה- תוצאות זהות.
* ההבדלים ביניהם הם:

א. הגנה על זכות צד ג'- ס' 13 מגן על צד ג' והעקרון לא קיים בס' 31 (אם כי זה מהווה שיקול של ביהמ"ש אם להחיות חוזה פסול או לא).

ב. להחיות את החוזה- קיימת ב-31 ולא ב-13 (הם לא רצו מלכתחילה)

* עד פס"ד ביטון נ' מזרחי היו מפעילים את הדין של חוזה בלתי חוקי על חוזה למראית עין ואז ברק החליט שצריך לעשות סדר וחוזה למראית עין הוא בכלל לא קיין ולכן אין לדון בתוכנו ויש להפעיל את הדין למראית עין ולא לבלתי חוקי.
* בפס"ד מזל אילן עוסקים שוב בשאלת הסיווג: פוגלמן טוען שזה או או- תלוי בכוונת הצדדים, ברק טוען שזה למראית עין והנדל ורובינשטיין טוענים שזה גם וגם (מרחיבים שיקול דעת ביהמ"ש).

**2**. **תו"ל ככלי להתערבות בתוכן החוזה:**

תו"ל יכול להיות מנגנון להתערבות בחוזה כמו בדוגמא פס"ד יתח נ' מפעל הפיס- בגלל שמפעל הפיס השתמש בזכות חוזית שלו- שלא בתו"ל- ביהמ"ש ביטל זכות חוזית זו ובכך בעצם התערב בחוזה.

**3.**  **חוזים אחידים:**

1. החוק מתחיל בס' מטרה: המטרה היא להגן על הלקוחות מפני תנאים מפקחים בחוזים האחידים.
2. נק' חשובות:
* **תחולת החוק:**

1. **ס' 2 "הגדרות**":

"חוזה אחיד"- שני תנאים:

א. צריך להיות מנוסח מראש ע"י צד אחד.

ב. מיועד להתקשרויות רבות עם הלקוחות הפוטנציאלים של אותו ספק.

* הפסיקה מפרשת את כל סעיפי ההגדרות בצורה רחבה:
* אין הכרח שכל התנאים יהיו אחידים- גם אם רק חלק אחידים עליהם יכול חוק החוזים האחידים.
* חל גם על זכרון דברים אם הוא עונה להגדרה של חוזה אחיד. (דוגמאת ההסכמים עם הקבלן).
* פס"ד אגד- דן בשאלה האם תקנון חברי אגד הוא בגדר חוזה עבודה אחיד? ביהמ"ש קבע כי לא צריך להיות קטנוניים עם ההגדרה בחוק והתקנון משמש חוזה אחיד משום שהמצתרפים האחידים קיבלו אותו כ"קח או הנח" ולא שותפים ליצירה בו- זו הרחבה גדולה של תחולת החוק.
* תניית הפנייה לחוזה אחיד- גם היא בגדר סעיף של חוזה אחיד ויחול עליה חוק החוזים האחידים.
* תנייה שהספק והלקוח הסכימו עליה- לא תהיה בגדר תנייה אחידה.
* "ספק" הוא מי שמספק את החוזה.
* **סייגים לתחולת החוק**: ס' 23- 4 תנאים שעליהם אי אפשר לטעון טענת קיפוח:

1. ס' 23 (א) (4)- הסכם קיבוצי.

2. ס' 23 (א) (3)- תנאי שתואם הוראה שאמנה בין לאומית שישראל חתומה עליה.

3. ס' 23 (א) (2)- תנאי שתואם חוק או תקנה- פורש בצמצום- התנאי צריך להיות באותו הקשר בו מופיע בחוק.

פס"ד אגד- אגד טענו שהתקנון אושר ע"י רשם האגודות- ביהמ"ש קבע שזה לא מספיק.

4. ס' 23 (א) (1)- תנאי הקובע את התמורה הכספית שישלם הלקוח-

שימי לב, יש טעות בחוק והצעת החוק החדשה משנה זאת ל"לקוח או ספק".

הפסיקה מצמצת סייג זה:

* יש חזקת קיפוח על תנאי שקובע שהספק יכול לשנות את המחיר כפי שירצה.
* יש חזרת קיפוח חדשה על צנאי שקובע הצמדה למדד כלשהו כך העלייה או ירידה שלו לא תזכה את הלקוח.
* ס' 22- "דין המדינה כדין כל אדם"- בפס"ד גרנוט הוחלט כי לביה"ד יש סמכות לדון לא רק חוזים אחידים מסחריים של המדינה אלא בכל סוגי החוזים שלה (גם מדיניות וכו').

במידה ויש התנגשות בין כובע היועץ המשפטי לממשלה לבין כובע הספק/לקוח:

* ס' 12 (ג) קובע כי אפשר להחליף את היועץ המשפטי לממשלה בעורך דין אזרחי שיטען כנגד הממשלה בבית הדין.
* **ביה"ד לחוזים אחידים (ס' 2-ס'3):יש בו שני הליכים**-
1. הליך בקשה לאישור חוזה אחיד פרק ג' בחוק (ס' 12-15) יש יתרונות וחסרונות, בגדול לא כ"כ יעיל והקודי' בכלל בדעה שלילית עליו.
2. בקשה לביטול תנאים מקפחים בחוזה אחיד- פרק ד' בחוק: רשות ציבורית (בדר"כ היועצהמ"ש או ארגוני צרכנים, מפקח בנקין, ביטוח וכו') יכולה לפנות לביה"ד בתביעה כנגד ספק לביטול תנאים מקפחים בחוזה. \*\*חשוב!!! כשלקוח תובע ספק על תנאי מקפח הוא פונה לביהמ"ש רגיל- לא בית הדין!
* סכסוך בין ספק ללקוח נדון בביהמ"ש רגיל (ההחלטה תחול רק עליו) במקרה ויהיה ערעור לעליון ההלכה תחול על כל החוזים בין אותו ספק ללקוחות.
* בביה"ד אם רשות ציבורית מגישה תביעה וביה"ד מחליט לבטל ס' זה יחול על כל הלקוחות (יכול גם רטרואקטיבית)!
* **ס' 16**  נותן את תוקף הגשת הבקשה.
* בקשה לביטול חוזה אחיד לפי תנאי מקפח בדר"כ לא תהיה על ס' אחד אלא על סעיפים רבים בחוזה ולכן התביעות שמוגשות ע"י היועמ"ש הם בדר"כ ארוכות מאוד.
* **ס' 17** בחלק מהמקרים הס' יבוטל ובחלק ישונה- ביה"ד יעדיף להתערב כמה שפחות ורק לשנות
* **ס' 18 א** החלטה לבטל או לשנות חלה על כל החוזים של אותו ספק באותו נוסח שנכרתו לאחר מועד הפס"ד.
* **ס' 18(ב)** קובע את תוצאות פסק הדין- יכול לחול גם רטרואקטיבית- בתנאי שביצוע החוזה טרם הסתיים!
* שיקולים בפסיקה להחלה רטרואקטיבית: בוחנים את מידת הפגיעה של הספק בהסתמכות על חוזה העבר אל מול הפגיעה האפשרית בלקוחות:

1. ככל שהחוזה יותר ארוך טווח יש יותר סיבה להחיל רטראקטיבית.

2. אם הקיפוח מינורי אין צורך להחיל רטרואקטיבית.

3. אם זמן המשכות ההליכים בבית הדין ארוך הספק יודע שיכול והחוזה ישונה ולא יוכל לטעון להסתמכות על תנאים אלו בתקופה זו.

בהצעת חוק דיני ממונות הכלל והיוצא מהכלל מתהפכים. הכלל הוא שזה חל רטרואקטיבית אוטומטית אלא אם כן יקבע שזה יחל רק מכאן ולהבא (פרוספקטיבי) והשינוי השני בהצעת החוק היא שבעבות הפסיקה הוסיפי חלק מהשקולים שעל ביה"ד לשקול כדי להחיל רק פרוספקטיבית.

* **ס' 21**- יכול להתקיים בו זמנית סכסוך אינדווידואלי בין ספק לבין לקוח ספציפי בביהמ"ש וגם הליך כנגד הספק בביה"ד. כל עוד ביה"ד לא נתן פס"ד- ביהמ"ש יכול לדון בתנאי. ברגע שבית הדין קבע שהתנאי מקפח זה חל על כל החוזים ביהמ"ש לא יכול עוד לדון בו. החלטה של ביהמ"ש מתקיימת לגבי הלקוח הספציפי והחלטה של ביה"ד חלות על כל החוזים של הספק.
* **ס' 3** קובע שתנאי מקפח הוא כזה שיש בו קיפוח לקוחות או יתרון של הספק העלול להביא לקיפוח. והוא נתון לשיקול דעת רחב של ביהמ"ש.

תנאי הוא לא מקפח אם הוא בא להגן על אינטרס לגיטימי של הספק תוך פגיעה מינימלית בלקוח.

את התנאי המקפח יש לבדוק לפי מכלול הנסיבות- בדר"כ נסיבות כלכליות: אם יש לספק מונפול, אם המוצר חיוני וכו'.

* **ס' 4**  חזקות קיפוח: אם תנאי בחוזה אחיד נכנס לתוך אחת מ11 הקבוצות הללו חזקה עליו שהוא מקפח- על הלקוח רק להראות שהתנאי שייך לאחת הקבוצות ונטל ההוכחה שהוא לא מקפח הוא על הספק- עליו להוכיח שבמכלול הנסיבות הספציפיות התנאי לא מקפח. יכולים להיות גם תנאים מקפחים שלא ברשימה הזו.
* תנאי יכול להיות מקפח אך במידה ויש ס' נוסף המאזן אותו הוא לא יהיה מקפח.

(רשימה שחורה- תנאים בחוזה אחיד שהם בטוח מקפחים. יש רק תנאי אחד כזה כרגע- ס' 5.

רשימה אפורה- כל התנאים שהם בחזקות קיפוח (חזקות קיפוח בס' 4)

רשימה לבנה- תנאים שיכולים להיות מקפחים אבל אז הנטל הוא על הלקוח וצריך להוכיח את זה במסגרת ס' 3. )

* **חזקות הקיפוח בס' 4:**
1. תנאי הפוטר/מסייג את הספק מאחריות שהיתה לו לפי חוק. (למשל, פוטר עצמו מאחריות ברשלנות.)
2. תנאי שמאפשר לספק "באופן בלתי סביר" לבטל, להשעות או לדחות את ביצוע החוזה או לשנות חיוב מהותי בו. הלקוח צריך להוכיח לא רק את קיום התנאי אלא גם שהוא בלתי סביר והנטל עליו. *גלברד* טוען שה סותר את מהות הסעיף ויש וצריך לתקן אותו.
3. תנאי שמקנה לספק זכות להעביר אחריות לצד ג'.
4. תנאי שמקנה לספק זכות לקבוע או לשנות על דעתו בלבד אחרי כריתת החוזה מחיר או חיוב אחר המוטל על הלקוח- אלא אם כן זה לא בשליטתו (אינפלציה). במקרה בו ספק יכול לעלות את המחיר ויש "מחיר גג" צריך לבחון את סבירות המחיר ביחס לשוק. והפס' קבעה שאם במקביל לאפשרות של הספק לשנות את המחיר תהיה אפשרות של הלקוח להשתחרר באמת מהחוזה אז הוא לא מקפח. (לעזוב את בית האבות זה מקפח. לעבור חברת סלולאר זה לא מקפח).

כל מה שנוגע למנגנונים אובייקטיבים הם לאו דווקא ס' 4, הלקוח יכול להוכיח אחרת.

1. תנאי שמחייב את הלקוח באופן בלתי סביר להזדקק לספק או אדם אחר, או המגביל את חופשו. (התניית שירות בשירות שהיא מוצדקת זה בסדר- נניח במוסך רכב מורשה. אבל בנוגע לבנקים שמתנים שירות בשירות זה לא חוקי ואפשר לתבוע או לפי ס' זה או לפי ההוראה בחוק הבנקאות- עדיף חוק הבנקאות כי היא קוגנטית ולא תלוי שיקול דעת ביהמ"ש.
2. תנאי המגביל תרופות שמגיעות לפי דין. אסור להגביל את חופש בחירת וצירוף התרופות. השופטת דורנר בפס"ד ארבוס ציינה כי הוראה ששוללת תלות בין חיובים בחוזה אחיד בעצם מהווה תנאי מקפח כי היא שוללת תרופה (דחיית קיום זה תרופה).
3. תנאי המעביר את נטל ההוכחה לצד השני הוא מקפח.
4. תנאי ששולל או מגביל פניה לערכאות (למעט בוררות). מגביל את זכות האדם לפנות לערכאות.
5. תנאי שמתנה על הוראת דין לגבי מקום שיפוט או שמקנה לספק זכות בלעדית לבחירת מקום בו יתברר הסכסוך. הלכת מפעל הפיס הפכה את חזקת הקיפוח לחסרת משמעות וקבעה כי הארץ היא קטנה ואפשר להגיע לכל מקום. בפס"ד בלל נ' היועמ"ש נקבע כי החזקה אינה מקפחת על עוד ניתנים מספיק חלופות.
6. תנאי שמאפשר לספק לבחור את הבורר או את מיקום הבורוות הוא מקפח. אם הבורר והמיקום הם נייטרלים אז זה לא חזקת קיפוח. בחוק החוזים האחידים המסחרי והצרכני תמיד ס' בוררות יהיה מקפח גם אם הוא ניטרלי (כי הבורר יעדיך שתת מודע את הספק הגדול).
7. תנאי שקובע ס' הצמדה שעלייה או ירידה שלו לא תזכה את הלקוח. הם מקפחים אלא אם כן כמו בפס"ד שיכון ופיתוח כאשר זה מגן על אינטרס לגיטימי של הספק (כשהוא קשור באותם תנאי מדדים עם ספקים שלו).
* **ס' 5** תנאי בחוזה אחיד ששולל או מגביל זכות לפנות לערכאות משפטיות- בטל! ההבדל בין זה לבין 4 (8) היא שמקרה יותר מהותי יכנס לס' 5 ואילו וב-4 (8) זה הגבלות יותר קלות.

**סוגים מיוחדים של תוכן החוזה:**

**חוזה על תנאי (27,28,29)**

חוזה על תנאי מתלה: למרות שהחוזה תקף לא מבצעים אותו- הוא במצב של קפאון. אם התנאי מתקיים החוזה מתחיל להתבצע כרגיל. 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.

* אם אדם מתחייב לפעול למען קיום התנאי המתלה זה לא חוזה על תנאי אלא חוזה רגיל. (פס"ד נתיבי איילון- שם ביהמ"ש קבע עפ"י לשון החוזה ועפ"י נסיבות כי נתיבי איילון לקחה על עצמה את ההתחייבות לפועל למען קבלת אישור העירייה ומשלא הצליחה- הפרה את החוזה).
* תנאי יכול גם להיות מכח הדין ולא מרצון הצדדים והיחס אליו הוא כמו לתנאי רגיל- פס"ד נתיבי איילון- התנאי היה עפ"י דין- יש לקבל אישור של השר.
* תנאי יכול להיות נתון לחלוטין לרצון של אחד הצדדים אבל אז זה חוזה אופציה- שימי לב של יחול על חוזה זה ס' 28 שנותן סנקציה על סיכול החוזה- משום שפה זה תלוי ברצון צד אחד וזכותו לפעול לסיכול התנאי.
* ס' **27 ב'** – חוזה שהיה טעון הסכמת צד שלישי או רישיון עפ"י חיקוק חזקה עליו שקבלת האישור היא תנאי מתלה- זוהי פרשנות עפ"י תכלית אובייקטיבית של החוזה. הסטטיסטיקה מראה שבדר"כ מצב זה יהיה חוזה על תנאי. אולם, הוא כפוף לס' 25 א' (פרשנות סובייקטיבית) וחל רק במקרים בהם לא ידועה כוונת הצדדים בעת כריתת החוזה נפנה לס' זה. חוזה שטעון הסכמת צד שלישי יכול ללבוש פנים רבות.
* **ס' 27 ג'**- הפרה צפויה. ההבדל בין הפרה צפויה (17) להפרה צפוייה הזו היא בתרופות. במקרה הזה התרופה להפרה צפויה **בחוזה על תנאי** מתלה לפני קיום התנאי היא סעדים מניעתיים (כדי שאני אחכה עד לקיום התנאי כדי לתבוע על הפרה שכן יכול ובכלל לא יתקיים התנאי ואז אין לי מה לתבוע).

**\*\*שימי לב, אם הייתה הפרה לפני קיום התנאי אני יכולה לתבוע על הפרת חובת תו"ל**.

* **בחוזה על תנאי מפסיק** לעומת זאת החלוקה שונה- מרגע הכריתה ועד קיום התנאי אם לא מתבצעים החיובים שהסכמנו עליהם אני תובעת על הפרה. אם הוא צפוי לא לקיים חיובים שהסכמנו שיהיו אחרי התנאי ועדיין לא היה התנאי עושים היקש לס' 27 (ג) אני יכולה לתבוע סעדים מניעתיים (למשל, צו מניעה, צו מניעה יציאה מארץ).
* **ס' 28** עוסק בסיכול תנאי - אדם המפר את חובת תו"ל ופועל בניגוד למטרה המשותפת של הצדדים. (גורם לתנאי להפסיק, או גורם לתנאי מתלה לא להתקיים ). הצד שגרם לסיכול לא יוכל להסתמך על אי קיומו או קיומו של התנאי ולטעון שהחוזה בטל! במקרה כזה הצד התמים יחליט- אם הוא רוצה לא לקיים סבבה החוזה בטל בלי תרופות אם הוא כן רוצה לקיים אז הוא יתבע אכיפה ואם היא לא תתאפשר הוא יקבל פיצויים על הפרה. (פס"ד מכוניות הים התיכון נ' קראוס).
* ביהמ"ש אומר שאם היתה לך אפשרות לגרום לכך שהתנאי יתממש ונמעת מלעשות את זה רואים אותך כאילו גרמת לתנאי לא להתקיים.
* סיכול התנאי יכול להעשות במעשה פאסיבי (יכלת לפעול לתרום למימושו ולא תרמת) וגם במחדל.
* **ס' 28 ג'** מסייג ואומר כי ס' 28 א+ב לא יחולו בשני מצבים:

א. חוזה אופציה- הצד שלא רצה בחוזה זכאי לזה!

ב. אם הצד שגרם לחדילת החוזה עשה את זה לא ברשלנות ולא בזדון.

* **ס' 29:** תנאי מתלה/מפסיק מתקיים/לא - במועד שהצדדים קבעו או תוך זמן סביר.

**חוזה לטובת אדם שלישי 34-38 (סוג של תוכן)**

* **כדי שחוזה ייחשב חוזה לטובת צד שלישי צריך-** בפס"ד חושי נ' הטכניון נאמר כי- צריכה להשתמע כוונה של שני הצדדים בחוזה בינהם (ע"י פרשנות) להקנות זכות תביעה עצמאית למוטב כלפי החייב במישה והחייב לא מקיים את חובתו כלפי המוטב- וזאת מבלי לערב את הנושה. **מעוגן בסעיף 34**.
* **ס' 35:** דחיית זכות- אם המוטב (אדם השלישי) לא מעוניין בזכות הוא יכול לדחות אותה בהודעה לצדדים תוך זמן סביר. (זו הצעה שאין בה אלא כדי לזכות- את הקיבול הוא מבצע בשתיקה) במקרה כזה גורל החוזה יהיה תלוי באומד דעתם של הצדדים.
* **סעיף 36:**ביטול הזכות-
1. אם הצדדים לא אמרו למוטב על הזכות הם יכולים לשנות את החוזה, אם הם אמרו הם לא יכולים!

מפס"ד גרבור נ' רשות הנמלים ניתן ללמוד כי בחלק מהמצבים ההגיון מחייב כן לבצע שינויים כדי בכל זאת להציל את החוזה ובתנאי שזה נעשה בתו"ל (מוכר בדין אמריקאי, לא שלנו, אבל במצב הזה אם לא היו משנים החוזה היה מבוטל וחבל). לדעת ד"ר גלברד- זה הדין הראוי.

1. סייג לס' 36 א'- מצב של ביטוח חיים ניתן לשנות את החוזה כיוון שזה כמו צוואה שמותר לשנות מלא פעמים.

אין התייחסות בס' זה למצב של התחייבות למתנה שאפשר לשנות כמה פעמים והדין במצב של מתנה הוא לפי חוקי המתנה (שם אפשר להתחרט מההתחייבות במצב שהמקבל עוד לא שינה את מצבו כתוצאה מהסתמכות על המתנה או במצב שמצבו הכלכלי של התחייב השתנה לרעה או שהמקבל החל להתייחס אליו בצורה חפירה) 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:** כל טענה **בקשר לחיוב** שיש לחייב כלפי הנושה תהיה לו גם כלפי המוטב. **כשנכנס המוטב לתמונה החייב יכול לטעון טענות כלפי הנושה בקשר לחיוב רק כאלו שהיה יכול לטעון כלפי המוטב**. 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'.

**\*אם הנושה מפר את החוזה-** בחייה יכול לטעון כלפי המוטב שהחוזה הופר וזכותו בוטלה.

**\*אם לחייב יש טענה כנגד הנושה שמשנה פרט כלשהו בקשר לחיוב-** הוא לא יכול לטעון זאת זה נוגד את 36 א.

* **סעיף 38:** גם הנושה יכול לתבוע את קיום החוב של החייב כלפי המוטב.

**במידה והחייב לא קיים את חובו כלפי המוטב-** המוטב יכול לתבוע את הנושב על החוב שהנושה חייב לו כתוצאה מההתחייבות הקודמת (כמובן כשלא מדובר על מתנה או ביטוח חיים) מכוח ס' 48. שימי לב, הוא לא תובע את הנושה על החוב של החייב אלא על החוב של הנושה כלפיו.

**תלות בין חיובי הצדדים ודחיית קיום ס' 43- נושא זה הוא חלקו בתוכן החוזה וחלקו בנושא תרופות**

**רלוונטי רק במצבים בהם שני הצדדים עוד לא קיימו את חיוביהם!**

**קיימים שלושה מצבים:**

1. **הופר חיוב ראשון בזמן**- האם השני בזמן צריך לקיים ? (במצב שהוא לא יבטל את החוזה כמובן בעקבות ההפרה).

כאשר החיובים מדורגים בזמן- אם הראשון לא מקיים השני יכול לדחות את קיומו על שהראשון מקיים- אבל בתנאי שהחיובים תלויים אחד בשני- בס' קטן 2 החוק לא מניח שהחיובים תלויים זה בזה- וברוב המקרים לא יהיה מפורש בחוזה שהם תלויים- צריך לעשות פרשנות לחוזה:

* + עד שנות ה80 ההנחה הייתה שבאין סימנים הפוכים נקודת המוצא היא שהצדדים התכוונו שלא תהיה תלות בין החיובים (פס"ד אלתר נ' אלעני- הקבלן הציע לאלתר שימכור את החנות שלו ויקנה בבנין שעומד לבנות וברגע שימכור ישלם לו- מכר אחרי כמה שנים ולא שילם כי הבניין עוד לא נבנה- ביהמ"ש קבע שלא הייתה לו זכות לדחות כי החיובים לא בו זמניים ולכן לא תלויים זה בזה (הנחה לא הגיונית בכלל)).
	+ **ההלכה נהפכה** בפס"ד מקור פיתוח - השופט בך קבע כי על תלות בין חיובים לא למדים רק עפ"י התזמון שלהם אלא עפ"י הנסיבות המיוחדות וכללי ההגיון והשכל הישר- **בחוזה בו יש חיובים הדדיים הנחת המוצא היא שאומד הדעת הנורמטיבי הוא תלות בין החיובים.**

הלכה זו חוזקה בפס"ד דלתא הנדסה ע"י השופטת דורנר.

שיאה היה בפס"ד ארבוס נ' רובינשטיין שהשופטת דורנר קבעה כי **צריך שתהיה הוראה מפורשת השוללת את התלות**. היא רואה בדחיית קיום עניין תרופתי ולא רק הסדר תוך חוזי.

1. **חיובים בו זמניים**- עפ"י ס' 43 (א) (3) אם החיוב הוא בו"ז ניתן לדחות את קיום החיוב. זאת מהנחה שאם עשו חיובים בו"ז אומד דעתם היה ליצור תלות הדדית ופיקוח על החיובים.

בפס"ד ג'רבי נ' הייבלום שמגר קבע כי כדי להראות בביהמ"ש מי המפר ומי הדוחה יש צורך בעמידה ב"מבחן הנכונות" – צד יוכל לתבוע את רעהו על ההפרה רק את התחייב או לפחות הראה נכונות לקיים את חיוביו שלו.

1. **"הפרה צפויה"** – אין הפרה עדיין. יש חיובים מדורגים בזמן והראשון בזמן עומד לקיים והוא צופה שהחיוב השני בזמן יופר- האם הוא יכול לדחות את קיום החיוב שלו? אין מענה בחוק לכך אלא בהלכה. האפשרויות הם:

**1**. צד יכול לדחות את קיום חובו בהתבסס על ס' 39 תו"ל- פס"ד שוחט נ' לוביאנקר- בן פורת קובעת ששוחט לא העביר את הבעלות ודחה את קיום חובו כתגובה לחוסר תום הלב של הזוג לוביאניקר שלא הפריכו את חששו מפני הפרה צפויה.

**2**. צד יכול לדחות את קיום החוב שלו משום שבחוזה בו יש חיובים הדדיים אומד דעתו של כל צד הוא שהחיוב שלו מותנה בנכונות הצד השני לעמוד בהתחייבות שלו- ברגע ששהתחייבות הזו נפסקת/ צפויה להפסק- אני יכול לדחות את קיום חיוביי- פס"ד מקור פיתוח עירוני נ' קרון- דברי השופט בך.

**\*\*שימי לב**- השופט בך משנה את ההלכה הקיימת בפס"ד אלתר נ' אלעני שבן פורת לא שינתה בפס"ד לוביאניקר- וקובע שבכל חוזה הדדי הנחת המוצא הוא שיש תלות בין החיובים!!

פס"ד דלתא הנדסה נ' שיכון עובדים גם השופטת דורנר אומרת כי חיוב נפרד בזמן מבוסס על ההנחה שהצד השני יקיים את חיוביו ולכן מותר לי לדחות את חיובי בחשש להפרה צפויה. דורנר הראשונה שתופסת שדחיית קיום היא תרופה ולא רק הסדר שבתוכן.

**\*\*ההלכה כיום- לא משנה מה עיתוי החיובים- יש תלות בינהם!**

**\*\*שלילת התלות** צריכה להיות מפורשת! (שימי לב אם יש שלילת תלות בחוזה אחיד- ייחשב לתנאי מקפח).

* הפרה של חיובים שוליים לא תקנה זכות לדחייה- פס"ד פטר נ' חממי- היה ויכוח בין הקבלן לבעל הקרקע מי ישלם על מוני המים- הקבלן לא מסר את הדירות כי לא שילם על מוני המים- ביהמ"ש קבע שזה חיוב שולי וזניח.
* הזכות לדחייה תקום רק עבור הפרה של חיוב עיקרי (שימי לב, יש הבדל בין חיוב עיקרי למהותי- אין צורך בהפרה יסודית מספיק רק שהחיוב עיקרי לחוזה).
* דחיית הקיום (פס"ד מונסקו נ' המכבייה) צריכה להתבצע עד פרק זמן סביר.

בקודקס- ס' 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 הלקונה שיש היום בחוק למצב השלישי- שפס"ד שוחט מילא אותה.

**תרופות**

1. ס' 2 לחוק התרופות הוא הבסיס ומגדיר **מה צריך כדי לקבל תרופה**:
2. חוזה תקף (לפי כל המבחנים הנדרשים)
3. הפרה- פער בין התוכן האופרטיבי של החוזה לבין הקיום/ אי הקיום בפועל.

ההפרה יכולה להיות כמעשה או כמחדל שהם בניגוד לחוזה.

כל פער בין ההתחייבות החוזית לבין הביצוע בפועל מהווה הפרה. יש לשים לב שיש מקרים של הצהרה שנעשית תו"כ החוזה ואז במקום הטעיה (טרום חוזית כוזבת) תובעים הפרה (הצהרה חוזית כוזבת) כדי לקבל עוד תרופות.

\*הפרה צפויה (ס' 17): מתקיים בשני מצבים-

א. הפרה צפויה הצהרתית- כל אימרה שנאמרה בגין הפרת חיוב.

ב. הפרה משתמעת- כאשר הנסיבות מלמדות שהחוזה לא יתקיים.

יש רמות וודאות שונות- ככל שרמת הוודאות גבוהה יותר- יותר קל להגיד שיש הפרה צפויה.

בקודי' כתוב ש"קרוב לוודאי"- 90% בשפה משפטית.

\*ההוראה של ס' 17 מטילה חובה לתבוע ולא נותנת רק "זכות" תביעה- הנפגע יכול להמתין זמן סביר עם החשש ואם ההפרה עדיין עומדת בעינה- לא יכול להתעלם מכך ולחכות עד שההפרה תתמש- בגלל עקרון הקטנת הנזק.

\*בהפרה צפויה הנפגע זכאי לכל התרופות- אכיפה, ביטול ופיצויים. אולם לא כולן מתאימות להפרה צפויה. המחוקק התאים בחוק רק את אכיפה.

\*אם נפגע רוצה **לבטל** חוזה ע"ב הפרת צפויה יש אבחנה בין הפרה יסודית ללא יסודית:

 הפרה צפויה יסודית- אפשר לבטל ישר.

הפרה צפויה לא יסודית - הנפגע צריך לתת ארכה למפר לתקן (לחזור בו מההצרה או לתקן את הנסיבות) ואם תוך פרק זמן הוא לא עושה זאת אז הוא רשאי לבטל את החוזה.

1. **האינטרסים המוגנים בדיני התרופות**:
2. **אינטרס קיום**: מטרתו להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילו קוים החוזה. (10, 11, 13, 15).
3. **אינטרס הסתמכות**:

אינטרס הסתמכות עיקרי: כל מה שהנפגע הוציא לצורך קיום החוזה (עו"ד, שיווק) .

אינטרס הסתמכות אגבי: הוצאות בהסתמך על החוזה אבל לא לצורך קיומו (ספה שמתאימה רק לבית זה).

\*כאשר חוזה מופר והוא רווח בשביל הנפגע אז הוא יתבע פיצוי קיום (ובתוכם יובלע אינטרס ההסתמכות באופן לא גלוימ שכן הוא נמוך מאינטרס הקיום). וכאשר מבחינת הנפגע החוזה הוא חוזה הפסד (הפרו לי חוזה שגם ככה הייתה מפסידה בו כסף) אז אינטרס ההסתמכות יהיה גלוי לעין.

\*הוויכוח בפס"ד מלון צוקים-

מלץ טוען **שהגג לפיצויים הוא אינטרס הקיום** (גם בחוזה הפסד בו אינטרס ההסתמכות גבוה מהקיום- השארית שמעל הקיום היא לא באשמת המפר אלא בעייה של הנפגע) .

חשין אומר שאפשר לתבוע פיצוי הסתמכות מכח ס' 10 . כמו שבתביעת השבה הייתי מקבלת את כל מה שהשקעתי שעבר לידי הצד השני גם אם החוזה הוא הפסד (ואז הייתי מורווחת- ערך הדירה עלה) אותו הדבר בתביעת הסתמכות הייתי מקבלת את מה שהשקעתי ולא עבר לידי הצד השני אז אין הבדל. בהשבה אין הגבלה- הנפגע מקבל השבה על הכל אז גם בהסתמכות. האפשרות לתבוע פיצויי הסתמכות שעולים על גובה פיצויי הקיום (במקרה של חוזה הפסד לנפגע) היא על מנת להרתיע מהפרות חוזיות.

במקרה דנן- העירייה גרמה לנזק ראייתי ומלון צוקים לא יכולים להוכיח את גובה פיצויי הקיום ולכן מלץ משער שגובה פיצויי הקיום הוא לפחות (מינימום) כגובה פיצויי ההסתמכות וכך הוא פוסק להם פיצויי קיום ע"י שימוש באינטרס ההסתמכות ככלי עזר ראייתי.

1. **אינטרס ההשבה**: בא לידי ביטוי בתרופת הביטול שבעקבותיה יש חובת השבה.
2. **אינטרס שיחזור השקילות החוזית**: לדוגמא:

\* בפס"ד ארבוס נ' רובינשטיין – שילמו על הנכס והקבלן לא מסר להם אותו בגלל איחור- בעקרון היו אמורים לדחות את הקיום של התשלום- לא דחו- על הקבלן להחזיר את הכסף כפי שאמור היה להיות להם עכשיו- מחזיר את ההגיון השקילות החוזית.

\* תרופת ניכוי מהמחיר – קיבלתי מוצר אחר ממה שרציתי- משחזרים את שקילות התמורות בחוזה כאילו זה המוצר שסגרנו עליו בזמן הכריתה.

1. **אינטרס השבת פירות ההפרה**: הלכת אדרס (עם הברזל שמכר בינתיים למישהו אחר פי 2) ברק אומר שיש להרתיע מפרים כי יש ערך מוסרי לקיום הבטחות ולכן הנפגע מההפרה (שבעצם לא נגרם לו שום נזק כלכלי) יקבל את הרווח שעשה המפר כתוצאה מההפרה.
2. **אינטרס הענישה**: אומרים שאין בארץ אבל בפועל גלברד מביא דוגמאות לפיצוים בעלי אופי עונשי:

**א**. הגישה של חשין בפס"ד צוקים- על המפר לקחת בחשבון שהוא ישא גם בנזק שלא גרם.

ב. שערוך באכיפה בתקופת החוזה המופר שלא בכדי המחיר המלא מהווה פיצוי עונשי. בתקופה שבין ההפרה למתן פסק הדין- אם ביהמ"ש מורה על אכיפה יש לבצע שערוך לערכים ריאלים בשל האינפלציה- ביהמ"ש משערך לרעת הצד המפר והוא לא יקבל שערוך מלא של הערך הריאלי אלא יקבל רק 70-80%.

בקודי' יש פיצויים שמכונים פיצוי לדוגמא- הם לא תלויים בנזק וניתנים כשיש הפרה זדונית לשיקול דעת ביהמ"ש, כמו כן גם צו מרתיע.

1. **טענות הגנה מפני פסיקת תרופות שעומדות למפר החוזה:**
2. **חוזה של משחק/הגרלה- ס' 32:** מגנות על המפר מפני תשלום פיצויים. הנפגע זכאי רק לביטול והשבה אם מדובר בחוזה של משחק והגרלה (לא לוטו).
3. **ס' 18: סיכול:** הפרה שנגרמה כתוצאה ממשהו שהצדדים לא צפו ולא היו צריכים לצפות ( זה מבחן צפיות כפול). ביהמ"ש פירש את מבחן הצפיות באופן נרחב וכמעט ואי אפשר לטעון לסיכול (חירם נ' לנדאו- אפריקה, כץ נ' צינחוני- יום כיפור) ולאחרונה חל שינוי והשתמשו בו בפס"ד רגב נ' משה"ב (מסכות אב"כ).

בקודי' המבחן הוא מבחן הסיכון ולא הצפיות, והסיכול נהיה טענה לפקיעת החוזה ולא רק טענת הגנה.

1. **אשם תורם:** מבוסס על ס' 39 וסיבתיות. מכוח חובת תו"ל על הצדדים לפעול בשותפתות למימוש החוזה- אם צד לא עשה זאת יש לו "אשם תורם" באי הצלחת החוזה- ז"א בהפרתו.

החל בפס"ד אקסימין נ' טקסטיל- שני הצדדים היו אשמים באי הצלחתו של החוזה.

שיקולי אשם תורם: העדר שת"פ מצד הנפגע, סירוב שת"פ מצד הנפגע, הנפגע רואה שהמפר עומד להפר ולא טורח להזהיר את המפר על הנזק.

השפעת האשם התורם על תרופות:

* פיצויים (ניתן לכימות).
* השבה (אשם תרם משפיע על גובה ההשבה).
* ביטול- הפרה לא יסודית הביטול תלוי בשיקולי צדק וזה נלקח בחשבון.
* אכיפה- יש את סייג הצדק (אשם תורם משפיע על שיקולי צדק)

 בהצעת חוק דיני ממונות סוגיית האשם התורם לא נכנסה בחלק המבוא לתרופות אלא כהגנה ספציפית בפרק הפיצויים.

1. **אי הקטנת נזק** ס' 14: על הנפגע לעשות מאמצים סבירים כדי להקטין את הנזק. אם לא עושה זאת אינו מפר חובה וזו רק תהיה טענת הגנה מפי המפר כדי להפחית את סכום הפיצויים. מתחיל לפעול אחרי שהתרחשה ההפרה בעוד שאשם תורם מתייחס למעשים לפני ההפרה. הקטנת נזק חלה רק על פיצויים שדורשים מכוח ס' 10.
2. **טענת וויתור:** אם הנפגע וויתר על התרופות- מחל על ההפרה- הויתור יכול להיות מפורש או משתמע שנובע מההתנהגות או מחלוף הזמן- כמו בפס"ד מעלה אדומים שם נקבע כי בשל חלוף הזמן חברת שיכון ויתרה על תרופת הביטול ללא מתן ארכה לה זכאית כתוצאה מהפרה מהותית של החוזה.
3. **תרופות:**

**אכיפה:**

תרופת האכיפה היא החשובה ביותר ולה הבכורה- מעוגן בס' 2 שמציג קודם כל שהנפגע זכאי לאכיפה! האכיפה בדומה לתרופת הפיצויים (ומובחן מהביטול) היא תרופה שיפוטית- לא ניתנת להפעלה ע"י צד אלא הוא צריך ללכת לביהמ"ש כדי לזכות בתרופה זו.חוק החוזים תרופות לא מגדיר מהי אכיפה אלא נותן רצף של צויים פרקטיים שמסבירים איך אוכפים חוזה.

אכיפה יכולה להעשות ב-4 דרכים:

1. צו לסילוק חוב כספי- אכיפה שהכי דומה לפיצויים.
2. צו עשה- הכי שונה מפיצויים. תרופת האכיפה במקרה זה יוצרת חובה לביצוע אקטיבי ממש.
3. צו לא תעשה- צו אכיפה שמורה לאדם להמנע מפעולה מסוימת. למשל תניית אי תחרות- ברגע שאוכפים תנייה כזו היא על דרך צו לא תעשה.
4. צו לתיקון/הסרה של תוצאות ההפרה: מאלץ צד לעשות פעולה שלא מוזכר בחוזה. צריך לבצע פעולה שמסירה את התוצאות של ההפרה. עצם החובה להסיר את תוצאות ההפרה נובעת מהחוזה אבל היא לא באמת כתובה בו. (לדוג' פס"ד פומרנץ- חלק מהשטח שהיה אמור להיות של פומרנץ הקבלן הביא לשכנים האחרים והם בנו בו קיר. ניתנה אכיפה ע"י צו לתיקון/ הסרה של תוצאות ההפרה והיה צריך לשבור את הקיר המפריד.)

*\*\*\*כאשר אומרים בבחינה שצד זכאי לאכיפה צריך להגיד על דרך איזו צו.*

\*המשותף לכל הצויים הוא שהם מנסים להעמיד את הצדדים באותו מקום בו הם היו אילו קויים החוזה- הכל בהתאם לעניין ולנסיבות.

\*תרופת האכיפה היא לא חובה- צד שנפגע רשאי לוותר על אכיפה (במקרה שהיא לא משתלמת לו- חוזה הפסד לפי חשין בצוקים נעדיף לא לתבוע אכיפה=קיום) ולתבוע במקומה פיצויים או ביטול (הסתמכות).

**ס' 4** :מציין שביהמ"ש יכול להתנות את האכיפה בתנאים:

1. קיום חיוביו של הנפגע
2. בהבטחת קיום חיוביו של הנפגע- דרך להבטיח את קיום חיוביו.
3. תנאים אחרים המתחייבים מהחוזה- התנאים הללו הם שביהמ"ש יכול להתנות את האכיפה בקשר ענייני למה שכתוב בחוזה. הקודיפיקציה משחררת את ביהמ"ש מהמגבלה הזו ונותנת לו סמכות רחבה יותר. היא עוסקת בתנאים שעולים מן הנסיבות ולא בהכרח מלשון החוזה.

הס' לוקח בחשבון שאם ינתן אחד מארבעת הצויים יגרם חוסר איזון בין המפר לנפגע.

תרופת האכיפה היא חשובה וקשיחה אבל השילוב של ס' 3 שעוסק בסייגים וס' 4 שעוסק בתנאים לאכיפה הופך את תרופת האכיפה לגמישה מאוד. **דברים שביהמ"ש עושה שמשקפים את ההגמשה באכיפה**:

1. שיערוך באכיפה- להתאים חוזה קונקרטי לנסיבות כלכליות שהשתנו. אם לא יעשו שערוך ינתן פרס גדול מדי לנפגע ואם יש שערוך מלא זה יהיה טוב מדי עבור המפר (כאשר הוא מפר ויש פגם מוסרי בהתנהגותו) ולכן המשפט בישראל עושה שיערוך של 60-70% כדי לאזן בין המפר לנפגע- **ככה מבוצעת אכיפה על בכורתה אולם, ביהמ"ש מגמיש אותה ע"י השערוך.**
2. אכיפה בקירוב- שני צדדים התקשרו מדעת בחוזה וכשהגיע מועד הביצוע ראו שלא ניתן לקיים את החוזה כתבו כלשונו. כאן נכנסת אכיפה על דרך הקירוב. הדבר נעוץ בכך שאם ביהמ"ש תמיד היה חותר לאכיפה זהה אז בפועל זה היה מבטל את תרופת האכיפה כי ברוב המקרים לא ניתון לחזור בדיוק למתווה המקורי לאחר ההפרה. אז נותנים אכיפה אבל לא עושים אותה בדיוק אותו דבר אלא באופן הקרוב ביותר.

\*אכיפה בקירוב היא שילוב של ס' 4 חוק התרופות וחובת תו"ל ס' 39. תו"ל יגרום להגמשת החיוב החוזי כדי להתאים את העניין כמה שיותר לחוזה המקורי.

\*האכיפה בקירוב היה יכול לנבוע רק מחובת תו"ל אבל עצם העובדה שבא ס' 4 ואומר את הדברים במפורש באה לשגר מסר שתרופת האכיפה היא העדיפה והשימושית ובמקרים שלא בדיוק ניתן לבצע אכיפה אפשר לעשות הגמשה שלה-אכיפה בקירוב:

פס"ד אייזמן- דוגמא לפס"ד שניתנה אכיפה בקירוב- אייזמן כרת חוזה ליחידת דיור עם חברה. החברה נקלעה לקשיים ומכרה זכויות לחברה אחרת והחברה האחרת בנתה יחידות דיור משודרגות. אייזמן רצה אכיפה לא ביטול אבל אכיפה במקרה כזה תגרום להתעשרות של הנפגע כי היחידת דיור עכשיו הרבה יותר משודרגת. אנגלרד אומר שזה מקרה קלאסי שבה משתמשים בדוק' האכיפה בקירוב. מאחר שיחידת הנופש עולה באיכותה על יחידת הנופש הקודמת אזי יש לבצע התאמה במחיר. כל תוצאה אחרת שבמסגרתה אייזמן יקבל דירה משופרת במחיר נמוך תגרום להתעשרות בלתי צודקת שלו ותפגע בעקרון תו"ל מצד אייזמן.

פס"ד עמיתי שלום ירושליים נ' דוד טייק – דוגמא למצב שלא ניתן היה לבצע אכיפה בקירוב- נעשה הסכם בין טייק לבין עמיתי מלון ירושליים שלפי טייק ירכוש את הילטון שנבנה על ידם. בחוזה בין הצדדים נקבע תנאי מתלה שקבע שהחוזה יכנס לתוקף רק אם טייק יקבל הלוואה ממשרד האוצר. אם הוא לא יקבל אז החוזה בטל. טייק לא קיבל את ההלוואה וטען שהוא בטל ועמיתי שלום ירושליים ביקשו לאכוף את החוזה ע"י הלוואת כסף ממקורות שלהם- ו"הנה ביצוע אכיפה בקירוב". ביהמ"ש לא הסכים שכן עפ"י פרשנות החוזה עלה שטייק היה מעוניין רק בהלוואה הספציפית ההיא ואכיפה בקירוב במקרה זה תהווה כריתת חוזה חדש כנגד רצון הצדדים.

\*\*שימי לב, **לפני שמבצעים אכיפה בקירוב יש לעשות פרשנות ולוודא שזה משמקף את רצון הצדדים המקורי** (לא זה שאחרי ההפרה כי מן הסתם אם יש הפרה רצונם השתנה) .

*\*\*\*אם במבחן אני רוצה להגיע לאכפה אבל אי אפשר כבר בדיוק לאכוף עפ"י המתווה המקורי- אני יכולה להציע אכיפה בקירוב- אבל קודם כל לעשות פרשנות ולראות אם זה משקף את הרצון של הצדדים ברגע הכריתה!!*

**ס' 3 סייגים לאכיפה:**

1. **חוזה אינו בר ביצוע**- חוזה שלא ניתן לבצע אותו. הדוגמא הקלאסית היא עסקה נוגדת במקרקעין- ס' 9 לחוק המקרקעין קובע שאם אדם מוכר את הדירה ל-2 אנשים שונים אז לפי הריישה הזכות של הראשון עדיפה. אבל הסייפה קובע עדיפות לשני בכמה מצבים: אם השני בזמן שילם כבר תמורה בתו"ל לא ידע שהייתה התחייבות קודמת ורשם את זכותו במרשם המקרקעין. החוזה בין א' לב' כבר לא בר ביצוע כי הדירה עברה לאדם שזכותו עדיפה לפי החוק. אין כבר טעם לדון באכיפה.

הפסיקה לא אוהבת להגיע למצב שהיא לא יכולה לאכוף את החוזה ולכן הסייג הזה תמיד יפורש בצמצום רב. התנאים יהיו שבאמת לא ניתן לבצע את החוזה בשום דרך גם לא בקירוב וכשמדובר בחוסר אפשרות קבוע ולא זמני!

לתוך הסייג יכנסו רק מקרים קיצוניים- בהם לא תינתן אכיפה.

\*\*אכיפה בקירוב מצמצת את ההיכנסות לסייג של ס' זה. כי אם חוזה ניתן לביצוע בקירוב אז הוא הציל אותו מהכרעה שהוא לא בר ביצוע. שימי לב, אכיפה בקירוב תלויית פרשנות וגם היא לא תמיד אפשרית!

1. **חוזה לשירות אישי**- הסייג עוסק במצב של אכיפה שהאכיפה גוררת דרישה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי. הסייג חולש על 4 סיטואציות:
2. כפייה לעשות עבודה אישית
3. כפייה לקבל עבודה אישית
4. כפייה לתת שירות אישי
5. כפייה לקבל שירות אישי

אכיפת חוזה מסוג זה היא בעייתית בגלל הגוון האישי בחיוב- היא מעלה ניחוח בעייתי של עבדות מודרנית. הנמקה מעולם היעילות- במקרים כאלה קשה לפקח על טיב ביצוע החיוב.

נימוק אינטואיטיבי- מטפלת שמטפלת בבת שלי אם אני רוצה לפטר אותה ביהמ"ש לא יכול לכפות עליי שהיא תהיה המטפלת.

דוג' פס"ד בעניין צורי נ' בית הדין לעבודה- התועמלן של חברת התרופות שפוטר ודרש אכיפה להחזיר אותו לעבודה. המנכ"ל אומר שלא יכולים להכריח אותו להעסיק את שירותיו האישיים שהוא לא רוצה וביהמ"ש קבע שאכן לא ניתן לאכוף זאת. החוזה לא נאכף עליו גם כי מדובר בשירות אישי וגם כי יש קשר אישי.

שני פרמטרים למבחן השירות האישי:

1. מבחן הקשר האישי- קיומו/העדרו : עד כמה הקשר בין העובד למעביד הוא צמוד ואישי. עד כמה יש משרת אמון? נתון נוסף שבודקים הוא מה גודל בית העסק? ככל שמדובר בחברה יותר גדולה הקשר בין המעסיק למועסק הופך להיות קטן ורופף.
2. מבחן האישיות והכישורים של העובד: ההבחנה שמצביעים עליה בפסיקה זה המבחן בין שירות אישי לבין שירות אישי במהותו. עד כמה השירות נוגע לסגולותיו האישיים של העוסק?

\*כשמדובר בעובד שלא רוצה לתת שירות: דיי בזה שהוא מוכיח את המבחן השני. כדי שלא יחייבו אותו באכיפה.

\*כשמדובר במעביד שלא רוצה לקבל שירות: צריך להוכיח את שני המבחנים.

\*דרך להבחין היא האם צד אחד התחייב לבצע את השירות בעצמו או שאין בעיה שזה יועבר לאדם אחר, לדוג' פס"ד סתם נ' מרקוביץ- היה חוזה קומבינציה בין קבלן למזמין עבודה. היחסים עלו על שרטון ומזמין העבודה רצה לכפות את החיוב והקבלן טוען שזה שירות אישי ולא ניתן לכפות עליו. ביהמ"ש פסק שהחוזה של הקבלן לא טומן בחובו התחייבות אישית של הקבלן לבצע את העבודות בעצמו ולכן מובן שהחיוב של הקבלן לא עולה כדי התחייבות עם גוון אישי.

יש 2 הרחבות לסייג 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 ואת ההתחייבות לשיר לא אכפו עליה.

כיום יש הרחבה ולא אוכפים גם התחייבות לא לתת שירות אישי. ז"א אם הזמרת התחייבה לא לשיר- ובא לה כן לשיר- זכותה לשיר לא אוכפים עליה לקיים את התחייבותה לא לשיר.

1. שותפות- גם שני אנשים שיש ביניהם שותפות לניהול חברה לא ניתן לאכוף כזה דבר לנוכח סייג השירות האישי. עדיין יש גוון אישי ולא ניתן להכריח אנשים לעבוד באופן צמוד.
2. **חוזה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח**- כדי להקל על הרשויות ובתי המשפט.

בדר"כ בחוזים שיש להם רכיב אישי (יהיה לביהמ"ש קשה לפקח על איך עידן רייכל ישיר בחתונה).

הגישה הכללית היא שהוא לא שולל אכיפה בכל פעם שמדובר בעסקה מורכבת. רוב העסקאות הן מורכבות.

הפרמטרים לחוזה שדורש מידה בלתי סבירה של פיקוח:

צריך שיהיה חוזה מורכב באופן מיוחד וארוך במיוחד ומידת השיתוף פעולה שהוא דורש בין הצדדים היו גבוהה ביותר.

1. צדק- אכיפת החוזה לא תהיה צודקת בנסיבות העניין- זהו הסייג הרחב ביותר. ביהמ"ש נדרש להסתכל על הסיטואציה והחליט האם האכיפה צודקת או לא.

\*ככל שביהמ"ש מכיר באכיפה בעלת מעמד גבוה יותר הוא יטה פחות לומר שהאכיפה לא צודקת. ואם להפך אז הוא יערער את מעמד האכיפה.

\*המבחן הוא נורמטיבי - שלושת הסעיפים שעסקנו בהם קודם הם ברורים וזוהי נורמה פתוחה, גמישה שטומנת בחובה שיקול דעת רחב של ביהמ"ש. זהו מושג שסתום.

\*דרך סייג הצדק אפשר להכניס כל מיני ערכים לדיני החוזים. יש שתי גישות:

1. גישה צרה לסייג- (גישה שמרנית שבדר"כ הולכים לפיה) כאשר בוחנים אם החוזה צודק בוחנים את הצדק בין הצדדים בלבד! בוחנים 2 פרמטרים:

מאזן האינטרסים- מי ינזק יותר? האם המפר יותר מהאכיפה או הנפגע מאי אכיפתו?

התנהגות הצדדים- מי היה רע יותר? טוב יותר?

ותוך כדי זוכרים שיש עדיפות לנפגע ובכורה לאכיפה.

פס"ד פרץ נ' ביטון- דוגמא לשימוש בגישה הצרה והעדיפות במאזן אינטרסים לנפגע- מאזן תשלומים של 4 אנשים: פרץ- כליף- ביטון- גבאי. הייתה שרשרת של הפרות אולם ביהמ"ש אומר שהם בגישה הצרה ומסתכלים רק על פרץ וביטון. ביהמ"ש בחן גם את התנהגות הצדדים וגם את מאזן האינטרסים. בהתנהגות הצדדים - פרץ עשו כל מה שהם יכולים כדי לקיים את החוזה והיו "טובים יותר". מבחינת האינטרסים היה שוויון- כל עוד פרץ נפגע וכפות המאזניים שוות אז מאזן האינטרסים פעל לטובת פרץ (קל וחומר כאשר התנהגותו היתה טובה יותר). צריך לשים לב שהמבחן הצר דן רק בשאלה של איזה צדדים בוחנים אבל במבחן הזמן הוא רחב.

פס"ד פומרנץ כדי לבחון את מאזן האינטרסים צריך גם להסתכל על שאר הצדדים. ואולם ביהמ"ש קבע שהשכנים לא חשובים ומאזן הצדק נעשה בין שני הצדדים להתקשרות . כך גם נפסק בוורטהיימר נ' הררי: גם בסיפור המסובך של ס' 9 לחוק המקרקעין שנוגע לזכות הראשון עידפה והיה חוזה עם עוד אדם ולא ידעו עפ"י מה לבחון את שיקולי הצדק- הוחלט ללכת ע"י הגישה הצרה

ולעשות את מאזן הצדק של ס' 3(4) רק במישור שבין המוכר לבין הקונה הראשון ואז בוחנים זאת לפי 9. שיקולי הצדק נעשים רק בין המוכר לבין הקונה הראשון.

1. הגישה הרחבה לסייג- משולש צדק של הצדדים לחוזה ושיקולים ציבוריים. באה לידי ביטוי בפס"ד לוין נ' לוין (הפס"ד עם המזונות- בו נעשה הסכם עם סעיף שהחוזה לא יוצג בביהמ"ש ובסוף השופט קבע לא לאכוף את החוזה הזה וכן להציג אותו בביהמ"ש. עברנו על זה בכריתת החוזה ובתקנת הציבור ועתה נעבור זאת בסייג הצדק).

ביהמ"ש לא אוכף את הס' הספיצפי שאומר "אני לא חוזה אכיף" מכח סייג הצדק. בשל שיקולים ציבוריים חיצוניים שהשופט מחלחל לדיני החוזים דרך סייג הצדק. 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).

\*\*השאלה בנוגע לצדדים שלישיים נותרה בצריך עיון בפומרנץ.

מנק' המוצא נובעות 2 מסקנות מהסייגים:

1. מהותית: הסייגים צריכים להתפרש בצמצום רב. כי אם מאמינים בבכורת האכיפה צריך לצמצם את הסייגים שלה.
2. ראייתית: ברור שהנטל להוכחת הסייגים מונח לפתחו של המפר. הנפגע טוען לאכיפה והמפר יטען לסייגים. אם יש ספק זה יהיה לטובת הנפגע.

**פיצויים-**

**ס' 10:** הס' המרכזי הוא ס' 10 בו צריך להוכיח: נזק, סיבתיות (מבחן האלמלא), צפיות (מבחן אובייקטיבי גמיש, נתון לשיקול דעת ביהמ"ש, בעיני האדם הסביר) ושיעור הנזק (מבחן הוודאות הסבירה). אופן חישוב הפיצויים תלוי בנסיבות המקרה. מטרת הפיצויים היא להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילו קוים החוזה. היתרון של ס' 10 הוא הגמישות בחישוב הפיצויים. הנפגע לא כבול לשווי השוק במועד הביטול.

**ס' 11** : עוסק בפיצויים ללא הוכחת נזק.

**ס' 11 א'**: אם יש חוזה לספק או לקבל נכס או שירות כאשר יש פער בין המחיר החוזי לבין שווי הנכס או השירות במועד הביטול והפער הוא לרעת הנפגע- זכאי לקבל פיצוי בשווי פער זה.

לא כולל הוכחת נזק והיתרון שלו שהוא לא כפוף לנטל הוכחת הנזק ואין עלות להוכיח אותו.

**ס' 11 ב'**: עוסק בהפרה של לשלם כסף ולכן אופן הפיצוי שונה אם המפר לא שילם אז 11 ב' עוזר לנפגע לחשב את הנזק על האיחור בתשלום.

**ס' 12**: שמירת זכות- אפשר לתבוע גם מ-11 וגם מ-10 וביהמ"ש רשאי להפחית עד הערך של-11.

**ס' 13**: נזק לא ממוני (עוגמת נפש- בדר"כ לא לתאגידים).

**ס' 14**: נטל הקטנת הנזק. (חל על סעיפים 10,12,13)

ס' **14 ב** אם הנפגע הוציא הוצאות סבירות להקטנת הנזק חייב המפר לפצות אותו בגינם.

**ס' 15**: **פיצויים מוסכמים** אינם תלויים בנזק שנגרם בפועל אלא רק הצפיות. השאלה מה קרה בפועל לא משנה כלום אלא מה יכולתי לצפות בעת כריתת החוזה ולכן ההתרחשות אחר כך לא רלוונטית יותר.

היתרון של פיצוים מוסכמים הוא חיסכון בעלויות הוכחה והיתרון השני הם שהפיצויים לא כפופים לנטל הקטנת הנזק. ביהמ"ש רשאי להפחית פיצויים מוסכמים אבל המבחן הוא מבחן אובייקטיבי של אדם סביר שעומד בנעלי הנפגע- האם מדובר בפיצויים שנקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו בעת כריתת החוזה (נגיד במקרקעין פיצוי מוסכם סביר זה עד 20%).

עצם העובדה שיש לי פיצויים מוסכמים לא מחייבת אותי לנצל אותם אם אני אניב יותר מסעיפים אחרים אני יכולה לתבוע בגינם (אלא אם כן יש ס' בחוזה שאוסר על כל פיצוי פרט לפיצויי מוסכם).

נפגע יכול לצרף איזה תרופות שהוא רוצה בשני סייגים: שלא יהיה כפל תרופות על אותו נזק ושלא תהיה סתירה בין המהות של הנזקים (קיום והסתמכות לדוגמא).

**ביטול והשבה-**

בביטול החוזה עוסק סימן ב' של הפרק.

רק לעניין ביטול חשובה ההבחנה בין הפרה יסודית לבין הפרה לא יסודית. לפי החוק הרלוונטיות של הפרה יסודית היא רק בביטול.

**ס' 6:** מגדיר את ההפרה היסודית:

הפרה יסודית מוסכמת: היא הפרה שהצדדים מראש הסכימו שהיא תחשב להפרה יסודית. אבל- אם כותבים בחוזה שכל הפרה היא יסודית אין לזה תוקף. כדי שיהיה תוקף צריך להשתמע שהשיקעו מחשבה בהגדרה של הפרות ספציפיות שיהוו הפרות יסודיות.

הפרה היסודית מסתברת- הפרה שאדם סביר שעומד בנעליו של הנפגע לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה.

זה מוביל אותנו לשאלות לא פשוטות. האם יש חשיבות לצפיותו של המפר בסיטואציה הזו? אם אני גרה באיסלנד והזמנתי מהסופר אתרוגים לסוכות והם איחרו במשלוח בשלושה ימים. אז ברור שאני לא הייתי רוצה להזמין את זה אבל האם השליח היה אמור לדעת את זה? השאלה הזו עולה בדנ"א ביטון נ' פרץ וקובע כי ברור שבמקרה כזה זה תלוי בצפיותו של המפר.

**מבחן הצפיות הוא כפול**: האם אדם סביר היה מתקשר בחוזה אם היה יודע את ההפרה והאם המפר היה מודע למשמעות של ההפרה עבור הנפגע- ורק אז זו תהיה הפרה יסודית.

**ס' 7 קובע את זכות הביטול**. יש הבדל בין הפרה יסודית ללא יסודית.

**ס' 7 א':** יש זכות לביטול בהפרה יסודית שלא מותנית בשיקולי צדק וכולי. זכות הביטול מופעלת ע"י משלוח הודעת ביטול ברורה וחד משמעית (לא חובה בכתב) ורצוי שהיא תנמק את סיבת הביטול.

**ס' 7 ב':** הפרה לא יסודית- צריך לתת ארכה של זמן סביר כדי שהמפר יתקן את ההפרה. במידה ויתקן - תשלל זכות הביטול אבל לא תשלל הזכות לפיצויים. אם המפר לא מתקן תוך זמן סביר הנפגע יכול להודיע על ביטול תוך זמן סביר ממועד תום הארכה.

\*ביטול בשל הפרה לא יסודית כפוף לשיקולי צדק. בניגוד לביטול בשל הפרה יסודית שלא כפופה לשיקולי צדק. שיקולי צדק הם מאזן הצדק בין הצדדים.

\*אחד הסיכונים הוא שנפגע יבטל החוזה והוא לא ידע אם זו הפרה יסודית או לא כי ההבחנה היא לא פשוטה. ואז- אם הוא ביטל ללא מתן ארכה הוא בעצמו עלול להחשב כמפר. אז **מומלץ שהנפגע יתן ארכה גם אם הוא חושב שזה הפרה יסודית** כדי שיהיה על קרקע בטוחה בכל מקרה (שהמצב מתאפשר וזה לא פוגע לי באינטרסים חיוניים מבחינת לו"ז).

**ס' 7 ג':** אם החוזה ניתן להפרדה לחלקים אפשר לבטל רק חלק אלא אם כן מדובר בהפרה יסודית ואז הנפגע יכול לבטל את כל החוזה.

**ס' 8:** הביטול הוא בהודעת הנפגע שצריכה להנתן תוך זמן סביר ממועד ההפרה או מתום הארכה.

\*ראינו שבפגם בכריתה- אם מי שטעה או הוטעה לא ביטל תוך זמן סביר הוא מאבד את זכות הביטול.

\*בדיני ביטול בשל הפרה זה לא כך- אתה תוכל להחיות את זכות הביטול ע"י מתן ארכה. גם אם ההפרה היא יסודית- אם לא ביטלתי תוך זמן סביר מרגע שנודע לי על ההפרה. ואז גם אחרי שעבר הזמן הסביר יש לתת ארכה ותוך זמן סביר מתום הארכה אני יכול לבטל וככה שוב ושוב. השופט טירקל מבקר את ההלכה הזו אבל ברק אומר שזו ההלכה והיא לא משתנה. (אגב, כך הדבר גם בהפרה לא יסודית). **בהפרה יסודית יש ארכה אבל הביטול לא כפוף לשיקולי צדק**.

\*שימי לב, בהפרה לא יסודית- למרות שניתנה הארכה- הביטול תלוי בשיקולי צדק של ביהמ"ש.

**ס' 9:** בעקבות הביטול חלה **חובת השבה.**

הפסיקה (פס"ד כלנית) קובעת שהשבה של כסף תעשה בערכים ריאליים (להוסיף הפרשי הצמדה וריבית).

בביטול בשל פגם חלה חובת השבה הדדית על הצדדים ואם אין אפשרות להשיב (נכס שאבד) אז משיבים ערך כספי. בביטול בשל הפרה יש חידוש מעניין- **הנפגע יכול לבחור בין השבת שווי או השבה בע' (בפועל)**. אפשר להפוך את ההשבה לתרופה כספית. **לעובדה שלנפגע יש ברירה להחליט אם ההשבה תהיה בכסף או בע' הופכת את הביטול לאופציה כספית פנטסטית.**