# מבנה הקורס-

מבוא לקורס:

* מבוא כללי.
* צדדים לחוזה.
* גבולות דיני החוזים.

כריתת חוזה:

* גמירת דעת.
* הצעה וקיבול.
* מיושמות ההצעה.
* צורת החוזה.

פגמים בכריתת חוזה:

* טעות בחוזה.
* הטעיה בחוזה.
* כפיה (פיזית או כלכלית לדוג').
* עושק.

משא ומתן לכריתתו של חוזה:

* מהם הכלים המשפטיים שחלים במהלך חתימת חוזה.
* מה מותר ומה אסור?

תוכן החוזה:

* פרשנות.
* השלמה.
* התערבות בתוכן החוזה.

הפרה ותרופות:

* הפרה.
* תרופות (סנקציות).
* זכויות בתחום דיני החיובים פועלת כלפי מחויבים מוגדרים. אם מישהו כרת איתי חוזה אני יודע מי חייב לי בעוד שהזכות התחום דיני הקניין פועלת כלפי מס בלתי ידוע ובלתי מוגדר של חברים. מבחן נוסף להבחנה בין השניים היא סוגי הסיכונים (דוגמת ההפקדה בבנק בכספת/עו"ש- בנק נפרץ/חדל פירעון.

זכיות אובליגטוריות= זכיות חיוביות =זכיות מתחום דיני החיובים=זכיות אישיות.

זכות אובליגטורית היא זכות הניתנת להעברה למרות שהיא אינה מוחשית- דין זה נקרא המחאת חיובים.

דיני החוזים לעומת הענפים האחרים של דיני חיובים-

דיני חוזים מדובר על חיובים רצוניים. שאר החיובים אינם נובעים מבחירה חופשית. דיני החוזים מבטאים את רוח האדם החופשי- אתה לא חייב לעשות חוזה וגם כשאתה עושה עושה אתה קובע את תוכנו. כל שאר התחומים אינם כאלה.

* דיני עשיית עושר ולא במשפט ע"ע- אדם לא יכול להתעשר שלא בצדק על חשבון הזולת. עקרון- אם מישהו זוכה בטובת הנאה על חשבון האחר שלא ע"פ זכות שבדין הוא צריך להשיב את מה שהוא זכה בו למי זה שלו- השבה ממש או ערך כספי אם לא ניתן להשיב ממש.

מקורות בדיני חוזים- שלטון ע'ותומעני ,המג'לה- עסקה במיוחד בדייני החוזים המיוחדים (מכר קבלנות ועוד...) וביהמ"ש הפך אותו וגזר מדינים אלו דינים כללים. סעיף 64 לחוק הפרוצדורה האזרחית הע'ותמנית עסק בדיני חוזים כללים, וקבע את עקרון חופש החוזים- תוכן החוזה יהיה לפי הסכמת הצדדים. (היום סעיף 24 לחוק החוזים הכללי).

האנגלי קובע- בסימן 46 לדבר המלך ומועצתו שמשפט שהיה בתוקפו ערב תחילת המנדט הבריטי ימשיך לעמוד בתוכו כדי למנוע היווצרות של ואקום משפטי. אך במקרים של לקונה לא יפנו יותר לתורכיה אלא יפנו אל המקורות הבריטים. בידני חוזים יפנו אל הcommon law האנגלי.

העותמני טיפל בדיני חוזים מיוחדים, נוצר מצב של חוסר בדיני חוזים כללים, ונשאבו פתרונות מהחוק האנגלי בניגוד שהיה חזק מאוד בדיני חוזים כללים. לתפיסתם הדבר החשוב ביותר הוא חופש החוזים ולא כל כך משנה סוג החוזה. במשך השנים כל האוריינטציה המשפטית מתחלפת.במקום לסוע ללמוד בתורכיה נוסעים ללונדון.המשפטנים כבר לא מכירים את החוק התורכי קובעים לקונות גם כשאינן קיימות. דיני החוזים נראים כמעט כמו דיני חוזים אנגליים וכמעט כל הפס"דים הם אנגליים. רק כשמתעוררות שאלות ספציפיות על חוזים מיוחדים נעזרים במג'לה.

עם קום המדינה- סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט (דבר החקיקה הראשון שנחקק בארץ) קובע כי המשפט שעמד בתוקפו ערב קום המדינה ישאר בתוקף. בתחילת שנות ה60 הכנסת מתחילה לחוקק חוקים. בשנים אלו חוקקו 3 חוקים המרכיבים את דיני החוזים הכללים-

* חוק החוזים [חלק כללי], תשל"ג-1973- חוק העוסק בדיני חוזים כללים- כריתת החוזה, פגמים בכריתה, פרשנות החוזה תוכן החוזה וגם בדיני חיובים.
* חוק החוזים[תרופות בשל הפרת חוזה], תשל"א-1970- חוק העוסק בחלק הכללי של הפרת חוזה והתרופות, הסנקציות במקרה של הפרה
* חוק החוזים האחידים, תשכ"ד-1964.- חוק שישראל היוותה חלוצה עולמית. החל להתפתח בשנות ה60 בכתיבה האקדמאית וישראל הייתה הראשונה שחוקקה חוק לגבי העניין. ב1982 החוק הוחלף בחוק חדש- חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-.1982

החל משנות ה60 חוקקו חוקים רבים המסדירים את דיני החוזים המיוחדים כגון: חוק המכר 1968,חוק השכירות והשאילה,חוק חוזה ביטוח 1981 ועוד...

כשהכנסת מחוקקת חוק בתחום מסוים, נכתב בסוף כי הדין העותמני ובריטי כבר לא חלים עליו. כשהחקיקה הישראלית חזקה מספיק כדיל עמוד בזכות עצמה ואז מחוקקים 2 חוקים חשובים-

* חוק יסודות המשפט,1980-

2(א) סימן 46 לדבר המלך ומעצתו בוטל- במקום לבטל כל פעם שמחוקקים משהו ביטלו אותו לחלוטין- לא פונים יותר אנגליה.

2(ב) הלכות שנקלטו בישראל עד ביטול הזיקה ימשיכו להיות בתוקף כל עוד הן רלוונטיות.

1יש לאקונה ואין לה תשובה בדבר חקיקה בהלכה פסוקה או בדרך של היקש יכריע בה לאור עקרונות החירות הצדק היושר והשלום של מורשת ישראל

* חוק לביטול המג'לה 1984-

המג'לה בטל.

מקורות לא מחייבים לדיני החוזים- כתיבה אקדמית מהארץ ומהעולם ומשפט השוואתי, הצעת חוק דיני ממונות שעדיין אינו מחייב.

**תיאוריות שונות** -ענף שלם המדבר על שילוב של **כלכלה ומשפט**- למשפט מטרות כלכליות, מיקסום העושר המצרפי של החברה ולפי זה יש לנתח את המשפט ולקבוע את כלליו. ענף זה משפיע על דיני חוזים שהם מקור ראשון כלכלי.

זרם נוסף הלקוח מהמשפט האמריקאי שעוסק בחוזי יחס- דיני החוזים המוכרים רלוונטים לחוזה בין אנשים שלא מכירים אחד את השני. חוזים ארוכי טווח, המסדירים יחסים ארוכים ומורכבים (חוזי עבודה, חוזים בין שותפים, חוזים בין בני זוג) הטענה היא שחוזים אלו צריכים כללים אחרים המאפשרים תנאים ומנגנונים המתאימים למצבים משתנים. בחוזה מהסוג הזה לא רלוונטי מה חשבו במקור כשכרתו את החוזה אם עברו מאז הרבה מאוד שנים ויש צורך בכלים אחרים.

**במדינת ישראל ניתן להגדיר את דיני החוזים כניאו קלאסיים**- עדיין מבוסס על התפיסות הקלאסיות של חופש החוזים. עדיין תיאוריית הרצון והסכמה היא הבסיס לדיני חוזים.אך אי אפשר להניח שהכל חופשי ושווה ויש להסדיר חוזים באמצעות חוקים מסויימים, רגישות יותר לכך שצריך להתאים את החוזה לנסיבות משתנות ושחוזים לא תמיד נעשים בצורה מושלמת.

**הצדדים לחוזה-**

נורמות משפטיות מקנות זכויות או מטילות חובות. הדבר בעל זכויות וחובות אלו הוא אישיות בעולם המשפט.

פעולה משפטית-פעולה המשנה את מערך הזכויות והחובות של מישהו. לדוג' כריתת חוזה.

למי יש כשרות לזכויות וחובות- כל שיטת משפט קובעת לעצמה את הכללים למי יש כשרות משפטית. בארץ אין תשובה מפורשת בחוק. יש תשובה הנובעת מקריאת כל החוקים וההבנה על מי הם חלים.הצעת חוק דיני ממונות מיד בהתחלה מודיעה כי לבני אדם חיים ותאגיד יש כשרות לזכויות וחובות. המושג הבסיסי ביותר של כשרות משפטית הוא כשרות לזכויות וחובות משפטיות. לכל מי שיש כשרות לפעולות משפטיות תהיה כשרות לזכויות וחובות אך לא להפך.

שיטות משפט שונות קובעות כללים לגבי כשרות משפטית בהקשרים ספציפיים- לדוג' חוק הירושה מסדיר למי יש כשרות לערוך צוואה. בחלק משיטות המשפט (לדוג' איטליה וספרד) יש הוראות ספציפיות לגבי כשרות לכרות חוזה. במשפט הישראלי אין הוראות כאלה. מספיקה הכשרות לפעולות משפטיות במקרה זה.

* לאדם יש זכויות משפטיות מגמר לידתו עד מותו
* אין הוראה ספציפית לגבי תאגידים אבל בפועל כל החוקים מדברים על זכויות משפטיות לבני אדם ותאגידים.

תאגיד- אישיות משפטית מלאכותית, וירטואלית המוכר ע"י שיטת המשפט ככזה ולכן הוא כשר לזכויות וחובות. יש לו אישיות בעולם המשפט ולא בעולם הפיזי. הוא קיים רק כי המשפט מכיר בו. יש הפרדה בין החברה לבין האנשים המפעילים אותה.

לחלק מהתאגידים מעניקים זכויות חובות וכשרות משפטית לדברים מסויימים וחוזה שיכרת לא בתחום הכשרות שלהם- לא ייחשב כחוזה קיים.

* רע"א אורנשטיין נ' עמותת בית הכנסת.

בפס"ד אברמוב עלתה שאלה האם הקדש ציבורי הוא תאגיד. הקדש ציבורי הוא נאמנות- נאמנות **היא זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמנן להחזיק או לפעול בו לטובת נהנה או מטרה אחרת**. כלומר לנאמנות יש 3 צדדים (בדר"כ)-

1. **יוצר**- בעל הנכס, בחר להקדיש את הנכס למטרה. מטרה ציבורית=הקדש ציבורי.
2. **נאמן**- מונה ע"י היוצר- מנהל את הנכס למטרת הנאמנות.(תאגיד יכול להיות נאמן)
3. **נהנה**- מי הנאמנות נועדה לטובתו.
* כל השלושה יוצרים נאמנות.

לפי החוק הבעלות הפורמלית בנכס עוברת בעת יצירת הנאמנות מבעל הנכס לנאמן. זוהי אינה בעלות פרטית אלא בעלות לצורך הנאמנות. אברמוב רצתה שהבעלות תרשם על הנאמנות ולא על הנאמן. (נאמנים מתחלפים נאמנות לא).

בפס"ד ברק קובע שאם שאנו רוצים לומר שגוף מסוים הוא תאגיד בדרך משתמעת לא מספיק שתהיה אפשרות צריכה להיות מסקנה הכרחית בלתי נמנעת שזה תאגיד.

אצל בני אדם יש הבחנה בין כשרות לזכויות וחובות, וכשרות לפעולות משפטית, משום שלבני אדם יש קיום גשמי, יש הבנה אצל חלק וחוסר הבנה אצל אחרים ולכן יש הבחנה בין השניים.

חוק הכשרות המשפטית- חל על חוזים (כי אין הוראות ספציפיות לחוזים) לכ**ל אדם כשרות לזכויות וחובות משפטיות מיום לידתו עד למותו. כשרות זו קיימת בכל אדם כל עוד הוא חי.**  החריגים: זכויות מסוימות של עובר, לפני לידתו, (לדוג' ירושה, נזיקין- זכויות עובר לתבוע מישהו שגרם בעוולה נזיקית למות מי שעתיד להיות מפרנסו של אותו עובר(כמו שיש לשאר הילדים)). אדם זכאי להיקבר לפי השקפת עולמו- סוג של זכות למת.

כל אדם חי יכול להיות צד לחוזה. מוטב לא צריך כשרות משפטית. נדרשת ממנו רק כשרות לזכויות וחובות. (יכול להיות רק חוזה לטובת אדם שלישי ולא לרעתו-לא לחובות).

סעיף 2 לחוק הכשרות - **חריגים לכשרות לפעולות משפטיות**- בחוזים אין הגבלות ספציפיות בחוק ת מאז הולכים לפי ההגבלות הרשומות בחוק הכשרות המשפטית מ1962. חוק הכשרות מטיל מגבלות שונות על כשרות לפעולות משפטיות על-קטינים ופסולי דין, מרצון להגן עליהם.

ההגנה היא באמצעות הטלת מגבלות על פעולות משפטיות מסוימות, (דרך מיושנת להגן על אוכלוסיות חלשות)-

1. החוק מגן על 2 קטגוריות קשיחות שלא מכניסות את כולם (כגון: קשישים אלכוהליסטים) ישנן אוכלוסיות נוספות שייתכן ויעשו פעולות שיפגעו בזכויות במשפטיות שלהן. גישות מודרניות יותר (גרמניה,קנדה ועוד...) אינן מגדירות מראש קטגוריות קבועות הזקוקות להגנה, הגדרת ההגנה היא של מי שאינו מסוגל לדאוג כראוי לענייניו והוא יקבל את הגנת החוק.
2. דרך ההגנה שלנו מגבילה חוק יסוד חוקתית של האדם, את חירותו. מה קו הגבול להגנה ולפגיעה? צריך להגן אבל צריך להגביל את ההגנה כמוכן צריך לקחת בחשבון אינטרסים של הצדדים האחרים שלאו דווקא יודעים כי האדם מולו אינו כשיר לכריתת חוזה. בשיטות משפט אחרות ישנן שיטות הגנה אחרות, כגון הגנה באמצעות יועצים- ממנים יועץ לאדם שיעזור לו בקבלת ההחלטה בעת ביצוע בפעולה המשפטית.

**סעיף 3- מיהו קטין- מי שלא מלאו לו 18 שנה**

**ס' 4-7 המגבלות על כשרותם של קטינים.**

**סעיף 8 מיהו פסול דין**- אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו, ואינו מסוגל לדאוג לענייניו. מוכרז אך ורק ע"י ביהמ"ש (ביהמ"ש לענייני משפחה). בקשה מוגשת ע"י קרובים, או אם אין קרובים המנגנונים הציבוריים (עו"ס, רופאים ועוד...) מפנים ליועץ המשפטי לממשלה (לנציגיו). כל עוד ביהמ"ש לא הכריז על אדם כפסול דין, גם אם מצבו לא טוב והוא אינו כשיר, לא יהיה פסול דין. -גם כדי לצאת ממצב של פסול דין יש צורך בהכרזת בית משפט המבטלת את הצו הקודם.

**ס' 9- אותן הוראות מסעיפים 4-7 עם השינויים המחייבים.**

מהן ההגבלות המוטלות על כשרותם-החוק נותן רמות הגנה שונות בהתאם לעניין- רמת הגנה גבוהה יותר משמעותה הגבלות חזקות יותר. רמות ההגנה בחוק-

1. לקטין ולפסול דין יש נציג שתפקידו לשמור על האינטרסים שלהם. קטין- בד"כ הורים. לפסול דין יש אפוטרופוס ואם עוד לא מונה- היועץ המשפטי. כל פעולה משפטית של הקטין/פסול דין עליו לקבל את אישורו של הנציג.
2. מה קורה עם קטין/פסול דין כורת חוזה ללא אישור?
* **רמת הגנה נמוכה ס' 6**-פעולה משפטית שלא קיבלה את אישור הנציג-תקפה ולא ניתנת לביטול- כמו כשרות מלאה. אך יש שסתום ביטחון, ניתן לביטול במקרים מאוד חריגים. פעולות המסווגות לתוך קטגוריה זו:
* פעולות שקטינים בגילו בד"כ עושים בהתאם למוסכמות החברתיות של הסביבה החברתית בה הוא חי, ובהתאם לגילו
* הצד השני שאיתו נכרת החוזה לא ידע ולא יכול היה לדעת שמדובר בקטין. משמעותי במקרים של פסול דין
* **רמת הגנה בינונית** ס' 5- **ברירת המחדל**- כל פעולה משפטית של קטין/פסול מקבלת מהחוק רמת הגנה בינונית אלא אם כן החוק מוציא את המקרה הספציפי מהכלל.
* אם הפעולה המשפטית של הקטין/פסול נעשית ללא הסכמת הנציג, הפעולה תקפה אבל אפשר לבטלה ע"י הנציג תוך חודש מרגע שנודע לו על הפעולה
* אם נציג מעולם לא ידע על הפעולה, אז ברגע שהקטין הופך לבגיר הוא יוכל תוך חודש לבטל את הפעולה (זו תהיה הפעם הראשונה שבגיר נותן דעתו על הפעולה).
* הקטין לא יכול לבטל את החוזה לאחר שנכרת מטעם כשרות- הוא יכול לבקש מהנציג לבטל את החוזה
* **רמת הגנה גבוהה ס' 6א**- ישנם מקרים בהם הפעולה המשפטית לא קיבלה את אישור הנציג לא תקפה .
* רכישת נכס באשראי (קונה ולא משלם במועד הרכישה, תשלומים נדחים או יש פריסת תשלומים, ויש בהם ריבים)
* קבלת שירות באשראי- מספיק שהסכום חולק (גם אם לא בריבית) וזה כבר נחשב אשראי (תשלום אחד שיורד באותו הרגע לא נחשב עסקת אשראי)
* הוראת 6א גוברת על 6- במקרים בהם יש ספק ל6 או 6א, אז 6א לוקח. (בדיני ממונות זה הפוך).

לעסקת אשראי יש פוטנציאל כלכלי מסוכן, היא מפתה ולעיתים קשה לנתח את המשמעויות הכלכליות שלה (בייחוד בגלל הריבית).

* **רמת הגנה גבוהה מאוד ס' 7**- גם אם הפעולה קיבלה את אישור הנציג אין לו תוקף אלא אם ביהמ"ש (ביה"מש לדיני משפחה) נתן הסכמה.
* יש פעולות שקטין עושה לבד, ויש פעולות שנציג יכול לעשות למענו. ישנן פעולות שגם הנציג אינו יכול לעשות למען הקטין. לפעולות אלו הנציג צריך ללכת לביהמ"ש ולקבל את אישורו. פעולות אלו שהנציג לא מוסמך לעשות בוודאי שהקטין לא יכול לעשות אותם ללא אישור ביהמ"ש.
* פעולות אלו הן- חוק אפוטרופסות הורה ס' 20, אפוטרופוס-ס' 47-48 לחוק. (בדיני ממונות כבר אין הבחנה)
* **פעולות שהורה לא יכול לעשות ולכן גם הקטין לא-**
* **ערך כלכלי גבוהה**-(בדיני ממונות מדובר על פעולה מעל 50 אלף שקל)
* 20(1) כאשר מוכרים או משעבדים או נותנים משהו שמשמש כמקור הכנסה/פרנסה או מקום מגורים- יש ערך כלכלי גבוהה.
* 20(2)ישנן פעולות משפטיות מסוימות שהחוק קובע שפעולה זו תהיה חייבת **ברישום ב"פנקס**" באיזשהו מרשם- לדוג' מקרקעין (כשמוכרים מקרקעין רושמים בפנקס רישום מקרקעין (טאבו))-המחוקק דורש במצבים מסוימים רישום בפנקס כי אלו נכסים בעלי ערך כלכלי גבוה. יכול להיות נכס שמחייב רישום אבל ערכו לא גבוה. ויש נכסים ששווים הרבה כסף ולא מחייבים רישום (מכירת חבילת יהלומים).
* **פעולה בעלת אופי מתנתי**- בחוזה רגיל מקבלים משהו שווה ערך. במתנה אתה נותן ולא מקבל. מתנה ניתנת בד"כ בלי מערכת חישובים כלכלית- להבדיל מעסקה כלכלית
* 20(3) מתנות מרכושו של הקטין- שניתנות בסכום משמעותי (אין הגדרה מפורשת מהו הסכום המשמעותי) מוציאים מן הכלל מתנות שנהוגות בנסיבות
* 20 (4)כאשר קטין מתחייב כערב למישהו- לכאורה לא מדובר במתנה כי ניתן להשתפות (לקבל חזרה את כספו) מהחייב. אך בפועל אם הנושה לא הצליח לקבל את חובו מהחייב גם הערב לא יצליח וזו הופכת להיות מתנה בעל כורחה. אם קטין מתחייב כערב זה טעון אישור ביהמ"ש
* **מקרים בהם יש פוטנציאל לניגוד עניינים בין הקטין להורה/אפוטרופוס**
* 20 (5) ס' 47-48 – פעולה משפטית בין הקטין או בין קרובי הוריו- לדוג' קטין קיבל נכס והוריו קונים אותו מהם. ניגוד עניינים- הנציג צריך לשקול את אינטרסים של הקטין אך במקרה כזה ההורה/האפוטרופוס נמצא בצד השני ויש לו אינטרסים משלו. חוץ ממתנה שניתנת ע"י ההורה (סוג של חוזה אך אין בו ניגוד עניינים)

מה עושים עם אדם הזקוק להגנה ולא נמצא באחת מהקטגוריות-

פס"ד הדר חברה לביטוח. אדם שלא הוכרז כפסול דין לא חלות עליו ההגנות של פסול דין- גם אם מצבו המנטלי הוא בכי רע. בדיני הכשרות אין פתרון לבעיה זו (בהצעת חוק דיני ממונות יש פתרון חלקי למצב הזה- בפרק הכשרות בחוק זה נאמר- ההגנות של דיני הכשרות יכלו גם על אדם שלא הוכרז כפסול דין אם מצבו הנפשי/מנטלי הוא כזה שאילו היו פונים לביהמ"ש הוא היה מוכרז כפסול דין ובלבד שהצד השני ידע או שהיה עליו לדעת(התנהגות מוזרה של האיש בעת המקרה עצמו) שהאיש הוא כזה).

השופטת ארבל מוסיפה כי למרות שחוק הכשרות לא חל במקרה הזה יש הוראות בדיני החוזים לדוג' גמירת דעת- במקרה הזה הייתה העדה על גמירת דעת- היה נראה כי החליטה לחתום עם חוזה וגמירת דעת נמדדת במדדים אובייקטיבים. יש כאן פגם בכריתה משום שלא הייתה מתוך רצון חופשי. במקרה זה ביהמ"ש השתמש **בטיעון "לא נעשה דבר**" שנובע מהמשפט האנגלי. לאחר חקיקת חוק החוזים הייתה מחלוקת האם רק מה שמופיע בחוק כפגם בכריתה הוא פגם בכריתה אלא גם דברים שהשתרשו מהמשפט האנגלי. זהו מקרה מאוד נדיר בו יש שימוש בטיעון זה. כשמוכח לביהמ"ש שמי שחתם על החוזה לא היה מסוגל כלל להבין מה הוא לוקח על עצמו עם חתימת החוזה אז ניתן להשתמש בטיעון זה.

**כאשר אדם לא הוכרז פורמלית כפסול דין ההגנות של דיני הכשרות לא חלות עליו אך יש קשת של הגנות אפשריות בדיני החוזים**

**גבולות דיני החוזים**

תנאי מקדמי לכריתת חוזה והוא עיקר ההבדל בין מה שקשור לדיני חוזים ומה שלא והוא כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.

איך יודעים מתי יש כוונה ליצור יחסים משפטיים ומתי לא? אין פרמטרים קבועים לבדיקת המצב. השאלה נבחנת על פי מכלול שלם של נסיבות.

אם אין כוונה ליצור יחסים משפטיים אז לא מדובר בחוזה כאשר מדובר על כוונה ליצור יחסים משפטיים הכוונה היא שהצדדים מתחייבים לתת מעטפת משפטית להתחייבויות ביניהם, כלומר:

1. על הבטחות אלו יחולו דיני חוזים (להבדיל מהתחייבויות שבכבוד).
2. במקרה של הפרת ההבטחות ניתן יהיה להשתמש במערכת המשפטית.
3. אכיפת הקיום של ההבטחות תעשה באמצעות תרופות- הפעלת סנקציות משפטיות

פס"ד לוין נ' לוין-

היה ניסיון להסיר מהחוזה ביניהם את המעטפת המשפטית- רצו ליצור הסכם שבכבוד (הסכם ג'נטלמני). בודקים האם חוזה הוא חוזה לפי מכלול נסיבות- במקרה זה מדובר בצדדים מסוכסכים הדנים על הסדר כספי- מקרה מובהק של חומר המצדיק הסדר משפטי- הצדדים קוראים לו חוזה, מנסחים כמו חוזה, עו"ד ניסחו אותו. אך הצדדים אמרו מפורשות את עמדתם- להדיר את ההסכמה הזו אל מחוץ לגבולות דיני החוזים. את הדברים החשובים ביותר מבחינת מעטפת משפטית נטרלו- אז מה מעמדו של חוזה כזה. במקרה זה יש סימנים סותרים. וביהמ"ש מעדיף לפרש כחוזה. כמוכן הוא אומר כי גם אם הפרשנות הנכונה של הסעיף היא כוונה שלא יהיה חוזה. יכול להיות שאין תוקף להסכמה כי היא סותרת את תקנת הציבור.

**התערבות בתוכן החוזה**- לפי ס' 30 חוזה הסותר את תקנת הציבור אינו תקף- את תקנת הציבור קובע ביהמ"ש. ולמה סעיף זה סותר את תקנת הציבור? הילדים הקטינים שברקע הם אלו שבעיקר יפגעו מאי תשלום המזונות. לביהמ"ש יש שיקול כללי שאינו נוגע לאדון וגברת לווין אלא לילדיהם אשר על זכויותיהם יש לשמור.ביהמ"ש מוכן לכבד את הרצון לכרות הסכם שבכבוד כל עוד לא פוגע בתקנת הציבור.

השופט זמיר אף מציין שאפילו אם חוזה לא היה בטל בגלל תקנת ציבור. אדון לוין מבקש לאכוף את החיוב שלא ניתן לראות את החוזה- לתרופת האכיפה יש סייגים והעיקרי שבהם ס' 3(4)- כאשר אכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין. ביהמ"ש קובע כי לא צודק לתת תרופת אכיפה כי יש צד שלישי.

יכולים להיות **מצבים בהם המחוקק מוציא חוזים מסוימים מדיני החוזים המחוקק מעקר את המהות החוזים שלהם ע"י שלילת חלק מהמאפיינים החוזים שלהם** (באופן עקרוני גם צדדים לחוזה מסוים יכולים לעשות זאת)- ס' 32-33 לחוק החוזים חלק כללי-

1. ס' 33 בחוזה **של תואר פרס אין להכרעה מקום להיות נדון בביהמ"ש- גם אם מדובר בחוזה, בעניינים מקצועיים השופטים לא מתערבים** (נכתב לאחר פסק הדין של יום טוב ובהשראתו)- דוג' יום טוב נ' מדינת ישראל- בעניינים כאלה אין כוונה ליצור יחסים משפטיים חוזיים. ייתכן ועל חלק מההתקשרות יש מערכת יחסים משפטית חוזית- על דברים כספיים. אך על חלקים שברוח- תשובה נכונה או לא **אין כוונה ליצור יחסים משפטיים**.

הנמקה שניה- **גם אם זה חוזה כמדיניות ביהמ"ש לא יתערב כי שיקול הדעת של ביהמ"ש לא יותר טוב וכנראה אף פחות טוב משיקול הדעת של השופטים המקצועיים**.אם ההנמקה הראשונה היא הנכונה- גם במקרה של טעות חישוב אין לביהמ"ש מקום להתערב, לעומת זאת אם ההנמקה היא זה חוזה אבל זו המומחיות של השופטים- חישוב נקודות יכול להיות גם ע"י השופטים.

* **ההנמקה של ס' 33 היא חלק מגישה כללית שבעניינים מקצועיים ביהמ"ש לא שם את שיקול דעתו במקום דעתו של פורום מקצועי.**
* במקרים כאלה אומרים כי הפורום לדון בזה הוא לא בית משפט וזה נטרול של אכיפת הדין- הוצאת העוקץ מהמשמעות המשפטית של החוזה.
1. **ס' 32א- חוזה של משחק הגרלה או הימור, שלא קיבל רישיון בחוק לא ניתן יהיה להעניק תרופות של אכיפה ופיצויים- רק השבה ניתן לקבל** (סעיף קטן ב' מוציא מן הכלל חוזים עם מוסדות הימורים שקיבלו רישיון בחוק דוג' מפעל הפיס).
* חוזה הימור- רק כאשר זכייה תלויה בגורל ניחוש או מאורע מקרי יותר מאשר ביכולת.

**כריתת חוזה**

חוק החוזים (חלק כללי)- תשל"ג-1973 אינו מגדיר מה זה חוזה, הגדרת חוזה אינה פשוטה. הוא מתאר בפרק א' איך נכרת חוזה- מה שמקיים פרוצדורה זו היא חוזה ומה שלא- אינו חוזה. לפרוצדורה יש תנאי מקדים והוא הכוונה ליצור יחסים משפטיים.

**איך נכרת חוזה?**

ס' 1 .חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול. החוק מציע את הדרך העיקרית לכריתת חוזה אבל אם יש דרכים אחרות, כל עוד אינן פוגעות באינטרס הציבורי, ניתן לקבלן. דרכים נוספות-

* קונצנזוס- דיון והסכמה.
* הצעות מצטלבות- א' שלח הצעה לב', וב' שלח הצעה לא' ושתי ההצעות שוות בדיוק ושתיהן מביעות רצון ליצור התקשרות משפטית (אפשרי בשוק של ניירות ערך). שתי ההצעות יוצרות חוזה.

**סעיף 2 מגדיר מהי הצעה, מונה את היסודות הנדרשים לצורך הצעה וסעיף 5 מונה את היסודות הנדרשים לקיבול.**

**על מנת שהצעה תהיה הצעה היא צריכה לכלול כמה יסודות מצטברים-**

* **פניה של אדם לחברו- החצנה של הרצון.**
* **הפניה צריכה להעיד על גמירת דעתו של המציע**
* **ההצעה צריכה להיות מסויימת מספיק.**

יכול להיות מצב של פניה, מקרה בו אין גמירת דעת והפניה, היא חלק מהמו"מ ולכן קבלה שלה אינה קיבול.

**קיבול-אותן 3 יסודות-**

* **הודעה של ניצע שמופנית אל המציע-החצנה של הרצון. הבעת רצון מוחצנת שצריכה להגיע לידיעתו של הצד השני.**
* **גמירת דעת.**
* **הקיבול צריך לחפוף באופן מדוייק את תנאי ההצעה. (מקביל מסויימות)**
* **גמירת דעת-** הכוונה הרצינית של האדם להתקשר בחוזה- זהו אינו מושג החופף לכוונה ליצור יחסים משפטיים שהיא תנאי מוקדם להיכנס לחוזים. הכוונה היא תנאי סף שאם אין אותו לא ייבדק אם הייתה גמירת דעת.

גמירת הדעת- רצון עקרוני להגיע לכדי חוזה. אני מוכן לראותי כמחויב בצורה משפטית שאם לא אפעל על פיה תופעל המעטפת החיצונית המשפטית החלה על דיני חוזים. החוק לא בודק גמירת דעת אלא מדבר על העדה לגמירת דעת -הוכחה שאכן יש משהו שמעיד שהייתה גמירת דעת. הנחת המחוקק היא שאם יש הוכחות חיצוניות למצב של גמירת דעת אז היא אכן מתקיימת(בשל בעיות ראיתיות, וההנחה כי הצד השני לחוזה צריך לראות גמירת דעת).

מכלול שלם של סימנים ונסיבות. כמוכן תלוי מה מקובל בציבור ומה מקובל בעיני המתקשרים. לדוג' מקובל כי חוזה נגמר בחתימה ולכן חתימה(הדר חברה לביטוח, דור אנרגיה) היא ראיה חזקה לגמירת דעת, אך אין זה סימן בלעדי.

* **תוכן החוזה/הצעה**- ככל שרמת הפירוט גדולה יותר כך אנו מניחים כי הושקע יותר מחשבה ורצינות- הצעה יותר מפורטת כנראה תעיד על יותר גמירת דעת (כמובן שיכולים להיות מקרים הפוכים). בפס"ד עדני- מסכימים על מקרה מסויים בו ניתן לסגת מהחוזה- כלומר כל שאר המקרים לא יכולים לאפשר נסיגה.
* **מכלול התנהגות בנק' הזמן של הכריתה-** תשלום, לחיצת יד ועוד..ויתור על מו"מים אחרים (דור אנרגיה).
* **התנהגות אחרי המועד בו נכרת החוזה-** האם הצדדים התנהלו כאילו יש חוזה- תשלומים, מסירת מפתח ועוד... ביהמ"ש פוסק פעמים רבות לפי מה שהיה אחרי כריתת החוזה- מצב שהוא כבר ראה את ההתנהגות בדיעבד.

בעיתיות בסעיף זה:הסיבה להעדה על גמירת דעת היא כפולה- 1. קשיים בהוכחה ו2. הסתמכות הדדית של הצדדים שלא יכולים לראות את הסמוי מהעין.

 בזמן כריתת חוזה אדם לא יכול לצפות את ההתנהגות שאחרי, ולכן מבחינת ההבנה של הצד השני, מבחן לגמירת דעת אינו יכול להיות מבחן עתידי.

**סימנים סותרים בוחנים על פי שיקול דעת השופט- מה מעיד בצורה חזק יותר.**

בפס"ד בראשי אומר ביהמ"ש- בכל חוזה יש חובה להעדה על גמירת דעת בכל החוזים. אך ההעדה עשויה להשתנות לפי סוג החוזה. לדוג': בחוזה מתנה -העדה חזקה יותר מצד מי שרוצה את קיום החוזה. בחוזה מתנה אין צורך בהודעת קיבול לכן חשוב לבחון באופן עמוק וזהיר יותר שאכן הייתה כוונה רצון ומחשבה.

את הסימנים החיצוניים מפרשים בד"כ על בסיס אובייקטיבי- איך **אדם סביר** יפענח סימנים אלו. בכפוף ל2 הסתייגויות-

1. **(פרץ בוני הנגב ובראשי**)- אדם **סביר שעומד בנעליים של הצד השני**. כלומר אדם סביר היודע את כל מה שהצד השני יודע, יש לו את הנתונים שעמדו לנגד עיניו של הצד השני-הוא אינו זר לסיטואציה.

פרץ ידעו כי האב לא יודע קרוא וכתוב, לא היה במצב של פיכחון, האב רשום רק פורמלית כבעל הדירה ומעשית הכל מנוהל ע"י הבן, הוא לא הבין את תוכן החוזה, ידע רק שהבן רוצה שיחתום, האב הבין כי אם יחתום יקבל 1000 ₪ -הייתה גמירת דעת- אם יחתום חתימתו שווה 1000 ₪ . אדם זר לא ידע זאת, אך אדם סביר מהצד השני יכול להבין מכך שאין כאן גמירות דעת.

1. **פס"ד הדר חברה לביטוח**- מבחן אובייקטיבי אך **במקרים מאוד קיצונייים** המבחן האובייקטיבי לא יעבוד- או שנאמר שלא הייתה גמירת דעת או שנמצא עילה אחרת לטעון כי החוזה אינו מחייב. מקרה קיצוני לדוג' שצד אחד עשה סימנים המעידים על גמירת דעת אך בפועל הצד הזה לא פעל ברצון חופשי ונשלט ע"י מישהו/משהו. אלו מקרים בהם הצד השני לא יכול לדעת שיש בעיה עם הצד הראשון כי לא ניתן לראות אובייקטיבית כי אין גמירת דעת.

אפשרות שניה היא לומר אדם סביר בנעליו של הצד השני יפענח זאת כגמירת דעת ולכן המבחן האובייקטיבי תקף- אך החוזה לא תקף בגלל עילת- לא נעשה דבר. אדם פעל באופן מכני בלי להבין את מעשיו.

* סעיף 13 לחוק החוזים עוסק **בחוזה למראית עין-** חוזה שנכרת למראית עין בלבד בטל- **פרופ' שלו אומרת כי הוראה זו מיותרת כי חוזה למראית עין בלבד אין בו העדה לגמירת דעת**- המבחן האובייקטיבי הטהור של אדם זר לסיטואציה היה עובד פה וניתן והיה נראה כי יש כאן גמירות דעת. אבל המבחן האובייקטיבי האמיתי מדבר על הבנת הצדדים- וכאן שניהם יודעים כי לא מדובר בחוזה אמיתי ואין כאן התקשרת משפטית אמיתית ולכן לפי מבחן זה אין העדה על גמירת דעת ולכן אין חוזה.(גם אין תנאי סף- אין כוונה ליצור יחסים משפטיים)
* **עיתוי-** מתי צריכה להתקיים העדה על גמירת דעת- **לפי הפסיקה - במועד כריתת החוזה**(עם כי הפסיקה נעזרת גם בסמנים מאוחרים יותר). קדר נ' אתרים- גמירת דעת בנקודת הזמן הרלוונטית וזה רק מה שחשוב- מתי שני הצדדים הגיעו לגמירת דעת משותפת וכרתו חוזה בנק' זו

**לפי הוראת החוק לאו דווקא יש חפיפה בין נק' ההעדה על גמירת הדעת לכריתה**. ייתכנו פערי זמן ומקום- מסעיף 3 לחוק ניתן ללמוד על מקרים בהם בגלל פערי זמן ומקום ניתן תהיה אופציית חרטה. ייתכן והמציע נמצא במקום מסויים רחוק מהניצע. ולכן ייתכן ויעבור זמן עד שהצעה תגיע ותתקבל

לדוג' מציע שולח הצעה בדואר רשום- 2 ימים. ניצע חושב על כך 3 ימים מקבל אותה ושולח תשובה- עוד יומיים משלוח. מתי תהיה העדה על גמירת דעת?

לפי החוק ישנם מקרים בהם המציע יכול להתחרט- **ברוב ההצעות המציע יכול להתחרט עד שהניצע שם בדואר את הודעת הקיבול** (ואז יש מצב בו חוזה עדיין לא נכרת אך הוא מחייב), **ישנם גם מקרים בהם מציע יכול לחזור בו רק עד קבלת ההצעה פיזית לידי הניצע. ניצע יכול לחזור בו עד שתשובתו מתקבלת אצל המציע. בכל פרק הזמן צריכה להיות העדה על גמירת דעת (אחרת זו לא הצעה).**

העדה על גמירת דעת מטעם המציע חייבת להתקיים לכל אורך הדרך עד שניצע שלח את הסכמתו לחובה (ברוב המקרים).

הניצע שולח הצעת קיבול המעידה על גמירת דעתו. גמירת הדעת צריכה להתקיים מרגע ששלח עד הרגע שמציע קיבל תשובתו. כלומר לא ברגע כריתת ההסכם תהיה העדה על גמירת דעת. בודקים את חלון הזמן הרלוונטי לגבי המציע ובודקים את חלון הזמן הרלוונטי לגבי הניצע- הם לא בהכרח חופפים.

העדה על גמירת דעת צריכה להתקיים במועד הרלוונטי לפי החוק- פנים מול פנים- רגע כריתת החוזה- לא פנים מול פנים לפי מה שהוסבר למעלה

* **מסויימות-** הגדרת תוכן החוזה באופן מספיק ברור וסביר. הצדדים צריכים לספק מספיק פרטים לגבי ההסכמות שלהם כדי שיחשב חוזה.

**מהי רמת פירוט מספקת?**

בעבר ביהמ"ש הציב רף גבוה למדי של דרישת פרטים על מנת לתת תוקף לחוזה- רמה גבוה של פירוט של שמות צדדים תאור נכס מהות העסקה מועדי תשלום (וגם אם רק חלק מהמועדים חסרים- אין חוזה) מועד מסירה, העברת בעלות, מי ישא באיזה הוצאות ומסים, מה קורה במקרה של הפרת חוזה ועוד...(כמובן בהתאם לסוג חוזה). התוצאה הייתה בעיתית משום שלפעמים צדדים יכלו להשתחרר מחוזה שנכרת. בד"כ קורה בזיכרון דברים (שמנוסח ע"י הדיוטות). היה לא נוח לשופטים שהיו צריכים לשחרר אנשים מחוזה שברור שנכרת.

מאמצע שנות ה70- פס"ד זנבק נ' דנציגר- החלשות דרישת המסויימות. **1973 נחקק חוק החוזים חלק כללי שקובע מגמה של ליברליזם בהשלמת פרטים** ע"י סעיפים רבים שמשלימים חלקים חסרים בחוזים.

**הריכוך הולך יחד עם שימת דגש על היסוד השני- גמירת הדעת.**

ככל שמתעוררות יותר ספקות לגבי גמירת דעת יש צורך ביותר פרטים- רמת המסויימות עולה ולהפך.

בדנציגר- קודם כל ביהמ"ש בודק עם יש גמירת דעת עם אין גמירת דעת אין צורך לבדוק מסויימות. לאחר שהשתכנע ביהמ"ש כי יש גמירת דעת הוא בודק מסויימות

שמגר- הדרישה למסויימות אינה דרישה למושלמות. הסף המינמאלי לדרישת המסויימות מעומעם. הפרטים הנדרשים הם פרטים המגדרים את מהותה ותחומיה של העסקה. יש מגמה ברורה לצמצם את היקף הפרטים. שמגר יודע כי הוא מתחיל להתוות מסלול חדש בפסיקה. והוא מסביר למה הפס"ד שלו שונה מפסיקה קודמת.פס"דים הבאים במקרקעין הולכים במגמת הריכוך של שמגר.

רבינאי נ' מנשקד- הדגש הוא על גמירת דעת, היא ממוקמת ראשונה ואף היא עולה ראשונה. בפסד זה לא נקבעו כל מועדי התשלום, אין מועד העברת בעלות, אין פירוט על מי חלים אילו מסים- שנים מעטות לפני פס"ד זה היו פוסלים חוזה על דבר כזה ובפסד זה ראו חוסר פרטים אלו כעניין פתיר.

לדוג' בעסקה של מכר דירה עם משוכנעים בגמירת דעת רק צריך פרטים של זיהוי הנכס (תאור הממכר)- איזה דירה נמכרת, מהות העסקה- מכר, זהות הצדדים והמחיר. עדיף שיהיו 2 פרטים נוספים והם מועד תשלום ומסירה אך חוזה יכול להיות תקף גם אם שניהם חסרים וישנה הוכחה חותכת לגמירת דעת.

* **איך משלימים פרטים חסרים-**

ישנם שני תנאי סף שביהמ"ש יבדוק את קיומן לפני שימוש המנגנון השלמת החוזה-

1. יש חוזה ומתקיימת רמת המסויימות המינימאלית הנדרשת- אם אין את זה אין חוזה ולא משלימים מנגנוני השלה. יש חוזה קיים שהשלד הכללי שלו מוסכם ע"י הצדדים.
2. יש חסר בחוזה שדורש השלמה.
* **חסר מדומה**- ייתכן ואנו חושבים שאין בחוזה הגדרה של מהות החוזה- אך לדוג' ברגע שצדדים קראו אחד לשני במילים חוכר וקונה ברור כי יש כאן חוזה מכר גם אם זה לא נאמר מפורשות. ייתכן והדברים נאמרו פשוט לא נוסחו כראוי ויש לגלותה תוך פרשנות. פרטים כאלה עדיף להשלים מתוך החוזה ולא בעזרת מנגנוני השלמה כי עדיף להשלים מתוך פרטים שכבר הוסכמו ע"י הצדדים.
* **חסר מדומה שנובע מהסכם שלילי**-אם צדדים הסכימו כי משהו יהיה מחוץ לחוזה ולכן הוא אינו בחוזה הכנסת של דבר זה דרך השלמה תפגע בצדדים. השתיקה מגלמת הסדר שלילי.
* פרשנות החוזה מתבססת על החוזה עצמו ועל הנסיבות שכוללות חילופי דברים במהלך המו"מ.

אם אכן יש חוסר אמיתי וטעון השלמה משתמשים במנגנוני ההשלמה-

* **מנגנון השלמה הסכמי**- לפעמים ייתכן שהצדדים עצמם לקחו בחשבון את האפשרות שבעת ניהול המו"מ וקביעת החוזה הם פספסו משהו וקבעו מראש את הדרך באמצעותה יושלם החסר עם הוא יתגלה. קיים בעיקר בחוזים בעלי אופי טכני בעלי פרטים טכניים. קיים בעיקר אצל צדדים מיומנים ומנוסים. לדוג' חוזה שקובע מחירים של איזה שהם מוצרים ובמידה ולאחד מהפרטים לא נקבע מחיר המחיר יקבע בהתאם למחירון מוסכם כלשהו. ברוב המקרים אין מנגנון השלמה בחוזה ואם יש הוא מכוון להשלמת סוג מסוים של חוסרים.
* **השלמה באמצעות עקרון הביצוע האופטימלי**- אם מסתבר שיש חוסר טעון השלמה בחוזה ואחד הצדדים מאוד מעוניין בקיום החוזה עד כדי כך שהוא מוכן לאפשר לצד השני את האפשרות הכי טובה לצד השני זה פתרון לבעיית המסוימות. ניתן בטווח מסוים של תנאים-
1. יש טווח נתון של אפשרויות השלמה.
2. אחד הצדדים מוכן להתגמש עד קצה הטווח.

זה פותר את הבעיה כי ברור בשלב זה שיש גמירת דעת ואם פרט זה היה עולה במו"מ הם היו מסכימים עליו ולכן לא מרעים את המצב של אף צד. צד אחד מוכן לוותר והצד השני מקבל את כל מה שהוא רוצה.

* **סעיף 26 לחוק החוזים-השלמת פרטים-** קודם צריך חוזה, צריך שיהיה חסר.
1. מנגנון הגנה הסכמי
2. לפי הנוהג הקיים בין הצדדים- מחייב שהייתה פרקטיקה קודמת בין הצדדים- עשו **כמה** **חוזים** ביניהם ויש אחידות ביניהם לגבי הפרט החסר ולכן נוצר בעניינו נוהג.
3. לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג (אם אין נוהג בין הצדדים)- מה מקובל בחוזים דומים מאותו השוק. אם יש נוהג בתחום זה ילכו על פיו אך ישנם מצבים בהם אין נוהג אחיד. נוהל- הרוב של השוק שמתנהל בדרך מסויימת.
* **הוראות השלמה בחוק**- בחוק חוזים חלק כללי ובדיני חוזים מיוחדים ישנן הוראות הנוגעות לתוכן החוזה.

הוראות קוגנטיות- הוראות כופות, מחייבות. נועדו להתגבר על כשלי שוק ולהסדיר תחומים שכוחות השוק לא השלימו כראוי ונוצרו בהם מצבים לא רצויים.

מנגנוני ההשלמה אינם מתייחסים להוראות קוגנטיות כי אין כאן השלמה- הן כופות את קביעתן. הן מתערבות בתוכן החוזה.

הוראות דיספוזיטיביות- הוראות הנוגעות לתוכן החוזה, הצדדים יכולים להתנות עליה. מכאן שבהגדרה מטרתה להשלים חוסרים בחוזה. הוראות החוק נותנות את המעטפת.

דין מיוחד קודם לכללי. חקיקה ספציפית וחקיקה כללית הולכות יחד הן משלימות זו את זו. ספציפי גובר כשיש שתי תשובות שאין ביניהן התאמה. כי כפי הנראה בחקיקה הספציפית יש יותר סיכוי שהמחוקק ישלים את החוזה באופן תואם עד כמה שאפשר למצב שהצדדים היו מגיעים עליו.

* **איך מבדילים בין הוראה דיספוזיטיבית להוראה קוגנטית-** לפעמים מובן מהחוק ואף כתוב בו (לדוג' חוק המכר ס'4). ישנם מקרים בהם החוק מוגדר כולו כקוגנטי (חוק המכר דירות ס' 7א, חוק המכר ס'16). ברוב הפעמים אין הגרה לא בסעיף ןלא בחוק ואז זו שאלה של פרשנות החוק- אם יודעם שהחוק חוקק על מנת להגין על צרכנים או סקטור חלש בד"כ יחשב קוגנטי- חקיקה רגולטורים- המחוקק רצה לעשות סדר מסויים בשוק.

הוראה כללית ללא שיקולים מיוחדים של התערבות בחוק- חוזים לחופש החוזים- דיספוזיטיבי.

שופטים משתמשים במגוון האפשרויות ולפעמים כשהם משתמשים בדרך אחת הם מזכירים את אפשרויות ההשלמה השונות. יש סדר קדימויות למנגנונים שבד"כ משתדלים לנהוג על פיו (הסדר בו הם מופיעים למעלה).

לקרוא- המעה וקיבול –קרליל

צורת החוזה- הכל חוץ מ-7. 4-6,8-9

22/11/11

פס"ד בית הפסנתר- רשות השידור נהגה לקבל לתוכניות טלויזיה שונות בהשאלה כלי נגינה מחברות פרטיות, כמו בית הפסנתר, ובתמורה הם לא שילמו כסף , פשוט נתנו קרדיט לשם החנות. במקרה זה לקחו פסנתר מבית הפסנתר והתוכנית לא שודרה. בית הפסנתר תבעו משום שלא קיבלו את התמורה שלהם. השופטת לחצה על הצדדים להגיע לפשרה- הפשרה הייתה שרשות השידור תשלם לבית הפסנתר 1380 ₪ , רשות השידור מתחייבת מכאן ולהבא היא תנהג בשוויון במתן ההזדמנות בין בית הפסנתר לכלי זמר. רשות השידור לא הסכימה עם הפשרה של להגיע לשוויון אז היא הגישה בקשה לביטול הפס"ד ( שהוא גם חוזה ). בית משפט השלום כראוי לא קיבל את התביעה. רשות השידור לא ויתרה וערערה למחוזי, המחוזי אמר כי חסרה מסוימות- חסרה משך התקופה שבה יש לנהוג בשוויון. בית הפסנתר ערער לעליון , שעשה סדר, והורה לרשות השידור לקיים את ההתחייבות, השופטת דורנר דוחה את עניין גמירת הדעת, אומרת כי המתמחה היה מוסמך לייצג את רשות השידור, לדבריה אם יש גמירת דעת ללא מסוימות, זה בסדר. לטענתה במקרה והחוזה יופר, לא יוכלו לאכוף אותו משום שהוא לא מסוים דיו, אז במידה והוא יופר, יתנו פיצויים. השופטת בייניש אומרת כי יש תוקף לחוזה משום שישנה גמירה דעת ויש מסוימות במידה מספקת, משום שהפרט שחסר הוא לכמה זמן תקף החוזה, שזאת ניתן להשלים באמצעות החוק. השופט אדמונד לוי הסכים עם השופטת דורנר ולכן פסק דינה נהפך להלכה. אין מזכירים את הפס"ד הזה אלא אם כן רוצים להמחיש שהדרישה למסוימות התרככה. פס"ד עדאני נ' דוד- במקרה זה שופטי הרוב חשבו שאם חסרים פרטי התשלום אז אין מסוימות ואין חוזה. השופט עמית ניסה למלא את החסר בעזרת כמה דרכים- הביצוע האופטימאלי, הנוהג הפרטי, הנוהג הכללי וחוק המכר. דעת הרוב לא מוכנה להשלים את הפרט החסר, לטענתם כל עוד לא הסכימו על העניין הספציפי הזה, אין גמירת דעת.

פס"ד עדני- משלימים רק פרטים שהצדדים לא נתנו דעתם עליו אחרת זוהי התערבות בחופש החוזים. פרט שחסר למרות שהצדדים נתנו דעתם עליו לא ניתן להשלימו ע"י החוק.

הצעה וקיבול-

הצעה לציבור- פס"ד קרליל- חברה שמכרה כדורי עשן נ' שפעת, החברה פרסמה שמי שישתמש בכדורים ויקבל שפעת יקבל פיצוי של 100 פאונד. קרליל קנתה השתמשה ודרשה פיצוי.- לא קיבלה תבעה ערכאה ראשונה טענה כי אין חוזה כי לא היה כתוב כמה זמן וכי יש פרטים חסרים וכי יש העדר גמירת דעת מצד החברה- ההצעה לא משפיק מפורטת- כמה זמן להשתמש מי נמעני ההצעה, מתי לחלות ועוד... ערכאה נמוכה אמרה כי זו פרסומת לא הצעה ואין קיבול.

ערכאה עליון- הכסף הופקד בבנק, יש פירוט, עצם הפרסום , המציע יכול לבקוע את דרך הקיבול. מהמודעה לא משתמע כי הניצע צריך להודיע על קיבול, אלא דרך הקיבול היא התנהגות ע"פ ההצעה. ביהמ"ש אומר כי הפרסום בעיתון הוא לא חוזה אלא הצעה המופנית לכלל הציבור החוזה ייכרת עם מי שיפעל בהתאם לכללי ההצעה.

* אם ברור לנו מתוך ההקשר ונוסח הפניה, שמבחינתו של הפונה כל מי שמוכן להסכים ולקל את התנאים שהוא מציב נכרת עימו חוזה אין סיבה לא לראות בזה הצעה.
* יש מקרים שהמפרסם רוצה לשמור בידיו את השליטה על התהליך עד הסוף ולהחליט עם מי ייכרת חוזה ועם מי לא. אם משתמע בדרך כלשהי מתוך הפרסום זוהי אינה הצעה לדוג' כותרת של מכרז המבקש שישלחו הצעות, הזמנה להציע הצעות, או כותב שאין התחייבות לקבל הצעה כלשהי, מהות העניין- חיפוש עובד, פניה לציבור שיכולה להניב חוזה יחיד בד"כ נצא מנק' הנחה שהמפרסם מעוניין לקבוע עם מי ייכרת החוזה היחיד מבין אלו שיפנו אליו.

לא כל פניה היא הצעה, מכרז לדוג' הוא הזמנה להצעה- בד"כ במכרז יהיה חסר מחיר, ואין בו העדה על גמירת דעת. פניה שאינה הצעה, היא שלב במו,מ וחלים עליה כללים מסויימים.

**ס' 3 מתי יכול המציע לחזור בו מהצעה**. החוק קובע נק' אל חזור עבור המציע גם אם בנק' הזמן הזו לא תמיד נכרת חוזה. מציע יכול לחזור בו מהצעתו כל עוד לא הניצע לא שלח/נתן הודעת קיבול. ברגע שהניצע שולח את הודעת הקיבול (וזה יכול להיות בדואר ולא מידי) המציע כבר לא יכול לחזור בו. כלומר גם כשההצעה נמסרה לניצע, והוא בוחן ובודק אותה עדיין יכול המציע לחוזר בו. הודעת הביטול צריכה להגיע לניצע לפני שזה שולח את הצעתו.

* כריתה לפי תורת השיגור- ברגע שהודעת הקיבול נשלחת יש חוזה- מקובל באנגליה. בארץ

כריתה עם קבלת הקיבול ע"י המציע.

ס3ב'- המציע קבע שהוא לא יכול לחזור בו מהצעתו (לדוג' עד גמר המלאי), או שקבע מועד לקיבולה- לדוג' הצעה בתוקף לחודש- לא יכול לחזור בו. מצב זה מקרא "הצעה בלתי חוזרת" או "הצעה בלתי הדירה". במצב זה נק' האל החזור היא מסירת ההצעה לניצע.

ההצעה תהיה קיימת עד הזמן שננקב (אם ההצעה לחודש היא תפקע לאחר חודש, ואם אין מועד היא תפקע מעליה תוך זמן סביר.

בהצעה רגילה השתהות הניצע היא סיכון שלו. אבל בצעה בלתי חוזרת לניצע יש שקט לחשוב על ההצעה ולא ניתן לבטל ולשנות את ההצעה לכן הוא יכול לשקול אותה ולהחליט אם הוא מעוניין זה או לא.

הצעה בלתי חוזרת מאוד דומה למה שמכונה אופציה.

אופציה היא בעצמה חוזה המתייחס לחוזה אחר שעוד לא נכרת. אחרי שכל הפרטים מסוכמים אך לפני שנכרת חוזה, מוסכם על הצדדים שלאחד מהם יתנן אופציה למשך זמן מסויים לגבי החוזה העיקרי שעדיין אינו בתוקף. הוא יכנס לתוקף אם הקונה יממש את זכות האופציה. חוזה האופציה אומר כי לצד אחד יש זכות האם בכלל ואם כן מתי החזה השני יכנס לתוקף. חוזה אופציה יכול להיות בתמורה. לפעמים עבור זכות האופציה ישלם הצד שמרוצה אותה סכום כסף מסויים. אופציה וחוזה הם שני חוזים שונים מבחינה מהותית (גם אם הם באותו המסמך).

בתקופת האופציה ידיו של נותן האופציה כבולות הוא מחכה לתשובת מקבל האופציה. וזה דומה למצב של התעה בלתי חוזרת שנשלחת לניצע ואז שולח ההצעה כבול ומחכה לתשובת הניצע.

* יש ויכוח בין פרופ' גבריאלה שלו ופרופ' דויטש- מציע נתן הצעה וקבע מועד לקיבולה- האם זו בהכרח הצעה בלתע חוזרת.

פרופ' שליו- כן זוהי הצעה בלתי חוזרת משום שזהו החוק.

דויטש- יש מקים בהם יש מועד אבל ההצעה לא תהיה בלתי חוזרת משום שיש מקרים שנקיבת המועד לא ניתנה על מנת לכבול את ידיו של המציע אלא נועדה לתת תוקף להצעה- זמן פקיעה להצעה. המחוקק קבע כי הצעה שננקב בה ועד היא בלתי חוזרת כי משתמע ממנה שעד שצעה זו המציע לא יחזור בו. אך ייתכן והמציע לא רוצה להשאיר לשיקול ביהמ"ש את מועד פקיעת ההצעה. אם מציע היה אומר זאת מפורשות (הצעה זו תפקע באופן אוטומטי בזמן מסויים אך הוא יכול לחזור בו מעליה גם לפני) מקרה כזה בוודאי שהוא לא הצעה בלתי חוזרת. פרופ' דויטש טוען כי ייתכן ויהיו מקרים בהם זה לא יאמר מפורשות אך זה מה שישתמע ואז זוהי לא הצעה בלתי חוזרת. יש לנסות להבין למה התכוון ולפרש זאת מתוך ההצעה כולה. זהו ויכוח על דיני ראיות ופחות ויכוח מהותי. שינהם מסכימים כי הוראת 3ב היא דיספוזיטיבית- מפורשות ניתן להתנות עליה. השאלה היא רק אם ניתן לקבוע על פי נתון משתמע.

* פס"ד נווה עם נ יעקובסון- מה קורה עם מציע חוזר בו מהצעה בלתי חוזרת?

פס"ד נוה עם נ' יעקובסון נותן תשובה לשאלה- השאלה היא כזאת- מה קורה אם המציע בכל זאת חוזר בו מהצעה בלתי חוזרת כאשר הוא לא רשאי לעשות זאת?? האם אנו נגיד רק שלמציע אין זכות לחזור בו אבל יש לו את הכוח לחזור בו? או שנגיד שאין לו גם את הכוח לחזור בו? ז"א אם אין לו את הזכות אך יש את הכוח המשמעות היא שהמציע אומר לניצע שהוא מבטל את ההצעה, אפשרות אחת זה נכון ההצעה כבר לא קיימת, יש לו את הכוח לעשות זאת אך הוא הפר את החובה שלו לא לבטל אותה ולכן ינקטו נגדו סנקציות. אפשרות נוספת היא שאין לו גם את הכוח לחזור בו מההצעה, האמירה של הביטול לא אומרת כלום. התשובה שניתנת בפס"ד היא התשובה השנייה, המשמעות של סעיף 3ב שלמציע אין את הכוח המשפטי לחזור בו מהצעתו הבלתי חוזרת לאחר שהיא נמסרה לניצע, הניצע יכול להתעלם ממנה. ניתן להסיק שאותו דבר גם בהצעה רגילה אם הניצע כבר שלח את הודעת הקיבול, למרות שההודעה עוד לא הגיע למציע, אם המציע יודיע לו על ביטול ההודעה, הקיבול בכל מקרה יפעל.

למציע אין את הכוח המשמעותי לחזור בו מהצעה בלתי חוזרת. החזרה היא חסרת משמעות והניצע יכול לבצע קיבול. ניתן להסיק מכך גם על הצעה רגילה- אם המציע שלח הודעה הניצע יכול לקבלה ללא יכולת של המציע לחזור בו.

**מתי הצעה פוקעת.**

* הצעה תפקע כשהמציע מבטל אותה ובלבד שהוא עושה זאת במועד.
* צריכה להיות פרופורציה בין האופן בו נמסרה ההצעה והאופן בו המציע חוזר בו (לא יכול לפרסם הצעה בעמ' ראשון בעיתון נפוץ ולחזור בו בעמ אחרון של שבועון זניח)
* ס'4 הצעה תפקע מעליה באופן אוטומטי מבלי שמציע יחזור בו- זמן מסויים או מה שכתוב בהצעה- עד מה שקבוע בה.
* ס4(1) כשהניצע דוחה את ההצעה.- ההצעה צריכה להידחות שאופן ברור (אין דרישות פורמליות)

כאשר הניצע לא דוחה הצעה בשלמותה אלא משנה אותה- קיבול בשינוי הוא איננו קיבול אלא הצעה חדשה. אך האם זה אומר דחיה של ההצעה הראשונה? (פס"ד נווה עם) לא בהכרח- בפס"ד זה ביהמש אומר כי יש הבדל בין הצעה רגילה להצעה בלתי חוזרת לגבי מידת המובהקות של אקט הדחיה. כאשר מדובר בהצעה בלתי חוזרת אנו נחפש אמירה ברורה וחד משמעית כדי להסיק ממנה דחיה של ההצעה.בהצעה רגילה שנמסרה לניצע, אך הניצע עדיין מתלבטת- אין לניצע ביד כלום מבחינה משפטית- הוא רק יכול לקוות שעד שהוא יבצע קיבול המציע לא יתחרט. לעומת זאת בהצעה בלתי חוזרת לניצע יש זכות משפטית חזקה ביד "שקט תעשייתי" לכך שלתקופת זמן נתונה הוא המחליט וידי המציע כבולות. אדם לא מוותר בקלות על זכות ממשית שיש לו ולכן כדי להסיק שהניצע ויתר על ההצעה לפני תום התקופה יש לחפש אמירה מאוד ברורה לדחייה (שהרי למה ניצע לא ישאיר הצעה פתוחה וכך ישאיר לו אופציות פתוחות).

ניסיון מצד ניצע לשנות את תנאי ההצעה ךאו דווקא יהיה ביטול ההצעה. ניסיון למו"מ על מחיר ע"י גישושים אינו דחיית הצעה (זאת לעומת קביעה של הניצע- אתה מציע מאה בפחות מ90 אני לא קונה- דחיה). גישוש- בדיקת אופציה. (אתה רוצה מאה אני מגשש ובודק האם תוכל לרדת ל90- אם לא עדיין אקנה).

* ס' 4 2- מוות של מציע או ניצע, או כינוס נכסים, צו פירוק או הכרזה של פסול דין על אחד הצדדים.- מוות פיזי או משפטי של המציע או של הניצע יגרום לפקיעת ההצעה אך ורק אם הוא מתרחש לפני שהניצע נתן את הודעת הקיבול- נק' האל חזור בהצעה רגילה. רלוונטי גם להצעה בלתי חוזרת- מוות של אחד הצדדים יגרום לפקיעת ההצעה. באופציה מוות של אחד הצדדים לא מבטל את ההצעה.

קיבול-

* ס'5 – נעשה בהודעה למציע. השלמת קיבול וכריתת חוזה- כשהודעת הקיבול נמסרת למציע.
* ס' 6א- קיבול ניתן לבצע לא רק בהודעה אלא גם בהתנהגות אם גכך משמץע מההצעה- תחילת ביצוע החוזה (לדוג' תשלום) או התנהגות אחרת- תלוי באופן בו יגדיר המציע את הקיבול.(המציע שליט על הצעתו והוא יכול להגדיר במסגרת הגדרתו את ההצעה את תנאי הקיבול לפי רצונו). אם ניצע יחליט לשנות הקיבול הנדרש (לדוג' שלח צ'ק במקום מזומן) הוא בעצם מציע הצעה חדשה והופך למציע. אם מציע לא קובע דרך קיבול ברירת המחדל היא ס' 5-הודעה.

(60א- הודעה- דרך מקובלת לנסיבות. ) בהרבה מקרים של הצעה המופנית לציבור דרך הקיבול היא בהתנהגות.

קיבול ע"י הודעה- רגע מתן הודעת הקיבול הוא משמעותי- מצתי המציע יכול לחזור בו ומתי הצעה תפקע בעקבות מוות. רגע מתן הודעת הקיבול במקרה של קיבול ע"י התנהגות- ההתנהגות היא שוות ערף למתן הודעת הקיבול- פשוט ליישום כאשר מדובר בהתנהגות מידית. אך במקרים בהם ההתנהגות היא ארוכה, האם רגע מתן ההודעה זה הבהחלה של הביצוע באמצע או בסוף?

לקרוא- תשובה בר נתן, צורת החוזה הכל חוץ מ7

24/11/11

קיבול באמצעות התנהגות- תלוי בנסיבות האם תחילה אמצע או סוף ההתנהגות.

-דוג' ניסוי שמחייב מעמד של 10 ד' בפריזר תמורת 100 ₪. לא ניתן לבטל את החוזה לאחר שמתנדבים כבר נכנסו לפריזר.

- נדבן מציע 10 מיליו דולר למצוא תרופה לשפעת. מדען מחליט שכל עוזריו והוא יעבדו על זה במקום מה שעבדו עליו. אחרי שבוע הנדבן משנה את הפרש מפרס על תרופה לשפעת לפרס על פלאפון חדש. האם נדבן יכול לבטל חוזה? כן משום שהקיבול זה רק מציאת תרופה לא לעבוד עליה.

אחרי שנה אם המדען על סף פריצת דרך וכבר יש לו משהו שמתחיל לעבוד- אז לא ניתן יהיה לבטל את החוזה.

הקביעה של החוק בס' 6א לעניין סעיפי 3א4 (2) דין הקיבול ע"פ ההתנהגות הוא מורכב ותלוי נסיבות. ופרופ' שלו מציע גם להשתמש בעקרון תום הלב לגבי הביטול.

המציע הוא שקבע את דרך הקיבול במפורש או משתמע ואם לא קבע אז הדרך היא ברירית המחדל- הודעה.

האם מציע יכול לקבוע ששתיקה היא קיבול? אפשרות כזו גורמת למעשה חד צדדי שכופה על מישהו אחר להגיב- לבצע מעשה אקטיבי. ולכן סעיף 6(ב) קובע כי קביעה כזו של קיבול כחוסר תשובה לא קביל.

זהו סעיף דיספוזיטיבי ואם שני הצדדים רוצים הם יכולים להחליט כי שתיקה היא הסכמה- מחייב הסכם מראש והתניה על הסעיף.

ס' 6 (ב) נועד להגן על ניצעים כדי שלא ניתן יהיה לכפות עליהם להגיב. הוא לא נועד לטובתו של מציע שהעלה את התנאי של שתיקה כקיבול- זו לא התכלית של ס' זה.

יכול להיות מצב בו ההסכמה בשתיקה היא משתמעת- לדוג' מו"מ ארוך בשלביו האחרונים כשל מה שנשאר זה פינג פונג של טיוטות חוזה ומשנים רק פה ושם מילה- אם מישהו לא יגיב- זו לא ביטול זו קבלה.

ס7 – עוסק בהצעה מזכה. חוזה במסגרתו הניצע מקבל רק זכויות ואין לו חיובים. בהצעה כזו קיבול יכול להיעשות ע"י שתיקה ומי שלא מעוניין צריך באופן אקטיבי לדחות את ההודעה (בדיוק הפוך מהצעה רגילה). החוק משנה את עמדתו כדי להיות יעיל. רוב בני האדם אם נותנים להם משהו שרק מזכה הם מסכימים, ולכן אין טעם להטיל על ניצע נטל של אי קבלה. המיעוט שלא יקבל צריך להודיע.

מתי יכול להתחרט מציע על הודעה מזכה?

ההצעה היא הצעה מרגע שיצאה מן המציע. הקיבול הוא שתיקה. הקיבול קורה עם קבלת ההצעה ע"י הניצע במידה ולא הודיע שהוא לא מקבל. החוזה נכרת אחרי פרק זמן סביר. או נכרת מידי חוזה על תנאי

9(א) קיבול של הצעה לאחר שפקעה זו כבר הצעה חדשה. הוא בעצם משנה את רכיב הזמן בהצעה.

11- שינוי או תוספת בהצעה הם הצעה חדשה.

10- כל עוד המציע לא יודע על הקיבול או כי ההתנהגות שהיא שוות ערך לקיבול לא הגיע לידיעתו-הניצע יכול לחזור בו- אין אינטרס הסתמכות כל הצד השני. אם 2 ההודעות נמסרות בו זמנית הודעת החזרה גוברת. אבל אם אחת מקדימה ההודעה שמקדימה היא התופסת.

8(ב)- סיטואציה בה ניתן להצדיק את שני הצדדים. מה עושים במצב בו הודעת הקיבול נמסרת למציע באיחור מסיבה שלא תלויה בניצע ולא הייתה ידועה לו.- החוזה נכרת. אלא עם הודיע המציע לניצע על דחיית הקיבול ברגע קבלת ההודעה.

פס"ד תשובה בר נתן- יש ויכוח שנרמז בפסד תשובה נ' בר נתן ע"י השופט בירקל. השאלה היא אם מציע נתן הצעה וקבע מועד לקיבולה, האם זו הצעה בלתי חוזרת בהכרח? ד"ר שלו אומרת שכן כי כך כתוב בחוק. פרופ' דוייצ' אומר שיש מקרים שלא, אם מתוך הקשר ההצעה ניתן להבין שנקיבת המועד לא נועדה לכבול את ידי המציע לפרק זמן נתון אלא להגדיר מראש את פרק הזמן שבעקבותיו תפקע ההצעה. פס"ד תשובה נ' בר נתן. שניהם היו בעלים של קרקע וההסכם שלהם היה שאם מישהו רוצה למכור את חלקו, עליו לתת זכות קדימה לצד השני, ולהציע את חלקו קודם כל לשותף הקיים. פה היה סעיף שעל ההודעה להיות בדואר רשום. בר נתן הציע לו לקנות את החצי שלו תמורת 220, תשובה אמר שהוא רוצה לקבל דואר רשום. אחרי שהוא דיבר איתו טלפונית, שלח פקס והוציא דואר רשום, באותו יום בר נתן הרים טלפון ואמר שהוא משנה את ההצעה ל247 וגם אותה שלח בפקס ודואר רשום. המכתב הרשום השני הגיע יום אחרי המכתב הראשון. בהמ"ש קבע שהודעת הביטול הטלפונית תופסת, ולכן ההודעה על ביטול הגיעה לפני ההצעה לתשובה.

?מה היה קורה עם 2 ההצעות היו מגיעות באותו הרגע?אם ההצעה הבלתי חוזרת והודעת החזרה ממנה מה שגובר זו ההצעה (ס3(ב)).

צורת החוזה-

האם הרצונות של צעה וקיבול צריכים לבוא לידי ביטוי בצורה מסויימת על מנת שיהיה תוקף לחוזה?

* נגד- הצדדים יכולים לעשות את החוזה איך שהם רוצים. עקרון חופש החוזים- לעצב את צורת החוזה.

יעילות- זרימה של חיי מסחר. לאפשר עשיית חוזה גם ללא עו"ד- אם הכללים הפורמלים הם מורכבים לא כל אחד יוכל לעשות חוזה. ובמקרים של חוזה ללא יעוץ משפטי ברגע שהחוזה יהפוך ללא נוח לאחד הצדדים הוא יוכל בקלות למצוא פגם פורמלי בחוזה ולהשתחרר ממנוץ

* בעד- יתרונות לדרישה צורנית פורמלית- חוזה תקף רק בכתב.
1. הבטחת רצינות המתחייבים- גמירת דעעת. המו"מ פעמים רבות מתנהל בע"פ. אם ברגע שהגענו להסכמה אין שום שינוי המעבר בין המו"מ לחוזה הוא כמעט בלתי מורגש וזה לא מאפשר את אותה התכוננות ונכונות לכניסה לשלב ממנו אין נסיגה. ריטואל פורמלי- העלאת ההסכמות על הכתב מבטיח כי אכן הייתה גמירת דעת. ההפרדה יוצרת רצינות.
2. יתרון הוכחתי- דיני ראיות. קל יותר להוכיח שהיה חוזה ועל מה הוסכם בו. קשה להוכיח חוזה בע"פ.
3. מישור הפרשנות- כשאנו מסכימים בינינו בע"פ אין הקפדה על האופן בו הדברים מנוסחים ולאחר מכן קשה להבין מה בדיוק הייתה הכוונה. דברים בכתב, מתועדים לנצח, ויש תשומת לב לניסוח שלהם וזה מוביל לפחות קשיים פרשניים. ואם יתעורר קושי כזה יש ם מה לעבוד כי יש טקסט.

בדר"כ נמצא בשיטות משפט את 2 הגישות באופן מעורב. בד"כ השאלה היא מה הכלל ומה החריג- האם חוזה יכול להיעשות איך שרוצים והחריג הוא לעשות פורמלית ולהפך. חופש החוזים מכתיב שלא תהיה דרישה פורמלית ובמקרים בהם יש דרישות מיוחדות דורשים צורה פורמלית

ס23- חוזה יכול שיעשה בע"פ בכתב או בצורה אחרת. אלא אם הייתה צורה מסויימת תנאי לתוקפו ע"פ חוק או הסכם בין הצדדים.

הצדדים יכולים להסכים על כל צורה אלא אם הסכימו על צורה אחרת- החריג של ההסכם הוא לא חריג אלא חלק מהחוק. החריג האמיתי הוא החוק- אם יש בחוק דרישה מסויימת לצורת החוזה.

דרישת צורה בד"כ מתכוונת לכתב.

ס8 לחוק המקרקעין, 5א לחוק המתנה, 9 לחוק המתווכים במקרקעין, חוק יחסי ממון בין בני זוג ועוד...

חוק הגנת הצרכן-יש דרישות לפונט (לא מוטה), יש דרישה לגבי צבע

ע"פ פסיקה אנו מגלים כי דרישות הכתב בחוזים השונים נחלקות ל2 סוגים עיקריים-

1. דרישות כתב ראיתיות-
2. דרישות כתב מהותיות-

כאשר יש בחוק דרישת כתב מהותית המשמות היא שאם החוזה נעשה בע"פ אין לו תוקף. היא מצטרפת כדרישה נוספת לדרישות של פרק א' לחוק החוזים כדי שהחוזה יהיה תקף- הצעה קיבול וכתב.

דרישת כתב ראיתית נוגעת לענייני הוכחה- ולא לענייני דים מהותי. חוזה שהדרישה לגביו היא ראיתית והוא נעשה בע"פ אזי החוזה תקף. אך אם יהיה סכסוך בין הצדדים והם יגיעו לביהמ"ש החוק כמעט מונע את הוכחת החוזה. הצד הטוען שיש חוזה חייב להציג מסמך כתוב. וללא מסמך כתוב ביהמ"ש לא יקבל את הטענה.

אם אין סכסוך בין הצדדים לא משנה איך נערך החוזה כי הם יבצעו את החוזה ביניהם. זה לא מגיע לפתחה של מערכת המשפט ולכן לכאורה העניין לא רלוונטי. אם יש סכסוך לכאורה שוב אין הבדל כי אם יש סכסוך ואחד הצדדים תובע- אין חוזה בדרישה מהותית- אין חוזה. דרישה ראיתית- עדיין יפסיד- אין הוכחה לחוזה. אם כך מהו ההבדל ביניהם?

צורת החוזה- סעיפי החוק ולחזור על מה שכבר קראנו. במו"מ- ספקטור (קראתי) ובית יולס-מס' 2

29/11/11

צורת החוזה-

לפי ס' 23 חוזה יכול להיות בכל צורה. עקרון זה כפוף לעובדה שבחוקים מסויימים יש דרישות צורה ביחס לחוזים ספציפים כשבד"כ הכוונה היא לכתב. דרישות הצורה שמפוזרות בחוקים שונים לא עשוייות מעור אחד. יש 2 סוגים שונים

1. דרישות ראיתיות
2. דרישות מהותיות

ההבחנה הבסיסית ביניהן היא שדרישה מהותית היא תנאי לתוקף החוזה ואילו בדרישה ראייתית אינה מונעת את תוקף החוזה אך אם יתעורר סכסוך הדרישה היא שהוכחת החוזה תעשה באמצעות מסמך כתוב כלומר מגבלה על אופן הוכחת החוזה בביהמ"ש.

להבחנה זו לכאורה אין משמעות מעשית.

אם אין הפרה- לפעמים גם כאשר אין הפרה ביצוע של חוזים מסויימים מחייב היזקקות לפרוצדורות מנהליות. לדוג' עסקת מקרקעין בה יש צורך לבצע רישום בפנקסי המקרקעין, הצדדים לא יכולים להשלים בעצמם את החוזה. רשם המקרקעין ידרוש חוזה כתוב בגלל החוק.

ודאי שבמקרים של הפרה בהם אנו נזקקים למערכת המשפט ושם חוסר מענה על הדרישה המהותית תוביל לכך שאין חוזה.

בסכסוך ראייתי יכול להיות סכסוך פרשני על החוזה, עובדה שלא שנויה במחלוקת לא טעונה הוכחה ולכן ייתכן מצב שלא יהיה חוזה כתוב אך 2 הצדדים הסכימו כי יש חוזה בע"פ. אם החוזה נכרת בע"פ ויש דרישה מהותית ההסכמה של הצדדים אינה רלוונטית. אך אם הדרישה היא ראייתית והצדדים מסכימים כי היה חוזה ביהמ"ש כן ישמע טענותיהם.

* הודעה של הנתבע על קיומו של חוזה, בדרישה ראייתית , תספק את ביהמ"ש כהוכחה כי אכן יש חוזה.

מההבדל הבסיסי בין 2 הדרישות נגזרים 2 הבדלים נוספים-

1. **תזמון- מתי נכתב החוזה-**

**דירשת כתב מהותית**- הצדדים צריכים לעלות את ההסכמה והקיבול במועד כריתת החוזה. המסמך צריך להיווצר ברגע כריתת החוזה.

**דרישה ראיתית** אין הכרח שהמסמך הכתוב יהיה החוזה ואין חובה שהמסמך שיובא יהיה מרכע כריתת החוזה. לדוג' קבלה שהוציא צד כלשהו וכתב עליה מועד אספקה. היא מסמך המוכיח שנכרת חוזה בין הצדדים למרות שהוא לא החוזה אלא מסמך מאוחר לחוזה שנעשה תוך כריתת החוזה- לא חוזה שיהיה המסמך עצמו. דוג' נוספת- מכתב בין הצדדים המדבר על העסקה שכרתו.

1. **הקף המסמך הכתוב-**

**מהותית**- כל פרטי החוזה, כל ההסכמות החוזיות צריכות להיות במסמך. המסמך צריך לשקף את כל ההחלטות שהתגבשו במו"מ.

**ראייתית**- אין הכרח כזה- צריך מסמך שיעיד על כך שהיה חוזה. מספיקה ראשית ראיה בכתב.

לדוג' ראובן ושמעון כורתים חוזה למכירת דירה ועושים מסמך- ראובן מוכר לשמעון את הדירה יתר הפרטים יסוכמו בע"פ- מסמך זה מקיים דרישה ראייתית יש הוכחה לחוזה. אך הוא אינו מקיים את הדרישה המהותית- לא כל ההסכמות נמצאות בכתב.

איך מבדילים בין הדרישות?

מה החוק התכוון- פרשנות. תורת הפרשנות התכליתית- מה התכלית שעומדת ביסוד אותו טקסט משפטי, מדוע המחוקק טרח לסטות מהעיקרון הקבוע בס' 23 שחוזה יכול להיעשות בכל צורה ולקבוע שחוזה מסויים יעשה דווקא בכתב..

מהותי-

* למנוע חיפזון בחתימה
* רצון להגן על צד חלש (לא רק פיזי גם מבחינת מומחיות וידע).

בפס"ד גרוסמן אנו רואים שיטות נוספות (בגלל שהפס"ד ישן)- השופט זוסמן בודק נוסח חוק בהצעה לעומת נוסח שהתקבל. עושה השוואה לשונית בין ס' 7(א) בחוק המקרקעין לס' 8. היום משתמשים פחות בצורות הוכחת אלו. גם זוסמן בודק את מטרת המחוקק.

ס' 23- זולת אם הייתה דרישה מסויימת תנאי לתוקפו- דרישה מהותית. חוק החוזים לא עוסק בענייני ראיות.

דרישת הצורה שיש לגביה הכי הרבה פסיקה היא זאת שבס' 8 לחוק המקרקעין ולכן כל ההלכות החשובות שנקבעו במהלך השנים נקבעו על גבו של סעיף זה. זאת משום זהו סוג עסקה מאוד נפוץ שרוב האנשים מבצעים לפחות פעם אחת בחיים. זוהי עסקה ששוייה הכספי הוא גבוה ובד"כ סכסוך במקרה כזה לא יגמר במחוזי אלא יגיע לעליון. בד"כ ההלכות שנקבועות בפסיקה על סעיף זה הן הלכות כלליות לדרישת הכתב. ולכן יש לפסיקה בתחום השלכות על תחומים אחרים בהם יש דרישת כתב.

* ס' 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמנית- חלק ראשון קובע שכל חוזה שיש לגביו נוהג לעשותו בכתב מהרגע שהתבסס נוהג כזה קיימת לגביו דרישת כתב ראייתית. נוהג יכול להיות נוהג כללי או ענפי ואף נוהג פרטי(פרשנות לפי הפסיקה)

ס' 8 לחוק המקרקעין דורש הסכם בכתב.

ברוב שיטות המשפט המערביות המודרניות חוזי מקרקעין מחייבים כתב. בחלק מהן זוהי דרישה מהותית ובחלק ראייתית. הסיבה היא שגם היום עסקת מקרקעין נתפסת כמשהו ששונה מעסקה אחרת בעיקר בגלל המשמעות הכלכלית הניכרת אך גם בגלל הקשר המיוחד שבין אדם למקרקעין (נחלת אבות, בית), זהו נכס ייחודי בכמות מוגבלת, ולכן לאורך ההיסטוריה יש התייחסות מיוחדת לנכסים אלו וזה בא לידי ביטוי במשפט, לדוג' מיסוי מקרקעין הוא נפרד ממיסוי על נכסים אחרים. דרישת הכתב של ס' 8 חלה על "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין". בס' 6 עסקת מקרקעין מוגדת כהקניה רצונית של בעלות או זכות אחרת המקרקעין:

1. בעלות,
2. שכירות, (החוק מבחין בין שכירות של עד 5 שנים-שכירות, 5-25 חכירה, 25 והלאה חכירה לדורות).
3. משכנתא,
4. זיקת הנאה (שימוש שאינו כרוך בהחזקה- זכות מעבר לדוג'),
5. זכות קדימה (התחייבות להצעה ראשונה לאדם מסויים במקרה של מכירת הנכס)

אלו הן הזכויות במקרקעין והקנייה של הזכות היא עסקת מקרקעין ונעשת באמצעות מרשם במקרקעין. ההקניה אינה מיידית וכרוכה בפרוצדורה ואישורים שונים ולכן עסקת מקרקעין נעשית ב2 שלבים-

1. התחייבות לעשות עסקת מקרקעין- זהו החוזה. (ס' 8)
2. ביצוע ההתחייבות (במקרקעין באמצעות מרשם) ואז זוהי עסקה.
* חוק המקרקעין נכנס לתוקף ב1969 על חוזים שנכרתו לפני שנה זו הוא לא תקף ואין זה נדיר שגם היום מגיעים לביהמ"ש סכסוכים מלפני 69. על חוזים אלו (שייתכן ואף נעשו בע"פ) הפסיקה קבעה כי יש נוהג קבוע, שאין צורך להוכיח, שיש צורך דרישת כתב מתוקף הנוהג במקרקעין ( ואז אם זה נוהג חל עליו ס' 80 לפרוצדורה) וזוהי דרישה ראייתית כלומר יש לחוזה תוקף גם אם נעשה בע"פ.
* ס' 79(א) לחוק המקרקעין קובע על אף האמור בסעיפים 7-8 שכירות לתקופה של עד 5 שנים אינה טעונה רישום ואינה טעונה מסמך בכתב. אך גם לגבי שכירות זו יש נוהג של ביצוע הסכם בכתב לכן ישנה דרישה ראייתית מתוקף ס' 80 לפרוצדורה (ולא ס' 8 למקרקעין).
* המשפט המודרני מאפשר למכור כל סוג של נכס. נניח כי א' הוא בעלים של מקרקעין והוא מתחייב להקנות בעלות במקרקעין לב'. החוזה נעשה ב1/1 והוא מתחייב להקנות בעלות ב1/8- זוהי תהחייבות לביצוע עסקת מקרקען- טון מסמך בכתב.

ב1/4 ב' מתחייב להקנות את אותו הנכס לג' (אין בעיה שאדם שאינו בעלים יתחייב להקנות בעלות עתידית). זוהי גם התחייבות לעסקה במקרקעין, גם היא טעונה מסמך כתוב. ב' יכול למכור לג' זכות חוזית- הזכות לקבל בעלות בנכס מא'. המשמעות היא שבבוא היום א' יקיים את ההתחיבות כלפי ג'. אם ב' מוכר את הזכות לג' הוא כבר לא עושה עסקה במקרקעין, הוא מוכר זכות ולכן אין צורך בדרישת כתב מהותית(ייתכן ויש ראייתית מתוקף נוהג). יש שורה של פסד"ים שקבעו כי זוהי אינה עסקת מקרקעין אלא מכירת זכות. במציאות הישראלית מתבצעות המון עסקאות כאלה- חברות קבלניות בונות שכונות שלמות ולוקח שנים רבות על שדירות נרשמות בפנקסי מקרקעין על שם הרוכשים. ולכן ייתכן מצב בו אנשים גרים בדירה שלא רשומה על שמם וכשהם ימכרו את הדירה הם יוכלו לבחור בין חוזה למקרקעין לבין המחאת (מכירת) זכות.

* בהצעת חוק דיני ממונות- בסעיף המקביל לס' 8 גם התחייבות להעסקה וגם המחאה של זכות במקרקעין יש דרישת כתב מהותית על 2 צורות העסקה.

בפס"ד גרוסמן- ניתן להפיק 2 תובנות

1. האופן בו מברר ביהמ"ש האם מדובר בדרישה מהותית או ראייתית
2. ע"פ בירור זה בגרוסמן ס' 8 הוא קביעה מהותית.

הפס"ד לא מתמודד עם השאלה הנוגעת להיקף דרישת הכתב- האם היו מספיק פרטים, האם החתימה היא משמעותית ועוד... זהו פס"ד ישן ולכן כשהתעוררה שאלה לא דנו בה.

זוסמן קובע כי מה שהצדדים קבעו כי החוזה נכרת בע"פ ואז הם הסכימו כי החוזה יעלה על הכתב. הצדדים לא ראו את המסמך הכתוב כחוזה. המסמך רק שיקף חוזה שכבר נעשה ביניהם בע"פ. אם זו הטענה והקביעה היא שהדרישה מהותית לטענת התובע לא נעשה מסמך ולכן ברור כי אין חוזה. עד 69 דרישת הכתב הייתה ראייתית לפי הפרוצדורה ולכן העו"S של גרוסמן האמין כי יוכל לטעון לפי דרישה ראייתית. ובפס"ד גרוסמן השופטים פירשו בפעם הראשונה את הדרישה בחוק כדרישה מהותית.

פס"ד קפולסקי- תובע הגיד תביעה כשהוא מצרף מסמכים שאינם חוזה- קבלה ותוכניות חתומות ע"י הצדדים. בזמן שהתיק היה במחוזי ניתן פס"ד גרוסמן ולכן התובע תיקן את התביעה וטען כי המסמכים שהוא נתן הם החוזה. עו"ד של קפולסקי טוען כי נכון שהדרישה מהותית והחוזה צריך להיות הכתב אך מבחינת הקף הדרישה אין קביעה מה צריך להיות רשום ולטענתו כי ההקף לא השתנה מחוק הפרצדורה- כלומר לא כל הפרטים אלא מספיקה "פיסת כתב". לעומת זאת טוענים המשיבים כי המסמך חייב להכיל את כל התנאים המהותיים. אין כאן הבדל רק בתזמון המסמך אלא גם בהיקף המסמך.

ביהמ"ש מקבל את הטענה של המשיבים- גני גולן. ביהמ"ש מוכן להניח טובת התובעים כי המסמכים שהגישו הם חוזה (למרות שברור שהם לא) ולבחון את ההקף הנדרש- ביהמ"ש עושה זאת כדי לבאר את הפרטים עכשיו ולמנוע התדיינות פרשנית נוספת על החוק הזה.

במסמכים שהגיש קפולסקי אין את כל הפרטים הנדרשים.

אם מחברים את ההלכה של גרוסמן ושל קפולסקי- יש דרישה מהותית של חוזה בכתב. זוהי דרישה מהותית מורכבת שקשה ליישמה משום שיש להכניס הרבה מאוד פרטים על מנת בחוזה יתקיים. אם מדובר בחוזה שנעשה בין הצדדים ללא עו"ד, בצורה של זכרון דברים לדוג' הם לא מפרטים יותר מדי ואחד הצדדים יוכל לסגת מהחוזה שחתמו עליו בקלות בטענה כי לא עולה על ס' 8 לחוק המקרקעין- שחרור מעניין טכני.

עם הזמן דרישת מסויימות הצטמצמה, הגישה משתנה גם לגבי ס' 8 בגלל כל הסיבות שמסויימות השתנתה. בתחילת שנות ה80 ביהמ"ש מצמצם את היקף הפרטים ההכרחיים לצורך קיום דרישת הכתב(רבינאי נ' מנשקד). הפרטים הדרושים למסויימות אלו הפרטים הדרושים לדרישת הכתב. מנגנוני ההשלמה עושים השלמה כפולה בו זמנית.

* ייתכן ותהיה הסכמה שעונה על המינימום של דרישת המסויימות אך לא כל ההסכמות עלו על הכתב ולכן לא יהיה תוקף לחוזה כי לא כל התנאים הנדרשים מופיעים בחוזה הכתוב. לא ניתן גם להשלימן כי משלימים רק פרטים שלא הוסכם לגביהם.
* הוסכמו כל פרטי המינימום של המסויימות, והוכנסו כולם למסמך הכתוב- יש חוזה
* הצדדים הסכימו על יותר פרטים מהנדרש בדרישת המסויימות וכולם נכנסו לחוזה הכתוב- יש חוזה
* הצדדים הסכימו על יותר פרטים מבחינת מסויימות. רק המינימום ההכרחי לדרישת המסויימות הוכנס למסמך הכתוב- אין תוקף לחוזה. דרישת הכתב המהותית קובעת כי הפרטים המינימאליים חייבים להיות בכתב אך אם יש הסכמות נושפות בם הן חייבות להיות בכתב. כל ההסכמות חייבות להופיע במסמך הכתוב אחרת לא יהיה תוקף לחוזה.
* מקרה קודם, בו הפרטים שהסכימו עליהם ולא נכנסו לחוזה זהים לפרטים שניתן להשלים ע"י מנגנוני ההשלמה ויש עליהם הסכמה של הצדדים- חוזה יהיה תקף (ביהמ"ש רצה להקל).

שאלה נוספת שעלתה אגב ריכוך דרישת הכתב היא האם החתימה היא מדרישת הכתב. שאלה זו עולה כבר בפס"ד גרוסמן שם השאלה הושארה בצריך עיון. השאלה חזרה בתחילת שנות ה80 כשביהמ"ש היה במהלך צמצום היקפה של הדרישה של סכיף 8' ולכן הוא לא העבה אותה בדרישת חתימה. בשורה של פסד"ים (לדוג' בוטקובסקי נ' גת) נקבע כי חתימה אינה חלק מדרישת הכתב. ביהמ"ש קובע כי ס' 8 לא קובע מפורש כי צריך חתימה לכן דרישת הכתב לא מצריכה חתימה אך ביהמ"ש כמעט תמיד קובע כי אם אין חתימה אין גמירת דעת ולכן חוזה עדיין יפסל. אם יש מקרה שביהמ"ש השתכנע כי למרות העדר חתימה אם הצדדים גמרו בדעתם, העובדה שהמסמך לא חתום אם יש בו מספיק פרטים לקיים את דרישת הכתב- המהסר יהיה תקף.

1/12

במחצית השניה של שנות ה80 תחילת שנות ה90 אנו עדים לריכוך נוסף של דרישת הכתב-

בפס"ד 475/87 אהרונוב נ' אהרונוב- לגב' אהרונוב הייתה דירה, 6 שנים מאוחר יותר היא נישאה לאדון אהרונוב- אלו היו נישואים שניים והם לא היו צעירים. לבעל היה סכום כסף שקיבל מדירה שנמכרה לאחר נישואיו הראשונים. הם עשו עקסה- הוא ישקיע כסף בשיפוץ הדירה והיא תעביר מחצית מהדירה על שמו. מכיוון שאלו בני זוג עם ניסיון קודם הם עשו בינהם מסמך עם כותרת הסכם.

הדירה שופצה, שיפוץ נמשך כשנה. בסוף השנה עדיין אהרון אהרונוב חשש שנינה אהרונוב לא תקיים את התחייבותה וכן הם כתבו מסמך שמאשר שהוא קיים את התחייבתו ושנינה מעבירה לו את הדירה. לאחר זמן מה הם הסתכסכו והוא תבע להגשמת ההתחייבות. טענה אחת נותרה בעינה- המסמך לא מקיים את דרישת ס' 8 לחוק המקרקעין כי בהסכם חסרים שני פרטים מהותיים- תמורה: הוא ישקיע כמה שצריך- כמה זה? ודבר שני- תיאור מדוייק של הנכס- התיאור החיד הוא "הדירה של האישה". חוזה צריך לבין מהמסמך את כל הפרטים החשובים וממסמך זה לא ניתן להבין.

על כך אמר ביהמ"ש- לגבי התיאור- לאישה יש דירה אחת ואם היו לה יותר רק אחת שופצה- ניתן לברר על איזו דירה מדובר. עד כה חשבנו שבדרישת כתב מהותית כל הפרטים צריכים להיות במסמך ולא ניתן להשלים פרטים אלו עם ראיות- ניתן להשלים ע"י מנגנוני השלמה. פתאום ניתן להשלים בעזרת איות עובדתיות, מזכיר דרישת כתב ראייתית. יש כאן סוג של פריצת דרך.

חלגבי התמורה אומר ביהמ"ש כי יש פסיקה קודמת בהם נכרת חוזה למכירת נכס מקרקמעים והמוכר מאשר כי במועד חתימת החוזה שולמה מלוא התמורה ללא פירוט. במקרים הקודמים נפסק כי זה אכן מאשר את החוזה כי אם הכל שולם זה פחות משנה כמה בדיוק שולם.

בחוזה של אהרונוב לא מופיע כי כל התמורה שולמה זה מופיע רק באישור שנחתם שנה לאחר מכן. ביהמ"ש קבע כי אם המסמך היה ניצב לבדו הייתה אכן בעיתיות בגלל התמורה ולכן הוא לא עומד בתנאי ס' 8 בדרישת הכתב ולא ניתן לתקן פגם זה ע" השלמה נורמטיבית וגם לא ניתן להוכיחו ע"י ראיות חיצוניות (עובדתית)- כי הכל כבר אמור להיות כתוב- דרישה מהותית. אך ביהמ"ש מוסיף כי למרות הפער של השנה ניתן להוסיף את האישור להסכם וע,י כל מתקנים את הפגם- זוהי גם פריצת דרך, כי דרישת הכתב המהותית הייתה אמורה להתקיים כולה בעת כריתת החוזה (להבדיל מדרישה ראייתית, שם ניתן לראות עדויות מאוחרות).

זמן לא רב אח"כ ניתן פס"ד נוסף- ע"א 380/88 טוקן נ' אלנשאשיבי. בפס"ד זה גב' מבוגרת הבטיחה לתת במתנה נכס מקרקעין לאחיינה בתאי שידאג לה בעת זקנתה. אך היא מכרה את הקרקע למישהו אחר ועולה השאלה לגבי תוקף ההתחייבות כלפי האחיין היא העלתה את ההבטחה על כתב אך לא במסמך פורמלי- היו בני משפחה. השופט באך כאמרת אגב מתאר את התרחקות דרישת הכתב, ואומר כי ניתן לקבוע כי דרישת הכתב היא מהותית וללא מסמך המעיד על העסקה לא ניתן יהיה להוכיחב- הוא מדר על דרישה מהותית ונותן לה סימנים של דרישה ראייתית. בלי כתב אין תוקף לחוזה (מהותי) אך הכתב עצמו יכול להיות מאוחר יותר ומטרתו להוכיח על עסקה.

בתקופה זו יש פס"דים בהם יש טשטוש בין דירשת כתב מהותית וראייתית- מסכימים להביא ראיות חיצוניות וכל מסמכים מאוחרים יותר. המשותף לפסד"ים אלו שהם חוזים בין בני משפחה. גלברד מבין זאת כך שביהמ"ש מבין את המציאות ובהסכמים בין אנשים קרובים ויש ביהנים יחסי אמון קודמים בדרגה גבוהה אנשים פחות מקפידים על פורמליות כי הם סומכים על מילתו של האחר ולכן במצבים כאלה יש מקום לשים יותר דגש על גמירת דעת ולהגן עוד יותר על העניין הפורמלי עד טשטוש ההבדלה בין דרישה מהותית לראייתית.

כמוכן נאמר בהערות אגב בפס"דים מהזמן האחרון שאין קטגוריה מאוחרת לדרישה של כתב לבני משפחה (כלומר מכחיש את זה שיש ריכוך גדול מאוד של דרישת הכתב בין בני משפחה) אך הפרקטיקה יש מקרים בהם ביהמ"ש מאוד מקלים בפורמליות של דרישת הכתב המרוככת .

פס"ד קלמר נ' גיא- זהו מקרה קשה המחייב פתרון משפטי יצרתי. ברגע שנקבע כי דרישת הכתב היא מהותית וללא מסמך אין תוקף לחוזה זה מזמין מקרים קשים בהם כל אדם בר דעת יחשוב כי קביעה שאין תוקף לחוזה בסיטואציה כזו היא אינה צודקת.

במקרה דנן לא נעשה חוזה בגלל שיקולי מס שהם שיקולים של מוכר, הקונה לא היה ניזוק מבחינת מס אם החוזה היה נעשה במועד. (היה ניסיון להעלמת מס מצד המוכר). המוכר שכנע את הקונים- בני הזוג גיא, לעשות חוזה בע"פ והרעיון היה שכשהבניה של שני הבתים תגמר יעזו את החוזה.

החוזה האמיתי היה אמור להיות כי קלמר מוכר מחצית מחלקת הקרקע שלו תמורת בניית בית בשבילו על החצי שישאר בבעלותו של קרמר. אך פורמלית העסקה בכתב תהיה כי קרמר מוכר להם בית עם מחצית חלקה (וכך היה מקבל פטור ממס).

הזוג בנה את שני הבתים אך כשהיה צריך להוציא לפועל את התוכנית קרמר סרב כי המחיר של קוטג' בהרצליה עלה מהרגע של ההסכם בע"פ עד תקופת בניית הבית. לפי ההסכם המקורי כל צד יהנה מעליית המחירים לחלקה שלו. אך ע"י התכחשות לחוזה הוא נהנה נעליית הרווחים על שני הבתים.

ברור לשני הצדדים כי במקרה זה הוא חייב להחזיר להם את עליות הבניה ועדיין קרמר ישאר ברווח גדול. לכן טען קרמר כי ההסכם לא תקף (היה מאוד לא כדאי עבורו).

ברק כתב כי זהו מקרה שעולה ממנו זעקת ההגינות- קרמר שכנע את הזוג לא לחתום ל הסכם למענו וכעת הוא משתמש בכך על מנת להשתחרר מהחוזה ולהרוויח יותר על חשבונם.

המסמכים היחידים המאוזכרים בפס"ד נוצרו במהלך ביצוע החוזה והם לא החוזה עצמו. אין מענה על הדרישה המהותית. ביהמ"ש לא רצה לתת לחוטא לצאת נשכר. כל השופטים הגיעו לתוצאה של אכיפת החוזה.

ברק וגולדברג הם דעת הרוב- תום לב גובר על דרישת הכתב

זמיר הינו דעת יחיד- לא שולל עקרונית את אופציית תום הלב אך לא משתמש בה משני טעמים-

1. יש לשמור עקרון זה למקרים קיצוניים במיוחד
2. ניתן להגיע לתוצאה ע" ס' 8 לחוק המקרקעין

הוא מתחיל בפירוט על ריכוך דרישת הכתב במהלך השנים. אך עדיין צריך מסמכים, אז הוא משתמש במסמכים מאוחרים יותר ומשלים דרכם את הפרטים שצריך. אך הוא אומר כי למרות כל המסמכים המאוחרים ועם כל הריכוך המסמכים לא נותנים את כל הפרטים המהותיים לעסקת קומבינציה שדורשת פירוט רב. אך הוא מוסיף כי כמו שראינו באהרונוב כי אם יש מסמך המעיד על חיוב שכבר בוצע ויש אישו שתמורה ניתנה זה מספיק ולא צריך לפרט מעבר. הבעיה היא שאין מסמך כזה אך אין צורך באישור שהבית נבנה כי יש את הבית בנוי. ובדרך כזו –ריכוך, נכונות להשתמש במסמכים מאוחרים יותר, שימוש בביצוע קיים בפועל במקום במסמך וכך הוא מקיים את הדרישה של ס' 8. על כך ברק אומר כי יש הבדל גדול בין מסמך כתוב לבית על מגרש. השורה התחתונה של זמיר היא שאם המעשה כבר עשוי אין צורך בניות- זה מוכיח את הרצינות בפני עצמו וזהו אימוץ של דוקטרינה שקיימת בחלק מהמדינות הדוגלות במשפט מקובל-אנגליה, ארה"ב ועוד... אין צורך בדרישות כתב ראיתיות- זמיר עושה בכך שימוש להתקבל על דרישה מהותית.

בהצעת חוק דיני ממונות- ס'121- צורת החוזה- אם הייתה דרישה מהותית והיא לא קויימה אך ביצוע החוזה בפועל הושלם או כמעט הושלם אין צורך הכתוב.

 הגישה שהפכה להלכה היא גישתו של ברק- (ואמר זאת גם הפסיקות אחרות שלו) תום לב או כתב, תום לב עדיף. ברק אומר כי זה מרחיק לכת לטון כי התקיימה הדרישה של ס' 8. אך במקרים קיצוניים וחריגים העולה מהם זעקת ההגינות וחוסר תום לב קיצוני של אחד הצדדים גרם לכך שלא התקיימה דרישת הכתב, וביהמ"ש יקבע שכתוצאה מזה לא יתקיים החוזה כתוצאה מכך תגרם תוצאה מאוד לא צודקת לאחד הצדדים ביהמ"ש יכול לומר כי החוזה תקף.

הן ברק והן גולדברג מציינים כי הלכה זו תקפה אך ורק למקרים חריגים ויוצאי דופן מאוד.

לגבי דרישות כתב שאינן של חוק המקרקעין ערכאות נמוכות אכן משתמשות בהלכה זו לעיתים יותר קרובות לדוג' הסכמי ממון בין בני זוג, מקרים של תיווך, בוררות. בתחומים אלו בתי המשפט יותר ליברלים כנראה משום שלערכאות נמוכות יותר קל לעשות דברים מסוג זה. כנראה משום שבבתי משפט שלום מדובר בסכומים קטנים יותר, וכמוכן שופט שלופ יודע שאין השפעות רוחב לפסיקתו, זה רלוונטי רק לצדדים ואילו בעליון כל פסיקה היא משמעותית ומשפיעה ולכן הוא מאוד מאוד זהיר בעניין

בפס"ד שם טוב נ' פרץ השופט עמית- אם אין חוזה כי הוא הלך לאיבוד הוא משהו דומה, אם נעשה החוזה בכתב שהרי יש דרישה מהותית אך אם אין חוזה בפועל זה דיני ראיות- אם מוכיחים לביהמ"ש את הנסיבות מדוע אין את הראיות הטובות ביותר ביהמ"ש יכול לאשר להביא ראיה פחות טובה. לא מעידים על חוזה בע"פ אלא מעידים כי היה חוזה בכתב ומעידים מה היה כתוב בדף כי אין אפשרות להציג את המסמך שעבד. השופט עמית בעצם אומר כי יש הבדל בין מצב בו לא נתקיימה דרישת הכתב לבין מצב בו קוימה הדרישה אך יש בעיה עם הבאת המסמך אז אנו בתחום דיני הראיות

זכרון דברים

יכול להיות חוזה ויכול גם לא.

אם הוא לא חוזה הוא חלק מהמו"מ והשאלה מוכרעת ע"פ התנאים לחוזה- הצעה וקיבול עם גמירת דעת ומסויימות ולעיתים גם דרישת צורה.

הכותרת זכרון דברים לא מעלה ולא מורידה דבר. השאלה היא מהותית האם זכרון הדברים שהוא בד"כ מסמך, הוא חוזה או לא צריך להיבחן על פי כל תנאי החוזה. אם הם מתקיימים אז זה חוזה ואם לא אז לא.

זכרון דברים הוא לא מצב ביניים של חוזה. הוא או חוזה או לא. גמירת דעת ומסויימות נבחנות בו כמו בכל מקרה אחר וכך גם דרישת הכתב.

הסוגייה של נוסחת הקשר כפי שכינה זאת ברק. אותו סעיף בזכרון הדברים (לא חייב להיות) שמדבר על איך הצדדים רואים את היחס בין סכרון הדברים לבין החוזה המפורט שהם רוצים לערוך בהמשך. ההתייחסות יכולה להיות מגוונת. צדדים יכולים לקבוע כי הוא לא מחייב- העדר גמירת דעת. ויכול להיות להפך. הפרקטיקה מוכיחה כי אם צדדים מביעים עמדה בנוגע לאיך הם רואים את זכרון הדברים ביניהם בפסקת נוסחת הקשר.(הם יכולים גם לא לעשות זאת או לעשות זאת במקום ואופן אחר.

פעמים רבות נוסחת הקשר היא נטרלית- רק נאמר כי הצדדים מכוונים לחתום על חוזה מפורט תוך שבועיים ואז לא ברור האם זכרון הדברים תקף בזמן זה (האם הוא מחייב או לא).

ברבינאי ברק מסביר שהיינו יכולים לחשוב כי אם הצדדים מתכוונים לחתום על חוזה מפורט ייתכן כי הם לא רוים עצמם מחוייבים אחרת למה הם רוצים לחתום על עוד חוזה ואז היינו עלולים לחשוב כי עצם קיומה של נוסחת קשר, אפילו כזו בעלת אופי נטרלי עלולה להעיד שצדדים לא גמרו בדעתם. ברק מסביר כי זוהי תפישה לא נכונה, הוא מסביר כי הסיבה שהצדדים רוצים לערוך חוזה מפורט זה כי הם יודעם שעסקה במקרקעין היא מורכבת ועל מנת לסיים את העסקה בשלום יש להכניס את כל הפרטים הקטנים לחוזה וזה לא סותר את העובדת שזכרון הברים נעשה על מנת ליצור התקשרות מחייבת והחוזה המפורט נועד לביצוע תקין של החוזה.

ישנם מקרי ביניים של חוזה על תנאי בו הכוונה של זכרון דברים הוא שיחתם חוזה בעתיד והזכרון מחייב עד לחתימה אך אם אין חתימה תוקף הזכרון יפוג- כלומר זכרון הדברים הוא סוג של חוזה על תנאי.

ישנם כמה מצבים-

1. צדדים חתמו על זכרון דברים ואז חתמו על החוזה- הסכמה מאוחרת גוברת על הסכמה קודמת, בין אם החוזה חוזר על הזכרון או משנה אותם התנאים הם של החוזה. זאת ייתכן ואם תהיה בעיה פרשנית ניתן יהיה לפנות לזכרון הדברים על מנת לראות מה היה הלך הרוח.
2. צדדים הגיעו למעמד החתימה על החוזה והעסק התפוצץ-
3. אם הייתה גמירת דעת ומסויימות וזכרון הדברים הוא חוזה הם יהיו קשורים ביניהם על סמך חוזה זכרון הדברים והדברים יושלמו ע"י מנגנוני ההשלמה והחוזה יצא אל הפועל.
4. אם הכוונה בזכרון הדברים הייתה שהוא מחייב רק אם ייכרת חוזה מפורט- אין הסכמה על החוזה אין חיוב לזכרון הדברים.

**משא ומתן לכריתתו של חוזה-**

כל מה שמתואר בפרק א' ס' 1-11 מתאר בעצם משא ומתן. הצעה קיבול פניה ללא גמירת דעת או מסויימות וכדו..

ס' 12 קובע מהם הכללים המשפטיים של מ"ומ ומדבר על תום לב. הוא היווה חידוש. עד אז היה נפוץ עקרון "ייזהר הקונה" כל צד דואג לאינטרסים שלו. חובת תום לב נכנסה רק עם חקיקת חוק החוזים ונבע משיטות משפט אירופאיות- החוק הגרמני.

עד חקיקתו של חוק החוזים היו נורמות משפטיות שחלו בזמן המו"מ אך לא הייתה נורמה חוזית מובהקת שיוחדה למצב זה. לא הייתה חובת התנהגות כללית, יחד עם זאת העילות של פגמים הכריתה מתייחסים לשלב הטרום חוזה.

בדיני נזיקין לדוג' ס' 35 מדבר על עוולת הרשלנות, הפסיקה פיתחה מופע מיוחד של עוולת הרשלנות שמכונה בשם מצג שווא רשלני, רשלנות שבאה לידי ביטוי לכך שמישהו הציג מצב לא נכון כי הוא לא בדק נכון את הפרטים והתברר כי הוא רשלן- זוהי עילה בדיני נזיקין הנוגעת לשלב המו"מ.

ס' 12א – הנורמה- חובה לנהוג בתום לב בעת המו"מ

ס' 12 ב- התרופה על הפרת הנורמה.

**הנורמה-** ס' 12 א מחייב כל אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתם לב. כלומר החובה מוטלת, ע"פ פנידר נ קסטרו, על כל אדם המנהל מו"מ אפילו אם הוא לא אמור להיות צד לחוזה (אדם מייצג). חובת תום הלב חלה על מי שמנהל בפועל את המו"מ.

החידוש הגדול באמירה זו- כשיש שולח ששולח שליח על מנת שיבצע שליחות הכלל הוא לפי דיני השליחות הוא שהשלוח הוא ידו הארוכה של השולח- כלומר כל דבר שעושה השלוח הוא מטעם השולח. שמגר טוען כי המו"מ אם השלוח מפר את חובת תום הלב, ייתכן ויחייבו את השולח אך גם השלוח עצמו יחוייב. זהו חידוש לגבי דיני השליחות, ויש לו השלכות מרחיקות לכת. לדוג' פנידר- עד כה מנהל האמין אם הוא מייצג את החברה מי שיישא בכל ההשלכות היא החברה. בפנידר מנהל ניהל מו"מ לחברה שלו והפר את חובת תום הלב ואפשר לתבוע אותו אישית על עילה זו. השליחים חשופים לחבות אישית. שמגר אף מעלה את השאלה הבאה בפס"ד- אם מעיינים בחוק השליחות אנו מגלים שהשלוח חב חובת נאמנות לשלוח שמשמעותה, לפי ס' 8 לחוק השליחות, לקיים את הוראות השולח. ס'9 לחוק קובע כי אם לא ימלא את הוראותיו כיאלו הפר חוזה מול השולח ויעמדו לרשות השולח כל התרופות להפרת חוזה ע"פ חוק החוזים.

מה יקרה במצב ששולח ישלח שולח עם הוראות להסתיר מידע או לגלות מידע לא נכון- הנחיות שמשמעותן הפרת תום לב. מכאן שלפי ההלכה של פנידר השלוח בעמדה בעייתית- אם יפעל לפי הנחיות השולח הוא מפר את חובת תום הלב כלפי הצד השלישי והוא עלול להמצא נתבע על ידו. ואילו אם יחליט לנהוג בתום לב הוא יפר את הנחיות השולח ואז הוא יתבע ע"י לפי ס'8-9 לחוק השליחות.

הפתרון היחיד במקרה כזה הוא לסרב לשליחות. שמגר מדגיש כי חובת הנאמנות לא תשמש כמגן שיטענו נגדו הפרת חובת תם לב. זהו פתרון שהוא לא תמיד מציאותי בחיים האמיתיים.

ביהמ"ש העליון פסק כי הוא לא מתכוון לקבוע מהי דרך מקובלת לתום לב. הוא מתכוון להשאירה כנורמה עמומה וקבע כי ייתן לה להתפתח באופן טבעי, עד שבמהלך השנים יבצר בסיס נתונים ממנו ניתן יהיה לגזור כללים מנחים למתי יש הפרת חובת תום הלב. אכן יש לנו מאגר גדול של פסיקה אך יחד עם זו הנורמה נותרת פתוחה ואם תגיע אל מולו סיטואציה חדשה ביהמ"ש יוכל להחליט האם לכלול גם אותה או לא תחת חובת תום הלב. כלומר כל מקרה ונסיבותיו יתדיינו ויקבעו האם הם תום לב או לא.

לקרוא – במו"מ- הכל.

6/12

יש מצבים בהם הפרת חובת תום הלב תוביל לכריתת חוזה ויש מצבים שהיא לא. המקור הגרמני של הסעיף הוכל בעיקר בסיטואציות שהפרת חובת תום הלב מנעה כריתת חוזה. אצלנו הבחנה זו אינה מקובלת וההפרה יכולה להיות במו"מ עם או בלי כריתה. יש הבדל בהקף התרופות בין המצבים.

החובה חלה לכל אורך המו"מ עד וכולל הכריתה. יש מו"מ קצרים המסתכמים בהצעה וקיבול אך יש כאלו העשויים להיות ארוכים מאוד (שמתחיל בפניה ללא גמירת דעת ומסויימות), אפילו האינטראקציה הראשונית ביותר, שנעשית מתוך כוונה ליצור יחסים משפטיים הרי שזהו צעד ראשון למו"מ וחלה עליו חובת תום הלב.

עוצמת חבת תום הלב עשויה להשתנות בהתאם למצב במו"מ. לדוג' מסירת מידע כוזב (מה שאך עשוי להוביל להטעיה) חובה זו קיימת באותה עוצמה בכל שלב של המו"מ. אך הפסיקה קובעת לדוג' שהפסקת מו"מ בנסיבות ושלב מסויים עשויה להיות הפרה של תום לב. הפסיקה עושה הבחנה, ובשלבים מוקדמים של מו"מ בו אין הסתמכות הדדית הפסיקה בד"כ לא תחשיב זאת כהפרה, גם אם זו פרישה לא עניינית מהמו"מ. בשלבים מתקדמים מאוד של מו"מ רציני במהלכו נעשו השקעות שונות עשויה להתפרש כהפרה של תום לב.

חובת תום הלב היא קוגנטית- לא ניתן להתנות עליה. עד כה כל הסעיפים עליהם דיברנו בפרק א' הם דיספוזיטיבים (כולל ס' על הצעה וקיבול). עד כה הדברים נגעו ליחסים בין הצדדים בלבד. וכל עוד זו המערכת יחסים בה מדובר בעקרון החשוב ביותר הוא חופש החוזים. החובה לנהוג בתום לב מכוונת לא רק לצדדים, היא נועדה ליצור נורמות חברתיות בשוק כולה ויש שיקולים ציבוריים העומדים מאחורי נורמה זו. שיקולים ציבוריים נמצאים בד"כ ברמה גבוהה יותר משיקולים של חופש החוזים.

בפס"ד בית יולס אומר שמגר כי חובת תם הלב היא חובה קוגנטית בעיקרה. השאלה העלתה בפס"ד זה האם הפרת שוייון בין משתתפים במכרז פרטי היא הפרה של תום לב. בפס"ד זה שמגר וברק הם דעת המיעוט. אך כולם מסכימים כי אם מתנים מלכתחילה שמתחייבים לנהוג בשוויון אזי הוא חייב לנהוג כך, אך שמגר ברק טוענים כי אם בעל המכרז מתנה מראש כי הוא לא ינהג בשוויון אז הוא לא מחוייב לנהוג כך. כל הרעיון במכרז זה השוויון בין המתחרים. ואם מתנים עליו שהוא לא שוויני הופך אותו בעצם למו"מ סימולטני בו לא חובה לנהוג בשוויון והעיקר הוא לגלות את המידע (לפי שמגר וברק). אין משהו לא מוסרי תבוע בהתנהגות של מו"מ סימולטני רב משתתפים בתנאי שכולם יועדים את כללי המשחק. השאלה בבית יולס היא בעצם עניין הגילוי ולא השוויון. לא ניתן להתנות על שוויון הוויכוח אינו על שוויון אלא על המצג שהוצג מול המשתתפים. אין פה התניה על תום לב כי לא השוויון הוא העיקר. אם מגלים את כל העובדות אין בעצם מצג שווא ולכן לא הופרה חובת תום הלב.

חובת השוויון נגזרת מס' 12. אם הס' קוגנטי כל החובות הנגזרות ממנו צריכות להיות קוגנטיות. שמגר כותב כי אמנם זו חובה קוגנטית אך היא קוגנטית בעיקרה (כלומר הוא טוען כי במקרה זה היא לא קוגנטית). אך למרות אמירה זו חובת תום הלב היא קוגנטית ולא ניתן להתנות עליה.

חובת תום הלב היא חובה שנבחנת על פי קנה מידה אובייקטיבי ולא סובייקטיבי. כלומר השאלה מה הצדדים חושבים שהוגן וראוי לא מעלה ולא מורידה. האמונה הסובייקטיבית של הצדדים אינה רלוונטית למבחן תום הלב.

יש מידה של סובייקטיבזציה והיא לקיחה בחשבון מי הצדדים ומה מהות החוזה, קנה המידה האובייקטיבי בין אנשים פרטים עשוי להיות שונה לקנה המידה האובייקטיבי בין 2 חברות ציבוריות.

מהי הדרך המקובלת? ומה קורה אם היא לא תואמת את קנה המידה האובייקטיבי?

עמדת הפסיקה היא שלמילים "דרך מקובלת" אין שום ערך. ביהמ"ש קובע את רף ההתנהגות ולכן זה רק תום לב. בהצעת חוק דיני ממונות המילים דרך מקובלת נמחקו. (יש קולות הטוענים כי יש מקום גם לקני מידה של דרך מקובלת ולא רק מבחן אובייקטיבי).

מה היחס בין ס' 12 הקובע עילה כללית למו"מ לבין העילות הספציפיות של פרק ב' המתייחסות גם הן לשלב המו"מ(עושק כפייה הטעיה).

לא כל הפרה של חובת תום לב היא פגם בכריתה. חובת תום הלב חלה גם על מו"מ והפגמים חלים רק במקרה של חוזה שנכרת. נוהל מו"מ ולא נכרת חוזה- רק תום לב רלוונטי.

גם אם נכרת חוזה לא כל פגם הוא הפרה של תום לב. הפגמים הם מאוד ספציפים. יש זיקה הדוקה בין הנושאים אך ברור שלא כל הפרה של חובת תום לב היא פגם בכריתה ולהפך.

לגבי 14(א) טעות שהצד השני ידע- כמו הטעיה חלה הפרה של חובת תום לב. 14 (ב) אין רשלנות ואין הפרה של חובת תום לב- הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת.

פעמים רבות במקרה של פגם בחוזה נצרף את העילות. פגם על מנת ביטול והשבה, תום לב על מנת סעד לנזק הנוסף.

יש זיקה מיוחדת בין הטעיה לבין תום לב משום שהטעיה יכולה להיות פאסיבית- אי גילוי עובדות שחובה היה לגלותן ע"פ דין נוהג אן נסיבות. ישנם דינים שונים ה מחייבים גילוי. בס' 12 חלה חובת גילוי כללית. הפרה של חובת הגילוי של ס' 12 היא בסיס לעילת הטעיה.

בפס"ד גנז נ' כץ יש מחלוקת בין שופטי הרוב לשופט קדמי לגבי השאלה- אם גנז לא מצליח לשכנע את ביהמ"ש שהתקיימו יסודות עילת העושק האם הוא יכול במקום לטעון להפרת חובת תום לב במו"מ. משאלה זו נגזרת שאלה רחבה יותר- האם בסיטואציה שלכאורה מתלבשת על אחת מעילות הפגם, אך לא הצליחו להוכיח את כל יסודות העילה, האם ניתן להתבסס על עילת תום הלב.

ברור כי כל חוזה נכרת באיזשהי רמת לחץ. ועד רמת לחץ מסויימת שהו מהלך עסקים רגיל ללא בעיה מוסרית. מצב שני ברור כי החל מרמת לחץ מסויימת והלאה הצד נמצא במצוקה וזה כבר לא מוסרי וכאן כבר יש עושק. השאלה היא מה קורה במצבי הביניים בהם מידת הלחץ היא יותר מהתנהגות רגילה אך הוא אינו מגיעה לרמת מצוקה גדולה מאוד של עילת העושק ( אך לא מתקיים מבחן אחר של עושק לדוג' תנאי החוזה אינם גורעים הצורה גדולה מאוד מן המקובל).

בפס"ד גנז נקבע כי אם לא היה עושק לא ניתן לטעון לתום לב בשני נימוקים-

 הנימוק המהותי הוא שאם נאפשר שימוש בעילת תום הלב ניתן לעקוף את עילת העושק אין צורך להוכיח את כל המצבים של עילת העושק וס' 12 מייתר את עילת העושק.

הנימוק השני היה פרוצדוראלי- טענה שלא נטענה במחוזי אלא נטענה לראשונה בעליון ואת זה לא מאפשרים כי אם לא נטען במחוזי אזי הצד השני לא יכול להתגונן נגד טענה זו.

שופט המיעוט קדמי טען כי למרות שטענה לא נטענה המחוזי הוא מקבלה ואם לא הוכח עושק אך הייתה התנהגות לא מוסרית וראויה ניתן לטעון להפרה של חובת תום הלב.

גלברד מעדיף את דעתו של קדמי-

* מדרג תרופתי- הפרת חובת תום הלב מאפשרת בעיקרון רק פיצויים ולא ביטול חוזה. עילת העושק מאפשרת ביטול חוזה ופיצויים דרמטיים. ניתן לטעון כנגד כי ישנם מקרים בהם ההבדל בין התרופות הוא תיאורטי. לדוג' תיאורטית אם היו מוכיחים עושק היה מתבטל החוזה גנז יקבל את כספו חזרה אך היה שידוך והמשודך יחזיר את שווי השידוך בשוק.

לעומת זאת אם לא היה עושק אך היתה הפרה של תום לב- חוזה קיים אך הסעד עושי להיות לחייב את השדכן להחזיר לגנז את מה ששילם מעל מחיר השוק.

היינו בסופו של דבר לא משנה העילה וסוג הסעד כי בסופו של דבר התוצאה הסופית היא זהה.

* כשיש עילה ספציפית וכללית, אם לא מצליחים להוכיח את העילה הספציפית ניתן ללכת לעילה הכללית ויש להניח כי אם יגיע שוב מקרה דומה לביהמ"ש ויטען כראוי, אכן עשויה להתקבל בו עילת תום הלב.

מצבים קונקרטים שנחשבו הפסיקה הפרה של חובת תום הלב(יש לזכור שבבסיס הנורמה נשארת פתוחה). יש התנהגויות שנקבעו בפסיקה כהפרת תום לב שהביאו לכך שחוזה לא נכרת ויש כאלה האופייניות למצבים בהם חוזה נכרת ועדיין ההתנהגות היא הפרה של החוזה במצב הטרום חוזי.

* גילוי מידע אקטיבי- אסור לשתוק. עד כניסתו לתוקף של חוק החוזים הכלל היה ייזהר הקונה ולא הייתה חובת גילוי יזומה. פסדים- ספקטור, אלרומלי ועוד... זוהי חובה מובהקת הנגזרת מחובת תום הלב. בפס"ד ספקטור לא הייתה מחלוקת בין השופטים על החובה העקרונית. המחלוקת בפס"ד זה הייתה על היקף חובת הגלוי. יש הסכמה כי יש חובת גילוי ויש הסכמה כי היא לא חלה על כל מידע וכל מצב השאלה היא איפה עובר הגבול.

בפסיקה לאחר ספקטור ישנה פסדים המצמצמים או מרחיבים את חובת הגילוי (ואף אותם שופטים עצמם משנים את דעתם בפסדים שונים). הכיוון הוא שהשאלה האם במקרה קונקרטי חלה או לא חלה חובת גילוי לא תלויה בקריטריון אחד אלא בכמה ולכן קשה לצפות את התוצאה פר מקרה. הקריטריונים הם-

1. סוג החוזה- בין סוחרים, בין עסק לצרכן, בין אנשים פרטיים. היקף חובת הגילוי אינו שווה. בדר"כ העסק מול צרכן תהיה חובת גילוי רחבה יותר ואף יש מקרים בהם ההרחבה אף מופיעה בחוק. גם כשאין חקיקה ספציפית הפסיקה מרחיבה את חובת הגילוי במקרים אלו. בפס"ד פנידר שמגר מציג גישה מרחיבה- מידע כולל מידע שהצד השני יכול היה להשיג בעצמו (חברה מול לקוח)
2. טיב היחסים בין הצדדים- יחסי אמון בין הצדדים מחייבים גילוי רחב יותר משום שיש ציפיות לגטימיות לכך שהצדדים יגלו את האמת זה לזה.
3. אופי המידע- ככל שהמידע נגיש יותר וקל להשיגו כך חובת הגילוי שתוטל היא נמוכה יותר. (פס"ד ספקטור). מידע שהושקעו מאמצים מיוחדים על מנת להשיגם או שבאופן עסקי רגיל לא מקובל לגלותו (להגיד לקונה בחנות כי יש מקום זול יותר). אין חובת גילוי
4. נסיבות מיוחדות- לדוג' קיסלנגר- (מישהי שחיה בחו"ל ורצו לקנות ממנה שטח ולא אמרו לה כי שווי השטח יעלה)חובת גילוי לגבי מידע שהוא גלוי, חובת גילוי רחבה בין זרים בחוזה לא צרכני על מידע פומבי, אך הצד השני (איליה) יזם את המכירה, נסע אליה, היא לא דיברה עברית, היא זקנה, לא מכירה את הקרקע, הוא עוסק בעניינים אלו, יש נסיבות שמעלות חוסר הגינות ולכן מחייבות חובת גילוי רחבה

קריאה מושכלת של ספקטור מראה כי הויכוח בין אשר ללנדוי אינו עקרוני אלא על שקלול של הפרמטרים, מי נותן יותר משקל לאיזה קריטריון. לנדוי מאמין כי אין חובת גילוי במקרה זה כי זה חוזה מסחרי רגיל ואין סיבה להטיל חובות גילוי רחבות מדי בחוזים מסוג זה, הוא מדגיש שצרפתי מומחה במקרקעין ואדם כזה צריך לבדוק לבד.

השופט אשר שם דגש על נסיבות מיוחדות- צרפתי כבר עשה עסקאות באותו הגוש, בו כל החלקות הן באותו גודל ולא הייתה בעיה שבום חלקה אחרת. צרפתי בדק לגבי החלקות האחרות ואין סיבה שיבדוק שוב- הכל אותו דבר. הוא כמומחה יודע כי כך מכינים תוכנית מתאר (לוקחים חלקת קרקע גדולה ומחלקים אותו לשטחים בעלי גודל שווה ובעלי אותם זכויות בניה). דווקא המקצועיות של ספקטור הפילה אותה כי אדם פשוט ישר יבדוק ואילו צרפתי נפל כי הכיר וכבר קנה. השופט אשר היה ער לניואנס הזה וזה מה שהכריע אצלו. ההבדל הוא לא הבדל עקרוני של תפיסה אלא על דגשים בעקרונות בסיטואציות ספציפיות.

* פרישה ממו"מ פס"ד יצהרי- גם פרישה מחוזה צריכה להיות מונחת מתום לב. בנסיבות רגילות ניתן לפרוש ממו"מ. אם מדובר במו"מ ארוך ומתמשך שהושקעו בו משאבים הצד הפורש חייב להציג סיבות ענייניות. יש הסתמכות והערכה של סיכוי מול סיכון. אם ניתן יהיה לפרוש מסיבות קפריזיות ממו"מ מתקדים לא ישתלם לאף אחד להשקיע במו"מ.

כלומר יהיו מצבים בהם מציע לא יוכל לחזור בו בזמן הרגיל עד הודעת הקיבול. אם ההצעה היא סופו של תהליך ארוך של מו"מ לפי ס' 3 המציע יוכל לחזור בו אך מטעם ס 12 הוא לא יוכל לחזור מסיבה לא עניינית. מועד החזרה מההצעה נחסמת בשלבים מסויימים לפני הקבוע בס' 3

* ניהול מו"מ ללא כוונה להתקשר בחוזה- יכול להחשב הפרה של תום לב. (לדוג להיכנס למו"מ לא כדי לקנות אלא כדי להוציא סודות עסקיים, להפריע למישהו אחר ועוד..)
* ניצול מצוקה- פס"ד גנז- אם מגיע לעושק יש הפרה, אם אין, דעות חלוקות.
* פס"ד זוננשטיין נ' גבסו- מו"מ ארוך על מקרקעין, בשלב בו היה צורך להעלות על הכתב, המוכר העלה דרישה כי חלק מהסכום ישולם לו מתחת לשולחן. הקונה לא הסכים ולכן התפוצץ החוזה. האם הייתה הפרה של חובת תום לב. בן פורת אמרה כי הדרישה לא יפה, אך זו דרישה שהמוכר העלה הקונה לא הסכים לה, הסתיים המו"מ. ברק טוען כי אם אלו העובדות זוהי הפרה בוטה של חובת תום הלב. ברק שם דגש על העובדה שכנראה המוכר ידע מהתחלה כי זה מה שהוא רוצה לעשות, וכנראה הבין כי אם יגיד זאת בתחילת המו"מ הקונה היה הולך ולכן הוא ניהל את כל המו"מ ללא הדרישה, ואחרי שכל ההסכמות הושגו והקונה כבר ראה עצמו בחוזה וקשה יותר לשגת, ולכן ההעלאה של דרישה זו כעת, אחרי שהקונה כבר מחוייב (נפשית לא משפטית) זוהי הפרה של דרישת תום הלב. יש מחלוקת האם זוהי טקטיקה לגיטימית של מו"מ או שאם יש עובדה מהותית כזו חובה לגלות אותה מראש.

פס"ד יולס עוסק בשאלה האם הפרה של חובת שוויון מהווה הפרה של חובת תום לב. השאלה מתעוררת כי המילה מכרז טומנת החובה שוויון. אחד מהעקרונות הבסיסים של המשפט הציבורי הוא שוויון, רשויות צריכות לפעול בשוויון משום שכל תקציבם נובע מהציבור. הכוחות שבידי גופים אלו הואצלו להם על ידי הציבור ולכן הם חבים חובת שוויון כלפי כולם ולכן השרך היא רק מכרזים כי שוהי הדרך השוויונית.

לעומת זאת במשפט הפרטי לא היה עקרון השוויון מהותי מטעם עקרון חופש החוזים וחופש הקניין וזהו העיקרון השולט במשפט הפרטי. מה קורה כשגוף פרטי עושה מכרז מה גובר- מכרז חייב להיות שוויני, לא משנה שזה גוף פרטי או שמא בגלל שזה גוף פרטי גם אם הוא בחר במכרז אין לו חובת שוויון אם לא הותנה עליו. ובפסד נטו לטיעון השני.

בפס"ד קל בניין הראשון הפכו את ההלכה הזו- גוף פרטי חויב בשוויון.

האם בכלל נגזרת חובת שוויון מס' 12
לקרוא בעיון את הפסדים בנושא מו"מ.

08/12

מכרזים פרטיים- בד"נ בית יולס נקבע הלכה שהפכה את הלכת הע"א. שלא חלה חובת שוויון, אם אין התניה אחרת. כלומר אם יש תנאי של בעל המכרז שקובע שיהיה שוויון אז יש חובת שוויון. אם יש תנאי שפותר מחובת שוויון גם שמגר וברק מסכימים כי אין חובת שוויון.

אם אין התניה (וזהו מקרה פחות שכיח) דעת הרוב היא שאין חובת שוויון וצריך לגבור חופש החוזים. במשפט הפרטי אין באופן בסיסי חובת שוויון ולכן לא צריך להכיל חובת שוויון במכרז פרטי.

הוויכוח הוא פחות סביב נק' השוויון אלא מה משרת המילה מכרז למשתתפים. ברק ושמגר סבורים כי השימוש במילה מכרז יוצרת צפייה לשוויון.

בין פס"ד בית יולס לפסד קל בניין ישנו פס"ד קסטנבאום (למרות שאינו עוסק במכרזים פרטיים) שעוסק בחוזה של חברה קדישא שאושר לכתוב כיתוב לועזי על גבי המצבה והשאלה היא האם התנאי הזה תופס או לא. בפס"דים קודמים שעסקו שאותו הנושא בהימ"ש קבע כי זהו תנאי מקפח בתנאי אחידים (דוקטרינה של חוזה ספציפי). בקסטנבאום ביהמ"ש יכול היה לפתור את העניין באותה דרך אך בחר שלא משום שזהו עניין ספציפי ומה אם זה לא יהיה משפט אחיד? חברה קדישא היא גוף סמי-פרטי ולכן ראוי להתערב. ברק אף מוסיף את השאלה מה היה קורה עם חברה קדישא הייתה גוף פרטי והחוזה לא היה אחיד האם אז היה נפסל התנאי על כיתוב למצבה? ברק טוען כי היה מגיע לאותה תוצאה והנימוק הוא שבמשפט הפרטי פזורות נורמות משפטיות שהן בעלות מרקם פתוח ונותר בהן שיקול דעת לבהימ"ש. במקרה זה ברק דיבר על תקנת הציבור (ס' 30 לחוק החוזים). ברק טוען כי הס' של הכיתוב סותר את תקנת הציבור ולכן הוא בטל. ביהמ"ש ממלא נורמות פתוחות לאו בתוכן בין היתר ע"י כך שהוא מזרים לתוך נורמות אלו עקרונות בסיסיים מהמשפט הציבורי כגון שוויון בגינות איסור הפליה סבירות ועוד... ע"י הזרמה זו עקרונות אלו הופכים להיות בסיסיים בכל תחומי המשפט. לכן ברק מזרים למושג תקנת הציבור שהוא סעיף חוזי את זכויות האדם ולכן הסעיף על כיתוב לועזי בטל. הנורמה המרכזית של המשפט הציבורי היא שוויון. זוהי אמנם לא השאלה שהתעוררה בקסט נבאום אך עלתה שם אמירה עקרונית של ברק על הזרמת נורמות בסיסיות אלו דרך הנורמות הפתוחות כגון תום לב או תקנת הציבור (חוזי).

פורמלית הלכת קסטנבאום לא שינתה את הלכת בית יולס (לא אותו נושא) אך מתחת לפני השטח יש פה ניסיון של מגר וברק להפוך את הלכת בית יולס לכיוון שלהם.

בפס"ד קל בניין הופרה חובת שוויון במכרז פרטי- הזכיה ניתנה לגוף שלא השתתף במכרז אחרי שהכך כבר נסגר חוץ מאישור פורמלי של מועצת המנהלים. במחוזי נאמר לקל בניין שאין חובת שוויון במכרז פרטי לפי הלכת בית יולס. ביהמ"ש העליון התעלם מהלכת בית יולס וטען כי אכן הייתה כאן הפרה של חובת תום לב המו"מ- הופרה חובת שוויון.

לא כל כך מהר משנים הלכה בדיון נוסף וללא הצדקות ענייניות לשינוי. מכאן אנו למדים שכנראה החל מקסטנבאום היה שינוי בהלכה מבלי שהדברים נאמרו מפורשות. קסטנבאום בעצם חושף שעקרונות מן המשפט הציבורי אכן חלים על משפט ציבורי.

האם יש חובת שוויון מכוח עקרון תום הלב במשפט הפרטי? בשאלה זו יש דעות חלוקות. גישה אחת תגיד שלא הייתה כאן הפרה של חובת שוויון ותום לב כי העקרונות השולטים הם חופש חוזים. ואילו ישנם שיטענו שדרך תום לב נכנס עקרון השוויון ולכן יש חובה לנהוג בשוויון.

בעבר לא הייתה כלל שאלה כזו והטענה הייתה כי כלל אין חובת שוויון. היום התשובה היא פחות נחרצת. לדוג' מעסיק פרטי לא יוכל לא לקבל מישהו לעבודה בגלל אמונה או מגדר- ציבורי משפיע על פרטי. כמוכן ישנה חקיקה המחייבת שוויון בכל מקום הפונה לציבור גם אם הוא בבעלות פרטית. כלומר מבחינת חקיקה ופסיקה יש כאן נטייה לשילוב העקרונות. העקרונות האלו עקרוניים במקרים בהם הממשלה הייתה אמורה לדאוג לציבור בייחוד במקרים של קיום בסיסי וכיום בגלל הפרטה זה פרטי (כגון חינוך מזון). כך לדוג' במקרה של מחסור דיור רציני ניתן יהיה אולי לטעון כי הפליה בגדר עניין לא רלוונטי (דת גזע מין וכדו') תהפוך להיות הפרה של חובת שוויון.

כלומר לא ברור האם נגזרת חובת שוויון מהותית מתום לב, אך אין אפשרות לשלול זאת.

12ב' –תרופות

צד' שלא נהג בתום לב או בדרך מקובלת חייב לצד הנפגע בפיצויים. יש להבחין בין מצב בו נכרת חוזה תוך הפרת תום לב או למצב בו כלל לא נכרת חוזה. יש להניח כי הקף הפיצויים יהיה שונה. הסעיף מפנה ל3 סעיפים בחוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה. חוק זה עוסק בהפרת חוזה וקובע תרופות להפרת חוזה. החוק זה יש פרק על פיצויים (ס'10 והלאה). בס' 12ב' לחוק החוזים נקבע כי על הפרה זו יחולו בשינויים המחייבים סעיפים מחוק התרופות והם-

* ס' 14- נטל הקטנת נזק. אם יש מישהו שהפר חוזה ויש נפגע מכך שנגרם לו נזק הנפגע צריך לנקוט באמצעים סבירים כדי להקטין את הנזק שלו. הנפגע לא יכול לשבת בחיבוק ידיים ולאחר מכן לתבוע את כל הנזק. לדוג ' אם קניתי ממשהו חבית יין. והוא מספק חבית עם חור והיין מתחיל ליזול. יש לי פקק אני יכול לשים פקק ולמנוע את הנזק הבא. אם לא שמתי פקק לא אוכל לתבוע על כל היין שישפך. כלומר לא ניתן יהיה לקבל פיצוי על נזק שנגרם בגלל שלא ניסה למנוע אותו. יש לציין כי אם במהלך המאמץ תהיה בעיה ויגרם נזק נוסף (הכנסת הפקק תשבור את כל החבית) הנזק לא יעמוד לחובת הנפגע.
* גם כשנגרם נזק כתוצאה מהפרת ץום לב במו"מ אם הנפגע יכול לצמצם את היקף נזקיו הוא חייב לנקוט בדרך זו. זהו נטל ולא חובה. הפוגע לא יכול לטעון כי הייתה חובה לנפגע לצמצם נזק. הנפגע שפוט לא יוכל לתבוע על כל הנזק.
* ס' 13- עוסק בנזק שאינו נזק ממון. לא ניתן לכמת אותו באופן כספי, לדוג' עוגמת נפש. הפסיקה אומרת שלא פוסקים נזק אלא לאדם (לא פוסקים נזק כזה לחברה, תאגיד וכדו'- אין נפש, אין עוגמה). בד"כ נזק כזה נפסק רק כנלווה לנזק ממוני. בד"כ נזק כזה קשה להוכיחו ולהוכיח את הקפו.
* סעיף 12 ב קובע כי נזק כזה אפשרי גם במו"מ- ישנה צפייה עזה לקראת משהו. ישנם פסד"יפ מעטים מאוד בהם תובעים נזק כזה וביהמ"ש מקבל אותו.
* ס' 10 סעיף בסיסי בחוק התרופות. הוא קובע 2 עקרונות חשובים-
* סיבתיות- המפצה צריך לפצות את הנפגע רק על נזק שנגרם כתוצאה ממהפרה
* צפייה- הנזק תריץ להיות מסוג כזה שניתן היה לצפות שיגרם כתוצאה ממהפרה. או צפיות בכוח- אדם סביר יוכל לצפות אותו. אם זה נזק מאוד מיוחד שלא ניתן היה לצפות אותו אין תורך לפצות על נזק כזה. לדוג' השכרתי למישהו חנות לשנה והפרתי את החוזה. הנזק שניתן לצפות- אבדן הכנסות עד למציאת חנות חליפית, הפרש בין מחירי החנויות. אך אם אדם הלך על סמך החוזה והזין ארונות מאוד יקרים מותאמים אישית בשווי מליונים ולא אמר מראש זהו לא נזק שניתן לצפות ולכן לא יהיה חיוב על זה.
* עקרונות אלו חלים גם על פיצויים לפי 12 ב'.

הופרה חובת תום לב וכתוצאה מכך לא נכרת חוזה-ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות, פרישה ממו"מ בשלב מתקדם ללא סיבות ענייניות.

בשנים הראשונות בהם נדון ס' 12 בביהמ"ש הפסיקה קבעה כי הפרה שגרמה לכך שלא נכרת החוזה הפיצויים היחידים שניתן לקבל הם פיצויים שליילים- פיצויי הסתמכות. כלומר ההוצאות שהנפגע הוציא כתוצאה מהמו"מ. להחזיר את הנפגע למצב שהו הוא היה אילו לא היה מקיים כלל מו"מ. בפס"ד קל בניין השני אנו מוצאים את הנימוק לכך. זה קשור לסבתיות וצפיות. יש הרבה משאים ומתנים בעולם ורובם לא מסתיימים בכריתת חוזה. אם מו"מ פוצץ בגלל הפרת ץתום לב זה בעייתי להניח שאם לא הייתה מורת חובת תום לב היה אכן נכרת חוזה. ולכן קשה לטעון כי הנזק של פיצוץ המו"מ הוא שלא נכרת חוזה (ייתכן וכלל לא נכרת חוזה ללא קשר לתום לב) קושי לבסס קשר סיבתי בין פיצוץ המו"מ לנזק שנגרם כי לא נכרת חוזה. מה גם שגם אם היה נכרת חוזה איננו יודעים מה היו תנאיו ולכן חישוב הפיצויים מבחינת הקף הנזק הוא בעצם ניחוש- כלומר בעיה של צפיות נזק.

מטעמים אלו נקבע כי מפצים רק פיצויי הסתמכות. אדם שנכנס למו"מ עושה הערכת סיכונים סיכויים ובוחר האם להכנס למו"מ. אך אם האדם היה יודע כי הצד השני מנהל עימו מו"מ כלל ללא כוונת התקשרות הוא כלל לא היה משקיע. הפרת תום לב גורמת להערכת סיכוניים לא נכונה, וייתכן שאם היה יודע כלל לא היה נכנס לחוזה.

פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק הוא התפתחות ראשונית בתחום זה. ביהמ"ש קבע כי החברה לא נהגה בתום לב וכתוצאה מכך לא נכרת חוזה עם זפניק. זפניק ביקשו לאכוף על שיכון עובדים את קיומו של החוזה שלא נכרת. השופטת בן פורת קבעה כי מקובל עליה שרשימת הפיצויים שמופיעה בס' 12ב' אינן בגדר רשימה סגורה של תרופות. חשיבה משפטית שמרנית הייתה גורסת כי אלו התרופות שהמחוקק קבע אז זה מה שיש –רשימה סגורה.

בן פורת אומרת לא, יש יותר מהשתיים (נזק ממוני ולא ממוני) היא מבססת רעיון זה על כך שהחובה בס' 12 היא לא חובה רגילה, זוהי נורמה פתוחה היכולה להופיע במגוון רחב של מצבים. כל הפרה של אחת המשמעויות שיש לס' 12 א היא שונה ויכולה להתרחש בתוך מרחב נסיבות שונות ולכן לא סביר שלכל מרחב נסיבות אלו יש רק 2 תרופות. אלו הן העיקריות אך יש עוד שיכולות להכנס. רעיון זה מופיע בבג"ץ שירותי תחבורה ציבורית בו ברק אומר זאת על חובת תום הלב שבסעיף 39 (12- תום לב במו"מ, 39 תום לב בשלב הביצוע). ההבדל המשמעותי הוא שב39 אין כלל סנקציה, יחש חיוב ואין תרופה ואז ברק קובע כי אין נורמה משפטית ללא סנקציה. הוא טוען כי אין שם תרופה כי זהו סעיף כה רחב ולכן המחוקק לא הגדיר מראש תרופה ספציפית והשאיר זאת לשיקולי ביהמ"ש.

ס' 12 אינו כך. המחוקק כן כתב תרופות אך בן פורת מתבססת על אותו רעיון וקובעת כי לא הגיוני שנקבעו רק שתי תרופות ספציפיות וביהמ"ש יכול להוסיף עליה. זהו חידוש ראשון ונועז.

החידוש השני הוא בבחירת התרופה של בן פורת. היא לא בוחרת תרופה המצויה בחוק התרופות. היא מביאה תרופה שאינה מן הדין הישראלי, אלא בדין הגרמני (שהוא המקור של ס' 12), וממציאה לה שם " אשם בהתקשרות".

אשם בהתקשרות- אם הופרה חובת תום לב במו"מ הפרה רצינית,וההםרה מתרחשת בשלב סופי של המו"מ כשכל מה שנותר זה הליך פורמלי ואחד הצדדים בחוסר תום לב חמור מונע את הפרת החוזה אז ניתן לראות את החוזה כנכרת. זהו מסלול עוקף לכריתת חוזה דרך תום לב. החברה בעצם מנעה את ביצוע הקיבול בחוסר תום לב ולכן לא נכרת חוזה. במצב כזה התרוםה אומרת שאנו רואים את הקיבול כאילו הוא התרחש. זוהי לא אכיפה, במקרה זה אם רואים את החוזה כאילו נכרת ברגע ששיכון עובדים לא נותנת את הדירה לזפניק יש כאן הפרת חוזה (פיצויים שונים כגון פיצויי קיום, אכיפה, ועוד...) תרופת האשם בהתקרשות מעבירה מהמישור של הפרת תום לב במו"מ להפרת חוזה.

כל הדיון הזה של בן פורת נעשה באוביטר ופוסקת לבסוף לטובת שיכון עובדים כי זפניק קיבלו את הצעת הפשרה שהציעו שיכון עובדים. ולא ניתן לאחר ההסכמה לפשרה להגיש תביעה.

זהו אוביטר מאוד רציני ומשמעותי ושני השופטים האחרים מסכימים אליו. פורמלית זוהי אינה הלכה.

בפס"ד זפניק יש חוזה מקרקעין, מכירת דירה. צריך הצעה קיבול וכתב. בזפניק הייתה הצעה וכתב, היה חסר קיבול. בן פורת אומרת כי ניתן לראות את הקיבול כאילו התקיים מכוח עקרון אשם בהתקשרות.

בפס"ד קלמר, עסקה במקרקעין- יש הצעה וקיבול, חסר כתב. מכוח עקרון אשם בהתקרשות רואים את הכתב כאילו התקבל- מו"מ הסתיים ידעו באיזה חוזה מדובר ואחד הצדדים מונע בחוסר תום לב את השלמת הכריתה. כלומר קלמר מוכיח את ההלכה של בן פורת. תום לב מתגבר על כתב באמצעות אשם בהתקשרות שהפך להיות הלכה מחייבת.

כשאנו מדברים על הפרת חובת תום לב שגרמה לכך שלא נכרת חוזה. אם הפרה מתרחת שבלב מוקדם או אמצעי ניתן לקבל רק פיצויי הסתמכות. אם השלב בה הופרה החובה ונמנע חובה יש גם את תרופת אשם בהתקשרות שרואה את החוזה כאילו נכרת ופותחת את הדלת לכל תרופה אפשרית להפרת חוזה.

פס"ד קל בניין השני (00) הופרה חובת תום לב, היה חסר קיבול. ביהמ"ש מחוזי שקיבל חזרה את התיק לאחר שנקבע בעליון כי הופרה חובת תום לב קובע פיצויי הסתמכות. קל בניין ביקשו פיצויי קיום ולכן הם חזרו בערעור לעליון. בערעור ברק נותן להם פיצויי קיום. ברק יכול היה להפעיל פה את המסלול התרופתי של אשם בהתקשרות. במקום זה ברק מדגיש כי לא נכרת חוזה וזהו שלב המו"מ ולכן הוא מוגבל לפיצויים של ס 12 ב. השלב פה פוצץ החוזה היה כה מתקדם כי ברור לכל כי אם לא הייתה בעיה עם מועצת המנהלים היה חוזה וידוע תנאיו. ולכן מכוח ס' 12 ב עצמו ניתן לקבל פיצויי קיום במקרים בהם ההפרה היא בשלב כה סופי של המו"מ וברור כי לולא אותה הפרה היה נכרת חוזה. אלו הם גם התנאים הדרושים כדי להפעיל את המסלול של אשם בהתקשרות.

מסלול 12 ב- פיצויי הסתמכות וכן פיצויי קיום אם פיצוץ הוא בשלב סופי, ויש מסלול של אשם בהתקשרות.

מהו ההבדל בין שני המסלולים אם כן?

ברמת הפיצויים אין הבדל בין המסלולים, אך להפרת חוזה (מסלול אשם להתקשרות) יש עוד תרופות כגון אכיפה (אין במסלול 12ב). אם כך מדוע ברק פותח מסלול חדש? אולי מפני שהוא חושב שבכל זאת צריך להשאיר את המסלול של אשם בהתקשרות למקרים מאוד חריגים כי בכל זאת יש חוק ובהימ"ש קודם כל צריך לפעול לפי הוראת החוק. וההוראה העיקרית על הפרת 12א היא 12ב. וב12ב כתוב פיצויים, הפסיקה קבעה פיצויי הסתמכות לא החקיקה. ברק רומז כי כל עוד ניתן למצוא פתרון נדרש לפי גבולות החוק אין ללכת במסלולים אחרים.

מסר דומה לזה עולה מפס"ד של עלריג נכסים. בפס"ד זה – ברמת גן הייתה חלקת שטח בבעלות מטריטן (חברה א) בצמוד לקרקע שלה היו 3 חלקות קטנות בשטחן שהיו בבעלות עריית ר"ג. לא היה דרך לנצל אותן כלכלית. עיריית רמת גן יזמה הליך תכנוני שאיחד את כל החלקות למגרש אחד גדול. העירייה אמרה לחברה א' שתקנה את 3 החלקות ושיהיה שטח אחד גדול תמורת סכום כלשהו. לאחר איחוד השטחים החלק של השטחים הנוספים מהווה רבע מהמאוחד (כלומר כל השטח יהיה םפי 4 מהסכום כלשהו). חברה א' פנתה לחברה ב' (גם משום שלחברה זו יש קשרים) על מנת שתממן את רכישת השטח של העירייה . הוסכם בע"פ כי חברה ב' תשלם לעירייה עבור השטחים שלה ובתמורה היא תהיה שותפה ברבע מהשטח של החלקה המאוחדת. בכריתת החוזה חברה ב' הביאה חלק מהסכום והחוזה נמכר וכעת החוזה צריך את אישור שר הפנים (כי עירייה מוכרת את השטח) אישור זה לוקח זמן וסוכם כי יתרת התשלום תהיה לאחר ששר הפנים יאשר את העסקה.

בינתיים חברה א' וב' מנהלות בינהם שיחות על ניצול השטח העתידי. שר הפנים מאשר את העסקה ולפני שחברה ב' מביאה את שאר הכסף, מכרה חברה א' את השטח לחברה ג (חברת אוסיפ). תמורת 12 מיליון (השטח הוערך כ8 מיליון). חברה א' רצתה להחזיר לחברה ב' את הכסף שהיא כבר שילמה חברה א' מתייחסת לסכום זה כהלוואה. חברה ב' הולכת למחוזי ושם השופט חושב זהו מקרה זהה לקלמר- עסקת מקרקעין שבשל שכנוע המוכר נעשתה בע"פ יש התחלת ביצוע (תשלום כסף) ולכן הוא קובע כי החוזה תקף ויש לאכוף אותו. משמעות האכיפה היא כרבע מהכסף ילך לחברה ב'- מסלול אשם בהתקשרות. בעליון מסרב ביהמ"ש להפעיל את מסלול האשם בהתקשרות. שני אנשי עסקים מנוסים שצריכים לדעת כי עסקה בע"פ אין לה תוקף (לא היה שיקול כזה בקלמר). ביהמ"ש קובע כי הופרה חובת תום הלב ובמקרה כזה ניתן להכיל את הלכת קל בניין- פיצויי קיום. כלומר הם יקבלו את הסכום לא כפיצוי אכיפה אלא כפיצוי קיום.

הסיבה לשינוי היא המסר שכל עוד ניתן למצוא תקובה מניחת דעת במסגרת ס 12 ב יש להשאר שם. מסלול אשם בהתקשרות הוא למקרים קשים שאין להם תשובה ב12ב' כלומר מקרים בהם התרופה הרצויה היא לא פיצויים אלא אכיפה.

בדיני החוזים של אנגליה שהיו הארץ עד חקיקת חוקי החוזים שלנו. במשפט המקובל האנגלי כהופר חוזה התרופה היחדיה הייתה פיצויי קיום. אין אכיפה. אך במהלך השנים התפתחה באנגליה תרופה של אכיפה למקרים מיוחדים בלבד במסגרת דיני היושר. לצד המשפט המקובל האנגלי התפתחה שיטה של (אקוויטי) חםנים משורת הדין- צריך פתרון מיוחד למען הצדק והמלך נותן פתרון זה מכוח סמכותו כמלך. בשלב הראשון היה למקרים אלו ביהמ"ש נפרד. במשך הזמן בוטלה ההפרדה אותו ביהמ"ש אך מערכת דינים נפרדת. בדיני החוזים ניתן היה לקבל אכיפה מכוח האקוויטי במקרים בהם תרופת הפיצויים לא הייתה מניחה את הדעת- כשלנפגע היה אינטרס מיוחד לקבל אכיפה ממש ולא תחליף כספי, לדו' חוזה לקניית יצרת אומנות חד פעמית ויחידה במינה והיה זה חלום הקונה להיות הבעלים של יצירה זו. הקונה התקשר בחוזה לא למען רווח אלא למען ההנאה מיצירת האומנות הספציפית.

גם בעסקות מקרקעין כשלנפגע היה אינטרס מיוחד לקבל את החלקה הספציפית השתמש ביהמ"ש אם השתכנע מטיעוני הנפגע נתנו סעד אכיפה מטעם דיני היושר.

היום אצלנו מצב הפרת חוזה הוא שונה- הנפגע זכאי לבחור בין אכיפה לפיצויים אך בתחום ס' 12 המצב שלנו דומה לאנגליה התרופה להפרה זו היא רק פיצויים ובהימ"ש יצר מסלול של אשם בהתקשרות שהוא סוג של אקוויטי למקרים הנדירים והבודדים שפיצויים לא יוכלו לפצות את הנפגע הוא יוכל לקבל אכיפה.

קל בניין- רלוונטי הכסף ניתן לתת פיצויים

עלריג- חברה ב' נכנסה לעסקה משיקולים עסקיים לצורך רווח כספי- פיצויים הן התרופה הנאותה אין צורך בתרופה מיוחדת.

קלמר- בנו 2 יחידות דיור, תכננו יחידה לפי הפנטזיות שלהם ורצו לגור שם- צחליף כספי אינו הוגן, התרופה הנאותה היא שיוכלו לגור שם.

גלברד מציע להניח כי היום המצב התרופתי הוא כזה

אם מופרת חובת תום לב ללא כריתת חוזה באמצע המו"מ- פיצויי הסתמכות. שלב סופי וודאות של כירתת חוזה אילולא ההפרה- לכאורה שני מסלולים- דרך המלך היא הלכת קל בניין 12ב' פיצויי קיום, נתיב החוק. מקרים בהם התרופה הכספית לא תעשה צדק ויש צורך בקיום החוזה נלך במסלול של אשם בהתקשרות.

לקרוא- פס"ד אלרומלי . תוכן החוזה- ס' 25 לחוק החוזים (לוודא שזה העדכני) לחפש את הסעיף המקביל לו בהצעת חוק דיני ממנות התשע 2011 ולהשוות בינהם- מה ההבדל. לקרוא פס"ד 3 ישראל נ' הפרופים

חוק החוזים- ס' 25

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.

פירוש של חוזה

(תיקון מס' 2) תשע"א-2011

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

 (ב1) חוזה הניתן לפירושים שונים והיתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו.

(תיקון מס' 2) תשע"א-2011

 (ג) ביטויים 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, תשמ"א-1981, וסעיף 57ג לפקודת הראיות [נוסח חדש], תשל"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.

(תיקון מס' 1) תשמ"א-1981

חוזים 17/1

תוכן החוזה- פרק ד' לחוק החוזים עוסק בחוזה לטובת אדם שלישי.

בחוזה לטובת אדם שלישי חייב מתחייב כלפי הנושה לקיים חיוב כלפי צד שלישי.

במשפט האנגלי לא הכירו זמן רב בחוזה כזה משםו שהם מכירים רק בחוזה שמקבל תוקף עם מתן תמורה ובאדם השלישי לא נותן תמורה במסגרת חוזה זה.

במשפט הישראלי מאז חוק החוזים תמורה היא לא צורך להכרת החוזה ולכן הוא מכיר בחוזה לטובת אדם שלישי.

המשפט הישראלי הכיר לראשונה בחוק המתנה מ1968 (לפני חוק החוזים). ס' 4 לחוק קובע כי נותן המתנה יכול להעניק למקבל את המתנה ומטיל עליו בנוסף חיוב מסויים מי שזכאי לדרוש את החיוב הוא או נותן המתנה או מי שהחיוב לזכותו. כלומר החוק הזה מכיר בכך שניתן להעניק חיוב לאדם שלישי.

האדם השלישי נקרא מוטב. ההבחנה בין חוזה לטובת אדם שלישי (חלא"ש)לבין חוזה שאינו חוזה לטובת אדם שלישי אך מקנה איזשהי זכות לאדם שלישי.

ייתכן ויש חוזה בין שניים וכל החיובים הם ביניהם ותוך כדי ביצוע החוזה אדם שלישי יוצא נשכר באיזשהי דרך. זהו לא חוזה לטובת אדם שלישי. חוזה לטובת אדם שלישי נמדד על פי הזכות של המוטב לזכות תביעה משלו כלפי החייב אם זה לא יקים את חיובו למרות שהמוטב הוא לא צד לחוזה. הצדדים לחוזה צריכים להעניק למוטב את זכות זו. ע"פ פרשנות של כוונת הצדדים ניתן לדעת האם התכוונו לעשות חוזה כזה או לא.

חוזה כזה ניתן לעשות ממס' סיבות. והוא נובע מחופש החוזים שמאפשר עשיית חוזה מסוג זה. דוג לחוזה כזה- קונה שקנה בחנות זר פרחים ובחנות צריכים להביא את הזר לאשת הקונה.

כמוכן ייתכנו מצבים של סיבות כלכליות- חוזה ביטוח חיים- חוזה משלם פרמיה לחברת הביטוח כדי שבהתקיים תנאים מסויימים החברה תשלם את סכום הביטוח למוטב.

יש לכך גם שימושים פרקטיים במשפט מסחרי לדוג'.

החלא"ש המוטב נמצא בתמונה מהרגע הראשון ומההתחלה נקבע כי החייב יקיים לטובת המוטב. המבחן לחלא"ש הוא כוונת הצדדים להתוות זכות תביעה למוטב.

בפס"ד חושי נ' הטכניון – הסכם בו נכתב שי ביהמ"ש לרפואה שאמור היה להפוך לחלק מהטכניון יקרא על שם אבא חוזי. ביה"ס צורף אך לא נקרא על שם אבא חושי. בנו של חושי טען כי החוזה הזה הוא חלא"ש ולכן יש לו זכות לתבוע כי ביה"ס צריך להקרא על שמו של אביו. ביהמ"ש קבע כי זה לא חלא"ש כי לא הייתה כוונה להעניק להם זכות תביעה עצמאית. רק העמותה יכולה הייתה לעמוד על שינוי שם הביה"ס לשמו של חושי.

**כלומר- המבחן לחלא"ש הוא שהצדדים התכוונו להעניק למוטב את הזכות לתבוע את החיוב.**

גם קטין יכול להיות מוטב, כי כל אדם מיום לידתו יש כשרות משפטית לזכויות וחובות ובמקרה כזה הקטין אינו צד לחוזה הוא רק מקבל זכות ולכן הוא יכול להיות מוטב. הוא יצטרך כשרות אם הוא ירצה לדחות את הזכות או אם המוטב צריך לתבוע את קיום הזכות. המצב זה הוא יפעל לפי הכשרות לפעולות משפטיות שיש לו.

המוטב אינו צד לחוזה לפי ס' 34 ולכן אין צורך לבדוק את גמירת דעתו, הסכמתו ואף לא ידעתו לקבלת הזכות. אך האופי ההסכמי של הזכות הזו גם כלפי המוטב באה לידי ביטוי בכך שלפי ס' 35 מהרגע שנודע למוטב על זכותו הוא יכול לדחות את הזכות, ולאחר זמן מסויים היא אף תתבטל.

אלמנט ההסכמה- מכיוון שמוטלת עליו רק זכות ולא חובה אנו מניחים כי הוא מסכים אך אם הוא רוצה יש לו הזכות לבטל. (כמו הצעה שאין בה אלא כדי לזכות) מסרב צריך להודיע על התנגדות. שתיקה כהסכמה.

ס' 34 מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החוזי. וכמו בכל חוזה במקרה כזה יש להניח כי המוטב יכול לתבוע תרופות. כלומר חיוב ראשוני שיחד איתו יש חיובים משניים שהם ה תרופות.

בחוק התרופות הגדרת נפגע היא מי שזכאי לקיום החיוב שהופר. כלומר לא רק צד לחוזה אלא כל מי שהקנו לו את הזכות לתבוע קיום.

אך בחלא"ש יש קושי עם ביטול כי המוטב אינו זכאי להשבה אלא הנושה זכאי להשבה.

צירוף של צד שלישי למערכת חוזית שהיא בד"כ בין שני צדדים מעורר קשיים.

 הוא עלול לעורר קושי של כפל תביעות- לחייב אין נושה אחד אלא שניים.

כל מיני קשיים, הוא יכול לעורר קושי למשל של כפל תביעות מפני שהחייב במקום שיהיה לו נושה אחד, יש לו שניים למעשה, איך נמנע מצב שבו החייב חשוף לכפל תביעות? בעיה נוספת שקיימת תמיד היא- כאשר יש רק חייב ונושה, במידה ויש בעיה כלשהי יש להם את האופציה לשנות את החוזה בהתאם לנסיבות, מה יקרה אם החוזה ישפיע לרעה על זכותו של המוטב, מצד אחד אין רוצים לפגוע בגמישות של החוזה בין החייב ולנושה, מצד שני יש לגמישות השפעה על הזכות המוקנית של הצד השלישי, איך מגמשים על המתח הזה בין הרצון לשמור על עיקרון חופש החוזים לבין זכותו של המוטב? ס' 36-
(א) כל עוד לא הודיע אחד הצדדים למוטב על זכותו לפי החוזה, רשאים הם לשנותה או לבטלה על ידי שינוי החוזה. - על הבעיה הכי קלה ניתן פיתרון, כל עוד הצד השלישי לא מודע לזכותו יש באפשרות החייב והנושה לשנות את החוזה, ביניהם לא עומד אינטרס ההסתמכות של המוטב. מכאן ניתן ללמוד שהאמירה גם כוללת את האפשרות האחרת, מרגע שנודע למוטב, זכות ההסתמכות של המוטב גוברת על עיקרון חופש החוזים של החייב והנושה.

ליום חמישי- פרק התרופות- מבוא לתרופות- ב'- תלות בין חיובי הצדדים- 4 פסקי דין ס' 43א2 ו-43א3 לחוק החוזים חלק כללי.

19/1

עמדת החוק בס' 36(א) קובעת כי כל עוד לא נודע למוטב על זכותו, כל עוד הוא לא מסתמך על כך הצדדים יכולים לעשות מה שהם רוצים. ברגע שהמוטב יודע על זכותו החוזה לא יכול להשתנות בצורה שתשפיע על זכותו של המוטב.

בפס"ד גרבוב נ רשות הנמלים, התעוררה שאלה בקשר להמחאת זכות. חברה קבלנית (רמטרום) התקשרה בחוזה עם רשות הנמלים והתחייבה לעבודות מסויימות. החברה הייתה זקוקה למזומנים ואת התשלום על העבודות היא הייתה אמורה לקבל זמן רב אחרי הביצוע שלהן בפועל. היא פנתה לגוף מימוני לא ממוסד ששמו היה גרבוב. החברה הפרה את החוזה עם הרשות ולא עמדה בלוח הזמנים כבר בשלבים ראשונים של העבודה. לאחר 3 התרעות רשות הנמילם ביטלה את החוזה. כשרמטרום קיבלה הלוואה מגרבוב היא המחתה לגרבוב את זכותה לקבל כספים מהנמלים.

מזכיר חוזה לצד שלישי- אם גרבוב היה בתמונה מלכתחילה החברה הייתה אומרת לרשות להעביר את הכספים לגרבוב. ההבדל היחיד עקרונית הוא מתי גרבוב נכנס לתמונה (והוא נכנס לאחר החוזה)

כשהצד השלישי (בין אם מוטב או נמחה) היה בא לקבל את כסף הרשות אמרה לו כי החוזה בוטל כדין ולכן היא לא חייבתלו כלום. כלומר את אותן טענות של הרשות כלפי החברה היא יכולה לטעון כנגד לגרבוב.

עוד לפני שגרבוב בא לבקש את כספו החברה ביקשה מרשות הנמלים את עזרתה והרשות ביטלה את הביטול וקבעה תנאים שונים. הם נקנסו על נזקים שהם כבר קבעו. והם הגדילו את הפיצויים המוסכמים על איחור בביצוע.

החברה חזרה לעבוד ושוב נקלעה לקשיים ולא עמדה בלוח הזמנים החוזה בוטל שוב ולקחה קבלן אחר. בזמן התשלום הצד השלישי מגיעה אל רשות הנמלים ודורש את כספו. הרשות טוענת כי לא מגיע כסף. גרבוב טוען שמרגע חידוש החוזה נעשו עוד עבודות נוספות ולגבי העבודות הנוספות לפי תנאי החוזה המקורי מגיע לחברה כסף נוסף (תשלום תמורת העבודות פחות הפיצויים המוסכמים.כלומר לפי הפיצויים המוסכמים של החוזה הראשון ולא של השני).

האם החייב והנושה רשאים לעשות שינויים בחוזה לאחר שרשות הנמלים ידעה כי הייתה המחאה. האם השינויים משפיעים על זכותו של הצד השני.

בחוק המחאת חיובים, אין תשובה לעניין זה. וביהמ"ש קבע כי (בתשובה המאומצת מהדין האמריקאי) חייב ונושה יכולים לעשות שינויים בתנאי שהם בתום לב למטרה מסחרית אמיתית ולא כקנוניה כדי לפגוע בצד שלישי.

גרבוב טוען כי השינוי לאחר ההפרה הראשונה לא צריך לכול עליו. אך האלטרנטיבה הייתה שהחוזה יבוטל כדין ע"י הרשות ואז גרבוב לא היה מקבל כלום. מצבו של גרבוב הורע יחסית לתנאים המקוריים של החוזה אבל לא ביחס למצב שנוצר לאחר ההפרה. במקרה זה לא מדוייק להסתכל על השינוי כפגיעה בצד שלישי. במבט מעמיק זוהי בעצם הטבה ביחס לאלטרנטיבה.

אם לחייב יש טענות כלפי הנושה הוא יכול להעלות אותן כנגד המוטב

נושה צריך לספק סחורה לחייב, חייב צריך לשלם לנושה אך בחוזה מראש נושה אומר לחייב לשלם למוטב.

נושה סיפק סחורה פגומה, חייב יכול או לבטל או לקזז את הנזק שנגרם לו. חייב גם יכול להחזיר את הסחורה ונושה לתיקון ולקזז רק את עלויות השליחה והאיחור ואז מוטב יקבל פחות כסף אך יותר מביטול או קיזוז כל הנזק. מוטב לא יוכל (לדעת גלברד, בניגוד לדעת שלב) לטעון כי אסור היה לעשות שינוי. כלומר לדעת גלברד ישנם מקרים בהם יש לאפשר לנושה וחייב לעשות שינויים וזה אך יועיל למוטב. שלו מתנגדת לגישה זו.(גלברד משתמש בהיקש מהלכה פסוקה).

בהצעת חוק דיני ממונות יש התייחסות בנושא של שינויים לאחר המחאה וזה כשמוטב מקבל את זכותו לא בגלל חוב קודם של הנושה אלא כמתנה. (דוגמת חנות הפרחים).

בחוזה מתנה בכלל הנותן שהתחייב לתת מתנה, לפני קיום ההתחייבות, ישנן 3 סיבות לפי חוק המתנה בגינן המתחייב יכול לחזור בו לאחר שחוזה נכרת:

1. 5(ב)כל עוד המקבל לא שינה את מצבו בעקבות הסתמכות על המתנה.
2. 5(ג) אם אחרי ההתחייבות המקבל מתנהג באופן מחפיר כלפי הנותן
3. 5(ג) הרעה כלכלית קשה במצבו של המתחייב.

בדיני ממונות בס' 139 בפרק בחוזה לטובת אדם שלישי הוסיפו ס'- כשהמוטב מקבל מתנה הצדדים יכולים בהתייחס ל3 התנאים לעיל לחזור בהם. הצדדים ביחד בשיתוף פעולה רשאים לבטל.

ס' 36(ב) לחוק החוזים קובע- במקרים כגון חוזי ביטוח, המוטב יקבל את זכותו לאחר מות הנושה. הסדר שלישי שמשמש קצת כמו צוואה. (אך בצוואה אדם יכול לשנות כל הזמן את הצוואה עד מותו ללא התחייבות למוטבים גם אם הוא אומר להם על הצוואה). לפי ס' 36(ב) נושה יכול לשנות את החוזה כמה שהוא רוצה גם אם מוטב יודע על החוזה. הנושה הוא זה שמשנה והוא צריך להודיע זאת רק לחייב. התעוררה השאלה- מה קורה עם נושה עשה שינוי באמצעות צוואה לא הודיע לחייב ולאחר מותו הודיעו לחייב. האם ההודעה לחייב צריכה להינתן רק בזמן שהנושה חי. כרגע עמדת הרוב היא שההודעה לחייב צריכה להימסר לפני מותו של הנושה כדי להגן על חברות הביטוח כדי שלא יהיו במצבים של כפל תביעות. אך ההלכה משתנה לעיתים קרובות יש מחלוקת בתחום הזה (גלברד טוען כי זו לא הלכה מוצלחת כי הרעיון של צוואה זה לקיים אותה כפי שהכותב שלה רצה.

היחסים בין חייב למוטב הם חד צדדים החייב חייב למוטב ולא להפך. אנחנו לא רוצים להקשות על החייב כי יש נושה נוסף. (לדוג במקרה של סחורה פגומה הוא יהיה חייב לשלם למוטב ואז לתבוע את הנושה) ולכן ס' 37 קובע כי כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד גם כלפי המוטב. כלומר יש טענות שנובעות ממערכת היחסים בין החייב לנושה כגון פגם בכריתה, כשרות או צורה של החוזה אלו טענות על החיוב. אך ישנן טענות שלא קשורות לחיוב כגון טענת קיזוז הנובעת מסיבות או עסקאות אחרות. חייב חייב לנושה כסף עבור הסחורה ובלי קשר הנושה חייב לחייב כסף. כלפי הנושה החייב יוכל לקזז את הנזק אך לא כלפי המוטב כי החוב לא קשור לחוזה עם המוטב. הוא כן יוכל לטעון כלפי המוטב טענות אישיות נגדו כלומר עם המוטב יהיה חייב לו כסף הוא יוכל לקזז זאת (ולא יוכל לקזז זאת כלפי הנושה).

מוטב לא יכול להעלות טענות הגנה כלפי החייב כי זה חד צדדי.

מישור יחסים נוסף הוא הנושה והחייב- יש בינהם קשר חוזי. חייב חייב לקיים את החיוב כלפי המוטב. המוטב יכול לדרוש את קיום החיוב. האם גם הנושה יכול לתבוע את קיום החיוב?

ס' 38 קובע שכו הנושה יכול לתבוע מהחייב את קיום החיוב לטובת המוטב. כלומר תביעה של הנושה לקיים את החיוב שצריך לקבל שהוא חיוב למוטב.

יחסי נושה-מוטב.

אם המוטב לא מצליח לגבות המחייב האם הוא יכול לתבוע את הנושה. לפי שלו התשובה העקרונית היא לא. החייב מחוייב כלפי המוטב וזהו. לנושה אין חבות מכוח החוזה כלפי המוטב.

אך לדעת גלברד במקרה כזה חשוב לדעת מה היה הטעם של החוזה- אם זה מוטב שאמור לקבל מתנה הוא אכן לא יכול לפנות לנושה.

אך אם החוזה הוא בגלל חוב קודם של הנושה למוטב. כלומר המוטב קיבל את זכותו לא כי הנושה רוצה אלא כי הנושה חייב. כאן תכול הוראת ס' 48 לחוק החוזים-"48. חיוב אשר לקיומו התחייב החייב כלפי הנושה בחיוב אחר, או שהעביר לו לשם כך זכות כלפי אדם שלישי, חזקה שלא התכוונו להפקיעו אלא אם קויימו החיוב האחר או הזכות."

קיום על תנאי

חייב ב48 זה הנושה שלנו. הנושה ב48 הוא המוטב צלנו, האדם השלישי הוא החייב

חייב נושה

 מוטב

במקרה כזה הצדדים לא התכוונו שהזכות תפקע אלה אם היא קוימה. כלומר לפי ס' 48 אם הנושה פורע את חובו למוטב לא בכסף מזומן אלא באמצעי חלופי- זכות כלפי החייב הפירעון הוא על תנאי שהחייב באמת ישלם. חייב לא ישלם עדיין הנושה חייב למוטב מכוח החיוב הקודם.

כל הנושא הזה הוא דיספוזיטיבי. כלומר ס' 37 לדוג- כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה הוא יוכל לעלות למוטב- ניתן להתנות ולקבוע כי הוא לא חל והחייב לא יוכל לפנות למוטב בטענות אלא הוא יהיה חייב לשלם לו ולפנות לנושה במקרה של בעיה.

**חיובי התלות- כיצד משפיע אי קיום של צד אחד על חובת הקיום של הצד האחר**

מתעוררת ב3 מצבים רק בחוזים עם קיומים הדדים, כל עוד הם הדדים:

1. חיובים בו זמניים ואחד לא מקיים- הפרה בהווה
2. חיובים לא בו זמניים הראשון מפר איך משפיע על השני?- הפרה
3. חיובים לא בוזמניים השני מפר- הפרה צפויה

לדוג חוזה מכר- קונה ומוכר. מוכר הוא המפר-

1. מוכר התחייב לספק סחורה וקונה מתחייב לשלם באותו יום אספקה. מוכר לא מספק סחורה, האם קונה צריך לשלם (עסקת מזומן)
2. מוכר צריך לספק סחורה ב1/1 ולא מספק האם קונה צריך לשלם ב15/1 (עסקת אשראי)
3. קונה צריך לשלם ב1/1 אך הוא צופה כי מוכר לא יספק את הממכר ב15/1. (עסקת מקדמה)

בהתייחסות לשאלה כשאלה מתחום דיני התוכן-אם אין הסדר חוזי (מה שקורה ברוב המקרים) נשתמש בסעיפי השלמה- המתאים לעניינו הוא ס' 43.

ניתן להסתכל על השאלה בהיבט של תרופות- כי השאלה היא אילו אפשריות ניתנות לצד נפגע נוכח הפרה (כעת בעבר או בעתיד) של הצד השני ותגובה להפרה בד"כ מוגדרת כתרופה או סעד.

לכל אחד מהנפגעים יש עילה לביטול החוזה בגלל ההפרה ואם הוא יבטל הוא לא חייב לקיים את חיובו. אך האם הוא יכול לדחות את חיובו, מבלי לבטל את החוזה ומבלי שזה יחשב כהפרה.

בהסתכלות דרך דיני התרופות, לפי טייטל , דחיית קיום היא התרופה החשובה ביותר. היא הכי פרקטית משום שיש לה המון יתרונות:

1. סעד עצמי, לא צריך לפנות לביהמ"ש. גם ביטול הוא סעד עצמי הוא נעשה בהודעת ביטול. הפעלה של צעד עצמי של ביטול שלא כדין זוהי הפרה יסודית. לעומת זאת דחיית קיום שהסתברה כטעות- זה יכול להיות דרמטי אך ברוב המקרים לא מדובר בהפרה יסודית. הסיכון הוא קטן יותר בדחייה מאשר בביטול
2. ברגע שנפגע בחר בביטול אין דרך חזרה, לא ניתן יהיה לדרוש אכיפה. הדחייה עדיין ניתן לשמור על אופציות פתוחות- יוכל לבחור ביטול או אכיפה.
3. בפס"ד ארבוס דורנר מצביע על יתרון נוסף- דחייה מעודדת את הצד השני לתקן את ההפרה מכמה טעמים:
* ביטול החוזה זו הכרזת מלחמה. הסיכוי שחוזה יחזור למסלול תקין הוא נמוך מאוד. מסר פייסני עם אפשרות להחזיר חוזה לקיום.
* תמריץ פנימי לקיים- אם המפר מעוניין בתמורה הנגדית והוא יודע כי כל עוד הנפגע לא ביטל הוא חייב להמשיך לקיים אז המפר יהנה מקיום הנפגע ללא תמורה מצדו. אך אם נפגע לא חייב להמשיך לקיים והמפר מעוניין בתמורה זה ימריץ אותו לקיים את החוזה.

זוהי לא תרופה של סוף הדרך. היא לא מעמידה את הנפגע במצב בו היה אילולא בוטל החוזה או אילו קוים החוזה.

תשובה:

1. ס' 43א3 אם החיובים הם בו זמנית ואחד הצדדים לא מקיים הצד השני יכול לדחות את חיובו.
* המחוקק בחר בברירת מחדל זו כי הצדדים בחרו קיום של חיוב בו זמני. זה לא אקראי, הם קבעו זאת כך כדי להבטיח שליטה הדדית וזה היה אומד דעתם- אם צד אחד לא מקיים לאפשר לצד השני להגיב באי קיום.
* זה מעלה שאלה פרקטית- שני הצדדים קבעו לקיים את חיוביהם באותה נק זמן. כשזה מגיע לביהמ"ש תמונת המצב היא ששניהם לא קיימו את חיוביהם. איך יודעים מי המפר ומי הנפגע? הפסיקה קובעת בפס"ד ג'רבי קבע ביהמ"ש שכדי למנוע סיטואציה כזו המכונה מעגל שוטה המבחן הוא הנכונות לקיים. צד שגילה נכונות לקיים יחשב לצד הנפגע, מי עשה הכנות לקראת הקיום- פעולות שיעידו על הכנות לקראת קיום ופעולות שמעידות על סרבנות.
1. חיוב ראשון בזמן הופר- מוכר לא סיפק בחורה האם קונה צריך לשלם? ס' 43א2, החוק קובע כי רק אם הצדדים התכוונו שהחיוב השני בזמן יהיה תלוי בקיום החיוב הראשון יוכל השני לדחות את ביצוע החיוב. נדע זאת ע"פ בדיקת החוזה אלא שברוב המקרים החוזה שותק בעניין. ולכן יש כאן שאלה של פרשנות של אומד דעת הצדדים. עד אמצע שנות ה80 עניין זה היווה בעיה. הגישה הפרשנית של ביהמ"ש הייתה שברירת המחדל הפרשנית היא שהצדדים לא יצרו תלות וכדיל הסיק אחרת ביהמ"ש חיפש אמירה ברורה ומפורשת בחוזה שהחיוב השני תלוי בחיוב הראשון. ביהמ"ש פעל זאת משום שהוא העתיק פסיקה אנגלית שגישתה הייתה שאם הפרישו את המועדים של החיובים כנראה לא אכפת שלא תהיה תלות (מסקנה הפוכה מס' 1).זה לא פועל פעמים רבות משום שיכולות להיות סיבות רבות לבחירת תאריכים אלו כגון שיקולי מס שיקולי תזרים מזומנים ועוד... דוג' לפס"ד שהחזיק בדעה זו הוא הפס"ד של שמגר ב(765/82) אלטר נ' אלעני- אלעני הוא קבלן שאמור לבנות ב71 בניין בחולון שמשלב מגורים וחנויות. לאלטר יש חנות . אלעני מנסה לשכנע את אלטר לקנות חנות חדשה כשבשל בעיית מזומנים של אלטר נקבע בחוזה כי לאחר מכירת החנות של אלטר ישלם אלטר 60 אלף לאלעני(בנוסף לתשלומים אחרים). בפועל בגלל סיבות רבות החנות החדשה והבניין לא מוקמים בזמן (היה אמור בסוף 72 להיבנות) ב1974 אלטר מצליח למכור את החנות אך אז עדיין בקושי מתחילה בניית הבניין. אלטר לא מעביר את התשלום לאלעני כי הבניין עוד לא התחיל להבנות. אלעני מפר את החוזה ולכן אלטר לא משלם. הבנייה התחילה והסתיימה ב1976. הקבלן טוען שאלטר הפר את החוזה כי הוא לא העביר את ה60 אלף בזמן שנקבע, ועלתה השאלה האם לאלטר יש זכות לדחות את מועד תשלום נוכח ההפרה הברורה מצידו של המוכר. ביהמ"ש אמר כי יש להבחין בין חיובים שלובים (בוזמניים), חיובים מותנים (צדדים התכוונו ליחסי תלות) ובין חיובים עצמאיים. ביהמ"ש קבע כי יש להזהר מאוד כשלשון החוזה לא תומכת בכך שהחיובים הם מותנים, מי שרוצה להתנות את החיוב שלו בקיום החיוב הקודם צריך לקבוע זאת בצורה ברורה בחוזה. כל עוד אלטר לא ביטל את החוזה הוא היה חייב לשלם ושניהם נחשבים כעת מפרים.

זהו לא הדין היום.

1. החייב הראשון עומד לקיים את חיובו אך יש צפי שהצד השני לא הולך לקיים את חיובו. אין פתרון בחוק משום שזהו מצב שנופל בין הכסאות. ס' 43 לא דן במצב זה כי ס' 43 מסתכל על כל הסוגיה בעיניים של תוכן ולא תרופות. בעיניים אלו לא מתעסקים בהפרה צפויה. ס' 17 לחוק התרופות מדבר על הפרה צפויה וקובע כי הנפגע זכאי לכל התרופות, אך המחוקק לא התייחס לדחיית קיום כתרופה.

24/1/12

הפסיקה טיפלה בנושא. בפס"ד שוחט נ' לובייאניקר מדבר על הסנקציה של שינוי קיום החוזה מבלי שהדבר ייחשב הפרה במקרה של הפרת חובת תום לב. כאן מדובר על זוג קוני דירה שנסעו לאוסטרליה והשאירו את המוכרים ללא ידיעה מה ניתן לעשות. המוכרים משנים את תוכן השינוי כשהשינוי הוא דחייה של העברת הבעלות. המוכרים לא מעוניינים בביטול החוזה והם אף כנראה לא באמת יכולים כי לא מתקיים מצב של הפרה צפויה כי לא היה גילוי דעת של צד ולא היו נסיבות מאוד ברורות שחוזה לא יתקיים. עו"ד הקונים אומר כי יהיה בסדר והנסיבות לא מעידות באופן ברור על הפרה ולכן זה לא נכנס לגדרי ההפרה הצפויה.

בן פורת קבעה כי עד שהחשש יוסר ניתן לדחות את הקיום או עד למועד קיום החוזה.

מכוח ס' 39 עקרון תום הלב, בגלל שהמפר הפוטנציאלי הפרו את חובת תום הלב ויצרו חוסר וודאות ולא טרחו להפיג את החשש ע"י סיפוק בטוחה הצד שחושש מפני הפרה רשאי לדחות את קיום חיובו. יש כאן פיתרון חלקי לבעיה.

לגבי מצב של חשש מפני הפרה אין שום הסדר ולכן ביהמ"ש ממלא חסר בעזרת ס' 39. להפרה צפויה יש הסדר עם תרופות מסויימות אך לא דחיית קיום ולכן ניתן לטעון כי בגלל שהפרה צפויה מוסדרת ייתכן ויש כאן הסדר שלילי(חשיבה פורמליסטית).

פס"ד זה ניתן בתחילת שנות ה80. בן פורת לא שאלה עצמה לגבי התלות בין החיובים. במקרה הזה החיובים מדורגים בזמן. אם אין תלות בין החיובים מבחינת דחייה לא ניתן לדחות קיום (אותו רציונאל כמו בתחילת הס' הקודם). בן פורת לא הייתה ערה לקושי כי אין כאן ס' חוק כמו 43א2, אך בעצם זהו אותו המצב. אם עצם העובדה שחיובים לא משולבים יוצאים מנק הנחה שאין תלות בס' 2 אז זה אמור לעבוד גם בס' זה. ביהמ"ש מתעלם מכך.

בפס"ד 674/83 דניאלסה נ' גד-שת, השופט בך מעלה את השאלה האם אפשר לדחות קיום אך שם יש מצב ברור של הפרה צפויה. עולה השאלה האם להכיל את מה שקבעה בן פורת בשוחט דחייה ע"פ עקרון תום הלב. ביהמ"ש אכן פועל כך- אם אופשרה דחיית קיום במצב של חשש מפני הפרה הרי קל וחומר לאפשר דחייה במצב של הפרה צפויה וודאית. מעבר לכך אם במצב של הפרה צפויה מאפשרים את ביטולו של החוזה הרי צריך לאפשר תרופה מתונה יותר של דחיית קיום. שתי התרופות נובעות מאותו מקור היסטורי- קוד יוסטינאינוס בו היה עקרון שקבע שאין לקיים לטובת מי שאינו מקיים. מעקרון משפטי זה התגלגלו בסופו של דבר שתי התרופות. בcommon law זה בא לידי ביטוי בתרופה ביטול ובמשפט הקונטיננטאלי הייתה תרופת הדחייה שהיא קלה יותר. בפס"ד זה מורחבת אפשרות הדחייה למצבים של הפרה צפויה.

בפס"ד מקור פיתוח עירוני נ קרון- עולה השאלה של דחיית קיום וביהמ"ש קובע כי הזכות לעקב את ביצוע החיוב תעמוד לנפגע מהפרה צפויה כשקיימת תלות בין חיובו לבין החיוב שהפרתו צפויה. בך קובע כי זו אותה השאלה והדחייה אפשרית רק כשהצדדים התכוונו ליצור תלות. אך הוא מוסיף כי על התלות לא לומדים רק ע"פ המועדים אלא גם ע"פ נסיבות החוזה ומכללי ההגיון והשכל הישר. זוהי תחילת השינוי של ההלכה. בך מבסס זאת על חובת תום הלב, או על היקש מס' 17 שכל התרופות כלולות כולל דחייה הוא אף מנמק זאת מכוח קל וחומר. (הקביעה של בך משליחה גם על המצב בס' 2 משום שמדובר באותה הפרשנות).

(בעצם הפסיקה מוסיפה על 43א2 שברוב המקרים יש תלות בין החיובים, עדיין ייתכנו מצבים ללא תלות).

בפס"ד דלתא הנדסה השופטת דורנר חוזרת על אותם העקרונות. בפס"ד דלתא שכרה חנות משיכון עובדים בבאר שבע וחלק מתנאי החוזה היו שבתום שנת השכירות יש לדלתא אופציה לרכישת החנות בתום תקופת השכירות. דלתא איחרה באחד התשלומים אך שיכון עובדים לא אמרה דבר על כך. כתמה תקופת השכירות ביקשה דלתא לרכוש את החנות ולממש את האופציה שיכון אמרו כי בגלל האיחור שהתרחש חצי שני קודם לכן הם מבטלים את החוזה כי האיחור היה הפרה. דלתא תובעת, מתנהל משפט, ובזמן שהתיק בביהמ"ש הגיע המועד לתשלום עבור רכישת החנות, דלתא לא משלמת ולכן שיכון עובדים קובעת כי גם זוהי עילה לביטול, וזוהי הפרה יסודית כי דלתא אמרה כי היא מממשת את האופציה אך היא לא שילמה. דלתא טענה כי הם זכאים לדחות את התשלום מצב הפרה צפויה של שיכון עובדים בגלל הביטול שלא כדין על הכביכול הפרה הראשונה. הודעת ביטול שלא כדין היא גילוי דעת לאי קיום החוזה. דורנר קובעת כי התלות של החיובים נובעת משיקולים של שכל ישר והגיון ומניחים כי בד"כ יש כוונה ליצור תלות. היא גם טוענת שניתן לדחות בהפרה צפויה.

הדברים מגיעים לסיאם בפס"ד ארבוס נ' רובינשטיין- מש' ארבוס קונה 2 דירות מחברת רובינשטיין ולפי תנאי החוזה יש לוח תשלומים והתשלום האחרון צריך להיות משולם שבוע לפני מסירת הדירות. ארבוס משלמים בזמן אך הם מקבלים את הדירה באיחור של 13 חודשים בפועל (11 לפי התביעה). יש הפרה מצד החברה. ארבוס תובעים פיצויים בטיעון מתוחכם שאומר כי לפי הפסיקה אם היו יודעים על ההפרה אז ארבוס היו יכולים לדחות את התשלום עד מועד המסירה. בתקופה הזו הכסף היה נמצא אצל ארבוס ולכן הם רוצים הפרשי הצמדה וריבית. הם מעדיפים זאת מפני שב1984 אחוז האינפלציה היה 444%. הם צריכים לבסס את התלות בין החיובים כדי להוכיח כי הם אכן היו רשאים לדחות. דורנר קובעת כי לדחייה יש יתרונות רבים. היא אומרת כי ס' 23 לחוק המכר קובע כי מועד התשלום ומועד המסירה הם חיובים מקבילים שיש לקיים בד בבד ולכן אם צד אחד לא מקיים את חיובו ניתן לדחות (דורנר מתעלמת מכך שס' 23 הוא הוראת השלמה ולכן הוא לא חל כאן כי כן נקבעו מועדי תשלום). היא מסבירה את היתרונות של דחיית קיום. דורנר קובעת כי חובת התשלום וחובת העברת הממכר אינה עניין של טיימינג. התלות משקפת את אומד הדעת של צדדים לעסקת מכר טיפוסית. והתלות מתקיימת לא רק כשהחיובים הם באותו הזמן וללא קשר לשאלה מי מקיים קודם. ולכן דורנר קובעת כי כל עוד אין הוראה השוללת את התלות יש תלות- 180 מעלות מפס"ד אלטר שקבע לחלוטין ההפך (אם אין הוראה מפורשת שיש תלות אז אין תלות). דורנר קובעת כי כלל זה חל על כל חוזה ועל אחת כמה וכמה על חוזה אחיד. זהו כלל דיספוזיטיבי אך בחוזה אחיד קביעה כזו לרעת הלקוח תהיה תנאי מקפח כי זה שולל ממנו תרופה (זוהי הכרה ראשונה בדחיית הקיום כתרופה).

אם כך-

בחיובים בו זמניים ניתן לדחות תמיד, בחיובים שאינם בו זמניים (משני הסוגים) הדחייה אפשרית בתנאי שיש תלות בין החיובים, אך אנו מניחים כי תמיד יש תלות אלא אם יש הוראה מפורשת השוללת את התלות. הוראה כזו בחוזה אחיד לרעת הלקוח היא תנאי מקפח מפני שיש בכל שלילת תרופה של הלקוח.

הרציונאל של תלות בין החיובים נוגעת לחיובים המרכזיים בחוזה. לא חל על חיובים תפלים. הפרה של חיוב עיקרי מאפשר דחייה של חיוב עיקרי.

בע"א 2568/98 פטר נ' חממי בפס"ד זה פטר היה בעלים של קרקע וחממי קבלן. נעשתה עסקת קומבינציה- קרקע תמורת דירות. חממי לא רוצה למסור את הדירות וטוען לדחיית קיום כי לפי החוזה פטר התחייב גם שעל הדירות שפטר מקבל הוא ישלם על המונה של החשמל והמים. חממי שילם תשלום זה לעירייה וכעת שהוא רוצה בחזרה את הכסף פטר לא רוצה לשלם וחממי לא מוסר את הדירות. ביהמ"ש קובע כי החיוב העיקרי של פטר קוים ולכן חמיי צריך לקיים את החיוב העיקרי שלו. אין יחס בין דחיית הקיום לסיבה המשנית- כמה מאות שקלים על מונה לעומת מיליונים של דירות.

כשיש הפרה הנפגע זכאי לדחות את קיום החיוב. ייתכן והחיוב של הנפגע הוא חיוב כספי. במקרה כזה דחיית חיוב כספי מזכירה קיזוז. גם קיזוז עוסק בסעד עצמי בו חייב לא משלם חיוב כספי שחל עליו. יש הבדל יסודי בין השניים- בדחיית קיום הנפגע אומר שהוא לא מקיים עכשיו אך יקיים כשיבשילו התנאים. בקיזוז נפגע קובע כי הוא לא מקיים כי לא צריך לקיים- פקיעת החיוב. בפס"ד של מקור פיתוח עירוני נ' קרון- קרון רכשו דירה ממקור פיתוח עירוני וההסכם היה שקרון יקבלו את מפתחות הדירה למרות שלא שילמו עדיין את כל התמורה הכספית. הוסכם שאת שאר הכסף הם ישלמו כשיצליחו למכור את דירתם הישנה. החברה התחייבה לרשות לטובתם הערת אזהרה בטאבו, הם התמהמהו והנושים של החברה הטילו עיקול שמונע את רישום הערת האזהרה ואת רישום הבעלות בעתיד. הקונים הודיעו לחברה שבגלל המצב הם מקזזים את הסכום שנותר להם (25 אלף דולר) כי כנראה החברה לא תוכל להעביר בעלות בגלל העיקול. ביהמ"ש קבע כי קרון זכאים נוכח ההפרה הצפויה לדחות את קיום החיוב ואפ תהיה הפרה יוכלו לתבוע פיצויים עליה. הודעה על קיזוז לעומת דחייה משמעותה שקרון לא מתכוונים לשלם ולכן הם מפרים (גן במצב של הפרה צפויה).

בהצעת חוק דיני ממונות ס' 51/52 כמו ס' 43א3. חיובים שלובים. ס'127(א) כמו 43א2 אבל עם שינויים:

1. הצעת החוק כבר קובע כברירת מחדל את קיומם של יחסי תלות. לא צריך להוכיח שיש כוונה לתלות.
2. חזקת התלות מוגבלת רק לחיובים מרכזיים.

ס127(ב)- היה חשש סביר לכך שצד לא יקיים חיוב עיקרי אשר מועדו טרם הגיע (המצב השלישי) זכאי הצד השני לדרוש המצאה של ערובה בטוחה לקיום וזכאי הוא לדחות את הקיום כמו(2.609 לucc).

הסעיפים החדשים מעגנים את מה שנמצא בפסיקה, עדיין נמצא בחלק התוכני. הפסיקה כבר הכירה בדחיית קיום כתרופה וזה הוכנס גם לדיני ממונות בחלק של התרופות- ס' 496 תרופה של דחייה (נקרא השעיית קיום).

יש הבדל בין התנאים של דחייה תוכנית לתרופתית. העיקרי הוא במקום תנאי עיקרי מדובר על הפרה יסודית ויש הבדל בין הדברים. לדעת גלברד יש כאן טעות: מעניין הקל וחומר- ביטול של ממש של החוזה ניתן לעשות גם ללא הפרה יסודית בכפוף לתנאים מסויימים, ולכן אם אפשר לבטל אמורה להיות אופציה לדחייה.

גם בדין היום וגם בדין המוצע יש חוסרים רבים- כמה זמן ניתן לדחות קיום? (ישנו פס"ד הקובע כי זמן סביר).

כשיש דחיית קיום פעמים רבות למפר השליטה מתי הנפגע צריך לקיים את חיובו, הנפגע תלוי ברצונו הקפריזי של המפר וצריך להיות בכוננות קיום, מתבקשת הוראה שאומרת שאם הייתה דחיית קיום ומשתנות הנסיבות כך שהקיום חזר לחיים צריך לאפשר זמן התארגנות לנפגע.

**תרופות:**

באות כתחליף לחיובים בראשוניים , התרופות ממקומות בחוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה ויש בו חסרים רבים שהושלמו ע"י הפסיקה (כגון הפעלת תרופות באינפלציה, קוגנטיות ודיספוזטביות, צירוף תרופות ועוד..) בדיני ממונות יש הסדר רחב יותר. חוק התרופות נחקק לפני חוק החוזים חלק כללי ויש אי התאמות בין שני החלקים. יש תרופות מחוץ לחוק התרופות. ס' 22 הוא ס' של שימור דינים.

ס' 1 הוא סעיף הגדרות, ס' 2 מתמצת את חוק התרופות, הוא קובע מהם התנאים לזכאות לתרופות-

1. שיהיה חוזה תקף
2. שתהיה הפרה כלומר מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה, מספיק הפרה של חיוב מסוים בחוזה.

26/1

הצהרה- מצב בו אדם מצהיר בחוזה על משהו ולא מקיים אותו. או הצהרה שהתוכן שלה לא נכון. הצהרה טרום חוזית לא נכונה היא הטעיה. אך מהי הצהרה תוך חוזית לא נכונה.

הגדרת הפרה נראית מאוד כללית במבט ראשון ולכן זה בעייתי לגבי הצהרות לגבי התחייבות לעשות או לא לעשות משהו. הגישה המקובלת שהצהרה לא נכונה היא הפרה. כשצד מצהיר על מצב דברים מסויים זוהי התחייבות מצידו שזהו מצב הדברים ואם הוא לא כזה הוא ידאג שהוא יהיה כזה. לדוג' אני מצהיר כי הנכס הנמכר הוא ללא עיקולים ושיעבודים.

הפסיקה הכילה את העקרון הכללי של זוטי דברים. כלומר המשפט לא עוסק בזוטות, לא עוסק במה בכך. למשל בנזיקין- עוולה נזיקית שהיא זניחה כגון אדם שטען ששכנו ביצע כלפיו של הסגה נזיקית של הסגת גבול במקרקעין. דובר על חוט חשמל שעבר בקצה של החלקה המאוד גדולים. זהו עניין של מה בכך .

בהצעת חוק דיני ממונות זהו ס' 4 בתור עקרון יסוד של המשפט הפרטי- לא תובעים על עניין של מה בכך. בדיני החוזים מכילים את העקרון הזה שבהעדר בסיס פורמלי אחר מבססים אותו על ס' 39. על הפרה זניחה וחסרת משמעות לא תהיה עילת תביעה.

הפרה כוללת גם מצב של הפרה צפויה שבס' 17 לחוק התרופות. ס' זה משקף דוקטרינה משפטית שהייתה קיימת עוד לפני חוק התרופות ומקורה במשפט המקובל האנגלי בסוף המאה ה19. לא מובן מאליו שרואים הפרה במצב שבו רק מתקיימת הסתברות שיופר בעתיד חיוב שעוד לא הגיע מועד חיובו.

יש הפרה צפויה הצהרתית- גילוי דעת מפורש או משתמע.

ישנו מצב של הפרה ע"פ נסיבות- נסיבות יכולות להיות ברורות (השמדת הנכס לדוג'). אך גם בנסיבות של הסתברות של פחות ממאה אחוז חלה הפרה צפויה אבל עדיין הסתברות גבוה מאוד. אדם הפועל ע"פ הפרה צפויה לוקח על עצמו סיכון שביהמ"ש יחליט שלא הייתה הפרה צפויה. הוא גם לא יכול ללכת לביהמ"ש לקבל חוו"ד מוקדמת. ביהמ"ש יכול לתת צו ביניים אך אין הבטחה שמה שנקבע בהליך הביניים יחייב לפסיקה הסופית כי הסעד הזמני הוא במצב מסויים ומתבסס על נתונים שיכולים להשתנות.

הפרה צפויה מאפשרת לנפגע להפעיל את כל התרופות לפי חוק התרופות. זו אמירה סתמית כי חלק מהתרופות לא ברור כיצד ניתן להפעילן במקרה של הפרה צפויה. הס' אומר שצו אכיפה שיתקבל עדיין לא יקדים את החיוב והוא רק יקבע שיש לקיים את החיוב במועדו. זו התרופה המותאמת היחידה.

בדיני ממונות שמו לב לקושי והוסיפו הבהרה שהנפגע זכאי לתרופות בשינויים המחויבים. דוג' לשינויים מחוייבים:

1. תרופת הביטול- מאפשרת לנפגע לבטל חוזה גם במצב של הפרה לא יסודית אך בתנאי שתינתן ארכה של זמן סביר לקיים את החיוב. נניח כי זמן סביר הוא שבועיים ויש חוזה עם הפרה צפויה לחיוב שמועד הקיום הוא עוד 6 חודים. הנפגע רוצה לבטל את החוזה אבל זו הפרה צפויה לא יסודית (הפרה צפויה לא יסודית נקבע כאפשרית ע"י הפסיקה, שלו חושבת שלא ייתכן מקרה כזה). הנפגע צריך לתת ארכה של זמן סביר של שבועיים אך מועד הקיום הוא עוד חצי שנה גם לאחר הארכה אין צורך לקיים את החיוב. השינוי המתחייב הוא שהנפגע צריך לתת למפר ארכה לחזור בו מן ההפרה ע"י סילוק הנסיבות או חזרה בו מההצהרה המונעים את קיום החוזה.
2. חישוב פיצויים- ס' 10 לא קובע נוסחת חישוב אלא רק עקרונות כללים. אחת השיטות היא הפרש בין המחיר החוזי לבין שווי השוק במועד ההפרה, אך מה קורה בהפרה צפויה? מה הוא המועד בו צריך להתייחס לשווי השוק? מועד החיוב על פי החוזה, מועד ההפרה הצפויה ואם זהו המועד איך ניתן לתת פיצויים לפני שיודעים מה שווי השוק?

אם יש חוזה תקף והופר חיוב על פיו זכאי הנפגע לתבוע תרופות. ס' 2 אומר מה הן התרופות.

נפגע- מי שזכאי לקיום החיוב שהופר. יכול להיות גם חליפו של הנושה מכוח הסכם, מכוח דין (נושה מת אז יורשיו), כונס נכסים של חברה וכדו'..

התרופות בס' 2 הן העיקריות אך לא היחידות. יש סידור של התרופות- אכיפה או ביטול ופיצויים בנוסף או במקום. כלומר האפשרויות הן: אכיפה לבד, ביטול לבד, פיצויים לבד,אכיפה ופיצויים, ביטול ופיצויים.

מתיאור התרופות אנו מבינים כי:

1. החוק רומז והפסיקה קובעת כי ברירת התרופות נתונה בידי הנפגע ולא בידי המפר או ביהמ"ש. יחד עם זאת הכוח של הנפגע לקבוע את מערך התרופות שהוא מעוניין בו כפוף לסייגים-
* סייגים פנימיים של התרופות-לדוג' סייגי האכיפה, כל תרופה יש לבקש בזמן סביר.
1. גם אם אין סייגים יש 2 עקרונות של צירוף תרופות:
* נרמז בחוק, בוסס בפסיקה יהיה בדיני ממונות-אי אפשר לקבל תרופות סותרות המשקפות רציונאל שונה, ניתן לתבוע לחילופין תרופות סותרות- אם לא אכיפה אז ביטול אבל לא גם וגם. לא ניתן לתבוע ביטול וניכוי מהמחיר. אי אפשר לתבוע פיצויים וניכוי מהמחיר.
* לפי הפסיקה- לא ניתן לצרף תרופות שיביאו לכפל תרופה. המטרה היא להעמיד את הנפגע במצב בו היה אילולא הופר החוזה. יש מצבים שהם תרופות מסוימות עלולות להעמידו במצב טוב יותר (לדוג' חשין בצוקים- פיצויי הסתמכות בחוזי הפסד). כפל תרופה אומר שעל אותו ראש נזק נפגע יקבל יותר ממאה אחוז על הנזק שלו.
* הכללים של צירוף התרופות הם קוגנטים.

בהנחה כי יש חוזה תקף והחוזה הופר ישנן טענות הגנה אפשריות של המפר גם אם עקרונית יש זכאות לתרופות:

* ס' 32 לחוק החוזים חלק כללי קובע שאם מדובר בחוזה להגרלה או הימור שלא קיבל את ההיתרים הנדרשים על פי דין אינו עילה לאכיפה או לפיצויים. האינטרס המרכזי בדיני תרופות הוא אינטרס הקיום שמוגן ע"י תרופת האכיפה או תרופת הפיצויים. שלילה של 2 תרופות אלו מביאה לכך שכל המהות של החוזה במערכת המשפטית נעלמת- לא ניתן לקיים אותו בשום אופן.
* סיכול ס' 18' במצב של סיכול אין תרופות של אכיפה ופיצויים. במשך שנים רבות התשובה לשאלה מתי מתרחש סיכול היא אף פעם, כי הכל צפוי. ביהמ"ש העליון כמעט אף פעם לא מכיר בסיכול אבל בערכאות מאוד נמוכות יש הכרה בסיכול משום שהעליון מודע לכך שלא מדובר רק במקרה שלפניו אלא שזו הלכה מחייבת עם השלכות רוחב והשיקולים הם שיקולים מערכתיים ואילו בתביעות קטנות מדובר רק במקרה שלפניו. כמוכן ביהמ"ש העליון מתעסק בתיקים כבדים מבחינה כספית ובד"כ בתיקים כאלו יש ייעוץ עו"ד וחושבים על אופציות רבות ושונות. בתביעות קטנות הצדדים עושים חוזה על סכומים קטנים פעמים רבות ללא ייעוץ משפטי והם אכן לא צופים נסיבות מסכלות.

פס"ד רגב מסמל את הנטייה לשנות את המצב של אי ההכרה בסיכול. אנגלרד מקבר בין סיכול לס' 39. אם נסיבות הן כאלה שניתן לקיים את החוזה אז מכוח ס' 39 משנים את החוזה ואם לא ניתן אז מגיעים לסיכול. הגישה השמרנית והמצמצמת לא עומדת לדעת גלברד במבחן הזמן. נושא הסיכול לטעמו נותר מאחור ומאובן ולא מתאים לזמנים המודרניים. אנגלרד הוא זה שפסק כל פעם בצורה שונה אך הוא פרש ומאז לא נרשמה פסיקה הממשיכה בקו זה.

בהצעת חוק דיני ממונות יש שינוי דרמטי בנושא הסיכול- יש פרק סיכול, מבחן הצפיות הוחלף במבחן הסיכון(טעות בכדאיות העסקה). יש דמיון רב בין סוגיית הטעות לסוגיית הסיכול. טעות אומרת כי כשאדם מתקשר בחוזה הוא מתקשר על סמך תובנות מסוימות. לוקחים בחשבון את האפשרות שהוא לא מכיר הכל ויש דברים שהוא לא ואם היה יודע עליהם לא היה מתקשר בחוזה. טעה לגבי מצב דברים עובדתי ולכן מאפשרים לו להשתחרר מהחוזה. סיכול אומר שנאשים לא מודעים למצב דברים עובדתי עתידי- אותו רציונאל נקודות זמן שונות. ולכן מבחן הסיכון מתאים לשני המקרים. כמוכן יהיה שינוי וסיכול לא יהווה יותר טענת הגנה כנגד הפרה של המפר מפאת סיכול. בפס"ד בן אבו אחת הטענות של מדינת ישראל היא שבן אבו הגיש תביעה לבטל את החוזה למרות שהוא מפר ואיך יכול להיות שמפר מגיש תביעה לבטל את החוזה. לטענת המדינה הוא יכול היה רק להתגונן בטענה של סיכול ולא לתבוע. 2 עיוותים- אם נסיבות הסיכול לא מאפשרות קיום והן סוג של תאונה לא צפויה למה להגדיר את מי שלא מקיים כמפר. זה גם אקראי כי זה יכול להשפיע על שני הצדדים תלוי מתי היה מועד החיוב של כל אחד. כמוכן זה עיוות שזו רק טענת הגנה (השופט סבן קבע כי למרות שזו טענת הגנה הוא יאפשר לבן אבו לתבוע על פיה). דיני ממונות קובעים כי סיכול יחשב התרחות המביאה לפקיעת החוזה. הוא כבר לא יהיה תרופה.

* הקטנת נזק בסוגים מסוימים של פיצויים (לא ס' 11 ולא 15) כמוכן בתי המשפט מאוד זהירים בהפלת נטל הקטנת הנזק. לא מצפים מהנפגע שיצא מגדרו על מנת להקטין את הנזק. רק במקרים של יכולת קלה וסבירה להקטין את הנזק. זהו נטל נגד הנפגע והגישה של חוק התרופות היא פרו נפגע. קבוע מפורש בחוק
* אשם תורם- נקבע ע"י הפסקה. עד לפני לא הרבה שנים התפיסה הייתה תפיסה דוגמטית שצד מחויב רק בהתחיבויות שלקח על עצמו בחוזה והוא מחויב אליהן באופן מוחלט למעט מצב של סיכול. לפי תפיסה זו אם נגרם נזק לאחד הצדדים יש רק שתי אפשריות אם זה כתוצאה מההפרה של הצד השני המפר יישא במלוא הנזק, אם הנזק נגרם לא כתוצאה מהפרה מי שגרם לנזק יישא בעלויות שלו- הכל או כלום. הנושא של אשם תורם עלה בדיני נזיקין בס' 64 לפקודת הנזיקין. מצב בו גם הניזוק הייתה לו לרומה לנזק שנגרם לו. שני הצדדים היו רשלנים. מחלקים את הנזק לפי מידת הרשלנות היחסית. פרופ' אריאל פורת מאונ' ת"א הציע להכיל אשם תורם בדיני חוזים והעניין נקלט בביהמ"ש העליון. באותם שנים שעקרון תום הלב התפתח ונכנסה התפיסה של שיתוף פעולה למען הגשמת החוזה וזוהי קרקע נוחה לקליטת הרעיון של אשם תורם. כשיש חובה לשתף פעולה יש מצבים שאנו מצפים שחיוב יתבצע בשיתוף פעולה גם אם זה חיוב של צד אחד ואז ישנם מצבים שצד אחד הוא המפר אך הצד השני יכול היה להקטין את היקף ההפרה. ברגע שהעליון הכיר בטענה של אשם תורם הרעיון נקלט מאוד מהר בערכאות הנמוכות יותר. יש מידה של חפיפה בין אשם תורם לבין הקטנת נזק. נטל הקטנת הנזק חל רק אחרי שהייתה הפרה. הנפגע מחויב להקטין את נזקו לאחר ההפרה. אשם תורם יכול להתרחש לפני ההפרה, הנפגע יודע על נסיבות מסוימות שאם הוא היה מביא לידי הצד השני אולי הצד השני לא היה מפר או היה מפר בצורה פחות חמורה. אם הסתבר שעל ידי העברת מידע לפני ההפרה יכול היה הנפגע לחסוך חלק מהנזק (אם לא את כולו) יכול פה עקרון אשם תורם (לא יכול להיות הקטנת נזק כי מדובר במקרה שלפני הפרה).

אחרי ההפרה יכולים 2 העקרונות לחוק, עקרון האשם התורם הוא רחב יותר והוא חל גם על פיצויים לפי ס' 11 או 15. הוא גם כנראה כולל בתוכו את כל מצבי הקטנת הנזק ומצבים נוספים אחרים. יהודה אשר מציע לוותר על הקטנת נזק ולהשתמש רק באשם תורם.

אשם תורם רלוונטי לכאורה רק לגבי תרופה אותה ניתן לתת באופן חלקי וזה מתקיים בפיצויים שניתנים לכימות. בהצעת חוק דיני ממונות יש ס' של אשם תורם (נקרא התרשלות תורמת), הוא מופיע בתת הפרק של פיצויים. למרות זאת הכתיבה האקדמית ופסיקה בערכאות נמוכות מראות שימוש באשם תורם בביטול ואכיפה.

* בתרופת הביטול יש הבדל בין הפרה יסודית ללא יסודית. הפרה יסודית לפי ס' 6 היא יכולה להיות הפרה מוסכמת :הפרה שהצדדים הסכימו מראש שהיא יסודית, או בד"כ הפרה יסודית משתברת שמבחנה הוא הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אם היה רואה מראש את האפשרות ההפרה והתוצאות שלה. אשם תורם יכול לשנות סיווג של הפרה מהפרה יסודית להפרה לא יסודית (הנזק שמיוחס למפר הוא נמוך יותר ואז זו כבר לא הפרה יסודית- עדיין ניתן לביטול אך בתנאים אחרים).

הפרה לא יסודית כפופה לפי ס7ב למתן ארכה ושיקולי צדק. במסגרת שיקולי הצדק ביהמ"ש יכול להתייחס באדם תורם. אם כל הנזק היה מיוחס למפר ביהמ"ש היה יכול לבטל גם בהפרה לא יסודית אך אם 70% מההפרה הוא בכלל על כתפי הנפגע ביהמ"ש יכול לטעון כי לא מגיע ביטול כי הנפגע רחוק מלהיות צדיק- לא מוצדק לאפשר ביטול

ככל שהאשם התורם גדול יותר זה יוביל לתוצאה של שלילת ביטול

* השבה- כל חובות ההשבה (ביטול של חוזה פסול, ביטול בשל הפרה, ביטול במקרה של סיכול, ביטול כתוצאה מפגם בכריתה, ריבוי חייבים ונושים המביא לביטול ועוד...) כפופות לעקרון של ס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט מפני שהרציונאל ביסוד חובות ההשבה הוא רציונאל של עשיית עושר כי אחרי ביטול החוזה אם אני מחזיק במשהו של הצד השני הזכות שהייתה מכוח החוזה להחזיק בדבר נעלמה כי החוזה בוטל. לפי ס' 2 לחוק זה ביהמ"ש יכול לפתור מישהו מחובת השבה משיקולי צדק. בפס"ד גינזברג נאמר כי לביהמ"ש יש סמכות עקרונית לפטור את 2 או אחד הצדדים מחובת השבה משיקולי צדק ובשיקולי הצדק יכנס גם אשם תורם.
* אכיפה- ההשפעה העיקרית של תרופת האכיפה היא דרך סייג הצדק. אשם תורם משמעותי מצד הנפגע עלול להוביל למצב שביהמ"ש יסרב לתת אכיפה.
* ס'4- התניית האכיפה בתנאים, לדוג' שיערוך. אשם תורם יכול להשפיע על שיקולים של שערוך לדוג' מידת האשם של המפר, כשהמפר פעל באופן זדוני מקטינים את הקיף השערוך (שיערוך פועל לטובת המפר. המוכר לא מוסר את הממכר הקונה לא משלם וערך הכסף יורד). אם יש אשם תורם של הנפגע זה יפעל להגדלת היקף השיערוך.
* זוטי דברים- מה בכך לא מצדיק תרופה, או כל כך קטן שאין הפרה
* ויתור- הנפגע ויתר על התרופות שלו. לדוג' בפס"ד דלתא ההפרה הראשונה של תשלום דמי השכירות באישור הובילה לויתור מצד שיכון עובדים שלא נהגו בצורה שונה למרות האיחור. ולכן גם תביעת תרופות על ההפרה לא היו מתקבלות. ויתור יכול להיות מפורש כגון בפס"ד זפניק שחתמו על הסכם פשרה. ויתור יכול להשתמע- התנהגויות מסוימות, חלוף זמן, אי העלת טענות וכדו'. ככל שהנזק גדול יותר נהיה זהירים בהסקה שיש כאן ויתור.

בפס"ד עריית מעלה אדומים נ' חברת שיכון ופיתוח (נופיע בפרק של ביטול) עיריית מעלה אדומים רכשה נכס מקרקעין מחברת שיכון ופיתוח. העירייה הפרה את החוזה כי שילמה רק חצי מהתשלום. חלפו חמש שנים וחברת שיכון ופיתוח הגישה תביעה לבטל את החוזה בגלל ההפרה. הועלתה השאלה האם שתיקה של 5 שנים לא מעידה על ויתור. ביהמ"ש קבע כי כשמדובר בסכום כסף כל כך גדול שתיקה היא לא ויתור. השופט טירקל סבר שגם אם לא היה ויתור בכלל היה ויתור על ביטול מפני שביטול יש לבצע תוך זמן סביר. שני השופטים האחרים, שופטי הרוב חשבו שאפילו זה לא מפני שביטול יש לבצע תוך זמן סביר אבך הפסיקה קובעת שאם חלף הזמן הסביר הנפגע עדיין יכול להחיות את זכות הביטול ע"י פניה למפר וייתן לו התרעה וארכה לקיים את החיוב(גם בהפרה יסודית). שופטי הרוב אמרו שבכך שחלף הרבה זמן שיכון עובדים ויתרה על אפשרות הביטול ללא מתן ארכה. לפעמים הויתור הוא על כל התרופות- דלתא, לפעמים הוא על תרופה אחת טירקל במעלה אדומים, ולפעמים הוא כלכך חלקי שהוא ויתור על חלק מסויים מתורפה ספציפית- שופטי הרוב במעלה אדומים.

31/10

האינטרסים המוגנים ע"י בדיני תרופות-

1. האופייני ביותר- אינטרס קיום/צפייה
2. אינטרס ההסתמכות- פולר ופרדו מבחינים בין 2 סוגים:
3. עיקרי- כל מה שצד לחוזה עשה לצורך קיום חלקו בחוזה- הוציא הוצאות, העביר נכסים, השקיע השקעות ועוד..

פס"ד צוקים- מלץ-תומך בגישה שאינטרס הקיום הוא גג עליון- המטרה היא לא העניש, יש להעמיד במצב בו היה אילו קוים החוזה ולא טוב יותר, ההפרש בין סוגי האינטרסים אינו נובע מההפרה והמפר אינו צריך לפצות עליו.

שיקולים הפוכים- חשין- שיקול חינוכי אלמנט הרתעתי, השוואה בין הסתמכות להשבה. אם נפגע בחוזה הפסד רוצה ביטול הוא מקבל גם השבה. לצורך העניין נניח כי מכונת הפסטה יוצרה והיא עלתה לו מליון 200 למרות שהיא תומחרה המיליון. לאחר המסירה הצד השני לא משלם הוא מבטל את החוזה ותובע חזרה את המכונה, נניח כי ניתן למכור את המכונה בשוק כעת הוא יכול למכור אותה בשווי הריאלי שלה. בהשבה הוא לא מוגבל בגובה אינטרס הקיום. כלומר במשפט הישראלי כשנפגע מבטל חוזה הוא זכאי לקבל השבה מלאה גם אם היא עולה אינטרס הקיום. לדעת חשין יש להשוות בין השבה והסתמכות.

1. אגבי- הוצאות שצד הוציא בהסתמך על החוזה אך לא לשם קיומו. לדוג' צד קנה דירה במאה. עוד לפני קבלת הדירה אך בהסתמך על החוזה התקשר בחוזה עם קבלן לצורך שיפוצים. זוהי הוצאה לא לצורך קיום החוזה עם המוכר אך היא הוצאה בהסתמכות על החוזה.

נפגע זכאי לפיצוי גם על אינטרס ההסתמכות האגבי ועקרונית ניתן לקבל את האינטרס האגבי כפיצוי במסגרת ס' 10 לחוק התרופות. יחד עם זאת יש שני תנאים בס' 10- סיבתיות וצפיות. בנזקי הסתמכות אגבית עלולה להיות בעיה של צפיות. לא בכל מקרה המפר יכול לצפות מהלכים שהנפגע עושה בהסתמך על החוזה שלא היו נחוצים לקיום החוזה. בייחוד כשמדובר בפעולות חריגות.

אינטרס ההסתמכות מוגן (כשהוא מוגן) ע"י תרופת הפיצויים.

הפס"ד צוקים היה ויכוח בין חשין למלץ ושני השופטים הביאו לבסוף לצוקים פיצויים לפי ההסתמכות של צוקים משום שבמרה הזה לא ניתן היה להעריך את פיצויי הקיום- החוזה הופר כל כך מוקדם ולא ניתן להעריך מה הרווח הצפוי, לא ניתן היה אךף לדעת האם מדובר בחוזה הפס או רווח, ואז לפי מלץ ניתן להניח כי לא מדובר בחוזה הפסד והנטל להוכחה שכן מדובר בחוזה הפסד יוטל על עיריית נתניה שגרמה לבעיה מלכתחילה. הרעיון הוא שראייתית אין להניח את הנטל על צוקים שלא גרמו לבעיה ולהפרה ולכן לא הם צריכים להוכיח כי לא מדובר בחוזה הפסד. אם זה לא חוזה הפסד אינטרס ההסתמכות קטן או שווה לאינטרס הקיום.

במקרה כזה הוכחה של גובה אינטרס ההסתמכות- הוכחה של ההוצאות לצורך קיום החוזה אנו יודעים שאינטרס הקיום שווה לזה או גבוה מזה ואז ניתן לתבוע את הסכום הזה כאינטרס קיום.

1. אינטרס ההשבה- לקבל חזרה כל מה שהועבר במסגרת החוזה לצד האחר. לפי ס' 9 לחוק התרופות הנפגע יכול לבחור לפי שיקול דעתו האם הוא רוצה השבת שווי או השבה בעין של הדבר עצמו (רק בישראל) בשיטות משפט אחרות נפגע זכאי לקבל ולהשיב את הדבר עצמו אלא אם השבה היא בלתי אפשרית או סבירה אובייקטיבית.

נניח כי בחוזה מכר קונה קיבל נכס שהוא שילם עבורו ע"פ החוזה מאה ושוויו של הנכס ירד מאז שקיבל אותו ל50. עסקת הפסד. המוכר מפר את החוזה- הנכס שהוא נתן פגום או לא מתאים או נמסר באיחור רב, יש הפרה. מבחינת כדאיות כלכלית הכי כדאי לנפגע לבטל את החוזה- באכיפה הוא יישאר עם נכס ששווה 50.אם יתבע ביטול הוא ישיב את הנכס אך יקבל חזרה 100 וכעת הוא יכול לקנות שני נכסים כאלה. הוא במצב טוב יותר. אך מה קורה אם האדם לא רוצה לוותר על הנכס והוא מעוניין בו- קונה יכול להישאר עם הנכס ולהחזיר את השווי שלו- כלומר הוא ישאיר נכס בידו ויחזיר תמורתו את שווי 50 (כלומר הוא נשאר עם הנכס והוא שילם עליו חצי מחיר).

בדיני ממונות יש עוד יותר חידוד של האפיון המיוחד של השבה בחוקנו- שהנפגע בוחר.

* יש חפיפה בין אינטרס ההסתמכות להשבה באותם דברים שצד ביצע לצורך קיום החוזה והעביר אותם לצד השני לשם קיום החוזה.
1. הגנה על נזקים תוצאתיים- סוג של אינטרס הסתמכות כנראה. נזק תוצאתי= נזק שנגרם כתוצאה מההפרה אך אין לגביה התחייבות בחוזה (הדוג' של קבלן שבנה דירה לא טובה נפל קיר ושבר את הרגל- הרגל=נזק תוצאתי).
2. פס"ד אדרס- העברה של רווחים שהמפר הפיק מההפרה מצדדים שלישיים אל הנפגע. היווה חידוש של ביהמ"ש העליון שהשפיע על כל עולם המשפט המקובל. בעקבות אדרס יש פסיקה דומה באנגליה וארה"ב. בארה"ב נקבע שאפשרי בהפרות זדוניות- שיקולים עונשיים.

פס"ד אדרס הסבר- יש חוזה למכירת ברזל במאה. בין החוזה למסירה מחיר הברל עולה. המוכר מוכר את אותו הברזל לקונה שלישי במאתיים. המוכר לא יכול למסור לקונה הראשון את הברזל. אם בזמן המסירה מחיר הברזל עוד עלה עד ל300 ניתן יהיה לתבוע פיצויים על 300- הנזק שנגרם לנפגע.

מה אם בנק המסירה המחיר חוזר למאה? ע"פ דיני החוזים הנזק של הנפגע הוא 0- הוא יקח את המאה ששילם למוכר ויקנה את הברזל ממישהו אחר.

בנק' המסירה מחיר הברזל הוא 50- לקונה יש רווח של 50- יבטל חוזה, יקבל את המאה ויקנה אותה כמות ברזל בחצי מחיר.

באדרס בעצם ישנו המצב האחרון אך הקונה רוצה את ה200. והשאלה היא האם הקריטריון החוזי הוא שרק מעל מאה יש נזק ואז מגיע פיצוי. כלומר מעל סכום החוזה.

באדרס הולבשו דיני עשיית עושר שלא במשפט על דיני חוזים ומגיעים לכך שהמפר הפיק רווח שלא ע"פ זכות שבדין ולכן הוא צריך להעביר את רווחי ההפרה אל הקונה. ביהמ"ש העביר את כל הרווח לנפגע תוך ההנמקה שמפרים יש להרתיע ולהדגיש את הערך החשוב של קיום הבטחות, בחייה של הערך הכלכלי של הפרה יעילה. האינטרס שהפיצוי מגן עליו הוא ייחודי- סוג של אינטרס השבה אך לא במובן הרגיל. ייתכן ויש כאן סוג של אינטרס של עשיית עושר וייתכן שיש כאן אינטרס עונשי.

התנאים לאפשר סוג כזה של פיצויים לפי המשפט האמריקאי הוא אם ההפרה היא בזדון.

* האם יש תכלית עונשית לדיני התרופות בשל הפרת חוזה. התרופה הטריוויאלית היא לא. מלץ אף מציין זו בפס"ד צוקים. אך באופן ריאלי התמונה מורכבת יותר. פיצויים עונשיים במטרתם משמעותו להעמיד את הנפגע במצב טוב יותר ממה שהיה אילולא קוים החוזה על חשבון המופר על מנת להרתיע או לגמול למפר. בדיני התרופות שלנו יש סממנים ותרופות בעלות אופי מעיין עונשי כגון אדרס, חשין במלון צוקים, בפס"ד קרטין נ' עטרת ניירות ערך בפס"ד של השופט אנגלרד- עטרת השקיעו בשביל קרטין בניירות ערך והוא הפסיד כסף רב. זו הייתה תקופה של ירידה בניירות ערך אך מעבר לזאת הברוקר הפר את חובת האמון שלו ולא פעל כראוי. הוא השקיע את כספו של קרטין במניות שעטרת היו בעלי עניין בהם ולכן הוא לא פיזר כראוי את ההשקעות כמוכן הם עשו פעולות בתיק שלא היה להם רווח כלכלי ללקוח אלא רק הולידו רווח לחברה ע"י עמלות.

ביהמ"ש התלבט כי זהו חוזה הפסד שחלק מההפסד בו נגרם בגלל ההפרה של הברוקר אך חלק מההפסד נגרם בגלל ירידה של השוק- הפסד שלא קשור להפרה. לפי הקריטריונים המסורתיים של דיני חוזים הפיצוי צריך להיות רק על הנזק שנגרם כתוצאה מההפרה של חובת האמון. אך אנגלרד מדגיש כי אין פיצויים עונשיים אך בגלל שהחברה נהגה בכזה חוסר הגינות מגיע להם שיפסקו להם את כל הפיצויים. אנגלרד מייחס זאת להלכות זרות של ניירות ערך אך בעיניים חוזיות הוא פוסק ברוח השופט חשין בצוקים. הוא בחוזה הפסד נותן לנפגע את מלוא ההפסד כולל הפסד שלא נגרם כתוצאה מההפרה וההנמקה היא גם הרתעתית וגם גמולית.

פיצוי שהוא מעיין עונשי נוסף הוא מקרי השיערוך- לאחר שנים של משפט בתקופת האינפלציה נותנים אכיפה פעמים רבות אך משערכים אותה מכוח ס' 4. התניית האכיפה בשיערוך צריכה להיות בשיערוך מלא משום שהוא שומר על ערך הכסף. בעסקה של החלפת נכס בנכס הכל היה בסדר, היו תובעים אכיפה וכנגד נכס מקבלים נכס. אך במקרים כאלה הנכס הוא כסף ועם ערכו נשחק צריך למסור אותו בערכו הריאלי. שערוך זה לא פיצוי ואם אין ענישה כנגד אכיפה צריך לתת שערוך מלא. ביהמ"ש הפוסק אכיפה בתקופת אינפלציה פעמים רבות פוסק שיערוך לא מלא כיוון שאם הוא הפר אז הוא צריך לשלם איזשהו מחיר- זהו שיקול של גמול.

פס"ד 48/89 ניר בואים נ' וילרי אינטרנשונאל. ניר בונה בגג של סבו עליו יש לו זכויות בניה. וילרי היו אמורים לבנות את הדירה וסוכם שהתשלום יהיה צמוד דולר. החברה הפרה את החוזה בכך שהיא לא ביימה את הבניה בזמן. כתוצאה מכך הסכום שניר נאלץ לשלם היה הרבה יותר גבוה כי אחרי מועד המסירה המיועד הדולר עלה- ובשקלים היה צריך לשלם יותר. הוא היה זקוק לדירה אז הוא שילם ואז תבע ודרש פיצויים על האיחור ועל ההפרשים בין המטבעות שהוא היה צריך לשלם יותר. החברה טענה כי זה לא נזק כי מנגנון ההצמדה רק שמר על הערך הריאלי של התמורה שמקבלים. (אם ניר לא היה משלם הוא היה תובע אכיפה והיו מתעוררות שאלות השיערוך, אך הוא היה זקוק לדירה אז הוא קודם שילם). ביהמ"ש קובע כי אכן בתקופה של חוסר יציבות כלכלית ההצמדה שומרת על ערך הכסף אך לא ניתן להתעלם מההתנהגות הלא רואיה של החברה ולכן נפסק שהחברה תחזיר חלק מההפרשים- 30% מההפרשים כי באכיפה נותנים 70% אז זה אותו הדבר הוא היה צריך לשלם 70% מההפרשים אך הוא שילם אז מחזירים לו 30%. הבסיס היחיד של הפיצויים האלו הוא שיקול עונשי.

בדיני ממונות יש פיצויים עונשיים-

1. פיצויים לדוג' ס' 563- ביהמ"ש יכול לקבוע פיצויים שאינם תלויים בנזק אם המפר פעל בזדון.
2. 574- צו מרתיע, תרופה חדשה הנלווית לתרופת האכיפה. אפ לביהמ"ש יש חשש שהמפר לא יקיים את צו האכיפה ביהמ"ש יכול במקביל לצו האכיפה לתת צו מרתיע שקובע שעל כל יום שלא יקוים (החל ממועד מסוים) צו אכיפה ישלם המפר סכום מסוים.

יש סוג נוסף של תרופה שלא ברור איזה אינטרס חל עליה- הפיצויים שקיבלו בפס"ד ארבוס, שילמו בזמן אך קיבלו דירה באיחור של שנה- תבעו לקבל הפרשי הצמדה וריבית. הרציונאל של הפיצויים הללו הוא שיחזור השקילות החוזית.

אייל זמיר קרא לאינטרס זה -שיחזור השקילות החוזית. לדוג בתרופת הניקוי מהמחיר באה לידי ביטוי למשל בחוזה מכר שיש אי התאמה לממכר- אדם רכש דירת 4 חדרים וקיבל דירת 3 חדרים (או מכשיר עם 4 חלקים). ניתן לדרוש תיאורטית אכיפה לקבל את החלק הרביעי- או בעין או ערכו הכספי. ניתן לבטל. אם אדם החליט כי הוא לא רוצה לא אכיפה ולא ביטול המסקנה היא שאמנם אדם קיבל משהו לא מתאים אך בדיעבד זה טוב לאדם שזה מה שהוא קיבל. אם היה עושה את העסקה שוב היה כבר מבקש 3 חדרים. ולכן כל מה שנותר לעשות זה להתאים את המחיר לנכס שהתקבל בפועל. כמה היו משלמים אם מראש הייתי קונה 3 חדרים.

בפס"ד ארבוס בעצם מבקשים תשלום המבטא את המצב בו היו בני הזוג אם הדירה הייתה נמסרת במועד האיחור, כלומר שנה מאוחר יותר כחוזה מקורי.