



מחברת בחינה

דיני חוזים

מרצה: ד"ר משה גלברד

הפקולטה למשפטים
תשס"ט

שנה א', מסלול 1

נציגי כיתה: עומרי יוגב וליאור בר עוז

השימוש במחברת על אחריות המשתמש בלבד.
אגודת הסטודנטים אינה אחראית לתוכן המחברת.
מחברת זו אינה באה כתחליף להרצאות ותרגולים.
מחברת זו לא באה לפגוע בשמם של המלומדים הנכבדים, אלא כעזר בלבד לתלמידיהם.

קורס דיני חוזים – סמסטר ב' (משה גלברד)

שיעור מס' 1

נושא השיעור – פגמים בכריתת חוזה:

בסמסטר א' עסקנו במו"מ לכריתת חוזה, בו נמשיך גם בשיעור זה. המושג דרך מקובלת, איבד את משמעותו בפסיקה, ואילו תום לב היא נורמה פתוחה. **מצבים של עילת תום הלב** (סעיף 12 לחוק החוזים):

1. **חובת גילוי** – משמעות מרכזית.
2. **זיקה בין הפרה של חובה זו להטעיה** (סעיף 15 לחוק החוזים הכללי).

פרישה ממו"מ היא צעד לגיטימי, ברוב המקרים, לכן צד יכול להחליט שהוא רוצה להפסיק את המו"מ. זה לא כך, **כשצד אחד הסתמך על המו"מ**, והצד השני פרש **מסיבה לא עניינית ושרירותית** – הוא ייחשב שהפר את חובת תום הלב.

חשוב לשים לב, כשצד מנהל מו"מ ללא כוונת התקשרות, ישנה הפרה של חובת תום הלב. מצבים שבהם מדובר על מו"מ משמעותי ורציני שמכניס את הצד השני לעלויות ויותר על אלטרנטיבות משום שהוא מסתמך על המו"מ – זוהי גם הפרה של חובת תום הלב.

פס"ד קוט נ' ארגון הדיירים:

העובדות:

בפס"ד זה, ניהל צד אחד עם השני מו"מ וגרם לצד השני לחשוב שהוא מנהל מו"מ בלעדי ואמיתי איתו, **ובפועל לא היו הדברים כך**, שזוהי הפרה של חובת תום הלב במו"מ.

פס"ד זוננשטיין נ' גבסו:

העובדות:

אדם ניהל מו"מ לכרות חוזה מכר של מקרקעין, **וברגע האחרון לפני השלמת הכריתה**, כל הפרטים סוכמו מועד המכירה, לפני העלאת הכתב – העלה המוכר דרישה שהקונה ישלם לו חלק מהתשלום "מתחת לשולחן", כלומר העלמת מס. הקונה סירב לעשות זאת ועל רקע זה התפוצץ המו"מ ולא נכרת חוזה.

השופט ברק חשב שיש הפרה של חובת תום הלב, כל ההתנהלות של העלאת דרישה לא חוקית (בשלב מתקדם של המו"מ), המוכר עשה משהו מתוחכם – הוא חשב שהקונה לא ירצה לשתף פעולה והוא העלה את זה בסיומו של המו"מ, ולא יכול יהיה לחזור בו ויסכים לדרישה הלא חוקית הנ"ל. **ברק חושב שזו פרקטיקה לא הגונה**, לא מוסרית ומקובלת מבחינה מוסרית. זוהי הפרה של חובת תום הלב בסעיף 12 (א).

פס"ד בית יוליס – הפרת שיוויון במכרז פרטי, נדון בשאלה האם הפרת שיוויון במו"מ תיחשב כחוסר תום לב?

העובדות:

מכרז זה טכניקה לניהול מו"מ (כמו מודעה, לדוגמא), וזו מקובלת בתחום הציבורי. במשפט הציבורי, רשות ציבורית – יכולה למלא את תפקידיה גם באמצעים שלטוניים (צווים, תקנות) וגם באמצעים של המשפט הפרטי (חוזים). כשהרשות פועלת לפי כלי של המשפט הפרטי, היא עדיין רשות ציבורית, **והכלל הוא במשפט הציבורי הוא עיקרון השיוויון**. במשפט הפרטי אין זה כך **בוודאות (לא חד משמעי)**. **במשפט הפרטי, כשאני רוצה להתקשר בחוזה עם מישהו, אני רשאי לעשות כרצוני – לבחור עם מי אני רוצה להתקשר בחוזה מחייב**. במשפט הציבורי **התקין**, הכוחות והסמכויות שיש לרשות הן לא שלה, השר הממונה משתמש במשאבים הכלכליים הציבוריים שנשאבים ממיסים, לכן בג"צ קבע כשהרשות מנהל מו"מ היא חייבת לעשות זאת באמצעות מכרז, משום שכך ניתן ליצור שיוויון (כיום יש חוק חובת מכרזים).

חשוב לזכור, במשפט הציבורי יש חובת שיוויון, ואילו בפרטי חירות האדם.

האם אדם פרטי חב חובת שיוויון במכרז? אין אף חוק שמחייב לעשות מכרז וגם לעשותו בצורה שוויונית. **עולה השאלה**: למה להגביל אדם בעיקרון השיוויון? דעה אחת אומרת שעיקרון במשפט הפרטי הוא חירות האדם, ואילו דעה שנייה אומרת שאדם שבחר במכרז לקח על עצמו גם את החובה לנהוג בשיוויון במכרז. ברגע שנבחר במכרז, נוצרת כאילו מערכת יחסים חוזית שהיא לא החוזה העיקרי, מי שמשתתף במכרז, מקבל על עצמו את כללי המשחק והמסחר שביניהם הוא החובה לנהוג בשיוויון.

ברק ושמגר (בדעת מיעוט) חושבים שסעיף 12 מחייב לנהוג בשיוויון במו"מ (במכרז פרטי), ואילו שלושת **השופטים האחרים** חושבים שאתה יכול לבחור אם לנהוג בשיוויון או לא. כולם מסכימים, שאם בעל המכרז, מתנה מראש בתנאי המכרז, במודעה, שהוא מתחייב לנהוג בשיוויון – **חייב לנהוג כך**. **שופטי הרוב מבססים את חוסר שיוויון על פי חופש החוזים**, אך אם אדם מצהיר שהוא מתחייב לשיוויון, הרי שהוא חייב לעשות זאת. אם בעל המכרז, **לדעת שמגר וברק**, כותב בכללי המכרז שהוא לא ינהג בשיוויון, הרי שאין חובה לנהוג בשיוויון.

הערה חשובה: חובת התום היא קוגנטית.

באופן פורמלי אין פס"ד שההלכה של בית יוליס אינה נכונה, כלומר קבלה של דעת המיעוט, אך באופן מעשי, המרצה חושב שכך קרה בפועל בפס"ד קל בניין, שדומה לבית יוליס בבסיס – מכרז פרטי והפרת חובת השיוויון.

פס"ד קל בניין:

העובדות:

חברת ער"מ רעננה מקיימת מכרז פרטי לשכונה שמקימה ברעננה, וקל בניין מגישה את ההצעה הטובה ביותר, אפילו מנהלים מו"מ ומשפרים את מצב העסקה, וברגע האחרון מסתבר לדירקטוריון החברה שיש מישהו שמעוניין להשתתף בביצוע במחיר נמוך יותר, אך לא היה חלק במכרז.

בית המשפט המחוזי אומר – שאין חובת שיוויון במכרז פרטי, על פי ההלכה של בית יוליס, לכן אין הפרה של סעיף 12 לחוק החוזים. **קל בניין ערער לעליון, וזה קבע** שהייתה הפרה של סעיף 12, בזה שהתקשרו עם מישהו שלא היה צד כלל למכרז.

פס"ד קסטנבאום נ' קדישא:

אדם רכש חלקת קבר עבור מישהי שנפטרה בחוזה מחברת קדישא בירושלים. כעבור זמן, רצה להקים מצבה עם תאריך לועזי עליה. החברה אמרה שבחוזה כתוב שהוא רשאי לכתוב רק תאריך עברי. בית המשפט העליון, השופט ברק, אמר התנאי בחוזה שאוסר לועזי, הוא תנאי מקפח בחוזה אחיד (שם יש סמכות לבית המשפט לבטל את אותו סעיף), מיד אח"כ אומר ברק שזה פיתרון לא מספיק, במקרה זה חוזה אחיד, אך מה יהיה בחוזים מסוגים אחרים? האם תהא תוצאה שונה? ברק סבור שלא כך, כלומר ברק חיפש נימוק אחר – חברת קדישא היא אמנם חברה פרטית אך היא ממלאה פונקציה מעין ציבורית ולכן חלים עליה כללים ציבוריים. ברק מוסיף עוד, שגם כאשר מדובר על גוף פרטי הוא היה מגיע לאותה תוצאה, הסיבה לכך – **עקרונות היסוד של המשפט הציבורי, שהיו מקובלים של ענף הציבורי בלבד (סבירות, הגינות, שיוויון, איסור אפלייה וכו')** הם לא רק של המשפט הציבורי, אלא של כל שיטת המשפט באשר היא, כלומר **חלים גם על המשפט הפרטי**. התשובה של ברק, שבתוך המשפט הפרטי יש נורמות פתוחות (כמו תום לב, תקנת הציבור, רשלנות בנוזיקין וכו'), **וביה"מ צריך לפרש את הנורמות הללו ובין היתר ממלא אותן בתוכן שניזון מהנורמות הללו שחשבנו בעבר שהיו שייכות רק למשפט הציבורי**. במילים אחרות, הנורמות של המשפט הציבורי זורמות למשפט הפרטי דרך "צינורות" (הכוונה לסעיפים) כמו תום הלב וכו'. הנורמה שזורמת למשפט הפרטי היא גם כבוד האדם ודרך כך מגיע שאין תוקף לתנאי הזה (בפס"ד הנ"ל).

פס"ד זה דומה לשאלה של בית יוליס, רק מציג אותה בצורה רחבה יותר, והפך את ההכרעה של בית יוליס, כאן דעת הרוב היא זו שמגר וברק.

המרצה סבור כי ההלכה היא כמו פס"ד קל בניין, כלומר חובת השיוויון ניתנת להתנאה. האם ניתן לומר שהנורמות הבסיסיות של המשפט הציבורי שזורמות למשפט הפרטי הן רק במכרז? האם ניתן להפר את חובת השיוויון במו"מ ומי המידה הנדרשת?

בספר החקיקה, יש חוק איסור אפלייה בשירות ציבורי (עמוד 91), גם במונית פרטית שנותנת שירות ציבורי – לא ניתן להפלות, כלומר יכולה להיווצר גם עילה נזיקית ופלילית. המחוקק בחר לנכון, במקרה הנ"ל, כי זה מאוד חשוב ועיגן זאת. האם חובת שיוויון תקפה בכל המצבים והאם היא נגזרת של סעיף 12 לחוק החוזים? המרצה סבור, שיש מצבים שלא נכונים לחוק הזה, אך **כאשר מדובר בצרכי קיום בסיסיים (מגורים, מזון, חינוך), ויש מחסור במוצר הזה – אפלייה גם של אדם פרטי, תוכל להיחשב כהפרה של חובת תום הלב**. אם יש מחסור עצום בדירות בת"א להשכרה ואדם מפרסם דירה, וזה לא בוחר באדם על סמך, לדוגמא, נטייה מינית, הרי שבתנאי שוק מסויימים זה לא ייחשב כהפרה של תום הלב אך באחרים ההפך. העניין הנ"ל, לא סגור ואין על כך הכרעה מוחלטת.

עד כה דיברנו על המשמעויות של סעיף 12, **נעבור לדון בתרופות להפרה:**

נבחין בין 2 סיטואציות אפשריות:

1. הפרת חובת תום הלב במו"מ שבגללה לא נכרת חוזה – לדוגמא פס"ד זונשטיין.
2. הפרת חובת תום הלב, שעל רקע ההפרה הנ"ל אכן נכרת חוזה.

סעיף 12 במשפט הישראלי הוא בשני המקרים (לעומת הגרמני), אך יש שוני בסנקציות, כלומר בתרופות בגין הפרה זו.

פירוט:

1. **הופרה חובת תום הלב ולכן לא נכרת חוזה** – סעיף 12 (ב) שלא עושה את האבחנה בין 2 המצבים, אך אומר שצד לחוזה שנהג לא בדרך מקובלת ובתום לב, חייב לצד השני פיצויים. **התרופה, אם כן, היא פיצויים** – בעד הנזק שנגרם לו עקב המו"מ או כריתת החוזה, והוראות סעיפים מסויימים 10, 13, 14 יחולו בשינויים המחוייבים. במילים אחרות, הפיצויים הללו חלים עליהם חוק החוזים (תרופות), שעוסק לא בהפרת חובת תום הלב במו"מ אלא בשל הפרת חוזה, כלומר תרופות שונות בהפרת חוזה. יש לשים לדגש הנ"ל. סעיף 12 (ב) אומר שסעיפים שונים, שחלים על תרופות בשל הפרת חוזה, יחולו גם על הפרת חובת תום הלב במו"מ בשינויים המחוייבים. שלושת הסעיפים שמוזכרים בחוק התרופות נמצאים כולם בפרק שעוסק בפיצויים. **סעיף 14 (לחוק התרופות) עוסק בנטל הקטנת נזק**, כלומר **אם הנפגע יכול היה למנוע בקלות נזק שנגרם ולא עשה זאת, הוא לא יכול לקבל פיצויים על הנזק שיכול היה למנוע** (למרות שמישהו אחר גרם לכך). **העיקרון הנ"ל חל גם על פיצויים מכוח סעיף 12 לחוק החוזים (הכללי).** **סעיף 14 שסעיף 12 מחיל אותו על הפרת תום לב, לא קובע את אופן חישוב הפיצויים אלא מסייג את היקף הפיצויים במקרים מסויימים.** **סעיף 13 עוסק בנזק לא ממוני**, נזק ממוני הוא נזק כספי שאפשר לחשב אותו ולכמת אותו, כלומר נזק מאוד מוחשי, ואילו **נזק לא ממוני – עוגמת נפש, צער, סבל. כאשר מדובר על מערכת יחסים עסקית, בדר"כ בתי המשפט לא מתייחסים לנזק לא ממוני. השימוש בנזק לא ממוני הוא נדיר.** **סעיף 10 קובע את עיקרון הסיבתיות ועיקרון הצפיות** – עיקרון הסיבתיות אומר שהמפר של החוזה (או תום הלב במקרה שלנו) חייב לפצות רק על נזק שנגרם בשל ההפרה, לא על כל נזק ישנה חובה לפצות, צריך להוכיח שהנזק הוא תוצאה עובדתית בשרשרת עובדתית שגרמה לו. עיקרון הסיבתיות – הנזק צריך להיות תוצאה, מבחינה עובדתית, של ההפרה. ההפרה גרמה לנזק. הדרישה השנייה היא צפיות, לא כל נזק, גם אם נגרם באופן סיבתי, חייבים לפצות. **לפי סעיף 10, הנפגע זכאי לפיצוי לנזק עקב ההפרה, אך שהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש בעת כריתת החוזה הוא תוצאה מסתברת של ההפרה. המפר יכול היה לצפות או שידע בפועל (מבחן אובייקטיבי).** **שני עקרונות אלו שקובעים את היקף הפיצוי, הם גם אלה שמכתיבים את היקף הפיצוי במסגרת סעיף 12, כלומר שמופרת חובת תום הלב צריך לבחון את 2 הרכיבים המצטברים הנ"ל.**

שיעור מס' 2

נושא השיעור – תרופות בגין הפרת תום לב במו"מ:

בשיעור הקודם נלמד כי כאשר מופרת חובת תום לב, ניתן לקבל פיצויים כאשר סעיף 12 מפנה לסעיפים נוספים בחוק התרופות – סעיף 10 החשוב מביניהם. ישנם 2 עקרונות:

1. עיקרון הסיבתיות - רק נזק שנגרם בשל ההפרה ניתן לקבל עליו פיצוי.
2. עיקרון הצפיות – רק נזק שניתן היה לצפות אותו כתוצאה מההפרה.

עקרונות אלו חלים על סעיף 12.

פס"ד קוט נ' ארגון הדיירים:

העובדות:

מו"מ בין תאגיד לבין קוט על מכירה של חנות, תוך כדי שהצדדים סיכמו את הפרטים ונערך חוזה שעליו יש לחתום, ואז הסתבר שאחד הצדדים חתם עם מישהו אחר, למעשה – הייתה פעולה של צד אחד מאחורי גבו של הצד השני עם גורם שלישי. **בית המשפט קבע**, לפי השופט לוי, **שהייתה הפרה של חובת תום הלב במו"מ**. לעמדתו של השופט לוי, **הפסיקה תקבע מהו עיקרון תום הלב ולא הוא**. הועלו מס' **טענות לגבי תרופות והן:**

ראשי הנזק –

- א) הראשון - ההפרש בין המחיר שלפיו היה אמור לרכוש את החנות לפי החוזה לבין השווי של אותה חנות במועד הגשת התביעה.
- ב) השני - פיצויים מוסכמים שהיו בטיוטת החוזה. בחוזה שסוכם בין הצדדים היה סעיף של פיצויים מוסכמים והיה בנוסף דמי תיווך בגין העסקה שלא יצאה לפועל, שכר טרחה של עו"ד, עלויות מימון נוספות וכו'.

בית המשפט בחן את ראשי הנזק הללו, את חלקם קיבל ואחרים לא; בית המשפט לא היה מוכן לתת לקוט את ההפרש בין המחיר החוזי לכאורה, שאמור היה החוזה להיכרת לבין הערך הנוכחי של החנות. הפיצוי הנ"ל נקרא – **פיצויי קיום, שמכונים גם פיצויים חיוביים**, שתפקידם להעמיד את הנפגע כאילו התקיים החוזה בין הצדדים. **פיצויים מוסכמים אלו פיצויים קיום**, כשהבדל הוא שבמקום שהנפגע יהיה צריך להוכיח את הנזק שלו, הצדדים קובעים הערכת נזק בחוזה עצמו ואז לא בודקים מה הנזק שנגרם בפועל ואני צריך לקבל אותו. **לא ניתן להכפיל פיצויים**, כלומר לקבל הן פיצויים מוסכמים וגם את ההפרש (כמו במקרה של קוט). **בית המשפט לא מעוניין לתת לא את הראשונים ולא האחרונים**. אין הסבר מדוע לא מסכים בית המשפט לעשות זאת, אך **ברק מסביר בפרשת קל בניין**, על בסיס שהפיצויים נקבעים על פי 2 הקריטריונים שאזכרנו קודם (העקרונות דלעיל). אם הופרה חובת תום הלב שפיצצה את המו"מ, **באשר הסיבה שתהא, והייתה זו בשלב יחסית מוקדם או לא בשלב סופי של המו"מ – קשה מאוד להוכיח עד בלתי אפשרי**

שאלו המו"מ היה אכן ממשיך, היה גם נכרת חוזה. במילים אחרות, אולי הצדדים לא היו מגיעים להסכמה. הנזק שנגרם מבחינה סיבתית, קשה מאוד לקשר אותו לפיצוץ של המו"מ, הוא יכול היה להיגרם מסיבות רבות מאוד וקשה מאוד להעריך את הנזק (מבחינת הצפיות).

אם הפרת חובת תום הלב התרחשה כאשר אין וודאות לכריתת חוזה או תנאיו של החוזה הנ"ל, ניתן להעניק רק פיצויים שליליים – פיצויי הסתמכות, הוצאות שהוציא צד שנפגע לצורך המו"מ עצמו. כאשר צד מוציא הוצאות כאלו, הוא יודע שההוצאות הללו ייתכן וירדו לטמיון, כי עלול שהחוזה לא ייכרת בסופו של דבר. אם צד זה היה יודע, שהצד השני לא מתכוון לכרות עמי חוזה כלל (נוהג בחוסר תום לב ובחוסר הגינות ומתקשר עם צד נוסף), הרי שלא היה נכנס איתו למו"מ, רמת הסיכון מאוד גבוהה ואין טעם לנהל מו"מ כזה. **בשלב המו"מ מעניקים פיצויים הסתמכות.**

פס"ד שיכון עובדים נ' זפניק:

העובדות:

זהו הפס"ד הראשון שיש כיוונים שונים לגבי הענקת תרופות. שיכון עובדים פרסמה מכרז לדירות במחיר אטרקטיבי. שיכון עובדים הציעה הצעה אבל לא התכוונה למכור כל כך הרבה דירות בפועל. רק למספר קטן של אנשים התאפשר לקיים את החוזה, כלומר חתימה והגשתו של זה במשרד של השיכון. **הגשת הטפסים עם כל הנלווה לכך, הייתה למעשה קיבול של ההצעה.** זפניק טען שהופרה חובת תום הלב וביה"מ קיבל טענה זו. **זפניק ביקש אכיפה של החוזה למכור לו את הדירה ובסעיף 12 של חוק החוזים לא מדובר כלל על אכיפה אלא רק פיצויים.** יתירה מזו, **אכיפה היא שוות ערך לפיצויי קיום.** השניה (פיצויים) נעשית באמצעות ערך כספי, ואילו הראשונה (אכיפה) זה עשייה וביצוע של ממש של החוזה המדובר. אם ניתן היה לקבל תרופות של "קיום", אזי ניתן היה לבחור בין תרופה כספית או לדרוש לחייב את המוכר במכירה. **הטענה של זפניק הייתה כי סעיף 12 לחוק החוזים נקלט במשפט הישראלי מהמשפט הגרמני ובו על בסיס סעיף זה, התפתחה דוקטרינת "אשם בהתקשרות", שזו גורסת שאם צד בחוסר תום לב מנע את כריתת החוזה (פוצץ באיזשהו אופן את המו"מ) בשלב סופי של המו"מ, כשברור שזאת המניעה היחידה לכריתת החוזה וברורים תנאיו של החוזה שצריך להיכרת, הרי שניתן לראות את החוזה כאילו הוא אכן בפועל נכרת בין הצדדים.** אם צד מונע את כריתת החוזה בפעולה של חוסר תום לב, **התרופה היא שמתעלמים מהמניעה הזאת, רואים את החוזה כאילו הוא נכרת, רואים את הקיבול כאילו אכן התבצע.** עו"ד של זפניק הציע את הטיעון דלעיל. אם מאמצים את הגישה הנ"ל, אז רואים את החוזה כשם שנכרת למעשה, והזכאי חייב לכל התרופות אך כעת זה תרופות על הפרת חוזה, וזאת טעות גדולה. בעצם יש כאן דילוג על שלב בדרך, כלומר עוקפים את השלב הטרומי חוזי (פרק א' לחוק החוזים) ובכך מבטלים את התרופות הקיימות בשלב הנ"ל וזוהי בעיה קשה מאוד. ניתן לקבל על הפרה כזאת, לא רק פיצוי אלא גם תרופה אחרת שלא כתובה בחוק, השאלה היא היכן מקבלים ביסוס לזה. **השופטת פורת מסכימה עקרונית לרעיון הנ"ל, היא מסבירה זאת "מקובלת עליי טענתו המשפטית של ... מכוח אשם בהתקשרות יש שרואים פעולות שאותו אשם מונע את ההתקשרות כאילו הן בוצעו... לפי השקפתי התרופות בסעיף 12 לחוק,**

אינם בגדר רשימה סגורה או ממצה, נהפוך הוא.... משום שהוא עיקרון על, אין להצר את תחום התרופות לפיזיויים בלבד.. " לטענתו של המרצה זה רעיון מאוד מעניין, זמן רב לפני פס"ד שיכון עובדים שעוסק בסעיף 39 לחוק החוזים – בחובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב אך בשלב של קיום החוזה לאחר הכריתה. לסעיף זה אין הוראה שאומרת מה התרופה כשהחובה הנ"ל מופרת. בפס"ד בג"צ שירותי תחבורה ציבורית ב"ש נגד בית הדין לעבודה, השופט ברק שאל למה בסעיף זה אין תרופה על הפרת חובת תום הלב, והוא עונה על כך שזאת נורמת על מאוד כללית ורחבה דיה, שאין טעם לקבוע מראש מסגרת מוגדרת וצרה של תרופות אלא תפקידו של בית המשפט להתאים את התרופה לכל מצב ומצב. למעשה, לטענתו, המחוקק השאיר זאת באופן הנ"ל כדי שבית המשפט יצוק בתוך הנורמה הנ"ל תוכן. בעצם, בן פורת מאמצת את אותו רעיון לגבי סעיף 12, רק שכאן זה נעשה באופן מאוד נועז – המחוקק אכן קבע תרופה. ישנן גישות שונות, תפיסה שמרנית (לדבוק במה שכתוב בחוק) או תפיסה משפטית אקטיביסטית – כאשר הנורמה היא כל כך רחבה, הרי שלא ייתכן שהמחוקק שולל תרופות אחרות, אלא נותן אפשרות לבית המשפט להכריע במידת הצורך.

אם הופרה החובה בסעיף 12 (א), ישנן 2 אפשרויות:

- 1) ללכת לתרופות של סעיף (ב) שהן פיזיויים.
- 2) אפשרות אחרת, לטענת פורת, היא לגזור ישירות מהנורמה את התרופה כפי שעושים בסעיף 39 לחוק.

במילים אחרות, או שנלך לתרופות כתובות (על פי החוק) או תרופות אחרות שהן בגדר הסמכות הטבעית הקבועה של בית המשפט, כפי שברק אמר לגבי סעיף 39. לבית המשפט יש סמכות "שיעורית" לתת סעד אם נקבע נורמה מהותית גם אם לא נקבע במפורש. השופטת בן פורת, מייבאת תרופה מהמשפט הגרמני שאינה מוכרת במשפט הישראלי, שכולה פרי המצאתו של הראשון והיא נקראת "אשם בהתקשרות", חשוב לזכור שבמשפט הגרמני זו לא אכיפה.

חשוב לדעת, שכל הטענה של פורת היא "אוביטר", משום שהשופטת אמנם מתייחסת לטענה הנ"ל, אך בפועל היא לא העניקה את התרופה הנ"ל לזפניק. במקרה דנן, הייתה הצעת פשרה של שיכון עובדים במחיר נמוך יותר אך גבוה עדיין ממחיר המבצע, שהרי הקונים ויתרו בהסכמתם זו על זכאותם לתרופה המוצעת על פי המשפט הגרמני. הגישה הנ"ל נקלטה בפסיקה והיא הפכה להלכה בפס"ד קלמר נ' גיא, כשנקבע שתום הלב מתגבר על כתב, וזה בפועל עובד בפס"ד זפניק, שצריך הצעה קיבול וכתב, כך נכרת החוזה, יש דרישה מהותית. בפס"ד זפניק היה חסר קיבול ובית המשפט אמר באוביטר ניתן לראות את הקיבול בהתקיימות של "אשם בהתקשרות". גם הכתב יכול להיראות כאילו נתקיים כאשר ברור לחלוטין שלולא זה אכן היה חוזה ושתנאיו ידועים לכל, הרי שזהו אותו רעיון בשני הפס"דים הנ"ל רק בהתייחסות לכתב לעומת קיבול.

סיכום ביניים, מבחינת תרופות בגין הפרת חובת תום לב – כאשר הפרת חובה זו במו"מ נעשית בשלב שבו עדיין אין וודאות שהחוזה אכן היה נכרת וגם לגבי הפרטים של החוזה הנ"ל, התרופה היחידה הם פיזיויים הסתמכות, ואילו הפרה זו היא בשלב סופי כשיש וודאות גבוהה מאוד שלולא

הפרה זו היה אכן נכרת חוזה והפרטים היו ידועים, ישנה אפשרות נוספת והיא **תרופה של אשם בהתקשרות, כלומר לראות את החוזה הזה כאילו אכן היה נכרת** ואם כך ניתן לקבל את כל התרופות בגין הפרת חוזה והיא אכיפה וגם פיצויי קיום (כלומר כל התרופות עומדות לטובת הנפגע). **זוהי ההלכה המחייבת גם בפס"ד קלמר נ' גיא.**

בפס"ד קל בניין מס' 2 –

העובדות:

בפס"ד הראשון קבע בית המשפט העליון שהעובדה שלא כרתו חוזה עם קל בניין אלא עם אדם אחר שלא השתתף במכרז, זאת הפרת חובת תום הלב. **התיק חזר למחוזי**, משום שבית המשפט העליון עוסק רק בערעורים משפטיים ולא בשמיעת צדדים ועדויות. קל בניין הביאה ראיות את הרווח שהיא יכלה להפיק מהחוזה הנ"ל. **המחוזי** אמר שלא הופר החוזה כי לא נתקיים כזה **ושמגיע לקל בניין אם כבר רק פיצויי הסתמכות**, כלומר עלויות בלבד. לא עלתה כלל טענה של אשם בהתקשרות בבית המשפט המחוזי, היא כלל לא נדונה – רק התייחסו לסעיף 12 לחוק החוזים חלק כללי. היה **ערעור נוסף לעליון** והיה **חידוש גדול, לפי השופט ברק**, החוזה לא נכרת בפועל אלא רק הפרה של חובת תום הלב, ניתן לקבל פיצויים לפי סעיף 12 (ב) והוא לא קובע את היקף הפיצויים אלא רק מפנה לחוק התרופות, לפי העקרונות של צפיות וסיבתיים. במצב שבו הפרת חובת תום הלב התרחשה בזמן ברור שלולא ההפרה היה נכרת חוזה בוודאות והיה מופק הרווח (התקיים הקש"ס והצפיות). **אם הפרת תום הלב התבצעה בשלב מוקדם ניתן לקבל רק פיצויי הסתמכות אך אם זה נעשה במצב שבו יש וודאות לכריתת החוזה ולתנאיו, לפי הכללים של סעיף 10 לחוק התרופות, אין בעיה לקבל פיצויי קיום. זה נראה מתבקש וטבעי אך זה חידוש.** תנאי הסף הללו, שהפרת חובה שמנעה את כריתת החוזה התבצעה בשלב סופי, נדרשת **בשני המסלולים התרופתיים – בשלב האשם בהתקשרות אך גם במסלול קבלת פיצויי קיום** מכוח סעיף 12 (ב). שני המסלולים התרופתיים התנאים הנדרשים להפעלה זו הם אותם תנאים, פיצוץ המו"מ בשלב סופי והפרטים ידועים לכל, השאלה אם כך **מדוע צריך את שני המסלולים הנ"ל:**

התשובה: המסלול של 12 (ב) בתנאים הללו מאפשר לקבל פיצויי קיום, ואילו האשם בהתקשרות מאפשר לי לקבל אכיפה, שלא ניתן לקבלה לפי סעיף 12 (ב). **ההלכה של קל בניין משאירה את האופציה רק במי שמעוניין באכיפה של ממש.**

פס"ד עלריג נכסים מרמז על סדר הדברים, אשם בהתקשרות או פיצויי קיום:

העובדות:

מדובר בשתי חברות ברנדר וריגר (שהם הבעלים בפועל). ברנדר, היה הבעלים של חלקת קרקע ברמת גן, ליד החלקה הנ"ל היו 3 חלקות קרקע קטנות בבעלות העירייה. חלקות אלו היו קטנות מדי כל אחת כשלעצמה לעשות בהן שימוש כלכלי, והעירייה ערכה תוכנית מתאר שאיחדה את החלקות עם ברנדר והציעה לו לרכוש את החלקות. שמאי העריך את המחיר לגבי שלוש החלקות הללו והוא כ-2 מליון דולר, והשטח יחדיו הוא שליש מהחלקה של ברנדר, אם מחברים את החלקות יחד – החלקות מהוות רבע מהמגרש המאוחד. **במילים אחרות, הערך המשולש** מהערכת השמאי של החלקה בשלמותה הוא כשמונה מליון. **חוק חובת מכרזים** מאפשר פטור ממכרז וזה

מה שקרה במקרה דנן. ברנדר, היה מעוניין לקנות החלקות אך לא היה לו את הכסף הנייל ולכן הוא **פנה למשקיע, ריגר**, שהיו לו משאבים וקשרים שבאמצעותם היה יכול להשיג מימון גם בעתיד לפיתוח פוטנציאלי בהמשך. **הצדדים הסכימו ביניהם**, תמורת כך שריגר יממן את הרכישה על ידי ברנדר **הוא יהיה שותף לפרוייקט**. כך קרה הלכה למעשה. ברנדר כרת חוזה עם העירייה וריגר מימן את הרכישה. שר הפנים אישר את העסקה, כשברנדר הוא הרוכש באופן פורמלי ובעל הזכויות, ואילו ריגר הוא המשקיע בלבד. המוכר שכנע את הקונה לעשות את העסקה בעל פה כדי ליהנות מהטבות מס. **ברנדר קיבל הצעה טובה יותר ומכר ב-12 מליון לאדם אחר**, ואז חזר לריגר כשהוא משיב לו את ההשקעה הראשונית בלבד (לא מפצה אותו). **ריגר התכוון להיות שותף לפרוייקט כך סוכם ביניהם**, אך המוכר התנער מהחוזה ואמר שאין תוקף לחוזה. ריגר הגיש תביעת אכיפה על החוזה (במקרה דנן, קבלה של מליון דולר מתוך הרווח). זוהי **סיטואציה זהה לקלמר נ' גיא**. בעליון, השופט מצא, **לא החיל את הלכת קלמר נ' גיא, משום שמחילים אותה רק במקרים נדירים וחריגים** ובמקרה דנן **מדובר על 2 אנשים עסקים, שזהו מקרה רגיל** והצדדים לא טרחו לערוך מסמך בכתב ולכן בהיעדרה של דרישת הכתב – לא נתקיים החוזה הנייל. בהמשך, **מצא הוסיף**, כי אמנם הוא לא רוצה להחיל את **אשם בהתקשרות**, אך ברור לחלוטין כי הייתה **הפרה בוטה של סעיף 12**, לכן מחיל את **הלכת קל בניין** ומעניק פיצויי קיום שהם מליון דולר. "הכותרת" שונה – אכיפה אל מול פיצויים, **העליון מסיט את התרופה מאשם בהתקשרות ומעביר זאת למסלול של פיצויים קיום מכוח סעיף 12 (ב)**. יש כאן העדפה של פיצויים על פני תרופה מכוח אשם בהתקשרות. **המסר, לדעת המרצה**, במצב שבו פיצוץ **המו"מ היה בשלב סופי – לכאורה פתוחות 2 הדרכים** (אשם בהתקשרות או פיצויים קיום מכוח סעיף 12), **אך לא ניתן להתעלם ממה שכתוב בחוק, בכול מצב שבו פיצויי קיום היא תרופה מספקת, זה מה שבית המשפט ייתן. במקרים הנדירים שבהם פיצויים הם לא תרופה הולמת ולא תביא את הנפגע לסיפוקו, פתוח המסלול של אשם בהתקשרות למטרת אכיפה.**

במשפט הישראלי, נפגע זכאי, כפוף לסייגים – לאכיפה, ואילו **במשפט האנגלי** אין זה כך – נפגע בהפרת חוזה זכאי לפיצויי קיום. דיני הצדק באנגליה, במהלך השנים, שמאפשר לתת תרופות מעבר לדין, קבע שבמקרים של הפרת חוזה ויש ערך ריגשי (חלקת מקרקעין מיוחדת וכו') ניתן לתת אכיפה מכוח דיני היושר. הדין שלנו הוא פיצויים, אך בית המשפט פיתח במקרים חריגים כשפיצויים לא נותנים את המענה הנכון לנפגע.

לסיכום, כשמדובר על שלב סופי של המו"מ והפרטים מצדיקים זאת, **המסלול העיקרי** הוא פיצויי קיום כשבמקרים חריגים ניתן לקבל אכיפה מכוח אשם בהתקשרות (כשיש וודאות על הכריתה שכשלה והפרטים החשובים).

שיעור מס' 3

נושא השיעור – תרופות בגין הפרת חובת תום הלב במו"מ.

יש מקרים שבהם נכרת חוזה אך הייתה הפרה של חובת תום הלב וישנה חפיפה עם פגמים בכריתה. הפסיקה קבעה שביטול ניתן לקבל על פי פגם בכריתה עצמה. תום לב מעניק סעד של פיצוי.

השופט בועז אוקון, בית המשפט המחוזי, פס"ד המרצת פתיחה ירושלים נ' אילנה אוגלי, שבו אומר השופט מדוע לא לתת ביטול מכוח סעיף 12. אי אפשר לקבל ביטול מכוח סעיף 12 אלא מכוח פגם בכריתה של החוזה.

השאלה: מה קורה כאשר אני רוצה לקיים את החוזה לפי מה שהובטח (בהטעייה)?

התשובה: דרך המלך לתוצאה הנ"ל שהיא לא תמיד אפשרית, היא לטעון להפרה ולא לפגם בכריתה. ההסבר לכך, ההבדל בין הטעייה לבין הפרה – הטעייה היא מצג שקרי ולא נכון במהלך המו"מ, אם המצג הזה הופך להיות חלק מהחוזה ואז הוא לא מתקיים **זאת הפרה**.

הטקסט של החוזה הוא לא סוף פסוק, לא רק מה שנמצא בחוזה באופן מפורש הוא חלק מהחוזה, יש מקום לטעון שמה שהובן במשתמע על ידי הצדדים הוא גם חלק מהחוזה, בדרך של השלמה. יש מקום לטעון שהמצג המטעה הפך לחלק מהחוזה ואז ניתן להסתמך עליו לפי פיצוי קיום ואני יכול להשתמש בטיעון הנ"ל לא בפגם בכריתה אלא בהפרה.

פס"ד קדמת דקל בע"מ נ' יצחק עמאר:

העובדות:

אדם שהיו לו זכויות חכירה ממנהל מקרקעין ישראל לשטח של 70 דונם, הוא מכר את זכויות אלו לחברת קדמת דקל לא סיפר כי "המנהל" ביטל לו את זכויות אלו. בית המשפט קיבל את טענת ההטעייה והורה להחזיר את ההשקעה של קדמת דקל לפי סעד ביטול והשבה. עם זאת, קדמת דקל לא קיבלה את הפיצויים שדרשה. במשתמע אם אני מתחייב למכור לך זכויות חכירה, הרי שיש לי כאלה, ואם אני מוכר זכויות פגומות ניתן לתבוע אותי ולזכות בסעדים על כך. במצבים מסוימים ניתן לדלג מהטענה הטרומ חוזית לטענה החוזית של הפרה.

בחוק המכר כשמדובר בחוזה מכר כלשהו, הוא עוסק בין היתר בנושא של אי התאמה שזו הפרה. המוכר מוסר לקונה נכס לא מתאים למה שהובטח בחוזה – זאת הפרה. סעיף 11 לחוק הנ"ל, מגדיר מצבים שונים של אי התאמה, כשסעיף 11 (4) שאומר שאי התאמה היא "גם כאשר המוכר מוכר נכס שלפי סוגו תיאורו ... לא מתאים למה שהוצג לקונה..". ההטעייה הטרומ חוזית, המצג שווא, הופך להיות חלק מהחוזה גם אם זה לא כתוב במפורש בחוזה, אך כשעוסקים בחוזה מכר ושמדובר על אי התאמה, אז ישנה אפשרות באמצעות הוראות חוק לדלג ולעבור מטענת הטעייה

לטענת הפרה וזה מבוסס על החוק הנ"ל. המצג שהוצג במו"מ הופך להיות חלק מההתחייבויות החוזיות.

לסיכום, עסקנו בפרקים של יצירת החוזה עד כה – שלב הכריתה עצמו.

נושא השיעור – תוכן החוזה:

לכאורה, ישנו סעיף בחוק שמסביר את נושא תוכן החוזה, **סעיף 24 לחוק החוזים הכללי**, אך זה לא תמיד כך. הדיון בנושא מורכב הרבה יותר ממה שמתואר בסעיף הנ"ל.

מספר חלקים לדיון בנושא, שלושה מישורים:

- 1. מישור הפרשנות** – תוכנו של החוזה הוא כפי שהסכימו הצדדים אך הם משתמשים בשפה והיא כלי שיכול להתפרש במספר מובנים שונים. לכל ביטוי יכולות להיות משמעויות שונות. שפה היא תלויית הקשר ולכן מתעוררת פעמים רבות שאלות לגבי הפרשנות, אנו צריכים לברר למה התכוונו הצדדים, בהנחה שנגלה את המשמעות הנ"ל וזה לא בהכרח סוף פסוק. **זהו מישור שמבטא באופן מובהק את עיקרון חופש החוזים.**
- 2. מישור השלמה** – החוזים במקרים רבים הם אינם שלמים ומלאים, ייתכנו מצבים שמחייבים פיתרון לדברים שהחוזה לא מעניק להם פיתרון כזה. לדוגמא, נשלים פרטים באמצעות נוהג ומכוח הוראות חוק אחרות. החוזה כולל הרבה יותר ממה נגלה במבט ראשון, כלומר דברים שנוספו לפי טכניקת ההשלמה. משרתת את רצון הצדדים להתקיימותו של החוזה.
- 3. מישור ההתערבות לחוזה** – זהו מישור שעומד בניגוד לעיקרון חופש החוזים, משום שאם אומרים שחופש החוזים הוא ללכת לפי רצון הצדדים באופן חד משמעי, הרי שכאן לעיתים אנחנו הולכים בניגוד לכך. לדוגמא, **חקיקה קוגנטית** – הוראות חוק שאומרות שלא אכפת מה הצדדים כתבו בחוזה ורצונותיהם וישנה חובה לנהוג לפיהן. המחוקק התקין מנגנון רגולטיבי שמתערב ברצון הצדדים. **בנוסף**, המחוקק יצר מנגנונים עקיפים וכלליים שמאפשרים לבית המשפט להתערב בחופש החוזים. לדוגמא, סעיף 30 לחוק החוזים, סעיף 39, חוק החוזים האחידים וכו'.

פירוט:

- 1. מישור הפרשנות** – הסעיף העיקרי וכמעט יחיד שעוסק בכך הוא סעיף 25 לחוק החוזים חלק כללי (פרשנות החוזה). תורת הפרשנות התכליתית, ישנן שיטות פרשנות רבות בכל

מיני תחומים שונים בחיים (לא רק משפטים). בשנים האחרונות, שיטת הפרשנות המקובלת במשפט הישראלי היא השיטה התכליתית. השופט ברק דחף חזק את השיטה הנ"ל וזה שהעביר את הפסיקה לכיוון דלעיל. שיטת הפרשנות התכליתית גורסת כי הפרשנות הנ"ל היא שיטת הפרשנות לעולם המשפט (לפי ברק), אלא שישנו חידוש. ישנה **פרשנות תכליתית סובייקטיבית** שעוסקת בשאלה למה התכוון "המשורר", קרי יוצר הטקסט (המחוקק, צדדי החוזה). שאלת העל שאליה מכוונת פרשנות לפי תכלית זו היא כוונה סובייקטיבית ואמיתית של יוצר הטקסט. עם זאת, **פרשנות תכליתית אובייקטיבית** – פירוש הטקסט לפי קריטריונים אובייקטיביים, שבתחום המשפט הם עקרונות היסוד של שיטת המשפט. עקרונות אלו לא מובאים באופן ברור ומפורש בספרים אלא נקבעים על פי בית המשפט, לדוגמא, תום הלב, הגינות, הסבירות, שיוויון במשפט הציבורי. ניתן לראות שחלק גדול מכללי המשפט נועדו להגשים בהקשרים ספציפיים את אותם עקרונות יסוד. פרשנות אובייקטיבית באה לשרת ולהגשים את אותם עקרונות יסוד גם אם המחבר לא התכוון לכך. לעיתים הפרשנות האובייקטיבית והסובייקטיבית משתלבות זו בזו. החידוש של ברק הוא – כאשר מדובר על פרשנות טקסטית משפטית יש מקום לשתי פרשנויות אלו אך החשיבות במינון בתערובת הנ"ל משתנה בהתאם לסוג הטקסט המשפטי בו מדובר. **דוגמא קיצונית**, לפי ברק, צוואה – טקסט משפטי. ברור כי ישנה חשיבות עליונה וכמעט בלעדית לתכלית הסובייקטיבית – להגשים את רצונו של המצווה, וכל המאמצים של הפרשן במקרה הנ"ל היא לגלות את רצונו של זה. שאלת פרשנות של צוואה תתקיים כאשר המצווה איננו בחיים, הטקסט לא ברור וישנה מחלוקת בפרשנותו של זה. אין אף ראייה לרצונו של המצווה, במקרה הנ"ל בית המשפט צריך להחליט על פי תכליות אובייקטיביות בלית ברירה. מסתתרת כאן ההנחה שהתכליות האובייקטיביות יביאו בהסתברות גבוהה יותר לרצונו של המצווה. **דוגמא הפוכה**, טקסט חוקתיים, לדוגמא חוקה וחוקי יסוד. במקרה של החוקה האמריקאית לדוגמא, ישנו ויכוח פרשני לגבי סעיף בחוקה. ישנה בעיה להגיע לכוונתו הסובייקטיבית של יוצר הטקסט, פרשנות של מסמך כזה צריכה להיות לפי תפיסות קיימות בחברה של ימינו, הדגש "הכמעט" בלעדי הוא לפי תכלית אובייקטיבית. **עם זאת**, בנושא של **חוזים**, כל הרעיון הוא להגשים את רצון הצדדים לכן התכלית המרכזית היא פרשנות סובייקטיבית. קודם כל, יש לגלות את הכוונה הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים, אם הצליח הפרשן לעשות זאת הוא לא צריך ללכת למחוזות אחרים, אך לעיתים אותו פרשן לא יכיר בכך (לדוגמא, כאשר אין ההסכם חוקי) ויפעל להתערבות בניגוד לרצון הצדדים הנ"ל. בנושא של חוזה אחיד, לדוגמא טופס של פוליסת ביטוח או טופס פתיחת חשבון בנק, הוא משקף את הכוונה הסובייקטיבית בצורה מאוד מוגבלת, אך רוב התנאים אינם משקפים ואחד הצדדים בכלל לא יודע על מה מדובר (גם אם היה קורא את הנוסח הנ"ל). חוזה אחיד לא משקף אם כך באופן מעשי את התכלית הסובייקטיבית של אף אחד מהצדדים (אולי של היועץ המשפטי באותו תחום), לכן נלך לתכלית האובייקטיבית. חשוב לדעת, **בחוזה מתנה זה יהיה דומה לצוואה**, שיהיו בו תנאים לקבלה והצד השני רק יגיד "מסכים" ותהא התייחסות לתכלית הסובייקטיבית של הצדדים.

סעיף 25 לחוק החוזים הכללי – חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, זוהי **תכלית סובייקטיבית**. הסעיף ממשיך ואומר מהם האמצעים לגילוי הכוונה המשותפת של הצדדים. **האמצעי הראשון, הוא החוזה עצמו** – הצדדים הם נורמטיביים והרצון המשותף שלהם בא לידי ביטוי בחוזה עצמו. הטקסט החוזה מגלה את רצון הצדדים. **האמצעי השני, הנסיבות** – דברים חיצוניים לחוזה, יכול להיות לפני כריתת החוזה (הרקע לכריתה – מצב כלכלי קשה לדוגמא), המו"מ – דברים שנאמרו בשלב הנ"ל (טיטות קודמות), התנהגות הצדדים לאחר הכריתה של אותו חוזה (גם בעת הכריתה עצמה כשאין הכוונה משפטית להתנהגות מסוימת). סעיף (א) עוסק בתכלית סובייקטיבית. נעסוק בו בהמשך.

סעיפים (ב) – (ד) עוסקים בתכליות האובייקטיביות.

חשוב לשים לב, שקודם כל אנו פונים לפי סעיף (א) לתכליות הסובייקטיביות ורק אחר כך, במידה ונכשלו בגילוי התכליות הסובייקטיביות, לפנות לתכליות האובייקטיביות לפי סעיף (ב).

סעיף (ב) – ניתן להשתמש בו במצבים מסוימים בלבד – כאשר יש מחלוקת פרשנית, שתי פרשנויות – קיום החוזה ואי קיומו של זה. מצב כזה אינו דבר שבשגרה.

כאשר התכלית הסובייקטיבית והתכליות האובייקטיביות מובילים לאותה תוצאה פרשנית אז למרות שמספיקה הסובייקטיבית, בתי המשפט תומכים את מסקנתם בתכליות האובייקטיביות. במילים אחרות, מאוד נוח להוכיח קרקע מוצקה אם התוצאות אחידות. עם זאת, אם התוצאות הפוכות ומנוגדות, בית המשפט יעצור בתכלית הסובייקטיבית (כוונת הצדדים).

דוגמאות:

א) חוזה עם קבלן שיבנה עבורי בית ואין התייחסות לקבלת היתר בנייה. אפשרות אחת, שהתכוונו לבנות הבית **ללא היתר** כזה. אפשרות שנייה, התכוונו **עם היתר שזהו תנאי מתלה לחוזה**. לפי הפרשנות הראשונה – החוזה הופך להיות חוזה בלתי חוקי והוא בטל. לפי הפרשנות השנייה – יש לנו חוזה. אם בית המשפט בדק את הטקסט ואת הנסיבות ומסתבר שהצדדים התכוונו לבנות ללא היתר, הרי שהחוזה הוא בלתי חוקי ולכן הוא בטל. הדגש הוא, הפרשן חייב למצות את האפשרות של תכלית סובייקטיבית, **ואם אינו מגיע לתכלית זו** הוא יכול לפנות לתכליות האובייקטיביות.

שיעור מס' 4

נושא השיעור – תוכן החוזה:

עכשיו אנחנו עוברים לשלב הבא שהוא תוכן החוזה, לכאורה יש את סעיף 24 לחוק המסביר את תוכן החוזה, אך העניין הרבה יותר מורכב מזה, וזה נחלק ל-3 חלקים:

1. **התוכן הקיים של החוזה** - במישור הפרשני- חוזה נבנה באמצעות שפה, ולא נוסחא מתמטית שפה היא כלי שיכול להתפרש בכמה מובנים וכמעט לכל ביטוי יש יותר מפירוש אחד, שפה היא תלויה הקשר ולכן פעמים רבות יש לפרש ולבאר למה התכוונו הצדדים וזה מגשים בצורה המלאה את עקרון חופש החוזים.

2. **השלמה** - בחוזים יש מספיק פרטים שהם יהיו חוזה, אבל יכול להיות שמתעוררת שאלות המחייבות פתרון לעניינים שהחוזה לא נותן להם פיתרון וישנן דרכי השלמה, כמו נוהג, הוראות חוק וכול מה דיברנו בעבר אבל הסמסטר נרחיב על מנגנוני השלמה נוספים. השלמה איננה סותרת/נוגדת את עקרון חופש החוזים, למרות שאינה נובעת מרצון הצדדים היא משרתת את רצונם.
3. התערבות בחוזה - בוודאי עומד בניגוד לחופש החוזה, לעיתים יודעים מה רצו הצדדים אך אף על פי זה לא יכבדו את רצונם מסיבה זו או אחרת.

פרשנות

סעיף 25. פירוש של חוזה :

- (א) חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות.
- (ב) חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.
- (ג) 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, התשמ"א-1981, וסעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לענין הנדון ואם אין בענין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור.

שיטת הפרשנות המקובלת היום במשפט הישראלי וברוב שיטות המשפט המערביות היא

פרשנות תכליתית. ברק הוא זה שדחף לפרשנות תכליתית וכתב על כך 6 ספרים עבי כרך. **לדעת ברק**, כאשר עוסקים בפרשנות תכליתית היא **מתפצלת לשניים** :

- סובייקטיבית** – לנסות ולהגיע לכוונת הצדדים, מה הם רצו למה הם התכוונו.
- אובייקטיבית** – מפרשת את הטקסט ע"פ קריטריונים אובייקטיביים, לפי ברק, ולפי הלכת בהמ"ש, הם עקרונות היסוד של המשפט, אותם כמובן רושמים השופטים או אנשי האקדמיה.

חיזושו של ברק הוא שכאשר מדובר על פרשנות סובייקטיבית של טקסטים משפטיים, משתנה בהתאם לסוג הטקסט המשפטי שבו מדובר. כלומר באיזה סוג של טקסט מדובר בהתאם לטקסט משתנה מינון הפרשנות הסובייקטיבית אותו צריכים לעשות בהמ"ש. ניח צוואה, היא צד אחד, והצד השני הוא טקסט חוקתי, חוקה או חוקי יסוד, ניקח לדוגמא את החוקה האמריקאית, שבת למעלה מ-200 שנה ונאמר שמתעוררת שאלה לגבי אחד סעיפי החוקה, השופטים לא ילכו ויחפשו מה התכוונו לפני 200 שנה אלא יפורשו לפי הרוח האמריקאית היום. ולכן בין 2 הטקסטים הקיצוניים הללו, נמצאים החוקים והחוזים, שהחוקים יותר קרובים לחוקה והחוזים יותר לצוואה אם נתסכל על זה כקשת של אפשרויות. ככל שהחוק הוא כללי יותר וישנן יותר כך הוא מתקרב יותר לצד של חוקה אבל ככל שהחוק הוא עכשווי וקונקרטי אפשר לפרשו על הצד הסובייקטיבי. אם אנו מדברים על חוזים, אנו

רוצים בתכלית סובייקטיבית של 2 הצדדים, ומאחר ולפנינו 2 צדדים ומטרתם/כוונתם הסובייקטיבית הייתה שונה, וכל אחד טוען לכוונה אחרת, תפקידו של בהמ"ש קודם כל לגלות את הכוונה המשותפת הראשונית של 2 הצדדים, ולעיתים במצבים של התערבות בהמ"ש לא יכבד את כוונת הצדדים.

סעיף 25. פירוש של חוזה

א. **חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, ובמידה שאינה משתמעת ממנו - מתוך הנסיבות.** – סובייקטיבי, לפי החוזה עצמו, וכמובן נסיבות העניין. נסיבות הן לא מקור אובייקטיבי, אלא סובייקטיבי, אנחנו נעזרים בנסיבות כדי לנסות לגלות את רצון הצדדים. הנסיבות הן חיצוניות מהחוזה, לדוגמא נסיבות כריתת החוזה, כמו מצוקה כלכלית ויש לבודד נסיבות רלוונטיות וכאלו שפחות. תהליך המו"מ, גם הוא משקף את רצון הצדדים ויכול לשפוך, אור על כוונת הצדדים כנ"ל התנהגותם לאחר כריתת החוזה.

ב. **חוזה הניתן לפירושים שונים, פירוש המקיים אותו עדיף על פירוש שלפיו הוא בטל.** - כדי להשתמש בסעיף 25(ב) עלינו להיכשל ב25(א). האמת היא כזו, בפסקי דין הרבה פעמים אומר בהמ"ש צד א' רוצה כך צד ב' רוצה כך ועל כן הגעתי למסקנה כי רצונו של א' הוא רצון הצדדים האפשרי והנכון. כאשר התכלית הסובייקטיבית והאובייקטיבית מביאות לאותה פתרון פרשני, בהמ"ש יעדיף לפועל לפי 25(א) ויאמר שכך או כך היה מגיע לכך דרך 25(ב). נניח שכורתים חוזה עם קבלן שיבנה עבורי בית, עכשיו לא התייחסנו כלל לעניין של היתר הבנייה שיש בו צורך לבניית הבית. יש 2 אפשרויות: התכוונו לבנות את הבית בלי היתר או פרשנות שנייה שההיתר הוא תנאי מתנה לחוזה. אם אפשרות א' היא כוונתנו אזי החוזה בטל כי הוא לא חוקי, ואם יקבל את ב' כתנאי לחוזה, לאחר שמיעת כול הנסיבות, הוא יאמר זו הייתה כוונת הצדדים והיא גם מקיימת את סעיף 25 (ב). הפרשן חייב לקיים את התכלית הסובייקטיבית, קודם, ומותר לו לומר שכך או כך היה מגיע לתוצאה זהה. אבל אם יש 2 תוצאות שונות עליו, לעצור בתכלית הסובייקטיבית, אבל אם הוא לא הגיע לכוונת הכללים רק אז יפעל לפי התכלית האובייקטיבית. סעיף 25 (ב), מתקיים לעיתים נדירות אבל היא מדגימה את תכלית הפירוש.

ג. **ביטויים ותניות בחוזה שנוהגים להשתמש בהם בחוזים מאותו סוג יפורשו לפי המשמעות הנודעת להם באותם חוזים.** תכלית אובייקטיבית שנוהגים להשתמש בה בחוזים מאותו סוג, תכלית אובייקטיבית לביטוי זה יש פרשנות מקובלת בחוזים מאותו סוג. עדיף פרשנות מקובלת ע"פ בהמ"ש. אין עדיפות ל25ב, על 25ג.

ד. **(ד) סעיפים 8, 7, 6, 5, 4, 2, ו-10 לחוק הפרשנות, התשמ"א-1981, וסעיף 57 לפקודת הראיות [נוסח חדש], התשל"א-1971 יחולו, בשינויים המחייבים, גם על פירושו של חוזה, אם אין הוראה אחרת לעניין הנדון ואם אין בעניין הנדון או בהקשרו דבר שאינו מתיישב עם תחולה כאמור.** סעיף זה מחיל פרשנויות מסוימות לפקודת הראיות. הכוונה שאם הביטויים האלו תחול בחוזה תחול הפרשנות הכתובה בחוזה.

תכלית של תום לב, זוהי תכלית אובייקטיבית ומעין נורמת-על, וכל פרשנות שתאומת תום לב היא עדיפה על פני תכלית שסותרת תום לב. יעדיפו פרשנות לפי תום לב, אבל לא על פני פרשנות סובייקטיבית.

עיקר הדיון יעסוק בפרשנות סעיף 25א'. פירוש לפי פרשנות סובייקטיבית.

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

במשך שנים רבות הגישה הייתה, מה שמכונה פרשנות דו שלבית. אם אפשר לפרש מתוך החוזה אסור לפרש מתוך נסיבות!

בפסק דין טרקטורים, היה כתוב מועד אספקה משוער, בסוף אוגוסט, הטרקטורים סופקו בסוף דצמבר. הנזק העיקרי, היה בשל כך שהיה פחות בחודש דצמבר ולכן הם שילמו 43%, יותר במטבע ישראלי לעומת הדולר. ועל כן הם תבעו כי אילו היו מספקים את הטרקטור במועד הכתוב הם לא היו צריכים לשלם את ההפרש בשל הפיחות. הטענה הראשונה הייתה, שבשל כך שכתוב משוער אפשר לאחר באספקה. הפרשנות כפי שעולה מתוך החוזה היא ע"י פרשנות סובייקטיבית+פרשנות ע"פ עקרון תום הלב.

פרשנות חד שלבית לעומת פרשנות דו- שלבית:

שטרן נגד זיונץ:

שטרן ניהל יחד עם שותף באמצעות חברה, עסק של תכשיטים, והוא היה זקוק לאשראי מהבנק, הבנק ביקש ערבים. הערב היה זיונץ לבין הבנק חוזה ערבות, על סמך כך הוא נתן לשטרן אשראי-הלוואה. אחראי מתן ההלוואה, קלט זיונץ שהוא בסיכון, מאחר ואם שטרן לא יחזיר זיונץ יצטרך לשלם. במקרה כזה קובע חוק הערבות, שאם החייב – שטרן, לא ישלם לנושה- הבנק, הערב ישלם לנושה, אבל הערב יכול לדרוש מהחייב כלומר זיונץ יכול לדרוש משטרן, אבל מה הסיכוי שלשטרן יהיה כסף לתת לזיונץ אם אין לו כסף לתת לבנק. ועל כן ביקש זיונץ משטרן משכנתא על הדירה של שטרן.(דיני קניין- משמעות המשכנתא) שטרן הסכים וחתם על חוזה המשכנתא, ביניהם.לאחר זמן מה העסק נכלא לקשיים ושטרן לא מחזיר לבנק את הכספים, ולכן הבנק פונה לזיונץ. שטרן מתנגד למימוש של זיונץ מולו, וזה ע"פ טענה פרשנית מחוזה המשכנתא. הטענה היא שבחוזה המשכנתא כתוב, הממשכנים (שטרן ואשתו)... בגין ערבויות שנתן זיונץ לבנקים או לספקים שונים. אומר שטרן, את הטענה הבאה: בחוזה המשכנתא כתוב שהוא ניתן על מנת להבטיח ערבויות שזיונץ נתן לבנקים, הערבויות הם בגין הערבות הראשונה, וזה הוחזר, הערבות של המשכנתא היא לא ערבות שניתנה לבנק אלא ערבות שתינתן, חוזה המשכנתא מדבר על ערבויות שכבר ניתנו, במילים אחרות המשכנתא מבטיחה את הערבות ה-1, ובגינה הוא לא נדרש לשלם לבנק כלום, והערבות השנייה לא מובטחת ע"י המשכנתא!!! כולנו בתחושה שזה לא בסדר, זיונץ היה ערב, שילם את חובו של שטרן ובשל טענה פרשנית מתחכמת ייוצר מצב לא הוגן.

בעליון, אומרים החוזה ברור וחד-משמעי, אי אפשר ללכת לנסיבות הכלל "כי אין מקום להשמיע ראיות חיצוניות (נסיבות) שלשון המסמך היא ברורה היה נקוט עימנו במשך שנים" במילים אחרות, הלשון היא ברורה וחד משמעית ונפרש את העניין לפי החוזה, אסור לנו ללכת לפי הנסיבות. בהמ"ש המחוזי, ראה שאם הוא כן יגיע לנסיבות הוא יצליח להגיע לתוצאה צודקת יותר, בבהמ"ש המחוזי אומר השופט אלוני, שהמילה נתן היא לא חד משמעית, והוא פונה כפי שמסופר לנו בפסק דין של העליון, "המילה נתן אינה מצביעה באופן-חד משמעי על זמן עבר, את דעתו ביסס על דוגמאות מהמקרא והמשנה, בהם נעשה שימוש בזמן עתיד במילה עבר ולהפך" ולכן אם כך יכול להיות שבעברית המודרנית, נתן הוא בעבר אבל בעברית עצמה אין הדברים כך. עוד שואל השופט, למה כותבים לבנקים וספקים??? אם לא היו התחייבויות מהעבר, נסיבה חיצונית שנייה, היא שבזמן חתימת חוזה המשכנתא, נקבע סכום, הסכום שנקבע היה גבוה פי שניים, מגבוה הביטחון לגובה החיוב ולכן מאחר והסכום הוא כה גבוה זה מעיד על כך שהצדדים התכוונו לתוצאה שחוזה המשכנתא חל גם על ערבויות הדדיות.

גם השופטת נתניהו, כמו אלוני במחוזי ראתה עצמה מחויבת לפרשנות הדו-שלבית, כלומר **קודם החוזה לאחר מכן הנסיבות אם החוזה ברור לא פונים לנסיבות**. וזו תוצאה לא צודקת אבל אם מסתכלים על הערבות הראשונה רואים שהיא גם על ערבויות עתידיות. **כלומר השופטת נתניהו נשאת בניתוח הדו שלבי ומגיעה לתוצאה צודקת ע"י פרשנות**.

שיעור מס' 5

נושא השיעור – תוכן החוזה:

בחלק האחרון של השיעור הקודם דיברנו על פס"ד שטרן, המחוזי והעליון ראו את עצמם מחויבים לשיטת הפרשנות ב-2 שלבים. סעיף 25א' מדבר על כך שרק אם אי אפשר לפרש לפי החוזה, פונים לנסיבות. בזמן שחוקק חוק החוזים, זו הייתה ההלכה. הסעיף משקף את ההלכה. החוק לא שונה מ-1923 אף לא פעם אחת.

פס"ד אפרופים:

העובדות:

הרקע הוא העלייה הגדולה מתחילת שנות ה-90 לאחר התפרקות בריה"מ, שיצרה מצוקת דיור, וניתנו למה כמה פתרונות, קרוונים לדוגמא. פיתרון נוסף, המדינה שהיא בעלת רוב שטחי המקרקעין יצאה במכרזים ומכרה זכויות אלו לקבלנים במחירים אטרקטיביים, מתוך כוונה שיבנו דירות מהר. היה חוזה סטנדרטי בין המדינה לחברות הקבלניות והוא נשוא הויכוח בדיון

הנ"ל. למדינה היה אינטרס ברור לזרז את הבנייה, החוזה קבע סדרה של סנקציות מצד אחד, ותמריצים מן הצד השני, שנועדו לעודד את החברות הנ"ל לבצע באופן שהמדינה רצתה.

הסנקציות והתמריצים, לענייננו, לגבי המחלוקת הפרשנית הם:

חלק מהקרקעות היו באזורים טובים וחלקם אזורי ביקוש נמוך (פריפריה), מערכת הסנקציות והתמריצים הותאמה לכל אזור ואזור –

(1) תמריץ שנועד לענות על נזילות ומימון.

(2) תמריץ שהוא רשת ביטחון לקבלנים – המדינה התחייבה לקנות במחיר נקוב מראש, זאת במידה והדירות הנ"ל יימכרו. באזורי ביקוש גבוה – שווי של מחצית הערך, ואילו באזורי ביקוש נמוך – שווי מלא.

הסנקציות רשומות בסעיף 16'ח' של החוזה בין הצדדים:

(א) סעיף 16' – יש סנקציה על איחור בביצוע של הבנייה, אם הקבלן לא עומד בלוי"ז של הבנייה באזורי ביקוש גבוה. במקרה כזה, אם ישנה דרישה מצד הקבלן לרכוש את הדירות, על כל חודש של איחור בביצוע – מפחיתים 2 אחוזים מהמחיר שהמדינה התחייבה לרכוש.

(ב) סעיף 6'ח' -

(1) עוסקת בריביות.

(2) סנקציה על איחור דרישת המימוש (באזורי ביקוש נמוך בגמר השלד ובאזור ביקוש גבוה בגמר הבנייה). במקרה כזה, הפחתה של 2% מהמחיר שהמדינה התחייבה לרכוש. 2 הצדדים יצאו מנקודת הנחה שסעיף זה מתכוון לאזורי ביקוש גבוה, ואם שניהם הסכימו לפרשנות מסוימת – ביה"מ לא יסתור פרשנות זאת, הרי הכוונה הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים היא זו שחשובה (לפחות ברמת העיקרון).

(3) איחור בהצגת דרישת המימוש באזור ביקוש נמוך – תמריץ וסנקציה גבוהים! במקרה כזה סנקציה של הפחתה של 5% מהמחיר שהמדינה התחייבה לרכוש. חסרה התייחסות, למעשה, לאיחור בביצוע באזורי ביקוש נמוך בתוך החוזה הנ"ל. ניתן להניח, שמדובר על הפחתה של 2% מהמחיר.

חברת אפרופים זכתה במכרז וקיבלה קרקע לבניית יחידות דיור באזורי ביקוש נמוך בדרום. ברגע שהגיעה לגמר שלד, היא דרש מימוש על כלל הדירות. לאחר מכן, כשהמשיכה לבנות היא לא עמדה בלוי"ז, היא קיבלה ארכה מהמדינה וגם בה לא עמדה. האיחור עמד על 5 שבועות. המדינה הפחיתה 6% מהמחיר. היה סכסוך על הנושא הנ"ל והגיעו אל ביה"מ המחוזי, שטען כי עניינו של 6'ח(3) שהפירוש מתחייב מלשונו הברורה של הסעיף. הפרשנות הנ"ל מתבקשת מתוך החוזה, כלומר הפרשנות של המדינה לא נכונה – אין שום אחיזה מלשון הסעיף לפרשנות של המדינה, כמו כן, שצריך להסתכל על הפירוש מתוך ההקשר הכללי של החוזה. המדינה לא טענה לטעות סופר בחוזה הנ"ל, שיכול לבוא לטובתה לפי סעיף 16 לחוק החוזים.

השופט מצא קבע לפי פרשנות דו-שלבית שהלשון ברורה גם מתוך עצמו וגם מתוך ההקשר הכולל של החוזה ולכן אסור לפנות לנסיבות. השופט אימץ את פס"ד של המחוזי

באופן מלא, גם הוא דוגל בפרשנות דו-שלבית, כאשר הלשון חד משמעית של החוזה – אין לפנות לנסיבות. המדינה ניסתה לפנות לנסיבות משום שמתוך הרקע להתקיימותו של החוזה, ניתן להבין את טענותיה של זו. הסנקציה הכי חשובה בחוזה היא איחור בביצוע באזורי ביקוש נמוך.

לאחר פס"ד של ברק באותו עניין, השופט מצא מרגיש צורך להתייחס גם כן. ברק נתן דוגמא ציורית, וקבע שלא צריך לפרש לפי דו-שלבית אלא חד שלבית בלבד. הדוגמא של ברק היא – נניח שיש 2 חברים ולאחד מהם יש מכונה, כשלפי סלנג של חברים נקראה "סוס". לימים עשו ביניהם חוזה, כשאחד מוכר אותה לשני לפי כינויה "הסוס". החבר השני אומר שלפי החוזה הוא רוצה "סוס" ולא מכונה. התייחסות של בית משפט מבחינה חד שלבית מחייב להביא מכונה ולא סוס כפי שמפרש מבחינה דו-שלבית. ברק אומר שזאת דוגמא למה פרשנות דו-שלבית תביא במקרים מסוימים לתוצאה לא נכונה, בהנחה שכל המטרה של סעיף 25א היא לנסות לגלות את התכלית הסובייקטיבית של הצדדים. **השופט מצא הבין שהוא חייב להתמודד עם הדוגמא המשכנעת הזאת של ברק.** האופן שעשה זאת היא בעייתית, הוא מוסיף ואמר כי הוא מסכים כי בנסיבות מיוחדות ורק במקרים כאלו הוא הולך לפרשנות חד שלבית, שזה **בעייתי מבחינה לוגית.** השאלה מתי נקבע שמדובר בסלנג פרטי ומתי לא. הבחירה בין פרשנות דו-שלבית לחד-שלבית יש לה השלכות ברמה הפרקטית. ברמה הדו-שלבית, אנו לא נפנה לנסיבות ולא ניתן אפשרות לשמיעת עדים, לעומת חד-שלבית שנוכל לפנות לנסיבות. **במילים אחרות, רותמים את העגלה לפני הסוס.** בעצם השופט מצא בפסקה (התוספת שלו) הורס את פס"ד העיקרי שלו. למעשה, הוא שופט חד-שלבי גם כן (כמו ברק). שופט שהוא דו שלבי אמיתי היה אומר, נכון, אני ער לזה שבאחוז מזערי של המקרים, הפרשנות הדו-שלבית תביא לתוצאה לא נכונה, אך שווה לו שכך יהיה כדי להרוויח את כל המקרים האחרים של הפרשנות הדו-שלבית, לדוגמא וודאות ויציבות (הטקסט הוא המשמעותי והעיקרי לפי פרשנות זו). **השופט לזכור, שברק עשה מהפכה פרשנית בפס"ד זה, שמעבירה מפרשנות דו-שלבית לחד-שלבית.**

חשוב לזכור, שברק עשה מהפכה פרשנית בפס"ד זה, שמעבירה מפרשנות דו-שלבית לחד-שלבית.

הקושי בפס"ד אפרופים, גם מי שמסכים עם פרשנות חד-שלבית ועם ההנמקות של השופט ברק, החלק שמיישם על העובדות של התיק הנ"ל – זה נעשה לא נכון. אנו מתייחסים לעקרונות המשפטיים ופחות לעובדות, לכן מבחינת הלימוד שלנו, אין זה משנה כל כך.

ברק מציב בתחילת פסק הדין שלו את המטרה – לשנות את ההלכה ולעבור לפרשנות חד-שלבית, על פני רוב הפסיקה שלו, הוא מציב את הבעייתיות בפרשנות דו-שלבית. חלק מההנמקות שלו הן:

- (1) תורת הפרשנות הדו-שלבית יש **קושי אינהרנטי (פנימי)** – בהירות הלשון צריכה להיקבע בסוף ולא בהתחלתו של התהליך. לא ניתן לדעת אם הטקסט הוא חד משמעי אם לא ראית את הנסיבות (לדוגמא מקרה הסוס והמכונה).
- (2) מהם טקסט ונסיבות כל אחד כשלעצמו? נסיבות זה מחוץ לחוזה – אך אין קו הבדל ברור בין טקסט ונסיבות. **ההבחנה ביניהם היא מלאכותית** לפעמים, לכן אין לעשות הבחנה כזאת בכלל.
- (3) **הפרשנות הדו-שלבית לא לוקחת ברצינות את אומד דעתם של הצדדים**, משום שהפרשנות מתוכן החוזה לא בוודאות משקפת את זה.

ברק אומר שהיכוח בין פרשנות חד שלבית לבין המצדדים בדו-שלבית שייך לדיני הראיות ולא

לדיני החוזים. "הכלל החוזי" אומר שצריך לפרש לפי הכוונה הסובייקטיבית של הצדדים ואין על כך מחלוקת. המחלוקת היא אך ורק איך מגלים את הכוונה הסובייקטיבית הנ"ל. הרי, שזהו ויכוח בדיני ראיות, על-כן, יש לעשות הבהרה – שיטת הראיות בישראל מבוססת על כללים משפטיים של "קבילות", כלומר ישנן ראיות מסוימות שלא ניתן להציג בבית משפט. שיטות משפט לא-ישראליות, מעניקות יחס אחר לגבי המשקל של ראיות. במשפט הישראלי, המקור שהוא המשפט האנגלי, כשהוא לפי שיטת המושבעים, שאינם יכולים לעשות הבחנות של משקל משום שהם בלתי מקצועיים. כמו-כן, בדין האנגלי יש איסור על עדות שמיעה וכאשר עד נשמע מאוד אמין, המושבעים עלולים להאמין בכך למרות שייתכן והוא שקרן מוחלט. במילים אחרות, מושבעים לא יכולים לעשות את האבחנה הזאת, לכן זה אסור במשפט האנגלי.

השיטה הדו-שלבית, מבוססת על כללים של קבילות, והיא אומרת שאם הטקסט ברור וחד

משמעי אסור להציג לבית המשפט ראיות של נסיבות. הביקורת של ברק היא שלא מדובר על

אנשים בלתי מקצועיים, אלא בשופטים – הרי שעלינו לעבור לכלל של משקל ולא לכלל של

קבילות. השופט מוסמך וראוי לתת משקל לטקסט או לנסיבות, זה עניין של לעבור מכללים של

קבילות לכללים של משקל. יתירה מזו למרות האמור לעיל, ברק קבע, שהמשקל הכבד ביותר

ברוב המקרים הוא הטקסט של החוזה, אך אין לאסור על השופטים לראות את הראיות. אין

היגיון לקבוע כללים של קבילות. בנוסף, ברק הציג טענה שאם הגישה הדו-שלבית אומרת

שצריכים לפנות רק לטקסט, אז יש לחסום את הנסיבות לגמרי, אך אין זה נעשה בפועל.

"בצדק צוין, כי על בית המשפט לתת משמעות... אם הנסיבות החיצוניות הן מקור אמין לעניין

עומק דעת הצדדים, מדוע אין הנסיבות אמינות עד כדי איסור פנייה אליהן..." הויכוח הוא על דיני

ראיות, והכלל העדיף הוא המשקל ולא הקבילות. "הפרשנות הדו שלבית לא מתיישבת עם סוגיות

חוזיות..." בתוך דיני החוזים צריך להיות קוהרנטיות.

תורת הפרשנות הדו שלבית לא מתיישבת, לפי ברק, עם עיקרון תוס הלב, כשאנו נאפשר לצד

אחד לקבל משהו שאינו אמור משום טעות בטקסט. במשפט הגרמני, היה מעבר מפרשנות דו-

שלבית לפרשנות חד-שלבית.

ברק ניסה לשכנע בפס"ד זה שסעיף 25א לא מחייב פרשנות דו-שלבית, אך אם עשה זאת כנראה

שהפרשנות המתבקשת מהסעיף היא **דווקא הפוכה**. במילים אחרות, ניתן לקרוא את הסעיף

ולהניח שמדובר בפרשנות דו-שלבית או חד-שלבית. **בקודיפיקציה, שינו את הנוסח של הסעיף**

הנ"ל כדי שיתפרש בצורה חד-שלבית בלבד: "...אומד דעת הצדדים מתוך החוזה ומתוך הנסיבות."

ברק הוסיף, כי בעיקרון **מותר לבית המשפט להעדיף את הנסיבות על הטקסט אבל אפילו אז זה בתנאי שהפרשנות שמקבל הנ"ל, יש לפחות אחיזה אפשרית בטקסט**. במילים אחרות, אפילו באותם מקרים שבהם בית המשפט מעדיף את הנסיבות, שהם מקרים חריגים, הוא צריך למצוא נקודת אחיזה ארכימדית (הישענות) על הטקסט (החוזה). **למעט שני מקרים:**

א. **טעות סופר** – אין אחיזה בטקסט כי הוא שגוי, לכן מותר לבית המשפט לשנות את הטקסט הנתון.

ב. **הפרשנות הטקסטואלית היא אבסורדית ולא מתקבלת על הדעת**, מותר לבית המשפט לשנות את הטקסט.

ברק קיבל במקרה הקונקרטי הנ"ל את טענת המדינה.

ברק אומר בסוף פס"ד הנ"ל: "אפילו אם הייתי מגיע לתוצאה פרשנית שונה, מקבל את פרשנות אפרופים, עדיין המדינה הייתה זוכה בתיק". מדוע? התשובה היא לפי השלמה. טכניקות ההשלמה, לפי ברק, בעבר היו לפי דוקטרינת "תנאי מכללא" אך כיום אין מקום יותר לזה במשפט הישראלי והיא נעשית לפי סעיף 39 לחוק החוזים.

שיעור מס' 6:

נושא השיעור – פרשנות:

בשיעור הקודם דנו בפס"ד אפרופים, שהלכנו לכאורה היא מעבר מפרשנות בשני שלבים לפרשנות בשלב אחד, מעבר ממצב שבו בית המשפט חייב לפרש את החוזה על פי החוזה מתוכו ואסור לו לפנות אל הנסיבות אם הוא יכול לפרש את החוזה מתוכו, למצב שבו בית המשפט רשאי כבר בשלב הראשון גם אל החוזה וגם אל הנסיבות, אם כי **ברק הדגיש** כי המשקל שיש לייחס למשמעות הרגילה והשגרתית של החוזה הוא העיקרי. יש מקרים שאין התאמה בין לשון החוזה לנסיבות, ובית המשפט יעדיף את הנסיבות – אלו מקרים חריגים.

ההנחיה היא לתת משמעות למילים וללשון הטקסט של החוזה, רק כאשר הנסיבות הן כל כך דרמטיות ושיעדיפו אותן בניגוד למה שכתוב בחוזה עצמו. פס"ד אפרופים עורר מהומה בקהילייה המשפטית, משום שבית המשפט פירש את החוזה כפי שהוא ראה לנכון בלי קשר למה שכתוב בו. זוהי הבנה לא נכונה, שנובעת מהיישום הלא מוצלח באפרופים. אם לוקחים את מה שברק אומר (מעבר מפרשנות דו שלבית לחד שלבית) ומיישמים את זה על העובדות של אפרופים, ייתכן והיינו מגיעים לתוצאה אחרת. הוא התייחס לנסיבות והתעלם מלשון הטקסט.

חברת אפרופים ביקשה דיון נוסף, כשנקבע בהחלטה שההלכה הקודמת לא מעוררת קושי מיוחד ועל כן נותרה בעינה. **בית המשפט העליון**, לאחר מכן, הבחין במהומה המשפטית שנוצרה בקהילייה הנ"ל, ובהזדמנות לדון שוב בפרשנות של חוזה – פס"ד ארגון מגדלי הירקות:

המדינה ניסחה חוזה "שלומיאלי" בפעם נוספת. המדינה זכתה בפס"ד הראשון ועל כן הגישו בקשה לדיון נוסף. **בית המשפט העליון** אישר זאת בהרכב מורחב, בשאלה אחת ויחידה (צמצום לסוגיה מסוימת) – **האם הלכת אפרופים קיימת, האם יש מקום לאשר את הלכה זו** (אגב, השאלה של אפרופים כלל לא עלתה כאן). במקרה דנן, אין מחלוקת שהטקסט לא ברור, במקרה כזה לא עולה שאלה **הלכת אפרופים** (מעבר מפרשנות זו שלבית לחד שלבית, קרי להתעסק בנסיבות בלבד). **בית המשפט לכאורה "חזר בתשובה" על ההלכה של אפרופים, כשהוא זן בסוגיה על אף שלא היה צורך בכך. כל שופטי ההרכב אישרו את עמדתו של ברק באפרופים, כלומר כל מי שחשב שהלכה זו עומדת ותלויה באוויר – הרי שאין זה כך. אין ספקות לאחר פס"ד זה, אושרה הלכה אפרופים בפס"ד מגדלי ירקות.**

לאחר פרישתו של ברק מבית המשפט העליון, היה פס"ד אמנון לוי :

בקריאה ראשונה, ישנה קריאת תיגר על הלכת אפרופים. **השופט דנציגר כתב בפס"ד זה** : "יתר על כן אני סבור על אף כללי הפרשנות של אפרופים ומגדלי ירקות, מן הראוי כי במקום בו ההסכם מובן, יש לתת משמעות לפרשנות ההסכם.. **"לכאורה, ישנו ביטול של הלכת אפרופים, האם זה כך בפועל? האם פס"ד משנה את הלכת אפרופים?**

התשובה : אם השופט דנציגר היה חולק על הלכת אפרופים או רוצה לשנותה, הוא היה צריך לומר שהטקסט ברור וחד משמעי והרי שאסור להשתמש בנסיבות ולא כך עשה. הוא אמר שהטקסט ברור וחד משמעי אך גם הנסיבות מובילות לאותה תוצאה. הוא למעשה, ובאופן ברור, עשה **פרשנות חד שלבית** – התחיל בפירוש הטקסט ואז בחן את הנסיבות, כלומר **הוא לא ביצע סטייה מהלכת אפרופים בפועל** (למרות שהוא אולי התכוון לשנות את ההלכה – עשה למעשה פרשנות חד שלבית).

פס"ד מאוחר יותר, דנציגר שוב, אישר את הלכת אפרופים. מה הנסיבות החיצוניות לחוזה שהוא הגיע לאותה תוצאה פרשנית? שהחברה הנ"ל צריכה להמשיך לשלם את הסכום לאמנון לוי למרות שהיא רוכשת את הבשר מיצרן אחר שמשתמש באותה טכנולוגיה. הנסיבות שמסתמך עליהן השופט דנציגר הן גם סיבות חיצוניות של לפני הכריתה ואחריה.

✓ **נסיבות לפני הכריתה** שהוא מתייחס אליהם (של המו"מ) – ההוכחה שהצדדים לא התכוונו שהתשלום הוא עבור שירותי ייעוץ, שהצדדים דיברו ביניהם על הסכם תשלום מזומן, ואילו החברה במו"מ שכנעה את אמנון לוי שעדיף לו פנסיה חודשית כל החיים, והוא הסכים לכך. **זה לא כתוב בחוזה, אלא זה רקע לכריתה שמאירים את החוזה עצמו.**

✓ **נסיבות שלאחר הכריתה** – חצי שנה אחרי הכריתה של החוזה, לאחר שהחברה שילמה תשלומים חודשיים, הפסיקה זו לעבד את המוצר, **והמשיכה לשלם לו למרות זאת, כי זה תשלום עבור ידע שנמכר במועד כריתת החוזה.** לאחר מכן, כשעברה החברה ליצרן אחר, הפסיקה זו לשלם לו (פתאום חשבה שהתשלום גבוה מדי עבורה). התנהגות החברה לאחר הכריתה מלמדת איך החברה הבינה את החוזה.

אם מתעלמים מהכותרות, שאומר דנציגר, הרי שיש צורך להתייחס גם אל הנסיבות לאחר פירוש הטקסט עצמו. מכאן, שהלכת אפרופים שרירה וקיימת, למרות מה שאמר בתחילה השופט דנציגר.

לסיכום, היישום בפס"ד אמנון לוי הוא לא נכון ולכן הקריאה תיגר על הלכת אפרופים היא מוטעית, והיא גם לא באה לידי ביטוי כאמור בניתוח ויישום של השופט דנציגר.

נושא השיעור – השלמת חוזה:

כשדיברנו על פרשנות, אמרנו שזה **העיקרון המובהק לחופש החוזים** – מטרתה להראות מה הצדדים רצו, אך **השלמה לא מדברת על מה שהצדדים רצו, כי יש חסר שהתעורר, שהצדדים לא הביעו רצון אלא התעלמו מהנושא משום שלא שמו לב אליו. לא מדובר על הסדר שלילי, אלא על לאקונה בחוזה עצמו.**

עיקרון ההשלמה, בניגוד לתפיסה הראשונית והשטחית, שאומרת שהשלמה היא לא משרתת את עיקרון חופש החוזים משום שנוספים דברים שהצדדים לא קבעו, אך **אין זה עומד בניגוד לחופש החוזים.** הדבר היחידי שעומד בניגוד זה התערבות (נדון בהמשך).

השלמה מהי – הצדדים לא חשבו על פרט מסוים, כשהשאלה מה עושים? הרצון הבסיסי הוא לכרות את החוזה, הרי שבמובן הרחב כי זה משרת את חופש החוזים.

❖ מהן טכניקות ההשלמה?

השלמה פרשנית – בעבר, טכניקת ההשלמה המקובלת הייתה **תנאי מכללא**, כלומר משתמע. זוהי המצאה אנגלית, שנקלטה לפני קביעתו של חוק החוזים הישראלי. **הרעיון של תנאי מכללא נועד, מצד אחד לאפשר השלמה של חוזים, אך מן הצד השני למנוע את התחושה שבעצם אנחנו מתערבים בחוזה בין הצדדים (שנתפס כמשהו בלתי ראוי). כיום, התערבות היא דבר לגיטימי.**

תנאי מכללא – אם מתעוררת שאלה **שאין לה תשובה בחוזה**, רשאי בית המשפט להשלים את החסר בחוזה **בתנאי שבית המשפט משוכנע שזה דבר שהיה חלק מכוונת הצדדים, מאומד הצדדים, בעת הכריתה.**

השאלה: למה לא כתבו זאת בחוזה עצמו אם זה היה בכוונתם של אלו?

התשובה: התיאוריה של תנאי מכללא הייתה מבוססת על הטענה שאין פה התערבות, כיוון שהצדדים כן התכוונו לפרט שמשלימים אותו. התשובה לשאלה, שהיא קצת מגוחכת, שמדובר על **דבר כל כך ברור ומובן מאליו שהצדדים לא ראו צורך לרשום אותו במפורש.** ברור, כי מדובר בפיקציה מוחלטת, זוהי בדיחה, כיוון שהשופט לא יודע אם זה היה חלק מאומד דעתם של הצדדים, הוא יכול רק להערך. השופט שחושב שצריך וראוי יכניס את הפרט הזה, אם לא, הוא לא יעשה זאת – **יש כאן צורך "לייפות" את המציאות, הצגה לא אמיתית.**

בשלב מסוים הייתה ביקורת על תנאי מכללא, שהשופט לא באמת יודע מה היה שם בין הצדדים. בית הורדים קבע מבחן אובייקטיבי שייקבע מתי ניתן ומתי לא, יש להשתמש בתנאי מכללא – **מבחן הטרדן המתערב**. המבחן הנ"ל מתגבר על האופן הסובייקטיבי של הוספת פרט על פי "מצב רוחו" של השופט.

✓ **מהו מבחן "הטרדן המתערב"** – כשהשופט יושב על הדוכן ואחד הצדדים אומר בחוזה הזה צריך להוסיף פרט כלשהו, **עליו לעצום לרגע את עיניו ולשוות לנגד עיניו את מעמד כריתת החוזה, כשהוא רואה את שני הצדדים מנהלים מו"מ אבל יש שם עוד מישהו שלא באמת היה שם במציאות – זהו הטרדן המתערב**. השופט צריך לראות לנגד עיניו את המציאות הבאה – הטרדן פונה לצדדים ואומר להם להוסיף את התנאי הזה, שבית המשפט בודק אם יש להוסיפו כתנאי מכללא, כלומר הוא מציע לצדדים להוסיף את הפרט הנ"ל. **אם הצדדים אומרים לטרדן שהם אינם מעוניינים בתנאי הנ"ל, השופט לא יכול להוסיף את התנאי הזה. גם במקרה שהצדדים אומרים שהתנאי הנ"ל הוא ראוי ויש להוסיפו, גם אז לא יוסיף השופט אותו. רק אם הצדדים אומרים שהתנאי הנ"ל הוא ברור מאלי – זהו תנאי מכללא, והשופט יוסיף אותו.**

בשורה של פס"דים, קבע בית המשפט הישראלי – שאין צורך להשתמש בדוקטרינה האנגלית של תנאי מכללא, כלומר אין צורך בו כלל.

פס"ד אפרופים, בחלק האחרון של ברק, הוא דן באפשרות להשתמש בהשלמה ולא בפרשנות. הוא אומר "כיצד יושלם החסר בחוזה הפרוגרמה? השלמת החסר, לא הוכח בחוזה זה כל נוהג ואין הוראת חוק שיכולה להשלים את השאלה הנ"ל (סעיף 6 {3}). **העניין יושלם באמצעות עיקרון תום הלב. בעבר היו משלימים באמצעות תנאי מכללא, וכיום באמצעות עיקרון תום הלב.**"

הפסיקה קובעת באופן ברור, מאז חקיקת חוק החוזים, במקום תנאי מכללא משתמשים בסעיף 39. הבעיה היא, שאם קוראים את הסעיף הנ"ל, לא ברור מה הקשר שלו להשלמת חוזים.

לשון הסעיף:

"בקיום של חיוב הנובע מחוזה, יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב, הוא הדין..."

בג"צ שירותי תחבורה ציבורית ב"ש – פס"ד זה מסביר מדוע סעיף 39 הוא סעיף שמשמש, בין היתר, כמכשיר מרכזי ועיקרי להשלמת חסר בחוזה:

העותרת מפעילה שירות אוטובוסים ציבורי-עירוני בב"ש, שהתחייבה לשלם לעובדיה "פרמיה נוספת", אשר תשלומה יופסק, אם ייגרמו שיבושי עבודה על ידי העובדים. בעת קיום אסיפת הסברה באישור מועצת הפועלים – עליה קיבלה העותרת הודעה מוקדמת של כמחצית השעה, היא הפסיקה את תשלום הפרמיה. השאלה המשפטית היא פרשנות סעיף 39 לחוק החוזים (נושא מאוד חשוב), מה מהותה של החובה לנהוג בתום לב בקיום חוזה ומהן התוצאות של הפרת חובה זו? זכות השביתה היא זכות חוקתית, לכן לא ראוי שבחובה ייכתב שאסור לעובדים לשבות, אך יש לשים לב – שניתן לעשות זאת (לשבות) בסיבה מוצדקת ובאישור מועצת הפועלים.

הטיעונים של הצדדים:

- ✓ הנהגים – צריך לשלם את הפרמיות משום שלא היה שיבוש עבודה, הפסקת העבודה הייתה בהסכמה ובאישור מועצת הפועלים.
- ✓ החברה – נכון שהיה אישור, אך לא הייתה הודעה בזמן מספיק מראש שהעובדים הולכים לשבות.
- ✓ טענת נגד – לא צריך להודיע שיש לשבות, כי כתוב בחוזה שאם מועצת הפועלים נתנה אישור, הרי שהם יכולים לעשות זאת מבלי להודיע. במילים אחרות, יש חסר בחוזה.
- ✓ החברה טענה – החובה נובעת מסעיף 39 לחוק החוזים.
- ✓ הנהגים משיבים, כי יש לקרוא היטב את הסעיף, שאומר שאם יש זכות או חובה בחוזה עצמו, אותם צריך לנהוג בתום לב. אם היה כתוב בחוזה שיש לתת הודעה והנהגים או מועצת הפועלים היו נותנים את ההודעה שלא בתום לב, זה קיום חובה שלא בתום לב – אך הם בכלל לא דנים בכך, כי הרי שאיננה קיימת בחוזה.

בית הדין הארצי לעבודה קיבל את טענת הנהגים, אם יש חובה בחוזה צריך לקיים אותה בתום לב, **ההשלמה תתבצע או בהסכמת הצדדים או במנגנוני ההשלמה הקיימים**. **בית הדין הארצי לעבודה מפרש את החובה כקיימת בתוך החוזה ולא כמקור שיוצר את החובה**.

בג"צ סבור אחרת בפס"ד של השופט ברק, הוא פותח ופורס פרשנות לגבי סעיף 39 ואחר כך דן בתיק הספציפי. קודם כל, הוא דן בשאלה **מה המשמעות של תום לב**. ברק אומר: "משמעותה של חובת לקיים בחוזה בתום לב.. כי הצדדים חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל פי המקובל בין בעלי חוזים הוגים.. הצדדים.. אל להם להיות זאבים זה לזה.."**זוהי מהפיכה משום שתפיסת חוק החוזים הייתה תפיסה "לעומתית", הצדדים היו סוג יריבים, הם לא צריכים לפעול לטובת הצד השני – צריכים הצדדים לנהוג על פי מה שהוסכם בחוזה, תפיסה קלאסית**. ברק אומר שזוהי תפיסה מעוותת, כלומר **הוא הולך בגישה של תפיסה שיתופית**, שאומרת שברגע שהצדדים הסכימו על חוזה, זה לא רק הסתכלות צרה על מספר נקודות, יש **פרויקט משותף שהצדדים כרתו ברית כדי להגשים אותו, ועל מנת להגשים את המטרה הנ"ל כל צד צריך לשים כתף מעבר למחויבויות הפורמאליות שנכתבו בחוזה. יש להתגבר על דברים בלתי צפויים, כי החוזה הוא סוג של שותפות והם צריכים להגשים את המטרה ולעשות מעבר למה שכתוב בו במקור. זוהי תפיסה שתוביל בהכרח לתוצאה שסעיף 39 יכול ומייצר חובות חוזיות חדשות בתוך החוזה, שנועדו להתגבר על בעיות שהצדדים לא חשבו עליהם בעת הכריתה**. ברק מוסיף, לולא היו הביטויים אמון אמונה ונאמנות תפוסים במקומות אחרים, ניתן היה לתאר את היחסים בין בעלי החוזה כבעלי יחסי נאמנות – **זוהי גישה מרחיקת לכת אבל חשובה מאוד**.

נאמנות פירושה, כי הנאמן צריך להעדיף את האינטרס של הנהנה על פני האינטרס שלו. למשל, עו"ד הוא נאמן של הלקוח שלו. פשרה יכולה להיות טובה לעו"ד עצמו אך גרועה ללקוח שלו, והוא צריך להעדיף את האינטרס של הלקוח. ברק אומר שהיחסים בין הצדדים לחוזה הם יחסי נאמנות. ברק מתכוון זה לא שכל צד הוא נאמן של הצד השני והוא צריך להעדיף את האינטרס של הצד השני, כי זה מנוגד לכל היגיון, אלא הוא מתכוון, שברגע שנכרת חוזה נוצרה שותפות, ולו יש

מטרה – הגשמת החוזה. בשלב זה, כל צד צריך להעדיף את האינטרס של העסקה המשותפת על פני האינטרס שלו.

לדוגמא, אם לקונה יש אפשרות לצאת מהחוזה כדי להשיג משהו טוב יותר, אסור לו לעשות זאת. זוהי המשמעות העיקרית של תום לב בהקשר של דיני החוזים – שיתוף פעולה, חובת הפעולה למען הגשמת המטרה המשותפת של החוזה תוך ויתור על האינטרס העצמי של צד ספציפי. זוהי האמירה של ברק בהקשר של פרשנות חובת תום הלב של הסעיף הנ"ל.

שיעור מס' 7

פס"ד בג"צ שירותי תחבורה ב"ש:

פס"ד זה עוסק בפרשנותו של סעיף 39, כשהגישה של בית המשפט היא שהסעיף מאפשר להשלים את החוזה, להוסיף לו תנאי או תנאים שלא היו בו או אינם מצויים בו מכוח הסכמת הצדדים. אם קוראים את הסעיף הנ"ל, הלשון שלו לא רומזת את אפשרות זו, אלא לכאורה היא מתייחסת רק לקיום מכוח החוזה עצמו.

✓ מה משמעות "דרך מקובלת ובתום לב" כלשון סעיף 39 לחוק החוזים חלק כללי?

ברק מציג בפס"ד זה גישה, שמעבירה אותנו מתפיסת עולם "לעומתית" לתפיסת עולם שיתופית. ברק מוסיף, נוצרת סוג של נאמנות בין הצדדים, לא אחד כלפי השני, אלא כל אחד כלפי הפרויקט המשותף, קרי החוזה עצמו. אם אינטרס של צד אחד עומד בניגוד לאינטרס של החוזה, הוא צריך ללכת לפי האינטרס המשותף כדי לקיים את החוזה.

דוקטרינת אשם תורם איננה קיימת בדיני החוזים, משום שהתפיסה הקלאסית איננה מכירה את קיומו של זה, כי כניסתו של אדם לחוזה או להסכם, הרי שעשה זאת מרצונו החופשי. אם אחד הצדדים מפר את החוזה, כי הוא נקלע למצב שאיננו מסוגל לקיים, והצד השני יכול היה להיות יותר גמיש או מוכן להסתדר – והיה מאפשר לצד המתקשה לעשות זאת, הרי שניתן להכיר בדוקטרינה זו מכוח דיני התרופות.

✓ האם תום לב הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי?

זהו עיקרון או קריטריון אובייקטיבי, כפי שלמדנו בסעיף 12 לחוק החוזים (סמסטר א'). עם זאת, אין זה צודק כי לכל אדם תפיסת עולם אחרת. ברק מרכז את המבחן של תום הלב, כשהוא קובע כי יש מידה מסוימת של סובייקטיביות, זה אותו מבחן שהופעל על ידי בית המשפט העליון של גמירת דעת (פרץ בונה הנגב), זה לא אובייקטיבי טהור, אלא בנסיבות ובהתאם לכל חוזה ספציפי, לכל חוזה רמת התנהגות אחרת (קרובי משפחה לדוגמא, טיב היחסים, מהות החוזה –

אלו עניינים סובייקטיביים). **בית המשפט קובע מהי רמת ההתנהגות של הצדדים**, ואז מתייחר הביטוי "דרך מקובלת", הרי שהוא חופף לחלוטין ונרדף לתום הלב.

יש לציין, כי בתזכיר דיני ממונות השמיטו את דרך מקובלת.

✓ **על מה חלה חובת תום הלב?**

אם מסתכלים על סעיף 39, הרי שזה **על חיוב הנובע מחוזה זכות הנובעת מחוזה, אך ברק מציג את העמדה כי זה רחב הרבה יותר. לעמדת ברק**, לביטויים הנ"ל יש ליתן פירוש מרחיב, אלה גם זכויות של יכולת, חירות וחסיונות (לפי טבלת הופלד – פילוסופיה של המשפט). כל החובות והזכויות שבחוזה כפופות לסעיף 39. החיוב והזכות אותם יש לקיים ולהשתמש כוללים בראש ובראשונה בחוזה או מתוכו, אך אין הוראת סעיף 39 מגבילה זאת. **לעיתים מעניק הדין ולא החוזה זכויות, הדוגמא לכך – חוק החוזים תרופות בשל הפרת חוזה. זכויות שנובעות מהדין בהקשר החוזי, גם אלו כפופות לחובת תום הלב – זהו חידוש עצום של השופט ברק.** ישנן השלכות וסנקציות להפרה של חובת התום לב, זכות מוקנית מכוח החוק – יש לה השפעה. תחולת הסעיף היא הגדרה מאוד רחבה.

פסיקה מאוחרת יותר הרחיבה את תום הלב לעניינים שאינם חוזיים, לאור מנגנון הייצוא של סעיף 61ב' – **דיני ראיות, דיני חברות, דיני משפחה וכו'.** ההתחלה של ההרחבה הנ"ל הייתה **בפס"ד בג"צ שירות תחבורה ב"ש**. לא נתייחס לכך בקורס דיני החוזים.

✓ **האם סעיף 39 יכול לשמש בסיס משפטי להוספת חיוב חדש לחוזה?**

זאת שאלה מהותית ובעקבותיה הגיע הנושא לבג"צ. האם הנהגים ומועצת הפועלים הייתה צריכה להודיע מראש על הפסקת העבודה, כשזה לא נכלל בחוזה בין הצדדים? האם מכוח הסעיף ליצור חובה חדשה? **בית הדין לעבודה קבע שאין זה כך, לפי הקריאה של הסעיף – הוא חל על חובה שקיימת בחוזה (או מנגנון השלמה).** **אם החובה נמצאת בחוזה, צריך לקיימה בתום הלב, אך אין להשתמש בסעיף עצמו כדי להקים חובה שאיננה נכללת בחוזה.** זה לא בסיס משפטי כדי ליצור חובה חדשה.

ברק סבור אחרת, כשזה החידוש של פס"ד הנ"ל. **ברק אומר שסעיף 39 הוא הבסיס להשלים חסר בחוזה** (בפסיקה מאוחרת יותר לפי **אפרופים ואחרים**, נקבע כי סעיף זה מחליף את דוקטרינת תנאי מכללא – שאומר שזה מובן מאליו). סעיף זה מאפשר השלמה באופן נרחב יותר מתנאי מכללא, לכן ההשלמה הנ"ל מחליפה אותו. **לעמדתו של ברק**, לענייננו, לפי עיקרון תום הלב צריך לראות את החוזה כי הוא מחייב מתן הודעה. ההודעה שניתנה חצי שעה קודם – ניתנה לעמדת ברק שלא בתום לב. **יש לשים לב ל-2 משמעויות שונות שברק משתמש בהם לסעיף 39:**

- (1) מכוח סעיף 39 הוא **יוצר את החובה** לתת הודעה – עכשיו היא קיימת בתוך החוזה.
- (2) **דרך הקיום של החובה הקיימת** – הודעה של חצי שעה לפני, נעשית שלא בהתאם לעיקרון חובת תום הלב מכוח הסעיף.

✓ קבענו שמועצת הפועלים או הנהגים הפרו את חובת תום הלב (שלא ניתנה הודעה בזמן סביר), אם כן, מהי התוצאה של הפרה זו?

אם משוויים בין סעיף 12 ל-39, הרי שבסעיף 39 אין סנקציה. הוא קובע חובה אך אין תוצאה – **האם זאת רק חובה מוסרית? לעמדת ברק,** הסעיף איננו כולל הוראה באשר לתוצאות הנובעות מכך שצד לא מקיים את החובה, **אין משמעות הדבר כי זו חובה מוסרית בלבד.** ההבדל בין נורמה משפטית למוסרית, זה שבשניה אין סנקציה, ואילו משפטית מחייבת סנקציה – פיצויים, אכיפה, קנס, פלילית, מנהלית וכו'. **ברק אומר כי אם זה נמצא בחוק – חייבת להיות סנקציה,** השאלה היכן מצויה זו.

תשובתו של ברק – היעדר הוראה בנוגע לסנקציה מקורה **שתוצאת הפרה חובת התום איננה אחידה, אלא משתנה בהתאם להקשר.** זו חובה מאוד רחבה, וחלה על מצבים מגוונים, לכן בלתי אפשרי להתאים סנקציה לכל אותם מקרים – **יש להתאים את הסנקציה לכל מקרה ומקרה.** כהנחיה לעתיד הוא מונה סנקציות אופייניות, דוגמאות (זוהי איננה רשימה סגורה):

א) תוצאת אי קיום החובה היא בתשלום פיצויים או במתן אכיפה – הפרה חובת תום הלב היא לפעמים כמו הפרה חוזה, לכן ניתן ללכת לפי חוק התרופות.

ב) לעיתים התוצאה היא בשלילת פיצויים או אכיפה מהצד המפר – מי זכאי לפיצויים בעצם? ברור כי זה הנפגע, אם כן, מדוע אומר ברק שהצד המפר זכאי לפיצויים בכלל? ברק מתכוון למי שמפר את חובת תום הלב, יכול להיות שבו הצד הנפגע שזכאי לפיצויים או לאכיפה או ביטול תו"כ מימוש הזכות לאותה תרופה נוהג שלא בתום לב. לעמדתו של ד"ר גלברד, ניתנת שלילה מלאה וחלקית. אנו שוללים תרופה לפי שיקולים של תום לב. גם הפעלת תרופות על ידי הנפגע – צריכה להיעשות על פי עיקרון תום הלב, וניתן לשלול זאת ממנו. בהפרה יסודית יש זכות לנפגע להפר חוזה ולבטל את החוזה, אך גם זו כפופה לעיקרון תום הלב.

ג) לעיתים, תוצאת ההפרה של חובת תום הלב היא במתן כוח לבעל החוזה האחר לפעול פעולות מסוימות בתחום החוזה שאחרת היו נחשבות להפרה – החוזה קובע שורה של חיובים שמוטלים על כל צד, לפעמים אם אחד הצדדים מפר את חובת תום הלב, אפילו אם לא הפר את החוזה – **התוצאה יכולה להיות שהצד השני יכול לעשות מספר פעולות במסגרת החוזה שבמצב רגיל היו נחשבות כהפרה,** אך מכיוון שזה נעשה כך – אין זה נחשב כהפרה.

פס"ד שוחט נגד לובליאנקר:

חוזה למכירת דירה, הקונים התחייבו לשלם את המחיר 420 אלף ב-4 תשלומים. בדרך כלל, החיוב של המוכר למסור את הממכר, קרי הדירה, והחיוב של הקונה לשלם מתוזמנים להיות מבוצעים בו זמנית. במקרה הנ"ל, אין זה כך – נוצר חוזה שונה, המוכר חייב להעביר את הבעלות לקונה, לא למסור את הממכר, בין התשלום השלישי לבין התשלום הרביעי – חודש לפני התשלום הרביעי, ולמסור את המפתחות בתשלום האחרון. בפועל, מה שקרה – הקונים אחרי ששילמו את

שלושת התשלומים, עזבו את הארץ לתקופה בלתי ידועה לאוסטרליה, כל אחד לחוד – בני הזוג הקונים נפרדו והסתכסכו. זה יצר חשש כבד אצל המוכרים, שהקונים לא ישלמו את התשלום האחרון (משום הקרע בין בני הזוג). המוכרים פנו לקונים, אל עו"דים, אך לא ניתנה תשובה ברורה וזה הכניס את השניים לחרדה. המוכרים בלית ברירה לא העבירו את הבעלות. לאחר שהחלו סכסוכים משפטיים הגיעו הקונים וטענו שהם רוצים לקזז בסכום את הפיצויים על אי העברת הבעלות במועד המתוכנן. **בית המשפט העליון, לפי השופטת פורת**, קבע כי הקונים אמנם לא הפרו את החוזה, אך הם כן **הפרו את חובת תום הלב** – חלק מתפיסת השותפות (שיתוף הפעולה), **המשמעות היא שצד לחוזה לא יכול ליצור חששות אצל אחד הצדדים "ולשבת בשקט". הקונים הפרו את חובת תום הלב, לכן המוכרים יכלו לעכב את העברת הבעלות ואין זה נחשב להפרת החוזה בין הצדדים**. זוהי תגובה להפרת חובת תום הלב ורק משום כך – זאת לא הפרה של החוזה.

ד) לפעמים התוצאה היא **שלילת כוח הנתון לבעל החוזה המפר שנתון לו לפי הוראות החוזה** – חובת תום הלב חלה על כל סוגי הזכויות, לפעמים, לצד לחוזה נתון כוח והוא מפעיל אותו שלא בתום – התוצאה היא שלילת כוח זה. לדוגמא, חוזה בין הצדדים של מכירת דירה, ולפי החוזה הקונה יכול לבחור את סוג הריצוף מבין מספר סוגים שמצויים בחוזה. כאשר הקונה לא בוחר ועושה זאת מתוך חוסר תום לב, שהוא רוצה להשיג משהו נוסף מהקבלן ובעצם סוחט את השני. כאן, במקרה כזה – הכוח נשלל מהקונה והקבלן יכול לרצף כיצד שירצה.

• **דוגמא לכך ניתן למצוא מתוקף סעיף 51 ב' לחוק החוזים הכללי – "החייב יכול לבחור את החיוב"**.

סעיף 39 כמנגנון השלמה, כפי שעולה מפס"ד של אהרן ברק, הייתה גישה אחידה של רוב השופטים בפס"ד בג"צ שירותי תחבורה ב"ש.

פס"ד לסרסון נגד שיכון עובדים: ניתן 3 וחצי שנים אחרי שירותי תחבורה ב"ש.

קבוצה של דיירים תבעו את שיכון עובדים על בעיות וליקויים שהיו בדירות שרכשו. אחת הטענות של הדיירים – לפי החוזה, לפי המפרט הטכני ומהווה חלק מחוזה המכירה, התחייבה זו לבנות תא לגנרטור (חובה לפי החוק). להפתעת הדיירים, הם גילו שהתא ריק. החברה טענה שהדיירים צריכים לקנות גנרטור ואין עליה לספק אותו. שלושה שופטים בבית המשפט העליון, פורת בייסקי ומנחם איילון, קובעים כולם בשורה התחתונה שהחברה צריכה לתת גנרטור – אך כל אחד נימק את החלטתו באופן שונה! יש בעצם **"הלכה נגטיבית"**, השופט בייסקי ביסס את עמדתו לפי סעיף 39, אך העיקרון הוא כי הוא חושב שניתן להוסיף לחוזה חיוב נוסף מכוח סעיף 39, ואילו שני השופטים האחרים פוסלים את הדרך של בייסקי בנימוק שהסעיף הנ"ל לא יכול ליצור חיוב חדש לחוזה. **בפס"ד זה, העמדה של ברק היא במיעוט**. לעמדתו של ד"ר גלברד השימוש של בייסקי בפס"ד זה בסעיף 39 הוא לא נכון.

השופטת פורת מנמקת על פי פרשנות – תא מכיל בתוכו גנרטור, לפי סעיף 25 לחוק החוזים (פרשנות). היא מסבירה, שהיא איננה משתמשת בסעיף 6 לחוק המכר שזהה לסעיף 39 לחוק

החוזים. נושא המחלוקת הוא בדבר קיומו להתקין גנרטור ולא איך לבצע את החיוב, כלומר אם הוא בכלל קיים.

השופט איילון מקדיש את רוב פס"ד שלו לתקוף את בג"צ שירותי תחבורה ציבורית ב"ש (אופזיציה לשופט ברק) – ומנמק את החלטתו לתוצאה - לפי תנאי מכללא. צריך לקיים את החיוב שישנו בחוזה לפי תום הלב, אין בתום הלב ליצור חיוב חדש, כלומר סעיף 39 לפי איילון הוא לא בסיס להשלמת החוזה. הקרע האידיאולוגי בין ברק לאיילון – אדם צריך לדעת למה הוא נכנס כשהוא כורת חוזה, לא ניתן להוסיף חיובים מכוח סעיפים או חוקים נוספים שאינם קשורים או רלוונטיים לחוזה.

האם פס"ד זה משנה את הלכה של בג"צ שירותי תחבורה? התשובה היא שלילית, כל שופט נתן נימוק קונה לקביעתו, לכן מבחינה פורמלית אין זה משנה את ההלכה. ברמה המעשית, לאט-לאט, שופטי בית המשפט העליון הלכו לפי ברק, רק השופט איילון נשאר באופוזיציה. כלל השופטים כיום הולכים לפי הלכת בג"צ שירותי תחבורה, שסעיף 39 הוא הבסיס להשלמת החיובים.

סעיף 39 משמש היום כבסיס המשפטי להשלמת חסר בחוזה מעבר למנגנוני ההשלמה של נוהג (26) הוראות חוק משלימות. הדרך הנוספת היא לא מתנאי מכללא אלא סעיף 39.

מתי משלימים חוזה? מדובר על נסיבות או דברים שקורים במהלך חייו של החוזה שהצדדים לא קבעו דברים לגביהם. אם הם חשבו ולא קבעו דבר – הרי שזה הסדר שלילי. הנושא של השלמה פוסק במקרים של חסר בלבד. יש מגוון עצום כזה בפסיקה, לדוגמא, החוזה נקלע לנסיבות או למצב שהצדדים לא חשבו עליו (בדרך כלל זה אופייני לחוזים שהם יותר ארוכי טווח ומורכבים) – נושא של אינפלציה.

אינפלציה משמעה ירידת הערך של הכסף, שחיקה בכוח הקנייה של הכסף. כל שיטת משפט שפועלת על רקע של כלכלה אינפלציונית, בכל תחומיה – חייבת להתאים עצמה לתופעה הנ"ל. לדוגמא, קנס עבור עבירה מסוימת הוא 100 וזהו סכום משמעותי, אך בשל אינפלציה בזמן מסוים אין זה כך, הרי שיש להתאים את הסכום למצב הקיים מבחינה כלכלית בתקופה המדוברת.

פס"ד אתא נגד עיזבון זולטונוב:

חשוב לדעת, בדיני החוזים ההשפעה של האינפלציה יכולה לבוא לידי ביטוי בשלבים שונים של החוזה. לכל אחת מהתקופות צריך לתת פיתרון במשק אינפלציוני, כשממועד מתן פסק הדין הוא – המחוקק העניק פיתרון (נדון על כך בשיעור הבא), ואילו בשלבי הביצוע של החוזה – אין פיתרון בחקיקה.

בית המשפט העניק פיתרון "פסיקתי" ועל כך נדון בשיעור הבא.

שיעור מס' 8

נושא השיעור – השלמת החוזה:

כיום מכשיר ההשלמה שהחליף את התנאי מכללא הוא סעיף 39 – תוס' הלב. אין לנתק בין הסוגיה של השלמת החוזה לבין הסוגיה שאנו עוסקים בה כעת. **השלמה אפשרית רק כשיש חסר בחוזה והוא אמיתי ולא מדומה (לא הסדר שלילי או הסדר שהצדדים הגיעו עליו והוא מחייב פרשנות), אלא כזה שלא נתנו דעתם עליו.** מנגנוני ההשלמה יופעלו על פי מנגנון הסכמה, נוהג, חוזה מאותו סוג וכו'.

דוגמא להשלמה מכוח סעיף 39 הוא נושא השערוך. סוגיה זו של שערוך עוסקת בדרי"כ בחוזים ארוכי טווח, כלומר לתקופה ארוכה. ככל שהחוזה מורכב ומסובך יותר, כך גוברת ההסתברות שקיימות נסיבות שהצדדים לא חשבו עליהם. לדוגמא, תקופה אינפלציונית ששוחקת את ערך הכסף (התמורה שאחד הצדדים צריך לתת לשני), על-כן, נוצרת בעיה שיש לטפל בה. אם הצדדים נתנו את דעתם לעניין והחליטו שהם לא מעוניינים בשערוך, בדרי"כ לא תהא התערבות של השלמת החסר. בנושא זה אין נוהג של שערוך או הסדר בחוק, לכן סעיף 39 יהיה הבסיס.

ניתן לחלק חוזה למספר תקופות:

1) מהכריתה ועד הפרה (בהנחה ומתקיימת)

2) הפרה עד קבלת פס"ד.

אם התקופה היא ארוכה ויש אינפלציה משמעותית, יש צורך לתת פיתרון לשחיקת ערך הכסף. אם קיימת שחיקה מזערית ומינימאלית – ניתן להתעלם ממנה. **יש לבחון**, כאמור, את משך התקופה המדוברת והיקף האינפלציה. המחוקק נתן פיתרון לכך חוק פסיקת ריבית והצמדה, הסכום שנקבע בפסק הדין יהיה צמוד ויישא ריבית.

✓ מה קורה לגבי תקופת החוזה המופר?

פס"ד נוביץ' נ' ליבוביץ – ברק מבחין בין 2 תקופות לנושא השערוך, מרגע הכריתה ועד שמתרחשת הפרה (חייבו של החוזה המקום). אם מתרחשת הפרה, מהפרה זו עד לפסק הדין. בית המשפט מוסמך כי הסכום שהוא נתן מכאן ולהבא יישא ריבית. **ההבחנה מקובלת בפסיקה של בתי המשפט בין 2 התקופות.** הסיבה לכך, כי כל עוד החוזה לא הופר – החיובים שחלים על הצדדים מקורם בהסכמה בין הצדדים בחוזה עצמו, לכן, באופן עקרוני לשאלה האם לשערך – זה תלוי במה כתוב בחוזה. ההנחה הבסיסית היא שהצדדים צריכים להסדיר את זה (נקודת המוצא).

התפיסה בעבר הייתה, כי אם הצדדים לא קבעו מנגנון הצמדה, בית המשפט לא צריך להתערב. לעומת זאת, מרגע שהתרחשה הפרה – אחד הצדדים הפר את החוזה, מרגע זה, החיובים שחלים על הצדדים בעצם מקורם כבר לא בחוזה, החיוביים הראשוניים של החוזה מוחלפים בחיובים אחרים מתוקף **חוק התרופות**, כשהנ"ל קובע את מערכת החיובים ההדדית.

תקופת החוזה המופר מוסדרת בחוק, אזי לא הייתה רתיעה לבית המשפט לקבוע בתוך התקופה הזאת חיובי הצמדה. חוק התרופות לא מתייחס לאינפלציה או לשיערוך (לשאלה איך לקבוע

תרופות בתקופת אינפלציה או שערך הכסף לא יישחק), יש צורך, אם כן, לפרשנות על ידי המשפט. למשל, בית המשפט קבע שהאינפלציה זה סוג של נזק ועל כן יש לתת תרופה של פיצויים. בית המשפט קבע, כי תרופה של השבה בגין ביטול חוזה נעשית לאור עשיית עושר ולא במשפט, זו צריכה להיעשות באופן ריאלי (כוח הקנייה בשוק הוא אותו ערך).

פס"ד שועית:

בית המשפט קבע בנושא של אכיפה בתקופה השנייה (בין ההפרה לקבלת פס"ד), כי יש שיקול דעת לפי סעיף 3(4) לחוק התרופות לא לאכוף חוזה אם האכיפה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. למרות שהמפר הפר, מסירת הנכס במקרה דנן בגלל שחיקת ערך הכסף – היא לא צודקת. לפי סעיף 4 לחוק התרופות, יש לבית המשפט סמכות לאכוף לפי שיקול דעתו. בזה שהוא ראה כי יש לו סמכות לפי החוק הנ"ל, להתנות אכיפה בתנאים, הוא יכול לעשות זאת באמצעות שערך. בתקופת החוזה המופר עיקרון חופש החוזים איננו מתקיים, על כן הוא יכול להתערב. הקושי נוגע לתקופת החוזה המקוים. כשבעבר, לא הייתה התערבות מחשש לפגיע בחופש החוזים ברק העביר ממשטר לעומתי למשטר שיתופי.

פס"ד נופש ארז נגד הסוכנות היהודית משנות ה-70:

בית המשפט אם הייתה לו דרך פרשנית (מכוח הסכמת הצדדים), הוא התערב. הסוכנות היהודית שכרה חדרי מלון עבור העולים בבית מלון נופש ארז. ההסכם היה ארוך טווח, נקבע מחיר של 24 לירות ליום אחודש לכל עולה (לינה וארוחות). הסכום היה נומינלי כך קבעו הצדדים לא היה צמוד למשך שנה, עם זאת, אם הסוכנות תאריך את החוזה בשנה נוספת – בשנה זו הסכום הזה יוצמד למדד המחירים לצרכן. סעיף נוסף בחוזה, קבע שלסוכנות יש אופציה לשכור את המלון רק ללינה ללא ארוחות. במקרה כזה, המחיר יהיה 12.5 לירות, אך בסעיף האפשרות לשכור בשנה השנייה – לא נאמר דבר לגבי הצמדה. הסוכנות היהודית לאחר שנה הודיעה שהיא ממשיכה לשכור אך רק למטרת לינה (ללא הארוחות). טענת הסוכנות כי אין בסעיף הזה הסדר של "צמוד למדד". בית המשפט קבע שאכן יש לשערך גם בשנה השנייה את ה-12.5 לירות על פי פרשנות, כלומר לעמדת בית המשפט יש להסיק על כך מההסכם הכללי בין הצדדים. באותם מקרים שהייתה אינפלציה והתוצאה יכלה להיות בלתי צודקת, אם הייתה דרך פרשנית שהצדדים התכוונו לשערך, בית המשפט עשה זאת.

✓ מה עושים במקרה שאין אפשרות פרשנית לומר שהצדדים התכוונו לשערך כיוון שלא כתוב דבר על כך בחוזה? אם ניתן לומר, שהצדדים לא חשבו על כך, על כן יש לעשות השלמה.

פס"ד נודל נגד פינטו:

מקרה קלאסי של חוזה ארוך טווח שבמועד כריתתו לא הייתה אינפלציה, אך כיוון שהחוזה היה למשך שנים הוא נקלע לתקופה אינפלציונית. הצדדים לא צפו ולא לקחו בחשבון אפשרות כזו. אמצע שנות ה-60, אדם קיבל זיכיון להקים תחנת דלק, היה זקוק לכסף ולכן פנה לחבר שישקיע בתמורה לשותפות ב-2 מובנים: עבודה וקבלת משכורת ו-ביום הפרישה מהשותפות הוא יקבל בחזרה את היקף ההשקעה ופירות ההשקעה (במידה והיא מוצלחת).

השאלה היא איך מודדים השקעה מוצלחת בתחנת דלק. ערך תחנת דלק הוא פונקציה לכמות הדלק שניתן למכור בה, ככל שהוא רב יותר – היא נעשית רווחית. הצדדים קבעו לפי 3 החודשים הראשונים בממוצע, ולימים סמוך לפרישה – בהתאם ל-3 החודשים האחרונים, כשהגידול מבטא את ערך התחנה, היחס יהווה מקדם שיכפיל את ערך ההשקעה. השותפות היא לטוב ולרע, לרווח ולהפסד. כעבור שנים, רצה המשקיע (יורשיו) לקבל חזרה את החזר ההשקעה, בדקו את יחס המכירה ואכן זה גדל פי שתיים, הכסף הנומינלי הוכפל אך הייתה שחיקה בערך הכסף. החזר היה פחות מההשקעה המקורית.

בית המשפט, השופט לוי, קבע כי ישנו חסר והוא **פנה לפרשנות ולהשלמה**, שברור כי המשקיע יקבל את ההשקעה והפירות. אם הכסף נשחק ואותו סכום שהיה יכול פעם לקנות נכסים משמעותיים והיום לא יכול כלום, ההכפלה ב-2 לא נותנת דבר. הצדדים לא נתנו את דעתם בתחילת שנות ה-60 לבעיית האינפלציה ולכן החוזה לא נותן פיתרון. ניתן באמצעות הפרשנות להבין כי מטרת החוזה הייתה להחזיר את ההשקעה המקורית והגידול הריאלי. הדרך השנייה להגיע לאותה תוצאה שיש כאן חסר ויש להשלים לפי סעיף 39. ברור כי מטרת על בין הצדדים כי מדובר על חוזה שותפות, כשהמשקיע יקבל את השקעתו והפירות, והדרך להשלמה היא כאמור לפי סעיף 39.

פס"ד אתא נגד עיזבון זולוטנוב – חשוב לקרוא פס"ד מלא!!

ברק קובע שאם אפשר לדלות את החסר מהחוזה, עדיף לעשות פרשנות ולא לבצע השלמה מתוקף סעיף 39 לחוק החוזים. כאשר יש הסדר שלילי, כשהצדדים לא קבעו מנגנון השלמה בכוונה, הרי שאין לבצע השלמה. **חשוב לדעת**, יש צורך לאבחן מה אורך הזמן שהצדדים ציפו ומהי האינפלציה שהצדדים העריכו, ורק אז לבחון אם יש חסר שמחייב השלמה.

פס"ד שועית:

בשנת 1979 ישנה אינפלציה משמעותית, נעשה חוזה אופציה שבמסגרתו חברת שועית נותנת לאשד אופציה לרכוש חלקת קרקע בת"א. תקופת מימוש האופציה היא כעבור 5 שנים, כלומר החוזה אומר מהי חלקת הקרקע וזכות לרכוש אותה תוך מספר חודשים בעוד 5 שנים, כל זאת, בתמורה לסכום שנקבע כבר עכשיו – 4 מליון וחמישים אלף לירות בתוספת מע"מ. כעבור 5 שנים, אלו היו שנים של אינפלציה קשה (440% לשנה), כשבינואר 84 בהתאם לחוזה, הודיעו אשד לשועית שהם רוצים לממש את האופציה. בתקופה זו קרו 2 דברים:

- (1) השווי הריאלי של קרקעות בת"א עלה מאוד.
- (2) הייתה אינפלציה של מאות ואלפי אחוזים.

התוצאה, שאם בשנת 84 שהמטבע הוא שקלים, ישלמו אשד לשועית את הסכום שנקבע בחוזה, הרי שהם ישלמו רק 2% משווי הקרקע ויקבלו את הנכס הנ"ל "מתנה". שלא במפתיע, שועית סירבה להעביר את הנכס תמורת הסכום הנומינלי, אשד הגישה תביעה אכיפה לבית המשפט. סכסוך זה הסתיים במאי 2002. לא רק תקופת החוזה הייתה ארוכה, אלא גם תקופת ההידיינות עצמה. תקופת החוזה המקוים (החוזית) שנמשכה 5 שנים, שחקה את רוב הכסף (למעלה מתשעים

אחוזים), ותקופת החוזה המופר עד פס"ד – האינפלציה רוסנה, אך מדובר על תקופה ארוכה מאוד, כלומר שמה נשאר מהכסף נשחק.

בית המשפט קבע ששועית צריכה לתת לאשד את הקרקע, השאלה היא מה התמורה. **שני השופטים הגיעו לאותה תוצאה מנימוקים שונים**. **השופט גרוניס** קבע, כי לתת את הקרקע לאשד תמורת 2% מערכם זה **אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין** (לפי חוק התרופות), נכון שמי שמפר זה שועית ואנחנו לטובת הנפגע אך אין זה אומר שהוא צריך לקבל את הנכס "במתנה". לכן, קבע גרוניס, **כי יש סמכות לבית המשפט להתנות את האכיפה בתנאים מתוקף סעיף 4 לחוק התרופות והוא תנאי של שערור (לא מלא) – סכום גלובלי של 175 אלף דולר, שזה הרבה יותר ממה שהצדדים הסכימו ביניהם**. **השופט אנגלרד, לעומת זאת**, ביסס את השערור, לפי הפסיקה יש לעשות מספר אבחנות: בין החוזה המופר לחוזה המקוים (5 שנים). בתקופת החוזה המופר, הסתמך אנגלרד בתביעה לאכיפה, שהבסיס לשערור הוא **סעיף 4 לחוק התרופות**. אנגלרד מסכים עם גרוניס ככל שמדובר על תקופת החוזה המופר, אך תקופה החוזה המקוים היא הבעייתית. כאן, **אמר אנגלרד אמר לפי ברק בפס"ד אתא**, שיש לפצל בין מה שידעו הצדדים לבין מה שלא יכלו לצפות (ההפרש בין עשרות אחוזים למאות), יש לשערך לגבי מה שלא יכלו לצפות באופן מלא. **במישור העקרוני, יש הבדל גדול בין הנימוקים של השופטים**. **השופט לוי** כתב "אני מסכים" לאחר פסק דינו של גרוניס, שאם מבקשים תרופה אפשר לשערך את כל התקופה, לעומת פסק דינו של אנגלרד שמבחיך בין התקופות. **גישתו של אנגלרד היא נכונה יותר**.

נושא חדש – התערבות בתוכן החוזה:

משמעות הדבר, **שבית המשפט מבטל או משנה את מה שכתוב בחוזה עצמו, כלומר פגיעה בחופש החוזים**. הגישה המודרנית, שיש להתערב על מנת להגן צדדים חלשים, מדיניות כלכלית, שמירה על תחרות, שיקולים סוציאליים – הגנה על עובדים. **התפיסה המודרנית איננה חוששת מלהתערב לאור שורה של עקרונות בראשם "עיקרון ההגינות", כשמלכתחילה לא היה שוויון בין הצדדים, על כן, יש הצדקה להתערבות**. ישנם שורה של כלים להתערבות בחופש החוזים, שהמחוקק העמיד לרשות בית המשפט (נדון בחלקם עם פרופ' דויטש).

יש לשים לב, כי באופן עקיף, בתי המשפט בעבר התערבו בחוזים שהיה נראה להם שצריך להתערב אך לא קראו לזה התערבות.

הכלים להתערבות בחופש החוזים:

1) **פרשנות** – בעבר, היו מקרים שבהם בית המשפט רצה להתערב בחוזה ולא היה לו את הכלים, אזי הוא קבע שהוא מפרש את רצון הדדים, אף שבפועל זה לא היה אומד דעתם. מה שנעשה באמת הייתה למעשה התערבות בהסוואה של פרשנות.

נושא השיעור – תוכן החוזה:

נושא משנה: התערבות בחוזה:

התערבות בחוזה עומדת באופן ברור בניגוד לעיקרון הבסיסי של חופש החוזים שעומד בראש דיני החוזים. התערבות בחוזה נתפסה כגישה שיש להמעט בה, ולפעול באופן הנ"ל רק במקרים של חוסר ברירה. כיום אין זה כך, כשבימינו זה לגיטימי להתערב וישנם כלים קיימים לבצע התערבות, שמיועדים לפתור תוצאה בלתי רצויה ובלתי הוגנת של חוזה מסוים.

מנגנונים עקיפים של התערבות, כלומר שבית המשפט מתערב מבלי לומר שהוא עושה זאת בפועל. בתי המשפט ממעטים להשתמש בכלים אלו, אלא משתמשים בכלים של התערבות ישירה. להלן הכלים העקיפים:

(1) פרשנות והשלמה – בתי המשפט לפעמים קראו לכך פרשנות אבל עשו התערבות. כולם ידעו שזה לא אומד דעת הצדדים, אך בית המשפט החליט שזה כן אומד דעתם והתערב (לעיתים קראו לזה תנאי מכללא, כלי של הסוואה).

(2) תניות הפנייה – הכרה בתוקפן של תניות הפנייה. טכניקה זאת אפשרית רק במקרים מסוימים, כשהצדדים כרתו חוזה ובו יש תנאים ואחד מהתנאים הללו הוא תנאי בלתי שגרתי, קרי הפנייה, הוא אומר לדוגמא – גם התנאים שמצויים במסמך אחר הם חלק מהחוזה הנדון. יש תנאים חוזיים אך יש גם הפנייה לתנאים נוספים המצויים במקום אחר ומאמצים אותם לתוך החוזה באמצעות הפנייה. טכניקה זו לעיתים יעילה ונוחה למשתמש, על-כן, היו מפנים אליהם. "חוזה כרטיס" – כרטיס חנייה או הגרלה של מפעל הפיס, לפעמים הכרטיס יש עליו תנאים של חוזה והוא למעשה גם החוזה. העניין, שהכרטיס הוא קטן, ואם רוצים שהחוזה יכלול הרבה תנאים, אחד התנאים מפנה לתנאים נוספים המצויים לדוגמא בתקנון. לפעמים המגבלות הפיזיות זה תירוץ לעניין אחר, לדוגמא – הספק נוח לו מאוד שחלק מהתנאים יהיו רחוק מן העין, לעיתים אלו יהיו תנאים שהם לא לטובת הלקוח, ואם היה רואה אותם היה חושב פעמיים אם להתקשר בחוזה הנ"ל, כשהם רחוקים לא יטרח לבדוק אותם. על ידי הפנייה, למעשה, תנאים מקפחים קשים ולא הוגנים הופכים להיות חלק מן החוזה משום הפנייה כלשהי. במקרה של סכסוכים בחוזה אחיד, כשמגיע מקרה נדון לבית המשפט – הספק משתמש בסעיף התנאי הפנייה, שפוטר אותו. אם בית המשפט חושב שהתנאי הוא מקפח, לא ראוי ולא הוגן, יש דרך להתמודד איתו על ידי חוק החוזים האחידים (לדוגמא גם לפי סעיף 39, לפי תקנת הציבור וכו'). נוצרו בפסיקה האנגלית כללים שנשאבו לתוך הפסיקה הישראלית, שקבעו תנאים מסוימים שרק בהתקיימם ההפנייה הזאת תקפה ומתי איננה. לכאורה, זהו עניין טכני, בוודאי שאם אחד התנאים או אף אחד מהם לא הוגנים, זה לא חלק מכללי ההפנייה. כשבית המשפט רוצה שהתנאי לא יהיה חלק מהחוזה ולהיפטר ממנו משום שאינו הוגן או ראוי, הוא יקבע שהפנייה לא תופסת. לעמדתו של ד"ר גלברד, טכניקת ההפנייה איננה מתוחכמת דיה, משום שהיא תקפה למקרים מסוימים בלבד ולא באופן גורף. הכלי הנ"ל לא מיועד לאותו עניין.

להלן כללי ההפנייה:

- א. אם החוזה הוא **חוזה כרטיס או קבלה**, שמשתמשים בו גם כמסמך חוזי, הרי שהתנאים שצריכים להתקיים הם התנאים הבאים:
- ☒ צריך להפנות את תשומת ליבו של הלקוח באופן ברור שהכרטיס או הקבלה הם בכלל חוזה ולא שזה סתם כרטיס.
- ☒ לא רק שצריך להפנות את תשומת הלב, אלא יש להדגיש באופן מיוחד את תניית ההפנייה, שזה לא רק שזה חוזה אלא שזה לא כולל את כל התנאים.
- ☒ המסמך שאליו מפנים, באופן עקרוני ותיאורטי, אם הלקוח רוצה לעיין בו – יש לו אפשרות לעשות זאת, יש לו נגישות אל המסמך הנדון. הפנייה אל מסמך שעדיין לא קיים, לא תקפה. כמו-כן, כאשר הנגישות היא בעייתית או בלתי מפורשת – ההפנייה איננה תקפה.
- ב. **חוזה "רגיל"** (שלכולם ברור שזה חוזה) – יש צורך בתנאי השלישי בלבד, קרי תנאי הנגישות.

פס"ד דוד נגד דרורי:

אדם עשה פוליסת ביטוח לפני הפלת"ד לאופנוע, הייתה תאונה והוא רצה שחברת הביטוח תשפה אותו על מה שהוא צריך לפצות לניזוק. חברת הביטוח לא רצתה לשלם, במקרה הנידון, חברת הביטוח טענה שמדובר "בכתב כיסוי זמני", קרי פוליסה קצרה שנחתמה עם סוכן הביטוח והייתה קיימת עד לשליחת הפוליסה המלאה. בפוליסה המלאה היה תנאי שקבע שהביטוח לא תופס אם לנהג אין רישיון בתוקף, ואכן לנהג האופנוע לא היה. חברת הביטוח ניסתה להסתמך על תניית פטור שמאפשרת לה לא לשלם, שהייתה מצויה במסמך האחר, שהלקוח לא ראה. **בית המשפט קבע**, כי "...התנאי מכתב הכיסוי הזמני המפנה אל הפוליסה.. הופיע במקום בולט במסמך (תנאי לא הכרחי בחוזה רגיל אלא רק בכרטיס)... ולכן אין אנו גורסים שהייתה חובה על הסוכן להפנות... שאסור לנהוג ללא רישיון.. זהו תנאי סביר, שאין בו כל יוצא דופן..". **בית המשפט החליט לא לבטל את החוזה על אף שהייתה הפנייה למסמך שלא היה קיים עדיין**. כמו-כן, הסתמך זה על – "כפוף לתנאי הפוליסה המקובלת", קרי אין שוני בין הפוליסה של נהג האופנוע לבין פוליסות של נהגים אחרים.

ע"א 156/50 בריטניה אמריקה אינשורנס קומפני נ' מוזס:

חברת הביטוח לא רצתה לשלם לפועל, משום בפוליסה היה תנאי שאם המבוטח לא מודיע לחברת הביטוח על המקרה תוך 48 שעות, החברה פטורה מלשלם. יש לכך היגיון להגביל בתקופה זמן את ההודעה, משום תחקור העדים וכיוצא בזה. לפי בית המשפט, השופט לנדוי, המסמך מדבר על חוזה שהחברה תוציא בעתיד. הוא מוסיף, כי גם אם היינו מדברים על תנאי פוליסה מקובלים, המערערת לא הוכיח כי המשיב יכול היה לבחון את המסמך, כלומר תנאי הנגישות לא מתקיים. התוצאה לעמדת בית המשפט, היא בלתי הוגנת בנסיבות העניין (לעומת פס"ד דרורי, שנפסק על ידי אותו שופט – לנדוי). **לעמדתו של ד"ר גלברד**, זה משחק של בית המשפט על האם התנאי הוא

סביר או לאו. המשמעות היא, שכל התנאים של הפוליסה אינם חלק מהחוזה, למרות שחלק מהתנאים הם בוודאי לטובתו של המבוטח. כך זה היה בתקופה של שנות ה-50.

פס"ד אנגלי תורנטון:

הכרטיס לחניון הפנה שחלק מהתנאים לחוזה זה גם השלטים בחניון, כשבאחד מהם, היה תניית פטור שהחברה לא אחראית לשום דבר שמתרחש בעת חניית הרכב. בית המשפט קבע, שמדובר במכונה אוטומטית בכניסה לחניון ולא באדם, על כן, יש לנתח באופן שונה את שלבי ההצעה והקיבול. לא ייתכן שכשלחצת על הכפתור, הסכמת לתנאים הללו. כל תנאי שהיה ניתן לראות אותו לפני הכניסה לחניון חל, אך תנאי שאינו גלוי לעין איננו חלק מהחוזה. הקיבול הוא בלחיצה על המכונה, לכן, הכרטיס הוא אחרי החוזה נכרת. אף אחד לא יכול להוסיף תנאים לאחר שהחוזה נכרת, זו יכולה להיות הצעה חדשה שאין הלקוח חייב מלקבלה. שינוי מועד הקיבול כדי להקדים את נקודת הזמן של כריתת החוזה על מנת להיפטר מתנאים לא רצויים שמצויים במסמך שהופכים אותו למאוחר יותר, נעשה בפס"ד גונשיורוביץ' נגד מפעל הפיס:

אדם קנה כרטיס פיס, כשלטענתו הכרטיס נגנב ממנו – והוא זכה בפרס הגדול. על הכרטיס של מפעל הפיס הייתה תניית הפנייה, שקובעת כי כל התנאים בתקנון ההגרלה של מפעל הפיס שמצוי במשרד החברה הם חלק מהחוזה, כשנאמר שהזכייה תימסר רק למי שהטופס מצוי בידיו. שופטי הרוב קיבלו את טענת מפעל הפיס, כשהתנאים בולטים וידועים לכל, התנאי סביר והתנאי הוא חלק מן החוזה. השופט ח' כהן, בעמדת המיעוט, סבר כי האותיות לא מספיק בולטות והמקומות שהתקנון נמצא לא נגישים באופן סביר. כמו-כן, מוסיף זה, כשאדם בא לדוכן כל מה שהוא רואה זאת ההצעה, ברגע שהוא שילם עבור הכרטיס נכרת החוזה, לכן כשנותנים לו את הכרטיס, התנאים המצויים בו – הם המאוחרים לכריתתה. זו טכניקה שהשתמשו בה בפס"ד תורנטון האנגלי. לעמדתו של ד"ר גלברד, זה לא המקום להשתמש בטכניקה זו.

לסיכום, טכניקות בית המשפט:

- 1) פסילת הפנייה.
 - 2) משחק בנקודת הזמן של הכריתה – להקדים את רגע הכריתה, כשהתנאים הם מאוחרים.
- חשוב לדעת, ניתן להשתמש בטכניקות אלו גם כיום, אך אין בהן צורך כי קיימים כלים טובים יותר.

מכשיר להתערבות בתוכן החוזה:

חוזה פסול היה קיים בדיני החוזים לפני עשרות שנים באנגליה וגם אצלנו, הדוקטרינה בסעיפים 30-31 לחוק החוזים, כפי שהיא היום שונה ממה שהיה פעם. היא מאפשרת התערבות בטווח רחב יותר של מקרים ממה שהיה ניתן בעבר.

בעבר, לפני חוק החוזים, בעקבות המשפט האנגלי, הכלל היה שחוזה פסול בטל. יש לעשות את האבחנה בין חוזה בטל לחוזה שניתן לביטול! אם חוזה נכרת בטעות בעושה או כפייה – הוא ניתן לביטול. חוזה פסול, לעומת זאת, בטל מעיקרו. דוגמאות, חוזה למראית עין וחוזה פסול (בלתי

חוקי וכזה שנוגד או סותר את תקנת הציבור). לפי הכלל שהיה לפני חוק החוזים הישראלי, החוזה הפסול היה בטל (כמו היום) אך ההבדל הוא, כי **בית המשפט קבע** שהחוזה הזה בטל ולא התעסק כלל עם חוזה כזה. לא היה שום דיון או פסק דין בחוזה מסוג זה. הרצון היה להרתיע צדדים לכרות חוזים כאלה. **חוזה אמנם מבטא את רצון הצדדים אך הוא מצוי בתוך מסגרת חוקית, על כן, התוצאה הנ"ל הייתה בעייתית. להלן הסיבות:**

1) לפעמים ניתנו דברים בין צדדים, אם החוזה בטל – **צריכה להיות השבה**. אם הצדדים לא משיבים מרצונם הטוב, הרי שאין דרך לכפות עליהם. נוצר מצב, שמצד אחד החוזה בטל, אך התוצאות הקנייניות נשארות לנצח. בית המשפט בעבר, לא התעסק ולא דן בחוזה הבטל מלבד הקביעה כי הוא בטל. לא ניתן כלל סעד.

2) **לפעמים העובדה הזאת שלא ניתנת השבה, יכולה לגרום לעיוות צדק קשה מאוד**. לדוגמא, צד עברייני והצד השני "חסר עמוד שדרה" שכרת עמו חוזה, על-כן, אפילו צדק יחסי לא היה מתקיים. כל אותם מקרים של צד תמים שיצא מופסד, היו נבלעים ולא מגיעים לידי פיתרון.

3) לא הייתה קביעה, כמעט, שחוזים הם בלתי חוקיים, למרות שברור כי החוזה הנידון הוא בלתי חוקי. נוצרה תחושה של **זילות כלפי בית המשפט**.

כל התוצאות הללו באו לידי פיתרון כשנחקק חוק החוזים הכללי – **על ידי סעיף 30** שקבע בטלות לחוזה פסול, כך מושגת המטרה של הרתעה. **בנוסף, סעיף 31 מטפל בכל היתר**, קובע חובת השבה ובנוסף נותן כלים מגוונים לעשות צדק ולא לאפשר לחוטא מבין השניים לצאת נשכר.

השאלה: מהם המקרים שחל עליהם סעיף 30?

התשובה: **פרופ' גבריאלה שלו** בספרה קבעה **תשעה מקרים**, אך **לעמדתו של ד"ר גלברד**, בפועל אין זה כך. **להלן המקרים:**

1) חוזה בלתי חוקי בתוכנו, השאלה היא מה הכוונה בכך – האם מדובר בסתירה של כל חוק קיים? אם תוכנו של החוזה מנוגד להוראת חוק פלילית, הרי שתוכן החוזה פסול. מה קורה כשיש חוק שמסיבות מנהליות רגולציה של השוק, קובע הוראות קוגנטיות (שלא ניתן להתנות עליהן) על הפרת ההוראה הזאת. אין על כך תשובה חד משמעית בפסיקה. לדוגמא, חוק ההגבלים העסקיים אוסר על הגבל עסקי משום שזה יכול לפגוע בעוסקים, אך אין מדובר על עבירה פלילית. האם חוזה שיש בו הגבל עסקי בטל לחלוטין או שרק החלק המגביל בו בטל. אין תשובה חד משמעית על כך. חוק הבנקאות שירות לקוח – אוסר שירות בשירות, הסעיף בא על רק של מציאות שבה בנקים התנו שירות בשירות, הלוואה בתמורה להשקעה. המחוקק קבע איסור קוגנטי בחוק בנושא זה. האם רק הסעיף הזה בטל ולא חלים סעיף 30-31 או שהחוזה הוא בלתי חוקי? עדיין אין הכרעה ברורה בעניין זה. דוגמא נוספת, חוזה עם קבלן, כשיש חובה מנהלית להירשם ולא נעשה רישום בפועל. האם חוזה בין לקוח לקבלן בטל מעיקרו? חוזה בלתי חוקי בתוכנו, אם זה סותר הוראה דיספוזיטיבית, זה בסדר. צריך לבחון האם הוא סותר הוראה פלילית מובהקת או הוראות חוק קוגנטיות. הספרות והפסיקה קבעה כלי של פרשנות. אם בית המשפט חושב

שאי החוקיות לאותו מקרה היא משמעותית ומהותית, שיש כוונה של המחוקק להרתיע וישנה בעייה כללית שיש לנקוט נגדה אמצעים, יחולו סעיפים 31-30 לחוקים החוזים, אם זה עניינים מנהליים – תיעשה פרשנות של הוראת החוק הספציפית.

יש לדעת, כי חוזה למראית עין וחווה שנכרת על בסיס עושק הוא איננו בלתי חוקי בכריתתו. אין הרבה מקרים כאלה, לפעמים יש הוראות חוק מהסוג שהופכות את החווה לבלתי חוקי, לדוגמא חוק חובת המכרזים – רשות ציבורית צריכה לכרות חווה במכרז. במקרה דנן, אי החוקיות היא על שלב הכריתה עצמו.

2) חוזה בלתי חוקי במטרתו – התוכן בהתעלם מהמטרה הוא תוכן חוקי, כשהמטרה הופכת את החווה לבלתי חוקי. לדוגמא, אני שוכר ממישהו דירה אך המטרה של שכירה הדירה היא ניהול בית בושת, על-כן, זהו חוזה בלתי חוקי במטרתו. האבחנה בין בלתי חוקי במטרתו לתוכנו, לא משמעותית בדרך כלל. עם זאת, במקרה שהמטרה הבלתי חוקית ידועה רק לצד אחד, המשכיר לא יודע את המטרה הבלתי חוקית והייתה הפרה על ידי אחד הצדדים, כשהצד הנפגע הוא הצד התמים שלא ידע על המטרה הבלתי חוקית – ישנן 2 אפשרויות:

א. חלים סעיפים 31-30, צדק יחסי במסגרת סעיף 31.

ב. המטרה הבלתי חוקית ידועה לצד אחד בלבד, כשהצד העבריין הוא התובע ניתן לומר שהחווה הוא בלתי חוקי. כשהצד השני תובע, לתת לו תרופות באמצעות אכיפה או פיצויים.

שיעור מס' 10

נושא השיעור – חוזה פסול:

חוזה בלתי חוקתי במטרתו – החשיבות או הדיון בחווה כזה הוא במצבים שבהם המטרה הבלתי חוקית ידועה לצד אחד ולא לצד האחר, כשהמטרה ידועה לשני הצדדים אין הבדל בין חוזה בלתי חוקתי במטרתו לחווה בלתי חוקי בתוכנו. כשיש הבדל במטרה, לדוגמא השכרת דירה למטרות ניהול עסק בלתי חוקי (כמו בית בושת), אזי כששני הצדדים יודעים את המטרה – הרי החווה הוא בלתי חוקי בתוכנו ומטרתו, אך אם רק צד אחד יודע את המטרה הבלתי חוקית – אז זה חוזה רגיל שהמטרה שלו היא בלתי חוקית. במסגרת סעיף 30 – החווה בטל.

שאלה שעולה בספרות המשפטית – מה לגבי **חוזה בלתי חוקי בביצועו**, כלומר החווה חוקי בתוכנו בכריתתו ומטרתו, אך הוא איננו חוקי בביצועו? מצב כזה קורה כשהיה חוק קיים, אך במועד הביצוע השתנה החוק (אין פס"ד ישראלי בנושא זה עד כה, אלא רק פס"דים אנגליים).

חוזה שסותר את תקנת הציבור – עד פס"ד חיימוב (חלפן הכספים) במשך שנים רבות תקנת הציבור היה נראה כמו מושג "פתוח", המשפט האנגלי והישראלי בעקבותיו הנחו למספר מצבים קונקרטיים (שלושה) בלבד:

- (1) תנאי בחוזה שיש בו פטור מאחריות על גרימת נזקי גוף.
- (2) סעיפים בחוזה (בעיקרון בחוזה עבודה) שמגבילים את חופש העיסוק של העובד לאחר פרישתו ממקום העבודה.
- (3) חוזה בלתי מוסרי – הפסיקה הגדירה מצב אחד בלבד כבלתי מוסרי והוא חוזה של הבטחת נישואין, כאשר אחד מבני הזוג (המבטיחה או הנבטחת) איננו פנוי בעת כריתת החוזה, כלומר הוא או היא נשואים למישהו אחר זה נחשב כחוזה בטל בשל היותו בלתי מוסרי כשחל עליו הסדר של סעיף 30 – חוזה פסול.

צמצמו את תקנת הציבור למצבים קונקרטיים מהסיבות הבאות:

- (א) תקופה של סוף המאה ה-19 תחילת ה-20, עיקרון חופש החוזים היה בשיאו – הנטייה הייתה לצמצם עד כמה שניתן את ההתערבות, על-כן, קיימים מקרים (השופט ברק בפס"ד חיימוב) שבהם בתי המשפט קבעו שקיומו של חוזה חשוב לא פחות מתקנת הציבור.
- (ב) תפיסת העולם המשפטית באותן שנים הייתה יותר פורמליסטית, שופטים לא הרגישו נוח לעבוד עם מושגים עמומים, כלומר הייתה קיימת עדיפות של וודאות על פני צדק מוחלט. להותיר את תקנת הציבור בתור מושג עמום ופתוח – היה בלתי רצוי מבחינה משפטית.
- (ג) לפי חוק החוזים (סעיף 31), בתי המשפט צמצמו אפילו את הנכונות להכיר בחוזה בלתי חוקי גם כשהוא נראה באמת בלתי חוקי, כדי לא לשמוט מידם לטפל בחוזה כזה, על-כן, ברור שבית המשפט לא ירחיב את משמעות תקנת הציבור.

הגישה המצמצמת אז והיום:

- (1) חופש העיסוק – סעיף או חוזה שמגביל את חופש העיסוק זה אופן לא מידתי. לדוגמא, בחוזה עבודה בחברת הייטק, יש למהנדס הראשי הגבלה על עיסוק באזור מסוים למשך חצי שנה, זוהי הגבלה סבירה ואין בכך בעיה. לעומת זאת, עובד ניקיון במפעל הייטק שכתוב לו בחוזה שהוא לא יכול לעבוד 10 שנים בניקיון באזור המזרח התיכון – אין לכך הצדקה עניינית, על-כן, זהו סעיף לא מידתי. מטרתו של סעיף כזה היא לשעבד את העובד לעבוד בתנאים גרועים, על-כן, אין זה ראוי ולא מידתי. חופש האדם (וזכויות נגזרות) גובר על חופש העיסוק.

הבטחת נישואין – בהתאם לגישות דתיות נוצריות קיימת סתירה בתקנת הציבור. התפיסה המודרנית לא מכירה בתחום זה כנוגד את תקנת הציבור.

פס"ד של שמגר בעניין חיימוב, מסביר ששלושת הנימוקים הנ"ל כבר לא קיימים. בעבר, הדומיננטיות של חופש החוזים היה אחד הנימוקים לצמצום תקנת הציבור, אך כיום אין זה רלוונטי. בימינו, קיימים נימוקים אחרים – הגנת אינטרסים של חופש העיסוק וצדדים חלשים.

- (2) שופטים לא רצו או חששו מלהתעסק עם מושגים עמומים – תקנת הציבור הייתה "סוס פרא" שיכולה להביא את השופט למחוזות בלתי רצויים, על-כן, יש לרסן את המושג

הנ"ל. כיום, יש שינוי בגישה המשפטית שאיננה נרתעת, אלא ההפך הגמור, מלעבוד עם מושגים עמומים.

3) הגישה המסורתית צמצמה את תקנת הציבור בגלל הבעיות שהיו לבית המשפט, לא היה כלים בידו, אך כיום יש את סעיף 31 – לבית המשפט יש כלים לעשות צדק.

פס"ד אגד – חוק החוזים הוא בעצם נציגות/שלוחה בתחום דיני החוזים האחידים של תקנת הציבור, כלומר תקנת הציבור בחוזים אחידים זה חוק החוזים האחידים. ישנה חפיפה גדולה לגישתו של השופט חשין. המושג תקנת הציבור הפך למושג פתוח שמאפשר פסילת תנאים.

סעיף 30 מבחינת היקף התחולה מאפשר התערבות במגוון רחב של מצבים, גם במצבים של אי חוקיות אך גם במצבים פתוחים של תקנת הציבור. כיום, כמעט בכל תנאי בלתי ראוי אפשר להתערב באמצעות סעיף 30. הסעיף קובע שחובה שנכנס לגדרו בטל, לא צריך להודיע על ביטול. אם בית המשפט קובע שחובה או תנאי בו הוא בלתי חוקי או נוגד את תקנת הציבור, הוא בטל.

סעיף 31 קובע שסעיפים 19 ו-21 יחולו "בשינויים המחויבים גם לפי פרק זה":

☒ סעיף 21 – השבה בעקבות ביטול: הסעיף חל על פעולה של ביטול ולא על הכרזה של בטלות. בית המשפט יצווה על השבה מכוח סעיף 31.

☒ סעיף 19 – ביטול חלקי בשל פגם בכריתה: יש חוזים הבנויים חלקים נפרדים (או שניתן להפריד בין החלקים) ועילת הביטול היא לפי הפגמים בכריתה שנוגעת רק לאחד מחלקיו – ניתן לבטל רק את אותו חלק. אולם, אם אפשר להניח כי הצד שרשאי לבטל (הנפגע) לא היה מתקשר בחובה לולא העילה – ניתן לבטל את החובה. אם על פי פרשנות של אומד דעת הצדדים אנו מגיעים למסקנה, שלא היה מתקשר כלל – הרי שהברירה היא בידיו אם הוא מבטל את החלק הפגום או את החובה בכללותו. סעיף 19 הוא עוד ביטוי בחוק לעיקרון שהמחוקק מעדיף במצב בנו ניתן לשמור על קיום החובה. בטלות או ביטול הם מצבים קיצוניים, על-כן, נעדיף שמירה על קיומו של החובה בתיקון הטעות/הפגם.

סעיף 31 מחיל את סעיף 19 על בטלות לפי סעיף 30. אם החובה ניתן להפרדה לחלקים ועילת הפסלות (אי החוקיות או תקנת הציבור) שנוגעת לחלק מהחובה, הרי שהבטלות היא רק לאותו חלק, אלא אם כן ברור שהצד שרוצה הבטלות לא היה מתקשר בחובה כלל.

יש לשים לב, כי המכשיר של חובה פסול הפך לטכניקה או כלי לביטול תנאים או סעיפים בחובה, כלומר יש **אפשרות יותר מדויקת ומשמעותית של התערבות** משפטית (בתי המשפט) בחובה מסוים. ההפעלה של סעיף 19 במסגרת חובה פסול **מאפשרת לבית המשפט יכולת גמישה של התערבות בחובה מסוים** (ביטול סעיף, תנאי או את החובה כולו).

החלק השני של סעיף 31 כולל בתוכו 2 מנגנונים שמאפשרים לבית המשפט כלים לעשות צדק יחסי בין הצדדים, כשהכוונה היא בעיקר למנוע מצב שבו האשם החוטא הגדול מבין השניים יוצא מרווח מהבטלות של החובה. לפעמים צד אחד מאוד מרוצה שתהא בטלות, כשהוא ירוויח תועלת מחטאו. להלן המנגנונים:

1) בטלות לפי סעיף 30, רשאי (ולא חייב) בית המשפט, כאשר ראה מן הצדק לעשות כן ובתנאים שיימצא לנכון (שיקול דעת עצום לבית המשפט) – לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21 כולה או מקצתה. המנגנון הנ"ל מאפשר לבית המשפט לפי שיקול דעתו ובתנאים מסוימים לפטור את אחד הצדדים מחובת ההשבה מלאה או חלקה. אם צד א' העביר ל-ב' נכס ששווה סכום מסוים, ואילו ב' העביר את הסכום הנ"ל, ומסתבר שהחווה הוא בלתי חוקי. המצב הסטנדרטי היא השבה של הסכום לבעליו. מה יקרה אם מחיר הנכס עלה בטרם נדון העניין, והאשם בגין האי חוקיות הוא המוכר? אם עושים השבה רגילה, אזי הקונה ישיב את הנכס בסכום מסוים שאותו שילם, אך החוטא הגדול יוצא נשכר כי הנכס השתבח מבחינת המחיר. הקונה לא יכול לקנות נכס במחיר החדש. בית המשפט מתערב ומאפשר השבה חלקית של הנכס או ערכו, כלומר ניתן פיצוי כספי לצד התמים על חשבון הצד החוטא יותר כדי לא להביא למצב שבו הצד החוטא יפיק רווח מהבטלות של החווה. שיקול דעתו של בית המשפט רחב מאוד, על-כן, זהו כלי מאוד משמעותי.

הפסיקה של העליון קבעה במפורש שהמנגנון הזה הוא החריג ולא הכלל, הכלל הוא בטלות והשבה, ואילו רק במקרים שיש הצדקה לכך – אז ורק אז בית המשפט כחריג לחובת ההשבה הרגילה יפעיל את מנגנון הפטור להשבה (ראה דלעיל).

2) הסיפא של סעיף 31: "במידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החווה, רשאי בית המשפט לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד כולו או מקצתו..." סעיף זה אומר שלמרות שלפי סעיף 30 אם החווה הוא בלתי חוקי נוגד את תקנת הציבור הוא בטל והתוצאה היא השבה (או חלקית), **יש סמכות לבית המשפט להורות על קיום החיובים על פי חוזה בטל**. החווה לא קיים מבחינה משפטית מלכתחילה, ולמרות זאת בית המשפט רשאי להורות חיובים ממנו. **לעמדתו של ד"ר גלברד** יש כאן קושי במנגנון זה. לפי חוק זה, המחוקק אומר שיש מצבים שהדרך היחידה למנוע עוול גדול (או אי צדק) זה לקיים את החווה והחוק מותיר בידי בית המשפט את האפשרות הזאת.

יש לציין, **שהמנגנונים הללו במסגרת סעיף 31 הם חריגים**. יש תנאי אחד של הפעלת המנגנונים הללו – **שצד אחד כבר קיים את חיובו או לפחות את עיקר החיובים**.

בפסיקה ישנם כללים מתי יש להפעיל את המנגנונים דלעיל (החריגים):

- ✓ שיקול מרכזי הוא שבית המשפט יצווה על קיום רק כאשר אי החוקיות היא באופן יחסי טפלה – צדדית היא לא לב החווה, אם החווה כולו במהותו הוא בלתי חוקי, אזי בית המשפט כמובן יכול לצוות על הבטלות. לדוגמא בפס"ד **שילון נגד בארי**, בעל המקרקעין עשה חווה קומבינציה עם קבלן, עסקה רגילה, אלא שהצדדים הסכימו ביניהם להוסיף הוספות שאינן חוקיות, ולכן החליטו לבטל את הסעיפים הללו, ולכן רק סעיף זה בטל.
- ✓ כאשר יש דרך חוקית להכשיר את החווה, אפילו אם יש עלות כלכלית.
- ✓ אם לא יכשירו את החווה, צד שלישי שלא היה מודע לחוסר תום הלב יפסיק מהעסקה שלא בצדק.

פס"ד שלוש נגד בל"ל:

נעשה חוזה בין לקוח לבין בנק, כשהשני העמיד ללקוח אשראי והנ"ל לקח את הכסף וברח מן הארץ. הבנק פנה אל הערב שהוא אחיו של הלווה ודרש את התשלום. האח טען כי החוזה הבסיסי בין הבנק ללווה בטל כי הוא בלתי חוקי, משום שלפי החוק דאז יש צורך בהיתר מיוחד מבנק ישראל והנ"ל לא קיבל את היתר זה (בית המשפט הדגיש שאם היה מבקש את ההיתר, הבנק היה מקבל אותו – על כן היה רשלן). במצב זה כל הלוואה הייתה בלתי חוקית. לפי חוק הערבות סעיף 2 – אין ערבות ללא חיוב בר-תוקף, כלומר אם יש ערב, החוזה שלו תלוי בחוזה של הלווה עם הבנק. בית המשפט במסגרת הסכסוך בין הערב לבנק הפעיל באופן רעיוני את הסיפא של סעיף 31 כדי להכריע על תוקפו של החיוב של הלווה. אם מפיחים רוח בחוזה הבטל (של הלווה עם הבנק), אזי זה מפיח רוח חיים בחוזה של הערב גם כן. שיקול הדעת של בית המשפט אם להשתמש במנגנון זה הוא על בסיס שני שיקולים מצטברים:

- 1) שיקול של להרתיע מפני חוזים פסולים, שמוביל לבטלות של החוזה. האבחנה היא בין האי חוקיות שיורדת לשורש החוזה לבין אי חוקיות טפלה וצדדית.
- 2) האם שיקולי הצדק מצדיקים הפעלה.

השאלה: מהו היחס בין חוזה פסול לבין חוזה למראית עין?

התשובה: לפעמים הסיבה שבגללה עושים את החוזה למראית עין היא למטרה בלתי חוקית. אם עושים חוזה לא למטרה בלתי חוקית, אין שום שאלה של חוקיות וחל סעיף 13. לעיתים עושים חוזה למראית עין לצורך העלמת מס, על-כן, ישנה השקה בין הסעיפים (חוזה למראית עין וחוזה פסול). בין אם נחיל את סעיף 13 או סעיף 30, הרי שחוזה כזה בטל מעיקרו.

פס"ד ביטון נגד מזרחי:

כאשר צדדים עושים חוזה שאיננו משקף את הכוונה האמיתית שלהם לצורך הונאת שלטונות המס, אזי יש חוזה למראית עין שנעשה למטרה בלתי חוקית. ברק בפסק דינו קבע שבמצב של חוזה למראית עין שנעשה למטרה בלתי חוקית צריך להחיל את דין חוזה למראית עין, כאמור לפי סעיף 13, ולא את סעיף 30. ברק מדגיש שבחוזה למראית עין ישנם 2 מצבים – סימולציה מלאה וסימולציה חלקית, כלומר ישנו חוזה גלוי שהוא למראית עין שמאחוריו מסתתר חוזה אמיתי-שונה, אזי יש לבדוק אם החוזה האחר הוא תקף ולא נגוע באי חוקיות.

מבחינת התוצאה הראשונית, אין הבדל בין בטלות לפי סעיף 13 ובטלות לפי סעיף 30, בטלות זו בטלות. מבחינת חובת ההשבה בסעיף 31, כתוב שבעקבות בטלות של חוזה בלתי חוקי יש חובת השבה והוא יחול בשינויים המחייבים. סעיף 13 נמצא בפרק ב' בו מצוי גם סעיף 21 והוא ההשבה, אך הוא לא חלק מסעיף 13 משום שהוא מדבר על חוזה משבוטל ולא משבטל. לפי חוק אין הוראת השבה לחוזה שהוא רק למראית עין, הפסיקה קבעה לפני שנים רבות שלפי חוק עשיית עושר ולא במשפט, אם אדם זכה בכסף שלא בצדק, עליו להחזיר את הכסף לפי סעיף 1 לחוק עשיית עושר

ולא במשפט. בסעיף 13 ההשבה נובעת ככל הנראה מעשיית עושר ואילו בסעיף 30 ההשבה נובעת מכוח סעיף 30.

בסעיף 31 יש לבית המשפט סמכות לפטור צד לחובת ההשבה משיקולי צדק, כולה או מקצתה זו סמכות מאוד משמעותית, השאלה אם יש לבית המשפט את אותו הכוח מסעיף 13? התשובה היא כן משום שאמרנו שזכות ההשבה נובעת מחוק עשיית עושר ולא במשפט, ולפי סעיף 2 "בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מכוח סעיף 1 כולו או מקצתו" יש פה שיקול אחד ספציפי (לא רלוונטי) ושיקול אחר שהוא משיקולי צדק! בדיוק כמו סעיף 31, ולכן גם בעניין הזה אין הבדל בין 2 הסעיפים.

אם כן, מהם ההבדלים בין סעיפים 13 ו-30:

- 1) בסעיף 31 (סיפא) קיימת סמכות של בית המשפט לקיים את החוזה חרף בטלותו, ואילו אין סמכות כזאת במסגרת סעיף 13.
- 2) במסגרת סעיף 13 יש הגנה על צד שלישי שרכש זכות בתום לב בהסתמך על החוזה הבטל, אז החוזה בטל אך הזכות של צד שלישי עדיין קיימת, ואילו בסעיף 31 אין הגנה כזאת.

עד כה דנו בדוקטרינות התערבות ישנות (שכבר לא קיימות) ודוקטרינות התערבות מודרניות (חוזה פסול, תקנת הציבור, חוק החוזים אחידים), כעת נדון בסעיף 39 לחוק החוזים הכללי. בית המשפט הגדיר את הסעיף הני"ל כהוראת על, הוא מלווה אותנו בכל שלבי תוכן החוזה כשדיברנו על פרשנות אמרנו שעיקרון תום הלב הוא התכלית האובייקטיבית החשובה ביותר. כמו-כן, סעיף 39 החליף את תנאי מכללא לצורך השלמת חוזה, והוא קיים גם לצורך התערבות.

פס"ד איטח נגד מפעל הפיס:

איטח רכש איגרת הגרלה וזכה, אך אבד לו הכרטיס שמאפשר לו את מימוש הפרס. הוא הגיע למפעל הפיס ונאמר לו שעל הכרטיס כתוב שעל החוזה כתוב (הכרטיס) שזה בהתאם לתקנון מפעל הפיס והכרטיס צריך להיות מצוי בידיו. בית המשפט לא חשב שהתנאי הני"ל הוא תנאי מקפח, משום שתנאי מקפח הוא תנאי שנותן יתרון לספק (והוא בלתי הוגן) שלא נועד להגן על אינטרס חשוב. מבחינה עובדתית לא היה לאף אחד ספק שאיטח הוא הבעלים, משום שהעותק הממוחשב שייך לעותר. הסעיף נועד להגן על אינטרס של מפעל הפיס למנוע כפל הידיעות, ובמקרה דן מפעל הפיס עשה שימוש כדי להותיר בידיו את סכום הפרס/הזכייה. לא היה חשש אמיתי לכפל הידיעות, הרי שהיתפסות לסעיף בחוזה שהוא לגיטימי למטרה שאיננה לגיטימית, היא איננה ראוייה. השופט ארבל אמר: "כפי שצויין בסירובו של המשיב מפעל הפיס לשלם.. אין הפרה של החוזה.. המקור הנורמטיבי.. טמון בחובת תום הלב לפי סעיף 39..". במקרה הזה הפעיל בית המשפט את סעיף 39, בנסיבות המיוחדות של המקרה, לא אפשר למפעל הפיס לממש את הזכות.

חשוב לדעת, אם בית המשפט היה מתערב מכוח חוק החוזים האחידים, הוא היה צריך לקבוע שהתנאי הוא מקפח והיה עליו לבטל את הסעיף בחוזה הני"ל, אך הוא חשב שזה סעיף לגיטימי.

ישנו מכשיר התערבות (סעיף 39 לחוק החוזים) שלא מבטל את התנאי אך בנסיבות הללו הוא לא כופה על מפעל הפיס לבטל את הסעיף שהוא למעשה חיוני.

סמסטר א' גלברד

שיעור ראשון (גלברד)

מבנה הקורס:

סמסטר א'

חטיבה ראשונה:

- א. מבוא- נושאים כלליים.
- ב. גבולות דיני החוזים.
- ג. כשרות של צדדים לכרות חוזה- מי יכול להיות צד לחוזה ומהם התנאים המשפטיים בכדי לכרות חוזה.

חטיבה שנייה:

- א. גמירת – דעת.
- ב. מסויימות.
- ג. הצעה וקיבול.
- ד. צורת החוזה.
- ה. מו"מ לכריתת חוזה.
- ו. פגמים בכריתת חוזה : חוזה למראית עין (13), טעות (14), הטעייה (15), כפייה (17) ועושק (18).

סמסטר ב'

א. תוכן (מישורים בפרק זה) -

(1) מה תוכנו של החוזה? (פרשנות).

(2) השלמה: מצבי לאקונה לתוכן החוזה.

(3) התערבות: לשנות את התוכן של החוזה.

ב. קיום החוזה ובעיקר קיום לא תקין של החוזה (הפרה) וכן תרופות בשל הפרת חוזה (הסעד).

נושא השיעור: כשרות משפטית – הצדדים לחוזה:

השאלה המרכזית: מי יכול להיות צד לחוזה?

התשובה: החוק קובע מיהם בעלי **כשרות** משפטית, **אישיות** משפטית, מיהם בעלי זכויות וחובות בתחום המשפט. המערכת כולה בנויה מנורמות משפטיות שכתובות בחוקים או בפסיקה. הן כולן מטילות חובות או מקנות זכויות, זוהי טיבה של נורמה משפטית. המשפט גם קובע מי יכול להיות בעל זכות משפטית או לחוב בחובתו.

קיימות שיטות משפטיות שמפענחות עבורנו מי בעלי הזכות. כל השיטות מתייחסות לשני סוגים: (1) תאגידיים.

(2) בני אדם (בעלי חיים לא יכולים להיות צד לחוזה).

שאלה לדיון: מהם הכללים המשפטיים לגבי התנאים או הכללים שחלים על תאגידיים ובני אדם בהקשר של חוזים?

פירוט:

(1) תאגידיים: הם מושג משפטי שהמשפט המציא. לתאגיד אין קיום פיזי אך הוא מוגדר כגוף, יש לו אישיות משפטית מפורשת. תאגידיים זה שם עצם קיבוצי, אין משמעות לתאגיד יחיד.

לדוגמא: תאגיד מסוג חברה. בחברה יש בעלי מניות (חברים) שהם המנהלים של החברה, אבל הזכויות והחובות של בעלי התפקידים בחברה הם נפרדים שונים ומאובחנים משל החברה עצמה. נניח שלראובן יש סוס ולשמעון יש עגלה. הם רוצים להקים חברה בנושא הובלות בע"מ. ראובן השקיע בחברה את הסוס וקיבל מחצית ממניות החברה. שמעון השקיע את העגלה וקיבל אף הוא מחצית מהמניות. אם החברה

תמכור את הסוס והעגלה ותקנה משאית רכוש החברה ישתנה אבל הרכוש של בעלי המניות נשאר זהה. מבחינת חובות וזכויות משפטיות של בעלי המניות הם נפרדים לחלוטין משל החברה.

*בפס"ד סולומון קבע ביה"מ שנושים שמלווים לחברה והם גם חברים בחברה זו, זכויות וחובותיהם מופרדים בכל אחד מהסעיפים. כלומר אם X מלווה כסף לחברה בו הוא שותף צריך להתייחס אליו כאל נושה לכל דבר ולהפריד אותו משייכות לבעלות החברה, לכן זכותו לבקש תנאים המותאמים ומורשים לנושים אחרים.

מהי **כשרות משפטית**? יש יותר ממשמעות אחת. קיימים 2 סעיפי חוק בנושא כשרות משפטית שהיא שונה זו מזו.

בסעיף 1: כשרות לזכויות וחובות משפטיות, כשרות כללית שמגדירה **אישיות משפטית**.

בסעיף 2: כשרות **לפעולות משפטיות**: פעולה משפטית היא פעולה שמשנה זכויות וחובות. הדוגמא הכי מובהקת היא כריתת חוזה. כשאני כורת חוזה אני מתחייב בדבר שלא הייתי מחוייב לו טרם כריתת החוזה.

*אנו מתעניינים בכשרות מסוג סעיף 2.

**נושא שנידון בהמשך השיעור: למה מתכוון החוק ל"גמר לידתו"?

הכללים הבסיסיים שקיימים לכלל התאגידים הם אחידים. ילמדו בהמשך.

שיעור שני (גלברד)

מספר מאפיינים בסיסיים משותפים לכשרות משפטית של תאגידים (כללים משפטיים):

(1) קיימת **הוראת חוק** שקובעת שהוא תאגיד: התאגיד הוא יציר המשפט, לכן אין תאגיד שהוא כזה אם הוא לא מוגדר לכך לפי חוק מפורש. דוגמא ראשונה, "חוק החברות" (סעיף 4) קובע שאם יש לחברה זכויות וחובות אז היא מוגדרת ככזאת. דוגמא שנייה, "חוק העמותות". דוגמא שלישית, "פקודת האגודה השיתופית" – משום שיש לה כשרות משפטית היא בעלת אישיות משפטית ולכן היא גם תאגיד. גוף מסויים הוא תאגיד רק אם ניתן להצביע על מקור בחוק שמעיד עליו ככזה. אם מסתכלים בסעיפים הנ"ל (שאינם נוסח עותמאני) ניתן לראות שהכשרות שניתנת לתאגידים היא זכות לפעולות משפטיות ואישיות משפטית (זכות וחובה) וזה ניתן בסעיף מאוחד לעומת בבני אדם שמגיע בשני סעיפים שונים.

חשוב לציין: כדי לעשות פעולה משפטית, לבני אדם יש הגבלות מסויימות בחוק לכשרות המשפטית (לפעולות משפטיות), כמו קטינים ופסולי דין (חולי נפש לדוגמא). לעומת זאת, תאגיד יש לו כשרות משני הסוגים (חובות וזכויות משפטיות ופעולות משפטיות) באופן אוטומטי בלי הגבלות.

קיימת לעיתים בעייה, ההכרה בגוף מסויים בתאגיד היא לא מפורשת (לפי חוק) אלא משתמעת (הסקה מתוך חוק מסויים, כמו פס"ד אברמוב נגד הממונה על מרשם המקרקעין – "חוק הנאמנות").

ע"א: עיריית בני ברק ואחרים נ' רוטברד ואחרים: בפס"ד זה, התנהל הליך משפטי בבית המשפט – הוועדה המקומית לתכנון ובנייה בני ברק היא הייתה אחד הצדדים בתיק. עו"ד מטעם הנתבעים דרש למחוק את הוועדה הנ"ל בגלל שהיא לא אישיות משפטית. העירייה לעומת זאת (על פי לשון מנדטורית) היא אישיות משפטית ולכן בעל כשרות משפטית לפי דין. לפי "חוק התכנון והבנייה" (תשכ"ה) יש פרק שעוסק בוועדות מקומיות לתכנון ובנייה אך לא רשום בשום לשון שהוועדה הנ"ל היא תאגיד. השאלה היא האם – הגוף הזה המוזכר בחוק אך לא כתוב במפורש שהוא תאגיד, הוא תאגיד? ביה"מ קבע שאם קוראים את מכלול הסעיפים משתמע לפי החוק שהוועדה היא אכן תאגיד. מכלול הסעיפים בהקשר זה מוכיח שיש הרבה תפקידים וסמכויות (משלמת פיצויים, להעסיק עובדים, מנהלת מו"מ, צריכה בפועל לחתום על כל מיני הסכמים, להוציא החלטות). ביה"מ קבע שמי שיש לו כל כך הרבה פעולות (לפי חוק), החוק מניח שיש לו אישיות משפטית וכשרות משפטית. מכאן, שהוועדה הנ"ל היא תאגיד למרות שאינה מתוארת באופן ישיר ומפורש לפי חוק!

בפס"ד אברמוב נ' הממונה על מרשם המקרקעין, מבקשת התובעת לקבל את ה"הקדש הציבורי" כתאגיד (או כבעל אישיות משפטית) בהיקש (יישום) לפס"ד "רוטברד" והוועדה לתכנון ובנייה.

התובעת ניסתה להסתמך (במשתמע) על "חוק הנאמנות" – חוק שמכיר במוסד מסויים כמוסד משפטי.

אברמוב רצתה להקדיש נכנס מסויים (מקרקעין) לטובת הציבור (האוניברסיטה הפתוחה במקרה הנ"ל). כשיוצר הנאמנות מקדיש נכס באמצעות הקדש הבעלות הופכת להיות של הנאמן באופן פורמלי. בפנקסי המקרקעין צריך להיות כתוב שמו של הנאמן ולא יוצר הנאמנות עם סעיף שמציין שהוא נאמן. אברמוב התעקשה שיירשמו שאת הנכס (ההקדש הציבורי) על שם הנאמנות (שהיא תאגיד, שלעולם לא "מת" כפי שיכול לקרות לאדם - לנאמן) ולא על שם הנאמן (שזוהי פרוצדורה מסובכת) ושהוא מתחלף.

השאלה המתעוררת בבית המשפט: האם הנאמנות כשלעצמה (התופעה) יש לה אישיות למשפטית (הרי בניגוד לכך לנאמן יש אישיות משפטית מוכרת משום שהוא אדם)? **ביהמ"ש קבע:**

המושג הקדש ציבורי מופיע בחוק, אך אין סעיף בחוק שמגדיר אותו כבעל אישיות משפטית.

ביה"מ במקרה הנ"ל הביע את הסתייגותו בכך שכדי שיהיה אפשר להכיר בהקדש כתאגיד צריך להיות מצב שבו הוראות החוק הן כאלה שהן לא מתיישבות עם שום אפשרות אחרת חוץ מזה שהוא תאגיד. כלומר רק אם המסקנה הכרחית שהמוסד הנ"ל הוא תאגיד.

אם בודקים את חוק הנאמנות בכל הסעיפים שלו, ניתן לראות שאף אחד מהסעיפים לא סותר את האפשרות שהקדש ציבורי הוא תאגיד. הדבר הזה לא מספיק כי הוא לא סותר את האפשרות ההפוכה. אם זה לא מקרה מובהק שמביא לתוצאה הכרחית, אז זה לא תפקיד ביה"מ לפי השופט ונשיא ביה"מ א. ברק.

בנוסף לכך, ברק מציין כי יש מקום לחוקק חוק שיגדיר את ההקדש הציבורי כתאגיד, כלומר כבעל אישיות משפטית (כפי שמבקשת התובעת).

המסקנה היא: כדי שגוף יהיה תאגיד צריך להיות הוראת חוק שמעידה על כך. במיעוט המקרים ניתן להניח זאת גם על ידי פרשנות, אך אלה מקרים חריגים, וצריך להיות מצב שבו זאת פרשנות הכרחית – שלא ניתן להגיע לתוצאה פרשנית אחרת!

מקרה חריג (לא למבחן):

יש פס"ד יוצא דופן (הפאטריאכיה נגד עיריית רמלה) שמכיר בגופים שונים כתאגידיים למרות שהם לא מוכרים לפי חוק ולא משתמע. הגופים הללו הם הכנסיות השונות בישראל ושלהם יש נכסים רבים בבעלותן. דבר זה יוצר בעייה משפטית (וגם פוליטית). היסוד לכך, הוא שבתקופה העותמנית הייתה חקיקה מסויימת שהתגלגלה בספק רב גם למשפט הישראלי שהכירה בכנסיות הללו כתאגיד.

(2) יש סוגים שונים של **פעולות משפטיות** שתאגידיים (כל תאגיד) לא יכול לבצע מפני שהן מנוגדות למהות הוירטואלית שלהם (לדוגמא, נישואין וצוואה) פעולות משפטיות לא מתאימות לאופי שלו משום שהוא מלאכותי (הוא לא בשר ודם). כל פעולה שמחייבת פעולה פיזית לא מתאים לאופי של התאגיד.

(3) מכיוון שתאגיד הוא יציר החוק, אזי החוק יכול לעצב אותו כרצונו, כלומר אם אדם בשר ודם זכאי לכל הזכויות והחובות, החוק רשאי להגדיר תאגיד מסויים **ככשיר לזכויות מסויימות בלבד** (מוגבלות).

דוגמא לכך, **בפס"ד נציגות הבית המשותף נ' קדמת לוד** (עוסקת בקבלנות בניין): בבית משותף יש נציגות של הדיירים, (סעיפים בחוק המקרקעין קובע זאת) והם מוגדרים כתאגיד לפי חוק זה. החברה הקבלנית בנתה הבניין אך השאירה מחסן והשתמשה בו בתור משרד בבניין עצמו. הנציגות הגישה תביעה שהמחסן לא שייך לקבלן אלא השייכות היא של הנציגות. ביה"מ אמר שלא ניתן להגיש תביעה כזאת, משום שהנציגות הנ"ל מוגדרת כאישיות משפטית אך רק בזכויות מסויימות בלבד ולא בתחום זה (כשרות מוגבלת- לניהול ואחזקה של הבית המשותף). תביעה רכושית טענת ביה"מ היא לא עניין של נציגות הבית המשותף, אלא רק של כל אחד מהדיירים כפרטים או כלל הדיירים יחדיו ולא הנציגות עצמה.

(4) נובע מקיום מלאכותי של תאגיד – כשתאגיד מבצע פעולה משפטית הוא חייב לעשותה באמצעות נציג או נציגים. כל תאגיד **פועל באמצעות הנציגים המוסמכים** שלו, בשפה המשפטית – אורגנים. זהו מאפיין כשרות מאוד חשוב, משום שלא כל אדם יכול לבצע פעולות משפטיות של תאגיד מסויים, אלא רק נציג המוסמך לכך לפי חוק קיים. לדוגמא, אני כאדם פרטי לא יכול לבצע פעולה מסויימת בשם התאגיד "סלקום", משום שאינני משמש כנציג מוסמך לפי חוזה או חוק קיימים.

קיימות 3 קבוצות של תאגידיים:

א. מוקמים על פי חוק.

ב. מוקמים על פי החלטה מנהלית.

ג. מוקמים על פי החלטה פרטית.

שיעור שלישי (גלברד)

נושא השיעור: כשרות משפטית –

ביחס לכל תאגיד ותאגיד יש לבדוק את החוק שמתעסק בכל אחד. ישנם סוגים שונים של תאגידיים, קבוצות שונות, ולהם מאפיינים שונים.

*כל תאגיד מעוגן בחוק.

מקובל לאבחן בין 3 קבוצות (משפחות) של תאגידים :

א. מוקמים על פי חוק (על ידי הכנסת – המחוקק), הוא מכיר בתאגידים. לדוגמא "חוק רשות שדות התעופה" – מכיר בשדה התעופה. "חוק המועצה להשכלה גבוהה" – מכיר במועצה להשכלה גבוהה.

החוק מנוסח על ידי הגדרה של התאגיד המסויים, הכללים המשפטיים שלו (מי מוסמך, מה סמכויותיו וכו'). כללי הכשרות מבוטאים באופן מפורש בחוק המסויים לסוג התאגיד. תחילת כשרותו של תאגיד מסויים הוא יכולה להיות קיימת בחוק עצמו, אך אם אין הוראה תחילת כשרותו היא בעצם **מכניסתו של החוק לתוקף** (כאשר הוא מופיע ברשומותו). תאגיד מפסיק להתקיים כאשר החוק מגביל זאת או **ביטולו של החוק** (על ידי חוק מאוחר שמבטל את החוק הקיים).

ב. מוקמים על ידי הרשות המבצעת – לדוגמא עיריות, שמוסדרות ב"פקודת העיריות", שקובעת **רשות מנהלית מסויימת** (לדוגמא, שר הפנים) **מוסמכת להכריז על גוף מסויים וסמכויותיו, ובכך להקימו בעצם**.

ההבדל בין תאגיד שמוקם על פי חוק לזה שמוקם על ידי הרשות המבצעת הוא בכך שמועד **התחלת** הכשרות ומועד **סיום** הכשרות לא נקבעים בחוק אלא בצו שאותה רשות מקומית פועלת על פיו.

ג. **תאגידים פרטיים** – **ההקמה היא יוזמה פרטית** (אך מעוגנים בחוק). כללי הכשרות של גוף זה יותר מורכבים, צריך להסתכל בחוק המסויים של כל תאגיד פרטי, ובכל אחד (מפלגות, עמותות וכו') יש מרשם מרכזי (חייב להירשם) ומסמכי ההקמה שלו פתוחים לעיני הציבור. חלק מכללי הכשרות נמצאים במסמכים הללו (מי רשאי לחייב את התאגיד, תהליך קבלת ההחלטות בכל אותו תאגיד מסויים).

כשרות של בני אדם:

בניגוד לתאגידים, ששם כל תאגיד יש לו את החוק שלו, ביחס לבני אדם יש **חוק אחד** שהוא "חוק הכשרות המשפטית והאפטרופסות", שמתעסק בשני נושאים – הכשרות המשפטית ו-אפטרופסות. אנו ניגע רק בכשרות המשפטית.

יש בחוקים השונים עוד הוראות חוק שעוסקים בכשרות של בני אדם בנושאים ספציפיים. החוק עוסק באופן כללי בכשרות של בני אדם, **במקומות שהמחוקק רצה התייחסות ספציפית הוא עיגן זאת בחוקים אחרים** (לדוגמא, חוק הצוואות). דוגמא נוספת, בסעיף 3 לפקודת הנזיקין יש הוראות של קטין לחוב בניזיקין.

בחוזים אין הוראות מיוחדות לכשרות לכרות חוזה, מכיון שכך אנו מתעסקים בהוראות הכלליות של חוק הכשרות, ללא הערות ספציפיות.

החוק מגדיר כשרות משפטית - כשרות שמגדירה **אישיות משפטית** (זכויות וחובות) וכשרות **לפעולות משפטיות** (כגון כריתת חוזה). לפי סעיף 1 "כל אדם זכאי לחובות וזכויות מגמר לידתו ועד מותו.. " = כלל הכשרות שנוגע להגדרת האישיות המשפטית. כל אדם כשיר לזכויות וחובות משפטיות, כלומר כשרות משפטית.

קיימים מקרים חריגים, אך הם מוגדרים בחוקים מסויימים: בנושא של **ירושה** גם לעובר יש זכות לרשת. לעובר יש זכות **בנזיקין** גם נגד מי שהרג את אביו כשהיה עוד בבטן אימו.

הוראות חוק הכשרות:

סעיף 2 "כל אדם כשר לפעולות משפטיות..." כל אדם כשר משפטית אלא אם הכשרות **הוגבלה** או **נשללה** רק בשתי דרכים: **חוק ופס"ד**. לא ניתן לשלול כשרות על ידי חוזה.

קטינים ופסולי דין הם היחידים שהחוק מגביל את כשרותם המשפטית, החוק עושה זאת כדי להגן על האינטרסים הרכשיים בדר"כ שלהם. יחד עם זאת, הגבלה או שלילה של כשרות משפטית אמנם מגנה על הקטין או פסול הדין אך גם פוגעת בהם (פוגעת בחירות הבסיסית), לכן היה הכי קל שלא יהיה להם זכויות כלל. הגנת יתר פוגעת בזכויות יסוד שלהם, לכן אין שלילה טוטאלית אלא ניסיון ליצור שביל ביניים, שמצד אחד יספק הגנה אך מן הצד השני לא יפגע בחופש שלהם יותר מדי. זהו לא כלל פשוט אלא ההסדר המשפטי הרבה יותר מסובך.

במקרים מסויימים מגדירים רמת פגיעה מאוד גבוהה, כאשר הסיכון לא גבוה רמת ההגנה היא נמוכה יותר, מתואמת לרמת הסיכון וההגבלה של כשרותם המשפטית תהיה נמוכה יותר.

כאשר יש חוזה מול קטין יש אדם בגיר שעומד בראשו. אם האדם אחר פעל בתום לב ובצורה הוגנת יש לדאוג לאינטרסים שלו גם. השיקולים שנלקחים בחשבון בהגנה על קטינים ופסולי דין הם חשובים ועקרוניים, שמכתיבים הסדר משפטי מעט מורכב.

יש גישות שונות מודרניות בעולם, שמציגות קבוצות שונות אחרות שצריכות הגנה משפטית, כמו למשל מכורים לסמים ולאכזריות, תופעות בזבזנות יתר בגלל מחלת נפש. בחברות אחרות, ישנה הרחבה של הגדרת הקבוצות שזקוקות להגנה, ההגדרות יותר גמישות ורחבות מאשר בישראל. **במדינת ישראל יש הגנה רק על קטינים ופסולי דין.**

פעולת כריתת חוזה – כל אדם רשאי לכרות חוזה, אלא אם הוגבל על פי הוראות מפורשות בחוק.

בסעיף 3 לחוק הכשרות ישנה הגדרה "אדם שלא מלאו לו 18 שנה הוא קטין..." זוהי הגדרה טכנית שלעיתים מפספסת מצבים כמו ילד בן 17 וחצי שאינו בגיר מבחינת החוק אך ייתכן והיכולות השכליות שלו הן טובות מספיק כדי להיות מוגדר בגיר ולאפשר לו פעולות משפטיות מסויימות.

פסול דין – לפי סעיף 8: מוגדר כחולה נפש, לקוי שכלי, שאינו מסוגל לדאוג לענייניו (לאינטרסים שלו). **רק ביה"מ רשאי להכריזו כפסול דין**, וזאת אחרי ששמע את פסול הדין ובא כוחו (או בן זוגו וכו'). הכרזת אדם כפסול דין היא נדירה, והיא מוגדרת **מאותו רגע שהכריזו על אותו אדם כפסול דין ולא לפני ההגדרה**. ההכרזה הזאת חייבת להיות פורמאלית, ואם לא ניתנה - חוזה שכרת תקף. ההגנה היא מרגע הכרזת הכשרות המשפטית. לדוגמא, בפס"ד הדר חברה לביטוח, שבו הייתה האישה לא מוכרת כפסולת דין לפני כריתת החוזה.

הבעיה בפס"ד זה, על הדר חברה לביטוח לא היה לדעת שקיימת בעיה נפשית לפלונית והיא גם לא הוכרה על ידי חוק (לדוגמא תזכיר דיני ממונות שנמצא על שולחן משרד המשפטים). באותה מקרים שנכרת חוזה על ידי מישהו שפורמלית לא הוכר כפסול דין אך מבחינת נפשית לא היו מודע למעשיו, הדרך להגן במקרה

זה הוא על ידי דיני החוזים ולא דיני הכשרות. למשל – "גמירת דעת": ביה"מ יכול לקבוע שלא הייתה ולכן לא נכרת חוזה.

ניתן לקבוע שהייתה הטעייה, כפייה או עושק בכריתת חוזה ולכן יש פגמים בכריתת החוזה המסויים. הדין הקיים כפייה לפי דין החוזים סעיף 17 היא על ידי הצד האחר של כריתת החוזה ולא צד שלישי. בפס"ד הדר חברה לביטוח הכפייה בוצעה על ידי צד שלישי – בעלה של פלונית. דיני הכשרות לא עובדים במקרה הזה כי היא לא מוכרת כפסולת דין וכן דיני החוזים לא פועלים משום שלא מתקיים התנאי של כפייה מצד שני של החוזה (על ידי החברה לביטוח). ביה"מ במקרה הנ"ל עשה "לוליאנות משפטית", היקש למשפט האנגלי לעילה "לא נעשה דבר", מקרים שבו אדם כרת חוזה והוא לא מביין לחלוטין מה הוא עושה (לדוגמא, מצב של היפנוזה).

ב-1973 נחקק חוק החוזים שקובע מהן העילות להפרת חוזה ואין עילה של "לא נעשה דבר", אך ביה"מ גייס את החוק האנגלי בגלל הסיטואציה הקשה בה הייתה מצויה פלונית. זאת לא תופעה שכיחה שבה מגייסים ואו משתמשים בפסיקה או חוקיים אנגליים בדיני החוזים.

מתי פסול דין מפסיק להיות מוגדר כך? התשובה לכך נקבעת רק על ידי בתי המשפט. ישנם מצבים שעל ידי פגם פיזיולוגי (לדוגמא לא היה בהכרה) היה מוגן על ידי דיני הכשרות ואז מוסר הפגם הפיזיולוגי והוא שב להיות כשיר.

סעיף 9 קובע "על פעולה משפטית..." **שכל מה שתקף על קטינים תקף גם על פסולי דין.**

סעיפים 4-7 מדברים על קטינים, אך בשל סעיף 9 מתייחסים גם אל פסולי דין.

מבנה ההגנה שנותן החוק לקטינים הוא כזה: המחוקק אינו סומך על שיקול דעתם של קטינים (הבנה של תוצאות של פעולה משפטית – לדוגמא כריתת חוזה). לקטין יש אפטרופוס בדר"כ הורים או ממונה על ידי ביה"מ, החוק קורא לאופטרופוס "נציג", שתפקידו לשמור על האינטרסים של הקטין, לכן כאשר קטין כורת חוזה (פעולה משפטית) הוא צריך את אישור הנציג. אם הנציג נתן את אישורו, החוק לא מצריך הגנה נוספת ומקבל את פעולתו של הקטין.

החוזה תקף אם הוא נעשה על ידי הנציג.

אם החוזה נעשה באישור הנציג הוא תקף לכל עניין, אך אם הוא לא נעשה עם אישור הנציג התשובה מורכבת. החוק קובע דרגות הגנה שונות לפי סוג הפעולות (החוזה). **אם הסיכון גבוה אז רמת ההגנה גבוהה יותר.**

רמות הגנה:

יש אישור – החוזה תקף ולא ניתן לביטול.

אין אישור – החוזה חסר תוקף.

אין אישור – החוזה תקף, אף ניתן לביטול על ידי הנציג.

אין אישור – תקף אך גם לא ניתן לביטול (כמעט שאין הגנה במקרה זה, אלא במקרים חריגים).

יש מקרים שרמת ההגנה הרבה יותר גבוהה והוא כאשר יש צורך אישור ביה"מ בכדי שיהיה תוקף לחוזה. למשל, פסי"ד שרף נ' אבער.

שיעור רביעי (גלברד)

בשיעור הקודם נלמד מבנה ההגנה שניתנת על ידי חוק הכשרות המשפטית והאפוסטרופוסות לקטינים ופסולי דין. באופן עקרוני פעולה משפטית של קטין או פסול דין מחייבת אישור של הנציג, אם נעשה באישור הנציג היא תקפה, אם איננה באישור זה תלוי בסוג הפעולה.

סעיף 4 לחוק הכשרות קובע את העיקרון ופותח במילים: "פעולה משפטית של קטין טעונה אישור של נציג" **הפעולה טעונה הסכמה – תינתן מראש או למפרע, לפעולה מסויימת או לסוג מסויים של פעולות**, כלומר ההורה או הנציג יכולים לתת אישור לכריתת חוזה מסויים או לסוג מסויים של חוזים, בלבד שהסוג הזה לא יהיה רחב מדי.

החוק קובע שלקטין אין כשרות משפטית, הנציג יכול לתת סמכות מוגבלת לאותו קטין.

הנציג יכול לבטל את הזכות כל עוד לא נכרת החוזה.

הסוגייה: מה יקרה כאשר נציגהורה נתן הסכמה לפעולה מסויימת מראש ועוד לפני שהקטין כרת את החוזה, הנציג התחרט וביטל את ההסכמה – אך הקטין סורר ומורד וקרת בכל זאת החוזה?

התשובה: דינו של חוזה שנעשה ללא הסכמה של הנציג (שלא ניתן לאישור) – **תלוי מה הסוג של החוזה**. אין תשובה אחת לשאלה זו. יש מצב שהוא בטל ויש מצב שהוא תקף לכל דבר.

אין דרישות פורמליות לגבי אופן נתינת ההסכמה של הנציג (בכתב, בע"פ ובכל דרך אחרת).

הסכמה שניתנה באופן מפורשת ובכתב, מבחינת דיני הראיות, יהיה הכי ניתן להוכיח אותה.

מנגנון ההגנה על הקטין או פסול הדין הוא שיקול דעתו של הנציגהורה, משום שיש לו מטרה לשמור על האינטרסים של אותו קטין או פסול הדין עליו הוא ממונה מבחינה משפטית.

סעיף 5 מתחיל לדון במקרים שלא ניתנה הסכמת הנציג: "פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו.. ניתנת לביטול." כלומר כל עוד היא לא בוטלה – היא בתוקף ורק בתנאים מסויימים שנדבר בהמשך. הסעיף קובע את ברירת המחדל, מה קורה בכל פעולה חוץ מהפעולות הספציפיות שלהן התייחסות בסעיפים הבאים. ברירת המחדל היא רמת ההגנה הבינונית – הפעולה תקפה אך ניתנת לביטול (כפוף לתנאים מסויימים שנרחיב עליהם בהמשך).

כיצד מבטלים פעולה משפטית של הקטין:

(1) על ידי הנציג, ואם אין נציג לאותו קטין אז על ידי היועמ"ש על ידי האופטרופוס הראשי: **תוך חודש ימים מיום שנודע** לנציג על הפעולה (לא מיום שנכרת החוזה, כלומר לא מיום ביצוע הפעולה עצמה).

הסעיף קובע שאם נעשתה פעולה ללא הסכמת הנציג, רק הוא יכול לבטל את החוזה תוך חודש ימים מיום שנודע לו על הפעולה, על ידי שליחת הודעת ביטול. אם לא עשה זאת, שתיקה מיום שנודע לנציג – דינה כהסכמתו.

* בתזכיר "דיני חוק ממונות" רוצים לתקן את הזמן (קרי – חודש ימים) ל"זמן סביר" – הקודקס נמצא באישור במשרד המשפטים ואין לו תוקף בימים אלו עד אשר יאושר.

הערה חשובה: רק בתנאי שלא נודע לנציג בכל תקופת הקטינות על הפעולה, הקטין שהפך לבגיר יכול לבטל את הפעולה עד חודש שהיום שהפך לבגיר לפי חוק (גיל 18).

השאלה: קטין הלך לבנק ללא ידיעת הוריו וחתם על חוזה, האם הוא תקף?

התשובה: אם בהסכמת הנציג – החוזה תקף ולא ניתן לביטול, אך אם ללא אישור הנציג – תקף וניתן לביטול חודש ימים מאז שנודע לו.

ההנחה של החוק שפעולה משפטית של קטין שעל מנת שתהא תקפה באופן מלא צריכה להישקל על ידי אדם בגיר (הנציג/הורה וואו מיום שהקטין הפך לבגיר, קרי, 18 + יום אחד).

סיכום ביניים:

1. לפי סעיף 4 – צריך אישור.
2. לפי סעיף 5 - כשאין אישור, הפעולה תקפה אך ניתנת לביטול.
3. לפי סעיף 6 – כשאין אישור, הפעולה תקפה אך לא ניתנת לביטול.

לפי סעיף 6: "פעולה משפטית של קטין ... מסוג מסויים (אותו הסעיף מגדיר)... אינה ניתנת לביטול כאמור בסעיף 5 (סעיף 5 לא יחול) אף שנעשתה לא בהסכמת נציגו..." יש כאן רמת הגנה נמוכה.

שתי קבוצות מקרים נכנסים בסעיף זה:

- א. פעולה משפטית שקטינים בגילו רגילים לעשות כמוה: שאלה עובדתית שביה"מ יצטרך להחליט על כך, כל מקרה לגופו (לפי סביבה סוציו-אוקונומית, גילו של הקטין משפיע על כל פעולה שנעשתה, תקופה מדוברת – כלומר דברים שמקובלים בכל פרק זמן מסויים בו חי הקטין).
- ב. פעולה משפטית בין קטין לבין אדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין: לדוגמא, חוזה שנחתם באינטרנט. ככל שמדובר על פעולה כלכלית בעלת סיכון כלכלי גבוה יותר – על הצד השני לבדוק ולוודא שצד א' הוא בגיר, אך אם הפעולה מינורית והסכום הכספי נמוך – זה בסדר ואין חובה לעשות בדיקה אמיתית לגבי גילו של צד א' והיותו בגיר. כלומר, אם רמת הסיכון גבוהה וסכום כספי גבוה מוטל על הכף (לדוגמא מליון ש"ח) חובת הבדיקה של צד ב' היא גבוהה.

הסיפא של סעיף 6: "... אלא אם נגרם נזק של ממש לקטין או לרכושו..." עד היום ביה"מ לא פעל לפי חלק זה של הסעיף ובשל כך ביטל את החוזה.

סעיף 6 א': עוסק בקבוצה של מקרים שאין אישור של הנציג ולכן הפעולה בטלה מעיקרה (רמת הגנה גבוהה מאוד) – לא צריך לבטל, אלא היא חסרת תוקף.

ציטוט מסעיף 6 א': "פעולה משפטית של קטין.. אין לה תוקף על אף האמור בסעיפים 5 ו-6.. כל עוד לא בא עליה הסכמת נציגו.."

המקרים שאין אישור של הנציג ולכן הפעולה בטלה מעיקרה (לפי 6א'):

- א. רכישת נכס באשראי (כלומר בויזה, תשלומים וכו'): הכוונה לרכישה ולא לקנייה של נכס שלא במזומן. עסקאות רכישה באשראי יוצרות סיכון גבוה משום שיש 2 אלמנטים מבלבלים – העסקה מפתה מאוד (תשלומים קטנים מבחינה כספית), ולא תמיד הקטין יכול באמת להבין את המשמעות הכלכלית של המקרה.
- ב. מקח אגב שכירות נכס (ליסינג) – המטרה למנוע תרגילים שינסו לעקוף את החוק.
- ג. קבלת שירות באשראי.

שאלה: מה קורה אם קטין רוכש באשראי נכס שקטין בגילו רגיל לרכוש כמוהו? נניח שקטין בגיל 16 רגיל לרכוש הארד-דיסק למחשב באשראי. האם יחול סעיף 6 או סעיף 6א'? זוהי שאלה מחשבה לקראת השיעור הבא.

שיעור חמישי (גלברד):

הפעולות בסעיף 7 הן בעלות ההגנה הגבוהה ביותר – אישור הנציג לא יעזור, הפעולות מחייבות בסעיף זה את אישור בית המשפט: "טעונות אישור בית משפט.. אם הייתה טעונה אישור כזה.. על ידי נציגו.. אין **תוקף לפעולה כל עוד לא בא עליה אישור בית המשפט.**"

מהן פעולות אלו?

הפעולות שאילו היה עושה אותן הנציג, היו צריכות אישור בית משפט גם כן. יש פעולות שאם הנציג רוצה לעשותן בשם הקטין או מטעמו מצריכות אישור בית המשפט. אם הנציג לא יכול לעשות פעולות אלו ללא אישור, גם הקטין צריך את אישור בית המשפט (לא מספיק אישורו של הנציג לפעולה).

איזו פעולות נכללות?

סעיף 20 לחוק הכשרות: "ואלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אשרן מראש. פעולות משפטיות שהנציג (ההורים) לא רשאי לייצג את הקטין אם הוא לא קיבל אישור מראש של בית המשפט. סעיף 7 מפנה אל הפירוט של סעיף 20.

סעיף 7 עוסק בתוקף פעולה שנעשית על ידי קטין.

סעיף 20 עוסק בפעולה שנעשית עבור הקטין על ידי נציגו (ההורה). כאשר הנציג עושה פעולה עבור הקטין, בדרך כלל אין שאלה של כשרות – אך כאן מובעת הבעיה שמצריכה אישורו של בית המשפט. סעיף זה מיוחד להורים אך יש סעיף מקביל לו בדיוק שעוסק בפעולות משפטיות שנעשות על ידי נציג שאינו הורה, אפוטרופוס אחר (בפרק השלישי – אפוטרופוס על פי מינוי: סעיף 27-28)

סעיף שעוסק בנציג שאינו הורה: סעיף 27 "בפעולות המנויות להלן אין הוא מוסמך לייצג את החסוי מבלי שבית המשפט אשרן מראש.."

השאלה הנידונה לפנינו: הכשרות המשפטית של קטין או פסול הדין ולא נושא הנציגההורה.

סעיף 7 אומר שקטין כשהוא עושה פעולה משפטית שאילו הייתה נעשית על ידי נציגו הייתה טעונה אישור בית המשפט, גם פעולתו של הקטין מצריכה אישור בית משפט. כדי לדעת אילו פעולות עלינו להסתכל בהתאם לסעיף 20 וואו 47.

יש בסעיף 20 חמש קבוצות של פעולות משפטיות:

הרציונאל של סעיף 20(1) וסעיף 20(2) מדובר בפעולות משפטיות שמשקפות ערך כלכלי גבוה, בסכומים משמעותיים. כאשר מדובר בפעולה שכזו, אנו רוצים הגנה גדולה יותר על הקטין ולכן יש צורך אישור בית משפט.

סעיפים 20(3) ו-20(4) הרציונאל הוא שהפעולות המשפטיות הן שהקטין נותן משהו מבלי לקבל תמורה נגדית, ואז כל מה שצריך לתת בחוזה רגיל – יש לבדוק את השקילות בין התמורות, במילים אחרות מתנה.

סעיף 20(5) עוסק בחשש לניגוד עניינים בין הקטין להוריו, לכן צריך אישור בית המשפט.

פירוט פעולות לפי סעיף 20 ותתי הסעיף שלו:

(1). דירה, יחידה משקית, יחידה משקית בתעשייה, יחידה משקית במלאכה, יחידה משקית במסחר: הכוונה לעסק כלכלי שממנו מתפרנסים. כאשר מדובר בפעולה משפטית שנוגעת למקור פרנסה של הקטין או לקורת הגג שלו, ההנחה שזוהי פעולה בעל משמעות כלכלית ניכרת, לכן בעיני המחוקק יש צורך להגנה גבוהה על כך. (מכירה או קנייה של עסק או קורת גג).

(2). סעיף יותר מסובך – פעולה שתוקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק. יש סוגים של פעולות משפטיות שמסיבות שונות מדרישות רישום, דוגמא (לא טובה לעניינינו): מכירה או קנייה של מכונית (רישום בפנקס כלי הרכב במשרד התחבורה – העברת בעלות למעשה). דוגמא אחרת, מכירה או קנייה של מקרקעין (פנקס המקרקעין). בדיני קניין נלמד בעתיד כי הרישום לא זהה, כלומר יש פעולות שהתוקף תלוי ברישום, אך מצבים שאיננו מותנה ברישום.

הקטין צריך אישור של בית משפט לקנייה ומכירה של מקרקעין, אך לקנייה ומכירה של רכב הוא צריך רק את אישור של הוריו (נציגו).

למה סעיף (2) מחייב אישור בית משפט? ההנחה של מנסח סעיף זה, היא שחובת הרישום בפנקס קיימת בפעולות משפטיות שיש להן ערך כלכלי גבוה. זה לא בהכרח נכון, כי יכול להיווצר נוהל רישום לנכס שערכו הכספי לא גבוה. עדיין קיימת חובת אישור בית המשפט. הסעיף מגשים את המטרת שעומדת מאחוריו, אך במקרים מסויימים הוא מפספס את מטרתו (פעולות משפטיות בעלות ערך רב שאינן מצריכות רישום – לכן אין צורך באישור בית המשפט).

הדוגמא הכי נפוצה היא מקרקעין (כפי שניתן בפס"ד שרף נ' אבער).

(3). נתינת מתנות על ידי קטין (לא קבלה) מצריכה אישור בית משפט: "...זולת – מתנות או תרומות הנהוגות לנסיבות העניין..." הפעולות המדוברות הן בסכום משמעותי ולא מתנות "פשוטות" שנותנים לחברים ולמכרים.

(4). **נתינת ערבות**, כלומר אם קטין נותן ערבות. קטין יכול להיות ערב אך יש צורך באישור בית המשפט. ערבות לכאורה זוהי לא מתנה, אלא שבערבות נעשה חוזה בין חייב לבין נושה. אם הנושה לא הצליח לגבות מהחייב, הוא יפנה לערב – אלא שכאן יש צורך להגן על הקטין על ידי אישורו של בית המשפט לפעולה.

(5). **פעולה משפטית בין הקטין והוריו** או קרוב אחר של הוריו. במצב רגיל כשקטין כורת חוזה, מי שממונה על שמירת האינטרסים שלו הוא נציגו (ההורה), אך כאן יש בעייה שמצריכה, משום ניגוד אינטרסים, את התערבות בית המשפט. **החריג הוא כאשר יש חוזה המטיב עם הקטין**, כלומר כשההורים מעניקים מתנה לקטין.

פס"ד שרף: קטין עושה חוזה למכירת דירה שבבעלותו. הקטין יכול היה לעשות את זה על ידי מכירה בעצמו (שמצריכה אישור בית המשפט - סעיף 7) או שההורים חותמים על החוזה (סעיף 20 קטן 2) ומוכרים זאת מטעמו. לא הספיקו לדון בבקשה של אבוער משום שהקטינה הפכה לבגירה.

השאלה העיקרית: בעסקת מקרקעין, העברת הבעלות מתבצעת ברישום. במצב רגיל נכרת חוזה ובאיזשהו שלב הביצוע הוא בשלב הרישום. בין השלבים ייתכן ועבר פרק זמן משמעותי. החוזה שלכאורה נחתם או על ידי הקטין או נציגו תוקפו לא תקף (כל עוד אין אישור של בית המשפט).

הסוגייה היא כאשר הקטין נציגו התחרט בשלב שבו אין עדיין אישור של בית המשפט, מה למעשה קורה במצב כזה? לכאורה אין אישור אז החוזה לא תקף. פס"ד שרף מתעסק עם הבעייה הזו וביה"מ הכריע בתחום זה, משום שיש כאן בעייה לוגית.

העמדה/הנימוק של השופט חיים כהן (דעת המיעוט): חוק המקרקעין סעיף 6 מגדיר מהי עסקה במקרקעין – הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין. לפי סעיף 7א' העסקה נגמרת ברישום, כלומר הקניית הבעלות היא ברישום עצמו – ורק כאן יש עסקה במקרקעין שהיא טעונה אישור (במקרה של הקטין). במצב הראשוני יש חוזה (עוד לפני העסקה במקרקעין). לסעיף 7ב' כתוב כי עסקה כל עוד לא נרשמה היא התחייבות לעשות רישום והיא מסמך בכתב. השופט ח' כהן חוזר לחוק הכשרות שאומר בסעיף 20 (2) שעסקה ולא התחייבות טעונה רישום. לטענתו, החוזה לא טעון אישור בית משפט, אלא העסקה!

השופט ח' כהן מפריד בין כריתת החוזה לבין השלב של ביצוע החוזה שהוא גם פעולה משפטית. בשלב שבין כריתת החוזה לבין הרישום אף צד לא יכול לחזור בו מכך.

העמדות של ברק ושמגר מובילות לאותה תוצאה (דעת הרוב) – מלאכותי להפריד לשלבים כפי שעשה חיים כהן, אישור בית משפט הוא לא "חותמת גומי", לא רק לפעולה של הרישום אלא לכל התהליך החל מכריתת החוזה. מבחינה הגיונית אם רוצים להגן על הקטין ההגנה צריכה לבוא מההתחלה, כלומר מתהליך אישורו של החוזה.

אם כך, מה קורה בין חתימת החוזה לבין אישורו של בית המשפט?

עמדתו של ברק ביחס למצב שבו הקטין חותם על החוזה בעצמו (סעיף 7): כאשר ההורים חותמים על החוזה בשם הקטין, המבנה המשפטי היא קונסטרוקציה מסובכת של הצעה וקיבול. במצב זה של חתימה של הקטין בעצמו זהו לא מצב רגיל והוא נקרא **חוזה על תנאי**, כלומר התנאי אישור של בית המשפט (סעיף 29-27). חוזה על תנאי לא מחייב עדיין את הצדדים לעשות שום דבר, אלא רק דבר אחד לא לסגת מהחוזה עד שיתברר אם התנאי יתקיים. זמן ההמתנה יקבע או "זמן סביר" (לפי סעיף 27).

התוצאה: אם התנאי מתקיים החוזה מתקיים כרגיל, אם לא – החוזה מתבטל. ההצעה הזו של ברק, לראות את החוזה של קטין כל עוד אין אישור בית המשפט כחוזה על תנאי פותר את הבעייה המוצגת, אך מן הצד השני יש להודות כי ההצעה הזאת לא ממש עולה בקנה אחד עם סעיף 7, שאומר "אין תוקף לפעולה... כל עוד לא ניתן אישור בית המשפט...". למרות זאת, ההצעה של ברק נותנת פיתרון סביר.

הערות חשובות:

לפי המבנה המשפטי של חוזה על תנאי, אם בתוך הזמן הסביר ועוד לפני שבית המשפט נתן את אישורו – הקטין הפך לבגיר, למעשה זה יהיה חוזה על תנאי אך התנאי מתחלף: הסכמה של הקטין שהפך לבגיר בזמן סביר.

שיעור שישי (גלברד):

נושא השיעור: המסויימות –

חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול, אנו יודעים זאת על ידי כך שזה כתוב בחוק (סעיף 1). אם חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול, למה יש להתעסק בגמירת דעת? בקיבול ובהצעה צריך להיות גמירת דעת (על פי החוק).

לפי סעיף 2 לחוק: פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה אם היא מעידה גמירת דעתו של המציע להתקשר בחוזה. התנאי השני הפנייה היא מסויימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה. כלומר, פנייה של חברו של אדם לזולתו תחשב להצעה אם יש בה שני מתנאים מצטברים.

לפי סעיף 5 לחוק: גמירת הדעת צריכה להיות גם אצל הניצע (העדה על גמירות דעת).

חשוב לציין: דרישה למסויימות נמצאת רק אצל המציע (רק בסעיף 2).

מסויימת הכוונה לפנייה מפורטת, עד כדי שניתן יהיה לכרות את החוזה בקיבולה של ההצעה.

אם הניצע מוסיף פרטים משל עצמו (תוספת) תוך כדי קיבול, למעשה מתחלף תפקידו וכעת הוא מציע. איך ניתן לחפוף את פרטי ההצעה? הסכמה כוללת לפרטי ההצעה.

דרישת המסויימות מופנית כלפי ההצעה, יחד עם זאת יש מקרים שבית המשפט שואל את עצמו לא אם ההצעה מפורטת אלא אם החוזה מסויים דיו. הדרישה בחוק היא שההצעה תהא מסויימת ולא החוזה. באופן מעשי, אם ההצעה מפורטת דיה והיה קיבול – אזי החוזה שנכרת הוא מספיק מפורט (קשר בין משתנים לכאורה).

החוזה לא תקף אם לא קיימת דרישת המסויימות בתהליך הקיבול.

שאלה: למה המחוקק דורש את התקיימותם של שני התנאים?

התשובה: שתי הדרישות הללו (התנאים) מייצגים שתי פנים של עיקרון חופש החוזים. כשאנו מדברים על חופש החוזים הכוונה לאדם יש חופש רצון וזכות לכרות חוזה (משמעות בסיסית - חוקתית) וכן החופש של

כל אדם לקבוע את התוכן של החוזה כרצונו (לא רק הזכות להתקשר בחוזה או לא להתקשר). שתי המשמעויות הללו באות לידי ביטוי במסויימות ובגמירת דעת.

המסויימת באה להבטיח שהחוזה מבטא את רצון הצדדים גם מבחינת התוכן (קבעו את פרטי ההצעה) – זה מבטיח שהחוזה נחתם על פי עיקרון החוזים (על משמעויותיו השונות).

ההצעה צריכה להיות מסויימת כדי לכרות את החוזה בקיבולה, במילים אחרות – צריך להיות פירוט עד כדי כך שכשאתם יגיד "אני מסכים" תתאפשר כריתת החוזה. אם כן, מהי רמת הפירוט כדי שההצעה תחשב כחוזה? ברור כי אם ההצעה כוללת כל פרט שעולה על הדעת – אין שאלה אם ההצעה מאפשר כריתת חוזה, במציאות חוזה מורכב הרבה יותר וזה לא דבר מידי כל כך.

קיימים אינספור מצבים שניתן להתייחס אליהם בחוזה, לדוגמה ברכישת טלויזיה – לכאורה אם אנו רוצים שההצעה תהא מסויימת צריכים להיות: מי יישא בעלויות ההובלה, מה יקרה באמצע ההובלה תפגע הטלויזיה, אם במועד ההזמנה והקבלה יעלו התעריפים – מי יישא בעלויות אלו, אחריות וכו'. התוצאה, כמעט בלתי אפשרי לחשוב על כך סיטואציה עתידית ולהסדירה מראש בחוזה. ככל שהמציע בקיא הוא יידע מהם התנאים ההכרחיים שנוזקק להם בהצעה וקיבול.

השאלה: מהו הגבול התחתון של המסויימות, שתחתיו דרישת המסויימות לא מתקבלת, ומעליו היא מקיימת את סף המינימום שההצעה תהא הצעה והחוזה יהיה חוזה (כלומר יתקיים)?

בפס"ד של אשר זנבך נ' דנציגר: הטענה שעלתה נגד תוקפו של החוזה – המכתב לא היה מפורט דיו ולכן לא נכרת חוזה. **השופט שמגר** בהתייחסות לנקודה זו אומר שהדרישה של החוק על ההצעה להיות מסויימת טומנת בחובה יסוד פוזיטיבי, עניין הבהירות הנדרשת אך משתמע ממנה גם כי אין צורך שיהיו בהצעה כל הפרטים הצריכים לעניין (שההצעה תהא מושלמת). אמת המידה אינה בכך שהפירוט יהיה כליל השלמות אלא שמשום הפירוט יהיה ניתן להסיק בבירור את תחומה ועיסוקה של העסקה. **המבחן הוא קנה המידה שמתוך ההצעה ניתן להסיק בבירור על מהותה ותחומיה של העסקה.** הנוסחה עמומה ולא מסבירה בצורה מדוייקת, אלא תיאור כללי שבית המשפט במקרים קונקרטיים שבאים לפניו ממלא אותו בתוכן.

חשוב לזכור: המחוקק כשהוא קובע מושגים עמומים, הוא קובע אותם על מנת שבית המשפט יצוק בתוכם תוכן.

ברור כי:

- לא צריך מסויימות מושלמת (רמת פירוט גבוהה מדי), אלא שמי שייחשף להצעה או לחוזה יבין את מהות החוזה ותחומיו.
- אם חסרים פרטים בהצעה, תשאל השאלה מה טיבם של הפרטים החסרים, האם היעדרם הופך את ההצעה בלתי שלמה ובלתי מפורטת, או שמדובר בנתונים שבכוונה לא הכניסו אותם ואין בהם צורך.

שמגר מסביר כי מסויימות היא לא דבר מושלם ומהם הגבולות של המסויימות. מתעוררת השאלה האם רמת הפירוט הנדרשת היא לא אופטימלית, ברור כי יוצרו מצבים שבהם חסרים פרטים. מה יש לעשות?

מבחין בין הפרטים, יש פרטים שאם הם חסרים נפגמת המסויימות, יש פרטים שהם כל כך בסיסיים שאם הצדדים לא החליטו לגביהם לא ניתן להיות בלעדיהם, ויש פרטים אחרים שהם פחות עקרוניים ומהותיים (פחות שייכים לגרעין הקשה של ההסכמה) שניתן ויהיו חסרים – אך בחוק יש הוראות שמאפשרות השלמה של פרטים אלו.

ההצעה יכולה להיות לא מושלמת, השאלה היא איזה פרטים חסרים.

אם החוזה מסובך, הוא ודאי שונה בהיקף הפרטים הדרושים לכריתתו (וקיומה של ההצעה) מחוזה כמו קניית טלוויזיה, שהוא חוזה פשוט.

כיצד משלימים את הפרטים החסרים:

ברור כי תלוי מהו סוג החוזה, אך הפרטים הבלתי ניתנים להשלמה הם הפרטים שמסבירים את מהותו של החוזה, הגרעין שמגדיר את החוזה לא ניתן להשלמה כלאחר יד. צריך לשמור על הליבה, הפרטים הגרעיניים ביותר – קשה לראות בלעדיהם יסוד של גמירת דעת של הצדדים.

הפסיקה קבעה שקיימים קשרי גומלין בין גמירת דעת לדרישת המסויימות. ככל שיש יותר ראיות ברורות לגמירת דעת, כך יהיה ניתן להסתפק ברמת פירוט נמוכה יותר (לא נוכל לוותר על הפרטים הבסיסיים, אך נהיה יותר ליברלים להשלמת פרטים נוספים לאחר מכן).

יש מצבים שבהם יש צורך להשלים פרטים, השאלה היא כיצד נעשית מלאכת ההשלמה הזו?

השאלה: האם בכך שבית המשפט משלים את הפרטים הוא לא מחוייב לחוק (ולרצון של הצדדים)? האם ההתערבות למעשה היא פגיעה בזכותם של הצדדים ובעצם בחוק הקיים?

התשובה: זה לא כך, בית המשפט לרוב הוא מאוד שמרן והולך בתלם (מתערב חלקית). מגיע חוזה לבית המשפט, ויש ויכוח בין הצדדים לגבי התקיימות החוזה וחסרים פרטים (לא מאותם פרטים שלא ניתן להשלים אותם אלא פרטים אחרים) לדוגמא בחוזה מכר – איפה מוסרים את הממכר (בבית של הקונה או בחנות). באופן ראשוני ניתן לחשוב שבית המשפט מתערב יתר על המידה, אך אם בית המשפט משוכנע שהייתה גמירת דעת – שהיה רצון הסכמה של הצדדים לכרות חוזה, הוא יכול להשלים את הפרט שחסר או לא להתערב כלל. ההתערבות היא אופציה טובה יותר כי היא פותרת סוגיות בעייתיות.

יש פרטים בסיסיים ומהותיים שלא שבת המשפט לא משלימים, אלא משלימים רק פרטים שלא מגדירים את מהות ההעסקה (כי אם בית המשפט יעשה כך, הוא יתערב ברצון הצדדים בעת כריתת החוזה – וזו לא המטרה).

הדיון מתחלק לשני חלקים:

1. בהנחה שבאמת קיימים חסרים פרטים כיצד משלימים אותם?
2. איך הפסיקה מפרשת באופן מעשי (קונקרטי) את מבחן המסויימות?

הערת אזהרה לחלק הראשון – למעשה השאלה איך משלימים פרטים לא כל כך שייכת לנושא המסויימות, הנושא עוסק רק האם רמת פירוט מסויימת מספיקה כדי שהפנייה הזו תחשב להצעה, אך היא גוררת גם סוגייה נוספת של איך משלימים את הפרטים החסרים. השלמה מעידה שאלה אינם פרטים מהותיים, כלומר **דרישת המסויימות התקיימה**.

פירוט החלקים:

1. **כיצד משלימים פרטים – סוגיית תוכן החוזה:** לפני שבית המשפט משלים פרטים, עליו לעשות **מספר בירורים מקדימים:**

- **האם יש טעם לטרוח על השלמת פרטים** – האם למעשה קיים חוזה כדי להשלים פרטים: **האם יש העדה מספיקה לגמירת דעתם של הצדדים**. **האם הפרטים שלא ניתנים להשלמה (לב לבו של החוזה) הוסכמו בין הצדדים** – כי אם לא קיימת הסכמה לגבי הפרטים המגדירים את מהות החוזה וגבולותיו, לא קיים חוזה ואין מה להמשיך (במקרה כזה, בית המשפט לא צריך לעשות דבר). לכאורה, יש בחוק סעיפים שיכולים להשלים גם פרטים שהם מהותיים, אך לפי סעיף 64 נאמר חיוב לתשלום עד נכס או שירות שלא הוסכם על סכומו, צריך לשלם כמה שראוי היה לשלם בעת כריתת החוזה (מחיר שוק). מדוע אם כך, המחיר הוא פרט גרעיני – התשובה היא שפרט זה חשוב ועקרוני בחוזים מסויימים (עקרוניים ומהותיים), כשפנייה לבית המשפט תהא עדות לכך שיש התערבות ברצון הצדדים – וזוהי לא מטרתו של בית המשפט.
- **האם מה שנראה במבט ראשון חסר, אינו באמת חסר** – במקרים אלו אין מקום להשלים, אלא יש לפעול לפי מה שהצדדים רצו. במילים אחרות, לפני השלמת פרטים צריך להיות שלב של פרשנות. החוק סעיף 25 מעיד שצריך לעשות קודם פעולה של פרשנות. במקום שאין בו חסר, אין להשלים פרטים כי אז תתקיים התערבות שלא רק שאינה רצויה אלא היא פגיעה ברצון הצדדים. דוגמא לכך, מכירת מכונית יד שניה – מתברר לאחר מכן שאין מנוע. כשמגיעים לבית המשפט האם קיים חסר לגבי הפרט של המנוע. ברגע שמכרתי מכונית והמחיר שיקף מחיר של מכונית, אין כאן חסר – זהו משהו שהוא בהבנתם של הצדדים. דוגמא נוספת, עסקה במקרקעין: חסר פרט מהותי שלא ניתן להשלמה – האם נעשה עסקת מכר או עסקת חכירה (שכירות ארוכה), הצדדים לא כתבו זכויות בעלות בנכס או זכויות חכירה, כלומר המהות הבסיסית של החוזה לא הוגדרה. השופט לוין טען כי זהו פרט חסר שלא ניתנים להשלמה, שמגדירים את החוזה. ברק לעומת זאת טוען שבעניין שלפנינו גדר הספיקות היא במהות של העסקה – הצדדים כינו את עצמם מוכר וקונה, דבר המעיד על כוונתם. במילים אחרות, אין חסר אלא זה עניין של פרשנות – הם התכוונו לעסקה של מכר. **פרשנות נגטיבית** – הצדדים חשבו על אותו פרט אבל הם לא הכניסו אותו בכוונה. **פרשנות נעשית גם על ידי תוכן החוזה וגם על ידי הנסיבות**. מכאן, שהפרשן יצטרך להתייחס לנסיבות של המשא ומתן בין הצדדים. אם הנושא עלה בין הצדדים והם החליטו לא להכניסו לחוזה, יש כאן "הסדר שלילי", אך בהנחה ויש לנו אינפורמציה לגבי מה שנעשה במו"מ – אנו יכולים לדעת אם קיים חסר אמיתי.

שיעור שביעי (גלברד):

נושא השיעור: דרישת המסויימות (המשך) –

סעיף 26 לחוק החוזים יוצר איזושהי היררכיה, מדרג, של השלמת פרטים. פרטים לא שנקבעו בחוזה או על פיו יהיה על פי **נוהג בין הצדדים** או **נוהג בחוזים מאותו סוג** בהיעדר נוהג כזה.

"פרטים שלא נקבעו בחוזה" כבר במילים הראשונות של הסעיף יש רמז- מה כתוב בחוזה או במפורש. צריך לבדוק מה קובע החוזה על פי תוכנו הגלוי ותוכנו הסמוי ורק אם הפרט המסויימ הזה לא נמצא, זה מחייב הסבר. **מדרג השלמת הפרטים:**

1. בירור כיסוד ראשון הוא בדיקת **תוכנו של החוזה – במפורש** (מה שכתוב) ו**בפרשנות** (משתמע).
2. **על פי החוזה –** הכוונה שלפעמים **החוזה עצמו קובע איך להשלים פרטים**, כלומר הצדדים כרתו חוזה אך היו ערים חוזה בעת כריתת החוזה שאולי הם החמיצו פרטים מסויימים או לא כיסו את כל הפרטים, **ומראש**, הם מעידים על **אופן מסויים של השלמת פרטים בהסכמה**. (לא קיים בכל חוזה. נמצא בעיקר בחוזה של מקצוענים). דוגמא, בחוזה יש מפרט טכני על איך מבצעים בנייה של מכונה, הצדדים היו ערים לכך שייכתנו שינויים בבניה של מכונה זו, והם קבעו מראש כי ניתן להשלים פרטים (על ידי פנייה לעדכונים של מפרטים טכניים). עם זאת, מנגנון ההגנה (ההשלמה) לא תמיד מכסה את הפרט החסר אך **בקיומו של מנגנון כזה – יש לנהוג לפיו**. החוזה נועד להגשים את רצון הצדדים. **מטרתו של בית המשפט להשלים את הפרטים החסרים רק בכדי להשיג את רצונותיהם של הצדדים.**
3. **לפי הנוהג הקיים בין הצדדים –** נוהג הכוונה לצדדים שעושים חוזים זה זמן מסויים (לא נפגשו פעם ראשונה בחייהם). דוגמא, שמעון מספק לראובן סחורה של צעצועים כבר 20 שנה וכתוב בחוזה הראשון ומספר חוזים לאחריו שראובן מוביל את הסחורה. בחוזה האחרון בין הצדדים, לא נכתב הסדר הובלה. במקרה כזה, ייתכן **(אם הוא לא הסדר שלילי – חסר מכוון)**, שקיים ביניהם נוהג מסויים שעל-כן יש לנהוג לפיו. **אם הושמט בטעות, הנוהג שקיים ביניהם מפצה על כך**. השלמה זו של הפרט **קרובה מאוד לכוונה המשוערת בין הצדדים**, היא משקפת את רצונותיהם בעבר. זה אינו וודאי אך הרבה יותר סביר מהאפשרות השנייה. חשוב לוודא גם **שהפרט החסר תואם לנוהג בין הצדדים**.
4. אם אין נוהג בין הצדדים או שהנוהג לא עוזר לנו להשלמת פרטים מסויימים – פונים **לנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג**. לדוגמא, נניח שבשוק הצעצועים מקובל שהספק מוביל את הסחורה לחנות, אמנם אין נוהג בין הצדדים אך יש שיקולים של הסתברות, כלומר שרוב החוזים בשוק מתנהגים כך. גם אם פרט זה הושמט בכוונה על ידי הצדדים, אנו מניחים שאם היו צריכים להכריע בנושא זה – היו מתנהגים על פי דרכם של רוב הצדדים בחוזים מסוג אלו ולא על פי דרך המיעוט.

מה קורה גם אם אין נוהג מקובל בחוזים מאותו סוג או שאנו לא יודעים מהו הנוהג המקובל בחוזים כאלה? נוהג חייבים להוכיח בבית המשפט, אותו צד שטוען שיש נוהג ורוצה להשלים פרטים כאלה – צריך להוכיח על ידי עובדות (חוזים, צדדים שיטענו על כך וכזו)

מנגנונים נוספים שלא במסגרת סעיף 26 (הוראות חוק נוספות, חלקן במסגרת חוק החוזים חלק כללי וחלק אחר מצויות בחוקי חוזים מיוחדים, לדוגמא חוזה מכר):

1. מנגנון השלמה מכוח חוק. לדוגמא סעיף 44 לחוק החוזים הכללי – "חיוב שלא הוסכם על מקום קיומו, יש לקיים במקום עסקו של הנושה או במקום מגוריו הקבוע." כלומר התשובה בגוף החוק – את החיוב יש לקיים בחנות או בביתו של הקונה.

סוגי הוראות החוק:

- ☒ **הוראות דיספוזיטיביות (סעיף מרשה, לדוגמא סעיף 44 א' לחוק החוזים הכללי)** – מותר להתנות עליה בחוזה ואם מתנים בחוזה – מה שהצדדים הסכימו זה מה שיהיה (תואמות את חופש החוזים, מטרתן היחידה להשלים חסר בחוזה. אם אין חסר, הצדדים הסכימו, ממילא יקום מה שהסכימו עליו בחוזה).
- ☒ **הוראות קוגנטיות (סעיף כופה)** – הצדדים לא רשאים להתנות ואם הם מתנים התנאי שלהם לא תקף. דוגמא, סעיף 7א' לחוק המכר (דירות) – "אין להתנות על הוראות חוק..." מצויות בדרך כלל בדינים מיוחדים שבהם רוצה המחוקק לעשות רגולציה, ההתערבות היא מחייבת גם אם הצדדים רוצים או לא (לדוגמא, בחוזה ביטוח – המחוקק קבע הוראות מסויימות שלא ניתן להתנות עליהם). הוראות אלו לא שייכות למישור של חסר בחוזה, אלא התערבות בחוזה (פועלות בניגוד לעיקרון חופש החוזים בגלל שהמחוקק מתערב בחוזים מסויימים).

כאשר יש מנגנון השלמה בחוק ספציפי, הולכים קודם כל אל החוק הספציפי (המיוחד) ורק אם לא מוצאים מנגנון השלמה, הולכים לחוק הכללי. הדירוג הזה נועד כדי להסדיר במקרה של סתירה (בין החוק הכללי לחוק המיוחד לאותו תחום). סיבה נוספת, רציונאל הדירוג הוא להתקרב ככל שניתן לרצון הצדדים. המחוקק מנסה במנגנון השלמה, לקבוע הוראות חוק הוגנות לשני הצדדים ומשקפות עד כמה שניתן את מה שנעשה ומקובל בשוק.

2. סעיף 39 לחוקים החוזים הכללי – עיקרון תום הלב (נדבר עליו בהרחבה בסמסטר ב').

3. עיקרון הביצוע האופטימלי – אותו צד שמעוניין בקיום החוזה מוכן לבצע את החוזה בהתאם לצד האופטימלי לצד הסרבן, כלומר אחד הצדדים מוכן לוותר לשני (זהו מנגנון השלמה יעיל). מנגנון זה, משקף הסכמה קונקרטיית למקרה המסויים הזה, יש סוג של שחזור לאחור של הפרט החסר (נמצא במדרג גבוה במנגנוני השלמה הנזכרים לעיל). מחייב שני תנאים מצטברים:

- ☒ צד אחד מוכן לוותר עד קצה הטווח.
- ☒ מדובר בפרט חסר, שהשלמה שלו נמצאת בטווח סביר של אפשרויות (קשת אפשרית של אפשרויות שבתוכה אחד הצדדים אומר שכל אחת מהן מקובלת עליו).

בפס"ד דור אנרגיה – על נושא רשימת הצידוד, בית המשפט אומר כך:

1. אין חסר – מה שהיה הוא שיהיה. עניין של פרשנות.
2. גם אם יש פרט חסר – יש לפעול על פי עיקרון הביצוע האופטימלי.
3. נוהג בהפעלת תחנות דלק קיים – לכן ניתן להשלים את החסר על פי המקובל (חוזים מאותו סוג).

שיעור שמיני (גלברד):

נושא השיעור - המסויימות (המשד):

הרקע לשינוי המדיניות המשפטית:

כשמסתכלים על הפסיקה בשנים האחרונות, בולט לעין שקיים שינוי (מהמחצית השנייה של שנות ה-70), דבר המתבטא בפס"ד פסטרנק, אברהם נ' חבזה, קופלסקי וכו'.

הגישה של בית המשפט הייתה גישה די מחמירה בעניין המסויימות, הייתה דרישה לרמת פירוט יחסית גבוהה, ללא פירוט כזה קבע בית המשפט שאין תוקף לחוזה. פס"דים אלו עסקו זאת בדרי"כ בנושא של מקרקעין.

אם מסתכלים על פס"דים לקראת מחצית השנייה של שנות ה-70 בולט מאוד שחל שינוי. בפס"ד רבינאי, ברק עומד על כך (פס"ד זנדבק נ' דנציגר הוא זה המסמן שינוי גישה של בית המשפט העליון בנושא המסויימות, התשובה מדוע מורכבת למדי – הגעתו של דור צעיר של שופטים ורקע כלכלי שזירז את השינויים הללו).

כאשר הצדדים כרתו חוזה, המקור לניסיון להשתחרר ממנו הוא על רקע חוסר יציבות כלכלית, דבר שהתרחש בסוף שנות ה-70, האינפלציה והפיחות התחילו לדחור. על רקע הגישה הקודמת של בית המשפט, באו רבים כדי להפר חוזה באמצעות בית המשפט, כך אכן קרה על סמך פסיקות קודמות של בית המשפט. כתוצאה מכך, המגמה החלה להשתנות – בית המשפט הבין את הבעייתיות בכך.

לאחר פס"ד זנדבק הגיעו שוב פס"דים שעוסקים במקרקעין, כשבית המשפט פעל לפי גישה "מרככת" יותר ללא הסתמכות על פס"דים קודמים אלא רק על פס"ד זנדבק.

בית המשפט משקיע את רוב המאמץ מתוך הראיות אם הייתה גמירת דעת, אם השתכנע שהצדדים התכוונו ורצו לכרות חוזה, לא מוותרים על מסויימות, אך מסתפקים בפחות. גישה זו בולטת בפס"ד רבינאי והיא תקפה עד היום. פס"ד דור אנרגיה הוא בעל אותה גישה של פס"ד רבינאי, וזוהי הגישה המקובלת עד היום.

פס"ד בית הפסנתר, שהולך צעד אחד נוסף (אולי רחוק מדי):

השופט דורנר מציגה גישה עוד יותר נועזת. החוזה נכרת בבית המשפט, הסכם פשרה בין הצדדים תוך כדי הדיון המשפטי, הצדדים התפשרו והסכמה זו קיבלה תוקף בבית המשפט – זהו חוזה לכל דבר ועניין. רשות

השידור משום מה רצתה להשתחרר מחוזה זה, כשהסיבה לכך שהיא תצטרך להתנהג באופן שיוויון בין כלי זמר לבית הפסנתר. רשות השידור טענה לכפייה של החוזה הנ"ל, טענה מופרכת לחלוטין. היא מנסה להיאחז בטענה נוספת שהיא גמירת דעת, שהיא קשה מאוד משום שזה נעשה בסיטואציה הכי פורמלית שיכולה להיות, בכותלי בית המשפט. היא מנסה להיתפס על טענה המסויימות, חוסר בפרט הזמן, כלומר כמה זמן יימשך ההסכם הזה שנותן זכויות שוות לבית הפסנתר כפי שניתן לכלי זמר. המחוזי מקבל את טענת רשות השידור. במאמר מוסגר – חוזה שלא נקבע לו מועד מוגדר תוקפו הוא זמן סביר, כלומר שניתן בקלות להשלים פרט זה. החוזה ממשיך כל אחד הצדדים לא אומר שהוא רוצה להפסיק אותו (בתנאי שנותן זמן מראש על כך).

ביה"מ העליון הפך את ההחלטה, אמר שהחוזה תקף. השופטת דורנר אומרת כך: "...במשפט המודרני דרישת המסויימות איבדה מחשיבותה (אך היא לא מיותרת)... במשפטנו הכלל הוא שהיעדר מסויימות לא ישמש עילה לצד לחוזה להשתחרר מחיוב שנטל על עצמו מתוך גמירת דעת... לא זו אף זו אלא שבהתקיים גמירת דעת הרי שבמקום שהיעדר המסויימות מונע את אכיפת החיוב, ינתן חרף האכיפה סעד של פיצוי...". **במילים אחרות, במשפט המודרני ואצלנו בארץ לא צריך בעצם מסויימות, מספיק גמירת דעת, וכשקיים גמירת דעת, ולא ניתן לאכוף אותו – ניתן פיצוי.**

השופטת בייניש משמיעה דברי ביקורת –

1. סעיף מס' 2 דורש מסויימות.

2. המסויימות נוגעת לפרק כריתת החוזה, השאלה מתי לאכוף שייכת לפרק התרופות, אם אין מסויימות עד כדי שלא ניתן לאכוף את החוזה – לא ניתן לחשב את הפיצויים, הפיצויים מחושבים בדרך שווה ערך לאכיפה, לכן זה בעייתי מכל הכיוונים.

השופטת בייניש אמנם משמיעה דברי ביקורת אך מגיעה לאותה התוצאה.

השופט אדמונד לוי כותב "**אני מסכים**", זה החלק הבעייתי. הסיבה לכך, הוא מסכים עם דורנר ולא עם בייניש, הוא מציב את הסכמתו – לאחר פסיקתה של דורנר, דבר המעיד על כך.

כל הפס"דים שבאו אחר כך חוזרים לגישת המסויימות כפי שהיא באה לידי ביטוי ברבינאי, דור אנרגיה, עמדתה של בייניש בבית הפסנתר. כלומר, ההלכה לא השתנתה כתוצאה מפס"ד בית הפסנתר (דורנר והשופט לוי).

נושא השיעור – צורת החוזה:

שאלה תיאורטית: האם רצוי כי החוזה יהיה ערוך באופן מסויים (סוג דף, צורה מסויימת, תוכן, ניסוח) – כך שאם לא יהיה, אין יהיה החוזה תקף?

אפשרויות סבירות לתשובה:

1. לא, כי מה עם **עיקרון חופש החוזים** – שבו הצדדים יכולים להחליט מה שהם רוצים?
2. כן, הרעיון לא רע – בחוזים קשה לסמוך על הזיכרון, מכאן שיש בכך יתרון, אך יש דברים מיותרים שפרטים מסויימים יהיו באופן מסויים. למעשה, כך יימנע כריתתם של חוזים חפוזים.

השאלה אם זהו מצב רצוי, שבו כל תהליך שאין בו סיכון גדול ואין זמן רב לכריתת חוזה, יחייב תהליך מורכב ורחב מאוד.

3. כן, הדבר יקל לזכור ויבטיח רצינות, אלא גם יקל במישור של ההוכחה (קשור לדיני ראיות), אם יהיה ויכוח אם נכרת חוזה או לאו – צורת החוזה תעיד שכן הוא נכרת. מבחינת ההוכחה יהיה זה מאוד יעיל.

בכל שיטות המשפט נמצא גם את הגישה של תוקף החוזה בדרישה צורנית מסויימת ונמצא גם את הגישה ההפוכה – חופש החוזים. אם נלך לשיטות משפט עתיקות, כדוגמת המשפט הרומי, העיקרון היה דרישת צורה לתוקף החוזה (לדוגמא בחותם מוטבע כתנאי לתוקפו), אך אפילו שם נמצא את הדרך ההפוכה.

בשיטות המשפט המודרניות הגישה העיקרית היא הגישה המתבצעת על פי חופש החוזים (הצדדים יבחרו איך לעצב את החוזה), אך יש חריגים שבהם נדרשת גישה צורנית לחוזה. כלומר, לעיתים - היתרונות של דרישת צורה עולים על חיסרון של פגיעה בחופש החוזים.

החוק בישראל יוצא מנקודת ההנחה של חופש החוזים, אך כאמור יש חריגים שהמחוקק התכוון אליהם. דבר זה בא לידי ביטוי בסעיף 23 – צורת החוזה: "חוזה יכול שייעשה בעל פה בכתב או בצורה אחרת..." מכיר בשלוש צורות, כלומר ניתן לכרות חוזה כיצד שרוצים, אך בלבד שנעשה בדרך של הצעה וקיבול (תקשורת בין הצדדים).

המשך הסעיף: "...זולת אם הייתה צורה מסויימת, תנאי לתוקפו של החוזה על פי חוק או הסכם בין הצדדים..." זהו החריג – ניתן איך שרוצים אלא אם כן יש צורה מסויימת שנקבעה בחוק או בהסכם בין הצדדים.

חשוב לציין, ישנם עשרות חוקים שקובעים דרישה צורנית. בדר"כ דרישת הצורה היא כתב (לא גופן), למשל סעיף 8 לחוק המקרקעין – דרישה למסמך בכתב.

דרישה לצורניות של פונט, צבע, רווחים וכו' היא נדירה וכמעט בלתי קיימת, עם זאת במקרים חריגים קיימת דרישה זו.

דוגמא לדרישת צורה חריגה מתקיימת בתקנות הגנת הצרכן – גודל האותיות בחוזה "גודל המזערי של... יהיו מעל 2 ס"מ... צבע האותיות יהיה נוגד את... הרווח בין השורות לא יקטן מגודל האות בשורה... האותיות בשורות לא תיגענה אחת בשנייה..."

דוגמא נוספת, הסכם ממון במקרה של פקיעת הנישואין – דרישה לחותם של רשם הנישואין, שזהו הליך בירוקרטי בלבד.

נעסוק אך ורק בדרישת הכתב, לא כל הדרישות הנ"ל הן מאותו סוג ואופי. ישנן דרישות כתב מהותיות ויש דרישות כתב שהן ראייתיות. הפסיקה קבעה לפני שנים רבות, שחלק מדרישות הכתב שמופיעות הם דרישות כתב מהותיות וכאלה שהן ראייתיות.

אם כן –

❖ מה חשיבות ההבדל ביניהן?

❖ איך מבחינים ביניהן?

ההבדלים בין הדרישות הנ"ל:

- ☒ דרישת כתב מהותית היא **תנאי להתקיימות החוזה**, לא כך בדרישת כתב ראייתית.
- ☒ דרישת כתב ראייתית פירושה הדבר כשמופיעה דרישה בחוק והצדדים לא עשו זאת בכתב, החוזה עדיין תקף. **אם נתקיים סכסוך** והם יגיעו לבית המשפט, ואחד הצדדים ירצה להוכיח את התקיימותו של החוזה – **לא יאפשרו לו להוכיח את זה ללא מסמך כתוב**. משמעות הדבר, שההוכחה המותרת בחוזה כזה, הוא **כתב**. בדרישה מהותית החוזה לא יהיה תקף, לעומת זאת בדרישה ראייתית לא יהיה ניתן להוכיח התקיימות במקרה של סכסוך.
- ☒ בחלק רב מהמקרים, מה שנאמר עד כה הוא נכון, אך לעיתים יש הבדל דרמטי בין **מצב שלא קויימו הדרישות הנ"ל** – סכסוך בין הצדדים הוא **לגבי אחד התנאים (הפרטים) בתוך החוזה**, לדוגמא צמוד למדד. במקרה של דרישה מהותית – ביה"מ יגיד אין חוזה ולא יפסוק בנושא זה. בדרישה ראייתית – הכלל הוא שצריך להוכיח בראיות עובדות ששנויות במחלוקת בין שני הצדדים, מכאן שבית המשפט יפרש את טענות הצדדים לפי דיני הראיות, ייתן להם תוקף או לא (אם הצד השני לא יביע התנגדות לקיומה של העדות של הצד הראשון).

במהלך השנים הפסיקה קבעה 2 הבדלים עיקריים בין דרישה מהותית לראייתית:

1. **היקף הכתב** – כמה כתב צריך: בדרישת כתב מהותית הפסיקה פירשה שכל החוזה צריך להיות בכתב, כלומר כל הפרטים (משום שהחוזה צריך להיות בכתב), בעוד שבדרישה ראייתית מספיק שהמסמך הכתוב מוכיח שהיה חוזה (גם אם לא כולל את כל הפרטים), הפסיקה מכנה זאת ראשית ראייה בכתב – משהו אחד שמעיד שנכרת חוזה, די בכך.
2. **עיתוי הכתב** – צריכה להתקיים בחוזה עצמו: **דרישה מהותית** - החוזה, גופו, צריך להיעשות בכתב. בזמן הכריתה, החוזה צריך להיות בכתב. **בדרישה ראייתית** – המסמך שמוכיח התקיימותו של החוזה לא צריך להיות החוזה עצמו (לדוגמא - קבלה, מעיד על ביצוע של החוזה).

שיעור תשיעי (גלברד):

נושא השיעור – צורת החוזה:

אנו עוסקים בדרישת הכתב, בנושא צורת החוזה. קיימות 2 דרישות כתב:

1. **דרישת כתב מהותית.**
2. **דרישת כתב ראייתית.**

כיצד מבחינים בין דרישת כתב מהותית וראייתית?

☒ המחוקק כשהוא קובע דרישת כתב – יגדיר **האם היא מהותית או ראייתית** (מופיע לעיתים רחוקות).

☒ על ידי **חקיקה מתאימה שמגדירה חובה צורנית** של חוזה, למשל **בחוק המקרקעין** – יש דרישה לרישום, שמעיד על דרישת כתב מהותית. עד שנת 1969 הייתה דרישת כתב ראייתית באשר לעסקאות מקרקעין, אך זה השתנה.

בקורס אנו עוסקים בדיני **חוזים מהותיים, קרי דרישת כתב מהותית** ולא בדרישת כתב ראייתית.

אין כמעט דרישות צורה או כתב שפורשו כראייתיות. דרישה ראייתית הרחבה ביותר מבחינת היקף תכולתה מצויה בסעיף 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמנאית, שהוא חוק עותמאני – בשפה התורכית. לסעיף זה שני חלקים:

- ❖ **הפסקה הראשונה** של הסעיף הנ"ל – כל חוזה שנהוג (הכוונה לנוהג לפי חוזים מאותו סוג או נוהג בין הצדדים) שחוזה מסויים נעשה בכתב, **מרגע שמתבסס נוהג כזה** – חוזים מאותו סוג יש דרישת כתב ראייתית. לדוגמא, אם יש לי משרד עו"ד ולקוח ותיק, שבדרי"כ אנו עושים הסכם שכ"ט בכתב, אין דרישה בחוק לכך, אך אם קיים נוהג – אזי לפי סעיף 80 לחוק העותמנאני, יש לכך כוח מחייב.
- ❖ **הפסקה השנייה** – נרחיב לדבר עליה בהמשך הקורס.

דרישת **הכתב המהותית הנפוצה ביותר בפסיקה היא סעיף 8 לחוק המקרקעין**, הסיבה לכך היא בשל הנפוצות וכן זהו הנכס היקר ביותר (בעל ערך גבוה לאדם הממוצע).

סעיף 8 לחוק המקרקעין: "התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב..." סעיף 6 מגדיר מהי עסקה במקרקעין "הקנייה של בעלות או של זכות אחרת במקרקעין על פי רצון המקנה..." חוזה שבו אני מתחייב להקנות זכות במקרקעין או חוזה שבו אני מתחייב להקנות בעלות טעון מסמך בכתב. השאלה מהי "זכות אחרת במקרקעין" – אחת הזכויות שמנויות בחוק המקרקעין. **5 זכויות מנויות בחוק:**

- ☒ **בעלות** - הנושא יילמד בקורס דיני קניין.
- ☒ **שכירות** - להחזיק בנכס ולהשתמש בו בתמורה שלא לצמיתות.
- ☒ **משכנתא** – שיעבוד של מקרקעין להבטחת חוב כספי.
- ☒ **זיקת הנאה** – זכות להשתמש בנכס של מישהו בלי להחזיק בו (לדוגמא זכות מעבר בנכס מסויים).
- ☒ **זכות קדימה** – אני מתחייב כלפיך שאם אני אעשה עסקה במקרקעין, אני חייב להציע את זה לך, כלומר זכות סירוב ראשונה (דוגמא לכך מצוייה בפס"ד קידר נ' אתרים).

התחייבות חוזית לפי אחת מזכויות אלו דורשת דרישת כתב מהותית לפי חוק.

חשוב לציין - התחייבות להשכיר נכס לתקופה שעד 5 שנים, לא חל עליה סעיף 8 לחוק המקרקעין.

אירועון:

נניח ש-א' הוא בעלים של מקרקעין וב-1.1 הוא עושה חוזה עם ב' שבו מתחייב להקנות מקרקעין, אך מועד העברת הבעלות מתבצע בזמן הרישום (טאבו) ב-1.6. האם החוזה ב-1.1 טעון מסמך בכתב? התשובה לכך חיובית.

ב-1.3 יש חוזה אך ב' עדיין לא הבעלים. בזמן זה ב' מתחייב למכור את הנכס ל-ג'. חוזה מסוג זה הוא אפשרי אך האם הוא טעון מסמך בכתב? התשובה על כך היא חיובית, משום ש-ב' מתחייב להקנות ל-ג' מקרקעין. הקניית הזכות על נכס מתאפשרת, אך הקבלה של הנכס עצמו תתבצע רק במועד הרישום (בטאבו).

חשוב לדעת – זכות חוזית היא נכס, היא ניתנת להורשה, מכירה וכו'.

בחוק המחאת חיובים – מדבר על **הקניית זכות חוזית גם ללא בעלות בשעה זו (אלא רק בעתיד לבוא)**, אין לכך דרישת כתב ראייתית ולא מהותית.

מבחינת המשתמש הסופי (צד ג') - אין הבדל בין הקניית זכות להקניין בעלות של ממש. אין זה נכון, בפועל יש הבדל כזה. הרציונאל של דרישה הכתב המהותית אמור מבחינה הגיונית היה לחול גם על מכירת הזכות.

פס"ד גורסמן נ' בידרמן:

השאלה המשפטית: האם סעיף 8 קובע דרישת כתב ראייתית או מהותית?

הסיבה לקונפליקט (הסכסוך): הקונים (גורסמן) בעצם אומרים שנעשה חוזה למכירת מקרקעין והחוזה נעשה בעל פה, וגורסמן אומרים שיש מסמך שמוכיח (כתב העו"ד על ההסכמה, כשבידרמן קיבלו רגליים קרות ולא חתמו על החוזה). לטענת גורסמן, נסגרו כל הפרטים ולכן הייתה גמירת דעת והתקיימה דרישת המסויימות – מכאן שהתקיימו כל הדרישות המחייבות. אם דרישת הכתב היא מהותית – החוזה חייב להיות בכתב ולכן ברגע שנטען שהחוזה הוא בעל פה, אין לכך תוקף. אם הדרישה היא ראייתית, ניתן להשלים זאת בהמשך.

בית המשפט קבע שהדרישה לכתב היא מהותית ולכן דחה את התביעה של גורסמן (לפי השופט זוסמן). הנימוקים של השופט:

1. יש צורך בהשוואה בין **נוסח החוק להצעת החוק** ("צורך בהסכם בכתב או מסמך אחר המעיד על עשיית חוזה...") – כלומר הבסיס הוא ראייתית) בנוסח הסופי שכהוא הגיע לכנסת, השתנה – כלומר אם הכנסת רצתה שתישאר דרישה ראייתית, היא לא הייתה משנה את הניסוח. מכאן, שיש דרישת כתב מהותית. מגיעים כאן לתכליתו של המחוקק בחוק המסויים.

2. **השוואה בין סעיף 8 לסעיף 7 (א)** – התבנית הלשונית שלהם זהה. א' טעון ב' וההבדל הוא רק בין א' ל-ב'. סעיף 7 עסקה במקרקעין טעונה רישום, סעיף 8 אומר ההתחייבות טעונה מסמך בכתב. מכאן, שיש הסקה לוגית – שרישום המהותי בלי רישום אין עסקה, כלומר ניתן להסיק שבלי מסמך אין התחייבות (חישוב "מתמטי").

3. **כותרת השוליים של הסעיף** (לא מחייבת מבחינה פרשנית אך ניתן להיעזר בה) – "צורתה של התחייבות". כותרת זו תומכת במסקנה המהותית.

4. **התכלית של סעיף 8** – "המטרה התחיקתית": החיפוש אחר הכוונה (התכלית) של החוק הוא הדבר החשוב ביותר. התכלית היא להבטיח את רצינות המתחייב ולמנוע התחייבות פזיזה. כלומר יש צורך לחייב את המתחייב לעשות איזושהי פרוצדורה שנותנת לו פסק זמן להחליט האם הוא באמת רוצה ומתחייב, ולא באופן קל לעבור לשלב שבו אדם מחוייב לחוזה. על ידי כך מושגת רצינות והתחייבות אמיתית. המסקנה מהפס"ד הנ"ל עולה שהדרישה לכתב היא מהותית וחובה שיהיה חוזה בכתב.

פס"ד קפולסקי:

המקרה די דומה לגרוסמן. גם הפעם המסמכים הכתובים שמצרף הקונה אינם חוזה – יש קבלה, תוכנית סניטרית או אינסטלציה אך ברור כי אין חוזה. בכל זאת, קפולסקי טוענים שהמסמך הוא חוזה. בפרק זמן זה, המחוזי פסק בנושא גרוסמן, והעו"ד מיהר לשנות כך שהמסמכים לטענתו הם חוזה, משום שאם לא ייעשה כך – התיק יידחה על הסף באופן מיידי. השאלה המשפטית – איך צריך להיראות חוזה על סעיף 8 לחוק המקרקעין?

השופט ציוני מבהיר איך צריך להיראות החוזה. בית המשפט אומר בפס"ד זה, לא מספיק להגיד מהותי או ראייתי – התנאים המהותיים החיוניים צריכים להופיע במסמך והוא מפרט את אותם התנאים (שמות הצדדים, מהות העסקה, הוצאות ומיסים וכו'). רק מסמך כזה על כל פרטיו המהותיים יעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק. למרות שהשופט ציוני רצה לפתור את הסוגייה הבעייתית, הוא למעשה לא הביא פיתרון אלא הציג בעיה אחרת.

הבעייה העולה מפסיקת בית המשפט - בחוזים במקרקעין יש **דרישת צורה מהותית וזאת דרישת צורה מסובכת**. התוצאה של דרישה מהותית, שיש צורך במקצוענים על מנת לכרות חוזה כזה (אחרת יהיו בעיות).

חשוב לציין, לאור מצב כלכלי רע - דרישת הצורה נשארה מהותית, אך במקום דרישת סיבה מסובכת, הדרישה הצורנית נעשתה פשוטה.

פס"ד קדרי:

החוזה כולו הוא קבלה "התקבל מ... סכום של... על חשבון רכישת חלקה... חתומה..." כך לא נראה חוזה אלא קבלה שמאשרת קבלת סכום מסויים על קרקע. בית המשפט מחליט שהקבלה הזו היא חוזה משום שכל הפרטים המהותיים מצויים (הקונה – לא ברור, המוכר, המחיר – שלא ברור, מועד התשלום – חסר).

בית המשפט יצא מגדרו כדי להפוך קבלה לחוזה. זהו פס"ד חריג ולא אופייני (גישה מרכזת מדי).

שיעור עשירי (גלברד):

נושא השיעור – צורת החוזה:

אנו עוסקים בדרישת הכתב, בנושא צורת החוזה. קיימות 2 דרישות כתב:

3. דרישת כתב מהותית.

4. דרישת כתב ראייתית.

לקראת סוף שנות ה-70 התרככה עמדת בית המשפט, הוא הסתפק בפחות כדי שדרישת הכתב תתקיים.

פס"ד רבינאי – דרישת המסויימות וגמירת הדעת:

דוגמא אופיינית למגמה החדשה, שאומרת שברגע ביה"מ שמשוכנע שהתקיימה גמירת דעת, מהם הצדדים, מהות העסקה, מה מוכרים והתשלום על כך, התקיים חוזה. ברק אמר שאותם פרטים מהותיים שנדרשים לצורך המסויימות (המרוככת) הם אותם פרטים שאמורים להופיע במסמך הכתוב כדי שתתקיים דרישת המסויימות.

הבעייה הייתה שכאשר הדרישה הייתה צורנית, וברגע שנקבעה דרישה מסובכת ומורכבת – היה קל להתחמק מחוזה. ביה"מ פעל בריכוך וצמצום הפרטים, בכך הפך את הדרישה המהותית לפשוטה שקל לעמוד בה. צמצום היקף הפרטים פתר למעשה את הבעייה. התעוררה גם השאלה האם הדרישה לצורה היא גם חתימה, האם מכתב בכתב כדי שיקיים את סעיף 8 לחוק המקרקעין צריך להיות חתום? השופט זוסמן השאיר את הנושא בצריך עיון, משום שבאותו מקרה נטען שהחוזה נעשה בעל פה, והמסמך שצורף לכתב התביעה לא נטען כי הוא החוזה. אם היה נטען שהוא חוזה, הייתה עולה השאלה אם מסמך לא חתום מקיים את הדרישה הנ"ל.

הבעייה התעוררה שוב בפסיקות שונות לאורך השנים, כאן הבין ביה"מ שדרישה מורכבת היא בעייתית, והוא היה בתהליך צמצום וריכוך עמדתו. התשובה – מאחר ובית המשפט מצמצם את דרישת הכתב, לא חייבת להיות חתימה כדי לעמוד בדרישת הכתב. מכאן, שדרישת הצורה היא פשוטה.

לדעת המרצה, עסקה במקרקעין – מסיימים אותה בחתימה, לכן לא בטוח שההלכה הזו תרמה להפיכת דרישת הכתב לפשוטה יותר.

שאלת החתימה על חוזה – האם מתקיים?

פס"ד 4 רובינשטיין נ' לביס

היה מדובר על חוזה על מכירת דירה. הקונה חתמה והחברה המוכרת (רובינשטיין) עדיין לא חתמה, התעורר סכסוך בין הצדדים לגבי המחיר (טעות של החברה – טעות סופר). המחיר נכון הוסכם על ידי שני הצדדים אך בחוזה עצמו הייתה טעות. הקונה התעקשה שהיא לא מוכנה לקנות בשום מחיר אחר חוץ מזה הכתוב בחוזה. החברה לא הסכימה לכך. ביה"מ קבע שדרישת הכתב יכולה להתקיים גם בלי חתימה,

לפחות בנסיבות המסויימות האלה. ברור למוכר שהייתה גמירת דעת, לכן השופט ח' כהן אומר שניתן להסתדר בלי חתימה, מתקיימת דרישת הכתב גם כך.

פס"ד זירות מקסים נ' ג'רבי:

זהו מקרה זהה כמעט לחלוטין לפס"ד 4, התעורר סכסוך בין הצדדים בסוגייה הזו. החברה רצתה לפי החוזה הכתוב שתהא הפרשי הצמדה, כשהקונה סירב, החברה ביטלה את החוזה.

סעיף 8 לחוק המקרקעין לא דורש חתימה לצורך קיום דרישת הכתב. **השופט בך** אמר שכאשר המחוקק רצה שדרישת הכתב תכלול גם חתימה, הוא כתב זאת במפורש, עם זאת ברגעים שלא תהא חתימה החוזה לא יהיה תקף משום גמירת הדעת של הצדדים. רוב בני האדם יודעים שחוזה נגמר כשהצדדים יושבים וחותמים, הרי שברוב המקרים זהו הסימן המובהק ביותר להתקיימות חוזה. היעדר חתימה ברוב המקרים יעיד שלא הייתה גמירת דעת כזו. חשוב לזכור, שיש סימנים שונים רבים חוץ מחתימה לצורך גמירת דעת. בפס"ד זה היו סימנים שונים לגמירת דעת: גבייה של כספים, הזמנה של הקונים לבחירת צבעים וכו'. סימנים אלו מעידים שהחברה ראתה שהחוזה גמור, כלומר נתקיימה גמירת דעת – והחוזה מחייב, כשאין אפשרות לסגת מחוזה זה.

פס"ד 7 בוטקובסקי נ' גת

יש חוזה כתוב שמכיל את הפרטים הדרושים, אך יש היעדר חתימה של הצדדים. **לדעת המרצה**, פס"ד זה בעייתי משום שלא היו סימנים המספיקים להתקיימות גמירת דעת.

ריכוד דרישת הכתב פתר את הבעייה המרכזית שביה"מ נתקל בה בעסקאות מקרקעין. בשלב נוסף של הריכוד שעשה ביה"מ,

עדיין היו מקרים בעייתיים, מבחינה שאנו חושבים שראוי להכיר בתוקף החוזה גם אם לא התקיימה דרישת הכתב אפילו במתכונת המרוככת שלה. ברוב המקרים אין בעייה כזו, משום שקיים זכרון דברים, אך קיימים מקרים שיש סיבה לכך שהמסמך לא מקיים את דרישת הכתב המינימלית.

הפסיקה קבעה צמצום היקף הפרטים במסמך הכתוב, אם כן מה קורה כאשר חלק מהפרטים הוסכמו בע"פ (לדוגמא, במקרה שבו המחיר נקבע כך – החוזה לא מתקיים).

דרישת הכתב – סיטואציות שביה"מ הכריע לגביהן:

1. אם הצדדים **הסכימו על כל הפרטים בכתב** – מתקיימת דרישת הכתב המהותית ולכן החוזה תקף.
2. אם הצדדים **הסכימו על חלק מהפרטים החיוניים בכתב וחלק בעל פה** – דרישת הכתב לא מתקיימת ולכן החוזה לא תקף.

3. אם הצדדים הסכימו על כל הפרטים החיוניים בכתב אך הסכימו על עוד פרטים (מועד התשלום,

העברת הבעלות וכו') בעל פה. הפסיקה קבעה שבמקרה כזה, לא מתקיימת דרישת הכתב – כל הפרטים שהוסכמו צריכים להיות בחוזה. החוזה לא תקף!

בכל זאת יש חריג, הפסיקה קבעה שאם המסמך הכתוב כולל מספיק פרטים והיו מספר הסכמות בעל פה אבל ההסכמות האלה זהות בתוכן שלהן להסדרים שהיינו מקבלים ממנגנוני ההשלמה – זה בסדר. לדוגמא, מועד התשלום ומועד המסירה של הנכס, אם הצדדים הסכימו שמועד התשלום היא תוך זמן סביר ומועד המסירה נתקיים במועד התשלום – החוזה מתקיים. **סעיף 23 לחוק המכר - חיובים מקבילים:**

”חובת המוכר למסור את הממכר וחובת הקונה לשלם את מחירו הם חיובים מקבילים שיש לקיימם בד בבד.”

מה קורה באותם מקרים שהם כאלה (2) – כמות ההסכמות במסמך היא מינימלית, לא מגיעה אפילו לסף הנמוך של דרישת הכתב המרוככת והיו הסכמות נוספות מחוץ למסמך? מקרים אלה מטילים צל של ספק לגמירת דעת. מה קורה וחסרים פרטים, אך מתקיימים יחסי אמון עמוקים בין הצדדים (לדוגמא, בני משפחה, בעל ואישה, יחסי חברות וכו') ואנו יכולים להבין מדוע לא התקיימה הדרישה הפורמלית? מהי התוצאה המניחה את הדעת במקרים כאלה? הפסיקה במקרים אלה ריכזה עוד יותר את דרישת הכתב, אלו מקרים מועטים ומיוחדים מאוד, והיא מגשרת בין הפער לתוצאה הנדרשת לתוצאה המתחייבת מדרישת הכתב המהותית.

פס"ד 97/475 אהרונב נ' אהרונב:

מדובר על בני זוג נשואים (נישואיים שניים). הבעל מנישואי הקודמים, היה לו כסף ממכירת הדירה הקודמת, ולאישה הייתה דירה והוסכם בין הצדדים שהבעל ישפץ את הדירה של האישה בכספים שיש לו ובתמורה יקבל מחצית מהדירה. מכיוון שהם בני זוג נשואים, לא היה תהליך פורמלי, אך נעשה פתק שכתוב בו "הסכם – תאריך. אנו חותמים מטה, האישה והבעל... כל מה שצריך.. אני מסכימה... שמחצית הדירה תהא... שווה בשווה... +חתימה." השיפוץ יצאה לדרך ולקח בערך שנה, כשבסופו דרש הבעל שהאישה תאשר בכתב את התקיימות החוזה ביניהם. האישה אכן עשתה זאת וחתמה ולאחר מכן זרקה אותו מהבית. בעקבות הסכסוך, האישה סירבה להעביר לשמו מחצית מהדירה, **לטענת האישה** – ההסכם לא מקיים את דרישת סעיף 8 לחוק המקרקעין משום שחסרים שני פרטים מהותיים: תיאור הנכס (שום פרט מזהה) והפרט החשוב יותר – היעדר מחיר (כתוב שהבעל ישקיע כמה שצריך). ביה"מ אומר שאת פרט תיאור הנכס ניתן לברר באמצעות ראיות חיצוניות (משום שיש לה דירה אחת), אך יש פה חידוש בכך שעד היום הגישה הייתה שכל האינפורמציה כדי שדרישת כתב מהותית תתקיים, צריכה לנבוע מהחוזה ולכל היותר מהשלמות נורמטיביות מהחוק, ואילו פה ביה"מ **מסכים להשלים את הפרטים מתוך עדויות וראיות חיצוניות, השלמה פרטית עובדתית מחוץ למסמך עצמו**. עמדת ביה"מ במקרה הנ"ל הולכת לכיוון דרישת כתב ראייתית. בחוזה לא נכתב תמורה בחוזה עצמו, אין מחיר מוגדר. בפסיקה קודמת נאמר שאם במועד כריתת החוזה הקונה משלם, הרי שהחיוב בוצע, לכן לא יכולה להתעורר מחלוקת לגבי התשלום גם אם לא מפורט המחיר עצמו בחוזה. ביה"מ כותב בפס"ד זה כך, "ייתאמר מיד.. אם ניצב המסמך עצמו לבדו, לא היה מנוס מן המסקנה שהוא לוקה בהיעדר התנאה מספקת בשיעור התמורה.. קיומו של פגם כזה לא עולה בקנה אחד עם סעיף 8 לחוק המקרקעין.. פגם כזה לא ניתן לתיקון, מחד אין הוא ניתן להשלימו

נורמטיבית, מאידך – אין הוא ניתן להוכחה בראיות חיצוניות... (כי זו דרישת כתב מהותית).. אולם פגם כזה ניתן לתיקון באמצעות המסמך הנוסף... המסמך הראשון לקה בפגם... המסמך השני בא ותיקן את הפגם.. " המסמך שנעשה בין הצדדים לאחר שנה השלים את החסר של המסמך הראשון, בניגוד לדרישה שהפרטים יתקיימו בעת כריתת החוזה. ביה"מ מטשטש את ההבדל בין דרישת כתב מהותית לראייתית.

פס"ד 88\380 טוקאן נ' אלנשיבי:

סיטואציה משפחתית – דודה זקנה ואחיין. הדודה התחייבה לאחיין במסמך מסויים שאם הוא ידאג לה לעת זקנתה, היא תיתן לו נכס מקרקעין שבבעלותה. לאחר מכן, הדודה מכרה את הנכס למישהו. השאלה שהתעוררה היא לגבי תוקף ההתחייבות. השופט בדן כותב על דרישת הכתב: "...נוכל אם כן לסכם, כי דרישת הכתב במקרקעין היא מהותית במובן זה שללא מסמך בכתב המעיד על קיום עסקה במקרקעין, העסקה איננה תקפה ולא ניתן להוכיח את קיומה בדרכים חלופיות. עם זאת, אין המסמך צריך לגלם את העסקה עצמה אלא מעיד..." יש כאן לשון ראייתית מובהקת. לטענתו של בדן, הכתב נועד להוכיח את החוזה ולא חייב בעצם להיות עצמו – כלומר מסמך החוזה יכול להיכתב מאוחר יותר.

פס"ד קלמר נ' גיא:

אין בכלל חוזה בכתב, יש כמה מסמכים (בקשה להיתר בנייה, מסמכי פתיחת חשבון בנק משותף), אך אף אחד מהם לא מתיימר להיות חוזה. המסמכים האלה הם ראיות להתקיימות חוזה, תהליך הביצוע של החוזה השאיר עקבות של מסמכים כתובים. החוזה נעשה בעל פה. בשלב האחרון של ביצוע החוזה, מועד התשלום - החוזה נתקע. כאשר חוזה שיש לגבי דרישת כתב מהותית, אם הביצוע מחייב לעבור דרך רשויות מסויימות – החוזה ייתקע. הקונים "גיא" הגיעה תביעה לאכיפת החוזה. קלמר אומר שלא היה חוזה בכתב לכן לא התקיימו התנאים של סעיף 8 בחוק המקרקעין. קלמר סירב לקיים את החוזה משום שבשעה שכתרו את החוזה בעל פה, יש להניח שמחיר הקרקע היה זהה למחיר הבנייה על הקרקע, עלויות הבנייה היו שוות לעלות הקרקע, בינתיים עד שההסתיימה הבנייה מחיר הקרקע עלה אך עלות הבנייה נותרה כפי שהיא. כלומר, קלמר ירוויח מהפרשים, בכך שייסוג מהחוזה ולכל היותר ישלם את עלות הבנייה. ביה"מ קבע אכיפה, החוזה תקף, אך יש הבדל בהנמקות של השופטים.

שיעור 11 (גלברד):

נושא השיעור – עיקרון תום הלב ודרישת הכתב המהותית:

פס"ד קלמר נ' גיא:

השופט זמיר אומר שבית המשפט המחוזי אכף את החוזה מתוקף הסתמכות על עיקרון תום הלב במו"מ. השאלה האם ניתן להתגבר על פגם בדרישת כתב מהותית, על חסרונו של חוזה בכתב, זוהי שאלה שאין לה

תשובה לטענת זמיר ובוחר לא להשיב עליה כעת. יש גישה בפסיקה שלא קבעה הלכה, שאומרת שגם אם לא התקיימה דרישת כתב מהותית, במצבים מסויימים להתגבר על זה באמצעות תום לב.

ברק הגה את המושג "תום לב או כתב" – עדיפות עיקרון תום הלב.

זמיר לא רוצה להכריע מפני ש"בלי לשלול דרך זו, אני מעדיף להשאירה פתוחה וללכת בדרך המלך... שחוק המקרקעין מתנה דרך הכתב...". הוא סוקר את ריכוך דרישת הכתב במהלך השנים ובאיזה אופן (היקף הפרטים צומצם מאוד, הפסיקה קבעה שאפשר להשתמש גם במסמכים מאוחרים יותר – פס"ד אהרונוב). עד פס"ד זה הגישה המקובלת הייתה שישנה דרישה בכתב ולא מכירים בחוזה ללא מסמך בכתב, **כאן נעשה צעד נוסף לריכוך דרישת הכתב**. זמיר מצטט את דרישת הכתב המהותית במילים ראייתיות **מפס"ד בד**. לאחר כל זאת, הוא אוסף פרטים ממסמכים מאוחרים, **עם זאת** הוא אומר שלא ניתן לדלות מהם את כל הפרטים של החוזה. התמורה לא משולמת בכסף אלא בבנייה, חוזה בעניין קנייני לעומת חוזה קומבינציה (ניתן בזול או יקר, איזה חלקים מהבנוי הוא חלק מהבנייה, מה המפרט הטכני של הבנייה). רמת הפירוט הזאת לא ניתנת לדלות מהמסמכים שיש בידו.

ביצוע חלקי של עסקה במקרקעין – זמיר מביא גישה שאומרת, **שמטרת דרישת הכתב להבטיח את רצינות הצדדים ולהוכיח את התקיימות החוזה**. **המטרות האלה** יכולות להיות מושגות במטרות אחרות – ביצוע בפועל של החוזה. אם הצדדים מבצעים את ההתחייבות בפועל, מה יכול יותר להעיד על רצינותם. ביצוע בפועל הוא בוודאי טוב לפחות מכתב. ההוכחה של הביצוע מוכיחה את התקיימות החוזה. כשיש בחוק דרישת צורה ודרישה זו לא קוימה, ביצוע בפועל ממלא את אותן תכליות ולכן הוא בא במקומה, אם כי בחו"ל (אנגליה ארה"ב וכו') הדוקטרינה הזאת משתמשים בה להתגבר על חסר בדרישת כתב ראייתית. פה זמיר מאמץ את הדוקטרינה הזאת למשפט הישראלי לגבי דרישת כתב מהותית, זוהי עמדתו, וזהו חידוש מעניין, אך הוא לא ההלכה (השופטים האחרים הולכים בדרך אחרת), אך ישנה השפעה גם לדעות יחיד.

סעיף 12 – עיקרון תום הלב.

בתזכיר חוק דיני ממונות הכניסו סעיף שהייתה דרישה צורה מסויימת לתוקף של חוזה, ודרישה זו לא קויימה – אבל החוזה בוצע בפועל, כולו או לפחות בחלקו הגדול (המהותי), יבוא הביצוע במקום דרישת הצורה. הדוקטרינה שמשמשת בה זמיר, מעוגנת כסעיף מפורש בתזכיר דיני הממונות – שהוא לא חוק עדיין!

מה ההבדל בין הגישה של זמיר לעמדות השופטים האחרים?

לפי זמיר, טכניקת הביצוע לא תעבוד כשהחוזה לא בוצע – לא יהיה פיתרון, **הדוקטרינה של ברק וגולדברג** אולי כן תביא לפיתרון (כאשר החוזה לא בוצע בפועל).

ברק אומר – להגיד שדרישת הכתב קויימה כאן, היא אמירה מלאכותית. לא ברור למה זמיר רצה לומר שדרישת הכתב קויימה, הוא יכל להשתמש בדוקטרינה של ביצוע בפועל להחליף את דרישת הכתב. הוא ניסה "לרקוד" על שתי החתונות. לעמדת ברק, החוזה נעשה בעל פה והמסמכים שנעשו אחר כך הם לא חוזים – לכן לא נעשתה עסקה במקרקעין. הדרך להתגבר על כך, היא תום לב (או כתב). במצבים שבהם החוזה לא נעשה בכתב ויש ניסיון לברוח מהחוזה על ידי אחד הצדדים בנסיבות של חוסר תום לב חמור, הדוקטרינה הזאת לא תיכנס לתוקף (של ברק). רק שנלווה חוסר תום לב קיצוני של אחד הצדדים, הצד שרוצה להסתמך על היעדר מסמך בכתב – לא יוכל לצאת מקיום החוזה. חוסר תום לב קיצוני, "זעקת חוסר ההגינות" כלשון פסק הדין, תום לב או כתב – תום לב עדיף. במקרים קיצוניים כאלה, החוזה יהיה תקף גם אם יש דרישת כתב מהותית, גם אם הוא נעשה בעל פה.

השופט גולדברג מצטרף לברק לאחר היסוסים רבים, משום שזה עלול לפתוח פתח לחיסול סופי של דרישת הכתב המהותית (לאחר שכבר רוככה בעבר) ומכיר בחוזה שנעשה בעל פה. כנגד זה, מזהירים שני השופטים, שעל אף שהם קובעים הלכה כזו ניתן להשתמש בה במקרים נדירים ביותר – "במקרים עולה בהם זעקת ההגינות". יחד עם זאת, המציאות מוכיחה שאזהרה זאת נלקחה ברצינות על ידי בית המשפט בשנים שלאחר מכן, בשנים הללו יש עשרות תיקים שבהם צדדים ניסו להסתמך על הלכת קלמר נ' גיא, אך אין אף פסק דין שזה התקבל בבית המשפט העליון, ובבתי המשפט המחוזיים יש רק שני פס"דים שהתשמשו בהלכת קלמר והתקבלו.

חשוב לזכור, שמדובר על חוזה בעניין קנייני ולא בכל חוזה, הרי שחוזה קנייני צריך להיעשות על ידי מסמך בכתב ולא בעל פה כפי שנעשה במקרה הנ"ל.

ההלכות שנקבעו בפסיקה ביחס **לסעיף 8 לחוק המקרקעין**, בתי המשפט מחילים את ההלכות הללו בשינויים מתחייבים גם על דרישות כתב מהותיות בחוזים אחרים של חוזים. למשל, דרישת הכתב בחוק המתווכים במקרקעין, יש מספר פס"דים שהחלו את ההלכה של קלמר נ' גיא, כלומר גם אם לא היה דרישה קיצונית הכניסו את עיקרון תום הלב.

השאלה: איך בחוק דיני ממונות הכניסו את דוקטרינה של ביצוע בפועל ולא את תום הלב?

התשובה: ההנחה של מנסחי החוק, שהפסיקה שהייתה קיימת עד החוק תהא רלוונטית גם אחרי זה, חוק דיני הממונות רק ירחיב במקרים רלוונטיים. כלומר יהיו שתי דרכים להתמודד עם בעיית הכתב.

לגבי **זכרון דברים**, עולה **השאלה**: מה מעמדו של "זכרון דברים"?

התשובה: **פס"ד רבינאי** - בפסיקה של **ברק**. זכרון דברים יכול להיות חוזה או לא, אין משהו באמצע, אין קצת חוזה, חוזה חלש וכיוצא בזה. אם זה חוזה, הוא מחייב, ואם לא – הוא לא מחייב. אם כן, התשובה היא תלוי, בכללים הרגילים הנדרשים שיהיה חוזה (הצעה, קיבול, גמירת דעת, אם יש דרישת כתב מהותית בנושא זה). זכרון הדברים נבדק כמו כל חוזה אחר. הפסיקה קבעה שהכותרת של המסמך, החשיבות שלה היא מינימלית, הכותרת לא מהווה את מהות המסמך. לעיתים הכותרת מביעה שאין גמירת דעת בין הצדדים, יש צורך לבדוק בדיקה מהותית, הכותרת לא מעלה ולא מורידה. אם היא מעלה שיש גמירת דעת, יש לבדוק את התנהגות הצדדים בעת כריתת החוזה, חתימות, רמת הפירוט וכו'. זכרון הדברים לעיתים נעשה כנוהג קיים, שעדיין לא מחייב, אלא מטעמי נוחות מעלים על הכתב **בתהליך של גמירת דעת**.

פס"ד דור אנרגיה ביה"מ שחשב שאין גמירת דעת למרות שהייתה חתימה, כלומר סימן שלא די בחתימה, אלא יש צורך בפרטים נוספים, על מנת שיהיה חוזה תקף צריך להיות **מסויים** דיו (רמת המסויימות), מהות העסקה ופרטיה – וזהו הדין בדרישת הכתב.

גמירת דעת נבדקת בזכרון דברים כפי שנבדק בחוזה, **השופט ברק** דן **פס"ד רבינאי** – לפעמים בזכרון הדברים יש סעיף, לא חייב להיות למרות שבמציאות מתקיים, שהוא מנסחו "כנוסחת הקשר", שאומרת לפי ברק שבהרבה מקרים בזכרון הדברים יש סעיף שהצדדים מתייחסים בדרך כזו או אחרת בקשר בין זכרון הדברים לבין החוזה המפורט שהם מתכוונים לעשות בעתיד. נוסחת הקשר יכולה ללבוש כל מיני צורות, לפעמים נוסחה זו (שלא חייבת להיות) יוצרת הבעת עמדה מפורשת של הצדדים לגבי עד כמה זכרון הדברים מחייב אותם לפני שנכרת החוזה המפורט. השאלה של ברק, מה קורה כשנוסחת הקשר היא בעלת אופי נייטרלי, לא מעידה כלום באופן ברור ומפורש על כוונת הצדדים על גמירת הדעת שלהם. ברק מציג את השאלה – האם צריך לחשוב שעצם קיומה של נוסחת קשר מעידה על חוסר גמירת דעת, שאם הצדדים רואים עצמם מחייבים בזכרון הדברים למה צריך חוזה מפורט, ואם הם רוצים לעשות חוזה מפורט אולי

משום שהם לא רואים עצמם מחוייבים בחוזה. התשובה היא לא. ברק אומר שניסיון החיים מוכיח שזה לא נכון, אלא הפוך – זכרון הדברים אומר שהצדדים רוצים לקשור עצמם עכשיו, אלא הם מודעים שמדובר בחוזה מורכב ומסובך ושרצוי שהחוזה ייעשה על ידי מקצוען, לכן הם רוצים גם חוזה מפורט, זה לא אומר שהם לא רואים את עצמם מחוייבים כבר עכשיו – אך הם רוצים גם חוזה מפורט, שייעשה חיים קלים במימוש של החוזה. החוזה המפורט יאפשר לבצע את החוזה בצורה יותר חלקה, שכן הוא כולל לא רק את הפרטים הכלליים אלא גם הוראות מפורטות של ביצוע של החוזה. הצדדים רוצים שהעסקה לא רק תהא מחייבת אלא גם שתבצע בפועל, לכן עצם קיומה של נוסחת הקשר איננה שוללת את ההנחה או המסקנה שיש גמירת דעת כבר בזכרון הדברים אך גם לא מבססת זאת. צריך לבדוק את גמירת הדעת במנותק לנוסחת הקשר, ועצם הימצאותה של נוסחת הקשר לא פוגמת במסקנה של גמירת דעת אם המכלול מראה זאת.

אם מגיעים למסקנה שזכרון דברים יש לו תוקף של חוזה מחייב, והצדדים התכוונו תוך זמן מסויים לקיים חוזה מפורט, והיחסים מתפוצצים והם לא כורתים חוזה מפורט, זכרון הדברים תקף ומחייב אותם – ויש צורך לבצע את אשר נקבע, החוזה יבוצע. אם אחד הצדדים מעוניין בקיום של החוזה, הוא יוכל לאכוף אותו על הצד האחר. אם לעומת זאת, כעבור זמן מסויים נכרת זכרון הדברים, והצדדים כורתים חוזה מפורט – הוא נבלע בתוך החוזה המאוחר, ואז הצדדים יחיו מכאן ולהבא מכוח הוראות החוזה, שיכולות להיות זהות או שונות, שמחליף את זכרון הדברים (שמהווה טיוטה במקרה הנ"ל). **חשוב לזכור, הסכמה מאוחרת גוברת על הסכמה קודמת.**

כמו-כן, גמירת דעת נבחנת על פי מכלול שלם של נסיבות.

לסיכום, זכרון דברים יכול להיות חוזה או תהליך של גמירת דעת (לא חוזה).

נושא חדש – משא ומתן: מהם הכללים המשפטיים שחלים?

הצעה וקיבול הם משא ומתן. אם פנייה של אדם לחברו (סעיף 2) מעידה על גמירת דעת וגם מסויימת, ויש פנייה שלא מעידה על גמירת דעת היא לא הצעה אך היא פנייה, כלומר חלק ממשא ומתן. אם אדם פונה בהצעה, אך רוצה לשנות, הניצע הופך למציע, התשובה שלו עכשיו היא הצעה. אם כן, תהליך זה של הצעה וקיבול בין הצדדים הוא משא ומתן. למעשה, כל חוזה כך עולה, נכרת על ידי משא ומתן בין הצדדים (אם קצר או ארוך). האם יש חשיבות משפטית למשא ומתן? התשובה – כן, משום שיש כללים שחלים במשא ומתן (בלי קשר לתוצאות של המשא ומתן עצמו), המשא ומתן נותן פרשנות על החוזה שנכרת. התהליך שופך אור על הפרשנות של הטקסט החוזי.

סעיף 12- משא ומתן.

שיעור 12 (גלברד):

נושא השיעור – משא ומתן: מהם הכללים המשפטיים שחלים?

סעיף 12- משא ומתן.

המו"מ הוא שלב טרום חוזי ובמשך שנים רבות לא חלו על השלב הזה נורמות מדיני החוזים, אך.

עמידר נ' אהרון:

עובדות:

משא ומתן בין עמידר ואהרון: אהרון היה עולה חדש והוא רצה לשכור חנות כדי להקים בה מסגרייה. חברת עמידר, שעוסקת בהשכרה של נכסי מקרקעין, משכירה לו חנות כדי לנהל שם מסגרייה, ולא רק זאת – בחוזה כתוב שהוא יכול לנהל מסגרייה בלבד. כאשר הוא מתחיל לעבוד, כנראה שהוא עושה רעש לשכנים ומגיע פקח של העירייה שאומר לו שלפי תוכנית מתאר לא ניתן לפעול שם במסגרת כזו. בנוסף הוא גם מוגשת כלפיו תביעה בפלילים.

עילתו של אהרון לתביעה נ' עמידר היא **רשלנות**, שבה נכנס מסירת מידע לא נכון בשלב משא ומתן (גם אם אין היא מכוונת). סעיף 56 לפקודת הנזיקין מקים עילה נוספת – עוולה פרטיקולרית שנקראת תרמית, שכתוב "היצג כוזב של עובדה בידיעה שהיא כוזבת" צריך כוונה לרמות "או באין ידיעה באמיתותה או מתוך קלות ראש" מצב של פזיזות ולא זדון "כשלא אכפת למציג אם אמת היא או כוזב... כוונה להטעות את התובע.. סבל מכך נזק ממון" אם הייתה כוונת הטעייה, התובע פעל לפי הטעייה זו ונגרם לו נזק – העוולה הזאת נכנסת. העוולה הזאת לא נכנסת בפס"ד זה, היא אמנם לא סיפרה לתובע את העובדות, אך לא הייתה לה כוונה להטעות.

מצג שווא רשלני זה פיתוח של הפסיקה של תת מצב או מקרה של עוולת הרשלנות הכללית (לא מופיע בחקיקה). דיני הנזיקין הסדירו מצבי הטעייה או מצבי מסירת מידע לא נכון של משא ומתן (כשמתקיימים התנאים של עוולת הרשלנות או התרמית).

כשחוק חוק החוזים הכללי, נחקקה לראשונה נורמה חוזית בתוכו שעוסקת במו"מ והוא סעיף 12. מאז 1973 יש לנו נורמה חוזית. עוולת התרמית והרשלנות לא בוטלו, הפסיקה של מצג שווא רשלני עדיין קיימת, אך העילה החוזית בדיני החוזים היא כל כך רחבה מבחינת המצבים שהיא חלה עליהם וגם בהיקף התרופות כך שהיא מייטרת את העילות האחרות. כמעט שאין פסקי דין שמשתמשים בעילות אחרות מחוץ לסעיף 12 של חוק החוזים. על-כן, נתרכז בסעיף 12.

מבנה סעיף 12:

(א) נורמה כללית – היא פתוחה, לא ספציפית, בעלת מרקם פתוח (דומה לעוולת מסגרת)

(ב) סנקציה (תרופה).

הלכות שנקבעו לאורך השנים לגבי הסעיף:

1. **סעיף 12 חל על כל משא ומתן** – הסעיף הוא חידוש של חוק החוזים, המקור שלו במשפט הגרמני (תום לב מגיע ממנו). המשמעות המרכזית של חובת תום הלב במו"מ לפי המשפט הגרמני היא לגבי המצב שבו בגלל חוסר תום לב של אחד הצדדים בזמן משא ומתן לא נכרת החוזה. אם הופרה חובת תום הלב יש השלכות שונות – פיצוץ המו"מ או כריתתו של אותו חוזה למרות זאת. **התחולה של הסעיף חלה גם אם נכרת או חוזה ובין אם לאו.**

2. **התחולה של הסעיף היא לכל אורכו של המשא ומתן** – מתחילתו עד סופו, אם כי לא בכל שלב של המשא ומתן עוצמת הנורמה היא אותו דבר (או פועלת באותו אופן). ככל שהמו"מ מתקדם יותר עוצמת הנורמה חזקה יותר. **לדוגמא**, פרישה ממו"מ בחוסר תום לב - ברוב המצבים פרישה היא לגיטימית אך יש מצבים שבהם אופן הפרישה ייחשב לחוסר תום לב. אם אנחנו בשלב ראשוני של המשא ומתן לא תיחשב הפרישה כחוסר תום לב, הרי שאין הסתמכות של הצד האחר, אין עלויות ולכן נראה כי לגיטימי לפרוש מסיבות שרירותיות לחלוטין.

3. עולה מתוך פס"ד פנידר נ' קסטרו – **על מי חלה החובה לנהל משא ומתן בדרך מקובלת ובתום לב?** התשובה היא על שני הצדדים. החובה חלה על כל מי שמנהל מו"מ ולא משנה באיזה תפקיד הוא, לדוגמא - מטעם תאגיד, צד עתידי לחוזה, שלוח (עו"ד, נאמן) וכו'. הכוונה לכל מי שלוקח חלק בשלב משא ומתן. **מדוע לא חלה רק על הצדדים למשא ומתן?**

- משום **שלא יהיה דרך לעקוף** את אותו משא ומתן – ניסיון התחמקות.
- סיבה טכנית לשונית – **בסעיף 12** חלה החובה **על אדם**, כשבסעיפים הקודמים מדברים על מציע ועל ניצע, לאחר שנכרת מדובר על חייב ועל נושה.

פס"ד פנידר נ' קסטרו:

העובדות:

פניני ניהל מטעם פנידר חוזה לרכישת דירה, הוא לא גילה לקסטרו עובדות מסוימות – שהחברה איננה בעלת המקרקעין שעליהם הייתה אמורה להיבנות הדירה, קשיים כלכליים של החברה. הוא הפר חובת גילוי, אך פניני איננו צד לחוזה – החוזה הוא בין פנידר לבין קסטרו. התביעה מוגשת נגד פניני כמי שניהל את המו"מ. מבחינה פרקטית התביעה הוגשה גם כלפי פניני וגם כלפי פנידר, החבות של מי שניהל מו"מ אם מופרת חובת תום הלב היא על השליח והן על השולח. פנידר וודאית אחראית, אך מדוע פניני גם אחראי? השאלה היא למה לתבוע אותו.

התשובה – כדי להוציא מפניני כסף, החברה מצוייה בפירוק וכשזו במצב זה – הנושים הלא מובטחים מקבלים רק אחוז קטן מהחוב שלהם אם בכלל (15 אחוזים). קסטרו לא מסתפקת ב-15 אחוזים מהכסף שלה, לכן מנהלת תביעה נגד פניני בנוסף. כאשר יש קושי גבייה, מאוד כדאי לתבוע גם את השלוח.

בית המשפט קובע שיש חובה. השאלה – על מי חלה אותה חובה? לכאורה, על פי דיני השליחות, כל הזכויות והחובות שנובעים מהמו"מ או מהחוזה הנכרת זורמים אל השולח בלבד ולא אל השלוח. עם זאת, שמגר אומר שהחובה הנובעת מחובת תום הלב לא נפרדת מהשלוח עצמו. לא רוצים להגיע לפטירת אחריותו של השלוח. שמגר מעלה סוגייה נוספת, לפי דיני השליחות השלוח חייב חובות נאמנות כלפי השלוח ולפעול על פיו הוראותיו (לפי סעיף 8 לחוק השליחות). אם השלוח נתן הנחיות כיצד לנהל את

המו"מ והנחיות אלו יקויימו והיה גם חוסר תום לב, אז נוצר קונפליקט. לדוגמא, השלוח מונחה להגין שבית תקין, כאשר במציאות לא כך הדבר. אם השלוח לא יקיים את הנחיות השולח אז יש סנקציה לפי החוק "זכאי השולח לתרופות בשל הפרת חוזה" כאילו הפר השלוח כלפי השולח חוזה. עם זאת, שמגר אומר שאם אותו שלוח יקיים את הוראות השולח, הוא יחוייב בפיצויים כלפי צד שני – כלומר מכל דרך שיתנהג בה הוא בבעייה. האם השלוח יכול להתגונן?

התשובה היא שלילית, החובה של יחסי שולח-שלוח לא יוצרת חסינות בדבר חוסר תום לב כלפי צד שני. ברור שהפיתרון הטוב ביותר, אם מוטלת שליחות שמפרה נורמה משפטית, הוא לא לקיים את השליחות הזאת (לא יעיל מבחינה רווחית של השלוח).

החידושים של פס"ד פנידר:

- ☒ החובה (או התוצאות של הפרת החובה) חלה גם על השלוח מלבד השולח.
- ☒ חובת הנאמנות של השלוח כלפי השולח לא תשמש לו טענת הגנה טובה כנגד תביעת הצד השני על הפרת חובת תום הלב במשא ומתן.

חשוב לדעת, פניני המנהל מתנהג כשלוח כי בכל מקרה שתאגיד הוא צד לחוזה, הרי שאדם צריך לעמוד בראשו.

איך צריך לפרש את הביטוי "דרך מקובלת ובתום לב"? בשנים הראשונות של סעיף 12 קבעה הפסיקה שבגלל **שהנורמה היא פתוחה** (המחוקק הכניס אותה בכוונה באופן הזה) – מאוד כללית (ומשתנה), המשמעות הקונקרטית של הביטוי מהווה תהליך אבולוציוני והדרגתי שיוטווה באופן כללי מתי מופרת חובת תום לב ומתי לא (לאורך הפסיקות העתידיות). בנוסף, קבע בית המשפט שאת ההכרעה אם התנהגות מסויימת עומדת או לא בסטנדרט צריך לעשות על פי מבחנים אובייקטיביים. הדבר הזה נקבע לראשונה בסעיף 39 אבל זאת אותה חובה (ההבדל הוא סך הכל בזמנים – השלבים השונים). ביחס לסעיף 39 קבע בית המשפט **בג"צ שירותי תחבורה ארציים ב"ש נ' בית הזין הארצי לעבודה**, שאין היגיון שקנה המידה יהיה סובייקטיבי מכיוון שיש אנשים בעלי אמות מידה מעוותות.

אם קנה המידה הוא אובייקטיבי, אז מה ההבדל בין "דרך מקובלת" לבין "תום לב"?

הפסיקה רוקנה את הביטוי "דרך מקובלת" מכל משמעות ומתייחסת רק לתום לב.

מסקנה – תום הלב הוא הרף.

חובת תום הלב במו"מ, כך נקבע בפסיקה, היא **חובה קוגנטית** (לא ניתנת להתנייה) למרות שרוב או כל הוראות פרק א' הן דיספוזיטיביות.

פס"ד בית יוליס נ' רביב (מס' 3 בסילבוס):

העובדות:

עלתה השאלה – האם במכרז שעושה אדם פרטי, לא רשות ממשלתית, הוא חייב לפעול בשיוויון בין המשתתפים במכרז (או שרשאי להעדיף מישהו).

הייתה מחלוקת בין השופטים לגבי הסוגייה הנ"ל. עם זאת, **כל השופטים הסכימו** שאם בעל המכרז בתנאי מסגרת המכרז קובע במפורש שהוא חייב לנהוג בשיוויון – אז הוא צריך לפעול בשיוויון.

למה שני שופטים חשבו שיש לנהוג בשיוויון במכרז פרטי? הבסיס לטענתם הוא סעיף 12. שופטים אלו מסכימים שאם בעל המכרז קבע מראש בתנאי המכרז שהוא לא מחוייב לשיוויון, גם הם הסכימו שהוא לא חייב בשיוויון. אם חובת השיוויון נגזרת מסעיף 12, אחת מהחובות הקונקרטיות של תום הלב, איך ניתן להתנות עליה? (תום לב הרי הוא קוגנטי)

התשובה הלא מספקת - לדעת גלברד, לפי שמגר: "חובת תום הלב היא קוגנטית רק בעיקרה" זהו הסבר לא כל כך טוב.

במקרה של לרמות, עצם ההתנהגות יש בה פסול מוסרי ואם אני אתנה על זה, זה לא יהפוך לתקין מבחינה מוסרית. עם זאת, החובה לנהוג בשיוויון אין לה כל קדושה במשפט הפרטי.

ברגע שאמרתי מכרז – ההבנה שנלווית לכך היא שיוויון לכל המשתתפים, אחרת זה הופך משא ומתן סימולטני רב משתתפים. יצירת ציפייה לשיוויון כאשר אין באמת שיוויון היא דבר פסול.

שיעור 13 (גלברד):

נושא השיעור – משא ומתן (המשד):

בשיעור הקודם דיברנו על חובת תום הלב בסעיף 12 והנושא האחרון היה הקוגנטיות של חובת תום הלב, שאינה ניתנת להתנייה. מהו היחס בין סעיף 12, העילה, לבין העילות של פרק ב' שעוסקות בפגמים בכריתת חוזה. השאלה הזאת רלוונטית למצבים שבהם הייתה הפרה של תום לב בשלב המו"מ ונכרת חוזה, ואז מתעוררת שאלת היחס בין סעיף 12 לטעות הטעייה ועושה. גם סעיף 12 עוסק במו"מ וגם העילות שהוזכרו עוסקות כולן במצבים טרום חוזיים שבעקבותיהם נכרת חוזה. על בסיס הטעות נכרת החוזה (כנ"ל לגבי הטעייה ועושה) – התרחשויות טרום חוזיות, אלא שלאחריהן נכרת החוזה. כאשר מדובר בפגם בכריתתה, הדבר מאפשר את ביטול החוזה.

מה היחס בין העילות הללו?

כמעט כל המצבים שמהווים פגם בכריתתה באופן טבעי ואוטומטי יהיו גם הפרה של חובת תום הלב. כאשר מישוהו עשק את הצד האחר – זה מהווה הפרה של תום הלב, זאת התנהגות לא הגונה ולא מוסרית, כנ"ל לגבי כפייה והטעייה. הנושא של טעות יותר מורכב, משום שכוללת גם מצבים שאין הפרה של עיקרון תום הלב, סעיף 14 – טעות שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה, שכאן אין הפרה של תום הלב. סעיף 14 (א) – טעות שהיא רשלנות אבל לא בהכרח הפרה של תום לב.

השאלה: האם צריך את כפל העילה הזאת (סעיף 12 והסעיפים האחרים המדברים על עושה, הטעייה, כפייה)?

התשובה היא חיובית משום שהתרופות שונות. הנפגע (מי שהוטעה, נכפה, נעשק) ישתמש בעילה הנוספת כדי לקבל פיתרון להוצאות נוספות שהיו תוצרו של החוזה הפגום. השבה היא מה שנתתי לצד האחר, ניתן

לקבל לפי סעיף 12 (ב) במצטבר תרופות נוספות. העילות הנ"ל לא סותרות אחת השנייה, אחת נועדה לביטול החוזה או השבה והשנייה – לקבל תרופות על נזקים שנגרמו בעקבות החוזה.

מתקיים יחס מיוחד מעבר למה שנאמר עד כה, בין העילה של 12 לעילה של 15 (הטעייה). סעיף 15 מגדיר הטעייה – אקטיבית (מסירת מידע לא נכון, שקרי לצד האחר) או פסיבית (אי גילוי מידע). **השאלה:** מהן מקורות החובה לגילוי מידע שכדי שתייה הטעייה?

התשובה: המקורות לבסס טענה של הטעייה - על פי דין, נוהג ונסיבות (לפי סעיף 15 – הגדרת הטעייה). ישנם שורה של דיני ספציפיים של חובת גילוי, לדוגמא, חוק הערבות, חוק הבנקאות. ישנו דין של חובת גילוי כללי שהוא סעיף 12 – אמנם לא נאמר במפורש הטעייה (אל הפרת תום לב), אך הפסיקה קבעה שאחת מן המשמעויות המרכזיות היא חובה למסור מידע. סעיף 12 יכול לשמש מקור חובה לטענת הטעייה במחדל.

השאלה: לאור הנאמר לעיל, האם כל הפרה של חובת תום לב היא גם פגם בכריתה? (שאלה של יחס הפוך).

התשובה: שלילית, כל המצבים של פגם בכריתה יוצאים מנקודת הנחה שנכרת חוזה ואילו הפרת תום לב היא כאשר לא נכרת חוזה. פגמים בכריתה אלו 4 מצבים ספציפיים וקונקרטיים – רשימה סגורה, ואילו הפרת תום לב היא רשימה פתוחה.

סעיף 14 (ד) – כדאיות העסקה: חל על טעות וגם על הטעייה.

פס"ד גנץ נ' כץ:

הטענה שהייתה טענת עושק שנדחתה במחוזי. בביה"מ העליון שוב נדחתה טענת העושק משום שלא מתקיימים כל יסודות העילה (שהם מצטברים), ישנם **לפחות 2 יסודות** שנראים חשודים או בעייתיים בעילת העושק שלא בהכרח מתקיימים במקרה הזה –

1. **רמת המצוקה** – יש צורך ברמה מאוד גבוהה של הנעשק. הייתה מצוקה, היה לחץ גדולה, אך לא בטוח שזאת רמה מצוקה מספיק גבוהה כדי לבסס תנאי עושק.
2. האם **תנאי החוזה גרועים** מעל המקובל? **רוב השופטים** לא היו משוכנעים שהתנאים היו גרועים באופן חריג ומעבר למקובל, למרות שמדובר על 100 אלף דולר לחוזה שדכנות. כולם מסכימים שזה תנאים גרועים, אך לא ברור האם מעבר למקובל.

עם זאת, **השופט קדמי** הולך בקו אחר ואומר שישנה הפרה של חובת תום הלב. **שופטי הרוב** אומרים שאם לא הצלחת להוכיח את התנאים של עושק, הטעייה או כפייה – לא ניתן לתבוע גם בעילה של הפרת חובת תום הלב. זהו נימוק בעייתי משום **שמדובר ב-2 סעדים שונים** בעילות שונות (סעיף 12 לעומת סעיף 18 והילך).

חשוב לדעת, כאשר אי אפשר להשיב את המצב לקדמותו (סעד האכיפה על סעיף 12 לדוגמא) – משיבים את הערך הכספי.

חובת גילוי – **פס"ד ספקטור נ' צרפתי:**

כל השופטים מסכימים שסעיף 12 חובת תום הלב במו"מ בניגוד למצב המשפטי שהיה קודם, יוצר מצב שחייבים לגלות מידע בשלב המו"מ. ישנה מחלוקת לגבי השאלה הקונקרטית – מהו היקף חובת הגילוי? איזה מידע חייבים ואיזה מידע לא?

ברור כי לא את כל המידע חייבים לגלות, לדוגמא – בעל חנות טלוויזיות לא חייב לגלות שבחנות שממול יש מבצע שמוזיל את מחיר את הטלוויזיה. יש בוודאי סוגי מידע שחייב לגלות – לדוגמא הטלוויזיה היא רק לתצוגה (היא ריקה מבפנים).

השופט אשר אומר שהעובדה שספקטור לא סיפר לצרפתי את הבעיות של חלקת המקרקעין הזאת, הוא הפר את חובת הגילוי, ולכן זה גם בסיס לטענת הטעייה במחדל (באי גילוי שיש חובה על פי דין לגלות).

השופט לנדוי חולק על אשר, הוא חולק על חובת הגילוי במקרה הספציפי הזה – כל אדם, כולל הקונה, יכול לגלות את הפרטים האלה מבלי שייחשפו על ידי ספקטור כפי שאכן התרחש הלכה למעשה. זהו חוזה מסחרי רגיל ולא צריך ליצור רמת תום לב גבוהה מדי – יש דברים שצריך לגלות ויש דברים שלא חייבים. קנה המידה של לנדוי הוא האם הצד השני יכול לגלות בעצמו את הפרטים הדרושים ללא שהצד הראשון (המוכר) גילה לו אותם.

הטעייה – **פס"ד קיסטינגר ופס"ד רונן סוויסה**: מדובר על מצב שבו בעלים של קרקע, מוכר, והקונה לא גילה למוכר שיש איזשהם שינויים תכנוניים שבעקבותיהם הקרקע שווה יותר – תוכנית המתאר שמשנה את ערך המקרקעין. מטילים חובה על קונה ולא המוכר על חובת גילוי. זהו מעשה חריג למדי. התשובה לא פשוטה, אין נוסחא מתמטית – יש שורה של פרמטרים שניתן לחלץ מפס"דים שבתי המשפט לוקחים בחשבון כדי להגיע למסקנה האם יש חובת גילוי או לא. מהם אותם פרמטרים?

1. **סוג החוזה** – למשל בחוזה עסקי מסחרי רמת הגילוי היא נמוכה יותר מאשר בחוזה שהוא צרכני מפני שורה של סיבות (כשל שוק לדוגמא). בחוזה של ספקטור וצרפתי מדובר בחוזה עסקי, ואילו בפס"ד פנידר זה חוזה צרכני – לכן יותר קל להגיע שיש חובת גילוי גבוהה במיוחד בחוזה של פנידר וקשה יותר להגיע לחובת גילוי בספקטור.

2. **טיב היחסים בין הצדדים** – הפסיקה נוטה להטיל חובות גילוי גבוהות יותר כאשר יש יחסי אמון בין הצדדים, טיב היחסים בנפרד מהסיטואציה החוזית יוצר רמת אמון גבוהה (לדוגמא יחסים בין אחים, חברים קרובים, קהילה עסקית מצומצמת שיש יחסי אמון ברמה גבוהה במיוחד). בחוזה בין זרים, כל צד יודע שצריך להיזהר יותר. בפנידר נ' קסטרו – פניני הוא חבר ילדות של קסטרו, יחסי החברות הקרובים מטילים רמת אמון גבוהה ולכן חובת הגילוי גם גבוהה מאוד.

3. חובת גילוי גבוהה יותר של מוכר/משכיר לעומת קונה/שוכר – המוכר יודע את תכונות הממכר, זול יותר להטיל עליו את עלויות הגילוי.

4. סוג המידע – האם זה מידע פומבי שיש אליו נגישות יחסית קטנה וסבירה לכל הצדדים, מצב כזה יצמצם את חובת הגילוי.

5. הפרמטר הכי בעייתי – נסיבות מיוחדות: צריך להתחשב בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. בפס"ד קיסטינגר נ' איליה – מדובר על מידע שהוא פומבי שלכאורה הוא חוזה עסקי, חובת גילוי קונה מול מוכר, אך מה שהכריע זה הנסיבות המיוחדות – גברת שרכשה קרקע בישראל (גרה בארה"ב), לא יודעת עברית, אישה מבוגרת, מעולם לא הייתה בישראל, הקונה יזם את העסקה (הוא מכיר את הקרקע, את

הנהלים והבירוקרטיה וכו'), שכנע אותה למכור לו את הקרקע מבלי לספר לה שאופי המקרקעין השתנה ושניתן במקום פרדס לבנות בניין דירות רווחי. נסיבות מיוחדות זהו פרמטר מאוד חשוב.

פס"ד ספקטור נ' צרפתי (המשך):

לנדוי ואשר מגיעים לתוצאות שוות למרות הנימוקים השונים. **השופט לנדוי** נותן משקל גדול לעובדה שזהו חוזה בין שני אנשי עסקים ושמדובר על מידע פומבי שכל אחד במאמץ קל לגלותו, על רקע הפרמטרים האלה לא צריך להטיל חובת גילוי גבוהה. לנדוי נותן דגש על חוזה עסקי, משום שדווקא כאן הקונה הוא מומחה גדול (כבר ביצע בעבר רכישות כאלה).

השופט אשר מדגיש את הנסיבות – יש כאן נסיבות מיוחדות שרק צרפתי ואף קונה אחר יכול ליפול בנסיבות המיוחדות. דווקא צרפתי שקנה כבר שם חלקות וכבר הכיר, היה הכי קל להטעות ולהפיל אותו, משום שדווקא הוא לא יכל לדעת שזאת הקרקע היחידה ששונה.

נושא של **פרישה ממו"מ** – ע"א 2071/79, השופט ריבלין כותב **פרישה גם צריכה להיות בתום לב.**

האם פרישה היא הפרת חובת תום לב – בדרי"כ לא, אבל יהיו מצבים כאשר המו"מ בשלבים מתקדמים מאוד וכשהושקעו משאבים בתוך המו"מ – כך החובה משמעותית יותר. במצבים כאלה, עדיין ניתן לפרוש, אך צריך סיבה עניינית ולא סיבה שרירותית. יש מעט פס"דים כאלה – משום שצד מתוחכם תמיד יוכל להסתיר פרישה לא עניינית בנימוקים ענייניים.

שיהיה לנו בהצלחה ☺