

14 דיני חוזים

ישראל מוסנזון*

1. מבוא

א. כללי

פרק זה עניינו דיני חוזים. אין להמעיט בחשיבות ההיכרות עם דינים אלו לכל אדם המצוי בעסקים, ובמיוחד למי שעיקר עיסוקו בעסקאות נדל"ן. דיני החוזים הם תחום יסודי וחשוב במערכת המשפט בכללותה, והם מכנסים תחת כנפיהם תחום רחב מאוד של הדין.

אין באפשרותו של פרק זה, ואין בכוונתו, להיות ספר לימוד מקיף וממצה בדיני חוזים. כל מטרתו היא לסקור בקצרה ובלשון פשוטה ומובנת את החלקים מתוך דיני החוזים שנראו למחבר כחשובים וראויים להיכלל במסגרת מצומצמת זו. על הקורא לשים אל ליבו את העובדה שהסקירה נערכה במכוון בפשטות, ולא זה המקום להיכנס לדקויות ולמורכבות של הדין. על כן תקוותנו היא, שהקורא ימצא עניין בסקירה המובאת בפניו, אולם אין בסקירה זו חוות דעת משפטית, המלצה או ייעוץ לנהוג בדרך כלשהי.

ב. מהותם של דיני החוזים

דיני החוזים משתייכים לתחום הרחב של המשפט הפרטי, וזאת במובחן

* עורך-הדין **ישראל מוסנזון** הוא פרקליט המתמחה בדיני חוזים. בוגר הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים (L.L.B.); בוגר הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת (U.K.) Cambridge (L.L. M); מרצה במסלול האקדמי של המכללה לביטוח; היועץ המשפטי - קבוצת הביטוח "מגדל" (אגף הכספים).

מהמשפט הפלילי ומהמשפט הציבורי. המשפט הפרטי הוא זה המסדיר את היחסים שבין אדם לחברו. בתוך המשפט הפרטי מהווה דין החוזים חלק מתוך הענף הנקרא "דיני חיובים", הכולל גם את דיני הנזיקין ודיני עשיית עושר ולא במשפט.

דין החוזים מבוסס על מתן תוקף לרצונו של הפרט: הפרט הוא הקובע האם ליטול על עצמו חיובים משפטיים, את תכנם ואת היקפם. לשם השוואה - צד לחוזה משלם כסף לצד השני מכיוון שזו ההתחייבות שהוא נטל על עצמו מרצונו. לעומתו, אדם שגרם נזק לאחר ישלם לאותו אחר כסף, לא כי הוא בחר לשלם אלא משום שדיני הנזיקין מחייבים אותו לכך.

מכאן, שהיסוד החשוב ביותר בתופעה החוזית הוא הרצון של הצדדים, והמטרה המרכזית של דיני החוזים הינה לתת כלים בידי הצדדים לממש את ציפיותיהם הסבירות המבוססות על ההסכמה ביניהם. כפי שנראה בהמשך, חלק ניכר מדיני החוזים עוסק באותה הסכמה ובשאלת היכולת לאוכפה.

ג. דיני החוזים במדינת ישראל - כללי

אם תשאל אדם מן הישוב: לאילו דינים דומים דיני החוזים הישראליים, קרוב לוודאי שתקבל אחת מן התשובות הבאות - לדין האנגלי, לדין העות'מאני או לדין העברי. כל התשובות הללו אינן מדויקות.

עד קום המדינה שיטת המשפט שהייתה נהוגה בארץ ישראל הייתה מבוססת על הדין האנגלי. עם קום המדינה קלטה המדינה הצעירה את כל המשפט שהיה תקף בימי המנדט, כיחידה אחת, למעט שינויים שהיו דרושים באופן מיידי. החל מסוף שנות החמישים החלה עבודה מקיפה, בהנהגת משרד המשפטים, של חקיקה אזרחית ישראלית חדשה, אשר נמשכת עד היום, ובמסגרתה חוקקה הכנסת חוקים בתחומים רבים, כגון: חוזים, תרופות בגין הפרת חוזה, חוזים אחידים, מקרקעין, מיטלטלין, ערבות, משכון, שליחות ועוד. בכל נושא בו הושלמה החקיקה הוחל החוק החדש, ונותק הקשר עם החוק הקודם שהתבסס על הדין האנגלי. עיון בחקיקה החדשה בתחומי החוזים מראה קירבה גדולה יותר של הדין החדש לדינים המקובלים במדינות יבשת אירופה, למשל הדין הגרמני, הצרפתי והאיטלקי, מאשר

לדינים האנגלו-אמריקאיים.

חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן - "חוק החוזים") נכנס לתקפו בשנת 1973, ו**חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970** (להלן - "חוק התרופות") נכנס לתקפו בשנת 1971, וכל אחד מהם חל רק על חוזים שנכרתו לאחר תחילת תוקפו. על חוזים שנכרתו לפני כן חל הדין הקודם.

עבודת החקיקה האזרחית החדשה ניצבת בפני השיא שלה, בכך שמזה מספר שנים מכוונסת ועדה בראשות נשיא בית המשפט העליון, כב' השופט אהרון ברק, העוסקת בניסוח "קובץ דיני ממונות": איגוד החקיקה האזרחית לחוק אחד מקיף שיהווה את הקוד האזרחי הישראלי. חוקי החוזים ישולבו בתוך קובץ זה.

ד. חופש החוזים

חופש החוזים הינו זכות יסוד של כל אדם במדינה דמוקרטית, והוא מוזכר בנשימה אחת עם חריות יסוד אחרות כגון: חופש הביטוי, חופש העיסוק, חופש הקניין וכי'. יש הרואים בחופש החוזים את הבסיס האמיתי לכל דרך הטיפול של הדין בחוזים: אם חוזים נכרתו מתוך חופש לא נותר לדין אלא לתת לצדדים כלים לאכוף את התחייבויותיהם. מקובל לדבר על שלושה פנים של חופש החוזים, אשר ביחד משלימים את המכלול שלו, ואלו הם:

חופש ההתקשרות: לכל אדם נתונה הזכות הבסיסית להחליט האם להתקשר בחוזה, ולכן ההתקשרות בחוזה צריכה להיעשות מתוך חופש בחירה. כל אדם זכאי להחליט לעצמו האם ליצור מערכת של חיובים שהמשפט נותן להם תוקף ומטיל סנקציות בגין הפרתם. אדם אשר החליט באופן חופשי **להתקשר** בקשר חוזי מחייב זכאי להחליט **עם מי** ליצור קשר זה.

חופש החוזים התכני: הפן הזה של חופש החוזים קיבל ביטוי בסעיף 24 לחוק החוזים אשר זו לשונו:

"24. תכנו של חוזה יכול שיהיה ככל אשר הסכימו הצדדים"

משמעות הדבר היא, שכאשר צדדים מחליטים להתקשר בחוזה הם רשאים לנסח אותו לפי ראות עיניהם ומותר להם לכלול בחוזה כל תניה שנראית להם. כאן

המקום לומר שגם חופש החוזים התכני, ככל זכות יסוד אחרת, איננו בלתי מוגבל. אמנם, עקרונית, החוק מאפשר לצדדים לכלול בחוזה כל תניה שהיא, אך המחוקק הגביל זכות זו בשורה ארוכה של מקרים. ברור שחוזים עם גוון פלילי מובהק (כגון חוזה לסחר בסמים) אסור לכרות, אך ישנן גם הגבלות שאינן פליליות מיסודן. לדוגמא, חוקי מגן בדיני עבודה - המחוקק סטה מעקרון חופש החוזים ולא אפשר לעובד ומעביד לכרות חוזה עבודה בו העובד מוותר על חופשתו השנתית, או ששכר העבודה הנקוב בו נמוך משכר המינימום הקבוע בחוק. סטיות נוספות מחופש החוזים התכני ניתן למצוא בדיני צרכנות, דיני ביטוח, דיני בנקאות ועוד.

חופש החוזים הצורני: סעיף 23 לחוק החוזים מעגן חופש זה:
23. חוזה יכול שיעשה בעל-פה, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם היתה צורה מסוימת תנאי לתקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים.

סעיף זה מורה, שכדי שלחוזה יהיה תוקף חוקי הוא אינו חייב להיעשות בצורה מסוימת דווקא, אלא אם הסכימו הצדדים על צורה כלשהי או שקיים חוק ספציפי המורה אחרת. החוזה יהיה בר תוקף אף אם אין בין הצדדים מסמך כתוב המציין את תנאי החוזה. יתכן שבהעדר מסמך כתוב יקשה להוכיח קיומו של חוזה, אולם אם ניתן להוכיח שהחוזה קיים באמצעים אחרים (כגון הודאות של הצדדים או הקלטות), עצם העדר המסמך הכתוב אינו פוגם בתוקף החוזה. הסעיף מזכיר יכולת לכרות חוזה גם "בדרך אחרת". הכוונה לכל דבר שמכוח הנסיבות יוצר הסכמה מחייבת בין הצדדים: לחיצת יד, הנדת ראש, רכישת מוצר באמצעות מכונות אוטומטיות וכו'.

כפי שעולה מהסיפא לסעיף 23, גם חופש החוזים הצורני אינו בלתי מוגבל. קיימות הוראות חוק לפיהן במקרים מסוימים לא יהיה תוקף לחוזה אלא אם נערך בכתב: עסקה במקרקעין (סעיף 8 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969); התחייבות לתת מתנה בעתיד (סעיף 5(א) לחוק המתנה, התשכ"ח-1968); הסכם ממון בין בני זוג (סעיף 1 לחוק יחסי ממון בין בני זוג, התשל"ג-1973); הסכם עבודה קיבוצי (סעיף 7 לחוק הסכמים קיבוציים, התשי"ז-1957) ועוד.

לסיכום, החוק מכיר בעקרון של חופש החוזים על שלושת הפנים שלו, אולם

הוא הטיל הגבלות על חופש זה, והמגמה הניכרת ברחבי העולם, כולל במדינת ישראל, בעשרות השנים האחרונות, הינה של צמצום חופש החוזים וריבוי גדל והולך של ההגבלות עליו.

ה. מהו חוזה?

אם נעיין בחוק החוזים ניווכח כי המחוקק לא הגדיר מהו חוזה. החוק פותח בתיאור כיצד נכרת חוזה, אך המחוקק בחר שלא להתמודד עם שאלת ההגדרה. בשיטות המשפט האנגלו-אמריקאיות רואים את יסוד החוזה **בהבטחה**, מה שבתנאים מסוימים מקנה תוקף משפטי גם להבטחות חד-צדדיות. בשיטות המשפט האירופאיות, בדומה לשיטה הישראלית, היסוד הוא **ההסכמה**, קרי ההדדיות של הצהרות הרצון של הצדדים. יסוד החוזה בישראל הוא מפגש **הרצונות**. החוזה הינו דרך של הצדדים לקבוע ולשנות את היחסים ביניהם בסיוע המערכת המשפטית.

2. כריתת חוזה

א. הצעה וקיבול

סעיף 1 לחוק החוזים קובע כי:

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

על-כן, כדי לקבוע אם קיים חוזה יש לאתר "הצעה" לכרות חוזה שהציע צד אחד, ומולה "קיבול" שביצע הצד השני לאותה הצעה (הבעת הסכמה מצד המקבל לתנאי ההצעה). איתור ההצעה והקיבול אינו תמיד עניין פשוט: בחיי המסחר והעסקים צדדים אינם מדברים בלשון משפטית, ואין הם מכתירים את דבריהם במהלך המשא ומתן במונחים בהם משתמש חוק החוזים. למשל, בחוזה שנכרת בעל-פה במהלך שיחת טלפון לא תמיד ברור מי המציע ומי המקבל. אולם במקרים רבים, מהדברים שהוחלפו בין הצדדים ומהתנהגותם לפני המשא ומתן ולאחריו, ניתן להסיק בוודאות קיומו של חוזה, ואז אין בית המשפט נדרש לקבוע בוודאות מי המציע ומי

המקבל.

לאיתור מדויק של הצעה וקיבול, יכולה להיות חשיבות מקום שכדי לפסוק בעניין מסוים יש להכריע **מתי** בדיוק התרחשה כריתת החוזה (כדי לקבוע, לדוגמא, האם פעולה שעשה אחד הצדדים התרחשה לפני או אחרי שנכרת החוזה), או שיש להכריע **היכן** בדיוק נכרת החוזה (כדי לפסוק, לדוגמא, בשאלה לאיזה בית משפט ברחבי הארץ או העולם הסמכות לדון בו).

סעיפים אחרים בפרק א לחוק החוזים קובעים, שכדי שפעולה של צד תיחשב כ"הצעה" במובנו של החוק, עליה לקיים שלושה תנאים מצטברים:

פנייה: צד אחד צריך לפנות אל חברו. הפניה יכולה להיעשות, בעיקרון, בכל דרך שהיא;

מסוימות: על הפנייה להיות מסוימת דיה, כלומר - עליה לכלול מספר פרטים מינימלי לפחות, שהם עיקר העסקה, וזאת כדי להבטיח ככל האפשר ששני הצדדים מתכוונים במשא ומתן ביניהם לאותה עסקה בדיוק. לדוגמא, בתי המשפט קבעו שבעסקת מקרקעין, כדי שההצעה תענה על דרישות החוק עליה לכלול לפחות את שמות הצדדים, טיב העסקה, תאור הנכס, המחיר ותנאי התשלום. מובן שזהות הפרטים המהותיים שבלעדיהם לא תהיה "הצעה" משתנה לפי סוג העסקה.

על אף דרישת המסוימות הכיר החוק בכך שישנם פרטים, שאם הצדדים לא קבעו אותם בעצמם, ניתן יהיה להשלים מתוך הוראות חוק. כאלו לדוגמא הם הסעיפים הבאים מתוך חוק החוזים: סעיף 41 הקובע שאם לא נקבע **מועד** לקיום חיוב, יש לקיימו תוך זמן סביר לאחר כריתת החוזה; סעיף 44 הקובע שאם לא נקבע **מקום** לקיום החיוב, יש לקיימו במקום עסקו של הנושה ("הנושה" - מי שהחיוב מגיע לו), ואם אין לו מקום עסק - במקום מגוריו הקבוע; סעיף 45 הקובע שאם לא הוסכם על **הטיב או הסוג** של הנכס או השירות, יש לספק נכס או שירות מטיב ומסוג בינוניים; סעיף 46 הקובע שאם לא הוסכם על **שיעור התשלום** תמורת הנכס או השרות, יש לשלם "...סכום שהיה ראוי להשתלם לפי הנסיבות בעת כריתת החוזה."

תנאי להשלמת פרטים מהוראות חוק הינו שהמדובר בפרט שהצדדים לא דיברו עליו ביניהם. במקרה שהצדדים דיברו בנושא מסוים אך לא הגיעו להסכמה,

ניהול נדל"ן

בית המשפט לא ישלים את החסר באמצעות הוראות חוק. הושלם פרט מתוך הוראות חוק, רואים אותו כאילו הוסכם על-ידי הצדדים, ומעמדו יהיה כמו של כל תניה אחרת בחוזה.

גמירת דעת: ניסיון החיים מלמד שעצם קיומה של פניה מצד אחד למשנהו, אפילו היא עונה על דרישת המסוימות, אינה מצביעה בהכרח על רצונו של הפונה להתקשר בחוזה משפטי. על כן קבע החוק, כי כדי שהפניה תחשב כ"הצעה" עליה להעיד על כך שהמציע **גמר בדעתו** ליצור עם הניצע קשר חוזי משפטי מחייב. משמע, ההצעה צריכה להעיד שהמציע מבקש להיכנס עם הניצע למערכת של חיובים, אשר הפרתם תגרור סנקציות משפטיות, ושאינן המדובר בהצעה "גינטלמנית" בלבד.

ראוי לשים לב שהחוק אינו דורש גמירת דעת בפועל אלא רק **העדה** על גמירת דעת: אם הניצע יכול היה להתרשם באופן סביר והגיוני, שהמציע גמר בדעתו לקשור חוזה מחייב, המציע לא יוכל לטעון לכך שלא נקשר חוזה, בנימוק שעל אף החזות החיצונית של התנהגותו, בתוך ליבו פנימה לא הייתה לו כוונה אמיתית להתקשר בחוזה. החוק אינו בוחן כליות ולב, והמבחן לקיומה של גמירת דעת הוא אובייקטיבי.

הקיבול אמור להיות בהודעה מצד הניצע אל המציע, ועליה להעיד על גמירת דעתו של המקבל להתקשר בחוזה לפי ההצעה. אם ההצעה מאפשרת זאת, הקיבול יכול להיות בדרך של התנהגות ולא דווקא בהודעה כתובה (ראה סעיפים 5 ו-6 לחוק החוזים). להלן מספר הוראות נוספות בקשר להצעה וקיבול:

- א.** הצעה אינה חייבת להיות מופנית לאדם ספציפי כלשהו, ויכולה להיות מופנית לציבור (כגון מודעות פרסומת בכלי התקשורת) (סעיף 2).
- ב.** מציע רשאי לחזור בו מהצעתו בתנאי שמסר את הודעת החזרה לפני שהניצע נתן הודעת קיבול. הוראה דומה קיימת גם לגבי חזרה מקיבול (סעיפים 3(א) ו-10).
- ג.** המציע רשאי לקבוע שהצעתו היא ללא חזרה (מתן "אופציה"), ואם עשה כן - מרגע מסירתה לניצע אין הוא יכול לחזור ממנה (סעיף 3(ב)).
- ד.** הוצעה הצעה שאין בה אלא לזכות את הניצע, החוק מניח שהניצע קיבל אותה

אלא אם יודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר (סעיף 7).
 ה. אם הניצע מקבל את ההצעה אך מוסיף בה שינוי, או אם הוא מקבל אותה
 לאחר שפקעה - החוק מתייחס אליו כמי שהציע הצעה חדשה (סעיפים 9 ו-11).
 ו. אין תוקף לקביעה בהצעה שהעדר תגובה מצד הניצע יחשב כקיבול (סעיף 6(ב)).

ב. חתימה על החוזה

האם העובדה שהצדדים לא חתמו על המסמך פירושה שאין לו תוקף חוזי
 מחייב? בית המשפט העליון פסק בשלילה.¹ ראשית קובע בית המשפט כי:

*"להבדיל מעצם הצורך בעריכת מסמך בכתב, המהווה תנאי מהותי
 להקמת התחייבות לעשיית עסקה במקרקעין..., הרי החתימה על גבי
 המסמך איננה מהווה תנאי לעמידתו של המסמך במבחנו של סעיף 8 לחוק
 המקרקעין... נמצא שאף באי החתימה על המסמך אין כדי לגרוע מהיותו
 הסכם המכיל את כל הנתונים והתנאים הנחוצים ליצירתה של
 ההתקשרות המתוארת בו."*

אולם רצוי לזכור את שאומר בית המשפט בהמשכו של אותו פסק דין:
*"חתימתו של צד על גבי חוזה כתוב מהווה ראיה חזקה (אולי מכל ראיה
 אחרת) לגמירת דעתו, וכן מקובל עלי, כי רוב האנשים המתקשרים בחוזה
 בכתב אמנם מקפידים שהחוזה ייחתם בידי המתקשרים. ממילא מוטל על
 בית המשפט לבדוק ביתר קפדנות את קיום היסוד של גמירת דעת בצידו
 של מי אשר לא חתם על החוזה"*

לסיכום, בכל עסקה (לרבות בעסקת מקרקעין) חתימת הצדדים על המסמך
 כשלעצמה אינה מהווה תנאי הכרחי לתוקפו של המסמך כחוזה, אולם העדר חתימה
 עשוי להצביע על העדר גמירת דעת אצל הצדדים.

¹ ע"א 693,692/86 יעקב בוטקובסקי ושות' - חברה לייבוא ושיווק בע"מ נ' גת ואח', פ"ד מד(1) 57, 66, 70.

ג. הזמנה (מכרז)

לא נדון כאן במכלול הדינים המתייחסים למכרזים, אולם יש מקום להבהיר כיצד משתלב המוסד הקרוי "מכרז" בתוך הוראות חוק החוזים. אם כריתתו של חוזה "רגיל" מורכבת משני שלבים - הצעה וקיבול - הרי שבמכרז נוסף שלב מקדים: בעל המכרז (המזמין) מפרסם **הזמנה להציע הצעות**, המשתתפים במכרז הם **המציעים**, והמזמין מבצע **קיבול** של ההצעה הזוכה במכרז. זו הדרך לנתח גם מודעה בעיתון שמפרסם בעל נכס למכירתו: בדרך כלל הוא מפרסם מודעה המופנית לכלל הציבור, ומשמעותה הזמנה לציבור להציע הצעות לרכישת הנכס. הציבור הנענה למודעה מציע לבעל הנכס הצעות, וזה מקבל את ההצעה שנראית לו.

ד. זיכרון דברים

בחיי המסחר והכלכלה צדדים לעסקה עורכים לעתים מסמך שאותו הם מכנים "זיכרון דברים". מהי תקפותו המשפטית של מסמך מסוג זה?

בפסקי הדין עלתה שאלה זו פעמים רבות, ועל אף שבתי המשפט התייחסו למושג "זיכרון דברים", זהו אינו מונח שהחוק משתמש בו. המסקנה היא שכל מסמך המתיימר להיכנס בגדרו של חוק החוזים ייבחן על-פי המבחנים הנ"ל לקיומם של הצעה וקיבול, יהא שמם ותהא כותרתם אשר יהיו. בית המשפט יבחן קיומם של מסוימות וגמירת דעת במסמך, ויתכן שהדרך בה כינו הצדדים את המסמך ("חוזה" או "זיכרון דברים") תהווה שיקול בידי בית המשפט בהכרעתו האם כבר בשלב עריכת המסמך הייתה לצדדים כוונה ליצור קשר חוזי מחייב, או שמא המסמך נערך באחד **משלבי הביניים** במשא ומתן. גם הדרך בה קשרו הצדדים את "זיכרון הדברים" לחוזה שייכרת ביניהם בעתיד תהווה שיקול בהכרעה בדבר גמירת דעתם. בעניין זה פסק בית המשפט העליון:²

"מקובל לומר כי אם "נוסחת הקשר" היא כי זיכרון הדברים "כפוף לחוזה מורמלי" הרי יש בכך כדי להצביע על כוונתם של הצדדים לראות בזיכרון

² ע"א 158/77 רבינאי נ' חברת מן שקד בע"מ (בפירוק), פ"ד לג(2) 281, 287-8.

הדברים שלב ביניים בלבד במשא ומתן... לעומת זאת, אם "נוסחת הקשר" היא כי הצדדים חותמים על זיכרון הדברים "עד שיוכח" חוזה פורמלי, הרי משמעות הדברים היא, שרצון הצדדים הוא שזיכרון הדברים יכנס לתוקפו מיד."

3. פגמים בכריתת חוזה

א. כללי

כפי שראינו, הבסיס לכל התופעה החוזית הינו הרצון - ההסכמה מבוססת על הבעת הרצון של שני הצדדים. המונח "רצון" בהקשר זה משמעותו רצון חופשי, רצון שהופעל לאחר שבידי הצדדים היה מידע רלוונטי, מספק ואמין, והייתה להם היכולת לקבל החלטות על בסיס אותו מידע. השאלה עמה על המשפט להתמודד היא - מה הדין כאשר הרושם החיצוני הוא, שהחוזה אכן נכרת מתוך רצון חופשי המבוסס על מידע, הבנה ויכולת לקבל החלטות, אך בחינה מעמיקה מעט יותר מראה כי פני הדברים שונים. בכך עוסק פרק ב לחוק החוזים.

ראשית לכל יש להדגיש, כי תנאי בסיסי לבחינת הפגמים לפי פרק ב הינו קיום חוזה תקף לפי דרישות פרק א לחוק (הצעה, קיבול, גמירת דעת, מסוימות וכו'). פגם היורד לשורש תוקפו של החוזה נדון לפי הוראות פרק א ובכוחו להוביל למסקנה שכלל לא נכרת חוזה.

מטרתו של פרק ב הינה לאזן את המבחן האובייקטיבי שמופעל בפרק א. אם הדרישה בפרק א הייתה להעדה **חיצונית אובייקטיבית** על גמירת דעת תוך התעלמות מסוימת מהכוונות האמיתיות של הצדדים, הרי שפרק ב נותן משקל יתר **לכוונה הפנימית האמיתית** שלהם, גם אם כלפי חוץ משתקפת כוונה אחרת.

ב. חוזה למראית עין

סעיף 13 לחוק החוזים עוסק בדרך כלל במצב בו בין הצדדים קיימות שתי מערכות חוזיות: האחת גלויה ומשתקפת במצגים החיצוניים ביניהם, והיא מיועדת לגרום לאחרים להאמין שזו ההסכמה האמיתית; השנייה סמויה ומשקפת את ההסכמה האמיתית אותה מבקשים הצדדים להסוות. לדוגמא, אב העניק לאחד מבניו נכס במתנה, אולם כדי להסוות זאת מיתר בני המשפחה חתמו השניים על מסמך המתיימר להיות "חוזה" לפיו הנכס נמכר לבן, כביכול, בכסף. דוגמא נוספת: שני צדדים ערכו עסקה של **מכירת** נכס אולם המסמכים שנחתמו ביניהם מציגים זאת כעסקת הלוואה.

סעיף 13 מתייחס גם למקרים בהם בין הצדדים לא נכרת חוזה כלל, אך מסיבות השמורות עימם הם הציגו כלפי חוץ כאילו קיימת ביניהם הסכמה חוזית. הוראתו המרכזית של הסעיף היא: "חוזה שנכרת למראית עין בלבד - בטל";³ כאשר קיים פער בין המצב המשפטי האמיתי בין הצדדים לבין הדרך בה הם מציגים אותו, מעדיף המחוקק לתת תוקף למצב האמיתי. כפי שיובהר בהמשך, חוזה למראית עין בטל באופן מוחלט, משמע - יש להתייחס אליו כאילו מעולם לא נכרת. בדוגמאות בהן פתחנו, החוק מתעלם לחלוטין ושולל את התוקף מהסכם ה"מכר" בין האב לבן, ואינו מייחס כל משקל או תוקף להסכם ה"הלוואה" בין הצדדים.

מן הראוי להבחין בין המושג "חוזה למראית עין" לפי חוק החוזים לבין המושג "עסקה מלאכותית" המוכר מדיני המסים. בפסק דין של בית המשפט העליון³ נקבע בנסיבות המקרה, כי הסכם הלוואה שנערך רק לצורך השגת יתרון מס אינו בטל על-פי סעיף 13 לחוק החוזים.

כאשר חוזה הינו **בטל מעיקרו**, ההתייחסות אליו היא כאילו לא נעשה דבר ואין בכוחו להוליד תוצאות משפטיות. לכן אם צד לחוזה למראית עין העביר לצד השני נכס על פי החוזה, התייחסותו של הדין היא כאילו הנכס מעולם לא עבר ומעולם לא הקנה למקבלו זכויות. הסיפא לסעיף 13 נועדה לרכך תוצאה זו. לאחר

³ ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625.

שנקבע עקרון הבטלות, קובעת הסיפא: "... אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החוזה."

לא נרחיב בסוגיה זו ורק נציין שמטרתה להגן על צד שלישי, שאין לו חלק בעריכת החוזה למראית עין, לא ידוע לו על היותו חוזה לא אמיתי, והוא רכש את זכותו תוך הסתמכות בתום לב על קיום החוזה. על כן, גם אם אין בכוחו של חוזה בטל להעביר זכויות, במקרה של צד שלישי תמים החוק אינו "מעניש" אותו בגין החוזה הפיקטיבי ואין הוא מוציא את הנכס מידיו.

ג. טעות

ההגדרה הכוללנית ביותר של "טעות" תאמר כי המדובר בפער בין המציאות כפי שהיא לבין האופן שבו היא נתפסת על-ידי צד אחד לפחות להסכם. לדוגמא, המכונית נשוא החוזה הינה בפועל משנת ייצור מסוימת, אולם הצדדים טועים לחשוב שהיא משנת ייצור אחרת. גישתו הבסיסית של החוק היא, שבמקרים מסוימים בהם ההתקשרות החוזית נעשתה על סמך טעות, הנחת היסוד של "התקשרות מתוך רצון" נסתרת, ועל החוק להעניק סעדים. כמו בכל יתר הפגמים גם לעניין זה התנאי הבסיסי להתקיימות עילת הטעות הינו קיום חוזה. החוק מבחין בין שני סוגי טעויות:

טעות לא ידועה - סעיף 14(ב) לחוק החוזים - צד אחד טועה והצד השני אינו יודע ואינו אמור לדעת שהוא טועה. במקרה המכונית, לדוגמא, יתכן מצב בו הקונה טועה לגבי השנתון שלה, והמוכר אינו יודע ואינו אמור לדעת שהקונה טועה, משום שבעת שהמוכר עצמו רכש אותה גם הוא הוטעה לגבי שנת הייצור שלה. במקרה כזה אין החוק מייחס אשם כלשהו לצד השני (המוכר), והטועה יוכל לבטל את החוזה רק באמצעות בית המשפט. מעבר לצורך לפנות לבית המשפט הטיל החוק מגבלות נוספות על יכולת הביטול:

1. על בית המשפט להחליט שמן הצדק לבטל את החוזה במקרה הנדון בפניו. "צדק" במקרה זה אינו מושג ערטילאי מתחום הפילוסופיה, אלא על בית המשפט לערוך מאזן צדק בין שני הצדדים הניצבים בפניו: מהו הנזק שייגרם

לטועה אם החוזה לא יבוטל כנגד הנזק שייגרם לצד השני אם החוזה יבוטל.
2. לאחר עריכת מאזן הצדק וביטול החוזה יכול בית המשפט לחייב את הטועה בתשלום פיצויים שנגרמו לצד השני עקב כריתת החוזה.

טעות ידועה - סעיף 14(א) - מידת האשם הכרוך בהתנהגות הצד השני עולה: צד אחד טועה, והצד השני יודע או היה עליו לדעת שהוא טועה. בנסיבות אלו זכאי הטועה לבטל את החוזה בעצמו, מבלי להיזקק לבית המשפט. החוק קבע במקרה זה שני מבחנים, שדי בהתקיימות אחד מהם כדי שדרישות הסעיף יתקיימו. אם הצד השני **יודע בפועל** על טעותו של רעהו נתונה לטועה הזכות לבטל. אולם גם במקרה בו הצד השני אינו יודע בפועל, עשוי בית המשפט לקבוע, כי לפי מבחן **האדם הסיביר** בנסיבות העניין **היה עליו לדעת**, ואף בכך יש די כדי להקנות לטועה זכות ביטול. כדי שצד לחוזה יוכל לבטל אותו על סמך עילת הטעות דורש החוק התקיימות שני תנאים נוספים במצטבר:

יסודיות של הטעות - סעיף 14 אינו מתכוון לתת בידי צד לחוזה כלי להשתחרר מהתחייבויותיו על סמך כל טעות שהיא. הטעות צריכה להיות יסודית, ובלשון החוק: "ניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה". לא כל טעות שולית תבסס עילה לביטול החוזה.

קשר סיבתי - כדי שטעות תוביל לביטול החוזה עליה להיות הסיבה להתקשרות הטועה באותו חוזה. גם אם נפלה טעות במערכת החוזית אולם לא היא שגרמה להתקשרות של הטועה בחוזה, אין בידיו הזכות לבטלו.

ד. הטעיה

סעיף 15 לחוק החוזים עושה צעד נוסף בעניין מידת האשם של הצד השני. צד אחד טועה, והצד השני או מישהו מטעמו הם שגרמו לטעות. גם בסעיף 15 נדרש קשר סיבתי ואולם הפעם הוא כפול: על הטעות להיגרם כתוצאה מהטעיית הצד השני, ועל הטעות להיות הסיבה להתקשרות הטועה בחוזה. מכיוון שאשמו של הצד השני במקרה זה חמור מאשר במקרה של "טעות" לפי סעיף 14, בסעיף 15 הטעות תוביל לביטול החוזה גם אם לא הייתה יסודית. בכך מעביר החוק מסר לצד השני: דע לך, שאם אתה הגורם לטעות אתה צפוי לביטול החוזה בגין כל טעות שהיא, אף אם היא

שולית לכאורה.

דרכי ההטעיה - החוק קובע כי הטעיה יכולה להיעשות באחת משתי דרכים. האחת - במעשה, כלומר הטעיה פעילה בה הצד השני מבצע פעולה אקטיבית הגורמת לטעות. לדוגמא - מוכר דירה נשאל על-ידי הקונה לגבי מצב הצנרת ומשיב שהיא תקינה לחלוטין, בעודו יודע שתשובתו שקרית; השנייה - במחדל, כלומר באי-עשייה. הסיפא של סעיף 15 קובעת: "לענין זה "הטעיה" - לרבות אי-גילויין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן". הצד השני יכול להיחשב כמטעה גם במקרים מסוימים בהם הוא שותק. אלו המקרים בהם מוטלת עליו חובת גילוי מכוח הדין, מכוח הנוהג או מכוח הנסיבות.

מכוח הדין - הכוונה להוראות חוק ספציפיות הקובעות חובת גילוי כגון: חובת גילוי מצד מוכר נכס על אי-התאמה של הנכס מבחינת כמותו, תיאורו, איכותו, התאמתו לשימוש וכו' מכוח **חוק המכר, התשכ"ח-1968**; חובת גילוי מצד משכיר של נכס על אי-התאמת המושכר או על פגמים בו לפי סעיף 8 **לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971**; חובתו של מוכר דירה לצרף לחוזה המכר מפרט על-פי **חוק המכר (דירות), התשל"ג-1973**; חובת גילוי לפי סעיף 12 לחוק החוזים שעניינו "תום לב" ובה נעסוק מאוחר יותר.

מכוח הנוהג - באותם מקרים בהם קיים נוהג מקובל בין צדדים לגלות זה לזה פרטים, אי-גילויים ייחשב להטעיה. הנוהג אינו צריך להיות חקוק בדין כדי שייצור חובת גילוי. לדוגמא, ביחסים בין שותפים נהוג לראות קיומה של חובת גילוי הדדית.

מכוח הנסיבות - אין החוק קובע מהן "הנסיבות" בהן תקום חובת גילוי והדבר מסור בידי בית המשפט. בע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי**⁴ היה מקרה בו קבלן שקנה מגרש סבר כי יוכל לבנות עליו 16 דירות. מוכר המגרש ידע על כוונת הקבלן אולם לא גילה לו שהוא לא יוכל לבנות יותר מ-12 דירות. אחד השופטים קבע, כי במקרה זה הנסיבות הקימו חובה על המוכר לגלות לקבלן עובדה זו. בע"א 273/78 **גרוסמן נ'**

⁴ פ"ד לב(1) 231.

כספי⁵ אדם שרכש חלקת קרקע לא גילה למוכר כי את החלקה הגובלת בחלקה של המוכר הוא רוכש עבור אדם אחר. בית המשפט קבע, כי בנסיבות של חלקות גובלות היוצרות בעתיד קשרי בעלות משותפת הייתה על הקונה החובה לגלות למוכר מי יהיו הבעלים האמיתיים של החלקה הגובלת, גם אם לא נשאל על כך.

ה. טעות בכדאיות העסקה

סעיף 14(ד) מצמצם את התחולה של עילות הטעות וההטעיה כך שלא יחולו על "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". ההנחה היא שכל טעות פוגעת בכדאיות של העסקה לטועה. אין ספק שאם המחיר ששולם עבור המכוננית התייחס לשנת ייצור מסוימת ושנת הייצור האמיתית מוקדמת יותר, העסקה שבוצעה כדאית פחות לצד שטעה. בדוגמא זו הטעות התייחסה לשנת הייצור והייתה לה גם השפעה על הכדאיות של העסקה, ועל כן יש בכוחה להוביל לביטול החוזה. לעומת זאת, אם צד לחוזה רוכש נכס והוא יודע עליו את כל הפרטים לאשורם, אך מתברר כי הוא טעה רק בחישוב הרווח או התועלת שהוא יכול להפיק מהנכס, זוהי טעות שאינה אלא **בכדאיות העסקה**. טעות מסוג זה אינה מקנה זכות ביטול. דוגמאות לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה: טעות בהערכת האפשרויות הכלכליות הגלומות בעסקה, העדפת אופציה אחת על-פני אחרת מתוך הערכה שהיא משתלמת יותר וכדו'.

ו. כפייה

את הרעיון העומד מאחורי סעיף 17 לחוק החוזים אין צורך להסביר יתר על המידה: אם העיקרון המרכזי עליו מושתתים דיני החוזים הוא הרצון החופשי של הצדדים, אך טבעי הוא שהחוק יאפשר למי שכרת חוזה עקב כפייה או איום מהצד השני, לבטל אותו. בעוד שבעילות הטעות וההטעיה הפגם ברצון הוא קוגניטיבי (קיים פער בין המציאות לבין השתקפותה בתודעת הצדדים), לעניין כפייה הצד הכפוי יודע ומבין את המצב לאשורו ואת פרטי העסקה אך הוא אינו יכול להימנע מלכרות את החוזה שבו אין הוא מעוניין.

⁵ פי"ד לג(3) 300.

בנוסף לדיני החוזים הכפייה מטופלת גם במערכות אחרות של דינים: הכפייה יכולה לבסס עילת תביעה בנוזיקין, היא יכולה להביא לביטולה של צוואה שנעשתה מחמת אונס (סעיף 30(א) לחוק הירושה, התשכ"ה-1965), והיא מהווה יסוד לעבירות פליליות שונות כגון "איומים" (סעיף 192 לחוק העונשין, התשל"ז-1977).

בתחילה התפרשה "כפייה" כאיום פיזי על חייו או שלמותו הגופנית של הצד הכפוי. ההתפתחות הבאה הייתה הכרה בכפייה גם כאשר האיום אינו מכוון למתקשר בחוזה עצמו אלא לקרובים לו: לדוגמה, עילת הביטול מתקיימת גם כאשר צד לחוזה התקשר בו עקב איום על ילדיו. בשנים האחרונות חלה התפתחות נוספת, ובמסגרתה הוכרה גם "כפייה כלכלית" כעילה לביטול חוזה. בכפייה כלכלית נדון בהמשך. להלן היסודות שיש להוכיח לעניין סעיף 17:

- א. קיומו של חוזה שנחזה להיות תקף על פי פרק א לחוק החוזים;
- ב. **כפייה מטעם הצד השני או אחר מטעמו.** הכפייה יכולה להתבטא בהפעלת כוח או באיומים. הכוח או האיומים צריכים להיות בלתי חוקיים, קרי להוות כשלעצמם עבירה פלילית או עוולה נזיקית. נראה שעצם האיום להפר חוזה איננו מהווה איום שלא כדין, אלא אם מצטרפים אליו יסודות שאינם קשורים לחוזה, או שהאיום מלווה בהפרת חובת תום הלב (ראה בהמשך);
- ג. **קשר סיבתי** בין הכפייה להתקשרות בחוזה - יש להוכיח שאלמלא הכפייה החוזה לא היה נכרת;

אזהרה בתום לב - סעיף 17(ב) קובע כי "אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה". לכולם מוכרים הסעיפים המנוסחים במכתבי התראה למיניהם בסגנון: "אם הסכום לא ישולם בתוך X ימים אנקוט בכל ההליכים העומדים לרשותי בבית משפט ובלשכת ההוצאה לפועל...". השאלה היא האם נוסח בדומה לזה מהווה איום לפי סעיף 17 לחוק החוזים. על-פי סעיף 17(ב), כדי שהאזהרה לא תיחשב ככפייה עליה להיעשות בתום לב. תום הלב הינו אמונה כנה של המזהיר הן בכך שיש בידו הזכות שהוא טוען לה, והן בכך שמותר לו לנקוט בדרכי הפעולה אותן הוא מציין. דוגמאות לאזהרות שבדרך כלל ייחשבו כתמות לב: אזהרה על פניה לערכאות שיפוטיות אזרחיות, ללשכת ההוצאה לפועל, לעורך דין, למימוש ערבות. דוגמאות לאזהרות שבדרך כלל לא ייחשבו כתמות לב: אזהרה על היעזרות

בבריונים או באנשים מעולם הפשע, איום בנקיטת הליכים פליליים.

כפיה כלכלית - אנו מכנים "כפיה כלכלית" מצב בו האיום אינו על חייו או שלמות גופו של המאויים אלא על עסקיו, כספו ורכושו. הבעיה בתחום זה הינה כיצד להבחין בין איומים ולחצים כלכליים לגיטימיים לשאינם כאלו. בעולם העסקי הלחצים מרובים, ולא פעם צד כורת הסכם בשל לחץ כלכלי שהוא נתון בו, אולם סעיף 17 אינו מתיימר להעניק מפלט לכל מי שהתקשר עקב לחץ בו היה נתון בעסקיו.

בע"א 8/88 **רחמים נ' אקספומדיה**⁶ הכיר בית המשפט העליון בכך שסעיף 17 כולל גם מקרים של כפיה כלכלית. במקרה זה שני צדדים היו המארגנים של יריד, כאשר לאחר פתיחתו איים אחד הצדדים על חברו, כי אם לא ישלם לו סכום כסף הוא יסגור את היריד למחרת היום. הצד המאויים נאלץ להסכים ואחר כך פנה לבית המשפט בבקשה לבטל את ההסכם בטענת "כפיה". בית המשפט קיבל את טענת הכפייה ואישר את ביטול החוזה. כדי לקבוע אם הייתה כפיה שאל את עצמו בית המשפט האם הלחץ שהופעל על הצד המאויים היה **בלתי-לגיטימי**. לשם כך נבחנו טיב האיום, המועד בו הוא בוצע, המצב בו היה שרוי המאויים בעת שקיבל את האיום ואפשרויות הפעולה החלופיות שעמדו בפני המאויים. שקלול כל הגורמים הללו הביא למסקנה שהאיום במקרה זה היה בלתי לגיטימי.

ז. עושק

עילת העושק היא המיוחדת מבין עילותיו של פרק ב לחוק החוזים, והיא גם הקשה ביותר להוכחה. הרציונאל העומד בבסיסה הוא מוסרי: ניצול מצוקה, חולשה או חוסר ניסיון קשים בהם נתון צד כדי לגרום לו להתקשר בחוזה מצדיק, לדעת המחוקק, לאפשר ביטול של החוזה. הקושי בהוכחת העילה נובע מכך שהיא כוללת חמישה יסודות, שאת כולם יש להוכיח במצטבר. ואלו חמשת היסודות:

- א.** קיומו של **חוזה** שעל פניו נחזה להיות תקף על-פי דרישות פרק א לחוק החוזים;
- ב.** **קשר סיבתי** - ניצול המצוקה צריך להיות הגורם להתקשרות. המבחן

⁶ פ"ד מג(4) 95.

- להתקיימות הקשר הסיבתי, כמו ביתר העילות, הינו סובייקטיבי: השאלה אינה האם לאדם סביר היה הניצול גורם להתקשר בחוזה, אלא האם המנוצל הספציפי הזה כרת חוזה משום שניצלו את מצבו;
- ג. מצב העשוק - הסעיף דורש התקיימות של אחת לפחות מתוך שלוש החלופות הבאות:** מצוקה, חולשה שכלית או גופנית, חוסר ניסיון. ההלכה המקובלת בבית המשפט העליון היא שעל המצוקה או חוסר הניסיון או החולשה להיות מהותיים וכבדי משקל כך שיהיה בהם כדי להשפיע לרעה על שיקול הדעת.
- מצוקה -** אין די בעוני או בקושי כלכלי. נדרש לחץ כלכלי או פסיכולוגי חמור שנובע מאירועים פתאומיים.
- חולשה שכלית או גופנית -** מצד אחד אין די בחוסר הבנה ונדרש רפיון שכל. מן הצד האחר אין המדובר במצב של פסול-דין לפי **חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962**, מכיוון שעצם כריתת החוזה על-ידי פסול-דין יוצרת שאלה לגבי תקפותו, וזאת שלא במסגרת הדיון בפגמים (ראה בהמשך).
- חוסר ניסיון -** אין די בחוסר מומחיות ביחס לעסקה המסוימת נשוא החוזה או בפזיזות עסקית. גם חוסר הניסיון צריך להיות מהותי ובסיסי, כזה שמקורו באופיו של המתקשר או ברקעו החינוכי והחברתי. בחינת מצבו של העשוק נעשית נכון למועד כריתת החוזה.
- ד. התנהגות העושק -** על המנצל לדעת על המצוקה, החולשה או חוסר הניסיון של העשוק, ודי בכך שהוא חושד בקיומם אך "עוצם עיניו" ומתעלם מהם. בנוסף, על העושק לנצל את מצב העשוק, אולם בניגוד לכפיה או להטעיה, אין דרישה כי המנצל יהיה זה שגורם למצבו הקשה של הצד השני.
- ה. גריעות תנאי החוזה -** גם אם כל היסודות דלעיל הוכחו, עילת העושק אינה מושלמת אלא אם "תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל". בית המשפט בוחן באמות מידה אובייקטיביות מה המקובל בשוק בחוזים מסוג החוזה הנדון (ככל שהדבר ניתן - לא תמיד ניתן לדבר על "תנאים מקובלים"). כן בודק בית המשפט האם הפער בין אותם תנאים מקובלים לבין תנאי החוזה הנדון חורג ממידת הסבירות. החוק לא קבע אמות מידה מספריות או כמותיות לפער הנדרש, והדבר נתון לשיקולו של בית המשפט.

ח. סעדים בגין פגם בכריתה

עד עתה סקרנו את העילות השונות לפי פרק ב לחוק החוזים, וראינו באילו תנאים מגיע לצד לחוזה לקבל סעד. נותר לבחון מהם אותם סעדים המגיעים למתקשר וכיצד עליו להפעילם.

כאשר העילה היא **חוזה למראית עין** (סעיף 13) נוכחנו כי החוזה **בטל מעיקרו**, כלומר רואים אותו כאילו מעולם לא נעשה וכאילו מעולם לא היה בכוחו להוליד תוצאות משפטיות. חוזה שהוא בטל מעיקרו אין צורך לבטל באשר הוא מלכתחילה לא היה קיים. אם על בסיס החוזה בכל זאת עברו נכסים מצד אחד למשנהו, הרי שיש להשיבם למי שהעביר אותם, וזאת מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט. על אף שאין צורך בפעולה כלשהי לביטול החוזה, קיימת אפשרות להגיש לבית המשפט בקשה **לסעד הצהרתי**, אשר בו יכריז בית המשפט על כך שהחוזה בטל. פניה מסוג זה נועדה להסיר ספקות ולאפשר לצד הרוצה להסתמך על בטלותו של החוזה לעשות זאת מבלי לחשוש שהחוזה אינו בטל ושהתנהגותו תיחשב להפרה מצדו.

בעילות האחרות שסקרנו - **טעות, הטעיה, כפיה, עושק** - החוזה **ניתן לביטול**. למתקשר שנפגע מהפגם עומדת הזכות לבטל את החוזה, אולם עד שאותו צד יפעיל את זכותו זו, החוזה שריר וקיים ויש לו תוקף מלא.

כיצד מבטלים חוזה? הביטול הינו סעד שניתן להפעלה אוטונומית על-ידי הצדדים, ולמעט במקרה של טעות לא ידועה (סעיף 14(ב)), מתקשר מבטל את החוזה בעצמו ללא היזקקות לבית משפט. הרישא לסעיף 20 לחוק החוזים קובעת כי "ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני". צד המעוניין לבטל חוזה נדרש למסור לצד השני הודעה על הביטול, ואל לו להסתפק בכך שהידיעה הגיעה לצד השני ממקור אחר. ההודעה אינה חייבת להיעשות בכתב דווקא, אלא אם החוזה בין הצדדים קובע אחרת. תוכן ההודעה חייב להיות ברור וחד משמעי כך שיבהיר למקבל ההודעה כי בכוונת השולח לנתק את היחסים החוזיים. בפסיקותיו הכיר בית המשפט העליון בהגשת תביעה לבית משפט במקרים מסוימים כדרך נאותה לביטול חוזה.

מתי מבטלים חוזה? לעניין המועד לביטול איזון המחוקק בין האינטרסים של שני הצדדים: עקב התנהגות הצד השני קיבל המתקשר זכות לבטל את החוזה באורח חד-צדדי, אולם עליו להפעיל זכות זו תוך זמן סביר. במקרה של טעות, הטעיה ועושה - תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפייה - תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפייה (הסיפא לסעיף 20). המשמעות היא שעל הצד הזכאי לבטל להחליט ולפעול תוך זמן סביר, וזאת כדי שגם הצד השני יידע לאן מועדות פניו של החוזה. חלף הזמן הסביר והחוזה לא בוטל - פגה הזכות לבטלו, והוא ממשיך להיות תקף ככל חוזה אחר. החוק לא קבע מהו "זמן סביר", וההכרעה בכך מסורה לבית המשפט על-פי נסיבותיו של כל מקרה.

מהן תוצאות הביטול? עם הביטול, מפסיק להתקיים הקשר החוזי בין הצדדים והצדדים פטורים מקיום התחייבויותיהם בעתיד. ישנן לעתים בחוזה הוראות שעל פי מהותן ממשיכות לחול גם לאחר הביטול, כגון תניה בנושא פיצויים, תניה בנושא פינוי הנכס, בוררות וכד'. על פי סעיף 21 לחוק החוזים:

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

מרגע שהחוזה בין הצדדים בוטל כדין אין כל הצדקה שמי שקיבל נכס על-פיו ימשיך להחזיק בו. ההשבה הינה תוצאה של הביטול, אך נבדלת ממנו בעניין מרכזי: הביטול ניתן להפעלה עצמית וחד-צדדית על-ידי המתקשר, ואילו השבה אינה סעד שצד לחוזה רשאי להפעיל בכוחות עצמו. אם הועבר נכס על-פי חוזה שאחר כך בוטל, אין בידי המעביר זכות להוציא את הנכס בכוח מידיו של הצד השני. עליו לפנות לבית המשפט בבקשה שיורה לצד השני להשיב את הנכס. במקרים בהם לא ניתן להשיב את הנכס הספציפי שנמסר, כגון אם הנכס התכלה או הושמד או הועבר לצד שלישי שרשאי להחזיק בו, חלה חובה להשיב את שווי. הדבר נכון גם כאשר על-פי החוזה ניתן שירות ולא הועבר נכס, ואז יש להשיב את שווי הכספי של השירות.

4. כשרות משפטית

א. כללי

עד עתה עסקנו בפגמים הנוגעים לרצונם של הצדדים ופוגעים בתוקפו של החוזה או מקנים יכולת לבטל אותו. בפרק זה נסקור סוג אחר של פגמים - אלו הנוגעים לזהותם של הצדדים ולשם כך נפנה לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, התשכ"ב-1962 (להלן - "חוק הכשרות"). חוק זה עוסק בשני נושאים שאין ביניהם קשר ענייני הכרחי, ורק במקרה הם כונסו תחת כנפיו של דבר חקיקה אחד: הכשרות לפעול באופן שיוליד תוצאות משפטיות בתחום המשפט הפרטי, ויחסי הורים-ילדים או אפוטרופוס-קטין. אנו נתייחס כאן לנושא הראשון בלבד. חוק הכשרות מכריז בסעיף 1 כי: "כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו".

סעיף זה מעגן באופן מפורש את היות האדם הביולוגי "אישיות משפטית", כלומר תופעה שהדין מקנה לה זכויות וחובות. בניגוד לכשרות להיות בעל זכויות וחובות שהינה אוניברסלית בעיקרה, הדין יצר מערכת מורכבת של הוראות לעניין הכשרות לפעולות משפטיות. לא זה המקום להגדיר באופן מלא מהן "פעולות משפטיות", ורק נאמר שפעולה הכרוכה בהבעת רצון, כגון כריתת חוזה, מהווה פעולה משפטית עליה חל חוק הכשרות.

ב. הדין הכללי

"קטין" הוא מי שלא מלאו לו 18 שנה. החל מיום ההולדת ה-18 נחשב אדם ל"בגיר". החוק קבע את החיתוך באופן חד כאשר, למעט במקרים חריגים, אין חשיבות למידת בגרותו הנפשית או הגופנית של האדם. "נציג" של קטין יכול להיות הורה שלו או אפוטרופוס שמונה על-ידי בית המשפט (סעיף 80 לחוק הכשרות).

עקרון היסוד של חוק הכשרות הוא לדאוג לעניינם של מי שטעונים הגנה (קטין או פסול-דין), וכחוט השני לאורכו של החוק עומד העיקרון שיש להגן על הקטין או פסול הדין, לעתים אף על חשבון צדדים אחרים לפעולה. על-פי סעיפים 4 ו-5 לחוק

הכשרות, פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמה של נציגו. הסכמה יכולה להינתן מראש או בדיעבד, ואם היא ניתנה יכול הנציג לבטלה כל עוד היא לא בוצעה. מה הדין אם קטין מבצע פעולה מבלי שקיבל לכך את הסכמת נציגו? הפעולה ניתנת לביטול על-ידי הנציג (ואם אין לקטין נציג - על-ידי היועץ המשפטי לממשלה) בתוך חודש ימים מהמועד שנודע לו על הפעולה. במקרה שלנציג הדבר לא נודע, יכול הקטין לבטל את הפעולה שלו עצמו בתוך חודש מיום שמלאו לו 18 שנה. זוהי דוגמא לתפיסת היסוד של חוק הכשרות - לקטין יש דרך להשתחרר ממחויבותו על-פי חוזה שכרת, ללא מתן כל נימוקים לכך, לעתים לאחר שחלף זמן רב ממועד הכריתה, אף אם הדבר פוגע בצד השני לאותו חוזה. במקרה זה העדיף המחוקק את טובתו של הקטין.

ג. סייגים לדין הכללי

על אף אותם עקרונות עליהם דיברנו קודם לכן, ריכך חוק הכשרות את הפגיעה האפשרית במתקשר השני בשני מקרים. האחד - זכות הביטול בדיעבד אינה קיימת כאשר הקטין מבצע פעולה שדרכם של קטינים בגילו לעשותה. לדוגמא, אם ילד בגיל בית הספר מבצע רכישה של ספר לימוד או מחברת, לא יוכל אביו לבטל את המכר רק משום שלא נתן את הסכמתו לכך, והדבר יכול להיות נכון אף במקרים בהם קטין בגיל העשרה רוכש, לדוגמא, פריטים מסוימים הקשורים למחשבים. השני - לא ניתן לבטל בדיעבד פעולה משפטית של קטין, כאשר המתקשר השני לא ידע ולא היה עליו לדעת שמולו עומד קטין. ישנם קטינים אשר נראים ונשמעים כאילו הם בגירים, ובמקרה זה החוק מגן על המתקשר שטעה בתום לב לחשוב שאין מניעה חוקית להתקשר בעסקה בשל גילו של בעל חוזהו. עם זאת, הסייגים הללו לא יגנו על המתקשר, ואף בנסיבות המתוארות לעיל יוכל הנציג לבטל פעולה משפטית שנעשתה ללא הסכמתו, אם "היה בה משום נזק ממשי לקטין או לרכושו".

כמו כן לא חלים סייגים אלו על כל אחת מהפעולות הבאות שמבצע קטין (אף אם דרכם של קטינים בגילו לעשותן, ואף אם הוא לא נראה קטין):

1. רכישת נכס באשראי (לרבות בתשלום בשיעורים);
2. מקח אגב שכירות (Leasing);

3. שכירות נכס ;

4. קבלת שירות באשראי (לרבות בתשלום בשיעורים).

כל אחת מהפעולות הנ"ל אינה תקפה כל עוד לא באה עליה הסכמת הנציג.

ד. פניה לבית המשפט

בשורה של עסקאות החמיר החוק אף מעבר למתואר לעיל. אם בעסקה רגילה הסכמת הנציג הופכת אותה לתקפה, הרי שבעסקאות הבאות גם הנציג אינו מוסמך להעניק להן תוקף, וכדי לבצען יש לפנות לבית המשפט ולקבל את אישורו:

1. העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה ;
2. פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על-פי חוק (כגון עסקת מקרקעין);
3. נתינת מתנות בנסיבות מסוימות ;
4. נתינת ערבות ;
5. פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, למעט קבלת מתנות הניתנות לקטין.

5. תום לב

א. כללי

הדרך בה שולבו ההוראות לגבי חובת תום הלב בחוק החוזים הייתה מהפכנית בדין הישראלי, למרות שעקרון זה אינו חדש במשפטנו. זהו עקרון כללי אשר נפרש על כל תחומי הדין - הדין האזרחי, הדין המנהלי, דיני עבודה, הדין הפרוצדוראלי וכו' - והוראות בעניינו מופיעות בדברי חקיקה נוספים (סעיף 6 לחוק המכר, התשכ"ח 1968 וסעיף 4 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א-1971). בחוק החוזים מופיעות שתי הוראות הנוגעות לחובת תום הלב. סעיף 12 וסעיף 39 :

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

39. בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.

מהפכניות ההסדר נובעת מסעיף 12: ההנחה היא ששלב המשא ומתן מיועד להחלפת הצעות בין הצדדים, ולבירור בין הצדדים וכל צד לעצמו האם הם רוצים להתקשר בקשר משפטי מחייב. משמעותו של סעיף 12 הינה שעל הצדדים חלים חיובים מכוח הדין גם בשלב בו הם טרם החליטו האם בכלל ליטול על עצמם התחייבויות בעלות תוקף משפטי. סעיף 12 מחיל את עקרון תום הלב על שלב המשא ומתן, לרבות על שלב כריתת החוזה, וסעיף 39 מחיל אותו על השלב החוזי בו על הצדדים לקיים את חיוביהם על-פי החוזה.

ב. על מי חלה החובה לנהוג בתום לב?

החובה על פי סעיף 39 חלה על הצדדים לחוזה. עקרון תום הלב המופיע בסעיף 12 חל על כל מי שמשתתף במשא ומתן. הצדדים לחוזה כפופים לו, אך לא רק הם. כל מי שנטל חלק במשא ומתן, גם אם לא הפך מאוחר יותר לצד לחוזה כפוף לחובה. סעיף 12 חל גם על שלוח, מנהל הפועל בשם תאגיד ואפוטרופוס המנהל משא ומתן בשם החסוי.⁷

ג. מהו המבחן לתום לב?

אחת הבעיות המרכזיות בשילובה של חובת תום הלב במשפט הפרטי היא היות המושג שאוב במקורו מעולם המוסר והאתיקה. עולה השאלה: מהם הסטנדרטים לפיהם יקבע בית המשפט האם התנהגות מסוימת תמת לב? בית המשפט העליון השיב על כך⁸: "תום הלב" לעניין סעיף 39 לחוק החוזים הוא

⁷ ראה: ד"ר 7/81 פנידור נ' קסטרו, פ"ד לו(4) 673 וע"א 614/84 ספיר נ' אשד, פ"ד מא(2) 225.

⁸ בג"צ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה בירושלים ואח', פ"ד לה(1) 828, 835.

"אובייקטיבי" במובן זה, שעניינו אינו רק במצב פסיכולוגי אלא אף בצורת התנהגות, הנקבעת על-פי סטנדרטים מסוימים הנראים לחברה כראויים. עם זאת, תום הלב לעניין סעיף 39 לחוק החוזים הוא "סובייקטיבי" במובן זה, שסטנדרט ההתנהגות מעוגן לא רק בסוג העסקה, מקומה ותנאיה, אלא גם במספר תכונות שהן אינדיבידואליות לבעלי החוזה."

המבחן שנקבע, אם כן, בפסיקה הינו משולב: בחינת תום הלב תיעשה על-פי אמות מידה **אובייקטיביות** אותן קובע בית המשפט. אדם לא יוכל להתגונן בטענה כי לפי אמות המידה האישיות שלו התנהגותו הייתה תקינה, אם בית המשפט יחליט שאמות מידה אלו אינן תואמות את הנדרש בחברה. אולם גם הבחינה האובייקטיבית מושפעת מהנתונים האישיים של הצדדים המסוימים בעסקה המסוימת הנדונה. מבחן משולב זה מופעל הן לעניין סעיף 39 והן לעניין סעיף 12.

מהי "הדרך המקובלת"? בתחילה היה מי שסבר שתום הלב נבחן באופן סובייקטיבי והדרך המקובלת נבחנת באמות מידה אובייקטיביות. כפי שראינו, נפסק שגם תום הלב נבחן אובייקטיבית, והמונח "בדרך מקובלת" נותר ללא תפקיד של ממש.

ד. המשמעות הכללית של עקרון תום הלב

עיון בחוק מראה שהמחוקק השתמש במונח "תום לב" אך לא ציין מה תוכנו. את מילוי התוכן הקונקרטי במושג הותיר המחוקק לבתי המשפט בדרך של התפתחות שיפוטית הדרגתית ממקרה למקרה. העיקרון הינו ביטוי לנורמות מוסריות של יושר והגינות. על כל החיובים שהצדדים נוטלים על עצמם במסגרת המשא ומתן ובחווה, מוסיף עקרון תום הלב את החובה להגיע לאותן הסכמות ולבצע את החיובים הללו בהגינות ובנאמנות. כב' השופט ברק ניסח זאת כנורמה של "אדם לאדם - אדם", ופרופ' גבריאלה שלו⁹ מסכמת את משמעות העיקרון במילים אלו: "את הדרישה הכללית לנהוג בתום לב יש אפוא לראות כדרישה מאוזנת של התחשבות בזולת ושיתוף פעולה עמו, להגשמת מטרת החוזה."

⁹ ג' שלו, **דיני חוזים** מהדורה שנייה, הוצאת "דין" ירושלים, תשנ"ה, עמ' 50.

ה. דוגמאות לשימוש בעקרון תום הלב

ניהול משא ומתן מקביל - אדם מנהל משא ומתן בו זמני עם יותר מגורם אחד, כאשר כל גורם אינו יודע על האחרים. עקרונית, לא נראה כי יש בכך סתירה לעקרון תום הלב, וכל עוד אותו אדם אינו יוצר מצגים אחרים, אין סיבה לבן שיחו להניח שהמשא ומתן מתנהל איתו באופן בלעדי.

חזרה מהצעות והסכמות במהלך משא ומתן - בהנחה ששלב המשא ומתן הוא השלב בו הצדדים מבררים כל אחד לעצמו וביניהם את טיב ההתקשרות, אין סיבה עקרונית לראות צד החוזר בו מהסכמה שנתן בשלב מוקדם יותר של המשא ומתן כחסר תום לב.

הפסקת משא ומתן - ככלל, מותר לצד לפרוש ממשא ומתן באורח חד צדדי, ובכך מאובחן שלב המשא ומתן מהשלב שלאחר כריתת החוזה. אולם החובה לנהוג בתום לב חלה גם על סיום המשא ומתן. לצורך הכרעה בשאלה אם צד סיים את המשא ומתן בתום לב, יש לשקול, את השלב במשא ומתן בו היחסים הגיעו לידי סיום, את המצגים שיצר אותו צד עד לפרישתו, את ההוצאות בהן נשא הצד השני בקשר למשא ומתן וכו'. ככל שהשלב מתקדם יותר; ככל שהצד השני נשא ביותר הוצאות; ככל שהפורש מהמשא ומתן ידע יותר על אותן הוצאות; וככל שהמצגים שיצר היו על כך שהמשא ומתן עתיד להסתיים בחוזה, כך עולה הסבירות שהתנהגותו ב"פיצוץ" המשא ומתן תוגדר כחסרת תום לב, ולהיפך.

משא ומתן סרק - א' מנהל משא ומתן עם ב' מתוך ידיעה מראש שאין בכוונתו לכרות הסכם עם ב', או מתוך ידיעה מראש שבכוונתו להפר את ההסכם שייכרת. זוהי תופעה מוכרת למדי, כשהסיבה לה יכולה להיות, לדוגמא, ניהול משא ומתן עם ב' רק כדי להפעיל לחץ על ג', עמו מתנהל משא ומתן מקביל. על אף נפוצותה של תופעה זו, אין ספק שיש בה משום סתירה לחובת תום הלב.

גילוי פרטים במהלך משא ומתן - בתחום חשוב זה סוכמה ההלכה בספרה של פרופ' ג' שלו: ¹⁰ "חובת תום הלב כוללת חובה לגלות לצד השני לפני כריתת החוזה עובדות

¹⁰ שם, בעמ' 56.

חשובות, ואפילו עובדות שהצד השני היה יכול לגלותן בכוחות עצמו, כאשר גילוי זה מתחייב ממהות העסקה ומנסיבות המקרה"¹¹

לגבי החובה לגלות פרטים אליהם יכול הצד השני להגיע בכוחות עצמו באמצעים סבירים, ההלכה עדיין אינה חד משמעית. לדוגמא ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי¹¹ - המקרה בו בעל הקרקע לא גילה לקבלן שרכש אותה שהוא לא יוכל לבנות עליה 16 דירות כפי שחשב, אלא 12 דירות בלבד. האם חייב בעל הקרקע לגלות מיוזמתו לקונה, שהוא קבלן בניין, מידע שהקבלן יכול היה להשיג בעצמו במאמצים לא מרובים? בפסיקות בית המשפט העליון ניכר חוסר אחידות בנושא זה. לדעתנו, המצב הראוי הוא, שבמקרה כמו זה המתואר לעיל, לא תחול חובת גילוי על בעל הקרקע, והאחריות לבדוק נושא זה תחול על רוכש הקרקע.

ו. הסעדים בגין הפרת חובת תום הלב

במשא ומתן - סעיף 12(ב) לחוק החוזים קובע, כי הפרת חובת תום הלב בשלב המשא ומתן מזכה את הצד השני ב"פיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה". הפרשנות המקובלת היא שזהו הסעד היחיד האפשרי במצב זה, אך בבית המשפט העליון נשמעה גם הדעה, לפיה על בסיס סעיף 12 ניתן להעניק גם סעדים אחרים כגון אכיפה או ביטול.¹² הסעיף מקנה "פיצויים שליליים", כלומר פיצויים שיכסו על הנזק שנגרם עקב המשא ומתן וכריתת החוזה, ולא פיצויים שמטרתם להעמיד את הצד השני במצב בו הוא היה אילו החוזה נכרת וקיים. במסגרת זו ייכללו פיצויים בגין הזמן והמשאבים שהושקעו במשא ומתן, פיצוי בגין הזדמנויות עסקיות שהוחמצו עקב המשא ומתן וכד'.

בקיום החוזה - קיום החוזה שלא בתום לב בניגוד לאמור בסעיף 39 לחוק החוזים מהווה הפרת חוזה, אשר מזכה בסעדים ככל הפרה אחרת (ראה בהמשך).

¹¹ פ"ד לב(1) 231.

¹² ראה: ע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לו(1) 579.

6. פרשנות חוזים והשלמתם

א. כללי

בעיית הפרשנות של חוזה מתעוררת מעצם היותו טקסט מילולי. בעקרון ניתן לומר שאין בנמצא טקסט מילולי מכל סוג שהוא אשר לגביו לא עלולה להתעורר מחלוקת פרשנית. כאשר צדדים מנסחים חוזה הם משתדלים שהוא ייתן מענה לכל מצב שעלול להתעורר בעתיד, בלשון שתבטא את ששניהם הסכימו עליו. אולם חיזוי העתיד באופן מדויק אינו אפשרי, ואף לשון שנראית לאחד כממצה, מדויקת וחד משמעית עשויה להיראות בעיני אחר כעמומה או בעלת משמעות אחרת.

הבעיה המרכזית האופפת כל פרשנות של חוזה הינה שהפרשן עושה עבודתו בדיעבד, לעתים במרחק ניכר של זמן ממועד ניסוח ההסכם, כאשר שני הצדדים חלוקים בפרשנויותיהם ובתיאור כוונותיהם. לדוגמא, בע"א 554/83 "אתא" חברה לטקסטיל בע"מ נ' זולוטוב,¹³ נדרש בית המשפט העליון בשנת 1987 לפרש חוזה שנכרת 15 שנים קודם לכן, ובינתיים אחד הצדדים שחתמו על החוזה הלך לעולמו. המסקנה המתבקשת היא שבתום עבודת הפרשנות בית המשפט שהכריע במחלוקת אינו יודע, ואינו מתיימר לדעת, מהי הפרשנות "הנכונה" (אם בכלל קיימת פרשנות אחת "נכונה"), או למה באמת התכוונו הצדדים בעת שחתמו על ההסכם. בית המשפט פוסק רק על-פי חומר הראיות שהוצג בפניו, ולאחר ששאל את עצמו מה לדעתו הייתה כוונת החוזה.

ב. ההיררכיה הפרשנית

סעיפים 25 ו-26 לחוק החוזים קבעו שלבים שונים לעבודה הפרשנית. בין השלבים הללו יש לצעוד בסדר מסוים, תוך שמירה על ההיררכיה הפנימית ביניהם. משמעות הדבר היא שאין לעבור לשלב פרשני כלשהו לפני שמוצה לחלוטין השלב הקודם. אלו הם השלבים:

¹³ פ"ד מא(1) 282.

1. פירוש לפי אומד דעת הצדדים המשתקף מתוך החוזה ;
2. פירוש לפי אומד דעת הצדדים המשתקף מתוך הנסיבות ;
3. השלמה מנוהג הקיים בין הצדדים ;
4. השלמה מנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג.

ג. פירוש

כפי שעולה מסעיף 25 לחוק החוזים, מטרתו של הפרשן היא להתחקות אחר "אומד הדעת של הצדדים".

במציאות כאשר הבעיה הפרשנית מתעוררת ניצבים בפני הפרשן שני צדדים, אשר כל אחד מהם טוען אחרת לעניין אומד הדעת שהיה להם בעת הכריתה. על כן מנסה השופט להתחקות אחר אומד הדעת של שני הצדדים, ולא נותן משקל לאמונה סובייקטיבית של אחד הצדדים אם אותו צד לא דאג לעגן אותה בחוזה. את אומד הדעת מצווה בית המשפט לדלות ראשית מתוך החוזה עצמו. במקרה שלשון החוזה ברורה היא אשר תקבע, ויקשה על צד לחוזה להתכחש לעולה מלשונו. רק אם בית המשפט מגיע למסקנה, שמלשון החוזה אין הוא יכול ללמוד על אומד הדעת של שני הצדדים (לדוגמא אם הלשון מאפשרת יותר מפירוש סביר אחד), עליו לנסות לדלות את אומד הדעת מן הנסיבות.

מהן אותן "נסיבות"? הכוונה לכל נסיבה, הן לפני והן אחרי כריתת החוזה, שממנה ניתן להסיק על מטרת החוזה, ההגיון הכלכלי/מסחרי/עסקי/משפטי שעמד בבסיסו, הדרך בה הבינו אותו הצדדים, "רוח החוזה", וכד'. לצורך כך יכול בית המשפט להיעזר בטיוטות שהובילו לחוזה, בהצהרות של הצדדים במהלך המשא ומתן ולאורך חיי החוזה, מהתנהגותם באותן תקופות ובכל פרט אחר שיכול לחשוף את כוונותיהם.

ד. השלמה

נניח שפרט מסוים אינו מוסדר בצורה מפורשת בחוזה - מה המשמעות שיש לתת לכך? על הפרשן לפעול על פי הוראות סעיף 25 לחוק החוזים ולנסות להתחקות

אחר אומד דעת הצדדים. עם תום שני שלבי הפירוש המנויים בסעיף 25 יכול הפרשן להגיע לאחת משתי המסקנות הבאות:

האחת - הצדדים **חשבו** על הפרט המסוים, ואת הסדרתו המפורשת השמיטו **במודע ובכוונה**. מסקנה פרשנית זו נקראת "**הסדר שלילי**" ומשמעותה שאין מקום להתערבותו של בית המשפט לצורך השלמה מן החוץ של הסדר אותו הצדדים השמיטו במכוון. במקרה שזו המסקנה הפרשנית של בית המשפט, כאן מסתיים תפקידו ואין הוא פונה כלל להשלמה של פרטים לפי סעיף 26 לחוק החוזים.

השנייה - הצדדים **לא** חשבו על הפרט המסוים ואת הסדרתו המפורשת השמיטו **שלא** במודע ו**שלא** בכוונה. מסקנה פרשנית זו נקראת "**חסר**" ("**לאקונה**" בלע"ז) ומשמעותה שאותו פרט חסר בחוזה, ועל בית המשפט להשלימו על פי הוראות סעיף 26. כלומר, לסעיף 26 מגיע הפרשן אם, ורק אם, מסקנתו הפרשנית לגבי הפרט החסר הינה "חסר" ולא "הסדר שלילי".

כאשר מגיע הפרשן לשלב ההשלמה ברור לו שבכך אין הוא מחפש עוד את כוונת הצדדים, אלא הוא מייבא לתוך החוזה הוראות שהצדדים כלל לא חשבו עליהן, ויתכן שהן אף מנוגדות לרצונם. ההשלמה נעשית מתוך "נוהג". מהו "נוהג" לצורך זה? זו ההגדרה שנוסחה ע"י פרופ' ג' שלו¹⁴: "נוהג הוא אורח-התנהגות שעל פיו אנשים פועלים בתחום זה או אחר. הליכות מסחר שמקיימים אותן בתחום ידוע של חיי המסחר והכלכלה באופן רצוף, כך שאנשים מצפים לחזרה עליהן, מהוות נהג." כדי להשלים הוראה בחוזה על בית המשפט לבחון ראשית קיומו של נהג פרטי שקיים, אם קיים, בין הצדדים. נהג פרטי יכול להתגבש בעסקאות דומות בין הצדדים בעבר, ובדפוסי התנהגות שהתגבשו ביניהם. בהעדר נהג פרטי בין הצדדים על בית המשפט להשלים את ההוראה החסרה תוך הסתמכות על נהג כללי שקיים בעסקאות מסוג העסקה הנדונה.

לדוגמא נבחן את פסק הדין בע"א 380/81 **שטראוכלר נ' פרסטון**.¹⁵ במקרה

¹⁴ ג' שלו, שם, עמ' 328.

¹⁵ פ"ד לט(1) 658.

זה נערך הסכם בין חברה בעלת מקרקעין לבין חברה לתיווך נדל"ן, לפיו ניתנה למתווכת בלעדיות לשנה למציאת קונה לנכס, וסוכם שדמי התיווך בתקופה זו יהיו בשיעור 4% מערך העסקה. העסקה הושלמה לאחר תום שנת הבלעדיות, ובהסכם לא הופיעה הוראה לגבי דמי התיווך שיגיעו למתווכת אם העסקה תושלם לאחר יותר משנה. כיצד הכריע ביהמ"ש? ראשית בחן בית המשפט את פרשנותו של ההסכם כדי לקבוע האם העובדה שפרט זה לא צוין בחוזה משמעותה הסדר שלילי, המונע תביעת דמי תיווך אם העסקה הושלמה מחוץ לתקופת ההסכם. קביעת בית המשפט הייתה שאין המדובר בהסכם שלילי. עתה פנה בית המשפט לסעיף 26 לחוק החוזים והשלים את הפרט החסר מכוח הנוהג המקובל בעסקאות נדל"ן בהיקפים דומים. בית המשפט פסק על סמך הנוהג המקובל דמי תיווך בשיעור 1% משווי העסקה.

7. קיום החוזה

פרק ה לחוק החוזים עניינו פירוט מספר הוראות הנוגעות לדרך קיומו של חוזה. בחלק מהוראות הפרק עסקנו בהקשרים אחרים: סעיף 39 ("קיום בתום לב") נדון ביתר הרחבה בראש הפרק העוסק בתום לב,¹⁶ וסעיפים 41, 44, 45, 46 נסקרו בראש הפרק הדין במסוימות הנדרשת לשם כריתת החוזה.¹⁷ בראש פרק זה נסקור מספר הוראות נוספות.

על מי מוטל לקיים את החוזה? לפי סעיף 40 אין לנושה זכות לדרוש שדווקא החייב הוא זה שיקיים את החיוב, אלא אם הם הסכימו שכך יהיה. כלל זה גם לא חל אם מהות החיוב אומרת שיש לקיימו באופן אישי. לדוגמא, בהסכם לשכירת שירותי אדריכל, בדרך-כלל ניתן להניח שהלקוח מעוניין בשירותיו של אדריכל מסוים, ואין הוא מוכן שהתכנון יתבצע על-ידי אחר.

¹⁶ ראה ראש פרק 5 לעיל.

¹⁷ ראה ראש פרק 2(א) לעיל.

האם ניתן לקיים חיוב שלא במועדו? סעיף 42 קובע שכדי שחייב יוכל להקדים את ביצוע חיובו צריכים להתקיים שני תנאים מצטברים: האחד - על החייב להודיע לנושה על ההקדמה זמן סביר מראש; השני - אסור להקדמה לפגוע בנושה. סעיף 43 דן במקרים של דחיית מועד הקיום: הדבר אפשרי כאשר העיכוב תלוי בנושה (קיימת מניעה לקיום התלויה בנושה, או שקיום החיוב תלוי בפעולה מוקדמת או בו-זמנית מצד הנושה, והוא אינו מבצע אותה). לבית המשפט הסמכות לחייב את הנושה בפיצוי החייב בגין הנזק שנגרם לו עקב העיכוב.

האם ניתן לשלם חיוב במטבע זר? סעיף 47 יוצר דין מיוחד לעניין מטבע זר ובכך מונע את הפיכת החוזה ל"חוזה פסול".¹⁸ כשהחוזה מציין חיוב לשלם בארץ במטבע זר שתשלומו אסור על פי דין, החוק קובע כי יש לשלם בשקלים חדשים לפי "שער החליפין הרשמי" ביום התשלום. הבעיה עם הגדרה זו - שאין היא לוקחת בחשבון את ריבוי שערי החליפין הקיימים, ואין היא מתייחסת לשער היציג של המטבעות. בית המשפט העליון הבחין בבעייתיות זו ופתר אותה על-ידי פניה לכללי הפרשנות וההשלמה לפי סעיפים 25 ו-26 לחוק החוזים.¹⁹

זכות הקיזוז - כדי שניתן יהיה לקזז חיובים, סעיף 53 מחייב קיום כל התנאים הבאים מצטבר:

1. על שני החיובים להיות **כספיים**;
2. שני הצדדים חבים את החיובים המקווזים מתוך **עסקה אחת**;
3. אם החיובים אינם מעסקה אחת ניתן לקזזם רק אם הם **קצובים**;
4. **הגיע המועד לקיום** שני החיובים;
5. צד אחד **הודיע** למשנהו על הקיזוז;
6. אין לקזז חיוב שהזכות לקיומו אינה ניתנת לעיקול.

¹⁸ ראה ראש פרק 8 להלן.

¹⁹ ע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ נ' חנ-רון בע"מ, פ"ד מו(3) 305, 312.

8. חוזה פסול

א. הדין הקודם מול הדין החדש

חקיקת חוק החוזים שינתה את התפיסה שהייתה שלטת קודם לכן בנושא החוזה הפסול. תפיסת היסוד של הדין הקודם ראתה בחוזה פסול דבר טמא, שאל לבית המשפט "ללכלך את ידיו" בו, ולכן בית המשפט נמנע מלטפל בחוזים פסולים. הדין בוסס על שתי הנחות יסוד:

1. "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" - לא ניתן להגיש תביעה על בסיס חוזה הנגוע באי חוקיות;

2. "חטאו שניהם כאחד, יד הנתבע על העליונה" - במקרה ששני הצדדים שותפים לאי-החוקיות, מכיוון שהתובע מנוע מלהגיש את תביעתו התוצאה היא שהנתבע בעצם זוכה.

התוצאה הבלתי נמנעת של המצב הקודם הייתה, שמי מהצדדים שהצליח לקבל יותר על בסיס החוזה לפני שהיחסים ביניהם התערערו - זכה, כי יריבו היה מנוע מלתבוע. חוטא יצא לעתים נשכר. החוק החדש בנוי על תפיסה שלפיה בית המשפט מתערב גם בחוזים פסולים מתוך מטרה לאזן בין שני אינטרסים: האחד - מניעה והרתעה של הצדדים לחוזה ושל הציבור הרחב מלכרות חוזים פסולים; השני - איזון בין הצדדים לחוזה כך שלא ייצא חוטא נשכר.

ב. מהו "חוזה פסול"?

על-פי סעיף 30 לחוק החוזים "חוזה פסול" הוא חוזה "שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור". האפשרויות השונות אינן מצטברות, כך שכל אחת מתשע האפשרויות המנויות בסעיף בנפרד מולידה חוזה פסול.

כריתה בלתי חוקית - כאשר נפל פגם בהליך כריתתו של החוזה, כגון עירייה

הכורתת חוזה ללא קבלת אישור שר הפנים²⁰ או עירייה המוסרת עבודה לקבלן שאינו רשום כדין.²¹

תוכן בלתי חוקי - חוזה שכלולים בו סעיפים שתוכנם נוגד את החוק כגון חוזה לביצוע מעשה פלילי וכד'.

מטרה בלתי חוקית - באמרינו "מטרת החוזה" הכוונה למטרה של הצדדים לחוזה כפי שהייתה בעת כריתתו. הדוגמאות הנפוצות לכך הן חוזים שיש לצדדים להם מטרה להונות רשויות. למשל חוזה מכר דירה הנוקב מחיר נמוך מהמחיר האמיתי כדי להפחית באורח לא חוקי את החבות במס.²²

ג. תקנת הציבור

בסעיף 30 נאמר, כי גם חוזה הסותר את תקנת הציבור הינו חוזה פסול. כמו בעניין תום הלב כך גם בעניין זה אין המחוקק מפרט מהי "תקנת הציבור", והוא הותיר לבתי המשפט למלא מושג זה בתוכן ולהחליט מתי להשתמש בו ובאיזה אופן. כללית ניתן לומר שתקנת הציבור היא אותם עקרונות יסוד ואינטרסים בסיסיים של הציבור. בע"א 294/91 **חברת קדיש"א גחש"א "קהילת ירושלים" נ' קסטנבאום**,²³ חוזר השופט ברק (כתוארו אז) על מספר עקרונות יסוד בעניין: "גם לעניין תקנת הציבור, מוטל על בית המשפט לקבוע את תכנו בכל חברה נתונה ובכל עת נתונה... בית המשפט חייב ליתן ביטוי לתפיסות היסוד של החברה שבה הוא חי ופועל... עליו להיות פרשן נאמן להשקפות המקובלות על הציבור הנאור, שבתוכו הוא יושב... המצפון הציבורי הכללי ואת השכנוע ההערכתי של החברה באשר להתנהגות הראויה והבלתי ראויה ביחסים החוזיים בין הפרטים... העיקרון של "תקנת הציבור" משקף את תפיסות היסוד של השיטה, ואלה משתנות עם השינויים הכלליים החלים בעם ובמדינה". בפסק הדין הזה נדון חוזה להקמת מצבה אשר אסר כיתוב לועזי וציון

²⁰ ע"א 65/85 **עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה**, פ"ד מ (3) 29.

²¹ ע"א 195/84 **עיריית נהריה נ' ימין**, פ"ד מ(3) 266.

²² ע"א 311/78 **הווארד נ' מיארה**, פ"ד לה(2) 505; ע"א 533/80 **אדרעי נ' גדליהו**, פ"ד לו(4) 281.

²³ פ"ד מו(2) 464, 532.

תאריך גרגוריאני על המצבה, גם אם משפחת הנפטר ביקשה זאת. השופט ברק קבע כי תניה זו סותרת את תקנת הציבור, מכיוון שהיא פוגעת באופן ממשי וקשה בכבוד האדם. השימוש שנעשה בתקנת הציבור במקרה **קסטנבאום** לא היה השימוש המקובל בעקרון זה. בדרך כלל נעשה שימוש בתקנת הציבור בשלושה מקרים:

1. תניות פטור בחוזים אחידים (ראה בהמשך).
2. הגבלת חופש העיסוק: לדוגמא, בית המשפט השתמש בתקנת הציבור לפסילה או לשינוי של תניות בחוזים שהגבילו את היכולת של עובדים שפרשו להתחרות במעבידיהם הקודמים, כאשר הגבלות אלו היו בלתי סבירות מבחינת משך הזמן שלהן או מבחינת פרישתן הגיאוגרפית.
3. אישות ומשפחה: לדוגמא, הסכם בין הורים הפוגע בילדם הקטין עלול להיפסל על בסיס סתירתו את תקנת הציבור.

ד. תוצאותיו של חוזה פסול

בדומה לחוזה למראית עין, כאשר חוזה הוא פסול על-פי סעיף 30 לחוק החוזים הוא **בטל**. משמעותו של חוזה בטל (במובחן מחוזה **שניתן לביטול**) היא שכריתתו כאילו לא נעשתה מעולם, לא היה בכוחו ליצור תוצאות משפטיות, ואם עברו על-פיו נכסים יש להשיב אותם לצד שמסרם. על כן גם חוזה פסול אין צורך לבטל, מאחר שהוא מעולם לא היה בר תוקף. לכל היותר יש מקום להגיש תביעה לבית המשפט לסעד הצהרתי **שיכריז** שהחוזה בטל. ואולם, סעיף 31 לחוק החוזים נותן בידי בית המשפט כלים לרכך את תוצאות הבטלות כפי שתוארו לעיל. ואלו ההוראות שקובע סעיף 31:

1. בטלות החוזה גוררת השבה;
2. אם החוזה ניתן להפרדה לחלקים, כך שביטול חלק אחד לא יפגע בחוזה בכללותו, ניתן לבטל רק אותו חלק.
3. בית המשפט רשאי, לאחר שקלול מאזן הצדק בין הצדדים, לפטור צד מהשבה, או לחייב צד לקיים את חיוביו על-פי החוזה אם הצד השני עשה כן.

9. תרופות בגין הפרת חוזה

א. הפרה - כללי

"הסכמים יש לכבד" אומרת האמרה, אך אם נעיף מבט בחוק הישראלי לא נמצא הוראה האומרת במפורש שיש לכבד חוזים. אין פירוש הדבר שחתימה על הסכם נותנת בידי החותם אופציה, ולא מחויבות, לקיים את התחייבויותיו, ויעיד על כך **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה)**, **התשל"א-1970** (להלן - "חוק התרופות"). אם חוק שלם עניינו הטלת סנקציות על מי שאינו מקיים חוזה שכרת, לא קשה לקבוע שהנחת היסוד של החוק הישראלי היא שחובה לקיים הסכמים, ושאי-קיומם גורר תוצאות בעלות השלכות משפטיות.

סעיף 1 לחוק התרופות מגדיר "הפרה" כ"מעשה או מחדל שהם בניגוד לחוזה". החוק אימץ בכך הגדרה אובייקטיבית למונח "הפרה" - לצורך הכניסה בשערי החוק אין חשיבות לסיבה להפרה או לשאלה מי אשם בהפרה. אנו עוסקים בחוק אזרחי ולא פלילי, החוק אינו מכוון להעניש, ועל כן כל פעולה או מחדל (הימנעות מעשייה) שהם בניגוד לחוזה מזכים את הנפגע בתרופות על-פי החוק.

ב. תרופות - כללי

חקיקתו של חוק התרופות הביאה לשינוי מהותי בדיני התרופות של מדינת ישראל. עד לחוק זה שלטו בכיפה הדינים האנגליים, ולפיהם התרופה הראשונה בחשיבותה הייתה - פיצויים. משמעות הדבר הייתה שצד שלא קיים את חיוביו לפי החוזה נדרש לשלם לצד השני פיצויים על הנזק שגרמה ההפרה, אך רק במקרים חריגים כפה עליו בית המשפט לקיים את החוזה בניגוד לרצונו. חוק התרופות הפך את סדר החשיבות של התרופות, וכיום התרופה הראשונה במעלה הינה אכיפה. הכלל הוא שהסכמים יש לכבד, וכאשר צד אינו עושה כן, הנפגע רשאי לבקש מבית המשפט לכפות על המפר לקיים את חיוביו בעל כורחו.

את התרופה זכאי הנפגע לבחור. הוא יכול לבחור באכיפת החוזה או בביטולו ובנוסף לאכיפה או לביטול הוא יכול לדרוש גם פיצויים. אכיפה וביטול הן תרופות

חלופיות שאינן יכולות להתקיים זו בצד זו: הנפגע נדרש להחליט האם הוא רוצה בקיום החוזה או בהפסקת קיומו. מאחר שלעתים ביטול או אכיפה אין בהם די לכסות את כל נזקיו של הנפגע, הוא יכול לקבל, על אותו חלק שלא כוסה, גם פיצויים. פיצויים יכול הנפגע לקבל גם במקום ביטול או אכיפה. בכל מקרה, כלל היסוד הוא שהנפגע לעולם אינו מקבל יותר מכפי נזקו. לדוגמא, אם המוכר לא העביר לקונה, כנדרש ממנו, דירה ששווייה מאה אלף דולר, והקונה שילם את תמורתה, הקונה יכול לבחור לאכוף את החוזה ואז הוא יקבל דירה, ומנגד הוא יכול לבטל את החוזה ואז הוא יקבל בחזרה את מאה אלף הדולרים ששילם. לכל אחת מהאפשרויות הנ"ל יכול הקונה לצרף תביעה לפיצויים בגין שכר הדירה שהיה עליו לשלם עקב כך שנתר ללא דירה. הקונה יוכל אף לתבוע את כל נזקו במסגרת תביעת פיצויים, אך הוא לעולם לא יוכל לקבל גם דירה וגם את מאה אלף הדולרים ששילם.

ג. אכיפה

בעבר נקראה אכיפה "ביצוע בעין" (תרגום למונח האנגלי "specific performance"), ומשמעותו של הביטוי הינה כפיה של המפר לקיים את חיוביו על-פי החוזה. האכיפה הינה הסעד הראשון בחשיבותו בחוק התרופות, והוא יכול לקבל את ביטוי בצורות שונות: צו עשה, צו לא תעשה, חיוב כספי וכו'. על-פי סעיף 3 לחוק התרופות "הנפגע זכאי לאכיפת החוזה, זולת אם נתקיימה אחת מאלה...". משמע, שאם הוכחה הפרה אין הנפגע נדרש להוכיח את זכאותו לאכיפה והיא מגיעה לו כבר כדרך הטבע. אם המפר טוען שאין מקום לאכוף עליו את החוזה במקרה זה, עליו מוטל הנטל להוכיח את התקיימות אחד הסייגים לאכיפה המפורטים בהמשכו של סעיף 3, ובהם נדון עתה.

חוזה שאינו בר ביצוע - גם במקרה שהנפגע זכאי לאכיפה, בית המשפט לא יוציא צו אכיפה אם הצו אינו ניתן למימוש. הדוגמא הקלאסית לכך היא כאשר הנכס נשוא החוזה הושמד או התכלה, או שצד שלישי רכש בו זכויות טובות ואין דרך לספק נכס אחר זהה במקומו. אם המפר לא העביר לקונה תמונה מסוימת של צייר מפורסם, ובינתיים התמונה הושמדה, מה הטעם בהוצאת צו להעברת תמונה שכבר איננה?! אם המוכר לא העביר לרוכש בית מגורים כפי שהתחייב בחוזה, ובינתיים הנכס

הועבר לצד שלישי, אשר על-פי דיני הקניין זכאי להשאירו בידיו, מה הטעם בהוצאת צו על-ידי בית משפט להעברת אותו בית לידי הקונה?! רואים אנו, כי המחוקק קבע סייג זה לאכיפה כדי למנוע מבתי המשפט הוצאת צווי סרק.

חוזה שנושאו שירות אישי או עבודה אישית - סעיף 3(2) לחוק התרופות מונע אכיפה של עבודה או שירות אישיים. ביסוסו הראשוני של סעיף זה היה נעוץ בסלידה מעבדות, אך כיום יש הטוענים שאין לו יותר מקום בחקיקה מודרנית. מהו שירות "אישי" לעומת שירות שאינו אישי? בבג"צ 254/73 **צרי חברה פרמצבטית וכימית בע"מ נ' ביה"ד הארצי לעבודה**,²⁴ נדון עניינו של תועמלן רפואי ושם קבע בית המשפט: "רופא שנשכר לשמש תועמלן של בית חרושת לרפואות, נשכר בגלל סגולותיו וכישוריו האישיים. הוא ולא אחר חייב לעשות את העבודה תוך ניצול כשרונו האישי, אשר על כן גם חובתו של מעבידו, אם קיימת כזו, היא חובה לקבל שירות אישי." המבחן אותו מפעיל בית המשפט הוא האם שירותי אותו אדם נשכרו בשל כישוריו האישיים, והאם כוונת הצדדים היא שאותו אדם, **ורק הוא**, יבצע את העבודה. לדוגמא, אם צייר או כותב נאומים או אדריכל נשכרו לתת את שירותיהם המקצועיים, בית המשפט לא יאכוף עליהם לתת, ולא יאכוף על הצדדים האחרים לקבל, שירותים אלו.

אכיפה הדורשת פיקוח - בית המשפט לא יוציא צו אכיפה במקרים בהם ביצוע הצו דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד בית משפט או לשכת ההוצאה לפועל. הכוונה היא, למקרים בהם על בית המשפט למנות אדם שינהל וישקיע כספים בעסק באורח מתמשך וכדי. בית המשפט בישראל יצר פתח לצמצום סייג זה לאכיפה, כאשר היה מוכן למנות כונס נכסים לצורך השלמת בנייתה של דירה כמתחייב מהחוזה.²⁵

אכיפה בלתי צודקת - זהו הסייג הרחב ביותר והמוגדר פחות מכל הסייגים. על בית המשפט לערוך מאזן צדק בין הצדדים: מה יהיה העוול שייגרם למפר אם החוזה ייאכף ומה יהיה העוול שייגרם לנפגע אם החוזה לא ייאכף. על בית המשפט

²⁴ פ"ד כח(1) 372.

²⁵ ע"א 846/75 **עוניסון נ' דויטש**, פ"ד ל(2) 398.

להתחשב בנסיבות המיוחדות של כל מקרה, לרבות נסיבות שנוצרו לאחר כריתת החוזה ואף לאחר הפרתו. בכל מקרה אין לראות את סעיף 3(4) לחוק כ"מקצה שיפורים". אין כוונתו של הסעיף לפטור צד מקיום חיוביו רק מכיוון שעל בסיס אותה מסכת עובדות לא עלה בידו להוכיח עילה מפרק ב לחוק החוזים, או כל עילה אחרת. דוגמא למקרה בו שלל בית המשפט אכיפה על בסיס אי-צדק ניתן למצוא בע"א 839/90 **רז חברה לבניין בע"מ נ' אירנשטיין**,²⁶ במקרה זה נכרת חוזה למכירת מקרקעין והקונה לא טרחה במשך שנים ארוכות לרשום לטובתה הערת אזהרה בלשכת רישום המקרקעין. בינתיים הלכה המוכרת לעולמה, והיורש של הנכס התקשר בחוזה אחר למכירתו, מבלי שידע על החוזה אותו כרתה המנוחה. הקונה הראשונה ביקשה לאכוף את החוזה עמה, אך בית המשפט מנע זאת תוך שהוא מסתמך על סעיף 3(4) לחוק התרופות ומנמק זאת בכך, שעקב התרשלות הקונה באי-רישום הערת אזהרה לטובתה במשך תקופה כה ארוכה נוטה מאזן הצדק בין הצדדים לכיוון של אי-אכיפה.

מקרים אחרים בהם נמנעת אכיפה מטעמי צדק קשורים לשערוך והצמדה של חיובים, לעתים בשילוב עם סעיף 4 לחוק התרופות המקנה לבית המשפט סמכות להתנות אכיפה בתנאים מסוימים.²⁷

שומה עלינו לזכור שאכיפה היא עדיין הכלל, והסייגים הנ"ל הם החריגים. נוסף על כך, מובן שחוסר יכולתו של צד לקבל סעד של אכיפה על בסיס אותם סייגים אינו שולל ממנו כל תרופה אחרת לה הוא זכאי לפי חוק התרופות ולפי כל חוק אחר.

ד. ביטול

את משמעותו של סעד הביטול הבהרנו בסעיף 3(ח) לעיל, והכללים בדבר דרך הביטול, תוצאותיו (לרבות השבה) והיותו ניתן להפעלה אוטונומית ללא היזקקות לבית המשפט, ישימים בעיקרם אף לביטול מכוח חוק התרופות.

לצורך ביטול מבחין חוק התרופות בין שני סוגי הפרה. אם ההפרה "יסודית"

²⁶ פ"ד לה(5) 739.

²⁷ להרחבה, ראה ג' שלו, שם, עמ' 537-541.

רשאי הנפגע לבטל את החוזה באופן מיידי. אם ההפרה אינה "יסודית" הוא רשאי לבטל את החוזה רק אם נתן תחילה למפר ארכה לקיום החוזה ולתיקון ההפרה, והמפר בכל זאת לא תיקן את ההפרה בתוך זמן סביר ממועד מתן הארכה (סעיף 7).

מתי תחשב הפרה ל"יסודית"? סעיף 6 לחוק התרופות קובע שני מצבים חלופיים:

1. " ...הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה...". המבחן ליסודיות לפי חלופה זו הוא אובייקטיבי, ולהלן דוגמאות להפרות שדרך כלל ייחשבו כיסודיות: אי-עמידה בלוחות זמנים שנקבעו בחוזה כאשר ללוחות זמנים אלו חשיבות רבה, איחור משמעותי בתשלום וכד'. המבחן מיושם לאור נתונים שהיו בידי הנפגע בעת כריתת החוזה.

2. הפרה שהצדדים הגדירו אותה בחוזה כיסודית. החוק אוסר לקבוע בחוזה תניה גורפת ההופכת כל הפרה ל"יסודית" ללא הבחנה.

בכל מקרה מומלץ לנפגע ליתן ארכה למפר, אף אם הוא סבור שההפרה יסודית, וזאת כדי למנוע את הפיכת התנהגותו שלו להפרה אם בית המשפט יקבע שההפרה אינה יסודית.

ה. פיצויים

תרופת הפיצויים יכולה לבוא במקום אכיפה או ביטול או בנוסף לכל אחד מהם, בכפוף לכלל לפיו הנפגע לעולם לא יקבל שני סעדים חופפים על אותו נזק. הכלל היסודי לעניין פיצויים מעוגן בסעיף 10 לחוק התרופות:

10. הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה.

כדי שנזק יהיה בר-פיצוי עליו להיות תוצאה של ההפרה ותוצאותיה. גם במקרה של הפרה אין הנתבע יכול לנצל את המצב כדי לקבל פיצוי על נזק שאינו נובע מההפרה. אולם החוק אינו מעניק פיצוי על כל נזק שנגרם כתוצאה מההפרה, והנפגע יפוצה רק בגין אותם נזקים שנוסף על הקשר הסיבתי שלהם להפרה, המפר צפה או

היה עליו לצפותם בעת הכריתה כתוצאה מסתברת של ההפרה.

מבחן הצפיות האמור הינו אובייקטיבי ומיושם לפי המידע שהיה בידי המפר בעת כריתת החוזה. הצפיות הנדרשת הינה לנזק ולא להפרה עצמה. לדוגמא, אם בעל דירה מפר את חוזהו עם קונה הדירה ומעביר לו אותה באיחור של שנה, קרוב לוודאי שבית המשפט יקבע שהמפר צפה או היה עליו לצפות, שכתוצאה מהפרה זו יאלץ הנפגע לשלם שכר דירה עבור דירה חלופית, ועל כן זהו נזק בר-פיצוי לפי חוק התרופות. לעומת זאת, אם עקב אי-מסירת הדירה במועד כעס הקונה ולקה בליבו, סביר להניח שזהו נזק אותו לא היה על המפר לצפות מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה, ועל כן הוא אינו בר-פיצוי על-פי חוק התרופות.

כאשר הנפגע תובע פיצויים הוא כפוף לחובת **הקטנת הנזק** לפי סעיף 14 לחוק התרופות. עקרון זה קובע, שהנפגע לא יקבל פיצוי עבור נזק שהייתה לו אפשרות להקטינו או למנעו באמצעים סבירים. המסר שמעביר החוק הוא: גם אם המפר פעל בדרך פסולה על הנפגע לעשות מאמץ סביר למנוע או להקטין את הנזק, ולא להניח לנזק לתפוח רק משום שהוא יודע שהמפר חייב בפיצוי בגינו. דוגמא לכך היא מצב בו משכיר נכס אינו מתקן בו תקלה שתיקונה עליו לפי החוזה. המשכיר אמנם מפר את החוזה, אך אם בפני השוכר עומדת אפשרות סבירה למנוע את התרחבות הנזק, סעיף 14 לחוק התרופות עשוי לחייב אותו לעשות מאמץ סביר למנוע התרחבות זו, ולא לשבת באפס מעשה בהניחו שבכל מקרה המשכיר המפר יפצה אותו.

סעיף 15 לחוק התרופות מכיר באפשרות שהצדדים בחוזה ביניהם יקבעו מראש סכום שישלם צד למשנהו במקרה של הפרה. אלו הם **פיצויים מוסכמים**. כאשר הצדדים מסכימים מראש על סכום הפיצויים יהיו הפיצויים כמוסכם, והנפגע אינו נדרש להוכיח את נזקו בפועל. אולם החוק הקנה לבית המשפט את הסמכות להפחית את הפיצויים המוסכמים אם הוא סבור שסכומם נקבע ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לצפותו מראש בעת שהצדדים התקשרו בחוזה. סמכות זו מיועדת, בין השאר, למקרים בהם הצדדים, בעת ההתקשרות, הסכימו (כלאחר-יד או מתוך הנחה ש"אין כל סיכוי" שהם יפרו את ההסכם) על סכום פיצויים למקרה של הפרה, שאינו סביר באופן מובהק.

ו. סיכול

בחיי המסחר והעסקים נתקלים לא פעם בטענה מסוג "לא קיימתי את ההסכם בגלל כוח עליון". האם החוק אכן מכיר בטענת "כוח עליון" ואם כן - מה הדין במקרה כזה? בכך עוסק סעיף 18 לחוק התרופות שעניינו "סיכול החוזה". כדי שיוכר סיכול אמורים להתקיים **כל היסודות הבאים במצטבר** :

- א. הנסיבות שגרמו להפרה לא היו ידועות למפר בעת כריתת החוזה, והוא לא ראה אותן מראש ;
- ב. לא היה על המפר לדעת, וכן לא היה עליו לראות מראש את הנסיבות שגרמו להפרה ;
- ג. המפר לא יכול היה למנוע את הנסיבות שגרמו להפרה ;
- ד. קיום החוזה באותן נסיבות בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים.

אם מתקיימים **כל** היסודות הללו במצטבר, בגין הפרה מסוג זה אין הנפגע יכול לקבל אכיפה או פיצויים. ביטול והשבה לפי חוק התרופות וסעד לפי כל חוק אחר אין סעיף 18 מונע. עוד הקנה סעיף 18(ב) לבית המשפט סמכות לערוך מאזן צדק בין צדדים לחוזה שסוכל על-ידי קביעת סעדים מיוחדים של השבה ושיפוי בגין הוצאות והתחייבויות סבירות של הנפגע.

כפי שגלוי לעין, הוכחת סיכול הינה משימה קשה ביותר, ובית המשפט העליון סירב לראות אירוע מסכל בשורה ארוכה של מקרים, ובהם : פגעי טבע בחקלאות ; התפרצות אינפלציונית עקב מלחמת יום הכיפורים ; עצם פרוץ מלחמת יום הכיפורים וכד'.

10. חוזים אחידים

א. כללי

בכל הפרקים הקודמים עסקנו בדינים ובעקרונות החלים על כל חוזה באשר הוא חוזה. בפרק זה נסקור חוזים מסוג מיוחד - "חוזים אחידים". חוזים אלו נשלטים בו זמנית על-ידי שתי מערכות חוקיות: **חוק החוזים האחידים, התשמ"ב-1982** כדין מיוחד, ודיני החוזים הכלליים כדין כללי. תחולה כפולה זו של דינים פירושה, שקיום עילת קיפוח לפי חוק החוזים האחידים אינה מונעת, לדוגמא, ביטול החוזה האחיד על פי פרק ב לחוק החוזים הכללי או קבלת סעד על פי חוק התרופות (ראה סעיף 24 לחוק החוזים האחידים). אם בכוחו של החוזה ומערכת היחסים שבין הצדדים להוליד סעדים שונים על-פי יותר מחוק אחד, מי שזכאי לאותם סעדים זכאי גם לבחור אילו מהם לדרוש. אם, למשל, צד לחוזה זכאי לפיצויים בגין הפרת עקרון תום הלב, לביטול החוזה בשל עילת ההטעיה וגם לביטול תנאי בחוזה על-פי חוק החוזים האחידים, הוא יבקש אותם הסעדים שבכוחו לקבל ואשר יקנו לו את מירב התועלת, ולצד השני לא נתונה הזכות לטעון שהתובע צריך היה לבקש סעד מסוים דווקא.

ב. מהו חוזה אחיד?

חוק החוזים האחידים מטפל באותם חוזים שמבחינה מספרית מהווים את הרוב המכריע של ההתקשרויות במשק: החוזים הסטנדרטיים אותם אנו פוגשים בכל מקום, ואשר צד אחד ניסח אותם והם מוצעים לצד השני כיחידה אחת בסגנון "take it or leave it". סעיף 2 לחוק החוזים האחידים הגדיר חוזה אחיד כ: "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסויימים במספרם או בזהותם".

ביסוד חוק החוזים האחידים עומדת ההנחה שבחוזים מסוג זה לכריתת החוזה לא קדם משא ומתן של ממש. אולם מההגדרה הנ"ל עולה, שגם טפסים שנוסחו בידי צד אחד והושארו בהם מקומות ריקים למילוי פרטים מסויימים (כגון

מחיר, מועד הספקה וכו') עליהם כן התנהל משא ומתן, עשויים להיחשב כחוזים אחידים עליהם חל החוק.

חוק החוזים האחידים יצר הגדרות משל עצמו: "ספק" הוא מי שניסח והציע את החוזה האחיד, ללא קשר להגדרת תפקידו הכלכלי בעסקה. "לקוח" הוא מי שהציעו לו את העסקה ועליו להחליט אם לקבלה או לדחותה. כלומר, במקרים בהם מקבל הסחורה הוא זה שהכתיב את תנאי העסקה לצד השני בדרך של חוזה אחיד, הוא ייחשב לצורכי חוק החוזים האחידים כ"ספק" על אף העובדה שמבחינת המהות הכלכלית הוא הלקוח - ולהפך.

ג. מבחן הקיפוח

סעיף 3 הוא עיקרו של חוק החוזים האחידים והוא קובע מתן סעד אם קיים "תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות (להלן - תנאי מקפח)". החוק לא הגדיר מהו "קיפוח" אם כי ברור שהגדרת המונח בהקשר זה **שונה** מהגדרתו לצורך עניינים אחרים. כדי לבחון קיפוח בוחן בית המשפט את השאלה הבאה: האם התנאי העומד לדיון מגן בצורה סבירה על אינטרס לגיטימי של הספק? אם התשובה חיובית המשמעות היא שהתנאי אינו מקפח, אף אם הוא מכביד על הלקוח. אם, לעומת זאת, ייקבע שהאינטרס עליו מגן התנאי אינו לגיטימי, או שהאינטרס לגיטימי אך ההגנה עליו מוגזמת ובלתי מוצדקת, המסקנה היא שהתנאי מקפח.

ניטול דוגמא מע"א 449/85 **היועץ המשפטי לממשלה נ' גד**,²⁸ בו נדון חוזה אחיד למכר דירה מקבלן לקונה. הקבלן טען, שבשל סיבות שאינן תלויות בו אין באפשרותו להתחייב מראש על מועד **מסוים** למסירת הדירה לקונה, אלא על תאריך **משוער** בלבד. בית המשפט הכיר בצידוק לכך, שתנאי בחוזה האומר שתאריך מסירת הדירה הוא משוער בלבד אינו מקפח. אולם אם הקבלן אינו קובע תאריך גג כלשהו,

²⁸ פ"ד מג(1) 189.

ומותר לעצמו אפשרות לאחר במסירה ללא כל הגבלת זמן, התנאי הופך למקפח. המבחן לקיפוח הוא אובייקטיבי, לפי אמות המידה של האדם הסביר. את התנאי החשוד בקיפוח אין בוחנים כעומד בפני עצמו אלא בהתייחס להקשר שלו בכלל המערכת החוזית.

סעיף 4 לחוק החוזים האחידים נועד להיטיב עם הלקוחות בבואם להוכיח קיומו של קיפוח. בכל תביעה רגילה קיים הכלל היסודי של "המוציא מחברו עליו הראיה", שפירושו הוא שכאשר אדם תובע את חברו, עליו להוכיח את כל מרכיבי התביעה, ואם לא יעשה כן יפסיד. סעיף 4 קובע רשימה של מקרים בהם אם בית המשפט נתקל בתנאי המופיע ברשימה, עליו להניח שהתנאי מקפח, ואז עובר הנטל לספק להוכיח שהוא אינו מקפח. לדוגמא, אם קיים בחוזה תנאי הפוטר את הספק באופן מלא או חלקי, מאחריות שהייתה מוטלת עליו על-פי דין אילולא אותו תנאי, החוק מניח שתנאי זה מקפח, ואם הספק לא יוכיח את ההפך - יזכה הלקוח (סעיף 4(1)).

ד. הסעדים על-פי חוק החוזים האחידים

בפרקים הקודמים נתקלנו בסוגים שונים של סעדים שהחוק הקנה במצבים שונים: אכיפה, פיצויים, ביטול וכד'. חוק החוזים האחידים מפגיש אותנו עם סעדים אחרים. בניגוד לביטול של כל החוזה (או חלקים ממנו לפי סעיף 19 לחוק החוזים), אם מתגלה תנאי מקפח ניתן לבטל או לשנות אותו מבלי לעשות דבר ליתר תנאי החוזה. זוהי סמכות מרחיקת לכת למדי, כי החוק בעצם הקנה לבית המשפט את הכוח להתערב ביחסים בין הצדדים ולנסח מחדש בשבילם את התנאי המקפח. בפסק הדין **היועץ המשפטי לממשלה נ' גד** היה בית המשפט העליון ער לבעייתיות זו, ועל כן במקרים רבים, למרות שקבע שתנאים מסוימים מקפחים, הוא לא ניסח אותם מחדש עבור הצדדים, אלא הסתפק במתן הנחיות לניסוח והשארית המלאכה עצמה לספק, תוך חיובו לחזור ולקבל אישור לכך שהתנאי החדש כשר.

חוק החוזים האחידים ייסד גם את **בית הדין לחוזים אחידים**. ספק אשר מעונין להחתים את לקוחותיו על חוזה אחיד, ואינו חפץ שבתי המשפט יקבעו

בדיעבד שהחווה כולל תנאים מקפחים, רשאי לפנות ביוזמתו לבית הדין. כן רשאים לפנות לבית הדין היועץ המשפטי לממשלה, בנק ישראל וארגוני צרכנים. בית הדין ידון בעניין, ואם יחליט שהחווה נטול תנאים מקפחים, החווה הופך ל"משורייך" למשך חמש שנים מיום מתן האישור, אלא אם קבע בית הדין תקופה קצרה יותר. ה"שריון" מהותו שאין אפשרות משך אותה תקופה לטעון נגד החווה, בבית משפט או בבית הדין, את טענת הקיפוח לפי חוק החוזים האחידים. יש להדגיש שה"שריון" הוא רק כנגד טענת הקיפוח, ומותר לטעון כל טענה אחרת לפי כל חוק אחר. ה"שריון" פועל למפרע, ואם בית הדין אישר את החווה, גם לגבי חוזים שנחתמו לפי אותו נוסח לפני מתן האישור לא ניתן לטעון טענה של קיפוח.

11. חוזי מקרקעין

א. מהי עסקה במקרקעין?

סעיף 6 לחוק המקרקעין, התשכ"ט-1969, מגדיר עסקה במקרקעין כ"הקנייה של בעלות או זכות אחרת במקרקעין... למעט הורשה על פי צוואה". סעיפים 2-5 לאותו חוק מגדירים מהן אותן זכויות במקרקעין: בעלות, שכירות, משכנתה, זיקת הנאה.

מן הראוי להדגיש שעשויות להיות עסקאות העוסקות במישרין או בעקיפין במקרקעין אך אינן מוגדרות כ"עסקה במקרקעין" כמשמעותו של מונח זה בחוק המקרקעין. בין אלה ניתן למנות, לדוגמא: עסקת תיווך במקרקעין, עסקה לקבלת שירותי תכנון, אדריכלות וכו'.

ב. הדין החל על עסקה במקרקעין

חווה שעניינו מקרקעין הינו חווה לכל דבר ועניין, והוא כפוף לכל דיני החוזים שנסקרו עד עתה: כמו כל חווה גם עליו חלים חוק החוזים וחוק התרופות, ואם הוא מהווה חווה אחיד גם חוק החוזים האחידים יחול עליו. חוק החוזים קובע

בסעיף 61(א), כי "הוראות חוק זה יחולו כשאין בחוק אחר הוראות מיוחדות לענין הנדון." סעיף 24 לחוק החוזים האחידים מורה כי:

24. הוראות חוק זה לא יגרעו מהוראות כל דין שעל פיו עשוי חוזה או תנאי שבחובה להיות בטל או ניתן לביטול, ולא ימנעו טענה נגד חוזה או תנאי שבחובה.
אם כן, בנוסף לתחולה של דיני החוזים הכלליים, על עסקה במקרקעין יחולו גם הדינים המיוחדים הנובעים מחוקים כגון חוק המקרקעין או **חוק הגנת הדייר (נוסח משולב), התשל"ב-1972**. במקרה של סתירה בין הדינים השונים יגבר הדין המיוחד על הדין הכללי.

ג. כריתת חוזה מקרקעין

על חוזה שעניינו מקרקעין יחולו דיני הכריתה הרגילים. לענין דרישת המסוימות²⁹ קבעו בתי המשפט שבעסקת מקרקעין, כדי שההצעה תענה על דרישות החוק, עליה לכלול לפחות את שמות הצדדים, טיב העסקה, תאור הנכס, המחיר ותנאי התשלום.

כפי שראינו, עניין עריכת החוזה בכתב מהווה דוגמא לתחולה של מערכות דינים שונות על חוזה אחד. אם סעיף 23 רישא לחוק החוזים מתיר לערוך חוזה בכל צורה בה חפצים הצדדים, ומנגד סעיף 8 לחוק המקרקעין קובע ש"התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה מסמך בכתב", הרי שהסתירה באה על פתרונה בסיפא לסעיף 23, כך שלעניין **צורת החוזה**, על עסקה במקרקעין יחול הדין המיוחד ולא הדין הכללי החל על חוזים אחרים.

זה המקום לציין שעל-פי סעיף 79(א) לחוק המקרקעין חוזה שכירות מקרקעין לתקופה שאינה עולה על חמש שנים אינו טעון מסמך בכתב, ושכירות קצרה תהיה תקפה אף אם ההסכם לגביה נערך בעל-פה. יש לזכור שעל אף תקפותו של הסכם בעל פה לתקופה קצרה, בהעדר מסמך תיתכן בעיה להוכיח את קיומו של ההסכם.

²⁹ ראה פירוט בראש פרק 2(א) לעיל.

