

## תרופות בשל הפרת חוזה

1. חוקי ישראל דומים יותר לאמנת וינה. רמת ההפשטה גבוהה יותר מהחוק היחיד.

### 2. אבחנה בין חיובי תוצאה לחיובי השתדלות:

- a. הגיע מהמ' הצרפתי.
- b. אין יסוד נפשי בחוק התרופות. ההגנה היחידה היא **ס' 18 לחוה"ת – סיכול** **שרלוונטי לתוצאה**, כי בהשתדלות די בכך שלא התרשלו ע"מ שלא יישאו באחריות.
- c. **פס"ד פרטין**: מכירת דירה. גילו שיש הערת אזהרה קודמת שרשומה על אותה דירה. 10 ימים אחרי שהכריזו שהדירה נקייה מכל שעבוד, נעשה הרישום השני, כלומר, היתה כאן הפרת חוזה טכנית.
- i. מחוז': הקונים חיפשו תירוץ להתחמק.
- ii. העליון: **אחריות מוחלטת** (שמגר וחשין) - גם לפי **חוק המכר** וגם לפי החוזה, המוכרים התחייבו שנקייה, ולא היתה נקייה, ולכן זו **אחריות מוחלטת**. **חשיבתם לא נכונה, כי מורגלים בחשיבה אנגלית של אחריות מוחלטת**.  
בנזיקין זה נהוג, אבל כבר לא, עקב אשם רשלנות מול פל"ד ומוצרים פגומים.
- d. **חיובי תוצאה חוזה מכר סטנדרטי** – למוכר ולקונה. חיוב לשלם, ולא להשתדל לשלם. נטל חיוב מוטל על החיוב. הסייג – **סיכול – ס' 18 לחוה"ת** – "לא ידע ולא היה עליו לדעת". ציפייה חזקה יותר ממוביל מקצועי שיתגבר על הנסיבות המסכלות מאשר כזה שלא במסגרת עיסוקו.
- e. **חיובי השתדלות**: מתחייב לפעול בזהירות, שקידה ומיומנות. בי"ח. מתחייבים להשתדלות. נטל הוכחה על הטוען להפרת חיוב. מאדם פרטי הוא נמוך יותר מאשר חברת השקעות. אם משלמים, הסטנדרט יהיה גבוה יותר מחינם.
- i. **פס"ד אורות נ' עטרי**: מייצג אמנים זהו חיוב השתדלות. **הטוען להפרת החיוב (גלי), הנטל עליו**.
- ii. **מחייבים קיום אישי** – **ס' 40 לחוה"ח** – לא מובטח קיום, אבל **מובטח שבעל המקצוע יבצע זאת**. עם זאת, לאור **ס' 2(3), 3(3) לחוה"ת** ← אכיפת שירות אישי, **קשה לאכוף השתדלות, אבל יותר קל תוצאה**.
- f. **אחריות ביניים דוגמת חוק השומרים**: **ס' 2א, ב** שומר חנם – רשלנות; שומר שכר – תוצאה. ← **ס' 6 לחוק חוזה קבלנות**: הובלה – אחריות היא תוצאה – **אחראי כשומר שכר**.
- g. **שיקול ביהמ"ש לחיובי תוצאה להשתדלות**: **פס"ד פרץ נ' ביטון**: מתי איחור בתשלום ייחשב כהפרה יסודית המאפשרת ביטול בתשלום.
- i. **ברנזון**: אם מפני שצפצף על המוכר, זו הפרה יסודית. אם עשה מאמצים כבירים – ניטה פחות ליסודית.
- h. **שימוש בכללי הפרשנות**



נטל



- i. פסיקה:
1. **פס"ד פרטין**: הממכר היה צריך להיות מנקי מזכויות אדם שלישי, תוצאה. באמצעות פרשנות, אפשר להתחשב במקרים שההפרה לא נובעת מאשם של המפר. זמיר מסכים.
2. **פס"ד פומרניץ**: אפשר להרכיב את עקרון תום הלב על התרופות. מתוקף **ס' 39**, לא צריך את **ב61**.
- ii. **כיצד נדע לתוצאה או השתדלות**: או שכותבים מפורשות/הוראות השלמה חקוקות, **חוק השומרים** – תוצאה מול רשלנות; **חוק חוזה קבלנות** – תוצאה.
1. כשאין...

a. הסתברות:

- i. הסתברות **רגילה** שהתוצאה תושג – **תוצאה**.
- ii. הסתברות השגת מטרה **שתלויה בנסיבות שאינן בשליטת החייב** – **השתדלות**.  
רפואי/משפטי.
- b. תמורה/חינם:
- i. תמורה – תוצאה
- ii. חינם – השתדלות, אפילו אם מדובר בנסיבות רגילות. **ס' 184 דיני ממונות** מחזק זאת.

### 3. היחס בין דיני התרופות, הכריתה והתוכן:

- a. אם אין מנוע, סעדים הם: ביטול והשבה, הסתמכות, אכיפה. **ס' 11-17 לחוק המכר** – **המוכר צריך למסור ממכר מתאים לתיאור**. שכן, החוזה מעיד שהמכונת נקנתה לנהוג בה.
- b. **פס"ד אתא** הוא דוגמה לכך, ששערכו בתקופת החוזה, ולא בתקופה הבתר חוזית. כלומר, תוכן הוא לא רק עניין הצדדים.
- c. **פס"ד אדרס**: גם הוא אומר שההזדמנות לזכות בהפרש שייכת לנושה, לא למוכר.

#### 4. האינטרסים המוגנים על ידי התרופות בשל הפרת חוזה: ציפייה, הסתמכות, השבה, נטילת רווחי המפר, שחזור השקילות החוזית:

a. **האינטרסים:**

- i. אינטרס הציפייה: אילו קוים החוזה. (בנפגע)
- ii. אינטרס הסתמכות: אלמלא פגש הצד השני. (בנפגע)
- iii. אינטרס ההשבה: לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע את טובות ההנאה שהמפר זכה בהן מכח החוזה. (במפר)
- iv. נטילת רווחי המפר: לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע. מעמידה המפר במצב כספי לו קוים החוזה.
- v. שחזור השקילות החוזית: מעמידה הנפגע אילו עשה חוזה אחר והחוזה הזה היה מקוים. החיובים בו היו שונים שתואמים את מה שנעשה בפועל.

b. **פולר ופרדו:** בתי המשפט מגנים על אינטרס ההסתמכות, והוא ראוי מהציפייה.

- c. **פס"ד אדרס:** החברה המוכרת מכרה במחיר גבוה ל-ב' מאשר ל-א' והגדילה רווחיה. החברה הישראלית לא סבלה מנזק ורצתה את הרווחים העתידיים לעסקה עמה, ולהעמיד המפר באותו מצב לו קוים החוזה. זוהי הסתכלות קדימה. רוב שיטות המשפט לא ייתנו את זה. זה לא פיצויים עונשיים.

**קרימה**

d. **אינטרסים – דוג' גלריה:**

- i. **דוג' ציפייה:** נכנס לגלריה בשישי צהריים, אומר שרוצה לקנות הדפס אומרים שידברו בראשון. התרופה היא לציפייה – אילו החוזה קוים. אין התעשרות המקבל/הסתמכות הנפגע מההפרה. תרופה: אכיפה.
  - ii. **דוג' הסתמכות והציפייה:** נכנס בשישי, קובעים שייקח בראשון. המוכר מוריד מהקיר ואורז. בראשון מבטל הקונה. סעד: הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) – ניקיון ואריזה, והפסד שמישהו אחר היה קונה; ציפייה – שיעור הרווח שהיה מפיק – **בולע בתוכו גם את ההסתמכות. אנשים עושים חוזה להרוויח.**
1. זה תקף לחוזה מתנה.
  2. אבל בחוזי הפסד...



a. **פס"ד מלון צוקים:** אם לא יודעים מה אינטרס הציפייה, אבל יודעים מה ההסתמכות, יחשבו הפיצויים לפי ההסתמכות. כי הוצאות ממילא נמוכות מההטבות שנקבל אח"כ.

- iii. **דוג' השבה הסתמכות, ציפייה:** שישי בבוקר, הקונה עושה חוזה מקבל ההדפס, בראשון ישלם. לא בא, לא מטלפן, לא משלם. סעד השבה: מורים לקונה להשיב התמונה. הסתמכות: חלקית באמצעות השבה, פרידה מהדפס עם מינוס תמונה, עטיפה, אבדן הזדמנויות. ציפייה: גם הרווחים, כל מה שנפרד + הוצ' נוספות + רווחים שהיה עושה לו העסקה בוצעה.
  - iv. **דוג' ציפייה, הסתמכות, נטילת רווחי המפר:** חוזה בשישי, קונה לא לוקח התמונה, מחיר 10. לקונה זה שווה 12. לבעל הגלריה עלה הציור 8, כך שירוויח 2. הקונה הפר החוזה משום שראה הדפס זהה תמורת 7. סעדים: ציפייה – אכיפת הקונה לביצוע העסקה. הסתמכות: אריזה. נטילת רווחי המפר: נחייב המפר לשלם 3.
1. **פס"ד אדרס:** אפשר להגן על נטילת רווחי המפר, גם אם מעל לאינטרס הציפייה. המוכר פה ציפה להרוויח 2, ויכול לדרוש 3. אין דרישה לייחודיות הנכס – טונות ברזל שם.
  2. **אבל כאן, לא ברור שיש קש"ס:** אפשר לקנות שני הדפסים משני אנשים שונים. לא ברור שזה על חשבון החוזה הראשון. לכן, לא ברור שהדוג' תואמת אדרס ושאפשר לתת יותר מאינטרס הציפייה.

e. **לא ברור שהחוזים תמיד מתעניינים באינטרס הציפייה: אינטרסים 2 – דוג' חברת ההובלות:**

- i. **דוג' מעדיף השבה על פני הציפייה:** אדם משלם 6000 על הובלה, חותם, מגלה שמחיר השוק הוא 4000. החברה לא מבצעת ההובלה. ציפייה – הובלה 4000, השבה – 6000, יעדיף, אותה.
1. **חנוך דגן:** הנפגע לא זכאי ל-6000, עקב הקניית סיכונים וסיכונים. כי אם שווי השוק היה 8000 היה גם תובע לפיו. המפר מפסיד כל הזמן: אם מפר משלם מחיר גבוה, ולא יכול להנות מהסיכון של עסקה ב-4000, כי בכל מקרה יגיע ל-6000.
2. **זמיר:** צריך לשלם 6000. המפר הוא זה שאוחז המקל בשני קצותיו. אי אפשר להתכחש לחוזה ולהפרו, ומצד שני להיאחז בו. כי רוב החוזים הם **מסגרת לשת"פ**. המפר התעשר ב-6000.
- ii. **דוג' שבה המוכר קונה במחיר שוק נמוך יותר, ההשבה תהיה זהה לציפייה, אבל עדיין מעדיפים השבה:** נתנו לו ההובלה ב-4000. שווי מקובל: 6000. סעד: ציפייה: 4000 אילו החוזה קוים. אי אפשר השבה בעין, אז עושים השבת שווי – 6000. אבל **בפועל**, השבה היא 4000, כי עובדה שהקונה לא היה מוכן לשלם יותר. זה לא שמעדיפים ציפייה על השבה, אלא שהשבה היא רק 4000. כלומר, **עדיין מוכנים להגן על השבה שעולה על הציפייה.**



- iii. דוג' שבה הקונה הוריד את המחיר ל-4000, והמחה זכויותיו ללא הסכמת החייב תמורת 6000: חברת ההובלה ביצעה ההובלה לשכן תמורת 4000 והצ'ק חזר. נחייבו להשבה של 6000. השבה עולה על ציפיה.
- f. **פס"ד מלון צוקים – נוספת – מזמין מול קבלן על ביצוע עבודות בנייה**. תמורה: מיליון. קבלן חישב שעלויות 800,000 וציפה לרווח של 200,000. הקבלן הוציא 200,000 ובתשלום הראשון של המזמין - לא שילם ולא מסוגל לשלם. המזמין: לאור התחשיבים, הקבלן היה מוציא 1,050,000 ובכך מפסיד 50,000. כך שאינטרס הציפיה הוא (-50,000); ההסתמכות: 200,000. ההשבה: 0, לא נתן עדיין שום דבר פרט להכנות.
- i. הקבלן ירצה ההסתמכות, למרת שעולה על הציפיה. מלון צוקים –
1. מאפשר זאת. ראוי, חוזים יש לקיים.
  2. **ס' 10 לחוה"ת**: עם ההפרה, ההוצאות שהוצאו על הקיום הופכות לקש"ס שנגרם כתוצאה מההפרה. למרות שמצד הלוגיקה החוזה גרם להפסד, ולא ההפרה, שכן עשו חוזה הפסד.
  3. השופט מצא: נוטה להסכים.
  4. השופט מלץ: לא ניתן לפסוק פיצויי הסתמכות מעבר לציפיה. דרוש קש"ס ואין. הפיצויים שהקבלן זכאי להם 150,000. ללא פיצויים, יהיה ב- (-200,000), אם יקבל פיצויים ע"ס 150,000 יהיה במצב של (-50,000): זה אינטרס הציפיה שלו.
- ii. בכל שיטות המשפט מחוץ לישראל: לא ניתן לקבל פיצויי הסתמכות הגבוהים מהציפיה.
- g. **פס"ד ארבוס**: קנתה דירה, סיכמו שמועד התשלום האחרון יהיה עם מסירת המפתח. שילמו וקיבלו המפתח באיחור של שנה. תבעה להפרשי הצמדה וריבית במידה והיתה דוחה התשלומים.
- i. דורנר וריבלין: תמורת הדירה שולמה בזמן על ידי הקונים, החברה הפרה חיובה, נשללה מהקונים הזכות להשתמש בתמורת הדירות לתקופת האיחור. **פסקו לריבית הקובלת**. יש קש"ס.
1. זה מוצדק כי זו הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) כקירוב מינימלי לאינטרס הציפיה (אלמלא קיום החוזה). כי הם ויתרו על הריבית בפועל בתשלום. **גם העובדה שקיבלו הדירה לא מונעת להגן על אינטרס ההסתמכות בשל האיחור**. כל עוד מקבלים זאת עקב האיחור – שנה שלא נהנו / ריבית, אין כפל סעד.
- a. **פס"ד כהן נ' שמש**: כאשר מוכר מאחר במסירת הממכר, ובתקופת האיחור משכיר הדירה למישהו אחר, הקונה יכול לקבל גם **אכיפה של קבלת הדירה**, וגם את דמי השכירות שהמוכר הפיק מאותה דירה **השבה**, למרות שבסופו של דבר החוזה קיים, כי זהלא כפל פיצוי. אפשר לומר שזה נטילת רווחים.
2. זמיר: אם כהן היה הבסיס לדורנר וריבלין, היו צריכים לקחת כל אחד מהתשלומים, יש לחשב כמה ניתן לדחות אותו, ועל אותו סכום ההצמדה, ולגבי חלק מהתשלומים כלל לא מגיעה ריבית, כי שולמו לפני שנכרת החוזה, ואותם לא ניתן היה לעכב לפני ההפרה הצפויה. הדרך להצדיק את פסיקת ביהמ"ש היא על ידי הכרה בקיומו של האינטרס החמישי, שחזור השקילות החוזית.
- ii. טירקל: יש כאן ע"ע, ויש לשלם בדיוק אותו דבר. אין קש"ס, לא מגן על א' הציפיה.
- h. **שחזור השקילות החוזית**:
- i. מעמיד הנפגע אילו היה עושה חוזה אחר, וחוזה זה היה מקויים, עם חיובים של מה שקרה בפועל, חיובי המפר והנפגע מותאמים. אם יש דחייה, היחס הכרונולוגי בין המסירה לתשלומים יכול להישאר זהה. **ניתן לעשות באמצעות ביטול חלקי**: עם חיטה, יכולים לתבוע 24% מהמחיר, ומעמידים הקונה במצב אילו מלכתחילה היה מוסכם על ביצוע של מה שהיה בהפרה.
- ii. דוג':
1. השבה בעקבות ביטול חלקי: מבטלים החלק היחסי שלא בוצע. חוזה ניתן להפרדה לחלקים, ואת החלק שלא קיבל תמורתו, יכול לתבוע השבה, ואז כאילו סיכמו על 63 טון ולא 100, והמחיר פר טון הוא כמו בחוזי המקורי, וזהו שחזור השקילות החוזית.
  2. **ניכוי: ס' 28 לחוק המכר; ס' 2א4 לחוק חוזה קבלנות**. מהותה עקב שווי פוחת של נכס.
    - a. **ניכוי מול פיצויי ציפיה**: עם נוסחת חישוב שונה. פיצויי ציפיה יילכו לפי שווי שוק וירדו/יעל בהתאם, למרות מחיר מוסכם מסוים. הניכוי יישאר זהה, וישאר צמוד למחיר המוסכם. גם אם יש קונה פראייר, עדיין פיצויי הציפיה יילכו לפי שווי שוק.
    - b. **ניכוי מול השבה**: השבה – כשביטול חלקי אפשרי וחוזה ניתן להפרדה; ניכוי – כשביטול חלקי אינו אפשרי ואי אפשר להפריד לחלקים. **לעתים שחזור שקילות חוזית נותן יותר/זהה/פחות מציפיה**.

- c. **9 לחוק השכירות והשאלה**: הפחתת דמי השכירות לפי ניכוי/יחס פוחת.
- d. **הנוסחה היחסית לניכוי**: מ' אמריקני: חובה שמשכירי דירות מגורים שהדירה תתאים לקוד הדיור הרלוונטי. מ' ישראלי – **פס"ד בלוטניק נ' שטיינהרט**: מחיר מוסכם 290. שווי בלי פגמים 380. שווי אחרי פגמים 230 עם 40% פחות. **התרופה לקונים**: הפחתה של 40% **מהמחיר המוסכם (290)**, כי אם היה עושה זאת מהמחיר המקורי זה היה יותר דרסטי.
- e. אם יש שווי שוק 120, והסכים לשלם 150, פגם מפחית שליש מערך הנכס (40), התרופה המועדפת היא ציפיה או שחזור שקילות?
- ציפיה: תתן סכום של 40, ואז הנכס היה שווה 120. כרגע, הנכס שווה 80.
  - ניכוי: ייתן 50. הנכס כרגע שווה 100.
  - שווי שוק גבוה מהמחיר המוסכם ← ציפיה. שווי שוק נמוך מהמחיר המוסכם ← ניכוי.
3. **דחיית קיום**: **שומר על השקילות החוזית במובן הכרונולוגי ולא מגן על האינטרסים**. **ס' 43 לחוה"ח**. למשל, בחיובים מקבילים.
- ניכוי מול תרופות אחרות**:
    - ניכוי ואכיפה**: יילכו רק אם האכיפה חלקית, כי באכיפה נקבל נכס שלם חדש, ואין מה לנכות.
    - ניכוי ופיצוי ציפיה אלמלא קיום החוזה**: ניתן לבחור על עצם פחיתת השווי (כי ביחד זה כפל פיצוי), ובנוסף – אם יש – נזקים תוצאתיים.
    - ניכוי וקיצוז**: ניכוי כמו אכיפה, תרופה מהותית. קיצוז זו דרך לממש זכות שלי. אני יכול לממש את זכותי ע"י קיצוז חיובים נגדיים.
  - ניכוי עומד לנפגע גם בנסיבות סיכול, בעוד שציפיה לא**: **ס' 18 לחוה"ח**: פטור בשל אונס או סיכול החוזה. ס' א אומר שלא ייתן אכיפה/פיצויים. אבל ס' ב אומר שיהיה **שק"ד ביהמ"ש להשבה/הסתמכות**. מאפשר ביטול, השבה בעקבות ביטול, ניכוי.
  - ניכוי ניתן למימוש באופן עצמאי**. "רשאי לנכות". ניכוי הוא יותר מקיצוז, כי אפשרי גם אם שילמנו הכל.
4. **הלכת ארבוס**: הקונים קיבלו שחזור שקילות חוזית על איחור במסירה, וגם קיבלו הדירה בסוף. לא נאמר שם דבר על שחזור שקילות. עם זאת, הזיזו את כל התשלומים שנה קדימה, 100% דמי שימוש על כך, ואפשר היה להגיע לכל מועד סכום שונה וריבית שונה. **זה לא משנה אם היתה תלות בין חיובי התשלום למסירה**, התשלום ממילא פה התקבל במלואו.
- זו התערבות פחות קיצונית מאשר השבה/הסתמכות**, כי דבקים בשקילות מוסכמת של הצדדים.
  - דעה מקובלת: **לא ניתן לקבל הסתמכות מעל ציפיה**. מה שמעבר לציפיה לא נגרם מההפרה, אלא מכריתת החוזה.
  - ניכוי יכול לעבור אינטרס הציפיה**, וזה ראוי. גם ב**ס' 10 לחוה"ח**, כמו ב**ארבוס**. **ההפרה גרמה לשיבוש השקילות החוזית ואז יש קש"ס**.

## 5. תרופת האכיפה:

- גישות**:
  - אמריקה**: פיצויים. **גרמני**: אכיפה, חריג פיצויים. **צרפתי אמצע**: קבוצות, או עקרונית ניתן, או שלא. **ישראל**: לפני חוק התרופות נתנו פיצויים, אחרי, גרמני עם אכיפה.
  - תרופת האכיפה היא הראשונית והעיקרית בשל הפרה**. חריגים (1)3-(4) לחוה"ח יפורשו בצמצום. נטל השכנוע לקיום אחד החריגים מוטל על המפר. תרופה מן הדין.
  - השוואה בין הדין הישראלי לדין שקדם לו**: אין הבדל כה משמעותי – מהפך מדובר שלא התרחש, ואם כן – באכיפה.
    - מקרקעין**: ברוב המקרים בישראל שניתן צו אכיפה, גם באנגליה אפשר לקבל – שם, ביצוע בעין.
    - חיובים כספיים**: באנגלי, כדבר שבשגרה אוכפים חובות כ- DEBT ואצלנו כ- SPEC. Perfo. כשזה אותו דבר.
    - חיובי הימנעות**: כלומר, בצו לא תעשה – צו מניעה. שוב לא SPEC PERFO, וזה ניתן ברגיל.
    - מיעוט התביעות לאכיפה**: אם ממילא יש מיעוט תביעות, אז ממילא ההבדל לא קריטי. מיעוט התביעות נובע **מהדין הפרוצדוראלי**: באכיפה תמיד צריכים צו ביניים שימנע זאת, ובלי צו ביניים (עניין שבשק"ד, לא זכות) – התביעה לא אפקטיבית. הקושי הוא שלא יינתן צו מניעה, כמו במקרה של אי תחרות. כמו גם **מבחינה של זמן**.

למשל עסקת מחשב, אכיפה לא פרקטית/נכסים מתחלפים – זה לא יעיל אכיפה, כי אפשר אחרים (פיצויים וכו').

v. ארבעת החריגים בס' 3: מזכירים את הפסיקה האנגלית.

d. ה"ח דיני ממונות: הנפגע זכאי לאכיפה אלא אם נתקיימו: החריגים מס' 3, וסעיף חדש – תרופת הפיצויים היא התרופה המתאימה בשים לב לאופי החיוב (נזיקי). יכול דווקא לצמצם את האכיפה מחוזים, בניגוד להרחבת האכיפה בנזיקין.

e. אופן האכיפה:

i. מכונת חדשה עם פגם.

1. או שמתקנים, ירידת ערך ← פיצויים על פחיתת השווי. הספק מעדיף.

2. מכונת חדשה. שכן החוזה הוא למכונת חדשה ולא מתוקנת.

ii. החוק נותן שק"ד שיפוטי. ביהמ"ש יכריע לפי: עלות יחסית, עד כמה הפיצוי יהיה אפקטיבי, עיסוק הספק – אם זה תחום עיסוקו, יותר זול לתקן בעצמו מאשר להחליף; עד מה תיקון יסלק אי התאמה.

f. הסייגים לתרופת האכיפה:

g. ס' 13(1): החוזה אינו בר ביצוע:

i. פס"ד לסרסון נ' שיכון עובדים: מגדל בטחון שלא נבנה. אכיפה לא תתקבל, כי צריך לבנות הכל מהתחלה. זה לא בר ביצוע. גם אם היה יוצא צו אכיפה, היו מגיעים לפשרה בסופו של דבר. זכאות תגיע למי שמעריך את זה יותר.

ii. פס"ד פומרנץ נ' ק.ד.ש: חב' הבניה סיפחה חלק מחדר המדרגות לדירה. החברה טוענת שלא ניתן להזיז הקיר והבניין יתמוטט. נפסק: בהסתמך על 3(4), שזה לא צודק, והיו צריכים לבנות כמו שהתחייבו. בפועל, הגיעו לפיצויים של \$10,000, וקוז צדק – העלות לחברת הבניה היתה יותר מ-10, פומרנץ העריכו את האין קיר בפחות מ-10, אז למרות צו האכיפה הקיר נשאר במקום.

iii. מדובר בסופו של דבר בשאלת עלות: ביהמ"ש מקבל טענת המפר ← 3(1), דוחה אותה ← 3(4).

iv. מקרים לא חוקיים יפלו ב-3(1): רק אחרי שעברנו את ס' 31-30, שאומרים שבלתי חוקי בטל, אבל לבתי המשפט סמכות להקימו לתחיה לפי 3(1), אם הפעולה הספציפית אפשרית לאכיפה. למשל, סגירת מרפסת ואין היתר ותובעים אכיפה – לא יקבלו. אם זה חוזה כללי גדול עם ספיח בלתי חוקי יוציא הספיח.

v. פס"ד לוין נ' לוין: הסכם גירושין. נאמר שחוזה המזונות הוא לא חוזה ולא יוצר למשפט. זה לא רק לא צודק, אלא שיקולי צדק חברתיים ולכן סיווג ב-3(4) לדיני תקנת הציבור ולא תרופות.

h. ס' 2(3): עבודה או שירות אישיים:

i. פס"ד צרי נ' ביה"ד הארצי לעבודה: פוטר שלכ"ד לטענתו. ביה"ד לעבודה סירב לדחות התביעה על הסף. העליון: לא מקבלים אכיפה של שירות אישי. אי אפשר להכריח העובד לעבוד בריח של עבדות.

1. עם זאת, ניתן להחזיר עובד שפוטר שלכ"ד: חוק שוויון הזדמנויות בעבודה, חוק חשיפת שחיתות.

2. ס' 22 לחוה"ת האכיפה תתאפשר אם הפיטורין היא בניגוד להסכם קיבוצי לאור: "ההוראות יחולו

כשאין בחוק המסדיר יחסי עבודה או בחוק אחר הוראות לעניין הנדון". היום, ניתן לטעון שזה לא בתו"ל, שנתיים לפני פנסיה. לחילופין, אפשר לכפות רק תשלום המשכורת ואז היו משאירים אותו בפועל, ואפשר לעשות זאת מכח כבוח"א.

ii. חריגים: הפיטורין אינם הפרת חוזה, אלא פגיעה בזכות התאגדות-חוקתית של העובד (מפעלי תחנות נ' יניב); מעביד ציבורי או מעין ציבורי (ביבס) כך שניתן לבצע אכיפה; פיטורין סותרים איסור סטטוטורי שוויון הזדמנויות עבודה, חושפי שחיתות, שכר מינימום. חריג שיורי – הפיטורים לא יהיו סעד משיביע רצון וייתנו אכיפה.

iii. לדוג': מרצה שמלמד בבינתחומי שהפר התחייבותו לא ללמד במקום אחר. לא ניתן להמשיך לאכוף עליו ללמד בבינתחומי, אבל כן ניתן לאכוף לא ללמד במקומות אחרים.

iv. פס"ד LUMLEY V. WAGNER: זמרת אירופה ששרה בתיאטרון מתחרה. לא יכולים למנוע ממנה לשיר, אבל כן יכולים למנוע ממנה לשיר במקומות אחרים.

i. ס' 3(3): ביצוע צו האכיפה דורש מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם ביה"ש/לשכת ההוצל"פ

i. לא יינתן צו אכיפה כאשר מטיל עלויות רבות על מע' האכיפה המשפטית. פס"ד אוניסון. ואפשר למנות כונס נכסים, כאשר הקבלן הפסיק לבנות.

j. ס' 4(3): אכיפת החוזה היא בלתי צודקת בניסיונות העניין

i. פס"ד לוין. תביעת שכר והצד השני טוען שהיה צריך לטעון להקטנת נזק. בתשלום שכר, ס' 14 הקטנת נזק אינו רלוונטי, ניתן לטעון שזו לא התנהגות סבירה. פס"ד אגד נ' אדלר: שלילת תביעת עובד לאכיפת תשלום שכרו

**בהסתמך על (43)** – המשמעות היא שזו תביעת פיצויים, ולא אכיפה, ואם זה פיצוי, אפשר להפחית חלק מהקטנת נזק.

ii. **אינטרסי צד ג':**

1. **עסקאות נוגדות:** התנגשות בין החוזים לקניין. **בפומרנץ** (קיר, חדר מדרגות) – שמגר (מיעוט), אין לתת אכיפה עקב שיהוי. לא היה שיהוי, אלא קנייה בתום לב ובפועל מתחשב באינטרסי הקונים.
2. **ללא התנגשות קניינית:** פיטורין שלכ"ד, תוך שכירת מישהו אחר. העסקה מחדש של הישן תפגע בעוד החדש. בחוק חושפי שחיתויות ושוויון הזדמנויות, כתוב שעל אף **ס' 23(2)**, ייקחו בחשבון הפגיעה בעובדים אחרים.

**k. ס' 4 – תנאים באכיפה – בסמכות ביהמ"ש לפי נסיבות העניין. מרחיב מקרי אכיפה לס' 3**

i. ס' 4 כסעיף הכולל בתוכו אכיפה, מפחית מהאכיפה פיצויים אשר יכולים להיחשב כהקטנת נזק, כי אם רוצים רק פיצויים צריכים ללכת ל- 14.

1. **פס"ד המועצה המקומית נתיבות נ' ביה"ד הארצי:** עובדת שפוטרה שלא כדין, האם תקבל כל

המשכורת. אפשר להפחית את מה שתקבל באכיפה, עקב שלא הקטינה הנזק מכח **ס' 14**, כשס' 14, **ללונטי לתביעות פיצויים בלבד ולא לאכיפה.**

ii. **אכיפה בקירוב:** במקרים שככתבו וכלשונו לא אפשרי. או שמוכן להסתפק בתחליף, או משהו כמעט זהה. אפשר לתלות מקרים בתום לב בשינוי נסיבות, או בהסתמך על התנאת האכיפה בתנאים לפי **ס' 4**.

**6. ביטול והשבה**

a. הפרת חוזה אינה גוררת התבטלות החוזה, אלא כח לנפגע האם רוצה לעשות שימוש בתרופת הביטול. עצמאי ללא

בימ"ש. **אם נותן הודעת ביטול: אין צורך לקיים החוזה; חובת השבה הדידית** (לא סימטרית); **הנפגע זכאי לתבוע פיצויים לפי ס' 10 לחוה"ת**. לא יסודית – ארכה.

b. **הפרה יסודית:** שתי חלופות:

c. **יסודיות מסתברת:** אדם סביר לא היה מתקר בחוזה אילו ראה מראש ההפרה ותוצאותיה. **בהגדרה הישראלית נפקד מיקומו של המפר**, בהגדרות הקודמות נזכר מפורשות.

i. **פס"ד ביטון נ' פרץ:** עסקה משולשת ותגובת שרשרת. השאלה: מתי איחור בתשלום ייחשב כהפרה יסודית.

למרות שפרץ לא היה אשם באיחור, והשופטים רצו לטובתו, **לפי ס' 6 לחוה"ת** – בהגדרת הפרה יסודית – **ביטון סביר לא ראה מראש ההפרה ותוצאותיה**. חלק מהשופטים שמו המשקל על **ותואמותיה/ראיה מראש/הבדל בין נפגע ספציפי לאדם הסביר**. לפי זמיר:

1. אדם סביר הוא בנעלי הנפגע. **המפר לא ידע / יכול היה לדעת משמעות קריטית של קיום מדוקדק וזה לא הוגן כלפיו לבטל החוזה.**

2. הבעיה נובעת מזה שבס' 6 לא כתוב מפר.

ii. **ההבדל בין ההגדרה באמנת וינה להגדרה מאמנת האג** (64), וישראל (70): **בהאג מדובר על שלילה מהותית** ממה שנותן החוזה. זה עדיף על הסביר ואפשר לטעון שתמיד מתקיים (אם היה יודע שיפור לא היה נכרת), או שעל כל הפרה מתקשרים (שיפוצניקים מאחורים).

iii. **ההגדרה הישראלית היא הגרועה ביותר:** יש אדם סביר היפותטי; הלך לאיבוד המפר. **השלכות:**

1. כיצד הענקת כח ביטול מידי תשפיע על מוסר התשלומים הירוד בישראל.

2. באשמת מי.

3. עד כמה פגע בנפגע.

4. עד כמה פיצויים הם אפקטיביים. אם כן, נהסס להגדיר כיסודית.

5. מוסדי – נתינת לגיטימציה להפרות חוזים.

iv. הפסיקה התחבטה באם הפרת ימים אחדים היא יסודית – **פס"ד הרשקו** – לא. וגם – **האם האיחור לא יהפוך**

**הפרה לא יסודית ליסודית:** בן פורת – איחור לעולם יישאר הפרה לא יסודית שבה יש צורך בארה לפני הביטול, ואם לא ייתנו ארכה, תסוכל כוונת המחוקק שהתכוון שתהיה ארכה בלא יסודית. **הרוב: יש הפרות יסודיות**

**מהשניה הראשונה.** התחייבות למסור משהו והשמדתו – הפרה יסודית. לצד זה, הפרות כמו אספקה של 49.5 טון מול 50 מבוקש זה לא יהפוך ליסודי. נניח שאיחורו של חודש ומעלה נחשב להפרה יסודית. אחרי יומיים, אפשר לתת ארכה של 10 ימים, ואם אחריהם, יוכל אחרי 12 יום ממועד המסירה המוסכם לבטל החוזה. אם לא ייתן ארכה, יצטרך להמתין חודש, כי זה מה שסיכמו. כך, שהפירוש המקובל יותר לא בהכרח שולל נפקות מהצורך לתת ארכה לפני הפרה של איחור בקיום של חיוב מרכזי.

השאלה היא האם מוצדק או לא לאפשר ביטול מידי של החוזה בנסיבות אלה ללא ארכה

d. **יסודיות מוסכמת**: הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית. ס' 6 לחוה"ת: תניה גורפת – כפופה למבחן הסבירות.

i. **בחוק יש נק' מוצא שתניה גורפת היא בלתי סבירה**, אלא אם היתה סבירה; **בהצעות החוק לא הדגישו שהסכמה על יסודיות היא בלתי סבירה**.

ii. הנוסח הפטרלינסטי יותר הוא בהצעות החוק, כי שם כל תניית שיפוט כפופה לפיקוח שיפוטי, בעוד שבחוק שלנו – רק תניות גורפות זוכות לזה.

iii. אפשר לטעון על כל תניה שהיא גורפת – כשאומרים שאין הבדל בין תשלום של 1 ל-50, ובכך להכניסה לפיקוח ס' 6, כך שזה תלוי שיפוט.

iv. גם אם תניה אינה יסודית מכח הסכמיות, היא יכולה להיות יסודית מכח יסודיות מסתברת (**שלום נ' מוטה**).

v. היחס בין יסודיות ההפרה לתיקון ההפרה – זמן:

1. הפרה לא יסודית, 18 עגלים, אחד מת. אין צורך לתת ארכה כי לא תועיל. **סייג הצדק**: עדיין ביהמ"ש יכול לומר שזה לא סביר.

2. **אי התאמת ממכר טויוטה לא נכונה**, והנפגע רוצה לבטל החוזה, כי זו הפרה יסודית. היבואן יכול לתקן

זאת תוך יום. עם זאת, ביתן הכלל: אי התאמת הממכר צריכה להיות הפרה יסודית; האיחור לתיקון

**כשלעצמו הוא הפרה יסודית**. ראה מראש ההפרה ותוצאותיה – או שייסע בטויוטה הלא נכונה יומיים,

או ליסוע באוטו הנכון באיחור של יומיים.

e. **דרך הביטול** – ס' 8 לחוה"ת:

i. זה נטל ולא חיוב. כדי שלצד שמגיש אותו יהיה טוב. צריך לתת הודעת ביטול בזמן, כי אז נפסיד זכויות. **ההפרה**

**רק מקימה כח לנפגע לבטל, והחזרה לא פוקע מעצמו**. נותן הכח לנפגע, ומגביר הודאות.

ii. מתמרצים הנפגע לתת הודעה, וגם רוצים להתחשב בו.

iii. לעתים, ביהמ"ש רוצה להקל בדרישות, כדי להתחשב במפר, כי לעתים, הדבר **המשתלם** ביותר לנפגע הוא לא לעשות כלום.

1. **פס"ד גינצברג נ' בן יוסף**: משקיע עתידי שיהפוך שותף במפעל. במעמד הכריתה, שילם חלק מהסכום

ולא כולו. בעל המפעל השתמש בסכום, אבל כשהשאר לא הגיע לא עשה כלום. בנסיבות, עדיף לו כלום:

יבטל החוזה, יצטרך להחזיר, אכיפה, יקבל את הכסף ויעביר 40% מהמפעל. עם זאת, לא היתה

הודעת ביטול.

iv. **האם מילולית?** מחד כן, מצד שני, התנהגות יכולה להעיד על ביטול. כמו גם דעות שונות שפנייה לביהמ"ש שלא

קדמה אליה הודעת ביטול יכולה להיחשב. הודעה מהנפגע למפר או דרך צד ג' – דעות שונות. **גינצברג** – רצוי

שהודעת הביטול תהיה סבירה ככל האפשר.

v. **הודעה אחת לארכה ולבטל**: כן – **מעלה אדומים**; לא – **מרגליות**, כי צריך עוד הודעה אחרי תום הארכה.

vi. **מאיימת**: מחמירה – לאיים שאם לא מקיימים יגרור ביטול; מחירה פחות – לשתוק, אבל לא להטעות; אכיפה

בלבד גם יכולה במובן מסוים.

f. **השבה** – ס' 9 לחוה"ת:

i. **פס"ד גינצברג והשבה בלתי צודקת**: לא רשום בחוק שהשבה כפופה לסייג צדק, ופה נפסק שכן, ולכן שמגר

שולל אותה. נימוקים:

1. **תכלית ההשבה היא למנוע עשיית עושר**.

2. **דיני ע"ע כלליים חלים על כל הוראות ההשבה**. הוראות שביסודן ע"ע, כפופות לחוק זה.

3. **לכן חל ס' 2 לחוק ע"ע**. ביהמ"ש רשאי לפטור הזוכה מחובת ההשבה וכפופה לצדק.

4. **ביישום לעובדות**: בעל המפעל קנה מכונות, אבל הפכו להיות גרוטאות. החזרת 70 אש"ח יהיה בלתי

צודק, אלא רק את **הסכום שמייצג שווי המכונות במועד שבו אסור היה לו להמתין באופן סביר**, אשר

היה עליו לפעול להקטנת נזק. ההשבה לפי שווי המכונות באותה עת.

ii. דעות שונות:

1. ברק – תכלית ההשבה היא חוץ חוזית במניעת ע"ע. פרידמן תומך.

2. יצחק כהן – חובה חוזית מהצורך להסדיר יחסים חוזיים. אנגלרד במאמרו תומך.

3. זמיר – בחלק מטרת ההשבה היא מניעת ע"ע, ובאחרים הסדרת יחסים חוזיים.

a. אדם משלם 6 וכל המובילים עושים זאת תמורת 4, חוזה מבוטל כדין. הוא זכאי ל-6 השבה,

כי אם המוביל היה נשאר עם 6 או 2 – זה היה ע"ע. **מחזק גישת ברק**.



כן השבה מעבר לציפייה  
לא הסתמכות מעבר  
לציפייה

- b. אדם משלם 4 מול שווי שווי שוק 6, צק'ים חזרו, ההובלה בוצעה. המוביל ביטל החוזה, אז עושים **השבת שווי של לא יותר מ-4, מחזק דעת כהן – החוזה קובע**, והמטרה היא לא רק התעשרות, אלא בעקבות ההסכמה.
- c. לקוח המחזק זכותו לאחר תמורת 5, ההשבה תהיה 5, לפי התעשרותו, **נעדיף פה ע"ע במקום חוזית**.

4. **הרכבת דיני ע"ע על ס' 9 פוגעת בודאות ובבטחון**. אפשר להפחית השבה גם לנפגע וגם למפר. בעצם, אפשר להגיע לתוצאה שלא צריך להחזיר K70, אלא קיזוז פחיתת שווי המכונות אפשר להגיע דרך **פיצוי ציפייה** – אילו קויים החוזה – חובתך לשלם את ה-50 הופרה, לא יכול היה לשהתמש במכונות, נזק ישיר וצפוי שאותו ניתן לקזז כנגד חובת ההשבה.
- iii. **פס"ד לוי נ' מבט** – השבה שמגנה על אינטרס הציפייה: דירה, רטיבות. **סעיף 9(א) לחוק** – השבה: אין כל סתירה בין תרופת ביטול וההשבה המתלווה אליו לבין מתן פיצוי צפויים ובלבד שלא יינתן כפל פיצוי. **אחד** מיתרונותיה של ההשבה על פני עילות אחרות הוא בכך שאין הצד התובע השבה חייב להוכיח נזק, אלא רק את טובת ההנאה לצד השני שלכ"ד.

## 7. פיצויים

- a. **ס' 10 לחוה"ת, מגן על אינטרס הציפייה.**
- b. **מדוע סעיף 10 לא מעמיד הנפגע במצב אילו החוזה קויים:**
- נותן תחליף כספי:** ולא באמת המצב בו קויים.
  - דרישת הצפיית מקשה:** הפיצויים לנפגע רק לפי נזק **ורק אותו** שהמפר היה צריך לצפות מראש בכריתה כתוצאה מסתברת של ההפרה.
  - קשיי הוכחה ושכנוע:** צריך לשכנע לקיום הנזק; קיום קש"ס; כמות. אם לא – אין פיצויים. הוכחת דבר היפותטי.
  - הקטנת נזק:** **ס' 14 לחוה"ת**. שולל פיצויים בעד נזק שהנפגע היה יכול באמצעים סבירים למנוע.
  - נזקים לא ממוניים:** **ס' 13 לחוה"ת**. בתי המשפט לא נותנים פיצוי מלא על כך. **"רשאי" ביהמ"ש**.
  - סמכות הפחתת פיצויים:** **ס' 12** – שמירת זכות. **רשאי להגביל ביהמ"ש** הפיצויים לפי **ס' 11** (בלא הוכחת נזק) – הפרש בין שווי תמורה שאמורים לקבל לבין שווי שוק נוכחי – ולשלול מעבר לכך.
  - אשם תורם:** **פס"ד אקזימי** – הרחבי גם לחוזים. יכול להפחית הפיצויים שהנפגע זכאי להם.
  - עלויות ההתדיינות:** ההוצאות הנפסקות אינן מלאות, ולא היה נושא בהן אילו החוזה קויים.
- c. **ככל שפיצויים תרופה חלקית יותר, כך יש הצדקה רבה יותר לאכיפה לנפגע, שמקבל התמורה לפי החוזה.**
- d. **מצבים בדין שמאפשרים לקבל סעדים כספיים שעולים על אינטרס הציפייה:**
- הלכת אדרס:** הנפגע יזכה בנטילת רווחי המפר, גם אם עולים על הנזק שנגרם לו.
  - מלון צוקים בצריך עיון:** חשין נותן פיצוי הסתמכות גם מעבר לציפייה. **ארבוס** גם – ההסתמכות היה נמוך מהציפייה ומשמש רק כקירוב מינימלי.
  - ס' 11 ופס"ד אינשטיין נ' אוסי:** (פיצויים ללא הוכחת נזק): ההפרש האמור בסעיף עולה על הנזק שנגרם לו.
  - השבה בעקבות ביטול העולה על אינטרס הציפייה.** ניתן.
  - ס' 28 לחוק חוזה ביטוח:** ריבית. אם חב' הביטוח לא משלמת בזמן, **רשאי ביהמ"ש לפסוק ריבית פי שלושה**.
  - ניכוי ס' 28 לחוק המכר, ס' 9 לחוק השכירות ושהאילה, ס' 4 לחוק חוזה קבלנות:** ניתן להפחית התמורה הכספית באורח יחסי לפחיתת הנכס, לעתים נותן יותר מאינטרס הציפייה. ניכוי יתבסס על מחיר מוסכם, וציפייה על שווי שוק לפי יום המחלוקת.
  - חוק הגנת הצרכן ס' 13ב:** אם שילם מקדמה, ולא בוצע השירות, באיחור בביצוע המלאכה, יהיה העוסק חייב בריבית לס' 4 לחוק פסיקת ריבית והצמדה.
  - הלנת שכר:** חוק הגנת השכר קובע תרופות מיוחדות לכך, עם הוראות בעלות אופי עונשי.
  - שערוך חלקי באכיפה:** התאמת דיני התרופות לאינפלציה. אז, היה פיתוי להפריה מצד המוכרים, כי החיר של אתמול הוא בפועל 60% מהתמורה המוסכמת. **רבינאי:** השופט ברק מכח **ס' 4 משערך**. שמירה של 100% היא פרס למוכרים בצורת ביטוח ומקשה על הקונים לשמור על זה, ולכן סדר הגודל הוא 80%-60%. **הנפגע מצבו טוב יותר, כי לא חויב ב-30% הצמדה.**
  - [פיצויים עונשיים]:** **ס' 13** נזק לא ממוני – אין לפיצויים עונשיים, אבל קרה. ס' זה מוביל לפיצוי.
  - פיצויים מוסכמים (?):** בעולם המודלים לא עולים. אם עולים, גם **ס' 15** – פיצויים מוסכמים, עלול להוביל לפיצויים שהם מעל לציפייה.



xii. **צו מרתיע בתזכיר**: בנוסף לצו האכיפה, ביהמ"ש יכול לקבוע שכל איחור בביצוע יגרור תשלום. בעקבות המ' הצרפתי. לא מכריחים לבצע, אבל אי ביצוע ילווה בסכום.

e. **דרישת הצפיות של ס' 10**: שהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראות מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת כל ההפרה:

i. בפועל, מרחיקה מההגנה על אינטרס הציפייה. אם הנזק לא צפוי, לא יקבלו עליו פיצוי.

ii. **מדוע דרישת הצפיות?**

1. **שיקולי הוגנות**: זה לא הוגן לחייב המפר בפיצויים על נזק שלא היה יכול לקחת בחשבון מראש. יכול להיות שהיה יודע, ואז מעלה המחיר, כי צריך להתאמץ יותר, וגם מנק' מבטו של הנפגע זה לא רצוי. מחיר רגיל עדיף לשני הצדדים – א' חושב נזקים רגילים, ומעדיף שיישא באחריות על כך בלבד, ולא להעלות המחיר.

2. **שיקולים כלכליים**: הלכת **הדלי נ' באקסנדייל**: אינה הגיונית מבחינת נק' מבט כלכלית, כיוון שאינה יוצרת תמריצים נכונים. לכאורה, אם מפרים החוזה נזק שייגרם 100, לאחר מכן אם יקיים אותו נזק שייקדם הוא 300, אבל המוביל על ידי ההפרה יכול להרוויח 200. חברתית, עדיף שיפסיד 200. בדרישת הצפיות נפר, כי נשלם פיצויים על מה שציפנו, ואז ישלם רק 100.

a. **איירס וגרטנה**: כדי שחוזים יהיו יעילים, צריכים שאנשים יתקשרו ע"ב מידע מלא. טיפוסית, יש

מידע שרק לאחד הצדדים יש אותו – כמה הולך להרוויח, ואז המחיר עלול להשתנות. זה **PENALTY DEFAULT RULE** שמתמרץ הצדדים **לסטות מהדין הדיספוזיטיבי ובכך להעביר מידע.**

i. רעיון דומה ב**פס"ד פרץ נ' ביטון**.

b. **האדלי נ' באקסנדייל**: עובדות: ציר בטחנת קמח נשבר, המוביל מסר הציר השבור לתיקון

באיחור, וטחנת הקמח כולה היתה מושבתת כמה ימים. **נפסק**: בעל טחנת הקמח לא סיפר

כמה חשובה הובלת הציר, ולכן באופן סביר המוביל יכול לחשוב שיש ציר רזרבי. מנע קיום יעיל של החוזה. **המפר אינו חייב בפיצויים על נזק שאינו רגיל ושגרת.**

c. **יש להתאים לשינוי נסיבות גם אחרי הכריתה**: לומר שזה הופך להיות קריטי, כולל עליית

מחיר. מודלים הכלכליים: אין סיבה שהמו"מ ייכשל.

f. נוקשות דיני הפיצויים:

• **אכיפה**, ראינו שהזכות לאכיפה כפופה למבחן של צדק עם שק"ד ביהמ"ש. ביהמ"ש לא יאכוף החוזה אם האכיפה היא בלתי צודקת.

• **ביטול בשל הפרה לא יסודית**, אמרנו שהשימוש בזכות הביטול כפוף לסייג הצדק.

• **השבה** (לקחת מהמפר ולהעביר לנפגע), לפי הפסיקה, **דרך תחולת ע"ע** ← השבה עשויה להיות כפופה לסייג של צדק.

• **בפיצויים, הספרות מדברת על כך שהזכות לפיצויים אינה נתונה לשק"ד ביהמ"ש, אלא תרופה נוקשה**: לא עצם/כמות הפיצויים כפופה לשק"ד. הנפגע זכאי לפיצוי על כל הנזקים הצפויים שנגרמו לו. ס' 13 ונזקים לא ממונים – יש שק"ד לביהמ"ש, - זה החרוג לכלל. כלומר, אין כאן שאלה של אשם/התנהג בסדר או לא/התובע/הנתבע עשיר/עני. כך כותבים פרופ' ידן, פרופ' שלו.

g. **זמיר**: דיני הפיצויים מותרים לביהמ"ש שק"ד רחב.

h. **הקושי הוא על מה המפר לצפות**:

i. חב' הבניה מאחר במסירה, והזוג רב, מתגרשים, פוגע בתפקוד המשפחה המורחבת. זה לא בר פיצוי לפי ס' 10.

10. מצד שני, הכל היה צפוי. **נוסחת הצפייה היא חלולה ומותרת שק"ד שיפוטי עד כמה רוצה להטיל**

**סיכונים**. ככל שמצמצמים מה שצפוי, נותנים בעקיפין לגיטימציה להפרות.

ii. **ליקויי בנייה ופגמים בדירה ומביאים חו"ד ומוכיחים זאת לביהמ"ש**. המוכר: הקונה לא מתכוון לתקן. אבל זה לא

**עניינו של הנפגע מה ישעה המפר בכסף (פס"ד זלוצין)**. לעתים, מחייבים קבלות.

1. **ירידת ערך ועלויות תיקון**: ביהמ"ש קובע זאת, הנחיות ס' 10 מצמצמות. **הנטייה היא לפצות לפי קנה**

**מידה אוב'**, כי בסוב' יש קושי בכימות. **תלוי נסיבות**. דרך מעשית להתמודדות: לפי עלות התיקון,

שגבוהה בד"כ מירידת הערך.

2. **פס"ד PEEVY HOUSE**: כריית פחם, בסוף העבודה התחייבה החברה ליישר הקרקע. הוכיחה שירידת

ערך קרקע זעומה, והשטחה תעלה הון. נפסק לטובת החברה.

3. **תורת ההפרה היעילה**: אם הנזקים לנפגע קטנים יותר מאשר רווח המפר, והמפר מפצה באופן מלא

על נזקיו, אז יעיל יותר שתהיה הפרה.

**i. o' 13 – נזק לא ממוני:**

- i. **מלון צוקים 1**: o' 13 לא נועד לאפשר נזק רכושי שלא הצליחו לכמתו.
- ii. **גולדמן נ' מיכאלי: o' 13** לא דרך לפסוק פיצויים עונשיים. אם המפר מתייחס בזלזול, אפשר עוד פיצויים, זה לא עונשי, אבל זה נזק.
- iii. **פס"ד אניסמוב**: נדרשת רמת כימות של הנזק הנדרש.
- iv. **קריטריונים זכאות לפיצויים מס' 13**:
  1. **שק"ד בימ"ש**.
  2. **קש"ס הדוק יותר**. גרמה הפרת החוזה נזק. לא עקב ההפרה ותוצאותיה (צפיות).
    - a. ברק **בגולדמן**: גם o' 13 כוף לצפיות.
    - b. **באגד נ' אדלר**: עגמת נפש לא דברים שמפצים עליה.
    - c. **בנאות דברת נ' מעליות ישראלפט** – חברות אינן בוכות בלילה. תאגיד אינו יכול לתבוע פיצויים על נזקים שאינם ממוניים.
    - d. לעתים, ייתנו פיצויים על נזק לא ממוני עם שאר בני המשפחה, עקב ליקויי בנייה, מתוך בסיס נזיקי. בגרמניה זה חוזי.
3. **אם החוזה מלכתחילה נועד להעניק טובת הנאה שאינה רכושית**: מארגן חתונות והדברים לא מתנהלים כמתוכנן.
4. **ליקויי בנייה**: ההנחה שבית הוא יותר מאשר נכס, והסברה של פגיעות שם היא נזק אמיתי.

**j. o' 14 לחוה"ת – כלל הקטנת הנזק: באמצעים סבירים בין אם נמנע הנזק או הוקטן, ובין אם לאו.**

- i. o' 11 (פיצויים בלא הוכחת נזק) לא כפוף לכלל הקטנת נזק.
  - ii. אפילו אם הגדיל הנזק, זה חל, כי יש אינטרס שהנפגע ינקוט בפעולות להקטין הנזק.
  - iii. חל מרגע ההפרה ואילך. מה קורה בהפרה צפויה?
1. **חלוקת האחריות בפיצויים חוזיים – אשם תורם**:
    - a. **o' 10 ופס"ד אניסמוב**: לא היה קש"ס בין ההפרה לנזק. ואפשר לשחק עם זה.
    - b. **פס"ד אקזימין**: הורחב חלוקת אחריות גם לחוזים לשני הצדדים.
      - i. **שמגר רוב**: שני הצדדים נהגו בחוסר תו"ל, וחילק הנזק 50/50 לפי מבחן משולב סיבותיות וחוסר תו"ל. לפי זמיר, אשם תורם לא נכון פה.
      - ii. **גולדברג**: אין הפרה, כי ידעו מראש שזה דומה. ידעו ש"חסר גלגל".
      - iii. **הרחבת השימוש באקזימין תביא לפיצויים בגין הפרת חוזים מוגבלים יותר.**
    - c. אפשר להסתדר בלי אשם תורם בחוזים: לנימוקים של פיצויים חוזיים פחות מהציפייה. יש כלים אחרים לשימוש: מבחן הציפות, הקטנת נזק – מביא לאותן תוצאות.

**k. o' 11 לחוה"ת – פיצויים ללא הוכחת נזק**

- i. לא מצריך להוכיח את דרישות **o' 10**: הפרה, נזק, קש"ס, צפיות, כימות.
- ii. **יסודות**:
  1. **הפרה של חיוב לקבל/לספק נכס או שירות**. תקף גם לנושאי אי התאמה, ולא רק אי מסירה כלל. לא מגדיר הפרות, אלא סוגי החוזים שהסעיף עוסק.
  2. **ביטול החוזה בשל ההפרה**. **הרלו אנד ג'ונס**: שנה וחצי אחרי ההפרה, הקונה הישראלית הגישה תביעה לפיצויים – לא הוצבע על שום נזק, והתביעה נדחה: לא היתה הודעת ביטול; גם אם כן, עבר זמן סביר; וגם אם כן, מחיר הטובין ירד בחזרה ל-600, ואין הפרש. **למרות שבגיניצברג**, אם מחפשים הודעת ביטול, מוצאים אותה.
  3. **קיום פער בין התמורה המוסכמת לפי החוזה, לבין שווי הנכס השירות ביום ביטול החוזה**. זה עולה כשיש פער בין **o' 11** ל**o' 10**. השווי המקובל הוא זה שמתייחסים אליו. אם המערער ביצע עסקה חלופית בסמוך למועד הביטול, יעריכו לפיה (**אינשטיין**), ובאינפלציה לפי ערכים ריאליים.
- iii. **הסתמכות על o' 11 ולא על o' 10**: אם **המחיר עלה, הפרה, ביטול וירידה** ← בלי נזק, לא יוכל לטעון לנזקים **לפי o' 10** (הזכות לפיצויים), אלא אם יש משמעות לעובדה שהיה בלי ברזל. אבל יש יתרון ל**o' 11**. בנוסף, **הקטנת נזק חלה על o' 10**, ולא על **o' 11**. גם אם מצליח לקנות ברזל ב-700, לפי o' 10 יקבל פיצויים של 100, בעידוד שלפי o' 11 יוכל לקבל פיצויים של 300 (ההפרש ההתחלתי).
- iv. **מדוע o' 11 נותן יותר מאשר o' 10 כפיצויים על נזק שלא נגרם**:
  1. ברוב המקרים אין הפרש בין o' 10 ל-11.

2. ס' 11 מתעלם מהאפשרות שהיתה או לא עסקה חלופית. **אינשטיין נ' אוסי**: מטרת ס' 11 היא פישוט הליכים. **בעיית**: הפער הוא במקרים של הקטנת נזק כשלא נגרם, כי המחירים ירדו.
3. הרתע: למפר שלא יחשוב על ניצול השינוי במחירי השוק לעשיית רווח נוסף, כי ההפרש יועבר לקונה הראשון.
- a. מי שמאמין בהפרות יעילות יתנגד לזה. אם רוצים לתת הרתעה אפקטיבית, אנחנו צריכים להתאים את זה לרווחים שהמפר שעשה בפועל – פחות או יותר משווי השוק ביום הביטול. ס' 10 מוביל לתת פיצוי (בעיות הוכחה, הוצ' משפט, צפיות.
- v. **פס"ד אינשטיין נ' אוסי**: חוזה למכירת דירה. מחיר מוסכם 140, אח"כ העלה ל-180, הקונה סירב, והמוכר מכר לצד ג' תמורת 192. נפסקו תחילה 40, בגלל הקטנת נזק שהציע ב-180. העליון: זכאים ל-52.
1. לפי ס' 11, ואז לא חלק הקטנת נזק.
2. בכל מקרה המוכרים היו צריכים להיפרד ממה שיש להם בכיס מעל ל-140, אז הסירוב לא השפיע. לגיטימי לא להסכים ל-180.

### א. ס' 17 לחוה"ת - הפרה צפויה

#### i. נסיבות הפרה צפויה:

1. **זמיר וגלברד**: **עד כמה הנפגע הצפוי צריך להוכיח בצורה ברורה וחד משמעית** שתהיה הפרה. תרופות דרסטיות יותר – ראיות ברורות יותר.
2. **פס"ד KNIGT V. FROST**: הבטחת נישואין. יש כאן הפרת הבטחה. בישראל, חוזה על תנאי ל**ס' 27(ג)** **לחוה"ת** – ואפשר לקבל תרופות טרם קיום התנאי.

#### ii. תוצאות ההפרה הצפויה:

1. לא ניתן לתת צו אכיפה שיקדים מועד הקיום לעומת המועד המוסכם.
2. אם חודשיים לפני המועד צפוי שיספק רק 95% מהכמות, וההפרש זה לא יסודי, האם הנפגע יכול לבטל החוזה עוד לפני שהגענו למועד?
- a. **שלו**: ביטול בהפרה הצפויה היא יסודית, ואז יש צורך בארכה. **בלא יסודית, הכח לבטל רק אחרי נתינת ארכה, וזה לא ייגמר לפני תום התקופה.**
- b. **ידין**: אפשר ביטול בשל הפרה צפויה לא יסודית, הנפגע יכול לתת למפר ארכה של שבועיים, **כשהנטל עובר למפר** שיקיים – ואם מסלק הסיבות – לא ניתן לבטל החוזה. אם כן, יהיה ניתן בכפוף לסייג הצדק.
3. בהפרה צפויה, יש פרק זמן ארוך של אי ודאות. **האם הנפגע הצפוי יכול להתעלם מההפרה הצפויה.**
4. **שיקוליי הנפגע האם לפעול מיד/להמתין להפרה האקטואלית:**
- a. **חזרה**: אם מבטל עכשיו, החוזה הלך, אם מחכה, יכול להיות שיחזור.
- b. **הוכחה**: ביטול עכשיו מצריך קשיים הוכחתיים, ואם לא מצליח, הוא המפר.
- c. **השבה**: אם מבטל עכשיו, ייאלץ להשיב, ואם ימתין, יכול להיות שלא. קריטי, אם פושט רגל, ואז לא יהיה אפשר להוציא ממנו כלום, והלתמין עם שאר הנושים.
- d. **המשך קיום**: אי ביטול גורם לחוזה להמשיך להיות בתוקף, אלא אם החיובים מותנים.
- e. **חוזה על תנאי**: עדיין נותן תרופות לפני **ס' 27ג לחוה"ת**. אם התנאי המתלה לא התקיים, והמפסיק כן, לא תהיה טענה לתרופות בשל הפרה, כי החיוב לא השתכלל/התבטל.
- f. **סיכול**: אם לא נעשה כלום, יכול להיות שתיווצרנה נסיבות שהחייב יוכל להתגונן בטענת סיכול.
5. **דוגמאות:**
6. **החייב (המפר הצפוי) מעוניין לסיים החוזה (או להשתחרר ממנו):** סיטואציות הנפגע גורמות ל:
- a. **אי ודאות**: החייב לא יודע מה יעשה הנפגע הצפוי.
- b. **אי הקטנת הנזק**: הנפגע יכול להפעול להקטנת נזק. אם יעשה עסקה חלופית. אם לא, פיצויים מהמפר גבוהים יותר.
- c. **הגדלת נזק**: **פס"ד וויט נ' מקרגור** האנגלי – מוסך וחברת פרסום, בעל הפרסום אמר שלא מעוניין בחוזה, וחברת הפרסום המשיכה לפרסם שלוש שנים. התעלמה מההפרה הצפויה, והגדילה הנזק מנק' מבט של הנפגע הצפוי.
- d. **בישראל: הנפגע רשאי להמתין זמן מסחרי סביר**, ואם לא – יפסדי זכאותו לפיצויים, וזכותו לבטל החוזה. אך **זכאי להתעלם מההפרה הצפויה עד שתהיה אקטואלית.**

i. **פס"ד בנק איגוד נ' סוראקי**: בצהרי היום, בנק רצה להשתחרר מהחובה (גם לפי נוסח **ס' 17 לחוה"ת** זכאי לפני ההפרה האקטואלית). שמגר טוען שישראל הולכת לפי הדין האנגלי, אך פוסק שלמרות שלא פעלו באותו יום, זה היה בגדר זמן מסחרי סביר. לא ברור איפה המ' הישראלי עומד היום. ביהמ"ש לא מדגיש שאנשי העסקים בחרו באופציה הטובה מבחינתם, כי אם זה היה יום אחרי, המחירים היו יורדים והיו שמחים.

7. החייב דבק בחוזה והמפר מעוניין בו, ומתנגד לביטול החוזה בידי הנושה. **פס"ד אברהם נ' מזרחי**: חב' הבניה הכחישה הטענה שלא מקיימת החוזה ודבקה בקיומו. היתה הפרה צפויה של החוזה בידי הקבלנים, משום שלא נקטו פעולה לפינוי דייר מוגן/קבלת היתר בנייה מרגע שהתכנית שונתה.

a. ניתן היה לפסוק הפוך פה: בעלי הקרקע משכו את חב' הבניה יותר משנתיים ולא חותמים על היתרים, מדוע שחברה קבלנית תפנה הדייר. **ס' 41 לא חל**, כיוון שזה מגוחך שהקונים יאמרו לחב' הבניה מתי הקונים יקבלו המפתחות. וההפרה היתה אקטואלית. **ס' 17** - נטל הוא על הנושה, והבורר פסק שהקונים היו צריכים לחתום.

## 8. תיאוריות

a. ניתוח כלכלי של דיני חוזים

b. תיאוריות הרצון:

i. מבוססת על הפילוסופיה הליברלית. כש-א' מבטיח ל-ב', הוא מזמין מתן אמון של מקבל ההבטחה בנותן ההבטחה. הכרחי שנכריח אותו לעמוד בהתחייבויותיו. יהיו מצבים של פטור מאחריות. קשה לה **מדוע כן צריך לאכוף**.

ii. **פריד**: **ברגע שמבטיחים צריך לעמוד בדיבור, ואם לא, צריכים לתת הדבר שהכי קרוב ושווה ערך להבטחה – פיצויי ציפיה**. יש מקרים שדיני החוזים מחשבים לאו דווקא לפי אינטרס ציפיה:

1. **חישוב אינטרס ההסתמכות (אלמלא פגש הצד השני)**: זה רק אינסטרומנטלי, בהיעדר ציפיה, זה נותן. ממילא עושים למטרות רווח.

2. **הסתמכות שוב - אחריות מוכר כלפי משתמש אחרון במוצרים פגומים**: הפיצויים נועדו להשיב מצבו של הנפגע לקדמותו. זו אחריות נזיקית, ולכן זה לא סותר, אפילו שזה לא ציפיה.

3. **לא נכרת חוזה, השתק הבטחה, חוסר תו"ל במו"מ, יובילו לפיצויי הסתמכות לפי 12 ב'**: לא סותר עדיין, כי ההבטחה לא לגמרי התממשה – אחריות נזיקית בשל האשם. במקרים שנותנים פיצויי ציפיה על חוסר תו"ל כמו **קל בניין** – זה לא סותר, כי שם כבר יש הבטחה.

iii. **ביקורת על פריד**:

1. דיני הפיצויים המתוארים שלו אינם דיני הפיצויים למעשה: מנינו סיבות לדיני הפיצויים מובילים לתת פיצוי, וזה לא נכון שהם מפצים אפקטיביים (צפיות, קשיי הוכחה, נטל הקטנת נזק, בעיות כימות, קמצנות לגבי נזק לא ממוני, הוצאות התדיינות וכד').

2. **מדוע להסתפק רק בפיצויי ציפיה ולא באכיפה**: או פיצוי עונשי/הסתמכות/אדרס.

3. **מעקרון ההבטחה לא נובע מהן התרופות המתאימות בשל ההפרה (קראסוול)**: יכולנו לכתוב בחוזה שאם יופר החוזה, א' יקבל את סעד אדרס. כל הסדר, מתיישב עם כיבוד הרצון שלנו.

a. זמיר: זה לא נכון, כי יש קורלציה מסוימת בין עקרון ההבטחה/הרצון לבין היקף התרופות. ככל שמורידים את התרופות עד ה-0, פחות מאמינים שחוזים יש לקיים. עם זאת, נכון שתיאוריית הרצון לא עוזרת בין סוגי פיצויים.

## 9. ניתוח כלכלי של דיני התרופות

a. מאפייני התיאוריה הכלכלית:

i. **תורת מוסרת תוצאתנית**: מה שצריך לעשות נמדד על פי התוצאות. רק על רווחה. וולפריסטי.

ii. **יעילות**:

1. **עדיפות פרטו**: אם יש לפחות אדם אחד שהרווחה שלו במצב א' גבוהה יותר מאשר במצב ב', ואין אף אחד שהרווחה שלו במצב ב' יותר גבוהה מאשר במצב א'.

2. **פרטו אופטימלי**: אם אין אף מצב אחר שהוא פרטו עדיף עליו. חוזים.

a. לא מעשי במשפטים: חוזים יש לקיים – פרטו אופטימלי. אבל הוא הפכפך. חוזים יש לקיים,

אלא אם אחד הצדדים חוזר בו תוך שעתיים. או שחלק מכספי משלם המסים יילך ל-X או Y.

- אינסוף. **יעיל לניתוח התנהגות רצונית של אנשים**, עשו זאת מרצון – פרטו יעיל. בכלכלית, כולם פרטו אופטימליים.
3. **קלדור היקס**: אם סך כל התועלות שצומחות לאנשים במעבר מ-ב' ל-א', גדול יותר מסך כל העלויות שנגרמות לאנשים באותו מעבר מ-ב' ל-א'. עם הכי הרבה רווחה.
- a. חסרונות בהשוואה לפרטו:
- i. בעיה מוסרית: אמנם סך הרווחה גדל, אבל רוב האנשים מצבם ב-ב' פחות טוב במאשר במצב א'.
- ii. בעיה טכנית: דורש חיבור וחיסור. לא מעשי.
4. פתרון כלכלי: או שמעדיפים את א', או את ב', או שאדישים. זה אומר שאפשר להשוות את זה לסכומי כסף שונים:
- b. **ההבדל בין כלכלת רווחה לתיאוריית הרצון**:
- i. **דימיון**:
1. **מתייחסות לחברה כאוסף של פרטים**. אין ערכי דת/קהילה.
2. הרצון: **בכלכלית – כמה אנשים רוצים לשלם בעדם**. בתיאוריית הרצון, ממנה.
- ii. **שוני**:
1. **לרצון החופשי שלושה תפקידים אינסטרומנטליים בניתוח הכלכלי רווחה**:
- a. **בגישה הכלכלית תיאוריה של העדפות**: רווחתו של אדם עולה ככל שהעדפות שלו מתגשמות ורצונותיו מתגשמים.
- b. **מידה כלשהי של חופש הכרחית כדי שיהיה אפשר להנות גם מדברים אחרים**: בעל אחוזות בבית משוגעים לא יינה.
- c. **הרצון החופשי מספק קריטריון לכימות רווחה**: במוכנות לשלם כאמצעי כמה כל דבר תורם לרווחתו של כל אדם.
- c. **התמקדות בדיני התרופות**: אילו הצדדים יכלו לעשות חוזה מפורט, היו דורשים מכ"א מהצדדים לקיים את חלקו, אך ורק אם התועלת נמוכה יותר מהעלות. ואז **לכאורה לא היה חשש מהטלת תרופות חריפות מדי**. **תפקיד דיני התרופות**: לקחת שלא בחשבון כל התנהגות אפשרית, ולתת תמריצים אופטימליים להתנהגות הצדדים לכל אורך חיי החוזה.
- i. **הבחירה בין קיום להפרה – דוק' ההפרה היעילה = הסעד האופטימלי הוא סעד פיצויים שמגנים על אינטרס הציפייה (לו קויים החוזה) של הנפגע**
1. היה ואין תרופות בשל הפרה. מחיר מוסכם עם קונה א' – 160 והוציא עוד 20 של הכנות לקבלת הממכר. מעריך אותו ב- 200. זה לא יעיל שנכס יגיע לקונה ב' שמעריך הנכס ב- 3, אלא יעיל יותר שהנכס יגיע לקונה א' שמעריך אותו ב- 200. אם אין תרופות, המוכר יסכים למכור הנכס לקונה ב'.
- a. **הדין יגן על סעד ההשבה**: המוכר ימכור ל- ב' רק כשיציעו לו 161.
- b. **הדין מגן על אינטרס ההסתמכות של הנפגע**: קונה ב' עם לפחות 181. זה לא יעיל, כי יכול להיות שמעריך אותו ב- 300 או ב- 185. א' מעריך ב- 200, זה לא יעיל.
- c. **הדין מגן על אינטרס הציפייה של הנפגע**: אם ב' יציע 201 לפחות. בנתונים שלנו זה יעיל.
- d. **הדין היה מזכה הנפגע בהגנה על אינטרס נטילת רווחי המפר**: לעולם לא ימכור ל-ב', **אדרס**.
2. **ביקורת על הפרה יעילה מול הלכת אדרס**:
- a. **דיני הפיצויים כפי שהם טיפוסית אינם מצליחים להעמיד הנפגע במצב לו קויים החוזה**: בעיות הוכחת נזק, כימות, צפיות, הקטנת נזק, קמצנות ביחס לפיצויים על נזקים לא ממוניים.
- b. **ניתן לסטות מפיצויי הציפייה על ידי סעיף פיצויים מוסכמים**. המוכר בדוג' לעיל, יעריך ההזדמנות למכור ל- ב' יותר מאשר הקונה. **הנפגע הטיפוסי לא יצליח לממש את אדרס**. לעתים, הקצאת הסיכונים תבוא לידי ביטוי במחיר. **המבקרים**: זה לא נכון בכל מקרים, למשל מוכר סיטונאי/קמעונאי. יכול להיות שקונה ב' יפנה למוכר, או לקונה א'.
- c. **הבחירה בין הגנה על הציפייה לבין נטילת רווחי המפר**: סיכויים למימוש. הסיכויים של קונה א' לממש זכותו לנטילת רווחי המפר הם קטנים. קל לנפגע להוכיח אינטרסים אחרים. **ציפייה**: כמה היה מרוויח אילו החוזה קויים. **הסתמכות**: הנפגע הוא זה שיועד כמה הוצ' הוציא. **השבה**: התעשרות ממה שקיבל מהנפגע, כלומר, הנפגע יוכל להוכיח את זה בקלות. **נטילת רווחי המפר**: קשה להוכחה.

- d. ברוקס: תחושה לא נוחה שהמפר נהנה מההפרה ומשלשל רווחיו ממנה. לכן, **נושה יהיה זכאי לסעד נטילת רווחי המפר בין אם החייב הפר החוזה ובין אם לאו**. היעילות: הרלו אנד ג'ונס תפצה בכל מקרה.
- ii. נקיטת אמצעי זהירות בידי החייב: לא רוצים שהאמצעים יהיה שעלותם אינסופית, כלומר, שעל דיני התרופות להגן על אינטרס הציפייה. טוב יותר מניסיון הצדדים לקבוע באופן פרטני מה צריך. לפי ס' 10. קל יותר להוכיח הנזק שההפרה גרמה לנפגע, מאשר ללכת לדקדק ולברר האם החייב מתנהל בצורה יעילה או לא.
- iii. הסתמכות (אלמלא פגש הצד השני) הנושה: דוג' מכונה במפעל תעשייתי ואז תוחלת עלות של 50%. בלי ה- 50%, תועלת נקייה הכי גבוהה היא הדוג' האחרונה. עם ה- 50%, תועלת נקייה גבוהה ביותר היא האמצעית. **אם אין ודאות, האופטימלית נמוכה יותר**.
1. לו הדין היה נותן פיצויי ציפייה: היה משקיע 10, למרות שזה תועלת נקייה נמוכה יותר, כי מתלעם מצב עולם של אי קבלת המכנה. **הסתמכות יתר**.
2. לו הדין היה נותן פיצויי הסתמכות: ישקיע גם 10, כי כל סכום שישקיע, יקבל בחזרה. **הסתמכות יתר**.
3. הפרדוקס של הפיצויים: הדרך היחידה לגרום לכך שהנפגע יסתמך באופן אופטימלי, היא לא לתת לו שום פיצוי, ואז בדוג' ה- 50%, יסתמך אכן על הדוג' השניה, כי זה היקף ההסתמכות האופטימלית.
- a. כדי שהמזיק-מפר יתנהג בצורה אופטימלית, עליו לשלם פיצויים על מלוא נזקי הנפגע.
- b. כדי שהניזוק יתנהג בצורה אופטימלית (אייפוד), צריך שלא יקבל שום פיצוי, או לתת לו פיצויים שלא קשורים להיקף הנזק שנגרם לו. **סכום הפיצויים שהמפר משלם שווה לנזק הניזוק**. התמודדות:
- i. ניתוק בין שני הסכומים. פיצויי מזיק מול פיצויי ניזוק. לא טוב.
- ii. ניזוק מקבל פיצויים על מלוא הנזק, עד תקרה של הנזק אילו הסתמך בצורה אופטימלית. בעיית כימות. **פרץ נ' ביטון**.
- iv. תמריצים לנושה: דברים שיכולים להשפיע על הנושה להתנהג בצורה יעילה: **הקטנת נזק; אשם תורם; השתתפות עצמית – ביטוח**.
- v. שנאת סיכון וביטוח: אנשים שונאי סיכון מעדיפים לשלם פרמיה בתחילת השנה, משום שאותה משלמים מהשקלים האחרונים שלהם, אבל נותנת להם ביטוח מפני הפסד השקלים הראשונים. חייב אדיש, מול נושה שונא סיכון, האינטרס האופטימלי של הנושה הוא הציפייה. **אם שניהם שונאי סיכון**: בציפייה, ההפסד מתחלק בין שניהם, ומפזרים הסיכון, כל אחד מפסיד 50/50, ולא 100/0.
- vi. אהבת סיכון הפרה שאינה משפיעה על כמות הכסף שבידי הנפגע: מעדיף הנחה במחיר על פני ביטוח ולוקח ההפרה על עצמו. מצלמה בחתונה נפלה למים, זה לא משפיע על כמות הכסף. לא רציונלי לרכוש ביטוח נגד זה. זו הסיבה שדוגמניות מבטחות רגליהן ואדם רגיל לא. בתי המשפט – קמצנות לנזקים לא ממוניים, ואין ביקוש לפוליסות כאלה.
- vii. משא ומתן בדיעבד: אם לא היו עלויות למו"מ בדיעבד.
1. פיצויי ציפייה – נבדוק עלות/תועלת, ואם העלות גבוהה יותר, נוריד אותה.
2. תרופה מעל לציפייה – לא אקיים, אם הרווח שלי מההפרה לפחות 151.
3. מו"מ בדיעבד – נוכל לשחד הנושה ולתת סכום מעבר לציפייה שלו, יוותר על הקיום, ומתחת לרווח של החייב מההפרה. **עלויות מו"מ לעולם חיוביות וגבוהות במיוחד בדיעבד**. – מדובר במו"מ מחדש בתנאים של מונופולין דו צדדי: יש רק אדם אחד ממנו ניתן לקנות הסכמה זו. אם יש בעיית מידע, אפשר בלופים. המשחד נשאר עם פחות כסף בכיס, והמשוחד עם יותר.
- viii. הסתברות שהפיצויים ישולמו - שלישי: אז צריך פי שלושה. הנחנו שכל הפרה ניתקת לפיקוח ואימות. במציאות, זה לא כך. אם החייב יודע שההסתברות לפיצוי הנפגע על הנזקים הוא שלישי, אז העלות שייקח היא שלישי מתוך פיצויי הציפייה על הנזקים שגרם. **מפחית התמריץ לקיום חוזה/השקעה לנקיטה באמצעי זהירות/ נושה מסתמך פחות על החוזה** ← **תמריץ אופטימלי יוצר אם ישלם פי שלושה של פיצויים**. וגם, ההסתברות שתוגש תביעה יותר משליש. גם אם לא ייפסקו הפיצויים האלה בצורה מלאה, זה תמריץ למפר לקיים.
- ix. סנקציות לבר משפטיות: רוב האנשים מקיימים חיוביהם, כי התמריצים המשפטיים הם לא העיקר. **כדאיות טווח קצר וארוך, מוניטין, שיקולים חברתיים**. מנק' מבט כלכלית, צריך שסך כל העלויות של ההפרה שהחייב רואה יהיו שוות לנזקים שההפרה גורמת לצד השני ← **פיצויים נמוכים יותר (קוטר ופורת)**. זמיב: זה לא נכון, כי כבר יש בעיה של תת פיצוי. **מנגד, ניתן לטעון**: שיש תת פיצוי, ומשהו שמשלים את זה הסנקציות הלא משפטיות.



כלומר, גם יש את הסנקציות הלא משפטיות שמתמרצות הנושים לקיים חוזים, מול זה שהמפרים רואים את עלויות הסנקציות המשפטיות לנגד עיניהם – לכן, התמרוץ לקיים חוזים מספיק חזק.

- x. **העברת מידע עובר לכרית החוזה ובמהלכו:** מבחן הצפיות יוצר תמריץ יעיל להפר (כי הולכים לפי הנזק ביום הכריתה), כי אח"כ הנזק יותר גדול, למרות שיעיל לא להפר. **הרסט וגרנט:** ברירת מחדל עונשית. אנשים שיעבירו מידע לצד השני עם מידע מלא. **האדלי ג' באקסנדייל:** אם לא תספר מה הנזק במקרה של הפרה, אז לא תקבל על כך פיצוי. חברתית, רוצים את זה.

#### 10. אז מה נובע מכל זה?

- a. הפילוסופים יכולים לומר על הכלכלנים שאין זה מעשי. לא מכתוב מה צריך להיות.  
b. הכל תלוי מה הציפיות שלנו. נמוכות יותר – הגשמה יותר מלאה.

#### 11. פיצויים מוסכמים:

- a. לכאורה, תנית פיצוי מוסכם מעבר לאינטרס הציפיה היא לא יעילה ונותן הצדקה ל-15 **סיפא חוה"ת** – סמכות ביהמ"ש להפחית פיצויים מוסכמים. **אלן שורץ:** בעולם המודלים לאף אחד מהצדדים לא משתלם לקבוע תנית פיצויים מוסכמים שהיא מעל לאינטרס הציפיה. טוען ש:  
1. מדובר בפגם בכריתה. טעות/הפרה/כפייה/עושק.  
2. טעות אופטית לביהמ"ש: זה לכאורה מופרז, אבל זה לא, לאור הנסיבות.  
3. **זה לא התקבל:** יש מצבים שכן רציונלי לחייב ולנושה להסכים על פיצויים גבוהים מהנזק שצפוי לנפגע, **ע"מ להתגבר על בעיית מידע SIGNALING.** משתלם לקבלנים המדייקים לקבל תניית פיצויים גבוהה יותר.

12. **תרופת האכיפה:** לא נובע ישירות שאכיפה היא תרופה לא יעילה. כי בכל מקרה הנכס יגיע לקונה ב' – המוכר וקונה ב' פשוט יקנו את הסכמת קונה א'. **פרידמן:** דברים בהסכמה פחות מסובכים, תרימו טלפון.  
a. במקרקעין קשה לקבוע אינטרס הציפיה של הנפגע. קושי בהחלטה אוב', וסוב' – ואז יש יתרון לאכיפה לעומת פיצויים. ורק כשהסכים מפורשות, באמת יודע שמקבל הסכום ששווה לו.

13. **דיספוזיטיביות/קוגנטיביות דיני התרופות:** **פס"ד ליפקין נ' דור הזהב:** דיני התרופות הם דיספוזיטיביים. ידין: קוגנטיים, ואם מתנים על זה, זהו הסכם ג'טנלמנטי (לא הדעה היום).

#### a. הנטייה השיפוטית לצמצם חופש התנאה בתרופות:

- i. ידין: קוגנטיים, ואם מתנים על זה, זהו הסכם ג'טנלמנטי (לא הדעה היום).  
ii. חשדנים לגבי התנאה על תרופות.

- iii. יש סעיפים שמעידים על עצמם דיספוזיטיביים. פיצויים מוסכמים ותניה גורפת – בפיקוח. שירות אישי לא נאמר קוגנטי, אבל לא צריך.

- iv. **בפס"ד ליפקין:** אין בעיה שהנפגע מהפרה לא יוותר על זכותו להשבה. התוקף לויתור פה תקף הבעיה עם פסה"ד:

1. אם ניתן לבחור סעד, אין סיבה שלא יבחר תרופה. זמיר: אבל לא ניתן לעשות זאת מראש, אלא **בדיעבד בלבד**, בפועל.

2. מפר לא יכול לוותר על זכותו להשבה – סכומים ששולמו מראש, דינם כדין פיצויים מוסכמים: **o' 15g.** בכל מקרה, כפוף לביהמ"ש.

#### 14. פטרנליזם בדיני התרופות: הגבלת חירותו של אדם וחופש הפעולה שלו, במטרה להגן על האינטרסים שלו עצמו.

- a. **שוני בין פטרנליזם ושיקולים חלוקתיים:** חוק אחריות מוצרים פגומים, העלה מחיר המשקאות עקב מעבר לפלסטיק, ואנשים לא יכולים להרשות לעצמם. חלוקתית זה לא רצוי. פטרנליסטית, הכל רצוי: אלה ששותים לא ייפצעו, ואלו שלא שותים גם ייפצעו.

#### b. המשפט ודיני החוזים מלאים בפטרנליזם:

- i. במשכנתא באמריקה היה מצב טוב יותר.  
ii. o' 3(2) – אי אכיפות שירות אישי- חירות הפרט חשובה יותר.  
iii. סמכות ביהמ"ש לפסול תניות יסודיות גורפות.  
iv. o' 15 לחוה"ת – פיצויים מוסכמים.

- c. זה, כי אנשים סובלים מאופטימיות יותר, ומתעלמים מסיכונים שהסתברויות שלהם מאד נמוכות, ולא חושבים שאולי לא יוכלו לפרוע את ההלוואה.