

גבריאלה שלו יהודה אדר

## דיני חוזים — התרופות

לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי



התשס"ט–2009

דין  
הוצאה לאור בע"מ

©

כל הזכויות שמורות לדין הוצאה לאור בע"מ

עריכה: עו"ד טובה אולשטין

דפוס גרפית בע"מ, ירושלים

## תוכן עניינים מקוצר

|    |                           |
|----|---------------------------|
| ז  | תוכן עניינים מפורט        |
| כא | הקדמה – אהרן ברק          |
| כג | דבר המחברים               |
| לא | הערות טכניות לעיון בחיבור |
| לג | רשימת קיצורים             |

### שער ראשון: עקרונות כלליים

|    |  |
|----|--|
| 3  | פרק 1: תרופות ודיני תרופות – בדין הקיים ובדין החדש |
| 37 | פרק 2: האינטרסים המוגנים                           |
| 69 | פרק 3: צירוף תרופות והתנאה על דין התרופות          |

### שער שני: הפרת החוזה

|     |                   |
|-----|-------------------|
| 105 | פרק 4: הפרת החוזה |
| 129 | פרק 5: הפרה צפויה |

### שער שלישי: התרופות

|     |                              |
|-----|------------------------------|
| 169 | פרק 6: אכיפת החוזה           |
| 275 | פרק 7: פיצויים בשל הפרת חוזה |
| 535 | פרק 8: ביטול החוזה           |

### נספחים ומפתחות

|     |           |
|-----|-----------|
| 751 | א. נספחים |
| 787 | ב. מפתחות |

ה



## תוכן עניינים מפורט

|    |                           |
|----|---------------------------|
| כא | הקדמה – אהרן ברק          |
| כג | דבר המחברים               |
| לא | הערות טכניות לעיון בחיבור |
| לג | רשימת קיצורים             |

### שער ראשון: דיני תרופות – עקרונות כלליים

|    |  |
|----|--|
| 3  | פרק 1: תרופות ודיני תרופות – בדין הקיים ובדין החדש         |
| 5  | א. "דיני תרופות" – מה ועל שום מה?                          |
| 11 | ב. תרופות, סעדים, ומה שביניהם                              |
|    | ג. תרופות בעידן הקודיפיקציה – מ"דיני תרופות" ל"דין תרופות" |
| 16 | 1. כללי  |
| 16 | 2. הגדרת "חיוב"  |
| 18 | 3. עקרון היסוד: הפרת חיוב מצמיחה זכות לתרופה               |
| 20 | ד. מטרותיו של דין התרופות                                  |
| 22 | 1. צדק מתקן – עקרון-העל בדבר "השבת המצב לקדמותו"           |
| 22 | 2. מטרות נוספות של דיני התרופות                            |
| 25 | (א) הצהרה על פגיעה בזכות                                   |
| 25 | (ב) מניעת הפגיעה בזכות                                     |
| 28 | (ג) שלילת התעשרות בלתי צודקת                               |
| 28 | (ד) ענישה: גמול, הרתעה וחינוך                              |
| 31 | (ה) אכיפה פרטית באמצעות תרופות עצמיות                      |
| 33 |  |
| 37 | פרק 2: האינטרסים המוגנים                                   |
| 39 | א. מבוא  |

|    |   |
|----|---|
| 39 | 1. מקורו ההיסטורי של הסיווג לאינטרסים . . . . .         |
| 40 | 2. תפקידו של הסיווג לאינטרסים בדין המודרני . . . . .    |
| 44 | ב. אינטרס הקיום . . . . .                               |
|    | 1. אינטרס הקיום: הזכות למימוש פוטנציאל הרווח הגלום      |
| 44 | בקיום החוזה . . . . .                                   |
| 45 | 2. ההגנה על אינטרס הקיום לאחר הפרת החוזה . . . . .      |
| 46 | ג. אינטרס ההסתמכות . . . . .                            |
|    | 1. אינטרס ההסתמכות: האינטרס שלא להינזק עקב ההשקעה       |
| 46 | בחוזה . . . . .   |
| 47 | 2. ההגנה על אינטרס ההסתמכות לאחר הפרת החוזה . . . . .   |
|    | (א) מימוש אינטרס ההסתמכות לאחר הפרת הפסיקה              |
| 47 | פיצויי הסתמכות . . . . .                                |
| 48 | (ב) ראשי הנזק הטיפוסיים בתביעת פיצויי הסתמכות . . . . . |
| 50 | 3. היחס בין אינטרס ההסתמכות לאינטרס הקיום . . . . .     |
|    | 4. הדין המצוי – באיזו מידה מוגן אינטרס ההסתמכות בדין    |
| 52 | הנוהג? . . . . .  |
| 52 | (א) מבוא . . . . .                                      |
| 53 | (ב) הגישה הצרה: הסתמכות כתחליף ראייתי לקיום . . . . .   |
| 56 | (ג) הגישה הרחבה: הסתמכות כאינטרס עצמאי ואוטונומי        |
| 58 | 5. סיכום – ועמדה אישית . . . . .                        |
| 60 | ד. אינטרס ההשבה . . . . .                               |
|    | 1. אינטרס ההשבה: זכותו של צד לחוזה שרעהו לא יתעשר       |
| 60 | שלא כדין על חשבוננו . . . . .                           |
|    | 2. אינטרס ההשבה במובן הצר: השבת משאבים שהועברו בין      |
| 61 | הצדדים לחוזה . . . . .                                  |
| 62 | 3. אינטרס ההשבה במובן הרחב: שלילת פירות הפרה . . . . .  |
| 66 | 4. היחס בין אינטרס ההשבה לאינטרס הקיום . . . . .        |
| 69 | פרק 3: צירוף תרופות והתנאה על דין התרופות . . . . .     |
| 71 | א. צירוף תרופות . . . . .                               |
| 71 | 1. מבוא . . . . .                                       |
|    | 2. העיקרון הבסיסי: הנפגע מהפרה זכאי לבחור תרופות        |
| 72 | ולצרפן כרצונו . . . . .                                 |
| 74 | 3. הסייג הראשון: אין לצרף תרופות סותרות . . . . .       |
| 80 | 4. הסייג השני: אין לאפשר כפל תרופה . . . . .            |

|     |  |
|-----|--|
| 80  | ..... כללי (א)                                       |
| 82  | ..... צירוף תרופות המשרתות אינטרס אחד (ב)            |
| 84  | ..... צירוף תרופות המשרתות אינטרסים שונים (ג)        |
| 89  | ..... 5. צירוף תרופות בהצעת הקודיפיקציה              |
| 90  | ..... ב. התנאה על דין התרופות                        |
| 90  | ..... 1. כללי  |
| 90  | ..... (א) הצגת הבעיה                                 |
| 90  | ..... (ב) המתח בין הגישה המצמצמת לגישה המרחיבה       |
| 94  | ..... 2. סייגים לכוח ההתנאה של הצדדים                |
| 94  | ..... (א) ההתנאה חייבת להיות ברורה                   |
| 95  | ..... (ב) אין לאפשר א-סימטריה קיצונית בהקצאת התרופות |
| 97  | ..... (ג) אין לצדדים סמכות להעניש זה את זה           |
| 99  | ..... (ד) אין להגביל את בית המשפט בשיקולי הצדק       |
| 99  | ..... (ה) סייגים נוספים לכוח ההתנאה של הצדדים        |
| 101 | ..... 3. התנאה על תרופות בעידן הקודיפיקטיבי          |

### שער שני : הפרת החוזה

|     |   |
|-----|---|
| 105 | ..... הפרת החוזה : פרק 4                                |
| 107 | ..... א. מבוא   |
| 107 | ..... ב. הפרת חוזה — מהי?                               |
| 107 | ..... 1. הגדרת "הפרה" בחוק התרופות                      |
| 111 | ..... 2. תנאי מוקדם לקיומה של הפרה: חיוב בר-תוקף        |
| 112 | ..... 3. תוצאת ההפרה: הנפגע זכאי לתרופות                |
| 113 | ..... ג. האחריות החוזית — אחריות מוחלטת או תלויה באשמה? |
| 113 | ..... 1. הצגת הבעיה                                     |
| 113 | ..... 2. נקודת המוצא: האחריות החוזית היא מוחלטת         |
| 117 | ..... 3. אמצעים לריכוך האחריות החוזית המוחלטת           |
| 117 | ..... (א) סיכול   |
| 118 | ..... (ב) חיובי השתדלות                                 |
| 120 | ..... (ג) השעיית חיוב בשל הפרה או בשל חשש להפרה         |
| 122 | ..... (ד) השעיית חיוב בשל מניעה שהנושה אחראי לה         |
| 122 | ..... (ה) זוטי דברים                                    |
| 123 | ..... (ו) התחייבות לתת מתנה                             |

|     |  |
|-----|--|
|     | (ז) השפעתן של חומרת ההפרה ושל התנהגות הצדדים                   |
| 124 | על היקף החבות בגין הפרה . . . . .                              |
| 124 | (ח) תום לב ופרשנות חוזה . . . . .                              |
| 127 | ד. סיכום . . . . .   |
|     |  |
| 129 | פרק 5: הפרה צפויה . . . . .                                    |
| 131 | א. תורת ההפרה הצפויה והצדקותיה . . . . .                       |
| 135 | ב. הפרה צפויה — אימתי? . . . . .                               |
| 135 | 1. כללי . . . . .  |
| 136 | 2. החלופה הסובייקטיבית: גילוי-דעת של המפר . . . . .            |
| 138 | 3. החלופה האובייקטיבית: הסתברות מנסיבות העניין . . . . .       |
| 140 | 4. דרגת ההסתברות הנדרשת . . . . .                              |
| 144 | 5. הפרה צפויה — כל הפרה או הפרה יסודית בלבד? . . . . .         |
| 145 | 6. הפרה צפויה של חוזה על תנאי . . . . .                        |
| 148 | ג. תוצאותיה של ההפרה הצפויה . . . . .                          |
| 148 | 1. ברירת הנפגע: התעלמות או הסתמכות . . . . .                   |
| 149 | 2. התעלמות מן ההפרה הצפויה . . . . .                           |
| 152 | 3. הסתמכות על ההפרה הצפויה . . . . .                           |
| 155 | 4. שיקולי הנפגע: סיכום ביניים . . . . .                        |
|     | ד. האם נפגע המתעלם מהפרה צפויה כפוף לנטל הקטנת הנזק? . . . . . |
| 157 | 1. הצגת הבעיה . . . . .  |
| 158 | 2. הדין הנוהג . . . . .  |
| 161 | 3. הערכה ביקורתית . . . . .                                    |
| 164 | ה. הפרה צפויה בקודקס האזרחי החדש . . . . .                     |
| 166 | ו. במקום סיכום: תום לב ודין ההפרה הצפויה . . . . .             |

### שער שלישי: התרופות

|     |  |
|-----|--|
| 169 | פרק 6: אכיפת החוזה . . . . .                     |
| 173 | א. מהותה של תרופת האכיפה . . . . .               |
| 173 | 1. הזכות לאכיפה . . . . .                        |
| 175 | 2. צורות האכיפה . . . . .                        |
| 177 | 3. תכלית האכיפה — הגנה על אינטרס הקיום . . . . . |



|     |  |
|-----|--|
|     | ב. הזכות לאכיפה — יתרונותיה, הצדקותיה ומעמדה במשפט   |
| 178 | הישראלי . . . . .                                    |
| 178 | 1. יתרונותיה המעשיים של תרופת האכיפה . . . . .       |
| 184 | 2. הצדקות להכרה רחבה בזכות לאכיפה . . . . .          |
| 187 | 3. טעמים להגבלת הזכות לאכיפה . . . . .               |
| 187 | (א) כללי . . . . .                                   |
| 187 | (ב) השיקול הליברלי . . . . .                         |
| 188 | (ג) השיקול המוסדי . . . . .                          |
| 189 | (ד) השיקול הכלכלי — טענת "ההפרה היעילה" . . . . .    |
| 191 | 4. מעמד האכיפה במשפט הישראלי . . . . .               |
| 194 | ג. סייגי האכיפה . . . . .                            |
| 194 | 1. כללי . . . . .                                    |
| 196 | 2. סייג הנבצרות . . . . .                            |
| 201 | 3. סייג השירות האישי . . . . .                       |
| 201 | (א) כללי . . . . .                                   |
| 203 | (ב) שירות אישי ביחסי עובד-מעביד . . . . .            |
| 211 | (ג) סייג השירות האישי — בחוזה קבלנות . . . . .       |
| 213 | 4. סייג הפיקוח . . . . .                             |
| 217 | 5. סייג הצדק . . . . .                               |
| 217 | (א) כללי . . . . .                                   |
| 221 | (ב) הצגת הבעיה: צדק בדיני חוזים — פרטי או ציבורי?    |
|     | (ג) גישת הצדק הפרטי: "צדק" מנקודת מבטם של הצדדים     |
| 221 | לחוזה . . . . .                                      |
|     | (ד) גישת הצדק הציבורי: "צדק" מנקודת מבטה של          |
| 227 | החברה . . . . .                                      |
| 231 | (ה) צדק פרטי — קווים מנחים להפעלתו . . . . .         |
|     | (1) קבוצת השיקולים הראשונה: שיקולי "מאזן             |
| 233 | האשמה" . . . . .                                     |
| 235 | (2) קבוצת השיקולים השנייה: שיקולי "מאזן הנזק"        |
| 240 | . . . . .  |
| 243 | 6. הזכות לאכיפה ועקרון תום הלב . . . . .             |
| 243 | ד. אכיפה בתנאים, אכיפה בקירוב ואכיפה דחויה . . . . . |
| 243 | 1. אכיפה בתנאים . . . . .                            |
| 243 | (א) כללי . . . . .                                   |
| 249 | (ב) אכיפה כנגד שערורך . . . . .                      |
| 249 | (1) בעיית השערורך — כללי . . . . .                   |

|     |   |
|-----|---|
|     | (2) הלכת השערוך: שערוך התמורה החוזית כתנאי            |
| 251 | לאכיפת החוזה . . . . .                                |
| 255 | (3) השיקולים בעד ונגד שערוך והשפעתם על היקפו          |
| 262 | 2. אכיפה בקירוב . . . . .                             |
| 267 | 3. אכיפה דחוויה . . . . .                             |
| 268 | ה. אכיפה בעידן הקודיפיקציה . . . . .                  |
| 268 | 1. כללי . . . . .                                     |
| 269 | 2. מעמדה של האכיפה כתרופה במשפט האזרחי . . . . .      |
| 270 | 3. סייגי האכיפה . . . . .                             |
| 272 | 4. חידושים נוספים בדיני האכיפה . . . . .              |
| 275 | פרק 7: פיצויים בשל הפרת החוזה . . . . .               |
| 281 | א. תרופת הפיצויים – מבט כללי . . . . .                |
| 281 | 1. הזכות לפיצויים – מטרתה ומאפייניה . . . . .         |
| 286 | 2. מעמדה של הזכות לפיצויים וכפיפותה לחובת תום הלב     |
|     | 3. הפיצויים בחוק התרופות – פיצויי הסתמכות או פיצויי   |
| 291 | קיום? . . . . .                                       |
| 292 | 4. יתרונות הפיצויים על פני האכיפה . . . . .           |
| 294 | 5. פיצויים בהוכחת נזק ובלא הוכחת נזק . . . . .        |
| 294 | ב. יסודותיה של תביעת הפיצויים . . . . .               |
| 294 | 1. כללי . . . . .                                     |
| 294 | (א) התנאים למימוש הזכות לפיצויים . . . . .            |
|     | (ב) השלבים בקביעת הזכות לפיצויים – תיחום הנזק         |
| 296 | וכימותו . . . . .                                     |
| 297 | 2. נזק . . . . .                                      |
| 297 | (א) הערה למטרת הדיון . . . . .                        |
|     | (ב) סוגי נזקים (1): נזק גוף, נזק רכוש, נזק כלכלי ונזק |
| 298 | נפשי . . . . .  |
| 299 | (ג) סוגי נזקים (2): נזק ממון ונזק לא-ממוני . . . . .  |
| 299 | (1) כללי . . . . .                                    |
| 300 | (2) נזק לא-ממוני – מהו? . . . . .                     |
|     | (3) סעיף 13 לחוק התרופות – הדין הנוהג והדין           |
| 302 | הרצוי . . . . .                                       |
|     | (4) סעיף 13 לחוק התרופות – שיקולים מנחים              |
| 308 | וקטגוריות טיפוסיות . . . . .                          |

|     |  |
|-----|--|
| 312 | (ד) סוגי נזקים (3): נזק ישיר ונזק תוצאתי . . . . .     |
|     | (ה) סוגי נזקים (4): נזק שהתגבש ("מיוחד") ושטרם         |
| 318 | התגבש ("כללי") . . . . .                               |
| 320 | (ו) ראשי נזק טיפוסיים בתביעת הפיצויים החוזית . . . . . |
| 320 | (1) כללי . . . . .                                     |
| 322 | (2) תביעה בגין נזקי גוף . . . . .                      |
| 323 | (3) תביעה בגין נזקי רכוש . . . . .                     |
| 324 | (4) התביעה החוזית הטיפוסית: נזק כלכלי טהור . . . . .   |
| 326 | (5) נזק נפשי טהור . . . . .                            |
| 327 | 3. סיבתיות (קשר סיבתי עובדתי) . . . . .                |
| 332 | 4. צפיות (קשר סיבתי משפטי) . . . . .                   |
| 332 | (א) מבחן הצפיות — כללי . . . . .                       |
| 336 | (ב) דגשים בהפעלת מבחן הצפיות . . . . .                 |
| 336 | (1) כללי . . . . .                                     |
| 336 | (2) צפיית הנזק — על ידי המפר . . . . .                 |
| 337 | (3) הצפייה — בפועל או בכוח . . . . .                   |
| 338 | (4) הצפייה — בעת כריתת החוזה . . . . .                 |
| 340 | (5) מושא הצפייה — סוג הנזק והליך גרימתו . . . . .      |
| 342 | (6) דרגת הצפיות של הנזק . . . . .                      |
|     | (7) הערה ביקורתית: הצפיות כפופה להקצאת הסיכון          |
| 343 | החוזית . . . . .                                       |
| 345 | 5. הוכחת שיעור הנזק . . . . .                          |
| 345 | (א) הצגת השאלה . . . . .                               |
| 345 | (ב) הכלל: על הנפגע להוכיח את שיעור הנזק . . . . .      |
|     | (ג) דרגת ההוכחה הנדרשת של הנזק ושל שיעורו: "ודאות      |
| 349 | סבירה" . . . . .                                       |
| 351 | ג. הגנות: הקטנת נזק ואשם תורם . . . . .                |
| 351 | 1. כללי . . . . .                                      |
| 357 | 2. הקטנת נזק . . . . .                                 |
| 357 | (א) כללי . . . . .                                     |
| 361 | (ב) מחדל להקטין נזק — מהו? . . . . .                   |
| 366 | (ג) תוצאות המחדל להקטין נזק . . . . .                  |
| 367 | (ד) שיפוי על הוצאות להקטנת הנזק . . . . .              |
| 370 | (ה) פעולה להקטנת נזק שהצמיחה לנפגע תועלת כלכלית        |
| 374 | 3. אשם תורם . . . . .                                  |

|     |  |
|-----|--|
| 374 | (א) הבסיס המשפטי של הגנת האשם התורם . . . . .  |
| 378 | (ב) חלוקת האחריות לנזק — כיצד? . . . . .   |
| 381 | (ג) דרכי חלוקת האחריות: סיכום ביניים . . . . .   |
| 384 | 4. היחס בין עקרון האשם התורם לבין עקרון הקטנת הנזק   |
| 384 | (א) הצגת הבעיה . . . . .   |
| 385 | (ב) ההבדל המהותי בין שתי ההגנות . . . . .  |
| 386 | (ג) ההבדלים הנוגעים להיקף תחולתן של ההגנות . . . . .   |
|     | (1) מושא ההגנה — התרשלות במחדל והתרשלות במעשה . . . . .                                      |
| 386 | (2) היקף התחולה מחוץ לדיני הפיצויים . . . . .  |
| 387 | (3) תחולה בזמן . . . . .   |
| 388 | (ד) הדין הרצוי: ביטולה של הדוקטרינה בדבר הקטנת הנזק . . . . .                                |
| 393 | ד. הערכת הפיצויים: עקרונות מנחים ובעיות מיוחדות . . . . .                                    |
| 396 | 1. המבחנים להערכת הפיצויים — הערות מקדימות . . . . .   |
| 396 | (א) מבחן-העל להערכת הפיצויים — "השבת המצב לקדמותו" . . . . .                                 |
| 398 | (ב) מגבלותיו של העיקרון בדבר "השבת המצב לקדמותו"   |
|     | (ג) קשיי ההבחנה בין שלב תיחום הנזק לשלב הערכת הפיצויים . . . . .                             |
| 401 | (ד) שיקול הדעת השיפוטי ב"השבת המצב לקדמותו" והמתח בין פיצוי "סובייקטיבי" לפיצוי "אובייקטיבי" |
| 403 |  |
| 406 | (ה) ההבחנה בין אבדן ערך לבין אבדן רווח . . . . .   |
| 409 | 2. בעיות בפיצוי על אבדן ערך: הפרש השווי מול עלות הריפוי                                      |
| 409 | (א) כללי . . . . .   |
| 411 | (ב) פיצוי על הפרש שווי (Difference in Value) . . . . .                                       |
| 411 | (1) כללי . . . . .   |
|     | (2) נזק רכוש: אבדן ערך המתבטא בפגיעה פיזית   |
| 414 | ברכוש הנפגע . . . . .  |
|     | (3) נזק כלכלי טהור: אבדן ערך המתבטא באי זכייה במשאב החוזי המיוחל . . . . .                   |
| 414 | (ג) פיצוי על הפרש שווי בתביעה החוזית הקלאסית — פירוט והדגמה . . . . .                        |
| 415 | (1) קיום פגום (אי-התאמה) . . . . .   |

|     |   |
|-----|---|
| 418 | (2) אי-קיום מוחלט                                       |
| 420 | (3) קיום מאוחר  |
| 422 | (4) הפרת חיוב כספי                                      |
|     | (5) נוסחה מוצעת לחישוב הפיצויים על אבדן ערך             |
| 425 | בשיטת הפרש השווי  |
| 427 | (ד) פיצוי על עלות הריפוי (Cost of Cure)                 |
|     | (1) הדרכים לריפוי ההפרה: תיקון או רכישת תחליף           |
| 427 | תחליף   |
| 428 | (2) פיצוי על עלות התיקון (Cost of Repair)               |
|     | (3) פיצוי על עלות רכישתו של תחליף (Cost of Replacement) |
| 429 | (Replacement)   |
| 432 | (4) היחס בין שתי דרכי הפיצוי על עלות הריפוי             |
| 434 | (5) עלות הריפוי – ממשית או תיאורטית?                    |
| 436 | (ה) "הפרש השווי" או "עלות הריפוי" – מה עדיף?            |
| 442 | 3. בעיות בפיצוי על אבדן רווח                            |
| 442 | (א) כללי  |
| 445 | (ב) בעיות בהוכחת הסיבתיות העובדתית                      |
| 450 | (ג) בעיות בהוכחת הסיבתיות המשפטית                       |
| 452 | 4. בעיות נוספות בהערכת הפיצויים                         |
| 452 | (א) המועד להערכת הנזק                                   |
| 452 | (1) הצגת הבעיה  |
| 455 | (2) עמדת הדין הנוהג                                     |
| 459 | (ב) שערך הפיצויים                                       |
| 462 | (ג) הטבת נזק מכוח חוזה ביטוח                            |
| 465 | (ד) התחשבות בשיקולי מס                                  |
| 467 | ה. פיצויים בלא הוכחת נזק                                |
| 467 | 1. כללי   |
| 470 | 2. פיצוי מכוח הדין – סעיף 11 לחוק התרופות               |
| 470 | (א) כללי  |
|     | (ב) סעיף 11(א) – הפרת חיוב לספק או לקבל נכס או שירות    |
| 472 | (1) מטרתו של ההסדר והגיונו                              |
| 474 | (2) התנאים לכינונה של הזכות לפיצויים                    |
| 477 | (3) חישוב הפיצויים                                      |
| 480 | (4) שערך  |

|     |  |
|-----|--|
| 482 | (ג) סעיף 11(ב) — הפרת חיוב כספי . . . . .                          |
| 482 | (1) כללי . . . . .   |
| 483 | (2) שיעור הריבית . . . . .   |
| 484 | (ד) היחס בין סעיף 11 לבין סעיף 10 לחוק התרופות . . . . .           |
| 486 | 3. פיצוי מכוח החוזה — פיצויים מוסכמים . . . . .                    |
| 486 | (א) כללי . . . . .   |
|     | (ב) תניה בדבר פיצויים מוסכמים: תכליתה, הצדקותיה ופרשנותה . . . . . |
| 487 | (ג) תוקפה של תניית פיצויים עונשית . . . . .                        |
| 495 | (ד) הפחתת פיצויים מוסכמים — כללים מנחים . . . . .                  |
| 495 | (1) סמכות ההפחתה — כללי . . . . .                                  |
| 496 | (2) המבחן לעצם קיומה של סמכות הפחתה . . . . .                      |
| 499 | (3) המבחן לקביעת שיעור ההפחתה . . . . .                            |
| 500 | (4) שיקולים לבחינת סבירותו של הפיצוי המוסכם . . . . .              |
|     | (5) סמכות ההפחתה — חריג המופעל בצמצום ובהירות . . . . .            |
| 504 | (ה) פיצוי מוסכם עתי — הפחתה משיקולי אשמה? . . . . .                |
| 511 | (ו) דין "תניה גורפת" . . . . .                                     |
| 513 | (ז) שערך פיצויים מוסכמים . . . . .                                 |
| 513 | (1) הצגת הבעיה . . . . .   |
| 514 | (2) שערך בתקופת החוזה המקוים . . . . .                             |
| 518 | (3) שערך בתקופת החוזה המופר . . . . .                              |
| 519 | (ח) היחס בין פיצויים מוסכמים לתרופות אחרות . . . . .               |
| 519 | (1) תרופה אחרת במקום הפיצוי המוסכם . . . . .                       |
| 521 | (2) תרופה אחרת נוסף לפיצוי המוסכם . . . . .                        |
| 524 | (ט) דין חילוט מוסכם כדין פיצויים מוסכמים . . . . .                 |
| 526 | 7. פיצויים בקודיפיקציה . . . . .                                   |
| 526 | 1. כללי . . . . .  |
| 527 | 2. עקרונות כלליים . . . . .  |
| 530 | 3. המבנה החדש של דיני הפיצויים . . . . .                           |
| 531 | 4. פיצויים על נזקי גוף . . . . .                                   |
| 531 | 5. פיצויים על נזקי רכוש . . . . .                                  |
| 533 | 6. פיצויים על נזק לא־ממוני . . . . .                               |
| 534 | 7. פיצויים ללא הוכחת נזק . . . . .                                 |

|     |   |
|-----|---|
| 535 | פרק 8: ביטול החוזה . . . . .  |
| 541 | א. תרופת הביטול — מהותה ומאפייניה . . . . .                               |
|     | 1. הזכות לביטול חוזה בשל הפרתו — תמצית ההסדר בחוק                         |
| 541 | התרופות . . . . .   |
| 542 | 2. מהות הביטול וצורתיו השונות . . . . .                                   |
| 545 | 3. ההבחנה בין ביטול לבין בטלות או התבטלות . . . . .                       |
| 546 | 4. תרופת הביטול — תרופה עצמית . . . . .                                   |
| 550 | 5. הזכות לביטול חוזה — כופה או מרשה? . . . . .                            |
| 553 | ב. תוצאות הביטול . . . . .  |
| 553 | 1. פקיעת החיובים הראשוניים בחוזה . . . . .                                |
| 556 | 2. הביטול — מלא או חלקי? . . . . .  |
| 558 | 3. חובת השבה הדדית . . . . .  |
| 558 | 4. הדדיות הביטול . . . . .  |
| 559 | 5. השפעת הביטול על זכות שרכש אדם שלישי . . . . .                          |
| 559 | (א) כללי . . . . .  |
| 560 | (ב) ביטול בשל פגם בכריתה . . . . .  |
| 562 | (ג) ביטול בשל הפרה . . . . .  |
| 564 | ג. הפעלתה של ברירת הביטול — שיקולים ושיקולי מדיניות                       |
| 564 | 1. שיקולי הנפגע — היתרונות הגלומים בברירת הביטול . . . . .                |
| 564 | (א) כללי . . . . .  |
| 565 | (ב) בעסקת הפסד . . . . .  |
| 566 | (ג) בעסקת רווח . . . . .  |
| 569 | 2. שיקולי מדיניות בעד ונגד ההכרה בזכות הביטול . . . . .                   |
| 569 | (א) הצדקות להכרה בזכות לביטול חוזה . . . . .                              |
| 572 | (ב) טעמים להגבלתה של זכות הביטול . . . . .                                |
|     | (ג) סיכום ביניים: דיני הביטול כמשקפים איזון בין שיקולים מנוגדים . . . . . |
| 575 | ד. ביטול בעקבות הפרה יסודית . . . . .                                     |
| 576 | 1. הפרה יסודית והפרה לא-יסודית — ההבחנה ונפקותה . . . . .                 |
| 578 | 2. הפרה יסודית מוסכמת . . . . .   |
| 578 | (א) הגדרה . . . . .   |
| 580 | (ב) תניה גורפת . . . . .  |
| 584 | 3. הפרה יסודית מסתברת . . . . .   |
| 584 | (א) כללי — הגדרה ושיקולים מנחים . . . . .                                 |
| 592 | (ב) הדרישה לצפיית המפר . . . . .  |

|     |  |
|-----|--|
| 594 | (ג) איחור בתשלום — הפרה יסודית? . . . . .              |
| 599 | (ד) מתן ארכה בהפרה יסודית — אימתי ולשם מה? . . . . .   |
| 599 | (1) כללי . . . . .                                     |
| 599 | (2) "ארכת חסד" . . . . .                               |
|     | (3) ארכה כתנאי לביטול החוזה: הלכת החידוש               |
| 601 | וביקורתה . . . . .                                     |
| 607 | ה. ביטול בעקבות הפרה לא-יסודית . . . . .               |
| 607 | 1. כללי . . . . .                                      |
| 607 | 2. הנטל ליתן ארכה . . . . .                            |
| 607 | (א) הכלל והגיונו . . . . .                             |
| 608 | (ב) אופן מתן הארכה . . . . .                           |
| 609 | (ג) תוכן הארכה . . . . .                               |
| 612 | (ד) משך הארכה . . . . .                                |
|     | (ה) מתן ארכה ראשונה — תוך זמן סביר או ללא מגבלת        |
| 614 | זמן? . . . . .   |
|     | (ו) מתן ארכה נוספת — תוך זמן סביר מתום הארכה           |
| 616 | הקודמת? . . . . .                                      |
| 618 | (ז) ארכה כאמצעי לשימור כוח הביטול — סיכום ביניים       |
| 619 | (ח) מתן ארכה — חובה מוחלטת או מסויגת? . . . . .        |
| 622 | (ט) חזרה מארכה — האם אפשרית? . . . . .                 |
| 625 | (י) ויתור על ארכה — האם אפשרי? . . . . .               |
| 625 | 3. סייג הצדק . . . . .                                 |
| 625 | (א) כללי . . . . .                                     |
| 626 | (ב) היבטים דיוניים . . . . .                           |
| 628 | (ג) מבחן הצדק: ההיבט המהותי . . . . .                  |
| 635 | (ד) היבטים נוספים . . . . .                            |
| 637 | ו. הודעת הביטול . . . . .                              |
| 637 | 1. הנטל ליתן הודעת ביטול — כללי . . . . .              |
| 638 | 2. תכליתה של הודעת הביטול . . . . .                    |
| 639 | 3. אופן מתן ההודעה . . . . .                           |
| 643 | 4. חובת ההנמקה . . . . .                               |
| 645 | 5. השתכללות הביטול — במתן ההודעה או בקליטתה? . . . . . |
| 649 | 6. המועד למתן ההודעה: דרישת ה"זמן הסביר" . . . . .     |
| 649 | (א) הכלל ותכליתו . . . . .                             |
| 651 | (ב) מרוץ הזמן הסביר — אימתי מתחיל? . . . . .           |



- 652 . . . . . (1) ביטול בלא ארכה . . . . .
- 652 . . . . . (2) ביטול לאחר ארכה . . . . .
- 654 . . . . . (ג) מרוץ הזמן הסביר — אימתי מסתיים? . . . . .
- 659 . . . . . 7. טעות בעילת הביטול . . . . .
- 664 . . . . . 8. חזרה מהודעת הביטול — האם אפשרית? . . . . .
- 667 . . . . . ז. עקרון תום הלב והשפעתו על זכות הביטול . . . . .
- 667 . . . . . 1. כללי . . . . .
- 669 . . . . . 2. תום לב ושיקולי צדק: ההבחנה ונפקותה . . . . .
- 669 . . . . . 3. חוסר תום לב בעמידה על זכות הביטול: הגישה הצרה והגישה הרחבה . . . . .
- 672 . . . . . 4. תום לב בביטול חוזה — מצבים מיוחדים . . . . .
- 675 . . . . . (א) ביטול לאחר ריפוי (או הצעה לריפוי) של ההפרה . . . . .
- 675 . . . . . (ב) ביטול משיקולי כדאיות גרידא — ביטול בחוסר תום לב? . . . . .
- 682 . . . . . (ג) ביטול לנוכח נבצרות ההשבה . . . . .
- 691 . . . . . ח. השבה . . . . .
- 694 . . . . . 1. כללי . . . . .
- 694 . . . . . 2. מהותה, מטרתה ומקורה של הזכות להשבה . . . . .
- 695 . . . . . (א) סעד ההשבה: זכות חוזית או זכות מן הדין? . . . . .
- 695 . . . . . (ב) ההצדקה לחיוב ההשבה . . . . .
- 697 . . . . . (ג) מטרת ההשבה: השבת מצב לקדמותו או מניעת התעשרות בלתי צודקת? . . . . .
- 700 . . . . . (ד) הבסיס הפורמלי של הזכות להשבה: חוק התרופות או חוק עשיית עושר ולא במשפט? . . . . .
- 703 . . . . . 3. הזכות להשבה ודרכי ההשבה . . . . .
- 705 . . . . . (א) מעמד ההשבה: זכות מוחלטת או סעד הכפוף לשיקולי צדק? . . . . .
- 705 . . . . . (ב) דרכי ההשבה . . . . .
- 708 . . . . . (1) השבה בעין והשבת שווי . . . . .
- 708 . . . . . (2) זכות הנפגע להעדיף השבת שווי . . . . .
- 709 . . . . . (3) נבצרות ההשבה . . . . .
- 711 . . . . . 4. מושא ההשבה והיקפה . . . . .
- 712 . . . . . (א) הצגת הבעיה . . . . .
- 712 . . . . . (ב) "מה שקיבל" — נכס מוחשי או כל טובת הנאה? . . . . .
- 713 . . . . . (ג) "מה שקיבל" — התעשרות חומרית או גם רוחנית? . . . . .

|     |   |
|-----|---|
|     | (ד) "מה שקיבל" – תמורה במובן הצר מול תמורה            |
| 713 | במובן הרחב . . . . .                                  |
| 715 | (ה) טובת הנאה שנתקבלה אגב קיום לקוי של חוזה . . . . . |
|     | (ו) "מה שקיבל" – התעשרות סובייקטיבית או               |
| 717 | אובייקטיבית? . . . . .                                |
|     | (ז) "מה שקיבל" – התעשרות ישירה (ערך בסיסי) מול        |
| 725 | התעשרות עקיפה (פירות ודמי שימוש) . . . . .            |
| 729 | (ח) "קבלה" לאחר מועד הביטול . . . . .                 |
| 731 | 5. סוגיית השערוך – שינויי ערך והשפעתם על היקף ההשבה   |
| 731 | (א) שינויים בערך הכסף: השבה ריאלית או נומינלית?       |
| 734 | (ב) שינויים בערכו של נכס מוחשי . . . . .              |
| 734 | (1) הצגת הבעיה . . . . .                              |
| 736 | (2) שינויי ערך בשל תנודות שוק . . . . .               |
| 740 | (3) פעולת הזוכה שהשביחה את הנכס . . . . .             |
| 741 | (4) ירידת ערך בשל נזק או בלאי . . . . .               |
| 743 | 6. במקום סיכום: שיקולי צדק והשפעתם על היקף ההשבה      |
| 746 | ט. ביטול והשבה בקודיפיקציה . . . . .                  |

### נספחים ומפתחות

|     |   |    |
|-----|---|----|
| 751 | נספחים . . . . .  | א. |
| 753 | 1. חוק התרופות . . . . .                                |    |
|     | 2. פרק התרופות בקודיפיקציה (מתוך תזכיר חוק דיני ממונות, |    |
| 757 | התשס"ו–2006) . . . . .                                  |    |
| 767 | מפתחות . . . . .  | ב. |
| 769 | 1. מפתח חקיקה ישראלית . . . . .                         |    |
| 787 | 2. מפתח חקיקה זרה . . . . .                             |    |
| 791 | 3. מפתח פסיקה ישראלית . . . . .                         |    |
| 837 | 4. מפתח פסיקה זרה . . . . .                             |    |
| 841 | 5. מפתח ספרים בעברית . . . . .                          |    |
| 847 | 6. מפתח מאמרים בעברית . . . . .                         |    |
| 752 | 7. מפתח ספרים בלועזית . . . . .                         |    |
| 865 | 8. מפתח מאמרים בלועזית . . . . .                        |    |
| 877 | 9. מפתח העניינים . . . . .                              |    |

כ