[הקדמה 3](file:///E:\\Users\\or8_c\\Desktop\\תוכן%20עניינים.docx" \l "_Toc474414510)

צורת החוזה ותוכן החוזה [4](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414512)

[רוחב חופש החוזים אסעד נ קבלאן לוין נ לוין 5](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414513)

עיקרון חופש החוזים [5](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414512)

[מתי לא יוכבד חוזה ומתי ביהמ"ש יתערב ביחסים החוזיים 6](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414514)

[סיבות תוכניות, פגמים וכריתה וכו' 7](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414515)

כשרות משפטית [8](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414512)

[כריתת חוזה 12](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414517)

[הצעה וקיבול 12](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414522)

[העדה על גמירת דעת 12](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414518)

[חוזה מתנה בראשי 15](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[דוקטרינת "לא נעשה דבר" הדר חברה לביטוח 15](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[מסוימות 19](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414519)

דרישת ה[כתב קפולסקי 2](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)0

[מנגנוני השלמה ס.41,46 בחוק החוזים 22](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[גבולות ההשלמה ברון. זונשטיין, לוין נ שולר, 23](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414520)

[זכרון דברים מן שקד, בוקבסקי, עדני 24](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414521)

[הצעה לציבור ס.2 26](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414523)

[חזרה מהצעה (ס'3) 29](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414524)

[פקיעת ההצעה 29](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414524)

[קיבול 30](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414525)

[תום לב במו"מ לכריתת חוזה 30](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414526)

[ההתנהגויות שאין עולות בקנה אחד עם עקרון תום הלב 30](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414527)

[הסעדים בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב במו"מ 35](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414528)

[פגמים בכריתה – עילות ביטול 36](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414529)

[חוזה למראית עין – ס' 13 36](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414530)

[טענת הטעות- ס' 14 37](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414531)

[עילת ביטול 37](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414532)

[טעות בעובדה 37](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414533)

[טעות בחוק 39](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414533)

[טעות בכדאיות העסקה 39](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414533)

[הבחנה בין טעות רגילה לבין טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה 40](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414535)

[טעות – יסודות העילה 41](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414535)

[הטעיה- ס' 15 42](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414536)

[הטעיה במעשה 42](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414537)

[הטעיה במחדל 43](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414538)

[חובת גילוי מכורח הנסיבות 43](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414538)

[פרוצדורת הביטול 45](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414539)

[טעות סופר – ס.16 45](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414539)

[כפייה- ס' 17 46](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414540)

[הפעלת לחץ נפשי 46](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414541)

[הפעלת לחץ כלכלי 46](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414542)

[תפקיד הצד שכנגד בעילת הכפיה 49](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414543)

[עושק- ס' 18 50](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414544)

היחס [בין עושק לחוסר תום לב 51](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414545)

ה[חוזה הפסול- ס' 30-31 52](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414546)

[חוזה פסול – ס' 30 52](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414547)

[חוזה פסול אשר סותר את תקנת הציבור 53](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414547)

[חוזה פסול חלקית – ס' 31 56](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414548)

[ביטול חלקי של החוזה- ס.19 57](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414550)

[חוק החוזים האחידים 57](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414551)

[חוזה אחיד 59](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414553)

[תנאי 59](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414554)

[קיפוח 60](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414555)

[בטלות מלאה – ס' 5 62](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414556)

[חוזה על תנאי – ס.27 64](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414558)

[האופציות הפרשניות 65](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414559)

[27ב – בררת מחדל פרשנית 65](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414560)

[סיכול תנאי - ס.28 65](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414561)

[ס' 29 – בטלות החוזה או ההתנאה 66](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414562)

[חיובים עצמאיים, מותנים ושלובים 66](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414563)

[סיכול- ס' 18 לחוק התרופות 67](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414567)

[פרשנות חוזה 69](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414569)

[ס' 25 לחוק החוזים – עקרונות פרשנות 70](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414570)

[גישת הפרשנות התכליתית - תכלית החוזה 70](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414571)

[בעבר: תורת שני השלבים 70](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414572)

[היום: הלכת אפרופים 70](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414573)

[תום לב בקיום חיובים חוזיים- ס' 39 72](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414568)

[הפרה צפויה 74](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414574)

[הסעדים בגין הפרה - אינטרסים 75](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414549)

[סעד האכיפה 77](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414576)

[ס' 3: הזכות לאכיפה והחריגים לה 77](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414577)

[ס' 4: אכיפה בתנאים 81](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414578)

[סעד הביטול וההשבה 81](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414579)

[הפרה יסודית והפרה שאינה יסודית 81](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414580)

[הפרה יסודית מוסכמת והפרה יסודית מסתברת 81](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414581)

[השבה- ס' 9 לחוק התרופות 84](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414582)

[הבחירה בין אכיפה לבין ביטול והשבה 84](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414583)

[סעד הפיצויים 85](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414584)

[הקריטריונים לקבלת פיצויים – ס' 10 85](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414585)

[פיצוי על נזק שאינו ממוני – ס' 13 86](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414586)

[חובת הקטנת נזק 87](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414587)

[פיצויים ללא הוכחת נזק – ס.11 87](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414588)

[פיצויים מוסכמים 88](file:///E:\Users\or8_c\Desktop\תוכן%20עניינים.docx#_Toc474414589)

בס"ד

**דיני חוזים**

**חוזים והסכמים**חוזים הם עמוד השדרה של המשפט המסחרי ונשמת אפה של הכלכלה המודרנית. מדובר באחד התחומים היותר יצירתיים והיותר אנליטים שקיימים בתחום המשפט.   
 מהו חוזה? חוזה הוא הסכם בין שני צדדים או יותר **שהמשפט** מקנה לו תוקף מחייב.   
החוזה מורכב מ3 מעגלים:   
**1**. מעגל ההסכמה – הסכמה הוא מושג רחב. לא כל הסכמה מגיע כדי חוזה. מהסכמה ניתן לצאת כמעט ללא עלות. אין כאן סנקציה אמיתית   
**2**. מעגל ההסכם – הסכם כולל עלות, סנקציה שאינה משפטים וזה מה שמבדיל אותו ממעגל ההסכמות.   
**3**. מעגל החוזה – עלות/סנקציה בעלות אכיפה משפטית. בשונה ממעגל ההסכם כאן יש אפשרות לאכוף את ההסכם מבחינה משפטית. \*יש עניין ציבורי לא להקשות על פוליטקאים שמפרים הסכמים משום שיש צורך לתת להם מרחב תמרון, וכן ישנו גם צד שלישי של ציבור הבוחרים שיש צורך להתחשב בו.   
בנוסף יש צורך בשמירה על הפרדת הרשויות. כאשר יש התערבות משפטים בנעשה בכנסת יש פגיעה ברשות המחוקקת .   
 המשפט הינו מערכת חוקים אך יש הבדל עצום בין חוקי המשפט לחוקי הטבע. חוקי המשפט תלויים בהחלטות החברה, וחוקי הטבע אינם תלויים באדם. מטרתם של כללי המשפט הם להכווין התנהגות. וכאשר כללי המשפט משתנים ההתנהגות על הקרקע משתנה. אם כך, כאשר הכל תלוי חברה, נשאלת השאלה **למה לא להרחיב את התחום החוזה ולהכתיבו על הכל? שכל הבטחה תהייה סוג של חוזה?**   
 **א**. אנחנו לא רוצים שאנשים יחושו את איום החרב המשפטית בכל תחום חייהם ויפחדו להבטיח הבטחות. אנו רוצים להשאיר מרחב בו החברה אינה כפופה לסנקציות משפטיות.   
**ב**. זה לא פרקטי- המשאבים מוגבלים. כאשר אנו מקצים משאבים למטרה מסוימת המשאבים נלקחים ממטרות אחרות.   
**ג**. יש פגיעה באמון החברתי בין איש לרעהו. כאשר כל הבטחה מעוגנת באכיפה משפטית אין מקום לאדם להוכיח את מידותיו הטובות ורצונו התם לעמוד בהבטחותיו.   
**האכיפה המשפטית**   
1. מעבר מעסקאות ראליות לעסקאות חליפין בהן מוחלף נכס בנכס.   
2. ומאפשרת עסקאות אובליגטוריות בהן מוחלפת הבטחה בהבטחה.   
אפשור שתי עסקאות אלו מגדיל את עולם המסחר משום שכך ניתן להחליף בין דברים שאינם פיזים. או שאינם קיימים עדין. לדוג' עסקאות על הנייר.   
יש אנשים עם העדפות שונות לסיכון, ישנם כאלה שמוכנים לקנות על הנייר. וכאלה שאינם מוכנים.   
ההסכמים על הנייר הינם יותר זולים מאחרים לדוג' קניית דירה על הנייר בעצמאותה ישנו מימון מוקדם לבנייה. וכך עולם הנדל"ן יכול להתרחב ולהתפתח במהירות.   
**תמיד ישנו סיכון מסויים כשחותמים על חוזה.**    
האם באמת אנו צריכים את המשפט בשביל לאפשר לכל הדברים הנ"ל לקרות?   
ברגע שמדובר בהתחייבות עתידיות, תמיד ישנו חשש שאני אקיים והצד השני יפר. האכיפות המשפטית מקנה לי ביטחון שהצד השני יעמוד בהתחייבות.   
**מנגנונים לבר משפטיים הגורמים לאנשים לקיים הבטחות**-   
\*פחד מאיומים   
\*מוניטין  
\* לחץ חברתי, נורמות חברתיות   
\*כבוד /קשרים חברתיים   
\*עקרונות דתיים – אמונה   
האפקט של רשימה זו אינו חזק דיו בפועל. יהיה להם אפקט בחברה קטנה, מוסרית, הומוגנית, בעלת אינטראקציה. בחברה הטרוגנית בה אנשים באים ממקורות שונים, בעלי דעות ואמונות שונות. פוגשים זה את זה לרגע ולאחר מכן ממשיכים, איננו יכולים לסמוך על המנגנונים הללו וחייבים להסתמך על אכיפות משפטית. האכיפות המשפטית היא הנותנת מתן אפשרות לשאת במשא ומתן. היא תורמת לכלכלה באמצעות הרחבת מעגל המתקשרים איתם ניתן לערוך עסקאות.

**מקום דיני החוזים בשיטתנו המשפטית:**

נמצאים במשפט הפרטי. בניגוד לדיני הנזקין או דיני הקניין, דיני החוזים נועדו לשפר את מצבם של הצדדים המתקשרים. עקרון היסוד שנגזר מכך הוא חופש החוזים - השאיפה היא לתת לפרטים בחברה חופש להתקשר בחוזים כפי שהם רוצים ולאפשר להם מרחב עיצוב מקסימלי.

**דיני חוזים:** מטרה: לשפר את המצבם של המתקשרים. החוזה הינו כלי תכנון.   
מאחר ויש שונות גדולה בין פרטים, חשוב מאוד הרעיון של מתן חופש בין המתקשרים. חופש החוזים הוא זכות יסוד בשיטתנו המשפטית.   
לחופש החוזים ישנם שני היבטים   
חופש ההתקשרות: מאפשר להתקשר בחוזה עם כל מי שברצונך להתקשר עימו.   
חופש העיצוב: מאפשר לקבוע בחוזה את ההסדרים המיטביים עבור בעלי ההסכם.   
**צורת החוזה**: סעיף 23 מתייחס לצורת החוזה- חוזה יכול שיעשה בע"פ, בכתב או בצורה אחרת, זולת אם הייתה צורה מסויימת תנאי לתוקפו על פי חוק. ישנם כ20 סעיפים בחוקים שונים החייבים כי החוזה יעשה בכתב. בינהם:

1. חוזים שעניינים העברת זכות במקרקעין
2. חוזה מתנה
3. הסכמי ממון בין בני זוג

**תוכן החוזה:** לגבי תוכן החוזה ישנו **ס. 24** – תוכנו של חוזה יכול שיהיה ככל שהסכימו הצדדים. על הסייגים והגבולות לסעיף זה נעסוק בהמשך.   
כדי שהחוזים יעבדו בצורה טובה אנו צריכים לחשוב מהן ההצדקות לחופשיות בקביעת תוכן החוזה:  
**א**. ליברליזם: יש עניין לתת חופש לפרטים כל עוד פעולותיהן לא גורמות נזק לאחרים.   
**ב**. אוטונומיה: אנו רואים חשיבות בכך שאנשים קובעים את ההחלטות הקשורות אליהם.   
**ג**. רציונליות: אנו חייבים להניח שפרטים מסוגלים לשני דברים : לקבוע לעצמם מטרות ולאמץ דרך נכונה להגיע למטרות הללו. בתחום דיני הנזיקין ועשיית עושר שלא במשפט מטרת הסעד היא החזרת הנפגעים למצב בו היו ערב התרחש הנזק.   
**הסעד החוזי** נועד להעמיד את הנפגע במצב בו היו עומדים אילו קוים החוזה. נדבך נוסף הוא שהצד השני בשוקלו אם להפר את החוזה או לא, ישקול את הנזק שייערך לצד השני איתו הוא מתקשר.   
עד כמה רחב הוא חופש החוזים, והאם הוא טומן בחובו את החופש מחוזים:   
**חופש מחוזים** : שחרור ממימד האכיפה המשפטית.   
אחת הקהילות הבולטות בחופש זה היא קהילת היהלומנים. שם עסקה נחתמת בתקיעת כף. סוחרי היהלומים סברו שמערכת המשפט אינה מותאמת לפי צרכיה של כל קהילה וקהילה ובקהילת היהלומנים חשבו שבית המשפט עלול להזיק אם יתערב בסכסוכים בקהילה זו. ע"א 621/04 אסעד נגד קבלאן   
המערער והמשיב היו מעורבים בקטטה בה גרם המערער פציעות רציניות למשיב. והשניים החליטו ליישב את ההדורים באמצעות מוסד הסולחה – פנייה לזקני העדה שיכריעו את הדין. בסולחה נפסק כי על המערער לשלם למשיב 50,000 ₪. המערער לא היה שבע רצון מפסיקה הזו ופנה לביהמ"ש המחוזי. ביהמ"ש פסק לו פיצוי בסך 350,000 ₪.   
בערעור לעליון נטען כי הפניה לסולחה שללה את האפשרות לפנות לערכאות המשפט הישראליות.   
בית המשפט קבע כי כבודו של מוסד הסולחה במקומו מונח ויש לכבדו. אם זאת אין אנו סבורים שיש לפסק דינו של בית המשפט המחוזי להביא להרס מוסד זה. בית המשפט המחוזי לא השתכנע כי הייתה גמירת דעת של המערער לוותר על זכות התביעה או כי הסמיך ועדת הסולחה או את משפחתו לוותר בשמו.   
בית המשפט העליון: 1. ההסכמה בפניה לסולחה אינה בהכרח ויתור בפניה לערכאות. 2. בית המשפט סבור כי התערבות במוסד הסולחה אינה תביא להרס המוסד.   
ע"א 3833/93 לוין נ לוין   
חוזה בין בני זוג שעמדו בפני גירושין.   
בגירושין הבעל חייב במזונות האישה עד מתן הגט.   
כאן הצדדים הסתייעו בעורכת דין, לפיו הבעל ישלם לאישה מזונות מוגברים עד למתן הגט. אבל כמו כן הוסכם במפורש בכתב שהחוזה יהיה חסר תוקף משפטי ויאבד תוקף ביום מתן הגט. הצדדים מתחייבים שלא להשתמש בחוזה זה או במקצתו בבית משפט. לימים הבעל הפסיק לשלם את המזונות בטענה שהאישה עיכבה את תהליך הגירושין. וכעת האישה תובעת את הבעל על אי תשלום מזונות. הבעל טוען כי אין לחוזה שום תוקף משפטי.   
האם ניתן להתייחס לחוזה כאל חוזה ללא יוצא מן הכלל אשר נלקח ממנו הסעיף שהופך אותו לחוזה.  
בית המשפט קבע כי מערכת המשפט אינה מאפשרת לשלול את האכיפות המשפטית של חוזים כאשר ישנם את כל הסימנים לחוזה.   
השופט זמיר קובע כי לאחר התלבטויות, הוא מעניק לאשה את מבוקשה ואוכף את ההסכם – מדוע?   
משום שסבור שהמסמך מעיד על כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים ומכיוון שכך, לא ניתן לשלול את האכיפות. אם בית המשפט מזהה כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים, משמעות הדבר היא שהשאיפות חייבות להיות חלק מהעסקה. חופש החוזים לא מאפשר את שלילת האכיפות.

חופש החוזים משפר באופן עקרוני את מצבם של המתקשרים.   
כיצד חוזים ממלאים את יעודם ומצליחים לשפר את מצב המתקשרים?   
עד שתהייה עסקה אנו צריכים לדעת מהו השווי או הערך למוכר, ומהו השווי או הערך לרוכש.   
שווי למוכר הוא המינימום שהמוכר מוכן לקבל. ושווי לרוכש הוא המקסימום שהרוכש מוכן לשלם.   
יש צורך שהמקסימום שהרוכש יהיה מוכן לשלם יהיה שווה או גדול מהמינימום שהמוכר מוכן לקבל בשביל שתהייה אפשרות לחוזה.   
המחיר החוזי יהיה בטווח שבין המינימום למקסימום והוא יקבע ע"י יכולת המיקוח.   
 תנאי השוק המכתיבים את יכולת המיקוח במידה רבה.   
ועוצמת העדפה – כמה קריטי לקונה לרכוש ולמוכר לרכוש.   
הסיבה לפערי המחירים היא הבדלי העדפות, הבדלי כישורים, פערי מידע, פערי ציפיות (הדוגמא על מכירת מניה), מכיר המתאמי נזילות (צורך לשימוש בכסף למטרה אחרת) בין הצדדים בעסקה.   
אם כן הבדלים אלו הם המניעים את גלגלי הכלכלה.   
לעיתים בעולם האמיתי המידע אודות המינימום והמקסימום הינם מידע פרטי. ועל כן במשא ומתן בעולם האמיתי קוראים שני דברים.   
1. ניסיון להעריך האם יש אפשרות לחוזה. יש ניסיון להבין כמה הצד השני מוכן לשלם בעקבות אי הודאות שיש לפני העסקה. מהבחינה הפרקטית – כמה זה שווה- כמה הצד השני מוכן לשלם. זה לגמרי סובייקטיבי.  
2. חלוקת הרווח החוזי בין הצדדים. כתוצאה מכך משאים ומתנים נכשלים פעמים רבות גם כאשר יש אפשרות לחוזה.   
3. סיבה נוספת שמשא ומתן עלול להיכשל בשלה היא שחוזים תמיד יגנו מפני חשיפה של השווי האמיתי שלהם.   
המשא ומתן עצמו מחלק משאבים. ככל שהמשא ומתן מתארך העסקה הופכת לפחות כדאית. זה מה שנקרא כדאיות עסקה. (לדוג חיפוש דילים לאורך זמן רב) זמן שווה כסף. זו טעות להתעלם מהמחיר של אורך המשא ומתן.   
על כן לפני כניסה למשא ומתן כדאי להעריך כמה יעלה המשא ומתן בכללותו.   
  
**גבולות חופש החוזים:**   
חופש החוזים הוא לא מוחלט, ואנו ננסה להבין באילו מצבים אנו מתערבים בחופש החוזים.   
עילות התערבות בחופש החוזים:   
1. סיבות תוכניות: סיבות הקשורות לתוכן החוזה.   
אופי ההתערבות – המהלך המקובל הוא שלילת אכיפות משפטית.   
זה יקרה במצבים הבאים:

1. חוזה בלתי חוקי
2. חוזה לרעת צד ג'
3. חוזים המנוגדים לתקנת הציבור.   
   תקנה הציבור מורכבת מערכים שנחשבים חשובים למערכת המשפט, למערכת החברה גם מבלי שהם מוסדרים בחוק. הם מובאים אל תוך החוק באמצעות מושג השסתום הזה של תקנת הציבור. הוא מאפשר לבתי המשפט לייבא אל תוך התחום ערכים נורמטיבים ראויים בעינו. למשל בפסק דין חבר'ה קדישא נגד קרסנבאום. שופטי העליון החליטו שחיוב בכיתוב עברי מנוגד לתקנות הציבור.
4. זוטי דברים – הסכמים פעוטי ערך. כאן ישנה הכרעה מערכתית מהו פעוט ערך ומה אינו. אנשים מחליטים מהו הערך – עניין עקרוני – לא רק כסף קובע ערך. ולאדם עני, גם סכום קטן אינו פעוט ערך. אך מתוך שיקולים מערכתיים עניינים אלו מוחרגים ממערכת המשפט. קלמן נ אבו טלל היגא , בית המשפט אומר שהוא לא לוקח חלק בדברים שהם צחוקים.
5. חוזים הקשורים לכבוד, פרס, או מתן ציון. מקבל אסמכתא מסעיף 33 .   
   חוזה למתן ציונים : חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה עפ"י הכרעה או ההערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט.  
   לדוג: ש' לוין במדינת ישראל נ קראסיאנסקי, ש' קיסטר באלבאלדה נ האוניברסיטה העיברית
6. חוזים שההתערבות בהם מהווה חילופי מומחה:
7. ע"א 338/65 מדינת ישראל נ קראסיאנסקי   
   הדיון עסק בתחרות החידון התנ"ך העולמי.   
   לאחר שזכה במקום השני בחידון יומטוב קרטסיאנסקי מגיש תביעה לבית המשפט וטוען כי השופטים בחידון לא עשו עימו צדק, החמירו עמו ואף עשו טעויות חישוב טכניות.   
   ביהמ"ש המחוזי קיבל את התביעה ומכאן הערעור.   
   שופטי ביהמ"ש העליון קבעו: כב' השופט ברנזון קובע ששופטי האירוע הם המומחים ואל לו לביהמ"ש לשים עצמו בנעליהם.   
   כב השופט הלוי בדעת יחיד קובעי כי מדובר בענייני כבוד ורוח ולכן אין לקראסינאסקי מעמד לערער.  
   ע"א 319/65 אלבלדה נ. חברת האונברסיטה העברית   
   האוניברסיטה העיברית החליטה להאריך את מסלול לימודי המשפטים בסמסטר לתואר. אלבלאדה היה סטודנט למשפטים והוא וחבריו מתרעמים על הארכת הסמסטר. הם פונים לביהמ"ש כאשר ביהמ"ש דוחה את התביעה. כב' השופט לנדוי קובע כי האוניברסיטה היא המומחית לקבוע האם התואר צריך סמסטר נוסף.   
   כב' השופט קיסטר – רואה בכך מקרה מסוג הכבוד והרוח בו ביהמ"ש כלל לא מתערב.   
   ע"א 4106/11 ד"ר יצחק רוזנמן נ. הפקולטה לרפואה באונברסיטת תל אביב.   
   רוזמן החזיק בתואר ד"ר לרפואה וביקש להשיג דוקטורט נוסף בפילוסופיה. מגיש לשם כך הגשת מחקר, וההצעה נבחנת ונדחת פעמיים.   
   הוא פונה אל ביהמ"ש כדי שיחייב את האונ' לקבל את הצעתו. וביהמ"ש העליון פוסק בזו הלשון: החלטת הועדה היחידתית נופלת בגדר שיקול הדעת הניתן לגורמים המוסמכים לפי התקנון. ולפיכך (ס.33) " אין ביהמ"ש רשאי להתערב"   
   המניע אינן מוחלט, ביהמ"ש יתערב אך ורק מן הטעמים הבאים: אם היה פגם בסמכות, או שההחלטה התקבלה בשיקולים בלתי עניניים למשל תוך שרירות או אפליה.

בג"צ 271/89 מוסקוביץ נ. מועצת השמאים   
מוסקוביץ רצה להיות שמאי מקרקעין. הוא ניגש למבחן וקיבל ציון נמוך. הוא ביקש משמאי מומחה לעבור על המבחן שלו והשמאי אמר אין בעיה במבחן אך מאחר וקיבל מתחת ל50 הוא לא היה יכול לערער. הוא ניגש שוב למבחן ומקבל 52, מגיש ערעור ומעלים לו את הציון ל54.   
הוא נגש פעם שלישית ונכשל שוב.   
כעת הוא פונה לבג"צ. לבג"צ מתברר כי האופן בו קובעים את הציון בכך ש6% עוברים וכל השאר מצניחים את הציונים שלהם למטה. זאת במטרה לפגיעה בתחרות. ביהמ"ש מבין שכל האופרציה כאן מונעת משיקולים לא עניינים ועל כן מחליט להתערב. הוא פוסק שמוסקוביץ ייקח את הבחינה שוב והפעם ביהמ"ש יעמוד כגוף מפקח וייבחן את האופן בו מועצת השמאים בודקת את הבחינה. ואם הוא יכשל ביהמ"ש ייבחן את התשובות שלו.   
פסד זה מראה את הסכנה שצדדים חזקים יכולים לנצל את אי התערבות ביהמ"ש לטובתם.

1. חוזים המתבססים על מזל או הימור. **ס.32 (א)** חוזה הימורים שהוסדר בחוק הופך להיות חוזה רגיל   
   [קלמן נ׳ אבו היגא](http://www.ruling.co.il/%D7%A7%D7%9C%D7%9E%D7%9F-%D7%A0'-%D7%90%D7%91%D7%95-%D7%90%D7%9C-%D7%94%D7%99%D7%92'%D7%90_8ac8d52f-da5e-480f-a3dd-cff2aa42bdac)   
   טען שלא שילם לו את המשכורת והוא אמר שהוא התבלבל והוא כן שילם. וכתוצאה מזה הגיעו להתערבות על סך 1000 שקלים. בסוף התברר שהתובע שילם לו, וכאשר נדרש הנתבע לשלם לו 1000 ש״ח בהתאם להתערבות, הנתבע אמר שישלם לו 1 ש״ח לחודש כי לא סגרו על אופי התשלום. התביעה נדחתה. בית המשפט מסביר את המונח ׳בוא נתערב׳… סבר שיש פה עניינים זוטים וחוזה הקשור להימור ולכן הם נחשבים לבלתי אכיפים.

2. **פגמים בהסכמה הספציפית**מקרים בהם לשני הצדדים יש כשירות מלאה, אך נפל פגם בהסכמה הספציפית, פגמים אלו יכולים להביא לביטול מוחלט של החוזה.

1. טעות – במקרים אלו ביהמ"ש יהיה זהיר מאוד ויעדיף לא להתערב. כאשר צד אחד אומר טעיתי, אי אפשר לשחרר את אותו צד מבלי לפגוע בצד השני.
2. הטעיה – ישנה יותר נכונות של ביהמ"ש להתערב מאחר הטעות נבעה מאשמה של הצד השני
3. כפיה – כאן מדובר בשלילה משמעותית של הרצון החופשי מהצד שמנגד. כאשר אין אוטונומיה להחליט לאחד הצדדים אין זה יכול להקרות חוזה.
4. עושק – עושק הוא ניצול מצוקה. כאשר מקור המצוקה הינו תלוי בגורמים חיצוניים. הצד השני מנצל את אותה המצוקה לטובת הצד השני. לעושק נדרשת מצוקה וניצול של המצוקה לטובת הצד השני שהיא לרעת הצד הנמצא במצוקה.

**3**. **חוזים חשובים במיוחד**הצבת דרישה צורנית – כתב: דרישת כתב היא אינה רק לצורך ראיות, בית המשפט מתערב בצורת החוזה כאשר החוזה לא עומד בדרישה אין לו תוקף. בחוזים אלו הכתב הוא דרישה מהותית. נמצאת בין השאר 1. בעסקאות במקרקעין,2. חוזי מתנה (בהם ישנו צד אחד שנותן ללא תמורה.), 3. הסכמי ממון בין בני זוג. המטרה היא הימנעות מכניסה חפוזה של אנשים לחוזים חשובים.

**4. חריגה מסטנדרט התנהגות ראוי**

אופי ההתערבות: שלל סעדים (כספיים, או צווי אכיפה- צו עשה) לצד הנפגע כתוצאה מהחריגה.

עילת חוסר תום לב- במשא מותן (סעיף 12) או בקיום זכות מכח החוזה (סעיף 39). יש ציפיה להתנהגות בצורה נורמטיבית בכל הקשור למשא ומתן על חוזה. חריגה מהסטדנרט הזה עלולה לגרום לכך שניחשף לשלל סנקציות שבית המשפט יטיל עלינו וזה יגביל את חופש הפעילות שלנו במרחב החוזי.

**5. שינוי נסיבות קיצוני**

אופי ההתערבות: שחרור מן החוזה

עילת הסיכול- לעיתים יש במציאות אירועים שחורגים ממה שהצדדים שיערו ומשנים את כל מהות החוזה. במצבים כאלו המשפט רואה לנכון לשחרר את הצדדים מן החוזה משום שמצב העניינים שנוצר שונה מאוד בהמצב שהצדדים ראו לנגד עיניהם בעת הכריתה וגם לא יכלו לצפות את השינוי. למשל- אירועי טבע או אירועים שקשורים באדם. ההכרה בסיכול נעשית בצמצום, נעשה בנסיבות קיצוניות מאוד. במבצע צוק איתן יצאה הוראה שמספר אנשים גבוה מ- X לא יכולים להתקהל יחד במקום מסוים, זה ביטל הרבה חתונות.

**6. פער בעמדות המקוח בין הצדדים**קיים רק בחוזים אחידים ואופי ההתערבות הוא ביטול או שינוי הסדר מקפח בחוזה אחיד.  
החוק הוא חוק החוזים אחידים.   
אין דבר כזה בעולם שיש שיווין בין עמדות המיקוח של שני הצדדים. פער בעמדות מיקוח אינו עילה להתערבות. אך לעיתים הפער הוא כל כך כדול שיש צד אחד שקובע הכל וצד אחד שלא קובע דבר.   
כאשר אין מקום למשא ומתן יש חשש שהצד החזק יכניס הסדרים שמקפחים את הצד החלש. במצבים כאלה החוק ראה מקום להתערב, לא לביטול החוזה כולו אלה לשינוי או ביטול הסדר בתוך החוזה שהוא מקפח.

**7. כשרות משפטית**חוק הכשירות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 קובע מי לא נחשב כבעל כשירות משפטית. כל אדם שלא נחשב ככשיר לא יכול להיות צד לחוזה באופן תקף. חוקים נוספים מגדירים ישות משפטיות נוספות, שאינן בני אדם, וקובעים את רגע כינון כישות: חוק החברות, פק' האגודות, חוק העמותות ופק' העיריות.

חוק הכשרות המשפטית עבר תיקון בשנה האחרונה, בדגש על מוסד האפוטרופסות. הרציונל מאחורי התיקון בא להקל על פסולי הדין, ולתת להם יכולת רבה יותר לנהל את חייהם. זאת ע"י הגבהת הרף לפסלות הדורש מינוי אפוטרופוס אשר צריך לקחץ ברצינות יתרה את רצונו של פסול הדין.

חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות:

סעיף 1: כל אדם כשיר לזכויות וחובות מיום לידתו ועד יום מותו.

סעיפים 2 ו-3: הגדרת החריגים לדין – סעיף 2 - מי שנשללה ממנו כשירות (-פסול דין) וסעיף 3 - קטין

**ההבדלים בין פסול דין לקטין**: פסול דין נעשה כזה רק בהכרזת בית המשפט (סעיף 9), בעוד קטין הינו כזה בשל גילו (מתחת לגיל 18).

**יצירת הגנה**: מתוך הנחה שפסולי דין וקטינים הם מתקשרים שהיכולת המשפטים שלהם לא מספיקה כדי לכרות יחסים משפטים מחייבים, החשש הינו כמובן מניצול שלהם על ידי המחתימים על החוזה. לשם כך יצר המחוקק מסגרת שמגינה עליהם באמצעות חוק הכשרות והאפוטרופסות.

**סייגים**: דרך להסיר את הסייג שחל על פסול הדין / הקטין היא באישור אפוטרופוס. האפוטרופוס הטבעי של הקטין הוא ההורה שלו (סעיף 14). עם זאת, לעיתים קיימים מקרים של "בעיית נציג" בהם האפוטרופוס, אשר אמור לייצג את האינטרסים שלך, אינו בהכרח יכול לעשות זאת בצורה "טהורה". במקרה כזה, בית המשפט יכול "לרפא" את הפגם ולמנות אפוטרופוס אחר לקטין או לפסול הדין.

 עם זאת, לעיתים הסכמת האפוטרופוס / הנציג אינה מספיקה ונדרש אישור של בית המשפט. לדוגמא: עסקות מקרקעין טעונות רישום בטאבו.

**תקפות פעולות**: ישנן 3 סוגי פעולות משפטיות שקטין / פסול דין יכול לעשות והן מקבלות תוקף משפטי שונה:

* 1. כשרות כמעט מלאה.
  2. כשרות מוגבלת.
  3. שלילת כשרות מוחלטת.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| כשרות כמעט מלאה | כשרות מוגבלת (פעולות שניתנות לביטול) voidable | פעולות בטלות ללא אישור (מעולם לא היה להן תוקף) void |
| אלו פעולות שהקטין / פסול הדין יכול לעשותן לבד ויהיה להן תוקף מלא. מדובר בעיקר בפעולות שחשיבותן פחותה.  סעיף 6: פעולות שהקטין יכול לעשות ללא הסכמת נציגו  (1) פעולות שדרכם של קטינים לעשות.  (2) פעולה משפטית בין קטין לאדם שלא ידע ולא היה עליו לדעת שהוא קטין.  (3) זולת אם היה בפעולה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו. | פעולות שכאשר קטין / פסול דין מבצע אותן הן תקפות, אך ניתנת לביטול. יש תקופה לאחר מכן שבה ניתן לבטלן. מדרג החוזה של אותן עסקאות הינו נמוך יותר ותוקפן לא חזק.  סעיף 4: פעולה משפטית של קטין דורשת הסכמת נציג.  סעיף 5: לאחר מעשה ניתן לבטל-  (1)על ידי נציגו/ יועמ"ש תוך חודש מרגע שנודע על הפעולה.  (2)אם לא נודע לנציג על הפעולה על ידי הקטין תוך חודש מהיותו בגיר. | פעולות שאם קטין / פסול דין עושה אותן הן משוללות תוקף, כיוון שהן אינן יכולות להיעשות ללא הסכמה, והדבר ייחשב כאילו הקטין / פסול הדין לא עשה אותן כלל.  סעיף 6א :פעולות שדורשות אישור נציג  סעיף 7: פעולות שטעונות אישור בית משפט + סעיף 20 |

דוגמא- נער בן 17 שרוצה לעבוד בעבודה זמנית, אשר אמא שלו מסכימה לו לעבוד והוא הולך לחתום על חוזה העסקה. אמא שלו יכולה להגיד שהיא מתחרטת על החתימה ואז החוזה מתבטל.

אם הקטין היה חותם על חוזה העבודה לפני שביקש רשות, היה עובד 4 חודשים ופתאום אמא שלו גילתה זאת. יש לה חודש לבטל את החוזה כחודש מגילוי התגלית.

במידה וההורה לא גילה על הפעולה, והנער מגיע לגיל 18, עדיין יש לו חודש לבטל את הפעולה.

אם האמא גילתה את הדבר ולא ביטלה את החוזה, הדבר מהווה אישור בדיעבד לחוזה והוא לא יוכל לבטל את זה בעצמו.

**סעיף 4**: העיקרון המרכזי של החוק, קובע את ברירת המחדל – "פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו".

  ההסכמה יכולה להיות מראש או בדיעבד. כל עוד לא בוצעה הפעולה, נציגו של הקטין יכול לבטלה.

**סעיף 5**: הפעולה יכולה להתבטל ב-3 מקרים:

1. על ידי הנציג טרם ביצוע הפעולה (סעיף 4).
2. על ידי הנציג עד חודש מרגע הידיעה על ביצוע הפעולה (סעיף 5(1)).
3. על ידי הקטין, כחודש מרגע שהפך לבגיר (סעיף 5(2)).

**סעיף 6**: פעולות שהקטין יכול לעשות ללא הסכמת נציגו ואינן ניתנות לביטול.

**"היה עליו לדעת"** – מהו הנטל לבירור הגיל? האם מספיקה התרשמות מהמראה החיצוני? אם מדובר בעסקה מינורית ניתן להסתפק במראה החיצוני, אך אם מדובר בעסקה גדולה, נטל הבירור גדול יותר. ככל שגודל העסקה רב יותר – נטל הבירור כבד יותר. בית המשפט בעניין זה ישאל שתי שאלות מצטברות:

1. האם הצד השני ידע על גילו של הקטין?
2. האם הקטין נראה כמו בגיר?

אם לא הייתה סיבה לחשוב שזה קטין, העסקה היא חסינה מפני ביטול. אם הצד השני ידע שמדובר בקטין או שהיה עליו לדעת שזהו קטין, אזי אפשר לבטל את העסקה.

**"אלא אם היה בה משום נזק של ממש לקטין או לרכושו"** – סעיף 6 קובע כי קיים חריג שאומר שאם הפעולה גרמה לנזק של ממש לקטין או לרכושו, ניתן יהיה לבטל את הפעולה המשפטית. הביטול יכול להיעשות על ידי הנציג, מבלי צורך בפניה לבית המשפט.

סעיף 6א. פעולות בטלות – "רכישת נכס באשראי, שכירות נכס או קבלת שירות באשראי" הינן פעולות שאם קטין מבצען, אין להן תוקף. פעולות היכולות להתממש רק באישור הנציג של הקטין. הסיבה לכך היא כמובן שמדובר בעסקאות משמעותיות מאוד.

סעיף 20: פירוט הפעולות שטעונות אישור בית משפט:

1)      העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית או של דירה.

2)      רישום בפנקס המתנהל ע"פ חוק.

3)      נתינת מתנות (מלבד מתנות שנהוג לתת בנסיבות העניין).

4)      נתינת ערבות.

5)      פעולה משפטית בין הקטין לביו הוריו או קרובי הוריו.

המשותף להחלטות אלו הוא –

* שהן כבדות משקל ויש בהן פוטנציאל נזק לקטין.
* ניגוד העניינים שהחלטות אלו יכולות ליצור בין הקטין להורים שלו.

סעיף 47: עוסק בסמכויות האפוטרופוס ושולל ממנו ביצוע פעולות ללא אישור בית משפט, ממש כשם הוריו של קטין.

התמודדות עם שאלות כשרות משפטית במבחן:

1. לבחון האם מדובר בפעולות על בסיס סעיף 7 + סעיף 20
2. לבחון את סעיף 6א.
3. לבחון האם מדובר בפעולה של דרכו של קטין לעשות.
4. בהנחה שלא מדובר בפעולה של דרכם של קטינים לעשות- לבחון את סעיפים 4, 5.
5. לבחון האם הפעולה ניתנת לביטול לפי סעיף 4, 5.

כהן נ' משרד הביטחון- **קטין.** בהיות העותר כבן 14 שנה, נחתם הסכם בין הוריו לבין מדינת ישראל – משרד הביטחון, לפיו יתקבל העותר כחניך לתקופה של ארבע שנים בפנימיה צבאית ויחתום על התחייבות לשרת במשך שלוש שנים שירות קבע בצה"ל. גם העותר חתם על ההסכם כאות להסכמתו והתחייבותו לפעול על-פיו. העותר למד בפנימייה, התגייס לצה"ל ולאחר שהוסמך כקצין, פנה במכתב לשלטונות הצבא והודיע שהוא רואה את ההסכם וההתחייבות כבטלים וחסרי תוקף. צה"ל סרב לקבל חזרה זו מהתחייבותו, ועל כן פנה העותר לבג"ץ. בית המשפט העליון העליון דחה פה אחד את עתירתו וקבע כי הוא מחוייב לעמוד בתנאי ההסכם. השופט בכור (רוב): מדובר בפעולה משפטית אחת הכוללת התחייבות וביצוע. הקטין אינו יכול לחזור בו מההסכמה, כיוון והקטין והוריו חתמו גם יחד על החוזה. בהתאם לסעיף 4, הסכמת הנציג ניתנה ולכן ההסכם אינו ניתן לביטול, גם כאשר הקטין כבר הפך לבגיר. מהרגע שההורים נתנו את ההתחייבות, הם לא היו יכולים לבטל אותה. יש כאן פעולה משפטית אחת והיא ופעולת ההתחייבות. השופט כהן (מיעוט): יש לערוך הבחנה בין שני מקרים שניתנים לפיצול:

א. התחייבות – טעונה אישור הורים ולא ניתנת לביטול אם ההורים הסכימו והילד חתם.

ב. ביצוע – עצם הכניסה לקבע. ההורים הסכימו על ההתחייבות ולא על הביצוע עצמו.

 הוא קובע כי הם לא יכלו לבטל את החוזה כיוון שהקטין הפך לבגיר. השופט כהן מחלק את הפעולה לשניים, ועקרונית, עד גיל 18 היו יכולים לבטל את ההתחייבות עוד לפני שנעשתה (לפי סעיף 4). מהרגע שהוא הפך לבגיר, הנציגים לא יכולים לבטל את הדבר.

שרף נ' אבער- **קטין בעיסקת מקרקעין.** כשלושה חודשים לפני שהגיעה ישראלה שרף (המערערת) לגיל 18 חתמו הוריה בשמה ובהסכמתה על עסקת מכר מקרקעין, במסגרתה מכרה הקטינה דירה שבבעלותה למערערים. כריתת הסכם למכר מקרקעין, נופלת בגדר פעולות משפטיות המצריכות את אישורו של בית המשפט וזאת ע"פ ס' 20(2) לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות. הורי הקטינה לא פעלו כמצווה ולא פנו לבית המשפט. הורי הקטינה סירבו לקיים את החוזה עם הקונים: אביה כתב לקונים שהחוזה "אינו חוקי ולכן אינו בר ביצוע". באי-כוח הקונים ראו זאת כהודעה שמחמת קטינותה של המוכרת אין החוזה ניתן לביצוע אלא באישור בית-המשפט; והם הגישו לבית-המשפט המרצת פתיחה ובה ביקשו את האישור הדרוש לביצוע החוזה. עוד לפני הדיון מלאו לקטינה 18, והקונים תיקנו את תביעתם ודרשו מביה"מ להכריז כי ישראלה מחוייבת לביצוע העסקה. המחוזי דחה את התביעה וסרב לאשר ולאכוף את החוזה. הקונים ערערו לעליון שם בהחלטת רוב השאירו את פסיקת המחוזי על כנה. השופט כהן (מיעוט): קובע כי היה כאן חוזה תקף. יש הפרדה בין שתי פעולות משפטיות שונות. הפעולה הראשונה היא ההתחייבות למכור את הנכס. הפעולה השנייה היא ההעברה בפועל. ההתחייבות אינה דורשת אישור בית משפט. אישור בית המשפט נדרש רק בשלב ביצוע העסקה ואז הייתה כבר הבת בגירה. לפיכך מדובר בעסקה תקפה ומחייבת. השופט ברק (רוב): אין ליצור חלוקה בין שלב ההתחייבות ושלב הביצוע.  כאשר ההורים חתמו על ההסכם, הם יצרו התחייבות מכללא, על פיה הם מתחייבים תוך זמן סביר לקחת את ההסכם לאישור בית המשפט. הצד השני התחייב שבזמן זה, עד לאישור בית המשפט – לא יחזור בו מהסכמתו. אם הקטין ערך את החוזה ולא ההורים שלו-   התחייבות זו כוללת תנאי מתלה: כל עוד אין פעולה שתפעיל את החוזה – החוזה לא תקף. כיוון והצדדים לא אישרו את ההסכם ע"י בית המשפט – החוזה אינו תקף. השופט שמגר: שנדונה לצורך נשוא ערעור זה אינה מתייחסת **לרישום** אלא **לפעולה שתוקפה** תלוי ברישום. האישור של בית-המשפט קודם לפעולה המשפטית, בין אם זו עסקה אובליגטורית ובין אחרת, ומשמש בגדר תנאי **מוקדם**. האפוטרופוס איננו יכול לחייב את הקטין במקרה בו דרוש אישור מראש של בית-המשפט זאת ועוד, האפוטרופוס הטבעי, איננו צד לחוזה, אלא רק חתם עליו כנציגו של הקטין, ואם אין להתקשרות תוקף, אין לכאורה אפשרות לפנות לבית-המשפט כדי לאכוף את ביצועה.

ספיר נ' אשד- **פסול דין**. אפוטרופוסים של חסויה (מישהי שבית המשפט מינה לה אפוטרופוס) עורכים חוזה למכר דירה, הנמצאת בבעלות החסויה. בשלב מסוים בין הזמן שדיברו על עשיית החוזה לבין בקשת אישור בית המשפט, אחד האפוטרופוסים חזר בו מהסכמתו, בשל שינויים כלכליים שהפכו את העסקה ללא כדאית. הרוכשים טענו שהאפוטרופוס נהג בחוסר תום לב. השופט שמגר קבע שהאינטרס הדומיננטי שהאפוטרופוס אמור לנהוג על פיו הוא טובת החסוי. אם טובת החסוי היא לבטל את העסקה – כך עליו לנהוג, אך יש להביא בחשבון גם את שיקולי הצד השני. במקרה זה, לאפוטרופוס היו סיבות צודקות למשוך את העסקה והוא לא הסתיר את דעתו האמיתית. לפיכך, משיכת ההסכמה הייתה מותרת ומשקפת את האינטרס של החסויה והתנהגות זו לא עולה כדי הפרת חובת תום הלב.

**תהליך כריתת החוזה**

**יצירת יחסים משפטיים מחייבים - כריתת החוזה**   
**ס.1** לחוק החוזים : כריתת חוזה כיצד? חוזה נכרת על דרך של הצעה וקיבול על פי הוראות חלק זה.   
**ס.2** – הצעה: פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסוימת מספיק כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה.   
המרכיבים החשובים בהצעה:

1. פנייה
2. העדה על גמירת דעתו של המציע להתקשר בחוזה
3. מסוימות מספקת כדי לאפשר כריתת חוזה בקיבול ההצעה

**ס.5** – קיבול: קיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרת למציע והמעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר בחוזה על פי ההצעה.   
המרכיבים החשובים בקיבול:

1. הודעה שנמסרה למציע
2. העדה על גמירת הדעת של הניצע להתקשר בחוזה
3. הסכמה החופפת באופן מלא את ההצעה - מסוימות .

כאשר פניה מאופיינת בהעדה על גמירת דעת ומאופיינת במסוימות מספקת היא יוצרת כוח משפטי אצל הצד השני. הכוח המשפטי הוא ההסכמה להסכים ולשכלל חוזה שיש בו תוקף מחייב. כאשר חסר אחד מהמרכיבים ההצעה אינה יוצרת כוח משפטי אלא הזדמנות לשאת ולתת.   
זהו המודל הקלאסי של כריתת חוזה. מה שמאפיין אותו הוא היעדר משא ומתן. בו יש הצעה, קיבול וכתוצאה מכך חוזה. כאשר החוק משווה לנגד עיניו מעין התאמה בין ההצעה לבין החוזה. ישנם הרבה מצבים במציאות שהמודל הקלאסי מתקיים. (בסופר, בחוזים אחידים וכו')   
כאשר מתקיים משא ומתן, בעיקר כשהוא רב מימדים, המודל הזה הופך להיות מאוד מסורבל.   
המציע והניצע מתחלפים ביניהם פעמים רבות והתהליך יכול לקחת זמן רב.   
המודל הזה של הצעה וקיבול בשל המסורבלות שלו אינו ישים בתהליך של משא ומתן. במציאות בתי המשפט עוזבים את המודל של הצעה ומפרקים אותו למרכיביו החיוניים עליהם מושתת החוזה.   
א. העדה על גמירת דעת של שני הצדדים   
ב. המסוימות המספקת.   
הליך הבחינה של המשא ומתן משתנה על פי שני עקרונות אלו. בית המשפט בוחן את תהליך המשא ומתן כפי שהתפתח לאחר מעשה על פי שני סעיפים אלו.   
אם ניתן לזהותם משתכלל חוזה מחייב בין 2 הצדדים. כך שכל מה שקורה לאחר מכן אינו רלוונטי. צד יכול למצוא עצמו מחוייב בחוזה מבלי שהבין זאת.   
הנקודה החוזית, היא אל – חזור.   
כל הסכסוכים על הכריתה הם סביב צד אחד שטוען אם בתום לב ואם לאו שלא נכרת חוזה.

**גמירת הדעת** -   
\*פרופ' זאב צלטנר – רצינות   
\*פרופ' גבריאלה שלו – כוונה להתקשר בחוזה המסויים עם הניצע המסויים   
\* פרופ' סיני דויטש – משמעותו במשפט העיברי   
\*\*\* הפסיקה \*\*\* **כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.**   
את כוונה זו בית המשפט מנסה לזהות.   
ישנם מדדים לתת אינדיקציה על כוונה זו.   
כלים למדידת העדה על כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים

1. נוסחת הקשר - כאשר הכי טוב אם ישנה קביעה מפורשת, כותרת ברורה כגון חוזה. וגם הסכם, זכרון דברים יכול לסייע. במקרים רבים משא ומתן אינו מועלה על הכתב, וגם כאשר הם מועלים על הכתב אינם תמיד מוכרים בכותרת כלשהי.
2. נסיבות – נסיבות חבריות - ככל שהנסיבות שאפפו את המשא ומתן היו אישיות יותר, חבריות יותר, כך תקטן הנטייה להסיק כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.   
   ת"ק (קריות) 60469-01/15 קלמן נ. אבו היגא (פס"ד ההתערבות)   
   את הנסיבות נחלק לשני סוגים:   
   **א.** נסיבות משפחתיות - ההנחה הראשונית היא היעדר כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.   
   בלפור נ. בלפור 1919. בלפור היה עובד משרד החוץ הבריטי ומתוקף תפקידו הרבה בנסיעות ונעזר רבות מהבנק, הדבר לא מצא חן בעיני רעיתו, והוא התחייב לשלם לה סכום כסף כלשהו על כל יום שיעדר מביתם מעבר למכסה מסוימת. מאחר והוא לא שילם אשתו תבעה אותו על הפרת חוזה. ביהמ"ש פסק שלא השתכלל כאן חוזה כשקיבל את כוונתו של בלפור שלא הייתה לו כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים. הנחה זו משתנה מקצה לקצה כאשר מדובר בנסיבות עסקיות.   
   **ב.** נסיבות עסקיות – ההנחה הראשונית היא קיום כוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.   
   אדוארד נ. סקייוואי – 1964. אדוארד הוא טייס שעבד בחברה מסוימת ונקבע בחוזה העסקה שלו שאם תופסק העסקתו יוכל לבחור בין קבלת פנסיה לבין קבלת מענק חד פעמי. כשהופסקה עבודתו מר אדוארד ביקש לבחור בפנסייה. המעסיק אמר שהוא יגדיל את המענק ואדוארד יוותר על הפנסיה, אדוארד הסכים אך המעניק לא עמד בהתחייבותו. אדוארד תבע את המעסיק בגין הפרת חוזה. המעסיק טען כי אין כוונה ליצור יחסים משפטיים על בסיס פסד בלפור. אך בית המשפט פסק שבפסד בלפור הנסיבות היו משפחיות. אך בנסיבות עסקיות ההנחה היא שכוונת הצדדים היא ליצור יחסים משפטיים.   
   \*ישנה משמעות **גם למקום ביצוע העסקה**, מקום בו האדם הסביר יעשה עסקה ויהיה פנוי לבחון את פרטיה. (מוזכר בבראשי)
3. נוהג - בקהילות מוסיימות התפתחו נוהגים המעידים על גמ"ד. (קהילת היהלומנים)
4. הסתייעות בעו"ד - כאשר אדם מבצע משא ומתן בליווי עורך דין זה יעיד על כוונתו להיכנס ליחסים משפטיים.
5. התנהגות הצדדים עובר/לפני כריתת החוזה ולאחריה – ישנם צעדים שאדם יעשה לפני או אחרי כריתת חוזה שיעידו על כוונתו.
6. מסוימות – רמת הפירוט. ככל שרמת המסוימות גבוהה יותר כך יטה בית המשפט להסיק קיום כוונה ליצירת יחסים משפטיים מחייבים.
7. חתימה - אינדקציה חזקה לקיום גמ"ד. אך היעדרה של חתימה אינו מעיד את ההפך.(למעט דינים מסויימים)
8. העברת תשלום (וקבלתו)- אינדקציה חזקה לקיום גמ"ד. אך היעד ביצוע תשלום אינו מעיד את ההפך.(למעט דינים מסוימים)
9. שימוש בשפה משפטית/ מונחים משפטיים – כגון, הצהרה, צו אכיפה וכו.    
   זנדברג נ. דצינגר ע"א 440/75 המערערים והמשיבים החזיקו במניות של 2 חברות. חברה 1 – מקרקעין, חברה 2 – בית חולים. הם נשאו ומתנו מתוך מטרה לפרק את הקשר בינהם. בשלב מסויים יש כאן פניה לשמאי אשר מעריך את נכסי ש2 החברות. בלוף חודשיים עוה"ד של המערערים שולח מכתב למשיבים בו נאמר: "שולחי מציעים למשיבים את חלקם וזכויותיהם תמורת מחצית הערכת השמאי." עורכי הדין של המשיבים שולחים מתכתב בחזרה "שולחי מקבלים את הצעת שולחיך. שולחיך יקבלו תמורת מלא חלקם וזכויותיהם בשתי החברות." ומצרפים המחאה על סך 25,000 ל"י. לאחר מכן מסתבר שהערכת השמאי הייתה הערכת חסר.   
   המערערים טענו כי לא הייתה גמ"ד בעסקה ועולה השאלה המשפטית: האם ניתן להסיק מהמכתבים גמ"ד?   
   השופט שמגר – יש כוונה ליצירת יחסים משפטיים, הנוסח המפורש, הנסיבות, התנהגות הצדדים, ייצוג עורכי דין, תשלום נוסף. "כל הזכויות שמורות" אינו יבטל את החוזה כאשר יש כל כך הרבהנסיבות.   
   - מה שנדרש בפס"ד זה זו **העדה** על גמירת דעת.

פרופ' גבריאלה שלו שהציעה טעמים לשימוש אובייקטיבי כלומר לדרישת העדה על גמירת דעת ולא גמירת דעת:   
**א**. טעם סטטיסטי – יש מתאם חיובי בין מה שצדדים חושבים לבין מה שהם מבטאים.   
**ב.** טעם ראייתי – שופטים אינם יכולים לדעת מה עובר בליבם וראשם של המדיינים. כל מה שהם יכולים לשפוט זה מה עומד לנגד עיניהם. כל המשפט עובד על תשתית ראייתית.   
**ג.** טעם מסחרי – על מנת שעולם העסקים יתנהל באופן יעיל ומהיר.   
**ד**. טעם ההסתמכות – אנחנו נמצאים בזירה דו צדדית. יש צורך להתייחס בשוויון לשני הצדדים בעסקה.   
  
עד עכשיו דיברנו על מבחן אובייקטיבי, אבל בפסיקה הישראלית התקיים מבחן אובייקטיבי מרוכך – מבחן המתחשב בנסיבות הספציפיות של ההתקשרות והמתקשר.   
ע"א 1932/90 פרץ בוני הנגב נ. בוחבוט פרץ זו חברה קבלנית שבמקרה הזה ביקשה לרכוש דירה.   
בוחבוט האב הינו הבעלים הרשום של הדירה ובוחבוט הבן הינו הבעלים בפועל והמתגורר בדירה.   
נחתם חוזה בין הצדדים – האב בוחבוט חתם. ובמעמד החתימה שולמו לאב 1,000 ₪ ולבן הועברו 15,500 ₪ שטרם נפרעו. האב והבן ביקשו להשתחרר מההתחייבות שלהם בעודם מנסים לטעון שלא נכרת חוזה בשל היעדר גמירת דעת.   
מסתבר שהאב התייצב למעמד החתימה מבלי שא. הוא הבין על מה הוא חותם. ב. בהיותו שתוי. ג. מבלי שהוא יודע קרוא וכתוב. הוא טען שהוא חתם רק כדי לרצות את בנו וכדי לקבל את אותם 1,000 ₪. פרץ בוני הנגב הגישו תביעת פיצויים נגד בוחבוט שלא פינה את הדירה.   
בית המשפט פסק שהשתכלל כאן חוזה משום שבוחבוט לא הגישו ערעור.   
כב' השופט שמגר בדעת מיעוט – הציע שלא השתכלל חוזה, אף על פי שחתימתו של האב התנוססה על אותו נוסח חוזה. מכיוון שלא הייתה לאב גמירת דעת.

פסק הדין הבא מאמץ את דעתו של השופט שמגר:   
ע"א בראשי נ. עזבון המנוח בראשי   
בפס"ד זה רואים איך דעת מיעוט (דעת השופט שמגר 'בוני הנגב') הופכת לדעת רוב.   
המנוח הלך לעולמו. במקרה זה היו 2 צוואות. במהלך חייו הוא היה נשוי פעמים. בנישואים הראשונים נולדו 6 ילדים שאחד מהם נקרא חיים ובנו תמיר. ובנישואים השניים הייתה אישה בשם שרה שנולד לה בן בשם עמית.   
בצוואה הראשונה משנת 88' לפי 7 ילדים יורשים בחלקים שווים ואשתו השניה לא נוחלת דבר.   
בצוואה השניה שנקבע בשנת 91 האישה שרה נוחלת 42.5 אחוז ועמית נוחל 57.5 אחוזים.   
\*בדיני צוואות כמו בדיני חוזים המאוחר גובר על המוקדם. הצוואה האחרונה היא זו שמקבלת תורף. מצווה או מצווה בניגוד לחוזה יכולים לשנות את דעתם כל אימת שירצו. זוכים מכוח הצוואה אין להם שום זכויות עד שהאדם נפטר.   
סמוך למותו של המנוח חלה התדרדרות חמורה במצבו. הוא מתאשפז במוסד סיעודי כאשר הוא סובל מדימנציה קשה.   
בשבוע לפני פטירתו מגיעים לבקרו עמית וחיים מלווים בעורך דין ומוציאים את המנוח לרכב החונה מחוץ למוסד. הם מחתימים אותו על 4 מסמכים הנקראים חוזה מתנה המתייחס למניות החברה שבבעלותו ומקבלי המתנה הם עמית ותמיר.   
מה שקורה כאן הוא ניסיון להוציא מתוך כלל הנכסים שיועברו מכוח הצוואה את הנכסים המשמעותיים ביותר. השאלה המשפטית: האם חוזה המתנה מחייב? האם בסיטואציה שלפנינו ישנה העדה על גמירת דעת מצידו של המנוח.   
השופטת ביניש:   
\*גמירת דעת זו דרישה לרצון מגובש, כוונה רצינית והחלטית ליצור התחייבות. המבחן הוא חיצוני אובייקטיבי.  
\*חוזה מתנה: חוזה חד צדדי שבו צריך לשים דגש מיוחד על גמירת דעתו של נותן המתנה. מציבים רף גבוהה יותר מבחינת גמירת הדעת של הנותן בחוזה מתנה.   
בנסיבות דנן לא הייתה גמירת דעת בשל:   
1. מצב המנוח – שרוי בדימנציה   
2. לא ידע קרוא וכתוב   
3. מעמד החתימה – במכונית חונה   
4. תוך פיצוח גרעינים   
5. מדובר במתנה רחבת היקף חריגה   
6. לא ברור שהמנוח הבין את משמעות מעשיו הוא לא גילה עניין בנעשה.   
7. נסיבות משפחתיות ולא עסקיות כפי שעמית ניסה לטעון.   
\*הכרזה על אדם כפסול דין מחייבת הליך פורמלי אותו צריכים ליזום בני המשפחה.   
אנו מעלים את רף ההוכחה. בעסקאות מתנה ההעדה צריכה להיות חזקה יותר. במכלול הנסיבות בפס"ד זה, לא הייתה העדה על גמירת דעת בכלל. בעסקאות מתנה אנחנו מעלים את דרישת ההוכחה- אנחנו מבקשים מידת הוכחה גבוהה יותר בכל הקשור להעדה על גמירת דעת. חתימה לא מספיקה.

במקרה שלנו – 1) המתנה שווה הרבה מאוד. 2) היא ניתנה ע"י אדם שלא ניתן לדעת אם היה מחובר למציאות. 3) העיסקה שוכלה במעמד חריג – בתוך רכב ליד מוסד רפואי. 4) המעניק לא מתעניין בתנאי העסקה. 5) תוך כדי ההסבר והחתימה על החוזה המעניק עסוק בפיצוח גרעינים.

השופטת משייכת את הסיטואציה לסוגייה משפחתית. מדובר פה בעסקת מקרקעין שההגבלות והדרישות עליה גבוהות במיוחד.

\*הערה- בדין האמריקאי והאנגלי אין תוקף לחוזה מתנה. אפשר להעניק מתנה אך באופן ריאלי וענייני, ולא ע"י הבטחה מראש. בניגוד לזה, אצלנו יש 2 דרישות שבזכותן אפשר לחתום חוזה מתנה:   
1) העדה חזקה יותר מהרגיל על גמירת דעת

2) דרישת כתב – עוד הוחכה על גמירת הדעת. שלמעניק תהיה האפשרות להרהר שוב בחוזה ובמשמעותו.

המעניק לא הוכרז כפסול דין ולכן החוק המקל על אנשים במצבו לא תקף עליו ויש צורך בהעדה על גמירת דעת.

ע"א הדר חברה לביטוח נ. פלוני 8163/05   
מדובר בהלוואה שהתמורה אליה היא משכון על דירה הרשומה על שם הבעל. פלונית גרה בדירה וחותמת על חוזה תחת איום של הבעל. במקרה הזה, הזוג לא עמד בתשלומים והבנק רצה לקחת את הדירה. פלונית לוקה בסכיזורופניה פראנואידית והיא פיתחה תלות סמביוטית מוחלטת בבעלה כדי לרצותו.   
השאלה המשפטית: האם השתכלל בנסיבות המקרה חוזה תקף   
האשה הפלונית מעלה את הטענה שהיא חולה במחלת נפש ותלויה בבעלה והיא חתמה כדי לרצות את בעלה מחשש שיפרד ממנה אם לא תעשה כן. היא טוענת כי לחוזה אין תוקף משפטי. אנו מפעילים את המבחן האובייקטיבי המרוכך- האם יש כאן העדה על גמירת דעת? כן. הסיטואציה של פלונית היא סמויה מן העין, ומבחינת המסתכל אובייקטיבי מן הצד, היא נראית כשירה לחלוטין. יש לה בעיה מסוימת באופן שאינו גלוי, אבל זה לא מצב של היעדר גמירת דעת. השופטת ארבל אומרת כי לא השתכלל חוזה תקף בין הצדדים, לא בגלל חוסר גמירת דעת, אלא מכוח הלכת "לא נעשה דבר". באילו מצבים ניתן לטעון לא נעשה דבר לפי השופטת ארבל?

1) כפייה קיצונית

2) טעות קיצונית

יש לנו עילת כפייה ועילת טעות, אבל כאן מדובר במצבי קצה. מה מאפיין את המצבים האלה של כפייה קיצונית או טעות קיצונית?

כשהצד שמעלה את הטענה אינו נגוע ברשלנות. כלומר אם אתה רוצה לטעון שלא נעשה דבר, אתה צריך להיות לא נגוע ברשלנות, ואז ההלכה הזו מאפשרת שחרור מחוזה.

ארבל טוענת כי הייתה פה **כפייה קיצונית**. מקור הכפייה היה בעלה. פלונית פיתחה תלות בלתי נשלטת בבעלה ובשל מצבה היא פיתחה פחד שאם לא תרצה אותו הרי הוא יעזוב אותה וזה משהו שהיא לא תוכל לעמוד בו, ולכן מתקיימת "הלכת לא נעשה דבר" ולחוזה המשכנתא אין כל תוקף כלפי פלונית.

כבוד השופטת ארבל מסייגת את ההלכה "לא נעשה דבר" ואומרת כי מעבר לכל נ"ל נדרש גם נטל הוכחה על הצד המבקש להשתחרר והוא נטל כבד. כלומר, אנחנו מעצימים את הנטל הראייתי. למרות כל ההגנות הללו, קובעת ארבל כי במקרה זה תלותה של פלונית בבעלה הייתה ככ קשה שרצונה החופשי נשלל ממנה וניתן לומר שהיא לא עשתה דבר.

כבוד השופטת ממקמת את "הלכת לא נעשה דבר" בדיני הכשרות המשפטית והאפטרופסות. היא אומרת כי דינים אלה לא ממצים את כל הגזרה של אי הכשירות, ולצידם יש את הלכת לא נעשה דבר והיא מאוד מצומצמת. בגזרה הרחבה אנו בוחנים האם הייתה העדה על גמירת דעת, אבל יש לנו חריגים- הכשרות המשפטית והאפטרופוסות והלכת לא נעשה דבר. הלכת לא נעשה דבר היא הקשה מכולן כיוון שלא נראה מן האשה כי יש לה איזשהי בעיה. נשאלת השאלה האם בכלל צריך להכיר בבעיה כזאת או לא. כי צדדים שכנגד לא יכולים לדעת על בעיה כזו או להבטיח את עצמם מפניה, הם לא מצפים שהיא תתעורר ובכל זאת הבעיה הזו קיימת. בית המשפט פה צריך להכריע אם אנו מכירים בהלכה זו מהדין האנגלי או לא. אם לא יש לנו רק את הכלים המקובלים של העדה על גמירת דעת וכשרות משפטית. בית המשפט מחליט להכיר בהלכת לא נעשה דבר, ולצמצם אותה ככל האפשר ולקבוע גדרות והגנות - להעלות את נטל ההוכחה.

הבעל- עדיין היה ניתן למממש כנגדו. הוא לא היה נגוע בשום דבר ולא קמה לו הטענה שלא נעשה דבר. לחברה הייתה עילה כלפי הבעל.

נשאלת השאלה מה יעשו חברות כמו הדר, בנקים, גופים פיננסיים וכד לאחר הלכת פלונית? כי כרגע יש בפניהן סיכוי מסוים שהחוזים שהם קובעים יתבטלו אם הצד שכנגד הוא מתקשר או מתקשרת מן הסוג של פלונית (סובלים מבעיה סמויה כלשהי). תשובה:

1) כדי להתמודד עם בעיה מסוג זה כדאי לנסות ולברר פרטים על הצד הלווה – האם יש לו בעיות נפשיות וכו'. בעיה עם מהלך כזה היא שקודם כל הוא מייקר את ההליכים אם כל פעם צריך הוכחה שיש בעיה רפואית. והאם זה חוקי.

2) להביא עוד ערבים. אבל גם זה מסרבל ומייקר

3) העלאת ריבית.

נשים לב שכל האופציות האלה הן קולקטיביות. כל פסק דין כזה שנוגע באדם פרטי יכולות להיות לו השלכות על כולם, כי מי שיש לו כוח יכול למזער את הסיכון שלו ומי שאין לו כוח (האזרחים) נושא בעלות.  
בסופו של דבר בעקבות הפסק דין לא השתנו הקריטריונים בעןלם ההלוואות. מכיוון שהסיכון הוא קטן מידי ולא מספיק משמעותי כדי לפזר עליות כאלה על ציבור רב של מתקשרים. לכן בית המשפט אמנם מכיר בהלכת לא נעשה דבר אבל בגבולות מאוד ברורים ומחמירים, כי אם בית המשפט היה מכיר בזה בצורה רחבה, כל האופציות הנ"ל (1-3) היו אכן נופלות על האזרחים.

ע"א 1049/94 דור אנרגיה נ. חמדן   
חמדן הוא בעלים של תחנת דלק, היה לו חוזה עם חברת דלק.   
לקראת סיום החוזה מתקיימת פגישה בתאריך 8.7.91 בין חמדן ועורך דינו, לבין חברת דור אנרגיה והעורך דין שלה.   
בפגישה זו נערכו מס' דברים:   
- טיוטה תחת הכותרת "סיכום הדברים".   
- בטיוטה נכתב: הטיוטה תהווה "בסיס להתקשרות סופית ומחייבת בין הצדדים ואין דרישות נוספות לחמדן.   
- נקבע כי תהייה פגישה לצורך חתימה על חוזה פורמלי ביום שבת.   
- עורכי הדין של הצדדים חתמו על הטיוטה.   
-הייתה לחיצת ידיים פורמלית   
לאחר הפגישה חמדן מודיע לדלק על סיום ההתקשרות בינהם ובמקביל חמדן מתייצב לטקס פתיחת תחנת דלק חדשה של דור אנרגיה.   
חמדן לא מגיעה לפגישה שנקבעה לחתימת החוזה ומתחמק מפגישה נוספת.   
דור אנרגיה מגישים תביעה ומבקשים מבית המשפט להכריז שנערך חוזה בין הצדדים.   
**השאלה המשפטית:** האם נכרת חוזה מחייב בין הצדדים?   
בית המשפט המחוזי קובע: לא נכרת חוזה. ישנם בעיות במסוימות – חסרו פרטים. וכן לא 'הבשילה' גמירת דעת. אך מוצא חוסר תום לב. כעת הערעור מגיע לבית המשפט העליון.   
השופט אור: השתכלל חוזה מחייב. המו"מ הבשיל לכדי חוזה מחייב כבר ביום הפגישה ב8.7.91.   
הפגישה הנוספת נקבעה על מנת ליצור עותק נקי, פורמלי, מסודר. אינדיקציות לקביעתו של השופט כי הבשילה גמירת דעת בעת כריתת החוזה:   
-כותרת וכותרת המשנה של הטיוטה (סיכום דברים וההודעה)   
- לחיצת הידיים היא אינדיקציה לגמירת הדעת.   
-הודעה על סיום התקשרותו עם   
-חמדן כלל בחוזה שהשתכלל לבסוף עם חברת דלק תניה לפי דלק תשפה אותו בגין הוצאות התדיינות מול דור אנרגיה.   
-חמדן סגר חוזה במקביל עם חברת דלק ואף התייצב לטקס פתיחת תחנת הדלק.   
בפס"ד חמדן ניסע להתקרב לאש כמה שיכול מבלי להיפגע ובית המשפט העליון לימד את חמדן לקח ובית המשפט העמיד אותו במקומו.   
 יש לשים לב שבית המשפט המחוזי קבע שלא היה כאן חוזה כך שאין זה מובן מאליו פסיקתו של בית המשפט העליון. כל האינדקציות בהם השתמש השופט אור ניתן לקחת ולסובב ב180 מעלות.   
-כותרת המסמך - סיכום הדברים – מכשיר שאין ברורה תקיפותו המשפטית   
- בסיס להתקשרות – מה הכוונה בבסיס? אם זהו החוזה המחייב למה לקרוא למשהו גמור כשהוא בסיס.  
-אין דרישות נוספות – ייתכן שהכוונה הייתה שאין לו דרישות נוספות אך הוא רוצה זמן לשקול את ההחלטה  
-הייתה לחיצת ידיים – זהו אקט שנעשה בסיום פגישה מבלי קשר לתוכנה.   
- חתימת עו"ד – אקט שאינו מעיד על סיומו של תהליך כריתת החוזה בהכרח, יכול להעיד על סיום שלב כלשהו בתהליך.   
- התנית השיפוי שביקש חמדן מחברת דלק. אך הוא יכול להתפרש גם כמנגנון השיפוי הינו אמצעי הגנה, וייתכן שחמדן השתמש בו מתוך הבנה שהסיפור שקרה יכול להתפתח לכדי הליכים משפטיים.   
 **תניית השיפוי בחוזה בין חמדן לבין חברת דלק:**

 תניית השיפוי שמשה אינדיקצייה לכך שהייתה כוונה מצידו ליצור יחסים משפפטיים בינו לבין חברת אנרגיה. השאלה היא, האם חמדן טעה או לא? ניתן לומר כי יש לתנייה כזו אפקט כפול: מחד, היא מגדילה את הסיכוי שבית המשפט ימצא שהייתה כאן גמירת דעת מצד חמדן. מצד שני, לטובת חמדן, זה מקטין את תוחלת הנזק שלו. תניית שיפוי זה למעשה ביטוח. הוא קיבל סוג של ביטוח מדלק על נזק מסויים שהוא עשוי לספוג. אנו רוצים להבין כמה תנייה כזו יכולה להשפיע על בית המשפט לפסוק שהייתה כאן גמירת דעת. עפי כמעט כל האינדיקציות חמדן היה יוצא באחריות משפטית מסוימת. אבל זה גם מסייע לחמדן מבחינה כספית מאוד. מצד אחד בית המשפט המחוזי מצא שלא היה כאן חוזה שלם ותקף. אבל גם בית המשפט המחוזי לא פתר את חמדן בלא כלום, הוא נמצא מחוסר תום לב. הוא עשה דבר נכון בהכנסת התנייה, כי תביעה משפטית מצד דור אנרגיה הייתה מכעט וודאית, ולכן השאלה היא כמה צריך לשלם בסופו של דבר. התנייה הורידה ממנו עול כספי נכבד. ברור שתנייה זו מגדילה את הסיכוי לחשיפה משפטית, אך היא גם מקטינה את החבות לחברת דלק.

פסק הדין הזה חשוב מכיוון שבית המשפט העליון הסיק את קיומו של חוזה מתוך מסמך שהייתה לו כותרת מאוד לא מחייבת "סיכום דברים". בית המשפט לא מסתמך רק על הכותרת, אלא בוחן את מכלול הדברים ומוצא שהיה חוזה. זה חשוב, כי אם ברצוננו לא להכנס למערכת חוזית, עלינו לנקוט באמצעי הגנה מתאימים. לא להסתפק בכותרת שאינה מחייבת.

ע"א 65/88 אדרת שומרון נ הולינסוורת   
למפעל ישראלי מתקלקלת המכונה והוא צריך חומרים חלופיים מחברה גרמנית שייבאה לו את מכשירים אלו.   
ישנם חילופי טלקסים וטלגרמים בהם המפעל והחברה הגרמנית הגיעו להסכמות. החברה הגרמנית שולחת את החלקים ובנוסף אליהם שני מסמכים: 1. מסמך אישור הזמנה. 2. חוזר תנאים – המכיל תניית שיפוט זר הקובעת שכל סכסוך משפטי יתברר בבית המשפט בגרמניה.   
התיקון לא צלח והחברה הישראלית מגישה תביעה בביהמ"ש המחוזי בישראל.   
השאלה המשפטית בה דן ביהמש הוא מתי נכרת החוזה, או מתי התגבשה גמירת הדעת. החברה הישראלית טוענת שהחוזה נחתם בחילופי הטלקסים. החברה הגרמנית טוענת שהחוזה השתכלל במסמך חוזר התנאים. השופט דב לוין: חילופי הטלקסים והטלפונים מסווגים כשלב במשא ומתן. מסמך חוזר התנאים מהווה את "ההכאה בפטיש" כלומר חתימת החוזה. החברה הישראלית הסכימה בשתיקה ובקבלה במעשה/בהתנהגות בכך שקיבלה את חומרי החילוף. (ס.6 לחוק)   
נשאלת השאלה מדוע החברה לא סגרה את הפרטים בהתחלה, בעולם העסקים הדין הוא כלי המשרת את המטרה. מה שמעניין את החברה הוא חלקי החילוף שמשביתים את פועלה. התחשיב הוא עלות תועלת.   
השאלה הבאה שתישאל היא איך מכריעים במצבים בהם המפעל מזמין חלק וכשהחלק מגיע נלווה אליו חוזה עם תניות משפטיות.   
\*ברוב הסיטואציות העסקיות בלתי אפשרי יהיה לחכות לסגירת כל הפרטים הקטנים. ולכן הדיון יהיה תמיד בדיעבד.   
1. "כלל היריה הראשונה" לפיו הטופס הראשון שהועבר בין הצדדים מכריע. מה שכתוב בו יקבע. וכלל זה נותן עדיפות למזמין.   
2. "כלל היריה האחרונה" הטופס האחרון שהועבר בין הצדדים מכריע, תנאיו יקבעו. וזהו התנאי בו בוחר השופט לוין.   
כלל זה נותן עדיפות לספקים. מאחר והספקים שולחים את הסחורה עם חוזר תנאים שמוצפן באריזה, ולא מגיע ישירות לענפים המשפטיים של החברה, מה גם שזה לא עוזר בשל ההכאה בפטיש.   
השופט מסתמך על דבריה של ***פרופסור גבריאלה שלו*** המסבירה כי "שתיקה לכשעצמה הינה ניטראלית, אך נתונים נוספים המצביעים על גמירת דעתו של הניצע עשויים להעניק לה משמעות פוזיטיבית" ומפרש את שתיקתה של המערערת כקיבול הצעת המשיבה   
בארצות הברית התפתח כלל שולט:   
"כלל הנוק אוט" במקרים של סתירה בין תניות, יתעלם בית המשפט מן התניות הסותרות ויבצע השלמה על פי דין.   
בארה"ב נושא זה נקרא מלחמת הטפסים. ויש להם כלל UCC שכולל את כל הכללים.   
על אף מלחמת המסמכים הסכסוכים שמגיעים לבית המשפט הינם נדירים מאחר ולחברות יש אינטרס לפתור את הבעיות האלה ולא לפגוע בשמם ובתחרות שלהם.   
הוחלט כי החוזה נכרת לאחר תניית השיפוט הזר, הלכו לפי כלל היריה האחרונה. ועל כן על החברה לפנות לערכאות הגרמניות. לפי חוק המכר לפיו הבעלות תועבר עם התשלום.

ע"א 4976/00 בית הפסנתר נ מור

רשות השידור נהגה לשאול כלי נגינה מכלי זמן ומבית הפסנתר וגמלה להם בפרסומות סמויות.   
רשות השידור התקשרה עם בית הפסנתר בחוזה לפיו יוצג פסנתר של בית הפסנתר למסגרת תוכנית בת 7 פרקים, אך הסדרה בוטלה. ובית הפסנתר מאיימת לתבוע את רשות השידור. בבית המשפט השלום הם מגיעים להסכם פשרה לפיו רשות השידור תפצה את בית הפסנתר ומכאן להבא תנהג בשוויוניות בהתקשרויותיה עם בית הפסנתר ועם כלי זמר.   
רשות השידור מערערת על ההסכם ויוצאת כנגד ההחלטה שלה לנהוג בשויוניות. והיא מעלה בספק את תוקפו של פסק הדין. אם נסגר פשרה מחוץ לבית המשפט ניתן לבקש מבית המשפט לתקף את הפשרה כפסק דין. רשות השידור טוענת שלא הייתה גמירת דעת מצידה.   
1. רמת הייצוג שלה הייתה על ידי עובד זוטר.   
2. מסויימות – חסר פרק הזמן בו יהא עליהם לנהוג בשוויוניות.   
בית המשפט המחוזי קבע שלא הייתה גמירת דעת ולכן קיבל את הערעור של רשות השידור.   
בית המשפט העליון הופך את החלטת בית המשפט המחוזי בחזרה. הוא קובע כי העובדה שניתן תוקף של פסק דין להסכם הפשרה מחסנת את הפשרה מפני טענות בדבר היעדר גמירת דעת.   
השופטת דרונר: כאשר נחתם הסכם פשרה השופט מסביר לשני הצדדים את מהות ההסכם וההשלכות המשפטיות ומוודאים שהצדדים מבינים על מה הם מסכימים ועל מבחינה משפטית לא ייתכן כי אחד הצדדים יערער על ההסכם בהיעדר גמירת דעת.   
פשרה מייעלת את עבודת בית המשפט וחוסכת לשופטים את פסק הדין שעליהם לכתוב בעצמם, אך לא תמיד קל לעמוד מול בית המשפט כאשר בית מהשפט דוחק להגיע לפשרה.

**מסויימות**בהליך המשא ומתן יש למסויימות שני תפקידים:   
1. יסוד עצמאי הנחוץ לשם כינון חוזה   
2. אינדיקציה לקיום גמירת דעת.   
רמת המסויימות הנדרשת מבקשת מספיק פרטים שנוכל להעמיד עליהם חוזה, כלומר הפרטים המהותיים.  
לא יהיה כלכלי לדרוש ברמת המסוימות ירידה לפרטים הקטנים. מאחר וישנם אינספור אפשרויות משתנות שהמציאות יוצרת. הצדדים אינם יכולים לנבא מה יהיה בעתיד ודרישה של ניבוי תרחישים אלו תייקר את ההליך החוזי בפער.   
אם נדרוש מסוימות מושלמת ייתכן כי לעולם לא נגיע לסוג של חוזה והעלות ברוב המקרים שיגיעו לחוזה תעלה על התועלת.   
דרישת המסוימות ודרישת הכתב התפתחו בהרמוניה בפסיקה. בעסקאות מקרקעין ישנה דרישה מהותית לכתב, כאשר המטרה היא לאפשר לצדדים לחשוב ברצינות אם הם אכן מוכנים להיכנס לעסקה. בעבר, ההלכה הייתה שדרישת כתב חופפת את דרישת המסוימות. המסמך הכתוב צריך להכיל את כל הפרטים הנחוצים לצורך עמידה בדרישת המסוימות.   
בתי המשפט קבעו כי השלמת הפרטים החסרים יעמדו על יסוד המסוימות ועל יסוד הכתב.   
חוק המקרקעין תשכ"ט 1968   
סעיף 8 :"לצורך העברת אחת מן הזכויות הבאות נדרש מסמך כתוב:   
**א. בעלות   
ב. שכירות** - סעיף 79 (א) הקובע שכירות שאינה עולה על 5 שנים לא מחייבת כתב.   
ג. זיקת הנאה   
ד. זכות קדימה   
**ה. משכנתא**   
את דרישות המסוימות למדו מהתפתחות הפסיקה במהלך השנים.    
ע"א 849/63 קפולסקי נ גני גולן   
עסקת מקרקעין כאשר גני גולן היא המוכרת וקפולסקי הם הרוכשים. קפולסקי מבקש מבית המשפט לאכוף עסקת מקרקעין וטוען שנכרת חוזה מחייב בין הצדדים. הבעיה של קפולסקי היא שאין לו מסמך כתוב שעונה על דרישת הכתב על פי סעיף 8 בחוק המקרקעין. קפולסקי מציג שני מסמכים:   
1. קבלה שמראה שהועבר כסף   
2. תוכניות בניה   
השופט עציוני מכריע כי במסמכים אלו אין מסויימות מספקת. כדי שתתמלא דרישת הכתב ועימה יסוד המסוימות נדרש מסמך בו מופיעים הפרטים הבאים:   
א. שמות הצדדים ב. מהות הנכס ג. מהות העסקה ד. המחיר ה. ותנאי התשלום ו. הוצאות ומיסים.   
"רק מסמך כזה, על כל הפרטים החיוניים הללו יעלה בקנה אחד עם כוונת המחוקק ועם ההסדר הרצוי בעסקאות מקרקעין" מאחר ואין בידיו של קפלסוקי מסמכים כאלו דין הערעור להידחות .   
גם חתימה הינה משמעותית הן לצורך דרישת הכתב, לדרישת המסוימות ולגמירת הדעת.

בעבר המסוימות וגמירת הדעת היו כלים שלובים אך עם התפתחות הפסיקה דרישת ההעדה על גמירת הדעת הלכה ונתחזקה וחשיבות המסוימות הלכה וירדה, עם מספר נקודות ציון על הדרך. בפס"ד זנדבנק נ דצינגר אומר השופט שמגר, המסוימות היא יסוד נדרש, אך אין צורך שימצא כל פרט ופרט עד לאחרון שבהם, ומציג את **דרישת המסויימות המרוככת** על פיה ניתן נדרש רק:   
1. מהות העסקה   
2. מהות הנכס   
3. המחיר   
4. שמות הצדדים   
העסקה במדוברת בפסד זה היא עסקת מכר מניות, רחבת היקף, שהתייחסה לשטחי מקרקעין בה לא נדרש כתב. השופט שמגר מזכיר את חוק החוזים החדש, אשר מפרט הסדרי השלמה רחבים, אותם יכול להשלים בית המשפט. ועל כן קל יותר להשלים את הפרטים החסרים.   
השאלה היא לא האם ניתן להשלים וכמה קל להשלים. השאלה היא האם ראוי להשלים. האם נכון לאור החוסרים לחייב את הצדדים להיות קשורים בחוזה מחייב. האם נכון להסיק שהשתכלל חוזה על אף הפרטים החסרים.   
ע"א 158/77 רבינאי נ מן שקד   
חוזה מכר דירה. בו השתכלל זיכרון דברים. הועברה מקדמה לידי המוכרת. והמוכרת לא חתמה על זיכרון הדברים. המוכרת ביקשה להחזיר את כספי המקדמה ולבטל את החוזה.   
השאלה האם השתכלל חוזה. השופט ברק אומר כי המגמה המודרנית הינה להדגיש את מימד גמירת הדעת. אשר למסוימות חשוב כי יהיו הפרטים המהותיים ואת השאר ניתן להשלים.   
הפרטים המהותיים משתנים מעסקה לעסקה. כאשר מדובר בעסקאות מכר טבעי שיהיו: שמות הצדדים, תיאור הנכס, המחיר ומועדי התשלום.   
גם כאן אנו מזהים את אותה מגמה של החלשת המסוימות (וריכוכה)   
לא ניתן כלל לבצע עסקה, ואף לעסוק במשא ומתן בלי שמות הצדדים, מהות הנכס ומהות העסקה. כך שהסעיפים הנותרים (מחיר, מועד תשלום) הם הנתונים לדיון. לפי גישתו של השופט שמגר כאשר המחיר ומועד התשלום סגורים גם כן, השתכלל חוזה.   
מעבר לחמישה סעיפים אלו חסרים עוד סעיפים רבים. אך לפי בית המשפט סעיפים אלו הם המהותיים וכל השאר בטלים בשישים.   
בית המשפט יכול להסיק גמירת דעת מפרמטרים אחרים אך האם זה מושכל לשחוק את יסוד המסוימות משום שבמקרים רבים ניתן לסמוך רק על סמך גמירת הדעת.

בפס"ד בית הפסנתר, הגיע דיון משפטי זה לשיא.   
יסוד המסוימות היה חסר אך גמירת הדעת הייתה מובהקת. במסוימות היה חסר פרק הזמן וישנן 2 גישות של שופטות:   
הש' בייניש: דרישת המסוימות רוככה. ניתן להסתפק בפחות פרטים ולהשלים את החסר. פרק הזמן הסביר.   
הש' דרונר: עניין המסוימות כבר לא רלוונטי. גמירת הדעת היא חזות הכל.   
עמדתה של השופט דרונר בעייתית מ2 סיבות:   
1. דרישת המסוימות מופיעה בחוק   
2. זה חסר משמעות להסתמך על גמירת דעת בהיעדר מסוימות. לא ניתן לתת משמעות אמיתית לגמירת דעת בלי להסתמך על הפרטים. לגמירת הדעת יש תלות בפרטים המהותיים של העסקה.   
מהי מעמדה של דרישת המסוימות לאחר פסד בית הפסנתר.   
פסיקת בית הפסנתר אף פעם לא נהפכה, אך פסיקה זו נתנה בפסיקה שאינה קשורה במקרקעין, וחשוב מכך, גם לאחר משפט זה המסוימות לא נעלמה.   
בית הפסנתר מהווה נקודת קיצון שאכן קיימת.   
ע"א 9255/11 דניאל נ ברלינסקי השתכלל זכרון דברים שהכיל את מהות העסקה, מחיר, הצדדים, מועדי תשלום וביצוע. המחלוקת הייתה בקשר לחבות המס. ברלינסקי, טען כי הרוכש יהיה חייב במלוא סכום המס. ודניאל טען מצידו כי החבות תהייה עד סך 400,000 ₪. שני הצדדים יצאו לברר שוק בכדי לקבל חוות דעת מקדמית. אך בסופו של דבר לא הייתה הסכמה. והנכס נמכר לצד שלישי. דניאל פנה לבית המשפט לפסוק שהשתכלל חוזה בין הצדדים.   
השאלה המשפטית: האם בנסיבות דנן, השתכלל חוזה מחייב בין הצדדים.   
השופטת דפנה ברק ארז: לא השתכלל חוזה, עולה מן הנסיבות שעניין החבות במס היה עניין מרכזי עבור הצדדים. הצדדים גילו דעתם בעניין זה. הצדדים לא הגיעו להסכמה בעניין זה.   
השופטת אומרת שזה לא משנה שלאחר מעשה התברר שחבות המס נמוכה מ400,000 דולר. מה שמשנה זה שהצדדים ראו את נקודה זו כחשובה ולא הסכימו עליה. החוזה נופל על גמירת דעת. אף שאבן הנגף הייתה קשורה למסוימות השופטת מעבירה אותה לגמירת דעת.   
השופט חיות: קובעת כי השלמת פרט חסר ראוי שתעשה רק במקרה בו נשמט מן ההסכם באקראי או בהיסח הדעת. ניתן להשלים אך ורק פרטים שחסרונם אינו גורע ממסוימות ההסכמה בנושאים המהותיים.   
בדבריה של השופטת חיות ישנה הבנה כי יסוד המסוימות הוא יסוד עצמאי. "ההזדקקות למנגון ההשלמה איננה מותרת, במקום בו גילו הצדדים כוונה ולו גם משתמעת לקבוע בעצמה את הפרט החסר." אם בית המשפט מזהה מהצדדים שזהו אחד הצדדים שהם רוצים לקבוע בעצמם ולא הסכימו לא השתכלל חוזה.

**חריג שעולה מפס"ד דניאל נגד ברלינסקי :**   
אם ברור מהנסיבות שהצדדים ראו בהסדר ספציפי הסדר מיוחד עבורם .הפגם לא יורד רק לשורש המסוימות אלה גם שורש יסוד הדעת   
יש ניואנס חשוב בין השופטות דפנה ברק ארז לבין אסתר חיות.   
כאשר ש ארז יותר דובקת בעניין החריג. אם ברור מהנסיבות, שהצדדים ראו בהסדר מסוים נקודה חשובה, הפגם לא יורד רק לשורש המסוימות אלא גם לשורש גמירת הדעת   
בעיני הנשיאה חיות יש יותר חשיבות ליסוד המסוימות ואל לבית המשפט להשלים פרטים חסרים, אלא אם כן נחה דעתו של בית מהשפט שהפרט השומט באקראי או בהיסח הדעת.   
ברירת המחדל של דפנה ארז היא שנשלים את הפרטים החסרים אלא אם הצדדים גילו את דעתם שמדובר בעניין חשוב עבורם, ואם כך, בית המשפט לא ישלים.   
השופטת חיות נוקטת עמדה פחות אקטיבית, בית המשפט ישלים רק אם הפרט השומט באקראי.  
ישנה חשיבות להסכמה על הפרטים המהותיים לעסקה.   
כאשר צד מסויים לא רוצה למצוא עצמו באופן מפתיע כפוף לחוזה מבלי שרצה זאת הנטל הוא עליו. כלומר התפקיד המרכזי במצב כזה הוא 'לשחק הגנה'. להדגיש שוב ושוב שעד שאין הסכמה מסוימת ואין חפיפה לגבי פרט מסויים, אין חוזה. ואם אין גילוי דעת מפורש, אז ישנה חשיפה ברמת סיכון משמעותית שבית המשפט יסיק קיום חוזה, וישלים אותו באמצעות מנגנוני השלמה עליהם נעמוד מיד.   
 **מנגנוני ההשלמה:**לאחר שבית הדין קובע שנכרת חוזה, עדין ישנו צורך להשלים את הפרטים החסרים.   
הצדדים עלולים למצוא עצמם קשורים בחוזה שהתנאים שלו הם לא התנאים שהם בחרו עבור עצמם. וייתכן והיו מעדיפים לא ללכת לבית המשפט שישלים את הפרטים כפי שהסכים. או לא להיקשר בחוזה עם התנאים שביהמ"ש הורה עליהם.   
עניין מקדמי - יש להזקק למנגנוני ההשלמה אם ורק אם השתכנע ביהמ"ש שיש חוזה: העדה על גמירת דעת, מסוימות מספקת ובמקרה הצורך כתב.   
**מדרג מנגנוני ההשלמה:**

1. מנגנון השלמה מוסכם – לעיתים הצדדים במסגרת המשא ומתן ביניהם יסכימו על איזשהו מנגנון השלמה, למשל הפניה למחירון כלשהו, מדד, מומחה. היופי במנגנון זה הוא שהמנגנון מתחקה אחר רצונם של הצדדים. ניתן לומר, שכאשר קיים מנגנון השלמה מוסכם אין באמת חסר בחוזה, גם אם זה לא באופן מדויק.
2. עיקרון הביצוע האופטימלי – מסייע כאשר קיים טווח אופציות מוגדר. כאשר קיים טווח אופציות מוגדר, הצד שמבקש לבצע את החוזה מאפשר לצד שמנגד לבחור מתוך הטווח את מה שהוא מעוניין. לעיקרון זה נדרשים שני חלקים. 1. טווח בחירה. 2. הסכמה של הצד שמנגד.   
   בפס"ד דור אנרגיה נ חמדן – בית המשפט השתמש בעיקרון זה בנוגע לרשימת הציוד.
3. השלמה מכוח נוהל- נוהג ספציפי בין הצדדים – מקור זה יהיה זמין רק כאשר הצדדים היו באיזשהו קשר בעבר, אם היו ביניהם חוזים בעבר של בסיסם התפתח נוהג. זוהי אינה הסכמה קלאסית, משום שבית המשפט מכתיב את רצון הצדדים על פי העבר, אף שרצון זה יכול להשתנות.   
   נוהג כללי – זהו הנוהג המקובל בענף. לדוג': שוטף + 60, אך גם אם הצד צריך זמן תשלום ארוך יותר, ביהמ"ש יכפה עליו את הסדר התשלום המקובל בענף שלו.

השלמה מכוח חוק - בשלל חוקים ניתן למצוא הסדרים כלליים בהם ניתן להיעזר לצורך השלמת החוזה. כאשר מדובר בהשלמה מכוח חוק אנו עוברים מחוק ספציפי לחוק כללי. לדוגמא: אם מדובר בעסקת מכר דירה, נתחיל את מסכת ההשלמה בחוק המכר דירות, אם שם לא נמצא הסדר נעבור לחוק המכר הכללי, ואם גם שם לא, נעבור לחוק החוזים.   
**מנגנוני השלמה בחוק החוזים:**   
סעיף 41 - חיוב שלא נקבע מועד לקיומו, יש לקיימו תוך זמן סביר מכריתת החוזה, במועד שעליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש.   
סעיף 46 – קיום במחיר ראוי כאשר אין הסכמה על המחיר, המחיר יהא המחיר שראוי היה לשלם בעד הכנס או השירות בעת כריתת החוזה.   
הסרים אלו עמומים ורחבים בשביל שבית המשפט יוכל להתאימם לנסיבות. מהו סכום ראוי? לכאורה ניתן לחשוב שהממוצע הוא הסכום האופטימלי. אך יכול להיות שהממוצע קולע לתחום מצומצם מאוד של אנשים. למשל בגנץ נ כץ- הסכום עפ"י השופט הוא 45000 שח. מי קבע שזה ראוי? כשאנו מבקשים לאכוף חוזה, אנו צריכים לדעת באילו הסדרים אנו נקבל את החוזה. האם זה ייצג את האינטרס של הלקוח שלי? או שאולי הם יכנסו למצב שלא ברור מה הם מקבלים וממי.מה זה תשלום ראוי ומה אלה זמנים סבירים? אנו צריכים להמנע כמה שיותר ממצב של השלמות. אנו רוצים לשכנע את בית המשפט שכן היו הסכמות. עניין ההשלמה הוא גם לא מדויק וגם מאוד יקר הן מבחינת הליך ההשלמה והן מבחינת התוצאות .

**גבולות מנגנוני ההשלמה**

1. כאשר ברור שהצדדים ביקשו לאמץ לעצמם הסדר **שונה** מזה המפורט בסעיפי ההשלמה בחוק.  
   ע"א 252/78 ברון נ מנדיס טורס   
   עסקת מקרקעין בה המערער ברון מבקש לאכוף את העסקה. כאשר היו פרוט הנכס, המחיר, ושולמה מקדמה.   
   כתב: הבעיה נגעה למועד המסירה. פרט מהותי הנחוץ לשם עמידה בדרישת כתב.   
   **ס.9 (א)** בחוק המכר: כאשר נכס לא נמסר באופן מידי המסירה תהייה תוך זמן סביר מכריתת החוזה.   
   מועד התשלום **ס.21** לחוק המכר – קובע שהמחיר ישולם במועד המסירה לפי הקבוע בחוק.   
   השופטת בן פורת קובעת כי סעיפים אלו אינו מתאימים לחוזה זה. מאחר וברור שהצדדים ביקשו לאמץ לעצמם הסדר על פיו תתבצע המסירה במועד ספציפי, ולא תוך זמן סביר. ובנוגע למחיר, הצדדים אימצו הסדר של 4 תשלומים כאשר 3 מהם ישולמו לפני המסירה.   
   לכן השופטת קובעת כי לא ניתן להשלים מכוח חוק ועל כן אין חוזה.   
   ע"א 579/83 זונשטיין נ האחים גבסו   
   בין הצדדים נחתם מסמך זכרון דברים בנוגע למכר דירה. חרף ההסכמות המוקדמות החוזה הפורמלי לא נחתם והסיבה הייתה אי הסכמה על מועד התשלום. היו הבדלי גרסאות בין הצדדים בנוגע למועד התשלום והסדרים אלו אינם תאמו את ההסדר בחוק.   
   השופטת מרים בן פורת קובעת כי לא ניתן לעשות כאן הסכמה מכוח חוק ועל כן לא השתכלל חוזה.   
   \*בסופו של דבר בית המשפט נותן לצדדים איזשהו מוצר חוזי. החוזה שעיצב עבורם בית המשפט כאשר הוא נעזר במנגנוני ההשלמה. והשאלה שהשופטים חייבים לשאול את עצמם היא האם המוצר הזה הוא מה שהצדדים ביקשו לקבל? אם הפגיעה היא גדולה עדיף לא להגיע לתוצאה הזאת ולשחרר את החוזה.
2. כאשר הצדדים עצמם לא מצליחים להגיע לכלל הסכמה בעניין מהותי:  
   ע"א 2143/00 לוין נ שולר   
   עסקת מכר דירה שהנושא שלא הוסכם בה הוא המחיר.   
   גרסת הקונה היא שהמחיר הוא 213,000 $ והמוכר טוען שהמחיר הוא "מחיר השוק".   
   הקונה מכניס את המחיר לטעמו לטופס כאילו היה המחיר המוסכם.   
   כנראה שהייתה הסכמה על מחיר אך רצו למכור במחיר נמוך יותר בכדי להוריד את החבות במס.   
   הקונה, שולר, מעוניין בקיום העסקה. והמוכרים אינם מעוניינים מאחר ומחיר השוק עלה.   
   בית המשפט המחוזי קבע שאומנם לא השתכלל חוזה, אך משום שהיה ביצוע משמעותי – העברת תשלום גדולה – הוחלט שהמחיר יושלם בהערכת שמאי.   
   בית המשפט העליון: **דעת הרוב**: השופט שלמה לוין: לא ניתן להשלים את החסר. מבסס את הקביעה בדרישת הכתב. "השלמת התחייבות כתובה באמצעות הוכחתו של הסכם בעל פה שתוכנו שנוי במחלוקת אינה עולה בקנה אחד עם ההלכה על פיה דרישת הכתב מהותית."   
   **דעת מיעוט**: השופטת שטסרברג כהן: מקרה מובהק של חוסר תום לב (ניסיון מובהק לרמות את רשויות המס) ומכאן ניתן להתגבר על דרישת הכתב מכוח עיקרון תום הלב, וההשלמה יכולה להתבצע או לבחור את המחיר שדובר (213) או באמצעות שמאי.   
   אך הרוב פסק שפרט חשוב מעין זה לא ניתן להשלים.   
   גם אם צודקת השופטת שטסברג כהן שהיה ניסיון לא ראוי, עדין המענה לבעיה אינו באמצעות כינון חוזה, מאחר ויש מחלוקת בנוגע לפרט מהותי – המחיר.

**זכרון הדברים**זכרון הדברים היא תופעה נפוצה בעולם המעשה. בישראל פרקטיקה של כינון זכרון דברים. ציר הזמן יהיה: מו"מ---> זכרון דברים ---> חוזה פורמלי   
כאשר אין חוזה פורמלי עולה השאלה מה מעמדו של זכרון הדברים?   
או שמדובר בשלב במשא ומתן שלא הבשיל לכדי חוזה   
או שמדובר בחוזה מחייב   
המדדים לקביעה האם זכרון הדברים מקיים חוזה מחייב או לא:   
א. העדה על גמירת דעת   
ב. מסויימות מספקת   
ג. כתב כאשר מדובר בעסקת מקרקעין.   
ע"א רבינאי נ מן שקד   
נכתב חוזה שכותרתו הייתה זכרון דברים וכלל: מהות הנכס, המחיר, מועד התשלום, שמות הצדדים וכן תשלום מקדמה על סך 15,000. כאשר מחיר המגרש היה 275,000 והייתה חתימה של רבינאי.   
רבינאי מבקשת לחזור בה מהעסקה, וכאן עולה שאלת מעמדו של זכרון הדברים.   
ש ברק: מבחינת לשון המסמך – יש הבדל אם כתוב במסמך "עד שיוכן" (עד שיוכן חוזה פורמלי) זהו חוזה מחייב. אך אם כתוב: "בכפוף לחוזה מחייב" החוזה לא מחייב.   
השופט מדבר על כוונה – גמירת דעת, ועל הסכמה על פרטים מהותיים – מסוימות.   
בנוסף – חתימה אינה הכרחית לצורך כינון חוזה. לא הכרחית לשם מסוימות ולא הכרחית לשם כתב. הצדדים יכולים לחתום בזמנים שונים, ובמקומות שונים. אם ישנה חשיבות לחתימה תהייה זו חתימת המוכר.   
ע"א 692/86 בוקובסקי נ גת   
מתנהל משא ומתן בקשר למכירת מגרש. בפגישה האחרונה השתכלל זכרון דברים בו נקבעו הפרטים המוסכמים. בוקבסקי שהוא מנהל החברה המערערת תולש דף מפנקסו ומסכם בו את הסכמות הצדדים – מחיר, תנאי התשלום ושמות הצדדים. שני הצדדים לא חתמו על המסמך, אך כל אחד החזיק בעותק של המסמך. בסיום הפגישה הייתה לחיצת יד וקביעה למפגש למחרת לחתימה פורמלית. הצדדים לא נפגשים והדירה נמכרת לצד שלישי.   
הקונה מבקש לאכוף את העסקה והשאלה האם השתכלל חוזה מחייב בן הצדדים?   
השופט מצא: קיום חתימה מהווה אינדיקציה חשובה לגמירת דעת, אולם מכאן לא ניתן להסיק את המסקנה ההפוכה. היעדר חתימה לא שולל בהכרח גמירת דעת.   
קיימת חזקת אי התקפות – ההנחה היא שכאשר אין חתימה אין גמירת דעת אבל זו הנחה הניתנת לסתירה.   
השופט קובע שבמצב הזה, ההנחה נסתרת ממספר טעמים:   
א. המסמך עצמו נכתב בכתב ידו של בוקבסקי- המוכר.   
ב. המסמך נוסח כחוזה מחייב   
ג. עותק מן המסמך נמסר לרוכשים.   
ד. בוקבסקי עצמו מודה שאילו היה חותם על המסמך היה נכרת חוזה מחייב בין הצדדים.   
תמיכה נוספת מוצא השופט בנסיבות – לחיצת ידיים, השקת כוסות לחיים.   
אומנם היו פרטים חסרים – מועדי העברת החזקה והבעלות אך השופט קובע שאת אלו ניתן להשלים מכוח דין. **סעיף 26** לחוק החוזים.   
השופט מנתח את עניין החתימה הן מנקודת המבט של גמירת הדעת, הן מנקודת המבט של המסוימות. והן מבחינת הכתב לתפיסתו ניתן לעמוד בדרישת הכתב גם ללא חתימה.

המוקד של פס"ד בוקובסקי הוא החתימה. השופט מצא פירט באופן רחב מהו הדין לגבי החתימה. משמעות החתימה ומשמעות היעדרה.   
כאשר במקרה הנידון ישנן מספיק אינדקציות אחרות המאפשרות לנו להתגבר על ענין החתימה. מן העובדות ניתן להתגבר על אי התקפות.   
על אף כל העובדות, בוקבסקי לא חתם. ייתכן שאפשר להתגבר על היעדר חתימה בעסקת מקרקעין.   
בעקבות פסיקה זו פרסמה שירלי רנר מאמר על "הקלות שבה מכניסים צדדים ליחסים חוזים" שם היא הציגה 2 טעויות.   
טעות מסוג 1: לפסוק שאין חוזה כאשר היה חוזה. fals negative   
טעות מסוג 2: לפסוק שהיה חוזה כשאין חוזה. false negative   
הטעות פחות גדולה כאשר מחייבים צדדים להיכנס לחוזה כשאין חוזה, אך לא תמיד נכון להניח ככה.   
כיום אין רשימה ברורה של מסויימות, אין הכרח בחתימה, יש שיקול דעת של השופטים ואינדקציות של גמירת דעת ואין לדעת מראש כיצד ביהמ"ש ישקלל את אינדקציות אלה. מדוע? משום שהרשימות הפורמליות נזנחו. בייחוד בעידן של טכנולגיה, היה קל להכין רשימה פורמלית.   
  
המגמה מאז בוקבסקי השתנתה מעט בעניין חשיבות פריטים מסוימים.   
ע"א 7193/08עדני נ דוד   
בין עדני הקונה לדוד המוכר נעשתה עסקת מכר. במסמך שכותרתו "זכרון דברים הסכם מפורט עד 13.9.05. המסמך כלל: מחיר, דרך מימון, החנות תועבר על פי פרטים בנספח לעסקה. ולא פורטו מועדי תשלום.   
הנספח לא שוכלל עקב חוסר הסכמה.   
הקונה מדווח למס שבח מקרקעין על העסקה. ורושם הערת אזהרה אשר מונעת מניעה של מכירת נכס לאדם אחר. ביהמ"ש המחוזי קובע שלא השתכלל הסכם מחייב. בעיות הן במסיומות והן בגמירת הדעת. בביהמ"ש העליון נחלקו הדעות. פוגלמן וחיות דעת רוב:   
הנוסח של התאריך יכול להתפרש כחוזה מחייב וכחוזה לא מחייב. כשהצדדים גילו את דעתם שענין מועדי התשלום מהותי עבורם ולא הגיעו לכלל הסכמה בעניין זה לא נתן להשלים פרט זה מכוח החוק.   
השופט עמית בדעת מיעוט: ניתן להסיק גמירת דעת, ניתן להשלים את החסר, ולא מדובר בפרט חיוני מאחר והקונה היה צריך בכל מקרה הלוואה מהבנק ובעקבות כך גם עבור המוכר. המוכר התעקש על מועדי התשלום נבעה משיקולי מס.   
הערה: גם אם צודק השופט עמית, ואף אם יאמר כי אלו אינם שיקולים לגיטימים, הדרך הנכונה לטפל בזה היא אינה הדרך בה בחר השופט עמית. ביהמ"ש ממלא שני תפקידים בו זמנית: יישוב סכסוכים, קביעת הדין מכאן להלאה. השופטים ממוקדים בסכסוך הספציפי ולוודא שחוטא לא יצא נשכר, אך יותר חשוב הוא התפקיד השני שהוא ייצוג הדין למקרים עתידיים.

**הצעות לציבור   
ס.2** סיפא: "הפניה אפשר שתהייה לציבור"

1. הצגת מוצרים בחלון ראווה: ללא מחיר – הזמנה, עם מחיר – הצעה, יוצר כוח קיבול.
2. חוק הגנת הצרכן 17(ב) מגן על צרכנים מפני שינוי המחיר הנקוב.   
   תקנות הגנת הצרכן: (ביטול עסקה) התשע"א – 2010 : מאפשרות לצרכנים לבטל עסקאות תוך 14 ימים בהתקיים התנאים הבאים: 1. מדובר בטובין שעלותם מעל 50 שקלים. 2. הטובין מוחזרים לבית העסק מממנו נרכשו. 3. לא נעשה בטובין שימוש והם לא נפגעו. אם מוחזרים באריזה המקורית זו ראיה לקיום התנאי. בית העסק יכול לגבות דמי ביטוי בסך 100 שקלים או 5%, הנמוך מבין השניים.
3. מודעות:   
   **א.** הצעות שיכולות להניב חוזה בודד (לדוג' מודעה על מכירת רכב ספציפי)   
   **ב**. הצעות שיכולות להניב מספר רב של חוזים. (הופעה, טיסה )   
   חלק מהמודעות יכולות להיחשב להצעות מחייבות, וחלקן לא תחשבנה הצעות מחייבות (התרברבות גרידא).   
   המבחנים:  
   **א**. העדה על גמירת דעת   
   **ב.** מסוימות   
   "עד גמר המלאי" פרופ' שלו טוענת כי אין פגימה בגמירת דעת אלא במדובר בסכ"ה בהגבלה.   
   גם בהיקשר זה ניתן ליצור תבנית מילולית שתאפשר לבתי עסק להעביר לצרכנים מסר ברור שמקובל בהצעה.
4. מודעות פרס   
   ת"א 10458/14 קוזלי ואח' נ מדינת ישראל   
   האחים קוזלי בעת עבדוה ביערות הכרמל איתרו עצמות. הם לא ידעו של מי העצמות, הם גם לא ידעו על ההצעה. הם תובעים את הפרס ממדינת ישראל. השאלה משפטית: האם האחים קוזלי זכאים לקבל את הפרס שמובטח לכל מי שיסיע למצוא את החייל הנעדר?   
   האם קיום באקראי יכול להיחשב קיבול. ביהמ"ש מציג שני תנאים לקיבול כדין:   
    1. הבעה חיצונית. 2. בו זמניות.   
   השופט קובע כי שני היסודות לא התקיימו. ביהמש- המתבונן הסביר לא יסיק כי יש כאן התקשרות בחוזה, ואף המערערים עצמם לא ידעו כי הם נמצאים במהלך מלאכת הקיבול. בהקשר לבו זמניות – מפגש הרצונות צריך להתקיים בו זמנית. התובעים לא התכוונו למצוא את העצמות, ולא ידעו שמצאו אותו. ביהמ"ש דורש קשר סיבתי בין ההצעה לבין הקיבול. כלומר שהקיבול הונע ע"י ההצעה. אלמלא ההצעה המקבל לא היה פועל.   
   carcarlill v carbolic smoke ball קלייל נ סמוק בול   
   הובטח שמי שישתמש בתרופת פלא ולא יבריא. יקבל סכום כסף. החברה אמרה לא באמת התכוונו לשלם וזה היה אקט פרסומי. ביהמ"ש פסק שמודעה בעיתון הייתה במסגרת הצעה עם מסויימות מספקת. הקיבול היה בהתנהגות – רכישה ושימוש באותו מכשיר. ומכיוון שכך, החברה צריכה לשלם כסף למי שלא החלים.   
   lenonarg v pepci לננגורי נ פפסי   
   פרסומת של חברת פפסי במטרתה להביא צרכנים כל מוצר מזכה בנקודות וישנם פרסים שונים לפי הנקודות. ובסוף רואים את גיבור הסרט מגיע במטוס וכתוב – 7 מיליון נקודות.   
   קבוצת אנשי עסקים נגשו לחברה עם 7 מיליון נקודות בבקשה למטוס. המקרה הגיע להתדיינות בבית משפט   
   במהלך הפרסומת הוגשה חוברת בה מפורט הפרסים ושם לא הוצג המטוס.   
   הוחלט שלא הייתה כאן כוונה ליצור יחסים משפטיים מחיבים. הפרסומת הייתה הזמנה שלא הייתה בה יכולת קיבול   
   1. השימוש במוזיקה ובכיתוב הצבאית נועדו ליצור אפקט דרמתי ולהפוך את הפרסמות למעין פארודיה על הצבא   
   2. החוק אוסר על נהג כה צעיר לנהוג באוטו כל שכן במטוס   
   3. הגעה לבי"ס בתיכון אינה אלא פנטזיה והאלמנט הפנטסטי מודגש ע"י תגובות החברים  
   4. המטוס יוצר כמטוס לחיסול מטרות והאדם הסביר לא היה מתייחס אליו כאל כלי תחבורות.  
   5. לנון השקיע 7 מיליון שח ושווי המטוס הוא 23 מיליון שח.
5. מכרזים  
   1. פרסום דבר המכרז – הזמנה. בפרסם מכרז יש פניה לציבור שנקראת הזמנה. מטרתה של ההזמנה היא להניע אחרים להציעה הצעות.   
   2. הגשת ההצעות – שלב ההצעה   
   3. מפרסם המכרז יכולים לבצע קיבול.   
   בין 2 ל3 ישנו שלב של משא ומתן, לעיתים אינטנסיבי. מכרזים אינם מכונות ממכר, יש הרבה דברים שקורים סביב המכרז. ודברים אלה חשובים. כמו בהצעות רגילות ייתכן שלא נגיע לשלב 3, אם ההצעות שהוגשו אינם לרוח מפרסם המכרז. אומנם כשמדובר במכרז העסקה רצינית, אך ניתן לבצע כל עסקה דרך מכרזים. מכרז היא דרך לדעת את מחירי השוק.   
   קהל היעד של מקבלי הפניה – השיקול החשוב הוא לדעת מהם עלויות העסקה, כמה יעלה להיכנס למכרז, לעיתים להיכנס למכרז דורש השקעת כסף ומאמץ רב.   
   כמובן, שרשויות ציבוריות חשובות חייבות לבצע מכרזים, אך כשמדובר במתקשרים פרטיים הזירה פתוחה והם יכולים לבחור מה לעשות. הרבה פעמים יתכן מצב הפוך שבו ההצעה הופכה למעין מכרז. לדוג' אדם שמפרסם על מכירת בית ומספר אנשים שולחים לו הצעות מחיר.

**חזרה מהצעה:**   
ס.3 לחוק   
**(א) הצעה רגילה**. (**הצעה הדירה** – שהמציע יכול לחזור מההצעה)   
ניתן לחזור מההצעה בהודעה לניצע בתנאי שהיא ניתנה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול.   
(**ב) הצעה בלתי הדירה** (הצעה שלא ניתן לחזור ממנה)   
קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור ממנה לאחר שנמסרה לניצע. כלומר ניתן לחזור מההצעה כל עוד לא נמסרה לניצע.   
שני סוגי הצעות בלתי הדירות:

1. הצעה בלתי הדירה עד לתאריך מסוים
2. הצעה בלתי הדירה ללא תאריך או מועד

המציעה שולטת בהצעה, ויכולה לעצב אותה כרצונה, אז מדוע אדם בר דעת יעצב הצעה בלתי הדירה אי פעם?   
ממול עומד צד, שצריך להרהר בהצעה, ולרוב, להרהר בהצעה היא להשקיע מאמץ, בירורים, ועלויות בפעמים רבות. כך שיש יתרון בהגבלת המציע את ההצעה, מאחר והוא נותן ביטחון לצד שכנגד.   
להציע הצעה בלתי הדירה ללא תאריך זוהי דרך מסוכנת, לעיתים התנאים עלולים להשתנות (לדוג' מחירי הדירות בשוק). הדרך הנכונה היא להגביל באמצעות תאריך.   
גם בהצעה רגילה ניתן לקבוע תאריך קיבול, אך הנטל הוא על המציע להדגיש שמדובר בהצעה רגילה.   
לניצע ישנן 2 גזרות חשיפה לסיכון -   
1. המציע יכול לחזור בו מהעסקה   
2. הציבור הרחב שיכול לחטוף ממנו את ההצעה.   
הצעה בלעדית היא הצעה לקהל מסויים או לאדם ספציפי. היא מגינה על הניצע מניצעים אחרים. הצעה בלעדית לא חייבת להיות מוגבלת לניצע אחד.   
כשמציעים הצעה בלעדית מומלץ לוודא שהיא הצעה הדירה.   
מבחינת הניצע, ההצעה האופטימלית היא ההצעה בלתי הדירה בלעדית. וזהו המצב הגרוע ביותר מבחינת המציע.   
במקרים בהם הקיבול הוא באמצעות התנהגות, חשוב לבדוק האם ההצעה היא הדירה או בלתי הדירה.   
\*הצעות פרס בדוגמת מג'די חלבי, פרסומות עד גמר המלאי, יהיו לרוב הצעות בלתי הדירות.  
\*עיקרון תום הלב יכול גם על חזרה מהצעה, לדוג' כאשר נידרש קיבול ע"י התנהגות, תוצאה מסויימת וצד מתקרב להשלמת התוצאה ואז המציע מושך את ההצעה זה יהיה חוסר תום לב.   
**אבחנות אנליטיות -**

הצעות

הצעות בלתי הדירות

רגילות – ניתן לחזור (ס' 3א')

אינן בלעדיות

בלעדיות

אינן בלעדיות

בלעדיות

* ההבחנה הראשונה היא בין הצעה בלתי הדירה להצעה בלעדית. הן אינן אותו הדבר. הצעות מתחלקות לשניים:

1. "רגילות" – ניתן לחזור מההצעה לפי סעיף 3א 2) בלתי הדירות – עפ"י סעיף 3ב.

גם הצעות רגילות וגם הצעות בלתי הדירות כוללות בתוכם הצעות בלעדיות והצעות שאינן בלעדיות.

בהצעה בלתי הדירה לא יהיה סיכון לשינוי דעתו של המציע- כי הוא לא יכול לחזור בו. ובהצעה בלעדית אין סיכון שמקורו בניצעים אחרים – כי היא מיועדת רק לי.

הרבה פעמים הניצעים חייבים לשאת בעליות גבוהות של בדיקת ההצעה – כדי להבין מה טיבה, האם משתלמת.. כאשר הניצע יודע שהמציע יכול לחזור בו מן ההצעה בכל רגע, הוא עלול לוותר על תהליך הבדיקה (בגלל שהוא יקר). לכן לפעמים משתלם יותר להציע את ההצעה כבלתי הדירה.

* הבחנה שניה – בין הצעה בלתי רגילה ללא הגבלת זמן לבין הצעה בלתי הדירה לפרק זמן מסויים.

הצעה בלתי הדירה שאינה מוגבלת בזמן – יכולה לא להיגמר לעולם או להיות לא משתלמת בגלל השינויים בשוק. לעמת זאת, הצעה אשר מוגבלת בזמן תפקע כעבור זמן מוגדר ותחייב את הניצע לקבל החלטה לגבי ההצעה.

סעיף 3ב קובע שאם נקבע מועד לקבלת ההצעה אז ישר ההצעה נחשבת כבלתי הדירה.

הסדר דיספוזיטיבי: המציע יכול לקבוע תאריך פקיעה להצעה ובמקביל לקבוע כי יש לו אפשרות לחזור בו מן ההצעה.

פרופ' סיני דויטש סבור שדי בהתנאה משתמעת בלבד, למעשה ניתן להסיק אותה אפילו מהנסיבות. אך לטעמו של פרחומובסקי אין הגיון לסמוך על כך וכל עוד זה בכוחנו יש להתנות במפורש. אמנם לאחר מעשה יש מקום בהחלט לטענה שדי בכך שאפשרות הביטול משתמעת.

אם אנחנו לא רוצים להיות כבולים בהצעה שלנו – צריך לציין במפורש כי היא לא הדירה.

כאשר ההצעות הן לציבור – צריך לשים לב הרבה יותר לדקויות בהצעה. כי יהיה קשה מאוד לחזור מהן.

כאשר מעצבים הצעות, במיוחד לציבור, בהן הקיבול הוא בהתנהגות, על פניו- אם היא לא הדירה ניתן לחזור ממנה. אך יש מכשול נוסף אליו צריך לשים לב – תום לב. אם הציבור עשה את המאמץ הנדרש מההצעה ולאחר מכן היא חזרה ממנה, זה נחשב כחוסר תום לב.

ס4 **פקיעת ההצעה**   
למקרים אלו נגיע – אם לא חזר בו המציעה, ההצעה תפקע בהתקיים אחד מאלה:

1. עפ"י ס.8א תוך זמן סביר.
2. עפ"י ס.4 (1) כאשר הניצע דוחה אותה
3. אם נקבע מועד לקיבול ההצעה אזי בחלוף אותו מועד.
4. עם פטירת אחד הצדדים או אם אחד מהם פסול דין. ס.4(2) במקרה של תאגידים או חברות, פירוק מפקיע את ההצעה. או ניתן המציע צו לקבלת נכסים.

**דחיה ע"י הניצע -**   
ע"א 379/82 נווה עם נ יעקובסון   
נווה גן מציעה דירות לרוכשים העומדים בתנאים מסוימים ויעקובסון מעוניין באחת הדירות.  
ההצעה- נקבע תאריך מסוים לקיבול (תשלום, סכום מסוים עד לתאריך האמור)   
בעבר, רוכשים לא יכלו להשיג משכנתא עד שהשתכלל חוזה. וליעקובסון והדיירים היה קשה לעמוד בתנאי הגשת ההצעה.   
נציג החברה מזמין את הניצעים יומיים לפני מועד הקיבול ומציע להם לחתום על חוזה אם ישלמו סכום מסוים. יעקובסון אמר בסיום הפגישה שאין לו כסף כרגע. אך לא אמר שהוא לא מעוניין בהצעה.   
החברה הסיקה מאמירתו של יעקבוסון שהוא דוחה את שני חלקי ההצעה.   
יעקובסון טען שהוא קם ועזב בשביל לחפש מימון.   
השאלה המשפטית: האם דוקטור יעקובסון דחה את ההצעה?   
השופט בייסקי: ביהמ"ש מסווג את ההצעה הראשונה כהצעה בלתי הדירה. נשאלת השאלה האם בשלב של ההצעה השניה, יעקובסון דחה את ההצעה.   
כאשר מדובר בהצעה בלתי הדירה, נדרשת דחיה מפורשת ואקטיבית. לא ניתן להסיק דחיה כזו מהתנהגותו של יעקובסון.   
\*כאשר מדובר בהצעה בלתי הדירה נצרכת דחיה אקטיבית.   
 **פקיעה תוך זמן סביר / חלוף המועד הסביר לקבלה**   
ע"א 374/64 רוזנר נ מגן דוד אדום   
מבצע ההגרלות של מגן דוד אדום, כאשר הפרס הגדול הוא מכונית.   
נשלח כרטיס הגרלה לאנשים הבייתה, שזו הייתה ההצעה   
הקיבול היה אמור להיות באמצעות תשלום.   
הכרטיס שנשלח לרוזנר הוא הכרטיס שזכה בהגרלה. אלא שרוזנר לא שילם.   
רוזנר טוען כי הוא ישלם על הכרטיס ושיעבירו לו את המכונית   
השאלה המשפטית: מהו קיבול תקף בנסיבות העניין?   
ביהמ"ש העליון קובע שהקיבול היה באמצעות תשלום. והקיבול היה צריך להתבצע לפני זמן ההגרלה. ביהמ"ש קובע שקיבול הוא בהתנהגות. הצעה, גם כאשר אינה מוגבלת בזמן לא נותרת פתוחה לנצח. אלא יש לקבלה תוך זמן סביר. כשסביר זהו על פי נסיבות העניין ובמקרה הגרלה – לפני ההגרלה.

**סוגיות בדיני הצעה וקיבול**   
קיבול יהיה באמצעות הודעה שנמסרה למציע.   
ס.5 הקיבול יהיה בהודעת הניצע שנמסרה למציע ומעידה על גמירת דעתו של הניצע להתקשר בחוזה על פי הצעתו.   
ס. 6 עוסק בקיבול באמצעות התנהגות   
6(א) קיבול באמצעות התנהגות או בכל דרך אחרת. פנטומימה, מורס, מודרנית או לא וכו'.   
אם דרך זו משתמעת מן ההצעה, כאשר גם כאן אנחנו רואים את חשיבות ניסוח ההצעה.   
לפעמים התשלום עצמו לא יהיה קיבול אלא חלק מביצוע מימוש ההסכם.

* קיבול בהתנהגות: (קשור גם לתניות ביצוע)   
  התחייבות לתוצאה מסויימת: זוהי דרך עדיפה יותר, מאחר ויש גילוי חיצוני, ומדיד.
* התחייבות למאמץ: לרוב קשה למדוד את המאמץ. (למשל רופאים, עורכי דין) לעיתים כדי דווקא לבקש את המאמץ, אבל לשים לב שהגמול לא יהיה גבוה. סיבה נוספת היא אם התוצאה היא קשה להשגה, ואם תתעקש לתוצאה אנשים לא יקשיבו להצעה במקרה כזה.

ס6(ב) אוסר על קביעת שתיקה כקיבול.   
באמצעות סעיף זה אנו מגינים על האוטונומיה של הניצעים. מאחר ואם היה נקבע כי היעדר שתיקה זה קיבול היה חיוב לניצע להגיד כל הזמן לא.   
הוא מתייחס למערכות יחסים חוזיות ראשונות.   
יש חריג מצומצם: אם הייתה מערכת חוזית קודמת בין הצדדים ניתן לקבוע בה שהיעדר תגובה יחשב קיבול. ס.7 חזקת קיבול: הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע חזקה עליו שקיבל אותה זולת אם הודיע למציעה על התנגדותו תוך זמן סביר שנודע לו עליו. הצעה שאין בה אלא לזכות את הניצע, רואים בה כאילו התקבלה, אלא אם כן הודיע הניצע על דחיית ההצעה תוך זמן סביר מרגע שנודע לו עליה.   
כאן המחוקק הפך את כלל ברירת המחדל. במצב הרגיל היעדר תגובה לא מחייב חוזה. אך כאשר ההצעה מזכה את הניצע, היא מתקבלת בהיעדר תגובה. והנטל מועבר אל הניצע המבקש לדחותה.   
הרעיון הוא חיסכון בעלויות עסקה. ההנחה שאם הצעה מזכה נטו, למה שהניצע יתנגד לה.   
בעיות בסעיף:   
- אנשים לא מעוניינים בהצעה   
- לעיתים אדם לא יכול לדעת שהוא ניצע – אז יש שאלה מתי מתקיים זמן היידוע   
- מהו זמן סביר.   
מכוח ההתקשרות הראשונית – חברות כבלים שמכוח החוזה מוסיפות ערוץ.   
ס. 8 מועד קיבול:

1. אין לקבל הצעה אלא תוך זמן התקופה שנקבעה בהצעה. באין תקופה כזאת תוך זמן סביר   
   מאחר והזמן הסביר ישתנה בפרשנות בין שופטת לשופט מומלץ לקבוע תמיד פרק זמן.
2. מצב בו ניתנה הודעת הקיבול בזמן אך נמסרה באיחור (מחוץ לזמן הסביר) מסביבה שאינה תלויה בניצע. נכרת חוזה אלא אם המציע הודיע מיד על דחיית הקיבול מרגע שנודע לו על הקיבול.   
   (לדוג' מצב בו יש צד שלישי שגרם לעיכוב.) הפשרה שקבועה בחוק היא שיהיה תוקף גם להוצאת קיבול שהגיע באיחור שלא באשמת הניצע, אלא אם המציע יעדכן מיד על דחיית מודעת הקיבול.   
   ס.9 קיבול הצעה לאחר המועד- כמוהו כהצעה חדשה. (יש כאן היפוך תפקידים)   
   ס.10 מדבר על חזרה מקיבול: ניצע יכול לחזור בו מהקיבול כל עוד הדבר נעשה לא לאחר שנודע למציע על הקיבול.   
   ס.11 קיבול תוך שינוי: מהווה הצעה חדשה. סעיף זו נמשק עם עניין גמירת הדעת והמסוימות. בכל פסקי הדין בהם עסקנו בכריתת החוזה אין חפיפה מדוייקת, ישנו פרט שאין לגביו הסכמה. כאשר מתמקדים בהעדה על גמירת דעת ומסוימות, פעמים רבות נסיק כמו בתי המשפט, כינון חוזה על אף שינוי קטן. יש מעט אי התאמה בין סעיף זה לדרך הניתוח של בתי המשפט.

**תום לב במשא ומתן ס. 12**סעיף 12 מתייחס לשלב פתיחת המשא ומתן וגם למהלכו.   
סעיף 39 מתייחס לשלב ביצוע החוזה – רלוונטי רק אם מבשיל חוזה.   
סעיף 12(א) קובע שבמשא ומתן לקראת כריתת חוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.   
דרך מקובלת – הסטנדרט המקובל והנהוג בפועל בשטח.   
תום לב – סטנדרט ראוי.   
הפניה לדרך המקובלת מחייבת את ביהמ"ש לבחון מה קורה בפועל בשטח. בתי המשפט לא ששים לבצע בדיקות כאלה, ומעדיפים כמעט תמיד להתמקד בסטנדרט התנהגות הראוי, יש להם בכך הזדמנות להנחיל ערכים ולשפר את מצב החברה, לפי תפיסת השופטות והשופטים. על כן, המוקד של הדיון יהיה בסטנדרט הראוי – עיקרון תום הלב.   
ממילא, הסטנדרט הראוי כאן נדרש ע"י המחוקק. יש צורך בהליכה גם בדרך המקובלת וגם בתום הלב. ומאחר ותום הלב גבוה יותר הדיון המשפטי סובב סביבו.   
לפני חקיקת חוק החוזים, נושא המשא ומתן לא נשלט ע"י שום דוקטרינה חוזית אלא אך ורק ע"י דוקטרינות נזיקיות. מצג שב, תרמית, וצד היה יכול להיפרע ממשא ומתן מהצד שכנגד רק אילו יכל להוכיח שהתבצעה נגדו תרמית או מצד שב.   
חקיקת סעיף 12 הייתה בעלת שני אפקטים   
1. הסדרה של כל תחום המשא ומתן – הביאה אותו אל תוך דיני החוזים   
2. החקיקה הכניסה הרבה עמימות לכל תחום המשא ומתן והפכה את כל תחום זה לרך ועמום בצורה שלא הייתה קודם לכן.   
ס 12 חל מרגע הפתיחה במשא ומתן , אבל העוצמה משתנה והולכת ומתגברת ככל שהמשא ומתן מתקדם. כלומר, החשיפה לסעיף גדולה יותר עם התקדמות המשא ומתן.   
בדור אנרגיה ביהמ"ש המחוזי פסק שלא היה חוזה, אך שלא ננהג בתום לב והצדדים צריכים להמשיך במשא ומתן.   
עיקרון תום הלב במשא ומתן חל על כל מי שמשתתף במשא ומתן והתחולה היא פרסונלית – מלאה: בדר"כ כאשר מיצגים אדם כלשהו, נחשבים שלוחים. ושלוח או שלוחה אינם חבים באחריות כל עוד לא חרגו מהסכמת השולח או השולחת. ס'12 מהווה חריג לכלל הזה. ביהמ"ש ראו חשיבות כה רבה בחובה לנהוג בתום לב עד כדי כך שקבעו שכל משתתף או משתתפת בתהליך המשא ומתן חבים חבות אישית למשא ומתן ואינם יכולים להתחבא תחת החסינות שנותן חוק השליחים.   
 חובת תום הלב היא קוגנטית דהיינו אינה ניתנת להתנאה נוגדת. זהו הסדר כופה.   
השופט שמגר בפנידר נ קסטרו – קבע תום הלב הוא הסדר כופה על החוזה .   
מה המשמעות של החובה לנהוג בתום לב מבחינה מהותית   
השופט ברק בפס"ד בית יולס: לא אדם לאדם זאב אלא אדם לאדם אדם.   
ניתן לתרגם את אמירתו למה ששנוא עליך אל תעשה לחברך.   
ניתן להגיד, שבמסגרת משא ומתן ניתן לנקוט בהרבה טקטיקות ומהלכים שמניבים רווח קטן יחסית אבל מטילים עלות גבוהה על הצד השני. לתפיסתו של גדעון, אלו המצבים שעיקרון תום הלב אמור לטפל בהם. בתי המשפט התירו את הנושא עמום. עיקרון תום הלב, הוא יותר פתוח מהאדם הסביר, אך יש לזכור שהשופט אמר לא אדם לאדם מלאך ואין צפיה להקרבה מהצד השני. המטרה להכניס למרחב מכבד וההגיוני, שיקחו בחשבון את גובה העלות שההתנהגות שלהם מטילה על הצד השני.   
בפסיקה יש קטלוג של מצבים בהם ביהמ"ש קבע שייתכן הפרת החובה לנהוג בתום לב.   
**התנהגויות שעלולות להפר את החובה לנהוג בתום לב במו"מ:**

1. אי גילוי מידע -   
   פס"ד 7/81 מידר נ קסטרו   
   פניני בעל דירה בעל מניות שליטה בחברה ומנהל חב' פנידר, מסייע לחבר תושב חוץ המבקש לרכוש דירה לקראת שובו לארץ.   
   ההסכם היה מול החברה, שהיא בתהליכי פירוק, שזה אומר מצד קסטרו להפסיד -85% מההשקעה. בדיני חברות, המשקיע מקבל 15% מההשקעה שלו.   
   קסטרו מנסה לעקוף את דיני החברות דרך עיקרון תום הלב ולתבוע את יוסף פניני. באמצעות סעיף 12'א ניתן לעקוף תופעה זו.   
   היו 2 בעיות באי גילוי:   
   1. פניני לא סיפר לקסטרו שהקרקע עליה אמור להיבנות הבניין טרם נרשמה ע"ש החברה.   
   2. החברה הייתה בקשיים בזמן כריתת החוזה.   
   שמגר מחייב את פניני באופן אישי. הוא קובע שחובת תום הלב חלה על כל אדם שמשתתף במשא.  
   ומתן, על אף שהחוזה נכרת מול החברה, פניני היה שלוח של החברה וחלה גם עליו חובת תום הלב.   
   הוא קובע שאין מקום להתנאה לא לנהוג בתום לב. המשא ומתן התנהל מול אדם שקסטרו הכיר, הוא היה תושב חוץ ופגיע במיוחד. הנסיבות מעצימות את החובה לנהוג בתום לב.   
   חובת גילוי רחבה – הכוללת פרטים שהצד השני יכול היה לגלות בעצמו. (עניין רישומי המקרקעין) וכל פרט מהותי.   
   השופט שמגר קובע כי זה שקסטרו היה יכול לגלות בעצמו, בהשקעה סבירה, לא פותר את פניני מחובת הגילוי.

לעיתים, השגת מידע כרוכה בהשקעת משאבים רבים. למשל, עורך דין שנותן עצה לפני שמקבל תיק.   
במקרה שלנו, אי הגילוי על רישומי הקרקע, דורש מאמץ מועט מפניני.   
לגבי עניין חשיפת היות החברה בקשיים – זהו פרט מידע שקריטי לצד שכנגד אך יטיל נבואה שמגשימה על עצמה לחברה.   
קו פרשת המים בסוגיה זו היא שאם החברה נמצאת בהליכי פירוק יש צפייה ממנה לגלות את היותה בקשיים.   
יש הסוברים שהעמסת פרטים יכול להוות הפרה של החובה לנהוג בתום לב. (למשל בפרסומות, נכון לסיטואציות מורכבות)   
לפי גישתו של השופט שמגר, הסתרת מידע גם מצד הקונה יכולה לעבור על חובת תום הלב.

1. ניהול משא ומתן ללא כוונת התקשרות   
   קורה במצבים של כוונה לגלות סודות מסחריים מחברה מסויימת או בכוונה לקבל הצעה על מנת להשתמש בה כנתון לשיפור עמדות מול חברה אחרת. חשוב לשים ל2 עיניינים: 1) האם זה משתלם לשני הצדדים. לפעמים מתוך שלא שלמה בא לשמה. נכנסים לחנות מתוך תודעה שלא נקנה, אבל דעתנו יכולה להשתנות, והיא אפילו לא חייבת להתשנות באותו רגע. היו נחמדים אלינו למשל ואז נחזור בעתיד. יש כאן עניין לשני הצדדים. 2) אם אין פה עלות לצד שכנגד, לפעמים יכולה אפילו לצאת מזה תועלת. מראית עין שיש לקוחות / העסק מתקתק. זה יכול להועיל גם אם בסוף לא קונים. מו"מ לצורך השוואת מחירים – לא נחשב כחוסר תום לב. התנהגות תהיה בעייתית כאשר- ידרשו משאבים רבים והשקעה הנוגעים למו"מ. נדרש לבחון את רמת העלויות שההתנהגות מטילה על הצד שכנגד. ככל שהעלות גבוהה יותר, כך יש לראות בסיטואציה חוסר תום לב.
2. פרישה ממשא ומתן בשלב מתקדם   
   סיטואציה כזו יכולה ליפול בגדר המצבים בהם יראה ביהמש התנהגות חסרת תום לב. (דור אנרגיה נ חמדן ביהמש המחוזי)   
   ע"א 2071/99 פנטי נ יצהרי ע"א 800/75 קוט נ ארגון הדיירים. המשא ומתן כבר היה בשלב מתקדם. אחד הצדדים התעקש על פרט מסויים שבעקבותיו פורק המשא ומתן . בשניהם המשא ומתן התקדם ובאיזשהו שלב צד אחד העלה דרישות נוספות ובגללם בוטל המשא ומתן, וביהמש לא ראה בהם הפרת תום לב.   
   צריך להשתמש באופציה הזו בזהירות רבה, יש כאן הנחה מובלעת שאם המשא ומתן התקדם מאוד לקראת חתימת חוזה ומשהו השתבש בצד האחרון, הצד שגרם לשיבוש עבר על תום הלב אך יש להיזהר בשימוש באופציה זו. יש משמעות לכמות הזמן שהמשא ומתן מתמשך כי יש בה השקעת משאבים. אך אין זה אומר שבריחת צד מהמו"מ הוא נהג בהכרח בחוסר תום לב. ישנם פרטים שאינם פעוטי ערך לאחד הצדדים אף שלאדם הסביר הוא פעוט ערך.   
   בנוסף, במהלך המשא ומתן טבעי קודם לסכם את ההסכמות בין הצדדים והמחלוקות עולות ככל שהוא מתקדם.
3. העלאת דרישות בלתי סבירות או בלתי חוקיות   
   בלתי סביר – זהו מושג אובייקטיבי, ויש פתח במשא ומתן לרצון שאינו עומד בסטנדרט האדם הסביר. על כן יש להיות זהירים בהתייחסות למושג זה   
   בלתי חוקי -   
   זוננשטין נ גבסו   
   הייתה דרישה לא חוקית שהובילה לפיצוצו של המשא ומתן.   
   השופטת מרים בן פורת סברה שהעלאת דרישה בלתי חוקית אינה עולה כדי חוסר תום לב.   
   השופט ברק סבר שהעלאת דרישה בלתי חוקית עולה.   
   הסיבה שעומד בבסיס גישתו של השופט ברק, היא שאדם שנמצא במשא ומתן אף פעם לא צריך למצוא את עצמו בדילמה – בין ביטול חוזה לעברה על החוק.   
   חוזה בלתי חוקי יכנס לתמונה רק אם יכרת חוזה, אך סעיף 12 מכניס את הדרישה הלא חוקית לזמן שלפני כריתת החוזה.
4. יצירת מכשולים המונעים מן הצד שכנגד להתקשר בחוזה.   
   ע"א 829/80 שיכון עובדים נ זפניק   
   שיכון עובדים מפרסם מודעה למכירת 60 דירות עד לתאריך מסוים. החברה התכוונה למכור רק 20 דירות וכשהבינה שעשתה טעות ויש הסתערות על הנכס הם איישו את עמדות המכירה בפחות נציגים. בני הזוג זפניק ועוד 24 מועמדים נוספים לא הצליחו לשכלל את החוזה בזמן.   
   זפניק מבקשים את הדירה, ושיכון עובדים עומדים על כך שההצעה המקורית פקעה והציעו להם מחיר חדש ודורשים שיחתמו על התחייבות לא לתבוע.   
   אחרי החתימה והעסקה החדשה, זפניק תובעים את שיכון עובדים.   
   והטענה החזקה שלהם היא שהיה כאן חוסר תום לב.   
   השופטת מרים בן פורת: החברה נהגה בחוסר תום לב ואילו הזפניקים לא היו חותמים הם היו רשאים לקבל את העסקה המקורית, אך משחתמו אין להם יכולת לתבוע עוד.  
   פרוחו': אותו חוסר תום לב הביאם להסכים לחוזה המאוחר. מה שהחברה ביקשה מהזפניקים אינו סביר. הזוג עמדו בדילמה של ביצוע תביעה ללא בית והיו לחוצים לרכוש את הדירה.
5. 6. ניצול מצוקה   
   גנז נ כץ המשודך לא הצליח לבסס את עילת העושק, ושופטי הרוב סברו שאין לו עילה בגין חוסר תום לב. לעומתם השופט קדמי בדעת מיעוט סבר שיש להכיר בעילת תביעה בגין חובר תום לב, וקבע שהשדכן נהג במשודך במנהג זאב, ועל השדכן לגבות 45 אלף דולר.   
   לדעתו של השופט קדמי יש מדרג של עילות. צד שלא מצליח להוכיח את עילת העושק יוכל לרדת רמה אחת למטה ולטעון לחוסר תום לב.
6. ניהול משא ומתן עם מספר צדדים מקבילים.   
   יש הסוברים שניהול מו"מ עם מספר צדדים מקבלים אינו תקין, והוא נגזר מסעיף 2 ניהול מו"מ ללא כוונת התקשרות.   
   פרחומובסקי טוען כי כל עוד צדדים שכנגד יודעים שמתקיים משא ומתן עם עוד צדדים במקביל לא מתקיים חוסר תום לב. אם הצדדים לא ידעו זהו מקרה יותר מעניין, זה מחזיר לסעיף 1 – אי גילוי. אין סיבה לא לגלות פרט זה.
7. התנהלות בלתי שוויונית במכרז   
   ד"נ 22/52 בית יולס נגד רביב   
   בית יולס מפרסמים מכרז לבנית בית אבות ודורשים ערבות בנקאית ממגישי ההצעות ולא מתחייבים להצעה הזולה ביותר.   
   במכרז זכתה חברת רסקו שלא הגישה ערבות בנקאית. לא עמדה בדרישות המכרז. חברת רביב מוחה על תוצאה זו. היא טוענת כי הייתה התנהגות בלתי שוויונית מצד בית יולס.   
   נשאלה שאלה: האם התנהגות בלתי שוויונית במכרז פרטי עולה כדי חוסר תום לב.   
   **דעת רוב**: השופט אלון – שוויון אינו שווה תום לב. וקובע, שמפרסמת מכרז לא חייבת להתנהג בשוויון אלא אם התחייבה מרצונה לעשות זאת.   
   דעת מיעוט השופט ברק ושמגר: חובת תום הלב מכילה את החובה לנהוג בשוויון. אלא אם מפרסם המכרז הודיע מראש שאינו מחויב לנהוג בשיוויון. זהו המקרה החריג מהקוגנטיות של תום הלב.   
   המחלוקת היא מהי ברירת המחדל כאשר מפרסמת המכרז שותקת. האם היא מחויבת לנהוג בשיוויון או האם אינה מחויבת. לפי הרוב, מי שרוצה לנהוג בשיוויון הנטל הוא עליו להודיע כי הוא נוהג בשוויון. לפי המיעוט, אם צד אינו רוצה לנהוג בשוויון עליו הנטל לפרסם זאת.   
   ע"א 4850/96 קל בניין נ נהרם רעננה   
   חברת א.ר.מ עסקה בבניית שכונות מגורים ברעננה והוציאה למכרז להקמת שכונת מגורים ברעננה. קל בניין פנתה למכרז והגישה את ההצעה הנמוכה ביותר. היה מו"מ במהלכו א.ר.מ הפעילה לחץ כבד על קל בניין לשפר את הצעתה כדי לזכות בעסקה, אם כי הדגישה שנדרש אישור מועצת המנהלים. קל בניין הסכימה אבל א.ר.מ התקשרה עם חברה אחרת שלא השתתפה. א.ר.מ למעשה לקחה את ההצעה המנימליסטית הנמוכה של קל בניין והלכה איתה למקום אחר כדי להראות מה כבר הציעו לה.   
   השופט ברק חוזר למחלוקת ופוסק שחובה לנהוג בשוויוניות במכרזים אלא אם כן מפרסם המכרז הודיעו בבירור שלא יעשו כן. היום כלל ברירת המכרז התהפך. וכאשר מפרסם המכרז שותק מחויבותו היא לנהוג בשוויון.   
   התנהלות בשוויוניות תמשוך יותר חברות למכרז. אך כאשר נוהגים בשוויוניות יש להתנהל בזהירות בתנאי המכרז בעיקר במקרים בהם מכריזים על זכיית המחיר הנמוך ביותר.   
   ככל שמעמיסים יותר תנאים מצמצמים את המעוניינים להתקשר. עד כדי מצב שהוא יקרא 'תפור'. מעבר לאי החוקיות שיש בתפירת מכרזים, תפירת מכרז מקעקע את כל היתרונות שיש במכרז אמתי. נדרש לעשות איזון כלשהו. בין עידוד ההתקשרות לבין מציעים שאינך סומך עליהם.

ס.12(ב) **הסעדים אותם ניתן לקבל במקרה של הפרת החובה לנהוג בתום לב במשא ומתן.**    
"פיצויים" בעד הנזק עקב המשא ומתן שנעשה שלא בתום לב או עקב כריתת החוזה שלא בתום לב.   
אלו הם פיצויים שליליים – פיצויי הסתמכות. הפיצויים בסעיף זה היו נזיקיים במהותם.   
בפס"ד זפניק בני הזוג תבעו אכיפה של העסקה המקורית. השופטת מרים בן פורת באוביטר, הביאה את עמדתה שרשימת הסעדים בסעיף 12(ב) אינם רשימה גמורה. ניתן באופן מקומי להעניק סעדים שלא מפורטים בסעיף12(ב).   
ע"א 986/93 קלמר נ גיא   
המשיבים הינם 2 אדריכלים, המערער הינו עלים של מגרש. ההסכם היה שהאדריכלים יבנו 2 בתים על המגרש, בית אחד ילך למערער והשני לאדריכלים. הבנייה החלה אך לא נחתם חוזה.   
קלמר מעלה 2 טענות: מתכחש לקיום העסקה, לא התקיימה דרישת הכתב עפ"י ס.8 לחוק המקרקעין.   
ביהמ"ש המחוזי – לא נערך חוזה בכתב, אך יש מספיק ראיות ולכן צריך ליתן תוקף לחוזה.   
השופט זמיר – מעלה את שאלת תום הלב אל מול דרישת הכתב. גישה פנימית לסעיף 8, הוא מרכך את דרישת הכתב. כחלק מהריכוך, ניתן להכיר באלמנטים שבוצעו כאלמנטים מוכרים וקיבול, ביצוע חלקי – תחליף להסכמה. הביצוע במקרה זה כמעט מוגמר ולכן אין צורך בכתב.   
השופט ברק – הבנייה אינה מהווה תחליף לכתב ודרך זו אינה הולמת את דרישת הכתב המהותי עפי סעיף 8. הישועה תגיע מס.12 – החובה לנהוג בתום לב. במקרים של חוסר תום לב קיצוני, בהם נשמעת "זעקת ההגינות" ניתן להתגבר על דרישת הכתב מכוח עיקרון תום לב.   
יש הבדלים בין השופטים: הגישה של זמיר כונתה גישה פנימית, לפי גישתו יש מספיק כלים בדרישת הכתב על מנת להגיע לאותה תוצאה, וגישתו של ברק גישה חיצונית, הוא בוחר שלא לרכך את דרישת הכתב אלא לפעול באמצעות דוקטרינה חיצונית.   
עיקרון תום הלב הוא עיקרון מכונן במשנה השיפוטית של ברק, ברק ראה כאן הזדמנות לחזק את עיקרון תום הלב. משנתו של השופט ברק הייתה להנחיל עקרונות של התנהגות ראויה.   
גם גישתו של השופט ברק, אינה אומרת שכל אימת שיש הפרה של החובה לנהוג בתום לב ניתן יהיה לבקש אכיפה, האכיפה תהייה שמורה למקרים קיצוניים. אך קשה להגדיר מהו חוסר תום לב קיצוני, וגם נתון לפרשנות. פורחומובסקי – האם במקרה זה אכן נשמעת זעקת ההגינות, שהדיווח על ההסכם נדחה בשביל לחמוק מתשלומי מיסים.   
ע"א 6370/00 קל בנין נ רעננה   
נ.א.ר.מ רעננה מפרסמת מכרז לבניית שכונה חדשה. קל בניין מציעה הצעה זולה ביותר אך מעל מחיר המטרה. מתנהל משא ומתן מול קל בניין במטרה שישפרו את המחיר. נאמר לקל בנין שאם יעתרו לשיפור הפרוייקט יזכו במכרז וקל בניין הסכימו. מכיוון שמדובר בתאגיד נדרש חתימה של מועצת המנהלים. קל בניין ידעו שנגרש חתימה של מועצת המנהלים, אך נאמר להם שזהו עניין טכני. בסוף מועצת המנהלים לא חתמה והפרוייקט ניתן לחברה אחרת שבכלל לא הציעה הצעה. ובמהותם של הדברים השתמשו בקל בניין כפיתיון, זאת אסטרטגיה מבחינת נותן המכרז שמשפר את האינטרסים שלה ומסייע לה לשכלול חוזה טוב.   
כשקל בניין מגישה עתירה, הפרוייקט כבר בוצע, ולכן הסעד היחיד שאפשרי מבחינת קל בניין הוא סעד של פיצויי קיום – פיצויי ציפייה.   
השופט ברק: קובע שאכן מגיע פיצויי קיום לקל בניין. השופט קובע שהסעד הסטנדרטי במקרה הפרת עיקרון תום הלב יהיה פיצויים שליליים. אך כאשר לא השתכלל חוזה איך ניתן לדעת מה הציפייה והפיצויים, החריגה במקרה זה היא שהיה חוזה מפורט וניתן לאמוד את סעדי הקיום. פיצויי קיום לא ניתנים מטעמים טכנים שלא ניתן לדעת מה יהיה הרווח החוזה.   
בשני פסד"ים אלו, ביהמ"ש מעניק תרופות חוזיות קלאסיות על החובה לנהוג בתום לב גם בסיטואציה טרום חוזית.

**פגמים בכריתת חוזה-ביטול**   
**חוזה למראית עין ס.13**בכל הדיון בפגמים נקודת המוצא היא ש**א**. נכרת חוזה **ב**. יש לו חזות של חוזה. והבעיה היא שנפל איזשהו פגם במהלך כריתת החוזה.   
חוזה למראית עין הוא חוזה שמבחינת המראה שלו נכרת חוזה לכל דבר ועניין אך הצדדים יודעים שאין זה חוזה אמתי ותקף. סעיף 13 קובע שחוזה למראית עין הוא בטל .(גם חוזה בלתי חוקי יהיה בטל), בשונה מהפגמים האחרים בהם ישנה אפשרות לבטל.   
מדובר בסעיף 13 על שני סוגים:

1. במראית עין מוחלטת – אין מאחורי החוזה הנראה לעין ולא כלום, הוא תפאורה בלבד.
2. מראית עין יחסית – רק חלק מהסדרי החוזה הינם למראית עין, אך לצידם קיימים גם הסדרים אמתיים.  
   סיטואציה זו אינה רווחת, אך היא אינה נדירה.

דוגמאות למראית עין מוחלטת:

* הברחת נכסים, אדם הנקלע לחובות כלכליים, הוא יודע שאם יפשוט את הרגל הנושים יזכו להגיע לכל נכסיו, דרך אפשרית אחת להתחמק היא להעביר נכסים לבני משפחה. הרבה פעמים במצב כזה, החייב משכלל חוזה למראית עין עם קרוב משפחה ורק ליצור מצג שהנכס עבר לקרוב משפחתו.
* חוק מיסוי דירה שלישית – דרך אחת להתגבר על החוק הייתה לרשום את הנכס על שם הבן כל עוד הם מעל גיל 18. ניתן לעשות זאת בצורה אמיתי, ואפשר לעשות זאת למראית עין בלבד.   
  מראית עין יחסית - שינוי המחיר בשביל להקטין את החבות במס. (לוין נ שולר לא הוזכר מחיר כלל)  
  מצבים אלה נוהגים בחוסר תום לב כלפי צד שלישי או באי חוקיות.

היחס בין חוזה למראית עין (חלקית) לבין חוזה בלתי חוקי: ע"א 630/78 ביטון נ מזרחי   
נחתמת עסקת מכר, שמתועדת בזיכרון דברים נכס מקרקעין שמחירו 400,000 ל"י. בפגישה עם עו"ד מצוין מחיר של 340,000 ל"י. פורץ סכסוך, החוזה הפורמלי לא נחתם. המשיב, מסרב לקיים את חלקו בעסקה, וביטון המערער, מבקש אכיפה של החוזה.   
ביהמ"ש המחוזי סירב לבקשה מחמת אי חוקיות העסקה, השינוי נועד להונות את רשויות המס.   
בית המשפט העליון:   
השופט בכור: העסקה בטלה באשר היא נגועה באי חוקיות ואילו אומצה משנתו של השופט ברק, הדבר היה מתמרץ צדדים לפעול באופן לא חוקי .  
השופט ברק: מערכת שבה נמצאים שני חוזים, חוזה גלוי, שהוא 340,000 ל"י קיים למראית עין, וגם נגוע באי חוקיות. ולצידו יש חוזה סמוי שהוא החוזה האמיתי לגביו, יש לבחון האם הוא מקיים את התנאים הנדרשים, גמירת דעת, מסוימות וכתב, ואם כן יש לקיימו.   
השופט ברק מבטל את החוזה למראית עין, ו'חושף' מתחתיו את החוזה הסמוי שעומד בתנאים הדרושים.  
יש כאן עימות בהקשר של מדיניות שיפוטית ראויה. השופט בכור אומר שבגישתו של השופט ברק יש שיטת מצליח שתיתן תמריץ לאנשים לפעול באופן לא חוקי, אך זה נכון כאשר אין סנקציה פלילית. הסנקציה החוזית אינה האפשרית היחידה ברשויות העניין, ביהמ"ש יכול לאכוף את החוזה ולדווח בד בבד לרשויות המס וליצור באמצעות כך את ההרתעה.   
ס. 31 מאפשר לבית המשפט לאזן בין הצדדים החוטאים.   
בנוסף ישנה יכולת ליצור צדק בין הצדדים באמצעות חוק עשיית עושר שלא כדין: ניתן לאזן בין הצדדים ולהשיב לצד מסויים את הנכסים שהעביר לצד שכנגד (השבה בעין) או את שוויים הכלכלי (השבת שווי)  
גינצברג נ יוסף - נקבע שהסדרי חוק עשיית עושר שלא במשפט, תמיד חלים בכל מצב.   
ס.13 הסיפא:   
אין בהוראה זו כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על חוזה זה.   
רע"א 250/01 בירס נ משכן בירס הם זוג הורים שנקלעו לחובות ומחשש מפני אימת הנושים רכשו דירה ורשמוה על שם בנם שהיה בן 5 באותה תקופה.   
בנם שמואל עובר לגור עם משפחת ולסון כשהוא מתבגר (חבר של הבת שלהם.) , ובהגיעו לגיל 18 הולסונים משכנעים אותו למכור להם לכאורה את הדירה, כדי שתשמש להשגת משכנתא שאותה הם יקחו מבנק משכן. אשר נותן להם הלוואה על סך 870,000. המכירה של הדירה הייתה למראית עין בלבד. הולסונים נכשלים בתשלומים לבנק, הבנק מבקש להיפרע מהנכס המשועבד, ורק בשלב זה למרים ועמרם נודע שהדירה נמכרה לכאורה ומושכנה. הבנק הסתמך על הסיפא בס.13 בתביעתו.   
יש לנו 2 חוזים למראית עין- 1)בין שמואל לבין הוריו. 2)בין שמואל לבין הורי החברה.

אם ההורים היו תובעים- התוצאה לא הייתה אחרת, כי עדיין יש צד ג'. גם מבחינת ההורים של שמואל זה אותו סיפור. הם קשרו חוזה למראית עין עם בנם. הבן המשיך עם מראית העין וההסתמכות של הבנק מבוססת על שני החוזים גם יחד. הוא השתמש בחוזה שבין שמואל להורי החברה, אבל הזכויות הגיעו לשמואל עי החוזה למראית עין עם הוריו, ולכן זכות הבנק גוברת הן על זכויותיו של שמואל והן על זכויות ההורים.

\*הערה- מראית עין חלה בין הצדדים. הבטלות לא חלה על צד ג'. הסייפא יוצרת תקנת שוק. יש שוק דינאמי לנכסים, אם שני צדדים מחליטים לעשות חוזה למראית עין, עליהם להבין כי העניין יכול להגיע לשוק הרחב, ואם אדם תמים ירכוש דבר מהחוזה, הסייפא של סעיף 13 תגן עליו מן בטלות החוזה למראית עין.

**טעות בחוזה**טעות – ס. 14 לחוק החוזים   
מבנה הסעיף:   
14(א) – טעות שהצד כשנגד **ידע** או היה עליו לדעת עליה   
14(ב) טעות שהצד שכנגד **לא ידע** עליה ולא היה עליו לדעת עליה   
14(ג) טעות הניתנת ל**תיקון** – טעות כזו אינה מהווה עילת ביטול   
14(ד) טעות **בכדאיות העסקה** בלבד – טעות כזו אינה מהווה עילת ביטול

**יסודות העילה:**

1. קיום חוזה
2. קיום טעות – פער בין המציאות כפי שהבינה אחד הצדדים לחוזה לבין המצב הפועל.
3. קשר סיבתי סובייקטיבי בין הטעות לבין ההתקשרות בחוזה – עקב.
4. יסודית – רק טעות יסודית שגם אדם סביר לא היה מתקשר אילו ידע עליה.
5. ידיעת הצד שכנגד בכוח או בפועל – נדרשת לצורך 14(א) אך לא נדרשת לצורך 14(ב)
6. הטעות אינה בכדאיות העסקה בלבד. כאמור בסעיף 14(ד) ואינה ניתנת לתיקון כאמור בסעיף 14(ג)

**קיום טעות:**

1. **טעות בעובדה** –   
   דוגמאות: אדם מבקש לרכוש מכונית מאדם אחר בידיעה שנפח המנוע הוא X כשבפועל נפח המנוע הוא Y. אישה מתקשרת עם חברת קייטרינג כי חשבה שחברה זו הייתה החברה באירוע של בת דודה, בפועל זו חברה אחרת עם שם דומה.   
   מתי ניתן לבטל חוזה מכוח עילת הטעות?   
   ע"א 2495/95 בן לולו נ אליאס בהיותה בת 4, נפצעה בן לולו בתאונת דרכים נגרמה לה נכות פיזית והיה חשש לעילה נפשית.   
   השתכלל הסכם פשרה בין בן לולו לבין חברת הביטוח שקיבל תוקף של פסק דין. 7 שנים לאחר מכן חלה החמרה – התגלתה נכות נפשית שהעלתה את שיעור הנכות ל50%. בן לולו מבקש לבטל את החוזה מחמת טעות.   
   האם עומדת לבן לולו עילת הטעות?   
   השופט אור: רק במקרים חריגים יפתחו הסכמי פשרה שקיבלו תוקף של פסק דין.   
   הסכם פשרה קובע חלוקת סיכונים בין הצדדים. "אי הודאות המודעת" – שני הצדדים מבינים ומקבלים על עצמם את העובדה שדברים יכולים להשתנות בעתיד. כל הנוגע לפשרות בענין נזקי גוף כאשר צד מתקשר מתוך אי ודאות מודעת הוא נושא בסיכון המתייחס להתקיימות עובדות אלה בעתיד. ולכן אין בהתרחשותן כדי להביא לביטול החוזה.   
   שני החריגים ניתן יהיה לבטל -   
   **א**. פגיעה כה חריגה בעוצמתה ובטיבה שאינה נכללת בעיקרון אי הוודאות המודעת   
   **ב**. גילוי נוסף המשמיט את הקרקע תחת הסכם הפשרה - כנראה שהכוונה כאן למצבים כמו תרמית או מצג שווא.   
   חריגים אלו אינם מתקיימים בענייננו.   
   מקרים רבים בתחום דיני הנזיקין מסתיימים בפשרות מול חברות הביטוח.   
   \*יש 2 אפשרויות לבסס הסכמי פשרה:   
   הסוג הנפוץ הוא הסוג בו נתקלנו בפסק הדין. בנקודת זמן מסויימת חותכים את הזכויות והמשך הדין מכאן ולהבא. החמרה או שיפור עתידיים לא מאפשרים את ביטול החוזה.   
   סוג נוסף הוא הוא לעשות הסכם פשרה שהוא קצר מועד וקצר טווח, או הסכם פשרה שמשאיר את הפתח לשינויים עתידיים אם ישתנו הנסיבות. לרוב לשני הצדדים אין עניין לשכלל חוזה כזה. מהצד של הנפגע, חשוב לקבל את הכסף כמה שיותר מהר וכמה שיותר הרבה. חברות הביטוח בוודאי שרוצות סופיות ולא להשאיר עניינים פתוחים. יש כאן מימד יותר עמוק, כאשר אין סגירה סופית וחלוקה של כל העניינים, זה ייתן פתח לצד הניזוק לעשות מצב שווא או להחמיר את מצבם כדי לקבל יותר כסף.   
   על כן חשוב לסגור את ההסכמים כשמצב הדברים הוא כמה שיותר ברור. התובעים במקרים רבים מצאים בין הפטיש לסדן – מצד אחד הם צריכים את הכסף כדי לטפל בנזק, אך מצד שני רוצים להמתין כדי לראות את מצב הנזק יותר טוב. פעמים רבות יכול להתרחש שינוי או הטבה במצב הניזוק. כך שגם בלחכות יש סיכון מסוים.   
   ע"א 8972/00 שלזינגר נ הפניקס המערערת היא אלמנתו של אורי שלזינגר שנפטר ממחלת הסרטן.  
   המנוח היה מבטוח בחב' הפינקס.   
   16.3.94 המנוח ביטל את הפוליסה (ביטוח)   
   24.3.96 נודע למנוח כי הוא חולה בסרטן   
   15.1.95 בעצת עורך דינו המנוח משגר ביטול של הודעת הביטול   
   24.1.95 המנוח הולך לעולמו.   
   האם עילת הטעות העמידה למנוח עילת ביטול של הודעת הטעות?   
   מהלך של עורך הדין היה חכם – אין סעיף שמדבר על מהלך זה. הודעת ביטול היא מהלך חד צדדי והיא אינה חוזה.   
   **דעת המיעוט** השופט אדמונד לוי: במקרה זה הפעיל המנוח זכות הנובעת מחוזה – זכות הביטול. סעיפי הפגמים ברצון – עילות הביטול חלים גם על פעולות חד צדדיות מכוח חוזה.   
   סעיף 14 – כיוון שהמנוח טעה בהערכת מצבו הרפואי הוא זכאי לבטל הודעת הביטוח. ובעצם להשיב את החוזה לתקפו. טעותו של המנוח חמורה והשלכותיה קשות – ולכן צריך לאפשר לו לבטל את הביטול מכוח סעיף 14 ב. המנוח ראוי לקבל חלק מכספי הפוליסה – 60 %.   
   השופטת פורקציה: מסכימה שניתן לבטל את הביטול מכוח סעיף 14 – בחלק זה דעתו של השופט לוי מאומץ על ידי הרוב. השופטת מתמקדת בחלוקת הסיכונים הספציפית שנקבעה בחוזה.   
   בחוזה הביטוח נקבע שגילוי המחלה, להבדיל מקינונה בגוף המבוטח הוא האירוע הביטוח שבשלו ניתן לקבל את כספי הפוליסה. אי ידיעת המבוטח על מחלה המקננת בגופו לא מצמיח תביעה כלפי חברת הביטוח. בעיני השופט לוי טען שהפער הוא שהאירוע הבטיחותי הוא קינון המחלה והיא כבר הייתה לפני ביטול העסקה.   
   השופטת אומרת אם כבר היה גילוי של המחלה, ולא היו מדווחים למנוח על הגילוי זהו הפער המשמעותי.   
   קשה להוכיח מתי החלה לקונן המחלה, קשה ולא מומלץ לכרות חוזים על תוצאות שקשה לצפות אותן. אך גילוי זוהי נקודה שאפשר להסתמך עליה ללא ספק.   
   דברים שאינם מדידים אינם נראים הם לא קנה מידה מוצלחים או טובים לשימוש בחוזים.   
   גם אם האלמנה לא קיבלה את כספי הביטוח. פס"ד זה חשוב כי הוא מרחיב את התכולה של עילות הביטול. עד פס"ד זה אף אחד לא חשב שיש מהלך אפשרי לבטל הודעת ביטול. ולפי כל השופטים סעיף 14 חל על כל המהלכים המשפטים ובתוכם הודעת ביטול חוזה.
2. **טעות בחוק**ע"א 2444/90 ארואסטי נ קאשי עסקת קומבנציה – 8 דירות: 3 לבעלים ו5 לידי הקבלן.   
   משתכללים חוזים בין הקבלן לרוכשים ונרשמות הערות אזהרה. הערת אזהרה היא אמצעי בטיחות לפני שהבעלות עוברת על שמם, מכשיר משפטי למניעת חתימות אחרות.   
   הקבלן נקבע לחובות ופושט את הרגל.   
   הבעלים מקשים לבטל את הערות האזהרה בתמורה לפיצוי. הרוכשים האמינו שיש להם זכויות נגד הקבלן אבל לא מול בעלי הקרקע. השתכלל הסכם בין בעלי הקרקע לבין הרוכשים. לפיו הרוכשים ויתרו על הערות האזהרה. והרוכשים מבקשים לבטל את ההסכם מחמת טעות – יצאה הלכה חדשה לפני בית המשפט המקנה לרוכשים זכויות תביעה כלפי בעלי הקרקע.   
   השופט צבי טל: טעות בנוגע לחוק או למצב עניינים משפטי-   
   **א**. מקרים בהם המצב המשפטי ברור – לגבי מצבים אלה ניתן לעלות את טענת הטעות   
   **ב.** מקרים בהם המצב המשפטי אינו ברור – אי אפשר לעלות את טענת הטעות. אי ודאות מודעת. כאשר לא יודעים מה הדין, הוא יכול בעתיד להתברר לטובתך או לרעתך. היה כאן סיכון ביחס למצב משפטי שאינו ברור.   
   המקרה שלפנינו נופל תחת קטגוריה ב'. בעת ההתקשרות החוזה לא היה ברור מה הדין בעניין, הפסיקה החדשה היא זאת ששינתה את פסק הדין, אך לא הייתה טעות אלא שינוי של הפסיקה.   
   ככל שמדובר בהתחרשויות עתידיות שמשפיעות על הצדדים ככאלה הנופלות בסעיף 14 ( ד) טעויות בכדאיות העסקה.

**החרגה - טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה** בכדאיות העסקה **בלבד** ס14(ד) כל טעות משפיעה על כדאיות העסקה, ולכן חשוב להדגיש את המילה בלבד. אם לא היינו מחריגים טעויות אלה חוזים רבים היו באים בגדר אותה עילת ביטול משום שכל אימת שצד לא היה מרוצה מהתפתחות עתידית כלשהי הוא היה יכול לבקש את ביטול החוזה.   
חוזה באשר הוא מגלם ציפיות מסוימות שיש לצדדים אותם הם מבקשים לממש באמצעות החוזה. כשמדובר בציפיות שמיוחסות לעתיד, המחוקק מוציא את כל הציפיות שלא מתממשות מעילת הטעות. הדרך היא התמקדות במילה בלבד.   
מהי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה   
ע"א 406/82 נחמני נ גלאור הונח שחוב המשכנתא הוא על 805 ל"י ולכן הוסכם שהקונה יעביר סכום של 805 ל"י לידי הבנק לשם סילוק משכנתא.   
התברר שחוב המשכנתא גבוה בהרבה, המוכר מבקש לבטל את החוזה מחמת טעות לפי ס14(ב)   
השופט בייסקי:   
קובע כי אין זאת טעות על סמך סעיף 14(א) לחוק החוזים, משום שהקונה לא ידע או היה עליו לדעת על טעותו של המוכר והמוכר גם לא ביטל את החוזה מחמת טעות. לכן, הסעיף הרלוונטי הוא 14(ב). בסעיף 14(ב), יש איזון אינטרסים (שיקולי צדק) של שני הצדדים תוך התחשבות בנזק לצד הטועה מאי ביטול לעומת הנזק לצד שכנגד מביטול:

1. רק בית המשפט רשאי לבטל את החוזה, אם הוכיח הטועה שהביטול מוצדק- וחובה על בימ"ש לשקול שיקולי צדק בהחלטה אם להתערב ולבטל. הנטל הוא על הצד הטוען לטעות להוכיח שאיזון האינטרסים בין הצדדים מחייב ביטול. שהנזק שייגרם לטועה כתוצאה מאי-ביטול הוא גבוה יותר מהנזק שייגרם לצד השני מביטול החוזה.
2. בית המשפט מוסמך לחייב את הצד שטעה בפיצויים, בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

במקרה זה, לאחר הוספת סכום הפיצוי, כל הסיפור יהפוך בלתי כדאי מבחינת נחמני (בשל הנסיבות סכום הפיצוי יהיה כ"כ גבוה כך שעדיף לו "לחיות" עם קיום החוזה)

שיקולים עצמאיים נוספים לסעיף 14 ב':

* חלוף הזמן (כמה זמן עבר עד לפתיחת ההליך הנוגע לביטול) – הדבר משפיע גם על היקף הנזקים והוא גם מדד לשאלה האם הצד הטועה התמהמה ובכך עלול בית המשפט להתחשב בפסיקתו.
* רשלנות הצד הטועה – גם אם הנזק שיגרם לצד הטועה גדול מהנזק שיגרם לצד שכנגד כתוצאה מביטול העסקה, אם הצד הטועה היה רשלן ואין לו על מי להלין אלא על עצמו.

במקרה זה הועלתה טענת הטעות רק 8 חודשים לאחר שנודע למוכר על הטעות, כאשר בינתיים הקונה מחזיק בדירה כ-10 חודשים, השקיע בה כספים מרובים כדי לשפצה ומתגורר בה עם משפחתו. עם זאת, במסגרת סעיף 14(ב) יש לבית המשפט סמכות להורות על כך שהצד הטועה, במידה ויוחלט על ביטול, יפצה את הצד שכנגד שלא ידע ולא היה עליו לדעת. זאת כחלק מעשיית הצדק. אך בייסקי מסביר כי גם אם היו הצדקות לביטול החוזה, הפיצויים שהיו נפסקים למוכר על הנזק שנגרם לקונה היו כה גדולים עד שלא הייתה צומחת למוכר כל תועלת כלכלית מביטול החוזה. לפיכך, קובע השופט בייסקי כי מדובר בטעות שבכדאיות העסקה בלבד ולא פוסק פיצויים לטובת המוכר.

השופט בייסקי קובע דרך אחרת להגיע לאותה התוצאה והיא באמצעות סעיף 14 ד המחריג טעויות שאינן אלא בכדאיות העסקה. שהמוכר נחמני לא העריך נכון את חובו לבנק (הסיבה לכך הייתה הפרשי הצמדה וריבית) ולכן אין המדובר בטעות יסודית אלא בטעות שבכדאיות העסקה- כל הטעות נגעה לכסף והמוכר לא שיערך נכון את סכום המשכנתא כי לא לקח בחשבון את כל אלו שפורטו לעיל.

**מה ההבדל בין טעות רגילה שמאפשרת ביטול לבין טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה**   
דעות מלומדים :   
פרופ' גד טדסקי : טעות המתייחסת להווה או לעבר בעת כריתת החוזה = טעות רגילה מול טעות המתייחסת לעתיד = טעות בכדאיות העסקה – אבחנה במישור הזמן. לדוג:פס"ד וופנה נ אולגש - מיקום הדירה במקום לא שקט כבר בעת כריתת החוזה, הפער היה קיים כבר בעת כריתת החוזה. – טעות רגילה. טעות בכדאיות העסקה – מניה שלא האמירה במחיר   
פרופ' גבריאלה שלו: אבחנה בין תכונות לבין שווי הפער. מתייחסת לתוכנות הנכס או השירות = טעות רגילה. אם הפער מתייחס לשווי = טעות בכדאיות העסקה . לדוג: ספקטור נ צרפתי – מכירת מגרש כאשר ניתן לבנות על מגרש כזה 16 דירות אך הייתה הגבלה על המגרש לפיו ניתן לבנות על המגרש רק 12 דירות. תוכנית ההפקעה התייחסה לתכונות ולא לשווי.   
גובה החוב בפסד נחמני הוא לגבי השווי ולכן זוהי טעות בכדאיות.   
פרופ דניאל פרידמן : מאמין במבחן הסיכון. האם מדובר בסיכון שהוקצה בין הצדדים באמצעות החוזה או שלא. סיכון שהוקצה בין הצדדים אזי אם התממש זוהי טעות בכדאיות העסקה. אך אם מדובר בסיכון שלא הוקצה בין הצדדים לחוזה אזי מדובר בסיכון שהתקימותו מאפשרת עילת ביטול.   
פסד שלזינגר נ הפניקס – הסיכון היה גילוי המחלה והוא טריגר שקבע את טיב החוזה והיחסים החוזיים בין הצדדים. פרוחו: כל המבחן הזה מבחינה תאורטית הוא יפה. אם צד לחוזה הנוטל אחריות על סיכון מסוים, ואותו סיכון מתממש אזי הוא לא יכול לטעון לטעות, זוהי טעות בכדאיות העסקה בלבד, הציפיות של אותו צד לא התממשו, החוזה לא הניב עבורו את הרווח הצפוי, אך אין זה מקנה עילת ביטול כלשהי.   
כל סיכון שהצדדים לא הקצו או חילקו בינהם באמצעות החוזה הוא טעות שיש בה עילת ביטול.   
ניתוח זה הוא תיאורטי. לעיתים יש חלוקת סיכונים ברורה בחוזה – בן לולו נ אליאס היה ברור מהי חלוקת הסיכונים מכאן להבא. אך בהרבה מצבים חלוקת הסיכונים היא פחות ברורה ואם לא נוכל להסיק את חלוקת הסיכונים מהחוזה עצמו נמצא את עצמנו במצב לא פשוט.   
פס"ד הממחיש את הבעיתיות בגישה האחרונה (ע"א 7920/13 כרמל נ טלמון כרמל החזיק ב25% מכנס שכנחשב לנכס משפטי בבעלות משותפת עם האחיות טלמון.   
בשל מצוקה כלכלית הוא רוצה למכור את חלקו בנכס לטלמון. האחיות לא רצו לקנות את הנכס, והוא דחק בהם להיכנס לעסקה. משתכלל חוזה לפיו יקנה החלק של כרמל ב1.55 מליון שח. עסקת as is כל פגם סמוי או שינוי הם לא רלוונטים לעסקה. הקונה נוטל בסיכון של קיום פגמים סמויים מהעין.   
הוחלט שהדירות ישאו במס שבח. יש פניה לשמאי והשמאי חושף שייתכן שהנכס יכול לשמש גם למגורים עובדה שמקפיצה את ערך חלקו בנכס (ל4.4 מליון)   
אדם אחר שהחזיק ב12% מוכר את חלקו ב3 מליון שח. כרמל מבקש לבטל את החוזה על סמך 14(ב) .   
**דעת רוב** – השופטות חיות ופוגלמן: בכלל לא ברור שהייתה כאן טעות. כרמל לא הוכיח כמתבקש לכך, שמדובר בנכס למגורים. – הבעיה בקביעתם שהם בית משפט עליון והם יכולים להכריע בשאלה הזאת.  
עסקת as is מבטאת ניטלת סיכונים הדדית.   
דעת הרוב מסתמכת על מבחן הסיכון של פרופסור פרידמן.   
מיעוט השופט מזוז: יש מקום לבטל מכוח ס. 14(ב) כי יש חוסר צדק משווע כלפי כרמל. אשר לסעיף 14(ד) השופט מזוז בוחר במבחן של טדקסי הטעות מתייחסת לעבר, סיווג הנכס מבחינה נתונית כבר היה כזה בעת כריתת החוזה. ואינה טעות בכדאיות העסקה בלבד. ומבחן הסיכון של פרופ פרידמן – עסקת as is מתייחס למצב הפיזי של העסקה, ולא למצב התכנוני.   
המבחנים נועדו לסייע למערכת המשפט בסיווג בין טעויות רגילות לטעויות בכדאיות העסקה. אך התוצאה שמתקבלת לא תמיד חד משמעית.   
**טעות – יסודות העילה:**   
1.קשר סיבתי סוביקטיבי: על הצד שמבקש ביטול להוכיח שהוא התקשר בחוזה עקב טעות. וההתקשרות בטעות יסודה. ההוכחה של יסוד זה היא על מבקש הביטול.   
2. יסודיות: ישנה דרישה ליסודיות לפי סעיף 14, לא כל טעות פעוטה וקלת ערך תוביל לביטול החוזה. היסודיות מכניסה אלמנט אובייקטיבי בתחום שהוא סובייקטיבי במהותו. צריך להוכיח שגם אדם סביר לא היה מתקשר בנסיבות הללו אילו ידע על הטעות. היא צריכה להיות טעות מהסוג שהיה מפריע גם למתקשר הסביר.   
3. ידיעת הצד השני בפועל או בכוח: נחוצה לצורך סעיף 14(א) ולא נחוצה לצורך סעיף 14(ב) ונחוצה לצורך סעיף 15.

**הטעיה סעיף 15**

1. קיום חוזה
2. קיום טעות – נכנס כל הדיון שסובב סביב סוגיית הטעות. עילת ההטעיה כוללת את דרישת הטעות.   
   ההבדל בין הטעות להטעיה יהיה בסעיפים 3-4:
3. הטעיה ע"י הצד שכנגד או אחר מטעמו   
   הטעיה מקורה לפי סעיף 15 בצד שכנגד או באחר מטעמו. מצריך ידיעה או הרשאה (אותו אחר שמטעה את הצד שכנגד פועל מטעם בהרשאת המתקשר השני)   
   כאשר שלוח פועל באופן מטעה על דעת עצמו אין כאן עילת הטעיה אלא יהיו שתי עילות:   
   א. הפרת עיקרון תום הלב של המטעה (יכול להיות השליח)   
   ב. 14 (ב) טעות שהצד השני לא ידע עליה.
4. קשר סיבתי כפול: מבחן סובייקטיבי בכל מה שקשור בעילות הביטול. כלומר איך הדברים נתפסו מנק' המבט של הצד המבקש ביטול. הצד המבקש ביטול צריכה להוכיח קשר:

1) בין ההטעיה לבין הטעות

2) בין הטעות לבין ההתקשרות בחוזה

**הטעיה במעשה:**ע"א 373/80 וואפנה נ פוגש   
ב6.4.79 אוגש מפרסמים מודעה למכירה: דירת 3.5 חדרים+ חצי דונם במקום שקט תמורת 1,700,000 ל"י. ב7.4.79 הקונים מגיעים אל המוכרים לשאת ולתת הפגישה מתקיים ביום שב. הרוכשים מדגישים את חשיבות המיקום השקט. בתגובה מצהירים המוכרים כי אכן הנכס במקום שקט ומשתכלל חוזה. החוזה כולל תניית "פיצויים מוסכמים" על סך 200,000 ל"י – מי שמפר את החוזה צריך לשלם.   
למחרת השבת מתגלה כי במרחק של פחות מ200 מטרים מהנכס מוקם אזור תעשייה סואן. הקונים מבטלים למחר את החוזה.   
האם עומדת לרוכשים עילת ההטעיה לפי ס.15   
השופט שמגר: כן. המוכרים יצרו מצג שווא אקטיבי הן באמצעות המודעה והן באמצעות ההבטחות. ייתכן כי עצם קביעת המפגש ביום שבת היא כבר הטעיה.   
משכך דין החוזה להתבטל. החוזה לא הופר מאחר והוא חדל להתקיים.   
פס"ד זה ממחיש הטעיה במעשה.   
ע"א 488/83 צנעני נ אגמון   
צנעני מפרסם מודעה למכירת חלקה מכיר מבוקש 1,300,000. אותה חלקה לא הייתה בבעלותו ולא הועמדה למכירה. החלקה הייתה בבעלות גב' צוקר. האחים אגמון מנהלים מו"מ ומשתכלל זכרון דברים מוסכם על המחיר במודעה. במקביל צנעני משכלל חוזה מול גברת צוקר לפיו יקנה ממנה את הנכס תמורת 585,000 ל"י. בשלב זה העובדות נודעות לאחים אגמון והם מבטלים את החוזה מול צנעני ולבסוף קנו את הנכס ישירות מגברת צוקר במחיר של 585,000 ל"י.   
צנעני מבקש לחייב את האחים אגמון על ביטול חוזה. האחים אגמון טוענים שהייתה כאן הטעיה.   
האם הייתה לאחים אגמון עילת ביטול בגין הטעיה?   
הנשיא שמגר: כן. מדוע לא מדובר בטעות שכולה בכדאיות העסקה. האחים הסכימו לרכוש ב1300,000 ל"י והגברת צוקר הסכימה למכור ב585 אלף. שמגר מסביר שהטעות הייתה בנוגע לזהות הצד שכנגד ומעמדו המשפטי. האם הוא בא כוח או בעל הנכס. צנעני הותיר את דברים אלו עמומים ובסופו של דבר אותה טעות, אותו פער, הוביל למפל של שינויים משום שזהות הצד שכנגד היא קריטית בעיצוב תנאי העסקה. מי שעומד מולך בסיטואציה חוזית זהותו ויכולותיו הן בעלות השפעה על עיצוב תנאי החוזה.   
יש כאן עניין של תמרוץ פעילויות רצויות והרתעת פעולות לא רצויות. ייתכן כי במקרה זה הנזק לא היה רב, אך אם נאפשר מהלכים כאלה, הדבר יצור בעיות רבות עבור המערכת המשפטית. אדם כמו צנעני צריך להציג את עצמו כמתווך ויש נורמות מסוימות והגדרה משפטית שמתווכים מחוייבים אליהם. כמו תום לב, דיווח, חוקי השליחים.   
  
**הטעיה במחדל:**   
הטעיה במחדל כדי שתתרחש חייב להיות מקור בדין המחייב גילוי. המקור המרכזי ביותר הינו ס. 12(א) לחוק החוזים, עילת תום הלב. כאשר מדובר בהטעיה במחדל הוא המקור הוא על פי דין, אך קיימת נורמה נוספת שהופרה ע"י המטעה. הפרה של תום הלב מנביעה מערכת נוספת של סעדים. עילת ההטעיה היא עילת ביטול, אך אין היא מאפשרת פיצויים. ביטול חוזה יביא עמו השבה(פיצוי על ההליך המשפטי), פיצויי קיום והסתמכות יגיעו דרך הפרה של תום הלב.   
מה היקף חובת הגילוי לפי ס. 12(א)?   
ע"א 838/75 ספקטור נ צרפתי   
בעלים של מגרש המבקש למכור אותו. נעזר בשירותי מתווך אחד ומתגלה שבשל תכנית הפקעה ניתן יהיה למנות על המגרש 12 דירות בלבד להבדיל מ16 כמקובל במגרשים בסדר גודל דומה.   
מתווך 2 : לא עולה על הבעיה .   
צרפתי רוכש את המגרש מבלי לדעת על ההגבלה. עם היוודע דבר ההגבלה לקבלן ( צרפתי) מבקש לבטל את החוזה + לקבל השבה של הכספים שהועברו. המקרה הזה עולה עד לבית המשפט העליון ושם ישנן 2 דעות , המגיעות לאותה תוצאה , אך הדרך שונה.   
השופט אשר:   
1. הייתה חובת גילוי על המוכר בכל הקשור למספר הדירות לפי ס. 11 לחוק המכר – מחיר הגילוי של אי התאמה בין המוכר כפי שהוא מפורט בחוזה לבין מצבו האמיתי.   
2. הייתה גם חובת גילוי מכוח ס. 12 לחוק החוזים   
3. גם הנסיבות חייבו גילוי משום שהקבלן 'בונה' על מספר הדירות בבניין.   
השופט לנדוי: בנסיבות מסחריות אין להטיל על הצדדים חובת גילוי רחבה הדבר מנוגד לאורח החיים המסחרי ועלול לפגוע במסחר.   
חובת הגילוי חלה רק על פרטים מהותיים שהצד שכנגד לא יכול היה להשיג בעצמו .   
אל לו לבית המשפט להפוך עצמו לשמרטף לצדדים. השופט קובע שטעות שהייתה פה היא אינה הטעיה אך ניתן לבטל מכוח הוראת סעיף 18 לחוק המכר: המוכר חייב למסור את הממכר כאשר הוא נקי מכל שיעבוד, עיקול, וזכות אחרת של צד שלישי.   
 פס"ד זה מדבר על כמה רחבה היא חובת הגילוי. לפי השופט לנדוי חובת הגילוי חלה אך ורק על פרטים מהותיים שהצד השני לא יכול לגלות בכוחות עצמו. השופט אשר נדיב מבחינת המינון של חובת הגילוי ומבחינתו צריך לגלות כל פרט מהותי ואולי אף מעבר לכך. דעתו שצריכה להיות חובת גילוי גם מכורח הנסיבות משום שמדובר בהתקשרות עם קבלן. ניתן בהחלט במידה רבה של צדק לטעון שצרפתי, הקבלן, התרשל. השאלה שנשאלת היא האם התרשלות המוטעה מסתכלת טענת הטעיה. התשובה בפסיקה היא שלא. התרשלות לא מהווה מניעה מבחינת האפשרות להעלות טענת הטעיה.   
**דעת מלומדים אודות היקף חובת הגילוי:**   
פרופ' גבריאלה שלו: לא צריך להיות מצב של אגואיזם מוחלט וגם לא של אלטרואיזם מוחלט אלא יש למצוא את שביל הזהב שיאפשר לצד השני לגלות פרטים שלא יכול היה לגלות בעצמו. יש לגלות פרטים שהצד השני לא יכול לגלות בעצמו. הבעייתיות בדעה זו, אם מאמצים אותה יוצרים במצבים רבים עלויות כפולות– צד אחד יודע פרטים מסוימים, והצד השני צריך ללכת להוציא כסף כדי לעלות על אותו מידע המצוי בידי הצד השני. לפי גישה זו, בפס"ד וופנה מי שמחזיק בנכס יודע למי זה בזבוז כסף שהנכס רועש ובאין צורך בהוצאת משאבים חובה לגלות.   
פרופסור קרונמן: מידע שגילויו מצריך הקצאת משבים הוא כזה שלא חובה לגלות ומידע שנצבר במסגרת פעילות אחרת חובה לגלות. **לדוגמא,** בפסק דין ספקטור נ' צרפתי- לספקטור נודע על ההגבלה התכנונית דרך המתווך, דהיינו לא היה נדרש להשקיע משאבים על מנת להשיג את המידע. על כן, נדרש היה ספקטור לגלות את המידע לקבלן.   
**סעיפי חוק נוספים המחייבים גילוי**:

* **ס.16** לחוק המכר – מחייב גילוי של "אי התאמה בממכר" (כמשמעותה בסעיף 11 לחוק המכר- הוזכר בפס"ד ספקטור ע"י השופט אשר.)
* **ס.8** לחוק השכירות והשאילה – מטיל חובת גילוי על משכיר בנוגע לאי התאמות/ פגמים במושכר.
* **ס.8** לחוק השליחות – מחייב שלוח לגלות לשלוח כל מידע הקשור לשליחות. מקורה בחשש שמא השלוח ינצל מידע שיגיע אליו לטובתו האישית.
* **ס.16** לחוק ניירות ערך – מחייב גילוי מלא של מצב חברה באמצעות תשקיף עובר להצעת ניירות ערך לציבור. כדי שציבור הרוכשים ידע מה מצב החברה באופן מדוייק. יש סנקציות חמורות במקרים של השמטת פרטים או אי גילוי.
* **ס.2** לחוק המכר (דירות) - מחייב קבלן לספק מפרט לקוני דירות. כדי שהרוכשים יוכלו להתרשם מה נכלל בדירה, קריטי בעיקר במצבים בהם הרכישה היא על הנייר בלבד.
* **ס. 8(א)** לחוק המתווכים – מחייב מתווך לגלות ללקוח את כל הפרטים הקשורים לתיווך.
* **ס. 4** לחוק הגנת הצרכן – מחייב גילוי לצרכנים של פגמים מהותיים בממכר.

**מקור גילוי בנוהג** – ביחסים מסוימים המבוססים על אמון ייתכן שיתפתחו נוהגים המחייבים גילוי, למשל ביחסים מקצועיים בין עו"ד ללקוח, בין רופא לפציינט, אשר ביחסים מקצועיים אלו יש רמה גבוהה של אמון. ולכן מתקיימת חובה גובהה של גילוי. הלקוח או הפציינט מצפים מהרופא או העו"ד לחשוף פרטים על מצבם.  
**חובת גילוי מכוח הנסיבות** -   
ע"א 494/79 בית החשמונאים נ אהרוני   
חוזה לרכישת חנות לשם הפעלת עסק הסעדה. לפי ס. 10 בחוזה המוכר מתחייב שלא יהיה עסק מתחרה בתחום ההסעדה בבניין.   
לימים מתגלה שבחלק אחר של הבניין נפתחת מסעדה, וזה מוביל לגילוי שהבניין הוקם על שני מגרשים ע"י שתי חברות שונות והמסעדה המתחרה הייתה בחלק שהוקם ע"י חברת פרנוביץ. כך שהמוכר לכאורה קיים את חלקו בעסקה.   
האם התרחשה כאן הטעיה באמצעות מחדל? העובדה שנבנה בניין בצמידות לבניין זה החברה לא גולתה ע"י החברה.   
השופט בייסקי: לאור העובדה שהבלעדיות הייתה חשובה לרוכש ולאור מבנה הבעלות החריג, היה על החברה המוכרת לידע את אהרוני בדבר מבנה הבעלות והשלכותיו.   
שתיקת החברה הקבלנית עולה לכדי מצג שווא.   
השופט חיים כהן **(מיעוט):** בדר"כ שתיקה לא עולה כדי מצג שווא. אין כאן הטעיה אקטיבית וגם לא מצג שווא. לא ניתן להטיל אחריות על החברה הקבלנית מעצם שתיקתה.   
דעתו של השופט כהן, בנויה לחלוטין על ההבחנה בין מעשה לבין מחדל, שלגישתו לא ייתכן מצג שווא במחדל. מבחינת המציאות אין גישה זו נכונה. בוודאי שמצג שווא יתכן במחדל.   
במקרה שלנו, הרוכש שילם על הבלעדיות, והראה באופן גלוי שזהו פרט מהותי עבורה. ובכל זאת החברה לא ראתה לנכון לחשוף בפניו מידע שידעה מלכתחילה. כיום מקרה זה היה מתקבל גם בסעיף 12 לחוק החוזים – תום הלב.   
**מצב דעתו של המטעה**:   
פרופ' גבריאלה שלו: לתפיסתה המטעה יכול להטעות בזדון, ברשלנות, או בתום לב.   
פרופ' זאב צלטנר: מציע שהטעיה יכולה להתבצע רק בזדון או ברשלנות. בעיניו לא תתכן הטעיה בתום לב. מקרים כאלה נופלים בגדר 14(ב)   
פרופ' דויטש: הטעיה במחדל – רק בזדון ואילו הטעיה במעשה הרי שזו יכולה להיות ברשלנות, בזדון או בתום לב.   
הפסיקה - השופט שמגר : הטעיה יכולה להיות בזדון, במרמה, או בחוסר תום לב.   
משהוכחו יסודות העילה לפי סעיף 14(א), 14(ב) או 15 והחוזה בוטל בעקבות הביטול ישנה חובת השבה ס.20 בכל הקשור להליכי ביטול חוזה.   
ס. 21 קובע שכל צד זכאי להשבה, והיא אינה מוגבלת לצד אחד.   
ס. 22 אין בהוראות אלה כדי לגרוע מכל תרופה אחרת. (ניתן להסתייע, בתום לב, עשיית עושר שלא במשפט, הטעיות מסוימות הם גם עוולה בנזיקין)

**פרוצדורת הביטול:**

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **הסעיף** | **גרימה ע"י הצד השני** | **ידיעת הצד שכנגד** | **יסודיות** | **ביטול אוטונומי או ביטול באמצעות בית משפט** |
| **14 (א)** | לא | כן | כן | אוטונומי |
| **14(ב)** | לא | לא | כן | מחייב בית משפט |
| **15** | כן | כן | לא | אוטונומי |

יוצא שכדי שתהייה אפשרות לביטול חייבים שניים מהתנאים שבטבלה.   
  
**אפשרות תיקון הטעות לפי ס.14 (ג)**   
אפשרות לתיקון החוזה מחייב:   
הסכמה - בסעיף 14(א) ו15 נדרשת הסכמה, שכן –הצד המבטל יכול לסקל את אפשרות התיקון. משום שהוא יכול לשגר הודעת ביטול לפני שנעשה איזשהו מאמץ לפני אפשרות התיקון.   
בעילת ביטול מכוח 14(ב) אין לצד המבקש את הביטול כוח כזה משום שהכל נעשה בתיווך בית המשפט.

האם 14(ג) חל במקרה הטעיה לפי סעיף 15? סעיף 15 שותק. אבל לדעת כל המלומדים שלו, פרדימן, נילי כהן מחזיקים בדעה שתשובה היא כן. אם אפשר לתקן את המעוות זה תקין.   
  
 אפשרות לביטול חלקי לפי סעיף 19 לחוק החוזים. – ניתן לבטל רק חלקים מסוימים של החוזה. מציב 3 תנאים מצטברים:   
א. החוזה ניתן להפרדה לחלקים   
ב. הפגם נפל בחלק אחד של החוזה בלבד   
ג. אין בביטול אותו חלק כדי להשפיע על שאר חלקי החוזה.   
דוגמא: עסקת מכר בחוזה שהשתכלל בנוגע למכירת מקרר ואופניים. נקבע בחוזה מחיר ברור למקרר, ומחיר ברור לאופניים. בשלב מאוחר יותר הקונה מגלה שהמקרר לא מתאים למידות המטבח שלו. נניח שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך. ביהמ"ש מחליט לבטל את החוזה, במצב כזה ניתן לבטל רק את חלק החוזה המתייחס למקרר בלבד.

סעיף 16: טעות סופר:

טעות סופר אינה עילה לביטול החוזה. טעויות סופר יש פשוט לתקן.במצבים מסויימים זה לא טכני כמו שזה נראה. ייתכן אחד משני תרחישים:

1. שני אנשים מסכימים שאכן נפלה טעות ואין בעיה לתקנה. במצב זה הוראתו של סעיף 16 לא מסייעת כיוון שתיקון הטעות נלקח מכוח סעיף 14(ג).
2. אם צד אחד טוען כי זוהי לא טעות סופר אלא זהו התכנון הנכון והמדויק של הסופר, והצד השני מתרעם וטוען כי זוהי טעות סופר גרידא. במקרים כאלו, בית המשפט יידרש למלאכת פרשנות. וכאמור מלאכת הפרשנות לא תמיד תהא קלה.

**כפייה ס.17**

**מרכיבי העילה**

1. קיום חוזה
2. קיום כפיה – כוח, איום, לחץ
3. קשר סיבתי – סובייקטיבי בין הכפייה לבין ההתקשרות בחוזה.
4. על הכפייה להגיע מן הצד שכנגד או אחר מטעמו (מקור הכפייה בצד שכנגד.)

**מה יכול להוות כפיה**

1. **איום בפגיעה פיזית או פגיעה ברכוש**. אדם המתקשר בחוזה אך לא מרצונו החופשי אלא כתוצאה מפחד ודאי שלא התקשר מרצון אמיתי.
2. **איום בפתיחה בהליכים פליליים** -    
   ע"א 784/81 שפיר נ אפל   
   בעל מיכלית להובלת חלב עזר הובלת חלב עובר המשיב.   
   שפיר חשד שאפל תפלל את הרישומים לטובתו, ניסה להגדיל את חלקו בהכנסותיו בעסקה. שפיר מתייצב בביתו של אפל בליווי עו"ד. מטיח במשיב אשמות ומאיים בפניה למשטרה ומתאר את הזוועות שיעבור במשטרה. אפל היה ניצול שואה ובעל רגישות ואחד מבניו איים שישים קץ לחייו. לבסוף אפל מחליט לחתום על התחייבות לפיה הוא מתחייב לשלם כספים לשפיר.   
   למחרת במו ואשתו של אפל מתיצבים במשרד עו"ד בנסיון לסלק את רוע הגזרה.   
   לאחר דין ודברים חותמים השניים על חוזה התחייבות לשלם כפליים.   
   השאלה משפטית: האם באפשרות אפל לבטל את החוזים בשל כפיה?   
   השופטת שטסרברג כהן: במקרה דנן, קמה לאפל עילת ביטול מחמת כפיה.   
   1. כפיה: שילוב הרקע האישי הקשה של אפל, האיום מצד ילדו שישים קץ לחייו והאיום בליווי עו"ד מקיימים את יסוד הכפיה.   
   2. קשר סיבתי – הכפייה לא חייבת להיות הסיבה הבלעדית או אפילו המכרעת להתקשרות. ביהמ"ש מקל ביסוד זה, אין צורך להוכיח שהכפייה היא הסיבה היחידה להתקשר, אלא שהכפייה תרמה להחלטתך להתקשר בחוזה. הקשר הסיבתי צריך להיות סובייקטיבי, כלומר יש מקום לבחון בין אדם לאדם, במקרה זה אפל היה ניצול שואה, ייתכן שאדם רגיל לא היה מתרגש כמוהו.   
   3. האזהרה בפתיחה בהליך פלילי לא נעשתה בתום לב. פתיחה בהליכים פליליים באמצעות הגשת כתב תלונה במשטרה אינה נושא למשא ומתן. הסיבה היא שאם אכן נעשתה עבירה פלילית יש צורך ללבן את הסוגיה ולמצות את החקירה, אך אין מסלול עוקף של הפיכת התלונה לקלף מיקוח. זוהי סחיטה.   
   לכן החריג הקבוע בסעיף 17.ב לא חל בענייננו (אזהרה בתום לב)   
   לעיתים הבחירה בין אופציות שהן לא הכי טובות.
3. **לחץ כלכלי – כפייה כלכלית**   
   עד לשנות ה80 לחץ כלכלי לא הוכר כמצמיח עילת ביטול לפי עילת הכפייה. אך בחלוף הזמן, הפסיקה הכירה בכך שבנסיבות מסוימות לחץ כלכלי יכול להצמיח עילת ביטול מחמת כפיה.  
   פסק הדין ששינה את פני הדין הישראלי הוא ע"א 8/88 רחמים נ אקפומדיה חוזה בע"פ ליזום יריד כאשר הוחלט שהרווחים יחולקו בניכוי כל ההוצאות 25% לרחמים ו75% לחברת אקספומדיה. ההוצאות נאמדו ב50 אלף דולר אשר הוציא למטרת עבודות הכשרה, רחמים, בעל השטח. היריד נפתח. ביום השלישי מסתבר שהיריד לא יצליח. מנהל המערערת תובע מן המשיבה לשאת במלוא העלות 50,000$. השאלה הייתה מי יישא בהוצאות. בסופו של דבר מוסכם שהמשיבה תישא ב40,000$ וב10,000$ נוספים אם יהיו רווחים. חוזה זה הוא שאלת המחלוקת.   
   המשיבה הסכימה לחוזה המאוחר בשל איום מצד המערערת שאם לא תעשה כן ייסגר היריד.   
   המשיבה התייעצה עם עו"ד בדבר אפשרות פניה לערכאות לשם קבלת צו מניעה (מניעת סגירת היריד) אך עו"ד הסביר שאין מספיק זמן לעשות זאת.   
   כעת המשיבה מבקשת לבטל את החוזה מחמת כפיה.   
   בית המשפט המחוזי:   
   האם הייתה חובה על המשיבה לשאת בעלויות אלו אין כאן שאלה של כפיה. אבל חובה זו לא הייתה מוטלת על המשיבה. הכיר בכפיה.   
   בית המשפט העליון: באילו נסיבות לחץ כלכלי יעלה כדי כפיה?   
   כב' השופט מלץ: איום מפתיע העלול לגרום לצד שכנגד נזק חמור ובלתי הפיך. האיום מגיע כאשר המאוים פגיע.   
   כאשר יש אפשרות פניה לערכאות היא שוללת כעקרון כפייה. אלא שאפשרות זו צריכה להיות אמיתית. בנסיבות אלו האפשרות לא הייתה אמיתית, כלומר ריאלית בהתחשב בזמן הקצר. מכיוון שכך יש כאן עילת ביטול בשל כפייה.   
   זהו פס"ד פורץ דרך. יחד עם זאת ישנו אפקט אחר לפסק הדין   
   לכאורה ביהמש אומר שהיה כאן צד פגיע, שיגרם לו נזק בלתי הפיך. אך ישנם אי דיוקים בתיאור המצב.   
   האם באמת המשיבה הייתה חסרת סעד במקרה זה? אם היא הייתה מסרבת לחתום על החוזה, היריד היה נסגר והיא הייתה תובעת את המערער על הפרת חוזה. השאלה כאן היא מי רודף אחרי הכסף בתרחיש זה המשיבה תהייה הצד שרודף אחרי הכסף. במקרה זה, המשיבה הסכימה לחתום, עוד לא שילמה ואז פעלה בצורה משפטית לבטל את החוזה. יכול להיות מצב שהמקרה השני יהיה טוב יותר כאשר ישנם פיצויים מוסכמים בחוזה.   
   בנוסף יש בתביעה בגין הפרת חוזה אי ודאות משפטית. לא היה ברור בהסכם בין הצדדים מי צריך לשאת בעלויות כך שיש סיכון שבית המשפט יקבע שיש חובה על המשיבה לשאת בעלויות אזי כל התביעה הייתה נכשלת. למרות שגם בעילת הכפייה יש אי ודאות כאשר אם ביהמש היה קובע שיש חובה על המשיבה לשאת בעלויות הוא לא היה פוסק שהתקבלה עילת תביעה.   
   ע"א 1569/93 מאיה נ פנפורד   
   מאיה יהלומן רוכש יהלומים ממספר יהלומנים – המשיבים.   
   מאיה מפקיד בידהם המחאות דחויות בתמורה ליהלומים. יום לפני מועד הפרעון מאיה יורד עוזב את הארץ. בשל היקלעות לקשיים כלכליים ולא משלם עבור הסחורה. לתמונה נכנס בוארון שהוא שלוח שפועל מטעם מאיה, והוא פונה לנושים של מאיה ויוזם פניה אישית לכל אחד ומציע לכל אחד שקיק יהלומים בתמורה למחילה על מלוא החוב. + כתב ויתור. ערך הילומים ביחס לחוב לטענת בוארון הוא 60-70% אך לטענת הנושים הוא 30% מהחוב.   
   הנושים לוקחים את היהלומנים ומחזירים את הצ'קים. ואז מאיה חושב שהאיום עליו הוסר ושב ארצה. עם שובו של מאיה לארץ היהלומנים שולחים הודעות ביטול ותובעים את מלא החוב.   
   השאלה היא האם עומדת ליהלומנים עילת כפייה?   
   בית המשפט העליון:   
   השופט חשין: כן. יש כאן כפייה כלכלית: מקורה בלחץ הנוגד את חיי המסחר התקינים. השופט מביא תנאי כפוי של: **א**. איכות – לחץ בלתי ראוי זהו תנאי הכרחי אך לא מספיק.   
    **ב.** עצמה – המעמידה את הצד המאויים במצב של אין ברירה "עסקי".   
   מאיה עזב את ישראל באופן מפתיע מבלי לעדכן את נושיו בעניין מקום מגוריו החדש. שנית הוא לא הודיע אם ישוב ארצה ומתי. היהלומים נמצאו במקום שלא היה ידוע לנושים. הפניה של בוארון ליהלומנים נעשתה באופן יחידני והתבצעה במקומות לא שגרתיים ובזמנים לא שגרתיים. לא הובאו בפני הנושים נתונים מפורטים ואמינים באשר למצבו של מאיה. ולבסוף הילומנים נדרשו אולמטיבית לחתום על הודעות הויתור באיום שאם לא יחתמו לא יזכו בהחזר כלשהו. בנסיבות הללו קבע השופט שנתקיימו שני התנאים של איכות ועוצמה ומתקיימת עילת הכפיה.   
   השופט שמגר: מבחינת כפיה כלכלית התשובה היא לא – היהלומנים הם צדדים מתוחכמים והיו להם אופציות פעולה אחרות. (משטרה, ביהמ"ש) אך יחד עם זאת דין החוזה להתבטל בשל היותו מנוגד לתקנת הציבור. לפי ס.30 זהו חוזה בלתי חוקי.   
   השופט גולדברג: לא הייתה כפייה כלכלית. הנושים פעלו באופן מחושב. הנושים התכוונו לבטל את החוזים על אף שיכלו לעשות זאת דרך צו מניעה.   
   מבחינת פס"ד זה החלקים החשובים הם: התנאים המצטברים של השופט חשין – איכות ועצמה.   
   אך גם לפי השופט שמגר וגולדברג לא הייתה כפיה כלכלית משום שמדובר בצדדים מתוחכמים מבחינה עסקית אשר היו להם אפשרויות אחרות לפעול. מבחינת התוצאה השופט חשין ושמגר סוברים שדין החוזה להתבטל כל אחד מטעמו הוא. השופט חשין פחות קיצוני משום שלמעשה, כאשר שמגר בוחר ללכת בתקנת הציבור מוביל למצב של בטלות מדעיקרא. הוא שולל אפשרות של פניה לנושים מן הסוג שעשה מאיה. והשופט חשין טוען שמדובר בנסיבות ספציפיות של המקרה הזה יש כפייה כלכלית.   
   פרוחו: במקרה זה היהלומנים ניצחו, הם זכו בתוצאה שלה ייחלו. עם שובו של מאיה לארץ, הם ביטלו משום שעמדות המיקוח משתנות. אבל מבחינת התקדים המשפטי, יורדת אופציה משולחן המשא ומתן, של אפשרות של חייב שברח לחו"ל להגיע להסדר של תשלום חלק מהחוק. (במקרה שלנו, מאיה הפסיד יותר משהיה מפסיד אם היה מחלק את החובות שלו). בעתיד האופציה שתיוותר לנושים היא להביא למצב של חדלות פרעון ושל הליכי גביה. והרווח שיקבלו הנושים 13% בערך לפי הליכים אלו.   
   השופט גולדברג וחשין סברו כי מאיה נהג בחוסר תום לב. ועניין חוסר תום הלב מצטרף לעילות הביטול הכפיה.   
   ע"א 6234/00 שאפ נ בנק לאומי   
   חברת שאפ מבקשת הלוואה מהבנק. החברה במצב כלכלי לא טוב.   
   הבנק מתנה את מתן ההלוואה בכך שמנהלי החברה שיפתחו את תוכניות החיסכון שלהם וישתמשו בהן כבטוחות להחזר ההלוואה. בנוסף המנהלים התבקשו לחתום על "כתבי ויתור " כתוצאה מכך נגרמים למנהלים הפסדים. החברה עצמה מתאוששת חוזרת לפסים כלכליים נאותים אבל המנהלים נפגעו מכך.   
   חברה נחשבת לאישיות משפטית נחשבת. דהיינו אין חפיפה בין מנהלי החברה ובעלי המניות לבין החברה. והנושים של החברה לא יכולים להגיע לנכסים של מנהליה. הבנק עושה מסלול חוזי עוקף בו המנהלים יחתמו בדוחות שהמנהלים יחתמו על ערבות מכיסם להשלמה במקרה של חוב. בחלוף הזמן המנהלים מבקשים להיפרע מהבנק על הנזק שנגרם להם עקב פתיחת תוכניות החיסכון. החוזה אותו המנהלים רוצים לסלק הוא כתבי ויתור מחמת כפייה כלכלית.   
   האם עומדת לבעלי המניות ששברו תוכניות חיסכון וחתמו על כתבי ויתור עילת הכפיה?   
   כב' השופט מצא: לא הייתה כפיה כלכלית בהתעקשות הבנק על חתימה על כתבי ויתור. קיום כפיה כלכלית מצריך את אותו מבחן כפול של איכות ועוצמה. שלא התרחש במקרה זה. אמות המידה בהוכחת כפיה כלכלית מכבידות. הכבדת הדרישות הולמת את המגמה המודרנית בהבנת דיני החוזים. דיני החוזים עוסקים במערכות יחסים סבוכות ומורכבות של אינטרקציות כלכליות, חברתיות וציבוריות שרבות מהן אינן מבוססות על חופש החוזים במובנו הקלאסי – אני יכול לבחור ללא שום מגבלות ואילוצים. הרבה סיטואציות אין זה המצב. בפס"ד זה יש חידוש, אינדיקציה אובייקטיבית חשובה לקיום כפיה היא מידת סבירותם והגינותם של מכלול תנאי החוזה. שאפ הייתה במצב כלכלי קשה כשפנתה לבנק בבקשה לאשראי, הבנק בהסכימו לייתן אשראי נטל על עצמו סיכון כלכלי. ולכן דרש בטוחות שישקפו את הסיכון המגולם בעסקה. מנקודת המבט של שאפ הדרישות שהושתו על בעלי מניותיה היו מכבידות ולא הייתה בידה אפשרות אחרת. מבחינת הבנק הדרישות היו לגיטמיות ושיקפו נהגים עסקיים. מנוקדת מבט עסקית, של בנקים התנאים היו סבירים ועלו בקנה אחד עם המקובל ובפועל מתן האשראי הציל את חברת שאפ.   
   מבחינה משפטית השופט מצא מקרב את עילת הכפיה לעילת העושק. בעילת הכפיה אין דרישה שתנאי החוזה יהיו גרועים.

**מקור הכפיה בצד שכנגד:**   
ס.(15) מקור הכפייה יהא בצד שכנגד או באחר מטעמו:   
ע"א 5493/95 דיור לעולה נ קרן   
דיירי בניין התקשרו בחוזה עם חברה המשפצת בתים ישנים. הדיירים מקבלים דירות חדשות ולעיתים נכסים נוספים והחברה המשפצת מקבלת גם היא דירות חדשות. זוהי גם סוג של איזושהי עסקת קומבינציה.   
משפחת קרן הייתה בעלים של שתי דירות בבניין וסירבה להסתפק ב3 דירות לאחר והשיפוץ ותבעה לקבל 4 דירות. החברה לא הסכימה לדרישה .   
בשלב ראשון הדיירים החלו להפעיל מכבש יחסים על משפחת קרן כדי להביאה לחתום. ובעקבות הלחץ משפחת קרן מתרצה וחותמת על 3 דירות.   
בשלב שני משפחת קרן חוזרת בה, השכנים מתנכלים למשפחת קרן וגם החברה – חברת דיור לעולה מגישה תביעה לאכיפת החוזה שנחתם בשלב הראשון.   
משפחת קרן טוענת שחתמה מחמת כפיה. החברה טענה שלא היא זו שהפעילה את הכפייה, היא נבעה מהדיירים האחרים והם אינם שולחים של החברה.   
בית המשפט המחוזי פסק שיסודות העילה מתקיימות באשר החברה יצרה מצב שמכוחו הופעלו היחסים על משפחת קרן.   
בית המשפט העליון: מחליט להשאיר ב'צריך עיון' את השאלה האם במקרה זה מתקיים היסוד הרביעי – כפיה - מקורה בצד שכנגד או אחר מטעמו.   
אבל פוסק שלא הייתה כאן כפיה. היו איום קלים שלא הגיעו כדי כפיה. האיומים הקשים הגיעו בשלב השני. הובאה בבית המשפט עדות של משפחת קרן, שנשאלה מדוע לא פנתה למשטרה שהוגשו אליה איומים, הם אמרו שהם לא פחדו ומכאן ביהמ"ש הגיע למסקנה שלא נשלל מהם רצונם החופשי. לא כל סוג של איום יכול לעלות לכדי חוזה. אך ישנה אפשרות להגיש טענת כפיה כאשר הלחץ אין מקורו מהצד שכנגד במובן המקובל של המילה. (במקרה זה כאשר הדיירים הפעילו לחץ הם עברו לצד השני של העסקה כתוצאה מהעמדת האינטרס שלהם מול האינטרס של הדיירים. החברה היא זו שיצרה את מקור הלחץ. למשל, ייתכן שהחברה אמרה לא נוכל להמשיך במשא ומתן עד שמשפחת קרן לא תסכים ובכך גרמה לדיירים להפעיל את הלחץ על משפחת קרן)   
בעניין הכפייה יש את סעיף 17.ב לפיו אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לעניין סעיף זה.   
שפיר נ אפל נקבע שאיום על מנת ליצור הליכים פליליים אינו בא במסגרת סעיף 17.ב אכיפה פלילית אינה נשוא להסדרה חוזית.   
איליט נ אלקו – נפסק שאזהרה בתום לב על כוונה לממש ערבויות נכללת בסעיף 17.ב ואינה חשבת לאיום  
המבסס כפיה . **ביטול** על הביטול להתבצע תוך זמן סביר במקרי כפייה, מרוץ הזמן מתחיל לא מרגע הפעלת הכפייה אלא מרגע שהוסרה. (פס"ד מאיה)

**עילת העושק**  **יסודות העילה** – ס.18

1. קיום חוזה:
2. מצב ה'עשוק': העשוק הוא הצד המבקש ביטול. חולשה שכלית, חולשה גופנית וחוסר ניסיון. החולשה צריכה להיות כבדת משקל אך יכולה להיות ארעית וחולפת.
3. התנהגות הצד שכנגד: נדרש ניצול של המצוקה ע"י הצד שכנגד או אחר מטעמו.
4. קשר סיבתי סובייקטיבי: נדרשת ידיעה בפועל או בכוח – עצימת עיניים רשלנית.
5. הקשר צריך להיות בין ניצול המצוקה לבין ההתקשרות בחוזה .
6. גריעות תנאי החוזה – תנאי החוזה צריכים להיות גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל.

ע"א 403/80 סאסי נ קיקאון   
בינהם התקיים חוזה להחלפת נכסי המקרקעין . סאסי הם בעלי דירת 4 חדרים ששוויו המוערך הוא 52,000 ל"י. ולקיקאון יש בית משפחתי ששוויו המוערך 140,000 ל"י. והיא מתקשרת חסרת ניסיון בעלת חוות דעת פסיכאטרית שהיא סובלת מחרדות וקל להשפיע עליה.   
לאחר שנענתה קיקאון, עברה לדירה היא נוכחת כי הדירה אינה מתאימה לצרכיה וכי יש בה בעיות רבות. היא תובעת לבטל את החוזה דרך עילת העושק.   
השופט טירקל: התשובה חיובית.   
**מצב העשוק**: השופט טירקל קבע כי החולשה הרלוונטית חייבת להיות כבדת משקל, אין די בחולשה קלה, או בשיקול דעת מוטעה. חייבת להיות חולשה חמורה ומתמשכת. השופט לנדוי ושטסרברג קובע שהחולשה יכולה להיות גם ארעית וחולפת.   
חולשתה של גברת קיקאון היא שהיא הייתה חסרת ניסיון.   
**קשר סיבתי**: ש' טירקל קובע שצריך שיהיה קשר סיבתי סובייקטיבי. לקביעתו הצד שכנגד צריך להיות מודע לעסקה ,או לנקוט בעצימת עיניים רשלנית. הוא קובע שהיה על בני הזוג סאסי להיות מודעים למצבה של קיקאון. נדרשת ידיעה בפועל או בכוח.   
**גריעות תנאי החוזה:** מבחינת גריעות תנאי החוזה. יש פער ניכר בשווי הנכסים המוחלפים.   
נקבע שגריעות תנאי החוזה תימדד ביחס למקובל. (כמו בפס"ד ש.א.פ בע"מ נ' בנק לאומי לישראל – השופטים בחנו את סבירות ההסכם בהתאם לחוזים מאותו הסוג ובהתחשב בסיכונים ששני הצדדים נטלו על עצמם)   
ע"א 719/78 איליט נ אלקו   
איליט היא חברה קבלנית, אלקו חברת הייטק.   
החוזה היה חוזה לבניית מבנה תעשייתי מתקדם עבור חברת אלקו. במסגרת החוזה אלקו דרשה הפקדת ערבויות למקרה של עיקוב בביצוע. היה עיקוב בביצוע, ואלקו הודיעה על כוונתה לממש את הערבויות. בתגובה להודעה זו התנהל משא ומתן קדחתני בין הצדדים בו איליט נטלה על עצמה התחייבויות נוספות כמו גם ערבויות נוספות שזה היה החוזה השני.   
לאחר סיום הפרוייקט איליט ביקשה לבטל את החוזה בטענות כפייה ועושק.   
השופט שמגר: הקושי במקרה זה הינו 'מהו המקובל'. בפנינו חוזה ייחודי. ביהמ"ש קבע שבמקרים בהם אין מקובל יחליט ביהמ"ש לפי מה שנראה לו ראוי וצודק – אמת מידה אחרת. ביהמ"ש קובע שתנאי החוזה לא היו גרועים במידה בלתי סבירה. הוא מחלק ל3 מצבים אפשריים:

א. **המקובל, ידוע והוגן** – במצב כזה מאמצים את המקובל כקנה מידה מבחינת גריעות תנאי החוזה  
ב. **המקובל אינו ידוע** – בית המשפט מאמץ את אמת הצדק שלו.   
ג. **המקובל ידוע אך אינו הוגן 'מנהג סדום'** – כאן יש מחלוקת, השופט שמגר אומר שאין להתערב, וברק משאיר ב'צריך עיון'.   
  
**היחס בין עילת העושק לבין עילת חוסר תום הלב במו"מ**גנז נ כץ גנז מבקש לבטל את החוזה בטענת עושק. טענת חוסר תום הלב לא הועלתה.   
נשאלה השאלה האם התקיימו יסודות עילת העושק   
השופט קדמי (**דעת מיעוט**): טוען שלא מתקיימים יסודות עילת העושק. לא הוכח יסוד המצוקה שנדרש לשם עילת העושק. גנז היה תחת לחץ אבל זה לא עלה כדי מצב של חומרה ושקיעה(נפשית) ממש. אבל יש חוסר תום לב מצד כץ. באשר כץ נהג בגנז מנהג זאבים. סבירותם של תנאי החוזה יש תמורה של סכום גבוה בתוכו דרישה של תשלום סכום זהה אם יהיה צורך בסיוע, ביחס לשירות אותו כץ נותן. המחיר הנוהג בשוק הוא 3,000$. השופט קובע להכפיל את מכיר השוק ב10 ולהוסיף עלויות של מחצית מהסכום לפי הקבלות שגנז הציג. להעמיד את הסכום החוזי על 45,000$ שלדעת השופט קדמי אילו כץ נהג בתום לב זה הסכום אליו היו מגיעים.   
השופט שלמה לוין: מסכים שלא היה עושק במקום זה, ולעניין טענת חוסר תום הלב, טענה זו לא הועלתה עלי גנז בכתב התביעה. וממילא אין מדד שוק.   
השופט יצחק זמיר: אין עושק. לעניין תום הלב מסכים שיש לדחות את הטענה מטעמים פרוצדורלים אבל מוסיף גם טעם מהותי והוא שיש כאן בצד מתוכם – איש עסקים שעסק בעסקאות בסכומים מקבילים. עיקרון חופש החוזים הוא עיקרון חשוב ויש לצמצם בהחלת עקרון תום הלב. 'אסור שמקרה קשה ישבש את הדין'. אחרת יבלע עיקרון תום הלב את חופש החוזים ויערער את היציבות החוזית.   
**לגבי פסק הדין והעילות:**   
גנז לא ניצח בבית המשפט העליון בשל טעמים פרוצדולים (לוין) ומהותיים (שמיר) יחד עם זאת ברור לחלוטין שניתן להשתמש בטענת חוסר תום הלב כטענה משלימה שנטענת לצד טענת העושק. ההבדל הגדול הוא שעילת העושק מאפשרת ביטול החוזה, ואולי גם השבה, ואילו עילת חוסר תום הלב מאפשרת קבלת פיצויים או שינוי תנאי החוזה.   
הוספת המימד של תום הלב או היעדרו פוגע ביציבות החוזה ומעלה סוגיות לא פשוטות. מאחר ולא מספיק לפסוק שהיה מקרה של חוסר תום לב, לאחר מכן צפויה מלאכה לא פשוטה של התאמת החוזה. לפי דעתו של השופט קדמי, אילו המו"מ אם לא היה תום לב, זה היה הסכום שאליו הצדדים היו מגיעים, אך אין דרך לדעת זאת. זוהי שאלת מדיניות שעומדת על הפרק. השופט קדמי מבקש להמיר את המחיר החוזי שעליו הסכימו הצדדים במחיר הראוי לתפיסתו של ביהמ"ש. השאלה הראשונה היא מוסדית. מי צריך לקבוע- המחוקק, ביהמ"ש? אם מאמינים במהלך כזה הדרך הכי לא נכונה לעשות זאת היא באמצעות ביהמ"ש. מאחר ולשופטים יש הבנה אחרת של מה ראוי, ואין להם מידע ויכולת לאסוף מידע כמו שיש למחוקק או לרשויות רגולטוריות שיכולות לצאת לשטח. שינוי כזה באמצעות עשייה שיפוטית אינו נכון. השופט זמיר אומר שהסכום אומנם היה גבוה, אך לא ברור שהיה מופרז. אי אפשר לבודד את משרת השידוכים ולפקח על המחירים שלה.   
לאחר פס"ד זה גנז תובע את כץ לדין תורה. כץ מבקש את להעביר את הדיון לתל אביב. כץ לא מתייצב ופוחד ממה שיפסוק בית הדין הרבני. ואז כץ מחשב מסלול מחדש, וטוען שיש כאן בוררות אלא שהסכמה לבוררות מצריכה כתב. ולא היה מסמך בכתב. בית הדין קבע שמכיוון שכץ הוא זה שביקש את העברה לתל אביב הוא מנוע מלומר שלא היה מסמך בכתב משום שהוא ביקש להעביר את הדיון לתל אביב. בסופו של דבר הצדדים הגיעו לפשרה. (לפי השמועה על 40,000)

**חוזה פסול – ס.30,31**הגישה המסורתית – התעלמות, כלומר, בטלות במובן הקשה והבלתי מתפשר. כל אימת שביהמ"ש היה נתקל בחוזה שנעשה באופן פסול הוא היה פוסל את החוזה לגמרי. מתוך עניין להרתיע צדדים מלקשור חוזים באמצעים בלתי חוקיים, באמצעות שלילת האכיפות המשפטית.   
הגישה המודרנית – הגישה המסורתית יצרה 3 בעיות עקרוניות.   
**א**. התוצאות הקניניות של העסקה נותרו בעינן: גם אם היו לא צודקות.   
**ב**. במקרים רבים הצדדים לא חטאו במידה שווה.   
**ג.** בשל התוצאות הקשות, ביהמ"ש נטו להעלים עין מפסלות החוזה. קורה פעמים רבות כאשר הסנקציות המשפטיות קשות יש נטייה להתעלמות.   
**ס. 30** קובע את בטלותו של החוזה הפסול. חוזה פסול בטל מדעיקרא.   
**ס.31** שהוא החידוש בחוק קובע שבמקרים בהם חוזה בטל יש הכלה של הסדרי ההשבה הנמצאים בסעיפים **19 ו21,** ומעבר לכך מאפשר לביהמ"ש לפטור צד מחובת ההשבה באופן חלקי או מלא, ומאפשר לביהמ"ש להורות לצד לבצע את חיובם באופן חלקי או מלא. סעיף זה מאפשר לביהמ"ש לטפל בכל הבעיות שנבעו כתוצאה מאי חוקיות החוזה.   
כמובן שיש מחיר לס.31 והוא הרתעה, ככל שמוכנים לטפל בחוזים פסולים כך קטנה ההרתעה, ומן הסתם גדלה הנכונות לשכלל חוזים פסולים.   
בעניין ההרתעה ניתן לטפל דרך מקומות אחרים בעולם המשפט למשל משפט פלילי, דיני עונשין וכו'.   
חלק מהקושי בחוזים בלתי חוקיים הוא לאתר אותם. הצדדים אינם ששים לדווח לשלטונות על אי החוקיות. בעבר, אם לא היה ניתן לקבל סעד מבית המשפט, אין תמריץ ללכת לביהמ"ש. בגישה המודרנית, כמו במקרה של קלמר נ גיא, מגיעים לביהמ"ש משום שצדדים בחוזה בלתי חוקי, מבינים שלעיתים שווה להם להציף את אי החוקיות משום שכיום הם יכולים לקבל סעד מכוח ס.31 ובמובן הזה סעיף 31 יכול לתמרץ צדדים לחשוף מקרים של אי חוקיות.   
 **ס.30 -**חוזה שכריתתו, תוכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסרים או סותרים את תקנת הציבור, בטל.  
עניין הבלתי מוסרי נבלע בתוך תקנת הציבור. כל עניין המוסריות או העדרה, לא צריך להעסיק בפרקטיקה.   
על כן נתרכז באי חוקיות, ובסתירה של תקנת הציבור ( של אחת מהאופציות : מטרה, תכן, כריתה)   
**החוזה הלא חוקי**   
**כריתה** בלתי חוקית: לעיתים ישנן הוראות המתייחסות לכריתת חוזה, במיוחד כשמדובר בחוזה רשות (רשות ציבורית) ישנם חוזים שמחייבים פרוצדורה ספציפית בהליך הכריתה.   
רע"א 3910/08 מועצה מקומית כפר קרע נ מגן דוד אדום. סעיף 193 לצו המועצות המקומיות מחייב חתימת: המועצה, ראש המועצה, גזבר – על כל התקשרות. מה שהפך את הליך הכריתה לבלתי חוקי. קל בניין לא עסק באי חוקיות אך מה שקרה שם שהייתה חסרה חתימה של חבר המנהלים. שם העסקה נעצרה לפני החתימה, אך במקרה והחוזה היה רץ ללא החתימה היה נכנס אי החוקיות.   
ההליך הקבוע בחוק לא קוים.   
**תוכן** לא חוקי: לדוג: חוזה שענינו עסקת סמים, או חוזה להזרמת שפכים לא חוקית, או פסולת לא חוקית. הבעיה בחוזים שתוכנם לא חוקי היא שלעיתים נדירות הם התרחשו בכתב ולעיתים רבות יש מילות קוד.   
**מטרה** בלתי חוקית: למראית העין תוכן החוזה נראה מהוגן, אלא שמאחוריו מסתתרת מטרה לא חוקית. לדוג: חוזה שכירות שיגרתי, שמאחוריו מסתתרת מטרה של הפעלת קזינו בגינה, מה שהופך את החוזה לבלתי חוקי מאחוריהם מסתתרת מטרה לא חוקית, עוד דוגמא הורדת המחיר לשם העלמת מס. כלומר התוכן לא מספר את כל הסיפור. כאן יש ממשק עם דוקטרינת החוזה למראית עין. חוזים שמטרתם לא חוקית, הם הקטגוריה הרווחת ביותר.   
**מה קורה כשרק צד מודע למטרה הלא חוקית?**   
פרופ' פרידמן מציע להפריד חוזה כזה: כלפי הצד המיודע יהא זה חוזה בלתי חוקי, כלפי הצד התמים יהא זה חוזה אחיד ורגיל לכל דבר. לא נדרשת כוונה למטרה לא חוקית.   
הפסיקה קבעה שניתן לטפל בבעיה זו מכוח ס.31 בו ניתן לביהמ"ש שיקול דעת רב.   
 **ניגוד לתקנות הציבור**תקנות הציבור – ערכי יסוד בחברה מתוקנת. זהו מונח שסתום שכולל את הערכים הראויים לחברה.   
כאן החלוקה לכריתה, תוכן, מטרה היא פחות משמעותית. אלא יש פוקוס על חוזה שמנוגד לתקנת הציבור.   
בעבר, הרשימה הייתה ברורה ומצומצמת: א. חוזה הכולל תניות הגבלת עיסוק ( הגבילו את יכולתם של עובדים לעבור מקום עבודה.) ב. תניות פטור מאחריות בגין נזקי גוף. ג. חוזים בלתי מוסרים מתחום האישות.   
3 נימוקים לצמצום המונח תקנות הציבור:   
1. תקנת הציבור אכן חשובה אך גם העיקרון לפיו חוזים יש לקיים זה חלק מתקנת הציבור.   
2. ההצדקה השנייה הייתה אותו דימוי של סוס פרא שדבק בתקנת הציבור – אם ירחיבו את תקנת הציבור אין לדעת לאן היא תגיע.   
3. בעבר בית המשפט משך ידיו מכל חוזה פסול מאחר ולא רצה להרחיב את הקטגוריה של החוזים הפסולים.   
כיום בתי המשפט בישראל כבר לא נרתעים מהרחבת הקטגוריה של חוזים המנוגדים לתקנת הציבור.  
דוגמאות של הסדרים חוזיים שנמצאו סותרים את תקנת הציבור:   
**תניות לויתור על הליכים משפטיים**   
ע"א 148/77 רוט נ ישופה   
רוט עושה חוזה למכירת דירה כאשר ישופה הוא הרוכש.   
המפרט לא תאם את המצב בשטח.   
ס. 10 : קבלת החזקה בדירה ע"י רוכש מהוה ראיה חלוטה לכך שהחברה הקבלנית עמדה בכל התחייבויותיה. כלומר הכניסה לדירה היא ממצא מוחלט גם אם החברה לא עמדה בהתחייבויות שלה. וכן ויתור על תביעות משפטיות עם קבלת החזקה.   
ס. 9 : הקונים יישאו בכל הנזקים הנובעים מסירובם לקבל את החזקה.   
השאלה המשפטית: האם ההסדר הקבוע בסעיפים 9 ו10 לעיל תקף?   
הש' שמגר: ההסדרים שנקבעו בחוזה מנוגדים לתקנת הציבור.   
הש' אלון: ההסכם אינו נוגד את תקנת הציבור. יש לפסול מכוח הפרת תום הלב לקיום זכות חוזית.   
כאשר קובעים שהסדר מסויים מנוגד לתקנת הציבור, אותו הסדר בטל מדעיקרא, כלומר הוא יורד ממסך האופציות החוזיות. לפי השופט שמגר תניות אלו צריכות להיעלם מהעולם. השופט אלון, מאפשר עקרונית הסדרים כאלה אך יש לראות איך הם מתופעלים בכל מקרה לגופו. יש הבדל פרקטי, לפי גישתו של השופט שמגר לא יהיו כלל הסדרים כאלו, ולפי השופט אלון לפי כל מקרה יוחלט אם הם הופעלו בתום לב או שלא.   
גישת השופט שמגר אומרת אין לנו רצון בשיטת המשפט לאפשר הסדרים כאלה אי פעם.   
השופט אלון קובע כי בשם חופש החוזים יש לאפשר זאת. .(הבעיה בגישה זו היא שהצד החלש צריך ללכת לערכאות וכו')   
בתי המשפט בייחוד בחוזים אחידים חושדים בהסדרים של תניות הליכה לערכאות.   
ועם זאת עולה כאן שאלה, שחוזים הכוללים ויתור על תביעות משפטיות רווחים בייחוד בחוזי ביטוח המובילים להסכמי פשרה. כך שאי אפשר לומר באופן מוחלט שכל חוזה שכולל ויתור על תביעות משפטיות יחשב נוגד את תקנת הציבור. מסתמן מן הפסיקה, שישנה אפשרות כזו.   
**שיויון ומניעת אפליה**דגנ"צ 4191/97 רקנט נ בית הדין הארצי לעבודה   
חוזה קיבוצי – יצוא מתחום דיני העבודה, בו מדובר שמשתכלל חוזה בין מעביד לועד עובדים. התאגדות מגבירה את כוח המיקוח שלהם.   
בחוזה הקיבוצי היו שני הסדרים: דיילי הקרקע – גיל פרישה 65 ודיילי האוויר - גיל פרישה 60   
רקנט הוא דייל אוויר אשר פונה לבית הדין לעבודה שחוזה העסקתם מפלה אותם מדיילי הקרקע לעניין גיל הפרישה.  
 1.בית הדין פוסק נגד דיילי האוויר   
2.דיילי האוויר מערערים לביה"ד הארצי לעבודה, ושם גם נפסק נגדם.   
3.הם פונים לבג"צ. ביהמ"ש העליון פוסק:   
1988 חוק שוויון הזדמניות, הוחל ב1995, ונפסק שדילי האוויר שפרשו לפני כניסת החוק לתוקף נטולי סעד, בעוד אלו המועסקים בזמן כניסת החוק לתוקף זכאים לגיל פרישה של 65.   
גיל הפרישה השונה אינו מנוגד לתקנת הציבור.   
4. דיון נוסף בבית המשפט העליון: האם גיל הפרישה הדיפרנציאלי מנוגד לתקנת הציבור?   
השופט ברק: עיקרון השוויון זהו עיקרון יסוד בשיטתנו המשפטית. עיקרון תקנת הציבור מאפשר ייבוא עקרונות יסוד לתוך עולם המשפט. מנגד, חופש החוזים שהו גם עיקרון יסוד.   
באיזון בין שני העקרונות עיקרון השוויון גובר.   
א. כיוון שמדובר בהסכם קיבוצים אין הוא משקף בצורה מספקת את חופש הפרט והעדפות הפרטים בקבוצה.   
ב. אלעל אינה מעסיק רגיל אלא חברה ממשלתית   
ג. אפליה מחמת גיל חמורה במיוחד ויש לעוקרה מן השורש.   
השופט זמיר (**דעת מיעוט):** תקנת הציבור היא כלי מסוכן בכל האמור בביטול חוזים. יש להפעיל את תקנת הציבור רק ביחס להסדרים המקוממים את האדם הסביר, להבדיל מן האדם הנאור.   
אלעל היטיבה עם דיילי האוויר בדרכים אחרות, היו איזונים אחרים.   
הייתה הסתמכות רבת שנים וגם יציבות היא ערך חשוב.   
לגבי פסק דינו של השופט ברק:   
ביחס לטענה הראשונה – הסכם קיבוצי מעניק לעובדים יותר כוח, ועמדת מיקוח יותר טוב. מטבע הדברים הנציגות לא תשקף את רצונכם האישי עד הסוף.   
אפלייה מחמת גיל – אין זה נכון לומר שאפליה מחמת גיל היא חמורה. מדובר בעילה חדשה יחסית, שאינה דומה לאפלייה מחמת לאום, מגדר, נטיה.   
ככל שמדובר בשוויון, שוויון הוא אחד הנושאים הקשים במשפט, האם בכלל ניתן להשוות בין כל קבוצה, כמו במקרה כאן, דיילי האוויר לדיילי הקרקע. אין זה נושא פורמלי. אך עם זאת, גם בתחומים אחרים איננו רואים הבדלי פרישה דיפרנציאלי.   
לגבי דעתו של השופט זמיר:   
ההבחנה בין הסדרים שמקוממים את האדם הסביר לעומת הסדרים שמקוממים את האדם הנאור- השופט זמיר מציע שתקנת הציבור תכול רק על האדם הסביר. אך שתי אלו הגדרות שנתונות לשיקול דעתו של ביהמ"ש.  
והאם דיילי האוויר פוצו בדרכים אחרות – יש משמעות רבה, וגם לעניין ההסתמכות, וכן הוא לקח הסדר שהיה קיים שנים ושינה או רטרואקטיבי בכך השופט ברק מתפעל את עניין הבטלות מדעיקרא לפי ס.30.  
הערכים של החברה הם דינמים, אך מה זה אומר שהם מתעדכנים, ואנו מכילים אותם לאחור. ומנטרלים הסדרים באופן רטרואקטיבי.

**תניות הגבלת תחרות**ע"ע 164/99 פרומנר נ רדגאר דן פרומר מהנדס תוכנה נכלל בין 4 עובדיה הראשונים. הוא כורת חוזה הכולל תנית הגבלת תחרות האוסר מעבר לחברה מתחרה למשך 22 חודשים.   
פרומר מסיים את עבודתו ברדגאר ופותח במו"מ מול חברת צ'קפוינט.   
בחלוף 3 חודשים מסיום העבודה בפועל הוא עובר לעבוד בחברה מתחרה צ'קפוינט, כ3 שבועות מסוים הפורמלי של החוזה.   
מה תוקפה של תנית הגבלת העיסוק?   
הנשיא סטיב אדלר: באיזון בין חופש העיסוק לבין חופש החוזים. חופש העיסוק גובר ככלל.   
הסיבות: חיוני למשק, זכות יסוד חופש העיסוק, יחסי כוחות בלתי שוויוניים בין המעסיק לעובד.   
חריגים בהם גובר חופש החוזים ותניות הגבלת תחרות תכובדנה:   
1. אינטרס המעסיק בשמירה על סוד מסחרי   
2. הכשרה מיוחדת שקיבל העובד   
3. תמורה מיוחדת שקיבל העובד   
4. תפקידים המאופיינים בחובת תום לב ובחובת אמון (תפקידים בכירים בעסק, או בחברה)  
חברת רדגאר טוענת שיש לחייב את תנית הגבלת העיסוק בעקבות אינטרס בשמירה על סודות מסחריים.   
יישום: אין לכבד את תנית הגבלת התחרות.   
פרומר הגיע לעבודה עם כל הכישורים הנחוצים, היה מהנדס תוכנה בכיר בעל יכולות גבוהות.   
אשר לסוד המסחרי, הסוד המסחרי הנטען ע"י רדגאר כבר אינו בגדר סוד בחלוף 9 חודשים.   
שני הצדדים נהגו בתום לב, מדובר בעובד מסור ואחראי.   
  
באופן עקרוני הדין הישראלי אינו מקבל את תנית הגבלת התחרות מהסיבות שהוזכרו.   
ועוד: תאוריה כלכלית- מעבר חופשי של עובדים הוא תנאי לשוק כלכלי משוכלל. ברור כי מבחינה כלכלית חכם יותר לתת לעובדים לעבור, גם במונחים של תגמול, וגם במונחים של דינמיות.   
אנאלי סאקסוניאן: אנאלי השוותה בין שני אזורי הייטק ידועים; עמק הסיליקון, אזור כביש 128 ליד בוסטון (מאסצ'וסטס) בשניהם היה הון כלכלי מושקע, בתחילה הייתה תחרות בין שני אזורים אלה. אך ברבות הזמן, עמק הסיליקון עלה ואזור כביש 128 שקע. לפי הניתוח של אנאלי, 128 אכפו באדיקות תניות הגבלת תחרות, ואילו בעמק הסיליקון התעלמו מתניות אלו. אחריה אורלי לובל כתבה בספרה את אותם רעיונות.   
מיצוי עצמי של יכולות עובדים – כאשר עובד יודע שמחכה לו ג'וב אחר, והוא אינו יכול לקחת אותו משום שמחויב למעסיק שלו, לא תהייה לו מוטיבציה לתת עבודה טובה.   
היבט משפטי – יחסי כוחות בלתי שוויוניים: ביהמ"ש יצר איזון. כדי שחופש החוזים יתגבר על חופש העיסוק, על המעסיק יש להראות סיבה שבגינה צריך להעדיף את חופש החוזים.   
יחסי אמון ותום לב – כאן יש מסננת אמיתית המדברת על העובדים הבכירים בחברה. להחמיר בעניין תום הלב יקעקע את כל האיזון.   
כאשר מתקיים אחד התנאים, התניה תקבל תוקף אם היא סבירה.   
בע"א 6601/96 אס סיסטם AES SYSTEMS נ סעדר   
הנשיא ברק (פסקה 31)   
קובע:

1. בהיעדר אינטרס לגיטימי של המעביד, חופש העיסוק גובר.
2. אינטרס לגיטימי של המעסיק הוא אינטרס קניני או מעין קניני, הדוגמא המובהקת היא סוד מסחר אבל הרשימה אינה סגורה. יש להתחשב ביחסי אמון, בהלכות המסחר הראויות, ובעקרון תום הלב.
3. יינתן תוקף לתנית הגבלת תחרות אם קיים אינטרס לגיטימי והיא סבירה מבחינת סוגה, תוכנתה ומשכה.   
   התניה אינה שוללת אפשרות לעבוד באיזשהי חברה, אלא מחברות המתחרות באופן ישיר, וכן תניה על משרה או תוכן שהיה בממשק איתו בעבודה הקודמת (למשל, אם פרומר יעבור למחלקה המשפטית אין סיבה להגביל אותו) וכן משך הזמן צריך להיות סביר, והוא תלוי בסוד עליו מנסים להגן. ברוב המקרים, ההגבלה תקוצר או תשונה, במקרים קיצוניים ביהמ"ש יפסול את התניה.   
   סוד מסחרי – כל מידע מסחרי בעל ערך שאינו ידוע בציבור, וננקטו אמצעים סבירים לאבטחתו.   
   כיום, בתי המשפט הבינו, שצווי המניעה שהם מביאים, על אף היותם זמניים, בפועל מכריעים את התוצאה משום שהעובד מפספס את ההזדמנות העסקית שלו.

**דרכים אלטרנטיביות ליישוב סכסוכים**   
 ע"א חיימוב נ חמיד 661/88   
חיימוב הוא בעל חנות בת"א ומיד חלפן כספים המגיע עם 50,000$.   
באותה תקופה היה איסור על סחר במטבע זר.   
בשלב מסוים רחמים סבור שהמשטרה עוקבת אחריו, ואז נכנס לחנות של חיימוב, משאיר בה את חבילת המזומנים ובחלוף זמן מה הוא מגיע לאוספה. כאשר הוא חוזר, הכסף איננו וחיימוב לא יודע מה עלה בגורלו. מתעורר סכסוך בין הצדדים כאשר חמיד טוען שלא ייתכן שהכסף נעלם ושחיימוב לקח את הכסף. מוזמנים סוחרי מטבע זר אחרים לשמש בוררים בסכסוך. הם פוסקים שעל חיימוב לשלם 40,000$. ביהמ"ש מכריע תמיד לכאן או לכאן לפי מאזן ההסתברויות כאשר הוא בוחר בצדקתו של צד אחד. אין מצבים כמו כאן, שביהמ"ש פוסק חצי חצי או לפי מידת השכנוע. אך כאן מדובר בבוררות ועל כן מקובל מצב כזה.   
בסופו של דבר חיימוב מחליט להגיש תלונה במשטרה על סחיטה ואיומים. (בפועל הוא בחר לא לעמוד בפשרה של הבוררים ולא משלם מחצית מהסכום)   
שני הצדדים פונים למחוזי, חמיד מבקש לקבל את הסכום שנותר ל50, וחיימוב מבקש השבה של 25,000$ ששילם.   
המחוזי: מכבד את החלטת הבוררים ופוסק שעל חיימוב לשלם 15,000$ לפי ההחלטה.   
העליון- שמגר: מבקר את החלטת בית המשפט המחוזי.   
**כפיה** : עמדה לחיימוב עילת ביטול, מחמת כפיה. אלא שהוא לא ביטל תוך זמן סביר מקץ הכפייה.  
**תקנת הציבור**: פסק הבוררות בטל בהיותו מנוגד לתקנת הציבור. ביהמ"ש לא ייתן ידו לפסיקת גורמים עבריניים.   
במקרה שלנו, עצם פעילות הבוררים הייתה פעילות בלתי חוקית. אדם שבוחר ליישב סכסוך באמצעות גורמים כאלה לא יוכל לקבל סעד מבית המשפט.   
במידה וביהמ"ש היה נוקט בגישה של אי התערבות, ייתכן כי האיומים על חיימוב היו ממשכים.   
אך בזכות כך שביהמ"ש מתערב, חיימוב פנה למשטרה והציף את הבעיה, וכן קיבל השבה.

**סעיף 31**השיקולים שישקול בימ"ש בהפעילו את סמכותו לפי ס.31:

**1**. מיהו החוטא הגדול יותר מבין הצדדים - אשם יחסי   
**2**. האם הפסלות חלה על החוזה כולו או רק על הסדרים מסוימים בו – פסלות מלאה או חלקית. **3**.האם אי החוקיות שולית או אגבית או עיקרית   
**4**. מידת הביצוע של כל אחד מהצדדים   
**5**. האם ניתן לבצע את החוזה באופן חוקי ע"י הכשרה בדיעבד. (דוג: אם לא ניתן היתר בניה, האם ניתן להשיג היתר בניה בדיעבד)   
**6**. רמת או מידת תום הלב או היעדרו של כל אחד מהצדדים בחוזה.   
**7**. השפעה על צדדים שלישיים תמי לב.

רע"א 3910/98 מועצה מקומית כפר קרע נ מגן דוד אדום   
מד"א נותנת שירות ניידות טיפול נמרץ תמורת תשלום לכפר קרע. נחתם חוזה, אך מצד כפר קרע מופיעה על החוזה חותמת המועצה, חתימת ראש המועצה, אך חסרה חתימת הגזבר. וזו נחוצה מכוח ס.193 לצו המועצות המקומיות.   
מד"א מאשרת את השירות. המועצה המקומית משלמת במשך 13 שנים ואז מפסיקה. טוענת שהחוזה אינו תקף משום שחסרה חתימת הגזבר (כפי שמצווה החוק).   
בית משפט שלום: החוזה אינו תקף בשל העדר חתימה.   
בית המשפט המחוזי: הופך את ההחלטה ומקבל את תביעת מד"א.   
בית המשפט העליון: דצינגר: ניתן לחייב את המועצה לשלם למד"א דהיינו לקיים את ההתחייבות מכוח ס.31. אכן, יש לחייב את המועצה לשם.   
ראשית, מד"א ביצעה את התחייבותה וסיפקה את השירות האמור. שנית, המועצה שילמה במשך 13 שנים ולא ערערה על כך. שלישית, טענת המועצה שאינה יכולה לשלם בשל דאגה לחוק (צו המועצות) עולה כדי חוסר תום לב.   
ע"א 898/89 שילה נ בארי   
שילה זכו במכרז שאיפשר להם לבנות על מקרקעין מסוימים. הביצוע של החוזה היה ע"י קבלן. שבארי היו חלק מהרוכשים שלהם. הבניה בוצעה בצורה לקויה תוך חריגות קשות מהיתרים. למרות זאת, הרוכשים נכנסו לדירות וגרו בהם.   
הרוכשים תובעים את הקבלן. הקבלן מצרף את שילה.   
שילה טוענים לאי – חוקיות ומבקשים לבטל את החוזים. בעצם להתיר את כל מה שנעשה.   
השופט אור: הפעלת שיקול דעת של ביהמ"ש מכוח סעיף 31. הרוכשים לא היו מודעים לאי החוקיות, רק שילה והקבלן ידעו על הבעיה. כתוצאה מכך, אם לא אכוף את החוזים הפגיעה תהא בקונים שהם צדדים שלישיים תמי לב. הפגיעה ברוכשים תהא קשה לאור העובדה שהם מגוררים בדירות זמן רב. ופיצוי כספי לא ישפה אותם באופן הולם מכאן שצריך לאכוף את החוזים. ניתן בדיעבד להכשיר את החריגות   
  
**ביטול חלקי של החוזה – ס.19**   
ע"א 139/87 סולימני נ כץ סולימני רוכשים חוזה לרכישת דירת גג, בתוספת לחוזה הוכנס ס.7 לפיו כ. יקים בריכת שחיה עבור הרוכשים במרתף באם יושג היתר בניה ובין אם לאו.   
השאלה היא האם ניתן לבטל רק את ההסדר העוסק בבניית הברכה ולהותיר את שאר החוזה על כנו מכוח ס.19.  
השופט אור: ס.19 מאפשר ביטול חלקי בהתקיים 3 תנאים מצטברים:

1. החוזה ניתן להפרדה לחלקים
2. עילת ביטול שנוגעת לחלק מסוים.
3. ניתן לבטל את החלק הבעיתי מבלי להשפיע על שאר חלקי החוזה.

ניתן לפצל את הבריכה מדירת הגג. עילת הביטול מתייחסת אך ורק לבריכה, וזאת מאחר ונקבעה תמורה נפרדת לביצוע בניית הברכה ולכן אפשר להוריד את התמורה הזו מכלל התמורה ולהשאיר את שאר ההסדרים על כנה.   
לא יוצר הסדר מהותי שונה אם נבדל את בניית הבריכה.   
פורחומובסקי: ישנה בעיה אחת, והיא שסולימני אינם רוצים כל ההסכם בלי הבריכה. סולימני יעדיפו לרכוש נכש אחר בו כן תתקיים בריכה.

**חוזים אחידים**   
משכללים עפ"י נוסח שנקבע מראש ע"י אחד הצדדים להתקשרות (המכונה בחוק הספק).   
בחוזים אחידים אין משא ומתן, ונשאלת השאלה מדוע אנו מקבלים את התופעה הזו. על פניו נראה שיש כאן הסדר שנראה לא הוגן וצד להתקשרות שאין לו השפעה על החוזה.   
יתרונות של חוזה אחיד:   
1. הורדה משמעותית בעלויות עסקה.   
2. חיסכון בעלויות פיקוח על עובדים.   
3. חיסכון בעלויות הכשרת עובדים.   
4. הפחתת סיכון של חבות משפטית – כאשר החוזה עובר אישור של עו"ד או ביהמ"ש יש הקטנה של החשיפה לתביעות משפטיות.   
חסרונות של חוזה אחיד:   
1. שלילת חופש העיצוב.   
2. אי קריאת תנאי חוזים אחידים. הדבר נובע מאדישות רציונלית. (ידיעה שאינך יכול להשפיע על החוזה, ועלות הזמן של הקריאה שלו.) אלו שלא קוראים סומכים על כוחות השוק – אשר אמורים להביא מזור.   
כאשר אנשים לא קוראים יש חשש להסדרים מוטים לצד הלקוח.   
בשביל שכוחות השוק יפעלו צריך מידע ופעולה. מידע על מוצר טוב יותר ומידע זה גורם ללקוח לעבור.   
אלאן שוורץ ולואיס ווילד: לא צריך שכולם יקראו, מספיק שאחוז מסוים, אפילו קטן יקרא כדי ליצור תחרות. אבל המדגם הוכיח שיש אחוז קטן מאוד שקורא את הכול, כך שאין לספק תמריץ להתאים לאחוז המועט הזה את החוזה ומכאן שהתחרות לא מביאה לשיפור אותם נוסחים אחידים.   
חוזה אחיד דומה יותר למוצר מאשר לחוזה קלאסי מבחינה מהותית, הוא מוצר במובן שכמו במוצרים רגילים אין שום השפעה על העיצוב. הבעיה בחוזים אחידים היא בעיית המורכבות והמידע. ככל שהמוצר מורכב יותר העלות לבדוק אותו גבוהה יותר. בחוזים אחידים יש עלות גבוהה של מורכבות וישנם ממדים שנעלמים מהעין.   
הבעיה מדאיגה במיוחד כאשר:   
א. תעשיות בהן אין תחרות, תעשיות המאופיינות במספר קטן של ספקים.   
ב. גזרות פעילות כלכלית בהן קיים פער עצום בין ספקים ללקוחות. (דיור)   
ג. כאשר מדובר במוצרים או שירותים חיוניים.   
כאשר יש מוצר פגום ישנה אפשרות לבצע רגולציה – אסדרה – שזה פיקוח מראש. תביעות זה תמיד בדיעבד. ברגולציה מתמודדים עם הבעיה לפני שהיא עלתה. אחת הבעיות במשק היא עודף רגלוציה. להבדיל מתביעות בדיעבד שהן ממוקדות באלו שחרגו מהנורמה. רגולציה חלה על כולם – עלות המניעה היא גם על היצרן וגם על הצרכן.   
גם בחוזים אחידים ישנה אותה בעיה, ישנה כמות גדולה של חוזים אחידים.   
לצורך טיפול בחוזים אחידים יש את חוק החוזים האחידים,   
 **כאשר בו יש כמה מונחי מפתח**:   
ספק – מוגדר כאותו צד שמציע או מעצב את הנוסח החוזי האחיד.   
לקוח – הצד שכנגד, הצד שמקבל את אותו נוסח אחיד והוא מתבקש לחתום עליו.   
בית הדין לחוזים אחידים – מוסד שיפוטי ייחודי שייעודו היחיד הוא לעבור על חוזים אחידים ולחפש תנאים מקפחים.  
תנאי מקפח – תנאי חד צדדי מוטה לטובת הספק.   
העילה המרכזית תחת חוק החוזים היא עילת הקיפוח.   
הקיפוח יכול לקבל אחת מ2 צורות:

1. קיפוח בכוח: קיפוח בפוטנציה. מטופל ע"י בית הדין לחוזים אחידים.
2. קיפוח בפועל: קיפוח למעשה. מטופל ע"י בית משפט רגיל.

בית הדין לחוזים אחידים מוסמך עפ"י חוק לעבור על נוסחים של חוזה ולבחון אותם מראש האם נמצאים בהם תנאים מקפחים. ואם בית הדין מזהה תניה מקפחת בכוחו לבטלה או לשנותה כדי לנטרל את הקיפוח.  
בבי"ד לחוזים אחידים יכולים לתבוע: היועמ"ש , הממונה על הגנת הצרכן, כל אירגון צרכני יציג שהוסמך לכך ע"י שר המשפטים. בעבר, גם ספקים יכלו להגיש נוסחי חוזים אחידים לבי"ד, כאשר הוצא להם תמריץ חיובי לעשות זאת – לאחר אישור ביהמש הספק יקבל חסינות למשך 5 שנים. הסדר זה בוטל, ספקים לא יכולים להגיש נוסחים של חוזים אחידים מראש. הסיבה שהוא בוטל היא שאף אחד לא השתמש בו. אין שום סנקציה שמופעלת על ספק שהכניס תנאים מקפחים כך שלספקים לא היה מה להרוויח מהחסינות (אחוזי תביעה נמוכים) וכן העלות היא גבוהה. אם אדם מזהה הסדר מקפח בחוזה אחיד, ניתן להגיש תביעה בביהמ"ש.   
**ס. 2 חוזה אחיד:**   
 נוסח של חוזה שתנאיו כולם ומקצתם נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.

1. נוסח של חוזה
2. שתנאיו כולם או מקצתם נקבעו ע"י צד אחד מראש, אין משא ומתן מוגדר.   
   האם תקנון של אגודה שיתופית יכול להיחשב לחוזה אחיד?   
   ע"א 1795/93 קרן גמלאות של חברי אגד נ יעקב   
   מדובר בנהג שמעל בכספי אגד, הוא הועלה למשפט ונמצא אשם. התקנון של אגד קבע שנהג שהורשע ונמצא אשם במעילה מאבד את כל זכויות הפנסיה והפרישה. הנהג ביקש לתבוע את תניה זו כתנאי מקפח בחוזה אחיד. היה לו קושי להוכיח כי מדובר בחוזה אחיד. מי שעיצב את החוזה היה חברי האגודה בה היה חבר. היו נימוקים במשקל לא לראות בתקנון כחוזה אחיד, משום שהתקנון נוסח ע"י החברים למען עצמם, שנית לחברים הייתה סמכות לשנות את התקנון. חרף נימוקים אלה ביהמ"ש העליון קבע שהתקנון הינו חוזה אחיד כאשר המבחן הוא מבחן מהותי, לא פורמלי, מה שחשוב הוא פערי המיקוח בין הצדדים. כאשר לנהג הבודד לא הייתה השפעה או יכולת לעצב את ההסדרים בתקנון ומכאן שמדובר בחוזה אחיד.
3. כדי שימשו תנאים לחוזים רבים. די בכך שהספק התכוון להגיע לתוצאה זו גם אם לא התרחשה בפועל.
4. בין הספק לבין מספר אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם   
   ע"א 568/88 בית יהונתן נ היועמש   
   חברת בית יהונתן הקימה בניין לרופאים והיא ניסתה לטעון שבגלל שמדובר ברופאים לא מתקיים האלמנט הרביעי – הם יודעים מי קהל היעד.   
   טענה זו נדחתה. ביהמש העליון קבע שכל עוד זהותם האינדיבידואלית של המתקשרים אינה ידועה, התנאי הרביעי מתקיים.

**ס.2 תנאי בחוזה אחיד**   
ההתמקדות של ביהמש היא בתנאי ספציפי ולא בכל החוזה.   
1. תניה בחוזה אחיד   
2. לרבות תניה המאוזכרת בו (מקרים בהם יש הפניה למסמך אחר)   
3. כל תניה אחרת שהיא חלק מההתקשרות. לרבות הסכמות בע"פ. (כולל שלטים וכו)   
**החרגה:**  למעט תניה שספק ולקוח הסכימו עליה במיוחד בחוזה מסוים. החרגה זו עובדת גם אם המשא ומתן לא הביא לשום שינוי.   
ס. 23(א) **סייגים לתחולת** חוק החוזים האחידים:

1. תנאי הקובע תמורה כספית – מחיר. הנחת העבודה היא שגם לקוח ניצב בפני חוזה אחיד, למחיר הם כן ישימו לב. (הסנקציות הכספיות בתוך החוזה לא נכללות)
2. תנאי התואם תנאים שנקבעו או הוסדרו בחיקוק.   
   ע"א 825/88 ארגון שחקני הכדורגל נ ההתאחדות לכדורגל.   
   השחקנים קבעו תיגר על שני הסדרים בתקנון ההתאחדות. ההתאחדות טענה התקנון הותקן מכוח חוק. ס.10 לחוק הספורט כיוון שכך הוא מוחרג מכוח סעיף 23(א)2 לחוק החוזים האחידים. בית הדין לחוזים אחידים קיבל את הטענה, הוא מצא שהתקנון היה לנגד עיני הכנסת עת חוקת חוק הספורט.   
   ביהמש העליון הפך את ההחלטה. השופט שמגר פסק שהחובה להתקין תקנון נקבעה בחיקוק, אבל תוכן התקנון לא הוסדר בחיקוק ולכן אינו בא בגדר ההחרגה.   
   ע"א 1795/93 ארגון הגמלאות של אגד נ יעקב   
   אגד ניסתה לטעון לחריג בס. 23א(2) משום שתקנונה נרשם אצל רשם האגודות. היא טענה שמשום שהתקנון נרשם אצל רשם האגודות הוא תואם את החוק. טענה זו נדחתה ע"י ביהמש שקבע שרישום תקנון אינו מביאו בגדר חריג לפי סעיף 23(א)2
3. תנאי התואם תנאי באמנה בין לאומית שישראל צד לה.
4. תנאי בהסכם קיבוצי. - הסכמים קיבוציים מוחרגים, ההתאגדות מקנה כוח מיקוח לעובדים ולעובדות, תנאים שנכנסים בהסכם קיבוצי הם לא תנאים מקפחים בחוזה אחיד.

**עילת הקיפוח ס.3**   
תנאי מקפח וביטולו: ביהמ"ש ובי"ד יבטלו או ישנו להוראות חוק זה, תנאי בחוזה אחיד שיש בו בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות, משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות.   
הסעיף מסמיך בית דין לחוזים אחידים או בית משפט לבטל או לשנות הסדר או תנאי מקפח. כאשר בודקים האם תנאי מסוים מקפח יש להתחשב במכלול תנאי החוזה ובנסיבות אחרות.   
מכלול תנאי החוזה: תנאי מסוים אמור להצטייר כמקפח בעומדו לבד, אך ייתכן כי יש בחוזה הסדרים אחרים שמאזנים אותו.   
נסיבות אחרות:

* 1. בית המשפט ישים לב גם **למעמד הספק בשוק**. האם מדובר בספק יחיד בעל מונופול או בשוק מרוכז שיש בו מעט חברות שלא ממש מתחרות זו עם זו.
  2. **הפער בעמדות המיקוח** וביכולות בין הספק ללקוח.
  3. **חיוניות הנכס או השירות**: ככל שמדובר בשירות או נכס חיוניים יותר, ישנה עילה מוצקה יותר לחשוש שמה יש כאן קיפוח.
  4. **הערך המעורב מבחינת הלקוח**. ככל שמדובר בערך חשוב / מוגן יותר (כבוד אדם וחירותו וכו') תגבר נטית ביה"מ להתערב.
  5. **הלחץ והמצוקה בו נתון הלקוח בעת החתימה על החוזה**. מה ההבדל מעושק? לא צריך פה שתנאי החוזה יהיו גרועים באופן בלתי סביר.

**קיפוח:** קיפוח הוא מבחן ההגינות והסבירות (קסטנבאום) בקסטנבאום הקיפוח לא היה כלכלי, מכאן ניתן להסיק שהסדר מסוים יחשב כמקפח, לאו דווקא בשל משמעויותיו הכלכליות.   
סעיף 4 מפרט רשימה ארוכה של חזקות קיפוח המסייעות למבחן העמום שהוצג.   
המשמעות של חזקה זו היא העברת הנטל אל הספק להוכיח שההסדר לא מקפח.   
**חוק החוזים האחידים סעיף 4 חזקת הקיפוח -**נטל ההוכחה עובר לספק   
**4(1)**. **תנאי הפוטר ספק באופן מלא או בלתי סביר מאחריות.**

ע"א 449/85 היומש נ גד   
גד הינה חברת בניה. בסעיף 24 של החוזה היו מספר הסדרים בעיתיים – למשל שקבלת הדירה ע"י הרוכש תהווה ראייה מכרעת שאין בה פגמים. נקבע גם שאישור מאדריכל הבניין / רשות מוסמכת בנוגע לתקינות רכוש משותף תהווה הוכחה מכרעת בעניין זה. האחריות של החברה הקבלנית בנוגע לפגמים בממכר תוגבל לשנה אחת בלבד. שלושת הסעיפים הללו נפסלו.   
נקבע שתניה בחוזה אחיד שהגבילה את אחריות החברה הקבלנית כלפי הרוכשים לשנה אחת בלבד נופלת בגדר חזקת קיפוח עפ"י **ס.4(1)**   
ח"א 18647/03/15 היועמ"ש נ האחים דוניץ בע"מ   
בי"ד לח"א פסל תניה שפטרה את חברת דוניץ (חברת בניה) מאחריות לתיקון ליקויים בדירות בהם הרוכשים ביקשו לסטות מן המפרט.

**4(2).** **תנאי המאפשר לספק לאחר כריתת החוזה לשנות, לבטל, או לדחות חיובים.**

אגד נ יעקב: נפסלה הקביעה בתקנון אגד שביכולתה לשלול מעובדים את זכויותיהם הסוציאליות.   
 היועמ"ש נגד גד: סעיפים 2-3 של החוזה בפס"ד גד אפשר לחברה הקבלנית לדחות את מסירת הממכר באופן בלתי מוגבל.

**4(3) תנאי המאפשר לספק להעביר אחריות לצד שלישי.   
4(4) תנאי המעניק לספק את הזכות לשנות חיובים מהותיים או מחיר זולת אם הדבר נעשה מסיבות שאינן תלויות בספק.**

רע"א 1185/97 מלגרום נ מרכז משען גבר' מלגרום התגוררה בבית אבות רגיל במשך 9 שנים ואז חלה התדרדרות במצבה שהצריכה מעבר לבית אבות סיעודי. ס.9(ג) בחוזה האחיד קבע שהתשלום עבור בית האבות הסיעודי יהיה לפי התעריפים שיהיו מקובלים מעת לעת עבור אשפוז בבית האבות הסיעודי. המחיר בבית האבות הסיעודי היה פי 5 מהמחיר בבית אבות הרגיל. המנוחה שהתה 4 חודשים בלבד בבית האבות הסיעודי. מרכז משען פונה למשפחה עפ"י ס.9ג ומבקש מהם לשלם את המחיר של בית האבות הסיעודי. משפחת המנוחה תובעת את מרכז משען בטענה שההסדר שנקבע בסעיף 9ג לחוזה הינו תניה מקפחת בחוזה אחיד.   
השופט ברק: מכיוון שמדובר בחוזה יחס, ומערכת שנפרסת על פני שנים רבות יש צורך בהסדרים שיתאימו את החוזה למציאות. כאשר התרחיש העיקרי שעומד בפנינו הוא שייתכן שיהיו לקוחות שיצטרכו לעבור למרכז סיעודי. אך ההסדר שמסדיר זאת נופל בגדר חזקת הקיפוח בסעיף 4.4. השופט מבקש שתהיה נוסחה אובייקטיבית ושבחוזה בית האבות תקבע נוסחה לקביעת התעריף בבית האבות הסיעודי, שתתבסס על תעריף נוהג בבית האבות הסיעודי בעת כריתת החוזה, ועל מנגנון אובייקטיבי לקביעת תעריף זה. בית הדין ביטל את החוזה לחלוטין ומנע ממנו לקבל את התשלום.   
יש לשים לב כי מדובר כאן בקיפוח ולא בעושק. כלומר בעצם עיצוב ההסדר.

**4(5)** **תנאי המחייב את הלקוח להיזקק לספק באופן בלתי סביר או המונע ממנו להתקשר עם אחרים.**

איגוד שחקני הכדורגל נ ההתאחדות: היו שני הסדרים בתקנון שנפלו בגדר סעיף זה:   
1. כל פרסומת בה משתתף שחקן דורשת אישור קבוצה.   
2. נקבע שבמעבר לקבוצה אחרת מחוץ לתקופת ההעברות חייב שחקן באישור קבוצה.   
ביהמש העליון פסל את שני הסדרים אלו.   
בית יהונתן נ היועמ"ש (בית הרופאים) : הייתה תניה בחוזה שקבעה שעל הרופאים הרוכשים יחידות להתקשר בהסכם עם חברת שירותים למשך 7 שנים. וכן הסדר שבמקרה של סיום התקשרות בתוך התקופה, צריך הודעה של שנה מראש. בית הדין קיצר את התקופה מ7 ל5 שנים ואת ההודעה משנה לחצי שנה.

**4(6) תנאי השולל או מגביל תרופות המגיעות ללקוח באופן בלתי סביר.**

היועמש נ גד נקבע שתניה השוללת את זכות הרוכשים לרשום הערות אזהרה עד להשלמת כל מחיצות הבניין מקפחת השופט שמגר קבע, שהערת אזהרה היא זכות הנובעת מכוח דין ולכן נופלת בגדר סעיף זה.   
ח"א 18647/03/15 היומעש נ האחים דוניץ בע"מ תנאי בחוזה אחיד השולל מן הלקוח את הזכות לנכות או לקזז סכומים שהקבלן חייב לו מחיוביו הוא תנאי מקפח.

**4(6)א תנאי המקנה לספק באופן בלתי סביר תרופה שלא מגיעה לו עפ"י דין או הקובע פיצויים מוסכמים שאינם סבירים לטובת הספק.**

ח"א 22119/03/15 היועמ"ש נ חברת אשדר החברה קבעה פיצויים מוסכמים בשיעור 15% על כל הפרה של הלקוח את החוזה ללא קשר לגבוה הנזק. נקבע שאשדר תצטרך להוכיח את נזקיה ולא תוכל לקבוע סיכום מוסכם אחיד.

**4(7)** **תנאי המטיל נטל הוכחה על הלקוח שאינו רובץ עליו מכוח דין.**

ע"ש 195/97 יועמ"ש נ בנק לאומי נפסק שתנאי המטיל על לקוחות את הנטל להוכיח את התרשלות הבנק בכל מקרה בו נעשה שימוש בשירותים טלפונים הוא תנאי מקפח. ההיגיון בכך שהבנק הוא זה שמקליט את השיחות ויושב על הראיות.

**4(8) תנאי השולל את זכות הלקוח להעלות טענות מסוימות בערכאות או הקובע כי כל סכסוך יתברר בבוררות.** תתכן בעיה כאשר הספק הוא שחקן חוזר, ולבורר יהיה אינטרס לדאוג שהספק ימשיך להגיע אליו. **4(9) תנאי המקנה לספק כוח בלעדי לקבוע את מקום השיפוט או הבוררות.**   
**4(10) תנאי הקובע מסירת סכסוך לבוררות כאשר לספק השפעה גדולה יותר על הליך הבוררות.**   
**4(11)** **תנאי הקובע הצמדה למדד מסוים כך שהצמדה של המדד הנל או עלייתו לא תזכה את הלקוח.**   
פעמים רבות חיובים מוצמדים למדד, (מדד הצרכנים, קבלנים וכו) כאשר הספק יגיד שאם מדד יורד זה לא יהיה לטובת הלקוח.   
**4(12)** **תנאי המצהיר שהלקוח קרא את החוזה או תנאי שבו או על מודעתו לעניין מסוים למעט מידע שהלקוח מסר לספק בחזרה.**

**ס.5 בטלות מלאה**   
**5(א)** תנאי בחוזה אחיד השולל את זכות הלקוח לפנות **לערכאות משפטיות** – בטל.   
**5(ב)** תנאי בחוזה אחיד הפוטר את הספק באופן חלקי או מלא **מאחריות לנזק גוף** או למעשה זדון שמוטלת עליו על פי דין בטל.   
ע"א 285/73 לגיל טרמפולין נ נחמיאס שני קופצים נפצעו במתקן טרמפולינות שהפעיל המערער. השאלה המשפטית מה מעמדה של תנית פטור מאחריות לנזקי גוף שהייתה רשומה על גב הכרטיס ועל שלט שהוצב בסמוך למתקנים.   
השופט ברזנון: בעיה פרוצדוראלית, הפטור על גב הכרטיס לא תקף משום שהרוכשים לא היו מודעים לו.   
המשתמשים נחשפו לשלט רק לאחר ששכללו את החוזה.   
הפטור מנוגד לסדר הציבורי כי הוא מעמיד את השלמות הגופנית בסכנה.   
קובע כי מתקן הטרמפולינות הוא שירות לציבור. וכן היה ביטוח למפעיל המתקן אז ישנו מצב אבסורדי שבכל זאת הביטוח רוצה לפטור עצמו ממתן הפיצויים.   
ויתקון: אכן המשתמשים לא יודעו כנדרש. אך אין מקום לכלל פסילה גורף.   
הפרמטרים הם מידת הסכנה (תוחלת הנזק) עלות המניעה והאינטרס הציבורי (האם מדובר בשירות חיוני). לפי השופט ויתקון עניין הביטוח לא צריך להשפיע על ניתוח השאלה.   
השופט קיסטר: עיקרון קדושת החיים גובר.   
   
קסטנבאום  
מבקש לקבור את אשתו שנפטרה. חותם על טופס חוזה סטנדרטי מול חברה קדישא ירושלים. הטופס כולל תניה המחייבת כיתוב על המצבה בעברית בלבד.   
האלמן מבקש לכלול כיתוב תאריך לועזי משום שזו העדפת המשפחה, המנחה השתייכה לקהילה חברתית אקדמית. האם התניה המחייבת כיתוב בעברית בלבד הינה תניה מקפחת בחוזה אחיד?   
שמגר: חברת קדישא הינה חברה דו מהותית: ציבורית ופרטית. כאשר יש משפט ציבורי ופרטי נורמות המשפט הציבורי מקבלות משקל כבד יותר. עקרון הסובלנות בחברה מתוקנת ועיקרון כבוד האדם. מכוח עקרונות אלה האיסור על ציון התאריך הלועזי או כיתוב בלעז סותר את העקרונות החוקתיים. האיסור מנוגד לתקנת הציבור .   
ברק: אפילו הייתה חברת קדישא גוף פרטי לעילא, ההסדר היה נפסל. יש איזון בין כבוד האדם לבין טוהר השפה העברית. וקובע כי כבוד האדם גובר.   
אלון (**ד מיעוט**): העברית היא נכס תרבותי. מבחינה הלכתית "כשרות" הכיתוב בלועזית שנויה במחלוקת בקרב פוסקים. ההסדר אינו מקפח לפי השופט אלון משום שישנן חברות קדישא אחרות שאפשרו כיתוב בלועזית. הסובלנות הינה דו צדדים, גם המיעוט צריך להתחשב ברוב. סבור שהתניה מגבירה והוגנת מבחינת רוב הציבור, ושינוי ההסדר יפגע בציבור גדול שכבר קבר את מתיו.

**סיכום נושא החוזים האחידים מהחומר הנלמד ומתוך פסקי הדין**:

1. חוזים אחידים מאופיינים בהיעדר משא ומתן ובאי-שוויון בעמדות המיקוח של הצדדים. יתרונותיהם כוללים חיסכון בעלויות עסקה והכשרת עובדים.
2. עילות התביעה בבית הדין לחוזים אחידים יהיו רק סביב טענת קיפוח, התביעה תיוצג ע"י המדינה / איגוד צרכנים, אין צורך בהוכחת נזק ופסק הדין יחול על כל ההתקשרויות העתידיות (וייתכן אף בדיעבד).
3. עילות התביעה בבית המשפט יהיו סביב כל טענה אפשרית, התביעה היא ע"י לקוח בודד, בשל קיפוח בכוח או בפועל ופסק הדין יחול רק בעניינו של המתדיין.
4. חוזה אחיד הוא נוסח של חוזה שכל תנאיו או מקצתם נקבעו ע"י צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים, בין מנסח החוזה למספר אנשים בלתי ידועים במספרם ובמהותם (סעיף 2).
5. ניתן לתקוף גם תקנונים הנקבעים ע"י העובדים, במידה ומהותית הם דומים לחוזים אחידים (אנגלרד, פס"ד קרן הגמלאות של חברי אגד נ' יוסף יעקב).
6. גם כאשר מדובר בעסקאות המתבצעות עם קבוצות, אין הדבר מחריג את נוסח החוזה מהגדרת חוזה אחיד (ע"א בית יהונתן בע"מ נ' היועץ המשפטי לממשלה).
7. הוראות החוק לא יחולו על תנאים הקובעים את התמורה הכספית או תנאים הקבועים בחוק, בהסכם בינלאומי או בהסכמים קיבוציים. אולם, החוק יחול במקרים בהם הספק שומר לעצמו את הכוח לשנות את המחיר לאחר החתימה.
8. בחינת תנאי מקפח תיעשה בהתאם למכלול תנאי החוזה ובהתאם לנסיבות האחרות, כמו מעמד הספק בשוק, הפער בין מעמד הספק למעמד הלקוח וחיוניות הנכס או השירות.
9. מבחן הקיפוח הוא מבחן ההגינות והסבירות. הקיפוח לא חייב להיות כלכלי ויכול להיות גם פגיעה בכבוד האדם וחירותו (ברק, ע"א חברה קדישא נ' קסטנבאום).
10. סעיף 4 מפרט חזקות המתייחסות להסדרים ומצבים שחזקה עליהם שהם מקפחים, אך לא מדובר ברשימה סגורה.
11. כאשר מדובר בהתקשרויות עם גופים גדולים ובשירות חיוני, תניות פטור מאחריות יפסלו (ויתקון, ע"א צים נ' מזיאר).
12. חזקה על החותם שקרא את תוכן החוזה והבינו, גם כאשר מדובר בחוזה אחיד (ספי אלון, ע"א בנק לאומי נ' היועמ"ש לממשלה).
13. בחוזים היוצרים מסגרת לאינטראקציה ארוכת טווח, יש לאפשר ליצירת הסדרי מסגרת שיאפשרו התמודדות עם שינויים וליצור נוסחא הכוללת מדד אובייקטיבי ומדד הנקבע ע"י הספק, ליצירת איזון (ברק, רע"א מילגרום נ' משען).
14. תניה המטילה על לקוח נטל להוכיח את התרשלות הספק, כאשר מידע זה אינו יכול להימצא ברשות הלקוח ונמצא דווקא ברשות הספק מהווה תניה מקפחת (בע"ש היועץ המשפטי לממשלה נ' בנק לאומי).
15. סבירות מקום דיון נקבעת לפי יכולת הצדדים להגיע לאותו מקום (פס"ד השקעות בניין נ' אשטון).
16. תנאי בחוזה אחיד השולל או המגביל את זכות הלקוח לפנות לערכאות – בטל (סעיף 5).

**חוזה על תנאי ס.27**ס.27 לחוק   
**(א)** חוזה יכול שהיה תלוי בהתקיים תנאי – חוזה על תנאי מתלה.   
או שיחדל בהתקיים תנאי – חוזה על תנאי מפסיק.   
חוזה על תנאי מתלה: זהו חוזה שלם וגמור לכל דבר ועניין, אין פה שאלות של גמירת דעת ומסוימות. אלא שלא מתחילים בביצוע החוזה, משום שהביצוע תלוי בהתקיים תנאי מסוים.   
חוזה על תנאי מפסיק: בהתקיים תנאי מסוים קיום החוזה מפסיק.   
אפשר לבצע כל עסקה כעסקה על תנאי מתלה או מפסיק.   
ההיגיון בתנאי מתלה הוא שכאשר יש התרחשות מסוימת שהיא קריטית להתרחשות החוזה, אין טעם להתחיל בביצוע החוזה בלי שהתרחשות זו תתקיים.   
תנאי מתלה נפוץ הוא קבלת התרי בניה. תנאי נוסף – קבלת משכנתא לפני רכישת דירה.   
ישנם מצבים בהם הגיוני לנקוט בתנאי מפסיק. לדוג: יבואן שמביא מוצרים מחול, ההכנסה שלו תלויה בערכו של המטבע הזר, אז יכול להיות תנאי מפסיק שבהינתן שינוי כלכלי מסוים החוזה מפסיק.   
**ההבדלים בין תנאי מתלה לתנאי מפסיק**מבחינה סמנטית, נדמה כי ההבדל קטן אך במציאות, ההבדל בין תנאי מתלה לתנאי מפסיק הינו תהומי:

1. **הסדרי השבה** – בחוזה על תנאי מתלה, אם התנאי לא מתרחש אין צורך בהסדרי השבה מסובכים והרבה יותר קל להפסיק את ההתקשרות. עם זאת, כאשר מדובר בחוזה על תנאי מפסיק, התבצעו פעולות וכעת יש "לרדוף אחר הכסף".
2. **פקיעת התנאי** – בחוזה על תנאי אם לא פורטה התקופה שבמהלכה על התנאי להתקיים, יש לחכות זמן סביר עד להתקיים התנאי. אם זה תנאי מפסיק גם יש לחכות זמן סביר, אך כיצד מודדים זאת? פעמים רבות מתבצעת פנייה לרשויות, עושים מאמץ לקבל אישור אך לא מקבלים אותו ומנגד לא מקבלים תשובה שלילית מוחצת. ההבדל בין קיום תנאי לבין אי-קיום שכרוך הרבה פעמים בתשובה שלילית, הרי שזהו הבדל מאוד גדול. לכן, עדיף לא לסמוך על הזמן הסביר ולקבוע מועד בחוזה.

ע"א 464/51 מפעלי ברוך שמיר נ ברוריה הוך ברוך שמיר היא חברה קבלנית וברוריה היא בעלת מגרש. זהו חוזה קומבנציה. הוסכם שההעברת חזקה תבוצע תוך 18 חודשים מאישור תכניות הבניה. לאחר שכלול החוזה הוקפא המצב התכנוני כדי לבצע הערכה מחודשת של כל התכניות באזור. הוקפאו כל אישורי הבניה. הליך זה נמשך קרוב ל8 שנים. שנתיים קודם לכן הוך שולחת הודעת ביטול ומבקשת להביא את התקשרות לסיומה. בית המשפט המחוזי קבע שהחוזה בוטל.   
השופט בך מסווג את החוזה כחוזה על תנאי מתלה כאשר התנאי היה קבלת אישורי בניה.   
מאחר ולא נקבע פרק זמן לקיום התנאי בחוזה אז פרק הזמן הוא הזמן הסביר.   
הזמן הסביר הוא פרק הזמן שניתן היה להניח שהצדדים היו מסכימים לו בעת כריתת החוזה.   
אכן הצדדים לא צפו עיכוב כה ממושך, אבל אילו ידעו על העיכוב התכונני הם היו מסכימים לאמץ תקופה ארוכה יותר. החוזה עומד בתוקפו.   
השופט ברק: החוזה עומד בתוקפו אבל קובע כי מדובר בחוזה על תנאי מפסיק: אי השגת היתר, מאחר שלא נקבע זמן בחוזה, אז אי מתן ההיתר תוך זמן סביר.   
ככל שיתארך הזמן יכול היה כל אחד מהצדדים להפקיע את החוזה. באמצעות משלוח הודעת ביטול. אלא שבמשך זמן רב זה לא קרה.   
באשר להודעת הביטול: נופלת בעיקרון תום הלב, משום ששלחה את ההודעה אחרי הרבה זמן.   
השופט בייסקי (**דעת מיעוט**): לא מדובר בחוזה על תנאי, יש כאן התחייבות חוזית רגילה שנטלה על עצמה המערערת ומשלא עמדה בה הפרה את החוזה.   
 **האם התנאי צריך להיות קשור באופן אינהרנטי לעסקה**? התשובה שלילית. אין חובה כזאת וניתן להכניס כל תנאי לחוזה.   
 ישנם תנאים שהם מכוח חוק – כגון אישורי והיתרי בניה, אישורים מבית משפט ונמצאים בחוזים מסוימים בלי שום קשר.   
**האופציות הפרשניות של החוזה**:   
כאשר מדובר בתנאים מכוח חוק שחלים על התקשרות חוזית לדוגמא קבלת היתר. האפשרויות:   
**א**. קבלת ההיתר הינה תנאי מתלה (בך בהוך)   
**ב.** קבלת ההיתר הינה תנאי מפסיק (ברק בהוך)   
**ג.** השגת ההיתר הינה התחייבות חוזית רגילה שאחד הצדדים לחוזה נטל על עצמו. (בייסקי בהוך)  
**ד.** טעות שאחד הצדדים או שניהם לא ידעו על הצורך בהיתר.   
**ה**. חוזה לא חוקי. ( סולימני נ כץ)   
**הדרך לדעת לפרש את החוזה:**

1. תוכן התנאי
2. כיצד עוצב
3. אומד דעתם של הצדדים. (אם החלו הצדדים ביום חיוביהם ולא התקשרו בעסקה בלתי חוקית ואין פה טעות, או שהם סברו שמדובר בחוזה על תנאי מפסיק או שהם סברו שהשגת ההיתר היא התחייבות חוזית רגילה שצד נטל על עצמו. )

**27(ב)** חוזה שטעון הסכמת צד שלישי או רישיון, חזקה שקבלת ההסכמה או הרישיון היא תנאי מתלה.   
מתחילים בחוזה, עוברים לנסיבות, ואם משם לא מבינים את כוונת הצדדים אז פונים בבריית המחדל הפרשנית ומתייחסים לחוזה כאחד על תנאי מתלה.   
  
ע"א 1581/98 נתיבי איילון נ בשורה   
נתיבי איילון מפרסמת מודעה למרכז המתייחס למגרש בתל אביב. המשיבה מגישה הצעה לרכישת הזכויות בנכס וזוכה במכרז. משתכלל חוזה בין הצדדים. הזכויות במגרש אינן בידי נתיבי איילון אלא בידי עיריית תל אביב. ס.188א לפקודת העיריות מחייב אישור שר בכל מקרה בו עירייה מבקשת להעביר את זכויותיה. נדרש אישור שר להשלמת העסקה. האישור לא ניתן.   
בית המשפט המחוזי: קובע שבפנינו חוזה על תנאי מתלה בהתבסס על חזקת בפרשנות בסעיף 27(ב). החוזה בטל.   
השופט טירקל בבית המשפט העליון: בפנינו 3 אפשרויות פרשניות והן: **א**. חוזה על תנאי (קבלת התרי בניה) **ב**. התחייבות חוזית רגילה שצד נטל על עצמו**. ג.** טעות. טריקל בחור באפשרות השנייה.   
לשון הסעיף – בחוזה נאמר המערערת תטפל על חשבונה ברישום הזכויות בנכנס על שמה. כאן יש התחייבות להשיג תוצאה.   
מסקנה זו מתחזקת מכוח התנהגות הצדדים לאחר חתימת החוזה. אשר לחזקה בסעיף 27ב, החזקה סותרת, לאור לשון הסעיף והתנהגות הצדדים.   
אוביטר – ניתן להגיע לאותה תוצאה במתווה הטעות: אם המשיבים היו יודעים שהבעלות אינה בידי נתיבי איילון לא היו מתקשרים בחוזה.

**ס.28 סיכול תנאי**חל גם על תנאי מתלה וגם על תנאי מפסיק.   
סעיף זה עוסק במצב שבו אחד הצדדים יכול להשפיע על התקיימות התנאי, אם מדובר בתנאי מפסיק, או למנוע את התקיימותו אם מדובר בתנאי מתלה.   
**28(א)** היה חוזה מותנה בצד מתלה, וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על אי קיומו.   
**28(ב)** היה חוזה מותנה בתנאי מפסיק וצד אחד גרם לקיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו.   
ע"א 53/80 קיבוץ שניר נ שרייטר שרייטר היה אמור לבצע עבודת עפר באפיק נחל שעבר בשטח הקיבוץ. הקיבוץ נמנע מלפעול לקבלת ההיתר, ובחלוף זמן סילק את שרייטר משטחו. הקיבוץ טען לתנאי מתלה. ביהמ"ש פסק שהיה חוזה על תנאי מתלה. הופעלה החזקה הפרשנית בסעיף 27(ב.) אבל אז נקבע שהקיבוץ פעל לסיכול התנאי – מנע את התקיימות התנאי המתלה ולכן אינו יכול להסתמך על אי התקיימות התנאי. **ס.28(ג)** קובע שהוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות.   
**ס.29:** הצדדים יכולים לקצוב תקופה להתקיימות התנאי כאשר מדובר בתנאי מתלה ואם לא מתקיים בתקופה האמורה התנאי – החוזה מתבטל.   
כאשר מדובר בחוזה על תנאי מפסיק אם לא מתקיים בתקופה התוצאה היא שמתבטל התנאי.   
בהיעדר פרק זמן קצוב אנו עוברים לזמן סביר.   
בנתבי איילון נ בשורה השופט טירקל חיווה דעתו שאי מתן אישור תוך שנתיים חורג מן הזמן הסביר.   
אך בפס"ד הוך לא ברור מהו הזמן הסביר, והוא מתפרש בין חוזה לחוזה בהתאם לנסיבות וראות עיניו של בית המשפט.

**סוגי החיובים בחוזה:   
1. חיובים עצמאים:** חיובים מסווגים כעצמאים כאשר כל חיוב עומד בפני עצמו ואינו מותנה בקיום חיוב כלשהו ע"י הצד שכנגד וגם אינו שלוב בחיוב אחר כלשהו של הצד שכנגד. לדוג: פריסת תשלומים בחוזה, בדר"כ התשלום הראשון הינו בזמן כריתת החוזה, השני במועד מסויים, השלישי עם העברת הבעלות, והרביעי בעת קבלת החזקה בנכס (הכניסה לדירה ) התשלום השני הינו חיוב עצמאי.   
המשמעות של חיוב עצמאי היא שיש חובה לקיימו בלי שום קשר לשאלה האם הצד שכנגד מקיים התחייבות כלשהי.  
**2. חיובים מותנים** – כאשר חיובים מוגדרים כמותנים, תלויה חבותו של כל צד בכך שיקויים תחילה התנאי בו הותלתה התגבשותו או התגבשותה של חובת החייב. לדוג: בחוזה אספקה, חבותו של קונה סחורה או נותן שירות אינה מתגבשת כל עוד הוא לא קיבל את הסחורה או את חומרי הגלם הנחוצים למתן השירות, אלא אם נקבע אחרת בחוזה.   
חיובים מותנים הינם חלק מהסדרי הביצוע, ואילו תנאי מתלה פועל על החוזה כולו.   
**3. חיובים שלובים** – מדובר במצב בו יש תלות הדדית בין חיובי הצדדים. הצדדים צריכים לקיים את התחייבויותיהם בעת ובעונה אחת. למשל התשלום השלישי ביחד עם העברת הבעלות.   
ע"א 75/82 אלתר נ אלעני   
חוזה לרכישת חנות חדשה   
נקבע לעניין השלמת הביצוע ההסדר הבא : הקבלן יסיים את הבניה תוך 15 חודשים אלא אם כן יהיו עיכובים תכנוניים. המחיר הנקבע הוא 95 אלף לירות. לעניין מועדי התשלום נקבע כי התשלום השלישי מתוך ארבעה , בסך 60 אלף לירות, ישולם כאשר הקונה ימכור את חנותו הישנה. בשל עיכובים, לא נבנה הבניין בו אמורה הייתה להיות החנות החדשה.   
1974- המגרש עומד ריק. – הרוכש מוכר את חנותו הישנה (לא מודיע לקבלן, אך לקבלן נודע דבר המכירה). הרוכש לא משלם כיוון שהמגרש ריק, ולא הייתה שום התקדמות. לקבלן נודע דבר מכירת החנות. המערער (הקונה) מודיע על נכונותו לשלם כאשר הקבלן יעמוד בהתחייבויותיו. הקבלן טוען שהייתה הפרת חוזה מצד הקונה. הקונה טוען שלא כיוון שבשל העיכוב, הוא לא חייב להעביר את הכסף.   
השאלה המשפטית: איזה סוג של חיוב מופיע בפנינו ?   
ביהמ"ש העליון: התשלום השלישי עוצב כחיוב עצמאי, משמע בעל החנות היה צריך להעביר את הכסף בלי קשר לשאלה האם הקבלן עמד בהתחייבויותיו. הייתה חובה על המערער להעביר את התשלום ללא קשר לעמידת הקבלן בהתחייבויותיו. בית המשפט דוחה את ניסיונו של המערער להפוך את התשלום השלישי לחיוב שלוב או מותנה.   
  
ע"א 594/75 ג'רבי נ הייבלום חוזה למכירת פרדס, כשהמחיר 150,000. פריסת התשלומים הם: 20 – עם חתימת זיכרון דברים, 50, 50, 50- עם העברת הבעלות ע"ש החוזה. אחרי שהרוכש מתמהמה להעביר את מלוא הסכום, ומנסה לעצב מחדש את החוזה, המוכרת מחליטה לבטל את החוזה בגין הפרתו.   
מה סוג החיובים:   
השופט שמגר: בפנינו חיובים שלובים, משלא קיים הקונה את חיוביו רשאית המוכרת לבטל את החוזה בגין הפרה.   
כאשר מדובר בחיובים שלובים, אין חובה לקיים ממש אלא מספיק שצד מראה נכונות לקיים.

**סיכול חוזה**   
פטור בשל אונס או סיכול חוזה   
**ס.18** לחוק החוזים (תרופות) הגנה מפני תביעה בגין הפרה.   
(א) יש צורך במספר תנאים מצטברים:

* **אי ידיעה**. לא ניתן היה לדעת (בפועל או בכוח) על השינוי.
* **אי צפייה**. לא ניתן היה לצפות / לראות מראש את השינוי.
* **אין אפשרות מניעה**. לא ניתן היה למנע את השינוי / הנסיבות המסכלות.
* בשל השינוי, **קיום החוזה הופך להיות שונה באופן יסודי או בלתי אפשר**

במקרים אלו לא ינתן סעד של אכיפה או פיצויים לצד הנפגע.

**(ב)** לפי שיקול דעתו של בית המשפט: הסדר השבה בפועל או בכוח וכן יכולת של בית המשפט לחייב את הצד המפר לשפות את הצד הנפגע על הוצאות שהוציא ובמקרים מסוימים אף לבצע פעולות לפי החוזה. הכול בכפוף לשיקולי צדק.

**18א**בסעיף זה יש שיקול רב לבית המשפט.   
לא היה יכול לדעת – זהו עניין נורמטיבי שבית המשפט יכריע בו.   
לא היה יכול לצפות, או לא ניתן היה לצפות אותם – גם כאן יש שיקול דעת לבית המשפט.   
אפשרות המניעה – מגוון אופציות רחב, מה ניתן היה למנוע ומה לא.   
קיום בלתי אפשרי – זו החלופה הקלה, הנכס נהרס (למשל רעידת אדמה) או שהחוזה הופך להיות בלתי חוקי. נדרש בנוסף לכך שהקיום בלתי אפשרי שגם לא היה ניתן לצפות אותו או למנוע.   
שונה באופן יסודי – ישנו קו פרשנות רחב לבית המשפט, לקבוע האם התנאים השתנו באופן יסודי.   
כאן יש לגשת למבחן הסיכון, שגם הוא תחום נורמטיבי.   
אפשר להגיד שעניין הצפיות מתייחס לאירוע הספציפי למשל אסון טבע, חוסר יציבות פוליטית, ואפשר לרדת רמה אחת מתחת, ולדרוש לצפות את הפרשה עצמה, הספציפית. ואפשר גם לעלות רמה אחת למעלה, ולהגיד שאין זה משנה מה היה האירוע, מה שצריך לצפות הוא לא את ההשתלשלות העובדתית אלא את ההשפעה על ביצוע החוזה.   
**מיקום הדוקטרינה במרחב החוזי**: עילת הסיכול מתייחסת כל כולה לאירועים עתידיים, ולא אירועים שהיו קיימים ושרירים בעת כריתת החוזה, אלא משהו שמתקיים בעתיד.   
במשך זמן ארוך בפסיקה, הסיכול הוגדר כמגן ללא חרב. סיכול היא טענת הגנה. טענת הגנה מחייבת הפרה ולאחר מכן באה הגנה בדמות סיכול.   
ע"א 101/74 חירם לנדאו נ מקורות: חברה ישראלית שביצעה עבודות באפריקה טענה שהחוזים עליהם חתמה סוכלו משום שכל ציודה הולאם במהפכה באוגנדה ע"י השלטון הצבאי. בית המשפט העליון קבע שיש להניח ששני הצדדים היו יכולים לחזות שבשלטון דיקטטורי תהייה מהפכה. אפריקה היא יבשת מסוכנת וניתן לצפות הפיכות בה.   
ע"א 715/78 כץ נ ניצחוני: קבלן משנה מתקשר בחוזה לביצוע עבודות עם קבלנים ראשיים (ניצחוני). תנאי בחוזה: סכום תקרה שלא ניתן לחרוג ממנו.   
פורצת מלחמת יום כיפור. הקבלן יוצא למלחמה ובשובו מגלה שהמחיר החוזי הפך לבלתי כדאי לחלוטין בשל אירועי המלחמה. מתבצע משא ומתן לשם התאמת המחיר אך הצד שכנגד מסרב ועומד על קיום החוזה כלשונו. הקבלן לא מצבע את העבודה ומכאן תביעת הפרה.   
טענת ההגנה: סיכול   
כבוד השופט חיים כהן: גם אם נניח שפרוץ המלחמה לא ניתן היה לצפיה, הרי שעלית מחירים ולו אף תלולה ניתן לצפות. הראיה הינה תנית המחיר בחוזה. ואופן ניסוחה.   
השופט לנדוי: בהעדר שלום בין ישראל לשכנותיה הבלתי צפוי הוא בגדר צפוי, וגם פרוץ מלחמה ניתן לצפות.   
השופט חיים כהן מבצע את המהלך של העלאת הצפייה רמה אחת, עליית מחיר ניתן לצפות ולכן היא צפויה בלי קשר לשאלה מי גרם לה.   
פרוחו': השופט כהן היה צריך לטעון בקשר לתנאי בחוזה, שהצדדים חילקו ביניהם סיכונים ולאור חלוקת הסיכונים ביניהם הקבלן צריך היה לבצע. אבל האם תנית המחיר גוזרת שכץ לא יכול לטעון לסיכון? כץ יכול לטעון שעלייה חריגה אינה בגדר הסיכון שהקבלן לקח על עצמו משום שהיא שינוי תנאים יסודי של העסקה. **התפתחות הפסיקה:**   
ע"א 6328/97 רגב נ משרד הביטחון   
רגב כרת חוזה עם משרד הביטחון לפיו ירכוש 60,000 מסכות אב"כ במחיר 0.6$ למסכה ובמקביל משכלל חוזה עם חברה אמריקאית לפיו ימכור לה את המסכות במחיר 0.8$ למסכה.   
פורצת מלחמת המפרץ ובעקבותיה נוצר צורך במסכות בישראל ומשרד הביטחון מבקש להשתחרר מן החוזה. על בסיס 2 טענות:   
1. הלכת ההשתחררות המנהלית: (רשויות מנהליות לעיתים יש להקל עימן, כי מי שיישא במחיר בסופו של דבר זה הציבור.)   
2. סיכול   
בינתיים רגב נתבע ע"י החברה האמריקאית ובהסכם פשרה מחויב לפצותה ב50,000$.   
השופט אנגלרד: הפירוש המרחיב של הלכת כץ לפיו במד"י מלחמה הינה דבר צפוי, נוקשה מידי משני טעמים: 1. השופט לנדוי עצמו השאירה בצריך עיון. 2. כניסת עיקרון תום הלב, מחיבת הגמשת הפירוש הנוקשה.   
במקרה דנן, פרוץ המלחמה שינה את בסיס ההתקשרות, המלחמה הובילה לעליית מחירים של 1,500%.   
כל דבריו של השופט לנדוי הם אוביטר כי המדינה נטשה את טענת הסיכול.   
פרוחו: ישנם שני שינויים בהתפתחות הפסיקה:   
**שינוי אחד:** יש כאן ריכוך כפול, ראשית, מבחינת אפיון מרכיבי דוקטרינת הסיכול, ריכוך פנימי: המתמקד בצפיות – השאלה המרכזית לא צריכה להיות עצם האירוע עצמו אלא איך היא השפיעה על החוזה – מה הייתה ההשפעה על תנאיי היסוד של ההתקשרות. זרקור הצפיות מוסת אל עבר מוקד אחר והוא ההשפעה על קיום החוזה. יש הבדל בין עליה של 20 אחוז לעלייה של מאות אחוזים.   
**השינוי השני** הוא שינוי חיצוני והוא מגיע מכוח סעיף 39 שמרכך את דיני הסיכול הישנים באופן קיצוני. ס.39 ענינו קיום חוזה בתום לב. ובין היתר ישנה התייחסות לעמידה על זכות חוזית שגם כאן יש חובה לעשות זאת בתום לב. אי אפשר לנקוט בדעה קיצונית לדרוש את מה שמגיע על פי החוזה, אלא עיקרון תום הלב מכריח את האדם להתחשב בנסיבות שהשתנו על הצד השני. גם את עניין זה מציין כבוד השופט אנגלרד.   
עקרון תום הלב משנה את הסיטואציה בין שני הצדדים לחוזה מהכל או כלום לאיזון פשרה. איזושהי עמדת ביניים. בית המשפט לא חייב להחליט כי החוזה חייב להתקיים או בכלל לא אלא יכול לשכתב את החוזה.  
ת"א 3531/01 בן אבו נ מדינת ישראל : מכרז להקמת שכונה בגבעת זאב בירושלים. תחזיות ורודות – מכרז מבטיח, בניית 76 יחידות דירות, החברה הפקידה 23 מיליון שח. פרצה האינתפאדה השנייה דבר שגרם לשיתוק בשוק הבנייה הקונקרטי. בפועל לאחר פרוץ האינתפאדה נמכרת דירה אחת.   
בן אבו יוזמת הליך משפטי ומבקשת לבטל את החוזה מול המדינה מחמת סיכול.   
בית המשפט המחוזי:   
השופט צבן: מסתכלים על 3 פרמטרים:   
1. שינוי הנסיבות   
2. תום לב   
3. סיכול   
 המיקוד הוא בהשפעה של שינוי הנסיבות על הקיום החוזי.   
ניתן לבטל את החוזה מפאת סיכול והפער בין הציפיות לבין ההתרחשויות בפועל היה מאוד קיצוני. אפקט זה לא היה צפוי.   
השינוי שהתחולל באופן קיום החוזה לעומת מה שצפו הצדדים וכן השפעת עניין מסוים משתנה בין חוזה לחוזה.   
במקרים הללו בהם יש שינוי נסיבות קיצוני ישנם 2 כלים מתחום החוזים ואחד מחוץ לו:   
**א**. העלייה בקרנו של עיקרון תום הלב: כל מבחני הצפיות רוככו מעצם קיומו של סעיף 39 והפירוש שניתן לו בפסיקה. זה אומר שדיני הסיכול ירוככו עוד בעתיד אבל זה יהיה כרוך בשינוי נוסף שהוא התאמת החוזה לשינוי הנסיבות ולאו דווקא בביטולו. מגיעים לעמדת ביניים, לא הכול או כלום.   
**ב.** כיוון שהפסיקה העדכנית מתמקדת בשינוי של האפקט, במקום להכניס רשימת אירועים ממצה שיכולה להפקיע את החוזה, צריך לחשוב לא על אירועים ממצים אלא על שינויים הגורמים לתחום תחולתו של הקיום הכלכלי. אם עליה מסוימת במחיר של קוטג' ביחס לשקל תהפוך את החוזה של סלט לבלתי כלכלי עבורנו, צריך להכניס לחוזה התניה בדמות תנאי מפסיק. יש לזה מחיר, יש בכך חשיפת מידע לצד השני( הצד השני יכול להבין כמה החוזה הזה חשוב לכם,) וכן, הגנה כזו תבוא- לא בחינם, כל מבטח ירצה לראות שתוכלו לעמוד בכך, תרצו אופציית הגנה- תראו שתוכלו לעמוד בה, והמחיר יכול לעלות.   
**ג.** כשמדובר באירועים מפקיעים: הביטוח לא חייב לבוא מהצד השני לחוזה, הוא יכול לבוא ממקור חיצוני לחוזה והוא יהיה המדינה, כל אימת שהמצב הביטחוני מתדרדר, המדינה מבטיחה לפצות.   
  
**פרשנות**מלאכת הפרשנות היא אחת המלאכות החשובות. באמצעות הפרשנות ניתן להבין הרבה מאוד.   
3 רבדים: הפרשנות, ההשלמה וההתערבות.   
אם רובד הפרשנות מעיד שיש חוסר עוברים לרובד ההשלמה, לאחר שהשלמנו את החוזה עוברים לבדוק האם קיימת אי חוקיות או ניגוד לתקנות הציבור ואז משתמשים ברובד ההתערבות   
באמצעות פרשנות רחבה יכולה הפרשנית להגיע לתוצאה שאין בכלל חסר. היא יכולה לפרש שיש לצדדים כוונה לכלול בחוזה הסדר מסויים גם אם ההסדר הזה לא מופיע בצורה מפורשת.   
לגבי ההתערבות – גם בעניין רובד ההתערבות יש לפרשנות משקל רב. זאת כיוון שניתן לקחת הסדרים חוזיים ולפרשם באופן שלא תהייה התנגשות בינם לבין תקנת הציבור או להתאימם ללשון החוק או לרוח החוק ובכך להימנע מבעיית אי חוקיות   
ישנם מצבים בהם קשה להגיע לקונסטרוקציה שתמנע את אי החוקיות.   
בגלל שהמציאות משתנה והחוזים אינם מפורטים מספיק, כמעט תמיד תתעוררנה סוגיות פרשניות בעת ביצוע החוזה. הדברים הפכו להיות יותר קריטיים כאשר שיטת המשפט הישראלית הפכה להיות מרוככת. למשל, הפיכת עיקרון תום הלב לנשמת אפם של דיני החוזים מחייבת פרשנות.   
**משנת הפרשנות הנהוגה בישראל עפ"י אהרון ברק**   
השיטה הנהוגה בישראל אינה פרשנות פרונטלית אלא פרשנות תכליתית.   
1 ניסיון להתחקות אחר תכלית / מטרת החוזה.   
"תכלית החוזה היא מושג אינגרטיבי. היא משקפת את הרצון הריאלי ואת הרצון ההיפוטטי של הצדדים לחוזה היא ביטוי לכוונה המשותפת של הצדדים ולכוונה שהייתה צריכה להיות להם אילו חשבו בדבר או לכוונה שיש ליחס להם בהנחה כי הם פעלו כאנשים סבירים. אכן תכלית החוזה משקפת הן את היש הריאלי והן את הרצוי האידיאלי." (ברק)   
לתכלית יש שני רבדים.   
**א.** הרובד הסובייקטיבי: מה שהצדדים ראו לנגד עיניהם, מה הייתה כוונתם המשותפת של הצדדים.   
**ב.** הרובד האובייקטיבי: הבנייה של הראוי לתוך המערכת החוזית גם אם הצדדים בכלל לא חשבו או רצו אותו. הבניה זו מגיעה מתפיסה מסוימת של הראוי בחברה הישראלית כפי שמבין אותה בית המשפט.   
הגדרה זו מאפשרת לפרשן לעשות הכול, אין לו מחויבות לתת דין וחשבון לכוונה של הצדדים.   
**ס.25(א)** "החוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ובמידה שאינה משתמעת ממנו מתוך הנסיבות." ניתן לראות שיש הפניה ללשון החוזה, ופונים לנסיבות רק במידה שאינה משתמעת מתוך הנסיבות. הסעיף הזה שיקף את תורת הפרשנות שנהגה במשפט הישראלי מזה זמן רב. תורה שנקראה תורת שני השלבים:   
א. פנייה ללשון החוזה, ואם הלשון אינה ברורה עוברים לשלב ב'.   
ב. נסיבות   
ע"א 650/84 שטרן נ זיונץ : השופט נתניהו בס.5 של הפס"ד. "הכלל כי אין מקום להשמעת ראיות חיצוניות בדבר כוונת הצדדים כשלשון המסמך הינה ברורה, היה נקוט עימנו מאז ומתמיד בעקבות דיני הראיות האנגלים. הוא מוצא אישור בלשונו של סעיף 25א ופסיקה שלאחריו."   
**השינוי הגדול ארע בשנות ה90 בפרשת אפרופים.**   
ע"א 4628/93 אפרופים שיכון וייזום נ מד"י פסק דין זה ניתן על רקע גלי העליה של מדינות חבר העמים שאירעו בשנות ה90. כתוצאה מאותה עליה נוצרה מצוקת דיור. המדינה מנסחת חוזה פרוגרמה לשם התקשרויות עם קבלנים. החוזה חילק את המדינה ל2 אזורים. אזורי פיתוח ואזורי מרכז. כדי שהקבלנים ייבנו היה שימוש במקל וגזר. הגזר היה הטבה: המדינה התחייבה לרכוש דירות שלא יימכרו. מקל: סנקציה כפולה – איחור בדרישה גרר הפחתה של מחיר הרכישה. איחור בביצוע אמור היה גם לגרום הפחתה של מחיר הרכישה.   
נוצרה בעיה: מבחינת לשון החוזה, הייתה סנקציה על איחור בדרישה ובביצוע באזור המרכז. ואילו באזורי הפיתוח הייתה סנקציה רק על איחור בדרישה, ולא נאמר דבר על איחור בביצוע.   
חברת אפרופים איחרה בביצוע והמדינה הורידה לה 6%. חברת אפרופים טענה בבית המשפט כי אין שום סנקציה מלשון החוזה. בית המשפט המחוזי קיבל טענה זו ועליה הגישה המדינה ערעור.   
בית המשפט העליון:   
השופט מצא (**דעת מיעוט**): מאמץ את גישת שני השלבים ומפעילה על המקרה וקובע שאכן אין סנקציה על איחור בביצוע. "ככלל אין להניח כי דרך בני האדם היא להקפיד ולדקדק בניסוח הסכמותיהם החוזיות. והמילה הכתובה מקום שמשמעותה ברורה וכוונתה המסתברת עולה בקנה אחד עם נושא ההתקשרות עודנה כמדומה המקור האמין ביותר לאומד דעתם של המתקשרים."   
השופט לוין (**ד. רוב**): מאמץ גרסה מרוככת של תורת שני השלבים. אכן נכון להתחיל בלשון החוזה כמקור ראשוני אבל מוסיף, שכאשר ברור שלשון החוזה אינה משקפת את הסכמתם העצמאית של הצדדים או כאשר היא מובילה לתוצאה אבסורדית ניתן לפנות לנסיבות. לאור הנסיבות צריכה הייתה להיות סנקציה עם איחור הביצוע.   
השופט ברק (**ד. רוב**): דוחה את תורת שני השלבים.   
1. הגבול בין הלשון לנסיבות מטושטש משום שהלשון תמיד עמומה.   
2. התורה אינה מתיישבת עם הגיונם הפנימי של דיני החוזים המתמקדים בכוונה.   
3. תורת שני השלבים אינה מתיישבת עם עיקרון תום הלב.   
4. תורה מיושנת שאבד עליה הכלח.   
ברק ממחיש באמצעות משל המכונה והסוס: כשקוראים חוזה כזה עלולים לחשוב שמדובר בעסקה למכירת סוס אך למעשה מדובר בעסקה למכירת מכונה. אם לא נדרש לנסיבות אנו נלך שולל ולכן מסביר השופט שחובה תמיד ללכת לנסיבות לפיענוח כוונת הצדדים. על הפרשן לנוע כ'מטולטלת בין הלשון לנסיבות.' הייתה כוונה להטיל סנקציה ולכן יש להטיל סנקציה של איחור בביצוע.   
פרוחו': בעקבות פסק הדין אין יותר אדיקות ללשון על פני הנסיבות.   
השופט לוין צדק, אכן יש כאן תוצאה אבסורדית. אך יש ביקורת על דבריו של הנשיא ברק.   
למה שצדדים יקראו למכונה סוס ולסוס מכונה. לשון החוזה היא עמומה. האלטרנטיבה לא טובה יותר שכן בחוזה הזה לא היה אחרי מה להתחקות- זה חוזה אחיד ולא הייתה שם כוונה משותפת. החלופה היא מעבר מלשון לנסיבות, הכי קל לעשות מניפולציה לנסיבות שהרי הן דבר שאין לו שום אינדיקאציה בחוזה שיכול להיטען אחר כך שבוטא בכריתה ומנגד את לשון החוזה קשה לתחמן. גם מבחינת צדק חלוקתי אין זה צודק, משום שברור שלצד החזק יש כסף להתדיין במשך שנים ולהיגרר להליכים שהצד החלש לא יכול לעמוד בהם. ההנחה שנגיע לחקר האמת היא שגויה – אי אפשר להגיע לתוצאה המודיקת. זה נותן מצב בו תמיד אפשר לתפוס משהו בנסיבות שאפשר להיאחז בו.   
\*הטעות הייתה טעות סופר (ס.16) והיה ניתן להשלים אותה במנגנון ההשלמה מבלי לפנות להלכות הפרשנות.   
  
בעקבות פרשת אפרופים היו שני סוגים של ניסיונות לשנות את שיטת הפרשנות הזו. פסיקה וחקיקה.   
פסיקה:  
ע"א 5856/06 לוי נ נורקייט אמנון מומחה לעיבוד בשר משכלל חוזה עם חברת נורקייט חברה לשיווק מוצרי מזון. הם כורתים חוזה על מכירת טכנולגיית עיבוד מוצרי בשר + שירותי ייעוץ. לוי רצה תמורה חד פעמית אך החברה רצתה לשלם בתשלומים. בחוזה הייתה תניה שקבעה שכל עוד משתמשים בטכנולוגיה הם ישלמו ללוי, אפילו במקרה בו הוא ימות או יבצר ממנו לתת את חלקו בחוזה. השופט דנציגר אומר שהחוזה קבע שני תרחישים שבהתקיימם תוכל נורקייט להפסיק לשלם:   
א. אם נורקייט מפסיקה להשתמש בטכנולוגיה.   
ב. אם לוי לא רוצה או לא מסוגל ליתן שירותי ייעוץ למעט מקרה של מוות.   
ס.27 לפסק הדין   
דצינגר סבור שעל אף כללי הפרשנות של אפרופים מן הראוי שבמקום בו לשון ההסכם ברורה וחד משמעית יש ליתן לה משקל מכריע בפרשנות ההסכם. עיקרון זה מקבל משנה תוקף כאשר הלשון הברורה מתיישבת עם ההיגיון המסחרי הפשוט. השופט רואה בחוזה זה חוזה שמשקף פשרה בין מאוויים מנוגדים של שני צדדים. אמנון לוי ביקש תשלום אחד, והחברה רצתה לפרוס את התשלום. ואז עלה החשש שהחברה תבטל את התשלומים אם תפסיק להשתמש בטכנולוגיה, ולכן נכנסה תנית הייעוץ, שגם אם לוי לא ימות שירותו לא יקטע את זרם התשלומים. ולפיכך הוא נותן תוקף מלא לחוזה. החידוש הגדול היה שכאשר יש לשון ברורה + ניסיון מסחרי שמובילים לתוצאה מסוימת הפרשנים יכולים לסיים את עבודתם. יש כאן הסתכלות לנסיבות לפי המשא ומתן שקדם. יש כאן פניה לנסיבות והחידוש ביחד לאפרופים שלשון ברורה מקבלת משקל מכריע. וצריך רק חיזוק נוסף מהנסיבות. השופט דנציגר חזר על אותו רעיון בפסק דין שהגיע לאחר מכן: ע"א 5925/06 בלום נ אנלו – סכסון   
הוא חזר על דבריו מילה במילה, אך אין זה עזר. הייתה התקוממות של חבריו השופטים כנגד הניסיון לחרוג מהלכת אפרופים.   
חקיקה: תיקון החוק – הצעתו המקורית של חבר הכנסת יריב לוין.   
"חוזה יפורש לפי תוכנו המילולי. היה תוכנו המילולי בלתי מספיק לשם פירושו יפורש החוזה לפי אומד דעתם של הצדדים כפי שהיא משתמעת מן החוזה. ובמידה שאינה משתמעת ממנו מן הנסיבות. התיקון כפי שחוקק:  
"חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה יפורש החוזה בהתאם ללשונו."   
ברע"א 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ סהר 2 מתוך השופטים קבעו שהתיקון לחוק מוכיח שהמחוקק אימץ את הלכת אפרופים. ברור שחבר הכנסת לא התכוון לכך.   
מדוע הכנסת לא מצליחה לשנות את הלכת אפרופים. השופט ברק טוען שהמחוקק יכול לשנות את הלכות בית המשפט, אך זהו נימוק מטעה. עלות חקיקה היא עצומה, ועלות מתן פסק דין הינה בחירתו של הנשיא מי ישב בהרכב. הא-סמטריה בעלויות לא מאפשרת למחוקק לשנות את פסיקתו של בית משפט. איזונים בין רשויות הם דבר עדין, אם המחוקק יכול להפוך את מה שעשה בית המשפט- בית המשפט לא היה עושה זאת מלכתחילה.   
**עקרונות פרשנים נוספים:**בעבר הייתה קיימת דוקטרינת "התנאי מכללא" היא הופעלה ע"י מבחן **'הטרחן המתערב**.' דוקטרינה זו אפשרה לבית המשפט לכרות הסדרים לתוך החוזה על אף שהם אינם נמצאים בו. חשבו על אותה דמות של הטרחן המתערב, שבעת המשא ומתן יושבת על כתפי הצדדים ומציע להם עוד תנאים. אם תשובת הצדדים הייתה באופן היפוטתי שברור שתנאי זה נכנס לחוזה, בית המשפט יכניס אותו. ישנו ספק לגבי דוקטרינה זו במשפט הישראלי. לאור ההלכה הפרשנית הרחבה, והעובדה שלפרשנות התכליתית יש ממד ראוי, ולבית המשפט יש כוח להוסיף תנאים שצדדים סבירים היו רוצים להוסיף, לא צריך את דוקטרינת התנאי מכללא.   
ישנו **ס.25(ב)** הקובע שפירוש המקיים את החוזה עדיף על פירוש המביא לבטלותו.   
**ס.25(ב1)** חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו. עדיפות לצד שלא עיצב את החוזה.   
**ס.25(ג)** כאשר ישנו ביטוי מסוים שהינו שגור ומקובל בקהילה עסקית תינתן לו הפרשנות המקובלת באותה קהילה.   
פרשנות הרמונית: אם מופיע ביטוי או מופיעה תיבה לשונית מספר פעמים בחוזה יש להעניק את אותה המשמעות לאותו ביטוי או אותה תיבה לכל אורך החוזה כדי ליצור הרמוניה בין חלקיו.   
פרשנות העולה בקנה אחד עם עיקרון תום הלב: שמפנה אותנו לס.39 קיום חוזה בתום לב.   
 **ס.39 קיום חוזה בתום לב**ס.39 – בקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מחוזה.   
ע"א 391/80 לסרסון נ שיכון עובדים. חברת שיכון עובדים בנתה בניין רב קומות ללא גנרטור כמתחייב על פי חוק. היה תא גנרטור אך התא ריק. חוק בנינים גבוהים מחייב גנרטור בבניינים שמספר הקומות בהם עולה על 8. הדיירים תובעים את החברה, והחברה טוענת שבחוזה אין תניה המחייבת לספק גנרטור ושהדיירים יקנו מכספם. החוזה לא הזכיר חובה על התובעים לספק גנרטור. כל 3 השופטים מגיעים למסקנה שהצדק עם הדיירים. אלא שכל שופט ושופטת בחרו נתיב אחר להגיע למסקנה.   
השופט בייסקי: גם אם לא צויין במפורש שיש להקים גנרטור הרי החוק, סעיף 6 לחוק המכר מחייב אספקת גנרטור. עיקרון תום הלב יוצר חיוב חדש של אספקת גנרטור.   
השופטת בין פורת: מכוח פרשנות – ס.25(ב) פירוש המקנה תוקף לחוזה עדיף על פירוש המחייב את ביטולו. ישנן 2 אפשרויות – החברה התכוונה לא לספק גנרטור כנדרש עפ"י חוק ואז החוזה בלתי חוקי ומכאן שהוא בטל. או שהחברה התכוונה לספק גנרטור ואז החוזה חוקי.   
השופט אלון: יש להשתמש בעיקרון תום הלב בזהירות מריבית.   
משתמש בדוקטרינת התנאי מכללא. וקושר את זה למוניטין של החברה.   
בג"צ 59/80 שירות/י תחבורה ציבוריים באר שבע נ בית הדין הארצי לעבודה: חברת אוטובוסים כורתת חוזה עם עובדיה לפיו תשלם להם פרמיה אם לא ינקטו בשיבושי עבודה. לאחר מכן פורץ סכסוך עבודה. מתקיימת ישיבת תיווך שנכשלת, ונערך כינוס עובדים אשר גורר הפסקת עבודה. הייתה הודעה על האספה חצי שעה מראש לועד, ולא לעותרת שהיא המעבידה. בעקבות הפסקת העבודה, מפסיקה העותרת לשלם את הפרמיה לעובדים. העובדים מגישים תביעה בבית הדין האזורי לעבודה והתביעה נידחת. ערעור לבית הדין הארצי לעבודה, בו התביעה מתקבלת, ולאחריו מוגש בג"צ. חברת האוטובוסים טוענת שהעובדים שיבשו את הליך העבודה ועשו זאת ללא התרעה מראש. העובדים טוענים כי עפ"י החוזה, אין כל חובה למסור הודעה למעבידה, אלא רק לועד. נשאלת השאלה האם העובדים הפרו את החוזה.   
השופט ברק: האם ניתן ליצור חיוב משפטי חדש שאינו מופיע בחוזה מכוח סעיף 39.

1. אומר שעקרון תום הלב מלמד שהצדדים הופכים מיריבים לשותפים בעלי מטרה משותפת אותה הם חפצים להגשים. חובת תום הלב נושאת אופי אובייקטיבי וכך עליה להתפרש. לא יתכן שמהות החובה תשתנה מחוזה לחוזה. צריך להיות מדד קבוע. מהות החובה נקבעת עפ"י ערכי החברה הישראלית כאשר יש התאמות מסויימות שמתחשבות בחוזה והצדדים עצמם.
2. מבחינת תכולת עיקרון תום הלב, העיקרון חל על כל סוגי הזכויות והחיובים. חיובים הקבועים בחוזה, חיובים הקבועים בדין וחיובים קבועים במשפט הפרטי.
3. האם עיקרון תום הלב יכול להיות מקור ליצירת חיובים חדשים? סעיף 39 אכן מהווה מקור לחיובים חדשים. במקרה שלנו – מכח עיקורן תום הלב היתה חובה על העובדים לידע את החברה על כוונתם לשבש את פעילותם אף על פי שהדבר לא מוזכר בחוזה. המטרה המשותפת היא ליצור חיי עסקים שקטים. העובדים הפרה חובה זו בכך שלא ידעו את החברה בזמן.
4. מה הסעד שיתקבל? הסעדים תלויים בנסיבות. במקרה שלנו, האישור כאילו לא ניתן כלל ומשמעות הדבר היא שהעובדים שבתו והפרו את העבודה ללא אישור המועצה ויש בכך הפרת חוזה. הפסקת התשלום נעשתה כדין עפ"י החוזה. המרצה מתיחס וטוען כי מי שנהג בחוסר תום לב היא המועצה ולא הנהגים עצמם. היא זאת שנתנה את האישור.

הסעדים הנוספים האפשריים בגין הפרת החובה לנהוג בתום לב (התייחסות כאל הפרה)–

* 1. פיצויים או מתן צו אכיפה
  2. שלילת פיצויים או אפשרות האכיפה (מן הצד המפר)
  3. מתן כח משפטי לצד הנפגע לפנות מחיובי החוזה ולבצע פעילות אשר היתה נחשבת להפרה.
  4. שלילת כח מן הצד שפעל בחוסר תום לב והעברת כוח זה לצד השני, הנפגע. במקרים כאלה ניתן גם להעביר את הכוח לצד הנפגע או שבית המשפט יוכל להפעילו.

פרוחו: בית המשפט יכול היה להגיד שעל העובדים הייתה חובה להודיע למעסיק מכוח חובת תום הלב, אבל לא להחיל את החובה על המקרה. בית המשפט החמיר עם העובדים כאשר הכניס לתוך החוזה חיוב שלא היה קיים בו. אם יש חשיבות לבסס את עקרון תום הלב יש לעשות זאת מכאן ואלך שכן לא המעסיקה ולא העובדים יכלו לצפות מראש את התרחיש.)   
ע"א 701/79 שוחט נ לובליאנקר: לובליאנקר היו בעלים של דירה, והם שכללו חוזה מכר עם שוחט, ונקבע בחוזה שהתמורה תשולם בארבעה תשלומים: כאשר העברת הבעלות על שם הרוכשים שוחט, תתבצע בין התשלום השלישי לרביעי. שוחט שילמו במועד את שלושת התשלומים הראשונים, ויצאו לחופשה באוסטרליה. המשיבים לא ידעו מה יהיה עם התשלום הרביעי ולא העבירו את הבעלות והגישו תביעה לאחר נסיעתם של הרוכשים לאוסטרליה וחוסר אפשרות ליצור קשר עימם. העברת הבעלות הייתה חיוב עצמאי.   
השופטת בין פורת קובעת שמשפחת שוחט הפרה את החובה לנהוג בתום לב כאשר עזבה את הארץ לטיול מבלי להודיע למשפחת לוליאנקר, בית המשפט משנה את סיווג החיובים והופך את העברת הבעלות מחיוב עצמאי לחיוב שלוב בתשלום הרביעי.

**הפרה וסעדים**הפרה:  
**ס.1** לחוק החוזים תרופות: מעשה או מחדל בניגוד לחוזה.   
דוקטרינת זוטי דברים: (de minimis non curat) המשפט לא מעסיק עצמו בזוטות. גם אם מדובר בהפרה טכנית של כמו איחור בתשלום של דקות ספורות או איחור פעוט בביצוע, בפירוש היה כאן איחור, אך לא יהיו פיצויים בגלל דוקטרינת זוטי דברים.   
עקרון תום הלב בלע לתוכו את דוקטרינת זוטי הדברים. מכוח החובה לפעול בתום לב, מדובר לא בעניינים קטנים למחול עליהם אלא בעניינים גדולים יותר.   
שני סוגי הפרות:   
1.הפרה בפועל – ס.1   
2. הפרה צפויה – ס.17 לחוק החוזים (תרופות)   
כאן יש הסבר מושגי, תפיסתי, בין דיני הנזיקין לדיני החוזים. בדיני הנזיקין אין אפשרות לתבוע על עוולה צפויה שטרם הגיעה לעולם.   
בדיני חוזים הדבר אפשרי, יש אפשרות לתבוע בגין הפרה שטרם באה לעולם. עוד לא הגיע תאריך הביצוע ועם זאת ניתן לתבוע, וזה אף ניתן בחוק.   
**ס.17** גילה צד לחוזה את דעתו שלא יקיים את החוזה, או שנסתבר מנסיבות העניין שלא יוכל או לא ירצה לקיימו, זכאי הצד השני לתרופות לפי חוק זה גם לפני המועד שנקבע לקיום חוזה, ובלבד שאם בית המשפט מורה על אכיפה, הוא לא יקדים את האכיפה ביחס למועד שנקבע לחוזה.   
**הרישא**: שני סוגים של הפרות צפויות:

1. הפרה צפויה מסתברת, או משתמעת – הפרה שברור שכך יקרה, גם אם הצד לא מכריז באופן מפורש.
2. הפרה צפויה מפורשת – מצבים בהם צד לחוזה מגלה שלא יוכל לקיים אותו. לעיתים בעקבות השתנות של המציאות שהופכת את החוזה לבלתי אפשרי. מצב נוסף שכיח הוא שאדם שחייב לשלם בתשלומים, ולא שילם את התשלומים הראשונים, ניתן להניח שגם את התשלומים הבאים לא ישלם.

**הפרה צפויה משתמעת**   
אברהם נ מזרחי : עסקת קומבינציה לפיה בעלי הקרקע אמורים לקבל 2 דירות. הקבלן נוטל על עצמו לפעול לקבלת היתר בניה ולפנות את הדייר המוגן המתגורר על הקרקע. לא נקבע פרק זמן לקיום פעולות אלה. בתחילה בעלי הקרקע סירבו לחתום על ההיתר, לאחר מכן אירע שינוי תכנוני בתכנית מתאר. בחלוף 7 חודשים, משראו בעלי הקרקע שאין שום התקדמות בפרויקט הם שולחים לקבלן הודעת ביטול. לא ניתן לבטל חוזה ללא הפרה, כדי שבעלי הקרקע יוכלו לבטל את החוזה, עליהם להראות שיש או הפרה בפועל, או שיש הפרה צפויה. האם הייתה הפרה בפועל או הפרה צפויה שאפשרה לבעלי הקרקע לבטל את החוזה   
השופטת נתניהו: הפרה מפורשת לא הייתה משום שלא נקבע פרק זמן לביצוע התחייבויות הקבלן, מכאן שנמצאים במרחב הזמן הסביר. הפרה צפויה הייתה, והיא משתמעת מן הנסיבות – הקבלן לא נקט שום פעולה לפינוי הדייר וגם לא פעל לקבלת ההיתרים ומכאן שהביטול כחוק.   
פרוחו: בחוזה בו לא מוגדר הזמן הסביר, לא ניתן לדעת שיש הפרה צפויה.   
**הפרה צפויה מפורשת:**   
ע"א 1816/91 דלתא נ שיכון עובדים: דלתא שכללה חוזה שכירות עם שיכון עובדים שכלל אופציה בה ניתן לדלתא לרכוש את הנכס בתום תקופת השכירות. דלתא הייתה אמורה לשלם את דמי השכירות בשני תשלומים. את התשלום הראשון היא שלמה בזמן, את השני באיחור של חודש וחצי. השיכון עובדים קיבלו את התשלום השני אך בסוף תקופת השכירות כאשר דלתא ביקשה לממש את האופציה והודיעה על כך לשיכון עובדים שיכון עובדים התעלמה מהפניה ובחלוף זמן מה הודיעה על ביטול החוזה. דלתא הגישה תביעה וטענה שהודעת הביטול עולה כדי הפרה צפויה. בית המשפט העליון, השופטת דורנר: הסכימה עם דלתא. ברגע ששיכון עובדים קיבלו את התשלום הם 'מחלו' על ההפרה אם הייתה, ואבדה להם זכות הביטול.   
**יתרונותיה של ההפרה הצפויה:**   
בהתקיים הפרה צפויה יש לצד הנפגע אופציה, הנפגע יכול לפעול באופן מידי, על בסיס דוקטרינת ההפרה הצפויה, או להמתין עד הגיע מועד קיום החיוב הרלוונטי ואז אם הוא לא מקוים לתבוע בגין הפרה רגילה.   
מאפשרת את הקדמת התביעה ובד בבד קבלת צווים שיכולים לסייע לצד הפוגע. לדוג: עיכול נכסים, צו מניעת יציאה מהארץ. מצב המפר בנכסיו עלול להשתנות ועדיף להוציא ממנו כסף בהקדם.   
יש הסוברים שכדאי להמתין, שכן המצב יכול להשתנות, הצד השני בכל זאת יעמוד בהתחייבויותיו. סיבה נוספת היא שהיקף הנזקים יכול להיות ברור יותר אם תמתין.   
שני הטעמים שמכוחם כדי להמתין, מסיבה שיפה לחכות לטוב, אך אם צד גילה שהוא לא מתכוון לקיים או שההפרה משתמעת באופן ברור, אין סיבה לאופטימיות.   
כוחם של הצווים הזמניים עצום, אין דומה לתוחלת הרווח שתקבלו מההמתנה. מצבים של כישלון חוזי בכל כל דקה נכסים נעלמים וכו.   
בנוסף, כאשר אדם מגיש תביעה על הפרה צפויה, נחסך ממנו קיום חיובים עצמאיים.   
מבחינה כלכלית, חוזה מופר באחד משני טעמים: הסיבה המרכזית היא שינוי עתידי - השינוי יכול להיות לטוב ולרע, בשני המקרים בין אם מדובר בשינוי לטוב, או לרע, השינוי הופך את קיום החוזה המקורי ללא משתלם. שינוי נסיבות לרעה – למשל, התייקרות עלויות. לטוב – כאשר ישנה הזדמנות שהיא משתלמת יותר, ותכניס הרבה יותר כסף.   
**סעדים בגין הפרת חוזה**:   
מבחינת מה שהחוק מציע, **ס.2** שכותרתו תרופות הנפגע: ''הופר חוזה, זכאי הנפגע לתבוע את אכיפתו או לבטל את החוזה.'' יש אכיפה או ביטול. מעבר לכך אפשר לקבל פיצויים ''וזכאי הוא בפיצויים בנוסף על אחת התרופות האמורות או במקומם.' פיצויים זוהי תרופה מאוד מעניינת. היא גם מצטרפת לאכיפה או ביטול, או שהיא סעד עצמאי.   
פולר ופרדו במאמר משנת 1936 סיווגו את האינטרסים מוגנים:

1. **אינטרס הקיום (הציפיה):** והוא להציב את הנפגע במצבע בו היה אילו קוים החוזה כלשונו. אינטרס הקיום הוא האינטרס החוזי המובהק משום שאינטרס הקיום לא רק מעניק פיצוי מלא לנפגע, אלא גם מאלץ את המפר להביא בחשבון את מלוא הנזק שההפרה תגרום לנפגע. איך אפשר להגן על אינטרס הקיום של הנפגע – באמצעות צו אכיפה. צו אכיפה בלבד, לרוב לא מעמיד את הנפגע במקום בו היה אילו קוים החוזה כלשונו, משום שמימד הזמן משמש כגורם להפסד כספי גם כן וכן עוגמת הנפש. ישנה גם אפשרות להביא רק פיצויים. במציאות לחשב פיצויי קיום זה כמעט בלתי אפשרי (למשל הערכת הרווח של רוכש דירה) על כן ניתן להביא גם רק את סעד האכיפה אשר חוסכת בעלויות מידע.
2. **אינטרס ההסתמכות**: מטרתו להציב את הנפגע במצב בו היה לפני כריתת החוזה. הסעד לקיום אינטרס ההסתמכות:

**א.**  פיצויי הסתמכות בגין כל הוצאה שהוצאה בהסתמכות סבירה על ביצוע החוזה או קיומו. או   
**ב.** בגין הזדמנויות אלטרנטיביות שפוספסו, גם כאן פיצויי הסתמכות קשים לחישוב.

1. **אינטרס ההשבה**: מטרה היא להשיב לצד הנפגע כספים או שירותים/נכסים שהעביר לצד המפר.

השבה אפשרית בשתי דרכים:   
השבה בעין: השבת נכס שהועבר.   
השבת שווי: תשלום כסף שווה ערך לנכס או לשירות   
היתרון הגדול של השבה הוא קלות הביצוע. על אף שמקבלים פחות כסף לעיתים, נפגעים מעדיפים סנקציה של השבה וביטול. משום שהוא מביא לסיגרה מהירה יותר של הדיון.   
\*לפי הדין הישראלי **ס.9(ג)** לחוק התרופות הנפגע יכול לבחור באיזו השבה הוא מעוניין.

אינטרסים אלו הם האינטרסים הקלאסים, המתמקדים בנפגע ולא במפר. יש אינטרס נוסף, המתמקד במפר ולא בנפגע.

1. **אינטרס שלילת התעשרות:** מקורו בדיני עשיית עושר שלא במשפט.   
   הרעיון הוא שאין מעניין אותנו מה הנזק שנגרם לנפגע כתוצאה מההפרה אלא מה שמעניין הוא לקיחת ההתעשרות מהמפר והעברת סכום ההתעשרות לנפגע.   
   הסיבה להרתעה היא פשוטה, אם החוזה היה מתקיים כפשוטו, הנפגע היה יכול להתעשר את מחיר ההתעשרות הזה.   
   אינטרס לקיחת ההתעשרות התקיים במקרים נדירים בהם לאחד הצדדים הוצעה עסקה טובה יותר. לרוב צד מפר כיוון שהוא לא יכול לעמוד בעלויות הקיום.   
   בכל זאת יש יתרון ללכת על שלילת ההתעשרות מאחר וקל להעריך אותו בשונה מאינטרס הקיום אותו קשה להעריך. מדד אובייקטיבי חוסך הרבה זמן ועלויות התדיינות.

**פיצויים מוסכמים –** נותן אומדן כמה המפר הולך להפסיד מההפרה. פיצויים אלה רווחים כי אם אין פיצויים מוסכמים יש צורך להעריך את אינטרס הקיום.   
  
דוגמא 1:   
ראובן ולאה תלמידי שנה א בקורס בדיני חוזים כרתו חוזה לפיו ראובן ימכור ללאה את אוסף הבולים שלו המוערך ב800 שקלים. מחיר חוזה: 500 ₪ + מושלח מנות מעשה ידיה של לאה מוערך ב150 ₪. עלות ההכנה בפועל 100 ₪. בחלוף שבוע לאה מקיימת את התחייבויותיה ומעבירה לראובן 500 שקלים ומשלוח מנות, בחלוף יומיים נוספים ראובן מודיע ללאה שאין בכוונתו לקיים את החוזה משום שאספן בולים מושבע הציע לו 2,000 שקלים עבור אוסף הבולים שלו ומפר את החוזה עם לאה.   
הוא לא מוסר ללאה את האוסף.   
אינטרס הקיום: 200 ₪. (800 – 600.)   
 השבה: 500 ₪ ששילמה לראובן, 150 ₪ שווי השוק של המשלוח המנות.   
סך הפיצוי של לאה הוא 850 ₪.   
אינטרס ההסתמכות אמור להחזיר אותנו למצב בעת כריתת החוזה. לפצות את הנפגע על כל העלויות שיצאו כתוצאה מכריתת החוזה.   
אינטרס ההסתמכות: יהיה 100 ₪ העלות הכלכלית של משלוח המנות. (או 150 שזה הסכום ששווה בעיני ראובן) +השבה : 500 שח.   
אינטרס ההשבה: 500 ₪ + 150 ₪ של המשלוח מנות.   
אינטרס שלילת התעשרות: כאן הפוקוס יהיה על ראובן:   
ראובן יכול לקבל 2,000-650.   
אנחנו יודעים שהוא קיבל 2,000 תמורת אלבום ששווי השוק שלו הוא 800.   
ההתעשרות שלו היא 1,350. או לכל הפחות 1,200.   
לוקחים את סכום ההתעשרות ומעבירים אותו ללאה. המסר ההרתעתי למפר שלא יחשוב על אפשרות של הפרת חוזה, כי זה לא ישתלם לו, אם לאה הייתה מקבלת את הבולים היא הייתה יכולה למכור ב2,000.   
דוגמא 2:   
ניסים הוא קבלן מטבחים ומתקשר בחוזה למכור מטבח ייחודי עבור דירתה של בתיה.   
המחיר החוזי: 100,000 ₪   
ערכו עבור בתיה: 125,000 ₪   
לאחר חתימת החוזה, ותשלום מקדמה של 20,000 ₪ במעמד החתימה, בתיה מבקשת ממנשה שהוא רצף אומן להתקין ריצוף חדש במטבח. היא משלמת לו 12,000 ₪ עבור שירותיו.   
בנוסף לכך, בתיה מוותרת על הזדמנות אחרת למטבח יפה (מאבישי) אבל קצת פחות שהייתה מניבה לה רווח של 5,000 ש"ח . שנקרא מחיר ההזדמנות.   
בשלב הזה ניסים מפר את החוזה, משום שדולנד טראמפ הזמינו לבנות עבורו מטבח בניו יורק תמורת 400,000 ₪.   
**קיום:** 25,000 ₪. + השבה = 45,000 ₪   
**הסתמכות:**  5,000 ₪ מחיר ההזדמות, 12,000 ₪ התשלום למנשה. + השבה = 37,000 ₪   
**אינטרס השבה:**  20,000 ₪ מקדמה שהועברה לניסים.   
**שלילת התעשרות:** 300,000 (400-100).   
במקרה זה אינטרס ההסתמכות יצאה יותר גבוה מאינטרס ההשבה, הבדל נוסף, שבמקרה זה ההשקעה הלכה לאנשים אחרים.   
  
קיצור הדרך למציאת אינטרס הקיום, הוא אכיפה. ולרוב, אכיפה תהייה מלווה בפיצויים.   
**סעיף 1** לחוק התרופות מגדירה אכיפה:

* צו לסילוק חיוב כספי.
* צו עשה אחר (מתיחס לפעולות שאינן תשלום
* צו לא תעשה (צו שלילי)
* צו לתיקון תוצאות ההפרה או סילוקן
* צו הצהרתי

**ס.3** : תרופת האכיפה היא מלכת התרופות (השופט חיות בבנימיני נ אזימוב). הנפגע זכאי לאכיפת החוזה זולת אם נתקיימו אחת מאלה:   
(1) החוזה אינו בר ביצוע   
(2) אכיפת החוזה היא כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי   
(3) ביצוע החוזה דורש פיקוח יתר מטעם בית המשפט או הוצאה לפועל   
(4) האכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין   
נטל השכנוע לאחד מ4 אופציות אלו הוא על המפר.

1. **ס.3(1) חוזה שאינו בר ביצוע**   
   לעיתים נכס היסוד פשוט נהרס, או שמועד החוזה התפספס ואין טעם בדחיה.   
   בכל המקרים בהם יש אכיפה, החוזה לא יבוצע באותה צורה בדיוק. האם ניתן לטעון שכל סטייה קלה מהחוזה כבר משנה את כל אופי ההתקשרות? לא כל טענה של חוזה שאינו בר ביצוע תצלח, צריך שיהיה שוני מהותי. הטענה שהחוזה אינו בר ביצוע תעלה ע"י המפר.   
   יש כאן דוקטרינה אחת שהיא חשובה, והיא חריג לחריג:   
   דוקטרינת הביצוע בקרוב. Cy pres. הביצוע אינו מדויק אבל קרוב מספיק.   
   ע"א 2686/99אייזמן נ קדמת עדן: אייזמן קנה דירת נופש מחברת קדמת עדן, היא נקלעה לקשיים כלכליים מוכרת ומוכרת את הפרויקט לחברת עונות. חברת עונות משלימה את הפרויקט באיכות גבוהה יותר אשר לשם כך נדרש סכום גבוה יותר. היא מגיעה להסכמים עם רוכשים רבים, אך לא עם אייזמן. איזמן מבקש את אכיפת החוזה המקורי.   
   השאלה: האם הלכת ביצוע בקירוב נקלטה במשפט הישראלי?   
   השופט אנגלרד: על אייזמן לשלם את הסכום הגבוה תמורת הנכס שהושבח. מקורה של דוקטרינת הביצוע בקרוב בדיני היושר האנגליים, ולכן הייתה נקוטה עימנו מימים ימימה.   
   המקורות להפעלת ההלכה היום הינם **א.** עיקרון תום הלב, מכוח חוק החוזים. המחייב אנשים כמו אייזמן לקבל שינויים מסוימים במתווה הביצוע. (הפרת חובת תוה"ל היא שאייזמן רצה לקבל דירה יקרה יותר במחיר הזול. **ב. ס.4** להתנות את סעד האכיפה בתנאים, והתנאי במקרה שלנו הוא העלאת המחיר.   
   \*ניתן לבצע אכיפה מקורבת, אייזמן היה יכול לבקש ביטול והשבה על החוזה, אף הוא לא הצליח והפסיד כסף בהתדיינות המשפטית.   
   במצבים כאלו, שברור שאכיפה דווקנית לא תינתן, צריך להבין שהתוצאה עלולה להיות לא התוצאה הטובה ביותר.
2. **ס.3(2) אכיפת החוזה היא כפייה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי**   
   עבודה אישית / צרוף אישי: הדוגמא הקלאסית שאפשר לחשוב עליה, היא דוגמא של מטפל בקשיש או בילד, נניח שהמטפל פוטר שלא כדין, והוא מבקש לאכוף את החוזה. ניתן להבין מדוע ישנה בעיה לאכוף את החוזה, משום שהשבת אותו עובד לעבודה יכולה ליצור פוטנציאל לבעיות אמון שמסבכות לעיתים גם במקומות משפטיים. זו גם הסיבה שחריג זה הינו נדיר. כל דבר שמייצג אינטראקציה בין אישית ברמה גבוהה תשתייך לחריג זה.   
   מהי עבודה אישית?   
   בג"צ 254/73 צרי נ בי"ד לעבודה. ד"ר רוקט, תועמלן תרופות אשר פוטר ע"י צרי, המעסיקה שלו, שנתיים לפני הגיעו לגיל הפרישה. ד"ר רוקט מבקש אכיפה של חוזה העבודה – השבה למקום העבודה.   
   בית הדין הארצי נעתר לבקשת ד"ר רוקט וצרי מגישים בג"צ נגד החלטה זו של בית הדין הארצי לעבודה. בגצ פוסק: פיטורים שלא כדין או בניגוד לחוזה אינם מוצדקים. במקרים כאלה אין זה הכרחי להעניק סעד אכיפה לעובד או עובדת שפוטרו תוך הפרת חוזה. אלא הסעד ההולם הוא פיצויים.   
   פס"ד: הערעור התקבל, נפסק פיצויים.   
   לכאורה בחשיבה כלכלית טהורה יש סכום פיצויים ששווה לאכיפה. ניתן לטעון מצד אחד שד"ר הרוויח, מקבל פיצויים ויכול לשבת בבית בלי לעבוד, אבל כאן, האדם רוצה לעבוד.   
   פרוחו: פס"ד זה לא היה נפסק באותה צורה היום. זה לא מקרה קלאסי של עבודה אישית. יש הבדל גדול בין מקומות עבודה גדולים בהם רוב העובדים לא עוסקים בעבודה אישית ואין סיבה לשלול מהם אכיפה. בארגונים גדולים, רק מנהלים, אשר מחזיקים במשרות גבוהות נחשבים כמחזיקים במשרות בהם יש אמון, ונחשבות כעבודה אישית.   
   חריגים לחריג   
   ישנה שורה של סעיפי חוק המאפשרת החזרת עובדים למקום עבודתם חרף הוראת סעיף 3(2). ראשית **סעיף 3(א)2** לחוק ההגנה על עובדים משנת תשנ"ז 1997 שמאפשר החזרת עובדים ומניעת פיטוריהם במקרה של חשיפת שחיתויות.   
   **ס.10א2** תשמח 1988לחוק שוויון הזדמנויות בעבודה. סעיף זה מסמיך את בית המשפט להשיב עובד או למנוע את פיטוריו מחמת אפליה.   
   **ס.14(2)** לחוק שוויון אנשים עם מוגבלויות תשנ"ח 1998, סעיף זה מסמיך להחזיר את בית המשפט להורות על השבת עובד/ת או העסקת עובד/ת שלא התקבלו לעבודה או פוטרו בשל מוגבלות.   
   **ס.8(א)** לחוק שכר מינימום תשמ"ז 1987 שמסמיך את בית המשפט להשיב לעבודה עובד או עובדת משום שתבעו שכר מינימום.   
   **ס.9** לחוק עבודת נשים תשי"ד 1954 תיקון 2012. אוסר פיטורי עובדת בשל הריון או חופשת לידה. **ס.41(א) 1** לחוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה) תש"ט 1949. האוסר על פיטורי או אי העסקה של עובד בשל שירות מילואים.
3. **3(א) קיום החוזה ידרוש מידה בלתי סבירה של פיקוח**ע"א 846/75 עוניסון נ דויטש עוניסון רוכש דירה מדויטש שהיא חברה קבלנית. הבניה אינה מושלמת, החוזה מופר. המערער נדרש לשלם עוד כסף. החברה הקבלנית נקלעת לחדלות פירעון. ממונה כונס נכסים והמערער מגיש תביעה ומבקש שכונס הנכסים ישלים את הבניה. כלומר, תביעה לאכיפה המוגשת ע"י הרוכש.   
   השאלה המשפטית: באילו נסיבות לא תינתן אכיפה מן הטעם המפורט בסעיף 3(3). דהיינו האכיפה מצריכה מידה בלתי סבירה של פיקוח?   
   בית המשפט העליון:   
   סעד האכיפה הוא הסעד המרכזי בדין הישראלי הוא כולל צו לתיקון תוצאות ההפרה.   
   השופט ברנזון: יש ליתן צו אכיפה כאשר:   
   **א**. העבודה מפורטת.   
   **ב.** הפיצויים לא יפצו את התובע במידה מספקת   
   **ג.** הנתבע (הקבלן) מחזיק בקרקע עליה אמורה העבודה להתבצע.   
   התנאים מתקיים בענייננו ולכן יש להעניק אכיפה.   
   פרוחו: פס"ד זה מכבד את תרופת האכיפה, אם זאת הוא פשטני, ומתעלם מהמציאות. התנאים המפורטים אינם קשים להוכחה, כאשר המגמה של ביהמ"ש היא שאם יש דרך כלשהי לאכוף אז הולכים על זה.   
   הבעיה היא שהמציאות מורכבת, וכאשר הצד שכנגד מנסה להתנגד לסעד האכיפה, זה לכשעצמו אמור להיות סימן שכדאי לא להתעקש, הרי איזה סעד יינתן כאשר הצד אינו מעוניין בקיום?   
   ע"א 108/84 סתם נ מרקוביץ: חברת בניה ביקשה להכיר בזיכרון דברים בחוזה מחייב ולאוכפו. זכרון הדברים היה לעסקת קומבינציה. בית המשפט המחוזי פסק שיש חוזה אך אין לאכפו מן הטעם המפורט בסעיף 3(3) – מידה בלתי סבירה של פיקוח.   
   בית המשפט העליון:   
   השופט בך: חוזה בין רוכשי דירות לבין קבלן לא יסווג כחוזה לעבודה אישית. דהיינו 3(2) לא חל. יחד עם זאת, אומר השופט, שמאחר שישנם פרטים הטעונים השלמה ומאחר שהיחסים בין הצדדים יתערערו קובע בית המשפט שאכיפה תדרוש מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד בית המשפט.   
   פיקוח יהא בלתי סביר בהתקיים הקריטריונים הבאים:   
   **א.** מידת המורכבות של החוזה. (ככל שיותר מורכב תהא הנטייה לא לאכוף)   
   **ב.** משך הזמן הצפוי לביצוע החוזה. (ככל שארוך יותר תהא הנטייה לא לאכוף)   
   **ג.** מידת שיתוף הפעולה הנדרשת בין הצדדים. (ככל שגובהה יותר לא לאכוף.)   
   פרוחו: פס"ד זה תואם יותר את המציאות. אכן קל לתת צו אכיפה אך מי יעמוד על כך שצו זה יבוצע.   
   השאלה היא לא האם אפשר להשלים, אלא האם כדאי להשלים. יש לחשוב מראש מה יהיה הסעד האופטימלי. על אף שניתן לדבר על צדק, התחשיב צריך להיות כלכלי.
4. **ס.3(4) אכיפה תהא בלתי צודקת בנסיבות העניין**צדק זהו מושג רחב המקנה שיקול דעת נכבד לבית המשפט. אם זאת מדובר כמובן בחריג לכלל, כאשר הכלל הינו מתן אכיפה. כיוון שמדובר בחריג הנטל להוכיח את החריג הוא על הצד המפר ומדובר בנטל כבד.   
   מה על המפר להוכיח?   
   המפר צריך להוכיח שאי הצדק שיגרם לו מאכיפת החוזה גדול משמעותית מאי הצדק שיגרם לנפגע אם החוזה לא ייאכף והוא יאלץ להסתפק בפיצויים.   
   ע"א 5131/10 אזימוב נ בנימיני : חוזה מכר דירה בגבעת זאב. אזימוב חיה בארה"ב, היא אם חד הורית לילד עם צרכים מיוחדים, וחשוב לה לגור בקרבת אחותה כדי שתסייע לה באתגרים הכרוכים בגידול הילד. בנימיני, הורים שכולים שאחד מבניהם מאובחן במחלה פסיכוטית. הם מבקשים לעבור דירה בשביל לשנות מקום ולהתנתק מהעוול.   
   בנימיני מבקשים לבטל מטעמים הומניים, ולהישאר בדירה ולא להתנתק מזיכרונות בנה. הם מציעים פיצוי שיקבע בבוררות עפ"י תניית פיצויים מוסכמים שהם 10% מדמי החוזה.   
   אזימוב חושדת שהם מבקשים לבטל משיקולים כלכליים גרידא.   
   בית המשפט המחוזי פסק לטובת בנימיני לפי סעיף 3(4) אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין. אך מעניק פיצויים מוסכמים.   
   מכאן הערעור- בית המשפט העליון:   
   השאלה המשפטית: באילו נסיבות ימנע בית המשפט מאכיפת חוזה מכוח האמור בסעיף 3(4)   
   השופטת חיות: תרופת האכיפה הינה מלכת התרופות.   
   בשקלול גורמי הצדק יש להתחשב בכל האירועים שהתרחשו על ציר הזמן החוזי – לפני כריתת החוזה ולאחר מכן.   
   על הטוען לקיום החריג סעיף 3(4) להוכיח מצוקה בפועל ולא רק אפשרות למצוקה.   
   שינוי קיצוני ומפתיע שמתרחש לאחר כריתת החוזה יכול לסייע לבסס את טענת החריג.   
   במסגרת שיקולי הצדק:

|  |  |
| --- | --- |
| צד המפר | צד הנפגע |
| חומרת ההפרה | אשמו התורם – האם גם הצד הנפגע תרם להצעה. |
| המאמצים של המפר למנוע את ההפרה | היקף קיום חיוביו. |
| המניעים להפרה | לנפגע יש יתרון פתיחה משמעותי על פני המפר – קיימת חזקה משפטית בעד אכיפה |
| הניסיונות לתקן את תוצאות ההפרה | על המפר להוכיח שהתקיימו נסיבות חריגות המתגברות על החזקה הזו, ומצדיקות את השעיית האכיפה. |

משפחת בנימיני לא הצליחה להרים את הנטל המוטל עליה.   
נקבע כי לא היה שינוי בנסיבות, אותן נסיבות בעיתיות עליהן מסתמכת משפחת בנימיני היו ידועות לפני פרוץ החוזה.   
לא הוכח שיגרם לגברת בנימיני אותה מצוקה נטענת אלא רק הועלתה סברה שכך עלול להיות. בית המשפט המחוזי לא נתן משקל מספיק למצבה האישי הקשה של גברת אזימוב ולבעיות איתן היא תצטרך להתמודד. לגברת אזימוב לא היה אשם תורם.   
עם זאת העליון שלל את הפיצוי המוסכם מאזימוב ומבנימיני שולל את שיערוך הסכומים.   
( הצורך בפיצויים נוספים - אכיפה מאוחרת לא שקולה לאכיפה בזמן, הפיצויים המוסכמים הם קיצור דרך לתת לצד הנפגע סעד על הפרה של החוזה. )   
הערה מסכמת:   
**תוספות לרשימה של חיות:**   
**א**. מצגים שיצרו הצדדים אחד כלפי השני ובייחוד הנפגע כלפי המפר. כלומר, אם הנפגע אמר למפר שאינו מתכוון לתבוע אכיפה, אלא מתכוון להסתפק בפיצויים ולאחר מכן תובע אכיפה, זה יכול להיות שיקול לא להעניק אכיפה מכוח סעיף 3(4)   
ב. משך הזמן שעובר עד להגשת התביעה. האם היה שיהוי – כאשר שיהוי יכול להוות שיקול נגד מתן אכיפה או בעד הפעלת הסעיף.   
ע"א 3833/93 לוין נ לוין : זוג שהיה נשוי במשך 8 שנים מחליט להתגרש. הסכם גירושין בו הובטחו לאילנה לוין מזונות מוגדלים. בנוסף כלול גם סעיף 11 בחוזה שקבע כי ההסכם יהיה קנינו של יוסי לוין ואסור יהיה להציגו או להשתמש בו בבית המשפט.   
מתגלה סכסוך בין הצדדים והאשה מבקשת את סכום המזונות שנקבע לה בחוזה, אך הבעל תובע את אכיפת ההסכם שמשמעותה לקיים את סעיף 11 ולמנוע את הצגת ההסכם או כל שימוש בו בבית המשפט.   
אילנה מבקשת מתן המזונות המוגברים.   
מדוע לא לכבד את בקשת הבעל?   
בית המשפט העליון:   
השופט זמיר: חסימת דרכו של צד לערכאות – מנוגד לתקנת הציבור מכוח **ס.30**. כאן אין מצב של חסימה מוחלטת של גישה לערכאות אך כן ישנו מצב אבסורדי: הצבת משוכה הגבוהה. כיצד יכולה האישה לבקש פיצויים מוגדלים אם אינה יכולה להציג את ההסכם בבית המשפט.   
כיצד תמומש זכותה זו של אילנה? אפילו אם בית המשפט לא יפסול את התניה החוזית הזו, מן הצדק לא לאוכפה- סעיף 3(4). זהו ממשק מעניין שנוצר בין סעיף 3(4) לבין סעיף 30. השופט לא שש להרחיב את תקנת הציבור, אלא השתמש במהלך פחות חזק המדבר על נסיבות העניין ופשוט לא לאכוף את התניה (במקום לבטל). מה שמעניין הוא שפס"ד זה מצביע על אפשרות של הכנסת שיקולים רחבים יותר דרך סעיף זה.

**ס.4**  **לחוק החוזים תרופות אכיפה בתנאים**: (פס"ד אייזמן נ קדמת עדן)   
בית המשפט לא חייב להעניק אכיפה או לשלול אכיפה ויכול להתנות אכיפה בתנאים.   
האם צדדים יכולים בהתנאה חוזית לשלול את סעד האכיפה במערכת היחסים החוזית ביניהם?   
ע"א 2454/98 לינדאור נ רינגל: השופט אור: כן, ניתן לשלול את סעד האכיפה בהתנאה מפורשת או שהוויתור על סעד האכיפה עולה באופן ברור וחד משמעי מלשון החוזה ונסיבותיו.   
**חובת הקטנת הנזק כאשר נפגע מבקש אכיפה:**   
חובת הקטנת הנזק מכוח סעיף 14 לחוק החוזים תרופות, לכאורה, לא חלה על סעד האכיפה, אלא רק על סעד הפיצויים.   
ניתן להגיע לתוצאה על פיה על הנפגע להקטין את הנזק מכוח כמה מקורות:   
**1**. עקרון תום הלב: המחייב צדדים לא לפעול כיריבים אלא כשותפים. ס.39   
**2**. התנית האכיפה בתנאים -ס.4 ובאמצעות אותם תנאים לעדן את הנזק.   
**3**. במצבים כאלה ניתן לטעון שאכיפה לא תהא צודקת בנסיבות העניין ס.3(4) וכי על הנפגע או הנפגעת להסתפק בפיצויים.

**ביטול והשבה**   
ביטול הוא סעד עצמי:   
היתרון: אין צורך בבית משפט   
חיסרון: אם כצד ביטלת את החוזה, ולא ידעת שהביטול נעשה שלא כדין, אתה הצד שהפר את החוזה, ומכאן אתה הצד שיישא בתוצאות.   
פיצויים ואכיפה אינם סעד עצמי, צריך ללכת לבית המשפט ולדרוש את החוזה.   
עדין בביטול לעיתים צריך צורך בבית משפט:   
**1.** הצד השני יטען שהביטול נעשה שלא כדין   
**2**. כאשר ישנם הסדרי השבה, יש צורך ללכת לבית המשפט שיקבע את היקפם.   
סעיף 6 מגדיר מהי הפרה יסודית שבגינה ניתן לבטל חוזה.

הפרה יסודית מול הפרה לא יסודית:

* **מדיניות הביטול** – בהפרה יסודית: ביטול תוך זמן סביר. הפרה שאינה יסודית: יש להעניק למפר הארכה + זמן סביר
* **כפיפות לשיקולי צדק** – בהפרה יסודית: זכות הביטול מחולטת (סעיף 7(א) בהפרה לא יסודית: הביטול כפוף לשיקולי צדק (סעיף 7(ב)
* **חוזה שניתן לחלוקה לחלקים** – הפרה יסודית: ביטול חלקי או מלא לפי שיקול דעתו של הנפגע (סעיף 7(ג)) הפרה לא יסודית: ביטול חלקי בלבד (סעיף 7(ג)).

איך יודעים אם הפרה היא יסודית או לא?   
**הפרה יסודית מוסכמת / מפורשת** : המקרה הפשוט. נקבע בחוזה שהפרה כלשהיא מהווה הפרה יסודית. שני הצדדים מסכימים על כך. אם זה נעשה על כל הסעיפים, כבר אי אפשר לדעת מה באמת חשוב.   
**הפרה יסודית מסתברת**: סעיף 6 קובע כי זו הנחה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. סעיף 6 משתמש במבחן האדם הסביר. המועד הרלוונטי הוא כריתת החוזה.   
ד"נ 44/75 ביטון נ פרץ:   
מדובר בשרשרת עסקאות. היו כאן 3 עסקאות למעשה. רצה הגורל/יד שמיים, והקונה באחת העסקאות איחר בהעברת התשלום ב6 ימים, ויצר אפקט דומינו. מסתבר שהמוכר התחייב לשלם על דירה אחרת יום למחרת מועד התשלום החוזי. באותו איחור של 6 ימים (שאינו איחור כבד) הקונה הביא את המוכר להפר את החוזה שהוא כרת עם צד אחר כקונה הבא. לא היה לו כסף לשלם, כי הקונה שלו לא שילם בזמן, ונשאלה השאלה **האם איחור של 6 ימים בנסיבות הללו מהווה הפרה יסודית?**   
יש לציין, כי אותו קונה שאיחר לא ידע בכלל על העסקה הנוספת – כי זו קרמה עור וגידים לאחר החתימה של החוזה שהיה בו איחור. האם זו הפרה יסודית מסתברת?   
השאלה המשפטית: האם לפנינו הפרה יסודית מסתברת כמשמעותה בסעיף 6?   
כב' השופט ויתקון – מתמקד באדם הסביר – מבחן אובייקטיבי. וקובע שלא היה מיכולתו לצפות את מה שאירע במקרה שלפנינו. ויתקון אומר כי ייתכן שהאדם הסביר יותר חכם מהמפר אך אין הוא מגיד עתידות, קורא מחשבות או איש סודו של הנפגע, לכן לא יכול היה לדעת. המועד הרלוונטי לבדיקה הוא כריתת החוזה, ולא מה היה אמור להיות לאחר מכן: האם שני הצדדים בעת כריתת החוזה היו יכולים להיות מודעים להשלכות של איחור ב6 ימים.   
**מבחן האדם הסביר:** האם המפר היה צריך להיות מודע לתוצאות של ההפרה בעת כריתת החוזה.   
השופט חיים כהן – הדגש צריך להיות על צפיות התוצאות. הקושיה נוגעת לפרשנות המילה תוצאות, תוצאה שאינה נובעת באורח סביר מהפרה איננה נכללת בתוצאותיה כאמור בס. 6 שניתן היה לצפות בעת כריתת החוזה.   
כב' השופט שמגר – ס.6 מחייב לבחון מה הייתה התגובה המשוערת על ההפרה. הסעיף לא מפנה לתוצאה המוחשית, אלא לתוצאה שהיא תולדה סבירה של ההפרה.   
מדגיש את עניין הצפיות ובודק האם הייתה דרך לצפות מראש את התוצאות   
כל השופטים מגיעים למסקנה כי לא הייתה הפרה יסודית מסתברת במקרה קונקרטי זה.   
  
למעשה לצד בחוזה יש אינטרס לא להסתיר מידע ולידע את הצד השני על ההשלכות שיגרמו בעקבות הפרה כלשהי של החוזה. (כדאי שהוא יקיים את החוזה בשביל שלא יתבע על חוסר תום לב. לעיתים לצד שכנגד אין רצון שהחוזה יתבטל ולכן יעשה מאמץ לא להפר אותו).   
בנזיקין יש כלל כי המעוול צריך לקבל את הנפגע כמו שהוא – עקרון הגולגולת הדקה קובע כי יכול שפגיעה שלא הייתה עושה נזק והיא בכל זאת גרמה לנזק – המעוול אחראי גם על רגישות הנפגע.   
זה לא כך בדיני חוזים – בנזיקין אין קשר קודם בין הצדדים ואין זרימת מידע. בחוזים יש זרימת מידע, והרעיון הוא שעל צד פגיע במיוחד ליידע זאת על הצד שכנגד – כדי שיוכל להביא זאת בחשבון.   
בביטון נ. פרץ – המוכר בעסקה המקורית היה צריך לנהוג באמצעי זהירות, ולא לקבוע את מועד התשלום לעסקה הבאה בכזאת צמידות לחוזה הקודם. מדובר כאן בסיכונים שהמוכר לקח על עצמו. אם הקונה היה יודע שייפול עליו כזה מפל פיצויים – הוא היה נמנע מהעסקה, או מוודא שהוא ישיג את הכסף. לכן חובה ליידע או לנקוט באמצעי הזהירות הנוספים.

**דוגמאות להפרה יסודית:**   
**1**. אי ביצוע\קיום מוחלט של החוזה – יהווה הפרה יסודית   
**2**. הפסקת עבודה או ביצוע (אניסימוב) – הפרה יסודית   
**3**. קיום באיחור – כל מקרה יישקל לפי נסיבותיו (לפי המבחנים בס' 6)   
יש הבחנה בין חיוב שאינו תשלום כספי – איחור קל בד"כ לא יחשב להפרה יסודית אלא אם כן ישנן נסיבות מיוחדות (כמו אספקת סוכות לחג הסוכות)   
איחור כבד יכול להיחשב כהפרה יסודית   
זה גם תלוי באיזה ענף אנו נמצאים, בחוזה ובקונטקסט המסחרי   
**4**. חיוב שמהותו תשלום כסף. גם כאן ההבחנה נכונה:   
איחור קל לא יחשב להפרה יסודית – אם זה מאוד משנה לנו, צריך לשים זאת בחוזה   
איחור כבד יכול להיחשב להפרה יסודית (יש יותר סיכוי)   
גם הסכום חשוב – "אין דין פרוטה כדין מאה" – מה חמור יותר – איחור בסכום קטן או סכום גדול? אם זה סכום קטן, ניתן לומר כי אפשר להבליג, אך גם בסכום גדול ניתן לטעון כי קשה לגייס סכום גדול – וצריך להתחשב בצד השני שצריך לגייס את הסכום. לכן המרצה חושב כי כל תחום ההפרה היסודית המסתברת – עדיף להתרחק ממנו. אין לקבוע כי כל איחור קל ככבד הינו הפרה יסודית, אלא שנגדיר מהו מתחם סבלנותנו בחוזה. ניתן לקבוע שכל איחור בתשלום של למעלה מ30 יום מהווה הפרה יסודית. הבנת ביהמ"ש לא בהכרח תחפוף את הבנת לקוחותינו.

הביטול חייב להיות בהודעה. אין דרישה פורמלית לדרישה של הביטול. ניתן להגיש תביעה לביטול החוזה והיא גם תחשב כשהודעה.

**מיידיות הביטול**

כאשר מדובר בהפרה יסודית יש לבטל תוך זמן סביר – **בהודעת ביטול ברורה שנשלחת למפר**.

פתיחת הליך משפטי לא בהכרח תספיק. אם אנו מעוניינים לבטל – צריך לבטל באופן ברור. לא תמיד בתי המשפט יראו בהליך משפטי כהודעת ביטול.

כאשר מדובר בהפרה לא יסודית עלינו לתת ארכה ולאפשר ביצוע ס.8. אם עדיין המפר לא עומד בהתחייבויותיו – ניתן לבטל תוך זמן סביר.   
הזמן הסביר מתחיל לאחר סיום הארכה.

כבר כאן יש מלכוד – אם אנו בעולם ההפרות היסודיות המסתברות, אנו לא יודעים בדיוק כיצד לפעול. אם אנו לא נותנים ארכה כי אנו סוברים כי מדובר בהפרה יסודית – ביהמ"ש יכול לומר שכן היה צריך לתת ארכה. לכן הוודאות הזאת אינה בריאה בדין הישראלי שהכל גם ככה עמום מעקרון תום הלב – זו באמת בעיה.

מתן הארכה = אנו בינתיים מפסידים כסף. **עלות מתן הארכה כבדה מאוד**.   
  
**השתהות**

**ע"א 8741/01 Micro Balanced Products נ. תעשיות חלאבין בע"מ**

העניין במקרה זה היה חוזה הפצה. Micro הייתה צריכה להיות המפיץ. ההתקשרות הראשונית הייתה ב1982. היו התקשרויות נוספות, וכל פעם Micro התחייבה לעמוד ביעדי מכירות מסוימים. לא משנה מה היה היעד – היא לא עמדה בו, אבל חלאבין התחשבו, וכך העניינים נמשכו במשך 14 שנים, עד שבשנת 1966, חלאבין מבטלת את החוזה בשל הפרה יסודית. Micro העלתה טענה כי במשך 14 שנים חלאבין לא אמרו כלום, וביהמ"ש **מקבל את הטענה הזאת**.   
השתהות: עיכוב בהודעת הביטול.

**כב' השופט ריבלין**: מסביר שיש 2 דעות במשפט הישראלי ביחס להשתהות

1. השתהות הופכת הפרה יסודית ללא יסודית (על סמך השופט ברק בשיכון ופיתוח נגד מעלה אדומים).  
2. השתהות לא משנה את סיווג ההפרה, אבל מחייבת מתן ארכה (על סמך אנגלרד באבו זיד נגד ברוך). כב' השופט ריבלין אומר כי אין צורך להכריע בדעות אלו – כי צריך לתת ארכה. השתהות מובילה אותנו למצב שישנה חובה להעניק ארכה. זה משנה את כל סיווג ההפרה והופך הפרה יסודית ללא יסודית (זה עוד יותר מרחיק לכת, כי אז הביטול הופך להיות כפוף לשיקולי הצדק של ביהמ"ש)   
כב' השופט ריבלין אומר כי אין צורך להכריע בדעות אלו – כי צריך לתת ארכה. השתהות מובילה אותנו למצב שישנה חובה להעניק ארכה. זה משנה את כל סיווג ההפרה והופך הפרה יסודית ללא יסודית (זה עוד יותר מרחיק לכת, כי אז הביטול הופך להיות כפוף לשיקולי הצדק של ביהמ"ש)   
פרוחו: **–** מדובר בעיצוב דין לא טוב. אם אתה אדם שלא עומד על שלך – דבר זה נזקף לחובתך. הדין **מעניש אותך** על התנהגותך המתחשבת באופן שבו הוא גורע מזכויותיך על פי דין. מעבר למסר – זה מביא את המרצה להמלצה **לא להשתהות ולמחות על הפרות יתר על המידה, אלא אם אנו מוכנים לחיות אם זה**. ניסיון החיים של המרצה מלמד כי ניתן ליצור חריג: אם צד מפר פעם אחת ולא קורה כלום, זה לא יגמר שם. יהיו עוד ועוד הפרות. אם אין סנקציה ומשמעות, מערכת היחסים החוזית לא תעלה על המסלול הנכון.

**השבה:**לפעמים הביטול סוגר את הסיפור, אבל בהרבה מאוד מצבים המשימה שמגיעה אחרי הביטול היא שלב ההשבה. לאחר ביטול החוזה השלב הראשון הוא לנסות ולהשיב לכל אחד מן הצדדים את מה שהעביר לצד שכנגד. ההשבה היא הצעד המרכזי לאחר הביטול

**ס' 9 לחוק התרופות** – קובע חובת השבה הדדית מרגע שבוטל החוזה.

9(א)כאן הדין לא מבחין בין מפר לנפגעת. חובה על **שניהם** להשיב לצד שכנגד את מה שקיבלו ממנו. זה מאוד ברור

קיימים שלושה סוגי השבה:

1. השבה בעין (השבת הנכס עצמו) – זו האופציה המועדפת
2. השבה בעין בלתי אפשרית – לדוגמא: בחוזה קבלנות אם ישיבו לי שקי מלט, זה לא יעזור לי
3. השבת שווי (כסף) – הרבה פעמים זו תהיה האופציה העדיפה. כאשר מדובר בהשבת שווי, חובה עלינו לוודא השבה בערכים **ריאליים** (מותאמים לאינפלציה ולשחיקת שווי). לדוגמא: 20 שקי מלט יהיו 200 ₪. אם אנו עוברים להשבת שווי, כמובן ש200 ₪ אינו ערך ריאלי – אם הייתי שם אותם בבנק הערך היה עולה. לכל הפחות מגיע לי **הצמדה וריבית**. אין לקבל ערכים נומינליים, כי בחלוף הזמן מגיע לנו תמיד יותר (ולא פחות).

9(ב) ביטול חלקי – כאשר מתבטל רק חלק מחוזה, תהיה רק **השבה חלקית**. "בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות סעיף קטן (א) על מה שהצדדים קיבלו על פי אותו חלק (שבוטל)"

**הבחירה בין אכיפה לבין ביטול + השבה**

בעניין הזה חשוב למרצה שנבין שהבחירה בביטול + השבה היא בחירה סופית. **לא ניתן להחיות את החוזה**.

הבחירה באכיפה **לעולם אינה סופית** – משום שאם המפר ממשיך בדרכיו הנלוזות, ניתן לבטל בעתיד.

יש סופיות מוחלטת בביטול, בעוד שבאכיפה אין סופיות וניתן להמשיך ולהתגלגל עם מערכת היחסים החוזית ולראות מה ילד יום.

בנוסף, פיצויים יכולים להצטרף לאכיפה (בד"כ – חובה לצרף). אכיפה לא תיתן לנו את מלוא הפיצוי.

פיצויים יכולים להצטרף גם להשבה (רצוי לצרף).

**האם ישנה אפשרות לנפגע לקבל את רווחי** **המפר (העברת התעשרות המפר אל הנפגעת)**? העילות החוזיות מתמקדות בנפגע ומנסות לפצותו. חוק עשיית עושר מתמקד דווקא במפר, למנוע ממנו התעשרות על סמך ההפרה. הדין הישראלי חריג בעניין זה והתשובה היא חיובית.

**ד"נ 20/82 אדרס נ. הרלו את ג'ונס**

חוזה לאספקת 7 אלף טון ברזל. המחיר לטון הוא 620 מרק. פורצת מלחמת יום הכיפורים והחברה הגרמנית לא מספקת את הברזל וגם המחיר עלה מאוד (900 מרק). החברה הגרמנית מספקת כ5 אלף טון בלבד. ביה"מ קובע כי החברה לא הפרה את החוזה. לאחר המלחמה יורד מחיר הברזל חזרה למחיר המקורי. חברת אדרס תובעת בגין עשיית עושר. היא טוענת כי החברה מכרה את אותו הברזל במחיר של 900 לצד שלישי. ביה"מ המחוזי קובע כי אכן מגיעים לאדרס פיצויים בגין התעשרות החברה הגרמנית. בערעור לעליון ההחלטה מתהפכת. אין לאדרס הזכות לקבל את התעשרות החברה הגרמנית. אח"כ היה דיון נוסף שם נקבע כי ניתן לקבל את התעשרות המפר.השופטים שלמה לוין ובך (רוב) קבעו כי ניתן לקבל את התעשרות המפר גם כשהחוזה בטל. השופט ברק השאיר בצריך עיון את השאלה האם ניתן לקבל את התעשרות המפר גם כשהחוזה בוטל. הש' מרים בן פורת קבעה כי כאשר החוזה מבוטל, לא ניתן לפנות לדיני עשיית עושר שלא במשפט. השופט לוין **בדעת מיעוט** קבע שאין אפשרות בכלל להזקק לעילות מסוג זה.

זהו פס"ד פורץ דרך. למרות שמבחינת ההשלכות הפרקטיות שלו, הוא לא באמת פרץ דרך. נראה ממנו שתמיד כדאי ללכת על האופציה של עשית עושר. היא חייבת לנבוע מן ההפרה. מה שנובע מזה, שההתקשרות לצד השלישי נובעת מההפרה. זה חובה להוכיח שההתקשרות לצד ג נעשה בכוח ההפרה. אם לא, לא תהיה עילה להתעשרות.   
צריך לזכור שיתכן וההתעשרות תהיה קטנה מהנזק שנגרם. לכן לא לצאת מנקודת הנחה שזאת תהיה האופציה הרווחית יותר.

**פיצויים**  
פיצויים – סעיפים 10-15   
פיצויים הינם התרופה הרווחת ביותר.   
סעיף 10 הוא הסעיף המרכזי בעל שלושה מרכיבים:

* 1. **סיבתיות** (קשר סיבתי) הזכאות לפיצוי הינה בעד נזק שנגרם עקב ההפרה.
  2. **צפיות**: בכוח או בפועל 'המפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש כתוצאה מסתברת
  3. **כימות הנזק**: על הנפגע לכמת את נזקו ולהוכיח. מובא במחלוקת בין השופטים ברק וכהן בע"א 355/80 אניסימוב נ מלון טירת בת שבע חברה קבלנית ומלון, שהחוזה הוא הקמת 2 קומות נוספות. המערערת לא משלימה את הבניה, בטענה שיש עליה במחירי הביצוע. הוא מבקש העלאת מחיר ולא, ינקוט בהפסקת בניה. המלון מסרב, והמערערת מפסיקה את הבניה ועוזבת את האתר. בית המשפט המחוזי: הייתה הפרה יסודית מצד אניסימוב ופוסק פיצויים למלון טירת בת שבע.

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **ראשי נזק** | **המחוזי** | **העליון- חיים כהן** |
| **ירידה בדרגה** | 100,000 ל"י | אין קש"ס. פוסק 0 ל"י |
| **השבת כספים שהועברו לאניסימוב** | 72,529 ל"י | 72,529 ל"י |
| **התייקרות עלויות ביצוע (הפרויקט) בחלוף הזמן** | 200,000 ל"י | 200,000 ל"י הקש"ס מובהק וכן הצפיות |
| **תיקון פגימות עקב ביצוע מרושל** | 70,000 ל"י | 70,000 ל"י |
| **סכ"ה** | 442,250 ל"י | 342,000 |

בית המשפט העליון:   
השופט חיים כהן: כימות הנזק: הנפגע אינו חייב לכמת את נזקיו. כל אשר עליו להוכיח הוא שנגרם לו נזק ואת הנזק עצמו יכמת בית המשפט.   
השופט ברק: מבחינת הסכום מגיע לאותה תוצאה, אך קובע כי נטל כימות הנזק היא על הנפגע.   
פרוחו: מסכים עם דעתו של השופט ברק. מאחר והתשתית הראייתית היא אצל הנפגע.   
העניין המשפטי: קש"ס הוא עניין שבעובדה, וצפיות מתייחסת לאפשרות הסובייקטיבית של המפר לראות את התממשותו של אותו נזק בכוח או בפועל. פועל- האם המפרה צפתה את אותו נזק, בכוח – האם היה עליה לצפות את אותו הנזק.   
**אופן חישוב הפיצויים:** ישנם ראשי נזק רבים הנובעים מהפרה. ראש נזק נוסף שכמעט תמיד קיים הוא ההוצאות המשפטיות שנובע באופן מוחלט מההפרה.   
פס"ד זה התמקד בסוגיית כימות הנזק. נקבע לפי פס"ד של השופט ברק שהצדדים צריכים להביא ראיות לשם כימות הנזק.   
כלל: על הנפגע לכמת את נזקו ולהוכיחו   
חריג: **ס.13** פיצויים בעד נזק שאינו נזק ממון; "עוגמת נפש"   
תביעות בחוזים מביאות באופן נדיר לפגיעות נפשיות, אומנם כל הפרת חוזה כרוכה בעוגמת נפש, אך מבחינת בית המשפט, אין הכרה בפיצוי שאינו ממוני כפיצוי שבשגרה.   
סעיף 13 מעניק שיקול דעת לבית המשפט לפסוק פיצוי כזה. "גרמה הפרת החוזה נזק שאינו נזק ממון, רשאי בית המשפט לפסוק פיצויים בעד נזק זה בשיעור שיראה לו בנסיבות העניין"   
הכימות: בשיעור שיראה לבית המשפט בנסיבות העניין.   
נזק לא ממוני, לא נפסק לתאגידים, לחברות אין רגשות אז הן אינן מקבלות פיצויים מסוג זה. מנגד, המקומות בהם החוזים יגררו או עשויים לגרור פיצויים לפי סעיף זה, הם חוזים הקשורים לעסקות הנפש. למשל הפרה שמכשילה אירוע.   
לטעון לפיצויים מכוח סעיף 13 לא עולה דבר, ולכן קשה לביהמ"ש לדעת מי נפגע. אך יש להם ניסיון חיים והם יכולים להבין שבהקשרים מסוימים עוגמת נפש היא כמעט בלתי נמנעת. אך הסכומים שיפסקו לא יהיו גדולים מאוד.   
חובת הקטנת הנזק מכוח סעיף 14 חלה גם על פיצויים מכוח סעיף 13.   
מכוח סעיף 10, השאיפה תהיה להגיע לפיצויי קיום:   
בדר"כ הפיצוי מכוח סעיף 10 יהיה פיצוי קיום: הפיצוי שאמור להעמיד את הנפגעת במקום בו הייתה עומדת אילו קויים החוזה.   
באילו מצבים עדיף לתבוע פיצוי הסתמכות או השבה במקום פיצוי קיום?   
ישנם שני מצבים:   
**א**. לעיתים קל יותר להוכיח פיצויי הסתמכות מאשר פיצויי קיום. ע"א 3666/90 עירית נתניה נ מלון צוקים: קבוצת יזמים כרתה חוזה עם עיריית נתניה לשם הקמת מלון על שפת הים, היזמים התחייבו לשאת בהוצאות הייזום, והעירייה התחייבה להשיג את כל ההיתרים. לאחר תחילת ההליך התכנוני, עיריית נתניה שינתה את דעתה, והחליטה לשנות את כל הכיוון התכנוני, דבר שהפך את בניית המלון לבלתי אפשרי. כלומר, הפרה את החוזה. קבוצת היזמים תבעה את עיריית נתניה:   
בסיבוב הראשון: היזמים ניסו לתבוע מכוח סעיף 13, ביהמ"ש פסק להם פיצויים לפי סעיף זה.   
עיריית נתניה ערערה בטענה כי אין זה מקרה מתאים לתביעה לפי סעיף 13, על אף בעיית ההוכחה זהו נזק ממון וביהמ"ש העליון קיבל את התביעה.   
בסיבוב השני: הצדדים תבעו על פיצויי הסתמכות. הם זוכים במחוזי.   
העירייה מגישה ערעור, וטוענת כי הם היו צריכים לתבוע פיצויי קיום. (נזק שנגרם עקב ההפרה, ולא עקב החוזה)  
ביהמ"ש דוחה את הערעור, וקובע שהנפגע זכאי לתבוע פיצויי הסתמכות כאשר פיצויי הקיום קשים להוכחה.   
**ב.** חוזה הפסד: זהו אחד מאותם מצבים, שאם החוזה היה מקויים הנפגע היה מפסיד כסף. כלומר, ההפרה הצילה אותו. המגמה היא תביעה על פיצויי הסתמכות.   
בעיריית נתניה השופט חשין פסק שזה אפשרי   
השופט מצא פסק שזהו צריך להיות הדין הרצוי   
השופט מלץ **בד. מיעוט** טען כי לא ניתן לפסוק לפיצויי הסתמכות.   
בנוגע להשבה: נפסק שנפגע יכול לתבוע להשבה, גם אם שיעור ההשבה יעלה על פיצוי הקיום.   
אינטרס הקיום יתקיים כשהמציאות התפתחה כפי שתכננתם. אך במקרים שהנסיבות השתנו לעיתים פיצויי השבה וקיום יהיו שווים יותר.   
מדוע ניתן לתבוע על הסתמכות במקרה שגם הצד השני היה מעוניין בהפרת החוזה?   
שיקולים מוסריים – מי יהיה זה שירוויח מהביטול. בית המשפט יעדיף את הנפגע כמעט תמיד.

**ס.14- חובת הקטנת הנזק**חלה על פיצויים מכוח ס.10 וס.13. **–** מתייחס לנפגע וחל עליו.  **(א)** מחייב את הנפגעת לנקוט באמצעים סבירים להקטנת הנזק. כחברה אין שום אינטרס להגדיל את הנזקים.  
**(ב)** מחייב את המפר לשפות את הנפגע על אותן הוצאות סבירות שהוציאה לפי ס.14א.   
סעיף זה משקף שיקולי הגינות ומחייבם להשיב לנפגע את אותן הוצאות סבירות שהוציא לפי סעיף 14א.  
מתי אמצעים להקטנת הנזק אינם סבירים?   
MacClaine v century fox. מקליין נ סנטורי חוזה בין שירלי מקליין לאולפן בו סגרה עימם שתככב במחזמר. האולפן ביטל את החזוה. היא תבעה להפרת חוזה, הם הציעו לה הצעה אלטרנטיבית להשתתף במערבון שיתקיים באוסטרליה. האולפן ניסה לטעון שהייתה עליה חובה להשתתף במערבון כדי להקטין את נזקה. ביהמ"ש פסק שזהו אמצעי מפורז להקטנת הנזק.   
**ס.11** **פיצויי ללא הוכחת נזק**   
סעיף זה מספק נוסחה סטאטורית לחישוב פיצויים.   
**ס.11(א)** נכנס לפעולה כאשר במצטבר:

* 1. חוזה למכירת/ קניית נכס או שירות.
  2. הפרה
  3. ביטול בעקבות ההפרה
  4. קיים פער בין מחירם החוזי של הנכס או השירות, לבין שווים ביום הגשת התביעה. כשזה מתקיים אז הפער יהיה הפיצוי.

סעיף זה נותן מוצא קל מן הסבך. אם הייתה הפרה וכתוצאה ממנה השווי של איזשהו נכס או שירות התייקר, מגיע לנפגע פיצויי על ההתייקרות.   
עד עכשיו הסעיף עסק במצבים בהם המוכר או המוכרת מפרים.   
**ס.11ב** מתייחס למקרים שהקונה הפר את החוזה.   
כאשר הקונה לא משלם בזמן, זכאי הנפגע לפיצויים בריבית מיום ההפרה עד יום התשלום לפי תשלום הריבית המקובל.   
רע"א 2371/01 איינשטין נ אוסי: זיכרון דברים למכירת דירה ב140,000$ בין אינשטין הקונה לאוסי המוכר. בשל עליית מחירי הדירות המשיבה מבטלת את החוזה. היא מבקשת 180,000$. צד ג' הציע 192,000$ על הדירה, והדירה נמכרה במחיר זה.   
איינשטין משתמשת בתביעתה במנגנון הקבוע בסעיף 11.   
הנשיא ברק: פוסק שמגיעים פיצויים בסך 52,000% שזה הפער בין המחיר המקורי לשווי השוק של הדירה ביום התביעה. מכוח סעיף 11.   
חובת הקטנת הנזק לא חלה על סעיף 11. על כן סעיף זה הוא אטרקטיבי והוא חוסך המון הוכחות.   
סעיף 11 יסייע רק אם מחיר השוק **עלה.**   
ס.12 האמור בס.11 אינו גורע מזכות הנפגע לפיצוי לפי ס.10. הנפגע יכול לפי שיקול דעתו לבחור בפיצויים לפי סעיף 10 או לפי ס. 11.   
אם לפי סעיף 10 מגיעים לחישוב פיצויים שהוא אינו סביר רשאי בית המשפט להוריד את שיעור הפיצויים לזה הקובע בסעיף 11. הנוסחא בס.11 נותנת מדד אובייקטיבי.   
פרוחו: יש בעיה עם אפשרות זו משום שמטרת דיני חוזים היא להגן על נפגע סובייקטיבי ולא על מפר אובייקטיבי. אם בעניין הזה הצליחו להוכיח את הפיצויים שלהם בצורה טובה אין סיבה להפחית את הפיצויים בתאום לסעיף 11.

**ס. 15 פיצויים מוסכמים   
ס.15(א)** הסכימו הצדדים על פיצוי מוסכם – הסכום המוסכם יהיה הפיצוי, ללא הוכחת נזק.   
אלא אם כן מגיע ביהמ"ש למסקנה שאין שום יחס סביר בין הסכום המוסכם לבין שיעור הפיצויים שניתן היה לצפות כתוצאה מסתברת של ההפרה בעת כריתת החוזה. אז ביהמ"ש יפחית את הסכום המוסכם בהתאם.   
מצד אחד יש עניין עקרוני של אימוץ פיצויים מוסכמים.   
**א.** בפיצויים מוסכמים יש חיסכון בעלויות לצדדים ולבית המשפט כתחליף לנסיונות הכימות \*לכאורה\*  
**ב.** פיצויים מוסכמים משקפים את הסכמת הצדדים.   
**ג**. אם הפיצויים הם מופרזים אזי ביהמ"ש יפחית אותם.   
מדוע ביהמ"ש צריך להתערב? ביהמ"ש לא רוצה שפיצויים מוסכמים לא יהפכו לפיצויי עונשין. ניתן להציע כל מיני הסברים למשל צד חלש וצד חזק, שלא יקרה מצב של ניצול. הבעיה שכדי להילחם בזה יש הפסד של עלויות התדיינות בביהמ"ש. בית המשפט צריך רק לבדוק שהיה יחס סביר ושהייתה פרופורציה בין הסכום המוסכם לבין מה שהיה סביר מראש. אך לפי ההתערבות בית המשפט צריך בנוסף לנסות ולהבין מה היה צריך לצפות באופן סביר מראש איך בית המשפט יכול לדעת דבר שכזה?  **ס.15(ב)** מעניק בחירה לנפגע בין פיצויים מוסכמים מכוח ס.15(א) לבין פיצויים לפי סעיפים 10-14.  
אם הנפגע יודע שהפיצויים המוסכמים נמוכים מידי ויוכל לזכות ביותר כסף דרך סעיף 10-14 ולהשקיע שם את המשאבים בזמן התביעה.   
ע"א 448/90 אהרון נ פרץ בן גיאת   
2 דירות נמכרו ל2 רוכשים ע"י קבלן.   
הפיצויים המוסכמים: 15,000$ עבור הפרת כל חוזה. המחיר החוזי הוא 90,000$.   
הפרה ע"י הקבלן באיחור של 5 וחצי שנים במסירה. הרוכשים תובעים ומבקשים את רישום הדירות על שמם כמו גם את הפיצוי המוסכם, 15,000$. המחוזי מפחית את הפיצוי המוסכם ל5,000 ₪. הרוכשים מערערים לעליון:  
השופט חשין: סמכות ביהמ"ש להפחית פיצוי מוסכם היא סמכות חריגה שיש לעשות בה שימוש בצמצום, דהיינו רק במקרים בהם אין שום יחס סביר.   
תנית פיצוי מוסכם גורפת שלא עושה הבחנה בין סוגים שונים של הפרות יכולה להוות אינדיקציה שהפיצוי המוסכם בלתי סביר.   
במקרה דנן הפיצויים היו סבירים במיוחד לאור העובדה שהצדדים העניקו חשיבות לביצוע מחיר.   
במקרה זה הייתה תנית פיצוי מוסכם אחידה שאינה מתחשבת בסוגי הפרות. השופטים מתייחסים לכך שאין זו הדרך המיטבית לקבוע פיצוי מוסכם. הדרך המיטבית הייתה לקבוע לפי פרק זמן מסויים – חודש, שבוע, שנה. זה מראה לבית המשפט שהייתה חשיבה על הפיצויים המוסכמים. כמו שמשך העיכוב משפיע על הנזק הוא צריך להשפיע על הפיצויים המוסכמים.   
כהמחשה לכך ישנו פס"ד ע"א 539/92 זקן נ זיזה שותפים בעסק שענינו ניהול אולם שמחות (שפעל ללא רישיון). נערך חוזה פירוק שותפות לפיו המערער יקבל את זכויות השכירות והמשיב יטפל בהשגת הרישיונות. פיצויים מוסכמים: אם הרשיונות לא יושגו תוך 4 חודשים יחול פיצוי מוסכם של 700$ על כל יום איחור. בפועל היו 500 ימי איחור.   
בית המשפט המחוזי הוריד את סכומי הפיצוי ל200$ ליום וקצב את תקופת ההפרה ל100 ימים בלבד.   
מקרה זה עולה לעליון: ביהמ"ש העליון מאשר את פסק דינו של ביהמ"ש המחוזי. הנשיא שמגר מסביר שבעוד בתקופת ההסכם העסק היה עסק מפסיד ולא היה מגיע לרווחים של 700$ ליום.   
אפשר לקבוע תפריט של פיצויים מוסכמים כלפי סוגים מסוימים של הפרות אך זה צורך זמן ודיון ארוך בפיצויים מוסכמים יכול להרוס את המשא ומתן. לרוב בוחרים שיעור אחיד כלפי כל ההפרות כאשר יש 2 טכניקות:  
1. מחיר כולל   
2. אחוז קבוע מהמחיר החוזה.   
עדיף למען הזהירות לנסח פיצוי מוסכם מעט יותר מדויק ולהתייחס לאיחור בביצוע וכשל בפרט. וכאשר מצמידים את הפיצוי לפי ימים יש לקבוע תקרה שכן האיחור יכול להימשך ללא תיקרה.

לסיכום נושא פיצויים מוסכמים מהחומר הנלמד ומתוך פסקי הדין:

1. הסמכות המוקנה לבית המשפט להפחית פיצויים מוסכמים (מכוח סעיף 15א) תופעל רק במקרים חריגים בהם אין כל יחס סביר בין הסכום שנקבע בתניה לבין הנזק שנצפה מראש בעת כריתת החוזה (חשין, ע"א אהרון נ' פרץ מ. בן גיאת).
2. הוראת פיצויים מוסכמים אינה שוללת את יכולת הנגע לתבוע פיצויים מכוח סעיפים 10-14. (סעיף 15ב). השיקול כלכלי.
3. כשיש תניה המתייחסת לכל הפרה קלה כחמורה, ככזו המפעילה את תנית הפיצויים המוסכמים, נטיית בית המשפט תהיה לסבור שהפיצויים המוסכמים חריגים ולהפחיתם.
4. ניתן לתבוע פיצויים רגילים בנוסף על הפיצויים המוסכמים.