**מחברת דיני חוזים- תשפ"א**

ההגדרה בריסטייטמנט האמריקאי על דיני חוזים:

**מהו חוזה? –** (סעיף 1) : "חוזה הינו הבטחה או מספר הבטחות אשר הדין מעניק בגין הפרתן סעד או מכיר בדרך כזו או אחרת בכך שביצוען מהווה חובה". כלומר חוזה הוא הבטחה שההפרה שלהן נותן סנקציה משפטית והדין מכיר בחובה החלה על הצדדים החתומים על החוזה.

**מהי הבטחה? –** "הבעת **כוונה חיצונית** לבצע פעולה מסוימת או להימנע מפעולה מסוימת, אשר נעשית באופן המצדיק אצל **מקבל ההבטחה שהמבטיח נטל על עצמו התחייבות** בקשר לעשיית הפעולה או הימנעות מעשיית הפעולה.

למה הבטחה אינה חוזה? כי הדין אינו מעניק בהפרתה סעד.

**יסודות ההגדרה מה הוא חוזה:**

* הבעה חיצונית של כוונה-הבטחה.
* הכרה בדין.
* הצד השני ירגיש את המחויבות.

במהלך השיעור הובאו מספר סיטואציות שעלולות להתפרש כחוזה מחייב אך המרצה סותר אותן משלושת הסיבות שציינו מעלה שחייבות להיות כלולות בחוזה ובלעדיהן הוא לא אכיף.

* חוזה צריך להיות בין 2 צדדים או יותר, לא עם עצמי.
* אם אדם אמר שיתאמץ לעשות משהו,זה לא נחשב כחוזה. (יש חוזים לעשיית מאמץ הכוונה לדברים גדולים יותר וחריגים יותר ולא למאמץ לפגישה מסוימת).
* במידה והברזתי לחבר על אף שקבענו זה לא חוזה מכיוון שזו הבטחה שאין עליה סעד,אין כוונה משפטית, בית המשפט לא מתערב, מכיוון שזה עלול לקלקל את המסגרת של התחייבויות לא מחייבות ובנוסף אינו מעוניין להתערב בהתערבויות שבין חברים.
* הבטחת נישואין-סוג הבטחות שהדין לא אוכף (סעיף 2).  
  א. מישור יחסים שלא רוצים שהמשפט ייכנס אליהם.  
  ב. מה יקרה אם הוא ייכנס? אם האישה תתחרט, אי אפשר להכריח אותה להתחתן.
* במקרה של הבטחה קבלה ללימודים-חוזה לא אכיף, לא סוגיה שבית המשפט יכול להתערב בה.  
  אי אפשר לחייב מוסד ללימודים לקבל אדם מסוים.
* הסכם פוליטי- לא מחליפים את שיקול דעת הצדדים בשיקול הדעת של בית במשפט, מוביל לפגיעה במוסד. יש התחייבות מוסרית, הכנסת יכולה לאכוף, אך מערכת המשפט לא יתערב.
* פרסומת של פפסי המבטיחה פרס מסוים- על פניו יחסים מסחריים חוזה מחייב, איך קבע בית המשפט שהוא לא? מכיוון שהצד השני לא היה אמור לראות זאת כהבטחה עקב הפרסום המופרך, אף אחד לא יכול להאמין שאכן הפרס יהיה מסוק קרב.

ביחסים אישיים בית המשפט לא יתערב אלא אם כן מעורבים **נכסים** או **צד שליש**י.

מה מייחד את המקרים בהם יש הבטחה אבל אין סעד בגין הפרת ההבטחה או הכרה של הדין בחובה מכוח ההבטחה?

* אין כוונה של הצדדים וההבעה החיצונית לא מראה כוונה זו.
* עלולה להזיק למערכת היחסים.
* לא מוצדק להפעיל את מערכת המשפט : לדוג' הימורים,מערכת יחסים בין בני זוג, ציון/פרס/תחרות.

**במשפט בכללי אין שום דרישה שחוזים יהיו חתומים על דף ובכתב ואין שום קדושה לחתימה – משמע חוזים שבע"פ שווים ערך לחוזה חתום.** חוץ מבמקרים מסוימים בהם יש חובת כתב, לדוג' מקרקעין.  
חוזה יכול להיות לגבי משהו ללא תמורה (מתנה),בית המשפט הישראלי מכיר בכך (בשאר העולם לא תמיד).

**הרעיון שעומד בבסיסו של כריתת חוזה:**

1. **עסקת חליפין** תן וקח. דוגמא – מכר(דירה, רכב, חלב), קבלנות (קבלת שירות ולאו דווקא מוצר לדוג': ניקיון, עריכת הסכם). עצם החלטתם להתקשר בחוזה מראה לנו שכולם מרוויחים מזה – הצדדים מחליטים באופן מודע לחליפין. **כוח המיקוח** –הצדדים לעיתים לא מרוויחים באופן שווה מהעסקה, ככל שמישהו מחזיק ביותר כוח מיקוח, ככה הוא מרוויח יותר בעסקה בין שני הצדדים.

לדוגמא: אדם שהולך לחייט לתפור חליפה ונתן תמורתה 100 ₪ ככל הנראה הבדים עלו לתופר פחות מ100 ₪ ולכן יש לו רווח ועבור הקונה החליפה שווה **לפחות** 100 (כי זה הסכום ששילם) אם החליפה הייתה שווה 90 ₪ הקונה לא היה מוכן לשלם 100 ₪ .

* מטרת החוזה: (הצדק ההסכמי) להשיא את התועלת של שניהם (כל אחד נותן משהו ששווה פחות ממה שהוא מקבל).
* חברתית: אנו רוצים לטפח סחר חליפין כי זה גורם למשאבים להגיע למקום היעיל ביותר עבורם (לדוגמא עץ שיגיע לנגר). ככל שנעשים חוזים העוגה החברתית גדלה, אם הצדדים לא היו מרוויחים הם לא היו עושים חוזים ואנשים היו מפסיקים לקנות.

1. **חוזים כמנגנון להקצאה יעילה של משאבים: (לא קריטי לקורס)**

* תחרות בשוק-אם לא תהיה תחרות בשוק, יהיו אנשים שמוכנים לשלם יותר מהעלות של הייצור, אך הם לא ייקנו והמוצר לא יגיע למקום היעיל בשבילו.
* מידע מלא לצדדים בחוזה – אם לא אדע מה השימוש במוצר ככל הנראה לא אקנה אותו על אף המחיר האטרקטיבי וזה לא יגיע למקום היעיל עבורו, או שלא אדע מה אמור להיות מחירו בשוק ואשלם יותר ממה שהוא שווה. בחוזים יש חשיבות לגבי העברת מידע, חיוב בצדדים לספק מידע שיש להם. (מקדמה – סוג של הבעה חיצונית של התחייבות בכך שאני נותן כסף. המשמעות המשפטית של מקדמה היא תוקף לחוזה, גמירות דעת).

**למה חליפין עתידיים מחייבים חוזה?**

* למנוע עריקה-להבטיח שהצדדים יעמדו בהתחייבות לחוזה.
* להגדיר מה יקרה בשינוי נסיבות.
* הגדרה ברורה של פרטי החליפין.

**תיאוריית פריד-** כשאנו כורתים חוזה אנחנו מרגישים "כבולים" אך תיאורית פריד רואה זאת בדרך שונה, חוזה הוא דרך למימוש האוטונומיה, כשאדם מגביל את עצמו, הוא מממש את האוטונומיה שלו. כשאדם כורת חוזה הוא מחויב לעצמו ולחלומותיו ורותם אנשים אחרים (בעלי מיומנויות שאין לו) לכתיבת פרוייקט החיים שלו (תוכניות ארוכות הטווח), ועל ידי כך מחויב לעתיד ולמימוש העצמי. אדם שמסוגל להגביל את עצמו (להגביל את האוטונומיה שלו) יהנה ממימוש עצמי בעתיד עקב יכולתו לחתור למטרה תוך כדי הגבלה על האני העתידי שלו.  
כדי לממש חופש ואת רצונותיו העתידיים יש צורך שיתוף פעולה של אחרים וללא חוזה זה לא אפשרי, האפשרויות שעומדות בפניו צרות. לדוג' : כשאדם שם שעון מעורר, הוא מתעורר מוקדם יותר על מנת להספיק יותר פעילויות ולהגשים את עצמו. אדם מגביל את עצמו בשינה אך זה נעשה על מנת להגשים את חלומותיו ורצונותיו וכאן נמצא מימוש האוטונומיה.

* **פרשנות החוזה כמכשיר להקצאת סיכונים**-  
  לעומת הפרשנות הראשונה שרוצה שנכסים יפנו למקום הכי יעיל, לפי שיטה זו, מעוניינים שהסיכונים יופנו למי שיכול להתמודד איתם בצורה הטובה ביותר. בכל חוזה יש רכיב מסוים של הקצאת סיכונים.  
  כשאדם קונה דירה הוא לוקח **סיכון** ששווי הדירה ירד והוא יפסיד מכיוון שקנה אותה בסכום יקר יותר, מנגד יכול להיות שהשווי יעלה והוא ירוויח. כל צד לוקח על עצמו סיכון כחלק מהחוזה ויש סיכונים שצדדים מסוימים יכולים להתמודד איתם יותר טוב ולכן נרצה שכל צד ייקח על עצמו סיכונים שהוא יוכל לשאת בדרך הטובה יותר. לדוגמא בקניית דירה, הקונה יכול להתמודד עם הסיכון בצורה הטובה ביותר מכיוון שהקבלן לא מפסיד על דירה אחת, אלא על כל הדירות שברשותו שערכן ירד. דרך דוגמא נוספת, חברת ביטוח מתמודדת בצורה טובה יותר עם הקצאת הסיכונים לעומת הלקוח מכיוון שבמידה שיש שריפה בדירה אחת היא לא בהכרח בכל הדירות. ותשלום הביטוח משאר הדירות מכסה עם התשלום שהחברה תשלם למבוטח שדירתו נשרפה. אם הדירה נשרפת, הרווחתי כי שילמתי פחות, אם לא, הפסדתי כי לא קיבלתי תמורה לכסף.  
  דרכים נוספות :גידור- לדוגמא, שמחיר יהיה לפי שקל אבל צמוד לדולר. אני רוכש בדולרים, מפחד שיהיו שינויים וכך אני מגדר את הסיכון, מגביל את ההסכם. אחריות- ביטוח של אחריות לדוג' בקניית מחשב.  
  **שנאת סיכון-** מסביר מדוע עושים חוזה להקצאת סיכונים. רוכשים ביטוח בשביל הסיכון שיקרה משהו.

**אירועים תלויים או בלתי תלויים:**כשיש סיכון גדול:

* אפשרות אחת לא לבטח/ לגבות מחיר יקר יותר (לדוגמא בית ליד נהר ויש סבירות גבוהה שיהיה שיטפון).
* חברת הביטוח רוכשת ביטוח-ביטוח משנה מחברות ביטוח אחרות (לרוב בחו"ל).

נעסוק בתיאוריות שונות המגדירות את חוקי החוזים ונראה דוגמאות איך החוק נראה בעיניהם.  
על פי התיאוריות נפרש מושגים וניצוק בהן תוכן. בהיעדר תיאוריה למושגים אין משמעות לדוג': תקנת הציבור.

**מה נותן לחוזה את תוקפו המחייב:**

1. תיאוריה כלכלית: חוזים מאפשרים להקצות משאבים בצורה יעילה בחברה. על בסיס חוזים אפשר לתכנן תוכניות לעתיד וכתוצאה מאינטרקציות חוזיות, נשיא את הרווחה החברתית (מגדילות את העוגה).

* לדוג': קבוצה מסוימת מזמינה מקום במסעדה, עקב כך בעל המסעדה מזמין דגים מדייג, הדייג מסתמך על ההזמנות מבעלי העסקים שאיתם הוא עובד ובהתאם לכך יוצא לים. אם לא היו יודעים שהעסקאות העתידיות נכרתו, הם לא היו מתכננים צעדים בצורה יעילה והעוגה הייתה קטנה. (הסועדים היו מקבלים ארוחה פחות טובה, הדייג היה דג יותר מדי דגים שהיו נזרקים לפח...) **לכן, אם דברים נתקלים רצוי להסתמך על מערכת חוזים עתידית.**
* נרצה שהתקשרות חוזית תהיה מחייבת כי היא משיאה רווחה חברתית. מתי התקשרות חוזית לא מחייבת? כשהחוזה לא מבטיח הקצאה יעילה של משאבים ולכן לא נרצה שהוא יקוים. (בזמן כריתת החוזה זה קידם תוכנית חברתית אך בדיעבד לא). לדוג': (התופר והחליפה) אם לפתע מחיר הכנת החליפה יעלה, לא נרצה שהחוזה יקוים (כמובן שיהיו סעדים).
* יש מצבים שהצדדים כרתו חוזה אך מלכתחילה הוא לא מקצה משאבים יעילים לחברה (חברה קדישא).  
  זה יכול לקרות כאשר צד לעסקה אינו כותב וקורא את החוזה (חוזים אחידים), יחסי כוחות לא שווים, פחות מידע, אין לו זמן לברר ולהשוות נתונים וכו'. חוזים אלו מחייבים, אך לבית המשפט יש סמכות רחבה להתערב בהם.
* אם הצד השני לא הסתמך על החוזה יהיה יותר קל לבטל אותו מכיוון שהביטול לא יוצר הפסד.  
  במידה ויש הוצאות על הסתמכות- נרצה שהחוזה יקויים (הוצא כסף,נוצר ביזבוז).
* ישנם חוזים ששני הצדדים רוצים לקיים אותם אך הם יוצרים נזק חברתי ועקב כך לא נכיר בהם כחוזים. לדוג': הרוצח השכיר.

אם זאת **התיאוריה הנבחרת**, היא תגדיר לנו איך מפרשים מושגי שסתום. לדוג' תקנת הציבור תפורש שחוזה לא יעיל-יבוטל.

1. **תיאוריית האינטרס (עטיה):**

לא כל הבטחה מחייבת.

1. אם המבטיח מסכים לתוקף ההבטחה.
2. אין אפשרות חזרה מההבטחה.

בדרך כלל ניתן לחזור מהבטחה, מתי אי אפשר?

* **אם אדם קיבל טובת הנאה תמורת ההבטחה הזאת.** לדוג' אם קבעתי עם חבר במסעדה וביטלתי ברגע האחרון- להבטחה אין תוקף מחייב, אך אם קבעתי עם אדם מפורסם למטרת יחסי ציבור ושילמתי לו כסף לא ניתן לחזור מההבטחה.
* **ההסתמכות של הנבטח**. הנבטח הוציא הוצאת על סמך ההסתמכות. אך, צריך לדעת על הסתמכות **בפועל** ולא רק על ציפייה שהוא יעשה את זה.
* מקרים שבהם ההבטחה ללא תמורה (חינם) אבל מספקת צורך של מוסר ההבטחה. לדוג' דוד הבטיח לאחיין רכב אם יצליח בלימודים. ההבטחה יצרה הסתמכות של האחיין על המתנה, לא עבד.  
  סיטואציה כזאת,סיפוק מוסרי (של הדוד), נותן תוקף מחייב כל עוד הייתה הסתמכות על אף שמצד האחיין לא הייתה תמורה.

לא ניתן לחזור מהבטחה כאשר הייתה ציפייה על הסתמכות בפועל (דברים שברורים לאדם הסביר שתהיה בגינם הוצאות הסתמכות) וההבטחה העניקה טובת הנאה. גם הסעיף של טובת הנאה מספיק כשלעצמו.

1. **תיאוריית הרצון (פריד)-**

למה להבטחות בפועל יש תוקף מחייב משפטית?

* לטענתו, המקור הנורמטיבי לחיוב המבטיח **לא יכול להיות** טובת הנאה (לבד).

מכיוון שטובת הנאה צומחת גם במקרים שאין חובה, כי אם טובת הנאה היא מקור לחובה זה אומר שהצד השני צריך לגמול לו, וזו לא תמיד הסיטואציה. לדוג' מלון חדש ומצליח נפתח ליד מסעדה. בעל המסעדה נהנה מלקוחות נוספים. לבעל המסעדה אין חובה כלפי המלון (פריד פחות מתייחס לסיטואציות בהן צד אחד קיבל טובת הנאה עקב הבטחה ולאו דווקא במשהו נלווה כמו המלון).

* הסתמכות כשלעצמה **גם לא יכולה ליצור תוקף מחייב**.

מכייון שיכולה להיות הסתמכות גם כשאין חובה- לדוג' אדם מסתמך על כך שהשכן שלו מנגן בפסנתר בשעה מסויימת ועקב כך מגיע כל יום לבית בשעה זו. יום אחד השכן לא ניגן, האם יכול לבוא אליו בטענות? לא, ולכן עצם ההסתמכות לא יוצרת חובה.  
מה הדין כשמדובר בהסתמכות עקב חוזה? **הסיבה** שאנשים מקבלים טובת הנאה מהבטחה והסיבה שהנבטח מסתמך על ההבטחה-**כי יש לה תוקף מחייב!** זו התוצאה של התוקף המחייב ולא הגורם שלו.

גורם מסוים לא יכול להיות גם תוצאה וגם גורם. זה הפגם הפנימי שפריד מוצא אצל עטיה. לדוג' יש גשם כי יש עננים, יש עננים כי יורד גשם.

**מה כן נותן תוקף מחייב**?

1. האם ניתן להצדיק את הכוח המחייב של ההבטחה על בסיס שמירה על המוסד החוזי? סתירה- הפרה אחת של חוזה (אינדיוידואלי) לא פוגעת במוסד החוזים כולו.
2. פריד שואל מה הבסיס לקיים הבטחה אינדיבידואלית? **אמון.**  
   נותן ההבטחה מזמין את המקבל להאמין בנכונות ההבטחה. הוא מבקש ממקבל ההבטחה שיעשה את עצמו פגיע, יוציא הוצאות יוותר על הזדמנויות אחרות, וכל זה כדי לקדם את **רצונו**.  
   הבסיס לניתוח המוסרי הזה הוא שכל אדם זכאי לשלוט בסביבה שלו באופן מוחלט כיצור תבוני ואוטונומי, אך כפועל חייב **לכבד את הזכות המקבילה לאוטונומיה** של כל בני האדם האחרים. (שבירת ההבטחה יוצרת פגיעה באמון). מתבסס על טענת האוטונומיה, הבסיס הוא אמון. אם אדם מפר את ההבטחה באופן שמקדם את עצמו ופוגע בצד השני. הוא לא מכבד את האוטונומיה שלהם, שבחרו לכרות איתו חוזה,שהגבילו את עצמם לחוזה.כשאדם עושה זאת הוא משתמש בצד השני ככלי להשגת התוכניות שלו ולא ככלי בפני עצמם (צריך אותם לעזרתו).
3. מה הדין כשמישהו מפר את החוזה:  
   קיום החוזה, לחייב את מי שמפר לקיים. רק ככה האינטרס המשותף יצא לפועל. מכבד את האוטונומיה של שני הצדדים. על פי גישתו, לעיתים, לא נחייב חוזה אם זה פוגע בצורה קשה יותר באוטונומיה.   
   לדוג' חוזה עבדות. יינתנו סעדים אחרים.

דוגמאות איך נבסס את התיאוריות האלה על המשפט בפועל:

התיאוריות השונות לתוקף המחייב של החוזה עשויות להשפיע על המקרים בהם נקבע שלחוזה יש תוקף מחייב ואף על התוצאות המתקבלות מהפרה של חוזה

1. **חוזה מתנה (צד אחד מתחייב לתת מתנה תמורת כלום).**

האם זה מחייב? ישראל כן, ארהב לא.

* עטיה- חסר תוקף אלא אם כן הנבטח שינה את מצבו לרעה (הסתמכות) בהסתמך על החוזה.
* פריד- צריך להיות מחייב אם זה הגשמה של הרצון של המבטיח. אין סיבה החוזה יהיה חסר תוקף.
* ניתוח כלכלי- אם יש תועלת הדדית, יש בסיס כלכלי להצדיקו. נותן המתנה נהנה מלתת מתנה, כי המתנה תגיע למקום יעיל. גם דיני המיסים מכירים בכל שמתנות זה דבר חיובי. לרוב אין מיסים על מתנות, מעודד אנשים לתת מתנות אחד, לשני זה יעיל.

**איך מגנים על צדדים מפני הפרה? פולר ופרדו**

* **ציפייה:** מה שהצד השני יכל להרוויח במידה והחוזה היה מתקיים.
* לדוג' בעל מסעדה שילם לדייג 50 שקלים על מנת שיביא לו דג ו**ציפה** למכור ללקוח 150 ₪ **ולהרוויח 100 ₪.**
* **השבה:** לשים את הצדדים במצב אלמלא נכרת החוזה.
* לדוג'- הדייג יחזיר לבעל המסעדה את ה50 ₪ ששילם על הדג. אם מדובר על קבלן שבנה לבעל המקרקעין רק חצי בניין, יחזיר את הכסף לא כולל הסכום של העבודה שכן עשה.
* **הסתמכות:** פיצוי שניתן לצד לחוזה על זה שהסתמך על קיום החוזה. ההסתמכות בעיקרה תהיה חלופה לאינטרס הציפייה מכיוון שסותרים אחד את השני לוגית.
* לדוג' קבוצה שהבריזה לבעל מסעדה יצטרכו לשלם לו על ההוצאות לקראת הארוחה שהייתה אמורה להתקיים (מצרכים,מלצרים וכו').
* **עיקרית:** מה שצוין מעלה, הסתמכות על החוזה עצמו. לדוג' הכסף שבעל המסעדה הוציא על הדגים**.**
* **אגבית:** תוצר של החוזה, סכומים שהוצאו כדי לממש אותו, את האינטרסים במסגרת החוזה. לדוג' הוצאות על חשמל,מלצרים וכו.
* **שלילית:** ויתור על עסקאות אחרות בהסתמך על העסקה הנוכחית.   
  לדוג' לא קיבלתי אנשים אחרים למסעדה כי הסתמכתי על ההזמנה שלכם.

אם ההסתמכות יותר גדולה מהציפיה- החוזה הפסדי ולכן בדרך כלל אינטרס הציפייה לוגית גבוה יותר. כאשר החוזה הפסדי הניפר יבקש פיצויי הסתמכות.

**התערבות בית המשפט בתוכן החוזה**

עקרון חופש החוזים: פן **פוזיטיבי** (החופש להתקשר בחוזה ולקבוע את תוכנו) ופן **נגטיבי** (לא מאפשרים התערבות בתוכן החוזה שנקבע על מנת שיממשו את רצונם).

**החריגים שבהם בית המשפט מתערב:**

* **תניות קוגנטיות**- תניה כופה, אין אפשרות לשינוי, נגרע את התניה הספציפית מתוך החוזה.
* **תניות דיספוזיטיביות**- אם לא קבעו משהו אחר, ההסדר ילך לפי החוק. (אך יכולים לשנות במידת הצורך, ניתן להתנות).

**תניות קוגנטית בחוזים**:

* בדיני עבודה: שכר מינימום, שעות עבודה, ימי מנוחה, פנסיה, פיצויים.  
  גם אם הצדדים רוצים לשנות את החוזה, אין אפשרות.
* דיני צרכנות- חוק הגנת הצרכן, חוק החוזים האחידים.
* בנקאות.
* ביטוח.

**מה מצדיק את ההתערבות הקוגנטיים בהסדרים מהסוג הזה?** פערי מידע, חזק מול חלש, אין אפשרות להתמקח, לרוב לא אנשי מקצוע ולא מבינים בחוזים. המטרה היא להגן על החלש- לדוג' חוזים אחידים. לעיתים לפגוע פגיעה בצדדים שלישיים לחוזה.יש ביקורת על כך שתניות דיספוזיטיביות יוצרות סיכון לצדדים כי במידה ויש צד שמכיר את כל התניות הללו וצד שלא, הצד המתחוכם עלול לנצל זאת ולהטות את החוזה לטובתו.

**מה המטרה של התערבות בתניות דיספוזיטיביות?** למה ניתן להשלים פרטים ע"פ השלמה נורמטיבית?

* חוסך עלויות לכתוב חוזה שלם זה דבר יקר, לחשוב על כל תרחיש, מה תהיה התוצאה וכו'. **תניה שהיא ברירת המחדל המתאימה לרוב האנשים**.
* קידום מטרה ציבורית ראויה/מטרות חברתיות (קשה לשנות אבל מותר-Sticky default)  
  שיש ברירות מחדל לרוב אנשים לא משנים אותם. ואפשר לנצל זאת לדברים חיוביים. לדוג' ההשוואה בין גרמניה ואוסטריה לגבי תרומת איברים ,אלו אוכלוסיות דומות- אך נראה שיש פער גדול בתרומות בין המדינות. מכיוון שבשתי המדינות אישור התרומה נעשה בעת קבלת רישיון נהיגה אך בגרמניה על אדם לעשות **פעולה אקטיבית** ,לסמן שמעוניין לתרום איברים, באוסטריה במידה ואדם **לא רוצה** לתרום, אז הוא צריך לסמן. הדיפולט הוא שונה.
* עונשין- penalty default גישה זו מעודדת אנשים לחשוף פרטים על הנזקים הצפויים. לפי **סעיף 10 לחוק התרופות** לאדם מגיע פיצוי רק על סיכונים שהצד השני ידע עליהם. כברירת מחדל הפיצוי מוגבל, תוכל להגדיל את הסכום אם תספר מה הסיכונים הצפויים עבורך.

**פס"ד קסטנבאום בסיס להתערבות נוספת-**

**שלוש שכבות:**

* כאשר המתקשר הוא **ציבורי** או מעין ציבורי חלים עליו ההסדרים שחלים על גוף ציבורי ולכן **בית המשפט יכול** להתערב בהחלטה ונוהג להתערב כשיש פגיעה בחוקי יסוד.
* **בחוזה אחיד** ניתן להתערב כאשר יש תנאי מקפח (פוגע בצד אחד ונותן יתרון בלתי הוגן לצד השני).
* בטלות לפי סעיף 30- ניתן לבטל חוזה(גם חוזים פרטיים) אם נוגד את **תקנת הציבור** (לדוג' פגיעה בחוקי יסוד).  
   השופט ברק מחדד ואומר שניתן לבטל רק את **החלק בחוזה** שנוגד את תקנת הציבור, לא מבטלים את כל החוזה.

**האם ניתן להתערב גם בחוזים פרטיים?**  
התערבות בחוזים פרטיים מוגבלת לעומת מקומות ציבוריים או מקומות שנותנים שירות לציבור הרחב.

* **האם ניתן להתערב בחוזה מפלה**? לדוג' אדם מחליט לא להשכיר לאדם ערבי דירה. לרוב לא מתערבים, אך בית המשפט יכול לפסוק פיצוי עקב חוסר תו"ל במשא ומתן (לדוג' שאדם מפסיק את המו"מ שהוא מגלה את מוצאו). חוקי היסוד מגבילים את המדינה יותר מאשר את הפרט (גוף ציבורי).
* **האם ניתן להתערב בתוכן החוזה?** **פס"ד AES נ' סער** (תניות אי תחרות וסודיות): איסור על אדם שהתפטר מעבודתו לעבוד בחברה מתחרה לתקופה מסוימת. תנאי זה פוגע בחופש העיסוק, אבל רק בדיעבד, ללא חתימת החוזה אותו אדם לא היה מתקבל לעבודה. **לכן יש איזון במסגרת התניה**. לדוג' להגביל אדם לעבוד בחברות הייטק, פוגע באדם, אך אם מוגבל לא לעבוד בחברות הייטק שנוגעות לרכבים, הפגיעה פחות קשה.

**הצעה וקיבול:**

**הליך כריתת חוזה :** יש להבחין בין **חליפין** סימולטני ( מיידי-דוג' החליפה) ובין חוזה לביצוע עתידי, באופן דומה ניתן להבחין בין הליך **כריתת חוזה** חד שלבי (סימולטני/מיידי, הצדדים מגיעים ומסכימים על החוזה) ובין הליך רב שלבי (להליך של חוזה זה ישנם לפחות שני שלבים הצעה וקיבול).  
חוק החוזים רואה את החוזה כמשהו שלוקח לפחות 2 שלבים (**הצעה וקיבול**,פעם ההתקשרות הייתה דרך מכתבים ולא פנים אל פנים).

**מתי יש יותר מהצעה וקיבול? (יותר משני שלבים/ שלב אחד)**

* קיבול תוך שינוי שהופך להצעה חדשה ואז יש משא ומתן מתמשך. מתי זה הופך לחוזה מחייב?
* כשיש פניה לציבור שיתנו הצעות ואותו מציע נותן את הקיבול.

המהות של ההסדר בחוק החוזים-חוזה נכרת עם **מפגש רצונות** בין צדדים לחוזה:

* רצונם להיכנס לעסקה מחייבת. (גמירות דעת)
* תוכן העסקה ידוע לצדדים. (מסוימות)

**איך החוק מסדיר כריתה החד שלבי?** לכאורה אין מציע וניצע, אין הצעה וקיבול ולא יודעים מתי נכרת החוזה.  
תשובה: בהתקיים התנאים – גמירות דעת ומסוימות.   
החוזה החד שלבי נוח יותר לניתוח-מייתר שאלות כמו מועד הכריתה, חזרה מהצעה טרם הכריתה וכו'.

**חשיבות החוזה לרצון הצדדים:**

* רצון כבסיס לתוקף המחייב של החוזים.
* הרצון של הצדדים כאמצעי להבטיח השאת תועלת מהחוזה.
* תפיסת הצדק ההסכמי כבסיס לתוקף המחייב של החוזים.

**הרצון של הצדדים להיכנס להסכם מחייב, אומץ כתנאי לכריתת החוזה במסגרת דרישת גמירות הדעת.** זהו במידה רבה תנאי מקדמי – גמירות דעת להיקשר בחוזה יכולה להתגבש רק כאשר הצדדים רצו ליצור מערכת יחסים מחייבת משפטית. זהו כמובן תנאי הכרחי אך לא מספיק, לעיתים גם אם יש כוונה ליצור יחסים משפטים, בית המשפט לא יכיר בחוזה במקרים כמו התערבות במוסד(הימורים) ורצון לדכא פעילות שלילית.

**במידה ואין רצון - הבחנה בין פגם בהליך הכריתה ובין "פגם בכריתה" :**

* מונח לטיני **Non est factum** =(משמעות לא נעשה דבר).סופר חותם על ספרים למעריצים, אחד המעריצים מבקש שיחתום בתחתית הדף כשלמעשה החתימה היא על כתב ערבות. לא רק שלא היה רצון להתקשר בחוזה הספציפי הזה, לא היה רצון להתקשר בחוזה בכלל! החוזה **בטל מעיקרו**, **פגם בהליך הכריתה**. לא הייתה גמירות דעת.  
  וריאציה 2: הסופר חתם על כתב הערבות אך זה נעשה בכפיה תחת איומים. (**פגם בכריתה** לא בהליך הכריתה,יש פגם ברצון) החוזה **ניתן לביטול**.  
  **ניתן לביטול**- ניתנת אופציה לצד שהיה לו פגם ברצון (כפו עליו) להחליט האם הוא רוצה לבטל את החוזה.  
  **בטל מעיקרו -**אדם שלא ידע על מה הוא חותם- המשמעות היא כאילו לא נעשה חוזה מעולם.

**פרץ בוני הנגב נ' בוחבוט:** הבן גר בדירה, בוחבוט זה האב. ההנחה היא שהדירה שייכת לבן והאב לא באמת קנה אותה. האב היה שתוי כשהחתימו אותו על החוזה למכירת הדירה, האב לא יודע קרוא וכתוב, האב טען שהוא לא יודע שהוא חותם על הסכם למכור את הדירה. נתנו לו 1000 ₪ בעבור חתימתו ונאמר לו שהבן מסכים.  
בין המשפט המחוזי דן בטענת הnon est facton ומכריע שהיה חוזה ע"פ מדדים אובייקטיביים של כריתה, אך לא פוסקים סעדים. הדיון מגיע לעליון, פרץ בוני הנגב מערערים על כך שלא קיבלו סעדים, העירעור התקבל ופרץ קיבלו פיצוי.   
שמגר בדעת מיעוט: מבחין בין חוזה שלא נכרת מלכתחילה לבין חוזה שמכיל פגם ברצון. דעתו היא שלא **נכרת חוזה כלל** (non est factum)- התנהגות המשיב לא מעידה על גמירות דעתו להתקשר בחוזה. בנוסף, גם אם החוזה נכרת, הוא נחתם על סמך טעות שהצד השני ידע עליה ועל כן ניתן לביטול.

מה לגבי החתימה?

* יש פער בין ביטוי אובייקטיבי לסובייקטיבי של גמירות דעת, חתימה הוא ביטוי אובייקטיבי מובהק.
* לרוב נבחן את שאלת ההתקשרות על פי ביטויים אובייקטיביים.
* במקרה כזה כאשר הצד השני גרם לביטוי האובייקטיבי הזה (החתים אדם שיכור), הוא לא יכול להסתמך יותר על ההבעה האובייקטיבית, ולכן נעדיף את ההבעה הסובייקטיבית.

**כלל: לרוב הביטוי האובייקטיבי גובר, למעט מקרים שבהם הביטוי האובייקטיבי לא משקף את הרצון הסובייקטיבי והצד השני הוא זה שגרם בהתנהגותו לפער.**

**הצעה וקיבול:**דוג': במידה ושני צדדים לחוזה החליטו לעשות עסקה והוחלט שזה יהיה לפי שער הדולר. בישראל ידוע שכשמדובר בדולרים הכוונה לדולר אמריקאי, אולם המוכר ידע שהקונה קנדי וחושב שהעסקה היא בדולר קנדי (שערכו נמוך יותר). במידה ונכרת חוזה מה תוכנו?

* החוזה ניתן לביטול לפי סעיף 14 א' אך מנגד אפשר גם לשנות אותו והוא עדיין יקוים.  
  על אף ההבעה האובייקטיבית (=לכרות חוזה) לא הייתה הבעה סובייקטיבית (=החוזה הספציפי הזה). ככל הנראה הקונה יעדיף את האופציה השנייה, יש לו יותר אפשרויות.
* Penalty default: ע"פ תיאוריה זו נכרת חוזה, אך החוזה יהיה לפי השער הקנדי. כלומר, אנו נעניש את המוכר שלא גילה מידע ללקוח. לכן, אופציה זו תיתן לצדדים תמריץ לגילוי מידע. (התיאוריה הזו היא לא הדין).

**הבעה אובייקטיבית**: משמשת כהגנה על הצדדים, צריכים לדעת הבעות חיצוניות של הצד השני ולא את רחשי לב.

**פגם בכריתה**: יש הסכם, יש הבעה אובייקטיבית להסכם, אך הרצון הסובייקטיבי היה פגום כי הסתמך על טעות (עושק,טעות,כפיה), במקרה זה החוזה ניתן לביטול. (בכפיה- מפגש הרצונות הוא תוצר של איומים ,הכפייה פוגשת ברצון הסובייקטיבי, אך לא משנה את הרצון האובייקטיבי).  
**פגם בהליך הכריתה-** אין מפגש רצונות או הבעה אובייקטיבית בגמירת הדעת והחוזה בטל מעיקרו.

**יסודות ההצעה:**

**מרכיבי ההצעה:**

* פניה.
* גמירות דעת.
* מסוימות (ההצעה תהיה מספיק מפורטת שבקיבול נסתפק בתשובה כן, לא יהיו חסרים פרטים).

**פס"ד רבינאי נגד מן שקד- זיכרון דברים**זיכרון דברים יכול להתפרש כאחד משני הפירושים, או שלב ביניים במשא ומתן או כתיבת כלל ההסכמים לפני חתימה על המסמך הפורמלי.

על פי השופט ברק המבחן הוא:

* גמירות דעת: אצל רבינאי כל הסוגיות המהותיות היו כתובות, זוהי אינדיקציה לגמירת הדעת (יש קשר ישיר בין המסוימות לגמירת הדעת שכן, מסוימות מעידה על גמירת דעתם של הצדדים) .
* נוסחת הקשר: התניה או הסדר בזיכרון הדברים שמקשר בין המסמך שנכתב ובין החוזה העתידי. (כיום, יש נטייה להכיר בזיכרון דברים כהסכם מחייב- מאחר שנבחן בכלים אובייקטיבים יכול להיות מקרים בהם לא הייתה כוונה להתקשר בחוזה אך החוזה נכרת לדוג' צד התרשל בהבנת חוזה).

כדי שיהיה ניתן לקבל הצעה הניצע צריך להיות מודע אליה. בישראל יש הצעה מזכה (חזקה שיקבל אותה), חלה חזקת הקיבול על הניצע גם אם הוא לא היה מודע להצעה (Taylor V Alon)

**פס"ד ש.ג חניונים נגד מדינת ישראל**: החניון פעל בדרך של הצעה לציבור על ידי שלט והקיבול נעשה באמצעות התנהגות (כניסה לחניון).האם יש זכות תשלום חוזית למפעילי חניון?  
**השופט בך**- ברגע שנכנסו לחניון זה היה קיבול בהתנהגות (זכות חוזית).  
**השופט אור**- אין זכות חוזית. לא התכוונו לבצע קיבול בשום מדד אובייקטיבי, פלשו לשטח החניון. נראה כי גם שני הצדדים לא חשבו שיש חוזה. בעיני השופט יכולים לטעון על השגת גבול אך מכיוון שאין נזק יכולים לטעון לעילה בעשיית עושר. שני השופטים מגיעים לכך שיכולים לקבל פיצוי כספי אך בדרכים אחרות.

**סעיף 2:** הצעה-" פניה של אדם לחברו אם היא **מעידה על גמירות דעת** (על פי מדדים אובייקטיביים). להתקשר עם הניצע בחוזה והיא **מסוימת** כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה". (מספיק שהניצע יצטרך להגיד כן).  
  
**מסוימות (הפרטים המהותיים לביצוע העסקה נכללים בחוזה)**

* תכלית הדרישה – לחסוך את ההוצאות של הניצע לקבל הצעה, אנחנו רוצים שתהיה ידיעה מה תוכן החוזה שהוא נכרת כדי לאפשר הסתמכות עליו מכיוון שני הצדדים, הצעה ע"י מציע חייבת להכיל את כל פרטי העסקה וקיבול מעידה שמקבל ההצעה הסכים לכל אותם פרטים-מפגש רצונות.
* חוזה שלם - היינו רוצים שהצעה תשכלל חוזה שלם – הוא חוזה שכולל את כל הפרטים של כל ההתקשרות תחת כל הנסיבות האפשריות.
* הבעיה בחוזה שלם – לא אפשרי לקיים אותו מכיוון שאין לנו את האפשרות לפרט את כל המקרים האפשריים ומה דינם בעת הצורך.
* הפתרון – חוזה חסר, והשלמה של החוזה באמצעות מקורות חיצוניים של החוזה (מקורות שישרתו את דעתם ההיפותטית של שני הצדדים עבור החוזה שהם כרתו).

(עוולות מסגרת זו דוגמא לכך שגם דיני הנזיקין חסרים, וסעיף זה מהווה השלמה).  
**פתרון מאומץ ע"י מערכת המשפט באופן כללי**. לדוגמא : סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"מ 1980 – "ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובות בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות **החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל".**

* + - 1. אחד הפתרונות להתמודדות עם החוזה החסר-**הותרת פרטים להשלמה ממקורות נורמטיביים**: הוראות חוק משלימות.
* **חוק החוזים הכללי** : סעיף 41 (מועד הקיום), סעיף 44(מקום הקיום), סעיף 45( קיום בבינוניות), סעיף 46 (קיום בסכום ראוי).
* **חוקי חוזים פרטיקולריים –** חוק המכר, חוק השכירות והשאילה, חוק חוזה הקבלנות, חוק חוזה הביטוח.
* **חוק החוזים – תרופות** – בדרך כלל חוק זה נותן סעד בשל הפרה, אך ניתן להסתכל עליו כמנגנון השלמה.  
  **דרך פרשנית אחת**: החוק לא אומר באמת מה התרופות, אלא מה הצדדים יעשו כאשר קורה תרחיש מסוים עליו לא הסכימו קודם. לדוגמא: ניתן לרשום בחוזה שהפרת החוזה לא תזכה את הצד השני באכיפה של החיובים (תניה דיספוזיטיבית). אם לצדדים יש את האופציה להתנות על דיני התרופות, זה אומר שהם יכולים ליצור מנגנוני תרופות בעצמם.  
  **דרך שניה:** תרופות בשל הפרת חוזה אמורות לתמרץ את הצדדים לפעול כמו שהם היו רוצים לפעול בעת הכריתה .כאשר אנו נותנים פיצוי הסתמכות בעקבות הפרת החוזה זה מוודא שהחוזה יופר בתנאים שהצדדים היו רוצים שהוא יופר במועד הכריתה (הצד שמפר מבין את ההשלכות אבל זה עדיין עדיף לו על פני קיום החוזה).
* **בעסקאות מקרקעין –** קיימת דרישת כתב. הצדדים חייבים לכלול בחוזה את כל התנאים הנדרשים לקיום בכתב. נוצר מלכוד לדוגמא – **ברון נ' מנדיס תורס**.  
  מקרה זה מראה מה קורה כאשר הצדדים הכניסו פרט בכתב לתוך החוזה **שאינו מקיים** את דרישת המסוימות- לדוג',לקיים עסקה ב20 לחודש אך לא כתבו חודש ושנה.  
  החוזה לא מסוים דיו שמספיק על הניצע להגיד כן. אך מנגד, לא ניתן להשלמה ע"פ חוק החוזים מכיוון שבעצם כך שכתבו תאריך הם התנו על המקורות הנורמטיביים ולכן לא ניתן להשלמה.

**מותר להשלים דרך מקורות נורמטיביים כל עוד ברור שהצדדים לא התכוונו להתנות על זה.**

**2.** לעיתים יש הסדרים שמשלימים את ההסכם בתוך ההסכם:א. הותרת פרט לקביעה של צד שלישי-

* דוגמא 1 : שני הצדדים לא מסכימים על מחיר, אך מסכימים על קביעת שמאי שיקבע את המחיר שנדרש לשלם- החוזה יהיה שלם מכיוון שנקבע מנגנון השלמה.
* דוגמא 2: צד שלישי שיקבע את זהות החלקה שתימכר אם הצדדים לא מגיעים להסכמה.   
  **פס"ד החברה לפיתוח חוף התכלת נ' מנהל מס שבח מקרקעין-**זהותהשמאי נותרה להסכמה עתידית, הצדדים לא הגיעו להסכמה לגבי זהות ורצו לבטל את החוזה מכיוון שאין מסוימות. בית המשט קבע שאין בעיית מסוימות מכיוון שקבעו מנגנון השלמה בעת כריתת החוזה, לכם בית המשפט ייקבע את זהות השמאי (בית המשפט פוסק זאת בטענה שהוא משלים את רצון הצדדים בעת כריתת החוזה).

1. הותרת פרט לקביעה של אחד הצדדים: לדוג' בחוזה יהיה כתוב שהרוכש ייקבע את מועד התשלום. מצב זה אפשרי אך זה נותן לצד אחד את האפשרות לקבוע תנאים שיהיו לטובתו ולכן הצד הקובע יהיה כפוף **לעיקרון תום הלב-** ישמור על כך שלא יפגע בציפיות הסבירות של הצד השני.

* **פס"ד פרמינסקי נ' סדרוב- עסקת קומבינציה:** הקבלן התחייב להעביר למוכר דירה בעלת נתונים מסוימים (אך לא שלמים) לבחירת המוכר. תחילה חשבו שלא נכרת חוזה מעולם מכיוון שאין הסכמה על ממכר ספציפי, בית המשפט פסק שעצם כך שבחוזה ניתנה האפשרות למוכר לבחור ע"פ דרישות מסוימות שהם קבעו הופכת את העסקה **למסוימת**.
* **דוגמא 2 UCC-** כאשר לצד אחד יש את הזכות להשלים פרטים אך הוא לא עושה את זה (ככל הנראה עקב החרטה להתקשר בחוזה). במקרה זה, האופציה להשלים את הפרטים החסרים תינתן לצד השני (בכפוף לתום הלב). אם גם האדם השני לא ישלים זה ייחשב כחוסר שיתוף פעולה= הפרה של החוזה.

1. השלמת הסכם תוך הותרת פרט בתוך טווח מוסכם :הצדדים יכולים להסכים שמחיר או כמות יוסכמו בעתיד בתוך טווח. לדוג' חוזה למכירת רכב ובו הוסכם שהמחיר יתחיל ב-50,000 ולא יעלה על 55,000. עשויה להיות בעיית מסוימות במקרה זה. יש טווח אבל הצדדים לא הסכימו על מחיר בתוך הטווח ואי אפשר להשלים את החסר ממקורות נורמטיביים מכיוון שהתנו על כך.

* **פתרון-אופציה כפולה:** כל צד יכול להשלים את החוזה ולהביא להתקשרות ע"י זה שהוא מאמץ את הנקודה שהכי טובה בטווח לצד השני (לדוג' מוכר הרכב יסכים למכור אותו ב-50,000). ניתן לראות זאת כהסכם של שתי הצעות בלתי הדירות (שני המחירים בטווח). הסבר: חוזה למכירת רכב נע בין 50,000 ל-55,000. יש שתי הצעות, אחת לכל מחיר. אם אף אחד מהצדדים לא הסכים להצעה, היא **תפקע תוך זמן סביר**.

1. הותרת פרט שיתקבל במשא ומתן עתידי:(בלי טווח) מצד אחד החוזה לא מסוים דיו, אך מנגד קיימת בעייתיות בהשלמה נורמטיבית משום שהצדדים יצרו התניה. ניתן לראות זאת כהסכם מקדים לניהול מו"מ. לדוג' **פס"ד גלנר נ' תיאטרון חיפה** לא הסכימו על מחיר, אך הסכימו לנהל מו"מ על המחיר והתיאטרון סירב לנהל לנהל מו"מ. האם זו הפרת חוזה? הסירוב לנהל מו"מ זו הפרה של ההסכם לנהל מו"מ. סירוב לנהל מו"מ ייחשב להפרה של סעיף 12 לחובת תום הלב ולכן הצד השני יקבל סעדים על הסירוב ולא על הפרת חוזה.

**פניה לציבור**

הצעה יכולה להיות לציבור, אך יש להבחין בין **פניה לציבור** לבין **הזמנה להציע הצעות** (כמו מכרז). **הצעה לציבור-**(לדוג' קניית מוצר) יזכה מי **שהודיע** על קיבול ראשון. **הזמנה להצעת הצעות-** יזכה מי **שקיבל** הודעת **קיבול** ראשון. **תחרות=** המצב המשפטי ששניים טוענים לאותה זכות בפועל.

איך נדע להבדיל מתי פניה לציבור היא הצעה ומתי הזמנה להציע הצעות?

* חנות לשירות עצמי: בישראל נראה את **ההצעה כבלתי הדירה** (הסופר לא יכול לחזור בו מההצעה שכתובה על המדף) וקיבול (בהתנהגות, יתבצע בקופה).
* משלוח קטלוגים הביתה: ניתן לראות **כהצעה לציבור** אך קיימת בעיית המלאי. **לכן ההצעה תהיה מותנית- עד גמר המלאי.** ע"מ להבחין האם הקטלוג הוא הצעה או הזמנה להציע הצעות נסתכל על מכלול השיקולים:
* משך ההצעה: אם היא קצרה זה מחזק את כך שזו הצעה.
* אפשרות למציע למשוך את הצעתו.
* הגבלה כמותית (על סך ההזמנות או על המכסה המותרת לאדם).
* זהות המציע.
* נזקי הסתמכות, מקדמה, דרישות לביצוע מהלקוח.
* פרסום הודעות ברשתות חברתיות על השכרת דירה/ מכירת כלי רכב. על פניו מופיעים כל הפרטים הרלוונטיים, אך עדיין מדובר בהזמנה להציע הצעות מכיוון שבמקרים של השכרת דירה, למשכיר יהיה חשוב **זהות השוכר.** כנ"ל לגבי רכב יד 2- גם כאן כל הפרטים מפורסמים במודעה אך חסרים פרטים לגבי המצב המכני של הרכב. ניתן לומר שמודעות שמפורסמות באינטרנט הן לא הצעה כי חסרים פרטים מהותיים וזה לא מסוים דיו. אך מנגד, נוכל לראות את זה כהצעה עם קיבול מותנה (לדוגמא אם הקונה רוצה לקחת את הרכב לבדיקה) משמעותו כהצעה חדשה.  
  **לרוב נסווג זאת כהזמנה להציע הצעות.**  
  - אם היינו מחשיבים זאת כהצעה, פרטים שאינם נכונים בפרסומת יכולים לגרום לפגם ברצון של הקונה. סירוב לנהל מו"מ או מסירת פרטים שגויים בהזמנה-יכול להוות עילה לפגיעה בחובה לנהל מו"מ בתום לב אך לא לשאלת כריתת החוזה.

**להזמנה להציע הצעות אין תוקף מחייב, זה השם שאנו נותנים להצעה שהיא חסרת תוקף משפטי. כל התנאים/ מגבלות שנתן המציע מחזקים את הרעיון שמדובר בהצעה (קיבול ע"פ התנאים).**

**פס"ד לוי נגד חברה קדישא:** חברה קדישא הזמינו את הציבור להציע הצעות לרכישת חלקה. בהצעה זו הם אמרו שאינם מתחייבים להתקשר עם אף אחד שמשתתף במכרז ושמרו לעצמם את הזכות להמשיך לנהל מו"מ. בהנחה שיש חוזה, מתי נכרת החוזה? בפס"ד נטען שלא הייתה הצעה שהצד השני קיבל אותה ללא שינוי, לא היה מועד שבו היו מפגש רצונות ולכן אין מועד לכריתת החוזה (טענה מטעם קדישא). עלו אי הסכמות, הנקודה העיקרית השנויה במחלוקת היא מי יישא בעלויות פינוי הדייר על הקרקע. **מבחינת הקונה היה ברור כי נכרת חוזה**, בסופו של דבר ביהמ"ש החליט כי הם היו **עדיין במשא ומתן ולא הגיעו לחוזה**.  
באופן כללי ניתן לראות את מועד כריתת החוזה בזמן בו התקבלה הודעת הקיבול של הניצע ע"י המציע.  
אך מה זה אומר על השלבים הקודמים? האם לצדדים שמורה הזכות לשנות את דעתם.

**סעיף 3 לחוק החוזים (חלק כללי) –**

1. המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה **נמסרה לניצע** לפני **שנתן** הודעת קיבול.
2. קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע.

**סעיף 10 לחוק החוזים (חלק כללי) –**

הניצע רשאי לחזור בו מן הקיבול בהודעה למציע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול או שנודע לו על קיבול בדרך האמורה בסעיף 6(א).

**סעיף 60 לחוק החוזים (חלק כללי) –**

1. הודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות העניין.
2. מקום שמדובר בחוק זה על מסירת הודעה, רואים את ההודעה כנמסרה במועד שבו הגיעה לנמען או אל מענו.

בין סעיף 3 ל-10 יש חוסר סימטריה מכיוון שסעיף 3 כובל את המציע עוד לפני שנכרת חוזה ומנגד הניצע עדיין לא כבול. המציע אינו יכול לחזור בו מהצעתו אם הניצע נתן את הודעת הקיבול (על אף שהיא עדיין לא הגיעה לידיו).  
לדוג' אם אדם מוסר את הודעת הקיבול בדואר, מבחינת המציע החוזה השתכלל, מבחינת הניצע, כל עוד הקיבול לא הגיע למציע הוא יכול לחזור בו מהקיבול (יכול לשלוח חזרה מהקיבול דרך שליח). הרעיון שעומד מאחורי זה הוא ההסתמכות של הניצע על ההצעה.

**המציע הוא אדון ההצעה.**  
- יכול לקבוע בהצעה שתהיה לו זכות חזרה כל עוד לא **נמסרה** לו הודעת הקיבול (משמע ניתן להתנות על סעיף 10).  
- יכול להתנות גם על הזכות שלו לחזור מההצעה לאחר שנמסרה.  
- המציע יכול להגביל את עצמו ולקבוע שאינו יכול לחזור מההצעה (הצעה בלתי הדירה).  
**מה מרוויח המציע מהצעה בלתי הדירה?**  
יגרום לאנשים לקבל את הצעתו מכיוון שלא יפחדו שהוא לפתע יבטל אותה. בנוסף, הגבלת זמן יוצרת לחץ על הניצעים, יש להם דד ליין מסוים וירצו לעמוד בו לפני שההצעה תפוג.  
**פס"ד נוה עם נ' יעקובסון-** לעיתים נראה אדם שמציע הצעה בלתי הדירה, אך מתחרט וניתן לראות זאת בכך שקובע תנאים לא הגיוניים לביצוע הקיבול. במקרים כאלו של התחמקות מצד המציע- בכל זאת החוזה משתכלל.

**פקיעת ההצעה**

* **בפס"ד קוזלי נ' מדינת ישראל** עלו מספר שאלות.
* האם המדינה חזרה בה מההצעה? והאם זה אומר שההצעה פקעה?
* האם בגלל שהעמותה חדלה מלהתקיים זה אומר שהייתה חזרה מההצעה?
* האם החזרה מההצעה התפרסמה באותו אופן שהתפרסמה ההצעה?
* החזרה מהצעה מתבצעת **באותה דרך** בה ניתנה ההצעה.
* יש שוני בין הצעה לציבור לבין הצעה לאדם/ אנשים מסוימים.
* כשיש הצעה לאדם (או מספר אנשים) צריך פשוט **ליידע** אותו על החזרה מההצעה (לא משנה באיזה אופן).
* כשההצעה היא לציבור צריך לפרסם את החזרה מההצעה **בדיוק** כמו שהתפרסמה ההצעה (לדוג' שלטי חוצות). אנו רוצים למנוע את אינטרס ההסתמכות של הציבור על ההצעה ומניחים שבאותה הדרך שבה הם ראו את ההצעה סביר להניח שיראו את החזרה מההצעה.
* מה קורה אם ידוע שלא נמסרה הודעה על חזרה מההצעה, אולם הניצע היה מודע לכך? **Dickinson vs Dodds**
* דין אנגלי: תכלית הודעת החזרה היא שהניצע לא יסתמך על ההצעה, לכן כשהתכלית הושגה לא צריך הודעה נוספת. אם הניצע יודע, הושגה התכלית ולכן עם **ידיעת הניצע** שהמציע מכר את הממכר לצד שלישי, נחשבת **כהודעת ביטול**. גם אם הניצע שלח הודעת קיבול -לא נכרת חוזה.
* דין ישראלי: שונה, לאור סעיף 3 לחוק החוזים. החוק אומר שההודעה צריכה להינתן על ידי **המציע** משמע, לא על ידי גורם שלישי (אולם המציע יכול לקבוע מנגנון השלמה בחוזה חסר שהודעה על ידי צד שלישי כן תפקיע את ההצעה, אך זאת לא ברירת המחדל).

**1.מתי הצעה פוקעת?**

**א. הניצע דחה את ההצעה, או שאינו מעוניין , או ביצע קיבול בשינוי (הצעה חדשה).**

* מה קורה כשאדם לא אומר במפורש שהוא לא מעוניין בהצעה אלא מציג התנהגות מסוימת שיכולה להשתמע כך?  
  **פס"ד נוה עם רמת גן**: היה מלכוד, לא יכל לקבל כסף מהמשכנתא ללא מסמך המראה על קניית דירה ומנגד נוה עם לא הסכימו לתת את המסמך ללא המקדמה הכספית. **האם דחה את ההצעה?** הד"ר אמר שאין לו כסף קם ועזב את הפגישה. הניחו שדחה את ההצעה והיא מופקעת, אולם זה לא המצב מכיוון שלא דחה את ההצעה **באופן מפורש.** דחית הצעה **מפקיעה** גם הצעה בלתי הדירה. (הניצע יכול להפקיע לפני תום הזמן). **גישוש** לא מהווה **דחיית אקטיבית.** במקרה הזה יש קושי מסוים כי משתמע שיש סוג של גישוש לשינוי תנאי התשלום, אך פניה זו לא נחשבה כהצעה חדשה ולכן ההצעה לא הופקעה.
* דחיה **במפורש או במכללא**.   
  יש דחיות מכללא שמפקיעות הצעות. לדוג' להגיד לסוכן נדל"ן שקניתי דירה, ההצעה לא נדחתה באופן מפורש אך זה משתמע מכך, כי ככל הנראה לא אקנה דירה נוספת. בדרך כלל בית המשפט מסתכל על הפקעות של הצעות בלתי הדירות יותר **בחשדנות** מכיוון שלצד המפקיע אין אינטרס לעשות את זה (לתת משהו בשביל כלום, הרי אותו אדם יכול להמתין לדד ליין של ההצעה).

**ב. כשפקע מועד ההצעה:**

* + - 1. ההצעה פקעה מכיוון שעבר התאריך בהצעה בלתי הדירה.
* הודעת קיבול שנשלחה **לפני** פקיעת ההצעה אך נמסרה **אחרי** פקעיתה- נכרת חוזהאלא אם כן יש אקט אקטיבי של המציע שהוא מודיע שההצעה לא התקבלה, במידה ולא אומר כלום החוזה תקף.

1. כשאין מועד לפקיעת ההצעה היא תפקע לאחר זמן סביר **בנסיבות העניין**.

* **פס"ד רונזר נ' מגן דוד**- כרטיס ההגרלה לא שולם בזמן. השאלה המשפטית, האם הקיבול התבטא בכך שהשאיר את הכרטיס אצלו או בכך שהיה צריך לשלם על הכרטיס לפני מועד ההגרלה? נפסק ע"י בית המשפטשרוזנר היה צריךלשלם לפני תאריך ההגרלה, מועד ההגרלה מפקיע את ההצעה. **רחשי הלב אינם מספיקים,** היה צריך לעשות פעולה אקטיבית (תשלום) כדי להראות את הקיבול.
* **פס"ד צימרמן נ' זילכה:** היה אדם שהולך לדוכן וממלא אותם מספרים כל שבוע בדוכן לוטו קבוע.  
  לרוב היה משלם על הכרטיסים מראש אבל לעיתים בעל הדוכן היה ממלא לו את הכרטיס ושולח להגרלה ואותו אדם היה משלם על הכרטיס בדיעבד. באחד המקרים הוא לא שילם מראש, הכרטיס זכה.  
  שני נימוקים לתוצאה שהלקוח זכאי.  
  ברנזון: יש בין הצדדים מערכת יחסים ארוכת טווח, יש ביניהם **חוזה ארוך טווח** לשירות. יש חיובים הדדיים במסגרת החוזה.  
  הלוי: אין חוזה ארוך ומיוחד אך יש חוזה כל **שבוע**. במקרה הזה התשלום הוא לא קיבול לחוזה אלא תנאי בתוכו, התשלום לא קשור להודעת הקיבול. יש מפגש רצונות בין הצדדים, רואים זאת בצורה אובייקטיבית. **ההבדל** בשני פסקי הדין האלו-ברונזר התשלום הוא הקיבול, בצימרמן התשלום הוא חיוב חוזי לאחר ההסכם.

1. **ההצעה פוקעת כשהמציע מאבד את היכולת להתקשר משפטית עם אחרים (נוסיף על זה בשיעור הבא).**  
   כולם כשירים לזכויות וחובות. כדי ליצור זכויות וחובות מבחינים ביחס ליחיד האם הוא: בוגר או פסול דין.  
   לדוג' כאשר יש פגיעה קוגנטיבית אותו אדם אינו מסוגל להתקשר בחוזה, לא יכול לבוא לידי גמירות דעת.   
   אין זכויות וחובות – כשאדם מת.  
   כשרות של תאגיד פגה- כאשר הוא מתפרק.  
   כשפקעה יכולתו של המציע להתקשר בחוזים- פוקעת ההצעה.   
   לפסולי דין יש יכולת לבצע קיבול באמצעות חליפות (אפוטרופוס וכו').

**קיבול**

קיבול בדרך כלל יהיה ע"י הודעת קיבול, אך לעיתים יתבצע על פי התנהגות אם **ההצעה מאפשרת** את זה, וההצעה **תגדיר** את צורת ההתנהגות (סעיף 6 א'). (קיבול יכול להיות בהתנהגות אם זה משתמע מההצעה).

* קוזלי- טענת המדינה- יצאו לטיול אך לא הודיעו לפני זה שהולכים לחפש את הגופה (פעולת ביצוע הקיבול).   
  תגובת בית המשפט- לא נדרשת הודעת קיבול כשמוגדר קיבול בהתנהגות, מספיקה ההתנהגות עצמה (אין צורך להודיע על כך).
* אם הייתה הודעת קיבול מראש? (מודיעים שהם הולכים לחפש את הגופה מראש)? אם הייתה נשלחת הודעה על רצונם לבצע קיבול (מצד המחפשים), המשמעות הייתה שההצעה נותרת פתוחה והם לא יכולים לחזור ממנה עד שלא יבצעו קיבול בהתנהגות, אמנם ההצעה הייתה פוקעת אחר **זמן סביר בנסיבות העניין.**
* האם יש צורך בידיעה שהלכו לחפש את החייל כי **ידעו** על ההצעה?   
  בית המשפט: לא נראה שדרוש קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין ההצעה כל עוד היא מהווה קיבול, זה מספיק שייוצר קיבול.   
  **האם יכול להתבצע קיבול אם אינו יודע על ההצעה?** אין מפגש רצונות כשהצד לא יודע על ההצעה ולכן לא.

**4.המציע חזר בו-** (שיעור קודם)

**קיבול בשתיקה**

* היעדר תגובה לא נחשב כקיבול, אין תוקף לטענה זאת, אלא אם כן מדובר **בהצעה מזכה**, כאשר אין התנגדות מצד הניצע ההצעה מתקבלת.
* **המקרים החריגים** - כאשר יש מערכת חוזים קיימת. הגיוני **שבחוזה מתמשך** הצדדים יערכו שינויים ומכיוון שלא רוצים להכביד עליהם יש אופציה לקבל שינויים על ידי הודעה של צד אחד ושתיקה של הצד השני.
* **פס"ד אדרת שומרון נ' הולינגסוורת:** חברה ישראלית שעושה עסקים עם גרמניה. לאחר תקופה החברה הגרמנית שלחה הודעה שאומרת שכל סכסוך ביניהם ידון בבית דין בגרמניה. אדרת שומרון לא ענו על זה.

לוין: קיבול בשתיקה התקיים מכיוון שלא מדובר בחוזה אלא בהוספת הסדרים ולכן זה תקף.

* מה קורה שהודעת קיבול נשלחה על ידי הניצע אך לא נמסרה למציע-  
  **Felthouse vs Bindley**  
  הודעת הקיבול צריכה להימסר **למציע**.

**חוזה חד צדדי:**

**פס"ד :carabolic smoke ball** החברה פירסמה שאם במשך שבועיים הצרכן ישתמש במוצר למניעת שפעת ועדיין יחלה, הוא יקבל פיצוי (הפקידו כספים בחשבון ע"מ להראות רצינות). הוגשה תביעה של בחורה שעל אף התנאים חלתה בשפעת.  
- האם השתכלל חוזה בנסיבות האלה? (במשפט אנגלו-אמריקאי אין חוזה ללא תמורה).  
- האם במקרה הזה יש תמורה?   
ברגע שהשתכלל חוזה יש חיובים רק לצד אחד- רק לחברה.   
לכן נשאלת השאלה האם לא מוותרים כאן על דרישת התמורה?  
פסיקת בית המשפט: חייבת להיות תמורה אך אינה חייבת להיות בקיום החוזה, עקב הקיום של קיבול בהתנהגות יכול לשכלל את התמורה (עצם קניית המוצר), הפעולה שמבצעת קיבול גם נותנת תמורה לחוזה.  
במשפט הישראלי: חוזים משתכללים גם ללא תמורה, חוזה מתנה (ניתן להשתחרר מהחוזה גם לאחר כריתתו). ביהמ"ש בוחן את התמורה בפן המהותי (לדוג' אי אפשר לקנות בית ב-10 שקלים-ייחשב כמתנה).  
בחוזה חד צדדי אין דרישה לקשר סיבתי בפועל, ניתן לבצע קיבול גם ללא ידיעה על ההצעה. אלא אם כן יהיה תנאי מתלה שידרוש את זה.

דוגמאות לחוזים חד צדדים:

* תמרצים לעובדים- "חבר מביא חבר" מתי ישתכלל החוזה? כשהוא נקלט לעבודה? או כשהוא מגיע להתראיין?  
  **קיבול בהתנהגות לא יכול להיות ע"י הצד שמציע את ההצעה** (מקבל את העובד ונהיה קיבול).- במקרה זה ניתן לומר שזו פניה להציע הצעות.  
  - דרך נוספת: חוזה חד צדדי שמשתכלל בעת ביצוע הקיבול של הבאת החבר אך הוא מותנה בזה שהחבר נקלט. הבאת החבר לריאיון תהיה קיבול ההצעה של המעסיק, וכשהחבר נקלט נוצרת למעסיק חובה לשלם את הבונוס. אם הוא לא נקלט, יש חוזה אך אינו נכנס לתוקף (תנאי מתלה).  
    
  סעיף 7 הוא **החריג** לסעיף 6 שאומר שלא יהיה קיבול בשתיקה כי חזקה על הניצע שקיבל את ההצעה זולת אם הודיע למציע תוך זמן סביר שהוא לא מעונין בהצעה. הצעה מזכה בשונה מחוזה חד צדדי שמשתכלל במתן תמורה מסוימת ,אין כל חיוב על הניצע גם לא לאחר שקיבל את ההצעה.  
  הצעה מזכה-השתכללות של חוזה שהוא לא מתנה, למציע יש אינטרס. לדוג' כמו קסטרו שמחלקת 50 שח לחברי מועדון. יש להם רווח על סמך ההטבה.  
  האם יש דרישה שמקבל ההצעה ידע עליה כדי שיבצע קיבול?  
  **בדין האנגלי**-כן.  
  **בדין הישראלי**- אין תשובה ברורה, גם בחוזה מתנה וגם בהצעה מזכה זה יהיה תלוי **בכוונה של המציע**. אם כוונת המציע הייתה שההצעה תהיה מחייבת ותוקפה יכנס אותו רגע- כך יהיה. אך אם אנו סבורים שזו הצעה שהמציע ירצה שיראו אותה (לדוג' פרסומת) אז כן יהיה על הניצע לדעת מראש על מנת לעשות את הקיבול.

**מכרז:**

מתי נכרת החוזה במכירה פומבית?  
ניתן לראות זאת כהזמנה להציע הצעות אך יש בעיה בהגדרה זו מכיוון שנדרש קיבול (ללא קיבול לא השתכלל חוזה).  
1. ניתן לראות כל הצעה **כקיבול מותנה עם תנאי מפסיק** בכך שלא תהיה הצעה גבוהה יותר -ברגע שמישהו נתן את ההצעה הגבוהה ביותר משתכלל חוזה -דרך פחות מקובלת.  
2. הצעה להציע הצעות-יהיו שני חוזים שונים, אחד מהם יהיה חוזה המסדיר את **המו"מ** ובו יהיה כתוב שהחברה מתחייבת לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר, וכך הקיבול יכול להיות בשתיקה ואז ישתכלל חוזה.  
אם לא מתחייבים לקבל את ההצעה הגבוהה ביותר זה יהיה הזמנה להציע הצעות ללא חובה **להשתכלל** עם ההצעה הגבוהה ביותר וניתנת האופציה להמשיך במו"מ (בוטובסקי נגד גת). עדיין יש את חובת תום הלב במו"מ.

**כשרות משפטית:**

דגשים לסעיפי החוק:

* החוק מבחין בין כשרות לזכויות לחובותיו לבין הכשרות לפעולות משפטיות (סעיף1,2).  
  בסעיף 1- "**כל אדם כשר** לזכויות וחובות מגמר לידתו ועד מותו"-**אין סייגים.**  
  בסעיף 2- "**כל אדם כשר** לפעולות משפטיות, **זולת אם** נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפסק דין של בית משפט. **יש סייגים**  
  פעולה משפטית היא אקט של יצירה זכויות וחובות-אדם יהיה כשר לחובות וזכויות, אך -אינו יכול להביא להשתכללות של חובות וזכויות חדשים. אינו יכול לעשות דיספוזיציה על הזכויות שלו בעצמו, אם אין לו כשרות משפטית. יש הבדל בין כשר לזכויות (בעל נכס) לכשרות משפטית(יכול להעביר את הנכס).
* לאנשים שאינם כשירים יש נציג מכיוון שכדי ליצור יחסים חוזיים צריך גמירות דעת ויש כאלה שאינם יכולים לגבש זאת בעצמם ולכן אינם יכולים ליצור יחסים משפטיים.  
  יש המון פעילויות משפטיות שצריך לגבש לגביהם הסכמה או גמירות דעת: כריתת חוזה, יחסי מין, פרטיות.
* **לשתי אוכלוסיות** אין את היכולת לבצע פעולה משפטית:
* **קטינים** (יש הבחנה לגבי הגיל במצבים שונים).
* **פסולי דין**:צריך לאמץ הבחנה ברורה, מתי מישהו מוכרז כזה.
* יוצר בעיה מהצד השני של ההתקשרות: הצד השני לא יודע מול מי הוא עומד והאם הוא יכול להיכנס לחוזה, בנוסף אותו אדם לא יודע אם הוא כזה כשאין הגדרה ברורה, לכן נקבעו קריטריונים ברורים:  
   קטין: מבחן מספרי, טכני מי שמתחת ל18 קטין-יוצר ודאות.  
  פסול דין: "שמחמת מחלות נפש/ליקוי בשכלו אינו יכול לדאוג לעניינים, רשאי בית המשפט לבקשת בן זוגו או קרוביו...להכריזו פסול דין". אין הגדרה למצב זה, זה **סטאטוס משפטי קונסטרוקטיבי** (ההכרזה יוצרת את המצב),מרגע **ההכרזה** הוא הפך להיות פסול דין- משמע, חוזים שנכרתו לפני ההכרזה כשרים.
* **סעיף 4:"**פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו; ההסכמה יכולה להינתן **מראש** או **למפרע (בדיעבד)** לפעולה מסוימת או לסוג מסוים של פעולות. יכול נציגו של קטין לבטל הסכמתו לפעולה כל עוד לא נעשתה הפעולה"- פעולה משפטית כשרה ומחייבת.
* **סעיף 5:** "פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול".  
  (1)" ע"י **נציגו** ואם איו לקטין נציג- ע"י **יועמ"ש (נציג שיורי, דואג לאינטרס של הקטין במידה ואין אדם אחר)** תוך חודש לאחר שנודע להם על הפעולה". הפעולה אינה בטלה מעיקרה מכיוון שיש את האופציה לאשר בדיעבד, לכן ברירת המחדל תהיה שיש לקטין אישור לבצע פעולה, והיא מבוטלת אם הנציג עשה **אקט** לביטול.

חריג ל-6ב לחוק החוזים (קיבול בשתיקה). אך כדי לעשות קיבול בשתיקה **עליו להיות מודע להצעה**, ולכן במידה והוא לא מודע יש לקטין את הזכות לחזור בו כחודש לאחר שנהיה בגיר.

אותו מוכר יודע שייתכן והפעולה תבוטל- אך יש הגבלת זמן: מצד אחד יש הגנה על אינטרס הקטינים, מנגד יש גם הגנה מפגיעה על הצד השני.  
(2)"**אם לא נודע** לנציג או ליועמ"ש על הפעולה- ע"י הקטין, תוך חודש משהיה לבגיר"- במידה ואף אחד לא יודע על הפעולה זה נותן לקטין את האופציה **לחזור בו**.

* סעיף 17 –"באופטרופסתם לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין". מהמשמעות לנהוג לטובתו- **נאמן**: מי שנוהג בזכויות של הנהנה וזכאי לפצע פעולות בהם, עליו לנהוג מתוך ראיה של טובת ההנאה של הנהנה **בלבד** (אסור להעדיף את האינטרס של עצמו).   
  ההבדל בין אופוטרופוס לנציג? **נציג**-מי שמבצע פעולות משפטיות בשם הקטין, מייצג בהליכים משפטיים. **אפוטרופוס**-חייב משפטית לדאוג לצרכיו, אינו מייצג אותו.
* סעיף 6- "הפעולה של הקטין לא ניתנת לביטול אם זה מסוג הפעולות שקטינים מבצעים בדרך כלל".  
  - המבחן: **אובייקטיבי** אם אלו פעולות שקטינים **בגילו** מבצעים בדרך כלל (לדוג' אין אפשרות ביטול לגבי קניית מוצרים במכולת כשמדובר בילד בן 12, אך אם מדובר בילד בן 4- ניתן לביטול).  
  המשך סעיף 6 –"פעולה שהצד השני **לא ידע** שמתבצעת מול קטין **ולא היה** צריך לדעת".  
   אופן ס**ובייקטיבי** **לא ידע** שמדובר בקטין ו**אובייקטיבי** אדם סביר במצבו **לא היה חושב** שמדובר בקטין. ככלל הקטין חייב אלא אם פעולות אלו גורמות נזק משמעותי לקטין.  
  סעיף 6א' פעולה באשראי, תשלומים בטלה מעיקרה- לא השתכלל מעולם חוזה. סעיף 6א' גובר על סעיף 6. **דוג': פלאפון תקשורת נ' אב**ן (ילד בן 16 עשה מנוי- לחוזה אין תוקף לאור גילו).
* סעיף 20- פעולות הדורשות מראש את אישור בית המשפט.  
  ניתן לחלק את תתי הסעיפים לשני סוגי מצבים:  
  א. פעולות משפטיות בין הקטין להוריו (5)/ נתינת מתנה(3)-פעולות שמעלות חשד שהן לא לטובת הקטין, ניגוד עניינים.  
  3- אין אינטרס לקטין. אין לו רווח, לכן זה מטיל חשד בהורים.  
  5-ניגוד עניינים ישיר.  
  ב. פעולות משפטיות בין הקטין לאדם אחר.  
  שאר הסעיפים- השלכה כלכלית משמעותית לנכסים של הילד ולכן יש צורך בפיקוח נוסף.  
  (הורים לעיתים יקנו לילדים נכסים כדי להונות את המיסויי (אם יש יותר מדי דירות המיסוי עולה), לכן קונים דירה ורושמים אותה על שם הילד). ההסדר נועד בין היתר כדי שילד לא יתבע את הוריו על רשלנות בנכסיו (אסור ע"פ חוק).
* **שרף נ' אבער**: ההבחנה בין סעיף 5 לסעיף 20 (עמדת ברק)- ע"פ ס' 20 לחוק, ההורים לא מורשים לייצג את הקטין בפעולות מסוימות שבית המשפט לא אישר מראש, לכן הם לא יכולים להיכנס בחוזה בשמו ומכאן, לא יכולה להתבצע הצעה וגם לא יכול להתבצע קיבול. ס' 5 יוצר לנו תנאי, במקרה הזה תנאי מפסיק, לתוקף של החוזה. ס' 20 ע"פ ברק לא יוצר לנו תנאי כזה. ניתן לראות את המקרה באופן הבא: הקונים מציעים להורים הצעה בלתי הדירה, ההורים מתחייבים חוזית לפעול לאישור הצעה על ידי הגשת בקשה לבית המשפט לצורך אישורים (התחייבות חוזית נפרדת). המשמעות היא שאין סעד אכיפה וגם אין סעד אכיפה כלפי הקטין, כי הקטין לא צד ולא נעשתה שום פעולה בשמו. אך ניתן לתבוע את ההורים, במידת הצורך, לבקש סעד הצהרתי מבית המשפט שהתחייבותם לפנות לבהמ"ש תקפה. ההסכם הזה הוא בגדר התחייבות נפרדת שבין ההורים לצד השני, ההסכם לא מערב את הקטין.
* **נחול נ' לוי**שיקולי בית המשפט לסעיף 20:  
  אגרנט-כדאיות העסקה **לפי מועד המשפט** (ולא בהצעה).  
  יתרון-ממצב את הקטינים בעמדה יותר קשוחה במשא ומתן, יגרום לאנשים להציע יותר על מנת להבטיח את אישור העסקה בבית המשפט.  
  חיסרון-עלול לפגוע בקטין, פחות מציעים ירצו להיכנס לעסקה שבה הנכס נבדק לפי שוויו בדיעבד, יש סיכוי שהעסקאות לא יאושרו כי מחיר הנכס יעלה עד מועד המשפט. מפסידים על עצם רצונם להיכנס בעסקה (הוצאות עו"ד וכו). אם ערך הנכס יורד- עדיין הקונה משלם יותר, אם הוא עולה- יכול לממש רק אם מעלה את הצעתו.

**חובת תום הלב במשא ומתן**

**במשפט אנגלו-אמריקאי**, ממנו שואף הדין הישראלי את מרבית ההסדרים החוזיים, אין חובת תום לב כללית במשא ומתן:  
**דוקטרינרית:** ניתן לראות את הסדרי דיני החוזים כאירוע שמתחולל עם מפגש רצונות, מערכת היחסים המחייבת לא נכפית עליהם ללא רצונם. עקב כך ההסדרים בכריתה דורשים את גמירות דעת הצדדים**).**  
**נורמטיבית**: שכשהצדדים יהיו כפופים לסיכונים משפטיים כבר בשלב המו"מ הם יצטרכו לשכור יעוץ משפטי, וזה עלול להגדיל את העלויות הכרוכות בניהול מו"מ.   
**זה לא אומר שאין אחריות משפטית בשלב הטרום חוזי- תרמית, מצג שווא, הבטחות וכו.**  
  
סעיף 12 א'- ניתן לראות את סעיף זה בין הסדר נזיקי להסדר לחוזי.

1. נזיקי (סעיף 35)-במידה ואתה לא נוהג בתום לב ניתן לראות זאת כהתרשלות ועוולה. בנזיקין לרוב נותנים פיצויי הסתמכות -סעדים שליליים.
2. חוזי- קשה לחשוב עליו כך כי אין עדיין חוזה, יינתנו פיצויים שליליים (לעומת חוזה שנכרת שלרוב יקבלו ציפויי ציפייה).

סעיף 12 עלול ליצור צינון מוטיבציה של אנשים להתקשר בחוזים אך מנגד הוא כן רצוי. מבחינה מוסרית אנשים ירצו להיכנס למשא ומתן עם אנשי תמי לב. בפסיקה מחפשים איזון ראוי בין התערבות יתירה ולבין הגשמת עיקרון הצדדים לנהוג בתום לב. הנשיא ברק **הרחיב** את חובת תום הלב, זה יצר קושי כי זה מערער את היציבות החוזית, קשה לדעת מתי יש אחריות אחד כלפי השני, מה מחייב, מתי המו"מ לגיטימי ומתי לא.

הסדרים משפטיים חוזים ולבר חוזיים המסדירים בעצמם את מערכת יחסים הטרום חוזית:

* + - 1. התנהגות שפוגעת הצד האחר למו"מ עלולה להיות **עוולה נזיקית**- מצג שוא רשלני, אי גילוי, תרמית.
* טפחות נ' צבאח: בנק לא מגלה לרוכשי הדירות נוטלי הלוואה על ניגוד עניינים שלו: **אי גילוי רשלני**
* עמידר נ אהרון: אחריות בגין חיווי דעה רשלני, אמרו לאדם שהיה מעוניין לקנות דירה מסוימת שניתן לפתוח שם מסגריה אך בפועל זה לא אושר. אותו אדם הסתמך על דבריהם ורכש את הדירה- **מצג שווא רשלני.**
* Esso petroleum v Madron- מצג שווא רשלני.
  + - 1. **חוזה נספח**- הסתמכות של אדם אחד על המצגים שהצד השני חושף בפניו במו"מ, מביא לסיבה העיקרית לכריתת החוזה ולכן הפיצוי על ההפרה- נזקי הסתמכות (שליליים).
* עמידר נ' אהרון: לנדוי- היה ניתן להשתמש בחוזה נספח ולאו דווקא במצג שווא רשלני.
* Esso petroleum v Madron- פיצויי הסתמכות.

כיום סעיף 12 מכסה על החוזה הנספח, ועל כן יש בו פחות שימוש, כנ"ל לגבי עילה נזיקית. אין משמעות לעילה נוספת לאור מנגנון חישוב הפיצוי (ניתנים אותם סעדים, פיצויי הסתמכות).

* + - 1. **השתק- :Estoppel** צד לא יכול לעלות טענה בפני בית המשפט, מושתק מלהעלות אותה וזה מקנה זכויות לצד השני.
* השתק בדין (הסדרים שנוגעים להליכים **קודמים**): כשניתן פסק דין הנושא סגור ולא ניתן להעלותו מחדש (בכפוף לזכות לערער).

**חלוקות משנה:**

* השתק עילה- אדם מושתק מלהעלות את אותה העילה (לדוג' תביעה להפרת חוזה שנדחתה, אם בקשתך **לפיצויים** נדחתה אתה מושתק מלפתוח המרצת פתיחה ולטעון לסעדים אחרים כגון **ביטול**).
* השתק שיפוטי- צד שהעלה טענה עובדתית, לא יכול לתבוע מחדש ולתאר את העובדות באופן אחר.
* השתק פלוגתא- כאשר ביה"ש הכריע בסוגיה מסוימת בין צדדים, הצד השני מחויב.
* השתק הבטחה (הסדר בהליך **ראשוני**)- הבטחות שניתנו במסגרת מו"מ יכולים לחייב צד אחד ועל כן לא יוכל להעלות אותם על אף שלא הייתה התחייבות חוזית. לדוג' כשהייתה התחייבות ועקב כך הייתה הסתמכות על ההתחייבות.  
  לדוג' **Hoffman vs Red Owl Stored** - - רשת החנויות אמרה להופמן שבמידה וימצא נכס טוב הם ייפתחו באזורו סניף. לאור זאת הופמן השקיע משאבים בחיפוש הנכס. בעת המו"מ רשת החנויות חוזרת בה מההצעה. כאן נוצר השתק הבטחה- יש צד שהסתמך על הבטחות ועקב כך יקבל פיצויי הסתמכות בגין ההוצאות שהוציא.  
  **בארה"ב** השתק ההבטחה רחב יותר וניתן לטעון אותה לאו דווקא כטענת הגנה.  
  **אנגליה**- השתק משמש כמגן ולא כחרב.

מקרים של פגם בכריתה לכאורה מקיימים חפיפה עם תום לב ולכן נשאלות שתי שאלות:

1. **האם יש חפיפה מלאה או חלקית?** ייתכנו מקרים של פגם בכריתה ללא הפרה של חובת תום הלב: טעות והטעיה. כפיה ועושק בהכרח מפרים את חובת תום הלב (פעולה אקטיבית, יש חוסר תו"ל במתכוון).
2. **מה ההשלכה שלהם ביחד? האם ניתן לתבוע גם וגם (פיצויים שליליים וביטול חוזה)?**  
    ניתן לתבוע גם וגם אם מתקיימים שני תנאים:

* גם עילה בגין פגם בכריתה וגם הפרה של חובת תום הלב.
* כאשר **נותר** נזק שלא תוקן עקב הביטול (ייפסקו סעדים נוספים). כשהנפגע לא מעוניין לבטל: רשאי לדרוש פיצוי על הפרת תום הלב (קשה להראות נזק כאשר אדם לא מעוניין לבטל את ההסכם).

סעיף 12 לכאורה גורם לנו לחשוב שהוא אובייקטיבי: "בדרך מקובלת" משמע דרך שמקובלת על **הכלל**. גם בעניין של מדיניות היינו רוצים לראות אותו כך כי יש חשש מיציבות חוזית, בנוסף גם עוד יותר קשה להתאים את המו"מ כל פעם לאדם הספציפי שעומד מולך. יחד עם זאת, סובייקטיבציה של דוקטרינות לעיתים תהיה הגיונות כשיש מאפיינים מסוימים להתקשרות (קטגוריות מסוימות).  
- נצפה כשיש **פערים** בתחכום או בכוח המיקוח תום לב רחב יותר.  
- כשהצדדים **שווים** דווקא נרצה את חובת תום הלב נמוכה, ניתן לצדדים להגשים את עצמם, יציבות חוזית בלאו הכי לרוב בעסקאות גדולות ייעוץ משפטי מעורב עוד מההתחלה. חובת תום הלב עלולה לייקר עוד יותר החוזה, יש סיכון להיתבע על כל הבטחה שנאמרת-יותר סיכון יותר עלות.  
  
**כיצד החובה מתפרשת לאור התפיסות נורמטיביות של דיני חוזים:**

צדק הסכמי- על פניו חובת תום הלב במו"מ סותרת את רצון הצדדים כי כופים עליהם משהו לפני ההסכמה הדדית, אך מנגד, כחלק מהצדק ההסכמי לפי אריאל פורת , כשהצדדים לא יכולים להציג מה ההסכמה שלהם, נחפש את ההסכמה ההיפותטית ואז נשאל לאיזה מו"מ ירצו להיכנס? אם **ירצו** שהמו"מ יהיה בלתי מוגבל לגמרי אז הצדק ההסכמי יגיד שלא צריכות להיות שום חובות וזכויות.

ניתוח כלכלי- **לדוג' Red owl** - שניהם לא רצו להתחייב מראש, מבחינת שניהם זה שלב במו"מ הכרוך בהשקעה ורוצים שזה יתבצע בצורה הטובה ביותר, כי זה מגדיל את הסיכוי לחוזה שמטיב עם שניהם. אך מנגד אם הופמן ידע שעלויות המו"מ הן לשווא והוא לא יקבל החזר על ההוצאות שלו, הוא לא היה משקיע כל כך הרבה הוא יפנים רק את התועלת שלו. לכן יש אינטרס לשני הצדדים להתחלק ביניהם על השקעות טרום חוזיות- לא תהיה פרישה ממו"מ שאינה מוצדקת לאחר שהייתה השקעה שכזו, אם כן תהיה, תקבל את הסכום שהשקעת- זו דרך לתמרץ את הצדדים להשקיע השקעות טרום חוזיות.

צדק מתקן- כשיש הסתמכות על הבטחה אתה מחויב לנזקים של הצד השני.

פעולות שמפרות את חובות תום הלב- איך הן משרתות את הפעולות הנורמטיביות וכתוצאה מכך מה יהיו התרופות של הפרת חובה זו?

* **התנהגויות שמובילות לפגם בכריתה.**
* קודם יש להבחין בין **אי גילוי של פרט** לבין **מצג שווא**.
* הבחנה נוספת תהיה בין **מצג שווא טרום חוזי** ובין תניה חוזית: לדוג' חוזה למכירת פרה, שני הצדדים חשבו שהיא עקרה אך בפועל הייתה בהיריון. אם צד אחד היה אומר לצד שהשני שהוא מוכר לו פרה והיא גם עקרה ובפועל היא לא – **מצג שווא** (התניה החוזית הייתה לקניית פרה, לא היו דרישות נוספות). אם החוזה היה למכירת פרה עקרה אז **החוזה הופר**. **הסעדים** יהיו שונים: מצג שווא (חלק מהטעיה) ניתן לבטל את החוזה ולקבל פיצויים שליליים, לעומת זאת כשמדובר בתניה חוזית- ניתן לדרוש אכיפה.  
  לגבי התניה החוזית דוגמת הפרה העקרה לא טובה, אך אם החוזה היה לקניית פרה פורייה (יותר יקרה), על הצד השני להביא לו פרה אחרת שהיא פורייה או לשלם לו את ההפרש.
* הבעיה עם אי גילוי*-* ברגע שאתה חייב לגלות לצד השני את כל הפרטים, לך אין אפשרות להרוויח ממידע.  
  דוגמא-גילוי נפט, מדכא את התמריצים לאסוף מידע.  
  עמדתו של קרונמן:חובת הגילוי קיימת במסגרת חובת תו"ל או הסדרים חוזיים אחרים רק אם לא השקעת משאבים בגילוי המידע. אם יש השקעה, אין חובת גילוי כי זה עלול לדכא את התמריצים ( esso ועמידר-עלות המידע והגילוי הייתה זולה, יכלו לגלות את המידע האמיתי בלי השקעה ולכן זה שהטעו את הצד השני **לא נוגד** את העמדה של קרונמן). לעומת זאת בספקטור נגד צרפתי כאשר שני הצדדים מתוחכמים, לא רוצים לחייב רק צד אחד בגילוי מידע, לשניהם יש עדיפות.
* טפחות נ' צבאח- הסוגיה שונה מכיוון שיש התנגשות בין חובת הגילוי לחובת הסודיות.   
  בית המשפט העליון פסק=החובות שווות, אך נתן פתרון- להגיד לדיירים על הקושי הכלכלי של טפחות, אך לא לתת את מצבם הכלכלי המדויק.
* האם שנקבע שאין עושק ניתן לטעון להיעדר תום לב? (גנץ נגד כץ) ניתן לראות שלא ניתן לכרות עסקה מסוימת שמשרתת יותר את האינטרס שלך אך זה לא יכול לצאת לגמרי מאיזושהי מסגרת קשיחה.

**התנהגויות שלא מובילות לכריתת חוזה אך יש בהן חוסר תו"ל:**

* אשם בהתקשרות צד להסכם מונע באופן מכוון וחסר תו"ל את האפשרות של הצד השני לבצע קיבול.   
  (שיכון עובדים נ' זפניק).
* פרישה בלתי מוצדקת ממשא ומתן : **זוננשטיין נ' גבסו ,דעת מיעוט ברק**- לא הכניסו מחיר בחוזה בגלל ענייני מיסוי שרצו לעקוף בדרך לא חוקית והצד השני סירב, אם זאת הייתה הסיבה לפרישה הם הפרו את חובתם לתו"ל משא ומתן.
* ניהול משא ומתן בסרק: קל בנין- יצאו במכרז ולבסוף סגרו עם חברה אחרת שלא השתתפה במכרז, הפרו את כללי המשחק של עצמם. נתן יתרון לחברות שלא השתתפו בכך שלא היו צריכות להוציא כספי הסתמכות (ערבויות, עו"ד, שמאי).

**סעדים:**

* סעיף 12 מוגבל לפיצוי שלילי: ניהול מו"מ, אך **יש לשים לב** שפיצוי שלילי יכול להיות גם על הפסד עסקאות עתידיות עקב ההסתמכות. עקב פסיקה, סעיף 12 הורחב לפיצויים **חיוביים** (קל בנין) וגם **לאכיפה.**
* היחס בין סעיף 12 וסעיף 8 לחוק המקרקעין (דרישת כתב **מהותית**).  
  **קלמר נגד גיא** (עסקת קומבינציה).  
  ברק- תו"ל מתעלה על חובת כתב במקרקעין.  
  זמיר- מתבסס על עובדות נוספות בשטח שהתקיימו ולכן אין דרישת כתב.  
  כאן ניתן לראות שסעיף 12 לא רק התרחב לאכיפה ופיצויים חיוביים הוא גם מתגבר על דרישות אחרות בדיני חוזים (דרישת כתב).

**תרופות בשל הפרת חוזה מבוא ואכיפה**

דיני ההפרה מסבירים לנו את החשיבות הבסיסית של דיני החוזים מלכתחילה.  
תרופות כלליות: ביטול והשבה, אכיפה, פיצויים.  
יש תרופות נוספות:

* סעד העיכבון ס' 19 לחוק החוזים תרופות : זכות של צד לחוזה לעכב אצלו נכס שנמצא ברשותו אבל שייך לצד השני עד שהצד השני ישלים את החיובים החוזיים שלו.
* קיזוז- ס' 20 לחוק החוזים תרופות: צד לחוזה שמחזיק כסף ששייך לצד השני ויש איזשהם חובות הדדיים, רשאי לקזז את הסכום שהוא חייב לשלם מהסכום שהוא צריך לקבל.
* ניכוי מחיר- סעיף 28 חוק המכר: אם מוכר מכר מוצר מסוים ופרטי הממכר היו שונים (ועקב כך גם העלות)- הקונה יכול לקזז את המחיר לפי שווי הנכס.

אלו סעדים עצמיים- לא צריך לפנות לבית המשפט לבקש. אם צד השתמש בסעדים אלו שלא כדין, הצד השני עלול לתבוע אותו על הפרת חוזה. סעד ביטול- סעד עצמי, נפגע ההפרה מפעיל בעצמו. הודעת ביטול שלא כדין, **היא הפרה של ההסכם**.

**ברירת קיום- אפשרות (סעד) נוספת שקיימת לנפגע ההפרה.**המשך חיוב החוזה באופן חד צדדי כדי לקבל את השכר המלא מהצד השני, סוג של סעד אכיפה, לקבל את המשך התשלומים. נפגע ההפרה יעדיף להשתמש בברירת קיום כשהחיובים שלו הם חיובים **בפועל** ושל הצד השני הם **חיוביים כספיים.**  
יתרונות לניפר ביחס לפיצוי:  
1. אין לו חובת הקטנת הנזק.  
2. אין צורך להוכיח את הנזק- לעיתים קשה להעריך את הנזק העתידי בקבלת פיצוי, לכן הצד השני יעדיף אכיפה של החוזה ובכך להבטיח את המחיר המדויק ביותר.

* **טכניקום נ' אדלר**- בית הספר טען לברירת קיום, ביצע את הצד שלו להסכם, סירבו להכיר בביטול החוזה.  
  אם היו מבקשים **פיצוי-** הייתה להם חובה להקטנת הנזק, (למה לא רשמתם מישהו אחר?) זה פותר את הבעיה הזאת. **במובן השטרי,** כשלון תמורה מלא- לא התממשה התמורה (אפילו לא חלקית) בגין השטר לתשלום ולכן לא ניתן להסתמך עליו כמשהו קנייני ולהשתמש בו (דיני שטרות). אדלר רצה שיוכרע כישלון תמורה מלא על מנת שלא יוכלו לממש את השטר.
* בית המשפט קבע **שלא הייתה ברירת קיום**, מכיוון שלא ניתן לחייב חוזה שדורש שיתוף פעולה של הצדדים. מסתמך על פסיקה אנגלית:
* **White VS McGregor** : אדם כרת חוזה עם חברת פרסום לפרסום עסקו על פחי זבל. לפני שהפרסומים הונפקו אותו אדם חזר בו, אך החברה טענה לברירת קיום, הנפיקה בכל זאת את העלונים ופרסמה אותם.  
  דעת רוב: כשצד אומר שהוא לא רוצה לבטל החוזה, החוזה לא בטל אלא אם כן הייתה הפרה יסודית ולכן הצד השני יכול להחליט לאכוף את החוזה.
* **שני חריגים לברירת הקיום:**
* כדי לקיים את החוזה חייב שת"פ של הצד השני.
* אין אינטרס לגיטימי בהמשך קיום החוזה: מוניטין, התחייבות לצדדים שלישיים, נזק שאינו מפוצה. לדוג' נזק שקשה לאמוד ולכן אעדיף לקיים את החוזה ואעדיף לקבל את התשלום המלא. אמונה סבירה של הנפגע שישכנע את המפר לקיים. אפשרות נוספת: אמונה סבירה של הנפגע שהמפר השתכנע לקיים את החוזה**-בנק איגוד נגד סוראסקי**
* בית הלורדים יישם את החריגים לwhite בפס"ד **Clea shippingVS Bulk oil int'l**  
  חברת ספנות השכירה אוניות לאדם לשנתיים, רצה לסיים אחרי שנה. החברת ספנות העמידה את הסירה במזח כשנה, מבחינתם החוזה המשיך ואותו שוכר כביכול החנה את האוניה במזח, היא שלו עד תום שנתיים.   
  **בית הלורדים**- אין אינטרס לגיטימי לברירת קיום, החוזה הפסיק להתקיים ולכן יכלו לתבוע פיצויים בכפוף לחובה להקטנת הנזק.
* **הבעיה עם הלכת White:**
* פורמלית- עוקף את דיני האכיפה: בית המשפט אוכף את סעד האכיפה, בברירת קיום אותו צד עושה זאת על דעת עצמו ומבקש בדיעבד להכיר שבאופן חד צדדי הוא קיים את החוזה. ניתן לראות שזה לא בעייתי כי נראה מהפסיקה שבית המשפט מכיר **בברירת הקיום רק היכן שניתן לבקש אכיפה** (באדלר זה לא אפשרי).
* עקרונית- סותר את הרעיון שבברירת קיום אין חובת להקטנת הנזק כי מדובר באכיפה. אם צד לחוזה עומד על קיום החובה כאשר אין לו אינטרס כלל, נוצר בזבוז משאבים (לדוג' פחים עם פרסומות של חברה שאינה מעוניינת בפרסום). אך זה קורה רק כשיש אינטרס מאוד גדול לצד השני או שאינו יפוצה לחלוטין.
* מכביד על המפר: הטלת חיוב על המפר שאינו מעוניין בו, מעדיף לתת פיצוי.  
  ההלכה חלה רק שלנפגע יש אינטרס לגיטימי ולכן ההכבדה היא לגיטימית.
* **אגד נ' אדלר:** נהג אגד ביקש לאכוף את שכר העבודה שלו, אך לא ניסה למצוא עבודה במקום אחר. אגד טוענת גם אם מגיעה אכיפת כל התשלום, עליו למלא חובתו להקטנת הנזק .רצה ברירת קיום, פיצוי על אכיפה הסעד שמגיע לו אם היה עובד.  
  הפתרון: סעד האכיפה לא צודק 3 (4), היות ואכיפת החוזה איננה צודקת בנסיבות העניין, הוא מעביר את הנפגע למסלול  של פיצויים ושם חלה **חובת הקטנת הנזק.**

**מה היחס בין סעד האכיפה לפיצויים?**   
בישראל: אכיפה היא ברירת המחדל, אלא אם כן מתקיימים החריגים.   
באנגליה: פיצויים הם הכלל, ניתן לבקש אכיפה אם מתקיימים חריגים מסוימים.  
אך בפועל **אין** הבדל בסעד האכיפה בארץ לעומת אנגליה כי בישראל החריגים מאוד רחבים ובאנגליה החריגים רחבים.  
  
כשלא ניתנת אכיפה, ניתן להביא **לאכיפה בקירוב** באמצעיים כספיים. הפיצוי צריך להעמיד אותך באותו מקום לו החוזה היה מקוים. לכן ברירת המחדל הם **פיצויי קיום** ששקולים במשמעות הכלכלית שלהם לאכיפה.  
יהיו מקרים חופפים, שהחוזה לקיום חיוב כספי, לדוג' הסכם הלוואה, אכיפת החוזה תשלום יהיה תשלום הכסף, וגם הפיצוי. **ההבדל-** אין חובה להקטנת הנזק באכיפה, לעומת פיצויי קיום.

**למה נדרשים אכיפה ופיצויי? ומה עדיף על מה?**  
**שלושה הסברים מקובלים למתי נעדיף את סעד האכיפה:**

1. אם פיצוי לא מפצה כראוי- מדובר בעיקר כשהנכס הוא ייחודי.

* קרונמן**:** זה קורה כשהנכס שנמכר הוא **ייחודי**, אין תחליף שווה ערך, לדוג' ציור.  
  לא תמיד זה נכון: לכל דבר יש סכום שאנשים יהיו מוכנים לקבל כדי לוותר עליו.  
  הקושי: עלות הערכה, קשה לעמוד על השווי הסובייקטיבי, יש סיכון לטעות, לכן אכיפה תיתן פיצוי מדויק.
* נכס **פחות ייחודי**- קיימים נכסים דומים, קל להעריך תחליפים לנפגע **אך** עדיין יש סיכון לטעות (לדוג' שמלה).
* נכס **לא ייחודי-** אם יש שוק אין אפשרות לטעות (לדוג' מחשב ספציפי מספק מסוים אך הוא הפר את ההסכם ואצטרך לקנות את המחשב במקום אחר במחיר יקר יותר). סעיף 11 א' (פיצוי ההפרש ללא חובת הוכחת הנזק, נזק אוטומטי). לכן, טיעון של אכיפה כשהפיצוי לא מלא, לא רלוונטי לטענות כאלה.
* **שוורץ בתגובה לקרונמן-**
* **סיבות נוספות** לכך שפיצויים לא מפצים כאשר מדובר בנכס ייחודי:
* הוצאות ירדו לטימיון- איתור הנכס לדוג'. קשה להוכיח ולכן אין פיצוי.
* קשיי הערכה- עלויות איתור תחליף, כעס ותסכול. קשה להוכיח ולא לא מפוצה.
* אובדן רווחים (נזקים ספקולטביים)- לדוג' עקב טיסה שהתעכבה ואיחרתי לפגישה חשובה.

1. צדדים לחוזה מעדיפים ככלל סעד של אכיפה (עוד בכריתת החוזה) ולכן זה צריך להיות ברירת מחדל.

כשאדם זכאי לאכיפה יש לו את היכולת לבקש פיצוי. כשאדם זכאי לפיצוי, לא תמיד יכול לבקש במקום אכיפה. זה אומר שאם אכיפה טובה לתובע הוא יבקש ואם לא-פיצוי.

* **שוורץ:** עדיף לתת לתובע את ברירת המחדל הזו כי גם ככה יעדיף פיצויים, אכיפה זה אקט אלים, מחייב צד לקיים חוזה שאינו מעוניין בו, אדם ידרוש אכיפה רק שזה ממש חשוב לו. פיצוי לא כרוך בבעיות, בית המשפט פוסק פיצויים לאור הוכחות הנזק. בנוסף, אכיפה זה לא פשוט-צריך להיות במעקב, עלויות הווידוא יקרות, כלכלית עדיף פיצוי.  
  - בית משפט לא יודע איזה סעד עדיף לצדדים ולכן יש לתת להם לקבוע.   
  - חוק החוזים דיספוזיטיבי, הצדדים יכולים להחליט מראש סעד פיצויים ולשלול מראש את האכיפה. אם החליטו להשאיר זאת- כנראה זה מה שהם רוצים.  
  אך, אכיפה פותחת פתח **לסחטנות**. לדוג שווי חוזה 200 לאחר מכן עלה השווי ל1000. הניפר יכול לנצל זאת לטובתו ולסחוט מהצד השני פיצויים עד לגובה האכיפה (1000 ₪).  
  הטענה של שוורץ החשש לא משמעותי כי יש תמריצים לבקש פיצוי.

1. סעד אכיפה לא מוסיף עלויות משא ומתן.

* הצדדים לחוזה בקשר גם לאחר ההתקשרות, יכולים להגיע להסכמה לגבי ההפרות לאחר כריתת החוזה, **אך לפני ההפרה**. נשאלת השאלה, איזה סעד עדיף לצדדים על מנת להוזיל את עלויות המו"מ להפרת החוזה בדיעבד?
* **קרונמן:** הצדדים משפיעים על המחיר בכריתת החוזה, לדוג' בעת המשא ומתן מוכר מסוים יתנה על סעד האכיפה והקונה יסכים, החוזה פחות עדיף לו וזה יבוא לידי ביטוי בסכום החוזה, ירצה לשלם פחות.  
  אלו סעדים הצדדים יעדיפו במועד ההפרה? המפר- רוצה להפר, לכן מעדיף פיצוי. הנפר- אכיפה.  
  אלו סעדים הצדדים יעדיפו במועד הכריתה? לרוב יעדיפו **פיצויים** בגלל התפיסה של הפרה יעילה (צד שמפר את ההסכם כי לא יעיל לקיים אותו)- סעד של פיצויים מבטיח שהחוזה יופר (עלות פיצוי הקיום תהיה גבוהה יותר מעלות קיום החוזה). לעומת זאת, באכיפה- הנפגע יכול לאכוף על אף שזה לא יעיל לצד השני. **אכיפה לא מונעת הפרה יעילה** מכיוון שכאשר הם יכולים לעשות משא ומתן מאוחר, אותו מפר עתידי יציע לניפר מראש אקסטרה תשלום על ההתניה. אכיפה יכולה למנוע הפרה של חוזה לא יעיל ולכן זה סעד שהוא פחות טוב מלכתחילה. זה פחות טוב לשני הצדדים כי אם הקונה לא יסכים לתניית המוכר לפיצויים, המוכר **ידרוש** במועד הכריתה יותר כסף על המוצר מהחשש להיתקע באכיפה לא יעילה. **במועד הכריתה שני הצדדים יעדיפו פיצויים.**

**מנגד, יש יתרונות יעילות לאכיפה:**

* **פיצוי חסר**- הצדדים יצטרכו לתת פיצוי חלקי בלבד והמפר יידע שהפיצוי שהוא נותן יכול להשתלם אפילו אם ההפרה לא יעילה ואז יפר יותר מדי פעמים, הנפר ידע זאת ולכן לא יסתמך על ההסכם, אין יעילות משני הכיוונים.
* **ניתן להגבר עם פיצוי מוסכם, אך יש עם זה בעיות הבעיות**:
* זה דורש שלב נוסף במו"מ ומייקר את עלות העסקה.
* תמרצים של הנבטח לגרום להפרה (לדוג' בעל דירה שיקבע פיצוי מוסכם שהינו יקר באופן קיצוני ממחיר השכירות הרגיל, ירצה לגרום להפרה).
* **חוסכת עלויות הערכת הפיצוי.**

**חסרונות אכיפה:**

* **קשיי פיקוח על המפר**- אם בית המשפט שולח גוף חיצוני על מי כדאי להשית את התוצאות? (לא על המדינה, יגרום להם להפר הרבה עמים).
* המפר: יכול להעריך את הסיכוי שיפר, יידע מה העלויות שיצטרך לשאת בהם.
* נפגע ההפרה: יש ביכולתו לבחור אם אכיפה או פיצוי, במידה והוא יצטרך לשלם את הוצאות הפיקוח-יראה שזה לא משתלם ויבחר פיצוי.

**החריגים לתרופת האכיפה:**סעיף 3 לחוק החוזים תרופות:

1. החוזה אינו בר ביצוע (אכיפה בלתי אפשרית בנסיבות העניין:

* **מתי החוזה אינו בר ביצוע?**  
  - כשיש מניעה להשלים אותו- **פיזית** (דוג' אבנים מהירח, יש יכולת להביא אותם אך הטיסה בוטלה) או **משפטית** (אין אישורי בניה).- החוזה כולל מנגנון השלמה אך הוא לא מומש: לדוג' השלמה ע"י שמאי, השמאי נעלם ואין אופציה לקבל את השירות. **ניתן לאכוף בתנאים ושינויים-**קדמת עדן.
* מה היחס בין **חוסר הביצוע** לבין **הפרה** של הצד השני? (לדוג' קבלן שהתחייב להביא אישורי בניה מהעירייה אך בפועל הוא לא קיבל אותם). כאשר יש חוסר ביצוע לא ניתן לתבוע לאכיפה (החוזה אינו בר ביצוע) וגם לא לפיצויים:
* אם צד אחד מפר את ההסכם וזה מביא להפרה של הצד השני אז ככלל **הפיצויים מאזנים אחד את השני** (ישלמו את אותו סכום אחד לשני ולכן הפיצויים לא רלוונטיים). לדוג'-קבלן שהתחייב לבנות בינואר אך המזמין לא הביא לו את האישורים עד התאריך שאליו הוא התחייב והביא להפרה מצידו.
* **ס' 43 א' 2-** "אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה...מתעכב מועד קיום החיוב עד שקויים אותו חיוב"-הקבלן לא נחשב מפר עד שהמזמין יקיים את חיוביו.
* אם החוזה אינו בר ביצוע לא באשמת הצדדים, אלא בסיטואציה שבה זה לא היה צפוי מלכתחילה: מקרה כזה הוא תחת **סעיף 18 סיכול** (חתונה בקורונה, שינוי נסיבות, תכלית סוכלה-השכרת דירות באנגליה לשם תהלוכה, אך התהלוכה שינתה נתיב ) החוזה בטל בלי אשמה של הצדדים לכן לא תהיה אכיפה ולא פיצויים (סיכול זאת לא הפרה לכן אין סעדים ברוב המוחלט של המקרים).  
  **יש הפרדה בין מקרים שהחוזה אינו בר ביצוע והיה ניתן לצפות מראש כי אז תהיה הפרה של ההסכם לבין סיטואציות שלא.**

1. כפיה לעשות או לקבל שירות אישי

* באופן עקרוני לא ניתן לאכוף על מעביד לשכור את שירותיו של עובד, ולהיפך.
* **בדיני עבודה יש חריגים:**  
  - היריון וחופשת לידה: איסור פיטורין לתקופה מוגבלת.  
  - חוק חיילים משוחררים: אסור על פיטור חייל מילואים שנקרא לשירות מילואים. אם הוא ביצע יותר מיומיים אסור לפטר ב28 הימים העוקבים. אסור לפטר אלא אם כן קיבלת היתר (סיבה לגיטימית שאינה קשורה).
* רציונל העובד:
* **מניעת עבדות (**נקלט מהמשפט האנגלו-אמריקאי)-אין אפשרות אכיפה של חוזה עבודה, ניתן לקבל סעדים אחרים.
* **גישה פטרנליסטית-** עובד שהתחייב לא לעבור למקום עבודה אחר ככל הנראה לא יודע מה טוב עבורו וזה בא להגן עליו.
* **תועלת חברתית-** ישנה תועלת מהאפשרות לעבור מקומות עבודה שהעובד אינו מבין את מלואה: יהיה מוכן להגביל את עצמו בתמורה לשכר גבוה יותר אך אינו מבין שיש תועלת חברתית באפשרות שיכולה להיות לו לעבור למקום עבודה אחר.
* רציונל המעביד:לא ניתן לכפות על העובד. החריגים **חד כיווניים.**
* **תועלת מעבודה**: אם מעסיק ידע שאינו יכול לפטר את העובד שלו לעולם, סיכון זה יגולם בשכר (שיהיה נמוך יותר) עובדים יעדיפו להתפטר ולקבל פיצויים במידה והשכר לא כראות עיניהם.
* לא רוצים **לכבול מעביד** לעובד כי ייתכן שירצה לפטר אותו מכיוון שאינו טוב, או הפר את החוזה אך יהיה קושי בהוכחה "שביתה איטלקית". המעסיק יעדיף לפטר, לשלם פיצויים ולשכור את שירותיו של אדם אחר.
* לא ניתן להגביל עובד באופן סופי על האפשרות לעבוד אצל מתחרים, ניתן להגבילו לתקופה מסוימת, מקום מסוים או לתחום מסוים.
* האם מעביד יכול לתבוע את העובד **בעשיית עושר?** (התעשרות מההכשרה שקיבל מהחברה).   
  בית המשפט לא מכיר בזה, זאת ברירת המחדל אך מעסיקים מכניסים תניה שמאפשרת את זה. לדוג' התחייבות לתקופת זמן מסוימת ובתמורה לכך המעביד ישלם על ההכשרה במלואה.
* חריג של עבודה אישית מצומצם יחסית- הוא חל על סיטואציות בו מבקשים או מקבלים שירות מאדם ספציפי (לדוג' הזמנת זמר ספציפי לשיר בחתונה).

1. אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית המשפט:

* הנטייה היום לצמצם את החריג הזה וכיום לא רק שניתן לאכוף ולפקח אלא גם יצרו מנגנוני אכיפה בתוך פסק הדין עצמו (לדוג' פסק דין כספי- הוצל"פ).
* **שיקולי מדיניות:**
* במקרים מסוימים כאשר יש קושי מובהק של אכיפה יינתן פיצוי מכיוון שיש חשש שבמידה ואותו צד לא יקשיב לצו בית המשפט זה עלול לפגוע בסמכותו והמוסד ייפגע.
* עלויות האכיפה עלולות להיות יקרות, אך במצב זה נוכל להטיל את עלויות הפיקוח על הצדדים. אולם כשהצדדים ידעו שיש סיכון שעלויות הפיקוח מבית המשפט תוטל עליהם, **זה יגולם במחיר** החוזי וזה יפגע ביעילות החוזה מלכתחילה (יהיה יקר יותר ביחס לשוויו). **פיתרון:** יאכפו, ישללו את הסעד ויסתפקו בפיצויים.
* **בעיית ) adverse selection** ביחס לגילום סכום הסיכון במחיר החוזי): צד אחד מעוניין להתקשר עם צד שני בחוזה, אך אינו מכיר אותו אישית, לא יודע מה ערך העסקה בעיניי הצד השני (מה הסיכוי שיפר).  
  לדוג' לימונים (רכב משומש גרוע): מה יקרה אם לא יתאפשר לעשות בדיקה לרכב?  
  בהקשר אלינו- אם נאמר לקבלן שבמידה של הפרה **הוא** יצטרך לשאת בהוצאות, לקבלן יש מידע פרטי, הוא יודע מה הסיכוי שהוא יפר את החוזה. הקונה יודע שהממוצע בשוק של הסיכון להפרה הוא לדוג' 30 ₪ ולכן ידרוש להוריד לו את הסכום הזה במחיר החוזי. קבלן שהסיכוי שיפר הוא רק 10 ₪ (מתחת לממוצע) לא ירצה לכרות עמו חוזה ויצא מהעסקה, בעקבות כך העלות הממוצעת תעלה ובסופו של דבר נישאר רק עם הקבלנים שהסיכוי שהם יפרו הוא הגדול ביותר וזה רע מכיוון שייווצר שוק "דפוק" (העסקאות שיש להם את הסיכוי הכי גבוה להתממש לא יקרו) כי יש מידע א-סימטרי.  
  ולכן הפתרון הוא ליצור מנגנונים שימנעו את בעיית ה- **adverse selection** לדוג' שהאכיפה כל כך יקרה עדיף לפסוק פיצויים.

1. אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין:

* **האכיפה מכבידה מאוד על המפר ופיצויים מהווים תרופה סבירה:**פס"ד דוד נ' יאסין- בעל משתלה קנה אדמה לשתילת פרחי ציפורן, האדמה שסופקה לא היה מהסוג שנדרש בממכר (סוג של תוסף לאדמה הקיימת), לאחר שהיא פוזרה נגרם נזק לפרחי הציפורן (נזק רב). לא ניתן לבקש אכיפה- הרי לא אפשרי להפריד את האדמה הפגומה מהאדמה הרגילה ולכן יצטרך להחליף את כל האדמה. במצב זה, עלות קיום החוזה יקרה באופן קיצוני ולכן פיצוי יפצה באופן מלא על הנזקים שנגרמו לו.
* **האכיפה תביא למצוקה קשה וחמורה של המפר (מצוקה נפשית**)-מותנה בכך שהנסיבות לא היו ידועות במועד הכריתה.
* פס"ד אזימוב נ' בנימיני-מוכרי דירה שלאחר שהתחייבו למכור את הנכס, חזרו בהם בטענה שזה עלול לגרום למוכרים מצוקה נפשית מאוד גדולה מכיוון שזו המזכרת היחידה שנשארה להם מבנם שנפטר.  
  כאן לא מתקיים החריג (מות הבן היה ידוע במועד הכריתה) ולכן ניתן צו אכיפה.
* **התנהגות הנפגע לא מצדיקה אכיפה.**  
  צד שהפר חוזה וההפרה לא הצדיקה את הודעת הביטול, הודעת הביטול של הצד השני היא הפרת החוזה. לדוג' במקרה שבו הייתה הפרה לא יסודית וניתנה הודעות ביטול שלא כדין, הודעת הביטול היא הפרה. בנסיבות האלה לא יינתן צו אכיפה, כי זה לא צודק בנסיבות העניין.
* **האכיפה משפיעה על צדדים שלישיים.** לדוג' בעסקאות נוגדות, מכרתי לאדם א', ולאחר מכן מכרתי את אותו נכס לאדם ב', במידה ואדם ב' ידרוש אכיפה, בית המשפט יכול לשלול את סעד זה כי זה בלתי צודק לאדם א'.
* **בנסיבות קיצוניות כשהסעד הוא כספי** ואותו אדם יכל להפחית בצורה משמעותית את הנזק לצד השני, אכיפת החיוב הכספי תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין ולכן נעבור לסעד של פיצויים שיהיה כפוף לחובה להקטנת הנזק (אגד נ' אדלר).

**חשיבות ברירת המחדל:**פס"ד אזימוב נ' בנימיני- על מי הנטל להוכיח שמתקיימות הנסיבות שבסעיף 3? **על המפר** חובת ההוכחה לכך שלא צריך לתת אכיפה, הנטל עליו. אם ברירת המחדל היא פיצוי, הניפר צריך לשכנע את בית המשפט (העלויות משתנות בהתאם לכך).  
**אכיפה בקירוב- דוקטרינה מכוח פסיקה (לא סעיף 4).**

בית המשפט מאפשר את ביצוע ההסכם, בצורה קצת שונה אשר דומה להסכם הספציפי (מכונה בארה"ב (**cy pre's**. ניתן לתבוע לאכיפה בקירוב משני הצדדים, גם מהמפר וגם מהניפר. **בפס"ד אייזמן נגד קדמת עדן**- בסופו של דבר לא הייתה אכיפה בקירוב אך זה נתן דוגמא רעיונית לאיך זה אמור להיראות.

סיבות לביצוע בקרוב:

* + - 1. ביצוע בלתי אפשרי אך **ניתן** לקיים את החוזה בקירוב (קדמת עדן).
      2. **שירות אישי**: לדוג' חשמלאי ספציפי שלא יוכל להגיע, יצטרך לשלוח חשמלאי אחר לביצוע התיקון.
      3. **אי יכולת פיקוח של בית המשפט**- אם ניתן להגיע כמעט לאותו ההסכם ולהקל ממידת הפיקוח של בית המשפט, יבצעו אכיפה בקירוב כדי לאפשר את הביצוע ועם זאת לחסוך את עלויות האכיפה.
      4. ביצוע שאינו אפשרי מכיוון שיש **בעיה עם מנגנון ההשלמה** (לדוג' בפס"ד חוף התכלת קבעו מנגנון שבו ייקבע הממכר לאחר כריתת החוזה, הצדדים לא הצליחו להשלימו ועל כן בית המשפט השלים את זהות הממכר, כך רצון הצדדים הוגשם).
      5. **סיכול-** סיכול זו לא הפרה ולכן ניתן לשנות שינוי קל באופן שהחוזה עדיין יגשים את רצונות הצדדים. אי הסכמה לביצוע בקרוב של סיכול תהווה הפרה של תו"ל בביצוע חיובים (לדוג' שינוי תאריך של חתונה בקורונה, במידה והאולם פנוי, סירוב שלו יהווה הפרה של חובת תו"ל).
      6. **אי חוקיות**-במידה וניתן לפתור זאת על ידי שינוי קל נעדיף ביצוע בקרוב במידה ואחד הצדדים מעוניין.

**יתרונות:**

* מונע מהמפר להתחמק מביצוע החוזה על ידי זה שהוא הופך את הביצוע לבלתי אפשרי (לדוג' מוכר את הדירה לאדם אחר, ניתן לדרוש ממנו למכור דירה אחרת דומה לנפר).
* מונע מהנפר לעמוד על ליטרת הבשר (יידרש לעשות דברים שאינם הגיוניים או יקרים ברמה קיצונית כמו בדוגמא של עציצי הזעפרן).

**חיסרון:** הצדדים הגיעו למפגש רצונות ביחס לתנאים מסוימים, ביצוע בקירוב זו סטייה מההסדרים שרצו במועד הכריתה.

**אכיפה בתנאים ושיערוך:**

* סעיף 4- לרוב מתייחס לסיטואציה שבה הנפר שמבקש אכיפה הפר בעצמו, הצד השני מוכן לקיים את החוזה בתנאי לתשלום פיצויים או חיובים מהצד השני.  
  **פס"ד וינקלר נ' ספיר:**  בית המשפט אומר שניתן להשתמש בסעיף 4 כדי להתנות את האכיפהבביצוע חיובים של הצד השני (אכיפה בתנאים). אכיפה בתנאים אפשרית כשהחיובים המקוריים בחוזה תלויים אך היא אינה אפשרית כאשר הם עצמאיים.
* חיוביים עצמאיים- חיובים שהצדדים לוקחים על עצמם שלא קשורים אחד בשני. אם צד מפר את החיוב שלו זה לא מבטל את החובה של הצד השני לקיים את החובה שלו, עדיין צריך לקיים אותה ולכן הוא לא יכול להתנות את הקיום בביצוע החיוב של הצד השני. לדוג', ספק שהתחייב לתת משהו בתאריך מסוים ואדם שהתחייב לשלם בתאריך מסוים. אם אחד מהם לא ביצע את חיובו זה לא אומר שהשני פטור.
* חיובים תלויים או שלובים- חלים כאשר תשלום צד א' מהווה תנאי מקדמי לביצוע פעולה של צד ב'.
* בדרך כלל משתמשים בסעיף 4 לשם **שיערוך החוזה**. זה קורה כאשר שווי החוזה במועד המשפט שונה מהותית משווי החוזה במועד הכריתה ובמועד ההפרה (לדוג' אינפלציה).
* **כאשר הקונה מפר:** המוכר זכאי לשיערוך הכסף רק **לאחר ההפרה.**  
  אחרי מועד ההפרה: זכאי לתשלום לפי סעיף 11 (ב'), נזקי ריבית והצמדה- ללא הוכחת נזק.  
  סעיף 10- השווי הריאלי של הכסף במידה והיה משקיע אותו, חובת ההוכחה קשה. יכול להוכיח דרך הזדמנות עסקית שנאלץ לוותר עליה או שלקח הלוואה. אופציה נוספת- להראות שהוא משקיע בנייר ערך מסוים יכול להראות שבמידה והכסף היה בידיו, היה משקיע גם אותו.  
  עשיית עושר- שימוש של הקונה המפר בכסף: התעשר מהשקעה על חשבון כסף שהיה צריך לשלם למוכר ולכן יצטרך להעביר את הכסף יחד עם הרווחים למוכר.
* **כאשר המוכר מפר:**הקונה ידרוש אכיפה במחיר המקורי של הנכס במועד המשפט (על אף שהמחיר משתנה)**.** ע"פ קדמת עדן המוכר יכול לבקש שיערוך של ההסכם על אף שהוא המפר. בית המשפט עשה שימוש בסעיף 4 לתקופה שבין מועד ההפרה לפסק הדין. **ניתן להגיע לאותה תוצאה בקיום תום הלב בחיוב חוזי.** שיערוך: סעד מן היושר ועל כן לעיתים ניתן לפסוק שיערוך חלקי.

**ביטול והשבה**

**מבוא:**

* ביטול היא תרופה חלופית לאכיפה. לביטול יש תפקיד כפול בשונה מתרופות אחרות, ביטול ניתן לא רק עקב הפרה של חוזה, אלא גם עקב פגמים בכריתה (כפיה, עושק וכולו).
* ביטול צומח **מהפרה יסודית** שמקנה לנפגע הפרה זכות ביטול אוטומטית.   
  **7 (א'), 8 רישא-** הודעת הביטול תוך זמן סביר מהידיעה על ההפרה.
* **בהפרה לא יסודית**- הזכות מותנית בכך שלא תוקנה תוך זמן סביר **7(ב'), 8 סיפא.**שני פרקי זמן: בין מתן הארכה ועד שהיא חולפת ומרגע שחלפה הארכה ועד שניתנה הודעת הביטול.במקרים של הפרה לא יסודית פרק הזמן שניתן לבטל בו ארוך יותר ובנוסף הוא נתון לשליטת הנפר-תלוי במועד שבו ייתן את הודעת הארכה. כדי להבין מתי קיימת זכות ביטול אוטומטית ומתי היא תלויה בהתנהגות מאוחרת של הנפגע, צריך להבחין מה היא הפרה יסודית ומה היא רגילה-**סעיף 6, לא ניתן לקבוע שכל תניה היא הפרה יסודית.**
* הרעיון בבסיס ההבחנה בין הפרה יסודית להפרה שאינה יסודית היא **איזון אינטרסים** של המפר והנפר. לנפר יש זכויות עקב הפרת החוזה אך הן לא בלתי מוגבלות, לכן נרצה להגן על הנפר באופן סביר והרעיון הוא להתחשב במה שהמפר יכל לראות **בזמן הכריתה- סעיף 10.**
* **הפרה יסודית מסתברת-** איך מפרשיםלו ראה את ההפרה ותוצאותיה? מיהו האדם הסביר?
* **לדוג' דנ"א ביטון נ' פרץ:**  
  שמעון רוכש דירה מראובן ומתחייב לשלם מקדמה ב-1 בינואר.  
  ראובן רוכש דירה מלוי ומתחייב לשלם ב-3 בינואר  
  לוי רוכש דירה מיהודה והחייב לשלם ב-5 בינואר.  
  כל הדירות באותו סכום, לצורך הדוגמא אין להם כסף נוסף, ההפרה משליכה על שאר חוליות השרשרת**.**האם לוי יכול לבטל את ההסכם עם ראובן (חוליה אמצעית) כי ראובן הפר למרות שהעיכוב זניח? (במדדים אובייקטיביים ההפרה קלת ערך) אבל ההשפעה של ההפרה עליו היא השפעה דרמטית (איבד את העסקה עם יהודה).  
  **האדם הסביר שראה את ההפרה ותוצאותיה:**
* ברנזון**:** האדם הסביר הוא **הנפר** , מסתכלים על ההפרה ותוצאותיה לפי נקודת המבט שלו אך רק לאור המידע שהיה שותף לו ולמפר במועד ההפרה ובמועד הכריתה. במקרה הזה המפר לא יודע שלוי צריך את הכסף לרכוש את הדירה מיהודה ולא מודע לתוצאות ההפרה.
* ויתקון: תוצאה דומה מכיוון אחר. לא מדברים על הנפר אלא על האדם הסביר.   
  **שניהם לא מתיישבים על לשון הסעיף.**
* כהן ושמגר: יש לקרוא את זה ככה "לו ראה את ההפרה ותוצאותיה סבירות" יוצר איזון בין המידע שמחזיק הנפר והצורך בוודאות של המפר. לא צריך לראות את תוצאות ההפרה בפועל, אלא את התוצאות הסבירות שלה (אותה תוצאה, נימוק שונה).
* **הפרה יסודית מוסכמת-הצדדים יקבעו מהי ההפרה היסודית במועד הכריתה.** קביעה כי כלל התניות הן יסודית לא תקפה אלא אם היא סבירה (ביהמ"ש יבחן).  
  - מבחינה נורמטיבית לאור חופש החוזים, למה שבית המשפט לא ייתן לצדדים לקבוע שכל הפרה היא יסודית ויינתן להם סעד ביטול אוטומטי?   
  **היקש**: ס' 15- פיצוי מוסכם, אם אינו מקיים יחס סביר לנזק כפי שניתן היה לצפות אותו במועד הכריתה בית המשפט **יבטל** את תניית הפיצוי המוסכם. **כפי שבית המשפט יכול לבטל פיצויים שאינם סבירים כן יכול לבטל תניות שאינן סבירות.**
* **פס"ד מזור נ' וחידי-** דוגמא לצד אשר יכול לנצל באופן מוגזם את אפשרותו לתת תניות גורפות ולמה נרצה שבית המשפט יתערב.עורך דין נקשר בחוזה עם צדדים לא מתוחכמים, מכניס תניות חד צדדיות וכותב "כל הפרה של תניות אלו תהווה הפרה יסודית" בית המשפט משתכנע שלצדדים שמתקשרים בהסדר אין מושג מה המשמעות של הפרה יסודית.  
  **ריבלין-** מטעה את הצד השני ולכן קובעים שהתניה הגורפת לא סבירה.
* **מה קורה אם בטלה תניה גורפת?  
  -** עדיין יכולה להיות תניות ספציפיות.  
  **-**ניתן להוכיח הפרה יסודית מסתברת.
* היכולת לקבוע כי הפרה היא יסודית למעשה מתנה על דיני ברירת המחדל של התרופות.  
  קביעה כי כלל התניות יסודיות לא תקפה אלא אם היא סבירה.
* **איך מוכיחים שתניה גורפת היא סבירה?**- פס"ד מזור נ' וחידי: לבדוק את נסיבות הכנסת התניה לחוזה, תניה שהצדדים הכניסו יחדיו תיחשב כסבירה לעומת תניה חד צדדית (מטיבה רק עם אחד הצדדים), בעיקר אם נראה שאחד הצדדים לא הבין את המשמעות והיא פועלת לרעתו.  
  - פס"ד שלום נ' מוטה**:** ההפרות הן על אותו מישור (לא קלות וחמורות יחד).
* מה התוצאות של הפרה יסודית ומה של רגילה?  
  כשיש הפרה רגילה- יש זכות לבטל את החוזה אך הזכות מוגבלת ומותנית. כלומר, **מותנת** בזה שהנפר נתן למפר ארכה והוא לא קיים בזמן סביר **ומוגבלת** למקרים שסעד הביטול צודק. המגבלה על זכות הביטול חלה רק שההפרה רגילה, ולא כשהיא הפרה יסודית.

**ביטול חוזה בהפרה רגילה:**

* מהו הזמן הסביר? כמה זמן צריך לעבור ממתן הארכה ועד שעומדת לנפר זכות הביטול?  
  - מנקודת מבט המפר: הזמן הסביר הוא **הזמן שנדרש לתקן** את ההפרה.  
  - מנקודת מבט הנפר: זמן סביר מתייחס **לתוצאות** של ההפרה (הנזק גדל ככל שעובר הזמן).   
  הזמן הסביר, סטנדרט **אובייקטיבי** ולא ספציפי למקרה מסוים.
* באיזה מועד מחליטים מתי הוא הזמן הסביר, במועד ההפרה? או מלכתחילה במועד הכריתה?  
  מספר דוגמאות שיוכלו לעזור לנו איך מפרשים זמן סביר:
* **שמיר נ' הוך**: ס' 29 תנאי מתלה (דוגמא לשימוש במונח זמן סביר).   
  בך: הזמן צריך להיבחן על פי ציפיית הצדדים במועד הכריתה. (לא כל כך עוזר לנו מכיוון שלזמן סביר בהפרה יש שני מועדים רלוונטיים לעומת לתנאי מתלה שיש רק מועד אחד).
* **סעיף 10**: מדבר על הנזקים שנגרמים במועד ההפרה אך גם על ציפיית הצדדים במועד הכריתה. אותם שיקולים שיפים לעניין הציפייה של הצדדים לנזק במועד הכריתה יכולים להיות גם רלוונטיים לציפיית הצדדים לקביעת הזמן הסביר לתיקון הנזק במועד הכריתה.
* לעומת זאת כאשר מדובר בתיקון הפרה, הנסיבות עשויות להשתנות וככל הנראה הצדדים לא היו רוצים לכבול את עצמם מראש ולקבוע את הזמן הסביר בעת הכריתה, אלא במועד ההפרה.
* פרק זמן הארכה ופרק הזמן עד להודעת הביטול שונים! צריך לחשוב על **התכלית**- זמן הסביר לתיקון ההפרה נוגע לקושי לתקן אותה ולהשלכות הנפר. חובת ההודעה תוך זמן סביר מאזנת בין אינטרס של המפר שיכול לבטל ובין אינטרס של הנפר שצריך לדעת אם החוזה מבוטל או לא. כדי לקיים את שתי התכליות האלה חובת ההודעה תוך זמן סביר והשיקולים של הזמן הסביר צריכים להיות לאור השאלה כמה זמן זה לוקח התיקון? כמה נשאיר אותו באי ידיעה?

**ביטול מותנה ומוגבל.**  
- מהם המקרים שבהם הביטול לא צודק ומה הקשר לחוסר תו"ל? סעיף 39.

* **פס"ד שירותי תחבורה ציבורית ב"ש נ' בית הדין הארצי לעבודה:** כוחות משפטיים המוקנים מדיני חוזים וכוחות משפטיים בכלל כפופים לעיקרון תום הלב. זכות הביטול כפופה לעיקרון תום הלב.
* מתי הביטול לא צודק (הפרה רגילה)?  
  כשההפרה היא קלה, לא תוקנה בטעות בתום לב, ופיצוי נותן תרומה הולמת, לא צודק לתת סעד של ביטול.
* מה הדין במקרה של הפרה יסודית, כאשר לא נמסרה הודעת ביטול תוך זמן סביר ממועד ההפרה?

צריך לשים לב לפערי הזמנים- ביחס להפרה יסודית חובה לבטל תוך זמן סביר מרגע הגילוי על ההפרה. במקרה של הפרה רגילה- זמן סביר לאחר מתן ארכה. לכאורה, פרק הזמן שעומד לביטול במקרה של הפרה רגילה ארוך יותר, כי הנפר יכול לשלוט במועד מתן הארכה, ובמידה והנזק לא תוקן ישנו זמן נוסף.

הפתרון של ביהמ"ש: מרגע שאדם לא ביטל תוך זמן סביר, ההפרה נהיית **רגילה** ולא יסודית ואז ניתן לתת ארכה ורק לאחר מכן לבטל (הזמן מתארך).

**דרך הביטול:**  
- סעיף 60 (א').  
- הצדדים יכולים להתנות על מתן ההודעה, לקבוע איך הביטול יתבצע בנועד הכריתה.  
- ניתן למסור הודעת ביטול בהגשה תביעה עקב ההפרה, אך לא באופן אבסולוטי זה צריך לבוא מנסיבות ההסכם לפי ס' 60 (א').

שני הסדרים שיכולים להתקיים ביחס לביטול חוזה:

1. **ביטול בתנאים**: האפשרות להעמיד תנאים למתן סעד הביטול. לפי חוק החוזים אין לבית המשפט אפשרות להעמיד תנאים לצד שבמבקש ביטול, אך זה שונה בפסיקה.

**פס"ד ארגמן נ' ברנפלד**- חוזה מכר מקרקעין ועל שטח המקרקעין יש בית. הקונים אמרו שיקנו את כל השטח ללא הבית. שילמו את הכסף אך לא העבירו את הרישום בעלות בחזרה למוכרת עקב רשלנות (שניתן גם לראות כהפרה יסודית). אותם קונים רשמו זכות חכירה ל-999 שנים על הבית, קרוב לבעלות. בעלת הבית נותנת 2 ארכות לקיום ההסכם אך עדיין לא מקיימים ורק אז תבעה לביטול.  
**לוין**- מתקיימים תנאים לביטול ועל כן מחליט לפסוק ביטול אך מסייג אותו. פוסק ביטול מסויג שייכנס לתוקף עוד חצי שנה – החוזה יבוטל אם לא יבטלו את ההפרה תוך שישה חודשים וישלמו פיצוי. לוין פוסק ארכה נוספת על אף שהמוכרת כבר נתנה להם ארכה, מדוע?   
- דרך אחת: לא עבר זמן סביר ולכן מאריך את הזמן.  
-דרך שניה: משנה את זכות הביטול מסעד עצמי לסעד קונסטרוקטיבי (כמו סעד של פיצויים) בית המשפט יכול להתערב בסעד ובעצמו לתת ארכה נוספת- **זה לא ההסבר המקובל בדין.**

**ביטול בתנאים/ מסויג- ניתן לתת בנסיבות קיצוניות.**

1. **ביטול חלקי-**

* סעיף 7 ג' משלים את סעיף 9 ב'.
* מתי החוזה ניתן להפרדה? **פס"ד** **בנישתי נ' ששון.**- **חוויה** לא ניתנת לחלוקה, בעיקר במקרה זה שמדובר בשני טיולים שונים לחלוטין ולכן הודעת הביטול היא על כל החוזה ולא על חלק ממנו.  
  - גם אם החוזה היה ניתן להפרדה, ההפרה היא **הפרה יסודית** (לא היה מתקשרים בחוזה אם היו מודעים להפרה ולתוצאותיה) ולכן יכולים לבטל את החוזה או חלק ממנו, **לבחירתם.**

**תוצאות הביטול:**

מביטול החוזה יש השבה הדדית.  
המטרה: **מניעת התעשרות**. השבת המצב לקדמותו, החוזה בוטל**, שני הצדדים** חייבים להשבה.  
ההשבה מתבצעת בעין= יש להשיב את הנכס עצמו, אך יש אפשרות להשבה של השווי אם ההשבה בעין **בלתי סבירה** ( כאשר היא יוצרת הוצאות גדולות לצד שחייב בהשבה, לדוג'-התקנת צינורות ניקוז לא נכונים, לא הגיוני לפרק בניין שלם כדי להוציא את זה) , **בלתי אפשרית** (אי אפשר להחזיר שירות, נכס שהושמד), או שהנפגע **בחר בהשבת שווי.  
למפר יש כוח להחליט איזו השבה הוא רוצה, אך אם יבקש השבה בעין כאשר החריגים מופיעים, בית המשפט יתערב ויפסוק השבת שווי.** **ההשבה כפופה לעיקרון תום הלב.**

פס"ד בנישתי נ' ששון-   
**בייסקי:** הם לא קיבלו כלום **ע"פ ההסכם**, קיבלו משהו חיצוני להסכם ולכן אין להם צורך להשיב. היו בטיול שלא רצו בו, אין כאן התעשרות על חשבון המפר כי קיבלו משהו בכפיה. לא צמחה טובת הנאה מההסכם עצמו, אלא ממשהו חיצוני.  
 **איילון:** זו הפרה של ההסכם, יכולים לקבל פיצויים, אך חייבים לשלם השבה על מה שקיבלו ע"מ שלא תהיה התעשרות. **דעת הרוב**- מכיוון שלא "קיבלו ע"פ החוזה" לא חייבים בהשבה.

**ביחס לצדדים שלישיים: זה שימש להרחבה של חובת ההשבה.**אם צד א' מתקשר בחוזה עם צד ב', ומבקש ממנו לשלם לצד ג'.  
במידה וצד א' הפר את ההסכם, הוא חייב בהשבה? הרי הוא לא קיבל כלום מההסכם.פס"ד סוכנויות רכב בע"מ נ' טרבלוס מתייחס לכך:(חברה בע"מ: עירבון מוגבל- לכן במקרה שיש חיובים לחברה לא ניתן לפנות לבעלים).טרבלוס רוצים את ההשבה עקב ההפרה והדיון בפסק הדין הוא האם בעל החברה חייב או רק החברה?

* **י' כהן, אשר-** יש הסכם שבו יש שני גורמים (החברה, הבעלים), כשיש כמה שמתקשרים באותו הסכם ומתחייבים יחד לפעולות בהסכם **החיובים** קיימים יחד ולחוד ולכן גם **הסעדים**. זכות שיש לחייב אחד עומדת גם לחייב שני**.**
* **ברק-** הבעלים חייב בהשבה מכיוון שהייתה "קבלה נורמטיבית". חיוב ההשבה לא מכורח ההסכם, ההסכם בוטל. חובת ההשבה היא תוצר של ההתעשרות. לבעלים הייתה **התעשרות נורמטיבית, ולכן** גם החברה וגם הבעלים חייבים כי שניהם **קיבלו** מה שרצו ע"פ ההסכם.

|  |  |  |  |  |
| --- | --- | --- | --- | --- |
| **נגה** | **פלונית** | **חליווה** | **בנק משכון** | **בייזמן** |

* מה קורה אם יש חייב וצד שלישי? החייב הפר, הצד השלישי קבל את התמורה אבל החייב פושט רגל. ורוצים להיפרע ממי שקיבל את התמורה: **פס"ד בייזמן השקעות נ' בנק הפועלים:  
    
  - עסקה ראשונה**-נגה היא בעלים של נכס. פלונית מזייפת את החתימה של נגה ומוכרת נכס לחלוויה שאינו יודע שהיא לא הבעלים. כדי לשלם לפלונית על הנכס חלוויוה נוטל הלוואה מבנק משכון.   
  **- עסקה שניה** -בייזמן רוצה לקנות את הנכס מחליווה, רוב התמורה שלו זה סילוק המשכון שבנק משכון נתן לחליווה.כאשר הם רוצים להעביר את הבעלות לבייזמן הסתבר לצדדים שהעסקה הייתה פיקטיבית וחליווה אינו הבעלים של הנכס. אין ספק שהנכס של נגה, ושלא נעשתה שום פעולה איתו- החתימה הייתה מזויפת (Non est factum)**.**פלונית נעלמה, הנכס של נגה ולכן נשארו עכשיו שלושה גורמים:

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **חליווה** | **בנק משכון** | **בייזמן** |

חליווה חייב לבנק משכון כסף ובנוסף התחייב למכור לבייזמן את הנכס. בנק משכון קיבל כסף מבייזמן כנגד ההלוואה של חליווה. בייזמן מעוניין לבטל את ההסכם. האם חליווה צריך להחזיר את הכסף שבייזמן שילם לבנק משכון? (כמו הדוגמא הראשונה). אין ספק שחליווה **חייב בהשבה** לבייזמן של כל הכסף ששילם לבנק משכון, אך מה הבעיה? חליווה פושט רגל ולא יכול להשיב את הכסף, בייזמן שילם לבנק משכון את הכסף והוא מעוניין לקבל את ההחזר מהם. **האם קיימת זכות השבה לצד ג' שקיבל תמורה מכוח חוזה אך הוא לא צד לחוזה (הבנק)?**

* **מנקודת מבטו של הבנק** (הזוכה)- היה להם זכות לקבל תשלום, לכן לא ברור על מה מבוססת חובת ההשבה-מתבסס על דוקטרינה במשפט האנגלו-אמריקאי Discharge for value : אם לצד היה זכות לתשלום כספי, והזכות צמחה בגלל תמורה (נתינת הלוואה ונוצרה החובה להשבת ההלוואה) ופרעו את ההלוואה, בהנחה שכל זה נעשה בתום לב לא ניתן לבקש מהבנק חזרה את הכסף ששולם לו גם אם זה נעשה בטעות.
* **מנקודת מבטו של בייזמן (החייב):**העביר כסף על משהו שלא קרה ולכן רוצה את ההשבה.  
  במקרה הזה נקבע שלא הייתה הפרה של ההסכם, אלא שהיה פגם בהתקשרות (טעות הדדית לגבי בעלות הנכס) ולכן ניתן לבטל את ההסכם אך מי חב בהשבה? כשהחוזה בטל עקב פגם בכריתה גם בטלה הזכאות לקבל את הכסף. בית המשפט מכריע שהתשלום שהבנק קיבל לא הייתה ע"פ זכות שבדין ולכן הבנק **התעשר על חשבון החייב** וצריך להשיב לו. כאשר יש ביטול והשבה עקב פגם בכריתה, חובת ההשבה חלה גם על **החייב וגם על הצד השלישי הזוכה** כדי למנוע התעשרות. דרך שניה- להגיד שמצבו של הזוכה השתפר מעבר למצב שבו היה לפני ההתקשרות (הבנק קיבל תמורה על משהו שלא שווה כלום).

**התנאה על זכות ההשבה:**

* אם הפיצויים **מכסים במלואם** את סכום ההשבה, אפשר לשלול את הזכות כי האינטרס מוגן ע"י הפיצויים. התנאה על זכות ההשבה לא בעייתית כשיש זכות מקבילה לפיצוי מלא וכך הנפר לא נפגע.
* הצדדים יכולים להתנות בעת כריתת החוזה על סוג ההשבה (לדוג' השבת שווי).

**גובה ההשבה:**

* ניתן להתנות על הדרך שבה תחושב השבת השווי בעת כריתת החוזה- ערך חוזי/ ערך שוק/ מדד מסוים.
* לעיתים, הצדדים ירצו לקבוע שאין השבה בעין אם יראו שהיא עלולה להכביד בצורה משמעותית ובכל זאת יש סיכון שבית המשפט יאשר אותה (החוזה יעלה יותר וישנה את הסכום שיוכלו להפיק ממנו)- הצדדים יעדיפו להתנות להשבת שווי.
* אחד מהצדדים ירצה לקבוע שאין השבה בכלל, כאשר יש פיצויים בסיטואציות בהם הפיצוי **נמוך** מההשבה (חוזה הפסדי, הנזק שנגרם מאי קיום החוזה קטן מהתמורה החוזית).   
  לדוג': כרטיסי הגרלה ששווים 0 אך ההשבה היא יותר גדולה (מחיר הכרטיס).
* קבלן נקשר **בחוזה הפסד**.  
  מחיר חוזי על העבודה של הקבלן-100 ₪.   
  הוא מפר את החוזה לאחר שביצע 80 אחוז מהעבודה, שווי העבודה 200 ₪.  
  שווי העבודה לאחר ביצוע מלא=250 ₪
* **הקבלן מפר** והקונה תובע פיצויי קיום, מה ערכם של פיצויי הקיום אם **יש** השבה?

אם הקבלן קיבל 100 ₪ שזה המחיר החוזי המלא שלו, עליו להשיב 20 ₪ על 20% מהעבודה שעדיין לא ביצע. בנוסף, הציפייה של הקונה הייתה לקבל משהו ששווה 250 ₪ ולכן הקבלן צריך להשיב לו 30 ₪ נוספים. ככה מגשימים את הציפייה של הקונה והוא מקבל סה"כ 250.

* מה הערך של פיצויי הקיום אם **אין** השבה?

הקונה היה צריך לקבל 50 ₪ כדי להשלים את השווי של הנכס ל-250 ₪. לא משנה איך מחשבים את ההשבה ואת הפיצוי, מנקודת המבט של הקונה אם הקבלן הפר- **אין הבדל**.

* עכשיו הדוגמא היא שונה: מה קורה כאשר צד נכנס להסכם הפסדי עבורו אך **הצד השני מפר את החוזה**? החוזה ההפסדי הופך להיות רווחי. האם זה לגיטימי שצד שזוכה להשבה חוזית מרוויח מזה שהצד השני הפר את החוזה?
* **אם הקונה מפר** והקבלן יכול לבטל, מהן אפשרויות ההשבה?
* אפשרות ראשונה: 200 ₪ השבה של **השווי הריאלי**, הקונה קיבל נכס ששווה 200 ₪, מכיוון שאינו יכול להשיב את הנכס עליו להשיב את השווי.
* אפשרות שניה : 100 ₪ אינטרס הציפייה **המלא** של המחיר החוזי של הקבלן.
* אפשרות שלישית: 80 ₪ החזר עבור ביצוע של 80% מהעבודה, הוא קיבל 80% מהנכס ועל הקונה לשלם 80% מהעבודה.  
  אלו דרכים שונות לחשב את אינטרס ההשבה ונשאל מהי האפשרות הרצויה כדי להגשים את המטרות של דיני החוזים.
* ע"פ **סעיף 9** (השבה), "קבלה ע"פ החוזה"-**גם מה שקיבל לפי החוזה וגם טובת ההנאה** שצמחה מכוח החוזה (בנישתי נ' ששון). הסעיף לא עוזר לנו להגיע לאופציה העדיפה ולכן נשאל מה יהיו **היתרונות** של כל אחת מהאפשרויות?
* כל השבה חוזית כפופה לחוק עשיית עושר ולא במשפט, עיקרון ההשבה נועד למנוע התעשרות של הצדדים עקב ביטול החוזה.  
  - **סעיף 2** לחוק עשיית עושר ולא במשפט מאפשר לבית המשפט אחרי חישוב גובה ההשבה להפחית את סכום ההשבה אם צודק לעשות כך.  
  - במקרה הזה השווי הריאלי של העבודה הוא 200 ₪ אך בית המשפט רשאי להפחית את זה כי זה כרוך בחיסרון כיס המזכה את הצד השני או הופך את ההשבה לבלתי צודקת.

סיבות בעד שווי ריאלי:

* **זהה** במהותו להשבה בעין-זו הסיבה שבמשפט האנגלו-אמריקאי יש העדפה כללית להשבת שווי.
* ניתן לומר שזה מתיישב פרשנית עם סעיף 9.

האומנם? יש דין מיוחד לנכסים ממשיים, יש זכות עקיבה(=הזכות לעקוב אחרי גלגוליו של הנכס).  
לא רלוונטי לשירותים. קבלן הבניין לא מוכר נכס, הוא **נותן שירות**, במקרה שירות לא ניתן לתת שווי ריאלי.

* השבת השווי הריאלי מעמידה את הצדדים במקום הכי טוב אלמלא החוזה, השבת המצד לקדמותו. הבעיה עם העמדה הזאת היא מטרת ההשבה היא **למנוע התעשרות** ולא להשיב את המצב לקדמותו.

כאשר ההשבה החוזית יוצרת התעשרות צריך לראות האם היא לגיטימית או לא. האם ההתעשרות היא במשפט=על פי זכות שבדין?

* **ברק, אדרס-** למפר זה אף פעם לא לגיטימי להתעשר, **לנפר** כן.

טיעונים בעד השווי החוזי (=השווי שהצדדים החליטו בעת הכריתה) ונגד הריאלי:

* כשמשיבים שווי ריאלי- אנו מונעים מהצדדים להקצות סיכונים (יכול להיות שהמחיר 100 היה לא הפסדי בעת כריתת החוזה ובזמן ההפרה המחירים עלו. **זו** הקצאת הסיכונים של הצדדים, הקבלן יכל להצמיד את המחיר למדד מסוים אך לא עשה זאת).
* מוסרית זה לא צודק לשלם שווי ריאלי- הקבלן מתעשר עקב ההפרה.
* שינוי בהיקף החבויות של הקונה המפר במועד הכריתה (במועד הכריתה החליטו על 100, לכן זה לא ייתכן בעת ההפרה שהוא יקבל יותר מאשר אם החוזה היה מתקיים).
* הרתעה מפני הפרה יעילה: לדוג' אם לאחר 80% ביצוע, הקונה לא מעוניין בנכס/לא צריך. אם תהיה השבת שווי- ידע שהוא יצטרך לשלם או 80 או 100, אם ההשבה תהיה ריאלית המחיר יהיה גבוה משמעותית ויעדיף לתת לקבלן להמשיך את העבודה, כי כלכלית לא יהיה לו נכון להפר חוזה. **השבת שווי ריאלית מונעת הפרות שרצויות חברתית.**
* פולר ופרדו: לא יכול להיות שצד יקבל יותר בפיצוי מאשר אם החוזה היה מקוים.
* קשר סיבתי לנזק: אם החוזה היה מקוים הקבלן היה מקבל 100, לא יכול להיות שבגלל ההפרה נגרם לו אובדן שווי שגדול מ-100.

**אין תשובה חד משמעית בפסיקה, אך רואים כשההשבה היא מהמפר אל הנפר תהיה נטייה לאפשר התעשרות ולהשיב את השווי הריאלי, וכאשר ההשבה היא מהנפר אל המפר- לא נאפשר זאת (אדרס).**

**איך הפרת חוזה יכולה לגרום להתעשרות?**

ישנם שני סוגי השבות:

1. השבה של מה שצד קיבל בפועל במסגרת החוזה.
2. השבה של ההתעשרות שהרווחתי עקב הפעולה הלא לגיטימית.

* דוגמאות לסוג השני :
  + - 1. משוכר דירה בהסכם שאומר שהחוזה הוא לשנה ועליו לשלם 365 ₪. השווי בשוק זה 10 ₪ ליום (כפול 10). לאחר שנה השוכר לא פינה את הנכס. מה סכום ההשבה שהשוכר צריך לשלם למשכיר? בפסיקה נאמר שצריך לשלם את השווי ההוגן, **הריאלי,** מניעת התעשרות מהמפר. Disgorgement= השבה של ההתעשרות עקב הפרת החוזה. כלומר, ההתעשרות מתבטאת בשכר הדירה שהשוכר חסך.
      2. מוכר התחייב למכור לקונה 1 ומכר בסוף לקונה 2 במחיר גבוה יותר. המחיר גבוה יותר ממה שקונה 1 ייחס לנכס (לקונה 1 הנכס שווה 200 לקונה 2 300). חברתית, היינו רוצים שהחוזה הזה יתממש. האם המוכר חייב לשלם את הרווחים שלו לקונה 1?
* **בפס"ד אדרס** נקבע שיש חובה להשיב את הרווחים האלה. ניתן להגיע לכך בשתי דרכים:

1. משפט אנגלו-אמריקאי**:** זכות שביושר שמוליד זכות **עקיבה** בתמורה הנגדית. זכות של אדם שהתחייבו לספק לו נכס- לקבל את הנכס או את מה שהחייב קיבל במקום הנכס. הזכות בעקיבה היא רק לנכסים **ספציפיים** ולכן באדרס ניסו להוכיח שהנכס הוא כזה.
2. נאמנות קונסטרוקטיבית**:**(=נאמן הוא בעלים של נכס עבור אדם אחר). אם במסגרת הנאמנות אדם הפר את החובות שלו ומכר את הנכס לאדם שלישי- האדם השני זכאי לרווחים שעשה.
3. חוזה לשמירה על נכס עם חברת אבטחה מסוימת. החברה לא שלחה שומרים לשמור ,אך לא קרה כלום. האם יש זכות להשבה על ההתעשרות של חברת האבטחה? כן.  
   **אופציה אחת**: ביטול והשבה של הסכום ששולם לחברת האבטחה.  
   **אופציה שניה**: אי עשיית עושר, החברה התעשרה על חשבון הלקוח ועל כן צריכה לשלם.

**הבסיס הרעיוני ל-Disgorgement:**  בדיני החוזים זה יוצר קושי כי יש מתח בין תפיסה שהפרת החוזה היא פעולה שקורית ולא אמורה להיות מלווה באשם ובין תפיסות שרואות בחוזה חיוב מוסרי שההפרה היא בת אשם.   
**מצד אחד-**אם רואים את הפרת החוזה כעוולה, הדרך למנוע אותה היא לתמרץ בצורה הטובה ביותר לא להפר ולכן נשלול כל רווח שהמפר יכול לעשות מההפרה.  
**מצד שני-** החיוב הזה עלול להביא לכך שחוזה לא יעיל יתקיים- מונע הפרה יעילה.

פס"ד אדרס מפורסם בעולם ורוב השופטים היו נגד ההחלטה.

**תרופות בשל הפרת חוזה- פיצויים:**(תכלית ההסדר החוזי הוא לאפשר לאנשים להסתמך על החוזה בכך שהוא מאפשר סעדים בגין הפרה).

**מבוא:**

תכלית הפיצוי: לפצות את הנפר עקב נזקי הפרה, ההסדר המרכזי מוסדר **בסעיף 10 לחוק**: "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה אותו או שהיה עליו לראותו מראש, בעת כריתת החוזה, כתוצאה מסתברת של ההפרה".  
בנוסף להסדר הכללי בסעיף 10 ישנם הסדרים נוספים **נלווים**: פיצוי ללא הוכחת נזק, פיצויים בגין נזק לא ממוני, פיצוי מוסכם. בביטול ואכיפה לבית המשפט יש שיקול דעת- יכול להתערב. מקובל לחשוב על פיצוי כעל הסדר שלבית המשפט אין שיקול דעת, תפקידו לאמוד את הנזק, באופן טכני. אך בפועל- יש **מגבלות** שהדין מטיל על פיצויי- צפיות, הקטנת הנזק, סיבתיות, אשם תורם, וודאות הנזק. לבית המשפט יש שיקול דעת רחב בהפעלה של שיקולים אלה ואמידת הפיצויים.

**האינטרסים ויחסי הגומלין ביניהם:**

* ציפייה/קיום- להעמיד את הנפר באותו מקום **לו קיום** החוזה.
* הסתמכות- להעמיד את הנפר במקום לו **לא היה נכרת** חוזה.
* השבה- שהצדדים **לא יתעשרו** עקב ביטול החוזה.

**פס"ד לוי נ' מבט בניה** (שמגר)-זוג שרכש דירה וגר בה כ-8 שנים, לאחר תקופה מסוימת התגלו תקלות והזוג ביקש לבטל את החוזה. עקב ההשבה בית המשפט המחוזי פסק שעל הזוג היה להחזיר את דמי השימוש הראוי בדירה (שכ"ד) והוריד להם אותו מפיצויי הקיום. בעירעור בעליון הוחלט שהזוג לא צריך לשלם את דמי השימוש הראוי **מכיוון שזה נזק שנובע מההפרה** (אם לא הייתה הפרה היו משלמים רק תשלום חד פעמי על הדירה ללא שכ"ד).  
עולה השאלה האם ביטול והשבה נוגד את האפשרות לתבוע פיצויי קיום? **שמגר-אין התנגשות** בין הסעדים כל עוד **אין** כפל פיצויים.לדוג' : אדם שילם 100 על נכס, הייתה הפרה ובעקבות כך היה ביטול והשבה וקיבל בחזרה את ה100 ₪. בעקבות החוזה הוא **ציפה** להרוויח 150 ₪ . פיצויי הקיום לא יתנו לו עוד 150 ₪ אלא רק 50 ₪ שישלימו לסכום שציפה להרוויח.

**סעדים סותרים:**

* לא ניתן לדרוש ביטול ואכיפה- יש סתירה בין השניים.
* פיצויי קיום והסתמכות סותרים אחד את השני, לרוב פיצויי הקיום יכללו את ההסתמכות.

**אינטרס הציפייה:** פיצויי ייחודי לדיני החוזים.

למה דיני החוזים מגנים על אינטרס הציפייה:

* + - 1. **מוסרי-דוקטרינרי**: זה התחליף הקרוב ביותר לביצוע החוזה. מתיישב עם התפיסה שאכיפה היא סעד ברירת המחדל, בהיעדר הרצון לאכיפה פיצויי קיום מגשימים את הסעד באמצעים כלכליים.
      2. **כלכלי:** פיצויי ציפייה מבטיחים שהחוזה יופר רק אם ההפרה יעילה.
* מחיר חוזי- 100. הוצאות הסתמכות- 20. הערך של המוצר לנבטח-150. צד ג' מעוניין לשלם ליצרן 130. במידה והמוכר ימכור את המוצר לצד ג' תהיה **הפרה לא יעילה,** המוצר **שווה יותר** לצד א'. אם המוכר נדרש לשלם רק פיצויי **הסתמכות**- יהיה לו רווח של 10 (השבה= 100+ הסתמכות=20) והמוכר יחליט להפר על אף שההפרה לא יעילה, **כי התועלת של החוזה גדולה מההפרה שלו.** אם המוכר נדרש לשלם פיצויי **קיום**- הוא ייצא מופסד ב-20 ₪ (יצטרך לשלם לצד א' 150).
* אם צד ג' משלם 200 ₪. התוצאה היעילה היא שהמוכר יפר את ההסכם וימכור לצד ג', אנחנו רוצים שהמשאבים יגיעו למי שמעריך אותם הכי הרבה. אם המוכר ישלם ציפייה- גם הוא יצא מורווח וגם צד א' לא ייפגע.  
  **שני קשיים**:   
  1. למה שהנכס לא יימכר לצד א' והוא זה שימכור לצד ג'? ככל הנראה המוכר לא יגלה את הנתון הזה לצד א' אך גם אם כן, זה יגרור עלויות עסקה (מו"מ) וזה לא יהיה יעיל.  
  **2**. פיצויים מוערכים בחסר: לעיתים יש נזקים שלא **מפוצים** לדוג' מעבר לזה שהמוצר שווה לצד א' 150 היו לו עוד הוצאות.   
  **הפואנטה: אם לא היה פיצויי קיום והיו רק פיצויי הסתמכות היו הפרות שהן לא יעילות כמו בדוגמא הראשונה.**

**אינטרס ההסתמכות:**

* הסתמכות עיקרית- הכנות לביצוע החוזה.   
  לדוג': קבלן שקונה מלט, עלות רכישת המלט הן הוצאות ההסתמכות, עלות תשלום לעובדים.
* הסתמכות אגבית- הוצאות בהסתמך על החוזה אך לא לשם ביצועו. לדוג': קונה מזמין קבלן בניין והוציא הוצאות לשם פרסום הדירות. לא נדרש להוציא אותם ע"פ החוזה.
* אובדן הזדמנויות עסקה- ויתור על מו"מ לחוזה רווחי אחר עקב הסתמכות על העסקה הנוכחית. העסקה השנייה שווה פחות אך עדיין שווה, ויתרתי בהסתמך על העסקה הנוכחית (מוכר כהוצאות הסתמכות בפסיקה אך בדרך כלל אין פיצויים עקב קושי ההוכחה, כאשר יש הוכחה קונקרטית יינתן פיצוי).

**נזקים תוצאתיים (נלווה להסתמכות ולקיום)-** נזק קונקרטי שמתגבש **בעקבות ההפרה, לאחר ההפרה וכתוצאה ממנה.** לא נובע מהוצאות טרם ההפרה, ולא נוגע לתמורה שהובטחה. אפשר לתבוע על נזקים אלו לזה גם אם תבע לפיצויי הסתמכות וגם לקיום. לדוג': **נזקי גוף, נזקי רכוש**- לוי נ' מבט: הרהיטים שנהרסו עקב הרטיבות והוצאות **להתמודדות עם ההפרה**- לדוג' לצאת מהדירה ולהשכיר חדר במלון.

נוסחאות הפיצוי:

**פיצויי ציפייה**: הפיצוי הוא הציפייה מההסכם על מה שהייתי אמור להרוויח מההסכם אך יש **לנקות** את החיסכון בהוצאות ביצוע (הפעולות שהייתי אמור לבצע אך לאור ההפרה והביטול הם הופסקו)ואת טובות הנאה שקיבלתי, לכל זה יש להוסיף **עבורי** נזקים תוצאתיים. **נוסחת הפיצוי:** הציפייה מההסכם- חיסכון בהוצאות ביצוע-טובות ההנאה שקיבלתי+ נזקים תוצאתיים= פיצויי ציפייה. **פיצויי הסתמכות**- הסתמכות עיקרית+אגבית- טובות ההנאה+נזקים תוצאתיים=פיצויי ההסתמכות.

**פס"ד לוי נ' מבט ביטול ופיצויי קיום-** שווי הנכס שהובטח פחות חיסכון הוצאות הביצוע של הזוג (במקרה הזה זה 0, כי כבר ביצעו את חובותיהם) פחות טובות ההנאה שצמחו (שווי שכירות על הנכס)+ נזקים תוצאתיים (שווי השכירות נבע מההפרה ולכן קיבלו את זה בחזרה)+ נזקים תוצאתיים נוספים (רטיבות שגרמה לנזק לרהיטים).

האינטרסים ויחסי הגומלין ביניהם**:** האינטרסים השונים חיים יחד, והכלל הוא שניתן לקבל פיצוי יחד עם סעדים אחרים, **כל עוד אין סתירה או חפיפה**.

* **פיצוי ציפייה ואכיפה**- החוזה לא מתקיים במדויק ולכן יהיה פיצוי שנועד להעמיד את הנפר באותו מקום אלמלא ההפרה. לדוג': איחור בתשלום, תהיה אכיפה- ובנוסף פיצויי קיום-תשלום ריבית שהנפר הפסיד מהאיחור.
* **פיצוי ציפייה וביטול**- ניתן לבטל את ההסכם אך רוצה להיות במצב הכלכלי לו החוזה היה מקוים.
* **פיצויי ציפייה ללא תביעה אכיפה או ביטול-** ההסכם הופר כאשר הוא נגמר, הנפר יכול לדרוש לפיצויי קיום.
* **השבה והסתמכות-** האינטרסים לא זהים, הוצאות להכנת לקיום החוזה אלו הוצאות הסתמכות.   
  לדוג' קבלן שקנה מלט עקב ההסתמכות על העסקה. ההשבה לא תחזיר לו את סכומי המלט כי הצד השני לא התעשר ולכן יכול לדרוש גם הסתמכות. לעיתים ההשבה תהיה גבוהה מהסתמכות ולעיתים ההסתמכות גבוהה מההשבה.

**בחוזה רכש אין הבדל בין השבה להסתמכות עיקרית-** הסכום ששולם עבור הממכר אלו פיצויי ההסתמכות וגם ההשבה שתתקבל במקרה של הפרה.

כיצד מונעים פיצוי כפל? **לא ניתן לתת פיצויים שמכסים את אותו הסכום**. צריך לחשוב על התוצאה הסופית, באיזה מקום הנפר היה לו קוים החוזה או באיזה מקום היה לו לא היה חוזה= שתי סיטואציות שלא יכולות לקרות ביחד.

* **הסתמכות עיקרית וציפייה-** אם החוזה היה מקוים היית מוציא את הוצאות ההסתמכות, לכן **לא ניתן** לתבוע את שניהם.
* **הסתמכות עיקרית והשבה-** תלוי נסיבות אך גם כאן יש סתירה. הסתמכות עיקרית- הוצאות שהוצאתי במסגרת מילוי ההסכם. השבה- מה שהצד השני קיבל מהסכם. לרוב תהיה חפיפה, כאשר אין חפיפה ניתן לתבוע גם וגם. לדוג' קבלן בנה בניין ובאמצע הייתה הפרה. הקבלן יקבל פיצוי על הנכס לאור ההשבה, לא ייתכן שיקבל גם פיצוי על עלויות בניית הנכס= כפל פיצויים.  
  חריגים:   
  \* מקרים שבו ההשבה תהיה גבוהה מההסתמכות.  
  \* הוצאות הסתמכות שלא נכנסות בהשבה (לדוג' הסתמכות אגבית, הוצאות על בניית הנכס שלא באות לידי ביטוי בהשבה).
* **השבה וציפייה-** ניתן לדרוש את שניהם אך נקזז אותם.
* **אובדן הזדמנויות והפיצוי קיום**- אי אפשר לדרוש ביחד, אם מקוים החוזה- החוזה השני לא היה קיים.

מתי נעדיף פיצויי הסתמכות על ציפייה? חוזה הפסדי- הוצאות מקיום החוזה **גדולות** מרווח החוזה. לפעמים החוזה ייראה הפסדי אך הוא לא- לדוג' לשם קבלת מוניטין. אך הבעיה היא שהתועלת ספקולטיבית וקשה לאמידה.

* **פס"ד CCC films**- שולמו 12,000$ לשם העברת סרטים ע"י שליח, הסרטים נשלחו בדואר רגיל (הפרה) ואבדו בדרך. לא ניתן לאמוד את פיצויי הקיום (הרווחים שהיו מופקים מההקרנה) ולכן שולמו פיצויי הסתמכות/השבה (12,000$). אם היו מוכיחים שהחוזה הפסדי (מקרינים את הסרטים ולא מרוויחים מכך כלום) היו מורידים את הפיצויים מתחת להסתמכות. **כשניתן להוכיח שהחוזה הפסדי- פיצויי הקיום הם תקרה עליונה.**
* **פס"ד מלון צוקים-**עיריית נתניה חתמה על זיכרון דברים עם חברת בניה. בפועל, נבחר ראש עיר חדש שהפר את ההסכם. העירייה לא ביקשה את האישורים מהועדה לתכנון ובניה והבעיה היא שאנחנו לא יודעים אם התוכנית הייתה מאושרת. לא ניתנו פיצויי קיום כי זה רווח שלא ניתן לאמוד. באופן תיאורטי השופטים דנו במה קורה אם פיצויי הקיום נמוכים מההסתמכות.  
  חשין: ניתן לתבוע לכל אחד מהם כל עוד אין סתירה מהותית.  
  מצא: אם פיצויי הקיום נמוכים מההסתמכות אז פיצויי הקיום הם גג עליון. (אין הלכה בפועל- לא הייתה דעת רוב).

מתי עדיף השבה על פיצויי ציפייה?

* חוזה הפסד או שציפייה לא ניתנת להוכחה.
* הסתמכות נמוכה מהשבה.
* תוצאה של חישוב שונה (שווי חוזי/ריאלי) -זה יכול לקרות אם הרווח של המפר גבוה מההוצאות של הנפר אז הנפר יעדיף השבה על פני הסתמכות גם כשיש חפיפה. לדוג: הקבלן שהופר עמו חוזה. במידה ומחיר הנכס יעלה- יעדיף השבת שווי ולא הוצאות הסתמכות.

**הוצאות הסתמכות לפני כריתת החוזה:**

1. **פס"ד Anglica Television VS Read-** חברה שהפיקה תוכנית לטלוויזיה. לאחר שהוציאו הוצאות הפקה הם עשו אודישנים לשחקנים ושם התקשרו בחוזה עם שחקן. השחקן הפר את החוזה והחליט לא להגיע. האם יכולים לתבוע ממנו את ההוצאות שהוציאו לפני שהם התקשרו בחוזה?  
   **הטענה שהתקבלה**- ההוצאות נעשו לא על סמך ההסתמכות על החוזה ספציפית איתו, אלא על ההסתמכות לעשות חוזה עם מישהו אך אותו אדם ידע במועד הכריתה על ההוצאות שהוציאו. ומכיוון שההפרה גרמה לבזבוז ההוצאות, זהו נזק של הסתמכות בפועל על החוזה.  
   **דרך שניה-** ניתן לחשוב על הנזק שנגרם כעל אובדן הזדמנות עסקית (יכלו לקחת שחקן אחר).
2. **הוצאות במסגרת המו"מ- לדוג' פס"ד Red Owl.**דוקטרינה של השקעות טרום חוזיות- ישנה הסתמכות לא על החוזה אלא על המו"מ ולכן פיצויי ההסתמכות יהיו מוגבלים רק שכשהופרה החובה לנהל מו"מ בתום לב.פתרון של פלד- בהשקעות טרום חוזיות לחלק את הנזק בין הצדדים ולא רק בצד שהפר מכיוון שזה מניב תועלת לשני הצדדים ולאו דווקא כשהופרה חובת תום הלב.

**ההשפעה של סוג החוזה על סוג הפיצוי:** **ההבחנה בין סוגי האינטרסים יכולה להתקשר גם להסדר החוזי גופו.**   
- ההבחנה בין חוזה השתדלות וחוזה להגשמת תוצאה: חזרה לתכלית החוזים ופרשנות חוזים- חוזה כהבטחה (רק על מה שסביר שהצד השני יוכל לקיים) או חוזה כמכשיר להקצאת סיכונים (ניתן להבטיח הבטחות מופרכות לדוג' להתחייב שהצד השני יזכה בלוטו, במידה ולא ישלם לו פיצוי). אם מסתכלים על החוזה כהבטחה להגשים תוצאה והצדדים יכולים להתחייב רק על מה שיכולים לבצע- הפיצוי וההפרה הם **נורמטיביים**. אם נסתכל על החוזה כמכשיר להקצאת סיכונים- **המזל של המפר רע**, ולכן יצטרך לשלם פיצוי.

* **פס"ד Hawkings v. Mcgee** : רופא הבטיח לאבא של ילד בעל צלקת ביד שיוכל להשתיל לו עור ממקום אחר בגוף ולהעלים את הצלקת. הרופא הבטיח הצלחה של 100% בניתוח. האם ההבטחה להצלחה הייתה חלק מההתחייבויות בהסכם?  
  הרופא טען שלא: כי כל אדם בר דעת צריך להבין שרופא לא יכול להתחייב לתוצאה. אך כן ניתן לראות את החוזה כמכשיר להקצאת סיכונים.

ההנחיות למושבעים בתיק (ניתן לעירעור):

1. פיצוי בגין הכאב והסבל העודפים שנגרמו בעקבות הניתוח.
2. ההשפעה השלילית של הניתוח על תפקוד היד לעומת מצבה לפני הניתוח.

בית המשפט לעירעור החליט שתוצאת הפיצויים שגויה. ניתנו כאן רק נזקים תוצאתיים ולא פיצויי קיום (מה היה קורה אם הניתוח היה מצליח). יש להוריד מכספי הפיצויים את פיצויי הכאב והסבל עקב הניתוח, הרי גם אם הניתוח היה מצליח היה את כאב ההחלמה, זה לא נזק מקיום החוזה אלא מהסתמכות על החוזה.

**הוצאות תיקון מול ירידת ערך:**  
כאשר יש הפרה של ההסכם ניתן לתקן את ההפרה, או לפצות על פער השווי בין המצב בעקבות ההפרה והשווי אלמלא ההפרה (פיצויי הקיום).האם פיצויי הקיום צריכים לשים אותו **פיזית** במקום בו היה אלמלא ההפרה או פיצויים שמגלמים את **הפער** בשווי בין מה שקיבלתי למה שהייתי אמורה לקבל?

* **פס"ד Gacob &Young VS Kent-** קניתי בניין, ביקשתי צינורות מסוג א' אך קיבלתי ב'. האם הפיצוי הוא בגובה הריסת הבניין ובניית בנין חדש עם הצינורות שרציתי? או הפרש השווי בין הצינורות? השאלה נקבעת ע"פ הערכת הנזק:  
  בדרך כלל פער שווי הוא **אובייקטיבי** (שווי השוק של הצינורות)אם רואים בקרב האוכלוסייה הכללית שאין שוני בין הצינורות אין סיבה לתת לניזוק את עלויות התיקון, מנגד יש ניזוקים שמאוד ירצו את סוג ב', אם זה מאוד חשוב לנפר- זה נזק, משמע הנכס הוא ייחודי.
* **בגישה האנגלית:** נכס ייחודי שיש קשיי הערכה לגביו (יציאת אומנות)- הפיצוי צריך לגלם את **עלות ההשבה** ולא את שווי השוק כי הוא לא מדויק (הנכס הוא ייחודי- נכס מקרקעין נחשב ייחודי).
* **דרך נוספת:** עלויות האיתור- משקיעים המון בחיפוש דירה וכאשר נותנים רק את השווי שוק זה פיצוי חסר כי לא מעריכים את הזמן של חיפוש הדירה (לעיתים יכול לקחת שנים).
* **הגישה המקובלת:** הסטנדרטים הם אובייקטיביים, לפי הערכת שמאי על אף שלעיתים זה יהיה כרוך בהערכת חסר. **הסבר אפשרי-**סטנדרט אובייקטיבי עם האפשרות להתנות עליו מעודד גילוי (סעיף 10). וככה הנפר ידע מתי יעיל לו להפר. **החשש:** עלות התיקון לא משקפת את הערך האובייקטיבי (10) ולא הסובייקטיבי (20), החלפת הצינורות (5000), זה עלול לגרום לניצול של הנפר**.**

**פס"ד -Peevyhouse** בעל מקרקעין כרת חוזה עם חברת כריה שרוצה לכרות בשטחו פחם. בהסכם כתוב שכשכריית הפחם תיגמר, עליהם לכסות את המכרה ולתקן את הקרקע. שווי השטח לפני הכרייה 3000$, עלות כיסוי הבור 29,000$, אך **ירידת ערך** הקרקע רק 300$ (10% מהשווי). מה הנזק שהבעלים זכאי על כך שלא כיסו את הבור? הרי זה היה ידוע לצדדים במועד הכריתה.

* **דעת מיעוט:** תומכת בעמדה הסובייקטיבית של הניפר, הרי בשלב כריתת החוזה האדם הפרטי עמד על ההסדר שיחזירו את הקרקע לקדמותה, אך בתנאי שהמפר צפה את האינטרס של הניפר ובתנאי שהניפר מתכוון להשתמש בכסף לתיקון (זה יוכיח את קיום האינטרס אצלו).   
  האם התיקון נלקח בחשבון בשלב התמורה? (האם שילמו שכירות נמוכה יותר לאור התיקון היקר?)  
  אחד הוויכוחים בין דעת הרוב למיעוט היא האם ידעו את עלויות התיקון במועד הכריתה? כאשר הצדדים יודעים מה השלכות ההפרה במועד הכריתה, העמידה על אכיפה הגיונית יותר.
* **זהות הצדדים:** אדם פרטי מול גוף מסחרי. לגוף מסחרי יש ערך **אובייקטיבי** לנכס, מעניין אותו השווי הכלכלי בלבד. לכן אם הבור מוריד את ערך הנכס ב300$ זה הנזק של הגוף המסחרי. לעומת זאת, לאדם פרטי יש ערך **סובייקטיבי**, לכן אם הבעלים עמד על התיקון בזמן הכריתה זה אומר שה-300$ לא מפצים אותו.

מצד שני, מטרת הפסיקה לפי 300 דולר (ירידת ערך), **למנוע בזבוז** (תשלום של 29,000$ לעומת 300$).  
אך, זו עמדה נכונה רק אם האדם מתנה את תשלום הפיצוי בביצוע עבודות בפועל, אך אין הכרח לעשות את זה. אפשר לתת פיצוי ע"פ העלות (29,000) אך יכול להיות שהם לא יכסו את הבור.

הרעיון: מצד אחד תשלום קיצוני לנפר ככל הנראה הרבה יותר מהערך הסובייקטיבי שלו לנכס, מצד שני, זה נוגד את התחייבויות הצדדים במועד הכריתה.

* **דרך אחת:** העסקה הייתה לתמלוגים + התחייבות לתקן. מהות העסקה הייתה שונה. בעלי הקרקע לא קיבלו דמי שכירות רגילים אלא תמלוגים מהכרייה, יצר מעין שותפות בין הצדדים ולכן יש הצדקה לפסק הדין.
* **דרך אחרת- חלוקת הסיכונים**: על מי מטילים את הסיכון שיש שינוי בערך הקרקע לאורך הזמן?

אם על הסוחר- נרצה שיהיה ע"פ הוצאות התיקון. אם על הבעלים- נפצה לפי ירידת הערך הסובייקטיבי.

כאשר לצד לחוזה יש ערך סובייקטיבי גבוה, כיצד הוא יכול להתגונן?

1. **תביעת אכיפה**- בפיוויהאוס יכלו לתבוע **אכיפה** במקום פיצויי קיום. הבעיה: יכול להתפרש כאחד המקרים שיש סייג לאכיפה "האכיפה אינה צודקת בנסיבות העניין" מכיוון שזה מטיל הכבדה גדולה על המפר כאשר הנזק לניפר מינורי וניתן לתקן אותו בפיצוי.
2. **פיצוי מוסכם**- לכאורה ניתן לפסול פיצוי מוסכם כאשר הוא מוגזם (סעיף 15), אך הסמכות ניתנת רק אם הפיצוי לא מקיים יחס צפוי לנזק במועד הכריתה. בפיוויהאוס זה היה צפוי! ולכן יכלו לקבוע זאת מראש
3. **פירוט מדויק בחוזה**- כולל התייחסות מפורשת לפער.
4. דרך נוספת **לגשר בין הפער האובייקטיבי לסובייקטיבי** סעיף 13 (נזק לא ממוני), אולם בפועל הסעיף לא נועד לתת פיצוי על הפער (רק במקרים חריגים) משום שבפועל זה נזק תוצאתי ולא דרך לחישוב פיצויי הקיום.
5. סעיף 4 לחוק חוזה הקבלנות: אופציה למזמין לתקן ולדרוש החזר **הוצאות סבירות**, או לנקות מהתשלום ירידת ערך של הנכס על כך שלא תוקן. נראה שאם יהיה פער גדול בין השניים, לא יוכל הניפר לדרוש הוצאות תיקון

**כיצד מחשבים פיצוי בדין הישראל**? אין הסדר ברור אך לכאורה אפשר להגיע לתוצאת ירידת הערך דרך חובה להקטנת הנזק. אם הנכס לא ייחודי, על האדם למכור אותו בירידת הערך במקום לתקן אותו וכך יעמוד בחובה להקטנת הנזק. לדוג': עלות תיקון רכב טוטאלוס תעלה יותר מקניית רכב חדש. אם אותו אדם יעמוד על התיקון הנזק יהיה גדול יותר אך אין סיבה עקרונית שישלמו לו על זה, **השבת השווי של ירידת הערך מגלמת את עיקרון הקטנת הנזק**. שנית, נתיר פיצוי מוסכם רק כאשר ההוצאות סבירות. לדוג' אם אדם יעדיף לתקן את רכב הטוטאלוס (200 אלף) על פני קניית רכב חדש (50 אלף). הוצאות שגדולות יותר משווי הנכס לא סבירות ולכן בית המשפט רשאי להפחית את הפיצוי, לצורך העניין יוריד את הסכום משווי התיקון לשווי הנזק.

התפקיד של מחיר השוק:  
הערכת הנזק תהיה פשוטה כאשר יש שוק וניתן לבדוק את מחיר השוק. בחוזה מכר מחיר השוק קובע את הפיצוי- הפער בין המחיר החוזי ומחיר התחליף. **מחיר השוק מגדיר את פיצויי הקיום כשלמוצר יש שוק בעיקר כשמדובר בחוזה מכר.**  
בדין הישראלי: סעיף 11 א'- "הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה בשל ההפרה, זכאי הנפגע, ללא הוכחת נזק, לפיצויים בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות לפי החוזה ובין שווים ביום ביטול החוזה", כלומר ההבדל בין המחיר החוזי לבין מחיר השוק=פיצוי ללא הוכחת נזק. המועד הרלוונטי לקביעת שווי השוק הוא **מועד הביטול,** זו נקודת הזמן שבה הנפר הבין שהוא לא יקבל את הממכר, לכן עליו ללכת לקנות אותו במקום אחר, כך הוא מקיים את **חובתו להקטנת הנזק.**

בעיית אובדן נפח העסקאות:

* כאשר קונה הפר את ההסכם מול קבלן דירות, הקונה עוד לא שילם כלום. אם הייתה ירידה בנכס הקבלן זכאי לפער, אם הייתה עליה, הוא מרוויח כי יכול למכור במחיר יקר יותר. האם מגיע לו פיצוי נוסף? אם **ההיצע עולה על הביקוש** לקבלן נעשה נזק, על אף שהקבלן מכר את הנכס לאדם אחר הוא מכר פחות עסקאות.  
  האם זכאי לפיצוי על אובדן נפח עסקאות? קודם יש להוכיח שאכן הייתה ירידה בנפח העסקאות. כשהמלאי מוגבל ומחוסל בכל מקרה, האם אין פיצויים כלל? במקרים של מכירת דירות יש **קושי**, מספר הדירות נקבע לפני המכירה והביקוש הוא די יציב.   
  **כשהמלאי מוגבל ומחוסל**- **הטענה לא תקפה**, אך יכולים לדרוש פיצוי על הנזק שנגרם מההפרה: בזבוז זמן וחיפוש לקוח חדש, הוצאות מו"מ בעסקה החלופית (14 ב'), ההוצאות הסבירות שעשה להקטנת הנזק והוצאות הסתמכות על המו"מ של העסקה שהופרה (לא תמיד זה מתקבל), נזק תוצאתי (ככל שהקבלן מקבל את הכסף יותר מהר זה מקטין את **עלויות המימון**-ריביות).
* סוחרי רכב מארה"ב ואנגליה: מצבים בהם ההיצע עולה כל הביקוש. במקרה בו הופר חוזה למכירת רכב כשיש היצע גדול מהביקוש, על אף שהרכב נמכר בסופו של דבר, בשל העובדה שיש הרבה מאד רכבים יש כאן הפסד עסקה ממשי שלא כמו במקרה של הקבלן שהביקוש יציב ומוגבל בכמות דירות.
* שכירות (לאו דווקא דירות לדוג' טוקסידו)- כאשר יש נכסים רבים להשכרה, הפרת החוזה יוצרת אובדן נפח עסקאות גם אם ניתן להשכיר לאחרים.
* לעומת זאת, אם מדובר בהשכרת נכס ייחודי (היצע אחד) לדוג' דירה. דירה נחשבת נכס ייחודי ולכן לא ניתן לטעון את הטענה הזאת ועל הבעלים לחפש קונה אחר לאור החובה להקטנת הנזק.
* חוזה קבלנות-  **(In re Vice Mill Ltd (1913) 1 Ch. 465 (C.A**  
  חוזה ליצירת מכונות, חלקם נוצרו לפני ההפרה, ונמכרו לקונה חדש (תוך ביצוע התאמות) וחלק לא יוצרו. נפסק פיצויי על אובדן הרווחים ביחס **לכל המכונות**. אם אין לך מגבלה על כמות המכונות שאתה יכול לייצר יש לך אפשרות לתבוע ביחס להכול, גם אם מכר את המכונות שכבר ייצר לקוח החדש.

**אובדן נפח עסקאות רלוונטי רק כאשר יש אותו נכס ומוצר בכמות גדולה, אין חובה שיהיה מוצרים זהים אלא חליפיים (כמו רכבי יד שניה).**

מקרים שבהם אין אובדן נפח על אף שלכאורה זה ייראה כך : כאשר גורם מתווך הזמין נכס מקבלן עבור לקוח, הפר את ההסכם, אך הלקוח בסוף רכש את הנכס. במקרה זה אין אובדן נפח כי בכל אופן אותה כמות עסקאות התבצעה בעולם.

טענת אובדן נפח עסקאות יכולה להגיע גם מהצד השני:קמעונאי הזמין מוצרים. ספק א' הפר, ספק ב' סיפק לקמעונאי מוצרים חליפיים. אם הקמעונאי מראה שהביקוש גדול במיוחד, ולכן בכל מקרה היה מזמין גם מספק ב', יכול לטעון לאובדן נפח עסקאות. לדוג': טרה הפרה עם שופרסל את ההסכם, שופרסל קנתה מתנובה אך הוכיחה שיכלה למכור את כל הכמות משתי החברות.

**בעיית אובדן נפח עסקאות:** לעיתים גם אם נחשוב שיש אובדן נפח עסקאות- לא היה.  
חברת בואינג כרתה חוזה למכירת מטוס לחברת T.W.A. בואינג מכרה 99 מתוך 100 המטוסים שייצרה באותה שנה. המטוס ה99 היה מיועד ל T.W.A ולאחר שהפרה, בואינג מכרה את המטוס ה99 ל- Pan Am. בואינג אומרת כי אם T.W.A לא הייתה מפרה, החברה השנייה הייתה קונה את המטוס המאה ובכך הייתה מחסלת את המלאי T.W.A אומרת שלא, אם לא הייתה מפרה, החברה השנייה הייתה קונה ממנה את הזכות למטוס מבואינג. או שהייתה קונה את המטוס, ומוכרת בעצמה לחברה השנייה. לכן בפועל ההפרה שלה לא גרמה לאובדן נפח עסקאות.  
כתוצאה מכך נקבע כלל בארה"ב- בשוק מצומצם כאשר יש **נגישות גבוה בין קונים**, אין בהכרח אובדן נפח.

הבעיה השנייה עם הפיצוי על אובדן נפח עסקאות היא ההנחה שלמוכר יש מספר קבוע של לקוחות ויכולת ייצור בלתי מוגבלת. בפועל רמת הייצור מוגבלת משתי בחינות:  
- תקופות לחץ.  
- בדרך כלל החברה מייצרת רמת ייצור אופטימלית. גם אם טכנית יכלה לייצר למכור יותר, עצם העובדה שלא עשתה זאת מראה שאין אובדן נפח עסקאות. בנוסף, הרבה פעמים רמת הייצור תהיה נמוכה **בכוונה,** כי ככל שתהיה נמוכה, כך הנכסים יימכרו במחירים גבוהים יותר.

**בעד הטלת אחריות בגין אובדן נפח עסקאות:**  
ברגע שאדם מוכיח שאכן נעשה לו נזק, אין סיבה לא לפצות אותו אולם, אנשים יכולים להגיד שאין באמת נזק (הנזק שולי), אך יש שתי טענות כנגד זה:

* בלי פיצוי, יש פטור למפר של עסקה קמעונאית. מכיוון שבעסקה קמעונאית המוצרים חליפיים ומיוצרים בכמויות לכן צריך מנגנון הרתעה כנגד זה.
* כביכול הנזק של אי מכירת מוצר מסוים הוא שולי, אך אם לא נפצה על כך יקרו המון הפרות שלא יפוצו וכשמאגדים אותם יחיד הנזק יהיה משמעותי וגדול.  
  פיתרון מוצע:להכיר באובדן נפח עסקאות רק אם הוכח בסבירות גבוהה שאכן נגרם נזק. מספר שיקולי עזר לבחינה זו:

1. ביקוש והיצע (רק אם ההיצע עולה על הביקוש).
2. נכס ייחודי או לא- כאשר הנכס לא ייחודי יש יותר סיכוי שנגרם אובדן נפח עסקאות.
3. יצרן מול קמעונאי- קמעונאי לרוב מוגבל בכמות היחידות. היצרן יכול לייצר יותר.
4. בחינת יכולת טכנית לבצע עבודה במקביל- אם יכול לבצע במקביל, יכול לטעון לאובדן נפח (שכר טרחה עורכי דין).
5. מעמדו של המוכר בשוק (מונופול)- מכוון שלא יכול להיות שהקונה יעשה עסקה עם מישהו אחר, ברגע שהוא מפסיק לקנות אז יש נזק. מצד שני, היצור של המונופול הוא **מוגבל** (בואינג) כי הוא רוצה לשמור על מחירים גבוהים ולכן אם זה המצב- לא יוכלו לטעון לאובדן נפח.
6. כאשר יש נגישות בין הקונים בשוק – לא ניתן לטעון זאת (T.W.A).
7. עד כמה העסקה מרחיבה את הפעילות? מקרים בהם אני רוצה את העסקה הנוספת כי יש לי אינטרס נוסף בקיום העסקה (לדוג' פירסום).

**מתי צריך לאמוד את הנזק מההפרה? (לשם פיצויים בכללי לאו דווקא לאובדן נפח עסקאות)**

**ביום פסק הדין.** באופן עקרוני היינו רוצים לאמוד ביום התשלום, אך אין אפשרות ולכן לפי יום פסק הדין+ ריבית והצמדה עד התשלום בפועל. יש חריגים שנובעים **מהחובה להקטנת הנזק** (החובה קמה ביום ההפרה, ולכן נאמוד את הנזק **ביום ההפרה**).

* **תושייה נ' גוטמן-**  זוג הציע את דירתו למכירה, חתמו על חוזה עם קונה אך הוא ביטל את החוזה. ערך הדירות ירד בשוק והם התקשו למכור את הדירה ולכן תבעו את ההפרש. המחיר בעסקה היה 63,700$, מחיר אפשרי סמוך להפרה היה 57,000$, בסופו של דבר מכיוון שהם חיכו לעליית מחירים (שלא קרתה) מכרו את הדירה ב- 50,000$.  
  השופט ברק- חובת הקטנת הנזק מחייבת לחשב את הנזק לפי המחיר **הסמוך להפרה או לאחר הביטול** (אחד מהשניים) משום שבמועד הזה היה עליהם לפעול למימוש הנכס כדי להקטין את הנזק.
* **אריאל נ' קירשנבאום-** הפרה ע"י המוכר, ביטול ע"י הקונים. המוכר השיב חזרה לקונים את הסכום ששילמו (כמעט במלואו), המחיר החוזי היה 130,000. הקונים רוכשים דירה חדשה ב180,000.   
  השופט י' כהן- המועד הרלוונטי הוא המועד שבו **רכשו את הדירה החדשה**, מאחר שקיבלו את הכסף חזרה היו צריכים לרכוש נכס חלופי (חובת הקטנת הנזק). אם לא היו מקבלים את הכסף, לא הייתי עומד על חובת הקטנת הנזק. כי לא היו יכולים לרכוש נכס חלופי והמועד הרלוונטי היה מועד המשפט.
* **ליפשיץ נ' לוי-** המערער בנה ללא היתר דירה במחסן והציע אותה למכירה כדירה חדשה, נתגלו לקויים בדירה ובין היתר נתגלה שערכה פחות בשל בניתה ללא היתר כמו כן נזק לשטיחים עקב הצפה.  
  מועד קביעת הנזק היה ביום **פסק הדין**, ערך הנכס ירד בין מועד המשפט למועד פסק הדין. שווי במועד ההפרה- 110,000, שווי במועד המשפט 100,000.  
  שווי עקב אי התאמה במועד המשפט-70,000 (הפחתה של 30%).  
  אולם, לא כל ירידת הערך נובעת מאי ההתאמה **שהניזוק לא ידע עליה** (ידעה על כך שהדירה במרתף, לא ידעה שאין היתרי בניה). בית המשפט החליט שתפוצה רק על הפגמים שלא היו גלויים. אם היו פוסקים את שווי הפיצוי לפי **מועד ההפרה** ירידת הערך הייתה 33,000, כלומר 10% מ110,000.

כיצד יש לפסוק כשיש ירידה בשווי הנכס?  
באמצעות פיצוי **במועד ההפרה**, והצמדה של ערך הכסף. אם אנחנו סבורים שהנפגע היה מעוניין להצמיד את ערך הכסף לנכס (לוקח את הכסף שמקבל כפיצוי במועד ההפרה וקונה משהו ששווה ערך לנכס) – המועד הרלוונטי, **מועד המשפט.** אם הנפר היה לוקח את הכסף, שם אותו בבנק וצובר ריבית- המועד הרלוונטי הוא **מועד ההפרה.**  
הביקורת על הפסק דין בליפשיץ: המועד הרלוונטי הוא מועד ההפרה.

דוגמא – מניות: לדוג' הייתה הפרה בחוזה של נכס שהיה להשקעה, ויודעים במה הניפר רצה להשקיע את הכסף שלו, כי הוא קנה עם זה את המניות שלו. לכן, להצמיד את הנזק לביצוע של המניות עד מועד הפירעון זה מאד הגיוני כי מלכתחילה רצה לחשוף את עצמו לתנודתיות המניות. לעומת זאת, אם לא רצה לחשוף את עצמו לסיכונים האלה, אין סיבה להניח שהיה משקיע את הכסף באותו המקום, לכן ירצה את הריבית חסרת הסיכון, כלומר את השווי שהיה מקבל אם היה שם את הכסף בתוכנית חיסכון

**סייגים ומגבלות - אלו מקרים שבהם מופחת הפיצוי שמוענק מתוקף דיני החוזים.**

ישנם ארבעה שיקולים להפחתת הפיצויים: **1. ריחוק הנזק (צפיות הנזק):**

**לפי סעיף 10**: המפר היה צריך לראות **מראש** את הנזק בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה, אחרת הוא לא חייב בפיצוי בגינו. במשפט האנגלי זה נקשר לסוגיית של ריחוק הנזק, נזק לא צפוי נחשב לנזק רחוק.

* דוג': בנזיקין ישנו פס"ד שבתחנת רכבת נופל שעון על הראש של עובר אורח בגלל פיצוץ שקרה בצד השני של התחנה. הוחלט שאמנם זה קשור סיבתית לעוולה אך זה מקרה רחוק מדי וכתוצאה מזה זה לא צפוי ולא מזכה בפיצוי.
* דוג' לנזק רחוק: **פס"ד Victoria Loundry-** היה איחור במסירת דוד למכבסה, דבר חיוני להמשך פעילותה. כתוצאה מכך נגרמו 2 נזקים למכבסה: הפסד עסקאות והפסד של חוזה מיוחד עם העירייה ברווח מאוד גדול. בעל המכבסה דרש פיצוי על שני הנזקים. ביהמ"ש החליט שאינם יכולים לקבל פיצוי על הפסד החוזה המיוחד מכיוון שזו תוצאה שהמפר לא ראה ולא היה צריך לראות. זו **תוצאה רחוקה** של ההפרה ולא **תוצאה מסתברת** של ההפרה ולכן ניתן פיצוי מוגבל רק לעסקאות הרגילות.

הרציונל של ריחוק הנזק: **עידוד העברת מידע-** לניפר יש מידע פרטי על סיכונים מיוחדים. לדוג' בפס"ד של המכבסה, היה לו מידע על חוזים מיוחדים שיש לו ולכן האינטרס לקבל את הדוד היה גדול מאוד אך היה להם תמריץ לא לגלות את המידע הזה.

מדוע **ללא קשר** להפרה יש להם תמריץ **לא לגלות** על העסקאות המיוחדות? מחיר חוזי נקבע לפי מיקוח של הצדדים על המחיר, אם צד א' יודע שהצד השני מאוד זקוק לשירותו אז ידע שהוא מוכן לשלם יותר, הצדדים לא רוצים לחשוף בפני הצד השני עד כמה החוזה חשוב להם.

בהקשר של **הפרה** (-(adverse selection כאשר אדם מתקשר עם גורמים שונים ישנם שני טיפוסים: הנזק שלהם נמוך או נזק שלהם גבוה. אותו אדם ידרוש מחיר שישקף את **הממוצע**. משום שהוא יודע שיש סיכוי שהוא יפר ויצטרך לשלם פיצוי אך אינו יודע מי האדם שעומד מולו (נזק גבוה או נמוך). הניזוקים **יודעים** איזה טיפוס של נזק הם, אם יתמחר לפי הממוצע, הטיפוסים של הנזק הנמוך עלולים לרצות לא לשלם כי הוא יהיה יקר מדי עבורם. במקרה הזה כלל האנשים בעל הנזק הנמוך יצאו מהשוק ויישארו רק האנשים בעלי נזק גבוה והממוצע יעלה כי הוא יתומחר לפי נזק גבוה.

**ישנם הסברים נוספים לעידוד העברת מידע מעבר להשפעתו על המחיר החוזי:** (מדוע חשוב שהמפר יידע מראש על התוצאות הסבירות של ההפרה?)

* **פיצוי כתנאי מכללא בהסכם**: הסדר אמור לגבש את רצון הצדדים במועד הכריתה, לא ייתכן שצד ייקח על עצמו סיכונים שהוא לא הסכים עליהם, לכן הפיצויים יהיו לפי המידע שהיה להם. החייב לא הסכים במשתמע לשלם פיצוי על מידע שלא היה ברשותו, לכן הגיוני להגביל את הפיצוי כהסדר ברירת מחדל רק על מידע שהיה בידי החייב.
* **מניעת התקשרות בחוזים רצויים, זהירות יתר בשלב הכריתה (הסבר חברתי כלכלי)**: אם יהיה פיצוי על נזקים בלתי צפויים זה עשוי למנוע התקשרות בחוזים רצויים, חוזים שמשתלם חברתית שייכרתו אך הם לא נכרתים. לדוג': הנזק הנמוך שאיתם היה רצוי להתקשר, החייב עלול להיזהר באופן קיצוני ולא לכרות עמם חוזה כי יפחד שהם מהאנשים של הנזק הגבוה והבלתי צפוי.
* **נקיטת זהירות ראויה מפני הפרה**: אנו רוצים שחייבים יפעלו למניעת הפרות כל עוד ההשקעה **במניעת הפרה היא יעילה**. צד לחוזה צריך לדעת מה מהו הנזק שעלול להיגרם בעת ההפרה כדי שידע כמה להשקיע במניעת הסיכון (לא הגיוני שישקיע יותר מדי).
* **העמדת אפשרות למפר להגביל את אחריותו בשעת הכריתה (למה שהצדדים ירצו להגביל אחריות?)**: כשאדם יודע מה הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מהפרה שלו, הוא יכול גם להחליט שהוא לא רוצה לקחת את הסיכון על עצמו (חוזה כמכשיר להקצאת סיכונים). לדוג': כאשר צדדים יחליטו על פיצויי קיום כברירת מחדל, והצד השני חושף בפניו שפיצויים אלו גבוהים מהרגיל, צד א' ירצה להגביל את האחריות. הגבלת האחריות לעיתים תהיה אינטרס של שני הצדדים: לדוג' אם **הנפר יכול בזול יותר** להגביל/למנוע את הנזקים שיגרמו מההפרה ולכן במקרה זה נרצה להקצות את הסיכון של חלק מהנזקים לכתפיים של הנפר.
* **מניעת תופעה של סבסוד צולב**: זוהי תופעה שקורית כאשר גורם אחד מתקשר עם כל מיני גורמים שההסדר החוזי שלו איתם הוא אחיד וכתוצאה מכך אחד מאותם לקוחות מסבסד את המחיר של הלקוח השני. לדוג' שטיפת מכוניות: מגיעים מכוניות שלא ידוע מה טיבם ובעל המוסך מתחייב לא לגרום נזק לרכב במסגרת החוזה. המחיר החוזי ישקף את הסיכון שיגרום נזק לרכבים, מכיוון שהרכבים מסוגים שונים הוא אינו יכול לגבות מחיר שונה לפי סוג הרכב אם אינו מוגבל בנזק שהוא ישלם ולכן יקבע מחיר אחיד. כתוצאה מזה אנשים עם רכבים זולים משלמים יותר מדי עבור שטיפת רכבם, לעומת בעלי הרכבים היקרים-בעצם העניים מסבסדים את המחיר לעשירים. כל תופעה של חוזה שכולל בתוכו אחריות לנזקים תוצאתניים כאשר הלקוחות הם מכל מיני סוגים ובעלי נכסים שאי אפשר לאמוד אותם, יוצרת את הסכנה הזאת של סבסוד צולב.

**הפתרון החלקי לשתי הבעיות האחרונות- הגבלת אחריות בתוך ההסכם:** לדוג' להגביל את הנזק שיכול להיווצר בשטיפת המכוניות ל- 1,000 ₪. זה פותר את הבעיה כי בעל המכון יודע שהוא מוגבל באחריות. ובכך העניים מקבלים פיצוי מלא והעשירים פיצוי חלקי. זה גם מונע את הבעיה של Adverse selection - אין פחד מנושים שהנזק שלהם מההפרה יהיה מאוד גבוה כי כולם מקבלים את אותו הפיצוי ולכן לא יתמחר מחיר חוזי גבוה.

**מבחן ריחוק הנזק בישראל**:   
ניתן לחלק את רעיון היישום לכל מיני סוגים של היעדר צפיות. מה קורה כאשר מתרחש נזק לא צפוי? לדוג' אדם שקונה מזון כלבים שמכיל רעל והוא טועם את מזון הכלבים ומת. הנזק לאדם הוא נזק לא צפוי אבל היה צפוי שאם היה נותן לכלב אז הכלב היה מת. אין מחלוקת שהנזק לאדם לא יהיה בר פיצוי. האם אנחנו ניתן פיצוי לפי הנזק שהיה קורה לו הכלב היה מת? משמע, האם ניתן את הפיצוי רק על הנזק **שכן היה צפוי**? אין הכרעה, אך שאלה זו הגיעה לפסיקה ביחס לאובדן רווחים עקב שימוש לא צפוי.   
דוג' מאנגליה: אנשים הזמינו אוניית הובלה אך השתמשו בה לאחסון. נפסק, שניתן לתבוע על אובדן הרווחים שהיו צפויים מהשימוש הצפוי גם אם הם שונים מהנזק בפועל. כאשר אדם תובע לאובדן רווחים הוא מוגבל **לאובדן רווחים כתוצאה מהשימוש הצפוי** גם אם אובדן הרווחים בפועל נוצר משימוש לא צפוי.

**פס"ד חזן נ' דגן , השופט שמגר:** תמיד יש צפיות לגבי תנודות של השוק, אמנם צריך להיות צפיות לגבי גובה הנזק אבל גובה נזק חריג שנגרם כתוצאה מתנודות השוק הוא **תמיד צפוי** כי תמיד צריך לצפות שיהיו תנודות.

**פס"ד אנסימוב:** לריחוק הנזק עומדת גם דרישת **וודאות הנזק**, הנפר צריך להוכיח את הנזק שנגרם לו ברמת וודאות מאוד גבוהה.   
כהן בדעת יחיד: צריך להוכיח שהנזק צפוי ומהרגע שהוכח, אפשר לאמוד את הנזק ולפצות.  
השופט ברק: יש להוכיח וודאות גבוה גם לעניין הנזק וגם לשיעור הפיצויים. אם אתה לא יכול להוכיח בצורה מסודרת מהו שיעור הנזק שנגרם לך, לא יינתן פיצוי.

כיום יש דרכים **להקל על הדרישה של וודאות בגובה הנזק**, במיוחד אם ההפרה היא שיצרה את חוסר הוודאות. אם הפרת החוזה גרמה לכך שיהיה נזק, גם אם לא נוכל להוכיח אותו אז מקלים ומאפשרים לפצות ע"פ אומדן. מאפשרים זאת גם אם ההפרה היא מכוונת, לא תינתן למפר האפשרות להסתתר מאחורי הטענה שהנזק הוא קשה לאמידה.   
**פיצוי לפי הסתברות:** (לדוג': פס"ד הדוגמנית שלא זומנה לראיון עבודה ופוצתה לפי ההסתברות שהייתה מתקבלת, הרחבנו בשיעורים קודמים). פיצוי לפי הסתברות הוא החריג של החריגים בדיני הנזיקין, מנגד זה אפשרי בדיני החוזים. כאשר סוג **הנזק צפוי** ובית המשפט משתכנע שהוא נגרם, אך **אמידת הנזק** היא לא וודאית בכלל בית המשפט מאפשר לתת פיצוי לפי הסתברות שהנזק נגרם ולפי התרחישים השונים לגובה הנזק.

2. **סיבתיות:**

כדי לקבל פיצוי על נזק שנגרם מהפרת חוזה צריך להראות את כל התנאים שצריך להראות ביחס לקשר סיבתי (להראות שאלמלא ההפרה הנזק היה נמנע).  
יש קושי להוכיח סיבתיות ביחס לשני גורמים:

* מה היה קורה בעולם ערטילאי שבו ההפרה לא הייתה מתרחשת. לעיתים הנזקים יהיו ברורים אך לעיתים יהיה קושי בהוכחה. לדוג': הפרה של חוזה לפרסום, לא ידוע האם יש נזק ואם כן מה הגובה שלו?
* אמידה של נזק עתידי: הופר הסכם שאמור לשרת אדם בעתיד לתקופה ארוכה וכדי לאמוד את הנזק צריך לדעת מה יקרה בהמשך. לדוג' הסכם גידור לפי שער הדולר, לא ידוע מה השער בעתיד, הרי זה משתנה מרגע לרגע.

**אם בית המשפט מסוגל להעריך את תוחלת השווי, אז פותרים את זה ע"י הערכה הסתברותית, זה קורה רק בתנאי שיש סיכוי ממשי ולא ספקולטיבי.**

**3.הקטנת הנזק:**

**סעיף 14:** המפר לא חייב בפיצויים בעד נזק שהנפגע יכול היה להפחית או למנוע, אך הוצאות הנפגע לשם מניעת הנזק יחייבו את המזיק.

מדוע דוקטרינת הקטנת הנזק חשובה?

* **תמריצים לנפר** להקטין את הנזקים שלו, גם כאשר נקבע פיצוי מוסכם יהיה לו אינטרס להקטין כי הוא בכל מקרה יקבל את הפיצוי (ינסה להקטין את הנזק ויישאר לו רווח).
* **הגינות** כלפי המפר, "הצדק המתקן" של חובת הקטנת הנזק- האשם של המפר הוא **בנקודת ההפרה** ולכן נרצה שיפצה על הנזק שנגרם **באשמתו**, ולא על הנזקים שנגרמו אח"כ ושהנפר הגדיל/לא מנע.

דבר זה יכול להיות בעייתי, כי המפר בזדון יכול לטעון בפני הנפר שלא הקטין את הנזק, על אף שזה נעשה ברשלנות. ייתכן שזה ייתן איזשהו יתרון למפר.

החובה **לא חלה** במקרים שבהם הפיצוי לא תלוי בגובה הנזק בפועל (פיצוי מוסכם). החובה **חלה** רק לאחר ההפרה, אך כאשר המפר הפר אך הנפר לא ידע שהחוזה הופר, לא תחול עליו החובת להקטנת הנזק, אך יכול להיות שזה ייחשב אשם תורם.

**פס"ד סוראקי**: עולה השאלה האם חלה חובת הקטנת הנזק במצבים שבהם המפר עוד לא הפר את החוזה אבל הוא הודיע על הכוונה שלו להפר את החוזה? **הפרה צפויה**.  
ניתן לחשוב על שתי גישות:

* עליו להקטין את הנזק להפרה הצפויה.
* ייתכן שהנושה ידרוש שהחוזה יקוים (אכיפה/ברירת הקיום), אז לא תהיה החובה להקטנת הנזק.

אך יש להבחין בין שני מצבים:

כאשר הנפר מבקש לעמוד על הקיום והקיום אפשרי (הפעלת ברירת הקיום), אין חובת הקטנת הנזק ביחס **לפיצויי קיום,** לעומת **הסתמכות אגבית ונזק תוצאתי.**

1. **אשם תורם:**

קיימים מקרים בהם הנפר יכול **למנוע את ההפרה**, או להפחית את הסיכון.

**פס"ד Examine:** במקרה זה היה חוסר שיתוף פעולה **עוד לפני ההפרה**, הם הגדילו את הסיכוי להפרה והוגדרו כאשם תורם (על אף שהקטינו את הנזק). זוהי דוקטרינה שנוצרה מפסיקה המאפשרת הקטנה של הפיצוי ללא קשר לחובה להקטנת הנזק. ניתן לראות את זה כך שבכל הסכם יש תנאי מכללא (שניתן להתנות עליו) לשיתוף פעולה, וברגע שאחד מפר, נוצרת הפרה הדדית.

**ההבדל בין חובת הקטנת הנזק ובין אשם תורם:**

מועד: **הקטנת הנזק** קמה מרגע ההפרה, **אשם תורם**: התנהגות בת אשם, אי קיום חובת השת"פ במהלך החוזה.

היקף האחריות: היקף האחריות של **הקטנת הנזק** הוא מלא, לא זכאי לאף פיצוי של הנזק שניתן למנוע לעומת זאת **באשם תורם** זה יחסי, מפחיתים בשיעור מסוים את הפיצוי.

**פיצוי ללא הוכחת נזק:**

* סעיף 11+12.

**פיצויים מוסכמים:**

לניפר יש אופציה לתבוע לפיצוי מוסכם לפי סעיף 15 או פיצויים לפי סעיפים 10-14. כאשר יש פיצוי מוסכם הניפר תובע לפיצוי. לעומת חילוט, כאשר יש תניית חילוט התובע הוא המפר שדורש השבה והניפר מתגונן בטענת חילוט שאינו צריך להשיב את הכספים לאור התניה.

מטרת הפיצוי המוסכם:

* המפר הפוטנציאלי יודע מה החבות מראש.
* חיסכון הוצאות בית משפט בשל בירור גובה הנזק, אך מנגד יכול להיות שהוצאות המו"מ יהיו גבוהות יותר.
* דיוק: לעיתים מראש הצדדים יוכלו לאמוד את הנזק טוב יותר מאשר בית המשפט לאחר ההפרה, בעיקר בנזקים סובייקטיביים (לדוג' טבעת נישואין).
* אפשרות לצדדים לאפשר הסתמכות וליצור אמינות (לדוג' אחריות על מוצרי חשמל, מראה על אמינות ורצינות של היצרן לגבי העסקה).

המטרה של התערבות מאוחרת בפיצוי המוסכם ע"י בית המשפט:

* **ענישה** של המפר, התנהגות שהיא לא ראויה.
* ייתכן שזה ייפגע **בצדדים שלישיים**, אך זה יהיה נכון לגבי **פיצויים**: לדוג' בעל חנות שלא סיפק לאדם מסוים את הסחורה בזמן ועתה חייב לו סכום דרקוני שאינו פרופורציונלי, זה יגרום לכך שלא יעמוד בהתחייבותו כלפיי שאר הנושים שהסתמכו על הנכסים שלו. אותם נושים לא יכולים לדעת על הסכם הפיצוי המוסכם שגרם לכך שנושה אחד יקבל את כל הכסף של החייב.  
  לגבי **חילוט** זה לא נכון, הרי זה לא אצל של החייב, לא חלק מנכסיו.
* חשש **מהטעיה**: אנשים לא יהיו מודעים לסיכון ההפרה ובכך יטעו (עלולים לא לשים לב בעת הכריתה). פחות סביר ביחס לחילוט, מכיוון שזה מוגבל לכסף ששולם לעומת פיצוי מוסכם שאינו מוגבל (לדוג' בחוזה שכירות שהפיצוי המוסכם בו הוא מאות שקלים ליום איחור, לרוב אנשים לא מודעים לסכום הזה וטועים לחשוב שישלמו את הסכום הרגיל של השכ"ד).
* הנפגע עלול לעודד הפרה/לא לשתף פעולה בביצוע (דוגמת חוזה השכירות).

טיעונים נגד התערבות מאוחרת של בית משפט בפיצוי המוסכם:

* התערבות בחופש החוזים: ככלל לא מתערבים בתנאים שהצדדים קבעו גם אם מוטה לטובת צד אחד, אלא אם כן מתקיים עושק.
* עידוד הצדדים לעשות שימוש בפיצויים מוסכמים, בית המשפט ירצה את זה כי זה חוסך את הדיון המשפטי (בירור עלויות וכו').
* אם לצדדים יש מידע עדיף על בית המשפט, כיצד הוא יכול להסיק ש**הפיצוי מופרז**? הרי הוא מתומחר במחיר החוזי.  
  \* אם הפיצוי אכן מופרז ניתן לראות זאת כחוזה הימור.  
  \* רציונאלית מוגבלת: הערכת חסר של ההסתברות שיפר את החוזה ולכן החייב עלול להסכים לפיצוי מוסכם גבוה מדי כי הוא לא רציונלי, הוא לא מבין מה ההסתברות שמתומחרת במחיר החוזי.

כאשר הרכיב הסובייקטיבי בחוזה משמעותי, לצדדים יש עדיפות אינפורמטיבית על בית המשפט, לעומת נזקים אובייקטיבים (ריבית). לעיתים פיצוי מוסכם עלול להיות מוסווה:

* **פס"ד האני נ' מני**: קבלן התחייב להשיב את הכסף במקרה של איחור, מבלי לגרוע בזכויות לתביעת אכיפה- הסוואה דרך השבה.
* סעיף 15 ג' (חילוט)= פיצוי מוסכם, התניה על זכות ההשבה.
* השבת שווי תוך **קביעת השווי** (הסכמה על ערך הנכס בחוזה).
* חוזה חילופין: אפשרות לבצע, או לא לבצע ולשלם פיצוי (זה לא ייחשב הפרת חוזה אלא אכיפה).
* הנחה על הקדמת התשלום או קנס על איחור בתשלום. לוגית אין הבדל בין השניים אך בדין האנגלי נקבע שרק קנס על איחור בתשלום נחשב כפיצוי מוסכם.

הפחתת הפיצויים ע"י התערבות בית המשפט: **"היעדר כל יחס סביר"** (לרוב יקרה במקרים קיצוניים) ואם בשעת ההפרה אין כל יחס סביר לנזק שהיה צפוי.  
**מבחני העזר:**

* האם הנזק הצפוי קל להערכה?
* בחינת יחס היקף העסקה לגובה פיצוי המוסכם. אך זה לא תמיד נכון, לעיתים הנזק מההפרה יהיה גדול על אף שהעסקה לא משמעותית (לדוג' מזמינה מוצרים זולים אך יוצרת ארוחת גורמה).
* האם תניה גורפת שאומרת שכל הפרה מזכה בפיצויים מוסכמים תיחשב כהיעדר כל יחס סביר? ישנה מחלוקת בין אנגליה שמקבלת את זה לבין ארה"ב שלא.

**שיקולים שבהמ"ש לא דן בהם בפיצוי מוסכם(עדיין יינתן הפיצוי המוסכם):**

* אם נגרם נזק בפועל.
* התנהגות הצדדים (אשם תורם, הקטנת הנזק).

**אופן ההפחתה:**

* או עד שיש יחס סביר.
* או עד לנקודה המקסימלית שמקיימת יחס סביר.  
  **פס"ד חשל בניה:** ישנה ריבית גבוהה כחלק מהסכם הפיצוי המוסכם, בית המשפט מתערב ומפחית אותו **לנקודה המקסימלית שמקיימת יחס סביר**. הביקורת: לא מתמרץ את הצדדים להימנע לקבוע פיצוי מוסכם מוגזם (לטענת המבקרים-אין ענישה).
* לבטל את הפיצוי המוסכם ולקבוע פיצוי לפי סעיף 10 או 11.

**נזק לא ממוני- סעיף 13**

סיבות לרתיעה:

* הצפת בתי המשפט, קשיי הוכחה, הוצאות מנהליות, הכבדה על פעילות/תיחום הנזק.
* הרבה פעמים הניפר יוכל למנוע את זה יותר מאשר המפר.
* בחוזים הפיצוי הוא **ביטוח** מפני הפרה, ניתן להגיד שאנשים מבטחים את הנזקים הכלכליים אבל לא מבטחים נזקים שאינם ממוניים. נזק זה לא מתומחר מלכתחילה במחיר החוזי ולכן לא יינתן פיצוי בגינו.  
  **מנגד,** נרצה כן לפצות כדי למנוע הפרות שאינן יעילות (כאשר המפר לא צריך לשלם זה עלול לתמרץ אותו להפרות נוספות).

**שיקולים בפסיקת הפיצוי:**

* נזקים צפויים.
* **פס"ד גולדמן נ' מיכאלי**: נכנסו לדירה באיחור של 11 חודשים בלי שקיבלו מפתח מהקבלן (פלשו לדירה של עצמם). בדירה לא היה חשמל ומים. הם פוצו בגין האיחור אך לא בגין המגורים ללא תשתיות.
* נזק פיזי (לרוב נזיקין).
* אופי החוזה- מסחרי מול אישי:
* חוזה לחופשה/בילוי בנישתי נ' ששון.
* צלם שלא הגיע לחתונה.

לרוב בית המשפט יפסוק נזק שאינו ממוני בחוזים למתן **טובת הנאה** לעומת זאת, על איחור בתשלום לא יינתן פיצוי בגין נזק שאינו ממוני.

**פיצויים וביטוח: סעיף 16** "בקביעת שיעור הפיצויים, לא יובא בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי היה לקבל בשל הפרת החוזה לפי חוזה ביטוח". מתי הנפגע זכאי לקבל לפי חוזה כספי ביטוח ומתי נפחית את הפיצוי?  
**פס"ד ליפשיץ נ' לוי:** מחסן שנמכר כדירת מגורים, ובנוסף הייתה הצפה שגרמה נזק לשטיחים.השטיחים היו מבוטחים, האם יכולה לתבוע על הנזק שוב מהנפר? לפי סעיף 16, לא אמורה לקבל פיצויים, אך יש שינוי בפסיקה- זה תלוי **בזכות הסוברוגציה** (סוברוגציה= הוא מצב משפטי שבו צד אחד (א') נכנס בנעליו של צד אחר (ב') וזאת כדי ליהנות מזכויות שזכאי להן צד ב' מצד שלישי (ג') או בכדי ששניהם ייהנו מזכויות אלה, לרוב קורה בחוזה ביטוח שבו הביטוח משלם לנפגע אך תובע את **המזיק** בשמו של הנפגע).  
אם **יש** זכות- סעיף 16 מונע כפל פיצויים למפר.  
אם **אין** זכות- הנפר יקבל פעמיים פיצוי גם מהמפר וגם מחברת הביטוח, הפיצוי לא יהיה כפול (מצד המפר).  
לדוג' אדם עשה ביטוח שאינו תלוי בנזק, משמע אם יקרה לי כל דבר ליד אקבל סכום קבוע של 1000 ₪ (לא משנה מה קרה ליד- שבר או שריטה אקבל סכום קבוע) ולכן ניתן לקבל פעמיים פיצוי.

**חוזה מוקדם (כפוף להסכם) והשלמת פרטים**

**מבוא:**

מה דינו של מסמך שלא כולל את כל פרטי ההתקשרות?

**האם זה שלב במו"מ** שאינו מחייב כלל את הצדדים או שזה **הסכם מחייב עם השלמת פרטים בעתיד**- חוזה שאינו שלם, זהו רצון הצדדים וההשלמה שלו תבוא ממקור חיצוני- מהוראות חוק משלימות (אלא אם כן התנו על כך).

**צדדים לא יוצרים חוזה שלם מכיוון:**

* השלמה שלו תהיה **יקרה**, עלויות המו"מ יהיו גבוהות.
* לעיתים זה יעשה עקב **היעדר צפיות**- כי הצדדים לא לגמרי בטוחים מה הם רוצים/לא זוכרים להכניס את כל הפרטים (השלמת הפרטים מתקשרת לשאלות של פרשנות חוזה-נדון בהמשך).

**התייחסות להיעדר פרטים- גמירות דעת, מסוימות, דרישת צורה ותרופות:**

כאשר קיים מסמך שלא כולל את כל פרטי ההתקשרות, צריך **למצוא מהי הסיבה**.

אם זה כתוצאה של **היעדר גמירות דעת** להתקשר בחוזה ואין מספיק פרטים כדי לעמוד **בדרישת המסוימות**-החוזה אינו תקף.

יש גם לבחון את יסוד הצורה של החוזה, לדוג' חוזה מקרקעין לפי **ס' 18** לחוק המקרקעין.  
היעדר פרטים בחוזה משליך על השאלה האם מוגשמת דרישת הכתב בהסכם. כאשר ישנו מסמך שלא כולל את כל פרטי ההתקשרות, אפילו אם בית המשפט יקבע שיש הסכם זה יש חוזה זה עשוי להקשות על מתן סעד אכיפה:

* מכיוון לביהמ"ש אין מושג פרקטי איך לאכוף את החוזה.
* זה ידרוש התערבות גדולה של ביהמ"ש.

**מחסור בפרטים- חוסר גמירת דעת:**

**רבינאי נ' מן שקד, השופט ברק:** על מנת לבדוק האם יש גמירות דעת במסמך שחסרים בו פרטים נשאל מהי נוסחת הקשר? מהי כוונת הצדדים? משום שמחסור בפרטים רבים מעיד על היעדר גמירות דעת, עלינו להסתכל גם על תוכן המסמך. אם נשתכנע שגמרו בדעתם- נאפשר השלמה נורמטיבית (נמצאים הפרטים המהותיים).

**ישנו קושי**: אם מחסור בפרטים (הניתנים להשלמה) חוסך הוצאות במו"מ למה שזה יהווה ראייה להיעדר גמירות דעת? השלמה של כללי ברירת המחדל היא גסה, במיוחד כשמדובר בחוזה מקרקעין זהו חוזה מורכב ולא תמיד יתאים להשלמה נורמטיבית (ההשלמות הן מאוד כלליות, תוך זמן סביר),לכן נוכל לעיתים לראות בחוזים מורכבים שכאלו שהעדר פרטים יעיד על היעדר גמירות דעת.

**מחסור בפרטים-בעיית המסוימות:**

אם ברור שיש גמירות דעת, ניתן להשלים את החוזה, אולם, ההשלמה לא משקפת את הרצון האותנטי של הצדדים- נוגד את עיקרון חופש החוזים. כאשר ביהמ"ש השתכנע שיש גמירות דעת ושהצדדים רוצים להתקשר בהסכם מחייב עומדות בפניו שתי אפשרויות: לקבוע שיש הסכם מחייב או שאין הסכם. השלמת החוזה היא לאו דווקא ע"פ רצון הצדדים אך גם ביטולו (הרי רצו חוזה) **התערבות בתוכן מגשימה יותר את רצון הצדדים מביטולו.**

* **פס"ד פסטרנק נ' חברת יוסף לוי-**הסכם קומבינציה: פסטרנק הציעה לחברת יוסף לוי לרכוש קרקע בתמורה לכסף ודירות. אולם, ההצעה לא הכילה את המפרט הטכני של הדירות שהוא היה צריך למסור, לכן הוחלט שפרטים אלו לא ניתנים להשלמה ואין חוזה. **זה פס"ד ישן, שהיום היה נאכף** לפי הגישה העדכנית ב**רבינאי נ' מן שקד-** ביהמ"ש יכול היה להשלים את הפרטים.
* **פס"ד עובדה נ' אדרבי**:היה הסכם שהכיל רק משפט אחד -צד א' יעביר לצד ב' את החלקה. ביהמ"ש משלים את מועד העברת החזקה, מועד תשלום היתרה, זהות משלם דמי ההסכמה למנהל מקרקעי ישראל (מס). ביהמ"ש משתמש במנגנונים **שונים**: חקיקה דיספוזיטיבית והנוהג בשוק.
* **פס"ד החברה לפיתוח חוף התכלת**:ביהמ"ש השלים לא רק את מיקום הנכס אלא גם את גובה התשלום, זהות משלם המס ופרטים מהותיים אחרים. מכיוון שהשתכנע שהייתה כוונה מלאה להתקשר בחוזה מחייב.

**מחסור בפרטים ובעיית הצורה:**

לדוג: סעיף 8 לחוק המקרקעין; סעיף 5(א) לחוק המתנה- דרישת הכתב סעיף 203(א) לפקודת העיריות - דרישת הכתב+חתימת העירייה.

ככל הנראה הדרישה לכתב במקרים אלו היא הבטחת רצינות הצדדים, אך בכל זאת הפסיקה התירה השלמה גם לעניין הכתב שיכולה להיראות כהתנגשות עם רצון המחוקק.

**פס"ד תמגר נ' גושן:** נקבע שהסכמת הצדדים בע"פ מרפאת את חוסר המסוימות בהסכם- השלמה בע"פ של חוזה שאמור להיות בכתב.

**מחסור בפרטים יכול להוביל לפגיעה בסעדים**:

**בפסטרנק, עציוני:** גם אם היה נקבע שהחוזה שלם לא היה ניתן לאכוף אותו, לא ניתן לדעת את כוונת הצדדים המדויקת, אולם ניתן להתמודד עם זה בעזרת **ביצוע בקירוב** או פסיקת **פיצויים**.

**דרכים להשלים פרטים חסרים בחוזה:**

**סדר היררכי:**

1. הוראות חוק קוגנטיות (תשלום מינימום).
2. מנגנון השלמה פנימי.
3. נוהג מיוחד: נוהג בין הצדדים להסכם.
4. נוהג כללי : נוהג בשוק הרלוונטי.
5. הוראות חוק משלימות ספציפיות- של תחום העסקה הספציפי.
6. הוראות חוק כלליות.

דוגמה: בעסקת מכר העסקה תושלם קודם לפי חוק המכר (**הוראות חוק משלימות ספציפיות)**, רק אם אין הוראה מתאימה אז הולכים לחוק החוזים (**הוראות חוק כלליות)**.

דוגמה: סעיף 44(א) **לחוק החוזים**- קיום במקום עסקו של הנושה (כל עסקה אחרת שאינה מכר); סעיף 10(א) **לחוק המכר**- מסירה במקום עסקו של המוכר (עסקת מכר).

**הוראות חוק קוגנטיות גוברות על רצון הצדדים:** לכן הוא יהיה בראש הרשימה, אם לא ידוע מה רצון הצדדים אז ממשיכים לפי הסדר המתואר למעלה, אם לא ניתן להשלים את החוזה ע"פ שום סעיף מהרשימה אז הוא לא מסוים ולכן **לא יהיה תקף.**

מהי עילת התביעה בחוזים שכוללים הוראות שמפרות הוראות קוגנטיות?  
למשל: חוזה עבודה שהשכר הוא מתחת לשכר המינימום.  
**תשובה**: היה נראה שזה נזיקי, אבל זה עילה חוזית, כי ההוראות נקראות לתוך החוזה.   
כל המסגרת הדיונית היא חוזית, ולא נזיקית.

**השלמת החוזה ע"י הצדדים:**  
פס״ד חוף התכלת: חברה שהיו לה כל מיני נכסים ועשתה עסקת קומבינציה למכור חלק.  
הבעיה הייתה זהות הממכר. איך ניתן להשלים זאת? ע״י מנגנון השלמה פנימי שהצדדים קבעו כבר, הם קבעו ששמאי שיחליט מה יהיה השטח, הבעיה הייתה לקבוע את זהות השמאי. בית המשפט החליט **לאכוף** עליהם חוזה, כדי לממש את רצון הצדדים הראשוני וזאת למרות הריבים שלהם מאוחר יותר.   
**הצדדים יכולים לקבוע שצד אחד ישלים פרטים בחוזה**= אך זה צריך להיות בכפוף לתום הלב (כך שזה מיטיב לעסקה ולא רק לצד אחד).  
תמגר נ' גושן: רעיון **האופציה הכפולה** (טווח מחירים), לכל אחד ניתנת האופציה לכפות את ההסכם על הצד השני אם הוא מסכים לקצה **שהכי משתלם לצד השני** בטווח, הצד השני לא יכול להתנגד לחוזה משום שזה כרוך בחוסר תום לב. בפס"ד זה היו חסרים כמה פרטים מהותיים בעסקת קומבינציה, נקבע שם שפתרון טוב להשלמת הפרט החסר בחוזה הוא לתת לצד שטוען שאין חוזה את האופציה להחליט את ההחלטה הכי טובה עבורו.

**השלמה ע"פ נוהג:**ס' 26 לחוק החוזים: הסעיף הנ"ל מכיר בהסדרים חוזיים רחבים שקיימים בשוק: "לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג". כשאנחנו חושבים על חוזים אנו חושבים על אנשים שבונים עסקה קונקרטית, בפועל עו"ד אינם פועלים בוואקום, העסקאות הללו נמצאות בשוק. השוק מפותח מבחינת ההסדרים החוזיים וזה משפיע ומשליך על כל האינטראקציות. בהרבה מאוד שווקים ישנה מעין מערכת חוזית שעוקפת את בית המשפט.  
לדוגמה: בשוק הכותנה בעיות הנוגעות לאיכות הממכר לא יגיעו לבית המשפט אלא ידונו בוועדות פנימיות של השוק עצמו. ליסה ברנשטיין במאמרה טוענת כי לעיתים השיפוט במנגנוני האכיפה הפנימיים יעיל יותר מאשר בבתי המשפט משום שהשופטים מבינים בכותנה ואיכותה. יחד עם זאת, ישנם חוזים שבהם אין נוהג ועל כן נשלים את הפרטים באופן נורמטיבי מהחוק.

**השלמת חוזה ע"פ הוראות חוק משלימות:**באופן כללי **הגישה הכלכלית** חושבת על כללי ברירת מחדל כחוסכים עלויות משא ומתן וזה גם מתקשר לגישת **הצדק ההסכמי** שרואה את כללי ברירת המחדל כקיימים בשביל להתחקות אחר רצון הכלל.

* **ס' 40 לחוק החוזים:** "חיוב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב, זולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב לקיימו אישית". זה לא משנה מי מקיים בפועל את החיוב, אלא אם הוגדר אחרת משום שלנושה לא אכפת מי יעביר לו את הכסף, העיקר שיקבל את הכסף.
* **ס' 6 לחוק המחאת חיובים:** "חבותו של חייב ניתנת להמחאה, כולה או מקצתה, בהסכם בין החייב לבין הנמחה שבאה עליו הסכמת הנושה, זולת אם נשללה או הוגבלה עבירותה לפי דין". כשרוצים להעביר את ההמחאה כלומר את החובה עצמה לחיוב לצד שלישי, **צריך את אישור הנושה.**
* **ס' 42 לחוק החוזים**: קיום לפני המועד, כל עוד נמסרה הודעה והדבר לא פוגע בנושה.

קיימים לנו כללי ברירת **מחדל עונשיים**, כללים שצד אחד לא ירצה לאמץ והם בעצם מתמרצים את הצדדים להעלות את הנושא במשא ומתן.

* לדוגמא: אם **הנזק לא צפוי** אתה לא תקבל עליו פיצוי, בכך החוק תורם לנו להעברת מידע בין הצדדים על הנזקים שעלולים לקרות להם. לדוג' **בחשל בניה** ראינו שכשמורידים את הפיצוי המוסכם לקצה המקסימלי, אין ממש סנקציה על הצד שהפר.
* **בס' 41 לחוק החוזים** נקבע שהנושה מחליט על מועד קיום החיוב, למה דווקא הנושה? ההנחה היא שלחייב יהיה אינטרס לעכב את התשלום ככל שניתן. אנו נותנים בחוק לנושה את הסמכות לקבוע, משום שאנו רוצים לתמרץ את החייב להצהיר ביוזמתו על מועד הקיום.

ניתן לראות בכללי ברירית המחדל **כמקדמים צדק** משום שהם מאוזנים ומאזנים את החוק בין הצדדים. לדוגמה ס' 42 לחוק אומר שהחייב יכול להקדים את מועד החיוב בתנאי שזה לא פוגע בנושה, איזון בין הצדדים. דוגמאות נוספות: ס' 42,43,45,46, בכל הסעיפים הללו ניתן לראות את האיזון בין הצדדים, כמובן שהצדדים יכולים להתנות על הסעיפים הללו בחוזה אך במידה והם לא התנו יחול איזון ע"פ החוק.   
ברירת המחדל לעיתים מקדמת **צדק בין הצדדים**, לדוג' החוק להגנת הצרכן, בדרך כלל בעסקאות רגילות אין זכות החזרה של מוצרים לאחר הקניה, חוק זה נועד להגן על הצרכן.  
ברירת המחדל יכולה להיעשות בדרך של קידום **מטרות חברתיות**. (דוגמת תרומת האיברים) ניתן לראות ביצירת ברירות מחדל בדרך של קידום מטרות חברתיות וצדק חברתי מעין התערבות רכה של החוק בעיצוב החברה ועיצוב פרקטיקה.

**הוראות קוגנטיות:**באיזו סיטואציה אנו נרצה הוראות כופות, קוגנטיות?   
1. כשיש לנו צד חזק וצד חלש- על מנת ליצור מודעות לתנאי העסקה וכן, להגן על הצד החלש (שכר מינימום).  
2. כאשר הצד החלש כפוף ללחציו של הצד החזק או שאין לו מודעות לתנאי העסקה ביחס לצד החזק.  
נרצה זאת כי ככל הנראה הצד החזק יתמחר את החוזה בצורה שהכי טובה לו, אך ההוראות לא הקוגנטיות לא תמיד מגינות על הצד החלש.

* עובד מקבל **שכר מינימום**, כאשר העלו את שכר המינימום, אם הוא לא עובד טוב מספיק ביחס לשכר = המעסיק ירצה לפטר אותו.
* אם יש **מחיר מפוקח**, היצרן יכול להחליט שזה יותר מידי יקר לו ויפסיק לייצר.  
  למשל: מחסור בחמאה שהיה.

הותרת פרטים למו"מ עתידי לעומת חוזה לניהול מו"מ על פרטים חסרים  
**פס"ד גלנר נ' תיאטרון חיפה:** במאי שמגיע מחו״ל כל שנה לקיים הצגה, נשלח מסמך מבטיח להזמנה, אך לא הזמינו אותו בשנה לאחר מכן. איך ניתן לאמוד את פיצוי הקיום? הרי לא יודעים אם יהיה הסכם, זה הצעה למשא ומתן?  
ברנזון: חוזה מחייב ולא רק הבטחה לנהל מו”מ, ניתנה הבטחה מחיבת הדורשת השלמת פרטים בדרך של מו”מ. הפיצוי נפסק לפי העבודה שלא לקח, בהסתמך על ההתחייבות עם התיאטרון.   
הבעיה: הבמאי הקטין את הנזק, אבל הפיצוי הוא פי 2 מהנזק שקרה. ככל הנראה הוסיפו עוד רכיב של נזק: הפסד המוניטין של הבמאי.

**צורת החוזה**  
ס' 23: חוזה יכול להיות בכתב, בע"פ או בצורה אחרת המשתמעת מההצעה.  
כשאין דרישות לצורת החוזה, חוזה יכול להתבצע בע"פ. ניתן לראות בצורת החוזה את עקרון חופש החוזים כי הצדדים יכולים לערוך חוזה באיזו צורה שירצו, יש חריגים בהם ישנה דרישה צורנית לצורת החוזה בחוק: ס' 8 לחוק המקרקעין. **להסכם בכתב יש יתרון ראייתי.**  
ס' 80 לחוק הפרוצדורה העותמאנית: כדי להוכיח קיום של חיוב שנעשה בדר״כ בכתב, צריך כתב. אנו מתקשים לסתור ראיה בכתב עם ראיות אחרות, ולכן בית המשפט בדרך כלל אומר: שהסכם דרוש כתב, ואם אין כתב, אנחנו לא נקבל זאת. גם ללא ס' 80 הנזכר לעיל, קיים קושי לסתור ראיות בכתב.   
**חריגים:  
1.** תנאי מתלה: הוא יכול להיות מחוץ לחוזה**.  
2.** תרמית ואי חוקיות – זוננשטיין : שהם רצו לרמות את המס, ולכן הגיוני שזה לא יהיה כתוב (כי רצו שזה יהיה בשחור)

**דוגמאות למקומות בהם דרישת כתב היא מהותית:**

* ס8 לחוק המקרקעין
* ס5 לחוק המתנה
* ס2 לחוק הביטוח
* הסכם ממון – בני זוג יכולים להסדיר בניהם ממון, אבל יהיה אישור רק אחרי שיגיעו לבית המשפט
* חוזה בנקאות
* נאמנות
* ס' 8 לחוק המקרקעין דורש הסכם בכתב להתחייבות לעשות עסקה במקרקעין, משום שמכירת הנכס, כלומר העברת זכויות ובעלות לא יכולה להיעשות במסמך, זה תהליך ארוך.

למה אנו צריכים דרישת כתב מהותית?  
1. **ראייתי** – וודאות לגבי קיומו של חוזה וודאות לגביי תנאיו.  
2. הכתב מעיד על **רצינותם** של הצדדים.  
כל עוד אין כתב בית המשפט לא יכיר בחיובים הדדיים.   
בפסיקה (קפולסקי נ' גני גולן) קבעו שכדי לעמוד בדרישת הכתב היא צריכה להכיל את הפרטים המהותיים בעסקה:  
א. שמות הצדדים  
ב. מהות הנכס  
ג. מהות העסקה  
ד. מחיר  
ה. תנאי התשלום  
ו. הוצאות ומיסים  
פסיקה מאוחרת הוסיפה עוד שני תנאים :   
ז. מועד המסירה  
ח. מועד העברת הבעלות

הדרישה שהופיעה בפס"ד קפולסקי מאוד **רוככה בפסיקה המאוחרת**, קבעו שבמצבים בהם ניתן להשלים את הפרטים באופן נורמטיבי אז ההסכם תקף.   
**פס"ד קאדרי נ' האחיות צ'רלס:** ניתן לראות כי רוב הפרטים שדיברנו עליהם לא מופיעים בחוזה אך ניתנים להשלמה נורמטיבית ולכן החוזה תקף. **הריכוך:** גורם לכך שהכתב לאו דווקא יעיד על גמרות דעת להתקשר.

**איך הסכמה בע״פ מתיישבת עם דרישת הכתב?** כי היא סותרת את מנגנוני ההשלמה הנורמטיביים. פס״ד ברון נ׳ מנדיס: הצדדים עשו הסכם שהיה חסר בכתב פרט מהותי, ועלתה השאלה האם אפשר להשלים?   
בן פורת: אם משהו חסר ניתן להשלים מהוראות חוק פנימיות או הוראות חוק. אבל כאן מועד המסירה (החסר) הוא הכרחי, ולמרות שהוא נאמר בע״פ, הוא לא מחזיק מכיוון שאינו עומד בדרישת הכתב אך מנגד לא ניתן לפנות להוראות חוק משלימות כי הצדדים קבעו אחרת (בע"פ), וזה מתנה על האפשרות הזאת.

**ברון נ' מנדיס** מביא לתוצאה אבסורדית: אם מסכימים בע"פ אין חוזה (מתנים על השלמה נורמטיבית אך מנגד דרישת הכתב לא מלאה), אם לא מסכימים בע"פ יש חוזה, זה הפוך מהאינטואיציה שלנו.  
מנגנון ששומר על העיקרון שדרישת הכתב הינה מהותית וגם מאפשר לצדדים להגיע להסכמות ביניהם מחוץ לחוזה בכתב:

* בעיני פלד אם יש **הסכמה** בע"פ והצדדים מודים בה צריך להכיר בהסכמה כהשלמה (תמגר זו התוצאה ההכרחית).
* אם יש **מחלוקת** לגבי ההשלמה בע"פ, נניח שלא הגיעו להסכמה בע"פ ונפנה להשלמה נורמטיבית. אולם, יש להיזהר בהשלמה, כאשר דרישת הכתב באה להראות את רצינות הצדדים ואם יש **פרטים מהותיים** לעסקה שלא כתובים זה יהיה לא נכון להשתמש בהשלמות, במקרים אלו ההשלמה היא בעייתית ולא יהיה הסכם.
* פרידמן, אופציה כפולה: אם דרישת ההשלמה היא ביחס לפרט מהותי, ניתן לנתבע (הצד שחושב שאין הסכם מחייב) לבחור את ההסדר שחסר בכפוף לתום הלב.

**בעיית החתימה:**ריכוך נוסף של דרישת הכתב- דרישת החתימה, שעל פניו אמורה להראות על גמירות הדעת הצדדים.  
**פס"ד בוטקובסקי נ' גת:** אין קדושה לחתימה ,נותנים ראיות אחרות שמראות על גמירות דעת.  
לדוג': המסמך אצל בוטקובסקי, נוסח כהסכם, עותק נמסר לרוכשים, בוטקובסקי הודה שאם היה חותם זה היה מחייב. נראה שכל אחד מהנימוקים **כשלעצמו** נראה חסר.   
אם דרישת הכתב **ראייתית צורנית**- דעת השופטים הגיונית ישנן ראיות אחרות.  
אך אם חושבים עליה **כמהותית** שאמורה להראות על גמירות דעת- פס"ד בוטקובסקי לא הגיוני לפי גישה זו,   
הויתור בפס"ד על החתימה מרכך את יסוד גמירות הדעת בדרישת הכתב.  
**הפס"ד מרכך את דרישת הכתב, הופך אותה ליותר ראייתית על פני מהותית.**  
**שינוי וביטול עסקה הטעונה בכתב:**  
הגישה המקובלת: אם יש דרישת כתב מהותית, שינוי מהותי בהסכם דורש כתב, אך שינוי קל אינו דורש מסמך בכתב. מה קורה כאשר הצדדים רוצים לשנות משהו בהסכם וזה לא בכתב? (פרידמן וכהן).  
**דרישת הכתב קוגנטית אחרת הדרישה לא הייתה מהותית,** ולכן צדדים לא יוכלו לבצע שינוי על פי הסכמה בעל פה.

* חוסר נפקות לשינוי-יכול להיות שהסכימו בעל פה על דבר מסוים אך בפועל אין שינוי.
* כל החוזה בטל, מכיוון שיש שתי עסקאות. אחת שאין לגביה **גמירות דעת** (הצדדים רצו לשנותה), ועסקה שנייה שלא מתקיים **יסוד הכתב**. על כן שינוי מאוחר בעל פה מבטל את שני החוזים. (בשביל להגיע למסקנה כזאת צריך לחשוב שהצדדים העדיפו את היעדר ההסכם על פני ההסכם הראשוני).

**תיקון טעות סופר לא דורש הסכם בכתב, לבית המשפט תמיד תהיה את הסמכות לתיקון.**

**ריכוך נוסף: תום לב גובר על דרישת הכתב.  
פס"ד זוננשטיין נ' גבסו:**ברק (דעת מיעוט): אם סבורים שצדדים לעסקה לא הגיעו להסכמה ולא השלימו את העסקה עקב פעולה פסולה של הצד השני (להתחמק מתשלום מס), הסיטואציה לא תאפשר שיתחמקו מחיוביהם מההסכם. ע"פ ברק **הסיבה** שבגללה לא מילאו את דרישת הכתב- היא רלוונטית!אם דרישת הכתב לא מתקיימת עקב הפרה של חובת תום הלב אז צריך להשלים את הכתב ולהוציא לפועל את החוזה.בן פורת: לא ניתן לעשות השלמה של הפרטים האלה כאשר יש מחלוקת לגבי ההשלמה, לא רלוונטי שזה נובע מחוסר תו"ל, עצם זה שלא ניתן להשלים את הפרטים מוביל לחוסר גמירות דעת ולכן החוזה לא תקף.  
  
**פס"ד זינגר נ' קימלמלן** (נטען להשתק הבטחה**):** ברגע שהצד השני הבטיח להתקשר על בסיס ההסכם והוא מפר את ההתחייבות בחוסר תו"ל, ניתן למנוע ממנו את הטענה להיעדר כתב כחלק מהשתק הבטחה.  
בייסקי: לא ניתן להעלות את הטענה שההבטחה שוללת את האפשרות להעלות את הטענה של היעדר כתב, כי המשמעות היא שתמיד שתהיה הבטחה לא תהיה דרישה לכתב, זה מרוקן את דרישת הכתב מתוכן. לכן, הפס"ד שולל את האפשרות להשתמש בהשתק הבטחה.

במשפט האנגלי יש אפשרות מרוככת לדרישת הכתב רק אם מראים שהייתה **הונאה** (ניצול דרישת הכתב) של ממש ולא רק חוסר תו"ל- Statute of fraud.

**פס"ד קלמר נ' גיא:** עסקת קומבינציה למסירת בית תמורת שטח שהוסכם ע"י זיכרון דברים בין הצדדים, אך בעל השטח לפתע לא הסכים להעביר את הקרקע על שמם.  
זמיר: נגמיש את דרישת הכתב כאשר הביצוע הוא חלקי, **הביצוע הפיזי** של החוזה משלים את הפרטים החסרים יחד עם המסמכים הקיימים.  
ברק: "זעקת ההגינות", זה יהיה פשע בכך שמעודדים אנשים להשלים את ההתחייבות לפי הסכם, ולפתע מתנערים מהחוזה בטענה של היעדר כתב. ולכן מגיע לתוצאה (כמו בזוננשטיין) שמתגברים על חוסר הכתב המהותי ע"י חובת תום הלב. **ישנה סיבתיות כפולה** 1. חוסר תום לב גורם להיעדר כתב 2.חוסר תו"ל גורם להיעדר מודעות של הצד השני שחושב שהמסמך עומד בדרישת הכתב ועל כן מחייב.  
  
**מה עושים כאשר אין חוזה בכתב כחלק מהפרה של חובת תום הלב? מהם הסעדים?**

* ע"פ פס"ד קלמר: אם חוסר תו"ל **זו הסיבה** שלא הושלם החוזה אז ניתן להתגבר על חובת הכתב באמצעות חובת תום הלב (אם חוסר תו"ל לא גרם להיעדר הכתב, אך בכללי היה חוסר תו"ל אין חוזה אך יהיו פתוחים סעדים של סעיף 12).
* אם דרישת הכתב ראייתית אז לא אמורה להיות בעיה, אם דרישת הכתב מהותית – יש קושי גדול יותר בהשלמה.  
    
  **פס"ד טבוליצקי נ' פרלמן:** הובטח מחסן יחד עם הדירה אך בחוזה המחסן לא מופיע.  
  בית המשפט לא יכול לתת את המחסן כי ההסכם לא עומד בדרישת הכתב המהותית, אך בכל זאת השתכנע כי ראה ששילמו מחיר גבוה יותר על הדירה עקב ההסתמכות לקבל גם מחסן ולכן הגיעו לפיתרון באמצעות שימוש בעילת התרמית בדיני הנזיקין. לא יכולים לאכוף את ההסכם אך ניתן לקבל פיצוי לגבי מה שקיבלו ביחס למה ששילמו (פיתרון להתמודדות עם היעדר הכתב מעבר לת"ול).

**תמורה והסתמכות:**

יסוד התמורה הוא **יסוד במסגרת התקשרות חוזית** (כמו דרישה למסוימות ולגמירות דעת) במשפט האנגלו- אמריקאי, מנגד במשפט הישראלי הוא לא יסוד בהתקשרות החוזית אך הוא בעל **נפקות משמעותית** במגוון רחב של תחומים (חוזיים+קנייניים וכולו).  
משפט אנגלו-אמריקאי: לא תהיה התקשרות מחייבת אם אין תמורה (חוזה מתנה), ולכן לא ניתן לאכוף או לדרוש סעדים. לדוג' אם אדם התחייב לעבוד בחינם ולבסוף מתחרט, לא ניתן לחייב אותו מכיוון שאין תמורה (אינטרס לא נחשב כתמורה).  
אופציה כחלק מסעיף שלם: סעיף בחוזה לדוג' שכירות שנותנת לשוכר אופציה להאריך את החוזה בשנה נוספת. על פניו זו זכות שניתנת לאדם ללא תמורה.   
**התמורה בדיני החוזים הישראליים** יש אפשרות להתחייב ללא כל תמורה, אך היא יוצרת **כמה הבדלים:**  
התחייבות למכור נכס ובין להעביר נכס ללא תמורה מבחין בין חוזה מתנה לחוזה מכר. **חוזה המתנה טעון בכתב**, ומקנה למוסר המתנה זכות חזרה **שלא קיימת בחוזה מכר**. צריך לשים לב שהצעה מזכה (סעיף 7) אינו נחשב כמתנה. לדוג: חברה מסוימת מעוניינת לפרסם את עצמה ומחליטה להעניק לחברי מועדון הלקוחות שוברים. זה לא נחשב כמתנה מכיוון שפעולות שיווק שמטרתן להגדיל מכירות לא נחשבות מתנה, **יש תמורה** ולכן זה מתקבל גם במשפט האנגלו-אמריקאי.  
  
**התמורה בחוזה שכירות ושאילה:**השאלה אם קיימת תמורה משפיעה המון על הסדרים חוזיים וחוץ חוזיים בדין הישראלי:לדוג' חוק השכירות והשאילה:ס' 1: "שכירות היא זכות שהוקנתה **בתמורה**, להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות".  
ס' 26:שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, **כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה**". **כעניין הגדרה** החוק מבדיל בין פעולה בתמורה לכזאת שאינה ומעבר לכך, להבחנה זאת יש **נפקויות**:סיום השכירות וסיום השאילה:ס' 18:"תקופת **השכירות** תתחיל עם מסירת המושכר לשוכר ותסתיים במועד שהוסכם על הצדדים מראש".   
ס' 29: " **המשאיל** רשאי לבטל את חוזה השאילה כל עוד לא מסר את המושאל לשואל, והוא רשאי לסיים את השאילה בתוך תקופתה אם מת השואל או אם המושאל דרוש למשאיל לצורך עצמו והכול בהודעה לשואל זמן   
סביר מראש". משכיר לא רשאי לבטל את הסכם השכירות לעומת המשאיל שזכאי כל עוד לא מסר לשואל, וגם אם מסר הוא יכול לחזור בו רק עליו להודיע זמן סביר מראש.  
ס' 29 ב': יש הבדל בין **התרופות** שניתנות בחוזה שאילה אל מול חוזה שכירות.  
 ס' 2(ג)- תחולה דיספוזיטיבית על **שכירות**: "הוראות פרק זה יחולו כשאין...כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם".  
**יש לשים לב** כאשר הצדדים קבעו חוזה שכירות בתמורה של 50 ₪ , מבחינה **מהותית** זה חוזה שאילה אך מכיוון **שדיני השכירות הם דיספוזיטיביים**, הצדדים יכולים להשית אותם על עצמם. עדיין זה לא אומר שהוא נהפך להיות הסכם שכירות מן המניין. מנגד, אינם יכולים להתנות על דיני **השאילה שהינם קוגנטיים**, לדוג' דרישת הכתב בחוזה מתנה ושיצטרכו לעמוד בה, לא ניתן לבקש אכיפה וכולו.  
  
**התמורה החוזית במקרקעין**  
**סעיף 9 לחוק המקרקעין- עסקאות נוגדות:"** התחייב אדם לעשות עסקה במקרקעין ולפני שנגמרה העסקה ברישום חזר והתתחייב כלפי אדם אחר לעסקה נוגדת, זכותו של בעל העסקה הראשונה עדיפה, אך אם השני פעל בתום-לב ובתמורה והעסקה לטובתו נרשמה, זכותו עדיפה".  
משמע הנכס של א', אלא אם אדם ב' השלים את רישום העסקה, פעל בתום לב **ושילם תמורה**, ב' יזכה. התמורה הופכת את הסיפור למהותי.  
**סעיף 10 לחוק-תקנת השוק:** " מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים **בתמורה** ובהסתמך **בתום לב** על הרישום, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".לדוג': ב' קנה מא' נכס מקרקעין, א' לא היה באמת הבעלים של הנכס, אבל ב' הצליח בגלל ההונאה של אדם א' לשנות את הרישום ברשם המקרקעין לשמו (כך מסתיימת העסקה). ב' השלים את העסקה כי נרשמה זכות על שמו אך הזכות לא באמת שייכת לו כי א' לא באמת הבעלים. ג' מעוניין בנכס, מסתכל על רשם המקרקעין, רואה שאין שום פגם ולכן מעוניין לקנות את הנכס מב'. **אם הוא שילם תמורה אז הנכס שייך לו,** אם לא שילם תמורה מהותית ניתן לתבוע ממנו השבה.צד ב' לא הבעלים של המרשם כי לא בדק בתום לב את הנכס, אם היה בודק היה רואה שצד א' הוא לא הבעלים לכן חוק זה רלוונטי רק **לצד שלישי**.צריך לשים לב שעל **צד ג'** גם לנהוג בתו"ל, לכן לצורך העניין עליו לראות את הנכס הנמכר, ולבדוק שאכן אין בו אנשים שגרים בו, אם ביצע את כל הפעולות הנכס שלו! **החוק מעדיף את ודאות המרשם על פני הזכויות של האנשים לא נמצאים בקרקע בפועל.  
  
התמורה בחוזה מכר:**סעיף 12 לחוק המיטלטלין- עסקאות נוגדות.  
סעיף 34 לחוק המכר- תקנת השוק.

**התמורה בדיני שטרות:**  
פקודת השטרות סעיף 29- "אוחז כשורה", גם כאן התמורה יוצרת משמעות בקניין.

**הסתמכות:**לעיתים הסתמכות יכול להוות תחליף חלקי לתמורה כלומר, הזכות החוזית מתחזקת אף בלי תמורה (ממשית) אם הייתה הסתמכות. לדוג': זכות החזרה מוגבלת רק אם היה שינוי מצב לרעה.   
החוק הכללי אומר שלא ניתן לחזור מהתחייבות חוזית, אך אם אין תמורה(חוזה מתנה) כן ניתן לחזור, לחזרה ממתנה יש **סייג-** אם יש **הסתמכות** מסוימת אז זכות החזרה **מוגבלת** למקרים שבהם השתנה המצב של הנבטח לרעה. בנוסף, הסתמכות של הנבטח יכולה להוות בסיס לדוקטרינה של השתק הבטחה אף אם לא ניתנה תמורה.   
(המשפט האמריקאי מרחיב את ההגדרה של תמורה, לכן צריך לקחת בעירבון מוגבל את הפסיקות).  
 **מהי תמורה?**

* **פס"ד Hamer VS Sidway:**דוד הבטיח לאחיין סכום מסוים במידה שיסכים לא לשתות/לעשן/להמר עד גיל 21. כאשר מגיע המועד האחיין מבקש את הכסף, והדוד שם לו את זה בחשבון השקעות עד שיהיה מוכן לקבל את הכסף (נותן לו חלק). הדוד נפטר והאחיין לא קיבל את מלוא התמורה. האם האחיין זכאי לשאר הכסף, הרי כביכול לא נתן שום תמורה?   
  פסיקת בית המשפט: פעולות האחיין נחשבות כתמורה, עמדה לו זכות לפי דין לעשות דברים מסוימים והוא ויתר עליה לצד השני**, הוויתור נחשב כתמורה** ולכן יש להעביר לו את הכסף.   
  **תמורה יכולה להיות מסירה של זכאות, גם אם לצד השני אין כל תועלת ממנה.**
* **פס"ד Webb VS Mcgowin :** אדם הבטיח לאדם אחר סכום מסוים באופן קבוע מכיוון שהציל אותו מפגיעה, וההצלה הפכה את המציל לנכה. המשלם נפטר ומשפחתו לא המשיכה לשלם את הכסף. האם הייתה תמורה?  
  בית המשפט: החליט שהוא מאפשר את המשך תשלום הכסף, **מכיוון שחובה מוסרית נחשבת כתמורה.**  
  כאשר מקבלים את התמורה(במקרה הזה היא ההצלה) לפני ההתחייבות לתשלום, אין חובה לשלם (מנקה חלונות רכב), אבל זה בסיס מספיק כדי ליצור התחייבות על בסיס התמורה הזאת, **בסיס מוסרי**. במקרה זה יש שיקול נוסף, הוא גם הציל את חייו ובכך מסר תמורה לחייב, אלא גם נפצע מאוד קשה בתהליך (נזקי גוף).  
  שיקולים:  
  - אפשרות של עיזבון לחזור מהבטחה שניתנה בחיים מאוד מוגבלת.  
  - עידוד הצלה של אנשים להציל אחרים.  
  - האם ההצלחה רלוונטית? הדין לא מחייב הצלה, כאשר זה פוגע בך.

**ההתחייבות לתת מתנה:**ההבדל בין מתנה לבין חוזה להתחייבות לתת מתנה. הקושי הוא לגבי התחייבות לתת מתנה, התחייבות שעדיין לא הושלמה. הפיתרון בדין הישראלי: הכרה בחוזה המתנה ודרישה של תמורה מהותית. **חוזה ללא תמורה יחולו עליו דינים שונים, לכן בדין הישראלי חשוב להבדיל בין אם יש תמורה מהותית לבין אם לא.** יש הבדל בין **התחייבות** לתת מתנה לבין **מתן מתנה**. השוני הוא שהענקת מתנה לא טעונה חוזה, היא מסתיימת במסירת המתנה והעברת הבעלות, זהו אקט קנייני ללא משמעות חוזית. המשמעות החוזית נוצרת כאשר יש התחייבות לתת מתנה וזה עדיין לא הושלם, האם ניתן לאכוף את ההתחייבויות האלה?  
בדין הישראלי ישנה הגנה מסוימת על מוסר המתנה, זהו אקט שכביכול חשוד ולכן ניתן לו לחזור בו בתנאים מסויימים: (משמע=ההתחייבות לא מלאה).  
ס' 4:"מתנה יכול שתהיה **על תנאי** ויכול **שתחייב** את המקבל לעשות מעשה בדבר-המתנה או להימנע מעשותו; נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב, ורשאי לדרוש זאת מי שהחיוב הוא לזכותו, ואם היה בדבר ענין לציבור - היועץ המשפטי לממשלה או בא כוחו".  
הסעיף מבדיל בין שני מצבים: 1. מתנה על תנאי 2. חיוב לעשות/לא לעשות של הצד השני בתמורה למתנה.  
לעיתים יש קושי בפסיקה להבדיל בין מתנה שכוללת חיוב לבין מתנה הכוללת תנאי.  
כאשר המתנה ניתנת בתנאי מסוים והמקבל אינו עומד בו, מוסר מתנה יכול לדרוש ל**השבה.** כאשר יש חיוב לעשות/לא לעשות, לא ניתן לבקש השבה אלא רק **ביצוע**(אכיפה).

**פס"ד ברקוביץ נ' קלימר:** אמא עזרה לביתה עם קניית דירה בתנאי שיהיה לה חדר בבית. הבת נפטרה והבעל לא הסכים לאכוף את חוזה ושהאם תמשיך לגור בבית.  
הדילמה: מה משמעות ההסכם? האם זה חוזה מתנה על תנאי או בחיוב?  
אם רואים זאת כחיוב- מגורי האם בבית. אם זה תנאי- מגורי האם בדירה, זה בעצם אותו הדבר. **אך עדיין נצטרך להגיע להכרעה כי הסעדים שונים!**  
השופט ברק: זהו חוזה על תנאי, נותן לאם יותר סעדים, יכולה לדרוש את השבת הכסף ששילמה פחות הסכום על שכר הדירה שחסכה כאשר גרה שם במשך שנתיים וחצי (טובת הנאה). הוא ישיב כסף והיא את השווי.  
הביקורת (של פלד): הם קיבלו גם כסף וגם את האפשרות לגור בדירה גדולה יותר. כפי שהיא צריכה להשיב שכ"ד על החדר ששכרה, הם צריכים להשיב את השכ"ד על ההפרש בין הדירה הגדולה שגרו עקב סיוע האם לבין הדירה הקטנה יותר שגרה בה בעבר.  
מדוע זה נחשב חוזה מתנה? הרי ניתנה תמורה? הסכום שנתנה להם, שווה ערך לדירה שלמה, גדול יותר מסכום שכירות של חדר. **התמורה לא מהותית ולכן זה חוזה מתנה.**

**חזרה ממתנה:**  
האפשרות לחזור ממתנה היא קוגנטית **בחלקה**:  
סעיף 5 ב': " כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו."- להסתמכות יש חשיבות, מוסר המתנה יכול לסייג את זכות החזרה שלו מהמתנה, זכות החזרה לכאורה דיספוזיטיבית.  
סעיף 5 ג': "מלבד האמור בסעיף קטן (ב), רשאי הנותן לחזור בו מהתחייבותו אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מחפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן-משפחתו או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן"- אפילו אם הייתה התחייבות ללא לחזור, והייתה הסתמכות מצד מקבל המתנה, המוסר ראשי לחזור בו אם הייתה החזרה מוצדקת (הרעה במצב הכלכלי, התנהגות מחפירה). לכן בתנאים מסוימים זכות החזרה היא קוגנטית.  
  
**פס"ד ויסר נ' שביט:** מתי זכות החזרה מוצדקת?  
זוג צעיר רכש דירה בגבעתיים, דיירי הבניין אישרו להם במתנה לבנות על הגג וכתבו בכתב שלא יחזרו מהמתנה, כעבור מספר שנים הזוג הצעיר החליט להשתמש בזכותו אך, מערכת היחסים עם שאר הדיירים הידרדרה, הזוג הצעיר גידף את שאר דיירי הבניין וכשהחליטו לבנות, דיירי הבניין חזרו בהם מהמתנה.   
**הקושי: התחייבו בכתב לא לחזור בהם.**   
השופט לוין, דעת מיעוט: לא זכאים לחזור בהם מהמתנה על אף התנהגות המערערים. השופט לוין נותן פרשנות מצמצמת למושג התנהגות מחפירה.  
השופט טירקל (רוב):נותן פרשנות מרחיבה להתנהגות מחפירה, רוצים להגן על נותני המתנה, לכן ניתן פרשנות רחבה.

**זכות** החזרה קיימת רק **אם המתנה טרם הוקנתה**. מתי מוקנית המתנה? לדוג' נכס במקרקעין, המתנה מוקנית כאשר מעבירים את הבעלות ברישום ברשם המקרקעין, כאן זה פשוט. לעיתים לאנשים אין זכויות במקרקעין אלא רק זכות שתהיה להם זכות במקרקעין לדוג': דירה על הנייר, חוזה מול קבלן, משלמים לו כסף ובתמורה מתחייב לבנות דירה ולרשום על שם הקונים. כרגע אין דירה. הנכס הוא הזכות שיירשם משהו על שמנו בעתיד**, זוהי זכות** ולא נכס מקרקעין. אם הזכות במסמך, העברת המסמך יכולה להעביר את הזכות, לעיתים רק מסירתה מספיקה כדי שתושלם המתנה- ס' 6. עניינים אלה יכולים ליצור קושי עם המתנה, זכויות בכתב ולאו דווקא העברת הבעלות.  
2 צדדים לזכות החזרה, באיזה תנאים ניתן לממש? הכוח לממש?  
 **זכות החזרה מהתחייבות לתת מתנה:** בפסיקה האמריקאית הקושי נוצר כאשר נותן המתנה נפטר, אך היורשים מנסים להתחמק מהמתנה, הדין הישראלי עוקב אחר המשפט האנגלו-אמריקאי שאומר **לא מסכלים רצון של אדם שמת.**   
**פס"ד ועד הישיבות בארץ ישראל נ' מיכאלי:** בית המשפט העליון עוסק במצב שבו היורשים רוצים לחזור מהתחייבות למתנה. הזכות לא נתונה ליורשים לחזור בהם, אלא רק לנותן המתנה, הזכות מוגבלת כלפי היורשים.

**כוונה ליצור יחסים משפטיים, הסכמי פרס ותחרות:**

כאשר צדדים גומרים בדעת להתקשר בהסכם הם צריכים גם לגמור בדעתם שההתחייבות ביניהם תהיה **כפופה למערכת המשפט**- זהו יסוד בתוך גמירת הדעת. ישנם מקרים שלא נרצה את התערבות בית המשפט, וישנם מקרים שגם אם נרצה בית המשפט יחליט **שהוא לא מתערב.**

* 1. הסכמות בין חברים:לדוג': הסכם לארוחת ערב בין חברים- ע"פ הריסטייטמנט סעיף 2, יש הצהרת כוונות אך זו לא הבטחה שהצדדים מתכוונים לא לחזור ממנה, זוהי לא הבטחה מחייבת. אם בכל זאת זו הבטחה? או הבטחה שאי קיומה גורם נזק?לדוג': ארוחה שמשלמים עליה מראש מקדמה. ניתן לטעון ל**נזק ממון**, בנוסף, **נזק לא ממוני** על ההשפלה של ההברזה. אף על פי כן **בית המשפט אומר שלא**, גם אם הצדדים יצרו הבטחה, אלו לא הבטחות חוזיות המזכות בסעד. ככל הנראה הצדדים לא מעוניינים שבתי המשפט יסדיר את היחסים שלהם. אם היו סבורים שמדובר בהתחייבות שקושרת בחוזה לא היו מסכימים-משמע אין גמירות דעת להתחייבות חוזית.
  2. הבטחת נישואין:בישראל יש התייחסות מסוימת להפרת הצעת נישואין אך היא מוגבלת, אבל רוב שיטות המשפט לא מכירה בזה כעילה חוזית כלל מכיוון ש:   
     - אין הבטחה.  
     - ההבטחה לא מהווה בסיס לחוזה, לא גמרו בדעתם להיכנס תחת כנפי המשפט. יתרה מזאת, גם אם הייתה כוונה להיכנס למערכת יחסים מחייבת, בכל **זאת בית המשפט יחליט לא להתערב.** משמעות ההרתעה מפני הפרה מאוד חשובה במקרים אלו: אם אדם ירצה להתחרט, האם נרצה להרתיע אותו? לגרום לו להתחתן ללא רצון?

מנגד, מדיניות של אי התערבות מוחלטת עשויה להיות בלתי צודקת במקרים מסוימים, בעיקר שנראה שמלכתחילה לא הייתה שום כוונה להינשא. לדוג': גבר מעודד אישה להיכנס להיריון מתוך הבטחה לנישואין עתידיים אך בפועל אותו אדם לא עושה זאת. **משמע**, **החריג יהיה כאשר יש הסתמכות של הצד השני** (הסתמכות יכולה להיות גם כלכלית- דוגמת הגבר שמבריז מהחתונה יצר הסתמכות כלכלית אצל הכלה).

בישראל יש **דין ביניים**, התערבות מוגבלת, פיצוי צנוע (לא ציפייה), אין אכיפה ובמקרים חריגים יינתן נזק לא ממוני. בעבר, לא היה פיצוי במקרים להבטחת נישואין שניתנה על ידי גבר נשוי (נוגד את תקנת הציבור, מערכת יחסים פסולה עם גבר נשוי), כיום זה השתנה, מכיוון שההתנהגות של הגבר פסולה לא פחות ואף יותר מהתנהגות האישה.

מכיוון שדיני החוזים אינם מתערבים בדינים כאלה במשפט האנגלו-אמריקאי, המשפט פנה לדיני הנזיקין.   
**פס"ד פלוני נ' פלוני**: תביעה של גבר נגד גבר אחר שניהל רומן עם אשתו. תובע לנזק לא ממוני, נזק נפשי.  
ביהמ"ש נדחה התביעה.  
ס' 62 לפקודת הנזיקין- המאהב גרם הפרת חוזה.  
ס' 62 ב'- **יחסי נישואין לא ייחשבו כחוזה.** ע"פ החוק, ברית הנישואין אינה נחשבת כחוזה.   
הבטחה להינשא על ידי מצג שווא- זהו **החריג**. עוולה בתרמית המזכה בפיצויים.

**הבטחות בין בני זוג:**ככלל, זה לא ייחשב לחוזה למעט חריג אחד **הסדרת יחסים ממוניים בין בני הזוג**: הסכם ממון טרם/במהלך הנישואין, הסכם גירושין. אם הצדדים לא קובעים את יחסי הממון: ישנו חוק יחסי ממון, החוק הינו חוזה ברירת מחדל הקובע את ההסדרים.הקושי מתעורר כאשר נערך הסכם שמסדיר יחסים ממוניים (מזונות), אך הצדדים מבקשים לקבוע שלהסכם לא יהיה תוקף משפטי.  
**פס"ד לוין נ' לוין:** זוג שהחליט לנתק את הקשר, לפני מועד הגירושין כתבו ביניהם הסכם שנוסח כהסכם מחייב בו הוסדרו המזונות עד מתן הגט. בהסכם נכתב שלא ניתן להציג אותו בבית המשפט ושאינו נחשב כמחייב וכותרתו הייתה "הסכם ג'נטלמני".עמדת בית המשפט לכותרת ההסכם: מנוסח כהסכם מחייב, ע"י עו"ד, לכן ההסכם תקף.התמודדות בית המשפט עם התניה שאומרת שהחוזה לא יוצג בבית המשפט: האיסור להציג את המסמך לא תקף, כי הוא נוגד את תקנת הציבור. אפשרות אחרת, הצגת המסמך זו הפרת ההסכם וייתכן שמזכה בסעדים אך מכיוון שמר לוין לא טען לזה, בית המשפט לא דן בזה.הביקורת של פורת: נעשה צדק לאישה הנוכחית בכך שמקיימים את ההתחייבויות כלפיה, אך מנגד בזה הוא מקריב את שאר הנשים האחרות, גברים יפחדו להתחייב גם בהסכמים לא מחייבים, זה ימנע מגברים להטיב עם נשותיהן וילדיהם, יפחדו שזה יחייב אותם לתמיד.

**הסכם ג'נטלמני מסחרי:**דוג': חברה שמספקת מוצרים כותבת שמדובר בהסכם ג'נטלמני ואין להציג את המסמך בבית משפט.  
זה קצת חשוד, עוסק שמנסה להתחמק מהוראות הדין, מצד שני אם הצדדים מבינים את ההוראה ומסכימים לה, אין צורך **להתערב ברצונם**, לפעמים מנגנון אכיפה פנימי טוב יותר מחיצוני, לדוגמא e-bay.   
פיתרון אפשרי: תנאי מקפח בחוזה אחיד, ככלל יבוטלו אלא אם יש הסבר סביר ואז בית המשפט יחליט להשאירם.

**הסכם פוליטי:**ככלל יש התערבות של בית המשפט, אם יש סתירה של חוקי יסוד וכו', מה דין של הסכמים פוליטים? **פס"ד ז'רז'בסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר:** נשאלת השאלה האם על בתי המשפט לאכוף הסכם בין הליכוד לבין סיעה שהתחייבה לתמוך בשמיר בתמורה שיקבלו שיריון מקומות בכנסת, מינוי שר וויתור על חוב.  
בית המשפט: מחליט שאסור להתערב כלל, אך על הויתור על החוב הכספי הם מתערבים מכיוון שווה ערך לכך שיצחק שמיר נותן כסף למפלגה בכדי שיבחרו בו לרה"מ, אסור לקנות שילטון בכסף ולכן לא ויתרו על החוב הכספי.  
השופט אלון: לא מתערבים בהסכם פוליטי כי בית המשפט אינו הגורם המוסמך אלא, **הציבור**. חובתו של בית המשפט זה **פרסום**, להביא לידיעת הציבור והם יחליטו בקלפי.  
השופט ברק: ניתן להתערב בהסכם הפוליטי דרך המשפט הציבורי ולא הפרטי, בגלל שמפרשים חוזים לפי **הפרשנות המהותית** ולא לפי פרשנות הצדדים. הצדדים לא יכולים לכפוף את עצמם למשפט הפרטי, אפילו אם מסכימים על כך במפורש.

**פס"ד אלחג' נ' אבו עקל:** היו בחירות למועצה מקומית בכפר יאסיף, צוות הבחירות החליט ברוב קולות שתהיה רוטציה, הוחלט לשמור על ההחלטה בסוף אך זה דלף. אחרי הבחירות היו חילוקי דעות בין הנבחרים ולכן המחליפים ברוטציה החליטו לצאת בפעילות פוליטית נפרדת,הסיעה החליטו שהם פרשו.כשהסתיימה הקדנציה הראשונה הם רצו להחליף את מקומם אך הסיעה לא נתנה להם. בסופו של דברהוחלט לבטל את הקדנציה כי כביכול הם פרשו.הם פנו לבית המשפט כדי שיחליט שהסכם הרוטציה זה הסכם מחייב.  
השופט זמיר:ראשית יש לבדוק האם הסכם פוליטי הוא משפטי. הוא סבור שלא הייתה לצדדים כוונה להכפיף את עצמם לדיני החוזים הרגילים ובנוסף גם אם ההסכם הפוליטי היה הסדר חוזי קיים, לא מתקיימים גמירות הדעת והמסוימות (חסר חתימות, תאריכים וכולו) ולכן אינו תקף.מה ההבדל בין העמדה של זמיר לזו של ברק בז'רז'בסקי:לטענתו של זמיר ניתן להתנות על זה, הצדדים יכלו להחליט שזה הסכם מחייב אם הייתה להם כוונה כזאת, לעומת ברק שסובר שלא.

**הבטחת קבלת ללימודים והבטחה לציון  
פס"ד מרום נ' אונ' תל אביב:** מועמדת שמגיעה לריאיון קבלה לרפואה, מודעים לה שתתקבל את תשפר את ממוצע הבגרויות ל-95. היא משפרת ל-97 אולם עד שהיא משלימה הרף עולה ל98. האם יש הבטחה? האם יש כוונה ליצור יחסים משפטיים?  
דרך ראשונה: זו הבטחה בלבד, ללא כוונה להתחייב משפטית.  
דרך שניה: המשפט לא צריך להתערב כשמדובר במומחיות ובקיאות, האונ' יודעת מי מתאים ומי לא, אין צורך להתערב. לעיתים נדירות תהיה התערבות לדוג' אם יש **פרקטיקות מפלות.** בית המשפט יתערב כשהשיקולים או התוצאה של השיקולים לא לגיטימית. בפועל במקרה זה גם **לא הייתה הבטחה**, זו הצהרה לגבי דרישות הקבלה, ייתכן שהם ישתנו בעתיד. זו יכלה להיחשב הבטחה אם זה היה פרסונלי, אם את מרום תקבלי 97 תתקבלי, בפועל זה לא היה ככה.  
  
**סעיף 33:** "חוזה שלפיו יינתן ציון, תואר, פרס וכיוצא באלה על פי הכרעה או הערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי, אין ההכרעה או ההערכה לפי החוזה נושא לדיון בבית משפט."  
לפי סעיף זה דיונים מסוג אלו לא ידונו בבית המשפט, בעניין מרום לא דנו בסעיף 33 כי הוחלט שלא הייתה בכלל כוונה ליצור יחסים משפטיים.

**פס"ד שני נ' אונ' תל אביב:** המערערות למדו באונ' על סמך כך שהאונ' הבטיחה פטור ממספר מקצועות אך כאשר סיימו את הלימודים הוחלט שהפטור מבוטל ועליהם להשלים את המקצועות.החלטת בית המשפט: יש לקבל את הערעור ולהחזיר את התיק למחוזי כדי לקבוע מי הסמכות באונ' שתחליט בעניינים אלו.  
השופט ברק: סעיף 33 אכן קובע שאין להתערב, אך זה לא מונע להתערב במקרים בהם לא מתערבים בשיקול הדעת אלא בהחלטה, וכאן השאלה מי הסמכות?המחוזי קבע: אחד מאנשים המקצוע באוניברסיטה חשב שיש לו את הסמכות אך בפועל לא היה לו. **דוקטרינת הסמכות הנחזית:** כאשראדם נחזה להיות כבעל סמכות, הארגון לא יכול להתנער מהחובה שנוצרה, הוא חייב לקיים וכך הוחלט בפס"ד.במבחני הלשכה בית המשפט העליון לוקח יד אקטיבית אם שאלה פסולה או לא, כי כאן הוא סבור שיש לו מומחיות לעומת מבחן בסיעוד או ראיית חשבון.

**גם במקרה של תנאי תחרות נראה שאין מקום לבית המשפט להתערב בתוצאה.  
פס"ד מדינת ישראל נ' קרסניאנסקי:** מבחן התנ"ך העולמי, הזוכה במקום השני תבע את שופטי התחרות בטענה שנתנו לזוכה יותר מדי נקודות על שאלה מסוימת וכתוצאה מכך הוא ניצח, התחרות לא הוגנת וכו'.  
ברזנון: נוצר חוזה משפטי אבל בית המשפט לא חייב לעסוק בטענות האלה, זה לא ממקומו. לפי הסכמת הצדדים לשופט התחרות יש את המילה האחרונה בהליך.  
הלוי: אין חוזה, אין כוונה להיכנס ליחסים משפטיים, סוג של הסכם ג'נטלמני.

**חשוב לשים לב שצריך להבחין בין הסדר לגבי זכויות המשתתפים במסגרת התחרות לדוג' ארוחות וכו', לעומת הסדר לגבי הניקוד של התחרות שבו בית המשפט לא מתערב.**  
  
**חוזה הימורים**סעיף 32 א': "חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת הנאה והזכיה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, אינו עילה לאכיפה או לפיצויים".  
סעיף 32 ב': "הוראות סעיף זה לא יחולו על משחק, הגרלה או הימור שהוסדרו בחוק או שניתן לעריכתם היתר על פי חוק"- לדוג' לוטו.  
אבחנה בין זכיה מקרית לזכייה שתלויה בהבנה או ביכולות  
**פס"ד בלנטי נ' מדינת ישראל**: אירגון פשיעה שניהלו משחקי פוקר טענו שלא עברו על חוק העונשין האוסר משחקי מזל כי זה משחק יכולת. בית המשפט עושה הבחנה, יכולת של מי? מזל של מי? וקובע שאם יש אנשים עם מומחיות יתרה שאצלם זה עניין של יכולת אבל לאנשי הציבור הפשוט זה משחק מזל, זה ייחשב כמשחק מזל ולכן זה אסור.  
**פס"ד רפי נ' פקיד שומה**: נקבע שהשאלה אם זה משחק מזל או לא, זו שאלה של מומחיות הדורשת הצגת ראיות.  
ההבחנות לאו דווקא סותרת.

אם החוזה בלתי חוקי (לדוג' הגרלה) הוא **בטל מעיקרו** לפי סעיף 30. ישנן שאלות לגבי ההשבה, ייתכן שבית המשפט לא יתערב בזכויות ההשבה הדדיות.  
**פס"ד קונקטיב גרופ נ' דבוש**: עשו מכרזים באינטרנט, הזוכים יהיו מי שיציעו את המחיר הכי גבוה אך, עליו להיות יחיד, משמע אסור ששניים יציעו את אותו המחיר.  
בית המשפט החליט שזה הגרלה ולא משחק. צריך לנחש מה הסכום שהאחרים לא ייתנו, לכן המשחק לא חוקי. בית המשפט מסרב להכיר בזכות להשבה, קיבלתם מה שרציתם. הגישו תביעה נזיקית אך גם את זה הוא דוחה.

**סיכום:**

* הבטחה לא תמיד תספיק, צריך שההבטחה תהיה ליצור יחסים משפטיים.
* גם אם יש הבטחה חוזית, אבל ישנה הסכמה שלאחד הצדדים ניתנת זכות הכרעה בית המשפט לא יתערב (חידון התנ"ך).
* יש הבטחה חוזית ורצון הצדדים להיכנס תחת כנפי המשפט, אולם העניין מקצועי ולכן בית המשפט יעדיף את שיקול דעתו של הגורם המקצועי (דעתו של אלון ז'רז'בסקי).
* ישנה הבטחה חוזית, אבל יש אינטרס ציבורי שבית המשפט לא יתערב (הסכמים פוליטיים).
* בית המשפט לא יתערב כאשר החוזה פסול במהותו (חוזה הימורים).

**פגמים בכריתה**

סעיף 14:   
א. סעד בגין טעות, הטועה רשאי לבטל, לא בטל מעיקרו.  
ב. נתון להחלטת בית המשפט לאור שיקולי הצדק.  
ג. תיקון הטעות אם הצד השני מוכן לעשות את זה.  
ד. אין טעות בכדאיות העסקה.  
סעיף 15: הטעיה, זכות ביטול אוטונומית.  
סעיף 16 : טעות סופר, זו לא עילה לביטול. החוזה יתוקן ע"י בית המשפט.

במאה ה-19 **דוקטרינת "יזהר הקונה**": כשאדם קונה נכסים הוא קונה אותם, as is כפי שהוא רואה אותם. עליו לברר את המצב העובדתי ולכן אינו יכול לטעון לטעות לגבי מצב הדברים.

* טעות חד צדדית לא מזכה בסעד.
* טעות משותפת לגבי אותה עובדה (כאשר סבורים לאותו מצב עובדתי שגוי) גם לא תמיד יזכה בסעד.
* החריג זה מרמה, כאן תמיד רשאי לבטל.

במאה ה-20 יש התרחבות של הגנה על הטועה, הרחבה של תחולת תום הלב וסולידריות, זכות הביטול לא מצומצמת.

**למה נרצה לבטל כשיש טעות?** התקשרות בחוזה על בסיס מידע שלא תואם את המצב העובדתי האמיתי זה מצב פתולוגי, **תאונה בהתקשרות**. זה יוצר עלויות, פער בין מה שצד בחוזה רצה להיות לבין מה שהוא נמצא בפועל, לא נשיא את התועלת החברתית. דוג' הסכם לרכישת מתכת: סוחר מתקשר עם קונה והקונה טועה לגבי זהות המתכת, הוא מוכן לשלם סכום שגוי, הקונה השני מבין מה זהות המתכת ומוכן לשלם עליה יותר. כאן יווצר מצב שהמשאבים לא יגיעו למקום היעיל ביותר.

לא כל טעות כדאי למנוע, קודם נשאל מה העלויות של מניעת הטעות, צריך לאסוף מידע על הממכר. ניתן להטיל אחריות על נזקי התאונה על **מונע הנזק הזול** ((posner&Rosenfeld הצד המונע הזול יישא בכל העלויות, זה ייצור מעין תמריץ למנוע את הטעות.

* לדוג' טעות חד צדדית 14 ב': **הטועה** הוא מונע הנזק הזול, מכיוון שהוא יכול לדעת מה חשוב לו בכריתה, ומנגד הצד השני לא יכול לדעת שהוא טועה ולכן גם לא יכול לתקן את הטעות.
* לעומת זאת, בטעות חד צדדית לפי סעיף 14 א'- כאשר הצד השני יודע על הטעות, יותר זול לו לתקן, הוא יודע מה מצב הדברים.
* ייתכן שבשלב הראשון של ההתקשרות הטועה הוא מונע הנזק הזול, ובשלב השני המטעה יהיה מונע הנזק הזול: **כלל ההזדמנות האחרונה**- הנושא באחריות זה הגורם האחרון שהיה יכול למנוע את התאונה, הקודמים פטורים. דוג' עור התנין: אדם טעה לחשוב שהוא קונה חגורה מעור תנין, תחילה הוא מונע הנזק הזול כי הוא יודע מה הפער. כאשר הוא מגיע לקופה ואומר למוכר שהוא רוצה לרכוש את החגורה מעור התנין, המוכר יודע על הטעות והוא נהפך למונע הנזק הזול.

**דרך נוספת לגבי עלות ותועלת של הטעויות**: טעות יוצרת עלויות והכרה בזכות הביטול עקב טעות גם יוצרת עלויות, זה יגרום לאנשים פחות להסתמך, יחששו להסתמך על חוזים בגלל שיפחדו שאולי תהיה טעות והחוזה יבוטל-יפגע בתועלת חברתית. לכן, דיני החוזים מנסים **לאתר נקודת איזון** בין עלות הטעות לעלות מניעת הטעות. מצד אחד יש עלויות כשלא מבטלים חוזה בעל טעות, כשאוכפים חוזים לא יעילים, מצד שני לבטל זה גורם לאנשים לפחד להסתמך על החוזים, לא יעיל חברתית.

**יסודיות הטעות של 14 א':** "מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח **שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה** והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה".  
יש דמיון בין התיבה ובין ההגדרה של הפרה יסודית מסתברת (סעיף 6) "לולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה".  
אם הטעות לא יסודית, סעיף 14 א' וב' לא מקנים זכות ביטול, בנוסף סעיף 14 א' מדבר על טעות חד צדדית **בה צד אחד טועה לעומת הצד השני.**  
בהמשך הסעיף נאמר **"על כך"**, למה זה מתכוון? על מה ידע?

* ידע על הטעות אך לא שהיא יסודית. לדוג' אדם יודע שהצד השני טעה לגבי צבע הריפוד של המושבים ברכב, אך אינו יודע שזה חשוב לו. לפי גישה זו מתן זכות הביטול מרחיב את המושג, כי גם אם זה שולי הצד השני יוכל לבטל את החוזה.
* ידע על יסודיות הטעות.
* **לטענת קרצ'מר:** מספיק לדעת על יסודיות הטעות, אין צורך לדעת שהוא טועה בפועל, משמע מספיק שהייתה **ידיעה קונסטרוקטיבית** (מצב שבו המשפט קובע שהייתה ידיעה על אף שלא הייתה ידיעה בפועל) "היה עליו לדעת". צריך לדעת את יסודיות הטעות, שהנושא חשוב, אין צורך לדעת על הטעות בפועל. רק ככה אפשר להבדיל בין סעיף 14 א' לסעיף 15 שאומר שיש הטעיה כאשר יש **אי גילוי** של עובדות, לפי הנוהג, דין או נסיבות.
* בנוסף, סעיף 14 ב' זו הדרך היחידה להוביל לביטול של טעות משותפת: טעות של שני הצדדים יחד. מדוע? כשיש טעות משותפת כל צד לא ידע ולא היה צריך לדעת על הטעות של הצד השני, איך יהיה ניתן לבטל טעות משותפת?
* ביקורת על קרצ'מר: פרשנות בעייתית ומרחיבה, כל פעם שצד יודע שנושא מסוים חשוב לשני והייתה טעות בפועל אז ניתנת זכות ביטול גם אם הצד לא ידע על הטעות בכלל, פוגע באפשרות להסתמך על החוזה. אתה לא יודע שהצד השני טועה, מספיק שידעת שזה חשוב לו כדי להקנות זכות ביטול.
* ידע על הטעות וכן שמדובר בטעות יסודית.  
  פרשנותם של גבריאלה שלו ופרידמן וכהן. הפסיקה הולכת ע"פ דעה זו.

**קו הגבול בין טעות לפי 14 א' לסעיף 15**

* אם צד ידע על הטעות של הצד השני בפועל ולא העמיד את הטועה על מצב הדברים האמיתי, לכאורה יש תחולה מקבילה של סעיף 14 א' ו15. ההבדל הוא בידיעה הקונסטרוקטיבית, בגלל המילים היה עליו לדעת! כאן סעיף 15 לא חל. בסעיף 15 חובת הגילוי היא רק לפי **נוהג, דין, נסיבות**, לעומת זאת בסעיף 14 א' יש תחולה רחבה יותר, מספיקה הידיעה הקונסטרוקטיבית, אבל בגלל שלא מדובר בידיעה בפועל מצטרפת גם דרישת היסודיות שלא קיימת בסעיף 15 (כשיש אי גילוי על ידיעה בפועל על הטעות- יותר חמור).
* אם כך, למה כתוב "ידע או היה עליו לדעת"? לכאורה יכלו להגיד "עליו לדעת אך לא ידע", מכיוון שאם זה רק ידע סעיף 15 כבר חל.  
  ההסבר: סעיף 15 לא מדבר על חובות גילוי במקרה שאתה יודע שהצד השני טועה אלא רק לפי **דין, נסיבות, נוהג.** אין חובת גילוי קונקרטית, לעומת 14 א'. לא נאמר שכאשר שאתה יודע שהצד השני טועה אתה צריך לגלות.  
  בהטעיה המבחן **סובייקטיב**י. בטעות גם **אובייקטיבי(היה עליו לדעת) וגם סובייקטיבי**.

**טעות בכדאיות העסקה ונטילת סיכון.**טעות בכדאיות לא מוכרת כטעות המזכה בזכות לביטול, בפסיקה יש הגדרות שונות לגבי מהי טעות בכדאיות העסקה:

* **פס"ד ספקטור נ' צרפתי:** רוכש קרקע לבניה, סבר שאין מגבלת בניה על אף שהייתה. המוכר ידע על המגבלה והיה צריך לדעת שהצד השני טועה.
* השופט אשר:טעות בכדאיות זה ביחס **לשווי נשוא ההתחייבות** בעסקה, זה לא יכול להיות טעות ביחס לתכונות של הנכס.
* **פס"ד נחמני נ' גלאור:** קונים התחייבו לסלק משכנתא של המוכרים על הנכס. המוכרים הצהירו על גובה המשכנתא שרובצת על הנכס. הסתבר כי גובה המשכנתא גבוהה יותר בגלל הפרשי ההצמדה.
* השופט בייסקי:טעות בכדאיות, טעו לגבי גובה הפרשי ההצמדה, טעו בקשר לעלות.
* ביקורת: ניתן לומר שזו טעות בתכונה, לא הבינו מה זה הפרשי ההצמדה. זו אכן טעות שמובילה להערכה שגויה של המחיר, עם זאת כל טעות יכולה להוביל להערכה שגויה של השווי.
* **מאיר נ' מזרחי:** מוכרת דירה ב480,000 שקלים. הקונים אמרו לה שזה השווי שוק של הנכס ואף מביאים מתווך כראיה. בפועל שווי השוק של הדירה 600,000 ₪.
* לוין: טעות בכדאיות, טעות בהערכת שווי. מתיישב על המבחן של אשר בספקטור , אך בעייתי, מונע גם ביטול עקב **הטעיה.**
* **גינדי נ' אפללו:** אפללו וגינדי חתמו ז"ד למכירת הדירה של אפללו ללקוח של גינדי לאחר מכן חתמו על חוזה שבו שונה מועד התשלום השלישי, אפללו טוענים שלא ידעו שהסעיף שונה ושהייתה טעות.
* השופט אשר**:** זו טעות בכדאיות העסקה – לא היה כדאי למסור את הדירה בלי לקבל את מלוא התמורה.   
  הבעיה: זה לא שהם אמרו שהם הבינו את החוזה ולא תמחרו, כאן חשבו שמתחייבים למשהו אחד כאשר בפועל התחייבו למשהו אחר, הטעות הייתה לגבי **תוכן ההתחייבות**.  
  השוואה **לכנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה**: קבע פשרה לגבי גובה אחוזי הנכות, סבר שאם תהיה הרעה במצב הגוף שלו הוא יהיה זכאי לתוספת כי בעבר כאשר אנשים התקשרו בעסקאות כאלה הם קיבלו תוספת. לאחר שחתמו על הסכם הפשרה היה פס"ד שאמר שברגע שיש החמרה, המחיר לא משתנה כשיש פשרה.  
  טענת כנפו: טעה לגבי הדין.  
  בן פורת: לא הבין את תוכן ההתקשרות ולכן זו לא טעות בכדאיות העסקה.

המבחן הראוי לכדאיות העסקה:

* טדסקי: טעות לגבי **התרחשות עתידית** אשר פוגעת בציפיות או בתקוות של המתקשר, לפיו כל הערכה לגבי העתיד נחשבת כטעות בכדאיות. לדוג': קניית נכס בתקווה ששוויי יעלה.
* הפרשנות של פרידמן: יש להבחין בין סיכונים **שהצדדים נטלו על עצמם במסגרת ההתקשרות בחוזה**. לדוג' הירידה בשווי הנכס לא נחשבת טעות בכדאיות בגלל שזה אירוע עתידי אלא בגלל שזה **חלק מהסיכונים**. זה התקבל **בפס"ד ארואסטי נ' קאשי:** המערערים היו בעלים של מגרש, התקשרו עם קבלן בעסקת קומבינציה, ולפיה יהיו המערערים זכאים לשלוש דירות מתוך השמונה שיבנו. הקבלן נקלע לקשיים, מונה כונס נכסים והבנייה כלל לא החלה. המערערים הודיעו לקבלן כי הסכם הקומבינציה ביניהם בטל, נחתם הסכם פשרה בין הצדדים. הקבלן רצה לאכוף את החוזה או שיחזירו לו את השווי הריאלי עקב טעות בהבנת הדין.  
  - טעות שבדין: הפרשנות של החוק השתנתה לאחר שנחתם הסכם הפשרה לטובתם.  
  -האם שינוי שחל בדין מזכה בביטול? האם זה נחשב טעות? כן, לפי סעיף 14 ד' בין בעובדה ובין אם בחוק.  
  לעומת הדין האנגלי שלא מכיר בטעות שבדין.
* **למה זה טעות שבכדאיות העסקה?** על אף שטעו בדין? בגלל שנכנס להסכם פשרה הוא לקח את הסיכון שלאחר ההסכם המצב ישתנה, הוא התנה על דיני הטעות הדיספוזיטיביים. הם קנו סיכון לגבי מה הדין אומר. **התממשות הסיכון=טעות בכדאיות.  
  איך זה מתיישב עם בג"צ כנפי? (כנפי זה החריג)**  
  בכנפי שני הצדדים קנו סיכון, אך השאלה איזה סיכון הם קנו? לדוג' אם היה חי יותר מהממוצע או מת לאחר שנה, לא ניתן לבטל את ההסכם זו טעות בכדאיות. לעומת זאת, הסיכון שהדין השתנה לא הוקצה בחוזה, זו הייתה טעות משותפת, שניהם חשבו במועד הכריתה שאם תהיה החמרה הם ישלמו עוד כסף ולא זה לא סיכון שהצדדים הקצו ביניהם לעומת ארואסטי נ' קאשי שהקצו במפורש לגבי הדין.  
   **פס"ד שלזינגר נ' הפניקס:** אדם עשה פוליסת ביטוח והחליט לבטלה, לא היה מודע שהוא חולה. הבדיקה שגילתה את המחלה נעשתה לאחר הביטול, האם יכול לחזור בו מביטול הפוליסה? האם דיני הטעות חלים על **ביטול** ההסכם, הרי הם מדברים על כריתה!  
  לפי סעיף 61 ב' גם בביטול יכול להיות פגמים, זה מזכה באפשרות לבטל את פעולת הביטול. כאן נקבע שיש טעות בכדאיות, **מאמצים את פרידמן**- זו טעות בהקצאת הסיכונים, הוא מבקש לבטל את הסיכוי שיש לו אירוע ביטוחי והמועד הוא המועד שבו עושים את האבחון לא מועד המחלה לכן זאת טעות בכדאיות העסקה.

סעיף 14(א) חל כשהצד השני ידע או היה צריך לדעת על הטעות של הצד שטעה, במקרה של טעות חד צדדית נראה שיש הקבלה לס' 15.  
אם כך, מדוע אנחנו צריכים את סעיף 15?  
1. סעיף 14(א) חל על ידיעה קונסטרוקטיבית, כלומר מצבים בהם אדם לא ידע אך היה עליו לדעת, לכן אין הקבלה.  
2. גם במצבים שלכאורה הייתה ידיעה בפועל, יש את השאלה האם הוא היה צריך לגלות. ס' 14(א) אומר לנו שצריך לגלות תמיד, לעומת ס' 15 בו צריך לגלות ע"פ דין, נוהג ונסיבות.

**פס"ד הולילנד:** היה הסכם בין אמסטר להולילנד לגבי רכש דירה, הקונה רצה לקנות אותה as is ובכך מוותר על דיני הטעות הדיספוזיטיביים, לאחר חודשיים מחתימת ההסכם התגלתה חקירה לגבי המקרקעין, האם ניתן לממש את ההסכם לאור החשדות? האם ניתן לבנות על הקרקע?  
לאחר חצי שנה ביקשו לבטל את ההסכם בגלל הבעיה של מתן אישורים על הקרקע עקב החקירה הפלילית.  
הטענה: לא ידענו שיש חקירה פלילית שמתבצעת על הקרקע שמשפיעה על היתרי הבניה ועל שווי נכס המקרקעין.  
**פס"ד Walker מהדין האנגלי**: מדובר על מבנה שנמכר ליזם, היזם התכוון להקים בית דירות, צוין כי הקונה יערוך את כל הברור על הדרישות הרלוונטיות, המוכר אומר שלמיטב ידיעתו המבנה לא מיועד לשימור. כמה חודשים לאחר מכן, החוזה כבר נחתם והתגלה כי המבנה עומד לשימור ולא ניתן לבנות שם בית דירות.   
 הקונה: תבע לטעות משותפת (ס' 14(ב)).   
פסיקת בית המשפט: לא מקבל את טענת הטעות המשותפת מכיוון ששני הצדדים הבינו טרם החתימה כי קיים סיכון, הצדדים התייחסו במפורש לאפשרות שהבניין עומד לשימור ואף הקונה מתחייב לעשות את כל הבדיקות הנדרשות. בהמ"ש טוען כי זה חלק ממתווה הסיכונים שצד לוקח בעת כריתת חוזה ולכן שלל את האפשרות לטעון לטעות. בנוסף הדבר יכול לפגוע ביציבות דיני החוזים ובעסקאות אחרות.  
ניתן לחשוב על מספר סיבות מדוע לא ניתן לטעון לטעות:

* התממשות הסיכון לא בגדר טעות.
* השתק, מצב הדברים ידוע לו ולכן הוא מושתק מלהגיד שאינו ידע ולטעון לטעות.
* טעות בכדאיות העסקה, לקחת את הסיכון והוא לא היה "טוב".

בית המשפט מוסיף: פרשנות בכדאיות הוא הסדר דיספוזיטיבי, הצדדים יכולים להגיע להסכמה ביניהם, מתי דבר ייחשב כטעות. קניית הנכסas is ולא יהיו טענות לגביו זו דרך להתנות על דיני הטעות וההטעיה. מכניס את הטעות תחת כדאיות העסקה שלא מזכה בביטול.

משמעות טענת as is – נטילת הסיכון לגבי מצבו הנוכחי של הנכס, לוקח את הסיכון שיש אי התאמה. ישנו דיון על השאלה לגבי מידע מוקדם ומאוחר כפי שהיה בשלזינגר.  
בהולילנד, הייתה חקירת משטרה אך היא התגלתה לאחר חתימת ההסכם כנ"ל לגבי הפסד האנגלי. השופט מקיים דיון על **אמת עובדתית ואמת חוזית**, מתי נתון בעולם נכנס לעולם החוזי? הגישה של טדסקי בספקטור היא שהעתיד נמדד ביחס למועד הגילוי **בעולם החוזי ולא בעולם החיים**, אירוע הסרטן התקיים מבחינתו במועד שבו אובחנה המחלה ולא התפתחה המחלה. כך גם אירוע החקירה המשטרתית מתחילה במועד הגילוי החוזי (דיווח בתקשורת) ולא מתי שהחקירה התחילה באופן סמוי.  
**מדוע בפס"ד יש דיון לגבי העבר והווה? (הרי לפי גישת חלוקת הסיכונים אין משמעות לזמן).**   
- כי הוא לא לגמרי מאמץ את גישת חלוקת הסיכונים.  
- יש ידיעה בפועל של הצד השני, שהסיכון כבר התממש והצד השני אינו יודע ונוטל על עצמו את הסיכון. זו שונה מהותית, במקרה הזה זה ייחשב כטעות\הטעיה ולא כחלק מחלוקת הסיכונים.

**טעות לעומת היעדר גמירות דעת**טעות בגמירות דעת: **Non est factum.**= העסקה לא נקשרה.  
באילו מקרים העסקה כן תיקשר על אף הטעות? למה דיני הטעות קיימים? הרי אין גמירות דעת לעסקה, זו לא הסכמת הצדדים.  
השאלה אם יש חוזה או לא, נפרדת מהשאלה אם יש טעות מכיוון שחוזה נכרת לפי מבעים **אובייקטיבים של גמירות דעת**. ואז תישאל השאלה האם החוזה לוקה בטעות שגורר את ביטול החוזה?  
יש חפיפה בין השניים בדוקטרינת Non est factum שהתקבלה בדין הישראלי באדלר נ' מנצור: אדם שכב על ערש דווי והחתימו אותו על מסמכים. כאשר אין גמירות דעת **להסכם באופן כללי** הוא בטל.  
מתי זה לא חל?

* כאשר הצד ידע שזה מכוון לעסקה בנכס אך טעה לגבי התוצאות המשפטיות.  
  משמע לא קרא עד הסוף את המסמך, זה לא מספיק, הוא צריך להראות שהניעו אותו לחשוב שלמסמך יש משמעות שונה, פעולה אקטיבית.
* הסתמכות עיוורת על ייעוץ משפטי לא מקנה את הטענה.

בפועל הטענה מתקבלת כשיש עושק/ כפיה (על אף שכביכול ידע על החתימה).

**טעות הדדית:**פער בגמירות הדעת בחוזה שנחתם, הפער הוא **במסגרת הצעה וקיבול** ולא בדיני הטעות!

**פס"ד :Raffles vs Wichelhaus** מדובר בPeerless- האוניה מבומביי שמגיעה עם כותנה. שני הצדדים רצו למכור ולקנות את הכותנה אך היו שתי אוניות כאלה שמגיעות במועדים שונים, הייתה טעות לגבי זהות האוניה וגם איכות הכותנה שונה. צד אחד רצה לאכוף את ההסכם, והצד השני לא.  
בית הלורדים: אין טעות, אלא אין מפגש רצונות, כל צד התכוון למשהו אחר! לכן אי אפשר לאכוף את ההסכם, לא נכרת הסכם מלכתחילה. על מנת לבטל מסמך שנחתם לפי משמעות אובייקטיבית של רצון הצדדים, הוא צריך ללקות **בדו משמעות**!   
במקרים חריגים מאוד בהם יוחלט כי ההסכם אינו בטל במקרה של טעות הדדית (סותר את הפסיקה האנגלית), לדוג' כאשר מעורבים צדדים שלישיים, במקרים הטיפוסיים ההסכם יהיה בטל דרך דיני הצעה וקיבול:  
**פס"ד מפעל בתים טרומיים נ' טמסיט**- ההסכם בטל, הייתה טעות הדדית בהסכם פשרה ביחס לנפקות של הכרעה עתידית של המוסד לביטוח לאומי. הצדדים התכוונו לדברים שונים במועד ההחלטה, **לא היה מפגש רצונות**.

**טעות משותפת:**   
חולקים טעות לגבי אותו הדבר, לגבי ההבנה.  
בדין האנגלי: אם זה נתון יסודי- ביטול אוטומטי.  
ארה"ב: החוזה ניתן לביטול.  
כאשר הטעות משותפת לגבי תוכן החוזה, זו טעות סופר. (לדוג': בחוזה נכתב בטעות חכירה במקום מכר).

1. **פס"ד Sherwood vs Walker**: עסקה למכירת פרה עקרה אולם לאחר מכן התברר שהיא בהיריון. המחיר שונה באופן משמעותי ולכן המוכר רוצה לבטל את העסקה, טען לטעות משותפת, **טעות במהות הממכר.** בית המשפט: יש זכות ביטול עקב טעות במהות הממכר.  
   **כיצד היה מוכרע בארץ?**   
   קרצ'מר: לפי גישתו הטעות נכנסת תחת סעיף 14 א', זה מספיק כי שני הצדדים יודעים שזו טעות יסודית, לכן כל צד רשאי להביא לטעות ההסכם.   
   גבריאלה שלו: לפי גישתה תחת 14 ב', בית המשפט רשאי לבטל.
2. **פס"ד McRea :** מוכר של מיכלית דלק, הוא אומר שהמיכלית בים ושהקונה ילך לחפש אותה. הקונה מסכים. הקונה מוצא אותה ומגלה שזו גרוטאה מלאה בחורים. הקונה אומר שהוא רוצה מלבד ביטול החוזה גם פיצויים על ההשקעה שלו בחיפושים, הוצאות הסתמכות. המוכר טוען שהחוזה לוקה בטעות משותפת ולכן אין חוזה, בטל. גם המוכר האמין בתום לב שיש מיכלית תקינה.   
   בהמ"ש: אומר שאין כאן טעות, יש הפרת חוזה. התחייבת למיכלית ואין מיכלית- זו הפרה. בנוסף המוכר יצר לו מצג שגרם לו לטעות ,לכן כשהוא טועה זה אינו מזכה את המוכר לטעון לטעות משותפת, האחריות היא עליו.
3. **פס"ד Wood vs Boyton**: ווד מוכרת אבן לבויטון. תוך כדי העסקה לא ידעו המוכר ולא הקונה מה ערכה האמיתי וסוגה של האבן. לאחר כריתת ההסכם והמכר התברר שזו אבן יהלום שנמכרה בהרבה פחות משוויה האמיתי. המוכרת ביקשה שיחזירו את האבן והקונים סירבו.  
   בית המשפט: פוסק לטובת הקונים, רק **מרמה** או **טעות** יכולים לבטל את העסקה.   
   **ההבדל בין ווד לשרווד:** בווד שני הצדדים לא ידעו איזו אבן זאת, הם לקחו על עצמם את הסיכון שיטעו, שאחד הצדדים יצא מופסד. לעומת זאת, בשרווד שני הצדדים רצו מלכתחילה להתקשר בחוזה למכר פרה עקרה, הם טעו לגבי העובדות בעולם.

**טעות חד צדדית** צד אחד טועה והשני לא טועה:

* צד אחד טועה והצד השני יודע או שהיה עליו לדעת על הטעות (ועל היסודיות) 14 א' או 15.
* צד אחד טועה והשני לא יודע ולא היה עליו לדעת 14 ב'.

**טעות משפטית:**מה קורה שיש טעות משפטית? ביחס לדין?באנגליה: אין ביטול לפי המשפט המקובל, רק באקוויטי אך ללא פיצויים כספיים.  
בג"צ כנפי: היה ביטול עקב טעות בדין.  
במשפט הישראלי: 14 ד'.

**טעות בזהות המתקשר:**טעות זו יכולה להביא לביטול.   
**פס"ד גרוסמן נ' כספי:** עו"ד שמייצג צד לעסקת מכר מקרקעין לא גילה את זהותו, בדיעבד זהו שכנו השנוא של הצד השני. במקרה זה העו"ד ידע את זה, לכן הייתה הטעיה ונקבע כי חל סעיף 14 א' ו15 ויש זכות ביטול.

**סעדים:**  
טעות 14 ב': בית המשפט רשאי לפסוק ביטול והשבה במסגרת שיקולי הצדק: **הפגיעה היחסית בצדדים** (מאזן הנוחות) או **אשם יחסי** (מי אחראי לטעות? מי יכל למנוע אותה).   
טעות 14 א': יכולה להיות פסיקת סעדים לפי 15 רק אם הייתה ידיעה בפועל, וגם לפי הפרת חובת תום הלב.

**טעות וסיכול חוזה:** סעיף 18 לחוק החוזים תרופות.במשפט האנגלי: טעות משותפת אם הסיכון נוצר לאחר הכריתה.  
בישראל: לפעמים תהיה תחולה מקבילה ל- 18 א' + 14 ב'.

**דוקטרינת סיכול מטרה:**לעיתים נכרת חוזה לשם הגשמה מטרה ספציפית, אך המטרה מסוכלת. לדוג': שכירת דירה לשם תהלוכה באנגליה, אך התהלוכה עוברת למיקום אחר.  
בדין האנגלי: סיכול מטרה נכנס תחת טעות משותפת של הצדדים.בדין הישראלי: זה לא תחת סעיף 18.  
ברק מדינה: פרשנות תכליתית, כן מתייחס לסעיף 18.   
סעיף 132 ( 2) לחוק דיני ממונות: אימץ לתוכו את הדוקטרינה של סיכול מטרה.  
גבריאלה שלו: סעיף 39, אם המטרה סוכלה אתה חסר לב אם אתה עומד על כך בכל זאת.  
סעיף 16 ב' לחוק חוזה הביטוח: קובע מקרה קונקרטי לסיכול מטרה.  
  
**תיקון הטעות:** סעיף 14 ג', **לא חל** על הטעיה. (הבדל נוסף בין 14 א' ל15).

**אכיפה:**   
בנסיבות שבהן לא ניתן לבטל חוזה עקב טעות לדוג' 14 ב' שבו בית המשפט מחליט שלא לבטל, האם ניתן לדרוש אכיפה?  
**פס"ד אבדני נ' קסוטו:** טעות לגבי ממכר שלא מזכה בביטול, לא תאפשר אכיפה מכיוון שזה לא יהיה צודק בנסיבות העניין. המערערים רכשו מהמשיבה דירה בסברם בטעות שהמשיבים הם בעליה בשעה שהם היו רק חוכרים שלה לתקופה של 25 שנה. המערערים טענו שיש לבטל את החוזה. נקבע כי אין לבטל את החוזה אך גם אין זה צודק לאכוף אותו למרות שהמערערים הם מפרי החוזה. כיוון שאין ביטול המערערים שהפרו את החוזה צריכים לשלם פיצוי הולם ומוסכם אך המשיבים לא זכאים לאכיפה של החוזה. (הנקודה היא שאין השבה על כל החיובים שנעשו עד כה, אך גם לא תהיה אכיפה על החיובים מעתה ואילך.)

**הטעיה:   
סעיף 15:** מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהיא תוצאת הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה; לעניין זה, "הטעיה" – לרבות אי-גילוין של עובדות אשר לפי דין, לפי נוהג או לפי הנסיבות היה על הצד השני לגלותן.

סעיף 15 לא דורש שהטעות תהיה יסודית, אותו אדם רשאי לבטל גם אם המטעה לא יודע ולא היה צריך לדעת שהטועה לא היה מתקשר אלמלא הטעות, גם אם באופן אובייקטיבי הטעות לא הייתה מהווה בסיס לביטול.  
לדוג': צבע הריפוד ברכב, לרוב זה לא יהיה קריטי אך יש אנשים שעבורם זו תהיה עילת ביטול. זה בעייתי כאשר מדובר בהטעיה שנעשתה בתום לב, צומחת זכות ביטול שאדם בתום לב לא ידע שזה עניין מהותי לצד השני (לא רשלנית).  
- בארה"ב : ניתן לבטל חוזה רק אם ההטעיה זדונית או יסודית.  
- בישראל: בתי המשפט לא ממהרים להכיר בזכות ביטול כשההטעיה לא יסודית, דרך דרישת הקשר הסיבתי.   
יסודית הטעות עוברת מהמישור המהותי למישור הראייתי (חזקה עובדתית ולא משפטית הניתנת לסתירה).  
**כשההטעיה בתום לב בית המשפט מכניס את היסודיות דרך הקשר הסיבתי.**  
  
דוגמאות ליסודיות הטעות שיכולה להיכנס בדלת האחורית לטענת ההטעיה.

* **פס"ד ולנטין נ' ולנטין:** זוג נשוי חתם על הסכם לחלוקת הבית   
  טענת הבעל: הייתה הטעיה.  
  בית המשפט אומר שהייתה הטעיה אך היא **לא קשורה סיבתית** להתקשרות בחוזה. היה מידע שקרי שהיא מסרה, אך אין קשר סיבתי בין ההטעיה לכריתת החוזה השלישי. זה הסכם שנוצר כבר בשלב הגירושין שבו גם ככה יש לעשות חלוקת נכסים ולכן לסיפור ההטעיה שקשור לחוזה הראשון אין קשר סיבתי לחוזה השלישי.  
  הביקורת: חוזה 3 נחתם על סמך חוזה 2 שנחתם על חוזה 1 שהוא נחתם עקב הטעיה של האישה ביחס לאירועי אילת ולכן הקשר הסיבתי לא נותק.
* **פס"ד פופסקו נ' עיריית חיפה:** עולה חדש רצה להקים פארק שעשועים בחיפה, היה עליו להוכיח את היכולת הכלכלית שלו, הוא אמר שיש לו מיליון לירות על אף שבפועל היה לו 300 אלף.   
  בית המשפט קבע שהמצג תרם לנכונות להתקשר בחוזה בפועל, אולם לא ניתן סעד של ביטול לעירייה מכיוון שבחוזה היה מנגנונים שונים ששמרו על העירייה מפני מצב בו לפופוסקו אין את היכולת הכלכלית לרכוש בעלות, בנוסף החוזה לא היה כרוך בשום סיכון לעירייה (לא היה מה להפסיד) ולכן נקבע כי אין קשר סיבתי.  
  למעשה, אדם סביר (עירייה סבירה) היה מתקשר בחוזה על אף הטעות- משמע, הטעות לא יסודית.

**הטעיה בתום לב**ישנה סיטואציה של:

* **מצג שווא רשלני בתום לב**: לא הייתה כוונה להטעות, אך אדם סביר בנסיבות האלה לא היה מטעה.
* **מצג שווא לא רשלני שנעשה בתום לב**: מוסר מצג השווא לא חשב שהוא מטעה וזו הייתה טעות תמימה שגם אמצעים סבירים לא היו מונעים טעות זו.  
  לפי פרידמן וכהן ושלו- ניתן לבטל, אין דרישת יסודיות.  
  בארה"ב ניתן לבטל רק אם הטעות יסודית.

הבעיה: זה יוצר קושי מבחינת תמריצים, ייתכן שדווקא הצד הטועה יכול לברר ולאמת את המצגים בעלות נמוכה יותר. כאשר החוזה יתבטל גם ככה, לא יהיו לו תמריצים.   
הפתרון : במקרים של טעות לא יסודית, הצד שמטעה עשה זאת בתום לב והצד השני היה יכול למנוע זאת בקלות, יש לטעון ל14 ב' (הצד שלא טעה לא ידע ולא היה צריך לדעת על הטעות של הצד השני).

**הטעיה מטעמו של אחר:** מה המשמעות?

**סעיף 2 לחוק השליחות**: "שלוחו של אדם כמותו, ופעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי העניין את השולח"- יחסי שליחות מפורשים, מיופה כוח.כל פעולה שעשה השלוח מחייבת את השולח לרבות הטעיה שהשלוח הטעה את הצד השני.לכן לכאורה אין צורך בסעיף 15, הרי רואים את פעולת השלוח כפעולת השולח לפי סעיף זה.אבל, **התיבה אחר מטעמו רחבה יותר מחוק השליחות** ולכן במקרים מסוימים עדיין יהיה ניתן לבטל לפי סעיף ההטעיה.לפעמים אדם לא ייחשב כשלוח על פי סעיף השליחות אך עדיין ייחשב כאחר מטעמו כשמדובר בהטעיה לפי סעיף 15.לפי סעיף 15, מספיקה שתהיה פעולה בהתאם להוראות, או בהסכמה. הדרישה היא שהמטעה פועל מטעמו של הצד השני, גם אם ההטעיה מטעמו שלו. **דוג':** נציג מכירות שמקבל בונוס על עמידה ביעדים, ומחליט להטעות – הנציג מטעה מטעמו שלו אך עדיין החוזה ניתן לביטול מול החברה עקב הטעיה.  
לא תקף לאדם שפעל על סמך מידע ששמע מאדם אחר, אלא מישהו שפעל מטעמו.

* כאשר צד ג' אך אינו פועל מטעמו של אחר- זו תהיה טעות.
* כפיה ועושק יכולים להיעשות גם כן מטעמו של אחר.
* כאשר כפיה ועושק נעשים ע"י צד ג' שלא קשור לצד השני להסכם לא יהיו סעדים לפי סעיפים 17, 18, 12 מכיוון שכפיה ועושק ותו"ל חייבים להיעשות ע"י הצד השני להסכם. בנוסף אפשר גם להימנע מאכיפת ההסכם לפי החריג 4(3).

לדוג' לצד ג': נותן הלוואות בשוק האפור נתן הלוואה לפרויקט בניה ורוצה שזה יצליח כדי לקבל את הכסף בחזרה, כחלק מכך מאיים על אנשים לקנות דירה בפרויקט. אם הרוכש ירצה לבטל את ההסכם הוא לא יוכל, כי מי שכפה לא היה צד להסכם.

**מהות ההטעיה:  
איזון אינטרסים**, מצד אחד לא נרצה להטעות אנשים ומנגד נרצה לאפשר רווח לצד השני ממידע שיש לו.  
המקרה הקל- איסור הטעיה אקטיבית, אך הבעיה מתעוררת בחובת הגילוי. ההבחנה לא תמיד קלה בין הטעיה אקטיבית לבין חובת גילוי– גילוי חצי אמת, שינוי של מצג קודם וכו'.

**מצג שווא:**  
הטעיה ככלל היא מצג שווא של עובדה או משפט שמוביל לטעות של הצד השני שמוביל לכריתת החוזה.  
אי קיום הבטחות במסגרת החוזה אינן מצג שווא! אך האם הכוונה בשעת כריתת החוזה לא לקיים את ההתחייבות היא הטעיה?  
- אם ההבטחה היא תנאי בחוזה- יש סעדים בגין הפרה. אם מצג השווא הוא לגבי הנכונות לקיים או היכולת לקיים האם חוסר הנכונות בפועל יהיה הטעיה? – בארה"ב זה לא הטעיה, זו הפרת החוזה. באנגליה זה כן.   
 -בישראל יש גישות שונות בעיקר ביחס להבטחות שלא נכנסו בחוזה, כאשר נמסרה הבטחה בשעת המו"מ שלא באה לידי ביטוי בחוזה, חוסר הנכונות לקיים את ההבטחה תיחשב הטעיה.

**פס"ד בן עמי נ' לאומי –** אדם התחייב למסור שמות ערבים לחשבון בנק עסקי, כאשר ידוע לנציג שאין לו אפשרות להביא ערבים. ביהמ"ש פוסק: זאת הטעיה כי הוא מעולם **לא התכוון לקיים**. אבל אם הוא התכוון לקיים **אך לא היה מסוגל** – זאת לא הטעיה וזה לא מזכה בביטול (מעין עמדת ביניים).

**התפארות והבעת דעה:**  
המצג שונה כשיש הבעת דעה והתפארות אלו מקרים שבהם אין התחייבות מכללא לאמיתות הדברים ולכן לא נוצר מצג שווא, אין הטעיה.  
**פס"ד איי די איי חברה לביטוח נ' לשכת סוכני הביטוח לישראל:** טענתם הייתה נגד הקמפיין של שוקא שמצייר סוכני ביטוח ככאלה שלא יודעים לעבוד עם מחשבים, הקמפיין מטעה את הצרכנים, לכן טוענים להטעיה לפי חוק הגנת הצרכן (הטעיה שהיא עוולה) ועוולת תיאור כוזב.  
בית המשפט: "דיני מצג השווא יחולו כשמדובר בהצהרה לגבי נתון **עובדתי או משפטי**, ולא כאשר מדובר בחוות דעת, בהערכה גרידא או בדברי התפארות".

**אמת מהותית ואמת מילולית:**  
כל מה שנאמר אמת, אולם קיים פער בין **האמת המילולית והאמת המהותית**. לחילופין גם אם נאמרו דברי אמת, אולם שינוי מאוחר (ולפני הכריתה) שינה את התמונה העובדתית. לעיתים, גם אם מילולית לא נמסר מידע מטעה, מהקונטקסט יהיה ברור שנמסר מידע שקרי.

* **המקרה הראשון:** (האמת מילולית שונה מהאמת המהותית).
* **פס"ד חברת בית החשמונאים נ' אהרוני:** מוכר חנות בבניין התחייב שלא תוקם מסעדה נוספת בשטח מקרקעין. בפועל אותו בניין מחולק לשתי חלקות מקרקעין ובחלקה השנייה(פיזית אין הפרדה) מוקמות שתי מסעדות. החלקה השניה בבעלות של קבלן אחר והם בונים בשיתוף פעולה. האם היה צריך לגלות לקונים?  
  בייסקי: הייתה חובה לגלות להם שמדובר בשתי חלקות.  
  כהן (דעת מיעוט): על הקונים הייתה חובה לברר, הם התרשלו ולכן אין אחריות למוכרים.
* **פס"ד רוגומי נ' אררט:** רכשה ביטוח נגד שריפה, הייתה שרפה והחברת ביטוח שילמה לרוגומי את הנזק, לאחר מכן אררט רצו לבטל את החוזה ביטוח ודרשו ביטול והשבה. מכיוון ששאלו אותה אם בוטל בעבר חוזה אצל חברת ביטוח אחרת. רגומי השיבה כי **היא ביטלה** כמבוטח ביטוח שהייתה לה אצל חברת מגן. מתברר שהמגן ביקשה לבטל ורוגמי ביקשה שיתנו לה לבטל במקום.   
  בית המשפט: גילתה חצי אמת ועליה לספר הכל, לכן לאררט הייתה האפשרת לבטל.
* **המקרה השני:** (הדברים שנמסרו היו אמת בשעתם, אולם השתנו במועד מאוחר)
* **פס"ד לקי דרייב נ' הילטון:** נחתם הסכם לפתוח מקום להשכרת מכוניות ברשותה של הילטון בינה לבין לקי דרייב שהציגה את עצמה כנציגת הרץ שכן הייתה נציגתה (נתון שהיה חשוב לכריתת החוזה). הקושי –בזמן משא ומתן הם היו נציגים, אך ידעו מראש שהרץ לא תחדש עמם את החוזה, בכך הציגו להילטון מצג שווא.  
   הלוי: בגלל שהייתה הידיעה שזה הולך להשתנות **זו הטעיה**, יש חובה לעדכן **בשינוי הנסיבות.**

**חובת גילוי**סעיף 15 למעשה אומר לנו שחובת גילוי חלה על כל עובדות **שלפי דין, נוהג או נסיבות** היה על הצד השני לגלותן. מתי יש לגלות על פי נוהג או נסיבות או דין?

**גילוי לפי דין:**

* חוק חוזה הביטוח (מבטח ומבוטח).
* חוק הגנת הצרכן.
* חוק הבנקאות (שירות ללקוח).
* חוק המכר (דירות).

ישנם הרבה דינים שמחילים חובת גילוי ולעיתים החוקים הספציפיים מסדירים גם **סעדים**, לכן האם יש בכלל מקום להחיל את סעיף 15? זה תלוי, כשהחוק כולל בתוכו הסדרים ששוללים את התחולה של סעיף 15, **חוק ספציפי גובר על חוק כללי** (לדוג' בחוק חוזה הביטוח אין אפשרות ביטול לעומת סעיף 15 שמאפשר). אם החוק לא כולל הסדרים ששוללים את האפשרות לבטל את ההסכם, תהיה תחולה כפולה (חוק להגנת הצרכן).   
בנוסף, גילוי לפי דין יכול להיות גם לפי סעיף 12:"לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב" גילוי לפי נוהג שזו הדרך המקובלת זה גילוי לפי דין כי הדין אומר שיש לנהוג בדרך מקובלת. אם יש נוהג לגלות מידע מסוים יש חובה לגלות אותו לפי סעיף 12. זה אומר שאין סיבה לכלול בסעיף, 15 גם לפי דין וגם לפי נוהג, יש כאן כפילות, מספיק לכתוב רק לפי דין.

**גילוי לפי נוהג או נסיבות:**   
גם גילוי לפי נסיבות מביא לתחולה של סעיף 12.

**שיקולים בהכרה בחובת הגילוי:**

* יחסים בין הצדדים:  
  - **רגומי נ' אררט**: מערכת היחסים המיוחדת בין מבטח ומבוטח דורש שהמבוטח ייתן מידע אמיתי ומלא למבטח. בנוסף, המבטח גם יכול לדרוש זאת במפורש.  
  - **צבאח נ' טפחות:** לא פטור מחובת הגילוי, על אף חובת הסודיות.  
  - **ולנטין נ' ולנטין**: רואים את ההבחנה בין חובת גילוי של אנשים שבמערכת יחסים זוגית לבין מערכת יחסים מסחריים. עולה שישנה חובת גילוי רחבה יותר כשיש מערכת יחסים זוגית בין הצדדים.
* קרבה למידע: כאשר יש צד שקרוב למידע יש לו חובת גילוי.
* **פס"ד ספקטור נ' צרפתי:** חוזה על מגרש, המתווך התחלף בתהליך הוא היה מטעם המוכרים, מוכר השטח ידע שאפשר לבנות 12 דירות במקום 16 אך לא גילה לקבלן החדש על אף שידע שזה מידע שחשוב עבורו. כשזה התגלה הקבלן רצה לבטל את החוזה.  
  השופט אשר: במערכות יחסים מסחריות יש חובת גילוי רחבה.   
  העמדה של לנדוי וכהן: לדעתם אין חובת גילוי רחבה במערכת יחסית מסחרית כשהמידע ניתן לגילוי לבד ,יש חובת גילוי רק על דברים שהצד השני לא יכל להשיג בעצמו. בכל זאת מאשרים את הביטול מכיוון שלא הייתה התאמה **לפי חוק המכר,** אין קשר לסעיף 15.
* **פס"ד קינסטלניגר נ' אליה:** בעלת מקרקעין שגרה בארה"ב ואינה דוברת עברית ירשה קרקע, הקרקע עוברת שינוי ייעוד ומפשירה למגורים. הקונים ידעו על שינוי הייעוד, והמוכרת לא.   
  אנגלרד: צריכה להיות חובת גילוי "**עיקרון תום הלב** דורש כי המציע יגלה את העובדה כי לגבי החלקה החקלאית קיימת תוכנית לשינוי ייעוד, המעלה את ערך הקרקע".
* אשם תורם:
* **פס"ד ספקטור נ' צרפתי:**ח' כהן:צד לא מחויב לגלות לצד השני מידע שאם הוא היה פועל באופן סביר הוא היה מגיע לכך בעצמו (דוג' המסעדה) ולכן לא יכול לדרוש לביטול.
* **גינדי נ' אפללו:**אשר:אדם סביר היה צריך לקרוא את החוזה, אם לא קראתם טוב זה בעיה שלכם, לא צריכים לגלות לכם, אתה לא יכול לטעון שלא גילו לך מה החוזה אומר.
* **שפיגלמן נ' צ'פניק:** בעלי מניות במוסך שהופקע לצורך סלילת נתיב בכביש אילון. השותף מכר את חלקו לשותף השני, ובאותה שעה יש מו"מ מתקדם עם נתיב אילון לרכישה חוזרת של מנתיבי אילון (עסקה רווחית).  
  בית המשפט: אתה לא לבטל עקב הטעיה כי לא גילו לך, בעל מניות סביר יודע מה קורה בחברה שלו, אין חובת גילוי. בהיעדר ראיה להטעיה זדונית אין הטעיה כי אין חובת גילוי.
* חשיבות סובייקטיבית:  
  **פס"ד Reed**: אישה קנתה דירה ובדיעבד גילתה שעשור לפני כן היה שם רצח של משפחה שלמה. טענתה הייתה שלמוכרים הייתה חובת גילוי ורוצה לבטל את החוזה.  
  בית המשפט: גילוי זה משנה את מהות הדירה, כי זה משהו שמשפיע על העלות.  
  צריך להבדיל בין מידע שהוא חשוב **סובייקטיבי אל מול אובייקטיבי** ואם זה רציונאלי או לא רציונאלי.  
  זה לא רציונאלי לא לרצות לגור בבית בגלל זה כי הבית הוא אותו בית, אולם מכיוון שכולם שותפים לאמונה הלא רציונאלית זה עדיין זה משפיע אובייקטיבית על שווי הנכס. אם היה מדובר בהעדפות אישיות על אמונות פרטניות של ריד, לא הייתה חובת גילוי, **העובדה שזה משותף לרבים וזה מתבטא בכך שזה משפיע על שווי הדירה בשוק מוכיח שזה בעל השפעה אובייקטיבית**. **חובת גילוי לפי הניתוח הכלכלי**  
  מתי נרצה לחייב צד אחד למסור מידע שהוא אסף, מידע שעלול לשנות את הערך?  
  **קרנומן:** מידע זה לא רק נכס שיש לך , אלא אתה יכול ליצור אותו, יש חשיבות חברתית לייצר מידע פרודוקטיבי.  
  לפי גישתו כלל **"יזהר הקונה"** מאוד הגיוני, כי הוא מאפשר לכל צד לעסקה לנצל באופן מלא את המידע שיש לו, לצדדים יש אינטרס להשקיע באיסוף מידע כי הם יודעים שיוכלו אחר כך לנצל את העסקה במסגרת עסקאות ולא יצטרכו לגלות אותו לצד השני. כאשר יש חובת גילוי מלאה, יימנע מהצדדים היכולת להפיק רווח מהמידע שלהם. לדוג': קרקע חקלאית ששווה 10,000 ₪, וידוע שיש סיכוי קטן אבל קיים שיש בה נפט – עלות אתור נפט שבמקום היא עלות גבוהה מאד ודורשת המון מומחיות. מה יקרה אם אותם שמומחים לגילוי נפט יצטרכו לגלות לבעלים שהם גילו נפט בקרקע? אם הם נדרשים לגלות – המחיר יעלה והם לא יוכלו להרוויח מן המידע שהם אספו, אם היו יודעים מראש שבדיעבד לא יכלו להרוויח מהמידע שאספו, הם מראש לא יחפשו וישקיעו.  
  זה אומר שחובת הגילוי, מפחיתה את התמריץ לגלות מידע.  
  צריך להבחין בין הסוגי המידע: **מתגלה באקראי** ללא השקעה, **מתגלה לאחר הוצאה כספית**.  
  ההצעה של קרונמן: הבחנה לפי עלות הגילוי (רק על אלה שיש להם מידע ללא השקעה, לא עלה כסף להשיגו).  
  פורת ובן שחר: אם אין חובת גילוי לפי קרונמן, ניתן לשקר כדי לעודד השקעות יעילות באיסוף מידע.  
    
  **הטעיה והפרת חוזה:**  
  צריך לעשות הבדלה בין **מצגים טרום חוזיים** שהם יכולים להוות בסיס להטעיה לעומת **תניות בחוזה** שאי קיומן זו הפרת חוזה! שניהם מקנים סעדים, אך סעדים שונים.   
  כאשר מדובר **בהטעיה**, אם היא נעשה בתום לב הסעד היחידי זה **ביטול**, אם היא נעשתה במזיד ייתכנו גם **פיצויים שליליים** (סעיף 12), לעומת זאת כאשר מדובר **בהפרת חוזה** הנפר יכול **לאכוף** את המצג ובמידה וזה לא יתאפשר לקבל **פיצויים חיוביים**, לכן מצבו של הניפר יהיה טוב יותר במקרה זה.

**עושק ס' 18:**"מי שהתקשר בחוזה **עקב** ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה". **תנאים מצטברים:**

* ניצול של הצד השני או אחר מטעמו.
* עקב= מראה לנו הקשר הסיבתי בין התקשרות החוזה לניצול המצוקה שניצל הצד השני.
* מצוקת המתקשר.
* תנאי החוזה גרועים – אין צורך לקשר סיבתי בין ניצול המצוקה לכך שהחוזה בלתי סביר, אך יש חובה לתנאי זה.

**מצוקת המתקשר:  
פס"ד סאסי נ' קיקאון:** טירקל: בנוגע למצוקת המתקשר, עושק מתקיים רק במצב חמור ומתמשך ולא בקושי ארעי וחולף.  
**פס"ד כהן נ' הרשקוביץ:** המערערים רכשו דירה מהמשיבה, המסירה מתעכבת ולכן שכרו דירה במקום אחר. היו לחוצים להיכנס לדירה ולכן הסכימו לחתום על הסכם חדש עם תעריף חדש, בנוסף חתמו על כתב ויתור על טענות לאחר ההסדר שהגיעו עם החברה הקבלנית. לאחר כשלושה חודשים מערערים על ההסכם החדש בטענת **העושק.**  
שמגר: טענת העושק לא התקבלה מכיוון שלא התקיימה מצוקה, אמנם יש מצוקה כלכלית אך מצוקתם חולפת הבעיה הייתה תזרימית, לא איבדו את הכסף אלא היה **עיכוב** בתשלום.

**דרישת הקשר הסיבתי:**

* יש להראות שהחוזה נכרת **עקב** העושק או הכפייה.
* **פס"ד שפיר נ' אפל (דיון בעושק):** שני משקי חלב, הראשון משווק והשני מרכז. המשק המשווק מחליט כי המרכז משקר בדבר הרישומים. ערב אחד נכנס המשווק עם עורך דין ומאיים ומלחיץ את ניצול השואה של המשק המרכז ודורשים ממנו לחתום על מתן כסף. למחרת היום המשפחה של המרכז הולכים לבטל את ההסכם והם מאוימים שוב וחותמים על הסכם נוסף בו הם משלמים. **שני ההסכמים הם תוצר של עושק.**
* ההסכם הראשון הוא תוצר של עושק כי מתקיימים כל התנאים: איים עליו ששוטרים יכו אותו ובכך יוצר תחושה סובייקטיבית של אימה ומצוקה. מנצל את היותו ניצול שואה בעל קשיים פסיכולוגיים וחרדות אישיות. בכך מוכח שהוא מנצל את המצוקה, והוא מציב דרישה לקבל משהו בתמורה לכלום. **הקשר הסיבתי מוכח בכך שהוא נקשר בחוזה רק מתוך הפחד שהיה מסור אליו.**   
  ההסכם השני תוצר של עושק בגלל שהראשון היה תוצר של עושק: הפחיד את בני משפחתו ומוביל אותם לחתום על הסכם נוסף. גם כאן ההסכם ללא תמורה, זה לא מקובל ולא סביר לקבל סכום ללא התחייבות חוזית.  
  שטרסברג כהן:"אין צורך להוכיח שאילולא העושק לא הייתה נוצרת ההתקשרות (משמע אין צורך להוכיח קשר סיבתי) ולא נדרש, שהעושק יהיה הגורם הבלעדי או המכריע להתקשרות. מבחן הקשר הסיבתי בין העושק לבין ההתקשרות הוא מבחן סובייקטיבי".  
  יש סתירה בדבריה, תחילה היא אומרת שאין צורך לקשר סיבתי בכלל (משמע לא אובייקטיבי ולא סובייקטיבי) אך בסוף אומרת שמבחן הקש"ס הוא סובייקטיבי. כשמתקיימים שאר התנאים מניחים שאדם לא היה מתקשר בחוזה, זו הנחה שניתנת לסתירה ברמה הסובייקטיבית ולא אובייקטיבית (שאף אדם לא היה מתקשר בחוזה) מניחים שזה הקשר הסיבתי ולכן אין צורך לדרוש אותו.

**סבירות החוזה**חוזה לא סביר: כאשר החוזה נכרת ללא תמורה וללא ביסוס בזכות קיימת, אין מקובל, ואין אפשרות לבדוק אם חורג מהמקובל (אין בסיס להשוואה). לפי שטרסברג כהן, ובן פורת בשפיר- תמיד מתקיים התנאי ביחס לעילת העושק בנסיבות האלה.ישנה מחלוקת לעניין השאלה האם נקיטת הליכים פליליים תמיד היא בגדר חוסר תום לב.בנסיבות האלה, בפס"ד שפיר, **איום בפגיעה פיזית של ההליכים הפליליים זה חסר תו"ל.**

**יחסי גומלין בין היסודות  
רעיון האגרגציה (שיקלול) הנורמטיבית:** יסודות עילת העושק מקיימים יחסי גומלין, ככל שיסוד אחד מתקיים חזק יותר כך אנחנו דורשים פחות את קיום היסוד האחר (אם תנאי החוזה גרועים בצורה קיצונית, לא נדרוש מצוקה קיצונית). בפועל, הרעיון אומץ **בתוך** דוקטרינות ולא בין דוקטרינות (לדוג' זה אומץ ביסודות העושק, אך מנגד אין שימוש בהפרה והטעיה). **סאסי נ' קיקאון:** קיקאון בחורה מבוגרת בעלת מצוקה נפשית, סאסי ומתווך הגיעו לביתה והציעו לה לבצע החלפה בין הבתים. היחס בין התמורות כל כך קיצוני (הבית שלה שווה כפול משל סאסי) ולכן לא נדרשה לקות נפשית חמורה. ככל שיסוד אחד מתקיים בצורה חזקה יותר לרעת העשוק, כך ייטה בית המשפט לפסוק כי מתקיימים היסודות האחרים.

**כפיה**ס' 17 א': "מי שהתקשר בחוזה **עקב** כפיה שכפה עליו **הצד השני או אחר מטעמו**, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה".  
ב': "אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לעניין סעיף זה".

* כוח ואיום: מתפרש באופן סובייקטיבי, האם **הנכפה** חש מאוים באופן שכופה עליו להתקשר בחוזה.   
  **בשפיר נ' אפל**: באיום הראשון התחושה הסובייקטיבית הביאה את אותו אדם להתקשר בחוזה. האיום השני מתקשר לאיום שגרם לחתימת החוזה הראשון, זה מה שהופך את החוזה השני לכזה שנעשה עקב כפיה.  
  הכפיה לא צריכה להיות יסודית, נבחנת **במבחן סובייקטיבי.**
* סנקציה פלילית:  
  **פס"ד שחם נ' מנס:** שחם גנב ממנס (זו עובדה), הוסכם ששחם יעבירו למנס את דירתם. לאחר מכן הם טוענים שהחוזה לא חוקי, שהייתה כפיה ועושק.  
  טענות הזוג שחם:  
  1. החוזה לא חוקי כי הם התחייבו במסגרת החוזה לא לדווח לרשויות על מעשה הגניבה והרי לא חוקי להסתיר מהרשויות עבירה פלילית, נוגד את תקנת הציבור.   
  2. טענו לכפיה. מכיוון שמנס איים שאם לא יחתמו, הוא ידווח לרשויות. הוא איים בסנקציה פלילית ובכך כופה עליהם להתקשר בחוזה.  
  3. עושק, כי הוא מנצל את המצוקה שלהם.  
  **מצוקת העושק** נדחית מיד כי החוזה סביר ובנוסף אין כאן מצוקה. **טענת הכפיה** נדחית גם כן משום שבני הזוג יזמו את ההצעה, אין קש"ס בין הכפיה להתקשרות.
* מדוע כאן איום הפניה לרשויות לא מהווה כפיה ובשפיר נ' אפל כן?   
  1. לא היה בסיס לפנות למשטרה בשפיר, לא הייתה עובדה מוחשית לגניבה.   
  2. בשפיר, קיבל כסף על זכות שלא קיימת לעומת כאן, שהועברה הדירה עקב חוב (גניבה).
* איום כלכלי: יש אפשרות לתבוע על כפיה כלכלית.  
  **פס"ד שאול רחמים נ' אקסומדיה:** היה יריד שבו נחתם שהמשיבה תקבל כ25% מרווח היריד. לאחר שהיריד כשל הם חתמו על הסכם חדש שבו כתוב שהמערערת צריכה לשלם להם על ההוצאות ששילמו עבור היריד. החוזה נחתם כתוצאה מאיום, אם לא תעביר את הכסף היא תסגור את היריד, זה ימנע מהמשיבה רווח כלכלי ולאור הלחץ מהתוצאות הסכימה לחתום על החוזה.  
  השופט מלץ: יש **כפיה כלכלית**, הנזק במקרה זה הוא בלתי הפיך. היה לה קצת זמן לשקול את ההחלטה, האיום היה מידי יש עניין של לחץ וזמנים. היריד פתוח לכמה ימים אם יסגרו עכשיו יפסידו המון כסף.  
  ההבדל בין **כהן והרשקוביץ**, היה להם זמן לחשוב ולהתלבט, כאן לא היה את זה. (כפיה כלכלית נוספת: לממש זכות עיכבון בנכס של מישהו אחר ולאיים עליו שאם לא ישלם יותר, לא ישחרר את הנכס).

**אזהרה בתום לב  
"**אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום".  
עמידה על זכות שבדין אינה איום בכריתה של חוזה, זה לא מוביל לפגם בהתקשרות כל עוד זה נועד לממש זכות שקיימת ברקע. **בשפל נ' אפל** זה לא אזהרה בתום לב כי:  
1. התום לב נוגע **לאזהרה ולזכות**, אם לא הייתה זכות בפועל לא ייתכן שהאזהרה היא בתום לב.  
2. איום הפניה למשטרה לא היה בתום לב ביחס לנסיבות וביחס לעו"ד הוא ביצע עבירת אתית.

**זכות הביטול, מבוא**:

* כל פגם בכריתה מעניק סעד של ביטול מלבד 14 ב'. אין הבחנה לגבי דרך הביטול מלבד לכפיה.
* **סעיף 19, ביטול חלקי:** "ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו".
* מעורר תהייה, מה קורה עם חוזה שבטל לפי סעיף 30, חוזה שבטל מעיקרו מכיוון שנוגד את תקנת הציבור (חוזה בלתי חוקי). מנגד, סעיף 31 מחיל את סעיף 19 גם על מקרים אלו.
* הקושי נוצר כשיש חלק בחוזה שהוא בלתי חוקי ובית המשפט רוצה לבטל רק אותו, אך לא ניתן להפרידו מהחוזה.
* לדוג': תניית אי תחרות לעובדים, ניתן לבטל לפי סעיף 19 אך לפי סעיף זה בביטול יש השבה הדדית, העובד קיבל כסף עבור התניה, קשה לאמוד את הסכום. האם מבטלים את כל החוזה מעיקרו?
* לעיתים, בתי המשפט מתעלמים מהקושי ולא מפחיתים מהתמורה (אין השבה).
* כמו בחוזים אחידים, בית המשפט מבטל רק את הסעיף הבעייתי, אך התמורה של הצדדים לא תשתנה. כך, החוק מעניש את העוסקים על תנאים מקפחים. גם לא מקבלים את התנאי וגם לא מקבלים את הסכום ששילמתם על התנאי הזה-מנגנון הרתעתי.
* **סעיף 20-** "ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה – תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפייה"-מגדיר את דרך ומועד הביטול (בהודעה, תוך זמן סביר מהיוודע עילת הביטול):
* אופן מתן ההודעה סעיף 60 א'.
* הודעה יכולה להיות גם דרך תביעה, זה אפשרי באופן עקרוני אם זו הייתה הכוונה ועומדת בדרישת הזמן הסביר (כהן נ' הרשקוביץ).
* הדרישה: מעת הידיעה **בפועל** על העילה שמקנה זכות לביטול (משמע אם מישהו התרשל וגילה את העילה לביטול באיחור, עדיין יכול לבטל".
* **סעיף 21:** "משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה **שקיבל על פי החוזה**, ואם ההשבה הייתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – **לשלם לו את שוויו של מה שקיבל**"-מסדיר את חובת ההשבה בעקבות הביטול, בעין או בשווי.
* כאשר מופר החוזה **עומדת לניפר זכות בחירה** בין השבה בשווי להשבה בעין, מנגד כאשר חוזה בטל עקב פגמים בכריתה ההשבה תהיה בעין אלא אם כן זה בלתי אפשרי.
* הבדל נוסף: ביטול של פגמים בכריתה זה למפרע, ממועד הכריתה, משמע כל החיובים החוזיים בטלים, לדוג' פיצוי מוסכם, מנגד ביטול עקב הפרה הוא מכאן להלאה.

**תוצאות הביטול בין צדדים לחוזה:**

* מתי השבה בעין או השבת שווי בלתי אפשרית או בלתי סבירה?
* **בלתי אפשרית** : הנכס אבד, הועבר לצד ג' ולא ניתן להשיבו.
* **בלתי סבירה מצד מוסר ההשבה**: לדוג' הסכם ללבנים בבניין, השבה בעין לא אפשרית ולא יהיה סביר לבקש להוציא את הלבנים מהבניין.
* **בלתי סבירה מצד מקבל ההשבה**: נכס שלאחר שימוש חסר ערך. לדוגמא חנות נעליים – אדם מעוניין להשיב את הנעל שקנה עקב פגם, אך שווי הנעל יורד כי לא יקנו נעל משומשת.
* לעיתים השאלה האם ההשבה בעין היא סבירה או לא סבירה תהיה מושפעת ממי גרם לפגם ברצון (לדוג' אם מוכר נעליים מנצל אדם בעל לקות שכלית ומוכר לו זוג ב1000 שח, זה יהיה סביר לדרוש השבה בעין על אף ירידת הערך כביכול).

**תוצאות הביטול כלפי צדדים שלישיים:**

יש מס' הבדלים כאשר הביטול הוא **עקב פגם בכריתה** וכאשר הוא **עקב הפרה** (הבדלים שכתבתי לעיל).  
הסיטואציה המתוארת היא כשיש לנו פגם בכריתה בין צד א' לצד ב'.

* א' העביר לב'. ב' העביר לג'. א' **מפעיל זכות ביטול** כלפי ב', **לאחר** שג' כבר קיבל את הנכס. אם ג' עמד בתקנת השוק(ס' 34 לחוק המכר) **אז צד ג' גובר.**
* א' העביר לב'. ב' כרת חוזה להעברה לג'. א' מפעיל זכות ביטול כלפי ב' **לפני** שהנכס עבר מב' לג'. **צד א' גובר על ג' משום שצד ג' לא פעל בתום לב.**

**סיטואציה נוספת: כשיש פגם בכריתה בין ב' לג':**

* צד א' העביר לב'. צד ב' העביר לצ' ג. הייתה טעות משותפת בין ב' לג' (כנען)- לצד א' יש את זכות העקיבה ולכן יכול להיכנס בנעליו של צד ב' ולטעון את טענותיו, כלומר צד ג' אינו חסין מטענותיו של צד א'\ב' גם אם מתקיימת תקנת השוק והרכישה נעשתה בתום לב.

במקרים של **פגם ברצון** המצב מורכב יותר כי החוזה בטל **ממועד הכריתה**.   
דוג': חוזה שנכרת עקב טעות, הטעות הייתה קיימת מלכתחילה אך היא התגלתה רק לאחר שהזכות הועברה לג'. הזכות קיימת אך "רדומה" כביכול זה נותן לא' את האופציה לבטל מתי שהוא רוצה ולג' מייצר חוסר ודאות. לכן, ניתן למתן את התוצאה באמצעות הדרישה של סעיף 20 להפעיל את זכות הביטול תוך זמן סביר **מרגע הידיעה** (א' לא יכול לבוא מתי שהוא רוצה לבטל את החוזה, יש לו מגבלה).  
בקשר לכפיה הדרישה להודעה תוך זמן סביר על הביטול מרגע **שהופסקה**, ולא מרגע הגילוי.

**השלכת הביטול על צד שלישי שהסתמך על ההסכם:  
פס"ד כנען נ' ממשלת ארה"ב:** כנען רכשה מרוכלת שני ציורים במחיר של 250 ₪ , גילתה שזה שייך למוזיאון יהודי בני יורק, הציור שווה 115,000$ (זה סכום הביטוח). הציור נעלם, הבעלים פוצה מכספי הביטוח ולכן ממשלת ארה"ב טענה שיש לה זכות להחזיק בציור, כנען עירערה וטענתה שלה הזכות. הוחלט שהייתה טעות משותפת ופוצתה ב250 ₪.  
השופט אור: מציע להתמודד דרך דיני הטעות, הייתה טעות משותפת במהות העסקה, אם הרוכלת הייתה יודעת שזה שווי התמונות ומהות התמונות (אמן מפורסם) היא לא הייתה מוכרת. העניין הוא שהרוכלת לא מעוניינת לבטל את ההסכם מול כנען כי גם ככה תצטרך למסור את הציור לממשלת ארה"ב.   
ממשלת ארה"ב לא צד לחוזה, כיצד ניתן לבטל את החוזה?  
לארה"ב **זכות העקיבה,** עקב היותה הבעלים המקורי של הנכס יש לה זכותלעקוב לאחר גלגוליו.   
לדוג' כאשר גנב מוכר פריט גנוב, אותה קונה הוא הבעלים החדש של הנכס, אך לבעלים המקורי יש את זכות עקיבה, ויכול לדרוש את השווי שהגנב קיבל.  
במקרה זה, זכות העקיבה לא עוזרת כי היא קיבלה רק 250 שח, לכן השופט אור מחדד ואומר שזכות העקיבה היא לא רק אחרי הגלגולים של הכסף אלא גם אחרי **הזכויות שמקנות הגלגולים של הנכס**. זה מקנה לבעלים הראשוני לדרוש ממי שקנה את הנכס לא לפי תקנת השוק, לא רק להחזיר את התמורה אלא גם לממש את הזכויות שיש לו ביחס לנכס. במקרה זה, זכות הביטול של הרוכלת עקב זכות העקיבה עוברת לממשלת ארה"ב שרכשה בעלות דרך תשלומי הביטוח.  
השופט ברק: המוכרת לא חייבת לדרוש ביטול, אין לה אינטרס, אך כדי לעמוד בסעיף 39 ולהיות תמת לב ביחסים עם ממשלמת ארה"ב שדורשת את הנכס חזרה, עליה לעמוד על זכות זו.

**האנטומיה של החוזה תנאים ותניות.**

**מבוא:**  
הקורס עד כה התמקד במצבים פתולוגיים-במצבים שחוזה נכרת והופר או שנכרת ולא היה צריך להיכרת מלכתחילה עקב פגם בכריתה.  
כעת נלמד על האנטומיה (פיזולוגיה) של החוזים, נתייחס יותר למבנה של החוזה.  
  
**תנאים ותניות  
תניה:** חיוב שצד לקח על עצמו במסגרת החוזה.  
**תנאי**: הסדר בחוזה שמתחלק לשני סוגים:  
1. תנאי מתלה- סעיף 27 א' רישא: "חוזה יכול שיהיה תלוי בהתקיים תנאי".  
2. תנאי מפסיק- סעיף 27 א' סיפא: " או שיחדל בהתקיים תנאי".

**הסיבה לתנאים בהסכם:** האחריות החוזית ביחס לתניות בחוזה היא **מוחלטת**, צד יכול לקחת על עצמו אחריות לכל דבר ומרגע שהוא התחייב, האחריות עליו.

תכלית התניות:

* לעודד את ההסתמכות של הצד השני (ההסתמכות של הצד השני יכולה לבוא לידי ביטוי גם בתשלום שהוא יתן לי, או בתשלום גבוה יותר).   
  לדוג' ב**פס"ד הוקינס** הייתה התחייבות להשיג תוצאה בתיקון הצלקת, הרופא התחייב כדי לשכנע את הצד השני להסכים לניתוח.
* מנגד, ייתכן שתהיה תניה שלא אתחייב לתוצאה, אלא ההתחייבות תהיה לפעולה עצמה.
* **ככלל**: כשיש תניה שמחייבת לבצע פעולה, הצד גם מתחייב להשיג תוצאה. אך ניתן להתנות על התוקף המחייב באמצעות תניית ההשתדלות (Best effort). ברפואה ועריכת דין זה ההיפך, מתחייבים לפעולה בלבד, התחייבות לתוצאה- זה החריג.

**הגדרת תנאי מתלה:**  
אירוע שהצדדים מסכימים עליו שהוא **בלתי ודאי** ובהתקיימו תקום חובת ביצוע/יינתן תוקף לחוזה.  
ישנן שתי פרשנויות מקובלות:

* פרידמן: **ביצוע החוזה** מותנה בקיום האירוע. יש חוזה אך חובת הביצוע חלה כשמתקיים התנאי.
* טדסקי: **תוקף החוזה** מותנה בקיום האירוע. אין חוזה תקף, החוזה והחיובים משתכלל בעת קיום התנאי.

אם מדובר באירוע **ודאי** זה לא תנאי אלא חוזה שהחיובים שלו **עתידיים.**  
לדוג' אני מתחייב לתת לx 200 ₪ אם יחלפו שבועיים.  
  
**מאפיינים טיפוסיים של התנאי המתלה:**

* + 1. בדרך כלל אירוע עתידי.
    2. אירוע חיצוני להסכם אינו מדבר על ביצוע ההסכם, אלא על אירוע נפרד ממנו.   
       לדוג': קבלן יכול לומר שהוא מתנה את קבלת הרישיון בהיתרי בניה, אבל היתרי הבניה לא מה שדרוש לו לקיים את החוזה, הוא יכול טכנית לבצע את הבניה, זאת לא פעולה שהוא צריך לבצע במסגרת ההסכם.
    3. בדר"כ התקיימות התנאי **לא תלויה** בלעדית בהתנהגות הצדדים, כלומר הצדדים לא יכולים להשפיע על התקיימות התנאי. לדוג': גשם.
    4. לעיתים התנאי יהיה תלוי **גם** בצדדים אך **בעיקר** קשור לגורם חיצוני.
* לדוג': קבלת רישיון או היתר של גורם חיצוני, זה תלוי באישור הגורם החיצוני אך גם בצד שעליו האחריות לדאוג ולהגיש בקשה לאישור (מקרה נפוץ).
  + 1. **במקרים חריגים** תנאי יכול להיות תלוי **רק** בהתנהגות הצדדים: **פס"ד ברקוביץ נ' קלימר**. השופט ברק קבע שהדירה נחשבת כמתנה על תנאי, התנאי הוא ההתנהגות של הבעל, כל עוד הוא מאפשר לאמא לחיות בדירה עד סוף חייה, זהו תנאי מפסיק להסכם.
* אם תנאי תלוי **לחלוטין** בהתנהגות של צד, התנהגות שלא בהתאם לא מהווה הפרה של החוזה, היא פשוט אומרת שהתנאי לא מתקיים. במקרים מסוימים זה כן יהווה הפרה, אך לא תמיד.
* **פס"ד שוילי נ' זילברברג**: קונה נמצא במו"מ לקניית נכס, הוא מתקשר לשיפוצניק ואומר ברגע שישלים את הרכישה הוא יצטרך את שירותיו. הסכם השיפוצים **מותנה** בהשלמת הרכישה ע"י הקונה. יש לשים לב שזה לא תלוי רק בקונה אלא גם במוכר (בתנאים, במחיר שייתן לו).

**ניתן להתנות גם רק על חלק מהחיובים ולא את כל החוזה:**

* לדוג' החיוב יכול להיות מותנה באירוע חיצוני לא ודאי:
* לדוג' חוזה ביטוח: החיוב של חב' הביטוח (לשלוח גרר) צומח רק אם יש לך תאונה שזה אירוע עתידי לא ודאי.
* החיוב יכול להיות מותנה בהתנהגות של הצד השני:
* חיוב מותנה: התחייבות של צד א' לבצע פעולה רק אם קודם לכן צד ב' ביצע פעולה מקדימה.
* חיובים שלובים: התחייבות של צד לבצע פעולה רק אם הצד השני נכון לבצע באותה עת אותה פעולה (שוחט נ' לוביאניקר).
* הסעיף המסדיר את התנאי הוא ס' 27, הבעייתיות היא שהסעיף מדבר על החוזה כולו ולא רק על חלק ממנו.  
  הפיתרון: ניתן להחיל את הסעיף על חיובים חוזים **דרך 61 ב'**: "הוראות חוק זה יחולו, ככל שהדבר מתאים לענין בשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה".  
  **אופציה נוספת ס'31 בשילוב ס' 19.**  
  ס' 31: "הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו".  
  ס' 19: "ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו".  
  (עדיין לא קיים בפסיקה- רק כעניין רעיוני).

**הבחנה בין תניה ותנאי מתלה.**  
לעיתיים יהיה קושי להבחין ביניהם, אך ההבחנה חשובה, **יש נפקות.**

* אם מדובר בתנאי מתלה- החוזה לא נכנס לתוקף ואי התקיימות התנאי זו לא הפרה.
* לעומת זאת כשמדובר בתניה (התחייבות), אי התקיימותה שווה להפרת חוזה.
* **סעיף 27 ב'**: "חוזה שהיה טעון הסכמת אדם שלישי או **רישיון** על פי חיקוק, חזקה שקבלת ההסכמה או הרישיון הוא תנאי מתלה".  
  זו חזקה עובדתית שניתנת לסתירה:

1. ביצוע החוזה תלוי ברישיון, אך **טכנית** ניתן לבצע גם ללא הרישיון. במובן זה, יש לצד חיוב בחוזה והחיוב לא מותנה בתנאי מתלה. ניתן לבצע ללא רישיון והיתרים אך זה חוזה בלתי חוקי ולכן יהיה בטל מעצם אי החוקיות.
2. הקבלן **מתחייב** לקבל רישיון, אם לא מקבל רישיון, הוא מפר את ההסכם.

**נבחן את קבלת הרישיון בשלוש אפשרויות שונות:**

* + - 1. **תנאי.**
* **28 א': "**היה חוזה מותנה בתנאי מתלה וצד אחד מנע את קיום התנאי, אין הוא זכאי להסתמך על קיומו". משמע, צד שמפר מושתק מלטעון שהתנאי לא התקיים ולכן אין חוזה, כי בעצם הייתה הפרה, הנפר יכול לקבל פיצויים.
* **28 ג':** "לא יחולו אם מנע את קיום התנאי שלא בזדון ושלא ברשלנות". משמע, אם פעל בתום לב, זו לא הפרה.
* זו תוצאה בעייתית, לפי הקש"ס "מבחן האלמלא", לא בטוח שאם כן היה פועל בתום לה היה מקבל את הרישיון, לכן בעייתי להגיד שזו הפרה.
* אם נכריע שיש הפרה, ניתן לפתור זאת בפיצוי הסתברותי פס"דchaplin (הדוגמנית).
* ברירת המחדל היא ש-ב' לא זכאי לסעדים **אלא** אם כן א' גרם לכך שזה לא יתקבל לפי סעיף 28 א'.
  + - 1. **התחייבות** **להשיג את הרישיון.**
* אם אותו צד עשה ככל שביכולתו כדי להשיג את הרישיון וסורב, אדם ב' יכול לבטל את החוזה (הפרה יסודית) אך לא יהיה סעד אכיפה לפי ס' 3 (1).
* ברירת המחדל זכאי לסעדים, **אלא** אם כן צד ב' מראה שעשה את הכול למען קיום התנאי ואז יוכרע שזה **אירוע מסכל** (אירוע שלא מזכה באכיפה ופיצויים).
  + - 1. **התחייבות שהיא גם תנאי לקיום ההסכם.**  
         לצד ב' יהיו שתי חלופות:
* לבטל עקב הפרה.
* יכול לבטל את החוזה **מעיקרו** כי התנאי לא מתקיים ולא יכול להתקיים.  
  האם א' יכול להסתמך על אי קיום התנאי?  
  **פס"ד עברון:** הייתה התחייבות להשיג היתר מסוים אך אותו צד שהתחייב, כלל לא פעל להשגתו.  
  בית המשפט: תנאי מתלה וגם הפרה וכתוצאה מכך ניתן סעד של אכיפה להשיג את הרישיון.  
  התניה היא הפניה לקבלת אישור, התנאי המתלה הוא האם האישור יתקבל (לא תלוי בו). אם יתקבל הרישיון תהיה אכיפה של החוזה.

**לפעמים קשה להבחין אם אירוע מסוים הוא תנאי או תניה:**

**פס"ד סוכנויות מכוניות לים התיכון:** זוג שרצה לרכוש דירה מחברה מסוימת דרך סוכני תיווך. זה היה כרוך בתנאי שיתקבל אישור מרשות הפיתוח, שלא התקבל. הדיון היה האם יש לשלם שכר טרחה למתווך.  
הקושי היה בגלל הניסוח: "המוכרת **מתחייבת** למכור את זכויותיה **כפוף** להסכמת רשות הפיתוח".  
זה כפוף לצד שלישי ולכן לפי 27 ב' זהו תנאי מתלה.  
השופטת בן פורת: זהו תנאי מתלה לפי הסעיף, אך מנגד הגישו תביעה נוספת כלפי המוכר שמראה על קיום החוזה ולכן יש לשלם למתווך. אלו שתי עמדות המתנגשות אחת בשנייה.   
המערער בחר באפשרות השנייה וכאשר המתווך תבע את שכרו, אימץ המערער את האפשרות הראשונה. בן פורת אומרת שזה לא אפשרי לתפוס עמדות המנוגדות זו לזו לפי הנוחיות של המערער, לכן מחייבת אותה לשלם למתווכים.  
**חשוב לזכור:** כאשר מדובר בתנאי מתלה: **הקונה** צריך לראות שהמוכר פעל באופן לא סביר, בהתנהגות חסרת תום לב, ואז תהיה זכאית לביטול. כאשר מדובר בחיוב: **המוכר** צריך להוכיח שהיה סיכול ושמאמציו היו סבירים (נטל ההוכחה עובר).

**פס"ד אמפא בע"מ נ' רום כרמל תעשיות בע"מ:** חוזר מכר ל30 מכוניות, נאמר בע"פ ע"י היצרנית (כרמל) כי דרוש רישיון של משרד התחבורה שלא ניתן. האם זה חיוב או תנאי מתלה?בכור: זה לא תנאי מתלה, מכיוון שזה לא הוזכר כלל בהסכם הנטייה היא להכיר בזה **כהתחייבות** על אף החזקה בסעיף 28 (פס"ד ישן יחסית).  
כאשרהשגת הרישיון היא מתחום מומחיותו ועסקיו של צד לחוזה- הנטייה להכיר בהתחייבות ולא בתנאי מתלה.

**הבחנה בין תנאי מתלה למועד הקיום:** קבלן מתחייב לקבלן משנה **שישלם** לו כאשר יקבל תשלום מהמזמין, המזמין פושט את הרגל. אם נפרש את זה **כתנאי מתלה**, התנאי לא התקיים ולכן אין חיוב, ואין חובת תשלום לקבלן משנה. אם זה מפורש **כמועד תשלום** (אשלם כשאקבל את הכסף), החיוב קיים, ועל אף שהמזמין פשט רגל, הקבלן חייב.

* בארה"ב: הנטייה להעמיד את הסיכון לקבלן הראשי מכיוון שהוא מכיר את המזמין, יכול להעריך את הסיכון ויכול לנקוט באמצעים סבירים להפחיתו.
* בישראל: לא מדובר בתנאי מתלה, אלא **בחיוב**. לקבלן המשנה קיימים חיובים קודמים בביצוע ההסכם, חיוביו לא מושהים עד לקבלת התשלום ולכן במקרה זה שאין תשלום, זוהי הפרה.

**מה המשמעות של תנאי מתלה? האם זה תנאי להשתכללות חוזה בר תוקף? או שהחוזה כבר השתכלל והחיובים מושהים עד להתקיימות התנאי?**

* פרידמן: תנאי חלק מההסכם, החוזה תקף אך החיובים מושהים עד לקרות התנאי. פרידמן מבין זאת מהחוק שאומר שניתן לקבל סעדים גם אם התנאי לא מתקיים, וגם יש חיובים. ס' 27, 28 יכולים להטיל חיוב על הצד שרוצה להסתמך עליו לפעול לקיומו.
* טדסקי: תנאי מתלה משהה את קיום החוזה עד לקיום התנאי.   
  הביקורת: יש הצעה וקיבול כיצד זה הגיוני שהחוזה לא תקף? ובנוסף ישנם חיובים של הצדדים.
* תשובה לביקורת: על אף שיש מפגש רצונות יש גם תנאים אחרים, בנוסף לפי סעיף 12 יש חיובים גם לפני ההסכם (מו"מ).

**מתי ההבדל פרקטי בין הפירושים:**

* + - 1. יש הבדל כמדובר על עסקאות נוגדות לדוג' מוכר מכר נכס עם תנאי מתלה, הנכס יימכר רק אם הדולר יעלה לסכום מסוים. הדולר לא עלה עד לזמן מסוים ואותו מוכר הלך למישהו אחר ומכר ב120,000$ דולר. כדי לדעת מי זכאי לנכס, צריך לשאול **מי הראשון בזמן**.   
         אם החוזה בתנאי מתלה נכרת קודם, אך התנאי המתלה התממש אחרי שנכרת החוזה השני. אם נלך לפי גישתו של **טדסקי**, שרק כשהתנאי מתממש יש תוקף להסכם אז **החוזה השני** הוא **הראשון בזמן**. אולם, אם נלך לפי גישתו של **פרידמן,** החוזה נכנס לתוקף ברגע שהוא נכרת אך רק החיובים מחייבים מרגע שהתקיים התנאי, אז **חוזה הראשון** הוא הראשון בזמן.
      2. עוולת גרם הפרת חוזה- צד שלא צד לחוזה גורם להפרת חוזה בין שני צדדים. אותו צד ג' אשם בעוולה זו אם רק אם החוזה תקף (פרידמן), לא יכול להיות שהוא אחראי לעוולה אם עדיין אין חוזה תקף בין הצדדים (טדסקי).   
         **לכן יש נפקות לדעת אם התנאי המתלה הוא תנאי לתוקפו של ההסכם.**  
         בפסיקה אין הכרעה.

**לעיתים, תנאי של אישור צד ג' מחוץ לחוזה יהיה שלב בגמירות הדעת לכריתת החוזה ולא תנאי מתלה:**

**פס"ד נגאם נ' יעקב:** חוזה מכר מקרקעין בין רשות הפיתוח למנהל מקרקעי ישראל, בהסכם נקבע שהוא יכנס לתוקף לאחר שהנהלת מקרקעי ישראל יחתמו על זה (מנהליו). האם זה תנאי? תנאי מתלה? האם ניתן להסתמך על סעיף 28 א' שלא העבירו להנהלה והתנהגו בחוסר תום לב?  
בית המשפט: לא, הסיפור קשור **לגמירות דעות**. אם החוזה נכנס לתוקף רק כשמנהל החברה יחתום עליו זה אומר שהם לא גמרו בדעתם להיכנס בהסכם, לא היה קיבול ולא השתכלל חוזה.

**פס"ד שרף נ' אבער:** פעולת קטין טעונת אישור של הנציג אך יש פעולות ספציפיות שלא סמכותו ולכן צריך אישור בית משפט. האם זה אישור של צד שלישי להסכם כמו רישיון ואז מדובר בתנאי מתלה?   
ברק: זה אקט של אשרור ההחלטה.   
רישיון בניה נועד לוודא שהמבנה תואם לצרכיה של העירייה ואילו חוק הכשרות המשפטית נועד להבטיח את רצון הצדדים עצמם והגנה על הקטין, לכן זה לא תנאי משום שלא מהווה הסתמכות על החוזה שכבר נכרת, אלא חלק מגיבוש ההסכם- שלב במו"מ שנועד להבטיח גמירת דעת.

**חוק יחסי ממון**- דורש אישור של בית משפט. האם זה נכנס לתוקף אך זה תנאי מתלה?  
החוק אומר שבית המשפט צריך לבדוק שהצדדים נכנסו להסכם מרצונם החופשי ושהם מבינים את החיובים ההדדיים שחלים עליהם. אישור בית המשפט נועד להבטיח את גמירות הדעת של הצדדים.   
אי אפשר לתבוע צד להסכם ממון מכיוון שהוא גרם לכך שהתנאי לא התממש, אין הפרה כי אין חוזה.

**תנאי מפסיק (חריג יותר).**  
תנאי שאומר שהמשך ביצוע החוזה /תוקפו מותנה בכך שלא אירע אותו אירוע בלתי ודאי שהצדדים החליטו עליו. לדוג' החוזה בתוקף כל עוד לא יורד גשם.  
אין בעיה לתבוע להפרה כל עוד התנאי המפסיק לא התקיים, החיובים מפסיקים ממועד קיומו והלאה.

איך מבחינים ומה הנפקות?  
1. אם הצדדים חייבים לבצע, אך לא חייבים לבצע אם התקיים אירוע X – תנאי מפסיק.  
2. אם הצדדים חייבים לבצע את החוזה רק אם התקיים אירוע X – תנאי מתלה.

**ההבדל:**  
אם מאמצים את הפרשנות של **טדסקי** יש הבדל דרמטי: החוזה בתנאי מפסיק החוזה בעל תוקף מרגע כריתתו אך מפסיק להיות בתוקף מרגע שהתקיים התנאי.  
אם מדברים רק על **החיובים** השאלה היא לגבי נטלי ראיה. אם החוזה **בתנאי מתלה**, על הצד שטוען שהוא קרה להוכיח על קיומו כדי שהצד השני יבצע את החיובים. אם החוזה **בתנאי מפסיק** כל החיובים תקפים, ועל הצד שרוצה להפסיק לבצע את החוזה מוטלת ההוכחה להראות שהתקיים התנאי המפסיק.  
**לא תמיד נדע להביל בין השניים:** לדוג' חוזה שאומר שצד א' יבצע את כל המוטל עליו בכפוף להצגת רישיון. האם הרישיון זה תנאי מתלה? או אי השגת הרישיון תנאי מפסיק? (עליו לעשות את כל ה  
**מה החיובים שמוטלים על הצדדים לפני התנאי המתלה**?  
אם הפרת קיום התנאי מעבר להסדר בסעיף 28 זו הפרה של החוזה?  
ניתן להגיד על כל חוזה על תנאי, כחוזה שקיים בו תניה מכללא שהצדדים יעשו את הדרוש לקיום התנאי או לכל הפחות שלא יפעלו למניעת קיום התנאי. **בפס"ד עברון** נקבע שניתן לחייב צד שצריך לפנות לקבל את האישור, שיפנה לקבל את האישור. משמע התנאי יוצר חוזה נלווה, גם לפי פרשנותו של טדסקי צדדים מתחייבים לבצע פעולות כדי להגשים את התנאי. חוזה זה ניתן לאכוף, ניתן לחייבו להתאמץ לקבל את האישור ואז לאכוף את ההסכם המרכזי.  
**סעיף 27 ג'**: "חוזה שהיה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שנתקיים התנאי" - מטיל חיובים על הצדדים גם לפני שהתקיים התנאי.   
אין סעדים למניעת הפרה לפני שהתקיים התנאי! סעדים זה סעד בגין הפרה ולא למניעת הפרה, הסעד שימנע את הפרת ההסכם צו מניעה.  
ביטול של הסכם כאשר לא מתקיים התנאי המתלה אם נקבע פרק זמן, כשהוא נגמר, או תוך זמן סביר.  
אם התנאי המתלה לא מתקיים, החוזה בטל למפרע.

**פס"ד ישיבה וכולל אבן חיים נ' צמרות המושבה:** התקשרו בזיכרון דברים לקנות קרקע שהייתה משועבדת לבנק. הבנק הוציא אישור החרגה תמורת סכום מסוים. לאחר מכן חתמו על הסכם נוסף שבו צמרות אמרו "בהסכם זו **מתחייבת** צמרות להאריך את תוקף המועד **וזאת במידה שהבנק יסכים**". האם זו התחייבות או תנאי מתלה?בית המשפט קובע: פוסק שזהו תנאי מתלה. תחילה שהם מגיעים לבית המשפט הם מבקשים סעד זמני (סעד שניתנים לפני המשפט, עד לסיום בירור הזכויות, זה ניתן מתוך החשש שאם לא ניתן את זה, זה יהיה מאוחר מדי). **זהו סעד שנועד למנוע הפרה.**

**תניות:**חוזה מורכב ממצגים, תנאים ותניות.

* + 1. מצגים:
* מצגים זו המצב העובדתי שעליו מושתת החוזה (רשימת והואילים).
* המצגים יכולים להינתן ע"י הצדדים (תנאי מכללא של כל צד שהמצגים שלו נכונים).

1. תנאים:

* מתלה ומפסיק.

1. תניות:

* חיובים: תשלום כסף, העברת חזקה, העברת בעלות.
* מנגנון ביצוע: מועדי תשלום, התנאת החיובים.
* **חיוב עצמאי:** התניה יוצרת חיוב לצד שעליו להשלים לפי הפירוט בחוזה, ללא קשר לחיובים של הצד השני.
* **חיובים מותנים**: ניתן ללמוד **מתוכן החוזה** או **מכללא** (נלמד מפרשנות החוזה).א. בחוזה – הדרישה שצד ישלים את החיוב שלו קודם, מהווה תנאי לקיום החיוב של הצד השני. משמע, אם צד א' לא מבצע את החיוב שלו, צד ב' לא מחויב לבצע את החיוב שלו כי החיוב עוד לא צמח, הוא לא ייחשב למפר אלא רק צד א'. לעומת זאת, אם החיובים היו עצמאיים, היה עליו לבצע את החיוב על אף שצד א' לא.  
  ב. מכללא – כאשר קיום החיוב ע"י צד אחד דורש בפועל של החיוב על ידי השני ושניהם יודעים זאת. **פס"ד מסיקה נ' וקנין:** ייפוי כוח ע"י המוכרים הכרחי כדי שהקונים יקבלו משכנתא וישלמו את היתרה, לכן ברור שהצדדים התכוונו שתשלום היתרה מותנה.
* **חיובים שלובים:** שניים או יותר מהחיובים של הצדדים שלובים אחד בשני, צריכים להתקיים באותו זמן **ומותנים בנכונות** של הצד השני לקיים את החיוב המוטל עליו. **החובה לבצע** צומחת מהרגע שיש נכונות של הצד השני, מי שלא נכון לקיים מפר את ההסכם. אם שניהם לא מוכנים לקיים, בדרך כלל שניהם לא ייחשבו כמפרים, החוזה ממשיך להתקיים מפאת החיובים הנותרים. במקרים קיצוניים בית המשפט ייקבע שהם לא פועלים בתום לב ושניהם מפרים, זה יבוא לידי ביטוי בסעדים.

קיימת התחייסות מפורשת לסוגי החיובים בסעיף 43, העוסק בדחיית מועד הקיום:  
43 א': המועד לקיומו של חיוב נדחה-  
(1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה, עד שהוסרה המניעה-**חיוב עצמאי**.  
(2) אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה- עד שקויים אותו חיוב- **חיוב מותנה.**(3) אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד – כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו-**חיובים שלובים.**  
43 ב': לפי סעיף זה, בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים אם ראה שמן הצדק לעשות זאת, לא על הפרה כי זו לא, אלא על הנזק שנגרם עקב דחית המועד. לדוג': שינויי ריבית עקב דחייה במועדים. בנוסף, אם הייתה חובה לתשלומים תקופתיים היא מבוטלת בתקופת הדחיה.

כאשר התניות עצמאיות, וצד מפר לאחר שהשני הפר, אפילו מתוך חשש שקיום החוזה לאור ההפרה הראשונה עשוי לפגוע בו, זה לא מונע תביעה של המפר הראשון בגין הפרה של השני (שניהם מפרים). משמע א' יהיה זכאי לדרוש לסעדים, בנסיבות אלה אולם, אם אותו מפר יבקש אכיפה של הצד השני זה יהיה שיקול במניעת אכיפה מטעמי צדק, לפי סעיף 3(4) ולכן לרוב יקבל רק פיצויים. אך אם זה הפוך, ב' יפר ויתבע את א' לאכיפה, בית המשפט נוטה להכיר בזה יותר, אך עדיין יצטרך לשלם פיצויים על ההפרה שלו. לדוג: הפרה של א' גרמה להפרה של ב', אם ב' מפר ותובע לסעדים, יכירו יותר באכיפה.

**סדר ביצוע חיובים בחוזה****:**

הצדדים קובעים את סדר ביצוע החיובים ואת היחס ביניהם.

* + 1. לעיתים ביצוע החיובים נובע **ממהות העסקה.**
* לדוג': סנדלר מתקן נעליים, הלקוח צריך להביא לו את הנעליים. משמע, קודם צריך להביא את הנעליים ואז את התיקון בנוסף, זה גם חיוב מותנה.
* א' מתחייב גם להשיג רישיון וגם לבנות את הנכס. החיוב לבנות את הנכס מותנה בפעולתו להשיג רישיון. ביצוע הפעולות לשם קבלת הרישיון זה חיוב, אך לא יכול להתחיל לבנות לפני קבלת הרישיון. גם כאן יש סדר ביצוע חיובים.
  + 1. במקרים אחרים **הצורך סובייקטיבי** יכול להכתיב את סדר החיובים בחוזה.  
       לדוג' הקונה צריך להיות רשום כבעלים לצורך קבלת משכנתא. ללא הלוואה הקונה לא יוכל לשלם למוכר את התמורה החוזית. לכן הרישום יקדם לתשלום (או במקביל).

בפועל-בנקים מאפשרים לקבל מימון כנגד רישום הערת אזהרה או הסדר אחר שמבטיח שיתבצע רישום.

* + 1. **שיקולים עסקיים**:  
       לדוג': א' רוצה שב' יפתח עבורו מוצר עילי. הפיתוח לוקח שנים רבות, וכחלק מכך יש מספר שלבים: תכנות, אבטיפוס, כשלים וכו'. כל אחד מהשלבים כרוך בסיכון ועלויות.  
       1.בעיה תזרימית: מצד אחד, לקונה יקר לשלם הכל מראש, מצד שני גם ללקוח תהיה בעיה לייצר הכל ללא כל הכסף. לשניהם יש בעיה תזרימית. לכן, ניתן להגבר עם צדדים שלישיים- הלוואה.  
       2.חלוקת סיכונים- ייתכן שבכל שלב יתברר שהפיתוח בלתי אפשרי טכנית, או לא יעיל כלכלית.   
       לכן ניתן לשלב חיובים שמותנים בצד השני, משמע כל שלב יקבלו כסף תמורת אותו השלב. כך נפתור את הבעיה התזרימית וגם את הניהול הסיכונים.
    2. **סדר הביצוע נועד להקנות ביטחון**: כל צד מעוניין לבצע את החלק שלו רק כשהוא בטוח שהצד השני יבצע את החיוב שלו. לדוג': בחוזה מכר דירה המוכר לא מעוניין להעביר את הבעלות והחזקה בנכס בלי שקיבל את התמורה עבור הנכס, מנגד הקונה לא רוצה להעביר את כל הכסף בלי לקבל בעלות וחזקה בנכס, שניהם מפחדים מהסיכון.  
       בנוסף, ניתן ליצור מנגנוני ביטחון שלא קשורים לסדר ביצוע החיובים:  
       1. סעדים עקב התחייבות שלא בוצעה.  
       2. בטחונות: לדוג' הערת אזהרה בטאבו, (אין עדיין בעלות, זה מונע עסקה נוגדת בנכס, מבטיח אכיפה עתידית), ייפוי כוח בלתי חוזר (שוחט נ' לואבניקר).

לא תמיד ניתן לקבל בטחונות ובנוסף זה יוצר עלות. שטר ערבות עולה כסף, ככל שנדרוש יותר בטחונות החוזה יהיה יותר יקר. לכן עדיף ליצור מנגנון חוזי פנימי להפיג את החשש.

דוג' למנגנון פנימי: הסכם מכר דירה מקבלן.

**חיובי המוכר**

* חיובים עיקריים – קבלת היתרים, בניה, העברת חזקה בנכס והעברת בעלות.
* חיובים משניים – העברת מסמכים דרושים לקבלת הלוואה (לדוגמה).
* חיובים עתידיים – התחייבות לתקן פגמים.

**חיובי הקונה**

* חיובים עיקריים – תשלום.

סדר הפעולות נועד להבטיח את הצדדים ולהפיג את החשש. לדוג' הקונה ישלם לפי התקדמות הבניה, בשלבים.  
מנגד, לעיתים זה ייקר את החוזה כי לקבלן אין כסף, לוקח מימון. הפגת החשש אל מול עלויות.  
לכן בהסדר הישראלי יש פתרון: משלמים בשלבים, כל תשלום יהיה מכוסה בבטוחה, שילוב (בנק שמלווה פרויקט בניה זה אותו הבנק שממנו הקונה לוקח את המשכנתא, חוסך עלויות והסיכונים מגדורים).

**כדי לבטח את עצמנו לא חשוב רק סדר הפעולות אלא גם קביעת סוג החיובים:**  
1. לעיתים זה יהיה ברור מהחוזה.  
2. נובע מהחוק (סעיף 23 לחוק המכר).   
3. לפי פרשנות חוזה.

סדר החיובים לבד לא מקנה ביטחון מספיק לצדדים ולכן כדי להבטיח שצד לא יהיה חייב לקיים את החיובים לאחר ההפרה של הצד השני או בהיווצר חשש משמעותי להפרה של הצד השני – החיובים חייבים להיות **מותנים** או **שלובים**.

קשיים שנובעים מקביעת החיובים **כעצמאיים** (כפי שעשוי להתברר בדיעבד).

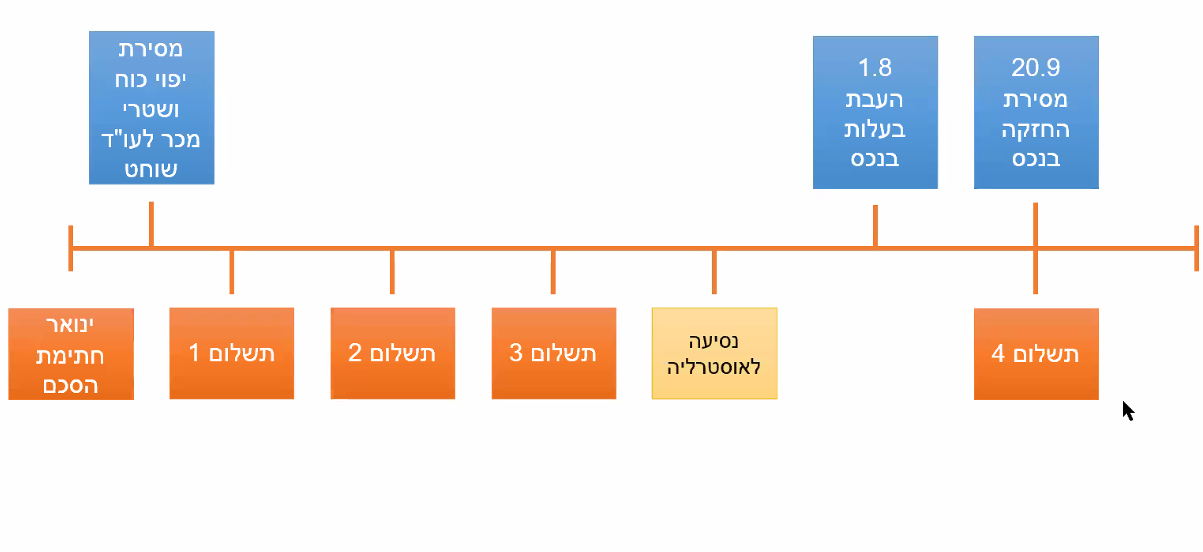
* החיוב של א' קודם לחיוב העצמאי של ב'. א' מפר את החוזה. ב' צריך להחליט:
  + - 1. לבטל את החוזה עקב ההפרה של א', לא יוכל לדרוש אכיפה.
      2. להותיר את החוזה, לקיים את החיוב שלו, ולתבוע אכיפה של א'.
      3. להותיר את החוזה ולהפר בעצמו את ההסכם ולתבוע אכיפה אך יהיה כפוף לתביעה מקבילה של א'.
* החיוב של ב' קודם לחיוב של א'. אך נוצר חשש ממשי אצל ב' ש-א' לא יקיים את החיוב שלו כשיגיע מועדו:

ב' יבטל החוזה עקב הפרה צפויה.

קיום החיוב שלו ונטילת הסיכון.

הפרה, אך לא יוכל לתבוע אכיפה או מפר קודם.

פתרון נוסף – שינוי סדר הפעולות לפי הלכת שוחט.

**פס"ד שוחט נ' לוביאניקר:**

זוג קונים התקשר בחוזה לקניית דירה ולפני הסדר התשלום המועד האחרון הם נסעו לאוסטרליה מבלי להודיע למוכרים ומבלי להסדיר את התשלום האחרון. המוכרים ניסו ליצור איתם קשר אך נשארו ללא מענה ולכן ביקשו לבטל את החוזה אך הקונה דרשה להשאיר את החוזה.הקונים היו מוכנים לשלם את שלושת התשלומים הראשונים לפני שהמוכרים עשו כל פעולה מכיוון שנתנו ייפוי כוח בלתי חוזר לעורך דין שלהם (בטוחה). המוכרים אמורים להעביר את הנכס לפני התשלום הרביעי, אך ביקשו בטוחה להעברת הכסף ובכך שהקונים לא נתנו להם, זה היווה אינדיקציה לכך שלא מתכוונים לקיים את החיוב העצמאי שלהם. לכן המוכרים ביקשו להעביר את החיובים **להיות שלובים**.   
העמדה של בן פורת: החיובים עצמאיים, לא ניתן לפתור זאת דרך פרשנות ההסכם. אך **עיקרון תום הלב** מחייב את הקונה ליידע את המוכרים על הנסיעה לאוסטרליה. התנהגות הזו מזכה את המוכר בסעד מוגבל (לא פוגע באופן מהותי בצד השני), לסטות מהקיום המדויק של החיובים ולדרוש שיהיו שלובים. ברגע שהחיובים נהיו שלובים והמוכרים היו מוכנים לקיים אותו אך הקונים לא, הם הפרו, והחוזה בוטל כדין עקב הפרה.  
**ההלכה:** חובת הקיום בתום לב מאפשרת שילוב של תניות עצמאיות לשלובות כאשר יש בסיס סביר להאמין שהחייב לא יבצע חיוב ייסודי בעתיד.

דוגמאות נוספות להלכה זו:

* **פס"ד זיגל נ' רוזנר:** בן פורת – הפרות חוזרות של המוכר מקנות לקונה את הזכות להעמיד תנאים לפני ביצוע החיובים שלו (אישור שהמוכר שילם את חובו לחברה, והעברת מניות ברישום לפני התשלום).
* **פס"ד אלפרוביץ' נ' מזרחי –** מוכרים טענו שזכאים לבטל חוזה לאחר זיכרון דברים (הפרה). הקונים עמדו על ביצוע, אך דרשו שייחתם חוזה פורמאלי לפני התשלום הראשון. המוכרים מודיעים על ביטול עקב הפרה כי הקונים לא שילמו בזמן. הקונים תובעים ובית המשפט מאפשר אכיפה. קודם כל, נקבע כי לפי פרשנות החוזה חיוב התשלום הראשון היה מותנה בחוזה פורמלי. נימוק נוסף, נאמר שניסיון ההתנערות מהווה חוסר תום לב, ומצדיק את העמידה של הקונים על חתימת ההסכם.  
  ההבדל בין אלפרוביץ ושוחט הוא שהוא פחות מרחיק לכת כי הוא מותיר חיוב טכני, אין מעמסה על הצד השני, אין שינוי מהותי (יכלו לחתום על חוזה בכל רגע).

**פרשנות חוזים ותניות מכללא**

מטרת הפרשנות והכלים לפרשנות:   
פרשנות מעלה שני סוגי שאלות:

* + 1. מה תכליות הפרשנות? (**אקטיביזם-** להגשים מטרות חברתיות דרך פרשנות החוזה, מול **שמרנות**-תכלית הפרשנות להתחקות אחר רצון הצדדים במועד הכריתה).
    2. איך מגשימים את התכלית השמרנית?**(פורמליזם מול קונטקסטואליזם**- נראה את הקונטקסט, את הנסיבות, הן חשובות להתחקות אחר רצון הצדדים במועד הכריתה שזו מטרתנו היחידה, הנסיבות יכולות גם לעזור לנו כשנרצה להיות אקטיביסטים ונרצה לקדם מטרות חברתיות).

איך גישות נורמטיביות שונות מתייחסות לתכליות האלה:

1. הגישה הכלכלית: תכלית דיני החוזים והמשפט ככלל, השאת הרווחה המצרפית. ניצור מערכת דינים שתשיא את הרווחה המשותפת של הצדדים לחוזה, בהינתן שאין פגיעה בצדדים שלישיים. מכאן יש מסקנות שונות:

* שורץ וסקוט: פרשנות **פורמליסטית** משיאה את התועלת המשותפת של הצדדים לחוזה, משום שהצדדים באים וקובעים את התנאים, הם יודעים מה טוב להם, לעומת בית המשפט שלאו דווקא בקיא ומומחה בתחומים מסוימים, לכן **פרשנות שנצמדת לטקסט** משיאה את התועלת.
* פוזנר: פרשנות צריכה לקחת בחשבון נסיבות, זה מה שמקדם יעילות גם מנקודת המבט של הצדדים מלכתחילה, התעלמות מנסיבות אלה תפגע בצדדים מראש.

הפתרון למחלוקת: **כל אחד מהם עוסק בחוזים שונים**. אם החוזה סגור, היינו רוצים ללכת כמו שוורץ וסקוט(פורמליזם), זה מה שישיא את התועלת החברתית. אולם, אם החוזה פתוח ומכיל עמימות כי הצדדים לא יכלו להכניס את כל הסיטואציות לחוזה, הצדדים היו רוצים שבית המשפט יתחשב בנסיבות וילך לפי פוזנר. הגישה הכלכלית יכולה להציג עמדה שונה לפרשנות בהינתן נסיבות וסוג החוזה. לכן לפי גישה זו, אם הצדדים בחוזים עסקיים התנו על האפשרות של בית המשפט לפרש את החוזה, יש לכבד זאת משום שהם מתוחכמים ובקיאים בתחומם.

1. גישת החירות (ליברלית) -קידום חירות הצדדים:

פרשנות החוזה צריכה להיעשות כדי להגשים את רצון הצדדים, משמע אין לפנות לערכים חיצוניים לרצונם זה נוגד את החופש. אולם, ניתן להיצמד לראיות חיצוניות אם זה מקדם את רצון הצדדים במועד הכריתה.

1. אוטונומיה:

החוזה נועד לאפשר לצדדים לכתוב את סיפור חייהם גם במהלך חיי החוזה, כל צד צריך לכבד את האוטונומיה של הצד השני. דגן ודופרמן: "צדק ביחסים", אם התוצאה סותרת את הצדק ביחסים יש למנוע אותה, כלומר יש מקום צנוע לערכים חיצוניים. ההבחנה בין סוגי החוזים השונים חשובה ומשפיעה על פרשנות החוזה, לדבריהם **חוזה הקרוב(קרבה בין הצדדים)** מצדיק החדרת ערכים לפרשנות ההסכם ותהיה יותר מקום להתערבות (עובד ומעסיק אל מול הזמנת בעל מקצוע באופן חד פעמי).

**פס"ד אפרופים:** המדינה ומשרד השיכון רצו לעודד בניה בארץ ולכן הציעו לקבלנים לבנות דירות, בהסכם הייתה תניה שבה המדינה התחייבה לרכוש מהקבלנים במידה והדירות לא יימכרו 50% מהדירות באזורים מרכזיים ו100% מהדירות בעיירות הפיתוח. הבעיה הייתה לגבי תניה שעל פניו התייחסה רק לאזורים המרכזיים ובה נאמר שעל כל חודש איחור במקומות מרכזיים שיבנו תהיה סנקציה מסוימת (הורדה במחיר הדירה), אולם במקומות שאינן מרכזיים הנוסח לא היה ברור ומשם התפתחה המחלוקת לגבי הפרשנות (הקבלן איחר, המדינה רצת להוריד בתשלום, הקבלן רצה את המחיר המלא).   
השופט ברק: משתמש במונח כוונה **סובייקטיבית** של הצדדים, במונח זה הוא מתכוון לכוונה המשותפת של הצדדים הקונקרטיים שזכתה לביטוי חיצוני.  
מנגד, יש **אמות מידה אובייקטיביות** וצריך לבחור לפי איזו פרשנות נלך, אך ראשית נבדוק מה זה אמות מידה אובייקטיביות: לפי הערכים- הוגנות, יעילות, אוטונומיה, תום הלב, צדק חלוקתי. כלומר, החדרת הערכים הראויים לתוך החוזה כאשר יש מחלוקת פרשנית.

כולם מסכימים שהמטרת פרשנות החוזה היא הגשמת הסובייקטיבית של הצדדים, ולכן יש לה עדיפות ע"פ אמות מידה אובייקטיביות, על זה אין מחלוקת בפס"ד, **המחלוקת היא** לגבי הסדר שבו עורכים את השאלות הפרשניות והקבילות של הראיות החיצוניות:

1. תורת שני השלבים- היררכיה פרשנית: ראשית על השופט לבצע את הפרשנות לפי הטקסט ולבדוק האם הלשון ברורה או לא? אם היא ברורה, הוא עוצר ולא נעזר בסממן חיצוני. כאשר הטקסט לא ברור לדוג' כי יש מס' משמעויות, נעזרים בנסיבות החיצוניות בכדי להבין את אומד דעת הצדדים ביחס לטקסט.

* דוג' לקושי פרשני בחוזה: **פס"ד חסקין נ' חסקין:** המנוח עורך חוזה ביטוח חיים עם בנק ומבקש להוריש במותו לאשתו דינה חסקין. לאחר ההסכם הוא מתגרש ומתחתן ונולדים לו 3 ילדים, האיש נפטר. מי היורשים?  
  כאן יש חוזה שיש לו דו משמעות.   
  השופט זוסמן: כלל הפרשנות, המזכה לכאורה את מי שהייתה אשת המבוטח בזמן עשית הבטוח, נדחה מפני המטרה הגלויה של המבוטח, להבטיח קיומה של מי שתהיה אשתו במותו, משום שהיא אלמנתו. אולם, סעיף 25 לא מאפשר לנו לעשות מהלך במנותק מהטקסט, אי אפשר לתת הכסף לאשתו השנייה כי נקוב שם האישה הראשונה, לכן בית המשפט ביטל את התניה והכסף הלך לעיזבון.

1. פרשנות תכליתית- ביטול ההיררכיה:

ביטוח ההיררכיה בין הטקסט לתוצאה, הטקסט לא יכול להיות קודם לנסיבות אלא הפרשן צריך להבין את הטקסט, אך לפרשו לאור הנסיבות וללמוד מהנסיבות חזרה לטקסט. כלומר, גם אם הטסט נראה ברור הוא לא ברור, יש להתחשב בנסיבות. ע"פ ס' 25 לחוק החוזים- לא ניתן לנהוג במנותק לגמרי מלשון החוזה, יש למצוא את האיזון כשמשתמשים בפרשנות תכליתית.

היררכיה נורמטיבית והיררכיה בכלים פרשניים:

ההצדקה לשיטת הפרשנות התכליתית- ברק מעלה שלושה טיעונים שלא תלויים במטרת הפרשנות, טיעונים משפטיים דוקטרינריים:

1. שפה תמיד תלוית נסיבות.  
   לדוג' בפס"ד בלמורל השופט ריבלין נותן את הדוגמא של הסוס ועגלה, כשבפועל מדובר על משאית ומרכב.  
   ביקורת: מצד שני, ברוב המקרים ההקשר ברור. בכל מקרה, ייתכן שצריך לאפשר לצדדים להגיד אם השפה ברורה או לא ובכך הם מתנים על הפרשנות.
2. לשון לא מספקת ודאות.  
   גישת שני השלבים נעצרת אם הלשון ברורה, אך הבנת לשון החוזה תלויה סובייקטיבית **בזהות השופט**. לכן לצדדים אין ביטחון, כיצד יפורש החוזה? זה מתיישב עם גישת האקטיביזם הפורמליסטי של זמיר, שופטים יכולים להגיע להכרעה אקטיביסטית תחת שיטת שני השלבים באמצעות הטענה שהלשון לא ברורה כי התוצאה לא תואמת את הערכים שהם רוצים לקדם (עושים אותו דבר כמו ברק רק בדרך עקיפה).
3. פניה ללשון לא מתחייבת מהחוק.  
   סעיף 25 א': "חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין.

כלומר, חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה, במידה שאינה משתמעת ממנו-מתוך הנסיבות. כלומר, הפרשנות צריכה להיצמד לחוזה, אין חובה להתייחס רק ללשון, לכן ניתן להיעזר בנסיבות חיצוניות.  
עקב כך חוקק תיקון 2- קונטרה לברק: "ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו."

ברק מעלה 3 טיעונים שתלויים בבסיס ההתחקות אחר רצון הצדדים:

1. קיימות דוקטרינות שמצמצמות את הפער בין הגישה האובייקטיבית לסובייקטיבית (לדוג' דיני הטעיה, תום לב) לכן, אין סיבה להרחיב את הפער בשלב הפרשני.
2. פרשנות תכליתית עולה גם מעיקרון תום הלב ועוזרת להגשים את רצון הצדדים הקונקרטיים. כל תכליתו של עיקרון תום הלב הוא למנוע מצד לפעול לפי הפרשנות המילולית של החוזה, כשאר זו עומדת בניגוד לכוונה סובייקטיבית ידועה של הצד השני. לכן הפרשנות בתום לב לחוזה עולה בקנה אחד עם הכוונה המשותפת.
   * 1. תורת שני השלבים לא לוקחת ברצינות את כוונת הצדדים, היא טובה אם עיקר תכליתנו לשמור על יציבות העסקאות (תכלית פני עתיד). אם המטרה היא לאתר את כוונת הצדדים הספציפיים, למה להגביל את הראיות? למה לא להשתמש בטיוטות ודברים נוספים שיכולים להעיד על הרצון הסובייקטיבי של הצדדים?

מנגד, צדדים מתוחכמים אולי רוצים להגביל את ההליך הפרשני, וירצו את החוזה ללא הנסיבות החיצוניות ולעיתים גם יכתבו את זה במפורש (ביבי כבישים).

תוכנה של הפרשנות התכליתית:

* תכלית **סובייקטיבית קונקרטית** (הצדדים הספציפיים), תכלית צופה פני עבר, התחשבות בשפה של הצדדים. הסדר כזה מקבל ביטוי חיצוני בנסיבות חיצוניות למסמך, נניח בחילופי טיוטות שבהם נכתב על מחיקת סעיף מסוים, זה עוזר לנו להשלים את החוזה כשיש חוסר וצריך לפרש אותו.
* תכלית סובייקטיבית לאור תכלית **העסקה הקונקרטית** (ההיגיון העסקי): נסתכל על מבנה העסקה, הגיונה הפנימי, המטרות והאינטרסים שקיבלו ביטוי בהסכם. לדוג' באפרופים, לא ייתכן שלא תהיה סנקציה על איחור. כלומר, ניתן לפרש סעיף מסוים מהמסך עצמו, הסדרים של סעיף אחד משפיעים על פרשנות של סעיף אחר (היקש).

**פס"ד בלום נ' אנגלו-סכסון :** בלום התקשר עם אנגלו בהסכם לצמיתות. כחלק מהתנאים בלום רשאי לבטל את ההסכם בהודעה לאנגלו 60 ימים מראש, ומנגד אנגלו רשאית לבטל רק אם מתקיימים תנאים מסוימים. אנגלו רצתה לבטל את ההסכם, בלום טוען שהביטול לא כדין כי לא התקיימו אותם תנאים.  
דצנינגר:לפי ההיגיון העסקי, אנגלו כתבו את החוזה מודעים לתניות ולכן אינם רשאים לבטל. ככל הנראה רשמו את התנאים האלה כדי ליצור הסתמכות אצל בלום. גם מתיישב עם 25ב'1- פירוש נגד המנסח.

דנצניגר די ייחודי בגישתו, וטוען שבית המשפט אינו המוסד המתאים להחליט מה מתאים לצדדים לאור ההיגיון העסקי, אלא הצדדים יודעים ולכן יש **להיצמד ללשון החוזה,** זה מאפשר להגיע לאומד דעת הצדדים בצורה יותר מדויקת.

תכלית אובייקטיבית לפי ברק:  
מתחשבים בסוג העסקה ובערכים כמו יעילות, הגינות, סבירות. נפרש לפי מכלול המטרות והאינטרסים שהחוזה נועד להגשים.

דנצינגר מעלה ביקורת כנגד הלכת אפרופים בפס"ד בלמורל: על פניו צריכים קודם לגלות את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים, אולם בפועל התכליות האובייקטיביות נהיות במרכז, זה מוביל למדרון חלקלק. לדבריו, ברק בעצם קורא לשימוש נרחב בערכים חיצוניים. הבעיה עם החדרת ערכים אלו: נוצר אקטיביזם שיפוטי, כפיה של ערכי המשפט על הקשר של הצדדים בניגוד לרצונם, בנוסף, מה אם הצדדים התכוונו ליצור משהו לא הוגן? למה בית המשפט מתערב? הרי זה רצון הצדדים.

תוצאות המקרה של אפרופים: כל השופטים מתבססים על ההיגיון העסקי של החוזה, 'לא הגיוני שלא תהיה סקציה על איחור, הצדדים מתוחכמים'. טענתם הגיונית, אולם לא כל עסקה שאין בה סנקציה זה אבסורד. דרך נוספת שמביאה לתוצאה שונה זה ללכת במסלול הפרשנות נגד המנסח, המדינה שהיא גוף חזק ניסחה אותו ולכן יותר הגיוני לפסוק לטובת אפרופים (בפועל זה לא קרה), לכן יש המון ביקורת על פסד זה.

תיקון 2:

**פס"ד המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ:** ריבלין-חוזה יפורש תוך בחינה מקבילה ומשותפת של לשון החוזה ונסיבות העניין בכפוף לחזקה הפרשנית הניתנת לסתירה שלפיה פרשנות החוזה היא זו שתואמת את פשט הלשון, כלומר המשמעות הפשוטה של הכתוב. אולם, החזקה ניתנת לסתירה במקרים בהם למד בית המשפט, מתוך הנסיבות, שהלשון אינה ברורה ושהיא עשויה להתפרש במספר דרכים. **כלומר, החזקה (תיקון 2) מראה לנו שיש חשיבות גדולה ללשון החוזה, אך היא עדיין לא בלעדית.**

הבחנה בין סוגי החוזים-ישנם סוגים עם התערבות פרשנית נרחבת(של המחוקק).

* + 1. חוקים שקובעים השלמה נורמטיבית , אך אינם מתערבים באגרסיביות, לדוג': חוק השכירות והשאילה, חוק המכר. במקרים אלו הפרשנות עדינה כי אין צד יותר חזק, אין סיבה שהחוזה לא יהיה הוגן.
    2. לעומת זאת, יש חוקים אחרים שמתערבים בתוכן החוזה, ויש להם השלכה פרשנית: חוק החוזים אחידים (ביטול תניות), חוק הגנת הצרכן וכו'. כאן יש צד חזק אל מול חלש, ולכן במקרים אלו המחוקק לא שותק, הוא כופה תנאים ומתערב בתניות החוזה וזה לא מוגבל להסדרים קונקרטיים. ניתן לראות את זה כפרשנות תכליתית.

אותו דיון קיים **בפס"ד ביבי כבישים**: השופט שטיין מבחין בין חוזה סגור לחוזה יחס, שניהם חוזים עסקיים, אך גם כאן יש צורך להבדיל. כשיש חוזה סגור ומפורט הצדדים לא רוצים שהחוזה יפורש ממקורות חיצוניים, זו עסקה שלמה (כמובן שגם כאן יש לאקונות), התכלית שלו להסדיר את המערכת הזו. הצדדים לא רצו שיתערבו להם חיצונית במערכת החוזית שקבעו, הם השקיעו זמן ומשאבים בניסוח, למילים יש חשיבות והם רוצים שבית המשפט יתייחס **ללשון החוזה**, זה משקף בצורה הכי טובה את הרצון של הצדדים במועד הכריתה. לעומת זאת, חוזה יחס, זה חוזה פתוח שמגדיר מערכת יחסים ארוכת טווח ובה הצדדים מראש מוותרים על הניסיון להסדיר כל דבר, הם מעוניינים בגמישות כי מראש מוותרים לגשת למו"מ בכל שנה ולכן יעדיפו **פרשנות תכליתית** שמתחשבת בנסיבות המשתנות ושתושתת על הערכים של שיטת המשפט (צריך לשים לב שהחוזים האלו הם הקיצון).

הבחנה בין סוגי הצדדים, מה הפערים ביניהם: (המהלך של השופט גרוסקוף בביבי כבישים)

* חוזים עסקיים כמו בביבי כבישים (שני צדדים חזקים):נשתמש בפרשנות פני עתיד, להקל על ההתקשרויות העסקיות, לאפשר ודאות לגבי ההסכם, שימוש בלשון ההסכם. ההשלכות העתידיות על חוזים עסקיים שיוצרו.
* פערי כוח בניסוח (מהותיים או פרקטיים)- דברים אלה משפיעים על המשקל שנותנים להתערבות הפרשנית.   
  **פערי כוח פרקטיים**- לצד השני אין את האופציה להתערב, כמו בחוזה מכר. **פערי כוח מהותיים**- אנשים מבחירה לא מתערבים על אף שפיזית יש שביכולתם, משום שעלות המו"מ גדולה מהתועלת שניתן להשיג מהמו"מ, לכן יש אדישות רציונאלית (לדוג' מייקרוסופט אל מול אדם פשוט).
* פערי מידע: מידע משפטי ופער בהבנת הסיטואציה לאורך חיי החוזה.
* פערי רציונלית/הבנה/עניין: יש אנשים בעלי פגם ברציונאליות, בדרך כלל אלו יהיו הצרכנים ולא בעלי העסקים, עסק אופטימי נענש, יפשוט רגל.

**פס"ד ביבי כבישים:** ביבי כבישים זה תלוי בסוג החוזה או בסוג הצדדים לחוזה.

**פס"ד הוד אביב נ' מנהל מקרקעי ישראל:** החוכר לדורות בונה עם חברה קבלנית ורוצה למכור לרוכשים שונים את הדירות. המנהל דורש דמי היתר גבוהים יותר ממה שנקבע בחוזה, כי טענו שהם גובים לפי הערך של המקרקעין לאחר תוספות הבניה, על אף שזה לא היה כתוב.  
בית המשפט: כשמדובר בחוזים שבהם מעורבת המדינה, אין להשתמש בכוח מדינה. יש לה חובת תום לב גבוהה יותר מאשר לאנשים פרטיים. בפרשנות החוזה, נפרשו בצורה שמגבילה את המדינה בפעולות שגורמות לסטות מלשון החוזה לטובתה (פרשנות נגד המנסח).

**הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות פניה:**

לעיתים החוזה מפנה למסמך במקום אחר (תקנון/תעודת אחריות/תעודת ביטוח ופוליסת הביטוח). לפעמים, ההפניה לאותם מסמכים נחשפת בעיניי הלקוח רק **לאחר** שהוא נקשר בהסכם.   
ההפניה למסמך החיצוני יכולה:   
1. לאשרר את החובות והזכויות של הצדדים, כמו בזיכרון דברים שמפנה למסמך פורמאלי.  
2. להגביל את הזכויות והחובות שנקבעו קודם לכן.   
3. לקבוע מנגנונים חוזיים למימוש הזכויות בהתאם לחוזה. לדוג', תנאי החוזה של פייסבוק מפנים להגדרות השימוש, והם מגדירים את החיובים ההדדיים של הצדדים שניתנים לשינוי.

הבעיה ביצירת תניות באמצעות הפניה למסמך חיצוני נוגעת לגמירת דעת הצדדים: אנחנו לא יודעים מה דין המסמך החיצוני שאינו חלק מההתקשרות הראשונית. לכן יש להבדיל בין **מסמך נגיש** ללא נגיש כלומר, מסמך שלא יכולתי להגיע אליו במועד הכריתה (פוליסת ביטוח).  
ברוב המקרים תעודת האחריות חוזרת על החוק להגנת הצרכן, לכן גם שהמסמך לא נגיש לו בעת הכריתה זה פחות בעייתי. משום שחוק זה הוא קוגנטי, סטיה ממנו יכולים רק **להטיב** עם הצרכן. כאשר יש מסמכים שמקטינים את הזכויות (כשמודבר בתנאים דיספוזיטיביים) יש לבחור אחת מהאפשרויות:

* אין תחולה למסמך החיצוני (סותר הוראות קוגנטיות-חוק להגנת הצרכן).
* המסמך חל תמיד.
* חל מרגע שניתן לדעת את הפרטים (שניתן גלשת למסמך), בתנאי שיש לצד השני אופציה לסגת ולבטל מרגע **ההתקשרות** ללא קנס, שזה לא ייחשב הפרה.

מה קורה כשהמסמך המאוחר נוגד את התנאים שנקבעו במו"מ:

**פס"ד דוד נ' דרורי:** בחור עשה ביטוח לאופנוע, הבחור נפגע בתאונה ורק לאחר שהגיעה הפוליסה התברר שאחד התנאים היה שחובה שיהיה לו רישיון לאופנוע. לדבריו, הוא לא יכל לדעת את זה כי לא הייתה לו אפשרות לגשת.   
בית המשפט: זה תנאי סביר, זו דרישה הגיונית.

**עטיה נ' אררט:** בחור בן 23 התעניין בביטוח דרך חברת ביטוח. חברת הביטוח הזמינה את הבחור לבטח עצמו, והוא מילא טפסים ושלח לחברה הצעה. בהצעת הפוליסה נאמר כי החברה מבטחת נהגים מעל גיל 24 בלבד. הבחור לא שם לב לעניין זה, ולאחר זמן מה עבר תאונה אולם לא קיבל פיצויי כיון שהחוזה לא חל עליו. הקושי, הוא שחברת הביטוח ידעו על נתוניהם והם קיבלו פוליסה אחרת.  
בית המשפט: פסקו לזכות הנהג, על חברת הביטוח ליידע את המבוטח,אם רוצים לסטות מהחיובים שנקבעו קודם צריך להדגיש אותם**.** סעיף 3 לחוק הביטוח, סעיף 4 לחוזים האחידים.

לעיתים, מסמך מאוחר מסדיר מנגנונים למימוש הזכויות התוך החוזה, לדוג' מסמכים לתביעת ביטוח משפיעים על האפשרות לממש זכות לפי החוזה. **פס"ד בריטניה אמריקה אינשורנס נ' מוזס:** מעסיק עשה ביטוח לכיסוי הוצאות במקרה של תאונות עובדים. בפוליסה שנשלחה מאוחר יותר נכתב שעליו להודיע תוך 48 מרגע התאונה. המעסיק הודיע לאחר הזמן שנכתב אך בית המשפט קבע שההודעה ניתנה כדין משום שלא הייתה לו דרך לדעת שעליו להודיע תוך 48 שעות, הוא הודיע תוך זמן סביר. הוא לא ידע זאת זה כי לא קיבל את הפוליסה עצמה ואת התנאים.   
בית המשפט: החיובים צומחים מרגע ידיעת הלקוח, לא ניתן לחייב אותם כשהנתונים לא היו נגישים. במאמר מוסגר, אם ניתן מסמך שמשנה את החיובים המהותיים של הצדדים, ניתן לבטל את החוזה למפרע.

**תניות מפורשות ותניות בדרך של הפניה:**בדרך כלל הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפניות קשור לחוזה אחיד משום שאין אפשרות לצדדים לעשות מו"מ.

* + 1. **האם מסמך נלווה מהווה חוזה או קבלה?** (ticket cases).
* פס"ד Barry- השכרת כיסא נוח ולאחר מכן מקבל כרטיס שבו יש פטור לנזקי גוף, לאותו אדם נגרם נזק. בית המשפט קובע שלא ייתכן שהכרטיס משנה את חיובי הצדדים במועד הכריתה כי הוא ניתן לאחר הכריתה, ולכן זה מהווה קבלה לתשלום.
* פס"ד Thoronton- כרטיס אוטומטי בחניון, על גב הכרטיס כתוב שתנאי החניה מצוינים במגרש החניה, בהם נקבע שיש פטור מלא מנזקי גוף, הוא נדרס. בית המשפט קובע שהפטור לא חל:
  1. ניתן לאחר ההתקשרות- זו קבלה.
  2. לעיתים נקבע שתנאי הכרטיס כן חלק מתנאי החוזה כאשר ידוע לצד השני במועד הכריתה שהוא עומד לקבל מסמך נוסף עם תנאי ההתקשרות, בתי המשפט קובעים שלעניין זה לא היה ידוע לו על כך. אולם, לאותו אדם יש את האופציה לבטל למפרע (לצאת מהחניה תוך רבע שעה), זה מהווה את הקיבול בהתנהגות לתנאים הנוספים.
* פס"ד גונשרוביץ נ' מפעל הפיס: תובע את הפיס על הגרלה, טען שזכה אך הכרטיס אבד. בכרטיס יש הפניה לתוכניות ההגרלות של מפעל הפיס שבו נכתב שיש פטור מלא לחברה אם הכרטיס המקורי אבד. זוכה ההגרלה טען שזה מסמך מאוחר להתקשרות.   
  **ויתקון וזוסמן**: חייב להיות הפניה לתקנון כי הכרטיס לא מסדיר כלום. מראש ידעת שיש תקנון וששם מופיעים תנאי ההגרלה, כשזה המצב לא ניתן להניח שהכרטיס קבלה בלבד.  
  **כלומר, המסלול התוך חוזי הראשון להתמודד עם הסדרים פוגעים במסמכים נלווים, הוא לשלול את תוקף המסמך (כשהוחלט שיש התקשרות סגורה=תנאי החוזה הוסדרו במועד הכריתה ולפתע יש מסמך נוסף) סייגים:**  
  1. עליו לצפות. 2. המסמך הנלווה הכרחי להסדיר את החיובים, ההתקשרות החוזית לא סגורה (הגרלה).

1. **אם זה חוזה וצד לא יודע על תנית החוזה?**

ככלל, כאשר אדם חותם על מסמך, אינו יכול לטעון (מושתק) שלא קרא (גינדי)- **הבחינה אובייקטיבית.**  
אולם, כשמדובר במסמך נלווה, אין אישור ראייתי שהצד השני הבין את המסמך ואין הבעה אובייקטיבית למודעות לתנאים.  
אנגליה: תניות שמרעות (פטור), החובה לתת הודעה סבירה על קיום התניה. כלומר, ככל שהתניה פוגעת יש להודיע באופן ברור יותר. לעיתים עצם כך שהכתב קריא זה מספיק, אך אם זה פוגעני נדרוש הדגשה מיוחדת ואף דרישה למסמך נפרד שבו מודעים על התניה הפוגענית. **טורטון** – נקבע שפטור מנזק גוף דורש הדגשה מיוחדת. **העיקרון האנגלי של היידוע האקטיבי נקלטה במשפט הישראלי וזה הורחב בפסיקה ובחקיקה גם למסמכים שנחתמו.** משמע, גם אם חתמת על המסמך אבל אתה לא מודע לקיומו באופן סביר זה לא יחול דרך החדרת העיקרון דרך סעיף 12. **עטיה נ' אררט**: חתם ומודע לנסיבות, אך בית המשפט הרחיב את המושג, יש חובה ליידע באופן אקטיבי על קיומם של הבדלים משמעותיים בין מה שהזמין למה שקיבל בפועל.

* דרישה לידוע אקטיבי מופיעה גם בחוק הגנת הפרטיות סעפים 1 ו-3. **הסכמה מדעת**- חייבת להיות מיודעת במובן **הסובייקטיבי**, צריך שהאדם שמולי יהיה מיודע לאותם הסדרים. **הסכמה חוזית**- מספיק אובייקטיבי.
* סעיף 38 לחוק הוצאה לפועל/ 33 לחוק הגנת הדייר. מצבים שבהם אדם לקח משכנתא לנכס שמיועד למגורים, לא מצליח לשלם את החוב. החוק קובע **הסדר דיספוזיטיבי** שמממש המשכון צריך לברר האם יש ללווה מקום לגור בו או לארגן לו אחד כזה. בפועל, כל חוזה משכנתא מתנה על סעיף 38. יש מספר פסקי דין שמגבילים את התניה דרך חובת יידוע:

**פי אף איי:** תניה שאומרת שאין חובה למלווה לספק ללווה דיור חלופי. בית המשפט: לא נאמר בחוזה שקיים סעיף 38 שמקנה לך זכות כזאת ואתם מתנים על כך. אם לא כתבת במפורש- לא התנית על כך (פרשנות מצמצמת).  
**שפייזמן:** אם ידע בפועל על הזכות ועל ההתניה זה לא שכתבו זה לא משנה.  
**מיסטר מאני:** כדי להתנות על סעיף 38 יש חובת יידוע ללקוח על הקיום, להסביר שמתנים, וחייבים להראות שהוא מסכים לויתור, **חובת הסכמה מדעת**.   
ישנן דרגות שונות של הסכמה: (מהקל אל החמור).  
א. הדרגה החוזית הרגילה: אובייקטיבית (גינדי נ' אפללו). רמת הסכמה נמוכה  
ב. הסכמה מדעת מכללא: כדי לקבל הסכמה מדעת אדם צריך לדעת על הפגיעה בפרטיות ועל השימוש שעושים ואז תספיק הבעת הסכמה רגילה, לא צריך שתהיה מפורשת לעניין הפגיעה הזאת.  
ג. הסכמה מדעת מפורשת: מונח מתחום הרפואה, לא נסתפק שאולי הוא יודע אלא נחייב ממבצע הפעולה להסביר באופן אקטיבי ללקוח בצורה שיבין את הסיכויים והסיכונים.

1. **מה ההשלכה של מסמך שלא זמין בשעת כריתת החוזה? (חלק מהחוזה, לא זמין).**  
   יש ליידע בהודעה סבירה (לדוג' חוזה הביטוח שמודיע שיש ללכת לפוליסה) במקרים אלו נגביל את היישום שלא יפגעו בזכויות המבוטח.

* טורטון- לא היה כתוב בקבלה את הפטור, אלא שהתנאי התקשרות החוזית מופיעים על קירות החניון במקום רחוק. לכן זה שולל את התוקף החוזי כי זה לא היה זמין.
* מפעל הפיס חיים כהן בדעת מיעוט: קובע שאין תוקף לכללי התקנון מכיוון שהם מופיעים בילקוט הפרסומים. בתקופה ההיא אין גישה לשם ולכן לא ניתן לצפות שיקרא את המידע וקבע שאין תוקף חוזי.

**סיכום:**   
1. קבלה או חוזה- **ביסוס דוקטרינרי**: הצעה וקיבול.  
2. חוזה, אך תניה לא חלק מהחוזה (היעדר יידוע אקטיבי) **ביסוס דוקטרינרי:** שלילת הכרה בתניה-הדין האנגלי מתייחס להצעה בקיבול כי מתייחס למקרים שהחוזה לא נחתם. הקושי: הוא איך זה מבטלים רק את התניות הפוגעניות ולא את כל המסמך הנלווה? הפיתרון: חובת יידוע מתוך חובת תום הלב במו"מ (עטיה), זה הסעד- שלילת התניה.  
3. חוזה, ההפניה למסמך חיצוני לא מחויבת בשל הודעה לא סבירה, היעדר נגישות. **ביסוס דוקטרינרי:** מסתמך על חובת תום הלב (אפשר עקרונית להיות מחויב בתניות לא ידועות, אך על הצד השני ליידע אותנו).

**תניות פטור:**

* + 1. **פטור מחיובים:** "הקבלן רשאי שלא לבצע את חיוביו כולם או מקצתם".  
       אם היא חלה על **שני הצדדים** זה בעצם הסכם ג'נטלמני שלא ניתן לתבוע להפרה כי אף אחד לא חייב. אם רק **הקבלן פטור**, רשאי אך לא חייב והמזמין משלם על פעולות שקרו בפועל- מעין הסכם אופציה (משמעות של חיובים תלויים ושלובים).
    2. תקרה לפיצוי: "אחריות הקבלן להפרת חוזה מוגבלת לסכום של 10,000 ₪,הגבלת החבות- הכיוון ההפוך מפיצוי מוסכם.
    3. פטור מאכיפה: "אין לתבוע את הקבלן לאכיפת חיוביו" (ניתן לתבוע לפיצויים).
    4. "ספק השירות אינו אחראי לנזקי גוף אשר עשויים להיגרם לצרכן". הייחודיות היא שהתניה מגבילה חיוב חיצוני לחוזה (הגבלת על זכות נזיקית).

**תניות פטור נפוצות ולכן צריך לבחון מתי הן לגיטימיות ומתי לא:**  
תכלית לגיטימית: לגדר את הסיכונים הכרוכים בהתקשרות החוזית, אינטרס של שני הצדדים. אולם, בחוזים אחידים יש צד אחד שלא מודע לתניה, לא יכול להתמקח. זה בעיקר בעייתי כשהחבות קיימת מכוח הדין ולא רק מתוך החוזה הספציפי (פטור נזקי גוף).

נבחן טכניקות משפטיות לתקוף את תניית הפטור:

1. **מישור ההצעה וקיבול:** לפי המנגנון האנגלי שהובא לישראל- להסב את תשומת הלב של הצד השני כתנאי לתוקפה, רלוונטי לכל תניה בעייתית.
2. **פרשנות:** פרשנות מצמצת לתניות פטור, מתיישב עם כלל הפרשנות נגד המנסח. בנוסף זה כלל פרשנות עצמאי-פירוש מצמצם לפטור. הפטור יינתן מהאחריות הנרחבת יותר, אך לא מרשלנות באופן כללי, אם תרצה פטור מרשלנות באופן כללי עליך לכתוב את זה במפורש.
3. **הפרה יסודית:** כיום זה עמדה פרשנית.
4. **תקנת הציבור:** עד לחוק החוזים האחידים השתמשו בסעיף 30 לחוק החוזים. בארץ זה הופעל בעיקר ביחס לפטור מנזקי גוף. כיום זה רלוונטי למקרים של תניות פטור בחוזה רגיל.
5. **תום לב:** השופט אלון בענין רוט נ' ישופה: אין בעיה עם הכנסת תניית הפטור, כשיגיעו לבית המשפט יבחנו אם לפי הנסיבות הפעיל אותה בתום לב. כלומר, הפרת חובת תום הלב היא בעמידה על התניה. הבעיה שזה שרירותי, כל שופט יכול להשתמש בזה כראות עינו וזה עשוי לעודד להכניס את התניה.
6. **קיפוח בחוזה אחיד**: הטכניקה העיקרית היום, תוקף חזיתית את תניית הפטור.

חוזים אחידים וכיצד המחוקק מתמודד איתם?  
רוב החוזים האחידים לא מקיימים את מודל מפגש הרצונות: ספקי שירותים, רכישה בקמעונאות, הסכמי התקשרות אינטרנטים וכולו.  
**מאפיינים:** צד אחד (ספק) קובע תנאים להתקשרות עם הרבה לקוחות אחרים (take it or leave it, אין מו"מ על כלום). כל כוח המיקוח הוא **בצד אחד של העסקה** אם הצדדים רציונליים (שיעור שעבר).  
ניתוח כלכלי של עסקאות אלו:  
ההיגיון בבסיס החוזים האחידים: **פערי עלות תועלת** מצדיקים ניסוח על ידי הספק. עבור הלקוח, התניות לא חשובות, ניסוח יקר אל מול תועלת מוגבלת. עבור הספק- תניות החוזה חשובות מאוד כי הן מגדירות את ההתקשרות שלו עם לקוחות רבים, יש לו מומחיות בתחום ולרוב החיובים בחוזה מופנים כלפיו ולא כלפי הלקוח. אולם, יש **חריגים**: תניות שלא מסדירות חיובים, שינוי בחיובים לפי החוזה, הגבלת התקשרות, שיפוט ופטור.

**הסיכון בחוזים האחידים:**

* חשש לניצול הצרכנים:
* **אדישות רציונאלית:** אין תמריץ לקרוא את החוזה כי התועלת נמוכה מעלות הקריאה ובעיקר אין אפשרות לעשות מו"מ.
* **אדישות לא רציונאלית:** לדוג' חוזה עם הבנק בחוזים שכן ניתן להתמקח עליהם (עמלות, ריביות סכומים שבהצטברות יהיו משמעותיים). הצרכנים סובלים **ממיופיה**: קוצר ראיה ביחס לעתיד, אנו מתמקחים עם מוכר בשוק, אך לא נתמקח עם פקיד בנק על משהו שההשלכה שלו לעתיד (דוג' מדפסות ודיו).  
  אופטימיות: מנוי שנתי לחדרי כושר.   
  קשב מוגבל- שמים לב לדברים בולטים ולא מעבר (רואים את המחיר, אך לא שמים לב לריביות).
* **כוח מונופוליסטי** ליצרן. כשיש כוח כזה, עולה החשש שעוסקים ינצלו פגעים ברציונאליות של צרכנים כי תניה גרועה בחוזה זה כמו מחיר. אם יש תחרות בשוק אז המתחרים מתחרים גם על המחיר החוזי וגם על החוזה עצמו, הבעיה נוצרת כשהתחרות מוגבלת ומשתמשים במבנה מבלבל (כותבים את המחיר בצורה לא ברורה וזה גורם לי לחשוב שהעלות נמוכה יותר).

**ההתמודדות עם חוזים האחידים:**

* + 1. **התערבות דרך עידוד תחרות** (ככל שהשוק תחרותי החוזים יהיו יותר יעילים לצרכנים). התערבות אקטיבית דרך חוק ההגבלים העסקיים (עידוד כניסת מתחרים) ורגולציה שמגבירה תחרות: ניוד מספרי טלפון ואיסור נעילת לקוחות לזמן ממושך וקביעת מחירון אחיד כדי שהצרכן יוכל להשוות בין מחירים.
    2. **חקיקה פרטיקולרית בחוזים ספצפיים:**כדי להתמודד עם החשש שהצרכנים לא מודעים לעלויות החוזה ישנם שני מנגנוני התערבות:  
       1.גילוי ומניעת הטעיה- **התערבות בכריתת החוזה,** משמע תדע את כל הפרטים החשובים ובכך ימנעו חוזים שאינם רצויים בגלל פערי מידע. המשמעות היא שזה עוולה או ניתנת האפשרות לשלילת התניה. איסור השפעה בלתי הוגנת (ס' 3 לחוק הגנת הצרכן).  
       ההבחנה בין הטעיה צרכנית להטעיה חוזית היא שההטעיה הצרכנית מגדירה באופן מפורש על מה יש חובת גילוי, חובת הדגשה, ואיסור לעשות פעולה שעלולה להטעות.   
       2.קביעת הסדרים כופים- **התערבות בתוכן החוזה** (לדוג' תיקון ושירות לאחר מכירה, כך הספק יספק מוצר תקין).
    3. **חוק שמסדיר חוזים אחידים:**  
       **סעיף 2**:  "חוזה אחיד" - **נוסח של חוזה** שתנאיו, כולם או מקצתם, **נקבעו מראש בידי צד אחד** כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין **אנשים בלתי מסויימים** במספרם או בזהותם"  
       צריך לשים לב שאלו לא אנשים ספציפיים!  
       **ספק**=אחראי על הניסוח של החוזה.  
       **הלקוח**=מי שלא כותב את התנאי.  
       תנאי בחוזה אחיד זו **תניה שלא נערך לגביה משא ומתן**, גם אם היא בחוזה אחיד היא לא נחשבת כחלק מהחוזים האחידים. סעיף 23 מחריג את המחיר משום שהמחיר זה החלק הבולט בחוזה, לא הגיוני שהלקוח לא היה מודע אליו.  
        **הגדרה סעיף 3:** "תנאי בחוזה אחיד שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות"  
       שתי חלופות: 1. במכלול הנסיבות מקפח. 2. נותן יתרון בלתי הוגן ועשוי לקפח(נטל הראיה מוטל על הלקוח).   
       בית המשפט או בית הדין (לחוזים אחידים) יבטלו או ישנו אותו.  
       כשבית הדין לחוזים אחידים מחליט על תניה בחוזה כמקפחת, הוא נותן תחולה כללית גם ברטרו לחוזים שנכרתו אך זהו סעד הצהרתי בלבד לא ניתן לבקש פיצוי כספי. לעומת זאת, בית המשפט יכול לתת סעד כספי אך הוא מוגבל למקרה הקונקרטי שמולו.

**סעיף 4** קובע חזקות קיפוח. החזקות ניתנות לסתירה משום שסעיף 3 קובע שיש לשים לב למכלול החוזה ולנסיבות אחרות, לעיתים הוא יראה מקפח אך כשנסתכל על כל החוזה נראה שזה מתאזן, אולם **בסעיף 5** יש חזקות חלוטות- נזקי גוף, שלילת זכות פניה לערכאות וכו'.

**קביעת קיפוח:**

* מכלול תנאי החוזה.
* אינטרס לגיטימי:  
  **פס"ד מילגרום:** לא ניתן לקבוע מחיר אחיד ולכן יש זכות לשנות את המחיר.(יתרון בלתי הוגן למשען ע"י התניה המקפחת)  
  השופט ברק: בכל זאת הוחלט שהתנאי מקפח משום שאם הם רוצים אינטרס לגיטימי המנגנון שאתם קובעים בחוזה צריך לכסות את האינטרס הלגיטמי לדוג' להצמיד לשכר מסוים, שתהיה נוסחה מסוימת וללקוח תהיה תמונה לגבי המחיר עתידי משום שזה לא סביר לתת לצד אחד את כל הכוח להחליט באופן אבסולוטי.  
  1. לוודא אינטרס לגיטימי 2. ליידע את הצרכנים כדי לאפשר להם לבחור בין ספקים.  
  לעיתים יש קשירה שהיא פסולה אך לגיטימית כי מכסה את האינטרס הלגיטימי (לדוג' קפסולות ומכונת קפה).
* יכולת פיזור הנזק: **פס"ד קשת:** הגבלת הפיצוי פוגעת בצרכנים כי אין לה אינטרס לגיטימי ולכן הם לא סתרו את חזקת הקיפוח בסעיף 4.   
  הביקורת של פורת: בית המשפט בעצם יצר סבסוד צולב. עניים משלמים על העשירים.

**חוזה לטובת צד שלישי:**

**נושה= מי שחייבים לו.   
חייב=זה שחייב לנושה(הספק).   
מוטב/נהנה=מי שעבורו נרשם תשלום, צד ג'.  
נמחה= מקבל בעלות על ידי המחאה, אדם שהוסבו אליו זכויות.**  
החוזה לטובת אדם שלישי יוצר יריבות ישירה בין **המוטב לחייב,** כלומר החוזה נותן רשות למוטב לתבוע ישירות את החייב לקיום ההסכם.  
מדוע נרצה חוזים כאלה?

* + 1. לספק מתנה.
    2. לקיים חיוב. לדוג' צד א' חייב לצד ב' שחייב לצד ג'. החוזה לטובת אדם שלישי יעביר את החבות של צד א' ישירות לג'. לדוג' בייזמן=חייב, חליווה=נושה, הבנק=מוטב לקבלת התשלום.

מדוע פשוט לא נכניס את צד ג' כצד לחוזה רגיל? מדוע צריך חוזה מיוחד?

* + - 1. לעיתים זה יהיה מכביד ולא נוח או בלתי אפשרי, ייתכן שאותו אדם מרוחק, או קשה לאיתור.
      2. זהות המוטב לא ידועה בשעת הכריתה (לדוג' הגרלה, זוכה ההגרלה מקבל פרס).
      3. המוטב לא קיים: אדם שלא נולד ורוצים להקנות לו נכסים בגיל 18. כנ"ל לגבי תאגיד שעוד לא הושלם הוא לא יכול להיות צד לחוזה אך ניתן לכרות חוזה לטובתו, לדוג' בעלי המניות. ניתן להגיע לאותה תוצאה לפי סעיף 6 ג' לחוק השליחות: "תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני היווסדו".
      4. חוזה לטובת הציבור, לדוג' המדינה כורתת חוזה עם מד"א ומאפשרת לאזרחים לתבוע אכיפת חיובים.
      5. לא נרצה להחתים את המוטב מטעמי נימוס, או המוטב מעוניין להישאר חסוי.

מנגנונים שונים ליצירת זכות לצד ג':

**נאמנות**: "זיקה לנכס לפיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת הנהנה או למטרות אחרות" זה נוצר במקור בדין האנגלי שלא מכיר בחוזה לטובת אדם שלישי. לדוג' משכיר דירה לאדם אחר אך רוצים ששכר הדירה ישולם לצד ג'. שוכר הדירה יהיה נאמן והוא משלם את שכר הדירה לצד ג', אך חוזה הנאמנות לא חייב להיות בין המוטב לנאמן. הייחוד- נאמנות חלה על נכס מסוים או קרן, לא על פעולות, הנאמן לא מבצע פעולות אלא מנהל נכסים.

**המחאה:** סעיפים 1+2 לחוק המחאת חיובים.

ההבדלים בין המחאה לחוזה לטובת צד ג':

* **מועד היצירה**: בחוזה לטובת אדם שלישי נוצרת מערכת יחסים משולשת **במועד הכריתה**, לעומת זאת בהמחאת זכויות יש חוזה של נושה וחייב, **ובשלב מאוחר יותר למועד הכריתה** הנושה מעביר את זכויותיו במסגרת ההסכם עם החייב לאדם אחר.
* **איך יוצרים את מערכת היחסים**? בחוזה המחאה הנושה יכול להמחות את הזכויות שלו ללא הסכמת החייב, אולם הנמחה צריך לאשר זאת. בחוזה לצד שלישי, צד ג' מקבל זכות מרגע הכריתה, לא צריך את הסכמתו (ייתכן שהוא עדיין לא קיים) אולם צריך הסכמה של החייב (שיש לו חובות לאדם שלישי).

**נעדיף להעביר זכות המחאה כאשר** המוטיבציה להעביר קרתה **אחרי הכריתה**.   
**פס"ד גולדמן נ' מיכאלי**: בשעת הכריתה לא היה אדם שלישי בתמונה ולכן המחו את הזכות בשלב מאוחר יותר.

השוואה בין חוזה המחאה לחוזה לצד ג':   
**חוזה לצד ג'**: נושה מבצע פעולה, והחייב נדרש לשלם לנהנה.  
**חוזה המחאה**: נושה מבצע פעולה, חייב נדרש לשלם לנושה שממחה את זכותו לנמחה.   
בעיקרון הגענו לאותה תוצאה, מה השוני?  
גם המוטב וגם הנמחה זוכים לזכויות באותה רמה של הנושה (הפרת חוזה, פגם בכריתה):   
סעיף 37 לחוק החוזים(צד ג):" **כל טענה** שיש לחייב כלפי הנושה **בקשר לחיוב** תעמוד לו גם כלפי המוטב".  
2סעיף (א) לחוק המחאת חיובים: "לחייב יעמדו כלפי הנמחה **כל הטענות** שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה".  
בכל זאת זה **לא זהה**, סעיף 37 על כל טענה בקשר לחיוב. סעיף 2 מתייחס לכל הטענות.  
אם יש מערכת יחסית רחבה בין הנושה לחייב והנושה המחה את זכויותיו, יכולות לעמוד לחייב כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה. לדוג' אדם קנה שני מוצרים בשני חוזים והוא המחה את הזכויות רק ביחס לחוזה אחד ועליו הוא שילם. הנמחה יכול לדרוש אכיפה, החייב יכול להגיד שעומדת לו **טענת קיזוז** בין החוזים, כלומר החייב לא חייב לנמחה משום שלא קיבל תשלום על החוזה השני. לעומת זאת טענה זו לא אפשרית ביחס לחוזה צד ג' משום שהחייב יכול לטעון טענות רק בקשר לחוזה הספציפי ולא בקשר למערכת היחסים שיש לו עם הנושה באופן כללי.  
**השוני המהותי** הוא שכשהנושה ממחה את הזכות שלו הוא יוצא מהתמונה ולא יכול לדרוש קיום של החוזה מהחייב, לעומת זאת בחוזה לצד ג' יש שני נושים, שניהם יכולים לדרוש קיום, שניהם במסגרת החוזית.  
**פס"ד גולדמן נ' מיכאלי**: את מי המוטב יכול לתבוע בגין אי קיום החיוב? בפס"ד זה היה חוזה, הייתה המחאת זכות מכוח החוזה ואז בא הנמחה שתבע את הממחה של הזכות ולא את החייב.   
זה מותר משום שהממחה של הזכות המחה את זכותו במסגרת **חוזה בינו ובין הנמחה** ובתוך המסגרת הזאת החוזה ממשיך להתקיים. כלומר, החיובים ניתנים לאכיפה או פיצויים במידת הצורך. אם החוזה היה לטובת צד ג', אין זכות למוטב לתבוע את הנושה כי אין לו שום חיוב כלפיו, אלא רק לחייב.

**חוזה ביטוח:** מבטח, מבוטח ומוטב זה המשלם, הוא לאו דווקא המבוטח.

המוטב הוא לא המבוטח כאשר הוא רוכש ביטוח תאונות לעובדים לדוג' .  
בחוזה לטובת צד שלישי מותר לשנות את המוטב כל עוד הוא לא יודע שנכרת חוזה לטובתו, לעומת זאת בחוזה ביטוח ניתן לשנות את זכות המוטב גם כשהוא יודע על הזכות. לעיתים הצדדים יכולים להתנות על זה, ולא יהיה ניתן לשנות את המוטב. לדוג' ביטוח חיים שנערך עם חוזה משכנתא, הבנק יהיה המוטב ואי אפשר לשנות את ההגדרה ללא הסכמתו (כלומר, יקבל את הכסף או מהאדם או מהביטוח).

המוטב יכול להיות הגדרה של בן הזוג ואז הוא לא צריך להיות מזוהה (החוק מ-81, מאוחר מחסקין) בפועל הבעיה עדיין קיימת משום שרשם דינה אשתי.

1. **שליחות:** חוזה בין שני אנשים, כלומר השלוח הוא לא צד ג' הוא רק מייצג את השליח. ככלל השולח רשאי לסיים את השליחות אך יש חריג לכך- ייפוי כוח בלתי חוזר, גם במוות השליחות לא מתבטלת, ואז המערכת יחסים נהיית משולשת.
2. **תביעה נזיקית של צד ג':** ניתן לראות את זה כשני חוזים נושה מול מוטב ונושה מול חייב שהתחייב לשלם למוטב. אם החייב מפר, הנפגע מהפרת החוזה רשאי לתבוע נזיקית למי שגרם באופן לא סביר להפרת החוזה מולו. כך יכולה להיווצר מסלול של יריבות ישירה בין המוטב לחייב על אף שאין ביניהם חוזה וחיובים חוזיים.  
   אפשרות נוספת: **מצג שווא רשלני** קורנפלנד נ' שמואלוב. קבלן מכר דירה לקונה והקונה מכר לאדם אחר. הקבלן מסר מצגי שווא בכריתת החוזה עם הקונה הראשון. נקבע שהקונה השני נפגע מרשלנות הקבלן שיכל לצפות את הנזק.

חוזה לטובת אדם שלישי:  
בחוזה מסוג זה צריך לזהות את המוטב באופן ודאי גם אם הוא לא נקוב, נוצרת בעיה כשלא ניתן לזהות כמו **בחסקין.** לכן במקרים כאלה צד ג' יוצא מהתמונה והחוזה יהיה בין החייב לנושה, במידה ונפטר הכסף ילך לעיזבון.  
מעבר להוכחה שיש מוטב שניתן לזיהוי צריך שתהיה כוונה להקנות זכות: **סעיף 34: "**חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו".לפי סעיף זה משתמעשייתכנו חוזים שיוצרים הנאה לצד שלישי במקריות (פסלים בגינה) או מכוון אך לא מתכוונים להקנות לו זכות ולכן הם לא יכולים לאכוף את החוזה.  
**רק אם יש כוונה להקנות לאדם ג' זכות לאכיפה נגדיר את זה כחוזה לטובת אדם ג',** הבעיה היא שאין חובה לכתוב את זה במפורש ואז יש לבחון האם זה משתמע מהחוזה?  
**אינטרס הנושה:**  
שני שיקולים: 1. האם טובת ההנאה מועברת למוטב? 2. האם זהות המוטב ידועה?   
בנוסף, חוזה לטובת אדם שלישי מקנה לנושה זכות חזרה מוגבלת מאוד ולכן בבחינה אם הצדדים התכוונו למערכת הזו, יש לבדוק את **האינטרס שלו**. זכות החזרה יכולה להיות חסרת משמעות אם הנושה חייב עצמאית למוטב או טובת ההנאה ייחודית למוטב ולכן צד ג' יוכל לתבוע לאכיפה. אם בעת הבחינה נראה שיש אינטרס לנושה באותו פריט שאמור לעבור לצד ג', לא נרצה לתת למוטב זכות אכיפה. אינטרס של ההורים להישאר בתמונה ולכן נכיר בזה כחוזה לטובת צד ג'.  
לבסוף, נבחן האם יש לנושה אינטרס ליצור יריבות ישירה בין החייב למוטב, אם כן, נכיר בו כחוזה לצד ג.  
**אינטרס המוטב והחייב:** המוטב נהנה מהחוזה כי החוזה לא תלוי בנושה, והוא יכול לממש את הזכויות גם אם הנושה פושט רגל או נעלם, ולכן אם נראה שלנושה יש אינטרס שהמוטב יאכוף ביצוע באופן ישיר נכיר בזה כחוזה כזה.  
למה שהחייב יסכים? הרי יש לו שני נושים לעומת בהמחאת זכויות שיש נושה אחד. משום שאלו התנאים שהנושה הסכים במועד הכריתה.  
**פס"ד אליהו נ' חמאדה**: אדם שנפגע בתאונה והיה חוזה ביטוח שבו אותו עובד היה צד ג', לא היה המבוטח. לחברת הביטוח זה לא משנה אם יש לה יריבות ישירה או עקיפה כי היא משלמת. ברירת המחדל היא שיש יריבות ישירה, משמע הנפגע יכול לתבוע ישירות את חברת הביטוח אך ניתן להתנות על כן באמצעות שיפוי (ישלם ויקבל החזר).

שיריון זכות המוטב:  
זכות המוטב קמה עם כריתת החוזה אך היא משתריינת רק מרגע שהמוטב ידע על זכותו. זכות המוטב קיימת מרגע כריתת החוזה גם אם החוזה מותנה. כלומר, מרגע שהוא יודע על החוזה לטובתו לא ניתן לשנות את המוטב גם אם התנאי המתלה עדיין לא התממש. **מתיישב עם פרידמן.**  
  
בביטוח, מותר לשנות את המוטב לפני קיום האירוע. אך יש הבחנה בין **סעיף 36ב לחוק החוזים** :" בחיוב שיש לקיימו עקב מותו של אדם – על פי חוזה ביטוח, על פי חברות בקופת קצבה או בקופת תגמולים או על פי עילה דומה – רשאי הנושה, בהודעה לחייב או בצוואה שהודעה עליה ניתנה לחייב, לבטל את זכותו של המוטב או להעמיד במקומו מוטב אחר, אף אחרי שנודע למוטב על זכותו". **לבין 147 לחוק הירושה :"**הביטוח לא חלק מהעיזבון אלא אם כן נקבע אחרת".  
כלומר, מותר לשנות את מוטב הביטוח אך האם זה תקין שחברת הביטוח תגלה את זה רק במועד חשיפת הצוואה? **פס"ד פישר נ' תמר:** מותר להודיע על השינוי לחברת הביטוח דרך הצוואה אך צריך להודיע על זה לפני מימוש הצוואה, לפני שהאדם נפטר אחרת זה יהיה חסר תוקף- למנוע מצב של הוראות סותרות שלא נוכל ליישב.

המוטב אינו יכול לתבוע את הנושה בהסכם לטובת צד ג' כי החייב הוא זה שחייב לו, אלא אם כן בחוזה יש חיוב נפרד לנושה אל מול המוטב, שם המוטב כן יוכל לתבוע. כאמור, בחוזה לצד ג' יש שני נושים. כאשר החייב מפר וכל אחד מהנושים רוצה סעד אחר, ידו של המוטב על העליונה, אולם אם המוטב רוצה אכיפה והנושה רוצה ביטול זו בעיה כי זה אומר שלנושה יש חיובים נוספים וככל הנראה אינו רוצה לעמוד בהם ולכן ייתכן שנסייג את זה לחריגים לאכיפה-האכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין. אם הסיטואציה הפוכה והמוטב מעוניין בביטול, הנושה יכול להחליף אותו במוטב אחר, נוכל לראות את זה באותו אופן שבו אם במועד הכריתה המוטב לא היה מעוניין בחוזה.

חוזה לטובת אדם שלישי שהוא חוזה מתנה:  
חוזה מתנה טעון כתב וחוזה לטובת צד ג' לא, חוזה לטובת צד ג' מבחינת החייב זה חיוב רגיל כי יש לו תמורה מהנושה, לעומת זאת מבחינת הנושה זה חוזה מתנה ולכן בהיעדר כתב אין לו התחייבות כלפי המוטב. ולכן כדי שגם הנושה יהיה מחויב-חייבים כתב (אם הוא התקשר עם החייב ואמר לו שמדובר במתנה, מספיק מסמך אחד). אם אין הסכם בכתב, המוטב יכול לדרוש קיום מהחייב אך לא מהנושה, אין ביניהם יריבות ישירה, כלומר הנושה תמיד יכול לבטל את החיוב. בחוזה לטובת אדם שלישי אין חזקת קיבול, הקיבול נוצר עם ההודעה של המוטב אולם בחוזה מתנה יש, לכן אם החוזה לטובת צד ג' זה חוזה מתנה ואנחנו רוצים לאפשר למוטב לתבוע לקיום **מהנושה**, חייבת להימסר הודעה.

**הרצאת פרשנות חוזים**

תכליות דיני פרשנות החוזים: באיזו דרך עלינו ללכת כשחשוב לנו לאן נגיע?   
דיני פרשנות החוזים= הכללים המשפטיים שמנחים את בית המשפט כאשר הוא בא לפרש חוזה. אלו כללים שיכולים להיות כתובים בחוק, או בפסיקה. למשל כתוב בחוק:" חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים".

* 1. לאן אנחנו רוצים להגיע כשאר אנחנו מפרשים חוזה?

לפני שאנו קובעים האם כלל פרשני מסוים הוא רצוי, נדרש לחשוב מה **המטרה** אותם הכללים מבקשים **להגשים.**

* + 1. הגשמת רצונם המשותף של הצדדים במועד חתימת החוזה, זוהי תכלית הצופה **פני עבר.**
* הערך שמתבטא כאן זו **תפיסה ליברלית** (אוטונומיה), על ידי כיבוד האוטונומיה שלהם בית המשפט צריך לפרש את החוזה בהתאם לאותו רצון.
* ערך נוסף זו **תפיסה כלכלית** (יעילות). הצדדים עצמם יודעים הכי טוב מה ההתקשרות היעילה ביניהם, לכן הם חתמו על החוזה.
* אלו קשיים עלולים להתעורר?
* חילוץ הרצון הסובייקטיבי, לא תמיד יהיה קל לדעת למה הצדדים התכוונו במועד הכריתה.

1. תכלית הפרשנות האי גם ליצור בסיס נוח להתקשרויות חוזיות עתידיות, תכלית **הצופה פני עתיד.**

* הערכים שמשתקפים פה הם חוזים ככלי לתכנון עתידי, תפיסה ליברלית/כלכלית, ודאות וביטחון בכלי החוזי.
* **אבל:** שתי התכליות האלה משקפות את אותם ערכים, אך הם לא מדברים על אותם צדדים. תכלית צופה פני עבר מדברת על המתקשרים הקונקרטיים, לעומת זאת תכלית פני עתיד מדברת על צדדים עתידיים, כיצד הם יוכלו להתקשר בחוזה ביתר קלות.
* דוג' להבדל ביניהם: האם לקבוע כלל פרשני שיאפשר לגלות את הרצון הסובייקטיבי בעלות גבוהה מאוד, כאשר אחד הצדדים היה יכול להסדיר את הנושא בעלות נמוכה יחסית? באיזה כלל בית המשפט ישתמש?
* כלל הפרשנות נגד המנסח. זה מגביר מוטיבציה להסדיר מראש את ההתקשרות בצורה ברורה, חוק זה נותן מעין סנקציה. זו תכלית שצופה פני עתיד, על אף שייתכן שלצדדים הייתה כוונת אחרת בעת החתימה.

1. החוזה הוא לא רק הסכמה בין שני צדדים, אלא הוא **הסכמה אכיפה** לכן, דיני הפרשנות צריכים לתאם את ערכי היסוד של המשפט (לא ניתן לאכוף חוזה לא חוקי), זוהי תכלית **הצופה פני הווה.**

* גם מנקודת מבט של מי שמדגישים את היותו של החוזה כמכשיר פרטי, לא יכול להיות חולק על כך שזוהי אחת המטרות של פרשנות החוזים. אולם, הוויכוח יכול להיעשות ביחס למשקל שיש לייחס למטרה זו ביחס למטרות אחרות, אך לא לעצם היותה חלק מהמטרות של פרשנות החוזה.
* האם ניתן לפרש חוזה כך שתושג תוצאה שוויונית יותר על אף שזו לא התוצאה שהוסכמה? אין הכרעה חד משמעית, יש הטוענים שכן ויש הסוברים שלא.

1. התנגשות בין התכליות השונות של דיני הפרשנות:

* ישנם מקרין בהם כלל פרשני יתאים ליותר מתכלית אחת, לדוג' כלל פרשנות נגד המנסח.   
  **עתיד:** יעילות בהתקשרויות עתידיות+ **הווה:** הצד המנסח הוא הצד החזק, זה מייצר שוויון.
* דוג' נוספת: ביטויים ותניות בחוזה יפורשו לפי הפרשנות המקובלת בחוזים מאותו סוג.  
  **עבר**: מסתמכים על חוזים אחרים + **עתיד:** במידה ואדם רצה להתנות, ולא עשה זאת זו בעיה שלו, ילמד מכך להבא.

המחלוקת במשפט הישראלי על האופן בו ראוי לפרש חוזים היא למעשה מחלוקת על האיזון הראוי בין תכליות שונות.

**כאשר התכליות אינן משתלבות זו עם זו?**

* תורת שני השלבים: קביעה כי יש לתת ללשון משקל מכריע על פני נסיבות החוזה – מקדמת תכלית הצופה פני עתיד, כאן יותר חשוב הודאות והביטחון, על פני החשיפה של הרצון הסובייקטיבי (פני עבר).
* ביטולה יאפשר לתת משקל גדול יותר לתכלית צופה פני עבר, מתאפשר לצדדים להביא ראיות על הרצון הסובייקטיבי של הצדדים, זה יבוא על חשבון תכלית פני עתיד.
* וגם (זו הביקורת המרכזית) לתכלית צופה פני הווה (אם בית המשפט לא ימצא את הרצון הסובייקטיבי, הוא יפנה לעקרונות השיטה.

**מגישה אחידה לגישה פלורליסטית**

1. הכלל הפרשנות האופטימלי עשויים להשתנות לפי מאפייני ההתקשרות **(סוג החוזה),** זה לא אומר שצריך לבחון כל מקרה לגופו, אלא לנסח כללי פרשנות אשר תואמים קטגוריות מסוימות של חוזים.
2. יש להבחין בין מתקשרים שפועלים **כעוסקים** לבין מתקשרים הפועלים **כפרטים.** עוסקים לרוב הם מתוחכמים, נעזרים בייעוץ משפטי, יודעים מה השלכות של כל דבר, לעומת פרטים שלרוב פועלים ללא ייעוץ ולא יהיו מודעים לכללי הפרשנות.

**שלושה סוגים של חוזים:**

* + 1. חוזים עסקיים- שני הצדדים עסקיים.
* בחוזים מסוג אלו, התכלית המרכזית אמורה להיות כזו הצופה **פני עתיד**, לאפשר בסיס נוח להתקשרויות עתידיות. הצדדים מתוחכמים, נעזרים בייעוץ משפטי. כאן לא נתייחס לפני הווה, בעניין השווין, הם לקחו על עצמם את הסיכון.
  + 1. חוזים צרכניים- צד אחד פרטי וצד שני עסקי.
* התכלית המרכזית כאן צופה **פני הווה**, תוצאה הגונה וראויה בראי ערכי של שיטת המשפט.
  + 1. חוזים פרטיים: שני הצדדים פרטיים.
* התכלית המרכזית כאן צופה **פני עבר**, הגשמת רצונם המשוער של הצדדים במועד חתימת החוזה. לכן כאן ללשון החוזה לא תהיה מעמד מכריע.