תוכן עניינים

**מחברת קורס דיני חוזים - עומר פלד**

**מבוא לדיני חוזים5**

מהו חוזה5

מדוע כורתים חוזה6

מה נותן לחוזה תוקף מחייב7

עקרון חופש החוזים והתערבות בו10

**הצעה וקיבול12**

שלבים בהליך הכריתה13

רצון להתקשר בהליכים משפטיים14

כוונה אובייקטיבית וסובייקטיבית 15

יסודות ההצעה 16

דרישת המסוימות18

השלמת חוזים 18

פנייה לציבור 21

מועדי הצעה וקיבול 23

חזרה מההצעה 23

פקיעת הצעה25

קיבול 27

קיבול בשתיקה28

חוזה חד צדדי27

הצעה מזכה30

מכירה פומבית ומכרזים30

**כשרות משפטית30**

פעולתו של קטין32

קבלת החלטות ע"י נציג33

פעולתו של קטין33

**משא ומתן לקראת כריתת חוזה35**

מקורות חיצוניים שמסדירים מו"מ36

החובה לנהל מו"מ ופגמים בכריתה38

האם חובת תו"ל אובייקטיבית או סובייקטיבית 39

פעולות שמהוות פגם בכריתה 40

פעולות שהן לא פגם בכריתה 41

תוצאות ההפרה (תרופות) 41

**תרופות בשל הפרת חוזה42**

מבוא42

ברירת קיום 43

אכיפה45

ביטול 54

השבה ע"פ החוזה 61

פיצויים69

הסתמכות71

אובדן נפח עסקאות79

מתי נבחן את הנזק מההפרה?82

סייגים ומגבלות לפיצויים83

פיצוי ללא הוכחת נזק87

פיצוי מוסכם87

נזק לא ממוני91

**חוזה מוקדם והשלמת פרטים92**

דרכים להשלמת פרטים חסרים בחוזה94

הוראות חוק משלימות96

הסדרים קוגנטיים98

מו"מ עתידי וחוזה לניהול מו"מ99

**צורת החוזה99**

נפקות הכתב במישור הראייתי99

דרישת כתב מהותית100

הסכמה בע"פ והשלמה ע"פ דין101

דרישת כתב בעסקת מקרקעין101

שינוי וביטול עסקה הטעונה בכתב103

השתק ותו"ל מול דרישת הכתב103

ביצוע כתחליף לכתב104

תרופות בהעדר כתב104

**תמורה והסתמכות105**

תמורה בדיני החוזים הישראליים106

תמורה בחוזי מקרקעין107

תמורה בחוזי מכר107

תמורה בדיני השטרות108

הסתמכות108

תמורה שאינה מועילה108

התחייבות לתת מתנה109

**כוונה ליצור יחסים משפטיים, הסכמי פרס ותחרות111**

הבטחה להינשא112

הבטחה בין בני זוג113

הסכם ג'נטלמני מסחרי114

הסכם פוליטי115

הבטחת קבלה ללימודים116

תחרות ספורט117

חוזה הימורים117

**פגמים בכריתת החוזה - טעות118**

טעות בכדאיות העסקה ונטילת סיכון121

טעות לעומת העדר גמירות דעת125

טעות הדדית126

טעות משותפת126

טעות חד צדדית128

טעות משפטית128

טעות בזהות המתקשר128

סעדים128

טעות וסיכול חוזה129

תיקון טעות129

אכיפה129

**פגמים בכריתת החוזה - הטעיה129**

שאלת יסודיות הטעות130

הטעיה מטעמו של אחר 131

מהות הטעיה132

מצג שווא132

אמת מהותית ומילולית 133

חובת גילוי133

חשיבות סובייקטיבית136

הטעיה והפרת חוזה136

**פגמים בכריתת החוזה - כפייה ועושק136**

יחסי גומלין בין היסודות138

כפייה138

אזהרה בתום לב140

**פגמים בכריתת החוזה - השפעת ביטול על צדדים שלישיים140**

ביטול כתוצאה מפגם בכריתה140

תוצאת הביטול כלפי צדדים שלישיים140

**תוכן החוזה תנאים ותניות143**

תנאים ותניות 144

תנאי מתלה144

חיובים מותנים145

הבחנה בין תניה ותנאי מתלה146

הבחנה בין תנאי מתלה ומועד קיום 148

תנאי מפסיק150

תניות152

סדר ביצוע חיובים בחוזה153

שינוי סדר ביצוע מכוח עקרון תום הלב156

**פרשנות חוזים ותניות מכללא156**

לאן נרצה להגיע שאנו מפרשים חוזים?156

מטרת הפרשנות וכללי הפרשנות158

**הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפנייה161**

**חוזים אחידים ותניות פטור163**

תניות פטור164

חוזים אחידים - ניתוח תיאורטי166

פיקוח על חוזים אחידים167

התערבות בחוזה168

חוק החוזים האחידים168

חזקת קיפוח169

**חוזה לטובת צד שלישי169**

מנגנונים ליצירת זכות לצד ג'170

אינטרס הנושה171

שריון זכות המוטב171

חוזה לטובת צד ג' וחוזה מתנה172

**מבוא לדיני החוזים**

**מהו חוזה?**

עפ״י הגדרת הריסטייטמנט האמריקאי (=אוסף מלומדים [עורכי דין, אקדמאים, שופטים] מתכנסים יחד כדי לקבוע מה הדין האמריקאי באותה נק׳ זמן בתחום משפטי מסוים [כמו דיני חוזים]) - **חוזה הינו הבטחה או מספר הבטחות אשר הדין מעניק בגין הפרתן סעד** או מכיר בדרך כזו או אחרת בכך שביצוען מהווה חובה (ס׳ 1).

חוזה הוא **הבטחה שההפרה שלה מלווה בסנקציה משפטית**. לחלופין, הדין מכיר בהבטחה הזו כחובה של המבטיח למובטח.

מהי הבטחה?

הבטחה הינה **הבעת כוונה חיצונית לבצע פעולה מסוימת או להימנע מפעולה מסוימת**, אשר נעשית באופן המצדיק אצל מקבל ההבטחה את התחושה שהמבטיח נטל על עצמו התחייבות בקשר לעשיית הפעולה או הימנעות מעשיית הפעולה (ס׳ 2).

לא כל הבטחה היא חוזה. כדי שזה יהיה חוזה צריך שזה יהיה **הבטחה מהסוג שהדין מעניק בגין הפרתה סעד** או מכיר בדרך אחרת בכך שהיא חובה.

יסודות ההגדרה:

- הבעה חיצונית של כוונה (כזו שמעודדת הכרה של הצד השני בהבעה החיצונית של ההבטחה)

- הבטחה

- הכרת בדין של ההבטחה

דוגמאות:

1. אני מעוניין לקום בשעה שש וחצי בבוקר ושמתי שעון מעורר - לא חוזה. **חייב שני צדדים לחוזה**. אם אני לא מתחייב למישהו אחר, אם אין לי הבעת כוונה חיצונית לאדם אחר לא יכולה להיות הבטחה. זהו היסוד הראשון לקיומו של חוזה.
2. אני אומר לחבר שאני אשתדל להצטרף לשיחת זום לכבוד פתיחת שנת הלימודים - לא חוזה. הצד השני לא יכול להסתמך על אמירה סתמית שכזו בנוגע לכך שאגיע לפגישה.

\*\* ישנם חוזים לעשיית מאמץ - חוזי Best effort **אפשר להתחייב בחוזה לתוצאה מסוימת ואפשר להתחייב לעשיית מעשה.**

1. אני אומר לחבר שאני מתחייב לפגוש אותו בשעה 12 במסעדה - לא חוזה.

שיקול אחד - **שיקול האדמיניסטרטיבי - החשש מהצפת בתי המשפט בתביעות**. אי אפשר להכיר בחוזים של מה בכך בין חברים כי אם נכיר בכולם יהיו לנו אין סוף תביעות.

שיקול שני - **יש מערכות יחסים שלא היינו רוצים שהמשפט יתערב בהם**, התחייבויות שהיינו רוצים שהן יישארו במישור האישי. בין אנשים. כאלה שהמשפט לא יידרש אליהם מכיוון שאנחנו לא רוצים שזה יקלקל את המסגרת של התחייבויות לא מחייבות. יש ערך מסוים בכך שאני מבטיח למישהו משהו ואני מקיים את זה. ישנה הסתמכות על ההבטחה מתוך אמון הדדי. ההתחייבות נובעת מתוך חובה מוסרית. יש משמעות בעייתית מאוד לעולם שבו הכל אכיף משפטית.

1. מרצה מבטיח לסטודנט שיתקבל ללימודים אם ישפר את הציון ב- 10 נק׳ - לא חוזה. **הדין לא אוכף הבטחות למתן ציון או קבלה ללימודים**. הדין הישראלי קובע במפורש כי הבטחות שכאלה לא יוכרו כחוזה. גם חוזה הימורים הוא כזה שהמשפט לא מכיר בו ולא יאכוף אותו.
2. נתניהו הבטיח לגנץ שיהיה ראש הממשלה ברוטציה - לא חוזה. גם **הסכים פוליטי הוא מסוג מערכות היחסים שהדין לא אוכף גם אם ישנה כוונה והבטחה**. ביהמ״ש לא מתערב ולא אוכף הסכמים פוליטיים. הוא נמנע מלהחליף את שיקול הדעת של הצדדים בשיקול דעתו. זה יפגע במוסד הפוליטי.
3. חברת פפסי הבטיחה לרוכשי פפסי מטוס קרב - לא חוזה. **בדר״כ יחסים מסחריים כמו פרסומת הם באופן כללי חוזה מחייב.** ההתחייבות של חברה לספק משהו כנגד פרסומת היא בדר״כ התחייבות אכיפה. אז למה במקרה הזה לא מדובר בחוזה? מכיוון **שהבעת כוונה היא לא רק הבעת כוונה חיצונית אלא הבעת כוונה חיצונית שאדם סביר הצופה בה חושב שהיא הבטחה לקיים פעולה**. פפסי טענו כי הפרסום כל כך מופרך שאף אחד לא באמת היה מאמין לו. זה היה מוגזם ומשעשע אך לא אמין. הבעת כוונה צריכה להיות כזו שמישהו שצופה בה מהצד מבין שאכן מדובר פה בחוזה.

**מדוע כורתים חוזה?**

**הרעיון העומד בבסיס התפיסה של החוזה היא חליפין - תן וקח.** זהו הבסיס העקרוני של החוזה. הדוגמה הפשוטה ביותר היא מכר של מוצר: אני נותן משהו למישהו ומקבל בחזרה כסף. יכול להיות גם שירות תמורת כסף ולא מוצר פיזי. דוגמה נוספת היא עסקת ברטר: במקום לתת כסף בתמורה למוצר / שירות נותנים שירות תמורת שירות או מוצר תמורת מוצר וכיו״ב.

כולם מרוויחים מעסקאות כאלה. מדוע? **עצם זה שמתקשרים בחוזה מעיד על כך שכל הצדדים מרוויחים משהו**. הצדדים מסכימים באופן מודע לעשות את העסקה הזו שבה כל אחד מקבל משהו. למשל, אני הולך לחייט שיתפור עבורי חליפה אישית וסיכמנו שאני אשלם לו בתמורה 100 ש״ח. מה זה אומר לגבי השווי של החליפה? שאני בתור הקונה מעריך ששווי החליפה הוא 100 ש״ח או אפילו יותר אחרת לא הייתי מוכן לשלם עבורה 100 ש״ח. מה זה אומר לגבי העלויות של התופר לתפור את החליפה? שהן פחות מ- 100 ש״ח כי הוא צריך להרוויח מן הסתם. הפער בין השווי לקונה לעלות הייצור זה הרווח מהעסקה. אם עלות הייצור היא 90 והשווי לקונה היא 110 אז הרווח הוא 20 הש״ח הנותרים לחלק לשתיים (10 ש״ח לכל אחד). אולם, הם לא חייבים להרוויח אותו הדבר. קורה פעמים רבות שצד אחד מרוויח יותר מהצד השני. זה תלוי בכוח המיקוח של הצדדים. ככל שמישהו מחזיק יותר כוח מיקוח, ככה הוא מרוויח יותר מהעסקה בין הצדדים.

**המטרה של חוזה בין שני צדדים (״הצדק ההסכמי״), היא להשיא את התועלת של שניהם**. כל אחד נותן משהו ששווה לו פחות ממה שהוא מקבל ובעקבות כך ״העוגה״ גדלה, אך החלוקה ביניהם לא חייבת להיות שווה. יש לכך השפעה ומשמעות לא רק כלפי הצדדים להסכם אלא גם כלפי החברה כולה. מבחינה חברתית סחר חליפין הוא משהו שרוצים לקדם. החוזה הוא מוסד חברתי שאנחנו רוצים לטפח אותו כי זה מאפשר למשאבים להגיע למקום היעיל ביותר עבורם.

**כדי שהבטחה תהיה אכיפה יש לפנות לדין ולראות אם הוא מכיר בה.** ככלל, הדין מכיר בכל ההבטחות אלא אם מדובר בהבטחות במוסדות שהמשפט לא מתערב בהם כמו בין חברים או אינטראקציות חברתיות כאלו ואחרות שהמשפט לא נכנס אליהן או בהסכמים מסוג כזה שהמשפט לא רוצה לתמוך בהם או לקדם אותם כמו הסכמי הימורים או במקומות שהמשפט חושב שהוא לא מוסד המתאים לטפל בהם כמו הסכמים למתן פרס או ציון או הסכמים פוליטיים.

**החוק לא קובע דרישה צורנית מסוימת לכריתת חוזה (יכול להיעשות בכתב, בע״פ וכו׳). דרישת הכתב נחוצה לחוזי מקרקעין וגם שם אין דרישה מחייבת לחתימה.**

המנגנון של סחר חליפין שבו אנשים נותנים כסף או משהו אחר תמורת דבר אחר מבטיח שהמשאבים יגיעו למי שהכי נהנה מהם. אבל זה קורה רק כשיש תחרות בשוק ורק כשיש מידע מלא. **כדי שתהיה תחרות חייב להיות מוסד של חוזים שניתן לאכוף אותם.** למוסד החוזים יש חשיבות לא רק בין הצדדים להסכם אלא לחברה בכללותה מכיוון שבאמצעותו ניתן לקיים מסגרת כזו של תחרות בין ספקים ויצרנים שונים.

**כדי שהמוסד החוזי יהווה מנגנון להקצאה יעילה של משאבים נדרש כי לצדדים לחוזה תהיה נגישות למידע**. אם אני קונה מוצר ואני לא בטוח לגבי השימוש בו יכול להיות שיהיה לי כדאי לקנות אותו אבל אני לא אעשה זאת מכיוון שאני לא יודע שזה כדאי. יכול להיות גם שאני אקנה אותו בשווי גבוה מידי כי אני לא אדע מה השווי האמיתי שלו. מכאן שלחוזים יש חשיבות גם לגבי העברת מידע - חיוב הצדדים לספק מידע שיש להם.

נחזור לדוגמה של החליפה. אם התופר היה תופר את החליפה במקום, האם עדיין היה צריך חוזה? כן כי חליפין לא נוגעים רק למוצר עצמו. חוזים יכולים להכיל גם מרכיבים אחרים כמו אחריות. הסכמים נעשים גם כדי להכיר בדברים הנלווים לפעולה של מכר.

אולם, **החשיבות האמיתית של הסכמים היא בחליפין עתידיים.** החליפין העתידיים דורשים הסכם **ושני הצדדים רוצים הסכם שיחייב אותם, את עצמם.** התופר רוצה היום שבעתיד יהיה אפשר לחייב אותו למסור את החליפה. נניח שהצדדים מסכימים שהלקוח ישלם היום לתופר את כל ה- 100 ש״ח. הלקוח כבר שילם לתופר, מה מחייב את התופר לתפור את החליפה בשביל הלקוח כשהכסף כבר בידיו? או שלחלופין, הצדדים מסכימים שהלקוח לא ישלם כרגע כלל אלא רק בעוד שבוע שהחליפה תהיה מוכנה. מי מבטיח לתופר שהלקוח יקנה את החליפה? מכאן החשיבות של הכבילה העצמית העתידית. **אם הצדדים לא יוכלו לכבול את עצמם לעשיית המעשה אותו התחייבו לעשות כלפי הצד השני לחוזה, העסקה לא תוכל להתממש.** אין התחייבות שהתופר יקבל את התשלום ואין התחייבות שהקונה יקבל את החליפה. כך מוסד החוזים מונע ״עריקה״ - התקשרות בחוזה מבטיחה שהצדדים לחוזה יעמדו בהתחייבויות העתידיות שלהם.

סיבה נוספת לכך שצדדים ירצו להתקשר בחוזה היא **להסדיר מה יקרה במקרה של שינוי נסיבות**. התופר התחייב לתפור חליפה בעלות של 10 ש״ח והוא אמור לקבל על זה 30 ש״ח, אבל הייתה עליה מטורפת במחירי תפירת החליפות ועכשיו העלות הפכה להיות 100 ש״ח. במקרה כזה לא היינו רוצים שהתופר יתפור את החליפה בכל זאת, היינו רוצים חוזה שיגדיר חלופות למקרים כאלה או דיני חוזים שיאפשרו להתמודד עם שינויי נסיבות.

חשיבות שלישית לעריכת הסכם בין צדדים בנוגע לחליפין עתידיים היא **שתהיה הגדרה ברורה של פריטי החליפין**. חוזים נוטים להיות פשוטים כמו בקניית בגד אך ישנם חוזים מאוד מורכבים ובהם עולה רצון שיוגדר בדיוק מה כל אחד מהצדדים נותן ומקבל. המטלה של כל צד מוגדרת בבירור והדבר יוצר סדר.

ניתן לחשוב על חוזה **ככלי למימוש האוטונומיה** ולא רק כאמצעי המאפשר להתחייב כדי להשיא את הערך של הצדדים וע״י כך להשיג את מה שהם צריכים / רוצים ולקבל תועלת מהעולם. חוזה נתפס בעינינו כבדיוק ההפך מאוטונומיה מכיוון שהוא מגביל את ״האני העתידי״ ולמעשה כובל אותו לעשות מעשה מסוים. אולם **אפשר לחשוב על הגבלה של האני העתידי גם כמימוש האוטונומיה** כי היא מימוש של הכושר שלי היום להחליט מה אני רוצה ולהגשים את המטרות ארוכות הטווח שלי. בלי האפשרות להגביל את עצמי בעתיד, אני לא אוכל להגשים את המטרות ארוכות הטווח שלי. לדוגמה: לשים שעון מעורר מאפשר שלי לממש את האוטונומיה שלי ולכתוב את סיפור החיים שלי ע״י כך שהוא מאפשר לי להגשים את התוכנית שלי לקום בשעה 7:00 כדי להספיק לקרוא מאמר במשפטים ולהתקלח ולהכין ארוחת בוקר. את כל הדברים האלה אני רוצה להספיק לפני השעה 9:00 ולכן אני חייב לקום ב- 7:00 וכדי להגשים את התוכנית אני שם שעון מעורר. מכאן שהאפשרות להגביל את האני העתידי היא מימוש של תוכנית החיים שלי. אם נקביל את זה לדוגמת החליפה - התכלית שלי היא לקבל חליפה תפורה אישית. כדי שאני אוכל להגשים את התכלית שלי, אני חייב להגביל את האני העתידי שלי ולהתחייב לשלם לתופר בדיעבד ואם אני לא אעשה זאת הוא לא יתפור לי את החליפה ואני לא אוכל להגשים את התכלית שלי. אני מגשים את הרצון באמצעות כבילה של הרצון - כדי להגשים את הרצון ארוך הטווח שלי לחליפה אישית אני מגביל רצון עתידי אפשרי להתחמק מתשלום. כדי לממש את החופש שלי אני צריך שיתוף פעולה של אחרים ובלי חוזה אני לא יכול לגייס אותם לכתיבת פרויקט החיים שלי.

דרך נוספת להבין חוזים היא **כמכשיר לפיזור סיכונים בין אנשים. במקום להפנות סיכונים למקום לא יעיל הסיכונים יופנו למי שיכול להתמודד עם הסיכונים הכי טוב. כל עסקה היא למעשה עסקה להקצאה של סיכונים במובן מסוים.** גם עסקת חליפין היא מכשיר להקצאת סיכונים. אם אני קונה דירה במחיר של מיליון ש״ח, מה הסיכון שאני מקצה למוכר ונוטל על עצמי? על עצמי אני נוטל את הסיכון שערך הדירה נמוך ממה ששילמתי עליה. גם המוכר נוטל סיכון דומה - יכול להיות ששילמתי מחיר נמוך ביחס לשווי האמיתי של הדירה, אבל אלה סיכונים ששנינו הסכמנו לקחת על עצמינו כי כמו שקיים הסיכוי שנפסיד קיים גם הסיכוי שנרוויח. אולי מחיר הדירה יעלה בחלוף הזמן ואני ארוויח מהמכירה, ולהפך. **יש סיכונים שצדדים מסוימים יכולים ליטול על עצמם טוב יותר מאחרים. השאיפה היא שכל צד ייקח על עצמו את הסיכונים שהוא הכי טוב בלשאת,** לדוגמה: חוזה ביטוח. חברת ביטוח יכולה להתמודד עם שריפה בדירה הרבה יותר טוב מאשר אדם בודד. חברת הביטוח גובה פרמיה מכלל לקוחותיה וכך נוצר מצב שגם אם דירה אחת מאלה שהיא מבטחת נשרפת, היא יכולה גם לשפות את בעל הדירה וגם לגרוף רווח. הסיכון מתחלק למעשה בין הלקוחות כי הפרמיה לא נגבית ביחס ישיר לעלות הדירה שלה פוטנציאל להישרף אלא גבוהה מכך. לעומת זאת, אדם יחיד הוא לא תמיד בעל האמצעים לממן דירה חדשה לאחר ששלו נשרפה. עדיף לו לפזר את הסיכון בכך שהוא ישלם את הפרמיה לחברת הביטוח. המחיר של תשלום הפרמיה מזערי ביחס לזה של דירה חדשה במקרה של שריפה. דרך נוספת לפזר סיכונים בין צדדים לחוזה היא גידור (לדוגמה, שימוש בהצמדה למדד מסוים). קבלן שבונה 100 דירות לוקח סיכון שעלות הייצור תעלה בזמן הבניה והרווח שיישאר לו יקטן בעקבות כך. הסיכון הוא על הקבלן כי הוא זה שבונה 100 דירות. לעומת זאת הצרכן קונה רק דירה אחת. אם הוא יפסיד כסף, זה יהיה פחות מאשר מה שיפסיד הקבלן. לכן אפשר להצמיד את רווח הקבלן למדד מסוים (כמו מדד תשומות הבניה) כך שגם אם עלות הייצור תעלה, הרווח שלו מהמכירה יישאר קבוע. חוזים שבהם יש הקצאת סיכונים נובעים מתכונה הנקראת **"שנאת סיכון".** אני רוצה לקחת כמה שפחות סיכונים מתוך ידיעה שישנם צדדים שיכולים לשאת באותם הסיכונים בצורה טובה יותר.

**מה נותן לחוזה את תוקפו המחייב?**

התיאוריה הכלכלית למשפט - **חוזים מאפשרים להקצות משאבים באופן יעיל בחברה ועל בסיס חוזים אפשר לתכנן תוכניות לעתיד ולהסתמך על החוזים**. כתוצאה מזה אינטראקציות חוזיות משיאות את הרווחה החברתית, הן מגדילות את ״העוגה״. לדוגמה: בעל מסעדה שוכר מקום ומזמין דגים שאמורים להגיע בעוד מס׳ ימים. על סמך ההזמנה הזו של בעל המסעדה הדייג יודע שהוא צריך לדוג כמות מסוימת של דגים והוא יוצא לים יותר או פחות על סמך ההזמנות העתידיות האלה. בעל המסעדה גם מקבל הזמנות מאנשים שהוא יודע שיהיה לו את הדגים שהוא אמור לקבל מהדייג שמסתמך על החוזה שלו שהוא יוצא לדוג. אם הם לא היו יודעים שהעסקאות העתידיות האלה כבר נכרתו, שהשכר חליפין העתידי הזה כבר מתקיים הם לא היו יכולים לתכנן את הצעדים שלהם בצורה יעילה ולכן היינו מקבלים עוגה יותר קטנה. הסועדים לא היו זוכים לארוחה שהם רוצים, בעל המסעדה לא היה מקבל את ההכנסה שהוא רוצה והדייג לא היה דג בצורה יעילה הוא היה מסתכן בזה שהוא ידוג ויזרוק את הדגים לפח. אנחנו רוצים את האפשרות להסתמך על מערכת חוזים עתידית. כך אנחנו יכולים לדעת מתי ההבטחה, מתי ההתקשרות החוזית, לא צריכה להיות מחייבת**. אנחנו רוצים שההתקשרות החוזית תהיה מחייבת כי היא משיאה את הרווחה החברתית. אבל אם החוזה לא מבטיח הקצאה יעילה של משאבים, הוא לא מבטיח שהמצב יהיה יותר טוב אם נקיים את החוזה או לא נקיים אותו, אנחנו לא נרצה שהוא יקוים.**

אם אף אחד לא הסתמך על החוזה, אם הצד השני לא בנה על החוזה, יהיה לנו יותר קל לבטל את החוזה גם מבחינת ראייה כלכלית מכיוון **שביטול של חוזה שלא הייתה כלפיו הסתמכות לא יוצר הפסד.** אם אני מסתמך על חוזה וכתוצאה מכך אני מוציא כסף. לדוגמה, אני מצפה שיגיע לי מקרר אז אני קונה מצרכים. הנזק הכלכלי לא נובע רק מזה שקניתי מקרר ולא קיבלתי אתו ולכן לא הושגה תועלת כלכלית, אלא שנגרם נזק בעולם כי המצרכים ילכו לפח. אז אם החוזה לא מקוים, הוצאות ההסתמכות גורמות נזק בעולם. הוצאות ההסתמכות הן עוד סיבה כלכלית לכך שאנחנו רוצים שהחוזה כן יקוים.

תיאורית האינטרס (עטיה) - לא כל הבטחה מחייבת. **הבטחה מחייבת רק אם המבטיח מסכים לתוכן ההבטחה ואם אין אפשרות חזרה מההבטחה.** בדר״כ כלל כשנותנים הבטחה יש אפשרות חזרה. לדוגמה, החבר שהבטיח לפגוש אותנו במסעדה. הוא יכול להתקשר ולהגיד לך, תשמע הבטחתי להגיע למסעדה אבל אני לא מצליח. זה לגיטימי, אפשר לחזור מהבטחה בסיטואציות כאלה. מתי אין אפשרות לחזור מהבטחה? **עפ״י עטיה ישנם שני מצבים בהם אי אפשר לחזור מהבטחה**:

1. **אם קיבלנו טובת הנאה תמורת ההבטחה הזו** - לדוגמה, מישהו הבטיח לפגוש אותי במסעדה ונתתי לו בתמורה 10,000 ש״ח כי הוא מפורסם. מהבטחה שהיא חסרת תוקף מחייב ואפשר לחזור ממנה, היא הפכה להבטחה בעלת תוקף מחייב שאי אפשר לחזור ממנה. **התמורה גרמה להבטחה להיות כזו שלא ניתן לחזור ממנה**.
2. סיטואציה שונה ונפרדת היא **סיטואציה שבה המבטיח נתן למובטח הבטחה, ובכך גרם לו להסתמך עליה.** הוא ידע שהמובטח יסתמך על ההבטחה. המערכת הזו של ההסתמכות שאני מבטיח למישהו משהו והוא פועל על סמך זה, הוציא הוצאות על סמך זה, גורמת להבטחה להיות כזו שאי אפשר לחזור ממנה ולכן מחייבת. צריך לדעת על הסתמכות בפועל, אבל זה יכול להצדיק הסתמכות רק אם היינו חושבים על מתן ההבטחה כשלעצמה למשהו כמו טובת הנאה. לדוגמה, מקרים שבהם ההבטחה ניתנת ללא תמורה אבל היא מספקת איזה שהוא צורך של מוסר ההבטחה, כמו שדוד שהבטיח לאחיין שלו שהוא יקנה לו אוטו אם הוא יצליח בלימודים או יקנה לו אוטו מתנה כי הוא הצליח בלימודים. האחיין הסתמך על ההבטחה הזו אשר בעקבותיה הוא הוציא הוצאות. הוא לא היה צריך ללכת לעבוד כי דוד שלו יקנה לו אוטו. במצב כזה עטיה אומר שזה לא שלא היתה תמורה, ההבטחה לרכוש את האוטו הכילה בתוכה סיפוק מוסרי של הדוד כי הוא רצה לתת מתנה לאחיין שלו. זה לא כמו אינטראקציה חברית פשוטה. **הסיפוק הזה הוא תמורה מספיקה כדי ליצור תוקף מחייב כל עוד הייתה הסתמכות או צפייה להסתמכות.**

אין צורך בשני המצבים. אלה שני מקורות אפשריים, אך כשאין ידיעה על הסתמכות, כשיש רק צפיות שתהיה הסתמכות אך אין הסתמכות בפועל או שאין ידיעה על הסתמכות בפועל זה אפשרי שזה יהיה מקור מחייב רק אם ההבטחה עצמה היא סוג של טובת הנאה. לעומת, זאת אם מוסר ההבטחה קיבל טובת הנאה בפועל, זה מספיק. אין צורך בצפיות או בהסתמכות.

תיאוריית הרצון של פריד - פריד מבין למה אנשים רוצים להבטיח הבטחות ולמה הם רוצים שניתן יהיה לתת להם תוקף מחייב, כי זה **עוזר להם לקדם את הרצון שלהם**. אבל הוא לא מבין למה להבטחות כאלה בפועל יש תוקף משפטי. מה נותן להם את התוקף המחייב מבחינה משפטית?

עפ״י פריד, **המקור הנורמטיבי לחיוב של המבטיח לא יכול להיות טובת הנאה שצמחה לו מכיוון שטובות הנאה צומחת הרבה פעמים גם במקרים שאין חובה**. אם טובת הנאה היא מקור לחובה, אז היא יוצרת חובה כל פעם שאני מקבל טובת הנאה וזה היה מביא למצב שאני צריך לגמול לו במובן מסוים, אבל הרבה פעמים זה לא המצב. לדוגמה, אני פותח מסעדה בסמיכות למלון בעל קהל לקוחות רחב. אני בתור בעל המסעדה נהנה מהמוניטין הטוב של המלון כי הוא מביא אלי לקוחות בעקיפין. יש לי טובת הנאה הנובעת מכך שאני פותח את המסעדה בסמיכות למלון. האם זה מחייב אותי באיזה שהיא צורה כלפי המלון? האם זה שאני מרוויח מעצם זה שהוא קיים שם, יוצרת לי חובה כלפיו? והתשובה היא לא. אז טובת ההנאה לבד לא יוצרת לי חובה.

אומנם, יש כשל בטיעון זה של פריד. הוא מדבר על זה שאפשר לקבל טובות הנאה בעולם בלי להבטיח, אבל זאת לא השאלה. **השאלה היא מה קורה אם קיבלתי טובת הנאה, אגב זה שהבטחתי למישהו אחר משהו**? עטיה לא טוען שאני חייב לבצע פעולה בגלל שיש טובות הנאה. אני חייב לבצע פעולות כי קיבלתי טובת הנאה תמורת ההבטחה. במקרים כאלה, עטיה טוען שאתה לא יכול לחזור בך מההבטחה. פריד לא מתמודד עם זה.

פריד טוען גם **שהסתמכות כשלעצמה לא יכולה להיות מקור נורמטיבי מחייב**. עטיה טוען **כי טובת הנאה או הסתמכות יוצרים את התוקף המחייב של החוזה**. פריד אומר שלא הסתמכות וגם לא טובת הנאה יוצרים תוקף מחייב. למה לא הסתמכות? כי יכולה להיות הסתמכות גם כשאין חובה. לדוגמה, השכן שלי נורא אוהב לנגן מוזיקה קלאסית ואני נורא אוהב לשמוע מוזיקה והוא כל יום מנגן בשעה 14:00. אני מסתמך על זה ומגיע לבית שלי בשעה 14:00 כדי לשמוע אותו מנגן, והוא לא ניגן. האם אני יכול להגיד לו שהוא לא בסדר כי הוא לא ניגן? היה לי את הזכות לשמוע אותך מנגנן, אני הסתמכתי על זה ועזבתי באמצע היום את העבודה כדי לשמוע אותו מנגן. התשובה היא לא. אין כזאת חובה**. לא יכול להיות שעצם ההסתמכות שלי יוצרת חובה לשכן**. **בדומה לטיעון לגבי טובת ההנאה, עצם ההסתמכות לא מספיק. ההסתמכות צריכה לנבוע מהבטחה.** אם השכן היה אומר שהוא מבטיח לי שכל יום בשעה 14:00 שהוא ינגן ואז הייתי בא הביתה, אז ההסתמכות שלי כן הייתה יוצרת חובה כי הסתמכתי על ההבטחה שלו.

פריד היה טוען כי אנחנו מבלבלים בין סיבה לתוצאה. **הסיבה שאנשים מקבלים טובת הנאה מהבטחה והסיבה שהמובטח מסתמך על ההבטחה, היא כי להבטחה יש תוקף מחייב**. זה התוצאה של התוקף המחייב של החוזה, ולכן לא יכול להיות הגורם שלו. לא יכול שמשהו גם גורם למשהו גם התוצאה שלו. זה הפגם הפנימי שפריד מוצא אצל עטיה. הוא אומר שלא יכולה להיות תיאוריה כזו שאומרת היא מקור לתוקף המחייב, אם ההסתמכות היא התוצר של התוקף המחייב.

עפ״י פריד מוסד החוזים הוא מוסד מאוד חשוב ולכן זה נותן תוקף מחייב להבטחות. אבל זה טיעון בעייתי מכיוון שהפרה אחת של חוזה לא פוגעת במוסד. עצם החשיבות של המוסד לא אוסרת להפר חוזים בכל מצב.

מה הבסיס לקיום הבטחה אינדיבידואלית, ולא כמוסד? **הטענה של פריד מתבססת על אוטונומיה. כלומר, הבסיס הוא אמון.** זה מבקש מהמובטח להיות פגיע, להאמין לו, להוציא הוצאות, לוותר על הזדמנויות. הוא מזמין אותו לעשות את זה. זה נועד כדי לקדם את הרצון של המבטיח. כל אדם, מבטיח ומובטח, זכאי לשלוט בסביבה שלו כיצור אוטונומי. זכאי לקבל החלטות באופן אוטונומי. הפועל היוצא של הזכות הזאת של כל בן אדם היא החובה לכבד את הזכות המקבילה של אחרים. המשמעות היא שאם אני מקדם את סיפור החיים שלי באמצעות זה שאני תורם לכתיבת סיפור החיים של אנשים אחרים, אני חייב לכבד את הזכות שלהם לכתוב את סיפור החיים שלהם. הם עשו את זה ע״י שהם התקשרו איתי בחוזה באופן שמקדם אותם ואת סיפור החיים שלהם. אם אני מפר את ההבטחה שלי באופן שרק מקדם אותי ופוגע בהם, אני לא מכבד את האוטונומיה שלהם. אני לא מכבד את הזכות שלהם להחליט כדי לפעול ולהגביל את עצמם. אם אני עושה את זה אני מתייחס אליהם ככלי להשגת התכליות שלי ואני לא רואה בהם כתכלית בפני עצמה. אני לא רואה בהם כאנשים שזכאים בעצמם לקבל החלטות אוטונומיות ולקדם את סיפור החיים שלהם.

מה קורה אם מישהו מפר את החוזה? **עפ״י פריד התשובה היא קיום החוזה**. צריך לחייב את מי שמפר חוזה לקיים אותו, כי זו הדרך לקדם את הסיפור, את האינטרס המשותף שעליו נכרת החוזה מלכתחילה. זה מכבד את האוטונומיה לא רק של נפגע ההפרה, אלא גם של המפר. זה מכבד את האוטונומיה של מי שבחר להתקשר בחוזה כדי לכתוב את סיפור חייו. לכן לפי פריד ותאוריית הרצון שעל פיה התקשרות בחוזה היא הגשמה של הרצון של שני הצדדים מחייבת שלא יהיה אפשרות להפר חוזה ומי שמפר חוזה צריך לחייב אותו לקיים את החוזה.

איך אפשר ליישם את התיאוריות האלה על סוגיות של משפט בפועל?

חוזה מתנה - **חוזה מתנה הוא חוזה שבו צד מתחייב לבצע פעולה תמורת כלום**. עולה השאלה האם ניתן לחייב את נותן המתנה בפועל? עפ״י המשפט הישראלי אפשר לחייב בחוזה מתנה בנסיבות מסוימות.

מתי חוזה מתנה יכול להיות מחייב, לפי התיאוריות? האם חוזה מתנה יכול להשיא רווחה ולקדם הקצאה יעילה של משאבים?

עטיה - לכאורה חסר תוקף אלא אם המובטח שינה את מצבו לרעה בהסתמך על החוזה.

פריד - אין סיבה שהחוזה יהיה חסר תוקף. צריך להיות מחייב אם זה הגשמה של הרצון של המבטיח.

ניתוח כלכלי - **אפשר לראות את עצם ההנאה מהמתנה כמשהו שהוא יעיל כלכלית**. גם נותן המתנה נהנה מהנתינה כשלעצמה. שני הצדדים נהנים ומרוויחים מזה. מכאן, שחוזה מתנה צריך להיות אכיף כי זה יעיל לתת מתנות. דיני המיסים מכירים בכך במידה מסוימת - אין מיסוי על מתנות, להבדיל מכל הכנסה אחרת. אנחנו רוצים לעודד אנשים לתת מתנות כי זה משהו יעיל. כדי שלחוזה מתנה יהיה תוקף מחייב, הוא חייב לעלות על כתב.

אינטרסים שונים המוגנים באמצעות החוזה:

בהנחה שלחוזה יש תוקף מחייב, איך מגנים על צד הנפגע מהפרה של חוזה?

אינטרס הציפייה (קיום) - אם קניתי חליפה שעלות הייצור שלה היא 10 ש״ח ב- 20 ש״ח, והיא שווה לי 50 ש״ח לכל היותר. אינטרס הציפייה שלי היה לעשות רווח של 30 ש״ח. במידה ולא קיבלתי את החליפה, הגשמת אינטרס הציפייה תהיה בכך שאני אקבל 30 ש״ח. גם אם אני אקבל את החליפה זה יגשים את אינטרס הציפייה שלי.

אינטרס ההשבה - קבלן נשכר לבצע שירותי בניה והיו אמורים לשלם לו מיליון ש״ח על בניה של בניין. השווי של הבניין אם הייתי מוכר את הדירות אחרי שהוא הושלם הוא 2.5 מיליון ש״ח. כלומר הרווח שלי הוא מיליון וחצי ש״ח. הוא בנה חצי מהבניין ואני שילמתי לו מיליון ש״ח. איך אפשר להגשים את אינטרס ההשבה? **צריך להשיב את הצדדים למצבם הקודם לפני החוזה**. מכיוון שבדוגמה הזו אפשר להחזיר את הבניין לקבלן, אבל אי אפשר להחזיר לו את זמן העבודה, צריך לבדוק מה השווי שבכל זאת קיבלתי מהעסקה ונעשה את ההשבה לפי זה.

אינטרס ההסתמכות - הסתמכות תהיה **הפיצוי שניתן לצד לחוזה שנפגע מכך שהוא הסתמך על עצם קיום החוזה ופעל על פי ההסתמכות הזו**. ההסתמכות תהיה בעיקרה חלופה לאינטרס הציפייה. לא נפצה גם על אינטרס הציפייה וגם על אינטרס ההסתמכות, כי הם סותרים אחד את השני לוגית. כי אם אני מקבל את הציפייה שלי מהחוזה אז אני מקבל את זה מתוך מקום שהוצאתי את הוצאות ההסתמכות. לדוגמה, קבוצה של אנשים הזמינו מקום במסעדה וביקשו לסגור אותה לערב ולא הגיעו. פיצויי ציפייה יהיו לחייב אותם לשלם את כל מה שהם היו אמורים לשלם אם הם היו מגיעים למסעדה ומזמינים. פיצויי הסתמכות יהיו להשיב לבעל המסעדה את כל ההוצאות שהוא הוציא בהסתמך על העסקה כגון תשלום למלצרים, מוצרים שהזמין וכדומה.

מה ההוצאות שבעל המסעדה הוציא?

הסתמכות עיקרית - בעל המסעדה קנה מצרכים על סמך חוזה.

הסתמכות אגבית (הסתמכות שהיא תוצר של החוזה) - קבוצה גדולה של אנשים מפורסמים הגיעו למסעדה ואני סגרתי את המסעדה. אני יכול להזמין אנשים שיבואו ויצטלמו איתם כדי לפרסם את המסעדה. **זאת לא הסתמכות עיקרית על החוזה, זו לא הוצאה שאני צריך להוציא כדי לעמוד בקיום החוזה.**

הסתמכות שלילית (הפסד הזדמנויות) - יכול להיות שבעל המסעדה **ויתר על עסקאות אחרות** כי הוא הסתמך על העסקה הספציפית הזאת. סגרתי את המסעדה לאורחים ולא נתתי להם לבוא.

אם החוזה היה מקוים, בעל המסעדה היה מוציא את כל ההוצאות האלה בכל מקרה. אז אם נשיב לו את פיצויי הציפייה, הוא בוודאי לא זכאי גם לפיצויי הסתמכות. אולם, אפשר לבקש את פיצויי ההסתמכות במקום את פיצויי הציפייה.

אפשר לחשוב על השבה, כעל רכיב בתוך ההסתמכות. הסכום ששילמתי במסגרת החוזה זה למעשה חלק מההוצאות שהוצאתי על בסיס ההסתמכות על החוזה, ולכן זה יהיה חלק מההסתמכות העיקרית.

**עקרון חופש החוזים וההתערבות בו**

לעקרון חופש החוזים פן פוזיטיבי ופן נגטיבי:

פן פוזיטיבי - **האפשרות של הצדדים לקבוע את ההסדרים שביניהם** ואת העקרונות שהם ירצו לממש.

פן נגטיבי - **לא מאפשרים התערבות אח״כ בתוכן החוזה** ונותנים לצדדים להגשים את מה שהם רצו.

אם העיקרון הכללי של חופש החוזים הוא החופש שלהם, מתי נגדיר חריגים להתערבות? צריך להפריד בין מקרים שבהם המשפט מתערב בקיום של חוזים, לבין מצבים שבהם המשפט מאפשר את קיום החוזה, אך מתערב בתוכן שלו.

יש שתי אפשרויות בחוק להתערב חוזה:

תניות קוגנטיות - קוגנטי = כופה, **תניה כופה**. אנחנו אומרים לצדדים זה התניה בחוזה שלכם, ואם כתבתם משהו אחר, לא כתוב משהו אחר אלא כתובה התניה הקוגנטית שלי. אי אפשר לשנות את זה, וגם אם רוצים לשנות את זה, זאת לא אופציה. זה לא אומר שהחוזה בטל או פסול, החוזה תקף אבל קוראים לתוך החוזה את התניה הקוגנטית במקום התניה שנכתבה בו במקור.

תניות דיספוזיטיביות - אם לא כתבתם כלום בחוזה, זה מה שחל. מותר לסטות מזה, מותר לכתוב משהו אחר במקום. אבל אם לא הוחלט על משהו אחר, מה שיכול זה ההסדר הדיספוזיטיבי.

איפה רואים התערבות נרחבת בחוזים?

דיני עבודה - לדוגמה, **שכר מינימום היא תניה קוגנטית**. אם שכר המינימום הוא 30 ש״ח, עובד יכול להגיד למעסיק שהוא מסכים ל- 24 ש״ח לשעה והמעסיק יכול להסכים לכך, אך העובד יכול לפנות בסוף החודש למעסיק ולדרוש ממנו 30 ש״ח לשעה כי זה שכר המינימום ואנחנו קוראים את זה לתוך החוזה. לא ניתן להתנות על כך גם אם יש הסכמה של הצדדים. בדיני עבודה יש אוסף של תניות קוגנטיות - יום המנוחה השבועי, שעות העבודה, החובה להפריש כסף לפנסיה, הסדרי פיצויים, כל ההסדרים האלה הם הסדרים שגם אם הצדדים מתנים עליהם במפורש, זה יקרא לתוך החוזה.

דיני צרכנות - חוק הגנת הצרכן, חוק החוזים האחידים, ההתערבות המשפטית הנעשית מתוקף חוק החוזים האחידים נובעת מכך שצד אחד לחוזה, לדוגמה חברת ״הוט״ מתקשרת בחוזה מתוך מעמד של כוח ביחס ללקוח שנמצא מנגד. ללקוח אין יכולת להתמקח ולהכתיב תנאים ולכן צריך את ההתערבות המשפטית כדי שהצד החזק בחוזה אחיד לא ינצל את הצד החלש. מצב שכזה לא ישפר את המצב החברתי, אלא יזיק לו. ישנם גם מצבים שלצד אין ממש ברירה אלא להתקשר בחוזה, למשל בפס״ד קסטנבאום.

**התערבות קוגנטית נועדה למנוע פגיעה לא סבירה בצדדים שמתקשרים בחוזה** ואולי גם בצדדים שלישיים. **למה צריכה להיות התערבות דיספוזיטיבית**? למה המשפט קובע תניות ברירת מחדל, מה המטרה של זה? **הסיבה היא שזה חוסך עלויות.** אנחנו משתמשים במוסכמות כדי להוזיל עלויות של תקשורת. בהקשר של חוזים, זה מוזיל לנו מאוד את העלויות של ההתקשרות החוזית. אנחנו אומרים לצדדים - תדעו לכם שאם לא אמרתם כלום, כל צד נושא בעלויות שנקבעו בחוק לתשלום מס ואז במהלך המשא ומתן אני יודע שאלא אם זה נושא שאני רוצה לסטות ממנו, אני לא צריך לדבר עליו. **מכאן שהמטרה הבסיסית של תניות דיספוזיטיביות זה להוזיל עלויות ולהפוך את ניהול המו״מ וקשירת החוזה ליותר זולה.** חוזים מלאים אי אפשר לכתוב מהסיבה שזה מאוד יקר. כדי לכתוב חוזה מלא אני צריך לדמיין את כל מה שיכול להתרחש בעתיד, גם אם הסיכוי שלו מאוד קטן ולהגיד מה אני רוצה שתהיה התוצאה בנסיבות האלה. זה לא ישים כלכלית ואולי אף מעשית.

**המחשבה הבסיסית שעומדת מאחורי התניות הדיספוזיטיביות היא שזה פשוט מה שרוב האנשים היו רוצים** **ואנחנו רוצים לחסוך להם עלויות**. אבל יכול להיות שיש הסדרים שהם לא בדיוק מה שרוב האנשים היו רוצים, אבל הם רצויים מבחינה כזו או אחרת ואנחנו גם יודעים שאנשים לא משנים ברירות מחדל בכזאת קלות. אם זה המצב, **אפשר להשתמש בתניות הדיספוזיטיביות כדי להחדיר הסדרים רצויים או ראויים, בלי לכבול את הצדדים לחוזה לאותן תניות. הם יכולים להתנות עליהן אם ירצו בכך**. התפיסה היא שההסדרים האלה ראויים אבל אין צורך לכפות אותם. אפשר לסטות מהם, אבל השאיפה היא שיסטו מהם רק כשיש הצדקה חזקה לכך(sticky defaults) .

מהם הדרכים לעצב תניות דיספוזיטיביות?

1. Majoritarian default - המחוקק **מעצב את תנית ברירת המחדל לפי התניה שרוב האנשים היו רוצים.** תנית ברירת המחדל שמתאימה לרוב האנשים ונחשבת למקובלת ביותר.
2. Sticky default - המחוקק **מעצב את תנית ברירת המחדל כך, ככל שזו תניה שאנשים לא סוטים ממנה, היא תקדם מטרות חברתיות** (לדוגמה, ההסדר בדבר תרומת איברים בגרמניה ובאוסטריה. כשמוציאים רישיון בגרמניה, אפשר לבקש לתרום איברים במקרה של פטירה. כשמוציאים רישיון באוסטריה, אפשר לבקש שלא לתרום).
3. Penalty default - **המחוקק קובע תנית ברירת מחדל שלא טובה לצדדים**. אפשר לחשוב על ס׳ 10 לחוק החוזים תרופות שקובע שצד זכאי לפיצויים רק בגין הנזקים שהצד השני יכול היה לצפות במועד כריתת החוזה כהתניית ברירת מחדל עונשית. **הרעיון בהתניות כאלה הוא שזה מקדם את הצדדים ואנחנו נרצה לעצב אותם כך שהם יסטו מהם. זה מעודד את הצדדים לסטות מהתניות כאלה, מעודד אותם לפעול באופן מסוים**. אלה לא סתם צדדים אלא צדדים ספציפיים. ההסדר קובע שצד שנפגע מהפרת חוזה זכאי לפיצוי בגין הנזקים שנגרמו לו. באופן עקרוני רוצים שהצד הנפגע יקבל את כל הפיצויים שהם תוצאה של ההפרה, אבל הפיצויים יהיו רק בגין הנזקים שהצד השני יכול היה לצפות. למה? זה מעניש אותך על כל פעם שלא גילית מידע לצד השני. תניות כאלה נועדו לעודד את הצדדים לגלות אחד לשני את כל הדרכים שבהם הפרה של החוזה עשויה לפגוע בהם. התכלית של זה היא להביא לכך שהפרות חוזה יקרו רק כשראוי שהחוזה יופר או למנוע סיכון שהצעד השני לא ידע עליו. מכיוון שהעברת מידע היא דבר מאוד חשוב, ה- Penalty default שמדבר רק על נזקים שהיו צפויים, עוזר לנו כי תמיד אפשר לסטות ממנו. איך? מיידעים את הצד השני. השאיפה היא שתהיה העברת מידע ובהתאם לכך מעצבים את החוזה.

מקורות נוספים להתערבות בעקרון חופש החוזים:

התערבות בעקבות עקרונות חוקתיים - **בפס״ד קסטנבאום** ראינו עוד מקור להתערבות בחוזים. השופטים התווכחו מהו מקור ההתערבות. **א׳ ברק** טען כי הבסיס להתערבות מורכב משלוש שכבות:

השכבה הראשונה **- כשמתקשרים עם גוף ציבורי או מעין ציבורי, חלים עליו ההסדרים החוקתיים שחלים על גוף ציבורי**. הוא כפוף לעקרונות של חו״י: כבוד האדם וחירותו ועל פסקת ההגבלה הקבועה בס׳ 8 לחוק ביחס לזכויות ולחובות של המדינה כלפי האזרחים. לכן אם המתקשר הוא גוף ציבורי, ברור שיש לנו זכות להתערב.

השכבה השנייה - **חוזים אחידים הוא בסיס נוסף להתערבות, אפילו אם לא מדובר בגוף ציבורי.** בחוזה אחיד מוצדק להתערב בתוכן החוזה, כי יש לנו צד לחוזה שקובע באופן בלעדי את כל התנאים. בהקשר של חברה קדישא, אף אחד לא קורא את החוזה ומתעכב על התנאים שלו כי הסיטואציה היא כזו שמובילה לזה. אדם אבל, צריך להסדיר לוויה וקבורה בזמן קצר. בתנאים כאלה להתחיל להשוות חוזים ולקרוא את כל התוכן שלהם זה לא מעשי. נוצר חשש שהצד שקובע את כל התנאים ינצל את זה כדי לקפח את הזכויות של הצד השני. בגלל זה חוק החוזים האחידים קבוע שצריך להתערב כי אנחנו דואגים לצד שלא קובע את התנאים בחוזה וגם ברוב המקרים לא קורא אותו בכלל. זאת הסיבה העקרונית להתערבות. מתי מתערבים בתוכן? רק אם תנאי מסוים שקבוע בחוזה הוא תנאי מקפח. תנאי מקפח אם הוא פוגע בצורה לא הוגנת בצד אחד ומקנה יתרון בלתי הוגן לצד השני, זה שניסח את החוזה.

השכבה השלישית - **בטלות לפי ס׳ 30 לחוק החוזים, הקובע כי אפשר לבטל חוזה אם החוזה נוגד את תקנת הציבור**. ישנו קושי להשתמש בס׳ הזה מכיוון שהוא חד משמעי וחסר גמישות - חוזה שנוגד את תקנת הציבור - בטל. לכאורה **ברק** היה צריך לקבוע **בפס״ד קסטנבאום** שכל החוזה בטל כי הוא נוגד את תקנת הציבור, אך הוא אומר שאם אפשר לבטל את עילת הבטלות של החוזה באמצעות ביטול חלקי של החוזה באופן שלא פוגע בהגשמה שלו, בתכלית שהצדדים רצו להגשים כשהם כרתו אותו, זה הדרך הנכונה לעשות את זה..

האם ניתן כתוצאה מזה להתערב חוזים פרטיים?

ישנם שני יסודות שבהם ביהמ״ש מתערב בחוזים פרטיים, גם לעניין הכריתה שלהם:

חוזה מפלה - **במקומות ציבוריים או במקומות שמספקים שירות לציבור רחב יש חוקים שאוסרים על אפליה, אבל בחוזים פרטיים אין איסור מפורש**. אומנם, יכול להיות שזה מהווה פגיעה בחו״י, לכן ביהמ״ש לא יכפה התקשרות בחוזה בגלל אפליה של אחד הצדדים, אבל הוא כן יכול לקבוע **כי עצם האפליה מהווה ניהול מו״מ בחוסר תום לב ובדרך לא מקובלת ולפסוק פיצויים לצד הנפגע.**

תניות אי תחרות וסודיות - **פס״ד AES נ׳ סער**. באותו מקרה היתה תניה שאומרת לעובד שאסור לו לעבוד בתחום מתחרה במשך שנתיים אחרי שהוא עוזב את העבודה. הוא לא יכול להתחרות בחברה במשך שנתיים ואסור לו להשתמש במידע שרכש במהלך העסקתו. תניה שכזו פוגעת בזכות היסוד לחופש עיסוק של העובד.

בעד - נכון **שתניה כזו פוגעת בחופש העיסוק שלי בעתיד, אבל היא מגשימה אותו היום**. זה דומה להגבלת האוטונומיה שלי כדי להגשים תכליות עתידיות. אם אותו המעסיק לא היה יכול לקבוע תניה שכזו, הוא היה חושש מלהעסיק אותי מכיוון שאני יכול לקום וללכת מתי שאני רוצה ולהשתמש במידע ובכלים שרכשתי אצלו במקום אחר שמתחרה בו, וזאת לאחר שהוא השקיע בי משאבים רבים כדי להכשיר ולקדם אותי.

נגד - כדאי להתערב בתוכן חוזה שכזה כי זה **פגיעה בזכות היסוד לחופש עיסוק** ואסור לשלול מאנשים את חופש העיסוק שלהם.

**הצעה וקיבול:**

עשינו הבחנה בין חליפין סימולטני לבין חוזה לביצוע עתידי ואמרנו שהסיבה שאנחנו רוצים חוזים באופן כללי זה בעיקר בשביל עסקיות עתידיות. לדוגמה, העסקה לתפירת חליפה אישית. בלי חוזה, לא היינו יכולים לעשות התקשרות. לעומת זאת, אם אני קונה חלב, אפשר לעשות גם את ההתקשרות בלי חוזה. אני לוקח את החלב ונותן את הכסף באופן סימולטני. באותו האופן אפשר גם לחשוב על כריתת חוזה - כריתת חוזה שנעשית סימולטנית או כריתת חוזה שנעשית בשלבים. חוק החוזים ״מדמיין״, כפי שעולה מהתנאים שבו, הליך כריתה רב שלבי ולא הליך כריתה סימולטני. **הליך כריתה חד שלבי הוא מצב שבו הצדדים מגיעים לפגישה ואומרים מה הם רוצים שיקרה, איך הם רוצים לעצב את התנאים, מסכימים על הכל, לוחצים ידיים וזהו.** **ההליך בחוק החוזים מכיל לכל הפחות שני שלבים. כדי לכרות חוזה צד אחד מציע הצעה, והצד השני יכול לבצע קיבול**. אם הוא מבצע קיבול, אז נכרת חוזה. חוק החוזים לא מדמיין פגישה, אלא מכתבים שנשלחים. בגלל זה גם הרבה פעמים נראה דיון בשאלה מה קורה אם הודעת הקיבול יצאה המציע חזר בו מההצעה לפני שהודעת הקיבול התקבלה. כדי שדיון כזה יתקיים בכלל חייב לחשוב שלוקח זמן בין הזמן שבו הניצע מחליט להודיע על הקיבול ובין הזמן שהמציע מתגלה לו שבוצע קיבול. בעולם של מיילים ואס אם אסים הודעת קיבול מתקבלת תוך שבריר שניה ולכן הרעיון הזה שזה לוקח זמן נראה לנו יותר קשה אבל זה הרעיון שמדמיין חוק החוזים.

**שלבים בהליך הכריתה**

דוגמה אחת היא **קיבול תוך שינוי**, שהופך להצעה חדשה ואז המציע המקורי יכול להחליט אם הוא מבצע קיבול להצעה החדשה. במצב כזה יכולים להיות גם יותר משלושה שלבים, כל שינוי יהפוך להצעה חדשה. במקרה כזה עולה השאלה מתי אסופת המסמכים, כל ההתכתבויות האלה, הופכים לחוזה מחייב. ישנם מקרים שבהם נגיד שההצעה החדשה כ״כ קרובה להצעה הקודמת שהיא למעשה הודעת קיבול.

דוגמה נוספת היא **פנייה לציבור להציע הצעות**. יש מקרים שבהם אני לא מציע הצעה לציבור אלא פונה לציבור ומבקש ממנו להציע לי הצעות ואז אני מודיע להם שאני מקבל את ההצעה. במקרים כאלה מובנה בתוך המערכת לפחות שלושה שלבים: פנייה להציע הצעות, הצעה, וקיבול.

**המהות של ההסדר בחוק החוזים הוא שחוזה נכרת כשיש מפגש של רצונות בין הצדדים לחוזה**. ביחס למה צריך להתקיים מפגש הרצונות? ביחס לשני נושאים מרכזיים: הרצון שלהם להיכנס לעסקה מחייבת (גמירות דעת) , התנאים של אותה עסקה (מסוימות).

**הצדדים צריכים שיהיה להם מפגש רצונות שאומר ששניהם מעוניינים להיכנס לעסקה שמחייבת אותם משפטית ושהתוכן של העסקה, התנאים, ידוע לשניהם**.

איך החוק שבנוי על הליך דו שלבי או תלת שלבי מסדיר כריתת חוזה בשלב אחד? הרי לכאורה אין מציע וניצע, אין מישהו שיכול לתת הודעת קיבול. אז איך החוק חל על השאלות של כריתת חוזה כששני צדדים נפגשים לפגישה אחת? **איך יודעים שנכרת חוזה כשאין מציע וניצע באופן ברור? ברגע שיש גמירות דעת ומסוימות. כלומר, מתקיים מפגש הרצונות ביחס לתנאי העסקה והרצון לכרות יחסים משפטיים, יש חוזה.** במובן הזה חוזה חד שלבי פשוט יותר לניתוח ופחות מורכב.

למה חוק החוזים מתעקש לדבר על החוזה הדו שלבי? כי זה מצב שצריך להסדיר אותו מעצם המורכבות שלו. החוזה החד שלבי הוא הרבה יותר פשוט כי אין לנו שאלות כמו מתי נכרת חוזה. החוזה נכרת בפגישה אותה פגישה, היה שלב אחד. אין אפשרות חזרה מהצעה טרם הכריתה כי ההצעה ניתנה באותה שניה אז אין שום משמעות לחזרה מההצעה.

הרעיון של ההסדרים הקבועים בחוק החוזים הם דווקא לחוזה התלת שלבי / דו שלבי וכו׳ כי זה הרבה יותר מורכב. בפגישה אחת הרבה יותר קל להגיד את כל התנאים האלה. הם מוסדרים במסגרת הפגישה. השאלה המרכזית היא האם הייתה גמירות דעת ומסוימות.

בחוזה חד שלבי אין חשיבות למי המציע ומי הניצע, העיקר שאפשר להוכיח גמירות דעת ומסוימות. החשיבות בזיהוי מי הוא המציע ומי הוא הניצע עולה בחוזה הדו שלבי וכו׳.

דיברנו על חשיבות הרצון של הצדדים והתייחסנו לזה מנקודת מבט של שלוש תיאוריות: **הרצון של הצדדים יכול לשקף את התוכן המחייב של החוזה. הסיבה שהחוזה מחייב זה כי הוא מגשים את הרצון של הצדדים. הרצון של הצדדים יכול להבטיח השאת תועלת מהחוזה.** כשהצדדים מגשימים את הרצון שלהם, כשהם מתקשרים בחוזים שרצויים להם, זה אומר שהחוזה משיא תועלת לשני הצדדים בגלל זה הוא גם משיא את התועלת החברתית. זה טוב מבחינה כלכלית. זה גם משקף את הצדק ההסכמי. לחוזה צריך להיות תוקף מחייב רק לגבי אותם דברים שאנשים רצו שהוא יחייב אותם. על בסיס זה אפשר לתת תוקף מחייב למה שהצדדים רצו, ובהנחה שהיינו יודעים מה הם רוצים, אז גם לאותם הסדרים שאנחנו חושבים שאנחנו יודעים שהם רוצים. זה ההסבר למה הרצון של הצדדים כ״כ קריטי גם מבחינת תיאורטית להתקשרות החוזית.

מה קורה אם הרצון של הצדדים לא משקף את זה שהחוזה יהיה מחייב מבחינה משפטית? **יכול להיות שהצדדים רוצים להגיע להסכמה, אבל הם לא רוצים שההסכמה תחייב אותם משפטית ותטיל עליהם סנקציות במידה יפרו אותה.** לדוגמה, ההבטחה להיפגש במסעדה או הרעיון של חתונה בנצרות. אנשים מצהירים ״עד שהמוות יפריד בינינו״, אבל הם בכל זאת מתגרשים. הם רוצים להתחייב, הם רוצים להיות ביחד עד שהמוות יפריד ביניהם, אבל הם לא רוצים שלא תהיה אפשרות להתחרט על ההחלטה הזאת. **לא מספיק לנו הרצון של הצדדים להתחייב לביצוע העסקה, חלק מהרצון צריך להיות גם הכוונה ליצור יחסים משפטיים מחייבים.** כדי להגיד שיש גמירות דעת, צריכה להיות גמירות דעת לא רק לגבי פרטי העסקה, אלא גם רצון שפרטי העסקה יחייבו מבחינה משפטית.

במידה רבה אפשר לחשוב על הכוונה ליצור יחסים משפטיים כתנאי מקדמי. **גמירות דעת להיקשר בחוזה יכולה להתקיים, רק אם הצדדים רצו ליצור מערכת משפטית מחייבת**. זה תנאי הכרחי, אך זה לא מספיק. אנחנו חייבים שהצדדים ירצו להתקשר בחוזה שמחייב אותם, **אבל גם אם הצדדים ירצו את זה, אנחנו לפעמים לא נכיר בתוקף המחייב של החוזה.**

אם הפעילות היא שלילית ואנחנו רוצים לדכא אותה, אנחנו נדכא אותה באמצעות זה שאנחנו לא ניתן אפשרות לצדדים ליצור מערכת חוזים מחייבת. לדוגמה, חוזה הימורים. אנחנו חושבים שהימורים זה רע, אנחנו רוצים לדכא פעילות של הימורים, אז אנחנו לא נאפשר לצדדים להתקשר בחוזה כזה או בחוזה לשכירת רוצח שכיר.

דבר שני, אנחנו **רוצים לעודד את העיקרון של ההבטחה הלא חוזית**. אנחנו רוצים לאפשר לאנשים להתחייב אחד לשני ולהגיד שהם אוהבים אחד את השני ורוצים להיות אחד עם השני עד שהמוות יפריד ביניהם אבל גם לאפשר להם להתחרט על זה אחר כך, כמו שהם רוצים.

**רצון להתקשר ביחסים משפטיים מחייבים**

אפשר להבחין בין שלושה מצבים בהם צד לכאורה מתקשר בחוזה, אבל זה לא כי יש לו רצון להתקשר בחוזה. מבחינים גם בין פגם בהליך הכריתה ובין פגם בכריתה.

1. Non Est Factum (פגם בהליך הכריתה)- **המשמעות היא ׳לא נעשה דבר׳.** סופר חותם על ספרים למעריצים ואחד המעריצים נותן לו דף ומבקש ממנו שיחתום לו, והסופר מתלהב נורא וחותם לו אבל הוא לא שם לב שמעל לדף, חלק שהיה מוסתר ממנו זה שטר ערבות והסופר חותם לו על שטר ערבות שהוא מתחייב לשלם חוב של המעריץ הזה בסך מיליוני שקלים. זה שהוא חתם אומר שהוא כרוך בחוזה? **הדוקטרינה אומרת שזה לא מסוג המצבים שבהם יש טעות לגבי החוזה או טעות בהבנה לגבי העסקה שמתקשרים בה, זה לא שהרצון לא התגבש להתקשר בעסקה ספציפית, אלא שלא היה שום רצון להתקשר בעסקה.** וכשאין שום רצון להתקשר בעסקה האמירה הרלוונטית היא שלא נעשה כלום. **אין כאן חוזה**. החתימה, המשמשת כראייה אובייקטיבית לקיומה של גמירות דעת חסרת כל משמעות מכיוון שאין מאחוריה כלום. במצבים האלה אין חוזה שניתן לביטול. החוזה בטל מעיקרו, להבדיל מחוזה שניתן לביטול. מעולם לא היה חוזה.
2. במקרה אחר, הסופר ראה שמחתימים אותו על כתב ערבות אבל הכריחו אותו לחתום עליו באיומים. **במקרים כאלה יש לי סוג אחר של פגיעה בהתגבשות של הרצון. אני יודע על מה אני חותם, זה לא שלא נעשה דבר**. לא נעשה זה דבר זו דוקטרינה שאומרת שלא ידעתי בכלל שאני חותם על משהו. במקרה כזה שמאיימים עליו לחתום על שטר ערבות, הוא מקרה שכן נעשה משהו. **מה תהיה התוצאה? דיני החוזים מתמודדים גם עם מצב כזה** (ס׳ 17 לחוק החוזים כללי). **זהו חוזה שנכתב בכפיה**. חוזה שנכתב בכפיה הוא לא חוזה שיש בו פגם בהליך הכריתה, אלא יש בו פגם בכריתה. **הליך הכריתה לא פגום, אבל הוא תוצר של פגם ברצון כי לא היה רצון אותנטי.** הליך הכריתה היה תקין - היתה הצעה, היה קיבול במדדים אובייקטיביים אבל היה פגם שירד לשורש של הסיבה של הקיבול. **התוצאה היא שהחוזה אינו בטל, אלא ניתן לביטול**. מה ההבדל בין השניים? ההבחנה בין בטל לבין ניתן לביטול היא ההשלכה של קבלת הדוקטרינה. **כשחוזה בטל ב - Non Est Factum נניח שהסופר אומר - אני לא ידעתי בכלל על מה אני חותם, החתימה שלי סתמית, לא היה לי מושג שאני חותם על שטר ערבות. המשמעות היא שלא נעשה מעולם חוזה וגם אי אפשר להחיות אותו, אין חוזה. אבל כשחוזה ניתן לביטול, אנחנו נותנים אופציה לצד שהיה לו פגם ברצון לבטל אם הוא רוצה. הוא יכול גם לבחור שלא לבטל.** כשחוזה ניתן לביטול, הוא לא בטל מעיקרו, הוא לא בטל מידית. מי שהוטעה, מי שהיה לו פגם ברצון, מי שכפו עליו, רשאי, כרצונו, להחליט אם הוא מעוניין לבטל את החוזה. יכול להיות שיהיו לו גם סעדים אחרים כמו פיצוי מכוח ס׳ 12 לחוה"ח בגלל שהחוזה לקוי בחוסר תום לב במו״מ.

**פרץ בוני הנגב נ׳ בוחבוט** - חוזה למכר דירה, שבחובוט מוכר לחברה וביהמ״ש המחוזי קבע את ההנחות העובדתיות הבאות: הבן גר בדירה, בוחבוט שחותם זה האב, הדירה רשומה על שם האב אבל ההנחה היא שהדירה שייכת לבן והאב לא באמת קנה אותה. האב היה כנראה שתוי בזמן שמחתימים אותו על החוזה, הוא לא יודע לקרוא ולכתוב והוא אומר שהוא לא הבין שהוא מתקשר בהסכם למכור את הדירה. הבטיחו לו 1,000 ש״ח כנגד החתימה וגם אמרו לו שהבן שלו רוצה שהוא יחתום.

ביהמ״ש המחוזי דן בטענה של Non Est Factum. הטענה היא שבוחבוט לא התכוון לחתום על העסקה. הוא ידע שהוא חותם על עסקה, אולי הוא לא הבין את כל התנאים של העסקה, אבל הוא הבין שהוא חותם על עסקה כלשהי. פרץ בוני הנגב מבקשים לפנות את הבן בכפייה או לדרוש פיצוי מוסכם. ביהמ״ש המחוזי הכריע שהיה חוזה, אבל לא פסק סעדים. **עפ״י ביהמ״ש, היתה כריתה עפ״י מדדים אובייקטיביים של כריתה. הליך כריתת החוזה היה תקין מכיוון שאין עדויות אובייקטיביות לפגם בהליך הכריתה, אבל כן היה פגם בכריתה עצמה, ברצון של המתקשר.** ביהמ״ש העליון דן בתיק. הערעור הוגש ע״י פרץ בוני הנגב מכיוון שהמטרה שלהם בהליך לא היתה לקבוע שהיה חוזה והם רכשו את הדירה, אלא לקבל את הסעדים על זה שהופר החוזה ולא מכרו להם את הדירה. בוחבוט עשה כנראה טעות ולא ערער על הסעד ההצהרתי של המחוזי שקבע כי נכרת חוזה. כלומר, ביהמ״ש צריך להכריע האם יש לפסוק סעדים כשהשאלה האם נכרת או לא נכרת חוזה לא עומדת לדיון. הערעור התקבל ופרץ בוני הנגב ניצחו. ביהמ״ש פסק להם פיצוי מסוים בגין הפרת חוזה. **שמגר בדעת מיעוט דוחה את הערעור**, הוא ביקש לבחון את תוקף החוזה. שופטי הרוב לא תמכו בדעתו מכיוון שנושא תקפותו של החוזה לא עלה לדיון בערעור**. השופט שמגר מבחין בין חוזה שלא נכרת מלכתחילה כי לא היה דבר ((Non Est Factu לבין חוזה שמכיל פגם ברצון.** לדעתו במקרה דנן החוזה לא נכרת מלכתחילה מכיוון שההתנהגות של המשיב (בוחבוט) לא מעידה על גמירות דעתו להתקשר בחוזה, למרות שהוא חתם עליו. איך פותרים את העניין שהוא חתם על המסמך אבל לאחר מכן טוען שלא היתה גמירות דעת להתקשר בחוזה? **שמגר טוען כי יש הבדל בין ביטוי אובייקטיבי וסובייקטיבי של גמירות דעת.** חתימה היא ביטוי אובייקטיבי מובהק לגמירות דעת, ובדרך כלל הביטוי האובייקטיבי גובר. בדרך כלל נבחן את שאלת ההתקשרות לפי הנתונים האובייקטיביים של גמירות. **אך כשיש פער בין הביטוי האובייקטיבי והסובייקטיבי לגמירות הדעת, וכשהצד השני גרם לפער הזה, הוא לא יכול להסתמך על הבעה אובייקטיבית.** אנחנו נעדיף את הביטוי הסובייקטיבי מכיוון שהצד השני הוא זה שגרם לביטוי האובייקטיבי לגמירות דעת למרות שהוא ידע מה העמדה הסובייקטיבית של הצד האחר, ולכן אי אפשר להסתמך על הבעת גמירות הדעת האובייקטיבית.

1. טעות לפי ס׳ 14(א) לחוק החוזים כללי - **מי התקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.**

בהקשר **לפרץ בוני הנגב**, בוחבוט הבין שהוא מתקשר בחוזה ולכן לא חלה דוקטרינת Non Est Factum (לא היה הליך כריתה של חוזה). אפילו אם כן, הוא ביצע את זה על סמך ההנחה שהבן שלו רצה שהוא יחתום, למרות שהבן שלו לא היה מעוניין. אז **הוא התקשר בחוזה על סמך טעות, שהצד השני ידע עליה.** פרץ בוני הנגב ידעו שבוחבוט חושב שהבן שלו מעוניין במכירה למרות שהוא לא מעוניין. לכן זה מאפשר לבוחבוט לבטל את ההסכם.

**הבחנה בין כוונה אובייקטיבית לכוונה סובייקטיבית:**

עסקת מכר שבה כתוב שהמחיר הוא בדולרים. הקונה קנדי, המוכר יודע שהקונה קנדי והוא גם יודע שבקנדה המטבע הוא דולר, אבל דולר קנדי ולא אמריקאי. **המשמעות האובייקטיבית של דולרים בחוזים שנכרתים בישראל זה דולר ארה״ב. אבל במקרה שלנו המוכר יודע שהמשמעות הסובייקטיבית של הצדדים בקונטקסט הזה היא לא דולר ארה״ב, אלא דולר קנדי** ששוויו בערך 70% אחוז מזה של דולר אמריקאי. זאת אומרת שאם המחיר יהיה בסוף לפי דולר ארה״ב זה יפגע בקונה שמעריך את הקניה לפי דולר קנדי.

אנחנו מדברים על מקרה שבו יש כוונה סובייקטיבית של אחד הצדדים שידועה לצד השני, וזה גם פוגע בצד שטועה, בצד שהכוונה הסובייקטיבית שלו שונה מהתוכן האובייקטיבי של החוזה.

האם בנסיבות האלה נכרת בכלל חוזה? מה התוכן של החוזה הזה, בהנחה שהוא נכרת?

התוצאה של זה שיש חוזה ומה התוכן תיקבע גם אם נכריע אחר כך שהחוזה הזה ניתן לביטול. מה תהיה התוצאה שלו אם אחד הצדדים לא ירצה לקיים את החוזה? למה אכפת לנו מהתוכן האובייקטיבי של החוזה? מה המטרה של ההבעה האובייקטיבית?

**התכלית של ההבעה האובייקטיבית היא הגנה על כל אחד מהצדדים**. הצדדים לא צריכים לדעת מהם רחשי הלב אחד של השני. כל צד צריך רק לראות את ההבעות החיצוניות של הצד האחר, הוא רשאי להסתמך על זה. נכון שצריכה להיות גמירות דעת של הצד השני וגמירות דעת היא תפיסה סובייקטיבית ולא אובייקטיבית, אבל אי אפשר לדעת מהם רחשי הלב, אז אפשר להסתמך באופן מלא על הבעות אובייקטיביות. בדוגמה לעיל, התכלית הזאת לא מתקיימת. לא צריך להגן על המוכר מפני זה שהוא לא יודע מהם רחשי הלב של הקונה, אנחנו מניחים שהוא יודע. למרות שיש תכלית להבעה האובייקטיבית, לכאורה התכלית הזאת בנסיבות האלה לא מתקיימת.

אפשר לקבוע שהחוזה נכרת על בסיס דולר קנדי. נכון שהמוסכמה בישראל היא דולר ארה״ב, אבל המוכר יודע שהקונה מתכוון לדולר קנדי. מצד שני, המוכר התכוון למכור בדולר ארה״ב, הוא לא התכוון למכור בדולר קנדי.

אי אפשר להגיד שהיה מפגש רצונות לגבי דולר קנדי, כי המוכר התכוון למכור בדולר ארה״ב וזו גם הכוונה האובייקטיבית שלו. גם אם המוכר יודע שהקונה טועה, והוא אפילו מרוצה מזה שהקונה טועה, אי אפשר להגיד שהוא התכוון למשהו אחר. אנחנו יודעים שהמוכר מרוצה מהטעות של הקונה כי זה מאפשר לו למכור במחיר יותר גבוה לפי דולר ארה״ב.

**אפשר להגיד שנכרת חוזה לפי ההבעות האובייקטיביות של הצדדים, לפי דולר ארה״ב, זאת ההבעה האובייקטיבית,** ואז כל הדיונים שאפשר לנהל לגבי ההתנהלות של המוכר בשלב המו״מ בעניין של דולר ארה״ב ודולר קנדי לא יהיו במישור של האם נכרת חוזה כי יש הבעה אובייקטיבית לגמירות דעת, אלא **במישור של סעדים על ניהול מו״מ בחוסר תום לב בהליך כריתת החוזה לפי ס׳ 12 לחוק החוזים או במסגרת דיני הנזיקין כמו עוולת תרמית** - צד אחד הונא את הצד השני או התרשל בביצוע העסקה וגרם לו לחשוב שהוא עושה משהו אחד כשהוא מתקשר בעצם בעסקה אחרת. נקבע שהחוזה יהיה לפי דולר ארה״ב, אבל הצד הנפגע יהיה זכאי לפיצויים.

אפשרות אחרת היא **לקבוע שהחוזה נכרת על בסיס דולר ארה״ב אבל הקונה רשאי לבטל את החוזה כי הוא נכרת על בסיס של טעות** (ס׳ 14(א) לחוק החוזים).

אפשרות שלישית היא **לקבוע שאין מפגש רצונות ולכן החוזה בטל**. כל אחד התכוון לדולר אחר, אומנם יש הבעה אובייקטיבית אז לכאורה זו לא אמורה להיות בעיה, אבל צד אחד שמסתמך על ההבעה האובייקטיבית הזאת יודע שהצד השני טועה, אז החוזה לא נכרת.

אפשרות רביעית, **לקבוע שהחוזה נכרת לפי דולר קנדי**.

מה מגן יותר על הקונה, לקבוע שהחוזה לא נכרת או שהוא נכרת בטעות? **כשמדברים על הגנה צריך לחשוב על מישור הסעדים, מישור האפשרויות שיש לצד הנפגע**. אם חוזה נכרת בטעות, הוא לא בטל מעיקרו, אלא ניתן לביטול. מה גם שאפשר לכרות את החוזה ואז לבקש סעד של פיצוי. קשת האפשרויות רחבה בהרבה מאשר רק קביעה שהחוזה לא נכרת. ככל שיש לצד הנפגע יותר אפשרויות, יותר סעדים, הוא יותר מוגן כי יש לו אפשרות בחירה. הנטייה היא לקבוע שאין חוזה כי קשה לקבוע שיש מפגש רצונות אפילו אם יש הבעה אובייקטיבית מכיוון שהצד שרוצה את החוזה בדולר ארה״ב יודע שהצד השני התכוון לדולר קנדי. בנסיבות כאלה התכלית של ההגנה לפי התוכן האובייקטיבי של החוזה לא מתקיימת.

**אפשר לחשוב על אפשרות נוספת, שתקבע כי בנסיבות האלה נקבע שנכרת חוזה לפי דולר קנדי**. אפשרות זו לא נועדה לשקף את רצון הצדדים - **סוטים מהרצון האובייקטיבי שהציגו הצדדים באופן מכוון ע״י שימוש במעין Penalty default** (בדומה לרעיון של ס׳ 10 לחוק החוזים תרופות). מה עומד מאחורי זה? אנחנו רוצים לעודד גילוי של מידע. זה לא משקף את רצון הצדדים זה משקף את התכלית של לגרום להם לשתף מידע. צד אחד חושב שחוזה נכרת על בסיס מידע מסוים, צד שני יודע מה חושב הצד הראשון אבל יוצר מצג אובייקטיבי אחר, החוזה ייכרת על בסיס התוכן שהצד הראשון טעה לחשוב שהוא התוכן של החוזה כדי לגרום לצד שיודע על הטעות לידע בדבר הטעות.

האם הקונה יעדיף שהחוזה יהיה בדולר קנדי? לא בהכרח. יכול להיות שכן, כי זה בדיוק החוזה שהוא רצה. אבל מצד שני אם יש לו אפשרות לבטל אותו, יכול להיות שהאפשרות הזאת תניע את המוכר למכרו במחיר אחר. כנראה שהאפשרות לקנות בדולר קנדי תהיה הכי טובה מבחינת הקונה והיא גם תעניש את המוכר ותעודד גילוי מידע, אבל לא בטוח שזה יהיה הכי טוב חברתית מכיוון שהמכירה לא תהיה לפי הערך שהמוכר רצה למכור וזה לא ישקף את השווי של העסקה וזה הופך את העסקה ללא יעילה.

מה מהאפשרויות מבטא פגם בהליך הכריתה ומה מבטא פגם בכריתה?

**פגם בהליך הכריתה הוא שלא היה מפגש רצונות, אין הבעה אובייקטיבית של גמירות דעת** בין הצדדים ולכן **לא נתגבש חוזה מעולם. אין חוזה**.

**פגם בכריתה אומר שיש הבעה אובייקטיבית של גמירות דעת של שני הצדדים, לכן הליך הכריתה הבשיל לכדי חוזה, אבל רצון הסובייקטיבי היה פגום** כי הוא הסתמך על טעות בהבנה של מה שהחוזה אומר או שהוא היה פגום כי נבע מכפייה / עושק / ניצול של אחד הצדדים באופן פסול ע״י הצד השני.

דוגמה לכפייה - אונייה מגיעה לפרוק מטען בנמל בישראל. כדי לפרוק את המטען, בעל המטען צריך לפנות לסוכן שיטפל בזה. הסוכן יכול לגבות על פריקת המטען רק סכום מסוים המותר לו עפ״י חוק. הסוכן אומר לבעל המטען שהוא יפרוק לו את המטען, אבל רק בתנאי שהוא ישלם לו כסף בנוסף למה שקבוע בחוק. בעל המטען רוצה לפרוק את המטען והוא מוכן לשלם לסוכן, אבל רק את מה שקבוע בחוק. אבל אם הוא לא יענה לדרישת הסוכן, המטען ישאר על האונייה ובעל המטען יפסיד כסף עקב כך. יש פה מפגש רצונות, בעל המטען רוצה לפרוק אותו והסוכן רוצה להרוויח כסף. אבל הסוכן כופה על בעל המטען להתקשר בחוזה למרות שאיננו מעוניין לשלם כסף נוסף עבור העבודה.

**יסודות ההצעה:**

ס׳ 1 לחוק החוזים - חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה.

ס׳ 2 - פנייתו של אדם לחברו היא בגדר הצעה, אם היא מעידה על גמירת דעתו של המציע להתקשר עם הניצע בחוזה והיא מסוימת כדי אפשרות לכרות את החוזה בקיבול ההצעה; הפניה יכולה שתהיה לציבור. ס׳ 2 קובע כי צריך שתהיה מסירה של מידע שמעידה על גמירות דעת להתקשר בחוזה, אבל גם צריך שההצעה תהיה כזו שמספיק להגיד ״כן״ כדי לקבל אותה.

**גמירות דעת נלמדת מההבעות החיצוניות של ההצעה**, לא ממשאלת הלב של המציע. מה שהמציע חושב הוא לא חלק מההצעה שלו. שהכרזת משהו במסגרת ההצעה, אתה כבול לפי מה שניתן להבין ולא לפי מה שאתה חושב שניתן להבין מההצעה שלך.

גמירות דעת ומסוימות הם יסודות נפרדים. הפסיקה מדגישה את הערך הנפרד שלהם. בפס״ד **רבינאי נגד מן שקד**, אומר א׳ **ברק שהצעה חייבת לכלול את כל הפרטים המהותיים שדרושים לשם ההתקשרות,** אבל זה לא רק שהיא חייבת לכלול אותם, אלא שככל שהפרטים האלה מובעים בצורה יותר מפורשת, אז הם מעידים גם על גמירות הדעת. כלומר, חוזה שכולל בפרטי פרטים את כל התרחישים האפשריים ואת כל הנושאים המהותיים וגם הלא מהותיים שדרושים לשם ההתקשרות, מראה על גמירות דעת להתקשר בחוזה מחייב.

בפס״ד **לוין נ׳ לוין** **ניתן לראות איך התוכן, השפה והקונטקסט יכולים להעיד על גמירות דעת והרצון להתקשר ביחסים מחייבים**. נאמר שם שלמרות שנקבע בזיכרון הדברים שאסור להציג אותו בביהמ״ש ושהוא לא מהווה חוזה מחייב אלא הסכם ג׳נטלמני, אבל השפה כ״כ מפורטת ומשפטית שברור ממנה שהצדדים התכוונו להתקשר בחוזה שמחייב אותם.

בפס״ד **רבינאי נ׳ מן שקד** גם יש **התייחסות למשמעות של זיכרון דברים**. זיכרון דברים זה מסמך שכותבים הרבה פעמים לפני שחותמים על חוזה. שני הצדדים מעלים על הכתב מסמך שנועד להזכיר להם אח״כ מה היו ההסכמות שלהם, הסכמות הביניים במהלך המו״מ. ברור שמסמך שכזה יכול לעבור שינויים בהתאם לרצונות הצדדים, מדובר עדיין בשלב המו״מ. א׳ **ברק אומר כי הבסיס להכרעה האם זיכרון דברים מהווה חוזה משפטי מחייב או לא הוא הכרעה בשאלה האם ישנה הבעה לגמירות דעת**, צריך לבחון האם הצדדים התכוונו להתקשר בחוזה מחייב. אם הם לא התכוונו להתקשר בחוזה מחייב בשלב הזה, אז לא נכרת ביניהם חוזה מחייב זה רק שלב במו״מ. איך נדע אם הצדדים גמרו בדעתם? **נסתכל על נוסחת הקשר** - **תניה או הסדר בתוך זיכרון הדברים שמקשר בין המסמך הזה ובין חוזה מלא שיחתם בשלב מאוחר יותר.** לדוגמה: בראשית זיכרון הדברים יהיה כתוב ״זיכרון דברים זה יוחלף ע״י חוזה פורמלי״, אפשר להבין שהצדדים רצו להתקשר בחוזה מחייב כבר עכשיו, ולכן זיכרון הדברים יוחלף ברגע שיחתם חוזה פורמלי. אם כותבים ״זיכרון הדברים חסר כל תוקף ונועד רק לשמש בסיס למו״מ עתידי ככל שיתקיים״, נבין שבשלב זה אין גמירות דעת וזיכרון הדברים לא נועד לחייב את הצדדים אלא מהווה רק שלב במו״מ.

הנטייה של ביהמ״ש היא להכיר בזיכרון דברים כחוזה מחייב. זה יוצר מצב בעייתי כי לפעמים צד יכול להתרשל בהצגת המצגים האובייקטיביים ולמצוא את עצמו קשור בחוזה כשהוא בכלל לא חשב שהוא נקשר בחוזה. הסיבה היא שאנחנו לא בוחנים גמירות דעת לפי המדדים הסובייקטיביים, אלא לפי המדדים האובייקטיביים (נוסח, הקשר וכו׳).

בפס״ד **בוטקובסקי נ׳ גת** עלתה שאלה מהותית. **השופט לוין** שואל: האם זה משנה אם הם באמת חשבו שבלי החתימה אין חוזה מחייב? הרי הצדדים לא חתמו על המסמך. התשובה היא, שלא**. כל עוד היו מדדים אובייקטיביים אחרים משמעותיים מספיק לגמירות דעת, אז זה לא משנה גם אם אין חתימה**.

אפשר לחשוב על דוגמאות נוספות שבהם האם מישהו נקשר בחוזה, מה התנאים להתקשר בחוזה מבחינת גמירות דעת. בפס״ד **Taylor V. Alon**, עוסק באדם שנעצר כי נהג בלי ביטוח. הוא טען בפני השוטר שהזמין ביטוח חדש אך זה טרם הגיע. הוא שכח שכשהביטוח הקודם שלו נגמר הוא קיבל תעודת ביטוח זמנית ל- 15 יום והשוטר עצר אותו בטווח הזמן הזה. השאלה החוזית שעולה היא האם תעודת הביטוח הזמנית שנשלחה לטיילור היא חוזה שהוא נכנס בו, כשברור לגמרי שאם הוא היה זוכר שהיא נמצאת אצלו ומציג אותה, זה היה חוזה וגם בתביעה בביהמ״ש, העידו אנשים מחברת הביטוח שאמרו שאם הוא היה מעורב בתאונה, הם היו משלמים את הפיצוי של ביטוח החובה. כלומר הוא נהג כשיש לו כיסוי ביטוחי הלכה למעשה, אבל האם יש לו ביטוח בפועל? בית הלורדים קבע שלא היה לו ביטוח במקרה הזה, מכיוון שהוא לא ידע שיש לו את התעודה הזמנית (אם הוא היה יודע הוא היה מראה אותה לשוטר, אבל לא עשה זאת כי הוא לא ידע), ולכן הוא לא גמר בדעתו להתקשר בחוזה הביטוח שרק מטיב איתו. לא היה קיבול. לכאורה היה קיבול בהתנהגות כי הוא נסע עם הרכב והרכב מכוסה בביטוח, אבל ביהמ״ש קבע **שכדי שיהיה קיבול בהתנהגות, הוא היה חייב להיות מודע להצעה. כדי שניתן יהיה לקבל הצעה, הניצע צריך להיות מודע אליה**.

בדין הישראלי, ס׳ 6(ב) בחוק החוזים כללי **קובע כי לא ניתן לבצע קיבול בשתיקה**. אמירה של המציע שבהיעדר תגובה של הניצע, נראה אותו כאילו הוא מקבל את ההצעה, חסרת תוקף. קיבול בשתיקה חסר תוקף ולכן אפשר להגיד שאין קיבול במקרה זה. צריך לדעת על ההצעה ולפעול לפי ההצעה כדי לבצע קיבול, גם אם זה קיבול התנהגות. אומנם, בישראל היו פוסקים שיש לו ביטוח, על סמך ס׳ 7 לחוק הקובע כי הצעה שאין בה אלא כדי לזכות את הניצע, חזקה עליו שקיבל אותה, זולת אם הודיע למציע על התנגדותו תוך זמן סביר לאחר שנודע לו עליה. **כלומר, חזקת הקיבול או קיבול בשתיקה קיימת אוטומטית בהצעה מזכה, והיא אסורה בהצעות שמחייבות את הניצע**. כששואלים על גמירות דעת, חייבים להיות מודעים להצעה כדי שיהיה ניתן לקבל אותה.

דוגמה נוספת לשאלה של גמירות דעת להתקשר בחוזה היא פס״ד **ש.ג.מ. חניונים בע״מ נ׳ מדינת ישראל.** רקע עובדתי: במהלך מלחמת יום כיפור, יחידה צה״לית צריכה חניון לחנות בו מס׳ כלי רכב, ובוחרת לעשות את זה בחניון שאותו מפעילה חברת ש.ג.מ. החניון ריק לגמרי ועצם החניה לא פוגע בהכנסות החברה, אבל החברה לא נתנה את אישורה לכך. היחידה נכנסה לשם וחנתה את רכביה ללא אישור מצד החברה. עקב הפגיעה בהכנסות שנגרמה מהמצב הביטחוני, החברה ביקשה הנחה בתשלום על הפעלת החניון שהיא משלמת לחברה שבבעלותה החניון.

השאלה המשפטית היא, **האם היה קיבול להצעה**? מדובר בחניון כלי רכב, לכן ההצעה נובעת מעצם הפעלת החניון וגביית דמי שימוש בו. זוהי פניה לציבור, הצעה לציבור. כאשר נהג מבקש להשתמש בחניון, נכנס אליו ומשלם דמי שימוש בעבור חניית רכבו, הוא עושה קיבול שבהתנהגות. האם יש זכות תשלום חוזית למפעילי החניון על בסיס הקיבול שעושה היחידה כשהיא נכנסת לחניון ומשתמשת בו לצרכיה? שני השופטים, בך ואור, מסכימים שבמקרה לעיל יש זכות לפיצוי.

השופט בך - טוען **כי ברגע שאתה נכנס לחניון על סמך ההצעה להשתמש בשירותיו תמורת תשלום, ביצעת קיבול ויש חוזה**.

השופט אור - **טוען שאין חוזה, כי היחידה שהשתמשה בחניון לא התכוונה לבצע קיבול וגם אין שום מדד אובייקטיבי לכך שהתבצע קיבול**, לא של היחידה וגם לא של החניון, הם פלשו לשטח. כששני הצדדים חושבים שאין חוזה, אין חוזה. מה שיש זה הסגת גבול, אבל לא נגרם נזק מהסגת הגבול מכיוון שהחניון היה ריק בלאו הכי. אבל, יש עילה להתעשרות. היחידה הרוויחה מזה שהם לא שילמה למרות שהיא השתמשה בשירותי החניון. כלומר, גם **השופט אור מגיעה לתוצאה של החיוב הכספי, אבל לא דרך הזכות החוזית אלא באמצעות דיני עשיית עושר שלא במשפט.**

**דרישת המסוימות:**

הסיבה לכך שיש דרישה של מסוימות בחוק היא כדי לחסוך את ההוצאות של הניצע לקבל את ההצעה. אנחנו רוצים שתהיה לנו ידיעה מה התוכן של החוזה, כשהחוזה נכרת. **אנחנו רוצים שהתוכן של החוזה יהיה ברור לשני הצדדים ויאפשר הסתמכות של הצדדים על תוכן החוזה.** לכן החוזה חייב להכיל את כל הפרטים הרלוונטיים להתקשרות.

אפשר לקבוע שהמסוימות תהיה בקיבול, אבל אם הקיבול הוא מה שמשכלל את המסוימות, כלומר הקיבול מכיל פרטים, אז זה לא היה עוזר לנו כי אז לא היינו יודעים שיש גמירות דעת לגבי אותם פרטים.

דרישת **גמירות הדעת מחייבת אותנו שההצעה תכיל את כל הפרטים של העסקה, מכיוון שזה אומר שהמציע מעוניין להתקשר על בסיס הפרטים האלה** והקיבול, ההודעה, אני מוכן להתקשר על בסיס הפרטים האלה, מעידה שמקבל ההצעה, הניצע, הסכים לכל אותם פרטים.

**בצורה הזאת שיש לנו חוזה, הצעה שמכילה את הפרטים וניצע שמעוניין להתקשר על בסיס הפרטים האלה בהסכם, אומר שיש גמירות דעת, יש מפגש רצונות לגבי כל תוכן פרטי ההסכם. זו התכלית של הדרישה**.

אם כך, אנחנו רוצים שההצעה תשכלל חוזה שלם. מהו חוזה שלם? **חוזה שלם הוא חוזה שכולל את כל הפרטים של ההתקשרות, תחת כל הנסיבות האפשריות**. התקשרות עתידית כוללת סיכונים וסיכויים לשינוי של נסיבות. בחוזה בניין לדוגמה, יכול להשתנות העלויות של הבנייה, של העובדים, יכולות לצוץ הזדמנויות עסקיות חדשות. יכול להיות שבחוזה להופעה ירד גשם באותו יום, או יחול שינוי אחר בנסיבות שמשנה את שווי הממכר או שווי השירות, או את התנאים שבהם ניתן לספק אותם.

**השלמת חוזים:**

אם ניקח חוזה עם צלם לחתונה כדוגמה לחוזה שלם - מה קורה אם הצדדים מחליטים לא לקיים את החתונה, מה קורה אם יורד גשם באותו יום והצדדים מקיימים את החתונה אבל משנים את האופי שלה כך ששירותי הצלם נדרשים פחות או נדרשים בצורה אחרת. חוזה שלם היה כולל את כל המקרים והתגובות האלה, את כל התרחישים האפשריים ואיך הצדדים מתכננים להתמודד איתם. חוזה כזה גם היה מקיים את הרצון של הצדדים בצורה המלאה ואת מפגש הרצונות באופן שלם כי הוא היה אומר לצדדים בדיוק מה הם מקבלים ומה הם נותנים. במובן הזה, מהרגע שהם סיימו את המו״מ, החוזה היה משקף את הרצון שלהם באופן שלם ולכן החוזה השלם הוא לכאורה החוזה האולטימטיבי. בכל זאת, אנחנו לא רואים חוזים שלמים. יש חוזים מאוד מורכבים ומאוד ארוכים, ואפילו חוזים כאלה הם לא חוזים שלמים. בכל זאת, אנשים כורתים חוזים. **איך פותרים את הבעיה של חוזה שלם? אנחנו יוצרים חוזה חסר, חוזה שיש בו נתונים שלא הושלמו, חוזה שיש בו מקרים שאנחנו לא יודעים איך הצדדים היו רוצים לקיים אותם, איך הצדדים היו רוצים לפעול בהתקיים התנאים האלה, ואנחנו משלימים את החוזה באמצעות מקורות חיצוניים לחוזה.** אם המטרה של החוזה היא לשקף את עומד דעת הצדדים, אז היינו רוצים שאותם מקורות חיצוניים ישקפו ככל האפשר את העומד דעת ההיפותטי של הצדדים. מה שאנחנו חושבים, מעריכים, שהצדדים לחוזה היו רוצים עבור החוזה הפרטיקולרי שהם כרתו.

הרעיון הזה של השלמה של מסמך שהיינו רוצים שיהיה שלם, בונים אותו חסר ואז משלימים אותו, לא ייחודי לדיני החוזים. בנזיקין יש לנו עוולות מסגרת ועוולות פרטיקולריות. השגת גבול היא עוולה, אבל גם כל התנהגות שהיא לא סבירה היא עוולה. היינו רוצים לתאר עולם שבו אנחנו אומרים לאנשים כיצד עליהם להתנהג בכל סט של נסיבות. זה משתנה בין אדם לאדם אז היינו רוצים להמציא מערכת שונה לאנשים שונים שאומרת להם איך עליהם לפעול, אבל אנחנו לא עושים את זה. במקום זה אנחנו מייצרים סטנדרטים ומאפשרים פתרונות להשלמה של דיני הנזיקין, אבל לא רק, אלא של כל הדינים. אם היינו יוצרים מערכת משפט פלילית לדוגמה, שאומרת לאנשים כיצד עליהם לפעול כל הזמן ומה יקרה אם הם יסטו מאיך שהם אמורים לפעול. אם היתה לנו מערכת כזו שלמה שמתארת את כל המקרים והאפשרויות, זה היה אולטימטיבי אבל אנחנו לא עושים את זה. אנחנו מקיימים מערכת חלקית ונותנים מנגנוני השלמה, כמו עוולות מסגרת בדיני הנזיקין. זה מנגנון השלמה לזה שדיני הנזיקין חסרים ולא נותנים לנו תמונה מלאה של מקרים ותגובות. אפשר להסתכל ככה על כל מערכת המשפט.

דוגמה לפתרון כללי מהדינים - ס׳ 1 לחוק יסודות המשפט: ״ראה בית המשפט שאלה משפטית הטעונה הכרעה, ולא מצא לה תשובה בדבר חקיקה, בהלכה פסוקה או בדרך של היקש, יכריע בה לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט העברי ומורשת ישראל״.

החקיקה לא שלמה, משלימה אותה ההלכה. אפילו אם ההלכה הפסוקה לא משלימה אותה, תשלים אותה ההלכה הפסוקה בדרך של היקש. אם לא מצליחים להשלים את החקיקה דרך ההלכה הפסוקה ובדרך של היקש, מכריעים לאור עקרונות החירות, הצדק, היושר והשלום של המשפט ומורשת ישראל.

יש לנו גם את המנגנון של הדין - החוק, גם מנגנוני השלמה ישירים - פסיקה, גם מנגנוני השלמה עקיפים - היקש, ואם כל אלה לא עובדים יש לנו מנגנון השלמה חיצוני שאומר איך להכריע בכל הסוגיות שאין לגביהן פתרון. הסיבה שאנחנו צריכים מנגנוני השלמה זה כי החוק חסר.

למה אנחנו רואים את התופעה שהחוק חסר או שחוזים חסרים? מכיוון **שהעלות של לבנות חוזה מלא, העלות של לחשוב על כל המקרים וכיצד אנחנו נגיב עליהם היא גבוה מידי.** אם הצדדים ידרשו לכתוב בחוזה את כל האפשרויות העתידיות ואת כל התרחישים שיכולים להיות, הם לא יצאו מזה. מציעים לא יצליחו לכתוב הצעות. גם אם הוא כן היה מצליח לכתוב הצעות, אז הם יהיו לא יעילות, לא אופטימליות, כי הן היו מכילות הסדרים שהצדדים לא באמת רוצים אותם.

איך מיישבים את הדרישה של מסוימות בהצעה, עם זה שהצעה היא אף פעם לא שלמה, שהיא תמיד חסרה במידה מסוימת? הפתרון הוא להותיר פרטים בהצעה להשלמה ממקורות נורמטיביים. דוגמה אחת זה הוראות חוק משלימות: חוק החוזים (חלק כללי) קובע הוראה לגבי מועד הקיום. צדדים כרתו חוזה שנדרשים בו לבצע פעולות והשאלה מתי הם צריכים לקיים אותו? הם לא קבעו מתי, החוזה שותק לגבי זה. ס׳ 41 קובע - יקיימו את החוזה תוך זמן סביר. ס׳ 44 - אם יש חייב ונושה, אז מקום הקיום הוא מקום עסקו של החייב, אלא אם כן הצדדים קבעו אחרת כמובן. ס׳ 45 - קיום בבינוניות, הצדדים קבעו לעסקת ממכר, הם לא קבעו את טיב הממכר, אז טיב הממכר יהיה בינוני. לא הכי איכותי ולא הכי גרוע. ס׳ 46 - אם לא קבעו את המחיר, יקיימו את החוזה בסכום ראוי בנסיבות העניין.

אלה הסדרים שחלים על כל החוזים. ישנם חוקי חוזים פרטיקולריים כמו חוק המכר, חוק השכירות והשאילה, חוק חוזה קבלנות, חוק חוזה הביטוח, המכילים הסדרים שמשלימים את החוזים מהסוגים האלה.

חוק החוזים (תרופות) עוסק במצבים שבהם חוזה הופר, ונדרשת תרופה (סעד) לצעד השני. **במידה רבה אפשר לחשוב על חוק החוזים תרופות כעל מנגנון השלמה של החוזה**. הוא לא באמת אומר מה התרופות, אלא אומר מה הצדדים יעשו כשמתקיים תרחיש מסוים שהם לא חשבו עליו קודם. **גם חוק החוזים תרופות במידה רבה הוא דיספוזיטיבי - הצדדים יכולים לכתוב בתוך החוזה שההפרה של החוזה לא תזכה את הצד השני באכיפה של החיובים.** לדוגמה, חוזה מכר שבו יצרן התחייב למכור משהו לרוכש והחוזה אומר שאם היצרן מפר את ההסכם ולא מסכים למסור את הממכר, לרוכש אין את הזכות לבקש אכיפה. אם הם לא היו קובעים את זה, היה לרוכש אפשרות לבקש אכיפה. אם לצדדים יש דרך להתנות על דיני התרופות בתוך החוזה, הם יכולים ליצור להם מנגנוני תרופות בעצמם. חוזה שלם היה כזה שאומר מה הסעדים שניתנים בגין הפרה של החוזה, **לכן חוק החוזים תרופות במידה רבה משלים את הרצון של הצדדים.**

**תרופות בשל הפרת חוזה, אמורות לתמרץ את הצדדים לפעול כמו שהם היו רוצים לפעול במועד הכריתה**. כלומר, כשאנחנו נותנים פיצויי קיום, ציפייה, בעקבות הפרה של החוזה, **זה מוודא שהחוזה יופר רק בתנאים שהיינו רוצים שהוא יופר במועד הכריתה**. אם בשלב המו״מ הצדדים היו דנים מתי הם רוצים לקיים את החוזה ומתי לא, הם היו קובעים סיטואציות מסוימות שבהם הם לא רוצים שהחוזה יתקיים. פיצויי קיום דואגים שבאותם סיטואציות ספציפיות החוזה באמת לא יקוים. החייב מעדיף לתת לנושה פיצוי מלא ולא לקיים את החוזה.

בעסקאות מקרקעין קיימת דרישה לכתב - הצדדים חייבים לכלול בחוזה את כל התנאים הדרושים לקיום והחוזה חייב להיות כתוב. זה יוצר מלכוד, כפי שעלה בעניין **ברון נ׳ מנדיס תורס**: מה קורה אם הצדדים הכניסו פרט בכתב לתוך החוזה שלא מקיים את דרישת המסוימות. לדוגמה, ״אנחנו נקיים את החוזה ב- 20 לחודש״. ה- 20 לחודש לא עונה על דרישת המסוימות לגבי מועד הביצוע אם לא כוללים חודש ושנה. לכן החוזה לא שלם, הוא לא מסוים דיו כדי לקבל אותו ע״י אמירת כן.

לכאורה אפשר להגיד שהחוזה ניתן להשלמה ע״י ס׳ 41 לחוק החוזים - קיום תוך זמן סביר, מועד הקיום כשאין פירוט של הקיום. אבל **אם החוזה כולל בתוכו כבר הסדר לגבי מועד הקיום, זה בעצם אומר שהצדדים רצו להתנות על הוראות השלמה ממקורות נורמטיביים ולכן אנחנו לא יכולים להשתמש בהם**. לכן החוזה שכולל כבר התייחסות לנתונים שבכל זאת חסרים כמו ה- 20 לחודש, לא ניתן להשלמה ולכן אם לא היה כתוב את הפרטים האלה החוזה היה שלם, ומרגע שהם כתובים אבל לא מלאים פתאום החוזה חסר, נעדר מסוימות. מותר להשלים חוזה חסר ממקורות נורמטיביים, כל עוד הצדדים לא התכוונו להתנות על זה. הדרישה הראשית היא דרישת גמירות הדעת ואומד דעת הצדדים. ברגע שהצדדים לא מסכימים להשלים ממקורות נורמטיביים לא ניתן להשלים באמצעותם.

**הצדדים יכולים ליצור חוזה שהוא לכאורה חסר ועדיין לאפשר לו להיות חוזה שלם אם הם קובעים בתוך ההסכם מנגנונים שמשלימים את ההסכם**. דוגמה: הותרת פרט לקביעה ע״י צד שלישי - שני צדדים כורתים חוזה, אבל הם לא מסכימים על מחיר. עדיין החוזה שלם, אם שני הצדדים מסכימים למנות שמאי שיקבע את המחיר שראוי לשלם. החוזה לא כולל מחיר אבל הוא כולל מנגנון להשלמת המחיר ולכן הוא מהווה חוזה שלם.

מנגנון נוסף - ע״א 133/89 **החברה לפיתוח חוף התכלת נ׳ מנהל מס שבח מקרקעין** - **מינוי גורם אחר שלא קובע את המחיר אלא קובע את הממכר.** חברה שמחזיקה כל מיני נכסים, היא רוצה למכור אחד מהם אבל אין הסכמה מהצד השני על הממכר. יש הסכמה שהצדדים ימנו ביחד שמאי, והשמאי יחליט מה הממכר, מה הנכס שימכר במסגרת ההסכם. עניינים כאלה מגיעים לביהמ״ש כי הצדדים לא מצליחים להסכים על שמאי שישלים את ההסכם ולכן ההסכם לא שלם, אין מסוימות ולא היה חוזה לעולם. **הפתרון של ביהמ״ש זה לקבוע שהחוזה כן מסוים כי הצדדים רצו במועד הכריתה מנגנון שישלים אותו, אז כן נכרת חוזה.** עכשיו בשלב קיום החוזה, הצדדים פוגעים ביישום שלו, אבל זה לא אומר שהחוזה לא נכרת. **ביהמ״ש גורם לצדדים לקיים את החוזה באמצעות כך שהוא משלים את השמאי, הוא ממנה את השמאי.** מאיפה נובעת הסמכות של ביהמ״ש להשלים את תוכן החוזה ולקבוע את זהות השמאי כשהצדדים קבעו שזאת תהיה החלטה שלהם? הוא אומר שהוא מגשים את אומד דעת הצדדים במועד הכריתה. הוא מפרש את החוזה ככזה שנותן זכות לביהמ״ש לקבוע את זהות השמאי כי זה מה שהצדדים רצו - שיהיה מנגנון להשלמת החוזה באמצעות צד שלישי, שמאי, אז הוא מגשים להם את הרצון הזה.

אפשרות נוספת - לאפשר לאחד הצדדים להשלים את החוזה - **הצדדים קובעים שבחוזה יהיה את כל הפרטים האלה ולגבי מועד התשלום, הרוכש יקבע אותו.** לכאורה זה אפשרי, הבעיה שזה נותן לצד אחד של החוזה אפשרות לקבוע תנאים שהם מאוד לטובתו. הדין מתיר את זה, אבל אנחנו נחשוד ונדרוש לראות שהיישום של זה כפוף לעקרון תום הלב, כך שהצד שרשאי להשלים את החוזה בהחלטה חד צדדית שלו, לא ינצל את זה כדי לפגוע בציפיות הסבירות של הצד השני.

ע״א 541/74 **פרמינסקי נ׳ סהדרוב** - דיון על עסקת קומבינציה, עסקה שבה יש מוכר וקבלן. המוכר הוא בעל מקרקעין והוא מוכר לקבלן את המקרקעין, את השטח שלו. בתמורה הקבלן בונה על השטח נכס, בד״כ בניין עם מס׳ יחידות או דירות, ומעביר כתמורה לקרקע לבעל הקרקע חלק מהדירות. הקבלן מקבל את שאר הדירות למכירה. במקרה הזה הקבלן התחייב להעביר למוכר דירה בעלת נתונים מסוימים, אבל לא שלמים. המוכר יכול להשלים את הנתונים לבחירתו. **הקבלן תבע את המוכר על כך שהחוזה לא מסוים כי הם לא יודעים להגיד איזה דירה ולכן לא נכרת ביניהם חוזה מעולם. ביהמ״ש קבע שהחוזה מסוים, האפשרות של המוכר לבחור את הדירה מבין הדירות שקיימות ובעלות מפרט מסוים הופך את החוזה למסוים ולכן הוא נכרת.**

ב- UCC האמריקאי יש התייחסות לעניין הותרת פרט להשלמה ע״י אחד הצדדים (ס׳ 2-311). על פיו חוזה ייחשב מסוים דיו אם חסר פרט והחוזה כולל היתר לצד אחד להשלים אותו. אותו הצד נדרש להשלים את הפרט בתום לב ובזמן סביר. מה קורה אם יש חוזה שכולל את זכות של צד אחד להשלים פרטים שבו, ואותו צד לא עושה את זה? זה יכול לקרות כי אותו הצד התחרט והוא רוצה להתחמק מהמחויבות שלו בחוזה ולכן לא משלים את הפרט והופך אותו לשלם, מה שהיה גורם לכך שהחוזה יכרת בפועל. מה שיקרה זה שהצד השני יקבל את האופציה להשלים את הפרט (בתום לב) במקום הצד שקיבל את הזכות הראשונית. חוסר שיתוף פעולה של הצד הראשון במקרה כזה יהווה הפרה של החוזה.

**השלמת הסכם ע״י הותרת פרט בטווח מסוים** - עסקה למכירה רכב בטווח של 50,000 ש״ח עד 55,000 ש״ח. א׳ מעוניין למכור רכב לב׳, ב׳ מעוניין לרכוש את הרכב מא׳ והם מסכימים שהמכירה לא תעלה או תרד מהסכומים הנ״ל. הם לא מסכימים על מחיר סופי אלא קובעים שהמחיר יוסכם בעתיד. **עצם קביעת הטווח יוצרת בעיה**. בחוזה שכירות לדוגמה יש ס׳ אופציה שקובע שהשוכר רשאי להודיע למשכיר על כוונתו להישאר בנכס לתקופת האופציה, בדר״כ שנה, ובהודעה זו למשכיר נכרת חוזה לתקופה נוספת. לפעמים מחיר השכירות בהסכם האופציה יכול להשתנות, למשכיר קיימת הזכות לחזור לשוכר ולהגיד לו שהוא משנה את המחיר בטווח מסוים. נגיד עד 5% תוספת למחיר השכירות. **לכאורה כשהצעה כוללת טווח לא מוסכם לא ניתן להגיד שנכרת חוזה, מכיוון שיש פרט חסר - המחיר. למה אי אפשר להגיד שהמחיר יושלם ממקורות נורמטיביים כמו חוק החוזים הקובע הסדר להשלמת מחיר? מכיוון שהשלמה של המחיר אפשרית רק אם הצדדים לא הסכימו על שום דבר**. בהסכמה של הצדדים לטווח הם בעצם אמרו שהם לא מוכנים להשלמה נורמטיבית ולכן לא ניתן להשלים אותו. פתרון אפשרי הוא אופציה כפולה - כל צד יכול להשלים את החוזה ולהביא להתקשרות ע״י זה שהוא מאמץ את הנק׳ בטווח שהכי טובה לצד השני. מוכר הרכב רוצה לאכוף את החוזה ולמכור את הרכב, אז הוא קובע שיש חוזה ב- 50,000 ש״ח. הקונה יכול להביא להשתכללות החוזה בכך שהוא יגיד שיש חוזה בסכום של 55,000 ש״ח. כמה זמן תהיה להם הזכות להשלים את זה החוזה? **אפשר להסתכל על המצב זה של קביעת טווח מחיר כעל שתי הצעות בלתי הדירות שכל צד יכול לממש, תוך זמן סביר. אם אף אחד מהצדדים לא משכלל את החוזה, שתי ההצעות פוקעות.**

**הצדדים גם יכולים להחליט, שלא להחליט. כלומר, לקבוע שהם יקיימו מו״מ עתידי על נושא מסוים בלי לקבוע טווח**. במקום שמחיר הרכב יהיה בין 50 ל- 55 אלף ש״ח, הצדדים יסכימו על מכירה ורכישה של הרכב בלי לנקוב מחיר ויסכימו להשלים את זה בעתיד. **זה מעלה בעיה דומה לבעיה שקיימת ביחס להשלמה נורמטיבית. אם הצדדים אומרים שהם רוצים לנהל על הסכום מו״מ עתידי, הם בעצם אומרים שהם לא רוצים שבימה״ש ישלים את זה באמצעות הוראות דין**. הם לא הפנו להוראות דין, הם לא אמרו שהם יקיימו את החוזה במחיר סביר כפי שיראה לביהמ״ש בנסיבות העניין והם לא אמרו שהם מסכימים לקיים את ההסכם תוך זמן סביר וכו׳. הם קבעו שהם יחליטו, אבל בעתיד. זה יוצר בעיה קשה להגיד שהחוזה מסוים דיו. אפשר לחשוב על זה כעל הסכם מקדמי. זה עוד לא הסכם שלם, זה עוד לא הסכם מכר. **כשאנחנו מותירים פרט לא שלם ומצהירים שאנחנו רוצים לנהל עליו מו״מ בעתיד, לא ניתן להשלים אותו אבל ניתן להתייחס לזה כהסכם שמגדיר את התנאים לניהול מו״מ בעתיד**. לפעמים צדדים רוצים להסדיר מראש את הדרך שבה הם ינהלו מו״מ. זה קורה בדר״כ כשהמו״מ עצמו כרוך בהמון עלויות - הוא מאוד מורכב, דורש השקעה של המון משאבים. אנחנו רוצים לדעת שכללי המשחק ביחס למו״מ מוסכמים. זה לא אומר שיכרת בהכרח חוזה, אבל אנחנו רוצים להבין שההשקעות שלנו אגב המו״מ לא יהיו מבוזבזות סתם. אפשר לפקח על כל ההתנהלות הזו במסגרת ס׳ 12 לחוק החוזים - החובה לקיים מו״מ בתום לב, אבל זה לא הכרחי. כשיש טיעון שלא דורש התייחסות לתום לב הוא עדיף על פני הטענה ״חוסר תום לב״. תום לב כמין קלף מנצח הוא בעייתי כי הוא יכול להגיד כל דבר. אז אנחנו מעדיפים להשתמש בדוקטרינות אחרות, במידת האפשר.

**גלנר נ׳ תיאטרון חיפה** - השאלה שעלתה היא האם נכרת חוזה בין גלנר לבין התיאטרון. גלנר היה עובד של התיאטרון שלא הצליח להגיע עם התיאטרון להסכמה לגבי הסכום שישולם לו על עבודתו, אבל הם כן הסכימו לנהל מו״מ לגבי הסכום, ואז התיאטרון סירב למו״מ. האם אפשר לתבוע את התיאטרון על הפרת החוזה? התשובה היא **שהסירוב לנהל מו״מ זה הפרה של ההסכם לנהל מו״מ.** עולה השאלה עד כמה זה הכרחי לקיים את זה לאור ס׳ 12 לחוק החוזים. מה הסעדים שאדם יכול לתבוע כשהופר איתו החוזה לנהל מו״מ? הוא לא יכול לתבוע את הסעדים של החוזה, **הוא לא יכול לתבוע שיקיימו איתו את החוזה כי לא ברור שמו״מ היה מניב הסכמה על התנאים של החוזה. הוא כן יכול להגיד תפצו אותי על ההסתמכות, על ההוצאות שהוא הוציא על החוזה הזה של ניהול מו״מ.** לדוגמה, אם הוא איבד הזדמנויות כי הוא אמר לאחרים שהוא לא מתכוון לנהל איתם מו״מ כרגע כי הוא מנהל מו״מ עם אותו תיאטרון. לכן זה הנזק שנגרם לו אגב ההסכם לנהל מו״מ (ולא ההסכם של לעבוד עבור התיאטרון). זה אומר שהפיצויים שינתנו על אי ניהול מו״מ למרות שיש הסכמה לניהול מו״מ עתידי הם לא הסעדים של אי קיום חוזה. אנחנו לא יכולים להגיד שחוזה השתכלל, אבל אנחנו כן יכולים להגיד שצד יקבל פיצוי על זה הפרו את ההסכם איתו של לנהל מו״מ.

**פניה לציבור:**

ס׳ 2 חוק החוזים כללי (סיפא) - הצעה יכולה שתהיה לציבור.

מה מבחין בין הצעה לציבור ובין הזמנה להציע הצעות שעל בסיסן יכרת חוזה בתנאי שהמזמין ביצע קיבול?

ההבחנה הזו חשובה מכמה בחינות - **היא לא רק קובעת את זהות המציע והניצע, היא קובעת איך נבצע קיבול, מתי נצבע, ובאיזה תנאים נקשר חוזה**. היא נורא חשובה כשאנחנו קובעים בתחרות בין חוזים נוגדים. תחרות זכויות זה המצב המשפטי ששניים טוענים לאותה זכות בפועל. לדוגמה, תחרות בקניין היא כשיש שני גורמים שיש להם טענה לזכות קניינית באותו נכס. הרבה פעמים כשיש תחרות בין שני גורמים אנחנו נצטרך להכריע בתחרות, להכריע למי שייכת הזכות, כי הזכויות מוציאות אחת את השנייה. לדוגמה, בהצעה לציבור לקנות מוצר בודד יזכה בתחרות מי שמסר ראשון את הודעת הקיבול, כי הראשון שמסר את הודעת הקיבול הביא להשתכללות של חוזה ולכן זכותו עדיפה. הוא הראשון ששיכלל את הזכות החוזית לממכר. לעומת זאת, אם הייתה פניה להציע הצעות, ולא הצעה, השתכללה הזכות של הראשון שקיבל הודעת קיבול כי החוזה נקשר ברגע שהתקבלה הודעת הקיבול למציע. אז אם הייתה פניה לציבור והפניה אמרה ׳תציעו לי הצעות ואני אחליט את מי אני מקבל׳, נמסרו כל מיני הצעות ונשלחה הודעת קיבול לשניים ונמסרה קודם לאחד. זה שקיבל אותה ראשון, שיכלל חוזה. זה אומר שזכותו עדיפה על מי שקיבל את הודעת הקיבול שני.

איך אנחנו יודעים מתי פניה לציבור היא הצעה, ומתי היא הזמנה להציע הצעות? נבחן שלושה מצבים:

1. חנות לשירות עצמי וחנות ״רגילה״ - נכנסים לסופר ומונח על המדף פריט. האם זו הצעה ואיך מבוצע קיבול? בצרפת רואים את הפריט כהצעה, ובאנגליה מתייחסים לזה כאל הזמנה להציע הצעות. השאלה תהיה בכל המקומות, האם בעל החנות גמר בדעתו להתקשר בחוזה ברגע שבו הקונה נטל את המוצר מהמדף. איפה נכרת חוזה? האם הוא נכרת כשהמוצר על המדף ונוטלים אותו ואני מביע את גמירות דעתי להתקשר בחוזה? בישראל יש פתרון ביניים - **המוצרים עם המחיר על המדף היא הצעה בלתי הדירה**, הסופר לא יכול לחזור מההצעה שלו למחיר שמופיע על המדף והקיבול מתבצע בקופה. באנגליה המוצרים שעל המדף הם הזמנה להציע הצעות, בכל נקודת זמן שלאחר נטילת המוצר מהמדף אפשר להגיע לקופה ושם יכול להיות שיגידו לי שהמחיר הוא אחר והתנאים הם אחרים, בשונה ממה שרשום על המוצר/מדף וכו׳, ואז אני אוכל לבחור אם לבצע קיבול בתשלום. אם זאת כן הצעה ואנחנו לא רוצים שהקיבול יתבצע מאוחר יותר, **צריך לשאול מהו מעשה הקיבול. אפשר להגיד שהמוצר שעל המדף זאת הצעה והקיבול נעשה מעצם נטילת המוצר מהמדף. אם זה ככה אז לכאורה השתכלל חוזה ברגע שהלקוח נטל את המוצר מהמדף ואז הוא לא יכול לחזור בו**.
2. משלוח קטלוגים הביתה - מישהו שולח לאנשים פרסומות ואומר להם שהם יכולים להזמין ממנו את המוצר. **אפשר לחשוב על זה כעל הצעה לציבור והקיבול מתבצע בהתנהגות - תשלום או אפילו אמירת כן וביצוע ההזמנה**. הבעיה היא שלפעמים המוכרים לא היו רוצים שככה ישתכלל החוזה כי זה יוצר בעיה עם מלאי. אם אני מציע הצעה לרכוש ממני מוצר במחיר מסוים ויש לי 100 יח׳, הבעיה היא שמהרגע שעשיתי את ההצעה ויותר ממאה אנשים אומרים לי כן, שכללתי יותר ממאה חוזים. אני נמצא בסיכון של הפרת הסכם מול כל האנשים שקנו ממני, ששכללתי איתם חוזה שלא בהתאם לכמות המלאי שיש לי. אפשר לחשוב על ההצעה כעל הצעה מותנית, הצעה שאומרת ׳עד גמר המלאי׳. אני מפרסם הצעה עם מס׳ יחידות מותנה מראש, נגיד 100, ברגע שמאה אנשים אמרו כן וקיבלו את ההצעה שלי, היא פוקעת. אפשר גם לחשוב שזאת הצעה שלא כתובים בה התנאים האלה, אבל יש בה תנאי מכללא שהיא תפקע ברגע שנגמר המלאי. **הרעיון של תנאי מכללא הוא שיש הסדרים בתוך החוזה שנמצאים בו אפילו אם הצדדים לא אמרו אותו במפורש כי הם חלק ממה שהצדדים או שצדדים סבירים במקומם חשבו שהוא חלק מהחוזה**. בהקשר הזה החשיבות של תנאי מכללא הוא שהוא **מגדיר לנו את התוכן של ההצעה למרות שהוא לא כתוב במפורש כי כולם מבינים שהוא חלק מהחוזה**. איך אפשר לקבוע אם הקטלוג הוא הזמנה להציע הצעות, לא משכלל חוזה ברגע שאומרים כן, או הצעה שאפשר לקבל אותה וזה מספיק כדי שישתכלל חוזה? צריך לחשוב על כל מיני שיקולים: משך ההצעה - אם ההצעה היא לתקופה קצרה מאוד, זה ממחיש את זה שאני מעוניין שהצדדים יראו בזה כהצעה ואני מונע אפשרות שיגמר המלאי ואני יפר הסכמים. אפשרות אחרת היא מנגנון שמאפשר למציע למשוך את ההצעה שלו. זה גם מראה שזאת הצעה, זה גם דרך של המציע לבטח את עצמו. אותו הדבר נכון גם לגבי הגבלה כמותית על סך ההזמנות או על כמה מותר לכל אחד להזמין. זהות המציע גם יכולה לעזור לעשות את ההבחנה - אנחנו נרצה להגן על מציע קטן שמוצא את עצמו בעסקה שהוא לא יכול לממש לעומת זאת אם חברה מאוד גדולה מציעה הצעות אנחנו לא צריכים לתת את אותה ההגנה. אנחנו ניטה לראות בפניות כאלה הצעה אם יש הסתמכות משמעותית - דרישה מלקוח שכדי לממש את ההזמנה שלו הוא צריך להגיע למקום מסוים, לשלם מקדמה, לבצע פעולות מסוימות. ככל שהמעשה דורש יותר מהלקוח, אז ההסתמכות גורמת לכך שנרצה להכיר בזה כחוזה ולא כהזמנה להציע הצעות.
3. פרסום מודעה ברשתות חברתיות או באתרים ייעודיים על השכרת דירה/מכירת כלי רכב - האם מודעה שבה נאמר שאני מעוניין להשכיר את הדירה שלי ב- 6,000 ש״ח, הדירה ברחוב כזה וכזה, העלות של המים וחשמל הם כאלה וכאלה, התשלום יעשה ב- 12 תשלומים מראש בכל חודש עבור השכירות של אותו החודש, תנאי היציאה הם כאלה וכאלה - הצעה מלאה ומפורטת שפרסמתי ביד2. האם מישהו יכול לשלוח לי הודעה ׳קיבלתי׳ ובכך לשכלל בינינו הסכם? המשכיר רוצה עוד מידע, חלק מההצעה של השוכר היא הזהות שלו. המשכיר רוצה עוד מידע שרלוונטי לו לגבי השוכר שהוא לא יכול לדעת עליו כי הוא נמצא אצל השוכר הפוטנציאלי ולכן המשכיר לא מציע הצעה אלא מזמין את הציבור להציע לו הצעות במסגרת הפרסום. האם פרסום מודעה למכירת רכב ביד2 היא הזמנה להציע הצעות או הצעה? גם אם מכירת רכב היא יחסית יותר פשוטה ופחות מורכבת מהשכרת דירה, עדיין **פרסום מודעה למכירת רכב תהווה הזמנה להציע הצעות ולא הצעה סופית כמו בסופר. לא כל המידע הרלוונטי נמצא במודעה וגלוי לקונה, למשל מה המצב המכאני של הרכב בפועל. זאת אומרת שלקונה אין את התמונה המלאה לגבי העסקה ולכן אנחנו נרצה לאפשר לו לקבל עוד מידע**. לדוגמה, הוא יקח את הרכב לבדיקה כדי לבדוק מה המצב שלו. ככל שהמידע הזה חסר יכול להיות שהפניה לציבור בפרסום באינטרנט היא לא הצעה כי חסר בה פרטים מהותיים, היעדר מסוימות. מצד שני אפשר להגיד שזאת כן הצעה, ושהפניה של הקונה שמעוניין לרכוש את הרכב אך מתנה את זה בבדיקה זה למעשה קיבול תוך שינוי, מה שמהווה למעשה הצעה חדשה. עולה שאלה האם הזמנה להציע הצעות ואז הימנעות מניהול מו״מ יכולה להיחשב כהפרת חובת ניהול מו״מ בתום לב.

**להזמנה להציע הצעות אין תוקף משפטי, אלא זה מצב שבו אין הצעה שיש לה תוקף משפטי**. ס׳ 2 אומר לנו שהצעה היא פניה שמעידה על גמירות דעתו של המציע להתקשר בחוזה ומסוימת דיה כדי שניתן יהיה לכרות חוזה על בסיס הסכמה להצעה, ויכולה להיות הצעה שהיא פניה לציבור. **השאלה היא מתי הפניה לציבור מהווה הצעה? כאשר ישנה פניה לציבור, אך לא מדובר בהצעה, אנחנו מכנים זאת הזמנה להציע הצעות. בכל מצב שבו יש פניה לציבור ללא הצעה, זאת תהיה הזמנה להציע הצעות.** זה השם שאנחנו נותנים למצב המשפטי שבו ההצעה חסרת תוקף מחייב כאשר ניתן לה קיבול.

**מכרז הוא תמיד בהגדרה שלו הזמנה להציע הצעות. הוא לא רק הזמנה להציע הצעות כי זו פניה לציבור שהיא לא הסכם, אלא כי זה בהגדרה פניה לציבור והזמנה לציבור לתת הצעות שונות להתקשרות בחוזה, ואמירה ׳אנחנו הולכים להתקשר בחוזה על סמך ההצעות האלה**׳. בפס״ד **חברה קדישא** ניתן לראות **שהזמנה להציע הצעות יכולה להיות כזאת שכוללת בתוכה כבר את הפרטים לקיבול המאוחר של ההצעה**. לדוגמה, אנחנו נקבל את ההצעה הגבוה ביותר׳. אם אנחנו אומרים שאנחנו נקבל את ההצעה הנמוכה ביותר אפשר לראות את הפניה הזו בעצם כהצעה להתקשר בחוזה, שהחוזה הוא יחד עם כל מי שמשתתף, שאומר ׳אנחנו נכרות חוזה למכירה על בסיס ההצעה הגבוה ביותר׳. אומנם באותו מקרה הם לא כללו את האמירה הזו בתוך ההצעה שלהם, חברה קדישא אמרו שהם שומרים על הזכות שלהם להמשיך ולנהל מו״מ. כלומר הם אמרו לא רק שאנחנו לא מבטיחים להתקשר בחוזה עם אף אחד, אנחנו שומרים על הזכות לנהל מו״מ על התנאים וגם לא לכרות חוזה עם אף אחד שמשתתף במכרז. עולה השאלה, בהנחה שהיו הצעות וקיבולים או הצעות והצעות עם שינוי, מתי נכרת החוזה? השופט **דנציגר** אומר שלא ניתן לאתר מועד שבו התקיים מפגש הרצונות. כלומר לא היה מועד שבו ניתן להגיד שהמציע הציע הצעה והניצע קיבל אותה כך שהתגבש מפגש רצונות במובן שנכרת חוזה.

**מועדי ההצעה והקיבול ואופן מתן ההודעות:**

מה ההסדר בחוק החוזים לגבי כריתת החוזה ביחס למועדי ההצעה והקיבול?

אפשר לחשוב על השתלשלות העניינים של כריתת חוזה כעל מסירת הצעה (שליחת ההצעה לניצע בדואר, פרסום מודעה בעיתון - אלה הזמנים שבהם נמסרה ההצעה אבל היא יכולה להתקבל במועד מאוחר יותר), ברגע שנתקבלה ההצעה, הניצע יכול להחליט האם לקבל אותה, וברגע שהוא החליט לקבל אותה הוא צריך למסור הודעת קיבול. המסירה של הודעת הקיבול לבד, לא משכללת את החוזה. **החוזה משתכלל רק כשהודעת הקיבול התקבלה אצל המציע.**מסירת ההצעה קבלת ההצעה מסירת הודעת הקיבול קבלת הודעת הקיבול = המועד המכונן שבו נכרת החוזה.

עולה השאלה, מה קורה בזמן הביניים, לפני נקודת הזמן שבה נכרת החוזה? האם לצדדים (המציע והניצע) פתוחה האפשרות לשנות את דעתם עד הרגע שבו החוזה השתכלל, לחזור בהם מההצעה או מהקיבול?

שאלה נוספת שעולה היא, מתי אפשר לבצע קיבול? מה החשיבות בעניין הזה לגבי מסירת הודעת הקיבול, וקבלת הודעת הקיבול ע״י המציע?

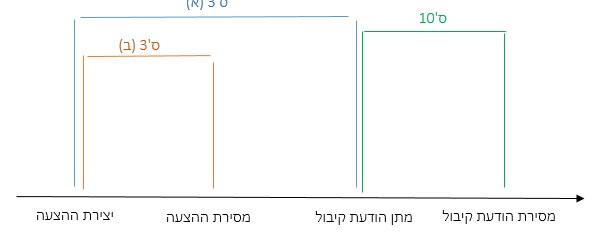
**חזרה מההצעה:**

ס׳ 3 לחוק החוזים (חלק כללי):

(א) המציע רשאי לחזור בו מן ההצעה בהודעה לניצע, ובלבד שהודעת החזרה נמסרה לניצע לפני שנתן הודעת קיבול.

(ב) קבע המציע שהצעתו היא ללא חזרה, או שקבע מועד לקיבולה, אין הוא רשאי לחזור בו ממנה לאחר שנמסרה לניצע.   
\*\* לשים לב שזה לא לאחר שהמציע שלח את ההודעה, אלא רק לאחר שהניצע קיבל אותה.

ס׳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).   
\*\* ס׳ 6(א) מדבר על קיבול בהתנהגות.

הס׳ אומר שהניצע קיבל הצעה, נמסרה לידיו הצעה, והוא שלח הודעת קיבול. הוא **רשאי לשלוח הודעה נוספת למציע שבו הוא מושך את הקיבול שלו, הוא אומר שהוא מתחרט, כל עוד הודעת החזרה מהקיבול נמסרת ומתקבלת אצל המציע לפני או יחד עם הודעת הקיבול.**

ס׳ 60 לחוק החוזים (חלק כללי):

(א) הודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות הענין.

(ב) מקום שמדובר בחוק זה על מסירת הודעה, רואים את ההודעה כנמסרה במועד שבו הגיעה לנמען או אל מענו.

ההסדרים הנ״ל הם הסדרים דיספוזיטיביים.

**ישנו חוסר סימטריה בין ס׳ 3 לס׳ 10** - **ס׳ 3 אומר שהמציע יכול לחזור בו מההצעה רק לפני שהניצע נתן הודעת קיבול,** לא לפני שנמסרה הודעת קיבול והשתכלל החוזה. זה אומר שיכול לעבור פרק זמן - המציע שולח הודעה לניצע, הניצע מקבל אותה מוציא הודעת קיבול ואז המציע שולח לו באמצעות שליח מהיר שהוא חוזר בו מן ההצעה. הודעת הקיבול עוד לא נמסרה לו, עוד לא השתכלל חוזה, אבל המציע כבר כבול בהצעה שלו כי הודעת הקיבול כבר נשלחה, היא כבר ניתנה, גם אם עוד לא נמסרה. לכאורה ס׳ 3 כובל את המציע בהצעה שלו אפילו אם ההצעה הדירה לגמרי לפני שהשתכלל החוזה. השאלה היא למה? הרעיון הוא להגן על ההסתמכות של הניצע. למציע אין הסתמכות כרגע על הניצע כי הוא רק שולח הודעות ומקווה שיקבלו אותן. הניצע שלח הודעת קיבול, הוא מסתמך על ההצעה. הוא חושב שהוא קיבל את ההצעה והשתכלל חוזה. לכן לא מאפשרים למציע לחזור בו מההצעה מהרגע שהניצע קיבל את ההצעה ולמעשה נוצרה הסתמכות שלו על הצעת המציע. זה נכון במיוחד במקרים שבהם הקיבול כרוך בשינוי מצב.

אפשר לחשוב על כלל אחר שאומר שקיימת זכות חזרה כל עוד לא השתכלל חוזה. זה גם היה יכול ליצור תמריצים מעניינים לניצע כי זה אומר לניצע שאם הוא רוצה לוודא שהשתכלל חוזה שידאג שהודעת הקיבול תימסר למציע כמה שיותר מהר. המצב המשפטי היום לא עובד ככה, אם הניצע רוצה לבטח את עצמו ולשכלל חוזה מספיק שהוא יוציא את הודעת הקיבול וכל עוד היא תגיע לניצע תוך זמן סביר, השתכלל החוזה גם אם הניצע חזר בו.

המציע לא כפוף למצב הזה, ההצעה לא כוללת רק את התנאים של החוזה, ההצעה גם יכולה לכלול את התנאים של קיבול החוזה. המציע יכול לקבוע שהצעתו היא ללא חזרה, אבל הוא גם יכול לקבוע שהוא רשאי לחזור בו מההצעה עד שנמסרה הודעת הקיבול. כלומר, גם ההסדר שיש בס׳ 10 הוא ברירת מחדל במידה מסוימת. המציע הוא אדון ההצעה והוא יכול לקבוע את כל תנאי ההצעה ואת תנאי הקיבול להצעה כולל זה שהוא רשאי לחזור בו מן ההצעה עד לנקודת זמן מסוימת, לרבות עד שנמסרה לו הודעת הקיבול והשתכלל החוזה.

המציע גם יכול להתנות על הזכות של עצמו לחזור בו מן ההצעה לאחר שנמסרה. אפשר לראות את הזכות הזאת של הצעה ללא חזרה כאופציה. במשפט האנגלו-אמריקאי נקבע שאין תוקף להצעה ללא חזרה, כי אתה נותן משהו לצד השני ללא כל תמורה, ואם תמורה היא דרישה מהותית במשפט להשתכללות של הסכמים, אתה לא יכול למסור זכות לצד אחר ללא תמורה. זה לא מחייב אותך. השאלה היא מה מרוויח אדם שנתן הצעה ללא זכות חזרה? למה לפעמים הניצע מפסיד מזה שיש הצעה שהיא בלתי הדירה? המציע מרוויח את זה שההצעה הבלתי הדירה שלו יכולה ליצור רצון אצל אנשים להגיש הודעת קיבול כי הם יודעים שהם לא צריכים לפחד. יותר מזה, אם ההצעה כפופה בזמן זה יוצר לחץ אצל הניצעים לנצל את ההזדמנות. התוקף הזה שמחייב את המציע גם מדרבן את הניצעים להשתתף.

בפס״ד **נווה עם נ׳ יעקובסון** ניתנה הצעה בלתי הדירה שהיתה מוגבלת בזמן. לפעמים במצבים כאלה המציע רוצה לחזור בו מן ההצעה, ומכיוון שהוא לא יכול לחזור בו מהצעה בלתי הדירה הוא מתחמק ומונע מניצעים פוטנציאלים לעשות קיבול להצעה. במצב כזה ישתכלל החוזה בכל זאת מכיוון שאחרת לא תהיה משמעות להצעה בלתי הדירה.

מתי פוקעת ההצעה גם כשלא היתה חזרה מההצעה, ובמידה וכן היתה חזרה מההצעה, איך המציע צריך לחזור מההצעה שלו כדי להפקיע אותה?

בפס״ד **קוזלי** **נערך דיון לגבי האופן שבו חוזרים מהצעה**. עמותה שהוקמה לצורך איתור חיילי צה״ל נעדרים או כאלה שנחטפו מפרסמת באתר אינטרנט, במודעות ובשלטי חוצות הצעה לפיה מי שיביא מידע שיוביל להימצאותו של חייל נעדר או חטוף יזכה בפרס של 40 מיליון דולר. הפרס האמור משולם ע״י המדינה ולא ע״י העמותה, העמותה רק מפרסמת את ההצעה. כעבור כמה שנים הוחלט לסגור את העמותה, והדבר פורסם במס׳ אתרי תקשורת בלבד, אך לא בשלטי חוצות ומודעות, כלומר לא באותו האופן שבו פורסמה ההצעה ע״י העמותה מלכתחילה. המודעות והשלטים עם ההצעה המקורית למעשה נשארו עומדים גם לאחר סגירת העמותה. מנכ״ל העמותה החליט להשאיר את המודעות עם ההצעה לתקופת זמן מוגבלת כטובה לאב שבנו החייל נעדר.

באותו מקרה עלו דיונים בכמה דברים שמפקיעים את ההצעה. אחת השאלות שנשאלו היא האם המדינה חזרה בה מההצעה? **השופט עמית** החזיק בעמדה שההצעה פקעה כי המדינה חזרה בה מההצעה **והשופט הנדל** אמר שההצעה לא פקעה. ממה נובעות העמדות השונות? מה היתה הודעת החזרה מההצעה ומה מפקיע אותה? עולה השאלה, האם עצם כך שהעמותה חדלה מלהתקיים מהווה הודעת חזרה מההצעה? שאלה שניה היא האם ההודעה על כך שהעמותה נסגרת התפרסמה באותו אופן שבו פורסמה ההצעה ע״י העמותה?

**השופט עמית** טוען כי במובן הרחב הפרסום על סגירת העמותה נעשה באותו האופן שפורסמה ההצעה על ידה, זה לא חייב להיות זהה לחלוטין. גם ההצעה וגם סגירת העמותה פורסמו באינטרנט, גם אם במקומות שונים ולמרות שלא הייתה חזרה מפורשת מההצעה אלא זה רק השתמע מכך שהעמותה נסגרת אבל אמירה משתמעת שחוזרים מההצעה מספיקה כדי לראות בכך חזרה מההצעה.

**השופט הנדל** לא מסכים עם הטענה הזו של השופט עמית. בעיניו לא רק שלא היתה הודעת חזרה מההצעה, אלא שהיא לא נמסרה באותו האופן ולמעשה במקביל היתה גם הצעה וגם הודעת חזרה מההצעה. גם אם הפרסום על כך שהעמותה נסגרת מהווה הודעת חזרה מההצעה, זה לא מספיק כי במקביל לזה השלטים עם ההצעה ממשיכים לעמוד. אדם סביר שרואה את השלט יכול לחשוב שההצעה עדיין תקפה.

**הודעת החזרה צריכה להימסר באותה הדרך שבה ניתנה ההצעה**. יש שוני בין הצעה לציבור לבין הצעה שניתנה לאדם יחיד. **בהצעה שניתנה לאדם יחיד הודעת החזרה לא צריכה להימסר בדיוק באותו האופן, היא צריכה להימסר לאותו אדם**. זה שקיבל את ההצעה ואולי הסתמך עליה, צריך ליידע אותו שהייתה חזרה מההצעה. כל הרעיון של מתי מותר לחזור מהצעה ומתי לא מתבסס על הרעיון של האם הניצע הסתמך על ההצעה, ולכן גם אסור לחזור מההצעה לאחר שנשלחה הודעת הקיבול. המצב שונה בהצעה לציבור, כי אנחנו לא יודעים מי קיבל אותה. **הצעה לציבור נעשית באופן כזה שהיא לא נשלחת ליחידים, היא מוצעת לציבור באמצעות עיתונים, שלטי חוצות וכו׳.** **התפיסה היא שכדי לשרת את אותו האינטרס של מניעת הסתמכות אנחנו צריכים לפרסם את החזרה מההצעה באותו האופן שבו פורסמה ההצעה עצמה.**

אפשר לשאול מה קורה אם ידוע שלא נמסרה הודעת חזרה מההצעה, אבל הניצע יודע שהמציע חזר בו מההצעה? סיטואציה שבה המציע לא שלח הודעת חזרה מההצעה, הוא יודע שהניצע לא קיבל הודעה כזו, אבל הניצע יודע שהמציע חזר בו מההצעה? אם הניצע יודע שהמציע חזר בו מן ההצעה, לכאורה הוא לא יכול להגיד שהוא הסתמך על ההצעה כי הוא יודע שהיא פקעה.

העניין עלה בפס״ד **Dickinson v. Dodds**במקרה מדובר על הצעה בלתי הדירה. אדם אמר לחברו שהוא ימכור לו סוס תמורת 50 ש״ח. הניצע לא ביצע קיבול, ואז הניצע גילה שהסוס נמכר לאדם שלישי ואז הוא שלח הודעת קיבול. השאלה היא האם נכרת ביניהם חוזה? האם הקיבול היה כדין? כל המקרה התרחש בתוך כמה דק׳. אם זמן סביר לקבל הצעה לקניה של סוס הוא שלושה ימים, לצורך הדיון, ההצעה היא הצעה הדירה מותר לחזור ממנה אבל המציע לא חזר בו באופן רשמי מההצעה, הניצע גילה שהממכר הייחודי (יח׳ 1), ניתנה לאדם שלישי. שם ביהמ״ש קבע ש**המטרה של הודעה היא ליידע את הניצע, אז אם הניצע יודע, הושגה התכלית של ההודעה.** לכן, ידיעת הניצע על זה שהמציע מכר את הסוס לצד שלישי, כמוה כהודעת ביטול ולכן אם הוא עוד לא שלח הודעת קיבול, לא נכרת חוזה.

בישראל המצב שונה לאור הנוסח של ס׳ 3 לחוק החוזים. **החוק אומר שהמציע רשאי לחזור בו מההצעה בהודעה לניצע, כלומר החוק אומר שההודעה צריכה להינתן ע״י המציע** ולא מספיק שתינתן סתם הודעה ע״י כל גורם שלישי. יש בזה היגיון - אם כל הודעה לניצע היתה מפקיעה את ההצעה, המציע בעצמו לא היה רוצה את זה כי הוא רוצה להתקשר בחוזה. אם כל בן אדם היה יכול לדבר בשם המציע ולהגיד שהוא מושך את ההצעה ובכך לבטל אותה, זה. היה יוצר מצב אבסורד. כברירת מחדל, אנחנו לא נרצה שזה יהיה המצב. המציע הוא אדון ההצעה - נכון שבתור ברירת מחדל לא נרצה שזה יהיה המצב, אבל המציע תמיד יכול לשמור לעצמו את הזכות בתוך ההצעה לקבוע מנגנונים כאלה. לכן ברירת המחדל היא שהמציע הוא זה שצריך למסור את ההודעה שהוא מושך את ההצעה, אבל הוא יכול לקבוע בתוך ההצעה מנגנונים שונים שמפקיעים אותה כמו הודעה ע״י צד שלישי שהוא רכש את הממכר מפקיעה את ההצעה.

**פקיעת הצעה:**

הצעה יכולה לפקוע גם אם המציע לא חוזר בו מההצעה:

* הניצע דחה את ההצעה ס׳ 4(1) לחוק החוזים
* עבר מועד הקיבול להצעה ס׳ 4(1)
* פקע הכושר של המציע ליטול על עצמו התחייבות משפטית 4(2)

1. המקרה הראשון שבו פוקעת ההצעה הוא כשהניצע דוחה אותה. מה היא דחייה של ההצעה? **דחייה של ההצעה זה אמירה שאני לא מעוניין בהצעה, אמירה כזו מפקיעה אותה**. מה קורה אם מישהו לא אומר שהוא לא מעוניין בהצעה, אלא עושה פעולה אחרת בעניין ההצעה שהיא קרובה לאמירה שאני לא מעוניין בה. לדוגמה, קיבול בשינוי.

**קיבול בשינוי לפי ס׳ 11, בדומה לקיבול לאחר מועד פקיעת ההצעה, כמוהו כהצעה חדשה**. מה קורה אם יש הצעה בלתי הדירה שבוצע לה קיבול בשינוי, האם זה מפקיע את ההצעה?

**נווה עם נ׳ יעקובסון** - מדובר בעולה חדש שגר בדירה שכורה מטעם משרד הקליטה. פנו אליו בהצעה לרכוש את הדירה, אבל כדי לחתום על חוזה הקניה הוא היה צריך למסור כנגד סכום מסוים במזומן. הוא היה יכול לקבל הלוואה מהבנק, אבל הבנק לא הסכים לתת לו את ההלוואה עד שיוצג בפניו חוזה קניה חתום. נוצר מצב פרדוקסלי שהוא לא יכול לחתום על החוזה בלי הכסף, והוא לא יכול לקחת הלוואה בלי החוזה החתום. באחת מהפגישות עם בא כוח המוכרים הוא נדרש לשלם את הכסף. הוא עזב את הפגישה בטענה שאין לו איך לשלם. לאחר מס׳ ימים הוא שב עם הכסף וביקש לקנות את הדירה. בא כוח המוכרים טען כי כשהוא עזב את הפגישה הוא למעשה דחה את ההצעה ומכאן שההצעה פקעה והוא כבר אינו יכול לרכוש את הדירה.

**ההצעה במקרה דנן היתה הצעה בלתי הדירה מכיוון שנקבע תאריך סופי שבו ההצעה תפקע, תאריך אחרון לקיבול. אולם יש לשים לב שגם בהצעה בלתי הדירה, כאשר הניצע דוחה את ההצעה, ההצעה פוקעת מאליה** גם אם הניצע דחה אותם טרם התאריך האחרון לקיבולה.

**קיבול בשינוי מהווה הצעה חדשה ומפקיע את ההצעה הקודמת, אבל זה לא אומר שגישוש במסגרת מו״מ מהווה דחיה אקטיבית של ההצעה הקודמת**. כלומר, הודעה שבא אני אומר ׳אני לא מוכן לתנאים האלה, אני דורש תנאים כאלה, האם אתה מקבל אותם?׳ תפקיע את ההצעה, אבל האמירה ׳האם תהיה מוכן לשקול אולי לשנות את התנאים ככה שאני אוכל לקבל את החוזה כדי שאוכל להביא לך את הכסף?׳, זה לא מפקיע את ההצעה.

מכיוון שבאותו מקרה היה מדובר בדיור מוגן, היה אינטרס מאוד גדול לחברה שמכרה את הדירות לא למכור אותן כי הדיירים שקיבלו את ההזדמנות לרכוש את הדירה קיבלו אותה בתנאים טובים מאוד. נראה כי יש ניסיון של ביהמ״ש ללכת בין הטיפות, להגיד מצד אחד שקיבול בשינוי מפקיע את ההצעה כי זה הדין הראוי ובאותה נשימה להגיד שלא כל בקשה לשינוי היא קיבול בשנוי שתפקיע את ההצעה.

1. המקרה השני שבו פוקעת ההצעה הוא כשחלף מועד ההצעה. הפקיעה של מועד ההצעה יכול להיות אם יש בהצעה תאריך ואז זה מאוד פשוט - ניתן לקבל את ההצעה עד ליום 10/11 ואם מישהו מתקשר ב- 11/11 אז המציע יכול להחליט אם לקבל את ההצעה שלו להתקשר בחוזה או לא כי קיבול לאחר מועד פקיעת ההצעה כמוהו כהצעה חדשה אבל הפניה לא תהווה קיבול.

**החריג הוא הודעת קיבול שנשלחה לפני שפקעה ההצעה אבל נמסרה אחרי שפקעה ההצעה ס'8ב לחוק החוזים. בהודעת קיבול שנשלחה לפני שפקעה ההצעה, הניצע יכול להניח שניתנה הודעת קיבול ושנכרת חוזה**. לכן בתנאים האלה כדי להפקיע את החוזה צריך שיהיה אקט אקטיבי של המציע שאומר לניצע ׳קיבלתי את הודעת הקיבול שלך, ההצעה היתה פתוחה עד 10/11, קיבלתי את הודעת הקיבול ב- 11/11, אני לא מקבל את הודעת הקיבול שלך, אין בינינו חוזה׳. אם הוא לא מודיע לו את זה, אז נכרת חוזה.

מה קורה אם בהצעה לא קבוע מועד? מתי פוקעת ההצעה אם בהצעה לא קבוע מועד? התשובה היא **שההצעה פוקעת תוך זמן סביר בנסיבות העניין**. השאלה מתי חלף זמן סביר בנסיבות העניין עולה בפס״ד **רוזנר נ׳ מד״א** - מד״א מנפיקה כרטיסי הגרלה, רוזנר מקבל כרטיס כזה ולא משלם עליו. לאחר ההגרלה מתברר שהכרטיס שהיה בידיו של רוזנר זכה, והוא מנסה לשלם עליו כדי שיוכל לדרוש את הפרס. מה שלא עולה בידיו לעשות כמובן כי השתתפות בהגרלה כרוכה בקיבול של ההצעה שזה בעצם התשלום בעבור הכרטיס שהיה בידיו - טרם ההגרלה ולא אחריה. אין ממש בכך שרוזנר טוען שהוא לא החזיר את כרטיס ההגרלה כי הוא התכוון להשתתף בהגרלה רק שכח לשלם, רכשי הלב לא מספיקים כדי לבצע קיבול. קיבול ע״י רכישת הכרטיס לאחר מועד ההגרלה אינו מהווה קיבול תוך זמן סביר בנסיבות העניין. כמובן שכאשר מדובר בהגרלה, זמן סביר לקיבול בנסיבות העניין יהיה טרם ההגרלה.

בפס״ד **צימרמן נ׳ זילכה** היה גם סיפור של הגרלה. מדובר באדם שהולך באופן קבוע לדוכן לוטו מסוים וממלא את אותם המספרים כל שבוע ושולח את תופס ההגרלה. בדר״כ כלל הוא היה משלם על הכרטיסים מראש, אבל היו מקרים שבהם בעל הדוכן היה ממלא את הכרטיס ושולח, הכרטיס היה מפסיד בהגרלה והוא היה מגיע ומשלם בדיעבד גם כשהכרטיס הפסיד. הדיון היה על מקרה שבו אותו אדם לא הגיע מראש לשלם על הכרטיס, בעל הדוכן מילא את הכרטיס ושלח אותו, והכרטיס ניצח. בעל הדוכן טען שהכרטיס שלו - הוא מילא אותו והוא שלח אותו ולכן מגיע לו לזכות בפרס. השאלה היא מי זכאי לפרס? ביהמ״ש מגיע לתוצאה שהלקוח זכאי לפרס ולא בעל הדוכן על בסיס שני נימוקים שונים.

עמדתו של **השופט ברנזון** היתה שיש בין הצדדים מערכת יחסים מיוחדת, מערכת יחסים ארוכת הטווח שבמסגרתה בעל הדוכן שולח כל הזמן כרטיסים עבור הלקוח היא בעצם חוזה ארוך טווח לשירות. זה לא חוזה של - אני קונה ממך את המוצר, את הכרטיס - זה חוזה שירות שבו הלקוח מתחייב לקנות מבעל הדוכן כרטיס כל שבוע והוא מתחייב כל שבוע למלא ולשלוח את הכרטיס גם אם הלקוח לא שילם עליו מראש. כשזה החוזה בין הצדדים, יש להם חיובים הדדיים במסגרת החוזה - חיוב של אחד לשלוח את הכרטיסים וחיוב של השני לשלם עבור הכרטיסים. לכן הפרס שייך לרוכש.

**השופט הלוי** טוען שאין חוזה מיוחד כזה, אבל יש חוזה חדש כל שבוע. החוזה אומר שהרוכש קונה כרטיס עם המספרים המסוימים והמוכר מוכר לו את הכרטיס. התשלום הוא לא ביצוע קיבול לחוזה, אלא תנאי. תשלום הוא לאו דווקא קיבול שבאמצעותו משתכלל חוזה. לפעמים חוזה נכרת והתשלום הוא אחד התנאים שבחוזה, התשלום נובע מעצם קיומו של חיוב חוזי בחוזה שכבר נכרת. למעשה מדובר פה בהסכם למכירת כרטיס שבו התשלום הוא חיוב חוזי שמוגשם אחרי ולא בסמוך לקיבול, הוא לא חלק מהודעת הקיבול.

**ברוזנר** התשלום הוא ביצוע הקיבול, הוא האקט שמגשים את הקיבול להצעה, ובצימרמן התשלום הוא חיוב חוזי אחרי שכבר בוצע קיבול להסכם.

1. המקרה השלישי שבו פוקעת ההצעה הוא כשהמציע נתן הצעה, וההצעה פוקעת כשהמציע מאבד את היכולת שלו להתקשר משפטית עם אחרים - לאנשים יש את הזכות ליטול על עצמם חיובים ולקבל זכויות, ומי כשיר לחובות וזכויות? כולם כשירים לזכויות וחובות. מה זה אומר להיות כשיר לזכויות וחובות? זה כשאני יכול להיות מושא של הזכות או מושא של החוב. אני יכול להיות זה שחב לאחרים. מתי אני יכול לחוב כסף לאחרים? כל עוד אני חי. גם תינוקות בני יום יכולים לחוב חוב לאחרים. השאלה המעניינת היא מתי אני יכול ליצור חוב חדש או זכות חדשה? באיזה סיטואציה אני יכול להביא להגשמה של זכות שלא היתה לי קודם. הנושה החוזי הוא מי שמחזיק בזכות שלפני החוזה לא היתה קיימת. **כדי ליצור זכויות וחובות אני חייב שתהיה לי כשרות ליצור זכויות וחובות חדשים. הכשרות הזאת נמצאת ביחס ליחיד אם הוא בוגר והוא לא פסול דין.** אנשים שסובלים מפגיעה קוגניטיבית קשה הם אנשים שלא מסוגלים להבין די את מצבם כדי להתקשר בחוזים, הם לא מסוגלים לגמירות דעת כדי להתקשר חוזה. הדבר נכון גם לגבי קטין - ילד בן יום יכול להיות זכאי לתשלום, אבל הוא לא יכול להבין מה המשמעות של המסמכים או של העסקאות שהוא חותם עליהם. לכן ישנה הבחנה בין מתי אתה זכאי לזכויות וחובות ומתי אתה יכול ליצור אותן. יכולים להיות מצבים שבהם אנשים איבדו את היכולת ליצור זכויות וחובות. דוגמה קלאסית לכך היא כשאדם מת. ביחס לתאגיד, תאגיד כשר לזכויות וחובות, החברה יכולה להתקשר בחוזים כל עוד היא קיימת, אבל התאגיד ״מת״ ביום שהוא מתפרק. אז הכשרות של תאגיד היא כל עוד הוא קיים ולא התפרק. **ביחס להצעה, כשהמציע פקעה יכולתו להתקשר בחוזים, פוקעת מאליה ההצעה. הוא לא יכול יותר ליצור זכויות וחובות גם אם הוא נתן את ההצעה כשהוא היה תקף.** הוא יכול לבצע קיבול להצעות באמצעות חליף שלו. ביחס לתאגיד, מי שאחראי לפירוק התאגיד וביחס לפסול דין או קטין, באמצעות האפוטרופוס שאמון עליו. הם יכולים להתקשר בשמו בהסכמים.

**קיבול:**

**קיבול מתבצע באופן כללי ע״י הודעת קיבול, אבל יכול להיות שהקיבול יתבצע דרך התנהגות אם ההצעה מאפשרת את זה**, ואז גם ההצעה תגדיר מה היא ההתנהגות שמבצעת קיבול. בהשוואה **לפס״ד רוזנר נ׳ מד״א**, שם הקיבול הוא תשלום וכך גם עולה מההצעה - הדרך לבצע קיבול של ההודעה זה באמצעות מסירת התשלום.

עולה השאלה מה קורה אם יש התנהגות שנדרשת בהצעה על מנת לבצע קיבול, האם נדרשת גם הודעת קיבול? **בפס״ד קוזלי** אחת הטענות של המדינה היתה שהחברים יצאו ליער לטיול, ולא הודיעו לפני זה למדינה שהם הולכים לחפש את הגופה של מג׳די חלבי. כלומר,הם לא אמרו - אנחנו מתכוונים לבצע קיבול. ביחס לטענה הזו, שני השופטים הביעו עמדה אחת - **לא נדרשת גם הודעת קיבול כאשר מוגדר קיבול בהתנהגות. אם יש קיבול בהתנהגות, אז מספיקה ההתנהגות כדי לבצע קיבול**. זה לא חייב להיות כתוב במפורש זה יכול להיות משתמע מההצעה. אם אני אומר שאני אתן פרס כספי למי שימסור מידע, זה הגיוני שהקיבול יהיה בהתנהגות ע״י מסירת מידע, מסירת המידע תזכה אותי בזכות לקבל את התשלום.

כשיש הצעה שהקיבול שלה נעשה בהתנהגות אנחנו יכולים לשאול האם יש דרישה להודעת קיבול? לא. מה קורה אם היתה הודעת קיבול? נניח ששלושה חברים יצאו ליער, והם שלחו הודעה לעמותה/מדינה בתקופה שבה ההצעה היתה תקפה - אנחנו הולכים לחפש את מג׳די חלבי, והם לא מצאו אותו תקופה ואז הם כן מצאו אותו והם שולחים הודעה, מצאנו אותו. האם זה משנה משהו? אמרנו שאין חובה למסור הודעת קיבול כדי לבצע את הקיבול ואנחנו גם לא חושבים שהודעת קיבול יוצרת את החוזה. הודעת הקיבול במקרה הזה לא קושרת חוזה בין הצדדים. אם היא קושרת חוזה בין הצדדים זה אומר שהם חייבים לאתר אותו, חייבים למסור מידע. זו כבר מחויבות חוזית שמקנה סעדים למדינה אם הם לא מאתרים מידע. היה אפשר לעשות חוזה שאומר - אתם מחויבים לאתר מידע, ואם אתם מאתרים מידע אנחנו נשלם לכם ואם לא, אז לא. אבל אפילו את זה לא היינו רוצים שייחשב כחוזה. אז אנחנו לא חושבים שהודעת הקיבול יוצרת קיבול, אבל מה שיכול להיות מעניין זה לחשוב על הודעת הקיבול כעל שליחת הודעת קיבול ועל מסירת המידע כעל מסירה של הודעת הקיבול. למה זה חשוב? המציע יכול לחזור בו מההצעה רק אם לא נשלחה הודעת קיבול, גם אם היא עוד לא נמסרה. יכול להיות שהודעת הקיבול כשההצעה היא הצעה הדירה, לא בלתי הדירה, מפקיעה את הזכות של המציע לחזור בו מההצעה, כי יש הסתמכות של הצד, השני הוא יוצא לחפש. זה לא אומר שההצעה תישאר פתוחה לנצח כי הוא פוקעת תוך זמן סביר. אם היתה נשלחת הודעת קיבול, אני חושב שהמשמעות היתה שההצעה נותרת פתוחה והם לא יכולים לחזור ממנה עד שמתבצע קיבול בהתנהגות ככה היא פוקעת תוך זמן סביר.

שאלה אחרת שעולה בפס״ד וקשורה לזה, היא השלב הבא. אפשר לחשוב על הטיעון של המדינה ברמות - רמה אחת זה אם נדרשת הודעת קיבול לפני שהם שיוצאים לחפש? התשובה היא לא. השאלה השנייה היא האם צריך שהם ילכו לחפש כי הם ראו את ההצעה, בגלל ההצעה? השופט **הנדל** אומר לא, השופט **עמית** אומר שלא נראה שדרוש קשר סיבתי בין ההתנהגות לבין ההצעה כל עוד ההתנהגות היא התנהגות שמהווה קיבול. זה מספיק כדי שייווצר קיבול.

האם יכול להתבצע קיבול, בלי שאני אדע על ההצעה? זה הטענה הכי חזקה של המדינה, הטענה שהשופט עמית מקבל בשני ידיים. הוא אומר **שלא יכול להיות שמתבצע קיבול להצעה, בלי שהניצעים בכלל יודעים עליה.** חוזה נכרת במפגש רצונות, אז לא יכול להיות שיש מפגש רצונות של הניצע לאיזה שהיא הצעה אם הוא לא ידע שניתנה בכלל הצעה.

**קיבול בשתיקה:**

מתי ניתן להגיד שאם לא נאמר כלום, יש חוזה? **ברירת המחדל בס׳ 6(ב) היא כי קביעה של המציע שהיעדר תגובה תהווה קיבול - חסרת תוקף.** ההיגיון ברור - אנחנו לא מטילים חובות בלי הסכמה של הצד השני. אנחנו יכולים לתת זכויות ללא הסכמה של הצד השני. **אם מישהו אומר לי שהוא רוצה לתת לי מתנה או שהוא רוצה לתת לי הצעה להתקשר איתי בהסכם שלא דורש ממני לעשות שום דבר, שלא נובעים ממנו שום חובות אלא רק זכויות, מה שמכונה ״הצעה מזכה״, זה בסדר להחזיק אותי כמי שמסכים להצעה הזאת.** אבל אי אפשר להטיל עלי מערכת יחסים חוזית שמטילה עלי חיובים בלי לדעת שאני מעוניין ליטול על עצמי את החיובים האלה.

מה החריג? **החריג שקיים בפסיקה הוא מערכת חוזים קיימת. חוזים שאין להם תוקף, כלומר הם לא מוגבלים בזמן, אפשר לשנות בתוכן של החוזה, שזה בעצם חוזה חדש, ע״י משלוח של צד אחד לצד השני שבה אומרים שאם הצד שאליו נשלחה ההודעה לא מודיע אחרת, השינויים נכנסים לתוקף**. הרעיון הוא לא לפגוע ביחסים ממושכים. החוזים האלה נקראים חוזי יחס, יחס במובן של מערכת יחסים. הרעיון שלהם הוא כשיש חוזים שמסדירים מערכת יחסים ארוכה, ברור לנו שלאורך חיי החוזה הצדדים יערכו שינויים ואנחנו לא רוצים להכביד עליהם. אז מאפשרים במצבים כאלה ששינויים יתרחשו בדרך של הודעה של צד אחד ושהשתיקה של הצד השני תאפשר את השינוי של החוזה.

בפס״ד **אדרת שומרון נ׳ הולינגסוורת** - חברה ישראלית מזמינה מכונה מגרמניה, הם חותמים על חוזה הזמנה, ואז במסמך מאוחר יותר אחרי שנחתם חוזה הזמנה ונסגרה העסקה, הולינגסוורת שולחים לאדרת שומרון מסמך שבו הם אומרים שכל סכסוך משפטי ביניהם יוכרע בגרמניה. אדרת שומרון מקבלים את המסמך ולא עונים. השאלה שעולה היא האם תניית השיפוט הזר הופכת להיות חלק מתנאי החוזה? המסמך נשלח אחרי שנחתם ההסכם על רכישת המכונה, אבל לפני שהמכונה נשלחה.

**השופט לוין** אומר שבמקרים כאלה ניתן לקבל קיבול בשתיקה, **כי המשך הביצוע של החוזה בלי להגיד שום דבר מהווה בעצם קיבול בהתנהגות שאפשרי בנסיבות העניין**. אי אפשר לכרות חוזה בצורה הזו, אבל זה כן מאפשר להוסיף הסדרים לחוזה.

מה קורה במצב שבו הודעת הקיבול נשלחה ע״י הניצע ולא נמסרה למציע. האם במקרה הזה התבצע קיבול? בפס״ד **Felthouse v. Bindley** לא בוצעה הודעת קיבול, היתה הודעה ׳אני מוכן בסכום 30 שילינג׳, והמציע אמר לא למכור את הנכס, תעצרו את המכירה הפומבית, אבל לא עצרו את המכירה הפומבית. השאלה למי שייך הנכס? האם בוצע קיבול? הודעת הקיבול חייבת להימסר למציע, הודעת קיבול שלא נמסרת למציע לא מביאה לכריתה של חוזה.

**חוזה חד צדדי:**

**חוזה חד צדדי הוא חוזה שמהרגע שהוא השתכלל הוא מחייב רק צד אחד לחוזה, הצד השני לא חייב בכלום**. אין חיובים לצד השני, יש חיובים רק לצד אחד.

חוזה חד צדדי הוזכר בפס״ד **Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co**. חברה פרסמה שמי שמשתמש בתרופה שלה נגד שפעת לא יחלה במחלה אם הוא יעשה שימוש רצוף של שבועיים בכדור עשן. כדי להמחיש את המחויבות שלהם לחסינות של אנשים לשפעת בזה שהם ישתמשו בתרופה, הם מבטיחים פיצוי למי שיחלה למרות שהשתמש בתכשיר עפ״י ההוראות. בפרסום גם נכתב שהחברה אף הפקידה כסף בחשבון בנק למקרה שמישהו יחלה בשפעת למרות שהשתמש בתכשיר. כל זה כדי להמחיש עד כמה החברה בטוחה במוצר שלה. מישהי מגישה תביעה נגד החברה בטענה שהיא השתמשה בתכשיר בדיוק עפ״י ההוראות ובכל זאת חלתה בשפעת. האם יכול להשתכלל חוזה בנסיבות האלה? **במשפט האנגלו-אמריקאי, בשונה מהמשפט הישראלי, לא יכול להשתכלל חוזה בלי תמורה.** תמורה היא תנאי בהסכם. האם במקרה הזה יש תמורה?

אפשר להבין למה החברה עושה פרסום כזה לפני שמשתכלל הסכם, היא רוצה למשוך לקוחות פוטנציאליים אז היא מבטיחה פיצוי, אבל אם ההצעה הזו משתכללת בהתנהגות של הצד השני, במקרה כזה אין תמורה אחרי הקיבול. מרגע שהשתכלל החוזה, יש חיובים רק לצד אחד. רק החברה היא זו שיכולה לשלם פיצוי במקרה שהמשתמש לא קיבל את מה שהוא רצה, אין חיובים לשני הצדדים. האם לא מוותרים כאן על דרישת התמורה? בית הלורדים טוען שאכן חייבת להיות תמורה, אבל התמורה לא חייבת להיות בקיום החוזה. **כשהקיבול הוא קיבול בהתנהגות, עצם הקיבול בהתנהגות יוצר תמורה**.

**במשפט הישראלי חוזים משתכללים גם בלי תמורה, אין דרישת תמורה קונסטרוקטיבית לחוזים, אבל כשחוזה נכרת ללא תמורה בכלל הוא נחשב חוזה מתנה**. בחוזה מתנה יש אפשרות להשתחרר אחרי הכריתה שלו, בנסיבות מסוימות.

במשפט הישראלי **חשוב לדעת האם התמורה היא תמורה מהותית או לא.** באנגליה חוזה מכר לרכישת בית תמורת עשרה שקלים מגלם את עקרון התמורה, בישראל זה לא יהיה חוזה בתמורה כי עשרה שקלים לבית זה לא תמורה מהותית והוא יחשב כחוזה מתנה וזה יאפשר להשתחרר ממנו כחוזה מתנה.

לחברה במקרה הנ״ל יש אינטרס כלכלי משמעותי. אם נשווה את זה לפרסום מודעה ׳אבד כלב, מי שימצא אותו יזכה ב- 1,000 ש״ח׳ התמורה של 1,000 ש״ח תמורת הכלב היא תמורה מהותית, אין כאן מתנה. הקיבול מכיל בתוכו כבר את התמורה של המציע.

ביהמ״ש בעניינים של הצעה חד צדדית בוחן את זה לפי האינטרס, לפי העמדה של המציע. כשהאינטרס של המציע הוא שתיתן לו מידע, בדר״כ לא ידרשו שתחפש את המידע כתוצאה מידיעה על ההצעה. אלא עצם מסירת המידע כמו בפס״ד קוזלי, מספיקים כדי להוות קיבול.

דוגמה לחוזה חד צדדי:

תמריצים לעובדים - מעסיק שאומר ׳אם תביא עובד נוסף, אני אתן לך בונוס לשכר׳. כשאתה מביא את העובד שנקלט אחרי זה לעבודה אתה מבצע את הקיבול בהתנהגות. מה קורה אם מישהו מביא חבר שלא נקלט? האם מגיע לו הבונוס? האם החוזה משתכלל כשהחבר נקלט לעבודה או כשאני מביא אותו?

קיבול בהתנהגות לא יכול להיות ע״י הצד שמציע את ההצעה. אם קליטת העובד זה חלק מהודעת הקיבול, אז בעצם המציע הוא חלק מהודעת הקיבול. ההתנהגות של המציע מביאה להשתכללות החוזה, זה לא הגיוני. זה כמו להגיד שצד יגיד שהוא מקבל את ההצעה שאני מציע לו ואני אקבע אם משתכלל החוזה. זה אומר שהצד השני לא יכול לבצע קיבול בכלל כי רק אני קובע מתי יהיה קיבול ומתי לא.

**אפשר להסתכל על זה כאילו המעסיק במקרה הזה מבצע פניה להציע הצעות**, ואז כל עובד מציע הצעה שזה העובד שהוא מנסה לגייס ודמי התיווך שהוא יקבל במידה ואותו עובד יגויס לחברה, והמעסיק מחליט אם לקבל את ההצעה.

דרך אחרת לחשוב על זה היא שמדובר **בחוזה חד צדדי שמשתכלל בעת ביצוע הקיבול של הבאת החבר**, אבל הוא מותנה בזה שהחבר נקלט. עצם ההבאה של החבר לראיון זה קיבול להצעה של המעסיק, ומרגע שהחבר נקלט נוצרת למעסיק חובה לשלם את הבונוס לעובד. אם החבר לא נקלט לעבודה, אז יש חוזה אבל החוזה לא נכנס לתוקף.

בחוק החוזים חלק כללי, תנאים כאלה בתוך החוזה מכונים תנאי מתלה. **תנאי מתלה הוא תנאי שללא ההתקיימות שלו החיובים מכוח החוזה לא נכנסים לתוקף**. כל החיובים בחוזה תלויים עד להתקיימות התנאי.

יכולים להיות תנאים הפוכים - תנאי מפסיק**. תנאי מפסיק אומר שמרגע שמתקיים תנאי מסוים, החיובים הדדיים של החוזה מפסיקים להתקיים**. לדוגמה, חוזה שכירות בבניין שמחכה לאישור שיעבור תמ״א והמשכיר השוכר מסכימים בתוך החוזה שהחוזה יפסיק מרגע שיינתנו האישורים. המשמעות היא שיש חוזה, לחוזה יש תקופה, החוזה ממשיך לאורך כל התקופה, זה מחייב את שני הצדדים - המשכיר משכיר את הדירה, הוא לא יכול להשכיר אותה למישהו אחר, הוא לא יכול להעביר את הזכות הזאת לצדדים שלישיים. השוכר מתחייב להישאר בדירה ולשלם דמי שכירות. אבל ברגע שמתקיים אירוע חיצוני כמו אישור לשיפוץ מפסיקים כל החיובים הצדדים של הצדדים.

**הצעה מזכה:**

ס׳ 7 לחוק החוזים כללי אומר **שאם יש הצעה שהיא מזכה, אז יש חריג לס׳ 6 שאומר שלא יהיה קיבול בשתיקה,** בכך שהוא אומר שיש חזקה על הניצע שקיבל את ההצעה, זולת אם הודיע למציע שהוא דוחה את ההצעה.

בשונה מחוזה חד צדדי שמשתכלל במתן תמורה ובעצם מחייב את הניצע לבצע פעולה שיש בה תמורה, **בהצעה מזכה אין כל חיוב על הניצע, גם לא לאחר שהוא קיבל את ההצעה.** מימוש אינטרס = תמורה.

האם יש דרישה שמקבל ההצעה ידע עליה כדי שיבצע קיבול, כשמדובר בהצעה מזכה? התשובה לא ברורה. גם בהצעה לתת מתנה וגם בהצעה מזכה, זה יהיה תלוי בכוונה של נותן ההצעה. אם ההצעה הייתה כזאתי שנותן ההצעה רצה שהיא תחייב אותו, שהיא תכנס לתוקפה באותו רגע, אז היא נכנסת לתוקפה באותו רגע או אחרי זמן סביר שלא ניתנה הודעת דחיה של ההצעה, לדוגמה, פס״ד **Taylor v. Alon** אם אנחנו סבורים שההצעה היא כזאת שהמציע רצה שיראו אותה, נגיד פרסומת שכל התכלית שלה שאנשים יפעלו על סמך הפרסומת, אז נגיד שדרושה הסתמכות או צפייה בפועל בהצעה המזכה.

**מכירה פומבית ומכרזים:**

מה המבנה החוזי במכירה פומבית? האם אתר מכירות פומביות נותן הצעה ואז אנשים מבצעים קיבול או שהוא עושה הזמנה להציע הצעות?

זה מקרה קלאסי שבו אנחנו חושבים על ההתנהגות של האתר **כהזמנה להציע הצעות.** אבל זאת עמדה נוקשת, כי אם זו הזמנה להציע הצעות המשמעות היא שאחרי זה נדרש קיבול, ואם לא מבוצע קיבול, לא ישתכלל חוזה, אבל אנחנו כן חושבים שברגע שמישהו נתן את ההצעה הגבוה ביותר, המקום של המכירות הפומביות לא יכול לחזור בו. הוא לא יכול להגיד זה לא מספיק כסף, אני לא מקבל אף אחת מההצעות שלכם. **אפשר לחשוב על כל הצעה כקיבול מותנה**. כלומר יש הצעה שבה מישהו מציע הצעה לקנות תמורת מחיר והוא יקבל את המחיר הכי גבוה, וכל פעם שמישהו מבצע **קיבול הוא מותנה, הוא בעצם קיבול שמשכלל חוזה בתנאי מפסיק - האם תהיה הצעה למחיר גבוה יותר? או, האם מישהו אחר יבצע קיבול במחיר גבוה יותר? כל פעם שמישהו מבצע קיבול במחיר גבוה יותר, זה מפסיק את החוזה הקודם ומשכלל חוזה חדש, וכך החוזה האחרון משתכלל ולא נדרש לבצע קיבול ע״י בית המכירות**. זאת לא הדרך המקובלת לפרש את זה, **בדר״כ מקובל לפרש כל הצעת מחיר כהצעה חדשה**. אפשר לחשוב על זה כעל שני חוזים - חוזה אחד זה החוזה המקדים שמסדיר את המנגנון של הצעה וקיבול, מסדיר את המו״מ עם כל הנוכחים בחדר. המנגנון הזה אומר, אנחנו מתחייבים חוזית לקבל את ההצעה הגובה ביותר ולכן הם לא נדרשים לתת הודעת קיבול כי הם התחייבו מראש שהם יקבלו, אז הקיבול שלהם בנסיבות האלה יכול להיות בשתיקה או בהתנהגות הזאת של החיוב החוזי שלהם לבצע את הקיבול להצעה הגבוה ביותר. זאת מסגרת שבה אני מתחייב לקבל הצעות, ואז הצעות קונקרטיות, שהקיבול מתבצע לפי ההתחייבות הקודמת לקבל את ההצעה הגבוה ביותר.

זה גם אומר, כמו שנקבע בפס״ד **לוי נ׳ חברה קדישא**, **שאם אני לא מתחייב לקבל את ההצעה הגבוה ביותר, המכרז או המכירה הפומבית זאת הזמנה להציע הצעות שלא מביאה להשתכללות של חוזה עם אף אחד באופן אוטומטי**. זה מאפשר את כל המנגנון של מו״מ מאוחר למנגנון המכרז. בהקשרים האלה, גם אם שמרתי לעצמי את הזכות לנהל מו״מ אבל לא ביצעתי את זה בתום לב או שנתתי לאנשים להשתתף במכרז בניגוד להסכם המקדמי, עדיין יכולים לחייב אותי בפיצויים מעצם כך שהפרתי את חובת תום הלב במו״מ, אפילו אם לא ניתן להביא להשתכללות של חוזה במסגרת המכרז.

**הכשרות המשפטית:**

חוק הכשרות המשפטית הוא החוק שקובע מתי יש כשרות להתקשר בחוזה. החוק מבחין בין כשרות לזכויות וחובות לבין כשרות לבצע פעולה משפטית.

מה המשמעות של ההבחנה בין ס׳ 1 שאומר ש ״כל אדם כשר לזכויות ולחובות מגמר לידתו ועד מותו״, לבין ס׳ 2 שאומר ש ״כל אדם כשר לפעולות משפטיות, זולת אם נשללה או הוגבלה כשרות זו בחוק או בפס״ד של ביהמ״ש״. **ס׳ 2 שמדבר על כשרות לפעולות משפטיות מוגבל לעומת ס׳ 1. שניהם אומרים שכל אדם כשר אבל בס׳ 1 הכשרות בלתי מוגבלת וללא סייגים, ובס׳ 2 יש סייגים.**

מהי פעולה משפטית? **פעולה משפטית היא אקט של יצירת זכויות וחובות**. אדם יכול להיות כשר להיות המושא של זכות או של חובה, אבל הוא לא יכול להביא להשתכללות של זכויות או חובות חדשים. אדם כזה לא יכול ליצור על דעת עצמו דיספוזיציה של הזכויות הקיימות שלו, הוא לא יכול לוותר או להעביר זכות שיש לו בעצמו, אם אין לו כשרות לפעולה משפטית. הוויתור על הזכות היא פעולה משפטית, להבדיל מלהיות בעל הזכות.

זכות יכולה להיות גם בעלות בנכס, לכן אם אדם כשר לפעולה משפטית, הוא יכול להעביר את הנכסים שלו לאחרים. אם הוא כשר לזכויות הוא יכול להיות בעל נכס אבל הוא לא יוכל להעביר את הנכס הזה לאנשים אחרים.

איך יכול להיות שכל אדם כשר לזכויות וחובות, אבל לא כל אדם כשר לפעולה משפטית? איך אפשר לרכוש זכויות אם אני לא כשר לפעולה משפטית? איך יכול להיות שיש לי נכסים, אם אני לא יכול לבצע פעולות שיגרמו לי להיות בעלים של נכס? **כשאנשים לא כשרים לבצע פעולות בעצמם, הם כשרים לבצע את זה באמצעות מישהו אחר שפועל בשמם, נציג שלהם, ואז הם לא כשרים לבצע את הפעולה אבל הם כן כשרים להיות בעלי הזכות.** הורים יכולים לקנות נכס לילדיהם, בלי שהילד יוכל לרכוש נכס בעצמו.

**התפיסה שעומדת בבסיס של זה היא שכדי לבצע פעולה משפטית אני צריך גמירות דעת בהקשר של חוזים או הסכמה בהקשר של זכויות משפטיות אחרות**. אני לא יכול להתקשר בחוזה שיוצר לי זכויות פרסונליות כלפי צדדים אחרים, בלי גמירות דעת, זה הרי תנאי בסיסי לכריתת חוזה. **התפיסה אומרת שיש כאלה שלא יכולים להיכנס לפעולה משפטית כי הם לא יכולים לגבש גמירות דעת.**

אפשר לחשוב שילדים לא בוגרים לא יכולים לכרות חוזה, הם לא יכולים לגבש גמירות דעת. הבעיה עם זה שזה דורש מהצד השני לגלות אם הבן אדם שמולו בוגר או לא בוגר. זה מסתבך כי יש גם אנשים מבוגרים שהם לא בוגרים ואז יכול להיות שגם להם לא היינו רוצים לתת את האפשרות לגבש גמירות דעת, ושוב הצד השני נכנס לקושי בהבחנה.

יש הרבה פעולות משפטיות שצריך לגבש בשבילם הסכמה, כדי שיהיה לפעולות האלה תוקף משפטי: אפשר לחשוב על כריתת חוזה - כריתת חוזה צריכה גמירות דעת, גמירות דעת נבחנת במדדים אובייקטיביים, כדי שיהיה להצעה ולקיבול גמירות דעת צריך שתהיה הבעה חיצונית אובייקטיבית של גמירות דעת ולא משנה מהם רחשי הלב. מאחורי הדרישה האובייקטיבית לגמירות דעת עומדת תפיסה שצריך לגבש את הרצון של הצדדים - מפגש הרצונות. **אם אנחנו חושבים שילדים או אנשים מסוימים לא מסוגלים לגבש את הרצון הנחוץ, הם לא יכולים כעניין נורמטיבי להיכנס לתוך חוזה.**

באופן דומה אפשר לחשוב לגבי פעולות שמתבצעות על הגוף. אני לא צריך להיכנס לחוזה כדי לאפשר לאנשים לגעת בי, אבל אני אהיה חייב להסכים לפעולה כזאת. אם מישהו ירצה לבצע פעולה על הגוף שלי ללא הסכמה, הוא מבצע עוולה של תקיפה. לכן זה עוד מקרה שבו הזכות שלי לשלמות הגוף/אוטונומיה של הגוף מחייבת את זה שאני אסכים לכל פעולה שמבוצעת. כדי לבצע פעולה רפואית, הרופא חייב לקבל **הסכמה מדעת** של המטופל. אם הרופא יבצע פרוצדורה על מטופל בלי שהוא פנה אליו וקיבל את הסכמתו בכלל, אז הוא יכול להיות חייב בעוולת התקיפה, או אפילו בעבירה פלילית של תקיפה. אנחנו לא מרשים לאחרים לגעת בנו בלי הסכמה, אז מה תוקף ההסכמה של קטין או של אדם שיש לו מוגבלות קוגניטיביות? האם הוא יכול להסכים לאחרים לגעת בו ומתי זה לא יהיה תקיפה?

הדבר גם נכון ביחס ליחסי מין. העבירה של אינוס קטינה או אינוס קטין מניחים שהקטין לא יכול לתת הסכמה. כלומר, במקרה רגיל של אדם בוגר אנחנו אומרים שההסכמה אומרת שלא בוצע אונס, או שלא בוצעה תקיפה מינית. אצל קטין זה לא רלוונטי, ההסכמה שלו אינה מתירה קיום יחסי מין כי אנחנו חושבים שהוא לא יכול לתת הסכמה במובן המשפטי, הוא לא יכול לתת דיספוזיציה של הזכויות שלו.

כנ״ל לגבי פרטיות. בהקשרים אינטרנטיים, כשאנו עושים כל מיני הסכמים באינטרנט גם כשמורידים אפליקציות, אנחנו מוותרים על כל מיני הסדרים שנוגעים לפרטיות שלנו. חוק הגנת הפרטיות קובע שמותר לפגוע בפרטיות של אדם בהסכמתו (הסכמה מדעת, במפורש או במכללא). זה אומר שאנחנו נתיר פגיעה בפרטיות רק כלפי אנשים שאנחנו חושבים שהם יכולים לגבש את ההסכמה. תהיה שאלה לגבי האפשרות לפגוע בפרטיות של קטינים.

**חוק הכשרות המשפטית אומר שיש שתי אוכלוסיות שלא יכולות לגבש את היכולת לבצע פעולה משפטית: קטינים ופסולי דין**.   
ביחס לקטינים - זה ברור למה, קטין מתחת לגיל מסוים בוודאי לא יכול להבין מה הסיטואציה שאליה הוא נכנס. אפשר להתווכח מה הגיל הזה. **לא לכל פעולה משפטית יש את אותו גיל, יש הבחנה בין פעולות משפטיות שונות לבין גילאים שונים.** עם פסולי דין זה יותר מורכב.   
פסול דין זה **מישהו שהכריזו עליו שהוא לא יכול לגבש את הרצון לבצע פעולה משפטית**. זה אומר שאין כלל ידוע מראש מיהו פסול דין, צריך לאמץ אבחנה ברורה לגבי מיהו פסול דין, מתי מכריזים על מישהו כפסול דין.

זה מה שיוצר בעיה מהצד השני של ההתקשרות. אם אנחנו אומרים שקטין הוא מי שמפאת גילו לא יכול לכרות חוזים, ופסול דין הוא מי שמפאת פגם קוגניטיבי או פגם אחר שממנו הוא לוקה לא מסוגל לגבש רצון ולכרות חוזים, בעצם היינו יוצרים מצב שבו הצד השני להתקשרות לעולם לא יודע מול מי הוא עומד ואם הוא יכול להיכנס או לא להיכנס לחוזה. יותר גרוע מזה, זאת בעיה שהצד השני גם לא יכול לרפא. אם אין הגדרה ברורה למי הוא קטין ומי הוא פסול דין, אז האדם שנחשד להיות קטין או פסול דין לא יכול אף פעם להגיד לצד שני אל תדאג אני לא כזה.

הפתרון הוא לקבוע כללים ברורים למי הוא קטין ומי הוא פסול דין. החוק נותן לנו שני פתרונות: **אצל קטינים המבחן הוא מספרי טכני - אדם שלא מלאו לו 18 הוא קטין**, ואדם שמלאו לו 18 הוא בגיר. הוא מאוד טכני כדי ליצור ודאות, אתה נפגש עם מישהו ואתה לא יודע אם הוא קטין או בגיר - אפשר לבדוק את ת.ז שלו ויש תשובה. **אצל פסולי דין ההגדרה היא - ״אדם שמחמת מחלת נפש או ליקוי בשכלו אינו מסוגל לדאוג לענייניו** רשאי ביהמ״ש לבקשת בן זוגו או קרובו או לבקשת היועמ״ש או בא כוחו, ולאחר ששמע את האדם או נציגו, להכריזו פסול דין״.

כלומר, פסול דין זה לא מצב שיש לנו אליו הגדרה. זה סטאטוס משפטי קונסטרוקטיבי - המשמעות של ההכרזה של ביהמ״ש היא שמרגע ההכרזה על פסול דין, מאותו הרגע והלאה הוא הפך להיות פסול דין ולפני זה הוא לא היה פסול דין. ההכרזה של ביהמ״ש יכלה להיות רק דקלרטיבית, להכריז על אדם שהוא פסול דין אבל הוא תמיד היה פסול דין. אם זה מה שהיה הדין מאפשר, זה אומר שחוזים שנכרתו לפני זה בטלים. אבל אז זה היה יוצר את אותו הקושי שעלה מקודם, אדם שמתקשר עם אחרים בחוזה לא יכול לדעת אם הם כשרים או לא כשרים לחתום על חוזה. המשפט פותר את זה בזה שהוא אומר לא, ההכרזה על אדם כפסול דין היא הכרזה קונסטרוקטיבית ולא דקלרטיבית. היא לא רק מצהירה על מצב, אלא יוצרת אותו. ישנה דרך אובייקטיבית לברר אם אדם הוא פסול דין ע״י בדיקה במרשם.

**פעולותיו של קטין:**

**מה קורה לפעולות שמבצעים קטינים או פסולי דין למרות שאין להם כשרות לבצע**? עפ״י חוק הכשרות המשפטית, כל הפעולות שמדברות על קטנים, רלוונטיות גם לפסולי דין.

ס׳ 4 - ״פעולה משפטית של קטין טעונה הסכמת נציגו. ההסכמה יכולה להינתן מראש או למפרע לפעולה מסוימת או לסוג מסוים של פעולות. יכול נציגו של קטין לבטל את הסכמתו לפעולה כל עוד לא נעשתה הפעולה״.

**ניתנה הסכמה מראש והפעולה כבר נעשתה, אז הפעולה מחייבת, אם הפעולה לא נעשתה הנציג יכול לחזור בו מההסכמה שנתן.** אפשר לחשוב על הורים וילדים שאומרים לילד שהוא יכול לעשות כל מיני דברים, עפ״י החוק כשהורה אומר לילד שהוא רשאי לעשות פעולה מסוימת יש לזה השלכה חוקית כלפי צדדים שלישיים. אם ההורים נתנו את ההסכמה הזאת לילד זה מחייב את ההורה וזה מחייב את הילד. ברגע שההורה שלל את ההסכמה הזאת, הפעולות הבאות כבר לא יכולות לחייב את הילד, הוא לא יכול ליצור את ההתחייבות המשפטית, את הפעולה המשפטית מרגע שהנציג שלל את ההסכמה שלו מראש.

ס׳ 5 - פעולה משפטית של קטין שנעשתה שלא בהסכמת נציגו ניתנת לביטול (1) ע״י נציגו, ואם אין לקטין נציג - ע״י היועמ״ש, תוך חודש ימים לאחר שנודע להם על הפעולה.

**מה קורה אם הקטין ביצע פעולה ללא הסכמה של הנציג?** לכאורה, לא היינו רוצים שזה יתבטל אוטומטית כי לפעמים הנציג רוצה לאפשר את הפעולות האלה גם בדיעבד. לא יכול להיות שהפעולה בטלה מעיקרה אם לא ניתנה הסכמה מראש, כי הנציג יכול לתת הסכמה למפרע. אז מה היא ברירת המחדל אם לא ניתנה הסכמה למפרע? מה קורה מבחינת הצד השני לפעולה? למה הוא יכול לצפות? אם ילד קונה משהו בחנות - המוכר צריך לדעת שאם הוא מוכר משהו לילדים, שניתן יהיה לבטל את הפעולה. מצד שני, אנחנו לא רוצים שהמוכר יחשוב שהוא כרוך בפעולה הזאת לנצח. כלומר שההורים יחזרו אחרי שנתיים ויגידו למוכר שהם ביטלו את הפעולה, את הקניה שנעשתה ע״י הקטין. **הנציג רשאי לבטל את הפעולה חודש ימים מרגע שנודע לו עליה. אז אם קטין ביצע פעולה, אפשר לאשר אותה בדיעבד גם אם לא ניתן אישור מראש**. מה קורה אם המוכר לא יודע אם ניתן אישור? הרי הוא לא יכול לדעת דבר כזה. אם לא ניתן אישור, הנציג יכול לבטל את הפעולה, אבל הוא מוגבל לחודש ימים אחרי שנודע לו עליה. זה משרת את האינטרס של צדדים שלישיים שיודעים שיש תקופה מוגבלת שבה ניתן יהיה לבטל את הפעולות.

(2) אם לא נודע לנציג או ליועמ״ש על הפעולה - ע״י הקטין, תוך חודש ימים לאחר שהיה לבגיר.

**אם הקטין הגיע לגיל בגרות והנציג או היועמ״ש לא ידעו על הפעולה, הקטין יכול לבטל את הפעולה תוך חודש מהרגע שהוא נהיה בגיר.** יש לשים לב שישנה חלופה לנציגו של קטין - היועמ״ש. המשמעות היא שאנחנו רואים ביועמ״ש כמין נציג שיורי. הוא מי שמגן על אינטרס של קטינים שאין להם נציג.

היינו רוצים לצמצמם את הפגיעה בקטינים מצד אחד, ולהגן על אינטרס של אחרים מצד שני**. כדי לצמצם את הפגיעה בקטינים אנחנו נגיד שהנציג יכול לבטל את הפעולה עד חודש מיום שנודע לו עליה**. ככה אנחנו מגבילים את הזמן - ברירת המחדל היא אישור למפרע לפעולותיו של הקטין, ואם לא נעשה ביטול תוך חודש זה כאילו ניתן אישור סופי, זה מוחלט.

**מה אם הקטין עשה פעולה והסתיר אותה?** אנחנו לא רוצים שהפעולה הזו תשתכלל ללא ביקורת. **בנסיבות האלה הקטין יכול לחזור בו.** הרעיון החוזי אומר - הקטין ביצע פעולה, נגיד קיבול להסכם, ועכשיו אנחנו רוצים לדעת האם הקיבול משקף את גמירות הדעת. קטין לא יכול לגבש גמירות דעת, אז הרעיון הוא שאנחנו מחליפים את גמירות הדעת של הקטין בזה של הנציג שלו. הנציג יגבש את גמירות הדעת ויביא להשתכללות של ההסכם. ס׳ 5(1) הוא בעצם חריג לס׳ 6(ב) בחוק החוזים שאומר שלא ניתן לבצע קיבול בשתיקה. **אם הקטין ביצע קיבול אקטיבי ועכשיו הנציג רק צריך לאשר בדיעבד את הפעולה של הקטין, אז אנחנו למעשה מאפשרים לנציג לבצע קיבול בשתיקה - אם הוא שותק חודש ימים, הוא ביצע קיבול.** אבל, כדי שהוא יוכל לבצע קיבול בשתיקה הוא חייב לדעת על ההצעה. אם הוא לא מודע אליה, אז אנחנו לא יכולים להגיד שבנסיבות האלה הוא ביצע קיבול בשתיקה. **לכן משאירים את הזכות לקטין לחזור בו מהסכמה שהוא נתן שהיא בעייתית כי אין לו את הכושר לגבש גמירות דעת לפני, בחודש אחרי שהוא נהיה לבגיר**. לכן לגיל 18 יש חשיבות גדולה, הוא מאפשר לקטין שהגיע לגיל 18 לחזור בו מכל מיני פעולות שהוא עשה מבלי ידיעת הנציג שלו.

**קבלת החלטות ע״י הנציג:**

הזכויות שהנציג שולט בהן, הן לא הזכויות שלו - של הנציג, הן הזכויות של אדם אחר.

ס׳ 17 לחוק הכשרות המשפטית קובע כי ״באפוטרופסות לקטין חייבים ההורים לנהוג לטובת הקטין כדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין״. עולות כאן כמה שאלות: מה ההבדל בין אפוטרופוס לנציג של קטין, ומה המשמעות בלנהוג לטובתו?

הנקודה הזאת לא נוגעת רק לעניין של הורים וקטינים, אלא יש לה תחולה מאוד רחבה במשפט. **במשפט, התפיסה של נאמנות כקונטרקט משפטי אומר שנאמן הוא מי שנוהג בזכויות של הנהנה ומי שזכאי לבצע פעולות בזכויות של נהנה** (הנהנה הוא אדם אחר). **הנאמן שמבצע את הפעולות בזכויות, בנכסים, של הנהנה חייב לעשות את זה מתוך ראיית טובת הנאה של הנהנה בלבד**. כלומר, אסור לו להעדיף את האינטרס של עצמו על פני האינטרס של הנהנה. **אפוטרופוס בעניין הזה, הוא נאמן על הנכסים של הקטין או של פסול הדין.** הוא לא רק נאמן על הנכסים והזכויות שלו, יש לו עוד חובות. אבל הוא גם נאמן על הנכסים והזכויות. לכן הוא מחויב לפעול בהם כדי להעדיף את האינטרס של אותו קטין. בחוק הכשרות המשפטית יש מנגנונים (במיוחד ס׳ 20) שנועדו למנוע מצבים של ניגוד עניינים, מצבים שבהם לנציג/אפוטרופוס יש מתח בין האינטרס של אותו קטין והאינטרס שלו עצמו. בהקשר הזה אנחנו נשאל מה הבדל בין האפוטרופוס ובין הנציג, הרי ההורה הוא גם הנציג, לפי ס׳ 4-6 והוא גם האפוטרופוס. **הנציג הוא מי שמבצע את הפעולות המשפטיות בשם הקטין. הנציג של הקטין מייצג אותו בהליכים משפטיים, הוא מייצג אותו בהליך כריתת החוזה. כשקטין מגיש תביעה, התביעה מוגשת באמצעות נציגיו. האפוטרופוס של הקטין או של החוסה, חייב מבחינה משפטית לדאוג לצרכיו. הוא לא מייצג אותו בהליכים מול צדדים שלישיים, אלא זה סטטוס במערכת היחסים ההדדית בין אותו ילד והורה**. האפוטרופוס צריך לדאוג להלביש אותו, לדאוג לחינוך שלו, בהקשר של קטין לדאוג להכשרה שלו במקצוע. כדי לאפשר לו לפעול לבד, זה לא קשור בשום צורה לגבי הייצוג שלו כלפי גורמים אחרים.

**פעולות של הקטין:**

ס׳ 6 לחוק הכשרות המשפטית - **הפעולה של הקטין לא ניתנת לביטול אם זה מסוג הפעולות שקטינים מבצעים בדרך כלל.**

המבחן לפי ס׳ 6 הוא מבחן אובייקטיבי - הוא לא לפי האם הקטין הספציפי מספיק חכם או אינטליגנט ומבצע פעולה בדר״כ, **אלא השאלה****היא האם זה פעולות שקטינים מבצעים בדר״כ**.

כשילד בן 12 הולך למכולת וקונה חלב, האם זה בעיה ולא ניתן יהיה לבטל את הפעולה בדיעבד? הנציג שלו לא יוכל להגיד למכולת שהוא חוזר בו? אם ילד בן 4 הולך למכולת וקונה חלב, זאת כבר שאלה אחרת כי ילדים בני 4 בדר״כ לא מבצעים רכישות. לכן זו תהיה פעולה שכן יהיה ניתן לבטל.

התנאי השני בס׳ 6 **אומר שלא יהיה ניתן לבטל פעולה שהצד השני לא ידע שמתבצעת מול קטין, ולא היה צריך לדעת**. יש כאן תנאי כפול - יש **גם דרישה סובייקטיבית שהצד השני לא ידע שמדובר בקטין, וגם דרישה אובייקטיבית שהוא לא היה צריך לדעת**. כלומר שאדם סביר במצבו לא היה חושב שמדובר בקטין. עדיין יהיה ניתן לבטל את הפעולות האלה, אם הן גורמות נזק משמעותי לקטין. כלומר, ככלל אנחנו נחייב את הקטין בפעולות האלה, אלא אם כן זה יגרום לו נזק משמעותי.

חוק הכשרות המשפטית מגן גם על צדדים שלישיים, אבל אף פעם לא מוכן להגן עליהם כשיש פגיעה משמעותית בקטין.

כשדנים בשאלת הכשרות המשפטית אגב הדיון בהצעה וקיבול, מה המשמעות של ס׳ 5? **בפס״ד שרף**, הקונסטרוקציה **שהשופט ברק** מציג היא שהחוזה נכרת ע״י הקטין, אבל קיים תנאי מפסיק. התנאי המפסיק בעצם מבטל את החוזה בדיעבד. זה המשמעות של התנאי שניתן בס׳ 5 - **נכרת חוזה בין הקטין לבין צד שני, אבל ניתן לבטל אותו בהודעה תוך פרק זמן של חודש ימים ע״י הנציג שלו שהוא לא מאשר את הפעולה.**

זה שונה מהמצב שנקבע בס׳ 6א שאומר **שפעולה באשראי או לשיעורין היא בטלה.** התוצאה של פעולה באשראי או לשיעורין זה שהיא בטלה מעיקרה - גם לא דרושה הודעת ביטול וגם מהבחינה החוזית לא השתכלל מעולם החוזה. התוצאה מבחינה חוזית שונה באופן מהותי. יש לשים לב שזה אומר שס׳ 6א גובר על ס׳ 6. **אם ילד מתקשר בפעולה והצד השני לא יודע ולא היה צריך לדעת שזה קטין או שילדים מתקשרים בפעולות האלה באופן רגיל אבל זה פעולה שכרוכה בלקיחת הלוואה או שזה פעולה בתשלומים, אז הפעולה בטלה.** אם ילד בן 16 הולך לפלאפון ואומר אני רוצה לעשות מנוי לשירות, לקנות מכם מכשיר פלאפון ולשלם לכם בתשלומים, אז לחוזה הזה אין תוקף. על הנקודה הזאת הוגשה תביעה נ׳ פלאפון, פס״ד פלאפון תקשורת בע״מ נ׳ אבן, ופלאפון טענה שאלה פעולות שילדים מבצעים באופן קבוע. הטענה לא עמדה מכיוון שגם אם ילדים מבצעים את זה באופן קבוע, ס׳ 6א גובר על ס׳ 6.

**ישנם מצבים שבהם הנציג לא יכול לאשר פעולה בשם הקטין. פעולות כאלה טעונות את אישור ביהמ״ש**.

ס׳ 20 לחוק הכשרות המשפטית - ואלה הפעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שבית המשפט אישרן מראש:

(1) העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשייה, במלאכה או במסחר, או של דירה;

(2) פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק;

(3) נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות העניין;

(4) נתינת ערבות;

(5) פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין".

**מצבים בהם הקטין נותן מתנה או שהוא מבצע פעולה משפטית עם ההורים שלו, אלה מצבים שאנחנו נחשוד שמשהו פסול.** משהו במצבים האלה מטיל חשד לגבי ההורים ומערכת היחסים שלהם כנציגים של הקטין. אם נחשוב על זה כעל חברה ועל עובדים בחברה, היינו אומרים שזאת פעולה שנעשית בניגוד עניינים. אם ההורים צריכים לפעול רק לטובת הקטין, אז אנחנו יכולים לחשוד כשההורים נותנים תרומה בשם הקטין, הם לא פועלים לטובתו. זה לעשות דיספוזיציה שלילית בנכסים שלו בלי שהוא מקבל שום דבר. אפילו אם זה סכום לא משמעותי, אבל לא נראה שהקטין מקבל מזה משהו, זה מטיל חשד לגבי ההורים (בהקשר לס׳ 20(3)).

ס׳ 20(5), **זה ניגוד עניינים ישיר, זה העסקה בין ההורים והילד.** ההורים מוכרים לילד נכס והוא משלם להם, פעולות משפטיות ביניהם. ההורים מחליטים בשם הילד שהוא יתרום לאחד מההורים כליה. זה מצב שבו אנחנו רוצים שמישהו אחר יוודא שזה האינטרס של הילד. שההורים חייבים לפעול לא לטובה המשותפת שלהם ולא לטובתם, אלא לטובה הבלעדית של הילד. זה המשמעות של להיות נאמן כמישהו שפועל כנציג של מישהו אחר. הפעולות האלה מעלות חשד שהן לא נעשות לטובת הילד.

ס׳ (1), (2) ו- (4), **לא ברור לגמרי שהם לרעתו של הילד**. אם אני נותן ערבות או מבצע פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס, יכול להיות שזה לטובתו. יכול להיות שהרישום בפנקס שלו כבעל נכס פועל לטובתו או המכירה בשם הילד של דירה שיש לו תמורת סכום כסף משמעותי משרת אינטרס שלו. הסיבה שדורשים כאן פיקוח זה כי אלה פעולות שיש להן השלכה כלכלית מאוד משמעותית, אז רוצים שביהמ״ש יוודא שזה באמת לטובת הילד. יכול להיות שההורה לא בכוונה, לא כי הוא פועל בניגוד עניינים, פשוט כי הוא לא יודע מה הוא עושה, לא משרת את האינטרס של הילד. אם זה היה עבור עצמו, זה לא משנה שהוא לא יודע מה הוא עושה, אבל לא רוצים שיהיו נזקים כשההורה שולט בנכסים של מישהו אחר.

למה שלילד יהיו נכסים? או שההורים קנו נכס לילד, או שיש לילד ירושה. למה שיקנו לילד נכסים? **בפס״ד שרף** ההורים קנו לביתם בת ה- 17 דירה. הם מכרו את הדירה עוד לפני שבכלל הושלמה הרכישה. יכול להיות שהורים מבצעים פעולות כאלה מתוך אינטרס של מיסוי. דברים שנוגעים למס רכישה מושפעים מכמות הדירות שיש לרוכש ובגלל זה הרבה פעמים הורים לא רוצים להיות רשומים כבעל דירה שלישית. כשעושים את זה דרך הילדים, הנכס שלהם ואנחנו רוצים להגן עליהם, כי הם קיבלו את הנכס הזה. הורים חושבים שהם עושים את זה כפעולה טכנית, אבל זה לא טכני בכלל. יש לזה השלכה מהותית כי הנכס הוא ממש של הילד ואחרי זה גם ישפיע על המשמעות של איך הוא יכול לנהל את הנכס לאחר הרכישה.

אפשר להבחין בין ס׳ 5 לס׳ 20 לעניין התוקף החוזי של האישור, מה המשמעות של אישור שניתן. **ס׳ 20 אומר אלה פעולות שבהן אין ההורים מוסמכים לייצג את הקטין בלי שביהמ״ש אישרן מראש**. לכאורה, חוזית, ההורים לא יכולים לייצג את הקטין, הם לא יכולים להיכנס לחוזה בשמו. זאת אומרת שלא יכולה להתבצע הצעה, ולא יכול להתבצע קיבול. **אם אמרנו שס׳ 5 יוצר חוזה שכולל בתוכו תנאי לתוקף של החוזה, ס׳ 20 לפי לשונו לא יוצר תנאי כזה** (העמדה של ברק בפס״ד שרף). השופט ברק מסייג את זה ואומר שבעולם המעשה, איך ביהמ״ש נותן אישור? כדי שביהמ״ש ייתן אישור לעסקה הוא צריך לדעת את הפרטים שלה. כדי שהם ידעו את הפרטים שלה, צריכה להיות עסקה מחייבת. איך יכול להיות שההורה לא יכול לבצע קיבול אבל העסקה תחייב? אפשר לחשוב על המקרה הזה באותה מסגרת של התחייבויות נפרדות. יש הצעה, הצעת רכישה לצורך העניין בפס״ד שרף, הרוכשים נותנים הצעה בלתי הדירה, וההורים מתחייבים חוזית לפעול לאישור ההצעה ע״י ביהמ״ש. זו התחייבות חוזית נפרדת, הם לא קיבלו את ההצעה. כדי לקבל את ההצעה הם צריכים אישור מראש של ביהמ״ש, אז הם מתחייבים בהסכם נפרד לפעול למען קיבול ההצעה. המשמעות היא **שבוודאי לא יכול להיות סעד אכיפה וגם בוודאי שלא יכול להיות סעד כלפי הקטין**, כי הקטין כרגע הוא לא צד ולא נעשתה שום פעולה בשמו. **אבל אפשר לתבוע את ההורים ולבקש סעד הצהרתי מביהמ״ש שהעסקה תקפה.**

מה ביהמ״ש צריך לשקול כשהוא שואל האם לאשר את העסקה? צריך לבחון את העמדה שהוצגה **בפס״ד נחול**. יש נכס שהשווי שוק שלו היום הוא מיליון, בתקופה הבאה, הוא יכול להיות שווה 750,000 ש״ח בסיכוי של 50% או 1,250,000 ש״ח בסיכוי של 50%. אלה נכסים שהשווי ההוגן שלהם היום, אם נתעלם מהריבית, זה מיליון שקלים. התוחלת של הנכס, אם יש המון נכסים כאלה, השווי שלהם יהיה מיליון כפול כמות הנכסים, מכיוון שבממוצע אנחנו נקבל מיליון עבור כל נכס. המשמעות של שווי הוגן של מיליון ש״ח היא שלמכור את הנכס במיליון, זו עסקה ראויה, זה השווי שוק שלו. הגיוני שהוא יימכר בשווי של מיליון.

**בפס״ד נחול** עלתה השאלה **איך מאשרים את העסקאות האלה והתשובה שהשופט אגרנט נותן היא שצריך לאשר אותן לפי מועד האישור בביהמ״ש**. כלומר, כשהעסקה מגיעה לאישור בביהמ״ש, בנקודת הזמן הזו ביהמ״ש צריך לבחון האם העסקה טובה לקטין. האם במועד המשפט שווי הנכס הוא מעל הסכום שבו הייתה המכירה. אז אם היינו שואלים אם צריך לאשר עסקה בשווי של 1.1 מיליון ש״ח, במועד העסקה, העסקה הייתה הוגנת כי שווי השוק הוא מיליון. אבל במועד המשפט יש סיכוי של 50% ששווי הנכס יהיה 1,250,000 וידחו את ההצעה, ביהמ״ש לא יאשר את העסקה. ביהמ״ש יגיד שהיום הנכס שווה יותר והוא מאשר את זה רק אם המכירה היא מעל השווי של השוק כרגע.

יתרון - זה **ממצב אותם בעמדה יותר קשוחה במו״מ**. כשמציע שרוצה לקנות נכס של קטין ישאל כמה להציע, הוא יגיד ׳אני צריך להתחשב בסיכון ששווי הנכס יעלה, וכשביהמ״ש ישאל אם לאשר את העסקה הוא יאשר אותה לפי השווי במועד המשפט. לכן, אם הנכס מעניין אותי כדאי להציע מחיר כמה שיותר גבוה, כי ככה אני מבטיח בסיכוי יותר גדול שהעסקה תאושר.

חיסרון - זה עלול לפגוע בקטין - נניח שהם צריכים עכשיו כסף, יש להם נכס ששווה מיליון ועלול להיות שווה בעתיד גם 750,000 ש״ח, הרי שווי הנכס גם עלול לרדת. מישהו בא אליהם ואומר שהוא יקנה את הנכס ב- 1,100,000. הסכום הזה משתלם להם מאוד אקס אנטה, הם היו רוצים מאוד לסגור עסקאות כאלה. השאלה כמה עסקאות כאלה הם יוכלו לסגור? התשובה היא שככל שביהמ״ש יעריך את הנכס לפי השווי בדיעבד, פחות מציעים יסכימו להיכנס לעסקה מלכתחילה. הרעיון הוא שאם אני יודע שאני בעסקה עם נכס של קטין וצריך את האישור של ביהמ״ש וביהמ״ש אומד את שווי הנכס במועד המשפט ולא במועד העסקה, **אז אני לוקח סיכון שעסקאות בדיעבד לא יאושרו ולכן יש לי פחות אינטרס מלכתחילה להיכנס לעסקה.**

**מצד אחד כוח המיקוח של הקטינים יותר חזק כי הם מעבירים מסר לצד השני שרק אם זו עסקה ממש מעולה העסקה תאושר בדיעבד בוודאות. מצד שני, בדיוק מאותה סיבה פחות אנשים ירצו להיכנס איתם לעסקאות מלכתחילה ולכן כל עסקה כזו כרוכה בסיכון**. אם הסיכון הזה שווה ערך לכסף, הרי צריך לשלם לעורך דין ולבדוק את מצב הנכס ואת מצב הקרקע ועוד כל מיני הערכות, זה עולה כסף רק כדי להיכנס לעסקה. אם אני חושב שיש סיכון שזה יהיה לשווא, מראש אני אציע מחיר יותר נמוך ובגלל המצב המשפטי עסקאות כאלה הופכות להיות מסוכנות למרות שהם היו רצויות לשני הצדדים אקס אנטה.

ביהמ״ש יוצר מערך של תמריצים שלא עוזר לקטינים בהכרח ועלול לפגוע בהם בדיוק באותה מידה שזה עלול לעזור להם.

**משא ומתן לקראת כריתת חוזה (השלבים הטרום חוזיים):**

נקודת המוצא היא **שבמשפט האנגלו-אמריקאי** שממנו שואב הדין הישראלי את מרבית ההסדרים החוזיים, **אין חובת תום לב כללית במו״מ**. למה אין, למה זה נראה לנו הגיוני שלא תהיה חובה כזו? **מכיוון שאנחנו חושבים על ההסדרים של דיני החוזים כאירוע שמתחולל עם מפגש הרצונות. על אנשים לא נכפית מערכת יחסים מחייבת כל עוד אין להם רצון.** זו הסיבה שההסדרים בכריתה דורשים דבר ראשון גמירות דעת של שני הצדדים להסכם, גם המציע וגם הניצע או במודל החד שלבי אירוע של מפגש רצונות הנוגע לכל התנאים של העסקה. לכן אנחנו לא רוצים שהסדרים חוזיים, להבדיל מהסדרים לבר חוזיים יחולו על הצדדים כשהם עוד לא הגיעו למפגש כזה (כעניין דוקטרינרי). כעניין נורמטיבי, אנחנו פוחדים להטיל על הצדדים חובות כאלה, כי זה אומר שהם כפופים לכל מיני סיכונים חוזיים משפטיים כבר בשלב המו״מ. **החשש הוא שאם נגיד שיש חובה לנהוג בתום לב ובדרך מקובלת במו״מ הכוללת כל מיני הסדרים, אז כדי לקיים מו״מ נצטרך ייעוץ משפטי**. לא היינו רוצים שכל פעם שאנשים שוקלים להתקשר בחוזה ומגששים את דרכם לראות אם הם מסכימים על התנאים, שבהכרח יצטרכו לשכור ייעוץ משפטי ויתחילו לחשוב על איך הם בונים את ההתקשרויות שלהם באופן שייקר את השלבים המקדמיים. **זו הסיבה שאנחנו חוששים מהתערבות, מחובות חוזיות כבר בשלב הטרום חוזי.**

**זה לא אומר שאין בכלל אחריות משפטית על פעולות בשלב הטרום חוזי**. הדין הישראלי וגם הדין האנגלו-אמריקאי **מסדירים חיובים שחלים מכוחם של תרמית, מצגי שווא והבטחות גם אם הם נעשו בשלב הטרום חוזי ולא הופיעו בחוזה.** ההסדרים האלה, בדר״כ במשפט האנגלו-אמריקאי לא נעשים במסגרת החוזה. **יש עקרונות משפטיים חיצוניים לדיני החוזים המגבילים את הצדדים לחוזה מפני כל פעולה שהם רוצים לעשות בשלב המו״מ.**

**המסגרת שלנו עוסקת בס׳ 12(א)** שקובע כי ״במו״מ לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב״. **מקובל לחשוב על ההסדר הזה כהסדר שהוא בין הסדר נזיקי להסדר חוזי**. זה לא בדיוק הסדר חוזי בתפיסה המקובלת של חוזים כי חוזה נכרת ע״י הסכמה של שני הצדדים וכאן מדובר בשלב שעוד אין חוזה, השלב הטרום חוזי. ככלל לא חושבים על הס׳ הזה שמסדיר איזה שהיא מערכת יחסים חוזית. **אפשר לחשוב עליו כעל הסדר נזיקי במובן שס׳ 35 אומר ״שאדם נדרש לנהוג באופן סביר כמו שאדם סביר היה פועל בנסיבות העניין״ ועפ״י ס׳ 12(א) האופן הסביר זה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב.** יוצא שפעולה שאינה כזו היא בגדר התרשלות, עוולה כלפי הצד השני. **זה משליך על התוצאה של הפרת חובת תום הלב במו״מ - אם מערכת היחסים הייתה חוזית, אז ברור שניתן לבקש סעד חיובי** (אכיפת חוזה או פיצויי קיום המשקפים את מה שצד היה מרוויח אם החוזה היה מתממש). **אם חושבים על ההסדר כהסדר נזיקי, אז ככלל בנזיקין לא מאפשרים לאנשים להגשים את הרצון שלהם, זו לא התוצאה של העוולה בנזיקין. בדר״כ התוצאה היא לתת פיצוי בגין ההסתמכות, פיצויים שליליים.**

ס׳ 12(א) יוצר אפקט מצנן הפוגע במוטיבציה של אנשים להיקשר בהסכמים. מצד שני, יכול להיות שיש לו מקום מבחינה מוסרית וגם מבחינת יעילות והגשמת רצון הצדדים במובן ששני הצדדים רוצים לכאורה להיכנס למו״מ רק עם אנשים תמי לב. כל הדיון בפסיקה מנסה לתור אחר האיזון הראוי בין התערבות יתרה בשלב המו״מ לבין הגשמה של הרצון שהצדדים צריכים לפעול בתום לב.

\*\* כמדיניות כללית אנחנו נעדיף טענות שהן לא טענות חוסר לב בעלמא, אלא מוסדרות באיזו שהיא דוקטרינה קונקרטית אפילו אם היא נשענת בבסיס שלה על חובת תום הלב. לדוגמה, הרעיון של אשם בהתקשרות - מקרה שבו אדם מפר את חובת תום הלב בכך שהוא מתחמק מהצד השני ולא מאפשר לבצע קיבול. זו דוקטרינה ספציפית שנקראת אשם בהתקשרות והיא תולדה של החובה הכללית תום הלב. אין לנו חשש להשתמש בדוקטרינות כאלה, הדין מאוד ברור, אבל טענות תום לב בעלמא הם טענות שככלל עדים להיזהר מהן ולמצוא דיון יותר מבוסס.

**מקורות חיצוניים שמסדירים את ניהול המו״מ:**

**התנהגות שפוגעת בצד למו״מ עשויה להיות עוולת נזיקית - מצג שווא רשלני, אי גילוי ותרמית, הם כולם יכולים להיות במקרים מסוימים עוולה שמזכה בסעדים.**

**טפחות נ׳ צבאח** - נדון עניין של רוכשי דירות שהגיעו לבנק מלווה (בנק שמלווה פרויקט בניה). הם רוצים לרכוש דירה ומבקשים מהבנק שייתן להם משכנתא. הבנק נותן שירות גם לחברת בניה. בשלב שבו הוא מדבר עם האנשים ובוחן את האפשרות לתת להם משכנתא, הוא יודע שהקבלן שבונה את הבניין נמצא בקשיים כלכליים משמעותיים. לבנק יש אינטרס משמעותי שהרוכשים יקבלו את המשכנתא - ברגע שהרוכשים לוקחים הלוואה כדי להשלים את הבניה ומשלמים את זה לקבלן, הקבלן משלם את הכסף חזרה לבנק כדי לכסות את החוב שלו, מה שמבטיח את היציבות הכלכלית של הקבלן. זה מאוד רצוי מבחינת הבנק כי הקבלן לקח הלוואות להרבה פרויקטים. לבנק יש אינטרס שהקבלן ישרוד והוא לא מגלה לרוכשים על מצבו של הקבלן ובסוף הקבלן פושט רגל. עולה השאלה האם הבנק היה צריך לגלות להם? **אחת העילות בגינן התקבלה התביעה היא שהבנק התרשל ופעל לא כמו שבנק סביר היה פועל בנסיבות העניין מכיוון שלא גילה להם את המידע הרלוונטי**.

**עמידר נ׳ אהרון** - רוכש מעמידר שרכש נכס מתוך כוונה לפתוח במקום מסגריה. עמידר אומרים לו שאין בעיה לפתוח מסגרייה ללא שבדקו את תכנית המתאר, לא וידאו את האפשרות מבחינת דיני התכנון והבניה לפתוח שם מסגריה, ובדיעבד אי אפשר היה לפתוח שם מסגריה. **ביהמ״ש מטיל על עמידר אחריות בגין מצג שווא רשלני - הם יצרו מצג שווא בפועל להבדיל מאי מגילוי**. הם אמרו שאפשר לפתוח את המסגרייה, הם יצרו מצג חיובי בשלב המו״מ. לא הייתה התחייבות חוזית כזו, זה לא הופיע בחוזה, אבל הם אמרו **שאהרון נכנס לחוזה על סמך מצג השווא ולכן הם חבים לו על הנזק שנגרם מעצם ההתקשרות החוזית** לרכישת השטח.

- **Esso Petroleum v. Mardon**חברת דלק נכנסת לעסקה עם מרדון שיקנה שטח להקמת תחנת דלק. בזמן המו״מ הם אומרים לו שאפשר להפיק במקום כמות מסוימת של דלק. מה שהם לא אומרים לו זה שאת המשאבות של הדלק אי אפשר למקם צמוד לכביש, אלא במקום אחר בגלל שינוי בחקיקה. כתוצאה מכך נגרם לו נזק כלכלי משמעותי מאוד. **ביהמ״ש האנגלי קובע כי כשאתה נחזה להיות מישהו שהוא מומחה לדבר ומציג את עצמך ככזה בשלב המו״מ, אתה אחראי על המצג שהצגת אם הוא רשלני.**

עקרון חוזה נספח - מאפשר להטיל חיובים שליליים במסגרת המו״מ, **הזכות לפיצוי שלילי במו״מ**. בשלב המו״מ **אפשר לחשוב על המצג כאיזה שהיא אמירה של צד אחד לצד השני שנלווה אליה חוזה נספח שבו צד מתחייב שהמצגים שהוא מציג הם נכונים.** כלומר, צד אחד אומר לשני שהוא רשאי להסתמך על מה שהוא אומר כי עצם זה שהוא אומר לו משהו, הוא מתחייב שזה נכון. **התוצאה של חוזה נספח היא כריתת החוזה העיקרי, והנזק מהפרה של חוזה נספח זה הנזק בכריתת החוזה העיקרי**.

בפס״ד **Esso Petrolium** **הכירו ברעיון של חוזה נספח כבסיס חליפי לפסיקת הפיצוי**. ביהמ״ש אומר **שתוצאה של הפרה של חוזה נספח זה עצם כריתת החוזה העיקרי ולכן הפיצוי שיכול להינתן על הפרה של חוזה נספח זה נזקי ההסתמכות על המצג שהביאו לכריתה של החוזה העיקרי**. אי אפשר לתת פיצויי קיום כאילו המצג היה נכון, אלא להעמיד את הפיצוי על הנזקים שנגרמו לצד שהתקשר בעקבות ההסתכמות. בפס״ד **עמידר נ׳ אהרון**, **השופט לנדוי** אומר **שאפשר לאמץ את הרעיון של חוזה נספח גם כדי להעמיד את הפיצוי באותו עניין ולא היה צריך להשתמש במצג שווא רשלני.** היום במיוחד לאור הפרשנות שס׳ 12 מעניק פיצויי הסתמכות, אין צורך בקונסטרוקציה הזאת. השימוש בה נבע מזה שלא היה הסדר חוזי כזה קודם. לפני ס׳ 12 הדרך היחידה החוזית לעשות זה היא עם קונסטרוקציה כזו של חוזה נספח. גם כשמשתמשים בעילה הנזיקית, העילה החוזית הזאת של חוזה נספח מאבדת משמעות. בפס״ד **Esso Petrolium** הכירו בעילה הנזיקית והעילה של חוזה נספח לא הרחיבה את קשת הסעדים. בכל מקום שבו יש חוזה נספח ויש גם מצג שווא רשלני, החוזה נספח לא מוסיף למצבו של התובע.

השתק הבטחה - **צד לא יכול להעלות טענה בפני ביהמ״ש, גם אם יש לו טענה והיא מאוד לגיטימית, הוא מושתק מלהעלות אותה**. ברגע שהוא מושתק מלהעלות אותה, זה אומר שזה מקנה זכויות לצד השני. הזכויות לצד השני לא נובעות מזכות מהותית בדין, אבל הן נובעות מזה שמגבילים צד להעלות טענה קיימת. השתקים יכולים להיות קיימים בהקשר של מעשה בדין. מעשה בדין הוא תוצאה שניתן פס״ד ולכן הנושא סגור בין הצדדים ולא ניתן להעלותו מחדש. מעשה בדין כפוף לזכות לערער והמשמעות היא שמעשה בדין חל כשיש פס״ד סופי. אפשר לקשר את הרעיון הזה להשתק כי אנחנו אומרים לצד אחד שאפילו אם התברר לו שהוא תבע את הצד השני על הפרת חוזה, ביהמ״ש פסק שהחוזה לא הופר ועכשיו יש עוד כל מיני ראיות והוא חושב שהוא כן יכול להוכיח עכשיו שהחוזה הופר, הוא מושתק מלהעלות את הטענה מחדש בביהמ״ש.

אפשר לפרק את ההשתק לסוגיות משנה:

השתק עילה - **ביהמ״ש הכריע לגבי עילה** (למשל, הפרת ההסכם). **אי אפשר להעלות את הטענה מחדש לא רק בפני אותו בימ״ש, אלא גם בפני בימ״ש אחר, ולא רק במסגרת אותו הליך אלא גם במסגרת הליך מסוג שונה**. לדוגמה: תביעה לפיצויים בגין הפרת חוזה, התביעה נדחתה, התובע לא קיבל את הפיצויים בפס״ד סופי, הוא לא יכול לתבוע המרצת פתיחה - הליך שבו הוא מבקש סעד הצהרתי שביהמ״ש יכריז שהחוזה הופר כי הוא רוצה לבטל אותו.

השתק שיפוטי - **צד שהעלה טענה עובדתית, הגיש את התביעה להפרת חוזה ותיאר עובדות בצורה מסוימת, לא יכול אחרי זה לטעון מחדש ולתאר את העובדות באופן אחר**. הוא מושתק גם אם הוא יכול להוכיח שהעובדות אחרות ממה שהוא טען קודם, לא יורשה לו לעלות טענות עובדתיות סותרות בהליכים שונים.

השתק פלוגתא - **אם ביהמ״ש הכריע בסוגיה במחלוקת עובדתית בין הצדדים, בהליך נפרד שנוגע לעילות שונות / סעדים שונים, שניתן לנהל אותו, אי אפשר לטעון מחדש את אותה סוגיה עובדתית שהוכרעה כבר.** מהרגע שהוכרעה הפלוגתא בפועל, ביהמ״ש דן בטענות העובדתיות של הצדדים והכריע בהן, אתה מחויב בעמדה ומושתק מלטעון.

השתק לא חייב לגעת להליך המשפטי - במקרים מסוימים יש הסדרים שאומרים שצד לא יכול להעלות טענות בגלל התנהגות קודמת שלו. המקרה הבסיסי הוא מצג: מישהו הציג לצד אחר מצג, והמצג היה שגוי והצד השני הסתמך על המצג הזה, בתביעה מאוחרת מי שנתן את המצג מושתק מלטעון על סמך האמת.

זה יכול להיות גם לגבי הסתמכות על הבטחה - **השתק הבטחה יכול לחול גם במצבים שבהם צד מבטיח הבטחה לצד השני, הבטחה שאין תמורה בגינה, זה לא חוזה** (לפי המשפט האנגלי), **אבל הצד השני מסתמך עליה.** לדוגמה: ויתור על חוב. אדם נטל הלוואה ולפני שהוא השיב אותה הנושה אומר לחייב שהוא מוותר לו על החוב, הוא פטור מלהחזיר לו את החוב. במקרה כזה, אם הוא אח״כ מגיש תביעה ואומר לחייב שישיב לו את החוב, אפשר לטעון שהוא הבטיח שהוא לא חייב לו את הכסף, הוא הסתמך על זה, אז הוא מושתק מלהעלות את טענת קיום החוב. **במשפט האנגלי ובמשפט האמריקאי, השתמשו ברעיון הזה כדי לחייב צדדים בהבטחות או מצגים שהם יצרו בשלב המו״מ**. גם אם לא התחייבת למשהו במסגרת חוזה, אתה לא יכול לטעון את זה, אתה מושתק כי זו התחייבות שנתת במסגרת המו״מ. באנגליה זה נעשה רק כמגן ולא כחרב - אפשר להעלות את הטענה הזו רק בתגובה לטענה של הצד השני.

השתק בדר״כ מוכרת כטענת הגנה, טענה שמעלים מולי ואני אומר שהטענה הזו לא צריכה לקבל את התייחסות ביהמ״ש, כי הצד שהעלה אותה מושתק מלטעון אותה. לדוגמה, אם מישהו תובע אותי בטענה מסוימת ומספר סיפור עובדתי, אני יכול להגיד בתגובה לביהמ״ש שאני מבקש לא לאפשר לו להעלות את הטענה העובדתית הזו, כי היא שונה מטענה עובדתית שהוא העלה בהליך אחר, ולכן חל השתק שיפוטי.

**טענת השתק לא חייבת לגעת להליכים קודמים. במקרה של השתק הבטחה, הבטחות שניתנו או מצגים שניתנו במסגרת המו״מ, יכולים לחייב צד אחד במובן הזה שהוא לא יכול להעלות אותם**. אנחנו נגיד - נכון שזו לא התחייבות חוזית, אבל אני משתיק אותך מלטעון את זה כי הייתה התחייבות וכי הייתה הסתמכות על ההתחייבות.

בארה״ב, הדוקטרינה של השתק הבטחה רחבה יותר, היא מאפשרת פיצויים חיוביים או פיצויי הסתמכות גם כטענת חרב ולא רק כטענת מגן. בפס״ד **Hoffman v. Red Owl Stores**רשת קמעונאית פונה לאנשים ומנסה להתקשר איתם שיפתחו סניף של הרשת ביישוב שלהם. הופמן פונה לנציג של רד אאוול, והנציג אומר לו שיאתר מקום טוב לפתוח סניף והם יגיעו להסכם לפתיחת הסניף. הופמן משקיע משאבים ולוקח מתווך מקרקעין שמחפש בשבילו קרקע רלוונטית שהיא גם למכירה וגם בגודל המתאים וגם נמצאת באזור שמתאים לחנויות גדולות כאלה. הוא מגיע למו״מ, ורד אאוול אומרים שהם חוזרים בהם מההצעה ולא מעוניינים לקיים מו״מ או לפתוח את החנות. ביהמ״ש אומר **שכשאתה יוצר הבטחה שתנהל מו״מ או שתאפשר לפתוח חנות, והצד השני הסתמך על כך והשקיע עקב כך השקעות בקיום החוזה, יוצר השתק הבטחה. אי אפשר לחזור בך מההסדר, אתה חייב פיצויים לצד שהסתמך על ההבטחה שלך, אבל הפיצויים מוגבלים רק להוצאות ההסתמכות**. אתה לא חייב לקיים את החוזה או לשלם פיצויי קיום, אבל אתה כן יכול להשיב לו את כל ההוצאות שהוא הוציא בגין ההסתכמות.

**היחס בין החובה לנהל מו״מ בתום לב ובין פגמים בכריתה:**

מה המשמעות של ס׳ 12 לאור הסדרים אחרים שנוגעים לכאורה בהתנהגויות טרום חוזיות? בחוק החוזים ס׳ 14-18 שעוסקים בפגמים בכריתה, מעלים לכאורה סט דומה של נסיבות. **המקרים של פגם בכריתה, לכאורה מקיימים חפיפה עם המקרים של פגיעה בתום הלב.** נשאל, האם יש חפיפה ומה ההשלכה על הסעדים? האם ניתן לתבוע גם על הפרת חובת תום הלב וגם על פגמים בכריתה? האם החפיפה מלאה או חלקית? **החפיפה יכולה להיות חלקית אם הפרת חובת תום הלב נמצאת כולה בתוך פגמים בכריתה**. כלומר, אם יש מצבים של פגמים בכריתה שהם לא הפרת חובת תום הלב אז תהיה חפיפה חלקית, אבל כל המקרים של הפרת חובת תום הלב יהיו גם בפגמים בכריתה. יכולה להיות גם **חפיפה חלקית אם יש מקרים שהם פגם בכריתה והם לא הפרה של חובת תום הלב או אם יש מקרים שהם הפרה של חובת תום הלב והם לא פגם בכריתה**.

מה ההשלכה של הדברים אחד על השני? **אין בעיה שיהיו מקרים שהם פגם בכריתה ולא תהיה לצידם הפרה של חובת תום הלב**. אנחנו חושבים על טענות לפגם בכריתה עם טעות, הטעיה כפיה ועושק, ואם נתמקד בטעות והטעיה, אז טעות והטעיה יכולים להיעשות בתום לב.

**טעות חד צדדית היא שצד לחוזה מתקשר בחוזה על סמך אמונה באיזה שהוא נתון עובדתי או משפטי, והוא מתבדה לגבי האמונה הזו**. צד אחד יודע מה החוזה אומר, מה התוכן שלו אומר, והצד השני לא. הוא טועה לגבי נתון מסוים. בנסיבות האלה, **יכול להיות שהצד השני בכלל לא יודע לגבי הטעות, הוא לא מודע לה ואם הוא לא מודע לטעות, לא ברור למה יש כאן הפרה של חובת תום הלב.** אם צד מאמין במשהו לגבי החוזה, והצד השני ממש לא מאמין בזה אבל הוא גם לא יודע שהצד הראשון מאמין בזה, אז הצעד הטועה נפגע אולי ואולי הוא יכול לבטל את החוזה, אבל בכלל לא ברור שיש הפרה של חובת תום הלב מהצד השני. יכול להיות שהצד השני היה צריך לדעת על הטעות במובן הזה שהוא התרשל. אנחנו חושבים שצד סביר בנסיבות העניין, היה צריך לשאול והוא לא שאל. אז בטעות מסוג כזה היינו אומרים שהחוזה ניתן לביטול. מצד אחד, הצד שלא טעה היה צריך לדעת על הטעות של הצד השני במיוחד אם הטעות היא בנושא מהותי. ובכל זאת, גם במקרה כזה לא ברור שהתרשלות לגבי בירור המצב העובדתי או האמונות של הצד השני להסכם זה הפרה של חובת תום הלב.

גם הטעיה יכולה להיות ברשלנות. הטעיה לפי ס׳ 15 לחוק החוזים היא מצבים לא רק של גילוי פרט שהוא שגוי, יצירת מצג שווא, אלא גם אי גילוי של פרט שצריך לגלות אותו לפי הנסיבות. **אי גילוי כזה שנעשה ברשלנות ולא בזדון, גם הוא יכול ליצור בסיס לטענת הטעיה ועדיין לא ברור שיש כאן הפרה של חובת תום הלב**. אפילו בהיעדר רשלנות, אי גילוי של פרט, כשקיימת חובת גילוי, לא ברור שזה התנהגות חסרת תום לב בהכרח. זו הטעיה, זה מזכה בסעדים, אבל **לא ברור שכל מקרה כזה של הטעיה הוא הפרה של חובת תום הלב כי לא ברור לנו שהחובה לגלות פרטים קשורה לתום לב בנסיבות העניין או לדרך מקובלת.** לכן יכולים להיות פגמים בכריתה שנותנים סעד לפי פרק ג׳, אבל הם לא הפרה של חובת תום הלב.

יש לשים לב **שלגבי כפייה ועושק, זה לא המצב.** כפייה היא פעולה אקטיבית שבו צד אחד גורם לצד השני להתקשר בחוזה בניגוד לרצונו. **מעשה כזה של כפייה, בין אם היא פיזית או כלכלית, בהכרח מפרים את חובת תום הלב**. גם **ניצול מצוקה של הצד השני ויצירת חוזה שהוא מאוד גרוע על פניו בתנאים שלו כלפי הצד שנתון במצוקה הם בבירור הפרה של חובת תום הלב**.

**מה קורה אם יש גם הפרה של חובת תום הלב וגם פגם בכריתה?** האם ניתן לתבוע גם פיצוי לפי ס׳ 12 וגם ביטול של החוזה לפי הפרק של פגמים בכריתה? **היינו חושבים שניתן לתבוע גם וגם אם מתקיימים שני תנאים: יש עילה של פגם בכריתה וגם עילה של הפרת חובת תום הלב, אבל זה לא מספיק**. צריך שהביטול לא יהיה סעד מספיק. אם אדם מתקשר בחוזה עקב כפייה ומבטל את החוזה דקה אחרי. מרגע זה החוזה בטל, ומרגע שהוא בטל, בהנחה שלא היו נוספים באותה דקה, אין איזה שהוא נזק שנותר. לכאורה כשבוטל החוזה וזה מתקן את כל הקושי שנוצר מהכריתה, אז אין צורך בסעד נוסף, אין צורך בפיצויים. יכול להיות, שצד לא מעוניין לבטל. דיברנו על זה בהבחנה בין חוזה שהוא ניתן לביטול וחוזה שהוא בטל מעיקרו. כשאין גמירות דעת, אז אין לא היה חוזה מעולם. החוזה בטל מעיקרו. **אם החוזה ניתן לביטול, הצד שהוטעה יכול להחליט שהוא לא מבטל. זה לא אומר שנמנע ממנו להעלות את הטענה לפי ס׳ 12. אז לכאורה בנסיבות האלו הוא יכול להגיד שהוא לא מבטל את החוזה, אבל הוא דורש פיצויים על הפרת חובת תום הלב**. כמובן שהוא יצטרך להוכיח שהחובה הופרה במקרה הקונקרטי ושנגרם לו כתוצאה מכך נזק, ולמרות הנזק הוא החליט לא לבטל. לכאורה יכול להיות קשה להראות שיש נזק, אם אתה אומר שאתה לא מעוניין לבטל את ההסכם.

**האם הסטנדרט של ס׳ 12 הוא אובייקטיבי או סובייקטיבי?**

לכאורה ס**׳ 12 בעצמו גורם לנו לחשוב שהסטנדרט חייב להיות אובייקטיבי כי הוא אומר לנו שלא מדובר רק בחובה לנהוג בתום לב, אלא גם בדרך מקובלת**. לכאורה דרך מקובלת היא לא הדרך של האדם הספציפי, אלא הדרך שמקובלת על הכלל. **כעניין של מדיניות, היינו רוצים שגם תום הלב יוגדר במונחים אובייקטיביים ולא סובייקטיביים, כי הקושי שלנו בס׳ 12 הוא בעמימות שלו לגבי התוצאה החוזית.** מה המשמעות של עמימות כזו כשהחובה כלפי צדדים לחוזה משתנה לפי התפיסות והאמונות שלו ולפי מה שהוא חושב לגבי איך צדדים לחוזה צריכים לנהוג. אם אני צריך בכל מו״מ להתאים את עצמי לציפיות של הצד השני, זה לא יגמר. **החשש שלנו מההבנה של מה דיני החוזים אומרים מתקשה הרבה יותר כשאנחנו חושבים על סטנדרט של תום לב ודרך מקובלת כעל משהו סובייקטיבי**. זה נוגע לקושי שיוצרת דרישת תום הלב בקיום יחסים חוזיים, הקושי שקשור לזה שאנחנו רוצים יציבות ומפחדים להיכנס למו״מ. יחד עם זאת, סובייקטיבציה של דוקטרינות נראית לנו הגיונית כשיש לנו מאפיינים מסוימים של צדדים להתקשרות. יכול להיות שנגיד שכל צד לא צריך לבחון מיהו הצד שעומד מולו, מהן היכולות שלו, מה הוא מביא ובמה הוא מאמין. אבל, בקטגוריות של מקרים אנחנו נצפה מאנשים להתנהג בצורה שונה. לדוגמה, אנחנו מצפים משחקנים מתוחכמים שיש להם כוח מיקוח משמעותי, נגיד במקרה של חוזים אחידים שבהם רק צד אחד קובע את התנאים, להיות הרבה יותר תמי לב מול צדדים חלשים ממה שהיינו מצפים בין שני שחקנים מתוחכמים עם כוח מיקוח שווה. על פניו אין בעיה להכריע שבין צדדים מאוד מתוחכמים וחזקים, הדרישה לתום לב צריכה להיות נמוכה יותר.

בעידן המודרני שבו מכשירים של ביג דאטה מאפשרים לאסוף המון מידע על אנשים, אנחנו יכולים להבחין בין אנשים ולא רק להגיד שחקן מתוחכם / לא מתוחכם, אפשר לכמת את רמת התחכום והידע שיש לצדדים לחוזה באמצעים אוטומטיים, ואז לכאורה אפשר להגיד כלפי מי יש יותר חשש שינצלו אותו ויפגעו בו וכלפי מי יש חשש נמוך יותר. כשיש אנשים שהחשש כלפיהם נמוך יותר, הם מתוחכמים יותר, יותר מביני עניין, הם גם יעדיפו שפחות תהיה כלפיהם חובת תום הלב כי החובה מייקרת את החוזה, החובה לקיים מו״מ בתום לב מייקרת את המו״מ. זה אומר שיש פחות תועלת לחלק אח״כ. אם אני מגיע לעסקה ואני אומר לצד השני שאני לא רוצה עכשיו שהוא יהיה כפוף לחובות, אני אדאג לעצמי ואני לא צריך את המשפט שיטפל בי אח״כ, אבל אני רוצה הנחה בחוזה, שזה ישתקף במחיר שאני מקבל. אם אני באמת יכול לדאוג לעצמי יותר, זה ישתלם לשני הצדדים שלא יהיו חובות כאלה. לכאורה אפשר לחשוב שבעולם כזה שבו יש לנו מערכת אוטומטית מאוד אינפורמטיבית שמאפשרת לאפיין את האנשים, היינו יכולים ליצור מערכת חוזית אוטונומית. הייתה הצעה בהקשרים כאלה בחוזי מכר רגילים: ניגשים לחנות בגדים, וכמו שהמוכר יכול לאסוף המון מידע על הלקוחות שלו ולגלות לגביהם מה רלוונטי ולהציע להם הצעות, גם החוזה יותאם לצרכן. אם אתה קונה בזארה ואתה יודע שאתה מאוד החלטי, אפשר לתת לך הנחה על הבגד אבל לשלול ממך את זכות ההחזרה. לעומת כשמישהו אחר הוא קונה פחות מתוחכם, פחות החלטי, אנחנו נגיד שזכות החזרה שלו חשובה ולכן הוא ישלם סכום יותר גבוה אבל הוא יוכל להחזיר את הבגד תוך 14 יום.

איך אמורים לפרש את חובת תום הלב לאור תפיסות נורמטיביות של דיני החוזים?

צדק הסכמי יכול לאמץ את חובת תום הלב גם בשלב המו״מ וגם בשלב הקיום החוזי. החובה הזאת גם יכולה להיות יעילה. **צדק הסכמי** **אומר שאנחנו נגשים את מה שהצדדים רוצים ולא נכפה עליהם את מה שהם לא רוצים. לכאורה חובת תום הלב במו״מ סותרת בהגדרה את הרעיון של צדק הסכמי כי אנחנו כופים על הצדדים לפני ההסכמה שלהם. חלק מהתפיסה של צדק הסכמי הוא הרעיון שמתי שהצדדים לא יכולים להציג מה ההסכמה שלהם, אנחנו נרצה להתחקות אחרי ההסכמה ההיפותטית שלהם**. עכשיו אנחנו נשאל לאיזה מו״מ הצדדים היו רוצים להיכנס? מו״מ בלתי מוגבל לגמרי, צדק הסכמי יגיד לא צריך שום חובות או זכויות ביחס למו״מ. אולי זה לא מה שהם רוצים? בפס"ד **Red Owl** מבחינת שני הצדדים זה שלב במו״מ. מצד שני זה שלב במו״מ שכרוך בהשקעה. שני הצדדים רוצים שההשקעה תתבצע בצורה הטובה ביותר כי זה מגדיל את הסיכוי שייכרת בסוף חוזה והחוזה הזה טוב לשני הצדדים. **כשהצדדים עושים השקעות טרום חוזיות הם יוצרים תועלת לשני הצדדים. אם צד משקיע על סמך הקיום של מו״מ זה טוב לשני הצדדים כי אם ייכרת בסוף חוזה, שני הצדדים בהגדרה מרוויחים מקיום החוזה** גם אם החוזה הוא מאוד חד צדדי במאפיינים שלו. לכאורה רק צד אחד מרוויח, עדיין שני הצדדים מרוויחים כי ע"פ הניתוח הכלכלי, זה יבוא לידי ביטוי במחיר החוזי. לשני הצדדים יש תמריצים ליצור חוזה שמשיא את הערך עבור שניהם ביחד. מה יגרום להופמן להשקיע אופטימלית טרום חוזית? אם הוא יודע שהשקעות טרום חוזיות הן אבודות והוא לעולם לא יקבל שום דבר בחזרה, הוא ישקיע מעט מידי כי הוא מפנים רק את התועלת שלו מזה שייכרת חוזה כשהוא מחליט כמה להשקיע בהשקעה טרום חוזית ולא את התועלת של הצד השני. לכן יש אינטרס לשני הצדדים להתחלק ביניהם בהשקעות טרום חוזיות. דרך אחת לחשוב על איך הם מתחלקים ביניהם בהשקעות טרום חוזיות זה על אמירה שלא תהיה פרישה ממו״מ לא מוצדקת אחרי שהייתה השקעה טרום חוזית. זה דרך לתמרץ את שני הצדדים להשקיע השקעות טרום חוזיות כי זה אומר שנוכל לפרוש אח״כ, אבל אתה תקבל בחזרה את סכום ההשקעה שלך.

**צדק מתקן יכול לתפוס עמדה יותר קיצונית ולהגיד שברגע שיצרת הבטחה לצד השני והייתה הסתמכות עליה, אז אתה מחויב לכל הנזקים של הצד השני**. ברד אאוול לפי צדק הסכמי היינו רוצים לחלק את העלויות האלה של ההבטחה**. צדק מתקן יגיד ברגע שהופרה ההבטחה להתקשר והייתה הסתמכות של הצד על השני על ההבטחה, נרצה פיצוי מלא על הנזק שנגרם בעקבות כל הוצאה שהוצאה על בסיס ההבטחה וזה לא משנה למה הייתה פרישה מההסכם.**

מהם הפעולות שמהוות פגיעה בתום הלב ואיך הן משרתות את המטרות הנורמטיביות, ומה יהיו התרופות על ההפרה של חובת תום הלב?

**פעולות שמהוות פגם בכריתה:**

מצג שווא ואי גילוי - יכולות להיות התנהגויות חסרות תום לב. **אפשר להבחין בין אי גילוי של פרט כשבנסיבות מסוימות היה צריך לגלות אותו, או מצג שווא שזה יצירת מצג פוזיטיבי שגוי**. כשמדברים על מצג שווא צריך להבחין בין מצג שווא שהוא טרום חוזי (נוגע לבסיס העובדתי של החוזה) לבין תניה חוזית (התחייבות שהיא חובה שצד לחוזה נטל על עצמו). לדוגמה, פס״ד **Sherwood** שבו נמכרה פרה ושני הצדדים חשבו שהפרה עקרה אבל התברר שהיא בהיריון. אפשר להגיד שאני מוכר לך את הפרה x והיא גם עקרה, במקרה הזה האמירה היא עקרה זה יהיה מצג שווא אבל התניה החוזית היא למכירת פרה X ויכול להיות שהחוזה הוא למכירה של פרה עקרה ואז אם הפרה לא עקרה זה לא יהיה מצג שווא זה יהיה פשוט תניה חוזית, הפרה של החוזה עצמו. החוזה בוצע בדרך שונה ממה שהוסכם עליו ומכאן ההפרה. זה נותן סעדים שונים: **כשיש מצג שווא ניתן לבטל את החוזה או לקבל פיצויים שליליים אבל תניה חוזית מאפשרת אכיפה**. אם ההתחייבות החוזית הייתה למכור פרה בהיריון, ומכרתי לך את הפרה x והיא עקרה, אני צריך לתת לך פרה בהיריון או את שווי הכסף, הפער בין פרה עקרה לפרה בהיריון. אם התחייבתי למכור לך את הפרה x ומתברר שהיא עקרה למרות שאמרתי שהיא בהיריון אז לכאורה הסעד לפי ס׳ 12 זה רק פיצויי הסתמכות או ביטול של החוזה על סמך טעות.

**יש בעיה עם אי גילוי כי ברגע שאתה חייב לגלות לצד השני את כל הפרטים אתה לא יכול להרוויח ממידע**. לדוגמה, אדם שעיסוקו הוא גילוי נפט. מסתובב בשטחים חקלאיים בצפון הארץ ומעריך איפה יש נפט. הוא מגלה בשטח של פלוני שקיים סיכוי גבוה שקיים נפט. כרגע השטח חקלאי ופלוני לא יודע שבאדמה שהוא הבעלים שלה יש נפט. אם חייבים לגלות את המידע הזה, אז פלוני ירוויח את כל הכסף מזה שיש נפט בשטח והמומחה שיש לו את היכולת לגלות את קיומו של נפט מראש יבחר לא לעשות את זה. אתה לא תשקיע באיסוף מידע ובגילוי הנפט אם אתה יודע שאתה לא יכול להרוויח אף פעם מגילוי נפט כי אתה תצטרך פשוט לגלות את זה בחינם לצד השני. **הבעיה עם חובת הגילוי היא שזה מדכא תמריצים לאסוף מידע. קרונמן מעמיד את הפתרון ואומר שחובת הגילוי קיימת במסגרת חובת תום הלב או הסדרים חוזיים אחרים רק אם לא השקת משאבים בגילוי המידע. אם הייתה נדרשת השקעה בגילוי המידע, לא צריכה להיות חובה גילוי כי אז אנחנו נדכא תמריצים להשקיע באיסוף וגילוי המידע.**

בפס״ד **Esso ועמידר** - הציגו מצג שווא (Esso תחנת דלק שלא גילתה שאי אפשר לבנות את המשאבות במקום שהם אמרו; עמידר לא גילתה לרוכש שאי אפשר לבנות בנכס מסגריה). העלות של המידע והגילוי הייתה מאוד זולה, **Esso ועמידר היו יכולים לגלות את המידע האמיתי בלי השקעה ולכן זה שהם הטעו את הצעד השני נוגד את העמדה של קרונמן**. בעניין **ספקטור נ׳ צרפתי**, היה מצב שונה. הפס״ד עוסק במקרה שבו קבלן קונה מבעלים של קרקע מידע, שניהם צדדים עסקיים מתוחכמים מאוד. הקבלן אומר למוכר הקרקע שהוא מעוניין לבנות בניין עם 18 קומות, והמוכר אומר אין בעיה אבל הוא לא בודק ובעצם המצב התכנוני הוא שניתן לבנות 12 קומות בלבד ולא 18. **ביהמ״ש אומר שחובת הגילוי במקרים האלה מוגבלת. במידה מסוימת נראה שזה מתיישב עם העמדה של קרונמן**. אם היה צריך השקעה רבה כדי לאסוף את המידע אז במוצדק אין גילוי, אבל מעבר לזה אם המטרה היא לתת תמריצים לגלות מידע אז אני רוצה שגם לקונה יהיו תמריצים. **כשאין עדיפות למוכר באיסוף המידע וגילוי שלו, לא ברור שקיימת חובת גילוי בהקשר הזה. היינו רוצים שהקונים במקום שזול לגלות את המידע ישקיעו גם**. בדוגמה של Esso ועמידר המצב שונה כי הצד שהסתמך על המידע של Esso או של עמידר היה להם הרבה יותר יקר לגלות את המידע ולכן היינו רוצים שהם יסתמכו על הצד השני. לעומת זאת בספקטור נ׳ צרפתי כששני הצדדים מתוחכמים יש בסיס לחשוב שאנחנו לא רוצים לחייב אותם בגילוי ואיסוף מידע אלא לאפשר להם לעשות את זה בעצמם כשאין להם עדיפות.

**טפחות נ׳ צבאח** מציג לנו סוגיה אחרת. הבנק שלא מגלה לרוכשי הדירות שהקבלן שמוכר להם דירות נמצא במצוקה כלכלית. אומר הבנק לביהמ״ש, אם אלה לקוחות שלי ואתה אומר שאני חייב לגלות להם, אבל גם הקבלן הוא גם לקוח שלי ואתה אומר שאני חייב לו חובות סודיות, אני לא יכול לגלות את המידע אודות הקבלן לצדדים שלישיים. איך מיישבים את זה? האם חובת הגילוי גוברת על חובת הסודיות? **העליון קבע שחובת הגילוי לא גוברת על חובת הסודיות, אך גם חובת הסודיות לא גוברת על חובת הגילוי. הפתרון הוא שהבנק היה צריך להגיד לדיירים שיתכן שהקבלן נמצא בקשיים, אבל אסור לו לתת להם מידע לגבי** **מצבו הפיננסי**. כדי להם להתייעץ עם גורמים אחרים, וככה לא לגלות את המידע שידוע לו אבל גם לעמוד בחובת הגילוי שיש לו כלפי הרוכשים.

**כפייה ועושק** - עולה השאלה שעלתה בגנז נ׳ כץ, **האם במקרים שבהם נקבע שאין עושק, עדיין יכולה להיות הפרה של חובת תום הלב**? באותו מקרה אדם התקשר עם משדך, שמשיג לו שידוך ואומר לו ׳אם אני משיג לך שידוך תשלם לי 100,000$׳. אותו אדם שרוכש את השירות מסכים ואז בדיעבד אומר שהוא מוכן לשלם רק 20,000$. 100,000$ זה ניצול המצוקה שלו. בעליון יש דיון לגבי שתי טענות: האם החוזה לקה בעושק? נפסק שלא. לא היה ברור שאותו רווק שהתקשר בחוזה היה נתון במצוקה שהיה ניתן לעשוק אותו. החוזה היה בתנאים מאוד גרועים ביחס לתנאי השוק, אבל זה לבד לא מספיק. אם אדם מתקשר מרצונו החופשי בחוזה גרוע זו בעיה שלו. **ביהמ״ש אומר שאי אפשר לקבל את העמדה שלא מתקיימים התנאים של עושק אבל יש הפרה של חובת תום הלב. נראה שלפחות לגבי עושק וכפייה, שמרגע שנקבע שלא מתקיימים התנאים של עושק, ההתנהגות גם לא מפרה את חובת תום הלב**. זה מתקשר לעמדה הכללית של האיזון - אתה יכול להתקשר בעסקה שמשרתת את האינטרס שלך ומאוד גרועה לצד השני, רק הפרקטיקות שבהן אתה נוקט אסור שיסטו מאיזה שהיא מסגרת קשיחה.

**פעולות שהן לא פגם בכריתה אלא התנהגות שהיא חסרת תום לב ולא מביאה לגיבוש החוזה**:

התחמקות מקבלת ביצוע הקיבול כדי להימנע מהתקשרות בהסכם - **בפס״ד שיכון עובדים נ׳ זפניק** נדון מקרה שבו חברה פרסמה הצעה לציבור או לקבוצה מסוימת של אנשים להתקשר בחוזה בתנאים מאוד נוחים, ואז מתחמקת מהם ולא עונה להם ולא מאפשרת להם להתקשר בחוזה. **השופטת בן פורת** אומרת שהיא מבינה למה הם עושים את זה, על פניו **חלה דוקטרינה שהיא מכנה ״אשם בהתקשרות״. אשם בהתקשרות זה מצב שבו צד להסכם מונע באופן מכוון וחסר תום לב את האפשרות של הצד השני לבצע קיבול וככה מונעים את קשירתו של חוזה.**

פרישה בלתי מוצדקת ממו״מ - מתי הפרישה תהיה בלתי מוצדקת? לפרוש ממו״מ מותר, אז מתי נגיד שהפרישה מהווה חוסר תום לב? **השופט א׳ ברק** בפס״ד **זוננשטיין נ׳ גבסו** מציג **בדעת מיעוט** עמדה על פיה אם הסיבה לפרישה ממו״מ הייתה כי בני הזוג רצו שחלק מהתשלום עבור הנכס לא ירשם בחוזה כדי שיוכלו לשלמו בנפרד לחוזה, מחוצה לו, ובכך להתחמק מתשלום מס, ובגלל שהצד השני לא הסכים לכך פרשו מהמו״מ, זו הפרה של חובת תום הלב. **אם צד פורש ממו״מ כי הצד השני לא מוכן לבצע משהו לא חוקי, אותו הצד פועל בניגוד לחובת תום הלב.**

ניהול מו״מ סרק - בפס״ד **קל בניין** לא נתנו בדיוק דוגמה כזו. עיריית רעננה פרסמה מכרז שבו התחרו 10 חברות בנייה. קל בניין ניהלו עם העירייה מו״מ שהגיע לשלבים סופיים. בסופו של דבר עיריית רעננה פרשה מהמו״מ ובחרה בחברת בנייה שבכלל לא השתתפה במכרז. הבעיה היא שעיריית רעננה קבעה ״כללי משחק״ שעל פיהם המשתתפים לא בהכרח יזכו. אבל, גם העירייה כפופה לכללי המשחק. היא לא יכולה להפר בעצמה את הכללים שהיא קבעה בעצמה, וזה מה שהיא עשתה. הם ביקשו להגיש הצעות לפרויקט מסוים, להביא ערבויות בנקאיות, למלא טפסים. כל הדברים האלה עולים כסף. אחרי שקל בניין עשו את כל הדברים שנדרשו ממנה, הכל היה לחינם. זה גם נתן יתרון לחברה שלא השתתפה - מי שהשתתף במכרז לא יודע מה היו ההצעות האחרות, ואז באה החברה וראתה את כל ההצעות האחרות בלי שהוציאה אף הוצאה בעצמה, היא יכולה להציע פחות מההצעה הנמוכה ביותר ולזכות בפרויקט בלי להוציא את כל ההוצאות מסביב. בגלל זה העירייה פעלה בחוסר תום לב. בדיעבד גם עיריית רעננה הייתה רוצה שיכפו עליה את התנאים האלה, כי הם רוצים שהצדדים ידעו שהם כפופים לכללים שהם עצמם קבעו כדי שאנשים ישתתפו, אחרת אף אחד לא היה משתתף במכרז. אז כדי לעודד אנשים להשתתף במכרז, אתה רוצה שאנשים יחשבו שאתה כפוף לו, ולכן אתה רוצה שזה יחייב אותך בדיעבד.

**תוצאות ההפרה (תרופות):**

מה קורה אם ס׳ 12(ב) מופר? הס׳ קובע כי ״צד שלא נהג בדרך מקובלת ולא בתום לב חייב לצד השני פיצויים בעד הנזק שנגרום לו עקב המו״מ או עקב כריתת החוזה, והוראות ס׳ 10, 13 ו- 14 לחוק התרופות יחולו בשינויים המחויבים״.

ס׳ 10 - נזק שהמפר ראה כתוצאה מסתברת של ההפרה

ס׳ 13 - פיצוי בעד נזק לא ממוני

ס׳ 14 - חובת הקטנת הנזק

**לכאורה ס׳ 12 מוגבל לפיצויים, והפסיקה פירשה את זה לפיצויים שליליים בלבד**. הפיצוי השלילי בלבד בהקשר הזה **נראה לנו כפיצוי עבור הוצאות ניהול המו״מ**. בפס"ד **קל בניין** המחוזי פסק פיצוי על הוצאות ניהול המו״מ. על הסכם שהשווי שלו היה 7 מיליון ש״ח, הוא נתן פיצוי של 10,000 ש״ח כי אלה היו העלויות שקל בניין הוציאו כדי להשתתף במכרז. **לכאורה, פיצוי שלילי יכול להיות גם פיצוי עבור הפסד עסקאות. הסתמכות שלילית, אובדן הזדמנויות עסקה - ויתור על עסקאות מסוימות כדי לנהל מו״מ עם** **הגורם הרלוונטי**. בקל בניין הם היו יכולים להגיד, אנחנו בטוחים שאנחנו הולכים להקים שכונת מגורים ברעננה, אנחנו לא ניכנס למו״מ במקביל עם עיריית רשל״צ. אם כתוצאה מהמו״מ עם עיריית רעננה הפסדנו את העסקה ברשל״צ, זו הוצאה של הסתמכות. נזק הסתמכות, ולא פיצויי קיום. פיצויי קיום יהיה פיצוי בגין מניעת רווחים שהייתי יכול להרוויח אם החוזה היה מתממש. **בקל בניין נפסקו פיצויים חיוביים, הכסף שהם היו אמורים להרוויח מהעסקה. זה קשור לתפיסה רחבה יותר שאומרת שכל הסעדים שכל ס׳ 12 לא מוגבלים רק לסעדים שליליים אלא גם לסעדים חיוביים, וזה אומר גם אכיפה**.

בפס״ד **Chaplin v. Hicks** דוגמנית שלחה תמונה שלה לעיתון ביחד עם דוגמניות אחרות. אנשים שלחו מכתבים לעיתון להצביע מי האישה היפה ביותר והעיתון התחייב להזמין את עשר הנשים הראשונות שיזכו לריאיון עבודה כדי שאחת תזכה בעבודה יוקרתית. הגברת Hicks לא קיבלה הזמנה לריאיון למרות שהיא הייתה אחת מעשר הנשים שזכו. היא הפסידה את הסיכוי לקבל עבודה, לא עובדה בפועל. **היא הפסידה את ההזדמנות לנהל מו״מ להתקשר בעסקה. נפסקו לה פיצויים חיוביים בגובה 10% מהרווחים שהייתה עושה אם הייתה מתקשרת בעסקה.** למה דווקא 10%? כי זה משקף את הסיכוי של 1/10 שהיא הייתה מצליחה לגבור על תשע הנשים האחרות ולקבל את המשרה.

**בפסיקה הסעד של הפרת חובת תום הלב הורחבה לאכיפה**. בפס"ד **שיכון עובדים נ׳ זפניק ובזוננשטיין נ׳ גבסו** השופטים קבעו **שאם צד לא מתקשר בחוזה בגלל שהוא הפר את חובת תום הלב ואם הוא לא היה מפר, היה נקשר החוזה, ניתן לדרוש אכיפה של ההסכם, ואם לא אכיפה של ההסכם אז פיצויי קיום כמו בקל בניין.**

היחס בין ס׳ 12 לחוק החוזים וס׳ 8 לחוק המקרקעין (ניתן לראות **בזוננשטיין נ׳ גבסו** **ובקלמר נ׳ גיא**): ס׳8 הוא הס׳ הצורני בחוק המקרקעין. הוא קובע תניות של צורת החוזה, צורת התקשרות. ככלל, חוזה יכול להיקשר בכל צורה (בע״פ, בכתב), אין דרישה שחוזה יהיה כתוב בצורה מסוימת. ס׳ 8 לחוק המקרקעין אומר שעסקה לבצע פעולה במקרקעין טעונה כתב. **הדרישה היא מהותית במובן הזה שאם אין כתב, אין עסקה.** זו לא סתם דרישה פרוצדורלית להוכיח את קיומו של החוזה. גם אם הצדדים לא חלוקים ביניהם שהם הגיעו להסכמה, אין חוזה בלעדי כתב. **הסיבה היא שאנחנו רוצים להבטיח את רצינות הצדדים בעסקה כ״כ משמעותית. לכן ברור לנו גם למה אם לא יסכימו על פרטים מתוך ההסכם, דרישת הכתב היא דרישה מהותית.**

**פס״ד קלמר נ׳ גיא** - הזוג גיא הם זוג אדריכלים. הם עשו עסקת קומבינציה עם קלמר שהיה לו שטח מקרקעין. העסקה כללה שהזוג יבנו שתי דירות על השטח שלו, ובתמורה הוא ייתן להם את אחת הדירות ויעביר אליהם את הבעלות על השטח. הם עשו ביניהם זיכרון דברים אך לא חתמו על חוזה והתחילו את הבניה. בסופו של דבר כשהם סיימו את הבניה, הזוג עבר לדירה שלהם וקלמר לא העביר להם את הבעלות על הדירה. הם נעלו את הדירה השנייה והוא נכנס אליה ומכר אותה למישהו אחר.

אפשר לחשוב על אסופת מסמכים או נסיבות בשטח שמגבשות את הכתב, להגיד - קיימתם כבר את החוזה, ברור שיש הסכם. כל המסמכים שגיבשו את קיום החוזה מהווים הסכם בכתב. **השופט א׳ ברק** **אומר שברגע שיש הפרה בוטה של חובת תום הלב כמו במקרה הזה, זעקת ההגינות שעולה מהמקרה, זה יהיה דבר כ״כ בוטה להגיד שאין כתב אחרי שהחוזה קוים, מחייבת לרכך את דרישת תום הלב.** השלכה רחבה ומשמעותית של ס׳ 12 שאומר שהפרת חובת תום הלב יכולה לתת תרופות לא רק במישור של קיום או פיצויים אלא גם להתגבר על דרישות אחרות בדיני החוזים.

**תרופות בשל הפרת חוזה:**

**מבוא:**

כל הדיון מתחיל מהנקודה שבה החוזה מופר. מה קורה אם החוזה שהצדדים הסכימו עליו מופר ע״י אחד מהצדדים?

באופן כללי, **חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) מקנה שלושה סוגים של תרופות**:

1. אכיפה

2. ביטול החוזה

3. פיצויים

התרופות לא בהכרח מוציאות אחת את השנייה, צריך לשאול מה היחס בין התרופות השונות.

יש עוד תרופות ספציפיות שהן לא התרופות הכלליות האלה:

סעד העכבון (ס׳ 19 לחוק התרופות, ס׳ 11 לחוק המיטלטלין, ס׳ 5 לחוק חוזה קבלנות) - **הזכות של צד לחוזה לעכב אצלו נכס שנמצא ברשותו אבל שייך לצד השני, עד שהצד השני ישלים את החיובים החוזיים שלו**. לדוגמה, שמתי את הרכב שלי לתיקון במוסך. המוסך מחזיק את הרכב אצלו עד שאני אשלים את החוב שלי כלפיו, רק אז הוא ישחרר לי את הרכב.

קיזוז (ס׳ 20 לחוק התרופות) - **צד לחוזה שמחזיק כסף ששייך לצד השני, או שחייב לצד השני כסף ויש חובות הדדיים, רשאי לקזז את הסכום שהוא חייב לשלם מהסכום שהוא זכאי לקבל.** לדוגמה, עורך דין שמקבל בשם הלקוח שלו פיצוי מנתבע, והלקוח חייב לשלם לו את הכסף בגין השירות, רשאי לקזז מהסכום שהוא מעביר ללקוח את החוב של הלקוח אליו כשכר טרחה.

ניכוי מחיר (ס׳ 28 לחוק המכר) - **אם מוכר מכר מוצר שהיה אמור להיות עם מפרט מסוים והקונה קיבל את המוצר כשהפרטים שלו שונים, הקונה יכול לנקות מהמחיר שהוא צריך לשלם למוכר את ההפרש בין שווי המוצר שהיה צריך לקבל לבין שוויו הנוכחי של המוצר**.

שלושת הסעדים האלה הם **סעדים עצמיים**. בשונה מהאפשרות של אכיפה או פיצויים אלה לא סעדים שנפגע ההפרה צריך ללכת לביהמ״ש ולבקש אותם, אלא סעדים שהוא עושה לעצמו. למעשה, **אם הוא עושה את הסעדים האלה לעצמו שלא כדין, הצד השני יכול לתבוע אותו בביהמ״ש בטענה שהוא הפר את החוזה.** אם אתה מקזז זכות שלא עומדת לך, אז הצד השני יתבע אותך על זה שביצעת קיזוז שלא כדין ובעצם הפרת את החוזה כי לא שילמת את החיוב שלך.

**גם סעד הביטול הוא סעד עצמי. חוק התרופות קובע שאם בוצעה הפרה יסודית של ההסכם או הפרה לא יסודית שלא תוקנה במועדה, רשאי הנפגע לבטל את ההסכם בהודעה למפר תוך זמן סביר**. הסעד של ביטול הוא סעד שנפגע ההפרה מפעיל בעצמו. **הודעת ביטול שלא כדין, נגיד אם לא הייתה הפרה יסודית, היא בעצמה הפרה של ההסכם.**

**סעד של ביטול וסעד של אכיפה סותרים אחד את השני**. אי אפשר לבקש לבטל את ההסכם ולצד זה לבקש שיאכפו את ההסכם שאני מבקש לבטל.

**ביטול החוזה ופיצוי לא סותרים בכלל**. אפשר לבטל את ההסכם ולבקש פיצוי, אפשר לבטל את ההסכם ואת כל החיובים שלו מכאן והלאה, אבל לבקש פיצויי קיום שיביאו אותי למצב שבו הייתי לו החוזה היה מקוים.

**אפשר לבקש גם אכיפה ופיצוי**. אכיפה של ההסכם וחיוב של המפר לבצע את כל ההתחייבויות שלו לפי ההסכם, אבל אם סבלתי מנזקים עקב ההפרה ותוצאותיה, בלי קשר לסעד האכיפה, נזקים שסעד האכיפה לא מתקן, אני זכאי לפיצויים על הנזק שנגרם.

**אפשר גם לתבוע רק פיצויים**. הייתה הפרה של ההסכם, ההפרה גרמה לי לנזק, אני לא מבקש אכיפה של ההסכם המקורי ואני לא מבקש לבטל אותו, אני מבקש רק פיצוי על הנזק שנגרם עקב ההפרה ותוצאותיה.

**ברירת קיום:**

סוג נוסף של סעד, אופציה, הקיימת לנפגע ההפרה. **ברירת קיום מקיימת יחס מיוחד לסעד האכיפה**. **הרעיון הוא שכאשר מופר חוזה, הנפגע יכול להחליט שהוא לא מקבל את זה שהחוזה מופר וממשיך לקיים אותו באופן חד צדדי. הוא משלים את החיובים ואז הוא יכול לתבוע את מלוא החיובים של הצד השני.** מתי נפגע ההפרה ירצה לעשות ברירת קיום? כשהחיובים שלו הם חיובים בפועל, והחיובים של הצד השני הם חיובים כספיים בלבד.

**היתרונות של ברירת קיום לנפגע ביחס לפיצוי, הוא שלא עומדת לו חובת הקטנת הנזק. הוא מבצע את החוזה בשלמותו, ואז המפר יהיה חייב לו את הסכום שהוסכם עליו בחוזה.** זה סעד אכיפה. **אם הוא לא מבצע את הצד שלו לעסקה ותובע פיצויים על הנזק שנגרום לו, אפשר להגיד לנפגע שהייתה חובה להקטין את הנזק ובכך גובה הפיצוי שמגיע לו יהיה נמוך יותר.** יתרון נוסף הוא ראייתי - **לא צריך להוכיח מה הנזק שנגרם לנפגע**. התחייבתי לבנות בית תמורת מיליון שקלים, אמרו לי אל תבנה. אם אני בונה את הבית ומקבל מיליון שקלים, אני מקבל פיצויי קיום אני בעצם מקיים את החוזה. אם אני לא בונה את הבית, אני צריך להוכיח את הנזק, מה הייתי מרוויח אם הייתי בונה את הבית. לפעמים זה יכול להיות מאוד קשה להוכחה, אז כשאני מחליט לקיים את החוזה ולבנות את הבית, אני מוזיל עלויות ומבטיח שלא יהיה טעויות בהערכת הנזק שנגרם לי.

**טכניקום נ׳ אדלר** - אבא רשם את הילד שלו לתיכון בקיץ לפני תחילת הלימודים. כעבור כמה ימים גילה שהתיכון לא מוכר ע״י משרד החינוך ורצה לבטל את החוזה. הוא שילם לתיכון את הצ׳קים של שכר הלימוד. התיכון לא הסכים לביטול ודרש לפדות את הכסף בטענה שתמיד היה מוכן לתת לילד ללמוד, זה שהילד לא הגיע זה בעיה שלהם. מבחינתם הם ביצעו את הצד שלהם להסכם כי הילד יכול היה להגיע וללמוד, זו בעיה שלו שהוא בחר לא לעשות זאת. **הם למעשה טוענים לברירת קיום - האבא ביקש לבטל את העסקה, התיכון החליט שהוא לא מסכים לכך והיה מוכן ללמד את הילד לאורך השנה, הילד בחר מהצד שלו לא להגיע ללימודים, אבל התיכון לכאורה קיים את העסקה.**

למה ביה״ס טוען לברירת קיום ולא פשוט תובע פיצויים? למה הוא תובע לאכיפה של ההסכם? הם יכולים להגיד שהם רוצים פיצויים בגובה הסכום שהאבא התחייב לשלם להם. זה נוגע לחובת הקטנת הנזק. **אם היו מבקשים פיצוי היו אומרים להם, למה לא רשמתם מישהו אחר במקום ופותרים את הבעיה? כשהם טוענים לאכיפה זה פותר את הבעיה הזאת**. זה נותן יתרון נוסף במובן השטרי. אם אומרים שהילד לא הגיע לביה״ס ולא קיבל את התמורה החוזית, במובן השטרי זה נחשב לכישלון תמורה מלא. לא התממשה התמורה בגין השטר שניתן עבור התשלום. אם יש כישלון תמורה מלא לא ניתן להסתמך על השטר כמשהו קנייני, הם לא היו יכולים לממש את השטרות. לכן לאדלר היה חשוב שיוכרע כישלון תמורה מלא, זה פטר אותו מלשלם לתיכון.

**ביהמ״ש בסוף פסק שלא היה לביה״ס ברירת קיום**. למה ביהמ״ש קבע כך? התיכון טען שהילד לא חייב להגיע, הם סיפקו את השירות. מבחינתם יש כיסא ריק שממתין לו. **ביהמ״ש קבע שזה שיש כיסא ריק לא שווה ערך לאספקת השירות, צריך שיהיה שיתוף פעולה. יש מקרים שבהם קיום של החוזה יכול להיעשות באופן חד צדדי ויש מקרים שבהם קיום של החוזה דורש שיתוף פעולה של שני הצדדים. כשקיום החוזה דורש שיתוף פעולה של שני הצדדים, ברירת קיום היא לא אופציה.** אתה לא יכול לקיים את החוזה באופן חד צדדי ואז לתבוע אכיפה שלו כלפי הצד השני. בגלל זה היה במקרה הזה כישלון תמורה מלא. השאלה היא טכנית - האם מי שנתן את השטר קיבל את כל התמורה בעבורו? זה לא משנה מי הפר את החוזה.

ביהמ״ש מסתמך על פסיקה אנגלית, **White v. McGregor** חברה שהתחייבה לתת שירות של לפרסם ממכרים על פחי זבל ברחבי העיר. מישהו נקשר איתה בחוזה וחזר בו לאחר מס׳ ימים, עוד לפני שנעשתה כל פעולה של פרסום. **חברת הפרסום פעלה בדרך של ברירת קיום, הם קיימו את ההסכם במלואו למרות שהצד השני חזר בו מההסכם ואז תבעו ממנו את התשלום המלא בגין הפרסום כפי שהוא התחייב בהסכם.** האם הם רשאים לעשות את זה? דעת הרוב קבעה שצד אומר שהוא לא רוצה לקיים את החוזה, החוזה לא בטל. **כדי לבטל חוזה חייבת להיות הפרה יסודית של הצד השני. כל עוד החוזה לא בטל, הצד שאמרו לו שמעוניינים לבטל, רשאי להחליט מה הוא רוצה לעשות. הוא יכול לבחור לקיים את החוזה ולדרוש את כל הקיום של הצד השני.**

לכלל הזה יש שני חריגים:

1. **אתה לא רשאי לקיים באופן חד צדדי אם כדי לקיים אתה חייב את שיתוף הפעולה של הצד השני**.

2. **אתה לא רשאי לקיים באופן חד צדדי אם אין לך אינטרס לגיטימי בהמשך קיום החוזה**. מה זה אינטרס לגיטימי? הרי גם ככה אני זכאי לפיצויים בגין הפרת החוזה. אינטרס לגיטימי יכול להיות מוניטין, או התחייבות לצדדים שלישיים או נזק שלא מפוצה.

לדוגמה, נורא חשוב לי לקיים את החוזה כי התחלתי עכשיו עסק של פרסום על פחי זבל ואנשים לא מעוניינים ממש בשירות הזה. אולי אם אני אצליח בקמפיין מסוים, זה יועיל לשיווק שלי. אני אוכל להראות לאנשים שזה שווה לפרסם על פחי זבל.

דוגמה נוספת לאינטרס לגיטימי היא נזק שלא מפוצה - אם אני חושב שיש סוגים מסוימים של נזקים שאני יכול לסבול בעקבות הפרה של החוזה ואני לא אזכה לפיצוי בגינם, אני ארצה לקיים את החוזה. למשל, נזקים שמאוד קשה לאמוד.

דוגמה שלישית, אמונה סבירה שאם אני אקיים את החוזה, המפר בסוף ישתכנע לקיים את החוזה גם. **בנק איגוד לישראל נ׳ סוראסקי** - סוראסקי ביקשו מבנק איגוד לרכוש עבורם פלטינה. הבנק התחייב לעשות זאת ובסוף חזר בו מהעסקה. סוראסקי העבירו לבנק את הכסף בכל זאת כדי שיממש את הרכישה. בתביעה הבנק ביקש שיפחיתו לו את גובה הפיצוי בטענה שסוראסקי יכלו לרכוש את המתכת גם בעצמם. ביהמ״ש שלל את הטענה. סוראסקי יכלו לצפות שאם הם יעבירו לו את הכסף הוא ירכוש עבורם את המתכת כפי שהתחייב. אין להם חובת הקטנת נזק, הם ביקשו לאכוף את החוזה לאחר שעמדו בחיובים החוזיים שלהם ולא פיצוי בגין הפרת החוזה.

בית הלורדים יישם את החריג להלכת White בפס״ד **Clea Shipping Corp v. Bulk Oil int'l** - חברת ספנות משכירה אוניות. היא השכירה למישהו ספינה לשנתיים. השוכר אמר שהוא מעוניין לסיים אחרי שנה, והחזיר להם את הסירה. אחרי שנה הם העמידו את הסירה במזח ולא נתנו לאף אחד לעלות עליה. הם טענו שמבחינתם חוזה השכירות המשיך, הם השאירו את הספינה בעבור השוכר. הוא בחר להחנות אותה במזח, אבל היא עמדה לרשותו. הם קיימו את הצד שלהם לחוזה. **בית הלורדים טען שבמקרה הזה לא היה אינטרס לגיטימי, לא הייתה שום סיבה להעמיד את הספינה במזח למשך שנה, ולכן אין להם אפשרות לדרוש ברירת קיום.** החוזה הפסיק להתקיים, הם היו צריכים לתבוע לפיצויים, אבל הפיצויים כפופים לחובת הקטנת הנזק.

הבעיה עם הלכת White היא **שבאופן עקרוני זה סותר את עקרון הקטנת הנזק**. ס׳ 14 ועקרון הקטנת הנזק חלים במקום שבו נפגע מהפרה דורש פיצויים ואז אומרים לו שאם הוא דורש פיצוי על נזקים, הפיצוי יהיה רק בגין נזקים שהוא לא יכול היה להפחית ע״י השקעה סבירה. במקרה הזה הם לא דרשו פיצויים, אלא דרשו אכיפה. אז פורמלית, אין בעיה עם עקרון הקטנת הנזק, אבל יש בעיה רעיונית. למה עומדים על עקרון הקטנת הנזק בחוזים? כי רוצים להפחית למינימום את הנזקים מהפרת החוזה. אם אני עומד על קיום החוזה בלי שיש למישהו אינטרס מלא בקיום החוזה, זה יוצר בזבוז. כפינו על חברה שלא מעוניינת בשירות, פרסום על גבי פחים, וזה רק בשביל לקיים את החיוב של הצד השני. לכאורה היה עדיף לחייב את המפר בפיצויי קיום מלאים ולא להכריח אותו לפרסם על הפחים. זו לא בעיה קשה בגלל **שמגבילים את האפשרות לברירת קיום רק למקום שבו יש אינטרס עודף - מקרים שבהם הפיצוי לא יהיה ממילא פיצוי מלא.** הבעיה השנייה שזה עוקף את דיני האכיפה - יש לאכיפה מגבלות, יש תנאים שבהם ביהמ״ש נותן אכיפה. אם אתה מאפשר לצד להחליט באופן חד צדדי, אתה נותן לו לעקוף את דיני האכיפה. מצד שני, זה גם לא בעייתי כי נראה מהפסיקה שביהמ״ש מכיר בברירת הקיום רק במקום שבו הייתה אפשרות לבקש אכיפה. **בפס״ד טכניקום נ׳ אדלר** נקבע שלא הייתה אפשרות לברירת קיום, כי במקרה הזה אין אפשרות לבקש אכיפה בלאו הכי. אם התיכון היה מבקש מביהמ״ש לחייב את הילד לבוא ללמוד, ביהמ״ש לא היה אוכף את ההסכם. זה גם מכביד על המפר - אתה מטיל עליו חיוב שהוא לא מעוניין בו והוא היה אפילו מעדיף לתת פיצוי במקום. אבל גם במקרה הזה **נקבע שההלכה חלה רק כשלנפגע יש אינטרס לגיטימי שעודף על ביטול ההסכם ופיצוי, מה שמוביל כך שההכבדה היא לגיטימית**.

ברירת קיום עולה גם בפס״ד **אגד נ׳ אדלר** - אדלר היה נהג בחברת אגד. הוא נפצע במלחמת יוה״כ והוכר כנכה. היה לו קושי לחזור לעבודה הקודמת שלו ואגד ניסו לשבץ אותו לכל מיני תפקידים אחרים. יצא שהוא לא עבד במשך 11 שנים עד שהוכרע העניין במחוזי, ואחרי זה הוא המשיך לא לעבוד במשך 5 שנים נוספות והוא תובע את השכר שלו מאגד עבור כל השנים האלה בטענה שהוא היה מוכן לעבוד ואגד בחרו שלא לעשות להעסיק אותו. במשך כל הזמן הזה לא עבד בכלל. האם הוא יכול לתבוע ברירת קיום? הוא מצידו העמיד את עצמו לשירות המעסיק וקיים את החוזה. האם ביהמ״ש חושב שיש לאדלר זכות לאכיפה בזמן אמת? אדלר רוצה פיצוי על האכיפה, הוא רוצה את כל הסעד שהיה מגיע לו אם הוא היה עובד. עולה השאלה האם אפשר לקבוע אכיפה לפי ס׳ 3(2) לחוק התרופות (חריג לאכיפה עבור שירות אישי)? ביהמ״ש אומר שהוא כן היה יכול לתבוע את זה, הוא לא מפעיל את החריג שבס׳ 3(2). אם הוא היה מפעיל את החריג אז התביעה נדחית מלכתחילה. הוא לא יכול היה להכריח את המעסיק להעסיק אותו אם זה היה חוזה לשירות אישי. הזכאות לסעד של אכיפה היא תנאי הכרחי לאפשרות לתבוע ברירת קיום. לכאורה לפי פס״ד **טכניקום נ׳ אדלר**, היה אפשר לעצור את הדיון בזה שצריך שיתוף פעולה. אתה לא יכול לעבוד באגד בלי שיתוף פעולה של החברה, אבל זה שוב עומד בניגוד להנחה שהוא היה יכול לתבוע אכיפה בזמן אמת. ביהמ״ש אומר שהוא לא צריך את החריגים לאכיפה, הוא משתמש בחריג אחר לסעד האכיפה - סעד האכיפה לא צודק בנסיבות העניין (ס׳ 3(4) לחוק התרופות). **למה האכיפה לא צודקת בנסיבות העניין? במשך 16 שנים אדלר בחר לא לעבוד במשהו אחר ובכך לא הקטין את הנזק. בנסיבות האלה, אם הוא היה תובע פיצויים, היו אומרים לו שהוא זכאי לפיצוי אבל רק לנזק העודף. הנזק שהוא לא היה מקבל אם היה מנסה להקטין את הנזק. זה אומר שבנסיבות האלה זה יהיה לא צודק לאפשר אכיפה.** ככה ביהמ״ש מגיע לפתרון שלא מגיע לאדלר סעד של אכיפה.

**אכיפת החוזה:**

ההגדרה לאכיפה נמצאת בס׳ 1 לחוק התרופות - ״בין בצו לסילוק חיוב כספי או בצו עשה ובין בצו לא תעשה, לרבות צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן״. **כלומר המשמעת של אכיפה היא לא רק אכיפה של החיוב כמו שהוא מופיע בתוך ההסכם אלא גם צו לתיקון תוצאות ההפרה נכנס בגדר מה שביהמ״ש מכיר כאכיפה.**

מה היחס בין אכיפה לבין סעדים אחרים במקרה של פיצויים?

**המטרה של אכיפה היא להביא בקירוב מרבי מה שהיה ניתן לביצוע מלכתחילה**. בגלל זה צו לאכיפה יכול להיות צו לתיקון ההפרה. כשאתה מתקן את תוצאות ההפרה ומבצע את החיובים, אז אתה מביא בקירוב למה שהיה קורה אם החייב היה מבצע את כל החיובים שלו מלכתחילה ולא מבטל את החוזה.

בדין הישראלי, לפי ס׳ 3 לחוק התרופות, **אכיפה היא סעד ברירת המחדל**. **החריג הוא כשאנחנו שוללים את האפשרות לתת אכיפה במקרים מסוימים**.

**כשלא ניתנת אכיפה, מביאים לאכיפה בקירוב באמצעים כספיים**. בהקשר הזה דיני הפיצויים בחוזים עוקבים אחרי דיני הפיצויים בנזיקין. **אם הסעד ברירת מחדל הוא להביא אותך למצב שבו היית אם קוים חוזה, הפיצוי צריך להעמיד אותך במצב הכלכלי שבו היית אם היית מקבל את סעד האכיפה. לכן ברירת המחדל הם פיצויי קיום ששקולים במשמעות הכלכלית שלהם לקיום של אכיפה**. יהיו מקרים שזה ממש חופף - כשהחוזה הוא חוזה לחיוב כספי, לדוגמה חוזה הלוואה שבמסגרתו המפר התחייב להשיב כספי הלוואה מסוימים. אכיפה של החוזה תהיה תשלום של החוב על ההלוואה וגם פיצוי על ההפרה יהיה תשלום של החוב על ההלוואה. **ראינו הבדל אחד דוקטרינרי שנוגע לחובה להקטין את הנזק - כשניתן לדרוש את הסעד של אכיפה, לא עומד חובת הקטנת הנזק**. לכן בכל זאת יכול להיות הבדל בין אכיפה לפיצויי קיום גם במקרים של חוזה לחיוב כספי.

ניתוח תאורטי - אכיפה לעומת פיצויי קיום:

למה אכיפה או למה פיצוי? אם יש את שתי האפשרויות למה אחת עדיפה על השנייה?

יש שלושה הסברים למתי אנחנו מעדיפים סעד של אכיפה:

1. פיצויים שאינם מפצים כראוי - **אם אתה לא מקבל פיצוי מלא במסגרת פיצויי הקיום, יש לך אינטרס בסעד של אכיפה**. לדוגמה, אם יש לך אינטרס עודף בקיום החוזה מעבר לאינטרס הכלכלי הנקי בחוזה ספציפי. לכאורה אפשר לגלם את זה בפיצויים. **White v. McGregor** **חברת הפרסום על פחי הזבל הייתה יכול לבקש פיצוי ולהגיד שחלק מהפיצוי צריך לגלם את זה שהם נורא רצו את ההוכחה של ההזדמנות העסקית**. קיום החוזה היה טוב למוניטין שלהן. הבעיה אם תביעה למוניטין היא שמאוד קשה לעמוד אותה.
2. צדדים לחוזה מעדיפים סעד של אכיפה, ולכן זה צריך להיות ברירת המחדל - אם נשאל אותם בדיעבד איזה סעד הם היו רוצים והם אומרים שהם היו רוצים סעד של אכיפה, זה צריך להיות הסעד.
3. סעד אכיפה מפחית עלויות של מו״מ - יכול להיות **שסעד של אכיפה יהיה יעיל יותר מפני סעד של פיצוי.**

פיצויים שאינם מפצים כראוי - קורה **כשהנכס שנמכר במסגרת החוזה הוא ייחודי**. נכס ייחודי זה נכס שאין לו תחליף בשוק. אפשר לחשוב לחשוב על ציור יחיד במינו של אמן מפורסם כנכס ייחודי. התחייבו לתת לי ציור של מיכאל אנג׳לו והפרו מולי את החוזה. מה יכולים לתת לי במקום? **כשהנכס ייחודי, אין לו תחליף. כשאין תחליף, אכיפה היא הדרך היחידה לפצות אותי.** אפשר להגיד שלכל נכס יש ערך סופי שתמורתו היית מוכן לוותר על נכס ייחודי. הבעיה היא שקשה מאוד לאמוד את השווי הזה. זה יוצר שתי בעיות:   
1. עלות הערכה - יכול להיות שאני יכול לאמוד כמה הנכס הייחודי שווה לנפגע ההפרה, אבל לעמוד על השווי האובייקטיבי שלו יהיה מאוד יקר.   
2. סיכון לטעות - ככל שאני חוסך כסף בבירור השווי האובייקטיבי, ככה אני מגדיל את הסיכוי שהערכה תהיה שגויה. סיכוי לטעות גם אומר שהפיצוי יכול להיות חסר, או פיצוי יתר.   
**שתי האפשרויות לא טובות, אכיפה מוודאת שהפיצוי יהיה מדויק. אתה מקבל בדיוק מה שביקשת.**

**אם הנכס הוא לא מאוד ייחודי, יהיה קל להעריך תחליפים לנפגע ואז אולי נוכל לאמוד בצורה מדויקת יותר על הנזק שלו.** עדיין קיים סיכון לטעות. לדוגמה, שמלה ייחודית אבל היא לא השמלה היחידה. יש עוד כמוה. יכול להיות שהשמלות האחרות הן לא תחליף מושלם והשווי הסובייקטיבי שלהן שונה, אבל אם הן מספיק קרובות אז העלות שלהן תהיה תחליף מקורב. זה עדיין יגרום סיכון לטעות אבל נותן לנו אמצעי להעריך את הנזק שנגרם לנפגע ההפרה, אם יש תחליפים.

**כשהנכס לא ייחודי, אין אפשרות לטעות**. התקשרתי בעסקה לקנות מחשב מדגם ספציפי ב- 5,000 ש״ח. המחשב מהדגם הזה קיים בעוד מקומות והמפר לא סיפק את המחשב. אני יכול ללכת ולקנות אותו בשוק, אבל בשוק הוא עולה 6,000 ש״ח. נכון שבחוזה שלי קיבלתי עסקה טובה, אבל הוא הופר. אני יכול ללכת ולקנות אותו בשוק. הנזק שנגרם לי הוא הפער בין המחיר החוזי לשווי השוק, זה מפצה אותי באופן מלא. אם אני מקבל פיצוי בגובה 1,000 ש״ח זה מפצה אותי על כל הנזק שנגרם לי עקב ההפרה במקרה כזה.

ס׳ 11(א) לחוק התרופות עוסק **בפיצוי ללא הוכחת נזק** - ״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״. **מאפשר פיצוי אוטומטי בגין ההפרש החוזי להוצאות שהוצאתי בעקבות הפרת החוזה.**

**כשמדובר בנכס ייחודי, יכול להיווצר מצב של פיצוי חסר גם במקרה של הוצאות עבור איתור הנכס**. אם עשיתי חוזה לרכישת דירה, הייתי צריך למצוא לפני כן מתווך. גם את הכסף ששילמתי למתווך אפשר להחזיר במסגרת פיצויי הסתמכות, עדיין הסתובבתי במשך ימים וראיתי דירות. אלה נזקים של זמן וטרחה, הוצאות שירדו לטמיון ברגע שהפרו את ההסכם. **הוצאות כאלה שלא מקבלים עליהן פיצוי בגין ההפרה, הם סיבה להגיד שהפיצוי על הפרת חוזה הוא פיצוי חסר**. יכול להיות שיש הוצאות שאני זכאי לקבל עליהם פיצוי, אבל אני לא אקבל פיצוי כי קשה מאוד לעמוד אותן. למשל, עלויות לאתר תחליף לדירה. גם אם אני יכול לקבל על זה פיצוי, יהיה לי קשה מאוד להוכיח אותו. מה לגבי כעס ותסכול על כך שהפרו מולי את החוזה? אלה גם נזקים של ההפרה ותוצאות שקשה להוכיח, וככלל לא מפצים. במיוחד כשמדובר בנזקים ספקולטיביים - הסכם שבמסגרתו הייתי צריך להגיע לפגישה, ועכשיו בגלל חברת תעופה איחרתי לפגישה, יכול להיות שהייתי סוגר עסקה מעולה בפגישה, אבל בגלל שזה נזק רחוק שהוא קשה להוכחה לרוב לא נקבל בגינו פיצוי.

הסבר אחר להעדפה של סעד לאכיפה היא הפוזיציה של הצדדים:

**בישראל אכיפה היא ברירת מחדל, ואם אני לא רוצה אכיפה, אני יכול לבקש פיצויים**. **נפגע הפרה יכול לבחור מה הוא מעדיף.** כשפיצוי הוא ברירת מחדל, זה לא נכון להגיד שאני יכול להעדיף אכיפה. אם פיצוי הוא ברירת מחדל אז אני זכאי לפיצוי, ורק אם מתקיימים חריגים, אני זכאי לבקש אכיפה. **אכיפה זה עדיף כי היא מאפשרת לנפגע ההפרה לבחור מה שטוב לו - אם עדיפה לו אכיפה הוא יבקש אכיפה, ואם היא לא טובה לו הוא יבקש פיצוי**. זה טוב לתובע האכיפה, אבל האם זה טוב חברתית לשני הצדדים?

שוורץ טוען שזה עדיף לשני הצדדים - **עדיף לתת לתובע את ברירת המחדל של אכיפה, כי בדר״כ הוא גם ככה לא יבקש אכיפה אלא פיצויים. הוא יעדיף פיצוי כי כשאתה תובע אכיפה זה אקט מאוד אלים מול המפר, ואתה בדר״כ לא רוצה להתנהג ככה מול המפר.** זה לא טוב כי כשאתה כופה עליו אכיפה אתה בעצם מחייב אותו לקיים חוזה שהוא לא היה מעוניין בו, זה מעצבן אותו ומקשה עליו. הרבה פעמים מדובר גם בחוזים שהם לא חד פעמיים אלא בהתקשרות חוזרת, אז אם מישהו תובע אכיפה זה כנראה כי מאוד חשוב לו שתהיה אכיפה. אז בוא נגיד שמותר לך אכיפה מתוך הבנה שברוב המקרים אתה תרצה פיצויים. חוץ מזה, פיצוי לא כרוך בהרבה כאב ראש. אתה מגיע לביהמ״ש, פסקו לך פיצוי, קיבלת כסף ונגמר הסיפור. עם אכיפה זה לאו דווקא המצב. לדוגמה, הסכם לבניית בניין, קבלן הבניין מפר את ההסכם שאמור להימשך 5 שנים אחרי שנה. יש עוד 4 שנים של בניה. אם הוא נותן לי פיצוי, נפרדו דרכינו. אם אני מקבל אכיפה, אני צריך במשך 4 שנים לעקוב אחרי הקבלן ולוודא שהוא בונה את הבניין. עלויות הפיקוח הן אדירות, ואם פתוחה לי האפשרות לבקש אכיפה או פיצוי, אני אעדיף פיצוי כי זה יהיה מהיר ואם הפיצוי הוא מלא אני לא סובל בעקבות ההפרה.

מעבר לזה, **ביהמ״ש לא יודע לקבוע איזה סעד עדיף - פיצויים או אכיפה. לכן, עדיף לתת לצדדים לקבוע. צריך לתת לנפגע ההפרה לבחור כי בדר״כ הוא יעדיף פיצויים ואם הוא מעדיף אכיפה אז סימן שאכיפה עדיפה עבורו במקרה הקונקרטי.** הצדדים גם יכולים לבחור במועד הכריתה - דיני התרופות הם דיספוזטיביים. סעד האכיפה הוא סעד ברירת המחדל, אבל ביהמ״ש רשאי לסטות ממנו. אבל גם הצדדים יכולים להתנות עליו מראש. הם יכולים לקבוע מראש שהם מעדיפים סעד של פיצויים במקרה של הפרת החוזה. הם יכולים לבקש שלא יינתן סעד של אכיפה.

זה היתרון של אכיפה. **החיסרון של אכיפה הוא שאכיפה נותנת פתח לסחטנות**. לדוגמה - חוזה ששווי הקיום שלו לנפגע ההפרה הוא 200. עכשיו, אחרי ההפרה, פתאום העלות שלו היא הרבה מעל ל- 200. כדי לקיים את החוזה, החייב צריך להשקיע 1,000. הנפגע יכול לבקש כל סכום עד 1,000 כדי להסכים לוותר על סעד של אכיפה. הוא יכול לסחוט את הצד השני בסכומים שהם הרבה יותר גבוהים מהשווי החוזי וככה לנצל את המעמד העדיף שלו כדי להנות מזה שיש לו סעד אכיפה. שתי תופעות ביחס לסחטנות:   
א. זה לא אומר שיתקיים חוזה לא יעיל - אם השווי של החוזה הוא 200 ועלות הקיום שלו היא 1,000 - **זה לא טוב לקיים את החוזה כי אין רווח מקיומו.** אבל חוזה כזה לא יקוים. אם הרעיון של סחטנות עומד זה אומר שנפגע ההפרה ייסחט את המפר ויגרום לו לשלם פיצוי של 800. זה אומר שהפיצוי יהיה גבוה מהשווי החוזי אבל זה לא אומר שתהיה השקעה של 1000 בפועל. פשוט יהיה פיצוי שזה העברה של כסף מכיס אחד לכיס אחר.   
ב. זה יכול לגרום לתופעה של ביצוע החוזה אם הצדדים לא יודעים מה השווי אחד של השני. נפגע ההפרה יודע שהשווי שלו הוא 200 אבל הוא לא יגיד את זה למפר כי אז הוא יגיד שהוא מוכן לתת רק פיצוי של 200. המפר יודע שהעלות שלו היא 300 אבל הוא לא יגיד את זה לנפגע כי אז הוא יגיד תן לי 300 כדי לקיים את החוזה. אם סעד ברירת המחדל הוא אכיפה, המו״מ ביניהם עלול להיכשל בגלל חוסר הסכמה ומה שיקרה זה שהחוזה שיקוים הוא חוזה לא יעיל.

**שוורץ טוען שהחשש לא משמעותי כי יש תמריצים לבקש פיצוי. כשהתמריצים לבקש פיצויים לא גוברים על הסעד של אכיפה, החשש מסחטנות יכול להיות משמעותי.**

השפעת סעד האכיפה לעלויות המו״מ:

תהיה שאלה לגבי מו״מ מראש ומו״מ בדיעבד. בדיני חוזים, בשונה מדיני נזיקין, הצדדים הם צדדים קרובים. הם יכולים לדבר אחד עם השני לפני ההתקשרות בחוזה אבל זה אומר שהם גם יכולים לדבר אחד עם השני אחרי ההתקשרות בחוזה, לקראת ההפרה - אם צד אחד יודע שהוא הולך להפר, הדבר החכם לעשות זה לא להפר את החוזה ואז להיכנע לסכסוך משפטי אלא לפנות לצד השני ולהגיד שהוא יאלץ להפר את החוזה. אולי אפשר להגיע להסכמה. השאלה שתעלה היא איזה סעד עדיף לצדדים כדי להוזיל את עלויות המו״מ בדיעבד, אכיפה או פיצויים, איזה סעד עדיף לצדדים במועד הכריתה? הצדדים יגידו מראש שיקבעו כלל שיהיה להם קל ליישום או שיהיה קל לדבר עליו כדי שבמקרה של הפרה הם יוכלו להגיע להסכמה. קרונמן אומר שהכללים האלה משפיעים על המחיר בכריתת חוזה.

התשובה לסוגיה: אני מעוניין לקיים חוזים, אבל אני לא אקיים אותם בכל מחיר. אנחנו רוצים שהמפר ידע שהוא מפר רק כשכדאי להפר מנקודת המבט המשותפת של שניהם. **התשובה של איזה סעד עדיף מנקודת המבט של הצדדים במועד הכריתה היא בדר״כ סעד של פיצויים ולא סעד של אכיפה**. למה? בגלל התפיסה של הפרה יעילה. **הפרה יעילה היא כשצד מפר את ההסכם כשלא שווה לקיים אותו. העלות של קיום ההסכם גבוה מהשווי של ההסכם. עלות הקיום לחייב גבוהה מהשווי לנושה. במקרה כזה היינו רוצים שההסכם יופר, לא יקוים.** איזה סעד יוודא שהוא יופר? **סעד של פיצויי קיום מלאים מבטיח שאם עדיף לתת פיצויי קיום על פני קיום של החוזה, אם העלות של פיצויי קיום נמוכה מהעלות של קיום החוזה, החוזה יופר אבל זה טוב.** זה מה שהיינו רוצים במקרה כזה. ל**עומת זאת באכיפה, נפגע ההפרה יכול להגיד למפר שלא לא אכפת לי שזה לא יעיל, תן לי אתה מה שביקשתי. הוא יאכוף את ההסכם.** אבל זה גם לא מדויק. אכיפה לא מונעת הפרה יעילה, במקום שבו הצדדים יכולים לנהל מו״מ מאוחר. אם הצדדים יכולים לנהל מו״מ אחרי ההפרה, הנפגע יכול לבקש אכיפה והמפר יהיה מוכן לשלם לו אקסטרה כדי שייוותר לו על האכיפה. במצבים קיצוניים כשיש עלויות גבוהות למו״מ מאוחר, נגיד כשהצדדים רחוקים אחד מהשני או כשיש הרבה מאוד צדדים, אז הסעד של אכיפה יכול להביא לזה שיקוימו חוזים לא יעילים ולכן **בעיניים של ניתוח כלכלי אכיפה עשויה למנוע הפרה יעילה, מה שהופך אותה לסעד פחות טוב. המשמעות היא שזה פחות טוב לשני הצדדים כי המוכר במועד הכריתה יבקש יותר כסף כי הוא יודע שאח״כ הוא עלול להיתקע באכיפה לא יעילה של ההסכם ולכן הוא ידרוש יותר כסף מראש**. כסף שהקונה היה מוכן לוותר עליו כדי למנוע אכיפה לא יעילה. בגלל זה שני הצדדים יעדיפו בדר״כ פיצוי במועד הכריתה.

יתרונות יעילות האכיפה:

אכיפה היא פחות יעילה כי פיצויים שומרים על זה שיהיו הפרות יעילות, אבל זה מניח שהפיצוי הוא פיצוי מלא. **אכיפה שומרת על זה שלא יהיו הפרות לא יעילות כשיש פיצוי חסר**. אם יש פיצוי חסר, יכול להיות מצב שבו הצדדים יצטרכו לתת פיצוי חלקי בלבד והמפר ידע שהפיצוי שהוא נותן יכול להשתלם לו אפילו אם ההפרה לא יעילה ולכן הוא יפר יותר מידי פעמים. נפגע ההפרה יודע שהמפר הולך להפר יותר מידי פעמים כי הפיצוי הוא פיצוי לא מלא ולכן הוא הסתמך באופן לא יעיל על ההסכם. אנחנו מאבדים כאן את היעילות שבהסכמים משני הכיוונים, של המפר ושל נפגע ההפרה.

אפשר להתגבר על זה עם **פיצוי מוסכם**. **החוק מכיר באפשרות שהצדדים יקבעו במסגרת ההסכם מה יהיה הפיצוי במקרה של הפרה**. אבל אם הולכים לכיוון הזה של פיצוי מוסכם, הבעיה שזה דורש עוד שלב של מו״מ. זה מייקר את עלויות העסקה.

**אם יש פיצוי חסר יש לנו יותר מידי הפרות. אם אנחנו מנסים להתגבר על הבעיה עם פיצוי מוסכם אנחנו מייקרים את הוצאות המו״מ במועד הכריתה ולכן עדיפה אכיפה.**

**במקרה של פיצוי מוסכם עולה חשש שנפגע מההפרה יעודד הפרה**. בהסכמי שכירות יש ס׳ של פיצוי מוסכם במקרה של הפרה של השוכר. נגיד, שכירות יומית במקרה של עיקוב. השכירות היומית במקרה כזה תהיה גבוהה בהרבה מזו של השכירות היומית שסוכמה בין הצדדים בעבור המגורים בדירה. **זה יכול להוביל למצב שהמשכיר של הדירה יגרום לשוכרים להפר את ההסכם, הוא ירצה שהם יפרו את ההסכם כי הפיצוי המוסכם שהם משלמים גבוה בהרבה ממה שהוא מקבל כשההסכם ממומש ולכן הוא יעודד הפרה כדי לקבל את הפיצוי המוסכם**. לעומת זאת באכיפה, הוא יכול להוציא אותם מהדירה ולפתור את הבעיה הזאת.

אכיפה גם חוסכת את עלויות הערכת הפיצוי - אם מאוד יקר לוודא מה הפיצוי, אכיפה עדיפה.

**הבעיה עם אכיפה זה עלויות הפיקוח על המפר ועל ביצוע פסק הדין**. בהקשר יש שאלות שעולות כשהאכיפה נעשית ע״י ביהמ״ש. לפעמים אפשר לתבוע אכיפה ואז ביהמ״ש ממנה גוף כמו הוצל״פ שיפקח על פסק הדין. **תעלה השאלה מי צריך לשלם את עלויות הפיקוח?** לא כדי שהמדינה תישא בהם כי זה יגרום לצדדים להפר יותר מידי. אם אני מפר יהיו עלויות, אבל הן לא עלי אז מה אכפת לי. **אפשרות אחת היא להטיל את זה על המפר, המפר הוא ״השוקל הטוב״. הוא יודע להעריך מה הסיכוי שהוא יפר ולכן הוא יודע מה הנזקים שיגרמו במובן הזה שיהיו עלויות לפקח עליו**. אפשר גם להטיל את זה על נפגע ההפרה כי הוא יכול לשקול איזה סעד לבקש, פיצוי או אכיפה. אם אומרים לו שהוא צריך לשלם את עלויות האכיפה והעלויות האלה נורא גבוהות וזה לא משתלם לו לאכוף את החוזה אז הוא יעדיף לבקש פיצוי וזה גם יהיה יעיל כי התועלת שהוא יפיק מאכיפה היא נמוכה.

החריגים לתרופת האכיפה:

לפי ס׳ 3 לחוק החוזים תרופות, ברירת המחדל היא אכיפה אבל לאכיפה יש ארבעה חריגים:

• החוזה אינו בר ביצוע (אכיפה בלתי אפשרית בנסיבות העניין)

• כפיה לעשות או לקבל עבדוה לשירות אישי

• אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד ביהמ״ש

• אכיפת החוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין

החוזה אינו בר ביצוע:

**חוזה אינו בר ביצוע כשיש מניעה להשלים אותו**. **המניעה יכולה להיות פיזית** - כרתתי חוזה לספק אבנים מהירח והיה אפשרות לספק אבנים מהירח.. אין שום דרך להביא את האבנים ולממש את החוזה. **הוא יכול גם לא להיות בר ביצוע ברמה המשפטית** - שכרו את השירותים של כדי לבנות בניין בשטח מסוים והיה שינוי של תכנית המתאר ועכשיו לא ניתן לבנות בשטח הזה, אסור משפטית לבנות בו. אני מוכן לבנות בו אבל אני לא מסוגל. למרות שהתחייבתי חוזית לבצע פעולה אני לא יכולים להשלים אותה וגם לא ניתן לתבוע ממני אכיפה.

**החוזה כולל מנגנון השלמה למילוי הפרטים אבל הוא לא מומש** - כרתתי חוזה שאומר שאני חייב למכור שטח והשטח יקבע ע״י שמאי מוסכם, ועכשיו לא מוכרים את השטח בגלל שהשמאי לא עשה את העבודה שלו ונעלם ועכשיו אין אפשרות לקבל הערכה, אין אפשרות להשלים את החוזה. אני עדיין יכול להיתבע על פיצויים כי קיבלתי כסף והתחייבתי למכור שטח, אני הפרתי את החוזה. אבל לא יהיה ניתן לחייב אותי למכור שטח ספציפי כי אין שטח כזה שעליו הצדדים הסכימו. זה לא אומר שלא ניתן לבצע אכיפה בקירוב

**יכול להיות מצב שהחוזה לא ניתן לאכיפה אבל ניתן לאכוף אותו בשינויים מסוימים. בפסיקה ניתן לראות שאם ניתן לאכוף את החוזה עם שינויים מינוריים ביהמ״ש יקרא את השינויים לתוך החוזה ויאכוף אותו עם השינויים** (פס״ד אייזמן נ׳ קדמן עדן).

**מה היחס בין חוסר הביצוע לבין הפרה של הצד השני?** מצב שבו קבלן התחייב לבנות והוא לא יכול לבנות כי המזמין התחייב להשיג רישיון בניה, או אישורים מהעירייה לבנות. האם אז אפשר לתבוע אותו לאכיפה? לאכיפה **אי אפשר כי החוזה אינו בר ביצוע**, אבל האם ניתן לתבוע את הקבלן לפיצויים? גם לא: 1. אם צד מפר את ההסכם וכתוצאה מזה מביא להפרה של הצד השני, אז ההפרה של הצד השני היא תוצאה של ההפרה של הראשון. כל נזק שנגרם הוא תוצר של ההפרה הראשונית ולכן כשהוא יתבע אותו לפיצויים זה יתאזן. א׳ הפר את החוזה, זה הוביל לתגובת שרשרת שבה גם ב׳ הפר את החוזה. א׳ יתבע פיצויים מב׳, ב׳ ישלם לו ואז יתבע מא׳ גם פיצויים שהם למעשה הכסף שהוא שילם לו כפיצוי. בגלל שא׳ הוא זה שהתחיל את תגובת השרשרת, זה יביא לאיזון בפיצויים.

ס׳ 43(א)(2) לחוק החוזים **קובע שאם תנאי לקיום החוזה הוא שיקוים תחילה חיובו של הנושה, אז מעכבים את המועד לקיום החיוב שיקוים אותו חיוב של הנושה.** אם כדי לקיים את החיוב של הקבלן להתחיל את הבניה צריך שהמזמין יסדר את הרישיונות והקבלן מתחייב להתחיל ב- 1/1, אבל לא הושגו הרישיונות, אנחנו מעכבים את החיוב של הקבלן להתחיל שמושגים הרישיונות ולכן הוא בעצם לעולם לא הפר את החוזה.

מה קורה **אם החוזה אינו בר ביצוע שלא באשמת אחד מהצדדים**, אלא בסיטואציה שבה החוזה לא ניתן לביצוע באופן שלא היה צפוי ע״י צדדים מלכתחילה, סיטואציה שהם לא חזו במועד הכריתה? מקרה כזה נכנס תחת גדר סיכול (ס׳ 18 לחוק החוזים). **מקרים שנכנסים תחת סיכול הם מקרים שבהם החוזה בטל בלי אשמה של הצדדים. כשיש סיכול לא תהיה אכיפה אבל גם לא יהיו פיצויים, סיכול הוא לא הפרה.** לא תהיה אכיפה כי החוזה אינו בר ביצוע, וגם לא יהיה כל סעד אחר. צריך להפריד בין מצבים שהחוזה אינו בר ביצוע אבל ניתן היה לצפות זאת מראש ואז נגיד שהייתה הפרה של ההסכם, לבין מקרים שבהם החוזה אינו בר ביצוע אבל בנסיבות שלא היה ניתן צפות מראש ואז זאת לא הפרה של ההסכם ואין סעדים.

כפייה לעשות או לקבל שירות אישי:

באופן עקרוני, **אי אפשר לכפות על מעביד לשכור את שירותיו של עובד, ובמקביל גם אי אפשר לחייב עובד לעבוד אצל מעביד**. יש לזה שני חריגים מרכזיים בדיני עבודה:   
1. היריון וחופשת לידה - מעסיק לא יכול לפטר עובדת במהלך ההיריון או במהלך חופשת הלידה. בפרק הזמן הזה יש כפייה לשירות אישי.   
2. אותו הדבר לגבי חיילים משוחררים - חוק חיילים משוחררים החזרה לעבודה, אוסר על פיטור של חייל מילואים שנקרא לשירות מילואים, בעקבות שירות המילואים. אם הוא ביצוע יותר מיומיים מילואים ברציפות, אסור לפטר אותו במשך 28 הימים שעוקבים לשירות המילואים. בשני המקרים אפשר לקבל היתר - אם למעסיק יש סיבה לפטר וזה לא נובע מחופשת הלידה / היריון / שירות מילואים, הוא יכול לפנות לוועדה ולבקש אישור לפיטורים.

מה הרציונל מבחינת העובד, למה לא כופים על עובד הסכם לשירות אישי? אנחנו לא אוהבים את הרעיון של עבדות. התפיסה שלא כופים שירות אישי נקלטה מהמשפט האנגלו-אמריקאי. חוזה שאומר שצד מתחייב להיות עבד של צד אחר, הוא חוזה שלא ניתן לאכוף אותו. חוזה שאומר שאני מתחייב לעבוד אצלך לתקופה מסוימת הוא גם חוזה שאי אפשר לאכוף אותו. אפשר לתת סעדים אחרים, אבל לא אכיפה.

אפשר להסביר את זה בגישה פטרנליסטית - אם העובד התחייב לא לעבור למקום עבודה אחר, אתה לא יודע מה טוב עבורך. אנחנו יודעים שלא באמת התכוונת לזה, אז אנחנו נמנע ממך. אפשר גם לחשוב שיש תועלת חברתית מהאפשרות לעבור מקומות עבודה שאולי העובד לא מפנים את מלואה. העובד יכול לרצות להתחייב כדי לקבל שכר גבוה יותר, אבל הוא לא מבין שיש תועלת חברתית בזה שתהיה לו האפשרות לעבור למקומות עבודה אחרים. אנחנו רוצים לאפשר את זה, אבל אנחנו נאפשר את זה יחד עם תשלום פיצויים.

לגבי המעביד זה שונה - אנחנו לא חושבים שצריך להיות פטרנליסטיים כלפי מעביד, אנחנו לא חושבים שהם לא יודעים מה טוב עבורם. אז למה אנחנו לא מקבלים את זה שניתן לכפות על מעביד את השירות של עובד? צריך לשים לב שהחריגים לכפיית שירות אישי הם כפייה על המעסיק את השירות של העובד. לא ניתן לכפות על עובד להמשיך לעבוד אצל המעסיק. החריגים למגבלה הם חד כיווניים. הרעיון של אי כפייה על המעביד נובע מכמה הסברים:   
1. תועלת מהעבודה - מה יקרה לשכר של עובדים אם נגיד למעביד שברגע שהוא סגר עם עובד הוא כבול אליו לנצח או לתקופה מוגדרת בחוזה? מעסיקים שיחששו שהם לא יכולים לפטר את העובד עשויים להוריד את השכר כדי לגלם את הסיכון במשכורת של העובדים. עובדים יעדיפו לקבל פיצויים מאשר שיורידו להם מהשכר מראש בגלל הסיכון הזה.   
2. לפעמים מעביד ירצה לפטר עובד כי הוא עובד לא טוב אולי אפילו מפר את חוזה העבודה שלו, אבל אי אפשר יהיה להוכיח את זה. לדוגמה, שביתה איטלקית - עובדים שרוצים לשבות אבל לא מודיעים על שביתה אלא מדברים ביניהם וסוגרים שמחר אף אחד לא מגיע לעבודה כי כולם חולים, או שהם באים לעבודה ועובדים בכוונה נורא לאט וגורמים בכך נזק למעסיק. יכול להיות שהתנהגות כזאת מהווה הפרה של הסכם העבודה שלהם, אבל אם קשה להוכיח את זה, המעסיק יכול להיות תקוע עם עובד שהוא מאוד לא רוצה אותו. המעביד יכול להגיד שהוא מעדיף להפר את ההסכם, לפטר אותו בניגוד להסכם שקובע שהוא חייב להעסיק אותו במשך תקופה קצובה, ולשלם לו פיצויים אבל לפחות למצוא מישהו אחר.

לכאורה, לא ניתן לכפות על מעסיק להעסיק עובד וגם לא ניתן לכפות על עובד לעבוד במקום עבודה, אפילו אם הוא התחייב. **עולה השאלה האם זה אומר שגם ניתן להגביל את העובד מלעבוד אצל מתחרים**? לכאורה, אלה שאלות נפרדות. זה לא לחייב את העובד לעבוד אצל מעסיק מסוים, אלא פשוט לאסור עליו לעבוד אצל מעסיקים אחרים. בפועל, ככל שההגבלה הזאת רחבה יותר, ככה הם נהיות חופפות. אם אומרים לעובד שהוא יכול להתפטר מתי שהוא רוצה, אין לו שום מגבלה, אבל ברגע שהוא מתפטר זה לנצח והוא לא יכול לעבוד במקצוע שהוא רכש. המשמעות הפרקטית של מגבלה כזו היא הכפייה לעבוד.

**בישראל מגבלת אי התעסוקה אצל מתחרים מותרת (תניית אי תחרות), אבל היא מוגבלת בזמן סביר, במקום, וגם בתחום התחרות**. איסור על עורך דין לעבוד במשרד מתחרה שעוסק בדיוק באותם תחומים ויש לו עניין במידע שאותו עורך דין רכש במשרד הקודם, יכולה להיות תניה סבירה. איסור על עורך דין לעבוד בתחום ערכית הדין היא תניה שאינה סבירה, ולכן גם לא יהיה ניתן לאכוף אותה בביהמ״ש.

שאלה נפרדת **היא האם מעביד יכול לתבוע את העובד בעשיית עושר על המידע שהוא קיבל.** עובד עבד במקום עבודה אחד, נחשף למידע וקיבל הכשרה ואז אומרים לו שהוא רשאי להתפטר אבל אם יעשה זאת הוא יתבע על ההתעשרות שלו מההכשרה שהוא קיבל. ככלל ביהמ״ש לא מכירים באפשרות לתבוע את העובד, אבל זאת ברירת המחדל. היום מעסיקים כן מכניסים תניה שמאפשרת את זה. עושים את זה כ״י כך שאומרים לעובד שהוא לא מקבל את ההכשרה שלו במתנה, אלא הוא משלם עליה , ואם הוא יעבוד אצל המעסיק תקופה מסוימת הוא יפטור אותו מהתשלום הזה. אם העובד לא משלים את תקופת ההעסקה, אז המחילה על התשלום פקעה והוא יהיה חייב להשיב את הסכום שהוא קיבל מהמעסיק.

אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם ביהמ״ש:

**ביהמ״ש רשאי לא לאפשר אכיפה, אם היא דורשת רמה גבוה של פיקוח מצד ביהמ״ש או מצד הוצל״פ.** הנטייה היום היא לצמצם את החריג. בפסיקה הכירו באפשרות לא רק לתת אכיפה, אלא לקבוע מנגנונים לאכיפה. בעניין **עוניסון נ׳ דויטש** נקבע **שאם יש בעל מקרקעין שמסרב לקיים את עסקת המקרקעין, ניתן למנות כונס נכסים לנכס כדי להבטיח את קיום העסקה**. ביהמ״ש לא רק רשאי לאכוף ולפקח על האכיפה, אלא גם לקבוע מנגנון לאכיפת פסק הדין במידה והוא לא יבוצע בתוך פסק הדין.

**כשמדובר בהוראה לחיוב כספי, יש מנגנון נפרד בדין שמאפשר אכיפה של חיובים כספיים - הוצאה לפועל.** הוצל״פ יכולים לקבל פסק דין חלוט ולבצע בעצמם פעולות למימוש פסק הדין - עיקול חשבונות בנק, עיקול נכסים, לכפות מכירה של נכסים ולמנות להם כונס. כשפסק הדין הוא כספי, המשפט כבר יצר מנגנונים לאכיפה ופיקוח על פסקי הדין.

**הבעיה עולה בס׳ 3(3) כשמדובר בחיוב שאינו כספי, אלא בצו עשה**. למשל, קבלן שצריך לבנות בניין - הפיקוח עליו לא כולל רק את זה שהוא יבנה את הבניין, אלא גם את המלט שבו הוא משתמש, האמצעים שהוא ישתמש כדי לסייד, העזרים שבהם הוא ישתמש כדי לבנות את הקירות וכו׳. **הכל דרוש פיקוח של ממש. האם זה מצדיק לא לתת אכיפה**?

אחד השיקולים שנשמעים כדי להצדיק את החריג שבס׳ 3(3) הוא שיקול מדיניות שזה יפגע בסמכות של ביהמ״ש. זה שיקול רחב מאוד שחורג מעבר לדיני החוזים והמשפט הפרטי. Neason במאמרו שואל איך בתי המשפט צריכים לקבל החלטות. אחד הנימוקים שהוא נותן לשאלה איך ביהמ״ש מקבל החלטות מידתיות הוא שהדבר הכי חשוב בביהמ״ש זה שהציבור יכבד את החלטתו אחר כך. אנחנו נסמכים על זה שמכבדים את ההחלטות השיפוטיות והשלטוניות. ביהמ״ש זקוק לשיתוף הפעולה של הצדדים במובן הזה שהוא זקוק לזה שרוב הצדדים רוב הזמן יכבדו החלטות שיפוטיות. מה עושים עם מי שלא מכבד החלטות? יש הליך שנקרא ביזיון בית משפט - קיבלתי צו שאומר שהצד השני צריך להימנע מלבצע פעולה או חייב לבצע פעולה, והצד השני לא נשמע לצו, אפשר לפנות לביהמ״ש בהליך שמכונה ביזיון ביהמ״ש ולהגיד שהצד השני מבזה את ביהמ״ש, הוא לא מקיים פס״ד חלוט. ואז חוץ מזה שיחייבו אותו לקיים את פסק הדין החלוט, ואולי גם יחייבו אותו בפיצי נוסף על הוצאות שנגמרו תוך כדי, אפשר גם לתת לו קנס. הקנס הזה הוא כמו קנס פלילי, אם הוא לא משלם את הקנס אפשר לעצור אותו. זה הליך משלים להליך האזרחי שהוא הליך פלילי, זאת עבירה מנהלית לא לבצע את הוראות ביהמ״ש. העניין הוא שאפשר להשתמש בכלי הזה רק אם רוב האנשים כן מכבדים את הוראות ביהמ״ש.

אם **אנחנו צריכים אכיפה הדוקה של ביהמ״ש, עולה החשש שבלעדי אכיפה כזו, אנשים לא יקימו את הצו של ביהמ״ש. אם אנשים לא מקיימים צווים של ביהמ״ש כל ההליך נפגע, הלגיטימיות של ההליך נפגעת.** הסיבה שאנשים נקשרים בחוזים היא כי הם מעוניינים באכיפה, במועד הכריתה אנחנו רוצים את ההתערבות של ביהמ״ש. אבל אם אני לא יכול לסמוך על ביהמ״ש, אני לא יכול לסמוך על האכיפה שלו בדיעבד, אז כל המוסד החוזי נפגע. אחד ההסברים לזה הוא שאנחנו לא רוצים לפגוע במוסד אז אנחנו לא ניתן אכיפה במקום שלא נוכל לוודא שהאכיפה בוצעה, ולכן שם ניתן פיצוי.

אפשר להגיד שגם אם ניתן לבצע אכיפה, למשל ע״י מינוי כונס נכסים למימוש הצו, המנגנון של מימוש האכיפה שנמצא בתוך פס״ יהיה מאוד יקר. צריך למנות אנשים, לשלם להם, זה יכול להיות לתקופה מאוד ארוכה. אז אחד משיקולי המדיניות הוא שגם מקום שבו ניתן לבצע אכיפה, הפיקוח עליה יהיה מאוד יקר.

פתרון אפשרי יהיה להגיד, **נכון שיש עלויות לפיקוח למשל כאשר ממנים כונס נכסים למימוש הצו, אבל נטיל את עלויות הפיקוח האלה על הצדדים. אם אנחנו משיתים את עלויות הפיקוח על הצדדים, אז לכאורה כבר לא אכפת לנו מעלויות הפיקוח. הבעיה היא שאם עלויות הפיקוח על צו אכיפה הן אדירות, והצדדים יודעים שזה הסעד שיש להם ובמידה ותהיה הפרה הם יצטרכו לשאת בעלויות האלה, הם יתמחרו את זה מראש במועד כריתת ההסכם.** אם הפיקוח לא יעיל, המחיר יהיה גבוה מידי. זה יגרום למצב שיהיו עסקאות שהיינו רוצים שהם יתרחשו, אבל ימנעו בגלל העלויות האלה. אנשים היו מעדיפים לוותר על הסעד של אכיפה מקום שבו הפיקוח יקר, ולקבל פיצויים במקום כי לאכוף חיוב כספי זה הרבה יותר זול.

השאלה היא בכמה מצבים הצדדים היו רוצים את זה**? אם אנחנו יודעים לזהות מצבים שבהם הצדדים היו מעדיפים פיצויים ולא אכיפה כבר במועד הכריתה, במצבים כאלה אנחנו נגיד שברירת המחדל היא פיצויים ואם הצדדים ירצו אכיפה הם יכולים לבקש אותה מביהמ״ש.** רוב דיני התרופות הם דיספוזיטיביים, הצדדים יכולים להתנות עליהם בחוזה. הטענה היא, כשמתקיים החריג שבס׳ 3(3), במצבים כאלה הסיבה שזה חריג לכלל האכיפה היא כי ככלל אנחנו חושבים שהצדדים היו רוצים במועד הכריתה רק פיצויים ואם זה המצב הם יקבלו את זה למעט במקרים שבהם הם יחליטו לסטות מברירת המחדל הזו בכריתת החוזה.

בעיה נוספת הנובעת מגילום התשלום עבור הפיקוח על אכיפה במחיר החוזי היא טענה של Adverse Selection - לימונים וקבלנים - **תופעה שבה צד אחד מעוניין להתקשר עם צד שני בחוזה, אבל הוא לא מכיר את הטיפוס של הצד השני, הוא לא יודע מה הערך של העסקה מול הצד השני**. יש כל מיני עסקאות בשוק וקשה לו לזהות את שווי העסקה עם הצד השני. לימון הוא שם סלנג פופולרי לרכב משומש גרוע שיש בו פגמים. השאלה היא מה יקרה לשוק רכבי היד שניה אם לא יהיה ניתן לעשות בדיקה לשווי הרכב.

נניח שיש כל מיני רכבים בעולם, כאלה ששווים 10, כאלה ששווים 20, וכאלה ששווים 30. הקונה לא יכול לגלות אם הרכב שהמוכר מוכר לו הוא רכב של 10/20/30, אבל המוכר יודע. השאלה היא כמה הקונה יהיה מוכן לשלם על רכב כזה. הטענה היא שלכאורה הקונה יהיה מוכן לשלם 20, זה השווי הממוצע. מה יעשו כל האנשים שיש להם רכב ששווה 30? הם יעדיפו לשמור את הרכב אצלם, ולא למכור אותו ב20. הקונה יודע שמוכרים שהרכב שלהם שווה 30, לא מוכרים. הם מחוץ לשוק ולכן קיימים בשוק רק כאלה שהרכב שלהם שווה 10 או 20. אם זה המצב, הוא יהיה מוכן לשלם שוב רק את הממוצע - 15. עכשיו כל הרכבים ששווים 20 יוצאים מהשוק גם, כי כל הבעלים של הרכבים ששווים 20 אומרים לעצמם ׳למה אני שאני אקבל 15 אם הרכב שלי שווה יותר?׳. לכן כל אלה עם הרכב ששווה 20 יוצאים גם מהשוק. מי נשאר בשוק זה רק הרכבים ששווים 10 (הלימונים). כל הרכבים הטובים יותר יוצאים מהשוק בגלל בעיית המידע.

**מה היה קורה במועד הכריתה, אם היינו אומרים לקבלן ׳תשמע, אתה תצטרך לשאת בעלויות הפיקוח מקרה של הפרה׳?** לקבלן יש מידע פרטי - מה הסיכוי שהוא יפר. הוא יודע אם יש סיכוי גבוה או נמוך שהוא יצטרך להפר את ההסכם. הוא גם יודע שהוא יצטרך לשלם את עלויות הפיקוח במקרה של הפרה וסעד של אכיפה. אפשר להקביל את הקבלנים לשוק הלימונים: נגיד והקונה משלם את עלויות הפיקוח - הוא ידרוש במחיר החוזי את ההנחה שמגלמת את הסיכוי הממוצע בשוק שהקבלן יפר. קבלנים שהסיכוי שלהם נמוך יגידו שהם לא מוכנים לתת הנחה כזו, הסיכוי שאני יפר מאוד נמוך. בגלל שאי אפשר להעביר את המידע הזה, הקבלנים האלה יצאו משוק, וככה יתרחש אותו התהליך של יציאה מהשוק של אנשים עד שנישאר רק עם אלה שהסיכוי שהם יפרו את החוזה הוא הסיכוי הכי גבוה, ושני הצדדים יהיו מודעים לזה. זה יוצר מצב של שוק דפוק שכולו לימונים רק בגלל שיש לנו בעיה של מידע א-סימטרי, צד אחד עם עדיפות מידע ואנחנו מטילים חיובים. היה עדיף לאפשר פיצויים בתנאים האלה אם דרוש פיקוח נורא יקר מאשר להטיל אותו על הצדדים, כדי להימנע מהתופעה של Adverse Selection, מכיוון שזה יוביל למצב שלאט לאט כל השוק קורס.

אכיפה בלתי צודקת:

**מה הופך אכיפה לבלתי צודקת? דוגמה אחת היא מקרה שבו הייתה הפרה, ההפרה הושלמה וכדי לתקן אותה העלות היא גדולה אבל הנזק מההפרה היא הרבה פחות משמעותית**. מקרים שבהם האכיפה מכבידה מאוד על המפר, אבל הפיצויים מהווים תרופה סבירה. **פס״ד דוד נ׳ יאסין** - בעל משתלה קנה אדמה כדי לשתול עליה צמחי ציפורן וצמחים אחרים. האדמה שסופקה לא הייתה מהסוג שנקבע בחוזה. לא מדובר באדמה לכל המשתלה אלא אדמה שמצטרפת לאדמה הקיימת. ביהמ״ש אומר שאחרי שהאדמה פוזרה נגרם נזק לצמחי ציפורן, נזק שווה ערך ל- 7,000 ש״ח. אם מבקשים אכיפה זה נורא בעייתי - אי אפשר להפריד בין האדמה שסופקה לאדמה שקיימת במקום. כדי לקיים את החוזה, הספק יצטרך להחליף את כל האדמה שבמשתלה. זה אומר שהעלות של קיום החוזה היא מטורפת. לעומת זאת, פיצוי של 7,000 ש״ח יפצה את בעל המשתלה באופן מלא על הנזקים שלו. אז **כשהאכיפה מאוד מכבידה והפיצויים מהווים תרופה סבירה, זה יהיה חריג לאכיפה.**

דוגמה נוספת היא מקרה שבו הייתה התחייבות לשים בבית צינורות מסוג א׳, קבלן הבניין השלים את הבניה, ובתום השלמת הבניה התברר שהוא שם בקירות צינורות מסוג ב׳. כדי לאכוף את ההסכם, צריך למוטט את הבניין ולבנות אותו מההתחלה עם הסוג הרלוונטי של הצינורות. **במקרה כזה ביהמ״ש יגיד שהאכיפה אינה צודקת במיוחד אם ההבדל מבחינת הרוכשים הוא מינורי. לא נחייב את הקבלן לאכוף, אלא נחייב אותו רק לשלם פיצויים**.

השאלה הזאת עולה גם לגבי שאלת חישוב הפיצוי. **פיצויים קיום הם פיצויים שמעמידים את הנפגע במקום שבו הוא היה אלמלא ההפרה. איך מחשבים את פיצויי הקיום? פיצויי הקיום יכולים להיות לפי הפער בין הממכר שסופק לי למה שהתחייבו, או העלויות שידרשו ממני כדי להעמיד את הממכר למקום שבו הוא היה**. לדוגמה, בבניין אפשר להגיד לקבלן אל תבצע בעצמך, אבל תן לי פיצויים שיאפשרו לי למוטט את כל הבניין ולבנות אותו מההתחלה. השיטה שבה מחושב הפיצוי לא מחייבת את התובע. אם נפגע לנו האוטו בתאונה ועמדנו את הפיצוי על העלות של תיקון האוטו, אנחנו לא מחויבים לתקן את האוטו. אפשר לעשות עם הכסף מה שאנחנו רוצים. במקרה עם הקבלן, אפשר לחשוב שיש נזק לבניין בגלל ההתקנה של הצינורות שנאמד ב- 500 ועלות ההחלפה היא מיליון. אם הבעלים יקבלו פיצוי של מיליון, והפער בשווי הוא 500 הם לא ילכו למוטט את הבניין ולהקים אותו מחדש עם הצינורות. הם ישמרו את הכסף בכיס, זה משתלם להם הרבה יותר**. בנסיבות כאלה שהאכיפה יוצרת כזאת מצוקה אנחנו נגיד שאת התחשיב של פיצויי הקיום אנחנו נחשב לפי הירידה של הערך ולא לפי עלות הכינון.**

**דוגמה שנייה היא מקרה שבו האכיפה תביא למצוקה קשה וחמורה של המפר** - פס״ד **אזימוב נ׳ בנימיני** - מוכרים של דירה בגבעת זאב שאחרי שהתחייבו למכור את הנכס, פנו לרוכשים ואמרו שבעלת הנכס תסבול ממצוקה נפשית מאוד קשה אם היא תמכור. הבן של בעלי הנכס נפטר לפני הכריתה, ואם הם חשבו שהדבר שהכי נכון עבורם מבחינה נפשית זה למכור ואז בעלת הנכס הבינה שאם היא תמכור היא תאבד את הקשר האחרון עם הבן שלה וזה גרם לה לדיכאון אמיתי. **ביהמ״ש אומר כשאכיפה מביאה למצוקה קשה וחמורה, זו סיבה טובה לא לתבוע אכיפה. אבל, זה מותנה בזה שהנסיבות לא היו ידועות במועד הכריתה**. במקרה הזה ההורים ידעו שהבן נפטר לפני שהם החליטו למכור את הנכס. הנסיבות היו ידועות במועד הכריתה, ולכן לא מתקיים החריג וביהמ״ש חייב אותם בצו אכיפה.

**מקרה נוסף בו נידונה הזכות לשלילת האכיפה זה אם התנהגות הנפגע לא מצדיקה אכיפה. לדוגמה, צד שהפר חוזה, ואם ההפרה לא הצדיקה הודעת ביטול, הודעת הביטול של הצד השני היא הפרה של החוזה.** אפשר לחשוב על מקרה שבו הייתה הפרה לא יסודית, ובעקבות ההפרה הלא יסודית ניתנה הודעת ביטול שלא כדין. הודעת הביטול היא הפרה. אבל, בנסיבות האלה ביהמ״ש אומר שלא צריך להינתן סעד אכיפה כי זה לא צודק בנסיבות העניין. ההפרה של ב׳ היא תוצאה של ההפרה של א׳, א׳ יכול לתבוע פיצוי אבל זה יהיה לא צודק לתת לו אכיפה.

**מקרה נוסף הוא כאשר האכיפה משפיעה על צדדים שלישיים** - לדוגמה, עסקאות נוגדות, כשמכרתי לא׳ נכס ואז הלכתי ומכרתי את אותו הנכס לב׳. אם ב׳ דורש אכיפה של הנכס הספציפי, ביהמ״ש יכול לשלול את סעד האכיפה כי זה בלתי צודק לא׳. א׳ לא ידע ולא היה צריך לדעת על הכריתה עם ב׳.

באופן כללי חובת הקטנת הנזק לא חלה על סעד האכיפה. ביהמ״ש אומר בעניין **אגד נ׳ אדלר**, שבנסיבות קיצוניות ורק כשהאכיפה היא לסעד כספי, וכשאתה יכולת להפחית בצורה משמעותית ולפרק זמן ארוך את העלויות הכספיות של הצד השני, אז **אכיפה של החיוב הכספי תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין. מה שיקרה זה שנעבור לסעד של פיצויים שכפוף לחובת הקטנת הנזק**.

**מה המשמעות של סעד ברירה המחדל, אכיפה או פיצויים**? בפס״ד **אזימוב נ׳ בנימיני** עולה השאלה, **על מי נטל ההוכחה שמתקיימות הנסיבות לס׳ 3?** **אם ברירת המחדל היא אכיפה, המפר הוא זה שצריך להוכיח שלא צריך לתת אכיפה. הנטל עליו לשכנע את ביהמ״ש אחרת. אם ברירת המחדל היא פיצוי, אז זה הפוך.** נפגע ההפרה הוא זה שצריך לשכנע את ביהמ״ש לסטות מברירת המחדל. ככל שזה כרוך בעלויות או בקשיים, או במצבים של אי ודאות, המשמעות היא מה אנחנו נקבע אם אנחנו לא בטוחים או מי נושא בעלות השכנוע. אם אתה מעוניין באכיפה, אז לנפגע ההפרה יש עלות תחת המשפט האנגלי והאמריקאי ולכאורה אין לו עלות תחת המשפט הישראלי. הוא לא יצטרך לשכנע אחרת. יש לזה נפקות גם לעניין הפיצוי - אם אכיפה היא ברירת המחדל, אנחנו נתעקש שפיצוי יתחקה הכי קרוב שאפשר אחרי מה שהיה קורה באכיפה. **בפס״ד אדרס** זה הנימוק של **השופט ברק** לאפשר פיצויים בדמות של השבת רווחים. **רק פיצוי של השבת רווחי המפר שהוא הפיק מההפרה, מתחקים בצורה הקרובה ביותר אחרי הקיום, ומכיוון שקיום החוזה/אכיפת החוזה היא ברירת המחדל, זה מצדיק את הסעד בדין הישראלי.**

אכיפה בקירוב:

**באכיפה בקירוב ביהמ״ש מאפשר את ביצוע ההסכם, אבל לא את ההסכם הספציפי, אלא הסכם אחר שהוא דומה להסכם הספציפי**. הדוקטרינה של אכיפה בקירוב מכונה בארה״ב ובאנגליה Cy-Pre's. **אפשר לדרוש אכיפה בקירוב גם מהמפר וגם מנפגע ההפרה. נפגע ההפרה יכול לטעון כי החוזה מולו הופר והוא מבקש לבצע אותו קצת אחרת, כי החוזה שהופר מולו בלתי ניתן לביצוע. המפר יכול להעלות את טענת ביצוע בקירוב כתשובה לדרישת אכיפה. הוא הפר, נתבע לאכיפה ומבקש לבצע ביצוע לא של החוזה אלא ביצוע של החוזה בקירוב.**

**באייזמן נ׳ קדמת עדן** לא היה ביצוע בקירוב, כי הייתה הסכמה של הצדדים, אבל זה דוגמה רעיונית לאיך אפשר לעשות ביצוע בקירוב. שם דובר על עסקה למכירת דירה, שנמכרה בטעות במכירה כפולה גם למישהו אחר. הפתרון שהגיעו אליו זה לתת דירה אחרת באותו פרויקט. **הביצוע של החוזה המקורי בלתי אפשרי, אז אנחנו מבצעים חוזה אחר מקורב לחוזה המקורי. הרעיון הוא שהחוזה המקורב מגשים את אותן המטרות. זה מונע מהמפר להתחמק מהביצוע ע״י זה שהוא הופך את הביצוע לבלתי אפשרי**. למשל, אם קדמת עדן רוצים להפר את החוזה מול אייזמן וכדי לעשות את זה הם מוכרים את הדירה לצד ג׳. האפשרות לבצע ביצוע בקירוב אומרת להם שהם לא יכולים להתחמק בקלות, ניתן יהיה לחייב אותם לקיים חוזה קרוב לחוזה הספציפי.

**ביצוע בקירוב מצד נפגע ההפרה מונע את הסחטנות של נפגעי ההפרה שיכולה להיות בשלב האכיפה**. למשל, בדוגמה עם המשתלה והאדמה. נניח שביהמ״ש היה אומר שפיצוי כספי לא מפצה את בעל המשתלה, אבל יש פעולה אחרת שהמפר יכול לעשות כדי לתקן את הנזק. זאת לא אספקת האדמה שהוא ביקש, אלא פיזור של תוספים לצורך העניין. אז האמירה למפר שסיפק את האדמה הלא נכונה, אני דורש אכיפה ולכן אתה צריך לאסוף בחזרה את כל האדמה שפיזרת ותביא את האדמה הנכונה, היא הדרך של הנפגע לעמוד על ליטרת הבשר. ביהמ״ש אומר לא, אנחנו נאפשר ביצוע בקירוב. נגיד אם האדמה שהיו אמורים לספק הייתה צריכה להכיל שיעור מסוים של מינרל ומה שהוא קיבל לא מכיל את זה, נאפשר ביצוע בקירוב ע״י זה שהספק יביא תוספים שיהפכו את האדמה שסופקה בפועל לאדמה שהוא הזמין.

**החיסרון של ביצוע בקירוב הוא שזה** **נוגד את התפיסה של חוזים מלכתחילה**. הצדדים כרתו חוזה, הם הגיעו למפגש רצונות ביחס לתנאים מסוימים. ביצוע בקירוב זו סטייה מההסדרים שהצדדים רצו במועד הכריתה.

הסבר אחד **למתי עושים ביצוע בקירוב** **זה כשהביצוע בלתי אפשרי** (ס׳ 3(1)). לדוגמה, **עסקאות נוגדות** - דירה שנמכרה תחילה לצד א׳, נמכרת בפועל לצד ב׳, ועכשיו צד א׳ לא יכול לקבל את הדירה. אי אפשר לאכוף את ביצוע החוזה כי הדירה כבר בידיים של צד ב׳. אם החוזה בקירוב הוא כן בר ביצוע, אז הדרך לתת את תרופת האכיפה תהיה לתת דירה חלופית במקום החוזה הספציפי שאינו בר ביצוע.

**שירות אישי** - אם חשמלאי התחייב לבוא לתקן משהו ואני עומד על הדרישה שזה יהיה שלומי החשמלאי, האפשרות לדרוש ביצוע בקירוב תהיה לשלוח מישהו אחר. אנחנו עדיין עומדים על אכיפה, אבל לא אכיפה **לקבל שירות אישי.**

**יכול פיקוח של ביהמ״ש** - אם אפשר להגיע למימוש ההסכם קרוב עם יכולת פיקוח זולה יותר, **יכול להיות שביהמ״ש יעמוד על הדרישה של ביצוע בקירוב כדי לאפשר את הביצוע ולחסוך את עלויות אכיפה והפיקוח.**

**בעיות במנגנוני השלמה** - **כשהחוזה לא מסוים, הצדדים יכולים לקבוע מנגנון השלמה, אבל אם הצדדים לא יישמו את מנגנון ההשלמה, לא ניתן לקיים את החוזה**. לדוגמה, **בפס״ד חוף התכלת** - קבעו מנגנון שבו יקבע הממכר, איזה שטח מקרקעין נמכר. ביהמ״ש אומר נכון, המנגנון לא יושם, אבל הוא ישלים אותו בעצמו. הוא יקבע את הממכר. זה לא יהיה החוזה שהם רצו, זה יהיה ביצוע בקירוב של החוזה, אבל ככה מגשימים את הרצון של הצדדים למנגנון השלמה שנקבע במועד הכריתה.

**סיכול - אם החוזה סוכל זאת לא הפרה, אבל אם ניתן לבצע את החוזה בשינוי קל באופן שמגשים את המטרה ואת הרצון של הצדדים, ושניתן לביצוע למרות הסיכול, אז ביהמ״ש יכול להגיד שהתנגדות לביצוע בקירוב תהווה הפרה של קיום חוזים בתום לב ולכן ביהמ״ש יכפה את הביצוע בקירוב**.

**החוזה לוקה באי חוקיות** - דרך אחת היא לבטל את החוזה, אבל זאת לא דרך המלך. **דרך המלך היא לפתור את אי החוקיות.** **אם יש אפשרות לפתור את הבעיה של אי חוקיות בחוזה ע״י שינוי או ביצוע בקירוב של החוזה ביהמ״ש יעדיף לעשות את זה בהנחה שלפחות אחד מהצדדים מעוניין**.

אכיפה בתנאים ושערוך:

ס׳ 4 לחוק התרופות אומר שביהמ״ש רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות העניין.

הסיטואציה מדברת בדר״כ על **מצב שבו נפגע ההפרה שמבקש אכיפה הפר בעצמו, והצד השני אומר שהוא יבצע את החוזה, הוא מוכן לקיים אותו, אבל הוא מתנה את זה באכיפת תשלום פיצויים או בתשלום חיובים של הצד השני**. בעניין **וינקלר נ׳ ספיר**, ביהמ״ש שואל מתי אפשר להשתמש בס׳ 4 כדי להתנות את האכיפה בביצוע חיובים של הצד השני. בעצם לתבוע אכיפה בתנאים. הוא אומר **שאכיפה בתנאים אפשרית כשהחיוביים המקוריים בחוזה הם חיובים תלויים, אכיפה בתנאים לא אפשרית כשהחיובים הם עצמאיים.** חיובים עצמאיים הם חיובים שהצדדים לוקחים על עצמם שלא קשורים אחד בשני. צד א׳ מתחייב לשלם סכום כסף ביום מסוים, וצד ב׳ מתחייב לספק שירות ביום אחר ואין קשר בין מועד התשלום למועד ביצוע החיוב. אם צד אחד מפר את החיוב שלו, זה לא שולל את החובה של הצד השני לבצע את החיוב מהצד שלו ולכן הוא גם לא יכול להתנות את הקיום בביצוע החיוב של הצד השני. יש מקרים שהחיובים הם לא עצמאיים החיובים הם תלויים או שלובים, הם חלים כאשר התשלום ע״י צד א׳ הוא תנאי מקדמי לביצוע פעולה ע״י צד ב׳. החיובים של צד א׳ ושל צד ב׳ קיימים רק אם הם קיימים ביחד. כל צד יכול לא לבצע את החיוב שלו אם הצד השני לא מתכוון לבצע את החיוב שלו. בעצם תניית האכיפה בתשלום פיצויים מותנית בזה שהחיובים לא עצמאיים תלויים אחד בשני.

**מתי משתמשים בדר״כ בס׳ 4? לצורך שערוך של החוזה**. שערוך של החוזה יכול לקרות אם השווי של החוזה במועד המשפט שונה מהותית מהשווי של החוזה במועד הכריתה ובמועד ההפרה. למשל קונה שצריך לשלם 100 עוד חודש על הממכר שיימסר לו גם בעוד חודש, ה100 לא צמוד למדד כלשהו אבל בינתיים יש אינפלציה אדירה. במועד הביצוע חוזים כאלה נמכרים ב200 כי השקל שווה פחות. המוכר מפר ובזמן המשפט המוצרים האלה נמכרים ב400 ועכשיו המוכר אומר שהוא מוכן לקיים, הוא ימסור את הממכר אבל הוא רוצה יותר מ100. מה קורה אם הקונה מפר? הקונה צריך לשלם 100 עוד חודש, הוא לא משלם ובינתיים הזמן חולף ובזמן הזה יש אינפלציה ואז כשיגידו לו שהמוכר דורש אכיפה אבל הוא כבר לא רוצה 100, במועד הזה נורא חשוב לו לקבל את השווי הריאלי, הוא רוצה 400.

**במקרים שהקונה מפר, המוכר לא זכאי לשינוי בשווי של הכסף עד מועד ההפרה**. עד מועד ההפרה הוא קיבל את מה שהוא רצה, אם הוא היה מקבל במועד ההפרה 100, זה מה שהוא היה אמור לקבל. אין לו אפשרות להגיד שיש לו זכות לשערך את הסכום. מה קורה אחרי מועד ההפרה? אחרי מועד ההפרה הוא רוצה למכור את הממכר, הוא מעוניין לקיים את החוזה, **אבל עכשיו הממכר שווה 500 כי הייתה אינפלציה אחרי מועד ההפרה. במקרה הזה המוכר זכאי לתשלום אפילו בלי הוכחת נזק** (ס׳ 11(ב), הנחה של ריבית והצמדה. אם הוא רוצה להצמיד את זה למדד המחירים צרכן, הצמדה כללית לפי החוק, ס׳ 11(ב) אומר שהוא זכאי לשערוך אוטומטי. המוכר יכול להגיד שהוא זכאי לס׳ 10 - פיצויים לפי השווי הריאלי שלו, אבל הוא צריך להוכיח שאם הוא היה מקבל את הכסף הוא היה עושה איתו משהו שהיה מניב לו הכנסה גדולה יותר מאשר ההצמדה הפשוטה. קשה מאוד להוכיח את זה אבל זה אפשרי אם הייתה לו הזדמנות עסקית שהוא נאלץ לוותר עליה או אם הוא לקח הלוואה כדי לעמוד בה שהוא לא היה צריך לקחת אותה בריבית גבוה יותר מהריבית לפי חוק ריבית והצמדה זה יהיה הוכחה מסוימת או אם אתה מראה שהשקעת את הכסף שקיבלת במסלול השקעה מסוים ורצית להשקיע בזה יותר. אם אני מראה שהשקעתי את הכסף בנייר ערך מסוים אפשר להתחקות אחרי השווי השינוי של ההשקעה בנייר ערך כדי להגיד מה הנזקים מההפרה. אפשרות נוספת היא להגיד מה הקונה עשה עם הכסף? אם הקונה עשה שימוש בכסף שהוא היה אמור להעביר למוכר אז אפשר לבדוק במה הוא השקיע אותו ואיך הוא התעשר מההשקעה הזאת על חשבון הכסף שהוא היה צריך להעביר, והוא צריך להעביר את הכסף הזה יחד עם הרווחים שלו למוכר.

**מה קורה אם המוכר מפר? אם המוכר מפר, הקונה דורש אכיפה ב100.** הוא רוצה את הנכס ולשלם 100 היום במועד המשפט. במקרים האלה אתה שואל אם המוכר יכול לדרוש שערוך. **בקדמת עדן אמרו גם אם המוכר שהפר מבצע אכיפה בקירוב יש לו אחרי זה זכות לבקש שערוך של ההסכם**. באותה מידה בתקופה שמעבר לחוזה בתי משפט עשו בשימוש בס׳ 4 לא בתקופה של מועד ההפרה, אלא בתקופה שבין מועד ההפרה למועד המשפט, כדי להתנות את האכיפה בשערוך לפי שווי הכסף בין מועד ההפרה למועד פסק הדין. אפשר להגיע לאותה תוצאה ע״י חובת תום הלב בקיום חוזה.

שערוך - **החובה לתת עוד כסף לפי ההבדל בשווי, זה בעצם סעד שנועד למנוע התעשרות שלא כדין ולכן הוא כפוף לעקרונות של עשיית עושר**. העקרונות האלה גם מאפשרים לתת שערוך חלקי או השבה חלקית. ביהמ״ש יכול להגיד שהשווי המלא של מה שהרווחת, הקונה, מזה שהיה עיכוב בביצוע הוא 50, אז לא נחייב אותך להעביר את כל ההתעשרות הזאת למפר אבל אני כן יכול לחייב אותך להשיב חלק מזה.

**ביטול והשבה:**

מבוא:

**ביטול היא תרופה חלופית לתרופת האכיפה. ביטול היא הפסקת קיומו של החוזה על כל ההסדרים שכרוכים בו** ואכיפה היא השלמת קיומו של החוזה על כל ההסדרים שכרוכים בו. **הם מוציאים אחד את השני. אי אפשר לבקש גם להפסיק לקיים את החוזה וגם לרצות להשלים אותו.** בשונה מהתרופות האחרות, **לביטול יש תפקיד כפול. ביטול לא רק משמש כתרופה להפרה של חוזה, ביטול היא תרופה שניתנת גם כתוצאה מפגמים בכריתה**. טעות הטעיה כפייה ועושק מזכים את הנפגע בביטול, אבל הם לא מזכים אותו בסעדים אחרים. **ביחס להפרה, הביטול צומח מהפרה יסודית שמקנה לנפגע ההפרה זכות ביטול אוטומטית**. הוא יכול פשוט להודיע על ביטול החוזה, ובהפרה לא יסודית אבל אז הזכות מותנית בזה שההפרה לא תוקנה תוך זמן סביר.

ההסדרים שמופיעים לנו ביחס להפרה יסודית הם בס׳ 7(א) וב- 8 רישא לחוק התרופות, **הקובעים שנפגע זכאי לבטל את החוזה אם הפרת החוזה הייתה יסודית** (7(א)), **ושביטול החוזה יהיה בהודעת הנפגע למפר תוך זמין סביר לאחר שנודע לו על ההפרה** (8 רישא). ההודעה צריכה להימסר תוך זמן סביר מהידיעה על ההפרה.

ס׳ 8 סיפא נוגע למקרים של ביטול עקב הפרה לא יסודית. ס׳ 7(ב) אומר **שאם ההפרה הייתה לא יסודית, זכאי הנפגע לבטל את החוזה לאחר שנתן ארכה לקיום החוזה והחוזה לא קוים תוך זמן סביר**. ס׳ 8 סיפא אומר שבמקרה של 7(ב) **יש להודיע זמן סביר לאחר שחלפה הארכה**. **יש לנו שני פרקי זמן - פרק זמן ראשון בין מתן הארכה ועד שהיא חולפת, ופרק זמן שני מהרגע שחלפה הארכה ועד שניתנה הודעת הביטול.** זה אומר שבמקרים של הפרה לא יסודית, פרק הזמן שניתן לבטל בו ארוך יותר, אבל לא רק שהוא ארוך יותר במידה רבה הוא נתון לשליטת נפגע ההפרה, כי הוא תלוי במועד שבו הוא נותן הודעה על ארכה.

זה יכול ליצור קשיים במקרים שבהם נפגע ההפרה לא מודיע על הודעת ביטול תוך זמן סביר במקרה שההפרה היא יסודית ומקנה זכות ביטול אוטומטית.

כדי להבין מתי קיימת זכות ביטול אוטומטית ומתי זכות הביטול תלויה בהתנהגות מאוחרת של הנפגע, צריך להבחין מהי הפרה רגילה ומהי הפרה יסודית. ס׳ 6 הוא הס׳ הגדרה שמכיל הגדרה אחת בלבד - רק את ההגדרה של הפרה יסודית - **הפרה יסודית היא הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר באותו חוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה** (חלופה ראשונה), או **הפרה שהוסכם עליה בחוזה שתיחשב ליסודית** (חלופה שניה). אולם תניה גורפת בחוזה העושה הפרות להפרות יסודיות ללא הבחנה ביניהן אין לה תוקף אלא אם הייתה סבירה בעת כריתת החוזה.

**אפשר לחלק את ההפרה היסודית להפרה יסודית מסתברת, כלומר שעולה מההפרה שהיא יסודית, ולהפרה יסודית שהיא מוסכמת.**

**הרעיון בבסיס של ההבחנה בין הפרה יסודית והפרה לא יסודית היא באיזון בין האינטרסים של המפר ושל נפגע ההפרה**. אנחנו חושבים קודם כל שלנפגע ההפרה יש זכויות כתוצאה מהפרת החוזה שאנחנו רוצים להגן עליהן, אבל הן לא בלתי מוגבלות. אנחנו רוצים להגן על נפגע ההפרה אבל באופן סביר. **הרעיון הוא לחשוב על האיזון ביניהם בהתחשב במה שהמפר יכול היה לראות בשעת הכריתה. אנחנו מגבילים את הזכות של נפגע ההפרה לבטל את החוזה, אלא אם כן המפר ידע שבסיטואציה הזאת יש זכות ביטול או שהוא היה צריך לראות באופן סביר שבסיטואציה הזאת יש זכות ביטול.**

הפרה יסודית מסתברת (תנאים שבהם אדם לא היה מתקשר בחוזה לו ראה את ההפרה ותוצאותיה) - איך מפרשים את התיבה לו ראה את ההפרה ותוצאותיה ומיהו האדם הסביר שלא היה מתקשר בחוזה? אם הוא היה רואה את ההפרה ותוצאותיה, מה זה האדם הסביר? אם הוא כבר יודע מה ההפרה ומה התוצאות שלה, אז הוא אדם שיש לו ידע מושלם. הוא לא איזשהו אדם סביר ואמורפי, מדד אובייקטיבי חיצוני לצדדים.

פס״ד **ביטון נ׳ פרץ** - יש עסקאות בשרשרת באותה המקדמה (אותו הסכום):

- שמעון רוכש דירה מראובן וצריך לשלם לו מקדמה ביום 1 בינואר

- ראובן רוכש דירה מלוי וצריך לשלם לו מקדמה ביום 3 בינואר

- לוי רוכש דירה מיהודה וצריך לשלם לו מקדמה ביום 5 בינואר

בהנחה שלאף אחד מהם אין כסף בבנק, כדי שלוי יוכל לשלם ליהודה, הוא צריך לקבל את התשלום מראובן. כדי שראובן יוכל לשלם ללוי הוא צריך לקבל את התשלום משמעון. אם שמעון לא משלם, לראובן אין את הכסף לשלם ללוי, ואם ראובן לא משלם ללוי, ללוי אין את הכסף לשלם ליהודה. זה אומר שבכל חוליה בשרשרת שבה יש הפרה נגררת מאליה הפרה בחוליות למטה בשרשרת.

שמעון מאחר בתשלום ומעביר לראובן את הכסף רק ב- 6 בינואר. כלומר, לראובן אין כסף לשלם ללוי ב- 3 בינואר, וללוי אין כסף לשלם ליהודה ב- 5 בינואר. יהודה מבטל את החוזה מול לוי. זה אומר שלוי עכשיו בהסכם מול ראובן, ראובן מפר את ההסכם מול לוי כי הוא מאחר ולא שילם לו עדיין את הכסף. ההסכם של לוי עם יהודה בוטל, לוי לא יקנה דירה חדשה והוא מעוניין להישאר בדירה שיש לו. השאלה היא אם לוי יכול לבטל את ההסכם עם ראובן, החוליה האמצעית, כי הוא מפר את החוזה, למרות שהעיקוב הוא זניח, אבל ההשפעה של ההפרה עליו היא השפעה דרמטית. הוא איבד בגללה את העסקה עם יהודה.

אנחנו שואלים **מי האדם הסביר שראה את ההפרה ותוצאותיה**? **השופט ברנזון** - **אנחנו חושבים על האדם הסביר כעל הנפגע של ההפרה. אבל אנחנו בודקים את היסודיות של ההפרה, כלומר אם הוא היה מוכן להתקשר אם הוא היה יודע על ההפרה ותוצאותיה רק לאור המידע שהיה משותף לו ולמפר.** במקרה שלנו, המפר ראובן שרוכש דירה מלוי ומפר מול לוי, לא יודע שלוי צריך את הכסף כדי לרכוש את הדירה מיהודה ולכן הוא לא יודע על התוצאות של ההפרה. **אדם סביר שהיה יודע על תוצאות ההפרה לא היה מתקשר בחוזה, אבל כדי שנוכל להגיד שזאת התוצאה של האדם הסביר לפי ברנזון, צריך לחשוב מה הצדדים ידעו במועד ההפרה, ויותר מזה, מה הם ידעו במועד הכריתה**. **כלומר השאלה אם ההפרה היא הפרה יסודית או לא נוגעת למידע שהיה לצדדים במועד הכריתה.**

**השופט ויתקון** - **השאלה היא בכלל לא לגבי הצדדים**. לא יכול שהאדם הסביר זה הצדדים לעסקה, כי אז זה לא האדם הסביר. היו אומרים - המפר, הנפגע. אבל החוק אומר האדם הסביר. אנחנו צריכים לחשוב מה האדם הסביר יודע. האדם הזה לא יכול לדעת ידיעה שנמצאת אצל הצדדים לבדם, כמו עסקאות סותרות שיש להם. ויתקון מגיע לתוצאה זהה לזו של ברנזון, אבל מכיוון אחר.

הבעיה עם שתי הפרשנויות האלה היא ששתיהן לא מתיישבות עם לשון הסעיף.

אפשרות פרשנית אחרת היא להגיד - **כשאומרים לו ראה את ההפרה ואת תוצאותיה, אז הכוונה היא לגבי האדם הסביר שהיה רואה את ההפרה ואת התוצאות הסבירות שלה, לא את כל התוצאות שלה**. זה יוצר איזון בין המידע שנפגע ההפרה מחזיק והצורך בוודאות של המפר. המפר יודע על ההפרה כשהוא שוקל אם להפר או לא, והוא יכול לחזות מה יהיו התוצאות שלה. השאלה אם התוצאות שלה היא מאוד קשות, האם הן מזכות בזכות של ביטול, היא לכאורה במידה רבה אקראית. היא לא תלויה בהחלטה או בכוונה של הצדדים. לדוגמה, איחור של כמה ימים בתשלום שגרר ביטול של חוזה עוקב של נפגע ההפרה עם צד שלישי. אם אתה לא יכול לדעת מזה, אז זאת לא תוצאה סבירה. זאת תוצאה של ההפרה, אבל זאת לא תוצאה מסתברת של ההפרה.

**השופט כהן** - **ככה אנחנו צריכים לקרוא את התיבה לו ראה את ההפרה ואת תוצאותיה. לא את התוצאות שלה בפועל, אלא תוצאות סבירות של ההפרה**. כהן מגיע לאותה התוצאה כמו ברנזון וויתקון אבל מנימוק שונה.

הס׳ מדבר על ההפרה ועל תוצאותיה. **אנחנו צריכים לשאול האם ההפרה היא יסודית לאור התוצאות?** האם בובי (מעבודה 1) ידע או היה צריך לדעת על תוצאות ההפרה שהתרחשה בפועל, על הנזק שנגרם בפועל. האם הוא היה צריך לדעת על האפשרות שאופן הפעולה שלו יביא לסגירת המשרד וג׳יני תאבד לקוח פוטנציאלי והאם זה שהאפשרות הזאת התרחשה הופך את ההפרה להפרה יסודית? האם התוצאה שהתרחשה בפועל היא תוצאה מסתברת של ההפרה? **אנחנו יודעים שיסודיות ההפרה קשורה למעשה עצמו ואנחנו צריכים לשאול האם התוצאות שאנחנו צריכים לבחון של ההפרה הם התוצאות בפועל או התוצאות המסתברות של ההפרה שנפגע ההפרה היה רואה מראש**?

כשאנחנו שואלים האם אדם סביר היה מתקשר בחוזה, כלומר שם את עצמו להיות נפגע ההפרה במקרה הזה, מוכן לקחת את הסיכון להיות נפגע ההפרה במקרה הזה, אם הוא היה רואה את תוצאות ההפרה בשעת הכריתה. אנחנו שואלים אם בנסיבות ההפרה הספציפיות הטענה של כהן בפס״ד זה שאנחנו צריכים להתייחס רק לתוצאות שהן מסתברות של ההפרה, לא לתוצאות של ההפרה בפועל. כלומר, **אם תוצאות ההפרה אינן צפויות והן מאוד גדולות ואף אחד לא היה מתקשר בחוזה אם הוא היה יודע עליהן, זה לא הופך את ההפרה להפרה יסודית.**

יש לשים לב שההגדרה של הפרה יסודית לא דורשת רק את המצבים שבהם הצדדים יכולים לפי הרישא של ס׳ 6 להחליט שההפרה היא יסודית, כלומר שהצדדים היו בוחרים שלא להתקשר בחוזה אם היו רואים את ההפרה ותוצאותיה, אלא הצדדים יכולים להחליט בעצמם על תניות בחוזה שההפרה שלהן היא הפרה יסודית. לדוגמה, בהסכם שכירות יכול להיות תנאי שעיכוב של מעל לשבעה ימים בתשלום שכר דירה מהווה הפרה יסודית. המשמעות של הפרה יסודית היא שניתן לבטל מיד את החוזה בהודעת ביטול.

**החוק אומר שקביעה שכלל התניות הן יסודיות, שההפרה שלהן היא הפרה יסודית, היא לא תקפה אלא אם היא סבירה.** היא יכולה להיות תקפה, אבל ביהמ״ש יבחן אם היא סבירה. צריך לשאול שתי שאלות: שאלה אחת נורמטיבית ושאלה אחת דוקטרינרית. השאלה הנורמטיבית היא למה? אם לפי חופש החוזים הצדדים יכולים לעצב את החוזים איך שהם רוצים, וביהמ״ש מכבד ככלל את ההחלטות של הצדדים, למה לא לכבד את זה שהם ירצו שכל הפרה תיתן זכות ביטול? הרי זאת המשמעות של האמירה שתניה בחוזה היא יסודית והפרה שלה היא הפרה יסודית. המשמעות היא בעצם משמעות תרופתית. אין שום משמעות מבחינת הביטוי, להגיד שהפרת הפרה יסודית או שהפרת הפרה רגילה זה חסר משמעות. המשמעות היחידה היא האם יש סעד ביטול אוטומטי או שלא. למה לא לתת לצדדים אפשרות לקבוע סעד ביטול אוטומטי? דרך אחת לחשוב על זה היא דרך המראה של ס׳ 15 לחוק התרופות. הס׳ קובע שהצדדים יכולים לקבוע ביניהם פיצוי מוסכם שיחייב במקרה של הפרה. אם הפיצוי המוסכם לא מקיים יחס סביר לנזק כפי שהיה ניתן לצפות אותו במועד הכריתה, ביהמ״ש לא יכבד את תניית הפיצוי המוסכם ויבטל אותה. אפשר לחשוב על הסדר שקובע שכל התניות בחוזה הן יסודיות דומה להסדר שבס׳ 15. אנחנו לא רוצים לאפשר סנקציה עונשית.

בפס״ד **מזור נ׳ וחידי** **ניתן לראות איך צד יכול לנצל באופן מוגזם את האפשרות שלו לקבוע תניות גורפות ולמה אנחנו נרצה שביהמ״ש יתערב**. באותו מקרה הטענה הייתה שתניה גורפת כזו היא מטעה את הצעד השני. עורך דין נקשר בחוזה עם צדדים אחרים מאוד לא מתוחכמים, הוא מכניס לחוזה כל מיני תניות חד צדדיות לטובתו, בין השאר הוא כותב שכל הפרה של אחת התניות שבהסכם, והוא מתייחס בעיקר לתניות שמחייבות את הצד השני, יחשבו להפרה יסודית של ההסכם. ביהמ״ש משתכנע שלצדדים מתקשרים בהסכם אין שום מושג מה המשמעות של הפרה של תנאי יסודי.

אפשר להגיד שאם הם לא יודעים לקרוא הסכם זו בעיה שלהם, שלא יחתמו עליו. התפיסה שאנשים יודעים לקרוא חוזים היא עובדתית לא נכונה. ביהמ״ש אומר שבהתחשב בזה שעובדתית זה לא נכון, מה צריך לעשות בעניין? **ריבלין אומר באותו פס״ד שזה מטעה את הצד השני ולכן תניה גורפת היא תניה לא סבירה ויש לבטל אותה.**

**זה לא אומר שלא יכולות להיות הפרות יסודיות של ההסכם, עדיין יכולה להיות הפרה יסודית אם היא מסתברת**. **זה גם לא אומר שלא יכולות להיות תניות אחרות שקובעות שס׳ ספציפי הפרה שלו היא הפרה יסודית.** בהרבה חוזים שבהם מופיעה תניה גורפת, מופיעות תניות ביחס לכל ס׳ או ביחס להרבה ס׳ שאומרות שהפרה שלהן היא הפרה יסודית. יש שאלה פרשנית לגבי תניה שמופיעה בכל ס׳ שאומרת שהפרה של הס׳ הזה היא הפרה יסודית אבל מופיעה בכל אחד מהס׳ בחוזה. לכאורה זו לא תניה גורפת כי אין תניה שאומרת שהפרה של כל הס׳ בחוזה היא הפרה יסודית, אבל התוצאה היא זהה ובכל זאת בתי המשפט נוטים לאשר תניות ספציפיות שמופיעות על כל אחד מהס׳ בחוזה. אם ביהמ״ש משתכנע שזה דרך לעקוף תניה גורפת, הם יחילו על זה מבחן של סבירות.

**איך בוחנים אם תניה גורפת היא סבירה**? פס״ד **שלום נ׳ מוטה** - **תניה גורפת שקובעת שכל ההפרות הן יסודיות היא סבירה אם ההפרות הן באותו מישור**. לדוגמה, אם יש לנו חוזה קצר עם ארבע תניות וכל התניות האלה מסדירות פחות או יותר את אותו הדבר מבחינת סדר גודל והחשיבות לצדדים. במקרה כזה אנחנו נגיד שתניה שקובעת שכל ההפרות הן הפרות יסודיות היא הגיונית. לעומת זאת אם יש לנו תניה שאומרת ׳מתחייב לשלם מיליון שקלים׳ ותניה נוספת שאומרת ׳מתחייב גם לחייך׳, וההפרה של שתיהן היא הפרה יסודית, אנחנו נגיד שיש פער דרמטי בין התניות וזה לא סביר לקבוע שכל ההפרות הן הפרות יסודיות.

בפס״ד **מזור נ׳ וחידי** ההחלטה של **ריבלין** מובילה לעוד מסקנה. **כדי להחליט אם תניה היא גורפת צריך לבדוק לא רק את התוכן שלה, אלא גם את הנסיבות שבהן הצדדים התקשרו בתניה.** הדרך שבה הם הכניסו אותה לחוזה. תניה כזו שהנסיבות שבה היא הוכנסה לחוזה היא שהצדדים דיברו והסכימו ביחד תיתפס ככלל כסבירה לעומת תניה, חד צדדית במיוחד אם צד אחד לא הבין את המשמעות שלה והיא פועלת בעיקר לרעתו.

ביטול חוזה בהפרה רגילה:

**כשיש הפרה רגילה, יש זכות לבטל את החוזה אבל הזכות הזאת מוגבלת ומותנית. הזכות מותנית בזה שנפגע ההפרה נתן תחילה למפר ארכה לקיים את החוזה והמפר לא קיים את החוזה תוך זמן סביר**. הזכות מוגבלת רק למקרים שבהם סעד הביטול צודק. בפסיקה ישנם מקרים שבהם עלתה הטענה שסעד הביטול ניתן באופן לא צודק, אבל ביהמ״ש קובע שההפרה היא הפרה יסודית ולכן אין מגבלה כזאת במקרה של הפרה יסודית. כלומר, **המגבלה על זכות הביטול רק למקרים שהביטול הוא צודק, חלה רק כשההפרה היא הפרה רגילה ולא הפרה יסודית.** מכאן שיש הבחנה בין המצבים האלה. הזכות להגיד שהביטול הוא לא צודק בנסיבות העניין, צומחת רק אם ההפרה היא הפרה לא יסודית. צריך לשאול כשאומרים שהזכות מוגבלת בכך שצריך לאפשר למפר זמן סביר לתקן את ההפרה, איך אנחנו מפרשים את הזמן הסביר שעומד למפר לתקן? כמה זמן צריך לעבור ממתן הארכה ועד שעומדת לנפגע ההפרה הזכות לביטול? **מנקודת המבט של המפר, הזמן הסביר הוא הזמן שנידרש לתקן את ההפרה**. כלומר אנחנו נגיד שלא עומדת לנפגע ההפרה זכות הביטול, עד שלא נתת הזדמנות למפר לתקן. אם ההזדמנות למפר לתקן היא מה שמצמיח את הזכות לבטל, זה אומר שאנחנו צריכים לתת לו את הזמן לתקן. אם התיקון דורש הרבה מאוד זמן, חייב להיות שהזמן הסביר שממנו ואילך ניתן לבקש ביטול, קשור לזמן שדרוש לבצע את התיקון של ההפרה.

מנגד, **מנקודת הזמן של נפגע ההפרה, הזמן הסביר מתייחס לתוצאות ההפרה ולא לזמן שנידרש לתקן אותה.** נפגע ההפרה יכול לסבול הפרה קטנה, אבל אם ככל שעובר יותר זמן הנזק שנגרם לו גדל, אנחנו לא חייבים להכריח אותו לחכות תקופה ארוכה לפני שהוא מבטל את החוזה. **בשני המקרים אנחנו לא מתסכלים על המפר ועל נפגע ההפרה הספציפיים, כי המונח סביר מתייחס לסטנדרטים אובייקטיביים. כשאנחנו אומרים זמן סביר ממועד מתן הארכה, אנחנו צריכים לחשוב על מפר סביר בנסיבות העניין ועל נפגע הפרה סביר בנסיבות העניין.**

עולה השאלה הפרשנית, איזה נק׳ מבט אנחנו מאמצים כדי לבחון מהו הזמן הסביר. אין תשובה חד משמעית בפסיקה לגבי השאלה הזו. ד״ר פלד חושב שביהמ״ש צריך לאמץ **תפיסה כפולה**: **זמן סביר צריך להיות כזה שמאפשר למפר תיקון של ההפרה,** זה מתיישב עם הנוסח של הס׳ כי הוא נוגע לזמן סביר ממועד מתן הארכה, אז הזמן הסביר הוא למפר. **אבל אנחנו בוודאי לא צריכים לעמוד על תקופה ארוכה כשההמתנה גורמת נזק גדול לנפגע ההפרה.** ככל שהנזק יותר גדול ככה ההפרה נראית לנו יותר יסודית, גם אם זה רק בגלל שעובר הזמן ולא בגלל שמדובר בהפרה רגילה. **ד״ר פלד חושב שהזמן הסביר צריך להיות הזמן הקצר מבין הזמן הסביר לעניין הנזק לנפגע ההפרה לזמן הסביר לאפשרות לתקן של המפר**.

נק׳ נוספת נוגעת למועד שבו אנחנו בוחנים מתי אנחנו מחליטים שהזמן הוא סביר. האם אנחנו צריכים להסתכל על מועד ההפרה ולהחליט במועד ההפרה בהינתן הזמן שייקח פה והנזק שייקח פה, ככה אנחנו צריכים לבדוק את פרק הזמן הסביר או לבדוק את מה שהצדדים היו יכולים לצפות במועד הכריתה. הנק׳ עולה לא ביחס לסוגיה הספציפית של פרשנות של זמן סביר והפרה, אבל המונח זמן סביר מופיע הרבה פעמים בחוק. **שמיר נ׳ הוך** - ס׳ 29 לחוק אומר שאם יש חוזה שקבוע בו תנאי מתלה, והתנאי לא התקיים תוך זמן סביר, החוזה בטל. עולה השאלה מהו הזמן הסביר שבו אנחנו נותנים לתנאי להתקיים. **השופט בך אומר שהזמן צריך להיבחן לפי הציפייה של הצדדים במועד הכריתה.** **כלומר מה שהצדדים חושבים שמהווה זמן סביר**. מצד אחד אחד נראה לנו שאולי זו פרשנות טובה גם לעניין של הפרה, אבל מצד שני, להפרה יש שני מועדים רלוונטיים, בעוד שלתנאי מתלה יש רק זמן אחד רלוונטי - מועד הכריתה. אז הפרשנות של בך לא מאוד עוזרת, אבל היא נותנת אינדיקציה לצורת החשיבה שביהמ״ש מפעיל בהקשר הזה. מצד שני ס׳ 10, שמדבר על הנזקים שנגרמים במועד ההפרה, גם מדבר על הציפייה של הצדדים במועד הכריתה. אותם שיקולים שיפים לעניין הציפייה של הצדדים לנזק במועד הכריתה, יכולים להיות רלוונטיים גם לציפייה של הצדדים לגבי כמה זמן יידרש לתקן הפרות כבר במועד הכריתה.

מצד שני, כשאנחנו מדברים על תיקון של הפרה, הנסיבות עלולות להשתנות. זה מזכיר את הרעיון של צדק הסכמי - מה הצדדים היו רוצים אם היינו שואלים אותם מראש? הצדדים במועד הכריתה לא היו רוצים להגביל את עצמם לידיעה שלהם במועד הכריתה כי הם מבינים שנסיבות החיים של החוזה משתנות והם היו רוצים לאפשר תיקון תוך זמן סביר לעניין הנסיבות שהתקיימו במועד ההפרה. לפעמים חוזים נמשכים המון זמן, ומה שחשבתי שייקח יומיים יכול לקחת ארבעה ימים, ואם היו שואלים אותי מראש כשהצדדים קיימו את המו״מ הם היו אומרים שבימה״ש יקבע את זה לפי הנסיבות באותו מועד ולא לפי הנסיבות שידועות לנו מראש.

**במקרה של הפרה רגילה שרוצים לבטל את החוזה, צריך לתקן את ההפרה תוך זמן סביר. מהרגע שלא תוקנה ההפרה תוך זמן סביר, יש לתת הודעת ביטול תוך זמן סביר**. יש פרק זמן שבו ניתן לדרוש את התיקון ואחריו פרק זמן שבו ניתן לתת את ההודעה, **והשאלה תהיה אם זה אותו זמן סביר.** אם יש שבוע לתקן את ההפרה, האם זה אומר שאחרי השבוע הזה גם יש שבוע למסור הודעת ביטול? אין שום סיבה לחשוב ככה, **הדרך הנכונה לחשוב על זה היא לפי התכלית, מה התכלית? הזמן הסביר לתיקון ההפרה נוגע להפרה, לקושי לתקן אותה ולהשלכות על נפגע ההפרה. בגלל זה השאלה היא כמה זמן אנחנו נותנים למפר לתקן את ההפרה נוגעת בדיוק לשאלות האלו. לעומת זאת חובת ההודעה תוך זמן סביר, מאזנת בין האינטרס של נפגע ההפרה שיש לו יכולת לבטל בעקבות ההפרה ובין האינטרס של המפר שצריך לדעת אם החוזה מבוטל או לא.** הוא לא יכול לחיות תמיד במצב שהוא צריך לקיים חובות לפי החוזה אבל גם החוזה עשוי להיות מבוטל. לכן כדי לקיים את שתי התכליות האלה, יש חובת הודעה תוך זמן סביר. **השיקולים למה זה זמן סביר לגבי חובת ההודעה צריך להתברר לאור השאלה כמה זמן לוקח, כמה זמן אנחנו רוצים להשאיר את המפר באי ידיעה לגבי המשך התקיימות החוזה.** זה אינטרס שונה מהשאלה כמה זמן לוקח או מה הנזקים מההפרה עצמה.

**ביטול מוגבל למקרים שהוא צודק. מה הם מקרים שבהם הביטול לא צודק, ומה הקשר בין ביטול לא צודק לחוסר תום לב?** ס׳ 39 קובע **שבקיום של חיוב הנובע מחוזה יש לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב**. הוא הדין לגבי שימוש בזכות הנובעת מחוזה. פסיקה מוקדמת קובעת שס׳ 39 לא חל על השאלה מהו ביטול צודק, שיקולי צדק ביטול חוזה. כי הזכות לבטל את החוזה עקב הפרה שלא תוקנה היא זכות נפרדת לחלוטין מהשאלה של לקיים חובות בחוזה. הגישה היום היא אחרת לגמרי. פס״ד **שירותי תחבורה ציבורית באר שבע נ׳ ביה״ד הארצי לעבודה** - **כוחות משפטיים שמוקנים מכוח דיני החוזים ובכלל כוחות משפטיים שמוקנים צדדים כפופים לעקרון הכללי של תום לב. העיקרון הזה חולש גם על זכויות שעלו לי עקב כוחות שאני מקבל מהדין. הייתה לי זכות בחוזה, הופרה הזכות כנגדי וזה מקנה לי זכות חדשה - ביטול. את הזכות הזו, החדשה, זכות הביטול, עדיין כפופה לעיקרון תום הלב**. עולה השאלה מתי ההפרה בכלל לא צודקת? אסור להפעיל את זכות הביטול בחוסר תום לב, זה יהיה כפוף לאותם נסיבות קיצוניות יחסית שבהן יקבע שאני מפעיל זכות שיש לי וההפעלה היא לא בתום לב. אבל החוק כבר מגביל מראש את השאלה מתי הזכות צודקת, הוא אומר שאם הייתה הפרה רגילה ונפגע ההפרה נתן ארכה והחוזה לא קוים בזמן, הוא יכול לבטל אלא אם היה ביטול לא צודק. מתי הביטול לא צודק? **הביטול לא צודק בדר״כ כשההפרה היא קלה ולא תוקנה בזמן, אבל בטעות ובתום לב ופיצוי נותן תמורה הולמת**. זה דומה לשיקולי צדק באכיפה, מתי אכיפה לא צודקת? כשההפרה היא קלה, והאכיפה מכבידה באופן קיצוני על המפר (דומה לכך שהביטול יכביד באופן קיצוני), וכשהפיצוי נותן תרומה הולמת. במקרים האלה לא ניתן אכיפה, ובמקרים מקבילים דומים אנחנו גם לא ניתן ביטול (רק אם ההפרה היא הפרה רגילה ולא יסודית).

היחס בין הפרה יסודית להפרה רגילה:

מה קורה אם לא נמסרה הודעת ביטול בהפרה יסודית? **בהפרה לא יסודית, נפגע ההפרה תמיד יכול לתת ארכה. תמיד הוא יכול לגשת למפר ולהגיד לו שהוא דורש לתקן תוך זמן סביר**. אין מגבלת זמן על מתי אני מבקש ארכה, ולכן אם הייתה הפרה, אני יכול להביא לביטול החוזה גם שלושה חודשים אחרי ההפרה. לעומת זאת, **אם ההפרה היא יסודית אני חייב לתת הודעה על ביטול תוך זמן סביר ממועד ההפרה**. לדוגמה, הייתי בחוזה ויום לפני שאני נוסע לחופשה של שבועיים, הודיעו לי על הפרה. אם ההפרה היא לא יסודית, אני יכול לחזור, לתת ארכה ואם לא מקיימים לבטל את החוזה. אם ההפרה היא יסודית, לכאורה אני חייב לטפל בזה עכשיו. אם אני נוסע לחופשה ואני רוצה לטפל בזה כשאני חוזר, איבדתי את ההזדמנות לתת הודעת ביטול. ביהמ״ש מוצא פתרון פשוט והגיוני - **ההפרה היסודית, היא גם הפרה לא יסודית**. לא יכול שנשללות ממך זכויות כי ההפרה היא יסודית. **אם לא נתת הודעה על ביטול תוך זמן סביר מרגע שנודע לך על ההפרה, אתה יכול להודיע על ארכה ולדרוש תיקון של ההפרה. אם היא לא תוקנה תוך זמן סביר, נוצרת לך שוב זכות לבטל את החוזה**. גם במקרה הזה אתה חייב להודיע על הביטול תוך זמן סביר, אבל הזמן הסביר הזה שונה. זה הזמן מהמועד שבו המפר לא תיקן את ההפרה לאחר מתן הארכה.

דרך הביטול:

ישנה אפשרות **למסור הודעת ביטול בעצם הגשת תביעה עקב הפרת חוזה.** כלומר, לראות בהודעת התביעה עקב ההפרה כהודעת ביטול. זו לא זכות אבסולוטית, גם בפס״ד **סוכנויות רכב** לא חשבו שזו דרך מתן הודעה שקיימת תמיד כי הצדדים יכולים להתנות על אופן מתן ההודעה. **זו שאלה שצריכה להתפרש מהנסיבות של ההסכם**. זה עולה באופן ישיר מס׳ 60(א) לחוק החוזים שאומר **שהודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות העניין**. אנחנו נשאל אם הדרך המקובלת למסירת הודעת ביטול זה כתב תביעה שאומר ׳אני תובע ביטול׳. הצדדים יכולים לדרוש דרך הודעה אחרת, ואם בחוזה כתובה דרך הודעה אחרת, אז זו תהיה דרך ההודעה גם לעניין ביטול.

שאלה אחרת היא מה התוצאה של הודעת ביטול. האם הודעת ביטול מבטלת את כל החוזה? נראה שקיימת זכות ביטול אבסולוטית, אבל החוק מגביל את זכות הביטול למצבים ספציפיים, לפעמים לביטול חלקי.

ביטול בתנאים:

לא קיימת הוראה בחוק התרופות שביהמ״ש יכול להגיד לצד שמבקש ביטול שהוא נותן לו את הזכות לביטול אבל מעמיד תנאים - תעשה קודם א׳, ב׳ ,ג׳. אבל בפס״ד **ארגמן נ׳ ברנפלד** **ביהמ״ש יוצר זכות של ביטול מותנה.** מדובר בחוזה מקרקעין. יש מוכרת של שטח מקרקעין ובשטח יש בית. הקונים אמרו שהם יקנו את כל השטח, אבל את הבית שעל המגרש הם יעבירו חזרה למוכרת. הם נדרשו גם להעביר לה כסף, והם שילמו את הכסף. הם לא העבירו את הבעלות בבית חזרה למוכרת כי הם עשו טעות שבאשמתם והם גם היו יכולים לתקן אותה, אבל הם לא עשו את זה. לא להעביר לה את הנכס זאת הפרה יסודית של החוזה. מה שהם כן עשו זה לרשום אצל רשם המקרקעין שהנכס בשכירות ל- 999 שנים. זכות השכירות היא זכות קניינית, וככל שהשכירות היא יותר ארוכת טווח, ככה היא דומה יותר במאפייניה לבעלות. זאת לא בעלות אבל זה מאוד מאוד קרוב. שכירות ל- 999 שנים זה הכי קרוב לבעלות שאפשר להגיע מבלי להיות הבעלים של הנכס. המוכרת נותנת לקונים ארכה לקיים את ההסכם למרות שמדובר בהפרה יסודית. הם לא מקיימים את החוזה, והיא נותנת להם עוד ארכה. הם שוב לא מקיימים את החוזה, ואז היא תובעת ביטול. **השופט לוין קובע שמתקיימים התנאים לביטול והוא גם פוסק ביטול, אבל הוא מסייג אותו.** הוא פוסק ביטול שיכנס לתוקף בעוד חצי שנה, אלא אם במהלך החצי שנה הזאת הקונים יתקנו את ההפרה וגם ישלמו 30,000 ש״ח פיצוי. כלומר התשלום של הפיצוי היא זכות שעומדת לה והיא יכולה להוציא לפועל בלי קשר לתיקון ההפרה, אבל הוא נותן להם עוד ארכה לתיקון ההפרה. לכאורה זה אומר שאם יש הפרה לא יסודית, ואפילו ניסיון לתקן שלא צולח, אז צריך לתת ארכה נוספת. אבל המוכרת נתנה לקונים כבר שתי ארכות. כמה ארכות נפגע ההפרה צריך לתת לפני שעומדת לו הזכות לביטול כשבחוק לא כתוב שהוא צריך לתת יותר מארכה אחת. דרך אחת להבין את זה היא בכך **שהשופט לוין** קובע שלא עבר זמן סביר, הוא מאריך את הזמן הסביר. דרך אחרת להבין את זה היא שאין לך זכות לבטל. לוין משנה את הזכות לביטול מסעד עצמי לסעד שלביהמ״ש יש תפקיד קונסטרוקטיבי בו. סעד כמו פיצוי שניתן רק ע״י ביהמ״ש. לכן הודעת הביטול לא מקנה אוטומטית ביטול, וביהמ״ש יכול להתערב בסעד ולתת בעצמו ארכה נוספת. אתה לא נדרש לתת ארכה ואתה יכול לעמוד על הזכות, אבל לביהמ״ש פתוחה האפשרות לתת ארכה נוספת אחרת הוא לא ייתן ביטול. אם הביטול הוא סעד עצמי לא עומדת האפשרות הזאת לביהמ״ש כי אין לו תפקיד קונסטרוקטיבי בזכות הביטול. אבל אם לביהמ״ש יש תפקיד ביצירת הסעד שלא קיים בלי קשר, אז נראה שהפתרון של לוין הוא אפשרי, אבל זה לא ההסדר המקובל בדין.

ביטול חלקי:

ס׳ 7(ג) לחוק התרופות קובע שאם החוזה ניתן להפרדה לחלקים והופר אחד מחלקיו, הפרה שיש בה עילה לביטול אותו חלק, אין הנפגע זכאי לבטל אלא את החלק שהופר. אם הייתה ההפרה יסודית של ההסכם, הנפגע זכאי לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו - לבחירתו.

ס׳ 9(ב) משלים את ס׳ 7(ג) ואומר שאם בוטל החוזה בחלקו, יחולו הוראות ס׳ 9(א) - הוראות ההשבה, רק על אותו חלק.

מהן הנסיבות שבהן ניתן החוזה להפרדה? פס״ד **בנישתי נ׳ ששון** - קבוצה של מטיילים טסה לטיול מאורגן ביוון וטורקיה. כשהם הגיעו ליוון הם גילו שהם נמצאים בטיול שונה ממה שהזמינו - במקום יוון וטורקיה הם קיבלו טיול רק ליוון, ללא טורקיה. גם מפרט הטיול ליוון היה שונה ממה שהזמינו. הם בכל זאת נשארו ביוון להמשך הטיול ולא חזרו לארץ כי זה לא התאפשר טכנית - לא היה ניתן לשנות כרטיסי הטיסה. עלתה השאלה האם הם קיבלו חלק מהטיול שהם הזמינו או לא? האם החוזה ניתן להפרדה לחלקים? חברת הנסיעות טוענת שאי אפשר לתת ביטול מלא, הם סיפקו חצי מהחוזה. היה אמור להיות חוזה לטיול ליוון וטורקיה, הם נתנו רק את הטיול ליוון בלי טורקיה. אז מה שבוטל זה הרכיב בחוזה של הנסיעה לטורקיה, ששוויו הכספי הוא מינורי. **ביהמ״ש במקרה זה דן בחוזים שהתכלית שלהם היא הנאה. הרעיון הוא כשתכנית זה חוויה, אז לא ניתן לבטל לחלק מהחוזה**. זה לא שרכיבים מהחוויה הכללית שציפית לה הם בהכרח ניתנים לחלוקה. במיוחד במקרה הזה שיש שני חלקים לטיול בעלי אופי שונה. יכול להיות שזה היה אחרת אם הם היו אמורים להיות עשרה ימים בחופשה במלון וזה התקצר לשמונה. קיבלת פחות ממה שהיה אמור להיות בחוזה, אבל אין הבחנה בין החלקים. **במקרה הזה הם רצו את החוויה הכוללת של הטיול ולכן לא ניתן להפריד את זה לחלקים. ביטול במקרה הזה הוא ביטול של כל החוזה**.

**עמדה אחרת שמגיעה לאותה המסקנה היא שההפרה היא הפרה יסודית**. רציתי חוזה לשבועיים, וקיבלתי טיול לשבוע. גם אם החוזה ניתן להפרדה, **ההפרה היא הפרה יסודית של כל החוזה, כי לא הייתי מתקשר בכל החוזה אם הייתי רואה מראש את ההפרה ואת תוצאותיה**. לכן זכאי הנפגע ההפרה לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו, והמטיילים בחרו לבטל את החוזה כולו.

תוצאות הביטול:

**התבטל החוזה, מתבצעת השבה הדדית** - **כל צד מחזיר את מה שהוא קיבל**. **המטרה בהשבה היא למנוע התעשרות. כל צד קיבל משהו, אם אנחנו נותיר אותו אצלו אחרי שבוטל החוזה, הוא מתעשר כי אין לו זכות שבדין לקבל את הדבר הזה, החוזה בוטל. לכן, כדי למנוע את התעשרות, מהרגע שבוטל החוזה, שני הצדדים חייבים בהשבה.**

בהקשר הזה תרופת ההשבה, בשונה מתרופות אחרות, היא לא חד כיוונית היא **דו כיוונית**. המפר חייב להשיב את מה שקיבל לנפגע ההפרה, ונפגע ההפרה חייב להשיב את מה שהוא קיבל למפר. **ההשבה מתבצעת בעין - השבה בעין אומרת שאם צד לחוזה קיבל נכס מסוים, והחוזה הופר ובוטל, אז הוא חייב להשיב את אותו נכס עצמו.** **אבל, מותר לעשות** **השבה של השווי ולא השבה של הנכס בעין, אם ההשבה בעין היא בלתי סבירה, או אם ההשבה היא בלתי אפשרית או אם הנפגע בחר בהשבת שווי**. השבה בעין היא בלתי סבירה אם היא יוצרת תוצאות גדולות לצד שחייב בהשבה. לדוגמה, נפגע ההפרה שמותקנים לו בבית צינורות לא נכונים והוא תובע מהמפר ביטול והשבה והמפר אומר אין בעיה, אבל אחרי שבניתי את כל הבית, אתה צריך להחזיר את הצינורות, להשיב אותם בעין. תשבור את כל הקירות, תוציא הכל ותשיב את הצינורות. בנסיבות האלה, ההשבה בעין היא בלתי סבירה.

**השבה יכולה להיות גם בלתי אפשרית**. מה ההבדל בין בלתי סבירה לבלתי אפשרית, מתי השבה היא בלתי אפשרית? למשל, כשאני מקבל שירות ולא נכס. **השבה בעין היא בלתי אפשרית כי אי אפשר להחזיר את השירות שקיבלתי. מקרה אחר הוא שקיבלתי נכס לפי חוזה, אבל הנכס הושמד**.

**הנפגע יכול לבחור שהמפר ישיב לו השבת שווי או השבה בעין והנפגע יכול לבחור להשיב השבת שווי או השבה בעין.** זה נותן לנפגע ההפרה המון כוח מול המפר ביחס להשבה, אבל זה כפוף לעקרון תום הלב. אז אם נפגע ההפרה ידרוש מהמפר השבה בעין אבל זה יהיה מאוד מכביד, אז ביהמ״ש יתערב ויקבע שצריך לעשות השבת בשווי.

**השבה עפ״י החוזה:**

**השבה נעשית לפי מה שצד לחוזה קיבל על פי החוזה.** זה מעלה קושי, מה זה אומר מה שקיבלת לפי החוזה? השאלה ב- ״קיבל עפ״י החוזה״, היא בעצם אמירה כפולה. האם קיבלת עפ״י החוזה, ואם משהו הגיע לידיך והוא לא עפ״י החוזה, אז אין לך חובת השבה. עניין ה״קיבלת״ אומר גם שלא מספיק שהיו הוצאות של הצד השני. לדוגמה, קבלן משקיע המון בהכנה לקראת בנייה של בניין. הוא קונה דברים והוא עוד לא עשה בהם שימוש, הוא עוד לא העביר אותם לצד השני. עבודות ההכנה האלה הם לא משהו שהצד השני קיבל, ולכן הוא גם לא חייב להשיב. גם לא הוצאות עבור עבודות ההכנה האלה.

עמדתו של **השופט בייסקי** בפס״ד **בנישתי נ׳ ששון** היא שהמטיילים לא קיבלו כלום עפ״י ההסכם. הם היו בטיול בחו״ל שהם לא רצו בו ולא הצליחו לחזור ממנו, שכפו אותו עליהם. **אין כאן התעשרות על חשבון המפר כי הם בעצם קיבלו משהו בכפייה.** זה דומה לסיטואציה שאתה עומד עם הרכב בצומת ופתאום מישהו מגיע ומנקה לך את השמשה בלי לשאול אותך. הפרו את החוזה מול המטיילים לטיול מסוים. אם היו שואלים אותם מראש אם זה הטיול שהם מעוניינים בו הם היו משיבים שלא. מה שקרה הוא שבפועל כפו עליהם את הטיול ליוון. בנסיבות האלה אי אפשר להגיד שהם קיבלו משהו מהחוזה, כי בפועל הם לא קיבלו ממנו כלום. לכן אין להם שום צורך להשיב, גם אם הם התעשרו לכאורה. זה לא היה מה שהם רצו אלא משהו שנכפה עליהם. עמדתו של בייסקי היא קיצונית.

**השופט איילון** (דעת מיעוט) - **הם כן חייבים בהשבה. המטיילים לא קיבלו מה שהם רצו, זו הפרה של ההסכם והם זכאים לפיצויים. אבל הם כן קיבלו משהו, אם נגיד שהם לא קיבלו כלום הם מתעשרים על חשבון הצד השני.** מבחינתו לא יכול להיות שהם טיילו עשרה ימים ביוון והם לא יחזירו שום דבר.

במקרה הזה ניתן לראות כי התיבה ״מה שקיבל עפ״י החוזה״ מצמצמת את חובת ההשבה. כלומר, הטענה היא שהמטיילים קיבלו משהו, אבל לא עפ״י החוזה ולכן הם לא חייבים בהשבה. זו העמדה של דעת הרוב.

בפס״ד **סוכניות רכב** עמדתו של **השופט ברק** **לעניין השבה לפי החוזה היא שזו לא רק קבלה פיזית, אלא גם קבלה נורמטיבית. זה אומר שהחייב הפיק טובת הנאה או רווח מהקבלה הפיזית - החייב הרוויח מכך שהנושה העביר את הכסף לזוכה.** לדוגמה, אני חייב כסף לא׳. אני פונה לב׳ ואומר לו שבמקום שייתן לי כסף, שיעביר אותו לא׳. עכשיו אני כבר לא חייב כסף לא׳ כי ב׳ שילם לו במקומי. בסיטואציה הזאת אני הרווחתי, קיבלתי את כל מה שרציתי. אני כבר לא חייב כסף לא׳. **התמורה שקיבלתי היא מלאה ולכן ברור שיכולה להיות חובת השבה עלי.**

בפס״ד **סוכנויות רכב** לא מדובר על חייב וזכאי, אלא ישנם שני חייבים החברה בע״מ (סוכנויות רכב) והבעלים שלה. מדובר על בעל מניות בחברה ובעל המניות והחברה מתקשרים בהסכם עם טרבלוס שישקיעו בחברה, ובתמורה להשקעה בחברה הם יעשו שינוי בתקנון ואחרי השינון בתקנון יעבירו מניות ויעשו עוד כל מיני פעולות. החברה לא עושה את השינויים בתקנון והם מעבירים מניות לצד שלישי, לחברה שהיה כלפיה חוב, ואז הם מעמידים כל מיני תנאים כדי לבצע את ההסכם. כלומר, סוכנויות רכב מפרה את ההסכם. סוכנויות רכב היא חברה בע״מ - כלומר החיובים שלה ושל הבעלים שלה נפרדים אחד מהשני. אם החברה והבעלים היו אותו הדבר, לא הייתה בעיה. אם החברה חייבת כי היא הפרה את ההסכם מול טרבלוס, אז היא חייבת להן וגם הבעלים שלה חייב. אבל החברה היא חברה בע״מ והחובות שלה הם לא החובות של הבעלים שלה. אם לחברה אין מספיק כסף לשלם את החובות שלה, אי אפשר ללכת לגורמים אחרים. אי אפשר להגיד לבעלים של החברה שהוא חייב את החובות של החברה. לתובעות יש חשיבות גדולה שהחיוב של החברה בהשבת הסכומים ששולמו יהיו לא רק על החברה, אלא גם על הבעלים שלה, שהוא הצד השני להסכם. נכון שהם העבירו את ההסכם לחברה, והחברה הפרה, אבל גם הבעלים שלה הפר, וכל אחד מהם חייב בחובת ההשבה. הוויכוח בין כהן לברק הוא לא ביחס לתוצאה, אלא ביחס למקור החיוב בהשבה.

**השופט כהן** - יש הסכם שבו שני צדדים מצד אחד ועוד אחד מהצד השני. **כשיש כמה שמתקשרים באותו הסכם, ומתחייבים ביחד לפעולות בהסכם, החיובים שלהם קיימים יחד ולחוד ולכן גם הסעדים שניתנים נגדם ניתנים ביחד ולחוד.** לכן זכות שעומדת כלפי חייב אחד, עומדת מאליה גם כלפי החייב השני.

**השופט ברק** - לא מדובר בחיוב מכוח ההסכם. ההסכם בוטל, לא יכול להיות שזה חיוב מכוח ההסכם. **זה חיוב שהוא תוצר של ההתעשרות, אז צריך שחובת ההשבה תצמח רק בגין ההתעשרות מההסכם.** במה התעשר הבעלים של החברה מהתשלום לחברה? ההתעשרות שלו קיימת, היא נורמטיבית. הוא קיבל את התמורה שהוא ביקש בהסכם. הוא אמר ׳אני אעשה פעולות לפי ההסכם, אל תשלם לי, תשלם לפלוני׳. השאלה אם פלוני הוא צד בהסכם או צד שלישי לא רלוונטית. לכן **ברק אומר ששניהם חבים בהשבה לא כי שניהם חייבים ביחד ולחוד את החובות אחד של השני, אלא כי שניהם קיבלו את מה שהם רצו לפי ההסכם ולכן שניהם חבים בהשבה של ההתעשרות**.

מה קורה אם יש חייב וצד שלישי, החייב הפר, הצד השלישי קיבל את התמורה אבל החייב פושט רגל ורוצים להיפרע ממי שקיבל את התמורה. **בייזמן השקעות בע״מ נ׳ בנק הפועלים למשכנתאות בע״מ** - נגה היא בעלים של נכס, פלונית מזייפת את החתימה של נגה ומוכרת את הנכס לחליווה. חליווה בטוח שהוא קונה את הנכס מנוגה, למעשה הוא קונה את הנכס מזייפנית. כדי לשלם לפלונית את התשלום של הנכס, הוא לוקח הלוואה מבנק משכון. כדי לכסות את הסיכון שלו, הוא מטיל משכנתא על הנכס. עסקה ראשונה - בין פלונית לחליווה, פלונית מתחזה להיות נגה, מוכרת לחליווה את הנכס של נגה, ובנק משכון ממן את הנכס ורושם משכון על המקרקעין. בייזמן מגיע לעסקה שניה, לרכוש את הנכס מחליווה. כשבייזמן רוכש את הנכס, רוב התמורה שלו זה סילוק המשכון שבנק המשכון נתן לחליווה. בייזמן אומר לחליווה שיעביר לו את נכס המקרקעין, הם מגיעים לרשם המקרקעין ומתברר שכל העסקה הראשונה היתה פיקטיבית ולכן לחליווה אין בכלל נכס, אין לו מה למכור ולכן הוא לא יכול להעביר את הנכס לבייזמן. פלונית נעלמה עם הכסף שקיבלה ולא ניתן למצוא אותה. אין מחלוקת שהנכס שייך לנגה, גם אין מחלוקת שלא נעשתה בנכס שום פעולה - כל העסקה הראשונה היא עסקה פיקטיבית, החתימה מזויפת, לא נעשה דברNon Est Factum פלונית נעלמה עם הכסף, אז אין נכס ואין כסף. אפשר להתעלם מנגה ופלונית, הן לא בתמונה יותר. נשארנו עם שלושה גורמים - חליווה, בנק משכון ובייזמן. חליווה לקח הלוואה מבנק משכון, הוא חייב לבנק משכון כסף. חליווה התחייב לבייזמן שהוא יעביר לו נכס והוא מפר את החוזה. בנק משכון קיבל כסף מבייזמן, כנגד ההלוואה שהוא נתן לחליווה, בייזמן מעוניין לבטל את ההסכם.

האם חליווה חייב להשיב את הכסף שבייזמן שילם לבנק משכון? זאת הדוגמה הראשונה שדיברנו עליה - החייב שהכסף לא הועבר אליו, אלא הועבר לזוכה. החייב התעשר ולכן החייב צריך להשיב את הכסף. קל לראות שחליווה חב בחובת השבה כלפי בייזמן ששילם את הכסף לבנק משכון. הבעיה היא שחליווה פשט רגל ולא יכול להשיב את הכסף. בייזמן נתן לבנק משכון כסף, ובייזמן מעוניין לקבל את הכסף מבנק משכון, לא מחליווה. האם קיימת זכות השבה לצד ג׳ שקיבל תמורה מכוח חוזה, אבל הוא לא צד לחוזה (בנק)? מנקודת המבט של הזוכה, הוא לא התעשר. הוא נתן הלוואה, היה לו זכות לקבלת תשלום, הוא קיבל תשלום לפי הזכות ולכן הוא אומר, למה שתהיה השבה? במשפט האנגלו-אמריקאי יש דוקטרינה שמכוונת למצבים האלה Discharge for value - היא אומרת שאם צד החזיק בחוב, היה לו זכות לתשלום כספי, והזכות הזאת צמחה בגלל תמורה, הוא נתן ערך (נגיד נתן הלוואה והיה חובה להשיב לו את ההלוואה), והשיבו לו את ההלוואה (פרעו אותה), וכל זה נעשה בתום לב - לא ניתן לבקש ממנו חזרה את הכסף ששולם לו. מי שפרע את ההלוואה לא יכול לקבל חזרה את הכסף, גם אם הוא עשה את זה בטעות.

מנק׳ המבט של החייב זה הרבה יותר מורכב, כי החייב אומר רגע, אני העברתי כסף, אבל העברתי כסף למשהו שמעולם לא בוצע. לכן, על פניו, ברור שאני זכאי להשבה של מה שנתתי. במקרה של בייזמן נקבע שלא הייתה הפרה של ההסכם, למרות שהיו יכולים להגיד שהייתה הפרה יסודית של ההסכם כי מדובר בהסכם מקרקעין שלא ניתן לספק, ביהמ״ש קבע שהיה פגם בהתקשרות. הייתה טעות הדדית לגבי מצב הנכס. חליווה ובייזמן האמינו שחליווה הוא בעל הנכס כשהוא לא היה, שניהם טעו. לכן ביהמ״ש אומר שניתן לבטל את ההסכם. בעקבות הביטול צריך השבה. מה קורה במצב הזה?

כדי להבין את זה צריך להסתכל על דיני עשיית העושר. מה קורה אם א׳ מבקש מב׳ להעביר לו כסף וב׳ מתכוון להעביר לו כסף והוא בטעות מעביר את זה לחשבון בנק אחר. האם יש חובה על מי שקיבל את הכסף להשיב אותו? דיני עשיית העושר דנים בסיטואציה של תשלום בטעות ואומרים שמי שקיבל תשלום בטעות צריך להשיב אותו למעט אם הוא הסתמך על התשלום הזה בטעות ולא ניתנה הודעה תוך זמן סביר. כלומר, למעט מקרים חריגים, קבלת תשלום בטעות מזכה בהשבה. לצורך העניין אם היה מדובר במישהו אחר שהוא לא בייזמן שעשה את זה על בסיס ההסכם שהוא חשב שהוא בעל תוקף, אלא גורם אחר שבא לבנק ואומר ׳הנה קחו את הכסף עבור ההלוואה׳, ובטעות הוא מפנה את זה להלוואה של חליווה ולא להלוואה של מישהו אחר, ברור שקיימת חובת השבה. הבנק נדרש להשיב את הכסף. אם היה טעות בזיהוי, יש חובת השבה.

מה קורה אם הייתה זכות לפי חוזה, כלומר זאת לא הייתה טעות אלא זה נעשה עפ״י חוזה, אבל החוזה בטל עקב פגם בכריתה? ביהמ״ש אומר כשהחוזה בטל עקב פגם בכריתה, גם בטלה הזכאות שהייתה לקבל את הכסף. התשלום הופך להיות שלא עפ״י זכות שבדין, ולכן הזוכה (במקרה הזה הבנק), מתעשר על חשבון החייב התעשרות נורמטיבית. נכון שהוא קיבל כסף שהיה מגיע לו, אבל לא היה מגיע לו אותו מהחייב. זה כאילו הכסף הועבר בטעות לחשבון הבנק הלא נכון. לכן **ביהמ״ש קובע שחובת ההשבה קיימת** **גם על החייב וגם על הצד השלישי הזוכה כדי למנוע את ההתעשרות שלו.**

**דרך אחרת להגיע לאותה תוצאה היא להגיד שמצבו של הזוכה השתפר.** הבנק רשם משכנתא, זכות משכון, לנכס שלא היה שייך לחליווה. אם הבנק היה הולך לנסות לממש את המשכנתא, הוא היה מגלה שאין לו כלום. עכשיו הזכות לשמור על הכסף גורמת לזה שהטעות של בייזמן משפרת את המצב של הבנק. פתאום הוא מקבל כסף כאילו כדי להסיר את הרישום של בטוחה שהייתה שווה משהו, שבפועל הבטוחה לא שווה כלום. לכן ביהמ״ש אומר שלא יכול להיות שהטעות של צד שהתקשר בהסכם משפרת את מצבו של הבנק מעבר למצב שהוא היה בו לפני ההתקשרות.

התנאה על זכות ההשבה:

עפ״י פס״ד **סוכנויות רכב**, **כשיש חייב זוכה ונושה, הנושה יכול לקבל השבה מהחייב אפילו אם את התמורה הוא העביר לזוכה ולא לחייב**. החייב חייב להשיב כי הוא בעצם קיבל את התמורה עפ״י החוזה. שתי העמדות אפשריות, גם העמדה שאומרת שחיובים מכוח ביטול והשבה הם חיובים ביחד ולחוד ולכן הם חלים על שני החייבים, אבל אז הם לא היו חייבים לזוכה אם היה רק זוכה צד שלישי. העמדה של ברק מסבירה למה מרגע שחייב ביקש שהתמורה תשולם לא לו, אלא למישהו אחר, זה בעצם אומר שהוא קיבל את התמורה שלו עפ״י החוזה ולכן הוא חייב בהשבה ולא אותו צד שלישי, במיוחד בגלל שהצד השלישי לא מכיר בכלל את הנושה (לא מכיר במובן שאין ביניהם קשר חוזי).

האם אפשר להתנות על ההגדרה של הפרה יסודית והפרה לא יסודית? יש את המנגנון שאומר שביהמ״ש לא יכבד תניה גורפת שכל הפרה היא הפרה יסודית. אולי כל ההסדר הזה שקבוע בחוק הוא דיספוזיטיבי? אם ביהמ״ש יכול לדחות תניה גורפת, הצדדים יכולים לקבוע שהם שוללים מביהמ״ש את האפשרות לדחות את התניה הגורפת. דרך אחרת להגיע לאותה תוצאה זה שהצדדים יגידו שקיימת זכות ביטול בכל הפרה. **אם הצדדים כותבים שכל הפרה מקנה זכות ביטול במקום לכתוב שכל הפרה היא הפרה יסודית, האם יהיה מדובר בתניה גורפת? אכן מדובר בתניה גורפת גם אם מנסים להחביא אותה.** להגיד שכל הפרה מזכה בזכות ביטול מידית ללא הודעה מוקדמת היא כמו להגיד שכל הפרה היא יסודית. המשמעות של הפרה יסודית היא, שהיא מקנה זכות ביטול ללא מתן ארכה. **לכן ביהמ״ש יתייחס לתניה כזו כתניה גורפת והוא יכול לאשר אותה אם היא סבירה, והוא יכול לקבוע שאין לה תוקף אם הוא קובע שהיא לא סבירה.**

האם קיימת הבחנה בין הסיטואציה הזו לסיטואציה שבה אני אומר - אין זכות ביטול, או לחלופין יש זכות ביטול לפי התנאים של חוק החוזים, אבל אין זכות להשבה? האם צריך להיות הבחנה לגבי המצבים שבהם הצדדים אומרים שלא קיימת זכות להשבה? האם אפשר להתנות על זכות ההשבה, לקבוע שאין זכות להשבה?

אפשר לחשוב על כל מיני תניות לזכות ההשבה:

התניה הרחבה ביותר **תניה על קיום הזכות** - **במקרה של הפרה לא תהיה לצדדים זכות לקבל השבה אחרי ביטול ההסכם.** לכאורה זה סותר את הדין הקוגנטי המהותי, מצד שני השבה ניתנת לצד פיצויים. אז אם הפיצויים מכסים את אותו סכום כסף, אין שום סיבה שלא לשלול את ההשבה. האינטרס מוגן במלואו ע״י הפיצויים. לדוגמה, אדם נתן 20 בתמורה לקבל משהו בחוזה, הוא היה אמור לקבל מוצר ששווה 30, ועכשיו החוזה אומר שאם ביטלת את החוזה עקב הפרה, אין לך זכות לקבל השבה, אבל אתה יכול לקבל פיצויי קיום. קודם, בעולם שבו יש השבה, הוא היה מקבל את ה- 20 השבה שלו, ועוד את אינטרס הקיום שלו. אינטרס הקיום שלו זה פער של עוד 10. אז הוא היה מקבל 30 - 20 השבה ועוד 10 פיצוי. עכשיו אומרים לו שהוא לא זכאי לקבל השבה. בסדר גמור, הוא רוצה פיצויי קיום. עכשיו פיצויי הקיום שלו הם 30. הוא ציפה לקבל 30 עפ״י החוזה, עכשיו יש לו 0 ולכן הפער יהיה כל ה- 30. לכן התנאה על זכות ההשבה על פניו היא לא בעייתית כשיש זכות מקבילה לפיצוי מלא.

אפשרות נוספת היא שהצדדים **יתנו על סוג ההשבה** - **ברירת המחדל היא השבה בעין**. להשבה בעין יש סייגים - כשנפגע ההפרה מעוניין בהשבת שווי, כשהשבה בעין היא בלתי אפשרית, או כשהיא מכבידה באופן ניכר על המפר. במקרים האלה, מותר לעשות השבת שווי. כלומר, **יש ברירת מחדל בדין ואפשרות להתנות עליה בנסיבות מסוימות. על פניו אין סיבה למנוע מהצדדים להתנות מראש על סוג ההשבה.** שהצדדים יגידו שהם מתחייבים במקרה של ביטול להסכים להשבת שווי בלבד או לדרוש השבת שווי בלבד ולא השבה בעין.

השאלה המעניינת היא לגבי **גובה ההשבה** - ניתן לחשב השבה בצורות שונות. אפשר לחשוב על השבת שווי במנגנונים שונים להערכת שווי. **עולה השאלה האם לצדדים מותר להתנות על הדרך שבה תחושב השבת השווי. נגיד השבת שווי יכולה להיות לפי הערך החוזי שהם קבעו, או לפי ערך שוק**. כל חישוב כזה יכול להיות שונה, אז **על פניו אין סיבה שהצדדים לא יוכלו להתנות מראש בתוך החוזה גם על האופן שבו הם מבקשים שתחושב השבה** במקרה של ביטול.

אפשר להבין למה שמישהו מהצדדים ירצה לקבוע מראש שלא תהיה השבה בעין. אם השבה בעין יוצרת הכבדה משמעותית ואני חושב שביהמ״ש יאפשר אותה, אז אני מראש משקלל את הצעדים שלי ואומר שהחוזה יכול לעלות לי יותר. זה ישנה את המחיר החוזי ואת מה שהצדדים יכולים להפיק ממנו. יכולה להיות סיטואציה שבה שני הצדדים יסכימו מראש רק על השבת שווי כדי למנוע את העלות הזאת בדיעבד.

למה שהצדדים ירצו לקבוע שאין השבה בכלל אבל יש פיצויים? בנסיבות רגילות, שלילת זכות ההשבה ומתן פיצוי מלא לא גורעת שום דבר מנפגע ההפרה. הוא מקבל את אותו הסכום בדיוק. אז למה צריך השבה ולמה שאני אשלול אותה?

השיקול הוא בסיטואציות שבהן הפיצוי נמוך מהשבה. לדוגמה, הסכם שבו אנחנו שוללים השבה בחוזה הפסד והנזק שנגרם מאי קיום החוזה על כן קטן מהתמורה החוזית, כי מדובר בחוזה הפסד. כשאנחנו שוללים השבה אנחנו בעצם מבטיחים לצדדים את האפשרות לממש את הרווח העודף שלהם מההסכם. אפשר להגיד שזה לא תם לב אולי, אבל אם זה מה שהצדדים רוצים אז למה לא. אם הם רוצים לקחת את הסיכון כשהם נכנסים לחוזה הפסד, ניתן להם לממש את זה ע״י זה שהם ישללו מעצמם את זכות ההשבה בחוזה ויבקשו רק פיצוי. למשל, כרטיסי הגרלה שמתגלה בדיעבד שהם שווים 0. הפיצוי עליהם יהיה 0, השבה של הסכום ששולם זה יהיה מלוא הסכום. הצדדים רוצים לשמור על ההגרלה גם אם בדיעבד יתברר שהרווח שלה הוא 0 ולכן הם יגידו שהם שוללים את זכות ההשבה ויבקשו רק פיצוי על הנזק שנגרם בפועל. ככה מאפשרים לשמור על מסגרת הסיכונים שהם רצו במסגרת החוזה גם אם הוא יבוטל עקב הפרה.

השבה לפי שווי חוזי או שווי ריאלי:

דוגמה - קבלן שנקשר בחוזה הפסד. המחיר החוזי הוא 100, כלומר הקבלן מקבל 100 עבור העבודה שהוא מבצע. הוא הפר את החוזה אחרי שהוא ביצע 80% מהעבודה. כלומר העבודה שהוא ביצע שווה 200 והוא קיבל רק 100. אם הוא היה מבצע באופן מלא את כל העבודה השווי היה 250. עכשיו הקבלן מפר והקונה תובע פיצויי קיום. מה הערך של פיצויי הקיום אם יש השבה, ומה הערך של פיצויי הקיום אם אין השבה.

הערך של פיצויי הקיום אם יש השבה - אם הקבלן ביצע 80% מהפרויקט, והוא קיבל 100 עבור 100% מהפרויקט והוא ביצע 80%, אז הוא צריך להשיב לקונה 20 שהוא קיבל שלא לצורך. עכשיו הקונה קיבל חזרה 20 והוא קיבל את הנכס ששווה 200. הציפייה שלו היה לקבל משהו ששווה 250. זה אומר שהקבלן צריך להשיב לו עוד 30. אז הקבלן צריך לשלם בסופו של דבר לקונה 50 אם הוא מפר בנקודת זמן הזו את החוזה. ככה אנחנו מגשימים את הציפייה של הקונה והוא מקבל 250.

אם הקונה והקבלן לא מקבלים השבה בכלל, אז מה הפיצוי שהקונה צריך לקבל? הוא היה צריך לקבל 50 כי יש לו את הנכס ששווה 200 ועוד 50.

אם היינו אומרים השבה הדדית, הקבלן משיב לקונה את מה שהוא קיבל, את כל ה- 100, והקונה משיב לקבלן שווי של מה שהוא קיבל, את כל ה- 200. עכשיו הקונה במינוס 100 והקבלן צריך לפצות אותו על כל הנזק שנגרם מההפרה, אז הקבלן היה צריך לשלם לו פיצוי של 100 ועוד 250. לכן הקונה היה בסופו של דבר ביד עם 250. לא משנה איך מחשבים את ההשבה ואיך מחשבים את הפיצוי, מנקודת המבט של הקונה אם הקבלן הפר, אין הבדל.

השאלה המעניינת היא **מה קורה אם צד נכנס להסכם הפסדי עבורו, והצד השני מפר את החוזה?** בסיטואציה הזאת יכול להיות שהחוזה ההפסדי הופך להיות רווחי, ואז אנחנו נשאל האם זה לגיטימי שצד שזכאי להשבה חוזית מרוויח ולא רק לא מתעשר, אלא ממש מרוויח מזה שהצד השני הפר את החוזה.

אם הקונה מפר והקבלן מבטל, מה יכולות להיות האפשרויות להשבה?

• הקבלן זכאי להשבה של 200 (השבת השווי הריאלי) - הקונה קיבל נכס ששווה 200, ועכשיו הוא לא יכול להשיב לו את הנכס, אתה לא תפרק את הבית, אין משמעות להשבה בעין (השבה בעין היא של העבודה לא של הנכס), אז אי אפשר להכריח את הקונה לעבוד אצל הקבלן עד שהוא ישלים את שעות העבודה שלו בפרויקט, אז המשמעות תהיה השבת שווי. השבת השווי הריאלי של מה שהקונה קיבל זה 200.

• השבה של 100 (אינטרס הציפיה המלא) - הקונה הפר, תשיב את כל האינטרס המלא של המחיר החוזי.

• אפשרות שלישית היא להשיב 80 (עבור 80% מביצוע העבודה) - קיבלת 80% מהערך של החוזה, מהערך של העבודה, ועכשיו כשאתה משיב אתה משיב את ה- 80 האלה חזרה.

• השבה של 50 (השבה של המחיר החוזי) - הקבלן זכאי לקבל את המחיר החוזי, השבה של המחיר החוזי ששולם, 100. אבל מההשבה הזאת צריך לנקות את ההוצאות שנחסכו לקבלן מההפרה, צמחה לו תועלת - הוא כבר לא צריך להמשיך לבנות. כמה היה עולה לו לבנות? 50.

אלה דרכים שונות לחשב את ההשבה, את מניעת ההתעשרות. אנחנו נשאל מה הדרך הרצויה כדי להגשים את המטרות של דיני החוזים? כדי להבין את זה אנחנו נשאל, מה ס׳ 9 אומר? ס׳ 9 שמדבר על השבה אומר **שחייב המפר להשיב לנפגע את מה שקיבל או לשלם לו את השווי, והנפגע חייב להשיב למפר את שקיבל, או לשלם לו את שוויו אם ההשבה היתה בלתי אפשרית, או בלתי סבירה, או שבחר בכך**. כל אחד חייב להשיב את מה שקיבל עפ״י החוזה, מה שקיבל עפ״י החוזה היא טובת ההנאה שצמחה לו מכוח החוזה. **צריך שזה יהיה גם משהו שקיבל לפי החוזה וגם את השווי של טובת ההנאה שצמחה לו כתוצאה מכך**.

אי אפשר להגיד מלשון הס׳ מה מהאפשרויות לעיל ביחס להשבה של הקבלן עדיפה. יכול להיות שהכוונה לשווי ריאלי ויכול להיות שהכוונה לשווי החוזי כמו שהצדדים העריכו אותו. אנחנו נשאל מה הם היתרונות של כל אחת מהאפשרויות. יש לשים לב שגם אם ההשבה היא השבה מלאה ריאלית, כלומר גם אם במקרה הזה היה צורך להשיב 200, כל עיקרון ההשבה בדיני חוזים כפוף לחוק עשיית עושר ולא במשפט. עקרון ההשבה הוא עקרון של מניעת ההתעשרות של הצדדים עקב ביטול החוזה. לכן בפסיקה נקבע שכל ההשבה החוזית כפופה לחוק עשיית עושר ולא במשפט.

ס׳ 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט אומר **שביהמ״ש אחרי שהוא מחשב את גובה ההשבה רשאי להפחית את ההשבה אם צודק לעשות כך**. אז גם במקרה הזה, נניח, שווי העבודה הוא 200 וביהמ״ש החליט שהקונה חייב בהשבה של כל ה- 200, של השבת שווי, הוא יכול להגיד שהוא מפחית את זה כי זה כרוך בחיסרון כיס למזכה או עושה את ההשבה מסיבות אחרות בלתי צודקת. זה מה שנקבע בפס״ד **בייזמן** לעניין ההשבה של הבנק. בבייזמן אמרו **שהבנק חייב בהשבה, אבל מכיוון שההשבה כפופה לחוק עשיית עושר, אנחנו מפחיתים את גובה ההשבה למחצית מהסכום.**

איזה פרשנות עדיפה להערכת השווי להשבה - שווי חוזי מול שווי ריאלי:

**אפשרות אחת היא השווי הריאלי. למה שנרצה את השווי הריאלי**? יש לשים לב **ששווי ריאלי זהה במהותו להשבה בעין.** אם העברתי למישהו נכס, ובאופן עקרוני אני זכאי להשבה של הנכס חזרה אלי, אז הייתי מקבל את הנכס בשוויו הריאלי כי זה מה שהיה לי, אילו היה לי את הנכס. אם קיבלתי ממישהו זהב במסגרת חוזה לפני שנה, ועכשיו בוטל החוזה וצריכה להיות השבה הדדית. ברור שהשבה בעין מקנה לו את מטיל הזהב והוא יכול למכור אותו לפי ערכו הנוכחי. לכן, **אם עושים השבת שווי, מה שהכי קרוב להשבה בעין, זה לשלם את השווי לפי ערכו הנוכחי, לפי ערכו הריאלי.** אז בעד השבה לפי שווי ריאלי תהיה שזה הכי קרוב להשבה בעין. השבה בעין היא ברירת המחדל והחריג זה השבת שווי. הדרך הרצויה והכי קרובה להגיע לברירת מחדל הזאת, זה ע״י השבת השווי הריאלי. זה גם מתיישב פרשנית עם ס׳ 9 שאומר - ישיב בעין, אלא אם כן לא מתקיימים התנאים של השבה בעין ואז משיבים שווי. בנסיבות האלה נראה לנו שהס׳ מכוון לשווי הריאלי ולכן נראה שבמקרה עם הקבלן ההשבה צריכה להיות 200.

אפשר להטיל ספק בכך - יש דין מיוחד לנכסים ממשיים. במקרה של נכס ממשי, קיימת זכות עקיבה. **זכות עקיבה בנכס ממשי זה הזכות לעקוב אחרי גלגוליו של הנכס. אם אדם מכר נכס ואז החוזה בוטל עקב הפרה ויש זכות להשבה בעין, אבל הקונה מכר את הנכס, גלגל אותו הלאה, יש לי זכות לעקוב אחרי מה שהקונה קיבל.** אם מה שהקונה קיבל זה סכום כסף מסוים, יש לי זכות לקבל את אותו סכום כסף ששולם עבור הנכס. זה קיים רק ביחס לנכסים ממשיים, זה לא קיים ביחס לשירותים וזה גם לא יכול להיות קיים ביחס לשירותים. כי שירותים ניתנים ואז הם פוקעים מהעולם, זה התנהגות..

יש גם אבחנה שיכולה להתקשר בין אכיפה ופיצויי קיום. לצדדים לא אמור להיות אינטרס להתעקש על אחד או על השני, כי המשמעות הכלכלית שלהם זהה. אבל בפועל, יש אבחנה גם אם פיצויי הקיום אמורים להתחקות אחרי אכיפה, יש אבחנות והבדלים בין אכיפה ופיצויי קיום. לדוגמה, חובת הקטנת הנזק שקיימת ביחס לפיצויי קיום ולא קיימת ביחס לאכיפה. אותו הדבר אפשר להגיד, יש השבה בעין והשבת שווי, **זה שהשבה בשווי צריכה להתחקות אחרי השבה בעין, לא אומר שאין ביניהם הבדלים** כמו שזה שפיצויי קיום אמורים להתחקות אחרי התוצאה של אכיפה לא אומר שאין הבדלים בין פיצויי קיום ובין האינטרס הכלכלי באכיפה.

אפשר לחשוב **שהשבת השווי הריאלי מעמידה את הצדדים במקום הכי טוב שבו הם היו, אלמלא החוזה. כל צד משיב את מה שיש בידיו, את השווי הריאלי לצד השני, והתוצאה היא שהם עומדים מבחינה כלכלית כאילו הם היו לפני שהם התקשרו בחוזה מלכתחילה**. אם אני קיבלתי משהו ששווה 200, והחזרתי אותו, אז אני ב- 0. אני מאוזן. השבתי את המצב לקדמותו. **הבעיה עם העמדה הזו היא, שהמטרה של השבה היא לא להשיב את המצב לקדמותו. המטרה של השבה, חוזית, היא למנוע התעשרות**. לכן, הטענה כאילו השבה של שווי ריאלי היא מתיישבת עם התכלית של השבת המצב לקדמותו היא לא נכונה כי זו פשוט לא המטרה של ההשבה החוזית.

מה קורה אם ההשבה החוזית יוצרת התעשרות? אנחנו צריכים לשאול האם ההתעשרות הזאת לגיטימית או לא? בלשון של חוק עשיית עושר ולא במשפט, אנחנו צריכים לשאול האם ההתעשרות היא במשפט או לא במשפט. התעשרות במשפט זה אומר התעשרות שהיא עפ״י זכות שבדין. אם אני קובע שזכות ההשבה היא כזו שיוצרת התעשרות, אז לכאורה ההתעשרות היא עפ״י זכות שבדין.

בפס״ד **אדרס,** **השופט ברק אומר שהמפר לא רשאי להתעשר עקב ההפרה של החוזה. זה לא אומר שנפגע ההפרה לא רשאי להתעשר עקב ההשבה**. אז לכאורה, היינו יכולים להגיד שאנחנו לא רוצים שהצדדים יתעשרו בגלל החוזה, אבל כשנפגע הפרה מתעשר מזה שהוא מקבל את השווי הריאלי, זה אפשרי אם ההתעשרות הזו לגיטימית. כשזה למפר זה אף פעם לא לגיטימי, המפר אף פעם לא יכול להתעשר מההפרה של החוזה, אבל נפגע ההפרה אולי כן. השאלה תהיה, מה התכלית של ההשבה החוזית? אם אנחנו חוזרים לרעיון שהשבה נועדה לתמרץ אנשים לקיים את החוזה, למנוע התעשרות שלהם, אז יכול להיות שאם אין ברירה ואחד הצדדים התעשר, השופט ברק יגיד בסדר גמור שזה יהיה נפגע ההפרה ולא המפר. למה אין ברירה ואחד הצדדים התעשר? כי יש נכס שצריך לחלק אותו, שיגיע למישהו. לפי הפרשנות של איך אנחנו מחשבים את ההשבה מישהו לא מתעשר לעומת המצב שהוא היה, אלמלא הוא נכנס לחוזה מראש.

**למה השווי החוזי יכול להיות עדיף? שווי חוזי אומר, זה החוזה שהצדדים כרתו.** אפשר לחשוב שהצדדים לא יכולים לדעת מראש שהחוזה הוא הפסדי, אבל הם מעוניינים להיכנס לחוזה שבו צד אחד עלול להרוויח והצד השני עלול להפסיד**. אם אנחנו נשיב את השווי הריאלי**, אנחנו מונעים מהם את האפשרות הזאת. **אנחנו מונעים מהם להקצות סיכונים כמו שהם רצו בחוזה**. לדוגמה, הקבלן התחייב לעשות את כל העבודה שלו במחיר 100, והמחיר הזה לא היה מחיר הפסדי במועד הכריתה, זה היה מחיר הגיוני במועד הכריתה. אבל אחרי מועד הכריתה, חלו שינויים בשער הדולר/תשומות הבנייה/מחירי המלט וכתוצאה מזה העלות עכשיו הרבה יותר גבוהה וזה מה שגורם לביצוע של הקבלן להיות שווה 200. אם אנחנו נחייב השבה של 200, אנחנו אומרים לצדדים שעכשיו אנחנו מחייבים אותם בהשבה כנגד הקצאת הסיכונים שהם רצו. הקבלן יכול היה להגיד - המחיר החוזי הוא 100, צמוד למדד לתשומות הבנייה/למחיר המלט. או עלות העבודה היא 30 ועוד עלויות המלט כפי שהם ישולמו בפעול. הוא יכול היה לכרות את החוזה הזה, הוא בחר שלא. **הצדדים רצו להקצות את הסיכונים בצורה מסוימת. אחת התכליות של החוזה זה לאפשר הקצאת סיכונים,** למשל למי שיכול לשאת בסיכונים בצורה הטובה ביותר. **בזה שאנחנו עכשיו משנים אקס אנטה ואומרים - לא, תן לפי השבת שווי ריאלי, אנחנו משנים את ההקצאה של הסיכונים של הצדדים**.

אם אנחנו חושבים על צדדים מתוחכמים, אז הקבלן נכנס להסכם וחשב על איך הוא מתכנן את זה כדי שהמזמין יפר את החוזה, למשל קובע הסדרי תשלום שמאוד קשה לעמוד בהם, שהוא יודע שהם יהיו הפרות קלות אבל הוא קובע שהן הפרה יסודית בהסכם ומקווה שהמזמין לא שם לב, ואומר - אני אעשה מחיר הפסדי, ואז תהיה הפרה ואני ארוויח מזה. נעשה השבה ריאלית ואני ארוויח מכל הסיכונים שיכולים להתממש. אז החשש מהתנהגות אסטרטגית יוצר את הצורך לשמור על הצדדים ולהגיד שהם בוחרים לקיים את מה שהם קבעו במועד הכריתה. לכן ההשבה צריכה להיקבע לפי המחיר החוזי. יש בזה גם קושי מוסרי, זה נראה לא צודק. הקבלן היה אמור לקבל תשלום לפי החוזה של 100. עכשיו הוא מתעשר עקב ההפרה התעשרות משמעותית. לא יכול להיות שהוא מקבל יותר מהמקסימום שהוא היה יכול לקבל אם החוזה לא היה מופר.

מנק׳ המבט של הקונה שהפר - הוא יודע שההסכם מבחינתו מגודר במועד הכריתה. אמרו לו שהוא ישלם 100 והוא אף פעם לא ישלם מעבר לכך. ואז הוא מפר את החוזה, והוא יודע שעכשיו הצד השני יכול לקבל לכל היותר מהחוזה - 100. כלומר, אם שומרים על החוזה ומבצעים אכיפה, הקבלן היה מקבל 100 אבל בגלל שהוא הפר, פתאום ההשבה היא הרבה יותר מהחבויות שהוא התחייב אליהן במועד הכריתה. זו סטייה נוספת מהכוונה של הצדדים במועד הכריתה.

**הנק׳ הכי חשובה בעד השווי החוזי נוגעת להרתעה מפני הפרות יעילות** - לדוגמה, קונה וקבלן, הקונה הזמין את הקבלן לבצע עבודה במחיר 100. תוך כדי הביצוע של העבודה, המחיר של העבודה משתנה ועכשיו כדי להשלים את העבודה הקבלן צריך לשלם 250. אחרי שהקבלן מבצע 80% מהעבודה ומשלם בפועל 200, הקונה מבין שהנכס שווה לו 0. אם הוא ישלים את החוזה, הדבר הבא שהוא יעשה זה להרוס את המבנה. אין לו שום שווי מבחינתו. מה אומרים לקונה? אם תבטל עכשיו, וזה **לפי השווי החוזי**, אתה תשלם לקבלן 100 ואז תקבל 0 (מבנה ששווה כלום מבחינתך) ואתה בהפסד של 100. אם לעומת זאת, אנחנו משיבים **לפי שווי ריאלי**, אנחנו אומרים לו, אם תבטל את החוזה, אתה תשלם 200 (שווי הנכס כרגע ). אם תשלים את החוזה, תהיה הוצאה של עוד 50 (של הקבלן) ואתה תצטרך לשלם רק 100 (מה שסוכם). אם תשלים את החוזה תידרש לשלם רק 100, ואם תבטל אותו תשלם 200. עכשיו הקונה אומר שהוא לא מבטל. שהקבלן ישלים את הבניה, הקונה ישלם את ה- 50 אקסטרה שאף אחד לא צריך אותם. זו הוצאה מבוזבזת לגמרי, ואחרי זה הוא ישמיד את הבניין, וישלם לקבלן 100. **היינו רוצים, חברתית, שהקונה יפר בנקודה הזאת. היינו רוצים שהקונה יגיד לקבלן, אני מבטל את החוזה, אני אתן לך השבה לפי השווי החוזי כי אם אני אתן לך לפי השווי הריאלי, עדיף לי כבר שתשלים את החוזה ואז אני אשלם לך לפי השווי החוזי.** למפר תמיד עומדת האופציה החיצונית - לא להפר ולשלם את השווי החוזי. אם אני לא מפר אני משלם את המחיר החוזי, רק אם אני מפר עולה השאלה. בנק׳ הזאת, **אם אנחנו מבקשים/דורשים את השווי הריאלי, אנחנו מונעים הפרות שהן רצויות חברתית**. כולם היו רוצים את ההפרה הזאת.

בהקשר הזה אפשר לחשוב בהשאלה על המאמר של Fuller & Perdue - **לא יכול להיות שאני אקבל השבה יותר ממה שהייתי מקבל אם החוזה היה מקוים. לא יכול להיות שההפרה של החוזה מטייבת את המצב של נפגע ההפרה.** באותה מידה אפשר לחשוב על הקשר הסיבתי בהקשר הזה - אם החוזה היה מקוים, הקבלן היה מקבלן 100. אז אלמלא ההפרה הקבלן היה מקבל 100. לא יכול להיות שבגלל ההפרה נגרם לו אובדן שווי שגדול מ- 100, כי אלמלא ההפרה הוא היה מקבל 100. בהקשר של ההשבה, מה שהיית מקבל עפ״י החוזה, לא יכול להיות גדול יותר מבחינת הקשר הסיבתי ממה שאתה מקבל בעקבות ההפרה.

מה התשובה הנכונה? אין אמירה חדמ״ש בפסיקה, יש עמדות לכאן ולכאן. אבל אנחנו כן רואים **כשההשבה לטובת נפגע ההפרה, ההשבה היא מהמפר אל נפגע ההפרה, יש נטייה לאפשר את ההתעשרות, להשיב לפי השווי הריאלי, וכשההשבה היא מנפגע ההפרה אל המפר, יש נטייה לא לאפשר התעשרות.**

ניתן לראות דוגמה כזו בפס״ד **אדרס** - לא עוסק בסיטואציה זהה, אבל ההיגיון דומה - נדרשת השבה כדי לא לאפשר התעשרות של המפר על חשבון נפגע ההפרה.

התעשרות מהפרת חוזה:

דוגמה - שוכר של דירה, בהסכם שכירות מאוד פשוט שאומר שהשוכר שוכר את הדירה מהמשכיר לתקופה של שנה, ומשלם עבור כל השנה 365 ש״ח. נניח שהמחיר לשכירות של הנכס הוא עשרה שקלים ליום בשוק, אבל המשכיר החליט להשכיר את הדירה בשקל ליום כי הוא נחמד ואיש טוב. נגמרה השנה, והשוכר לא פינה את הנכס. המשכיר לא ניסה להכניס שוכר אחר, כלומר הוא לא יכול לטעון לנזקים לפי החוזה, הוא לא יכול להגיד שהוא גרם לו נזק כי אם הוא לא היה שם מישהו אחר היה נכנס ומשלם שכירות. במקרה הזה גם המחיר החוזי הוא מאוד מאוד נמוך. עולה השאלה איך צריך לחשב את ההשבה שהמפר, השוכר שלא יצא מהנכס, צריך לשלם למשכיר? **בפסיקה מאוד ברור שבמקרים האלה השווי שצריך להיות משולם הוא השווי ההוגן, השווי הריאלי ולא השווי החוזי. ההשבה הזאת לפי השווי הריאלי ולא לפי השווי החוזי נועדה למנוע מהמפר להתעשר.** אנחנו רואים את העיקרון שאומר שמפר החוזה לא זכאי להתעשר, ולכן ההשבה של מה שהוא קיבל תהיה לפי השווי הריאלי.

**אפשר להבדיל בין שני סוגים של השבה - השבה של מה שקיבלתי בפועל במסגרת החוזה ובין השבה של התעשרות שעשיתי בעקבות פעולה לא לגיטימית**. בדיני התרופות השבה כזו נקראת Disgorgement - לא השבה של דבר שקיבלתי עפ״י החוזה, אלא השבה של ההתעשרות שלי בעקבות ההפרה של החוזה.

בדוגמה הזאת, לא קיבלתי את הזכות להיות בדירה, ועכשיו אני צריך להחזיר אותה כי הפרתי את החוזה בזה שלא פניתי את הדירה, ההתעשרות שלי היא בזה שנחסך ממני שכר הדירה במקום אחר. לא נדרשתי לשלם שכר דירה במקום אחר.

פס״ד **ש.ג.מ. חניונים** - אפשר לחשוב עליו במובנים של התעשרות. הפתרון של ביהמ״ש היה שנכרת חוזה ויש חובת תשלום לפי חוזה, פתרון אחר יכול היה להיות שהמדינה חייבת לשלם לחניון על השווי ההוגן של השימוש במגרש, בגלל שהם התעשרו מעצם השימוש כי הם לא נדרשו לשלם עבור השימוש במקום אחר.

דוגמה נוספת - מוכר שהתחייב למכור לקונה 1, ואז הפר את החוזה מול קונה 1 בזה שהוא מכר במחיר גבוה יותר לקונה 2. אם נחשוב על זה במובן רחב, הוא לא מכר לקונה 1, והוא מכר לקונה 2 במחיר שהוא לא רק גבוה יותר מהמחיר לקונה 1, אלא מהשווי שקונה 1 ייחס לנכס.

חברה רוצה לרכוש ברזל כדי לייצר בניין, והברזל הזה שווה לה 200. היא עשתה חוזה לקנות אותו ב- 100, ועכשיו מגיע קונה חדש שרוצה לקנות את הברזל ב- 300. אינטרס הקיום של החברה בחוזה, כלומר מה שהיא הייתה מרוויחה אם היה מתקיים החוזה, זה לקבל ברזל ששווה לה 200. לקונה החדש הוא שווה יותר, הוא הסכים לשלם מעל ל- 200. כלומר, מבחינה חברתית, היינו רוצים שהברזל ילך לקונה החדש. אם החברה הייתה מחזיקה בברזל ששווה לה 200 והיה בא אליה הקונה החדש, היא גם היתה מסכימה למכור לו במחיר גבוה מ- 200 כי הברזל שווה לה רק 200. השאלה היא, האם אנחנו רוצים לחייב את המוכר לשלם לקונה 1 את הרווחים שלו, את הפער בין מה שהוא קיבל במחיר החוזי מקונה 2, והמחיר החוזה עם קונה 1. בעצם זה **פס״ד אדרס, נקבע שם שיש חובה להשיב את הרווחים האלה**.

איך אפשר לחשוב על הזכות הזו מבחינה משפטית? אפשרות אחת היא **זכות העקיבה**. זכות העקיבה היא זכות שביושר לפי הדין האנגלי. **זו הזכות של מי שהתחייבו כלפיו לספק לו נכס, לקבל את הנכס או את מה שהחייב קיבל במקום הנכס, את החלופה של הנכס**. לעקוב אחרי הגלגולים שלו. אז אם התחייבתי להביא לך נכס מסוים, ואז מכרתי אותו ב- 200, אז הנכס הפך להיות 200. אז אני צריך לתת את ה- 200. אם התחייבתי להעביר נכס א׳, ומכרתי אותו בנכס ב׳, החלפתי אותו בעסקת ברטר בנכס ב׳, יש זכות שביושר לקבל את נכס ב׳, גם אם אין אפשרות לקבל את נכס א׳.

אפשרות אחרת היא **הזכות בנאמנות. נאמן הוא מי שהוא בעלים של נכס עבור אדם אחר. הוא מחזיק בנכס, אבל הוא עושה את זה לא עבור עצמו, אלא עבור בן אדם אחר. קונסטרוקציה משפטית אפשרית היא להגיד - כשאני משלם לאדם אחר כדי שימכור לי נכס, הוא מחזיק בכסף שלי כנאמן. אם הוא נאמן, אז יש הסדר מיוחד בדיני הנאמנות שאומרים שאני זכאי לרווחים שהנאמן עושה תוך יחסי הנאמנות**. אם במסגרת יחסי הנאמנות הוא הפר את החובות שלו בזה שהוא מכר את הנכס לגורם שלישי, אני זכאי לרווחים שהוא עשה. זה לא שהצדדים חתמו על הסכם שאומר את זה, הם לא, אבל זה מה שמכונה נאמנות קונסטרוקטיבית - המשפט יוצר פיקציה שבא נקבע שמישהו נאמן.

בפס״ד **אדרס** **דנו בזכות שביושר, בזכות העקיבה. זכות העקיבה קיימת רק בנכסים ספציפיים**. כלומר אם מישהו התחייב למכור לי את הרכב שלו, יש זכות עקיבה. אבל אם מישהו התחייב למכור לי פרחים שהוא יקטוף בשדה, אין זכות עקיבה, כי זו לא התחייבות למכור לי נכס ספציפי. בגלל זה **באדרס השופטים מנסים להסביר שהנכס הוא כן נכס ספציפי, למרות שההסכם היה לא באמת על נכס ספציפי** אלא כמה טונות של ברזל.

דוגמה אחרת - עשיתי חוזה לשמירה על נכס, ביקשתי מחברת אבטחה שתשגיח לי על האוטו, הם לא שלחו שומרים להשיג לי על האוטו, ולא קרה כלום. האם יש זכות השבה? לא קרה כלום לאוטו אז נזק מהפרת החוזה אין. האם אני זכאי להשבה של התעשרות החברה הקבלנית בזה שהיא לא שלחה את השומרים? אפשר להגיע לתשובה חיובית בשתי דרכים: **ביטול והשבה - אני אבטל את החוזה, תשיב לי את התשלום ששילמתי לך, ואני אשלם לך חזרה את שווי השירות שקיבלתי**. לא שלחת שומרים, שווי השירות שקיבלתי הוא 0, ולכן תחזיר לי את הכסף. **אפשרות אחרת היא להגיד שזו עילה בעשיית עושר, החברה חסכה עלי את הכסף. הם התחייבו לשלוח שומרים להשגיח על הרכב והם לא עשו את זה, וכתוצאה מזה, הם הרוויחו כסף מהפרת ההסכם.** הם התעשרו בעקבות ההפרה, אז הם צריכים להחזיר את ההתעשרות.

מה מסביר את הרעיון של **Disgorgement? הרעיון שעומד מאחורי זה הוא הרצון שלא יצא חוטא נשכר.** **המחשבה שאנחנו לא מעוניינים שאנשים יתעשרו בעקבות הפעולות הלא לגיטימיות שלהם**. בדיני חוזים זה יוצר קושי כי יש מתח בין תפיסה שהפרת החוזה היא פעולה בחיי היום יום שהיא לא מלווה באשם, לבין תפיסות שרואות בחוזה חיוב מוסרי שההפרה שלו היא בת אשם. אם אני חושב שהפרה של חוזה היא התנהגות עוולתית (במובן של דיני הנזיקין), אז אני אגיד - אני לא רוצה שתתנהג בצורה כזו, צורה שהיא לא לגיטימית, והדרך שלי לתמרץ אותך בצורה הטובה ביותר אף פעם לא להפר חוזה, היא לשלול ממך כל רווח שיכולת לעשות מההפרה. לכן אנחנו נקנה זכות מלאה של Disgorgement.

מצד שני, הרבה פעמים הפרה של החוזה זה הצד היעיל. **אם שני הצדדים יודעים שהמשך קיום החוזה הוא לא רצוי, החיוב ב- Disgorgement יכול להביא לזה שחוזה כזה שהצדדים לא רוצים אותו, ימשיך להתקיים כדי למנוע את ההפעלה של הזכות.** לדוגמה, יש חברה שרוצה למכור ברזל והיא ממוקמת בטורקיה. יש לה קונה בישראל, ויש לה עוד קונה שנמצא גם בטורקיה. החברה הטורקית המוכרת חייבת למכור את הנכס לקונה הישראלי, אבל לפני שהברזל נשלח, באה החברה הטורקית ואומרת שהיא לא רק מוכנה לשלם על הנכס הזה יותר מהמחיר החוזי הקודם, אלא גם יותר ממה שהוא שווה לחברה הישראלית. הוא שווה לה יותר. בנקודה הזאת, החברה הטורקית אומרת - אם אני יכולה להרוויח מההפרה, אני יפר. החברה הישראלית לא תיפגע, היא תקבל פיצוי מלא שישקף את כל הנזק שנגרם לה. אין לה משהו שהיא סובלת ממנו, היא אדישה בין ביצוע ובין פיצוי, שהוא פיצוי מלא לגמרי. ההפרה הזאת יעילה, שכן החברה הטורקית מעוניינת בזה יותר. לכאורה, היינו יכולים גם לקיים את החוזה, המוכר היה מעביר את הנכס לחברה הישראלית, והחברה הישראלית הייתה מוכרת את הנכס בחזרה לקונה הטורקי - אבל זה גם לא יעיל, לשלוח טונות של ברזל מעבר לים בשתי נקודות רק כדי לא להפר את החוזה ולמנוע את ההפרות האלה.

**כשההפרה חוסכת משאבים חברתיים שאין שום סיבה לבזבז אותם, עדיף הפרה על פני קיום. זה הרעיון של הפרה יעילה. יכול להיות מכל מיני נסיבות: המחיר החוזי השתנה, הערך החוזי השתנה עבור צד אחד של החוזה, הנושה**. בכל המקרים האלה קיום החוזה והתעקשות על הקיום שלו היא בעייתית, אבל סעד של Disgorgement יגרום לקיום גם כשהוא לא יעיל.

אפשר להגיד שזה מה שהצדדים רוצים - בדיעבד, זה מה שנפגע ההפרה רוצה. לקבל יותר כסף, בדיעבד זה טוב לו. אבל מראש הצדדים לא היו רוצים את זה. מראש הצדדים היו רוצים שלא יהיה סעד של Disgorgement. כלומר, אם אנחנו רוצים להגיע לצדק הסכמי, אז היינו רוצים לכבד את הרצון ההיפותטי הזה של הצדדים. למה זה יהיה הרצון של הצדדים? כי זה יגרום לקיום של החוזה בתנאים לא יעילים וזה יגרום לזה שהמחיר החוזי יהיה גבוה מידי. או שלא יתקיימו חוזים יעילים.

לדוגמה, יש חוזה שאני מציע לב׳ איזו שהיא התקשרות ואני אומר לו שיש 90% שאני אפר את החוזה, אבל צד ב׳ אומר שזה שווה לו. הוא מעוניין בחוזה למרות הסיכוי של 90% אחוז להפרה כי ה- 10% שאני אקיים מאוד שווים לו. אם אני יודע שבמקרה של הפרה אני אדרש לשלם לצד ב׳ את כל מה שאני מרוויח מההפרה, אני לא אהיה מוכן להתקשר בחוזה למרות ששנינו רצינו. אלה הנסיבות שמבהירות למה Disgorgement זה סעד מאוד בעייתי. לכן פס״ד אדרס מפורסם בעולם, הקונצנזוס הוא שפס״ד הוא טעות.

תכליתם של חוזים היא להקנות תרופות. הסיבה שאנשים מעוניינים במוסד של החוזה הוא לא בשביל לקיים עסקאות, קיום עסקאות אפשרי גם בלי חוזה - אפשר להיפגש עם מישהו, לבקש ממנו שייצר שולחן, הוא מייצר את השולחן, אני משלם לו כסף ולוקח את השולחן - יש עסקה**. אנחנו רוצים חוזה כדי שיהיו סעדים בגין ההפרה. כל התכלית של ההסדר החוזי הוא לאפשר לאנשים להסתמך על החוזה. הדרך שבה אנשים יכולים להסתמך על החוזה זה כי החוזה מאפשר להם תרופות בגין ההפרה שלו.** לכן הבסיס של כל המוסד החוזי זה התרופות.

**תרופות וסעדים הניתנים בשל הפרת חוזה מהווים מערכת תמריצים. אנחנו רוצים לגרום לצדדים להתנהג בצורה מסוימת**. אני לא רוצה להבטיח מראש שאני אקבל פיצוי במקרה של הפרת חוזה, אלא שהצד השני יפעל. הצורה שבה אני יכול לדאוג שהצד השני יפעל היא לוודא שיהיו תרופות אם הוא לא פועל. ככה אני גורם לו אקס אנטה להפנים את התוצאה של ההפרה ולגרום לו לפעול. אני יודע שאני יכול להיכנס לחוזה עם נגר לבניית השולחן כי אני יודע שאם הוא יפר את החוזה הוא יידרש לשלם פיצוי, מה שיגרום לו לקיים. הוא יודע שהוא יכול להיכנס איתי לחוזה שבו אני אשלם לו מאוחר כי הוא יודע שאם אני יפר הוא יוכל לתבוע אותי לתשלום.

**פיצויים:**

**המטרה של פיצויים היא לפצות את נפגע ההפרה על הנזק שנגרם לו בעקבות ההפרה. ההסדר המרכזי של הפיצויים מוסדר בס׳ 10 לחוק התרופות** שאומר שהנפגע זכאי לפיצויים על הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה ושהמפר ראה או היה עליו לראותו מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה.

בנוסף להסדר הכללי שבס׳ 10, קיימים הסדרים נוספים לפיצויים:

- פיצוי ללא הוכחת נזק (ס׳ 11)

- פיצוי בגין נזק לא ממוני (ס׳ 13)

- פיצוי מוסכם (ס׳ 15)

אכיפה כסעד כפופה לסטנדרטים רחבים, מה שמקנה לביהמ״ש שיקול דעת רחב. לדוגמה, אכיפה לא תינתן אם היא לא צודקת בנסיבות העניין. ביהמ״ש יכול להחליט במקרה מסוים שלנפגע ההפרה מגיע סעד אבל הוא שולל ממנו את סעד האכיפה. במידה פחותה אך עדיין קיימת, גם סעד הביטול כפוף לשיקול דעתו של ביהמ״ש, ביהמ״ש יכול להתערב באפשרות לבטל את ההסכם. לעומת זאת **מקובל לחשוב על פיצוי כעל הסדר שבו אין הרבה שיקול דעת לביהמ״ש. ביהמ״ש צריך לאמוד את הנזק, אבל החובה של עמידת הנזק היא טכנית. ככה היה מקובל לחשוב על הסדרי הפיצויים. בפועל, יש הרבה מאוד דברים שנתונים למחלוקת לגבי איך מחושב הנזק.** הכרעות כאלה הן הכרעות נורמטיביות שביהמ״ש יכול להפעיל עליהן הרבה מאוד שיקול דעת. מעבר לזה, יש כל מיני מגבלות שהדין מטיל על פיצויים. **פיצוי מוגבל בצפיות הנזק, בחובת הקטנת הנזק (ס׳ 14), סיבתיות** (התקיימות של קשר סיבתי בין ההפרה לביו תוצאותיה), **הגנת אשם תורם** (נקלטה דרך הפסיקה לפיצויים בחוזים), **ובוודאות הנזק** (השאלה האם אנחנו יודעים שהנזק יתרחש באיזו שהיא ודאות מסוימת). כל אלה מוכרעים בדר״כ ע״י סטנדרטים רחבים ולכן בפועל לביהמ״ש נתון שיקול דעת רחב לא רק בסעדים כמו ביטול ואכיפה, אלא גם בעמידת הפיצויים.

כדי להבין את הדיון בפיצויים צריך להבחין בין האינטרסים המוגנים בדיני החוזים. השאלה לגבי הסעדים השונים נידונה בפס״ד **לוי נ׳ מבט בניה** - מדובר על זוג שרכש דירה שמתגלים בה ליקויי בנייה. ישנה תקופה של אחריות על הדירה, אבל הקבלן לא מצליח לתקן את הדירה ותקופת האחריות תמה. הזוג מבקש לבטל את החוזה וביהמ״ש קובע כי החוזה בטל ופסק לזוג גם פיצויים. לפני שההסכם בוטל, הזוג התגורר בדירה במשך 8 שנים. לאחר ביטול ההסכם, כל צד כפוף לחובת ההשבה. הזוג היה צריך להשיב סכום שווה ערך לשכר דירה במשך 8 השנים שהם גרו בדירה ועשו בה שימוש. השיב את התשלום שהזוג נתן לו בעבור הדירה.

**בפס״ד היה דיון בנוגע להשבה ופיצויים קיום** (להעמיד את נפגע ההפרה במקום שבו היה אילו קוים החוזה). **האם ביטול והשבה סותרים את האפשרות לקבל פיצויי קיום? אין התנגשות בין פיצויי קיום (ציפייה) וביטול, כל עוד אין כפל פיצויים.** זה אומר שאם שילמתי 100 על נכס, ואני מבטל ומחזיר את הנכס ומקבל בחזרה את ה- 100, אבל החוזה הבטיח לי משהו בשווי של 150. קיבלתי חזרה את ה- 100, אני לא אמור לקבל 150 כי זה מהווה כפל פיצויים - אני מקבל את הרחיב של ה- 100 פעמיים. כדי לקבל פיצויי קיום אני צריך את הפער - ה- 100 פלוס ה- 50.

**צריך להבחין בין הסעדים ביטול ואכיפה ובין פיצויי קיום ופיצויי הסתמכות**. יש סעדים שנמצאים בסתירה אחד לשני, ויש סעדים שהם לא בסתירה אחד לשני. לדוגמה: **האפשרות לבטל את החוזה ואז לקבל פיצויי קיום לא בסתירה.** ביטול החוזה הוא הסעד שתכליתו להפסיק את החיובים מכאן והלאה. זה לא אומר מה האינטרס שאני צריך להגשים. האינטרס שנפגע ההפרה זכאי לו, זה להעמיד אותו במצב שבו הוא היה אם היה מקוים החוזה. השאלה אם נפגע ההפרה מעוניין להמשיך בחוזה או לא. לדוגמה, חוזה למתן שירות שדורש ממני התקשרות ארוכת טווח עם בן אדם אחר והוא מפר מולי את החוזה. עכשיו אני מחויב להמשיך לעשות מלא דברים עבורו, ואני לא מעוניין להמשיך בחוזה הזה. אני רוצה לבטל אותו. זה לא אומר שאני לא זכאי לפיצוי שישים אותי במקום הכלכלי שבו הייתי אמור להיות לו קוים החוזה.

**סעד הביטול עוסק בסוגיה - האם אני יכול להיפתר מהחיובים העתידיים שלי בחוזה, סעד האכיפה אומר - האם אני יכול לדרוש את ביצוע קיום החוזה, והפיצויים נועדו לפצות על הנזקים שנגרמו כשהנזקים יכולים להיות הפער בין במצב שבו אני נתון לאור ההפרה ובין המצב שבו הייתי לו קוים החוזה (אינטרס הציפייה).**

ביהמ״ש המחוזי הוריד לבני הזוג מהפיצוי את דמי השימוש הראוי בדירה (הסכום ששווה ערך לשכ״ד במשך 8 שנים). ביהמ״ש העליון החזיר את הפיצוי, הוא אמר שהם לא חייבים בדמי השימוש הראוי. כדי להשיב את מה שהם קיבלו לפי החוזה הם צריכים להחזיר את דמי השימוש הראוי, אבל צריך להחזיר להם אותם חזרה כי זה פיצוי בגין ההפרה. אם לא הייתה מתבצעת הפרה, הם היו בדירה עם ערך נהדר והם גם היו חיים בה 8 שנים בלי בעיה. בגלל ההפרה, הם מבטלים את החוזה ונדרשים להשיב את הדירה, זה נזק שנגרם להם כתוצאה מהפרת ההסכם.

ישנם שלושה סוגים של אינטרסים:

אינטרס הציפייה / קיום - נועד להעמיד את נפגע ההפרה **במקום שבו הוא היה אם היה מקוים החוזה**.

אינטרס ההסתמכות - אינטרס נוגד לאינטרס הציפייה, **שנועד להעמיד את נפגע ההפרה במקום שבו הוא היה אם הוא לעולם לא היה נכנס לחוזה.**

השבה - **האינטרס שהצדדים לא יתעשרו עקב ביטול החוזה**, השבה של התעשרות שלא במשפט ההדדית בין הצדדים.

**אינטרס הציפייה הוא ייחודי לדיני החוזים**. בהקשרים מסחריים או בהקשרים קרובים לחוזיים אבל נזיקיים, לא נותנים פיצויי ציפייה. הפיצויים היחידים שניתן לקבל הם פיצויים שליליים. לדוגמה, בפס״ד **זלסקי נ׳ הוועדה המקומית לתכנון ולבניה**, הערעור עוסק **במצג שווא רשלני**. אדם פונה לוועדה המקומית לתכנון ובניה, הם נותנים לו מצג שווא לגבי נכס מקרקעין, הם אומרים לו שאפשר לבנות ככה וככה יח׳ דיור כשהיה אפשר לבנות פחות. הוא קונה את הנכס במחיר גבוה מהמחיר שהוא היה משלם אם הוא היה יודע את המצב התכנוני האמיתי של הנכס. השאלה היא מה הפיצוי שהוא זכאי לו? **פיצויים שליליים,** **פיצויי הסתמכות, יהיו הפער בין מה שהוא שילם על הנכס ומה שהוא היה משלם על הנכס אם הוא היה יודע את המידע האמיתי**. בעקבות ההסתמכות על הטעות של הוועדה המקומית, הוא שילם יותר מידי. **הפיצוי החיובי, פיצויי קיום, זה הפער בין שווי הנכס היום לשווי שהיה אם המידע שהיו מוסרים לו היה אמיתי**. כלומר, הוא חשב שהוא קנה נכס ששווה מיליון ומתברר שהוא שווה רק חצי מיליון, הוא זכאי לפער. לחצי מיליון הנוספים. ביהמ״ש העליון קובע שביחס לעילה הנזיקית מגיע לו פיצויי הסתמכות בלבד, הוא לא יכול לבקש פיצויי קיום. זה הדין ברוב המשפט.

דיני התרופות בחוזים מעמידים תוצאה מוזרה כשאתה מקבל פיצוי ציפייה. **למה בדיני החוזים יש פיצויי ציפייה?** יש לזה שני הסברים: הסבר מוסרי/דוקטרינרי/נורמטיבי - הלימה בין חלקי הדין, והסבר כלכלי. **ההסבר הדוקטרינרי אומר שיש לי זכות לביצוע החוזה, יש סעד של אכיפה. פיצויי הקיום נועדו לממש את הזכות הזו במובן שהם יעמידו אותי במקום שבו הייתי לו החוזה היה מקוים**. **אם יש זכות לקיום של החוזה, בוודאי שהפיצוי שאני זכאי לו צריך לקיים את אותו העיקרון - לשים אותי במקום שבו הייתי לו החוזה היה מקוים.** לגבי השאלה הכלכלית, פיצויי ציפייה מבטיחים שהחוזה יופר רק אם ההפרה יעילה. אם המחיר החוזי הוא 100 ולנפגע ההפרה היו הוצאות הסתמכות של 20, הערך של המוצר עבור נפגע ההפרה הוא 150. הוא משלם 100 כדי לקבל מוצר ששווה לו 150. צד ג׳ בא ליצרן ואומר לו שהוא מוכן לשלם 130. האם התוצאה היעילה היא שהמוצר ימכר לצד ג׳ או לא? התוצאה היעילה היא שהוא לא ימכור את המוצר לצד ג׳. למה? כי צד ג׳ מוכן לשלם עליו 130, אבל לנבטח זה שווה 150, זה שווה לו יותר. לכן ההפרה כאן היא הפרה לא יעילה.

אם היו רק פיצויי הסתמכות, מה הפיצויים שהמפר יצטרך לשלם? הוא יצטרך לשלם פיצוי של 20 עבור נזקי ההסתמכות. לכן, בשביל רווח נוסף של 30, הוא יקבל 130 במקום 100, הוא ישלם פיצוי של 20 וישאר לו רווח של 10 ביד. אז אם הוא מפר את החוזה מול הנבטח בשביל להרוויח עוד 10 זה אם נותנים רק פיצויי הסתמכות. אם משולמים פיצויי קיום, הוא יצטרך לשלם לנבטח פיצוי של 50, ולכן הוא לא יפר את זה בשביל להרוויח עוד 30, וזאת גם התוצאה היעילה כי הערך אצל הנבטח של ה- 150 גבוה יותר ממה שצד ג׳ מעוניין לשלם.

מה היה קורה אם צד ג׳ היה מעוניין לשלם 200 עבור הנכס? התוצאה היעילה זה שהמוכר יפר את ההסכם, ויעביר את הנכס לצד ג׳. צד ג׳ מעריך אותו יותר ואנחנו רוצים שהמשאבים יגיעו למי שמעריך אותם הכי הרבה. האם פיצויי קיום יגשימו את התוצאה היעילה? כן. נפגע ההפרה, הנבטח, יקבל פיצוי של 50 על ההפרה שיעמיד אותו במצב שבו היה אילו קוים החוזה. כלכלית הוא מרוצה כאילו קיימו איתו את החוזה, הוא קיבל את כל מה שהוא רצה רק בכסף, והנכס מגיע למי שמעריך אותו הכי הרבה.

אפשר להעלות את הקושי ולהגיד, למה שהנבטח לא ימכור לצד ג׳? צד ג׳ מעוניין לשלם 200, יש נבטח שכבר הבטיחו לו את הנכס, אז שהנבטח ימכור לצד ג׳ ויקבל את הפער. אבל אם אנחנו נעשה את זה, זה יגרום לעלויות עסקה מיותרות וגם אין למוכר אינטרס לספר לקונה על העסקה החלופית, וגם אם כן זה דורש מו״מ מחודש עם עוד גוף שהגיע לקונה הראשון. ביקורת על הביקורת תהיה, שהבעיה היא שבגללה אנחנו נרצה להבטיח שהנכס יגיע לקונה ולא תהיה הפרה זה כי למעשה הפיצויים הם בחסר. ה- 150 זה לא באמת מגלם את כל הפיצוי, הפיצוי האמיתי צריך להיות 200 או אולי יותר. אם ההנחה שלנו שניתן לתת פיצוי מלא היא שגויה, אז הפרה יעילה לא נמנעת אבל צריך להוכיח את זה. זה גם ההסבר ללמה אכיפה עדיפה לפעמים על פיצויים - לפעמים אכיפה עדיפה על פיצויים כי יש הערכת חסר. אבל כל עוד אין הערכת חסר של פיצויי הקיום, אפשר להישאר עם פיצויי קיום בלבד וככה נדאג שרק הפרות יעילות התרחשו.

**הסתמכות:**

את אינטרס ההסתמכות אפשר לחלק **להסתמכות עיקרית - ההוצאות שהוצאו עפ״י החוזה, הכנות לביצוע החוזה**. נגיד קבלן שנשכר לבנות בניין וקנה לצורך כך מלט. עלות הרכישה של המלט, אלה הוצאות ההסתמכות שלו. התשלומים שהוא משלם לעובדים, אלה הוצאות ההסתמכות שלו וזו ההסתמכות העיקרית. **הוצאות שהוא מוציא כדי לעמוד בחיובים לפי החוזה**.

**הוצאות משניות או אגביות, הם הוצאות שהוא מוציא בהסתמך על החוזה, אבל לא לשם ביצוע החוזה.** יזם שהזמין קבלן שיבנה עבורו בניין, והוציא הוצאות לפרסום הדירות כי הוא רוצה למכור אותן. ההוצאות שהוא הוציא על הפרסום עבור הדירות שבונים הן לא הוצאות שהוא מוציא כדי לקיים את החוזה כי כל מה שהוא נדרש לעשות כדי לקיים את החוזה מול הקבלן זה לשלם לו, אלה הוצאות הסתמכות אגביות על החוזה. **הוצאות שאני מוציא כדי להפיק תועלת עבורי מהחוזה, אני לא נדרש להוציא אותם לפי החוזה.**

סוג נוסף של הוצאות הסתמכות הוא **אובדן הזדמנויות עסקה** - זוג רוצה להתחתן, בשלב האחרון של המו״מ מול האולמות הם מתקשרים לשניים ומקיימים מו״מ מול שניהם על תאריך מאוד מסוים. הם סוגרים עם אחד האולמות על התאריך, ואז האולם מפר מולם את החוזה. אחד הנזקים שנגרמו בעקבות ההסתמכות, זה שהם לא סגרו את התאריך באולם השני שהם רצו - הם **איבדו את העסקה החלופית**. לא יכול להיות שהעסקה החלופית שווה יותר מהעסקה שנסגרה, כי הם היו סוגרים מלכתחילה את העסקה החלופית במקום. היא שווה פחות, אבל עדיין יש לה שווי, והם ויתרו עליה ואיבדו אותה בהסתמך על העסקה שהם סגרו. **אובדן העסקה החלופית והסתמכות על העסקה שהם סגרו, אלה הוצאות הסתמכות שיש לזוג והן מוכרות ככאלה בפסיקה, אבל כאלה שלא מזכות בפיצוי בדר״כ כי קשה להוכיח שהייתה בפועל הזדמנות עסקית שנאצלתי לוותר עליה בשביל לקיים את החוזה**. כשיש הוכחה קונקרטית משמעותית לזה שוויתרתי על הזדמנות עסקית חלופית, יינתן על זה פיצוי.

אלה נזקי ההסתמכות תחת אינטרס ההסתמכות, אבל בטעות וכמשהו נלווה אליו מופיע **הנזקים התוצאתיים - הנזקים התוצאתיים משולמים, הם נזק קונקרטי שמתגבש בעקבות ההפרה, אחרי ההפרה וכתוצאה ממנה, והוא נפרד מפיצויי הקיום ומפיצויי ההסתמכות**. בפס״ד **לוי נ׳ מבט בניה** דיברו גם על נזקים תוצאתיים - הנזקים לשטיח. השטיח נהרס עקב הגשם, או הנזקים לרהיטים שנגרמו כתוצאה מהמים. אלה נזקים תוצאתיים של הפרת ההסכם ואתה זכאים להם בין אם תבעת לפיצויי הסתמכות ובין אם תבעת לפיצויי קיום.

**יכול להיות נזק תוצאתי שהוא נזק גוף** - נזק כזה שיש בו חור בדירה או מים דולפים יכול לגרום גם למחלות. **נזק הגוף הזה הוא לא נזק שהוא הסתמכות על ההסכם, אלא תוצאה של הפרת ההסכם וזכאים לקבל עליו פיצוי**. **גם הוצאות שאני מוציא כדי להתמודד עם נזקי ההפרה אלה הוצאות שאני זכאי לפיצוי בגינם.** אם נאלצתי לצאת מהדירה ולקחת חדר במלון, זהו נזק תוצאתי שנוצר עקב ההפרה.

מה זה הסתמכות? **הסתמכות היא לא רק תשלום כסף**. הסתמכות גם יכולה להיות כאב**Hawkins v.** **McGee** **הסתמכות יכולה להיות גם התשלום ששילמתי בזה שלא עשיתי משהו אחר** Opportunity Cost לדוגמה, אני משלם ללכת ללמוד משפטים. שילמתי שכר לימוד, אבל מעבר לזה גם שילמתי על טיול מסביב לעולם. יכולתי בזמן שאני לומד ללכת לטייל בעולם במקום או ללמוד מקצוע אחר. אז אם הייתה לי אפשרות שהייתה שנייה בסדר העדיפויות שלי, שאני לא יכול לממש יחד עם זה שאני לומד משפטים, חלק ממה שאני משלם כדי ללכת ללמוד משפטים זה **הוויתור על מה שהייתי מרוויח מהאופציה השנייה בסדר העדיפויות שלי (הפסד עסקאות)**.

דוגמה: אדם נקשר בעסקה, הוציא הוצאות כדי לקיים את החוזה, אלה הוצאות ההסתמכות הראשית. הוא גם השקיע בנכס כדי להכין אותו למכונה שהוא רכש - זאת ההסתמכות האגבית. הוא גם ויתר על עסקה שהוא לא יכול להשיג אותה כעת של יצרן אחר. העסקה שהוא סגר שווה סכום כלשהו, והעסקה שהוא ויתר עליה שווה 50 לצורך העניין והיה לו עוד הוצאות הסתמכות של 30. אז מה הם נזקי ההסתמכות שלו? גם ה- 30 שהוא הוציא כהוצאות הסתמכות וגם העסקה של 50 שהוא ויתר עליה (ה- 50 מייצג את הרווח שהוא היה מפיק ממנה, התועלת העודפת). אם התועלת העודפת היא 50 והוצאות ההסתמכות הם 30, יוצא שהוא כאילו שילם 80.

האינטרסים ויחסים הגומלין ביניהם:

אז מה יהיה הפיצוי? איך סוכמים את הפיצוי, מה האינטרסים שסותרים ומה האינטרסים שמתלכדים? אם אני הולך לביהמ״ש ומבקש פיצויי קיום, בפס״ד **לוי נ׳ מבט בניה** רואים איך מחשבים את הפיצוי.

**הפיצוי צריך להיות הציפייה מההסכם. את הציפייה של מה שהייתי אמור לקבל. אבל מהסכום הזה צריך לנקות לי את החיסכון בהוצאות ביצוע**. אם נותרו לי עוד חובות לבצע לפי ההסכם שעכשיו נחסכו ממני כתוצאה מזה שההסכם הופר ובוטל, ככל שיש חיסכון בהוצאות הביצוע, צריך לגרוע אותם ממה שאני זכאי לו כפיצוי ציפייה, ולגרוע טובות הנאה שקיבלתי**. אם יש טובות הנאה שקיבלתי כבר לפי ההסכם, נגרע גם אותם**. **בנוסף לזה, צריך לשלם לי נזקים תוצאתיים** (נזקים שקרו לי כתוצאה מההפרה).

הציפייה מההסכם - חיסכון בהוצאות ביצוע - טובות הנאה + נזקים תוצאתיים

**פיצויי הסתמכות יהיו תשלום ההסתמכות העיקרית, כל ההוצאות שהוצאתי כדי לקיים את ההסכם. תשלום ההסתמכות האגבית, כל ההוצאות שהוצאתי מתוך ציפייה שההסכם יקוים, פחות טובות הנאה שקיבלתי מכוח ההסכם ועוד הנזקים התוצאתיים.**

הסתמכות עיקרית + הסתמכות אגבית - טובות הנאה + נזקים תוצאתיים

בפס״ד **לוי נ׳ מבט בניה** נקבע שיהיה ביטול ופיצויי קיום. הפיצוי נקבע לפי שווי הנכס שהובטח - החיסכון בהוצאות הביצוע של הזוג (שזה 0 כי הם ביצעו כבר את כל החובות שלהם בקנייה, אז לא הפחיתו כלום) - טובות ההנאה שצמחו להם (השווי של שכירות על הנכס, המגורים שלהם בנכס במשך 8 שנים) + פיצוי על הנזק התוצאתי (שווי השכירות על הנכס חוזר אליהם כנזק תוצאתי שקרה להם בעקבות ההפרה). אלמלא ההפרה, הם לא היו נדרשים לשלם את זה. כביכול זה משהו שהם היו חייבים בו בהשבה במסגרת חישוב הפיצוי, אבל הם זכאים לזה בחזרה + פיצוי על נזקים תוצאתיים נוספים. מה הנזקים התוצאתיים הנוספים? הרטיבות שגרמה לנזק לרהיטים זה נזק תוצאתי נוסף שהם זכאים בגינו לפיצוי על הנזק שנגרם להם, שכירות נוספת שהם שילמו כשהם היו צריכים לצאת מהדירה.

\*\* **אתה זכאי לפיצוי בגין נזק תוצאתי גם אם קיבלת פיצויי קיום וגם אם קיבלת פיצויי הסתמכות.** המגבלה על נזק תוצאתי תהיה **שהפיצוי ניתן רק בגין נזק שהוא צפוי**, נזק שהוא לא רחוק, **ובכפוף לחובת הקטנת הנזק והפחתה בגין אשם תורם.**

מפס״ד **לוי נ׳ מבט בניה** ניתן לראות **שהכלל הוא שאפשר לקבל פיצויים ביחד עם סעדים אחרים, כל עוד אין סתירה או חפיפה בין הפיצוי שנתבע לבין הסעדים האחרים**.

אפשר לקבל **פיצויי ציפייה/קיום יחד עם אכיפה** - פיצוי ציפייה יחד עם אכיפה יהיה עמידה על אכיפת ההסכם, האכיפה לא תתבצע כמו שהיא הייתה מתבצעת אם החוזה היה מקוים מלכתחילה כי הוא הופר, אז תהיה גם אכיפה וגם פיצוי שנועד להעמיד את נפגע ההפרה במקום שבו היה אלמלא הייתה הפרה מלכתחילה. לדוגמה, המפר מתעכב בתשלום, אכיפה תהיה עמידה על זה שהוא ישלם, והפיצוי יהיה בגין אובדן הריבית או נזקים אחרים שנגרמו כתוצאה מזה שהיה עיכוב בתשלום.

**פיצויי ציפייה /קיום יכולים להיות גם יחד עם ביטול** - מותר לבטל את ההסכם, אני לא רוצה להמשיך להיות כפוף להסכם, להיות מקושר למפר, אני לא מאמין למפר ואני לא רוצה לתבוע אכיפה אני רוצה שנפסיק להיות קשורים אחד לשני ואני רוצה לבטל. אני עדיין רוצה להיות במצב הכלכלי שבו הייתי אמור להיות אם המפר היה מקיים את החוזה מלכתחילה. בגלל זה אין סתירה בין פיצויי ציפייה וביטול.

אפשר **לקבל גם פיצויי ציפייה בלי תביעה לאכיפה או ביטול** - הייתה הפרה של ההסכם, ההסכם נגמר, הצדדים הלכו לדרכים נפרדות. אני לא רוצה לבטל את ההסכם, אני רוצה להשאיר את הנכס בידי שניתן לי במסגרת ההסכם כמו שהוא, אבל אני רוצה פיצוי על הפער בין מה שציפיתי לקבל לבין מה שקיבלתי בפועל.

**האם אפשר לתבוע השבה והסתמכות אגבית יחד**? צריך להבין דבר ראשון **שהאינטרסים הם לא זהים, לכן ניתן לתבוע לשניהם.** הוצאות להכנה לקיום החוזה הם הוצאות הסתמכות. הקבלן שרוכש מלט ושם אותו אצלו במחסן בהסתמך על החוזה, הוציא הוצאה בהסתמך על החוזה, אבל **הביטול לא מזכה בהשבה על מחיר המלט, כי הצד השני לא התעשר**. באופן שונה, רווחי המפר בפס״ד **אדרס**, הם התעשרות על חשבון ההסכם, אבל לא הייתה הוצאת הסתמכות מקבילה של הצד השני. אז האינטרסים האלה לא חופפים - לפעמים ההשבה תהיה גבוהה מההסתמכות, ולפעמים ההסתמכות תהיה גבוהה מההשבה.

כשאנחנו אומדים את האפשרויות של פיצויי קיום, פיצויי הסתמכות והשבה, לצד התרופות האחרות, איך אנחנו מונעים פיצוי כפל? **הרעיון זה שאנחנו לא יכולים לתת פיצויים שמכסים את אותו סכום ממש. צריך לחשוב על התוצאה הסופית - באיזה מקום נפגע ההפרה היה אם קוים החוזה, או באיזה מקום הוא היה אם החוזה לא היה קיים.** התוצאות האלה לא יכולות לחיות ביחד.

האם ניתן לתבוע גם **הסתמכות עיקרית וגם ציפייה/קיום**? **התשובה היא שלא**. ההסתמכות העיקרית אלה הוצאות שהוצאתי כדי לקיים את החוזה ואתה זכאי להם כדי להביא אותך למצב שבו היית אלמלא החוזה היה נכרת מלכתחילה. זה המשמעות של הסתמכות עיקרית - להביא אותך ממצב של קיום חלקי, להיעדר קיום. פיצויי ציפייה אמורים להעמיד אותך במצב שבו היית אם החוזה היה מקוים. **ממילא אם החוזה היה מקוים, היית מוציא את הוצאות ההסתמכות. אז אם אתה מבקש פיצויי ציפייה אתה לא זכאי להוצאות ההסתמכות.**

מה עם **הסתמכות עיקרית והשבה**? לכאורה גם פה על פניו יש סתירה, **זה תלוי בנסיבות**. הסתמכות עיקרית זה הוצאות שהוצאתי במסגרת מילוי ההסכם, השבה היא השבה של מה שהצד השני קיבל במסגרת מילוי ההסכם. **במרבית המקרים תהיה חפיפה בין מה שהצד השני קיבל מכוח ההסכם ומה שאני הוצאתי.** **כשאין חפיפה, אין בעיה לתבוע גם וגם. כשיש חפיפה בין הוצאות ההסתמכות ובין ההשבה, אין מקום לתבוע גם וגם.** לדוגמה, קבלן שביצע בניה חלקית של בניין. הוא מבטל את ההסכם בעקבות עיכוב בתשלום ומבקש השבה. הוא מקבל שווי של הנכס שהוא בנה (השבה בשווי). האם הוא גם יכול לתבוע את ההוצאות שהיו לו בבניית אותו נכס? יש כאן סתירה. הקבלן בנה נכס, הוא מקבל פיצוי על השווי של הנכס. אם הוא יקבל גם פיצוי על העלויות של בניית הנכס, אז הוא יקבל פיצוי כפול על אותו הדבר. הקבלן סיים את הבניין לגמרי. בנקודה שבה הוא סיים אותו לחלוטין, בוטל החוזה והוא מבקש השבת שווי. מה השווי? כל העלות של הנכס. הוא מבקש גם את הוצאות ההסתמכות שלו, כל ההוצאות שהוא הוציא כדי לבנות את הנכס - זה בעצם תשלום כפול. לכן, **ככלל למעט חריגים, לא יכול להיות הסתמכות עיקרית והשבה.** מהם החריגים? פס"ד **אדרס** זה חריג אחד, מקרה שבו זה לא קשור להסתמכות **וההשבה תהיה גבוה מאינטרס ההסתמכות. או הוצאות הסתמכות שלא נכנסות לגדר ההשבה**, הקבלן הוציא הוצאות לבניית הנכס בהסתמכות על החוזה שלא באות לידי ביטוי במה שהוא מקבל במסגרת ההשבה. **הוצאות כאלה של הסתמכות שהן חורגות ממה שאתה זכאי לו על סמך אינטרס ההשבה, אפשר לתבוע בנפרד כהוצאות הסתמכות עיקרית או משנית.**

**פיצוי בגין אובדן עסקאות ופיצויי קיום** - **אי אפשר לדרוש גם אובדן עסקאות וגם פיצויי קיום. פיצויי קיום זה המקום שבו הייתי לו היה מקוים החוזה. אבל אם היה מקוים החוזה, לא הייתי מקיים את החוזה האחר.** הייתי מרוויח את מה שהייתי רוצה מהחוזה הזה, כולל את העלות שלי של ביטול העסקה האלטרנטיבית. לכן **אם אני מבקש פיצויי קיום, אני לא יכול לדרוש פיצויי הסתמכות עיקרית וגם לא אובדן הזדמנויות**. אם היה מקוים החוזה, ממילא לא הייתי עושה את החוזה השני. לכן אני לא יכול לדרוש גם את הפיצוי על החוזה הזה וגם את הפיצוי על החוזה השני.

מתי נעדיף הסתמכות על ציפייה/קיום?

באופן כללי **לא נעדיף הסתמכות על ציפייה, אין היגיון בזה שהוצאות ההסתמכות יהיו גבוהות מהוצאות הציפייה. הסתמכות עדיפה על ציפייה בחוזה הפסד.**

סיטואציה אחת היא **בחוזה הפסדי** - **אם נכנסתי לחוזה שבו ההוצאות שלי לקיום החוזה היו גדולות ממה שיכולתי לקבל מהחוזה, החוזה שלי לא משתלם כלכלית**. לפעמים החוזה יראה הפסדי אבל הוא לא הפסדי. נגיד אם נכנסתי לחוזה בשביל לקבל מוניטין. כל הסיבה שנכנסתי לחוזה זה כי רציתי להתפרסם וידעתי שהמחיר שלי הוא מחיר הפסדי. החוזה לא הפסדי כי הייתה לי תועלת מהחוזה, הבעיה עם התועלת הזאת היא שהיא ספקולטיבית. היא קשה לעמידה. למשל, חוזה פרסום - כשהמדיום (עיתון, טלוויזיה) מפר את החוזה ולא מפרסם את המודעה, החברה המפרסמת דורשת פיצוי על אובדן עסקאות שהיא הייתה מקבלת אם החוזה היה מתפרסם. אנחנו מפרסמים כי אנחנו מניחים שאנשים הולכים לקנות את המוצרים שלנו בגלל הפרסום. כמה אנשים היו קונים אקסטרה אם היה פרסום טוב? אי אפשר לדעת. ברור שהחוזה הופר, ברור שגם החוזה לא היה חוזה הפסד, אבל עדיין יהיה בעיה לעמוד את פיצויי הקיום.

בפס״ד **CCC Films v. Impact Quadrant Films**, זה פס״ד מאנגליה על חברה שהזמינו ממנה סרטים בעלות של 12,000$ והיא שלחה אותם בדואר רגיל במקום עם שליח למינכן. הם לא הגיעו, והחברה תובעת את החברה האנגלית על זה שהיא איבדה את הרווחים מזה שהיא הייתה מקרינה את הסרטים. הרווח שאפשר היה להפיק הוא מאוד ספקולטיבי. **בית הלורדים אומר שצריך לתת פיצויי הסתמכות שבמקרה הזה זה השבה - כל הסכום ששולם כדי לקיים את החוזה, 12,000$.** יש חפיפה מלאה בין הסתמכות להשבה. בית הלורדים אומר שאם החברה האנגלית הייתה מראה שהחוזה היה הפסדי במובן שאם היו מקרינים את הסרטים אף אחד לא היה בא והם לא היו מצליחים לקבל כסף, הוא היה מפחית את הפיצויים מתחת להסתמכות. כשאפשר להוכיח את זה, פיצויי הקיום הם תקרה עליונה. אין לך אינטרס להרוויח מעל הקיום של החוזה. לכן, **אם אפשר להראות שפיצויי הקיום נמוכים מפיצויי ההסתמכות, תקבל עד פיצויי הקיום.**

פס"ד **מלון צוקים נ' עיריית נתניה,** 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. **השופט חשין**: ניתן לתבוע לכל אחד מהם כל עוד אין סתירה מהותית. **השופט מצא**: אם פיצויי הקיום נמוכים מההסתמכות אז פיצויי הקיום הם גג עליון. אין הלכה בפועל- לא הייתה דעת רוב.

מתי עדיפה השבה על פיצויי ציפייה?

**אפשר לבקש גם ציפייה וגם השבה, אבל צריך לקזז אותם**. אם ההשבה היא 100 והציפייה היא 150, אני לא זכאי לשניהם. אני אקבל 100 מההשבה ועוד 50 מהציפייה. באותה מידה אפשר לבקש רק ציפייה, 150, בלי השבה. **אי אפשר לקבל גם השבה מלאה בלי קיזוז וגם את כל הציפייה**. זה מכסה את אותו הנזק פעמיים.

**השבה עדיפה על ציפייה רק כשמדובר בחוזה הפסד, או שציפייה לא ניתנת להוכחה**. בדיוק כמו שעדיף הסתמכות על ציפייה. כסעד נוסף צריך שההסתמכות תהיה נמוכה מההשבה. יכולה להיות תוצאה כזאת בגלל החישוב השונה, שאנחנו מתייחסים להוצאות של נפגע ההפרה בהסתמכות והרווח של המפר בהשבה. אם הרווח של המפר מאיזה שהיא סיבה גבוה מההוצאות של נפגע ההפרה, אז נפגע ההפרה יעדיף השבה על פני הסתמכות גם כשיש ביניהם חפיפה. לדוגמה, ההוצאות לבניית הבית והשבת שווי של הבית. אם היה נכס שכבר נמסר והשווי שוק שלו מאוד גבוה, השווי שניתן להעריך אותו מאוד גבוה כתוצאה משינויים בשוק, ברור שנפגע ההפרה יעדיף השבת שווי על פני הוצאות הסתמכות. גם ברור שהוא לא יכול לבקש אותם ביחד - הוא לא יכול לבקש גם את ההסתמכות העיקרית על הוצאות הבנייה שלו וגם השבה של השווי של הבנייה, זה יהיה בחפיפה.

מה קורה עם הוצאות של הסתמכות לפני כריתת החוזה?

פס״ד **Angila Television v. Read** - חברה שהפיקה תכנית לטלוויזיה והוציאה כל מיני הוצאות על ההפקה, ואז ערכה אודישנים לשחקנים, אחרי שהיא כבר הוציאה את כל ההוצאות להפקה. היא התקשרה עם שחקן והוא הפר את החוזה ולא הגיע. השאלה היתה אם הם יכולים לתבוע ממנו את ההוצאות האלה שהם הוציאו, לפני שסגרו איתו את החוזה. הטענה שהתקבלה היא **שההוצאה לא הוצאה בהסתמך על החוזה איתו, אבל זאת הוצאה שהוצאה בהסתמך על זה שהם יכרתו חוזה עם מישהו, והוא יודע במועד הכריתה שהם מוציאים את ההוצאה כדי לכרות חוזה. ברור לגמרי שההפרה גרמה לבזבוז של ההוצאות האלה ולכן זהו נזק של הסתמכות בפועל על החוזה למרות שהוא הוצא לפני החוזה**.

דרך אחרת להגיע לאותה תוצאה זה אם אנחנו חושבים על ה**נזק שנגרם כאובדן הזדמנות עסקית** - הם הוציאו איזה שהיא הוצאה על ההפקה וערכו אודישנים לשחקנים. אם השחקן מפר את החוזה הוא יודע במועד הזה שאם הוא לא היה מגיע לשם, הם היו לוקחים שחקן אחר וההוצאות שלהם לא היו מבוזבזות. **הבזבוז של ההוצאות הוא תוצאה של אובדן הזדמנות עסקית. ההזדמנות העסקית היא להגיע לחוזה הזה עם שחקן אחר, ולכן ניתנו להם ההוצאות האלה**.

הוצאות במסגרת המו״מ:

**הוצאות במסגרת המו״מ גם יכולות להיחשב כהוצאות הסתמכות, אבל הן לא ניתנות במסגרת פיצויי הסתמכות**. עולה בהקשר של פיצויים על מו״מ בחוסר תום לב. הוצאות לפני כריתת החוזה במסגרת המו״מ יכולות להיות בפיצוי שניתן על הפרה של ס׳ 12. פס״ד **Red Owl** - אדם שהוציא הוצאות בשביל לאתר מקום לפתוח בו חנות מכולת כחלק מרשת, ואז החברה הפרה את ההבנה שלה להיכנס איתו למו״מ. כלומר, כל ההוצאות שהוא הוציא בהסתמך על זה שהוא יקיים איתם מו״מ ויפתח חנות מכולת ירדו לטמיון. **הזכות לפיצוי היא תחת הדוקטרינה של השקעות טרום חוזיות** **סוג של פיצויי הסתמכות, אבל לא הסתמכות על החוזה, אלא הסתמכות על המו״מ. פיצוי על ההוצאות האלה יהיה מוגבל רק לעניינים שבהם הייתה הפרה של החובה לנהל מו״מ בתום לב לפי ס׳ 12.**

ד״ר פלד מציע פתרון על פיו התוצאה האולטימטיבית מבחינת תמריצים תהיה לחלק את הנזק בין הצדדים על השקעות טרום חוזיות, ולא שמי שהפר את החובה יישא בכל התשלום או שהצד השני יישא בכל התשלום, כי השקעות טרום חוזיות הן השקעות שמניבות תועלת לשני הצדדים. השקעות שעושה צד אחד שמגדילות את הסיכוי שהם יגיעו לעסקה. העסקה בהגדרה שלה טובה לשניהם. זה אומר שצד אחד בהשקעות טרום חוזיות יוצר תועלת לשניהם, ואם הוא נושא לבד בעלות גם כשאין עסקה, אז כל צד ישקיע מעט מידי בהשקעות טרום חוזיות. לכן דרך טובה לתמרץ אותם להשקיע טוב תרום חוזית, זה להגיד להם "תדע לך שאם הצד השני ייסוג בצורה לא לגיטימית מההסכם, אתה לא תישא בעלויות האלה לבד. גם הצד השני הולך לשלם לך חלק מההוצאות האלה".

ההשפעה של סוג החוזה על סוג הפיצוי:

**צריך לחשוב על ההבחנה בין חוזה השתדלות לחוזה להגשמת תוצאה, וגם על ההבחנה בין חוזה כהבטחה לבין חוזה כמכשיר להקצאת סיכונים.** אם אני חושב על החוזה כהבטחה אני יכול להבין, שההבטחה מוגבלת למה שהצדדים יכולים להבטיח או למה שהצדדים מבינים שהצד השני יכול להבטיח באופן סביר. אם אני חושב שהצד השני מבטיח לי משהו שהוא לא מסוגל לקיים, אז ההבטחה הזאת לא תהיה חלק מהחוזה, כי אני יודע שהוא לא מסוגל להבטיח לי את זה. אם אני חושב על החוזה כעל מכשיר לחלוקת סיכונים זה כבר לא נכון. לדוגמה, חוזה שבו אני מתחייב לזכות בלוטו. החוזה שבו אני אומר לך, תן לי משהו ואני מתחייב שאני אזכה בלוטו, הוא חוזה שאומר (אם אנחנו חושבים עליו כעל מכשיר לחלוקת סיכונים), אני או אזכה בלוטו או שאשלם לך פיצויים אם אני לא אזכה בלוטו. זה מכשיר שמחלק את הסיכון שאני לא אזכה בלוטו אלי ולא אלייך. אני יכול להתחייב לתוצאה גם אם לשני הצדדים הברור שהסיכוי שאני אשיג אותה מאוד נמוך. זה רק אומר שאם אני לא משיג אותה, אני אהיה חייב בפיצוי. זה גם אומר משהו לגבי איך אנחנו תופסים את הסעדים. **אם אני חושב שהחוזים הם הבטחה להגשים תוצאה, ושהצדדים יכולים להתחייב רק למה שהם מסוגלים לבצע, הפיצוי והמילה הפרה טעונים נורמטיבית**. אני אומר לך - אתה לא בסדר, נורמטיבית אתה בן אדם רע, כי אתה מפר ואתה נדרש לשלם פיצוי. **אם אני אומר שהחוזה הוא מכשיר להקצאת סיכונים, אני אומר למפר, המזל שלך רע, לא הצלחת להגשים את החוזה, נפלת בצד הלא נכון של הסיכון, ואתה נדרש לשלם פיצוי כי זה מה שרציתם במסגרת הקצאת הסיכונים**.

מפה אפשר להבין את **Hawkings v. McGee** - מדובר על רופא שאמר לאבא של בן עם פגם ביד שהוא יכול לעשות השתלת עור כדי לתקן את הפגם, והיא תהיה מוצלחת ב- 100%. את העור הרופא לקח מהחזה של הילד. באותו מקרה לא הייתה הסכמה על השאלה, האם ההבטחה לתוצאה היא חלק מההסכם. הרופא אומר שההבטחה לתוצאה לא יכולה להיות חלק מההסכם, כי כל אדם בר דעת צריך להבין שרופאים לא יכולים להתחייב למאה אחוז תוצאה. ביהמ״ש אומר שני דברים: קודם כל, אתה הבטחת לו. אמרת לו עוד פעם ועוד פעם ועוד פעם שיבוא לניתוח. לכן כעניין נורמטיבי, אנחנו רוצים לפרש את זה כאילו הוא הבין שהבטחת להגיע לתוצאה. אבל זאת לא השאלה הנכונה - השאלה אם אדם סביר צריך להבין שהסיכוי נמוך או גבוה היא לא רלוונטית. **השאלה היא מה הקצאת הסיכונים שהם רצו. אם הרופא אומר שהוא לוקח על עצמו את הסיכוי שהניתוח יכשל, זה אומר כעניין תרופתי שהוא מבטיח את התוצאה. ואם הוא לא יעמוד בתוצאה הוא ישלם פיצוי. לא בגלל שהוא לא בסדר, בגלל שהוא הפר חוזה כעניין מוסרי, אלא כי הוא נטל על עצמו את הסיכון שהניתוח יכשל.**

צריך לשאול איזה הנחיות ביהמ״ש של הדיון נתן למושבעים? (שתי הנחיות). קודם כל, תנו פיצוי בגין הכאב והסבל העודפים שנגרמו בעקבות הניתוח. מה היה מצבו לפני הניתוח, ואיזה כאב וסבל הוא סבל בעקבות הניתוח - זה רכיב אחד. הדבר השני שצריך לתת עליו פיצוי זה ההשפעה השלילית של הניתוח על היד. מה היה הנזק שסבלה היד אחרי הניתוח? (בעור מהחזה שהושתל ביד היו זקיקי שערה ולכן צמחו לבן שערות בכף היד, בנוסף גם הייתה צלקת ונגרם נזק תפקודי) מה ההשפעה השלילית של הניתוח על התפקוד של היד לעומת המצב טרום הניתוח. ביהמ״ש של הערעור אומר שזו תוצאה שגויה - איזה פיצויים ביהמ״ש נותן כשהוא מנחה את המושבעים בצורה כזו? **ביהמ״ש אומר שמה שהיה צריך להיות זה מה שהרופא הבטיח (יד מושלמת) פחות מה שהוא קיבל בפועל, את הפער**. אבל מה שאמרו להם זה לתת רק פיצוי בגין הנזקים התוצאתיים, בלי פיצויי הסתמכות ובלי פיצויי קיום. פיצויי קיום זה להביא את היד למצב שבו הייתה אם היא הייתה 100%, הפער בין היד במצבה לאיך שהבטיחו אותה - מושלמת, לא לאיך שהיא הייתה לפני הניתוח. כמו שיבטיחו לי מכונה מושלמת ויביאו לי מכונה דפוקה. הפער, הנזק שנגרם לי, הוא לא הפער בין המכונה שקיבלתי לבין היעדר מכונה, אלא הפער בין המכונה שקיבלתי והמכונה שהבטיחו לי - אלה פיצויי הקיום, זה מה שביהמ״ש לא הנחה את המושבעים לפסוק. זו הטעות.

אם אנחנו מניחים שכשהניתוח מבוצע מושלם, עדיין סובלים מכאבים ביד, זה אומר **שהכאב והסבל אפשר לחשוב עליהם כעל הוצאות הסתמכות על ההסכם**. אם אתה מבקש פיצויי הסתמכות, תשים אותי במצב שבו הייתי אלמלא החוזה. אז תשים אותי במצב שבו הייתי אלמלא עברתי ניתוח, תן לי פיצוי על כאב וסבל. אבל אם אתה רוצה להיות במצב שבו הייתי לו היתה לי יד מושלמת, כלומר מצב שבו הייתי **אם החוזה היה מצליח והרופא היה עומד בהתחייבות שלו, עדיין הייתי סובל מהכאב והסבל של הניתוח. אז זה פיצוי שאני לא זכאי לו, אם אני מבקש פיצויי ציפייה. הכאב והסבל מהניתוח הם הוצאות הסתמכות, ולא ניתן לבקש בחפיפה גם את ההסתמכות על החוזה וגם את הציפייה**. אם אנחנו חושבים על הכאב והסבל בעקבות הניתוח, כעל הכאב מהחלמה מניתוח שהיה קורה גם אם הניתוח היה מושלם, אז זה לא נזק שנובע מקיום החוזה, זה נזק שנובע מהסתמכות על החוזה**. זה הוצאה שנפגע ההפרה הוציא כדי לקיים את החוזה. לכן זה רכיב בנזק שהוא לא זכאי לפיצוי בגינו.**

הוצאות תיקון מול ירידת ערך:

ישנה הפרה של החוזה, הבטיחו לי משהו וקיבלתי משהו אחר. **האם פיצויי הקיום זה הפיצויים שמאפשרים לי לתקן את ההפרה, לשים אותי במצב פיזי (לא כלכלי) אילו החוזה קוים בפועל, או פיצויים שמגלמים את הפער בשווי בין מה שקיבלתי למה שהובטח לי**? **Jacob & Young v. Kent** - קניתי בניין, הזמנתי צינורות מסוג א׳, שמו בקירות צינורות מסוג ב׳. האם אני זכאי לפיצוי שמגלם את העלות של הריסת הבניין, ובנייה שלו מחדש עם צינורות א׳, או הפער בין השווי של הבניין עם צינורות א׳ והבניין עם צינורות מסוג ב׳. **בעצם השאלה נוגעת להערכת הנזק. פער שווי הוא פער שווי אובייקטיבי, כשאנחנו אומרים בואו נעמוד את השווי, אנחנו אומרים בואו נעמוד את השווי בשוק**. כמה עלו צינורות ב׳ וצינורות א׳. אם לכולם אכפת מצינורות ב׳ וצינורות א׳ באותה מידה, אז זה מפצה באופן מלא את הניזוק, ואין סיבה לתת לו את עלויות התיקון. אבל, יש ניזוקים שמאוד אכפת להם מצינורות א׳. הם יודעים שזה לא עושה שום דבר למים או שהפער הוא כ״כ זניח שפיצוי נמוך מגלם את זה. הם לא מעוניינים למכור את הבית, כי אם היו מוכרים אותו אז ההפרשי שווי היה מפצה אותם באופן מלא. הם מעוניינים לגור בבית הזה, והם מעוניינים לגור בו עם צינורות מסוג א׳. אי אפשר להכריח אותם כי להם זה מאוד חשוב. אם זה באמת חשוב לנפגע ההפרה, אז זה נזק אמיתי. **בגישה האנגלית, כשהנכס ייחודי באופן כזה שיש קשיי הערכה שלו ועלויות איתור גבוהות, אז הפיצוי צריך לגלם את העלות של ההשבה ולא את השווי שוק, כי השווי שוק לא מדויק ומאוד אמורפי. הנכס הוא ייחודי אז הפערים בהערכות שווי שלו מאוד גבוהים.**

לדוגמה, כיסא של ״כתר״. הפרו מולי את ההסכם ולא נתנו לי כיסא של כתר. מה הפער בין מה שקיבלתי לכיסא שרציתי? הוא כ״כ ברור ונפוץ שאנחנו לא מתקשים לאמוד את השווי שלו, והסיבה היא גם מאוד ברורה - העלות של כיסא חדש מגלמת פיצוי מלא. אם הייתי צריך ליצור או לשנות את הכיסא שיש כבר כדי להפוך אותו לכיסא של כתר, זה היה פיצוי יתר כי הייתי יכול לגלם את הפיצוי בדרך קלה בכך שהייתי מוצא תחליף. התחליף מפצה באופן מלא ומאוד קל לאמוד אותו. זה נכון עם נכסים שיש להם שוק, עם נכסים נפוצים. לא עם נכסים ייחודיים. נכס מקרקעין בהקשר הזה נחשב לנכס ייחודי.

דרך נוספת להגיע לאותה תוצאה היא דרך עלויות האיתור. אנחנו משקיעים המון בלאתר דירה, ואם אני אתן לך רק את השווי שוק של הדירה אני אפצה אותך בחסר כי אני לא מעריך את הזמן שאתה משקיע בלאתר ולחפש ולעשות את כל הפעולות כדי לרכוש דירה. על הזמן הזה שאתה משקיע, גם צריך לתת פיצוי. אם נפצה רק לפי הפער האובייקטיבי אז אנחנו מפצים בחסר.

למרות זאת, **הגישה המקובלת בכלל המשפט היא שהסטנדרטים אובייקטיביים. אנחנו מפצים לפי הערכות שוק, לפי הערכת שמאי. אנחנו לא מפצים לפי הערכה פרטית.** זה לא שייך רק לדיני החוזים, גם בדיני הנזיקין זה ככה - הפיצוי שיינתן על אובדן של נכס ככלל, מגולם ע״י השווי שוק של הנכס ולא ע״י השווי הפרטי. יש מקרים שזה בוודאות הערכת חסר. לדוגמה, גזל של טבעת נישואים. ברור שגזל של טבעת נישואים גורם לנזק גדול יותר מהשווי של הטבעת בחנות. אם יש טבעת נישואים או תכשיט אחר סנטימנטלי ואומרים לנו שזה עלה בחנות 500 ש״ח. אם אני אתן לך 1,000 ש״ח אתה תמכור? אם התשובה היא לא זה אומר שהערך של זה הרבה יותר גבוה מהערך בשוק. ואם הערך הוא יותר מ- 5,000 ש״ח סימן שהערך הוא משמעותית יותר גבוה מהערך בשוק ועדיין הפיצוי שתקבל יהיה הפיצוי האובייקטיבי לפי ערך השוק/הערכת שמאי של 500 ש״ח.

אחד ההסברים לזה לפי ס׳ 10, זה הרצון לגרום לגלות. ברור שהערך הוא ערך השוק, אבל הצדדים יכולים להתנות. אם בהסכם אני אומר לחייב שאני נותן לו לשמור על טבעת הנישואים שלי והערך שלה כלפי הוא אלפי שקלים, אז אתה יודע להגן עליה הרבה יותר מאשר סתם טבעת ששווה כמה מאות שקלים. לכן, **הסטנדרט האובייקטיבי עם האפשרות להתנות עליו, מעודד גילוי של מידע, וזה מידע רלוונטי למפר, כי הוא צריך לדעת מה הנזק שהוא גורם בהפרה שלו, כדי שהוא יפר רק שיעיל להפר ולא יפר כשלא יעיל להפר.**

חשש נוסף הוא ניצול לרעה - עלות התיקון לא משקפת את הערך הסובייקטיבי. מוצדק ללכת לעלות התיקון ולא לערך, כי הערך נמוך מידי. הערך האובייקטיבי לא משקף את הערך הסובייקטיבי. מצד שני גם עלות התיקון לא משקפת את הערך הסובייקטיבי, עלות התיקון היא שרירותית. לדוגמה, הצינורות בקיר. יכול להיות שהשווי האובייקטיבי זה 10, השווי הסובייקטיבי זה 20, אבל עלות החלפת הצינורות בקיר זה 5,000. אין שום דמיון בין עלות התיקון לבין הערך האובייקטיבי או הערך הסובייקטיבי. אבל, זה מאפשר לי לנצל לרעה את זה שאני יכול לקבל פיצוי של 5,000 כדי לדרוש את הפיצוי הזה ולגרום לך לקיים את ההסכם גם כשמאוד לא יעיל לעשות את זה. השווי האובייקטיבי הוא 10, השווי הסובייקטיבי הוא 20, לא הייתי רוצה להשקיע יותר מ- 20 כדי להחליף את הצינורות, אבל אם אני אומר שכן אני יכול לקבל 5,000 ש״ח פיצוי. גם אם עלות ההחלפה תהיה נמוכה יותר, הוא עלול לעשות את זה כדי להימנע מתשלום פיצויים, למרות שזה לא יעיל לאף אחד.

פס״ד **Peevyhouse** - מדובר על בעל מקרקעין שחברת כריה רוצה לכרות לו במקרקעין פחם, הם רוצים לבנות מכרה פחם בתוך השטח שלו. מה קורה שנגמרת העבודה של כריית הפחם? ההסכם אמר שאחרי שעבודת כריית הפחם נגמרת, הם צריכים לכסות את המכרה, את הבור שנוצר באדמה. השאלה היא, מה הנזק שהוא זכאי לו על זה שהם לא כיסו את הבור? כיסוי של הבור רק בשביל לישר את האדמה זה המון עבודה. ההערכה הייתה שלתקן את המקרקעין ע״י כיסוי כל הבור יעלה 29,000$. אובדן הערך של הקרקע נמוך יותר, כי הקרקע גם ככה לא שווה הרבה. היא נמצאת במקום שהוא יחסית מבודד והנזק לקרקע הוא רק 300$. כלומר, שווי המקרקעין כשהם שלמים הוא 3,000$ והערך ירד ב- 10% כתוצאה מהמכרה. זה אומר שהפער הוא אדיר - העלות של ביצוע החיוב החוזי הוא 29,000$ והשווי מבחינת אובדן ערך הנכס הוא רק 300$. אבל, זה היה ידוע לצדדים במועד הכריתה. **דעת המיעוט** מסבירה שבשלב כריתת החוזה, האדם הפרטי שמתקשר ונותן לכרות בקרקע שלו עומד על זה שיהיה את ההסדר הזה בסוף החוזה - שבסוף החוזה יחזירו את הקרקע לקדמותה. Peevyhouse היא חברה מסחרית שמתקשרת איתו. עולה השאלה האם התיקון נלקח בחשבון בשלב התמורה. כלומר, Peevyhouse רוצים להשכיר את הקרקע, הם מוכנים לשלם על זה, בעל המקרקעין אומר שאין בעיה אבל הוא עומד על זה שהם יתקנו את הקרקע בסוף. אם Peevyhouse יודעת מה העלות, אז לפחות יכולה להיות טענה לגבי התמורה החוזית.

מה הטענה? כשהם שוקלים כמה הם משלמים לבעל הקרקע, הם אומרים - אנחנו משלמים לו דמי שכירות פלוס 29,000$ על התיקון. הם שיקללו את זה במועד הכריתה. בעל המקרקעין אמר להם שזה מה שהוא רוצה, אז הם דרשו מחיר שכירות נמוך יותר. כמה נמוך יותר? בשביל לשים אותם באותו המצב אז נמוך יותר ב- 29,000$. עכשיו שהם מתחמקים מזה הם בעצם משנים את מערך היחסים ביניהם במועד הכריתה. אחד **הוויכוחים בין דעת הרוב ודעת המיעוט זה אם הם ידעו את העלויות במועד הכריתה, ונראה לנו שהרבה יותר הגיוני שאתה יודע את העלויות של הפרת החוזה במועד הכריתה, העמידה על הביצוע היא הרבה יותר הגיונית.**

עוד הבדל חשוב זה זהות הצדדים. **דעת המיעוט** גם מדגישה את זה שהצד שמתקשר בחוזה הוא אדם פרטי ולא גוף מסחרי. למה זה משנה לנו שזה אדם פרטי ולא גוף מסחרי? **ההסבר חוזר לערך האובייקטיבי והסובייקטיבי.** גוף מסחרי שמחזיק במקרקעין למטרות מכירה של הנכס לא מעניין אותו אם הנכס יפה או לא יפה. מעניין אותו רק שווי הנכס, מה שאכפת לו זה השווי הכלכלי. ואם השווי הכלכלי שמגולם בזה שיש בור באמצע הנכס הוא 300$, זה הנזק של הגוף המסחרי. לעומת זאת לאנשים פרטיים יש ערך סובייקטיבי. הערך הסובייקטיבי סוטה מהערך האובייקטיבי. אם הוא היה אותו הדבר, אנשים לא היו מקיימים עסקאות. לא הייתי יכול להרוויח מלקנות משהו בשוק כי הערך שלי תמיד היה הערך של השוק. אבל זה לא המצב, אנשים אוהבים נכס יפה יותר מכמה שזה עולה לייצר נכס יפה. כלומר, **הערך הסובייקטיבי שונה מאדם לאדם ושונה מהשווי האובייקטיבי של הנכס. לכן אם הבעלים עומד על זה בשלב הכריתה, סימן שה- 300$ לא מפצים אותו, כי אחרת הוא לא היה עומד על זה בשלב הכריתה.**

מצד שני, **אפשר לחשוב שהמטרה של הפסיקה לפי ה- 300$, לפי הירידת ערך, זה מניעת בזבוז.** מה החשש? לתת 29,000$ פיצוי זה בזבוז אדיר, כי יוציאו 29,000$ בשביל לכסות בור, והשווי של הכיסוי של הבור זה 300$. אז אנחנו לא נפצה ב- 29,000$ כדי למנוע בזבוז. אבל **זו עמדה שגויה. היא נכונה רק אם אני מתנה את תשלום הפיצוי בביצוע העבודות בפועל.** אבל אין הכרח לעשות את זה, אפשר לתת פיצוי לפי העלות. כלומר, הבעלים של השטח יקבל פיצוי של 29,000$, אבל הם לא יכסו את הבור. ובאמת אין להם סיבה לכסות את הבור כי הערך הסובייקטיבי שלהם הוא כנראה גבוה מ- 300$ אחרת הם לא היו מתעקשים, אבל אין לנו סיבה להניח שהוא דווקא 29,000$. הוא יכול להרבה פחות. לכן העובדה שקיים פער כזה לא מצדיקה את כיסוי הבור.

לכאורה, ברור לנו שהפער האדיר הזה הוא בעייתי כי אנחנו נותנים לנפגע ההפרה פיצוי גבוה בהרבה מהנזק הסובייקטיבי שנגרם לו מבחינת התחושה שלו עם הנכס שיש לו. מצד שני, זה סותר את מהות העסקה במועד הכריתה שלה. במועד הכריתה, העסקה הייתה לתמלוגים פלוס התחייבות לתקן. **בפס״ד יש התייחסות למהות העסקה, והבחנה שלה מעסקאות אחרות. הם אומרים שהבעלים של הקרקע לא קיבלו דמי שכירות חודשיים, הם קיבלו תמלוגים מהכרייה** - אחוזים מסוימים מתוך כריית הפחם שתעשה בקרקע שלהם תשולם להם. **במובן הזה, ביהמ״ש אומר שהם יותר קרובים לשותפות מאשר למשכיר שהשכיר שטח למישהו אחר. הם שותפים בגורל של העסק, וכשותפים בגורל העסק אפשר לחשוב שאין לנו סיבה לחשוב עליהם כעל מי שהשכיר תמורת סכום וציפה לקבל את השטח שלו חזרה כפי שהיה קודם.**

דרך אחרת לחשוב על זה, זה על **שאלת חלוקת הסיכונים**. בשלב הכריתה, הסיכון היה הגיוני. נניח שבשלב הכריתה שווי הקרקע היה 300,000$ והפחתה של 10% בשווי הקרקע היתה 30,000$ כתוצאה מזה שיש שם מכרה פחם. באותה נק׳ זמן, להתעקש על התיקון זה הגיוני כי התיקון הוא כדאי כלכלית. אנחנו נתקן ב- 29,000$ ונמנע נזק של 30,000$. **השאלה על מי אני מטיל את הסיכון שיהיה שינוי בערך הקרקע לאורך הזמן. אם אנחנו מטילים את זה על השוכר, על החברה הכורה, אנחנו נרצה שהפיצוי יהיה לפי הוצאות התיקון כי הוא זה שיצטרך לסבול מזה שערך הקרקע ירד.** מחייבים לפי מחיר התיקון ואז הוא לא יכול לבוא בטענה ולהגיד שזה לא משתלם כי הוא לקח על עצמו את הסיכון הזה. **אם אנחנו חושבים שהסיכון הוא על הבעלים, אז אנחנו נפצה אותו לפי ירידת הערך, כי הוא ישא בסיכון שהערך של הקרקע ירד, והמשמעות היא שהוא יאבד חלק מהערך הסובייקטיבי שלו**. תיקון הקרקע היה משיב לו את הערך הסובייקטיבי שלו לקדמותו, מפצה אותו באופן מלא על הערך הסובייקטיבי ועכשיו כשלא משיבים את הקרקע לקדמותה הוא מאבד חלק מזה.

**אפשר לנסות לחשוב על פתרון ע״י המחשבה, על מי הצדדים רצו להקצות את הסיכון לירידת הערך. אם לצד לחוזה יש ערך סובייקטיבי סופר גבוה**, אם ערך השוק של Peevyhouse זה 3,000$ אבל יש לו באמת ערך אישי של 300,000$. **איך הוא יכול להתגונן? לכאורה עפ״י Peevyhouse הם יכלו במקום לתבוע פיצויי קיום, לתבוע אכיפה.** להגיד שהם לא מבקשים פיצוי על מילוי הקרקע אלא שיאכפו את החוזה. תנו לנו את הקרקע כמו שקיבלתם אותה לפי הדרישה בהסכם, תמלאו את הבור. זה יעלה 29,000$? לא בעיה שלהם. זאת ההתחייבות עפ״י ההסכם. **הבעיה שזה יכול להתפרש כאחד המקרים שיש לו סייג לאכיפה - ס׳ 3(4) אכיפה היא לא צודקת בנסיבות העניין.** למה? כי זה מטיל הכבדה מאוד כבדה על המפר, והנזק לנפגע ההפרה לכאורה מינורי וניתן לתקן אותו בפיצוי. זה בדיוק מסוג המקרים שביהמ״ש יכול להתערב במקרה של אכיפה.

**פתרון אחר יהיה פיצוי מוסכם. הצדדים רוצים להגיד - לא, לי יש ערך גדול ואני מפחד שתפר ולא תשיב את הערך לקדמותו, אז אני אקבע תניה שאתה חייב לתקן את הקרקע ופיצוי מוסכם על אי התיקון.** לכאורה אולי היה אפשר לפסול את הפיצוי המוסכם כי הוא מוגזם ויש סמכות לביהמ״ש לבטל פיצוי מוסכם. אבל, הסמכות הזאת ניתנת רק אם הפיצוי לא מקיים יחס צפוי לנזק במועד הכריתה וכאן הוא כן. אפשר להתווכח על כימות הנזק, אבל אם הצדדים אומרים לביהמ״ש שיכמת את הנזק ככה, אז ביהמ״ש צריך לכבד את זה. זה לא משהו שלא מקיים יחס סביר לנזק הצפוי במועד הכריתה.

אפשר להתייחס גם לדברים בחוזה - **אם היו כותבים בחוזה שהם דורשים שימלאו את הבור למרות שיש פער אדיר והם בכל זאת עומדים על זה שימלאו את הבור, ביהמ״ש לא היה מתמודד עם פער בין עלות מימוש בפועל והשווי החוזי כמשהו לא צפוי**. ב Peevyhouse נראה שביהמ״ש הופתע מהעלות הגבוה בפועל לעומת השווי האובייקטיבי הנמוך.

**איך מחשבים את הפיצוי לפי הדין הישראלי**? אין הסדר ברור. אבל לכאורה אפשר להגיע לתוצאה של ירידת הערך דרך החובה של הקטנת הנזק. אם הנכס הוא כזה שאין לו חשיבות אישית, הוא לא נכס ייחודי, אנחנו נגיד **- אם תמכור אותו בירידת הערך במקום לתקן אותו, אתה תעמוד בחובת הקטנת הנזק**. כי זה יתקן את הנזק בסכום נמוך יותר, יקטין את הנזק. למשל, רכב שנפגע טוטאל לוסט. עלות התיקון שלו כדי להשיב אותו למצב של רכב תקין לגמרי גבוה יותר מהמחיר של רכב חדש לגמרי. במקרה כזה אנחנו נגיד לנפגע ההפרה למכור את הגרוטאה ולקנות רכב חדש. זה אפילו ישים אותו במצב יותר טוב ממה שהוא היה מקודם כי מקודם לא היה לו רכב חדש. ברור שזה שם אותך במצב שלם ואם תעמוד על התיקון, הנזק יהיה גדול יותר ואין סיבה עקרונית לשלם את זה. אז אם אתה יכול להקטין את הנזק ע״י זה שתמכור את הרכב, אז תמכור את הרכב. **השבת השווי מגלמת את עקרון הקטנת הנזק. זה דרך להגיע לסכום הנמוך דרך הדין הישראלי.**

אפשר לחשוב על זה גם אם הניזוק הקטין את הנזק. רכב חדש עולה 50,000 ש״ח, והרכב שלי ניזוק - נפתחו כל כריות האוויר, הוא לא שווה כלום כרגע, אבל אני הולך לאדם שמומחה בשחזור רכבים ומתקן את הרכב במחיר של 200,000 ש״ח ועכשיו אני דורש פיצוי. יגידו לי - מה הפעולות שעשית? הפעולות שעשית הן פעולות שנועדו להקטין את הנזק. היה לך רכב, הרכב היה ניזוק ופעלת כדי להקטין את הנזק. אבל אנחנו **נתיר לך פיצוי על הקטנת הנזק רק בגין הוצאות סבירות. הוצאות שגדולות משווי הנכס הן לא סבירות. מאחר שהן לא סבירות, אנחנו רשאים להפחית את הפיצוי**. לכמה? לפער בין עלות התיקון לשווי הרכב.

**אפשר להגיע לפער בין השווי האובייקטיבי לסובייקטיבי דרך ס׳ 13 (**נזק לא ממוני). למשל, טבעת נישואין שהפער בין השווי האובייקטיבי לסובייקטיבי שלה גדול**. בנכסים שיש להם ערך סנטימנטלי משמעותי זה נראה טבעי להשתמש בס׳ 13, אבל זה שימוש חריג לפסיקה. הפסיקה מדברת על נזק לא ממוני כעל נזק תוצאתי לא ממוני ולא כעל דרך חישוב פיצויי הקיום.**

**באותה מידה, הוצאות התיקון יכולות להתפרש כסעד עצמי עפ״י ס׳ 4 לחוק חוזה קבלנות - המזמין הזמין עבודה, והעבודה בוצעה תוך הפרה של ההסכם והיה נדרש עבודות תיקון. למזמין העבודה יש אפשרות לתקן בעצמו, ולדרוש החזר הוצאות סבירות עבור התיקון, או כסעד עצמי הוא רשאי לנקות את ההוצאות האלה מהתשלום בירידת הערך.** הסדר דומה קיים בחוק השכירות והשאילה ביחס לשכירות נכס. ברוב חוזי השכירות יש הסדר דומה. כלומר, בנכסים שהבעלים צריך לתקן, לדוגמה נזק שנגרם כתוצאה מבלאי סביר. לפי החוק יש הסדר ברירת מחדל שלפיו השוכר רשאי לתקן ולנקות את ההוצאה מדמי השכירות שמשלמים למשכיר.

בדיני הנזיקין ככלל אנחנו נותנים לניזוק את האפשרות לבחור. לדוגמה, בהקשר של נזקי רטיבות בדירה. יש פיצוי אחד על ירידת ערך אבל אתה יכול לקבל פיצוי גבוה יותר אם אתה מוציא את הוצאות האלה בפועל. למה יכולים להיות כללים שונים? בחוזים הצדדים הם קרובים, הצדדים מכירים אחד את השני. למה זה משנה? כי צדדים קרובים יכולים לדעת את הערך הסובייקטיבי, הם יכולים לכלכל את צעדיהם לאור המידע שמוסר הצד השני. לעומת זאת בנזיקין, אין אפשרות דומה. אתה לא יכול להגיד שתיזהר יותר כלפי ניזוק x כי השווי של הנכס עבורו גבוה במיוחד. אני לא יכול לעשות את זה כי אני לא יכול לדעת מה השווי של הנכס עבורו, אני לא מכיר אותו. לכן, יכול להיות שאחד ההסברים ללמה אנחנו נעדיף דווקא בחוזים תשלום יותר גבוה יהיה כדי לגלם את ההפרש הזה בפערי המידע.

התפקיד של מחיר השוק:

**יש מקומות שבהם הערכת הנזק תהיה יחסית קלה, וזה כשיש לנו שוק שמאפשר לנו לכמת את הנזק בצורה פשוטה. הפער בין המחיר החוזי למחיר השוק, לדוגמה בחוזה מכר, יתן פיצוי שלם**. לדוגמה, סיטואציה שבה קונה א׳ התחייב לשלם 100 תמורת נכס, ובמועד ההפרה מחיר השוק של הנכס זה 150. כלומר זה נכס שיש לו שוק מוחלט. הוא יכול ללכת לחנות ולקנות אותו ב- 150. פיצוי של 50 יפצה אותו באופן מלא. עכשיו יש לו 50, ועם עוד ה- 100 שהוא התכוון לשלם, הוא יכול לקנות את זה בשוק ב- 150.

מה קורה אם קונה א׳ הוא מתווך בעסקת תיווך, והוא התכוון לקנות ב- 100 אבל הוא התחייב למכור לקונה 2 ב- 120. אם הפיצוי צריך להיות 50 או 20? בפס״ד **ליאון נ׳ רינגר** השופט זוסמן קובע 20. ד״ר פלד חושב שצריך להבחין בין מצבים. אם קונה 1 התחייב למכור לקונה 2 והוא עדיין לחייב למכור לקונה 2, הפיצוי לא יכול להיות 20, הוא חייב להיות 50. למה? או שקונה 1 יקנה את המוצר בשוק ב- 150 כדי לספק את המוצר לקונה 2 כי הוא חייב לספק לו את המוצר, ואז יגרם לו נזק של 50 כי הוא היה אמור לקנות את המוצר ב- 100 ולספק אותו לקונה 2, והוא קנה אותו ב- 150 וסיפק אותו לקונה 2. אופציה אחרת זה שהוא יפר מול קונה 2. מה יהיה הפיצוי שהוא ידרש לשלם לקונה 2? 30. חוץ מזה הוא זכאי לפיצוי על הפער בין המחיר שבו התחייב לשלם, את האובדן רווח של ה- 20. אז הוא זכאי לפיצוי של 20 ועוד פיצוי על הנזק שהוא נדרש לשלם, על הנזק התוצאתי מההפרה של עוד 30. ככה או ככה, קונה 1 זכאי לפיצוי של 50. זה אם עדיין החובה קיימת.

אם קונה אחד 1 התחייב למכור לקונה 2 ב- 120, אבל החובה מותנית. ההסכם מותנה רק בביצוע של מוכר. קונה 1 אומר לקונה 2 - אם מוכר מפר מולי, אני לא חייב לך. במקרה הזה, לפחות לכאורה, הנזק הוא רק 20. קונה 1 היה אמור לקבל משהו ב- 100 ולמכור אותו ב- 120 והוא הפסיד את העסקה ב- 20, אבל אין לו חובה לקיים את העסקה הזאת ולכן לא נגרם לו נזק עודף. קונה 1 יכול להגיד לא, אני רוצה לקיים את החוזה מול קונה 2. אני אקנה ב- 150, אתן לו ואקבל 120, ואני דורש ממך את הפער בין מה שקניתי למה שהתחייבת למכור לי שזה עדיין 50. יתכן שתעמוד למוכר טענה על אי הקטנת הנזק. יכולת לא לקיים את החוזה מול קונה 2, והיה נגרם לך נזק של 20. קיימת את החוזה בכל זאת והגדלת את הנזק ל- 50, אני לא חייב לך על כל ההגדלה הזאת אני חייב לך רק 20.

בכל מקרה אפשר להבין איך מחיר השוק מגדיר את פיצויי הקיום כשלנכס הנמכר יש שוק, בעיקר בעסקאות מכר.

**בדין הישראלי, התפקיד של מחיר השוק מעוגן לתוך החוק דרך ס׳ 11(א) - כשיש שוק לנכס או ממכר, אז הפער בין המחיר החוזי למחיר השוק מהווה פיצוי ללא הוכחת נזק.** המועד הרלוונטי לפי הס׳ הוא מועד הביטול. **אנחנו נבחן את הפער בין המחיר החוזי למחיר השוק לפי מועד הביטול.** מועד הביטול ולא מועד מאוחר יותר לביטול מפאת חובת הקטנת הנזק - בנקודה הזאת אתה יודע שבוטל החוזה, הוא לא יקוים יותר, אתה לא הולך לקבל את הממכר, אתה יכול ללכת לקנות אותו למטה בחנות. תקנה אותו למטה בחנות, ואתה תקבל את הפער. אתה לא רק תקבל את הפער, זה גם יהיה אוטומטי לגמרי.

**אובדן נפח עסקאות:**

קבלן דירות מוכר הסכמים לקונים. קונה הפר את ההסכם מול הקבלן. הקונה עוד לא שילם שום דבר. קונה נכנס לבניין ואומר לקבלן - אני רוצה דירה, חותמים על הסכם, מתקשר אליו אחרי 10 דק׳ ואומר שהוא מבטל את ההסכם חד צדדית. הוא לא קונה את הדירה. **אנחנו יודעים לפי ס׳ 11(א) שאם הקבלן רץ למכור את הדירה בגלל חובת הקטנת הנזק, והוא מוכר אותה במחיר נמוך יותר, הוא זכאי לפער. אם הייתה עליה בשווי הנכס, הוא הרוויח ואין לו פיצוי. האם זה נכון שהוא לא יקבל פיצוי?** הקבלן אמר לקונה - בסדר, אני אתמודד והלך ומכר את הדירה. הוא אפילו מכר אותה בלי הפסד. האם הוא באמת לא זכאי לפיצוי, ולמה הוא יכול להיות כן זכאי? מצד אחד, הקונה שילם מחיר נמוך מידי, אז הקבלן הרוויח לכאורה מזה שהוא לא מכר לקונה הזה ומכר לקונה 2. מצד שני, הקבלן מכר לקונה יותר ממה שעלה לו לבנות, אז הוא היה מרוויח מהעסקה עם קונה 1, הוא פשוט היה מרוויח יותר מהעסקה עם קונה 2. מה היה קורה אם קונה 2 גם היה קונה דירה? בסדר אז קונה 2 גם היה קונה דירה, אז מה עם קונה 3? נניח שגם קונה 3 היה קונה דירה. **יכול להיות שכל הקונים שקנו בפועל היו קונים בכל מקרה והוא גם יכול היה להשלים את העסקה עם קונה 1 שהפר. אם ההיצע עולה על הביקוש, אז לקבלן נגרם נזק למרות שהוא הלך ומכר את הנכס הזה. נגרם לו נזק כי הוא ביצע פחות עסקאות.** הייתה לו עסקה שבוטלה, כמות העסקאות שהוא ביצע בפועל הייתה נמוכה יותר ממה שהוא חשב שהוא יבצע בעקבות העסקה הזאת. אם היה לו אובדן של נפח העסקאות, נגרם לו נזק כי אלמלא ההפרה הוא היה מוכר יותר. השאלה האם אנחנו נותנים פיצוי על אובדן נפח עסקאות?

קודם כל, **כדי לענות על השאלה אנחנו צריכים להכריע שבאמת הייתה ירידה בנפח העסקאות. שהמלאי מוגבל ומחוסל בכל מקרה, הטענה לא יכולה לעמוד**. אז עם קבלני בניין זו טענה מאוד קשה כי קבלני בניין בנו בניין, אין להם שליטה על כמות הדירות, היא נקבעה לפני שהם מכרו אותן. הם לא יכולים להגיד שהם היו בונים עוד. בדר״כ הביקוש הוא גם די יציב. לכן, יכול להיות שנגרם לי נזק מזה שלקח לי יותר זמן למכור ועל הנזק הזה אני זכאי לפיצוי, אבל אני לא יכול להגיד שהייתי מוכר יותר יחידות כי המלאי מחוסל.

**גם במקרה הזה שהמלאי מחוסל יכול להיות פיצוי, פיצוי על בזבוז הזמן, על הוצאות המו״מ בעסקה החליפית, ההוצאות האלה מכוסות תחת ס׳ 14 (ב)**. ס׳ 14(א) קובע את חובת הקטנת הנזק, **14(ב) אומר שאתה זכאי לפיצוי בגין ההוצאות הסבירות שהוצאת כדי להקטין את הנזק.** זה אומר שאם ביצעתי מו״מ חלופי כדי למכור את אותו הנכס, אלה פעולות שביצעתי כדי להקטין את הנזק ולכן אני זכאי עליהם לפיצוי**. יכול להיות שאני זכאי גם להוצאות המו״מ עם החוזה שהופר אם אנחנו חושבים עליהן כעל הוצאות הסתמכות**. זה לא תפיסה רגילה של הוצאות הסתמכות, וככלל אתה לא זכאי להוצאות שהוצאת על מו״מ לכרות חוזה, אבל זאת דרך לחשוב עליהם גם, במיוחד אם היה פגם בתום הלב שהוביל לזה שהחוזה בוטל.

אתה זכאי גם לפערי מחיר - **אם בחובת הקטנת הנזק לא הקטנת את כל הנזק ל- 0, ונותר פער חיובי, נפגע ההפרה זכאי לפיצוי עליו.** יש שאלה ביחס לראשי הנזק האחרים, אם המפר יכול לקזז את הרווח. לדוגמה, הקונה הגיע לקבלן, קנה דירה ב- 100, הוא ביטל את ההסכם, הקבלן הלך והתקשר עם קונה 2 ומכר ב- 110 והיו לו הוצאות של 15 כדי להתקשר עם קונה 2. האם קונה 1 צריך להגיד בסדר אני אתן לך פיצוי על ההוצאות שלך, אבל נקזז את הרווח שעשית, את הפלוס 10 שמכרת את הדירה. אני אתן לך פיצוי של 5 ולא של 15. אין לזה תשובה חד משמעית בפסיקה, **התפיסה המקובלת היא שלא, הוא לא יכול לקזז**. אבל נראה שזה נוגד את התפיסה שכן ניתן להחסיר מהפיצויים את התועלת שצמחה מההפרה. **אז אין תשובה חדמ״ש, נורמטיבית כנראה שצריך יהיה קיזוז.**

נזק נוסף שיכול להיות זה **נזק תוצאתי** שיגרם לך מההפרה עם הקבלן אם יש לך בעיות מימון. המשבר הכלכלי של 2008 היה לכאורה משבר שנוצר מעלויות של דיור ואנשים חשבו שזה בגלל ירידת ערך, איזשהו הפסד כספי. הנזק לבנקים לא היה בגל שנכסי המקרקעין בארה״ב איבדו מערכם. הנזק נגרם בגלל קשיי נזילות, זה היה בעיה של מזומן. כשקבלן בונה בניין אפשר לראות פרסומות על הנחות למי שרץ מהר לקנות. למה משתלם לו לתת הנחה על המחיר? למה המחיר יהיה גבוה יותר ביום שהבניין יהיה גמור? כדי לממן את הבנייה, הקבלן נזקק להלוואות ועל ההלוואות האלה יש הוצאות מימון. אם אתה בא ונותן את הכסף מאוד מהר בהתחלה, אז הכסף שווה לקבלן הרבה יותר כי זה מפחית את ההלוואה שהוא נדרש לקחת, זה מוזיל לו את עלויות המימון. זה מוזיל אותם כמה פעמים - פעם אחת יש פחות סכום שיש עליו ריבית, אבל זה לא רק זה. ככל שהקרן שיש ברשות הקבלן לבנייה גבוה יותר, ככה הסיכון של הבנק נמוך יותר. אז הריבית שהבנק מבקש על ההלוואה שהוא מעמיד לקבלן נמוכה יותר ככל שהקבלן מכר יותר דירות על הנייר. לכן, **כשמבוטל הסכם כזה ולא משולם החיוב החוזי, יש נזק מימון, נזק תוצאתי שיגרם. וגם זה נזק בר פיצוי בלי קשר לשאלה אם הדירות האלה נמכרו מחדש ומתי הם נמכרו**. **כמובן שצריך למכור אותם כמה שיותר מהר כדי להפחית גם את הנזקים האלה, זה חלק מחובת הקטנת הנזק.**

בכמה פס״ד באנגליה ובארה״ב הסוגיה הזו עולה בהקשר של סוחרי רכב. באזור הפרברים בארה״ב אפשר לראות מגרשי ענק עם מכוניות יד שניה ושלטי מחיר. הרעיון זה שבהרבה מאוד מקרים ההיצע של הרכבים, במיוחד רכבים גנריים ולא ייחודיים, עולה בהרבה על הביקוש. סוחר הרכב שבוטל מולו ההסכם אומר - נכון, מכרתי את הרכב אח״כ. אבל הייתי מוכר עוד רכב, יש לי 1,000 רכבים כאלה. כולם היו נמכרים ומתי שלא תבוא אלי יש לי רכבים למכור לך. בשונה מהקבלן בניין, אצלי אין מגבלה על ההיצע. **ההיצע תמיד עולה על הביקוש ולכן יש לי אובדן של נפח עסקאות**.

אותה מערכת טיעונים **יכולה להיות קיימת לא רק בעסקאות מכר, אלא גם** **בשכירות**. אם אני עושה חוזה שכירות להשכרה של טוקסידו ויש לי מלאי בלתי מוגבל של חליפות לעומת הביקוש, בן אדם ביטל מולי את חוזה השכירות. את החליפה הספציפית אני יכול להשכיר עוד פעם, אבל אם הייתי יכול להשכיר את כל הביקוש שהיה מגיע אלי, נגרם לי אובדן נפח עסקאות של עסקאות השכירות. לכן גם אם הצלחתי להשכיר את החליפה הזאת עדיין סבלתי נזק מההפרה.

לעומת זאת, **אם מדובר בשכירות של נכס ייחודי, שההיצע שלו הוא 1, אז אני לא יכול להגיד שהייתי משכיר אותו.** לדוגמה, בן אדם שיש לו הרבה דירות להשכרה בכל מיני מקומות שונים. אם יש לי הרבה דירות להשכרה לא אומר שהשכרה של נכס אחד היא חלופית להשכרה של נכס אחר כי הנכסים ייחודיים. מה שאני צריך לעשות זה לרוץ להשכיר את הנכס שלגביו הייתה ההפרה, אין לי את הזכאות להגיד משהו על אובדן נפח עסקאות.

אותה טענה יכולה לעבוד בחוזה קבלנות במקרה של **In re Vice Mill Ltd** - נידון חוזה ליצירת מכונות. חלק מהמכונות יוצרו לפני ההפרה, ונמכרו לקונה חדש תוך כדי ביצוע של התאמות במכונה. כלומר היו צריכים להוציא הוצאות כדי לבצע התאמות במכונות שנמכרו לקונה החדש, חלק לא יוצרו. הטענה היא שהקבלן שנשכר לבצע את העבודה היה יכול לבצע את כל ההזמנות גם ככה. הוא ניצל את המכונות שהוא בנה כדי לבצע בהן התאמות ולמכור אותן, אבל אם הן לא היו ברשותו היה מבצע את הייצור גם ככה עבור הקונה השני. ואם אין לך מגבלה על כמות הייצור שאתה מסוגל לעשות, אתה יכול לתבוע ביחס להכל.

אותו דבר קיים במידה מסוימת באובדן נפח עסקאות של עורכי דין. לקוח שמגיע לעו״ד ואומר לו שיש לו תיק לתת לו. העו״ד רוצה להעביר את זה לעו״ד אחר. יש בכללי האתיקה זכאות אוטומטית להשתתפות בשכר הטרחה שעו״ד הנעבר מקבל. היא קמה רק אם הסיבה שאתם מעבירים אליו את התיק היא לא בגלל שאתם לא מסוגלים לעשות אותו אצלכם, היא לא בגלל עומס יתר. אם הטענה היא בגלל עומס יתר, זה אומר שאתה לא זכאי לשכר הטרחה כי היית חייב ממילא לדחות את ההצעה של הלקוח. בעצם זה אותו רעיון של אובדן נפח עסקאות. אם העברתי את הלקוח לעו״ד אחר, ואני יכול להראות אובדן נפח עסקאות כתוצאה מזה, יש לי זכאות אוטומטית להשתתף בשכר הטרחה. לעומת זאת, אם לא יכולתי לטפל בלקוח הזה אין לי זכאות כזאת כי ממילא לא הייתי זכאי לקבל שכר טרחה.

יכולים להיות מקרים שבהם לכאורה יש אובדן נפח, אבל אין. לדוגמה, מקרה שבו גורם מתווך הזמין את הנכס והפר את ההסכם, הוא הזמין אותו עבור לקוח שלו (המתווך), והלקוח רכש את הנכס. במקרה הזה לא היה אובדן נפח כי במילא אותה כמות של עסקאות התבצעה בעולם. לכן הטענה לא יכולה לעמוד.

אותה טענה של אובדן נפח עסקאות יכולה לעלות מהכיוון השני - קמעונאי הזמין מוצרים כדי למכור אותם לצרכנים. לדוגמה, שופרסל מזמינה גבינה צהובה מתנובה, ותנובה מפרה, ושופרסל קונה מטרה. ואז אומרים - מה אתם רוצים? צמצמתם את הנזק, קניתם מטרה, באותו מחיר או אפילו במחיר נמוך יותר. לא נגרם לכם נזק. אם שופרסל הייתה מראה שהיא הייתה מוכרת גם את הגבינה הצהובה שהיא הייתה מקבלת מתנובה, וגם את הגבינה הצהובה שהיא היתה מקבלת מטרה, עומדת לה אותה טענה של אובדן נפח עסקאות.

**יש מקרים שבהם נדונו בפסיקה סיטואציה של אובדן נפח עסקאות אך נקבע שלמרות שנראה שהיה אובדן נפח עסקאות בפועל לא היה אובדן נפח עסקאות.** המקרה זה **בואינג נ׳** **T.W.A**. בואינג מוכרת מטוסים והייתה שנה שבה בואינג יצרה 100 מטוסים ומכרה 99 מהם. את המטוס ה- 99, בואינג התכוונה למכור ל T.W.A, ו- T.W.A הפרה, ובואינג מכרתה את המטוס ה- 99 ל Pan Am. בואינג אומרת Pan Am קנו את המטוס, אם T.W.A לא הייתה מפרה, Pan Am היו קונים את המטוס ה- 100. T.W.A אומרת - לא. אם אני לא הייתי מפרה, אני מכירה את Pan Am, אנחנו במועדון (המנכ״לים משחקים גולף ביחד), המנכ״ל שלי היה אומר למנכ״ל Pan Am - תשמע תשלם לי את הכסף, אני אמחה לך את הזכות לקבל את המטוס מבואינג. או, אני אקנה את המטוס מבואינג ואני אמכור אותו ל Pan Am. אני אפילו אתן לבואינג את ההוראה - אל תספקו לי, תספקו ישירות למשרדים של Pan Am. אם T.W.A יכולה לעשות את זה, סימן שההפרה שלה לא גרמה לאובדן נפח עסקאות. מכאן **ביהמ״ש בארה״ב נותן כלל רחב יותר שאובדן נפח עסקאות רלוונטי רק במקרים שבהם השוק הוא רחב, שהפועלים בשוק, הקונים בשוק הם זרים זה לזה. כשהשוק הוא מצומצם ויש קשר אינטנסיבי בין הקונים בשוק, אין אובדן נפח עסקאות.**

בעיה אחרת עם פיצוי על אובדן נפח עסקאות **זה ההנחה שלמוכר יש יכולת יצור בלתי מוגבלת**. בפועל רמות היצור מוגבלות משתי בחינות: א. לפעמים יש רמות יצור מוגבלות גם אם בדר״כ יש יכולת יצור עודפת - בתקופות של לחץ. ב. בואינג לצורך העניין יצרה 100 מטוסים, לא כי היא לא יכלה לייצר 120 מטוסים, אולי היא יכלה לייצר גם 200. היא מייצרת 100 מטוסים כי זה רמת היצור האופטימלית עבורה. אז גם אם אנחנו חושבים שהיא יכלה לייצר יותר ולמכור יותר, העובדה שהיא לא עושה את זה מראה שאין אובדן נפח עסקאות. צריך לחשוב על הטענה - אני איבדתי עסקה כי יכולתי לעשות אין סוף. למה לא עשית? יכולת ליצר עוד הרבה מאוד מטוסים, למה לא יצרת? לא יצרת כי גם אם טכנית יכולת, זה לא ישתלם לך. חשוב מזה, **הרבה פעמים רמת הייצור היא נמוכה בכוונה, כי ככל שרמת הייצור נמוכה יותר אני יכול לגבות מחיר גבוה יותר על כל מוצר שאני מוכר.** בואינג בכוונה מוכרת רק 100 מטוסים ולא יותר כי היא רוצה לשמור על מחיר גבוה. אז הטענה של בואינג שאם היא הייתה מייצרת יותר היא הייתה מוכרת יותר, אפילו אם היא נכונה טכנית, ואפילו אם זה לא משפיע להם על רמת היצור, יכול להיות שבעולם מקביל שבו בואינג יודעת ש T.W.A לא קונים היא עדיין לא הייתה מייצרת יותר כדי לא לפגוע ברמת המחירים.

**למה בכל זאת להטיל אחריות על אובדן נפח עסקאות? כי יש נזק**. כשמוכח העובדה שיש אובדן נפח עסקאות, יש נזק. לא ניתן על זה פיצוי, יש כאן נפגע הפרה שלא קיבל פיצוי על הנזק שנגרם לו, אז למה לא? טענה אחת יכולה להיות שהוא יכול לפצות על הנזק הזה, זה קשור לכל מיני החלטות יצור שלו. כנגד הטענות שאין באמת נזק, אפשר להעמיד שתי טענות נגד: 1. זה אומר שבעסקה קמעונאית אף פעם אין פיצוי. התחייבתי לקנות משהו אצל קמעונאי, הפרתי והוא מכר לגורם אחר, אם אין לי פיצוי על אובדן נפח עסקאות לעולם לא יהיה פיצוי. תמיד המוצרים הם בחליפות מוחלטת. עסקה קמעונאית שאני מוכר בשופרסל מוצרים, החליפיות של המוצרים שהם מוכרים היא מוחלטת כי יש הרבה יצור כזה. אין להם יחוד, ולכן על כל הפרה כזאת לעולם לא יהיה פיצוי. אז **חייבים להכיר בראש הנזק הזה כדי להרתיע מפני הפרות**. 2. המחשבה שבעסקאות כאלה אין נזק מבלבלת. היא דומה לטענה שקוביית שוקולד לא הורסת דיאטה - קוביית שוקולד אחת לא גורמת לעליה במשקל. נכון שעסקה ליח׳ אחת מבין מיליון יח׳ שיש להן ביקוש לא גורמת לפגיעה, היא לא באמת גורמת לאובדן נפח עסקאות. היא גורמת כן בשוליים, בקטנה. כמו קוביית שוקולד, קוביית שוקולד גורמת להשמנה בשוליים. ברמה זניחה ולא מורגשת. אבל אם אנחנו לא נפצה עליה, על הנזק השולי הלא מורגש או נגיד שקוביית שוקולד לא הורסת דיאטה ולכן אני יכול לאכול 1,000 כאלה, יגרם נזק או תיהרס הדיאטה. לכן **הרעיון של לפצות על אובדן נפח עסקאות, על כל יח׳ שולית נועד להתמודד עם הטענה שאתה חייב לעשות את זה, גם אם היח׳ השולית לא עושה שום נזק אמיתי, ברור שהאוסף של היח׳ כן גורם לנזק.**

ד״ר פלד חושב שכדאי להכיר באפשרות של אובדן נפח עסקאות רק אם קיימת הסתברות גבוהה שאכן נגרם נזק. השיקולים הרלוונטיים הם:

• שיקולי היצע וביקוש - **אם הביקוש מאוד גבוה וההיצע נמוך לא יכול להיות שיש אובדן נפח עסקאות**. זה כמו הבניין עם הכמות דירות המוגבלת. אבל, **אם ההיצע עולה בהרבה על הביקוש, כנראה שיש נזק**.

• נכס ייחודי מול נכס לא ייחודי - **ככל שהנכס פחות ייחודי, ככה יש יותר סיכוי שנגרם נזק מאובדן נפח עסקאות.**

• יצרן מול קמעונאי - קמעונאי הרבה פעמים מוגבל בכמות היח׳ שיש לו. לעומת זאת אם יצרן יכול לייצר יותר כדי לעמוד בביקוש, **ליצרן עומדת טענה טובה יותר לאובדן נפח עסקאות**.

• באותה מידה יכולה לבוא טענה בעסקאות קבלנות לגבי היכולת הטכנית לבצע עסקאות במקביל (כמו הדוגמה להשתתפות בשכר טרחה). **אם יכולתי לבצע את העסקאות במקביל, את העסקת קבלנות, אז נגרם לי נזק מהאובדן נפח עסקאות**. אבל אם אני לא באמת מסוגל, אז אין לי נזק.

• המעמד של המוכר בשוק פועל לשני הכיוונים - מצד אחד אנחנו פחות רוצים לתמוך במונופול, מצד שני **אצל המונופול יש לו נזק אמיתי מאובדן נפח עסקאות, כי לא יכול להיות שהקונה היה עושה עסקה עם מישהו אחר.** כלומר, אני יודע שכל הקונים מגיעים אלי. אז אם אתה הפסקת לקנות, הנזק הוא אצלי. לדוגמה, טענה לאובדן נפח עסקאות שיש כל מיני אנשים מתחרים. אז יש נפח עסקאות שלא התקיים, אבל לא בטוח שאני הייתי מקבל אותם, יכול להיות שהם היו הולכים לאחד המתחרים שלי. לעומת זאת אם יש מונופול, הוא כולל אצלו את אובדן נפח העסקאות. מצד שני, כמו שנאמר לגבי בואינג, הייצור של מונופול מוגבל כי הוא לא רוצה לייצר יותר מידי כדי לשמור על רמת מחירים גבוה. זה תמריץ לקבוע שאין אובדן נפח עסקאות.

• בדומה ל T.W.A ו- Pan Am, **אם יש נגישות בין קונים בשוק לא היה אובדן נפח עסקאות**, כי הקונה שהפר יכול להתקשר עם הקונה הבא ולמכור לו ישירות ואז לא יהיו עוד עסקאות בעולם. לעומת זאת **אם אין נגישות בין קונים בשוק, אז כנראה שיהיה אובדן נפח עסקאות.**

• עד כמה העסקה הנוספת מרחיבה את הפעילות - **יש מקרים שבהם זה מצדיק להכיר בנזק כי אני רוצה את העסקה הנוספת, יש לי אינטרס נוסף בקיום העסקה הזאת**. בואינג רוצה ליצר יותר מטוסים, היא מעוניינת לחדור יותר לשוק. זה שהיא איבדה את העסקה, זאת מבחינתה עסקה נוספת. היא איבדה נפח כי היא הייתה מוכנה לקיים את כל העסקאות האלה והיה לה אינטרס נוסף לקיים את כל העסקאות האלה.

**מתי צריך לבחון את הנזק מההפרה?**

האם אנחנו עומדים את הנזק לפי יום מתן פסק הדין או יום ההפרה? **עקרונית אנחנו רוצים לאמוד את הנזק לפי יום התשלום, אבל אי אפשר לאמוד את הנזק לפי יום התשלום כי הוא אחרי פסק הדין, אז שביהמ״ש אומד את הנזק הוא אומר - אני אומד את הנזק לפי יום פסק הדין, פלוס ריבית והצמדה עד התשלום בפועל.** הריבית והצמדה עד התשלום בפועל אמור להעביר את הנזק מיום פסק הדין ליום התשלום, להגדיל אותו בהתאם.

**ישנם חריגים הנובעים מחובת הקטנת הנזק, כי החובה נוצרת ביום ההפרה. לכן אנחנו צריכים לאמוד את הנזק מיום ההפרה כדי לעמוד בחובת הקטנת הנזק**. לדוגמה, אם המחיר החוזי הוא 100, במועד ההפרה הוא 150, במועד הביטול הוא 200 ובמועד פסק הדין הוא 300 (הנזק), בגלל שינויים בשווי הנכס. אם אנחנו מחשבים את הנזק במועד המשפט, הנזק הוא 200. אם הנפגע צריך לפעול להקטנת הנזק כבר במועד ההפרה, היה עליו לקנות בשוק מוצר חלופי ב- 150 והנזק שלו היה 50. אם הוא היה צריך לפעול להקטנת הנזק רק ביום הביטול, אז הנזק שלו היה 100. עולה השאלה, איך אנחנו מודדים את הקטנת הנזק?

פס״ד **תושיה נ׳ גוטמן** - מדובר בזוג שרצה למכור דירה, היה קונה שרצה לקנות את הדירה ובסוף ביטל את החוזה. ערך הדירות ירד והזוג התקשר עם קונה אחר לרכישת הדירה במחיר נמוך יותר. הם תבעו פיצוי על ההפרש. המחיר בעסקה היה 63,700$; המחיר סמוך לאחר ההפרה היה 57,000$; הם מכרו במועד מאוחר יותר ב- 50,000$ כי הם לא רצו למכור ב- 57,000$. הם חיכו שיעלה המחיר אבל הוא לא עלה, אלא ירד. **השופט ברק אומר שחובת הקטנת הנזק מחייבת לחשב את הנזק לפי המחיר סמוך לאחר ההפרה או לאחר הביטול** (אחד מהשניים), **כי במועד הזה היה עליהם לפעול למימוש הנכס כדי להקטין את הנזק. לכן זה יהיה המועד הרלוונטי לחישוב הנזק.**

בפס״ד **אריאל נ׳ קירשנבאום** הייתה הפרה ע״י מוכר וביטול ע״י הקונים. המוכר השיב חזרה לקונים את הסכום שהם שילמו, והקונים רוכשים דירה חדשה במחיר גבוה יותר. נניח שהיא דירה שוות ערך שמאי מבחינת המפרט שלה. **השופט כהן אומר שהמועד הרלוונטי זה המועד שבו הם רכשו את הדירה החדשה** (עברו רק חודשיים בין מועד הביטול למועד הרכישה של הדירה החדשה), **אבל אם הם לא היו מקבלים את הכסף, הוא לא היה עומד על העניין של הקטנת הנזק.** כלומר, החישוב הוא לפי סמוך לאחר מועד הביטול, אבל רק אם אפשר באופן סביר להקטין את הנזק. אם הם לא היו מקבלים בחזרה את הכסף שהם שילמו, הם לא היו יכולים לפעול באופן סביר להקטנת הנזק ולכן הוא לא היה עומד על הדרישה לממש את הביטול באופן מידי.

בפס״ד **ליפשיץ נ׳ לוי** - המערער בנה דירה במחסן והציע אותה למכירה. בדירה היו ליקויים שנבעו מזה שיה מדובר במחסן ולא באמת דירה שניתן לגור בה. **המועד שנקבע לחישוב הנזק הוא יום מתן פסק הדין. ההשלכה של המועד המאוחר היא שהערך של הנכס ירד בין מועד המשפט למועד פסק הדין**. במועד ההפרה שווי הנכס אם הוא תקין היה 110,000 ל״י ובמועד המשפט רק 100,000. השמאי אומר שאי ההתאמה גרמה לירידת ערך של 30% ל- 70,000 בין שווי הנכס כמו שהוא נכתב לבין השווי שלו במועד המשפט, אבל לא כל ירידת הערך נובעת מאי התאמה שהניזוקה לא ידעה עליה. 25,000 היו בגלל אי התאמה, אבל ביהמ״ש חילק את זה בין אי התאמה הנובעת מזה שזו דירת מרתף לבין אי התאמה שנובעת מזה שזה מחסן וההסבה לבית נעשתה ללא היתר. ביהמ״ש חילק את הפיצוי שווה בשווה והיא קיבלה 12,500 ל״י. אם היה נפסק לפי מועד ההפרה, ירידת הערך לא הייתה 30,000 אלא 33,000. כלומר, 30% מהשווי של 110,000. השאלה היא איך צריך להחליט כיצד פוסקים שיש ירידה בשווי הנכס? בעצם זאת שאלה של **איך אנחנו מצמידים את ערך הכסף. אם אנחנו סבורים שהנפגע היה מצמיד את ערך הכסף לנכס עצמו, היה לוקח את הכסף שהוא היה מקבל כפיצוי במועד ההפרה וקונה איתו משהו שווה ערך לנכס, אז זה המועד הרלוונטי - מועד המשפט. אם אנחנו חושבים שנפגע ההפרה היה לוקח את הכסף ושם אותו בבנק כדי שיצבור ריבית, אז המועד הרלוונטי זה מעוד ההפרה**. ביקורת שעלתה באותו פס״ד היא שהמועד הרלוונטי היה מועד ההפרה ולא מועד המשפט.

דוגמה אחרת היא עם מניות - אם עשיתי הפרה שקשורה לנכס להשקעה, ואנחנו יודעים במה הבן אדם רצה להשקיע את הכסף שלו, כי הוא קנה עם זה מניות. אז להצמיד את הנזק לביצוע של המניות עד למועד הפירעון זה הגיוני כי המשקיע רצה לחשוף את עצמו לאותה תנודתיות במניות.

לעומת זאת, אם לא רציתי לחשוף את עצמי לסיכונים האלה, אין סיבה להניח שהייתי לוקח את הכסף ומשקיע אותו באותו מקום, תנו לי את הריבית חסרת הסיכון, את השווי שהייתי מקבל על הכסף אם הייתי שם אותו בתכנית חיסכון בבנק. זאת פסיקת ריבית והצמדה.

**סייגים ומגבלות לפיצויים (מקרים שבהם מופחת הפיצוי):**

יש לנו 4 שיקולים להפחתת הפיצויים:

- ריחוק הנזק (צפיות)

- סיבתיות

- הקטנת הנזק

- אשם תורם

ריחוק הנזק (צפיות):

סעיף 10 אומר **שהמפר 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' לסוג חשיבה מתי הנזק הוא רחוק הוא מקרה  **Victoria Loundry**בדוג' זו היה איחור במסירת דוד למכבסה. המכבסה הייתה צריכה את הדוד כדי לערוך את הפעילות שלה, להרתיח מים ולכבס בהם בגדים. כתוצאה מכך נגרמו 2 נזקים למכבסה: **הפסד עסקאות**, **בנוסף לכך היה למכבסה הסכם של חוזה מיוחד עם העירייה ברווח מאוד גדול.** הם אומרים שאנחנו רוצים את הפיצוי גם על ההפסד של הרווחים הגדולים מההפסד המיוחד ולא רק פיצוי על העסקאות הרגילות. **ביהמ"ש אומר לא אתם לא יכולים לקבל על העסקאות המיוחדות זו תוצאה שהמפר לא ראה ולא היה צריך לראות. זו תוצאה רחוקה של ההפרה ולא תוצאה מסתברת של ההפרה ולכן הוא פוסק פיצוי ומגביל אותו רק לעסקאות הרגילות.**

בנוסף קיים **רציונל אחד מרכזי של ריחוק הנזק וזה עידוד העברת מידע: לנפר יש מידע פרטי על סיכונים מיוחדים.** תחשבו לדוג' של **Victoria Loundry** יש להם מידע על חוזים מיוחדים שיש להם ויש להם אינטרס מאוד גדול על קבלת הדוד בזמן ויש להם תמריץ לא לגלות את המידע הזה.

למה בלי קשר להפרה בכלל יש להם תמריץ לא לגלות על העסקאות המיוחדות?

הסיפור הוא שמחיר חוזי נקבע לפי המיקוח של הצדדים על המחיר. **אם אני יודע שהצד השני מאוד זקוק לשירות שלי אז אני יודע שהוא יהיה מוכן לשלם יותר. כלומר הצדדים לא רוצים לחשוף בפני הצד השני עד כמה החוזה חשוב להם**. תחשבו כשאתם הולכים לחנות ואתם מאוד רוצים משהו. האסטרטגיה היא להגיד "לא, אני לא כל-כך מעוניין, אני לא בטוח שאני רוצה את זה". מקח בשוק- אתם הייתם מוכנים לשלם בשוק בתאילנד את מה שמבקשים כי זה עולה הרבה כסף, לא הייתה אומר "מה פתאום, לא אני לא רוצה את זה ואני לא מוכן לקנות אותו במחיר הזה", הסיבה שאומרים את זה היא כדי לגרום לצד השני להוריד במחיר. אם הוא היה יודע כמה זה שווה לכם הוא לא היה מוריד במחיר כי הוא יודע שיש מקום לביצוע עסקה.

אז מבחינת הצדדים עדיף להם לא לגלות ולהישאר בפוזיציה של "לא אני לא מרוצה בכלל, אני לא צריך את הדוד" כי אני רוצה בעצם לשלם פחות.

**זו הסיבה שלנפר יש תמריץ לא לגלות על הסיכון בלי שאנחנו ניצור לו תמריץ כזה**.

אפשר לחשוב גם על תופעה בהקשר של הפרה שאם אני מתקשר עם גורמים שונים. ישנם שני טיפוסים של מתקשרים כאלה שהנזק שלהם נמוך וכאלה שהנזק שלהם גבוה. אני אדרוש לכאורה מחיר שמשקף את הממוצע. אני יודע שיש סיכוי שאני אפר ואם אני אפר אז אני צריך לשלם פיצוי אני רק לא יודע אם הבן אדם מולי הוא מהסוג של הנזק הנמוך או הגבוה. כאשר אני מתמחר חוזית את הסיכוי שאני אפר ואדרש לשלם פיצוי אני מתמחר את זה לפי הממוצע. הניזוקים יודעים איזה טיפוס של נזק הם. אם אני מתמחר את זה לפי הממוצע הטיפוסים של הנזק הנמוך עלולים לרצות לא לשלם. לא להיכנס לחוזה כי הוא יהיה יקר מדי עבורם כי הם לא ידרשו את הפיצוי הגדול אם יהיה נזק. במקרה הזה אני יכול להיקלע למצב שהאנשים האלה יצאו מהשוק ואני יישאר רק אם הנזק הגבוה. כלומר רק האנשים שהנזק שלהם גבוה יישארו ולכולם יהיה מתומחר לפי נזק גבוה. (בדיוק מה שדיברנו על Adverse selection- שוק הלימונים).

אבל למה עידוד של העברת המידע הוא חשוב? למה חשוב שהמפר יידע מראש על התוצאות הסבירות של ההפרה? מעבר להשפעה על המחיר החוזי אפשר לחשוב על עוד סיבות

* אם חושבים על פיצוי כתנאי מכללא בהסכם: **בעצם פיצוי זה הסדר ברירת מחדל לתרופות. אז איך הצדדים יקבעו פיצויים בהסכם? פיצויים לפי המידע שהיה להם**. לא יכול להיות שהם קבעו הסדר לפי מידע שלא היה להם. **החייב לא הסכים במשתמע לשלם פיצוי על מידע שלא היה ברשותו, אז אנחנו יכולים להגביל את הפיצוי כהסדר ברירת מחדל רק על מידע שהיה בידי החייב.**
* מניעת התקשרות בחוזים רצויים (זהירות יתר בשלב הכריתה): **אם יהיה פיצוי על נזקים בלתי צפויים זה עשוי למנוע התקשרות בחוזים רצויים.** נניח בדוג' הנזק הנמוך איתם רצוי להתקשר, אך אם החייב נזהר אקסטרה כי הוא מפחד שהם מהאנשים של הנזק המאוד גבוה והבלתי צפוי והוא לא יכול לדעת הוא יעלה את המחיר וזה חוזה שהיה עדיף לכרות אותו. זה חוזה שהיה משתלם חברתית שייכרת והוא לא ייכרת. הסבר חברתי/כלכלי למה אנחנו רוצים שהפיצוי יהיה רק על נזק צפוי.
* נקיטת זהירות ראויה מפני הפרה: **מעבר לזה אנחנו רוצים שחייבים לפעמים יפרו חוזים. אנחנו רוצים שהם יפעלו למניעת הפרות רק כל עוד ההשקעה במניעת הפרה היא יעילה**. תחשבו שאני יכול לעשות כל מיני פעולות כדי להפחית את הסיכון להפרה. אני יכול להשקיע באיתור מדגמים שונים כדי לראות אם המדגם שאני מייצר מפר איזושהי זכות. אני יכול לעשות כל מיני פעולות כאלה ולהפחית את הסיכון להפרה. **כמה כדאי שאני אשקיע במניעת הסיכון הזה שאני אפר את החוזה? כדאי שאני אשקיע לפי הנזק שייגרם אם אני אפר. בדיוק כמו כלל ההתרשלות הכלכלית. כדי לדעת כמה להשקיע אני צריך לדעת מה הנזק שאני עלול לגרום ולכן זו סיבה שהיינו רוצים שהמפר ידע מה הנזק שהוא עלול לגרום בהפרה שלו.**
* העמדת אפשרות למפר להגביל את אחריותו בשעת הכריתה (למה שהצדדים ירצו להגביל אחריות?): **כאשר אדם יודע מה הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מהפרה שלו הוא יכול גם להחליט שהוא לא רוצה לקחת את הסיכון על עצמו**. יכול להיות שאני אגיד שכברירת מחדל אני מוכן לקחת את הסיכון של פיצויי קיום ויכול להיות שיגידו לי "תשמע פיצויי הקיום שלי גבוהים במיוחד" אז אני אגיד לא, אני מעוניין להגביל את האחריות. אני לא אשא באחריות מלאה, להגבלת אחריות יכול להיות תוצאה של אינטרס של הצדדים- שני הצדדים ירצו את הגבלת האחריות. למה ששני הצדדים ירצו את הגבלת האחריות במקרה של הפרה? לדוג' אם הנפר הוא מונע הנזק הזול. הוא יכול יותר בזול להגביל/למנוע את הנזקים שיגרמו מההפרה. במקרה הזה אנחנו רוצים להקצות את הסיכון לחלק מהנזקים לפחות לכתפיים של הנפר.
* מניעת תופעה של ADVERSE SELECTION – "שוק הלימונים"
* מניעת תופעה של סבסוד צולב: **סבסוד צולב זו תופעה שקוראת כאשר גורם אחד מתקשר עם כל מיני גורמים אחרים ובגלל שההסדר החוזי שלו איתם הוא אחיד יוצא שאחד מאותם לקוחות מסבסד את המחיר של הלקוח השני.** לדוג' שטיפת מכוניות: מגיעים אלי מכוניות שאיני יודע מה טיבם. אני מתחייב בטלפון לא לגרום נזק לרכב במסגרת החוזה. כמה אדרוש על שטיפת המכוניות? המחיר ישקף את הסיכון שאגרום נזק לרכבים. הרכבים מסוגים שונים חלק זולים וחלק יקרים. איני יכול לגבות מחיר שונה לפי סוג הרכב אם אני לא מוגבל בנזק שאני משלם ואני גובה מהם מחיר אחיד. אם אני גובה מחיר אחיד התוצאה היא שאנשים עם רכבים זולים משלמים יותר עבור שטיפת רכבם והאנשים עם הרכבים היקרים מאוד משלמים מעט מדי עבור שטיפת רכבם. בעצם העניים מסבסדים את המחיר לעשירים. כל תופעה של חוזה שכולל בתוכו אחריות לנזקים תוצאתיים כאשר הלקוחות הם מכל מיני סוגים ומביאים נכסים שאי אפשר לאמוד אותם, הם יוצרים את הסכנה הזאת של סבסוד צולב.

הפתרון החלקי לשתי הבעיות האחרונות- **הגבלת אחריות**: לדוג' שטיפת המכוניות אני אחראי לנזק עד סכום של 1,000 ₪. זה פותר את הבעיה של סבסוד צולב כי אני יודע שאני מוגבל באחריות. אז העניים מקבלים פיצוי מלא והעשירים פיצוי חלקי, אך העניים לא מסבסדים את העשירים. זה גם מונע את הבעיה של Adverse selection כי אני עכשיו לא מפחד מהנושים שהנזק שלהם מההפרה יהיה מאוד גבוה כי אני יודע שלכולם יהיה אותו פיצוי ואני לא אתמחר תמחור גבוה מדי להסכם ואגרום ל"שוק הלימונים".

מבחן ריחוק הנזק בישראל: אפשר לחלק את רעיון היישום לכל מיני סוגים של העדר צפיות. שאלה אחת היא **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. השאלה המעניינת היא האם ניתן פיצוי לפי הנזק שהיה קורה לו הכלב היה מת. **אם נגיד שהתממש הנזק הלא צפוי האם ניתן את הפיצוי על הנזק שכן היה צפוי?**

שאלה זו הגיעה לפסיקה ביחס לאובדן רווחים עקב שימוש לא צפוי. לדוג' מאנגליה: אנשים שהזמינו אוניית הובלה והשתמשו בה לאחסון ונפסק שם שניתן לתבוע על אובדן הרווחים שהיו צפויים מהשימוש הצפוי גם אם הם שונים מהנזק בפועל. **כאשר אתה תובע לאובדן רווחים אתה מוגבל לאובדן רווחים כתוצאה מהשימוש הצפוי גם אם אובדן הרווחים בפועל נוצר משימוש לא צפוי.**

**פס"ד חזן נ' דגן, שמגר אומר שתמיד יש צפיות לגבי תנודות של השוק**. הוא אומר שאמנם צריך להיות צפיות לגבי גובה הנזק אבל גובה הנזק חריג שנגרם כתוצאה מתנודות השוק הוא תמיד צפוי כי תמיד צריך לצפות שיהיו תנודות של השוק גם אם תנועות חריגות. במקרה זה הפחתה דרך נכס מקרקעין שאחראי על הפרת החוזה.

**בהקשר של ריחוק הנזק עומדת גם דרישת הוודאות של הנזק הנפר צריך להוכיח את הנזק שנגרם לו ברמת וודאות מאוד גבוהה** או לפחות זו הייתה העמדה בפס"ד **אניסימוב בע"מ נ' מלון טירת הכרמל** היה שאלה של אובדן רווחים של מלון עקב איחור במסירה. **השופט כהן בדעת יחיד אומר שצריך להוכיח שהנזק צפוי ומהרגע שהוכח שהנזק צפוי אפשר לאמוד את הנזק והוא לא חייב להיות צפוי** (כלומר אומדן הנזק לא חייב להיות צפוי אך יש צורך להוכיח שהנזק עצמו כנזק הינו צפוי). **השופט ברק אומר שחייב להוכיח וודאות גבוה גם לעניין ודאות הנזק וגם לעניין שיעור הפיצויים. אם אתה לא יכול להוכיח בצורה מסודרת מהו שיעור הנזק שנגרם לך אנחנו לא ניתן פיצוי.**

היום יש המון דרכים להקל על הדרישה של וודאות בגובה הנזק במיוחד אם ההפרה היא שיצרה את חוסר הוודאות. **אם הפרת החוזה גרמה לכך שיהיה נזק וגם שלא נדע להוכיח אותו אז מקלים מאוד ומאפשרים לבצע פיצוי באומדן**. מאפשרים זאת גם אם ההפרה היא מכוונת, אם הייתה התנהגות מכוונת שהובילה לנזק אז אנחנו לא נותנים למפר להסתתר מאחורי הטענה שהנזק הוא קשה לאמידה.

פתרון אחרון שאנחנו עוד נרחיב עליו זה **פיצוי לפי הסתברות**. דוג' הדוגמנית שלא זימנו אותה לראיון עובדה וזוכה לפיצוי לפי ההסתברות שאם הייתה מוזמנת לראיון הייתה מתקבלת לעבודה. באותו עניין הבן אדם שהיה צריך להזמין אותה לראיון הוא גם הבן אדם שהיה מחליט אם היא הייתה מתקבלת לעבודה והוא טוען שלא היה מקבל אותה. השופטים דוחים טענה זאת ואומרים שאנחנו לא יכולים לסמוך על העמדה הזאת כיום וכל שנותר לנו הוא הסתברות ונותנים לדוגמנית פיצוי לפי הסתברות.

פיצוי לפי הסתברות הוא החריג של החריגים בדיני החוזים ולפי דעות מסוימות זה די הכלל ואפשרי בדיני החוזים. אז **כאשר סוג הנזק צפוי ובית המשפט משתכנע שהוא נגרם אבל אמידת הנזק היא לא וודאית בית המשפט מאפשר לתת פיצוי לפי הסתברות שהנזק נגרם ולפי התרחישים השונים לגובה הנזק**.

סיבתיות:

**כדי לקבל פיצוי על נזק שנגרם מהפרת החוזה צריך להראות את כל התנאים שצריך ביחס לקשר סיבתי. אני צריך להראות שאלמלא ההפרה הנזק היה נמנע**. בעצם אנחנו מתקשים להוכיח סיבתיות ביחס לשני גורמים. האחד **יש קושי להראות מה היה קורה באיזה עולם ערטילאי שבו ההפרה לא הייתה מתרחשת**. לפעמים אין בעיה כזאת אם יש נזקים מאוד ברורים, הייתה התחייבות קודמת או הסכם ב' שהיה תלוי בהסכם א' והנזקים בהסכם ב' מאוד קלים להוכחה, אך יש מקרים שבהם החוזה מאוד מקשה עלינו לדעת מה היה קורה בעולם האלטרנטיבי. נחשוב על הפרה של חוזה לפרסום, אני לא ידוע מה היה קורה אם היו מפרסמים אותי. שילמתי למישהו לפרסם והוא לא פרסם, אם הוא היה מפרסם או שהיו עולות המכירות שלי או שלא או שהייתי מקבל איזשהו הצלחה למוניטין או שלא- לא ידוע.

בעיה שניה הינה **אמידה של נזק עתידי** מופר ההסכם והוא אמור לשרת אותי בעתיד לתקופה מאוד ארוכה ועכשיו כדי לאמוד את הנזק אני צריך לדעת מה יקרה מחר ומה יקרה בעוד חודש ובעוד שנה. לדוג' הסכם גידור שהיה אמור לחסן אותי מפני תנודות בשער הדולר. יכול להיות שההסכם היה נורא ואיום מבחינתי כי שער הדולר היה רק עולה ואני רציתי להוריד את הסיכון רק במקרים בהם הוא ירד ויכול להיות שהוא יתרסק והפסדתי המון תועלת- היום לא ניתן לדעת מה יקרה מהפרת ההסכם.

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

הקטנת הנזק:

**דרך נוספת שבית המשפט יכול להפחית את הפיצוי זה ע"י עקרון הקטנת הנזק שקבוע בסעיף 14 לחוק התרופות וקובע שהמפר לא חייב בפיצויים בעד נזק שהנפגע יכול היה להפחית או למנוע. אבל הוצאות של הנפגע בעד מניעת הנזק יחייבו את המזיק.**

למה אנחנו רוצים את דוקטרינת הקטנת הנזק?

ניתן לחשוב על כל מיני רציונליים לחובת הקטנת הנזק קודם כל **אנחנו רוצים ליצור תמריצים לנפר להקטין את הנזקים שלו**. **אם הוא יודע שלא משנה מה יקרה הוא יקבל פיצוי מלא אין לו שום תמריצים להקטין את הנזק והוא יגיד אני אחכה. אנחנו רוצים שחברתית הנזקים יצטמצמו ולכן רוצים ליצור תמריצים**. כיצד התמריצים האלה ייווצרו? ניתן פיצוי רק על הנזקים של ההפרה שלא יכולת להקטין. היה ניתן לעשות מנגנון אחר שבו אומרים לנפר שהוא יקבל את הפיצוי המקסימלי לא משנה מה, עדיין היה לו תמריץ להקטין. רק זה שאנחנו קושרים את הפיצוי לנזק בפועל ומאפשרים כל פיצוי מונע מהנפר את התמריצים להקטין את הנזק. לכן תחת פיצוי מוסכם אנחנו לא צריכים שום דבר מהקטנת הנזק אבל הנפר יש לו אינטרס להקטין נזק גם בפיצוי מוסכם כי הוא בכל מקרה יקבל את הפיצוי.

הסיבה השנייה היא **הגינות כלפי המפר שמחייבת דווקא את הקטנת הנזק במקום פיצוי שבלתי תלוי בגובה הנזק בפועל.** הרעיון הוא שהמפר ישלם רק על הנזקים המינימליים שנגרמו באשמתו. האשם של המפר הוא בנקודת ההפרה ואנחנו רוצים לתת את הפיצוי על הנזק שהוא גרם באשמתו. נזקים שנגרמו אח"כ והגדיל אותם הנפר אלה נזקים שגרם הנפר ולא המפר ולכן זה יהיה ההסבר של "הצדק המתקן" של חובת הקטנת הנזק.

דבר זה יוצר מצב שהוא בעייתי כי המפא הפר בזדון, מגיע לנפר וטוען שהוא לא שם לב והוא יכל להקטין את הנזק. יש כאן שאלה של הגינות לגבי מערכת היחסים הזאת עם ההתנהגות הרצונית יותר חמורה מהתנהגות ברשלנות ויכול להיות שאנחנו נותנים כאן יתרון לא הוגן למפר אבל הרעיון של הצדק אומר שהמפר יהיה אחראי לנזקים שהוא גרם ולא לנזקים שהנפר יכול היה למנוע.

הדבר מסביר לנו גם למה החובה לא חלה על מקרים שבהם הפיצוי לא תלוי על נזק בפועל (בסעיף 11 או סעיף 15) כי אם הפיצוי לא תלוי בנזק בפועל הנפר יעשה הכול כדי להקטין את הנזק בפועל.

**החובה חלה רק לאחר ההפרה כלומר החובה חלה רק כאשר הופר החוזה**. השאלה היא מה קורה אם הנפר לא ידע שהחוזה הופר? התשובה שלא חלה עליו חובת הקטנת הנזק, אך יכול להיות שזה אשם תורם.

בפס"ד **נתן נ' סטרוד** ובפס"ד **בנק איגוד נ' סוראסקי** עולה השאלה **האם חלה חובת הקטנת הנזק במצבים שבהם המפר עוד לא הפר את החוזה אבל הוא הודיע על הכוונה שלו להפר את החוזה** כלומר במצבים של הפרה צפויה.

אפשר לחשוב על שתי גישות: קודם כל **אם אנחנו רוצים לגרום לו להקטין את הנזק אז תקטין את הנזק גם להפרה הצפויה** מצד שני אנחנו חושבים שנושים יכולים לדרוש שהחוזה יקוים (אכיפה/ברירת הקיום). **אם מותר לעמוד על ברירת הקיום אז הנושה שעומד על ברירת הקיום לא צריך להקטין את הנזק** אבל מהרגע שהחוזה הופר בפועל הוא צריך להקטין את הנזק.

במקרים כאלה צריך להבחין בשני מצבים:

שהנפר מבקש לעמוד על הקיום והקיום אפשרי- **הפעלת ברירת הקיום, אין חובת הקטנת הנזק ביחס לפיצויי קיום ובין הסתמכות אגבית ונזק תוצאתי.**

פס"ד **Examine**מדוע לא חלה חובת הקטנת הנזק במקרה? מכיוון שהיה חוסר שיתוף פעולה שהיה עוד לפני ההפרה, אם היה שת"פ הם הגדילו את הסיכוי להפרה והם הוגדרו כאשם תורם בחוזה וזה מאפשר הקטנה של הפיצוי.

ההבדל בין חובת הקטנת הנזק ובין אשם תורם:

מועד: הקטנת הנזק קמה מרגע ההפרה.

דרישת האשם: אשם תורם קם לאורך כל החוזה לראות שבהתנהגות שלך לא תרמת לנזק.

היקף האחריות: היקף האחריות של הקטנת הנזק הוא מלא אם לא הקטנת את הנזק אתה לא זכאי לאף פיצוי על הנזק שיכולת למנוע ולעומת זאת באשם תורם זה יחסי, מפחיתים בשיעור מסוים את הפיצוי.

אשם תורם:

אשם תורם היא **התנהגות שנוגעת להפרה עצמה. אשם תורם זה התנהגות שבה אתה יכול למנוע את ההפרה או לעצור אותה. יכולת למנוע את ההפרה, או יכולת להפסיק את ההפרה ולמנוע את הנזקים בצורה הזאת ולא פעלת ככה.** זה לא נוגע לחובת הקטנת הנזק. חובת הקטנת הנזק נוצרת מרגע מההפרה או כתוצאה מההפרה, ביחס לנזקים שנגרמים מרגע ההפרה או כתוצאה ממנה. לעניין אשם תורם אנחנו נשאל אם נפגע ההפרה היה יכול למנוע את ההפרה, להפחית את הסיכון להפרה או לעצור אותה.

פס״ד **eximin** חברה אירופאית הזמינה מיצרן ישראלי נעליים המיועדות להגיע לארה״ב. למה לא מדובר בחובת הקטנת הנזק, למה לא פסקו פיצויים לפי חובת הקטנת הנזק? הדוקטרינה של הקטנת הנזק לא דורשת היזקקות לחובת תום הלב. **הרעיון הוא שהתנהגות הצדדים של חוסר שיתוף פעולה הייתה התנהגות לפני ההפרה. בעצם הצדדים היו יכולים למנוע את ההפרה אם הם היו משתפים פעולה מסגרת חיי ההסכם, ההפרה הייתה נמנעת. הם לא עשו את זה וכתוצאה מזה הם הגדילו את הסיכוי לזה שתהיה הפרה. התנהגות כזאת שמגדילה את הסיכוי להפרה או התנהגות אחרת שלא מונעת אותה הוגדרו כאשם תורם בחוזים.** זו דוקטרינה שהיא יציר הפסיקה שמאפשרת להפחית את הפיצוי בלי הקשר לחובת הקטנת הנזק. ההבדל בין הדוקטרינות נוגע למועד שבו החובה חלה. **באשם תורם המועד הרלוונטי הוא מועד ביצוע החוזה, אחרי הכריתה.** אחרי הכריתה של החוזה יש את הביצוע של ההסכם, צד אחד מייצר נעליים לפי מפרט מסוים והוא היה צריך לבדוק אם זה פוגע בזכויות קניין רוחני של צדדים שלישיים. הצד השני, המזמין יכל לשתף פעולה ולוודא שזה לא גורם לזה. הם לא שיתפו פעולה, הם לא וידאו וכתוצאה מזה הייתה הפרה של הצד השני. הנק׳ היא **ששני הצדדים היו יכולים לשתף פעולה ולמנוע את הנזק, העובדה שהם לא שיתפו פעולה וגרמו לו, מטיל אחריות על שניהם. גם אם יש רק צד אחד שהפר את ההסכם, הצד השני אשם בגלל האשם התורם שלו בגרימת ההפרה**.

אפשר לחשוב על במובן הבא - בכל הסכם ביצוע, יש תנית מכללא שאפשר להתנות עליו של שיתוף פעולה. כשצד אחד מפר את ההסכם אבל הצד השני הפר את התניה שלו לשיתוף פעולה וזה גרם להפרה של ההסכם של הצד השני, בעצם יש הפרות הדדיות. ההפרות הדדיות גורעות מהיכולת של נפגע ההפרה הראשי לקבל פיצוי על הנזקים שנגרמו לו בעקבות ההפרה.

במובן הזה, כשחושבים **על חובת הקטנת הנזק, החובה הזאת קמה מרגע ההפרה והיא אבסולוטית. אנחנו לא שואלים אם ההתנהגות הייתה לגיטימית או לא לגיטימית. אם היו נזקים שיכולת למנוע ולא מנעת אותם,** לא מעניין אותנו שום דבר אחר. לעומת זאת**, באשם תורם אנחנו רוצים לראות שההתנהגות היא בת אשם. שאתה לא קיימת את החובה שלך לתרום ולשתף פעולה, לתמוך בצד השני**.

**פיצוי ללא הוכחת נזק:**

ס׳11 א- **אם הופר החיוב לספק נכס או שירות, אתה זכאי לפיצוי אוטומטי גם ללא הוכחת נזק על הפער בין המחיר החוזי למחיר שבו ניתן לרכוש את הנכס או את השירות בשוק**.

ס׳ 11 ב- אומר שיש **עוד יסוד לפיצוי ללא הוכחת נזק וזה** **הריבית שבפיגור מיום ההפרה ועד יום התשלום.** הס׳ גם מאפשר לביהמ״ש לקבוע שיעור אחר.

בפסיקה עלתה השאלה האם ניתן לתת פיצוי לפסיקת ריבית והצמדה בשיעור אחר. השופטת **בן פורת אומרת שלא.** אם ביהמ״ש לא קבע שיעור אחר, הוא גם לא יכול לקבוע שיעור אחר. **השופט בך בדעת יחיד אומר שלא כאן כי לא הוכיחו שצריך לתת ריבית בשיעור אחר, אבל אולי אפשר**. דוגמה שאולי מאפשרת שיעור אחר היא נגיד אם ההפרה קרתה ביחס לניירות ערך, כי אז ניתן להגיד שצריך להצמיד את הנזק לשיעור נייר ערך, כי זה הנכס שהנפגע רצה להשקיע בו את הכסף שלו ולכן זה יהיה שיעור הריבית הרלוונטי.

ס׳ 12 - אומר שניתן לתבוע פיצויים לפי ס׳ 10 במקום לפי ס׳ 11. אבל, אם ההסכם היה הסכם לתמורה מינורית או ללא תמורה, כלומר חוזה מתנה, ביהמ״ש רשאי להפחית את הפיצויים, את כל הפיצויים של ס׳ 10 רק לפיצויים של ס׳ 11. מה הרעיון? הולכים לספק לך מוצר במחיר מאוד זול. ברור לגמרי שההפרה הזאת גורמת לנזקים שהם ההפרש, אבל זה נראה לא הוגן לחייב את מי שנותן מתנה, שזה המשמעות של תמורה שכנגד החיוב היא בלתי סבירה או ללא תמורה בכלל, לחייב על כל מיני נזקים תוצאתיים או נזקי ההסתמכות. זה כן הגיוני להגיד - היתה התחייבות, היתה הפרה, תשלם על הפער בין המחיר החוזי המאוד נמוך. הפער לפי ס׳ 11 הוא מאוד גדול. לדוגמה, התכוונו למכור לנו מכונית חדשה שעולה 100,000 ש״ח ב- 10,000 שקלים. ס׳ 11 נותן פיצוי אוטומטי ללא הוכחת נזק של 90,000 ש״ח. עכשיו לבוא ולהגיד כשהחוזה היה כ״כ לטובת נפגע ההפרה, שהוא גם הסתמך עליו או שהוא תכנן לנסוע ובעקבות זה הוא לא יכול היה לנסוע ונגרמו לו עוד נזקים, אומרים שביהמ״ש רשאי להפחית את הפיצויים האלה של 90,000 ש״ח, את הפיצויים הגבוהים, אם הוא חושב שזה יהיה התעמרות בנותן המתנה.

**פיצויים מוסכמים:**

פיצויים מוסכמים הם פיצויים לפי ס׳ 15. **הצדדים מסכימים על פיצוי, אז הפיצוי היה לפי הפיצוי המוסכם בחוזה. אבל, ביהמ״ש רשאי להפחית אותו במצב שהפיצויים לא מקיימים כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראות מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה**. יש לשים לב לתיבה - ״לא מקיימים כל יחס סביר״. זה מאוד רחב, מקרים נדרים הם כאלה שלא מקיימים אף יחס סביר לנזק שניתן היה לצפות, לא נזק בפועל, נזק שניתן היה לצפות במועד ההפרה.

יש לשים לב שלפי החוק **ניתן לוותר על הס׳ פיצוי לפי ס׳ 15, ולתבוע את הפיצויים הרגילים לפי ס׳ 10-14, כחלופה לפיצוי המוסכם.** כלומר, לנפגע ההפרה יש אופציה לדרוש את הפיצוי המוסכם או את הפיצוי לפי הס׳ הרגילים.

ס׳ 15 ג׳ מדבר על סכומים ששולמו והצדדים הסכימו שאם תהיה הפרה אז הם יחולטו לטובת הנפגע. זה גם פיצוי מוסכם. מה ההבדל בין פיצוי מוסכם וחילוט? מי התובע בתביעה לפיצוי מוסכם ומי התובע במקרה של חילוט? אם יש פיצוי מוסכם, התובע זה נפגע ההפרה שדורש פיצוי ומבקש מביהמ״ש לפסוק לו לפי ס׳ הפיצוי המוסכם. אם יש תנית חילוט, התובע הוא המפר שדורש השבה ונפגע ההפרה מתגונן בטענת חילוט - אני לא מצליח להשיב את הכספים כי יש תניה שאומרת שאני לא נדרש להשיב אותם אם המפר הפר. זה אומר שכברירת מחדל, הכסף צריך להישאר איפה שהוא נמצא.

\*\* חילוט - ערכת הסכם עם מישהו, במסגרת ההסכם שילמת כסף ואז הפרת את ההסכם. אתה קונה של נכס, אתה קונה דירה ונתת מקדמה של 100,000 ש״ח. אחרי שהפרת צריכה להיות השבה הדדית. חילוט זה אומר - הכסף ששילמת לא חוזר אלייך. נפגע ההפרה מחלט את התשלום הזה ומשאיר את כל הכסף אצלו. זה לפי ס׳ 15(ג) פיצוי מוסכם, וחלים עליו כל הכללים של פיצוי מוסכם.

למה חשוב להכיר מתי סכום הוא פיצוי מוסכם? בגלל הסיפא של ס׳ 15(א). ביחס לפיצוי מוסכם וחילוט בין השאר, ביהמ״ש רשאי להפחית. הדין הזה דומה לדין הגרמני, הזכות הזו בדר״כ כפופה להסדרים הכלליים של התערבות. כלומר, לפי דוקטרינות שמאפשרות להתערב בהסדרים חוזיים בכלל ולא ספציפית בפיצוי מוסכם. **בדין הישראלי והגרמני יש מקום לביהמ״ש ספציפית להתערב בפיצויים מוסכמים.**

מה המטרה? למה אנחנו רוצים שיהיה פיצוי מוסכם? **פיצוי מוסכם פותר לנו את הבעיות שיש בפיצויים הרגילים. זה מאפשר למפר הפוטנציאלי לדעת מראש מה תהיה החבות שלו, הוא יודע מה תהיה הסנקציה, מה יהיה המחיר של ההפרה. זה גם חוסך את ההוצאות משפט** כי הצדדים אומרים - אם תהיה הפרה ואנחנו נגיע לביהמ״ש, במקרה הרגיל צריך להוכיח את הנזקים. לפני כמה שנים היה סכסוך בין המדינה ומפעלי ים המלח על מניית הזהב, על השווי של ההפרה בעניין מניות זהב שהיו למדינה אחרי ההפרטה. היה שם סכסוך על גובה הנזק שנגרם. העלות של בירור הסכסוך לבד, של בירור גובה הנזק, היה מאות אלפי שקלים. אנחנו יכולים לחסוך עלויות כבדות כאלה באמצעות הכרה בפיצוי מוסכם. **זה גם עוזר לשני הצדדים אקס-אנטה כי לפעמים אנחנו חושבים שהצדדים אפילו מראש יודעים לאמוד את הנזק יותר טוב מביהמ״ש אקס-פוסט**. צריך לחשוב על נזקים סובייקטיביים מאוד כמו טבעת זהב שנותנים לתיקון. אני יודע להעריך אותם מאוד מאוד טוב, ואני גם יודע במועד כריתת החוזה, שביהמ״ש לא ידע להעריך את זה בדיעבד. לכן אני יכול לדעת מראש שעדיף לי להכניס מנגנון לפיצוי מוסכם כדי לחסוך את ההוצאות של ההידיינות וגם כדי לשפר את הדיוק בקביעת הפיצויים.

זה **גם מאפשר לצדדים ליצור הסתמכות ולייצר אמינות אצל הצד השני. אתה אומר בוא תכרות חוזה מולי, אני מוכן להכניס ס׳ פיצוי מוסכם בסכום שנראה לנו הוגן/שווה/גדול, כדי לתת לך את הביטחון בלהיות איתי בחוזה**. זה שווה לי כדי ליצור אצלך את הביטחון הזה. אפשר לחשוב על ס׳ אחריות - בטלוויזיות ישנות של סוני נתנו אחריות ל- 20 שנה. למה לסוני לתת אחריות ל- 20 שנים? אני יודע שאני לעולם לא אממש את האחריות אם הטלוויזיה שלי תתקלקל, אבל עדיין לסוני זה מאוד משתלם. גם לי זה משתלם, אני מאוד מרוצה מזה שסוני מתחייבת לאחריות הזאת. למה? כי אני לומד על המחויבות של סוני לאיכות של המוצר. זה לא קשור לתניה החוזית, אלא ליצירת האמינות. בגלל זה אנחנו מעדיפים אחריות שניתנת ע״י היצרן. כשהיצרן נותן את האחריות זה לא רק אומר שאם תהיה לך תקלה יתקנו אותה, זה אומר שהסיכוי שתהיה תקלה נמוך יותר. בגלל זה **בפיצוי מוסכם אפשר לחשוב עליו במונחים כאלה - הסכמה של החייב לס׳ פיצוי מוסכם משמעותי אומר - אני מאמין שיש סיכוי מאוד גדול שאני לא אפר, אחרת לא הייתי מוכן לזה.**

למה להתערב בפיצוי מוסכם? הסבר אחד זה **למנוע ענישה של צד להסכם**. הצדדים קובעים איזה שהוא פיצוי מוסכם, הפיצוי הזה לא נועד לפצות את נפגע ההפרה על הנזק שלו, אלא פשוט להעניש את המפר. אנחנו חושבים שהתנהגות כזאת היא לא ראויה, היא נוגדת את תקנת הציבור. חוזים לא אמורים ליצור ענישה אלא רק לפצות את מי שנפגע מההפרה. מעבר לזה, **זה יכול לפגוע בצדדים שלישיים.** הסכם שכולל תנית פיצוי מוסכם יכולה לגרום לזה שהפיצוי במקרה של הפרה יהיה מאוד גבוה. במקרה של פשיטת רגל, של חייב שאיבד את יכולת הפירעון, נושים שונים שלו יכולים להסתמך על כמות הנכסים שלו. לדוגמה, הלכתי לחנות אופניים והגעתי להסכם לרכישת שני זוגות אופניים ואנחנו קובעים שאם לא מספקים לי את שני זוגות האופניים אני מקבל 100 מיליון שקל. לחנות אופניים יש מלא נושים והיא לא מצליחה לעמוד בהתחייבויות שלה והיא פושטת רגל. הנושים האחרים יכלו לסמוך על הנכסים שלה, יש לה כל מיני אופניים והסכמים. הם לא יכלו לדעת שיש איזה שהוא הסכם של פיצוי מוסכם שהוא חסר כל פרופורציה לנכסים. עכשיו הם מול שוקת שבורה, כי פתאום יהיה איזה שהוא נושה על שזכאי לפיצוי בסדר גודל אחר לגמרי שיקבל את כל הכסף שיש לחייב.

זה לא נכון לגבי חילוט כי נושים לא יכולים להסתמך על סכום שעלול להיות מחולט כי סכום כזה כבר לא נמצא אצל החייב, הוא נמצא אצל הנושה. הוא כבר אצלו בכיס. זה סכום שאולי יחזור לחייב, אבל זה לא משהו שהחייב יכול היה להגיד לנושים שלו - תראו זה הנכסים שלי. הוא לא יכול, זה לא אצלו. ובגלל זה ההסבר של חשש מפגיעה בנושים נוגע לגבי פיצויים אבל לא לגבי חילוט.

אותו הדבר לגבי **חשש מהטעיה. מה החשש מהטעיה? חשש אפשרי הוא שאנשים לא יהיו מודעים לסיכון להפרה, למשמעויות של הפרה**. זה יכול להיות הנזקים בסדרי גודל מאוד גדולים אבל זה לא יכול להיות לגבי חילוט. כשאני נותן את הכסף, החשש שיטעו אותי בכריתת החוזה ויגרמו לי לתת התחייבות לחלט את הכסף שנתתי, מוגבלת לכסף שנתתי. לדוגמה, בחוזה שכירות יש התחייבות לפיצויים מוסכמים על איחור במסירת הדירה. ההתחייבות לפיצויים מוסכמים יוצרת לצד בדר״כ התחייבות לחילוט - אתה משלם מראש על החודש האחרון, ואז אומרים לכם שאתם יוצאים באמצע והכסף הזה מחולט, זה פיצוי מוסכם אחד והוא מאוד מוגבל בסכום. לעומת זאת על עיקוב ביציאה בסוף השנה יש בדר״כ ס׳ פיצוי מוסכם של כמה מאות שקלים על כל יום איחור. המגזימים חסרי הפרופורציה יקבעו 2,000 ש״ח על כל יום איחור. שם אפשר לסבול מהטעיה כי זה סכום שאין לו מגבלת גודל והוא יכול להיות חסר על ערך פרופורציונלי לחוזה. כשזה חילוט זה לא יכול להיות חסר כל ערך פרופורציונלי לחוזה כי זה תלוי בכספים של החוזה, בסכומי התשלום החוזיים. זה מוגבל בסכום ששולם. לעומת זאת פיצוי מוסכם לא מוגבל והוא יכול להוביל להטעיה.

אם נחשוב מה הכי טוב למשכיר בדוגמה של השכירות - החלום הרטוב של המשכיר, זה שתפר את הסכם השכירות ותישאר בדירה עוד הרבה ימים מעבר ותשלם את הפיצוי המוסכם. זה הרבה יותר ממה שהוא היה מקבל מדמי השכירות. לכן **יש לנו את החשש הזה שפיצוי מוסכם שהוא מוגזם, שלא מקיים יחס סביר יעודד את הנפגע ההפרה לגרום להפרות. חובת הקטנת הנזק לא חלה על פיצויים מוסכמים לפי ס׳ 15, האם אשם תורם כן? לכאורה לא. אבל ניתן לטעון שבמיוחד אם הפיצוי המוסכם הוא גבוה, חייבים לכלול גם הגנת אשם תורם כדי למנוע התנהגות אופורטוניסטית של הנפגע שיגרום למפר להפר, כי הוא מרוויח הרבה יותר מהפרה מאשר מקיום החוזה.**

בכל זאת, יכול להיות שיש סיבות לא להתערב בפיצוי המוסכם. סיבה אחת - **התערבות כזאת היא התערבות בחוזה, ובאופן כללי אנחנו לא רוצים להתערב בחוזה**. אבל יש לנו דוקטרינות שמאפשרות התערבות כללית בחוזים אם הם מאוד מאוד מוטים לצד אחד. החריג בדין הישראלי זה דוקטרינה של עושק, סוג של פגם בכריתה. אפשרות אחרת הדין האמריקאי unconscionabilityהמקבילה האמריקאית לעושק. החוזה כ״כ מוטה לטובת צד אחד שאף חוזה עם מצפון לא היה מסכים אליו, הוא נוגד את המצפון. הטענה שאם מתקיימים התנאים של עושק או unconscionability, תתערב כי מתקיימים התנאים הרגילים, ואם הם לא מתקיימים אז אין הצדקה להתערב. לדוגמה, הסכם למכור בית במחיר שהוא 3/4 ממחיר השוק. זה חוזה רע מאוד שדופק את הבעלים של הבית, ביהמ״ש לא התערב. למה להתערב אם הפיצוי המוסכם הוא מאוד מוגזם? אין הבדל. בתנאים שאתה מתערב פה, תתערב גם שם. אם אתה לא מתערב שם, אז אל תתערב גם פה. לעומת זאת החוזה הרגיל קורה בוודאות, זה התנאים של ההסכם. את התנאים האלה אתם אוכפים. אפשר לחשוב על **רבינאי נ׳ מן שקד** - הגב׳ רבינאי אומרת שזה חוזה מזעזע, ביהמ״ש אוכף עליה את ההסכם. הוא אומר - אני מחייב אותך לקיים אותו עם התנאים הגרועים. למה את זה כן ואם חוזה הפיצויים המוסכמים הוא נורא, לא? ביקורת אחרת אומרת שיש להתערב בשני המקרים.

סיבה נוספת לא להתערב היא כי **אנחנו רוצים שצדדים יעשו שימוש בפיצויים מוסכמים**. אנחנו כמשפט רוצים את זה, ביהמ״ש רוצה את זה. למה? כי זה חוסך את כל הדיון המשפטי. אתה לא צריך את הבירור של העלויות, זה יוצר ודאות. אנחנו רוצים לעודד צדדים. הצדדים אומרים - אחר כך תהיה התערבות, יש להם סיבה לא להכניס את המוסד הזה. אנחנו רוצים שהם יעשו בו שימוש.

בנוסף, **אם הצדדים כ״כ טובים ויש להם מידע שעדיף על המידע של ביהמ״ש, ביהמ״ש לא צריך להניח אף פעם שהפיצוי מופרז, במקרה הרגיל**. למה? כי אם הצדדים הם רציונליים ועם מידע מלא, הם מתמחרים את הפיצוי המוסכם. הם מתמחרים את הפיצוי המוסכם בתוך החוזה, הוא יהיה אופטימלי. הוא אף פעם לא יהיה יותר מידי או פחות מידי. הוא לא יהיה מוגזם, כי אם הוא מוגזם, אם הנושה דורש פיצוי מוסכם מוגזם, הוא יידרש לשלם על זה לחייב, ואם זה יהיה לא יעיל הוא ישלם יותר מידי. אז הוא יעדיף לא לעשות את זה, הוא יעדיף לשלם פחות ולקבוע פיצוי אופטימלי. לכן הצדדים תמיד יקבעו פיצוי מוסכם לא מוגזם, לא מופרז.

הסבר משכנע ללמה הם עלולים להיכנס לפיצוי מוסכם מוגזם זה אם אנשים הם לא רציונליים. יש תופעות כאלה בכלכלה התנהגותית, או התניות קוגניטיביות. שתי התופעות הרלוונטיות פה זה מיופייה ואופטימיות. אופטימיות במובן הכלכלי זה הערכת חסר של ההסתברות שיקרה לי משהו רע. אם המשהו הרע שיכול לקרות לי זה שאני אאלץ להפר את החוזה, אופטימיות תגרום לי להסכים לפיצוי גבוה יותר מהפיצוי שיעיל אופטימלית כי אני מעריך בחסר את הסיכון שאני אפר את החוזה. אני לא אתמחר באופן מלא את הסיכון הזה. לכן החייב עלול להסכים לפיצוי מוסכם גבוה מידי לדרישת הנושה, כי הוא לא רציונלי. הוא סובל מאותה אופטימיות. אם אנחנו חושבים שהצדדים סובלים מאופטימיות ומגיעים להסדרים כאלה שהם לא טובים, הצדדים היו רוצים שביהמ״ש יתערב בדיעבד.

בכלל, **אם הרכיב הסובייקטיבי בחוזה הוא מאוד משמעותי, אז לצדדים יש עדיפות אינפורמטיבית מאוד גדולה על ביהמ״ש ולכן לא היינו רוצים להתערב בפיצוי המוסכם. כשהפיצוי המוסכם מסדיר נזק אובייקטיבי מאוד כמו ריבית, אז תהיה יותר נטייה להתערב.**

**פיצוי מוסכם עלול להיות מסווה** **- הצדדים עלולים ליצור הסדר בתוך החוזה שהוא לא נקרא פיצוי מוסכם, אבל בפועל הוא פיצוי מוסכם.** נגיד, דרך השבה. בעניין האני נ׳ מני ,הקבלן אמר שבמקרה של איחור הוא מתחייב להשיב את כל הכספים שהוא ששילם. איחור בבניית מעלית בבניין, במקרה של איחור במסירת המעלית, בהשלמת הבנייה הוא מתחייב להשיב את כל מה ששילם ולאפשר לתבוע אכיפה. במובן הזה, הוויתור על ההשבה זה חילוט, שהוא פיצוי מוסכם. אבל אם אני קורא לו רק ויתור על השבה אז אולי הוא יעבור מתחת לרדאר. גם חילוט, אם לא היה את ההסדר בס׳ 15(ג), חילוט זה דרך להעביר פיצוי מוסכם. זה בעצם דרך השבה. אנחנו מוותרים על זכות ההשבה, זה בעצם פיצוי מוסכם. גם כשאנחנו אומרים שההשבה תהיה בשווי במקרה של הפרה, וזה יהיה גובה השווי. הסכמה לערך חוזה זה דה פאקטו פיצוי מוסכם. בעניין **San Printing v. Moore** המדינה ביקשה אונייה והשתמשה בה בזמן מלחמה והתחייבה להחזיר אותה. קבעו שאם היא לא תחזור, אז השווי של האונייה הוא 27,000$. בעצם אם השווי של האונייה הוא נמוך יותר, אז לא מדובר בהצהרה על השווי של האונייה אלא על ס׳ פיצוי מוסכם שמסווה דרך השבת שווי, עם קביעת השווי של הנכס.

**גם חוזה חילופין יכול להיות ס׳ פיצוי מוסכם - החוזה אומר, אתה לא חייב לבצע משהו אחד. יש לך שתי חלופות: לבצע פעולה או לשלם לי כסף**. ואז החייב כאילו בוחר, ואם הוא לא מבצע, הוא לא מפר. לא תובעים על הפרה, תובעים אכיפה של החלופה השנייה. זה מה שהיה **בפס״ד חוף התכלת** - חוזה חילופין. החברה חוף התכלת התחייבה לספק נכסים תמורת הכסף ששולם, או ריבית. מהי הריבית? לראות את הכסף ששולם כהלוואה עם ריבית גבוה, זה בעצם פיצוי מוסכם על הפרה.

באופן דומה אפשר לחשוב על קנס על איחור בתשלום. **קנס על איחור בתשלום ברור מאוד שהוא פיצוי מוסכם.** על כל יום איחור אתה משלם כך וכך. מה עם בונוס על הקדמה? מה ההבדל מבחינה כלכלית בין בונוס על הקדמה בתשלום לעומת קנס על איחור בתשלום? אין הבדל. בכל זאת בדין האנגלי נקבע שאין התעברות ואין הכרה בבונוסים כס׳ של פיצוי מוסכם. הסיפור של בונוסים כפיצוי מוסכם יכול להיות מאוד חכם. נגיד במכירות - אם נגיד שכל הסכם שכולל בונוסים על הצלחה במכירות הוא בעצם ס׳ פיצוי מוסכם. ההתערבות בפיצוי מוסכם צריכה להיות לפי התכלית של החוזה. אז אם הס׳ הזה יקבע כפיצוי מוסכם, אמור להיות לביהמ״ש אפשרות להתערב בו. אז כדי להכריע אם תניה כזו היא פיצוי מוסכם או לא אנחנו צריכים לשאול מה הצדדים רצו שיהיה הקיום. לעניין הבונוסים - האם ניתן לתבוע אכיפה על זה שלא עומדים ביעדי מכירות? אם לא ניתן לתבוע אכיפה, אז זאת לא הפרה. לא הפרה שמזכה באף סוג של פיצוי, גם לא פיצוי מוסכם. הבונוסים יהיו בונוסים. אבל זו דרך להשתמש בתכליות של פיצוי מוסכם בצורה יותר רכה שלא תאפשר התערבות אבל גם לא תאפשר סעדים בגין הפרה. אם אני יכול לכלול תאריך יעד של מסירה לסוף ינואר ובונוסים על מסירה חודש קודם, מצד אחד לא מוגבל לס׳ הפיצויים. הפיצוי המוסכם שלי דרך הבונוס לא יהיה נתון לשיקול דעת ביהמ״ש, אני יכול לעשות מה שאני רוצה. מצד שני, אם יהיה איחור במסירה, לתאריך המסירה שהחוזה קובע, אני לא יוכל לבקש סעדים אחרים. זה יהיה מסירה כדין.

**מתי ביהמ״ש יתערב בפיצויים מוסכמים? הוא יתערב בהם אם בשעת ההפרה אין כל יחס סביר לנזק שהיה צפוי**. כדי לשאול מתי להתערב אנחנו נגיד האם הנזק הצפוי קל להערכה, אנחנו נבחן את היחס בין היקף העסקה לבין הפיצוי המוסכם. מצד שני יכול להיות שזה לא משכנע כי לפעמים הנזק מהפרה יכול להיות מאוד גדול גם אם ההסכם הוא לא הסכם משמעותי. לדוגמה, במסעדה. אני מזמין מוצרים שהם לא יקרים אבל אני מייצר מהם מנות גורמה שאני מוכר באלפי שקלים. הנזק מההפרה יכול להיות הרבה יותר גדול מהמחיר החוזי. אז לא בהכרח קיים איזה שהוא יחס, אבל בהרבה מקרים זה אמור להישמר. לדוגמה, העיכוב בהחזרת הדירה. הנזק שנגרם מהעיכוב בהחזרת הדירה לא יכול להיות הרבה יותר משכר הדירה, כי מה שאני יכול להרוויח מהנכס זה שכר הדירה, לא הרבה מעבר.

יש מחלוקת לגבי תניה גורפת. **האם תניה גורפת לפיצויים מוסכמים שלא תלויה בסוג ההפרה, כל הפרה מזכה באותם פיצויים מוסכמים, האם היא אומרת שפיצויים לא מקיימים יחס סביר?** באנגליה אומרים שאם התניה גורפת אז זה יוצר חזקה שהיא לא מקיימת יחס סביר, כלומר שהיא לא תואמת את ההפרה. בארה״ב לא מקיימים את ההבחנה הזאת. אפשר גם לחשוב שהסיבה שיש תניה גורפת זה כי אם יש תניה לפיצוי מוסכם שנבחנת לכל סוג של הפרה, היא דורשת הרבה מאוד הוצאות מו״מ. צריך לקיים מו״מ על כל תוצאה אפשרית של הפרה. החיסכון הזה מסביר למה יש תניה גורפת ולא תניה קונקרטית.

השאלה אם נגרם נזק בפועל לא רלוונטית, וגם ההתנהגות של הצדדים - אשם תורם, הקטנת הנזק, לא רלוונטיים. אנחנו רצינו את כל זה כדי להימנע מבחינה של הקטנת הנזק, כדי להימנע מבחינה של גובה הנזק בפועל, כדי לאפשר ודאות של הצדדים למה שיקרה במקרה של הפרה. לכן כל השאלות שתלויות בתוצאות האלה, הופכות ללא רלוונטיות לעניין האם הפיצוי המוסכם מקיים יחס סביר.

פס״ד **חשל בניה נ׳ פרידמן** - לחשל היה נכס מקרקעין, לפרידמן היתה חברה בבעלותו שהתחייבה לבנות מרכז מסחרי בנכס המקרקעין ולתת לחשל מס׳ מסוים של חנויות. אחרי שחולקו החנויות, חשל רצתה להשכיר את אחת החנויות. פרידמן גם רצה להשכיר שם חנות סמוכה והוא ביקש מחשל לא להשכיר את החנות כדי שזה לא יפגע בשכירות שהוא מעוניין לבצע. הם חתמו על הסכם שפרידמן ישלם לחשל פיצויים מסוימים על ההסכמה שלהם. הם חתמו על פיצויים בריבית של 10% בחודש צמודה למדד. פרידמן לא עמד בהתחייבות שלו אבל טען שהפיצוי גבוה מידי, הוא התכוון לריבית שנתית ולא חודשית והוא טען שנפלה טעות בהסכם. ריבית שנתית של 10% היא ריבית מאוד גבוהה. ריבית של 10% חודשית אפילו אם היא לא נצברת, היא עדיין ריבית מאוד מאוד גבוהה, במיוחד אם היא צמודה למדד. לכן הסיפור הוא שיש כאן ריבית גבוהה ואנחנו שואלים האם הריבית הזאת היא פיצוי מוסכם והאם הפיצוי המוסכם הזה מוגזם?

ההכרעה היתה שתושלם ריבית שנתית של 35%. **ביהמ״ש מתערב בריבית. הוא קובע שהריבית זה פיצוי מוסכם וניתן להתערב בפיצוי המוסכם ולהפחית אותו**. אבל השאלה היא לאיזה נקודה נפחית אותו? היה אפשר לבטל את הפיצוי המוסכם לגמרי ולתבוע פיצויים לפי ס׳ 10 או 11. הפיצוי לפי ס׳ 11(ב) הוא לפי חוק פסיקת ריבית והצמדה. אבל ביהמ״ש קובע שלא. היה אפשר גם להפחית עד לריבית שמקיימת יחס סביר. לדוגמה, הבנקים. אם היית לוקח מהבנק הריבית הממוצעת היא 31%. אפשר לקבוע לפי הריבית הממוצעת. אבל ביהמ״ש לא קובע לפי הריבית הממוצעת, **הוא קובע עד לנק׳ המקסימלית שמקיימת איזה שהוא יחס סביר**. מה הבעיה שזה יוצר מבחינת תמריצים? אם אנחנו כבר רוצים להתערב בס׳ של פיצוי מוסכם, היה אפשר לאמץ כאן כלל עונשי. כלל שאומר שאנחנו נפחית את הפיצוי לפיצוי המינימלי שמקיים יחס סביר, או לפיצוי הממוצע שמקיים יחס סביר, כדי ליצור תמריץ לא להגזים. אם תגזים אתה הולך לאבד את כל היתרון. מה קורה עכשיו? שיטת מצליח - תקבע את הפיצוי הכי גבוה שאתה יכול, ואם נתערב נפחית את זה למקסימום שאנחנו מוכנים לקבל. אין לך שום תמריץ לא לקבוע פיצוי מוגזם לפי חשל בניה.

אותה הבעיה ניתנה לאחרונה בפסק דין של ביה״ד לעבודה בעניין של פערי שכר בין גברים ונשים. יש חוק שכר שווה לעובדת ולעובד, שקובע שאם עובדת ועובד בעבודה שוות ערך מקבלים שכר שונה, יעלו את השכר של העובדת לשכר של העובד. לאחרונה היתה תביעה של עובדת שהצליחה. עובדת שקיבלה שכר הנמוך בעשרות עד מאות אחוזים מהשכר של מקביליה הגברים. היו כל מיני גברים מקבילים שאפשר היה להשוות אליהם את השכר. ביה״ד קבע שיש להשוות את השכר לעובד הגבר אם השכר הנמוך ביותר. זה אומר למעביד - תשמע, אין נזק אדיר אם תקטין את שכר האישה לשכר נמוך מידי. במקסימום נפחית את זה למינימום שאפשר היה לפסוק לה. אין כאן תמריצים להיזהר.

**נזק לא ממוני:**

ס׳ 13 מאפשר פיצוי על נזק לא ממוני בעקבות הפרת חוזה. באופן עקרוני פיצוי על נזק לא ממוני קיים גם בדינים אחרים. בדיני הנזיקין לדוגמה קיים פיצוי על נזק לא ממוני טהור. בפס״ד **עיריית ירושלים נ׳ גורדון** - פס״ד על כליאת שאו בזה שהעירייה התרשלה ולא מנעה את זה שגורדון יכנס למאסר. הפתרון שנמצא במקרים האלה זה שניתן פיצוי על נזק לא ממוני. **השופט ברק מציין** כמה הוא מפחד מהתרחבות של הנזקים בצורה בלתי נשלטת ולכן **מגבילים את הפיצוי לנזקים הישירים**, עוולות כוונה וכו׳. כנ״ל לגבי **אלסוחה נ׳ עזון דהאן** - אנחנו **נאפשר פיצוי לניזוקים משניים על נזק לא ממוני טהור, נזק שהוא לא פגם פיזי, אבל נגביל אותו כי אנחנו מפחדים מהשלכות שליליות של פסיקת פיצוי על נזק לא ממוני.** בכל זאת בנזיקין זה יותר קל להעניק פיצוי על נזק כזה מאשר בחוזים. בדר״כ בחוזים אנחנו חושבים על אינטרסים עסקיים, אינטרסים כלכליים. אם החוזה הוא אינטראקציה עסקית סטרילית, ואתה מקבל פיצוי מלא, פיצויי קיום, לא אמור להיות איזה שהוא נזק לא ממוני רלוונטי. באופן כללי אנחנו מפחדים מזה שיוצפו בתי המשפט בכל מיני תביעות כשאין נזק בפועל בגלל שאנשים יכולים לטעון בצורה מאוד זולה על זה שיש להם נזק לא ממוני, להקשות על תיחום הזנק וכו׳. יותר מזה, בעניינים חוזיים אנחנו יכולים לחשוב שמי שיכול למנוע את הנזק בזול, את הנזק לא הממוני, זה הרבה פעמים נפגע ההפרה הרבה יותר טוב מהמפר.

סיבה נוספת וחשובה למה בחוזים נרצה להימנע מפיצוי על נזק לא ממוני היא כי **בחוזים הפיצוי הוא ביטוח מפני הפרה.** כשהצדדים לחוזה כורתים את החוזה, הם צופים את האפשרות להפרה וצופים את האפשרות שהם ידרשו לשלם פיצוי. אז בעצם כל חוזה כולל התחייבות לביצוע העסקה וביטוח מפני התוצאות של ההפרה. הביטוח הזה, הפרמיה על הביטוח, מתומחרת במחיר החוזי. אפשר לשאול איזה סיכונים אנשים רוצים לבטח? סיכונים שהם רוצים לבטח הם ירצו לכלול בחוזה, וסיכונים שהם לא ירצו לבטח, אולי הם לא ירצו לכלול בחוזה כפיצוי. אנחנו יודעים שאנשים מבטחים נזק כלכלי. אנחנו כל הזמן מבטחים נזקים כלכליים כי שקל אחד של האגרה של הביטוח היום שווה לנו פחות מהסיכון של 1/100 לשלם 100 שקלים. אנחנו שונאים סיכון ושונאי סיכון יבטחו סיכונים כלכליים. לעומת זאת, **נזקים לא ממוניים אנחנו לא מבטחים.** אנשים יכולים לבטח את הסיכון שיאבדו את הרכב, הם לא יבטחו את הסיכון שהם ירגישו רע. אם אתה לא רוצה לבטח נזק לא ממוני כשאתה רוכש חוזי ביטוח, אין סיבה שתרצה לבטח אותו במסגרת חוזית. **זה ההסבר למה בחוזים על פניו לא צריך להיות פיצוי על נזק לא ממוני. אולם, הסבר אפשרי ללמה אנחנו כן נרצה לפצות על נזק לא ממוני, זה כדי ליצור הרתעה יעילה. הנזק הלא ממוני הוא נזק, ואם המפר לא יפצה בגינו, הוא יפר יותר מידי כי הוא לא ישלם פיצוי שמשקף את הנזק שהוא גרם בהתנהגות שלו**. אם אנחנו רוצים למנוע הפרות לא יעילות, אנחנו צריכים שהמפר יפנים את כל הנזקים. הנזקים האלה זה פיצויי הקיום + הנזקים האינסדנטליים, כולל הנזק הלא ממוני.

מה השיקולים לפסיקת פיצוי? כמו בכל פיצוי אחר, **הפיצוי מוגבל לנזקים הצפויים.** לדוגמה, בפס״ד **גולדמן נ׳ מיכאלי** קבלנים לא מסרו דירה בזמן, הם התעכבו במסירת הדירה שנה. אחרי קצת יותר מ- 11 חודשים האנשים שקנו את הדירה נכנסו אליה בלי שהם קיבלו מפתח. הם פלשו בעצם לדירה של עצמם והם חיו בדירה עד שהיא נמסרה להם בפועל בלי חשמל ובלי מים. **נפסק שעל האיחור מגיע להם פיצוי על נזק לא ממוני, אבל זה שהם גרו בדירה בלי חשמל ומים לא מזכה אותם בפיצוי כי זה לא התנהגות שהקבלן היה צריך לצפות**.

שיקול נוסף זה אם יש **הרתעת חסר ועידוד תביעות**. כשאנשים לא מגישים תביעות יהיו יותר מידי הפרות או יותר מידי התנהגויות עוולתיות. איך נעודד אותם להגיש תביעה? נגיד אתם תקבלו פיצוי לא ממוני משמעותי. הוכחת הנזק היא מאוד קשה. בחוזים זה פחות מקובל, פחות חושבים על הבעיה של אכיפת חסר. אבל זה גם אפשרי, נגיד בהקשרים צרכניים. בגלל זה בהקשרים צרכניים יש הרבה פיצויים מכוח דין ולא פיצוי מוסכם בהסכם, שהוא גבוה מהנזק. בחוק להגנת הצרכן יש הסדר שנקרא פיצויים לדוגמה - אם היתה הפרה והתרעת בפני העוסק שהוא מפר את הדין, ולא מקיים את החיובים החוזיים שיש לו, אפשר לתבוע ולקבל פיצוי של מעל ל- 10,000 ש״ח על הפרה של הסכמים מאוד פשוטים. הרעיון הוא לעודד הרתעה.

הקשר אחרון זה **מקרים שבהם החוזה הוא אישי**. י**ש חוזים שהתכלית שלהם היא לא ממונית, לא מסחרית. כשחוזה הוא מסחרי אנחנו נגביל את הפיצוי לנזק המסחרי. אבל לא כל החוזים הם מסחריים.** בפס״ד **Sullivan v. O'Connor** נדון מקרה של חוזה לניתוח אף. היו שני ניתוחי אף, שניהם היו כושלים, למרות שהייתה התחייבות לבצע ניתוח אף מצוין. הניתוחים הכושלים דרשו ניתוח אף שלישי, הניתוח השלישי היה מאוד כואב ומאוד יקר. מעבר לזה מי שעשתה את הניתוח גם נשארה עם אף לא מושלם. הפיצויים שנפסקו לה על הפרת החוזה, בהקשר החוזי, בדומה לפס״ד **Hawkins v. McGee** שם היה פיצוי על ניתוח פלסטי בהתחייבות להצלחה, אותו סיפור קורה ב- Sullivan, ושם **פסקו לה פיצוי נזק לא ממוני בגלל הכאבים והסבל שהיא חווה עם האף הלא מושלם שלה**. ראינו את זה גם בפס״ד **בנישתי נ׳ ששון**. זה מה שיכול להסביר את זה שלא פסקו שם השבה. מה זה הפסיקה של הביטול בלי השבה הדדית? דרך אחת להסביר את זה היא שזה דרך לפצות אותם על נזק שהוא לא ממוני מעבר לפיצויים ששולמו להם. החשש הוא שהשבה הדדית תביא לזה שהפרות כאלה יהיו רצויות. הם לא, **אנחנו רוצים להכיר בנזק הנפשי הכבד שנגרם**. דוגמאות אחרות מהפסיקה - צלם שלא מגיע לחתונה, ניקוי בגדים לפני החתונה והירח דבש, הם מקרים שבהם נפסק פיצוי על נזק לא ממוני. לעומת זאת, במקרים של איחור בתשלום במזומן, פסקו ריבית אבל לא נתנו פיצוי על נזק לא ממוני. גם במקרים של עסקאות נוגדות לא נותנים פיצוי. עסקאות נוגדות זה שמוכרים את אותה הדירה פעמיים וכתוצאה מזה סוכלה המכירה, לא נותנים פיצוי על נזק לא ממוני גם אם זה מאוד מרגיז. כשהחוזים הם חוזים למתן טובת הנאה, בדיוק מהסוג הלא ממוני, בתי המשפט מכירים בנזק הלא ממוני.

נקודה נוספת היא **שבקביעת פיצוי לא מביאים בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל בשל הפרת חוזה לפי חוזה ביטוח (ס׳ 16)**. השאלה מתי הנפגע זכאי לקבל לפי חוזה ביטוח ומתי נפחית את הזכות שלו לקבל לפי חוזה ביטוח פיצוי. זה עולה בפס״ד **ליפשיץ נ׳ לוי**. בעל מחסן הפך את המחסן לדירת מרתף למרות שלא היה לו היתר לעשות את זה. הוא ניסה לחבר אותה למערכת ביוב וכתוצאה מכך נגרמו נזקים. הדירה הוצפה ונגרם כתוצאה מכך נזק לשטיחים. היה ביטוח על הנזקים מההצפה, והיא קיבלה פיצוי על הנזק לשטיחים. עולה השאלה האם היא יכולה לתבוע על הנזק הזה מחדש? ביחס לזה החוק לא מסויג, הוא אומר - לא יובאו בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל לפי חוזה ביטוח. אז **אם ביטחתם משהו, את ההפרה, וההפרה יצרה לכם את הזכות לקבל את הפיצוי הזה, אנחנו נגיד שאתם לא זכאים לקבל גם וגם. גם את סעד הביטוח וגם את הפיצוי. אבל בפסיקה סייגו את ס׳ 16 ואומרים שזה תלוי בזכות הסוברוגציה.** **הזכות היא הזכות של חברת הביטוח לתבוע על הפיצויים שהיא שילמה.** חברת הביטוח זכאית לתבוע בסוברוגציה כשהיא משלמת על נזק. נגיד בנזקי גוף, עובד במפעל בוטח על נזקים שקרו לו במפעל, וחברת הביטוח משלמת לו פיצוי לפי הנזק בפועל. כמו שהוא היה מקבל בדיני הנזיקין. לחברת הביטוח צומחת הזכות לתבוע בשם העובד עבור הכסף שהיא שילמה לעובד או המעסיק או מישהו אחר שהתרשל וגרם לנזק. אם אין אף אחד שהתרשל אין לה אפשרות לתבוע בסוברוגציה. אבל אם יש לו זכות תביעה היא מוקנית לחברת הביטוח.

מתי אין זכות תביעה בנזקי גוף? נגיד ביטחתם את היד ב- 100,000 ש״ח. יש אפשרות לעשות ביטוח ליד ב- 100,000 ש״ח, זה אומר שאם נגרם נזק ליד מקבלים 100,000 ש״ח. **במקרה כזה שהביטוח לא תלוי בנזק, הוא בלתי תלוי בנזק שנגרם בפועל, אין זכות סוברוגציה**. במקרים שאין זכות סוברוגציה, מה יקרה אם נחיל את ס׳ 16? הנפגע של ההפרה יקבל פיצוי מהחברת ביטוח, אבל המפר ישלם מעט מידי. אם אנחנו ננקה את הביטוח יוצא שהחברת ביטוח לא יכולה לתבוע אותו בסוברוגציה, נפגע ההפרה לא יכול לתבוע אותו על כל הנזק, והמפר משלם פחות מהנזק שהוא גרם בהפרה שלו. **אם יש זכות סוברוגציה, ס׳ 16 מונע כפל פיצוי מצד המפר. הוא לא יצטרך לשלם גם לנפגע ההפרה וגם לחברת הביטוח**. הפסיקה פרשה את ס׳ 16 באופן כזה שדואג שהמפר ישלם פעם אחת את סכום הנזק שהוא גרם, חלק מזה לנפגע ההפרה וחלק לתביעת הביטוח בתביעת סוברוגציה. **אם אין זכות סוברוגציה, אז החברת ביטוח לא יכולה לתבוע אותו ונפגע ההפרה יקבל פעמיים פיצוי. פיצוי מחברת הביטוח שהוא בלתי תלוי בנזק, ואת הפיצוי לפי הנזק מהמפר.**

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

הנושא נוגע להסדרים שקודמים לחוזה הפורמלי. **השאלה שאנחנו מדברים עליה זה מה קורה אם המסמך לא כולל את כל פרטי ההתקשרות? מה הדין של המסמך הזה?** **אפשר לחשוב עליו כעל שלב במו״מ**. אם מדובר בשלב במו״מ אז הוא לא מחייב את הצדדים בכלל. **יכול להיות שזה הסכם שבעתיד מוסכם שיושלמו בו פרטים והוא מחייב כבר היום**. השאלה היא למה קיים מסמך כזה? **יכול להיות שזה הסכם שהוא שלם מבחינת הצדדים במובן שהם בכוונה לא השלימו אותו, ואין להם שום כוונה להשלים אותו. הם רוצים לקיים את ההסכם עם החורים שבו, ושההשלמה תבוא ממקור חיצוני**. למה שהצדדים יעשו חוזה שהוא לא שלם? כי השלמה שלו עלולה להיות יקרה מידי. **חוזה שכולל התייחסות לכל תוצאה ותוצאה בעתיד, החוזה השלם, התייחסות לכל ה Contingencies לכל מקרים ותגובות, הוא חוזה שנורא יקר לייצר. עלויות המו״מ גבוהות מידי**. במקרים האלה הצדדים אומרים, יש דין, נאמץ השלמה של הדין. אנחנו לא צריכים להגיע להסכמות האלה. יש מקרים שהצדדים רוצים להגיע להסכמה, אבל הם לא צפו אותם. זה ברח להם מהראש, הם לא חשבו על זה באותו הרגע. אם היו שואלים אותם מה הם רוצים הם היו מגיעים לאיזה שהיא תוצאה, אבל הם רצו לעשות חוזה, הם עשו חוזה, הוא לא כולל את כל פרטי ההתקשרות ואם היו שואלים אותם הם היו מגיעים לאיזה שהיא מסקנה למה הם רוצים.

איך הדין משלים או מתייחס להשלמה? **יכול להיות שהיעדר השלמה הוא תוצר היעדר גמירות דעת.** הצדדים לא גמרו בדעתם להתקשר בחוזה. **אם ההיעדר השלמה של הפרטים הוא תוצאה של היעדר גמירות דעת במובן האובייקטיבי ביהמ״ש יגיד שאין חוזה**. לפעמים ביהמ״ש יכול להגיד כדרישה נפרדת שהחוזה לא מסוים מספיק. כלומר, גם אם הוא השתכנע שהצדדים רוצים להתקשר בחוזה, אם הוא השתכנע שהחוזה לא מסוים, אז יש דרישה נפרדת של הצעה וקיבול שלא מתקיימת, ולכן לא נכרת החוזה.

**השלכה שלישית יכולה להיות על יסוד הצורה של החוזה. יש חוזים** **שכוללים הספק צורני, כלומר התחייבות לכתב. היעדר פרטים בחוזה משליכה על השאלה אם מוגשמת דרישת הכתב בהסכם.** אנחנו נראה את היחס בין היעדר הפרטים לדרישת הכתב, ולבסוף אם קיים מסמך שלא כולל את כל פרטי ההתקשרות, **אפילו אם ביהמ״ש יקבע שיש הסכם, זה עשוי להקשות על מתן סעד של אכיפה.** למה? **כי לביהמ״ש כעניין פרקטי אין מושג איך לאכוף את ההסכם**. אפשר לחשוב שזה ידרוש מידה בלתי סבירה של אכיפה או פיקוח מצד ביהמ״ש. אם אנחנו לא יודעים מה התוכן הסביר של ההסכם, ההסכם לא שלם, אני לא יודע איך לאכוף אותו, אז נדרש הרבה מאוד התערבות כדי להשלים את ההסכם בין הצדדים.

**בפס״ד רבינאי נ׳ מן שקד**, **השופט ברק אומר כשיש לנו הסכם מוקדם כפוף להסכם מאוחר עם השלמת פרטים, איך נקבע אם יש גמירות דעת? אנחנו נשאל על נוסחת הקשר, על הרצון של הצדדים להתקשר בהסכם מחייב.** לעניין הזה אנחנו נסתכל גם על הפרטים בחוזה. ככל שיש מחסור בפרטים, זה ראייה להיעדר הרצון להתקשר. אם נשתכנע שהצדדים גמרו בדעתם להתקשר בחוזה באותו מסמך, אז אנחנו נאפשר השלמה נורמטיבית. זה יוצר קושי - אמרנו שאחת הסיבות להשלמת פרטים היא שזה חוסך הוצאות במו״מ. יש הסבר ללמה הצדדים לא רוצים לכלול את כל הפרטים בהסכם. אם זה ככה, למה שמחסור בפרטים, מה שחוסך הוצאות, יהיה ראייה להיעדר גמירות דעת? בחוזי מקרקעין התשובה לזה היא שמחסור בפרטים, אפילו אם הם ניתנים להשלמה, זה החוזים שאפשר היה לטייב אותם למקרה הקונקרטי. מה הבעיה עם כללי ברירת המחדל? הם מאוד גסים כי הם אמורים להתאים לכל החוזים. נגיד מועד התשלום כשלא נקבע מועד תשלום הוא זמן סביר ממועד הכריתה. בחוזה של קניית נעליים נראה לנו לא מורכב, עשיתי חוזה לרכישה של נעליים והתשלום הוא 300 שקלים. תשלום תוך זמן סביר לא יהיה קשה. כשהתשלום הוא 3 מיליון שקלים, לשלם בבת אחת את כל הסכום תוך זמן סביר ממועד הכריתה, נראה לנו מטלה מאוד מאוד בעייתית ולכן לא בהכרח יתאים להשלמה נורמטיבית של החוזה. במקרים האלה כשהחוזה הוא חוזה מאוד מורכב אנחנו יכולים להבין למה חיסכון בפרטים, במיוחד כשכללי ברירת המחדל הם נורא גסים, מצביע על זה שהצדדים עוד לא הגיעו להשלמה של גמירות הדעת.

לפי **פס״ד רבינאי**, **אם יש גמירות דעת ניתן להציל את החוזה ע״י זה שנשלים אותו. השלמה כזו לא משקפת את הרצון האותנטי של הצדדים, אז לכאורה זה נוגד את עקרון חופש ההתקשרות. אבל למה זה לא נוגד את עקרון חופש ההתקשרות? כי ביהמ״ש נמצא בסיטואציה שבה הוא השתכנע כשלב ראשון שהצדדים רוצים להיכנס להסכם מחייב**. עכשיו יש שתי אפשרויות - להגיד שאין הסכם מחייב או להשלים את ההסכם עם פרטים מתוך הדין. להשלים את ההסכם עם פרטים מתוך הדין לא מגשים את רצון הצדדים כי הדין זה לא מה שהם רצו, אפילו אם השתכנעתי בזה. מצד שני, גם ביטול של החוזה לא מגשים את רצון הצדדים כי הם רצו את ההסכם. אז השאלה היא מה קרוב יותר לרצון הצדדים? אם השתכנעתי שהם רצו את ההסכם, קיום ההסכם והתערבות בתוכן שלו, מגשימה יותר את רצון הצדדים מביטול שלו.

במובן הזה פס״ד **פסטרנק נ׳ חברת יוסף לוי** הוא חריג בנוף. מדובר על מישהי ששלחה ליוסף לוי מכתב ואמרה לו שאם הוא רוצה בתנאים כך וכך ותמורת מחיר כך וכך הוא יכול לקנות את השטח שלה ולבנות עליו בתים בתנאים מסוימים. **נקבע שהעסקה לא היתה מספיק מסוימת למרות שהיא כללה פרטים מהותיים מסוימים. מה שלא היה מסוים דיו, מה שהיה חסר, זה המפרט של הדירות - רכיבי הדירה בתוך הדירה.** מדובר בעסקת קומבינציה. הרעיון היה שההסכם כולל את הדברים הבאים: היא מוכרת לו קרקע, הוא משלם לה כסף וגם בונה דירות ומחזיר לה שתי דירות. הפירוט של הדירות שהוא מחזיר לא היה קיים. היה רשום גודל מינימלי אבל בלי שום מפרט. **נקבע שאי אפשר להשלים את זה ושאין חוזה**. לא נכרת חוזה בין הצדדים. זה פס״ד מאוד חריג בנוף, הוא ישן והגישה התחלפה. הוא קודם לפס״ד **רבינאי**. הגישה החדשה היא שהסכם כמו פסטרנק היה בהחלט נאכף היום.

הגישה העדכנית בפס״ד **רבינאי** אומרת **שאם יש גמירות דעת ביהמ״ש ישלים את הפרטים.** בפס״ד **עובדיה נ׳ אדרבי** היה הסכם במשפט, משהו כמו א׳ מתחייב להעביר לב׳ את הנכס תמורת סכום. ביהמ״ש משלים את מועד העברת החזקה, שולמה שם מקדמה אז את מועד תשלום היתרה, זהות המשלם דמי הסכמה לממ״י , והוא משתמש גם בחקיקה וגם בנוהג כללי בשוק כדי להשלים את ההסכם. כלומר, הוא השתמש במנגנוני השלמה שונים להשלים המון פרטים בהסכם. גם **בחברה לפיתוח חוף התכלת**, לכאורה אפשר לחשוב שהדבר היחיד שהיה שם במחלוקת זה רק מיקום הנכס. מיקום הנכס הוא לא פרט שולי אבל למעשה ביהמ״ש השלים שם עוד המון דברים. גם לגבי גובה התשלום והחיובים כי לא שולם שם כל הסכום לפי החוזה וביהמ״ש משלים גם את זהות משלם המס. **המון פרטים שהיו בתוך החוזה שהם פרטים מהותיים הושלמו וזה כי ביהמ״ש השתכנע שהייתה כוונה מלאה להתקשר בחוזה מחייב כבר באותו שלב**. ניתן לראות שהגישה של פסטרנק הוחלפה בגישה של **רבינאי נ׳ מן שקד.**

נ׳ נוספת נוגעת **למחסור בפרטים ובעיית הצורה**. **יש ס׳ שדורשים כתב להסכם** - ס׳ 8 לחוק המקרקעין דורש שהתחייבות לעסקה במקרקעין תהיה בכתב. ס׳ 5(א) לחוק המתנה דורש שהתחייבות עתידית לתת מתנה תהיה בכתב. ס׳ 203(א) לפקודת העיריות אומר שכדי שהסכם יחייב את העירייה הוא חייב להיות בכתב וחייבים להיות חתומים עליו גזבר העירייה וראש העירייה או ראש המועצה, אחרת הוא לא מחייב את העירייה. לכאורה במקרים האלה היינו אומרים - טוב**, הסיבה שיש דרישה לצורה, לחוזה בכתב היא להבטיח את הרצינות של הצדדים**. החוק אומר שהוא לא רוצה לאפשר לצדדים להגיע להסכם בלי לחשוב עליו לעומק. אנחנו רוצים שהם יחשבו טוב לפני שהם מתקשרים בחוזה, אם אנחנו רוצים שהם יחשבו טוב, **אנחנו רוצים שהכתב יכלול את כל הפרטים המהותיים**. בכל זאת, הפסיקה התירה הרחבה מאוד יתרה של השלמת הפרטים בהסכם באמצעות הסדרי השלמה נורמטיביים גם כדי לעמוד בדרישת הכתב. במובן הזה יש סטייה מרצון המחוקק. הדוגמה הכי קיצונית היא בפס״ד **תמגר נ׳ גושן**, שם נקבע **שהסכמה של הצדדים בע״פ מחוץ לחוזה, מרפדת חוסר מסוימות בהסכם**. זה סותר את הדרישה של המחוקק כי זה השלמה של חוזה בכתב באמצעות הסדר בע״פ כשהדרישה היא שהחוזה יהיה בכתב. האפשרות להשלים בע״פ את החוזה בכתב לפי תמגר נראית בסתירה ישירה לרצון של המחוקק שההסכם יהיה בכתב, ובכל זאת בתי המשפט אפשרו את זה.

**ההשלכה של מחסור בחוזה יכולה גם להוביל לפגיעה בסעדים**. בפס״ד **פסטרנק השופט עציוני** אומר **שאפילו אם ביהמ״ש היה קובע שהחוזה שלם, לא היה ניתן סעד של אכיפה, כי החוזה לא שלם. אנחנו לא יודעים מה החוזה מחייב, אז לא ניתן לחייב בביצוע של ההסכם**. בפס"ד **חוף התכלת** גם הייתה בעיה כזו. היה חוזה למכירת מקרקעין לא מסוימים ומנגנון ההשלמה לא יושם בפועל. ביהמ״ש מתמודד עם זה ע״י זה שהוא אומר שהוא **יגשים את רצון הצדדים ע״י ביצוע מקורב לרצון שלהם,** הוא ישלים את ההסכם. **אפשר להתמודד עם זה בדרך נוספת ע״י לתת פסיקת פיצויים**. להגיד שסעד של אכיפה היא בלתי אפשרי בנסיבות שבהן החוזה לא שלם, וכחלופה נפסוק פשוט פיצויים.

**דרכים להשלמת פרטים חסרים בחוזה:**

מהם מנגנוני ההשלמה? **השלמה יכולה להיות פנימית להסכם. השלמה יכולה לפי נוהג של הצדדים, או לפי הוראות חוק**. ביחס לזה, יש הסדר היררכי להשלמה של החוזה. מנגנון פנימי עדיף על נוהג, ונוהג עדיף על הוראות חוק משלימות. אבל בתוך נוהג ובתוך הוראות חוק משלימות יש גם סדר היררכי. נוהג מיוחד עדיף על נוהג כללי. נוהג מיוחד הוא נוהג בין הצדדים להסכם ממש ונוהג כללי הוא נוהג בשוק הרלוונטי. הוראות חוק משלימות ספציפיות, של העסקה הספציפית, עדיפות על הוראות חוק משלימות כלליות. לדוגמה, בעסקת מכר, העסקה תושלם קודם כל לפי חוק המכר ורק אם אין הוראה רלוונטית בחוק המכר, נפנה לחוק החוזים. כנ״ל לגבי מכר דירות - חוק המכר דירות, ואז חוק המכר ורק אז חוק החוזים. לדוגמה, ס׳ 44(א) לחוק החוזים אומר שחוזה יקוים במקום עסקו של הנושה וס׳ 10(א) לחוק המכר אומר שהמסירה של הממכר תהיה במקום עסקו של המוכר. אז בעסקת מכר קיום יהיה במקום עסקו של המוכר, אבל בכל עסקה שהיא לא עסקת מכר זה יהיה במקום עסקו של הנושה.

יש לשים לב **שחלק מהוראות החוק יכולות להיות קוגנטיות, גוברת על רצון הצדדים.** לדוגמה, שכר מינימום זה הוראת חוק קוגנטית. אז אם הצדדים כותבים שכר נמוך משכר מינימום, אנחנו נגיד שהשכר בחוזה הוא מינימום. אם כך, **אנחנו בעצם אומרים שהסדר ההיררכי המלא לתוכן החוזה זה: הוראות קוגנטיות, ואז רצון הצדדים. אם אין לנו מושג מהו רצון הצדדים אז מנגנון פנימי אם יש בתוך החוזה מנגנון שמשלים אותו, או נוהג מיוחד או נוהג כללי. אם כל אלה לא משלימים את החוזה אז הוראות חוק ספציפיות, ואם אין אז הוראות החוק המשלימות. אם אף אחד מאלה לא מאפשר להשלים את החוזה, החוזה יסבול מהיעדר מסוימות ואנחנו לא נכיר בו**. לא התקיימו התנאים של הצעה וקיבול, אז זה נדיר.

**דרך להתמודד עם חוזה לא שלם זה באמצעות מנגנוני השלמה.** מנגנוני השלמה נדרשים כי חוזים אף פעם לא שלמים. **חוזים לא שלמים ממס׳ סיבות: כי לצדדים נורא יקר לעשות חוזה שלם.** זה יעלה להם המון בעלויות מו״מ. **או כי היה תרחיש כלשהו שלא עלה לצדדים במועד הכריתה** ולכן זה משהו שהם לא חשבו להשלים אותו מראש. כשיש הסדרים דרך הדין שמאפשרים השלמה של ההסכם, אז הצדדים יכולים להחליט באופן מודע לא לדון בדברים. החוק עוזר לנו מאוד. אחת הפרשנויות המקובלות לכללי ברירת המחדל בחוזים אומרת שכללי ברירת המחדל בחוזים נועדו להוזיל את עלויות המו״מ. למה זה מוזיל את עלויות המו״מ? כי זה חוסך לצדדים לדון על דברים. הם לא צריכים לדון על מועד התשלום כי מועד התשלום צריך להיות זמן סביר אחרי חתימת ההסכם כמו שנכתב בחוק המכר. הם לא צריכים לדון על מועד מסירת הממכר או על מקום מסירת הממכר כי גם אלה ניתנים להשלמה ע״י החוק. אם הצדדים כבר ניהלו מו״מ בעבר ואלה הצדדים הקונקרטיים שהגיעו להסכמות בחוזים קודמים, אנחנו נחסוך להם את העלות של לנהל את המו״מ מחדש ונגיד שאם הם לא ציינו שום דבר פשוט נאמץ את מה שהצדדים האלה רצו בעבר. זה הרעיון שעומד מאחורי עקרונות ההשלמה הנורמטיביים וזו גם הסיבה להיררכיה שעומדת ביניהם. **הרעיון אומר שאנחנו נגשים את הרצון של הצדדים באמצעות זה שנפנה קודם כל אל הצדדים הקונקרטיים, אחרי זה נסתכל על עסקאות מאותו סוג. אם אין כאלה נסתכל על הוראות חוק משלימות שנוגעות למה שאנחנו מצפים, המחוקק צפה, שהצדדים בסוג העסקאות האלה ירצה, ואם אין הוראות כאלו נלך להוראות הכלליות שאומרות מה המחוקק חשב שאנשים בעסקאות באופן כללי ירצו.**

בפס״ד **חוף התכלת** היתה חברה שהיו לה כל מיני נכסים והיא הגיע להסכם למכור חלק מהם. עלתה שם שאלה לעניין המסוימות. **הדיון במסוימות בחוף התכלת נגע לסוגיה של זהות הממכר. הבעיה בחוף התכלת היתה שהצדדים לא הסכימו על הממכר ולכאורה איך אנחנו יכולים להשלים בחוזה פרט לגבי לזהות הממכר? היתרון היה שהצדדים קבעו מנגנון השלמה פנימי**. מהו מנגנון ההשלמה הפנימי שהם קבעו? שמאי. הצדדים ימנו שמאי, שמאי מוסכם, שיחליט מהם הנכסים שנמכרים בהינתן התשלום. באותו עניין ביהמ״ש החליט לכפות עליהם חוזה בנסיבות מוזרות כי היו הרבה מאוד פרטים שהם לא הסכימו עליהם וגם העניין של התמורה לא היה בהתאם להסכם. התמורה היתה אמורה להיות 400,000$ ובסוף שולמו רק 320,000$. כלומר היה פער משמעותי בין ההסכמות בחוזה ומה שבוצע בפועל, אבל ביהמ״ש אומר שדווקא כאן זה קל כי הנכס נקבע לפי התמורה. אז אם קבעתם שהנכס נקבע לפי התמורה, אז זה שהתמורה היא חלקית לא משנה. תקבעו את הנכס בהתאם לתמורה החלקית ששולמה.

דיברנו על **האפשרות שהצדדים יקבעו מראש שפרט להסכם יוחלט ע״י אחד הצדדים.** אמרנו שעקרונית זה אפשרי ונקבע שהחוזה שלם, **הזכות של הצד להשלים את אותו הפרט תהיה כפופה לעקרון תום הלב**. גם דיברנו על רעיון טווח המחירים. זה מעניין שטווח המחירים מאפשר השלמה ברעיון שעוד לא אומץ לגמרי בפסיקה הישראלית, אבל נרמז לו **בתמגר נ׳ גושן**. הרעיון הוא של האופציה הכפולה - כשהצדדים מסכימים שהנכס ימכר בטווח שבין 100 ל- 200 שקלים, אז המוכר יכול לכפות את ההסכם אם הוא יגיד - אני מוכר ב- 100. והקונה יכול לכפות את ההסכם על המוכר, אם הוא יגיד - אני קונה ב- 200. כלומר **לכל אחד ניתנת האופציה לכפות את ההסכם על הצד השני, אם הוא מסכים לקצה שהכי טוב לצד השני בטווח. הצד השני לא יכול להתנגד להשלמה כזו, כי השלמה כזו תהיה חסרת תום לב**. הוא לא נמצא בפוזיציה שהוא יכול לקבל משהו יותר ממה שהצד השני מציע. לכן הסכמה עתידית על טווח מחירים בעצם מאפשרת השלמה כזו של ההסכם. **בתמגר נ׳ גושן** עלתה סיטואציה מאוד דומה. מדובר על חברה קבלנית שעשתה עם קומבינציה עם שתי אחיות. היו שני הסכמים - ההסכם עם האחות הראשונה היה מפורט, לא היתה בעיה. הוא היה מסוים דיו. עם האחות השנייה היו חסרים כמה פרטים מהותיים - לא היה מצוין איפה ימוקם הנכס ובאיזה נכס בדיוק מדובר. תמגר הציעו לאחות השנייה שהיא תקבע מה יהיה הנכס שלה ואיפה הוא יהיה, ושזו ההצעה הכי טובה שהיא יכולה לקבל. הפס״ד אומר שלצדדים ניתנת האפשרות להחליט. **ברגע שניתנת לצד שטוען שאין חוזה האפשרות לאמץ את האופציה הטובה ביותר עבורה, היא לא יכולה להתלונן יותר שאין מסוימות בהסכם**. ביהמ״ש לא מאמץ את פתרון האופציה הכפולה שם, למרות שההיגיון של ביהמ״ש הוא אותו היגיון. הוא לא מאמץ את זה ומשאיר את זה בצריך עיון כי הוא אומר שזו גם היתה ההסכמה בע״פ של הצדדים. כלומר הצדדים הסכימו בע״פ לזה שהמוכרת של הקרקע בעסקת הקומבינציה תוכל לבחור את שתי הדירות בבניין שהיא רוצה.

לעניין ההשלמה של החוזה זה ברור לגמרי למה זה משלים אותו: א. זה מנגנון השלמה פנימי של החוזה. ב. גם אם לא היה מנגנון כזה מראש, בהינתן ההסכמות שהצדדים הגיעו אליהם וגמירות הדעת, זה הפתרון הכי טוב עבור הצד שטוען שאין חוזה. לכן זה מאפשר להשלים את החוזה כשיש טווח, או כשיש איזה שהיא אי בהירות לגבי ההסכם.

בהיעדר מנגנון השלמה פנימי, **ס׳ 26 לחוק החוזים אומר שפרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה, לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים כאלה כמוסכמים**. כלומר, הפרטים האלה שמושלמים לפי ס׳ 26 הוא קובע במפורש, משלימים את החוזה. **הרעיון בס׳ הזה הוא שזה מגשים קודם כל את הרצון של הצדדים להסכם הקונקרטי, בזה שאנחנו מתחקים אחרי הרצון של הצדדים הספציפיים ואז אחרי הרצון המשוער שלהם בהינתן הנוהג בשוק**. אבל יותר מזה הוא מכיר בהסדרים חוזיים רחבים שקיימים בשוק. כשאנחנו מדמיינים חוזים אנחנו חושבים על אנשי עסקים, או אנשים שמבצעים עסקה, שנפגשים לצורך עסקה קונקרטית ובונים אותה. אבל בפועל, אפשר לחשוב על מה שעושים עורכי דין שהם יועצים משפטיים של חברה שהעיסוק שלהם הוא כתיבת חוזים או עורכי דין שמטפלים בעסקאות מסחריות מסוגים מסוימים. בפועל אנחנו לא פועלים בוואקום. אלא עסקאות כאלה נמצאות בשוק. השוק הזה הוא מאוד מאוד מפותח לא רק מבחינת ההסדרים העסקיים בו, אלא בעיקר מבחינת ההסדרים החוזיים. ההסדרים החוזיים האלה שקיימים בין הצדדים בשוק הם ברקע של העסקה הספציפית ובעצם משליכים על כל האינטראקציות. ליסה ברנשטיין מתחקה אחר שוק היהלומים בניו-יורק. שוק היהלומים בניו-יורק זה דוגמה לעסקאות יקרות שמתבצעות בלחיצת יד, שבהן מועברת הסחורה לפני שמועבר התשלום ושיש בהן הסדרים מאוד מורכבים ליישוב סכסוכים. אין הסכמים בכתב, הפרות זה אירוע מאוד נדיר. כלומר, יש סכסוכים לגבי שווי ממכר, אבל התנערות מהסכמים זה תופעה מאוד מאוד נדירה. תביעות בביהמ״ש משפט זה דבר שלא נשמע עליו, ובכל זאת זה לא אומר שאין ביניהם הסדרים חוזיים. להפך, יש להם תרבות חוזית מאוד מפותחת. אותו הדבר במחקרים מאוחרים שלה היא מראה שקיים בשוק הבשר בדרום ארה״ב, בשוק הכותנה ובמאמרים חדשים גם בחוזים שהם ממש מסחריים בין קאטרפילר והארלי דווידסון והספקים שלהם. כל החוזים שלהם הם חוזים מאוד מורכבים, אבל אתה לא יכול לראות את זה אם תסתכל על החוזה. כי בעצם יש מנגנון שלם של נוהג שמשלים את ההסכמים האלה, והם כולם מודעים לו. הם חיים בתוך הסביבה הזו. לכן החוק מאמץ לתוכו את ההבנה שבשווקים מהסוג יש מנגנונים חוזיים מורכבים שמשלימים את התוכן של החוזה הספציפי, ושזה גם משקף את הרצון של הצדדים.

**השלמה של החוזה לפי הוראות חוק משלימות:**

יש מקומות שבהם יש נוהג מפותח אבל יש הרבה מקומות שבהם אין נוהג ואז בעצם רוב ההשלמה מבוצעת באמצעות הוראות חוק משלימות. השאלה היא למה קיימות הוראות חוק משלימות? באופן כללי הגישה הכלכלית חושבת על כללי ברירת מחדל כעל כללים שמתחקים אחרי הרצון ההיפותטי של הצדדים. למה זה מתאים לגישה הכלכלית? כי **המטרה של כללי ברירת המחדל לפי הגישה הזו, היא לא להתחקות אחרי רצון הצדדים אלא, לחסוך להם מו״מ. אז אם זה מה שרוב האנשים רוצים, נעשה את זה כברירת מחדל, ורוב האנשים לא יצטרכו לנהל מו״מ כי יהיה להם את כללי ברירת המחדל.**

זה מתאים גם לתיאוריה של צדק הסכמי - **צדק הסכמי אומר חוזים חסרים זה תופעה קיימת, אז כדי להשלים אותם אנחנו צריכים להתחקות אחרי הרצון ההיפותטי שלהם.** זה כל הרעיון של הצדק הסכמי, שמה שצודק זה מה שהצדדים היו רוצים שיהיה בתנאי העסקה.

ס׳ 40 לחוק החוזים אומר שכשחייב מתחייב לבצע פעולה בהתאם לחוזה עבור הנושה, הוא רשאי להעביר את החיוב הזה לאדם אחר, זולת אם הוסכם אחרת בהסכם. ס׳ 6 לחוק המחאת חיובים אומר בדיוק הפוך, חייב לא רשאי להמחות את החיוב שלו לחייב אחר, אלא אם כן הוסכם אחרת בין הצדדים. איך שני החוקים פועלים במקביל ומתיישבים עם התפיסה של התחקות אחר כוונת הצדדים? ס׳ 40 לחוק החוזים **אומר שחייב יכול להטיל את החיוב לבצע את הפעולה שלו בהתאם להסכם על אדם אחר**. לדוגמה, קבלן וקבלן משנה. אלא אם כן יש סיבה טובה לנושה להתנגד לזה כי הוא מעוניין דווקא בחייב הספציפי, אז זה בסדר. אבל על מי מוטלת החובה לקיים את כל הפעולות לפי ההסכם? על החייב החוזי. כלומר, אם אני התקשרתי עם מיכאל ומיכאל מעוניין שהלל תבצע את הפעולה במקומו, אבל אני יכול לתבוע את הביצוע ממיכאל. לא אכפת לי שהוא מפנה את זה להלל. מי עושה זה לא משנה כל עוד אני מקבל את מה שרציתי. אני יודע שהעסקה שלי מולו וזה שהוא אומר שהוא העביר להלל זה לא ענייני. זה ההסדר לפי חוק החוזים.

חוק המחאת חיובים אומר למחות את הזכות הסובסטנטיבית, כלומר להפסיק להיות צד להסכם ולהעביר את ההסכם לבן אדם. **המחאה של זכויות לא טעונה הסכמה של הצד השני.** הנושה אומר - אני רוצה את הזכות נשייה שלי להעביר למישהו אחר, ככלל אנחנו אומרים שזה בסדר אלא אם כן הוסכם אחרת, כי **לחייב לא כ״כ אכפת למי הוא חייב. אבל לנושה מאוד אכפת לדעת מי החייב שעומד מולו. טוב לו לדעת שהחייב הוא בר פירעון ושניתן יהיה לתבוע אותו. בגלל זה את המחאת החיוב, כברירת מחדל, לא נרצה לאפשר. אבל את האפשרות לבצע את החיוב באמצעות בן אדם אחר כברירת מחדל, כן נרצה לאפשר.** מה אכפת לי שתהיה לי את האפשרות לתבוע גם את הלל וגם את מיכאל? זה ביצוע חיוב. המחאת החיוב תשלול לי את הזכות התביעה נגד מיכאל ותאפשר לי רק נגד הלל. את זה לא הייתי רוצה כי אולי הלל היא לא ברת פירעון.

באותה מידה, קיום לפני המועד לא צריך להיות אכפת לנושה. אם החייב רוצה לקיים לפני המועד, וזה לא פוגע בנושה, אז כברירת מחדל מותר לו אלא אם כן הצדדים סיכמו אחרת.

יש שאלה האם הכלל הזה חייב להיות ניטרלי? **האם כלל ברירת המחדל צריך להיות כזה שלא מעדיף אף אחד מהצדדים**? דיברנו על זה שהצדדים מתמחרים את ההסדרים החוזיים. אם החוק מעדיף צד אחד, זה לא פוגע בצד השני אקס-אנטה, כי ההעדפה הזו של החוק מתומחרת במחיר החוזי. לדוגמה, הפיצויים בתחום מסוים הם מוגדלים. האם זה משרת את הנושה, מי שהחוזה עלול להיות מופר מולו? זה לא משרת אותו כי במועד הכריתה הפיצוי מוגדלים האלה מתומחרים. זה כאילו הוא רכש עוד ביטוח. במובן הזה, אם הסדרי ברירת מחדל הם לטובת צד אחד, זה לא משנה. אבל אם ההסדרים הם לא ניטרליים והצדדים צריכים לתמחר אותם, זה יכול ליצור עלויות של מו״מ. ואם הסדרי ברירת המחדל הם ניטרליים וזה מה שהצדדים היו רוצים גם, אז הם לא צריכים לתמחר, הם לא צריכים לחשוב על זה יותר מידי. ועדיין, אנחנו יכולים לחשוב על מקרים שבהם הסדר ברירת המחדל יהיה לטובת צד אחד, לא יסטו ממנו והתמחור לא יהיה קשה. מתי? כשיש חייב שמתקשר ב- 1,000 עסקאות זהות. חנות מתקשרת ב- 1,000 עסקאות זהות, ואנחנו אומרים כברירת מחדל, חנות חייבת לאפשר החזרה של מוצרים תוך שבועיים, והיא צריכה לתמחר את זה. זה מאוד לטובת הקונה. אבל היא מתמחרת את זה כי מוכרת אלפי מוצרים. התמחור זהה כי יש מחיר אחד לכל הצרכנים. לכן, זה לא אומר שההסדרים לא חייבים להיות מוטים. חוץ מזה, אם זה יעיל, אם הפתרון שמוטה לטובת צד אחד הוא גם הפתרון שיעיל, נגיד הקצאת סיכונים רצויה, אז הצדדים היו בוחרים באפשרות הזו מלכתחילה גם אם היא מוטית לטובת צד אחד. כי הצדדים בתיאוריה הכלכלית בוחרים באפשרות שממקסמת את העוגה המשותפת, מביאה להקצאה הכי טובה של סיכונים ביניהם, ואת זה שזה מוטה לטובת צד אחד הם מתמחרים.

בנוסף לזה יש גם כללי ברירת מחדל עונשיים. כללים שנועדו להגיד לצד אחד - אם תאמץ את ברירת המחדל, זה ידפוק אותך. אלו לא כללים שאנחנו רוצים שתאמץ, אלא כללים שאנחנו יוצרים כדי שצד אחד לא ירצה לאמץ אותם. כדי שהם יתנו על הדברים במכוון. **אנחנו רוצים להציף דברים במו״מ אל פני השטח. ס׳ 10 לחוק התרופות אומר לצד שאם החוזה נורא חשוב לו, אם ההפרה תעשה נזק משמעותי, אנחנו רוצים שתיידע את הצד השני, ואם אנחנו רוצים שתיידע את הצד השני, נקבע ברירת מחדל שפועלת לרעתך**. אתה לא תקבל על זה פיצוי אם זה לא צפוי ולא העלת את זה במו״מ.

ביחס **לפיצוי מוסכם**, יש לשים לב שהפרשנות בפס״ד **חשל בניה** למה עושים אם הפיצוי הוא מוסכם זה בדיוק לא ברירת מחדל עונשית. **זה שקובעים שכשהפיצוי הוא מוסכם הוא מקסימלי, כלומר כשהפיצוי המוסכם הוא מוגזם אז מורידים אותו לקצה המקסימלי של התחום, גורם לזה שאין ברירת מחדל עונשית,** ושהכי טוב יהיה למי שיכול לקבוע איזה סכום שהוא רוצה לקבוע סכום הכי גבוה שהוא יכול. סכום מנופח. במקרה הכי גרוע יורידו לו את זה למקסימום בטווח. לכן אין כאן סנקציה.

דוגמה אפשרית נוספת היא **ס׳ 41 לחוק החוזים** שאומר **שחיוב שלא הוסכם על מועד קיומו, יש לקיים זמן סביר לאחר כריתת החוזה, במועד עליו הודיע הנושה לחייב זמן סביר מראש**. למה הנושה מחליט על מועד החיוב? האינטרס של מי זה לעכב את התשלום, לעכב את החיוב? זה האינטרס של החייב. אז אנחנו אומרים שאנחנו רוצים שהחייב יעלה מראש את מתי הוא יבצע את החיוב שלו, כי האינטרס שלו אם זה לא נמצא בתוך החוזה זה לדחות את זה ככל שניתן. אז אנחנו אומרים, אם אתה לא אמרת אנחנו נותנים לנושה זכות חד צדדית לקבוע מתי יתבצע החיוב. הסיבה שאנחנו נותנים את זה לנושה זה כדי לגרום לחייב להעלות את זה מיוזמתו.

תיאוריה אחרת של כללי ברירת מחדל אומרת שאנחנו יכולים להשתמש בכללי ברירת מחדל, לא כדי לקיים אינטרסים כלכליים, כדי לקדם את התועלת החוזית, אלא כדי לקדם שיקולים של צדק. יכול להיות שצדדים לא מודעים בכלל לכללי ברירת המחדל, הם לא מתמחרים אותם וגם לא סוטים מהם. אלא מאמצים אותם באופן שגור. ואז זה אומר שכללי ברירת מחדל שמוטים לטובת אחד הצדדים ישרתו את אותו צד כי הם לא מתומחרים בפועל. אם זה נכון, אז על פניו אנחנו נרצה שהם דווקא לא יטו לאף צד אחד כי אפריורית אין סיבה להעדיף צד אחד על פני הצד השני. אז כברירת מחדל אנחנו נרצה שכללים יהיו מאוזנים כי האיזון הזה צודק כי הם עלולים לא לסטות מהכללים האלה, ואם הם לא יהיו מאוזנים אנחנו נעדיף באופן שיטתי את אחד מהצדדים. לכן תיאוריה של קידום צדק תגיד שעדיף כללי ברירת מחדל מאוזנים.

**ס׳ 42 לחוק החוזים** שאומר **שהחייב רשאי לקיים את החוזה מוקדם למועד שבו זה נקבע, אם זה לא פוגע בנושה.** ס׳ מאוד מאוזן, זה משרת את החייב כי זה אופציה שעומדת לחייב לבצע קיום מוקדם, והאופציה עומדת לו רק אם הוא לא פוגע בנושה. אז זה משרת את שני הצדדים.

**ס׳ 43 אומר מה קורה אם החיוב נדחה, אם אנחנו לא יכולים לקיים את החיוב במועדו?** הוא אומר שאם זה תלוי בנושה, אז החיוב נדחה עד להסרת המניעה ע״י הנושה. אם זה התנאי לקיום החיוב של החייב הוא חיוב קודם של הנושה, אז עד שהנושה יקיים את החיוב שלו. אם הצדדים מחויבים לקיים יחד, אז עד שנושה מוכן לקיים את החיוב שלו. הרעיון זה לאזן בין הצדדים ולשמור עליהם שווים. הם יכולים לסטות מזה, אבל אנחנו אומרים - אם אתם רוצים לסטות תעשו את זה במפורש. ברירת המחדל תהיה מאוזנת.

אותו הדבר לגבי איכות הקיום - **ס׳ 45** אומר שאם הצדדים קבעו שימכרו 100 חולצות כותנה, אבל חולצות כותנה יש מכל מיני סוגים. באיזה איכות? כותנה מצרית יקרה או כותנה מאוד זולה מעורבבת עם פוליאסטר ממפעל טקסטיל זול. **הצדדים לא קבעו - הקיום יהיה בבינוניות.**

**ס׳ 46** -**אם הצדדים לא קבעו על הסכום לתשלום, סכום ראוי לפי נסיבות העניין**. קשה להשלים, סכום ראוי זה אמורפי, ועדיין אנחנו מבינים שהתנאים של ברירת המחדל הם כאלה ששומרים על איזון.

דרך יותר מתוחכמת לחשוב על **קידום צדק באמצעות ברירת מחדל**, **זה לחשוב על מצבים שהם אנחנו רוצים לקדם צדק, לא ע״י איזון בין הצדדים. אלא לקדם מטרות חברתיות**. לדוגמה, חוק הגנת הצרכן קובע הסדרים של החזרת מוצרים שמותר לסטות מהם. אבל אם לא סוטים מהם, חלים כללי ברירת המחדל. הכללים של החזרת מוצרים, הם מוטים לטובת הצרכן, הם לא מאוזנים. באיזה מובן הם מוטים לטובת הצרכן? בעסקאות רגילות אין זכות החזרה של מוצרים. אז כל זכות החזרה, מוטית לטובת הצרכן. למה החוק מאפשר את זה? אנחנו רוצים לעשות איזה שהיא התערבות בחיי החוזים כי אנחנו חושבים שהצרכנים צריכים יותר הגנה. אבל ההתערבות היא התערבות רכה כי הצדדים יכולים לסטות ממנה. אנחנו מתערבים בתוכן החוזה באופן שלא מתחקה אחר הרצון ההיפותטי של הצדדים, אבל אנחנו עושים את זה בצורה שהיא רכה כי אנחנו אומרים לצדדים - זה מה שיהיה אם אתם לא תקבעו אחרת. זה מאפשר לנו גם במובן של כללי ברירת המחדל העונשיים, לחייב להציף את הסוגיה מול הצד השני. אז חנות שאומרת שהיא לא מעוניינת שתהיה לה מדיניות החזרת מוצרים כמו בחוק הגנת הצרכן, חייבת להודיע לצרכנים . ואכן ברוב החנויות ניתן לראות שלט עם מדיניות החזרת מוצרים. בלי השלט הזה, שגם עליו חלים כל מיני סדרי ברירת מחדל שחייבים להיות בו, ההסדרים שחלים הם הרבה יותר מחמירים.

דרך נוספת היא לחשוב על **קידום מטרות חברתיות באמצעות חוזים**, דרך ברירת מחדל. מתי זה יכול לקרות? אם אני חושב שהצדדים לא מתנים על ברירות המחדל, כי כללי ברירת המחדל כפי שהם מכונים בספרות - סטיקי - כאלה שלא נוטים להתנות עליהם. יש כל מיני כללי ברירת מחדל שצדדים לא מתנים עליהם. לדוגמה, בארה״ב היה שלב שבו חייבו מעסיקים לאפשר לעובדים לקבל פנסיה. אבל כדי לקבל את הפנסיה, העובד היה צריך לבחור קרן פנסיה להפריש אליה, ואם הוא לא בחר כברירת מחדל, לא היו מפרישים לאף קרן. גילו שעובדים לא בחרו אף קרן, ולא הפרישו להם לפנסיה. אז שינו את ברירת המחדל לקרן פנסיה ספציפית. לא בחרת כלום מפרישים לך לאיזה שהיא קרן פנסיה, ואתה יכול לבחור להפריש לקרן אחרת. העובדים גם יכלו לבחור שלא להשקיע באף קרן פנסיה. הסטיקי דיפולט השפיע וממצב שמעל ל- 90% אין הפרשה לפנסיה, עברו למצב שמעל ל- 90% יש הפרשה לפנסיה.

יש לשים לב שמבחינת ערכים או התערבות בחוק, אפשר לחשוב על זה כעל סוג של פטרנליזם רך. אנחנו רוצים לעשות איזה שהיא התערבות פטרנליסטית, אנחנו רוצים שאנשים יתנהגו עבור עצמם בצורה טובה יותר. אבל אנחנו רוצים עדיין להיות ליברליים. אנחנו לא רוצים לכפות עליהם. איך נעשה את זה? **ניצור ברירות מחדל ונגיד להם תסטו מהם כמה שאתם רוצים, זו רק ברירת מחדל. אבל בגלל שברירות המחדל האלה הם דביקות, הרבה אנשים לא סוטים מהם, זה ישפיע על החברה.**

ישנה גם האפשרות של הוראות כופות, הוראות קוגנטיות. השאלה היא **באיזה סיטואציה אנחנו נרצה הוראות קוגנטיות**? והתשובה היא ש: א. **רק כשיש צד מאוד חזק וצד מאוד חלש.** אז נרצה להתערב אקטיבית בתוכן החוזה. ב. זה לבד לא יספיק, אנחנו נרצה **שהצד החלש יהיה כפוף ללחצים של הצד החזק או שהוא סובל מחוסר מודעות**. אם הוא כפוף ללחצים זה לא אומר שבהכרח החוזה לא יעיל, כי לצד החזק אין סיבה לקבוע חוזים לא יעילים. הוא יקבע את החוזה הכי יעיל, ויתמחר אותו בצורה שהכי טובה לו. הוא יקח את כל הרווח מהחוזה. אבל אם הצד השני הוא גם לא מיודע, הוא לא מבין מה התנאים של החוזה אומרים, הוא טועה לגבי המצב של הדברים בעולם ויש לנו צד שיכול לעצב את החוזה איך שהוא רוצה, אז החוזה גם יכול להיות לא יעיל. לדוגמה, עובד שאומר לעצמו - אני רוצה להיות הרבה בעבודה. לא אכפת לי משעות מנוחה. המעסיק רוצה כזה עובד שעובד 15 שעות ביום, אבל העובד טועה. הוא סובל מקוצר ראייה במובן של חזית לעתיד. הוא לא חושב על שכשתהיה לו משפחה הוא ירצה לראות את ילדיו לדוגמה. זה הסבר אחד לחוק שעות עבודה ומנוחה. בגלל זה אנחנו אומרים שהחוזה לא יעיל. צד מיודע, רציונלי ששוקל את הדברים באופן מלא לא היה נכנס אליו. ואז ההתערבות היא מוצדקת אפילו מבחינת השיקולים הכלכליים.

**הסדרים קוגנטיים:**

**בדיני עבודה נגיד יש פיצויי פיטורין**. אנחנו אומרים שהעובד זכאי לפיצוי אם המעסיק סיים את יחסי העבודה, והוא לא זכאי אם הוא בחר לסיים את יחסי העבודה. מה זה יכול לגלם? לכאורה זה יכול להצביע על חוסר מודעות של שני הצדדים לגבי העלויות של הצד השני במועד סיום העסקה. שהמעסיק בוחר לפטר עובד, יכול להיות שהוא ירצה עובד תחתיו, יכול להיות שהוא כבר מצא מישהו. הוא שוקל את כל העלויות של ההחלפה של העובד שהוא בוחר לפטר אותו, והעובד נמצא במצב שעכשיו הוא צריך למצוא עבודה, יש לו חודשים של אבטלה, יהיה לו קשה. אם אנחנו רוצים לגרום למעסיק להפנים את זה, הוא צריך לשלם פיצויי פיטורין אם העובד בוחר להתפטר הוא לא מפנים את העלויות שיווצרו למעביד בלאתר עובד חלופי, את כל הנזקים שיגרמו למקום העבודה מהתמודדות עם ההיעדרות שיכולה לקחת הרבה מאוד זמן, וזמן הכשרה והעלויות הכשרה. לכן נגיד לו שזה בסדר והוא יכול להתפטר, אבל הוא לא יהיה זכאי לפיצויים האלה. זה דרך לחשוב על הסדרים קוגנטיים ככאלה שנועדו להשלים תפיסה של עלויות שאולי הצדדים לא חושבים עליהם לבד.

**כל ההסדרים של חקיקת המגן הם הסדרים קוגנטיים** שנקראים לתוך החוזה, לא רק שכר מינימום אלא גם חוק חופשה שנתית, חוק שעות עבודה ומנוחה, הפרשה לפנסיה וכו׳. חלקם נקבעים בחוק וחלקם בהסדרים קיבוציים, אבל כולם קוגנטיים.

דוגמאות נוספות הם **הסדרים שחלים על עסקאות צרכניות**. נגיד, **תקנות הגנת הצרכן** (קובעות לגבי עסקאות של מוצרים מסוימים שעלותם מעל ל- 300 ש״ח, חייבים לספק אחריות ושירות לשנה אחרי המכירה. יש גם הוראות לביטול עסקה אם ברוכלות או עסקה באינטרנט. הסדרים שונים לביטול עסקאות כאלה. חוק המכר הבטחת השקעה של רוכשי דירות קובע הסדרים קוגנטיים רבים מאוד להבטחת ההשקעה. הם חלופיים, כלומר אתה חייב לאמץ אחד מהם. נגיד לקחת ביטוח להשקעה, ערבות בנקאית וכו׳ כדי להבטיח את הכסף ששילמו רוכשי הדירות ברכישת דירה על הנייר. חוק החוזים האחידים נותן כרטיס פתוח לביהמ״ש להתערב בהסדרים שנתפסים על ידו כהסדרים בעיתיים בחוזים שהם אחידים.

יש לשים לב **שלפעמים המחוקק עלול לחשוב שההסדר מגן על צד חלש, אבל הוא לא מגן על צד חלש**. אנחנו צריכים להיות ביקורתיים מאוד להסדרים קוגנטיים. שכר מינימום עשוי מאוד לפגוע בעובדים חלשים. מה יקרה כשמעלים את שכר המינימום? יש את העובד הכי גרוע בחברה, ועכשיו מחייבים את המפעל להעלות את השכר שלו. העובד הזה פתאום לא מיצר מספיק הכנסה כדי לצדיק את השכר. קודם השכר היה נמוך והמפעל אמר טוב אני אמשיך להעסיק אותו הוא שווה את השכר שאני משלם. עכשיו פתאום הוא הרבה יותר יקר, אז העובד הזה יפוטר. לא רק שהוא יפוטר, הוא לא ימצא מקום עבודה אחר כי אף אחד לא יהיה מוכן לשלם לו את שכר המינימום. התוצאה היא ששכר המינימום פוגע בעובדים הכי חלשים, והיא פוגעת בהם דרמטית. היא תובעת יתרון קטן לעובדים קצת פחות חלשים. במקרה הזה שכר המינימום לא מגן על הצד החלש, אלא מעביר כסף בין עובדים הכי חלשים לעובדים קצת פחות חלשים.

צריך לחשוב על האפשרות להגן על עובדים מפני פיטורים. יש כל מיני הסדרים קיבוציים שמקשים על פיטורים של עובד - חובת שימוע, הודעת לפני שימוע. מתי זה מגן על העובדים? אחרי שהם קיבלו את העבודה, ולפני שמפטרים אותם. בנקודת זמן הזו זה מגן עליהם. מה קורה לפני שהם קיבלו עבודה? האם יהיה להם יותר קל או יותר קשה למצוא עבודה? מה יהיה השכר שלהם בעבודה? אם אני יודע שקשה לי לפטר מישהו, העלות הריאלית שלו עולה. השכר שלו ירד. לכן גם בתפיסה כזו אנחנו חייבים להבחין בין המצב אקס-אנטה והמצב אקס-פוסט. אחרי שהוא קיבל עבודה, החוק מגן עליו נהדר. לפני שהוא נכנס למעגל העבודה, החוק מאוד מקשה.

**הותרת פרטים למו״מ עתידי לעומת חוזה לניהול מו״מ:**

דיברנו על חוזים לניהול מו״מ כחוזי מכרז. חוזה מכרז הוא חוזה שבו אנחנו מקרינים את התנאים שבאמצעותם נקיים מו״מ לחוזה העיקרי. נגיד ההתחייבות שלי לפעול רק מול מי שעומד בתנאי הסף של המכרז, זה התחייבות חוזית לעניין הדרכים שבהם אני אנהל מו״מ. אפשרות אחרת היא שיש לנו חוזה שלא הושלם עדיין, שאנחנו בשלבי ניהול המו״מ, או שהגענו לחוזה והשארנו בו פרטים ריקים שאנחנו מסכימים להשלים אותם. זה מתקשר לדיון **בגלנר נ׳ תיאטרון חיפה**. מדובר על מעין מערכת יחסים שקיימת בין מנהל תיאטרון לבמאי שמגיע מחו״ל כל שנה במשך שלוש שנים לקיים הצגה. באחת השנים מנהל התיאטרון לא מזמן את הבמאי, בניגוד למסמך שנשלח אליו שבו ניתנה הבטחה שהוא יזומן לעבוד. לא היתה הסכמה על איזה הצגה הוא יביים. **השופט ברנזון אמר שזה הסכם לעשות מו״מ כי ברגע שהם מזמנים אותו לעשות הצגה יהיה שם מו״מ על כל הפרטים**. אלה פרטים שהיה צריך להשאיר למו״מ ממילא. השאלה האם מדובר בהסכם לניהול מו״מ או חוזה מושלם שרק היתה נדרשת בו השלמת פרטים?

מה אפשר לפסוק אם יש הסכם לניהול מו״מ? איך אנחנו יכולים לאמוד את פיצויי הקיום? לכאורה פיצויי הקיום לא יכולים להיות הפיצוי על הקיום של ההסכם, כי יכול להיות שהמו״מ לא יבשיל לכדי הסכם. אם יש לי הסכם לניהול מו״מ, זה אומר שאני פתוח להיכנס למו״מ. זה לא בטוח שיהיה הסכם סופי. הפיצוי **שברנזון** נותן לא משקף את הנזק הזה. **הפיצוי שניתן הוא בגין השכר שהוא איבד על השנה הזו שהוא פספס.** פוסקים שם פיצוי של 10,000 ש״ח. **בעצם הוא אומר שהיה שם כבר הסכם שלם לניהול ההצגה ורק פרטים שצריך להשלים. זה לא היה הסכם לניהול מו״מ, היה הסכם מושלם לביצוע החוזה ונשארו פרטים שאמרו שהם ישלימו אותם במו״מ עתידי, פרטי לוואי שלא פוגעים במסוימות של החוזה**. זה **מנגנון השלמה פנימי**. אבל הוא פוסק לו גם פיצוי גבוה מידי בלי קשר. ברנזון אומר - תראו מה קרה, הוא היה אמור להרוויח 7,000 ש״ח, ובמקום להרוויח 7,000 הוא עבד כדי להקטין את הנזק והרוויח רק 2,000. אז נגרם לו נזק של 5,000 והיה לו עוד אובדן רווח של 5,000 כי הוא הרוויח 2,000 במקום 7,000. ככה הוא הגיע ל- 10,000. אבל הוא ספר את ה- 5,000 פעמיים. הוא גם אמר שהוא היה אמור להרוויח 7,000, הקטין את הנזק ב- 2,000, נגרם לו נזק של 5,000. והוא גם איבד רווח - 5,000, כי הוא היה אמור להרוויח 7,000 אבל הוא הרוויח רק 2,000. זה בדיוק פי 2 מהנזק שקרה.

**צורת החוזה:**

הדיון בהשלמת חוזה מתקשר לשאלה הרבה יותר מרכזית בדיני החוזים והיא מתי יש דרישה של צורת חוזה. **דרישה של צורת חוזה, או ספציפית דרישת כתב בחוזים היא החריג ולא הכלל. ס׳ 23 לחוק החוזים אומר שחוזה יכול שיעשה בע״פ, בכתב או בצורה אחרת, אלא אם היה צורה מסוימת תנאי לתוקפו של ההסכם עפ״י חוק או עפ״י ההסכם**. כלומר, אם בהצעה היה כתוב שהקיבול חייב להתבצע בצורה מסוימת, אז צורת הקיבול הזאת תהיה תנאי. ואם ההצעה אמרה - אני מציע לך להתקשר איתי בהסכם אבל, הסכם כזה יהיה בעל תוקף רק אם נכרות חוזה עם חתימות, אז זה יהיה התנאי לקיום של הסכם. אם אין דרישה כזו, יכולה להיות דרישה בחוק. ישנם הרבה חוקים שדורשים דרישת כתב שיהיה תוקף להסכם. בהיעדר דרישות כאלה, חוזה יכול להתבצע בע״פ בלי בעיה.

זה הגיוני גם כי אנחנו חושבים על הצורה שבה הצדדים מתקשרים בחוזה כחלק מחופש החוזים כעיקרון על. חופש החוזים הוא ברירת המחדל, ההתערבות בחופש החוזים צריכה נימוק. החריגים הכלליים הם התחייבות לעסקה במקרקעין, זה לא החריג היחיד אבל הוא העיקרי.

**נפקות הכתב במישור הראייתי**:

לפני שמדברים על דרישת הכתב המהותית, המקומות שבהם המשפט דורש כתב כתנאי לקיומו של הסכם, צריך לראות **שבדרישת הכתב יתרון ראייתי**. כלומר, בדר״כ המשפט אומר - תעשה את החוזה בע״פ או בכתב, אבל אם יש מסמך בכתב, אנחנו ניצמד אליו. לכן **גם אם אין דרישת כתב, יש יתרון כתב**. היתרון הזה מתבטא בצורה הכי קיצונית בס׳ 80 לחוק הפרוצדורה האזרחית העתמאנית שבוטל ברובו. מה שנשאר ממנו זה ס׳ 80-82 שעוסקים בדרישת הכתב. דרישת הכתב העתמאנית בחוק הפרוצדורה היא לא מהותית. היא אומרת שכדי להוכיח קיום של חיוב שבדר״כ נעשה בכתב, צריך כתב. אם נעשה הסדר בכתב, כדי להוכיח שהוא לא מתקיים, שנעשה בו שינוי, חובה כתב. הדרישה הזו היא דרישה ראייתית ולכן בתי המשפט הכירו גם במקרים שבהם היה בדיל ראייה כעומדים בשטח כתב כי זה לא תנאי לתוקפו של הסכם אלא רק להוכחה שלו.

גם אם לא קיים ס׳ 80, אנחנו מאוד מתקשים לסתור ראייה בכתב באמצעות ראיות אחרות. **התפיסה המקובלת של ביהמ״ש היא כשהסכם בדר״כ טעון כתב, אנחנו נצפה שיהיה כתב, ואם יש טענות שלא מופיעות בכתב, אנחנו לא נקבל אותן ככלל**. לכלל הזה יש חריגים: נגיד הסדרים שהם בדר״כ חיצוניים למסמך בכתב. דוגמה, תנאי מתלה. תנאי שאומר מתי ההסכם בכתב נכנס לתוקף, יכול להיות מחוץ לחוזה. דוגמה שנייה טענה לתרמית ואי חוקיות. הטענות העובדתיות בעניין **זוננשטיין נ׳ גבסו** היו **שהמוכרים רצו לכתוב מחיר נמוך כדי לרמות את רשויות המס. טענה כזו הגיוני שהיא לא תופיע במסמך, כי כל הרעיון הוא שאי החוקיות היא בזה שהמסמך לא כותב את המחיר האמיתי**. בעניין בן **ציון נ׳ אזולאי** **ביהמ״ש העליון התיר להציג ראייה בע״פ גם ביחס לקיום של תנאי מתלה וגם ביחס למחיר הלא חוקי, בדיוק מהבנה שהסדרים כאלה יכולים להיות חיצוניים למסמך**.

**דרישת כתב מהותית:**

שדה שונה לגמרי מההסדרים של דרישת הכתב כדרישה ראייתית זה **התפיסה שדרישת הכתב היא מהותית, לא פרוצדורלית**. לדוגמה, ההתחייבות לעשות עסקה במקרקעין לפי ס׳ 8 היא דרישה מהותית. גם התחייבות לתת מתנה לפי ס׳ 5(א) לחוק המתנה. פוליסת ביטוח לפי ס׳ 2 לחוק חוזה ביטוח, והסכם ממון. הסכם ממון הוא ייחודי - הוא גם דורש כתב והוא גם חסר תוקף לפני שההסכם קיבל אישור של ביהמ״ש. חוק יחסי ממון אומר שבני זוג יכולים להסדיר ביניהם את יחסי הממון, אבל הם חייבים להגיש לביהמ״ש שיאשר רק אם הוא וידא שהצדדים מבינים את ההתחייבויות שלהם לפי הסכם הממון. רק אז הוא יאשר אותו. גם עסקה לנאמנות או חוזה בנקאות וחוזים נוספים, יש להם דרישה לכתב.

התחייבות לעסקה במקרקעין, היא התחייבות להקניית זכות במקרקעין שלא עפ״י הורשה. זו עסקה במקרקעין. העסקה מושלמת בשעה שמבוצע רישום ברשם המקרקעין. יש רשם מקרקעין ואם מישהו רוצה לקנות דירה, קניית הדירה זה שברשם המקרקעין החליפו את השם של הבעלים. אנשים לא יכולים לקנות דירה במסמך בכתב, כי זה מבוצע בתהליך מאוד ארוך מול רשם המקרקעין. כל מה שאתה יכול לקנות זה התחייבות לעסקה במקרקעין, והתחייבות לעסקה במקרקעין היא התחייבות לרישום של זכות. מהן זכויות במקרקעין? בעלות היא זכות במקרקעין. גם שכירות זה זכות במקרקעין. כשהשכירות היא קצרה קוראים לה שכירות, כשהשכירות היא ליותר מחמש שנים קוראים לה חכירה, וכשהשכירות היא ל- 25 שנים ומעלה, קוראים לה חכירה לדורות. גם משכנתא היא עסקה במקרקעין. זה אומר התחייבות לפירעון של הלוואה מהנכס. גם זכות קדימה היא עסקה במקרקעין. זיקת הנאה היא זכות לעשות שימוש מוגבל במקרקעין. לדוגמה, אם יש לי שכן, ניתן לרכוש זיקת הנאה שנגיד מותר לי לעבור בחצר שלו.

**התחייבות לעשות עסקה במקרקעין טעונה בכתב, למעט שכירות רגילה. אפשר לעשות שכירות של מתחת לחמש שנים, בלי הסכם בכתב**. השאלה היא, **למה אנחנו רוצים דרישת כתב מהותית?** יש לזה **תכלית ראייתית - אנחנו רוצים לוודא את הקיום של החוזה. וזה לא מספיק לנו, אנחנו רוצים לוודא מה התנאים של החוזה, לאפשר אכיפה של החוזה וכו**׳. אבל זה לא מספיק, אם זה היה הדרישה היינו מסתפקים בס׳ 80 לחוק הפרוצדורה האזרחי העתמאנית. ס׳ 8 לא דורש מאתנו רק ביסוס ראייתי, אלא בעצם מה **שאנחנו רוצים זה להבטיח שהצדדים לעסקה רציניים, שהם מבינים את כל התנאים**. אפשר **לחשוב דרישת הכתב כעל הבעה חיצונית נוספת לגמירת הדעת של הצדדים להתקשר בהסכם על תנאיו**. מכאן עולה דרישת הכתב, ומכאן גם יעלה הקושי באמצעים שנמצאו מאוחר יותר להתמודדות עם הקשיים בדרישת הכתב.

יש לשים לב **שאם הדרישה היא מהותית זה מצדיק את זה שביהמ״ש לא יכיר בחיובים ההדדיים, אפילו אם הצדדים מודיעים שהם התכוונו להתקשר בעסקה, כל עוד אין כתב.** הדרישה המהותית היא כשאנחנו רוצים רצינות של צד שעלול להיות לא רציני. לדוגמה, התחייבות למתנה. ההתחייבות למתנה מטילה נטל מאוד גדול על נותן המתנה ואנחנו יכולים לחשוב שהוא עלול לתת התחייבות כזאת בקלות דעת, אז אני רוצה להבטיח שאותו נותן מתנה מתחייב. אותו דבר לגבי רכישת דירה, עסקאות של רכישה מקבלן. אני לא מפחד מהקבלן, הקבלן שזה העיסוק שלו יודע שזו עסקה רצינית והוא מבין את כל ההשלכות שלה. אני מפחד על הרוכש ואני גם מפחד שהרוכש אולי לא יעשה את העסקה בכתב, הוא לא יבין שהוא צריך את כל הפרטים, הוא לא ייקח את זה מספיק ברצינות ולכן אני דורש את הכתב. בעסקאות בין חברות, נגיד אפל מתחייבת לשלם לגוגל טריליוני שקלים בשנה עבור הסדרים כלשהם. אני לא צריך לדאוג להם, הם ידעו לעשות את העסקה כמו שצריך ולכן אני לא צריך לוודא שהם עושים את זה בכתב. זו למעשה עמדה פטרנליסטית. בגלל זה גם לא לפי שווי עסקאות. לדוגמה, עסקאות בין סוחרי יהלומים לא נעשות בכתב, אבל אנחנו לא חושבים שזה לא בסדר כי אנחנו חושבים שהם יודעים מה הם עושים. אנחנו דואגים לעסקה הייחודית, החד פעמית, החשובה במיוחד. גם אם זה רק עבור אחד מהצדדים. קונה הנכס בעסקת מקרקעין הוא הרבה פעמים הצד שעבורו העסקה היא מיוחדת, לא עבור שני צדדים. גם נותן המתנה.

בדרישת הכתב להתחייבות למתנה אפשר גם לתת הסבר ראייתי כי אנחנו חושבים שכברירת מחדל אנשים לא נותנים מתנות אחד לשני ולכן בהתחייבות לתת מתנה אנחנו רוצים ראייה חזקה. זה בדיוק הפוך מהתפיסה שכברירת מחדל אנשים מוכנים לקבל מתנה, ולכן לא דורשים ראיה לקיבול (ס׳ 3 לחוק המתנה).

**הסכמה בע״פ והשלמה לפי דין:**

אפשר לשאול **איך הסכמה בע״פ מתיישבת עם דרישת הכתב, ומה היחס בין הסכמות בע״פ שחיצוניות לכתב עם דרישת הכתב כשהסכמה בע״פ סותרת את מנגנוני ההשלמה הנורמטיביים**. פס״ד **ברון נ׳ מנדיס** - המערער חתם על הסכם שימכרו לו חנות. ההסכם בין הצדדים עלה על שרטון, והמערער ביקש שעד שלא יובהרו הדברים יהיה צו מניעה של המשיב להיכנס לחנות. מועד המסירה לא סוכם ביניהם. השאלה היא אם אפשר להשלים את זה למרות שזה לא כתוב. הציעו להשלים את זה לפי ס׳ 9(א) לחוק המכר. עמדתה של השופטת **בן פורת היא שאפשר להשלים חוזים כשאין בהם את ההסכם, כשאין הסכמה בע״פ אפשר להשלים.** פה אפשר להשלים לפי ס׳ 9(א) לחוק המכר. **אבל ברגע שהצדדים הגיעו להסכמה אחרת בע״פ, אי אפשר יותר להשלים לפי ס׳ 9(א) כי זה לא מתיישב עם הסכמה של הצדדים**. אבל אם אי אפשר להשלים לפי ס׳ 9(א), אי אפשר להשלים את ההסכם, ואם ההסכם לא שלם בכתב, אז הוא חסר, ואם הוא חסר, הוא לא עומד בדרישת הכתב לפי **קפולסקי**, ולכן אין הסכם בין הצדדים.

בפסיקה מאוחרת בפס״ד **שומרוני נ׳ רוזנבלום נקבע שכל סטייה מהוראות הדין, אפילו אם קלה ביותר לא מאפשרת השלמה נורמטיבית, ואם לא ניתן לבצע השלמה נורמטיבית, ההסכם חסר, ואם הוא חסר, אין הסכם ואין חוזה בין הצדדים**. כלומר, הסכמה בע״פ לא מאפשרת השלמה של ההסכם באמצעות הדין.

יש לשים לב לתוצאה המעוותת - **אנחנו אומרים לצדדים אם לא הסכמתם על כלום, יש חוזה. אבל אם יש עוד פרטים שהסכמתם בעצם אין חוזה.** זה נפתר במידה מסוימת בעניין **תמגר נ׳ גושן** - נקבע שם שיש הודאת בעל דין. הם אומרים שאי אפשר להגיד שהחוזה חסר לעניין הזה כשיש הודאה שלה ושלהם שהם הציעו לה את שתי הדירות הטובות ביותר. אפשר לחשוב על זה כעל מנגנון השלמה של הסכמה בע״פ שמשלים את החוזה. זה עומד בסתירה **לברון נ׳ מנדיס** וזה בעצם הופך את פסק הדין במידה מסוימת. דרך נוספת ליישב את הסתירה בין **ברון נ׳ מנדיס ובין תמגר נ׳ גושן** זה להגיד - לא, זה היה מנגנון השלמה חוזי, מנגנון האופציה הכפולה. **המנגנון הזה אומר כשזהות הממכר לא מזוהה בחוזה, אבל החוזה קובע איך ישלימו אותו ע״י זה שיתנו את זכות הבחירה, זה בעצם מנגנון השלמה פנימי שמאפשר לכל צד שטוען לקיום החוזה לאכוף אותו על הצד השני.** זה יהיה נכון גם לעסקאות במקרקעין. כלומר, יישום של הצד שהכי טוב לצד השני יכפה את החוזה. זה גם מתיישב עם עקרון תום הלב - אתה לא יכול לטעון שלא כרתת חוזה, אם אומרים לך שאתה מקבל את הדבר הכי טוב שאתה יכול לקבל במסגרת ההסכמות שהגעת אליהם, ואנחנו כן חושבים שהייתה גמירות דעת וכוונה להתקשר ביחסים משפטיים מחייבים.

**דרישת כתב בעסקת מקרקעין:**

**אם דרישת הכתב היא מהותית אז בפסיקה קבעו שכדי לעמוד בדרישת הכתב המהותית היא חייבת להכיל את הפרטים המהותיים של העסקה**. הפס״ד המנחה לעניין הזה זה **קפולסקי נ׳ גני גולן**. שם השופט **עציוני אומר מהם התנאים שחייב ההסכם לכלול כדי להגיד שהוא מסוים דיו**: שמות הצדדים, מהות הנכס, מהות העסקה (שכירות, בעלות וכו׳), מחיר העסקה, תנאי התשלום, והוצאות ומיסים.

**הפסיקה המאוחרת לקפולסקי הוסיפה שני תנאים נוספים: מועד המסירה ומועד העברת הבעלות**. יש לשים לב שמועד המסירה והעברת הבעלות הם לא אותו דבר. מתי הבעלות עוברת? הבעלות עוברת ברישום אצל רשם המקרקעין, לא במפתח. אז יש פער בין המקום שבו ניתן המפתח לנכס לבין הזמן שבו עוברת הבעלות, והם לא חייבים להיות אחידים. אפשר להסדיר אותם במסגרת ההסכם. גם אלה תנאים הכרחיים שלא מופיעים בעניין קפולסקי. בפס״ד **קאדרי נ׳ מסדר האחיות צ׳רלס** אומרים שזו גם לא רשימה סגורה. יכולים להיות תנאים נוספים שחייבים להיכתב, תלוי בנסיבות העניין. **במסדר האחיות צ׳רלס** ניתן לראות שגם הסדר קצר מאוד על נייר שכולל מיעוט מהפרטים אבל ניתן להשלמה יחשב לחוזה שלם.

הדרישה שהופיעה **בקפולסקי** מאוד רוככה. אם ניתן להשלים את כל הפרטים האלה באמצעות השלמה נורמטיבית, אז זה לא חייב להיכתב. ראינו את העמדה הזו כפי שהיא הובאה ע״י השופט **ברק בעניין רבינאי**, אבל הדוגמה הקיצונית ביותר היא בפס״ד **קאדרי**. כל ההסכם נכתב כך: אין כאן מועד תשלומים, אין התחייבות בתשלומי מיסים. למעשה, רוב הפרטים המהותיים לא מופיעים פה. אבל ביהמ״ש אומר - בסדר, **הם לא מופיעים פה, אבל הם כולם ניתנים להשלמה**. התשלום יהיה תוך זמן סביר, המסירה תהיה תוך זמן סביר, והרישום בטאבו יהיה בזמן סביר לפי התנאים של מרשם מקרקעי ישראל. הנה, השלמנו את כל החוזה. באותו עניין ההסכם נכתב לפני חוק החוזים, אז ביהמ״ש אומר שהוא ישלים את זה לפי הנוהג שהיה קיים, אבל הנוהג אומץ בחוק החוזים אז זה למעשה אותו הדבר.

יש לשים לב שזה **מערב באופן מלא בין דרישת המסוימות והצורה.** אתה אומר - מספיק שיהיה איזה שהוא כתב מאוד פשוט, אני אשלים את כל המסוימות על בסיס הוראות השלמה נורמטיביות. בעצם, העניין של כתב הוא שאלה של מסוימות. אבל אם אנחנו רצינו את כל דרישת הכתב כדי להבטיח את רצינות הצדדים זה עוקף את זה, כי זה לא מראה לי שום רצינות של הצדדים. זה לא מראה את המורכבות ואת החשיבות של עסקאות המקרקעין כי אנחנו מאפשרים השלמה מאוד מאוד רחבה של העסקה. **ריכוך נוסף בדרישת הכתב מכרסם גם בגמירות הדעת.** אפשר לחשוב שהכתב נועד להבטיח את גמירת הדעת של הצדדים, אבל אם אני לא מבקש חתימה ואני מאפשר שהביצוע של חוזה ירפא את דרישת הכתב, ואומר שתום לב מתגבר על הכתב, אז אני גם עוקף בעצם את הכתב כראייה חזקה לגמירת דעת להתקשר.

ניתן לראות את הקושי שנוצר עם דרישת הכתב המהותית והאפשרות לעשות השלמה נורמטיבית במצבים שבהם יש הסכמה בע״פ שנוגדת את ההשלמה הנורמטיבית. **בברון נ׳ מנדיס** הצדדים הסכימו בע״פ על הסדרים מסוימים שסתרו מהאפשרות של השלמה בחוק, וביהמ״ש העליון אומר - **זה לא כתוב חוזה, אז הכתב חסר ולא ניתן להשלים את הכתב באמצעות עקרונות של השלמה נורמטיבית כי הצדדים הסכימו אחרת. לכן יש פגם בכתב ולא ניתן להשלים את החוזה**.

התוצאה הזאת קשה כי היא מביאה לסיטואציה אבסורדית - **אם הצדדים מסכימים על משהו בע״פ, אין חוזה. אבל אם הצדדים לא מסכימים בע״פ, יש חוזה. ככל שהצדדים הגיעו ליותר הסכמות, ככה החוזה יותר פגום.** זה הפוך מהאינטואיציה בחוזים וגם מהבסיס הנורמטיבי של דרישת הכתב. אם אנחנו רוצים לקיים את דרישת הכתב כדי להבטיח את הרצינות של הצדדים, להבטיח שהחוזה יהיה שלם, ברור שנעדיף חוזה שבו יש יותר הסכמות על פני כזה שיש בו פחות הסכמות. **בתמגר נ׳ גושן** יש ריכוך של התוצאה הקשה שביהמ״ש העליון הגיעה אליה **בברון נ׳ מנדיס**.

איך יוצרים מנגנון שפותר את כל הבעיות האלה? ששומר על העיקרון שדרישת הכתב היא דרישה מהותית וגם מאפשר לצדדים להגיע להסכמות ביניהם מחוץ לחוזה בכתב? **אם יש הסכמה בע״פ, והצדדים מודים בה, חייבים להכיר בה כהשלמה**. במובן הזה, **תמגר נ׳ גושן** הוא תוצאה הכרחית. מה שמעניין הוא מה קורה אם יש מחלוקת? כשיש מחלוקת בין הצדדים לגבי הפרשנות שלהם לגבי השלמה בע״פ, לא יכול להיות שנגיד שהצדדים הגיעו לאיזה השלמה בע״פ, הם חלוקים לגבי מה שהם הסכימו, והמצב הזה גרוע יותר מהמצב שבו הם לא הסכימו בכלל או לא דנו בכלל. לכן במצבים האלה **נניח שהצדדים בעצם לא הגיעו להסכמה בע״פ וההשלמה צריכה להיות נורמטיבית**. אם היינו מוכנים להשלים נורמטיבית את ההסכם הכתוב קודם, צריך לעשות את זה גם כעת. מצד שני, אנחנו צריכים יותר להיזהר בהשלמה. אם המטרה של דרישת הכתב בחוזה מקרקעין היא לוודא את רצינות הצדדים, צריך שההסכם יוודא את רצינות הצדדים. אם יש פרטים מהותיים לעסקה שלא כתובים בהסכם בכתב ובגלל זה אנחנו לא יודעים שהצדדים חשבו על הפרטים האלה לעומק, זה יהיה לא נכון להשתמש בעקרונות של השלמה נורמטיבית ביחס לאותם פרטים כי דרישת הכתב היא מהותית. לכן באותם מקרים, ביחס לאותם פרטים שבהם ההשלמה היא בעייתית, אנחנו צריכים להגיד שאין הסכם.

אפשרות אחרת לאופציה כפולה בפן המרחיב שלה זה להגיד **שאם דרישת ההשלמה היא ביחס לפרט מהותי, אנחנו נגיד לנתבע לבחור** (הנתבע הכוונה לצד שסבור שאין חוזה מחייב). אם אנחנו היינו מוכנים להשלים את זה בהשלמה נורמטיבית, היינו כופים על הצד שטוען שאין חוזה מחייב, הסכם שאפילו לא עומד ברצונו וגם לא מביע את הדרישה של רצינות. אבל אם אנחנו אומרים - **תשלים אתה, תקבע אתה מה אתה חושב שצריך להיות ההסדר הזה שחסר, אז הוא לא יכול לטעון שאנחנו כופים עליו הסכם שהוא לא מעוניין בו.** לדוגמה, תנאי תשלום. מוכר שאומר לא הגענו להסכמה כי לא סיכמנו על תנאי תשלום, לא יכול להתלונן אם התשלום הוא לאלתר. מקום כזה שהמוכר אומר לא הגענו, לא סיימנו את המו״מ כי זה הפרט שלא הסכמנו עליו, לא משאיר לו פתח לתלונה. זה שם אותו במצב הטוב ביותר שבו הוא יכול להיות. אם התובע שמעוניין לקיים את החוזה מוכן לעשות את זה, נראה שזו דרך אחרת להגיע להשלמה של החוזה בלי להזדקק לפתרונות צד של השלמה נורמטיבית ביחס לפרטים מהותיים.

**ריכוך נוסף לגבי דרישת הכתב מדבר על בעיית החתימה**. **חתימה נתפסת בראייה של הדיוטות כתנאי הכרחי להסכם, לכריתה של הסכם. התפקיד של חתימה הוא ראייה לגמירות דעת הצדדים**. אין לחתימה תפקיד במסוימות, היא לא מוסיפה פרטים לגבי העסקה. אבל חתימה כן אומרת שהצדדים החליטו בנק׳ הזאת להתקשר בהסכם מחייב. ברור לגמרי שהצדדים יכולים להתנות את כריתת ההסכם בקיום של חתימה. אם המציע אומר שהחוזה ייכרת ע״י חתימה של שני הצדדים, בהתאם לנוסחת הקשר של **ברק** **במן שקד**, אז זה יהיה תנאי שמביא תוקף לקיבול. בלי החתימות, לא יהיה תוקף. זה פתרון קל. אבל אם הצדדים לא אומרים שום דבר, אפשר להגיד שהסכם בכתב, דרישת הכתב, מחייבת גם חתימה. לא מספיק שיהיה איזה שהוא מסמך כתוב, צריך מסמך כתוב שמביעים בו קיבול של שני הצדדים. **בבטוקובסקי נ׳ גת** אפשר לראות עמדה שונה - מדובר בחברה קבלנית שמכרה דירה לקונים. היה סוף שנה. הצדדים הגיעו להסכמה, לחצו ידיים, השיקו כוסות וקבעו להיפגש אצל עו״ד. בסופו של דבר לא היתה פגישה אצל העו״ד. אחרי כמה ימים החברה מכרה את הנכס לקונים אחרים במזומן במחיר נמוך יותר בגלל עניין של תשלום מיסים באותה שנה. היה שם עניין לגבי גמירות דעת, בין היתר בגלל שלא היתה חתימה. המוכר כתב בעצמו בכתב ידו בשני עותקים את החוזה וביהמ״ש התחשב בזה. **השופט ברק בפרשה אחרת אמר שאין קדושה לחתימה אם היא באה לבטא פונקציה ראייתית אפשר להחליף אותה בדרכי הוכחה אחרות**.

הנק׳ החשובה היא שאומרים שאין קדושה לחתימה ומנסים להבין מה הראיות האחרות שמשמשות ובעצם מוצאים כמה נימוקים ללמה אפשר לקבל את ההסכם בלי חתימה. הנימוקים לכך שלא צריך את החתימה זה שהמסמך נמצא אצל בוטקובסקי, זה נוסח כהסכם, עותק של המסמך נמסר לרוכשים ובוטקובסקי הודה שאם הוא היה חותם, כשלוח כעו״ד שמייצג, אז זה היה מחייב את השולח, את הלקוחה. לגבי כל אחד מהנימוקים האלה, נראה שהוא נימוק מאוד חסר. הוא לא נימוק מלא שמצדיק את הוויתור אם היינו חושבים על חתימה כתנאי. העובדה שהמסמך נמצא אצלו לא אומרת שום דבר, אם מסמך ללא חתימה לא מעיד על גמירות דעת, אז העובדה ששמרתי מסמך אצלי ומסרתי עותק לצד השני מראה שאנחנו הגענו אולי לשלב במו״מ, שאנחנו מציגים עמדות, זה כשלעצמו לא ראייה לזה שהגענו להסכמות מלאות לגבי כל ההסכם ושגמרנו בדעתנו להתקשר. גם העובדה שדברים מנוסחים כהסכם לא מעידים שלא מדובר בשלב במו״מ. כשעו״ד מקיימים מו״מ הם עדיין עו״ד, ולכן הם מנסחים את ההסכמות שהגיעו אליהם כמו שמנסחים הסכם. לכן גם בשלבים של מו״מ, המסמכים שמועברים בין הצדדים מנוסחים כהסכם. יותר מזה, ניתן לראות את זה בפסקי דין אחרים. למשל **בחבר׳ה קדישא** **נ' לוי**. נערך שם דיון לגבי גמירות הדעת והמסוימות, המועד שבו נכרת הסכם. המסמכים שהועברו בין הצדדים היו כל הזמן כאלה שנוסחו כחוזה סופי. פשוט הם כל פעם תוקנו אחד לגבי השני. גם העובדה שאם הוא היה חותם זה היה מחייב, לא אומר שזה מחייב כשהוא לא חתם, כי הוא לא חתם. נראה שכל אחד מהטיעונים האלה לבד לא בהכרח מסביר למה התקבלה ההחלטה בבוטקובסקי.

**אם אנחנו חושבים על דרישת הכתב כמהותית, כולל הבעות של גמירות דעת במסגרת דרישת הכתב, אז בוטקובסקי הגיוני לפי הגישה הזו. אבל אם אנחנו חושבים על דרישת הכתב כעל דרישה ראייתית צורנית, אז בוטקובסקי מאוד הגיוני.** **אם דרישת הכתב היא רכה, היא רק צורנית, רק ראייתית, אז אומרים לנו השופטים בבוטקובסקי ואין עם זה בעיה, שיש ראיות אחרות לגמירת דעת.** נגיד, השקת הכוסות. לכן בעצם הוויתור בבוטקובסקי על חתימה על המסמך, מרככת את היסוד של גמירות דעת בדרישת הכתב. ספציפית בדרישת הכתב, לא גמירות דעת באופן כללי. כי אני יכול לגמור בדעתי להתקשר בחוזה ולהביע מבעים חיצוניים אובייקטיבים של אותה גמירת דעת גם בע״פ, וזה בסדר אבל ברוב המקרים זה בסדר וזה משתלב עם הדין הכללי כי אין דרישת כתב מהותית. הדין היום כמובן הוא שדרישת הכתב רוככה גם במובן של מסוימות אבל גם במובן של גמירת דעת לעניין החתימה.

\*\* אם הכתב הוא ראייתי יכולתי להגיד - לא, אין לי כתב, אבל יש לי המון מבעים חיצוניים שמוכיחים את זה שהצדדים התכוונו לכרות חוזה ולכן אני יכול לוותר על הכתב. הכתב הוא לא הכרחי לצורך החוזה, הוא רק ראייה שאני מבקש. אם הכתב הוא מהותי, לא משנה כמה ראיות יש לזה שהצדדים רצו לכרות חוזה, זה לא מספיק. כי כתב הוא תנאי לקיומו של החוזה.

**שינוי וביטול עסקה הטעונה כתב:**

עולה השאלה אם אנחנו בענייני כתב, מה היחס בין דרישת הכתב ושינויים של ההסכם. **התפיסה המקובלת היום זה שאם יש דרישת כתב מהותית, שינוי מהותי בהסכם דורש כתב אבל שינוי קל, לא דורש מסמך בכתב.** מה קורה אם הצדדים מסכימים על שינוי ואין כתב? סייג - הכל הסדר שמדבר על דרישת הכתב בדין. חוזים יכולים לכלול גם התייחסות לאיך צדדים משנים את החוזה. אם החוזים אומרים ששינוי יהיה רק בכתב, אז כמובן שרצון הצדדים גובר. **אם הצדדים הסכימו ששינויים להסכם ביניהם יעשו ע״י כתב, אז לא יתקבל שינוי בע״פ.** השאלה היא מה קורה אם יש דרישת כתב מהותית, אין הסדר של הצדדים לגבי איך הם רוצים לעשות את השינוי, והצדדים רוצים לשנות משהו בהסכם. מה קורה אם הצדדים החליטו שהם רוצים לשנות ואין כתב. בעצם **השאלה היא האם דרישת הכתב בס׳ 8 לחוק המקרקעין או בס׳ 5 לחוק המתנה הם הסדרים קוגנטיים או הסדרים דיספוזיטיביים. ההסדרים האלה הם הסדרים קוגנטיים, הם חייבים להיות קוגנטיים אחרת הדרישה היא לא מהותית**. שינוי ההסכם כמוהו ככריתת הסכם. דרישת הכתב היא מהותית, היא קוגנטית, ולכאורה הצדדים לא יכולים לשנות את ההסכם ביניהם, את העסקה, באמצעות הסכמה בע״פ והם גם לא יכולים להסכים להתנות על ס׳ 8 כי אם אנחנו חושבים על ס׳ 8 ככזה שיוצר חובת כתב מהותית, לא ניתן להתנות עליו.

באופן דומה אפשר לחשוב על ההסכם. **הגיעו להסכם, מה שיקרה אם בטל השינוי זה חזרה להסכם המקורי.** אפשרות אחרת היא להגיד - לא, כל החוזה בטל. כל העסקה בטלה. למה? כי יש לנו כאן בעצם שתי עסקאות. עסקה אחת שלא מתקיים לגביה גמירות דעת כי הצדדים לא רוצים אותה, הם רצו לשנות אותה ועסקה נפרדת שלא מתקיים לגביה יסוד הכתב. **בעצם אין כאן אף עסקה שמתקיימים לגביה גם גמירות דעת וגם יסוד הכתב. לכן שינוי מאוחר בע״פ לחוזה בכתב מבטל את שני החוזים**. זאת יכולה להיות תוצאה קשה אם הצדדים לא היו מעוניינים לבטל. בשביל להגיע למסקנה כזאת צריך לחשוב שהצדדים היו מעדיפים את היעדר ההסכם על ההסכם שעליו הם הגיעו וחתמו ועמדנו עם דרישה צורנית. זו אחת האפשרויות (שלא מתקיימת אף עסקה) שפרידמן וכהן מציעים בספר שלהם על חוזים.

**יש לשים לב שתיקון טעות סופר לא דורש שום הסכם בכתב. לביהמ״ש יש תמיד סמכות לתקן טעות סופר**. זה הסדר שמופיע במפורש בחוק החוזים ולכן לא סותר את הדרישה המהותית.

**השתק ותום לב מול דרישת הכתב:**

**ריכוך נוסף של דרישת הכתב מגיע בפסיקה שמשתמשת בתום לב כדי להתגבר על דרישת כתב**. **בזוננשטיין נ׳ גבסו** הוצגו שתי עמדות - העמדה של **ברק** והעמדה של **בן פורת**. העמדה של **ברק** אומרת שאם אנחנו סבורים שצדדים לעסקה לא הגיעו להסכמה ולא סגרו את הכתב, לא השלימו את העסקה בכתב, כדי לעשות פעולה פסולה - להתחמק מתשלום מס, הסיטואציה לא יכולה לאפשר לזה שהם יתחמקו מהחיובים שלהם לפי ההסכם. כלומר, **השופט ברק אומר בדעת מיעוט שהסיבה שהצדדים לא הגיעו להסכם בכתב היא רלוונטית. הוא לא אומר שיש הסכם בגלל שדרישת הכתב לא התקיימה כתוצאה מהפרה של חובת תום הלב**. למה הוא אומר את זה? היה הסכם בין הצדדים. הוא לא מגיע להחלטה כלל כי הוא אומר שיש להחזיר את זה לערכאה הקודמת לבדוק. הוא אומר שהוא לא יודע כי הערכאה הקודמת לא בחנה את זה לעומק. היא אמרה שאין דרישת כתב, אז זה לא חשוב למה הם סרבו למלא את הכתב. אין דרישת כתב, אי אפשר להגיד שיש הסכם. אבל זה מאוד חשוב למה הם סרבו, אתה לא יכול להגיד שזה למעלה מן הצורך. זה בדיוק לצורך, חייב לברר את זה כי אם הסיבה שלא מתקיימת דרישת הכתב היא הפרה של חובת תום הלב, חייבים להשלים את הכתב ובגלל זה צריך לברר מה הסיבה שאין כתב. עמדתה של **השופטת בן פורת היתה שאין מסוימות ואין גמירות דעת מכיוון שהצדדים התכוונו ליצור במועד מאוחר יותר זכ״ד והסדר משלהם ונחסמה האפשרות להשלמה חקיקתית בגלל אי העמידה בדרישת הכתב**. אנחנו לא יכולים לעשות השלמה של הפרטים האלה כשהם חלוקים עליהם, לפי העמדה של **ברון נ׳ מנדיס**. יש לנו מחלוקת לגבי ההשלמה, אז לא ניתן להשלים. העובדה שלא ניתן להשלים את הכתב בגלל המחלוקת זה שזה נובע מחוסר תום לב או מטענות אחרות היא לא רלוונטית כי אין כתב ולא ניתן להשלים את הכתב. הכתב הוא דרישה מהותית. העמדה של **ברק** היא עמדה שפוגעת/ מרככת /מצמצמת את דרישת הכתב המהותית על בסיס חובת תום הלב.

היה אפשר להשתמש בתפיסה של השתק הבטחה כדי להתגבר על דרישת הכתב. הטענה עלתה בפס״ד **זינגר נ׳ קימלמן**. **נטען שברגע שהצד השני הבטיח להתקשר על בסיס ההסכם, והוא מפר את ההתחייבות שלו בחוסר תום לב, צריך למנוע ממנו טענה של העדר כתב דרך המוסד של השתק הבטחה.** השופט **בייסקי** אמר שכל הרעיון הזה סותר. אתה לא יכול להעלות את הטענה שההבטחה שוללת את האפשרות להעלות את הטענה של העדר כתב כי המשמעות היא שתמיד שתהיה הבטחה לא תהיה דרישת כתב. זה בעצם מרוקן לגמרי את דרישת הכתב מתוכן. לכן פס״ד שולל את האפשרות להשתמש בהשתק הבטחה כדרך להתגבר על דרישת הכתב.

**ביצוע מלא או חלקי כתחליף לכתב:**

במשפט האנגלי **יש אפשרות מרוככת להתגבר על דרישת הכתב והיא רק אם מראים שהיתה הונאה**. כלומר, אם מראים שמי שטוען להעדר כתב, לא מספיק שזה היה חסר תום לב אלא שזה היה כוונת המשורר מלכתחילה. הוא בנה תכנית שבה הוא יבטיח איזה שהיא התקשרות חוזית ואז כדי להסב לו טובות הנאה או להשיג לו דברים אחרים ואז הוא לא ישלים את החוזה באמצעות זה שהוא ינצל את דרישת הכתב וזו היתה התכנית שלו מלכתחילה, רק במקרים האלה תרוכך דרישת הכתב. המקרה הפרדיגמטי זה כשבן אדם מבקש שישלימו מולו את ההסכם, מתוך תכנית שלא לעשות כתב, ואז להגיד שאין כתב ולכן אין הסכם. במקרים האלה במשפט האנגלי אנחנו אומרים שבוצע מולך החוזה ושתכננת שיבוצע מולך החוזה ותתחמק דרך העדר כתב שולל ממך את האפשרות להעלות את הטענה בעצם בגלל שאתה פועל בדרכי הונאה.

**קלמר נ׳ גיא** - היתה עסקת קומבינציה. המערער בנה שני בתים. בתמורה לזה הוא הביא בית אחד למשיב והם קיבלו חצי מגרש. הם עשו רק זכ״ד, כמה מסמכים ושילמו מקדמה. כשהגיעו לעשות את החוזה עצמו, המערער לא הסכים לחתום אבל הם המשיכו. אחרי כמה זמן שהם ראו שהוא לא מסכים לעשות את זה, הם נעלו את הבית ואע״פ זה המערער התפרץ לבית ומכר את הבית לצד שלישי ועכשיו הם מבקשים לאכוף את ההסכם. כלומר, הם מבקשים לאכוף את זה שהוא יעביר להם בעלות על חצי מהשטח. באותו חצי גם מוצב הבית שלהם, של האדריכלים. עמדתו של השופט **זמיר היתה שהצירוף של המסמכים מהווה ראייה בכתב. הטענה היא לגבי אסופת המסמכים**. האם זה מספיק להתייחס לאסופת המסמכים בלבד? **הוא חושב שזה מספיק להוכחה לקיום של החוזה. היה גם את העניין של הביצוע על השטח, חשבון הבנק המשותף, בנו את הבית על השטח, הם בחרו אריחים. הכל ביחד יוצר ריכוך של דרישת הכתב.** בעצם הוא אומר שנגמיש את דרישת הכתב בס׳ 8 לחוק המקרקעין, כאשר הביצוע הוא חלקי. כלומר, הביצוע החלקי של החוזה משלים את הפרטים שחסרים. הדרישה של הכתב מרוככת ע״י הביצוע. הביצוע משלים את הפרטים שחסרים בכתב, יחד עם המסמכים שקיימים. לדוגמה, לא היה ברור מהמסמכים שכתובים אם זה עסקת קבלנות או עסקת קומבינציה. לאור הביצוע, ברור לנו שזה עסקת קומבינציה ולכן הביצוע משלים את הכתב. **השופט ברק** מסתמך על **זוננשטיין נ׳ גבסו ועל עקרון תום הלב**. הצדדים, מעבר לאסופת המסמכים שהיתה, לכל אורך הזמן עודדו את הצד השני לבנות את אותם המבנים. היתה להם הסתמכות על זה, על החוזה. כאן הוא מראה שנכרת חוזה. הוא כינה את זה זעקת ההגינות - הוא אומר שזה יהיה פשע, אקט נורא לאנשים שמעודדים אותם כל הזמן להשלים את ההתחייבויות שלהם לפי ההסכם, יוצרים אצלם את התחושה שהחוזה גמור וכל ההתחייבות מוגמרות ואז מנסים להתחמק מהביצוע בטענה של העדר כתב. זעקת ההגינות לא מאפשרת את זה. **בעצם הוא אומר שאנחנו מתגברים על דרישת הכתב המהותי באמצעות חובת תום הלב.**

**תרופות בהעדר כתב:**

תעלה השאלה מה עושים כשאין חוזה בכתב ויש הפרה של חובת תום הלב, מה הסעדים שניתן לתבוע? לפי מה שאומרים **בקלמר נ׳ גיא**, **אם חוסר תום הלב זה הסיבה לאי השלמת הכתב, לכאורה אפשר להתגבר על דרישת הכתב באמצעות חובת תום הלב**. קודם כל ברור לגמרי שאם חוסר תום הלב לא גרם להעדר השלמת הכתב, אלא יש חוסר תום לב בהתנהגות של אחד הצדדים ובלי קשר לזה אין חוזה בכתב, אז אין חוזה אבל יש חוסר תום לב במו״מ ולכן פתוחים הסעדים של ס׳ 12 לחוק החוזים. צד יכול לטעון שההתנהלות מולו אומנם לא הבשילה לידי חוזה מחייב ולו רק בגלל העדר הכתב, ונכון שההתנהלות מולו שהיא חסרת תום לב לא שללה את הכתב, זה לא הסיבה להעדר הכתב, אבל פתוחים אותם סעדים רגילים שעומדים על חוסר תום לב במו״מ.

**אם חוסר תום הלב זה מה שגרם לאי השלמת דרישת הכתב כמו התפיסה של ברק** **בזוננשטיין נ׳ גבסו ובקלמר נ׳ גיא, אז לכאורה עדיין צריך לברר מהי דרישת הכתב. אם דרישת הכתב היא ראייתית, אז לא אמורה להיות בעיה.** נוצר קושי ראייתי, הקושי הראייתי הוא בגלל ההתנהגות חסרת תום הלב של הצד השני וצריך להתגבר על זה. **אם דרישת הכתב היא מהותית, אז עדיין יש קושי כי אם אנחנו אומרים שאפשר להתגבר על דרישת הכתב באמצעות חובת תום הלב אנחנו אומרים שהיא לא באמת דרישה**. את **קלמר נ׳ גיא** היה אפשר להבין גם באופן שהצדדים חשבו שיש ביניהם הסכם בכתב, הם קיימו את ההסכם בהסתמך עליו כי הם חשבו שהכתב שיש ביניהם מספיק. זה נוצר בין השאר כתוצאה מהלחץ שהפעיל הצד השני, ההתנהגות חסרת תום הלב שלו. אפשר לחשוב על זה כעל עוד תנאי - אם אין כתב, הסיבה שאין כתב זה התנהגות חסרת תום לב של הצד השני, וגם חשבו שיש כתב והם טעו לחשוב שיש כתב בגלל ההתנהגות חסרת תום הלב של הצד השני, אז תהיה נטייה יותר קלה להשלים. להגיד שאנחנו צריכים לחשוב על זה כאילו הושלמה דרישת הכתב. זה מתיישב עם הבסיס הלוגי של דרישת הכתב המהותית בכך שאם דרישת הכתב המהותית נועדה להבטיח את רצינות הצדדים, את ההבנה שלהם של ההשלכות וכל הדברים של העסקה. כשהצד השני גורם לצד אחד לחשוב שיש כתב למרות שאין, אז אתה לא יכול לצפות ממי שטועה לחשוב שקיים הכתב שהוא יבין את העסקה יותר ברצינות כי הוא חושב שהוא קיים את הדרישות של כתב. **למעשה צריכה להיות כאן סיבתיות כפולה - חוסר תום לב גורם להעדר כתב ולהעדר מודעות של הצד השני לזה שנעדר כתב. מצבים האלה, גם בפרשנות הכי קיצונית ומהותית של דרישת הכתב אפשר להתגבר על הדרישה.**

דרך אחרת זה הפתרון שאליו הגיע ביהמ״ש **בטבוליצקי נ׳ פרלמן**. באותו מקרה יש חוזה למכירת דירה ומבטיחים לרוכשים מחסן יחד עם הדירה, אבל בהסכם לא רשום מחסן בשום מקום. ביהמ״ש לא יכול לתת להם את המחסן כי יש דרישת כתב מהותית - מה שלא כתוב בהסכם, לא קיים. אבל הוא משתכנע שהובטח להם מחסן, כלומר שהם שילמו מחיר גבוה יותר עבור דירה שכוללת מחסן. **הפתרון שביהמ״ש מוצא הוא דרך עוולת התרמית - העוולה של הונאה, יצירת מצג שווא באופן מכוון לצד אחר כדי להביא אותו להתקשר בעסקה. היא עוולה שמזכה בפיצוי על נזק**. אומרים - אנחנו לא ניתן לכם את המחסן, אנחנו לא נאכוף את ההסכם, אבל אתם יכולים לקבל פיצוי על הפער בין המצג שנוצר לכם ובין מה שקיבלתם במסגרת ההסכם, לא בתוך החוזה עם דרישת הכתב אלא חיצונית לחוזה במסגרת עוולת התרמית. עם זה לכאורה אין שום בעיה כי זה לא סותר בשום צורה את דרישת הכתב המהותית. זה עוד פתרון שמאפשר להתגבר על מצבים כאלה של חוסר תום לב שבהם אין כתב, לא באמצעות הגמשה של דרישת הכתב אלא באמצעות הקניית סעדים חוץ חוזיים כמו פיצוי בנזיקין.

**תמורה והסתמכות:**

צריך לדבר על תמורה כי יסוד התמורה הוא יסוד במסגרת התקשרות חוזית במשפט האנגלו-אמריקאי, ובמשפט הישראלי הוא לא יסוד בהתקשרות החוזית אבל הוא בעל נפקות משמעותית במגוון רחב מאוד של תחומים. גם בתחומים חוזיים אבל גם בתחומים שהם משיקים לתחומים חוזיים, לתחומים קנייניים.

במשפט האנגלו-אמריקאי תמורה היא יסוד להתקשרות חוזית. כלומר, יש דרישה של גמירות דעת של הצדדים, דרישה של מסוימות וגם אם הצדדים קבעו על הסכם מסוים דיו וגמרו בדעתם להתקשר בהסכם, לא תהיה ביניהם התקשרות מחייבת אם אין כל תמורה. לדוגמה, סטודנט שמתחייב להתמחות קיץ, ללכת לעבוד בחינם. העבודה הזאת בחינם היא התחייבות למסור משהו ללא תמורה ולא ניתן לאכוף אותה או לתבוע בגינה סעדים. לא לטובת הסטודנט ולא לטובת המעסיק כי זה התחייבות לעבוד בחינם ללא כל תמורה. השאלה אם יש תמורה ממשית במסגרת ההסכם היא חלק מתפיסת התמורה בדרישה.

הסוגיה המעניינת עולה ביחס להסכמי אופציה (האפשרות של צד אחד לכפות על הצד השני עסקה). כשהאופציה ניתנת כחלק מחוזה שלם, נראה שיש תמורה. התמורה היא במסגרת התמורה החוזית הרגילה. אפשר לחשוב על חוזה שכירות שכולל לשוכר את האפשרות לכפות על המשכיר, להשכיר לו את המושכר לשנה נוספת. ס׳ אופציה בהסכם שכירות אומר שבתום השנה השוכר יכול לעמוד על הזכות להישאר לעוד שנה בתנאים כאלה או אחרים. ל**כאורה ס׳ האופציה היא זכות שניתנת לצד אחד, ללא כל תמורה. במובן הזה ס׳ האופציה לא ניתן לאכיפה כי זה הסדר חוזי של מתנה לצד אחד ללא תמורה לצד השני. אם זה נעשה כחלק מחוזה שלם זה לא בעייתי בכלל**. אפשר לחשוב על שני חוזי שכירות, אחד שכולל אופציה והשני שלא ויתכן שדמי השכירות ישתנו. המשכיר אומר - אני עכשיו כפוף לאופציה ולכן אני רוצה עוד עשרה שקלים בחודש. האפשרות הזאת של המשכיר לעמוד על דמי השכירות בהתאם לאופציה, בהתאם למכלול תנאי החוזה כשהאופציה כלולה ביניהם, מן הסתם אומרת שהאופציה כחלק ממכלול תנאי החוזה לא ניתנת בלי תמורה כי החוזה נותן תמורה וזה לא משנה האם יש תמורה ספציפית לכל תניה בחוזה, או לכל הסדר בתוך החוזה.

**אותו דבר לגבי חוזה אופציה. אפשר לחשוב על חוזה שמקנה אפשרות לגבי חוזה אחר.** בשוק ההון יש הרבה חוזים כאלה - אפשר לקנות את האופציה לרכוש מניה בעתיד במחיר מסוים. זה חוזה אופציית כל, חוזה לרכישה של נכס עתידי במחיר מסוים. חוזה האופציה ניתן בתמורה, משלמים עליו כסף, ולכן אופציה כחוזה נפרד שניתן עליו תמורה גם לא בעייתי.

הבעיה זה לחשוב על הצעה ללא חזרה. הצעה ללא חזרה בעצם מקנה לניצע זכות לכפוף את המציע לחוזה, ללא כל תמורה. במשפט האנגלו-אמריקאי, האפשרות של המציע להגביל את עצמו ולהגיד שהוא לא יחזור בו מהצעה לתקופה מסוימת נתקלה בקושי כי ביהמ״ש אמר שזה בעצם אופציה ללא תמורה ולכן זאת התקשרות חוזית כשלעצמה שהיא נעדרת תמורה והיא לא ניתנת לאכיפה. **במשפט הישראלי החוק קובע במפורש את האפשרות לתת הצעה בלתי הדירה או להגביל את ההצעה בתקופה ובתקופה הזאת שתהיה בלתי הדירה.** אפשר לראות גם שאין שום קושי דוקטרינרי כי אין דרישת תמורה כדרישה מהותית.

**התמורה בדיני החוזים הישראליים:**

**בדין הישראלי יש הכרה באפשרות להתחייב ללא כל תמורה. האפשרות הזאת להתחייב ללא תמורה יוצרת כמה הבדלים. התחייבות למכור נכס או להעביר נכס ללא תמורה מבחין בין חוזה מתנה וחוזה מכר**. חוזה המתנה או **ההתחייבות לתת מתנה טעונה בכתב ומקנה למוסר המתנה זכות חזרה שלא קיימת בחוזה מכר**. צריך להבדיל בין שני ההסדרים האלה, חוזה המכר וחוזה המתנה והצעה מזכה. הצעה מזכה היא הצעה שניתנת עם תמורה, עקרונית, מהותית, אבל לא יוצרת חיובים לצד השני. דוגמה להצעה מזכה היא שוברי הנחה למועדון הלקוחות. כשחברה מוציאה הודעה שהיא נותנת שובר הנחה לחברי מועדון הלקוחות שלה, היא נותנת הצעה מזכה. הם לא צריכים להודיע קיבול כדי להיות זכאים להנחה הזאת, אבל לא מדובר במתנה. הסיבה שלא מדובר במתנה זה כי החברה שמוציאה את השובר למועדון הלקוחות עושה את זה לא בתמורה להתחייבות הקונקרטית אבל במסגרת תמורה כללית, כאקט שיווקי. **בפסיקה קבעו שפעולות שיווק שהמטרה שלהן היא להגדיל את המכירות, הן לא מתנה. הן נעשות בתמורה**. בגלל זה גם במשפט האנגלו-אמריקאי, מכירים באפשרות לעשות התחייבויות כאלה. זה המקרה שמדבר על הצעה מזכה לפי ס׳ 7, מצב שיש תמורה למציע אבל אין כל חיוב לניצע. התמורה למציע היא הפרסום שהוא מקבל.

התמורה בחוזה שכירות והשאלה:

מהות השכירות

1. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה (להלן – דמי שכירות), להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות.

מהות השאילה

26. שאילה היא זכות להחזיק בנכס ולהשתמש בו שלא לצמיתות, כשהזכות הוקנתה שלא בתמורה.

תחילת השכירות

18. תקופת השכירות תתחיל עם מסירת המושכר לשוכר.

סיום השאילה

29. (א) 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, והכל בהודעה לשואל זמן סביר מראש.

שלילת תרופות

28. (ב) הפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה.

תחולה

2. (ג) הוראות פרק זה יחולו כשאין בדין אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון ובאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם בין הצדדים.

**השאלה מתי קיימת תמורה משפיעה מאוד על הסדרים שונים חוזים ולבר חוזיים בדין הישראלי.** לדוגמה, חוק השכירות והשאילה מבחין בין שכירות ושאילה. שכירות היא זכות שהוקנתה בתמורה להחזיק ולעשות שימוש בנכס לא לצמיתות, ושאילה היא הזכות להחזיק בנכס ולעשות בו שימוש שלא לצמיתות, ללא תמורה. אז קודם כל כעניין הגדרה **החוק מבחין בין פעולה בתמורה ופעולה שלא בתמורה לעניין שני סוגי חוזים.** אנחנו נשאל מתי החוזה הוא חוזה שכירות ומתי החוזה הוא חוזה שאילה? כל חוזה שמקנה נכס שלא לצמיתות הוא אחד מהם, מה שיבחין ביניהם הוא עניין התמורה. לא רק שקיימת הבחנה, להבחנה הזו יש נפקויות. לדוגמה, תקופת השכירות תתחיל עם מסירת המושכר ותסתיים בנקודת זמן שבו מוסכם על הצדדים מראש. גם המשכיר לא רשאי לבטל את הסכם השכירות שלו. לעומתו המשאיל רשאי לבטל את חוזה השאילה, כל עוד הוא לא מסר את המושאל לשואל. וגם אחרי שהוא מסר, הוא רשאי לסיים את השאילה אם הדבר דרוש לו והוא נתן הודעה סבירה מראש. אם יש לנו דירה והשאלנו אותה לחבר, אפשר בכל נקודת זמן, גם אם זה בניגוד למה שהסכמנו, להגיד לו - אני צריך את הדירה כדי לגור בה, או כדי להשכיר אותה. צא תוך חודש. זכות שלא קיימת למשכיר.

**מה קורה אם הצדדים קראו לחוזה חוזה שכירות?** הצדדים קבעו חוזה שכירות, והשכירות היא 50 ש״ח. מצד אחד הצדדים רצו שהחוזה שיכול ביניהם יהיה חוזה שכירות, ומצד שני מבחינה מהותית מדובר בחוזה שאילה. אפשר לראות את ס׳ 2(ג). ס׳ 2(ג) לחוק אומר **שהוראות פרק זה יחולו כשאין כוונה אחרת משתמעת מן ההסכם. כלומר, חוק השכירות והשאילה הוא חוק דיספוזיטיבי. אז מה קורה אם הצדדים להסכם שאילה קראו לו הסכם שכירות? לכאורה יש כוונה אחרת משתמעת מההסכם**. הצדדים אומרים - נכון שההסכם הוא הסכם שאילה, אנחנו מבקשים להחיל על עצמנו את ההסדרים של חוזה שכירות. כל ההסדרים הדיספוזיטיביים של חוזה שכירות יחולו בהסדר הזה אפילו אם מהותית זה חוזה שאילה. לא בגלל שהוא הופך להיות חוזה שכירות, אלא בגלל שכל ההסדרים הם דיספוזיטיביים והצדדים יכולים להתנות עליהם.

זה יהיה נכון גם לחוזה מתנה שניתן תמורת שקל והצדדים כתבו למעלה חוזה מכר. הצדדים בעצם מבקשים להשית על עצמם את ההסדרים הדיספוזיטיביים של חוזה המכר, ולהתנות על ההסדרים הדיספוזיטיביים של חוזה המתנה. הם לא יכולים אבל להתנות על ההסדרים הקוגנטיים, זה המשמעות של הסדרים קוגנטיים. ולכן לסיווג של החוזה כחוזה מכר או חוזה מתנה, כחוזה שכירות או חוזה שאילה, יש נפקות לגבי אותם הסדרים קוגנטיים שלא ניתן להתנות עליהם. לדוגמה, חוזה מתנה חייב הסכם בכתב. בעניין התמורה בשכירות ושאילה, גם התרופות מוגבלות ביחס לחוזה שאילה, לעומת חוזה השכירות.

תחולה דיספוזיטיבית קיימת במלואה רק על חוזה השכירות, על חוזה השכירות ניתן להתנות על כל הדברים. ההסדרים שקיימים בחוזה השאילה הם לא בס׳ 2, הם הסדרים ברובם קוגנטיים, ועל הסדרים קוגנטיים לא ניתן להתנות. יש חשיבות מוכפלת לעניין השאלה אם זה חוזה שכירות או שאילה. אם זה חוזה שאילה, ניתן לכנות אותו חוזה שכירות ויחולו ההסדרים הדיספוזיטיביים של חוזה שכירות אבל הרבה מההסדרים של חוזה השאילה הם קוגנטיים ולא יהיה ניתן להתנות עליהם. לדוגמה, לא ניתן יהיה לבקש אכיפה - ס׳ 28(ב) שאומר שהפרת חוזה שאילה לא תשמש עילה לתביעת אכיפה הוא הסדר קוגנטי.

**התמורה בחוזי מקרקעין**:

החשיבות של תמורה לא קריטית רק לעניין סיווג העסקה, אלא יש חשיבות לתמורה בהקשרים חוזיים שונים קנייניים בדין. לדוגמה, במקרקעין התוצאה במקרה של עסקאות נוגדות. עסקה נוגדת במקרקעין היא כשאדם התחייב לעשות עסקה כלפי א׳, אבל לפני שהושלמה העסקה מול א׳, הלך ומכר לב׳. יש עכשיו תחרות בין העסקאות של א׳ וב׳. השאלה היא, זכותו של מי עדיפה? **החוק אומר שזכותו של א׳ עדיפה, אלא אם ב׳ השלים את העסקה, פעל בתום לב ושילם תמורה. אם ב׳ פעל בתום לב, שילם תמורה והשלים את העסקה, אז ב׳ יזכה, והתמורה הופכת את הסיפור למהותי.** זה הגיוני כי ככה אנחנו יכולים למנוע מהמוכר את האפשרות להבריח נכס לילדים שלו באמצעות מתנה. מי שהגיע מאוחר וקיבל ממך את הנכס מתנה לא זכאי לו. אבל מי שהגיע מאוחר, לא ידע על העסקה הראשונה, שילם תמורה והשלים את העסקה ברישום, זכאי להמשיך להחזיק בנכס (ס׳ 9 לחוק המקרקעין).

**תקנת השוק במקרקעין מסדירה הסדר דומה (ס׳ 10 לחוק המקרקעין) - מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים בתמורה ובהסתמך על הרישום, יהיה כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון.** לדוגמה ב׳ קנה מא׳ נכס מקרקעין. א׳ לא היה באמת הבעלים של הנכס, אבל ב׳ הצליח בגלל ההונאה של א׳ לשנות את הרישום ברשם המקרקעין. יש מרשם של זכויות מקרקעין, ועסקאות במקרקעין מסתיימות ברישום. ב׳ מבחינתו השלים את העסקה, כי נרשמה זכות על שמו. אבל הזכות לא באמת שייכת לו, כי א׳ לא היה הבעלים אף פעם של המקרקעין. הוא לא יכול היה למכור לו. מיד אחרי זה, ג׳ בא לקנות את הנכס. ג׳ מסתכל על מרשם המקרקעין ורואה מוודא ומגלה שאין שום פגם במרשם. הוא מסתמך בתום לב על מרשם המקרקעין, כשהוא הולך ורוכש את הנכס מב׳. **אם הוא שילם תמורה, אז הנכס עכשיו שייך לו ואין מה לעשות. הוא קיבל קניין יפה בנכס. הקניין שלו לא כפוף לשום זכויות של צד שלישי. אם הוא לא שילם תמורה, אם הוא קיבל את הנכס שלא בתמורה מהותית, אז ניתן לתבוע ממנו השבה.**

**התמורה בחוזה מכר:**

**אותם הסדרים קיימים גם בעסקאות מיטלטלין**. בעסקה נוגדת, התחייב אדם להקנות לחברו בעלות במטלטלין או בזכויות, ולפני שמסר לו את המיטלטלין חזר והתחייב עם אדם אחר. **זכותו של הראשון עדיפה, אלא אם השני התקשר בעסקה וקיבל חזקה במיטלטלין או בזכות בתום לב ובתמורה.**

תקנת השוק - הלכתי לשוק וקניתי בשוק נכסים שנמכרים כדרך קבע בשוק, ולא היה לי סיבה לחשוד שהנכס הזה גנוב או שיש עליו איזה שהיא בעיה אחרת, אז **הקונה קונה אותו נקי מכל שעבוד או עיקול או זכויות אחרות, אפילו אם המוכר לא היה רשאי למכור את הנכס, וזה רק אם הוא שילם תמורה מלאה.**

**התמורה בדיני השטרות:**

**אותה תופעה קיימת גם בשטרות**. בשטרות, שטר הוא כמו צ׳ק.. כשא׳ מספק לב׳ שטר, ניתן לפרוע את השטר, וחוץ מלפרוע את השטר ניתן להסב אותו. על צ׳קים יש סימון קרוס, סימון של שני קווים שכתוב עליו למוטב בלבד. המשמעות של הכיתוב למוטב בלבד, זה שאי אפשר לסחור בשטרות האלה. באופן עקרוני, היום כבר לצ׳קים של אנשים פרטיים זה לא הכלל, אבל באופן עקרוני כשא׳ כותב לב׳ צ׳ק, נגיד לתשלום של 1,000 ש״ח בעוד חצי שנה, ב׳ יכול לשמור את הצ׳ק ולפדות אותו בבנק בעוד חצי שנה. הוא יכול גם למכור את הצ׳ק הזה לג׳ או להגיד לג׳ תשמע אני חייב לך 1,000 ש״ח, אני לא אביא לך כסף אני אביא לך צ׳ק של א׳. וככה אפשר להמשיך ולגלגל צ׳קים כאלה. צ׳ק כזה יכול להיות פגום בדרך, לדוגמה אם הוא נגנב. אפשרות מסוימת לצ׳ק היא שהצ׳ק יהיה לפקודת כל אדם, מי שמחזיק בשטר. הרבה פעמים שטר בנקאי הוא כזה, למי שמחזיק בו. שטרות כאלה נקראים שטר למוחז. בין אם הצ׳ק הוא בהסבה ובין אם הוא למוחז, השאלה היא מה קורה אם יש פגם בדרך. אם נגיד הוא נגנב. **פקודת השטרות בס׳ 29 אומרת שאוחז כשורה הוא מי שנטל את השטר כשהוא שלם ותקין, בתום לב ובעד ערך. כלומר שילם ערך ממשי השטר. מי שסיחרו לו את השטר בתנאים כאלה, קיבל קניין נקי ואי אפשר יהיה לטעון כלפיו שהשטר נגנב באיזה שהוא שלב בדרך. במובן הזה שוב אנחנו רואים שהתמורה יוצרת משמעות לעניין זכויות בקניין.**

**הסתמכות:**

זכות התמורה היא לא יסוד להתקשרות חוזית בדין הישראלי, אבל היא מחזקת זכויות שאתה קונה לפי חוזה. זה נכון לגבי הסדרים קנייניים ספציפיים, אבל זה יהיה נכון גם לחוזים באופן כללי, לעניין חוזה מתנה. **הסתמכות יכולה להיות תחליף חלקי לתמורה. לדוגמה, חוזה מתנה מאפשר זכות חזרה. זכות החזרה הזאת מוגבלת אם היה שינוי מצב לרעה, או שינוי מצב משמעותי (ס׳ 5(ב) לחוק המתנה). ניתן לראות שהחוק הכללי אומר שלא ניתן לחזור, אם אין תמורה בכלל - כן ניתן לחזור, אם אין תמורה אבל היתה הסתמכות - זכות החזרה מוגבלת.** יש נפקות חלקית להסתמכות כתחליף לתמורה. בדומה, הסתמכות יכולה לתת בסיס **לדוקטרינה של השתק הבטחה** Promissory Estoppel **כלומר, ההסתמכות של הנבטח יכולה להקנות לו אפשרות לטעון טענות כלפי המבטיח שלא היו עומדות לו אחרת, וזה אף אם לא ניתנה תמורה.** לדוגמה, בשלבים של מו״מ.

**תמורה שאינה מועילה לצד השני:**

עולה השאלה מהי תמורה? במשפט האמריקאי התוצאה של היעדר תמורה, היא ביטול החוזה. לכן המשפט האמריקאי מרחיב מאוד את ההגדרה של תמורה. **הדין הישראלי מצמצם את דרישת התמורה, כי הוא מכיר באפשרות להיכנס לחוזה ללא תמורה, ולכן תמורה תיחשב רק תמורה מהותית**. אפשר לראות את הדיון של מהי תמורה בעניין **Hamer v. Sidway** דוד מבטיח לאחיין שלו 5,000$ אם הוא מסכים לא לשתות/לעשן/להמר עד גיל 21. ביום הולדת של האחיין, האחיין מבקש את הכסף והדוד שלו אומר לו שהוא יכול לקבל את הכסף אבל הוא שם את הכסף בחשבון השקעות עד שהוא יהיה מוכן לקבל את הכסף והוא נותן לו חלק. האחיין מסכים. הדוד נפטר והוא לא נתן את שאר הכסף לאחיין שלו. עולה השאלה אם האחיין זכאי לשאר הכסף, אם הוא יכול לדרוש את התמורה. הטענה של מנהלי העיזבון היא שלא לשתות/לעשן/להמר היא לא תמורה אלא אי מעשה. הוא לא יכול לעמוד על הדרישה לקבל את שאר הכסף כי הוא לא נתן תמורה. הטענה של Hamer היא שהוא קיים את התנאים של הדוד שלו וזאת התמורה. **ביהמ״ש פוסק שיש תמורה - מה שהאחיין עשה עד עכשיו. הוא מגיל 18 כבר יכול לשתות/ להמר/לעשן. הימנעות מהדברים האלה מהווה תמורה להסכם**. זה תמורה במובן שעמדה לו זכות לפי דין שהוא וויתר עליה. הוויתור על הזכאות שלו לטובת הצד השני היא תמורה גם אם הצד השני לא הרוויח מזה משהו חומרי. **אני לא שואל מה הצד השני קיבל, אלא מה אני מסרתי בתמורה להסכם.**

אפשר לראות שגם חובה מוסרית קודמת יכולה להוות תמורה **Webb v. McGowin** - שניהם עבדו במפעל והתפקיד של אחד מהם היה לפנות עצים. יום אחד הוא ראה שהשני עומד להיפגע והזיז אותו ונפגע בעצמו. זה שניצל אמר לזה שהציל שהוא ישלם לו 15$ פעם בשבועיים למשך כל החיים שלו. המשלם נפטר והמשפחה שלו לא המשיכה לשלם את הכסף. עולה השאלה, האם היתה תמורה? **נקבע שלא היתה תמורה, אבל ביהמ״ש כן חייב את המשך התשלומים.** אפשר לפרש את זה במובן הבא - האם הייתי יכול לעשות הסכם שבו אני אומר למישהו אם תציל אותי אני אשלם לך? אני אעשה הסכם עם מישהו שאני אגיד לו - אם אתה תציל אותי מנפילה של עץ גדול, אני אשלם לך 15$ בחודש לכל החיים. מראש אפשר להגיע להסכם כזה, זה הסכם בתמורה. אם אתה תיתן לי משהו, תציל אותי ממוות, אני אתן לך משהו, כסף. זה הסכם בתמורה. הבעיה פה היא שהתמורה ניתנה קודם, לפני שהם נכנסו להסכם, הוא כבר הציל. אז זה ניתן מראש. אפשר לחשוב על זה כשאתה מקבל את התמורה לפני ההתחייבות לתשלום, אתה לא חייב לשלם. לדוגמה, אנשים שעומדים בצומת ומנקים שמשות של הרכב. כשמישהו בא ומנקה לך את השמשה של הרכב בלי שביקשת, אתה לא חייב לשלם לו. כשאתה מקבל טובת הנאה שלא ביקשת אתה לא מחוייב לפצות בגינה. אבל, זה בסיס מספיק כדי ליצור התחייבות על בסיס התמורה הזאת. אפשר לחשוב על זה כעל בסיס מוסרי. במקרה הזה, יש עוד שיקול. לא רק שהוא הציל את החיים ובכך מסר תמורה רעיונית לחייב, אלא הוא גם נפצע מאוד מאוד קשה בתהליך. נגרם לו נזק גוף מאוד משמעותי. בנסיבות האלה, לא רק שקיבלת את התמורה מראש, גם נוצרת לך מחויבות מוסרית. **לפרוע את המחויבות המוסרית באמצעות זה שתתחייב לתת כסף זה התמורה שאתה מקבל. הוא התחייב לתת כסף תמורת זה שהוא ירגיע את המצפון. זאת לא תמורה מהותית, ולכן אם היתה דרישה מהותית לתמורה זה לא היה עומד בה**. אבל זה כן גורם מספק בנסיבות הקיצוניות האלה לדרישת התמורה במשפט האנגלו-אמריקאי.

בהקשר הזה אפשר לחשוב שאנחנו רוצים לעודד אנשים לפעול כדי להציל אחרים - תדע לך אם תפעל להציל והניצול ירצה לתת לך תמורה, אז הוא יוכל לעשות את זה ותוכל לעמוד על הזכות הזאת אח״כ. הדין לא מחייב הצלה. חוק ״אל תעמוד על דם רעך״ יוצר חובה זניחה לפעולות הצלה, וברור שאין שום חובה לעשות את הפעולה שנעשתה ב- **Webb v. McGowin**. אין חובת הצלה כזו בדיני הנזיקין, אבל דיני עשיית עושר אומרים שאם פעלת כדי להציל מישהו אחר, אתה לא חייב אבל אם עשית את זה, אתה זכאי להחזר עבור ההוצאות הסבירות שנגרמו לך. אתה לא זכאי לפיצוי על נזק הגוף בהכרח, אבל זה יכול להוות את הבסיס להתקשרות עתידית. בהקשר הזה, מי שמעוניין לחזור מהבטחה, זה לא מי שניצל ומי שנתן את ההבטחה, אלא העיזבון שלו. גם בדין הישראלי האפשרות של העיזבון לחזור מהבטחה שניתנה בחיים היא מאוד מוגבלת. ככלל אנחנו רוצים לכבד את הרצון של האדם כשהוא חי, ולא רצון של היורשים שלא מגלמים את אותם אינטרסים.

מבט היפותטי על **Webb v. McGowin -** אדם א׳ אמר לחבר שלו שהוא יתן לו 15$ כל חודש עד סוף חייו ואז הוא מת. היורשים אומרים שהם לא מוכנים להמשיך לשלם. מה אם הם אומרים שהם רוצים שהוא יחזיר את כל מה שקיבל. האם הם יכולים לבקש את כל מה שהוא קיבל בחזרה? התשובה היא לא. צריך להבדיל בין מתנה ובין החוזה שהוא התחייבות לתת מתנה. **מתנה היא הקניית נכס למישהו אחר ללא תמורה שהושלמה. מהרגע שהיא הושלמה, אין בעיה**. מותר גם בדין הישראלי וגם בדין האנגלו-אמריקאי להקנות נכס לאחרים ללא תמורה. **הקושי או המגבלות שייכות רק להתחייבות עתידית לעשות את זה, התחייבות שעוד לא הושלמה**. הפתרון בדין הישראלי הוא גם הכרה בחוזה המתנה וגם דרישה של תמורה מהותית. כי אפשר לחייב את מוסר המתנה באמצעות חוזה המתנה, אבל אנחנו כן רוצים להגן עליו. אם הוא רוצה לא להיות חלק מחוזה המתנה, התמורה חייבת להיות מהותית. ההבדל בין מוסר מתנה לחייב לפי חוק המכר הוא זכות חזרה שקיימת בהתחייבות לתת מתנה שהיא קוגנטית, לפחות בחלקה.

**התחייבות לתת מתנה:**

**תמורה היא לא תנאי לקיום של חוזה בדין הישראלי,** להבדיל מהדין האנגלו-אמריקאי. **בדין הישראלי התמורה היא לא מחסום בפני קיומו של חוזה, של התחייבות, ולכן הדרישה של התמורה בדין הישראלי היא דרישה מהותית**. הדרישה הזאת לא קונסטרוקטיבית לקיום החוזה, היא לא דרישה לקיום החוזה, אלא **לתמורה יש משמעות לסיווג החוזה.** חוזה ללא תמורה יהיה חוזה שיחולו עליו דינים שונים ולתמורה יש נפקויות שונות בדין הישראלי. מעבר לזה יש הסדר חוזי כללי לחוזים ללא תמורה. השאלה מתי הצדדים יהיו כפופים להסדר הזה ומתי הם לא, נוגעת לקיומה של תמורה מהותית.

**התחייבות לתת מתנה, להבדיל ממתן מתנה, היא חוזה ללא תמורה**. השוני בין הענקת מתנה ובין ההתחייבות לתת מתנה זה שהענקת מתנה לא טעונה חוזה. הענקת מתנה מסתיימת במסירת המתנה והעברת הבעלות בה למקבל המתנה. זהו אקט קנייני שאין לו משמעות חוזית. המשמעות החוזית נוצרת כשיש התחייבות לתת מתנה שעוד לא הושלמה. ואז עולה השאלה האם ניתן לאכוף את ההתחיבות.

**ההכרה במתנה בדין הישראלי מחייבת הגנה על מוסר המתנה כי זה אקט שנראה לנו חשוד ולכן אנחנו מאפשרים למוסר המתנה לחזור בו ממתן המתנה, בתנאים מסוימים**. כלומר ההתחייבות היא התחייבות לא מלאה. במובן הזה, יש בדין הישראלי דרישת תמורה. דרישת תמורה הופכת את החוזה מכזה שלא ניתן לחזור ממנו, לכזה שכן ניתן לחזור מההתחייבויות בו.

מעבר להסדר הכללי אנחנו מבינים **שאם דרישת התמורה היא מהותית, תעלה השאלה מה הדין לגבי תמורה לא מהותית**. **מה היחס בחוזה המתנה במקרים שבהם היתה דרישה לתמורה, אבל התמורה לא קרובה בערכה. היא לא באותם סדרי גודל בערכה כמו מה שנותן מוסר המתנה**. ס׳ 4 מסדיר מצבים כאלה. הוא אומר **שהאקט שנדרש מהצד השני יכול להיחשב לאחד משני דברים: יכול להיות שהמתנה היא תהיה על תנאי, ויכול שהיא תחייב את המקבל לעשות דבר, היא תהיה בחיוב או להימנע מעשותו (חיוב שלילי). נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב. כלומר, אם המתנה ניתנה בחיוב, אז נותן המתנה תמיד יכול לעמוד על זה שהמקבל של המתנה יקיים את החיוב שלו.** לא רק נותן המתנה רשאי לדרוש את זה, אלא גם אם החיוב הוא לטובת צד שלישי, אותו צד שלישי רשאי לדרוש את זה. ואם היה מדובר בעניין ציבורי, היועמ״ש לממשלה רשאי לדרוש את זה. מתי יכול להיות שנותן המתנה דורש חיוב שיש בו אינטרס ציבורי? אפשר לחשוב על תרומות גדולות שהן צבועות באיזה שהיא תכלית ציבורית. אדם שתורם כסף לאוניברסיטה כדי שהאוניברסיטה תחקור את החיסונים לקורונה. ואז האוניברסיטה הולכת ומשתמשת בכסף למטרות אחרות. יכול גם מוסר המתנה אבל לא רק, יכול היועמ״ש לממשלה להגיד - לא, נותן המתנה נתן אותה עם חיוב שהכסף ישמש לחקר של קורונה, ולכן אני מבקש מהאוניברסיטה לעמוד בחיוב הזה. כלומר הזכות לעמוד כאן על האינטרס הציבורי היא רחבה.

**בפסיקה ניתן לראות שיש לפעמים קושי להבחין בין מתנה שכוללת חיוב, ובין מתנה שכוללת תנאי**. את אותו חוזה לטובת מחקר קורונה ניתן להציג כמתנה על תנאי. הכסף מועבר לאונ׳ בר אילן בתנאי שהוא ישמש למחקר של קורונה. מה המשמעות של ״בתנאי ש...״? זה אומר שאם הוא לא משמש למחקר של קורונה, התוצאה היא בטלות. התוצאה היא שמפסיק מתן המתנה, צריך להשיב. את ההבחנה הזאת אנחנו רואים בתוך ס׳ 4 לחוק המתנה. מה רשאי נותן המתנה כשנתן אותה עם חיוב (תניה)? הוא רשאי לדרוש את מילוי החיוב, הוא לא רשאי לדרוש את השבת המתנה. זה גם הגיוני שהוא לא רשאי לדרוש את השבת המתנה, כי המתנה היא אקט של מסירת הנכס, מסירת המתנה והיא מושלמת בהעברת הבעלות. ואם זאת מתנה ואין דרישה לתמורה אתה לא יכול לבקש את זה חזרה. אבל אם התנית מראש את המתנה, אז התנאי מכיל מראש את הזכות לבקש את זה חזרה. זה המשמעות של התנאי. המתנה ניתנת - כל עוד... לכן הדין מבחין בין שתי דרכים שניתן לעצב את הסדר המתנה - מתנה בחיוב או מתנה על תנאי.

**ברקוביץ׳ נ׳ קלימר עוסק בדיוק בסוגיה הזו ובהבחנה**. מדובר בסבתא שרצתה לעזור לבת שלה ולכן היא מכרה את הבית שלה ועם הכסף הזה ההורים קנו דירה הרבה יותר גדולה, בתנאי שהיא תגור איתם ויהיה לה חדר בדירה. הבת נפטרה זמן קצר אחרי, והחתן שלא כ״כ רצה את הסבתא עשה לה חיים מאוד קשים. הוא נעל את החדר שלה בדירה ועשה לה הרבה בעיות כדי לגרום לה לצאת. בסוף היא באמת עזבה את הדירה והלכה להשכיר דירה אחרת ודרשה את הכסף בחזרה. **הדילמה שניצבת בפני ביהמ״ש בסיפור היא מה המשמעות של ההסכם ביניהם - אם זה נחשב חוזה מתנה על תנאי או בחיוב**. אם זה חוזה בתנאי, התנאי היה המגורים של הסבתא בדירה. אם זה חוזה בחיוב, זה אותו הדבר. החיוב הוא שהם מקבלים את המתנה אבל הם מתחייבים לאפשר לגור בדירה. השאלה היא איך מפרשים את ההסדר הזה בתוך החוזה. האם ההסדר שמחייב את הזוג לאפשר לה לגור בדירה הוא תנאי למתנה, או חיוב במסגרת הסכם המתנה. **השופט ברק פסק שזה חוזה מתנה על תנאי. אם זה חוזה מתנה בחיוב הסעד שהיא יכולה לתבוע זה את מילוי החיוב, לפי ס׳ 4 לחוק המתנה - נותן המתנה רשאי לדרוש מהמקבל את מילוי החיוב**. **הוא לא יכול לבקש פיצוי. ס׳ 4 מגביל את קשת הסעדים שיכול נותן המתנה לקבל רק למילוי החיוב.** זה גם נראה הגיוני כי במילא המתנה באופייה היא כזו שאין בה תמורה, אז מה הפיצוי? אין תמורה אמיתית, אז אתה יכול לעמוד על מילוי החיוב. **אם זו מתנה על תנאי, ברגע שבטל התנאי בטלה מתנה. התוצאה של ביטול המתנה היא השבה**. החתן שלה צריך להחזיר לה את הכסף שהיא השקיעה בדירה שלהם פחות 1/5 בגלל שהיא גרה שם שנתיים וחצי. הכסף שווה ערך למגורים של שנתיים וחצי בדירה. ביטלו את המתנה, אז עושים השבה הדדית - כל אחד מחזיר את מה שהוא קיבל. הוא קיבל סכום כסף ששימש לרכישת דירה גדולה והיא קיבלה מגורים שנתיים וחצי בחדר בדירה ויש לזה שווי כלכלי.

**מה הופך את הכסף שהסבתא נתנה לחוזה מתנה ולא הסכם בתמורה, הסכם שכירות? התשובה היא בגובה התמורה, התמורה צריכה להיות מהותית. כדי שתמורה תיחשב לתמורה מהותית בדין הישראלי היא צריכה להיות שוות ערך.** מה השווי של שכירות בחדר אחד מתוך הדירה עם הבת והילדים לכל החיים של הסבתא? זה כנראה סכום לא מאוד משמעותי. הסכום שהיא נתנה להם שזה השווי של דירה שלמה הוא יותר גדול. זה סדר גודל אחר לגמרי מדמי השכירות. נכון שהיא קיבלה איזה שהיא תמורה, התמורה לא מהותית, ומאחר שזה תמורה לא מהותית מדובר בחוזה מתנה לפי הדין הישראלי. **בישראל יש תמורה בלי חוזה אבל אם אנחנו רוצים שזה לא יתפס תחת חוק המתנה התמורה צריכה להיות מהותית**.

מה קורה אם בטל התנאי של חוזה המתנה? יש לנו חוזה מתנה על תנאי, התנאי הוא שיתנו לה לגור בדירה. מה קורה אחרי שבטל התנאי? **בטל התנאי, בטלים החיובים החוזיים. כשבטלים החיובים החוזיים יש השבה הדדית כדי למנוע עשיית עושר**. כדי למנוע התעשרות על חשבון הצד השני, כל צד משיב את מה שהוא הרוויח. הסבתא תשיב את מה שהיא קיבלה - שכירות, והם ישיבו את מה שהם קיבלו - את הכסף.

הביקורת על הפס״ד לפי גישתו של ד״ר פלד היא שהם קיבלו כמה דברים: הם גם קיבלו את הכסף, והם גם קיבלו את האפשרות לגור בדירה גדולה יותר. כלומר, כמו שהיא צריכה להשיב את השכר דירה על החדר שהיא שכרה כל התקופה הזאת, הם צריכים להשיב את השכר דירה על ההפרש בין הדירה שהיתה להם והדירה הגדולה יותר שבה הם חיים. זה מה שמגלם את שווי הזמן של הכסף. אפשר להגיד שאם הם מחזירים לה את הכסף יחד עם ריבית והצמדה, זה מגלם את אותו אינטרס. לכן, אם הם מחזירים לה את הכסף יחד עם ריבית והצמדה יכול להיות שהכסף שהיא זכאית לקבל בניקוי שכר הדירה שלה גבוה יותר ממה שהיא שילמה.

חזרה ממתנה:

מה שמעניין בהבחנה בין מתנה ובין אירוע שהוא לא מתנה, זה דווקא לא האירועים האלה שיש תנאי או חיוב שלא יוצרים בדר״כ קושי, אלא את האפשרות לחזור ממתנה. **האפשרות לחזור ממתנה היא קוגנטית בחלקה. ניתן לראות שיש משמעות להסתמכות לעניין התמורה. ס׳ 5(ב) אומר שכל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי נותן המתנה לחזור בו. הסיפא של 5(ב) - זולת אם ויתר בכתב על רשות זו**. כלומר, מוסר המתנה יכול לסייג את זכות החזרה שלו מהמתנה. זה אומר שזכות החזרה היא דיספוזיטיבית לכאורה. מוסר המתנה יכול להתחייב לא לחזור בו. **אבל ס׳ 5(ג) אומר, אפילו אם היתה התחייבות לא לחזור מהמתנה, הוא רשאי לחזור אם היתה החזרה מוצדקת בהתנהגות מכפירה של מקבל המתנה כלפי הנותן או כלפי בן משפחתו, או בהרעה ניכרת שחלה במצבו הכלכלי של הנותן.** כלומר, גם אם הנותן התחייב לא לחזור בו, ואפילו אם היתה הסתמכות ממשית על המתנה, הוא עדיין רשאי לחזור בו. זכות החזרה מהמתנה, בתנאים מסוימים, היא קוגנטית ולא רק דיספוזיטיבית.

בהקשר הזה אפשר לשאול מתי ההתנהגות הזאת מוצדקת, מתי ההפעלה של זכות החזרה הרחבה הזאת מוצדקת. פס״ד **ויסר נ׳ שביט** - המערערים היו זוג צעיר שרכש דירה בגבעתיים. שאר דיירי הבניין היו פנסיונרים והם אישרו להם לבנות על הגג בחינם, כלומר במתנה. הם לא השתמשו בזה הרבה שנים ובמהלך הזמן מערכת היחסים ביניהם הידרדרה. בסוף כשהם רצו לבנות, שאר הדיירים חזרו בהם מהחוזה. הקושי עולה מכך שהדיירים התחייבו בכתב לתת את המתנה ולא לחזור בהם. השופט **לוין, בדעת מיעוט**, לא מסכים עם השופטת **דורנר. לטענתה עצם זה שלפי ס׳ 5(ג) הם התנהגו בצורה מכפירה למשיבים, נותן להם את הזכות למשוך בחזרה את המתנה**. הוא אומר שזה שהיתה הידרדרות ביחסים והם התנהגו בצורה לא יפה לא אומר שהם יכולים לבטל התחייבות. לדעתו צריך לקבל את הערעור ולבטל את פסק הדין של המחוזי, ולהחזיר את העניין למחוזי כדי שיתן סעד**. עמדת דעת הרוב זו העמדה של דורנר וטירקל. לטענתם היתה התנהגות מכפירה וכשיש התנהגות מכפירה צריך להקל על מי שהתחייב לתת מתנה כי הם כאילו יוצאים כפויי טובה.** אי אפשר לתת להם מתנה כשהם מתנהגים בצורה כפוית טובה ואז לצפות גם לקבל את המתנה. ביהמ״ש מאמץ גישה מרחיבה יותר למשמעות של התנהגות מכפירה.

יש לשים לב **שזכות החזרה קיימת רק אם המטרה עוד לא הוקנתה**. **השאלה היא מתי מוקנית המתנה?** כשמדברים על זכויות זה הופך את זה ליותר קשה. צריך לחשוב על נכס מקרקעין. נכס מקרקעין זה קל, מתי מוקנית המתנה בנכס מקרקעין? **נרשם במקרקעין הנכס, הושלמה המתנה.** לפעמים לאנשים אין זכויות במקרקעין, לפעמים אנשים מחזיקים רק זכות שיהיה להם זכות במקרקעין. לדוגמה, קנינו דירה והיא ״על הנייר״. יש לנו חוזה מול קבלן והחוזה אומר שאנחנו משלמים לקבלן מיליוני שקלים, והוא מתחייב לבנות דירה ואז גם לרשום אותה על שמנו. כרגע אין על שמנו כלום. הנכס שיש לנו הוא הזכות שירשם משהו על שמנו בעתיד. הזכות הזאת היא זכות ולא נכס מקרקעין. איך מוקנית הזכות הזאת? **אם הזכות היא במסמך, העברת המסמך יכולה להעביר את הזכות.** אם היה הדבר ברשות המקבל, **בהודעת הנותן למקבל על המתנה**. כלומר, יכול להיות שאפילו מספיק מסירת המסר שמועברת הזכות, כדי שתועבר הזכות ותושלם המתנה. העניינים האלה יכולים ליצור קושי עם אפשרות החזרה. אם רוצים להשלים את העברת המתנה, דרך לעשות זאת היא פשוט במסירת הזכויות בכתב ולא בהעברת הבעלות בנכס.

יש לשים לב שיש שני צדדים לזכות החזרה: 1. באיזה תנאים ניתן לממש אותה. 2. הכוח לממש אותה. בפסיקה כמו שניתן לראות ב- **Hamer** וב- **Sidwayהקושי הרבה פעמים נוצר לא כשנותן המתנה רוצה לחזור, אלא נותן המתנה מאוד מרוצה מהמתנה, מעוניין להמשיך אותה ולקיים אותה, והקושי נוצר כשנותן המתנה הולך לעולמו והיורשים מתלבטים אם הם יכולים להתחמק מהמתנה**. במצבים האלה הדין הישראלי, עוקב במידה רבה אחרי הדין האמריקאי והאנגלי. בדין האמריקאי והאנגלי לתת מתנה זה לא בעיה, ההתחייבות לתת מתנה היא בעיה כי זה לא חוזה בתמורה. סבא יכול לתת לנכד שלו כסף תמורת זה שהנכד לא מעשן/שותה/מהמר עד גיל 21. הבעיה שאם הסבא מתחייב לתת כסף בלא תמורה, אז כשסבא הולך לעולמו היורשים יגידו - אנחנו לא רוצים לתת את הכסף. אפשר לקרוא את שני פסקי הדין ככאלה שאומרים - **אנחנו לא רוצים לסכן את הרצון של אדם שמת ולכן אנחנו מכירים בהתחייבות החוזית למרות שאין באמת תמורה**. אותה פרשנות ניתנה גם בדין הישראלי - פס״ד **ועד הישיבות בא״י נ׳ מיכאלי**. **ביהמ״ש העליון עוסק במצב שבו היורשים רוצים לחזור בהם מהתחייבות למתנה. הוא אומר - הזכות קיימת לנותן המתנה, אבל הזכות לא נתונה ככלל ליורשים והיורשים לא יכולים לחזור בהם מההתחייבות לתת מתנה**. פרשנות ריאליסטית של הפסיקה בארה״ב מתיישבת גם עם הפסיקה המפורשת בדין הישראלי שאומרת שהזכות לחזור ממתנה היא רחבה, אבל היא נתונה לבן אדם שנותן את המתנה.

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

הנושא חוזר במידה רבה על הסוגיה של גמירות דעת. **כשצדדים גומרים בדעתם להתקשר בחוזה, הם צריכים לגמור בדעתם לא רק לבצע פעולה או להתחייב אחד כלפי השני, אלא שהם רוצים שההתחייבות ביניהם תהיה כפופה למשפט.** למעשה, זה יסוד מתוך גמירת הדעת. היסוד הזה שאנחנו רוצים שהמשפט יתערב לנו במערכת יחסים. **השאלה היא, מתי למרות שיש כוונה ליצור יחסים משפטיים, אולי אין כוונה שכל ההסדר בין הצדדים יהיה כפוף לביקורת שיפוטית. או, מהכיוון השני, מתי המשפט אומר - לא אכפת לי אם רציתם להיות כפופים ליחסים משפטיים, אני לא בסיפור הזה.**

הגדרה של חוזה לפי הריסטייטמנט האמריקאי - **חוזה הוא הבטחה, אשר הדין מעניק בגין הפרתו תרופה, או מכיר בדרך כזו או אחרת בכך שביצועה מהווה חובה. ההגדרה הזו בריסטייטמנט אומרת לנו שיכול להיות שיש הבטחות שהדין לא מעניק בגין הפרתן תרופה**. לכן ההבטחות הן קיימות, אך הן לא חוזה. אפשר לחשוב על ההסכם לארוחת ערב - שני חברים אומרים בוא ניפגש לארוחת ערב. לכאורה יכול להיות שזה לא הבטחה, יכול להיות שהצהרת הכוונות לבוא להיפגש לארוחת ערב היא בכלל לא נכנסת לגדר הבטחה אז אנחנו לא שאולים אם זה חוזה. **כדי שמשהו יכנס לגדר ההגדרה של חוזה קודם כל צריכה להיות הבטחה.** מהי הבטחה? הבטחה היא הבעת כוונה לעשות פעולה או להימנע מעשותה, כאשר הבעת הכוונה נעשית באופן המצדיק הבנה אצל מקבל ההבטחה שהמבטיח נטל על עצמו מחויבות בקשר לעשיית הפעולה או הימנעות ממנה. כשאני אומר לחבר בוא ניפגש בעוד שבועיים ביום שלישי לארוחת ערב, אנחנו מצהירים על כוונות. בונים תוכניות מסוימות, אבל אף אחד מאיתנו לא חושב שזה הבטחה שהצדדים מתכוונים באמת לא לחזור ממנה.

מה אם בכל זאת מדובר בהבטחה ממש? מה אם אני אומר - אני אומר לך, סגרנו למחר בערב. אני בא, מבטיח. ומה אם זה הבטחה שאי הקיום שלה גורם לנזק. לדוגמה, להזמין ארוחת ערב בערב מיוחד כמו ערב השנה החדשה, או ביום האהבה. בחו״ל מאוד מקובל שאתה משלם על הארוחות האלה מראש, אתה מזמין מקום במסעדה. אפשר לחשוב על דייט ביום האהבה שמזמינים ארוחה לזוג ומשלמים מראש ואז יושב הגבר בדייט וממתין לבת זוגו שתגיע על הארוחה שהוא שילם עליה ושהיא התחייבה לבוא אליה. יש לו נזק ממון. אם הוא היה יודע שהיא לא תגיע, הוא לא היה נושא בהוצאה. יש לו גם נזק לא ממוני - תחושת החוסר נעימות. האם במקרה הזה יהיה ניתן להגיש תביעה על הפרת חוזה? המשפט אומר שלא. אפילו אם הצדדים יצרו הבטחה, זה לא מסוג ההבטחות שהן חוזה במובן הזה שהן מזכות בסעד. כנראה שאם המאוכזב היה מגיש את תביעתו לביהמ״ש, ביהמ״ש היה אומר לו שהם לא נקשרו ביחסים משפטיים ואם הוא היה שואל אותה במועד ההזמנה לדייט האם היא חושבת שהם נקשרים ביחסים משפטיים ואם תבריזי זה יזכה אותו בסעדים, בתביעה, היא היתה אומרת שהיא לא מוכנה לבוא לדייט בתנאים כאלה. אם ביהמ״ש מניח שזה המצב, הוא **אומר שגם אם היתה הבטחה, אף פעם לא היתה כוונה להתקשר ביחסים משפטיים ולכן לא היתה גמירות דעת להיכנס לחוזה**.

הצעד הבא יהיה, מה עם הבטחת נישואין? הבטחות נישואין במשפט האנגלו-אמריקאי היום ככלל לא מוכרות. באנגליה היתה עילה שבוטלה בחוק בשנות 1970. ככה גם באוסטרליה וברוב מדינות ארה״ב. אוסטרליה ורוב מדינות ארה״ב ירשו את הדין האנגלי, כמו ישראל. הן ביטלו את העילה של הפרת הבטחת נישואין. ישראל מעולם לא ביטלה אותה, אז העילה קיימת אבל היא מאוד מאוד מוגבלת..

מה הדין לגבי הפרת הבטחת נישואין? במדינות הקונטיננט, המדינות האירופאיות, אין סעד חוזי. זה לא מוכר כחוזה. ככה גם ברוב מדינות המשפט המקובל היום לאור חקיקה בעניין. בישראל זה לא בוטל, אז יש הכרה בזכות מסוימת על הפרת הבטחת נישואין. לכאורה אפשר להתערב בזה בכמה רמות: א. אירוסין אולי הם לא באמת הבטחה. אבל נראה שזה באמת הבטחה, אז נראה שפרשנות כזו היא לא סבירה. ב. אפשר לחשוב שזאת הבטחה אבל לא כוונה ליצור יחסים משפטיים. כלומר, היתה הבטחה להינשא. הצדדים באמת התכוונו לזה, אבל הם לא רצו שההבטחה הזאת תהיה בסיס אחרי זה לתביעה. אבל זאת שאלה תרבותית כי יכול להיות שאנשים שמציעים נישואין הם בתפיסה אמיתית שזה יוצר מערכת יחסים מחייבת מאוד. אין שום ספק שלפחות בתקופות מסוימות, ההתפתחות ההיסטורית של מוסד האירוסין היה בדיוק בגלל שזו היתה מערכת יחסים חוזית בהמון מדינות בעולם. אירוסין לא רק שזו היתה מערכת יחסים חוזית בתמורה, היתה העברה של תשלומים בין הצדדים בעקבות מערכת יחסים כזאת, בעקבות התחייבויות להינשא. היתה הסתמכות מאוד משמעותית על הסדרים של אירוסין, ולכן ברור לנו שהשאלה האם יש כוונה להיכנס למערכת יחסים מחייבת היא שאלה שתלוית נסיבות. למרות זאת יכול להיות שהמשפט יגיד אפילו אם יש לכם כוונה להיכנס למערכת יחסים מחייבת, אנחנו לא נתערב.

הסבר ללמה לא להתערב **- צריך לחשוב על מה המשמעות של הרתעה מפני הפרה**. גבר ואישה שניצבים לפני חתונה, ואחד הצדדים פתאום מבין שהוא לא מעוניין להתחתן עם הצד השני. האם אנחנו רוצים להרתיע אותו מפני הפרה של ההתחייבות? מה המשמעות על ההרתעה? המשמעות של ההרתעה זה שאנשים יינשאו למרות שהם לא מעוניינים בזה. לכן, מבחינת הצד השני של הרעיון הזה של התחייבות זה שאולי אנחנו לא רוצים להתערב כי אנחנו לא רוצים להרתיע את הצדדים מלהפר את ההסכם. מנגד, הסיפורים שעולים בפסיקה על הפרת הבטחת נישואין הם סיפורים מזעזעים, במיוחד כשנראה היה שלא היתה שום כוונה מלכתחילה להינשא. במיוחד במצבים שבהם צד אחד מנסה להניע את הצד השני להסתמך על הצעת הנישואין ולפעול במסגרת הזאת. לדוגמה, היריון. עידוד אישה להיכנס להיריון מתוך הבטחה לנישואים עתידיים. המקרים הכי בולטים זה מקרים של גברים שהיו נשואים בזמן שהם יצרו את ההבטחה הזאת לאישה השנייה. הם נשואים ואומרים לה בואי וננסה להיכנס להריון ואני מבטיח לשאת אותך ואז הם נוטשים את המאהבת ונשארים עם האישה הראשונה.

**הבטחה להינשא - הדין בישראל:**

בישראל הדין הוא דין ביניים. **לא מכירים בהתחייבות רחבה וההתערבות היא מאוד מתונה**. **הפיצוי הוא צנוע, עבור הסתמכות בלבד, בעיקר לנזק ממוני.** אין פיצויי ציפייה וברור שאין אכיפה של הבטחת נישואין. במקרים מאוד חריגים ניתן פיצוי על נזק לא ממוני. פסק הדין המרכזי האחרון של ביהמ״ש העליון שעוסק בהפרת הבטחה הוא מ- 2004. מדובר על גבר שהציע לאישה נישואין, הם היו אמורים להתחתן ואז הוא אמר לה שהוא רוצה שהיא תחתום על הסכם ממון שכנראה היה מאוד דרקוני והיא סירבה לחתום על ההסכם ממון הזה שהוא העלה בדיעבד. היה להם אירוע חינה והוא לא הגיע. אחרי זה הוא אמר לה שהוא מתחרט ומצטער והוא ינשא לה, ואז היה אירוע חתונה וגם לחתונה הוא לא הגיע. במקרה הזה ביהמ״ש אומר שהיה כאן נזק לא ממוני מאוד משמעותי וניתן לה פיצוי עבור הנזק הזה. אבל הפיצויים שם היו 25,000 ש״ח. זה כל הכסף שהיא קיבלה. אפשר להבין שסכומי הפיצוי שניתנים באירועים כאלה הם לא משמעותיים ודי זניחים.

בעבר לא היה פיצוי במקרים שהבטחת נישואין ניתנה ע״י גבר נשוי. אם גבר נשוי נתן הבטחת נישואין לאישה, אז היא לא היתה זכאית לפיצוי בכלל בגלל שהיא אישה לא מוסרית. זאת הבטחה שנוגדת את תקנת הציבור. זה התהפך בשנת 2004 בפס״ד של **השופט ברק** שאומר שקודם כל המוסר שלנו השתנה לאורך השנים. אנחנו חושבים על הרעיון של גירושים ונישואים מחודשים כמשהו שהוא הרבה פחות חמור. אז גם אם ההבטחה ניתנת ע״י גבר שהיה נשוי בזמן שהוא נתן את ההבטחה, אפילו אם הנישואים שלו לא עלו על שרטון באותה תקופת זמן, אפילו אם האישה הראשונה לא היתה מודעת בכלל לקשיים בנישואים שלהם, זה לא משנה. הוא אומר גם ששתי הפעולות - הכרה בהבטחה ואי הכרה בהבטחה - תולות פגם מוסרי. כי גם הגבר שהבטיח בזמן שהוא נשוי לאישה אחרת שהוא ינשא לה, ההתנהגות שלו לקויה בפגם מוסרי. אם אנחנו פותרים אותו מאחריות כי אתה היית נשוי וההתחייבות שלכם, המערכת יחסים החוזית כלפיכם היתה פסולה, נוגדת את תקנת הציבור, אז אנחנו מעדיפים את הגבר הלא מוסרי על פני האישה הלא מוסרית והוא אומר שבהעדפה ביניהם נראה לנו שהגבר בסיפור הזה היה הרבה פחות בסדר. אין לנו סיבה לפתור אותו מההתחייבות שלו, רק בגלל שהוא היה נשוי באותו זמן. יש מס׳ מאוד מצומצם של פסקי דין שעוסקים בסוגיה כי זה חריג של החריג שמכירים בו.

היה אפשר לחשוב שאם אין סעד בחוזים, אז יהיה סעד בנזיקין. כאמור זה הפתרון של הקונטיננט. הסוגיה עלתה בפס״ד **פלוני נ׳ פלוני**. מדובר בתביעת רשלנות של גבר נגד גבר אחר שניהל רומן עם אשתו. הוא אומר שהוא התרשל כי אדם סביר לא היה מנהל רומן עם אשתו בנסיבות העניין. הם לא התגרשו, הרומן התגלה והם הלכו ליעוץ והם נשארו ביחד. אבל הוא אומר שהוא סובל כתוצאה מזה מנזקים נפשיים. אז הוא תובע על הנזק הלא ממוני שנגרם לו כתוצאה מהגילוי על הרומן. בהקשר שלנו, מעבר לזה שביהמ״ש דוחה את התביעה, מעניין ס׳ 62 לפקודת הנזיקין. לכאורה, אם הנישואים הם חוזה, קיום רומן באופן שמפר את החוזה בין הצדדים לנישואים הוא גרם הפרת חוזה. המאהב או המאהבת יכולים להיות אחראים לגרם הפרת חוזה של הצד השני. **ס׳ 62 קובע בס׳ (ב), לעניין ס׳ זה, היחסים הנוצרים ע״י נישואים לא יחשבו כחוזה. כלומר, התערבות בנישואים לא מהווה גרם הפרת חוזה.** במסגרת של דיני הנזיקין, ביהמ״ש אומר שאם זה לא מהווה גרם הפרת חוזה, אם אנחנו החרגנו את העוולה הפרטיקולרית שהיתה רלוונטית למקרה הקונקרטי, אתה לא יכול להיכנס בדלת האחורית ולהגיד שזאת רשלנות. מה שמעניין זה שהמחוקק נטל את דעתו לסוגיה ואמר - לא, אל תסתכלו על מערכת הנישואים, לפחות בהקשר הזה, כחוזה. אז אנחנו לא רוצים להתיר התנהגויות במסגרת ההבטחה להינשא או אפילו תוך כדי חיי הנישואים, כהתנהגות עוולתית אחד כלפי השני**. החריג שהוזכר בפסיקה אבל ככל הנראה אין אף פסק דין שפסק ככה בישראל, זה הבטחה להינשא על בסיס מצג שווא, שאז יכול לבסס את עוולת התרמית.** לדוגמה, גבר נשוי שטוען שהוא רווק, אולי לא יהיה בסיס להכרה בהבטחה במקרה של חוזה שנוגד את תקנת הציבור, אבל הוא יכול לבסס עוולה בתרמית. זה ההתנהגות שמניעה מישהו לבצע פעולה או להתקשר בחוזה על בסיס מידע שקרי. עוולת התרמית מזכה בפיצויים על נזקים שנגרמו עקב העוולה. יש לשים לב שזכות כזאת על תרמית לא שוללת זכות חוזית אם קיימת במקביל גם זכות חוזית.

**הבטחה בין בני זוג:**

נושא קרוב לא נוגע להבטחה להינשא, אלא למערכת היחסים בין בני זוג**. ככלל, המשפט לא רוצה להיכנס לתא המשפחתי**. אנחנו מקימים מערכת שלמה של דיני משפחה, ובתי משפט לענייני משפחה, כדי להתמודד עם סוגיות שקשורות לתוך התא המשפחתי, ולא רוצים להכניס פנימה את המערכת החוזית, **למעט סוגיה מרכזית אחת** - **הסדרת יחסים ממוניים בין בני הזוג**. בהקשר הזה יש שני הסדרים רלוונטיים: 1. **הסכם ממון** שנכרת לפני או במהלך הנישואים ומסדיר את היחסים הממוניים ואת הסדרת היחסים במקרה של סיום הנישואים. 2. **הסכם גירושים** שנותן פתרון ליחסי ממון. חוק יחסי ממון לא רק מכיר בזה כהסכם, אלא הוא נותן לו תוקף חזק הרבה יותר כי זה הסכם שמאושר ע״י ביהמ״ש. כדי שלהסכם יהיה תוקף, הצדדים לא צריכים רק לחתום עליו, אלא הם צריכים להציג אותו בפני ביהמ״ש. שם יש את העדות הכי חזקה לגמירות דעת, הרבה יותר מאשר בחוזים אחרים, כי ביהמ״ש מה שהוא צריך לעשות זה לא לבדוק את תוכן ההסכם ככלל, הוא צריך בראש ובראשונה להתרשם שהצדדים מבינים מהם ההסדרים שאליהם הם מבקשים להיכנס.

**מה קורה אם הצדדים לא מסדירים ביניהם את יחסים הממון, מה קובע את יחסי הממון? חוק יחסי ממון. אפשר לחשוב על החוק עצמו כעל חוזה ברירת מחדל. בעצם הסדר ממון הוא התנאה על התניות הדיספוזיטיביות שכולל חוק יחסי ממון.** כשביהמ״ש צריך לברר שהצדדים מבינים מה ההסכם שהם נכנסו אליו, בעצם הוא צריך לברר שהם מבינים את הפער בין ההסכם ובין חוק יחסי ממון.

פס״ד **לוין נ׳ לוין** מעלה סוגיה מעניינת בעניין הכוונה ליצור יחסים משפטיים. מדובר על זוג עם שלושה ילדים שהחליט לנתק את הקשר ביניהם ולפני מועד נתינת הגט הם ערכו הסכם. היה דיון אם מדובר זכ״ד או חוזה, אבל הוא נערך ע״י עו״ד. בהסכם הוסדר סכום שהבעל ישלם לאישה ולילדים מבחינת מזונות עד שבאמת ינתן גט ויהיה תוקף משפטי. להסכם הוכנס תנאי שההסכם יסדיר את המצב ביניהם עד הגט אבל הוא לא יוצג אחרי זה בביהמ״ש וברגע שינתן גט הוא יהווה נכס בלעדי של הבעל ולא יהיה לאף אחד אישור להשתמש בו. הכותרת של המסמך היתה **״הסכם ג׳נטלמני״. זה הסכם בכבוד כשיש יחסי אמון בין הצדדים. הכוונה היא לא ליצור יחסים משפטיים.** אז אתה אומר, אנחנו לא צריכים בתי משפט, אנחנו לא צריכים ששום דבר יחייב אותנו. **אנחנו מבינים שכשאנחנו אומרים משהו זה בסדר ואז ההסכם בינינו הוא לא משפטי, הוא לא אכיף מבחינה משפטית**.

ביהמ״ש **הכריע שההסדר בין הצדדים שהמסמך לא יוצג בביהמ״ש פסול כי הוא נוגד את תקנת הציבור. אפשרות אחרת זה שההצגה של המסמך בביהמ״ש היא הפרה של ההסכם**. זה ההסכם, ההסכם תקף משפטית, הוא לא הסכם ג׳נטלמני, הוא יוצר חיובים משפטיים למרות שכתוב הפוך, אבל הוא כולל תניה שאומרת שאסור להציג אותו. כנראה שהתניה נוגדת את תקנת הציבור ולכן זה בטל אבל אפילו אם לא בעצם האישה מפרה את ההסכם בזה שהיא מציגה אותו בביהמ״ש ואולי זה מזכה בסעדים אבל הוא לא ביקש סעדים על ההפרה של ההסכם אז לא צריך לדון בזה, וככה הוא מתחמק מהדיון. יש לשים לב שהצדדים הביעו את הרצון שלהם בצורה מפורשת וביהמ״ש מפרש את זה באופן הפוך כדי לאפשר התערבות שיפוטית.

**הסכם ג׳נטלמני מסחרי:**

צריך לחשוב על ההסכם הג׳נטלמני המסחרי. חברה שמספקת שירותי תיקון למוצרים רושמת בהסכמים שלה שזה הסכם ג׳נטלמני ואסור להציג אותו בביהמ״ש. כל מי שמתקן אצלה את המכשיר טלפון, הם יתקנו לו את המכשיר בתמורה לתשלום, אבל זה הסכם ג׳נטלמני. זה הרבה יותר חשוד מלוין כי לכאורה **המוטיבציה פה, במיוחד בהסכמים צרכניים כאלה, היא חשודה. אתה חושב שזה בעצם איזה שהוא עוסק שמנסה להתחמק מהוראות הדין**. מצד שני, אם הצדדים מבינים את הוראה, לדוגמה בדוכן של הטכנאי טלפונים הזה יש שלט ענקי - מתקן טלפונים ב- 100 ש״ח, אבל דעו לכם שאתם לא תוכלו לבוא לביהמ״ש, לא להתלונן אף פעם, אם זה לא עובד לכם זה בעיה שלכם. זה מה שאני מוכן לתת, ואנשים אומרים בסדר. הוא זול הרבה יותר, אני מוכן לקבל את זה עלי. למה להתערב ברצון הצדדים? יותר מזה, לפעמים יש מקומות שבהם אנחנו חושבים שמנגנון האכיפה הפנימי הוא הרבה יותר ממנגנון אכיפה חיצוני. לדוגמה, חנויות באי ביי. הזמנתי מוצר מסין באי ביי והוא הגיע אלי פגום ואני רוצה להגיש תביעה בביהמ״ש על הפרה של ההסכם. אף אחד לא עושה את זה, ובכל זאת לאי ביי יש מערכת אכיפה פנימית. אפשר להגיש תלונה דרך האתר. יש אפילו מנגנון שיפוט פנימי שמתבצע באמצעות מסמכים ולפעמים גם בעדויות. אז אפילו אם אין אכיפה פנימית, אנחנו לא מפחדים לקנות במערכת כי יש מערכת מוניטין מאוד חזקה בתוך המערכת ולצד מערכת חזקה ששומרת על מוניטין **יש מערכת אכיפה משפטית פנימית ואנחנו יכולים לחשוב שההסכם שהוא ג׳נטלמני במובן הזה שאין אפשרות להגיע איתו לאכיפה במערכת משפט חיצונית לא אומר שהוא לא נאכף לא אומר שאני לא מרוצה ממנו ואולי אפילו יותר כי אני חוסך את העלויות של ההתדיינות המשפטית**. פתרון אפשרי זה **לחשוב על הסדרים כאלה כתנאי מקפח בחוזה אחיד. כלומר, להגיד חלה כאן חזקה שהתנאי מקפח.** ככלל, חוזים כאלה יבוטלו, אבל אם יש להם הסבר סביר, אז ביהמ״ש יכול לאשר אותם והם לא יבוטלו.

**דוגמה נוספת למקום שבו עשוי להיות חשש שאין מקום להתערב בהסכם, מעבר לרצון הצדדים שאמרו אל תתערבו לנו בהסכמים, זה בהקשר הפוליטי**. בהקשרים פוליטיים תמיד יש התערבות ברמה המנהלית חוקתית. יכול להיות שההסכם נוגד את חוקי היסוד, תנאי היסוד של השיטה. בהסכם הקואליציוני האחרון ראינו שהשופטים קיימו דיון בבג״צ. בג״צ אמר שהוא מוכן לבחון באופן עקרוני את ההסדרים הקואליציוניים ולהתערב בהם. הם אפילו התערבו בפועל באחד ההסדרים שנקבעו בתוך ההסכם הקואליציוני. הדיון בשאלת ההסכם הקואליציוני מתחיל בפס״ד **ז׳רז׳בסקי נ׳ רה״מ יצחק שמיר**. ראה הסבר על פס"ד הנ"ל תחת הסכמים פוליטיים.

מה קורה עם הסכם ג׳נטלמני מסחרי, **כשיש צד אחד שהוא מאוד מיודע וצד שני שלא, נראה שיש אינטראקציה שיש בה עדיפות אינפורמטיבית לצד המסחרי שקובע גם את התנאים. שמדובר בהסכם ג׳נטלמני כזה יש סיבה טובה לחשוד במוטיבציה לקבוע את הסדר ואולי לא לאפשר לתניה כזו להיאכף בביהמ״ש.** מצד שני **אם הצדדים הם שניהם צדדים מיודעים ואינטליגנטיים שרוצים להכליל הסדרים כאלה, אז למה לא**. יש מקומות שבהם יש הסדרי אכיפה פנימיים שהם מצוינים, הם פועלים טוב מאוד והם פועלים לרצון הצדדים והצדדים לא היו רוצים לסטות מהם טובת מנגנון אחר. בהקשר הזה באופן כללי בפסיקה יש דיון במנגנוני אכיפה לבר חוזיים, לבר משפטיים להסכמים מסחריים ובראשם המוניטין. המוניטין היא דרך להבטיח שצדדים יקיימו את העסקאות שהם מתחייבים לקיים.

אבנר גרייף במאמרו עוסק ביחסים המסחריים בין הסוחרים המוגרבים ובין הסוחרים הוונציאנים בתקופת ימי הביניים. שני אוכלוסיות הסוחרים האלה היו פועלות באופן הבא: הם היו שולחים אוניות עם טובין ממקום המושב שלהם למקומות רחוקים באגן הים התיכון. הם לא היו נוסעים עם הסחורה, אלא הם היו שולחים שליח שיסע עם הסחורה וימכור אותה. השליח הזה היה יכול למכור את כל הסחורה ולברוח עם הכסף. השאלה היא איך אוכפים את ההסדרים בין השולח והשליח. הפתרונות של שתי האוכלוסיות האלה היו פתרונות מאוד שונים. אצל הוונציאנים הפתרון היה מערכת משפטית אכיפה ומאוד מוסדרת. אצל היהודים המוגרבים הפתרון היה פשוט מבוסס מוניטין לגמרי. אם מישהו היה מפר, אז היו מחרימים אותו והבושה היתה משפיעה גם על היחסים של המשפחה שלו והמוניטין היה נפגע בצורה מאוד רחבה. המידע שהיה עובר בתוך הקהילה המוגרבית לגבי איזה אדם שמפר היתה מאוד משמעותית לגבי היכולת שלו לקיים עסקים בעתיד.

מחקר חדש של ליסה ברנשטיין מתחקה אחרי מכתבים שהעבירו ביניהם הסוחרים המוגרבים בשעת אמת בין האזורים המרכזיים שהם ישבו בהם. אחד הסוחרים הגדולים ישב במצרים והשני ישב באזור סוריה והם היו מתכתבים ביניהם לגבי הסוחרים השונים. רואים שם איך היה משקל מאוד גדול למחמאות שהסוחרים המרכזיים האלה היו נותנים על האחרים. כלומר, אם אחד הסוחרים מתווכי המידע, שממלא את התפקיד האקוויוולנטי לביהמ״ש היה אומר תסמוך על שלמה, אני מכיר אותו הוא איש טוב, המשמעות הכלכלית של זה היתה רצינית מאוד.

אלה מנגנוני אכיפה שיכולים להיות מאוד משמעותיים והנקודה החשובה זה שאותם הסוחרים שהיתה להם מערכת כלכלית מאוד מפותחת גם לא היו רוצים שיחולו על העסקאות ביניהם הדינים של סוריה ומצרים. הם העדיפו לקיים מערכת משפט פנימית. אפשר לחשוב על כל מיני חברות שעושות את זה גם היום. בכל מיני קהילות חרדיות מסוימות ההעדפה היא לקיים מערכת ישוב סכסוכים פנימית וגם בארה״ב מאוד מקובל בקהילות מסוימות כמו קהילת האמיש - יש להם מערכת פנימית ובעצם ההסכמים שלהם הם הסכמים ג׳נטלמניים במובן הזה, לא שהם לא אכיפים אלא שהם לא רוצים שהם יהיו אכיפים במערכת המשפט של המדינה. ככל שאנחנו חושבים שיש לקבוצות אתנו-תרבותיות כאלה זכות לקיים מערכת משפט עצמאית, אנחנו צריכים להכיר בזכויות שלהם גם לקיים הסכמים ג׳נטלמניים, הסכמים שאומרים שלא ניתן לאכוף אותם במערכת המדינית.

**הסכם פוליטי:**

**דוגמה נוספת להסכמים שיש שאלה אם המשפט צריך לאכוף אותם זה ההסכם הפוליטי**. בפס״ד **ז׳רז׳בסקי נ׳ ראש הממשלה העמדה של השופט אלון היתה שמי ששופט את ההסכם הפוליטי זה לא ביהמ״ש, אלא הציבור**. לכן התפקיד של המשפט הוא לא לאכוף את ההסכם או לתת סעדים על הפרה של ההסכם, אלא רק לוודא שההסכם יהיה חשוף בכל הדרו בפני ציבור המצביעים שיקרא את ההסכם, יבין אותו, וכשהוא הולך לקלפי יזכור - זה מה שהמנהיגים שלי עשו. זה ההסכם שבנימין נתניהו ובני גנץ חתמו עליו, אני יכול להחליט אם אני רוצה להצביע בבחירות הבאות לאותם אנשים או לאנשים אחרים בהינתן זה שאני יודע לאיזה הסכמים הם הגיעו ואיך הם קיימו אותם. **ההתערבות היחידה שנעשתה במסגרת ז׳רז׳בסקי לא היתה בתוכן ההסכם אלא בהסדר ספציפי שזה הוויתור על חוב כספי וזה מתחום המשפט החוקתי מינהלי**. אסור במסגרת הסכמים קואליציוניים לוותר על חוב כספי כי זה מהווה רכישה של השלטון בכסף, ואנחנו לא מאפשרים לרכוש את השלטון הכסף. באותה מידה זו היתה התערבות לא לגיטימית בבחירות אם היו מציעים לאנשים כסף בשביל ללכת להצביע למפלגה ספציפית. זאת פעולה שהיא אסורה.

עמדתו של השופט **ברק באותו עניין זה שניתן להתערב בהסכם הפוליטי, ההתערבות היא במסגרת המשפט הציבורי ולא המשפט הפרטי.** בגלל שאנחנו מפרשים חוזים בדין הישראלי לפי הפרשנות המהותית של החוזה ולא לפי ההגדרה של הצדדים, אז הצדדים לא יכולים להתחמק מהתחולה של המשפט הציבורי המינהלי אם הם יגידו שהם רוצים לאכוף את עצמם לדין הפרטי. מה שהם אומרים לא רלוונטי, משנה המהות של החוזה. זאת עמדה שהיא רלוונטית מאוד גם לחוזים פרטיים מסוגים שונים, לדוגמה: עסקת משכון - כשמביאים חפץ ונותנים לך בתמורה את שוויו הכספי. כשתבוא עם הכסף יחזירו לך את החפץ. זה הלוואה רק שאתה נותן ערובה. זה הלוואה עם ערובה רק שאת הערובה אתה מפקיד בדר״כ בידי נותן המשכון או לפחות מקנה לו זכויות קנייניות בערובה. אז אתה יכול באמצעות חזקה - נותנים את הטבעת לבית עבות שבו ממשכנים את הטבעת כנגד ההלוואה, זה אפשרות אחת. אפשרות אחרת זה להקנות לו זכויות אחרות לממש את המשכון, נגיד ברישום. עסקה אחרת היא עסקת מכר מותנה, או עסקת הליסינג המימוני שבו אתה קונה רכב, אבל הרכב לא עובר בעלות. הוא נשאר בידי החברה שהיא הבעלים של הרכב ורק כשמשלימים את כל התשלומים עוברת הבעלות. ביהמ״ש מסתכל על עסקת הליסינג הזאת ואומר רגע, זה בדיוק כמו משכון. אתה נותן כאן הלוואה לרכישת הרכב ואם לוקח ההלוואה לא מסוגל לעמוד בתשלומים אתה לוקח לו את הרכב ואתה איזה שהוא רישום לעניין הזה, איזה שהוא הסדר בעלות בעניין הזה. בעצם זאת עסקת משכון, אז למה חברות הליסינג לא מגדירות את זה כעסקת משכון, כי משכון דורש רישום והן לא רוצות להירשם כמי שנותן הלוואות כנגד משכון הרכבים ולכן הן העדיפו לרשום את העסקה ככה. זה גם חוסך העברת בעלויות במקרה שלא עומדים בתשלומים. ביהמ״ש אומר לא, אתם לא יכולים להגדיר את זה איך שאתם רוצים, אתם לא יכולים להגדיר מכר מותנה כחלופה לעסקת משכון. **מה שאכפת לנו ממנו זה ההסדר המהותי, העסקה המהותית ולא ההגדרה של הצדדים**. יש הסדר דומה גם בחוזה מתנה. חוזה מתנה הוא חוזה מתנה גם אם הצדדים קראו לו חוזה מכר

**אלחג׳ נ׳ אבו עקל** - היו בחירות למוע״מ בכפר יאסיף. הוחלט שתהיה רוטציה בין מועמדי הסיעה ברגע שהם יבחרו. שניים יהיו עכשיו ושניים אח״כ. החליטו לשמור על ההחלטה הזו בסוד, אבל זה דלף לפני הבחירות. בסופו של דבר בבחירות הסיעה זכתה בשני מושבים והמערער ומשיב 3 ישבו בראש הרשות. אחרי הבחירות התחילו כל מיני חילוקי דעות והתערערו היחסים. משיב 1 ו- 2 שאמורים להחליף את המערער 1 ואת משיב 3 ביחד עם משיב 3 התחילו בפעילות פוליטית בנפרד מהפעילות של הסיעה וטענו שזה לא נכון. הוכחה לזה היא שהם שכרו דירה בשביל לעשות את זה והסיעה בתגובה החליטה שהם פרשו גם אם הם לא נתנו לפי התקנון את האופציה למשיבים לטעון מה חושבים. כשהסתיימה מחצית הקדנציה משיב 1 ו-2 פנו למערער 1 ולמשיב 3 שיפנו את מקומם. משיב 3 הסכים לפנות את מקומו אבל מערער 1 לא היה מוכן לפנות את מקומו. הוא פנה למזכירות הסיעה שהחליטה לבטל את הרוטציה בגלל שהמשיבים פרשו כביכול. בתגובה הם פנו לביהמ״ש המחוזי בבקשה שיצהיר שההחלטה של הרוטציה היא הסכם מחייב ויצווה על מערער 1 ועל משיב 3 להתפטר. **ביהמ״ש המחוזי החליט שהרוטציה יצרה הסכם משפטי מחייב, זה הסכם פוליטי וגם אם אינו חוזה הוא כן משתייך למשפט הציבורי ויש תוקף משפטי לרוטציה כי היתה פומביות**. מעבר לזה גם נאמר שאי אפשר להגיד שהמשיבים פרשו כי לא נתנו להם לפי התקנון לטעון את הטענות שלהם. בסופו של דבר ביהמ״ש לא נתן סעד אכיפה, אלא סעד הצהרתי בלבד והוא אמר שהרוטציה תקפה ויש לה תוקף של הסכם משפטי והוגש ערעור.

השופט **זמיר אומר שלפני שמתחילים לדון בזה צריך להסתכל אם הסכם פוליטי הוא באמת הסכם משפטי. לדעתו זה לא הסכם משפטי**, הוא לא מסכים עם המחוזי בגלל שמבחינתו לא היה הסכם כי לא היו לצדדים באמת, זה היה יותר דומה לבחירות. גם אם באמת היה מדובר בהסכם, המערער 1 בעצם הצביע נ׳ ההחלטה אז זה לא הופך אותו צד להסכם. גם צורת הכתיבה של ההסכם היתה כחלק מהפרוטוקול אז לא היתה גמירות דעת כי לא היו חתימות וגם לא היתה מסוימות כי לא נקבע מתי הם יחליפו אחד את השני, באיזה תאריכים. הוא אומר שאפילו שהמשיבים 1 ו- 3 התייחסו להסכם כמחייב, זה לא נבע מתוקף היותו הסכם משפטי אלא מתוקף היותו הסכם פוליטי ולכן הוא דוחה את הערעור.

בעצם בעמדה שלו יש שני דברים: **יש את הטענה שגם אם ההסכם הפוליטי היה הסדר חוזי קיים אז פה לא מתקיימים התנאים של כריתת הסכם חוזי - גמירות דעת ומסוימות**. בהקשר הזה הוא אומר שגם לא היתה להם כוונה להכפיף את עצמם לדיני החוזים הרגילים.

מה ההבדל בין העמדה של השופט זמיר לעמדה של השופט ברק בפס״ד **ז׳רז׳בסקי** ובפס״ד **אלחג**׳? **בז׳רז׳בסקי השופט ברק אומר שהצדדים לא יכולים לקבוע ביניהם שלא חלים דיני החוזים הרגילים על ההסכם הפוליטי, הביקורת השיפוטית היא רק במסגרת המשפטית המינהלי והצדדים לא יכולים להתנות על זה.** **השופט זמיר אומר שכן ניתן להתנות על זה, אם הם היו מחליטים שההסכם הפוליטי הוא משפטי אז הוא היה משפטי**. תלוי איך אתה מגדיר את זה. ההסכם הפוליטי יכול לחייב אותם גם במישור האזרחי, כל עוד היתה להם כוונה להיכנס למערכת יחסים כזאת. פה לא היתה להם כוונה כזאת ולכן הם לא כפופים לדיני החוזים.

**הבטחת קבלה ללימודים והבטחה לציון:**

מה עם הבטחה לקבלה לאוניברסיטה או קבלה למוסד לימודים והבטחה למתן ציון? המקרים האלה הגיעו לפסיקה במספר מקרים. אפשר לחשוב על מועמדת שמגיעה לריאיון לקבלה ללימודי רפואה, ומודיעים למועמדת שהיא תתקבל, אבל רק אם היא תשפר את ממוצע הבגרויות שלה לפני בונוסים ל- 95. היא משפרת את הציונים ל- 97, זה לוקח לה שנה, אבל עד שהיא משלימה את זה הרף עולה ל- 98. האם האמירה אם תשפרי תתקבלי היא הבטחה? יש שני יסודות - הבטחה והבטחה שהיא מחייבת, כוונה ליצור יחסים משפטיים. באופן עקרוני אפשר להגיד שאנחנו נעצרים בשלב ההבטחה, זה יעוץ. כשאומרים לסטודנט תשפר את ציוניך ותתקבל, זה אומר תראה - זה מצב הדברים כרגע, היום הדרישה היא 95, אם תעמוד בזה אז נכון למידע שיש היום תתקבל. זה יעוץ ולא הבטחה. אבל אפילו אם זו היתה הבטחה, האם היתה כוונה שההבטחה הזו תחייב משפטית?

העניין הזה נדון בפס״ד **מרום נ׳ אוניברסיטת ת״א** - **ביהמ״ש אומר לא, לא היתה שום הבטחה על קבלה ללימודים בנסיבות האלה.**

**דרך שניה לחשוב על זה היא שהמשפט לא צריך להתערב בתחומים של מומחיות ובקיעות**. אפשר לחשוב על העמדה של השופט **אלון** בפס״ד **ז׳רז׳בסקי - נעביר את ההחלטה לגוף שהוא אמון לקבל את ההחלטה, למי שיש לו את היכולת המוסדית לקבל את ההחלטה. מי שיש לו את היכולת המוסדית לקבל את ההחלטה מי צריך להתקבל לאוניברסיטה זה האוניברסיטה. לכן, אנחנו לא נתערב בזה**. לא בשאלה של רף ציונים. במאמר מוסגר נגיד שיש נסיבות שבהם יכולה להיות התערבות, נניח אם יש פרקטיקות מפלות. אז דיני איסור איסור הפליה יכולים להגיד - אנחנו מתערבים כי הפעולה שלכם שהיא נתונה לשיקול דעתכם בהקשרים אחרים, לא נתונה לשיקול דעתכם בהקשר הקונקרטי הזה כי שיקולי הפליה הם פסולים ולכן זו תהיה סיבה להתערבות. יש דיון ער בכתיבה האקדמית ובפסיקה אם ניתן לאכוף חוזים באמצעות דיני איסור הפליה. נגיד חוזה שכירות שמשכיר דירה אומר שהוא לא משכיר לערבים, האם ניתן להגיד שניתן לתבוע אותו על הפליה, ובנסיבות מסוימות התובע יהיה זכאי לסעד של פיצויים. השאלה היא אם אפשר בתנאים מסוימים גם לאכוף קיום של חוזה בהקשרים האלה, גם אם ככלל אנחנו אומרים שבתחום הזה המשפט לא מתערב.

**ס׳ 33 לחוק החוזים מתייחס באופן ספציפי לחוזה של ציון או תואר ואומר שהכרעה או ההערכה של אחד הצדדים או של אדם שלישי שקבועה בחוזה ומקנה ציון או תואר היא לא נושא לדיון בביהמ״ש**. כלומר, דיונים מהסוג הזה לא ידונו בביהמ״ש.

בפס״ד **מרום לא התקיים דיון בס׳ 33 כי נקבע שלא היתה כל כוונה ליצור יחסים משפטיים**. בעניין **שני נ׳ אוניברסיטת ת״א** המצב כבר שונה. המערערות למדו באוניברסיטה על בסיס תכנית לימוד שאושרה ע״י הגורמים שמוסמכים לכך באוניברסיטה. לקראת סוף שנת הלימודים האוניברסיטה ביטלה להן את הפטור שניתן להן מכמה מקצועות בטענה שהפטור ניתן שלא כדין. אין חוק כזה, היא פשוט אומרת שהיא מבטלת להן את הפטור ואין להן מה לעשות עם זה. ביהמ״ש **העליון קובע שיש לקבל את הערעור וצריך להחזיר את התיק למחוזי בשביל שיקבעו מי הסמכות של האוניברסיטה שיכול להחליט בעניינים כאלה (השופט זמיר).** **השופט ברק אומר שזה נכון שס׳ 33 בא לקבוע שביהמ״ש לא יתערב בשיקול דעת מקצועי של האוניברסיטה, אבל זה לא מונע ממנו להתערב במקרה כמו זה שפה זה לא שיקול דעת מקצועי אלא השאלה היא מי הגורם המוסמך**. בעצם הם אומרים שכאן הם יכולים להתערב כי הם לא מתערבים בשיקול הדעת. אם האוניברסיטה לדוגמה היתה אומרת - אנחנו לא מכירים בלימודים הקודמים שלכן הן לא היו יכולות להגיש תביעה ולהגיד - הלימודים שלנו מאוד טובים תכירו בהם. זה לא היה מתקבל, זה היה נחסם עם ס׳ 33. אבל ביהמ״ש אומר שזה שאמרו להן שיכירו והן הסתמכו על זה ונרשמו על סמך זה ללימודים באוניברסיטה, זה לא קשור לשיקול דעת מקצועי. ביהמ״ש מחזיר את זה למחוזי לקבוע מי אמר להן. המחוזי קובע שיש מישהו שאמר להן, אבל שלא היתה לו סמכות אבל הן חשבו שהיתה לו סמכות להגיד להן שיכירו בלימודים הקודמים. בהקשר הזה הדוקטרינה הרלוונטית היא **דוקטרינת הסמכות הנחזית - כשיש אורגן בארגון, בחברה, שנחזה להיות כבעל סמכות ומתחייב לפעולה בשם הארגון, הארגון לא יכול להתנער אח״כ מהחובה כלפי אותם אנשים שנוצרה להם ההסתמכות על המצג כי יש סמכות נחזית.** בגלל זה בשני נ׳ אונ׳ ת״א התוצאה היא שמכירים בהתחייבות של האוניברסיטה כלפיהן והכירו להן בלימודים הקודמים.

היה אפשר להגיד גם פה - שיקול מקצועי. מה בעצם השיקול פה **בשני נ׳ אוניברסיטת ת״א**? זה השאלה אם הלימודים הקודמים שלהם מספקים את הדרישות כדי שיהיה אפשר להגיד לאנשים שהם בנות תואר, יש להן תואר ראשון בתחום, הרי האוניברסיטה לא עושה דווקא כשהיא אומרת שהיא לא מכירה להן בלימודים הקודמים, יש שאלה מקצועית. אפשר לחשוב שהיינו מגיעים ללימודים בבר אילן והיינו אומרים שלמדנו בהתכתבות דיני חוזים באוניברסיטת לטביה והיינו אומרים שאנחנו רוצים פטור. השאלה אם נקבל את הפטור לא רלוונטית לשאלת הסמכות הנחזית, זאת שאלה מהותית אם אחרי זה כשאנחנו בעלי תואר רשון אנחנו מסיימים את התואר כשאנחנו יודעים דיני חוזים. אם אנחנו מאמינים שאסור שאנשים יסיימו תואר ראשון במשפטים בלי שהם יודעים חוזים ואנחנו מאמינים בזה, אז השאלה היא שאלה מקצועית נטו.

**תחרות ספורט:**

את אותו שיקול רואים גם בתנאי תחרות, תחרות לקבלת פרס. **פס״ד קרניאנסקי** - נערך חידון התנ״ך העולמי, הזוכה במקום הראשון היה מאוסטרליה. הזוכה במקום השני תבע את השופטים של התחרות בטענה שהם נתנו לזוכה במקום הראשון יותר מידי נק׳ על שאלה מסוימת ולו פחות מידי נק׳ על שאלה אחרת ושכל התחרות היתה לא הוגנת ושהוא היה צריך להיות למעשה הזוכה. הוא מגיע עם זה עד לעליון. עמדתו של השופט **ברנזון היתה שכן נוצר חוזה משפטי, אבל שביהמ״ש לא צריך לעסוק בטענות האלו בגלל שכל ישות שופטת בתוך התחרות יכולה לקבוע איך מתי כמה ולמה הם רוצים לתת את הנקודות ולמי וזה לא מקומו של ביהמ״ש להתערב.** כלומר, יש חוזה אבל לפי הסכמת הצדדים לשופט בתחרות יש את המילה האחרונה. העמדה של **השופט הלוי היא שאין כאן חוזה ושהמתמודד מבין שהוא שם את עצמו בהכרעת השופטים**. אין חוזה, זה הכל עניין של רוח הכבוד, מן הסכם ג׳נטלמני. בעצם הלוי אומר שלמשתתפים בתחרות כזאת אין שום כוונה להיכנס ליחסים משפטיים. בהקשר הזה השופט ברנזון אומר משהו מעניין - אם היו מבטיחים להם ארוחת צהריים, ברור לגמרי שאם הם לא היו מספקים להם ארוחת צהריים הוא היה יכול לתבוע. כלומר הפן הזה של החוזה, הוא חוזה והוא לא נתון בכלל לשאלה. אם משתתפי האח הגדול או תחרות טלוויזיה חותמים על חוזה והם חותמים על חוזה שמבטיח להם שכר נגיד תוך כדי התוכנית, בלי קשר לפרס של הזוכה. את תביעת שכר הזאת הם יכולים לתבוע גם אם הם לא מרוצים מהניקוד שניתן להם. **כלומר אפשר להבחין בין הפנים של החוזה שהם הסדר של זכויותיהם במסגרת התחרות לבין שאלות שקשורות לשיפוט התחרות**.

בפס״ד **קרניאנסקי אפשר לחשוב על השאלה - מה החוזה מסדיר, מה מגבש את גמירות הדעת של הצדדים?** זה לא חייב להיות את כל היחסים ביניהם. כלומר ההשתתפות בתחרות וההשתתפות בתנאים יכולה להיות כזו שמוסדרת ע״י החוזה בין הצדדים, התחייבות לפרס לא. **אם יש הסכמה ששופטי התחרות יקבעו מי זוכה, אם הצדדים התנו בחוזה שרק השופטים יחליטו מי זוכה, אכיפה של ההסכם מחייבת את ביהמ״ש לא להתערב כי זה מה שהחוזה אומר, שהם לא יתערבו. לכן זה מצדיק את התוצאה שביהמ״ש מגיע אליה.**

**חוזה הימורים:**

**ס׳ 32 לחוק החוזים אומר שחוזה של משחק הגרלה או הימור שעשוי לזכות צד בטובת הנאה כתוצאה מאירוע מקרי יותר מאשר הבנה, הוא לא עילה לאכיפת פיצויים, אלא אם כן זה הוסדר בחוק.**

הלוטו הוסדר בחוק יחד עם עוד הגרלות אחרות, אד-הוק או הסדר כללי שניתן לתבוע בגינם, אבל משחקי אקראי אחרים הם לא עילה. **היתה שאלה מעניינת של הבחנה בין זכיה מקרית וזכיה שתלויה ביכולות** שעולה אגב משחקים של פוקר. שחקני פוקר, טוענים שהזכייה במשחק היא לא עניין של מזל.

בפס״ד **בלטי נ׳ מדינת ישראל** עלתה שאלה של ארגון פשיעה, שניהלו בין השאר משחקים כאלה, הם טענו שהם לא עברו על חוק העונשין שאוסר על משחקי מזל. הם אמרו שטקסס הולדם זה לא משחק מזל, זה משחק יכולת. **ביהמ״ש עושה הבחנה משונה של יכולת של מי ומזל של מי. הם אומרים שאם יש אנשים עם מומחיות יתרה שאצלהם זה עניין של יכולת אבל כאלה מהציבור הפשוט שעבורם זה רק עניין של מזל, אז עדיין זה משחק מזל והוא אסור.**

השאלה במקום אחר היתה לגבי אדם שניצח בתחרויות של טקסס הולדם ותבעו אותו לתשלום מס כעל שכר עבודה. אם זה זכיה בהגרלה, כשההגרלה חוקית תשלום המס הוא אחד אבל הוא 25% ומוגבל ל- 25%, אבל אם זה הכנסה מעבודה תשלום המס הרבה יותר גבוה, הוא יכול להגיע יחד עם כלל המיסים למעל מ- 50% אחוזים. שם נקבע שהשאלה אם זה משחק מזל או לא היא שאלה של עובדה ומומחיות שדורשת הצגת ראיות קונקרטית. האם ההבחנות האלה סותרות? אפשר להגיד שלא כי יכול להיות שמשחק יוגדר כחוזה של הגרלה של יותר ניחוש ברוב המקרים מאשר יכולת ביחס לאדם הממוצע, אבל ביחס לאותם מעטים שהם מומחים אנחנו נצטרך לשאול האם עבורם זה יותר משחק של הבנה או של מזל.

יש עוד שאלה שנוגעת **לרצף המשחקים או למשחק הבודד**. יכול להיות שהמשחק הבודד הוא מזל יותר מיכולת, אבל ניצחון ברצף המשחקים הוא שאלה של יכולת יותר ממזל.

יש לשים לב **שחוזה הגרלה יכול להיות חוזה בלתי חוקי ואז הוא בטל לפי ס׳ 30**. זה יכול לעלות שאלות לגבי השבה כי אם החוזה בטל לפי ס׳ 30 כי הוא חוזה לא חוקי, אז יכול להיות שביהמ״ש ימנע מלהתערב בזכויות השבה ההדדיות. הנושא הזה עלה בפס״ד **קונקטיב גרופ נ׳ דבוש** - קונקטיב גרופ היתה חברה שעשתה מכרזים באינטרנט, אבל מי שהיה זוכה במכרז הוא מי שהציע את המחיר הכי גבוה שהיה יחיד, ששניים לא הציעו אותו דבר. ביהמ״ש קובע שזה לא מכרז, זה הגרלה. זה תלוי יותר במזל מאשר רצון לתת משחק. מי שהיה זוכה במוצר היו אנשים שבמקרה הצליחו לנחש מה אחרים לא ינחשו ולכן הוא חוזה בלתי חוקי, אבל **ביהמ״ש מסרב להכיר בזכות ההשבה של המשתתפים בהגרלות האלה כי הוא אומר - קיבלתם את מה שרציתם.** הם הגישו תביעה לפי פקודת הנזיקין, ס׳ 63 - הפרת חובה חקוקה, אבל ביהמ״ש העליון דוחה את התביעה שלהם על הפרת חובה חקוקה בפס״ד של השופט **מזוז הוא אומר- מי הפר את החובה החקוקה, שני הצדדים. האתר והמהמרים. שניהם השתתפו בחוזה ההימורים ולכן שניהם לא זכאים סעד מהדין.**

**סיכום**: **כדי לקבוע שיש חוזה אנחנו צריכים להגיד שיש הבטחה. זה לא מספיק, צריך שההבטחה תהיה כוונה גם ליצור יחסים משפטיים.** אם אנחנו אומרים שיש הבטחה, אבל שלאחד הצדדים ניתנת סמכות ההכרעה, אז אכיפה של החוזה, מימוש שלו, יחייב לתת לצד הזה את הסמכות להכריע ולכן ביהמ״ש לא יוכל להתערב כי התערבות שלו סותרת את ההסכמה של הצדדים לחוזה ורק אם אנחנו מדלגים על כל הדברים האלה אנחנו מגיעים לחוזה שניתן לאכיפה ע״י ביהמ״ש. **יכול להיות שיש מקומות שאנחנו נגיד שהחוזה הוא אכיף, אבל ביהמ״ש מוסר את דעתו לגורם מקצועי אחר, כמו העמדה של השופט אלון בז׳רז׳בסקי שמי שצריך להתערב בהכרעה זה הציבור הבוחרים ולא ביהמ״ש.**

**פגמים בכריתת חוזה - טעות:**

מתי החוזה לוקה בטעות? התנאים לטעות קבועים **בס׳ 14 לחוק החוזים - מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך רשאי לבטל**.

זה אומר **שהסעד בגין טעות הוא ביטול של ההסכם, זה לא שההסכם בטל מעיקרו, אלא שההסכם ניתן לביטול.** הטועה רשאי לבטל את החוזה שנכרת עקב טעות.

ס׳ 14(ב) אומר **שאם אותה טעות היא כזאת שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, אז ביהמ״ש רשאי לפי הצד שטעה לבטל את החוזה אם ראה שמן הצדק לעשות כן**, והוא אף רשאי לקבוע פיצויים לצד השני.

ס׳ 14(ג) **אומר שטעות אינה עילה לביטול חוזה אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני מוכן לעשות את זה.**

ס׳ 14(ד) **אומר שטעות היא לא טעות שבכדאיות העסקה**, היא יכולה להיות טעות בעובדה וטעות בחוק.

ס׳ 15 מגדיר את הסעד במקרה של הטעיה - **אם הטעות היא תוצר של הטעיה של הצד השני או מישהו מטעמו, אז הטועה רשאי לבטל.** הטעיה כוללת אי גילוין של עובדות אשר לפי הדין ולפי הנוהג יש לגלותן.

ס׳ 16 **אומר שאם נפלה בחוזה טעות סופר, החוזה יתוקן לפי אומד דעת הצדדים, והטעות היא לא עילה לביטול**. אז אם בחוזה מכר דירה נכתב בטעות 100,000 ש״ח במקום מיליון, הושמט ה- 0, אז החוזה יתוקן, ביהמ״ש ישלים את זה ויגיד לא, החוזה הוא לרכישת דירה במיליון, אבל זה לא יהיה עילה לביטול.

השאלה היא מה המקור של כל ההסדר הזה של טעות ואיך אנחנו מפרשים אותו, ולמה אנחנו צריכים אותו. זה לא היה קיים תמיד. במאה ה- 19 ה- Caveat Emptor / Buyer Beware (הזהרת הקונה), אומר **שמי שקונה, קונה את הנכסים as-is, כמו שהוא רואה אותם והוא צריך לברר את המצב המשפטי שלהם ואת ההתאמה שלהם לצרכים שלו ואת המצב העובדתי מסביב. הוא לא יכול לטעון שהוא טעה ושהמטרה סוכלה ושהוא לא יכול להנות מהחוזה כי הוא טעה לגבי מצב הדברים או לגבי מצב הדין**. טעות חד צדדית במובן הזה, טעות של צד אחד של החוזה לגבי מצב ההסכם לא מזכה בשום סעד. טעות משותפת היא טעות של שני הצדדים לגבי אותה עובדה. שני הצדדים סבורים בטעות את אותו מצב עובדתי שגוי. גם טעות משותפת לא מזכה תמיד בסעד. החריג זה מרמה - אם צד לחוזה מוכיח שלצד השני הייתה כוונת מרמה, אז הוא תמיד היה רשאי לבטל. בפס״ד **wood** הדין השתנה. אחד הדיונים שמתקיימים שם ברקע זה שאלת המרמה והיא מכתיבה במידה רבה את התוצאה של פס״ד. במאה ה- 20 יש התרחבות של ההגנה על הטועה. הרחבה של עקרון תום הלב וסולידריות שמגיעה לשיאה בתקופה הנוכחית. בישראל ההגנה היא רחבה, חובת הגילוי והגנה על המתקשרים, חובת הסולידריות של הצדדים לחוזה היא יחסית רחבה ומקנה זכות ביטול לא מצומצמת ובוודאי רחבה יותר ממה שהיה במאה ה- 19.

למה אנחנו בכלל רוצים את האפשרות של ביטול במקרה של טעות? אפשר לחשוב על הטעות כעל תאונה. התקשרות חוזית על בסיס הנתונים של החוזה, על בסיס המצב העובדתי לאשורו, זה המצב התקין. **כשאנשים מתקשרים בחוזה על בסיס מידע שלא תואם את המצב העובדתי האמיתי, זה מצב פתולוגי. אפשר לחשוב על זה כעל תאונה בהתקשרות.** זה גם יוצר עלויות - העלות זה הפער בין המצב הכלכלי שצד שהתקשר בחוזה רצה להיות בו, לבין המצב הכלכלי שלו בהינתן החוזה שאליו הוא נקשר בפועל. מבחינה חברתית העלות היא שאנחנו לא משיאים את התועלת החברתית. זה שאנחנו קושרים צדדים בחוזה שהם לא מעוניינים בו, אנחנו פוגעים ברווחה החברתית. המטרה של חוזים היא להביא את המשאבים למקום שבו הם הכי יעילים. אפשר לחשוב על סוחר באיזה שהיא מתכת שמתקשר עם קונה 1. הקונה סבור בטעות שהמתכת היא מסוג שמתאים לצרכים שלו ובגלל זה הוא מוכן לשלם איזה שהוא סכום. קונה 2 מבין את המצב של המתכת, יודע מה השימוש שאפשר לעשות איתה והוא מוכן לשלם סכום נמוך יותר. קונה 1 ירכוש על בסיס טעות את המוצר, וככה המשאב, המתכת מוקצה בצורה לא יעילה. אם נאכוף את ההסכם אז המתכת תגיע למי שלא יעיל שיעשה בה שימוש, וככה מסוכלת התכלית הכלכלית של החוזים, השאת הרווחה החברתית.

מהצד השני, לא כל טעות כדאי למנוע. אנחנו נשאל מה העלויות של מניעת הטעות. בעצם כדי למנוע טעות צריך לאסוף מידע, מידע על מצב הממכר. אפשר לחשוב על הרעיון של פוזנר של מונע הנזק הזול (Least Cost Avoider), התיאוריה בנזיקין שאומרת - אם נטיל את האחריות תמיד על מונע הנזק הזול, יהיו לו תמריצים למנוע תאונות באופן יעיל ולכן אנחנו נפחית למינימום את כמות התאונות. **באותה מידה בהקשר החוזי אנחנו יכולים לחשוב מיהו מונע הנזק הזול של הטעות. אם מונע הנזק הזול זה הטועה עצמו, אנחנו נגיד לו - בעיה שלך, לא ניתן לך ביטול.** למה? כי ככה אנחנו נתמרץ אותך להשקיע בצורה אופטימלית במניעת הטעויות**. אם מונע הטעות הזול הוא הצד השני, נרצה להטיל עליו את האחריות.** אפשר לחשוב על דוגמה של **טעות חד צדדית** - צד אחד מתקשר בחוזה עקב טעות שהצד השני לא ידע ולא היה צריך לדעת עליה. סיטואציה של **ס׳ 14(ב) לחוק החוזים. במצב כזה, מי מונע הנזק הזול? לכאורה הטועה כי הוא א. היחידי שיכול באמת לדעת מה חשוב לו בכריתה.** ב. הצד השני לא יכול היה לדעת שהוא טועה, אז הוא לא יכול לתקן את הטעות שלו. לעומת זאת, מה המצב **בטעות חד צדדית** לפי 14**(א), שהצד שלא טועה, הצד השני, יודע על הטעות. אם הוא יודע שהצד השני טועה, מאוד זול לו לתקן את הטעות.** הוא אומר לו תשמע אתה טועה, זה מצב הדברים. במובן הזה מונע הנזק הזול זה לא הטועה אלא הצד השני להתקשרות.

יש לשים לתוצאה מעניינת - **יכול להיות שבשלב הראשון של ההתקשרות, הטועה הוא מונע הנזק הזול.** לדוגמה, אדם שהולך לחנות בגדים ורואה חגורה שנראית כמו חגורת עור וחושב לעצמו זאת חגורת עור תנין. סתם כי הוא חושב ככה. בשלב הזה, הוא במצב הכי טוב למנוע את התאונה, למנוע את הטעות. אח״כ הוא הולך למוכר ואומר לו - תשמע מאוד אהבתי את החגורה הזאת מעור תנין. עכשיו המוכר הוא מונע התאונה הזול, הוא יודע שהוא טועה והוא יכול למנוע את זה. **אז עברנו מהמצב שבו א׳ הוא מונע הנזק הזול, למצב שבו ב׳, הצד השני, הוא מונע הנזק הזול.** זה מתקשר לדוקטרינה בנזיקין שנקראת **״כלל ההזדמנות האחרונה״ הדוקטרינה אומרת שהנושא באחריות הגורם האחרון שהיה יכול למנוע את התאונה**.. באותה מידה פה נכון שבשלב הראשון הטועה היה יכול למנוע את התאונה בעלות הכי נמוכה, אבל היינו רוצים שהאדם האחרון שיכול למנוע את התאונה החוזית, יתומרץ באופן מלא לעשות את זה. אנחנו נתמרץ אותו אם נטיל עליו את האחריות. בעצם את ס׳ 14(א) ניתן להבין כיוצר מערכת כזאת.

**דרך נוספת לחשוב על הניתוח עלות/תועלת של טעויות זה שטעות יוצרת עלויות, ומהצד השני גם הכרה בזכות הביטול עקב טעות יוצרת עלויות.** למה זה יוצר עלויות מהצד השני? כי זה פוגע ביכולת להסתמך על החוזה. אם אני יודע שניתן לבטל חוזים כתוצאה מטעות, אני פחות מסתמך עליהם וזה יותר עלות חברתית. דיני החוזים פועלים כדי לאתר את נקודת האיזון בין העלות של הטעות לעלות מניעת הטעות, או ההשלכה של ביטול עקב טעות.

יסודיות הטעות:

**ס׳ 14(א) אומר שמי שהתקשר בחוזה עקב טעות, וזה לא סתם טעות אלא ניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה**. זה מאוד דומה להגדרה בס׳ 6 לחוק החוזים תרופות להפרה יסודית שאומר שזו הפרה שניתן להניח לגביה שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו ראה מראש את ההפרה ותוצאותיה. **כלומר אנחנו רואים שלא מדובר בסתם טעות, אלא טעות שמודעות לה היתה מביאה לזה שלא נכרת חוזה. ס׳ 14(א) אם כן, עוסק בטעות יסודית**. הוא לא עוסק בהפרה יסודית, אלה שני דברים שונים, אבל המונח יסודיות הטעות מתקשר לזה שזו טעות שיורדת לשורש החוזה. **אם הטעות לא יסודית, אז ס׳ 14(א) וגם 14(ב) לא מקנים זכות ביטול**. יש לשים לב **שס׳ 14(א) גם מדבר על טעות שהיא חד צדדית, טעות שבה צד אחד טועה לגבי מצב הדברים והצד השני לא טועה. הוא יודע את מצב הדברים לאשורו**.

בהמשך הס׳ הוא אומר - הצד השני ידע או היה עליו לדעת ״על כך״. למה ״כך״ זה בעייתי? כי למה כך מתכוון? האם שאומרים היה עליו לדעת על כך הכוונה ידע על הטעות, ידע להניח שלולא הטעות הוא לא היה מתקשר בחוזה, או ידע גם על הטעות וגם על זה שאלמלא הטעות הוא לא היה מתקשר בחוזה. כלומר ידע גם שהטעות יסודית. זה יוצר פרשנות קשה לס׳ 14. **אפשרות אחת זה שצריך לדעת את שני הדברים, שהצד השני צריך לדעת שזה טעות וכן** **שהטעות היא יסודית**. זו הפרשנות של גבריאלה שלו ושל פרידמן וכהן, וזה גם מתיישב במידה מסוימת עם רוב הפסיקה. **הדרישה שתהיה מודעות הן לטעות (שהצד השני טועה) והן ליסודיות שלה**, אבל יש דעות חולקות. **קרצ׳מר במאמרו אומר שמספיק לדעת על יסודיות הטעות, כלומר אתה לא צריך לדעת שהוא טועה בפועל** ואפילו לא צריך לדעת ידיעה קונסטרוקטיבית לגבי הטעות.

\*\* ידיעה קונסטרוקטיבית - **מצב שבו המשפט קובע שהיתה ידיעה למרות שלא היתה ידיעה בפועל**. איך אפשר לדעת שס׳ 14 מכוון לידיעה קונסטרוקטיבית ולא לידיעה בפועל? כי הס׳ אומר במפורש ״ידע או היה עליו לדעת״. כלומר אנחנו מחזיקים אותו כמי שידע, אנחנו לא דורשים שידע בפועל.

קרצ׳מר אומר **שהדרישה של הידיעה היא רק על יסודיות הטעות, כלומר שהנושא היה נושא חשוב**. הוא לא צריך לדעת שהיתה טעות בפועל. למה? כי רק ככה אפשר להבדיל בין ס׳ 14(א) לס׳ 15. מה הקושי עם ס׳ 15? ס׳ 15 אומר שהיתה הטעיה גם באי גילוי של עובדות. אם הצד השני, הצד שלא טעה, ידע על הטעות ולא גילה עליה אז הוא אשם באי גילוי, אז הוא אחראי בכלל לפי ס׳ 15, לא לפי ס׳ 14(א). הכרה בידיעה בפועל של הטעות, מייתרת את ס׳ 14(א). הוא גם אומר שזאת הדרך היחידה להביא לביטול של טעות משותפת. טעות משותפת היא טעות של שני הצדדים יחד. למה זאת הדרך היחידה? כי אם יש טעות משותפת, אז כל צד לא ידע ולא היה צריך לדעת על הטעות של הצד השני, כי הם שניהם טעו. אם ככה, איך אפשר לבטל טעות משותפת?

ד״ר פלד טוען שזה מאוד בעייתי לחשוב שזו ההזדמנות לביטול כי זה אומר שכל פעם שצד יודע שנושא מסוים חשוב לצד השני והייתה טעות בפועל, אז ניתנת זכות ביטול אפילו אם אותו צד לא היה צריך לדעת על הטעות בכלל. זה פוגע מאוד באפשרות להסתמך על החוזה. אתה לא יודע ולא צריך לדעת אפילו שהצד השני טועה, מספיק לדעת שמשהו חשוב לו כדי להקנות זכות ביטול.

**אפשרות אחרונה זה שיש לך ידיעה על הטעות, אבל לא על זה שהטעות היא יסודית**. נגיד צד שמתקשר בחוזה יודע שהצד השני או צריך לדעת שהצד השני טועה לגבי הצבע של הריפוד ברכב שהוא קונה, אבל אין לו שום מושג והוא גם לא צריך לדעת שהצבע של הריפוד חשוב לו באיזה שהיא צורה. ד״ר פלד חושב שגם פה מתן זכות ביטול נותנת זכות ביטול מאוד רחבה. אפילו אם הצד חושב שזה עניין שולי לגמרי זה מקנה זכות ביטול לחוזה.

קו הגבול בין טעות לפי ס׳ 14(א) ובין הטעיה:

אם הפרשנות היא כמו שד״ר פלד חושב שהיא צריכה להיות, שצריך לדעת גם על הטעות וגם על יסודיות הטעות, עולה השאלה האם קרצ׳מר טועה, **האם יש הבדל בין ס׳ 14(א) לבין ס׳ 15, או שהם אותו דבר? ניתן לראות שיש הבדל. ההבדל הוא בידיעה הקונסטרוקטיבית, זה הבדל אחד.** **אם צד אחד יודע בפועל על הטעות של הצד השני ולא מעמיד אותו על הטעות, לכאורה יש תחולה מקבילה של 14(א) ו- 15. אבל אם צד אחד לא יודע על הטעות של הצד השני, אבל היה עליו לדעת, כלומר יש ידיעה קונסטרוקטיבית אבל אין ידיעה בפועל, לא חל ס׳ 15.** אין לך חובת גילוי של מידע שאתה לא יודע. אבל כן חל ס׳ 14(א). **כלומר לס׳ 14(א) יש תחולה רחבה מס׳ 15 במובן הזה שמספיקה ידיעה קונסטרוקטיבית, אבל בגלל שלא מדובר בידיעה בפועל מצטרפת דרישת היסודיות שלא קיימת בס׳ 15. בעוד שס׳ 15 מקנה זכות ביטול רחבה בלי דרישה שהטעות תהיה יסודית, ס׳ 14(א) מקנה זכות רחבה אבל מאפשר את זה גם במקרים של ידיעה קונסטרוקטיבית כשאין ידיעה בפועל.** למה? אנחנו חושבים שלא לגלות למישהו שאתה יודע שהוא טועה על הטעות, זה יותר חומר ממקרה שהיית צריך לדעת שהוא טועה אבל לא ידעת בפועל ולא גילית לו על הטעות. האי גילוי כשיש ידיעה בפועל על הטעות, היא יותר חמורה.

עדיין אם ככה תהיה השאלה למה אנחנו צריכים את הידע או היה עליו לדעת בס׳ 14(א)? לכאורה הס׳ היה צריך להגיד - היה עליו לדעת אך לא ידע, כי אם ידע חל ס׳ 15. ס׳ 14(א) אומר שמוקנית זכות ביטול אם היתה טעות יסודית והצד השני ידע או היה עליו לדעת על הטעות היסודית**. ההבחנה הברורה בין ס׳ 14(א) לס׳ 15 זה בידיעה הקונסטרוקטיבית**. **ס׳ 15 של הטעיה חל רק על ידיעה בפועל**. אם ככה עדיין עולה השאלה למה ס׳ 14(א) מציין את האפשרות לבטל כשהוא ידע על הטעות? הרי לכאורה אם הוא ידע על הטעות אנחנו תחת ס׳ 15. **ההסבר הוא שס׳ 15 שמדבר על הטעיה מדבר אומנם על חובות גילוי לפי דין, נוהג או נסיבות העניין, אבל הוא לא מדבר אף פעם על חובות גילוי במקרה שאתה יודע שהצד השני טועה. זה לא הסיטואציה שמוזכרת בס׳ 15, אין חובת גילוי קונקרטית בס׳. ס׳ 14(א) מקים חובת גילוי קונקרטית, הוא אומר אתה יודע שהצד השני טועה, או היה עלייך לדעת שהצד השני טועה, אתה צריך להעמיד אותו על טעותו, אבל רק אם הטעות יסודית**. אם הטעות היא לא יסודית, אנחנו נגיד שס׳ 14(א) הוא דין ספציפי ולא דין כללי, אז הוא יחול על אף ס׳ 15. אם הטעות היא לא יסודית, לכאורה אין חובת גילוי כזאת, אלא אם כן יש חובת גילוי מכוח דינים אחרים או מכוח נסיבות העניין. כך אפשר להבין את קו הגבול בין 14(א) לבין ס'15 ולמה יש להם תחולה באותו זמן.

**טעות בכדאיות העסקה ונטילת סיכון:**

**טעות בכדאיות העסקה לא מזכה בביטול מכיוון שאינה טעות**. צריך לשאול מהי טעות בכדאיות העסקה? אפשר להסתכל על פס״ד **ספקטור נ׳ צרפתי** - הרוכש קרקע לבניה, רוכש אותה בהסתמך על זה שאין מגבלת בניה לגובה. הוא חושב שאפשר לבנות שם כמות מסוימת של דירות בהינתן המצב התכנוני של המקרקעין. היתה מגבלה כזו, והמוכר כנראה ידע שיש את המגבלה וכנראה היה צריך לדעת שהצד השני טועה. השופט **אשר אומר שטעות ביחס לשווי נשוא ההתחייבות היא טעות בכדאיות העסקה, כלומר זה המשמעות של טעות בכדאיות וזה לא טעות ביחס לתכונות של הנכס. אם הטעות היא ביחס לשווי ההתחייבות, לשווי של הנכס, זאת תהיה טעות בכדאיות. אם הטעות היא ביחס לתכונות הנכס, זאתי לא טעות בכדאיות.** זה המבחן שהשופט אשר קובע בפס״ד ספקטור. המבחן מופיע גם בפס״ד **צנעני נ׳ אגמון**.

טעות ביחס לשווי הממכר הוא מבחן קשה ומאוד בעייתי ואחרי זה הוא בוטל.

אפשר לחשוב על מקרה שני, **נחמני נ׳ גלאור** - קונים התחייבו לסלק משכנתא של המוכרים על הנכס. המוכרים הצהירו על גובה המשכנתא, אבל מסתבר שהיא גבוהה יותר בגלל הפרשי הצמדה. בפסקי דין ישנים יש תופעה קשה של הצמדה בגלל שבישראל היתה אינפלציה דוהרת - בגלל ששווי הלירה פחת בצורה מאוד מהירה ואז השווי של השקל גם פחת בצורה מאוד מהירה כשהלירה הוחלפה בשקל, מה שהיה צמוד למדד האמיר מאוד. השופט **בייסקי טען בפס״ד שמדובר בטעות בכדאיות, כלומר הם טעו לגבי הגובה של הפרשי ההצמדה. הם ידעו שיש איזה שהיא הצמדה, הם לא הבינו מהי. הם טעו לגבי זה, זה שאומר שהם טעו לגבי השווי של מה שהם קונים, העלות של מה שיעלה להם הדבר שהם קונים, ולכן זו טעות בכדאיות העסקה**. ד״ר פלד אומר שלא ברור שזה טעות בכדאיות, היה אפשר לפרש את זה באותה מידה כמו טעות בתכונה כי הם לא הבינו מה זה הפרשי הצמדה. זה אכן טעות שמובילה להערכה שגויה של המחיר, אבל כל טעות בעסקה מובילה להערכה שגויה של המחיר שישולם או של השווי של מה שנקנה. זו הסיבה שמבקשים לבטל את ההסכם. אז אם אומרים שטעות בכדאיות זו טעות שמובילה להערכה שגויה של השווי או של התמורה, אז זה מיתר את הדיון בטעות בכלל. למעשה כל הטעויות הן טעות בכדאיות. אז המבחן הזה הופך להיות יותר עמום ומקשה על להבין מתי לא נאפשר ביטול עקב טעות.

אותה בעיה מתרחשת בעניין **מאיר נ׳ מזרחי** - באותו מקרה מישהי מכרה דירה ב- 480,000 שקל. הקונים אומרים לה שזה השווי שוק של הנכס. אבל הם לא אומרים לה את זה סתם, הם מביאים איתם מתווך שאומר לה - "אני מתווך ואני מוכר מלא דירות באיזור. אני אומר לך, זה השווי של הנכס". בפועל מתברר אחרי המכירה ששווי השוק של הדירה הוא 600,000 ש״ח. השופט **לוין אומר שזו טעות קלאסית בעריכת שווי.** יש לה נכס, היא חושבת שהוא שווה 480, הוא שווה 600. טעות בשווי. לפי **ספקטור, אין זכות ביטול - טעות בכדאיות העסקה הכי קלאסית שיכולה להיות. אבל צריך לשים לב שטעות בכדאיות העסקה לפי 14(ד) מונעת גם זכות ביטול לפי ס׳ 15**. יוצא שיש כאן פס״ד מאוד קשה. אפשר לחשוב שיוצרים לה מצגים שלמים, מביאים לה חוות דעת, נותנים לה תחושה מבוססת מאוד לגבי השווי שוק של הממכר, ואז אומרים לא. זה לא מקנה זכות ביטול גם לפי הטעיה, כי זאת טעות בכדאיות. התוצאה ממחישה למה טעות לגבי השווי כשלעצמה היא טעות מאוד קשה.

אפשר להתמודד עם זה, אפשר להגיד לא, זו טעות בכדאיות העסקה כי זה טעות לגבי הערכת שווי. זה לא אומר שאין סעדים לפי ס׳ 12 על הפרה של חובת תום הלב במו״מ, אולי עוולת התרמית בפקודת הנזיקין. אבל זה נראה נורא מוזר, יש הסדר בחוק החוזים על הטעיה, הפעולה נראית כהטעיה, אבל אנחנו נגיד לא, הערכת שווי טעות בכדאיות, לא ניתן הטעיה אבל כן נקנה את כל ההסדרים הלבר חוזיים.

דוגמה נוספת אפשרית זה הדוגמה של **גינדי נ׳ אפללו** - מדובר בזוג שקנו דירה מקבלן, שיש בה בעיה ברישום הנכס, בעיה שהיתה בטיפול העו״ד גינדי. לאחר כמה זמן הזוג רצה למכור את הדירה ולקוח שהתעניין בדירה לא רצה לקנות אותה לאחר שגילה על הבעיה. עו״ד גינדי פנה לזוג ואמר להם יש לו לקוח מטעמו שרוצה לקנות את הדירה. הוא הצליח להוריד חלק מהסכום. בזכ״ד הם סיכמו על מועדי תשלום שהיו שונים מאלה שבחוזה שנכתב לאחר מכן וגם היתה תניה בתוך הזכ״ד שהתוקף שלו בטל לאחר החתימה. בחוזה עצמו היה שינוי במועד התשלום השני והשלישי. במועד השלישי העו״ד גינדי רשם שהזוג יקבלו את התשלום השלישי רק לאחר שהם מעבירים את הנכס. לאחר מכן, הזוג טען לעילת הטעיה ועושק לביהמ״שׁ המחוזי וביהמ״ש המחוזי קיבל את התביעה כי גינדי לא פעל לטובתם בכך שלא בייל את החוזה, אבל **ביהמ״ש העליון קובע שביול החוזה לא רלוונטי כי גם ככה זה תהליך שקורה אחרי כריתת החוזה ולא לפני וגם קבע שאין מקום לטענת ההטעיה כיוון שהזוג חתמו על סעיפי מועדי התשלום בראשי תיבות ולכן הם ידעו על השינויים**. העניין שמדובר בחברה שהיא בבעלות אחיו של עו״ד גינדי לא רלוונטית מכיוון שהזוג ידע שהקונה הוא לקוח שלו. **לכן, מדובר בטעות בכדאיות העסקה (עמדתו של השופט אשר).**

**השופט אשר** אומר שלעניין ס׳ 14(ב) הטעות שאולי הצד השני לא ידע עליה, הטעות להבנתם לגבי התנאים שבהם הם צריכים למסור את החזקה בדירה לפני שהם מקבלים תמורה. הוא אומר שזו טעות בכדאיות. למה? כי מה אתם אומרים, לא היה כדאי לכם למסור את הדירה בלי לקדם את מלוא התמורה. אבל לא היה כדי למסור את הדירה זה טענה של טעות בכדאיות העסקה בדיוק. כרתתם חוזה שלא כדאי, שאדם אחר לא היה כורת. אבל מה הבעיה? הם לא אמרו - הבנו נכון את החוזה ולא תמחרנו נכון את השווי שלו. שאז אפשר להבין איך זה מתקשר לטעות בכדאיות. הם אומרים, חשבנו שאנחנו מתחייבים למשהו אחד, כאשר בפועל התחייבנו למשהו אחר. אז הטעות היתה לגבי תוכן ההתחייבות. בעניין **כנפי נ׳ בית הדין הארצי לעבודה**, בג״צ שעוסק בהסכם פשרה של אדם עם הביטוח הלאומי. הסכם הפשרה שלו אמר שהוא מקבל איזה שהוא סכום עבור אחוזי הנכות שנפסקו לו. נפסקו לו 38% נכות והוא אמר שבמקום להתווכח עם הביטוח הלאומי, הם יגיעו לפס״ד בהסכמה שהוא יקבל איזה שהוא סכום עבור ה- 38% אחוזי נכות. הוא סבר שאם תחול הרעה במצב שלו, הוא יהיה זכאי לתוספת. הוא סבר ככה כי באמת בעבר כשאנשים היו מתקשרים בעסקאות כאלה עם הביטוח הלאומי והיה חל הרעה במצב שלהם, הם קיבלו תוספת. אחרי שהוא הגיע להסדר הזה היה פס״ד של בית הדין הארצי לעבודה שקובע שכשהביטוח הלאומי מגיע להסדרי פשרה בתביעות על נזקים הוא לא צריך לתת תוספת אם יש החמרה במצב. כנפי אומר שהוא טעה לגבי מצב הדין. **השופטת בן פורת אומרת שזה טעות לגבי התוכן של ההתקשרות. כלומר ההתקשרות שלך אומרת משהו, זה החוזה שאליו נכנסת, אתה לא מבין נכון את תוכן ההתקשרות זה טעות שהיא לא טעות בכדאיות**. לכאורה לפי כנפי, היה אפשר להגיע גם לעמדה שקיימת זכות ביטול בעניין גינדי.

מה המבחן הראוי לכדאיות העסקה? לטדסקי יש פרשנות אחת שאומרת **שטעות בכדאיות העסקה היא טעות לגבי התרחשות עתידית**. לדוגמה, צד מקווה ששווי הנכס יעלה או שהצמדה לדולר של מחיר העסקה יטיב איתו, והתקוות מתבדות. **לפי טדסקי אלה טעויות לגבי הערכות של התרחשויות עתידיות ולכן הן טעויות בכדאיות העסקה**. על הערכה לגבי העתיד היא טעות בכדאיות. בפס״ד **הולילנד רואים דוגמה לדיון במהי התרחשות עתידית**. האם התרחשות עתידית היא התרחשות שהתרחשה אחרי שהצדדים נכנסו לחוזה, או מידע שנחשף לעולם אחרי שהצדדים כרתו את החוזה. השאלה מהי התרחשות עתידית רלוונטית אם אנחנו חושבים שטעות בכדאיות היא טעות ביחס לכזאת התרחשות עתידית.

ד״ר פלד אומר שהפרשנות המועדפת עליו היא הפרשנות של פרידמן. הוא אומר שאנחנו צריכים להבדיל בין סיכונים שהצדדים נטלו על עצמם בשעת ההתקשרות. **טעות בכדאיות היא התממשות של סיכון שצד נטל עצמו**. במובן הזה טדסקי לא טועה כי כשאדם קונה מקרקעין, הוא לוקח על עצמו את הסיכון ששווי הנכס ירד. לכן הירידה בשווי הנכס היא טעות בכדאיות, לא בגלל שזה מאורע עתידי, אלא שהסיכונים והסיכויים שכרוכים בעליה וירידה בשווי הנכס זה מה שאנשים רוצים לקנות כשהם קונים נכסים. לכן אנחנו נכנה טעויות כאלה טעויות בכדאיות. העמדה הזאת התקבלה **בפס״ד ארואסטי** - בארואסטי היתה עסקת קומבינציה שבעלי מגרש. ארואסטי, סיכם עם קבלן למכירת המגרש תמורת שלוש דירות. הקבלן התחייב למכור דירה למשיב ורשם לו הערת אזהרה. המשיב שילם והקבלן לאחר כמה זמן פשט רגל. המערער הודיע על ביטול ההסכם וגם על הערות ההזהרה והקבלן דרש שהוא יכבד את החוזה או שיחזיר לו את השווי הריאלי עקב טעות בהבנת הדין. הטעות בהבנת הדין היתה פרשנות לא נכונה של החוק בזמן עריכת הסכם הפשרה. כשהם חתמו את הסכם הפשרה החוק אמר משהו מסוים, ואחרי הסכם הפשרה החוק השתנה, הפרשנות של החוק השתנתה ולכן לפי הפרשנות החדשה זה עובד לרעתם.

האם הסכם שנגוע בטעות שהיא טעות בהבנת הדין, במצב המשפטי, האם באופן כללי היא טעות? התשובה היא כן. **גם טעות שבדין מהווה טעות**. יש על זה דיון ארוך בפס״ד, אבל חוץ מהדיון בפס״ד איך אפשר לדעת שטעות לגבי הדין היא טעות? ס׳ 14(ד) אומר את זה - טעות לעניין ס׳ זה ולעניין ס׳ 15 בין בעובדה ובין שבחוק. המחוקק הישראלי קבע במפורש שניתן לטעות טעות שבדין והיא חלק מדיני הטעות והטעיה לפי ס׳ 14 ו -15.

**בארואסטי** **ביהמ״ש אומר - נכון, טעיתם טעות שבדין, אבל היא טעות שבכדאיות העסקה.** למה? מכיוון שכשנקשרים בחוזה כל צד לוקח על עצמו סיכון מסוים, אז הם לא יכולים לטעון לטעות אם רואים שהעסקה לא היתה כדאית עבורם. במקרה הספציפי הזה הסיכון שהם נטלו על עצמם היה שהם נכנסו להסכם פשרה, **וברגע שנכנסים להסכם פשרה אז הצדדים לוקחים על עצמם את הסיכון שלאחר ההסכם המצב של הדברים ישתנה. זה שהם מוכנים לקחת את הסיכון זה מעין תנאי בחוזה שהם מוכנים לקחת על עצמם כל סיכון שהוא ולכן הם לא יכולים לטעון לטעות אח״כ.**

בעצם אנחנו מדברים על זה כמעט בכל הסדר פשרה. מה זה הסדר פשרה? למה אנשים מתפשרים? אחת הסיבות המרכזיות, זה שיש איזה שהיא אי ודאות לגבי הדין. אז אנחנו קונים סיכונים לגבי מה שהדין אומר. אם אתה קונה סיכון, אתה אומר יש סיכוי שביהמ״ש יכריע נגדי, ואני מפחד נורא שהוא יכריע נגדי, אז אני מעדיף לקבל פחות ממה שתבעתי או לשלם סכום שאני לא חושב שאני צריך לשלם, כדי לקנות את הסיכון הזה. אתה לא יכול להגיד אחרי זה גיליתי שהוא היה מכריע לטובתי. הרי זה כל העסקה שלך, העסקה שלך היא לגבי הסיכון שהוא יכריע נגדך. זה שהוא בסוף מכריע נגדך או לטובתך, זה בעצם מה שאתה רצית לוותר עליו. זה כל התכלית של הסכם הפשרה. **לכן, ההתממשות של הסיכון, היא צריכה להתפרש כטעות בכדאיות העסקה. שזאת בעצם ההגדרה של פרידמן.** הוא אומר מהי טעות בכדאיות העסקה? **זה התממשות של סיכון שצד קנה. בהסכם פשרה, צד קונה את הסיכון שתהיה פרשנות של הדין שלא לרוחו והוא נושא בסיכון, הוא מבקש לקחת את הסיכון על עצמו שתהיה פרשנות לטובתו ושהוא לא יהנה ממנה.** כשהסיכון הזה מתממש הוא לא יכול להתלונן שהיתה טעות כי זה מה שהוא רצה להימנע ממנו. הוא רצה למנוע את כל הדיון הזה בכלל. להתחמק מהסיכון.

איך **ארואסטי נ׳ קאשי** מתיישב עם **בג״צ כנפי נ׳ בית הדין הארצי**? שמה אמרו שזה שכנפי סבר שאם ישתנו אחוזי הנכות הוא יהיה זכאי לפיצוי עבור ההגדלה של הסכום. ד״ר פלד אומר **שהדרך הכי טובה להבין את ההבחנה ביניהם זה איזה סיכון הצדדים רצו לקנות. בכנפי הם קונים סיכון, שני הצדדים קונים סיכון.** למעשה בכנפי יכול להיות שאתה נכנס למערכת יחסים ארוכה לגבי המצב הפיזי שלו. קבעו לו 38% נכות, אבל אנחנו לא יודעים כמה שנים הוא צפוי לחיות. אז יש איזה שהיא הערכה - צפוי לחיות x שנים, ונותנים לו פיצוי. מה היה קורה אם הוא היה מת שנה אחרי זה? האם הביטוח הלאומי היה יכול לתבוע את העיזבון ולהגיד - שילמנו לו יותר מידי? **לא. זה סיכון שהוא קנה, זה טעות בכדאיות**. מה היה קורה אם היה חי יותר מידי? הוא היה יכול לתבוע את העודף על זה שהוא חי יותר ממה שהם צפו? לא. זה בדיוק הסיכון שהוא רצה לקנות. לעומת זאת, הסיכון שהדין ישתנה לא הוקצה שם בחוזה. כנראה שני הצדדים (במובן הזה הטעות היתה משותפת או הדדית**) חשבו במועד הכריתה של החוזה שאם תהיה החמרה הם ישלמו לו עוד כסף. לכן, לא ניתן להגיד שזה איזה שהוא סיכון שהצדדים הקצו ביניהם**. לעומת זאת, **בארואסטי נ׳ קאשי היה מאוד ברור שהם מקצים לעצמם סיכונים במסגרת הסכם פשרה לגבי הדין.** כלומר כל צד אומר יש סיכוי מסוים שאני אפסיד פה, אז הם מחלקים ביניהם את הסיכונים של החוזה, את ההסדר החוזי, על סמך הסיכון הזה. **לכן שם מדובר בפירוש בטעות בכדאיות.**

הפרשנות החלופית של פרידמן, נראה שהיא אומצה כמבחן בלעדי בפס״ד **שלזינגר נ׳ הפניקס**. אדם עשה פוליסת ביטוח, ואז בתום לב החליט לבטל את הביטוח שלו. הוא לא היה מודע לזה שהוא חולה בסרטן. הוא היה חולה בסרטן עוד כשהייתה לו פוליסת ביטוח, אבל הבדיקה שגילתה לו את הסרטן היתה אחרי שהוא ביטל. השאלה היא האם הביטול נקרא חוזה בפני עצמו ואפשר להגיד שכאילו היתה פה טעות בחוזה או שהביטול הוא פרט אחד משפטי שגם אם הוא היה בטעות, זאת לא עילה לבטל אותו ואז הביטול תקף.

מה ביהמ״ש קובע לעניין הפעולה המשפטית של ביטול ההסכם? הוא ביטל את הסכם הביטוח, זו הפעולה שהוא עשה. עכשיו השאלה היא אם דיני הטעות חלים על פעולת ביטול ההסכם. **ס׳ 14 לא מדבר על ביטול, הוא מדבר על כריתה. בעקרון על ביטול חל עקרון הסופיות, אבל אם יש פגם ברצון, אפשר לבטל**. אפשר לטעון לטעות על ביטול. השאלה היא למה דיני הפגמים בכריתה חלים על פעולות שהן לא כריתת חוזה, כמו ביטול? ס׳ 61(ב) לחוק החוזים אומר שהוראות חוק זה, יחולו בשינויים המחייבים על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מחוזה. יש פעולה משפטית שהיא ביטול חוזה הביטוח וחלים עליה ההסדרים של חוק החוזים, כולל ביטול הפעולה המשפטית. ביטול חוזה הביטוח, עקב פגמים בכריתה. **מכאן פגמים בכריתה חלים גם על הפעולה של הביטול. לכן השאלה של הטעות בפעולת הביטול היא רלוונטית, כי היא מזכה באפשרות לבטל את פעולת הביטול. נקבע שם בעניין הזה שיש טעות בכדאיות.**

בפס״ד **שלזינגר נ׳ הפניקס** מאמצים את ההגדרה של דניאל פרידמן - **טעות בכדאיות העסקה היא טעות לגבי הקצאת הסיכונים.** כשצד מוותר על חוזה ביטוח, הוא מבקש לבטל בדיוק את הסיכוי שיש לו אירוע ביטוחי והמועד שבו רלוונטי לבדוק את זה, זה המועד שבו עושים את האבחון ולא המועד של המחלה. לכן מאחר שאירוע ביטוחי הוא המועד של הגילוי של המחלה והסיכון של האירוע הביטוחי שהוא רצה לוותר עליו זה גילוי של מחלה, אתה לא יכול להתלונן שהתגלתה מחלה. זה בדיוק מה שרצית שיקרה כשביטלת את חוזה הביטוח. לכן זו טעות בכדאיות העסקה. במובן הזה הם מאמצים את מה שנאמר **בארואסטי נ׳ קאשי** באמרת אגב. **בשלזינר נ׳ הפניקס** זה נאמר בצורה מאוד מאוד מפורשת.

השאלה לגבי מהי טעות בכדאיות עולה עוד פעם בפס״ד **שלזינגר נ׳ הפניקס** ופס"ד **הולילנד**. חברת נידר וכונס הנכסים שיש להם חזקה בקרקע מסוימת המכונה הולילנד. הם עשו הסכם והלכו למערערת, ספיר וברקת נדל״ן ומכרו לה את האחזקה במקרקעין. בפס״ד פורטו מס׳ סעיפים מההסכם שהיו מאוד חשובים למקרה. הסעיפים שפורטו מדברים על זה **שהקונה ערך את כל הבדיקות והוא מוכן לקנות את המקרקעין as-is הוא גם מוותר על כל טענה כלפי נידר**, היטל ההשבחה יחול על הקונה. **הוא לוקח על עצמו את האחריות, כל בדיקה שנעשתה או לא זה על אחריותו.** לאחר חודשיים מחתימת ההסכם מתפרסם על קיום של חקירה משטרתית בנוגע להליכי אישור של תכניות המקרקעין ובעקבות זה הולילנד פנתה לביהמ״ש בבקשה להבין איפה ההסכם עומד, מה התוקף שלו. התשובה של ביהמ״ש הייתה שהוא שריר וקיים. השאלה נגעה לגבי האפשרות לממש את ההסכם. שאלת תוקף ההסכם נוגעת לשאלה האם ניתן יהיה לבנות על הקרקע, כלומר השאלה של היתרי בניה שניתנו ע״י המדינה. אחרי חצי שנה הולילנד פנתה עוד פעם לביהמ״ש בבקשה לבטל את ההסכם בעקבות שהעירייה אמרה שיש בעיה עם לתת אישורים על הקרקע. שמתקיימת חקירה פלילית ושזו טעות שהם לא ידעו עליה והם רוצים לבטל את החוזה עקב הטעות. הטענה היתה לטעות בכריתה - הם לא ידעו שיש חקירה פלילית שמתנהלת ביחס לפעולות שמתבצעות בקרקע שיכולה להשפיע על היתרי הבניה ולכן על השווי של נכס המקרקעין. יש לציין שהתמורה לנכס המקרקעין הייתה מאוד נמוכה.

באותו מקרה השופט דן בפס״ד **Amalgamated** שבו רוכש קונה קרקע מתוך כוונה להקים עליה בניין דירות והמוכר יודע שזו התוכנית. הם מדברים על האפשרות שהבניין שקיים שם שצריך להרוס ולבנות במקומו בניין חדש יעבור לשימור והמוכר אומר שהוא לא יודע שיש איזה שהיא תכנית כזו. מדובר על מבנה שנמכר ליזם, הוא אמור להקים במקום המבנה הזה בית דירות. הכוונה שלו היתה ידועה למוכר. צוין גם שהקונה יערוך את החקירות והדרישות הרלוונטיות. המוכר אומר שלמיטב ידיעתו הוא לא מיועד לשימור. כמה חודשים אחרי זה יש עובדת שערכה סקר של האזור עם מבנים שמיועדים לשימור ואז חודש לפני שנחתם ההסכם הרשימה הועברה לממונה על הנושא וגם המבנה הזה הוכנס למבנים שמיועדים לשימור. הצדדים לא היו מודעים לדבר הזה, החוזה נחתם ואח״כ נשלחה הודעה שנקבע שהמבנה מיועד לשימור והוכרז ככזה באופן רשמי. המשמעות הייתה שלא ניתן להרוס את הבניין ולהקים בית דירות במקום. הקונה תבע את ביטול בעילה של טעות משותפת.

יש כאן אירוע שמסכל את כל המטרה של החוזה, ששני הצדדים היו מודעים שהוא יסכל את המטרה של החוזה. זה היה משהו ששני הצדדים הבינו שיפגע בתוקף של החוזה, שזה השימור של הבניין. הצדדים התייחסו לזה במפורש. הקונה אומר שהוא יבצע את כל הבדיקות הדרושות. למעשה כבר בשעה שהם חותמים על ההסכם, הם לא יודעים את זה אבל הבניין מועבר לרשימה של בניינים שמיועדים לשימור והם מקבלים הודעה שהבניין נכנס לרשימת השימור יום אחרי שהם חותמים על החוזה ואז השאלה אם אפשר לבטל עקב טעות משותפת כי שניהם לא ידעו אם הבניין נכנס לשימור או לא.

**ביהמ״ש אמר שלא צריך לבטל את החוזה בגלל טעות משותפת של שני הצדדים כי זה חלק ממתווה הסיכונים שצד לוקח שיכול להיות שיקרה**. אם יגידו שבגלל טעויות שהצדדים לא יכולים לדעת עליהם יתבטלו עסקאות, אז לא יהיה לזה סוף.

יש כאן צד שאמר - אני לוקח על עצמי את הסיכון הזה. הוא לא אומר את זה במפורש. **ביהמ״ש אומר שבמקרה הזה של טעות משותפת הצדדים הקצו ביניהם את הסיכון שהתממש.** איך אנחנו יודעים? הם דיברו על הסיכון הזה, הם היו מודעים לו. לא רק שהם היו מודעים לו, הם רשמו בתוך ההסכם או הסכימו ביניהם שהקונה מבצע את כל הבדיקות הדרושות. אז אם הקונה מבצע את כל הבדיקות הדרושות, או לפחות מצהיר שהוא עושה את זה, הוא לא יכול להתלונן אחרי שיש איזה שהוא מידע שלא יתגלה לו כי הוא אמר שהוא מבצע את כל הבדיקות הדרושות. הוא לקח על עצמו את הסיכון. **התפיסה הזאת של נטילת הסיכון שוללת את האפשרות לטעון לטעות**. אפשר לחשוב על זה שהמובן הזה התממשות של הסיכון הוא לא בגדר טעות. אפשר לחשוב על זה כעל השתק - בן אדם מצהיר שמצב הדברים ידוע לו, הוא לא יכול לטעון אח״כ שמצב הדברים לא היה ידוע לו. הוא מושתק מלהעלות את הטענה. **הדרך הכי קלה לחשוב על זה, זה עם הפרשנות של פרידמן לטעות בכדאיות - למעשה מדובר בטעות בכדאיות. היא טעות לקחת את הסיכון שצד לחוזה נטל עצמו.**

מה שמעניין שפרשנות בכדאיות היא בעצם הסדר דיספוזיטיבי. כלומר הצדדים יכולים להגיע להסכמה ביניהם למתי פעולה תיחשב לטעות. האמירה אנחנו קונים את הנכס as-is ולא יהיו לנו טענות לגבי, זה בעצם דרך להגיד אנחנו מתנים. AS IS היא בעצם דרך להתנות על דיני הטעות הכלליים והטעיה. בדקתי את הממכר ומצאתי שהוא מתאים לצרכים שלי, ואין פגם וגם לא תהיה לי טענה על פגם נסתר, היא בעצם הסדר. אני יכול להעלות את הטענה, את ההסדר הזה גם אם לא בדקתי. זה בעצם דרך של הצדדים להתנות על דיני הטעות.

יש שאלה לגבי המשמעות של טענת as-is. אני רוכש את הנכס במצבו as-is. ביהמ״ש אומר זה נטילת הסיכון לגבי מצבו הנוכחי של הנכס. **אני לוקח על עצמי את הסיכון שקיימת אי התאמה נסתרת**. בפס״ד הוא מקיים דיון בשאלה של מידע מוקדם ומאוחר. דיון שמזכיר קצת את **שלזינגר**. אז כאן אומרים יש חקירת משטרה שהיתה לפני כריתת החוזה, והתגלתה אחריה. באותה מידה היה את ההחלטה להכניס את המבנה לרשימת השימור, החלטה שהתגלתה רק אחרי הכריתה.

השופט מקיים איזה שהוא דיון על האמת העובדתית והאמת החוזית. על השאלה מתי נתון בעולם נכנס לעולם החוזי. הוא צריך לערוך דיון כזה אם הוא רוצה לאמץ את הגישה של השופט **אשר בספקטור נ׳ צרפתי,** **הגישה של טעות ביחס לעתיד**. הוא אומר - טעות ביחס לעתיד, מהו העתיד? **העתיד נמדד ביחס למועד הגילוי בעולם החוזי ולא בעולם החיים.** אז אירוע הסרטן מתקבל לא במועד שבו התפתחה המחלה אלא במועד שבו אובחנה המחלה, ואירוע החקירה המשטרתית נכנס לעולם החוזי במועד הגילוי על החקירה ולא במועד שבו החקירה החלה בפועל. כלומר כשהיא נסתרת בעולם המעשה, היא לא קיימת בעולם החוזי.

הדיון הזה על מועד הגילוי נחוץ או בגלל שהשופט לא הבין נכון או בגלל שהוא לא מסכים להיות מחויב לתפיסה הזאת של חלוקת סיכונים. מחויבות אמיתית לעניין חלוקת הסיכונים מבחין בדיוק בין עבר והווה עתיד, הגישה של טדסקי ובין סיכונים כגישה של פרידמן. אם אני מאמץ את החלוקה של הסיכונים, את הפרשנות של טעות בכדאיות העסקה כפרשנות של טעות ביחס לסיכון שצד נטל על עצמו (פרידמן), אין שום חשיבות לשאלה של התזמון ואז גם אין שאלה של עבר והווה. בכל זאת יכול להיות משמעות מסוימת לשאלת הסיכון כשיש ידיעה בפועל של הצד השני, שהסיכון כבר התממש ואז צד אומר - אני נוטל על עצמי את הסיכון שמשהו יקרה. זה שונה מהותית מזה שהדבר כבר קרה, **הסיכון כבר התממש וידוע לצד השני שהוא התממש ואז אני לא נוטל על עצמי סיכון אלא אני טועה והצד השני יודע על הטעות שלי**. אפשר לחשוב על זה כעל עניין של תוחלת. צד חושב שהסיכון שלו הוא 5 אבל הסיכון התממש בפועל ולכן הסיכון שלו הוא 20. אם אני מוכן ליטול על עצמי סיכון של 5 זה הגיוני, אם אני יודע שהסיכון כבר התממש אני לא אסכים. לדוגמה חוזה לביטוח שריפה של הדירה שאדם עושה אחרי שהדירה נשרפה. החברת ביטוח מוכנה לקחת את הסיכון שהדירה תישרף, היא לא מוכנה לשלם כנגד פרמיה שמגלם את הסיכון שהדירה תישרף עבור דירה שכבר נשרפה ולכן הסיכון כבר התממש. **במובן הזה קיימת הבחנה בין עבר והווה כי יש את השאלה האם הסיכון שהצדדים כיוונו לו כבר התממש מבחינתם, בידיעה שלהם. אבל אם הצדדים לא יודעים, עבר ועתיד הם מונחים חסרי משמעות.**

בפס"ד **שלזינגר** עולה שאלה אחרת כי יש שאלה חוזית לא לגבי הביטול, לא לגבי הטעות, אלא שאלה חוזית אם הוא זכאי לפיצוי. השאלה היא מה הוא האירוע הביטוחי? לדוגמה, אפשר לחשוב על ביטוח אחריות. ביטוח אחריות זה ביטוח שמכסה את התביעה שהגישו נ׳ מישהו על אחריות שיש לו. נגיד ביטוח צד ג׳ שיש ברכב הוא ביטוח אחריות. הוא מכסה את הסיכון שפגעתם במישהו בתאונה ונגרם נזק רכוש והוא יתבע אתכם. הסיכון שהוא מכסה, האירוע הביטוחי, זה לא התאונה אלא הגשת התביעה לכאורה. לכן יכול להיות שעשינו ביטוח אחריות לשנה, במהלך השנה הזאת היתה תאונה, נגרם נזק לצד ג׳ אבל הוא לא הגיש תביעה, הוא הגיש תביעה רק אחרי שלוש שנים. ואז עולה השאלה אם אנחנו מכוסים בביטוח, כי לכאורה התאונה קרתה בזמן הביטוח, אבל התביעה התרחשה אחרי תקופת הביטוח. בהסדרי ביטוח אחריות יש הסדר מפורש שאומר שהאירוע הביטוחי הוא אירוע התביעה, אבל שהוא מכסה את כל האירועים שהתרחשו במהלך תקופת הביטוח.

עולה שאלה מקבילה גם **בפס"ד שלזינגר** - האם האירוע שמזכה בפיצוי זה המחלה או הגילוי שלה. זה שונה מהדיון שמתרחש בפס"ד **הולילנד** לגבי החקירה הנסתרת והחקירה הגלויה. בעניין החקירה הנסתרת והגלויה השאלה היא מתי התרחש האירוע שמסכל את מטרת החוזה. האם האירוע הזה התרחש כשהחקירה נהייתה גלויה או לא, ברור שהאירוע הזה התרחש בשלב החקירה עוד. אז זה לא כמו האירוע הביטוחי לעניין הפרשנות של החוזה עצמו, חוזה הביטוח **בשלזינגר נ׳ הפניקס**. במובן הזה קיימת הבחנה בין הדיון לגילוי האירוע והאירוע עצמו בשני פסקי הדין. הבחנה שהיא לא במסגרת דיני הטעות אלא במסגרת פרשנות החוזה עצמו. אם **בשלזינגר** האירוע המזכה, האירוע הביטוחי, היה המחלה, התפתחות המחלה ולא אבחון שלה, אז שלזינגר היה זכאי לפיצוי לא כי הוא ביטל עקב טעות, אלא גם אם הוא היה מבטל, עצם זה שהוא חלה במהלך תקופת הביטוח היה מזכה אותו בפיצוי. זה לא קשור לעניין הטעות, אלא הדיון שם מתקשר לעניין האירוע הביטוחי, האירוע שמזכה בפיצוי.

**טעות לעומת העדר גמירות דעת:**

**יש דיון מקביל בהבחנה בין טעות וגמירות דעת, כי טעות יכולה להיות סיטואציה שבה אחד הצדדים או שני הצדדים לא התכוונו להתקשר בעסקה הקונקרטית**. כלומר לא רק שזו טעות לגבי העסקה, אלא שבעצם העסקה מעולם לא נקשרה. למה בכלל יכול להיות שהעסקה כן נקשרה למרות הטעות? לכאורה לא היינו צריכים את דיני הטעות, היינו אומרים פשוט כל פעם שהעסקה שונה ממה שהצדדים חשבו, אז הם לא גמרו בדעתם להתקשר בעסקה הזאת. למה בכלל דיני הטעות קיימים? זה חוזר לדיון בגמירות דעת.

לפעמים הצדדים נקשרים בעסקה ששונה מהעסקה שהם רצו להיכנס אליה. היא יכולה להיות שונה מהעסקה שהם רצו להיכנס אליה כי אנחנו מפרשים את העסקה באופן סובייקטיבי וכי הפרשנות שאנחנו נותנים לגמירות הדעת היא פרשנות אובייקטיבית. בגלל זה חייבת להיות שהשאלה אם החוזה נקשר או לא נפרדת מהשאלה אם יש טעות. ואז אנחנו נגיד - **יש חוזה כי לפי המבעים האובייקטיביים של גמירות דעת יש גמירות דעת להתקשר בחוזה, נקשר החוזה. עדיין תהיה השאלה האם החוזה הזה לוקה בטעות שגורר ביטול של החוזה.** בכל זאת, מה החפיפה?

**יש מקום אחד שבו יש חפיפה די ברורה - הדוקטרינה של Non est factum.** הדוקטרינה התקבלה בדין הישראלי בפס״ד **אדלר נ׳ מנצור**. **הדוקטרינה אומרת שאם צד התקשר בהסכם, נגיד בחתימה שלו על מסמך, אבל לא היה לו שום מושג שהוא חותם על הסכם, אז לא נכרת הסכם על בסיס החתימה** הזאת פשוט כי לא הייתה לו שום כוונה שהחתימה שלו תגרום לכריתה של הסכם. בדין האנגלי זה לא יחול אם הצד שהתקשר ידע שהמסמך מכוון לעסקה, אבל טעה לגבי התוצאות המשפטיות של החתימה שלו כי אז אומרים - מה בעצם הטענה שלך? הטענה שלך זה לא שאתה לא ידעת בכלל שאתה מגיע לעסקה, אתה התכוונת להיכנס לאיזה שהוא הסכם, הטענה שלך זה שרצית להיכנס להסכם אחר ולא טרחת לקרוא את המסמך. זה לא מספיק. אתה צריך להראות איזה שהיא פעולה של הצד השני, פעולה אקטיבית שהוא לא נתן לך. שהוא הניע אותך מלקרוא את המסמך. במובן הזה גם הסתמכות עיוורת על יעוץ משפטי לא מאפשרת טענה כזאת. הלכת לעו״ד שאמר לך עזוב אל תקרא זה בסדר, אתה לא יכול לטעון שלא נעשה דבר. אתה יכול לטעון לטעות, אתה יכול לטעון לרשלנות של הייעוץ המקצועי אבל זה לא מאפשר לך להגיד שמעולם לא היתה כוונה להתקשר בהסכם. בפועל הטענה מתקבלת בנסיבות שדומות לטענות של עושק וכפיה. כלומר אתה הגעת לסיטואציה שבה החתימו על מסמך שהוא רע בצורה בלתי סבירה תוך ניצול מצוקה של הצד שמתקשר או כפיה עליו להגיע להסכם בלי לקרוא את התוכן או תוך הטעיה אקטיבית. לא הטעיה באי גילוי אלא ממש פעולות הטעיה.

**טעות הדדית:**

**טעות הדדית זה עוד מקרה של פער בין גמירות דעת והחוזה שנחתם**. בפס"ד  **Raffles v. Wichelhaus**  
האוניה Peerless ממובאי שמגיעה עם כותנה. אותו מקרה מעלה שאלות של גמירות דעת כי שני הצדדים רצו למכור ולקנות את הכותנה שמגיעה מהאוניה Peerless ממובאי, אבל היו שתי אוניות כאלה באותו שם בדיוק שמביאות כותנה ממומבאי שמגיעות במועדים שונים, וחשוב מעניין המועדים גם האיכות של הכותנה שלהם היתה מאוד שונה. יש כאן צד שאומר שהוא רוצה לאכוף את ההסכם למרות שהוא התכוון לכותנה מספטמבר, אני עומד על זה שאני אקבל את הכותנה שמגיעה בנובמבר. היא באיכות הרבה יותר גבוהה ממה שאני חשבתי שאני קונה. **ביהמ״ש, בית הלורדים, כשזה מגיע אליו אומר שזו לא שאלה של טעות, אלא אין כאן מפגש רצונות.** כשכל צד מגיע להסכם ורוצה משהו אחר, הם כאילו טסים במקביל. הם לא נפגשים אף פעם. **כשאין את מפגש הרצונות אנחנו לא נעמוד על אומד דעת הצדדים ונאכוף את הדעה המשותפת שלהם, אנחנו לא יכולים להגיד שנכרת הסכם**. בנסיבות האלה אין הסכם, אבל בגלל שהסכם נבחן לפי המשמעות האובייקטיבית של רצון הצדדים ולא לפי הרצון הסובייקטיבי שלהם, כדי שיתבטל ההסכם במקרים האלה, המסמך עצמו חייב לנקוט בדו משמעות. חייב להיות מסמך שעל פניו לא ניתן לעגן אותו ויש איזה דוקטרינה של טעות הדדית שאומרת שטעות הדדית מביאה לביטול בתנאים שבהם החוזה לוקה באי בהירות. בישראל פס״ד **עמל נ׳ שינדלר** **כולל הכרעה הפוכה** שבו הצדדים הגיעו להסכם שכירות לחדר אחד בדירה, השוכר חשב שהוא שוכר את החדר החיצוני והמשכיר סבר שהוא משכיר את החדר הפנימי. ההסכם ניתן בפשרה בהליך שהתנהל ביניהם וביהמ״ש מאשר את ההסכם ולא מעמיד אותם על הטעות, כלומר **הטעות שלהם עולה בדיון בביהמ״ש. באותו מקרה ביהמ״ש העליון מכריע שהשוכר יזכה**, אבל נראה בניגוד ל- Peerless כי זה נראה שיש חוזה שלוקה בדו משמעות וכל צד מאמץ פרשנות אחרת של ההסכם, אבל שם היה נראה שזה נוגע למערכת יחסים מאוד מורכבת עם צדדים שלישיים שמובילה את ביהמ״ש לקדם את הרצון להסדיר את היחסים באופן הזה שהוא יגיד - לא, אני מפרש את זה לפי החדר החיצוני. אז זה כאילו סותר את ההלכה האנגלית אבל בנסיבות מאוד יחודיות.

במקרים הטיפוסיים כמו שעלה **במפעל בתים טרומיים נ׳ טמסיט**, אומרים שההסכם בטל. אותו מקרה קצת דומה **לכנפי נ׳ בית הדין הארצי**. זה לא תביעה נגד המוסד לביטוח לאומי. יש שאלה בנזיקין לגבי פיצויים. הרבה פעמים תאונה מזכה בפיצויים כפולים - פעם אחת בנזיקין ופעם אחת מהביטוח הלאומי. בביטוח לאומי יש הסדר של קביעת אחוזי נכות שקובעים את סכום הפיצוי.. למה קיים פיצוי נוסף? כי הביטוח הלאומי לא נותן פיצוי מלא. הפיצוי של ביטוח לאומי הוא מאוד חסר. אז אתה זכאי להשלמה על הפיצוי המלא בתביעת הרשלנות.

מעניין מה קורה כשיש מחלוקת לגבי קש״ס או לגבי אחוזי נכות, שאז הקביעה של מקום אחד, נגיד הביטוח הלאומי, יכולה להשפיע על פסיקת הפיצויים בביהמ״ש ולהפך. הקביעה של אחוזי נכות, של הקש״ס בביהמ״ש יכולה להשפיע על הביטוח הלאומי. באותו מקרה היה תביעה נזיקית רגילה, ובתביעה הנזיקית הגיעו לפשרה, הפשרה בין השאר היתה על סמך הטענה שקיים ספק לגבי הקש״ס בין האירוע העוולתי לבין הנזק, והיה שם אי בהירות לגבי מה שיקרה אם יהיה הליך בביטוח הלאומי. התובע חשב שאם הביטוח הלאומי יקבע שיש קש״ס אז הוא יוכל להגיש תביעה ליתרת הפיצוי והנתבע חשב שזה סוגר את כל הסיפור. שתשלום הפשרה במקרה הזה סוגר את הדיון ביניהם. אותו מקרה הגיע למוסד לביטוח לאומי, המוסד לביטוח לאומי קבע שיש קש״ס בין התאונה והנזק והוא מגיש תביעה נוספת וביהמ״ש העליון אומר - לא, הצדדים התכוונו לדברים שונים במועד ההחלטה ובעצם לא היה מעולם קיבול, לא היה מפגש רצונות. פתרו את זה במסגרת הדיון על הצעה וקיבול.

**טעות משותפת:**

**טעות משותפת זה כששני הצדדים חולקים טעות. הם טועים לגבי העולם, ולשניהם יש מיסקונספציה של העולם ואותה מיסקונספציה**. במשפט האנגלי כשהטעות הזאת היא לגבי נתון עובדתי שעליו מושתת החוזה, שהוא ביסודיות החוזה, גורר ביטול אוטומטי.. בארה״ב בתנאים האלה החוזה ניתן לביטול. **יש לשים לב שאם הטעות היא משותפת לגבי תוכן החוזה, זאת טעות סופר.** לדוגמה, שניים רוצים לעשות חוזה מכר ובטעות הם כותבים חכירה ולא מכר. הם שניהם התכוונו למכר. יש להם טעות לגבי תוכן החוזה ביניהם. טעות כזאת משותפת לגבי תוכן החוזה ששניהם יודעים למה הם התכוונו, היא בעצם טעות סופר.

דוגמה אחת לטעות משותפת היא בפס״ד **Sherwood v. Walker** - היתה עסקה למכירת פרה ושני הצדדים סברו שהפרה עקרה. לאחר כמה זמן התברר שהפרה בהיריון והמחיר שלה הוא הרבה יותר גבוה (750$) ממחיר של פרה עקרה (80$) - פי 10. Walker, שהוא היה המוכר לא רצה למכור את הפרה ל- Sherwood. Sherwood הגיש תביעה ונפסק לטובתו. Walker ערער על הקביעה הזאת וטען שהייתה טעות משותפת במהלך הכריתה ובערעור נפסק לטובת Walker כי **זאת ממש טעות במהות הממכר ולא באיכות של הפרה.** זאת ממש פרה x ופרה y ולכן אפשר לבטל את החוזה.

השאלה תהיה האם הטעות היא ביחס לתכונה או ביחס לזהות של הממכר. ביהמ״ש אומר כשהטעות היא ביחס לתכונה במשפט האמריקאי אין זכות ביטול, אבל אם ביחס למהות הממכר יש.

איך היינו מפרשים את זה בישראל? צריך לחשוב על אותו פס״ד בדיוק שהיה ניתן פה. ע"פ העמדה של **קרצ׳מר** - 14(א) **חל לגבי טעות על ידיעה של הצד השני שהצד הטועה הטעות שלו היא יסודית**. יש טעות משותפת, שני הצדדים טועים לגבי העקרות, אבל שני הצדדים יודעים ששאלת העקרות זה שאלה יסודית. לכן לפי קרצ׳מר זה מספיק כדי להחיל את 14(א) ולהביא לביטול של ההסכם. כל צד, כי שניהם הם הצד הטועה, רשאי להביא לביטול של ההסכם כי הצד השני יודע שהשאלה הזאת היא שאלה מהותית.

העמדה של **גבריאלה שלו** - 14(ב). **טעות משותפת היא טעות שבו כל צד טועה והצד השני לא ידע על הטעות** (שניהם לא יודעים כי הפרה לא עקרה).אם זו טעות שכל צד טועה והצד השני לא ידע עליה, אז ביהמ״ש רשאי לבטל והוא רשאי לפסוק פיצוי ויש עניין של שיקול דעת.

ד״ר פלד חושב ששניהם טועים וששניהם צודקים, תלוי איך מסתכלים על זה. זה יכול להיות 14(א) - **יש צד שטעה לגבי הממכר והצד השני היה צריך לדעת. הוא לא ידע על הטעות, הוא גם טעה. אבל הוא לא היה צריך לטעות, הוא רשלן**. אם הוא היה פועל באופן סביר לאיתור המידע הוא היה צריך לדעת שהוא טועה וממילא גם לדעת שהצד השני טועה גם. במקרה הזה חל 14(א) וניתן לבטל. יש לשים לב שצריך לדעת כאן כמה דברים: גם שהוא היה צריך לדעת את האמת כי הוא לא יודע, הוא טועה גם. וגם שהוא היה צריך לדעת את הטעות של הצד השני, וגם את היסודיות של הטעות. **אם שני הצדדים טועים ושניהם לא היו צריכים לדעת, לא רק לא היו יודעים, אלא גם לא היו צריכים לדעת לגבי האמת ולגבי הטעות של הצד השני,** אז אנחנו מצב של 14(ב) ואז גבריאלה שלו צודקת. בסיטואציה הזאת ביהמ״ש רשאי לבטל אבל לא חייב לבטל.

ד״ר פלד חושב שבמקרה הזה אולי נכון להחיל את 14(א). זה מקרה קיצוני שבו לשני הצדדים מאוד מאוד ברור שהם כורתים עסקה למשהו אחר לגמרי. זה מקרה שנכנס לטעות ולא לגמירות דעת אז אפשר לחשוב עליו כעל מקרה של 14(ב) אבל שבנסיבות הקיצוניות האלה מה שראוי שביהמ״ש יעשה זה יאפשר ביטול מלא של ההסכם. זאת זכות שמוקנית לו גם לפי 14(ב), הוא לא מוגבל.

דוגמה נוספת למקרה של טעות משותפת זה פס״ד **McRea v. Commonwealth Disposals** יש מוכר של מכלית דלק והוא אומר לקונה, אני מוכר לך את המכלית דלק והמיכלית דלק נמצאת אי שם בים, תמצא אותה. הים גדול אבל הקונה מסכים והם נכנסים להסכם שבו המוכר מוכר לו את המיכלית והוא מוצא את המכלית ורוכש בה בעלות. הוא מחפש אותה ומוצא, אבל זה לא מיכלית זה איזה שהיא גרוטאה מלאה בחורים שלא יכולה לשוט שני ק״מ. אז הוא אומר רגע, מילא הסיפור החוזי - ביטלנו, יש השבה. אין בעיה. אבל הוא רוצה פיצוי על כל ההוצאות של החיפוש שלו, הוא השקיע חצי שנה בים ובכוח אדם כדי לאתר את המיכלית ואין מיכלית בכלל. הוא רוצה הוצאות הסתמכות. אבל המוכר אומר - לא, החוזה לוקה בטעות משותפת ואין חוזה, לכן הוא בטל. למה? כי חשבנו שיש מיכלית, גם המוכר האמין בתום לב שיש מיכלית ואין. אז אין חוזה. ביהמ״ש אומר - **גם אם נקבל את הטענה שיש טעות משותפת, אפשר להגיד שבכלל אין טעות. יש כאן הפרת חוזה. התחייבת שיש בים מיכלית ואין, הפרת את החוזה**. אבל גם אם נחשוב שיש טעות משותפת, הם טעו במצב הדברים. הטעות של הקונה נובעת מזה שהמוכר גרם לו לטעות. כלומר הוא אמר לקונה תשמע, יש מיכלית בים. הוא טעה וגרם לו לזה, אבל זאת לא טעות שהיא נפרדת. הוא יצר את המצג שגורם לטעות אצל הצד השני. **המשמעות הרחבה זה כשצד אחד לוקח על עצמו אחריות למצב העניינים העובדתי, כשאני רושם משהו ברשימת המצגים, אני יוצר מצג כלפי הצד השני, זה שטעיתי לא מזכה אותי בטענת טעות כי אני לקחתי על עצמי את האחריות לזה שהמצג נכון. אז טעות משותפת כשצד אחד התייחס אליה ברשימת המצגים, כלומר לקח על עצמו אחריות ביחס למצב העובדתי, מונעת ממנו להסתמך על הטעות ולטעון לזה שיש טעות משותפת.**

בארץ כנראה שהייתה מתקבלת אותה התוצאה. המוכר התחייב למכור אז הוא נטל על עצמו את הסיכון ביחס לממכר. בכל מקרה אם זו טעות משותפת, אז זה טעות של 14(ב) כי אנחנו לא חושבים שהקונה ידע או היה צריך לדעת על הטעות של המוכר. ואם זה טעות ביחס ל- 14(ב), אז פתרון אפשרי זה להגיד - גם אם אנחנו מאפשרים לך המוכר לבטל, אתה עדיין צריך לשלם פיצוי לפי ס׳ 14(ב) שאומר שביהמ״ש רשאי לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.

דוגמה אחרת לטעות משותפת שמגיעים בה לתוצאה אחרת היא בפס״ד **Wood v. Boyton** - הסיפור הוא ש- Wood מוכרת אבן לקונים Boyton. תוך כדי העסקה לא המוכר ולא הקונים ידעו מה הערך האמיתי של האבן ומה הסוג שלה. לאחר כריתת עסקת המכר מתברר שהאבן היא יהלום בשווי מאוד גבוה של 700$ שנמכר תמורת 1$. המוכרת פנתה לקונים וביקשה להחזיר את האבן שנמכרה פלוס ריבית של 10 סנט אבל הם סירבו להחזיר את האבן. המוכרת הגישה תביעה וביהמ״ש פסק לטובת הקונים מתוך הסברה שרק מרמה או טעות יכולים לבטל את העסקה ולא היה כאן מרמה או טעות.

למה רק מרמה יכול להביא לביטול העסקה? מה היה הבסיס לקביעה של ביהמ״ש? מה ההבדל בין המקרה של Wood והמקרה של Sherwood? למה ביהמ״ש פה אומר לא לפסול, מה הרציונל? העסקה מתקיימת. למה הוא לא מבטל את העסקה? למה ביהמ״ש לא אומר שיש כאן טעות משותפת? הם שניהם חשבו שמדובר באבן ששווה דולר, האבן שווה 700 דולר, פי 700 מהעסקה. למה הוא אומר ל- Wood בעיה שלך, את לא מקבלת חזרה את האבן. יש הבדל דרמטי לגבי הטעות שלהם. **ב- Sherwood הם אומרים - אנחנו רוצים פרה עקרה ומתברר לנו בדיעבד שטעינו, הפרה בהיריון. אז טעינו לגבי מצב העובדות בעולם**. ב- Wood לא טעינו. **ב- Wood הדיון על מה האבן הוא דיון ער בין הצדדים. הוא אומר לה אני לא יודע מה זה, נראה לי שזה טופז, אני מוכן לתת לך על זה דולר. כלומר אני לוקח את האבן וכולל בתוכה את הסיכון והסיכוי שזה משהו אחר.** היא אומרת אני לא מוכנה למכור לך, אני צריכה לחשוב על זה ולוקחת יומיים. מתלבטת, חושבת אומרת לו שהיא בקושי כלכלי. היא יכלה לקחת את זה לבדיקה, היא אמרה גם שהיא עשתה איזה שהוא בירור, היא יכלה לברר מה השווי של האבן. היא לא עשתה את זה. היא באה אליו אומרת טוב בסדר קח בדולר. ביהמ״ש משתכנע שלא היתה שום כוונת מרמה, הוא באמת לא ידע. ואם הוא באמת לא ידע, אז אומרים מה הטעות פה? הטעות המשותפת שלהם היא לא באמת טעות. הם שניהם לא ידעו, שניהם עשו עסקה על הסיכוי שהאבן היא משהו אחר. היא עשתה עסקה על זה שזה חצץ, והוא עשה עסקה על זה שזה יהלום, אולי. שניהם אקס אנטה הרוויחו. הוא רצה את הסיכוי שיש אבן יקרה והיא רצתה דולר, וזה היה שווה לה יותר מהסיכוי שמדובר באבן יקרה.

**טעות חד צדדית:**

**צד אחד טועה, צד שני לא. יש הבדל בין הצד שיודע או צריך לדעת על הטעות של הצד השני ועל היסודיות של הטעות**. נכנס לס׳ 14(א) ויכול גם להיכנס לס׳ 15. במידה והוא לא יודע אז זה ס׳ 14(ב).

**המקרה הקשה הוא המקרה של 14(ב), המקרה שיש צד אחד שטועה והצד השני שלא יודע שהוא טועה ואפילו לא אמור לדעת שהוא טועה**. במשפט האנגלו-אמריקאי, אין זכות לסעד אבל יש זכות לסעד ב- equity המשמעות של זכות לסעד ב- equity זה שביהמ״ש בוחן את האינטרס הלגיטימי של שני הצדדים ובנסיבות שיש טעות חד צדדית שהצד השני לא ידע עליה, אז הוא יאפשר לפעמים לצד שטעה לא לקיים את החוזה והוא לא יאכוף אותו. אז לא יתנו אכיפה בעין כי זה יהיה בלתי הוגן בנסיבות העניין במקבילה הישראלית. למה? כי החוזה מבוסס על טעות.

**טעות משפטית:**

המקרים של **Wood ו- Sherwood** הם מקרים מאוד פשוטים שמדברים על טעות ביחס לעובדה. נגיד יש ממכר והטעות שלנו היא ביחס לזהות הממכר או תכונה של הממכר. השאלה היא מה קורה אם הטעות היא ביחס לדין, טעות משפטית. אנחנו רואים בבג״צ **כנפי נ׳ בית הדין הארצי לעבודה, שיש אפשרות ביטול גם עקב טעות בדין.** באותו מקרה לא היה בכלל מדובר על חוזה, אלא היה מדובר על החלטה של צד בהליך משפטי לבקש גמלה או לבקש מענק חד פעמי. האמונה שלו היתה שאם הוא יבקש מענק חד פעמי ויש החמרה הוא זכאי לעוד מענק. זה היה הדין באותה תקופה. ביה״ד לדיני עבודה מפרש את הדין באופן אחר וקובע שבעצם לא, מענק זה רק חד פעמי. ביהמ״ש העליון מתגבר על הקושי דרך ס׳ 61(ב). הוא אומר - לא, אפשר לבטל גם פעולה אחרת שהיא לא חוזית עקב טעות, וטעות היא גם טעות שבדין לפי ס׳ 14(ד) שאומר לנו שטעות שבדין היא טעות.

**טעות בזהות המתקשר:**

**טעות לא לגבי מצב הממכר אלא לגבי מי הצד השני לעסקה.** זה קורה לפעמים כשמתקשר בהסכם הוא עו״ד בשם אחד הצדדים שנשאר בלתי מזוהה. יש מקרים כאלה, מגיע עו״ד ואומר - הלקוח שלי להישאר עלום שם רוצה לרכוש את הנכס. **בגרוסמן נ׳ כספי** - היה מצב של עו״ד שייצג צד לעסקת מכר מקרקעין, לא גילה את זהות הצד שקונה, והתברר שזה השכן ששנוא מאוד על המוכר. הם היו בריב דמים. המוכר מעוניין לבטל את ההסכם, ביהמ״ש דן ואומר - חל ס׳ 15. העו״ד ידע שזה חשוב לו, הוא ידע שהוא לא יכנס להסכם, הוא הטעה אותו בכוונה כשהוא לא סיפר לו, ולכן יש זכות ביטול. אפשר להגיד שכשעו״ד בא ואומר - אני מייצג צד שישאר עלום שם, זה כמו הטלת הסיכון על הצד השני, שהוא שונא את המתקשר. אבל כאן זה לא סתם סיכון, אלא העו״ד שמייצג את הצד השני יודע שזה ודאות מוחלטת שהוא שונא ובגלל זה הם גם מבצעים את הפעולה הזאת. **ביהמ״ש אומר שזו לא חלוקת סיכונים. זה הטעיה ממש.**

**סעדים:**

**מה קורה אם יש טעות לפי 14(ב)? ביהמ״ש רשאי לתת ביטול, רשאי לפסוק ביטול והשבה, אבל הוא צריך לבדוק לפי הפגיעה היחסית בצדדים.** **הוא יכול לשקול שיקולי מאזן הנוחות. הוא גם יכול לשאול על האשם היחסי של הצדדים - מי גרם לטעות שלהם.** יש הבדל בין מאזן הנוחות ואשם הצדדים. **מאזן הנוחות זה בדיקה אקס פוסט, זה להגיד מי יפגע יותר מהביטול.** האם המבטל יזכה ליותר מהנזק שיגרם לצד השני עקב הביטול במקרה הזה. **בדיקת האשם היחסי תהיה - מי אחראי לטעויות האלה?** לטעות של הצד שטעה. מי יכול היה למנוע אותה ביותר זול? איך אני מחלק את האשם ביניהם. זאת בדיקה אקס אנטה. שני השיקולים האלה באים לידי ביטוי בהחלטה אם לבטל חוזה לפי 14(ב). **לכאורה גם הצדדים יכולים להתנות על הביטול בנסיבות של טעות ביחס לעובדה נגיד, כמו בתניית as-is שיכולה להתפרש כהתניה על זכות הביטול של צד שטועה**. אני טעיתי והצד השני לא ידע על הטעות, אני מבקש לקבוע שאני לא רשאי לבטל כי אני נושא במלוא האחריות לטעויות, אני מצהיר שביצעתי את כל הבדיקות של הממכר.

**במקרה של ביטול לפי 14(א), יכול להיות גם אפשרות לפסיקת סעדים לפי ס׳ 15. ס׳ 14(א) במיוחד אם היתה ידיעה בפועל ורק אם היתה ידיעה בפועל, יכולה להיות הפרה של חובת תום הלב.** כלומר, אני יודע שהצד השני טועה, אני יודע שהטעות היא יסודית עבורו, אני לא מעמיד אותו על טעותו. לא רק שזה מקנה לו את זכות הביטול, אלא גם מאפשר לו פיצוי על נזקים שנגרמו לו עקב המו״מ, עקב כריתת החוזה.

**טעות וסיכול החוזה:**

סיכול חוזה זה הסדר תרופתי. זה **ס׳ 18 לחוק התרופות שאומר - שאם ההפרה היתה תוצאה של נסיבות שהמפר לא ראה בעת כריתת החוזה ולא היה עליו לדעת עליהן. קיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי אז לא תהיה הפרה עילה לאכיפה, או לפיצויים. כלומר הוא מהווה ביטול של החוזה**. דה פאקטו, זה ביטול עקב טעות לגבי מצב דברים עתידי. מצב הדברים הזה יהיה האירוע המסכל. בישראל יכולה להיות תחולה מקבילה לפעמים של ס׳ 18(א) ו- 14(ב). **18(א) יהיה האירוע המסכל, שהוא גם הטעות המשותפת של הצדדים.**

סיכול מטרה:

**לעיתים נכרת חוזה לשם הגשמת מטרה ספציפית, אבל כתוצאה מאירוע חיצוני המטרה מסוכלת**. לדוגמה, העניין של הבניין לשימור אפשר לחשוב עליו כעל אירוע מסכל. העסקה נועדה לבנות בניין דירות, והאירוע - הבניין שנהפך לבניין לשימור - מסכל את האפשרות להפוך אותו לבניין דירות. בדין האנגלי נכנס תחת טעות משותפת. הדוגמה בדין האנגלי של סיכול מטרה הגיע מפסיקה על השכרה קצרת טווח של דירות לצורך צפייה בתהלוכת הממלכה. כשמומלך מלך או מלכה חדשים יש תהלוכה ברחובות לונדון וזה נורא כיף לעמוד במרפסת של הדירה ולצפות בתהלוכה. היו משכירים במאות פאונד שכירות של חצי שעה בדירה שכל התכלית של השכירות היתה לצפות בתהלוכה. המקרים שהגיעו לפסיקה היו מקרים שבהם תוואי התהלוכה זז, אז היו הולכים לצעוד ברחוב אחד והשכירו שם את כל הדירות במאות פאונד לשעה כדי לצפות בתהלוכה, אבל התוואי זז לרחוב מקביל וכבר לא ניתן לצפות משם בתהלוכה ואז **ביהמ״ש אומר - התכלית של החוזה סוכלה ולכן יש טעות של הצדדים. הטעות ביחס לאיפה מתקיימת התהלוכה, מאפשר ביטול של החוזה והשבה ההדדית.**

בדין הישראלי יש שאלה מה הדין לגבי סיכול מטרה. זה לא נכנס תחת ס׳ 18 לחוק התרופות. **ברק מדינה אומר שצריך לתת לס׳ 18 פרשנות תכליתית**. חוק דיני ממונות (הצעת חוק) אימץ לתוכו את הדוקטרינה של סיכול מטרה. **גבריאלה שלו אומרת שלא צריך, כבר היום זה קיים תחת ס׳ 39 לחוק החוזים**. קיום בתום לב אומר אתה יודע שהמטרה של הצד השני סוכלה, אתה לא יכול לעמוד על קיום החוזה.

יש מקרים כמו ס׳ 16(ב) לחוק חוזה ביטוח שקובעים הסדר קונקרטי שהוא בפועל סיכול מטרה. ס׳ 16(ב) אומר שאם הסיכון שהביטוח מכסה נהיה בלתי אפשרי, המטרה של הביטוח סוכלה כי כבר אין נכס להגן עליו, לבטח, אז החוזה בטל וכל צד זכאי להשבה.

**תיקון הטעות:**

**לא ניתן לבטל חוזה עקב טעות אם הצד השני יכול לתקן את הטעות, הצד שלא טעה, לפי ס׳ 14(ג).** אבל זה לא חל על הטעיה. אומרים לפי ס׳ זה - ס׳ 14. אז הטעיה מזכה בביטול גם אם ניתן לתקן את ההטעיה, והטועה רשאי להחליט אם הוא עומד על התיקון או רוצה לבטל. הזכות לבטל עומדת לו.

זה עוד משמעות להבחנה בין 14(א) ו- 15 וזה גם הסבר אסטרטגי למתי אני ארצה לתבוע גם לפי ס׳ 15 או לפי ס׳ 14(א) - אני אגיד אני לא מעוניין לאפשר לצד השני הזדמנות לתקן.

**אכיפה:**

בנסיבות שבהן לא ניתן לבטל חוזה עקב טעות (ס׳ 14(ב)), ביהמ״ש קובע שהוא לא מבטל את החוזה, עולה השאלה אם ניתן לדרוש אכיפה. **באבדני נ׳ קסוטו** **נקבע שטעות לגבי ממכר שלא מזכה בביטול, לא תאפשר אכיפה.** הצד שלא טעה לא יכול לכפות את ביצוע החוזה על הצד השני, זה יהיה לא צודק בנסיבות העניין כי החוזה מבוסס על טעות.

**פגמים בכריתת חוזה - הטעיה:**

**ס׳ 15 אומר - מי שהתקשר בחוזה עקב טעות שהוא תוצאה של הטעיה שהטעהו הצד השני או אחר מטעמו, רשאי לבטל את החוזה**. **הטעיה היא לרבות אי גילוי של עובדות אשר לפי דין, נוהג או נסיבות היה על הצד השני לגלותן.**

אנחנו צריכים לשאול מה זה התקשר בחוזה עקב טעות שהוא תוצאת הטעיה, מה זה הטעהו הצד השני או אחר מטעמו, ומה הם מצבים שבהם אי גילוין של עובדות מהווה הטעיה, כשהגילוי נדרש לפי דין, נוהג או נסיבות.

**שאלת יסודיות הטעות:**

**ס׳ 15 בשונה מס׳ 14, לא דורש שהטעות תהיה יסודית. כלומר, אדם שהוטעה, טעה והתקשר בחוזה, רשאי לבטל גם אם המטעה לא יודע ולא היה צריך לדעת שהטועה לא היה מתקשר בחוזה אלמלא הטעות**. כלומר גם אם באופן אובייקטיבי הטעות הזאת לא היתה מהווה בסיס לביטול. אפשר לחשוב על הדוגמה של צבע הריפוד ברכב. רוב האנשים לא היו בוחרים לא לקנות רכב חדש כשהם מרוצים מכל המפרט והמחיר של הרכב, אם היה מתברר להם שיש ריפוד בצבע מסוים באוטו. אבל יש אנשים שעבורם זה יהיה מספיק הטעות הזאת כדי לבטל. זה אומר שאם נוצרת טעות כזאת וחלים התנאים של ס׳ 14, לא קמה זכות ביטול אלא אם כן המוכר ידע שזה משהו חשוב. אבל, אם חלים התנאים של הטעיה ע"פ ס'15 אז צומחת זכות ביטול.

**אם יכולה להיות הטעיה בתום לב אז צומחת פתאום זכות ביטול כשהגורם שמטעה בתום לב ולא ברשלנות לא היה צריך לדעת שזה איזה שהוא משהו מהותי לצד השני.** בארה״ב הפתרון לפי ס׳ 162 לריסטיימנט או שהטעיה היא זדונית ואז מותר לבטל גם אם היא לא יסודית, או שהטעיה היא בעניין יסודי ואז אפשר לבטל גם אם היא לא זדונית. אבל אם היא לא זדונית, היא בתום לב ולא יסודית, אין אפשרות לבטל. **בפועל בישראל גם אם אין דרישה מפורשת, ביהמ״ש לא ממהרים להכיר בזכות ביטול כשההטעיה היא לא יסודית. היבוא של יסודיות ההטעיה נכנסת דרך דרישת הקש״ס.** כלומר, הדיון ביסודיות הטעות עובר מהמישור המהותי כמו שהוא קיים בס׳ 14, למישור הראייתי. **המוטעה יכול לבטל אם ההטעיה היא לא יסודית, אבל ביהמ״ש מניח שאם ההטעיה היא לא יסודית זה לא היה מונע ממנו להתקשר. כלומר הוא מכניס את זה כחזקה עובדתית ולא משפטית שבנסיבות האלה החוזה היה מתקיים והטועה לא היה מעדיף לא לכרות את החוזה, ואז יש דרישה שקשה לעמוד בה להראות שהוא לא היה מתקשר בחוזה למרות זאת.**

דוגמה ליסודיות הטעות ואיך היא יכולה להיכנס בדלת האחורית - **ולנטין נ׳ ולנטין**. מדובר בזוג נשוי שניסה להיכנס להיריון. האישה ביקשה מהבעל שיעביר חצי מהדירה על שמה וגם הפסיקה את טיפולי הפוריות. אח״כ מתברר שהיא נסעה לאילת ולא גילתה לבעלה שהיא נוסעת לשם עם ידיד. הוא העביר לה חצי מהדירה ואח״כ הם החליטו להתגרש. הוא העביר לה גם מזונות. הם קבעו הסכם גירושים. הם הלכו אח״כ שוב לבית דין רבני וערכו הסכם שני שביטל את ההסכם הראשון ובהסכם הזה נקבע שהדירה נשארת שלו והיא מקבלת 100,000$, מיטלטלין שונים ואת החצי שלה על האוטו המשותף. הם עשו הסכם שלישי שביטל את ההסכם השני שאומר שהיא מקבלת את הדירה ואת שתי המכוניות. אח״כ הוא גילה שהיא נסעה לאילת עם ידיד והחליט לחזור בו מההסכם.. הוא טוען שהיא הטעתה אותו בכך שהיא אמרה לו שהיא רוצה להקים איתו משפחה אבל בעצם גם הפסיקה את טיפולי הפוריות וגם לא גילתה לו מה קרה באילת והוכח שהיא היתה בחדר עם ידיד שלה.

**ביהמ״ש מבחין בין ההסכמים ואומר שלא היתה הטעיה בפועל שהובילה להתקשרות. כלומר שכן היתה הטעיה, אבל ההטעיה לא קשורה סיבתית**. היא אמרה שהיא נוסעת עם הידיד שלה והבת זוג שלו לאילת ובפועל זה היה בלי הבת זוג שלו. היא אמרה גם שהם ישנים בחדרים נפרדים ובפועל היא ישנה איתו באותו החדר. אז ביהמ״ש קבע שהיה כאן מידע שהיא מסרה שהוא שקרי, כלומר **היתה הטעיה, אבל הוא אומר שלא מתקיים קש״ס בין ההטעיה ובין כריתת החוזה**. איך זה יכול להיות שלא מתקיים קש״ס סיבתי בין ההטעיה ובין הכריתה? הם אומרים שההטעיה לא קשורה סיבתית לכריתה של ההסכם השלישי. ההסכם השלישי זה ההסכם שהוא מבקש לבטל, ההסכם שקיים שבו הוא קובע שהוא נותן לה את הדירה שהם גרו בה. ההסכם הזה שבו הוא אומר שהוא ייתן את הדירה שהוא גר בה, זה הסכם שנוצר כבר בשלב הגירושין, ובשלב הגירושין ממילא צריך לעשות חלוקת נכסים ולכן לסיפור של ההטעיה שאולי קשורה להסכם הראשון, אין קש״ס להסכם השלישי.

אפשר להתווכח עם המסקנה של ביהמ״ש גם לעניין הקש״ס. הבעל אומר שהסכם שלוש נכרת כי הוא האמין שהסכם שתיים תקף. כלומר, היתה לו דילמה, הוא היה אמור לפי הסכם שתיים לתת לה 100,000$, והוא האמין שיש לו חובה לתת את ה- 100,000$ כי יש לו חובה לפי הסכם שתיים, יש לו אמונה בתוקף של חובה לפי דין. אם הסכם שתיים לא תקף אז האמונה הזאת שגויה, היא תוצאה של טעות ואז לכאורה אמורה להיות זכות ביטול. למה שזה יהיה טעות? למה הסכם שתיים לא תקף? כי הסכם שתיים מבוסס על אמונה בתוקף של הסכם אחד, ואם הסכם אחד לא תקף אז התוקף של הסכם שתיים גם לא תקף ואז גם התוקף של הסכם שלוש לא תקף. אז השאלה תהיה האם הסכם אחד נכרת כתוצאה מטעות? מה היה בהסכם אחד? הסכם אחד נכרת על סמך ההנחה שאנחנו הולכים להסדיר את היחסים בינינו, שיש לנו רצון לקיים יחסים משותפים וחיים משותפים, שבוע לפני שהאישה דורשת גירושין. ביהמ״ש יוצא מנקודת הנחה שהחיים הם הפכפכים ויש כאלה שמשנים את דעתם תוך שבוע. עדיין באותה נקודת זמן ההסכם הזה נכרת תוך הטעיה משמעותית, הטעיה ביחס לאירועים שהתרחשו באילת. אפילו אם היה ידוע האירועים, ויש שאלה לגבי האם הבת זוג קיימה יחסים עם החבר של המשפחה בזמן שהם היו באילת באותו חדר. נשים את כל הדיון הזה בצד ונניח שכל ההסכמות של ביהמ״ש הם לטובת בת הזוג, ברור אבל וזה מוסכם על כולם שהיא שיקרה לגבי האירועים שהתרחשו שם. גם לפני וגם בדיעבד. הוא אומר - יש כאן שאלה של עד כמה המידע הזה הוא משפיע? כנראה שעל הבעל הוא היה מאוד משפיע. ולמה אנחנו חושבים שעל הבעל הוא היה מאוד משפיע? עצם זה שבת הזוג שלו שמכירה אותו, שיודעת את התחושות, את החששות שלו, מחליטה לשקר ביחס למה שהתרחש, עצם זה שזה בכלל עולה לדיון, מראה שזה עשוי להפריע לו. זה שזה נערך בסמיכות כ״כ גדולה לחתימה על ההסכם מעלה את החשש שזה לא רק טענה שעולה אח״כ, אלא משהו שגם הפריע לפחות באופן סובייקטיבי גם בזמן אמת.

**מה ביהמ״ש אומר? הוא אומר לא, הסכם אחד הוא בעצם לפני ההחלטה להתגרש, הוא מנותק לחלוטין מהסכמים שתיים ושלוש.** זה מהלך קשה כי אלמלא הסכם אחד, יש את הדירה שהיא רק בבעלותו והיתה שייכת לבן הזוג לפני הכניסה לנישואים בתקופה שבה בנסיבות האלה היא לא טעונה חלוקה מחדש. לכאורה לפני שנכרת הסכם אחד, בשעת הגירושים אין לו שום אינטרס להעניק זכויות עודפות במסגרת הסכמים שתיים ושלוש ולכן יש קש״ס בין הסכם אחד להסכמים המאוחרים.

דרך להצדיק את ההלכה שיצאה מהעליון זה להגיד - הוא לא טען את זה. הוא היה צריך לטעון. אם הוא היה טוען את זה אז אולי היו פוסקים למרות שהדברים האלה מופיעים במשתמע לפחות מתוך הפס״ד.

**דוגמה נוספת להחדרה של יסודיות הטעות בדלת האחורית** היא בפס״ד **פופסקו נ׳ עיריית חיפה** - באותו מקרה עולה חדש מעוניין להקים פארק שעשועים בחיפה. בזמן המו״מ הוא נדרש להוכיח את היכולת הכלכלית שלו. הוא אומר שיש ברשותו מיליון לירות, בפועל יש לו בערך 300,000 לירות. **ביהמ״ש אומר שהמצג תרם לנכונות של עיריית חיפה להתקשר בחוזה בפועל, אבל לא נותנים סעד של ביטול לעירייה. ביהמ״ש אומר - נכון, אתם שאלתם כמה כסף יש לו בבנק. אבל אתם גם הכנסתם בתוך החוזה המון מנגנונים שאמורים לכסות את העירייה מפני הסיכון שלפופסקו אין את הכוח הכלכלי להשלים את החוזה.** כלומר לעירייה לא היה מה להפסיד מההתקשרות החוזית. בנסיבות האלה אפילו שלהם סובייטקיבית זה היה חשוב, עירייה סבירה היתה מתקשרת בחוזה הזה על אף הטעות. כלומר אף אחד לא היה חושב לעצמו - אני לא הולך להתקשר בחוזה אם אין לו מיליון לירות, כי זה לא משנה לי כמה כסף יש לו. **בעצם הם מכניסים את שאלת יסודיות הטעות בדלת האחורית. דרך הקש״ס.**

במשפט האמריקאי יש דרישה ליסודיות של הטעות אם הטעות היא בתום לב או דרישה להטעיה מכוונת. בישראל אין דרישה כזאת, **ההטעיה יכולה להיות לא מכוונה ולא יסודית. בפועל, כשהטעיה היא בתום לב אז ביהמ״ש מכניס את דרישת היסודיות דרך שאלת הקש״ס.** הוא אומר - האם הטועה היה מתקשר בחוזה למרות זאת? והוא אומר לא, בנסיבות האלה אני יכול להניח שהיית מתקשר בחוזה למרות זאת, למה? היא הטעות היא לא יסודית.

**יש לשים לב שיכול להיות מצג שווא רשלני בתום לב.** כלומר לא היתה כוונה להטעות, אדם סביר בנסיבות האלה לא היה מטעה. אפשר לחשוב על מישהו שמפרסם תמונות של הרכב, אבל הוא בטעות מפרסם תמונות של רכב אחר זהה בכל הפרמטרים חוץ מצבע הריפוד. כל בן אדם סביר לא היה שולח את התמונות האלה, אבל זה לא היה באיזה שהיא כוונה להטעות לגבי צבע הריפוד. זה היה רשלני, אבל בתום לב. באותה דוגמה **יכול להיות מצג שווא שהוא לא רשלני והוא בתום לב**. כלומר שמוסר מצג השווא לא חשב שהוא מטעה וזה גם היה טעות תמימה ולא רק שטעות תמימה גם הוא לא יכול היה להימנע ממנה. אמצעים סבירים לא היו מונעים את הטעות הזאת. האם יש אפשרות לבטל? **פרידמן, כהן ושלו סבורים שבדין הישראלי אין דרישת יסודיות של הטעות, מותר לבטל בכל מקרה**. הבעיה שזה יוצר קושי מבחינת תמריצים של הצד השני. אפשר לחשוב על מקרה שבו יש צד שיכול לברר את המצג בעלות מאוד נמוכה, הצד שטועה, הוא יכול לברר את נכונות המצגים מאוד בלקלות ואפילו אנחנו מצפים ממנו לעשות את זה. אם זה היה טעות, הוא לא היה מקבל סעד במקרה הזה כנראה. אם זה הטעיה לכאורה פתאום נוצרת לו אפשרות לקבל סעד של ביטול. **יכול להיות שהפתרון זה שבמקרים של טעות לא יסודית, שהצד המטעה לא עשה את זה בזדון אלא בתום לב והצד השני היה יכול למנוע את זה בקלות, צריך להכריע לפי 14(ב) ולא לפי ס'15. כלומר זה מקרים עקרונית היינו חושבים עליהם ששייכים לקבוצה של 14(ב), כלומר מקרים שבהם הצד שלא טעה לא ידע ולא היה צריך לדעת על הטעות של הצד השני.**

**הטעיה מטעמו של אחר:**

**ס׳ 15 מתייחס למקרים שבהם צד טועה והצד השני הטעה אותו, או אחר מטעמו**. ואז השאלה היא מה המשמעות של אחר מטעמו? ברקע של זה צריך לבחון את ס׳ 2 לחוק השליחות. חוק השליחות מדבר על יחסים בין שולח ושלוח. שולח הוא המנהל או הגוף ששולח סוכן מטעמו לבצע פעולות בשמו. שליחות בדר״כ נוצרת באמצעות ייפוי כוח. עו״ד פועלים באמצעות ייפוי כוח ולכן עו״ד ככלל הם שלוחים של הלקוח, גם לענייני כריתת חוזים. ס׳ 2 לחוק השליחות אומר ששלחו של אדם כמותו, פעולות השלוח לרבות ידיעתו וכוונתו מחייבת ומזכה את השולח. אז **כל פעולה שעשה השלוח, מחייבת את השולח, לרבות הטעיה שהשלוח הטעה את הצד השני.** הידיעות שלו וההטעיה שהוא ביצע מחייבות את השולח. לכן לכאורה אין צורך בס׳ 15, כי אנחנו רואים את הפעולה של השולח כפעולה של השלוח וההיפך. כלומר אם השלוח ביצע פעולת הטעיה, אנחנו רואים אותה מיד כפולה שביצע השולח ולכן אנחנו לא צריכים שס׳ 15 יגיד - אחר מטעמו, זה לא מוסיף כלום. אבל, **התיבה אחר מטעמו רחבה יותר מחוק השליחות**. **מספיקה פעולה בהתאם להוראות או בהסכמה של הצד השני של ההסכם מבלי שיהיו יחסים שמגיעים עד כדי יחסי שליחות**.

יש לשים לב גם שהדרישה היא שהמטעה פועל מטעמו של הצד השני, כלומר הפעולה היא מטעמו של הצד השני. לא ההטעיה. יכול להיות שהמטעה פועל מטעמו שלו. אפשר לחשוב על הטעיה של נציג מכירות - מתקשר אלינו מישהו אומר לנו - תעשו שירות נהדר בחינם של חברת הסלולר שלנו, שירות צלצול בהפתעה. ואז מתברר שזה לא שירות בחינם בכלל, זה עולה רבה כסף ומחייבים אותנו מידי חודש. הסיבה שהוא עושה את זה, זה לא כי הוא רוצה להשיג כספים מחברת הסלולר זה כי הוא מקבל בונוסים מכמות האנשים שהוא מביא שהתקשרו בשירות הזה. אז הסיבה שהוא מטעה היא מטעמו שלו אבל הוא פועל מטעם חברת הסלולר. במקרים האלה, עדיין ניתן לביטול עקב הטעיה כי ההטעיה נעשתה ע״י הצד השני או אחר מטעמו. **אחר שפעל מטעמו, לא בהכרח הטעמה מטעמו**.

מה קורה כשההטעיה נעשית ע״י צד ג׳, שלא פועל מטעמו של הצד השני להסכם? **אם יש צד ג׳ שגורם להטעיה, אבל הוא לא פועל מטעמו של הצד השני להסכם, זאת לא הטעיה**. לא מתקיימת הדוקטרינה החוזית של הטעיה. יש כאן טעות, ואם הצד השני להסכם לא ידע על הטעות ולא היה צריך לדעת עליה, אז הטעות היא ע"פ 14(ב). אם הוא ידע או היה צריך לדעת אז זה טעות לפי 14(א). בכל אופן, זאת לא הטעיה.

יכולים להיות גם סעדים במקרים האלה, לפי דיני הנזיקין. אם אדם גרם לאדם אחר להתקשר בחוזה על סמך מידע שהוא ידע שהוא שגוי, או שהוא היה צריך לדעת שהוא שגוי, אז מתקיימים יסודות עוולת התרמית שמזכה בסעדים אבל אז אתה לא יכול להיפרע מהצד השני להסכם אלא רק ממי שמסר את המידע המטעה.

**מהות ההטעיה:**

כשאנחנו מדברים על הטעיה השאלה תהיה מתי אסור או ביחס למה היא ההטעיה, אנחנו יכולים לדבר על איזון האינטרסים. מצד אחד אנחנו לא רוצים שאנשים יטעו אחד את השני, מהצד השני אנחנו רוצים לאפשר רווח לאדם שמחזיק אולי במידע. המקרה הקל זה הטעיה אקטיבית אסורה. הדיון הקשה הוא בחלק של חובת גילוי. אבל ההבחנה בין חובת גילוי והטעיה אקטיבית היא לא תמיד קלה. לדוגמה גילוי של חצי אמת או כשהצגתי מצג שהיה אמיתי והוא נהיה לא אמיתי.

**מצג שווא:**

קודם כל, מצג שווא הוא מטעה. **מצג שווא זה כשמוצג מצג עובדתי במסגרת המו״מ, מצג תרום חוזי והמצג מוביל לטעות של הצד השני ומוביל כתוצאה מזה לכריתת חוזה**. יש מצג אקטיבי. אי קיום הבטחה במסגרת החוזה, היא לא מצג שווא. השאלה זה אם יש לי כוונה בשעת הכריתה לא לקיים את ההתחייבות, האם זאת הטעיה? ברור שההתחייבות בחוזה היא לא מצג, אז לכאורה אם ההתחייבות היא לא מצג, אי הכוונה לקיים אותה היא לא הטעיה. אבל, אם אני יוצר מצג שאני נכון לקיים את ההתחייבויות שלי, אז לכאורה יש מצג שאני יכול רוצה ומוכן לקיים את ההתחייבויות וחוסר הנכונות או היכולת לקיים את ההתחייבויות, מהווה הטעיה. אתה הטעית אותי לא לגבי ההתחייבויות שלך, אלא לגבי זה שאתה מסוגל ומעוניין לקיים אותן. בישראל יש גישות שונות, בעיקר ביחס להבטחות שלא נכנסו בגדר החוזה. אם ההבטחה לא נכנסה בגדר החוזה, אלא הבטחה שהיא מחוץ לחוזה, אומרים - אני מבטיח לך משהו במסגרת המו״מ, אבל אחרי זה לא בא לידי ביטוי במסמך שכתבנו בינינו. חוסר הנכונות לקיים את ההבטחה הזאת מלכתחילה, נחשב להטעיה. לדוגמה, בפס״ד **בן עמי נ׳ לאומי** נדון מקרה של אדם שהתחייב למסור ערבים לחשבון בנק עסקי, כשידוע לנציג של החברה שפותח את חשבון הבנק שאין ערבים. **ביהמ״ש פוסק שזאת הטעיה כי הוא מעולם לא התכוון לקיים.** אם הוא התכוון לקיים בשעת הכריתה, אבל לא היה מסוגל לקיים, זאת לא הטעיה. לא מזכה בביטול. העמדה הישראלית לוקחת איזה שהיא דרך אמצע לא ברורה.

**המצב שונה מהמצבים של מצג שווא, כשיש הבעת דעה והתפארות. הבעת דעה או התפארות הם מקרים שבהם אין התחייבות מכללא, משתמעת, לאמיתות הדברים ולכן לא נוצר מצג שווא, אין הטעיה**. בעניין **איי די איי נ׳ לשכת סוכני הביטוח** העוסק בשאלה שקשורה, היא לא שאלה לפי ס׳ 15 אבל היא שאלה שמשליכה על ס 15. שם הטענה שהקמפיין של ״שוקה״ שמצייר סוכני ביטוח ככאלה שלא יודעים עם מחשבים וגוזלים המון כסף סתם, הוא מטעה את הצרכנים. הם טוענים להטעיה לא לפי ס׳ 15 אלא לפי חוק הגנת הצרכן שקובע שהטעיה היא עוולה והם תובעים גם לפי העוולה של תיאור כוזב. עוולה של תיאור כוזב היא עוולה לפי חוק עוולות מסחריות, שקובע שאם עוסק אחד מוסר מידע כוזב לגבי עוסק אחר בכוונה למשוך ממנו לקוחות, זאת עוולה שמזכה בסעד. גם חוק הגנת הצרכן יוצר הסדר דומה שעוסק יכול לתבוע עוסק אחר על הטעיה שמושכת לו לקוחות. **ביהמ״ש קובע שדיני מצג השווא יחולו כאשר מדובר בהצהרה לגבי נתון עובדתי ומשפטי, ולא כאשר מדובר בחוות דעת, בהערכה, או בדברי התפארות.**

אותו הקשר יכול להיות גם לגבי משהו שנחשב כבדיחה. פס״ד **ליאופרד** עם הפרסומת של המטוס שנוחת בביה״ס. טענת ליאופרד יכלה להיות אכיפה, באותה מידה ליאופרד היה יכול להגיד - הטעיה. אני קניתי את פחיות הפפסי בהסתמך על מצג שמטוס הוא חלק מההסדר החוזי, **ביהמ״ש אומר - לא, זה לא מצג ביחס להתחייבויות, זה לא מצג ביחס לפרסים שנותנים, זה גם לא התחייבות חוזית. זאת התפארות או בדיחה ולכן אתה לא יכול להאמין בתום לב ולטעות על בסיס המידע הזה שנמסר בפרסומת**.

**אמת מהותית ואמת מילולית:**

נקודה נוספת לגבי הטעיה הם **מצבים שבהם נמסרת האמת המילולית אבל לא האמת המהותית. זה יכול להתרחש או כשיש פער בין מה שנמסר, נמסר חצי אמת, או כשהאמת השתנתה ואז לא עודכנו בדבר השינוי.** יכול להיות מצב שבו האמת המילולית בשעת האמירה שונה מהאמת המהותית. בהקשר הזה, יש את הסיפור של מגפת האופיואידים. מגפת האופיואידים זה תופעה שתרופות במרשם, בעיקר תרופות במרשם אופיואידיות - נמכרים לאנשים ואז אנשים מתמכרים אליהם ואז יש מסחר בהם גם בבתי מרקחת וגם בשוק השחור. התופעה הזאת גורמת לנזק די משמעותי. כשבודקים את המקורות של זה רואים שחברות התרופות עשו המון דברים כדי לגרום לרופאים לרשום מרשמים אופיואידיים. באחת העדויות שהגיעו לקונגרס בעניין הזה, נשמעה נציגה של חברת תרופות מסבירה לעובדת בבית חולים מה לעשות כשחברת הביטוח שמשלמת עבור התרופות מתקשרת ושואלת אם החולה הוא חולה סרטן. היא אומרת אל תגידי כן אם הוא לא, אסור לשקר, אבל תגידי - ״אהמ״. כי זה לא כן, זה שום דבר להגיד ״אהמ״, ואז ככה אתם תוכלו לא לענות על השאלה אם המטופל חולה בסרטן ולרשום לו את התרופה הזאת. **זה סוג של הטעיה במובן הזה שגם אם מילולית לא נאמר מידע מטעה כי לא נמסר באמת שום מידע, ברור מהקונטקסט שהייתה כוונה למסור איזה שהוא מידע והמידע הזה הוא שקרי.**

דוגמה אחת היא **חברת בית החשמונאים נ׳ אהרוני**. המוכר הוא בעל מקרקעין שמקים עליו בניין והוא מוכר חנות בבניין. בהסכם נאמר שלא תוקם עוד מסעדה, החנות משמשת לסטיקייה, ויש התחייבות שבשטח המקרקעין כולו לא תוקם עוד מסעדה. מה שהמוכר לא מספר זה שהבניין, למרות שהוא נראה כמבנה אחד די גדול, בעצם שתי יחידות מקרקעין נפרדות שבונים עליהם שני קבלנים שמשתפים פעולה. זה אותו מהנדס אבל בונים שני קבלנים על שתי יחידות מקרקעין נפרדות, בעצם אותה יחידת מבנה. בחלקת מקרקעין השנייה מקימים שתי מסעדות. השאלה היתה אם היה צריך להעמיד את הקונים על הטעות שלהם שבעצם המקרקעין זה לא יחידה אחת. **השופטת בייסקי אומרת שהייתה חובה להעמיד אותם על זה שיש שתי יחידות נפרדות**, השופט **כהן בדעת מיעוט אומר - הקונים היו צריכים לברר**. כלומר אומרים לך שבשטח המקרקעין לא תוקם עוד מסעדה, אכפת לך לא להיות בסמיכות למסעדות אחרות, תבדוק מה הגבולות של שטח המקרקעין. זה מידע שזמין לכולם. **שאלת ההתרשלות של הצד השני תשפיע במידה מסוימת על שאלות של חובת גילוי ועל השאלה מתי החצי גילוי הזה הוא לגיטימי.**

דוגמה נוספת זה **רגומי נ׳ אררט**. רגומי רוכשת ביטוח נ׳ שריפה, ואז היתה שרפה ואררט חברה לביטוח שילמה לרגומי את הנזק, ואז היא מבקשת לבטל את החוזה ביטוח ולדרוש השבה. למה? בשעת הכריתה חברות הביטוח מעבירות שאלונים למבוטחים. אחת השאלות היתה אם החברה הרוכשת, אם המבוטח, פעם קרה לו שחברת ביטוח ביטלה איתו הסכם ביטוח. רגומי עונה - אנחנו היינו מבוטחים במגן חברה לביטוח, אבל אנחנו ביטלנו את הפוליסת ביטוח אצל מגן. מה מתברר? באמת רגומי ביטלה את פוליסת הביטוח, אבל זה אחרי שמגן הודיע לרגומי שהיא מעוניינת לבטל היא את פוליסת הביטוח ורגומי אמרה - רגע, אל תעשו את זה, זה יפגע לי במוניטין. תנו לי לבטל. במקום להתעקש על זה, כי יכול להיות שאני גם לא חייב להסכים להודעת הביטול של חברת הביטוח, אני יכול בתור מבוטח להתעקש על זה שהביטוח ישאר, אבל רגומי החליטה לא להתעקש אלא במקום שמגן תבטל שרגומי תבטל. **ביהמ״ש אומר - תראו, אם הייתם אומרים לשאלה האם חברת ביטוח ביטלה מולכם פעם פוליסת ביטוח והייתם עונים רק לא, אז לא היינו אומרים שיש הטעיה.** אבל הלכתם וסיפרתם איזה שהוא סיפור על זה שאתם החלטתם לבטל מול חברת הביטוח וסיפרתם חצי אמת. **ברגע שהתחלתם לספר את הסיפור, אתם חייבים לספר את כל האמת. אתם לא יכולים לספר חצי אמת, ובגלל זה הם אפשרו לבטל.** ביהמ״ש העליון קובע שהייתה לאררט אפשרות לבטל.

המקרה השני זה שהאמת שנמסרה היתה נכונה בשעה שבה היא נמסרה, אבל היא השתנתה לאחר מכן. פס"ד **לקי דרייב נ׳ הילטון** - לקי דרייב היתה בת רשותה של הרץ, ונחתם בין לקי דרייב להילטון הסכם לפתיחת מקום להשכרת מכוניות בת״א. להילטון היה עם הרץ הסכם זיכיון נפרד, שהרץ תוכל להפעיל את העסקים של השכרת מכוניות במלונות של הילטון. בכל מקום שלקי דרייב הציגה את עצמה בפני הילטון, היא הציגה את עצמה כנציגה של הרץ. הקושי היה שבאותו זמן נתון שהם כרתו את החוזה הרץ הודיע ללקי דרייב שהחוזה ביניהם מתבטל אז בפועל בזמן קיום החוזה בין לקי דרייב להילטון היא כבר לא היתה חברת בת שלהם. בזמן המו״מ הם היו אומנם באותה שעה נציגים של הרץ, אבל הם ידעו שהרץ לא הולכת לחדש להם את הזכיינות, ולכן בשעת קיום החוזה מול הילטון הם כבר לא היו מורשים של הרץ. לכאורה באותו זמן המצג היה נכון, הם דיברו אמת, אבל אח״כ הם ידעו שבעתיד זה ישתנה ואז זה בעצם הופך למצג שווא. העמדה של השופט **הלוי היא שבפועל באותו זמן זה היה נכון, אבל בגלל שהיה להם את הידיעה שבעתיד זה הולך להשתנות, זה מוביל להטעיה. יש להם חובה לעדכן על שינוי הנסיבות.** הם ידעו שהם אומרים משהו אבל שהוא לא מדויק באותה שעה, לכן הם היו חייבים לעדכן.

**חובת גילוי:**

בהקשר הזה צריך להידרש לשאלה הכללית של מתי יש חובת גילוי. פס״ד **לקי דרייב זה דוגמה אחת לחובת גילוי, אבל ס׳ 15 אומר שבעצם הוא חל על כל עובדות שלפי דין, נוהג או לפי נסיבות היה על הצד השני לגלותן**. צריך לשאול מתי צריך לגלות לפי דין, נוהג או נסיבות.

גילוי לפי דין מעלה שאלה בעייתית ביחס לתחולה של ס׳ 15. יש הרבה דינים שמחילים חובת גילוי. חוק חוזה ביטוח בס׳ 2 מטיל חובות על המבטח לגלות את כל התנאים של הפוליסה וקובע הסדרים לגבי אי גילוי מצד המבטח. בס׳ אחרים של חוק חוזה ביטוח הוא מחיל חובות גילוי מצד המבוטח וגם מקנה למבטח אפשרויות להפנות בשאלות למבוטח ומחייב את המבוטח לתת תשובות מלאות ביחס לשאלות האלה. הוא גם קובע הסדרים קונקרטיים לגבי מה הסנקציה על המבוטח שלא מסר גילוי מלא למבטח. כלומר יש סעדים ספציפיים למבטח שלא קיבל מידע מלא. לדוגמה, אם המידע הלא נכון שמסר המבוטח הוא כזה שלא מונע את הביטוח אבל היה משנה את הפרמיה, אז המבטח לא יכול לבטל אבל בקרות האירוע הביטוחי הוא חייב בתשלום מופחת עבור הנזק. לדוגמה, אפשר לחשוב שחברת הביטוח של הרכב שלנו מציעה שני ביטוחים: ביטוח אחד לרכב עם קודן וביטוח שני לרכב בלי קודן. שואלים אותנו האם יש לנו ברכב קודן. הביטוח לרכב עם קודן עולה 100 ולרכב בלי קודן עולה 200. החוק אומר - היית מוכן לבטח את הרכב בלי הקודן, הביטוח תקף למרות ההטעיה. אבל אם הפיצוי על הרכב הוא נגיד 100,000 ש״ח והפער בביטוח זה פי 2, אתה תשלם פיצוי של חצי. רק 50,000 ש״ח. זה אמור לגלם את הסיכון שהיית מוכן לקחת על עצמך.

אז מצד אחד כאילו חל ס׳ 15, כי זה אי גילוין של דברים שיש חובה לגלות לפי דין. מצד שני, יש סעד ספציפי שקיים בחוק חוזה הביטוח שגם מונע, שולל מחברת הביטוח את התרופה שמקנה ס׳ 15 - ביטול**. השאלה היא אם יכולה להיות תחולה מקבילה של ס׳ 15**? אותם העקרונות יכולים לחול בחוק המכר (דירות) שקובע סעדים שונים או הסדרים שונים לגילוי ואי התאמה בין המפרט או המידע שנמסר ללקוח במועד הכריתה וסעדים על הפרה של אותן חובות גילוי. יש חובות גילוי שונות על הלקוח ועל הבנק לפי חוק הבנקאות (שירות ללקוח), וחוק הגנת הצרכן בס׳ 2 שמדבר על ההטעיה הצרכנית מחיל הסדר מאוד רחב של מידע שצריך לגלות לצרכנים ומכוח החוק גם הותקנו המון תקנות שקובעות הסדרי גילוי קונקרטיים ביחס לעלות של המוצר, חלקי החילוף שלו, זמן האחריות, איפה ניתן לקבל אחריות, מי אמור לספק אותה, מתי אפשר למסור את המוצר. המון פרטים שיש חובה בגילוי שלהם, מדיניות החלפה של מוצרים וכו׳. כל אלה נקבעים כחובות גילוי קונקרטיות לפי דין.

אז לכאורה יש חובות גילוי רבות לפי דין, מצד שני ברוב החוקים האלה בדומה לחוק חוזה ביטוח יש הסדרים ספציפיים לסעדים שניתנים במקרה של הפרה. מה התשובה לתחולה כפולה של ס׳ 15 בנסיבות האלה? האם ס׳ 15 חל? התשובה היא שזה תלוי**. כשהחוק כולל בתוכו הסדרים ששוללים את התחולה של ס׳ 15, אז חוק ספציפי גובר על חוק כללי**. לדוגמה חוק חוזה ביטוח אומר שהמבטח לא רשאי לבטל, אז ברור שאין תחולה לס׳ 15. אבל, **אם החוק לא כולל הסדרים כאלה ששוללים את האפשרות לבטל את ההסכם, אז תהיה תחולה כפולה**. לדוגמה, בחוק הגנת הצרכן יש כל מיני סעדים שמגיעים לצרכנים על פעולה שעשויה להטעות. זה יכול להקנות להם פיצוי ללא הוכחת נזק או אפשרויות ביטול מסוימות במסגרת חוק הגנת הצרכן. במקרים אלה אין סיבה שלא יהיה תחולה מקבילה גם לס׳ 15.

**גילוי לפי דין יכול להיות לפי ס׳ 12(א) לחוק החוזים - במו״מ לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב. גילוי לפי נוהג, שזה הדרך המקובלת, הוא גילוי לפי דין.** כי הדין אומר שחייבים לנהוג בדרך מקובלת. אם יש נוהג של לגלות מידע מסוים, חובה לגלות אותו לפי ס׳ 12. זה אומר שלא היתה שום סיבה לכלול בס׳ 15 את דרישת הגילוי לפי דין ולפי נוהג. כי דרישת הגילוי לפי נוהג קיימת גם לפי דין, לפי ס׳ 12(א). כנ״ל לגבי גילוי לפי נסיבות. בדר״כ גילוי לפי נסיבות מביא לתחולה של ס׳ 12(א).

**הדיון של פורת ובן שחר שואל האם בנסיבות שבהן אין חובת גילוי יש היתר לשקר, הדין היום אומר שלא.** אסור לשקר אקטיבית, אבל אם אנחנו מאמינים שבאמת לא צריכה להיות חובת גילוי לכאורה באותן נסיבות אמורה להיות אפשרות למסור מידע שגוי. לפורת ובן שחר יש מאמר נוסף בסוגיה הזאת שבו הם אומרים **שיכול להיות שיש נסיבות שיש היתר לא לספר את המידע מראש, אבל חובה לספר אותו בדיעבד.** אפשר לחשוב על בן אדם שגר בבית שחושד שיש בו טרמיטים. טרמיטים הם חרקים שאוכלים את העץ ועושים נזק ליציבות של המבנה. הוא אומר - אני רוצה למכור אותו בחצי שנה הקרובה ואם אני אגלה שיש טרמיטים אני אהיה חייב לדווח על זה, אז עדיף לי לא לבדוק כדי שאני לא אצטרך לדווח שיש, אם יש חובת גילוי. אנחנו יכולים להגיד טוב אז לא תהיה חובת גילוי כדי לא לפגוע בתמריצים לגלות. מצד שני אם הוא יודע שיש טרמיטים, היינו מאוד רוצים שהקונה ידע על זה בדיעבד כדי שיטפל בבעיה. אז **הפתרון שהם מציעים זה לאפשר לא לגלות מראש אבל לחייב גילוי בדיעבד ולא לאפשר ביטול של ההסכם ע״פ זה**. בצורה הזאת אתה גם מאפשר למוכר להנות מהמידע שהוא השקיע בו ולא לתמרץ אותו לא לגלות את המידע, ומצד שני אתה מאפשר את קיום החוזה בתנאים הכי טובים ע״י גילוי המידע השלילי בדיעבד.

שיקולים בהכרה בחובת הגילוי:

יחסים בין הצדדים:

**מתי נכיר בחובת גילוי? חובת גילוי מתפרשת גם לאור היחסים בין הצדדים, הקרבה שלהם למידע, שאלות של אשם תורם או אפשרות של הצד הטועה לגלות את המידע בעצמו, והחשיבות הסובייקטיבית שהטועה מקנה למידע הזה.** ביחס ליחסים בין צדדים רואים בשני הקשרים סוגים של יחסים שמשפיעים על חובות הגילוי. לדוגמה, **ברגומי נ׳ אררט** **רואים שמערכת היחסים המיוחדת, בין מבטח ומבוטח דורש שהמבוטח יתן מידע אמיתי ומלא למבטח**. בהקשרים האלה המבטח יכול לדרוש מהמבוטח לגלות מידע. אותו דבר ביחסי בנק לקוח. לדוגמה, **סהר נ׳ טפחות** - בנק שמתקשר עם לקוחות בעסקה לרכישת משכנתא ובמקביל מתקשר עם הקבלן ויודע שהקבלן נתון בקשיים ועולה השאלה האם יש חובה לגלות ללקוחות שהפרויקט בניה שבו הם רוכשים את המשכנתא נמצא בקשיים ועלול להתפרק. שם **ביהמ״ש אומר שיש חובת גילוי ללקוחות,** הבנק חייב בגילוי והועבדה שיש לו מערכת יחסים עם הקבלן שמחייב אותו בסודיות ולא לגלות לאנשים על המשבר הכלכלי שלו, לא פותרת אותו מחובת הגילוי ולכן הוא היה צריך להגיד ללקוחות - תדעו לכם שיכול להיות שיש לי מידע לגבי הקבלן שאני לא יכול למסור לכם כי יש לי חובת סודיות, קחו את זה בחשבון. מידע כזה היה חייב להימסר להם כדי שהבנק יעמוד מצד אחד בחובת הגילוי ללקוח ומצד שני בחובה לשמור על המידע של לקוחות שלו פרטי. גם **בולנטין נ׳ ולנטין** ביהמ״ש מתייחס לשאלה של מערכת היחסים המיוחדת ויש שם דיון בהבחנה בין חובת הגילוי שמצופה מאנשים שקשורים במערכת יחסים זוגית לחובת הגילוי שיש בהקשרים מסחריים. **מהדברים עולה שיש חובת גילוי רחבה יותר כשיש יחסים מיוחדים בין הצדדים.**

קרבה למידע:

**הסוגיה של חובת הגילוי מושפעת גם מהקרבה למידע, עד כמה המידע ידוע או קרוב לצדדים**. זה עלה בעניין **ספקטור נ׳ צרפתי**. מדובר בחוזה על מגרש ברשל״צ שבתהליך מתחלף המתווך והחוזה מבחינת הגודל אמור להכיל כ- 16 דירות. המתווכים שהתחלפו הם מטעם המוכר. המתווך הראשון ידע על ההפקעה והמתווך השני טען שהוא לא ידע שיש סיכוי להפקעה של 40% שמשפיע שבמקום 16 דירות שיהיו 12 דירות. בחוזה שנערך הקבלן אחרי שעם המתווך הקודם היו כמה חוזים שבסוף לא נחתמו בעקבות הסיבה הזאת, בחוזה הנוכחי שנחתם עם הקבלן המתווך לא אמר לו על זה מטענה שהוא גם לא ידע. מוכר השטח כן ידע והוא גם ידע שהיו קבלנים אחרים שבחרו לא להתקשר בחוזה בעקבות זה. הם חתמו חוזה בלי שהקבלן ידע על זה ואז ברגע שהוא גילה שאמורות להיות שם 12 דירות הוא רצה לבטל את החוזה.

עמדתו של **השופט** **אשר** היתה שספקטור היה חייב לגלות לצרפתי. הוא אומר שלפי דין, לפי חוק המכר יש אי התאמה של הממכר ולכן מגרש שלא מתאים למה שמשתמע מהתיאור שלו **חלה עליו חובת גילוי**. לפי נסיבות המקרה, ספקטור ידע שקבלנים מצפים שבמגרש הזה צריך לבנות 16 דירות ולכן מוכר ישר והגון היה צריך להביא את ההגבלה לידיעת הקונה.

עמדתם של השופט **לנדוי וכהן היתה שצריך לגלות רק את המידע שהצד השני לא יכול לגלות בעצמו.** נקודה נוספת היא שזה רלוונטי רק למידע שעלה במהלך המו״מ. למה השופטים לנדוי וכהן בכל זאת מאשרים את זכות הביטול? אם לא היתה חובת גילוי למה בכל זאת היתה זכות לבטל? התשובה היא בגלל הפרה של חוק המכר. הם אומרים שיש חובות גילוי לפי ס׳ 15, ויש שאלה של אי התאמה לפי חוק המכר, אלה שאלות נפרדות. הם אומרים שלא היתה כאן חובת גילוי. מה שאכפת להם זה ההלכה שיוצאת מביהמ״ש. הם אומרים - ביהמ״ש מוציא את ההלכה שאומרת שבהקשרים עסקיים כשצד יכול לגלות מידע בעצמו, אין חובה של הצד השני לגלות אותה. אדם לאדם הוא לא מלאך, אנחנו לא חייבים להעמיד את הצד השני על דברים שהוא יכול לגלות בעצמו ולא לנצל את ההזדמנות העסקית שנקראת בדרכינו. זה בסדר לנצל הזדמנויות עסקיות, ומאחר שזו הסיטואציה אז מותר לנו לא לספר לצד השני. מצד שני, יש את החובות של חוק המכר ואם חוק המכר מדבר על האפשרות לבטל עקב אי התאמה, אז האפשרות הזו קיימת עדיין והיא לא קשורה לס׳ 15. היא קשורה להסדר הקונקרטי של עסקאות מקרקעין.

דוגמה נוספת לקרבה למידע נוגעת **לקינסטלינגר נ׳ אליה**. באותו מקרה בעלת מקרקעין שחיה בארה״ב, היא לא דוברת עברית, ירשה קרקע חקלאית לפני הרבה שנים. הקרקע עוברת שינוי יעוד שמפשיר אותה למגורים והקונים יודעים על שינוי היעוד ומתקשרים מהר בעסקה לבעלת המקרקעין בארה״ב כדי לקנות את הקרקע לפני שהמידע מתגלה. השופט **אנגלרד** אומר לא, רגע. פה בעצם אתם באים לנצל את פערי המידע באופן לא לגיטימי. **עקרון תום הלב דורש בנסיבות האלה לגלות את העובדה על התכנית לשינוי יעוד שמעלה את ערך הקרקע ולא ניתן להנות משינוי היעוד**. במקרה הזה רואים בשונה **מספקטור נ׳ צרפתי,** כאן מי שמבקשת לבטל, הצד שאומר שהוא טועה, לא היה קרוב למידע. היה לו מכשולים שהגבילו אותו מהאפשרות להשיג את המידע בעצמו. זה מה שיכול להסביר את הפער בין התפיסות של **השופט לנדוי** בעניין ספקטור ועניין קינסטלינגר. בכל אופן גם בספקטור נ׳ צרפתי הותר הביטול.

אשם תורם:

בהקשר הזה אפשר לחשוב **שבספקטור נ׳ צרפתי** בעצם **העמדה של השופט כהן נוגעת לאשם תורם**. באיזה מובן? הוא אומר שצד לא מחויב לגלות לצד השני מידע שאם הוא היה פועל באופן סביר הוא היה נדרש אליו בעצמו. רואים עמדה דומה ביחס למסעדה עם הרכישה של המקרקעין בבניין. גם שם, בדעת מיעוט אומנם, עלתה אותה טענה. כשיש לך את האפשרות וזה סביר שתפעל לגלות את המידע בעצמך, אתה לא יכול לטעון לביטול ביחס לאי הגילוי, בשונה מהטעיה אקטיבית. **אתה לא יכול לטעון שיש חובת גילוי ביחס למידע שיכולת בקלות וגם היה מצופה ממך בקלות לאתר בעצמך.**

דיון דומה עולה **בגינדי נ׳ אפללו**. העמדה של השופט **אשר היתה שלא היתה הטעיה כי אדם סביר היה קורה את החוזה.** כלומר מה הטענה שלהם? הטענה שלהם היא שהם לא קראו טוב את החוזה. אז אם הם לא קראו טוב את החוזה אנחנו לא צריכים להעמיד אותם על הטעות שלהם, לגלות להם בדיוק מה החוזה אומר. תקראו אותו, הוא אצלכם ביד. אתה לא יכול לטעון לאי גילוי של נתונים שרשומים בחוזה. בהקשר הזה די ברור למה האשם התורם כביכול משפיע על השאלת גילוי.

**בשפיגלמן נ׳ צ׳פניק** עוסק בבעלי מניות החברה שמחזיקה במוסך שהופקע לצורך סלילת נתיבי איילון. אחד השותפים מוכר את החלק שלו לשותף השני. אחד השותפים מוכר את החלק שלו לשותף השני והוא לא יודע שבזמן שהוא מוכר את החלק שלו, יש מו״מ שנמשך כבר הרבה זמן של החברה עם נתיבי איילון לקבל חזרה חלק מהשטח שהופקע במחיר מאוד נמוך. עסקה מאוד רווחית. ביהמ״ש אומר שהוא לא יכול לבטל. זה לא על בסיס זה שלא גילו לך כשבאת למכור את המניות שיש את העסקה הזאת, כי **בעל מניות סביר יודע מה קורה בחברה ואתה צריך לברר בעצמך ואף אחד לא צריך לגלות לך כשאתה בא למכור את המניות שלך גם למישהו שיודע מה קורה בעסקה. אם אין ראיה להטעיה זדונית, אין הטעיה כי אין חובת גילוי.**

חובת גילוי לפי הניתוח הכלכלי:

**קרונמן אומר במאמרו שעלינו לחשוב על מידע כנכס**. כשאנו חושבים על נכסים מידע הוא לא נכס סתם אלא מידע הוא נכס שניתן ליצור אותו. יש חשיבות חברתית בייצור מידע. במה שונה מידע מנכס רגיל? נכס רגיל מוגבל והוא עובר מיד ליד אך במידע אפשר לייצר מידע חדש ואם יש לו חשיבות בעולם אנו רוצים לעודד ליצור מידע כזה. כאן המושג "ייזהר הקונה" מאוד הגיוני. למה? הוא נותן לכל צד לעסקה לנצל את המידע שיש לו וכך הוא יוצר תמריצים מלאים לאימוץ מידע, יש לצדדים אינטרס כי הם יודעים שהם יוכלו לנצל את המידע בעסקאות. **כשיש חובת גילוי מלאה נמנע מהצדדים להרוויח מהמידע שיש בידיהם**. לדוג': קרקע חקלאית ששווה 10 כולם יודעים כי יש סיכוי קטן אבל קיים שיש בה נפט, גילוי הנפט הוא תהליך ארוך ועם עלות גבוהה. מה קורה עם כאלה שחושדים שיש נפט ומוצאים, אם הם בוחרים לגלות, זה יעלה את הערך של הקרקע ואז הם לא יוכלו להרוויח מהמידע שהם אספו. אם הם ידעו שהמידע לא יועיל להם לא תהיה להם מוטיבציה לחפש את הנפט. כלומר, חובת הגילוי מפחיתה את התמריץ לגלות מידע. **ניתן להבחין בין סוגים שונים של מידע: מידע שעולה כסף לגלות אותו ומידע שמתגלה באקראי בלי שום השקעה.**

לדוג': מוכרי דירה באוגוסט שגרים מעל גן ילדים והם יודעים יש רעש מלמטה מספטמבר עד יוני, הם לא עשו כלום לגלות את המידע. לפי ההצעה של קרונמן הם יהיו חייבים בגילוי המידע.

**חשיבות סובייקטיבית:**

פס״ד **Reed v. King** אישה קנתה דירה ובדיעבד גילתה שעשר שנים לפני כן היה רצח בדירה, היא טענה שהייתה חובת גילוי והיא רוצה לבטל את החוזה. ביהמ"ש: זה משהו שמשנה את המהות של הדירה כי זה יכול להוריד או להעלות את מכירה. לאחר גילוי המידע היא הייתה חושבת אם היא רוצה את הדירה למרות הרצח. הייתה חובת גילוי בסיטואציה. אם היא הייתה מעלה את הטענה שרק לה זה מפריע ביהמ"ש לא היה מסתפק. יש להבחין בין מידע סובייקטיבי. ולהבחין בין מידע רציונלי או לא רציונלי. לא רציונלי לא לרצות לגור בדירה לאחר הרצח זאת דירה כמו כל דירה אחרת. אך זה בעל חשיבות סובייקטיבית אם האמונה הלא רציונלית הזאת היא משותפת זה נהפך לאובייקטיבי. **גם אם לא רציונלי אך משותף לרבים זה אובייקטיבי**. **חובת גילוי לא צומחת במקרה שבו המידע רלוונטי רק לאדם מסוים.**

**הטעיה והפרת חוזה:**

**מצגים טרום חוזיים הם בסיס להטעיה, אבל התחייבויות בחוזה הם לא הטעיה אלא הפרת חוזה.** צריך לשים לב לזה ששניהם מקנים סעדים, אבל בדר״כ המצב של נפגע ההפרה או של נפגע ההטעיה עדיף אם המצג הוא התחייבות חוזית. הוא עדיף כי ניתן לדרוש אכיפה של הקיום של המצג, מה שלא ניתן לדרוש במקרה של הטעיה. במקרה של הטעיה אי אפשר לדרוש מהצד השני שהמצג המטעה יהיה האמת בעולם. אבל אם זאת התחייבות חוזית ניתן לעמוד על אכיפה של ההתחייבות החוזית. ואם לא ניתן לעמוד עליה, אז ניתן לבקש פיצויים בגינה, והפיצויים שיינתנו במסגרת אכיפה הם פיצויים חיוביים. לעומת זאת אם ההטעיה היא בתום לב, הסעד היחידי שיש זה ביטול. אם היא בחוסר תום לב אפשר לקבל סעדים שליליים לפי ס׳ 12(א) לחוק החוזים, כנראה רק שליליים. לכן, נראה על פניו שיש עדיפות לפרשנות לפיה ההסדר הוא תניה בחוזה, הוא חיוב חוזי, ולא מצג עובדתי טרום חוזי. חשוב לשים לב להבחנה הזו.

**פגמים בכריתת חוזה - כפייה ועושק**

**עושק:**

**כפייה ס׳ 17 לחוק החוזים**- מי שהתקשר בחוזה כתוצאה מכפייה שכפה עליו הצד השני, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה. ע״י הצד השני או אחר מטעמו. ס׳ 17(ב) - אזהרה בתום לב היא לא איום.

**עושק, ס׳ 18 לחוק החוזים** - מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר ניסיונו, וגם תנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מהמקובל. אלה תנאים מצטברים.

כדי להבין מה ההשלכה של הדוקטרינות האלה, צריך לחשוב מהם היסודות של העילות. עילת העושק דורשת ניצול של הצד השני, הצד העשוק. עקב - כלומר **יש דרישה לקש״ס**, זה חייב להתקיים עקב הניצול. הניצול הוא של מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית, או חוסר ניסיונו. כל אלה חייבים להתקיים ביחד, **כלומר החוזה חייב להתקיים עקב ניצול של מצוקת המתקשר**. ותנאי נוסף שלא קשור סיבתית זה **שתנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל**. אין דרישה שהניצול של המצוקה יגרמו לחוזה להיות בלתי סביר, אבל החוזה חייב להיות כזה שהוא גרוע במידה בלתי סבירה מן המקובל.

כדי שהמתקשר יהיה כזה שסובל ממצוקה, בפס״ד **סאסי נ׳ קיקאון** **השופט טירקל** אומר **שהעושק הוא רק במצב חמור ומתמשך ולא בקושי ארעי או חולף.** הדיון בזה חוזר גם בעניין **כהן נ׳ הרשקוביץ**. המערערים רכשו דירה מהמשיבה לגור בה. היא גרמה לעיקובים ולקשיים שהם לא יכלו להתגורר בדירה. בגלל זה הם גרו במקום אחר בינתיים עד שהם גרו בדירה בקיבוץ ליד. זה גורם לכל מיני בעיות שהיו להם לנסוע לשם. היא רצתה עוד כסף בשביל שהם יוכלו לקבל את הדירה, ובגלל הלחץ שהיה להם רצו להיכנס כבר לדירה אז הם חתמו על זה. אחרי שלושה חודשים הם באו ואמרו שהם רוצים לערער על זה ולא להיות בדירה כי התנאים שם לא היו טובים. גם מדברים על זה ששלושה חודשים זה זמן מאוד ארוך לבוא ולהתלונן.

למה טענת העושק לא מתקבלת? **השופט שמגר** דוחה את הטענה. הם טענו שהטענה לא התקבלה בגלל שלא התקיימה מצוקה. **הם טענו שהייתה מצוקה כלכלית ואמרו שמצוקה כלכלית היא מצוקה חולפת והיא לא מראה בעצם על מצוקה קיימת**. האם כל מצוקה כלכלית חולפת? לא כל אחת היא חולפת, אבל זאת כן. קודם כל הם התייעצו עם רואי חשבון ועורכי דין לפני החתימה על ההסכמים. הם גם יכלו להמשיך לשלם את האקסטרה, הם יכלו להמשיך להשכיר דירה ולתבוע את הכסף הזה. היה ברור שיש הפרה, ושהיא מזכה בפיצויים. הם יכלו לעמוד על הזכות שלהם לפיצויים שמכסה, בעצם הבעיה שלהם היתה תזרימית. זה לא שהם היו מאבדים את הכסף, אלא היה איזה שהוא עיכוב בתשלום של הכסף.

**עלתה הטענה אם המצוקה צריכה להיות סובייקטיבית או אובייקטיבית**. זה יכול לעלות בעניין הקש״ס גם בקשר לכפיה וגם בקשר לעושק. בפס״ד **שפיר נ׳ אפל** יש דיון גם על עושק וגם על כפיה. **השופטת שטרסברג כהן** **אומרת שאין צורך להוכיח שאילולא העושק לא היתה נוצרת התקשרות, ולא נדרש שהעושק יהיה הגורם הבלעדי או המכריע להתקשרות. מבחן הקש״ס בין העושק לבין ההתקשרות הוא מבחן סובייקטיבי.** היא אומרת דברים שנראים סותרים אחד את השני. בדברים הראשונים נראה שהיא אומרת - אין דרישת קש״ס בכלל, מספיק שיש עושק במובן של מצוקה שהצד השני ניצל אותה ואין צורך להוכיח קש״ס סובייקטיבי. כלומר אין צורך לנעשק להוכיח שאם הוא היה יודע הוא לא היה מתקשר. אבל הדבר שהיא אומרת שנראה מאוד ברור זה שאין דרישה אובייקטיבית. זה גם עולה מתוך הס׳. קשה להבין את האמירה שלה שאין צורך להוכיח שאילולא העושק לא היתה נוצרת התקשרות. **יכול להיות שאפשר להבין את זה בזה שאנחנו מניחים את זה כהנחת מוצא. כלומר, יש חזקה שאולי ניתנת לסתירה כשמתקיימים התנאים של עושק והתקשרות בלתי סבירה, יש הנחה שההתקשרות היא תוצאה של העושק וככל שהיא ניתנת לסתירה יכול העושק להראות שהנעשק היה נכנס לחוזה גם אלמלא ההתנהלות**. ככה אפשר להבין את המינוח של **השופטת שטרסברג כהן** שאומרת שמבחן הקש״ס הוא מבחן סובייקטיבי.

בפס״ד **שפיר נ׳ אפל** יש שני משקי חלב, אחד משווק את החלב ואחד מרכז את החלב. יום אחד המשווק מחליט שהמשק המרכז משקר לו ברישומים. לא ברור על סמך מה הוא מחליט, אבל הוא נכנס אליו ערב אחד עם עו״ד ואומר לו שהוא משקר ומפחיד אותו ממש בהרבה איומים. מוזכר גם שהוא ניצול שואה. הוא נלחץ ומסכים לשלם לו כסף. יום למחרת הבן של ניצל השואה ואשתו הולכים למשווק כדי לבטל את ההסכם שהיה יום לפני עם האבא. העו״ד צועק ומאיים עליהם שוב והם משלמים לו עוד יותר כסף. הם גם מתחייבים לשלם לו.

**יש כאן שני הסכמים והטענה היא ששני ההסכמים האלה הם תוצר של עושק.** למה החוזה הראשון הוא תוצר של עושק? ההסכם לא מבוסס על איזה שהיא זכות קודמת, זה דרישה לקבל משהו עבור כלום. לא היתה לו זכות קודמת. הטענה היא שהוא לא רק אומר לניצול השואה אני אתלונן למשטרה, הוא אומר לו שיבואו והשוטרים ויכו אותו. הטענה היא לא רק שהוא משתמש בהפחדה שלו בזה שהוא יתלונן למשטרה, אלא הוא מאיים עליו, הוא יוצר תחושה סובייקטיבית של אימה והוא מנצל את זה שהבן אדם הוא ניצול שואה ויש לו את החרדות הקיומיות שמגיעות לו מהרקע שלו. הקשיים הפסיכולוגיים שנלווים לזה שאדם הוא ניצול שואה והוא אומר לו שהוא יביא את השוטרים שיכו אותו אם הוא לא יחתום על זה שהוא יתן לו כסף. זו **נסיבה שבה הוא מנצל את המצוקה וזה גורם אוטומטית להתקשרות בחוזה** כי החוזה לא נובע מאיזה שהוא חוב שהיה קיים ברקע. נוצרה התחייבות לשלם כסף עבור כלום, ויודעים שקיים הקש״ס עם המצוקה כי **ביהמ״ש מקבל את זה שהוא נקשר בחוזה רק מתוך הפחד הזה שהוא היה מסור אליו**. אותה תפיסה קיימת גם בהסכם השני - האנשים מגיעים ואומרים שהם רוצים לבטל את ההסכם הראשון והוא אומר שהם צריכים לפחד, הוא מנצל את המצוקה שלהם בזה שהם מפחדים על המצב של האבא ומביא אותם לחתום על הסכם אחר שגם בו אין אפריורית זכות לאיזה שהוא תשלום.

סבירות החוזה:

למה החוזה לא סביר? כי הוא לא נכרת על בסיס של זכות קיימת. במובן הזה, הוא חייב לחרוג מהמקובל כי אין בסיס השוואה. זה כמו כמה זה מקובל לשלם עבור כלום? התשובה היא כל סכום שאני אהיה מוכן לשלם במצבים כאלה של לחץ עבור כלום הוא לא מקובל, הוא לא סביר.

בעניין החוזה הזה יש מחלוקת בין השופטים אם בכלל נקיטת הליכים פליליים תמיד היא בגדר חוסר תום לב. יכול להיות שאיום בנקיטת הליכים היא לא תמיד פעולה בחוסר תום לב, אבל אין ספק שבנסיבות שהיו שם, שזה איום בפגיעה פיזית, חשש לנזק גוף בהקשר של הליכים פליליים, זה בוודאי חסר תום לב.

**יחסי גומלין בין היסודות:**

הרעיון שעולה גם בפס״ד **סאסי נ׳ קיקאון** זה **שהיסודות של עילת העושק מקיימים יחסי גומלין.** מה משמעות יחסי הגומלין של היסודות? המשמעות **שככל שיסוד אחד מתקיים בצורה חזקה יותר, ככה אנחנו דורשים פחות את ההתקיימות של היסודות האחרים.**

אותו רעיון אפשר לחשוב עליו במובנים כלליים יותר במשפט. עלתה על זה הצעה במאמר של אריאל פורת ושל אריק פוזנר על **Aggregation and Law**. במאמר הם אומרים שלכאורה החוק עובד ביחידות דיכוטומיות, עצמאיות, שלא מקיימות ביניהן יחסי גומלין. אבל היה אפשר לחשוב שאנחנו כן היינו רוצים שהיחידות האלה יקיימו ביניהן יחסי גומלין. אפשר לחשוב על טענת אשם תורם והקטנת הנזק. יש נפגע הפרה שגם לא ביצע איזה שהם פעולות להקטנת הנזק וגם לא מנע את ההפרה של הצד השני למרות שהוא היה יכול. אפשר לחשוב על סיטואציה שבה נפגע ההפרה יכול היה לנקוט פעולות להקטנת הנזק, אבל הם לא מגיעות לרמה שבגלל זה אנחנו מפחיתים פיצוי. יש איזה שהיא נקודה שבה אנחנו אומרים - היית צריך לנקוט את הפעולה הזאתי ויש את הנקודה שבה אנחנו אומרים - לא היית צריך לנקוט את הפעולה הזאת, או לא היית חייב. יש מתחם של סבירות בפעולות. נחשוב על פעולה שאנחנו אומרים - היא כמעט. אנחנו לא מפחיתים לך פיצויים אבל היינו מאוד קרובים להפחית לך פיצוי כי לא הקטנת את הנזק. אפשר לחשוב על עוד פעולה כזאת של אשם תורם שאומרים - יכולת לעשות איזה שהיא פעולה שהייתה מונעת את ההפרה של הצד השני ושקלנו להגיד שזה אשם וכמעט אמרנו שזה אשם תורם שמוביל להפחתת הפיצוי, אבל לא הגענו לשם. זה עוד לא שם**. אז פוזנר ופורת אומרים - יש לך שתי טענות שנורמטיבית הם כמעט. אם אנחנו חושבים על טענות משפטיות כעל יחידות עצמאיות, אז להיות כמעט אשם תורם וכמעט הקטנת נזק זה לא מספיק**. אתה הולך לקבל פיצוי מלא. ואם היה לך טענת גם אשם תורם וגם הקטנת נזק, היו מפחיתים פעמיים את הפיצוי. אבל מה אם **אפשר לעשות ביניהם אגרגציה, שיקלול שלהם, שיקלול נורמטיבי. להגיד - אומנם אתה לא חייב בעניין הקטנת הנזק ולא חייב אם היה לך רק את הסיפור של אשם תורם, אבל יחד הם מספיק משמעותיים כדי להביא להפחתה של הפיצוי.**

במידה מסוימת הרעיון הזה נקלט בתוך דוקטרינות. בין דוקטרינות הוא לא נקלט במשפט. התפיסה של אגרגציה נורמטיבית בין דוקטרינות כמו הפרה וטעות לא נקלטה, אבל בתוך דוקטרינה היא נקלטה הרבה פעמים ובמקרה של עושק במפורש. **אפשר לחשוב שיש דרישה של מצוקה ויש דרישה שהחוזה בלתי סביר. ככל שהחוזה שהתקבל בפועל הוא יותר בלתי סביר, ככה אנחנו נדרוש פחות להוכיח מצוקה. וככל שהמצוקה יותר משמעותית, אנחנו נדרוש פחות שהוא יהיה בלתי סביר במובנים האובייקטיביים שלו.**

**סאסי נ׳ קיקאון** - קיקאון היא אישה מבוגרת, יש לה דירה בשווי 140,000 ולסאסי יש דירה ששווה 50,000. הם עשו עסקת חליפין, כל אחד עבר לדירה של השני. העסקה נעשתה כשהם באו עם מתווך לדירה של קיקאון, שכנעו אותה, הפעילו עליה לחץ והיא הסכימה. אחרי ארבעה חודשים היא הבינה שזה לא טוב לה וגם יש מאפיה מתחת. לא טוב לה, זאת גם דירה במרכז העיר והדירה שהייתה לה הייתה עם גינה. היא דרשה את ביטול את החוזה בטענה של עושק. **המצוקה שלה שבגללה יש עושק היא מצוקה נפשית, זה לא ברור חד משמעית, אבל נראה שעקב כך הם הפעילו עליה לחץ. במקרה זה ביהמ״ש מתרשם שהחוזה הוא כ״כ נורא, היחס בין התמורות הוא כ״כ חמור, שזה גם עוזר להתגבר על ההבחנה בעושק.** אנחנו לא נדרוש שתהיה איזה שהיא לקות שכלית חמורה, מספיק שיש איזה שהוא בסיס לעושק, חוסר ניסיון וכו׳. כשפער התמורות הוא מאוד משמעותי זה ישפיע על הנכונות של ביהמ״ש לפסוק שהיה ניצול מצוקה.

**כפיה:**

**הדיון בכפיה בפועל יותר נפוץ בפסיקה, יש יותר מקרים של כפיה מאשר מקרים של עושק**, וגם חלק מהמקרים שרואים בהם עושק, עולה גם טענת כפיה. **כפיה מתרחשת כשמי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום.** אפשר לראות שיכולים להיות כמה סוגים של כפיה: כפיה יכולה להיות כוח ואיום. רואים כמה מקרים של איום בהפעלת סנקציה פלילית, ואיום כלכלי או כפיה כלכלית. השאלה של כוח ואיום מתפרשת באופן סובייקטיבי. כלומר השאלה האם הנכפה חש מאוים באופן שכופה עליו להתקשר בחוזה. **בשפיר נ׳ אפל** רואים את הסיפור של הניצול שואה שאומרים לו גנבת, תרשום חוזה. האיום הראשון הוא כזה שהתחושה הסובייקטיבית מביאה את אותו אדם להתקשר בחוזה, התחושה של חוסר ברירה בגלל איומים של הצד השני. האיום השני מתקשר לאיום בהפעלת החוזה הראשון. ביום השני אומרים הפגם בחוזה הראשון הוא מה שהופך את החוזה השני לכזה שנכרת כתוצאה מכפיה. בדומה לדיון בקש״ס ביחס לעושק, גם **הכפיה לא צריכה להיות יסודית והיא נבחנת במבחן סובייקטיבי.**

עולה השאלה מה התוצאה של איום בסנקציה פלילית? **בשחם נ׳ מנס**, שחם גנב ממנס. זה לא כמו **בשפיר נ׳ אפל**. בשפיר נ׳ אפל, שפיר לא גנב מאפל. שחם נ׳ מנס זה לא שאלה, שחם גנב ממנס. אריה ושושנה שחם הסכימו להעביר למר מנס את דירתם. אח״כ שושנה טוענת שהחוזה לא חוקי, היא טוענת לכפיה והיא טוענת לעושק. למה החוזה לא חוקי? כי הם התחייבו במסגרת החוזה לא לדווח לרשויות על מעשה הגניבה. אפשר לחשוב שזה נוגד את תקנת הציבור. אנחנו היינו רוצים שכל מי שעד למעשה עבירה ידווח עליה, ככה אנחנו יכולים לאכוף את הדין. הסכם בין אנשים שנסתיר מהרשויות את מעשה העבירה, לא יתקבל. **החוזה נתון בכפיה כי מנס אומר לזוג שחם אם אתם לא תעשו את זה, לא תעבירו לי את הדירה, אז אני אדווח עליכם לרשויות. בזה הוא מאיים עליהם, הוא מאיים בסנקציה פלילית ולכן הוא כופה עליהם להתקשר בחוזה. עושק כי הוא מנצל את המצוקה שלהם.**

טענת העושק נדחית מיד. זה השווי של החוב, החוזה סביר. הם חייבים לו סכום גדול של כסף, אבל הדירה פחות או יותר עונה על החוב הזה. אז א׳ התנאים של החוזה הם לא בלתי סבירים בנסיבות העניין כי באמת היה שם חוב ברקע. מעבר לזה, מה המצוקה? לא ברור שיש שם מצוקה. יש שם הסכמה של הגנב לתקן את המעשה שלו. שושנה שחם היא עו״ד, היא יודעת איך הדברים עובדים והיא בוחרת להתנהל בצורה מסוימת ולחתום על המסמכים. סימן שהיא לא במצוקה. מבינים שאין עושק.

אבל למה אין כפיה? כי הם הציעו את הרעיון שהם ימשכנו את הדירה ויעבירו את זה אליו. הם בעצם יזמו את ההצעה. גם אין כאן קש״ס בין המקרה. למה כאן לא הכירו בעילת הכפייה כשהאיום הוא איום בפניה לרשויות, אבל **בשפיר נ׳ אפל** כן הכירו? **בשחם נ׳ מנס היתה לו סיבה ללכת משטרה. זה לא איזה שהוא איום שהגיע משום מקום. בשפיר נ׳ אפל לא באמת היתה הוכחה לזה שהם עשו משהו לא בסדר, הוא פשוט השתמש באיום הזה כדי לקבל מהם כסף**. במקרה של **שפיר נ׳ אפל** גם לא היה בסיס לפנות למשטרה ולדווח, לפחות לא ברור שהיה כזה בסיס. ויותר מזה גם לא היתה זכות לקבל כסף. פה הם אומרים - שני הדברים שונים. גם יש את הזכות הבסיסית לקבל השבה של הגניבה שהיא בלתי תלויה בשאלה של פניה למשטרה או לא, וגם הפניה למשטרה היא לא פסולה. גם הטענה של האנשים שהסכימו לשלם, כל ההסכם שבו הסכמתי לשלם היה הסכם על זה שלא יפנו למשטרה והוא לא חוקי, היא נדחית על הבסיס הזה.

יש לשים לב שגם פה שמים את הדברים על כף המאזניים כמו בעושק. כלומר **השאלה היא עד כמה האיום הוא משמעותי, השאלה עד כמה הוא הביא להתקשרות החוזית והשאלה אם היתה קיימת ברקע זכות כלכלית.**

**סוג הכפיה האחרון שבהתחלה הוגבלה מאוד ולאורך השנים הורחבה, זה הכפייה הכלכלית**. במקרה של **רחמים נ׳ אקספומדיה** **נפסק שיש אפשרות לתבוע על כפיה שהיא כלכלית**. הסיפור היה שהמערערת והמשיבה רצו לארגן יריד, שבו נחתם שהמשיבה תקבל כ- 25% מהרווח של היריד. אחרי שהיריד יצא לפועל וראו שהוא כשל ולא הצליח, הם חתמו על הסכם חדש שבו המשיבה אומרת המערערת צריכה לשלם לה החזרים על ההוצאות שהיו בשביל היריד. האיום היה שאם היא לא תעביר לה את הכסף, באמצע היריד, אז היא תסגור את היריד ולא תאפשר מעבר. זה ימנע מהמשיבה רווח כלכלי ולכן היא היתה בלחץ מהתוצאות היא הסכימה לחתום על החוזה. **השופט מלץ** קובע שמתקיימים התנאים לכפיה. במקרה הזה אמרו יש כפיה **ובכהן נ׳ הרשקוביץ** על הכפיה הכלכלית קבעו שאין כפיה. מה ההבדל, למה במקרה הזה נקבע שההתנהלות של אקסומדיה זה התנהגות שיוצרת כפיה כלכלית? יש פה איום ממשי כי באמת אפשר לסגור את היריד אבל זה לא מספיק, גם **בכהן נ׳ הרשקוביץ** האיום שהם לא ימסרו להם את הדירה זה איום ממשי. מה הפך את הכפיה הזאת למשמעותית מספיק כדי להכיר בזה שהחוזה נכרת בפגם כשהפחד, האיום, זה בהפסד רווחים? **האיום הוא מיידי, יש כאן עניין של זמנים. היריד פתוח לתקופה מאוד מוגבלת, זה לכמה ימים. אומרים - אנחנו הולכים לסגור את זה מחר, אתם תסגרו את זה מחר אנחנו נפסיד הרבה כסף. אין זמן לפנות לביהמ״ש. זה בדיוק שונה מהעמדה של כהן נ׳ הרשקוביץ שאמרו - בסדר, זה היה חודשים, היה לכם זמן לעשות פעולות**. יכולתם לגשת לביהמ״ש, לא הייתם חייבים לחתום על החוזה. פה אין זמן להתייעץ עם עו״ד ועם רו״ח כמו שהיה **בכהן נ׳ הרשקוביץ**. היה להם 24 שעות לתת תשובה, בפרק זמן הזה נוצרת העילה של כפיה.

**מקרים אחרים שיכולים ליצור כפיה כלכלית זה מקרים שמחזיקים מממשים זכות עכבון באופן פסול של נכס של מישהו אחר.** אני מחזיק בנכס שלך, אני לא אשחרר לך אותו עד שלא תיתן לי יותר כסף ממה שהתחייבת במקור. זאת תהיה כפיה כלכלית כי אני לא אפרוץ למחסנים ואקח את מה ששייך לי. אפשר לחשוב על אוניה שעוצרת ופורקת סחורה. אם אחרי זה לוקחים את הסחורה איתה אז גם אין לי אפשרות אחרי זה להגיע לסחורה, גם לא בדרך חוזית ולכן מקרים כאלה יכולים ליצור מצב של כפיה כלכלית.

**אזהרה בתום לב:**

יש לשים לב לחריג **שאומר שאזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום. הרעיון הוא שעמידה על זכות שבדין היא לא איום בכריתת חוזה**. אז מכתבים ששולחים למישהו ואומרים - אתה חייב לי ככה וככה, אני דורש שתשלם לי פיצוי, זה לא כפיה. זה לא מביא לפגם בהתקשרות כל עוד המכתב נועד לממש זכות שקיימת ברקע. בעניין **שפיר נ׳ אפל** אמרנו שאפל נחשד בתרמית של מכירת חלב. אז למה זה לא אזהרה בתום לב? **ביהמ״ש עומד על זה שיש שם שתי סיבות שהאזהרה היא לא בתום לב. אחד שהתום לב נוגע לאזהרה ולזכות**. אז לא היתה זכות בפועל, לא יכול להיות שהאזהרה היא בתום לב. **והדבר השני שהאיום שהם הפעילו שם של הפניה למשטרה, במיוחד בנסיבות, זאת לא אזהרה בתום לב.**

**פגמים בכריתת חוזה - השפעת הביטול על צדדים שלישיים**

**ביטול כתוצאה מפגם בכריתה:**

**כל פגם בכריתה מעניק זכות ביטול, זה הסעד שניתן בעקבות פגם בכריתה**. אין הבחנה לגבי דרך הביטול בין הפגמים השונים בכריתה, למעט כפיה שיש לו הסדר ביטול ייחודי.

ס׳ 19 קובע את האפשרות של ביטול חלקי.

ס׳ 20 מגדיר את הדרך ואת מועד הביטול - בהודעה תוך זמן סביר מהיוודע על עילת הביטול.

ס׳ 21 קובע שיש חובת השבה במקרה של ביטול, השבה בעין או בשווי.

לגבי ס׳ 19, יש דעה שגורסת שזה מרחיב את הזכויות של מי שמחזיק את הטענה של פגם ברצון ולא מגביל אותן. למרות שהסיפא של ס׳19 מרמז שרק אם ניתן להניח שאלמלא הפגם בכריתה לא היה מתבטל כל החוזה על אף שהוא נוגע רק לחלק מהחוזה, **הברירה בין ביטול חלקי למלא היא של מי שמחזיק בעילה**. הדיון המעניין בס׳ 19 נוגע למקרים כמו של חוזים שבטלים לפי ס׳ 30 - חוזה לא חוקי או חוזה שנוגד את תקנת הציבור הוא לא חוזה שיש לו זכות ביטול, בדומה לפגמים בכריתה, אלא הוא חוזה שבטל מעיקרו. **החוק אומר - חוזה שנוגד חוק, את תקנת הציבור, הוא חוזה לא חוקי ובטל. אבל ס׳ 31 מחיל את סעיפים 19-21 גם על חוזים שבטלים בגלל אי חוקיות**. הבעיה כשיש חלק בחוזה שהוא בלתי חוקי ובתי המשפט רוצים לבטל רק אותו, אבל לא ניתן להפריד בתמורה. אפשר לחשוב על חוזה עבודה שכולל בתוכו תניה של אי תחרות מוגזמת - העובד מתחייב במסגרת חוזה עבודה לא לעבוד בשום מקום 10 שנים. משהו שהוא לא סביר. זה נוגד את תקנת הציבור, פוגע בחופש העיסוק. מגיע אחרי שהוא התפטר. עבד במקום 10 שנים ומבקש מביהמ״ש לבטל את התניה הזאת. את כל החוזה אי אפשר לבטל, הוא עבד במקום 10 שנים. אבל הוא אומר את התניה הזאת תבטלו. מה הבעיה עם זה? שלכאורה ס׳ 19 שמדבר על ביטול חלקי דורש גם השבה חלקית. התבטל רכיב מהחוזה הבלתי חוקי, תן השבה של החלק הזה. העובד קיבל רכיב בתמורה, קיבל בשכר שלו איזה שהוא סכום של כסף שמגלם את ההתחייבות הזאת לא לעבוד בשום מקום 10 שנים. לך תחשב את זה. ואם אתה עומד על הדרישה של העובד האם דורשים גם מהעובד להשיב את הכסף הזה? אז **בתי המשפט מתעלמים הרבה פעמים מהקושי ולא מפחיתים מהתמורה**. יש כזה הסדר מפורש בדיני החוזים האחידים. כשיש תנאי מקפח בחוזה אחיד, ביהמ״ש יכול להתערב בדיעבד בחוזה האחיד ולבטל רק את התנאי המקפח וכשהוא מבטל רק את התנאי המקפח, הוא לא משנה את החיובים ההדדיים של הצדדים. אז אם יש חוזה שמכיל הרבה מאוד הסדרים בין צדדים ויש הסדר אחד שהוא טוב במיוחד לעוסק ורע במיוחד ללקוח, ההסדר הזה יבוטל אבל התמורה לא תשתנה. זה נראה לנו לכאורה מצב שבו החוק מעניש את העוסקים על תנאים מקפחים. הוא אומר אני דופק אתכם פעמיים, אני גם מבטל את התנאי וגם אתם לא מקבלים חזרה את הסכום ששילמתם בעבור התנאי הזה. אבל אנחנו חושבים על זה כעל מנגנון הרתעתי, אנחנו רוצים למנוע. זה בעצם הסדר מעניש כי אנחנו רוצים למנוע ממי ששולט בהסכם, שלא יקבע הסדרים מלכתחילה.

**ס׳ 20 מגדיר את דרך ומועד הביטול. הביטול צריך להתבצע בהודעה תוך זמן סביר מהיוודע עילת הביטול.** אנחנו מדברים על מקרים שבהם יש עילת ביטול. **אופן מתן ההודעה - כמו כל מתן הודעה, לפי ס׳ 60(א).** כמקובל בנסיבות העניין. זה עלה גם בהקשר של איך אפשר לתת הודעה, נגיד הודעת ביטול בעקבות הפרה, על האפשרות שהגשת התביעה עצמה תהווה הודעה. בכל מקרה, היא עדיין צריכה לעמוד בדרישה של זמן סביר, כמו בדיון שנערך **בכהן נ׳ הרשקוביץ** - האם שלושה חודשים זה זמן סביר? **יש לשים לב שהדרישה לתת הודעת ביטול תוך זמן סביר קיימת מרגע הידיעה בפועל על עילה שמקנה זכות ביטול ולא מידיעה בכוח.** במובן הזה, אם מישהו התרשל וכתוצאה מזה הוא לא יודע שיש לו זכות ביטול, זה לא שולל ממנו את זכות הביטול כל עוד הוא הפעיל אותה תוך זמן סביר מהרגע שהוא ידע.

**ס׳ 21 מסדיר את חובת ההשבה בעקבות הביטול. חובת ההשבה היא בעין או בשווי**. זה דומה למקרה של ביטול עקב הפרת חוזה הפרה יסודית. גם שם יש השבה בשווי או השווה בעין. ההבדל הוא שבמקרה של הפרת חוזה מה קובע אם ההשבה היא בשווי או בעין? זה לבחירת נפגע ההפרה. כלומר, גם אם אפשרי השבה בעין אבל הוא רוצה השבה בשווי, זה עומד לזכות נפגע ההפרה. ס׳ 21 לא מאפשר את זה. **ס׳ 21 אומר השבה בעין, למעט אם השבה בעין היא בלתי אפשרית או בלתי סבירה בנסיבות העניין. במובן הזה יש הבדל בין תרופות בגין ביטול כתוצאה מפגמים בכריתה ובין ביטול עקב הפרה.**

**הביטול בנוגע לפגמים בכריתה הוא ביטול למפרע, הוא ביטול שמגיע ממועד הכריתה. ביטול עקב הפרת חוזה הוא ביטול של החיובים מכאן ואילך. ביטול בעקבות הפרה הוא ביטול של החיובים בעקבות החוזה אבל הוא לא ביטול של כל החוזה. הביטול עקב טעות בכריתה הוא מבטל את כל החיובים, כולל החיובים המשניים**. בגלל זה ס׳ פיצויים מוסכמים לא מבוטל במקרה של הפרה. היתה הפרת חוזה, היה ביטול, אם היה ס׳ של פיצוי מוסכם הוא עדיין חל בין הצדדים. עדיין תוכל לתבוע גם ביטול והשבה וגם פיצוי מוסכם. לעומת זאת **אם הביטול הוא עקב טעות בכריתה, כל החיובים של החוזה בטלים, גם ההסדרים של בוררות, פיצוי מוסכם וכו׳.** בגלל זה אם היה בהסכם ויתור על טענות כלפי הצד השני, וההסכם בטל עקב פגם בכריתה, בטל גם החיוב הזה. ולכן לא ניתן לטעון שאי אפשר לתבוע את הביטול עקב פגם בכריתה, כי ויתרתי על הזכות. אתה לא יכול לוותר על הזכות כי כל ויתור בעצמו כפוף לטענה של פגם בכריתה, כמו כל טענה של ההסכם שכפופה לטענה של פגם בכריתה. אחרת אני יכול תמיד לחמוק מטענות של פגם בכריתה ע״י זה שאני אגיד שאתה מוותר על הזכויות.

יש לשים לב שזה לא אומר שאין משמעות להסכם. ההסכם בעל המון משמעות לעניין הקצאת הסיכונים. אז בעניין של טעות והטעיה רואים את העניין של טעות בכדאיות העסקה שכפוף להסדרים של הצדדים. אז אני יכול להגיע לתוצאה שלא תעמוד לצד השני טענת טעות. הכללה של טענות as-is כמו בעניין **הולילנד**. הזדקקות להקצאת סיכונים במסגרת החוזה על צד אחד ימנעו ממנו את האפשרות להעלות טענה של טעות. אבל כל טענה אחרת כפופה לטעמים של פגם בכריתה.

**מתי השבה בעין בלתי אפשרית? אם הנכס אבד או עבר לצד ג׳ ולא ניתן להשיבו.** אפשר לחשוב על הסכם ללבנים לבניין, השבה בעין בלתי אפשרית מצד מקבל הלבנים כי הוא עשה בהם שימוש ושם אותם בבניין, זה יהיה לא סביר לדרוש ממנו להוציא אותם בעין ולהחזיר אותם. היא יכולה להיות בלתי סבירה מצד מקבל ההשבה. אפשר לחשוב על חנות נעליים שמוכרת נעליים והקונה אומר - היה לי פגם בכריתה, אני רוצה להשיב בעין את הנעליים שנעלתי כבר. אבל השווי עכשיו של הנעליים הוא דרמטית שונה כי נעליים משומשות לא נמכרות ככלל. זה יכול להיות מושפע, השאלה מה סביר. מתי השבה בעין היא סבירה או לא סבירה, בהתאם לשאלה מי גרם לפגם ברצון. מי הוא בעל הזכות. **לכאורה ס׳ 21, לא מבחין בין מי שהחזיק בעילת הביטול והצד השני. ההשבה היא הדדית בלי שאלה. אבל אני יכול לשאול האם סביר שההשבה תהיה בעין, או בלתי סביר בהתאם להבחנה מי גרם לעילת הביטול**. אם נחשוב שמוכר נעליים פנה לאדם שסובל מלקות שכלית מאוד קשה ומכר לו נעליים ב- 1,000 ש״ח וניצל את המצוקה שלו תוך עושק. המחיר של הנעליים בשוק הוא לא 1,000 ש״ח, לא קרוב לזה. אני יכול להגיד שבנסיבות האלה זה סביר לעמוד על השבה בעין.

**תוצאות הביטול כלפי צדדים שלישיים:**

אפשר לחשוב על מערכות יחסים שונות שיכולות ליצור את הקושי הזה, ובכל אחת מהן אפשר לחשוב על מצבים שבהם הביטול הוא **כתוצאה מפגם בכריתה** ומקרים שבהם הביטול **הוא כתוצאה מהפרה.**

* א׳ העביר ל- ב׳. ב׳ העביר ל- ג׳. א׳ מפעיל זכות ביטול כלפי ב׳ **אחרי** שהנכס עבר מ- ב׳ ל- ג׳.

במצב הזה נוצרת לנו תחרות על השבה בעין בין א׳ ל- ג׳.

* א׳ העביר ל- ב׳. ב׳ העביר ל- ג׳. א׳ מפעיל זכות ביטול כלפי ב׳ **לפני** שהנכס עבר מ- ב׳ ל- ג׳.

אותו מצב בדיוק, אבל זכות הביטול נוצרה, או א׳ מודע אליה עוד לפני שהנכס עבר מב׳ ל- ג׳, ו- ב׳ מעביר ל- ג׳ אחרי שנדרש ממנו ביטול והשבה. לפני ההשבה בפועל.

בפס״ד **נס נ׳ גולדה** **רואים מקרה כזה בעניין של הפרה. היה חוזה, החוזה הופר, נמסרה הודעת ביטול, ואז המפרים מעבירים את הנכס לצד שלישי.** גולדה רוכשת דירה מחברת בנייה בשם פרספוליס, הם נרשמו ברישום זכויות קניין במשרדי החברה אבל לא בלשכת המקרקעין. נס, המערערים, קנו מגולדה את הדירה בתשלומים. גולדה מסרו לידיהם את הדירה עצמה כבר לאחר התשלום הראשון ואת העברת הזכויות התחייבו לתת רק לאחר התשלום האחרון. נס התחמקו מלשלם, ולכן גולדה הודיעו להם שהם מבטלים את החוזה. נס התעלמו מהביטול ומכרו את הדירה לדודמן. דודמן לא הסתכלו בחוזה המכר שהיה בין גולדה לנס. גולדה עתרו לבית המשפט להחזרת הדירה אליהם והתביעה התקבלה. ולכן הערעור. **השופט לנדוי** –ס'10 למקרקעין לא רלוונטי כי מדובר בסעיף במקרקעין מוסדרים. זהו לא המקרה. הוא מקשר את העניין להמחאת זכות, ס'2 א' לחוק המחאת החיובים, זכות עוברת עם כל מה שכרוך בה. לכן, גולדה העבירה לנס את הזכות על הדירה, נס העבירו לדודמן. אבל הזכות פגומה מכיוון שניתנה זכות ביטול כדין ולכן הדירה של גולדה. **השופט אלון** – גולדה חולקת באשמה מכיוון ואפשרה לנס לגור בדירתה ללא הסדרת תשלום, גם על דודמן חלה אשמה כי לא בדקו את חוזה המכר בין גולדה לנס ולכן למרות שפעלו בתום לב, לא היו זהירים מספיק.

אותו דבר ובמידה אחרת יכול להיות שא׳ מעביר לב׳, וב׳ מעביר לג׳ ולב׳ יש זכות ביטול במסגרת ההסכם עם א׳, אבל הוא צריך אחרי זה לדאוג להשבה - מקרים חריגים.

* א׳ העביר ל- ב׳. ב׳ העביר ל- ג׳. ל- ב׳ יש זכות ביטול במסגרת ההסכם עם א׳. העילה נוצרה **אחרי** שהעביר את הנכס ל- ג׳.
* א׳ העביר ל- ב׳. ב׳ העביר ל- ג׳. ל- ב׳ יש זכות ביטול במסגרת ההסכם עם א׳. העילה נוצרה **לפני** שהעביר את הנכס ל- ג׳.

**יש שתי אפשרויות קיצוניות במערכות היחסים האלה בין א׳ וג׳. אפשרות קיצונית אחת - אין השבה בעין. א׳ לעולם לא יזכה בנכס**. זה יוצר בעיה, כל הסיטואציה של השבה בעין עולה כשלחוליית הביניים (ב') אין כסף. זה בעצם הבעיה. הבעיה היא כשא׳ דורש השבה מב׳ בעין, ולמה בעצם הוא עומד על הדרישה של השבה בעין? כי ב׳ הוא החוליה שבלי כסף. רואים דוגמה לזה **בבייזמן השקעות**, שחוליית האמצע היא החוליה שנעדרת כסף. אז אותו דבר עולה במקרים האלה, חוליית האמצע לא יכולה לתת השבת שווי.

אפשרות שניה - **ביטול החוזה בין ב׳ לג׳ למפרע, ג׳ גובר רק אם מתקיימים תנאי תקנת השוק**. יש לשים לב שזה מציב את ג׳ במצב קשה, כי שוב פעם ב׳ מולו בהפרה ולב׳ אין כסף. אז בעצם אנחנו שואלים מי עדיף במערכת היחסים, א׳ או ג׳, ואיך אנחנו יכולים להגיע לפתרון בצורה דוקטרינרית.

נגענו בתקנות השוק כשדיברנו על תמורה, **על מצבים שבהם רכישה בתנאים מסוימים ממי שלא מחזיק בזכות מקנה לרוכש את הזכות**. זה בס׳ 34 בחוק המכר ומדובר בהרחבה **בפס״ד כנען**, ובס׳ 10 בחוק המקרקעין שמדבר על תקנת השוק במקרקעין, שזה רכישה שמתבססת על המרשם. הדיון בתקנת השוק בעצם מסדיר באיזה תנאים ג׳ רוכש זכות טובה בנכס, וגובר בתחרות על א׳. בעצם רוכש את הזכות בלי שא׳ ממשיך להחזיק בזכות העקרונית שלו.

**במקרים של פגם ברצון (בכריתה), המצב מורכב כי החוזה אמור להיות בטל ממועד הכריתה**. אם א׳ מחזיק בעילה מול ב׳, ב׳ מעביר לג׳ וא׳ מגלה על העילה רק אח״כ, אבל העילה קיימת לו כל הזמן. אפשר לחשוב על ההטעיה או על הטעות. א׳ החזיק בעילת הטעות מול ב׳, הוא גילה על הטעות בשלב מסוים אבל העילה היתה קיימת לו עוד מלכתחילה. מצד שני זה יוצר לג׳ תמיד קושי, כי תמיד תהיה זכות ביטול. אומרים לא, **אבל לא תמיד קיימת זכות ביטול כי א׳ יכול להפעיל את הזכות רק תוך זמן סביר**. הוא לא יכול להפעיל את הזכות מתי שהוא רוצה, הוא חייב להפעיל אותה תוך זמן סביר. השאלה אם הפעלה תוך זמן סביר נוגעת רק לגילוי על הטעות, או שאנחנו דורשים ממנו לגלות את הטעות תוך זמן סביר. **לשון הס׳ אומר שאתה לא חייב לגלות תוך זמן סביר, אלא להפעיל את הזכות תוך זמן סביר מהרגע שגילית עליה**. אין דיון פרשני בסוגיה הזאת, אבל פרשנות אחת של ס׳ 20 זה שהיא דורשת שתגלה על הטעות גם תוך זמן סביר. בהקשר הזה יש דין מיוחד לכפיה - **מותר לתבוע ביטול עקב כפיה תוך זמן סביר לא מרגע הגילוי על הכפיה, אלא תוך זמן סביר מרגע שהוסרה הכפיה, האיום**. זה גם הגיוני שאדם שנכפה עליו להתקשר בחוזה יודע כל הזמן על הכפיה, אבל מצד שני הוא לא ידרוש ביטול כי הוא מפחד. האיום הזה נמצא עליו כל הזמן. בהקשרים האלה יש דיון גם בדיני עבודה - כמה זמן עובד יכול לדרוש סעדים שמגיעים לו לפי דין במסגרת חוזה העבודה, כשיש טענות שתוך כדי יחסי העבודה תמיד קיים איום בפיטורים. לכן לעובד תמיד תהיה טענה שהזכויות שלו נדחות למועד סיום יחסי העבודה, אבל הטענות האלה לא מתקבלות בדר״כ.

**כנען נ׳ ממשלת ארה״ב** - כנען רכשה מרוכלת בשוק ציור ב- 250 ש״ח. היא פתחה את התמונות לצורך ניקוי והיא גילתה שמאחורה מופיע שזה שייך למוזיאון יהודי בניו יורק והתברר לה גם שזה שייך לצייר שנקרא ראובן והציור בעצם שווה 115,000$ (זה הסכום שהוא שווה כי זה סכום הביטוח). הציור נעלם באמצע תערוכה ופיצו את הבעלים שרכש את הציור הזה בכסף מהביטוח ולכן ממשלת ארה״ב טענה שיש לה זכות קניין להחזיק בציורים. כנען ערערה לביהמ״ש העליון וטענה שיש לה זכות להחזיק בזה. נקבע שהייתה טעות משותפת והחליטו שזה שייך לארה״ב והם היו צריכים לפצות אותה ב- 250 ש״ח.  
איך **השופט אור** מציע להתמודד עם הסיטואציה הזו? הוא מציע להתמודד איתה דרך דיני הטעות. מה הקונסטרוקציה שהוא מציע להתמודד עם זה? הוא אומר ששניהם טעו במהות של העסקה כי אם הרוכלת היתה יודעת שזה השווי של התמונות היא לא היתה מוכרת ושזאת היתה טעות משותפת. אבל זה לא רק שווי, זה לא מספיק שזה שווי. זה יותר מזה, זה המהות של התמונות. הטעות היתה שמדובר בציור של אומן משמעותי, ציור אומנותי ולא תמונה סתמית שאנשים מציירים ברחוב ותולים בסלון.  
מה הקונסטרוקציה החוזית שהוא מציע, איך פותרים את זה דרך דיני החוזים? הסיפור הוא שצנעני, הרוכלת שמכרה לכנען ב- 250 ש״ח, לא מעוניינת בביטול מול כנען. אומרים לה שאם היא תבטל היא תצטרך למסור את הציור לממשלת ארה״ב, אז אין לה עניין לבטל.

איך **השופט אור** פותר את זה? הוא אומר שיש כאן טעות משותפת והם יכולים לבטל. אבל למה זה מבוטל? איך הם יכולים לבטל? מי יכול לבטל? הצדדים לחוזה. ממשלת ארה״ב היא לא צד לחוזה, איך היא יכולה להביא לביטול החוזה? **הוא אומר שיש מפגש בין זכות העקיבה לזכות הסוברוגציה שמאפשרת לממשלת ארה״ב להיכנס בנעליים של המוכרת.** זכות העקיבה היא של הבעלים האמיתי של הנכס, יש לו זכות לעקוב אחרי הנכס ואחרי גלגוליו. המשמעות היא כזאת - אדם גנב נכס, ואותו גנב מכר את הנכס ואפשר לחשוב שהוא מכר אותו בתנאי תקנת השוק. אז בעל הנכס איבד את הנכס. הקונה קנה קניין אמיתי בנכס. כשהקונה קנה קניין אמיתי בנכס לבעל הנכס אין זכות לקבל אותו, אבל יש לו זכות עקיבה אחרי הגלגולים של הנכס. מה זה הגלגול של הנכס? זה הכסף שקיבל הגנב בעבור הנכס. אז בעל זכות העקיבה יכול לעקוב אחרי הגלגול הזה ולהגיד - תן לי את הכסף. במקרה הזה זכות העקיבה לא עוזרת לממשלת ארה״ב כי עקיבה אחרי הכסף לא תורמת להם כי היא קיבלה 250 ש״ח. אבל מה הם אומרים? **השופט אור** שזכות העקיבה היא לא רק אחרי גלגולי הנכס אלא אחרי זכויות שמקנות את הגלגולים של הנכס. זכות העקיבה לעקוב אחרי הגלגולים של הנכס מאפשר לכל קונה שלא רכש את הנכס בתנאי תקנת השוק, לא רק להחזיר לו את התמורה אלא לממש זכויות שיש לו ביחס לנכס. במקרה הזה לצנעני יש זכות ביטול, זכות הביטול בעקבות זכות העקיבה עוברת לבעלים האמיתי של הנכס. בהקשר הזה ממשלת ארה״ב שרכשה בעלות דרך תשלומי הביטוח. זה הפתרון **שמציע השופט אור**. הוא גם אומר שלדעתו תנאי תקנת השוק לא מתקיימים. הוא מבחין בין שיקולי אקס-פוסט של מזעור הנזק ושיקולי אקס-אנטה של מונע הנזק הזול.

הפתרון של **השופט ברק** הוא דרך תום הלב - המוכרת לא חייבת לדרוש ביטול, היא יכולה, יש לה זכות לדרוש ביטול לפי ס׳ 14(ב). אבל אין לה אינטרס. אבל כדי להיות תמת לב לפי ס׳ 39, היא צריכה לעמוד על זכות הביטול שלה. כדי להיות תמת לב במערכת היחסים שלה כלפי ממשלת ארה״ב שיכולה לבוא אליה ולדרוש - תחזירי לי את הנכס, היא אומרת מה אכפת לי. קיבלתי 250 ש״ח, קחו את ה- 250 ש״ח לא אכפת לי. הם אומרים לא - כדי להיות תמת לב ביחסים שלך עם ממשלת ארה״ב שדורשת את הנכס חזרה, את חייבת לממש את זכות ביטול הנכס. את, כנען, **כדי לקיים את חובת תום הלב במסגרת היחסים את חייבת לאפשר את הביטול וההשבה ההדדיים.**

ד״ר פלד חושב **שבנס נ׳ גולדה** **ההפחתה של הפיצוי המוסכם היא שגויה כי הם קשרו בעצם את הקונים המאוחרים בחיובים שנובעים למערכת היחסים החוזית בין נס וגולדה ולא קשורים להשבת הנכס עצמה.** במובן הזה הם לא היו צריכים לאפשר גם את ההפחתה של הפיצוי המוסכם.

**תוכן החוזה - תנאים ותניות**

הדיון עד היום המתמקד בעיקר במצבים פתולוגיים - מצבים שבהם חוזה נכרת והופר או מצבים שבהם החוזה נכרת אבל הוא לא היה צריך להכרת מלכתחילה, הוא נכרת על בסיס פגם בכריתה. אפילו כשדיברנו על הדרך שבה נכרת חוזה עיקר הדיון נגע למצבים שבהם או שאחד הצדדים סבר שחוזה לא היה צריך להיכרת כי הוא לא רצה להיכנס לחוזה או שהצדדים אמרו שיש פגם אחר שנגע למהלך ההתקשרות, להליך ההתקשרות בחוזה. דברנו על דברים שיכולים להשתבש.

אפשר לחשוב שהיינו לוקחים סטודנט לרפואה ואומרים לו שבשנים הראשונות של לימודי הרפואה נתחיל ללמוד על מחלות, על פציעות. היינו אומרים בוא תראה מה זה המחלה הזאת, , ואיך המחלה הזאת מתפתחת ומה יכול לקרות ואיך אנחנו מטפלים בה והיינו מנסים ללמוד דרך זה איך לטפל באנשים בלי שאנחנו מבינים מה המבנה של גוף האדם, איך הגוף פועל, איך הוא מתחלק, מה הרכיבים שלו ומה יחסי הגומלין בין הרכיבים אחד עם השני. כלומר היינו לומדים את הפתולוגיה, את מה שיכול להשתבש בהפעלה של גוף האדם בלי שלמדנו אנטומיה ופיזיולוגיה.

אם מישהו היה פותח פקולטה לרפואה ומלמד ככה היינו חושבים שהוא מטורף, שזו לא הדרך ללמוד. אתה לא יכול להבין באמת איך דברים משתבשים לפני שאתה מצליח להבין ממש איך הם פועלים כשהם תקינים. בכל זאת במשפטים הולכים תמיד לפתולוגיה, לשאלה איך דברים משתבשים במקום איך הם מתנהלים. זה מוזר משתי סיבות: 1. כי רוב החוזים לא מופרים וברוב החוזים אין פגם בהליך ההתקשרות או פגם בכריתה. רוב החוזים נכרתים בהתאם לרצון של הצדדים, מקוימים ואז צדדים נפרדים לדרכם. זה יכול להיראות אחרת, כי כל המקרים שאנחנו בוחנים אלה מקרים שבהם החוזה הופר, היתה איזה שהיא בעיה. 2. בעיה שניה נוגעת לתפקיד של עורכי הדין - אפשר להגיד טוב, לא אכפת לי מה קורה עם החוזה התקין כי זה הצדדים עושים. שני בעלי העסקים מגיעים וכורתים חוזה. מתי הם צריכים את העו״ד? הם צריכים כשמישהו עושה משהו לא טוב. אבל זה גם לא נכון, כי רוב העבודה של עו״ד היא בניסוח החוזה, היא בבניית המנגנון של העסקה בין הצדדים. אפשר לחשוב על מחלקות במשרדים פרטיים של עו״ד. יש שתי מחלקות שמתעסקות בחוזים - המחלקה המסחרית ומחלקת הליטיגציה. המחלקה המסחרית מתעסקת בכריתת החוזה, בעיצוב של החוזה, במערכת היחסים שהחוזה בונה. מחלקת הליטיגציה נכנסת לתמונה כשמישהו מפר את החוזה או כשעולה טענה אחרת שצריך להביא אותה לפתחו של ביהמ״ש. רוב ההתעסקות של עו״ד היא במחלקה המסחרית, היא בעיצוב ובהבניה של החוזה מסוגים שונים. בגלל זה לחלק הזה של עיצוב חוזה, של איך אנחנו חושבים על ההליך של החוזה, יש חשיבות מכרעת.

**תנאים ותניות:**

תניה - חיוב של צד להסכים. **תניה היא ס׳ בהסכם שבו צד מתחייב לבצע פעולה או ס׳ בהסכם שמסדיר את המועדים שבהם צדדים יבצעו את החיובים שלהם.**

תנאי - זה בעצם שם כללי לשני סוגים של תנאים: **תנאי מפסיק או תנאי מתלה**.

לעיתים אנחנו מכנים תניה בלשון תנאי וזה לא שימוש נכון. חוק החוזים מבחין בין תנאי ותניה והטעות הזו גם נעשית ע״י המחוקק. לדוגמה: כשבחוק החוזים האחידים מדברים על תנאי מקפח בחוזה, הכוונה של המחוקק באמת היא תניה מקפחת בחוזה אחיד. זה לא ס׳ שעוסק בתנאים אלא ס׳ שעוסק בתניות.

אז תניה היא חיוב של הצדדים להסכם ותנאי הוא הסדר בחוזה שאם הוא תנאי מתלה הוא אומר - שהחוזה תלוי בהתקיים התנאי. כלומר הוא הסדר שאומר שרק בהתקיים בו יקוים החוזה. תנאי מספיק הוא הסדר שכשהוא מתקיים, החוזה חדל. זה מה שקובע ס׳ 27(א) לחוק החוזים בעניין של תנאי מפסיק ותנאי מתלה.

הגדרה של תנאים בהסכם:

בהבדל בין תנאים ותניות, אנחנו צריכים להבין איך זה נוגע לחיובים של הצדדים, או למה בכלל שהצדדים ירצו לקבוע תנאי בחוזה. האחריות לתניות בחוזה היא מוחלטת. צד יכול לקחת על עצמו אחריות לכל דבר, ומהרגע שהוא התחייב למשהו וההתחייבות הזאת היא תניה בהסכם, הוא אחראי לא משנה מה קורה.

מה התכלית של התניות, למה שאני אתחייב למשהו? **אני אתחייב למשהו כי אני ארצה לעודד את ההסתמכות של הצד השני.** ההסתמכות הזאת יכולה לבוא לידי ביטוי. גם בתשלום. אני יכול להתחייב לתוצאה כי אני רוצה לקבל תשלום של הצד השני. אפשר לחשוב על ההתחייבות ב-Hocking v. McGee, להשיג תוצאה בניתוח הפלסטי לתיקון הצלקת. למה שתהיה התחייבות להשיג תוצאה? כי אני רוצה שהצד השני יסכים לניתוח. יסכים לניתוח למרות שהוא ניתוח נסיוני. אז אני מתחייב לתוצאה כי אני רוצה ליצור את ההסתמכות הזאת אצל הנמען. מנגד, יכול להיות תניה שבה אני לא מתחייב לתוצאה, אלא מתחייב לבצע פעולה בלי התחייבות לתוצאה. כלומר, ככלל כשיש תניה שמחייבת אותי לבצע פעולה הצד גם מתחייב להשיג תוצאה, אבל ניתן להתנות על התוקף המחייב באמצעות תנית Best Effort, תנית השתדלות. זה אומר שצד יעשה את המאמצים הסבירים להגיע לתוצאה. ככלל פרוצדורה רפואית שמתייחסים אל היחסים של רופא חולה כיחסים חוזיים, אין בה התחייבות לתוצאה. הפס״ד שראינו שבהם היתה התחייבות לתוצאה הם חריגים לכלל.

כשאנשים לא יכולים להבטיח תוצאה בהסדרים ובמקרים שבהם אנחנו לא היינו רוצים שבכלל יהיה תוקף לחיובים של הצדדים, אנחנו יכולים ליצור חוזה כזה ע״י החדרה של תנאים. הכללה של תנאים שאומרים - אם התנאי המתלה הזה לא מתקיים, החוזה בכלל לא נכנס לתוקף.

**תנאי מתלה:**

**תנאי מתלה הוא אירוע שהצדדים מסכימים עליו שהוא בלתי ודאי, שבהתקיימו תקום חובת ביצוע או ינתן תוקף לחוזה**. החלופה הזאת נובעת מכך שיש שני פרשנויות מקובלות: **פרידמן** אומר שביצוע של החוזה מותנה בקיום האירוע ו**טדסקי** אומר שתוקף החוזה מותנה בקיום האירוע. מה ההבדל בין החלופות? אם רק ביצוע החוזה מותנה בקיום האירוע, יש חוזה תקף מרגע הכריתה בלי קשר לשאלה אם התנאי התקיים או לא התקיים. המשמעות של התנאי היא לא השאלה אם יש חוזה תקף בין הצדדים, אלא רק אם הצדדים חייבים לפעול בהתאם לחוזה. אם החיובים שלהם קמים. יש ביניהם חוזה, אבל הם לא חייבים לעשות כלום. החובות שלהן נוצרות ברגע שמתקיים התנאי. לפי **טדסקי** אין חוזה תקף בין הצדדים. אין להם שום חיוב אבל גם אין שום דבר שיכול ליצור חיוב. החוזה יחד עם החיובים שהוא יכול ליצור, נוצר/משתכלל בעת קיום התנאי.

**יש לשים לב שאם מדובר באירוע שהוא ודאי, זה לא תנאי.** לדוגמה, אני מתחייב לתת לנועם 200 ש״ח אם יחלפו שבועיים. זה לא תנאי, זה פשוט אומר מתי אני מקיים את החיוב. החיוב יהיה בעוד שבועיים.

מאפיינים טיפוסיים של תנאי ואיך אנחנו מזהים תנאי בחוזה:

תנאי בדר״כ מדבר על אירוע עתידי, כלומר החוזה יכנס לתוקף כשירד גשם. אז כל עוד לא ירד גשם אין חוזה מחייב או אין תוקף לחיובים בין הצדדים. האירוע הזה בדר״כ עתידי אבל הוא לא חייב להיות עתידי. יכול להיות שזה אירוע שהצדדים לא יודעים מה קרה, הם אומרים בוא ניכנס להסכם ואז נברר, ואם העולם העובדתי שכבר התרחש בעבר הוא כזה, אז ההסכם ביניהם נכנס לתוקף. בדר״כ גם האירוע הזה הוא חיצוני להסכם. לדוגמה, קבלן יכול להגיד שהוא מתנה את הבניה בקבלת רישיון או היתרי בניה, אבל היתרי בניה הם לא משהו שדרוש לו כדי לקיים את החוזה במובן הזה שהוא יכול ברמה הטכנית להקים את המבנה. הוא יכול לחפור, הוא יכול להביא את כל הכלים. זה לא פעולה שהוא צריך לבצע במסגרת ההסכם. היא לא שלב בביצוע ההסכם.

בנוסף, **בדר״כ התקיימות התנאי לא תלויה בלעדית בהתנהגות הצדדים**. אמרנו גשם זה אירוע שלא תלוי בכלל בהתנהגות הצדדים, אף צד לא יכול להשפיע על קיומו של גשם. יכול להיות שהתנאי תלוי גם בהתנהגות הצדדים, אבל בדר״כ זה יהיה תלוי בעיקר בגורם חיצוני. לדוגמה, יכול להיות שהתנאי יהיה קבלת רישיון או היתר של גורם אחר. ברוב המקרים שאנחנו רואים תנאי הוא היתר, רישיון או הסכמה של צד שלישי. אז אם אדם אומר אני אפעיל עבורך מונית בתנאי שאני אקבל רישיון ממשרד התחבורה להפעלת מונית, כדי שיתקיים התנאי הזה, הרישיון, אני צריך קודם כל לפנות למשרד התחבורה ולבקש רישיון להפעלת מונית. במובן הזה זה תלוי בעיקר במשרד התחבורה אבל לא רק.

**תנאי במקרים חריגים יכול להיות תלוי רק בהתנהגות**. למעשה זה הקושי בפס״ד **ברקוביץ׳ נ׳ קלימר** - הפס״ד שעוסק במתנה והיה שאלה אם זה מתנה בחיוב או מתנה על תנאי. **השופט ברק** אומר - אני מתלבט בין האפשרויות ואני קובע שזאת מתנה על תנאי. מה התנאי? התנאי או שתאפשר לאמא לחיות בדירה עד סוף חייה. זה תנאי מפסיק להסכם. במובן הזה זה תנאי מוזר, כי זה תנאי שאומר איך צד מסוים מתחייב להתנהג והוא חריג מאוד למה שאנחנו חושבים בדר״כ על תנאים. בגלל זה, זה עוד סיבה לחשוב **שהשופט ברק** משתמש ברעיון של מתנה על תנאי בצורה מלאכותית שם רק כי הוא רצה להתחמק מהמגבלה על סעדים של מתנה בחיוב לפי חוק המתנה. אם הצדדים קובעים שהתנאי תלוי לחלוטין בהתנהגות, אז התנהגות שלא בהתאם לא מהווה הפרה של החוזה, אלא היא פשוט אומרת שהתנאי לא מתקיים. זה יכול להוות הפרה בתנאים מסוימים אבל לא חייב.

דוגמה לתנאי שתלוי בהתנהגות זה עסקה לביצוע שיפוצים בנכס שעוד לא נרכש. קונה נמצא במו״מ לקנות נכס והוא מתקשר עם קבלן שיפוצים ואומר לו - ברגע שאני אשלים את הרכישה, אתה תעשה שיפוץ לבית ואני אשלם לך. במידה רבה השלמת הרכישה תלויה בקונה, ביהמ״ש בעניין **שוילי נ׳ זילברברג** **קובע שמדובר בתנאי מתלה.** ההסכם שיפוצים מותנה בתנאי, מה התנאי? השלמת הרכישה ע״י הקונה. יש לשים לב שהשלמת הרכישה היא לא רק תלויה בקונה. כלומר נכון שהקונה יכול להגיד למוכר אם המחיר הוא 100, אני אתן 500 ואז בטוח הוא יסכים למכירה. אבל בנסיבות סבירות, השלמת הרכישה תלויה גם בקונה וגם במוכר. אז זה לא תלוי רק בקונה אבל זה תלוי מאוד בקונה.

**באופן עקרוני, אפשר להתנות (מלשון תנאי) רק חלק מהחיובים ולא את כל החוזה**. לדוגמה, החיוב יכול להיות מותנה באיזה שהוא אירוע חיצוני לא ודאי, או בהתנהגות של הצד השני. חוזה ביטוח זה חוזה שיש בו אירוע שמותנה באירוע חיצוני לא ודאי. נגיד נכרת חוזה ביני ובין חברת ביטוח, אני משלם לחברת הביטוח כל חודש כסף, ואם יש לי פנצ׳ר בגלגל אז חברת הביטוח משלמת לי או שולחת מישהו שיחליף לי גלגל. חברת הביטוח לא חייבת לשלוח כל הזמן מישהו שיחליף לי גלגל, החיוב הזה צומח רק אם יש לי פנצ׳ר, האירוע העתידי הלא ודאי.

**חיובים מותנים:**

**חיוב ספציפי של צד אחד בתוך החוזה יכול להיות מותנה בקיום התנהגות מסוימת של הצד השני**. לדוגמה, **חיוב מותנה** הוא התחייבות של צד אחד לבצע פעולה רק אם קודם לכן ובנפרד הצד השני ביצע פעולה. **חיובים שלובים** הם התחייבות של צד לבצע פעולה רק אם הצד השני נכון לבצע באותו עת גם פעולה, כמו שרואים **בשוחט נ׳ לוביאניקו**.

ס׳ 27 לחוק החוזים שמגדיר מהו תנאי מתלה ותנאי מפסיק מדבר רק על החוזה כולו ולא על חיובים ספציפיים בתוך החוזה. אפשר אולי להתיר את ההסדר של ס׳ 27 גם על חיוב מותנה דרך ס׳ 61(ב) כי כל החיובים, גם אם הם לא חיובים לפי חוזה, חלים עליהם ההסדרים של דיני החוזים. יכול להיות שניתן להחיל את זה גם דרך ס׳ 31 בשילוב עם ס׳ 19. ס׳ 31 אומר שהוראות של ס׳ 19 ו- 21 יחולו בשינויים המחייבים גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה. הפרק כולל את ס׳ 27, כלומר ס׳ 31 אומר בטלות של חוזה לפי ס׳ 27, כלומר בטלות של חוזה בעניין שלא מתקיים תנאי מתלה או מתקיים תנאי מפסיק חל עליו גם ס׳ 19. בגלל שהוא אומר לפי פרק זה אז אפשר לקרוא את ס׳ 31 כאומר - בטלות לעניין אי התקיימות של תנאי מתלה יחול עליה ס׳ 19. ס׳ 19 אומר ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד. עילת הביטול היא אי התקיימות התנאי המתלה, אם אי התקיימות התנאי המתלה נוגעת רק לאחד מהחלקים של החוזה וניתן להפריד את החוזה לחלקים, עילת הביטול תתקיים רק ביחס לאותו רכיב, כלומר ניתן להגיע לביטול חלקי דרך השילוב. ככלל, היישום הזה הוא מאוד מוזר ואין פס״ד שהוא נעשה בו. אבל כעניין רעיוני הוא קיים.

**הבחנה בין תניה ותנאי מתלה:**

לפעמים קיים קושי להבחין בין תנאי מתלה ותניה. למה זה חשוב? כי אם מדובר בתנאי מתלה אז החוזה לא נכנס לתוקף, ואי התקיימות התנאי היא לא הפרה של החוזה. לעומת זאת, אם יש התחייבות אז העובדה שהתנייה לא מתקיים היא הפרה.

ס׳ 27(ב) אומר שאם קיום החוזה טעון רישיון לפי חיקוק, יש חזקה שקבלת הרישיון היא תנאי מתלה. אבל זאת חזקה עובדתית שניתנת לסתירה. זה אומר שצדדים יכולים להתכוון לקיים את החוזה ושזה לא יהיה תנאי. אבל לפרש את זה בשני דרכים שזה לא תנאי מתלה: אפשרות אחת זה שצד אומר שביצוע החוזה תלוי ברישיון, אבל אני מתכוון לבצע את זה גם בלי רישיון. הקבלן בניין אומר גם בלי היתרי בניה אני בונה פה. במובן הזה יש לו חיוב בתוך החוזה והחיוב לא מותנה בתנאי מתלה. אבל, במקרה הזה אפשר להגיד שהחוזה נגוע באי חוקיות כי התחייבות לבצע פעולה בניגוד לרישיון, כלומר אני מתחייב לבצע גם אם אני לא אקבל רישיון, זה אולי חוזה לא חוקי ואז במובן הזה החוזה יכול להיות בטל מעצם אי החוקיות שלו. אפשרות אחרת היא שהקבלן אומר - אני מתחייב לקבל רישיון, אני לא אבנה אם אני לא מקבל רישיון, אבל אני מתחייב לקבל רישיון. זה לא מתנה את החיובים שלו מכוח, אלא זה חיוב בתוך ההסכם. אני אבצע ברגע שאני אקבל רישיון, אבל אני מתחייב לקבל אותו ולכן אם אני לא אקבל רישיון, אני מפר את ההסכם.

יש שלוש אפשרויות:

• אפשרות אחת זה שקבלת הרישיון היא תנאי להתקיימות חיובים בהסכם, תנאי מתלה.

• אפשרות שניה זה שקבלת הרישיון היא התחייבות, הקבלן אומר אני מתחייב לקבל את ההסכם ואי השגת הרישיון היא הפרה.

• אפשרות שלישית היא שא׳ מתחייב לקבל את הרישיון וגם שהחוזה נמצא בתנאי. שני הדברים במקביל.

**לפעמים קשה להבחין בין השאלה אם משהו הוא תנאי או תניה וזה תלוי בהגדרה של הצדדים**. **אם זה התחייבות זה אומר שא׳ מתחייב להשיג את הרישיון ואי השגת הרישיון זה הפרה ואם זה תנאי זה אומר שהחיובים של א׳ קמים רק אם מתקבל הרישיון**. מה קורה אם לא מתקבל רישיון, מה התוצאה? התוצאה היא לא באמת כ״כ שונה, זה תלוי בנסיבות של העניין. אפשר לחשוב על קבלן בניין שאומר שהוא יתחיל לבנות בתנאי שיתקבל היתר בניה מהרשות המקומית. מה קורה אם א׳, הקבלן, סיכל את התנאי, לא נתן לתנאי להתקיים? נגיד, לא פנה לרשות וביקש היתר בניה. במקרה כזה ס׳ 28(א) יוצר השתק - אם צד גרם לזה שתנאי לא התקיים, הוא לא זכאי להסתמך על אי קיומו. ההשתק לא חל ע"פ ס׳ 28(ג) אם הוא לא התחייב לפעול להשגת הרישיון או שהוא פעל בתום לב ולא ברשלנות.

יש לשים לב שזה יוצר מצב מוזר. **אפשר להניח שקבלן היה צריך להגיש טפסים לרשות המקומית כדי לקבל היתר בניה והוא החליט אחרי זה שהוא לא רוצה לקיים את החוזה אבל הוא לא רוצה להיות בהפרה אז הוא מגיש טפסים פגומים בכוונה, חוסר תום לב, והוא לא מקבל רישיון**. ס׳ 28(א) אומר שהוא מושתק מלטעון שהתנאי לא מתקיים. כלומר, הוא לא רשאי להגיד שאין לו חיובים בגלל שהתנאי לא מתקיים ולכן הצד השני יכול לתבוע אותו על הפרת הסכם ולקבל פיצויים. **יש כאן קושי בשאלת הקש״ס בין ההתנהגות והנזק**. מה הבעיה במבחן האלמלא? לא בטוח שאם הוא כן היה פועל בתום לב הוא היה מקבל רישיון. אנחנו לא יודעים להגיד שאם הוא היה שולח את הטפסים כמו שצריך הוא היה מקבל את היתר הבניה, ויכול להיות שהוא לא היה מקבל את היתר הבניה בכל זאת ואז על אף התנהגותו הרשלנית, על אף התנהגותו אפילו חסרת תום הלב המכוונת, כלום לא היה משתנה בעולם. לא היה ניתן היתר ולא היה ניתן לבנות את הנכס. לכן, קשה להגיד שיש כאן הפרה. אפשר לפתור את זה אם היינו מדברים על זה במונחים של הפרה היה אפשר לפתור את זה לפי הרעיון של פיצוי הסתברותי כמו שרואים בפס״ד **Chaplin v. Hicks** - הדוגמנית ששלחה את התמונה שלה לתחרות ולא הזמינו אותה לריאיון ובהימ״ש פוסק לה פיצוי לפי ההסתברות שהיא היתה מקבלת את העבודה אם היו מזמנים אותה לריאיון. אותו רעיון אפשר להגיד פה - אנחנו נעריך מה הסיכוי שלך לקבל רישיון אם היית פונה כמו שצריך ואז לפי ההסתברות הזאת אנחנו נגיד שאתה בהפרה של החוזה. אבל הס׳ לא הולך במסלול הזה, הוא במידה מסוימת ס׳ עונשי שאומר שאתה מושתק בכלל מלעלות את הטענה. במובן הזה אנחנו מדלגים על הדרישה של הקש״ס.

אפשרות ב׳ זה **שהייתה התחייבות להשיג את הרישיון, ואם היתה התחייבות כזאת להשיג את הרישיון ולא הושג הרישיון, מדובר בהפרה**. אם אותו צד עשה את כל מה שהוא יכול, את כל הפעולות הסבירות ולמעלה מכך כדי להשיג את הרישיון ובכל זאת הוא סורב? קודם כל ברור לנו שב׳ יכול לבטל את החוזה. אנחנו גם יודעים שלא יהיה סעד של אכיפה - ס׳ 3(1) לחוק החוזים, החוזה אינו בר ביצוע. כדי לבצע אותו צריך רישיון. השאלה היא מה הסעדים האחרים שיהיו לב׳? בהקשר הזה, אם אותו צד עשה את כל הפעולות ומסיבות לא צפויות לגמרי לא ניתן לו הרישיון, אפשר להגיד שהחוזה לא מתקיים כתוצאה מאירוע מסכל.

**באופציה א׳** כשמדובר בתנאי ברירת המחדל זה שב׳ לא זכאי לסעדים אם א׳ לא השיג את הרישיון, אלא אם כן א׳ גרם לזה שלא התקבל הרישיון ואז א׳ לא יכול להסתמך וב׳ זכאי לסעדים כמו פיצוי על הפרה. לעומת זאת אם מדובר **באופציה ב**', בחובה לבצע, אז ב׳ זכאי לסעדים כעניין של ברירת מחדל אלא אם כן א׳ יוכיח שהוא עשה את כל מה שאפשר כדי לקבל והוא לא קיבל מסיבה לא צפויה ואז לכאורה זה אירוע מסכל. למעשה אנחנו מעבירים כאן את הנטלים.

**אופציה ג'** זה **שמדובר גם בהתחייבות וגם בתנאי לקיום ההסכם**. במקרה הזה אם זה לא מתקיים, לב׳ עומדות שתי חלופות: הוא יכול לבטל עקב הפרה והוא יכול לבטל את החוזה מעיקרו כי התנאי לא מתקיים ולא יכול להתקיים. האם א׳ יכול להסתמך על אי קיום התנאי? מה קורה אם א׳ לא פונה לקבל את הרישיון, אם היתה לו התחייבות לקבל את הרישיון והוא לא פעל לעשות את זה, ביהמ״ש פוסק בעניין **עברון** **נ׳ נחל** **נובע מקור חכמה** **שניתן לחייב אותו לפנות לקבל את הרישיון**. ניתן לבצע אכיפה של ההתחייבות ואם מתקבל הרישיון, לא בטוח שהתקבל, כי זה גם התחייבות וגם תנאי, תהיה אכיפה של כל החוזה. יהיה סעד של קיום.

לפעמים קשה להבחין אם אירוע מסוים, אם פעולה מסוימת היא תנאי או תניה. כך היה **בעניין סוכנות מכוניות לים התיכון ,** מדובר על זוג שרצה לרכוש דירה מחברה מסוימת והיה שם תנאי שיתקבל אישור מרשות הפיתוח. התגלה לימים שלא פעלו להשגת האישור, הצד שהיה מוטל עליו לעשות את זה ונידון שם גם לגבי שכר טרחה של מתווך שרצה את דמי התיווך שלו. הוא רצה לממן את שכר הטרחה שלו כאחוז מהעסקה אבל המשיבה שהיא זאת שהיה עליה את האחריות להשגת האישור לא פעלה בטענה שהיא לא חייבת בתשלום מכל מיני סיבות - או כי לא נכרת חוזה או כי גם אם נכרת, לא עליה מוטל החיוב.

למה היה קושי לקבוע אם מדובר בתנאי או תניה? בגלל ששני הצדדים הראו את הנכונות שלהם לעשות את זה, כלומר הם לא סתם אמרו שאם זה יקרה אז יש חוזה הם מראש הניחו את הדעת שזה יקרה. היה משהו בניסוח שמעלה את הקושי. זה התחיל ב - ׳המוכרת מתחייבת למכור את זכויותיה ולמסור את החזקה בו לקונה. כפוף להסכמת רשות הפיתוח׳. אז **כתוב אותו משפט שהיא גם מתחייבת להשיג את התוצאה ושזה גם כפוף להסכמה. זה יוצר את הקושי, כי באותו משפט גופו יש את המילים התחייבות למכור ולהעביר חזקה, ובכפוף להסכמה.** לא רק שזה מעלה את הקושי של הנוסח של ההסכם עצמו, אלא זה מתקשר לבעיה הכללית עם הפרשנות של החוק לאור זה שהסכמת המנהל היא חוזה שטעון בהסכמת צד שלישי וס'27(ב) אומר - חוזה שטעון הסכמת אדם שלישי, חזקה שקבלת ההסכמה היא תנאי מתלה. לכן זה מעלה את הקושי כי מצד אחד המשפט מתחיל בהתחייבות ומצד שני אומרים - לא, זה טעון בהסכמת אדם שלישי והחוק אומר לפי ס׳ 27(ב) שזהו תנאי מתלה.

**השופטת בן פורת** **קובעת שהיה תנאי מתלה ויחד עם זאת היא קובעת שהחוזה כן היה קיים**. כלומר ממילא חלה חבות לתשלום למתווך כי קרתה העסקה למעשה, ורק בהיעדרו של התנאי אז למפרע מבטלים את החוזה. אבל מנק׳ מבטו של המתווך הוא עשה את שלו והעסקה התרחשה.

לפי **השופטת בן פורת** **זה תנאי מתלה והתנאי לא מתקיים פה אבל החוזה לא יהיה בטל כי הוא הגיש תביעה נוספת שמראה שהוא מבחינתו לא מתייחס לזה כתנאי מתלה**. יש את ס׳ 27 ואת ס׳ 28. יש את הסיפור של קיומו של תנאי מתלה וסיכול התנאי. מה אפשר להגיד בקיומו של תנאי מתלה וסיכול התנאי, שילוב של הדברים האלה? עומדת לקונה שתי אפשרויות: אם אתה רוצה להגיד שהחוזה הוא בתנאי מתלה והתנאי לא התקיים, אז הוא לא התקיים. התנאי בטל, הוא בטל למפרע, הוא בטל ביחס לכולם. המתווך לא זכאי לדמי תיווך כי אין הסכם אף פעם, הקונה לא צריך לשלם, המוכר לא צריך לספק כלום כי הוא היה בתנאי מתלה והוא לא התקיים. אם אתה רוצה להגיד - התנאי לא מתקיים, אבל אתה המוכר לא זכאי להסתמך על זה שהתנאי לא התקיים ואתה תתן לי את הסעדים כי אתה גרמת לסיכול התנאי לפי ס׳ 28(א), שזאת הברירה שעומדת לך, אתה זכאי לטעון את זה. מרגע שטענת את זה כלפי המוכר אתה לא יכול להגיד למתווכים, רגע אבל התנאי לא התקיים. לא יכול להיות שתגיד גם אני עומד על קיום החוזה כי ס׳ 28(א) וגם החוזה לא קיים לפי ס׳ 27(א). אתה לא יכול להחזיק בשתי העמדות בו זמנית. אבל זה רק לעניין ההשלכה של המשמעות של אי קיום התנאי לפי השופטת בן פורת.

יש לשים לב שאם מדובר בתנאי מתלה, אז הקונה צריך להראות כדי שהוא יוכל לעמוד על הקיום החוזה, שהמוכר פעל באופן לא סביר. שהמוכר גרם בהתנהגות לא סבירה או חסרת תום לב ומכוונת שהתנאי לא יתקיים, רק אז הוא זכאי לסעדים. אם מדובר בחיוב, המוכר הוא זה שצריך להוכיח סיכול כדי שהוא לא יחויב בסעדים. למעשה, **זה מעביר את הנטל להוכיח אם פעלת באופן סביר מצד אחד לצד שני**.

סיטואציה דומה מתרחשת בעניין **אמפא נ׳ רום כרמל תעשיות**. מדובר על חוזה למכר של 30 מכוניות של יצרן המכוניות הישראלי רום כרמל. נאמר בע״פ ע״י כרמל לאמפא שכדי לקיים את החוזה ובעיקר כדי לעשות חלק מהפעולות שהם צריכים כדי להשלים את בניית המכוניות, הם צריכים רישיון של משרד התחבורה. רישיון כזה לא ניתן, ויש את השאלה האם הרישיון הזה היה חיוב של רום כרמל, הם התחייבו להשיג את הרישיון, או שהיה מדובר בתנאי מתלה. **השופט בכור אומר שזה לא תנאי מתלה, זה לא הוזכר בכלל בהסכם.** **אם פעולה שצריך לבצע במסגרת החוזה טעונה רישיון, אבל היא לא מוזכרת בכלל בהסכם אז היא לא תנאי בהסכם על אף החזקה בס׳ 27(ב).**

זה מתחזק כשהשגת הרישיון היא בתחום מומחיותו ועסקיו של הצד לחוזה שצריך להשיג את הרישיון. אפשר לחשוב שאנחנו נכנסים לחנות ורוכשים מוצר שאמור להגיע אלינו בעוד חודש, ומתברר שצריך רישיון יבוא. אנחנו לא צריכים לדעת שהמוכר צריך להשיג רישיון ושהעסקה שלנו מותנית ברישיון. אם הוא לא אמר לנו שום דבר וזה לא כתוב בשום מקום, זה פס״ד של השופט בכור, וזה בכלל מתחום המומחיות שלו, הוא עוסק ביבוא ורישיונות יבוא, אז זה בעצם חלק מהחוזה ואנחנו בתור קונים לא נדרשים לדעת והוא לא צריך לקחת אחריות, לא צריך לסבול מזה שהמוכר לא משיג את הרישיון.

**הבחנה בין תנאי מתלה ומועד הקיום:**

עוד דוגמה לקושי להבחין בין תנאי ותניה: קבלן מתחייב לקבלן המשנה - אני אשלם לך כאשר אקבל תשלום מהמזמין. יש מזמין שהתקשר עם קבלן, הקבלן מתקשר עם קבלן משנה והקבלן אומר לקבלן המשנה אני אשלם לך אם אני אקבל תשלום, וברגע שאקבל תשלום מהמזמין ואז המזמין פושט רגל. **אם זה תנאי מתלה, אז התנאי המתלה לא מתקיים.** הוא אף פעם לא מקבל תשלום ולכן לא חייב להביא לו. **אבל אם זה מפורש כמועד התשלום, אז החיוב קיים.** אני הקבלן הראשי, מזמין את קבלן המשנה ואומר לו - אני תמורת הפעילות שלך אשלם לך 100 ש״ח, ואני אשלם לך אותם כשאני אקבל את הכסף מהמזמין. אני הזמנתי אותך לבצע פעולה ואני חייב לך 100 ש״ח. החיוב הזה קיים ולא מתקשר בכלל למועד שבו הוא משולם. אם המזמין נעלם ולא משלם אף פעם, אפשר לתבוע אותי כי אני חייב עדיין את הכסף הזה.

בארה״ב המקרים שדנו בסוגיה הזאת מעמידים את הסיכון על קבלן הראשי, כלומר מחייבים אותו בתשלום. יש לזה כל מיני הסברים הגיוניים כי הקבלן הראשי קרוב לכסף, הוא קרוב למזמין. הוא יודע מי זה המזמין, הוא יכול לאמוד מה הסיכוי שהוא לא יעמוד בתשלומים, הוא יכול לנקוט באמצעים כדי להפחית את הסיכון הזה - הוא יכול לדרוש בטחונות. אבל מעבר לזה, ברמה עמוקה יותר זה לא תנאי, זה לא תנאי לקיום החיובים בחוזה. זה לא יכול להיות תנאי לקיום החיובים בחוזה המועד שבו משולם. למה במקרה הרגיל זה לא תנאי? הוא אומר אני מזמין אותך שתבצע את הפעולה. הקבלן משנה מגיע ומבצע כבר את הפעולות. החיובים של הקבלן משנה לא מושהים עד לקבלת התשלום. אם היו אומרים - החוזה בינינו נכנס לתוקף רק ברגע שהמזמין משלים את כל הפעולות הדרושות להזמנה כולל העברת תשלום, זה סיפור אחר. אז זה היה יכול להיות תנאי מתלה וגם הקבלן משנה יודע שהוא לא צריך להסתמך. הוא יהיה מחויב לפעול ברגע שיגיע הכסף אז לא אכפת לו לפעול ברגע שמגיע הכסף, הוא רצה את ההזמנה. אבל אם הקבלן משנה מגיע ובונה כבר את הבית, אז אנחנו לא יכולים לחשוב על זה כעל תנאי מתלה.

**פרידמן סבור שהתנאי הוא חלק מההסכם, לכן החוזה תקף**. החיובים מושהים עד לקיום התנאי. הוא מבין את זה גם מההסדרים בחוק כי אפשר לקבל סעדים אם התנאי לא מתקיים גם בזמן שיש תנאי והתנאי עדיין לא נכנס לתוקף. לדוגמה, אפשר לראות שס׳ 27 ו- 28 יכולים להטיל חיוב על הצד שרוצה להסתמך על התנאי, לפעול לקיום התנאי, אלא אם כן הם התנו אחרת לפי ס׳ 28(ג).

העמדה של **טדסקי** **היא שתנאי מתלה משהה את קיום החוזה עד להתקיימות התנאי,** והוא אומר שגם העמדות של **פרידמן** לא מפריעות לו. תנאי יכול לתת תוקף כמו שדברים אחרים יכולים לתת תוקף לחוזה שנכרת בדרך של הצעה וקיבול. לדוגמה, חוזה בלתי חוקי חסר תוקף גם אם הצדדים רצו שיהיה לו תוקף. אז אנחנו רואים שיש דברים שהצדדים יכולים להתנות עליהם או שלא, שנותנים תוקף להסכם והם לא קשורים להצעה וקיבול. אז זה שהצדדים רצו להתקשר בהסכם לא אומר שהם לא יכולים לקבוע הסכם שנותן תוקף להסכמה ביניהם. וגם זה שיש חיובים מחוץ להסכם לא אומר שום דבר, כי יש חיובים לצדדים מחוץ להסכם גם ככה. אז יכול להיות שהתנאי נותן תוקף להסכם ויש חיובים לצדדים נגיד לפי ס׳ 12 שיוצר חיובים לצדדים אף לפני שיש ביניהם הסכם בר תוקף. **העמדה של טדסקי כאמור היא שכל ההסכם נעדר תוקף אם לא מתקיים התנאי המתלה**. עד שלא מתקיים התנאי המתלה אין הסכם בין הצדדים.

למה יכול להיות הבדל פרקטי בין הפירושים? יכול להיות הבדל פרקטי לא בין הצדדים עצמם, בין הצדדים עצמם קשה לראות את ההשלכה המעשית של השאלה אם החוזה נכנס לתוקף או אם החיובים מכוח החוזה נכנסים לתוקף. אבל לדוגמה יכול להיות לזה הבדל כשאנחנו שואלים על עסקאות נוגדות, על תחרות עסקאות. אפשר לחשוב על מוכר שמכר נכס עם תנאי מתלה. נניח מוכר דירה מכר את הנכס למישהו תמורת 100,000$ אבל החוזה יכנס לתקף רק אם שער הדולר יעלה מעל 3.5 ש״ח. זה תנאי מתלה. ואז אותו מוכר הלך למישהו אחר ומכר לו ב- 120,000$. יש את השאלה כדי להכריע בעסקאות הנוגדות, בתחרות בין העסקאות עצמן, מי זוכה. יש את השאלה מי הראשון בזמן. נניח שהחוזה בתנאי מתלה נכרת קודם, אבל התנאי המתלה התממש אחרי שנכרת החוזה השני. **אם תנאי מתלה הוא תנאי לתוקפו של ההסכם אז החוזה שנכרת אח״כ הוא הראשון בזמן לעניין שאלת התחרות ביניהם, מי כרת את החוזה ראשון. אבל אם החוזה נכנס לתוקף ברגע שהוא נכרת אבל רק החיובים שלו נכנסים לתוקף, מחייבים, מרגע שהתקיים התנאי, אז החוזה בתנאי מתלה יהיה הראשון בזמן**.

עוולת גרם הפרת חוזה לפי ס׳ 62 לפקודת הנזיקין מתייחסת לפעולות שבהם צד שלישי שלא קשור לחוזה גורם לאחד הצדדים להפר את החוזה עם הצד השני. דברנו על העוולה בהקשר של הבטחת נישואין כי ראינו שעוולת גרם הפרת חוזה מחריגה את הבטחת הנישואין מחוזה שכפוף לעוולה הזו. אפשר להבין שיכול להיות שאדם אשם בעוולת גרם הפרת חוזה אם החוזה תקף, אבל לא יכול להיות שהוא אחראי לעוולה אם אין חוזה בין הצדדים. לכן אם התנאי המתלה הוא שמכניס לתוקף את קיומו של ההסכם, אדם שהתערב בהסכם בצורה שהייתה יכולה אחרת להיחשב עוולתית לפני שהתקיים התנאי המתלה, לא יכול להיות אחראי בגרם הפרת חוזה אם התנאי מתלה הוא תנאי לתוקפו של ההסכם.

בפסיקה אין הכרעה בסוגיה הזאת. יש התייחסות לעמדות השונות שהובעו בספרות, לעמדה של **פרידמן וטדסקי**, אבל גם לא נדרשה עד היום הכרעה.

יכולה להיות לפעמים שאלה **האם תנאי מתלה הוא חלק מההתקשרות החוזית**? הדוגמה זה עניין **נאג׳ם נ׳ יעקוב**. באותו מקרה היה חוזה מכר מקרקעין לרשות הפיתוח, מוכרים למדינה, למנהל מקרקעי ישראל נכס, ונאמר בו שההסכם יכנס לתוקפו לאחר שיחתמו על ההסכם הנהלת מנהל מקרקעי ישראל. צד להסכם אומר, ברגע שהמנהלים שלי יחתמו על ההסכם הזה, אז הוא יכנס לתוקף. ואז יש את השאלה האם זה תנאי מתלה והאם אפשר להסתמך על ס׳ 28(א) כדי להגיד שהם לא העבירו את זה להנהלה אז הם חסרי תום לב. הם לא ביצעו את הפעולות שצריך לבצע לקיום התנאי ולכן הם לא זכאים להסתמך עליו, הם חייבים לקנות. ביהמ״ש אומר לא, זה בכלל לא זה. הסיפור פה זה גמירות דעת. זכרון דברים שאומר שהזכרון דברים הזה יכנס לתוקף ברגע שהמנהל של החברה יחתום עליו, אומר בעצם שעוד לא גמרנו בדעתנו להתקשר בהסכם. **בעצם החתימה של ההנהלה זה אקט של גמירות דעת, זה אקט שהצדדים התנו בו את האופן שבו נכרת ההסכם.**

**שרף נ׳ אבער** - אנחנו מדברים על פעולת קטין שטעונה אישור ע״י הנציג ומקרים שבהם הנציג לא יכול לקיים אישור לפעולה של הקטין וצריך אישור ביהמ״ש. **השאלה היא מה המשמעות של אישור ביהמ״ש? האם אישור ביהמ״ש הוא אישור של צד שלישי להסכם כמו רישיון ואז מדובר בתנאי מתלה**. יש עסקת מכר שמותנית בתנאי מתלה שראינו בעניין הזה **בשרף נ׳ אבער** עמדות של **שופטים** שאומרים - כן זה תנאי מתלה והחיובים עומדים ואם צד לא גורם לזה שלא יתקיים התנאי הוא לא יכול להסתמך עליו. זאת היתה העמדה של חלק מהשופטים אותו בפס״ד, **והשופט ברק** אומר להם לא מה פתאום - זה אקט של אישרור ההחלטה. מה המקור של הרעיון הזה? מה הבסיס של הדרישה הזאת? הדרישה של הרישיון, נגיד רישיון בניה, נועדה לראות שהמבנה תואם את הרצון של העיריה לגבי ההסדרים, נראות של העיר, צרכים של העיריה, השפעות על צדדים שלישיים. חוק הכשרות המשפטית נועד להבטיח את גמירות הדעת של הצדדים עצמם, הוא נועד להבטיח כי בגלל שהקטין לא יכול לגבש רצון להתקשר בחוזה ואנחנו לא סומכים על הנציגים שלו במקרים, נגיד בעסקת מקרקעין, הוא נועד להבטיח את הרצון של הבן אדם ולכן זה לא תנאי להתקשרות של החוזה שכבר נכרת, בעצם אישרור של הרישיון ע״י צד שלישי, אלא זה חלק מגיבוש ההסכם. **זה דוגמה נוספת למצבים שבהם מה שנראה לנו כתנאי באמצעות אישור של צד שלישי מחוץ לחוזה, הוא בעצם שלב בגמירות הדעת, בכריתת החוזה עצמו**. זה לא תנאי בקיום של ההסכם, זה לא תנאי מתלה, אלא שלב במו״מ, שלב כדי להוכיח גמירות דעת.

דוגמה אחרת זה חוק יחסי ממון. חוק יחסי ממון קובע שהסכם ממון טעון אישור של ביהמ״ש. האם זה אומר שהסכם ממון נכרת לפני האישור הוא בתנאי מתלה ומותנה באישור של ביהמ״ש? כדי לבדוק את זה אנחנו יכולים לשאול מה ביהמ״ש צריך לבחון כשהוא מאשר הסדר ממון. החוק אומר לנו - כדי לאשר הסדר ממון ביהמ״ש צריך לבדוק שהצדדים נכנסו להסכם מרצונם החופשי ושהם מבינים את החיובים הדדיים שההסכם מטיל עליהם. כלומר מה האישור של ביהמ״ש? האישור הזה לא נועד לבדוק צדדים שלישיים או יחסים חיצוניים, הוא לא כמו רישיון בניה. **האישור של ביהמ״ש נועד להבטיח את גמירות הדעת של הצדדים. במובן הזה אישור מביהמ״ש להסדר ממון לפי חוק יחסי ממון הוא תנאי לכריתת ההסכם ולא תנאי מתלה בתוך הסכם שנכרת.** זה אומר שאי אפשר לתבוע צד להסכם ממון בזה שהוא גרם לזה שהתנאי לא התממש כשהוא בא לביהמ״ש הוא אמר - אני לא מבין את החיובים וגרם לזה שביהמ״ש לא יקבל, לא יאשר את הסדר הממון. לא ניתן לתבוע אותו כי לא מדובר בתנאי מתלה, אלא בשלב הכרחי לקביעת הסכם בר תוקף.

**תנאי מפסיק:**

המקרה הטיפוסי הוא תנאי מתלה, תנאי מפסיק זה החריג. **תנאי מפסיק הוא תנאי שאומר שהמשך ביצוע החוזה או התוקף שלו, תלוי איזה פרשנות אנחנו מאמצים, מותנה בכך שלא אירע אותו אירוע בלתי ודאי שהצדדים הסכימו עליו.** החוזה שלנו יהיה בתוקף כל עוד לא יורד גשם. זה חוזה בתנאי מפסיק.

איך אנחנו יודעים אם התנאי הוא תנאי מפסיק או תנאי מתלה ומה הנפקות**. אם הצדדים אינם חייבים בביצוע אלא אם כן מתקיים אירוע x - לא חייבים אלא אם מתקיים - זהו תנאי מתלה**. **אם הצדדים חייבים לבצע, אבל הם לא חייבים יותר לבצע אם מתקיים תנאי x - זהו תנאי מפסיק.** מה ההבדל? אם אנחנו מאמצים את הפרשנות של **טדסקי**, יש הבדל דרמטי. אם אנחנו מאמצים את הפרשנות של **טדסקי**, **חוזה בתנאי מפסיק הוא כבר בעל תוקף, מרגע כריתתו והוא מפסיק להתקיים (כל החוזה) מרגע שהתקיים התנאי.** אם אנחנו מדברים רק על חיובים אז בעצם השאלה היא של נטלי ראייה. למה זה בעצם שאלה של נטלי ראייה? כי אם אנחנו מדברים על חיובים אז החוזה הוא בעל תוקף. **אם התנאי הוא תנאי מתלה צריך להוכיח הבן אדם שטוען שהתנאי התקיים, כדי להגיד שהשני חייב לבצע את החיובים** ושאם הוא לא מבצע אותם הוא מפר. **אם החוזה הוא בתנאי מפסיק, כל החיובים תקפים, צריך לבצע אותם, כברירת מחדל נדרשים שני הצדדים. הצד שרוצה להפסיק לבצע אותם עליו הנטל להראות שהתקיים התנאי המפסיק.**

לעיתים לא ברור אם התנאי הוא תנאי מפסיק או תנאי מתלה. לדוגמה, חוזה שאומר א׳ יבצע את כל המוטל עליו, כפוף להשגת רישיון. האם הרישיון הוא תנאי מתלה או שאי השגת הרישיון הוא תנאי מפסיק? א׳ יבצע את כל המוטל עליו, יכול להיות שזה דברים שמוטלים עליו גם לפני קבלת הרישיון. לכן יכול להיות שאנחנו אומרים אתה צריך לבצע את כל הפעולות שאתה יכול לבצע לפני שאתה מקבל את הרישיון, לא הצלחת לקבל את הרישיון, מופסקים כל החיובים. אפשרות אחרת - אתה לא צריך לבצע כלום, חוץ מאולי לפנות כדי לקבל את הרישיון. אם תקבל אותו אז אתה צריך להתחיל לבצע את כל הדברים. **השופט ברק** **במספר פסקי דין אומר שזה תנאי מפסיק**. ולמה הוא אומר שזה תנאי מפסיק? זה מתקשר לשאלה הפרשנית של **טדסקי ופרידמן** במשתמע כי הוא לא מתייחס לזה במפורש. מה הוא אומר? הוא אומר - ברור שזה תנאי מפסיק. זה תנאי מפסיק כי החוזה עצמו יוצר כל מיני חיובים. מכוח החוזה הבן נדרש לבצע את כל הפעולות שדרושות כדי לקבל את הרישיון וכו׳. **הוא אומר - החוזה הוא כבר בעל תוקף היום ולכן לא יכול להיות שזה בתנאי מתלה. בעצם הוא מניח שמשתמע שתנאי מתלה הוא כזה שבלעדיו, בלעדי התקיימות התנאי, אין תוקף לחוזה.** בגלל שהוא רוצה להניח שקיים תוקף לחוזה ושיש חיובים מסוימים שקיימים אלא אם כן מתקיים הרישיון, כלומר עד מועד הקבלה או סירוב לקבל את הרישיון, הוא לא יכול להניח שזה תנאי מתלה כי **הוא מאמץ במשתמע את הפרשנות של** **טדסקי**. אם הוא היה מאמץ את הפרשנות של **פרידמן** הוא היה יכול להגיד - תנאי מתלה, יש חוזה בעל תוקף, יש חיובים על אף קיום התנאי המתלה שקשורים להתקיימות התנאי ובלבד להתקיימות התנאי, ולא היה לו איזה שהוא קושי אינהרנטי. נראה באותם פסקי דין שהשופט ברק במשתמע מאמץ את הפרשנות של **טדסקי**, אבל אין דיון ישיר בפרשנות הזאת. יש גם פסקי דין שמניחים הפוך.

מה קורה לפני אירוע התנאי המתלה, מה החיובים שמוטלים על הצדדים?

האם הפרת קיום התנאי מעבר להסדר שקיים בס׳ 28, היא הפרה של החוזה? אפשר לחשוב על זה במידה מסוימת, על כל חוזה על תנאי, כחוזה שכולל תניה מכללא שהצדדים יעשו את הדרוש לקיום התנאי. או לכל הפחות שלא יפעלו למניעת קיום התנאי. במובן הזה בפס״ד **עברון נ׳ נחל נובע מקור חכמה** **נקבע שניתן לאכוף על צד שחוזה בתנאי מתלה שטעון רישיון, שצריך לפנות לקבל את האישור שיפנה לקבל את האישור. ניתן לחייב אותו לפנות לקבל את האישור של הרשות הרלוונטית**. אפשר לחשוב שהתנאי יוצר חוזה נלווה שבו הוא אומר, אפילו לפי הפרשנות של **טדסקי,** אין חוזה בעל תוקף אבל יש חוזה נפרד, נלווה, שאומר שהצדדים מתחייבים לבצע פעולות כדי להגשים את התקיימות התנאי. את החוזה הזה ניתן לאכוף, ניתן להכריח אותו לבצע את הפעולות כדי להביא להגשמת התנאי, ואז אם התנאי מתגשם, לאכוף את החוזה המרכזי.

הפתרון של ס׳ 28(א) ו- (ב) יוצר השתק, כלומר לא ניתן להסתמך על זה שהתנאי לא התקיים, בכפוף לס׳ קטן (ג) שאומר - הוראות ס׳ זה, כלומר ס׳ 28, לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה לפי החוזה בין חורין לעשותו או לא לעשותו ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות. **כלומר אם אדם פעל באופן סביר וגרם לזה שלא התקיים התנאי המתלה, בטעות אבל אחרי שהוא פעל באופן סביר ובתום לב, הצד השני לא יוכל להסתמך על זה שהתנאי לא התקיים.**

אפשר להבין שלתנאים יש השפעה על הסטטוס של הצדדים. דיברנו על המצב שבו לפני שמתקיים התנאי המתלה, לצדדים יש חובות לפעול לקיים את התנאי ואז יש את ההסדרים של ס׳ 28. בוודאי שאם החוזה הוא בתנאי מפסיק, אין בעיה לתבוע על הפרה של ההסכם כל עוד לא התקיים התנאי המפסיק. אז התנאי המפסיק בעצם מפסיק את החיובים של הצדדים מהמועד קיום שלו והלאה ובדר״כ אלא אם כן הצדדים התנו על זה, לא רטרואקטיבית.

ס׳ 27(ג) אומר שאם החוזה היה מותנה בתנאי מתלה, זכאי כל צד לסעדים לשם מניעת הפרתו, אף לפני שהתקיים התנאי. שוב רואים שחוזה בתנאי מתלה מטיל חיובים על הצדדים גם לפני שהתקיים התנאי. **מה הם הסעדים למניעה של הפרת ההסכם לפני שמתקיים התנאי, האם ניתן לתבוע פיצויים? התשובה היא שלא**. פיצויים זה סעד בגין הפרה ולא למניעת הפרה. מה הוא סעד למניעת הפרה? אפשר לחשוב על עסקת מכר בתנאי - הלך המוכר ועשה עסקה למכור את אותו נכס למישהו אחר. הוא הולך להפר את החוזה, אם הוא יעביר את הנכס והוא לא יוכל למסור לי, הוא מפר את ההסכם איתי. אני הולך ואומר - ביהמ״ש תן צו מניעה, תעצור את ההסכם הנוגד. זה הפרה מול ההסכם שלי. הוא הלך ועשה איתי הסכם, אומנם בתנאי מתלה, אבל החוזה עוד לא בוטל, אז כל עוד החוזה לא בוטל אני יכול לקבל סעדים שימנעו את ההפרה של ההסכם. נגיד, דיספוזיציה בנכסים.

החשש הוא כזה: א׳ מתקשר בחוזה עם ב׳, והחוזה הזה הוא בתנאי מתלה. ואז א׳ רוצה להתקשר בחוזה עם ג׳. התנאי המתלה עוד לא התקיים, אז לכאורה הנכס עדיין נמצא אצל א׳. הוא יכול להעביר אותו לג׳. השאלה היא מה זה משנה? יתקיים התנאי המתלה יהיו לך את כל הסעדים לדרוש מא׳ את הנכס. ואם אתה לא יכול לדרוש מא׳ את הנכס, הוא כבר מכר אותו לג׳, מה אתה יכול לבקש? אם הוא השלים את העסקה עם ג׳ אתה יכול לבקש פיצויים. אבל מתי אתה לא יכול לבקש פיצויים? זה דרך למנוע מצד א׳ לרצות את זה שלא יתקיים התנאי המתלה ובזמן הזה לבצע פעולות. אני יכול לעצור אותך מלבצע פעולות תוך כדי, אבל מעבר לזה מה קורה אם א׳ מכור להימורים? אנחנו יודעים שברגע שהוא מוכר את הנכס לג׳, ואז הוא בעצם יהיה בהפרה עם ב׳ ברגע שיתקיים התנאי המתלה, החובה שלו לפצות את ב׳ לא תשנה כלום כי לא יהיה לו כסף לפצות. אז ב׳ אומר - אני יכול להיפרע רק מהנכס. פיצויים אני לא הולך לקבל פה. **פס״ד בייזמן השקעות** - לכאורה יש שם מישהו באמצע, החברה שקנתה ואז מכרה, נכון הונו אותו, אבל הוא עכשיו חייב לשני הצדדים, הוא חייב גם לבנק וגם לרוכש. לכאורה, מה אתם רוצים? כולם יכולים להיפרע ממנו. מה הבעיה? אין לו כסף. בגלל זה בכלל יש את הסיפור של הסכסוך ביניהם של השבה מהבנק. זה עולה כי יש כאן גורם להיפרע ממנו אני יכול על הנייר אבל אני לא יכול דה-פקטו. אז גם פה החשש זה שאם ב׳ לא יוכל למנוע מא׳ להיכנס לעסקה נוגדת, אח״כ הוא יישאר עם ראשו בידיו, בלי סעד. למה? כי לא׳ לא יהיה כסף לתת לו כפיצוי. אז אתה רשאי בנסיבות האלה לעצור את העסקה הנוגדת.

**בעניין ישיבה וכולל אבן חיים נ׳ צמרות המושבה** שבו עולה הסוגיה של האם התנאי שמדובר עליו הוא תנאי או חיוב חוזי. המערערת וצמרות התקשרו בזכ״ד לקנות קרקע שהיתה משועבדת לבנק מזרחי טפחות, הבנק לאחר מכן הוציא מכתב החרגה שהוא הסכים להסיר את השעבוד בקרקע תמורת מיליון דולר. אחרי כמה חודשים הם חתמו על הסכם מכר צמרות אמרו שהם יאריכו את ההחרגה לעוד חודשיים בתנאי שהבנק יסכים. הבנק הסכים להאריך בתמורה לתוספת תשלום, הוא העלה להם את המחיר לכמעט חמש מיליון ש״ח, לאחר מכן צמרות חתמו עם חברה אחרת, חברת גד, הישיבה רצתה לאכוף את ההסכם וצמרות אמרה שההסכם בטל. נוסח התניה: ״בהסכם זה מתחייבת צמרות להאריך את תוקף המועד, וזאת במידה שהבנק יסכים״. מצד אחד הם אומרים - מתחייבת, אז זה נראה כמו חיוב. אבל הם אומרים ״וזאת במידה שהבנק יסכים לכך״ - נראה שזו התנאה. **ביהמ״ש אומר שזה תנאי מתלה.**

בהתחלה שמגיעים עם הסיפור הזה בפעם הראשונה לביהמ״ש המחוזי, הם מבקשים סעד זמני. סעד זמני זה בעצם סעדים שניתנים לפני המשפט, אתה רץ לביהמ״ש ואומר - לפני שאנחנו מקיימים הליך, אני מבקש דחוף לעשות משהו מהיום להיום, זה סעד לפני שביררנו את הזכויות. למה שביהמ״ש יתן כזה סעד זמני? זה מתוך החשש שאם לא ניתן את זה, אח״כ יצא מי שפנה כשידיו על ראשו. אפשר לחשוב מה היה קורה במקרה הזה אם הישיבה היתה מנצחת בהליך המרכזי, היו אומרים - צמרות גרמו לזה שהתנאי לא התקיים, הם לא זכאים להסתמך אנחנו מבקשים אכיפה בתפיסה של המקרקעין. אפשר לתאר שהעסקה מול גד היתה מושלמת ואז ביהמ״ש היה מחליט שבעצם זה מגיע לישיבה. היו נתקלים בסיטואציה שבה צריך להחליט עכשיו מה עושים עם גד, הם כבר קיבלו את הנכס, הם עברו לגור שם, בנו שם בניין, עשו שם משהו. אנחנו נוציא אותם משם בכוח, נהרוס את המבנה? בזבוז. גם מה עם ההסתמכות שלהם? האם הם אולי צריכים לנצח, קנו בתום לב. **בנסיבות האלה אומרים שמותר לבקש סעד זמני**. איך זה מתקשר לכל הדיון על תנאים? זה מתקשר לדיון על הזכות לסעד שנועד למנוע הפרה, זה בדיוק סעדים מהסוג הזה. תן לי צו מניעה, תן לי סעד זמני, עד שאנחנו נברר אם מתקיים התנאי המתלה ולכן החוזה נכנס לתוקף.

**תניות:**

חוזה מורכב ממצגים, מתנאים, ומתניות. מצגים כמו רשימת ה״הואילים״ בהתחלה זה המצב העובדתי שעליו מושתת החוזה. הואיל ועומר הוא הבעלים של נכנס רשום... שיכונה להלן הדירה ומיכאל הוא מעוניין בזה ועומר מעוניין להשכיר. כל הדברים האלה. והוא אומר שהנכס נקי מכל... אלה רשימת המצגים שהצדדים מציגים אחד לשני כבסיס לחוזה. אחרי זה אומרים - לפיכך הותנה והוסכם בין הצדדים כדלקמן. פרטי החוזה יכללו את התנאים והתניות. **התנאים הם התנאים המפסיקים והמתלים שמגדירים מתי יתחילו החיובים החוזיים ומתי הם יפסיק**ו. **התניות, שזה הסעיפים בחוזה שהם לא תנאים, מגדירים מה החיובים שמוטלים על הצדדים ומה מנגנוני הביצוע של אותם חיובים**. אז מה זה חיובים? חיובים כמו הקונה מתחייב לשלם כסף, המוכר מתחייב להעביר חזקה בנכס, המוכר מתחייב להעביר בעלות בנכס. מה הם מנגנוני ביצוע? מנגנוני ביצוע יכולים להיות מועדים, מועדים של תשלום, מועד העברת הנכס, והתנאת החיובים. גם בטוחות יהיו מנגנונים כאלה של איך מסדרים את כל הדברים.

**כל המנגנונים האלה, כל החיובים של הצדדים ואיך החיובים האלה מתבצעים הם התוכן של העסקה**.. כשאנחנו מדברים על החיובים, יש שלושה סוגים של חיובים שאפשר לחשוב עליהם: התניה יכולה ליצור **חיוב עצמאי** - חיוב שאומר **שצד צריך לעשות משהו במסגרת ההסכם ואין שום קשר לחיובים שיש לצדדים האחרים**. ההוראה - עמית תשלם לדוד את הסכום של 100,000 ש״ח ב- 1.9, זה חיוב שהוא חיוב עצמאי. **חיובים מותנים** - הם **חיובים שהחיוב צומח בתנאי שיתקיימו תנאים מסוימים, בדר״כ קיום של חיוב אחר ע״י הצד השני.** לדוגמה, עמית מתחייבת להעביר לדוד 100,000 ש״ח ב- 1.9 ולאחר שדוד ישלים את רישום העברת הבעלות. זה חיוב מותנה, יש לו מועד, אבל הוא מותנה בזה שלפני העברת התשלום מושלמת העברת הבעלות. אם לא הועברה הבעלות עד לאותו מועד, אז אין חובה להעביר את התשלום, והימנעות מהעבר התשלום ב- 1.9 היא לא הפרה כי החיוב אף פעם לא צמח. הוא עוד לא קם. אז אם דוד מפר את החוזה מול עמית ולא מעביר את הבעלות במועד שהוא חייב ולא השלים את זה עד ה- 1.9, המשמעות תהיה שהוא מפר חוזה ועמית לא. לעומת זאת אם החיובים היו עצמאיים ודוד היה אמור להעביר את הבעלות ב- 1.8 באוגוסט ועמית היתה אמורה להעביר את התשלום ב- 1.9, לא העביר דוד את הבעלות ב- 1.8 הוא מפר את החוזה. ב- 1.9, עמית אם היא לא מעבירה את התשלום מפרה גם כי החיוב לא הותנה בקיום של החיוב הקודם.

יש פעמים שביהמ״ש אומר אנחנו לומדים שהחיוב מותנה מכללא, מפרשנות החוזה ולא מהתוכן שלו. לדוגמה, כאשר חיוב ע״י צד אחד דרוש בפועל כדי לקיים את החיוב ע״י הצד השני ושניהם ידעו את זה במועד הכריתה. לדוגמה, **במסיקה נ׳ וקנין** המוכר היה צריך להעביר לקונה ייפוי כוח כדי שהקונה יקבל משכנתא, המוכר לא העביר את הייפוי כוח והקונה לא העביר תשלום. זה מגיע לביהמ״ש ואומרים - כדי להעביר את התשלום הם היו צריכים את המשכנתא, והמוכר ידע את זה. אז **הוא ידע שאם הוא לא מעביר את ייפוי הכוח, הוא לא יוכל לקבל את התשלום ולכן ברור שבשעת כריתת ההסכם הם התכוונו שהעברת התשלום תהיה מותנית בהעברת המסמכים**, ייפוי הכוח שדרוש כדי לקבל את ההלוואה מהבנק.

**חיובים שלובים - הם חיובים שצריכים להתבצע באותו הזמן**. הם שלובים אחד בשני, כי כל אחד מהם מותנה בשני. זה בעייתי כי אם כל אחד מותנה בשני, אז לכאורה אחד לא חייב עד שהשני לא ביצע ולכן אף אחד מהם אף פעם לא חייב לבצע. איך פותרים את זה? אומרים שהחובה לבצע צומחת מרגע שיש נכונות של הצד השני לבצע, לא צריך שהוא יבצע. הביצוע הוא בו זמנית. כל פעם שיש נכונות של הצד השני לקיים את החיוב שמוטל עליו, קיימת חובה למעשה לשני הצדדים. ואז אם צד לא מקיים, אנחנו נראה את הצד שלא נכון לקיים כמפר. אם שני הצדדים לא נכונים לקיים, הגיע מועד הביצוע, העברת התשלום והעברת הבעלות, ושני הצדדים אומרים לא מוכן להעביר לך את התשלום והוא אומר לא מוכן להעביר לך את הבעלות. שניהם לא מפרים את ההסכם כי החיוב של אף אחד מהם לא צמח. מה עושים בסיטואציה כזו? לכאורה זו סיטואציה שבה הצדדים יכולים לבטל את ההסכם ביניהם, כי אם כל אחד מהם שבעצם רוצה לעמוד על קיום ההסכם, נדרש להיות מוכן לבצע את החיוב שלו. בפועל זאת לא העמדה המקובלת בביהמ״ש למרות שיש גם חריגים שבהם ביהמ״ש אומר שמכוח חובת תום הלב אפשר לראות את שני הצדדים כמפרים ברגע שהגיע החיוב השלוב למועד ההשלמה ושניהם לא מוכנים לקיים. תהיה לזה השלכה מבחינת הסעדים אם יש תוצאות של הפרה שהם לא סימטריות על הצדדים.

חוק החוזים כולל בתוכו התייחסות מפורשת לסוגי החיובים בס׳ 43(א) שעוסק בתחילת מועד הקיום: (1) אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה, אז החיוב של החייב נדחה עד שהוסרה המניעה. (2) אם תנאי לקיום הוא שיקוים תחילה חיובו של הנושה, אז החייב יבצע רק מהמועד שקוים אותו חיוב ע״י הנושה, (3) ואם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד, כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו, החיוב של החייב נדחה.

יש לשים לב על מה הס׳ מדבר - בעצם, 43(א)(1) אומר אם יש **חיוב עצמאי**, החיוב הזה נדחה אם נמנע הקיום שלו מסיבה שתלויה בנושה. אפשר לחשוב שקונה רכב ויש התחייבות להעביר את הבעלות ברכב עד ליום 1.9, ובשביל העברת הבעלות צריך שהבעלים החדש, יעביר איזה שהוא מסמך והוא לא מעביר את המסמך. אז אנחנו נגיד החיוב של החייב ידחה, עד שיתקבל אותו מסמך כי המניעה תלויה בנושה.

אם התנאי לקיום הוא קיומו תחילה של חיוב לנושה, זה בעצם **חיוב מותנה**. הס׳ אומר - יש חיובים מותנים. זה כל המשמעות של ס׳ 43(א)(2). אז אם אמרת אתה חייב לבצע עד ה- 1.9 ורק לאחר שקודם כל הצד השני יבצע פעולה, אנחנו אומרים זה עד ה- 1.9 אם הוא ביצע, ואם הוא לא ביצע אז החיוב נדחה עד שהוא מבצע.

אם החיובים הם בד בבד, כלומר החיובים הם **שלובים**, אז כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים. מהרגע שהוא מוכן לקיים, יש לקיים מידית, החייב חייב לקיים מידית וזה נכון לשני הצדדים כי החיובים שלהם שלובים.

דרך אחרת היא להגיד שס׳ 43(א)(1) בעצם מדבר על תנאי מותלה או חיוב מותלה מכללא ו- 43(א)(2) מדבר על חיוב מותלה במפורש. אז 43(א)(1) אומר - החיוב נראה עצמאי אבל הוא בעצם לא עצמאי, הוא מותנה בפעולה של הנושה ואם הנושה לא מבצע אותה, אז לא צומחת לך החובה ולכן החובה נדחית. ו- 43(א)(2) אומר לא, הצדדים קבעו מראש שהחיוב יהיה מותנה.

יש לשים לב שאם יש עיקוב ביהמ״ש רשאי לחייב את הנושה בפיצויים לא על ההפרה, כי זה לא הפרה, אלא על הנזק שנגרם עקב דחיה. הס׳ הזה נועד להתמודד עם מצבים שבהם נגיד ניטלה הלוואה או יש שינויי ריבית מסוימים או שיש איזה שהוא צורך כלכלי ששלוב במועדים ואז יש נזק מאוד מוגבל, רק על הנזק שנגרם עקב הדחיה במועדים ואת זה ביהמ״ש רשאי, וזה מוגבל רק אם יש סיבות מן הצדק לעשות את זה, לחייב בעד הנזק על הדחיה, אפילו אם אין הפרה.

יש לשים לב לעוד עניין - אם היה על החייב לשלם תשלומים תקופתיים עד לקיום החיוב, לדחות את התשלומים. אז יש כאן חייב שצריך לשלם, ונושה שמעקב את הצד שלו בביצוע. אומר ס׳ 43(ב) - אתה יכול לעקב את כל התשלומים התקופתיים עד המועד של הסרת המגבלה ע״י הנושה.

מה הקושי שיכול להיווצר בתניות עצמאיות? באופן עקרוני שני הצדדים יכולים להפר הסכם. אז אם יש תניות שהן עצמאיות, וצד אחד ביצע הפרה של ההסכם ואז מגיע מועדה של התניה העצמאית של הצד השני, הוא צריך להחליט למה לעשות, אם לקיים את החיוב שלו למרות ההפרה של הראשון או להפר בעצמו. אם הוא מפר, שני הצדדים עכשיו יכולים לתבוע אכיפה או סעדים בגין הפרה, אבל בנסיבות האלה ביהמ״שׁ בדר״כ יפעיל את החריג של ס׳ 3(4) ויגיד שאכיפה היא בלתי צודקת בנסיבות העניין. צד אחד הפר וכתוצאה מזה ובהמשך לכך הצד השני מפר את החיוב שלו, א׳ תובע סעדים בגין ההפרה של ב׳, יגידו לו - אתה זכאי לתבוע סעדים כי ב׳ באמת הפר, אבל אנחנו לא ניתן לך אכיפה כי אכיפה תהיה בלתי צודקת בנסיבות העניין בגלל שההפרה שלך, א׳, גרמה להפרה המאוחרת של ב׳. שאלה שיכולה להיות זה האם ב׳ יכול להפר ואז לתבוע אכיפה של א׳? הנטיה היא יותר להכיר בזה, למרות שגם ב׳ יהיה חייב לשלם פיצויים על ההפרה שלו. יהיו תביעות הדדיות וב׳ עדיין יחויב בפיצויים.

**סדר ביצוע חיובים בחוזה:**

**כ.** אפשר לחשוב שא׳ הוא סנדלר שמתקן נעליים וב׳ מתחייב לספק לו את הנעליים. סדר הפעולות ברור - א׳ לא יכול להתחייב לתקן לפני שהוא מקבל את הנעליים, אז קודם כל ב׳ יבצע את הפעולה ואז א׳ יבצע את התיקון. מעבר לזה גם ברור לנו שהחיוב חייב להיות מותנה, כי א׳ לא יכול להתחייב לבצע את זה עד מועד מסוים בלי קשר לפעולה של ב׳. ב׳ קודם כל צריך לספק ורק אז צומחת החובה לא׳ לתקן. אותו דבר לגבי סדר הפעולות של צד בעצמו. א׳ מתחייב להשיג רישיון, וא׳ מתחייב לבנות את הנכס. קודם כל א׳ משיג רישיון, ואז א׳ בונה את הנכס. החיוב שלו לבנות את הנכס, יכול להיות מותנה בפעולה שלו להשיג רישיון. אנחנו לא נתבע הפרה של החובה לבנות את הנכס, אם הוא לא קיבל את הרישיון. יכול להיות שקבלת הרישיון היא חיוב ולא תנאי, אתה מתחייב לקבל את הרישיון ואתה נדרש לביצוע כל הפעולות שדרושות כדי לקבל את הרישיון, אבל אני לא יכול להגיד שאתה נדרש להתחיל לבנות לפני שקיבלת את הרישיון.

יכול להיות שסדר החיובים הוא קבוע מאופי העסקה, אבל הוא נקבע לפי הצרכים הסובייקטיביים של הצדדים. הצרכים הסובייקטיביים מכתיבים את הסדר. אפשר לחשוב על מקרה שקונה קונה נכס מקרקעין וחייב להיות רשום כבעלים לצורך קבלת משכנתא. אז הרישום שלו כבעלים, אם המשכנתא דרושה כדי לשלם את הסכום החוזי, הצדדים לא יכולים להגיע להסכמה שבה התשלום מתבצע לפני הרישום כבעלים. הרישום יהיה חייב להיות קודם לתשלום, זה חייב להיות ככה כדי לאפשר את התשלום. בפועל, יש לזה שתי פתרונות: 1. זאת התחייבות של הבנק לפני שנרשמה המשכנתא, לשלם את הסכום ישירות למוכר. ואז המוכר אומר אני יודע שמבצעים בו זמנית רישום של הקונה כבעלים ומשכנתא, ואני יש לי זכות חוזית מול הבנק שברגע שמושלם המשכנתא אני מקבל את הכסף. אז המוכר לא מפחד לעשות את הרישום קודם. למעשה בצורה הזאת החיובים הופכים להיות שלובים, הם מתבצעים בו זמנית - מתבצעת העברת בעלות ורישום משכנתא וקבלת תשלום, הכל באותו זמן.

שיקול נוסף לסדר ביצוע החיובים בחוזה, לאיך הצדדים קובעים את הסדר של הביצוע של הפעולות בחוזה נוגע לשיקולים עסקיים. זה לכאורה לא שייך אלינו, ובכל זאת לעורכי דין יש תפקיד משמעותי מאוד בעיצוב עסקאות. אז מה יכולים הצדדים לעשות? הם יכולים לעצב את החיובים שלהם כחיובים מותנים אחד בשני. חברה תעשה פעולה אחת, ותקבל סכום של כסף. לא את הכל. ואז אנחנו בוחנים מה המצב של החוזה לשלב השני. מתבצע השלב השני, מתקבל עוד תשלום, וכן הלאה. ככה אנחנו פותרים גם את הרצון התזרימי של הצדדים אבל גם את ניהול הסיכונים שלהם לעניין החוזה.

סדר הביטחון של הפעולות בהסכם וסוג החיובים נועד להקנות ביטחון לצדדים. כל צד רוצה לבצע את החלק שלו רק אם הוא בטוח שהצד השני יבצע חיוב אקוויוולנטי. יש כאן פחד שהצד השני יעלם. אפשר לחשוב שבחוזה מכר דירה, המוכר אומר - אני לא רוצה להעביר את כל הבעלות והחזקה בנכס ולהישאר בלי שום דבר אצלי ביד מבחינת נכסים קנייניים, בלי שקיבלתי את כל התמורה עבור הנכס. הקונה אומר - אני לא מוכן להעביר שלושה מיליון שקלים בלי שאני מקבל בעלות וחזקה בנכס. שני הצדדים אומרים - אני מפחד מביצוע הפעולות, מהשלמת כל החיובים שלי לפני שאני מקבל את ההשלמה של החיובים של האחר. אפשר ליצור מנגנונים שנותנים ביטחון גם בלי שילוב החיובים, בלי סדר פעולות. נגיד, סעדים. אומרים לקונה - תשמע תשלם הכל, והמוכר חייב לתת לך חזקה ובעלות. אז תשלם ואז תתבע אם הוא לא נותן לך. תתבע אכיפה, תתבע גם פיצויים על ההפרה שלו. מה הלחץ? חוץ מזה, אתה לא בטוח שהצד השני יקיים את החיובים שלו? תדרוש בטחונות. מה הסעדים ומה הביטחונות? דוגמאות - לסעדים, פיצויים. אמורים לגרום לך לא לדאוג שהצד השני לא יעמוד בחיובים שלו. איזה בטחונות קונה דירה יכול לדרוש מהמוכר כדי לוודא שהמוכר יעמוד בחיוב שלו להעביר את הבעלות? מה היו הביטחונות **בשוחט נ׳ לוביאניקר** הערת אזהרה זה סוג של בטחון. הערת אזהרה זה אומר שאתה לא מקבל את הבעלות בנכס, אבל אתה יוצר איזה שהוא רישום במרשם המקרקעין שמונע מאחרים לבצע עסקה נוגדת בנכס, לקבל בעלות בנכס. בצורה הזאת אתה מבטיח שתוכל בעתיד לבקש אכיפה. **הבטוחה שניתנה בפס״ד זה ייפוי כוח בלתי חוזר לעורכי הדין של הקונה שמאפשר לעו״ד של הקונה ללכת לרשם המקרקעין ולהגיד - אני מיופה כוח של המוכר ועל בסיס ייפוי הכוח אני דורש העברת בעלות**. עכשיו אין לנו חשש בכלל שהמוכרים לא יעבירו בעלות. הם לא יכולים לא להעביר בעלות כי אנחנו לא צריכים אותם. יבוא הקונה, עורך דינו, עם ייפוי כוח שהוא קיבל מהמוכרים, ייפוי כוח בלתי חוזר, ועל בסיס ייפוי הכוח והחוזה יעביר בעלות במקרקעין. זאת דרך לדאוג לביטחונות מצד המוכר של נכס המקרקעין.

**למה אנחנו לא נרצה להסתפק בסעדים ובטחונות? סעדים ובטחונות לא מספקים כי הסכנה שהצד השני יהיה חדל פירעון ושלא יהיה ניתן לקבל אכיפה אומרת לנו שאני לא בטוח לגמרי מזה שאני מסתמך על התרופות של דיני החוזים.** אז המוכר של הנכס אומר - הקונה ברחה לאוסטרליה, אם אני מעביר לה עכשיו את הבעלות בנכס אני תקוע. היא הבעלים, אני כבר לא הבעלים של הנכס. לך תרדוף אחריה. מאיפה אני אשיג את הכסף שלה? היא באוסטרליה. מצד אחד, יש לי פחד מהאפשרות לקבל תרופות ומצד שני גם התרופות הן בעתיד הרחוק, ויש לי בעיה מיידית. הבעיה המיידית זה שאני לא רוצה כרגע לקיים את החיובים שלי, אבל אני לא רוצה לבטל את החוזה. אני רוצה לקיים את החוזה אבל אני לא רוצה שעכשיו אני אהיה בהפרה אם אני לא מקיים את החיוב שהגיע מועדו. בטחונות פותר אולי את הבעיה, אבל לפעמים לא ניתן לקבל בטחונות ובכל מקרה זה יוצר עלות. אפשר לחשוב על חוזה שכירות שבו אנחנו רוצים לשכור דירה ואומרים לנו שאין בעיה, אבל רוצים שנביא ערב. לכאורה בלי עלות, אנחנו מביאים את אחד מההורים או חבר או ילד או מישהו שאנחנו מכירים והוא מוכן להיות ערב שלנו. הנה נפתרה הבעיה, יש ערב לחוזה ואין עלות. יבוא המשכיר ואומר - אין בעיה, אבל אני רוצה ערבות בנקאית. אם הוא אומר שהוא רוצה ערבות בנקאית אני צריך ללכת לבנק ולקבל שטר ערבות. שטר ערבות כזה עולה כסף, אז אתם יכולים לקבל ביטחון, אבל זה מייקר את החוזה. וככל שאנחנו נדרוש יותר בטחונות, החוזה יהיה יותר יקר. אז אם אנחנו יכולים למצוא פתרון חוזי פנימי להפיג את החשש זה עדיף לנו כדי לחסוך העלויות של השגת הביטחונות האלה. לדוגמה, אפשר לחשוב על הסכם מכר דירה מקבלן. מהם חיובי המוכר? הוא חייב לקבל היתרים, הוא צריך לבנות את הבניין, להעביר את החזקה בנכס ולהעביר בעלות. יש לו גם חיובים משניים - הוא צריך להעביר כל מיני מסמכים שדרושים לקבלת הלוואה מהבנק לדוגמה, ויש לו חיובים עתידיים אחרי שמושלמת העברת הבעלות וההחזקה בדירה, הוא צריך להמשיך לתת דברים גם אחרי שהוא קיבל את כל התמורה. שנתיים שלוש אחרי סוף ההסכם, לתקן דברים, לבוא ולבדוק את הנכס ולתקן בעיות שיצוצו. הקונה חייב לשלם, זה החיוב של הקונה. אפשר לסכם את כל חיובי הקונה בתשלום. יש לו עוד חיובים משניים.

סדר הפעולות נועד להפיג חשש ולהבטיח את הצדדים. לדוגמה, הקונה לא משלם את כל התשלום מראש, אלא התשלומים צמודים להתקדמות בשלבים של הפיתוח ושלבים של הבניה. מהרגע שמושגים כל האישורים, אתה נותן את המקדמה, אתה משלם ככה והתשלומים הם מקבילים. יש לשים לב שלסדר הפעולות יש עלות. למה? כי מבחינת הקבלן אין לו את כל ההון שנדרש הרבה פעמים כדי לבנות, אז הקבלן צריך הלוואה. זה אומר שיש לקבלן עלויות מימון. ככל שהקונה משלם לו חלק יותר גדול מהדירה בהתחלה, ככה עלויות המימון של הקבלן יורדות. זה אומר שככה, באופן עקרוני, המחיר של הדירה ירד כי העלויות שלו נמוכות יותר. אז יש עלויות לסדר הפעולות האלה, מצד שני אנחנו לא נרצה לתת תשלום גדול מידי מראש כי זה יוצר חשש - הקבלן יכול לפשוט רגל והקונים נשארים עם ידיהם על ראשם. הפתרון שנמצא בדין הישראלי זה **שילוב משולש**: 1. **אנחנו משלמים סדר תשלומים מסוים**. לא משלמים הכל מראש, אבל התשלומים ניתנים בשלבים. 2. **בטוחות - כל תשלום שניתן לקבלן חייב להיות מכוסה לפחות בשיעור מסוים בבטוחה שמכסה את אותה עלות כך שאם הקבלן לא משלים את החיובים שלו, לכל הפחות הקונה יכול לקבל את כל מה שהוא שילם בחזרה**, או חלק גדול מאוד ממה שהוא שילם בחזרה. 3. **שילוב** - בנק מלווה שמלווה פרויקט בניה, בא אליו הקונה ואומר אני רוצה משכנתא, מה שיקרה זה שהמשכנתא תשולם לקבלן ע״י הבנק המלווה בפעימות לפי ההתקדמות בבניה, ככה שהריבית שתשולם ע״י הקונה לא תהיה גבוהה מידי כי הוא לא לוקח את כל ההלוואה מלכתחילה וגם הסיכונים שמוטלים על הצדדים מגודרים באופן הזה.

יש לשים לב שגם כדי לבטח את עצמך לא משנה רק סדר החיובים אלא גם ההגדרה של החיובים ולעיתים יהיה ברור מה סוג החיוב שניתן, אם הוא חיוב מותנה, חיוב שלוב או חיוב עצמאי. במקרים אחרים, זה יכול לנבוע מהחוק. ס׳ 23 לחוק המכר יגדיר לנו איזה שהוא חיוב כחיוב מותנה. אם לא ברור לנו מהחוק או מהחוזה, נלך לפרשנות חוזה.

יש לשים לב שאם החיובים הם עצמאיים סדר החיובים לא מקנה ביטחון מלא. צד אחד מפר ואני אמרתי שאני חששתי מראש הוא יפר ובגלל זה נתתי חודש פער בין החיוב שלו לחיוב שלי. עבר חודש, מה עושים? החיוב עצמאי, אתה נדרש לשלם. יש לקביעת סדר החיובים הזה גם היגיון עסקי, תזרימי, אבל אין בו ביטחון מספק הרבה פעמים. כדי להבטיח שצד לא יהיה חייב לבצע פעולה בלי שהצד השני יבצע את הפעולה שלו, החיובים חייבים להיות מותנים או שלובים.

**שינוי סדר הביצוע מכוח עקרון תום הלב:**

מה קורה אם החיובים לא היו מותנים או שלובים, חיובים עצמאיים? אם החיוב של א׳ קודם לחיוב העצמאי של ב׳, וא׳ מפר, ב׳ יכול לבטל את החוזה וזה שהחיוב שלו עתידי נותן לו סעד, זה נותן לו פרק זמן אפשרי להחליט שהוא רוצה לבטל וזה בסדר לפנות לביהמ״ש גם. ב׳ אבל לא יכול לבטל ולתבוע אכיפה. אז הוא יכול להותיר את החוזה, לקיים את החיוב שלו, לקחת את הסיכון שא׳ לא יעמוד בסעדים ולתבוע אכיפה מא׳. ב׳ גם יכול להותיר את החוזה על קנו, להפר בעצמו ולתבוע אכיפה של א׳ אבל אז הוא יהיה כפוף לתביעה מקבילה של הפרה שלו. **אם החיוב של ב׳ קודם לחיוב של א׳, ונוצר חשש ממשי שא׳ לא יקיים את החיוב העתידי שלו, קודם ב׳ נדרש לקיים ואז א׳, אבל ב׳ אומר א׳ עלול להפר. ב׳ יכול להחליט לנסות לבטל את החוזה עקב הפרה צפויה, אם יש הפרה צפויה אפשר לקבל את כל הסעדים שניתן עקב הפרה**. **הוא יכול לקיים את החיוב שלו אבל לקחת את הסיכון על עצמו כמו בעצם כשבנו את החוזה. הוא יכול להפר. להפר, לחכות שהשני יפר, אבל אם הוא יפר קודם הוא לא יוכל לתבוע אחרי זה אכיפה.**

פתרון אחרון זה ניסיון **ללכת לפי הלכת שוחט ולבקש שינוי סדר הפעולות**. ביהמ״ש מאפשר שינוי של סדר הפעולות בהתאם להלכה שהתקבלה בעניין **שוחט נ׳ לוביאניקר**. מה היה ציר הזמן באירוע של שוחט?

מדובר על זוג, המערערת ומשיב מס׳ 3 שהוא בעולה. הם התקשרו בחוזה לקניית דירה ממשיבים 1 ו- 2. לפני המועד האחרון להסדר התשלום הם נסעו לאוסטרליה בלי להודיע למשיבים. הם לא הסדירו את התשלום ואז ניסו ליצור איתם קשר, ניסו להגיע להסדר, וכשזה לא קרה אז המשיבים ביקשו לבטל את החוזה והמערערת ביקשה לאכוף אותו.

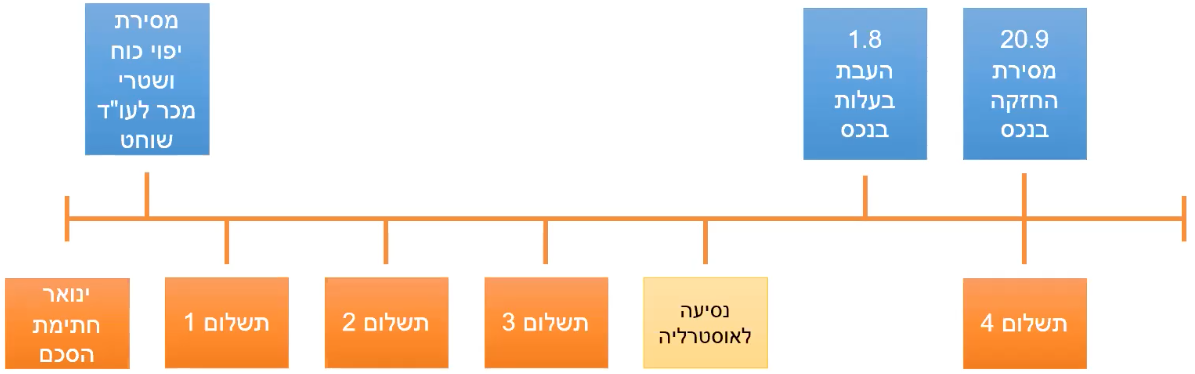
יש את המועד של החתימה, שלושה תשלומים שולמו, מועד העברת הבעלות בנכס, מועד מסירת הנכס וממועד מסירת החזקה בנכס אמור להשתלם התשלום הרביעי. זה סדר הזמנים.

למה הקונים היו מוכנים לשלם את שלושת התשלומים הראשונים לפני שהמוכרים עשו כל פעולה? המוכרים נתנו ייפוי כוח בלתי חוזר לעו״ד של הקונים ואמרו לו - אתה יכול ללכת לעשות את כל הפעולות של העברת הבעלות מהרגע שמגיע המועד ומועבר התשלום וכו׳. למה הוא לא עשה את זה, למה שוחט לא רץ לרשם המקרקעין ועשה את העברת הבעלות אם לכאורה הוא היה יכול? כי הקונים ביקשו ממנו לא להעביר את הבעלות כל עוד לא ברור מה קורה. למה הוא קיים את הבקשה, למה הוא נענה לה? שוחט הוא עו״ד נאמן לפי ההסכם. אם הוא היה מבצע פעולה בניגוד לאמירה הזאת, בניגוד להוראה של הקונים, הוא היה מבצע עבירה אתית. אסור היה לו לעשות את זה.

יש מסירת ייפוי כוח ושטרי מכר לעו״ד שוחט, זה נאמר בפס״ד אז אנחנו יכולים להבין שזה חלק מחיובי הצדדים וזה נעשה לפני התשלום הראשון עוד. אז הקונים יודעים שהם לא צריכים לפחד. מה הבעיה שנוצרה? הם כולם נוסעים לאוסטרליה אבל כנראה שבאיזה שהוא שלב מר שוחט, הבעל, חוזר לארץ. לא ברור מהסיפור, אבל אנחנו יודעים שהוא מופיע כמשיב בתביעה ולא כתובע. כנתבע, משיב פורמאלי.

בנסיבות האלה השאלה היא מה רוצים המוכרים? המוכרים אומרים - אנחנו אמורים להעביר בעלות בנכס לפני התשלום הרביעי. הם לא רוצים להעביר את הבעלות בנכס לפני כי הם לא בטוחים שהם ישלמו את הכסף, הם ביקשו בטוחה לעניין תשלום הכסף ולא הסכימו לתת להם שום ערובה שהתשלום יתבצע בפועל. אז הם נורא מפחדים ומבקשים לעשות התאמה ולהעביר את כל החובות של הצדדים להיות מקבילות, שלובות. תגידו שאתם מוכנים, אנחנו מיד מעבירים לכם את הבעלות ואת החזקה ביחד.

היה מנגנון שהיה מאפשר להעביר את החזקה יחד עם הבעלות, אבל בכל אופן לפני מועד התשלום לפי ההסכם או בהסכמת הקונים ב- 20.9. **השופטת בן פורת** אומרת שקודם כל החיובים האלה עצמאיים, הם לא שלובים. אי אפשר לפתור את זה דרך פרשנות של ההסכם. אבל, עקרון תום הלב מחייב את הקונה לבוא למוכרים ולהגיד להם - אני נוסעת לאוסטרליה ולהגיע איתם לדין ודברים בעניין הזה. ההתנהגות שלה שהיא ברחה בחוסר תום לב, מזכה את המוכר בסעד מאוד מוגבל - רק לסטות מהקיום המדויק של החיובים ולדרוש שילוב של החיובים. היא אומרת שהסעד הזה הוא סעד מאוד מוגבל, הוא לא פוגע מהותית בצד השני. היא אומרת שהיא מכירה בהזדמנות הזאת וזה מה שהם דרשו, ולכן בנקודת זמן הזאת החיובים הופכים להיות שלובים. כשהחיובים שלובים וצד אחד מוכן לקיים את החיובים שמוטלים עליו והצד השני לא מוכן לקיים, הצד שלא מוכן לקיים הוא מפר. לכן הביטול של המוכרים הוא כדין. למה הביטול הוא כדין? כנגד הפרה יסודית. **חובת הקיום בתום לב מאפשרת שילוב של תניות עצמאיות, הפיכה שלהם לשלובות, כאשר יש בסיס סביר להאמין שהחייב לא יבצע חיוב יסודי**. אם אני צופה בתום לב על בסיס סביר שהוא לא יקיים חיוב עתידי שלו והוא לא מוכן לתת בטוחות לקיום החיוב העתידי שלו, אפשר להפוך תניות עצמאיות לתניות שלובות.



**זיגל נ׳ רוזנר** היה מוכר וקונה והמוכר עשה כל מיני הפרות. הקונה התחייב לקנות מהמוכר מניות של המוכר בחברה תמורת תשלום והמוכר ביצע המון הפרות עד שהגיע המועד של הקונה לתשלום. הקונה אמר - אני לא משלם לך לפני שאתה מעביר לי אישורים ששילמת את החוב שלך לחברה ולפני שאתה מעביר לי את המניות. **בעצם הופך את ההעברה של המניות, קבלת התמורה, מחיוב עצמאי לחיוב שלוב.** **השופטת בן פורת** מקבלת את העמדה, היא אומרת שמכוח חובת תום הלב אפשר להגיע לתוצאה הזאת.

**בפס״ד אלפרוביץ׳ נ׳ מזרחי** מוכרים טענו שהם זכאים לבטל לאחר זכ״ד. זאת היתה ההפרה שלהם, הם מכרו בזכ״ד נכס ואז אמרו - זה לא מחייב. הקונים עמדו על הביצוע אבל דרשו שלפני שהם משלמים יחתם חוזה פורמלי כי הם מפחידים אותם. יש את החיוב שיחתם חוזה פורמלי, אנחנו עומדים על זה לפני שאנחנו משלמים את הכסף. המוכרים אומרים לא, אתם לא שילמתם בזמן, אנחנו מבטלים עקב הפרה. ביהמ״ש אומר שהוא לא מקבל את הביטול של המוכרים, הוא אומר שהקונים יכולים לעמוד על אכיפה של ההסכם. קודם כל בגלל פרשנות ההסכם הוא אומר **שהחיוב של התשלום היה מותנה בזה שיחתם קודם כל חוזה פורמלי, אז הוא אומר שהחיוב בעצם לא היה עצמאי הוא היה מותנה**. אז דרך פרשנות חוזים הוא מגיע לזה. הניסיון התנערות בחוסר תום לב של המוכרים מצדיק את העמדת התנאי של הקונים.

**אלפרוביץ׳** קודם **לשוחט** והוא פחות מרחיק לכת כי הוא מטיל איזה שהוא חיוב אבל הוא חיוב טכני, הוא חיוב מאוד פשוט. אין כאן איזה שהיא מעמסה על הצד השני, לא שיניתי את החוזה באופן מהותי. אנחנו חושבים שאפשר להגיע לחוזה פורמלי מידית אם אתה רק מעוניין ובגלל זה אנחנו אומרים תעשו את הפעולה ותהיו זכאים לכסף. אם אתם לא מוכנים שיחתם חוזה פורמלי זה בגלל שאתם מנסים להתנער.

**פרשנות חוזים ותניות מכללא**

**לאן אנו רוצים להגיע שאנו מפרשים חוזים?**

דיני פרשנות החוזים - כללים משפטים שמנחים את בית המשפט שהוא בא לפרש חוזה, הכללים יכולים להיות מהחוק או מהפסיקה.   
למשל הכלל המשפטי "חוזה יפורש לפי אומד דתם של הצדדים" נובע מחקיקה.

לפני שאני קובעת אם כלל פרשני הוא רצוי צרך לחשוב מה המטרה שמשיגים מהכלל הפרשני? מה הוא נועד להגשים. הכתיבה השיפוטית עסקה בעיקר בשאלה כמה אקטיביזם שיפוטי רצוי במסגרת הפרשנות החוזה.

**האם מטרת הפרשנות היא לפתור סכסוכים שנוגעים לתוכן החוזה?** יש שתי צדדים שמתווכחים לגבי חוזה ועכשיו בית המשפט צריך לפתור את הסכסוך. אך תשובה זו לא מסייעת לקבוע איזה כלל משפטי הוא טוב ואיזה לא טוב. זאת לא מטרת דיני הפרשנות ולכן צריך לחשוב מה המטרה בבסיס הכללים, מעבר לפתרון הסכסוך.

תשובה אפשרית היא כי **המטרה הינה להגשים את רצון הצדדים במועד חתימת החוזה** (תכלית צופת עבר), בית המשפט ינסה לפרש את החוזה דרך מה שהצדדים רצו בעת כריתתו. הערכים שמשקפת תכלית זו היא **אוטונומיה**, החוזה מאפשר לצדדים לשקף את הרצונות שלהם ואם נרצה לכבד את האוטונומיה שלהם נפרש את החוזה בהתאם לאותו רצון. **ותכלית כלכלית**, אם חוזה נועד לקדם יעילות, המקדם את הרווחה המצרפית של החברה ולכן נרצה להתחקות אחר הצדדים כי הם יודעים הכי טוב מה ההתקשרות היעילה ביניהם.

אילו קשיים עלולים להתעורר שמנסים להתחקות אחרי הצדדים בעת חתימת החוזה? **הקושי שעלול להתעורר הוא הקושי לחלץ את הרצון,** לפעמים קשה להתחקות אחר הרצון ויש צורך ליצירת כללים פרשניים שיגשימו את הרצון בצורה הטובה ביותר.

נראה כי הגשמת רצון הצדדים היא אינה התכלית היחידה, נראה כי תכלית הפרשנות היא גם **ליצור בסיס נוח להתקשרויות חוזיות עתידיות** (צופה עתיד). שאנו מתקשרים בחוזה אנו רוצים שהצדדים ידעו שאם בעתיד יהיה סכסוך הכלל הפרשני יעזור לבית המשפט להגיע לפרשנות החוזית הטובה ביותר. מאחר שחוזים הם לרוב מאפשרים מבט עתידי, אנחנו רוצים כר פרשני שיאפשר את ההיבט הזה. תכלית צופה פני עתיד גם משקפת את התכלית של חוזה ככלי לתכנון עתיד, שוב התפיסה היא **ליברלית** (אוטונומיה של הצדדים) ו**כלכלית**. למרות שתכליות אלה משקפות את אותם ערכים הם לא מדברו על אותו דבר, **תכלית צופה עבר מדברת על מתקשר קונרקטי ותכלית צופה עתיד על מתקשרים עתידיים. בתכלית פני עתיד נצמד ללשון החוזה כדי שבהתקשרויות עתידיות ידעו הצדדים לכתוב באופן ברור את רצונותיהם.**

דוגמא - מה קורה שבית המשפט קובע כלל פרשני ומתלבט אם לקבוע כלל שבעלות גבוה מאפשר לדעת מה היה רצון הצדדים אבל זו סוגיה שניתן לפתור מראש בעלות נמוכה יחסית? הכלל של פרשנות נגד המנסח ס'25 אומר כי אם לצד הייתה עדיפות בניסוח תנאי החוזה נעדיף את הפירוש לרעתו. כלומר גם אם בנסיבות מסוימות אומר המנסח שזאת לא הייתה שזאת לא הייתה כוונתו והוא אפילו יביא על כך ראיות, ביהמ"ש יעדיף את הפרשנות שלא צופה פני עבר, אבל כן נותנת משקל לרצון שלהם בתור בסיס נוח להתקשרויות עתידיות.

תכלית נוספת, עולה השאלה **האם חוזה הוא רק מכשיר להגשמת הרצון הפרטי של הצדדים?** כאשר אני מתקשרת בחוזה אני פונה למשפט ומבקשת שיעשה שימוש בכוח כדי לאכוף את ההסכמה בניינו, לכן חוזה הוא לא הסכמה רגילה בין שני צדדים אלה הסכמה אכיפה ולכן לא נראה בו רק מכשיר להגשמת רצון פרטי של הצדדים. פרשנות החוזה צריכה לתאום את ערכי היסוד של שיטת המשפט. הדוגמא הכי בולטת היא שלא ניתן לבקש אכיפה של חוזה בלתי חוקי, כי מותר להתקשר בחוזה שיקדם את הרצון שלי אבל חוזה זה סותר את ערכי שיטת המשפט. התכלית **צופה פני הווה** כי היא **מתאימה את פרשנות החוזה לערכים הקיימים של שיטת המשפט.**

**\***חשוב להגדיש - זוהי אחר המטרות של דיני פרשנות החוזים, גם מנקודת מבט של מי שמדגים את היותו של החוזה פרטי. השאלה המורכבת היא מה המשקל שיש לייחס למטרה זו ביחס לאחרות, לא למה היא מהוה מטרת של פרשנות חוזה.

נשאל מה קורה בנסיבות בהן גילינו מה הצדדים התכוונו אך בכל מקרה נרצה לפרש חוזה באופן שיוצר תוצאה שיווניות? האם זה תוצאה לגיטימית של כללי הפרשנות?

כאשר התכליות מתיישבות זו עם זו**: ישנם מקרים בהם כלל פרשני מתאים ליותר מתכלית אחת**. לדוגמא ס'25 "חוזה הניתן לפירושים שונים והייתה לאחד הצדדים לחוזה עדיפות בעיצוב תנאיו, פירוש נגדו עדיף על פירוש לטובתו" הוא כלל שמקדם תכלית צופה פני עתיד בשל יעילות בהתקשרות עתידית ותכלית צופה פני הווה כי הצד המנסח הוא החזק. **יהיו מקרים בהם התכליות השונות לא יתאמו זו לזו.**

כאשר התכליות השונות אינן מתיישבות זו עם זו: המחלוקת במשפט הישראלי על האופן בו ראוי לפרש חוזים היא למעשה **מחלוקת על איזון ראוי בין התכליות השונות** (מתי מעדיפים תכלית צופה עבר על תכלית צופה עתיד). בפס"ד **אפרופים** עולה השאלה מה הכלל הפרשני הראוי לגבי לשון החוזה?  
**"תורת שני השלבים"** אומרת כי ללשון (עתיד) יש לתת משקל מכריע (על פני נסיבות החוזה) - מקדמת תכלית פני עתיד. יותר חשוב הוודאות בחוזים מאשר מה התכוונו הצדדים הקודמים. ביטולה יאפשר לתת משקל גדול יותר לתכלית צופה פני עבר.

הוויכוח היא לא מידת המעורבות של בית המשפט בפרשנות אלה שאלה של איך בת המשפט מאזן בין התכליות השונות של דיני הפרשנות.

מגישה אחידה לפלורליסטית

כללי הפרשנות האופטימליים משתנים בהתאם להתקשרות בין הצדדים. ההצעה היא לא לבחון כל חוזה לגופו, אלה לנסח כללי פרשנות לפי קטגוריות של חוזים. המחוקק הישראלי מבחין בין סוגי חוזים שונים, לדוגמא חוזה מתנה לא מקבל יחד כמו חוזה אחיד וחוזה מסחרי. המחוקק מכתיב הוראות כופות לגבי סוג מסוים של חוזה אך כללי הפרשנות הרגילים חלים על כל חוזה. **אנחנו טוענים כי צריך להתאים כלל פרשני למאפייני החוזה.**

**אנו נציע להבחין בין מתקשרים הפועלים כעוסק למתקשרים הפועלים כפרט.** ההבדל הוא שעוסק מודע להשלכה של פרטי הפרשנות לעומת הפרט שלא נהנה מיעוץ משפטי ולא מודע באופן מלא להשלכות דיני הפרשנות. ההבחנה מאפשרת לאתר 3 סוגי חוזים:

1. חוזה עסקי (כל הצדים עוסקים) - **התכלית המרכזית היא צופה פני עתיד**, לאפשר בסיס נוח להתקשרויות עתידיות. בחוזים אלה אין מקום לתכלית צופה פני הווה כי אין מקום לחשוב על סיכונים שלקחו בהסכמות.
2. חוזים צרכניים ( גם עוסקים וגם פרט) - בחוזים אלה קשה לדבר על תכלית צופה פני עבר כי אין רצון מיוחד שבא ליידי ביטוי בסעיפי החוזה ולכן הסתמכות על התוכן בחוזה לא משקפת כוונה מיוחדת של הצדדים בהתקשרות. נראה כי צד אחד מנסח את החוזה ולכן זה לא שיש פרשנות מסוימת שתביא לניסוח טוב יותר של החוזה ולכן **התכלית היא הווה, לקדם תוצרה הגונה וראויה בראי ערכי שיטת המשפט.** לשון החוזה לא בהכרח משקפת את הרצון של שתי הצדדים לחוזה.
3. חוזים פרטניים (כל הצדדים פרטים) - **בחוזים אלה התכלית המרכזית היא צופה פני עבר, הגשמת רצונם המשוער של הצדדים במועד חתימת החוזה**. במקרים כאלה יכול להיווצר פער בין כוונה אמיתית לרצון החוזה, הכוונה היא לא שיתקיים רק תכלית צופה עבר אלה לאזן בין התכלית צופה עבר ולתכליות האחרות ולכן הלשון החוזה (תכלית צופה פני עתיד) לא צריכה לקבל מעמד מכריע.

לסיכום - בית המשפט צריך להבין איזה חוזה הוא מפרש ולאחר מכן להתאים את הכלל הפרשני.

**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:

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 גישות 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 הוא ש**כל אחד מהם עוסק בחוזים שונים**. **אם החוזה סגור, היינו רוצים ללכת לפי שוורץ וסקוט,** 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.

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.

גישת האוטונומיה: **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. הם עושים הבחנה בין סוגי החוזים השונים וזה משפיע על פרשנות החוזה, לדבריהם **חוזה הקרוב** מצדיק החדרת ערכים לפרשנות ההסכם ותהיה יותר מקום להתערבות (עובד ומעסיק (חוזה קרוב) אל מול הזמנת בעל מקצוע באופן חד פעמי).

**פס"ד אפרופים,** רקע עובדתי,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 על מנת לפרש את החוזה, במונח זה הוא מתכוון לכוונה המשותפת של הצדדים הקונקרטיים שזכתה לביטוי חיצוני. מנגד, יש **אמות מידה אובייקטיביות** וצריך לבחור לפי איזו פרשנות נלך. אמות מידה אובייקטיביות הינם ערכים כמו 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 ניתן לראות ב**פס"ד חסקין נ' חסקין,** רקע עובדתי, המנוח עורך חוזה ביטוח חיים עם בנק ומבקש להוריש במותו לאשתו דינה חסקין. לאחר ההסכם הוא מתגרש ומתחתן ונולדים לו 3 ילדים, האיש נפטר. עולה השאלה מי יורשיו? 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 הפרשנית: **ביטול 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 הטקסט נראה ברור הוא לא ברור, יש להתחשב בנסיבות.

היררכיה נורמטיבית והיררכיה בכלים פרשניים: **ההצדקה לשיטת הפרשנות התכליתית** (מבטלת את תורת שני השלבים) - **ברק** מעלה שלושה טיעונים שלא תלויים במטרת הפרשנות, טיעונים משפטיים דוקטרינרים:

1. שפה תמיד תלוית נסיבות: לדוג' **בפס"ד בלמורל** **השופט ריבלין** נותן את הדוגמא של הסוס ועגלה, כשבפועל ברור כי מדובר בחוזה על משאית ומרכב. 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 הפורמלסיטי של השופט **זמיר,** שופטים יכולים להגיע להכרעה אקטיביסטית תחת שיטת שני השלבים באמצעות הטענה שהלשון לא ברורה כי התוצאה לא תואמת את הערכים שהם רוצים לקדם.
3. פניה ללשון לא מתחייבת מהחוק: סעיף 25 א': "חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ובמידה 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: "...אם אומד דעת 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, כאשר 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 (פס"ד **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 מהמסמך עצמו, הסדרים של סעיף אחד משפיעים על פרשנות של סעיף אחר (היקש, אם התכוונו לעשות סנקציה באזור אחד כמובן שהתכוונו גם בשני). **פס"ד בלום נ' אנגלו-סכסון,** רקע עובדתי,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 בהם רשאית אנגלו לבטל. השופט **דצנינגר**, לפי ההיגיון העסקי, אנגלו כתבו את החוזה, הם מודעים לתניות ולכן אינם רשאים לבטל. ככל הנראה רשמו את התנאים האלה כדי ליצור הסתמכות אצל בלום. גישה זו מתיישב עם ס'25 ב'- פירוש נגד המנסח.

**השופט 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.**

השופט **דנצינגר** מעלה ביקורת כנגד הלכת **אפרופים** (תורת שני השלבים) בפס"ד **בלמורל**: על פניו צריכים קודם לגלות את הרצון הסובייקטיבי של הצדדים, אולם בפועל התכליות האובייקטיביות נהיות במרכז, זה מוביל למדרון חלקלק. לדבריו, השופט **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: השופט 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.**

אבחנה בין סוגי החוזים - ישנם סוגים עם התערבות פרשנית נרחבת.

* + 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. 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), אבל כשהחוזה הסגור הוא מפורט והתכלית 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).

אבחנה בין סוגי הצדדים, מה הפערים ביניהם: (המהלך של **השופט גרוסקוף** בפס"ד **ביבי כבישים**)

* פערי כוח מיקוח: פרשנות פני עתיד, להקל על ההתקשרויות העסקיות, לאפשר ודאות לגבי ההסכם, שימוש בלשון ההסכם.
* 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 לגמירות 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, סטייה ממנו יכולים רק להטיב עם הצרכן. כאשר יש מסמכים שמקטינים את הזכויות (כשמודבר בתנאים דיספוזיטיביים) יש לבחור אחת מהאפשרויות:

* אין תחולה למסמך החיצוני.
* המסמך חל תמיד.
* חל מרגע שניתן לדעת את הפרטים (שניתן לגשת 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,** רקע עובדתי,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,** רקע עובדתי, 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**, רקע עובדתי,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.

**חוזים אחידים ותניית פטור:**

**מבוא:**

הוראות שנקבעות ע"י הפניה – כשיש הפניה למסמך כללי המסמך מאליו חייב להיות חוזה אחיד מכיוון שהוא לא ניתן למו"מ של הצדדים.

מספר שאלות שיש לבחון:

1.האם מסמך נלווה למסמך המרכזי מהווה חוזה או משהו שהוא אינו נחשב כחוזה? (Ticket cases).

2.אם מדובר בחוזה האם יש משמעות לכך שצד לחוזה לא ידע על קיום התניה?

3. מה ההשלכה לעניין מסמך חיצוני שלא זמין לניצע בשעת הכריתה?

שאלה ראשונה-האם מסמך נלווה מהווה חוזה או קבלה:

לאחר התשלום ניתן הכרטיס רכבת, עליו רשומים הסדרים חוזיים. השאלה אם ההסדרים החוזיים האלה מחייבים נובעת מהתפיסה שבה אנו רואים את הקבלה. אם הכרטיס הזה הוא רק קבלה לתשלום אחריי שנכרת החוזה ובעקבות חיובים שצד עשה אז לא ניתן להגיד שבוצע קיבול לתנאים שרשומים בקבלה הזאתי ולכן הם לא משנים את ההסדרים החוזיים. המקרה המרכזי הראשון שעוסק בזה, בפס"ד **Chapelton V. Barry**, משכיר כיסא נוח ועל הכרטיס יש תניית פטור על נזקי גוף. ואז נגרם לו נזק מהכיסא הנוח. **בביהמ"ש נקבע כי לא יכול להיות שהכרטיס משנה את החיובים של הצדדים במועד הכריתה, כי הוא מהווה רק קבלה לתשלום**. המקרה השני הוא **פס"ד Thotnton** , כרטיס אוטומטי בחניון. על גב הכרטיס כתוב שהתנאים לעניין החניה מצוינים בתוך מגרש החנייה ביניהם נקבע שיש פטור מלא מנזקי גוף. אדם נדרס בחניון, **ביהמ"ש נותן שני נימוקים למה הפטור מנזקי הגוף לא חל.** לענייננו, הנימוק הראשון זה **שהכרטיס ניתן אחרי ההתקשרות ולכן הוא קבלה ולא חלק מהחוזה**.

במקרים אחרים אבל, נקבע שהכרטיס הזה והתנאים שנרשמו בו הם כן חלק מתנאי החוזה. מתי אנחנו נקבע שהמסמך המאוחר הזה הוא חלק מחוזה? **כאשר ידוע שהולכים להיות תנאים כאלה. ידוע לאדם שהוא הולך לקבל את המסמך ועליו יופיעו התנאים של ההתקשרות במועד הכריתה.** אז, בתי המשפט קובעים שאותו אדם יכול היה לדעת בשעת הכריתה שהוא הולך לקבל תנאים נוספים ולכן הוא צריך לבחון אותם ולהסתמך עליהם. במקרים אלה גם ניתנת לאדם אפשרות לצאת מהחוזה, בעצם לבטל אותו למפרע כאשר הוא מקבל את אותם תנאים. אפשר לראות את זה בישראל בדוג' של כניסה לחניונים. אתם נכנסים לחניון ומקבלים כרטיס שעל גבו כתוב תניות נוספות. ובעקבות לטיגציה שהייתה בשנים האחרונות בארץ, כמעט כל החניונים מוסיפים הסדר-שניתן לצאת מהחנייה בלי לשלם תוך רבע שעה. **המשמעות של ההסדר זה, נועדה ליצור קיבול בהתנהגות לתנאים שמופיעים בכרטיס, תחת ההנחה שכולם יודעים שבכרטיס יש תנאים של ההתקשרות.** אז אם כולם יודעים את זה, יודעים לצפות שהכרטיס ייתן להם עוד פרטים הם יכולים לצאת ולבטל את החוזה למפרע ואם הם לא יוצאים-הם מקבלים בהתנהגות את כל התנאים.

בהקשר הזה, בפס"ד **גונשירוביץ נ' מפעל הפיס**, רקע עובדתי, באותו מקרה אדם תובע את מפעל הפיס על כרטיס הגרלה. הוא טוען שהיה לו את הכרטיס הזוכה בהגרלה והכרטיס אבד. הכרטיס כולל הפניה לתוכנית ההגרלות של מפעל הפיס. בתוכנית ההגרלות כתוב שיש פטור מלא מחובת תשלום הפרס אם הכרטיס המקורי אבד. האדם שתובע אומר-זה מאוחר להתקשרות החוזית שלנו. אני לא ידעתי על התנאים הללו שקניתי את הכרטיס. **דעת רוב, ויתקון וזוסמן**, חייב להיות הפנייה לתקנון של ההגרלה כי התקנון מסדיר את הכל. הכרטיס לא מסדיר כמעט כלום ובטח שלא מוסדר כלום שקנית את הכרטיס. כלומר, מראש ידעת על קיומו של התקנון, אפילו אם לא הלכת לקרוא אותו וכל החיובים של הצדדים מוסדרים דרך התקנון. אם לא היה תקנון גם לא היית יכול לזכות בפרס לצורך העניין. ולכן כשזה המצב לא ניתן לחשוב שהכרטיס הוא קבלה בלבד. **הכרטיס שמפנה לתקנון בעצם מסדיר את כל החיובים של הצדדים.**

כלומר, **המסלול החוזי הראשון להתמודד עם הסדרים פוגעניים במסמכים נלווים, הוא לשלוט בתוקף החוזי של המסמך.** בתי המשפט עושים את זה כשקובעים שהייתה התקשרות חוזית "סגורה" לפניי הקבלה של אותו מסמך, כשאפשר לעשות התקשרות חוזית כזאתי. ראינו 2 מגבלות של זה: 1. כשאדם היה צריך לצפות שיהיו תנאים כאלה, אז אנחנו לא יכולים להגיד שההתקשרות החוזית סגורה.   
2. כשההתקשרות לא סגורה בלי התנאים האלה. שהמסמך החוזי הוא הכרחי כדי להגדיר את הזכויות והחובות של הצדדים בהתקשרות.

אחריי שעברנו על השאלה בין קבלה לבין חוזה, ישנה שאלה נוספת, גם אם זה חוזה ואנחנו יודעים או חושדים שצד לא יודע על תניה בחוזה- גם אם מדובר בחוזה, שאלה שנייה, האם יש משמעות לכך שצד לחוזה לא ידע על קיום התניה?

ככלל, כשצד לא יודע על תניה בחוזה אבל הוא אומר שהוא כן יודע-זאת בעיה שלו. **פס"ד גינדי נ' אפללו**, כאשר אדם חותם על המסמך הוא לא יכול לטעון שלא קרא או לא הבין. הרציונל ברור- בחינה אובייקטיבית ולא בוחנים את המבעים הסובייקטיביים. **אם חתמתם על החוזה יש ידיעה אובייקטיבית--שאומרת שקראתם והבנתם את כל התניות בחוזה. אולם, כשהמסמך הוא נלווה, בכלל לא ברור שקראת והבנת אותו כי הוא נלווה, אתה לא חותם עליו.** אין אישרור של קראתי והבנתי את הטקסט הנלווה הזה. ולכן אין גם הבעה אובייקטיבית של מודעות לתנאים. גגם הבעה סובייקטיבית אין.

באנגליה, **ההלכה אומרת שאם התנאות מרעות באופן מרחיק לכת עם הניצע (כמו תניות פטור), חובה לתת הודעה סבירה על קיום התניה.** כלומר, שהתניה מופיעה במסמך שהקורא לא אומר שהוא קרא אותו (לא חותם עליו בנוסף), חייבים להודיע לו באופן סביר על קיומה של התניה. ואז זה באופן סביר. אנחנו נגיד שחבל להודיע על קיומה של תניה פוגעת באופן ברור יותר ככל שהתניה פוגעת יותר בניצע, **ככה נדרשת הודעה בולטת יותר**. לעיתים נגיד שכתב קריא יכול להספיק (רואים זאת בפס"ד על דרך השלילה שכותבים-הטקסט היה קטן מדי ולכן התניה הזאת ששוללת איזה זכות אחרת בטלה). אם זה ממש פוגעני-נדרוש הדגשה מיוחדת או מסמך נפרד שבו מיידעים על קיומה של התניה הפוגענית.

בעניין **Thotnton** נקבע גם שאותו פטור מנזק גוף מחייב הדגשה מיוחדת. בחניון אתה לא יכול להגיד בגב הקבלה-שים לב יש תניות נוספות שאתה צריך להתייחס אליהם בקטן. אתה רוצה פטור מנזק גוף-אתה חייב להדגיש זאת באופן מיוחד.

העקרון האנגלי שאומר שצריך לידע אקטיבית על תניה ששוללת זכויות נתקבל בישראל **והורחב גם למסמכים שנחתמו-חתמת כל מסמך ואמרת שאתה מודע לקיומו** עדיין אנחנו נגיד שאם אתה לא מודע לקיומו באופן סביר אז הוא לא חל עלייך. **עטיה נ' אררט**, כאן רואים החדרה של עיקרון זה דרך ס' 12. המבוטח מזמין מחברת אררט את הביטוח, שולחים לו את הביטוח ושוללים חלק מהדברים שהתבקשו והוא חתם על המסמך. אבל בנקודת זמן הזאתי לפי הדין הכללי- חתמת והיית מודע לנסיבות, אבל, **ביהמ"ש מחדיר דרך חובת תו"ל את חובת היידוע באופן אקטיבי על שינויים ממה שביקשו למה שקרה בפועל**. גם במקרה שאדם חותם על המסמך על קיומם של הבדלים משמעותיים בין מה שהוא הזמין לבין מה שקיבל בפועל.

הסדר נוסף שדורש הודעה אקטיבית הם סעיפים 1 ו3 לפגיעה בפרטיות. החוק להגנת הפרטיות אומר שפגיעה בפרטיות אסורה, אלא אם ניתנת הסכמה. ועכשיו השאלה היא **מהי הסכמה והאם יש צורות שונות של הסכמה.** ס' 3 מגדיר הסכמה לעניין של פגיעה בפרטיות כהסכמה מדעת במפורש או מכללא (מתייחסת לידיעה על הנזק הרלוונטי), ואז אנחנו נשאל מה ההבדל בין הסכמה רגילה להסכמה מדעת. ההבדל שניתן לפי דין (או לפי החוק להגנת הפרטיות) שהסכמה מדעת חייבת להיות מיודעת ברמה הסובייקטיבית. לא מספיק לדרוש על המסמך את החתימה האובייקטיבית של המודעות להסדרים שכתובים בחוזה. צריך שהאדם יהיה בפועל מיודע לאותם הסדרים. **הסכמה חוזית מספיק לה הסכמה אובייקטיבית לאותם תנאים בחוזה והסכמה מדעת דורשת הסכמה סובייקטיבית.**

הסדר דומה קיים בס'38 (א) לחוק ההוצאה לפועל / ס'33 לחוק הגנת הדייר. ההסדרים שמתייחסים אליהם הם מצבים בהם אדם לקח משכנתא לנכס אשר משמש אותו למגורים ולא מצליח לשלם את ההלוואה. ממומש המשכון כי לא הצליח להחזיר הלוואה. במקרים אלה החוק קובע הסדר דיספוזיטיבי. שמימוש המשכון מחייב לוודא שלאותו חייב יש מגורים חלופיים או לספק לו מגורים כאלה. (במצב שהמצב הכלכלי שלו לא טוב). אז אם יש חייב שבמצב זה מצבו הכלכלי לא קל, בנק או המלווה חייב לדאוג לו לנכס אחר\למגורים חלופיים. זהו הסדר דיספוזיטיבי. ניתן להתנות עליו. ובפועל כל חוזה משכנתא מתנה על ס' 38.

יש סדרה של פסקי דין שמגבילים את התניה הזו דרך חובת יידוע:

1. **פי.אף.איי אסטבלישמנט נ' רוזנר**, התניה על ס' 38, נכתב כי לא חייבים לספק ללווה דיור חלופי. חייבת לציין במפורש את הסעיף, תוכנו וכי הזכות נשללה. אין חובה למלווה לספק ללווה דיור חלופי, **ביהמ"ש** אמר שלא אמרת בחוזה שיש ס' 38 ואתה מתנה עליו. **אם לא התנת במפורש על סעיף זה אין לך זכות לטעון זאת. ולכן צריך לדאוג לו לדיור חלופי.**2. **משכן בנק הפועלים למשכנתאות נ' שפייזמן,** **נקבע כי אם החייב ידע בפועל על הזכות ועל ההתניה, ההתניה בת תוקף**. אז זה שלא כתבו את זה, זה לא משנה.  
3. **מיסטר מאני ישראל בע"מ נ' רייז**, נקבע ההנחיה הכללית שאומרת-כדי להתנות על ס' 38 חייבים ליידע את הלקוח בפועל על הקיום של ס' 38, חייבים להסביר לו שמתנים על הזכות הזאתי וחייבים להראות שהוא מסכים לוויתור. קובעים ביחס להסדר של ס' 38 לחוק ההוצאה לפועל כי **לא מספיקה הבעה אובייקטיבית. חייבים לוודא ידיעה סובייקטיבית על ידיעת הזכות וההתנאה עליה, כדי שההתניה תחול.**

למעשה, אפשר לקבל דרגות שונות של הסכמה, **הדרגת הסכמה החוזית הרגילה (הכי נמוכה) היא אובייקטיבית**. לא שואלים אותך אם קראת את המסמך או לא, לא מתערבים לך בד"כ (**גינדי נ' אפללו**). **הסכמה מדעת במפורש או מכללא, זה הסכמה מדעת שנדרשת לפגיעה בפרטיות**. זה המינוח היחידי בחקיקה שמשתמש במונח הזה מדעת או מכללא. מקובל לפרש את זה במובן הבא, כדי לקבל הסכמה מדעת במפורש או מכללא, האדם חייב לדעת על הפגיעה בפרטיות ועל השימוש שעושים. ואז מספיק הבעת הסכמה רגילה ולא צריך שהבעת ההסכמה תהיה כזאתי מפורשת לעניין הפגיעה. **כלומר, אם אדם יודע שהחוזה פוגע לו בפרטיות חתימה על החוזה מספיקה. ואם מיידעים אותו בצורה ברורה על הפגיעה בפרטיות-חתימה מספיקה.** **הסכמה מדעת במובן המלא שלה**, שמורה לסוג מקרים אחר (זהו מונח מתחום הרפואה) **לא נסתפק בכך שאדם יודע, אנחנו נחייב שמי שמבקש את ההסכמה מדעת, יישב עם המטופל ויסביר לו באופן אקטיבי את כל הסיכויים והסיכונים לפניי שהוא מקבל את ההסכמה מדעת.**

הסכמה מדעת מכללא שייכת לשלב המידע ולא להבעת ההסכמה. הבעת ההסכמה מדעת היא רחבה יותר.

אותו עיקרון חדר לנו גם לדיני הנזיקין. לעניין סעיף 5 א לפקודת הנזיקין- מגדיר את ההגנה של הסתכנות מרצון, הרעיון הוא שאם אדם מסתכן מרצון בעוולה של מישהו אחר, הוא לא יהיה זכאי לפיצויים בגין אותה עוולה. השאלה היא-מתי זה הסתכנות מרצון? הפסיקה מצמצמת את זה יותר ויותר. אנחנו מחייבים כיום גם מסמך נפרד על הסתכנות מרצון וגם שהמסמך ייפרש שהפטור יהיה עניין של רשלנות, והמסמך יוותר גם את הזכות לפיצויים. שתהיה מוכן שיתרשלו כלפייך ושלא תהיה זכאי לפיצויים בנוסף. אם לא הובאה הסכמה מפורש של כל התנאים האלה, אנחנו לא נכיר בהסתכנות מרצון.

**דרך אחת להתמודד עם תניות פוגעניות שרשומות על מסמכים שאנשים לא קוראים, זה לדרוש יידוע. דרישה זו יכולה להגיע ברמות שונות.**

שאלה שלישית-מה ההשלכה לעניין מסמך חיצוני שלא זמין לניצע בשעת הכריתה?

נכרת חוזה, קבענו שהמסמך הנלווה שניתן מאוחר הוא לא קבלה, אלא חלק מהחוזה. אבל הוא לא היה זמין בשעת הכריתה. **חייב להיות הודעה סבירה על ההפניה, ליידע את אותו אדם שהפרטים שלו נכתבים במסמך הנלווה.** לעניין המסמכים הנלווים האלה, נגביר את היישום שלהם, כך שהם לא פוגעים בזכויות המבוטח.

חזרה לעניין **Thotnton** , הכתב על קירות החניון, המסמך שהלקוח קיבל היה קבלה ולא היה רלוונטי, מעבר לזה, הוא היה על נזקי גוף ולא יידוע אקטיבי. בנוסף, בקבלה שקיבל נכתב כי, התנאים של ההתקשרות החוזית מופיעים על קירות החניון וזה היה מאד ארוך ובלתי סביר**. יידוע זה שולל את התוקף החוזי כי הוא לא זמין.**

בעניין, גונשוירוביץ נ' מפעל הפיס, אין ברירה, אלא להפנות. **השופט כהן (מיעוט**), אין לתנאים של התקנות תוקף. הסיבה, כי הם בילקוט הפרסומים שהן רשומות בהן מתפרסמות כל החקיקה והחיובים וכו' (מקום שניתן לברר בו), מפעל הפיס היא חברה ממשלתית הפועלת מכוח חיקוק ולכן התקנון נקבע ברגולציה (מפוקח ע"י גופים), ואין לאדם הרגיל גישה. באותה תקופה של מתן פס"ד לא הייתה גישה לילקוט זה ואי אפשר לצפות מאנשים שידע מה כתוב בארכיון זה, אלא רק על הכרטיס. כיום אפשר. ולכן אומר שאין תוקף חוזי.

לסיכום - דנו בשלושה מצבים:

1. שהמסמך הנלווה הוא בכלל לא חלק מהחוזה ולא משנה חיובים חוזיים, כי מדובר בקבלה ולא בחוזה.

2. גם אם המסמך הוא חלק מהחוזה, אז התניה הפוגענית היא לא חלק מהחוזה (היעדר הודעה סבירה)

3. תניה בחוזה הנלווה או המקורי שמפנה אותי למסמך חיצוני לא מחייבת בשל הודעה לא סבירה והעדר נגישות. (כיום יש פחות בעיה של נגישות).

ביסוס דוקטרינרי, דרך דיני ההצעה והקיבול, מסמך מאוחר להתקשרות החוזית. לכן דברים שנכתבו על הקבלה לא מחייבים.

איך מתמודדים בשלילת הכרה בתניה פוגענית? אפשרי דרך הצעה וקיבול בדין האנגלי (אם לא נחתם). הקושי, לכאורה רלוונטי לכל התניות. אז למה שוללים רק תניות פוגעניות במסמך הנלווה ולא את כל התניות. כי אם זה עניין של הצעה וקיבול ולא חתמת, אז אין הבעה אקטיבית של הסכמה, אז הכל נשלל. הפתרון – שיש חובת יידוע מתוך חובת תו"ל במו"מ (**עטיה נ' אררט**) ובגלל זה החתימה היא אינה מה שרלוונטי בישראל, אלא יידוע, הבנה. הסעד פה הוא שהתניה הפוגענית, לא חלק מהחוזה. זהו סעד ייחודי לעניין של תו"ל במו"מ. אותו הסבר קיים גם לעניין של **מסמך חיצוני** – **אפשר עקרונית להיות מחויב בתניות שאתה לא מודע אליהם, אבל חובת תו"ל דורשת שבמידה והתניות לא סבירות או לא צפויות, צריך ליידע אותו.**

**תניות הפטור:**

מהן תניות פטור? **תניות פטור יכולות להיות פטור לצדדים מקיום ההוראות שלהם לפי החוזה.**

דוגמאות לתניות פטור-

* בחוזה קבלנות הקבלן לא חייב לבצע חיובים שלו\חלק\ ספציפיים "הקבלן רשאי שלא לבצע את חיוביו.." (כולם או מקצתם)
* "אחריות הקבלן להפרת חוזה מוגבלת לפיצוי של עד 10,000 ₪" במקרה זה, זה לא יהיה פיצוי מוסכם של 10,000 ₪, אלא, תקרה של הפיצוי שיקבע לי הפיצויים הרגילים.
* "אין לתבוע את הקבלן לאכיפת חיוביו" – תניה שפוטרת אותו מסעד שזכאי הצד השני להסכם.
* "ספק השירות אינו אחראי לנזקי גוף אשר עשויים להיגרם לצרכן" – מגבילה חיוב חיצוני לחוזה, לא פוטרת את הספק מחיוב שצומח מכוח הפרת החוזה, אלא מהסדרים חיצוניים לחוזה. בכלל, כמו דיני הרשלנות.

השלכה חוזית של דוג' אלה:

דוגמא 1 – אם חל על שני הצדדים, כך שכל צד רשאי להחליט אם לקיים את חיוביו בלי קשר לצד השני זהו הסכם ג'נטלמני. אתה לא יכול אף פעם לתבוע על הפרת ההסכם, כי אף צד לא חייב שום דבר. אם רק על הקבלן רשאי ולא חייב, מעין חוזה אופציה (משמעות של חיובים תלויים/שלובים). מרגע שהוא מחליט על הביצוע המזמין יהיה צריך לשלם בגינו.

דוגמא 2 – הגבלת החבות – הכיוון ההפוך מפיצוי מוסכם. מדובר בהגבלת פיצוי מתוך החיובים החוזיים.

דוגמא 3 – הגבלה של סעדים שניתן לתבוע (ניתן לתבוע פיצויים), תלוי בקוגנטיות התרופות. הדוג' המקובלת היא שניתן להתנות על תרופת האכיפה.

דוגמא 4 – הגבלה של חבות נזיקית, זכות חיצונית להסכם.

תניות פטור מאוד אפשריות ודי נפוצות. אנחנו צריכים להבין מתי הן לגיטימיות ומתי לא. ולהכיר בכך שלתניות פטור יש תכלית מאוד לגיטימית – **תניה נועדה לגדר את הסיכונים שכלולים בהתקשרות**. יכול להיות אינטרס של שני הצדדים ולא רק של הצד שמבקש להגביל את החבות שלו. הצד השני רוצה לשכנע מישהו להתקשר איתו ולכן מוכן להכיר בהגבלות שלך, תכיר בכך שלא תבצע חיובים בפועל. **גידור של האחריות במסגרת החוזה יכולה להיות רצויה לשני הצדדים. במיוחד אם ניתן לרכוש ביטוח על נזקי ההפרה.** לדוג-בהזמנה של מסע בים, אני מזמין ממוביל ימי שירות של הובלת הסחורה בים, יכול להיות שאעדיף לבטח בעצמי את הסחורה בצורה שלי ובכך לשלם פחות למוביל הימי-ולכן הוא יהיה מוכן להגביל את החיוב של המוביל הימי ולרכוש ביטוח נפרד. זה יכול לשרת את שני הצדדים אם המזמין הוא המבטח טוב יותר של הסחורה. **הבעיה בתניות פטור היא בעיקר בחוזים אחידים, שצד אחד לא מודע בהכרח לכך שקיימת תנית פטור, ולא יכול להתמקח.** בעייתי במיוחד כאשר החבות קיימת מכוח דין, ולא מתוך החוזה הספציפי (כמו פיצוי בגין רשלנות). בהקשרים אלו, של הסדרים חוזיים בהם יש אי שיווין מהותי בין הצדדים שכוללים תניות פטור, בתי המשפט יחליטו מה לעשות עם תניות אלו.

נבחן טכניקות משפטיות לתקוף את תניות הפטור.

**התמודדות עם תניות פטור:**

1. מישור ההצעה והקיבול- **ישנו חיוב להסב את תשומת ליבו של הצד השני לקיומה של התניה כתנאי לתוקפה.** כפי שראינו, רלוונטי לכל תניה בעייתית. אבל ככל שזה רלוונטי לתנית פטור, זה דרך להתמודד עם הבעייתיות שבהם. שיהיה לזה תוקף אם הפנת באופן ברור לתנית הפטור.

2. פרשנות - **פרשנות מצמצמת לתניות פטור**. **מתיישב עם כלל הפרשנות נגד המנסח** – ס' 25(ב1), צד אחד שקובע פרשנות ושקובע כלל שנותן לעצמו פטור, הוא המנסח ונפרש זאת לרעתו. באופן כללי, נותנים פרשנות מצמצת לתניות פטור. לדוגמא, מצבים בהם הדין מטיל אחריות נרחבת מהאחריות הנזיקית הרגילה: בהסכמי שמירה, חוק השומרים קובע ששומר שכר אחראי באחריות חמורה לחפצים שניתנו לו. שומר לפי חוק זה אדם שקיבל נכס לצורך שמירה ואחראי שחפץ זה לא יינזק. (שואל – אחריות מוחלטת, שומר שכר – אחריות חמורה). ניתן לחשוב על תיקון רכב כמעין חוזה שמירה, כי מפקידים את הרכב בידיי המוסך. ואתם משלמים ע"כ שכר. זהו חוזה קבלנות עם חוזה שמירה בשכר (אם הרכב שם לתק' ארוכה). פעולת השמירה היא לוואי של פעולת הקבלנות. **אם ההסכם אומר שיש פטור מאחריות ביהמ"ש יפרש זאת באופן מצמצם. פטור מאחריות הנרחבת יותר, לא פטור מאחריות נזיקית**. אם אתה רוצה פטור מאחריות על דבר שנעשה ברשלנות צריך לציין זאת במפורש. ולכן מפרשים את הפטור מאחריות באופן מצומצם. ניתן לפרש תנית פטור שמתייחסת לאחריות (ולא לרשלנות) ככזאת שפוטרת את השומר רק מאחריות חמורה אולם לא מאחריות ברשלנות.

3. הפרה יסודית - **נקבע במקור כדין מהותי, אין אפשרות בחוזה צרכני לתת פטור מהפרה יסודית**. היום גם באנגליה וגם בישראל זוהי עמדה פרשנית, כחלק מהתפישה הכללית לפרשנות מצמצמת את הפטור. כך גם בישראל (לדוגמא **עוודה נ' מפעל הפיס**). היה ניתן לחשוב שתניית פטור לא חלה על הפרה יסודית, כיוון שהפרה יסודית מבטלת את כל החוזה כולל את תנית הפטור. זאת עמדה שגויה. למה? הבחנה בין ביטול עקב הפרה יסודית (בה מבוטל חיובים מנקודה זו ואילך) ועקב פגם בכריתה הייתה בטלת תנית הפטור (ביטול חיובים למפרע, כלומר ביטול ההסכם כולו, מעיקרו).

4. תקנת הציבור - אפשרות נוספת שהייתה קיימת בישראל עד חקיקת החוזים האחידים הייתה תקנת הציבור. סעיף 30 לחוק החוזים אומר שחוזה שנוגד את תקנת הציבור בטל ובתי המשפט קבעו שאם רק חלק מסוים בחוזה נוגד את תקנת הציבור אז ניתן להפריד בין החלקים ולבטל את החלק הבעייתי. הופעל בארץ ביחס לפטור מנזקי גוף. רלוונטי היום באותם מקרים שהתניה קיימת בחוזה רגיל.

5. תום לב -**בפס"ד רוט נ' ישופה**, **השופט אלון** **אומר שהדרך להתמודד עם תניית פטור בעייתית זה דרך חובת תו"ל.** לא בהכרח שקיום התניה נוגד את תום הלב, אלא שההפעלה שלה חסרת תו"ל. טכניקה זו יכולת להגביל את התניה לנסיבות מסוימות. (בנזק גוף, אם התרשלת זה יהיה בעייתי להפיל את תנית הפטור). הבעיה שזה שרירותי בדיעבד, ולכן עשוי לעודד להכניס את התניה, יוביל לחוסר יציבות חוזית מלכתחילה ולכן צריך להגדיר את השימוש בתניות אלה. דומה לביקורת על חשל בניה (פיצוי מוסכם הורד לרמה המקסימלית).

6. קיפוח בחוזה אחיד - תוקף חזיתית את הטכניקה בתנית הפטור. הטכניקה העיקרית היום. כדי להבין את הטכניקה לעומק, יש להבין את הדיון הכללי בחוזים אחידים.

**חוזים אחידים – ניתוח תיאורטי:**

סטנדרטיזציה של חוזים:

רוב החוזים לא מקיימים את מודל מפגש הרצונות. רוב החוזים כיום הם אחידים-ספקי שירותים, רכישה בקמעונאות, הסכמי התקשרות אינטרנטיים.

* מאפיינים של חוזה אחיד: צד אחד (ספק) קובע תנאים להתקשרות עם הרבה אחרים (לקוחות).
* Take it or leave it offer- אין מו"מ, אם אתה רוצה תכנס לחוזה או לא, אלו התנאים.

**רעיון של עסקאות מהסוג הזה, מבחינה כלכלית נותן את כל כוח המיקוח לצד אחד של העסקה** (לפחות אם הצדדים רציונליים). המשחק המוכר שממחיש זאת בתורת המשחקים זה משחק האולטימטום. הוא משחק של שני שחקנים, מציעים לאחד להציע לשני סכום, אם הוא מסכים שניכם מקבלים אותו דבר, אם אומר לא אף אחד לא מקבל. לדוג', עושים ניסוי מציעים לך 1000 שקלים ולשני 99000 שח. אם אתה אומר לא, אף אחד לא מקבל. חלק מהאנשים יעדיפו לא לקבל 1000 שח כדי שהשני לא ירוויח. בכל זאת, במצבים של משחק האולטימטום, אנו רואים שאנשים מציעים לצד השני סכומים נמוכים מאוד ואחרים מקבלים את זה. זה נראה באיזשהו מובן הוגן.

ההיגיון בבסיס החוזים האחידים:

**יכולים להבין את ההיגיון הזה כמתבסס על פערי עלות תועלת. לספק זה מוצדק להשקיע בניסוח חוזה מורכב\מפורט, עבור הספק – תניות החוזה חשובות מאד.** מגדירות את ההתקשרות שלו עם לקוחות רבים. **עבור הלקוח, התניות לא חשובות, ניסוח יקר אל מול תועלת מוגברת.** לכן, הגיוני מבחינת עלות-תועלת, שהספק יבנה את החוזה. מעבר לזה, עולה לו גם פחות לנסח את החוזה, כי יש לו מומחיות בתחום החוזה (לדוג'-חברת הוט תסתדר בלכתוב חוזה עם הוט, מה שיהיה הרבה יותר בעייתי לאדם פרטי).

לרוב החיובים מכוח החוזה, הם חיובים של הספק. כדי שהקונה של הספק יכתוב את החוזה הוא חייב לקיים מו"מ מאוד מורכב. אם אנחנו היינו צריכים לכתוב את החוזה מול חברת הוט, לגביי מה שהיא צריכה לספק לנו, היינו חייבים להיכנס למו"מ איתה. חייב להיות בשיתוף פעולה עם הצד השני. למה? כי כל החיובים הם על הוט, לא עלינו. לעומת זאת, אם הוט מנסחת את ההסכם, היא יודעת מה לעשות אז היא לא צריכה לקיים מו"מ.

**יש בחוזים אחידים חריגים**, **תניות שלא מסדירות חיובים, היוצרות קשיים על החוזה האחיד.** הספק מכניס תניות כאלה לחוזים: כמו, שינוי בחיובים לפי החוזה בעתיד, הגבלת התקשרות (איסור על הלקוח להתקשר עם גורמים אחרים), או הסדרי שיפוט ופטור שנוגעים לחבויות שלו (מוסדר דרך קבע לחוזים אחידים). בארה"ב הרבה מאוד חוזים אחידים כוללים תניות בוררות-אם אתה רוצה לתבוע את החברה שמספקת לך כבלים, אתה יכול לעשות את זה, אבל קודם תצטרך לעשות בוררות במדינה כלשהי.

הסיכון בחוזים אחידים:

הסכנה בחוזים כאלה זה **חשש לניצול הצרכנים\לקוחות**. למה יהיה חשש לניצול זה?

1. אדישות רציונלית - לאף אחד **אין תמריץ לקרוא את החוזה, כי התועלת מזה נמוכה מהעלות של לקרוא את החוזה ולהתמודד איתו**. נכון במיוחד כאשר יש חוסר יכולת לנהל מו"מ. אני לא יכול לשנות תנאים בחוזה, ממילא לא יכול לשנות הסדרים.

2. אדישות לא רציונלית - (מיופייה, אופטימיות, קשב מוגבל) - בהרבה מאוד בחוזי בנק (פתיחת עובר ושב, פתיחת משכנתא), **יש דברים שאפשר להתמקח עליהם. ובכל זאת אף אחד לא עושה את זה, למרות שהמשמעות של זה בטווח הארוך, היא אדירה**. להתמקח על עמלת פקיד בבנק לאורך חיי החשבון הבנק הארוכים, יכולה להסתכם באלפי שקלים. היינו נוסעים מרחקים כדי להשיג סכום כלשהו, אבל רבע שעה של התמקחות עם פקיד בנק לא. הסיבה היא שאנחנו סובלים **ממיופייה** (מדפסות ודיו) – **קוצר ראייה ביחס לעתיד, לתווך רחוק**. חושב על עכשיו ולא על אח"כ. אנשים מתפתים לקנות את המדפסת ודיו מוצמד, שמחירה זול יותר, כי קשה להם לחשוב על השימוש של דיו לתווך הרחוק (ההפך מאופטימיות). כשאתה קונה מדפסת כזו אתה כבול לסוג הדיו אותו חברה מציעה. (לדוג' HP) ובתכלס הדיו מאוד יקר. דוגמא גם של מכונות קפה, הן זולות אך בפועל הקפסולות מאוד יקרות. אנשים גם מתקשרים בחוזים שלא טובים להם כי הם סובלים **מאופטימיות** – **הערכה גבוהה ממה שיקרה בפועל** (חדר כושר-מעריך שאלך, למרות שבפועל רוב האנשים לא מצליחים להתמיד). עוד מובן לאדישות הלא רציונלית זה **קשב מוגבל** (בולטות) – ככה לא **שמים לב לדברים הלא בולטים ושמים לב רק לדברים הבולטים**. שמים לב למחיר אך לא שמים לב לריביות וכו'.

3.ניצול כוח מונופוליסטי / כוח שוק - **כשיש כוח מונפולסיטי עולה החשש שעוסקים ינצלו אדישות רציונלית ולא רציונלית של צרכנים**. למה? כי תניה גרועה בחוזה היא כמו מחיר. אם יש תחרות בשוק אז המתחרים, מתחרים גם על המחיר החוזי וגם על החוזה עצמו, כי תניות גרועות פוגעות גם במחיר החוזי. אבל לא כל המחירים מלכתחילה שווים, אנשים שמים לב למחיר שמופיע על הטיקט. קשה להם לשים לב למחיר שמובא בתניות גרועות-זוהי הבחנה בין "סוגי" מחירים לאור בעיית הקשב (העדר בולטות). בכל זאת, אם יש תחרות בשוק אז המתחרים יבליטו את התניות הבולטות של מתחריהם. בעצם, המתחרים יבליטו את היתרן היחסי שלהם גם ביחס לתניות החוזה. החשש שלנו-כשיש תחרות מוגבלת אז מתחרים בשוק קטן, יגבילו את התחרות באמצעות מבנה מבלבל של עלויות. במקום לכתוב את המחיר הסופי, יכתבו את המחיר לפניי מיסים ולפניי חיובים שונים (מחיר מפורק להמון פרטים). מבנה מבלבל של עלויות-נועד להגביל תחרות.

**הפיקוח על חוזים אחידים:**

ההתמודדות עם הבעיות בחוזים אחידים:

אפשר להתמודד **בדרך עקיפה,** אנחנו נגיד הסיבה שיש פגיעה בצרכנים באמצעות חוזים אחידים זה בגלל שהשוק לא תחרותי-אז אנחנו נעודד תחרות. השוק בעצמו ימנע את הפגיעה בצרכנים ע"י התחרות. אנחנו נוכל להתערב גם **בדרך ישירה**, דרך חקיקה פרטיקולרית. ונוכל להתערב גם **באמצעות חוק מסגרת**, שהוא חוק החוזים האחידים.

1. התערבות דרך עידוד תחרות - (השוק כמפחית פגיעה בצרכנים) נעודד תחרות באמצעות חוק ההגבלים העסקיים והסרת חסמים – נועד לעודד כניסה של מתחרים ולהוריד חסמים. יש גם רגולציה מגבירת תחרות בין השחקנים הקיימים. לדוגמא ע"י ניוד מספרים-מוריד את החסמים של המעבר מחברת פלאפון אחת לאחרת, נועד להגביר תחרות ולעודד את הספקים של חברות התקשורת לשפר את השירותים שלהם. בנוסף יש גם כללים האוסרים על "נעילת" לקוחות לזמן ממושך (חוזי ביטוח, חדרי כושר), בהם יש אופציה ליציאה מההסכם באמצעות הצהרה מראש, דבר המאפשר לחץ על החברה ובכך מעודד תחרות. דבר נוסף הוא קביעת מנגנוני חיוב אחידים – המחירון האחיד של שירותים בנקאיים. לא קובע את המחירים, אבל קובע את הסעיפים. אז ניתן לראות מהי עמלת הפקיד, עמלת המשיכה מכספומט, עמלת שורה באשראי – לכל אלו מחירון אחיד ולכן השוואה בין מתחרים נהיית יותר קלה (לא קלה ממש, כי המחירון ארוך בכל מקרה).
2. התערבות דרך חקיקה פרטיקולרית **- התערבות יכולה להיות לא רק לחוזים אחידים אלא   
   לחוזים, כיום יש רגולציה לרוב החוזים משני סוגים: רגולציה על גילוי ורגולציה על הסדרים בחוזה.** החשש שלנו זה שננצל את הרציונל המוכר, האדישות של צרכנים כדי שלא יבינו את כל העלויות של החוזה, אז כדי שיבינו – נהפוך תניות בעייתיות לגלויות. ומצד שני, נמנע תניות כאלו כאשר נחשוש שגילוי לא מספיק.

לעניין גילוי ומניעת הטעיה יש חוקים שמסדירים הסדרים פוגעניים כמו חוק חוזי הביטוח וחוק הפיקוח על שירותי פיננסיים ביטוח וחוק הגנת הצרכן בדיני הבנקאות והפרטיות, וכן בחוק מכר דירות. המשמעות של הפרת חובת הגילוי שהיא תוכר כעוולה שתזכה בתביעה עצמאית-נזיקית או שנשלול את התניה (אם לא גילית זאת – כאילו לא כתבת את זה). בהקשר זה יש השפעה בלתי הוגנת בחוק הגנת הצרכן – אם אנו חוששים שהצרכן לא מודע וחוששים שהוא התקשר בעסקה גרועה – אנו אוסרים פעולות של העוסק שעלולות לגרום ללקוח להתקשר בעסקה גרועה.

אפשר לראות קשר בין הדוקטרינה של הטעיית הצרכן בסעיף 2 לבין כפיה ועושק לפי סעיפים 17 ו- 18 בחוק החוזים. מה ההבדל בין הטעיה צרכנית להטעיה חוזית? הטעיה לפי חוק להגנת הצרכן-מסדירה לנו באופן נרחב על מה חלה חובת הגילוי והיא מאוד נרחבת. יש חובת גילוי לגביי כל הפרטים המהותיים. מעבר לזה, החוק המסדיר לנו הגדל של הכתב והדגשות-אי הדגשה שלהם תהווה הטעיה, ומעבר לזה החוק קובע איסור על פעולה שעשויה להטעות. בהטעיה חוזית למדנו שצריך קשר סיבתי כפול, לעניין זה אין צורך בקשר סיבתי. רק עילה של ההטעיה. מנגנון המאפשר תביעה על הטעיה צרכנית רחבה יותר מהטעיה החוזית.

מה ההבחנה בין השפעה בלתי הוגנת ובין כפיה ועושק – אין דרישה של קשר סיבתי וחוסר סבירות של החוזה. בחוק הגנת הצרכן כל הפעולות של השפעה בלתי הוגנת מהוות עוולה צרכנית ואין צורך לדבר על תוכן החוזה, מספיק שהעוסק השפיע על ההתקשרות בחוזה על מנת שזה ייחשב פסול. נועד למנוע היקשרות בחוזים לא רצויים\ גם אם החוזה עצמו בסדר. לדוג': עסקת חדר כושר לשנה. זו לא עסקה גרועה, למי שבאמת מתאים לו והולך לחדר כושר זו עסקה טובה. אלא אנו חושבים שבנסיבות מסוימות תהיה תוצאה שאנשים יתקשרו בעסקה הזו שעבורם זו עסקה גרועה וחדרי הכושר יודעים כי הם מכינים את החוזה שהולכים להתקשר אנשים שעבורם זו עסקה גרועה. בהקשרים אלו נבין למה התערבות בתוכן החוזה רצויה, במיוחד שהעוסק פועל פעולות אקטיבית של שכנוע הצרכן שהחוזה טוב עבורו כשהוא יודע שזה לא כך.

**התערבות בחוזה:**

כדי לראות התערבות בתוכן החוזה, חוק הגנת הצרכן מגדיר תיקון לאחר מכירה, כדי לגרום לעוסק לפחד מלמכור דבר פסול. מעבר לכך, מנגנוני אכיפה הם רחבים בכל החוקים שדיברנו עליהם – כאלו שקובעים גם אכיפה אזרחית באמצעות דיני החוזים ולא רק באמצעותם אלא גם דיני הנזיקין. והם מאפשרים אכיפה פלילית ומנהלית, כלומר ניתן להטיל קנסות מנהלתיים על העוסק – רשות שוק ההון ביטוח וחסכון מטילה קנסות על חברות ביטוח שמפרות את התקנות וגם בנק ישראל יכול להטיל קנסות מנהליים על בנקים.

**חוק החוזים האחידים:**

**חוק החוזים האחידים מסדיר בצורה רחבה חוזים אחידים** – עד לפני עשור השימוש בחוק היה מועט, בעשר השנים האחרונות נהיה שימוש אדיר בחוק החוזים האחידים. למה? בשנת 2006 נחקק חוק תובענות ייצוגיות – היו גם לפני 2006, אבל החוק הזה הביא לפריחה של תובענות ייצוגיות, ותחום שהן צמחו בו, זה בתביעות צרכניות והתנאי לתביעה הוא תנאי מקפח. כי הגנה צרכנית – היא שפגעו בך באי-גילוי, אין לך סעד מאוד משמעותי, אז איזה פיצוי תקבל? על אי הגילוי? העסקה לא משמעותית, לעומת זאת אם אתה יכול לאגד את כל מי שנפגע – אזי הסעד יהפוך למשמעותי, החוק הזה החיה את חובות הגילוי הצרכניות ובהקשרים אחרים גם את טענת הקיפוח בחוזה אחיד.

הגדרת חוזה אחיד:

חוזה שכזה מוגדר בסעיף 2 לחוק כ- "נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי שישמשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם".

**חוזה אחיד הוא לא חוזה. אלא מדובר בנוסח של חוזה**. לדוג' בארה"ב יש דף מודפס עם הרבה בלנקים להשלמה – זה לא חוזה, כי יש הרבה פרטים חסרים אבל הוא נוסח של חוזה, כשממלאים את הפרטים הוא נהפך לחוזה – וזה מספיק להיחשב כחוזה אחיד לפי ס' 2. מספיק שחלק מהתנאים נקבעים באופן חד צדדי – נחשוב על מצב שהחוזה נקבע במו"מ אבל הוא כפוף תמיד לתנאי התקנון, אז כל תנאי התקנון הם חוזה אחיד. "נקבעו מראש" – כלומר לא לצורך חוזה אד-הוק, אלא נקבעו כלפי מס' חוזים. "משמש אנשים בלתי מסוימים" – אז **אם אפשר לזהות את האנשים ויודעים את כמותם זה לא חוזה אחיד**. וגם לא צריך לזהות שמית. לכן חוזה שנוסח כדי להיכרת מול כל הסטודנטים בכיתה שלנו בחוזים- הוא לא חוזה אחיד, כי הוא לאנשים מסוימים שמזוהים בזהותם וקבועים במספרם.

הגדרת ספק בחוק החוזים האחידים: הגדרת **הספק הוא מי שאחראי על ניסוח החוזה.** לדוג': אם אני מגרש גרוטאות גדול ואומר שכל מי שרוצה יכול למכור לי דברים ואני מנסח את החוזה, אני הספק למרות שאני מקבל סחורה. לדוג- מדינת ישראל שמוציאה מכרז לקבלת שירותים מדובר על חוזה אחיד ביחס למספקי השירותים.

הגדרת לקוח בחוק החוזים האחידים: **הלקוח הוא מי שאינו קובע את התנאים**, ולכן בראיה כלכלית ייתכן שהספק הוא הלקוח בדוג' לעיל.

הגדרת תנאי בחוזה אחיד: כאן מדובר על **תניה** ו**לא תנאי**. **זוהי תניה שלא נערך לגביה מו"מ. אז אם נערכה מו"מ – גם אם זה חוזה אחיד, היא יצאה מתחום חוק החוזים האחידים,** כי חוק החוזה האחידים עוסק בתנאים בחוזה אחיד. מחיר – **ס' 23** לחוק החוזים האחידים מחריג מחיר. מחיר נקבע באופן חד צדדי לא מהווה תנאי. כי הבעיה המרכזית היא בדברים שהם לא ברורים ולא בולטים לקונה, שלא מפנים את כל התניות הגרועות, אבל על מחיר אתה לא עושה איזשהו הנחה אופטימית, זה המחיר. אשראי בחוק הגנת הצרכן "מחיר באשראי", עוסק נדרש לציין מהו המחיר באשראי, כדי לדעת כמה אדם אמור לשלם לטווח הארוך.

הגדרת תנאי מקפח בחוזה אחיד: הגדרת **סעיף 3** לחוק – "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".

יש 2 חלופות לתנאי מקפח:

1. אם בהינתן מכלול הנסיבות הוא מקפח.
2. אם הוא נותן יתרון בלתי הוגן ועשוי להיות מקפח.

**נטל הראיה הינו על הלקוח שהתנאי מקפח אותו.** והתוצאה כי בית המשפט יבטלו או ישנו את התנאי המקפח אם הוכח כי התנאי מקפח. בית המשפט או בית הדין – בית המשפט הוא בית המשפט לערעורים אזרחיים. ובית הדין הוא בית הדין לחוזים אחידים.

דרכים לבטל או לשנות את התנאי : **בחוזים אחידים, מי שיכול לפנות זה הממונה להגנת הצרכן, ארגון לקוחות או היועמ"ש** בטענה כי החוזה אחיד, גם עוסק יכול לפנות כדי לקבל גושפנקא שבחוזה אין תנאים מקפחים.

תחולת ההכרעה של בית הדין היא כללית ביחס לכל החוזים, גם אלו שנכרתו בעבר וגם אלו שייכרתו בעתיד, אבל נותן סעד הצהרתי בלבד ולא סעד כספי. בית המשפט לעומת זאת יכול לתת סעד כספי, אבל הכרעתו מוגבלת לסכסוך הקונקרטי. התוצאה היא שלאדם אין אפשרות לגשת לבית הדין כי רק ארגונים יכולים ללכת, אבל אדם שרוצה ללכת להראות שתנאי מקפח – יגיש תביעה בעצמו. אבל אם השווי של החוזה 200 שקל אין טעם לכך – חוק החוזים האחידים הפך למשתלם, כי אז בשילוב עם חוק תובענות ייצוגיות הוא יוכל לדרוש תנאי מקפח על כל החוזים.

**חזקת קיפוח:**

**סעיף 4** לחוק קובע הסדרים בהם יש חזקת קיפוח – החזקה חיבת להיות ניתנת לסתירה, לא מדובר על חזקה חלוטה. כי **סעיף 3** קובע בהתחשב בתנאי החוזה ונסיבות חיצוניות – אז גם אם יש נסיבות בהן אנו סבורים כי תנאי מסוים הינו מקפח יש לבדוק זאת לאור הנסיבות אתה לא יכול לקבוע חזקה חלוטה. לעומת זאת ישנן חזקות חלוטות ב**סעיף 5** פטור נזק חלקי או מלא לנזקי גוף הוא מקפח תמיד או שלילת פניה לערכאות מקפחת תמיד – ביחס לכך הדין הישראלי מאוד רחב ביחס לדינים באירופה וארה"ב. בכך שהוא יוצר את החוק באופן כללי וגם ביחס לחזקות הללו.

איך קובעים אם תנאי הוא מקפח?

**ע"פ מכלול תנאי החוזה. כלומר סעיף יכול להתחזות ככזה שמקפח אבל אם מסתכלים בשילוב עם התניות האחרות הסעיף מאוזן – המחיר יכול לאזן**. לדוג': חוזה עם מס' אופציות\ברירות. בחוזה של גוגל יש אפשרות מעקב לגוגל לעקוב אחרי עסקים, זו זכות שעומדת על פי דין. אבל גוגל גם אומרים שזו אופציה אתה יכול לבחור להסכים או לא. ברגע שהסכמת לשתף או לא אז זה לא יכול להיות תנאי מקפח כי יש לך אפשרות לעשות את אותו חוזה בדיוק ללא זה, ולכן זה תנאי שלא מקפח את הלקוחות.

**דרך נוספת היא חוזים מדורגים, יש לנו כל מיני עסקאות שאתה יכול לבחור לאיזה סוג עסקה אתה נכנס, אתה לא יכול לומר שמדובר על תנאים מקפחים אם יש לך אפשרות לשלם יותר וללכת לעסקה אחרת**. כך אנו מבינים, כי התנאים שאתה בחרת רצית לאזן בין הדברים הללו. לדוג': עסקה עם או בלי אחריות. דרך אחרת היא **הצגת אינטרס לגיטימי**, בדוגמת העסקה לקשירת מוצרים כמו נספרסו או HP, לכאורה הקשירה פוגעת בלקוח ולכן יש חזקה שהקשירה פסולה, אבל במקרה שלנו זה נועד להחשיב לנו עלויות של פיתוח ומחקר שאחרת לא היינו יכולים לעשות. אז הקשירה הכרחית מבחינתנו. אם היינו יוצרים מדפסת שאפשר להשתמש תמיד באותו דיו, לעולם לא היינו מכסים את עלויות המחקר והפיתוח של ייצור מדפסות, ולכן הקשירה היא לכאורה פסולה, אבל היא לגיטימית.

ב**פס"ד מילגרום** נאמר כי ברגע שיש שינוי בעלויות אכלוס דיירים בבית אבות, השינוי הזה יכול להשפיע על תמחור, לא נוכל לקבוע מחיר אחיד מלכתחילה לאורך חיי הדייר ולכן יש לנו זכות לשנות את המחיר**.** תשובתו של ה**שופט ברק** **הינה כי מדובר בתנאי מקפח, אמנם אתה לא יכול לתת מחיר ספציפי אבל תקבע מנגנון לתת לצרכן תמונה של נוהג או מנגנון תמחור עתידי.** ואז זה ייחשב לגיטימי, המנגנון בחוזה צריך להוות אינטרס לגיטימי. (הצמדה לשכר המינימום או עדכון אחוזים כל שנה הינה הגיונית).

זה נועד לכסות על שני דברים:

1. לוודא שיש קשר בין אינטרס לגיטימי לתנאי שנחשד כמקפח לאינטרס שהוא נועד לכסות עליו.
2. ליידע את הצרכנים כדי לאפשר להם לבחור בין ספקים.

פיזור הנזק - ב**פס"ד קשת** – הדיון של ביהמ"ש כי ההגבלה שאתם קובעים לפיצוי על נזק שקורה לבגד במכבסה, יוטל על המכבסה. הספק מפזר את הנזק הכי טוב, המכבסה מקבלת כביסה מהרבה אנשים ואפשר לגבות תשלום שמגלם את הכיסוי של הנזקים שיגרמו לבגדים – אז לכן עדיף שהמכבסה תעשה את זה. לכן הגבלת האחריות לא מכסה אינטרס לגיטימי ולכן לא סתרתם את חזקת הקיפוח שקיימת בס'4. הביקורת של **פורת** על כך **הינה כי מדובר על סבסוד צולב** – זה גורם לכולם לשלם יותר, וכן גורם לאנשים שהבגדים ששווים הכי פחות לסבסד את אלו שהבגדים שלהם שווים יותר, זה לא הוגן. המנגנון של הגבלת האחריות מצד המכבסות נועד למנוע תופעה שפוגעת בצרכנים ולא סתם פוגעת בצרכנים אלא פוגע בצרכנים הכי חלשים שלא היינו רוצים לפגוע בהם.

**חוזה לטובת צד שלישי**

נושה= מי שחייבים לו כסף.   
חייב=זה שחייב לנושה.   
מוטב/נהנה=מי שעבורו נרשם תשלום, צד ג'.  
ממחה = מעביר את זכויותיו או זיקתו לנמחה ע"י המחאה.  
נמחה= מקבל בעלות על ידי המחאה, אדם שהוסבו אליו זכויות.  
מבטח = זה שעושה את הביטוח, דואג לפיצוי על נזק עתידי אפשרי.  
מבוטח = ביטחו אותו או שהוא בעל פוליסת ביטוח.

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' **פס"ד בייזמן**, 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 מדא 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' משכירי דירה לאדם אחד 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. מהם 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 החמאה 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. מקרה של המחאת זכות.

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?

**בשני המקרים גם המוטב וגם הנמחה זוכים לזכויות באותה רמה של הנושה** (הפרת חוזה, פגם בכריתה):   
סעיף 37 לחוק החוזים:" כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה בקשר לחיוב תעמוד לו גם כלפי המוטב".   
ס'2א לחוק המחאת חיובים: "לחייב יעמדו כלפי הנמחה כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודה לו על ההמחאה".  
בכל זאת זה לא זהה, **סעיף 37 על כל טענה בקשר לחיוב. סעיף 2 מתייחס לכל הטענות.**  
אם יש מערכת יחסים 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**, עוסק בשאלה 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: **מגדיר את המבטח המבוטח והמוטב, המוטב מקבל תקבולי ביטוח, הוא לא חייב להיות המבוטח** (מי שמשלם על הביטוח). המשלם 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.

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.

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 הינה 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 בפס"ד **בחסקין נ' חסקין.** לכן במקרים כאלה צד ג' יוצא מהתמונה והחוזה יהיה בין החייב לנושה. **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 אלא ואז יש לבחון האם זה משתמע מהחוזה?

**אינטרס הנושה:**

ישנם 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**, רקע עובדתי, 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 משוריינת רק מרגע שהמוטב ידע על זכות**ו. 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 אם 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 לקיוםמהחייב, חייבת להימסר הודעת קיבול.