**תוכן עניינים**

[מהו חוזה? 1](#_Toc91156841)

[הצעה וקיבול 6](#_Toc91156842)

[הכשרות המשפטית 15](#_Toc91156843)

[משא ומתן לכריתת חוזה 16](#_Toc91156844)

[תרופות בשל הפרת חוזה 19](#_Toc91156845)

[חוזה מוקדם (כפוף להסכם) השלמת פרטים 47](#_Toc91156846)

[צורת החוזה 51](#_Toc91156847)

[תמורה והסתמכות 54](#_Toc91156848)

[כוונה ליצור יחסים משפטיים הסכמי פרס ותחרות 57](#_Toc91156849)

[פגמים בכריתה - טעות 60](#_Toc91156850)

[פגמים בכריתה - הטעיה 67](#_Toc91156851)

[פגמים בכריתה - עושק 73](#_Toc91156852)

[כפייה 74](#_Toc91156853)

[זכות הביטול עקב פגם בכריתה והשפעה על צדדים שלישיים 75](#_Toc91156854)

[תנאים ותניות 78](#_Toc91156855)

[פרשנות חוזים 87](#_Toc91156856)

[הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפניה 92](#_Toc91156857)

[חוזים אחידים ותניית פטור 96](#_Toc91156858)

[חוזים לצדדים שלישיים 101](#_Toc91156859)

# מהו חוזה?

* 1. בריסטייטמנט האמריקאי על דיני חוזים (אוסף של מלומדים המגדירים מה הדין האמריקאי של דיני החוזים):
     1. סעיף 1 - הבטחה שהדין מכיר באפשרות לאכוף אותה או לתת סעדים בגין הפרתה.
     2. סעיף 2 – מגדיר מה זו הבטחה: הבעת כוונה חיצונית לבצע פעולה מסויימת או להימנע ממנה, אשר גורמת למקבל ההבטחה להבין שהמבטיח לקח על עצמו נטל של התחייבות בקשר לעשיית או הימנעות מהפעולה.
  2. **שלוש יסודות:**
     1. הבעה חיצונית של כוונה.
     2. הכרה בדין - אכיפה - קבלת סעד או פיצוי.
     3. הבטחה – הנבטח מודע לכוונה המחייבת של המבטיח.
  3. כדי שהבטחה תהווה חוזה צריכים להיות בה שלושת היסודות. **דוגמאות:**
     + - * שעון מעורר – אין הבעת כוונה חיצונית מכוון שהדבר לא מופנה כלפי אדם אחר.
         * הצהרת השתדלות - אין הבטחה.
         * התחייבות לפגוש חבר - אין אכיפה על פי דין - מדוע לא אוכפים זאת ע"פ דין - העדר כוונה ליצור יחסים משפטיים אין מסוימות - פס"ד לוין - הייתה חוסר כוונה ליצור יחסים משפטיים.
         * פרסומת - אדם סביר לו יבין שזה מה שהובטח לו - לכן אין הבעת כוונה. הרבה פעמים פרסומת היא כן מחייבת.
  4. **הכרה בדין**
     1. בית המשפט לא יתערב בהבטחות מסויימות בגלל מגוון שיקולים - אם זאת לעיתים יבחר להתערב למרות השיקולים הנ"ל
     2. **השיקולים בגלל לא יתערב:**
        1. אין כוונה ליצור יחסיים משפטיים – ההבעה החיצונית לא מראה על כוונה.
        2. המשפט יכול להזיק למערכת היחסים - שיקולים חברתיים: יש הבטחות שמבחינה חברתית עדיף שיישארו במישור החברי מוסרי (לדוג' הבטחה ללכת לקלנוע, הבטחת נישואין).
        3. לא מוצדק להפעיל את מערכת המשפט - שיקול אדמיניסטרטיבי: לא נרצה להציף את בתי המשפט בכל סוגי ההבטחות.
        4. שיקולים משפטיים: חוזים לא חוקיים, חוזי פרס ותחרות לא יאכפו ע"י בתי משפט, הסכמים פוליטיים מעצם היותם פולטים לא ראוי שבית המשפט יאכוף אותם (פגיעה בעיקרון הפרדת רשויות)
     3. **מקרים בהם בכל זאת תהיה הכרה בדין:**
        1. מקום של עירוב נכסים, כי דרוש סיוע של מנגנון חיצוני כדי להסדיר מערכות יחסים ממוניות (כמו בני זוג שיש להם חשבנון בנק משותף)
        2. השפעה על צד ג', כמו זוג שמתגרש ואז יש השפעה על הילדים – שם ביהמ"ש יתערב.
  5. **חוזה כתוב מול חוזה בע"פ:**
     1. **יתרון חוזה בכתב:**
        1. כשהמבטיח חותם על מסמך, למקבל ההבטחה תהיה הצדקה חזקה יותר שיש כאן הבטחה שהיא מחייבת (הבעת כוונה).
        2. חוזה יכול לשמש כראייה.
     2. חשוב לזכור מבחינה משפטית אין קדושה מיוחדת לחוזה בכתב וחוזה בע"פ נחשב גם כן חוזה אבל יש מקומות בהם החוק דורש ככתב כמו בעסקאות במקרקעין

1. **מדוע כורתים חוזה?**
   1. ל**אפשר עסקאות חליפין,** לדוג מכר/קבלנות. הקצאה יעילה של משאבים בחברה.
      1. כולם מרווחים מעסקאות כאלו מדוע? הרווח הוא ההבדל בין השווי של העסקה לצד א לשווי של העסקה לצד ב'. לדוגמה עם אני קונה שמלה ב100 שקל השמלה שווה לי לפחות 100 שקל ולתופרת היא שווה פחות ממאה השקל. הפער בין כמה השמלה שווה לי לכמה היא שווה לתופרת הוא הרווח של שנינו מהעסקה. כוח המיקוח - הוא כוח של צד אחד להרוויח יותר מן העסקה.
   2. **צדק הסכמי (מטרה חברתית):** 
      1. כאשר כל אחד משיג יותר, העוגה גדילה. לכן החוזה הוא מוסד חברתי שאנחנו רוצים לקדם כי זה מאפשר למשאבים להגיע למקום המיטבי בתוך החברה, כי חוזה חליפין גורם לכך שכל אחד משיג את המיטב מהקצאת המשאבים שלו. המשאבים מגיעים למי שצריך אותם הכי הרבה.
      2. הקצאה יעילה כאשר ישנה **תחרות** - מאפשר תחרות בין גורמים בשוק ולכן המחירים יורדים.
      3. הקצעה יעילה כאשר יש **מידע מלא**- כשאין לי מידע מלא על המוצר אני יכולה לחשוש לקנות מוצר שמא לא יענה על הצרכים שלי או להפך אקנה מוצר כי אני טועה לחשוב שהוא יענה לי על הצרכים ויתברר שיצאתי מפסיד. ולכן על החוזה לחייב את הצדדים לספק את המידע שברשותם וגם לעיתים ישמש החוזה כמכשיר להקצאה של סיכונים.
   3. החשיבות האמיתית של הסכם היא ב**חליפין עתידיים** -
      1. סיבות בגללם חשוב שיהיה הסכם בחליפין עתידיים:
         1. עריקה - הבטחה של הצדדים לעמוד בהתחייבות שלהם. יש רצון של שני הצדדים להיכבל תחת חוזה (במקרה של תופרת ושמלה אז התופרת רוצה להיות חייבת לתת את השמלה כדי שהאישה תהיה חייבת לקנות אותה והקונה רוצה להיות חייבת לקנות כדי שהתופרת תהיה חייבת לתפור).
         2. שינוי נסיבות - מה קורה במצב שהנסיבות משתנות? אנחנו רוצים לקבוע מנגנון שיקבע את הפעולות במקרה של שינוי נסיבות. שהוא יקרה על ידי הסכם מראש.
         3. הגדרה ברורה של פרטי החליפין - לגרום לכך שיהיה בדק לגבי מה היו פרטי העסקה.
   4. **דרך למימוש אוטונומיה של הפרט** - חוזה מאפשר לפרט להכריח אדם לקיים התחייבויות שהוא מעוניין בהם, אשר לא היה מצליח לעמוד בהם ללא ההתחייבות החוזית.
   5. **דרך להקצאת סיכונים –**
      1. הרעיון אומר שכל עסקה היא דרך להקצאת סיכונים. לדוגמא סיכון שערך הדבר שקנית ישתנה.
      2. יש אפשרות לעשות הקצאת שסיכונים יעילה לפי מי יכול להתמודד איתם – **דומאות:**
         1. קבלן צריך להכין דירה אבל מחירים החומרים עלולים להשתנות ולכן יש לו סיכון גבוה מכוון שלקבלן יהיה קשה להתמודד עם סיכון כזה כי יש לו המון דירות להכין יכול להיות שהקצאת הסיכון תהיה לקונים ובעצם יצמיד את מחיר הדירה למדד המחיר של החומרים ובכך הקונים יסתכנו הקונים שהמחיר יעלה אבל תהיה אפשרות לבנות הדירה כי הסיכון לא על הקבלן.
         2. קניית ביטוח למחשב – הביטוח דואג למנוע את הסיכון שהמחשב ייהרס ובעצם הסיכון שהמחשב ייהרס יהיה בידיי החברה שממנה קנית את המחשב.
         3. חברת ביטוח עושה ביטוח להרבה בתים ומקצה את הסיכונים בכך שכולם משלמים על ביטוח אבל רק חלק יזדקקו לעזרה של הביטוח ולכן יהיה רווח. שנאת סיכון - רכישת ביטוח על מנת למנוע סיכון לאירוע קטסטרופלי.
   6. **לסיכום מדוע כורתים חוזה:**
      1. הקצאה יעילה של משאבים – צדק הסכמי, סחר חליפין.
      2. דרך למימוש האוטונומיה של הפרט.
      3. מכשיר להקצאת סיכונים.
2. **מה נותן תוקף לחוזה את תוקפו המחייב?**
   1. ישנן שלוש תאוריות מרכזיות:
      1. התיאוריה הכלכלית למשפט
      2. תיאורית האינטרס (עטיה)
      3. תיאורית הרצון (פריד)
   2. **התאוריה הכלכלית למשפט:**
      1. לפי התאוריה הכלכלית לחוזה יש יעילות כלכלי ולכן יש לו תוקף:
         1. הקצאת משאבים בחברה
         2. תכנון והסתמכות
         3. רווחה חברתית
      2. מקרים בהם לפי התאוריה הכלכלית לא נרצה שההבטחה תהווה חוזה מחייב מכוון שהם לא מקדמים רווחה חברתית:
         1. קיום של החוזה לא מבטיח הקצאה יעילה של משאבים.
         2. אין הוצאות הסתמכות - אין הפסד בהפרת החוזה.
   3. **תאוריית האינטרס (עטיה):**
      1. הבטחה מחייבת בשני מקרים:
         1. הסכמה של המבטיח לתוכן ההבטחה
         2. אין אפשרות לחזור מההבטחה - מתי אין אפשרות לחזור מההבטחה:
            * כאשר אדם קיבל תמורה להבטחה
            * במידה והייתה הסתמכות של הנבטח על ההבטחה - צריכה להיות מודעות לכך שהייתה הסתמכות ולא רק צפייה - וצפייה שתהיה הסתמכות יכולה להיחשב מחייבת כשהבטחה עצמה היא טובת הנאה, תמורה (דוד שמביא רכב לאחיין) או בחברה שהבטחות בדר"כ מתקיימות.
      2. התוקף הוא האינטרס שיש לצדדים מהחוזה – כלומר התמורה של כל צד מהעסקה.
   4. **תאוריית הרצון (פריד):**
      1. לטענת פריד טובת הנאה והסתמכות לא יכולים להיות התוקף לחוזה: הסיבה שאנשים מקבלים טובת הנאה או מסתמכים על הבטחה היא כי להבטחה יש תוקף מחייב - לכן לא הגיוני שטובת הנאה או הסתמכות יהיו התוקף מחייב.
      2. התוקף של חוזה לטענת פריד הוא: **אמון -** האינטרס המשותף שהיה בהתחלה - לכן אכיפה של חוזה שומרת על הרצון שהיה לשותפים בעת כריתת החוזה ויש לנו כחברה אינטרס לשמירה על זה.
   5. **מה התוקף של חוזה מתנה לפי התאוריות:** 
      1. תאוריה כלכלית - אין כול כך תוקף בגלל שאין אינטרס כלכלי
      2. תיאורית האינטרס - אין תמורה אז האם יש תוקף? - יש תוקף רק אם הייתה הסתמכות. האם אפשר להגיד שלתת מתנה נותן לי משהו כבן אדם (תחושה טובה וכד').
      3. תיאורית הרצון - יש תוקף כל עוד יש הגשמה של הרצון של המבטיח.
3. **אינטרסים שונים המגונים באמצעות החוזה בעקבות תוקפו המחייב:**
   1. **צפייה** - פיצוי שיעמיד את הנפגע מבינה כספית במקום בו היה אמור להיות אילולא היית ההפרה.
   2. **השבה** - פיצוי שיעמיד את הנפגע במצב בו לא היה חוזה כלל (השבת המצב לקדמותו).
   3. **הסתמכות** - פיצוי שיעמיד את הנפגע במצב בו היה אילולא היה מסתמך על החוזה - אינטרס הצפייה סותר את אינטרס ההסתמכות לכן נקבל רק סוג אחד של פיצוי מבין השניים.
      1. הסתמכות עיקרית - הסתמכות שאני צריכה להוציא כדי לקיים את החוזה (כסף שהוצאתי על אגרות כדי לשלם על הדירה)
      2. הסתמכות אגבית - מעשה שעשיתי בעקבות החוזה שלא היה בו צורך לביצוע החוזה (לדוגמה קניתי ריהוט לבית החדש שאני קונה).
      3. הסתמכות שלילית - ויתרתי על הזדמנויות אחרות בעקבות החוזה (ויתרתי על דירות אחרות).
4. **עיקרון חופש החוזים**
   1. הפן הפוזיטיבי מאפשר לצדדים לקבוע איזה הסדרים הם רוצים לקבוע בתוך החוזה.
   2. הפן הנגטיבי הוא שאנחנו לא מאפשרים התערבות במה שהחליטו בחוזה, לאחר שהחוזה נכרת.
   3. באופן עקרוני לא נתערב בחוזים מתוך עיקרון חופש החוזים, אך ישנם מקרים בדין שהחופש החוזי מוגבל. באילו מקרים נתערב בחופש החוזים (החריגים):
      1. תניות קוגנטיות.
      2. תניות דיספוזיטיביות.
   4. **תניות קוגנטיות** - תניה כופה – שאי אפשר לשנות אותה דוגמאות:
      * 1. שכר מינימום הוא תניה קוגנטית שאי אפשר לשנות (עמדה פטרנליסטית)
        2. חוק החוזים האחידים
      1. למה צריכה להיות התערבות קוגנטית או מה ההצדקה לכך?
         1. מניעה של פגיעה בצד חלש
         2. מניעה של פגיעה בגורם שלישי
         3. מניעה של פגיעה בחופש החוזים - במידה ולא ניתן חופש חוזי אמיתי לאחד הצדדים.
   5. **תניות דיספוזיטיביות** - אם לא כתבתם כלום בחוזה לגבי עניין, זה מה שיחול- תניות ברירת מחדל בחוק. כלומר מותר לכתוב משהו אחר בחוזה ובמידה ולא כתבתם אז הדין הדיספוזיטיבי יחול עליכם.
      1. למה צריכה להיות התערבות דיספוזיטיבית או מה ההצדקה לכך?
         1. חוסך עלויות מו"מ- גורם לכך שכתיבת חוזה תהיה הרבה יותר פשוטה. מתוך הנחה שחוזים מלאים לא תמיד אפשר לכתוב כי זה אומר שאני צריכה לדמיין את כל מה שעלול לקרות בעתיד. בנוסף זה גם גורם לכך שלא על כל דבר יהיה צורך לכתוב חוזה ארוך ואפשר להסתמך על ההתניות הדיספוזיטיביות.
         2. מקל על כתיבת חוזה
         3. קידום חברתית\כלכלית מתוך הנחה שאנשים לא משנים ברירות מחדל: החדרה של הסדרים שהממשלה\מערכת המשפט רואה כטובים אך לא רוצה להכריח את הציבור לעשות כך.
         4. ברירת מחדל עונשית – במטרה שאנשים ירצו לסטות מברירת המחדל בכך מכריחים את הצדדים להתעסק בנושאים מסוימים (לדוגמה חוק שקובע שתקבל פיצוי רק על הנזקים שהצד השני היה יכול לצפות: מקדם את הצדדים לעשות פעולה- במקרה הספציפי מעודדים כל צד לספר אחד לשני את הנזקים שעלולים לקרות להם עקב כריתת החוזה).
      2. **שלושה סוגים של התערבות דיספוזיטיביות :**
         1. majoritarian default penalty default לקבוע ברירת מחדל שהרוב יהיה מעוניין בה.
         2. sticky defaults ישנם הסדרים ראויים שיוגדרו כברירת המחדל, מותר להתנות עליהם אבל אנשים לא מרבים לשנות אותם (דוג' תרימת האיברים נוסח אחר של השאלה). כך המשפט מעצב את ההתניה בצורה של קידום מטרות חברתיות.
         3. penalty default לקבוע ברירת מחדל ש'פוגעת' בצדדים, כדי לגרום להם לעשות דברים מסוימים בחתימת החוזה. למשל סעיף 10 לחוק התרופות צד זכאי לפיצויים רק שהצד השני היה יכול לצפות במועד כריתת החוזה, עונשי. מעודדים כל צד לחשוף במועד הכריתה מה הנזקים הצפויים מההפרה
      3. התערבות מוצדקת בחוק – כאשר מדובר ב:
         1. **התקשרות עם גוף ציבורי** - גוף ציבורי כפוף לעקרונות חוק כבוד האדם וחירותו ביחס לזכויות והחובות של המדינה כלפי אזרחי המדינה. ההתערבות מוצדקת כשיש פגיעה בחוקי היסוד מצד המדינה (קסטנבאום).
         2. **חוזה אחיד** - צד לחוזה שקובע באופן בלעדי את כל התנאים (חברת קדישא, הצד השני לא מתעכבים על התנאים בגלל הנסיבות של אבל). החשש הוא שצד שקובע את כל התנאים ינצל את זה כדי לקפח את הזכויות של הצד השני, (להגן על הצד שלא קובע את תנאי החוזה ולעיתים אף לא קורא אותו). התערבות מוצדקת כשיש תנאי מקפח
         3. **בטלות לפי סעיף** **30**(תקנות הציבור) - רשאים לבטל חוזה שהוא נוגד את תקנת הציבור. אלא אם אפשר לבטל רק את החלק שפוגע בתקנת הציבור-ולכך יש עדיפות. (נוגד את תקנת הציבור: פגיעה בצדדים שלישיים, פגיעה בחוקי יסוד).
         4. חוזים פרטיים כאשר
            * החוזה מפלה - אין איסור מפורש כמו בחוזה ציבורי אבל ייתכן ויינתן פיצוי עקב הפרה של תו"ל במו"מ)
            * פגיעה בחופש העיסוק.

# הצעה וקיבול

1. הקדמה:
   1. **ישנם כל מיני סוגים של חוזים:**
      1. חליפין סימולטני - כל אחד מקבל את הדברים באותו הרגע.
      2. חוזה לביצוע עתידי
      3. חוזה חד שלבי\סימולטני
      4. הליך רב שלבי
   2. הליך כריתת חוזה הוא הליך רב שלבי שמכיל בתוכו לפחות שני שלבים של הצעה וקיבול.
      1. מתי יש יותר משני שלבים?
         1. קיבול שיש בו תוספת ולכן ישנה הצעה חדשה.
         2. פנייה לציבור להציע הצעות.
         3. קיבול לאחר פקיעת ההצעה ולכן הופך להצעה חדשה.
   3. מהות ההסדר בחוק החוזים הוא שחוזה נכרת כשיש מפגש רצונות בין הצדדים ביחס לשני נושאים מרכזיים:
      1. מעוניינים להיכנס לעסקה שמחייבת מבחינה משפטית (גמ"ד).
      2. תנאים מוסכמים מראש (מסוימות).
   4. **חוזה חד שלבי:** איך החוק יסדיר כריתה בשלב אחד? חוזה חד שלבי נכרת ע"י מפגש רצונות שמתבטא ב:
      * 1. גמירות דעת ליצור יחסיים משפטיים.
        2. מסוימות.
      1. החוזה החד שלבי הרבה יותר פשוט ולא צריך להסדיר אותו תכופות.
   5. **חשיבות רצון הצדדים:**
      1. הרצון הוא בסיס לתוקף המחייב של החוזה.
      2. מגדיל את התועלת החברתית והכלכלית – כאשר צד לחוזה נכנס מתוך מודעות זה אומר שהוא בוחר זאת מכוון שזה יעיל לו כלכלית או חברתית.
      3. שומר על צדק הסכמי - לחוזה יש תוקף מחייב רק לדברים שאנשים רצו שהוא יחייב אותם, על בסיס זה אפשר לתת תוקף מחייב למה שהצדדים רצו, ולפי זה להסדרים למה הצדדים היו רוצים.
   6. **מה קורה אם הרצון לא משקף את הרצון להיקשר ביחסים משפטיים?**
      1. גמירות דעת תחשב כזו רק כאשר זו גמירות דעת להיקשר ביחסיים משפטיים.
         1. לדוג' - בנישואין יש רצון להיקשר בחוזה אבל אין רצון שיהיה תוקף מחייב ליחסים משפטיים.
      2. יהיו מקרים שלמרות שיש גמירות דעת עדיין לא נכיר בחוזה.
         1. לדוג' רצון לדכא פעילות שלילית – הימורים, רצח.
      3. יהיו מקרים בהם לצדדים אין רצון להיקשר ביחסים משפטיים אך מערכת המשפט תחליט לכפות עליהם יחסים מסוג זה (לוין נ' לוין).
   7. **התקשרות בחוזה ללא רצון\פגמים ברצון:**
      1. **התקשרות ללא רצון:**Non Est Factum (לא נעשה דבר) - נניח מצב שסופר שחותם על ספרים למעריצים, וניגש אליו מעריץ עם שטר ערבות בלי שהסופר יודע וחתם עליו. לא היה כאן שום רצון להתקשר בעסקה, האמירה האובייקטיבית של גמירות דעת חסרת משמעות כשאין מאחוריה כלום. החוזה בטל מעיקרו.
      2. **התקשרות אם פגם ברצון:** כפייה- לחוזה שנחתם בכפייה אין פגם בהליך הכריתה אלא יש פגם בכריתה. החוזה לא בטל אלא ניתן לביטול כי יש לו תוקף משפטי . היה הקיבול, אך נעשה כתוצאה מפגם ברצון. ברגע שיש כפיה, לא בהכרח החוזה בטל. הוא אמנם ניתן לביטול.
      3. ההבחנה בין בטל- לניתן לביטול:
         1. בטל – מעולם לא היה חוזה.
         2. ניתן לביטול - נותנים אופציה לצד שהיה לו פגם ברצון לבטל אם הוא רוצה הוא רשאי גם לבחור אחרת.
   8. **רצון אובייקטיבי מול רצון סובייקטיבי -** 
      1. דוגמא: אני גרמתי למישהו לחתום על מסמך למרות שידעתי שאינו מעוניין בכך ולכן אני גרמתי לפער בין ההבעה האובייקטיבית (החתימה) ולבין ההבעה הסובייקטיבית (חוסר הרצון של הצד השני לחתום על חוזה). במקרה כזה ההבעה הסובייקטיבית היא שתכריע.
      2. דוגמא 2:**פס"ד בוני הנגב נ' בוחבוט** - חוזה מכר דירה, בוחבוט מוכר לחברה: הדירה שייכת לבן אך רשומה על שם האב. האב היה שתוי ולא ידע קרוא וכתוב חתם על חוזה מכר בסך 1000 שקלים כשנאמר לו שהבן רוצה בכך.
         1. בית המשפט המחוזי קבע שנכרת חוזה - כלומר ההליך היה תקין והפגם היה בכריתת החוזה.
         2. דעת מיעוט: שמגר:
            * לא היה חוזה מעולם מכוון שבוחבוט לא הבין שהוא מתקשר בחוזה (לא היה גמ"ד).
            * הוא התקשר על סמך זה שהבן שלו גם חתם, כלומר הוא התקשר בחוזה על סמך טעות. ולכן זה מאפשר לבוחבוט לבטל את ההסכם בהודעת ביטול.
            * לדעת שמגר - בדרך כלל נקבע את שאלת ההתקשרות לפי נתונים אובייקטיביים של גמירות דעת, אבל במידה וישנו פער בין האובייקטיבי לסובייקטיבי של גמירות הדעת (כלומר – האובייקטיבי לא מבטא את הסובייקטיבי), והצד השני גרם לפער הזה, אזי אי אפשר להישען על הפן האובייקטיבי.
   9. **הבחנה בין פגם בכריתה לפגם בהליך הכריתה:**
      1. פגם בכריתה – חוזה ניתן לביטול – היה מפגש רצונות אובייקטיבי אבל היה פגם ברצון לדוג' עושק וכפייה.
      2. פגם בהליך הכריתה – חוזה בטל מעיקרו כי מעולם לא היה מפגש רצונות אובייקטיבי.
      3. לדוג' חתמו על חוזה בדולרים אבל כל אחד התכוון לסוג דולרים אחר – מעולם לא היה מפגש רצונות. כיצד נתמודד עם מקרה כזה?
         1. אופציה ראשונה - מסתמכים על הבעה אובייקטיבית ונפתור טענות אלו במישור הסעדים. החוזה לא בטל מעיקרו אבל הוא ניתן לביטול. יש יותר אפשרויות בחירה מול הצד השני ולכן אני יותר מוגן.
         2. אופציה שניה - אין מפגש רצונות אומנם יש הבעה אובייקטיבית אבל צד אחד פגם בהבעה הסובייקטיבית של הצד השני. פגם בהליך הכריתה.
2. **ההצעה**
   1. **יסודות ההצעה:**
      1. פניה
      2. גמירות דעת (נמדדת במדדים אובייקטיביים)
      3. מסוימות
   2. **גמירות דעת:**
      1. **היסוד האובייקטיבי –** גמירות הדעת תבחן באמצעות מבחן אובייקטיבי – בכך שתהיה הגנה על הצדדים מכוון שהם לא יצטרכו להסתמך על רחשי הלב ש הצד השני ויהיה אפשר להסתמך באופן מלא על ההבעה האובייקטיבית.
      2. המקרה של העסקה בדולר הקנדי – האם היה מפגש רצונות? מה קורה במידה והמוכר ידע למה הקונה התכוון ולא אמר לו שהוא טועה?
         1. אופציה א' – לא נכרת חוזה – לא היה מפגש רצונות - פגם בהליך הכריתה.
         2. אופציה ב' – נכרת חוזה בדולר קנדי – ברירת מחדל עונשית למוכר.
         3. אופציה ג' – נכרת חוזה בדולר אמריקאי – היה מפגש רצונות אבל היה פגם בכריתה עקב טעות – כלומר ניתן לביטול אך לא בטל מעיקרו.
            * ניתן להגיד שעדיף לקונה שהחוזה לא יהיה בטל מעיקרו מכוון שזה מאפשר לו מגוון רחב יותר של סעדים.
   3. **היחס בין גמ"ד למסוימות:**
      1. מסוימות יכולה לעיתים להעיד על גמ"ד
         1. עלול להיות בעייתי במקרה של זכ"ד - האם להחשיב אותו כחוזה מחייב? נוסחת הקשר משפט שמתייחסים אלו, תניה או ההסדר בזיכרון הדברים שמקשר בין המסמך הנוכחי הזיכרון לבין חוזה מחייב שיחתם בשלב מאוחר יותר. לדוג' אם נכתב "מוחלף" אפשר להבין מזה שההסכם מחייב כבר עכשיו ויחליף אותו חוזה פורמלי. כמו כן "זיכרון הדברים חסר כל תוקף" מבינים שהוא לא מחייב.
            * היום, הנטייה להכיר בזיכרון דברים כחוזה מחייב.
         2. מכוון שגמירות דעת נמדד במדדים אובייקטיבים עלולים להיות מקרים בהם צד אחד לא רצה להיקשר בחוזה, אך החוזה נכרת (צד התרשל בהבנת מצב העניינים).
      2. דוגמאות:
         1. מקרה של אדם שנהג ברכב וחשב שאין לו ביטוח אבל מסתבר שהחברה דאגה לו לביטוח זמני ללא ידיעתו.
            * בית הלורדים – אין ביטוח מכוון שלא היה קיבול ולא הייתה גמ"ד.
            * בישראל היו קובעים שיש לו ביטוח בגלל שזו הצעה מזכה וחזקה עליה שהיא התקבלה אלא אם כן הניצע התנגד.
         2. **פס"ד ש.ג.מ חניונים**- רכבים של הצבא חנו ללא רשות בחניון ולא שילמו עליו דמי חניה. האם ישנה זכות תשלום חוזית למפעילי החניון?
            * השופט בך: יש זכות חוזית מכוון שהכניסה לחניון הייתה קיבול של ההצעה לציבור.
            * השופט אור: אין זכות חוזית מדובר בהשגת גבול.
3. **מסוימות**
   1. **הגדרה:** על הפרטים שנדרשים כדי שבקיבול ההצעה לא יהיה צורך המו"מ נוסף.
   2. **מדוע קיימת הדרישה למסוימות?**
      * 1. **חוזה שלם** - כל הפרטים של כל הנסיבות האפשריות – בכך היה מקיים את רצון הצדדים בצורה מיטבית ביותר. **הבעיה בחוזה שלם**:
        2. הבעיה בחוזה השלם - כיצד ניתן באמת להתכונן לכל התרחישים האפשריים? פתרון - בונים מסמך חסר ואח"כ משלימים אותו. בנוסף העלות של יצירת חוזה שלם היא גבוהה מידי.
      1. אם אי אפשר לבנות חוזה שלם כיצד ניתן להגיד שישנה מסוימות?
         1. הותרת פרטים להשלמה ממקורות נורמטיביים –
            * תניות דיספוזיטיביות.
            * הוראות חוק פרטיקולריות
         2. הסדרים המשלימים את ההסכם מתוך ההסכם:
            * הותרת פרט לקביעה ע"י צד ג': לדוגמה - חוזה שכתוב בו ששמאי יקבע את המחיר - החוזה כביכול לא שלם כי אין מחיר, אבל בעצם הוא כן שלם כי יש הסכם ששמאי יחליט מה המחיר.

מה קורה אם לא מצליחים להחליט על זהות השמאי – ביהמ"ש לעיתים יקבע מי יהיה השמאי מתוך הנחה בכך הוא מגשים את רצון הצדדים במועד הכריתה.

* + - * + הותרת פרט לקביעה ע"י אחד הצדדים: דוגמה עסקת קומבינציה (עסקת קומבינציה - קבלן קונה קרקע מאדם ובתמורה האדם יקבל מספר דירות על השטח) שבה נקבע שאדם שמכר את השטח יכול לבחור את הדירות שהוא רוצה.

בדיני החוזים האמריקאים: מה קורה במקרה שהצד שאמור להשלים את החוזה לא משלים אותו? - ניתנת אפשרות לצד השני להשלים את החוזה בתו"ל - במידה ואין שיתוף פעולה בכל הנוגע להשלמת החוזה זה יחשב בהפרה.

* + - * + הותרת פרט בטווח מסוים - בעייתי - לדוגמה הוספת עד 5% שכירות לחוזה בתקופת האופציה - לכאורה אי אפשר לכרות חוזה כי אין מחיר. למה אי אפשר להשלים ממקורות נורמטיבית? מכוון שעצם הכתיבה של החמש אחוז מעידה על כך שהם לא רוצים מחיר ממקורות נורמטיביים.

פתרון אפשרי - לתת לכל אחד אופציה לבחור את הסכום שמשתלם לצד השני. אפשר להתייחס לקצוות הטווחים כשתי הצעות בלתי הדירות.

* + - * + הותרת פרט שיתקבל במו"מ עתידי -

הותרת פרט יכול להיחשב כהסכם לניהול מו"מ - לא בהכרח אומר שייכרת חוזה אבל המו"מ יתנהל על פי ההסכם שנקבע.

סירוב לנהל מו"מ יהווה הפרה (**פס"ד גנר נגד תיאטרון חיפה**, לא הסכימו על מחיר, אך הסכימו לנהל משא ומתן לגבי המחיר, התיאטרון סירבו למו"מ וכך הם הפרו את ההסכם. גנר זכאי לפיצוי הסתמכות על החוזה של ניהול משא ומתן. בעדים על הסירוב עצמו).

מה יהיו הסעדים לחוזה לניהול מו"מ - בדר"כ פיצויי הסתמכות, לא סעדים של קיום חוזה.

1. **פניה לציבור**
   1. הגדרה: הצעה יכולה שתהיה לציבור ס' 2 סייפא
   2. שני סוגים של הצעות לציבור:
      1. הזמנה להציע הצעות – מצב משפטי בו הפנייה לא מהווה הצעה. ולכן החוזה יכרת רק לאחר קבל ההצעה מהצד השני.
      2. הצעה לציבור – החוזה ייכרת עם הראשון שיקבל את ההצעה (חייבים להתקיים בהצעה לציבור כל יסודות ההצעה).
   3. **ההבדל בין הצעה לציבור להזמנה להציע הצעות:**
      1. נבחן שלושה מצבים:
         1. הצגת פריט על המדף עם תג מחיר - האם בעל החנות גמר בדעתו להיקשר בחוזה ברגע שהוריד את המוצר מהמדף? איפה נכרת החוזה במדף או בקופה?
            * צרפת - הצעה
            * אנגליה - הזמנה להציע הצעות
            * פתרון ביניים (ישראל) - הצעה בלתי הדירה - אסור לחזור בה, קיבול בהתנהגות (התשלום בקופה).
         2. משלוח קטלוגים הביתה – חברה ששולחת קטלוגים עם מוצרים לאנשים הביתה –
            * הצעה לציבור והקיבול הוא בביצוע הזמנה. מה קורה אם נגמר המלאי?

הצעה מותנת, במפורש – בקטלוג כתוב עד גמר המלאי.

הצעה אם תנאי מכללא - יש תנאים בחוזה שגם אם לא נאמרו במפורש יחשבו תנאים מתוך הבנה שרוב האנשים היו מבינים שזה תנאים שאמורים להיות בחוזה. לדוג' אם נגמר המוצר אז ברור שאין חוזה.

* + - * + אולי מדובר בהזמנה להציע הצעות? מה השיקולים שיקבעו.

משך ההצעה – אם ההצעה היא לתקופה קצרה ניתן להניח שמדובר בהצעה ולא הזמנה

זהות המציע – תהיה יותר נוקשות כלפי חברה גדולה לעומת עסק פרטי.

הסתמכות משמעותית - נניח יש דרישה מלקוח שכדי לממש הזמנתו להגיע למקום מסוים, תשלום מקדמה או לבצע פעולות – אזי דבר זה יגרום לזה להיראות כהצעה ולא כהזמנה להציע הצעות.

* + - 1. פרסום מודעה ברשתות החברתיות- נניח פרסמתי מודעה בפייסבוק עבור השכרת דירה, ופירטתי את כל התנאים הנדרשים. האם יכול אדם לומר שהוא קיבל את ההצעה והשתכלל ביננו הסכם?
         * ההבדל בין שכירות למכירה - כחלק מההצעה של השוכר חשוב לו לדעת מי המשכירים לעומת מוכר שפחות משנה לו. לך אפשר להניח שמודעה על שכירות של דירה היא הזמנה להציע הצעות - זה משום שחסר לאדם שמציע את הדירה את זהות השוכרים וזהו פרט קריטי בכריתת החוזה.
         * מקרים באינטרנט לרוב יחשבו כהזמנה להציע הצעות.
         * סירוב לנהל מו"מ על סמך קריטריון לא רלוונטי ובלתי סביר זו פגיעה בחובה לנהל מו"מ בתו"ל ולא שאלה של כריתת חוזה.

1. **מועד ההצעה והקיבול**
   1. חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול
      1. מועד כריתת חוזה:
         1. שלח ההצעה
         2. התקבלה ההצעה
         3. שלח הודעת הקיבול
         4. התקבלה הודעת הקיבול - **נכרת החוזה.**
   2. **חזרה מההצעה:**
      1. **הצעה רגילה:** המציע רשאי לחזור מההצעה בהודעה לניצע כל עוד זה קורה לפני הודעת הקיבול. במידה והתקבלה ההצעה לא יכול לחזור בו כי כבר נקשרו בחוזה. הודעת הקיבול עליונה על הודעת החזרה במידה והגיעו יחד.
      2. **הצעה בלתי הדירה –** הגדרה: הצעה שנקבע בה מועד קיבול או שנקבע כי אין מועד חזרה מההצעה. המציע לא רשאי לחזור בו מההצעה לאחר שהיא נמסרה לניצע – יכול לרדוף אחר ההודעה לפני הגעתה לניצע וברגע שהגיעה לא יכול לחזור בו (לדוג' ללכת לדואר ולהחזיר את המכתב לפני שהגיע ליעדו. במידה וההצעה והחזרה מגיעות יחד החזרה גוברת.
         * + **האינטרס בהצעה בלתי הדירה -** מדרבן את האנשים לקבל את ההצעה.
   3. **פקיעת ההצעה**
      1. **דחייה -** דחייה ע"י הניצע - ס' 4 (1).
         1. **האם דחייה צריכה להיות במפורש או מכללא?** תהיה נטייה לפרש דחייה באופן מצומצם מכוון שדחייה היא ויתור על דבר מה בלי לקבל משהו בתמורה. (פס"ד נווה עם נ' יעקובסון – פירשו באופן מצומצם את החזרה של יעקובסון ולכן זה שהוא הלך מהמשרד לא אומר שהוא דחה את ההצעה).
      2. **זמן -** המועד לקיבול הצעה הוא: המועד שקבע המציע (הצעה בלתי הדירה), במידה ולא קבע זמן המציע (הצעה רגילה) אז זמן סביר. - ס' 4 (1).
         1. **רוזנר נ' מגן דוד** – הסיפור: אדם גילה שקביל כרטיס הגרלה זוכה לאחר ההגרלה אך הוא לא שילם על הכרטיס, לטענתו ההצעה בלתי הדירה ולכן היה יכול לבצע קיבול. בנסיבות העניין של החוזה (ההגרלה) ההצעה פקעה לאחר ההגרלה מכוון שניתן להניח מכללא שבהגרלה ההצעה תקפה עד לפני ההגרלה ולא לאחר מכן.
         2. **צימרמן נ' זילכה** - אדם שהיה הולך ללוטו וממלא קבוע את אותם מספרים. בעל הדוכן מילא כרטיס בשביל אדם אחר שעוד לא שילם והכרטיס ניצח. אם כך מי זכאי לפרס? בעל הדוכן או הלקוח - יש מערכת יחסים מיוחדת מכוון שזה קורה באופן קבוע ולכן זה חוזה שירות ארוך טווח. לכן כאשר זהו החוזה יש חיוב לשני הצדדים. יש טענה שכל פעם נכרת חוזה חדש ולא חוזה ארוך, בעצם חוזה מכירת כרטיס. ביהמ"ש פסק שזה חוזה ארוך טווח והתשלום הוא תנאי בחוזה ולא קבלה של חוזה חדש כל פעם. לכן מגיע לאדם כרטיס ההגרלה הזוכה.
      3. **אירוע מפקיע**
         1. פקיעת הכושר ליטול חיובים (לדוג' מוות של הניצע או המציע או פקע הכושר של המציע או הניצע ליטול התחייבות משפטית) - ס' 4 (2).
            * ברגע שאדם מאבד את היכולות לצור חובות או זכויות ההצעה פוקעת.
            * ניתן לבצע קיבול באמצעות חליפו - המקרה של קטין אפוטרופוס, במקרה של תאגיד נציג שלו.
      4. **קיבול בשינוי** (נחשב הצעה חדשה)- מפקיע את ההצעה.
   4. מה המטרה בחזרה מההצעה?
      1. לפי המשפט האנגלי זה הידיעה של הצד השני כי הצד הראשון לא מעוניין יותר בחוזה ולכן הניצע לא מסתמך על ההצעה. לכן גם אם גילה ע"י צד שלישי שיש רצון לחזור מההצעה ההצעה פקעה.
      2. החוק בארץ אומר שההודעה לביטול ההצעה חייבת להיות ע"י המציע. – (פוזיטיבי - כי ניתן לקבוע בחוזה שהודעה ע"י צד שלישי תפקיע את ההצעה). יש בזה היגיון – שומר על היציבות של ההצעה ולא גורם לכך שגומרים חיצוניים יוכלו להפקיע אותה.
2. **קיבול**
   1. **הגדרה**: הודעת הניצע על גמ"ד להתקשר עם הניצע בחוזה ע"פ ההצעה.
   2. בהודעה קיימים שני יסודות מרכזיים:
      1. **הודעה:** 
         1. צורה ותוכן ע"פ ההצעה.
         2. נשלחה בזמן ע"פ ההצעה.
      2. **גמירות דעת:** רצון להיקשר ביחסים משפטיים.
   3. **הודעת קיבול בלתי מספקת:**
      1. **מטעמי תוכן -** הודעה שיש בה שינוי בתוכן- ס' 11: לא נחשבת קיבול אלא הצעה חדשה.
      2. **טעמי זמן:** קיבול הצעה לאחר שפקעה נחשבת הצעה חדשה.
      3. **טעמי צורה:** במידה ונרשה צורה מסוימת להודעת הקיבול.
   4. **קיבול בהתנהגות: ס' 6 א**
      1. גם קיבול בהתנהגות צריך להראות על גמ"ד.
         1. עניין פס"ד קוזלי (מציעת גופת החייל הנעדר) -
            * האם צריך הודעה בנוגע לכוונה לבצע קיבול? בנוסף לקיבול ע"י התנהגות - תשובה לא. כלומר קוזלי לא היה צריך להודיע למדינה שהם הולכים לחפש את גופת החייל.
            * האם ניתן לטעון שהתבצע קיבול אם לא ידעתי על ההצעה - תשובה לא.
            * האם נדרש קשר סיבתי? מציאת הגופה במקרה לעומת ללכת לחפש את הגופה- התשובה היא שכלל לא צריך קשר סיבתי ואינטרס של המדינה במקרה הפרטי הזה היא שלא יהיה קשר סיבתי כדי שאנשים יביאו להם מידע.
      2. קיבול מהתנהגות יתקבל במידה ומההצעה משתמע אפשרות קיבול כזו.
   5. **קיבול בשתיקה:** רק הצעות מזכות ניתן לקבל בשתיקה (חריג שתיקה יכולה להיחשב להסכמה בכפוף לעדויות המצביעות על הסכמה). ס'6(ב)
      1. אין להטיל על מישהו חובת חוזיות ללא הסכמה.
      2. ניתן להקנות זכויות ללא הסכמה (הצעה מזכה).
      3. **סייגים** - מערכת חוזית קיימת - ניתן לשנות חלק בחוזה ואם אתה לא מודיע לי אחרת התנאים נכנסים לתוקף (לדוגמה- חברת ביטוח משנה חלק בחוזה ושתיקה שלי בנושא מאפשרת שינוי בחוזה).
         * + פס"ד אדרת שומרון- חברה ישראלית חותמת על חוזה עם חברה מגרמניה - נקבע בחוזה שכל סכסוך משפטי יוכרע בגרמניה, ניתן להגיד שישנו קיבול בשתיקה מכוון שהמשך הפעילות על פי החוזה הוא קיבול בהתנהגות.
   6. **קיבול מאוחר**
      1. הודעת קיבול שלא הגיעה בזמן אולם האיחור לא היה תלוי בניצע – נכרת חוזה
         * + החריג – במידה והמציע הודיע לנציע **מיד** כי הוא דוחה את הקיבול.
      2. קיבול ההצעה לאחר שפקעה נחשב הצעה חדשה.
   7. **חזרה מהקיבול:** ניתן לחזור מהקיבול בהודעה למציע לא לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול. כלומר במידה והקבלה והדחייה הגיעו יחד הדחייה היא זו שנחשבת.
3. **חוזה חד צדדי**
   1. הגדרה: חוזה בו ישנם חיובים רק לצד אחד. כלומר מרגע שכלול החוזה ישנם חיובים רק לצד אחד.
   2. הטלת חיובים רק על צד אחד
      1. המשפט האנגלי בשונה מהמשפט הישראלי ישנה שלילה של חוזים ללא תמורה.
      2. **קרבוליקס נ' סמוקבול:** הסיפור: חברה פרסמה שמי שמשתמש בתרופתה נגד שפעת, לא יחלה במחלה ולא יידבק בה אם יעשה שימוש רצוף של שבועיים בתכשיר שמפיץ עשן בביתו, כדי להמחיש את ההתחייבות לכך שאנשים יהיו חסינים אמרה החברה אם תשתמשו במשך שבועיים תקבלו פיצוי, ולא סתם הכסף הופקד בצ'ק נאמנות בחשבון בנק – כך שיש מקור מימון שאפשר להאמין לו. אישה הגישה תביעה נגד החברה ואמרה שהשתמשה במשך שבועיים וחלתה בשפעת. אחת השאלות שעלו היא האם התשכלל חוזה בנסיבות אלו? התמורה ניתנת באמצעות הקיבול בהתנהגות - כלומר הקיבול עצמו הוא התמורה (דוגמא - אובדן כלב והצעת תמורה כספית למוצאיו - הקיבול בהתנהגות הוא מציאת הכלב והתמורה לבעליו של הכלב היא המציאה שהיא גם הקיבול).
      3. דוגמא תמריץ לעובד: מי שיביא חבר שייקלט לעבודה יקבל 1000 שקל בונוס מישהו מביא חבר שלא נקלט האם מגיע לו בונוס? אם קליטת העובד היא חלק מהודעת הקיבול המציע הוא חלק מהודעת הקיבול- לא אפשרי. **חוזה חד צדדי מותנה**- בזה שהחבר נקלט אז ההבאה של החבר לראיון הוא הקיבול ומרגע שהחבר נקלט נוצרת למעסיק חובה לשלם את הבונוס לעובד ואם החבר לא נקלט- החוזה לא נכנס לתוקף. **ההתניה היא קליטת החבר**.
      4. עניין קוזלי – אי אפשר לבצע קיבול מבלי לדעת על ההצעה בעת הקיבול.
4. **הצעה מזכה** (ס' 7)
   1. **הגדרה**: הצעה של מטילה שום חיוב על הניצע.
   2. **מה ההבדל בין הצעה מזכה להתחייבות לתת מתנה?**
      1. מתנה היא בלי לקבל תמורה ואילו הצעה מזכה היא לפעמים עם אינטרס כלשהו של המציע. לדוגמא הטבה לחברי מועדון היא הצעה מזכה אבל זו לא מתנה.
      2. התחייבות לתת מתנה היא ללא אינטרס בנוגע לנתינה (לדוג' הטבה לחברי מועדון זה אינטרס של העסק).
   3. האם יש דרישה לידיעה על הצעה מזכה? תלוי במידה רבה בכוונה של המציע.
   4. במתנה יכולה להיות תמורה מצד הניצע ואילו בהצעה מזכה לא. לדוג' התחייבות לתת בית ב1000 ₪ זו התחייבות לתת מתנה.
5. **מכירה פומבית ומכרזים:**
   1. מתי נכרת חוזה במכירה פומבית?
      1. אפשרות א' - כל הצעת מחיר היא קיבול מותנה(מותנה בהצעה גבוהה יותר).
      2. האפשרות ב' - הזמנה להציע הצעות - כל הצעת מחיר היא הצעה חדשה והקיבול בשתיקה נובע מההסכם המוקדם יותר לגבי דרך המכירה הפומבית (האמירה של בית ההכרזות שהם מתחייבים לקבל את ההצעה הגבוהה היותר). כלומר אם לא הייתה התחייבות לקבל את ההצעה הגבוה ביותר לא משתכלל חוזה ברגע שמתקבלת ההצעה הגבוהה ביותר וזה רק הזמנה להציע הצעות.

# הכשרות המשפטית

1. **הקדמה**
   1. **החוק מבחין סוגי הכשרות המשפטית:**
      1. **כשרות לזכויות וחובות**
      2. **הזכות לפעולות משפטיות.**
         1. לדוגמה קטין כשר לזכויות וחובות אבל לא זכאי לפעולות משפטיות - יכול להיות בכל נכס אבל לא למכור או לקבל אותו.
   2. **מגבלות על הכשרות לבצע פעולות משפטיות:**
      1. כיצד אם כך הם יכולים להיות בעלי זכויות וחובות אם הם לא יכולים לבצע פעולות משפטיות- פתרון: אפוטרופוס שיעשה פעולות משפטיות בשבילו.
      2. **מדוע ישנה כשירות משפטית לביצוע פעולות משפטית?**
         1. כדי לבצע פעולה משפטית יש צורך בגמירות דעת (לדוגמה: חוזים, תקיפה, יחסי מין, פרטיות וכ')
         2. חוסר יכולת לגבש הסכמה שוללת את היכולת לבצע פעולה משפטית (קטינים, פסולי דין).
         3. קיימת בעיה לצד השני של ההתקשרות:
            * הבעיה- כיצד ניתן לדעת מי לא כשיר משפטית?
            * פתרון:

קטין - פתרון מספרי- אדם שמלאו לו 18 שנה.

פסול דין - אפשר להצהיר על מישהו שהוא פסול דין ורק מרגע החלטת ביהמ"ש הוא ייחשב פסול דין ולכן חוזים שקדמו להכרזה נשארים תקפים. הקושי קטן מכוון שיש דרך אובייקטיבית לדעת את זה. דקלרטיבי - הצהרה על דבר קיים, מאשר מציאות קיימת. לעומת קונסטרוקטיבי - פעולה שיוצרת מצב.

* 1. **פעולות על ידי קטין (חוק הכשרות והאפוטרופסות)**
     1. סעיף 4 - קטין יכול לבצע פעולה משפטית עם נציגו הסכים. ההסכמה יכול להינתן מראש או בדיעבד (למפרע). יכול הנציג לבטל את ההסכמה לפעולה כל עוד לא בוצעה.
     2. סעיף 5 - פעולה שנעשה בלי אישור - יש תנאי מפסיק לחוזה עם קטין עשה זאת בלי אישור של נציגו. מצד אחד כשאתה מוכר לילד דע לך שניתן לבטל את הפעולה מצד שני אנחנו לא רוצים שתחשוב שאתה כרוך בפעולה הזו לנצח (יחזרו עוד שנתיים לבטל) לכן התנאי המפסיק תקף לזמן מוגבל:
        1. ניתן לבטל תוך חודש מרגע ידיעתו של הנציג של הקטין.
        2. אם לא נודע לנציג על הפעולה שנעשה ללא הסכמתו-הקטין יכול תוך חודש ימים לאחר שהיה לבגיר לבטל את הפעולה.
           + נוצר מצב בו מאפשרים לנציג הקטין לבצע קיבול בשתיקה כל עוד הוא מודע לפעולה המשפטית, אם הוא לא מודע יש לקטין אפשרות לחזור בו חודש לאחר שהפך לבגיר.
     3. סעיף 17 – קבלת החלטות ע"י הנציג - צריך לנהוג לטובת הקטין בדרך שהורים מסורים היו נוהגים בנסיבות העניין.
        1. האפוטרופוס של הקטין - בדר"כ הוא ההורה שלו ובדר"כ הוא גם נציגו.
        2. מה ההבדל בין אפוטרופוס לנציג?
           + הנציג הוא מי שמבצע את הפעולות המשפטיות בשביל הנציג.
           + האפוטרופוס - אדם שצריך לנהוג לצרכיו זה לא נוגע ליחסים משפטיים.
     4. סעיף 6 -
        1. הפעולה לא ניתנת לביטול אם זה פעולה שקטינים בדר"כ מבצעים.
        2. פעולה שהצד השני לא ידע שמדובר בקטין ולא היה צריך לדעת.
           + סייג - ועדיין יהיה אפשרי לבטל אם זה גורם לנזק משמעותי לקטין.
     5. סעיף 6א גובר על סעיף 6 - מציינים כל מיני פעולות שאף פעם אי אפשר לאפשר לקטין לעשות גם אם זו פעולה שיכולה להראות כאילו זו דרך של קטינים בגילו.
  2. **פעולות טעונות אישור ביהמ"ש** סעיף 20 - פעולות שדורשות אישור ביהמ"ש כי ההורים לא מוסמכים לכך.
     1. שתי סיבות מרכזיות לאישור ביהמ"ש**:**
        1. פעולות שיש חשש שלא תהיה חשיבה רק על טובת הקטין (ס' 20 (3)(5))
        2. פעולות בהן הוצאה כספית גדולה שעלולות לגרום לנזק מהותי לילד (ס' 20(1)(2)(4)).
     2. הבחנה בין סעיף 5 לסעיף 20 (פס"ד שרף, השופט ברק) - הנציג בסעיף 20 הוא ביהמ"ש ולא ההורים.
     3. **שיקולי ביהמ"ש בעת נתינת אישור:**
        1. שווי הנכס לעומת שווי השוק.
        2. כוח מיקוח יותר חזק - עולה בעיה - אדם שרוצה למכור נכס לקטין צריך לקחת בחשבון את עליית המחיר על מנת שיהיה אפשר להבטיח את קיום העסקה (תמריץ מראש).
        3. פחות אנשים ירצו להיכנס לעסקה - אבל זה עלול לפגוע בקטינים כי יש בעיה של לסגור עסקאות מראש - כי פחות אנשים ירצו להיכנס לעסקאות עם קטינים. יש סכנה שעסקאות בדיעבד לא יאשרו ולכן פחות רצון להיכנס לעסקה (תמריץ בדיעבד).
           + מעגל שיוצר מצב בו אישור ביהמ"ש לא בהכרח מטיב עם הקטינים במקרים מסוימים.

# משא ומתן לכריתת חוזה

* 1. **מבוא**
     1. במשפט האנגלו-אמריקאי לא מוכרת חובת תו"ל במו"מ ואף לא בקיום החוזה.
        1. יגדיל את העלויות של מו"מ מכוון שיש גם חובות משפטיות בתהליך הזה. זה לא אומר שאין חובות משפטיות בשלב הטרום חוזי כמו מצג שווא או מרמה. פשוט אין חובת תו"ל.
        2. מפגש הרצונות הוא הכוח המקיים של חוזים ולא השלב הטרום חוזי.
     2. האם תו"ל הוא הסדר חוזי או נזקי - הרי אין במו"מ עדיין חוזה. אם זה היה נזק חוזי היה ברור שאפשר לבקש סעד של פיצויי קיום. לעומת זאת אם זה נזיקי הסעד ניתן לתת רק פיצוי המחזיר את המצב לקדמותו (פיצויי הסתמכות).
     3. המטרה היא איזון בין התערבות בשלב המו"מ לבין התנהגות בתו"ל. התערבות גדולה מידי לגבי תו"ל יכולה לגרום לצדדים לא להיות בטוחים לגבי החובות שלהם.
  2. **עקרונות משפטיים חיצוניים – המסדירים את ניהול המו"מ:**
     1. התנהגות שפוגעת בצד אחר של המו"מ ומוסדרות בעילות אחרות:
        1. **עוולה נזיקית -** מצג שווא רשלני - עוולה נזיקית המסדירה פיצויים בגין חוסר תו"ל מסוים. דוגמאות למצג שווא רשלני:
           + טפחות נ' צבאח – בנק לא מגלי לרוכשי ההלוואות על ניגוד העניינים שיש לו – הבנק יודע שחברת הבנייה בקשיים כלכליים.
           + עמידר נ' אהרון - רוכש שרכש דירה בכדי לפתוח מסגרייה עמידר מאשרים ובדיעבד אי אפשר היה לפתוח שם את העסק אז בית המשפט מטיל על עמידר אחריות בגלל מצג שווא רשלני. לא הופיע בחוזה אך טענו שאהרון נכנס לחוזה על סמך מצג השווא הזה.
           + Esso petroleum v. Mardon - חברת דלק שמוכרת למרדון שטח שיבנה תחנת דלק, במהלך העסקה אומרים לו שאפשר להפיק במקום דלק אבל לא אומרים לו שאת המשאבות של הדלק אסור להציב צמוד לכביש וכתוצאה מכך יש לו נזק כלכלי משמעותי. בית המשפט קובע שכשאתה מציג את עצמך כמומחה לדבר אתה אחראי על המצג אם הוא רשלני.
        2. **חוזה נספח -** חוזה המסדיר את ניהול המו"מ (לדוגמא במכירה פומבית).
        3. **השתק -** כלל משפטי הקובע שאדם מנוע מלטעון טענה בביהמ"ש.
           + השתק עילה - ביהמ"ש הכריע לגבי הפרת ההסכם אז אתה לא יכול (מושתק) מלהעלות טענה שלא הופר הסכם.
           + השתק שיפוטי - צד שהעלה טענה עובדתית לא יכול אחרי זה לתאר את העובדות באופן אחר.
           + השתק פלוגתא - ביהמ"ש הכריע בסוגיה במחלוקת בהליך נפרד אתה לא יכול לטעון את אותה סוגייה בצורה שונה ממה שהוכרע.
           + **השתק הבטחה** - לדוגמא אדם שהבטיח הבטחה שאין תמורה בגינה אבל הצד השני מסתמך עליה (לדוגמא וויתור על חוב - לא יכול לחזור בו מההבטחה הזו - מושתק מלטעון שהוא חייב לו) לא יכול לחזור בו מההבטחה.

יעשה שימוש בהשתק הבטחה כאשר מישהו במו"מ הבטיח משהו שלא השתכלל לחוזה. ניתן לטעון רק מנגד.

בארה"ב - השתק הבטחה מאפשר פיצויי הסתמכות.

* 1. **תום לב במו"מ ופגמים בכריתה:**
     1. כאשר ישנה עילה שמסדירה את הנזק שנעשה בשלב משא ומתן נשתמש בה על פני עילת תו"ל.
     2. תו"ל במו"מ ופגמים בכריתת חוזה - היחס בין תו"ל במו"מ לבין פגמים בכריתה - האם ישנה חפיפה ומה המשמעות של הסעדים? יש מקרים בהם החפיפה היא חלקית ויש מקרים בהם היא מלאה.
        1. טענות לפגם - טעות, הטעיה, כפיה ועושק.
           + טעות והטעיה - יכולים להיעשות בתו"ל.

טעות חד צדדית ללא ידיעת הצד השני.

הטעיה ברשלנות - קשה להגיד שיש הפרה של תו"ל.

הטעיה בהיעדר רשלנות - לא ברור שתמיד זה הפרת חובת תו"ל

* + - * + כפיה ועושק - תמיד נמצאים תחת הפרת תו"ל - חפיפה מלאה.
      1. במידה ושי חפיפה האם אפשר לתבוע גם וגם?
         * ניתן לתבוע גם וגם אם מתקיימים שני תנאים:

יש גם עילה בגין פגם בכריתה וגם הפרת תו"ל.

נותר נזק שלא תוקן עקב הביטול- סעד הביטול לא מספק.

* + - * + מה לגבי מקרה בו למרות הנזק אני לא מעוניין לבטל? יהיה קשה להוכיח נזק אם הוא לא רוצה לוותר. אבל עדיין אפשרי לטעון לחוסר תו" במו"מ.
  1. **סטנדרט אובייקטיבי או סובייקטיבי**
     1. הסטנדרט הוא אובייקטיבי:
        1. משתמע מלשון הסעיף – "בדרך מקובלת".
        2. מדיניות - קביעת נורמות כלליות ולא נורמות מופשטות.
     2. בחינה מחודשת של סובייקטיביזציה של תו"ל - התחשבות בסוגי הצדדים:
        1. פערים בתחכום
        2. פערים בכוח המיקוח
           + האם במקרים כאלה המדד לא יהיה אובייקטיבי באופן מוחלט?
  2. **פירוש חובת התו"ל לאור התפישות הנורמטיביות:**
     + 1. צדק הסכמי – הגישה בצדק הסכמי היא הגשמת רצון הצדדים ללא כפייה. לכאורה חובת תו"ל הלב היא כפייה לכן סותרת את הגישה. אבל אולי לא סותר מכוון שההנחה היא שרצון הצדדים שהמו"מ יתנהל בתו"ל.
       2. ניתוח כלכלי - אתה יכול להוציא כספים על המו"מ כי אתה יודע שתקבל אותן חזרה במידה והיה חוסר תו"ל
       3. צדק מתקן - לא משנה למה הייתה פרישה, אם הייתה הבטחה צריך לעמוד בה.
  3. **התנהגויות המהוות חוסר תו"ל:**
     1. מצג שווא.
        1. טרום חוזי – לבטל את החוזה, לקבל פיצויים שליליים.
        2. תניה חוזית – הפרה של החוזה עצמו, אכיפה.
     2. אי גילוי של פרט -
        1. לפי עקרון חובת הגילוי הוא רק לגבי מקרים בהם לא צריך להתאמץ כדי לבדוק את הגילוי.
        2. יש מקרים בהם יש השקעה רבה כדי לגלות דברים ולכן לא בהכרח קיימת חובת גילוי.
           + ספקטור נ צרפתי – האם ישנה חובת גילוי לגבי כמות הדירות שאפשר לבנות על השטח כאשר הקונה הוא קבלן מתוחכם שיכול לבדוק את הדברים לבד (דעת מיעוט השופט אשר – הייתה חובת גילוי).
     3. אשם בהתקשרות - צד בהסכם מונע באופן מכוון את האפשרות של הצד השני לבצע קיבול ובכך מונע את האפשרות לכריתת חוזה.
     4. פרישה בלתי מוצדקת מהמו"מ - **פס"ד זזוננשטיין נ' גבסו** (מיעוט ברק)- זוג שחתם על זכרון דברים - העסקה התפוצצה והם ביקשו פיצויים על כך. למה המשא ומתן התפוצץ? בגלל שהחברה ביקשה שהמחיר האמיתי לא יופיע בחוזה (מיסים). צד שאומר שהוא פורש בגלל שהצד השני מסרב לבצע משהו לא חוקי זה הפרה של תום לב. פרישה מאוחרת תיחשב לחוסר תום לב תקרה רק במקרים מאוד קיצוניים, (גורר את המשא ומתן ליום האחרון ומעלה לך את המחיר כך שיהיה לצד אחד לצאת מהמשא ומתן).
     5. ניהול מו"מ סרק – **פס"ד קל בניין -** עריית רעננה יצאה במכרז עם 10 חברות בניין וקל בניין בתוכם הגיעו לשלבים סופיים ובסוף העירייה חתמה חוזה עם חברה שלא השתתפה במכרז. ההפרה של חובת תום הלב הייתה בכך שהם חתמו עם חברה שלא השתתפה במכרז- הפרו את כללי המשחק של עצמם. נותן ייתרון לחברה שלא השתתפה במכרז ולא הוציאה הוצאות השתתפות..
  4. **תרופות בשל הפרת עקרון תו"ל**
     1. בדר"כ פיצוי שלילי
        1. פיצוי בגין מניעת רווחים - יכלו להתקשר בחוזים נוספים.
        2. פיצוי בגין הוצאות ניהול משא ומתן
     2. לעיתים שהמו"מ כמעט הבשיל לכדי חוזה יגיעו פיצוי חיובי (פס"ד קל בניין).
        1. בפסיקה הורחב לאכיפה (דעת מיעוט של ברק - זוננשטיין נגד גבסו (מיעוט ברק) - לדרוש אכיפה של ההסכם).
  5. היחס בין סעיף 12 לחוק החוזים לבין סעיף 8 לחוק המקרקעין
     1. סעיף 8 רוצה להבטיח את הרצינות של הצדדים
     2. חובת תו"ל יכולה להתגבר על דרישת הכתב.
        1. **בפס"ד קלמר נ' גיא** – לגבי דרישת הכתב, קיימות 2 גישות שם – השופט ברק קבע כי עקרון תום הלב מנצח את הדרישה בכתב, ואילו השופט זמיר שאסופת מסמכים מרככים את הדרישה בכתב, אבל לא שעקרון תום הלב מנצח את הדרישה בכתב. ולכן אנו נראה שימוש בסעיף 39 להתגבר על חובות אחרות גם במקומות שיש דרישות צורניות או פרוצדרליות להביא למימוש הזכות.

# תרופות בשל הפרת חוזה

1. **מבוא**
   1. הפרת חוזה - תרופות כלליות:
      1. **אכיפה**
      2. **ביטול והשבה (מגיעים תמיד יחד)**
      3. **פיצויים**
      4. **תרופות ספציפיות** - אלו סעדים עצמאיים שאין צורך ללכת לביהמ"ש כדי לקבל אותם - במידה ויהיה שימוש לא כדין של הסעד יהיה רשות לנפגע לתבוע על שימוש בסעד עצמי שלא כדין.
         1. עכבון ס' 19, ס' 11 לחוק המיטלטלין, ס' 5 לחוק חוזה קבלנות. דוגמה השארת רכב המוסך עד שבעלי הרכב יחזיר את הכסף למוסך.
         2. קיזוז - ס' 20 לחוק החוזים (תרופות). לקזז מהכסף שאני חייב לאדם על החוב שהוא חייב לי.
         3. ניכוי מחיר - ס' 28 לחוק המכר. מוצר פגום, הקונה יכול לשלם פחות כי המוצר הוא לא מאה אחוז.
         4. ביטול - לאדם יש אפשרות לבטל חוזה במידה וישנה הפרה יסודית. אם אין הפרה יסודית עצם הביטול הוא הפרה.
   2. אפשר לבקש כמה סעדים יחד כול עוד אינם סותרים זה את זה.
      1. ביטול והשבה ואכיפה - ביטול ואכיפה סותרים אחד את השני.
      2. ביטול ופיצוי - אפשרי יחד
      3. אכיפה ופיצוי - אפשרי יחד
2. **ברירת הקיום של הנפגע**
   1. כאשר מופר חוזה הנפגע צריך לבחור בין סעד הביטול לסעד האכיפה. לעיתים תביעת פיצויים בלבד.
   2. ישנה אפשרות נוספת **ברירת קיום**  - סעד עצמי (טענה משפטית) – הגדרה: נפר חוזה מחליט שהוא לא מקבל את זה שהחוזה הופר והוא ממשיך לקיימו באופן חד צדדי. משלים את החיובים שלו ויכול לתבוע את מלוא החיובים של הצד השני.
   3. אדם שמשתמש בברירת הקיום עושה מספר דברים:
      1. המשך קיום של החוזה באופן חד צדדי - לדוגמה: כאשר החיובים שלו הם חיובים בפועל והחיובים של הצד השני הם חיובים כספים.
      2. תביעת תמורה מלאה.
   4. היתרונות של ברירת קיום:
      1. אין חובה להקטין את הנזק – מכוון שהוא מבצע את החוזה
      2. יתרון ראייתי - לא צריך להוכיח נזק מכוון שהוא קיים. לעומת הוכחת נזק כאשר בוצעו החיובים.
   5. דוגמאות:
      1. **פס"ד איחוד בתי הספר טכניקום נ' אלדר-**
         1. האבא מפר הבית הספר נפר.
         2. למה בית הספר מתעקש שיכל להשתמש בברירת קיום- בגלל חובת הקטנת הנזק, שלא יגידו שהם היו יכולים להכניס תלמיד אחר. אם זה היה פיצוי הייתה עלולה להיות חובה להקטנת הנזק.
         3. ביהמ"ש פסק כי לא הייתה ברירת קיום משום שהיה כישלון תמורה מוחלט. הילד לא באמת קיבל כלום, קיום החוזה לא יכול להיעשות באופן חד צדדי בגלל שיש צורך בשיתוף פעולה עם האבא והילד.
      2. **White v mcgregor** - פרסום על פחי זבל של מוסך. המוסך לא רצה את הפרסום לאחר יומיים מחתימת החוזה. המפרסמים בכל זאת קיימו את ההסכם ודרשו את כל הכסף עקב הפרסום. דעת הרוב קבע שהחוזה לא בטל והיה מותר להמשיך בפרסום מכוון שלא היה למוסך זכות ביטול.
   6. **מקרים בהם לא ניתן להשתמש בברירת קיום:** 
      * 1. **יש צורך בשיתוף פעולה**: במקרה של חיובים שדורשים שיתוף פעולה בין הצדדים אין אפשרות להשתמש בברירת קיום.
        2. **אין אינטרס לגיטימי בהמשך הקיום** - לדוגמה: אמונה סבירה שהמפר בסוף יקיים את החוזה. בנוסף, אינטרס עודף בקשר לאינטרס החוזי או חשש לא לקבל פיצויים.
           + אמונה סבירה שהצד השני ייקיים את החוזה יכולה להיות אינטרס לגיטימי
           + בית הלורדים יישם את החריגים - אדם שכר סירה לשנתיים ורצה להפסיק את החוזה לאחר שנה, חברת הספנות השאירה את הספינה במזח. בית הלורדים קבע שלא היה אינטרס לגיטימי להשאיר את הספינה המזח ולכן אפשר לדרוש פיצויים על הפרת חוזה וזה אומר שיש חובת הקטנת נזק.
   7. **בעיות בברירת הקיום:**
      1. פוגע בעיקרון הקטנת הנזק- ברירת הקיום בעצם מבטלת את הצורך של אדם להקטין את הנזק שלו. במידה ובן אדם ממשיך לבצע חיובים למרות הפרת החוזה של הצד השני הוא עלול להגדיל את הנזק שיגרם לו מהחוזה.
      2. עקיפת דיני האכיפה - אתה מאפשר לצד באופן עצמאי לבצע אכיפה. אפשר להגיד שהקושי נפתר מכוון שביהמ"ש יצדיק ברירת קיום רק כאשר יש קיימת זכות לאכיפה.
      3. מכביד על המפר - מטיל על המפר חיוב שהוא לא מעוניין בו ואולי היה מעדיף להביא פיצוי. הפתרון לכך הוא שרק אם יש לצד השני יש אינטרס לגיטימי תתאפשר ברירת קיום ואז הגיוני להכביד מעט על המפר.
         1. **פס"ד אגד מ' אדלר -** אדלר מבקש את כל המשכורת שהייתה מגיעה לו בזמן שלא עבד.
            * לכאורה צריך שיתוף פעולה אבל ביהמ"ש לא משתמש בחריג הזה, ביהמ"ש טוען שהסיבה שאין אכיפה זה משום שאכיפה לא צודקת בנסיבות העניין כי אדלר לא הקטין את הנזק.
3. **אכיפה** 
   1. **הגדרה:** צו סילוק כספי, צו עשה או צו לא תעשה לרבות צו לתיקון תוצאות ההפרה או לסילוקן.
   2. **מטרת הסעד**: להביא לקירוב מריבי למה שהיה אמור לקרות מלכתחילה. בדין הישראלי הסעד הוא ברירת המחדל. במדינות המשפט המקובל פיצויים הוא ברירת המחדל.
      1. כאשר לא ניתנת אכיפה (עקב החריגים) ננסה לעשות אכיפה בקירוב ע"י פיצויים כספיים (פיצויים קיום ששוקלים מבחינה כלכלית לאכיפה).
      2. בחוזה של חיובים כספיים קיום ואכיפה הם חופפים.
   3. **מתי עדיף סעד האכיפה?**
      1. **כאשר פיצויים אינם מפצים כראוי.**
         1. ביצוע פעולה מסוימת יניב הזדמנות עסקיות או פרסום שקשה להוכיח.
         2. פיצויים לא מפצים כאשר הנכס הוא ייחודי - אכיפה היא הדרך היחידה לפצות אותי כי אין תחליף שווי ערך.
            * לא בהכרח אין משהו שווה ערך(המון דברים כן ניתן לתת מחיר שבעדם אדם היה מסכים לוותר על החוזה), אבל יהיה קשה להעריך .
            * בירור השווי הסובייקטיבי הוא יקר וגם עלולה להיות טעות ולכן אכיפה היא מדויקת יותר.
         3. כאשר הנכס לא ייחודי - יש שוק ולכן ניתן להעריך את ההוצאה העודפת עקב הפרת החוזה (ס' 11 לחוק החוזים תרופות). דוגמה- קניית מחשב ב5000 שקל ואז בוטל החוזה, אם אחר כך מצאתי במחיר של 6000 את אותו מחשב אז הפיצוי שלי יהיה 1000 ₪ ללא הוכחת נזק.
         4. הוצאות שירדו לטמיון (לדוגמה- איתור הנכס, בזבוז זמן).
         5. קשיי הערכה של סוגי פיצויים- יוביל לחוסר דיוק בנוגע לפיצוי שמגיע לי ואף להפסד.
         6. נזקים ספקולטיביים (לדוג' הסיכוי להצליח לסגור עסקה).
      2. **צדדים לחוזה מעדיפים אכיפה**
         * + לטענת שוורץ - הנחה שלרוב אנשים יעדיפו פיצוייםולכן אם מישהו מעדיף אכיפה למרות שזה לא סעד כול כך טוב אז צריך להתחשב בזה.אם התובע מבקש אכיפה סימן שהפיצוי לא מספק.
         1. הנפגע בדרך כלל יעדיף פיצוי כי אכיפה זה אקט אלים מול המפר ואתה לא רוצה לפגוע ביחסים שלכם. פיצוי לא כרוך בהרבה כאב ראש, אכיפה לעומת זאת כרוכה בזמן לפעמים ארוך וגם בעלויות פיקוח. ואם הפיצוי מלא זה שווה ערך לאכיפה. לעיתים יהיה גם פשוט יותר לתבוע פיצויים- רק צריך להוכיח את הנזק.סיבות מדוע אנשים יעדיפו פיצויים:
            * אכיפה כרוכה בהוצאת פיקוח
            * רוב האנשים לא ירצו להיות חוזה עם צד שכפו עליו (מבטיח יהיה עוין).
            * יותר פשוט לתבוע פיצויים
            * ביהמ"ש לא יודע מה עדיף (פיצוי או אכיפה) לבן אדם בהרבה מהמקרים.
         2. אכיפה נותנת פתח לסחטנות
            * לדעת שוורץ החשש לסחטנות לא משמעותי עקב הסיבות להעדיף פיצוי.
      3. **סעד האכיפה מפחית עליות מו"מ** –
         1. מבטיחים יעדיפו במעמד הכריתה סעד של פיצויים בגלל הפרה יעילה.
         2. אכיפה עלולה למנוע הפרה יעילה - אך היא לא מונעת הפרה יעילה במקרה בו יש מו"מ מאוחר בו ניתן לקבוע פיצוי גבוהה יותר על מנת לא לאכוף את החוזה.
         3. אכיפה זה פחות טוב לשני הצדדים, המוכר עלול להעלות את מחיר החוזה כדי למנוע את האפשרות שהאכיפה לא תהיה יעילה.
      4. סעד האכיפה מפחית עלויות לאחר ההפרה ופיצויים מוספים הוצאות.
   4. **יתרונות יעילות של האכיפה:**
      1. **מניעה של הפרות לא יעילות -** אכיפה שומרת על זה שלא יהיו הפרות לא יעילות כשיש פיצוי חסר. כשיש פיצוי חסר, המפר ידע שהפיצוי שהוא נותן עלול להשתלם לו מכוון שהוא חסר.
      2. **הוצאות מו"מ –** צדדים יכולים להתגבר על קשיי הערכת הנזק באמצעות פיצוי מוסכם מה שמגדיל את הוצאות המו"מ. במידה ויש אכיפה אין צורך בפיצוי מוסכם מכוון שאין צורך להעריך נזק באכיפה.
      3. **לא מעודד הפרה –** לעומת אכיפה פיצוי מוסכם עלול לעודד הפרה ע"י הצד שיקבל את הפיצוי.
      4. **חיסכון בהערכת שווי הנזק**
   5. **חסרונות:**
      1. **קשיי פיקוח** (קורה כאשר ביהמ"ש קובע אכיפה).
         1. על מי כדאי לשים את עלויות הפיקוח -
            * גישה 1: על המפר - יכול להעריך את הסיכוי שיפר ולכן יחשבו על עלויות הפיקוח.
            * גישה 2: נפגע ההפרה - בוחר אם אכיפה או פיצוי ולכן הגיוני שהוא יישא בעלויות האכיפה.
4. **חריגים לתרופת האכיפה**
   1. **החריגים:**
      1. החוזה אינו בר ביצוע
      2. כפיה לעשות או לקבל עבודה לשירות אישי
      3. אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד ביהמ"ש
      4. אכיפה לא צודקת בנסיבות העניין
   2. **החוזה אינו בר ביצוע –** מניעה פיזית או משפטית.
      1. מניעה פיזית - לדוג' סיפוק אבנים מהירח אבל בוטלה הטיסה
      2. מניעה משפטית – לדוג' בניית בניין שאסור מבחינה משפטית לבנות בשטח.
      3. חוזה הכולל מנגנון השלמה למילוי פרטים שלא מומש - לדוג' שמאי מוסכם - והשמאי לא עשה את עבודתה אי אפשר לאכוף.
      4. היחס לסיכול - מקרים בהם החוזה בטל בלי אשמה של הצדדים. לא תהיה אכיפה כי החוזה לא בר ביצוע אבל וגם לא יהיו פיצויים.
         1. צריך לשים לב להבדל בין חוזה שלא בר ביצוע והיה אפשר לצפות מראש ולכן יש אשם לבין חוזה שלא בר ביצוע ולא היה ניתן לצפות את זה מראש.
         2. לדוגמה ביטול חוזה ביטוח לסיכון שחלף מן העולם (לדוגמא ביטוח לרכב יבוטל כאשר אין לי יותר רכב).
      5. אם חוסר האפשרות לבצע היא תוצר של ההפרה של הצד השני - לא ייחשב הפרה כלל (לדוג' המזמין התחייב להשיג רישיונות). אי אפשר במקרה הזה לתבוע אכיפה וגם לא פיצויים. ההפרה של הראשון גרמה להפרה של השני.
         * + 43 (א)(2) לחוק החוזים (החלק הכללי) – אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה – עד שיקויים החיוב.
   3. **כפיה לעשות או לקבל שירות אישי**
      1. אופן השירו צריך להיות **אישי.** חוזה שמישהו יגיע לתקן לי את הכיור או לא בהכרח אישי כי אין זהות לאדם שמתקן לעומת זאת חוזה שמדבר על זמר חתונה הוא חוזה אישי כי יש אדם ספציפי שאני רוצה שישיר.
      2. באופן עקרוני לא ניתן לאכוף על מעביד לשכור את שרותיו של עובד, חריגים (רק על מעביד):
         1. הריון, חופשת לידה.
         2. חוק חיילים משוחררים (החזרה לעבודה) אי אפשר לפטר חייל מילואים לאחר המילואים או בעקבות המילואים.
      3. הרציונל –
         1. לגבי העובד:
            * מניעת עבדות, לא הגיוני שנכריח מישהו לעבוד.
            * פטרנליזם - למה אי אפשר לאכוף על מעביד? מה יקרה לשכר של עובדים עם יהיה כפייה על מעביד להעסיק עובד? עלולה להיות ירידה בשכר ואם כך גם עובדים ממילא לא יעדיפו אכיפה על מנת שלא יורידו להם בשכר.
            * תועלת מהאפשרות לעבור מקומות עבודה.
         2. לגבי המעביד:
            * תועלת מהעבודה, מה יקרה לשכר של עובדים ברגע שנכבול את העובדים למעבידים? המעבידים עשויים להוריד את השכר כדי לגלם את הסיכון שלא יכלו לפטרם במשכורת של העובדים.
            * יעילות מקום העבודה - קשיי הוכחה בהפרת חוזה של עובד. קשה להוכיח שעובד הוא לא יעיל וכלן מעסיק עלול להיתקע עם עובד לא טוב.
      4. כפיה של חוזה קבלנות
      5. הגבלה על האפשרות לעבוד אצל מתחרים - במשפט הישראלי ניתן להגביל את העבודה אצל מתחרים במידה סבירה.
      6. האם המעביד יכול לתבוע על עשיית עושר- לדוג' עובד שעבר הכשרה והמעביד יתבע אותו על כך שהוא מתאשר עקב ההכשרה.
         1. כלל אי אפשר לתבוע על עשיית אושר אך יש לכך פתרונות - תנאי בחוזה שקובע שהעובד צריך לשלם על ההכשרה ו"יוותרו לו" על הכסף במידה ויעבוד שנה יוותרו לו על כך. לכן במידה והוא יתפטר לפני הוא יקבל קנס.
   4. **אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מטעם בית המשפט –** 
      1. הנטייה היום לצמצם את החריג הזה ולמצוא פתרון לפיקוח.
      2. הבעיה לרוב באכיפה היא כאשר החיוביים לא כספיים מכוון שחיובים כספיים מבוצעים ע"י הוצאה לפועל ואילו שאר הדברים הם מורכבים.
         1. עוניסון נ' דויטש - ניתן למנות כונס נכסים למימוש צו האכיפה - כלומר ביהמ"ש בתוך פס"ד קובע דרך לבצע את האכיפה.
      3. שיקול מדיניות- כלומר מדוע החריג הזה חשוב?
         1. עלול לפגוע בסמכות ביהמ"ש - אם אין פיקוח אנשים עלולים לזלזל בפס"ד של ביהמ"ש. הדבר החשוב ביותר לביהמ"ש הוא שהעם יכבד אותו ויקשיב להחלטותיו כי אחרת לא יהיה משמעות לפס"ד משפטיים. ולכן לא ניתן אכיפה במקום שביהמ"ש לא יכול לפקח ויינתנו פיצוי במקום.
         2. ידרוש משאבים חברתיים משמעותיים ביותר - גם במקרים בהם יהיה אפשר לבצע אכיפה לפעמים הפיקוח ידרוש משאבים חברתיים לא סבירים ולכן לא יהיה יעיל לבצע אכיפה ויהיה עדיף פיצוי.
            * אפשר לפתור את בעיית העלות באמצעות השתת העלות על הצדדים. יש בכך סכנה:

גילום הסיכוי לאכיפה במחיר החוזי - עלול לגרום למצב בו זה יפגע ביעילות ההסכם כי צדדים יגלמו את זה במחיר החוזי.

בעיית לימונים וקבלנים (לימון - סלנג לרכב משומש) מה יקרה לשוק רכבים יד שנייה אם לא יהיה אפשר לעשות בדיקת רכב לפני הקנייה. אנשים יהיה מוכנים לקנות ממוצע ואז כל מי שמעל הממוצע לא ירצה למכור את הרכב שלו וכך זה יוריד את מחיר השוק כל הזמן. הפתרון של שוק הלימונים הוא לדעת מה שווי הנכס ואז אנשים יקנו במחיר ההגיוני. כלומר הבדיקה פורת את הבעיה. כלומר אם נטל הפיקוח הוא על הצדדים זה עלול לגרום לבעיית שוק הלימונים מכוון שצד אחד לא יודע על מה הסיכוי שהצד השני יפר ולכן יכניס את הסיכוי להפרה במחיר החוזה.

* 1. **אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין -** החריג הכי מופשט, מה הופך אכיפה לבלתי צודקת?
     1. האכיפה מכבידה מאוד על המפר אבל הפיצויים מהווים תרופה סבירה : דוד נ' יאסין (אדמה לשתילת ציפורן)- (Peevyhouse v. Garland Coal Co..)
     2. אכיפה תביא למצוקה קשה וחמורה של המפר - מותנה בחוסר ידיעה של המפר על הדבר במועד הכריתה (אזימוב נ' בינמיני הילד של המוכרים נפטר והם הבינו שמכירת הדירה עלולה להוביל למצוקה קשה וחמורה. בגלל שהילד שנפטר לפני המכירה החריג לא פעל והיה חיוב של צו אכיפה).
     3. התנהגות הנפגע לא מצדיקה אכיפה
        1. אם הנפגע הפר את החוזה לפני אבל הוא לא בוטל. כלומר אם בוטל החוזה עקב הפרה לא יסודית לא תידרש אכיפה, למרות שביטול חוזה עקב הפרה לא יסודית הוא הפרה.
     4. הפחתת נזק בנסיבות קיצוניות ורק בחיובים כספיים- פס"ד אגד נ' אדלר
     5. השפעה על צדדים שלישיים - עסקאות נוגדות. למכור את אותה הדירה לשני אנשים. כאשר אדם מכר דירה לשני אנשים לא נבקש אכיפה על עוד הצד השלישי קנה את הדירה בתו"ל.

1. **המשמעות של אכיפה כברירת מחדל – נטל השכנוע**
   1. אין יותר מידי משמעות בגלל שבסוף גם באנגליה שברירת המחדל היא פיצויים תינתן אכיפה במקרים דומים.
   2. ההבדל המשמעותי הוא על מי **נטל ההוכחה**. אם ברירת המחדל היא אכיפה –
      1. **על המפר** הנטל לשכנע את ביהמ"ש כי התקיימו התנאים המחילים את אחד מן הסייגים השוללים את זכותו של הנפגע לאכיפה. ספק פועל לטובת הנפגע.
      2. אם ברירת המחדל היא פיצויים- **על הנפגע** (הניפר) הנטל להוכיח שיש לאכוף את ההסכם.
2. **סוגי אכיפה**
   1. **אכיפה חלקית ואכיפה בקירוב**
      1. **ביצוע בקירוב (cy pre's) -** ביצוע של החוזה בקירוב. ביהמ"ש מאפשר לאכוף הסכם דומה להסכם המקורי כאשר הנפר רוצה אכיפה אבל החוזה שהופר בלתי אפשרי.
         1. אייזמן נ' קדמת עדן – בהסכם היה צריך למכור להם דירה מסוימת אבל הדירה בסוף לא הייתה קיימת. ביהמ"ש קבע שיתנו להם דירה אחרת בעלת אותם קריטריונים בערך ולא פיצויים.
      2. **יתרונות** **של אכיפה בקירוב**:
         1. מונע ממפרים שמניסים לגרום לעסקה להיות בלתי אפשרית להתחמק מאכיפה.
         2. מונע מהנפר לעמוד על דברים קטנוניים או בלתי סבירים (ליטרת הבשר).
      3. **חסרונות של אכיפה בקירוב:**
         1. חיובים חדשים- נוגד את תפיסת חופש החוזי. כי ביצוע בקירוב יש סטייה ממפגש הרצונות הראשוני.
      4. **מתי יתבצע ביצוע בקירוב?**
         1. ביצוע בלתי אפשרי (פס"ד קדמת עדן)
         2. שירות אישי - חשמלאי חולה אז מגיע חשמלי אחר ולכן זה ביצוע בקירוב.
         3. אי יכולת פיקוח של ביהמ"ש - לבצע בקירוב כדי למנוע עלויות פיקוח.
         4. אכיפה מדויקת תגרום אי צדק.
         5. בעיות במנגנוני השלמה - לדוג' יקבע איזה שטח יימכר ע"י שמאי ולמרות שלא הצלחתם להחליט עם שמאי איזה שטח יימכר ביהמ"ש יקבע.
         6. סיכול - אם יש דרך לבצע את החוזה ובכך למנוע את הסיכול.
         7. אי חוקיות - לפתור את אי החוקיות בחוזה ע"י ביצוע בקירוב. בהנחה שלפחות אחד הצדדים מעוניין.
   2. **אכיפה בתנאים ושיערוך ס'4**
      1. ביהמ"ש יכול לקבוע סעד אכיפה אבל הוא יכול לדרוש לכך תנאים ואף לעשות שיערוך למחיר החוזי. לדוג' - אם הנפר שמבקש הפרה הפר בעצמו - ניתן להתנות אכיפה בתשלום פיצויים.
      2. מתי ביהמ"ש יכול להתנות את האכיפה בביצוע חיובים של הצד שמבקש אכיפה? רק כאשר **החיובים תלויים** ולא כאשר הם עצמאיים.
      3. הבחנה בין חיובים תלויים ועצמאיים -
         1. **חיוב עצמאי-** חיובים שהצדדים לוקחים על עצמם שלא תלויים אחד בשני. אם ישנו חיוב שלא מצריך שיתוף (עצמאי) פעולה אין צד אחד יכול להתנות את ביצוע החיוב שלו בקיום החיוב של הצד השני.
         2. **חיוב תלוי**- שלובים, חלים כאשר התשלום הוא תנאי מקדמי לביצוע החיוב. ניתן להתנות את ביצוע החיוב בתנאי שהצד השני מקיים את החיוב שלו.
      4. **בדרך כלל יהיה שיערוך:**
         1. במידה והקונה מפר -
            * המוכר זכאי לתשלום עם שיערוך -שיערוך אוטומטי לפי סעיף 11 - כלומר את המחיר של הממכר בזמן פס"ד ולא בעת כריתת החוזה.
            * לפי סעיף 10 מגיעים לו פיצויים אם הייתה הזדמנות עסקית אחרת שהפסיד.
            * עשיית עושר - שימוש של הקונה בכסף שהוא היה אמור להביא למוכר.
         2. במידה והמוכר מפר
            * הקונה רוצה את הנכס במחיר שהיה בעת כריתת החוזה
            * לרוב גם עם המוכר הוא זה שהפר יש אפשרות לשיערוך בגלל חשש לעשיית עושר שלא במשפט (עניין קדמת עדן – למרות שהמוכר הפר הוא קיבל שיערוך).
3. **סעד ביטול והשבה** 
   1. **מבוא**
      1. ביטול היא התרופה החלופית לאכיפה
      2. ביטול היא גם תרופה לפגמים בכריתה מלבד הפרת חוזה.
   2. **הפרה רגילה ויסודית**
      1. כל הפרה יכולה להוביל לביטול:
         1. **הפרה יסודית** - זכות הביטול היא אוטומטית ומיידית. צריך לבטל תוך זמין סביר מרגע גילוי ההפרה.
         2. **הפרה לא יסודית** - ניתן לבטל לאחר שניתנה הזדמנות לתיקון ההפרה ומרגע שעבר הזמין הסביר למתן ארכה הנפר רשאי לבטל את החוזה.
   3. **הפרה יסודית -**סוגי הפרה יסודית:
      1. **הפרה יסודית מסתברת** - ניתן להניח שהאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו היה יודע שתתקיים ההפרה.
         1. **פס"ד ביטון נ' פרץ:** עסקאות שרשרת שהשפיעו אחת על השנייה - האם המפר היה צריך לקחת בחשבון את מה שיקרה לעסקאות הבאות בשרשרת עקב ההפרה שלו או רק על העסקה אותה הפר?

א' רוכש דירה מב' ומתחייב לשלם מקדמה ב- 1/1

ב' רוכש דירה מג', ומתחייב לשלם מקדמה ב- 3/1

ג' רוכש מד', ומתחייב לשלם מקדמה ב- 5/1

ניתן לראות שפס"ד הדין יכול להיות שלצד אחד ההפרה לא תראה מהותית (לדוג' איחור ביום ממועד התשלום ולצד השני היא תהיה מהותית מאוד.

* + - * + ברנזון – האדם הסביר הוא הנפר, אבל בודקים את היסודיות של ההפרה רק לאור מה שהוא והמפר ידעו בעת כריתת החוזה. אם המפר לא ידע על החוליה הבאה בשרשרת, אז אומנם הפגיעה היא תוצאה של ההפרה, אבל הוא לא יכול היה לראות אותה במועד הכריתה ולכן לא בהכרח תחשב יסודית. כלומר אם איחור ביומיים לא יחשב הפרה יסודית עם לא היו את החוליות בשרשרת אז גם אם היו חוליות בשרשרת שנפגעו אבל המפר לא ידע על כך ההפרה לא תהיה יסודית.
        + ויתקון – השאלה היא לא לגבי הצדדים אלה שואלים לגבי האדם הסביר – הידיעה של האדם הסביר היא ידיעה כללית ולא של מפר או נפר ולכן הדברים שעלולים לקרות הם דברים שהיו על פני השטח ולא דברים שצד אחד שמר לעצמו.
        + כהן ושמגר: האדם שהסביר שהיה צופה את התוצאות הסבירות של ההפרה ולא את התוצאות בפועל. כלומר איחור ביומיים ישפיע על תוצאות ההפרה (לדוג' ביטול חוזה אחר בהמשך לחוזה הקיים) אבל הוא לא תוצאה סבירה של ההפרה.
    1. לסיכום: מה נשאל את עצמנו כאשר ישנה הפרה יסודית מסתברת?
       1. האם המפר ידע או היה עליו לדעת על תוצאות ההפרה ועל הנזק שנגרם בפועל
       2. האם התוצאה בפועל היא תוצאה מסתברת של ההפרה
       3. האם הנזק הוא תוצאה סבירה של ההפרה.
    2. **הפרה יסודית מוסכמת** - הפרה שהוסכם שתחשב יסודית.
       1. קביעה כי כל התניות יסודיות אינה תקפה אלא אם קבע בית המשפט שזה סביר. אם בוטלה תניה גורפת ע"י ביהמ"ש עדיין יכולות להיות תניות ספציפיות ועדיין ניתן להוכיח הפרה יסודית. כאשר כל ההפרות על אותו מישור ובאותה רמת חומרה ביהמ"ש יכול להחליט שהתניה סבירה.
          - למה לא לתת לצדדים אפשרות לקבוע תניה גורפת?

עשוי להטעות מפר - **מזור נ' וחידי -**  צד אחד לחוזה הכניס תניה גורפת כאשר הצד השני לא מבין את המשמעות של מה הכוונה הפרה יסודית ומה הנפקות של הפרה שלה.

קביעה עונשית – ביהמ"ש לא מעניש על הפרות, אלא מתמקד בריפוי. אם הפרה יסודית נקבעת ללא אבחנה, כמו גם כאשר הפיצוי המוסכם מוגזם (ס' 15)– החוק שולל אותם.

* 1. **ביטול הפרה רגילה:** זכות מותנת ומגבלת
     1. נפגע ההפרה זכאי לבטל חוזה במקרה של הפרה רגילה אולם הזכות מוגבלת ומותנת.
        1. הזכות לביטול עקב הפרה רגילה מותנת בכך שלאחר ההפרה ניתן למפר **ארכה** לקיים את החוזה והוא לא קיים תוך זמן סביר ממתן הארכה.
           + ניתן לפרש "זמן סביר" במספר דרכים -

מנקודת המבט של המפר - זמן סביר הוא הזמן שנדרש לתקן את ההפרה.

מנקודת מבט של הנפר- זמן סביר מתייחס לתוצאות של ההפרה.

מסקנה: יש לעשות שילוב של השניים בעת ההחלטה על זמן סביר.

* + - * + סביר - סטנדרט אובייקטיבי.

זמן סביר לתיקון ההפרה- סטנדרט אובייקטיבי. ד"ר פלד טוען שצריך לעשות זאת תוך שילוב של נקודות המבט של שני הצדדים.

* + - 1. מדוע יש חובת הודעה תוך זמן סביר? חובת ההודעה תוך זמן סביר תאזן את האינטרס של המפר שידע שהחוזה ממשיך להתקיים, כלומר אדם שמפר חוזה יידע שיש זמן סביר לנפר להודיע על ביטול ואם לא הודיע החוזה ממשיך להתקיים.
      2. מתי הביטול לא צודק: כאשר ההפרה קלה, והסיבה שלא תוקנה ההפרה היא בתום לב ופיצוי יהיה הולם. גם זכות הביטול כפופה לעיקרון תו"ל.
  1. **ביטול עקב הפרה יסודית**
     1. הודעת ביטול עקב הפרה יסודית צריך לתת תוך זמן סביר.
     2. מה קורה במידה ולא הועברה ההודעה תוך זמן סביר? ההפרה הופכת ללא יסודית (רגילה) ולכן ניתן לתת ארכה לתיקון ההפרה למפר. אם התיקון לא מתקיים תוך זמן סביר אז חוזרת לך הזכות לביטול (נוצר מצב בו הפרה יסודית הפכה להפרה רגילה עקב כך שהנפר לא הודיע תוך זמן סביר).
  2. **דרך הביטול**
     1. ביטול חוזה הוא בדרך של **הודעה תוך זמן סביר**, אלא אם יש דרך ביטול אחרת בחוזה.
        1. הצדדים יכולים להתנות על דרך מתן ההודעה**.**
        2. יש במקרים בהם הודעת הביטול תהיה התביעה עצמה.
  3. **סוגי הביטול** – ביטול מלא, ביטול חלקי, ביטול בתנאים
     1. **ביטול חלקי -** החוק מגביל את זכות ביטול לעיתים לביטול חלקי**.**
        1. *"ניתן החוזה להפרדה לחלקים והופר אחד מחלקיו הפרה שיש בה עילה לביטול אותו חלק, אין הנפגע זכאי לבטל אלא את החלק שהופר; היתה בהפרה גם משום הפרה יסודית של כל החוזה, זכאי הנפגע לבטל את החלק שהופר או את החוזה כולו"*
        2. **פס"ד בנישתי- כשמדובר בחוויה לא ניתן את החוזה כי הוא על חוויה כוללת. אפשר לראות את זה בגישה נוספת שזו הפרה יסודית מכוון שהצד הנפר לא היה מתקשר מכלתחילה בחוויה חלקית.**
     2. **ביטול בתנאים** - **ארגמן נ' ברנפלד:** השופט לוין- פוסק ביטול אלא אם כן במהלך 6 חודשים יתקנו את ההפרה וישלמו פיצוי. לוין שינה את סעד הביטול מסעד עצמי לסעד שבית המשפט יכול התערב בו ולתת בעצמו ארכה נוספת.

1. **השבה על פי חוזה –** תוצאות הביטול:
   1. **השבה הדדית** – כל צד מחזיר לצד השני את מה שקיבל. ההשבה יכולה להתבצע בעין ויכולה להתבצע על ידי השבת שווי ריאלי.
   2. **המטרה:** מניעת התעשרות לא השבת המצב לקדמותו.
   3. **השבה בעין:** כאשר מדובר בנכס ממשי החזרת הנכס ולא השווי שלו.
      1. **מתי לא ניתן לעשות השבה בעין:**
         1. השבה בעין בלתי אפשרית - לדוג' השבת שירות אישי (ג'יני לא יכולה להחזיר לבובי את הסנדה שהיא השתתפה).
         2. השבה בעין בלתי סבירה - לדוג' לפרק בניין כדי להשיב צינורות.
         3. הנפגע בחר בהשבת שווי
            * **פס"ד בנישתי נ' ששון –**

בייסקי - אין השבה מכוון שהטיול שקיבלו הוא אינו הטיול שהובטח להם על פי החוזה.

איילון דעת מיעוט- הם קיבלו משהו מתוקף ונהנו ממנו גם אם זה לא מה שהם רצו החוזה ולכן צריכה להיות השבה.

* 1. **השבה לצד ג'**
     1. זוכה, חייב ונושה – האם קיימת חובת השבה לחייב למרות שהכסף הגיע לזוכה? התשובה לכך חיובית - החייב צריך להשיב למרות שהכסף לא הגיע אליו אלא הגיע לזוכה מכוון שנוצרה לו טובת הנאה של ביטול החוב כלפיו.

הזוכה מקבל את הכסף

הנושה – משלם לזוכה

החייב - מתחייב בפעולה מסוימת

* + - 1. דוגמה: **סוכנויות נ' טרבלוס:** מפס"ד עולה השאלה האם חברה בע"מ שהפרה את החובה החוזית שלה מחייב גם את הבעלים?
         * החייב – הבעלים של החברה, הנושה – טרבלוס, הזוכה – החברה.
         * כהן – שניהם חייבים למרות שזו חברה בע"מ כי שניהם התחייבו, יחד ולחוד.
         * ברק – שניהם חייבים, אך לא יחד ולחוד, אלא בגלל שהבעלים של החברה נהנה מהסכם.
    1. האם יהיו מקרים בהם הזוכה יהיה חייב בהשבה?
       1. **דנ"א בייזמן השקעות בע"מ נ' בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ** - נגה בעלים של נכס. פלונית הזייפנית מזייפת את חתימתה של נגה ומוכרת את נכסה מול חליווה. בנק משכון ממן את המשכנתא לחליווה ומשלם בעצם על הנכס. בייזמן רוצה לרכוש את הנכס מחליווה והוא מסלק את המשכון שבנק משכון שילם על הנכס מגלים שהעסקה היא תרמית- פלונית נעלמה. אין ספק שהנכס של נגה ואי אפשר לקחת אותו ממנה. חווילה (החייב) פושט את הרגל הם חובת ההשבה עוברת לבנק (הזוכה)?
          - הנכס לא היה קיים ולכן הכסף שהועבר לבנק היה עקב פגם של טעות בכריתה. לכן הזוכה חייב בהשבה כי הוא קיבל את הכסף שלא כדין לכן הזוכה חייב להשיב מתוקף עשיית עושר שלא במשפט.

1. **התנאה על זכות ההשבה**
   1. **התנאה על קיום זכות** – הצדדים לחוזה יכולים להחליט שלא קיימת זכות השבה – לכאורה לא מסתדר מכוון שזה סותר את הדין הקוגנטי, אך לא בהכרח מכוון שאם אין זכות השבה אבל אפשר לדרוש פיצויים אז זה הגיוני.
   2. **התניה על סוג ההשבה:** השבה בעין או השבת שווי - להתנות שאפשר להשיב רק שווי ולא בעין.
      1. למה שמישהו ירצה להתנות על השבה? **כאשר הפיצוי גבוה מההשבה** לדוג' חוזה הפסד.
2. **גובה ההשבה-** שווי ריאלי מול שווי חוזי
   1. **דוגמה:**  קבלן נכנס לחוזה ועושה 80 אחוז מהעבודה המחיר החוזי הוא 100 אבל העבודה עלתה לו 200. ושווי העובדה לאחר ביצוע מלא הוא 250. מה האפשריות ההשבה שעומדות לפניו?
      1. אופציה א – השבה של שווי ריאלי ולכן הנפר יביא לו 200 בעד העבודה
      2. אופציה ב' – 100 – הגין אינטרס הצפייה המלא – בעייתי כי עשה רק 80 אחוז.
      3. אופציה ג' – הנפר יקבל את הנכס יביא לו 80 בעד 80 אחוז ביצוע.
      4. אופציה ד' – השבה של 50 בגלל שזו ההוצאה שנחסכה לו עקב ההפרה.
   2. **סעיף 9 לחוק החוזים תרופות** - *"משבוטל חוזה, חייב המפר להשיב לנפגע מה* ***שקיבל על פי החוזה****, או לשלם* ***לו את שוויו של מה שקיבל*** *אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך; והנפגע חייב להשיב למפר* ***מה שקיבל על פי החוזה****,* ***או לשלם לו את שוויו של מה שקיבל*** *אם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה או שהנפגע בחר בכך"*
      1. ניתן לראות שלשון הסעיף לא קובעת חד משמעית האם יש עדיפות לסוג מסוים של השבה.
   3. **שווי ריאלי:** השבת השווי האמיתי של העסקה
      1. היתרונות בהשבת שווי ריאלי:
         1. השבת שווי ריאלי הכי קרובה להשבה בעין שהיא ברירת המחדל בחוק.
         2. השבת השווי הריאלי מעמידה את הצדדים במקום הכי טוב אלמלא החוזה כל צד משיב את מה שיש בידיו- שווי הריאלי לצד השני ועומדים מבחינה כלכלית במקום שהיו לפני ההתקשרות בחוזה- להשיב את המצב לקדמות- בעיה, **המטרה של השבה חוזית היא למנוע התעשרות ולא להשיב את המצב לקדמותו** ולכן הטענה הזו לא נכונה כי זה פשוט לא המטרה של ההשבה החוזית.
      2. חסרונות:
         1. יש מקרים בהם לא ניתן לתת שווי ריאלי: קיים דין מיוחד לנכסים ממשיים, במקרה של נכס ממשי קיימת זכות עקיבה- הזכות לעקוב אחרי גלגולם של הנכס. אם אדם מכר נכס והחוזה בוטל עקב הפרה ויש זכות להשבה בעין אבל הקונה גלגל אותו הלאה יש לי זכות לעקוב אחרי התמורה של המוכר ויש לי זכות לקבל את התמורה שהוא קיבל עבור הנכס- קיים רק ביחס לנכסים ממשים ולא ביחס לשירותים במקרה של שירות לא ניתן לתת שווי ריאלי. קבל בניין לא מוכר נכס הוא נותן את השירות שלו (בונה).
         2. למרות שהשבה בשווי ריאלי באה להתחקות אחר השבה בעין ישנם הבדלים. (כמו שיש הבדלים בין אכיפה לבין פיצויי קיום).
   4. **שווי חוזי –** השבה לפי הערך החוזי
      1. טיעונים בעד שווי חוזי
         1. **הקצאת סיכונים לפי החוזה** – שווי ריאלי גורם לכך שסיכונים שלקח על עצמו המפר יחייבו את הנפר ולכן זה לא טוב ועלול להעלות את המחיר החוזי.
            * התנהגות אסטרטגית - אנשים ינסו להיכנס לחוזה הפסד ברצון שתהיה הפרת חוזה. יש בזה פגיעה בצד השני להתמודד עם הסיכונים בצורה הטובה ביותר.
         2. **עידוד הפרה יעילה -** הרתעה מפני הפרה יעילה (יש אינטרס חברתי שיהיו הפרות במידה והן יעילות) - אם הקונה יחליט שהוא לא מעוניין (לדוגמה הוא יהרוס את המבנה כי הוא לא מה שהוא צריך) בנכס אחרי 80% הוא לא ירצה להפר מכוון שהוא יצטרך לשלם לקבלן כסף שהוא לא היה אמור להוציא.
            * פולר ופרדו – הקיום מוגבל בצפייה - לא ייתכן שאקבל בהשבה סכום גדול יותר מאשר הסכום אותו הייתי מקבלת עקב החוזה. לא אם הקבלן (הנפר) מתעשר עקב ההפרה זו תוצאה לא סבירה. לא הגיוני שהוא מקבל יותר מהכי טוב בוא יכול לקבל אם היה מבוצע הסכם.
            * קשר סיבתי – המפר מוגבל לנזקים אלמלא ההפרה – מה היה קורה אם המפר לא היה מפר את החוזה (היה לו הפסד של 150) לכן חישוב הנזק צריך להיות בהתאם.
      2. אין החלטה ברורה בפסיקה אבל כן נראה שכאשר ההתעשרות היא מהמפר לנפר נאפשר התעשרות והשבה ריאלית אבל כשהיא מהנפר למפר לא נאפשר.
3. **התעשרות מהפרת חוזה**
   1. איך הפרה יכולה לגרום להתעשרות?
      1. דוג' - שוכר דירה בחוזה – המחיר בחוזה הוא שקל ליום למרות שהמחיר בשוק הוא 10 שקל. נגמרה השנה והמשכיר לא פינה את הנכס (אין טענה של הכנס שוכרים אחרים) איך מחשבים השבה במקרה הזה? בפסיקה ההשבה צריכה להיות לפי השווי הריאלי כי לא ייתכן שהמפר התעשר על חשבון הנפר.
   2. **שני סוגים של השבה –** 
      1. השבה מה שקיבלתי בפועל עקב החוזה.
      2. השבה של ההתעשרות שלי עקב ההפרה (משהו שקיבלתי רק בגלל שהפרתי ולא משהו שקיבלתי עקב החוזה).
         * + ההתעשרות במקרה של השכירות זה העובדה שהוא לא נדרש לשלם שכירות של 10 שקל במקום אחר.
   3. **פס"ד ש.ג.מ חניונים –** המדינה הייתה בחניון בתקופת המלחמה ולא שילמה עליו – שני פתרונות מוצאים:
      1. נוצר חוזה ולכן יש חובת תשלום**.**
      2. המדינה חייבת לשלם לחניון על השווי ההוגן של השימוש במגרש עקב ההתעשרות מהשימוש בו (בחינם) ואי השימוש בחניון בתשלום אחר.
   4. מוכר שהתחייב למכור לקונה 1 ואז הפר את החוזה מול קונה 1 בזה שהוא מחר במחיר גבוה יותר לקונה 2 . המחיר לקונה 1 עולה 100 ולקונה שווה 200 ולקונה 2 שווה 300. האם קונה 1 יכול לתבוע להשבת הרווח שהשיג המוכר עקב ההפרה?
      1. **פס"ד אדרס** – חברה ישראלית שהייתה בחוזה עם חברה גרמנית לגבי קניית ברזל, החברה הגרמנית מכרה את הברזל במחיר יקר יותר לצד שלישי – בימה"ש קבע שהחברה הגרמנית חייב בהשבה של ההתעשרות מהברזל שמכרו לצד שלישי.
      2. זכות העקיבה- זכות על פי הדין האנגלי, הזכות של מי שהתחייבו כלפיו לספק נכס- לקבל את הנכס או לחלופין את התמורה עבור הנכס שהחייב קיבל. (זכות לעקיבה רק בנכסים ספציפיים: עבור נכס יש עבור פרחים שהתחייבתי לקטוף-לא)
      3. זכות בנאמנות, נאמן בעלים של נכס עבור אדם אחר. אפשר להגיד כשאני משלם לאדם אחר כדי למכור לי נכס הוא מחזיק בכספי כנאמן ואם הוא נאמן אז יש הסדר מיוחד שאומר שאני זכאי לרווחים שהנאמן עושה תוך יחסי הנאמנות. אם במסגרת יחסי הנאמנות הוא הפר את ההסכם שלו ומכר תא הנכס לצד שלישי אני זכאי לרווחים שהוא עשה- נאמנות קונסטרוקטיבית. המשפט יוצר פיקציה ובה נקבע שמישהו נאמן.
   5. חוזה לשמירה על נכס עם חברת שמירה - הם לא שלחו שומרים להשגיח על האוטו ולא קרה כלום. האם אתם זכאים להשבה על ההתעשרות של החברת שמירה מכך שקיבלו כסף למרות שלא שלחו שומרים? אפשר לקבל את הכסף בשני דרכים:
      1. השבה הדדית – קיבלתי 0 שירות לכן מחזירים לי את כל הכסף.
      2. עשיית עושר – התעשרת עקב הפרת ההסכם.
   6. **הבעיה בהתעשרות מחוזה**
      1. **הפרה חוזה כעוולה –** מצדיק את שלילת ההתעשרות מכוון שאני רוצה לתמרץ אנשים לא לעשות עוולות.
      2. **הפרת חוזה במקרים שהיא יעילה ולכן היא לא עוולה –** לפעמים הפרה היא יעילה ולכן סנקציה שגורמת לכך שלא תהיה התעשרות עקב הפרה של חוזה היא בעייתית כי היא עלולה לגרום למצב שבו לא יבוטלו חוזים לא יעילים.
      3. לדוג': חברה מטורקיה מוכרת ברזל. יש רוכש מישראל. ויש רוכש נוסף בטורקיה. והחברה המוכרת חייבת למכור לישראל, אב לפי שהברזל נשלח אומרת החברה הטורקית הרוכשת אני לא מוכנה רק לשלם יותר אלא יותר ממה ששווה לחברה הישראלית. המוכרת תגיד – אני ארויח מן ההפרה והחברה הישארלית לא תיפגע. (כי היא תקבל את שווי החוזה מהפיצויים שהמוכר תתן לה). לכאורה היינו יכולים גם לקיים את החוזה, המוכר היה מעביר את הנכס לבחרה הישראלית והישראלית תמכור לטורקים. אבל זה גם לא יעיל, כי אתה משנע נכסים רק כדי לקיים חוזים. למרות שעדיפה בודאי הפרה על פני קיום – זה הרעיון של הפרה יעילה. ואם נכריח את קיום החוזה – מחיר החוזה יגרום לכתחילה להיות גבוה יותר**.**
4. **סעד הפיצויים**
   1. **תכלית הפיצוי:** מוסדר בעיקרו בסעיף 10 "הנפגע זכאי לפיצויים בעד הנזק שנגרם לו עקב ההפרה ותוצאותיה.."
   2. מלבד ההסדר הללי של פיצויים יש הסדרי פיצויים נוספים:
      1. פיצוי ללא הוכחת נזק
      2. פיצוי מוסכם ס' 15 לחוק התרופות.
      3. פיצוי בעד נזק לא ממוני ס' 13 לחוק התרופות.
   3. מקובל לחשוב על פיצוי כהסדר שלא כפוף לשיקול דעת בשונה מאכיפה- אם זאת בפועל יש כפיפות לשיקול דעת מסוים. פעם היה מקובל לחשוב שבית המשפט צריך רק לחשב את הנזק אך היום ברור שיש שיקולים כמו:
      1. צפייה של הנזק
      2. חובת הקטנת הנזק
      3. סיבתיות
      4. אשם תורם
      5. וודאות הנזק (לדעת שהנזק עלול להתרחש).

בפועל זו יוצר שיקול דעת רחב לבית המשפט גם במתן סעד הפיצויים.

* 1. **האינטרסים הכללים של תרופות ויחסי הגומלין ביניהם:** לעיתים יש התנגשויות.
     1. **האינטרסים:**
        1. צפייה\קיום - להעמיד את הנפגע בנק אילו התקיים חוזה
        2. הסתמכות - להחזיר את הנפגע למקום שהיה נתון אילו לא היה נכרת חוזה
        3. השבה – מניעת התעשרות שלא כדין
     2. **התנגשות בין אינטרסים:**
        1. **פס"ד לוי נ' מבט בניה**- לוי רוכש דירה ויש בדירה תקלות. לוי דורש פיצוי צפייה ודורש ביטול והשבה.
           + שמגר- אין התנגשות כל עוד אתה מבטיח שאין כפל פיצויים.
           + שווי הנכס שהובטח - חיסכון בהוצאות הביצוע (במקרה הזה היו-0 ביצעו את כל החובות לפני 8 שנים) - טובות הנאה (שווי השכירות של הנכס) + נזק תוצאתי (שווי שכירות הנכס חוזר אליהם כי אלמלא ההפרה לא היו צריכים לשלם את זה) + נזקים תוצאתיים נוספים (למשל רטיבות לרהיטים או שכירות נוספת ששילמו כשהיו צריכים לצאת מהדירה).
        2. יש להבחין בין סעדים שסותרים אחד את השני לבין סעדים שלא. לדוג' פיצוי צפייה וביטול לא בסתירה. ביטול החוזה הוא הסעד שתכליתו להפסיק את ההתחייבויות. פיצויי קיום והסתמכות כן סותרים.

1. **סוגי פיצויים:**
   1. **צפייה\קיום –** פיצויים חיוביים
      1. דיני חוזים הם מיוחדים בכך שניתנים בהם פיצויי צפייה בשונה מנזיקין שם מקבלים פיצוי רק בגין נזק קיים.
      2. **מדוע קיים אינטרס הצפייה?**
         1. הסבר מוסרי דוקטרינרי- יש לך זכות לביצוע החוזה- פיצויי הקיום הכי קרובים לאכיפה (ביצוע החוזה). מתיישב עם התפיסה שאכיפה היא סעד ברירת מחדל.
         2. הסבר כלכלי:פיצוי צפייה מבטיחים שהחוזה יופר רק כאשר ההפרה יעילה.
            * דוגמה כיצד פיצוי קיום מונעים הפרות לא יעילות:

חברה מוכרת ברזל במחיר חוזי 100, לצד ב'. צד ב' הוציא הוצאות הסתמכות בסך 20, הברזל שווה לו 150. צד ג' מעוניין לשלם ליצרן 130. נכרת כבר חוזה בין החברה היצרנית לצד ב' וה-100 שקל שולמו.

מה התוצאה היעילה? האם שווה ליצרנית להפר את החוזה עם צד ב' ולמכור את הברזל לצד ג'? אם תעשה כן, בחברה היצרנית תמכור ב130 ותצטרך לשלם פיצויי קיום בסך 150 (100 מה ששולם לה מצב ב'+50 ממה שהרויחה מהמכירה לצד ג'). תרוויח 80 במקום 100. אם לא תפר, החברה היצרנית תמכור ב100. תקבל 100. אם משלמים פיצויי קיום התוצאה היעילה היא שלא ימכור לצד ג' ההפרה היא לא יעילה.

אם משלמים רק פיצויי הסתמכות: היצרן יפר את החוזה בשביל רווח של 30 (100-130) ויצטרך לפצות את צד ב' ב20- ₪ פיצויי הסתמכות. נשאר עם רווח ביד של 10 ₪. למרות שההפרה היא לא טובה חברתית (לא יעילה). המפר ירוויח ממנה בהנחה שישלם רק פיצויי הסתמכות ולכן קיומם של פיצויי ציפייה מונעים מצבים של הפרה לא יעילה.

מה היה קורה אם צד ג' היה מוכן לשלם 200? התוצאה היעילה, שהיצרן יפר. אנחנו רוצים שהממכר יגיע למי שהמוצר שווה לו הכי הרבה. אם משלמים פיצויי קיום, היצרן ירוויח 200 מהמכירה ותשלם פיצויי קיום בסך 150 (100 מהמחיר החוזי שכבר שולם+50 מהתשלום של צד ג')= זאת אומרת, החברה היצרנית תישאר עם 150 ₪ לאחר ההפרה (במקום 100 לולא ההפרה).

כשההפרה יעילה פיצויי הקיום לא הופכים את ההפרה ללא משתלמת עבור המפר כלומר, מאפשר הפרה יעילה. כל הצדדים מבסוטים בהפרה יעילה כי גם הצד ה"נפגע" מקבל את השווי העסקה- 150 רק בכסף ולא במוצר- ברזל לענייננו. כל הצדדים מרוויחים: המוכר, צד ב' וצד ג'.

* + - * + ביקורת- הטענות נכונות רק בתנאי שאין **הערכת חסר-**כשיש נזקים שלא מפוצים (כשה150 לענייננו לא מגלם את כל הפיצוי).
  1. **הסתמכות -**  פיצויים שלילים
     1. **סוגים של הוצאות הסתמכות:**
        1. **הוצאה עיקרית -** הוצאות שהוצאו כהכנות לחוזה או על פי החוזה.
           + רכישת חומרים הדרושים לביצוע.
        2. **הוצאה משנית\אגבית** - הוצאות שהוצאו בעקבות החוזה אך לא לשם הביצוע שלו.
           + פרסום מודעה להשכרת נכס.
           + שכירת שירותים.
        3. **אובדן הזדמנויות עסקה** - ויתור על משא ומתן לחוזי רווחי אחר (קשה להוכיח ולרוב לא ניתן עליהם פיצויי בגלל זה).
     2. **נלווה לנזקי ההסתמכות - נזקים תוצאתיים** - נזק המתגבש לאחר ההפרה או כתוצאה ממנה. גם בפיצויי קיום וגם בפיצויי הסתמכות יקבלו פיצוי על נזק תוצאתי. דוגמאות:
        + - נזק גוף
          - נזק רכוש

1. **האינטרסים השונים ויחסי הגומלין** - ניתנים לתביעה יחד כל עוד אין סתירה או חפיפה.
   1. **נוסחת פיצוי**
      1. פיצוי צפייה= חיסכון בהוצאות ביצוע - טובות הנאה + נזקים תוצאתיים.
      2. פיצוי הסתמכות = הסתמכות עיקרית + אגבית - טובת הנאה + נזקים תוצאתיים
         1. דוג' **לוי נ מבט בנייה** - ביטול ופיצויי קיום. הנוסחה - שווי הנכס שהובטח פחות החיסכון בהוצאות (שכר הדירה) ועוד נזקים תוצאתיים (הרס רהיטים שווי השכירות של נכס).
   2. **דוגמאות לאינטרסים שלא סותרים אחד את השני:**
      1. פיצויי צפייה ואכיפה - האכיפה אחרי הפרה לעיתים לא תוכל לקיים באופן מדויק את המצב אילו החוזה לא היה מופר לכן לעיתים מגיע לניפר פיצויים בנוסף לאכיפה.
      2. פיצויי צפייה וביטול - אין סתירה אני יכול לבטל את החוזה ועדיין לרצות לעמוד במקום שבו הייתי עומד לו החוזה לא היה מופר.
      3. פיצוי צפייה ללא תביעת אכיפה וביטול – פיצוי על הפער של מה הייתי אמור לקבל למה שקיבלתי בפועל.
      4. השבה וצפייה – אפשרי, שמגר פס"ד לוי נ' מבט בנייה
   3. האם השבה והסתמכות הם אינטרסים זהים? לא:
      1. הסתמכות – החזרת הדברים למצב הקודם אלמלא היה חוזה.
      2. השבה – התעשרות שלא כדין על חשבון ההפרה.
         * + יכולה להיות חפיפה אך הם לא זהים.
   4. **דוגמאות לאינטרסים סותרים:**
      1. הסתמכות עיקרית וצפייה - אי אפשר לטעון יחד. להסתמכות אתה זכאי כי אין חוזה אך פיצוי הצפייה נותן לך את מה שהחוזה היה אמור לתת לכן יש **סתירה**.
      2. הסמכות עיקרית והשבה - לכאורה גם פה יש סתירה. הסתמכות עיקרית הם הוצאות שהוצאתי תוך מילוי ההסכם והשבה הם מה שהצד השני קיבל לעיתים יהיה חפיפה**. כשאין חפיפה אין בעיה לתבוע גם וגם** אך **כשיש חפיפה אי אפשר לתבוע את** שניהם (כפל פיצויי).
      3. אובדן הזדמנויות ופיצוי קיום- יש סתירה לכן אי אפשר – אם הי המתקיים החוזה לא היה אפשר לקיים חוזה אחר ולכן לא הגיוני לקבל את שני הפיצויים יחד.
   5. כלל פיצוי צפייה גדולים מפיצויי הסתמכות. **אם כך מתי בכל זאת נעדיף פיצויי הסתמכות על צפייה?**
      1. בחוזה הפסד - כאשר שילמתי יותר על ההסתמכות מאשר על כמה שהחוזה היה שווה. או כאשר נתתי מחיר נמוך לחוזה שהיה בו הפסד.
      2. כאשר יש קושי לאמוד, ספקולטיבי. כאשר קשה להוכיח את פיצויי הקיום לדוג' רווחים עתידים ספקולטיביים.
         1. CCCFILMS - לא קיבלו משהו מהמפרים של החוזה ולכן לא יכלו להקרין את הסרטים וביקשו את הכסף עבור הרווח שהיו מקבלים מהקרנת הסרטים. בית הלורדים קבע שהם יכולים לקבל רק פיצויי הסתמכות מכוון שפיצויי הקיום הם ספקולטיביים.
         2. **פס"ד מלון צוקים** - היה בעיה להוכיח שהם היו מקבלים את האישור והיה קשה להוכיח את הרווח העתידי שהיו יכולים לקבל. לא ניתן להם פיצוי קיום מכוון שזה נזק שלא ניתן להוכיח באופן ממוני.
   6. **מתי עדיף השבה על צפייה:**
      1. חוזה הפסד או שצפייה לא ניתנת להוכחה.
      2. הסתמכות נמוכה מהשבה
      3. תוצאה של החישוב שונה בין המפר לנפר. הוצאות הנפר מול הרווח של המפר.?
   7. **הסתמכות לפני כריתת חוזה:**
      1. **פס"ד Angila television v. read** - חברה שהפיקה תוכנית לטלוויזיה, הוציאה כל מיני הוצאות על ההפקה ואז ערכה אודישנים לשחקנים, התקשרה עם שחקן ואז השחקן הפר את החוזה ולא הגיע. האם הם יכולים לתבוע ממנו את ההוצאות שהם הוציאו לפני שכרתו איתו את החוזה?
         1. הטענה שהתקבלה - ההוצאה לא הוצאה בהסתמך על החוזה עם השחקן הספציפי, אלא בהסתמך שהם ייכרתו חוזה עם מישהו. השחקן ידע שהם הוציאו את ההוצאה כדי לכרות חוזה וההפרה גרמה לבזבוז של ההוצאות הללו לכן זה נזק על הסתמכות בפועל של החוזה למרות שההוצאות הוצאו לפני הכריתה.
         2. דרך הסתכלות נוספת :פיצויים במסגרת אובדן הזדמנויות, החברה הייתה יכולה להתקשר בחוזה עם שחקן אחר שלא יפר. ולכן השחקן שהפר ומנע מהחברה להתקשר עם שחקן אחר צריך לשלם על ההסתמכות על העסקת איזשהו שחקן.
      2. **הוצאות במסגרת המשא ומתן** - זכות הפיצוי תחת השקעות טרום חוזיות הן סוג של פיצויי הסתמכות אבל לא על החוזה אלא על המשא ומתן. לכן הפיצויים יינתנו במסגרת חוסר תום לב ס' 12. כל עוד לא נכרת חוזה ההוצאות לא יהיו הסתמכות כי אין חוזה להסתמך עליו.
      3. המשפט הישראלי קובע שהסתמכות על משא ומתן טרום חוזי בתום לב והפרה של חובת תום הלב תזכה את הניפר בפיצויים במסגרת חובה זו. מכוח ס' 12 הניפר יזוכה בכל פיצויי ההסתמכות (פלד מציע ששני הצדדים ישאו בהשקעות הטרום חוזיות ולכן זה יתמרץ השקעה טרום חוזים מאוזנת).
   8. **השפעת סוג החוזה על סוג הפיצוי**
      1. כיצד סוג החוזה ישפיע על סוג הפיצוי שיינתן בגין הפרתו?
         1. **חוזה השתדלות (חוזה כהבטחה) מול חוזה הגשמת תוצאה (מכשיר להקצאת סיכונים)**:
            * **חוזה כהבטחה -** יהיה בחוזה רק מה שהצד השני יכול לקיים ומה שהוא לא יכול להבטיח שיקרה יהיה מחוץ לחוזה.
            * **חוזה כמכשיר להקצאת סיכונים –** יהיה בחוזה גם מה שהצד השני לא יכול להבטיח את הקיום שלו. כי הוא הקצאה את הסיכון שזה יקרה בכריתת החוזה.
      2. **פס"ד Hawkings v. Mcgee** - רופא שהשתיל עור מהחזה לכף היד. לא הייתה הסכמה על השאלה האם ההבטחה לתוצאה היא חלק מההסכם - הרופא אומר שההבטחה לתוצאה היא לא חלק מההסכם כי לא סביר שרופא יתחייב למאה אחוז תוצאה. הנחיות המושבעים בערכאה הראשונה – לתת פיצוי בגין הנזק העודף בגין הניתוח. ביהמ"ש בערעור משנה את ההנחיות וטוען שלא מספיק להתייחס לנזק העודף (נזקים תוצאתיים) ויש להתייחס גם להתייחס לפיצויי קיום לגבי ההבטחה שניתנה לו. **הפער בין היד שהובטחה לו לבין מה שהיא כיום.**
2. **הוצאות תיקון מול ירידת הערך**
   1. **שתי אפשריות למטרת פיצויי קיום:**
      1. שמים אותי במקום אלמלא החוזה היה מופר**.**
      2. מגלמים את הפער בין השווי של מה שקיבלתי למה הובטח לי**.**
   2. **Jacob &Young v. Kent 129** **-** הקבלן בנה בניין עם הצינורות הלא נכונים. האם אני זכאי לפיצוי בגין העלות של הריסת הבניין ובנייתו מחדש עם צינורות נכונים? או זכאי לפער בין שווי הבניין הקיים לבניין הרצוי. האם השווי יהיה בהתאם לשוק או בהתאם לערך הסובייקטיבי שרואה הנפר בצינורות?
      1. **הגישה המקובלת –** סטנדרט אובייקטיבי (מעודד גילוי בעת כריתת החוזה).
      2. **לא יעיל כלכלית –** העלות של החלפת הצינורות היא אדירה לעומת ההבדל בערך בין בניין המצוי לרצוי.
      3. **Peevhhouse**- בעל מקרקעין ששכר לכורים את השטח על מנת שיכרתו פחם בתנאי שבסוף העבודה הם מכסים את הבור הכיסוי של הבור עולה הרבה מאוד כסף והוצאות התיקון לא משתוו, אפילו במעט לשינוי בערך של השטח. ירידת הערך נזק של 300 דולר והתיקון 29 אלף דולר. (היה ידוע לצדדים במועד הכריתה).
         1. **דעת מיעוט** - יש לאכוף את החוזה כמו מה שהוחלט בשלב הכריתה.
         2. **ידיעה בשלב הכריתה** – ישנה משמעות האם הצדדים ידעו על העליות בעת הכריתה כי אז ניתן להגיד שיותר הגיוני לחייב אותם בגלל שלקחו על עצמם את הסיכון.
         3. **זהות הצדדים** במקרה היא מהותית – גוף מסחרי אכפת לו רק משווי הנכס לעומת אדם פרטי שיש לו גם ערך סובייקטיבי לנכס.
         4. **טענת בזבוז –** ניתן להגיד שטענת הבזבוז נכונה היא הפיצוי מותנה בביצוע העבודה בפועל. ואז ישנו בזבוז כי יכול להיות שהערך הסובייקטיבי של בעל האדמה גבוה מש300 אבל הוא לא בהכרח 29K.
         5. **מהות העסקה** - תשלומים על הקרקע (לא באמת שכירות אלא תמלוגים על הרווח מהפחם) + תיקון השטח: מכוון שהתשלום הוא תמלוגים הם מעין שותפים לעסק ולכן אפשר להניח שיש להם רצון שהעסק יצליח ולכן אולי נפסק פיצוי רק על שווי הערך שירד (300)
         6. **חלוקת סיכונים –**
            * אם הסיכון הוא על כמה יעלו הוצאות התיקון- הסיכון הוא על החברה שכרה את הקרקע.
            * אם הסיכון הוא ירידת הערך של הקרקע - הסיכון על בעלים במידה וערך הקרקע ישתנה.
   3. **מה קורה אם לצד השני יש ערך סובייקטיבי גבוה יותר?**
      1. **תביעת אכיפה** - הבעיה שיכול להיות שהיו סייגים לאכיפה (אכיפה לא צודקת בנסיבות העניין).
      2. **פיצויים מוסכמים** – שיגלמו את הערך הסובייקטיבי של הצדדים. לכאורה לא בטוח שביהמ"ש יכבד את הפיצוי המוסכם(ס' 15 לחוק התרופות – קיום יחס סביר) כי הפיצוי עלול להיות מופרז אך מצד שני זהו באמת **מחיר התיקון האמיתי** ולכן בית המשפט לא בהכרח יכול להתערב ולהגיד שזה לא מתאים.
      3. **פירוט מדויק** - כולל התייחסות מפורשת לפער מונע טענות של "הפתעה" או "אי צפיות".
   4. **מה הדין בישראל?** אלו משתי האפשריות מתקיימת?
      1. אין הסדר ברור לכך בחוק. אולי אפשר להגיע להסדר הזה דרך הסדרים אחרים בחוק:
         1. אולי בעזרת **עיקרון הקטנת הנזק** יהיה אפשר לדבר על הוצאת תיקון מול ירידת הערך –
            * האם העדפה לתקן רכב (כאשר עלות התיקון יקרה יותר) ולא למכור מנוגדת לחובה להקטנת הנזק? יהיה אפשר להגיע לכך שהוא היה צריך לקנות רכב חדש ע"י זה שנגיד שהפיצויים שמגיעים לו הם רק בגין הוצאות סבירות לתיקון הנזק ומעבר לכך זה נכנס לכך שהוא לא הקטין את הנזק.
         2. **נזק לא ממוני ס' 13 לחוק התרופות** -אולי ניתן להגיע לפער בין השווי האובייקטיבי לסובייקטיבי דרך הסעיף זהה. לדוג' בנכסים בעלי ערך סנטימנטלי – בעייתי כי הסעיף לא באמת משמש למטרה הזו.
         3. **סעיף 4 לחוק הקבלנות** - השוכר יכול להזמין תיקון ולבקש החזר על הוצאות סבירות. מראה על כך שיש שימוש במדד אובייקטיבי.
         4. **בעיה דומה בדיני נזיקין** – האם הפיצוי שמגיע לאדם הוא בגין הוצאות סבירות או בגין הנזק הסובייקטיבי.
   5. **התפקיד של מחיר השוק**
      1. יש מקומות בהם הערכת הנזק תהיה פשוטה בכלל שקיים שוק שמאפשר בקלות לכמת את הנזק מהפרת עסקה.
      2. דוגמה: מחיר חוזי: 100(קונה 1 ) מחיר שוק:150 (אם עדיין לא ניתן תשלום). אז הפיצוי הוא 50. ואם התכנון של קונה 1 היה למכור את הנכס לקונה 2 ב120 האם הפיצוי הוא 20? שתי אפשריות:
         1. קונה 1 התחייב למכור לקונה 2 והחובה קיימת. הפיצוי לא יכול להיות 20. חייב היות 50 כי קונה 1 יקנה בשוק את המוצר ב150 וימכור אותו לקונה 2. פיצוי 20+ נזק תוצאתי מההפרה (שגרמה לו לקנות במחיר גבוה בשוק) של 30 נוספים= 50.
         2. קונה 1 התחייב לקנות לקונה 2 ב-120 אבל החובה מותנית- בכך שהמוכר ימכור לקונה 1. בעקבות ההפרה של מוכר החובה פקעה. במקרה כזה הפיצוי צריך להיות 20. קונה 1 הפסיד את הרווח הצפוי מהמכירה. אולם, קונה 1 יכול להתעקש ולקיים את החוזה מול קונה 2. כך קונה 1 ולרכוש בשוק (ב-150) את הנכס ולספק לקונה 2 (ב-120). לכן עדיין זכאי לפיצוי של 50. למוכר תעמוד כאן טענת הקטנת הנזק- הייתה לקונה 1 את האפשרות לא למכור לקונה 2 (כי החובה פקעה). הגדיל את הנזק ל-50.
      3. **הדין הישראלי –** התפקיד של מחיר השוק מעוגן בחוק.
         1. ס'11א*- "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".*
         2. המועד הקובע הוא מועד הביטול. פיצויי ללא הוכחת נזק במשפט הישראלי הוא **פיצוי בגובה הפער בין מחיר החוזה למחיר השוק.**
3. **אובדן נפח עסקאות**
   1. דוגמה - קונה הפר את ההסכם מול קבלן דירות (לקבלן יש הרבה דירות) קונה עוד לא שילם כלום. אם הייתה ירידת ערך בנכס קבלן זכאי לפער, אם הייתה עליה לא. לכאורה שימכור הקבלן את הדירה לצד ג' במחיר השוק ולכן אין נזק. הבעיה היא שאם הקונה לא היה מפר את החוזה יכול להיות שהקבלן היה מוכר גם לג' וגם לא' ולכן יש אובדן נפח עסקאות. האם מגיע על כך פיצוי?
      1. צריך להוכיח הייתה באמת ירידה בנפח העסקאות
      2. האם הקבלן היה מצליח לקנות את כל הדירות
   2. **האם צריך לקבל את הטענה של אובדן נפח עסקאות?**
      1. **כאשר המלאי מחוסל . האם ישנם פיצויים?** 
         1. **אולי בגין בזבוז זמן.**
         2. **הוצאות מו"מ בעסקה חלופית (סעיף 14(ב) תרופות) –** זכאי להוצאות סבירות בגין הקטנת הנזק.
         3. **הוצאות הסתמכות על העסקה שהופרה.**
         4. **פערי מחיר**. אם הקבלן מכר את הדירה במחיר זול יותר הוא בוודאי זכאי לפיצוי על הפער. אבל מה קורה אם להפך (כלומר מוכר ביותר) הנפר זכאי לקיזוז - אם ההפרה נתנה לך רק דברים חיובים אין עילה לתביעה. למה כן יש עילה לתביעה? ההנחה שהפיצוי מבית המשפט ממילא לא ייתן את מלוא הפיצוי על הנזק ולכן לא נקזז.
         5. **נזקים תוצאתיים** - משבר ב2008 עלויות מימון - אם הקבלן מכר יותר דירות על הנייר הוא צריך לבקש פחות הלוואה ובכך לשלם פחות ריבית לכן אם מתבטלת עסקה הנזק התוצאתי הוא גידול הריבית וההלוואה.
      2. **דוגמאות של סוחרי רכב בארה"ב ואנגליה -** מצבים של היצע וביקוש - מקומות בהם יש הרבה יותר היצע מביקוש ביטול חוזה תגרום באופן וודאי לאובדן נפח עסקאות עם יש לבן אדם יותר מנכס אחד (במקרה הזה רכבים).
      3. **אובדן נפח עסקאות בשכירות :** אם ישנם נכסים רבים להשכרה ההפרה יוצרת נזק גם אם הצלחתי להשכיר לאחרים (בגלל אובדן נפח עסקאות). לעומת זאת בנכס ייחודי (לדוג' שלאדם יש רק דירה אחרת להשכרה) אי אפשרת לטעון אובדן נפן ויש חובת הקטנה הנזק - כלומר לנסות להשכיר לאדם אחר.
      4. **אובדן נפח עסקאות בחוזה קבלנות:**
         1. חוזה ליצירת מכונות – יוצרו חלק לפני ההפרה ונמכרו לקונה חדש (תוך ביצוע התאמות) אפשר לטעון לאובדן נפח עסקאות ביחס למכונות שלא ייצרו.
   3. **מקרים בהם אין אובדן נפח**
      1. הקונה הפר אך רכש אצל המוכר מוצר חלופי שלא היה קונה אילולא הפר.
      2. סוכן הזמין עבור מזמין והפר אבל המזמין רכש בכל זאת.
   4. **מקרים בהם אין אובדן נפח עסקאות מכוון אחר** - כלומר גם הקונה יכול לטעון אובדן נפח עסקאות כי הקונה הוא גם מוכר.
      1. קמעוני הזמין מוצרים מספק א' והפסק הפר הוכח שספק ב העביר מוצרים חלופיים – לכן לא הפסיד עסקאות מכירה
         * + טענה שיכולה להיות לקמעונאי - היה מוכר את שני המוצרים גם מספק א' וגם מספק ב' ולכן עדיין יש אובדן נפח עסקאות.
         1. פס"ד **פס"ד בוינג נ' טי.דבליו.איי**- חברת בויינג יצרה 100 מטוסים ומכרה 99 את אחד המטוסים מכרה לחברה א' אבל חברה א' הפרה וחברה ב' קנתה כי חברה א' אמרה לה שהיא לא קונה בסוף –
            * (ארה"ב) אובדן נפח עסקאות רלוונטי רק במקרים שהשוק רחב- כשהשוק מצומצם ויש קשר אינטנסיבי בין הקונים בשוק אין אובדן נפח עסקאות
            * השוק קטן ולכן למרות שלא מכרו 100 מטוסים עדין זה ישתלם להם כי מראש תכננו למכור מעט בעד מחיר גבוה. (רמת היצור מוגבלת: לרמת יצור אופטימלית ותקופת לחץ).
   5. **טיעונים נגד אובדן נפח עסקאות:**
      1. לעיתים נחשוב שיש אובדן נפח כאשר לא היה (עניים בויינג).
      2. אין באמת נזק באובדן נפח עסקה.
   6. **טיעונים בעד הטלת אחריות בגין אובדן נפח עסקאות:**
      * 1. בלי פיצוי זה יגרום לכך שלמפר יהיה פטור מכל עסקה קמעונית .
        2. הטענה נגד פיצוי היא גם הטעות לחשוב שקוביית שוקולד לא הורסת דיאטה - יגרם לבסוף נזק מכוון שבסוף מון דברים שלויים יהפכו לדבר גדול כאשר יצטברו למכלול. כלומר גם אם דבר אחד לא גורם נזק בסוף יהיו הרבה כאלה ובכמות זה יגרום לנזק.
   7. **פתרון ביניים**
      1. להכיר באפשרות של אובדן נפח עסקאות רק אם הוכח סבירות גובהה שאכן נגרם נזק.
      2. שיקולי עזר:
         1. ביקוש והיצע – כאשר העצה עולה על הביקוש יש הרבה נזק.
         2. נכס לא ייחודי מול ייחודי – ככל שהנכס לא ייחודי יש סיכוי גדול יותר לאובדן נפח.
         3. יצרן מול קמעונאי – קמעוני מוגבל בכמות היחידות ויצרן יכול לייצר יותר כדי לעמוד בביקוש.
         4. בחינת יכול טכנית לבצע עבודה במקביל (עו"ד שיכול לקחת על עצמו רק כמות מסוימת של עבודות).
         5. מעמדו של המוכר בשוק - (פחות רוצים לתמוך במונפול, מצד שני למונפול יהיה נזק ממשי מאובדן נפח עסקאות כי לא ייתכן שהקונה יעשה עסקה עם אחר. מצד שלישי, בדרך כלל המונפול מגביל את עצמו לעיתים במכוון על מנת לשמור על מחיר גבוהה)
         6. נגישות בין קונים בשוק - התקשרות בין קונה אחר ומכירה אליו.
         7. עד כמה העסקה הנוספת באמת מרחיבה את הפעילות - אינטרס נוסף למכירה הנכס.
4. **מועד הערכת הנזק –** מועד ההפרה או מועד פס"ד?
   1. עקרונית היינו רוצים לפי יום התשלום\הכריתה אך בפועל זה לא מעשי. לכן לרוב לפי יום פס"ד + ריבית והצמדה.
   2. אם זאת ישנם **חריגים שנובעים מחובת הקטנת הנזק** שיגרמו לכך שמועד הערכת הנזק ישתנה.
      1. לדוג' – מכירת מוצר ב100 הקונה מבטל את החוזה וביום ההפרה המוצר עולה 100. בעת הביטל המוצר עולה 200 ובעת פס"ד המוצר מוערך ב300. כיצד נעריך את הנזק? תלוי מתי היה המועד בו היה צריך לפעול להקטנת הנזק.
         1. אם היה צריך לפעול להקטנת הנזק במועד ההפרה היה צריך למכור לאדם אחר ב150 ולכן הפיצוי הוא 50.
         2. אם היה צריך לפעול להקטנת הנזק בעת הביטול היה צריך למכור ב200 ולכן הפיצוי הוא 100.
   3. **פס"ד המחשבים את מועד הקטנת הנזק:**
      1. **תושיה נ' גוטמן -** מי צריך לשאת בסיכונים של התזוזה בשוק - המפר לא צריך להיות מעורב בסיכונים שהוא לא ביקש. לכן יש למכור מייד ואם לא מכרת מיד אז הנפר יישא הנזק.הסיבה לכך היא חובת הקטנת הנזק.
      2. **אריאל נ' קרישטנבאום -** הפרה ע"י מוכר ביטול ע"י קונים- המוכר השיב חזרה לקונים את הסכום ששילמו והקונים רוכשים דירה חדשה בערך גבוהה יותר. המחיר החוזי 130,000. הקונים רכשו דירה חדשה ב180,000 (עבר חודשיים ממועד הביטול למועד הרכישה החדשה).
         * + המועד שנקבע לחישוב ערך הדירה – מועד הביטול.
           + י' כהן- מכוון שקיבלו את הכסף בחזרה היו צריכים לקנות נכס חלופי. אם לא היו מקבלים את הכסף ובשל כך לא היו יכולים לרכוש נכס חלופי המועד הרלוונטי היה מועד המשפט. מכוון שיכלו לפעול להקטנת הנזק ולא לחכות חודשיים היה מגיע לכם פיצוי לפי מועד המשפט.
      3. **ליפשיץ נ' לוי** - המערער בנה דירה במחסן והציע אותה למכירה גילה ליקויים בדירה שנבעו מכך שה"דירה" בעצם היתה מחסן. הייתה ירידת ערך לדירה בין מועד המשפט למועד פס"ד.
         * + המועד שנקבע לחישוב ערך הדירה – יום פס"ד.
   4. **איך ראוי לפסוק במקרים בהם הייתה ירידה בשווי הנכס?**
      1. אופציה 1: אם הנפגע מעוניין בכסף ולא התעניין בתנודות - פיצוי במועד ההפרה (לדוג' מכירה של נכס במטרה לכסות הלוואה).
      2. אופציה 2: אם הנפגע התעניין בתנודות ובגלל זה קנה את הנכס – פיצוי לפי מועד המשפט (לדוג' מניות).
5. **סייגים ומגבלות לתרופת הפיצויים**
   1. **שיקולים להפחתת גובה הפיצוי:**
      1. ריחוק הנזק
      2. סיבתיות
      3. חובת הקטנת הנזק
      4. אשם תורם
   2. **ריחוק הנזק –**
      1. **הגדרה:** ס' 10 - הנזק שהמפר ראה או היה עליו לראות מראש כתוצאה מסתברת של ההפרה.
      2. נזק לא צפוי נחשב נזק רחוק ולכן לא מזכה בפיצוי.
         1. דוגמה: **פס"ד אנגלי ויקטוריה**-היה איחור בסיפוק דוד- מכבסה הייתה צריכה דוד, להרתיח מים ולכבס בהם בגדים. היה להם הסכם עם העירייה שהרווח ממנו מאוד גדול. בהמ"ש פוסק פיצוי ומגביל אותו לעסקאות הרגילות ולא לעסקה המיוחדת עם העירייה מהטעם שאי אפשר היה לצפות את העסקה הזו כי היא מיוחדת
      3. **הרציונל מאוחרי ריחוק הנזק:**
         1. **עידוד העברת מידע:** 
            * במידה והצד השני יהיה מודע לסיכונים המיוחדים שלי הוא יהיה חייב בפיצוי. לכן ניתן להגיד שיש תמריץ לשתף במידע לגבי הנזק שיהיה לי מההפרה.
            * לנפר יש תמריץ לא לגלות על הסיכון כי זה פוגע בעמדת המיקוח שלו. יש תמריץ לא לגלות את הסיכון (למה שצד אחד לא ירצה לחשוף כמה החוזה חשוב להם? כי אז הצד השני ידע שהצד הראשון מוכן לשלם יותר) אתה חושף את הערך של הממכר בענייך.
            * במידה ויש שני סוגים של מתקשרים. כאלה אם נזק גבוה וכאלה אם נזק נמוך הפיצוי יהיה לפי האמצע וזה עלול לגרום **לשוק הלימונים** - כי מי שיש לו נזק נמוך לא ירצה להיכנס לעסקאות.
         2. **אם כך מדוע חשוב לעודד העברת מידע?** הסברים לכך שחושב שהמפר יידע את התוצאות הסבירות של ההפרה:
            * **פיצוי כתנאי מכללא** - פיצוי הוא הסכם ברירת מחדל בתרופות. את הפיצוי קובעים לפי מידע שהיה לצדדים, החייב לא הסכים לשלם על מידע שלא היה בראשותו מלכתחילה.
            * **מניעת התקשרות בחוזים רצויים** - תהיה זהירות יתר בכניסה לחוזה מפחד לא לקבל פיצוי ראוי ולכן ראוי להגיד מה הסיכון ובכך הפיצוי שיגיע לך זה מה שהודעת עליו.
            * **נקיטת זהירות ראויה מפני הפרה**- כדי לדעת כמה להשקיע באמצעי הזהירות למניעת הפרה מוטב שאדע מה הנזק שיכול להיגרם.
            * **העמדת אפשרות למפר להגביל את אחריותו בשעת הכריתה** - הקצעת סיכונים - אם אתה יודע שלצד אחד יש סיכון גבוה מאוד יכול להיות שתגביל את כמה אחריות אתה מוכן לקחת במידה ותהיה הפרה (לדוג' אם הנפר יכול למנוע בזול יותר את הנזקים שיגרמו מההפרה נרצה להקצות את הנזקים "לכתפיים של הנפר").
            * שוק הלימונים
            * מניעת תופעה של סיבסוד צולב - גביית מחיר אחיד מאנשים בעלי סיכונים שונים. הלקוחות בעלי סיכון נמוך מפסידים בכך.

לדוג' - שטיפת מכוניות, השוטף לא יודע מה טיב המכוניות שמגיעות לו לעסק. והמחיר החוזי ישקף בין היתר את הסיכון של נזק למכונית. אבל יש מכוניות שונות זולות ויקרות ולמרות זאת השוטף גובה מחיר אחיד. בגלל המחיר האחיד התוצאה היא שאנשים עם רכבים יקרים משלמים מעט (ביחס לנזק שעלול לקרות לרכב ולעלות הטיפול הגבוהה) והעניים משלמים הרבה מידי (המחיר שיידרש לתיקון רכב ישן נמוך ) יוצא מצב- שהעניים מסבסדים עשירים,

הפתרון **להגביל את האחריות** בתוך ההסכם. אני אכסה את הנזק שייגרם לרכבים כתוצאה מהשטיפה אך עד 1000 שקלים. כלומר הגבלת גובה הפיצוי.

**הגבלת אחריות מונעת שוק לימונים** כי בזה שאני אגביל את האחריות לסכום מסוים אני לא אבחין בין אלו עם סיכון נמוך או גבוה בגלל ששניהם יהיו זכאים לאותו פיצוי וזה לא ישפיע על המחיר החוזי- לכן אלו עם הסיכון הנמוך לא ימנעו מלהתקשר מפאת מחיר חוזי גבוה מידי שלא משקף את הסיכון הקטן שלהם.

* + 1. **מבחן ריחוק הנזק בישראל:**
       1. **מה הדין בישראל אם יתרחש נזק לא צפוי?**
          - דוג' רעל באוכל של כלב, הבעלים מת כי הוא אכל מהאוכל של הכלב- הנזק של הבעלים לא צפוי ולכן אין פיצוי.
          - לגבי אובדן רווחים עקב שימוש לא צפוי - כשאתה תובע אובדן רווחים אתה מוגבל לאובדן רווחים שהיו צפויים (מהשימוש הצפוי גם אם אובדן הרווחים בפועל נוצר משימוש לא צפוי). אם קרה נזק לא צפוי יהיה אפשר לתבוע אבל הפיצוי שתקבל מוגבל להפסד מהנזק הצפוי.
       2. **צפיות הנזק והיקף הנזק** – בדיני חוזים יש צורך בצפיות גם לגבי הנזק וגם לגבי היקף הנזק (בשונה מנזיקין שברגע שיש צפיות לנזק חזקה שיש צפיות להיקף הנזק – מבחן הגולגולת הדקה).
       3. **דרישת הוודאות:**
          - ישנה דרישה להוכיח נזק ברמת וודאות גובהה – יש להוכיח נזק צפוי על מנת לשער את גודל הפיצוי. היום ישנה נטייה להקל בדרישת הוודאות באופן כללי ובמיוחד במקרים הנ"ל:

ההפרה היא שיצרה את חוסר הוודאות

הפרה מכוונת

פיצוי לפי הסתברות - כשסוג הנזק צפוי אך מידת הנזק לא וודאית בהמ"ש מאפשר לחשב את הפיצוי לפי הסתברות.

* + - * + **פס"ד אניסימוב –** למלון היה אובדן רווחים בגלל עיקוב בבניה.

**כהן (דעת מיעוט) –** צריך להוכיחנזק צפוי ומרגע שהוכחה צפיות הנזק אין צורך להוכיח את היקף הנזק.

**ברק (דעת הרוב) –** מלבד דרישה לוודאות הנזק יש דרישה גם לוודאות הפיצויים.

* 1. **סיבתיות** 
     1. **הגדרה**: קשר סיבתי בין ההפרה לנזק. אלמלא ההפרה הנזק לא היה מתרחש.
     2. **ישנם שני גורמים מרכזיים לאי וודאות:**
        1. עולם אלטרנטיבי - לעיתים יש מקרים שבהם יש קושי להראות מה היה קורה בעולם ערטילאי שבו ההפרה לא הייתה מתרחשת. למשל הפרה של חוזה פרסום- (חוסר וודאות לגבי אם הוא היה מצליח או לא).
        2. נזק עתידי-עמידה על נזק שעוד לא קרה. למשל הסכם גידור שהיה יכול להוריד את הסיכון שלי להפסד ביחס לתנודת הדולר. אין לדעת אם ההסכם הוא מוצלח או לא.
     3. **פיצוי הסתברות -** בחוזים יש הכרה רחבה באופן יחסי של פיצוי לפי הסתברות, רק בתנאי שיש סיכוי ממשי ולא ספקולטיבי- כשהנזק ממש ספקולטיבי לא נותנים בגינו פיצוי.
  2. **חובת הקטנת הנזק**
     1. **חובת הקטנת הנזק מעוגנת בחוק:**
        1. *"14(א) אין המפר חייב בפיצויים לפי ס' 10, 12, 13 בעד נזק שהיה יכול להימנע או לקטון בעזרת אמצעים סבירים של הניפר".*
        2. *"14(ב) הוציא הנפגע הוצאות סבירות על מנת להקטין או למנוע את הנזק המפר חייב לשפות על ההוצאות הסבירות אלו שהוציא הנפגע – בין אם באמת נמנע/הוקטן או לא. אם ההוצאות בלתי סבירות- חייב המפר בשיפוי שיעורן הסביר".*
     2. **הרציונל:**
        1. יצירת תמריצים לנפר להקטין את נזקי ההפרה לאחר ההפרה (גם פיצוי מסוכם משמש לאותה תכלית) – טוב מבחינה חברתית.
        2. הגינות כלפי המפר – נזקי שהוגדלו בגלל הפר לא יחייבו את המפר.
     3. **תכולת החובה – החובה חלה על הנפר רק לאחר ההפרה.**
        1. החובה לא חלה על מקרים בהם הפיצוי לא תלוי בגובה הנזק **–** אפשר להתנות על החובה להקטנת הנזק.
        2. במקרה של ג'יני ובובי לא חלה עליה חובת הקטנת הנזק כי באותו רקע לא היה נזק אלא רק הפרה – אפשר להגיד שלג'יני היה אשם תורם בהפרה.
     4. **הקטנת הנזק והפרה צפויה**
        1. **פס"ד נתן נ' סטרוד+בנק איגוד נ' סוראקי-** עולה השאלה האם חלה חובת הקטנת הנזק במצבים שבהם המפר עוד לא הפר את החוזה אך הוא הודיעה על כוונתו להפר?
           + אופציה א' - הנפר מבקש לעמוד על הקיום בעקבות ההפרה הצפויה - **הפעלת ברירת הקיום** ולכן אין חובת הקטנת נזק.

יש להבחין בין הסתמכות ישירה וצפייה לבין הסתמכות אגבית ונזק תוצאתי – לדוג' התחייבו לספק לי מקרר והוא מתעכב הנזק לבשר הוא נזק תוצאתי ולכן אני צריכה למנוע אותו והוא לא ברירת קיום.

* + - * + אופציה ב' – קיימת חובת הקטנת הנזק גם בהפרה צפויה.
  1. **אשם תורם**
     1. **הגדרה:** מקרים בהם הנפר יכול היה למנוע את ההפרה או לפחות להקטין את הסיכון להפרה.
     2. באשם תורם אנחנו מפחיתים בשיעור מסוים את הפיצוי מהנזק – כלומר פיצוי יחסי.
     3. **עניין EXAMINE –** חברה קנתה נעליים מיצרנית והיצרנית העלימה העין מכך שיכול להיות שהמוצר לא יצליח להימכר ע"י הקונה. בכך הגדילה את הסיכוי להפרה ולכן יש לה אשם תורם.
     4. **ההבדל בין אשם תורם להקטנת הנזק:**
        1. **מועד-** בהקטנת הנזק החובה מתחילה רק לאחרההפרה (החריג הוא בהפרה צפויה) באשם תורם לפני ההפרה ובעת ההפרה**.**
        2. **דרישת אשם** - באשם תורם אנחנו רוצים לראות שההתנהגות היא בת אשם בהקטנת הנזק החובה היא אבסולוטית.
        3. **היקף האחריות** - בהקטנת הנזק אחריות מלאה באשם תורם יחסי.
  2. **פיצוי ללא הוכחת נזק**
     1. ס' 11 לחוק החוזים תרופות – "הופר חיוב לספק או לקבל נכס או שירות ובוטל החוזה ,הנפגע זכאי לפיצויים ללא הוכחת נזק בסכום ההפרש שבין התמורה בעד הנכס או השירות ובין שווים ביום ביטול החוזה". (בין המחיר החוזי למחיר בשוק)
        1. מוצר שיש לו שוק - הפיצוי שמגיע זה על הפער בין המחיר החוזי למחיר השוק.
        2. ריבית על איחור בתשלום. יש מקרים בהם המחיר יוצמד לממד אחר תלוי באופי החוזה.
     2. ס' 12 לחוק התרופות – קובע שניתן לבקש פיצויים לפני ס' 10 וגם לפי ס' 11 אבל במידה והפיצויים לפי ס' 10 הם מינורים או לא סבירים בהימ"ש רשאי להגביל אותם עד כדי האמור בס' 11.
  3. **פיצויים מוסכמים** ס' 15
     1. **הגדרה:**
        1. **ס' 15 (א) – "** *הסכימו הצדדים מראש על שיעור פיצויים (להלן - פיצויים מוסכמים), יהיו הפיצויים כמוסכם,* ***ללא הוכחת נזק****; אולם רשאי בית המשפט להפחיתם אם מצא שהפיצויים נקבעו ללא כל יחס סביר לנזק שניתן היה לראותו מראש בעת כריתת החוזה כתוצאה מסתברת של ההפרה".*
        2. **פיצוי נוסף מלבד הפיצוי המוסכם -** פיצויים מסוכמים לא גורעים מזכותו של הנפגע לדרוש פיצויים לפי ס' 10 עד 14 או לגרוע מכל תרופה אחרת.
        3. **סכומים ששולמו טרם ההפרה -** סכומים שהמפר שילם לנפגע לפני הפרת החוזה והצדדים הסכימו מראש על חילוטם לטובת הנפגע דינם כדין פיצויים מוסכמים*.*
        4. **יחס סביר** - ביהמ"ש יכול להחליט לבטל את הפיצוי המוסכם אם הוא לא מקיים יחס סביר לנזק.
     2. **ההבדל בין פיצוי מוסכם וחילוט -** שינוי בזהות התובע:
        1. פיצוי מוסכם – התובע הוא הנפר שדורש פיצוי.
        2. תניית חילוט -התובע הוא המפר הדורש השבה והנפר מתגונן בטענת חילוט (טענת חילוט – אני יכול להשאיר את הכסף אצלי כי המפר הפר את החוזה).
     3. **המטרה של פיצוי מוסכם:**
        1. **ידיעה מראש -** ידיעת הפיצוי שבמידה ויש הפרה יוצר וודאות**.**
        2. **חסכון בהוצאות משפט** – אין צורך ללכת לבית משפט מכוון שיש כבר הסכם לגבי מהפיצוי במקרה של הפרה.
        3. **דיוק** - הצדדים מחליטים על גובה הפיצוי המסוכם וככל הנראה הצדדים יכולים להעריך יותר טוב את שווי הנזק לעומת בית המשפט.
        4. **אמינות והסתמכות** - כמו מעין סעיף אחריות**.**
     4. **מדוע יש התערבות של בית המשפט בפיצוי מוסכם?**
        1. **מניעה של ענישה של אחד הצדדים** - שלא יקרה מצב שפיצוי הוא ענישתי ולא עקב הנזק.
        2. **פגיעה בנושים אחרים** (צדדים שלישיים)- הפיצוי יכול להיות מאוד גבוה במקרה של פשיטות רגל, נושים שונים של החייב יכולים להסתמך על הנכסים שלו (לא לגבי חילוט- הנושים לא יכולים להסתמך על סכום מחולט כי הוא לא נימצא אצלו בכיס-לא אצלו)
        3. **חשש להטעיה** - שאנשים לא יהיו מודעים ליחס הסביר לנזק. כלומר צד אחד ידרוש פיצוי מוסכם מאוד גבוה בגלל שהצד השני לא מבין מה סביר.
        4. **עידוד הפרה -** הנפגע עלול לעודד הפרה או לא לשתף פעולה בביצוע על מנת לקבל פיצוי מוסכם.
     5. **טיעונים נגד התערבות:**
        1. חופש החוזים – כלל לא רוצים להתערב בתנאים שהצדדים קבעו גם אם הם מוטים לצד אחד.
        2. אם יש התערבות זה מונע עידוד הצדדים לעשות שימוש במוסד של פיצוי מוסכם.
        3. לעיתים לצדדים יש מידע יותר מדויק ולכן בעייתי להגיד שהפיצוי מופרז.
     6. **סיכום**:
        1. כאשר הפיצוי מכיל רכיב סובייקטיבי משמעותי - אין מקום להתערב כי בעייתי להניח הפיצוי המוסכם מופרז.
        2. כאשר הפיצוי המוסכם מסדיר נזק אובייקטיבי ניתן להתערב - מכוון שמאוד פשוט להבין האם הפיצוי המוסכם סביר ביחס לנזק.
     7. **פיצוי מוסכם מוסווה**
        1. הצדדים יכולים ליצור תניה בחוזה שלא נקראת פיצוי מוסכם אבל בפועל היא כזו.
           + **הסוואה דרך השבה** – **בפס"ד האן נ' מני –** קבלן התחייב להשיב את הכספים ששילם, הויתור על ההשבה היה חילוט, שהוא פיצוי מוסכם. ואני קורא לזה "ויתור על השבה".
           + **הסוואה על דרך קביעת שווי -** ב**פס"ד סאן פרינטינג נ' מור** – החברה לקחה אוניה למלחמה מאדם פרטי וקבעה שאם היא לא תחזור השווי שלה 23,000 דולר. למעשה מדובר על פיצוי מוסכם עם קביעת שווי.
           + **חוזה חלופי** – אם אתה לא מבצע א', אתה תבצע ב'. כמו ב**פס"ד חוף התכלת**, אם אתה לא תעשה עסקה תחזיר לי את הכסף עם ריבית, זה למעשה פיצוי מוסכם עם ריבית.
           + **קנס על איחור בתשלום –** האם קנס על איחור הוא כמו בונוס על הקדמה (בדין האנגלי בונוס לא נכנס תחת פיצוי מוסכם)**.**
     8. **מתי ביהמ"ש יתערב בפיצוי המוסכם:**
        1. אין יחס סביר בין הנזק לפיצוי
        2. מבחני עזר:
           + האם הנזק קל להערכה?
           + היקף העסקה – יחס בין שווי העסקה לפיצוי
           + תניה גורפת- באנגליה כאשר יש תניה גורפת לא מתקיים יחס סביר. בארה"ב יכול להתקיים יחס סביר כאשר התניה גורפת.
        3. **שיקולים לא רלוונטים להתערבות ביהמ"ש:**
           + האם נגרם נזק
           + התנהגות הצדדים
        4. **אופן ההפחתה של הפיצוי המוסכם ע"י ביהמ"ש:**
           + עד שיהיה יחס סביר
           + עד לנזק הממשי
           + ביטול הפיצוי המוסכם ושימוש בפיצויים רגילים.

**פס"ד חשל –** ביהמ"ש התערב בפיצוי המוסכם.

* 1. **פיצויים בגין נזק לא ממוני**
     1. ס' 13 לחוק החוזים תרופות- גרמה הפרה של החוזה נזק שאינו בממון, רשאי בהמ"ש לפסוק פיצויים בעד נזק בשיעור שייראה בנסיבות העניין.
     2. שיקולים **נגד** פיצוי בגין נזק לא ממוני:
        1. ייתכן שב**דיני נזיקין** יותר קל לפצות בגין נזק לא ממוני, ישנן עוולות שהנזק בגינן הוא כמעט ורק לא ממוני (לשון הרע, מטרד, פרטיות וכו') – אם זאת עדיין יש חשש שנזק כזה יוביל להצפת בתי המשפט, קשיי הוכחה, הוצאות מנהליות גבוהות, הכבדה על תיחום הנזק.
        2. בחוזים קיימים אותם חששות שיש בנזיקין אבל גם עוד:
           + תהיה הרתעה מלהיכנס לחוזה מלכתחילה.
           + מונע הנזק הזול הוא הנפר ולא המפר
           + בחוזים הפיצוי הוא ביטוח בפני הפרה ואנשים בדר"כ מבטחים נזק כלכלי ולא נזק ממוני.
     3. שיקולים **בעד**:
        1. מניעת הפרות לא יעילות – אם אנחנו רוצים למנוע הפרות לא יעילות אנחנו צריכים שהמפר יבין את כל הנזקים.
     4. **מה השיקולים כאשר פוסקים פיצוי בגין נזק לא ממוני:**
        1. **צפיות –** התנהגות המפר היה צריך לצפות
        2. **עוצמת הנזק הנפשי**
        3. **אופי החוזה –** חוזי אישי מול מסחרי – חוזים שהתכלית שלהם לא ממונית.
  2. **פיצויים וביטוח**
     1. ס' 16 לחוק החוזים תרופות- בקביעת שיעור הפיצויים לא יובא בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל בשל הפרת חוזה לפי חוזה ביטוח.
     2. אם ביטחתם משהו וההפרה הקנתה זכות לקבל פיצוי על מה שמבוטח- אתם לא זכאים לקבל גם וגם.
     3. **בפס"ד ליפשיץ נ' לוי** – קבעו שזה תלוי בזכות הסוברוגציה, הזכות היא הזכות של חב' הביטוח לתבוע על הפיצויים שהיא שילמה. ומתי חב' ביטוח זכאית לתבוע על כך? כשהיא משלמת על נזק, אז נאמר בנזקי גוף – עובד במפעל בוטח על נזקים שקרו במפעל, וחב' הביטוח משלמת פיצוי.
     4. המקרה השכיח ביותר של זכות הסוברוגציה מתקיים בחוזי ביטוח, בהם חברת הביטוח (א') משלמת למבוטח (ב'), בהתאם להתחייבותה כלפיו בפוליסה שבידיו, על נזק שנגרם לו, ונכנסת לנעליו ותובעת במקומו פיצוי מגורם מזיק (ג'), אולם הסדר משפטי זה ניתן ליישום בהקשרים נוספים.

# חוזה מוקדם (כפוף להסכם) השלמת פרטים

* 1. **מה קורה כאשר קיים מסמך שלא כולל בו את כל פרטי ההתקשרות?**
     1. אם זה רק שלב במו"מ לא מחייב את הצדדים.
     2. יכול להיות הסכם מחייב עם הסדר להשלמת פרטים עתידים.
     3. הסכם מחייב עם השלמה דיספוזיטיבית.
  2. **התייחסות להיעדר פרטים:**
     1. **יכול להעיד על חוסר גמ"ד –** במקרה כזה ביהמ"ש יקבע שאין חוזה.
        1. יוצר קושי- אחת הסיבות להשלמת פרטים זה שזה חוסך הוצאות במו"מ אם ככה, למה שמחסור הפרטים יהיה ראייה להיעדר גמירות דעת?
        2. התשובה- כשהחוזה מאוד מורכב השלמה נורמטיבית לא תמיד תתאים כי היא מורכבת מתניות ברירת מחדל מאוד כלליות וגסות (שכן, הן אמורות להתאים עצמם לכל החוזים הקיימים).
        3. לכאורה אם יש גמירות דעת אפשר להשלים את החוזה- ההשלמה הזו לא משקפת את הרצון האותנטי של הצדדים. אולם גם ביטול לא. אז מה משקף יותר את רצון הצדדים? כניראה שקיום ההסכם והתערבות בתוכנו.
        4. נוסחת הקשר - נקבע אם יש גמירות דעת בעזרת נוסחת הקשר- ככל שיש מחסור בפרטים זו ראייה להיעדר הרצון להתקשר. אבל אם נשתכנע שהצדדים רצו להתקשר אז נאפשר השלמה נורמטיבית.
     2. **יכול להעיד על חוסר במסוימות –** לכן לא נכרת חוזה.
     3. **דרישה צורנית –** יש חוזים שמתחייבים לכתב והעידר פרטים בחוזה משליכה על השאלה האם דרישת הכתב מתקיימת.
        1. ס' 8 לחוק המקרקעין, ס'5 א לחוק המתנה,ס'203א לפקודת העירייה וכו'.
        2. הסיבה לדרישת הכתב בחוזים הללו היא שהיינו רוצים שהצדדים יחשבו ממש טוב לפני שהם מסכימים ולמרות זאת הפסיקה הקלה על הדרישות.
     4. **מקשה על סעד האכיפה –** כי החוזה לא שלם ואנחנו לא יודעים מה החוזה מחייב.פתרון אפשרי: ביצוע בקירוב או שימוש בסעד הפיצויים.
  3. **דרכים להשלים פרטים בחוזה –** 
     1. **מנגנוני השלמה:**
        1. הדרך להתמודד עם חוזה לא שלם – מנגנוני השלמה. נזדקק לדרך זו מפני שחוזים אף פעם לא שלמים (כאמור, העלויות גבוהות מידי וזה לא מעשי).
        2. אם אף אחד מהמנגנונים לא משלים את החוזה – החוזה לא מסוים דיו ולכן אין לו תוקף.
     2. **סדר היררכי של מנגנוני ההשלמה:**
        1. הוראות כופות (הוראות קוגנטיות)
        2. רצון הצדדים (מנגנון פנימי)- השלמה לפי מה שהצדדים רצו.
        3. נוהג – הסכמים מאותו סוג
        4. הוראות חוק משלימות ספציפיות (דיספוזטביות)
        5. הוראות חוק כלליות
     3. **עילת תביעה נזיקית או חוזית?** אם לשון החוזה כוללת הוראות שסותרות הוראות קוגנטיות נמלא אחר ההוראות הקוגנטיות. מהי עילת תביעה בחוזה שבו יש שכר מתחת למינימום? לכאורה אפשר לחשוב שהעילה היא נזיקית אך מדובר בעילה חוזית כי ההוראות הללו נמצאות בתוך החוזה – חוזה עבודה שסותר הוראות חוק כופה ולכן המסגרת הדיונית שלנו היא חוזית. למה זה מעניין? בגלל הסעדים, בתביעה חוזית אפשר לתבוע לאכיפה. לא בטוח שבעילות אחרות יהיה אפשרי לטעון לאותה הזכות.
  4. **השלמה לפי חוזה –** מנגנון פנימי
     1. **פס"ד חוף התכלת-** דיון במסוימות לגבי זהות הממכר- הצדדים לא הסכימו על הממכר והשאלה- איך אנחנו יכולים להשלים בחוזה פרט כזה? היתרון היה שהצדדים קבעו מנגנון השלמה פנימי, הצדדים מינו שמאי שיחליט מהם הנכסים שנמכרים בהינתן התשלום. ביהמ"ש החליט לכפות על הצדדים הסכם למרות שהיה פער משמעותי בין מה שהצדדים רצו לבין החוזה שכפו בפועל. בכל אופן ביהמ"ש טען שהמקרה הזה הוא מקרה שקל להשלים מפני שהנכס נקבע לפי התמורה, לכן, למרות שהתמורה היא חלקית הצדדים יכולים לבחור את הנכס בהתאמה.
     2. **פס"ד תמגר נ' גרשון-** קבלן דירות שאמר שהדירות לבחירת המוכרת- יישום רחב של אופציה כפולה (למרות שבהמ"ש לא השתמש בטענה הזו בפסק הדין- צ"ע) **ברגע שניתנת לצד לחוזה זכות הבחירה (לבחור את הטוב ביותר), הוא לא יכול לטעון לחוסר מסוימות.**
  5. **השלמה של חוזה על פי נוהג**
     1. בהיעדר מנגנוני השלמה פנימיים השלמת החוזה תהיה לפי הנוהג בחוזים מזוג זהה.
     2. ס'26 לחוק החוזים- פרטים שלא נקבעו בחוזה או על פיו יהיו לפי הנוהג הקיים בין הצדדים, ובאין נוהג כזה- לפי הנוהג המקובל בחוזים מאותו סוג, ויראו גם פרטים אלה כמוסכמים.
     3. הרעיון בסעיף הזה הוא שהוא מגשים את רצון הצדדים בהסכם הקונקרטי, ואז אחרי הרצון המשוער בהינתן הנוהג בשוק אך יותר מזה, הוא מכיר בהסדרים חוזיים רחבים הקיימים בשוק.
  6. **השלמת חוזה על פי הוראות חוק משלימות**
     1. בהעדר נוהג, יש מקומות שבהם יש הוראות חוק משלימות תאוריה כללית על ברירת מחדל
     2. **התאוריה של כללי ברירת המחדל – הגישה הכלכלית:**
        1. המטרה של ברירת המחדל באופן הישיר היא חיסכון בהוצאות מו"מ ובכך מתחקים אחר הרצון התיאורטי של הצדדים. מסתדר עם תיאורית הצד ההסכמי. דוגמאות:
           + ס' 40 לחוק החוזים: חיוב יכול שיקויים בידי אדם שאיננו החייב, זולת אם לפי מהות החיוב, או לפי המוסכם בין הצדדים, על החייב לקיימו אישית. ז"א, כשחייב חייב לנושה הוא רשאי להעביר את החיוב לצד שלישי זולת אם הוסכם אחרת בהסכם- קיום חיוב ע"י אחר. אם זאת אם לא התקיים החיוב האדם הראשון הוא זה שנתבע בגין הפרת החוזה.
           + לעומת ס' 6 לחוק המחאת חיובים: אפשרות להעביר את החיוב לאדם אחר פותרת מתביעה משפטית.
     3. **האם כלל ברירת המחדל צריך להיות נטרלי** - כלומר שלא מעדיף אף אחד מהצדדים.
        1. לכאורה אין בעיה כי במידה וזה ידוע שצד אחד מוגן יותר זה ישפיע על המחיר החוזי.
        2. עלול להגדיל הוצאות מו"מ לקביעת מחיר חוזי משתלם.
           + התמחור לא קשה כאשר מדובר בעסקאות רבות - לדוג' מוכר שעושה המון עסקאות עם צרכנים ולכן יהיה לגיטימי להטות את הכלל לטובת הקונים.
        3. אם ברירת המחדל המוטה היא יעילה אז אין משמעות לתמחור.
     4. **ברירת מחדל עונשית:**
        1. כאשר צד לא פועל בדרך מקובלת יש הוראות דיספוזיטיביות עונשיות.
        2. כאשר כלל ברירת מחדל הוא עונשי אז צדדים ירצו לשנות אותו ובכך יציף דברים בעת המו"מ.
        3. פיצוי מוסכם – הוא לא עונשי כי בית המשפט יכול להתערב.
        4. דוג' - נושה וחייב - הנושה יכול לקבוע מועד פירעון במידה והחייב לא העביר לו את הכסף. למה דווקא הנושה מחליט על מועד החיוב? האינטרס של מי לעכב את החיוב- החייב. קובעים בחוק ברירת מחדל שנותנת לנושה זכות חד צדדים על מנת לגרום לחייב להעלות את הנושא במו"מ מיוזמתו.
     5. **תאוריה של כללי ברירת המחדל כמכשיר לקידום צדק**
        1. **קידום צדק בין הצדדים**- ברירת המחדל צריכה להיות מאוזנת. ולכן במידה והצדדים לא קבעו תנאים משלמים יש לעשות תנאים משלימים בצורה צודקת.
           + ס' 42 לחוק החוזים, קיימת לחייב אפשרות לקיום מוקדם אם זה לא פוגע בנושה. עושה צדק עם הצדדים.
           + ס'43 מועד קיום חיוב נדחה (אי אפשר לקיים את החיוב במועדו)- אם בגלל הנושה- עד הסרת המניעה ע"י הנושה. אם הצדדים מחוייבים לקיים יחד- עד שהנושה מוכן לקיים את החיוב שלו- כל הרעיון הוא לאזן בין הצדדים, שוב אפשר להתנות על זה. אבל אם רוצים לסטות מכך צריך לעשות זאת במפורש.
           + ס'45 קיום בנוני- איכות הקיום תהיה מאוזנת בין שני הצדדים.
           + ס'46 אם לא נקבע סכום לתשלום- תשלום בסכום ראוי לפי הנסיבות במועד הכריתה.(אמורפי)
        2. **קיום צדק חברתי** – ברירת המחדל לא תרצה להיות מאוזנת אלא מוטה לגבי הצג החלש בעסקה.
           + לדוג' חוק הגנת הצרכן- הגנה מהותית לצרכן. זוהי התערבות רכה מכוון שיש אפשרות לזוז ממה קבע החוק. האפשרות לזוז מההתניות הדיספוזיטיביות מכריחות את המוכר להודיע לצרכנים על השינוי וגם זה יוצר צדק.
           + התערבות רכה- מתערבים בתוכן החוזה באופן שלא מתחקה אחר הרצון אך נותנים לצדדים את האפשרות להתנות על כך.

המטרה כאמור, היא להציף את הסוגייה מול הצדדים ככה שחנות שאומרת שהיא לא מעוניינת באימוץ מדיניות החזרה לצרכן צריכה להודיעה על כך לקונים. (שלט עם מדיניות החזרה של מוצרים לולא השלט ההסדרים הרבה יותר מחמירים).

* + - 1. **עיצוב ערכים-** **Sticky defaults** דרך ביניים בין התניה קוגנטית לחופש מלא - ברירת המחדל גורמת לכך שאנשים יישארו איפה שמו אותם (פטרנליזם רך).
  1. **הוראות חוק קוגנטיות:**
     1. מדוע נרצה הסדרים קוגנטים:
        1. כשיש צד חלש וצד חזק (נרצה להתערב אקטיבית בחוזב לדוג' חוק החוזים האחידים).
        2. במצבים שיש כניעה ללחצים מהצד החלש או חוסר מודעות.
     2. דוגמאות:
        1. יחסי עובד מעביד (חוסר מודעות)- חובה לתת פיצויים בפיטורין - אולי למנוע חוסר מודעות של המעביד כלפי ההפסד שיש לעובד מפיטורין.
        2. שכר מינימום כניעה ללחצים.
        3. יכול לפגוע בשוק ובחלשים - לדוג' שוק החמאה ושכר מינימום (פוגע בעובדים גרועים כי לא משתלם להעסיק אותם).
     3. האם הוראות קוגנטיות תמיד מגינות על החלש? לכאורה כן, לעיתים לא.
        1. **שכר מינימום** עשוי לפגוע בעובדים חלשים, כשמעלים את שכר המינימום העובד הכי גרוע בחברה יפוטר (הוא כבר לא מצדיק את השכר שניתן לו) לא רק שיפוטר אותי לא יימצא מקום עבודה אחר כי אף אחד לא ירצה לשלם לו את שכר המינימום שגדל. בכך, שכר מינימום יכול לפגוע בעובדים הכי חלשים לטובת ייתרון קטן לעובדים קצת פחות חלשים.
        2. **הגבלה על שכר דירה**: פגיעה בשוק, מי שרוצה לקנות דירה להשקעה יהיה פחות משתלם לו. קבלנים לא ירצו לבנות ויהיה פחות דירות ולשוכרים לא יהיה מספיק עצה מה שיגרום לעליית מחירים (מצוקת הדיור).
  2. **הותרת פרטים למו"מ עתידי לעומת חוזה לניהול מו"מ**
     1. מה קורה במצב בו הצדדים השאירו נושא למו"מ עתידי או ערכו חוזה לניהול מו"מ?
        1. אפשרות 1: שיש חוזה שלא הושלם זה עדיין שלב במו"מ – הפיצוי הוא רק בגין חוסר תו"ל.
        2. אפשרות 2: יש חוזה והמו"מ צריך להיות כפוף לתו"ל – והפיצוי יכול להיות כל פיצוי בגין הפרת חוזה**.**
     2. **גלנר נ' תאטרון חיפה –** עולה השאלה האם זה הסכם לניהול מו"מ או הסכם שבו נותרו פרטים למו"מ. ביהמ"ש עליון קבע שמדובר בחוזה עם פרטים להשלמה ולכן הפיצוי הוא בגין הפרת חוזה ולא רק בשל חוסר תו"ל במו"מ.

# צורת החוזה

1. **מבוא**
   * 1. צורת החוזה חלק מחופש החוזים -אין צורה מסוימת שחייבים ללכת על פיה.
        1. חריג: אם צורה מסוימת היה תנאי לתוקפו על פי חוק או הסכם בין הצדדים.
           + לדוג' דרישת כתב על פי חוק במקרקעין או בחוזה מתנה.
   1. **דרישת הכתב**
      1. **יתרון ראייתי לכתב**: ברגע שיש הסכם כתוב קשה לסתור את מה שכתוב.
      2. **דרישת כתב היא מהותית**
         1. למה זה חשוב שהיא מהותית?
            * הבטחת רצינות הצדדים ושהם מבינים את גודל העסקה.
            * הבעה חיצונית נוספת לגמ"ד.
         2. אם הדרישה מהותית הגיוני שבית המשפט לא יכיר בחוזה גם כאשר הצדדים אומרים שהייתה ביניהם הסכמה בע"פ. ואם הדרישה לא הייתה מהותית אלא ראייתי בית המפשט היה מכיר במקרים בהם הייתה הסכמה בע"פ.
         3. בעבר דרישת הכתב לא הייתה מהותית לא ראייתית (ס'80 לחוק הפרוצדורה ה העות'מנית) והיא לא הייתה תנאי לתוקפו של חוזה.
   2. **דרישת כתב במקרקעין**
      1. אחת הסיבות לכך שיש דרישה כתב במקרקעין היא שלעיתים רבות בעסקה מקרקעין קונה הנכס לא עושה זאת לעיתים קרובות ויש לו פחות הבנה בנושא.
      2. הדברים שחייבים להופיע בהסכם בכתב : **פס"ד קפולסקי**:
         1. שמות הצדדים
         2. מהות הנכס
         3. מהות העסקה
         4. מחיר
         5. תנאי התשלום
         6. הוצאות מיסים
      3. פסיקה מאוחרת הוסיפה עוד 2 תנאים:
         1. מועד המסירה
         2. מועד העברת הבעלות
      4. למרות הפס"דים אין זו רשימה סגורה.
   3. **התרככות דרישת הכתב במקרקעין**
      1. בפועל אם ניתן להשלים את כל הפרטים באמצעים נורמטיביים הם לא בהכרח חייבים להיכתב.
      2. **הבעיה בהתרככות דרישת הכתב**
         1. פוגע בדרישה לגמ"ד מוגברת – לדוג כאשר אין צורך בחתימה.
         2. פוגעת בדרישה המהותית.
   4. **הסכמה בעל פה והשלמה לפי דין**
      1. **פס"ד ברון** -השופטת בן פורת - הודעה בע"פ לא משלימה בצורה פוזיטיבית ובנוסף אם היה הסכם בע"פ אי אפשר להשלים גם בצורה פוזיטיבית על פי חוק כי זה אומר שהצדדים התכוונו לסטות מההסר הפוזיטיבי.
         1. בעייתיות: הצדדים יוצרים מסמך חסר לעסקה. המסמך ניתן להשלמה נורמטיבית. הצדדים מגיעים להסכמות בע"פ שלא מתיישבות עם ההשלמה הנורמטיבית. התוצאה בעייית- אם יש הסכמה של הצדדים אין חוזה אבל אם הצדדים לא מסכימים על כלום יש חוזה.
      2. **פס"ד תמגר** – השופט ת' אור - הודעה בע"פ (שהקונה תבחר איזה דירה שהיא רוצה) משלימה את החוסר בהסכם ולא פוגעת בדרישת הכתב ובעצם דעתו עומדת בסתירה לפס"ד ברון.
         1. איך ניתן ליישב את הסתירה? מנגנון השלמה חוזי-פנימי, אופציה כפולה מאפשר לכל צד שטוען לקיום החוזה לכפות אותו על הצד השני כאשר הוא נותן לו לבחור את מנגנון ההשלמה המשתלם ביותר.
      3. איך היינו קובעים מנגנון ששומר על העקרון שדרישת הכתב היא דרישה מהותית וגם מאפשר לצדדים להגיע להסכמות ביניהם מחוץ לחוזה בכתב?
         1. אם יש הסכמה בע"פ ושני הצדדים מודים בה חייבים להכיר בהשלמה- מה קורה כשיש מחלוקת לגבי ההשלמה בע"פ? נניח שהצדדים לא הגיעו להסכמה בע"פ ויש להשלים ע"י השלמה נורמטיבית.
         2. אם המטרה של דרישת הכתב היא לוודא את רצינות הצדדים, כאשר מדובר בפרט מהותי זה יהיה לא נכון להשתמש בהשלמות נורמטיביות. ויש להגיד שאין הסכם.
         3. אפשרות אחרת, אם ההשלמה היא ביחס פרט מהותי ניתן לנתבע (שסבור שאין חוזה) לבחור האם להשלים או לא. אם אנחנו נותנים לו את הברירה הוא לא יכול לטעון לכפייה על הסכם שהוא לא מעוניין בו.
   5. **בעיית החתימה**
      1. חתימה נתפסת כתנאי הכרחי לכריתת הסכם ותפקידה היא **ראייה לגמירות דעת** של הצדדים - היא לא מוסיפה פרטים לגבי העסקה (לא מעידה על מסויימות).
      2. **בוטקובסקי נ' גת** - נאמר שגם אם אין חתימה זה לא ואומר שאין גמירות דעת אלא רק אומר שיותר קשה להוכיח את זה. במקרה הנ"ל הבאת עותק לרוכשים ונוסח ההסכם הראה על גמירות דעת.
         1. לא מסתדר עם העובדה שדרישת הכתב היא מהותית – תשובה: דרישת הכתב רוככה עם הפסקה וניתן לעיתים להשלים אותה השלמות נורמטיביות
   6. **שינוי וביטול עסקה הטעונה כתב**
      1. **כאשר יש דרישת כתב** - שינוי קל לא דורש מסמך, אולם שינוי ביחס לתנאים מהותיים מחייב כתב.
         1. לכאורה כשיש דרישת כתב מהותית לא ניתן להתנות עליה התוצאה של השינוי עלולה להויבל לשני מצבים:
            * אין משמעות לשינוי כי הוא בוצע בע"פ
            * בטלות ההסכם כי יש שתי עסקאות האחת ללא גמ"ד ושנייה ללא כתב כשיש דרישה.
      2. **כאשר אין דרישת כתב** - ניתן לקבוע שיש תנאי בחוזה שלא מסכים על שינוי בע"פ ושינו מחייב כתב.
   7. **השתק ותום לב מול דרישת כתב**
      1. **פסד זוננשטין נ' גבסו -**ברק מיעוט- אם אנחנו סבורים שצדדים לעסקה לא הגיעו להסכמה ולא השלימו את העסקה בכתב כדי לעשות פעולה פסולה- כמו התחמקות ממס. הסיטואציה לא יכולה לאפשר לזה שהם יתחמקו מחיוביהם לפי ההסכם. הסיבה שהצדדים לא הגיעו להסכם בכתב היא רלוונטית. **לדעת ברק הדרישה לתו"ל גוברת על הדרישה לכתב.**
      2. **פס"ד זינגר נ' קימלמן-** טענה של השתק הבטחה כדי להתגבר על דרישת כתב, נטען שברגע שהצד השני הבטיח להתקשר על בסיס ההסכם והוא מפר את ההתחייבות בחוסר תום לב, אז צריך למנוע ממנו להעלות את הטענה של העדר הכתב דרך השתק הבטחה.
         1. השופט בייסקי - כל הרעיון הזה הוא דבר והיפוכו, אתה לא יכול להעלות את הטענה שההבטחה שוללת את האפשרות להעלות את הטענה של העדר כתב כי זה מרוקן לגמרי את דרישת הכתב מתוכן – **בעצם הוא שולל את האפשרות של שימוש בהשתק הבטחה כדי לגבור על דרישת הכתב.**
   8. **ביצוע מלא או חלקי כתחליף לכתב**
      * 1. ביצוע החוזה ע"י אחד הצדדים יכול לעקוף את דרישת הכתב - כדי לא ליצור מצב של הונאה בו אדם לא יכתוב חוזה ויבקש ביצוע ורק אחר הביצוע לא יהיה מוכן למלא את חלקו.
        2. **קלמר נ' גיא** – מדובר היה בעסקת קומבינציה שבעל קרקע נתן את הקרקע לאדריכל תמורת בניית 2 בתים (אחד לבעל הקרקע ואחד לאדריכל), כאשר בתמורה יועבר לאדריכל חצי מהשטח. בפועל לא הועברה הדירה לאדריכל וטענת בעל השטח הייתה שהחוזה לא עומד בדרישת הכתב.
           + השופטזמיר - הדרישה של הכתב מרוככת על ידי הביצוע הביצוע החלקי של החוזה משלים את הפרטים החסרים שבכתב. **ביצוע חלקי עולה על דרישת הכתב**.
           + השופט ברק - "זעקת ההגינות", זה יהיה עוול מצב שבו מעודדים אותם צדדים לחוזה להשלים את ההתחייבויות שלהם ויוצרים אצלם את התחושה שהחוזה גמור ואפשר להסתמך עליו ואז מנסים להתחמק מהביצוע בגלל העדר כתב. היה חוסר תו"ל **ותו"ל עולה על דרישת הכתב.**
   9. **תרופות בהעדר כתב**
      1. **אין חוזה בכתב אבל יש הפרה של חובת תו"ל. אלו תרופות אפשר לתת?**
         1. אם חוסר תו"ל גרם להעדר דרישת הכתב ניתן לדרוש ביצוע של החוזה.
         2. אם דרישת הכתב היא **ראייתית** אז לכאורה אין בעיה - מכוון שזה יוצר רק בעיה ראייתית שניתן להתגבר אליה ממקומות אחרים.
         3. אם דרישת הכתב היא **מהותית**- זה בעיה להתגבר עליה - בקלמר נ' גיא הצדדים פעלו מתוך הנחה שיש חוזה שמקיים את דרישת הכתב ולכן הדרישה המהותית קיימת ותהיה נטייה יותר קלה להגיד שזה מתיישב עם הדרישה המהותית של רצינות הצדדים ולכן גם אם בפועל לא היה כתב ניתן לעשות השלמה.
         4. **פס"ד טבוליסקי נ' פרלמן**- מבטיחים לרוכשים מחסן יחד עם הדירה אבל המחסן לא מופיע במסמך- ביהמ"ש לא יכול לזכות אותם במחסן בגלל שיש דרישת כתב מהותית. בהמ"ש משתכנע שהובטח להם מחסן, מתגבר על כך ע"י שימוש בעילת תרמית בנזיקין. עוולה של יצירת מצג שווא שהוביל אותו להתקשר בעסקה - עוולה שמזכה בפיצוי על נזק ולא באכיפה - לא יכולים לאכוף אך יכולים לקבל פיצוי חיצוני לחוזה במסגרת עוולת התרמית לא סותר בשום צורה את דרישת הכתב המהותית.

# תמורה והסתמכות

* 1. **התמורה במשפט האנגלו-אמריקאי**
     1. אין חוזה במידה ואין תמורה
     2. אינטרס הוא לא תמורה
     3. הסכמי אופציה - כאשר האופציה היא חלק מחוזה שלם ניתן להבין שיש תמורה. כנגד חוזה אופציה חייבת להיות תמורה כלשהי
     4. הצעה בלתי הדירה - ניתן להגיד שזו אופציה שאין נגדה תמורה ולכן היא לא מקובלת במשפט האנגלו-אמריקאי.
  2. **התמורה במשפט הישראלי**
     1. במשפט הישראלי שינה אפשרות להתחייב ללא תמורה בניגוד למשפט האנגלי.
     2. התחייבות ללא תמורה במשפט הישראלי מעוגנת בחוק המתנה.
        + - חשוב להבחין שהצעה מזכה יש בה תמורה פשוט אין בה חיובים של הצד השני.
  3. **התמורה בחוזה שכירות והשאילה**
     1. חוק השכירות והשאילה
        1. **שכירות** – זכות שניתנה לעשות שימוש בנכס לא בצמיתות תמורת תמורה - לכן כל ההסדרים של חוזה רגילים מתקיימים.
        2. **שאילה** – זכות שניתנה לעשות שימוש בנכס שלא לצמיתות ללא תמורה (או בתמורה סמלית - שלא נחשבת תמורה במשפט הישראלי) - לכן חלים עליו הוראות שונות לדוג' ניתן לבטל חוזה כזה תוך זמן סביר והפרת חוזה שאילה לא תשמש תביעה לאכיפה.
        3. מה קורה במידה וחוזה שאילה מחיל על עצמו את כל ההסדרים של חוזה שכירות?- יהיה תוקף מכוון שכל התנאים הם דיספוזיטיביים. אם זאת ישנם הסדרים קוגנטים בחוק השאילה שלא יהיה ניתן לשנות (לדוג' הסדר קוגנטי הוא שאי אפשר לאכוף חוזה שאילה).
  4. **התמורה בחוזי מקרקעין**
     1. מקרקעין - תקנת השוק במקרקעין: **הרישום** במקרקעין מהווה את הזכות.
        1. חריג - אם אדם א' מכר נכס לאדם ב' בדרך לא חוקית והנכס נרשם במקרקעין ואדם ב' מכר לאדם ג' - המקרקעין מגיע לאדם ג' אם קנה אותו בתו"ל. ההנחה היא שב' היה יכול לדעת שהקרקע הגיע בדרך לא חוקית ואילו ג' הוא כבר שלב מאוחר בהרבה ולכן אין לו אפשרות לדעת.
     2. **תקנת השוק** במקרקעין," מי שרכש זכות במקרקעין מוסדרים **בתמורה ובהסתמך בתום לב על הרישום**, יהא כוחה של זכותו יפה אף אם הרישום לא היה נכון".
     3. **עסקאות מטלטלין**- בעסקה נוגדת התחייב אדם למכור לקונה את המטלטלין ולאחר מכן מכר לאדם שלישי זכותו של הקונה הראשון עדיפה **אלא אם השני התקשר בהעסקה בתום לב ובתמורה.**
     4. ישנה משמעות לתמורה במקרקעין ואם לא הייתה תמורה הצד השלישי לא רשאי להשאיר את הנכס אצלו.
  5. **התמורה בדיני שטרות**
     1. בשטרות שטר הוא כמו שיק – שטר חוב, כש-א מספק לב' שטר ניתן לפרוע אותו וחוץ מזה ניתן להסב אותו.
     2. פקודת השטרות קובעת – אוחז כשורה בשטר כלשהו שלם ותקין בתום לב ובעד ערך, כלומר **שילם ערך ממשי** עבור השטר, ומי שסיחרו לו את השטר את בתנאים אלו קיבל קניין נקי ואי-אפשר לטעון כלפיו כי השטר נגנב באיזשהו שלב בדרך.
     3. העובדה שניתנה תמורה בגין השטר יש זכות קניין על השטר.
  6. **הסתמכות**
     1. זכות התמורה היא לא יסוד להתקשרות חוזית בדין הישראלי, אך היא מחזקת זכויות ע"פ חוזה.
     2. הסתמכות יכולה להוות תחליף חלקי לתמורה.
        1. למשל חוזה מתנה מאפשר זכות חזרה מהחוזה. הזכות מוגבלת לכך שלא היה שינוי משמעותי לרעה לנבטח.
* החוק הכללי אומר- לא ניתן לחזור.
* אם אין תמורה בכלל- כן ניתן לחזור.
* אם אין תמורה אבל הייתה הסתמכות, זכות חזרה מוגבלת.
  1. **תמורה שאינה מועילה לצד השני**
     1. מהי תמורה ?
        1. **המר נ' סדווי** – מבטיח לאחיין שלו 500 דולר אם הוא מבטיח לא לשתות או להמר ביום הולדת 21 האחיין מבקש את הכסף הדוד אומר שהוא שם את הכסף בחשבון השקעות ונותן לו רק חלק. הדוד נפטר ולא נתן את שאר הכסף לאחיין, עולה השאלה האם האחיין זכאי לשאר הכסף- טענת העיזבון- אין תמורה (להפסיק לשתות ולעשן לא תמורה).
           + בית המשפט פוסק, יש תמורה המעשים של האחיין – **מניעה מהדברים האלה** - היא תמורה במובן של ויתור על זכות לפי דין. (מגיל 18 מותר לשתות ולהמר).
        2. **ווב נ' מקגריין** – עבדו במפעל, פינו עצים אחד ראה שהשני עומד להיפצע הזיז אותו ונפצע בעצמו זה שהוזז הבטיח שהוא ישלם לו לכל החיים. המשלם נפטר והמשפחה לא המשיכה לשלם את הכסף. האם הייתה תמורה?
           + גישה אפשרית: קבלת תמורה לפני התחייבות לא מחייבת תשלום אך יוצרת בסיס מספק להתחייבות עתידית.
           + במקרה שלפנינו היה ככל הנראה מדובר בחוזה מתנה אבל זכות החזרה היא של המבטיח ולא של העיזבון. לכן אי אפשר לבטל את החוזה.
  2. **התחייבות לתת מתנה**
     1. התחייבות לתת מתנה עתידית היא התחייבות חוזית מבחינת המשפט הישראלי, זאת לעומת נתינת מתנה אין בה חוזה כי היא מסתיימת ברגע הפעולה.
     2. **דרישת התמורה בחוזה מתנה היא מהותית ולא קונסטרוקטיבית.**
     3. מתנה יכולה להיות על תנאי ויכול להיות שתחייב את מקבל המתנה לעשות משהו.
        1. לדוג'- תנאי - לתת במתנה כסף לאוניברסיטה ולדרוש שישתמשו בו למחקר של קורונה - במידה וזה לא ישמש למתן של קורונה יש בטלות של המתנה וצריכה להיות השבה.
     4. **יש הבדל בין תנאי וחיוב** 
        1. **חיוב** - לתת כסף ואז לבקש משהו בעקבות המתנה - במקרה כזה אפשר לדרוש את אכיפת החיוב אבל לא לבקש חזרה את המתנה.
        2. **תנאי** - אני אתן לך מתנה בתנאי שתעשה דבר כלשהו - אם לא עומד התנאי יש החזרה של המתנה.
     5. **ברקוביץ נ' קלימר** - הסבתא נתנה כסף לביתה וחתנה לקנות דירה בתנאי שתגור איתם, החתן עשה את המוות לסבתא עד שעזבה. הסבתא דרשה את הכסף חזרה . ברק קבע שזה תנאי - בגלל הניסוח של הסכם המתנה ולכן יכולה לתבוע ביטול והשבה הדדית.
     6. **חזרה מהמתנה**
        1. כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בעקבות ההתחייבות רשאי הנותן לחזור בו. אלא אם כן התנה את זה שלא יכול לחזור בו. גם אז במידה ומקבל המתנה יתנהג בצורה מחריפה תהיה אפשרות לחזור מנתינת המתנה.
        2. **ויסר נ' שביט -** זוג צעיר שרכשו דירה בגבעתיים, שר דיירי הבניין אישרו להם לבנות על הגג. בנתיים היחסים בין הזוג לשאר הדיירים עלו על שרטון. כשהזוג רצו לבנות, שאר הדיירים חזרו בהם. הקושי היה שהדיירים התחייבו בכתב לא לחזור בהם.
           + דעת הרוב כשיש התנהגות מחפירה צריך להקל על נותן המתנה- מאמצת גישה מרחיבה יותר לכוונה של התנהגות מחפירה(- גידוף).
           + דעת המיעוט - לוין - גישה מצומצמת, אין להם את הזכות למשוך את המתנה בגלל התדרדרות היחסים.
        3. **זכות החזרה אפשרית כל עוד לא ניתנה המתנה.**
           + במקרה של נכס פיזי זכות החזרה היא פשוטה, אם זאת הענקת זכות כמתנה היא בעייתית מכוון שלא ברור מה רגע הנתניה.
           + כיצד מועברת זכות: הודעה על קבלת המתנה או במסמך שמעיד שקיימת לי הזכות.
        4. מקרה של אדם שהתחייב לתת מתנה ואז האדם מת - האם זה עוקף את דיני הירושה?
           + במשפט הישראלי יש הכרה בחוזה המתנה וזכות החזרה לא ניתנת ליורשים. הזכות חזרה היא רק לנותן המתנה.
           + **פס"ד ועד הישיבות בא"י נ' מיכאלי**- היורשים רוצים לחזור בהם מהתחייבות במתנה- הזכות לא נתונה ליורשים והם לא יכולים לחזור בהם. מתוך רצון להגן על נותן המתנה (ולא על יורשיו).

# כוונה ליצור יחסים משפטיים הסכמי פרס ותחרות

* 1. **מבוא**
     1. דרישה מקדמית לקימה של גמירות דעת היא כוונה ליצור יחסים משפטיים.
     2. לעיתים גם במקרים של גמירות דעת ליצור יחסים משפטיים מערכת המשפט בוחרת לא להתערב ביחסיים כאלה ולעיתים גם כאשר אין גמירות דעת להיקשר ביחסיים משפטיים המשפט מתערב.
  2. **הסכם לארוחות ערב**
     1. לעיתים שיח מוביל להצהרות כוונות שהיא כלל לא הבטחה במובן המשפטי. הבטחה במובן המשפטי טומנת בתוכה גם התחייבות לא לחזור מן ההבטחה.
        1. לדוג' אני קובע עם חבר שלי להיפגש ביום שלישי בשעה 19:00 לארוחת ערב. אנחנו מצהירים על כוונות, אבל אף אחד לא חושב שמדובר על הבטחה שהצדדים מחויבים שלא לחזור ממנה.
        2. גם במקרה בו היה נזק כספי עקב הבטחה כזו לרוב בית המשפט לא יכיר בהבטחה זו כהבטחה משפטית. מתוך הנחה שהצדדים לא היו רוצים מלכתחילה שביהמ"ש היו מסדרים את היחסיים ביניהם ואם היו יודעים שמדובר בהתחייבות לא היו מסכימים להבטיח.
  3. **הבטחת נישואין** - ברור שיש כאן התחייבות האם מדובר בחוזה מחייב?
     1. **הדין במשפט משווה** – ברוב המדינות אין עילת תביעה חוזית. סיבות:
        1. אין הבטחה.
        2. גם אם יש הבטחה היא לא מהווה בסיס לחוזה.
        3. גם אם יש הבטחה והיא מהווה בסיס לחוזה – ייתכן שביהמ"ש יבחר לא להתערב ביחסיים מסוג זה. לא רוצים להרתיע אדם להפר חוזה נישואין.
     2. **מדוע ישנה סיבה להתערב?** מדיניות של אי התערבות מוחלטת **עשויה להיות בלתי צודקת** במקרים מסוימים. למשל, מצבים שבהם צד אחד מניע את הצד השני להסתמך על ההצעה ולפעול במסגרת הזאת- עידוד אישה להיכנס להריון מתוך הבטחה
     3. **הדין הישראלי** - מדובר בחוזה אך הזכות לסעדים מוגבלת מאוד מכוון שזה בעייתי להתערב בחיי זוגיות:
        1. אין אכיפה
        2. אין פיצויי צפייה
        3. פיצוי צנוע עבור **הסתמכות בלבד** ועל הנזק הממוני בלבד. לעיתים נדירות על נזק לא ממנוי.
     4. בעבר לא היה אפשר לקבל פיצוי מגבר נשוי. השתנה בפסק דין של השופט ברק בו נאמר שפעם הייתה עדיפות להגיד שהאישה לא מוסרית והיום ברור שהגבר היה יותר לא מוסרי ולכן אפשר לבקש ממנו לשלם פיצוי.
     5. **עוולה נזיקית?** –
        1. האם יש מקום להכיר בתביעה נזיקית במקרה של הבטחת נישואין? קיום רומן הוא אולי גרם הפרת חוזה של חוזה נישואין. ס' 62 מוריד את האופציה הזו. אולי בעזרת עוולת הרשלנות ניתן לתבוע על רומן? תשובה – לא: כי המחוקק החליט שהוא לא רוצה להיכנס לקשרים בין בני זוג (בגידה) בכל הנוגע לעוולות ניתן להבין זאת לפי ס' 62.
        2. אולי הבטחת נישואין על סמך מצג שווא (לדוג' גבר נשואי שטוען שהוא רווק) תתאפשר עוולת התרמית.
  4. **הבטחה בין בני זוג**
     1. מערכת המשפט לא רוצה להיכנס ליחסים בין בני זוג ולכן לרוב הבטחות כאלו לא ייחשבו לחוזה. אם זאת ישנם שני חריגים:
        1. הסכם גירושין
        2. הסכם ממון לפי חוק יחסי ממון – צריך להיות מאושר ע"י ביהמ"ש לכן מעיד על גמ"ד חזקה.
     2. ישנו קושי כאשר הצדדים רוצים להסדיר יחסיים ממוניים אך הצדדים מבקשים לקבוע כי להסכם אין תוקף משפטי.
        1. לוין נ' לוין - סיפור המקרה היה לגבי זוג עם 3 ילדים שהחליטו להתגרש. ולפני הגירושין הוסדר הסכום שהבעל ישלם לאשה עד שיינתן גט. אבל הוכנסה תניה כי ההסכם יסדיר את המצב עד הגט אבל לא יוצג לביהמ"ש (מרגע שיינתן גט הוא יהווה הוכחה של הבעל שלא ניתן יהא להשתמש בה), וכותרת ההסכם הייתה "הסכם ג'נטלמני".
           + עמדת ביהמ"ש הינה כי אין צורך להתייחס לכותרת אלא תוכן החוזה מראה כי מדובר על התחייבות להיכנס ליחסיים משפטיים, ולא תיתכן תניה שכזאת, כי למעשה זה אומר שהחוזה הוא לא אכיף ואז יש סתירה פנימית בחוזה.
           + הביקורת של פורת, הצדק נעשה רק כלפי גברת לוין, אבל פוגע בנשים הבאות שבעליהם לא יסכימו להתחייב בהסכמים ג'נטלמנים. הגשמת צדק במקרה קונקרטי ולא הגשמתו במובן הרחב-צדק הסכמי.
  5. **הסכם ג'נטלמני מסחרי**
     1. הסכם יותר בעייתי מכוון שיש חשד שלמוכר יש רצון לברוח מהדין.
        1. חברה שמספקת שירותי תיקון למוצרים ומודיעה ללקוחות שאסור להציג את ההסכם בבית משפט. חשוד מאוד. מה בכל זאת השיקולים?
           + עלול להוזיל עלויות
           + מוטיבציה לקבוע הסדר פנימי בחוזה

מנגנון אכיפה פנימי לעיתים יותר טוב ממנגנון אכיפה חיצוני. בפסיקה יש דיון במנגנוני אכיפה לבר-חוזיים ובראשם המוניטין- דרך להבטיח שהצדדים יקיימו את הבטחותיהם. אם צד מפחד על המוניטין, הוא יפחד לפחד גם כשיעיל להפר.

* + 1. אפשר אולי להגיד תנאי שקובע שאי אפשר לתבוע בבית משפט בחוזה מסחרי זה **תנאי מקפח בחוזה אחיד.**
  1. **הסכם פוליטי**
     1. הסכם פוליטי הוא דוגמא נוספת למקרה שבו ישנה התלבטות האם יש מקום לביהמ"ש להתערב.
        1. **ג'רזבסקי נ' ראש הממשלה יצחק שמיר** - הסכם בין ליכוד לבין סיעה, שהתחייבה לוותר על חוב ובתמורה הובטח לה מקומות ברשימת הליכוד לכנסת הבאה. בית המשפט קבע שהוא לא יכול להתערב בהסדרים הקואליציוניים מלבד ההסדר לגבי החוב. מכוון שוויתור על חוב זה כמו לקנות מינוי פוליטי. לגבי שאר ההסדרים הקואליציוניים הציבור צריך לשפוט אותן ולא בית המשפט.
        2. **אלחג' נ' אבו עקל** - בחירות במועצה מקומית. סיעה החליטה שתהיה רוטציה בין הנבחרים. הזוכה במושב הראשון לא הסכים לקיים את הרוטציה לאור עליית היחסים על שרטון וטענה שהסכם הרוטציה לא תקף.
           + **זמיר**- גם אם ההסכם הפוליטי היה הסדר חוזי אבל לא מתקיימים התנאים של גמירות דעת ומסויימות וגם לא הייתה להם כוונה להכפיף את עצמם לדיני החוזים. אם הייתה כוונה הם כן היו כפופים.
  2. **הבטחה קבלה ללימודים והבטחה לציון**
     1. הדין הישראלי קובע שאי אפשר להתערב בקבלה ללימודים או הבטחה למתן ציון.
     2. **מרום נ' אוניברסיטת תל אביב** - מקרה בו הבטיחו למישהי שהיא תתקבל במידה והיא תשפר את ציונה. לאחר ששיפרה את הציונים עלה הרף של הציונים ולכן היא לא התקלה.
        1. האם יש בכלל הבטחה או שזה נחשב יעוץ לפני מה שידוע כרגע - לא הייתה הבטחה מכוון שהיא ייעצה לאותו הרגע ולא הבטיחה שגם אם ישתנה הרף היא תתקבל.
        2. האם יש כוונה ליצור יחסיים משפטיים
        3. אין צורך להתערב בכלל בגלל שלא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים.
     3. **שני נ' אוניברסיטת תל אביב** - האוניברסיטה מבטלת את הפטור שניתן להם בשנה בראשונה של הלימודים - נקבע בפסק הדין שיש להתערב מי הגורם המוסמך לקבוע מי מבטל את הפטור.
        1. זה שהאוניברסיטה אמרה שהיא תכיר בזה חשוב מכוון שאין עניין של שיקול דעת מקצועי - ויש לבדוק מי הגורם שקבע שמגיע להם פטור. ולפי זה להחליט אם להכיר בפטור.
        2. אין בכלל את העניין של ס' 33 מכוון שמדובר בשאלה מי הגורם המוסמך לתת פטור.
     4. דוקטרינת הסמכות הנחזית – אם גורם בתוך מוסד מציג עצמו כבעל סמכות ובשל כך נותן פטורים מסוימים המוסד לא יכול להתנער מהחובה שנוצרה כלפי אותם אנשים.
  3. **תחרות ספורט**
     1. במקרים של תחרות גם נראה שאין מקום לביהמ"ש להתערב. אם יש הסכמה ששופטי התחרות הם אלה שייקבעו מי הזוכה- אכיפה של ההסכם כנגד דעת השופטים או בכלל התערבות של בית המשפט נוגד את רצון הצדדים בזמן הכריתה.
     2. **מדינת ישראל נ קרסניאנסקי** - משתתף בחידון התנך תבע את מדינת ישראל על כך שלא מינו אותו להיות הזוכה בחידון התנך.
        1. ברנזון - יש חוזה משפטי רק בנוגע לדברים מסוימים בחוזה.
        2. הלוי - אין חוזה בכלל מכוון שזה הסכם של כבוד ואין בו הענקת דבר משפטי אלא הענקת כבוד. למשתתפים בחוזה תחרות אין כוונה להיכנס ליחסים משפטיים.
  4. **חוזה הימורים**
     1. על פי הדין בישראל אין להתערב בחוזה הימור או הגרלה.
        1. ס' 32 לדיני החוזים- חוזה של משחק, הגרלה או הימור שלפיו עשוי צד לזכות בטובת הנאה והזכייה תלויה בגורל, בניחוש או במאורע מקרי יותר מאשר בהבנה או ביכולת, **אינו עילה לאכיפה או לפיצויים.**
        2. באופן כללי אם החוזה בלתי חוקי הוא עשוי להיות בטל מעיקרו.
     2. **הבחנה בין זכייה מקרית לבין זכייה אשר תלויה בהבנה או יכולת**
        1. **פס"ד בלטי נ' מדינת ישראל**-ארגון פשיעה שניהל משחקי פוקר, טענו שלא עברו על החוק בעריכת משחקי מזל בגלל שלדידם פוקר הוא לא משחק מזל.
           + בהמ"ש- לגבי אנשים מומחים ייתכן שזה לא קשור במזל אלא ביכולת. אך אצל אנשים שלא מנוסים רק המזל משחק תפקיד בפוקר והמשחק הזה אסור ע"פ הדין העונשי.
        2. **פס"ד רפי נ' פקיד שומה**- תבעו את רפי על תשלום מס כחלק ממס עבודה (מס יותר גבוהה) על כסף שהרוויח במשחק מזל. נקבע שהשאלה אם זה משחק מזל או לא היא שאלה של מומחיות שדורשת ראיות קונקרטיות. נקבע שמדובר בשאלה של יכולת ולכן היה מחויב במס רגיל ולא מס מופחת של משחקי מזל.
        3. **איך אפשר ליישב את הסתירה בין פסקי הדין**?
           + יש הבדל בין שחקן יחיד שיכול להתחשב למומחה לבין להכריע כי באופן כללי פוקר זה משחק של מומחיות ולא מזל.
        4. **פס"ד קונקטיב גרופ נ' דבוש**- מי שזוכה במכרז הוא מי שהציע את המחיר הכי גבוה.
           + בהמ"ש קובע שזה לא מכרז אלא הגרלה כי זה תלוי יותר במזל- לכן הוא חוזה בלתי חוקי ובהמ"ש מסרב להכיר בזכות ההשבה של הצדדים.
           + **מזוז**- שני הצדדים הפרו חובה חקוקה בגלל שנקשרו בחוזה הימורים לא חוקיים לכן הם לא זכאים לסעד מהדין.

# פגמים בכריתה - טעות

1. **מבוא:**
   1. **ס' 14 לחוק החוזים החלק הכללי**

*(א) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך, רשאי לבטל את החוזה.*

*(ב) מי שהתקשר בחוזה עקב טעות וניתן להניח שלולא הטעות לא היה מתקשר בחוזה והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך, רשאי בית המשפט, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת; עשה כן, רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.*

*(ג) טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.*

*(ד) "טעות", לענין סעיף זה וסעיף 15 - בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.*

* 1. **כללים**:
     1. עקב טעות יש **אפשרות ביטול** - החוזה לא בטל מעיקרו.
     2. אם הצד השני לא ידע על הטעות בית המשפט יכול להחליט אם מן הצד לבטל.
     3. טעות היא לא עילה לביטול החוזה אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות.
     4. עילת הטעות לא מתייחסת לטעות בכדאיות העסקה.
     5. טעות סופר היא לא עילה לביטול החוזה (ס' 16)

1. **מקור הטעות**
   1. במאה ה19 -
      1. הקונה צריך להיזהר ולכן טעות חד צדדית לא יכולה לזכות בסעד.
      2. טעות הדדית - לא תמיד תזכה בסעד.
      3. החריג: מרמה - יהיה מגיע סעד בעקבות מרמה.
   2. במאה ה20
      1. התחילה התרחבות של ההגנה על הטועה בהרבה מבמאה ה-19.
2. **מדוע אנחנו רוצים להגן על אדם שכורת חוזה עקב טעות?**
   1. **סיבה כלכלית -** הטעות יוצרת עלות - צד אחד נכנס לחוזה שלא משתלם לו עקב הטעות ובכך נמצא במצב כלכלי נחות יותר ממה שהיה לפני. סותר את המטרה של החוזים שהיא להגדיל את הרווחים ולהקצות משאבים בצורה יעילה.
   2. הכרה בביטול עקב טעות יוצרת עלות ולכן אולי לא כול טעות כדי למנוע
      1. **"מונע הנזק הזול"** - תאוריה בנזיקין שאומרת שאם נטיל את האחריות למונע הנזק הזול יהיו לו תמריצים למנוע תאונות באופן יעיל ונפחית את כמות התאונות. באופן דומה נחשוב מי מונע הנזק הזול של הטעות. אם מונע הנזק הזול זה הטועה עצמו- לא ניתן לו ביטול כי ככה נתמרץ את הטועה להשקיע על מנת להימנע מטעויות. אם מונע הנזק הזול הוא הצד השני- נטיל עליו את האחריות ונאפשר ביטול.
         1. טעות חד צדדית שהצד השני לא ידע ולא יכול היה לדעת – ניתן להגיד שמונע הנזק הזול הוא **הטועה**. הוא היחיד שיודע מה חשוב לו בעת הכריתה והצד השני לא ידע ולא יכל לפעול לתיקון הטעות.
         2. טעות חד צדדית שהצד השני ידע עליה או היה צריך לדעת – ניתן להגיד שמונע הנזק בזול הוא בצד השני (מי שלא טעה) ולכן ייתכן ויוכל היה למנוע את הטעות בקלות.
            * מזכיר את, כלל ההזדמנות האחרונה (דוקטרינה בנזיקין), נושא האחריות הוא הגורם האחרון שהיה יכול למנוע את התאונה (כל הקודמים פטורים). ככה מתמרצים את הצדדים (האחרון) להימנע מטעויות.
      2. פוגע ביכולת להסתמך על חוזה – אם אני יודע שאפשר לבטל חוזים עקב טעות אני פחות מסתמך עליהם.
      3. דורש איסוף מידע גדול על מצב הממכר במטרה למנוע מצב של טעות.
   3. **איזון –** דיני החוזים פועלים במטרה למצוא איזון בין עלות הטעות לעלות מניעת הטעות.
3. **יסודיות הטעות**
   1. ס' 14 א-ב: מדברים על טעות שאם הייתה לצד הטועה מודעות לקיומה הוא לא היה כורת את החוזה. כלומר אם הטעות לא יסודית אין זכות ביטול לפי ס' 14 א-ב.
   2. מה הכוונה במילים "ידע על כך" בסעיף?
      1. **ידע על הטעות -** יש ידיעה על הטעות אבל לא על כך שהיא יסודית.
         * + מתן זכות ביטול יוצרת זכות ביטול רחבה (לדעת פלד). כי לפעמים הטעות יכולה להיות על דברים שוליים שאולי האדם הסביר לא היה מסווג אותה כיסודית עבורו.
      2. **ידע על יסודיות הטעות** – מפסיק לדעת על יסודיות הטעות ולא צריך לדעת שהצד השני טעה בפועל. כלומר הצד השני ידע שזה נושא בעל חשיבות לטועה.
         * + פרשנות בעייתית- נותן אפשרות ביטול מוגזמת – ניתן לביטול גם אם אתה לא יודע שהצד השני טועה מספיק לדעת שמשהו חשוב לו.
      3. **ידע על הטעות ושמדובר בטעות יסודית –** מתיישב עם הדעה הרווחת בפסיקה.
4. **ההבדל בין טעות ס' 14 א לבין הטעיה ס' 15**
   1. אם צד ידע על הטעות של הצד השני בפועל ולא העמיד את הטועה על מצב הדברים האמיתי **לכאורה**  יש תחולה **מקבילה** של ס'14 א ו15.
      1. ידיעה קונסטרוקטיבית -מצב משפטי בו נקבע שיש ידיעה למרות שהאדם לא ידע בפועל על הטעות. אם צד לא ידע על הטעות אבל היה עליו לדעת יחול **רק** ס' 14א – יש דרישה ליסודיות הטעות.
      2. ס' 15 לא דורש יסודיות בטעות אלא רק מטיל חובת גילוי על הצד השני **כאשר יש ידיעה בפועל.**
   2. אז למה בסעיף 14א מצויין "ידע או היה עליו לדעת" הרי אם הצד ידע, חל סעיף 15???
      1. ההסבר הוא שס' 15 מדבר אמנם על חובות גילוי לפי דין נוהג או נסיבות העניין אבל לא על חובת גילוי כללית. ס'14 מטיל חובת גילוי קונקרטית-בנסיבות של ידיעה קיימת חובת גילוי- כשהטעות יסודית.
   3. **בעצם אין כל כך הבדל בין שני הסעיפים, ההבדל הוא קטן מאוד.** 
      * 1. בסעיף 14 א - יש **יסודיות בטעות**, כאשר אדם סביר לא היה מתקשר בחוזה בשל הטעות הזאת. (בנוסף לקשר סיבתי). וחובת הגילוי. והידיעה היא אובייקטיבית ידע או היה צריך לדעת.
        2. בסעיף 15 - אין דרישות יסודיות, צריך להוכיח קשר בין הטעות להיקשרות בחוזה. והידיעה של הצד השני על הטעות צריכה להיות סובייקטיבית כלומר ידיעה ממש.
5. **טעות בכדאיות העסקה ונטילת סיכון**
   1. **טעות בכדאיות לא מזכה בביטול**
      1. **ספקטור נ' צרפתי** - רוכש בגלל שהוא חושב שאין מגבלה על המקרקעין - המוכר ידע על המגבלה וככל הנראה ידע שהצד השני טועה.
         1. השופט אשר: לא מדובר בטעות בכדאיות העסקה. טעות ביחס לנשוא ההתחייבות בעסקה היא טעות בכדאיות ולא טעות ביחס לתכונות ובמקרה הנ"ל הטעות היא ביחס לתכונות.
      2. **נחמני נ' גלאור** - קונים התחייבו לסלק משכנתא של המוכרים על הנכס. מוכרים הצהירו על גובה המשכנתא שרובצת על הנכס. הסתבר כי גובה המשכנתא גבוה יותר בגלל הפרשי הצמדה. טעות בכדאיות העסקה –
         1. בייסקי- טעו לגבי גובה הפרשי ההצמדה.
         2. ביקורת - הטעות היא כי הם לא ידעו מה זה הפרש והצמדה ולא לגבי המחיר. כי הרי כמעט כל טעות מובילה למחיר שגוי ואז זה ייתר את עילת הטעות.
      3. **מאיר נ' מזרחי** - מוכרת מכרה דירה ב480 אלף הקונים אומרים לה שזהו השווי שוק של הנכס ומביאים איתם מתווך שיאושש את דבריהם. בפועל מתברר שהשווי של הדירה הוא 600 אלף.
         1. לוין – מדובר בטעות בכדאיות העסקה.
         2. ביקורת – טעות בכדאיות העסקה יכול למנוע ביטול עקב הטעיה – מכוון שהקונים הציגו לה מצג שווא אבל הוא לא הקנה לה זכות ביטול מכוון שהמצג שווא היה לגבי הכדאיות של העסקה.
      4. **גינדי נ' אפללו** – זוג קנו בניין מקבלן שיש בה בעיה ברישום הנכס. אחרי זמן הזוג רצה למכור את הדירה אבל אף אחד לא רצה לקנות בגלל בעיית הרישום. לעו"ד גינדי היה לקוח מטעמו שהתעניין לקנות את הדירה. הסתבר שהקונה הוא אחיו של גינדי ושהחוזה היה מעט שונה ממה שהזוג התכוון אליו לגבי מועד התשלום השלישי.
         1. לא היה כדי למכור את הדירה לפני קבלת כל הכסף זו טעות בכדאיות העסקה. ואם אם הייתה טעות לגבי ההבנה של ההסכם הוא היה בנוגע לכדאיות העסקה ולכן אין עילת טעות. בנוסף אי אפשר להגיד שהייתה טעות מכוון שבני הזוג חתמו על העסקה וידעו על מה הם חותמים גם אם זה היה שונה ממה שסוכם בע"פ.
      5. **פס"ד כנפי נ' בית הדין לעבודה-** הסכם פשרה, בה המתקשר סבר שאם תחול הרעה יהיה זכאי לתוספת. אחרי שהגיע להסדר הזה הדין השתנה ואם יש החמרה במצב הביטוח לא צריך לתת תוספת למבוטח.
         1. בן פורת – טעות בתוכן התקשרות ולא בכדאיות העסקה.
   2. **מדוע נפסק בגינדי שזו טעות בכדאיות ובכנפי שזה טעות בתוכן?**
      1. **טסדקי** - כל טעות לגבי **התרחשות עתידית** היא טעות בכדאיות העסקה.
         1. לדוג': תקווה ששווי הנכס יעלה, תקווה שההצמדה לדולר תטיב עם המתקשר.
      2. **פרידמן** – טעות בכדאיות קשורה **לסיכונים** שכל צד לקח על עצמו בעת ההתקשרות. במידה והסיכון לא נלקח בחשבון יכול להיות שמדובר בטעות שהיא לא בכדאיות העסקה. כלומר טעות בכדאיות היא התממשות של סיכון שאחד הצדדים לקח על עצמו. לא סותר את הגישה של טדסקי.
   3. **טעות שבדין** 
      1. **ארואסטי נ' קאשי –** הקונים הגיעו להסכם פשרה שכלל בתוכה הורדה של הערת האזהרה מהנכס. הקונים תבעו בביהמ"ש לטעות בדין שבגללה הורידו את הערת האזהרה.
         1. ביהמ"ש עליון קובע שבמקרה הזה הטעות שבדין הייתה טעות בכדאיות העסקה מכוון שבעת ההתקשרות בהסכם הפשרה הם לקחו את הסיכון שתהיה פרשנות מאוחרת לרעתם (הגישה של פרידמן).
         2. **איך זה מסתדר עם הלכת כנפי?** בהלכת כנפי היה טעות בדין וההתקשרות הייתה כך מכוון שלא ידע את הדין ואילו במקרה של ארואסטי הם לא ידעו את הדין אבל היו מוכנים להגיע להסכם פשרה תוך לקיחת סיכון שהדין עלול להשתנות.
      2. **שלזינגר נ' הפניקס** - אדם ביטל את פוליסת הביטוח שלו שמכסה אבחון חיובי של סרטן. מתברר לאחר הביטול שהוא חולה סרטן, והוא רוצה לבטל את הביטול. התביעה הגיעה מאשתו לאחר שבעלה כבר מת והיא תבעה לביטול הביטול והפעלת הפוליסה.
         1. למה פגמים בכריתה חלים גם על דברים שאינם חוזה כמו ביטול במקרה הנ"ל - ס' 61 ב' הוראות חוק אלו יחלו על פעולות משפטיות שאינן נמצאות בדיני החוזים.
      3. בשלזינגר מאמצים את ההגדרה של פרידמן- טעות בכדאיות היא טעות לגבי הקצאת הסיכונים. כשצד מבטל חוזה ביטוח הוא מבקש לבטל את הסיכוי שיקרה לו אירוע ביטוחי. ולכן ביטול הפוליסה היה ביטול בכדאיות העסקה.
      4. **פס"ד הולילנד** – רכשו שטח בירושלים AS IS, בינתיים התנהלה חקירת משטרה סמויה, לאור תחקיר הקונים בדקו את מצב הנכס ווידאו שיהיה ניתן להשתמש בו לייעודו- כשיתברר להם שלא תבעו לביטול העסקה עקב טעות לגבי חקירת המשטרה שהתנהלה.
         1. יש משמעות לקניית הנכס AS IS וגם יש משמעות לקיים חוזי מול קיים פיזי. כלומר AS IS הוא סיכון לגבי המצב הנוכחי של הנכס (אי התאמה נסתרת). כאשר זו טעות הדדית.
         2. יש הבדל בין קיים חוזי לקיים פיזי וכל עוד זה לא קיום חוזי לא ניתן להגיד שהייתה טעות. אימוץ הגישה של **טדסקי** שאומרת שטעות בכדאיות העסקה קשורה לטעות לגבי התרחשות עתידית. חשוב לשים לב שיש הבדל אם לקחתי על עצמי סיכון לגבי התרחשות עתידית שצד אחד יודע שהסיכון כבר התממש – כי במקרה כזה זה אומר שאני טועה לחשוב שזה סיכון כאשר בפועל זה קרה ממש ולכן יש פה טעות.
      5. **Amalgamated Investment v. John Walker Investment-** משקיע קונה בניין דירות הוא מתכנן להרוס את הבניין הישן ולבנות חדש, הקונה היה אמור לערוך את הבדיקות הרלוונטיות. לא המוכר ולא הקונה ידעו שהבניין עבר יום לאחר הכריתה לרשימת מיועדים לשימור.
         1. בהמ"ש- לא צריך לבטל את החוזה בגלל הטעות המשותפת. הצדדים היו מודעים לסיכון טרם הכריתה וגם היה מוסכם שהקונה יבצע את כל הבדיקות הדרושות. נטילת הסיכון- שוללת את האפשרות לטעון לטעות. – מתיישב עם הפרשנות של פרידמן.
   4. **ניתן להגיד שפרשנות בכדאיות העסקה זה הסכם דיספוזיטיבי –** הצדדים יכולים להגיע להסכמה ביניהם למתי פעולה תחשב לטעות וקניית הנכס AS IS היא התניה על דיני הטעות – קביעה שצד אחד נוטל את הסיכון למקרה ויש טעות.
6. **טעות לעומת העדר גמירות דעת**
   1. לפעמים צדדים נקשרים בעסקה שאכן שונה מהעסקה שרצו להיכנס אליה מלכתחילה. למרות זאת יש מביעים של גמירות דעת שמצביעים לנו על קיומו של חוזה- כי הפרשנות שאנחנו נותנים לגמירות הדעת היא פרשנות אובייקטיבית. **השאלה אם קיים חוזה או לא, נפרדת מהשאלה אם החוזה לוקה בטעות.**
      1. Non est factum - לא נעשה מאומה - אם אדם חותם על משהו בלי גמירות דעת לדוגמה חתם על משהו שלא ידע שהוא חוזה - אין משמעות לחתימה (מעריף שביקש חתימה אבל החתים את המפורסם על חוזה ללא ידיעתו).
         1. בדין האנגלי וגם בדין הישראלי הטענה לא תחול אם:
            * אם תכננת להיכנס לעסקה אבל לא בדקת שאכן חתמת על העסקה הנכונה אי אפשר לטעון שלא נעשה מאומה. העובדה שאדם לא טרח לבדוק את העסקה לא מספיקה כדי לטעון את טענה זו.
            * הסתמכות עיוורת על יעוץ משפטי לא מקנה את הטענה- לא מאפשר לצד להגיד שמעולם לא הייתה לו כוונה להתקשר בהסכם. (יכול לטעון לטעות/רשלנות של היועץ המקצועי).
7. **טעות הדדית: כל צד טעה לחשוב משהו אחר**
   1. **הדין אנגלי:** 
      1. **PEERLES ("פירלס") -** אוניה שהגיעה מהמזרח למכור כותנה (יש 2 אוניות באותו השם עם סחורה של כותנה אך בסוג שונה), שתי הצדדים טועים בקשר לסוג הכותנה שהצד השני רוצה לקנות/ למכור.
         1. אין טעות מכוון שלא היה מפגש רצונות ואי אפשר בכלל להגיד שנחתם חוזה.
         2. כדי שיתבטל ההסכם מעיקרו המסמך עצמו צריך לנקוט בדו משמעות (שני ספינות בעלות אותו שם) מסמך שעל פניו לא ניתן לעגן אותו - לוקה באי בהירות.
   2. **בדין הישראלי** –
      1. בישראל יש מקרה של הכרעה הפוכה מהדין האנגלי - צדדים הגיעו להסכם שכירות של חדר השוכר חשב שהוא שוכר את החדר החיצוני המשכיר את הפנימי. למרות שהייתה אי בהירות בית המשפט העליון החליט לפרש את החוזה לפני השוכר (מכוון שהיה גורם שלישי מעורב והיה בעייתי לבטל את החוזה).
      2. מקרה בו יש הכרעה זהה לדין האנגלי **פס"ד טרומיים נ' טמסיט** - הייתה טעות הדדית לגבי המשמעות של הסכם הפשרה בהקשר להכרעה עתידית של המוסד לביטוח לאומי. ביהמ"ש קבע ששני הצדדים התכוונו לדברים שונים לגמרי ולכן מעולם לא היה מפגש רצונות והחוזה בטל.
8. **טעות משותפת: שני הצדדים חולקים את אותה הטעות**
   1. במשפט האנגלי – טעות משותפת החוזה בטל.
   2. ארה"ב – טעות משותפת מקנה זכות ביטול.
   3. טעות משותפת לגבי תוכן החוזה – מדובר בטעות סופר. לדוג' נכתב מילה לא נכונה כאשר שתי הצדדים התכוונו למילה אחרת.
   4. **שרווד נ' וולקר** - הטעות שלהם הייתה משותפת לגבי עקרותה של הפרה לאחר זמן מה התגלה שהפרה בהריון ושווה פי 10 ממה שחשבו. וולקר לא רצה למכור את הפרה. בערעור נפסק לטובת וולקר כי הייתה **טעות** **בזהות** הממכר ולא ביחס לתכונה של הממכר.
      * 1. תכונה- אין זכות ביטול
        2. מהות/זהות- יש זכות ביטול
      1. **מה העמדה בארץ?** 
         1. קרצ'מר - תחולה 14א – כל צד יכול לבטל את החוזה כי היה עליו לדעת שהעקרות היא שאלה יסודית בנוגע לעסקה.
         2. שלו - טעות משותפת נכנסת תחת 14ב - היא טעות שכל צד טועה והצד השני לא ידע עליה לכן בהמ"ש רשאי לבטל.
         3. מי צודק? תלוי האם הצדדים היו צריכים לדעת על הטעות והיסודיות שלה. 14א במידה ואחד הצדדים היה צריך לדעת ו14ב במידה ואף אחד מהצדדים לא היה צריך לדעת.
   5. **McRea v. Commonwealth Disposals Commission -** מכירה של מכלית דלק שלא נמצאת ברשות המוכר (נמצאת בלב ים). בפועל המכלית לא קיימת. אחרי חיפוש הקונה מוצא גרוטאה שלא ניתן לעשות בה שימוש. האם הקונה זכאי לפיצויי הסתמכות (עלויות האיתור).
      1. המוכר טוען, החוזה לוקה בטעות משותפת ואין חוזה (חוזה בטל). כי חשבנו שיש מכלית ואין.
      2. הטענה לא מתקבלת בביהמ"ש - אין טעות משותפת אלא מדבור בהפרת חוזה של התחייבות למכלית והתברר שאינה קיימת. כלומר כשצד אחד לוקח על עצמו אחריות למצג העניינים העובדתי, זה שטעה לא מזכה אותו בטענת טעות, כי הוא לקח על עצמו את האחריות בקשר למצב העובדתי לכן הוא לא יכול לברוח מהאחריות כאשר המצב יתבדה.
      3. **בארץ –** ככל הנראה היו מגיעים לאותה תוצאה מכוון שהמוכר התחייב למכור דבר ולקח על עצמו את הסיכון לגבי קיומו של הממכר. וגם אם יוכח שהטעות הייתה משותפת ככל הנראה ביהמ"ש יזכה בסעדים כי הקונה לא היה צריך לדעת שאין מכלית.
   6. **Wood v Boyton -** בחורה מכרה לחנות תכשיטים אבן שבראשותה תמורת דולר. שני הצדדים טעו לחשוב שזה טופז למעשה היה יהלום.
      1. ההבדל בין ווד לשרווד היא שבווד הייתה ידיעה לגבי הסיכון שהם לא יודעים מה ערך האבן. כלומר לא הייתה טעות כי בעת העסקה הם לקחו את הסיכון שהם לא יודעים מה סוג האבן. או טעות משותפת לפני 14ב ולא מזכה בביטול בנסיבות העניין.
9. **טעות חד צדדית -** **כאשר צד אחד טועה והצד השני לא.**
   1. אם הצד שלא טועה יודע על הטעות והטעות יסודית אז מגיע לפי 14א (אולי גם 15) ואם השני לא יודע ולא היה עליו לדעת יש אפשרות ביטול רק אם צודק בנסיבות העניין לפי ס' 14ב.
   2. במשפט האנגלו-אמריקאי אין זכות לסעד לפי ה- Common law אבל יש זכות לסעד באקוויטי (הדין האנגלי היה מחולק ל2 מערכות דינים מקבילות), המשמעות של זה היא שבהמ"ש בוחן את האינטרס הלגיטימי של הצדדים ובנסיבות שיש טעות חד צדדית שהצד השני לא ידע עליה, הוא יאפשר לפעמים לצד הטועה לא לקיים את החוזה ובהמ"ש לא יאכוף אותו כי זה היה בלתי הוגן בנסיבות העניין כי החוזה מבוסס על טעות.
10. **טעות משפטית - טעות ביחס לדין**
    1. באנגליה אין זכות ביטול עקב טעות משפטית ואילו בישראל יש.
    2. **פס"ד כנפי נ' בית הדין לעבודה-** אפשרות ביטול עקב טעות שבדין. באותו מקרה לא היה בכלל חוזה (אלא החלטה של צד לתבוע מענק או גמלה). בהמ"ש מתגבר על הקושי דרך 61ב אפשר לבטל פעולה שהיא לא חזית עקב טעות.
    3. במשפט הישראלי- טעות ס'14ד- מצביע על כך שטעות שבדין היא טעות.
11. **טעות בזהות הממתקשר** 
    1. טעות לא לגבי מצב הממכר, אלא לגבי זהות המתקשר בעסקה. לדוג' מי שמתקשר בהסכם הוא עו"ד בשם לקוחו שנישאר עלום שם.
       1. **פס"ד גרוסמן -** אדם שמתקשר עם עו"ד שמייצג אדם שהוא לא אוהב ולא סיפר לו על כך. נקבע שיש ס' 14 ו15. לכאורה, אפשר לראות את המצב הזה כסיכון שנטל על עצמו המוכר, מתקשר בעסקה עם אלום שם. אך זה מעבר לסיכון עורך הדין יודע שהסיבה שלקוחו אלום שם היא השנאה בין השניים-בהמ"ש קובע שזה הטעייה.
12. **סעדים**
    1. **14ב -** ביטול והשבה על פי שיקול דעתו של ביהמ"ש. שני שיקולים בקביעה האם מגיעים פיצויים לפי ס' זה:
       * 1. איזה צד היה צריך לשאת באחריות על הטעות, מי מונע הנזק הזול.
         2. איזה צד יפגע יותר בגין הביטול.
    2. **14א ו15–** זכאי לביטול והשבה ואולי גם לפיצוי בגין ס' 12 חובת תו"ל במו"מ.
13. **טעות וסיכול החוזה**
    1. אם ההפרה הייתה תוצאה של נסיבות שהמפר בעת כריתת החוזה לא יכול לדעת עליהם או למנוע אותו וקיום החוזה בלתי אפשר - לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה או לפיצויים.
    2. **בדין האנגלי**- נכנס תחת טעות משותפת כאשר הסיכול נוצר לאחר הכריתה.
    3. **בדין הישראלי,** יכולה להיות תחולה מקבילה ל18א ו-14ב האירוע המסכל יהיה הטעות המשותפת של הצדדים.
    4. **דוקטרינה של סיכול מטרה** לעיתים נכרת חוזה לשם מטרה ספציפית אבל בגלל אירוע חיצוני המטרה מסוכלת**, לדוג העניין של הבניין** לשימור אפשר לראות את האירוע כמסכל- הכנסת הבניין לרשימת השימור.
       1. דוקטרינת סיכול מטרה לא נכנסת תחת ס' 18 אם כך מה הדין לגביה בישראל?
          1. ברק מדינה - צריך לתת לס'18 **פרשנות תכליתית**.
          2. חוק דיני ממונות, (**הצעת חוק** קיימת שמטרתה לאגד את כל הדינים האזרחיים, קודקס אזרחי) הכניס לתוכו את הדוקטרינה של סיכול מטרה: "התרחשות נסיבה חדשה המכשילה את מטרת ההתקשרות בחוזה" (ס'132 להצעת חוק דיני ממונות).
          3. גבריאלה שלו- כבר קיים, נכנס לדין הישראלי מכוח ס' 39 לחוק החוזים- **קיום בתום לב**, אם המטרה של הצד השני סוכלה אתה לא יכול לעמוד על קיום החוזה זה יהיה חסר תום לב.
          4. **הסדרים קונקרטיים**: כמו,ס'16ב לחוק חוזה הביטוח- מקרה פרטי של סיכול מטרה.
14. **תיקון טעות**
    1. **ס' 14ג לחוק החוזים** - *טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף זה, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות והצד השני הודיע, לפני שבוטל החוזה, שהוא מוכן לעשות כן.*
    2. עוד משמעות לתחולה הכפולה של 14א ו-15: הבחנה ביניהם והבדל אסטרטגי למתי ארצה לבטל מכוח איזה מן הסעיפים. בס' 15 אין הטעות לא צריכה להיות יסודית ולכן זה לא משנה אם החוזה יכול להתקיים בתיקון הטעות – כלומר **תיקון טעות לא חל על הטעיה**.
15. **טעות סופר**
    1. **ס' 16 לחוק החוזים החלק הכללי** *"נפלה בחוזה טעות סופר או טעות כיוצא בה, יתוקן החוזה לפי אומד דעת הצדדים ואין הטעות עילה לביטול החוזה".*
    2. לא מקרה של פגם ברצון אלא מקרה בו החוזה הכתוב לא משקף את רצון הצדדים.
16. **אכיפה** 
    1. בנסיבות שבהן לא ניתן ביטול לפי ס' 14ב האם יש לאפשר סעד אכיפה?
       1. **פס"ד אבדני נ קסוטו**- טעות לגבי הממכר, בעלות לעומת זכות לחכירה ל-25 שנה
          1. במחוזי- אין זכות ביטול, אבל לא ניתנה אכיפה. אכיפת חוזה שנכרת לאור טעות תהיה לא צודקת בנסיבות העניין. זאת לא הלכה מחייבת אך זו העמדה המקובלת מהפסיקה.
          2. בעליון הערעור נסב על גובה ההשבה ולכן העמדה של המחוזי לא נהפכה.

# פגמים בכריתה - הטעיה

1. **שאלת יסודיות הטעות:**
   1. ס' 15 **לא דורש שהטעות תהיה יסודית** - כלומר גם אם המטעה לא ידע שזה משהו חשוב עדיין קיימת לקונה זכות ביטול (לעומת ס' 14 שם אין זכות ביטול אם הטעות לא יסודית).
      1. יכול להיות בעייתי כאשר ישנה הטעיה בתו"ל (בארה"ב יש לכך פתרון, אם ההטעיה בתו"ל היא לא יסודית אי אפשר לבטל).
      2. למרות שאין דרישה של יסודיות בתי המשפט בישראל לא ממהרים לבטל חוזה על סמך הטעיה לא יסודית. ביהמ"ש במקרים רבים לא מבטל את החוזה עקב טעות לא יסודית בעזרת ניתוק הקשר הסיבתי.
   2. דוגמאות ליסודיות הטעות בדלת האחורית –
      1. **ולנטין נ' ולנטין**
         1. לטענת הבעל החוזה הראשון נחתם עקב טעות ולכן כל הסכם לאחריו נחתם בעקבות הטעות בחוזה הראשון. לכן יש ההטעיה בחוזה 1 השפיעה והטעתה את חוזה 2 ו3.
         2. בית המשפט ניתק את הקשר בין ההסכמים - מהלך קשה, אלמלא הסכם 1 לא בהכרח היו נחתמים חוזה 2 ו3. ולכן ישם קשר סיבתי בין ההסכמים. אם זאת הדרך להצדיק את ההלכה בבית המשפט העליון היא - הבעל לא טען שיש קשר סיבתי בין החוזים.
         3. משום שהטעות לא יסודית ביהמ"ש טוען שניתק הקשר הסיבתי בין הטעות להטעיה.
      2. **פופסקו נ' עיריית חיפה** 
         1. עולה חדש שמעוניין להקים פרק שעשועים בחיפה. הציג מצג שווא לגבי יכולותיו הכלכליות. בגלל שהעירייה שמה בחוזה מנגנונים שפותרים אותה מנזקים עקב החוזה במידה והאדם במצב כלכלי לא טוב ביהמ"ש קבע שכל עירייה אחרת הייתה מתקשרת ולכן אין עילת ביטול.
         2. בעצם בעקבות התניות בחוזה ביהמ"ש טען שההטעיה לא קשורה להיקשרות לחוזה. כי סביר להניח שהיו מתקשרים בחוזה בכל מקרה.
2. **הטעיה בתו"ל**
   1. **מצג שווא רשלני בתום לב-** לא הייתה כוונה להטעות אך אדם סביר לא היה מטעה- הייתה התרשלות.
   2. **מצג שווא לא רשלני** (שאמצעים סבירים לא היו יכולים למנוע את מצג השווא), **בתום לב** - טעות תמימה שלא היה אפשר להימנע ממנה.
   3. **בעיה:** ניתן לבטל גם אם הטעות לא יסודית וגם אם הצד הטועה היה יכול לאתר את הטעות ולהימנע ממנה בקלות ולא נוצר קושי לתמרץ אנשים לוודא שאין טעויות. **פתרון**: במקרים בהם הטעות לא יסודית אולי ראוי להשתמש ב14ב שנותן לביהמ"ש שיקול לגבי הביטול.
3. **הטעיה מטעמו של אחר -** סעיף 2 לחוק השליחות וסעיף 15 לחוק החוזים.
   1. סעיף 2 מגדיר שולח ושלוח. "שלוחו של אדם כמותו, פעולת השלוח לרבות ידיעתו וכוונתו מחייבת ומזכה.. את השולח".
      1. כל פעולה שעשה השלוח מחייבת את השולח לרבות הטעייה שהשלוח הטעה את הצד השני. לכן, כביכול אין צורך בחלק "אחר מטעמו" ב- ס' 15, כי אנו רואים את הפעולה של השלוח כפעולה של השולח לפי ס'2 לחוק השליחות.
   2. סעיף 15 מגדיר "אחר מטעמו". אחר מטעמו **רחב יותר** משלוח לפי חוק השלוחים. מספיקה פעולה בהתאם להוראות, או בהסכמה של הצד השני כדי להיות אחראי לנזקים שצד שלישי גרם מטעמו.
      1. הדרישה היא שהמטעה פועל מטעמו של הצד השני, גם אם ההטעיה עצמה לא הייתה מטעמו אל היא של "האחר מטעמו". אם אדם פועל מטעמו של אחר גם אם הוא לא מטעה אותו מטעמו של האחר אלא על דעת עצמו יש עילת ביטול כי הפעולה עצמה היא מטעמו של צד לחוזה.
         1. דוגמה: נציג מכירות מטעה לקוח, האחריות היא של החברה. האחר מטעמו של החברה הוא נציג המכירות.
   3. הטעיה ע"י מי שלא פועל מטעם הצד השני (צד ג' לא מעורב) היא **טעות** על פי החוזה ולא הטעיה.
   4. גם כפיה ועושק יכולים להיעשות ע"י מי מטעמו של הצד השני.
      1. כאשר הכפייה והעושק נעשים ע"י צד ג' שלא קשור לצד השני בהסכם:
         1. אין סעד לפי סעיפים 17 ו-18. גם לא לפי 12.
         2. אפשר להימנע מאכיפה לפי החריג בסעיף 3(4).
4. **מהות ההטעיה**
   1. **הגדרה:** איזון אינטרסים -מצד אחד נרצה שאנשים לא יטעו מצעד שני נרצה לאפשר רווח של הצד צד אחד ממידע שיש לו (לא כול דבר היינו רוצים לגלות כי אז זה יקשה על מיקוח).
      1. המקרה הקל – לא נאפשר הטעיה אקטיבית.
      2. המקרה המורכת – היקף חובת גילוי.
   2. **מצג שווא - יש הטעיה**
      1. הגדרה: הטעיה ככל היא מצג שווא של עובדה או משפט אשר מוביל לטעות של הצד השני שמוביל לכריתת חוזה.
      2. אי קיום הבטחות במסגרת החוזה אינו מצג שווא- אם צד מתחייב לקיים הוראות של הסכם, העובדה שהוא לא מקיים אותם היא לא מצג שווא אלא הפרת חוזה.
         1. בארה"ב- לא מקבלים את הטענה הזו - זו לא הטעיה אלא הפרה של החוזה, הפרה של התחייבות בחוזה.
         2. באנגליה- כן נחשב להטעיה.
         3. **בישראל-** יש גישות שונות- בעיקר בקשר להבטחות שלא נכנסו בגדר החוזה, אם ההבטחה היא מחוץ לחוזה, חוסר הנכונות לקיים את ההבטחה הזו (מלכתחילה) נחשב להטעיה.
            * **פס"ד בן עמי נ' לאומי**- אדם התחייב למסור ערבים לחשבון בנק עיסקי כשידוע שאין לו אפשרות להביא ערבים.

בהמ"ש פוסק שזו הטעיה, כי הוא מעולם לא התכוון לקיים את ההתחייבות. אם הוא התכוון לקיים בשעת הכריתה אך לא היה מסוגל לכך- זו לא הטעיה.

* 1. **התפארות והבעת דעה – אין הטעיה**
     1. במקרים של התפארות והבעת דעה אין התחייבות מכללא לאמיתות הדברים ולכן לא נוצר מצג שווא- אין הטעיה.
     2. **פס"ד איי די איי חברה לביטוח נ' לשכת סוכני הביטוח**- טענה שהקמפיין של שוקה שמצייר סוכני ביטוח טיפשים מטעה את הצרכנים. הם טוענים להטעיה לפי חוק הגנת הצרכן שקובע שהטעיה היא עוולה ועוולה של תיאור כוזב (חוק עוולות מסחריות השחרה של חברה מתחרה).
        1. בהמ"ש- דיני מצג שווא יחולו כאשר מדובר בהצהרה לגבי נתון עובדתי או משפטי ולא כאשר מדובר בחוות דעת, בהערכה או בדברי תפארת.
     3. כמו בפס"ד של פפסי: התפארות או בדיחה תלושים ולכן לא סביר שתאמין לכך ותסתמך על המידע ולטעות על פיו. לכן אי אפשר לטעון הטעיה וגם לא לטעון להפרה של תום הלב.
  2. **אמת מהותית מול אמת מילולית - יכולה להיות הטעיה**
     1. לעיתים כל מה שנאמר הוא אמת, אך קיים פער בין האמת המילולית למהותית (חצי אמת). לחילופין, נאמרו דברי אמת אולם שינוי מאוחר שינה את התמונה העובדתית.
     2. **אמת מילולית נכונה אך מהותית שקרית: פס"ד חברת חשמונאים נ' אהרוני-** בעל מקרקעין מוכר חנות במקרקעין, אחת ההתחייבויות בחוזה היא לא להקים מסעדה על המקרקעין. מה שבעל המקרקעין לא מספר זה שהבניין הוא לא יחידת מקרקעין אחת ולכן יש שתי מסעדות שיוקמו על החלק של הבניין שלא נמצא במקרקעין שהוא מוכר.
        1. דעת הרוב - חייב להגיד.
        2. דעת המיעוט - הקונים היו צריכים לבדוק. שאלת ההתרשלות של הצד המוטעה ישפיע על שאלת חובת הגילוי- ומתי חצי גילוי הוא לגיטימי.
     3. **חצי אמת: רגומי נ' אררט** - רוכשת ביטוח נגד שריפה, הייתה שריפה, ואררט (חברת הביטוח) משלמת על הנזק ולאחר התשלום החברה טוענת לביטול והשבה מדוע? כי טרם הסכם הביטוח המבוטח ענה על שאלון – אחת השאלות הייתה האם קרה למבוטח שחברת ביטוח אחרת ביטלה מולו הסכם? רגומי ענה שבוטל הסכם אבל מהצד שלהם. רגומי אמנם ביטלה את פוליסת הביטוח רק לאחר שחברת הביטוח ביקשה לבטל את פוליסת הביטוח ראשונה ורגומי רצתה לבטל היא מחשש שזה יהרוס לה את המוניטין.
        1. בהמ"ש, אם הייתם עונים לשאלה "לא", לא היינו טוענים להטעיה. אבל, נקבע כי רגומי לא הסתפקה בתשובה שלילית, אלא הוסיפה שהיא מבטלת פוליסה קיימת- בכך גילתה חצי אמת. מכוון שהתחילו לספר חלק מהסיפור אבל לא סיפרו את כולו גילו רק חצי אמת ולכן ביהמ"ש קובע שאפשר לבטל.
     4. **אמת שנמסרה בהתחלה הייתה נכונה אך השתנתה ולא היה גילוי: לקי דרייב נ' הילטון** - בין הילטון להרץ היה הסכם קבוע להשכרת מכוניות- להרץ היה זכות בלעדית על כך. לאקי דרייב הייתה חברת בת של הרץ בתחילת ההתקשרות עם הילטון אך לאחר זמן מה מנכ"ל הרץ השתחרר מהזכיינות מול לאקי דרייב. למרות שלאקי דרייב ידעו על שינוי מצבם הם לא עדכנו את הילטון על כך.
        1. במחדל נוצר מצג שווא. כלומר הם לא שיקרו אך גם לא סיפרו את כל האמת. מרגע שיצרתי מצג והוא השתנה יש לי חובת גילוי כי אחרת השתיקה שלי מאשר מצב שיקרי.
        2. בהימ"ש פסק שיש להם חובת גילוי.

1. **חובת גילוי:** חובת גילוי לפי דין נוהג ונסיבות
   1. **חובת גילוי לפי** **דין** :
      1. חוק חוזה ביטוח
      2. חוק הגנת הצרכן
      3. חוק הבנקאות (שירות לקוח)
      4. חור המכר (דירות)
   2. האם יש מקום להחיל את חובת הגילוי לפי סעיף 15 לחוק החוזים כאשר יש דינים שמסדירים את זה?
      1. תחולה כפולה - חוק ספציפי עולה על חוק רגיל ולכן אם יש הסדר ששולל את ס' 15 (כמו בחוק חוזה ביטוח - אם שיקרתי לגבי מצב הדברים בביטוח אבל קיים ביטוח בחברה שמסדיר את המצב שלי אין סעד ביטול אבל הפיצוי של הביטוח יהיה קטן יותר). אבל אם החוק לא כולל הסדר השולל את האפשרות לבטל את ההסכם, אז תהיה תחולה כפולה- פיצוי לפי חוק ספציפי לצד אפשרות ביטול לפי ס' 15.
   3. **חובת גילוי לפי נוהג ונסיבות:**
      1. גם חובת גילוי לפי נוהג קיים גם בס' 12 לחוק החוזים. לכן ניתן להגיד שלפי נוהג זה גם לפי דין בגלל ס' 12. כנ"ל גם לגבי נסיבות.
2. **שיקולים בהכרה בחובת גילוי:**
   1. **יחסים בין הצדדים:**
      1. **רגומי נ' אררט** – (סיפרו חצי אמת לגבי דרך הביטול בחברת ביטוח הקודמת) **מערכת היחסים המיוחדת** בין מבטח למבוטח דורש שהמבוטח ימסור מידע אמיתי ומלא למבטח. המבטח יכול לדרוש מהמבוטח לדרוש מידע. נכון גם לגבי בנק ולקוח.
      2. **ולנטין נ' ולנטין** - בהמ"ש מתייחס לשאלת מערכת היחסים המיוחדת. יש הבחנה בין חובת גילוי בין בני זוג לבין חובת גילוי בתוך יחסים מסחריים. נאמר, שיש **חובת גילוי רחבה יותר בין יחסים קרובים.**
   2. **קרבה למידע:**
      1. **ספקטור נ' צרפתי -** חוזה על מגרש, במהלך התהליך התחלף המתווך מטעם המוכר. למעשה, על השטח הייתה זכות הפקעה שהשפיעה על מספר הדירות שאפשר לבנות באותו השטח. לאחר שכמה חוזים לא נחתמו בגלל הסיבה של הגבלת הדירות לבסוף נמצא קבלן שישקיע בשטח. אותו הקבלן לא היה מודע להגבלת הדירות. המוכר לא גילה לקבלן על הגבלת הדירות.
         1. דעת מיעוט: השופט אשר: טעות לגבי סוג הממכר, או הייתה חובת גילוי מכוון שהצד השני ידע שהצד השני טועה לגבי הנכס.
         2. דעת הרוב: השופט לנדוי וכהן: **אין חובת גילוי במקרה שהצד השני יכול היה לברר את הדברים בעצמו**. אם זאת יש זכות ביטול בגלל הפרה של חוק המכר (ניקוי זכויות של צד שלישי על הנכס).
         3. הצד שהוטעה היה קרוב למידע ולכן אין חובת גילוי.
      2. **קינסטלינג נ' אליה -** בעלת מקרקעין לא דוברת עברית ירשה קרקע חקלאית, הקרקע עוברת שינוי ייעוד שמכשיר אותה למגורים. הקונים יודעים על שינוי הייעוד ומתקשרים במהירות לפני שהמידע מתגלה.
         1. אנגלרד- באים לנצל את המידע באופן לא לגיטימי. חובת תום הלב דורש כי המציע יגלה את העובדה כי לגבי החלקה החקלאית קיימת תוכנית שינוי ייעוד, המעלה את ערך הקרקע.
         2. במקרה הזה בשונה מספקטור נ' צרפתי הצד שדורש ביטול (זה שהוטעה) לא היה קרוב למידע - זה מה שיכול להסביר את הפער בין התפיסות של שני פסקי הדין.
   3. **אשם תורם**
      1. **פס"ד ספקטור נ' צרפתי**- צד לא מחויב לגלות לצד שני מידע שאם הוא היה פועל באופן סביר הוא היה יכול לגלות עליו בעצמו. כשיש אפשרות לתובע לבדוק בקלות ואף היה מצופה ממנו לאתר בעצמו- הוא ייחשב כאשם תורם. במצב כזה אי אפשר לתבוע ביטול.
      2. **גינדי נ' אפללו** –צד אחד של החוזה טוען להטעיה למרות שהוא חתם על החוזה בו היה הנוסח של ההטעיה. אשם התורם השפיע - התובעים היו צריכים לקרוא את החוזה ולא יכולים לטעון להטעיה בגלל שלא עשו את זה.
      3. שפיגלמן נ' צ'פניק- בעלי מניות של חברה שמחזיקה במוסך, המוסך הופקע והחברה הייתה זכאית לפיצוי כספי. אחד השותפים מוכר חלקו לשותף השני ולא יודע שבזמן שהוא מוכר יש מו"מ מול נתיבי איילון על איזו עסקה שעלולה להיות מאוד רווחית.
         1. בהמ"ש- פוסק שאין ביטול על בסיס הטעיה- בעל המניות צריך לברר מה הן הזכויות הנלוות למניות שלו. בהעדר ראיה להטעיה זדונית, אין הטעיה. בעל מניות סביר יודע מה קורה בחברה ואף אחד לא מחויב לגלות לו.
   4. **חשיבה סובייקטיבית:**
      1. **REED V KING** - אישה קנתה דירה שהתגלה שעשור לפני כן בוצע בו רצח נורא. מוכר הדירה לא סיפר לקונה על המקרה ואף ביקש מהשכנים לא לגלות לקונה.
         1. בהמ"ש קובע **שהמידע הוא בעל חשיבות אובייקטיבית**, במקרה חמור, לא סביר וכל אדם סביר יושפע מהמידע ומהמחיר שמוכן לשלם עבור הנכס. לכן, קיימת חובת גילוי. ראייה לכך, שהמקרה משפיע על השווי הנכס.
         2. לעומת זאת, אם היה מדובר על אמונות פרטיות של אדם יחיד- לא צומחת חובת גילוי.
3. **חובת הגילוי לפי הניתוח הכלכלי:**
   1. במאמר של קורנמן – יש ניסיון להבין את היתרון של חובת הגילוי מבחינה כלכלית:
      1. **מידע כנכס** - מידע הוא נכס שניתן ליצור אותו ואנחנו כחברה רוצים תמריצים לייצור שלו.
      2. **"היזהר הקונה"** דוקטורינה משפטית  אשר לפיה על כל צד לדאוג לענייניו: על הקונה לבדוק את הממכר היטב, ואילו על המוכר לא חלה כל חובה לגלות לקונה על פגם בממכר, גם אם ידע המוכר כי הקונה פועל מתוך טעות. כלל זה יוצר תמריצים לצדדים לאסוף מידע כדי לנצל אותו במסגרת עסקאות ו**כשיש חובת גילוי מידע לצדדים נשללת האפשרות להרוויח על בסיס המידע שלהם.**
         1. דוגמה: נניח קרקע חקלאית ששווה 10,000 ₪, וכולם יודעים שיש סיכוי קטן אבל קיים שיש בה נפט – עלות אתור נפט שבמקום היא עלות גבוהה מאד ודורשת המון מומחיות. מה יקרה אם אותם מומחים לגילוי נפט חושדים שיש לקרקע פוטנציאל – יצטרכו לגלות לבעלים שהם גילו נפט בקרקע? אם הם נדרשים לגלות – המחיר יעלה וישקף את המידע שיש נפט בקרקע ואזי הם לא יוכלו להרוויח מן המידע שהם אספו, כלומ אם יודעים מראש שבדיעבד לא יכלו להרוויח מהמידע שאספו, הם לא יוכלו לנצל את המידע ולכן מראש הם לא יחפשו וישקיעו את הכספים שדרושים באיתור הנפט כי במילא לא יוכלו להרוויח שום דבר מהמידע בדיעבד.
      3. בכך חובת הגילוי, מפחיתה את התמריץ של הצדדים לגלות מידע על הנכסים שלהם כדי שלא יהיו מחויבים לגלות אותם בכריתת החוזה. אפשר להבחין בין תחומים שונים של מידע
         1. **מידע שמתגלה באקראי – יש חובת גילוי** 
            * לדוגמה על מוכרי דירה באוגוסט שגרים מעל גן ילדים, והם יודעים שבן ספטמבר עד סוף יוני, יש במהלך כל היום רעש מאד חזק מלמטה. הם לא השקיעו שום דבר ב גילוי המידע, המידע הגיע אליהם מעצם חייהם בדירה, והם לא עשו שום מידע אקטיבי לאיתור המידע, לכן ההצעה של קוירמן היא שהם חייבים בגילוי המידע.
         2. **מידע שמתגלה עקב השקעה – אין תמיד חובת גילוי**
   2. **אמונה לא רציונלית-** אם היא משותפת למספיק אנשים עד כדי השפעה על שווי הנכס, זה שהיא לא רציונלית זה לא משנה - הופך לאובייקטיבי (פס"ד REED).
4. **הטעיה אל מול הפרת חוזה**
   1. מצגים טרום חוזיים יכולים להוות **בסיס להטעיה**.
   2. תניות בחוזה **לא מהוות** בסיס להטעיה אולם אי קיומן מהווה הפרת חוזה.
   3. **חשיבות מבחינת סעדים:** יש עדיפות להגיד שיש הפרה של תנאי בחוזה על פניי הטעיה (ביטול) מכוון שישנם יותר סעדים עקב הפרת חוזה (אכיפה, ביטול, פיצויים).

# פגמים בכריתה - עושק

1. **יסודות עילת העושק**
   1. **ס' 18 לחוק החוזים החלק הכללי** *"מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה"*
   2. **שלושה תנאים מצטברים:**
      1. מצוקת המתקשר (מצוקה)
      2. ניצול המצוקה
      3. תנאי חוזה גרועים במיוחד
   3. **קשר סיבתי** "עקב" – המילה עקב מעידה על כך שיש צורך בקשר סיבתי בין כריתת החוזה לעושק.
      1. מבחן סובייקטיבי המתייחס לאדם העשוק ולא לאדם הסביר.
2. **מצוקת המתקשר**
   1. **סאסי נ' קיקאון** - השופט טירקל: עושק מתקיים רק במצב חמור ומתמשך ולא קושי ארעי וחולף.
   2. **כהן נ' הרשקוביץ'** - קונים קנו דירה, המסירה מתעכבת כתוצאה מהעיכוב הם צריכים לשלם שכר דירה במקום אחר ואז מחתימים אותם על כתב ויתור במסגרת הסדר עם חברה קבלנית ואז הקונים טוענים שההסדר הזה נעשה בתנאי עושק- ניצלו את מצוקתם השופט שמגר: במקרה הנ"ל המצוקה לא מהווה בסיס מספק לטענת העושק.
      1. הסיבה העיקרית - המצוקה הייתה כלכלית אבל הנזק לא היה בלתי הפיך. הם יכלו להמשיך לשלם את השכר דירה על בית אחר ואח"כ לתבוע אותם ואז לקבל את הכסף ששילמו על השכר דירה.
      2. גם בנוגע לתנאי החוזה - התנאים לא בלתי סבירים לכן אין את כל התנאים המצטברים.
3. **דרישת הקשר הסיבתי (המילה עקב בלשון החוק)**
   1. יש להראות שהחוזה נכרת עקב עושק או כפיה
      1. **פס"ד שפיר נ' אפל**: קיימים בפסק הדין שני הסכמים.
         1. ההסכם הראשון הוא תוצר של עושק: הוא מאיים עליו ומנצל את זה שהאדם הוא ניצול שואה ואומר לו שהשוטרים ירביצו לו. ונוצרת התחייבות לשלם כסף עבור כלום. מכוון שלא ברור אם אכן הניצול שואה גזל ממנו כספים (חשד לא מבוסס).
         2. גם ההסכם השני הוא תוצר של עושק: במקרה הזו יש ניצול בכך שהוא מנצל את הפחד של הבן והאימא לגבי מה עלול לקרות לאבא. החוזה לא נחתם על בסיס של זכות קיימת ולכן תנאי החוזה גרועים מן המקובל.
            * נקיטת הליכים פלילים היא לא בהכרח חוסר תו"ל.

**מתקיימים כל היסודות של עושק בשני ההסכמים.**

* + - 1. השופטת שטסרבג כהן - אין צורך להוכיח שאילולא העושק לא הייתה נוצרת התקשרות ולא נדרש שהעושק יהיה הגורם הבלעדי או המכריע להתקשרות. מבחן הקשר הסיבתי בין העושק לבין ההתקשרות הוא מבחן סובייקטיבי.
         * לדעת פלד הכוונה היא שיש חזקה משפטית - **החזקה היא שתמיד יש קשר סיבתי בין ההתקשרות לעושק.**

1. **תנאי החוזה**
   1. **חוזה לא סביר** - כאשר חוזה נכרת ללא תמורה או ביסוס בזכות קיימת- אין סכום כסף מקובל, ואין את האפשרות לבדוק אם חורג מהמקובל.
      * + - למשל מה מקובל לשלם עבור כלום? אין מקובל הכול לא מקובל.
2. **יחסי גומלין בין היסודות:**
   1. יסודות עילת העושק מקיימים ביניהם יחסי גומלין ולכן אם אחד מהיסודות יהיה חזק יותר, תהיה הפחתה בדרישה של של חוזקם של היסודות האחרים.
      1. **סאסי נ קיקאיון** - הנכונות של בית המשפט לפסוק שהיה עושק נבע מכך שתנאי החוזה היה גרועים בצורה קיצונית ולכן המצוקה לא הייתה צריכה להיות גדולה.
   2. יחסי הגומלין הם בתוך עילת העושק אבל אי אפשר ליצור יחסיי גומלין בין עילות שונות. לדוג' כמעט הטעיה וכמעט עושק לא יאפשרו ביטול.

# כפייה

1. **הגדרה**
   1. **כפיה ס'17 לחוק החוזים** *"(א) מי שהתקשר בחוזה עקב כפיה שכפה עליו הצד השני או אחר מטעמו, בכוח או באיום, רשאי לבטל את החוזה".*

*"(ב) אזהרה בתום לב על הפעלתה של זכות אינה בגדר איום לענין סעיף זה****"***

* 1. **סוגים שונים של כפייה:**
     1. כוח ואיום
     2. איום בהפעלת סנקציות פליליות
     3. איום כלכלי
  2. **פירוש סובייקטיבי**
     1. כפיה תתפרש באופן סובייקטיבי לפי הצד שנכפה.
  3. **כוח ואיום**
     1. **פס"ד שפיר נ' אפל-** איום על ניצול שואה שאם הוא לא יכנס לחוזה הוא יאשים אותו בגניבה.
        1. האיום הראשון הוא כזה שהתחושה הסובייקטיבית מביאה את אותו אדם להתקשר בחוזה, התחושה של חוסר ברירה בגלל איומי הצד השני.
        2. האיום השני מתקשר לאיום בהפעלת החוזה הראשון, אז הפגם בחוזה הראשון הוא מה שהופך את החוזה השני לכזה שנכרת כתוצאה מכפיה.
           + הכפייה איננה צריכה להיות יסודית ואיננה חייבת להיות הסיבה המכרת או הבלעדית להתקשרות- בדומה לעושק, נבחנת במבחן סובייקטיבי.
  4. **איום בהפעלת סנקציות פליליות**
     1. **שחם גנב ממנס:** זוג שחם הסכימו להעביר למנס את דירתם. שחם טוענים החוזה לא חוקי ויש כפיה ויש עושק. החוזה לא חוקי- כי התחייבו במסגרתו לא לדווח לרשויות על מעשה הגניבה, אסור להסתיר מהרשויות עבירה פלילית. החוזה נתון בכפיה כי מנס אומר לזוג שחם אם אתם לא תעבירו לי את הדירה אדווח להם על הרשויות.
        1. בהמ"ש פוסק טענת העושק נדחית מיד - התנאים של החוזה לא היו בלתי סבירים כי היה ברקע חוב מעבר לכן לא ברור שהייתה מצוקה, הייתה הסכמה של הגנב לכפר על מעשיו, שושנה שחם עורכת דין אמורה לדעת איך הדברים עובדים בחרה לפעול בצורה מסוימת לאור הידע שלה. בהמ"ש דחה את טענת הכפייה - אין קש"ס.
        2. מדוע יש הבדל בין פס"ד שחם לשפיר? במקרה של שחם יש את הזכות לקבל השבה של הגניבה והפניה למשטרה היא לא פסולה. ואילו במקרה השני לא הייתה זכות לפנות למשטרה וגם אם הייתה היו איומים שהשוטרים ירביצו לנכפה.
  5. **איום כלכלי**
     1. **פס"ד שאול רחמים נ' אקסומדיה-** נפסק שיש אפשרות לתבוע על כפיה כלכלית. המשיבה והמערערת רצו להקים יריד- היריד כשל, המשיבה חתמה על הסכם עם המערעת על מנת להחזיר את ההוצאות מהיות הכושל- המשיבה איימה שאם היא לא תחזיר לה את הכסף היא תסגור את היריד.
        1. השופט מלץ- יש כפייה
           + ההבדל בין המקרה הזה שנקבע שיש כפייה ובמקרה של כהן נ' הרשקוביץ (הדירה שלא הועברה הזמן) אין כפיה הוא כי האיום בפס"ד שאול רחמים היה מידי- יש כאן עניין של זמנים היריד פתוח לתקופה מוגבלת אם הוא ייסגר מחר הרבה כסף יופסד. בעניין הרשקוביץ היה הרבה זמן להתלבט וכו.

1. **אזהרה בתו"ל**
   1. **החריג, "אזהרה בתום לב אינה בגדר איום".**
   2. הרעיון הוא שעמידה על זכות שבדין היא לא איום לכריתת חוזה.
      1. בעניין שפיר נ' אפל- אפל נחשד בתרמית במכירת חלב. למה זה לא נחשב לאזהרה בתום לב? תום לב ביחס לאזהרה ולזכות:
      2. אם לא הייתה זכות בפועל לא יכול להיות שהאזהרה היא בתום לב.
      3. האיום של הפניה למשטרה, לגבי זה יש מחלוקת בין השופטים. ביחס לעו"ד זאת עבירה אתית.

# זכות הביטול עקב פגם בכריתה והשפעה על צדדים שלישיים

1. **מבוא**
   1. כל פגם בכריתה מעניק זכות ביטול - זה הסעד שניתן ואין הבחנה בדרך הביטול בין הפגמים השונים בכריתה פרט לכפייה שיש לו הסדר משלו.
   2. הביטול בעקבות פגמים בכריתה מוסדר בסעיפים 19-21 לחוק החוזים:
      1. ס' 19 - ביטול חלקי.
      2. ס' 20 - דרך ומועד הביטול.
      3. ס'21 - חובת ההשבה לצד זכות הביטול (בעין או בשווי).
   3. הביטול בנוגע **לפגמים בכריתה הוא למפרע** ממועד הכריתה ביטול עקב הפרת חוזה הוא ביטול מכאן ואילך- ביטול של הפרה הוא ביטול של חיובים בעקבות החוזה אבל לא של כל החוזה. ביטול בשל פגמים בכריתה כל החיובים של החוזה בטלים גם ההסדרים של בוררות, פיצוי מוסכם וכולו.
2. **ביטול חלקי (ס' 19)**
   1. *"ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו".*
   2. עולה שאלה לגבי תחולת הסעיף במקרים של חוזים שבטלים עקב ס' 30.
      1. נוצרת בעיה ברגע שיש רק חלק אחד שנוגד את תקנת הציבור או לא חוקי אבל התמורה לא ניתנת להפרדה.
         1. ס' 30 (נוגד את תקנת הציבור או לא חוקי) – גורם לחוזה להיות בטל מעיקרו ולא מעניק זכות ביטול.
      2. חוזה שנוגד את חופש העיסוק – עובד נכנס לחוזה בו נקבע שלאחר שהוא מתפטר הוא לא יכול לעבוד 10 שנים בשום עבודה. סעיף 19 מדבר על ביטול חלקי דורש השבה חלקית – תשיב את החלק הבלתי חוקי שניתן, העובד קיבל בשכרו סוכם של כסף שמגלם את ההתחייבות הזאת לא לעבוד בשום מקום 10 שנים.
      3. הפתרון – בתי המשפט בדר"כ מתעלמים מההשבה של התמורה על החלק הלא חוקי.
3. **דרך ומועד הביטול (ס' 20)**
   1. *"ביטול החוזה יהיה בהודעת המתקשר לצד השני תוך זמן סביר לאחר שנודע לו על עילת הביטול, ובמקרה של כפיה – תוך זמן סביר לאחר שנודע לו שפסקה הכפיה".*
   2. **דרך הביטול** – בהודעה
      1. הודעה יכולה גם להיות דרך תביעה אם זאת כוונת הצד המבטל (פס"ד הרשקוביץ).
      2. אופן מתן ההודעה – ס' 60א *"הודעה לפי חוק זה תינתן בדרך המקובלת בנסיבות הענין".*
   3. **מועד הביטול -** תוך זמן סביר
      1. זמן סביר מרגע הידיעה שמגיעה לו זכות הביטול.
4. **חובת ההשבה (ס' 21)**
   1. *"משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שוויו של מה שקיבל".*
   2. מטרת ההשבה – מניעת התעשרות.
   3. סעיף זה מסדיר את חובת ההשבה לאחר הביטול. הסעיף **לא מבדיל** בין מי מחזיק בזכות הביטול (בשונה מס' 9 לחוק התרופות) ומתאר כי ההשבה היא הדדית. אם זאת מי שמחזיק בחובת הביטול ככל הנראה ישפיע על האם השבה בעין היא סבירה או לא.
   4. השבה כלל תהיה בעין (הנכס עצמו) אך ישנם חריגים ואז היא תהיה בשווי. החריגים:
      1. **בלתי אפשרית** – הכנס אבד, או הועבר לצד ג' ולא ניתן להשיבו.
      2. **בלתי סבירה** – כאשר בוחנים האם השבה בעין היא סבירה תהיה משמעות למי מחזיק בזכות הביטול.
         1. מצד מוסר ההשבה. לדוג' החזרת אבנים שהשתמשו בהם לבנות בניין.
         2. מצד מקבל ההשבה. לדוג' נכס שלאחר שימוש נעשה חסר ערך. לדוג' החזרת נעליים שהשתמשו בהן. במידה וזכות ביטול היא של המוכר אולי ההשבה לא סבירה אבל אם זכות הביטול היא של הקונה אולי השבה בעין היא סבירה מכוון שהמוכר הוא זה שגרם לביטול ולכן הוא צריך לשאת את ההפסד של קבלת נעליים משומשות.
5. **תוצאות הביטול כלפי צדדים שלישיים**
   1. מה קורה במקרה בו יש הפעלה של זכות הביטול אבל הנכס הועבר כבר לצד ג'?

**א**

**ג**

**ב**

* + 1. אפשרות 1 – א' מפעיל זכות ביטול כלפי ב' **אחרי** שהנכס עבר מ-ב' ל-ג'.
    2. אפשרות 2 – א' מפעיל זכות ביטול כלפי ב' **לפני** שהנכס עבר מ-ב' ל-ג'. ב' בכל זאת מעביר את הנכס לג'. **פס"ד נס נגד גולדה**- הופר חוזה, נמסרה הודעת ביטול ואז המפרים מעבירים את הנכס לצד שלישי.
    3. אפשרות 3 (אפשרות קיצון) - מקרה קיצון, לב' יש זכות ביטול במסגרת ההסדר עם א' והוא צריך לדאוג להשבה לאחר שהעביר את הנכס לג'.
  1. פתרונות אפשריים:
     1. **אין זכות השבה בעין לא' יש רק זכות השבה בשווי**. מדוע יש מקרים בהם ידרוש א' השבה בעין מב' למרות שהוא העביר את הנכס לצד ג'? כאשר לב' אין כסף (עניין בייזמן השקעות)
     2. **ביטול החוזה בין ב' לג' למפרע**. ג' גובר רק כאשר קיימות **תקנות השוק** (הדיון בתקנת השוק מסדיר באיזה תנאים ג' גובר על א'). בעייתי בשביל ג' כאשר לב' אין כסף להשיב.
  2. מה נעשה במקרה בו הביטול הוא **עקב פגם ברצון** ולכן הוא למפרע?
     1. אפשרות אחת היא שג' זוכה בנכס מכוון שעבר אליו לפני שהיה פגם בקניין. מצד שני זה לא שלא הייתה קיימת זכות לא' אלא שהיא הייתה רדומה. פתרון אפשרי הוא ביטול תוך זמן סביר על מנת שג' לא יהיה תמיד בחשש שעלול להתבטל החוזה. גם פרון כזה הוא בעייתי כי זמן סביר הוא מרגע גילוי הפגם ובכפייה מרגע שהוסרה הכפייה או האיום.
  3. **פס"ד כנען נ' ממשלת ארה"ב -** כנען רכשה מרוכלת בשוק ציור ב250 ₪ וגילתה שהוא ציור של אמן מפורסם מאוד אשר נגנב ממוזאון בארה"ב ושווה המון כסף (סכום הביטוח הוא 150 אלף דולר). ממשלת ארה"ב טענה שיש לה זכות קניין להחזיק בציור. כנען ערערה לעליון. נקבע שהייתה טעות משותפת והקונה החזירה את הציור לארה"ב וארה"ב פיצתה את הגברת ב-250 ₪.
     1. השופט אור – לממשלת ארה"ב יש זכות עקיבה על הנכס ולכן היא לא זכאית רק לכסף מהנכס אלא גם זכאית לזכויות המשפטיות שלו ולכן היא זכאית לדרוש ביטול עקב טעות הדדית במקום הרוכלת בשוק. טעות משותפת **במהות העסקה**. אם הרוכלת ידעה שזה השווי של התמונות היא לא הייתה מוכרת.
     2. השופט ברק - תום הלב, המוכרת לא חייבת לדרוש ביטול היא יכולה אבל אין לה אינטרס אך תו"ל דורש ממנה לדרוש ביטול עקב טעות הדדית. וכנען גם כן בעקבות חובת תו"ל צריכה לאפשר ביטול.

1. **טבלת סיכום**

|  |  |
| --- | --- |
| **פגם בכריתה** | **הפרה** |
| השבה בעין אלא אם:   * 1. בלתי אפשרית.   2. בלתי סבירה (תלויה במי הניפר). | השבה בשווי או בעין לפי בחירתו של הניפר. (כלי הרתעתי נגד הפרות). |
| השבה למפרע – מתחילת החוזה | השבה מההפרה ואילך. |
| כל החיובים בטלים גם המשניים כמו: פיצוי מוסכם הסכמי בוררות/פשרה. |  |

# תנאים ותניות

1. **מבוא**
   1. **תניות -** חיובים של צדדים להסכם**.** חיובים עצמאיים חיובים שלובים וחיובים מותנים.
   2. **תנאי -** ס' 27 לחוק החוזים החלק הכללי - תנאי מתלה או תנאי מפסיק (הסדר חוזי).
      1. **לעיתים מכנים תניה בהסכם בלשון תנאי. הטעות נעשית גם ע"י המחוקק.**
         1. **לדוג' תנאי מקפח בחוזה אחיד הכוונה היא לתניה מקפחת.**
2. **הגדרה של תנאים בהסכם**
   1. האחריות החוזית היחס לתניות בחוזה היא **אחריות מוחלטת** (אין צורך באשמה).
      1. מה מטרת האחריות המוחלטת? **מעודד הסתמכות**
      2. ניתן להתנות על התוקף המחייב – מקטין את ההסתמכות. לדוג' חוזה שמבטיח שהוא יעשה את כל המאמצים. לדוג' הבטחה של פעולה ולא תוצאה כמו יחסים של רופא וחולה.
         * + מקרים בהם אין התחייבות לתוצאה יכולים להוביל לניצול לכן יש מסגרות שהם האם שלא מתחייב כפוף למשטר של רשלנות כמו רופאים ועו"ד).
   2. בדר"כ כל צד מוכן להתחייב באחריות מוחלטת על מנת לקבל את התחייבות הצד השני. **חריג**: אירועים שלא תלויים בלעדית באחד הצדדים:
      1. אירוע שאין לצד אחד שליטה עליו משפיע על האפשרות לקיים את החוזה.
      2. אירוע שאין לצד אחד שליטה עליו משפיע על כדאיות של החוזה.

במקרים כאלה יעדיפו הצדדים להציב תנאים על מנת שלא תהיה להם אחריות מוחלטת על דברים שלא בשליטתם.

1. **תנאי מתלה**
   1. **הגדרה**: תנאי מתלה הוא אירוע בלתי ודאי שקיימו מביא תוקף לחיובים בחוזה\תוקף לחוזה. הצדדים מבקשים לבצע עסקה וכורתים חוזה שלם, אלא שמכוח הסכמת הצדדים הוא מותנה בתנאי חיצוני. רק בהתקיימותו של התנאי ייכנס החוזה לתוקף מלא.
      1. אם **האירוע ודאי** זה לא תנאי אלא חוזה שהחיובים שלו עתידיים.
      2. אם התנאי לא מתקיים **תוך זמן סביר,** מבטל את החוזה.
   2. **את מה מבטל\מקיים התנאי**?
      * 1. **פרידמן:** ביצוע החוזה מותנה בקיום התנאי המתלה. יש חוזה תקף מרגע הכריתה בלי קשר לשאלה אם התנאי התקיים או לא התקיים- השאלה היא לגבי החיובים, החובות שלהן צומחות ברגע שמתקיים התנאי. אם התנאי לא מתקיים תוך זמן סביר החוזה בטל.
        2. **טדסקי:** תוקף החוזה מותנה בקיום התנאי המתלה. החוזה יחד עם החיובים משתכלל בעת קיום התנאי.
   3. **מאפיינים טיפוסיים לתנאי מתלה:**
      1. **אירוע עתידי-** תנאי בדר"כ מדבר על אירוע עתידי או אירוע שהצדדים עוד לא יודעים את תוצאתו.
         * + לדוג' האירוע יתקיים כל עוד לא יירד גשם.
      2. **חיצוני לחלוטין לחוזה** - החוזה יכול לעמוד גם בלי התנאי. דוג' חוזה בנייה - רוב החיובים המרכזיים קשורים.
         * + לבנייה ולדוג' רישיון להעסיק עובדים זרים זה תנאי חיצוני לחיובים בהסכם.
      3. **תנאי שלא תלוי בלעדית בהתנהגות הצדדים.** 
         1. לא תלוי בכלל בצדדים. לדוג' גשם.
         2. יכול להיות תלוי בהתנהגות הצדדים - לדוג' ניסיון להשיג רישיון.
            * **פסד שוילי נ' זילברברג** - קונה נמצא במו"מ לקנות נכס ומתקשר עם קבלן וקובע איתו שברגע שהוא ישלים את הרכישה הקבלן ישפץ לו את הנכס. מדובר בתנאי מתלה - הסכם השיפוצים מותנה בהשלמת הרכישה, השלמת הרכישה לא תלויה רק בקונה בנסיבות מסוימות השלמת הרכישה תלויה גם במוכר. במקרה הזה התנאי תלוי כמעט בלעדית בהתנהגות של הקונה ורק מעט במוכר.
         3. יכול להיות תלוי בהתנגדות –
            * **ברקוביץ' נ' קלימר** - הבעל הפריע לתנאי להתקיים בכך שהרע לה את התנאים בבית ולכן בית המשפט קבע שזו מתנה על תנאי ומתנה בטלה ברגע שהתנאי לא מתקיים. ההתנגדות של הבעל היא הפעלת התנאי המתלה.
      4. אם **התנאי תלוי לחלוטין** בהתנהגות של צד - לא מהווה הפרה (לעיתים יכול להוות הפרה בתנאים מסוימים).
2. **חיובים מותנים**
   1. ניתן להתנות רק חלק מהחיובים ולא על כול החוזה.
      1. החיוב יכול להיות מותנה באירוע חיצוני לא וודאי (כמו חוזה ביטוח – רק במידה ותהיה תאונה אז יהיה חובה לביטוח לשלם).
      2. החיוב יכול להיות מותנה בקיום התנהגות מסוימת של הצד השני. כלומר התחייבות של צד מסוים לבצע פעולה רק אם קודם לכן הצד השני הצד ביצע פעולה אחרת (שלא תלויה בצד הראשון).
   2. מאיפה ניתן ללמוד על חיובים מותנים? הרי ס' 27 מדבר על תנאי לכל החוזה ולא לחיובים ספציפים.
      1. אולי ניתן להגיד שחיובים מותנים הם מתוקף ס' 61(ב)- גם חיובים שהם לא מהחוזה חלים עליהם דיני חוזים.
   3. אולי ניתן להגיד שחיובים מותנים הם מתוקף ס' 31 בשילוב של ס' 19. ס' 31 אומר שס' 19(ביטול חלקי) חל גם על ס' 27. "עילת הביטול" היא אי התקיימות התנאי המתלה- נוגעת רק לחלק אחד וניתן להפריד את החוזה לחלקים רק רכיב הרלוונטי יתבטל- החוזה יבוטל חלקי.
3. **הבחנה בין תניה לתנאי מתלה**
   1. לפעמים קיים קושי בהבחנה בין תנאי מתלה לתניה – זה תלוי בהגדרת הצדדים.
   2. **החשיבות להבחין בין השניים היא לעניין ההפרה**. אם מדובר בתנאי מתלה, החוזה לא נכנס לתוקף ואי התקיימות התנאי זו לא הפרה. לעומת זאת אם יש התחייבות, העובדה שתנאי לא מתקיים זו הפרה.
   3. **ס' 27 ב** - חזקה עובדתית (שניתנת לסתירה) - כאשר קיום החוזה טעון רישיון לפי חיקוק חזקה שקבלת הרישיון היא תנאי מתלה.
      * + - קבלן אומר שביצוע החוזה תלוי בקבלת הרישיון אך מתכוון לבצע את החוזה גם ללא התנאי החוזה נגוע באי חוקיות.
   4. **נבחן מקרה בנוגע להשגת רישיון** – אופי ההתחייבות משפיע על האם ההתחייבות היא תנאי או תניה.
      1. **אפשרות א - תנאי – הקבלן מתנה את החוזה בכך שיהיה רישיון.**
         1. במידה ורישיון הוא **תנאי** **מתלה** החוזה בטל אלא אם כן היה סיכול.
            * אם **סיכל** את התנאי יש השתק (מושתק מלטעון שהתנאי לא התקיים.

ס'28א לחוק החוזים (השתק)- אם צד אחד גרם לכך שהתנאי לא התקיים הוא לא רשאי להסתמך על אי קיומו.

יש בעיה מסוימת עם הקשר הסיבתי בין הפעולה בחוסר תו"ל ואי קבלת הרישיון (מבחן האלמלא) - יש מצב שגם אם היה שולח את הטפסים כמו שצריך לא היה מקבל את האישור. **פתרון:** אפשר לפתור את זה באמצעות **פיצוי הסתברותי** (ההסתברות שהיה מצליח להשיג אישור.

* + - 1. אם **לא סיכל,** פעל בתו"ל ועשה מאמצים סבירים להשיג אך עדיין לא קיבל רישיון – אין השתק והחוזה בטל.
    1. **אפשרות ב' - א' מתחייב להשיג רישיון ולכן אי השגת רישיון היא הפרה (צד יכול להתחייב על דבר שהוא לא בהכרח יכול להשיג, הקצעת סיכונים) - התחייבות** .
       1. במידה והרישיון הוא **התחייבות** יש הפרת חוזה.
          - אם האדם עשה את כל הפעולות הנדרשות ובכל זאת סורב, הצד השני יכול לבטל את החוזה עקב הפרה.

לא יהיה סעד של אכיפה- החוזה לא בר ביצוע.

* + 1. **אפשרות ג' -קבלן מתחייב לבנות בניין רק לאחר קבלת רישיון - מתחייב ובנוסף יש תנאי מתלה.**
       1. במידה ויש **התחייבות** להשיג רישיון והשגתו היא **תנאי מתלה** יש שתי אפשריות ביטול:
          - יש אפשרות לביטול עקב הפרה
          - יש תנאי לכן יש אפשרות לבטל את החוזה מעיקרו.
       2. כאשר ישנה התחייבות ותנאי הצד שהתחייב לא יכול להסתמך על כך שהתנאי לא התקיים ובית המשפט יכול לחייב אותו לפנות לקבל רישיון.
          - ביהמ"ש פוסק עניין **עבו נ' נחל נובע מקור חכמה** – שניתן לחייבו לפנות לקבל את הרשיון, ואם התקבל הרשיון – תהיה אכיפה של כל החוזה.
  1. מקרים בהם קשה להבחין אם אירוע מסוים הוא תנאי או תנייה.
     1. **פס"ד סוכניות מכוניות בים התיכון**- חברת סוכנויות רכב חתמה על חוזה רכישת זכויות חכירה במקרקעין. בחוזה נאמר כי "המוכרת מתחייבת למכור את זכויותיה בנמכר ולמסור את החזקה בו לקונה, כפוף להסכמת ראשות הפיתוח". ההסכמה לא הושגה. החיוב בחוזה נוסח בצורה שגם מתחייבת לתוצאה אבל גם תלויה בתנאי.
        1. השופט בן פורת: מדובר בתנאי מתלה, אם החוזה בתנאי מתלה והוא לא התקיים– החוזה בטל מעיקרו. אבל, אם אומרים שהתנאי לא התקיים מתוך סיכול של הצד השני, החוזה לא בטל מיד אלא הברירה היא בידי הצד השני יכול לבחור בין: ביטול למפרע או לעמוד על קיום החוזה.
           + אם מדובר בתנאי מתלה - במידה והקונה רוצה לעמוד על קיום החוזה, הוא צריך להראות שהמוכר לא עשה מאמצים סבירים לקיום התנאי ואז הוא זכאי לסעדים.
           + אם מדובר בחיוב - על המפר להוכיח סיכול, כלומר שהוא פעל באמצעים סבירים והיה סיכול.
     2. **פס"ד אמפא נ' רום כרמל-** חוזה למכר של 30 מכוניות של יצרן מכוניות ישראלי – כרמל. נאמר בע"פ ע"י כרמל לאמפא שכדי לקיים את החוזה הם צריכים רישיון של משרד התחבורה. הרישיון לא ניתן להם.
        1. השופט בכור – לא מדובר בתנאי מתלה מכוון שהשגת הרישיון לא הייתה כלולה בהסכם ולכן מדובר בהתחייבות ואי קיומה הוא הפרה.
        2. כשהשגת הרישיון היא בתחום מומחיותו ועסקיו של הצד השני ניתן להגיד שיותר ברור שמדובר בהתחייבות כי הצד השני לא היה צריך לדעת על התנאי הזה. לדוג': אנחנו רוכשים מחנות שאמורה לייבא את המוצר, ומתברר שצריך רישיון ייבוא. אם המוכר לא אמר לנו שום דבר, וזה תחום מומחיותו – אז בעצם הקונה לא נדרש לדעת ואין אחריות.

1. **הבחנה בין תנאי מתלה למועד קיום**
   1. דוגמה – קבלן בונה בית והוא מתחייב לקבלן משנה שהוא ישלם לו ברגע שהמזמין יעביר אליו את התשלום. המזמין פשט את הרגל.
      1. אם מדובר בתנאי מתלה – אין חיוב.
      2. אם מדובר במועד קיום – אז עדיין קיים חיוב.
   2. בארה"ב הנטייה היא להעמיד את הסיכון על הקבלן הראשי וכן מחייבים אותו בתשלום לקבלן משנה. מכוון שהוא היה קרוב למזמין ולכן יכול היה להעריך את הסיכון ובכך לנקוט אמצעיים להפחתתו.
   3. **בישראל** לא מדובר בתנאי מתלה אלא בחיוב.הקבלן ביצע את הפעולות ולכן לא ניתן להגיד שזה תנאי מתלה.
   4. **במקרה כזה אי תשלום תמיד יהיה הפרה.**
2. **תנאי מתלה כתנאי להשתכללות חוזה בר תוקף**
   1. האם הוא תנאי **להשתכללות חוזה** או **מתן תוקף לחיובים** חלק מההסכם אבל החיובים מושהים עד התקיימות התנאי? לשאלה זו אין הכרעה ברורה בפסיקה.
   2. קיימות שתי גישות מרכזיות:
      1. פרידמן - **תנאי לביצוע החיובים**: התנאי הוא חלק מההסכם ולכן החוזה תקף אבל החיובים מושהים עד התקיימות התנאי לכן יש סעדים בחוזה מותנה (השתק וסעדים למניעת הפרה- ס'27,28).
      2. טדסקי - **תנאי להשתכללות החוזה** - כל ההסכם נעדר תוקף עד שלא מתקיים התנאי המתלה (כמו בחוזה בלתי חוקי עד שמוסר החלק הלא חוקי). יכולים להיות קיימים חיובים לצדדים גם אם אין חוזה בר תוקף. לדוג' חובת תו"ל במו"מ.
   3. מה המשמעות הפרקטית של השוני בין הגישות?
      1. עסקאות נוגדות – במידה ועשיתי שתי עסקאות מנוגדות הראשונה עם תנאי מתלה והשנייה לא. עולה השאלה איזו עסקה נכנסה לתוקף קודם. במידה ותנאי מתלה גורם לכך שאין עדיין השתכללות של חוזה ברור שהעסקה השנייה היא הראשונה ובמידה וזה רק תוקף לחיובים אז ברור שהעסקה הראשונה.
      2. עוולת גרם הפרת חוזה בנזיקין - פעולות שבהם צד שלישי גורם לאחד הצדדי להפר את החוזה. אם התנאי המתלה הוא שמכניס לתוקף את קיומו של ההסכם אדם לא יכול להיות אחרי להפרת חוזה מכוון שהחוזה לא בתוקף עד שיתקיים התנאי.
3. **תנאי מתלה מול חוזה בלתי שלם**
   1. לפעמים מה שעלול להראות כתנאי הוא בעצם שלב במו"מ
   2. דוגמאות:
      1. **פס"ד נג'ם נ' עקב -** חוזה מכר מקרקעין לראשות ופיתוח, נקבע שההסכם ייכנס לתוקפו אחרי שיחתמו על ההסכם הנהלת מקרקעין ישראל –
         1. השאלה המשפטית: **האם חתימת הנהלת מקרקעי ישראל זה תנאי מתלה?** ולכן במידה ולא העבירו את המסמך להנהלה מדובר בסיכול של תנאי מתלה ולכן אין למסכלים רשות להסתמך עליו כמבטל את החוזה?
         2. תשובת ביהמ"ש - לא מדבור בתנאי מתלה אלא בזיכרון דברים שנקבע שיהפוך לחוזה ברגע שהמנהל יחתום עליו ולכן עד אז אין חוזה כי אין גמ"ד.
      2. **פס"ד שרף נ' אבער** - פעולת קטין שטעונת אישור ע"י הנציג על מקרים שבהם הנציג לא יכול לבצע את האישור וצריך אישור בהמ"ש-
         1. שאלה משפטית: **האם אישור בהמ"ש הוא אישור של צד שלישי (כמו רישיון) ואז מדובר בתנאי מתלה?**
         2. תשובת ביהמ"ש – לא מדובר בתנאי מתלה אלא רק באישרור של החלטה. המטרה של אישור בית המשפט היא להראות שיש גמ"ד ולכן עד שאין אישור של ביהמ"ש אין חוזה.
      3. חוק יחסי ממון דורש אישור של בית משפט – האם זה אומר שנכרת חוזה לפני האישור והאישור הוא תנאי מתלה – לא אישור ביהמ"ש הוא חלק מגמ"ד ולכן הוא שלב במו"מ.
4. **תנאי מפסיק**
   1. **הגדרה:** המשך ביצוע החוזה או תוקפו מותנים בכך שלא יארע אירוע בלתי וודאי.
      1. תנאי מתלה מזכה בסעד ההשבה.
   2. **הבחנה בין תנאי מפסיק לתנאי מתלה**
      1. תנאי מתלה – הצדדים **אינם חייבים** בביצוע אלא אם התקיים התנאי.
      2. תנאי מפסיק – הצדדים **חייבים בביצוע** אלא אם כן התקיים התנאי.
   3. אם תנאי משפיע על תוקף החוזה (טדסקי) חוזה בתנאי מפסיק בתוקף עד קיום התנאי וקיומו של התנאי החוזה חסר תוקף.
   4. **ההבדל בנטל הראיה בין תנאי מפסיק לתנאי מתלה במקרה של חיוב:**
      1. תנאי מספיק - על מנת שצד אחד יוכל לא לקיים חלק מן החיובים עליו להוכיח שהתקיים התנאי המפסיק.
      2. תנאי מתלה – על מנת שצד אחד יכול לא לקיים חלק מהחיובים עליו להוכיח שלא התקיים התנאי המתלה.
   5. לפעמים לא ברור האם מדובר בתנאי מתלה או מפסיק:
      1. לדוגמה – א' יבצע את כל החיובים שמוטלים עליו כפוף לקבלת רישיון. **האם השגת הרישיון הוא תנאי מתלה או שאי השגת הרישיון הוא תנאי מפסיק?**
         1. אם מדובר התנאי מתלה א' לא צריך לבצע שום חיוב חוץ מפנייה לקבלת הרישיון.
         2. אם מדובר בתנאי מפסיק לא' יש חיובים גם מלפני קבלת הרישיון והם נפסקים במידה ולא הושג הרישיון.
      2. לדעת השופט ברק – מדובר בתנאי מספיק כי גם פעולות להשגת רישיון הן התחייבות חוזית ולכן ההתחייבות להשיג רישיון היא חלק מן החוזה וברגע שהוא לא הושג החוזה מתבטל -תומך בגישה של טדסקי שרואה בתנאי תוקף לחוזה.
5. **מצב הצדדים לפני האירוע המתלה**
   1. **מה הם החיובים הקיימים לצדדים לפני קיומו של התנאי?**
      1. ניתן להגיד שבכל חוזה על תנאי יש תניה מכללא שקובעת שהצדדים יעשו את הדרוש לקיום החוזה ולכן במידה וזה תנאי מתלה יעשו מאמץ לכך שהתנאי יקרה ובמידה וזה תנאי מפסיק יעשו מאמץ שהתנאי לא יתקיים.
         1. פס"ד עבו נ' נחל – ניתן לחייב את אחד הצדדים לנסות להשיג רישיון מהרשות למרות שמדובר בתנאי מתוך הנחה שהצדדים צריכים לפעול על מנת לקיים את התנאי המתלה.
   2. ס' 28 א-ב מעגן את התניה הזו בדרך מסוימת – בכך שהוא קובע שיש השתק לצד שמנע\גרם לתנאי לקרות (בהתאם למספק או מתלה).
   3. ס' 28 ג' עושה סייג - הוראות סעיף זה לא יחולו אם היה התנאי דבר שהצד היה, לפי החוזה, בן חורין לעשותו או לא לעשותו, ולא יחולו אם מנע הצד את קיום התנאי או גרם לקיומו שלא בזדון ושלא ברשלנות.
6. **הסעדים למניעת הפרה של תנאי בחוזה**
   1. לפי ס' 27 ג צד לחוזה מותנה בתנאי מתלה רשאי לבקש סעדים למניעת הפרתו.
   2. סעדים אפשריים הם רק סעדים למניעת ההפרה במידה ויתקיים התנאי. לכן אין זכות לפיצוי כי זו זכות שניתנת רק כאשר יש הפרה.
      1. דוגמה לסעד אפשרי: **צו מניעה –** לאסור להעביר נכס לצד שלישי – למנוע מצד אחד לפעול לסיכול התנאי המתלה.
      2. אם צד ב' העביר לצד ג' את הנכס למרות שלא עבר זמן סביר לקיום התנאי המתלה הוא חייב לא' פיצויים.
         1. ישנה חשיבות לעצור עסקאות נוגדות כדי שלא יהיה מצב בו א' לא יקבל פיצויים מב' כי אין לו כסף והנכס אצל צד ג' שקיבל בתו"ל.
7. **סיכום תנאים בחוזה**

|  |  |
| --- | --- |
| תנאי מתלה | תנאי מפסיק |
| חדלים החיובים משמתקיים | **חלים** החיובים של הצדדים משמתקיים |
| מניעה בזדון של התנאי מביאה להשתק בנוגע לקיום שלו לצד המונע. | **גרימה** בזדון של התנאי מביאה להשתק בנוגע לקיום שלו לצד הגורם. |

1. **תניות**
   1. **חוזה מורכב מ:**
      1. **מצגים:** מה המצב העובדתי והמשפטי שעל בסיסו נחתם ההסכם
      2. **תנאים:** מתי יתחילו\יפסיקו החיובים
         1. תנאי מתלה
         2. תנאי מפסיק
      3. **תניות:** סעיפים שמגדירים מה החיובים של הצדדים.
         1. חיובים - לדוג' תשלום כסף, העברת חזקה, העברת בעלות.
         2. מנגנון ביצוע - לדוג' מועד התשלומים, התנאת החיובים.
2. **סוגי חיובים**
   1. **חיוב עצמאי -** תניה שיוצרת חיוב של צד לחוזה שעליו להשלים ללא קשר לחיובים אחרים.
   2. **חיוב מותנה –** ניתן ללמוד על חיוב מותנה מתוכן החוזה או מכללא
      1. מהחוזה - תניה שהתוקף שלה קיים רק לאחר התקיימות של תנאים מסוימים. לדוג' דרישה שצד ישלים את החיוב שלו קודם לקיום החיוב של הצד השני.
      2. מכללא – כאשר קיום של חיוב על ידי הצד השני אפשרי בפועל רק לאחר פעולה של הצד הראשון.
         * + **פס"ד מסיקה נ' ועקנין** - המוכר היה צריך להעביר לקונה ייפוי כוח כדי שהקונה יקבל משכנתא. המוכר לא העביר ולכן לא קיבל את התשלום. ברור שהצדדים התכוונו שתשלום היתרה מותנה.
   3. **חיוב שלוב** **-** חיובים שצריכים להתבצע בא בעת. כל אחד מהם מותנה בשני.צריכים להתקיים באותו זמן **ומותנים בנכונות של הצד השני לקיים את החיוב המוטל עליו.**
      1. אם שני הצדדים לא נכונים לקיים? שני אופציות אפשריות:
         1. שניהם לא מפרים את ההסכם ולכן יכולים לבטל את ההסכם ביניהם.
         2. אפשר לראות את שני הצדדים כמפרים תהיה לזה השלכה מבחינת הסעדים.
3. **דחיית מועד קיום חיובים**
   1. ס' 43 לחוק החוזים – עוסק בדחיית מועד הקיום של חיובים.
   2. **43 (א) : המועד לקיומו של חיוב נדחה –**
      1. *"אם נמנע הקיום במועדו מסיבה התלויה בנושה – החיוב של החייב נדחה עד שהוסרה המניעה"*
         * + **חיוב עצמאי:** אם יש חיוב עצמאי שהקיום שלו **נדחה** מסיבה **שתלויה** **בנושה** החיוב נדחה עד שהוסרה המניעה.
      2. *"אם תנאי לקיום הוא שיקויים תחילה חיובו של הנושה – עד שקויים אותו חיוב"*
         * + **חיוב מותנה:** חיוב מותנה במפורש.
      3. *"אם על הצדדים לקיים חיוביהם בד בבד – כל עוד הנושה אינו מוכן לקיים את החיוב המוטל עליו".*
         * + **חיובים שלובים:** החיוב של כל אחד מהצדדים נדחה, כל עוד הצד השני לא מוכן לקיים את החיוב שלו- כששניהם לא מוכנים לקיים אף אחד מהם לא מפר החיוב נדחה.
   3. **43 (ב)** *"נדחה המועד לקיום החיוב כאמור בסעיף קטן (א), רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לחייב את הנושה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לחייב עקב הדחיה, אף אם אין בדבר משום הפרת חוזה מצד הנושה, ואם היה על החייב לשלם תשלומים תקופתיים עד לקיום החיוב שמועדו נדחה – לפטור אותו מתשלומים אלה בתקופת הדחיה".*
      1. בימה"ש יכול להחליט לתת סעד של פיצויים לחייב עקב דחיית החיוב מצד הנושה גם אם אין הפרת חוזה.
      2. ביהמ"ש יכול לפטור חייב מלשלם תשלומים תקופתיים עד לקיום החיוב במועדו נדחה.
   4. **איזה קושי יכול להיווצר מתניות עצמאיות?**
      1. כאשר התניות עצמאיות, וצד מפר לאחר שהצד השני הפר, אפילו מתוך חשש שקיום החוזה לאור ההפרה הראשונה עלול לפגוע בו, הצד הראשון יכול לתבוע בגין הפרה של השני (מכוון שהחיוב של הצד השני לא היה תלוי בקיום החיוב של הצד הראשון).
      2. בנסיבות כאלה אפשר לקבל את הסייג של ס'3(4) אכיפה בלתי צודקת בנסיבות העניין כי ההפרה המוקדמת גרמה להפרה המאוחרת.
4. **סדר הביצוע של חיובים בחוזה**
   1. הצדדים קובעים את סדר החיובים ואת היחס ביניהם. אם זאת יש לא מעט דברים שיש להם השפעה על סדר החיובים:
      1. סדר החיובים יכול להיות מושפע **ממהות העסקה**
         1. א' מתחייב לתקן נכס, ב' מתחייב לספק לא' את הנכס לתיקון. (סנדלר שמתקן נעליים)
         2. א' מתחייב להשיג רישיון לבניה ולבנות את הנכס. (צד מול עצמו)
      2. סדר החיובים יכול להיות מושפע מ**צורך סובייקטיבי**
         1. הקונה צריך להיות רשום כבעלים כדי לקבל משכנתא וללא הלוואה המוכר לא יוכל לשלם את התמורה החוזית לכן הרישום כבעלים יקדים (או במקביל).
            * בפועל בנקים מסכימים לתת משכנתא גם כאשר יש הבטחה לביצוע רישום או הערת אזהרה.
      3. סדר החיובים יכול להיות משופע מ**שיקולים עסקיים**
         1. שלבים בפיתוח מוצר - חלוקת סיכונים באמצעות חלוקת שלבים בביצוע החוזי החיובים כרוכים בסיכונים ובעלויות של כל שלב. נובע מקושי טכני תזרימי בתשלום אחד בסוף/ התחלת החוזה.
         2. סדר הביצוע נועד להקנות ביטחון עסקי - כל צד מעוניין לדעת שהוא לא יבצע את חלקו מבלי לקבל תמורה שוות ערך באותו שלב. (פחד שצד יעלם כאשר החוזה ארוך טווח)
         3. חוזה מכר דירה, המוכר לא רוצה להעביר בעלות וחזקה לפני שקיבל את התמורה. מנגד, השוכר גם כן מפחד לשלם הכול על ההתחלה. **פתרונות אפשריים:** 
            * סעדים, תשלם הכול ובמידה והיה משהוא חריג תפוצה. עדיין יש סיכון בגלל שאחד הצדדים עלול להפוך לחדל פירעון - מרגע שיש הפרה נוצרת בעיה מיידית בעוד התרופות הן עתידיות, הצד השני מפחד להמשיך לקיים את החיובים שלו, ובו בזמן מעוניין לעמוד על קיום ההסכם.
            * בטחונות- הערת אזהרה , לא מקבל בעלות אבל מקבל רישום שמונע עסקאות נוגדות מבטיח שתוכל בעתיד לבקש אכיפה. כמו כן, ייפוי כח בלתי חוזר לעו"ד של הקונה. לעיתים מייקר את החוזה ולכן לא בהכרח משתלם.
         4. דוג' בנייה ע"י קבלן
            * חיובי הקבלן: היתרים, בנייה, להעביר את החזקה ובעלות, מסמכים וחיובים עתידיים גם לאחר שקיבל את התמורה- לבדוק לתקן.
            * חיובי הקונה – תשלום על הדירה.
            * קביעת סדר פעולות יעזור להפיג חשש ותת ביטחון לצדדים. מחינה עסקית יהיה חכם לחלק את החיוב של הקונה לחלקים בהתאם לחיובים של הקבלן.
5. **קביעת סוג החיובים**
   1. **כיצד מגדרים את סוג התניה?**
      1. לעיתים ברור מלשון החוזה
      2. נובע מהחוק לדוג ס' 23 לחוק המכר
      3. במידה ואל ברור מהחוזה או מהחוק אז פרשנות
   2. סדר החיובים במידה מסוימת עוזר להקנות ביטחון והסתמכות על הצד השני אך ביטחון זה לא מספק ויש צורך גם בקביעת סוג החיוב. במידה והתניות עצמאיות אין הרבה משמעות לסדר החיובים.
   3. כדי להבטיח שצד לא יהיה חייב לקיים את החיובים לאחר הפרה שלך הצד השני, או בהיווצר חשש משמעותי להפרה של הצד השני - החיובים חייבים להיות מותנים או משולבים.
6. **שינוי סדר ביצוע החוזה מכוח עיקרון תו"ל**
   1. יכולים להיות קשיים שנובעים מתכנון בעייתי של חוזה:
      1. אם החיוב של א' קודם לחיוב של ב' (2 חיובים עצמאיים). ו-א' מפר את החוזה, ב' צריך להחליט:
         1. האם ניתן לבטל את החוזה עקב הפרה של א'
         2. להותיר את החוזה ושב' יקיים את החיוב שלו ולתבוע אכיפה של א'.
         3. להותיר את החוזה ולהפר את ההסכם.
      2. החיוב של א' קודם לשל ב' ונוצר חשש ממשי שב' יפר- שלוש אופציות:
         1. ביטול החוזה עקב הפרה צפויה – יש צורך בהוכחת וודאות גבוהה
         2. קיום החיוב ונטילת הסיכון
         3. הפרה
         4. שינוי סדר הביצוע- כלומר לדרוש את הביצוע של ב' לפני א' (פס"ד שוחט)
   2. **פס"ד שוחט**
      1. ציר זמן: שוחט התקשר בחוזה לרכישת דירה. שלושת התשלומים הראשונים נפרעו כסדרם נותרה לתשלום היתרה שאותה היה על הקונה לפרוע במעמד המסירה של הנכס ובתנאי כי קודם לכן או באותו מעמד יועבר הנכס על שמו של הקונה. בטרם הגיע המועד נסעה הקונה לאוסטרליה וזאת מבלי להבהיר למוכרים כיצד תושלם הקנייה. המוכרים הזהירו את הקונה שאם לא יוסדר עניין היתרה לא יעבירו על שמה את הבעלות. מחוסר מענה החליטו לבטל את העסקה. מנגד תבעה הקונה אכיפה של ההסכם.



* + 1. **האם ניתן להחיל את עקרון תום הלב על מנת להפוך חיובים עצמאיים לחיובים מקבילים?**
    2. למה הקונה הסכימה לשלם 3 תשלומים מלאים בלי שום תמורה? המוכרים העבירו לעו"ד ייפוי כוח - העורך דין לא העביר את הבעלות כי זה עבירה אתית.
    3. המוכרים רצו להפוך את החיובים של העברת הבעלות ותשלום היתרה לשלובים.
    4. בן פורת - החיובים הללו עצמאיים, אבל עקרון תום הלב מחייב את הקונה להודיע למוכרים שהיא נוסעת לאוסטרליה ולהסדיר איתם את העניינים. ההתנהגות של הקונה זיכתה את המוכר בסטייה להפוך את החיובים למקבילים.
    5. **ההלכה - חובת הקיום בתום לב מאפשרת הפיכת תניות עצמאיות לתניות שלובות כאשר יש בסיס סביר להאמין שהחייב לא יבצע את החיוב בעתיד.**
  1. **פס" ד זיגל נ' רוזנר -** מוכר וקונה - המוכר עשה כל מיני הפרות וקונה אמר שהוא לא מוכן לשלם עד ש.. הופכים את החיובים לשלובים - גם שם מקבלים את הלכת שוחט.
  2. **פס"ד אלפרוביץ נ' מזרחי -** מוכרים טענו שזכאים לבטל חוזה לאחר זיכרון דברים מכוון שהוא לא מהווה חוזה מחייב. הקונים עמדו על ביצוע, אך דרשו שייחתם חוזה פורמאלי לפני התשלום הראשון מפחד שהמוכרים יפרו. המוכרים מודיעים על ביטול עקב הפרה כי הקונים לא שילמו בזמן. הקונים תובעים ובית המשפט מאפשר אכיפה.
     + - * ביהמ"ש לא מקבל את הביטול של המוכרים והקונים יכולים לעמוד על אכיפת ההסכם כי חיוב התשלום היה מותנה בכך שייכרת חוזה פורמלי, החוזה לא היה עצמאי. וגם, ניסיון ההתנערות בחוסר תו"ל של המוכרים מצדיק את העמדת התנאי של הקונה.
  3. **ההבדל בין שני פס"ד הללו -** אלפרוביץ' פחות מרחיק לכת, כי הוא מטיל חיוב אבל הוא חיוב טכני ופשוט - אין כאן מעמסה על הצד השני לא שינית את הסדר בחוזה באופן מהותי.

# פרשנות חוזים

1. **מבוא**
   1. **תכליות הפרשנות החוזית –** 
      1. **אקטיביזם -** תכלית הפרשנות היא לצקת מטרות משפטיות-ערכיות לתוך החוזה המשפט לא נעול על מה שהצדדים רצו אלא יכול להגשים מטרות חברתיות דרך הפרשנות
      2. **גישה שמרנית –** שמה במרכז את רצון הצדדים.
   2. **כלים להגשמת התכליות השונות:**
      1. קונטקסטואלי – הקונטקסט והנסיבות ולא רק הטקסט על מנת להתחקות אחר רצון הצדדים (שמרני) או כדי להגיע למטרות חברתיות (אקטיביסטי).
      2. פורמליזם – פרשנות שנצמדת לטקסט.
   3. **הגישה הכלכלית –** הגדלת הרווחה המשותפת. **הגישה הכלכלית יכולה להצדיק גישות שונות בהתחשב בסוג החוזה:**
      1. **שוורץ וסקוט –** פרשנות פורמליסטית היא הפרשנות הטובה ביותר לגישה הכלכלית מכוון היא עוזרת להגדיל את התועלת המשותפת של הצדדים מן החוזה. כי הצדדים יודעים הכי טוב מה התנאים שיטיבו עימם.
      2. **פוזנר –** יש פעמים בהם הצדדים מנסחים חוזה לאו נסיבות מסוימות המשפיעות על תועלת החוזה ולכן כאשר מגיעים לפרוש החוזה יש צורך בהתחשבות בנסיבות הללו. התעלמות מהנסיבות עלולה לפגוע בצדדים מראש (ישנה את עלות החוזה מכוון שישנם סיכונים של שינוי נסיבות). במידה ומדובר החוזה פתוח הצדדים ירצו שביהמ"ש יתחשב הנסיבות.
      3. **יישוב בין הדעות:** ניתן להגיד שכל אחת מהגישות מתאימה לסוגים שונים של חוזים. אם החוזה פתוח, מכיל לקונות ועמימות מסוימת – הם היו רוצים שביהמ"ש יתחשב בנסיבות כי הם היו מבקשים את הסיוע הפרשני המורחב.ואילו אם החוזה סגור והצדדים מעידים שהם הפרשים הטובים ביותר ומתנים שקריאת החוזה תהיה לפני לשונו זו תניה שיש לכבד כי היא מגדילה את התועלת הכלכלית.
   4. **גישת החירות:**
      1. ע"פ גישה זו, ביהמ"ש צריך לכבד את חירות ורצון הצדדים.
      2. בפרשנות כזאת **אין להיזקק לערכים חיצוניים** (שיוויון ותום לב אינם חופש), אבל נסיבות חיצוניות לחוזה שמעידים על אומד דעת הצדדים בעת הכריתה זה תקין, כי זה מאפשר לממש את חופש הצדדים.
   5. **גישת האוטונומיה של הפרט:**
      1. תפיסה ליברלית של אוטונומיה טוענת כי אוטונומיה היא הזכות של אנשים לכתוב את סיפור חייהם, גם במהלך חיי החוזה. המשמעות היא שכל צד בעל אוטונומיה צריך לכבד את האוטונומיה של הצד השני. הצדדים כובלים אחד כדי להגיע להגשמה עצמית ולכן ביהמ"ש לא צריך להתערב.
      2. **דגן ודורפמן –** גישה כזו מחייבת תפיסה של "צדק ביחסים" – מערכות יחסים מגדירות מה צודק לעשות בהתאם לזוג מערכות היחסים. מדובר על מקרים בהם מערכת היחסים מכתיבה זוג שונה של צדק. חוזה קרוב מצדיק החזרה יותר גדולה של ערכים לעומת מערכת יחסים רחוקה.
         1. לדוג' הסכם ממון בין בני זוג צריך להכיל יותר ערכים מאשר חוזה מסחרי. זה נובע מסוג מערכת היחסים בין הצדדים (לא בהקשר של חזק מול חלש).
         2. לדוג' שכיר לעומת קבלן – היחס של המעביד אל הקבלן או השכיר שונה בתכלית ולכן יש הצדקה להתערבות משפטית שונה.
2. **פס"ד אפרופים**
   1. סיפור המקרה – מדובר היה על כך שמדינת ישראל רצתה לעודד שיכון של עולים וזוגות צעירים. ולכן היא פיתחה תוכנית לעידוד בניה.

הוגדרו 2 אזורים:

* + - 1. אזור מבוקש – המדינה התחייבה לרכוש עד 50%
      2. אזור פיתוח – המדינה התחייבה לרכוש עד 100%

היה חוזה אחיד שקבע סכום פיצוי בעת איחור במסירה ע"י הקבלן (5% לחודש). היו חוזים ספציפיים לגבי כל אזור, בהם נקבע כי **באיחור במסירה** באזור מבוקש גם ינוכו 5%, ובאזור פיתוח באיחור **בהעמדת דרישה** ע"י הקבלן לרכישה ע"י המדינה.

אפרופים לא עמדה במועד המוסכם להשלמת הבניה בסוג השני של בפרוייקטים. המדינה ביקשה להפעיל את הסנקציה של הקנס. אפרופים התנגדה בטענה שהסעיף עוסק בסנקציה המוטלת בגין איחור הקבלן להציג את דרישתו בלבד.

בעירעור נקבע כי יש להעדיף את הפירוש שעולה בקנה אחד עם תכלית החוזה - זירוז הבנייה. על כן, יש להניח שהחוזה התכוון לקבוע סנקציה על איחור בבניה.

* 1. **כוונה סובייקטיבית –** כוונה משותפת של הצדדים שזכתה ל**ביטוי חיצוני.**
  2. **אמות מידה אובייקטיביות –** הערכים של השיטה: הוגנות, יעילות, אוטונומיה, חלוקה צודקת (מה ראוי שהצדדים ירצו). החדרת ערכים אלו לתוך החוזה כאשר יש מחלוקת בין הצדדים.
  3. **אם מטרת הפרשנות היא הגשמת כוונה הצדדים יש בכורה לפרשנות על פי כוונה סובייקטיבית.**

1. **תורת שני השלבים** – היררכיה פרשנית
   1. **הגדרה:** תורה זו הייתה קיימת לפני פס"ד אפרופים וטוענת של השופט יש לפרש חוזה בשני שלבים:
      * 1. לפרש על פי **לשון החוזה**.
        2. אם לשון החוזה לא ברורה רק אז ללכת **לנסיבות חיצוניות**.
      1. **פס"ד חסקין נ' חסקין** - בפוליסת הביטוח קבע המבוטח המנוח: "אשת המבוטח דינה חסקין לבית סלומון אם היא בחיים, אחרת בת שבע חסקין". בת שבע היא ביתם של בני הזוג. דינה היא גרושתו. חסקין התחתן בשנית ונולדו לו שלושה ילדים נוספים, עם מותו הפתאומי התעוררה. **למי מגיעים כספי הביטוח?**
         1. ביהמ"ש קבוע שיש הבנה שרצון המנוח היא העברת הכסף לאישתו השנייה אבל נוסח החוזה לא מאפשר זאת ולכן ביהמ"ש מבטל לגמרי את התניה וקובע שהכסף יועבר לעיזבון (לילדיו).
      2. **ביקורתו של ברק:** תורת שני **השלבים לא הגיונית** צריך לנקוט פרשנות תכליתית - ביטול ההיררכיה בין הטקסט לתוצאה. הטקסט לא יכול להיות קודם לנסיבות אלא הפרשן מפרש את הטקסט לאור הנסיבות, כדי ללמוד על **הפרשנות הסובייקטיבית** של הצדדים במועד הכריתה.
2. **פרשנות תכליתית** – ביטול ההיררכיה
   1. הפרשן צריך ללכת לטקסט ומהטקסט לנסיבות כדי ללמוד על הפרשנות הסובייקטיבית של הצדדים במועד הכריתה.
   2. **הצדקות לשיטת הפרשנות התכליתית לפי ברק:**
      1. **שפה תמיד תלויה בנסיבות:** אין דבר כזה פרשנות הסכמה בלי לקחת בחשבון את הנסיבות. משמעות המילים תלויית קונטקסט. מצד שני, ברוב המקרים ההקשר ברור. בכל מקרה, פרשנות תכליתית עולה מעקרון תום הלב ומגשימה את רצון הצדדים.
         * + תוכנה נתקעה לכן מבקשים להיכנס ולצאת – לא היה אפשר להבין מה כוונה של להיכנס ולצאת ללא הנסיבות.
      2. **היצמדות ללשון לא מייצרת וודאות.** מי קובע אם הלשון ברורה או לא ברורה? השופט. השופט משתנה. ככה לצדדים אין וודאות לגבי איך החוזה שלהם יפורש.
      3. פירוש תכליתי **לא סותר את דברי המחוקק** "חוזה יפורש לפי אומד דעת הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין, אולם אם אומד דעתם משתמע במפורש מהלשון, יפורש כלשונו."
   3. **שלוש טיעונים שמתקשרים להתחקות אחר רצון הצדדים:**
      1. יש דוקטרינות **שמצמצמות את הפער** בין הגישה האובייקטיבית לסובייקטיבית. הפערים הללו לא מרוחקים, הם הצטמצמו. יש המון חוקים ספציפיים שלא מאפשרים לצדדים לפעול באופן שפוגע בערכי השיטה. ברגע שאתם מתעקשים להיצמד ללשון החוזה אתם מרחיבים את הפער שהמחוקק ניסה לצמצם בהסדרים שונים.
      2. פרשנות תכליתית עולה **מעקרון תום הלב** ומגשימה את הרצון הספציפי של הצדדים. כל תכליתו של עקרון תום הלב הוא למנוע מצד להשתמש בזכות פורמלית כדי לסכל את רצון הצדדים. אם נאפשר לאנשים לעמוד בצורה דייקנית על לשון החוזה ולפעול לפי פרשנות מילולית של החוזה, כאשר זו עומדת בניגוד לכוונה סובייקטיבית ידועה של הצד השני אנחנו סוטים מעקרון תום הלב.
         1. תורת שני השלבים לא לוקחת ברצינות את כוונת הצדדים. אם הכוונה היא לאתר את הכוונה, **למה להגביל את הראיות החיצוניות** לכוונתם הסובייקטיבית? מנגד - צדדים מתוחכמים אולי רוצים להגביל את ההליך הפרשני (נותן עדיפות לביהמ"ש).
3. **תוכנה של הפרשנות התכליתית**
   1. **תכלית סובייקטיבית קונקרטית** – צופה פני עבר, מתחשבת ב"שפה" של שני הצדדים. 2 חשיבויות לראיו חיצוניות של הצדדים:
      1. פרשנות של מינוחים בתוך הטקסט (לדוג' מילה שניתן להבין אותה לפי חילופי טיוטות בין הצדדים).
      2. איך להתמודד עם חוסרים בתוך החוזה (לדוג' צד שכותב בטיוטה שהוא מחק תניה מסוימת ניתן להבין שהחוסר בחוזה הוא במכוון).
   2. **פס"ד בלום נ' אנגלו סכסון -** רשת משרדי תיווך נקשרה בהסכם זיכיון מול בלום לתקופה בלתי קצובה. בהסכם צורפו הוראות ביטול לחוזה: בלום זכאי לבטל את החוזה תמיד תוך הודעה של 30 ימים מראש ואנגלו-סכסון רשאים לבטל רק במקרים ספציפיים המפורטים בחוזה. אנגלו-סכסון ביטלה את ההסכם שלא מתוך אחת הסיבות ובלום תבע על כך. המחוזי החליט שהחוזה לא מאוזן באופן סביר ולכן היא מקבלת את הביטול של אנגלו-סכסון כי לא ייתכן שאדם מוכן להיקשר בחוזה לתמיד.
      1. **דצינגר –** הביטול של אנגלו סכסון הוא לא כדין. וביטול יהיה סתירה של ההיגיון העסקי. ההגיון העסקי של אנגלו סכסון היה להגדיל את ההסתמכות של אנשים עליהם בכך שלא יוכלו לבטל את החוזה. בוסף מתיישב עם ס' 25(ב1) שקובע שאם לצד היה עדיפות בעיצוב התנאי יפורש החוזה כנגדו. הביקורת של דצינגר – ביהמ"ש לא הגוף להכריע מה הוא הגיון העסקי.
   3. **ברק:** אנחנו ניגשים לתכלית אובייקטיבית רק אם כשלנו בשלבים הקודמים - לא מצאנו מה הייתה התכלית העסקית ולא הבנו את הפרשנות הסובייקטיבית- נלך לפרשנות באמצעות ערכי השיטה.
   4. **הביקורת של השופט דינצנגר (בפס"ד בלמורל):** 
      1. הביקורת העיקרית היא נגד פרשנות לאור תכליות אובייקטיביות.
      2. מעביר ביקורת על הלכת אפרופים וטוען שלא הגיוני שבכל מקום שהפרשנות הסובייקטיבית לא ברורה נכניס את ערכי היסוד של השיטה מכוון שזה לא משקף את אומד דעתם של הצדדים**.**
      3. מנגד ניתן להגיד שלא הגיוני לא להכניס את ערכי השיטה כי השיטה היא זו שאוכפת את החוזים. בנוסף יש מקרים בהם התערבות ערכי השיטה מוצדקת באופן קיצוני יותר:
         1. חוזים שבהם יש ניצול ופערי כוחות.
         2. חוזים לא חוקיים.
4. **תוצאות המקרה באפרופים**
   1. כל השופטים מגיעים לפרשנות לפי ההיגיון העסקי של החוזה. לשון החוזה לא מלמדת ולא הנסיבות החיצוניות. לא הגיוני שהצדדים המתוחכמים לא קבעו סנקציה על איחור ולכן ברור שהם התכוונו שס' ח63 יחול גם על הסוג השני.
   2. יכול להיות הגיון בסנקציה על איחור במימוש. אבל לא ברור שעסקה שנעדרת סקציה כזו היא אבסורד. סנקציה כזו מטילה סיכון גדול על הקבלן- יכול להיות שיש נסיבות שלא ידועות לי- לכן לא ברור שהקבלן לא היה דורש לאור סנקציה כזו תמורה יותר גדולה ואם לא היה מקבל היה דוחה את התניה הזו. יותר מזה, מי שניסח את החוזה היא המדינה, אז היינו יכולים ללכת לפי ס'25 בפרשנות נגד המנסח- אז היינו מפרשים את החוזה כך שאין סנקציה.
   3. אז התוצאה לכל הפחות לא מחוייבת והמנגנון שיצר ברק כאמור עורר הרבה ביקורת והסוגיה עלתה שוב ושוב לדיון עד שנפתרה כניראה בשילוב של תיקון 2 וביבי כבישים.
5. **תיקון 2 לחוק החוזים החלק הכללי**
   1. ס'25א לחוק החוזים: *"חוזה יפורש לפי אומד הדעת של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ומנסיבות העניין, ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו".*
   2. האם השינוי של החוק השפיע באופן מהותי על הפסיקה?
      1. **פסד ביטוח לאומי נ' סער**
         1. **ריבלין**- חוזה יפורש תוך בחינה מקבילה ומשותפת של לשון החוזה ונסיבות העניין בכפוף לחזקה פרשנית ניתנת לסתירה לפיה פרשנות החוזה היא זאת התואמת את פשט הלשון. דהיינו, את המשמעות הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב. החזקה ניתנת לסתירה במקרים שבהם למד בית המשפט, מתוך הנסיבות, כי הלשון אינה פשוטה וברורה כפי שנחזתה להיות במבט ראשון (עניין העגלה והסוס). וכי למעשה- עשויה היא להתפרש בדרכים אחרות מאלה שנראו ברורות בתחילת הדרך הפרשנית. אמנם קיומה של החזקה מבטא את משקלה החשוב והמשמעותי של לשון החוזה. לעומת זאת, היותה ניתנת לסתירה משקפת את העובדה כי משקלה של הלשון, חרף חשיבותה, אינו מכריע או בלעדי.
         2. בעקבות דבריו של רבילין ניתן להבין שלתיקון 2 ס' 25א לחוק החוזים יש חשיבות גדולה ללשון החוזה **ועדיין לא בלעדית.**
         3. בחוזה עסקי, ניראה לריבלין ולמחוקק שהחוזה צריך להיות מפורש לפי לשון ההסכם - נסיבות חיצוניות לא צריכות להיכנס לתמונה וכמובן לא ההיגיון העסקי וערכי השיטה. אך ס'25א לא מוגבל להסכמים ביזנס טו ביזנס. לכן הוא אומר שזו תהיה חזקה והיא ניתנת לסתירה. אפילו אם ההתקשרות היא בין שני עוסקים פשוטים נהיה חייבים להתייחס לנסיבות ואם הנסיבות מובילות לכך שצריך לסטות מלשון החוזה תהיה סטייה.
6. **אבחנה בין סוגים של חוזים**
   1. קיימים שני סוגים של חוזים בהם יש התערבות פרשנית נרחבת:
      1. חוקים שקובעים השלמות נורמטיביות אבל לא מתערבים אקטיבית בתוכן או פרשנו החוזה.
         1. חוק השכירות והשאילה.
         2. חוק המכר
      2. חוקים שמתערבים באופן אקטיבי בתוכן החוזה ויש להם השלכה פרשנית
         1. חוק החוזים האחידים.
         2. חוק הגנת הצרכן ס' 2
         3. חוק חוזה ביטוח
   2. בפס"ד דין ביבי כבישים השופט שטיין עושה הבחנה בין שני סוגיים של חוזים ובדרך הפרשנות הראויה בהם:
      1. חוזה יחס - חוזה פתוח שמגדיר מערכת יחסים ארוכת טווח. בה הצדדים מראש מוותרים על הניסיון לחזות את העתיד של מערכת היחסים החוזית ביניהם. הגמישות הזו מחייבת פרשנות פתוחה לחוזה. הצדדים רוצים במועד הכריתה שבהמ"ש יבוא לפרש את חוזה הוא יתחשב **בנסיבות המשתנות.**
      2. חוזה סגור - כאשר החוזה סוגר ומפורט הצדדים לא ירצו שיפורש ע"י מקורות חיצוניים (לא אומר שהוא חוזה שלם אלא מספיק מפורט). הצדדים לא ראו במועד הכריתה נסיבות צפויות שלא סגרו אותם בתוך המערכת החוזית. **לכן על ביהמ"ש לכבד את ניסוח ולשון החוזה.**
   3. האם סוג החוזה ישפיע גם על הערכים שיפרשו אותו?
      1. בחוזה יחס היינו רוצים שההתערבות תהיה מבוסס על ערכי השיטה. מתוך הנחה שהצדדים קבעו הסכם לא גמור ירו שימוש בערכי שיווין ותו"ל.
7. **אבחנה בין סוגי הצדדים**
   1. לדעת השופט גרוסקו יש השפעה גדולה של סוג החוזה על הפרשנות:
      1. הסכמים מהסוג העסקי הם הסכמים בהם צריך להיות פרשנות שתכליתה להקל על התקשרויות עתידיות – **פרשנות צופה פני עתיד**.
      2. הסכמים מהסוג הפרטי – ננסה לדעת מה רצון הצדדים במעמד הכריתה - **צופה פני עבר.**
      3. הסכמים צרכניים – ננסה לפרש לפי ערכי השיטה – **צופה פני הווה.**
   2. אולם לדעת השופט גרסקו ישנה גם השפעה גדולה על סוג הצדדים:
      1. פערי כוח במיקוח
      2. פערי כוח בניסוח
         1. מהותיות – לא יודעים לנסח, או לא משתלם להתערב בניסוח (חוזה של חברת סלולר שמאפשר לעשות שינויים).
         2. פרקטיות – אין אפשרות לנסח כי צד אחד קובע את הכללים.
      3. פערי כוח בהבנה
   3. הגישה שהתקבלה **בביבי כבישים** היא גישה שאומרת שההתערבות של בהמ"ש בפרשנות חוזה תלויה ב:
      1. בסוג החוזה
      2. בהגדרת הצדדים את סוג החוזה
      3. בסוג הצדדים לחוזה
   4. **פס"ד הוד אביב** - קבלן שזכה במכרז לפיתוח מגרש ברמת אביב ג'. אין להשתמש בכוח השלטוני על מנת לגבות כספים מאזרח ובתהליך פרשנות של חוזה שהמדינה היא צד לו יש להתחשב בעובדה שלמתקשר הפרטי יש כוח מוגבל. אין תחרות הוגנת והמדינה מקבלת את תפקיד העוסק -היא בעלת כוח כופה. בהמ"ש אומר שבמסגרת המשפט המנהלי היא כפופה לכללי הגינות חמורים יותר וחובת הגינות הללו במסגרת המשפט המנהלי מחלחלים גם על החובות שחלות על המדינה כשהיא צד לחוזה גם במשפט הפרטי, **נהיה חייבים לפרש את החוזים בצורה שמאוד מגבילה את המדינה בלנקוט פעולות מאוחרות או לסטות מלשון החוזה לטובתה.**

# הוראות שנקבעו במפורש או באמצעות הפניה

השלכה של מסמך מסביב לחוזה ככלי שמכניס תוכן לתוך החוזה

1. **מבוא**
   1. תופעה נפוצה, רואים שהרבה פעמים שהחוזה מפנה למסמך אחר. (למשל, בפייסבוק אסופת מסמכים שהחברה מפנה אליהם). לעיתים אנחנו מקבלים מסמך חיצוני אף **לאחר מועד ההתקשרות**. כך קורה שחלק מתנאי ההתקשרות מתגלים רק לאחר שהמתקשר נכנס להסכם (לדוג' תעודת אחריות, פוליסת ביטוח, ניתנים אחרי מועד ההתקשרות).
   2. **מדוע יש שימוש בהפניה למסמך חיצוני?**
      1. ההפניה למסמך החיצוני יכולה **לאשרר את החובות והזכויות של הצדדים** (דיברנו על זה ביחס לזיכרון דברים).
      2. **משנה (מגבילה/מרחיבה) את החיובים של הצדדים כפי שהוסכמו קודם**.
      3. **מגדירה את המנגנונים למימוש החיובים** - לדוג' תנאי החוזה של פייסבוק מפנים להגדרות השימוש והגדרות השימוש מגדירות את החיובים ההדדיים של הצדדים הניתנים להתאמה ולכן החיובים לא קבועים.
   3. הבעיה שעולה מהפנייה למסמך חיצוני:
      1. לא ברור אם ישנה גמ"ד מכוון שהמסמך החיצוני לא היה חלק מההתקשרות החוזית.
      2. **ישנו הבדל בין מסמך נגיש ללא נגיש** - יש הבדל בין תנאים שלא יכולתי בכלל לקרוא במועד הכריתה לבין תנאים שיכולתי אך לא רציתי.
         1. מקרים בהם אין גישה למסמך מראש אבל יש הסדר קוגנטי בחוק – אין בעיה מכוון שהמחוקק פרסם את התניות. מה קורה במקרה שהמוכר חורג מתניה? גם אין בעיה מכוון שחריגה מתניה קוגנטית היא תמיד תניה שתהיה יותר טובה לקונה.
         2. מקרים בהם אין גישה למסמך אבל התניה היא דיספוזיטיבית – נוצרת בעיה מכוון שיכולה להיות הרעה בתניות לקונה אך אין לו דרך לדעת זאת. מה אפשריות במקרה כזה:
            * אין תחולה למסמך
            * יש תחולה למסמך
            * גישת ביניים – יש תחולה למסמך מרגע שניתן לראות אותו תוך אפשרות לסגת מהעסקה.
2. **פער בין ההסדר שהצדדים קבעו לבין חוזים קיימים**
   1. **מה קורה אם המסמך נוגד את התנאים שנקבעו במו"מ:**
      1. **פס"ד דוד נ' דרורי-** בחור שעשה פוליסת ביטוח לאופנוע שאחד התנאים של הפוליסה היא רישיון לאופנוע. דוד טען שלא יכול היה לגשת לפוליסה לפני כן ולכן לא ידע שאחד התנאים הוא שהוא חייב רישיון.
         1. נקבע שסביר היה לדעת שהפוליסה תדרוש רישיון לאופנוע ולכן למרות שלא ראה את הפוליסה לא מגיע לו פיצוי.
      2. **פסד עטיה נ' אררט-** עטיה נפגעת בתאונת דרכים כשבריגה נהג חשב שהפוליסה מכסה אותו. המבוטחים ביקשו מסוכן הביטוח לאפשר לבריגה לנהוג ברכב למרות שלא התקיימו שניתנאים. בפועל הפוליסה אמרה שמותר לנהוג ברכב רק למי שמעל 24 ובעל ניסיון של שנתיים. למרות שאמרו מראש שהנהג קטן מ24 עם רישיון מתחת לשנה. חברת הביטוח לא נענתה לבקשה אך לא הודיעה זאת למבוטחים.
         1. בהמ"ש קבע שיש לפצות את הנהג כי חברת הביטוח אמרה למתקשרים כי הם מבוטחים במו"מ. **אם המסמך החיצוני שינה את התנאים, חייבים ליידע על הצד השני.**
         2. ס' 3 לחוק חוזה הביטוח– המבטח רוצה להתנות או לסייג זכות בפוליסה- חייב להבליט את זה או חייב ליידע
         3. סעיף 4 לחוק החוזים האחידים *"חזקה על התנאים הבאים שהם מקפחים: .(6) תנאי השולל או המגביל זכות או תרופה העומדת ללקוח על פי דין, או המסייג באופן בלתי סביר זכות או תרופה העומדות לו מכוח החוזה, או המתנה אותן במתן הודעה בצורה או תוך זמן בלתי סבירים, או בדרישה בלתי סבירה אחרת*"
   2. ההבדל המהותי בין פסקי הדין הוא שמקרה הראשון היה סביר להניח שזו התניה ואילו במקרה השני לא היה סביר להניח שזו התניה.
3. **מנגנונים שנכללו במסמך נפרד**
   1. לעיתים מסמך מאוחר מסיר את המנגנונים למימוש שהזכויות בתוך החוזה.
   2. **פס"ד בריטניה אמריקה** - נקבע חוזה ביטוח והפוליסה נשלחה רק לאחר האירוע הביטוחי. בפוליסה נכתב שיש להודיע על האירוע הביטוחי עד 48 שעות לאחר שקרה על מנת לקבל פיצוי. ההודעה על האירוע לא נתנה 48 שעות לפני ובהמ"ש קובע שההודעה ניתנה כדין בגלל שלא הייתה דרך לדעת שצריך לתת את ההודעה תוך 48 שעות כי לא הייתה לו את הפוליסה. **החיובים צומחים רק מהרגע שהמבוטח ידע עליהם.** 
      1. **ההבדל בין המקרה הזה למקרה של אררט –** אררט סטייה מהתנאים של החוזה במסמך חיצוני מחייבת הודעה. בריטניה, אין תוקף לחיובים עד המסמך החיצוני לא מגיע לצד השני בחוזה.
   3. **ניתן המסמך אחרי שנכרת החוזה והוא משנה חיובים של הצדדים ניתן לבטל את החוזה למפרע.**
4. **תניות מפורשות ותניות בדרך של הפניה**
   1. כשיש הפניה למסמך כללי, בדרך כלל מדובר **לחוזה אחיד** כי הוא לא נתון למשא ומתן של הצדדים.
   2. **שלוש שאלות שיש לשאול:**
      1. **האם המסמך נלווה הוא חוזה או קבלה.**
      2. **אם מדובר בחוזה האם יש משמעות לכך שצד לחוזה לא ידע על קיום התניה?**
      3. **מה ההשלכה על מסמך חיצוני שךא סמין לניצע בשעת הכריתה?**
   3. **האם המסמך נלווה הוא חוזה או קבלה.**
      1. על מנת להתמודד עם הסדרים פוגעניים במסמכים נלווים הוא לשלול את התוקף החוזי של אותו מסמך. יש 2 מגבלות:
         1. אדם היה צריך לצפות לתנאים נוספים כאלו
         2. כשהמסמך הנלווה הוא הכרחי כדי להגדיר את הזכויות והחובות בהתקשרות.
      2. **קבלה** - דוג' כרטיס רכבת - על כרטיס הרכבת נרשמים הסדרים חוזיים האם הם מחייבים? לא ניתן להגיד שנוצר קיבול (כי הכרטיס ניתן לאחר ההתקשרות החוזית) ולכן התנאים לא משנים את ההסדר של החוזה - נקבע שמדובר בקבלה.
      3. **חוזה** - כאשר ידוע לאדם שהוא הולך לקבל מסמך לאחר הכריתה ומראש הוא יודע שיקבל אותם, וניתנת לו ההזדמנות לצאת מהחוזה למפרע. לדוג' כניסה לחניונים - אפשר לצאת מהחוזה תוך רבע שעה ואם לא יצאו יש קיבול בהתנהגות.
      4. **פס"ד מפעל הפיס** - אדם תובע את מפעל הפיס על הגרלה שכרטיסו אבד. הכרטיס כולל הפניה לתוכנית ההגרלות למפעל הפיס, שם כתוב שיש פטור מתשלום אם הכרטיס אבד. התובע אומר זה מאוחר להתקשרות החוזית - לא ידעתי על התנאים הללו כשנכנסתי לחוזה.
         1. **ויתקין וזוסמן** - מראש ידעת את קיומו של התקנון אפילו אם לא הלכת לקרוא אותו. כל תנאי ההתקשרות נקבעים על בסיס התקנון ולכן לא ניתן לטעון שהכרטיס הוא קבלה בלבד. אם לא היה תקנון גם לא יכולת לקבל פרס – ולכן התקנון הוא חלק מהחוזה ולא קבלה.
         2. **דעת מיעוט** - **ח. כהן** מיעוט, אין לתנאים של התקנון תוקף כי הם מופיעים בילקוט הפירסומים (מקור פרסום רשמי, תקנות חקיקה הוראות של המנהל).היום אין בעיה להגיע לילקוט הפירסומים אבל באותה התקופה, אין גישה לאנשים לילקוט הפרסומים.
   4. **אם מדובר בחוזה האם יש משמעות לכך שצד לחוזה לא ידע על קיום התניה?**
      1. כשיש תניה בחוזה וצד לא מודע אליו ככלל זאת בעיה של מי שלא ידע. (גינדי נ' אפללו). אבל כשהמסמך הוא נלווה, לא ברור שקראת והבנת כי אין אישרור לכך. ולכן, בשונה מעניין גינדי אין הבעה אובייקטיבית של מודעות לתנאים.
      2. באנגליה – יש חובה להודיע באופן סביר על קיום התניה החיצונית. מה זה סביר? ככל שהתניה פוגעת יותר יש צורך בהודעה יותר גדולה (דרישה של כתב מול הודעה פיזית על התניה הפוגענית).
      3. **בחוק חוזה ביטוח** יש הרחבה של החובה להודיע על קיום תניה גם במסמך בו האדם חתום עליו ויש הבעה אובייקטיבית.
         1. **עטיה נ' אררט,** החדרה של עקרון זה דרך ס'12 שולחים את הביטוח ושוללים חלק מהדברים שהתבקשו, חובה לידע באופן אקטיבי על קיומם של הבדלים משמעותיים בין מה שהזמין לבין מה שקיבל בפועל.
      4. **חוק הגנת הפרטיות**, פגיעה בפרטיות אסורה אלא אם ניתנת הסכמה. מהו הסכמה? ס'3 מגדיר הסכמה כ"הסכמה מדעת" במפורש או במכללא (ידיעה על הנזק הרלוונטי ולא על הבעת ההסכמה), חייבת להיות מיודעת במובן הסובייקטיבי לא מספיק לדרוש חתימה ברמה האובייקטיבית- צריך שהאדם הספציפי יהיה מיודע על ההסדרים.
      5. **ס'38 לחוק הוצאה לפועל/ ס'33 לחוק הגנת הדייר**- לקיחת משכנתא, ממומש המשכון, החוק קובע הסדר דיספוזיטיבי שמימוש המשכון מחייב לוודא שלחייב יש מגורים חלופיים. היום בפועל כל חוזה משכנתא מתנה על ס' 38 בפועל.
         1. **סדרה של פסקי דין שמגבילים את התניה על ס' 38 דרך חובת יידוע.**
            * **פס"ד רוזנר**- הייתה תניה על ס' 38 כזו אך לא הייתה מפורשת מספיק לכן הבנק חויב לתת מגורים חלופיים. (פרשנות מצמצמת וחובת היידוע)
            * **פס"ד מיסטר מאני** -כדי להתנות על ס'38 חייבים ליידע את הלקוח בפועל על קיום הזכות ולהסביר לו שהבנק מתנה על הזכות הזאת ולהראות שהוא מסכים לוויתור.

**כדי להתנות על ס' 38 יש חובת הסכמה מדעת (מכללא או במפורש), לא מספיקה הבעה אובייקטיבית חייבים לוודא ידיעה סובייקטיבית.**

* + 1. **יש דרגות שונות של הסכמה, מהנמוך לגבוה:**
       1. **הסכמה אובייקטיבית** (גינדי נ' אפללו) – הפעולות האובייקטיביות של הצדדים העידו על הסכמה.
       2. **הסכמה מדעת מכללא** - אם האדם יודע על הפגיעה מספיק הבעת הסכמה רגילה - חתימה רגילה מספיקה. הידיעה יכולה להיות מכללא.
       3. **הסכמה מדעת מלאה** (במפורש) - מונח בתחום הרפואה, לא נסתפק בכך שאדם אולי יודע ולא בכתיבה ברורה ומודגשת בחוזה, נחייב שיוסבר באופן **אקטיבי** בשפה הרלוונטית את כל הסיכונים לעניין ההליך.
          - **הסכמה מלאה מדעת בדיני הנזיקין** - ס'5א לפקודת הנזיקין הסתכנות מרצון, אם אדם מסתכן מרצון הוא לא יהיה זכאי לפיצויים בגין אותה עוולה. מתי זו הסתכנות ברצון? הפסיקה מצמצמת זאת- על מנת להחיל ס' זה, מחייב מסמך נפרד שיפרש את הוויתורים שלך ואת המוכנות שלך לקחת סיכון- הסכמה צריכה להיות מאוד מפורשת.
  1. **מה ההשלכה על מסמך חיצוני שלא זמין לניצע בשעת הכריתה?** כאשר הוא חלק מהחוזה.
     1. חייבת להיות הודעה סבירה של מה יש במסמך הרלוונטי.
     2. תהיה הגבלה של היישום של המסמך כך שהם לא פוגעים בצד שלא ראה את המסמך.
  2. הבסיס הדוקטרינרי
     1. אם מדובר בקבלה או חוזה – על בסיס הצעה וקיבול. כאשר זו קבלה לא היה קיבול של התנאים שהגיעו לאחר מכן ואילו בחוזה היה ידיעה על התנאים שעומדים להתקבל.
     2. איך ניתן להסביר את שכאשר יש תניה פוגענית במסמך חיצוני אין ביטול של כל החוזה? הרי אין הבעה אובייקטיבית של הסכמה. **פתרון:** לא מדובר בהצעה וקיבול אלא בחובת ידוע מתוך חובת תו"ל.
  3. סיכום
     1. שלבים להבנה מהו המסמך הנלווה ותוקפו:
        1. האם זו קבלה או חוזה –
           + אדם היה צריך לצפות לתנאים נוספים כאלו
           + כשהמסמך הנלווה הוא הכרחי כדי להגדיר את הזכויות והחובות בהתקשרות.
        2. אם מדובר בחוזה האם יש חובת ידוע?
        3. אם המסמך לא היה זמין בשעת הכריתה – הודעה סבירה על מה יהיה במסמך ואפשרות חזרה מהעסקה במידה ויש פגיעה בצד.

# חוזים אחידים ותניית פטור

1. **תניות פטור**
   1. **הגדרה –** תניות הפוטרותאדם מחלק מן החיובים בחוזה. לדוגמה:
      1. **פטור על החיובים שנקבעו ע"פ החוזה** - "הקבלן רשאי שלא לבצע את חיובו".
         1. אם חל על שני הצדדים, מדובר **בהסכם ג'נטלמני**, אתה לא יכול אף פעם לתבוע על הפרה הוא "יכול" או "רשאי" אבל לא חייב.
         2. אם חל רק על הקבלן- המזמין צריך לשלם רק על הפעולות שבוצעו בפועל, **מעין חוזה אופציה.**
      2. **הגבלת החבות מתוך הפיצויים החוזיים (הגבלת סעד הפיצויים) -** "אחריות הקבלן להפרת חוזה מוגבלת לסכום 10,000 ₪" תקרה שתיקבע לדיני הפיצוי הרגילים.
      3. **תניה שפוטרת מסעד** - "אין לתבוע את הקבלן לאכיפת חיוביו"

הגבלה של הסעדים שניתן לתבוע תלויה בקוגנטיות של הסעדים.

* + 1. **הגבלה על זכות נזיקית חיצונית להסכם** - "ספק השירות אינו אחראי לנזקי הגוף אשר עשויים להינזק לצרכן"
  1. **מטרת תניות הפטור:**
     1. לגדר את הסיכון הכרוך בהתקשרות חוזית – יכול להוות אינטרס של שני הצדדים (לדוג' חוזה אופציה בשכירות).
  2. **מתי תניות פטור הן בעייתיות? חוזים אחידים** - צד אחד לא מודע ולא יכול להתמקח. בעייתי במיוחד כאשר החובה קיימת מכוח הדין ולא מתוך החוזה הספציפי. בהמ"ש פיתח כל מיני טכניקות להתמודדות עם תניית הפטור.

1. **טכניקות להתמודדות עם תניות פטור לא הוגנות**
   1. **במישור ההצעה והקיבול**, המנגנון שנקבע בדין באנגליה ויובא לישראל- חיוב להסב את תשומת ליבו של הצד השני לקיומה של התניה כתנאי לתוקפה. כפי שראינו, רלוונטי לכל תניה בעייתית.
   2. **פרשנות**, פרשנות מצמצמת לתניית הפטור. מתיישב עם כלל הפרשנות נגד המנסח- 25ב1. אולם זה כלל פרשנות עצמאי- יש פירוש מצומצם לפטור באופן כללי. הנחה שהצדדים לא התכוונו לתת פטור כולל. בדרך כלל, הנחה שהפטור לא מתייחס לאחריות ברשלנות.
      1. **דוג' חוק השומרים**, לשומר שכר על פי חוק זה יש אחריות רחבה בהרבה משומר חינם. ניתן לפרש תניית פטור שמתייחסת לאחריות (ולא לרשלנות) ככזו שפוטרת את השומר מאחריות חמורה אולם לא מאחריות ברשלנות. כלומר, בהמ"ש מפרש את הפטור בצורה מצמצמת. פטור מרשלנות צריכה להיכתב מפורשות.
   3. **תקנת הציבור, ס' 30 לחוק החוזים**, חוזה שנוגד את תקנת הציבור בטל. בהמ"ש קבע אם רק חלק אחד נגוע בניגוד לתקנת ציבור אפשר לבטל רק אותו חלק. הבעיה שקשה לנו להגיד שהחוזה ניתן להפרדה- אבל בהמ"ש עושים את זה בפועל.
   4. **תום לב** - פס"ד רוט נ' ישופה- אלון, הדרך להתמודד עם תניית פטור היא ע"י תו"ל בקיום זכויות מהחוזה. לא בהכרח שקיום התניה נוגד את תו"ל אלא שההפעלה שלה היא חסרת תו"ל. טכניקה זו יכולה להגביל את התניה לנסיבות מסויימות.
      * + - הבעיה היא שזה שרירותי תלוי בשופט ולכן זה דווקא עשוי לעודד להכניס את התניה הזו. (חשל בנייה- אם פיצוי מוסכם יורד לסביר המקסימלי אז מעודד להשתמש בפיצוי מוסכם מופרז).
   5. **קיפוח בחוזה אחיד** - התקפה חזיתית של תניית הפטור. זאת הטכניקה העיקרית היום. חקיקה שקובעת שתנייה מקפחת בחוזה אחיד בטלה.
2. **חוזים אחידים – ניתוח תאורטי**
   1. **סטנדרטיזציה של חוזים**
      1. רוב החוזים לא מקיימים את מודל מפגש הרצונות: בזק, חשמל, נטפליקס
         1. ספקי שירותים
         2. רכישה בקמעונאות
         3. הסכמי התקשרות אינטרנטיים
      2. מה המשמעות של חוזה אחיד? צד אחד (הספק) - קובע את התנאים להתקשרות עם הרבה אחרים- לקוחות. ההצעה היא אחת "זה מה יש". כל כוח המיקוח הוא של צד אחד.
   2. **ההיגיון בחוזים אחידים**
      1. **פערי עלות תועלת** –
         1. **לספק** זה מוצדק להשקיע בניסוח חוזה כי זה מאפשר לו להתקשר עם הרבה אנשים. עבורו התניות חשובות ביותר הן מגדירות את ההתקשרות שלו עם לקוחות רבים. כמו כן, עולה לו פחות (באופן יחסי) לנסח את החוזה כי הספק הוא מומחה בעסקאות.
         2. עבור **הלקוח**, הניסוח יקר מול תועלת מוגבלת . מכוון שלרוב החיובים לפי החוזה מופנים לספק ולא ללקוח - הלקוח רק צריך לשלם, התניות לא חשובות לו.
      2. חריגים, תניות שלא מסדירות חיובים:
         1. שינוי בחיובים לפי החוזה
         2. הגבלת התקשרות- איסור על הלקוח להתקשר עם גורמים אחרים.
         3. שיפוט ופטור
   3. **הסכנה בחוזים אחידים**
      1. **חשש שהחוזים הללו יביאו לניצול הצרכנים/לקוחות :**
         1. **אדישות רציונלית** - לאף אחד אין תמריץ לקרוא את החוזה כי התועלת מכך היא נמוכה ללקוח. גם ככה אי אפשר להתמקח על ההסדרים.
         2. **אדישות לא רציונלית** - לדוג' חוזה עם הבנק הרבה מאוד תנאים שאפשר להתמקח עליהם ואנשים לא עושים את זה כי הם לא מיודעים (אופטימיות, מייופיה- קוצר ראיה לטווח ארוך, קשב מוגבל)
         3. **ניצול כוח מונופוליסטי** - עולה החשש שעוסקים ינצלו את הצרכנים כי תניה גרועה בחוזה היא כמו מחיר. אם יש תחרות המתחרים מתחרים על המחיר החוזי אבל גם על החוזה עצמו. כשיש תחרות מוגבלת מתחרים יבלבלו את המבנה של העלויות וימנעו השוואה בין מתחרים.
   4. **התמודדות עם הבעיות החוזים אחידים**
      1. **התערבות דרך עידוד תחרות (אופי השוק יפחית פגיעה בצרכנים- עקיף)**
         1. חוק ההגבלים העסקיים-חוק התחרות הכלכלית- נועד לעודד תחרות ולהסיר חסמים.
         2. רגולציה מגבירת תחרות בין שחקנים קיימים (לדוג' האפשרות לעבור בקלות מחברה אחת לאחרת).
         3. כללים שאוסרים על נעילת לקוחות (לדוג' זכות התנתקות).
         4. קביעת מנגנוני חיוב אחידים (=נועד לאפשר השוואה בין תעריפים).
      2. **התערבות דרך חקיקה פרטיקולרית -** החשש שלנו שהספק ינצל את האדישות של הלקוחות שלא יבינו את כל העלויות של התניות בחוזה. שני מנגנוני התערבות:
         1. **חובת גילוי** - נהפוך את התניות הבעייתיות למאוד גלויות.
            * משמעות של חובת הגילוי: א. עוולה נזיקית ב. שלילת התניה.
            * איסור השפעה בלתי הוגנת (ס'3 לחוק הגנת הצרכן) שנועדו למנוע להיכנס לעסקה גרועה.
            * **מה ההבחנה בין הטעיה צרכנית להטעיה חוזית?**

הטעיה צרכנית מגדירה באופן רחב יותר את חובת הגילוי. לדוג' הגדרות בחוק לאופן בו צריכים הדברים להיכתב. נוסף בטעיה צרכנית כעוולה נזיקית לא צריך להיות קש"ס בין ההטעיה לחתימה אלא מספיק שיש הטעיה.

* + - * + **מה ההבדל בין השפעה בלתי הוגנת ובין כפיה ועושק?**

כפיה ועושק צריך להוכיח קש"ס בין העושק לנעשק וצריך להוכיח חוזה בלתי סביר. לעומת חוק הגנת הצרכן, בכל הפעולות של השפעה בלתי הוגנת אין צורך להוכיח שהחוזה לא הוגן בצורה בלתי סבירה. מספיק להוכיח שהיה השפעה לא הוגנת. נועד למנוע התקשרות בחוזים לא רצויים למרות שתוכן החוזה הוא סביר.

* + - 1. **הסדרים כופים** - נמנע מיצירת תניות כאלו כשהגילוי לא מספיק.
         * לדוג', תיקון ושירות לאחר מכירה.
    1. **מנגנוני אכיפה מורחבים- פלילי מנהלי ופרטי.**

1. **חוק החוזים האחידים**
   1. **הגדרה של חוזה אחיד :** חוזה אחיד מוגדר בס' 2 לחוק החוזים- נוסח של חוזה שתנאיו, כולם או מקצתם, נקבעו מראש בידי צד אחד כדי ששימשו תנאים לחוזים רבים בינו לבין אנשים בלתי מסוימים במספרם או בזהותם.
   2. **חוזה אחיד הוא לא חוזה אלא נוסח של חוזה**. כשממלאים את הפרטים בו הוא הופך להיות חוזה.
   3. **מספיק שחלק מהתנאים נקבעים באופן חד צדדי** לדוג' כל המסמך הנפרד של התקנון הוא חוזה אחיד.
   4. חוזה בין אנשים **בלתי** **מסוימים במספרם ובזהותם**- כלומר חוזה זהה מול קבוצת אנשים ידוע בזהותה ומספרה הוא לא חוזה אחיד.
   5. הגדרות נוספות בחוק:
      1. **מיהו הספק?** מי שניסח את החוזה.
      2. **מיהו הלקוח?** מי שלא קובע את התנאים, יכול להיות שהלקוח הוא הספק עצמו כי לא בטוח שמי שכתב את החוזה הוא הספק.
      3. **מהו תנאי בחוזה אחיד?** תנאי בחוזה אחיד הוא לא תנאי אלא תניה. תנאי שלא התקיים לגביו משא ומתן -מהרגע שנערך לגביה מו"מ הוא לא תנאי בחוזה אחיד.
      4. **מה הדין של מחיר?** ס'23 לחוק החוזים, מחריג החוצה מחיר. תנאי בחוזה אחיד למעט מחיר. הבעיה המרכזית עם דברים לא בולטים, מחיר מפנימים באופן מלא תמיד יהיה ברור.
   6. **תנאי מקפח בחוזה אחיד**
      1. **הגדרה** : הגדרה של תנאי מקפח בס' 3 לחוק החוזים האחידים- "תנאי בחוזה שיש בו - בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות - משום קיפוח לקוחות או משום יתרון בלתי הוגן של הספק העלול להביא לידי קיפוח לקוחות".
         1. חלופות להוכחת תנאי מקפח: קיפוח לקוחות או יתרון בלתי הוגן.
         2. על הלקוח נטל הראיה שהתנאי מקפח.
         3. תוצאות ס'3: בית המשפט (או בית הדין לחוזים אחידים) יבטל או ישנה את התנאי המקפח.
      2. **הדרכים לביטול\שינו תנאי מקפח**
         1. **פנייה לבית הדין לחוזים אחידים**
            * **מי יכול לפנות אליו לשינוי או ביטול**: יועמ"ש, הממונה על הגנת הצרכן, ארגון לקוחות. מנגד העוסק יכול לפנות בטענה שבחוזה אין תנאים מקפחים.
            * תחולה כללית כלומר ביחס לכל החוזים גם אלו שנכרתו בעבר וגם אלו שייכרתו בעתיד - **נותן סעד הצהרתי בלבד ולא כספי**.
         2. בהמ"ש
            * **מי יכול לפנות אליו לשינוי וביטול:** כל אדם
         3. לעומת בית הדין לחוזים אחידים, **יכול לתת סעד כספי - אין מגבלה על סעדים. אבל ההכרעה שלו מוגבלת לתביעה הקונקרטית.**
            * לבן אדם יחיד אין אינטרס לתבוע את החוזה האחיד שנכנס אליו לנוכח תנאי מקפח. חוק החוזים האחידים הפך את ביטול התנאי המקפח למשתלם מבטל תנאי מקפח ומבקש סעד כספי בכל החוזים. גרם להתערבות אקטיבית באמצעות פנייה לתבעות ייצוגית בבתי המשפט.
      3. **חזקת הקיפוח -** חזקות הקובעות כי תנאים מסוימים הם מקפחים (ס' 4 לחוק החוזים האחידים) ישנן חזקות חלוטות וחזקות הניתנות לסתירה.
         1. **ניתן לסתירה** ס' 3 - "בשים לב למכלול תנאי החוזה ולנסיבות אחרות" קובעים חזקה והיא ניתנת לסתירה כי צריך לבחון את הדברים לאור הנסיבות של התניה הקונקרטית. אבל אם יש חזקה, **נטל ההוכחה מועבר מהלקוח לספק** - צריך להוכיח שהתנאי לא מקפח.
         2. **חזקות חלוטות** בס' 5 - פטור מנזקי גוף חלקי או מלא, שלילת זכות לפניה לערכאות אלו מקפחים תמיד ואי אפשר להתנות על זה.
   7. איך קובעים אם תנאי הוא מקפח?
      1. **ע"פ מכלול תנאי החוזה**.
         1. ס' יכול להיחשב כמקפח אך הסדרים אחרים בחוזה מאזנים אותו. למשל, הפחתה של תמורה.
         2. אפשרות נוספת- החוזה מכיל ברירות תקשורת (עם/בלי ברירת מחדל, למשל עסקה זולה יותר בלי אחריות).
      2. **אינטרס לגיטימי**,
         1. הקשירה של המוצרים (מדפסת ודיו) יכולה להיות הכרחית מבחינתנו לכסות עלויות של מחקר ופיתוח למשל.
         2. **פס"ד מילגרום**- מה הבסיס לקביעה שההסדר מקפח? השינוי בעלויות של אכלוס דיירים בבית האבות. השנוי הזה יכול להשפיע על תמחור. אנחנו לא יכולים לקבוע מחיר קבוע ולכן אנחנו יכולים לשנות את המחיר.
            * ברק, אם אתם רוצים שזה יכסה אינטרס לגיטימי המנגנון שאתם קובעים צריך באמת לכסות את האינטרס הלגיטימי – לדוג' הצמדה של המחיר לעלויות של עובדי סיעוד הצמדה למחיר המינימום שיאפשר לצרכנים לבחור בין ספקים. ליידע אותם.
         3. **פס"ד קשת** - יכולת פיזור נזק, הטיעון של בהמ"ש הוא שההגבלה שאתם קובעים לפיצוי הנזק על בגדים פוגעת בצרכנים כי מי שמפזר את הנזק הכי טוב זה הספק של השירות. אתם מקבלים כביסה מהרבה אנשים אתם יכולים לגבות מהם תשלום שמגלם גם את הביטוח ולכן עדיף שאתם תעשו כן הגבלת האחריות לא מכסה אינטרס לגיטימי ולא סתרתם את חזקת הקיפוח.
            * הביקורת של פורת - סבסוד צולב, גורם לאנשים שהבגדים שלם שווים הכי פחות לסבסד את אלה שהבגדים שלהם שווים הכי הרבה. תופעה שפוגעת בצרכנים הכי חלשים.

# חוזים לצדדים שלישיים

1. **מבוא**
   1. **סיטואציה שבה קיים קשר חוזה בין נושה לחייב. והחייב מקנה חיובו למוטב (צד שלישי).**
   2. חוק החוזים חלק כללי מסדיר את זכות של אדם שלישי בס' 34- חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה (להלן המוטב) מקנה למוטב לדרוש את קיום החיוב, אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות כזו".
2. **מוטיבציה בכריתת חוזה לטובת אדם שלישי**
   1. חוזה לטבת צד שלישי יוצר יריבות בין **מוטב** לבין **חייב**. בגלל האפשרות של המוטב לתבוע את החייב למימוש החיוב שלו לפי חוזה. אם כך למה שנרצה חוזה לאדם שלישי.
      1. **נושה מעוניין לספק מתנה**
      2. **נושה מעוניין לקיים חיוב כלפי המוטב** - לנושה יש חיוב כלפי המוטב החיוב הזה יכול להיווצר מחוזה עצמאי הוא רוצה לקיים את החיוב הזה כדי לקיימו הוא נכנס לחוזה עם החייב שאומר החייב יקיים את החיוב שאני חייב למוטב.
         1. **פס"ד בייזמן השקעות**, בייזמן נכנס לעסקה עם חליווה והוא אומר "אני אשלם כסף לבנק", הבנק הוא המוטב בעסקה בין חליוה לבייזמן. בייזמן הוא החייב, חליווה הוא הנושה והבנק הוא המוטב לקבלת התשלום.

בייזמן החייב

חליווה הנושה

בנק המוטב

"בעל" הקרקע

מעוניין לקנות את הקרקע ולכן משלם לבנק

**חוזה**

לכאורה אנחנו לא צריכים מנגנון לחוזה לטובת צד שלישי, היינו יכולים להפוך את המוטב לצד בחוזה. למשל נתינת מתנה למישהו, רוכשים שירות או נכס והצד השלישי יהיה צד לחוזה והוא זכאי לתוצרי החוזה.

1. **למה צריך מנגנון מיוחד לחוזה לטובת אדם צד שלישי?**
   1. **כאשר המוטב קשה לאיתור, מרוחק** (לדוג' הורים רוצים להביא מתנה לילד שלהם אבל הוא נמצא בחו"ל אז הם עושים חוזה לטובתו כי הוא לא יכול להיות נוכח בחתימת החוזה).
   2. **כאשר לא יודעים מיהו המוטב מראש** (לדוג' הגרלה נושאת פרסים או תאגיד שעוד לא הוקם, בעלי מניות יכרתו חוזה לטובת תאגיד והוא יהפוך למוטב מרגע היווסדו).
   3. **המוטב לא קיים** (לדוג' אדם שעוד לא נולד)
      1. הסדר חלופי ע"י שליחות ס6ג' לחוק השליחות "תאגיד יכול לאשר פעולה שנעשתה למענו לפני הווסדו.."
   4. **חוזה לטובת הציבור או פרטים מהציבור** (לדוג' המדינה כורתת חוזה עם מגן דוד אדום – והיא רוצה שלאזרחי המדינה תהיה אפשרות לתבוע חיובים אז היא עושה את החוזה לטובת צד שלישי)
   5. **לא מחתימים את המוטב מטעמי נימוס** (לדוג' מתנה עם אלמנט ההפתעה)
   6. **המוטב מעוניין להישאר חסוי**

**מאחר שיש סיבות לקיים את המוסד, לעיתים נעשה בו שימו שמטעמי נוחות אפילו אם אין הכרח להשתמש בו.**

1. **מנגנונים שונים ליצירת זכויות לצד ג'**
   1. חוזה לטובת צד שלישי נועד לאפשר לחייב ולנושה להבטיח זכויות של אדם שאינו צד לחוזה.
   2. **קיימים מנגנונים נוספים בחוק** עם אותו תכלית נעמוד על ההבדלים:
      1. **נאמנות**: "זיקה לנכס שעל פיה חייב נאמן להחזיק או לפעול בו לטובת הנהנה או למטרות אחרות". נאמנות בדין הישראלי יכולה להיווצר על פי חוק הנאמנות, ע"פ הסכם עם נאמן או כתב הקדש (סוג מיוחד של נאמנות).
         1. לדוג', שוכר הדירה יהיה **הנאמן** ומשלם את **שכר הדירה** לילדה ולא להורים (בעלים של הנכס). הילדה היא המוטב של הנאמנות. חוזה הנאמנות יכול להיות בין **המוטב שהוא צד שלישי לנאמן.**
         2. אפשר ליצור נאמנות לצדדים לא מוכרים ועתידיים לדוג' שכונות שלמות בירושלים הם הקדש שאנשים הגדירו נאמנים להקדש. ההקדש יכול לפעול למטרות ציבוריות לדוג' אפשר להקים קרן, עמותה או הקדש שנותן מתנות או מלגות לתלמידים מצטיינים. אז הנאמן צריך לפעול לא לטובת נאמן ספציפי אלא לטובת המטרות של אותו גוף שהוקם. חל על נכס מסוים או קרן מסוימת אי אפשר שהנאמן יבצע פעולות אלא הוא מנהל נכסים.
      2. **המחאת זכויות** - 1א)"זכותו של נושה לרבות זכות מותנית ניתנת להמחאה ללא הסכמת החייב, זולת אם נשללה או הוגבלה ע"פ דין, לפי מהות הזכות או לפי הסכם בין החייב לנושה". ב) המחאה יכולה להיות לגבי זכות כולה או מקצתה ויכולה שתהיה מותנת על דרך שיעבוד.
   3. **מה ההבדל ביצירת זכות לאדם שלישי ע"י המחאה ולא חוזה?**
      1. **מועד היצירה**
         1. חוזה לטובת אדם שלישי יוצר מערכת יחסים משולשת **במועד הכריתה**. החוזה מגדיר בתוכו מי הוא המוטב.
         2. במקרה של המחאת זכויות יש את הנושה והחייב והנושה **בשלב מאוחר יותר** מעביר את הזכויות שלו לאדם אחר – כלומר במועד המחאת הזכויות לא בהכרח קיים אדם שלישי.
      2. **שיתוף פעולה על מקבל הזכות** 
         1. אופן היצירה של מערכת היחסים בחוזה המחאה **לא מצריך את ההסכמה של החייב** כדי להעביר את חובתו כלפי הנושה לאדם אחר. אבל **דרושה הסכמה של הנמחה** (הצד השלישי).
         2. חוזה לטובת אדם שלישי - **אין צורך בהסכמתו של הצד השלישי**, האדם השלישי מקבל זכות מרגע הכריתה. אבל **טעון הסכמה של החייב.**
   4. **מתי תהיה המחאה ולא חוזה לאדם שלישי:**
      1. **כאשר הרצון להעביר את הזכות נוצרה אחרי הכריתה**. בדיעבד רצינו שטובת הנאה תצמח למישהו אחר.
      2. **פס"ד גולדמן נ' מיכאלי-** בשעת הכריתה לא היה אדם שלישי בתמונה (הקונים).
   5. השוואה בין שני חוזים:

**חוזה א' -** נושה מבצע פעולה והחייב נדרש לשלם לנהנה – חוזה לטובת צד שלישי.

**חוזה ב'** - נושה מבצע פעולה חייב נדרש לשלם לנושה. נושה ממחה את הזכות לנמחה – המחאת זכויות.

* + 1. כביכול אין הבדל בין שני סוגי החוזים כי החיובים בו זהים - המוטב/נמחה מחזיק בזכות שהיא באותה רמה של הנושה.
       1. ס' 37 לחוק החוזים- כל טענה שיש לחייב כלפי הנושה **בקשר לחיוב** תעמוד לו גם כלפי המוטב (לדוג' הפרת חוזה, פגם בכריתה וכ"ו..).
       2. 2א, לחוק המחאת חיובים, לחייב יעמדו כלפי הנמחה **כל הטענות** שעמדו לו כלפי הממחה בעת שנודע לו על ההמחאה.
    2. בכל זאת הזכויות לא זהות בשני החוזים:
       1. **הבדל ברוחב הטענות שעומדת לחייב** - המשמעות של ההבדל בין "בקשר לחיוב" ל"כל הטענות" הוא שאם ישנה מערכת יחסים רחבה בין הנושה לחייב יכולות לעמוד לחייב כל הטענות שעמדו לו כלפי הממחה בלי קשר לחוזה. לדוג' **טענת הקיזוז** עומדת לחייב כלפי הנמחה. לדוג' אני החייב נמצא שני חוזים מול הנושה ולכן אני יכול לדרוש קיזוז מהנמחה (המוטב) ביחס לחוזה השני נובע מכך שלא נדרשת הסכמת החייב. לעומת זאת בחוזה לטובת צד שלישי לא עומדת לחייב אפשרות לטענת קיזוז מכוון שהוא יכול להעלות רק טענת בקשר לחיוב ולחוזה הספציפי ולא בקשר לכל הטענות שיש לו ממערכת היחסים עם הנושה.
       2. **הבדל בזכויות של הנושה לאחר העברת הזכויות** –
          - אם הנושה ממחה את הזכות שלו והופך להיות ממחה הוא **יוצא מן התמונה** הוא לא יכול לדרוש קיום של חיוב מהחייב.
          - בחוזה עבור צד שלישי יש שתי נושים - גם הנושה וגם המוטב יכול לדרוש קיום אף אחד מהם לא יצא מהמסגרת החוזית.
       3. **ההבדל במי המוטב יכול לתבוע בגין אי קיום החיוב** – בהמחאה למוטב (מקבל הזכויות) יש אפשרות לתבוע את הממחה מכוון שהעברת החיוב לנמחה הם במסגרת חוזה ולכן יש אפשרות לדרוש אכיפה של החוזה גם כלפי המוחה. לעומת זאת בחוזה לטובת צד לשלישי אין אפשרות כזו מכוון שלנושה אין חיובים כלפי המוטב ורק לחייב יש חיובים כלפי המוטב ולכן רק אותו ניתן לתבוע.
          - **פס"ד גולדמן נ' מיכאלי**- היה חוזה הייתה המחאה של הזכות מכוח החוזה ואז בא הנמחה (הצד השלישי) והוא תובע את הממחה של הזכות – השאלה המשפטית האם הוא יכול לתבוע את הממחה של הזכות? אין עם זה בעיה הממחה של הזכות המחה את זכותו במסגרת חוזה בינו לבין הנמחה בתוך המסגרת הזו החוזה ממשיך להתקיים, לכן החיובים ניתנים לאכיפה ופיצויים. לעומת זאת, אם זה היה חוזה לאדם שלישי אין זכות למוטב לתבוע את הנושה כי לנושה אין שום חיוב כלפיו החיוב הוא רק של החייב. לכן אם זה היה חוזה לטובת צד שלישי לא הייתה אפשרות שכזו.

1. **חוזה ביטוח**
   1. מגדיר את המבטח והמבוטח והמוטב (המוטב הוא מי שמקבל את תגמולי הביטוח) המוטב לא חייב להיות המבוטח.
      1. למשל **ביטוח אחריות** (ביטוח רכב לצד ג') מכסה אתה חבות הנזיקית של אדם כלפי האחר - ביטוח שהמוטב שלו הוא צד ג' שנפגע. **(פס"ד אליהו)**
         1. **חשוב לשים לב שלא כל ביטוח שמכסה נזקי צד שלישי הוא ביטוח לטובת צד שלישי.** לעיתים ביטוח שמכסה נזקי צד שלישי מטרתו לא להטיב עם הצד השלישי אלא להטיב אם האדם שגרם לנזקים (שלא יצטרך לשלם את הפיצויים בעצמו). כאשר הביטוח מכסה נזקים של צד שלישי אבל הוא לא לטובת צד שלישי אין לו זכות תביעה לביטוח.
   2. **שינוי המוטב -** בחוזה צד שלישי ניתן לשנות את זהות המוטב כל עוד הצד השלישי לא יודע שנחרט חוזה לטובתו. **החריג:** בחוזה ביטוח יש דין מיוחד שאפשר לשנות את המוטב גם אחרי שנמסרה לו הודעה על זכותו, אלא אם הוגבלה הזכות אליו בלבד.
      1. לדוג' ביטוח חיים שנערך אגב חוזה משכנתא - כל מי שרוכש משכנתא צריך לרכוש ביטוח חיים שמכסה את המשכנתא. אם המטרה של ביטח החיים היא לכסות את המשכנתא יש צורך שרק הבנק יהיה המוטב ולכן מגדירים בחוזה ביטוח כזה שלא ניצן לשנות את זהות המוטב. צריך את ההסכמה של הבנק כדי לשנות את זהות המוטב.
      2. המוטב יכול להיות מוגדר כבן זוג – ובן הזוג לא חייב להיות מזוהה. בחוק מאוחר לעניין חסקין ולכאורה אם חוק חוזה ביטוח היה קיים לפני היה אפשר לפתור את בעיית חסקין. מותר להתנות על ס' 44 ולכן זה בחסקין זה לא באמת היה פותר את הבעיה בדיעבד אלא רק לכתחילה.
2. **שליחות**
   1. חוזה בין שני אנשים השלוח מייצג את השליח והחוזה שנכרת הוא בין השליח והשלוח – החוזה לא יוצר זכויות לאדם שלישי אל בשם אדם שלישי. אולם יש מקרה חריג בו חוזה השליחות יכול להיווצר במטרה להבטיח זכות לצד ג' אשר תלויה בביצוע השליחות.
      1. **שלוח בשליחות בלתי חוזרת**
         1. למרות ההוראה שקובעת שהשולח רשאי לסיים את השליחות, או שהשליחות מסיימת במותו או בפשיטת רגל קובע כי הוראות ס' 14ב) לחוק השליחות קבוע שהוראות ס' זה לא יחולו אם ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות"
         2. הרעיון הוא שניתן ליצור שליחות לטובת התחייבות של השולח לאדם. ובמקרה הזה השליחות לא ניתנת לביטול. גם אם השולח רוצה לבטל את השליחות השלוח צריך להגידו לו "לא אני ממשיך להיות השלוח" נוצרת מערכת יחסים משולשת שולח שלוח וצד שלישי. **(שוחט נ' לוביאניקר –** האבא עו"ד מקבל יפוי כוח בלתי חוזר לבצע את העברת הבעלות בנכס ולכן הוא השלוח- מרגע קבלת יפוי הכוח הוא שלוח בשליחות בלתי חוזרת ולכן גם אם השלוח לא מעוניין בביצוע השליחות הוא לא יכול לא לבצע אותה).
3. **תביעה נזיקית של צד ג'**
   1. מערכת של שני הסכמים:
      1. הסכם ראשון: נושה שבמסגרתו **הנושה חייב למוטב.**
      2. הסכם שני: נושה חייב שבמסגרתו **הנושה מעוניין שהחייב** יפרע את החובות שלו **כלפי המוטב.**
   2. היינו יכולים לערוך חוזה שלא לטובת אדם שלישי שבמסגרתו אומר הנושה לחייב תפרע את החיוב שלי כלפי המוטב אבל זה לא מקנה למוטב זכות תביעה - לא חוזה לטובת צד שלישי.
      1. בוא נניח שהנושה מודע לחיוב הזה של הנושה כלפי המוטב, אם החייב יודע על החובות החוזיות של הנושה כלפי המוטב והוא יודע שאם הוא יפר את החוזה כלפי הנושה, הנושה יפר את החוזה כלפי המוטב, עומדת למוטב זכות תביעה עצמאית **בגין גרמא הפרת חוזה**. הנפגע מההפרה רשאי לתבוע נזיקית את מי שגרם להפרה. ככה יכולה להיווצר דרך דיני הנזיקין מסלול של יריבות ישירה בין **המוטב לחייב** למרות שאין ביניהם חיובים חוזיים.
   3. דוגמה נוספת בדיני הנזיקין, **מצג שווא רשלני**, קבלן מכר דירה לקונה והקונה מכר את הדירה למי שקנה ממנו ומתברר שהקבלן יצר מצגי שווא במסגרת החוזה שלו עם הקונה הראשון. מצג השווא הזה עובר מהקונה הראשון לשני ונקבע שהקונה השני נפגע מרשלנות הקבלןחייב בנזיקין ולא בחוזים כי אין ביניהם מערכת יחסים חוזית. **(עניין קורנפלד – העברת מצד שווא לאדם שלישי)**
4. **זיהוי חוזה לטובת צד שלישי - המוטב**
   1. **איך אנחנו יודעים שמדובר בחוזה לטובת צד שלישי?**
      1. צריך שניתן יהיה לזהות את המוטב - גם אם הוא לא נקוב.
      2. כאשר המוטב לא ניתן לזיהוי בטלים כל הזכויות שלו וסוכלה מטרת החוזה. (**חסקין בעניין הצוואה לאישתו)**
   2. אם הצד השלישי לא ניתן לזיהוי בטלים כל זכויותיו של המוטב והזכויות נשארות בין החייב לנושה (עוברות לנושה).
5. **כוונה להקנות זכויות**
   1. לא מספיק שיהיה מוטב שניתן לזיהוי צריך **להראות כוונה להקנות זכות**. ס'34 – חיוב שהתחייב אדם בחוזה לטובת מי שאינו צד לחוזה- מוטב- מקנה למוטב את הזכות לדרוש את קיום החיוב, **אם משתמעת מן החוזה כוונה להקנות לו זכות זו**."
      1. יכולים להיות חוזים שיוצרים הנאה לצד שלישי אך לא מתכוונים להקנות לו זכות. טובת ההנאה צומחת לו אגב חוזה שנכרת לטובת הנושה (לדוג' כריתת חוזה לבניית פסל בגינה שהשכנים יהנו ממנו אבל הם לא יכולים לדרוש אכיפת חוזה).
      2. יהיו מוטבים שיש כוונה ליצור להם את זכות לקבל את טובת ההנאה אך אין כוונה לאכוף את הזכות (לדוג' חוזה שבו אדם מזמים משהו ואני רוצה שעוד אנשים ייהנו מההזמנה אבל אין לי כוונה לתת להם את הזכות להזמנה). רק אם יש כוונה לתת לאדם שלישי את הזכות לדרוש אכיפה נגיד שזה חוזה לטובת אדם שלישי. יכול להיות שזכות כזו משתמעת מהחוזה ולא כתובה במפורש.
   2. שני שיקולים מרכזיים אם טובת ההנאה מועברת למוטב:
      1. ככל שטובת ההנאה מועברת **ישירות באופן אישי** למוטב כך נניח שיש יותר כוונה לתת זכות אכיפה ולכן זה חוזה לטובת צד שלישי.
      2. האם זהות המוטב ידועה **(גולדמן נ' מיכאלי –** נאמר שהקונים יכולים להעביר את הזכות בדירה לאדם אחר – זה לא חוזה לטובת אדם שלישי כי אין זהות. ולכן יהיה רק אפשרות המחאה מאוחרת**).**
6. **אינטרס הנושה**
   1. חוזה לטובת אדם שלישי מקנה **זכות חזרה אבל היא מוגבלת** מאוד ולכן אם אנחנו חושבים על הכוונה נחשוב **מה האינטרס של הנושה**?
   2. **אם לנושה אין אינטרס להעביר למוטב את החיובים לא נניח בהכרח שמדובר בחוזה לאדם שלישי ותהיה אפשרות חזרה לנושה.** לדוג' מקרה בו גם הנושה יכול להנות מהחיובים.
   3. **אינטרסים של הנושה:**
      1. **הנושה חייב עצמאית למוטב** – לכן הוא קובע חוזה אחר אם החייב לתת את ההתחייבות שלו למוטב ע"י החייב. אין אינטרס לנושה לחזור מחוזה כזה ולכן נגיד שמדובר בחוזה לטובת אדם שלישי שהמוטב יכול לדרוש אכיפה.
      2. **אם טובת ההנאה ייחודית למוטב –** לדוג' קניית נעליים לאדם שלישי ולכן הנושה לא יכול להנות מהם כי הן לא מתאימות לו.
      3. **אם מדובר בחוזה חד צדדי של החייב.**
      4. **אם בחוזה תניה מאפשר לנושה להתחרט.**
      5. **אם יש לנושה רצון לשמור על חלק פעיל במערכת היחסים**. חוזה לטובת צד שלישי משאיר את הנושה פעיל.
      6. צריכים לברר האם יש **לנושה את האינטרס ליצור יריבות ישירה בין החייב למוטב**. אם כן, נרצה להכיר בחוזה כחוזה לטובת אדם שלישי.
7. **אינטרס המוטב והחייב**
   1. המוטב נהנה מהחוזה לטובתו כי החוזה אינו תלוי בנושה. אם המוטב נמצא בתוך החוזה בין הנושה והחייב - הוא צד כי החוזה לטובתו, אז הוא יכול לממש את החיוב גם אם הנושה יוצא מן התמונה כי למוטב יש זכות ישירה. **לכן אם יש אינטרס לחייב ולנושה לדאוג לאינטרס עצמאי של המוטב אנחנו ננטה לפרש את החוזה כחוזה לטובת צד שלישי.**
   2. **מה האינטרס של החייב בחוזה לצד ג'?**
      1. לכאורה אין לחייב סיבה להסכים - פחות טוב לו מהמחאת זכויות. בהמחאת זכות יש לחייב רק נושה אחד. בחוזה לטובת צד שלישי גם הנמחה וגם המוחה יכולים לתבוע אותו.
      2. למה שיסכים? כי אלו הם התנאים היחידים שהסכים עליהם הנושה בעת הכריתה כי זה האינטרס שלו. נפרש את נקודת המבט של החייב בצמצום.
         1. **פס"ד אליהו נ' חמדה** היה דיון על אדם שנפגע בתאונה והיה חוזה ביטוח. אותו עובד היה צד שלישי כי הוא לא היה מבוטח וזו היה סיטואציה שקרובה לתאונת דרכים אבל לא הגיע לכדי תאונת דרכים (לכן חוזי ולא נזיקי). לחברת הביטוח לא היה אכפת אם הייתה יריבות ישירה או עקיפה כי היא משלמת בכל מקרה לא משנה למי.
            * **ברירת המחדל בחוק חוזה ביטוח** – הנפגע בביטוח אחריות רשאי לתבוע ישירות את התשלום של דמי הביטוח מחברת הביטוח.
8. **שריון זכות המוטב**
   1. זכות המוטב קמה עם כריתת החוזה אבל היא משוריינת רק מהרגע **שהמוטב ידע על זכותו**.
   2. **זכות המוטב קיימת מרגע כריתת החוזה גם אם החוזה מותנה**.
      1. מתיישב עם דעתו של פרידמן - החוזה קיים עוד לפני שמתקיים התנאי המתלה והחיובים בו מותנים.
   3. ראינו שבחוזה ביטוח יש דין מיוחד שאפשר לשנות את המוטב גם אחרי שנמסרה לו הודעה, אלא אם הוגבלה הזכות.
      1. **מתי מותר לשנות את המוטב?** לפני קיום האירוע. יש הבחנה בין ס'36ב ל147
         1. **סעיף 147** לחוק הירושה אומר ככלל הביטוח הוא לא חלק מנכסי העיזבון אלא אם נקבע אחרת. השאלה האם בצוואה יכול להיקבע אחרת.
         2. **ס36ב 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.
      2. זה אומר שמותר לשנות את המוטב גם כשלמוטב נודע על קיומו של הזכות במקרה של חוזה ביטוח **האם יכול להיוודע על כך לחברת הביטוח רק בגילוי הצוואה?**
         1. **פס"ד פישר נ' תמר**- כדי ליישב את ס'36 ב' עם 147 מותר לשנות את המוטב דרך צוואה מותר להודיע באמצעות הצוואה לחברת הביטוח לשינוי המוטב **אבל צריך להודיע על כך לפני מימוש הצוואה - לפני שהאדם נפטר.** לא רוצים ליצור מצב שיש בו הוראות סותרות והנושה כבר לא בין החיים ולא ניתן לברר מולו את הזכויות. כמו כן, הצוואה יכולה גם להתגלות הרבה אחרי כשהכספים מהביטוח משולמים ולכן תהיה בעיה.
9. **מערכת יחסים משולשת - החייב מפר את ההסכם**
   1. **המוטב לא יכול לתבוע את הנושה** הנושה לא חייב כלום לחייב.
      1. אם הנושה יצר את ההסכם לטובת אדם שלישי (המוטב) במסגרת חיוב שיש לו כלפיו אז המוטב יכול לתבוע את הנושה במסגרת החיוב הנפרד ולא במסגרת החוזה לטובת צד שלישי.
         1. **בייזמן השקעות-** חליווה לקח הלוואה מהבנק ועשה הסכם עם בייזמן. שבייזמן במסגרתו נידרש לשלם לבנק. נניח שבייזמן לא משלם לבנק **האם הבנק יכול לתבוע את חליווה?** **על זה שבייזמן לא משלם?** לא. הבנק לא יכול לתבוע את חליווה על הפרתו של בייזמן אבל הוא יכול לתבוע את חליווה על כך שהוא לקח הלוואה ולא שילם אותה. ואם זה היה הסכם מתנה- בייזמן חליווה ומקבל המתנה- בייזמן לא שילם למקבל המתנה את המתנה **האם הוא יכול לתבוע את מוסר המתנה על כך שלא קיבל את המתנה?** לא.
   2. ביחסים של המוטב והנושה כשהחייב מפר, שניהם יכולים לתבוע, גם המוטב וגם הנושה **מה קורה אם הם מבקשים סעדים שונים?** אם המוטב מעוניין באכיפה והנושה מעוניין בביטול?
      1. **אם המוטב מעוניין באכיפה -** ניתן להגיד שאופן כללי אם הנושה מעוניין בביטול והחייב אכיפה נלך על אכיפה אך יש לכך סייג:
         1. ניתן לסייג את זכות האכיפה של המוטב רק לפי ס'4 לחוק החוזים תרופות - אכיפה בלתי צודקת כי היא מטילה חיובים על הנושה שהוא גם נפגע מההפרה.
      2. **אם המוטב מעוניין בביטול** - אין סיבה לאכוף, מוותר על טובת ההנאה שצומחת לו - במקרה כזה הנושה יכול לעמוד על האכיפה ולהחליף מוטב.
10. **היחס בין חוזה מתנה לחוזה לטובת צד שלישי**
    1. חוזה לטובת אדם שלישי יכול להיות חוזה מתנה. **אם כך מה היא דרישת הכתב?** חוזה מתנה טעון כתב חוזה לטובת אדם שלישי לא טעון כתב.
       1. **אם המוטב הוא מקבל המתנה ומוסר המתנה מעוניין להתחייב** – חייב מסמך בכתב.
       2. **אם מוסר המתנה התקשר בכתב עם החייב לטובת המוטב** – ממלא את דרישת הכתב ואין צורך במסמך נוסף.
       3. **אם אין הסכם בכתב** – יש תוקף להסכם אבל יש זכות חזרה לפי חוק המתנה. עדיין מקבל המתנה (המוטב) יכול לדרוש קיום בגלל שמדובר בחוזה לטובת אדם שלישי. אבל בגלל שזה חוזה מתנה ללא כתב הנושה תמיד יכול לבטל על החיוב. זה אומר שאם הנושה יוצא מן התמונה, המוטב יכול לעמוד על הזכות שלו מול החייב כי ביחס לחייב זו לא חוזה מתנה אלא חוזה עם תמורה רגילה שעברה דרך הנושה.
    2. **חזקת קיבול**
       1. בחוזה לטובת צד שלישי הקיבול תלוי בהודעה ואין חזקת קיבול.
       2. בחוזה מתנה לעיתים יש חזקת קיבול. במקרה זה, חייבת להיות הודעה כדי ליצור חיוב כלפי החייב (אך לא כלפי הנושה).
    3. **זכות חזרה** - לפי המותר בחוק המתנה, אפילו אם ניתן בחוזה לטובת אדם שלישי.