**מחברת מקוצרת**

**מהו חוזה**

שלושת היסודות בהגדרת חוזה הם הבעה חיצונית של כוונה, הבטחה והכרה בדין.

חוזה צריך להיות עם עוד מישהו אחר, צריך להיות מחייב, צריך שיהיה להפרה זו סעד, הבעת כוונה צריכה להיות ברורה ושלצד השני יהיה ברור שזה חוזה.

**למה לכרות חוזה**

חליפין עתידיים:

* לוודא שהצדדים יעמדו בהתחייבויות שלהם
* שינוי נסיבות
* הגדרה ברורה של התחייבויות הצדדים.F
1. מימוש האוטונומיה של הפרט- לעתיד אני מגביל את עצמי העתידי כדי לממש את הרצונות שלי.
2. מכשיר להקצאת סיכונים.

**מה נותן לחוזה את תוקפו המחייב**

ניתוח כלכלי- הקצאת סיכונים, כך ניתן לחלק סיכונים, לתכנן בצורה טובה יותר את העתיד ולהגדיל את הרווח החברתי. אם החוזה אינו רווחי לחברה הוא נוגד באופן מסויים את תקנת הציבור ובית המשפט יבטלו. (רוצח שכיר, ולא צד שהחוזה לא כדאי לו).

אינטרס (עטיה)- חוזה מחייב כאשר שני מצבים קוראים: 1- הסכמה על תוכן החוזה 2- אין אפשרות לחוזר בו. שתי סיטואציות שבהן הבטחה היא מחייבת:

* כאשר צד קיבל כבר טובת הנאה בתמורה (יענו מאוחר מדי)
* שיש לצד השני הסתמכות על ההבטחה- אופציה זאת לא מספיקה כשלעצמה, וצריך את שני המקרים.

אוטונומיה (פריד)- עצמם זה ששני הצדדים מכירים ומסכימים שההבטחה מחייבת בית משפט מקנה לה את כוחה, כי אם לא, לא היה ניתן להסתמך על ההבטחה או טובת ההנאה כי אין לה שום ארובה והבטחה להתממשות. הסיבה היחידה שאנחנו נסמוך היא כי מראש אנו חושבים על הבטחה זו כמחייבת בדיני החוזים.

אין צורך לסמוך באמת על הצדדים, כי יש לי סעדים בבית משפט שיגינו על האוטונומיה שלי במקרה של הפרה- קובלים את החירות כדי להגן על האינטרסים שלנו.

**האינטרסים שמוגנים באמצעות חוזה**

* אינטרס ציפייה (קיום)- הרווח שהיה אמור לצמוח לי מהחוזה- השבה לאם החוזה היה מקויים
* אינטרס ההשבה- להשיב לצדדים מה שהיה אלמלא קוים החוזה- השבה למצב המקורי
* אינטרס ההסתמכות- פיצוי לצד שהסתמך על החוזה (לא בא ביחד עם ציפיה זה או או, נעדיף ללכת קודם על קיום ואי אפשר להוכיח או מעוד קשה, נלך על הסתמכות)

סוגי הסתמכות: חוזה חתונה

1. עיקרית- הוצאות שהוצאתי כי לעמוד בחוזה (העולם החופה….)
2. אגבית- מה שהוצאתי על מסביב (קייטרינג)
3. שלילית- ויתור על עסקאות אחרות (אולם אחר)

(עיקרית ושלילית לא חיות ביחד אי אפשר להשתמש בשניהם) (?)

**איך חוזה מגן על אינטרס הציפיה**

* מביא למצב הכי קרוב כאילו החוזה קוים- טענת נגד: הציפייה לא רלוונטית לקיומן או לא קיומן של הבטחות.
* קשה להוכיח הסתמכות במיוחד שלילית- לך תוכיח שהיית עושה משהו אחר במקום העסקה הזאת
* טיעון מוסרי- ציפיתי ומגיע לי וזה לא הוגן כלפי.
* כלכלי- בגלל שאופציה לתפיסת החוזה הוא כמכשיר להקצאת סיכונים, אני כצד רוצה להסתמך עליו לטווח ארוך, ואם לא היה לי את הידיעה כי יפצו ואני יכול להסתמך על הפיצוי כאילו החוזה היה, לפי פולרו ופרדו אם היה קל להוכיח הסתמכות לא היה צריך ציפייה.

הפרה יעילה- כאשר לא יעיל לקיים את החוזה והעלות של קיום החוזה גבוהה מעלות הפיצויים שצד יצטרך לשלם לצד השני כדי למלא את החוזה- עדיף לו להפר וזו תהיה הפרה יעילה כי אין בה הפקת רווח לחברה. לא מדובר בצד שהבין שהעסקה לא כדאית לו, אלא כי שני הצדדים לא מרוצים מהעסקה בצורה מסוימת עדיף להפר.

**עקרון חופש החוזים: מתי ביהמ"ש מתערב בתוכן החוזה ומתי לא**

* תניה קוגנטית- מובנית ולא ניתן להתנות עליה- שכר מינימום.
* תניה דיספוזיטיבית- ניתן להתנות עליה וברירת המחדל אם לא מתנים היא החוק.

איך מעצבים תניה דיספוזיטבית:

1. מה שהרוב היה עושה
2. לקדם מטרות חברתיות

**מה מטרת ההתערבות: של החוק ובית המשפט בחוזים**

(1) המטרה הבסיסית- להוזיל עלויות- לצדדים יהיה זול להתקשר (צריכים לקבוע דברים בסיסיים)

(2) לקדם מטרות חברתיות- אם הצדדים לא יסטו מברירת המחדל אז זה ישרת מטרה חברתית.

(3) לקבוע ברירת מחדל עונשית- לעודד את הצדדים לגלות מידע בזמן ההתקשרות. לקבוע ברירת מחדל ש'פוגעת' בצדדים, כדי לגרום להם לעשות דברים מסוימים בחתימת החוזה.

עא 294/91 חברה קדישא נ קסטנבאום (כתיבת תאריך על מצבה): הצדקות להתערבות- גוף ציבורי, תנאי מקפח בחוזה אחיד, תקנת הציבור- לקדם מטרות חברתיות.

**השלכה על חוזים פרטיים**

* הפליה- אין אין איסור מפורש בחקיקה או פגיעה בחו"י, אפשר לדרוש פיצויים לפי חוסר בתו"ל במשא ומתן. **AES נ סער**- איסור על עובד לעבוד בעבודה אחרת לאחר הפסקת העבודה, פגיעה בחופש העיסוק- נוגד את תקנת הציבור אך יש לשים לב שיש חוזים שכן הדבר מתבקש מאופי העבודה- מקדונלדס.

**הצעה וקיבול**

יש הליך חד שלבי- מסכימים על התנאי (סימולטני)

הליך דו שלבי-  מתי? (1) קיבול תוך שינוי שהופך להצעה חדשה. (2) פניה לציבור להציע הצעות. (3) כאשר ההצעה המקורית כבר לא בתוקף. (4) כשיש הסכם טרום חוזי.

יש הליך דו שלבי- עליו נפרט בהמשך

**מתי נכרת חוזה**

חד שלבי- **איך החוק מסדיר את כריתת החוזה החד שלבי?** ברגע כשיש גמירות דעת ומסוימות- יש חוזה.

רק אם הצדדים רוצים שההסכם יחיי בבית משפט הוא הופך לחוזה- חלק משלב גמירות הדעת, אין גמירות דעת לחוזה בלי.

שני מודלים לחוזה:

1: הצעה-פניה-גמירות דעת (התחייבות לפעולה, כוונה ליצור התחייבות משפטית)-קיבול

2: כוונה- גמירות דעת-מסוימות

**פגם בהליך לכריתה**

אין מפגש רצונות וגמירות דעת והוא בטל מעיקרו non es factum (מפורסם חותם למעריצים וחותם למעריץ על ערבות לבית)

פגמים בכריתה- טעות לפני ס'14 לא בטל אך ניתן לביטול.

עא 1932/90 פרץ בוני הנגב נ בוחבוט- אבא שתוי מכר דירה ב1000 ש"ח שאמרו לו שהבן מסכים- לפי שמגר דעת מיעוט לא נעשה חוזה מעולם כי לא היה גמירות דעת, שופטי הרוב- היה חוזה עם טעות, זכאי לפיצויים.

**כוונה ליצור יחסים משפטיים ופגם ברצון**

תכלית כוונה אובייקטיבית- לא לפני רחשי לב האדם אלא לפי מה שהביע באופן חיצוני שזה רצונו.

דוגמה: דולר קנדי, האם יש חוזה או לא?

* לא- לא היה מפגש רצונות וגמירות דעת מעולם לכן הוא בטל מעיקרו.
* כן- חוזה נכרת עם טעות ולען הצד שטעה רשאי להודיע ולבטל אך קיים חוזה כל עוד לא עשה זאת
* כן- אך הצד שידע על הטעות (מוכר שיודע שהצד השני מתכוון לדולר קדני והוא לא) יצטרך לשלם פיצויים/העסקה תהיה באמת בדולר קנדי- כיוון שנהג בתרמית/ חוסר תום לב.

Penalty default rule- רוצים לעודד גילוי מידע- הצד שמטעה יהיה שזה נדפק- עסקה בדולר קנדי במקום אמריקאי.

איזה אופציה  הכי מגינה על הקונה- פגם בכריתת החוזה- גם החיובים של החוזה בטלים ועדיין יש לו סעדים.

**עא 692/86 בוטקובסקי נ גת**- השיקו כוסות אך לא חתמו פיזית על החוזה: עדיין נחתם חוזה כי היה רצון אובייטקיבי וקיבול בהתנהגות.

**גמירות דעת ומפגש רצונות**

ס'2 לחוק החוזים מגדיר מה זה הצעה.- יסוד ההצעה :פניה גמירות דעת ומסויימות.

יחס בין גמירות דעת למסוימות- שני יסודות נפרדים אך מעידים זה על זה- ככל שהחוזה יהיה יותר מפורט כך ניתן להניח שיש יותר גמירות דעת והסכם על פרשנות אובייקטיבית על הפרטים.

**עא 158/77 רבינאי נ מן שקד**-זכרון דברים: נחתם זכרון דברים לדירה והמציעים התחרטו- נקבע שאם יש הוכחה לגמירות דעת אז זה חוזה מחייב.

יש כמה גישות: איך יודעים מה רמת גמירות הדעת? נוסחת הקשר- ההסדר בתוך זכרון הדברים שמקשר בינו לבין החוזה שייכרת בשלב מאוחר יותר. לדוג': אם כתוב יוחלף- זה מחייב, אם כתוב שזכרון הדברים חסר כל תוקף- זה לא מחייב. במקרה זה היו מספיק פרטים שהעידו על הרצון לקשר חוזי ועל גמירות דעת ובהימ"ש פסק כי זכרון הדברים הוא חוזה מחייב.

יש גישה שאומרת שניתן להכיר בזכרון דברים כחוזה מחייב- נבחן בכלים אובייקטיביים ויש מצבים שבהם הצדדים לא רצו להיכנס חוזה אך עשו זאת והיה עליהם לדעת- בעיה שלהם.

**Taylor v. Allon**: באנגליה אין קיבול בשתיקה (נהג בלי ביטוח כשהיה לו ביטוח ולא ידע על כך) בארץ אם ההצעה מטיבה עם המוצע ברירת המחדל הוא מקבל אותה אלא אם הודיע אחרת בזמן סביר.

**עא 290/80 ש.ג.מ חניונים בע"מ נ מ"י**: המדינה נכנסה לחניון בזמן מלחמה ולא שילמו-

השופט בך- יש זכות חוזית (הצעה וקיבול). ברגע שאתה נכנס לחניון, ביצעת קיבול.

השופט אור- אין חוזה כי הם לא התכוונו לבצע קיבול. הייתה השגת גבול (אולם אין נזק). עילה בעשיית עושר(מקבל הטבה מאדם אחר על פי זכות שלא כדין)- לכן הם צריכים לשלם את הפיצוי.

לא משנה מה כותרת העסקה אלא משנה מה התוכן המהותי שלה- עסקת מתנה שבכותרת שלה יהיה עסקת מכר- יהיה לפי האופי המהותי של העסקה- לא ניתן להתחמק מחובות החוזה (מכר או מתנה או צרכני שיש לו צורה מסויימת) על ידי שינוי הכותרת.

**מסיימות**

פרטים הנדרשים כדי לקבל את ההצעה.

סיבה למסויימות- חסכון הוצאות לניצע- לא צריך להשקיע משאבים לגלות מה פרטי החוזה.

דרישת גמירות דעת- ההצעה צריכה להכיל כמה שיותר פרטים חשובים לעסקה שאיפה לחוזה משוכלל.- לא ניתן לרשום את כל המקרים האפשרים להפרה, אך יוצרים חוזה חסר ולהשלים את הפרטים ממקורות חיצוניים- תניות דיספוזיטיביות.

**מה עושים כדי שלא תצטרך לקרוא את כל פרטי החוזה- שיהיה חסר**

* החוק משלים- דברים קטנים שלא נדונו החוק ישלים.
* ברירת מחדל עונשית- מחייב את הצדדים לדבר על זה
* פטרנליזם- המחוקק נוטה ודוחף לצד מסויים כי הוא חושב שהוא יודע מה טוב לנו ולכן הוא קובע את החוק שהוא חושב שטוב לציבור, פטרנליזם רך- ברירת מחדל שהיא רצון המחוקק צריך אקטיבית לשנות (כרטיס אדי)
* תרופות הן כמו תניה דיספוזיטיבית- הן קבועות מאש ומוסכמות על פי רוב והצדדים יכולים להתנות על זה.

**איך משיגים מסויימות כאשר ההצעה אף פעם לא שלמה**

1. השלמה ממקורות חיצוניים:
* חוק החוזים כללי- יש סעיפים שמגדירים מועד/מקום/ואופן ביצוע
* חוקים ספציפיים- חוק חוזי מכר/קבלנות…. יותר ספציפי למקרה
* תרופות- חוק החוזים תרופות משלים לנו את הסעדים שמגיעים בשל הפרה שלא דוברו- אפשר להתנות ולבטל חלק מראש.
1. יש מקרים שבהם חסר פרט שהחוק לא יכול להשלים (אין תאריך ברור בחוזה מכר כתוב), נשתמש במנגנונים בתוך החוזה העוזרים להשלים את החוזה:
* **עא 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת נ מנהל מס שבח מקרקעין-** לא היה הסכמה על מחיר ועל הקרקע כי לא הסכימו על שמאי- אבל הסכימו שיהיה שמאי: בית המשפט קבע שמאי ואז אין בעיית מסויימות- מגשים את רצון הצדדים במועד הכריתה
* **עא 541/74 פרמינסקי נ סנדרוב**- עסקת קומבינציה- מוכר שטח והקבל בונה ומביא לו כמה דירות- לא נבנה הדירות המסוימות- הקבלן טוען אין חוזה כי אין מסויימות, ביהמ"ש טוען שיש לתת למוכר לבחור מתוך הדירות הקיימות את הדירות שהוא רוצה וזה מראה על מסוימות וגמירות דעת.
* השלמת הסכם על ידי השארת טווח- קופון שנותן כמה אופציות לתאריכים למימוש הקופון- ברגע שבעל הקופון בוחר יום הצד השני מחוייב בו- לפי תום הלב יהיה מחייב.

אם יש טווח מחירים שהוסכם אך אין ספציפי הדבר יכול ליצור בעיה במסוימות- פתרון אופציה כפולה כל צד מציע מחיר בלתי הדיר בתוך הטווח ואם הצד השני מקבל אותו הוא מחוייב בו, אם הם לא מגיעים להסכמה ההצעה פוקעת.

* **עא 615/72 גלנר נ תיאטרון חיפה**- קבע עם אומן שהם ינהלו משא ומתן על מחיר להופעה בעוד שנה- כעבור שנה התאטרון לא הסכים לנהל משא ומתן- הסירוב הוא הפרה של החוזה-יש חובה לפי החוזה לנהל משא ומתן בתו"ל.

**פניה לציבור**

או שיש מציע שמציע לציבור או שיש הזמנה להציע הצעות:

הצעה לציבור לקנות מוצר בודד, מי שמסר את הודעת הקיבול ראשון הוא זה שיקנה את המוצר. אם הפניה לציבור הייתה- תציעו לי הצעות. נשלחה הודעת קיבול ל2 ואחד קיבל אותה ראשון, הוא זה שיזכה בפניה לציבור.

**מתי פניה לציבור היא הצעה ומתי הזמנה להציע הצעות**

* חנות לשירות עצמי וחנות "רגילה בישראל- הקיבול וכריתת החוזה מתבצעים רק בקופה ולא בהרמת המוצר. שכן, אין רצון לחייב אנשים בזמן לקיחת המוצר מהמדף בקיבול ההסכם.
* משלוח קטלוגים הביתה:(שיין) 1. אפשר לעשות הצעה מותנית- עד גמר המלאי. תנאי מכללא- הסדרים בתוך החוזה אשר נמצאים בחוזה אפילו שלא נאמרו במפורש אך הם משתמעים מתוך מהות החוזה.
* פרסום מודעה: הצעה להציע הצעות (משכיר דירה) **עא 10859/07 חברה קדישא נ לוי:**- (מכירת חלקת קבורה) לא נכרת חוזה- א"א לאתר מועד שבו התקיים מפגש הרצונות במובן שנכרת חוזה. השתלשלות כריתת חוזה: נמסרה הצעה  התקבלה ההצעה  נמסרה הודעת קיבול  התקבלה הודעת קיבול- נכרת חוזה.

סעיפים 3/10/60 קובעים איך ניתן לעשות קיבול. כעירון המציעה הוא אדון ההצעה, יכול לחזור בו לפני שהתבצע קיבול או יכול להתנות את הזכות שלו לחזור בו מההצעה לאחר שהתקבלה (בלתי הדירה).

**עא 379/82 נוה עם נ יעקובסון:** הצעה בלתי הדירה שמכירת דירה- לא ניתן כי היא בלתי הדירה וא**י** אפשר לחזור מההצעה עד התאריך הנקבע.

**פקיעת הצעה**

1. המציע חזר בו מההצעה 2. הניצע דחה אותה (ס' 4(1)) 3. עבר מועד הקיבול (ס' 4(1)) 4). פקע הכושר של המציע ליטול על עצמו התחייבות משפטית (ס' 4(2))

**חזרה מהצעה-  איך חוזרים מההצעה**

עא 6295/16 קוזלי נ מ"י: השופט הנדל טוען כי החזרה מההצעה לציבור צריכה להיות באותה הדרך בה הוצעה- במקרה זה בפרסום.

על היחיד- הודעה רק לאותו אדם

מה קורה אם הניצע יודע שהמציע חזר בו מההצעה: **Dickinson v. Dodds** (מכירת סוס) באנגליה זה נחשב סבבה וההצעה פקעה ואין חוזה

בישראל- ברירת המחדל היא שהמציע חייב לבטל בעצמו, אך הוא יכול לכלול בחוזה מנגנונים שמבטלים זאת.

**דחיית הצעה על ידי הניצע-** צריך לומר זאת, אך מה אם הניצע לא אומר שהוא לא מעוניין אך עושה משהו שאומר שהוא לא מעוניין:**עא 379/82 נוה עם ברמת גן נ יעקובסון**: מות לגשש במהלך מו"מ אך קיבול בשינוי מוביל להצעה חדשה ולפקיעת הישנה.

עבר מועד הקיבול- אם יש מועד פקיעה אז קל, אם אין תוך זמן סביר לנסיבות העניין.

**עא 374/64 רוזנר נ מד"א:** (כרטיס לזכיה באוטו- הכרטיס שלו זכה אך הוא לא שילם)- עבר מועד הקיבול והקיבול צריך להעשות בדרך תשלום לא לפי רצון הלב אלא בדרך אוביקטיבית.

**עא 612/66 צימרמן נ זילכה:** (ההוא שכל שבוע מילא לוטו ושלח כסף)- שתי גישות:

* שופט ברנזון- יש חוזה ארוך טווח לשירות שמקנה חיובים הדדים
* השופט לוי- יש חוזה חדש כל שבוע, תשלום הוא תנאי לחוזה אך לא הודעת קיבול.

**פקע הכושר ליטול חיובים**

מי כשיר- כולם לפי החוק

כשרות יחיד- אפשר להכריז על מישהו פסול דין ועצם ההכרזה הא הופכת אותו לפסול דין. ואז אין כושר ליטול חיובים

תאגיד- כל עוד הוא קיים יש זכות, כאשר הוא מתפרק= מת אין כשרות.

**קיבול**

קיבול יכול להיות בהתנהגות והודעה.

כאשר נדרשת התנהגות על מנת לקבל את ההצעה- אם יש הודעת קיבול, אין חוזה עד ביצוע ההתנהגות אך המציע לא יכול לחזור בו מההצעה אלא תוך זמן סביר. **עא 6295/16 קוזלי נ מ"י**: ההתנהגות היא הודעת הקיבול ולכן הם לא היו צריכים להודיע שהם הולכין לחפש את הגופה.

האם יכול להיות קיבול בלי לדעת על ההצעה- השופט אמיר אומר שלא, צריך לדעת על ההצעה כדי שיהיה מפגש רצונות.

**קיבול בשתיקה-** דובר למעלה- אי אפשר לכרות חוזה או להטיל חובות חוזיות ללא הסכמה ברורה, איך בחוזה מזכה בירת המחדל היא שהוא קובל כי הוא מטיב עם הניצע. אם יש חוזה קיים, כל עוד הצד השני לא הגיב לשינוי שרוצה צד אחר לעשות בו- יש קיבול.**עא 65/88 אדרת שומרון בע"מ נ הולינגסוורת ג.מ.ב.ה**: (חברה גרמנית אחרי חתימת החוזה מוסיפה שכל הליך משפטי יתרחש בגרמניה- בגלל שלא הגיבו לשינוי הם קיבלו אותו).

אם הודעת קיבול נמסה מהניצע אך לא הגיע למציע, אין הודעת קיבול.

**חוזה חד צדדי**

במשפט האנלגו אמריקאי לא יכול להשתכלל חוזה בלי תמורה. במשפט הישראלי יכול.

אך אמרו פס"ד **Carlill v. Carbolic Smoke Ball Co.**: כי חייב להיות תמורה ובמקרה זה אין תמורה לקיבול והיא מרגע השתכללות החוזה יש חיובים רק לצד אחד- החברה שתשלם פיצויים אם המשתמש לא קיבל את מה שרצה. היה להם אנטרס ברור פרסום המודעה.

חוזה חד צדדי- מרגע הכריתה יש חיובים רק לצד אחד. בחוזה חד צדדי יבחן בית המשפט את החוזה לפי אנטרס המציע. (מעסיק אומר שמי שמביא עוד עובד מקבל עוד 100 שח הבאה של החבר לראיון- זה קיבול ומרגע שהחבר נקלט זה מעביר את החוזה למימושו.)

**מכירה פומבית ומכרזים**

ניתן להסתכל על הדבר כעל קיבול מותנה- התנאי הוא שהמקבל יהיה ההצעה הגבוהה ביותר

**כשרות משפטית**

ההבדל בין ס'1 ל2 לחוק הכשרות: עם כשרות לזכויות וחובות כל אדם נולד, אך לוותר על זכויות ועל חובות היא פעולה משפטית. מה עושים כאשר אני זכאי לזכויות אבל לא כשיר לפעולה משפטית- נציג שכן כשיר משפטית מטעמי.

מגבלות הכשרות המשפטית: אנשים שלא יכולים לגבש גמירות דעת לא יכולים לבצע פעולה משפטית.

הבעיה: דורש מהצד השני לגלות האם מי שמתקשר איתו הוא כשיר משפטית

מי לא יכול לבצע פעולה משפטית- קטינים ופסולי דין.

קטין= מי שמתחת 18 פסול דין= מישהו שבעקבות מחלת נפש/ לקוי שכלי או שאינו מסוגל לדאוג לענייניו.

ס'4- כדי לבצע פעולה משפטית צריך אישור הנציג/אפוטרופוס מטעמן.

ס'5- קטין יכול לבטל כל פעולה שלא נעשתה בהסכמתו- על ידי נציגו או היועמ"ש תוך חודש ימים משנודע להם, ואם לא נודע חודש לאחר היותו בגיר.

אם הקטין עשה פעולה שהנציג לא ידע, הנציג יכול לבטלה.

**ניתוח חוזים בהעדר כשרות**

נאמן- מי שחייב לפעול לטובת הנהנה וזכויותיו.

נציג- מי שמבצע פעולות משפטיות בשם הקטים, מייצג אותו משפטית (עורך דין)

אפוטרופוס- חייב לדאוג לצרכיו של הקטין.

ס'6- אם הקטין עושה פעולה משפטית שבני גילו נוהגים לעשות וזה לא באישור נציגו אז היא לא ניתנת לביטול וגם אם הצד השני לא יכול לדעת שהוא קטין, אלא אם יש נזק של ממש לקטין ולרכושו.

ס'6א- אשראי/ שכירות/או שירות אשראי חייב אישור נציג.

 יש פעולות הדורשות אישור ביהמ"ש:

1. העברה, שעבוד, חלוקה או חיסול של יחידה משקית בחקלאות, בתעשיה, במלאכה או במסחר, או של דירה;- השלכה כלכלית משמעותית רוצים אישור ביהמ"ש
2. פעולה שתקפה תלוי ברישום בפנקס המתנהל על פי חוק;- השלכה כלכלית משמעותית רוצים אישור ביהמ"ש
3. נתינת מתנות, זולת מתנות ותרומות הניתנות לפי הנהוג בנסיבות הענין; חשש לניגוד עניינים בין הקטין להוריו
4. נתינת ערבות;- השלכה כלכלית משמעותית רוצים אישור ביהמ"ש
5. פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו או קרובי הוריו, זולת קבלת מתנות הניתנות לקטין".- ממש ניגוד עניינים בין הקטין להוריו.

**עא 112/79 שרף נ אבער**: ברק עושה הבחנה בין ס' 5 ל20 בבחינת התוקף החוזי שכן ס'5 יוצר חוזה שיש בו תנאי. על ההורים לפעול להשגת האישור וניתן לתבוע אותם על אי עשותם זאת אך לא ניתן לתבוע לאכיפה שכן לא התקבל אישור בית משפט.

**דנ 17/75 נחול נ לוי**: פועלים לטובת הקטין, האם בזמן בזמן אישור ביהמ"ש שווי הנכס הוא מעל השווי השוקי. כדי להבטיח שהקטין לא נכנס לעסקת הפס״ד. יוצר מצב שבו מצד אחד מגנים על הקטין אך מצד שני זה תמריץ שלישי להכנס לעסקאות עם קטינים כי יכולים לאל לקבל את האישור אם מחיר השוק עלה בזמן הזה.

**משא ומתן**

* אין חובת תו"ל במו"מ לפי המשפט האנגלו האמריקאי שכן אין מפגש רצונות משלב משא ומתן, אך יש אחריות משפטית כלשהי על פעולות שנעשו לפני החוזה:
* ס'12 (א) לחוק החוזים- אדם ינהג בתו"ל במשא ומתן- מצד אחד יוצר חחש להיכנס למו"מ אך מצד שני אנשים רוצים להיכנס למו"מ רק עם אנשים שהם תמי לב.
* ניתן לראות את ההסדר הזה בין נזיקי לחוזי- התנהגות לא בתו"ל במשא ומתן היא עוולה כמו בנזיקין אבל בנזיקין שלא כמו בחוזים אין סעד על ציפייה אלא הסתמכות שלילית לכן זה יהיה משהו באמצע- לא מתערב מדי ולא לא מתערב.
* הנשיא ברק הרחיב את מושג תו"ל בחוזים והדבר יצר מצב בו יש קובי להבין את מה חוסר תו"ל ומה לא ובכך לערער את האיזון החוזי- נבחין מהו חוסר תו"ל וא נטען טענה זו בלבד כי היא חלשה.

**מקורות חיצונים שמסדירים את ניהול מו"מ בתו"ל**

1)דיני נזיקין 2) חוזה נספח 3) השתק הבטחה:

1)**נזיקין**- פגיעה בצד במהלך מו"מ יכולה להיות עוולה נזיקית. אז מותר לפגוע בצדדים דברכים מקובלות ועסקיות (משח סכום ס, לרוב יש צד מרווח יותר אך לא בכל דרך ומחיר) **עא 5893/91 טפחות נ צבאח**: שהבנן נתן משכנתא גם לקבלן וגם לדיירים וידע שהקבלן בקשיים כלכליים- השאלה שעלתה האם הבנק צריך לגלות את המידע- הבנק לבסוף כן הואשם באי גילוי- היה מראש צריך לומר לדיירים שזה ניגוד עיניינים והם לא יכולים להיות לקוחות שלו. **עא 86/79 עמידר נ אהרון**: נתן חוות דעת ברשלנות- שניתן להשים בחנות מסויימת מסגריה ולא היה ניתןן, מצג שווא רשלני. **Esso petroleum v. Madron**- דלק ליד כביש, אותו הלכה כמו הקודם.

2) **חוזה נספח**- במדינות המשפט המקובל, נעשה שימוש בחוזה נספח- המו"מ עצמו לפני החוז הוא חוזה נספח שההתחייבות בו היא לפעול במו"מ והנזק שלו זה אי כירתת החוזה העיקרי.**Esso petroleum v. Madron-** מכירים בכך שהיה חוזה נספח למו”מ בתו”ל שכן הוא סמך עליהם שהם חברת דלק והם מבינים באיך פותחים תחנת דלק: ניתן רק פיצויי הסתמכות אי אפשר קיום שכן לא ניתן לדעת מהם. **עא 86/79 עמידר נ אהרון**: לנדוי אמר שאפשר לאמץ את רעיון של חוזה נספח כדי להעמיד על פיצוי של החוזה שהופר.- לא צריך יותר חוזה נספח בגלל ס'12. כאשר יש עילה נזיקית, אין משמעות לעילה הנוספת לאור מנגנון חישוב הפיצוי.

3) **השתק**- צד מושתר מלהעלות טענה מסויימת, דבר שמקנה זכויות לצד השני- צד שלא העלה טענה או הציג מצג שווא במשא ומתן- מושק מלהציגם בבית משפט. (לדוגמה צד עם חוב שאמר  שאין לו חוב במשא ומתן מותשק מלהעלות בפי ביהמ"ש שהוא לא יכול למכור את הנכס כי יש חוב)

**השתק עילה**-  ביהמ"ש מסויים קבע שהעילה שלך ושתקת, אתה מושתק מלהעלותה בכל בתי המשפט. (בכל התביעות הטענה ושתקת)

**השתק שיפוטי**- אי אפשר להציג טענה שהוצגה כבר בבית משפט עוד פעם מחדש ולתאר את העובדות אחרת.

**השתק פלוגתא**- אם בית המשפט הכריע במחלוקת לגבי סוגייה עובדתית- אתה מחויב בהחלטה ולא יכול לטעון שוב פעם את הצד שלך באותה סוגייה.

**השתק הבטחה**- אם צד הבטיח לצד אחר משהו והצד השני הסתמך, גם אם זה הסכם לא חוזה הצד המבטיח מושתק מלטעון כי לא הבטיח.

בארה"ב- חרב- ביהמ"ש אומר שאם יצרת הבטחה לנהל מו"מ והצד השני השקיע בכך אז א"א לחזור בך מההסכם הזה כי זה השתק הבטחה והפיצויים האלו הם פיצויי הסתמכות.

אנגליה- מגן אין סעדים - פיצויים רק על השתק כמו ארה"ב. רק אי אפשר לעון ולהסתמך על הענה.

**תו"ל ופגמים במשא ומתן ובכריתה**

האם אפשר לתבוע גם על תו"ל וגם על פגמים בכריתה?

האם יש חפיפה מלאה או חלקית? 1. פגם בכריתה מלא- תו"ל נכלל בתוכו2. פגם בכריתה חלקי- חופף אך לא לגמרי נכלל

מה ההשלכה?

* פגמים בכריתה- טעות, הטעיה, כפיה ועושק, מה ההשלכה על תו"ל
* טעות- צד נפגע יכול לבטל את החוזה אין הפרה של חובת התו"ל
* הטעיה- לא בטוח יש הפרה של תו"ל לפעמים כן לפעמים לא
* כפיה+ עושק- בהכרח מפרים את חובת התו"ל
* הטעות של פער בכריתה לחוסר תו"ל רלוונטיות לטעות והטעיה-  יש רק פה סעדים משותפים.
1. יש פגם בכריתה וגם הפרת חובת תו"ל
2. לא תוקן הנזק ע"י ביטול או שהנפגע אינו מעוניין לבטל.

אם החוזה ניתן לביטול- הצד הנפגע לא חיב לבטלו אך יכול לתבוע פיצויים על חובת התו"ל.

**סטנדרט אובייקטיבי או סובייקטיבי**

ס'12- לכאורה אובייקטיבים, רוצים מדיניות אחידה למהו חוסר תו"ל. היציבות החוזית קשה הרבה יותר במונחים של תו"ל סובייקטיבי.

אולם צריך בחוזים בעל מאפיינים שונים יחס תו"ל שונה- צרכני נדרוש מנותן השירות  יותר תו"ל והצרכן.

**צדק הסכמי**- נגשים את מה שהצדדים רוצים, לכאורה מתנגש עם גישת התו"ל אך כשהצדדים לא מסכימים על משהו אנחנו ננסה להגיע אליה במקומם. **Red Owl:** אנחנו רוצים שכל צד במשא ומתן ישקיע באופן סביר כדי שיקרה - הצד השני רצה שהצד האחר ישקיע בהכנה שלו לקראת החוזה ובגלל זה לפי צדק הסכמי זה רצון שני הצדדים ולכן יש מקום של מפגש רצונות מסוים ולכן יש אינטרס לשני הצדדים בהשקעות טרום חוזיות- ולכן יהיה פיצויים אליהם.

**צדק מתקן**- יותר קיצוני, ברגע שהבטחת לצד השני והוא מסתמך על זה, אתה אחרי לכל הנזק שיגרם לו בגללה. **Red Owl:**  פיצויי הסתמכות של החיפוש כי היא הבטיחה וגרמה להשקעה מצידו ונזק.

**פעולות המפרות חובת תו"ל**

**מצג שווא**- יש לעשות הבחנה בין מצג טרום חוזה לבין הפרה של החוזה בשל תנאי שלא התקיים- דוגמת שאלת חגורת העור.

**אי גילוי**- בעיה בגילוי יתר- לא יעל וכדאי לצדדים ובכלל כי מדכא תמריצים לגלות: דוגמת חיפוש נפט- לא יהיה צמיחה כלכלית חברתית בטח שלא חוזים בעניין.

**קרונמן**- חובת גילוי רק לגבי מידע שלא השקעת משאבים בגיוי.

**ESSO ועמידר-** בגלל שלא הושקע משאבים בגילוי המידע, היה עליהם לגלות אותו לצד השני והם הציגו מצג שווא.

**עא 838/75 ספקטור נ צרפתי:** 12( קומות במקום 16) השקיע הצד משאבים בגילוי המידע הזה ולכן הוא אינו חייב לגלותו, וגם הקונה היה צריך להשקיע מידע והגישה מעודדת גם אותו לפעול להשגת מידע- יכול לגלות לבד לא היה מוסתר ממנו. (לנדוי דעת רוב).

**עא 5893/91 טפחות נ צבאח:** האם חובת הסודיות של הבנק גוברת על חובת הגילוי? לא, אך אף חובה לא גוברת על השניה: היה צריך לומר לדיירים שהקבלן במצוקה כלכלית אך לא לפרט בכלל.

כפיה ועושק-

**עא 4839/92 גנז נ כץ:** (החרדי עם השידך במאה אלף דולר) האם החוזה לקה בעושק? ביהמ"ש אומר שלא. ומרגע שנקבע כי לא מתקיימים התנאים של עושק אז לא הופרה חובת תו"ל.

**התנהגויות שלא מובילות לכריתת חוזה אך לא מפרות חוזה**

**אשם בהתקשרות**- שאני מונע באופן מכוון וחסר תו"ל מהצד השני לבצע קיבול.

**עא 829/80 שיכון עובדים נ זפניק:** חברה פרסמה הצעה לציבור להתקשר בחוזה. ואז היא לא מאפשרת להתקשר בחוזה. השופטת בן פורת- על פניו חלה דוקטרינה של אשם בהתקשרות.

**עא 579/83 זוננשטיין נ גבסו:** פרישה לא מוצדקת ממו"מ (זוג ביקש לכתוב מחיר לא אמיתי בחוזה כדי להעלים מס) אם זאת הסיבה לפרישה זה הפרה של התו"ל- הגיעו לסוף המו"מ הם ביקשו ואז לא הסכימו הצד השני ולכן הזוג פרש מהעסקה- לא בתו"ל ללא קשר לפעולה הלא חוקית.

**עא 6370/00 קל בניין בע"מ נ ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה בע"מ:** יצאו במכרז ואז חתמו חוזה עם חברה שלא השתתפה במכרז בכלל- החברה ראתה את ההצעות של שאר החברות- גרם לה להיות עם ההצעה הכי טובה ובכך לנצח, זה היה מכרז למראית עין אך גרם להפסדים של החברות שהשתתפו בו. לא בתו"ל מן הסתם.

**תרופות במשא ומתן**

ס'12 - אומר שחייב צד שלא נהג בתו"ל בפיצויים לצד השני לפי ס'10 13-14 לחוק החוזים

10- נזק שהמפר ראה כתוצאה מצטברת

13- פיצוי בעד נזק לא ממנו

14- חובת הפחתת הנזק

לכאורה הנובע מסעיף 12 ומהפסיקה הוא שהעד היחידי הוא פיצוי ופיצוי הסתמכות שלילי- אובדן הזדמנויות וכולו …

פיצוי קיום הוא פיצוי בעד הקווחים שהיית אמור לקבל:

**Chaplin v. Hicks:** הנשים שהזמינו אותן לראיון ובסוף אחת תזכה בחוזה דוגמנות- הייתה מישהי שלא הוזמנה ושכחו אותה, הפסיה את המשרה- הפיצוי הוא 10% מהרווחים שהייתה צפויה לקבל.

**עא 829/80 שיכון עובדים נ זפניק:** הורחב לאכיפה ולא רק לפוצוי עקב חוסר תו"ל.

**עא 6370/00 קל בניין בע"מ נ ע.ר.מ רעננה לבניה והשכרה בע"מ:** נספק פיצויי קיום לפי השופט ברק שכן המשא ומתן כב היה בסיומו- פרקטית חוזה.היחס בים ס'12 לס'8 חוק המקרקעין- שתכלס גם סעיף 8 הוא סוג של נגזרת של סעיך לתום לב- כדי להבטיח את רצון הצדדים (חובת כתיבת כתב בעסקאות מקרקעין).

**עא 986/93 קלמר נ גיא: האדריכלים-** בנו שני בתים ובתמורה היו אמורים לקבל חצי מהשטח, לא עשו כתב כדי להתחמק ממס שבח, פתחו חשבון משותף והכל, ואז הבן זונה לא הסכים להעביר את השטח.- בעיה כי עסקאות מקרקעין דורשות כתב- זעקת ההגינות וחוסר התו"ל ובגלל שהיו ראיות רבות להקשרות (מסמכים זכרון דברים…).

**תרופות בשל הפרת חוזה**

מה קורה שחזה מופר? שלוש סוגי תרופות : אכיפה ביטול ופיצויים.

**תרופות ספציפיות: סעדים עצמאים**

**עכבון**- ס'19 לחוק החוזים תרופות- זכות לעכב נכס עד שהצד השני ישלים את החיובים - (דיספוזיטיבי- אפשר להתנות על זה)

**קיזוז**- ס'20 לחוק החוזים תרופות - חובות של הצדדים אפשר לקזז.

**ניכוי מחיר**- ס'28 לחוק המכר - לאחר שנמכר ממכ שגוי ולא לפי החוזה, ועבר זמן סביר למוכר לתקן את טעותו, ניתן לעשות ניכוי מחיר את הסכום שבו פחת שווי הממכר. (אם השמלה האדומה שהזמנתי עלתה יותר מהכחולה שקיבלתי מגיע לי החזר על ההפרש).

גם סעד הביטול הוא סעד עצמי-אם ההפרה היא יסודית או לא תוקנה במועדה עקב טעות.

ביטול ואכיפה סותרים זה את זה (דה), ביטול ופיצוי לא וגם אכיפה ופיצוי לא. לפעמים אפשר רק פיצוי.

**ברירת הקיום של הנפגע**

לא חייב לבחור בביטול או אכיפה, יכול לבחור ברירת הקיום באופן חד צדדי ואז הוא יכול לדרוש פיצוי. היתרון הוא שלא צריך להוכיח חובת הקטנת הנזק או נזק בכל.

**עא 638/70 איחוד בתי הספר טכניקום נ אדלר: אבא ובית ספר** נקבע כי אין ברירת קיום כי אפשר לחייב את האב לשלוח את ילדו לבית הספר וכי השארת מקום ריק לבנו היא לא קיום מלא. נקבע כי אין אנטרס לגיטימי בהמשך קיום החוזה.

**White v. McGregor:** פרסום על פחי זבל, המפרס לא רצה להמשיך ורצה לבטל ולשלם פיצוי, הבחרה עמדה על ברירת הקיום ודרשה כסף האם זה מותר לה? יש שני חריגים כדי לבטל חוזה שההפרה היא לא יסודית:

1. **נדרש שיתוף פעולה של המפר.**
2. **אין אינטרס לגיטימי= מוניטין נפגע מהביטול. ואו אמונה של הנפגע שישכנע את המפר להתחרט.**

**עא 195/85 בנק איגוד לישראל נ סוראקי:** ביקשו מהבנק שיקנה להם מתכת הבנק אמר שלא, הם העבירו לו את הכסף ואמרו לו קנה לנו ידידי, לא קנה הבנק המחיר עלה ממש והם תבעו פיצויים, ונקבע שהם זכאים למלוא הפיצויים בגלל שהם יכלו לצפות שכאשר מעבירים כסף לבנק הוא יקנה להם והם ישכנעו אותו- ביקשו לקיים את החוזה.

**Flea Shipping v. Bulk Oil Int'l:** נחתם חוזה להשכרת סירה לשנתיים, רצה לבטל צד את החוזה אחרי שנה, הם עמדו על ברירת הקיום והעמידו את הסירה ולא השכירו אותה והמשיכו לגבות ממנו שכירות- לא אינטרס לגיטימי והחוזה הפסיק להתקיים, יכלו לדרוש פיצויים אך לא פעלו להפחתת הנזק.

הבעיות בהילכת white:

1. סותרת את עקרון הפחתת הנזק- אם לא נועד להפחית את הנזק יקרה מקרים לא יעילים- פרסומת על פחים שהמפרסם לא רוצה, לכאורה עדיף היה לחייב את המפר בכל הפיצוי.
2. עוקפת את דיני האכיפה- לכאורה ניתן לעשות אכיפה עצמית על ידי ברירת הקיום, בפסיקה ניתן לראות שזה יאושר רק במקרים שבהם ניתן לעשות אכיפה ממילא.
3. מכביד על המפר-  מטיל עליו חיוב שאינו רוצה בו ואולי היה מעדיף לשלם פיצוי- נקבע שזה יקרה רק במקרים בהם יש אינטרס לגיטימי שנפגע.

**עא 3437/93 אגד נ אדלר:** נהג האוטובוס שהיה לו נכות ולא פעל להפחתת הנזק. רוצה לדרוש ברירת קיום להעסיק אותו, ביהמ"ש אומר שבגלל שלא ניתן לתת סעד אכיפה למקרה כי עבר יותר מדי זמן וכי זה שירות אישי עליו לא ניתן לתת אכיפה, אין ברירת קיום. בכל מקרה מקטינים את פיצויו בגלל חוסר הפחתת הנזק.

**מה היחס בין סעד האכיפה לפיצויים?**

בישראל: אכיפה היא ברירת המחדל, אלא אם כן מתקיימים החריגים.

באנגליה: פיצויים הם הכלל, ניתן לבקש אכיפה אם מתקיימים חריגים מסוימים.

פעול אין הרבה שוני כי בארץ יש חריגים רחבים מאוד ובאנגליה גם.

פיצויי קיום-כשלא ניתנת אכיפה, ניתן להביא **לאכיפה בקירוב** באמצעיים כספיים. לכן ברירת המחדל הם **פיצויי קיום** ששקולים במשמעות הכלכלית שלהם לאכיפה.

**למה נדרשים אכיפה ופיצויי? ומה עדיף על מה?**

מתי נעדיף אכיפה:

1. **אם הפיצוי לא מפצה כראוי:**
* קרונמן- נכס ייחודי, לדוגמה ציור, אין תחליף שווה.
* לא תמיד נכון- לכל אחד יש סכום שיהיה מוכן לקבל- קושי: ערך הוא סובייקטיבי ואפשר לטעות בו.
* נכס פחות יחודי- קיימים נכסים דומים אך עדיין יש סיכוי לטעות בערך.
* נכס לא ייחודי
* שוורץ בתגובה לקורנמן: סיבות נוספות שפיצויים לא מפצים.
1. הוצאות ירדו לטימיון- איתור הנכס לדוג'. קשה להוכיח ולכן אין פיצוי.
2. קשיי הערכה- עלויות איתור תחליף, כעס ותסכול. קשה להוכיח ולא מפוצה.
3. אובדן רווחים (נזקים ספקולטביים)- לדוג' עקב טיסה שהתעכבה ואיחרתי לפגישה חשובה.

2) **צדדים לחוזה מעדיפים אכיפה בעת כריתת החוזה**- צריך להיות ברירת מחדל: אכיפה טובה יותר לתובע, אם לא הולך תמיד יכול לבקש פיצוי.

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

3) **לא מוסיף עלויות משא ומתן**: אין צורך להתדיין על הפיצויים ולהוציא עלויות במשא ומתן.

* איזה סעד צדדים יעדיפו לפני כריתת החוזה כדי להפחית את עלויות המו"מ בדיעבד? המפר רוצה פיצויים הניפר אכיפה:
* קרונמן: אומרת אחרת- במועד הכריתה הם יעדיפו סעד פיצויים, כדי שלא יהיו חוזים לא יעילים שכן בגלל הפחד לסעד האכיפה המוכר (שעלול להיות מפר) ידרוש יותר תשלום בגלל שזוהי ברירת המחדל. **במועד הכריתה הצדדים יעדיפו פיצויים.**

**יש יתרונות יעילות לאכיפה**

* אכיפה שומרת שלא יהיו הפרות לא יעילות כשיש פיצוי חסר
* הוצאות מו"מ- צדדים יכולים לנסות להתגבר על קשיי הערכה של הנזק באמצעות סעיף פיצוי מוסכם. אולם, זה יוצר עלויות מו"מ. אכיפה לא גוררת עלויות כאלה.
* אם יש פיצויי מוסכם יש חשש שנפגע ההפרה יעודד הפרה.
* אכיפה חוסכת עלויות של הערכת הפיצוי
* אכיפה יכול להיות כלי לצמצום סיכונים.

**חסרונות של אכיפה**

1.     עלויות של הפיקוח על המפר בביצוע פסק הדין

**על מי כדאי להשית את ההוצאות?**   המפר- יכול להעריך את הסיכוי שיפר. רצוי שיפנים את העלויות של הפיקוח, נפגע ההפרה- בוחר אם הוא רוצה אכיפה או פיצוי

**החריגים לתרופת האכיפה**

1.     **חוזה אינו בר ביצוע (אכיפה בלתי אפשרית בנסיבות העניין)**- 1-כאשר יש מניעה פיזית או משפטית להשלים אותו, 2- כאשר יש מנגנון השלמה בחוזה אבל הוא לא מלא- שמאי לא קבע שטח למכירה- ניתן לדרוש פיצויים לא אכיפה. 3- אם צד הפר את החוזה בגלל התחייבויות הצד השני- לא ניתן לדרוש אכיפה ולא פיצויים, ילמד בהמשך. 4- אם החוזה הופר שלא באשמת הצדדים ובגלל עניין שלא היו אמורים לצפות- ס'18 לחוק החוזים- חוזה בטל אין אכיפה ואין פיצויים. 5- אם החוזה אינו בהיר מספיק- עקרונית ניתן לומר שהוא בטל כי אין מסויימות אך ראינו בפס"ד חוף התכלת כי זה ניתן להשלמה אך זה יוצר קשיים באכיפה, נעדיף ללכת על פיצויים.

2.     **כפיה לעשות או לקבל עבודה לשירות אישי-** לא ניתן לכפות קבלת או חיוב שירות אישי- חריגים: הריון, חיילים במילואים. הרציונל- עבדות זה רע, אפשר לקבל סעדים אחרים. גישות ללמה לא נרצה כפייה: 1- גישה פטרנליסטית- העובד לא יודע מה טוב עבורו, נמנע ממנו לקבל החלטות גרועות כלפי עצמו. 2- גישה חברתית- יש תועלת מאפשור עבודה במקומות שונים, עלול לגרום להרעה בתנאי שכר העובדים מאחר כי הם כבולים לחוזה העסקה שלהם, כובל מעסיקים לעובדים גרועים. ניתן לכפות קבלה/עשייה של שירות אישי כאשר הדבר מוגבל בזמן (חוזה בלעדיות לשירה במועדון לשלושה חודשים) או אם המעביד השקיע בך הכשרה (מקדונלס).

3.     **אכיפה דורשת מידה בלתי סבירה של פיקוח מצד ביהמ"ש-** המפסיד משלם על הזמן השיפוטי- קשה לעקוב אחרי אכיפה של שירותים אישיים/ קבלת דבר מאדם, דורש פיקוח בלתי סביר- נטייה לצמצם אכיפה הדורשת פיקוח, יש מקרים שמשתמשים במנגנוני איפה: **עא 846/75 עוניסון נ דויטש: נקבע שאם יש בעל מקרקעין שמסרב לקיים את עסקת המקרקעין, ניתן למנות כונס נכסים לנכס כדי לממש צו אכיפה. ביהמ"ש רשאי לא רק לאכוף ולפקח על האכיפה, אלא גם לקבוע מנגנונים (בתוך הפס"ד) לאכיפה של הפס"ד. האם הטיעון מצדיק אי מתן אכיפה-** אכיפה היא כל הסיבה שאנשים מייצרים חוזים- אנשים עושים מה שביהמ"ש אומר ובלי פיקוחו אנשים לא יעשו זאת. הסבר- נותנים אכיפה רק כאשר הדבר אפשרי, במקרים שאי אפשר יתנו פיצויים. **הבעיה- אכיפה יקרה. הפתרון- להתנות את עלויות הפיקוח על הצדדים. הבעיה שזה יוצר:** אם במועד הכריתה הקונה צריך לשאת בעלויות הפיקוח במקרה של הפרה המוכר לא יגלה לו את סיכויי ההפרה שלו, ואז קונים ידרשו הנחה בגלל הסיכון של ההפרה ומוכרים אמינים שלא יפרו לא יהיו מוכנים לזה ויצאו מהשוק. ואנו נשאר רק עם מוכרים שסיכויים להפר את החוזה גבוהה- לא טוב נעיף פיצויים.

4.     **אכיפת חוזה בלתי צודקת בנסיבות העניין** :

* **האכיפה מכבידה מאוד על המפר ופיצויים הם תרופה סבירה- עא 509/83 דוד נ יאסין**: בעל משתלה קנה אדמה. האדמה שסופקה היא לא הייתה מהסוג שנכתבה בחוזה. ביהמ"ש אומר שאחרי האדמה פוזרה, נגרם נזק לצמחים של 7,000 ש"ח. אם אנחנו רוצים אכיפה- א"א להפריד בין האדמה שסופקה ולאדמה השל המקור. כדי לקיים את החוזה צריך להוציא את כל האדמה ולשים אדמה חדשה- עולה הרבה כסף. לכן במקרה זה ביהמ"ש נתן פיצויי של 7,000 ₪ (הנזק שנגרם). עוד דוג'- קבלן שם בקירות צינורות מסוג ב'. כדי לאכוף את ההסכם צריך למותת את הבניין ולבנות אותו מחדש עם הסוג הנכון של הצינורות- במקרה זה זו אכיפה בלתי צודקת. לכן ביהמ"ש ייתן רק פיצוי.
* **האכיפה תביא למצוקה קשה וחמורה של המפר- עא 5131/10 אזימוב נ בנימיני:** נחתם חוזה מכירה של דירה בגבעת זאב. אחרי המכירה, המוכרים אמרו לקונים שאם בעלת הדירה תמכור אז תהיה לה מצוקה נפשית גדולה. ביהמ"ש אומר שזה סיבה טובה לא לתבוע אכיפה אבל זה מותנה בכך שהנסיבות לא היו ידועות במועד הכריתה. במקרה זה, הנסיבות היו ידועות בזמן הכריתה (ידעו שהבן נפטר) ולכן ביהמ"ש חייבו אכיפה ולא התקיים החריג.
* **התנהגות הנפגע לא מצדיקה אכיפה-** אם צד א' גרם לצד ב' להפר בהתנהגותו, ביהמ"ש לא יקבע אכיפה אלא פיצויים.
* אכיפה משפיעה על צדדים שלישיים: נמכר נכס ל' ואז לב', ב' לא יקבל סעד אכיפה כי זה לא צודק לא'.
* **הפחתת נזק- עא 3437/93 אגד נ אדלר:** רק בנסיבות קיצוניות וכשהנזק הוא כספי.

**איפה יש חשיבות לברירת המחדל?**

* על מי נטל ההוכחה: **עא 5131/10 אזימוב נ בנימיני:** אכיפה- נטל הוכחה על המפר שלא צריך אכיפה, פיצויים- נטל הוכחה על הניפר.
* כשאכיפה היא ברירת מחדל הפיצויי יתחקה הכי קרוב שאפשר אחרי האכיפה- **בדנ 20/80 אדרס בע"מ נ הרלו אנד ג'ונס-** אדרס תבעה את ג׳ונס כי לא סיפקה את כל הברזל שהיא קנתה ממנה ומכרה אותו במחיר גבוה יותר לחברה אחרת ולכן לא סיפקה לה את כל הברזל בזמן. דיון נוסף בית המשפט לאחר ערעורים - בית המשפט העליון פסק, כי אמנם החוזה הופר, אולם אדרס לא ביטלה אותו, משום שאין לראות בעצם הגשת התביעה משום הודעת ביטול כזו, לאור חלוף הזמן הסביר להודעה כזאת. בין היתר נפסק, כי על אדרס נטל הראיה, שנגרם לה נזק עקב הפרת החוזה, ונטל זה לא הורם, וכן נדחתה העילה החלופית של אדרס, ונפסק, כי ההלכה היא, ש**דיני עשיית עושר ולא במשפט חלים רק במקום שאין חוזה בין הצדדים.**

**אכיפה חלקית ובקירוב**

אכיפה בקירוב- אכיפת הסכם אחר דומה למקורי: **עא 2686/99 אייזמן נ קדמת עדן**:(מכר שטח וקיבל דירה שונה ממה שהיה רשום בחוזה) לא היה ביצוע בקירוב כי הייתה הסכמה של הצדדים. אבל זה דוגמא רעיונית לאיך אפשר לבצע ביצוע בקרוב- לתת דירה אחרת באותו פרויקט.

יתרונות- מונע מהמפר להתחמק מהביצוע, מונע מהניפר לסחוט את המפר (כמו באדמה הלא נכונה).תובנות ייצוגיות, הרבה אנשים לא ניתן לפצות את כולם שזה מאוד קשה עושים אכיפה בקירוב.

חסרונות- 1- חיובים חדשים - נוגד את התפיסה של רצון הצדדים במועד הכריתה.

סיבות לביצוע בקירוב: 1- כל חריגי אכיפה, 2- אכיפה מדוייקת תגרור אי צדק, 3- סיכול אם ניתן לקיים את החוזה בשינוי קטן התנגדות זה חוסר תול, 4- אי חוקיות לפתור בעיה זו על ידי ביצוע בקירוב של חוזה חוקי.

**אכיפה בתנאים ושערוך** ס'4 לחוק החוזים תרופות

וינקלר נ ספיר: באותו ענין נעשתה עיסקת קומבינציה בין הבעלים של המקרקעין, המערערים, ובין המשיבה, שהתחייבה לבנות עליהם בנין ולמסור למערערים דירות באותו בנין. הבנין נבנה והדירות נמסרו למערערים, אך אלה סירבו להעביר את הבעלות במקרקעין על שם המשיבה (או הרוכשים ממנה) עד שזו תשלם להם פיצויים עבור ליקויי בניה שהתגלו בדירות שנמסרו להם. נקודת המוצא של בית המשפט היתה, כי חובתם של המערערים להעביר את הבעלות במקרקעין וחובתה של המשיבה לשלם פיצויים עבור ליקויי הבניה בדירות הם חיובים "עצמאיים", כשכל אחד מהם ניתן לביצוע, למרות הפרת החיוב האחר. לא ניתן להשתמש בס' 4 כדי להתנות אכיפה, ניתן רק כאשר החיובים תלויים אחד בשני.

**מתי משתמשים בס' 4?** בדר"כ לצורך שערוך של החוזה- אם השווי של החוזה במועד המשפט שונה משמעותית מהשווי של החוזה במועד הכריתה ובמועד ההפרה. דוגמה: אם קונה צריך לשלם 100 בעד פריט שיגיע עוד חודש והקונה מפר, וערך הנכס עלה מעל המחיר החוזי, המוכר לא ידרוש אכיפה ב100 כי זה לא משתלם לו, הוא יכול לדרוש הצמדה למדד ושיערוך ולקבל פיצוי על השווי הריאלי. אם המוכר הפר גם הקונה יכול לדרוש אכיפה ב100 והמוכר שהפר יכול לדרוש שיערוך. שיערוך הוא סעד שנועד למנוע התעשרות שלא כדין.

**ביטול והשבה**

תרופה חלופית לאכיפה אי אפשר לדרוש גם וגם. יש תפקיד כפול: גם תרופה לפגמים בכריתה.

1- ביטול אוטומטי עצמאי: בהפרה יסודית 2- ביטול מותנה בהפרה לא יסודית שלא תוקנה תוך זמן סביר. רלוונטים לחלק זה- ס'7 וס'8 לחוק החוזים תרופות.

ס'6 לחוק החוזים תרופות- הפרה יסודית הפרה שאדם סביר באותו חוזה לא היה מתקשר בה אילו ראה מראש אותה ואת תוצאותה. הצדדים יכולים לקבוע הפרה יסודית.תניה גורפת להפרה יסודית היא לא בתוקף אלא אם הייתה סבירה בכריתת החוזה: 1) הפרה יסודית מסתברת- עולה מההפרה שהיא יסודית (האדם הסביר לא מתקשר בה) 2) הפרה יסודית מוסכמת.

הפרה יסודית מסתברת: **דנא 44/75 ביטון נ פרץ:** עסקאות בשרשרת שיש לכולם את אותה מקדמה (מבוססות על תשלום אחת של השנייה). כל פעם שיש הפרה בחוליה, נגררת הפרה גם בחוליות למטה. א' רוכש דירה מב' וצריך לשלם לו בתאירך 3/1 ב' רוכש דירה מג' וצרך לשלם לו ב5/1 וג' רוכש דירה מד' צריך לשלם ב6/1 ומאחר בתשלום שלו בגלל איחור תשלום של א' לב' ומאבד את העסקה. מי האדם הסביר ראה את ההפרה?  השופט ברנזון- האדם הסביר הוא הנפר אבל בודקים את היסודיות של ההפרה רק לאור מה שהוא והמפר ידעו. השופט ויתקון- אדם שלא צד לעסקה- מה ידע במועד הכריתה, אין לו את המידע של שני הצדדים ולכן אין הפרה יסודית. השופטים כהן ושמגר- אדם סביר- שהיה רואה את ההפרה ותוצאותיה- יוצר איזון בין המידע של המפר לניפר, לא קשור לחומרת התוצאות אלא לידיעה שלהן.

הפרה יסודית מוסכמת: למה לא ניתן לקבוע כי כל התניות הן יסודיות והפרתם= ביטול החוזה? ס'15 לחוק התרופות: שאם הפיצוי המוסכם לא מקיים יחס סביר לנזק כפי שהיה ניתן לצפות במועד הכריתה, אז ביהמ"ש יכול לבטל אותו. אפשר היה לחשוב שההסדר לתניה גורפת של יסודיות התניות, דומה להקשר זה.  **עא 2106/91 מזור נ וחידי:** בין בעלי הדין נחתמו באותו מעמד שני הסכמים - הסכם שכירות והסכם מכר, ­שניהם לעניין דירה שחפץ המערער למכור למשיבים. הטעם לחתימת שני ההסכמים היה לאפשר למערער להימנע מהצורך לשלם מס שבח מקרקעין על מכירת הדירה, ולפיכך נערך חוזה השכירות עד למועד שבו אמור היה המערער לזכות בפטור מתשלום המס. המשיבים איחרו במספר ימים בתשלום שניים מהתשלומים, והמערער כתב להם כי איחורים אלה מהווים הפרה יסודית של ההסכם ולכן הוא מודיע על ביטול עיסקת המכר. המשיבים עתרו בבית -קיבל את התביעה. מכאן הערעור: הכניס תניות חד צדדיות ומתוחכמות שהצד שני לא הבינו את משמעותן, מטעה את הצד השני ולכן התניה גורפת ולא סבירה ומבטלים אותה, צריך לבחון את התוכון ואת הנסיבות למה תניה הוכנסה לחוזה כשהיא מוסכמת.

* אם על כל ס' רשום שזה תניה יסודית- יחשב כגורף וביהמ"ש יבטלה.

איך בוחנים אם תניה גורפת היא סבירה: **עא 158/80 שלום נ מוטה:** התחייב למכור את הדירה, היה תניה שאיחור של מעל שלושה ימים היא הפרה יסודית, איחרו בשישה ימים תשלום, ביטל את החוזה. תניה גורפת שקובעת שכל ההפרות הן יסודיות היא סבירה אם ההפרות הן על אותו מישור (כל התניות מסדירות בערך את אותו הדבר). בנוסף, אם הצדדים לחוזה הסכימו להכניס יחד את התניה (ושניהם הבינו את המשמעות שלה), בדר"כ ביהמ"ש יאשר אותה.

**ביטול חוזה בהפרה רגילה**

* ניתן רק לאחר כי הניפר נתן זמן הארכה לביצוע החוזה והמפר לא קיים אותו. בנוסף רק כאשר צודק לתת זכות ביטול- מגבלה זאת חלה רק על הפרה רגילה ולא יסודית. **גולן נגד פרקש 409/78** התחייבו למכור נכס נטול שיעבוד, אבל הוא היה משועבד והדבר לא אפשר לקונים לקחת משכון כדי לשלם על הבית כי הבנק דרש לשעבד את הנכס דבר שלא אפשרי כשהוא כבר משועבד. נאמר כי אם נעשה בחוסר תום לב הביטול יכול להיות לא צודק. תום הלב קשור לעניין הצדק.
* מהו הזמן הסביר לתת למפר לתקן את ההפרה? מנק' המפר- הזמן הדרוש לתיקון ההפרה, ניפר- זמן סביר מתייחס לתוצאות ההפרה. סטנדרטים אובייקטיבים- מפר וניפר סבירים. **שמיר נ' הוך:** ס' 29לחוק החוזים כלליתנאי מתלה ולא התקיים תוך זמן סביר- חוזה מבוטל. בך: הזמן צריך להיבחן על פי ציפיית הצדדים במועד הכריתה ס'10 לחוק החוזים כללי , לא כל כך עוזר לנו מכיוון שלזמן סביר בהפרה יש שני מועדים רלוונטיים לעומת לתנאי מתלה שיש רק מועד אחד. בתיקון הפרה הצדדים לא רוצים לכבול את עצמם ושהזמן הסביר יהיה בהתאם למועד ההפרה.
* פרק זמן הארכה והודעת ביטול שונים!- התכלית שלהם שונה (תיקון הפרה או ביטול חוזה) והם בעלי השלכה גדולה על הנפר (אם קיים חוזה או לא). לכן זמן סביר לחבת הודעה היא כמה זמן סביר להשאיר את המפר באי ידיעה לגבי המשך קיום החוזה.
* מה הקשר בין מקרים לא מוצדקים לביטול לחוסר תו"ל: ס'39 לחוק החוזים.**בגץ 59/80 שירותי תחבורה ציבורית ב"ש נ ב"ד הארצי לעבודה:**העותרת מפעילה שירות אוטובוסים ציבורי-עירוני בבאר-שבע. בינה לבין מועצת פועלי באר-שבע נחתם הסכם, לפיו התחייבה העותרת לשלם לעובדיה (המשיבים 2) "פרמיה נוספת", אשר תשלומה יופסק, אם ייגרמו שיבושי עבודה על-ידי העובדים בעת שקיימו אסיפות הסברה באישור מועצת הפועלים - עליו קיבלה העותרת הודעה מוקדמת של כמחצית השעה, היא הפסיקה את תשלום הפרמיה הנוספת לעובדים. תביעתם של העובדים לתשלום הפרמיה נדחתה על-ידי בית הדין האזורי לעבודה.העתירה נסבה בעיקרה על מהותה של החובה לנהוג בתום-לב ובדרך מקובלת בקיום חוזה ועל התוצאות הנובעות מהפרתה של חובה זו. כוחות משפטיים המוקנים מכוח דיני החוזים וכוחות משפטיים בכלל, כפופים לעיקרון תו"ל. גם זכות הביטול כפופה לעקרון תו"ל.
* מתי ביטול לא צודק- כשההפרה קלה ופיצוי נותן תמורה הולמת וההפרה לא תוקנה בטעות תו"ל.
* הודעת ביטול בהפרה יסודית ולא יסודית- בהפרה לא יסודית ניתן לתת הארכה. בהפרה יסודית לא ניתן וצריך תוך זמן סביר לתת הודעת ביטול. ביהמ"ש פתר זאת בכך שהגדיר כי ביטול יסודי יכול להיות גם ביטול לא יסודי.
* דרך הביטול- ביטול לפי ס'60 לחוק החוזים- בדרך המקובלת לנסיבות העניין. ניתן להתנות בחוזה דרך ספציפית. תוצאה של הודעת ביטול- הופר חוזה, רשאי הנפר לביטול מלא ויש השבה של הצדדים. ניתן לעשות גם ביטול חלקי. האם ביהמ"ש יכול להורות על ביטול רק בתנאים מסויימים או ביטול חלקי?
* ביטול בתנאים: לא קיימת הוראה בחוק: **עא 27/80 ארגמן נ ברנפלד:**שהרוכשים התחייבו להעביר תשלום ורישום של בית על המקרקעין על שם המוכרת. היא שילמה אבל הם לא העבירו את רישום הבעלות. הם רשמו זכות חכירה ל999 שנים (ככל שהשכירות יותר ארוכת טווח, כך היא דומה יותר לבעלות). היא נותנת להם ארכה לקיים את ההסכם והם לא מקיימים. היא נותנת להם עוד ארכה והם לא מקיימים. ואז היא תובעת ביטול חוזה. השופט לוין: מתקיימים תנאי ביטול אך פוסק ביטול מסוייג- הארכה של עוד 6 חודשים לביצוע החוזה ותשלום פצויים. הפרה לא יסודית, יש מקום להארכה נוספת, שתי דרכי הבנה: 1- לא עבר זמן סביר לתיקון ההפרה 2- הופך את סעד הביטול לסעד שלבימה"ש תפקיד בו מאשר סעד עצמי.
* ביטול חלקי: ס'7+ס'9 לחוק החוזי תרופות.מה הנסיבות שניתן לעשות הפרדה **עא 430/79 בנישתי נ ששון:** (הטיול של המשפחה שהיה אמור להיות 12 יום ושתי מדינות והם לא יכלו לחזור לארץ בלי לשלם עוד כסף) ביהמ"ש- כאשר התוכנית היא חוויה לא ניתן לבטל חלק מהחוזה. עוד דרך למסקנה היא שההפרה היא הפרה יסודית של כל החוזה, והם זכאים לביטול חלקי או מלא.

**השבה עפ"י חוזה**

* תוצאות הביטול: כל צד משיב מה שקיבל- כדי למנוע התעשרות שלא כדין. לא חד כיוונית. **השבה מתבצעת בעין-** בדיוק מה שקיבלת אלא אם היא לא אפשרית וסבירה (הנכס לא קיים/הוצאות גדולות להשיב את המקור) או הנפגע בחר בדרך אחרת ניתן לעשות **השבה בשווי.**
* השבה עפ"י החוזה: **עא 430/79 בנישתי נ ששון:** השופט בייסקי: הם לא קיבלו כלום לפי החוזה- טיול שנכפה עליהם ואין התעשרות שלא כדין, אין השבה מצדם. השופט אלון: לא קיבלו מה שרצו אך בכל זאת קיבלו משהו, צריכים להשיב את מה שקיבלו ואז יקבלו פיצויים וכו.
* השבה ביחס לצדדים שלישיים: אם א' עשה חוזה עם ב' לכיסא וביקש מב' לשלם לג' (צד שלישי) ב' שילם וא' הפר את החוזה, האם א' חייב השבה, הרי הוא לא קיבל כלום?**עא 186/77 סוכנויות רכב בע"מ נ טרבלוס:** טרבלוס השקיעה 250 אלף ש"ח בחברת סוכניות. החברה הפרה את ההסכם- לא הוקצו מניות לטרבלוס, לא אפשרו לה שימוש במקרקעין ולא חתמו על המסמכים הדרושים. טרבלוס דרשה השבת ההשקעה. השופט ברק(יחיד): חובת ההשבה קמה מהחוק ולא מהחוזה חבות חוזית "יחד ולחוד" לא תגרור אחריה חובת השבה משותפת, יש לפרש את ס' 9 באופן מרחיב, די בכך שהעסקה בוצעה והמנהל נחשב "כקיבל" והוא חייב להחזיר את הכסף שכן אם לא יהיה עשיית עושר שלא במשפט. השופטים כהן ואשר: אומרים שחובת ההשבה של צדדים שלישיים היא חוזית (יחד ולחוד). **מה קורה אם החייב פשט את הרגל (וצד שלישי קיבל את התמורה)?דנא 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ:**נוגה בעלים של נכס, פלונית מזייפת את חתימתה ומוכרת את הנכס לחליווה שלוקח לשם כך הלוואת משכון מהבנק. חליווה מוכר את הנכס לבייזמן שתפקידו הוא לסלק את החוב מהבנק (שילם לבנק). חליווה לא יכול להעביר את הנכס כי העסקה הראשונה זויפה: הנכס שייך לנגה, אין עסקה ראשונה, היא פיקטיבית ופלונית נעלמה ואין לה זכר- נשארה השאלה מי זכאי להשבה שכן חליווה הוא פושט רגל? הבנק טוען כי הוא זכאי לכסף שהיו חייבים לו- במשפט האנגלו אמריקאי מאחר שהושב לו חוב, הוא אינו התעשר במשפט ולכן אינו חייב בהשבה. בייזמן טוען כי אינו קיבל דבר על התמורה שלו ולכן חייב בהשבה. ביהמ"ש- פסק כי לא הייתה הפרה אלא פגם בהתקשרות- היה טעות הדדית ויש ביטול והשבה מכוח הפגם. מאחר שהחוזה בטל מפגם, בטלה הזכות לקבל את הכסף, התשלום הופך להיות לא לפי דין- אין חוזה, והבנק מתעשר לא לפי דין.
* התנאה על זכות השבה: האם אפשר להתנות על השבה: ביהמ"ש לא יכבד תניה גורפת שכל הפרה היא יסודית, מאחר שכל **ההסדר הזה דיספוזיטיבי**, הצדדים יכולים להתנות כי ביהמ"ש לא יכול לדחות תניה גורפת. עוד דרך הסתכלות- אם צדדים כותבים כי כל הפרה מקנה ביטול= תניה גורפת, ביהמ"ש יאפשר רק אם היא סבירה לנסיבות. **ניתן להתנות על סעד ההשבה** כל עוד יש פיצויי קיום המעמידים את הנפגע במקום כאילו קויים החוזה: שילם עשרים ציפה לקבל 30- השבה(20)+10 אנטרס= 30 פיצויי קיום. **באילו נסיבות צדדים ירצו פיצויים ולא השבה**:כאשר הפיצוי גבוהה מההשבה. יכולים להחליט מראש השבה בשווי או לא להחליט בכלל.
* גובה ההשבה: **השבה לפי שווי חוזי או ריאלי?** דוגמה: קבלן נכנס לחוזה הפסד, מחיר החוזה 100 ושווי הנכס לאחר העבודה הוא 250. לאחר 80% הפר את ההסכם= 200. אופציה 1 יש השבה- קבלן צריך לשלם 50 (20 פיצויי קיום+ 30 ציפייה). אופציה 2 אין השבה- קבלן משלם 50 (פיצויי ציפייה). אופציה 3 השבה הדדית- קבלן משיב 100 וקונה משיב 200, קבלן פריך לפצות ב350 (נזק ההפרה). אין הבדל לקונה. **האם הגיוני שצד מרוויח מזה שהצד השני הפר:** אם הקבלן מבטל את החוזה בגלל הפרת הקונה: **מה הדרך הרצויה להשבה?** עקרון ההשבה הוא חלק מדיני עשיית עושר שלא במשפט, נבחן יתרונות וחסרונות, ביהמ"ש יכול לקבוע מה צודק: 1- קונה משיב שווי ראלי- 200 על הנכס שקיבל-2- אינטרס הציפייה החוזי- 100, החזר עבו הביצוע של העבודה-80, השבת המחיר החוזי פחות הוצאות שנחסכו בעקבות ההפרה -50.
* שווי חוזי VS שווי ריאלי: **ראלי:** 1- זהה במהותו להשבה בעין- השווי הנוכחי, בעיה- זכות עקיבה,הבדלים בין השווי בעין להשבה בשווי. 2- מעמידה את הצדדים במקום הכי טוב שיכלו להיות אלמלא החוזה, בעיה- המטרה של השבה היא למנוע התעשרות ב**דנ 20/80 אדרס בע"מ נ הרלו אנד ג'ונס:** ברק אומר כי המפר לעולם לא יכול להתעשר אך הנפר אולי כן אם היא במהלך ההשבה. **שווי חוזי:** 1- ממימוש רצון הצדדים בעת כריתת החוזה- שווי ריאלי מפר את הקצאת הסיכונים שהצדדים עשו בעד חתימת החוזה. 2- הרתעה מפני הפרות יעילות 3- פולר ופרדו: לא הגיוני לקבל פיצוי גבוהה יותר ממה שהייתי מקבל אם החוזה היה מקויים.

**מה התשובה הנכונה:** אין תשובה בפסיקה- נטייה כאשר המפר משיב לאפשר התעשרות, וכשהנפר משיב לא לאפשר.

* התעשרות מהפרת חוזה: ס'1 לחוק עשיית העושר שלא במשפט. שני סוגי השבה: 1- מה שקיבלתי בפועל 2- ההתעשרות שלי מהפעולת ההפרה. **דנ 20/80 אדרס בע"מ נ הרלו אנד ג'ונס-** חובת החזרה של רווחים, **מבחינה משפטית:** 1- זכות עקיבה אחר הנכס וגלגוליו. 2- זכות בנאמנות, כאשר אדם שילם עבור נכס, המוכר מחזיק בכסף כנאמן, דיני הנאמנות- זכאי לרווחים שעשה. **שתי גישות לחוזים**- לגיטימי להפר/ לא לגיטימי להפר: אם אנו רואים הפרה באור שלילי, דרך לתמרץ לא להפר חוזים היא לשלול רווחים מהפרה. אם רואים הפרה כמשהו לא שלילי- שלילת רווחים יוצרת חוזים לא יעילים ופוגעת בצדק ההסכמי- רצון הצדדים בעת הכריתה.

**פיצויים**

ס'10 לחוק החוזים תרופות- לפצות על הנזק שנגרם מההפרה. עקרונית לא כפוף לשיקול דעת ביהמ"ש (אכיפה והשבה כן) אך בפועל יש שיקול דעת באמידת הפיצויים.

אינטרסים מוגנים

 **ציפייה**- מה שהייתי אמור לקבל בהסכם- (חסכון הוצאות הביצוע- טובת הנראה +**נזקים תוצאתיים**- בניתי על זה שהחוזה יקויים והשקעתי כסף, אך הייתי משקיע אותו גם אם לא הופר החוזה). התובע צריך להוכיח

**הסתמכות-** תשלום ההסתמכות העיקרית + תשלום ההסתמכות אגבית- (טובות הנאה) + נזקים תוצאתיים. הנתבע צריך להוכיח כי לא היה.

**עא 1846/92 לוי נ מבט בניה -** בני הזוג רכשו דירה. מתגלה נזק בדירה ולאחר 8 שנים הם מבקשים לבטל את החוזה עקב הפרה.ביהמ"ש: אין התנגשות בין פיצויי ציפייה להשבה- ניתן לבצע גם ביטול וגם לקבל פיצויי קיום. (ביטול- מבטל חיובים ופיצוי קיום מספק את מה שמגיע לנפר מהחוזה).ניתן לקבל פיצויי יחד עם סעדים אחרים כל עוד אין סתירה או חפיפה (**אפשר פיצויי ציפייה + אכיפה, פיצויי ציפייה + ביטול ופיצויי ציפייה ללא צביעת אכיפה/ ביטול).**

**יש שלושה סוגים של אינטרסים:**

1. ציפייה/ קיום- להעמיד את הנפגע במקום שבו הוא היה אילו החוזה היה מתקיים
2. הסתמכות- נעמיד את הנפר במקום שבו היה לו לא היה נכנס לחוזה
3. השבה- הצדדים לא יתעשרו עקב הכניסה לחוזה

אינטרס הציפייה הוא ייחודי לשדה החוזי: **עא 5610/93 זלסקי נ הוועדה המקומית לתכנון ולבניה, רשל"צ:** קונים את הנכס במחיר גבוה מהמחיר שהיה משלם אם היה יודע מה המצב התכנוני האמיתי של הנכס. מה הפיצויים שמגיעים לו: ציפייה(פיצוי חיובי)- הפער בין מה ששווי הנכס באמת לבין מה שהיה אילו המידע שנתנו לו היה אמיתי. הסתמכות- (פיצוי שלילי- הפער בין מה ששילם לבין מה שהיה משלם אילו ידע את הנתונים האמיתיים. ביהמ"ש מחליט הסתמכות.

**מדוע דיני התרופות מגנים על ציפיה:** 1- הסבר מוסרי: יש לצד זכות לביצוע החוזה- נועדו לממש את הזכות. 2-הסבר כלכלי: מבטיחים שתהיה הפרה רק אם היא יעילה- צד לא יפר את ההסכם רק אם הוא יעיל בהרבה בגלל שהוא צריך לשלם פיצויי קיום.

**הסתמכות-**אפשר לחלק הסתמכות ל3:

1. הסתמכות עיקריות- הוצאות כדי לבצע את החוזה (הכנות לביצוע החוזה)
2. הסתמכות משניות/ אגביות- הוצאות בהסתמך על החוזה, אך לא לשם ביצועו
3. אובדן הזדמנות עסקה- ויתור על מו"מ לחוזה רווחי אחר
* **האם ניתן לקבל השבה והסתמכות?** כן, האינטרסים השונים חיים יחד והכלל הוא שניתן לקבל פיצוי יחד עם סעדים אחרים, כל עוד אין סתירה או חפיפה.
* **אך מונעים פיצויי כפל:**הרעיון הוא שלא ניתן לתת פיצויים שמכסים את אותו הסכום ממש:
1. הסתמכות עיקרית וצפייה- לא ניתן לתבוע יחד!
2. הסתמכות עיקרית והשבה- לרוב יש חפיפה ולכן פיצויי כפל, לא ניתן לתבוע, במקרים שאין חפיפה ניתן לתבוע.
3. השבה וציפייה- באופן עקרוני אם יש גם השבה וגם פיצויי ציפייה צריך לקזז אותם.
4. אובן הזדמנות ופיצויי קיום: לא ניתן לתבוע את שניהם!, אי אפשר לקבל פיצוי גם על חוזה העיקרי וגם על חוזה שני.
5. ציפייה+ אכיפה, ציפייה+ ביטול, ציפייה ללא ביטול וכאיפה- אין סתירה או חפיפה.
* **מתי עדיף הסתמכות על ציפייה:** 1- חוזה הפסד 2- כאשר יש קושי להעריך את פיצויי הקיום במדויק ואת ההסתמכות ניתן להעריך: **CCC Films London Ltd v. Impact Quadarnt Films Ltd.:** אימפקט רכשו מלונדון סרטים בשווי 12,000 דולר, נשלחו בדואר רגיל ואבדו. אימפקט תעבו פיצויי קיום על רווחי הסרטים שהפסידו- בית הלורדים פסק רק פיצויי הסתמכות שכן לא ניתן להוכיח את הרווחים הספקולטיבים ופוטנציאלים.**עא 3666/90 מלון צוקים נ לוי:** ערייה חתמה עם מלון צוקים הסכ להקמת מלון, התחלף ראש עיר ולא נתן אישור עבור הבנייה. לא ניתן לדעת אם היה מתקיים ההסכם, ניתן פיצויי הסתמכות ולא קיום.השופט מלץ: **פיצויי הקיום הם הרף העליון לפיצויי הסתמכות** חשין: פיצויי הסתמכות יכולים לעבור ציפייה. מצא נוטה למלץ אך לא מכריע ולכן אין הלכה בנושא.
* **מתי נעדיף השבה על ציפייה:** כשההסתמכות נמוכה מההשבה ולא ניתן להוכיח ציפייה או שהחוזה הפסד.
* **מה קורה במקרה של הסתמכות לפני כריתת החוזה:Anglia Television Ltd. v. Read:** חברה שהוציא הוצאות על ההפקה, התקשרה עם שחקן והוא הפר את החוזה. האם הם יכולים לתבוע ממנו את ההוצאות לפני שהם כרתו איתו חוזה? השחקן ידע שהם רוצים לכרות חוזה והוא גרם להוצאת כספים לשווא. עוד דרך הסתכלות, אובדן הזדמנות עסקית, אם היו לוקחים שחקן שלא היה מפר לא היו מבוזבזות הוצאות והיה חוזה.**Red owl**- הוצאות במסגרת מו"מ, ינתן פיצוי על הפרה של תו"ל- הסתמך על כריתת החוזה והציא הוצאות לכן יש לפצותו. עומר פלד- מציע לחלק את ההוצאות הטרום חוזיות בין הצדדים שכן הן מניבות תוצאות לשניהם.

השפעת סוג החוזה על סוג הפיצויי

הבחנה בין חוזה השתדלות (כמו חוזה עורך דין) לחוזה הבטחה (מבטיח תוצאה). אם מסתכלים על חוזה כעל דרך להרצאות סיכונים, אני יכול להתחייב לעשות משהו גם אם הוא לא אפשרי ואם אני לא אעשה אותו אני אשלם פיצויים, אם כהבטחה, אז יש אשמה על המפר והוא לא יכול להתחייב על דברים שהוא לא יכול לעשותם.         **Hawkins v. Mcgee:**  הילד עם היד השעירה: האם ההבטחה לתוצאה היא חלק מההסכם? הרופא טעון שלא כי רופאים לא מתחייבים לתוצאה, אך במקרה זה הרופא כן הבטיח שהניתוח יצליח, ולכן הוא צריך לפיצויי ציפיה כאשר הניתוח כושל- ההפרש בין היד הנוכחית לבין היד האידיאלית. נקבע כי ינתן פיצוי רק על התוצאה השלילית ליד ולא על הנזק והכאב שכן הם נזק תוצאתי גם לניתוח שצולח.

הערכת נזק

כאשר יש הפרה של ההסכם, ניתן לתקן את ההפרה או לפצות על פער השווי בין המצב בעקבות ההפרה ובין השווי אלמלא ההפרה. **Jacob & Young v. Kent:** התקינו בבניין צינורות מסוג א' במקום מסוג ב' לפי החוזה שיש ביניהם פער איכות: מה עדיף להרוס ולהחליף או לפצות על ההפרש: 1- אם לניזוק חשוב מאוד סוג הצינורות אז זהו הנזק, ולא שווי השוק, אלא שגם מגלם את עלות ההשבה- יקבע סטנדרט אובייקטיבי (שמאי). ס' 10 מעודד גילוי כדי שלא יגעו למצבים כאלו. יש חשש שיגרום לחוזים מאוד לא יעילים.**Peevyhouse v. Garland Coal Co.**: חוזה בין חברה לכריית פחם לבין בעלי החווה בה יתבצעו העבודות. בהסכם היה כתוב שהחברה תעבוד בקרקע ולאחר מכן תחזיר את המצב לקדמותו. החברה הפרה את החוזה- לא שיקמה את הקרקע, אך טענה שגם עם השיקום ערך הקרקע לא יעלה משמעותית כפי שחשבו בעלי הקרקע. החזרת המצב לקדמותו עולה 29,000 דולר, וירידת ערך הקרקע (בעקבות אי החזרת המצב הקודם) היא רק 300 דולר.

* הוצאות תיקון מול ירידת ערך- כאשר הערך הכלכלי שיצמח לקונה לא פרופורציונלי לעלות הביצוע, הפיצוי שיקבל המשכיר מוגבל לאובדן ערך הקרקע שנגרמה עקב ביצוע העבודה.
* נפסק פיצויי קיום בשווי אובדן ערך הקרקע ולא עלות התיקון. על מנת לא לאפשר ניצול לרעה של הניפר את המפר- במתן פיצוי שרירותי.
* טענת מניעת בזבוז מתוך הנחה שבעל הקרקע באמת ישתמש בכסף כדי לכסות את הבור (ייתכן ויקבל את הפיצוי וישקיע אותו בדבר אחר).

מיעוט-

* ביהמ"ש מתערב בהקצאת הסיכונים של הצדדים. הקונה ידע את העלות ותמחר בהתאם. הצדדים נכנסו לחוזה מרצון חופשי. וביהמ"ש למעשה מנסח מחדש.
* זהות הצדדים, האדם שהתקשר בחוזה הוא אדם פרטי ולא גוף מסחרי- בעוד שלגוף מסחרי אכפת רק מהשווי בשוק לאדם פרטי יש ערך סובייקטיבי כלפי הנכס.

**בדין הישראלי: אין הסדר ברור אך יש חובת הפחתת הנזק-** אם נכס לא ייחודי ועולה יותר לתקן אותו מאשר למכור אותו ולקנות חדש, עדיף שתמכור ותקנה חדש כדי להפחית את הנזק. הוצאות שגדולות משווי הנכס לא סבירות ולכן לא יתנו פיצוי בביהמ"ש, דבר זה שוני מדיני הנזיקין, אך בנזיקין הצדדים רחוקים ובחוזים הם קרובים ומכירים, לכן בנזיקין אפשרי לתבוע על נזקים הגבוהים משווי הנכס.

* תפקיד מחיר השוק- יש שווקים שניתן להעריך את הנזק- קונה התחייב לשלם מאה והמחיר של הנכס בשוק הוא 150 פיצוי של 50 יהיה פיצוי מלא. **ליאון נ רינגר:** מה קורה אם קונה 1 הוא מתווך בעסקת תיווך והוא התכוון לקנות ב100 אבל התחייב למכור לקונה 2 ב120 והמוכר הראשון הפר- האם הפיצוי צריך להיות 50 או 20? השופט זוסמן קובע שהפיצוי צריך להיות 20: שני מצבים- 1 זכאי לפיצוי 50 מאחר כי העסקה השניה עומדת (או שיצטרך לקנות בעצמו ב150 כדי לספק או שיפר ואז פיצוי של 20 על ציפייה ו30 על ההפרה שנגרמה). 2- עסקה 2 היא בתנאי על עסקה 1, פיצוי של 20.- דוגמאות איך מחיר השוק משפיע על פיצויי הקיום.
* **בדין הישראלי-** מעוגן בחוק בס' 11(א)- כשיש שוק לנכס הנמכר, הפער בין המחיר החוזי למחיר השוק מהווה פיצוי ללא הוכחת נזק. מועד הרלוונטי (לבחינת הפער בין המחיר למחיר השוק) לפי ס' זה הוא מועד הביטול.
* אובדן נפח עסקאות: אם היצע עולה על הביקוש (קבלן שמוכר דירות) הפרת חוזה עם קבלן תחשב שהוא ניזוק כי הוא ביצע פחות עסקאות ממה שחשב שיבצע- צריך להוכיח שהיה ירידה בנפח העסקאות. אם יש מלאי מוגבל, אין נזק זה קיים. **ואם הוא מכר במחיר גבוהה יותר מהעסקה הראשונה:** לכאורה אין אמירה ברורה בפועל כ יקזזו את הנזר והרווח כי זו תוצאה חיובית מהפרה. צריך להתחשב גם בזמן הביטול יחסית לביצוע ההסכם. כאשר ההיצע עולה על הביקוש יש אובדן נפח עסקאות (השכרת רכבים). נכס יחודי לא ניתן להשכיר :**In re Vice Mill LTD:** חוזה ליצירת מכונות. חלק מהמכונות יוצרו לפני ההפרה והם נמכרו לקונה חדש עם התאמות לאותו הקונה. הקבלן היה מייצר את המכונות במילא גם לקונה השני. **בואינג נ T.W.A:** בואינג ייצרה 100 מטוסים ומכרה 98 מהם. את המטוס ה99 בואינג התכוונה למכור לTWA אבל היא הפרה. אז בואינג מכרה את המטוס ה99 לPan Am. בואינג אומרת שאם TWA לא הייתה מפרה, Pan Am הייתה קונה את המטוס ה100. TWA אומרת שאם היא לא הייתה מפרה אז Pan Am לא היו קונים. פשוט TWA הייתה מוכרת לPan Am את המטוס. כלומר, היא טוענת כי ההפרה שלה לא גרמה לאובדן נפח עסקאות. ביהמ"ש נתן כלל רחב שאובדן נפח עסקאות רלוונטי רק למקרים בהם השוק הוא רחב והקונים הם זרים זה לזה.
* בעיה שניה עם פיצוי על אובדן נפח עסקאות: הנחה שלמוכר יש יכולת ייצור בלתי מוגבלת. הייצור מוגבל מ2 בחינות, 1. גם אם יש יכולת ייצור עודפת הוא מוגבל 2. היצרן מייצר לפי הרמה האופטימלית עבורו. ככל שרמת הייצור יותר נמוכה כך אפשר לגבות מחיר גבוה יותר על כל מוצר ולכן הרבה פעמים רמת הייצור נמוכה בכוונה.
* הסיבות להטלת פיצוי על אובדן נפח עסקאות: 1. יש נזק. 2. בלי פיצוי יש פטור למפר של עסקה קמעונאית. 3. הטענה נגד פיצוי דומה לכך שקוביית שוקולד לא הורסת דיאטה. הפיתרון: להכיר באובדן נפח עסקאות רק אם קיימת הסתברות גבוהה שאכן נגרם נזק.

מה הם השיקולים?

* היצע וביקוש - אם ההיצע נמוך והביקוש גבוה לא יכול להיות אובדן נפח.
* נכס ייחודי מול לא ייחודי - ככל שהנכס פחות ייחודי, כך יש יותר סיכוי שנגרם נזק באובדן נפח.
* יצרן מול קמעונאי - קמעונאי מוגבל בכמות היחידות שלו. אם יצרן יכול לייצר יותר על מנת לעמוד בביקוש, זוהי טענה טובה לאובדן נפח.
* בחינת יכולת טכנית לבצע עבודה במקביל (השתתפות בשכר טרחה של עו״ד)
* מעמדו של המוכר בשוק - מצד אחד, פחות נרצה לתמוך במונופול. מצד שני, במונופול יש לו אובדן נפח אמיתי כי לא יכול להיות שהקונה היה עושה עסקה עם מישהו אחר. מצד שלישי הייצור של מונופול גם מוגבל.
* נגישות בין קונים בשוק - אם יש נגישות בין הקונים לא יהיה אובדן נפח, הקונה שהפר יכול להתקשר ישירות עם הקונה הבא.
* עד כמה העסקה הנוספת מרחיבה את הפעילות.

פתרון מוצע- איך מעריכים את הנזק על אובדן נפח? אם אין עסקה שניה בזמן, למרות מאמצים, זה הפער בין העלות ייצור לנזק.

מועד אמידת הנזק

מתי צריך לבחון את הנזק מההפרה עקרונית היינו רוצים לאמוד את הנזק עפ"י יום התשלום אבל א"א לאמוד את הנזק עפ"י יום התשלום כי הוא אחרי מתן פס"ד. לכן צריך לאמוד אותו לפי יום פס"ד + ריבית והצמדה עד התשלום בפועל.

יש חריגים הנובעים מחובת הקטנת הנזק כי החובה קמה ביום ההפרה.

לדוג': אם המחיר החוזי הוא 100, במועד ההפרה הוא 150, במועד הביטול הוא 200 ובמועד פס"ד הוא 300. איך מודדים את הקטנה הנזק?

**תושיה נ גוטמן:** מחיר העסקה היה 63,700$, מחיר המכירה לאחר ההפרה הוא 50,000$ והמחיר האפשרי הסמוך לאחר ההפרה הוא 57,000$. השופט ברק אומר כי חובת הקטנת הנזק מחייבת לחשב את הנזק לפי המחיר סמוך להפרה או לאחר הביטול. למה לפי מועד זה? במועד זה היה לכם יכולת לפעול למימוש הנכס כדי להקטין את הנזק.

**עא 601/75 אריאל נ קירשנבאום:** הייתה הפרה ע"י מוכר וביטול ע"י הקונים. המוכר השיב חזרה לקונים את הסכום שהם שילמו והקונים רוכשים דירה חדשה במחיר גבוה יותר. השופט י' כהן אומר שהמועד הרלוונטי הוא המועד שרכשו את הדירה החדשה. אבל אם הם לא היו מקבלים את הנזק, הוא לא היה עומד על העניין של הקטנת הנזק. החישוב הוא סמוך לאחר מועד הביטול רק אם יכולים באופן סביר להקטין את הנזק.

**ליפשיץ נ לוי:** אישה קנתה נכס שהתגלה עם ליקויים המוכר הבטיח אך לא תיקן את הליקויי ומסתבר הדירה היא דירת מחסן ושלא עברה הכנסה נגד הצפות- הביוב הציף את הדירה והרס את השטיחים. המועד שנקבע לחישוב הנזק הוא היום של מתן פס"ד. הבעיה- הערך של הנכס ירד בין מועד המשפט למתן פס"ד. אי ההתאמה (דירת מחסן ללא היתר) גרמה לירידה של 30%. לא כל ירידת ערך נגרמת מאי ההתאמה.

איך צריך להחליט כיצד אנחנו בודקים את הירידה בשווי הנכס? אם אנו סבורים כי הנפגע היה מצמיד את ערך הכסף לנכס עצמו, היה לוקח את הכסף שקיבל במועד ההפרה וקונה איתו משהו שווה ערך לנכס, אז זה המועד הרלוונטי. אם אנחנו חושבים שהנפגע היה לוקח את הכסף ושם אותו בבנק וצובר ריבית, אז המועד הרלוונטי הוא מועד ההפרה. הביקורת על פס"ד ליפשיץ- המועד הרלוונטי היה מועד ההפרה ולא מועד המשפט.

שיקולים להפחתת הפיצוי -

1. ריחוק הנזק

2. סיבתיות

3. הקטנת הנזק

4. אשם תורם

ריחוק הנזק - ס' 10 אומר שהיה צריך לצפות את הנזק. בדין האנגלי- נזק לא צפוי נחשב לנזק רחוק והוא לא מזכה בפיצוי.

**Victoria Laundry:** איחור במסירת דוד למכבסה. כתוצאה מזה נגרמו 2 נזקים- (1) הפסד עסקאות (2) חוזה מיוחד עם העירייה שהם הפסידו בגלל זה. ביהמ"ש אומר שעל הנזק ה2 לא היה צריך לתת פיצוי כי זה רחוק מידי.

רציונל מרכזי- עידוד העברת מידע- כאשר לצד מסויים יש אינטרס לא לגלות מידע כדי לא להעלות את המחיר החוזי, אם חושבים על העניין כאל מכשיר להקצאת סיכונים, המוכר ידרוש תמיד כשאין שיתוף מידע מחיר שמשקף את הממוצע משום שלא ניתן לדעת מי הטיפוס שמולי. אם אני מתמחר את זה לפי הממוצע, המתקשרים עם הנזק הנמוך עלולים לא לרצות לשלם לי ואז הם יצאו מהשוק ויישארו רק מתקשרים עם נזק גבוה. כלומר, רק מתקשרים שהנזק שלהם גבוה יישארו, ולכולם יהיה מתומחר לפי הנזק הגבוה ואז גם הם יצאו.

מעבר להשפעה על המחיר החוזי, ישנן עוד סיבות-

1. פיצוי כתנאי מכללא בהסכם- פיצוי הוא ברירת מחדל לתרופות(בדין האנגלי). פיצויים נקבעים לפי המידע שהיה לצדדים בעת ההתקשרות כי הרי לא יכול להיות שהם יקבעו הסדר לפי מידע שלא היה להם.
2. מניעת התקשרות בחוזים רצויים (זהירות יתר בשלב הכריתה)- אם יהיה פיצוי על נזקים לא צפויים, זה עלול למנוע התקשרות בחוזים רצויים (הסבר חברתית- כלכלי)
3. נקיטת זהירות ראויה מפני הפרה- רוצים שחייבים יפעלו למניעת הפרות רק כל עוד המניעה יעילה. כדי לדעת כמה להשקיע במניעת הפרה, אני צריך לדעת מה הנזק שאני עלול לגרום.
4. העמדת אפשרות למפר להגביל את אחריותו בשעת הכריתה- מעבר לכך שאדם יודע מה הנזק שעלול להיגרם כתוצאה מההפרה שלו, הוא יכול להחליט שהוא לא מעוניין לקחת את הסיכון על עצמו אם הסיכון גדול מידי בשבילו. שני הצדדים ירצו להגביל אחריות- יותר זול.
5. מניעת תופעה של Adverse selection- "שוק הלימונים", מצב שבו אנשים נעלמים מהשוק.
6. מניעת תופעה של סבסוד צולב-שטיפת מכוניות- השוטף מתחייב לא לגרום נזק לרכב. המחיר החוזי יכלול את הנזק שהשוטף עלול לגרום לרכבים. א"א לגבות מחיר שונה לרכבים לפי היוקר שלהם. אז התוצאה היא שאנשים עם רכבים זולים משלמים יותר מידי ואנשים עם רכבים יקרים, משלמים קצת מידי. לכן העניים מסבסדים את ההפרש לעשירים. הפתרון הוא להגביל את האחריות בתוך ההסכם.

**מבחן ריחוק הנזק בישראל-** אם יש נזק לא צפוי- למשל, אדם קונה מזון כלבים, במזון כלבים יש רעל, אדם טועם ממנו והוא מת. הנזק לאדם- המוות שלו, לא יהיה בר פיצוי, אבל האם ניתן פיצוי על הנזק הצפוי (הכלב היה אמור למות כי הוא היה אמור לאכול מהמזון)? ניתן לתבוע על אובדן הרווחים שהיו בשימוש הצפוי גם אם אובדן הרווחים בפועל היה משימוש לא צפוי.

דרישת הוודאות של הנזק- הנפר צריך להוכיח את הנזק שנגרם לו ברמת וודאות מאוד גבוהה.

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

פתרון אחרון שאנחנו עוד נרחיב עליו זה פיצוי לפי הסתברות. דוגמת הדוגמנית עם ראיון העבודה, פיצויי היה מה ההסתבות שהיא תזכה בעבודה. כאשר סוג הנזק צפוי ובית המשפט משתכנע שהוא נגרם אבל אמידת הנזק היא לא וודאית בכלל בית המשפט מאפשר לתת פיצוי לפי הסתברות שהנזק נגרם ולפי התרחישים השונים לגובה הנזק.

**סיבתיות** כדי לקבל פיצוי על הנזק שנגרם מהפרת החוזה, צריך להראות את כל התנאים שצריך לקשר סיבתי בנזיקין. מבחן האלמלא- אני צריך להראות שאלמלא ההפרה, הנזק היה נמנע. בעצם אנחנו מתקשים להוכיח סיבתיות ביחס לשני גורמים-

1. קושי להראות מה היה קורה אילו ההפרה לא הייתה מתרחשת. יש מקרים שבהם החוזה מאוד מקשה עלינו לדעת מה היה קורה בעולם אלטרנטיבי (למשל הפרה של חוזה פרסום- אני לא יודע מה היה קורה אם היו מפרסמים אותי).

2. אמידה של נזק עתידי- ההסכם אמור לשרת אותי בעתיד, היום לא ניתן לדעת מה יקרה מהפרת ההסכם בעתיד. בחוזים יש הכרה רחבה באופן יחסי של פיצוי לפי הסתברות, בתנאי שיש סיכוי ממשי (ולא ספקולטיבי).

**הקטנת הנזק** - ס' 14 לחוק החוזים תרופות.דרך נוספת בה ביהמ"ש יכול להקטין את הפיצוי הוא ע"י עיקרון הקטנת הנזק. ס' 14 קובע כי המפר לא חייב בפיצויים בעד נזק שהנפגע יכול היה להפחית או למנוע. אבל הוצאות של הנפגע בעד מניעת נזק יחייבו את המזיק.

למה דוקטרינת הקטנת נזק טובה?

**הרציונל**- (1) רוצים ליצור תמריצים אחרי ההפרה לנפר להקטין את הנזקים שלו- אם הוא יודע שלא משנה מה יקרה, הוא יקבל פיצוי מלא, אין לו שום תמריצים להקטין את הנזק. אנחנו לא רוצים שהוא יגדיל את הנזק שלו. חברתית אנחנו רוצים שהנזקים יצטמצמו ואחד התמריצים הוא הקטנת נזק. (2) הגינות כלפי המפר- מחייבת דווקא הקטנת נזק. רוצים לגרום למפר לשלם רק על נזקים שנגרמו כתוצאה מהפרתו ובאשמתו.

זה יוצר מצב שהוא בעייתי- המפר בזדון בא אחרי זה בטענה לנפר שהוא התרשל ולא בא להקטין את הנזק ואז יש פה שאלה של הגינות לגבי מערכת היחסים- יתרון לא הוגן למפר. זה מסביר למה החובה לא חלה על מקרים בהם הפיצוי לא תלוי בגובה הנזק בפועל. החובה חלה רק לאחר ההפרה. השאלה היא מה קורה אם המפר מפר אבל הנפר לא יודע שהחוזה הופר? התשובה היא שלא חלה עליו חובת הקטנת נזק אך יכול להיות שזה יהיה אשם תורם.

**יש להבחין בין (עמידה לקיום וחובת הקטנת הנזק ביחס לפיצויי קיום) לבין (הסתמכות אגבית ונזק תוצאתי.)**

**הקטנת הנזק והפרה צפויה** לכאורה, הרציונל מתקיים. אולם, הנושה יכול לעמוד על ברירת הקיום ולבחור באכיפה. אומנם מהרגע בו החוזה הופר בפועל, עליו להקטין את הנזק.

**אשם תורם** קיימים מקרים בהם הנפר יכול למנוע את ההפרה, או לפחות להפחית את הסיכון להפרה.

**Examine:** למה לא מדובר בחובת הקטנת הנזק, למה לא פסקו פיצויים לפי חובת הקטנת הנזק? הצדדים יכלו למנוע את ההפרה לפני שהיא התרחשה. הדוקטרינה של הקטנת הנזק לא דורשת הזדקקות לחובת תו"ל. הרעיון הוא שהתנהגות הצדדים של חוסר שיתוף פעולה הייתה התנהגות לפני ההפרה. בעצם הצדדים היו יכולים למנוע את ההפרה אם הם היו משתפים פעולה מסגרת חיי ההסכם. התנהגות שמגדילה את הסיכוי להפרה או התנהגות אחרת שלא מונעת אותה הוגדרו כאשם תורם בחוזים. זו דוקטרינה שהיא יציר הפסיקה שמאפשרת להפחית את הפיצוי בלי הקשר לחובת הקטנת הנזק.

**ההבדל בין חובת הקטנת הנזק לבין אשם תורם**

1. מועד- הקטנת הנזק קמה מרגע ההפרה ואילו אשם תורם קם לאורך כל החוזה.

2. היקף האחריות- היקף האחריות של הקטנת הנזק הוא מלא (אבסולטי). באשם תורם לעומת זאת, הפיצוי הוא יחסי- מפחיתים בשיעור את הפיצוי.

אפשר לחשוב על זה במובן הבא- בכל הסכם ביצוע, יש תניית מכללא של שיתוף פעולה שאפשר להתנות עליה. ההפרות הדדיות גורעות מהיכולת של נפגע ההפרה הראשי לקבל פיצוי על הנזקים שנגרמו לו בעקבות ההפרה.

**פיצוי ללא הוכחת נזק**

ס' 11 + ס' 12 לחוק החוזים תרופות**:** ס' 11 אומר שאם הופר החיוב לספק נכס או שירות, אתה זכאי לפיצוי אוטומטי גם ללא הוכחת נזק על הפער בין המחיר החוזי למחיר שבו ניתן לרכוש את הנכס או את השירות בשוק. (אחת הדרכים שבאמצעותם קל לאמוד את פיצויי הקיום כשיש מחיר שוק לנכס או לשירות). בנוסף, יש עוד יסוד לפיצוי ללא הוכחת נזק וזה הריבית שבפיגור מיום ההפרה ועד יום התשלום. הס׳ גם מאפשר לביהמ״ש לקבוע שיעור אחר.

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

ס' 12 אומר ניתן לתבוע פיצויים במקום ס' 11 לפי ס' 10 אבל אם ההסכם היה חוזה מתנה או עם תמורה מינורית, ביהמ"ש רשאי להפחית בפיצויים. לדוג': התכוונו למכור לנו מכונית חדשה שעולה 100,000 ש״ח ב10,000 ש"ח. ס׳ 11 נותן פיצוי אוטומטי ללא הוכחת נזק של 90,000 ש״ח. עכשיו לבוא ולהגיד כשהחוזה היה כ״כ לטובת נפגע ההפרה, שהוא גם הסתמך עליו או שהוא תכנן לנסוע ובעקבות זה הוא לא יכול היה לנסוע ונגרמו לו עוד נזקים, אומרים שביהמ״ש רשאי להפחית את הפיצויים האלה של 90,000 ש״ח, את הפיצויים הגבוהים, אם הוא חושב שזה יהיה התעמרות בנותן המתנה.

**פיצויים מוסכמים**

ס' 15 לחוק החוזים תרופות

לפי החוק ניתן לוותר על ס' 15 ולתבוע פיצויים את הפיצויים הרגילים לפי ס' 10-14, כחלופה לפיצוי מוסכם. כלומר, לנפגע ההפרה יש אופציה לדרוש את הפיצוי המוסכם או את הפיצוי לפי הסעיפים הרגילים.

ס' 15(ג)- חילוט, מדבר על סכומים ששולמו והצדדים הסכימו שאם תהיה הפרה אז הם יחליטו לטובת הנפגע. זה גם פיצוי מוסכם.

**הבחנה בין פיצוי מוסכם לחילוט-** שינוי בזהות התובע. בחילוט, התובע הוא המפר שדורש השבה והנפר מתגונן בטענת חילוט. בפיצוי מוסכם, התובע זה נפגע ההפרה שדורש פיצוי ומבקש מביהמ"ש לפסוק לו לפי סעיף הפיצוי המוסכם.

**למה חשוב להכיר מתי סכום הוא פיצוי מוסכם?** כי ביחס לפיצוי מוסכם וחילוט ביהמ"ש רשאי להפחית.

**המטרה של פיצוי מוסכם-** (1) פותר את הבעיות של הפיצויים הרגילים- מאפשר לנפר הפוטנציאלי לדעת מה יהיו עלויות ההפרה (2) חוסך הוצאות ביהמ"ש (3) דיוק- יכולת הערכה של הצדדים עדיפה על יכולת המשפט, הצדדים יכולים להעריך שווי סובייקטיבי של הדבר בחוזה (מקרקעין, מיטלטלין..) שביהמ"ש לא יתייחס אליו (4) אפשרות לצדדים לאפשר הסתמכות ולייצר אמינות אצל הצד השני- מאמין שיש סיכוי גדול מאוד שלא אפר. לדוג': בטלוויזיות ישנות של סוני, נתנו אחריות ל20 שנה כי זה משתלם ל2 הצדדים. לקונה זה משתלם כי אם הטלוויזיה תתקלקל, סוני תתקן לו אותה ולסוני זה משתלם כי זה מראה על המחויבות שלה למוצר- יוצר אמינות שהמוצר שלה טוב.

**למה להתערב בפיצוי מוסכם?**

1. **למנוע ענישה של צד אחד להסכם-** הצדדים קובעים איזה שהוא פיצוי מוסכם, הפיצוי הזה לא נועד לפצות את נפגע ההפרה על הנזק שלו, אלא פשוט להעניש את המפר. אנחנו חושבים שהתנהגות כזאת היא לא ראויה, היא נוגדת את תקנת הציבור. חוזים לא אמורים ליצור ענישה אלא רק לפצות את מי שנפגע מההפרה.

2. **יכול לפגוע בצדדים שלישיים**- הסכם שכולל תניית פיצוי מוסכם יכולה לגרום לזה שהפיצוי במקרה של הפרה יהיה מאוד גבוה. במקרה של פשיטת רגל, של חייב שאיבד את יכולת הפירעון, נושים שונים שלו יכולים להסתמך על כמות הנכסים שלו.

3.     **חשש להטעיה-** חשש שאנשים לא יהיו מודעים למשמעויות של ההפרה

4. **הנפגע עלול לעודד הפרה/ לא לשתף פעולה בביצוע**

**סיבות לא להתערב בפיצוי המוסכם**

1. חופש החוזים- כלל לא מתערבים בתנאים שהצדדים קבעו, גם אם הם מוטים לטובת צד אחד (חריג- עושק)

2. עידוד הצדדים לעשות שימוש בפיצוי מוסכם- חוסך דיון משפטי ויוצר וודאות

3. אם לצדדים יש מידע עדיף, ביהמ"ש לא צריך להניח אף פעם שהפיצוי מופרז, כי אם הצדדים עם מידע מלא, הם מתמחרים את הפיצוי המוסכם ואם הם עושים זאת הוא יהיה אופטימאלי. ולכן הצדדים יקבעו תמיד פיצוי מוסכם לא מופרז. אם הם עושים את זה- אולי מדובר בחוזה הימור. כלומר, אני אוהב את הסיכון ולכן אני אעשה משהו שלא מאוד יעיל. עוד הסבר- אם הצדדים לחוזה הם לא רציונאליים, אופטימיים במובן הכלכלי- הערכת חסר של ההסתברות שיקרה לי משהו רע. לכן, החייב עלול להסכים לפיצוי מוסכם גבוה מידי כי הוא לא רציונאלית- סובל מאופטימיות.

לסיכום, כאשר הפיצוי מכיל רכיב סובייקטיבי משמעותי- אין מקום להתערב בו. אבל כאשר הפיצוי המוסכם מסדיר נזק אובייקטיבי באופיו (ריבית) יש מקום להתערב בו.

**פיצוי מוסכם עלול להיות מוסווה**

1. דרך השבה- **עא 69/64 האז נ מני:** במקרה של איחור בבניה אני מתחייב להשיב את כל מה ששילמתי ומאפשר לתבוע אכיפה- הויתור על ההשבה זה חילוט.

2. גם השבת שווי תוך קביעת השווי- **San Printing v. Moore**- המדינה ביקשה אוניה והשתמשה בה בזמן מלחמה. קבעו שאם היא לא תחזור, הם צריכים לשלם 20 מיליון דולר.

3. גם חוזה חילופין יכול להיות פיצוי מוסכם- אפשרות לבצע או לא לבצע ולשלם פיצוי.

4. קנס על איחור בתשלום. מה עם בונוס על הקדמה? אין הבדל ובכל זאת בדין האנגלי נקבע שאין הכרה בבונוסים כסעיף של פיצוי מוסכם.

**מתי ביהמ"ש יתערב בפיצויים מוסכמים?**

אם בשעת ההפרה אין שיקוף קנה מידה סביר לנזק. כדי לשאול מתי להתערב, אנחנו נגיד האם הנזק הצפוי קל להערכה ונבחן את היחס בין היקף העסקה לבין הפיצוי המוסכם. מצד שני יכול להיות שזה לא משכנע כי לפעמים הנזק מהפרה יכול להיות מאוד גדול גם אם ההסכם הוא לא הסכם משמעותי. לדוגמה, העיכוב בהחזרת הדירה. הנזק שנגרם מהעיכוב בהחזרת הדירה לא יכול להיות הרבה יותר משכר הדירה, כי מה שאני יכול להרוויח מהנכס זה שכר הדירה, לא הרבה מעבר. אז אולי יש נזקים תוצאתיים בשוליים, אבל זה לא יכול להיות 20 פעמים שכר דירה.

יש מחלוקת לגבי תניה גורפת- האם היא אומרת שהפיצויים לא מקיימים יחס סביר?

**באנגליה** אומרים שאם התניה גורפת אז זה יוצר חזקה שהיא לא מקיימת יחס סביר, כלומר שהיא לא תואמת את ההפרה.

**בארה״ב** לא מקיימים את ההבחנה הזאת. צריך לקיים מו״מ על כל תוצאה אפשרית של הפרה. החיסכון הזה מסביר למה יש תניה גורפת ולא תניה קונקרטית.

השאלה אם נגרם נזק בפועל וכן התנהגות הצדדים- לא רלוונטיים.

**ע"א 18/89 חשל חברה למסחר נ' פרידמן:** לחשל היה נכס מקרקעין ופרידמן הוא הבעלים של חברה שהתחייבה לבנות מרכז מסחרי בנכס מקרקעין של חשל ולתת לחשל בתמורה מספר חנויות. אחרי שחולקו החנויות, חשל רצתה להשכיר אחת מהן. פרידמן גם רצה להשכיר שם חנות סמוכה והוא ביקש מחשל לא להשכיר את החנות שלו כדי שזה לא יפגע בשכירות שהוא מעוניין לבצע. הם חתמו על הסכם שפרידמן ישלם לחשל פיצויים מסוימים על ההסכמה שלו. הם חתמו על פיצויים של ריבית חודשית גבוהה מאוד. פרידמן לא עמד בהתחייבות שלו אבל טען שהפיצוי גבוה מידי, הוא התכוון לריבית שנתית ולא חודשית וטען שנפלה טעות בהסכם. ביהמ"ש אומר שריבית זה פיצוי מוסכם ושאפשר להפחית אותו- היה אפשר להפחית עד לריבית שמקיימת יחס סביר. הם קובעים עד לנקודה שמקיימת יחס סביר. הבעיה- אם כבר רוצים להתערב בס' של פיצוי מוסכם, אפשר לאמץ כלל עונשי שאומר שאנחנו נפחית את הפיצוי לפיצוי מינימאלי שמקיים יחס סביר, או לפיצוי הממוצע שמקיים יחס סביר כדי ליצור תמריץ לא להגזים. מה קורה עכשיו? שיטת מצליח- תקבע את הפיצוי הכי גבוה שאתה יכול ואם ביהמ"ש יתערב, הוא יפחית את זה למקסימום שהוא מוכן לקבל. אין לך שום תמריץ לא לקבוע פיצוי מוגזם לפי פס"ד זה וזאת הבעיה בו.

**פס"ד בית הדין לעבודה-** אם עובדת ועובד מקבלים שכר שונה באותה עמדה, יש להשוות את השכר של העובדת לשכר של העובד. בית הדין הארצי לעבודה משווה את השכר של העובדת לשכר הכי נמוך של העובד.

**נזק לא ממוני**

ס' 13 לחוק החוזים תרופות. **עיריית ירושלים נ גורדון:** ניתן פיצוי על נזק לא ממוני אבל מגבילים אותו כדי שהוא לא יתרחב. בנזיקין י ותר קל להעניק פיצוי על כך, בניגוד לחוזים.

למה בחוזים נרצה להימנע מפיצוי נזק לא ממוני:

1. אינטרסים כלכליים- גם פיצויי קיום אמורים להכיל בתוכם פיצוי על נזק לא ממוני, וגם חשש להצפה של בתי המשפט מתביעות שבפועל אין נזק אך זול להגישן.
2. הפיצוי הוא ביטוח מפני הפרה- התמחור של האפשרות לנזק לא ממוני מתומחר בחוזה.

שיקולים בפסיקת הפיצוי:

* פיצוי מוגבל לנזקים צפויים-**גולדמן נ מיכאלי:** קבלנים לא מסרו דירה בזמן (עיכוב של שנה). אחרי קצת יותר מ11 חודשים, אנשים שקנו את הדירה נכנסו אליה בלי שהם קיבלו מפתח. הם פלשו בעצם לדירה של עצמם והם חיו בדירה עד שהיא נמסרה להם בפועל בלי חשמל ובלי מים. נפסק שעל האיחור מגיע להם פיצוי על נזק לא ממוני, אבל זה שהם גרו בדירה בלי חשמל ומים לא מזכה אותם בפיצוי כי זה לא התנהגות שהקבלן היה צריך לצפות.
* לעודד אנשים לתבוע נגד פעולות עוולתיות ע"י אפשרות פיצוי על נזק לא ממוני- גישה פחות מקובלת בחוזים.
* חוזה אישי- לHawkins v. McGee ובינשתי נ' ששון- חוזה שהתכלית היא אישית, פסקו על נזק לא ממוני וזה למה לא פסקו השבה, כי חששו שהשבה הדדית תגרום לכך שההפרות יהיו רצויות.

**פיצויים חוזיים וביטוח**

ס'16 לחוק החוזים תרופות. חוזה ביטוח לא קשור בפיצויים. **ליפשיץ נ לוי:** בעל מחסן הפך את המחסן לדירת מרתף למרות שלא היה לו היתר לעשות את זה. הוא ניסה לחבר אותה למערכת ביוב וכתוצאה מכך נגרמו נזקים. הדירה הוצפה ונגרם נזק לשטיחים. היה ביטוח על הנזקים מההצפה והיא קיבלה פיצוי על הנזק לשטיחים. עולה השאלה האם היא יכולה לתבוע על הנזק הזה מחדש? ביחס לזה, החוק לא מסויג ואמר כי לא יובאו בחשבון סכום שהנפגע קיבל או זכאי לקבל לפי חוזה ביטוח. אז אם ביטחתם את ההפרה וההפרה יצרה לכם את הזכות לקבל את פיצוי, אנחנו נגיד שאתם לא זכאים לקבל גם את סעד הביטוח וגם את הפיצוי. אבל בפסיקה סייגו את ס׳ 16 ואומרים שזה תלוי בזכות הסוברוגציה- הזכות של חברת הביטוח לתבוע על הפיצויים שהיא שילמה.

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

**מבוא-** מסמך שלא כולל את כל פרטי ההתקשרות, מה הדין למסמך זה:

* שלב במו"מ ולכן אינו מחייב
* הסכם שהוסכם על הצדדים והם ישלימו את פרטיו אח"כ ולכן הוא מחייב מרגע חתימתו.
* הסכם שלם, ההשלמה לפי החוק (תניות דיספוזיטביות)

חוזה יכול להיות לא שלם כי עלות המו"מ יקרה או בגלל העדר צפיות לגבי רצונותיהם העתידיות.

התייחסות להעדר פרטים: גמירות דעת, מסויימות, דרישת צורה ותרופות

אם תוצאה של העדר גמירות דעת היא להתקשר בחוזה- אין חוזה, אם אין מסוימות- אין חוזה, בחינת יסוד הצורה (כאשר קיימת, למשל לפי ס' 18 לחוק המקרקעין), אפילו אם יש חוזה, זה עשוי להקשות על מתן אכיפה.

**עא 158/77 רבינאי נ מן שקד: (עמ' 3)** נוסחת הקשר- ככל שיש מחסור יותר גדול בפרטים בחוזה, כך גדלה הראייה להיעדר הרצון לצדדים להתקשר בחוזה. אם נחליט שהייתה גמירות דעת, אז ניתן להשלים את הפרטים באופן נורמטיבי. אם יש גמירות דעת- ניתן להשלים את החוזה. לכאורה זה משקף את חופש ההתקשרות. ביהמ"ש השתכנע שיש גמירות דעת ועומדות 2 אפשרויות- (1) לקבוע שיש הסכם מחייב (2) לקבוע שאין הסכם מחייב. השאלה היא מה יותר קרוב לרצון הצדדים- קיום החוזה או ביטול החוזה.

**עא 651/72 פסטרנק נ חברת יוסף לוי:** הסכם קומבינציה- פסטרנק הציעה לחברת יוסף לוי לרכוש קרקע בתמורה לכסף ולדירות. אולם, ההצעה לא הכילה את פירוט הדירות שהוא היה צריך למסור לה. ביהמ"ש קבע כי פרט זה לא ניתן להשלמה ולכן החוזה בטל. עם זאת, מדובר בפס"ד ישן, שהיום היה כנראה נאכף לפי הגישה ברבינאי. כלומר, שביהמ"ש יכול להשלים את הפרטים.

**עא 133/89 החברה לפיתוח חוף התכלת נ מנהל מס שבח מקרקעין:** אחים שילמו לחברת הפיתוח כסף לרכישת קרקעות, החברה אמרה שאם לא תרכוש היא תחזיר את הכסף, האחים לא שילמו בזמן ואת כל הכסף, מס שבח דרש תשלום מס שבח על המכירה מכאן הערעור, המערערת טוענת כי אין מספיק פרטים בעסקת מקרקעין. ביהמ"ש השלים לא רק את מיקום הנכס, אלא גם את גובה התשלום, זהות משלם המס ופרטים מהותיים אחרים. הוא עושה זאת מכיוון שהוא השתכנע שהייתה כוונה מלאה להתקשר בחוזה מחייב.

מחסור בפרטים ובעיית הצורה- ס' 8 לחוק המקרקעין, ס' 5(א) לחוק המתנה וס' 203(א) לפקודת העיריות- דורשים הסכמים בכתב. הדרישה לכתב היא הבטחת רצינות הצדדים. ובכל זאת, הפסיקה התירה השלמה גם לעניין הכתב.

**עא 3380/97 תמגר חברה לבניה ופיתוח בע"מ נ גושן:** הסיפור היה שהייתה חברה קבלנית שעשתה עסקת קומבינציה עם 2 אחיות. עם אחת מהן היה הסכם מפורט ובהסכם עם השנייה היו חסרים פרטים. הצדדים הסכימו בע"פ שמוכרת הקרקע תוכל לבחור את הדירות בבניין.נקבע שהסכמת הצדדים בע"פ מפאת חוסר בצורה. כלומר, זה בעצם השלמה בע"פ של חוזה בכתב.

**מחסור בפרטים יכול להוביל לפגיעה בסעדים**- כאשר החוזה לא שלם וא"א לדעת למה התכוון אי אפשר לאכוף אותו, ניתן להתמודד ע"י ביצוע בקירוב או פיצויי.

**דרכים להשלמת פרטים בחוזה -** מנגנון 1) השלמה פנימי— 2) נוהג (נוהג מיוחד- נוהג בין הצדדים להסכם, נוהג כללי- נוהג בתחום הרלוונטי)--- 3) השלמה מכוח הוראות החוזה: (א' הוראות חוק משלימות ספציפיות- של תחום עסקה ספציפי, ב' הוראות חוק כלליות).

הוראות חוק קוגנטיות גוברות על רצון הצדדים. אם לא ידוע מה רצון הצדדים, אז ממשיכים לפי הסדר המתואר למעלה. אם לא ניתן להשלים את החוזה אז הוא לא מסוים ואז אין חוזה. **קוגנטיות—- רצון הצדדים—-- מנגנוני השלמה**

**1) השלמה לפי חוזה -** בפס"ד חופש התכלת היה מנגנון השלמה פימי בחוזה שהצדדים קבעו- שמאי שיבחר את זהות המכר, ביהמ"ש החליט לכפות על הצדדים את החוזה ומינה שמאי.

**סוגי מנגנוני השלמה**

1. צד אחד מחליט על אחד הפרטים
2. טווח מחירים, נכס נמכר בין 100-200
3. אופציה כפולה- כאשר ניתו לצד שטוען שאין חוזה אפשרות לבחור באופציה הכי טובה עבורו, הוא לא יכול להתלונן שאין מסוימות בהסכם (תמגר נ' גושן)

2**) השלמה לפי נוהג -** ס'26 לחוק החוזים, בעזרת ס' זה אנחנו מתחקים אחרי רצון הצדדים הספציפיים ואם אין כזה אז אחרי הרצון המשוער שלהם ובאין כזה- לפי הנוהג בשוק. ס' זה מכיר בהסדרים חוזיים רחבים שקיימים בשוק: בשוק יהלומים לחיצת יד והעברת שכורה לפני תשלום, שוק הכותנה יש ועדות פנימיות הפותרות סכסוכים- מנגנוני השלמה המשקפים את רצון הצדדי לפי נוהג ואופי המתקשרים והחוזה. חוזה מייצר סנקציה להפרתו של חוזה לא בהכרח משפטית.

3**) השלמת חוק דיספוזיטיביות:** כשאין מנגנון השלמה פנימי או נוהג לפעול לפי ברירת המחדל שבחוק, שמתחקה אחרי הרצון ההיפותטי של הצדדים. אם זה מה שרוב האנשים רוצים, נתן להם את זה כברירת מחדל ואז הם לא יצטרכו לנהל מו"מ ויחסכו כסף. מתאים לתיאוריית הצדק ההסכמי.

ס'40 לחוק החוזים- אדם יכול להעביר את החיוב לאם אחר כל עוד אין הוראה מפורשת שלא ניתן- לרוב לא משנה מי מבצע את החיוב כל עוד יש חייב חוז עליו ניתן לבוא בדרישה, מבצע החיוב לא רלוונטי כל עוד אני מקבל את מבוקשי. אלא אם יש סיב טובה להתנגדות.

ס'6 לחוק המחאת חיובים- לא ניתן להמחות חיוב לאדם אחר כל עוד לא הוסכם אחרת- המחאת חיוב שונה מס'40 בכך שמחליפים חייב חוזי, כאשר מעבירים את ביצוע החוב מעבירים גם את למי ניתן לבוא בדרישה לביצוע, מאחר שיש לנושה עניין גדול מיהו החייב לו ושיש לו אין לפרוע את החוב, לא ניתן לשנות חייב ללא הסכמה.

**האם ברירת המחדל צריכה להיות ניטרלית:** עקרונית הצדדים יעדיפו זאת כדי שלא יצטרכו לתמחר את זה בעלויות מו"מ. אך יש מקרים שעדיין ברירת המחדל נוטה לטובת צד מסוים וההסדר לא מייצר תמחור קשה- כאשר יש צד שמתקשר בהמון עסקאות מאותו הסוג, בנוסף זוהי הקצאת הסיכונים שהצדדים היו רוצים ליטול על עצמם מלכתחילה.

**כללי ברירת מחדל עונשיים:** כללים שנוצרו כדי שצד אחד לא ירצה לאמץ אותם במכוון. נועדו להציף נושאים במו"מ. למשל, אי גילוי. אם לא תעלה מידע רלוונטי לצד השני זה יישא פיצויים מצדך.

**תאוריה של כללי ברירת המחדל**- קידום צדק ואיזון בין הצדדים:

* סעיף 42- קיום מוקדם עושה צדק עם הצדדים, אלא אם זה לא פוגע בנושה.
* סעיף 43- מה קורה כשהחיוב נדחה. אם הסיבה תלויה בנושה- עד הסרת המניעה. אם התנאי לקיום הוא חיוב של הנושה- עד שיקויים החיוב. אם הצדדים מחויבים לקיים יחד- עד שהנושה יהיה מוכן לקיים את חיוביו. הרעיון- איזון.
* סעיף 45- קיום בבינוניות. לא באיכות טובה מדי ולא באיכות ירודה, כאשר לא נקבע טיב המוצר
* סעיף 46- תשלום בסכום ראוי לפי הנסיבות במועד הכריתה (לדוגמה- מצב השוק)

קידום צדק בין הצדדים- התערבות רכה שהצדדים יכולים לסטות ממנה (לפעמים לא) לטובת צד חלש יותר.

קידום מטרות חברתיות דרך ברירת מחדל- כמו כרטיס אדי, ברירת המחדל שחתמת אלא אם אתה בוחר אחרת, מקדם רעיון חברתי. (קרן פנסיה).

עיצוב ערכים- דרך ביניים בין התניה קוגנטית וחופש מלא.

4**)הוראות חוק קוגנטיות:** נרצה בהם כשיש צד חלש וצד חזק: כשיש צד שכפוף ללחצים של החזק, חוסר מודעות של החלש- כל זה יוצר חוזים לא יעילים. (דוגמאות- חוק הגנת צרכן/חוזים אחידים/מכר/שכר מנימום….)

יש מקרים בהם החוק חושב שהוא מגן על החלש אך בעצם לא: פגיעה בשוק- הגבלה על שכר דירה. אם שכ"ד מוגבל  אנשים לא ירצו להשקיע  קבלנים יבנו פחות דירות  יהיה מחסור בדירות  ההיצע ירד  שכ"ד יעלה בפועל. כלומר, כתוצאה מכך, שכ"ד לא יופחת אלא יעלה.

הותרת פרטים למו"מ עתידי לעומת חוזה לניהול מו"מ- **עא 615/72 גלנר נ תיאטרון חיפה:** במאי מגיע מאנגליה לתיאטרון בכל שנה לביים הצגה. בשנה מסוימת התיאטרון לא מזמין אותו לביים הצגה. אומנם נתנו לו שנה קודם מכתב בו מבטיחים לו לביים הצגה נוספת- לא אמרו איזו הצגה. נקבע כי זה חוזה שנדרשה בו השלמת פרטים במו"מ עתידי. פיצויי קיום לכאורה לא יכולים להיות על קיום הסכם כזה, כי יכול להיות שהמו"מ לא יבשיל לכדי הסכם. השופט ברנזון פסק פיצוי על הפסד רווח.

**צורת החוזה**

**מבוא**- מתי יש דרישה של צורת חוזה? דרישה היא חריג ולא הכלל ס'23 לחוק החוזים קובע כי חוזה יכול להכרת בכל דרך פרט אם היה דרישה לקיבול בצורה מסויימת, יכול להיות גם לפי דרישה שבחוק (כמו מקרקעין). העיקרון- חופש החוזים היא העיקרון החשוב והעיקרי לכן התערבות בו חריגה ומינימלית.

**הכתב במישור הראייתי:** לדרישת הכתב יש יתרון ראייתי, אם יש מסמך בכתב אנו ניצמד עליו, גם אם אין דרישת כתב יש יתרון לכתב ס'80 לחוק הפרוצדורה העותומני- דרישת הכתב היא לא מהותית אלא רק מוכיחה שבכלל התקיים ההסכ עליו מדברים. קשה לסתור ראיה שבכתב, לרוב ביהמ"ש לא מקבל תטענות בע"פ בהסכמים שטעונים בכתב או כשיש כתב פרט חריגים:

1. תנאי מתלה- תנאי שאומר מתי החוזה נכנס לתוקף, יכול להיות מחוץ לחוזה.
2. תרמית ואי חוקיות- (זוננשטיין נ' גבסו) רצו לרמות את רשות המיסים והמחיר האמיתי לא היה כתוב.
3. **עא 22/63 בן ציון נ אזולאי-** ביהמ"ש התיר ראיות בעל פה ביחס לתנאי מתלה ואי חוקיות- מבין שהסדרים כאלו יכולים להיות מחוץ לחוזה.

**דרישת כתב מהותית -** דרישה שהכתב היה מהותי לעניין ולא פרוצדורלי: ס' 8 לחוק המקרקעין, התחייבו לתת מתנה (מניחים שאנשים כברירת מחדל לא נותנים מתנות ולכן רוצים ראייה חזקה), ביטוח ס'2, הסכם ממון, צוואה….

למה: דרישה ראייתית+ הבטחת רצינות הצדדים לעסקה מעבר להבעת גמירות דעת והבנה של כל תנאי החוזה, אין קשר לגודל העסקה ושוויה אלא לפי מי מקשר בה, צד שפחות מבין וצד שמבין/חיוב גדול רק על צד אחד.

בעסקאות מקרקעין- חייבת להכיל את הפרטים המהותיים של העסקה.**עא 649/73 קפולסקי נ גני גולן:** הפס"ד המנחה לכך שדרישת הכתב צריכה להכיל את הפרטים המהותיים לעסקה: נקבע לראשונה רשימה מחייבת של פרטים שצריכים להופיע כדי שתתקים דרשת המסויימות (רשימת עציוני- שמות, מהות נכס, מחיק, תנאי תשלום, מיסים).

 **עא 235/75 קאדרי נ מסדר האחיות צ'רלס הקדוש:** כל ההסכם כולל פסקה אחת של מכירת שטח שרשום בה החלקה ואת מחיר וזהו, הרבה פרטים מהותיים לא מופיעים בו אך ביהמ"ש קובע כי הם ניתנים להשלמה- הכל תוך זמן סביר (תשלום,רישום…) ריכוך בדרישת הכתב- ניתן לומר כי זה מכרסם בגמירות הדעת ובדרישה למסויימות, לא מוכיח את רצינות רצון הצדדים בהתקשרות בחוזה.

**הסכמה בע"פ ודרישת הכתב:** מה היחס בין הסכמות בע״פ שחיצוניות לכתב עם דרישת הכתב, כשהסכמה בע״פ סותרת את מנגנוני ההשלמה הנורמטיביים:**עא 252/78 ברון נ מנדיס טורס בע"מ:** המערער חתם על הסכם שימכרו לו חנות. ההסכם בין הצדדים עלה על שרטון, והמערער ביקש שעד שלא יובהרו הדברים, יהי צו מניעה של המשיב להיכנס לחנות. מועד המסירה לא סוכם ביניהם. האם אפשר להשלים את מועד המסירה למרות שהוא לא כתוב? הציעו להשלים את זה לפי ס' 9(א) לחוק המכר. השופטת בן פורת אומרת שאפשר להשלים חוזים לפי 9(א) כשאין בהם את ההסכם, כשאין הסכמה בע"פ אפשר להשלים. אבל ברגע שהצדדים הגיעו להסכמה אחרת בע"פ, אז א"א להשלים לפי 9(א) ואז אם ההסכם לא שלם בכתב, אז הוא חסר ואם הוא חסר, הוא לא עומד בדרישת הכתב לפי קפולסקי ולכן אין הסכם בין הצדדים.

**עא 3380/97 תמגר נ גושן-** אופציה כפולה, ניתן לחשוב כעל מנגנון השלמה בע"פ- יש סתירה בין הלכת ברון ותמגר, ניתן לפתור ע"י הגדת מנגנון האופציה הכפולה כמנגנון השלמה פנימי ולפי עקרון תו"ל  ולכן יש גמירות דעת ויחסים משפטיים.

**חתימה:** החתימה היא כלי לראיה לגמירות דעת- אפשר לומר שדרישת הכתב מחייבת חתימה. **בוטקובסקי נ גת:** חברה קבלנית רצתה למכור שטח והיא הייתה במו"מ עם חברה והם השיקו כוסות והסכימו על המכירה וכתבו זאת. הם לא חתמו על החוזה. כי המסמך הוא מחייב כי יש בו מספיק מסוימות למרות שאין חתימה, כי זה לא היה הכרחי. ניתן לראות כי יש גמירות דעת בדרך שונה (השקת כוסות), מרכך את דרישת החתימה.

**שינוי וביטול עסקה הטעונה בכתב:** שינוי מהותי דורש כתב שינוי קל לא דורש, שי אפשרויות לפרשנות שינוי:

1. ללכת לפי ההסכם הראשוני והשני לא תקף
2. להגיד שגם ההסכם הראשוני וגם השני בטלים שכן הצדדים אינם מעוניינים בחוזה הראשון אלא בשני ואין חוזה בכלל.

לא ניתן לשנות חוזה שטעון כתב בעל פה.

**השתק ותו"ל מול דרישת הכתב: זוננשטיין נ גבסו:** התגברו על דרישת הכתב בעזרת חוסר תו"ל. א"א לאפשר לזה שהם יתחמקו מהחיובים של ההסכם. כלומר, הסיבה שהצדדים לא קיימו את דרישת הכתב היא רלוונטית. בן פורת- א"א לעשות השלמה של הפרטים כשהם חלוקים עליהם (כשהם לא כתובים) ולא משנה מה הסיבה לכך שאין כתב. **עא 285/75 זינגר נ קילמלמן:**כאשר צד מבטיח להתקשר על בסיס הסכם בחוזה והוא מפר את הבטחתו ואת חובת התו"ל, הוא יהיה מושתק מלטעון כי יש היעדר כתב. השופט בייסקי- טוען כי השתק מרוקן את דרישת הכתב מתוען ולכן לא ניתן להשתמש בו השופטת פורת- דוחה את הערעור כי אין גמירות דעת ומסויימות.

**ביצוע מלא או חלקי כתחליף לכתב:** אם צד התחיל לעשות את חיוביו החוזי זה משלים את דרישת הכתב ובמקרים אלו תרוכך דרישת הכתב: **עא 986/93 קלמר נ גיא:(האדריכלים)** הסכם לעסקת קומבינציה. שולמה מקדמה. כשהגיעו לשלב קיום החוזה, המערער לא הסכים לחתום על החוזה. משראו המשיבים שהוא לא מוכן, נעלו את הדירות שהובטחו לו. הוא פרץ לדירות ותפס בו חזקה. השופט זמיר- הדרישה של הכתב מרוככת ע"י הביצוע והביצוע משלים את הפרטים שחסרים בחוזה. לאור הביצוע, ברור שזאת עסקת קומבינציה ולא עסקה קבלנית למרות שזה לא ברור מתוך ההסכם הכתוב. השופט ברק- לא מסכים וטוען כי ביצוע החיוב אינו משלים את דרישת הכתב אך ס'12 לחוק החוזים הדורש תו"ל במקרים מסוימים שולל את דרישת הכתב.

**ביצוע בהעדר כתב:** אם חוסר תו" היא הסיבה לדרישת הכתב ניתן להתגבר באמצעות סעיפי חובת תו"ל 12/39, אם חוסר תו"ל מנע את חתימה החוזה יש לברר מה דרישת הכתב- מהותית/ראייתית אם היא מהותית יש עדיין קושי, ראייתית אין בעיה:**עא 481/81 טבוליצקי נ פרלמן:** חוזה למכר דירה. והוסכם בע"פ שהבית עם מחסן אבל לא נכלל בהסכם. ביהמ"ש לא יכול לכפות את זה כי אין הסכם. אבל ביהמ"ש משתכנע שהמחיר כולל דירה עם מחסן והפתרון שביהמ"ש מוצא זה דרך עוולה של תרמית- יצירת מצג שווא באופן מכוון לצד אחר כדי להביא ותו להתקשר בעסקה, זוהי עוולה המזכה בפיצוי על נזק. כלומר הפיצוי הוא חיצוני לחוזה שלא צריך לעמוד בדרישת הכתב אלא במסגרת עוולה של דיני נזיקין.

**תמורה והסתמכות**

**יסוד התמורה בהתקשרות החוזית-** במשפט האנגלו אמריקאי אם אין תמורה בהסכם בין הצדדים לא יהיה ניתן להקנות לו תרופות על בסיס ההתחייבות. יש מקומות שנראה כאילו אין תמורה אך יש, הדין האנגלי מקבל אותם: הסכמי אופציה (התמורה היא סוג של ביטוח סיכונים לטווח מסויים).

**בדין הישראלי-** יש הכרה בהתחייבות ללא תמורה: חוזה מתנה, הצעה מזכה, וחוזה מכר.

הצעה מזכה- ס' 7לחוק החוזים- אם ניתנת תמורה שלא מייצרת חיובים לשני הצדדים- שובר לחברי מועדון, אין צורך בקיבול מתוך המחשבה שהיא לטובת הניצע אך יש תמורה למציע (שיווקית).

חוזה מתנה- חייב כתב+ ניתן לחזור מההצעה.

שכירות ושאילה- חוזה שכירות הוא עם תמורה וחוזה שאילה הוא ללא תמורה, המשכיר לא רשאי לבטל את החוזה והואל כן, ניתן לעשות חוזה שכירות לפי רצון הצדדים עד כי מצב שהוא זהה לחוזה שאילה כל עוד התניות לא נוגדות את תנאי חוזה השכירות בחוק. סיווג חוזה משפיע על התנאים שניתן להתנות עליו.

**התמורה בחוזה מקרקעין:** 1) עסקאות נוגדות- מוכר התחייב לא' למכור ובמהלך המו"מ מכר לב' למי עדיף למכור? לא' אלא אם ב' פעל בתו"ל והשלים את העסקה, אז תהיה לו עדיפות. 2) תקנת השוק- זכות עקיבה, אם ג' קנה נכס בתו"ל שלא ידע כי יש עליו שיעבוד ולא היה צריך לחשוד היה לו עדיפות כדי לשמור על תקנת השוק, כל עוד ג' לא שילם יש זכות השבה לבעלים המקוריים, כנל למטלטלין.

**התמורה בחוזה מטלטלין**: 1) עסקאות נוגדות ס' 12 לחוק המטלטלין, 2) תקנת השוק (כפי שמפורט למעלה).

**תמורה בדיני השטרות:** שטר= צק , החשש הוא שצ׳קים מתגלגלים צקי יכול להיות פגום במהלך הדרך ואדם שקיבל אותו בתו"ל לא יוכל להשתמש בו. זה שצק הוא למוטב אחד פוטר את הבעיה הזו.

**נפקות הסתמכות:** סמכות- יכולה להיות תחליף חלקי לתמורה, זכות חוזית מתחזקת אף בלי תמורה ממשית אם היה הסתמכות:**עא 476/89 גוטליף נ נוימן:** אב שהרס את ביתו על השטח שנתן לילדיו במסגרת עסקת קומבינציה. ביהמ"ש קבע שלא נדרש בהכרח שינוי מצב לרעה, אלא שינוי משמעותי בתו"ל. ובהסתמך על ההתחייבות למתנה.

**הגדרת תמורה:** יכולה להיות מסירה של זכאות בלי קשר להאם הצד השני יש לו תועלת ממנה. בדין הישראלי אין צרוך בתמורה במקרים מסויימים.**: Hamer v. Sidway:** דוד הבטיח כסף לאחיין שלו אם האחיין מבטיח לא לעשן, לא לשתות ולא להמר עד גיל 21. בגיל 21 האחיין מבקש את הכסף, אך הכסף נמצא בחשבון השקעות. הדוד מביא לו חלק מהסכום. הדוד נפטר לפני שהשלים את ההתחייבות במלואה. עולה השאלה אם האחיין זכאי לשאר הכסף. ביהמ"ש קובע שהייתה תמורה- האחיין נמנע ממשהו שיכל לעשות. **Webb v. McGowin:** מישהו נפגע בתאונת עבודה כי ניסה להציל את חברו. החבר אמר שישלם לו 15$ כל שבועיים למשך כל חייו. החבר שנתן את הכסף נפטר, והילדים שלו לא רצו להמשיך לתת לו את הכסף. האם הייתה תמורה, וכך יהיה אפשר לאכוף את החוזה? מראש היה ניתן להגיע להסכם הזה, אבל התמורה (ההצלה) ניתנה לפני ההסכם. אבל בית המשפט פוסק כי זה בסיס מספיק כדי לקבוע שיש תמורה, וניתן לסמוך עליה. הצלת החיים היא בעצם התמורה לחייב, והוא אף נפצע קשה בתהליך. ההתחייבות לתת כסף הייתה בשביל להרגיע את המצפון שלו, ולכן יש גם תמורה. הניצל לא רוצה לחזור בו מההבטחה.

**התחייבות לתת מתנה:** התחייבות יש לה אקט חוזה והענקת מתנה אין לה. האם יש לאכוף חוזה זה? בדין הישאלי ניתן לחזור ממתן מתנה כאשר אין התחייבות מלאה ושיש תמורה.

**תנאים וחיובים בחוזה מתנה:** ס' 4 לחוק חוזה מתנה, יש לפעמים קושי להבחין בין מתנה שכוללת חיוב לבין מתנה שכוללת תנאי. את ההבחנה הזאת יש בתוך ס' 4 עצמו- מילוי החיוב ולא השבת המתנה. **ברקוביץ נ קלימר:(באמא שמסרה בית במתנה לבת שלה ובן זוגה)** איך מפרשים את ההסדר? בתור תנאי למתנה או חיוב במסגרת המתנה? נקבע שזוהי מתנה על תנאי ולא מתנה בחיוב בגלל הסעדים. **בחיוב, הסעד הוא להכריח את הצד השני לקיים את החיוב. בתנאי, אפשר גם לסעד של ביטול והשבה של המתנה.**

**זכות החזרה ממתנה:** ס'5 לחוק המתנה. זכות החזרה ממתנה במקרים מסויימים היא קוגנטית (הרעה במצב כלכלי יחס מחפיר…)**ויסר נ שביט:** שכנים שחתמו על אישור להרחבת הדירה של שכניהם, ללא תמורה לכן מתנה עם השנים נהיה קשר רע בין השכנים והמערערים דורשים שהם יסכימו ודרשו להשתתף בעלויות.  הקושי- יש התחייבות לא לחזור בהם. לוין נותן פרשנות מצמצמת למה זה התנהגות מחפירה וטירקל ודורנר נותנים פרשנות רחבה כי יש להגן על נותני המתנה.

זכות החזרה קיימת רק אם המתנה טרם הוקנתה. מתי מוקנית המתנה? בנכס מקרקעין העברת הבעלות (רישום) היא ההקניה של המתנה. לפעמים אבל אנשים מחזיקים בזכויות לנכס עתידי (כרגע לא רשום על שמם דבר), זכות זו מוקנית בכך שאם היא מסמך, העברת המסמך יכולה להקנות את העברת הזכות. לפעמים גם הודעה על מסירת הזכות מהווה הקנייה שלה. דברים אלו מייצרים קושי בזכות החזרה. **יש 2 תנאים לזכות ההחזרה-** 1 באילו תנאים אפשר לממש אותה 2 הכוח לממש אותה. בפסיקה, הקושי נוצר הרבה פעמים כשנותן המתנה רוצה להמשיך את המתנה אך כשהוא הולך לעולמו, היורשים מתלבטים מה לעשות: **עא 11/75 ועד הישיבות בא"י נ מיכאלי-** יורשים לא יכולים לחזור בשם המנוח מהמתנה.

**כוונה ליצור יחסים משפטיים: פרס ותחרות**

כוונה ליצור יחסים משפטים אך אין התעברות ביהמ"ש- אין בגין הפרתם תרופה. כמו הסכם לארוחת ערב

**הבטחת נישואין:** ברוב המדינות המשפט המקובל לא מוכר כעניין להתערבות ביהמ"ש ואין תרופות סיבות: אין הבטחה, וההבטחה אינה בסיס לחוזה. אך אולי אי התערבות מוחלטת יכולה להיות בלתי צודקת במקרים מסויימים. בישראל מכירים בהתערבות ספציפית מאוד (אין פיצוי ציפיה ולא אכיפה כמובן)**עא 5258/98 פלונית נ פלוני:** אישה סירבה לחתום על הסכם ממון לאחר האירוסין. הגבר לא הגיע לחינה והצטער ואז גם לא הגיע לחתונה עצמה. ביהמ"ש אומר שהיה פה נזק לא ממוני מאוד משמעותי ולכן ניתן לה פיצוי על כך (אבל לא משמעותי). מכיר בפיצוי צנוע רק עבוד הסתמכות ונזק ממוני, לעיתים רחוקות גם נזק לא ממוני. ס'62 לפקודת הנזיקין, נישואין לא נחשבים חוזה והתערבות הבם לא נחשב הפרת חוזה, חריג- הבטחה להינשא על בסיס מצג שווא.

**הבטחות בין בני זוג**: יש 2 הסדרים רלוונטיים- (1) הסכם ממון שנחתם לפי/ במהלך הנישואין המסדיר את יחסי הממון בגירושין (2) הסכם הגירושין. **לוין נ לוין: (מזונות בלי אפשרות להיג לפני ביהמ"ש)**ביהמ"ש קובע כי (1) השאלה אם מסמך מסוים הינו חוזה או הסכם ג'נטלמני תלויה, בראש ובראשונה, בכוונת הצדדים למסמך (2) הגבלת גישה לערכאות מנוגדת לתקנת הציבור (3) הוראה המגבילה גישה לערכאות תפורש בצמצום (4) התשובה לשאלה אם בית המשפט רשאי לתת דעתו לשיקולים של טובת הציבור, שעה שהוא שוקל אם לצוות על אכיפת חוזה, נובעת מפרשנות חוק החוזים. הביקורת של אריאל פורת על פס"ד זה היא שיש השלכה שלו על מקרים עתידיים כי זה ירתיע אחרים מלתת התחייבויות מחשש שיהיה להם תוקף משפטי וביהמ"ש לא יתחשב במה שהם יכתבו על ההסכם (שאין לו תוקף ויחליט שיש לו).

**הסכם ג'נטלמני:** מקיים את רצון הצדדים כאשר יש מנגנוני אכיפה פנימיים יותר טובים מהחיצוניים (איביי). ניתן לחשוב כעל תנאי מקפח בחוזה אחיד- אם לחוזה יש הסדר סביר אין לבטלו.

**הסכם פוליטי:** האם יש כוונה למערכת יחסים משפטית במשפט הפרטי: **בגצ 1635/90 ז'רז'בסקי נ ראש הממשלה יצחק שמיר:** האם ביהמ"ש יתערב/ יאכוף את הסכם קואליציוני? הסכם בין הליכוד לבין סיעה שהתחייבה לתמוך בשמיר ובתמורה הובטחו לה מקומות ברשימת הליכוד לכנסת הבאה, מינוי חבר סיעה לשר וויתור על חוב כספי שהיה לסיעה כלפי הליכוד. ביהמ"ש אומר שאין להתערב למעט הוויתור על החוב הכספי. במקרה זה, נוצר מצד בו כאילו יצחק שמיר נותן כסף למפלגה כדי לקנות את ראשות הממשלה. השופט אלון- אין להתערב בהסכם קואליציוני כי ביהמ"ש הוא לא הגורם המוסמך לכך. הגורם המוסמך לכך הוא הציבור. ולכן ביהמ"ש צריך לדאוג שתהיה חובת פרסום על ההסכם הקואליציוני. השופט ברק- ניתן להתערב בהסדר הפוליטי והתערבות זו היא במסגרת המשפט הציבורי. הצדדים לא יכולים לכפוף את עצמם למשפט הפרטי, אפילו אם הם מסכימים על כך במפורש.**עא 6490/97 אלחג' נ אבו עקל:** השופט זמיר אומר שגם אם ההסכם הפוליטי היה הסדר חוזי קיים, לא מתקיימים התנאים של הסדר חוזי. ובכל מקרה, לא הייתה להם כוונה להכניס עצמם לדיני החוזים הרגילים. ההבדל בין העמדה של זמיר לעמדה של ברק בז'רז'בסקי (דיני החוזים הרגילים לא חלים על הסכם פוליטי)? זמיר לא מסכים עם העמדה של ברק בז'רז'בסקי- ההסכם הפוליטי יכול לחייב אותם במישור האזרחי במידה והייתה להם כוונה להיכנס למערכת התחייבויות כזאת. ברק מסכים עם זמיר כי ההסכם הפוליטי לא מחייב בגלל חוסר הזהות של הצדדים.

**עסקאת משכון:** הלוואה עם ערובה ואת הערובה בדר"כ מפקידים או נותנים זכויות קנייניות. עסקת מכר מותנה- קונים רכב שלא עובר בעלות ורק שמשלימים את כל התשלומים, עוברת הבעלות. ביהמ"ש אומר שזה בעצם עסקת משכון

**תקנון אוניברסיטה- הבטחת לימודי והבטחה לציון:** **עא 51/83 מרום נ אוניברסיטת ת"א:**מועמדת באה לראיון לקבלה ללימודי רפואה ומודיעים שהיא תתקבל רק אם היא תשפר את ממוצע הבגרויות ל95. היא משפרת תוך שנה ל97 אבל אז הרף הוא כבר 98. לא היה כל צורך לדון כי נקבע שלא הייתה כוונה ליצור יחסים משפטיים. ביהמ"ש אומר שלא הייתה הבטחה לקבלה ללימודים ולכן ההבטחה לא מחייבת.עוד דרך להסתכל על כך- יש להעביר את ההחלטה לגוף שיש לו את המומחיות והבקיאות, אין על ביהמ"ש להתערב בכך כי הם לא מומחים בנושא של קבלה לאוניברסיטה, יש מקום להתערבות רק בנוגע להפליה. **עא 838/87 שני נ אוניברסיטת ת"א: ס' 33 לחוק החוזים,** האוניברסיטה ביטלה פטור שניתן לסטודנטית טרם סיימה את הלימודים. ביהמ"ש העליון קובע כי אפשר להתערב כי זה לא התערבות בשיקול הדעת של האוניברסיטה אלא בגלל שאין גורם מוסמך והם יכולים להתערב כדי לקבוע מיהו הגורם המוסמך. דוקטרינת הסמכות הנחזת= כשיש אורגן שמתחייב על חובה כלשהי בשם הארגון, יש להתייחס להתחייבות שלו כנכונה.**ההבדל ממרום- לא מתערבים בשיקול דעת מקצועי של האוניברסיטה, אלא בשאלה מנהלית.**

**תנאי תחרות:** **מ"י נ קרסניאסקי:** תחרות חתן תנ"ך העולמית. זכה אוסטרלי, הישראלי תבע כי הניקוד שניתן לאוסטרלי לא חושב נכון ובגלל זה הוא זכה. השופט ברזון אומר שנוצר חוזה משפטי אבל שביהמ"ש לא צריך לעסוק בטענות אלו כי כל ישוט שופטת בתחרות יכולה לקבוע לגבי הנקודות בתחרות. לשופט בתחרות יש את המילה האחרונה. השופט הלוי אומר שאין חוזה, זה מן הסכם ג'נטלמני, אין כוונה להיכנס ליחסים משפטיים.ההשתתפות בתחרות וההתחייבות לתנאים יכולה להיות חלק מהחוזה אבל התחייבות לפרס לא. ההסכמה ששופטי התחרות יקבעו מי זוכה- לכן אכיפה של ההסכם מונעת מביהמ"ש התערבות.

**חוזה הימורים:** ס'32 לחוק החוזים הכללי. **עפ 3806/16 בלטי נ מ"י:** שחקני פוקר טוענים שהזכייה במשחק היא לא עניין של מזל. ביהמ"ש עושה הבחנה של אם יש אנשים עם מומחיות יתרה עם יכולת, אבל רוב הציבור זה עניין של מזל לכן פוקר זה עניין של מזל. ישנה הבחנה בין זכיה מקרית ובין זכיה אשר תלויה יותר בהבנה או יכולת. **עא 476/17 רפי נ פקיד שומה ת"א 4:** רצו לגבות מהם על זכיות של שחקני פוקר כי זה העיסוק שלהם ולא רק זכיה. השאלה אם זה משחק מזל או לא היא שאלה של עובדה ומומחיות ודורשת הצגה של קונקרטית.

אם חוזה הימור הוא לא חוקי ובטל מעיקרו לפי ס' 30 לחוק החוזים כללי, ביהמ"ש יוכל לפסוק ביטול והשבה על אף ס'32 לחוק החוזים חלק כללי: **עא 7141/13 קונקטיב גרופ בע"מ נ דבוש:** עשו מכרזים באינטרנט, הזוכה היה מי שהציע את הסכום הגבוה והוא היחיד שהציע אותו. ביהמ"ש קבע שזה לא מכרז אלא הגרלה ולכן הוא חוזה בלתי חוקי. הוא מסרב להכיר בזכות ההשבה כי הוא אומר שהם קיבלו את מה שהם רצו. הם הגישו תביעת נזיקין של ס' 63 על הפרת חובת חקוקה. ביהמ"ש דוחה זו כי קובע ששני הצדדים הפרו את החובה החקוקה.

**פגמים בכריתת חוזה**

**טעות** ס' 14 לחוק החוזים (א/ב/ג) ס'15 מדבר על הטעיה ס'16 מדבר על טעות בכדאיות. סעד ביטל= ביטול של ההסכם ניתן לביטול ואינו בטל מעיקרו.

* buyer beware: קונים דבר כמו שהוא ולא ניתן לטעון לטעות טעות חד צדדית לא מזכה בפיצוי וגם לא משותפת. חריג מרמה.

במאה ה20 יש הרחבת הגנה על הטועה. עקרון התו"ל וסולידריות:

* טעות כתאונה- סותר את מטרת החוזים להשיא רווחים והקצאת משאבים באופן יעיל ,פער בין מה שהצד בחוזה רצה להיות בו, לבין מה שנקשר בפועל, לא מביא תועלת חברתית= פוגע ברצון הציבור.
* לא כל טעות כדי למנוע- **מונע הנזק הזול**- אם נטיל את האחריות על מונע הנזק הזול יגרום להפחתת הטעויות, לא משנה מיהו מהצדדים- קונה רוצה חגורה מעור וחושב שזה עור תנין- הוא מונע הנזק הזול, כשהוא שואל זאת את המוכר המוכר הופך למונע הנזק הזול בשל התשובה שיענה לו.
* כלל ההזדנות האחרונה- מי האחרון שיכל לתקן את הטעון (משרד עורכי דין, מי אחראי לנזק המתמחה העורך דין או השותף- מי שהיה האחרון לתקן את הנזק- השותף).
* איזון בין עלות הטעות לבין עלות ההסתמכות של הצד השני על החוזה- מה האופציה לגילוי הטעות לא תמיד נבטל ולא תמיד נאשר חוזים.

**טעות** ס' 14 א'**:** טעות חד צדדית יסודית הנוגעת לשורש החוזה ולכן מקנה זכות ביטול, אם לא יסודית לא מקנה זכות ביטול. "היה עליו לדעת על כך"- **שלו ופרידמן וכהן-** ידע על הטעות וכן שמדובר בטעות יסודית (צריך לדעת את שניהם) **קרצ'מר-** מספיק לדעת על יסודיות הטעות. הוא לא צריך לדעת שהייתה טעות בפועל. כי רק ככה אפשר להבחין בין ס' 14(א) ל15. ההכרה ביסודיות הטעות והטעות מייתרת את ס' 14(א). בנוסף, זו הדרך היחידה להוביל לביטול של טעות משותפת **בגצ 221/86 כנפי נ ביה"ד הארצי לעבודה-** הערת אגב, מספיק לדעת על יסדיות הטעות ולא על הטעות בפול.

**גבול בין טעול להטעיה**- אם צד לא ידע על הטעות, אבל היה עליו לדעת- יחול רק ס' 14(א)- דרישה ליסודיות. יש להבין את ס' 15 כמטיל חובת גילוי רק אם יש ידיעה בפועל, ולא ידיעה קונסטרוקטיבית. ס'15 מדבר על חובת גילוי לפי דין/נוהג/נסיבות העניין אבל לא מדבר על חובות גילוי במקרה שאתה יודע שהצד השני טועה. אין חובת גילוי קונקרטית. ס' 14(א) **מטיל חובת גילוי קונקרטית**. אם הטעות לא יסודית, לכאורה אין חובת גילוי, אלא אם יש חובת גילוי מדינים אחרים/ נסיבות העניין.

**טעות בכדאיות:** לא עילה לביטול ולא מוכרת כטעות.**עא 838/75 ספקטור נ צרפתי:(12 קומות)** הרוכש רוכש את הקרקע בהתחשב שאין הגבלה של הבניה לגובה. הייתה מגבלה והמוכר כנראה ידע שיש את המגבלה וכנראה היה צריך לדעת שהצד השני טועה. השופט אשר- טעות ביחס לשווי ההתחייבות וביחס לשווי הנכס זה טעות בכדאיות העסקה. אם הטעות היא בתכונות הנכס זאת לא טעות בכדאיות. **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. השופט בייסקי אומר כי זו טעות בכדאיות העסקה- יש טעות לגבי גובה הפרשי ההצמדה. **ביקורת על כך-** אם לא הבינו נכון את הפרשי ההצמדה זו טעות שמובילה להערכה שגויה של המחיר (ולכן טעות בכדאיות). במובן הזה כל טעות בחוזה מסחרי היא טעות בכדאיות.**עא 455/82 מאיר נ מזרחי:** מוכרת דירה ב480,000. הקונים אומרים לה, יחד עם המתווך שבא איתם שזה השווי של הדירה בשוק. בפועל שווי הדירה הוא 600,000. לוין- טעות בהערכת שווי, זו טעות בכדאיות העסקה. **בעייתי-** טעות בכדאיות העסקה מונעת גם זכות ביטול לפי ס15. פס"ד בעייתי שיוצר מצג שווא ובסוף לא מקנה זכות ביטול של הטעיה. **455/82 גינדי נ אפללו:** זוג שקנו דירה מקבלן ויש בה בעיה ברישום הנכס. לאחר זמן מה הזוג רוצה למכור את הדירה והם לא הצליחו למצוא מישהו שיקנה אותה (בגלל בעיית הרישום). עו"ד גינדי מצא משיהו שיקנה את הדירה וזה היה אחיו. היה הבדל בתנאים שסיכמו עליהם בזיכרון הדברים, לבין מה שהיה כתוב בחוזה (הם אמרו שהתשלום ה3 על הדירה יעבור כאשר הנכס יעבור על שם הקונים. עו"ד גינדי ידע שיש בעיה שלהעברת הבעלות על הנכס). השופט אשר אומר שזוהי טעות בכדאיות העסקה כי הם טענו שלא היה כדאי להם לחתום על החוזה. טעות בכדאיות העסקה זה למסור את הדירה בלי לקבל את כל התמורה. הטעות הייתה לגבי תוכן ההתחייבות(יכלו לשכור את שירותיו של עורך דין).**בגצ 221/86 כנפי נ ביה"ד הארצי לעבודה:** הסכם פשרה של אדם עם ביטוח לאומי. הוא סבר שאם תחול הרעה במצב שלו, הוא יהיה זכאי לתוספת של ביטוח לאומי. הוא היה סבור כך בגלל שבעבר זה באמת קרה. אחרי שהוא הגיע להסדר הזה, ההסדר הזה בוטל. כנפי אומר שהוא טעה לגבי מצב הדין ובן פורת אומרת שזו טעות לגבי התוכן של ההתקשרות ולא טעות בכדאיות.

**מה המבחן הראוי לכדאיות העסקה-**

1. טדסקי - טעות לגבי התרחשות עתידית- שווי הנכס לא עולה.**פס"ד הולילנד:** ישנו דיון על מה זה התרחשות עתידית, מהרגע שנחשפו אליו הצדדים או מהרגע שהיה קיים בעולם? השאלה רלוונטית אם חושבים שטעות בכדאיות היא עתידית.
2. **פרידמן-** יש להבדיל בין הסיכונים שהצדדים נטלו על עצמם במסגרת ההתקשרות בחוזה.**ארואסטי נ קאשי:** עסקת קומבינציה- הקבלן התקשר בחוזה מכירת דירה עם קונים. הקבלן התחייב למכור את הדירה לקונים וכתב הערת אזהרה. הקבלן פשט את הרגל ובעלי הקרקע עשו עסקה עם קבלן אחר. בעלי השטח טוענים שהחוזה שהקבלן כרת עם הקונים- בטל. ביהמ"ש קובע שיש טעות בכדאיות העסקה. טעות לגבי הדין היא טעות (ס' 14(ד)). החוק הישראלי מכיר בטעות שבדין היא טעות. הטעות במקרה זה הייתה טעות בכדאיות העסקה מכיוון שבהסכם פשרה יש סיכון שהוא לא יהיה מוצלח בסופו של דבר.

**מה השוני בין כנפי לארואסטי**- בכנפי שני הצדדים לא הקצו את הסיכון שהדין ישתנה בחוזה. טעות היא הדדית כי במועד הכריתה הם חשבו שהם ישלמו לו עוד כסף- לא סיכון שהוקצה ביהם. ארואסטי היה פשרה= חלוקת סיכונים.

**שלזינגר נ הפניקס:** אדם עשה פוליסת ביטוח והחליט לבטל את הביטוח ללא ידיעה שהוא היה חולה בסרטן עוד טרם הביטול, הבדיקה גילתה את הסרטן הייתה אחרי הביטול. יש שאלה האם הביטול נקרא חוזה בפני עצמו וניתן לבטל אותו? ביהמ"ש קבע לעניין הפעולה המשפטית של ביטול ההסכם שאינו יכול לבטל כיוון שחל עקרון הסופיות אך אם יש פגם ברצון ניתן לבטל את הביטול.

בשלזינגר מאמצים את תפיסתו של פרידמן, הביטול עצמו הוא טעות בכדאיות העסקה, מועד האבחנה הוא המועד הוא המועד לבדיקה לטעות בכדאיות העסקה.

**פס"ד ספיר וברקת נדלן נ' אמסטר (הולילנד):**טעות יכולה להיות גם לגבי מצב משפטי של נכס ולא רק לגבי שאלות שבעובדה.

* דוקטרינת חלוקת סיכונים- דיני הטעות במשפטנו הם דיספוזיטיביים, ובמסגרתם קיימת דוקטרינה של חלוקת סיכונים, לפיה יכול שהצדדים לחוזה יסכימו, במפורש או מכללא, כי אחד מהם (או שניהם) ייטול על עצמו את הסיכון להתרחשותה של טעות, וכי במקרה כזה לא תקום לו זכות שימוש בברירת ביטול החוזה. נטילת הסיכון החוזי ע"י המערערת עולה במפורש מן האמור בהסכם. שתי אינדיקציות מרכזיות לכך. הראשונה, המערערת קיבלה על עצמה את תשלומי היטל ההשבחה; השנייה, והיא העיקרית, AS IS ("המערערת רכשה את המקרקעין כפי שהם") וויתרה על כל טעם מום או פגם. AS IS= סעיף ויתור על כל טענת טעות או פגם בכריתה ולא הצהרה שאין מצגים לעסקה, ועל כן ויתורו של הקונה אינו אבסולוטי אלא מוגבל להיקף בדיקה שניתן היה לבצע עובר לחתימה על ההסכם.
* אירועים עתידיים והתפתחויות מאוחרות בלתי צפויות שלא היו קיימים בעת הכריתה אינם חלק מדיני הטעות-אותו רגע הוא המועד בו בחרה המשטרה לחשוף את דבר קיומה של החקירה הסמויה. משכך, יש לקבוע כי אין מדובר ב"טעות", אלא בהתרחשות מאוחרת למועד הכריתה.
* ביהמ"ש שרשאי להורות על הביטול במקרים בהם ראה שמן הצדק לעשות כן, היא שבהתנהגותו של הצד שאינו חפץ בביטול ההסכם לא נפל כל פגם. לכן, ביהמ"ש יפעיל את שיקול דעתו לאחר שיבחן את כל נסיבות המקרה: (1) מהות העסקה (2) הנסיבות האופפות אותה (3) האינטרסים של בעלי הדין (4) התוצאות האפשריות עבור כל אחד מהם (5) וכן התנהגותם לפני כריתת החוזה ולאחריה

**amalgamated investment v. john walker:**מבנה שנמכר ליזם על מנת להקים בית דירות. צוין שהקונה יערוך את כל הבדיקות הנדרשות מראש. לאחר מספר חודשים אחת העובדות ערכה סקר באזור למבנים בשימור. הרשימה עברה לממונים בחוזה והמבנה הנ"ל הפך להיות מבנה לשימור ולא ניתן להריסה. נחתם החוזה למכירת המבנה והוא מיועד להריסה על ידי הקונה ללא ידיעתם הצדדים. רצון לבטל את המכירה בטענת טעות משותפת של הצדדים שכן לא ידעו מראש שהאירוע של שימור המבנה יסכל את מטרת החוזה. בית המשפט אינו מאשר את ביטול המכירה שכן ה אחד מהרצונות של הקצאת סיכונים בעת החתימה על החוזה. ויותר מזה כלומר יש כאן צד שאומר אני לוקח את עצמי את הסיכון הזה. בטעות משותפת יש סיכום בין הצדדים על הקצאת סיכונים. במקרה דנן הקונה לא יכול להתלונן על מידע שלא היה ברשותו שלקח על עצמו את הסיכון לבדוק את הפרטים ולכן לא יכול לדרוש לביטול עקב טעות.

מתיישב עם הפרשנות של פרידמן בטעות בכדאיות- טעות בכדאיות היא הסכם דיספוזיטיבי הצדדים יכולים להגיע להתניה ביניהם על דיני הטעות הכללית והטעיה.

השופט אשר בפס"ד ספקטור נ' צרפתי- במידה והצדדים אינם יודעים הזמנים עבר הווה עתיד- חסרים כל אחריות.

**טעות וגמירות דעת:** טעות לא רק לגבי עסקה אלא בהקשרות בחוזה מלכתחילה, כשלא ניתן להוכיח שלא היה גמירות דעת, דיני הטעות באים לעזור לצאת מההסכם.**עא 413/79 אדלר נ מנצור:** Non est factum הדוקטרינה הזאת התקבלה בפס"ד זה. אם צד חותם על מסמך בלי שהוא יודע על מה הוא חותם, לא נכרת הסכם על בסיס החתימה הזאת כי לא הוא לא ידע על מה הוא חותם והוא לא רצה לחתום.

**סוגי הטעויות**

1. טעות הדדית- **Raffles v. Wichelaus:** שני הצדדים רצו לקנות ולמכור את הכותנה שמגיעה ממובאי שמגיעות במועדים שונים וגם איכות הכותנה. שתי הספינות נושאות את אותו השם. שני הצדדים מעוניינים באוניה שמגיעה בנובמבר ולא ספטמבר מבחינת איכות הכותנה. בית המשפט אומר שאינו מדובר בטעות מפני שאין כאן מפגש רצונות ולכן לא נוכל להגיד שנחתם הסכם. בדין הישראלי היה נפתר רך דיני הצעה וקיבול.**עא 547/77 מפעל בתים טרומיים נ טמסיט:** טעות הדדית בהסכם פשרה ביחס לנפקות של הכרעה עתידית של המוסד לביטוח לאומי. הגיעו לפשרה על סמך ההנחה שקיים ספק שיש קש"ס.
2. טעות משותפת- שני הצדדים טועים לגבי אותו עניין, אמונה משותפת שגויה:**Sherwood v. Walker:** עסקה למכירת פרה ש2 הצדדים סברו שהפרה עקרה. טעות היא ביחס לתכונה אז אין זכות ביטול אבל אם היא ביחס למהות הממכר יש זכות ביטול. בדין ישראלי: 1) גבריאלה שלו- טעות משותפת נכנסת תחת ס' 14ב טעות של 2 הצדדים יכולים לפנות לביהמ"ש שיבטל. 2)קרצ'מר- תחת 14א' כיוון ששני הצדדים טועים במשהו מהותי וזה עילה לביטול החוזה. 3)פלד- אם שני הצדדים טועים אבל אחד בגלל שהתרשל- 14א' אם שני הצדדים טועים ולא יכלו לדעת 14 ב'.  **Mcrea v. Commonwealth Disposals Commission:** יש מוכר של מיכלית דלק והוא אומר לקונה אני אמכור לך את המיכלית והיא נמצאת אי שם בים. הקונה מסכים ונכנסים לחוזה. הוא מחפש את המיכלית ומוצא אותה אך זוהי אינה מיכלית והיא לא יכולה לשוט אפילו 2 ק"מ. מילא הסיפור החוזי בוטל החוזה אך מבקש פיצוי הסתמכות על הזמן אותו הוא חיפש. החוזה לוקה בטעות משותפת ולכן הוא בטל לטענת המוכר. בית המשפט אומר ישנה טעות והפרת חוזה זו איננה טעות משותפת כי הוא יצר מצג שווא לקונה. במצב כזה בו יצרתי מצג שווא לצד השני זה שטעיתי לא מזכה אותי בביטול. בארץ כנראה הייתה מתקבלת אותה תוצאה. אם זו טעות משותפת אז נטען ל14ב- פתרון אפשרי גם אם נאפשר למוכר לבטל אתה צריך לשלם פיצוי בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה. **Wood v. Boyton:** Wood מוכרת אבן לBoyton בשביל לקנות טבעת. תוך כדי העסקה הצדדים אינם ידעו מה ערכה האמיתי של האבן. לאחר כריתת החוזה התגלה כי היהלום נמכר תמורת דולר אחד בלבד אך שווה פי 700 יותר. המוכרת ביקש להחזיר את האבן פלוס ריבית אך הקונה סירבה. המוכרת הגישה תביעה ובית המשפט פסק לטובת הקונים שכן רק מתוך מרמה וטעות ניתן לבטל את העסקה וזה לא המקרה שהיה כאן. הבדל בין wood ל sherwood: בווד אין טעות, יש הקצאת סיכונים שכן המוכרת יכלה לבדוק את האבן ולא עשתה זאת- לקחה סיכון ובשרווד אין שהפרה לא תהיה עקרה לא כלול במסגרת הסיכונים שהצדדים הקצו.
3. טעות חד צדדית- יכול להיות בכל אחד מהסעיפים, בישראל אין אכיפה כי זו טעות ורק ביטול השבה ופיצויי.

**אופיה של טעות-** 1) טעות משפטית- בישראל לפי ס' 14 ד' אנגליה- לא מתאפשר ביטול למעט חריג accuety. (2 טעות בזהות המתקשר- **עא 273/78 גרוסמן נ כספי:** עו"ד שמייצג צד לעסקת מכר במקרקעין ולא גילה את זהותו. התברר שזה השכן ששנוא על המוכר והמוכר רוצה לבטל את ההסכם בגלל זה. ביהמ"ש פוסק כי ס' 15 חל כי העו"ד ידע על השנאה ובכל זאת הטעה את המוכר.

**סעדים:** ביהמ"ש לפי ס'14 ב יכול לפסוק פיצויים,1)  אשם יחסי- מי יכל למנוע ומי אשם יותר 2) ניתן להתנות את הביטול- as is לוקחת את הסיכון ואין ביטול. 3) ביטול לפי 14 א' יכול לקבל סעדים לפי ס'12 של הפרת תו"ל.

**טעות וסיכול-** ס'18 א לחוק החוזים תרופות. סיכול מטרה- יכול להיות חוזה למטרה מסוימת אך היא מסוכלת: דוגמת השכרת דירה בסמוך לתהלוכה אך היא זזה- בדין אנגלי תחת טעות משותפת, בדין הישראלי: 1) ברק- ס'18 עם פרשנות תכליתית וסיכול נכנס. 2) גבריאלה שלו- ס'39  3) ס'16 לחוק חוזה הביטוח- אם ביטוח לא אפשרי החוזה בטל מאליו.

**תיקון הטעות:** ס'14 ג- חל רק על טעות ולא הטעיה.

**טעות ואכיפה:** לא ניתן אכיפה עקב טעות. **עא 423/80 אבדני נ קסוטו** אין ביטול אבל גם אין אכיפה.

**הטעיה:** ס'15 לחוק החוזים. שאלת יסודיות הטעות- לא דורש שהטעות יהיה יסודית והמטעה לא צריך היה לדעת שבלי ההטעיה הוא לא יתקשר בחוזה. אם יש הטעיה בתו"ל אז צומחת הזכות לביטול. בארה"ב- או הטעיה זדונית/יסודית. ישראל- לא מכיר בביטול בקלות או הטעות לא יסודית, עובר למישור הראייתי.

**ולנטין נ ולנטין:** לבעל הייתה דירה והסכים לאשתו להעביר חצי מהדירה על שמה. שבוע לאחר ההסכם רצתה להתגרש. הסכים להעביר חלק מהדירה אליה. בדיעבד גילה ששיקרה לו לגבי טיול לאילת וישנה בחדר עם ידיד ובנוסף בת זוגו של הידיד לא הייתה בטיול. ולכן רצה לבטל את ההסכמים בהם הסכים להעביר לה כסף וחלק מהדירה. הבעל טוען שלו ידע שישנה בחדר עם מישהו אחר לא היה מתקשר עמה בהסכם. התקשר עקב טעות. ביהמ"ש אומר שכן הייתה הטעיה אבל היא לא קשורה סיבתית להסכמים.הבעל טען כי הסכם 3 נחתם תוך אמונה בתוקפות של הסכם 2 (שנחתם מטעות כי הוא מבוסס תוך אמונה בתוקפו של הסכם 1 והסכם 1 נחתם תוך הטעיה ביחס לאירועי אילת. הטעיה מכוונת- נמסר מידע שקרי ביחס לאירוע שהתרחש בסמיכות לחתימה על ההסכם). המהלך של ביהמ"ש שניתק את הקשר בין הסכם 1 מהסכמים 2 ו3, בגלל אופיים השונה.

**עא 304/84 פופסקו נ עריית חיפה:** עולה חדש מעוניין להקים פארק שעשועים בחיפה ונדרש להוכיח את היכולת הכלכלית שלו והוא משקר לגביה. ביהמ"ש אומר שהמצג תרם להתקשרות בחוזה אבל לא נותנים סעד של ביטול בגלל שהעירייה הכניסו בתוך החוזה המון מנגנונים שמראים מה קורה אם פופסקו לא היה יכול להשלים את החוזה. עירייה סבירה הייתה מתקשרת בחוזה הזה על אף הטעות. כלומר, הם מכניסים את שאלת יסודיות הטעות ב"דלת האחורית".

**המצב הנפשי: הטעיה בתו"ל-** מצג שווא רשלני/ לא רשלני אבל בתו"ל, האם אפשר לבטל? ארה"ב- כן אם היא יסודית, ישראל- פרידמן כהן ושלו טוענים שכן גם אם לא יסודית. יכול לגרום תמריצים שליליים- מצבים הטועה יכל לאתר את הטעות ולהימנע ממנה בקלות. ניתן במקרים שהם טעות לא יסודית להכריע לפי 14 ב'.

**הטעיה מטעמו של אחר:** ס'2 לחוק השליחות. כל פועלה שעושה השלוח מחייב את השולח לרבות הטעיה. לכאורה אין צורך בס' 15, אך מטעמו רחב יותר משלוח, גם אם נציג מכירות משקר מטעם החברה לאינטרסים האישיים שלו, ישנה הטעיה ועילת ביטול מול החברה. גם כפיה ועושק יכול להעשות ע"י צד ג'- ס'17,18,12 מקנים סעדים.

**מהות ההטעיה:** איזון אינטרסים- רוצים שלא יטעו אך גם לאפשר רווח לצד ממידע שיש לו, הטעיה אקטיבית היא קלה להבנה כשלילית אך חובת גילוי לא קל.

**מצג שווא:** הטעיה ע"י עובדה או משפט שמובין לטעות ולכריתת חוזה, אי קיום הבטחה בחוז אינו מצג שווא אלא הפרה כל עוד הצד התכוון להבטחה בכריתה: **עא 760/77 בן עמי נ בנק לאומי:** התחייבות למסור ערבים לחשבון בנק עסקי כאשר ידוע לנציג שאין ערבים. ביהמ"ש פוסק שזאת הטעיה כי הוא מעולם לא התכוון לקיים. אם הוא התכוון לקיים בשעת הכריתה אבל לא היה מסוגל לקיים, זאת לא הטעיה. בישראל- לא ברורה הדרך להטעיה, ארהב- לא הטעיה אנגליה- כן.

**התפארות והצגת דעה:עא 3322/16 איי די איי חברה לביטוח נ לשכת סוכני ביטוח בישראל:** טענה שהקמפיין של שוקה שמצייר סוכני ביטוח כגרועים הוא מטעה. טוענים להטעיה לפי חוק להגנת הצרכן. ביהמ"ש קובע שדיני מצג השווא יחולו כאשר מדובר בהצרה לגבי נתון עובדתי או משפטי ולא כאשר מדובר בחוות דעת, בהערכה גרידא או בדברי התפארות.

**אמת מהותית ואמת מילולית**: פער בין האמת העובדתית לאמת המהותית ששינו את התמונה העובדתית: **עא 494/74 חברת בית החשמונאים נ אהרוני:** מוכר הוא בעל מקרקעין שמקים חנות על הקרקע. התחייבות חוזית כי לא תוקם עוד מסעדה בשטח המקרקעין. בפועל, אותו בניין מחולק ל2 יחידות מקרקעין, בחלקה ה2 מוקמות 2 מסעדות. החלקה ה2 בבעלות של קבלן אחר, והם בונים בשת"פ. השופט בייסקי אומר שהייתה חובה לגלות לקונים שמדובר ב2 חלקות. השופט ח' כהן אומר בדעת מיעוט כי הגילוי חלקי אולם הקונים התרשלו בבדיקת גבולות החלקה ולכן אין אחריות למוכרים. **עא 770/81 רגומי נ אררט:** ביטוח נגד שריפה. חברת הביטוח שילמה ואז דרשה השבה. בשעת הכריתה שאלו אם בוטל בעבר חוזה אצל חברת ביטוח אחרת. רגומי השיבה כי היא ביטלה כמבוטחת ביטוח שהיה לה אצל חברת מגן. מתברר כי מגן ביקשה לבטל ורגומי ביקשה שיתנו לה לבטל במקום. נקבע כי רגומי לא הסתפקה שתשובה שלילית, אלא הוסיפה שהיא מבטלת פוליסה קיימת. בכך היא גילתה חצי אמת. משבחרה לעשות זאת, היא חייבת לדווח על כל מה שאירע.**לקי דרייב נ הרץ:** לקי דרייב הייתה בת רשותה של הרץ. נחתם הסכם לפתיחת סוכנות להשכרת מכוניות. לקי דרייב התדיינו מול הילטון על פתיחת סוכנות בבית המלון שלהם והציגו את עצמם כחלק מהרץ. במהלך המו"מ נשיא הרץ שלח ללקי דרייב מכתב בו אמר שלא בטוח שימשיכו את החוזה ביניהם. אומנם לקי דרייב המשיכה להציג עצמה כבת רשותה של הרץ. השופט הלוי אומר שעצם השתיקה באשר לשינוי הדברים היא שיצרה את מצג השווא.

**חובת גילוי:** בדין האנגלי- אין חובת גילוי כללית ר בקשרים מיוחדים/חצי אמת/ שינוי של מצב עובדתי קודם. ס' 15 חל על אי גילוין של עובדות שלפי דין, נוהג ונסיבות היה עליו לגלותן: 1) חוק בנקאות /חוק חוזה ביטוח ס'2: סעד ספציפי של אי גילוי אך לפי ס' 15 חובת גילוי לפי דין יהיה ביטול, סעד שונה מס'2 לחוזה ביטוח אז למה צריך את ס' 15? חוק ספציפי גובר על כללי, אבל אם אין סעדים בחוק ספציפי יהיה תחולה כפולה. 2) ס'12 לחוק החוזים- כולל גילוי לפי נוהג (אין טעם ללפי דין או נוהג בס' 15).

**שיקולים בהכרה בחובת גילוי:** **1)** מערכת יחסים מיוחדת- בנק לקוח/ מבטח מבוטח/ זוגיות דרוש אמת רחבה יותר(ולנטין נ' ולנטין) **2)** קרבה למידע- כמה קרוב הצד הטועה קרוב לידעת המידע לבד:**ספקטור נ צרפתי:**(12 קומות)כאשר התחלף המתווך והמוכר לא הודיע לקבלן שנקשר כי יש הגבלה לדירות. לפי השופט אשר חלה חובת גילוי לפי הדין כי השתנו תכונות הנכס וכן לפי המקובל כי ידע שיש חשיבות למידע זה לקבלן. השופטים לנדוי וכהן- לא הייתה חובת גילוי כי לא דנו בנושא במשא ומתן ולכן אין חובה להוסיף מידע שיכל לגלות לבד. אך כן מאשרים את זכות הביטול למרות שלא הייתה חובת גילוי כי לפי חוק המכר בו ניתנת זכות ביטול אם הייתה אי התאמה של הנכס.**עא 9019/99 קיסטלניגר נ אליה:** בעלת קרקע חיה בארה"ב, לא דוברת עברית, ירשה את הקרקע לפני שנים. הקרקע החקלאית עברה שינוי ייעוד המפשיר אותה למגורים הקונים יודעים על שינוי הייעוד. השופט אנגלרד אומר שיש חובת גילוי. עקרון תו"ל דורש כי המציע יגלה את העובדה כי לגבי החלקה החקלאית קיימת תכנית לשינוי ייעוד, המעלה את ערך הקרקע. **3)** אשם תורם-**ספקטור נ צרפתי:** השופט ח' כהן אומר שכאשר יש אופציה סבירה וקלה לגלות את המידע אין אפשרות לטעון לאי גילוי מהצד השני.**גינדי נ אפללו:** העמדה של אשר היא שאדם סביר היה קורא את החוזה טוב. לא צריך לגלות לצד השני מה כתוב בחוזה**.4)** חשיבות סובייקטיבית: **Reed v. King:** לא ידעה הקונה שבעבר בוצע רצח בבית שקנתה. ביהמ"ש אומר שהיה לגלות את המידע למרות שיכלה לגלות אותו לבד מאחר שהיה משפיע המידע על שווי הנכס. במקרה זה אין רציונל לא לגור בבית כי הבית לא שונה ממה שאמרו לה אך עדיין יש חשיבות אובייקטיבית לדבר כי לכל אדם נורמטיבי הייתה חשיבות למידע על הנכס אך אם היה מדובר בהעדפה אישית סובייקטיבית שלה בלבד לא הייתה חובת גילוי.

**חובת גילוי לפי ניתוח כלכלי:ההצעה של קרונמן-** הבחנה לפי עלות גילוי. יש מידע שמתגלה באקראי או בלי שום השקעה ויש מידע שעולה כסף לגלות אותו. לדוג'- מוכרי דירה באוגוסט שגרים מעל גן ילדים שעושה רעש. המידע אודות הרעש לא מצריך מאמץ מיוחד- הם יודעים עליו מעצם המגורים שם. זה מידע שיש לגלות.

**הטעיה והפרת חוזה:** אם מצג השווא הוא התחייבות חוזית אז ניתן לדרוש עוד סעדים פרט לביטול והשבה, בהטעיה ניתן לקבל ביטול והשבה ובעיקר פיצויים שליליים: **עא 5888/08 אלרומלי נ החברה הכלכלית לפיתוח רהט בע"מ:**(פרוספקט) חברה לפיתוח רהט קשרה עם חברת קבלן לבניית שוק סגור ברהט, נקלעה לקשיים כלכליים ולבסוף חברת הקבלן השניה רכשה את הקרקע ובנתה שוק פתוח המערערים טוענים כי הוצג להם פרוספקט המראה כי השוק סגור ובעל 94 חנויות ומאחר כי לא היה מ צג אחר מצב זה מחייב. המשיבים טוענים כי הפרוספקט הוצג לאחר החתימה ולא מהווה בסיס להסתמכות. השופט עמית- יש להבחין בין הצהרה לא נכונה המהווה הטעיה, אשר ככזו יכולה לזכות בביטול החוזה, לבין הצהרה לא נכונה המהווה חלק מההתחייבויות על-פי ההסכם, ואשר הפרתה מזכה בכל הסעדים החוזיים. הפרוספקט היה המייצג היחיד לכן הוא מחייב ותניה בחוזה.

**כפיה ועושק, השפעת זכות הביטול על צדדים שלישיים**

**עושק-** ס' 18 לחוק החוזים. דרוש גם קש"ס בין ניצול לבין מצקת הצד השני כפי שמפורט בסעיפים, וגם שתנאי החוזה יהיו גרועים בצורה בלתי סבירה באופן מהותי מהמקובל.

מצוקת המתקשר- **עא 403/80 סאסי נ קיקאון:** הזוג סאסי החליף בעלות החזקה וחכירה על הדירות עם קיקאון, שווי דירתה היה משמעותית גבוהה משלהם והיא במצב נפשי רע כרוני, היא תבעה בטענה של עושק: השופט טירקל- שלושה מצבים כדי שיהיה עושק- מצב העשוק (מצוקה), מהתנהגות העושק (ניצול) ומתנאי החוזה (גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל).**כהן נ הרשקוביץ:** בנו דירה אך התארכה הבנייה לאחר תקופת הלימודים ועקב הדחף לעבור לדירה הסכימו לחוזה שלא רצו. נקבע שלא התקיים עושק מאחר שהיו אלטרנטיבות במקום חתימת ההסדר (כמו לשכור דירה ולתבוע את הכסף חזרה), וכן לא מדובר במצוקה חמורה מתמשכת אלא מצוקה כלכלית חולפת. נשאלת השאלה האם המצוקה צריכה להיות סובייקטיבית או אובייקטיבית. בסוגיית טעות הדרישה שהטעות יסודית היא גם סובייקטיבית (הצד לא היה מתקשר בחוזה עקב  הטעות), וגם אובייקטיבית (המטעה או הצד שהטעה יכול להניח שאדם סביר לא היה מתקשר בחוזה אילו היה יודע על הטעות).

דרישת קש"ס: האם צריך להראות כי החוזה נחתם בגלל עושק וכפייה? **שפיר נ אפל:** מנהל עסק לחלב שחושב שגונבים ממנו וכופה על האב לחתום על חוזה להחזרת הכסף שכלל לא הוכח שנגנב. במקרה הזה **היה עושק כי לא הייתה התחייבות קודמת** לתשלום כסף. **כל היסודות של עושק מתקיימים**- הוא יוצר תחושה סובייקטיבית של אימה, ויש לניצול שואה מצוקות שהוא מנצל וזה עצמו גורם להתקשרות החוזה (לא היה חוב שקיים ברקע). ביהמ"ש מקבל גם את הטענה כי **קיים קשר סיבתי ושההסכם השני הוא תוצאה של עושק כי הראשון הוא תוצאה של עושק.** השופטת שטרסברג-כהן קובעת **שלא צריך להוכיח שלולא העושק לא הייתה נוצרת התקשרות ולא נדרש העושק יהא הגורם הבלעדי** או המכריע להתקשרות משום שמבחן הקשר הסיבתי הוא סובייקטיבי. יש סתירה לכאורה בדבריה, מצד אחד היא אומרת שלא נדרש קשר סיבתי בין העושק להתקשרות. ואילו בסוף היא מסיימת שנדרש קשר סיבתי סובייקטיבי, ניתן להסביר זאת ע"י חזקה הניתנת לסבירה שיש קשר סיבתי בין שאר התנאים שאדם מסוים לא היה מתקשר בחוזה, אבל זה ניתן לפרשנות סובייקטיבית של האדם.

* האם נקיטת הלכים פליליים הם בגדר חוסר תו"ל? באופן כללי לא- ניתן לפנות לביהמ"ש ולמשטרה (אמצעי התגוננות) אך כאשר הדבר נעשה כאיום להשגת דבר מה מהצד השני= עושק.

סבירות החוזה: ללא תמורה או ללא ביסוס זכות קיימת אז אין הוא סביר ואין אפשרות לבדוק אם הוא חורג מהמקובל= לא סביר.

יחסי גומלין בין יסודות העילה:יסודות עילת העושק מקיימים יחסי גומלין- ככל שאחד מתקיים באופן חזק יותר, יש פחות לדרישה של היסודות האחרים. **רעיון האגרגציה הנורמטיבית** (שקלול) של פורת ופוזנר- שכלול של כל היסודות שהם לא מספיקים, אבל יחד הם כן יבאו מספיק. לא נקלט בכל הדוקטרינות, בעושק הו נקלט באופן מפורש. הרעיון לא אומץ בפסיקה בפועל.**סאסי נ קיקאון:** . ביהמ"ש מתרשם שהיחס בין התמורות כל כך חמור ולכן נסתפק בבסיס לעושק נמוך יותר בכדי לפסוק שנעשה ניצול מצוקה (לא נדרוש לקות שכלית חמורה).

**כפייה-** ס'17 לחוק החוזים כללי.כוח ואיום מתפרש באופן סובייקטיבי- האם האדם חש מאוים במקרה הספציפי, כפיה (בדומה לקשר הסיבתי בעושק) לא צריכה להיות יסודית ונבחנת סובייקטיבית. **שפיר נ אפל:**האיום הראשון היה נגד האב תוך ניצול הפחד שלו ואילו האיום נגד האם והבן נעשה תוך ניצול הדאגה לאב. הפגם בחוזה הראשון הוא מה שהופך את החוזה השני לכזה שנכרת כתוצאה מכפיה**.שחם נ מנס:** זוהי דוגמא לאיום בסנקציה פלילית. שחם גנב ממנס( עורך דין) והם הסכימו להעביר למנס את הדירה ואח"כ שחם טוען כי החוזה לא חוקי ושהתרחשו כפייה ועושק. היא טוענת כי החוזה לא חוקי כי בתוך החוזה הוסכם שלא ידווחו לרשויות על הגניבה. החוזה נתון בכפייה כי מנס אומר לשחם שאם הם לא יעבירו לו את הדירה, הוא ידווח עליהם לרשויות. עושק- מנצל את המצוקה. ביהמ"ש דוחה מייד את טענת עושק כי התנאים של החוזה לא בלתי סבירים וכן לא ברור שישנה מצוקה. אין כפייה מכיוון שהאיום הוא פנייה לרשויות (ההבדל ביניהם לשפיר נ אפל הוא שבשפיר לא היה בסיס לפנות למשטרה וכן לא הייתה זכות לקבל כסף האיום לא היה גורם להסכמה- שחם הסכים להעביר לו כי הוא חייב לו את הכסף). **שאול רחמים נ אקסומדיה:** כפייה כלכלית- יש אפשרות לתבוע על כפייה כלכלית. הסיפור שם היה לגבי שותפות בין בעל קרקע לבין מארגן יריד, שבסוף היריד לא צלח ומשכך דרש בעל הקרקע במהלך היריד החזר הוצאות, ואם לא הוא סוגר את היריד. לכן המשיבה הסכימה לחתום על החוזה. מלץ קבע שהייתה כפיה כלכלית מאחר והיה איום מידי ללא זמן לפנות לביהמ"ש (בשונה מכהן נ' הרשקוביץ) ונקבע שהסכומים שדרש לא היו בהסכם המקורי- מעבר למה שהתחייבו.

מקרים אחרים שיכולים ליצור כפיה זה מקרים שמחזיקים או מממשים זכות עכבון באופן פסול נכס של מישהו אחר, עבור תמורה כספית. זאת כפיה כלכלית, כי אני לא אפרוץ למחסנים ואקח מה ששייך לי.

אזהרה בתו"ל על הפעלת זכות:אם אומרים לאדם- אתה חייב לי כך וכך, ואם לא תשלם תעמוד לדין ותשלם פיצוי. זו לא כפיה.(שפיר נ' אפל- לא בתו"ל).

**הקניית זכות הביטול לצד שלישי:** פגם בכריתה (למעט בשל ס'14 ב)= ביטול , ס' 19 = ביטול חלקי, ס'31 מחיל את ס' 19 גם על ס'30 (חוזה לא חוקי/ נוגד את תקנת הציבור), ס'20= דרך ומועד ביטול, ס'60 אופן מתן ההודעה, ס'21= חובת השבה בביטול- עין/שווי.

תוצאות ביטול הצדדים: הבדל בין ביטול והשבה עקב פגמים בכריתה ס'21 לחוק החוזים לבין ביטול עקב הפרה ס' 9 לחוק החוזים תרופות: ס'21 בעין כברירת מחדל ושווי רק אם השבה בעין אינה אפשרית או סבירה וס'9 מאפשרת לנפר להחליט על דרך ההשבה גם אם היא לא סבירה**.הפסקת חיובי החוזה**- כולל חיובים משניים- בוררות, פיצויים מוסכמים, הסכמה על אופן חישוב ההשבה. **השבה**- מניעת התעשרות. השבה בעין או השבת שווי בלתי אפשרית או בלתי סבירה: **בלתי אפשרית**- הנכס נאבד, הועבר לצד ג' ולא ניתן להשיבו, **בלתי סבירה**- ניצול מצוקה.

**תוצאות הביטול כלפי צדדים שלישיים:** כאשר לצד ג' יש זכות לנכס יש להבחין מתי הזכות ניתנה לו ביחס לזכות ביטול של הצדדים בחוזה: 1) לא' יש זכות ביטול אך אחרי שהנכס עבר לג' 2) לא' יש זכות ביטול לפני שהנכס עבר לג' 3) לב' יש זכות ביטול מול א' אחרי שהנכס עבר לג' 4) לב' יש זכות ביטול לפני שהנכס הועבר לג'.

מי זוכה בבעלות על הנכס? זכאי הודעת הביטול או צד ג?

**נס נ' גולדה:** צד א' מכס לצד ב' צד ב' לא עמד בהתחיבויותיו= לצד א' זכות ביטול, ב' מכרו את הנכס לצד ג' למרות שיש זכות ביטול ולהם אין זכות בנכס, המפרים העבירו לצד שלישי למרות שהייתה זכות ביטול. ישנן שתי אפשריות קיצוניות: 1) אין השבה בעין אם לא מדובר בצדדים להסכם-  בעייתי כאשר יש גורם שקישר כי לאחד הצדדים לא היה כסף. 2) ביטול חוזה בין ב' לצד ג' למפרע- יוצר קושי לצד ג' כי הצד שמולו הפר הוא לא יכול לפצות. אז בעצם אנחנו שואלים מי עדיף במערכת היחסים, א' או ג'. פתרון- תקנת השוק, ס'34 כאשר ג' רוכש מא' זכות לנכס בתו"ל ומתגלה בדיעבד עילת ביטול תהיה זכות לביטול- פוגע בג' אך העלאת הזכות צריכה להיות תוך זמן סביר מרגע הגילוי.

**כנען נ' ממשלת ארה"ב:** רכישת ציור ב250 ₪ וגילוי שמדובר בציור יקר שנגנב אך פוצתה הגניבה בביטוח. המוכרת לא רוצה לבטל את הקנייה כי קיימת תקנת שוק שאם נקנה הדבר בתום לב יש לה זכות להחזיק בזה. השופט אור מציע להתמודד עם הדבר בכך שהתקיימה טעות משותפת במהות התמונות ולכן יכולים הצדדים לבטל את הקנייה. וכן יש לממשלת ארה"ב מתוך זכות העקיבה יכולת לבטל את החוזה בתור המוכרת. השופט ברק אומר שמימוש זכות הביטול היא דרך חובת תום הלב כך שהיא לא צריכה לבטל אך כדי להיות תמה לב ביחסיה עם ממשלת ארה"ב צריכה לדרוש ביטול.

**תוכן חוזה**

תנאים ותניות: תניות- חיובים של הצדדים להסכם/ הסדרים של חיובים. תנאי- תנאי מתלה או תנאי מפסיק.השופטת חיות הגדירה את ההבדל באופן ברור יותר ב**פס"ד אבן חיים**: תנאי מתלה הוא תנאי המותנה בדרך כלל בהתקיימות אירוע עתידי, בלתי-ודאי שהוא חיצוני לחוזה ואינו מטיל חובה על מי מהצדדים. זאת להבדיל מתניה חוזית שהיא חיוב שאת ביצועו נוטל על עצמו אחד הצדדים לחוזה.

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

תכלית התניות: 1) לעודד את ההסתמכות של הצד השני (ההסתמכות של הצד השני יכולה לבוא לידי ביטוי גם בתשלום שהוא יתן לי, או בתשלום גבוה יותר). לדוג' ב**פס"ד הוקינס** הייתה התחייבות להשיג תוצאה בתיקון הצלקת, הרופא התחייב כדי לשכנע את הצד השני להסכים לניתוח. 2)  מנגד, ייתכן שתהיה תניה שלא אתחייב לתוצאה, אלא ההתחייבות תהיה לפעולה עצמה. 3)  **ככלל**: כשיש תניה שמחייבת לבצע פעולה, הצד גם מתחייב להשיג תוצאה. אך ניתן להתנות על התוקף המחייב באמצעות תניית ההשתדלות  (Best effort). ברפואה ועריכת דין זה ההיפך, מתחייבים לפעולה בלבד, התחייבות לתוצאה- זה החריג.

**תנאים**: ס' 27 א' לחוק החוזים. **תנאי מתלה:** אירוע בלתי וודאי שבהתקיימותו תקום חובת ביצוע/ תוקף לחוזה. **פרידמן**- ביצוע החוזה מותנת בקיום האירוע, יש חוזה מרגע הכריתה כשהתאי קורה קמים חיובים, אם עבר זמן סביר מתבטל החוזה. **טדסקי**- אין חוזה בין הצדדים נהיה חוזה וחיובים כאשר התנאי מתקיים. האירוע חייב להיות לא וודאי, אם הוא וודאי זה חיוב ולא תנאי.**הבדל פרקטי** **בין הגישות**- משפיע על העת בו נכרת החוזה ובכך על סעדים בין הצדדים או עם צדדים שלישיים. **מאפיינים**: 1) אירוע עתידי בדרך כלל 2) חיצוני לחיובים בחוזה- חוזה יכול לעמוד בפני עצמו ללא התנאי 3) לרוב התנאי לא תלוי בהתנהגות הצדדים, והוא תלוי בגורם חיצוני.

**ברקוביץ נ קלימר:(הבת מתה והאם גרה עם בעלה שניסה לגרום לה לעזוב)** ברק קובע שזוהי מתנה על תנאי. תנאי מפסיק להסכם. זהו תנאי מוזר כי זה תנאי שאומר איך צד צריך להתנהג וזהו דבר חריג מאוד לתנאי.אם הצדדים קובעים שהתנאי תלוי לחלוטין בהתנהגות אז התנהגות שלא בהתאם לא מהווה דווקא הפרה של החוזה.**עא 441/75 שוילי נ זילברברג:** עסקה לביצוע שיפוצים בנכס שעדיין לא נרכש. ביהמ"ש קובע שזהו תנאי מתלה. תלוי ברוכש אך לא רק בו- קיום התנאי תלוי בקונה שצריך להשלים את הרכישה, אבל גם בקבלן.

חיובים מותנים: אפשר להתנות רק חלק מהחיובים ולא כל החוזה- חוזה ביטוח. יכול להיות שחיובים יהיו מותנים בהתנהגות הצד השני, יכול להיות חיובים שלובים- לעשות חיוב רק כאשר הצד השני עושה את שלו בו זמנית. ס' 27 מדבר על החוזה עצמו ולא על חיובים מותנים, ס'61/ 31+19 יכולים להסדיר, אין שימוש בפסיקה.

הבחנה בין תניה ולבין תנאי מתלה: אי התקיימות תנאי לא מהווה הפרה אבל אם יש התחייבות והתנאי לא מתקיים יש הפרה: ס'27 קובע כי אם בחוק יש דרישה לרישיון אז החזקה (ניתנת לסתירה) שהרישיון הוא תנאי מתלה, דרכי פרשנות: **1)** ביצוע החוזה גם בלי רישיון- הופך את קבלת הרישיון לחיוב אך החוזה נוגע באי חוקיות. **2)** מתחייב לקבלת רישיון: א'- קבלת הרישיון היא תנאי מתלה, החיובים שלהם הקבלן מתחייב קמים ברגע שיש רשיון, ס' 28 עוזר במצבים בהם צד יכול לסכל את מתן הרשיון (השתק), קשה ליצור קש"ס בין חוסר תו"ל ואי קבלת הרשיון- קושי בקש"ס (מבחן האלמלא) פתרון- פיצוי ע"י מבחן ההסתברות (הסתברותי כמו ב**Chaplin v. Hicks** (דוגמנית עם קבלה לראיון).  ב'- קבלת הרישיון היא התחייבות, אי השגתו היא הפרה, ניתן כל הסעדים חוץ מאכיפה שכן היא לא אפשרית. ג'- מתחייב ובנוסף תנאי מתלה- יוצר שתי חלופות באי מתן רשיון: גם ביטול עקב הפרה וגם ביטול החוזה מעיקרו- כדי שא' יכול להסתמך על קיום התנאי ביהמ"ש יכול לחייב את הצד שלא פעל לקבל את הרישיון כדי לקבל אותו.ב**עא 383/90 עברון עבו נ נחל נובע מקור חכמה**

קשה להבחין בין תנאי מתלה לתניה: **עא 62/77 סוכנויות מכוניות לים התיכון נ קראוס:**(היה צריך להשיג אישור לא רצו לשלם למתווכחים)היה קושי לקבוע אם היה תנאי או תניה בגלל הניסוח- גם מתחייבת להשיג את התוצאה וגם שזה כפוף להסכמה. השופטת בן פורת קובעת שעומדת לקונה 2 אפשרויות- (1) אם החוזה הוא עם תנאי מתלה והוא לא התקיים אז שום דבר לא התקיים (2) אם אתה רוצה להגיד שהתנאי לא התקיים היה תנאי מתלה. בגלל שהם עמדו על קיום החוזה הם צריכים לשלם למתווכים. הייתה להם אופציה לא לעמוד על קיום ולהגיד שהתנאי המתלה לא התקיים והחוזה לא קיים ולכן גם לא צריך לשלם למתווכים. אם מדובר בתנאי מתלה, אז הקונה צריך להראות שהמוכר פעל באופן לא סביר. אם מדובר בחיוב, המוכר צריך להוכיח סיכול. מעביר את נטל ההוכחה.

**עא 278/78 אמפא בע"מ נ רום כרמל תעשיות בע"מ:** חוזה מכר ל30 מכוניות. נאמר בע"פ ע"י היצרנית (כרמל) כי דרוש רישיון של משרד התחבורה, שלא ניתן. האם היה מדובר בחיוב או תנאי מתלה? השופט בכור אומר שלא היה תנאי מתלה שכן הוא לא הוזכר כלל בחוזה המכר. כאשר השגת הרישיון היא בתחום מומחיותו ועסקיו של צד לחוזה- נטייה להכיר בהתחייבות ולא בתנאי מתלה.

הבחנה בין תנאי מתלה ולמועדי קיום: מה קורה כאשר קבלן מתחייב לשלם לקבלן משנה במועד מסוים ופושט את הרגל: 1) אם תנאי מתלה אין חיוב 2) אם זה קביעת מועד אז יש חיוב והפרה. ארה"ב- נטייה להעמיד את הקבלן הראשי על הסיכונים שכן הוא יכול להעריך ולנקוט באמצעים להפחתת הסיכון. ישראל- מדובר בחיוב ולא תנאי מתלה, קיימים חיובים קודמים בביצוע ההסכם אם היינו אומרים שהחוזה נכנס לתוקף רק ברגע שהמזמין משלים את כל הפעולות הדרושות להזמנה כולל להעברת תשלום אזי זה תנאי מתלה.במקרה כזה, אי תשלום לעולם מהווה הפרה.

האם תנאי מתלה הוא חלק מהתקשרות חוזית? **עא 470/75 נאג'ם נ יעקב:** מוכרים למנהל מקרקעי ישראל נכס. החוזה יכנס לתוקפו שברגע שהמנהלים יחתמו על החוזה הוא יכנס לתוקף. האם זה תנאי מתלה? ואם כן, האם אפשר להסתמך על ס' 28 והתנהגות בחוסר תו"ל ולכן אתם לא זכאים להסתמך עליו.ביהמ"ש קובע שהסיפור פה הוא גמירות דעת. הסדר שאומר שזיכרון הדברים יכנס לתוקף רק כשהמנהלים יחתמו עליו, זה אומר שלא הייתה גמירות דעת. **שרף נ אבער:** פעולה קטין שדרושה אישור ע"י הנציג והנציג לא יכול לקיים את האישור. האם אישור ביהמ"ש הוא אישור של צד שלישי להסכם כמו רישיון ואז מדובר בתנאי מתלה? השופט ברק אומר שלא ושזה אקט של אישרור ההחלטה.? **חוק יחסי ממון-** האם אישור ביהמ"ש הוא תנאי מתלה ? לא כי ביהמ"ש בודק את גמירות דעת הצדדים ולא לבדוק צדדים שלישיים, בדיקת ביהמ"ש היא חלק מהתהליך בר תוקף ולא תנאי מתלה.

תנאי מתלה ותנאי מפסיק- אם צדדים אינם חייבים בביצוע אלא אם כן מתקיים אירוע מסוים= **זהו תנאי מתלה**. אם הצדדים חייבים לבצע אבל לא חייבים לבצע אם מתקיים אירוע מסוים= זהו **תנאי מפסיק.** לפי גישת טדסקי- משנה את נטל ההוכחה: אם חוזה הוא בעל תוקף והתנאי הוא מתלה, התובע צריך להוכיח כי התקיים התנאי המתלה והצד השני לא ביצע חיובים. אם התנאי הוא מפסיק וכל החיובים תקפים הצש שרוצה להפסיק צריך להוכיח כי התקיים התנאי המפסיק. א' יבצע את כל המוטל עליו כפוף להשגת רישיון. האם הרישיון הוא תנאי מתלה או שאי השגת הרישיון הוא תנאי מפסיק? **ברק** מאמץ את גישת טדסקי ואומר כי זהו **תנאי מפסיק** שכן החוזה עצמו יוצר כל מיני חיובים ואם היה תנאי מתלה אז החוזה לא היה בעל תוקף.

מה החיובים המוטלים על הצדדים: 1) אפשר לחשוב על כל חוזה על תנאי כחוזה שכולל תניה מכללא שהצדדים יעשו את הדרוש לקיום התנאי. או לכל הפחות, שלא יפעלו למניעת קיום התנאי. 2) אפשר לחשוב שהתנאי יוצר חוזה נלווה שאומר שצדדים מתחייבים לבצע פעולות כדי להגשים את התגשמות התנאי. את החוזה הזה ניתן לאכוף ואם התנאי מתממש- ניתן לאכוף את החוזה המקורי. אם אדם פעל באופן סביר ובתו"ל וגרם לכן שלא יתקיים התנאי, הצד השני לא יכול להסתמך שהתנאי לא התקיים (ס'28ג').

* אם החוזה בתנאי מפסיק- אין בעיה לתבוע על הפרה כל עוד לא התקיים התנאי המפסיק.
* ס' 27 לחוק החוזים מטיל חיובים על הצדדים גם לפני שהתקיים התנאי. אין סעדים למניעת הפרה לפני שהתקיים התנאי המתלה! סעדים הם בגין הפרה ולא למניעתה, סעד שימנע הפרה- צו מניעה.
* ביטול הסכם כאשר לא התקיים התנאי המתלה- פרק זמן שנקבע/ זמן סביר.
* אם התנאי המתלה לא התקיים- חוזה בטל.

**ישיבה וכולל אבן חיים נ צמרות המושבה:** צמרות התחייבה למכור קרקע למערערת ונערך זכרון דברים שבו התחייבה לנקות את הנכס משיעבוד והם הסכימו על סכום כסף ועל כל שאר הפרטים ושתרשם הערת אזהרה לטובת המערער, לאחר מכן צמרות מכרה את הנכס לחברות גד בסכום גבוה יותר. המערערת ביקשה סעד זמני שימנע את העברת הזכויות במקרקעין לגד אך בקשתה לאכיפה לא נענתה. מצד אחד זה נראה כמו חיוב- "מתחייבת" מצד שני זה נראה כמו התניה- "במידה שהבנק יסכים לכך". ביהמ"ש אומר שזה תנאי מתלה שכן המערערת רצתה את הנכס נקי משיעבוד וזה תלוי באישור הבנק. סעד זמני- זכות לסעד שנועד למנוע הפרה.

**סוגי תניות בחוזה**

**מצגים-** מה המצב העובדתי על בסיסו נחתם החוזה, יכולים להינתן ע"י הצדדים (תניה מכללא שהם נכונים)

**תנאים**- מתלה ומפסיק

**תניות**- מגדירים מה החיובים המוטלים על הצדדים ומנגנון ביצועם.

3 סוגי חיובים- 1) חיובים עצמאיים- חיוב של צד אחד בחוזה ללא קשר לחיוביו של הצד השני 2) חיובים מותנים- חיוב שצומח בתנאי התקיימו החיובים של הצד השני או תנאי מסויים(או מתוכן החוזה או מכללא). **עא 368/83 מסיקה נ ועקנין:** ייפוי כוח ע"י המוכרים הכרחי כדי שהקונים יקבלו משכנתא וישלמו את היתרה ולכן ברור שהצדדים התכוונו שהתשלום היתרה מותנה בהעברת המסמכים. בחוזה- הדרישה שצד ישלים את החיוב שלו קודם, מהווה תנאי לקיום החיוב של הצד השני. 3) חיובים שלובים- צריכים להתקיים בו"ז, בעיה- אף אחד לא יבצע כי אף אחד לא חייב עד שהשני לא ביצע, פתרון- חובה צומחת ברגע שיש נכונות לצד השני לבצע, אם אף אחד לא רוצה לבצע = ביטול ההסכם. זוהי עמדת ביהמ"ש פרט למקרים בהם יש הפרת תו"ל.

ס'43 לחוק החוזים א': 1- חיוב עצמאי, 2- חיוב מותנה,3- חיובים שלובים, ב' המשך פירוט א'. ביהמ"ש מחייב פיצוי לא על הפרה אלא על הנזק שנגרם בעקבות העיכוב. אם הנושה מעקב את הביצוע שלו, אפשר לעכב את התשלומים. אם חיובי הצדדים עצמאיים וצד ב' הפר לאחר שא' הפר, א' יכול לתבוע אותו גם על הפרה אך יהיה שיקול מטעמי צדק לאכיפה.

סדר ביצוע חיובים בחוזה- סדר החיובים נובע ממספר שיקולים: 1)מהות העסקה מחייב סדר פעולות מסויים- התחייבות להשגת רשיון קודמת להתחייבות לבנות. 2) אופי העסקה (חוזה קבלנות/ חוזה מכר…) 3) צרכים סובייקטיבים של הצדדים- כדי לקבל משכנתא צריך שהנכס יהיה רשום על הקונה, רישום צריך להיות קודם- בנקים נותנים הערת אזהרה שמבטח רישום, חיובים שלובים. 4) שיקולים עסקיים- חלוקת סיכונים ע"י חלוקת שלבים בביצוע החוזה. 5) הקניית ביטחון- כל צד רוצה לדעת הוא מקבל תמורה שוות ערך עבור ביצועו בכל שלב לחוזה.

יש דרכים לייצור ביטחון בחוזה ללא קשר לסדר  החיובים: 1) סעדים, אך לפעמים הבעיה מיידית וזהו פתרון עתידי/ לצד השני אין כסף לגבות ממנו. 2) בטחונות כמו ייפוי כוח בלתי חוזה או העברה בטאבו.

קביעת סוג החיובים: לעיתים ברור מהחוזה ולעיתים נובע מהחוק (ס'23 לחוק המכר) ובמקרה שעדיין לא ברור נפנה לפרשנות. בחיובים עצמאיים אין לרוב ביטחון בצד השני ולכן תכנון החוזה חשוב ביותר. יש לשים לב אם הצד השני יפר או לא וכמה הוודאיות לכך בהתחשב בחיובים שאתה צריך לבצע.

שינוי בסדר או בסוג מכוח התו"ל- חיוב של א' קודם לב' וא' מפר חוזה: 1) ב' יכול לבטל את החוזה עקב ההפרה 2) לבצע את חיובו ולתבוע אכיפה של א' 3) להותיר את החוזה ולהפר בעצמו.  חיוב של ב' קודם לחיוב של א' וא' כנראה יפר : 1) לבטל את החוזה בגלל ההפרה הצפויה 2) לקיים חוזה ולקחת סיכון 3) להפר ואז לא יוכל לתבוע אכיפה.

פתרון: **עא 701/79 שוחט נ לוביאניקר:** חתימה —תשלום 1 — תשלום 2 —- תשלום 3 —- העברת בעלות הנכס—- תשלום 4+מסירת החזקה בנכס. המוכרים נתנו ייפוי כוח בלתי חוזר לעו"ד של הקונים ולכן הם לא חששו לבצע את תשלומים 1-3. הבעיה שנוצרה הייתה נסיעה לאוסטרליה. המוכרים אומרים שהם לא רוצים להעביר בעלות בנכס לפני התשלום ה4 כי הם לא בטוחים שישלמו להם. הם רוצים להעביר את כל החובות של הצדדים שיהיו שלובות. השופטת בן פורת אומרת שהחיובים האלו הם עצמאיים ולא שלובים (א"א לפתור דרך פרשנות של ההסכם). אבל עקרון תו"ל מחייב את הקונה לבוא להגיד למוכרים שהיא נוסעת לאוסטרליה. ההתנהגות הזאת, שלא בתו"ל, מזכה את המוכר לסטות מהקיום המדויק של החיוב ולדרוש שילוב של הרישום במסירת החזקה, תוך התניה של הרישום והמסירה בתשלום היתרה. לכן, חוסר הנכונות של הקונה לשלם מהווה הפרה. הביטול של המוכרים כדין. כלומר, ההלכה- חובת הקיום בתו"ל מאפשרת שילוב של תניות עצמאיות כאשר יש בסיס סביר להאמין שהחייב לא יבצע חיוב יסודי בעתיד. **עא 437/80 זיגל נ רוזנר:** בן פורת אומרת שהפרות חוזרות של המוכר מקנות לקונה את הזכות להעמיד תנאים לפני ביצוע החיובים שלו (אישור שהמוכר שילם את חובו לחברה, והעברת מניות ברישום לפני התשלום). **עא 35/79 אלפרוביץ נ מזרחי:** מוכרים טענו שזכאים לבטל חוזה לאחר זכרון דברים. הקונים עמדו על ביצוע, אך דרשו שייחתם חוזה פורמאלי לפני התשלום הראשון. המוכרים מודיעים על ביטול עקב הפרה. הקונים תובעים, וביהמ"ש מאפשר אכיפה. נקבע כי לפי פרשנות חוזה היה צריך קודם חוזה פורמאלי. אולם, בנימוק נוסף נאמר שניסיון ההתנערות מהווה חוסר תו"ל ומצדיק את העמידה של הקונים על חתימת ההסכם. אלפרוביץ' פחות מרחיק לכת, כי הוא מטיל חיוב אבל הוא חיוב טכני ופשוט. אין כאן מעמסה על הצד השני, לא שינה את החוזה מהותית.**עא 702/80 גלפנשטיין נ אברהם:** חוזה למכר דירה ב3 תשלומים. לפי ההסכם, התשלום ה2 יינתן בתאריך מסוים, עם קבלת משכנתא. העברת הבעלות תעשה בתאריך אחר, אחרי התשלום השני ולפני השלישי. הבנק לא מוכן לתת משכנתא לפני שעוברת הבעלות. מרגע שניתנה המשכנתא, הסכום מועבר ישירות למוכרים. השופט שינבויים אומר שניתן לפתור דרך פרשנות החוזה.

**פרשנות חוזים ותניות מכללא**

שני סוגי שאלות: 1) תכלית הפרשנות- א'- מטרות חברתיות ב'- רצון הצדדים בכריתת החוזה 2) איך מגשימים תכלית - א'- גישה קונטקסטואלית, לפי הנסיבות ב'- פורמליזם. תכליות לפרשנות חוזים:

גישה כלכלית**:** היא להשיא את הרווחה המשותפת של הצדדים לחוזה, **שורץ וסקוט-** פרשנות פורמליסטית משיאה את התועלת המשותפת של הצדדים. כי הצדדים קובעים את התנאים הטובים ביותר להתקשרות ביניהם ושופטי ביהמ"ש לעיתים לא מבינים בנושא.**פוזנר-** פרשנות צריכה לקחת בחשבון נסיבות, כי זה מה שמקדם יעילות גם מנק' המבט של הצדדים מלכתחילה.**פתרון המחלוקת-** פוזנר, שורץ וסקוט עוסקים בחוזים שונים. אם החוזה הוא פתוח ומכיל לאקונות ועמימות מסוימת כי הצדדים לא ידעו את כל האפשרויות, הם רוצים שביהמ"ש יתערב בנסיבות. אבל  אם החוזה סגור, הם לא רוצים.

חירות**:** ביהמ"ש צריך לקדם את החירות של הצדדים. פרשנות חוזה צריכה רק להגשים את רצון הצדדים ולכן אסור לה להיזקק לערכים חיצוניים. אבל נסיבות חיצוניות לחוזה שמעידות על מה שהצדדים רצו במועד הכריתה, זה בסדר כי זה מקדם את החירות שלהם במועד הכריתה.

אוטונומיה: אוטונומיה- אוטונומיה היא הזכות של אנשים לכתוב את סיפור חייהם גם במהלך חיי החוזה. המשמעות- כל צד חייב לכבד את האוטונומיה של הצד השני. **דגן ודורפמן-** "צדק ביחסים" . אם התוצאה סותרת את הצדק ביחסים, יש למנוע אותה. כלומר, יש מקום צנוע לערכים חיצוניים. יש להבחין בין סוגי החוזים מערכת יחסים שונה שמצדיקה התערבות משפטית שונה.

מטרת הפרשנות והכלים הפרשניים- בפס"ד אפרופים נדונה השאלה איך מפרשים חוזים ברק- כוונה סובייקטיבית היא כוונת הצדדים המשותפת באופן מפורש. סובייקטיבית עולה על אובייקטיבית. אמור המידה האובייקטיביות( הוגנות, יעילות,צדק..) מוחדרות לחוזה כשיש מחלוקת פרשנית.

**אפרופים**- המדינה יצרה חוזה אחיד (פרוגרמה) להתקשרות עם חברות קבלן כדי לקדם בניה לעולים חדשים. המדינה בחוזה מתחייבת לרכוש מספר דירות מסוים (תלוי מיקום איזור הבניה) ס' מסויים בחוזה אומר כי המדינה יכולה להפחית מכסף ההתחיבות בכל מני מקרים שלהקבלן מבצע. החברה הקבלנית נקשרה בחוזה ובנתה ואיחרה במועד השלמת הבניה. המדינה רוצה לפי הס' המדובר להוריד 6% מהמחיר עליו התחייבה. החברה טוענת כי בס' מדובר על איחור בדרישות הקבלן ולא איחור בביצוע ולכן המדינה לא זכאית להוריד את המחיר. ביהמ"ש מחוזי קיבל את טענת החברה הקבלנית. המדינה עותרת. **השופט מצא (דעת מיעוט)** חושב שהעתירה צריכה להידחות: **תורת 2 השלבים**:ס'25 לחוק החוזים מייצר שני שלבים- קודם השופט בא לטקסט ושואל אם הוא ברור או לא. רק אם הטקסט לא ברור, הולכים ונעזרים בנסיבות החיצוניות.

היררכיה נורמטיבית והיררכיה בכלים הפרשניים: מחלוקת לגבי סדר הפרשנות וקבילות הראיות החיצוניות. עד אפרופים: תורת שני השלבים (בה השתמש מצא) : **חסקין נ חסקין:** מדובר היה באדם שנהרג במלחמת יוה"כ. שכתב לגרושתו בזמן שהיו נשואים כי היא זכאית לפוליסת הביטוח שלו. לאחר מכן הוא התחתן עם אישה שניה ועמה היו לו גם ילדים. בפוליסה נכתב שהזכאות לפוליסה הינה לשם האישה הראשונה יחד עם התואר "אשתי". עלתה השאלה- מי זכאי לפוליסה? ברור שלפי שיטת שני השלבים היינו אומרים שיש כאן חוזה שסובל מדו-משמעות, יש אשתו שהיא לא דינה ויש דינה שהיא לא אשתו. בחוזה כתוב- דינה אשתי. אז היינו מבינים את הרצון שלו לפי השלב השני. אבל ס' 25 לחוק החוזים לא מאפשר את זה כי אנחנו צריכים שהדבר יהיה מעוגן בטקסט. ולכן הדרך היחידה שזה ישתלב בטקסט זה ביטול התניה, הפוליסה תהא למוטב, ובהעדר מוטב הפוליסה תלך לעיזבון. זוהי מסקנת השופט זוסמן.

**ברק באפרופים:** ברק אומר באפרופים שתורת 2 השלבים לא הגיונית וצריך לעשות פרשנות תכליתית- לבטל את ההיררכיה בין הטקסט לתוצאה. הפרשן צריך להתייחס לטקסט אבל לפרש אותו לאור הנסיבות והפוך. גם אם הטקסט נראה לנו ברור- הוא לא ברור והוא צריך להתפרש לאור הנסיבות. 3 טיעונים למה פורמליסטיות לא עולה בקנה אחד עם מטרת הפרשנות: 1) שפה לא תמיד תלויה בנסיבות( סוס= מכונה) 2) לשון הטקסט לא מספק וודאות- האפשרות ששופט קובע מהי לשון טקסט ברורה הוא בעייתי. 3) פניה ללשון לא מתחייבת מהחוק, לשון החוק לא מעידה על רצון הצדדים. הצדקות לפרשנות תכליתית שלא תלויות ברצון הצדדים: 1) דיני הטעיה וסיכול לא נצמדות ללשון הטקסט- לכן יש להמשיך עם הגישה ולא תמיד להיצמד ללשון הטקסט שמגדיל פער בין הגישה האובייקטיבית לרצון הצדדים. 2) פרשנות תכליתית מגשימה את עקרון תום הלב- צד שבר רגל ובגלל זה איחר, הצדדים רוצים להתחשב אך הטקסט לא מאפשר 3) תורת 2 השלבים חושבת על יציבות עסקאות וצופה פני עתיד אך לא מגשימה את רצון הצדדים הספציפיים ותכליתית כן. הערעור התקבל.

תכלית סובייקטיבית קונקרטית: פרשנות לאור ההגיון העסקי: במנה עסקה, הגיון פנימי, מטרות ואינטרסים. לצדדים יכולה להיות שפה עסקית שמשמשת אותם. יש הסדרים שמקבלים ביטוי בנסיבות חיצוניות למסמך. ברק- ניגשים לתכלית אובייקטיבית לאחר שכשלנו בשבלים הקודמים (תכלית סובייקטיבית והטקסט לאור הנסיבות).

**בלום נ אנגלו סכסון:(קנה את הזכות לעבוד תחת שמם ובמשרדם)** בהסכם לא כתוב "לזמן ולצמיתות", בלום רשאי לבטל את ההסכם 60 יום מראש, ואנגלו סכסון לא רשאית לביטול אלא בהתקיים תנאים מסוימים (שלא התקיימו). לאחר 40 שנה, אנגלו סכסון מחליטה לבטל. השופט דנציגר קובע כי לא ניתן לבטל. כי זה מתיישב עם ההיגיון העסקי: בלום שם יותר סיכון ולכן סביר והגיוני שהוא יהיה רק צד אחד שיכול לבטל את החוזה. סעיף 25(1) גם אומר כי אם צד הכתיב את התניות (במקרה זה אנגלו) פרשנות החוזה תהיה לרעתו.

תכלית אובייקטיבית לעומת כוונת הצדדים: ב**פס"ד בלמורל:** כהן והיימן שותפים לנכס מקרקעין. לשם הקמת מבנה על החלקה לקחו משכנתא ולאחר השלמת הבנייה מכרו חלקים מהנכס. היימן נקלע לקשיים והפסיק לשלם את המשכנתא לבנק והבנק נקט בהליכי מימוש. כהן חבר עם המערערת לצורך רכישת הנכס מכונס הנכסים (רכישה מהבנק את חלקו שלו+ רכישה כנאמן עבור המערערת את חלקו של היימן). העסקה הושלמה כשנותר חוב לטובת היימן, כשהוחזר החוב לכהן המערערת טענה שהכספים שייכים לה.

​​​​**השופט דנציגר (יחיד)-** 1)רק במקרים בהם לשון החוזה לא ברורה, מקום להתערבות פרשנית. כשברורה, יש לתת לה משקל. 2) פניה לנסיבות חיצוניות על מנת לפרש את החוזה באופן לא זהיר עלולה לפגוע בעקרון חופש החוזים, בוודאות מוסד החוזים וביציבות המשפטית של חוזה.3) במקרה זה, החוזה מפרט בצורה ברורה שהחלקים עליהם מקבלת המערערת זכויות הם רק החלקים אותם מוכר כונס הנכסים ולא חלקים שהיימן מכר בעברולכן כך יפורש החוזה.

**השופטים גובראן וריבלין-**השיקול העיקרי הוא להתחקות אחר רצון הצדדים. על בית המשפט להתחשב בכל מקור רלוואנטי, לא רק בלשון שנקטו הצדדים, אלא גם באילו נסיבות נערך החוזה.**גובראן-** גם הלכת ארופים וגם השופט דנצינגר הגיעו לאותה מסקנה (הלכת אפרופים נשארת) במקרה הזה לשון החוזה מלמדת על אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים.

תוצאות אפרופים: כל השופטים מגיעים לפרשנת לפי הגיון העסקי של החוזה- אפשר למצוא היגיון עסקי בסנקציה על איחור במימוש, כל שופט בדרך אחרת. אפשר היה ללכת  גם במסלול פרשנות נגד המנסח- תוצאה שונה. מנגנון ברק באפרופים קיבל הרבה ביקורת.-- תיקון 2 לחוק החוזים. נראה שתיקון זה עקף את אפרופים.

**רעא 3961/10 המוסד לביטוח לאומי נ סהר חברה לתביעות בע"מ:**השופט ריבלין- הפירוש הנכון לס' הוא שחוזה יפורש תוך בחינה מקבילה ומשותפת של לשון החוזה ושל נסיבות העניין, בכפוף לחזקה פרשנית- ניתנת לסתירה- שלפיה פרשנות החוזה היא זו התואמת את פשט הלשון קיומה של החזקה מבטא את משקלה החשוב והמשמעותי של לשון החוזה; לעומת זאת, אינו מכריע או בלעדי.ריבלין מפחד כי ס' 25(א) לא מוגבל לחוזים עסקיים, זה חל על כל ההסכמים. ולכן הוא אומר שיש חזקה והיא ניתנת לסתירה- אפילו אם ההתקשרות היא עסקית אבל פשוטה, נהיה חייבים להתייחס לנסיבות ואם הן מובילות לראיה חזקתית ברורה צריך להסתמך עליהם ולסטות מלשון החוזה.

**אבחנה בין סוגי חוזים:** יש חוזים עם פרשנות נרחבת יותר כמו חוזים אחידים/ הגנת הצרכן/חוזה ביטוח/ מכר… ויש חוזים אם פרשנות פחות אגרסיבית כמו חוק השכירות והשאילה/חוק המכר.

**בפס"ד ביבי כבישים**, השופט שטיין מבחין בין **חוזה יחס וחוזה סגור** (הצדדים לא רוצים שהחוזה יפורש ממקורות חיצוניים, לא אומר שהוא שלם כי אז לעולם לא הייתה הפרה- כל התנהגות הייתה מוסדרת בתוך החוזה וזה בלתי אפשרי. זהו חוזה מפורט והתכלית שלו היא להסדיר מקרים והפרות שהצדדים לא ראו. הצדדים ירצו שחוזה סגור יפורש לפי לשון החוזה- הם מקדישים המון זמן ומשאבים בניסוח. ולכן, הם רוצים שביהמ"ש יתייחס לניסוח של ההסכם והוא מראה בצורה טובה יותר את הרצון של הצדדים בחוזה הכריתה. חוזה יחס- חוזה פתוח, מגדיר מערכת יחסים ארוכת טווח ובה הצדדים מראש מוותרים על הגדרה מדויקת. הצדדים רוצים במועד הכריתה שביהמ"ש יתחשב בנסיבות המשתנות כשהוא יבוא לפרש את ההסכם. כשהחוזה סגור- תוספות להסכם יקבעו בדר"כ לפי ההסכם. באותם תנאים שבהם התקבל ההסכם. לעומת זאת בחוזה פתוח, שינויים בהסכם הם חלק מחייו ולכן נראה שינוי בהתנהגות שצד שני לא סתר אותו לאורך זמן כמשהו ששינה את תוכן ההסכם.

**למה הצדדים רוצים שחוזה יחס יתפרש לפי צורה תכליתית (אובייקטיבית)?**בחוזה יחס הצדדים רוצים התערבות של ביהמ"ש כדי להסדיר יחסים אורכי טווח ולכן הצדדים רוצים שזה ייצמד לעקרונות הרגילים המקובלים בתחום העסקי ושהצדדים שם שווים. לעומת זאת, בחוזה צרכני (ביטוח נכלל בו) יש עקרונות אחרים כי יש קשר שונה שדורש התערבות. הניסוח של החוזה הוא מוטה מראש ולכן ההתערבות הפרשנית היא שונה. גישות מוניסטית/פלורליסית- שטין אומר שחוזה עסקי הוא חוזה מוניסטי שיש לו תכלית אחת ויש חוזים אחרים שיש ל הם מספר תכליות וכך צריך לפרש את החוזה לפי התכלית העסקית- יש תכלית שוקית.

**אבחנה בין צדדים להסכם:** **לפי המאמר של גרושקופף ונפטלי:** צדדים לא מתוחכמים- רצון במועד הכריתה (צופה פני עבר) מסחיירים- רוצים וודאות ונעשה פרשות תכליתית שאומרת שרק לפי לשון החוק כדי לעודד עוד צדדים מסחריים להיות בהירים בכתיבת החוזה (צופה פני עתיד) כשיש צד חלק וחזק- אז הלכת ברק באפרופים רלוונטי ויש ריבוי תכליות. לדוגמה שהצרכן בעסקה באמזון לא קורה את החוזה כי זה אדישות רציונלית והצרכן יכול לנצל את זה כי לו החוזה כן משמעותי. פערי מידע בין הצדדים מייצרים פערי ניסוח ופערים ברציונליות/ הבנה/ עניין גם כן. מסביר את המשמעות לפרשנות תכליתית.**פס"ד הוד אביב:** קבלן זכה במכרז לפיתוח מכרז. בתמורה היו 2 רכיבים- (1) רכיב של 5% שהוא ניגזר כתוצאה של השבחת הנכס (2) רכיב של 6%- סגירת המרפסות. לא הוסכמה התמורה- האם הקבלן צריך לשלם תוספת. ביהמ"ש אומר שהמדינה היא צד מאוד חזק ויש לה תפקיד של עוסק- יש לה כוח כופה. ובגלל כוח זה, במסגרת המשפט המנהלי היא כפופה לעקרונות ההגינות אשר גדולים יותר מחובת תו"ל אשר לצדדים יש מחוק החוזים. ועקרונות ההגינות האלו יכפיפו את המדינה גם בחוזה פרטי. יש לפרש את החוזים בצורה שמאוד מגבילה את המדינה.

**הוראות שנקבעו ע"י הפניה או נקבעו במפורש:** מסמך חיצוני לחוזה משליך על תוכן החוזה ולהסדרים שהצדדים קובעים בניהם. (תעודת אחריות/פוליסת ביטוח - מייקר את החוזה/ אי אפשר לקבל מראש) הפניה למסמך חיצוני יכולה לאשר את חובות וזכויות הצדדים לפי החוזה.**פס"ד בריטניה אינשורס:** החוזה הוא חוזה ביטוח. היה צריך להודיע על אירוע ביטוחי. הודיע לא בזמן הנכון בגלל שהפוליסה עדיין לא הייתה אצלו. נקבע שאין לפסול את ההודעה. **בעיה-** אין וודאות גמירות דעת של הצדדים ביחס למסמך החיצוני.

הבחנה בין ממך נגיש או לא נגיש: אם זה ההסדר שחוזק על הסדר בחוק: קוגנטי- אין בעיה לסטות רק משפר את מצב הצרכן. דיספוזיטיבי- בעיה כי אפשר לגרוע :(1) אין תחולה למסמך החיצוני (2) הסמך החיצוני חל תמיד (3) המסמך חל רק מרגע שאפשר לראות את הפרטים אבל צריך לתת לצד שלא ראה אותם לפני כן לסגת מהעסקה.

מה קורה שיש פער בין התנאים במסמך החיצוני למו"מ:**דוד נ דרורי:** צעיר עשה ביטוח לנהיגה על אופנוע אך נהג ללא רישיון. ביהמ"ש קבע שחברת הביטוח לא צריכה לכסות את הנזק, רישיון זה תנאי הגיוני לביטוח רכב. **עטיה נ אררט:** צעירים עשו ביטוח למכונית. הייתה מגבלת ותק על הגיל. נהגו והייתה תאונה והביטוח לא רצה לכסות את הנזק. ביהמ"ש קבע שהמסמך סטה מהתנאים שדיברו עליהם במו"מ ולא הוזכר ללקוחות. (ס'3 לחוזה הביטוח/ ס'4 לחוק החוזים האחידים)

**חיובים, מגבלות, מנגנונים שנקבעו במסמך נפרד:** מנגנונים לעיתים מסמך מאוחר מסדיר מנגנונים למימוש הזכויות בתוך החוזה: **אמריקה אינשורס:** ההודעה ניתנה כדין בגלל שלא היה לו דרך לדעת שהוא צריך לתת את ההודעה תוך 48 שעות והוא נתן את זה תוך זמן סביר אז זה התקבל. המסמך עוד לא היה בידיו, לא יכל לדעת על החיוב. thoronton- כרטיס אוטומטי בחניון, על גבי הכרטיס יש תנאים של המגרש על נזק גוף- לא אמור לדעת שיש תנאים על גב הכרטיס, זה קבלה ורק מוכיח קבלה.אופציה נוספת- אם יש על הכרטיס עוד תנאים ואנו מצפים שהאדם יודע שיש תנאים ולא אמר עליהם כלום, הוא קיבל אותם. אם לא רצה לקבל אותם יכול לצאת מהחניון ובכך לא לקבל את השינוי. גונשירוביץ נ' מפעל הפיס- 251/64- איבד כרטיס מפעל הפייס והתוכנית כוללת פטור במקרה של אובדן הכרטיס. דעת הרוב היא שכל תנאי ההתקשרות נקבעים על הכרטיס והם לא רק קבלה.

**חוזים אחידים ותניות פטור**

תניה מפורשת ותניה בדרך של הפניה: במקרים שלחוזה יש מסמך נלווה שהוא חלק מהחוזה אין חתימה על החוזה מעידה על מודעות אובייקטיבית על כל התנאים בו. אומץ מודל מאנגליה ואף הורחב כשכאשר יש תניות מרעות באופן ניכר עם הניצע חובה לתת הודעה סבירה על קיום התניה- ככל שהתניה יותר מרעה ככה ההודעה צריכה להיות יתר ברורה ומודגשת.**עטיה נ אררט:** החדרה של העיקרון הזה דרך ס' 12(כללי). יש **הסכמה מדעת הסכמה מכללא**- מודעות סובייקטיבית ו**הסמכה חוזית**- מספיק הסכמה אובייקטיבית. יש מקרים בהם נדרשת הסכמה בדרגה גבוהה (טיפול רפואי) אם מידעים בצורה ברורה דיו מספיקה חתימה רגילה (כמו שקורה בטיפול רפואי).

**רעא 1132/94 פי. אף. איי אסטבלישמנט נ רוזנר:** ביהמ"ש אומר שהתניה על ס' 38 חייבת לציין במפורש את הס', תוכנו וכי הזכות מכוחו נשללה. **עא 1679/01 משכן בנק הפועלים למשכנתאות נ שפייזמן:** נקבע כי אם החייב ידע בפועל על הזכות ועל ההתניה, ההתניה בת תוקף. **עא 9136/02 מיסטר מאני ישראל בע"מ נ רייז:** הלוואה חוץ בנקאית, מגובה במשכון של האם. התניה בחוזה מפורשת. התקבלה-

מה ההשלכה של מסמך שלא זמין בשעת כריתת החוזה: **Thornton:** המסמך עצמו לא היה כתוב שיש פטור מנזקי גוף. התנאים של ההתקשרות מופיעים על הקירות של החניון- לא מרוכז במקום הגיוני. זה שולל את התוקף החוזי של הפנייה כזאת של טקסט. **גונשוירוביץ נ מפעל הפיס:** התקנון של מפעל הפיס נקבע בריגולציה ולכן זה מפורסם ברשומות (ילקוט הפרסומים). היום אין בעיה לפנות לרשומות אבל בתקופת פס"ד זה אין אינטרנט ואין גישה לילקוט הפרסומים. חיים כהן בדעת מיעוט אומר שאין תוקף חוזי כי ההפניה לילקוט הפרסומים היא לא סבירה.

שלושה מקרים- (1) קבלה (2) חוזה, אך התניה לא חלק מהחוזה (העדר הודעה סבירה) (3) חוזה, הפניה למסמך חיצוני לא חייבת בשל הודעה לא סבירה/ העדר נגישות. ביסוס דוקטרינרי: 1) קבלה דרך דיני הצעה וקביול 2) שלילת הכרה בתניה (חובת ידוע מתוך עקרון תו"ל (עטיה נ' אררט)) 3) אפשר להיות מחויב בתניות לא ידועות אך יש חובת תו"ל.

תניות פטור: גורם לחוזה לא להיות מחייב/ הגבלת החבות ע"י פיצויי מוסכם/ פטור מסעדים ספציפיים/ הגבלת חובות נזיקין…… מתי הן לגיטימיות? לגדר את הסיכון הכרוך בהתקשרות החוזית. יכול להיות אינטרס של שני הצדדים. הבעיה- תניות פטור בחוזים אחידים, שצד לא מודע, ולא יכול להתמקח. בעייתי במיוחד כאשר החבות קיימת מכוח הדין ולא מתוך החוזה הספציפי (כמו רשלנות).

התמודדות עם תניות פטור: 1) דרך מישור הצעה וקיבול- חיוב להסב את תשומת ליבו של השני (בעייתי- יכול להיות לגבי כל תניה) 2) פרשנות מצמצמת לפטור (לא כולל רשלנות וכדומה) 3) הפרה יסודית אין פטור על הפרה יסודית לא מחייב לבטל את כל החוזה 4) תקנת הציבור ס'30 לחוק החוזים 5) תום לב, השופט אלון בפס"ד רוט נ' ישופה ביהמ"ש יבדוק אם הפעלת תניית פטור היא חסרת תו"ל בעיה- שרירותי לכן עשוי לעודד להכניס את התניה.  6) קיפוח בחוזה אחיד- הטכניקה העיקית היום.

**חוזים אחידים:** ההגיון בחוזים אחידים: פערי תועלת שמצדיקים ניסוח ע"י הספק- תניות חשובות לספק עקב התקשרות רבה עם לקוחות בעוד שללקוח התניות לא חשובות וניסוחן יקר מדי, לספק יש מומחיות, חיובים לרוב הם לפק, יש חריג- תניות שלא מסדירות חיובים.

סיכון בחוזים אחידים: חשש לניצול הצרכנים- אדישות רציונלית, אדישות לא רציונלית ניצול כוח מונופוליסטי/ כוח שוק- תניות פוגעניות כמחיר חוזי, הבחנה בין "סוגי" מחירים לאור בעיית הקשה (העדר בולטות), הגבלת התחרות באמצעות מבנה מבלבל.

פיקוח על חוזים אחידים: 1) התערבות דרך עידוד תחרות באמצעי החוק והסרת חסמים. 2) רגולציה מגבירת תחרות בין שחקנים קיימים- ניוד מספרים/ קביעת מנגנוני חיוב אחידים/ מחירון אחד לשירות מסוים. 3) התערבות דרך חקיקה פרטיקולרית- א' גילוי ומניעת הטעיה- איסור על השפעה בלתי הוגנת ב' הסדרים קוגנטיים בחוזה ג' מנגנוני אכיפה מורחבים.

חוק החוזים האחידים: ס'2 לחוק החוזים האחידים- מגדיר מהו חוזה אחיד, מיהו ספק ומיהו לקוח. ס'23 לחוק החוזים האחידים- חריגים להוראות חוק זה. ס'3 לחוק החוזים האחידים- הגדרה לתנאי מקפח ואישור ביטולו ע"י ביהמ"ש.

תנאי מקפח בחוזה אחיד: למי פונים כדי לשנות או לבטל: 1) ב"ד לחוזים אחידים: יועמ"ש ממונה על הגנת הצרכן, תכולה לעבר ולעתיד, סעד הצהרתי בלבד. 2) ביהמ"ש: צד לחוזה יכול לפנות, תחולה על החוזה למפרע, אין מגבלה על סעדים. 3) תובענות ייצוגיות- מאפשר קשת סעדים ותחולה רבה על חוזים רבים?

ס' 4 לחוק החוזים האחידים- מגדיר רשימה של תניות מקפחות. האם רשימה זו היא חזקה חלוטה/ ניתנת לסטירה? תשובה- לפי ס'3 לחוק ניתנת לסטירה לפי ס' 5 לחוק לא ניתנת.

איך קובעים קיפוח: 1) מכלול תנאי החוזה- סעיף יכול להיות מקפח אבל שאר התנאים מאזנים(לרוב בדיני העבודה לא ניתן)/ שניתן להוריד את הברירת מחדל (גוגל)  2) אינטרס לגיטימי- מילגרום - המתקשרת בחוזה נכנסה לבית אבות. נקבע כי התעריפים יקבעו מעת לעת. אין למתקשרת אפשרות לדעת מה יהיו התעריפים ומרגע שהיא נכנסה לבית אבות אין לה את האופציה לצאת או לבחורה- אין לה אופציה והיא נהיית יותר תלויה . **ברק:** **כדי שהתניה לא תהיה מקפחת היה צריך לכתוב מה המנגנון של קביעת המחיר החדש. משלא נעשה כך, נקבע שההסדר שנקבע לא לגיטימי.** 3) פיזור נזק- פס"ד קשת- שירות כביסה רצו שתהיה הגבלה שאם יש נזק הפיצוי **יהיה עד  פי 15 מדמי הניקוי השופט י' כהן-**בית המשפט קבע כי מדובר בתנייה מקפחת וביטל אותה. התנאי נותן יתרון בלתי הוגן למערערת ופוטר אותה מאחריות לנזק או רשלנות. אפשרות הביטוח לא ברורה לכולם- הלקוחות והם לא מבינים שאם לא יעשו ביטוח יפוצו על חלק קטן מהנזק מעבר לזה ביטוח עולה עוד כסף. ביקורת על הביטול-(השופט קאהן) מגבילים את האחריות כדי שלא יהיה סבסוד צולע- שהעני עם הבגדים הזולים יותר ישלם כמו עם הבגדים היקרים כי המכבס לא יודע להבדיל בינהם והוא אחראי עליהם באופן זהה.(השופטת פורת) יוצר ג חוסר יעילות שבעקבות המחיר רק עשירים ממש יוכלו להשתמש בשירותי הניקוי היבש.

**חוזה לטובת צד שלישי:**

ס'34-36 חוק החוזים כללי **חייב**=מי שצריך לתת לאחר כסף או רכוש **נושה**=מי שחייבים לו כסף או רכוש **מוטב**=מי שעבורו נרשם התשלום (כספי) **ממחה**=מי שמחזיק בזכות או בחוזה ומעביר אותה לאדם אחר **נמחה**=מי שקיבל את הזכות או את החובה שהממחה העביר לו (לא חייב להיות כספי)

למה שיכרת חוזה לטובת אדם שלישי: 1) רוצים לספק מתנה 2) רוצים לקיים חיוב (אדם שכדי לבצע את החיוב מהעסקה משלם לצד שישי כמו פס"ד בייזמן השקעות.)

למה צריך מנגנון מיוחד חוזה לטובת אדם שלישי: כאשר קשה ובלתי אפשרי להפוך את המוטב לצד לחוזה: 1) מוטב קשה לאיתור או מרוחק 2) זהות מוטב לא ידוע בזמן הכריתה 3) מוטב לא קיים בזמן הכריתה (לא נולד) 4) חוזה לטובת הציבור או פרטים בציבור 5) הפתעה/אי רצון להחתים מטעמי נימוס 6) מוטב רוצה להישאר חסוי (עקרונית ניתן עם שליחות נסתרת כפוף לתו"ל).

**מנגנונים שונים ליצירת זכות לצד ג':** 1) **נאמנות**: ס'1 לחוק הנאמנות. הנאמנות מאפשרת לאדם ליצור זכויות לנהנה דרך חיוב של הנאמן. א"א לעשות נאמנות על ביצוע פעולות (התגיסות לצבא). 2) **המחאה**: ס'1+2 לחוק המחאת חיובים. **הבדלים ביצירת הזכות בין חוזה לצד ג' להמחאה:** 1) מועד היצירה- צד ג'- במועד הכריתה, המחאה- בשלב מאוחר בכריתה. 2) שיתוף פעולה על מקבל הזכות- צד ג'- טעון הסכמה של החייב במועד הכריתה, המחאה- דרוש הסכמה של הנמחה אבל לא של החייב. 3) חוזה ביטוח- חסקין נ' חסקין- ירש לאישתו או גרושתו. 4) שליחות-חוזה שליחות יכול להיווצר במטרה להבטיח את הזכות של צד ג', אשר תלוי בביצוע השליחות. פס"ד שוחט נ' לוביאנקר- טסה לאוסטרליה. 5) תביעה נזיקית של צד ג'- **עא  451/66 קורנפלד נ שמואלוב:** קבלן מכר דירה לקונה והקונה מכר את הדירה למי שקנה ממנו. מתברר- הקבלן יצר מצגי שווא עם הקונה ה1. מצג השווא הזה עובר מהקונה ה1 ל2 נקבע שהקונה ה2 נפגע מהרשלנות של הקבלן. הקבלן יכל לצפות שבשרשרת הניזוקים יהיו גם הרקונים מהקונה ה1.

מתי יערך חוזה לצד ג': שהצורך להעביר את הזכות נוצר אחר הכריתה. **איך מזהים חוזה לאדם שלישי:** צריך שניתן יהיה לזהות את המוטב באופן ודאי, גם אם לא נקוב. בעיה- כאשר לא ניתן לזיהוי ברור או שסוכלה מטרת החוזה. חסקין נ' חסקין. **כוונה להקנות זכות-** רק אם יש גם כוונה להקנות טובת הנאה וגם זכות אכיפה זה חוזה לצד ג'. בעיה- לעיתים לא כתוב במפורש: פס"ד גולדמן נ' מיכאלי: חוזה בין מוכרת לקבלן. הקבלן מתחייב לבנות בניין על המקרקעין ובתמורה להעביר מספר דירות למוכרת. המוכרת מתקשרת בחוזים עם קונים לדירות הללו מבעוד מועד ואלו לקונים נוספים. הקונים מגולדמן מתחייבים מול הקונים הנוספים שלא יהיו עיכובים. בפועל הקבלן מפר את החוזה ומאחר במסירת הדירות. הקונים תובעים את המוכרת. גולדמן טוענת, שהחוזה בינה לבין הקונים יצר יריבות בין הקונים לקבלן.**האם מדובר בחוזה לטובת צד שלישי: ברק-** חוזה לטובת אדם שלישי הוא חוזה שיש בו כוונה להקנות למוטב כלשהו את הזכות לדרוש את קיום החיוב החוזי. לא מדובר בחוזה לטובת אדם שלישי. החוזה התכוון להיטיב עם הקונים אך לא לתת להם זכויות משפטיות לתביעה. מה שכן, יש כן המחאת זכויות. המוכרת המחתה את זכויותיה כלפי הקבלן לקונים. הדבר לא מונע מהקונים לתבוע את קיום החיוב מהמוכרת.

אינטרס הנושה: חוזה לטובת אדם שלישי מקנה זכות מאוד מוגבלת לחזרה ממנו לנושה: אם הנושה חייב עצמאית למוטב החזרה חסרת משמעות, אך אם יש תניה המאפשרת חזרה או חוזה חד צדדי של החייב יש משמעות. חוזה לטובת צד ג' משאיר את הנושה פעיל.

אינטרס המוטב+ החייב: למוטב יש אנטרס כאשר הנושה עלול לפשוט רגל או למות שיתאפשר אכיפה של המטב ישירות מהחייב.הסכם לטובת צד ג' יוצר ריבוי נושים. ככל שהביצוע מורכב יותר, עולה החשש מריבוי נושים:

פס"ד אליהו נ' חאמדה: נפגע מנפילת שיגום. כתוצאה מהתאונה נפגע המשיב בראשו ובגבו ונקבעו לו מאה אחוזי נכות לצמיתות. הוא הגיש תביעה בבית-המשפט המחוזי כנגד אליהו חברה לביטוח, שאצלה היה המחפר מבוטח בפוליסת ביטוח חובה, וכנגד קרנית-קרן לפיצוי נפגעי תאונות דרכים. התביעה התקבלה מכאן הערעור- על-מנת שהמשיב אשר אינו צד להתקשרות, יוכל לאכוף את קיום החיוב, יש להכיר בחוזה כחוזה לטובתו כאדם שלישי. לצורך זה יש לבדוק אם מהפוליסה נושא הדיון משתמעת כוונה להקנות לנפגע זכות לאכוף את החיוב הכלול בהסכם לחברת הביטוח לא אכפת אם יש לה יריבות ישירה או עקיפה- היא משלמת בכל מקרה, לא משנה לה למי היא משלמת. לא תמיד נוצרת בחוזה ביטוח אחריות יריבות ישירה. ברירת המחדל היא שיש יריבות (לפי חוק חוזה הביטוח).

שריון זכות המוטב:זכות המוב נוצרת אם החוזה אבל יש אפשרות לשנות את הזכות עד שאחד הצדדים מודיע על הזכות למוט ואז זכותו משוריינת: פס"ד פישר נ' תמר:המנוח פתח חשבון אצל "תמר" ובטופס ההצטרפות רשם את שם בנו יהושוע. המוטב זכאי לקבל את כל כספי התמלוגים. ערך המנוח צוואה המחלקת את הירושה לארבעת האחים. יהושוע טוען לכל הכסף אצל "תמר" מכוח מסמך ההצטרפות. ופישר טוען שיש לחלק את הכסף שווה בשווה.בימה"ש-  החריג, שהמוריש מורה לקופה למסור את כספיו לעיזבון.  ההודעה על ביטול זכותו של המוטב בצוואה או על שינויה חייבת להינתן לפני מותו של המצווה, ולא בצוואה שהודעה עליה ניתנה לאחר מותו של החייב. המוריש הודיע על ביטול זכות המוטב אבל רק בצוואה- לפי ס36ב אין די בהכללת הודעה בצוואה בדבר ביטול זכות המוטב אלא יש למסור על כך הודעה לקופה. הכספים אצל תמר יועברו ליהושע

חייב מפר את ההסכם, המוטב לא יכול לתבו את הנושה לפי חוזה זה, אלא רק במסגרת החיוב הנפרד אם לשם כך נוצר חוזה לצד ג'.

חוצה לצד ג' וחוזה מתנה: חוזה מתנה יכול להיות חוזה לצד ג' אך טעון רישום בכתב בעוד שחוזה לצד ג' לא טעון, אם הנושה התקשר בכתב עם החייב למתנה כלפי צד ג' זה תופס. אם אין כתב יש יריבות של מקבל המתנה מול החייב אך אל מול הנושה- הנושה תמיד יכול לבטל את החיוב (בטל מעיקרו, עומד להגנה גם לחייב). חוזה לטובת צד שלישי תלוי הודעה ומתנה לא. זכות חזרה- לפי המותר בחוק המתנה, בחוזה לטובת אדם ג' לא ניתן.

**חוזה פסול:**

הבדל בין ביטול עקב טעות/הטעיה לבין תקנת הציבור: סעד עקב טעות/ הטיעה הוא ביטול והשבה, תקנת הציבור יש הכרזה על החוזה כפסול.

מטרת דיני החוזים היא לאשר שוק מסחרי אך מאחר כי יש חוזים שאנו כחברה לא רוצים בהם אין להם סעדים- גופים לא חוקיים כמו מאפיות "מקנים" סעדים לחוזים הללו. חוזים המגיעים לביהמ"ש לוקים בחוסק חוקיות קל שכן אם לא לא היו מגיעים לביהמ"ש והצדים לא ידעו שהם לא חוקיים/ מאמינים כייש עקה לגיטימית מאחורי ההסכם. **חוק הבוררות-** מנגנון מוסכם המפחית עומס על בתי המשפט, מתן סעד מהיר וניתן לאכיפה- לא כפוף לדיני החוזים, לחוזים לא חוקיים יהיה אינטרס לפנות לבורר שיתעלם מאי חוקיות ההסכם אלא רק לטיב העסקה וניבותיה.

אם חוזה בטל עקב ס'30 ניתן להשתמש בס' 31- לפטור מאכיפת החוזה/ לחייב את הצד שלא ביצע את חיוביו לבצעם - הכל אם הדבר צודק לנסיבות העניין. **מדוע ס'31 קיים:** 1) ס'31 מאפשר לביהמ"ש להגיע לתוצאה הצודקת לפי השקפתו ללא צורך לתת פרשנות מצמצמת לתקנת הציבור (מצד אחד עמום ומכיל מצד שני עקרון קיום החוזים). 2) כאשר ס'31 לא התקיים, היה אפשר רק לבטל חוזה- ביהמ"ש נזהר ולא רוצה להשתשמש בכלי זה, נוצר מצג שמנגנון חוזה פסול הוא ללא הרתעה. 3) מניעת פגיעה בצדדים שלא היו מודעים שהחוזה לא חוקי. 4) פורת בלוין נ' לוין- קידום מטרות חברתיות.

 ביטון נ' מזרחי :סכום העסקה בחוזה הגלוי היה נמוך מהסכום האמיתי בנסיון של הצדדים להתחמק מתשלום מס.ברק- לאחר שחוקק חוק החוזים הכללי, סוגיית אי החוקיות צריכה להשתבץ תחת "חוזה למראית עין" (ס' 13 לחוק החוזים). חוזה כזה משמעו כי הצדדים הסכימו כי כלפי חוץ תוצג מציאות משפטית שלא מקיימת את כוונתם הפנימית, תפקידו של הדין הוא לתת תוקף לרצון האמיתי של הצדדים.

לחוזה למראית עין שתי צורות: 1) סימולציה מוחלטת- לעבוד לגמרי על צד שלישי (להראות שאין לי נכסים על הנייר למרות שיש לי במציאות). 2) סימולציה חיסית- יש חזות חוזית שמאחוריה יש הסדר שונה (דוגמאת המחיר השונה). בשני המקרים החוזה בטל.

ברק טוען כי במקרה של עסקה נסתרת יש לבחון האם היא עומדת ביסודות הנדרשים ולא נגועה באי חוקיות- אם לא יש לקיימה. **דרך המלך של ברק-** לבדוק אם חוזה או לא מראית עין או לא, אם הוא כן לבדוק אם הוא נוגד את תקנת הציבור, לעסקה נסתרת ממשיכים כפי שפורט. מצב זה עדיף על מצב שהיה שפסלו חוזים לא חוקיים- חוטא יוצא נשכר מחטאו אך בו"ז מאפשר לביהמ"ש לבטל חוזה אם הוא לא חוקי בכוונת הצדדים (הנסתר).

**חוזה לא מוסרי:** באנגליה יש שימוש כדי לא לאפשר נישואי זוגות חד-מיניים, בישראל נמנעים מלדון במונח המוסר, משתמשים במונח שסתום- תקנת הציבור. חיימוב נ' חמיד: חמיד עסק בהמרת מטבעות שבעבר לא הייתה חוקית והחביא את הכסף מול חנות מסויימת חוזר ואין כסף, אומרים לו שחיימוב לקחת את הכסף, הם עושים "בוררות רחוב " כזאת ומחלקים את הכסף, חיימוב משלם רק חלק חמיד שולח אליו גובי כספים באיומים. חמיד נתפס על עברתו ומואשם בפלילים. חיימוב רק חצי שנה אחרי מגיש תביעה במשטרה ותביעה נגד חמיד.כריתת החוזה בוררות הוא עקב לחץ של כפייה, על כן **אי החוקיות נוגעת גם לפעילות וגם הגבייה והכריתה נגועים באי חוקיות,** הצדדים מסכימים שכל האמצעים העובדתיים בהליך הפלילי יהוו ראיה בהליך האזרחי. על כן לכאורה יש לו אפשרות להשתמש בס' 17 לחוק החוזים המדבר על כפייה. הבעייתיות במקרה היא שהגשת העתירה הייתה לא תוך זמן סביר- חצי שנה אחרי שהוסרה הכפיה. ניתן היה להתגבר על זה על ידי ההלכה בסוכנויות רכב שאמנם צריך לתת הודעה ביטול אבל אם הוגשה תביעה תוך זמן סביר ניתן לראות בתביעה כהודעת ביטול, אך כאן גם זה לא נעשה תוך זמן סביר. כפייה היא טענה שבה נכרת חוזה ויש גמירות דעת אך עומדת זכות לביטול, אך אם היה מדובר **בכפייה קיצונית ניתן לומר כי לא נכרת חוזה מלכתחילה**, אפשרות שלישית המתפרשת מדבריו- האיום\ הסחיטה היא פעילות בלתי חוקית שהביאה לכריתת החוזה. אך כל אלה לא הבסיס לדחיית החוזה, לכן לא אגיד שהחוזה נכרת בגלל האיומים. אז מדוע החוזה פסול בכל זאת? לא בגלל תוכנו, תוכנו חוקי- הסדרת חוב באמצעות הכרעה של צד שלישי שזה הסוחרים ששימשו כבוררים. אבל כל התוכן שלו נועד להסדיר פעילות לא חוקית, זהו חוזה שלא נפסל עקב אי חוקיות אלא עקב כך שהם **מנוגדים לתקנת הציבור**. לא ניתן סעד למרות שס'31 מאפשר כדי לא לעודד פעילות לא חוקית. **הבדל בין פסילת חוזה בגלל אי חוקיות לתקנת הציבור.**