

דיני חוזים מהווים יסוד לכל תחום אחר במשפט האזרחי. כל עסקה היא חוזה בצורה כזו או אחרת. נורמה משפטית נגזרת מן העובדות. יש לשים דגש על הנורמות והכללים המשפטיים ולא על העובדות.

תובנה כללית - על כל הוראת חוק, ברורה ככל שתהיה, ניתן לגזור לתילי תילים של פרשנויות.

דין = חוק + תקדימים/הלכה פסוקה + רוח הדין (תכלית החוק). תקדימים עשויים להשתנות מעת לעת. צריך לקחת זאת בחשבון תמיד. יש סימני אזהרה מפני שינוי של תקדימים. סימנים איפה? בספרות המשפטית למשל.

סעיף 61(א) לחוה"ח - מגבש עיקרון כי דין מיוחד גובר על דין כללי. הסדר קונקרטי גובר על הסדר מופשט.

סעיף 61(ב) לחוה"ח - מנחה כי יש להשתמש בחוה"ח בכל תחומי המשפט. למשל - נזיקין, קניין מנהלי, פרוצדורה ועוד. הוא מראה כי החוה"ח הוא החוק הגרעיני. אם אין הוראה מיוחדת בדין אחר-השתמשו בו.



ס' 39 לחוה"ח - שימוש בזכות צריכה להיות בתום לב. האם, למשל, אדם אשר איחר לשלם ביום אחד עבור דירה שקנה יצטרך לשלם פיצויים של 300 אלף ₪ כפי שכתב בחוזה? למעט מקרה חריג, כנראה שלא. סעיף זה ממתן את גבולות החוזים. הסעיף קובע כי יש להתנהג בדרך מקובלת ובתום לב. מי שיש לו זכות חייב לנהוג בה בתום לב בכל תחומי המשפט.

עיקרון תום הלב ס' 39 בשילוב עם ס' 61 משמש מנוף לאחד המחלוקות בנוגע לאקטיביזם שיפוטי. הוויכוח הוא בין פורמאליזם לבין מהות.

- פורמאליזם - משרת את ערך הוודאות המשפטית. אומר כי יש להיצמד לשלון החוק, חוזה, הנורמה. פורמאליזם תורם לצדק תכנוני.
- מהות - משרתת ערכים. כל שיטת משפט רוצה לקדם ערכים. חשוב שהדין יאמר דברים ערכיים. הדין צריך לשאוף גם לצדק. וככל ששואפים לצדק מתרחקים מהלשון לעיתים מזומנות.

יש המבקרים כי לעיתים שופטי עליון מתרחקים מלשון החוק יתר על המידה, בטענה שאיפה לשלמות ערכית. הטענה כנגדם היא כי הם פוגעים בתקינות הסדר המשפטי.

המתח בין הפורמאליזם למהותיות הוא אינהרנטי. השאלה היא שאלה של מינון - מהו האיזון? יש תקופות בהן בית המשפט העליון נותן יותר חופש לגישה האקטיביסטית ויש תקופות שהוא נותן בהן פחות חופש לכך.

פורמאליזם אינו מילת גנאי. הוא משרת ודאות משפטית. מדובר בערך חשוב. קשה לתכנן אם אין ודאות וסבירות. על כן, המתח האמיתי הוא בין ערכים של פורמאליזם לבין ערכים של מהותיות. בין צדק פורמלי לצדק מהותי.

**מפת המשפט**



דיני חייבים (בנושא זה נתמקד) - מצב בו אדם חייב משהו למישהו. יש חובה לבצע משהו ודיני החייבים מסדירים את התוצאות והמשמעויות של החבויות האלה.

בדיני חייבים יש חייבים רצוניים וחייבים בלתי רצוניים.

- חייבים רצוניים (חוזיים) - חייבים שאדם לוקח על עצמו מרצון. למשל: חוזה. נורמות/חוקים כלליים: חוק החוזים כללי, חוק החוזים (תרופות).

דיני חוזים מיוחדים - מיוחדים לא כי הם חריגים, אלא כי הם ספציפיים. אלו דינים שעוסקים בסוגי עסקאות קונקרטיות. למשל: חוק המכר, חוק המתנה, חוק חוזה קבלנות(אין קשר לקבלני בניין). כל חוק כזה קובע שורת הוראות מיוחדות בעניין מסוים. ההוראות המיוחדות גוברות על ההוראות הכלליות של חוה"ח כללי כשיש ניגוד כלשהו ביניהן. באין הוראה מיוחדת, הולכים לחוה"ח כללי. מדוע? כי חוזה מכר למשל הוא קודם כל חוזה ואז חוזה מסוג מכר.

- חייבים לא רצוניים:

חייבים נזיקיים: אדם עושה עוולה כלפי אדם אחר. אדם משיג גבול של אדם אחר. אדם תוקף אדם אחר. המעשה עצמו היה רצוני. המחויבות המשפטית היא בלתי רצונית. חבות תשלום פיצויים מוטלת על פי דין.

עשיית אושר ולא במשפט: כאשר אדם מחזיק אינטרס של אדם אחר מבלי שיש בידו עילה חוקית לזה, הוא חייב להעביר את האינטרס למי שזכאי לו. דוגמא: אדם א רוצה להעביר כסף לאדם ב. בטעות מעביר אדם א את הכסף לאדם ג, אשר אין לו נגיעה בעניין. אדם ג רואה פתאום סכום כסף אשר נכס לחשבון הבנק שלו -

מה עליו לעשות? הרי הכסף לא באמת מגיע לאדם ג'. אדם א' לא חייב דבר לאדם ג' והוא גם לא התכוון להעביר מתנה אל אדם ג'. מכוח מחזיק אדם ג' בכסף? מכוח כלום. מה יקרה עם הכסף? **אומר חוק עשיית אושר ולא במשפט - על אדם ג' להחזיר את הכסף חזרה לאדם א'.** הדבר הזה יכול להתרחש גם כאשר העניין כן נוגע לאדם ג' - למשל אדם ג' קיבל יותר כסף מן הביטוח מאשר היה צריך לקבל. חברת הביטוח טעתה בתחשיבים שלה. מה אז יש לעשות?

- חייבים אחרים בדין - למשל אדם שסיים תקופת שכירות והשאיר בדירה חפצים. בעל הדירה לא יכול לזרוק את החפצים. עליו לשמור אותם. השמירה אינה דבר רצוני.

## מושגי יסוד

1. **מחוזה נגזרות זכויות מהותיות/ראשוניות.** חוזה"ח כללי מטפל בסוגיית הזכויות הראשוניות - מה מגיע למי וכמה. למשל - מי זכאי לקבל בעלות, מתי זכאי לקבל בעלות וכדומה. הצדדים לא קובעים הכל, עוד לא נולד חוזה מושלם. חוזה"ח חוזים כללי קובע מנגנון להשלמת התנאים.
  2. **מהפרת סעיפי חוזה נגזרות זכויות סעד/תרופתיות/שניוניות.** למשל: בעקבות הפרת חוזה תצמחנה זכויות שניוניות לקבל סעד/תרופה. זכויות אלו יכולות, לעיתים, להופיע בחוזה עצמו, או להופיע בדין - בחוק עצמו. חוזה"ח חוזים תרופות יוצא מהנחה פשוטה - נולד חוזה, אנו מבינים מהם תנאי החוזה ואנו בודקים מה צריכות להיות התרופות בעקבות הפרה של החוזה.
- **הנפגע** - מי שכלפיו הפרו את החוזה. מי שלא קיים את תנאי הזוכה - הוא **המפר**. יש הבדל בין נפגע לבין ניזוק. **נפגע הוא לא בהכרח ניזוק. נפגע זכאי לתרופה כלשהי. סוגי תרופות:**
    - i. אם הנפגע לא ניזוק - לא יקבל **פיצויים**.
    - ii. **אכיפת החוזה.** הנפגע יבקש מבית המשפט לתת צו אכיפה. באם לא יקיים הצו - זה גם פלילי וגם ניתן יהיה להשתמש במנגנון ההוצאה לפועל. זהו מנגנון המימוש בפועל של הצווים השיפוטיים. נקרא גם ביצוע בעין.
    - iii. תרופה נוספת היא תרופת **ביטול החוזה** - תרופה זו יכולה להתבצע רק על ידי הנפגע. מפר לא מסוגל לבטל את החוזה. רק אם הנפגע מעוניין הוא יכול לממש את האופציה לבטל את החוזה. ביטול החוזה אינו שולל קבלת פיצויים. עדיין אפשר לתבוע פיצוי על כל הנזק שנגרם.
    - iv. תרופת **העיקבון** - זכות להחזיק נכס עד אשר יקבל את התרופה.
    - v. תרופת **הקיצוץ** -
  - **הנפגע הוא שיבחר את סוג התרופה שהוא רוצה.**

## לשיעור הבא - מהו הדין/הנורמה שיש להחיל על המקרה שניתן לנו ביסודות החיוב החוזי

### סעיף ב' בסילבוס - לסיים:

- ד' פרידמן וני כהן, חוזים א 69 - 77. **ד. פרידמן וני כהן - חוזים-כרד א עמ' 69-77** סיכום קטע מאמר: **סיכום קטע קריאה-חוזים-כרד א פרידמן וכהן 69-77**
- ע"א 11386/05 שרבט מלכיאל בע"מ נ' אלמוג - ע"א - שרבט מלכיאל נ' אלמוג סיכום פסי"ד - **סיכום פסי"ד - שרבט מלכיאל נ' אלמוג**
- Cohen, "The Basis of Contract" 46 Harv. L.R. (1933) 553-567.
- ניתוח אירוע - יסודות החיוב החוזי - **יסודות החיוב החוזי - אירוע 1 - ניתוח**

**חזרה אל מול הסכם**

- **חזרה** - הסכמה כלשהי בין בני אדם לביצוע מעשה כלשהו. למשל: למכור דירה. לעלות לאוטובוס, לשלם בגין נסיעה באוטובוס. **חזרה הוא סוג של הסכם**. לעיתים, בחברה, הביטויים הסכם וחזרה הם נרדפים. חשוב להבין כי לא כל הסכמה בין שניים היא הסכמה שמחייבת משפטית קרי, הסכמה בחוזה בנינו ניתן לתבוע בבתי המשפט.

**חשוב לעמוד על ההבדל בין הסכם ג'נטלמני לבין חזרה בעל נפקות משפטית.** לא כל ההסכמות נועדו לתת להסכמה צבע משפטי. זה קורה במיוחד בעולם הבלתי עסקי.

- **הסכם ג'נטלמני** - אין כוונה למחויבות משפטית. הצדדים כמו אמרו שהם עושים "חזרה לא משפטית". הסנקציה בגין הפרת הסכם כגון זה יהיה סנקציה חברתית. **מה שמפריד בין חזרה לבין הסכם ג'נטלמני באופן המובהק ביותר הוא הביטוי גמירת דעת.** זהו ביטוי מפתח.
- **גמירת דעת** - מכוונת לכך שהשניים גמרו בדעתם לקחת על עצמם מחויבות בעלת נפקות משפטית. קרי, מי שלא עומד בהבנה - חשוף לתביעה בבית משפט. אם גמרו השניים בדעתם - לפנינו חזרה בעל נפקות משפטית. משמע, ההבדל טמון בשאלה מה הם רצו.

**כיצד יודעים האם בני אדם התכוונו ליצור גמירות דעת משפטית או לא?**

ישנם מבחנים. יש שאלה ראיות, ישנה שאלה מהותית וכדומה. ישנה הנחה כי הסכמות בין בני משפחה הן הסכמות ג'נטלמניות. ישנה הנחה מוצא כי אם יש הבנה בתוך המשפחה בין ידידים קרובים וכי אזי לא מדובר בחוזה משפטי. **זוהי חזקה בלתי חלוטה/מוחלטת. כלומר, חזקה אשר צד יכול לנסות ולסתור אותה.**

בגניני רכוש, גם בין בני זוג ומשפחה לעיתים קרובות יש גמירת דעת משפטית מלאה. **אל להניח מראש כי כל מצב של ידידים ומשפחה הוא מחוץ לדיני החוזים.**

- **חיוב** - מצב בו אדם חייב כלפי אדם אחר לעשות משהו, או להימנע מלעשות משהו. הביטוי חיוב משמש למחויבות קונקרטית כלשהי. אדם החייב למישהו משהו הוא חייב. חיוב **יכול להיוולד מכוח חוזה, או מכוח דין.**
- **זכאי/נושה** - הזכאי מכוח חיוב. בחוזה מכר דירה למשל, הצדדים הם **גם חייב וגם זכאי** כל אחד מהם. יש לשים לב כי הביטוי נושה בחוק החוזים ובעולם המשפט הוא רחב יותר מאשר בחברה. עקרונית חוק החוזים **לא מבחין בין שני הסוגים. יש שני סוגי נושים:**
  - נושה כספי
  - נושה לא כספי
- **זכאות אובליגטורית** - זכאות **מכוח חיוב** היא זכאות אובליגטורית. כאשר מישהו התחייב כלפי מישהו או חייב לו ע"פ דין. למשל: אם אדם התחייב למכור לי דירה, יש לי זכות אובליגטורית לקבל את הדירה. אם אני התחייבתי לתת לו בתמורה סכום כסף, יש לו זכות אובליגטורית לקבל את כספי.
- **זכאות קניינית** - לבעל דירה יש זכאות קניינית על דירתו.
- **חובה לעומת חיוב** - **חובה היא** כללית יותר מחיוב. היא אינה קונקרטית. חובה למשל נוצרת כאשר לשכן א' אסור להיכנס לדירת שכנו, שכן ב', מכוח הבעלות של שכן ב' על הדירה בה הוא גר. עצם הבעלות יצרה את החובה של שכן א' כלפי שכן ב'.
- **הערה** - **חזרה יכול להיות בע"פ ללא קושי.** ישנם חריגים למקרה זה. אין חובה צורנית כלשהי. חזרה יכול להיות בע"פ ואף בהתנהגות (סרט אילם). יש חופש רב בשיטה הישראלית בהיבט הצורני. אין חובה לצורה כלשהי. גם אם יש משהו כתוב אין חובה שתהיה חתימה על החוזה. **הדבר החשוב ביותר - גמירת דעת משפטית או לא. חריגים:**
  - עסקאות מקרקעין - מכירת דירה מחייבת מסמך בכתב. גם את דרישה זו הפסיקה תקפה.
  - התחייבויות לתת מתנות - אם מישהו מבטיח לאחר מתנה והתחייבות אינה בכתב, עקרונית היא אינה תקפה.

השיטה הישראלית מאוד לא פורמליסטית. היא גורסת כי יש לחתור לאמת, למהות. המגמה היא ללכת למהות, לעיקר.

**ניתוח אירוע - יסודות החיוב החוזי**

בין דוד ובין קבלני נחתם חוזה. **שאלת מפתח: האמנם חתימתו של דוד על החוזה היא מחייבת ואין מוצא?** יש לזכור כי בתוך היה קונה פוטנציאלי שלישי שרצה מאוד את הדירה, אך קבלני אמר לו שהדירה כבר נמכרה.

**לשם כך, יש לבדוק מהם ההיבטים להגנה על חוזה:**

אם נרצה לכבול את דוד לחוזה, נצטרך להראות **הסתמכויות** של קבלני על דוד. **הסתמכות** היא ערך חשוב מבחינה מוסרית וסדר ציבורי. **הסתמכות לבד לא די בה.** כשעולם המשפט מדבר על הסתמכויות, הוא מכוון להסתמכויות לגיטימיות. יש הסתמכויות שאינן לגיטימיות (לא לגיטימי - הסתמכות על זכייה בלוטו).

הסתמכות יכולה להיות הסתמכות פוטנציאלית והסתמכות ממשית. **הסתמכות היא מה אדם איבד אם לא יקיים החוזה.**

- **ממשית** - אם קבלני עשה משהו בפועל. למשל - הוציא הוצאות משפטיות.
- **פוטנציאלית** - יכולה בעתיד להיות הסתמכות ממשית. למשל - קבלני עוד לא פנה למהנדס שיעבוד עבור דוד, אבל הוא יכול היה לפנות.

יש מקום להגנה על הסתמכות לגיטימית ממשית. עולה שאלה האם בכלל יש להגן על הסתמכות לגיטימית פוטנציאלית.

- **גם ציפיות לגיטימיות הן היבט** - כשאנו עושים חוזה אנו מתכוונים לשפר מצב. רוצים להרוויח משהו. נולדות ציפיות לרווח עתידי כלשהו. אילו קבלני היה רוצה לבטל את העסקה, היינו דואגים לציפיות של דוד. גם על זה ראוי להגן. למה להגן? כי מישהו הבטיח. הביטוי רווח היא בטוח רחב. לאו דווקא כלכלי. **ציפייה היא מה אדם לא ירוויח אם לא יהיה חוזה.**

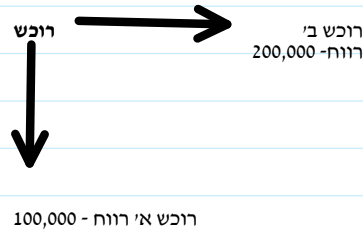
**בדין הקיים במדינה - די שישנה הסתמכות פוטנציאלית.** אין צורך בממשית. הוא לא צריך להראות שהוא שינה את מצבו לרעה. די בכך שהוא יכול היה, פוטנציאלית, להסתמך, בכדי שתהיה הגנה על החוזה. **האידיאה** היא שחוזה יוצר פוטנציאלית הסתמכויות וציפיות.

מעבר להיבט המוסרי המשמש כהסבר מדוע יש לקיים חוזה, **ישנו היבט היעילות הכלכלית.** אם חוזים לא יכובדו, תיפגע הכלכלה. לא ניתן להתקדם כלכלית אם לא יתבצע תכנון משפטי. בעולם בלתי מפותח עושים רק עסקאות ריאליות - עסקאות של העברה מיידית של נכסים אחד כנגד השני. בעולם הכלכלה כל דבר נשען על ההנחה שהתחייבויות תכובדנה. על כן נשענים על הדין שיאפשר לאכזר אותן.

בדיני החוזים ישנה חשיבות רבה ליעילות כלכלית. נשאלת השאלה מה העוצמה הנכונה של התחשבות ביעילות הכלכלית. לא פעם, **ישנה התנגשות בין שיקולי יעילות כלכלית לבין שיקולי מוסר.**

**מדיניות ההפרה היעילה**

לפי התרחיש הני"ל, **ההפרה למוכר משתלמת**. עולה השאלה האם לאפשר למוכר להפר את העסקה תוך תשלום פיצויים בלבד, או שמא לחייבו לבצע את העסקה על פי תנאיה. השאלה האם להפר או לא היא **שאלת ההפרה היעילה**. ההנחה כי אם לא יאכפו חוזה ראשון, איש מהצדדים לא ייפגע. אל מול זה עומד המוסר - יש להגן על ההבטחה כמו שהיא. כיום, במשפט הישראלי, שיקולי המוסר עדיפים לרוב בבתי המשפט.



**היבט נוסף הוא חלוקת סיכונים** - השיטה רוצה להגן על הסיכומים על מנת להגן על הסיכונים. חוזה משקף איזושהי נטילת אחריות לגבי העתיד. רגע כריתת החוזה הוא רגע דרמטי. כשקונה לוקח על עצמו התחייבות לשלם הוא לוקח על עצמו את הסיכון מה יהיה לגבי הכסף. הוא נטל אחריות כלפי המוכר. המוכר נטל סיכון לגבי הדירה - תהיה או לא תהיה. ההתחייבות צריכה להיות מוצקה, איתנה ובלתי מעורערת. כך מתאפשר תכנון. תכנון נכון מחזק את התכנון על ידי בטחונות (למשל בעל הדירה לא יעביר את הדירה על שם הקונה עד אשר זה האחרון ישלם לו את כלל הכסף).

**היבט נוסף** - חוזה הוא בעצם הפרטה של הדין. בני האדם יוצרים את הנורמה ולא הדין. יש רצון להגן על האוטונומיה של בני אדם, על רצונם החופשי. כאשר בני אדם כורתים חוזה הם ממשיכים את האוטונומיה האישית שלהם. יש להם חופש להחליט לגבי גורלם. **הגנה על חוזה מחויבת כיוון שיש להגן על אוטונומיה של בני האדם לעצב את גורלם כהבנתם**. משום כך, יש לבני אדם זכות לייצר חוזה. ההגנה על ערך זה היא חופש החוזה - ערך חוקתי. הגנה על הרצון החופשי של בני האדם. אין רוצים להגן על רצון לא חופשי. לכן, אם מישהו ייקח אקדח ויאיים על צד שני לחתום על חוזה - לא יגנו על התחייבות זו לטובת המאיים. **יש גבול בהגנה על אוטונומיה**. מרגע כריתת החוזה, מדובר **בציירה שיתופית** ולא ניתן להגן רק על אוטונומיה פרטית של הצדדים.

**במקרה דגן** - נצא מנקודת הנחה כי **ביום ההתקשרות בחוזה ידעו בחברה כי דוד כבר לא יעבוד בה**. לא ברור כי דוד הפעיל רצון חופשי לחלוטין, היינו רצון בלתי מושבש. דוד הניח שיש לו עבודה. ייתכן והוא בעצם טעה בכניסתו לחוזה. נניח וברגע החתימה של דוד על העסקה עם קבלני, מקום העבודה כבר ידע שדוד לא יעבוד בו, אך לא הודיע לו. במקרה זה, ישנה בעיה עם האוטונומיה של דוד. היא נפגעה ודוד חתם על החוזה **מתוך טעות**. הקושי הוא שמנגד עומד קבלני שיש לו הסתמכות שונות, לפחות פוטנציאליות. **אם אנו היטב על האוטונומיה של דוד, נפגע בהסתמכויות של קבלני**. מה גובר על מה? יש התנגשויות ביניהם. יש לבדוק האם ההסתמכות של קבלני לגיטימית. בחוק הקיים - **ישנו גבול בין שני ההיבטים**:

- **ס'14(א) חוזה"ח כללי** בא לאזן בין ההתנגשויות. אם דוד טעה וקבלני ידע שדוד טועה או **חייב היה לדעת** שדוד טועה - דוד יכול לבטל. למה? כי אז הסתמכותו של קבלני על החוזה אינה מספיק לגיטימית. זהו הסעיף המאזן בין ההיבטים.
- **ס'14(ב) חוזה"ח כללי** אומר כי אפילו ודוד לא יכול היה לדעת על טעותו - יש לבית המשפט סמכות לבטל את החוזה בכל זאת. קשה יהיה לבטל זאת משום שהסתמכותו של קבלני הייתה לגיטימית מאוד. שימוש בסעיף זה הוא חריג מאוד, שכן הוא משבש את האיזון לטובת האוטונומיה על חשבון ההסתמכות.

רגע הכריתה הוא רגע בו ישנו רצון משותף. אנו רוצים להגן על רצון משותף תקין. בהחלט ייתכן ולאחר הכריתה אחד מהצדדים לא ירצה בקיום החוזה. לא יהיה לו כדאי. במקרה זה דיני החוזה אומרים כי לא ניתן להגן על האוטונומיה של האדם ללא גבול, יש שיקולים אחרים עליהם יש להגן.

**נחזור למקרה דוד וקבלני** - יש לבדוק האם ברגע כריתת החוזה היה פער בין האמת המוחלטת לבין מה שדוד ידע על אותה אמת. לכן, זה קריטי מתי החליטה ההנהלה שלדוד אין עבודה - אחרי כריתת החוזה או לפני (ואז היא פשוט לא הודיעה לו בזמן).

אם ניתן לדוד להסתלק מהחוזה כי רצונו לא היה תקין, נפגע בקבלני. קבלני לא מבין מה לו ולמחשבות ולשיקולים של הצד השני. קבלני יטען להסתמכויות על החוזה. יש לקבלני ציפיות לרווח. אלו ציפיות והסתמכויות לגיטימיות. הלגיטימיות נוצרת כי יש חוזה חתום. ישנה הבטחה נגדית מצד דוד לקבלני. על כן, ישנו **עימות בין השיקולים**. על פי דוד - אין חוזה. על פי קבלני - יש חוזה. מה גובר על מה? מהי הנוסחה שמובילה לפתרון הבעיה? האיזון נעשה **בס'14(א) חוזה"ח כללי** עוסק בדיני הטעות. קבלני יוכל להגיד **שהסתמן על העסקה רק כשהוא לא ידע על הטעות של דוד**. אם הצד השני טועה - יש לגלות לו על כך. בחוזה יש להתחשב באינטרסים סבירים של הצד השני. הדין כופה הגינות - גם במחיר של הפסד כספי או הפסד עסקה. נניח וקבלני יודע על טעותו של דוד - אין לו הסתמכויות וציפיות לגיטימיות. אם הוא לא ידע - הן לגיטימיות ועקרונתיות, לא יהיה ביטול.

**ס'14(ב) חוזה"ח כללי** נותן לבית המשפט סמכות לבטל את החוזה במקרים חריגים מאוד, גם במצב של טוהר מוחלט של הצד השני. סעיף זה פורש כהוראה מאוד מאוד נדירה. הסעיף הזה מאוד מרחיק לכת. גם אם היו מבטלים את הסעיף - זה היה טוב (דעת מ.דויטש). האם המקרה של דוד הוא מקרה נדיר? הנדירות מדברת על המצב בו היה דוד לפני **כריתת החוזה**.

**האם לאפשר הסתלקות של דוד מן העסקה?** דבר זה נוגע לעובדה שהיה קונה פוטנציאלי שלישי אשר אמר לפנות אליו אם לא תהיה עסקה עם דוד. האם לא נכון לפנות אל קבלני ולומר לו - קיום העסקה ישים על דוד אסון כלכלי. במקום זאת, תמכור את הדירה לקונה השלישי וכך כולם יצאו נשכרים. דוד יוכל לשלם את ההוצאות הנוספות באם ישנן כאלו. הדבר מאוד תלוי במישהו הקונה השלישי - האם הוא אדם מהימן כלכלית? אם הקונה השלישי פחות מהימן אז אין מה לפנות אליו. נניח וקונה שלישי מוכן אף להוסיף כסף על מנת לקנות. במצב כזה אין אינטרס ראוי כלשהו של קבלני למנוע מדוד ללכת. על שישאר היא הסיסמא הריקה של הבטחות יש לכבד. בנתונים הני"ל, ס'14(ב) בהחלט בא בחשבון. מצד שני, עלול להיווצר מצב של מדרון חלקלק. אף על פי כן, הקונה השלישי היה ברקע כל הזמן. אם מוכח כי הקונה השלישי היה זמין ואמין ובעל רצון לקנות הדירה - זה בהחלט יכול לתפוש עבור ס'14(ב). זה לא יהיה קל ככל שהזמן חולף.

- **מוסד הקטנת הנזק - ס'14 חוזה"ח תרופות** - לסיטואציה זו יש להכיר את "נטל הקטנת הנזק" - **מדובר על ס'14 חוזה"ח תרופות**. הסעיף מתחבר למקרה דגן. מה אומר הסעיף - **כל נזק שהנפגע יכול היה להקטינו יורד מתחשיב הפיצויים שמגיע לו**. במקרה דגן, אם קבלני היה מוכר את הדירה לקונה שלישי, הוא לא היה מקבל פיצויים מדוד, כיוון שלפי הסעיף לא נגרם כל נזק. גם אם הוא היה יכול למכור ולא מכר, הוא לא היה מקבל פיצויים. כך אומר הסעיף. אם דוד יוכיח כי קבלני יכול היה למנוע נזק בדמות מכירת הדירה באותו רווח, הוא לא ישלם לו פיצויים. לפי הסעיף עולה כי גם לנפגע יש חובות כלפי המפר. יש לנפגע חובה לפעול באופן סביר כלפי המפר. במקרה דגן, נניח ודיני הטעות לא עומדים לזכותו של דוד. דוד יוכיח כי היה קונה חלופי שהיה מוכן לשלם את אותו מחיר וקבלני לא פנה אליו - אם אכן כך יוכח, קבלני לא ישלם לו פיצויים. בוודאי מוטל על הקבלן לחפש קונה כלשהו. **תוצאה סופית**: גם אם לא ניתן לדוד להשתחרר, פיצויים הוא כנראה לא ישלם. **אם יש בחוזה פיצוי מוסכם, אין עניין של הקטנת נזק**.

## ניתוח אירוע - יעקב יועץ מס

יעקב, יועץ מס, גובה שכר לפי 200\$ לשעה. יעל קבעה להיפגש עם יעקב לייעוץ בתאריך 1.1.96 בין השעות 13:00 ל-16:00. שבוע קודם הודיעה יעל שלא תוכל להגיע לפגישה. יעקב קבע פגישה עם לקוח אחר לשעות שהתפנו. האם לדעתכם זכאי יעקב לשכר מיעל עבור הפגישה שבוטלה?

**ניתוח:** אכן יש ביניהם חוזה מחייב. במקרה זה יש חוזה בע"פ. לא מדובר בהסכם ג'נטלמני. **האם הודעת ביטול היא הפרת חוזה?** יש שאלה מהו הנוהג במקרים כגון דא. ייתכן וחוזים כאלה ניתנים לביטול בהסכמה, אם הביטול נעשה בשלב מוקדם ולא ברגע האחרון. לנוהג יש מעמד משפטי. אם נהוג שמאפשרים ביטול ללא תשלום אם הוא מוקדם, אז יכול מאוד להיות שיעל הסתלקה כדין מהעניין ואין תביעה כנגדה, אלא אם כן נקבע במפורש משהו אחר. אם אין זה הנוהג, היא כן נחשבת מפרת חוזה. גם אם היא מפרה, אין זה ברור כלל שיש נזק (שאלת הקטנת הנזק). אפשרות אחרת היא שהיועץ יגיש תביעת אכיפה כלפי יעל. הבעיה היא שהשירות לא ניתן. במקרה כזה, שיקולי צדק עשויים למנוע אכיפה.

## עסקאות נוגדות - ס' 9 לחמ"ק

**השאלה איתה מתמודד הסעיף -** אדם א' מוכר דירה לאדם ב' ואז מוכר את אותה דירה לאדם ג'. החוזים אינם ניתנים לקיום בו זמנית או שהדירה תגיע ל-ב' או שהיא תגיע ל-ג'. במכירת הדירה שלו לאדם ג' א' מפר את החוזה כלפי אדם ב'. אדם א' מפר את החוזה גם כלפי אדם ג'.

**נשאלת השאלה מי יקבל את הדירה?** מישהו הרי צריך לקבל עדיפות. הכלל הוא כי אדם ב' עדיף אלא אם כן אדם ג' נתן תמורה למוכר, נהג בתום לב ורשם את העסקה בטאבו או במקום מוסמך אחר. רק אז אדם ג' עדיף.

- **פס"ד ורטהיימר -** מעלה את נושא שיקול הדעת השיפוטי. האם ס'9 הוא סוף פסוק, או שבית המשפט יכול לבוא ולומר כי אם אדם ב' התנהג באופן לא בסדר בעניינים שונים (אי רישום הערת אזהרה), האם ראוי כי אדם ב' לא יקבל את מה שס'9 נותן לו? אם אדם ג' שילם את מלוא התמורה - האם זה שיקול שיש לקחת בחשבון? אם אדם ב' הוא טייקון בעל מאות דירות ואדם ג' זו דירתו היחידה, האם גם זה שיקול?

- עד כה דיברנו על צדדים אשר מתקשרים ביניהם בחוזה ואינם משפיעים על העולם החיצון. לא היו צדדים שלישיים שהיה להם עניין בחוזה שנכרת בין צדדים א ו-ב. ס'9 לחמ"ק מלמד שאין זה כך. במקרה דנן, לחוזה שנערך בין ב' ל-א' יש השלכות חוצה. החוזה מכוון גם כנגד ג'. ג' מושפע מהחוזה שנעשה בין ב' ל-א'. המשמעות היא שבזכויות חוזיות יש להשכות ומחויבות מסוימות גם כלפי מה שכלל לא התקשר בחוזה עם אחד הצדדים אשר כרתו חוזה (ג' כלפי ב' אותו אינו מכיר כלל).
- **ס'9 לחמ"ק** מלמד אותנו: לאחר כריתת החוזה הבעלות על הדירה היא כבר לא רק של א', היא גם של ב'. זה אומר כי החוזה מעניק ל-ב' משהו שהוא יותר מהתחייבות כלפי החייב. כאשר יש חוזה כלשהו, עצם החוזה כבר מעביר חלק מהקניין לרוכש (ל-ב'). לזה אנו קוראים קניין מן היושר. זהו לא קניין פורמלי, זהו מעין קניין. החוזה מקרין ומשפיע על העולם. **לזכויות חוזיות יש אופי רכושי מסוים.**
- לדבר זה השלכות - ס'9 קבוע הגנה על החוזה הראשון שהיא מאוד עוצמתית. אדם ג' יכול למצוא עצמו כעבור שנים נתון תחת מתקפה של ב' משום חוזה במגירה שנעשה קודם בזמן בין אדם ב' לאדם א'. זה מעורר מחשבה האם יש להגמיש את ס'9.

- **פס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונב -** מבטא הגנה רחבה של הזכות שביושר כלפי העולם החיצון. בפס"ד זה המצב מעט שונה: נניח שלאדם ד' מגיע כסף מאדם א'. כשלאדם מגיע כסף ממישהו, הוא מבקש עיקול על נכסי החייבים. ד' ירדוף אחר נכסיו של א' על מנת להיפרע מתוכם. שאלה מרכזית בפס"ד דנן - ירצה ד לעקל את הדירה אשר נמכרה ל-ב', מה איתה? מה לגבי האינטרס של ב'?

- בגישה שמפחיתה את הזכות החוזית היו אומרים - הבעלות עדיין שייכת ל-א'. לד' יש חוזה א' וגם ל-ב' ועל כן, **שניהם במעמד שוויוני.** אין עדיפות מיוחדת דווקא ל-ב'. **פס"ד הנ"ל הפך את המצב וקבע כי ל-ב', מרגע התימת החוזה, יש מין בעלות בנכס.** נושים יכולים לעקל רק נכסים שהם של א' בכל המובנים. הדירה דנן שייכת גם ל-ב'. על כן, הזכות המעין קניינית הודפת את אדם ד'. אפילו במצב של פשיטת רגל, אדם ב' מוגן היטב.

## גורם הפרת חוזה שלא כדין - ס'62(א) לפקודת הנזיקין

- 62. (א) מי שביודעו ובלתי צידוק מספיק(אדם ג') גורם לאדם שיפר חוזה מחייב כדין(אדם א') שבינו לבין אדם שלישי (אדם ב'), הריהו **עושה (אדם א') עוולה כלפי אותו אדם שלישי(אדם ב')**, אולם האדם השלישי (אדם ב') לא יוכל להיפרע פיזיויים בעד עוולה זו **אלא אם סבל על ידי כך נזק ממון - זה נועד למנוע מצב של קנוניה בין אדם א' ל-ג'. הסעיף מדגים היטב את הקשר בין אדם ב' לאדם ג'.** נושא זה רלוונטי מאוד בעניינים עסקיים. למשל - מגיע אדם ומבקש מספק לא לספק סחורה למתחרה שלו. בעצם, נפגע המתחרה של אותו אדם. מעשה זה הינו עוולה כלפי המתחרה (בהנחה שיש חוזה בין המתחרה לספק והאדם שרוצה לבטל אותו, מוכן לשלם לספק בעבור הפרת החוזה עם המתחרה). תיתכן תביעה נזיקית של אדם ב' נגד אדם ג' בגין "גורם הפרת חוזה".
- חוק המחאת חיובים הוא ביטוי מעולה לכך שזכויות חוזיות הן רכוש.

## לשיעור הבא

- סעיף "ההצעה" בסילבוס
- חוק המתנה
- לקרוא ולחשוב על תרגיל 2
- **ד"ר 22/82 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד (מג'1) 441 (1989) (פסקי הדין של השופטים אלון וברק). - לא חובה לשיעור הבא.**

**חופש החוזים**

**ס'49 לחוה"ח כללי:** ניקח חוזה הלוואה. בנק מלווה כסף בתמורה למשכנתא. כאשר מחזירים כסף, קיימות שאלות של תחשיב. שאלות של אופן התחשיב. אם אדם קיבל הלוואה, ההלוואה נושאת ריבית, הוצאות שונות של הבנק המלווה. **להלן שלושת הרכיבים בהם עוסק הסעיף:**

1. קרן - החיוב עצמו - נניח מיליון שקלים הלוואה.
2. ריבית - 4 אחוז לשנה למשל
3. הוצאות שונות של המלווה בסכום מסוים

מישהו צריך להחליט כשהלווה מחזיר בחודש לבנק 5000 ₪ מה קורה לאותם 5000 ₪ - לאיזה רכיב הם שייכים, על חשבון מה הם? ייתכן והם ילכו לקרן ואז זה יגרום שהריבית תהיה נמוכה יותר.

ייתכן והכסף ילך לריבית ואז הסכום יישאר מיליון והריבית תרוץ על מיליון. התוצאה הכספית תהיה שונה בכל שיטת תחשיב. מישהו צריך לקבוע איך מתבצע התחשיב וס'49 קובע אותו - קודם הוצאות, אח"כ ריבית ואז הסכום עצמו.

ניקח חוזה הלוואה ונניח לרגע כי בחוזה ייקבע משהו אחר. נניח והחוזה יאמר ריבית ראשון, הוצאות מקום שני, קרן מקום שלישי. או, שיבצעו פיצול - 50 אחוז מהסכום להוצאות ועוד 50 אחוז לריבית. הדבר הזה נוגד את ס'49 חוה"ח כללי. האם יכול אחד הצדדים לפרש אחרת ס'49 חוה"ח כללי? במקרה דנן, החוזה לא מתאים לחוק.

**העיקרון הגדול הוא שדיני החוזים מכינים ומעודדים הפעלת אוטונומיה אישית.** הפעלת אוטונומיה אומרת שצדדים יהיו חופשיים להתקשר כהבנתם - מכונה חופש החוזים. זה נשען על כיבוד האוטונומיה של בני האדם. הביטוי חופש אינו רק ביטוי של חופש במובנו הפשטני. זה לא רק שאתה לא עושה עבירה, זה הרבה יותר מזה, עושים משהו שהשיטה מגנה עליו. השיטה מתגייסת לממש את מה שרצית. זוהי זכות פוזיטיבית. העיקרון הזה נשען על ההיבטים החוקתיים. אין מחלוקת שחופש החוזים הוא חלק מכבוד האדם וחירותו.

העיקרון הנ"ל קשור לדיספוזיטיביות - חופש ההתנאה מעל החוק. **חוקה אזרחית ברובה המכריע מאוד היא דיספוזיטיבית - יש חופש להתנות על מה שקובע החוק. האפשרות השנייה היא חוק קוננטי - החוק כופה ומחייב ולא ניתן להתנות עליו. עמדת מוצא זו היא קריטית על מנת להבין את השיטה המשפטית.**

יש החושבים כי חוזה הוא יותר חלש מחוק. החוק עצמו מוכן לשחרר את הצדדים להסכמות נוגדות. למשל בס'49 כאילו כתוב כי השיטה המפורטת תקפה, אלא אם כן הצדדים הסכימו אחרת. אמנם זה לא כתוב אך זה משמעות חופש החוזים. ההנחה הכללית הגורפת היא כי יש חופש חוזים. **מוכן כי יש חריגים.**

**את חופש החוזים נוהגים לחלק את זה לרכיבי משנה:**

- **חופש ההתקשרות** - הזכות להתקשר עם כל אדם כפי שאתה מבין. דוגמא לסייג - אסור להתקשר עם מדינת אויב או אויב. כל גריעה של חופש צריכה לעמוד במבחנים החוקתיים.
- **החופש מהתקשרות** - לא מכתבים לאדם חוזה. חוזה הוא יצירה רצונית.

○ **לרכיבים הללו יש סייגים.** למשל: חוק איסור הפלייה בכניסה למקומות ציבוריים - החוק הזה פוגע בחופש מהתקשרות של ספק השירות. על אף שבעל המועדון, נניח, לא רוצה להתקשר בחוזה עם בליין מסוים, לא מאפשר לו החוק לעשות זאת טעמים פסולים. יכול לטעון בעלי המועדון - יש לי זכות לקניין מדוע שאכנסו? מה קורה אם מקרה כזה מתרחש עם אדם פרטי - אדם רוצה להשכיר דירה. מתייצבים שוכרים שה לא לטעמו מסיבות לא לגיטימיות (דת, גזע, מין). כאן האזיון הוא קשה יותר מאשר אם מדובר במקום ציבורי הפונה לקהל רחב של אנשים (מועדון). אדם פרטי, כביכול לא חייב דבר לציבור. מצד שני, כולנו חיים כאן וכולנו חייבים משהו לציבור. כל תועלת שאנו מפיקים אינה מנותקת מהחברה בה אנו חיים.

- **חופש אופן קביעת התנאים** - זכות לעצב תנאים כהבנת הצדדים. לכאן שייכת הדוגמא של ס'49 חוה"ח כללי. הצדדים רשאים להתנות על ס'49 כי להם חופש לקבוע תנאים. כמו כן, ישנו גם חופש מעיצוב תנאים.

**חוקים דיספוזיטיביים - הים (הרוב)**

אם הוראות החוק האזרחי כל כך ניתנות להתנאה, למי יש צורך בהם? מה הטעם בס'49 לחוה"ח כללי? החקיקה האזרחית היא חקיקה של ברירת מחדל ותו לא. זו ברירת מחדל בעלת חשיבות אדירה. יש לה, לברירת המחדל, חיים ותכלה באופן יומיומי. הצדדים אף פעם לא מסדירים הכל. חללים בחוזה הם תופעה בלתי ניתנת לסילוק. חוסרים בחוזה הם תופעת טבע. הצדדים, הרבה פעמים, לא ערים למה הקביעות החוק ובעיקר למה הפרשנות הפסיקית להוראות חוק. על כן, יש תכלית מרכזית בהוראות החוק הדיספוזיטיביות.

מהי התכלית המיועדת לעניין? למה נקבע בס'41 לחוה"ח כללי דווקא "זמן סביר"? למה לא 30 ימים? על המחוקק לבדוק מהן ההשלכות על הציבור, על הפרט, על החברה טרם כל חקיקה. הדבר הזה לעולם משפיע על הפרשנות המשפטית. בס'41 יש כרגע בעיה של אי דאיות משפטית - מהו זמן סביר? מצד שני, אם נלך לוודאות רבה מאוד (30 ימים) - זה לא הגיוני ולא מתאים לכל העסקאות. טבעי כי הוראות חוק תהיינה יותר כוללניות.

**קיימים 2 סוגי שיקולים אותם לוקח המחוקק בחשבון:**

1. **שיקולי מוסר** - לפעמים רלוונטיים יותר ולפעמים פחות. אם נחזור לס'49 - קשה לראות כאן שיקולי מוסר. חקיקה זו באה לקבוע עוגן סביר אשר יהווה ברירת מחדל.
2. **שיקולי יעילות כלכלית** - הבה נקלע לציפיות הסדירות של בני האדם. זה יעיל כי אז הצדדים לא צריכים לקבוע משהו מיוחד. הם יכולים לסמוך על החוק שהחוק ממיילא יעשה את שהם היו עושים. לפי שיקולים אלה - חוק הוא טוב כשהוא חוק חקיין למה שהצדדים היו עושים. תמיד יש שאלות פוליטיות כלכליות - הערת אגב.

- **שניהם גם יחד צריכים להיות בתוך החקיקה. ישנן מחלוקות עזות על השיקולים הללו - איזה מהם להכניס יותר ואיזה פחות.**

**החוקים הקוננטיים - האיים שבים (המיעוט)**

**מתי ייחפך חוק לקוננטי**

- **אם חוק אומר שהוא קוננטי - הוא קוננטי.** דוגמא: חוק המכר דירות. דוגמא בחוק: קבלן מוכר דירה לאדם ויש ליקויי בנייה. אדם קונה דירה חדשה ויש לו טענות כלפי הקבלן. החוק מגדיר את החובות של הקבלן בעניין. נניח ובחוזה המכר עם הקבלן, הקבלן דאג לשחרר עצמו מחובות חוק המכר דירות. האם הניסיון להתנות על החוק תקף? קובע חוק המכר דירות ס'7א) - אין להתנות על החובות לפי חוק זה, אלא לטובת הקונה. זוהי הוראה קוננטי מפורשת. הסיבה לקוננטי - פערי כוח מובנים בין קבלנים לקונים.
  - מטרת הקוננטי - סגירת פערי כוח ככל האפשר. שיקול של צדק חלוקתי, של הגנת החלש.
  - דוגמא נוספת לחוק קוננטי - חוק החוזים האחדים - עוסק בחוזים סטנדרטים. קובע באופן קוננטי כי הוראות מקפחות, ניתנות לביטול.
- **כשלא כתוב שחוק הוא קוננטי, מתי הוא כזה?** - כשיש **אינטרס ציבורי עוצמתי** אשר מצדיק את הפיכת ההוראה לקוננטי. זה נקבע לפי מערך של איזונים בין כל האינטרסים המעורבים. קוננטי הוא כאשר האינטרס הציבורי העוצמתי גובר על חופש החוזים.
  - **הערה** - צריך להראות שההוראה באה לשקף ערך בסיסי וחוק מאוד. אינטרס ציבורי עוצמתי אל מול זה יש את חופש החוזים - האוטונומיה האישית. יש ליכור כי עמדת המוצא היא דיספוזיטיבית.

**ס'30 לחוה"ח כללי**

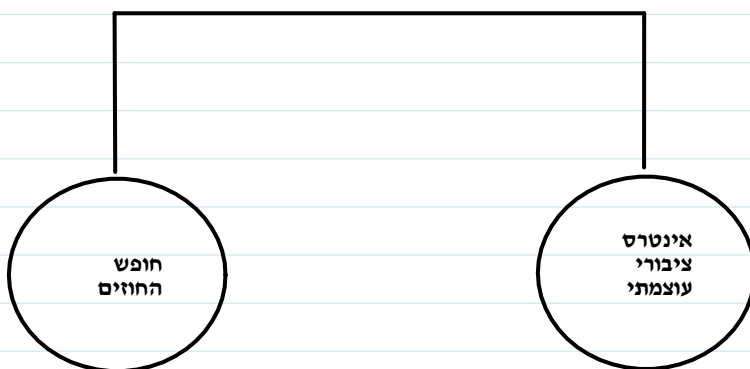
- **ס'30 לחוה"ח כללי מסדיר את עניין ההכרעה בין השיקולים - חוזה שנוגד חוק, מוסר או תקנת הציבור - בטל. בס'30 דנים הרבה מאוד. כשכתוב נוגד חוק** הכוונה היא **לחוק קוננטי בלבד**. אומר ס'30 - אם תארתו סעיף חוק קוננטי, הוא יגרום לבטלותו של חוזה אשר נוגד אותו. **הסעיף אינו אומר מה הוא סעיף**

## קוגנטי.

- חוק יהיה קוגנטי כשהוא משקף את תקנת הציבור (=ערכים בסיסיים של השיטה המשפטית). זהו ביטוי כוללני לאינטרסים יסודיים, עוצמתיים ציבוריים. כיוון שאין נוסחאות מוכנות מראש, יש לאתר מהם אותם סעיפים קוגנטיים.
  - **כלל זהב -** לא איתרתם שיש אינטרסים ציבוריים עוצמתיים הכלולים בסעיף - הסעיף הוא דיספוזיטיבי. **עולם החוזים אינו קוגנטי בעיקרו, הוא דיספוזיטיבי.**
  - **פס"ד קסטנבאום כדונמא - רקע:** בחוזה מול חברה קדישא נכתב כי כיתוב שם הנפטר יהיה בעברית. המשפחה ביקשה שהשם ייכתב בלועזית. **עולה השאלה** האם הסעיף בחוזה תקף או שמא הוא נוגד דין קוגנטי כלשהו? בהקשר מצבות אין הוראת חוק רגילה כלשהי העוסקת בכך. ייתכן והדבר פוגע בח"י: כבוד האדם וחירותו. ח"י זה **עומד אל מול** חופש החוזים. גם חוק החוזים האזרחיים נכנס פה - הרי החוזה הוא חוזה סטנדרטי. מבחינת חוק החוזים אזרחיים יש פה הוראה מקפחת. ההוראה מקפחת כי אותו סעיף בחוזה פוגע באינטרסים ציבוריים עוצמתיים - הגנה על רצונו של אדם, של משפחת המת.
  - **איך בודקים את איזון במקרה הנ"ל -** ראשית, יש לשאול האם לפנינו אינטרס חברתי עוצמתי? כן, הזכות לכבוד. **אל מול אינטרס זה** עומד חופש החוזים. מה משקלו של חופש החוזים. זו שאלה כללית ושאלה פרטנית. משקלו **העקרוני** של חופש החוזים הוא נורא גבוה - זה מבטא ומגשים את הזכות לכבוד. לא תמיד ההתקשרות נעשית מכוח חופש חוזים מלא. לעיתים, התקשרות נעשית מכוח חופש חוזים חלקי. במקרה דנן, ההתקשרות היא לא מכוח חופש חוזים כלל. חופש החוזים של משפחת הנפטר הוא במשקל נוצה. משום כך, במקרה זה, חופש החוזים שוקל נורא מעט (תשובה על השאלה הפרטנית). יש לבחון על איזוה ערך כל אינטרס מגן. יש לבחון עם מי נעשתה ההתקשרות - יש הבדל בין גוף מדינתי לגוף פרטי. חברה קדישא היא גוף מדינתי. זה לא שם נפגע בחברה קדישא, נפגע באינטרס הסתמכות עוצמתי של גוף פרטי. לחברה קדישא יש אינטרסים פרטיים מוגבלים. הוא גוף שמשרת ציבור ויש לו חובות ציבוריות. על כן, במקרה זה העובדה שלחברה קדישא יש חובות ציבוריות כמו המשקל הנמוך שיש במקרה דנן לחופש החוזים, מובילה להחלטה כי האינטרס הציבורי העוצמתי גובר והסעיף הנדון מתבטל.
  - **דונמא נוספת - הגבלות על העברת נכסים -** בישובים של אנשי קבע - נערכים חוזים בין רוכשי דירות לעמותות שאחראיות על המכירה. בחוזה יש סעיף הנקרא הגבלת עבירות. משמעה - אם החוזה רוצה למכור דירה, באה ההגבלה ואומרת כי אסור לו למכור למשך 5 שנים. **האם הסעיף תקף?** האם אין הסעיף נוגד את זכות הקניין בח"י: כבוד האדם וחירותו? האם הסעיף נוגד תקנת ציבור, במקרה זה - יעילות כלכלית. ההגבלה היא בעייתית. גם אומרים לאדם מה לעשות עם קניינו וגם פוגעים באינטרס של הכלל - האינטרס הציבורי ליעילות כלכלית. דירות הן משאב מוגבל, אנו רוצים שניתן יהיה לעשות בהן שימוש מיטבי. למשל - דירה ריקה אינה דבר טוב. אם אדם רוצה למכור לג' דירה והסעיף מונע ממנו - אז גם פוגעים במוכר שלא הכי טוב לו שם וגם מונעים מ-ג' להתקדם. אינטרס זה עומד אל מול חופש החוזים.
  - **איך בודקים איזון במקרה הנ"ל -** האם קיים חופש חוזים מלא במקרה דנן? יחסית כן, אדם יכול להחליט כי לא יקנה את דירה במקום בו יש חוזה כגון זה. זה לא חופש חוזים מלא (100) אין יכולת מיקוח מלאה. **אל מול זה** עומד האינטרס הציבורי - זכות הקניין, ניידות קניין (יעילות כלכלית). ניתן לומר כי הפגיעה באינטרס הציבורי של יעילות מתקזז עם היתרון שיש בלכידות חברתית (העובדה כי באותה שכונה יגורו רק אנשים מקבוצה מסוימת). הפגיעה ביעילות הכלכלית היא לא אחידה, אלא תלויה הגבלה (5 שנים עד שניתן למכור). ככל שהתקופה תתארך, המשקל של האינטרס הציבורי הנפגע הולך ומתעצם. אז אם זה 5 שנים אולי זה בסדר. אולי חופש החוזים יגבר במקרה דנן. זה גם תלוי בהיקף העסקאות המוגבלות - צריך לעשות ניתוח פרטי. אם הוגבלה רק המכירה אך אין הגבלה על השכרה - ייתכן וההגבלה היא בסדר וחופש החוזים יגבר. משתנה נוסף אשר יש לקחת בחשבון - מי אנשים להם אסור למכור. אם אסור למכור לשום צד שלישי - ההגבלה קשה מאוד. אם מותר למכור לסוג מסוים של צד שלישי - ההגבלה פחות קשה.
  - **דונמא נוספת - הגבלות עיסוק/הגבלות תחרות -** מעבידים הדורשים מעובדיהם לחתום על סעיף של אי תחרות. יש 2 אפשרויות - האחת, כל עוד העובד עובד אצל אותו מעביד, אסור לו להתחרות באותו מעביד. חופש החוזים של העובד מוגבל. סעיף תחרות הוא בעייתי - טוב שתהיה תחרות חופשית, זוהי אבן בריאה לכלכלה בריאה. הסעיף הנ"ל פוגע באינטרס הציבורי של חופש תחרות. הוא גם פוגע בחופש העיסוק של העובד. לא מתקבל על הדעת מבחינת קשרי אמון שהעובד יתחרה במעביד תוך כדי. אם הסעיף מונע גם עיסוק אחר תוך כדי עבודה, זה מסתבך - הפגיעה גדולה יותר.
- ומה עם אחרי סיום העבודה - נניח והעובד חתם שלאחר סיום העבודה הוא לא יתחרה במעביד ולא יעסוק במקצוע. יש נוהג כזה. כאן חופש העיסוק והתחרות שוקלים הרבה יותר. הם גוברים באופן מובהק על חופש החוזים. הפסיקה המודרנית אומרת שכמעט תמיד הגבלות הללו בטלות. יחד עם זאת למעביד אינטרס - שמירת סודיות. לזה יש פתרון - חוק עוולות מסחריות. חוק זה מסייע לבעל הסוד להגן על סודו.

**ע"א - חברה קדישא נ' קסטנבאום סיכום פס"ד - חברה קדישא נ' קסטנבאום -** מסביר טוב מהי תקנת השוק

**על כמות המאזניים -** חופש החוזים מול אינטרס ציבורי עוצמתי - המאזניים הנבנות על פי ס' 30 לחוה"ח כללי - **מתי נבנות?** כאשר לא יודעים האם קיימת פגיעה בסעיף ו/או חוק שהם קוגנטיים ויש צורך לנתח את זה.



**חופש החוזים ומגבולותיו - המשך**

**מקרה:** מוכר יודע שעל קרקע מסוימת ניתן לבנות בניין של 12 דירות. המוכר חושב שעל אותה קרקע ניתן לבנות בניין של 20 דירות. המוכר יודע שהקונה טועה בעניין. הצדדים מגיעים להבנות. בסיום ההליך נכרת חוזה ונחתם. אחד התנאים בחוזה אומר כך: הוראות חוזה זה ממצות את כל ההבנות בין הצדדים. אף אחד מהצדדים לא יחזיר את המכרה למוכר, ונדעת לקונה האמת וכעת הוא מאוד כועס ונמצא בבעיה. הוא אומר למוכר לא עשינו דבר, העניין מובטל, נא להשיב לי מה ששילמתי + תשלום פיזיים.

השאלה של קוגנטיות חוזרת סביב חובת תום הלב. **12' ס' לחוזה"ח כללי - במו"מ ישנה חובת תום לב.** תחילה, נקבל כנתון כי חובת תום הלב היא אינה רק החובה להיות הגון סובייקטיבית, אלא גם החובה להיות זהיר כלפי האינטרסים של הצד שכנגד. ייתכן וזהירות זו אינה טבעית לגמרי, שכן החובה הזאת היא חשובה יותר מהאיסור לרמות. לא כלולם ברור שיש תוצאות לעניין הרמאות. **חובת תום הלב כוללת 2 חובות:**

- **איסור סובייקטיבי** דהיינו, אסור לרמות את הצד השני.
- **רכיב אובייקטיבי** - חובה להיות זהיר כלפי האינטרסים של הצד השני. צד למו"מ לא יחזיר את המכרה למוכר רק לאינטרסים העצמיים שלו. הוא חייב להגן הגנה סבירה ומוגבלת גם על האינטרסים של הצד שכנגד. חיוב זה הוא בעל חשיבות עצומה במשפט הישראלי. הוא גורם לכך שהתופעה החוזית יש לה גוון שיתופי. אמנם יש גוון לעומתי - כל אחד רוצה להרוויח מהעסקה, אך יש גם גוון שיתופי. יש משמעות אופרטיבית מהותית לאמרה זו. השאלה במחלוקת היא מהו היקף החובה של הגוון השיתופי.

**בדוגמה הנ"ל** - לפי הנתונים הנ"ל, גם אם המוכר לא ידע ממש שהקונה טועה, הוא היה חייב לדעת שהקונה טועה (לבצע בדיקה שאדם סביר היה מבצע), הוא היה חייב לגלות לו כמה דירות ניתן לבנות על הקרקע. כעת עולה בעיה והיא מהי מעמדה של ההוראה החוזית - הרי יש בחוזה סעיף השולל עילת תביעה. הסעיף אומר כי למוכר, ולקונה מנגד, אם יש עילת תביעה לפי ס'12 לחוזה"ח כללי - אין לך. מה שהחוק נותן, מהסכס-לוקח. זו הוראה מקובלת מאוד בחוזים, בעיקר בחוזים מורכבים ורציניים. בסעיף זה יש מרכיב של עילת בלתי מבטלת.

**פתרון:** נניח שהוכח שהמוכר ידע סובייקטיבית שהקונה טועה. מצד אחד עומד חופש החוזים - הבה נכבד את סעיף הוויתור בחוזה. מצד שני, בהנחה שהמוכר הטעה ממש את קונה, המשמעות היא מרמה - יש לנו אינטרס ציבורי והוא מניעת מרמה. רוב החברה רוצה שבני אדם לא יהיו רמאים. במקרה כזה הרצון לאי הרמאות יגבר על סעיף הוויתור. **זה מוביל למסקנה כי הרכיב הסובייקטיבי בחובת תום הלב הוא קוגנטי. אדם לא יכול לומר לצד השני שהוא רשאי לרמות אותו - זו פגיעה בערכים בסיסיים של החברה. זהו איסור חזק מאוד - אפילו אם הצדדים חשבו, עת חתמו על סעיף הוויתור, כי ייתכן ומרמים אותם, הסעיף יהיה מבוטל לעומת האינטרס הציבורי העוצמתי.** אגב, ייתכן והפתרון ייגמר עוד טרם הקוגנטיות. אפשר יהא לפתור את העניין דרך דיני הפרשנות של החוזה (קוגנטיות מהווה דיני תוקף של החוזה). כלומר, שואלים 2 שאלות כאשר קיימת בעיה בחוזה:

- קודם כל, שאלה של פרשנות. למשל: למה באמת התכוונו באותו סעיף ויתור.
- רק אם יש צורך - שאלה של תוקף. למשל: סביר לומר כי הסעיף הנ"ל אינו מתכוון לוותר על טענות מרמה.
- **מקרה נוסף** - נניח ולאחר כריתת חוזה המכר הראשון (בו אין סעיף ויתור), נודע לקונה כי המוכר רימה אותו. הרי לזכות הקונה עומדת עילת תביעה. המוכר פונה לקונה ומשכנע אותו לוותר על התביעה. הקונה מסכים וחותרם על כתב ויתור על תביעה - זה בסדר ותקין לחלוטין. בהנחה שהקונה יודע שהמוכר רימה אותו ואומר למוכר - אני מוותר על הטענות - זה בסדר. הרי צמחה עילת תביעה לקונה ועכשיו כשהוא יודע על כך - הוא מוותר.

**עולה השאלה האם גם הרכיב האובייקטיבי הוא קוגנטי.** זה לא מובן מאליו כלל שהוא קוגנטי. חובת אובייקטיבית משמעה חובת זהירות - לבדוק כי הקונה מבין טוב מה הוא עושה. החובה האובייקטיבית היא אינה חובה ערכית במעלה העליונה. החובה שלא להיות רשולן כלפי האינטרסים של השני היא אמנם משמעותית, אך עדיין רמת האשמה היא הרבה יותר נמוכה. במקרה כזה - האינטרס הציבורי הופך ממניעת מרמה למניעת רשלנות, זה ודאי לא שוקל אותו דבר. במקרה לעיל, מדובר על חובות במו"מ. זה לא מובן מאליו שבמו"מ תהיה חובה אובייקטיבית. מה פתאום צד אחד צריך לדאוג לצד שני. זה לא כמו החובה לא לרמות. על כן, סביר להניח, שבמקרה דנן, חופש החוזים יגבר על השיקול של מניעת רשלנות. גם פה יכולים להיות גוונים שונים - אם המוכר סתם רשולן, סעיף הוויתור יגבר בעניין זה. ייתכן כי המוכר מאוד מאוד רשולן ואז הסעיף לא יהיה תקף והחובה תגבר על חופש החוזים.

**מכאן, עולה השאלה הבאה: האם ס'12' הוא קוגנטי או דיספוזיטיבי?** מקטע מסוים הוא קוגנטי - איסור המרמה. במקטע האובייקטיבי שלו, הבא למנוע רשלנות - דיספוזיטיבי. בעניין הרשלנות רבתי - הנושא גבולי ולא ברור האם הוא קוגנטי או דיספוזיטיבי.

**חוק המחאת חיובים**

הביטוי המחאה הוא ביטוי למכר. המחאת חיובים זהו חוק מכר של חיובים. משתמשים בביטוי המחאה כתחליף למילה "העברה" של חיוב. אין פה קשר לציקים.

נניח ובין א ל-ב יש חוזה. ב התחייב למכור דירה ל-א. ל-א יש זכות חוזית לקבל בעלות על הדירה. א עוד לא רשום טאבו כבעלים, הוא גם לא רשם הערת אזהרה. בשלב מסוים, א רוצה למכור את הדירה. כרגע, עוד אין לו בעלות בדירה והוא יכול אמנם להתחייב למכור את הבעלות שהוא יקבל בעתיד, אבל הדרך המקובלת יותר היא המחאת חיוב. ג' הוא רוכש פוטנציאלי - הוא רוכש זכות חוזית. הזכות החוזית היא נכנס בפני עצמו, היא בעצמה רכוש - יש לה ערך כלכלי רב. יכול להיות ש-א יהיה הבעלים הרשום רק עוד 20 שנים. אם א רוצה כסף עכשיו, הוא יכול למכור את הזכות החוזית ל-ג. כשהעסקה בין א ל-ג תושלם, בעיקר כש-ג ישלם ל-א, מה שיקרה הוא תהליך של נדידת ג' אל נעלי א' מול ב'. מה ש-ג' קונה מ-א' זה את נעליו החוזיים מול ב'. מהרגע ש-ג' קיבל את הזכאות, ב' חייב להעביר את הבעלות בדירה ל-ג ולא ל-א'. ברגע שישנה המחאה מ-א ל-ג', הזכאי הנכון מול ב' הוא ג' ולא א'. בבוא היום באם א תועבר לא הבעלות, יוכל ג' להגיד תביעת בעלות נגד ב'. א' מהר ל-ג' והלך.

**בחוק:** א' בחוק נקרא ממחה/מעביר. ג' הוא הנמחה/מקבל. ב' הוא החייב. משמע: זכות חוזית היא נכס סחיר, רכוש לכל דבר ועניין. בחיי המעשה אין כמעט משקל בשאלה מה א מוכר ל-ג'. השווי של הזכות החוזית היא בערך כמו שווי הבעלות בדירה. ג' לא ישלם ל-א' פחות ממה שהוא היה משלם על הבעלות של הדירה עצמה. השוק כמעט לא מתמחר את ההבדל הזה. זכות חוזית ניתנת למכירה בדיוק כמו הבעלות על הדירה עצמה. אגב, תהליך זה לא צריך לקרות באישורו של ב'. ב' אינו פקטור בהחלטה המכירה על הזכות החוזית. למה זה? כי הזכות החוזית היא רכוש. אנו רוצים שניתן יהיה לנייד אותה ולנצל אותה כמו כל רכוש. אם יהיה צריך לשאול את ב' זה יצור אנדרלמוסיה. זה יהפוך את הזכאות לפגיעה ובלתי יעילה. התהליך הזה קורה המון בחיי העסקים. נניח: חברה בע"מ. יש לה בעלי מניות 2. א ו-ב רוצים למכור את החברה. יש להן 2 אופציות: למכור את המניות עצמן, או למכור את כל נכסי החברה - מקרקעין, כספים, מוניטין ויש זכויות כלפי כל מיני חיובים.

שאלה אחרת היא האם אפשר להעביר חביוות. **זכאות ניתן לעביר. חביוות לא ניתן להעביר** (אם אדם חייב לי כסף, הוא לא יכול להעביר את החוב שלו למישהו אחר). אנו שמכנו על מישהו ועל כן, אין הוא יכול להעביר את חובו למישהו אחר ללא הסכמתנו. אם אנחנו חייבים, לא אכפת לנו למי אנחנו חייבים. מה זה משנה למי נשלם?

**הצעה וקיבול**

**מבוא**

הצעה וקיבול מופיעים בס 11-1 לחוזה"ח כללי.

ס'1 אומר כי חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול לפי הוראות פרק זה. הצעה היא כאשר מישהו מציע למישהו משהו. קיבול הוא ביטוי מעט משונה מיותר. קיבול משמעותו הסכמה. אדם עושה קיבול כשהוא מסכים להצעה. יש להבחין בין שני מונחים שונים מהותית - האם מישהו קיבל את הצעה במונח הטכני שלה כלומר, האם היא הגיעה אליו. השאלה הזו אינה שייכת לקיבול. השאלה היא שאלה קליטה. קיבול הוא משהו הרבה יותר משמעותי חוק מקליטה. קיבול הוא כשאדם אומר להצעה שקלט - כן. צריכה להיות חפיפה בין ההצעה לבין אמירת הכן-הקיבול. אם נשלחה הצעה בת 20 סעיפים, הקיבול צריך לחול על כל 20 הסעיפים. אם יש הלימה - נולד חוזה.

**מה מכילים הסעיפים הנ"ל בחוק:** דיני הצעה וקיבול הם דינים תקשורתיים. מי מודיע מה למי? מה קורה אם מישהו חוזר בו? אם מישהו מודיע קיבול ורוצה לחזור בו - הם יכול לעשות זאת או לא? מה קורה אם נשלח קיבול והוא כלל לא מגיע למציע, יש חוזה או אין חוזה? שאלות של קיבול - האם צריך להגיד כן, להתנהג כאילו אני אומר כן וכי.

**תכונות נחוצות לשם קיבול:**



- גמירת דעת - כאשר אומרים כן הכוונה שזה יהיה כן אם המשיב גמר בדעתו לקיים חוזה.
- מסוימות - קונקרטיזציה.

סעיפי החוק נשענים על היגיון ענייני בריא ומשקפים שאלות של חלוקת סיכונים. כשמנסים להבין למה חוק מנסה להבין למה חוק אומר משהו זה או אחר, יש לחשוב על מי ראוי להטיל סיכון כזה או אחר. מילת המפתח כאן היא חלוקת סיכונים.

**השאלה מי היה מציע ומי היה מקבל תהא רלוונטית רק אם יש מחלוקת בשאלת הכריתה. אם אין הכחשה של צדדים על קיומו של חוזה, כל הפרק אינו רלוונטי. אם נתחם חוזה, אין זה משנה מי היה המציע ומי היה המקבל.**

יש האומרים כי פרק זה אינו רלוונטי היום. מפאת הקדמה, הסוגיות בהן הפרק מטפל, הן סוגיות אנכרוניסטיות. דויטש אומר שיש בזה משהו, אך חלק ניכר מן ההוראות עדיין מאוד מאוד משמעותי. למשל ס'3. לחוה"ח כללי. האם הצעה פקעה או לא היא שאלה קריטיות. האם היה קיבול בהתנהגות או לא - שאלה קריטיות.

## הצעה

**מקרה:** מודעה באינטרנט - "למכירה מכונת X, דגם Y מחיר Z." מתייצב למחרת אדם עם צ'ק בנקאי אומר "קניתי, היכן המכונת?" **מה דינו של מקרה זה?** אם אני מציע משהו למישהו, ברגע שהוא אומר כן, אין לי יותר חופש. ס'2 חוה"ח כללי אומר כי "הפנייה יכולה שתהיה לציבור". מה יקרה אם הרבה רוצים לקנות דבר אחד? ניתן למצוא פתרונות פרשניים בהצעה עצמה. ניתן להבין מההצעה לציבור, כי כל הקודם זוכה. ברור לכולם שהמכונת לא תימכר אלא פעם אחת. ההצעה עומדת כל עוד לא התקבלה על ידי מישהו. **את המפרון אפשר לאמץ בכל מיני צורות: דרך אחת היא דרך הפרשנות. דרך שנייה היא דרך פקיעת ההצעות-הצעה אינה עומדת לעולם ועד.** נבין את ההצעה כהצעה שחלף המועד הסביר לקבל אותה. המועד הסביר לקבלה הוא כל עוד לא הגיע מישהו אחר וקיבל אותה. אם אחד מקבל, ההצעה כלפי יתר העולם פוקעת.

בפרסומים לציבור (לא רק), יש לזכור כי תמיד יכול שיהיה **שלב מקדמי**. זה עניין של ניתוח סיטואציה. **שלבים:**

- שלב ראשון אפשרי - הזמנה להציע הצעות.
- שלב שני - שלב ההצעה.
- שלב שלישי - שלב הקיבול. הרבה פעמים זה מתחיל ישר מהשלב שני.

**שלב ראשון - הזמנה להציע הצעות:** ההזמנה להציע הצעות יכולה להיות נורא קונקרטי. זה קורה כשאדם או עסק לא בטוח האם הוא רוצה להתקשר עם מישהו. זה יכול לקרות בגלל ספקות, טיב העסק עליו מדובר, איך זה ישפיע לו על עניינים עסקיים אחרים. הוא יכול לבוא לעוסק אחר ולומר לו שהוא מוזמן אותו להציע הצעות, אף באופן מאוד קונקרטי.

ההצעה להציע הצעות היא תופעת המתרחשת בהיקפים עצומים. איפה? מכרזים. במכרז, המפרסם מוזמן הצעות. יש לשים לב כי תנאי ההתקשרות העתידיים הם התנאים שהמוזמן מראש מציע. מה שמשתנה הוא המחיר, הכשרתו של המציע ותו לא. מדוע בעל המרכז עושה מכרז? לשם תחרות. תחרות משפרת את ההצעות. אם אתה מציע ממש - העברת כוח קיבול-יגיד הצד השני כן-אתה קשור. אין קיבול לקיבול.

**שלב שני - הצעה:** גם שלב ההצעה מתפצל לשניים:

1. הצעה רגילה - הצעה הדירה/חוזרת. ניתן לחזור ממנה.
2. הצעה בלתי הדירה/בלתי חוזרת - לא ניתן לחזור ממנה.

לכאורה, תמיד טוב להיות מוזמן להציע הצעות ולא מציע הצעות - כך רק הצד השני יגיד כן, מבלי שאני אגיד כן. כאשר אני נותן הצעה, אני תחת סיכון שמישהו יעשה קיבול. מדובר בשאלות טקטיות של מו"מ.

**אם כן, כיצד יודעים על מודעה אם היא הזמנה או הצעה?**

- **לפעמים יודעים בוודאות** - אם זה נאמר. הפונה באופן חד צדדי - שולט בתוכן הפנייה. הוא כובל או לא כובל עצמו בדיוק כפי שהוא רוצה. הפותח במהלך - יגדיר את גבולות המהלך. מכרז, למשל, אומר במפורש כי מדובר בהזמנה להציע הצעות. מכרז אינו דבר כזה טוב למציעים - הם הרי צריכים להציג לעיתים רציניות ובסוף ייתכן כי לא יקבלו דבר. מצד שני, הוא טוב בכך שהוא גורם לתחרות הוגנת - כולם שווים בניסיון להשיג את העסקה.

- **אם לא ידוע בוודאות - לא כתוב במודעה אם זו הצעה או הזמנה. במקרה כזה - יש לנתח.** איך? לפי ההיגיון והסבירות של העניין. ייתכן ובמודעה לעיל, לא הייתה גמירות דעת מלאה. למה? כי חשוב לנו לדעת עם מי עושים עסקים, מה אישיותו. בדוגמה זה עניין די גבולי, די בספק. אכן יש במודעה לעיל מסוימות. הרבה פעמים לא תהיה. למשל מודעה למכירת דירה-זוהי הזמנה להציע הצעות בהכרח. למה? חסרים פרטים מהותיים בהצעה (על אף שבחוק יש הנחיות לדברים רבים שאפשר להשלים מכוון גם אם לא נקבעו). מה גם שדירה היא עסקה רצינית, בעלת פרטים רבים, חשוב לנו לדעת עם מי מתקשרים, מה האישיות של הצד השני, מה היכולת שלו לשלם. אם כן, מודעה למכירת דירה, היא הזמנה להצעה בלבד.

- **סיכום של הפרשנות - השאלה העקרונית היא האם הייתה גמירת דעת ומסוימות. גמירת דעת להעביר כוח קיבול, להיות כבול לזה שיגיד כן.** יש לבדוק האם האדם שפרסם את המודעה מעוניין שיבוא צד שני, יגיד כן ואז יהיה חוזה איתו, האם יש נכונות להעביר שליטה? אם כן-מדובר בהצעה. אם לא - מדובר בהזמנה. כל מקרה צריך להבחין לגופו, על סמך העובדות. לפי תוכן המודעה ניתן לבדוק האם מדובר בהזמנה להציע הצעות, או שמדובר בהצעה.

**הערה - חלק ממה שמכריע הם שיקולים צרכניים - רוצים להגן על הצרכן. לא מתקבל על הדעת שחברה גורמת לציבור לבצע עולות כלשהן ואז לא תיתן תמורה לכך ותאמר כי זו לא הייתה הצעה. לא ייתכן כי נכיר בכוח משיכה מסחרי ומצד שני, הדבר לא יגובה במהלך משפטי.**

## פס"ד ריב נ' יולס (לקרוא בנית)

- הבעיה היסודית העובדתית היא בעיה של אי שוויון בהתנהגות של המציעים ושל בעל המרכז. אי שוויון במכרז יכול להתבטא בדרכים רבות. למשל: בעל המרכז מוזמן את אחד המציעים לנהל עמו מו"מ. זו בעיה כוללת של שאלת השוויון.
- בעיה נוספת היא אי שוויון לגבי תנאים קונקרטיים לגבי הגשת המכרז. המכרז קבע כי כל מי שמגיע הצעה חייב ללוות אותה בערבות בנקאית. א' מגיש ערבות בנקאית. ב' מציע הצעה טובה יותר, אך ללא ערבות בנקאית. בעל המכרז רואה שההצעה טובה יותר, על אף החוסר בערבות ובוחר ב-ב'. א' מתרעם ואומר כי זה לא בסדר ולא שוויוני.
- **מקרה דנן:** יש הזמנה להציע הצעות לגבי רכישת מכונות. נמשך לגלגל את הסיטואציה לגבי חוזה מכר. בעל המכרז מוזמן הצעות. ישנם משתתפים. משתתף נותן הצעת רכישה ובסופו של דבר בעל המכרז עושה קיבול לגבי הצעה כלשהי - זה לגבי חוזה המכר.
- בפס"ד הופיע סעיף בעניין הגשת ערבות בנקאית. בעל המכרז באותו פרסום אמר - כל מציע יצרף ערבות בנקאית בשיעור 10 אחוז מן ההצעה. משתתף א' לא צירף ערבות והציע לקנות ב-100. משתתף ב' צירף ערבות והציע לקנות ב-90. א' לא פועל לפני הנאמר בפנייה אך מציע מחיר טוב. ב' פועל לפי הפנייה, אך מציע מחיר פחות טוב. בעל המרכז מחליט לקחת סיכון ולהתקשר עם א'. התבצע קיבול עם א'. ב' לא שמח מזה. הוא פעל לפי הכללים, א' לא פעל לפי הכללים והנה העדיפו את א'. ב' זועק וזקע של חוסר הגינות. אי ההגינות אינה רק לגבי העובדה כי בעל המכרז ויתר ל-א ולא ל-ב, אלא זה גם ברמה של השפעה על תוכן ההצעה המוגשת - אם אתה מצרף ערבות יש לך עליונות-משלם לבנק, בנק לא נותן ערבויות בחינם. ייתכן כי ב' מוריד את העלות ממה שהוא מציע. יתרה מכך, ב' יצטרך לשעבד עבור הבנק נכסים. הבנק דורש בטחונות טרם מתן ערבות. כלומר, ערבות מכבידה ומגבילה את מגיש ההצעה (ב). השאלה המעניינת היא איך מתרגמים את הזעקה הזו לשפה משפטית רלוונטית.
- **דרך המלך תהיה טענה של חוסר תום לב (ס'12).** חוסר הגינות=דיני תום לב. בעל המכרז פועל בחוסר הגינות כשהוא משתף את א' שלא צירף ערבות ולא עמד בכללים ובמובן הזה הוא מפר כלפי ב' את סעיף 12 חוה"ח כללי. התנהלות בלתי שוויונית במכרז לגבי רכיב אשר הופיע בתנאי המכרז. **חוסר תום לב כולל רכיבים אובייקטיביים וסובייקטיביים.** גם אם נאמר שהוא פועל בתום לב סובייקטיבי-אין לנו כוונות רעות, ברמה האובייקטיבית ההתנהלות הזו לא מתקבלת על הדעת. יש פה שאלות של הגינות סובייקטיבית ושאלות של הוגנות-אובייקטיבית. כשאתה לא עומד בכללים שאתה עצמך פרסמת ויוצר חוסר שוויון בתחרות, מדובר בפעולה בחוסר תום לב. השאלה האם רק בעל המכרז פועל בחוסר תום לב-מה עם משתתף א'? א' הרי פעל אקטיבית בניגוד לכללים. הקושי הוא כי אין מו"מ בין א' ל-ב'. ס'12 מדבר על חובת תום לב במו"מ לכריתת חוזה. א ו-ב לא מיועדים להיות קשורים בחוזה כלשהו. האם זה נחשב חוסר תום לב בניגוד למו"מ? ההקשר הכולל הוא מו"מ, אך לא ביניהם.
- **דרך נוספת - לא רק לפי ס'12.** בעצם יש שני חוזים - חוזר המכר עליו דיברנו קודם לכן. אין חוזה מכר בין ב' לבין בעל המכרז. כן ניתן לטעון - כשאדם מפרסם מכרז ויש בו תנאים לעניין אופי ההשתתפות, כגון הגשת ערבות בנקאית, יש כאן סוג של הצעה ממש. בעל המכרז מציע הצעה לגבי כללי המשחק-הצעה ממש. ההצעה אומרת כך: אשתף במכרז רק מי שיעמדם בתנאים שקבעתי. ההצעה מופנית לכל אחד. הקיבול הוא על ידי עצם ההשתתפות. כל משתתף על ידי הגשה של הצעת רכישה עושה קיבול של כללי המשחק. המשתתף אומר - אני מסכים לתנאי המשחק באופן סופי וגמור. כך נולד חוזה ממש לגבי אופן התנהלות המו"מ. לכן, כאשר בעל המכרז משתף את

א' בניגוד לכללי המכרז שנקבע, הוא מפר את החוזה לגבי כללי הניהול של המו"מ.

- **אופרטיבית**, גם אם הפר בעל המכרז את כלל המשחק אין זה אומר שיהיה חוזה עם ב' במקום עם א'. מבחינת ב' יש יתרון כי כעת הוא טוען להפרת חוזה ממש. לפי ס'12 הוא רק טוען להפרת חובה במו"מ. הסנקציות לגבי הפרה זו נמוכות יותר מאשר הסנקציות בגין הפרת חוזה. ביסוס טענות בגין הפרת חוזה הן תמיד טובות יותר משום הפיצוי השונה והיבטים נוספים עליהם נדון בהמשך. שם המשחק הוא מהן הזכויות כאשר אין שיתוף פעולה של הצד השני - אלו דיני החוזים-מהותם.

לכל הניתוח לעיל אשר ביצענו בעניין "בית יולס" קוראים **חוזה נספח -** הוא משהו נלווה. המטרה הייתה חוזה מכר. חוזה לגבי כללי משחק הוא חוזה נספח, נלווה.

**הצרת מדיניות -** בסיטואציה כפי שתוארה, בית המשפט יכול לעצור בס'12, הוא לא חייב לפרש זאת כחוזה כללי משחק. תתכן תביעה לפי דיני תום לב ותו לא. ניתן לשדרג את המחויבות ולהפוך אותה לחוזה נספח. ככל שיש הצדקה עניינית לחזק את כללי המשחק, נראה אותם כהצעה ממש. אם המחשבה תהיה שכללי המשחק הם לא מספיק עוצמתיים ולא מספיק משרתים מטרות חשובות, אולי נסתפק בסעיף 12. בענייני מכרזים במיוחד יש אינטרס מיוחד להעצים את החובה הזו. כל אחד מצפה לעמידה בכללים. כניסה לתחרות של מכרז אינה פשוטה מבחינת המשתתפים. הרי פועלים ומשקיעים עלויות וזמן וכסף ובסוף לא יודעים אם יהיה חוזה. אם כללי המשחק לא יועצמו, אנשים לא ישתתפו במכרזים. אסור לתת לבעל המכרז לעשות כאוות נפשו. כאשר בעל מכרז קבע תנאים, החובה לעמוד בהם היא עניין חיוני.

אם בעל המכרז לא יהיה כבול לפחות בכללי המשחק שהוא קבע, איש לא ימשך לתנאי ההשתתפות ולמכרז בכלל. זה יהיה רע ולא יעיל. יש הבדל בין מכרז ציבורי למכרז פרטי בעניין היקפה של חובת השוויון. אין מחלוקת שיש חובה לפעול באופן שוויוני לגבי תנאים שנקבע במכרז למשל: הגשת ערבות בנקאית. הויכוח הוא האם בעל המכרז יכול להתנהל באופן לא שוויוני בהיבטים אשר לא קבועים במכרז. האם ישנה חובת שוויון גורפת וכללית? למשל, האם הוא רשאי לנהל מו"מ נפרד עם אחד הצדדים? בפס"ד זה במכרז פרטי אין חובת גורפת כזו. במכרז ציבורי ודאי שיש שכן יש חובת שוויון גורפת על רשויות שלטוניות.

**דוגמא נוספת לחוזה נספח - חוזי סודיות.** אדם מפתח פיתוח כלשהו ורוצה לשכנע חברת הון סיכון להשקיע בפיתוח, או שהוא רוצה להכניס שותף למיזם. כשהוא בא לאחד שהוא רוצה להכניס פנימה. הרי אותו אחד שרוצה שיתוף פעולה, חושש שהמידע ילך לצד שכנגד והוא ישתמש בו בעצמו בהמשך. הוא לא מעוניין לנדב ללא תמורה את הרעיונות והיישומים שפיתח. מצד שני אם לא יחשוף המידע, הצד השני לא ייכנס למו"מ. במצב כזה נחתמת התחייבות לסודיות לגבי מה שיועבר במו"מ. אומר אותו אדם לשותף, קודם חתום על התחייבות לסודיות. זה בעצם חוזה נספח לגבי כללי המו"מ.

לשיעור הבא:

החלק של הקיבול

עמוד 3, שאלה 3

עמוד 5 - שאלת דוקטור מדעני.

**הצעה וקיבול - המשך**

בשיעור הקודם דיברנו על הזמנה להציע הצעות (למשל במכרזים). **נעבור כעת לתיאור סעיפים 11-1 לחו"ח כללי.**

- הקיבול חייב, ראשית, להיות תואם להצעה ע"מ שיוולד חוזה. אם הקיבול הוא לא לפי ההצעה - הוא אינו קיבול-חייבת להיות הפיפה מלאה. לא חייבים לומר "כן". הכן צריך להיות מהותית. לכאן נוגע **11' לחוק** - קיבול שיש בו תוספת כמוהו כהצעה חדשה. אם המקבל הציע משהו נוסף - אין חוזה והניצע הפך מציע.

**שאלות של מועדים ושאלות של יכולת נסיגה**

**5' ס' - קיבול יהיה בהודעה שנמסרה למציע.** א' מציע לב' הניצע. ב' שולח קיבול ב' 1.2 והקיבול מגיע למציע ב' 4.2. החוזה נולד ב' 4.2 ולא ב' 1.2. עד כאן זה פשוט. העניין מסתבך עם **13'א) - א'** חושב על כל העניין ורוצה להתחרט. הוא שולח ב' 2.2 פקס בהול ל-ב' ובו אומר כי הוא מתחרט. כל עוד אין קיבול ניתן להתחרט. האם ניתן במקרה דגן להתחרט? חד משמעית לא. **הסבר**: כשקוראים את החוק זה נראה לא לגמרי מובן. **בס' 13'א) סיפא** נכתב "ובלבד שנתן הודעת קיבול". ניתן לחשוב על כך כי מסר בפועל הודעת קיבול. למרות זאת, הסעיף מדבר על הודעה אשר טרם נשלחה ולא טרם נמסרה.

יש לבדוק הכל לפי **היגיון תכליתי** - מה נכון שיהיה. מה שיוצא מכל העניין הוא שלפני ה' 4.2 א' המציע מאבד את יכולת החזרה ברגע מסוים: רגע משלוח הקיבול (1.2) וזאת עוד לפני שיש חוזה. לפני ה' 1.2 ההצעה של המציע הייתה הצעה חוזרת. מה 1.2 הצעת הפכה בלתי חוזרת. החוזה ייכרת רק כשההודעה תגיע. אם היא לא תגיע אז אין חוזה. **לשים לב כי א' איבד יכולת חרטה ברגע משלוח הקיבול מטעם ב' (קיבוע החוזה), אך אין חוזה בפועל עד אשר יקבל א' את ההודעה פיזית בפועל.**

**נבדוק מה לגיטימי להניח ולצפות:** דיני התקשורת באים לחלץ סיכונים לגבי המהלך העתידי. הרעיון של המחוקק: ב' מהרגע שהוא שולח הודעת קיבול הוא מניח שהעניין נגמר וזאת אם הוא רשאי להניח שהקיבול יגיע בזמן המיועד. המחוקק בה להגן על הממד הזה. מהצד השני - המציע והסתמכותו. הוא יודע שהוא עלול להיות במצב מחייב כל רגע מרגע ש-ב' שלח הודעת קיבול. א' לא חוזר בו ולא הודיע דבר לניצע על החזרה. האפשרות של קיבול בהחלט עולה על הדעת. יש לאזן ולבדוק על מי מגנים - על ב' שמניח כי משום ששלח הודעת קיבול העניין נגמר או על הנחתו של א' שעוד אין קיבול והוא חופשי ויכול להתחרט. כיצד בוחרים על אילו הנחות להגן? המחוקק מעדיף את האינטרסים של ב' בעניין. השאלה הגדולה כאן היא על מי מוטלת נטל היוזמה לבירור המצב. השאלה מי מהצדדים צריך לזיזם פניה כדי לברר היכן עומדים. המחוקק מעדיף לומר ל-א' שיברר האם ב' לא שלח הודעת קיבול. רק כך תוכל להיות בטוחים את תוכל לחזור מן ההצעה. א' צריך לדאוג ולוודא ולא ב'. המחוקק מעדיף להטיל הנטל על א' כי א' הוא היוזם של כל המהלך. מה שעומד ברקע הוא שא' התניע כל ההליך. הוא נטע בלבד של ב' תקווה שבידי ב' הכוח לעשות חוזה. אם רוצה א' לסלק הנחה זו, היוזמה חייבת להיות שלו. גם אם א' לא פעל לפי סד"פ זה, אין לעשות עסקה אחרת. חכה זמן סביר ורק אז הסק כי ביכולתך לפעול למען מימוש עסקה אחרת.

אם נניח ש-ב' שלח הודעת קיבול ב' 1.2. ב' 2.2 ב' רוצה להתחרט ולחזור בו מן הקיבול. הודעת הקיבול, כאמור, לא הגיעה ל-א'. אין בעיה ל-ב' להתחרט טרם תגיע הודעת הקיבול למציע (4.2 במקרה זה). הוא יודיע לא לפני קבלת הקיבול כי הקיבול לא רלוונטי.

**סעיף 8 חו"ח כללי**

- נעבור כעת לס' 8'א) -** אין לקבל הצעה אלא תוך התקופה שנקבעה לכך בהצעה, ובאין תקופה כזאת - תוך זמן סביר. כלומר, יש איזשהו דד לייך למועד בו הקיבול אמור להגיע למציע. הדד לייך הזה לקיבול, למועד הגעת הקיבול למציע, יכול שייקבע בהצעה. אם המציע לא נוקב במועד יש בעיה מסוימת כי אין וודאות - מי ייקבע מהו זמן סביר? אם רוצים וודאות-תנקוב מועד. אם לא נקב מועד - יש זמן סביר כלשהו למועד הקיבול. כל מקרה ונסיבותיו. נניח כי הדד לייך הוא ה' 4.2.
- 18'א) מדבר על סיטואציה בה יש איחור כלשהו בהגעת הודעת הקיבול.** האיחור לא היה תלוי בניצע. הניצע שלח את ההודעה בדואר מהיר ב' 1.2. הוא ציפה באופן סביר כי זה יגיע עד ה' 4.2. הייתה תקלה כלשהי ולבסוף במקרה דגן ההגעה הייתה רק ב' 6.2. ה' 4.2 הוא מועד הגעה אחרון לפי ההצעה. המציע חיכה עד ה' 4.2. ראה כי אין קיבול ולכן מכר ב' 5.2 למישהו אחר. לא מצפים מא' לבצע בירורים כלשהם באשר למצב הקיבול. לא מדובר פה במצב חרטה כמו קודם לכן - כעת מדובר במועד פקיעה אוטומי. במקרה זה יש בעיה ל-ב'. סביר כי נטיל על ב' נטלים משמעותיים יותר. ס'8'א) נותן פתרון יפה -

נתן **הניצע הודעת קיבול בעוד מועד**, אך הודעתו נמסרה למציע באיחור **מחמת סיבה שאינה תלויה בניצע ולא הייתה ידועה לו**, נכרת החוזה, **וזולת** אם הודיע המציע לניצע על **דחיית הקיבול** מיד לאחר שנמסרה לו הודעת הקיבול. הפתיח מעט מפתיע - נכרת חוזה. הסיפא של הסעיף אומר דחיית קיבול - דחיית קיבול היא מושג משונה. אין דבר כזה דחיית קיבול. במצב רגיל, לא ניתן לבצע דחיית קיבול. במקרה זה, בו יש אינטרסים נוגדים ובשיהים יש היגיון והצדקה נקבעת הכרעה מסוימת האומרת כי על אף הפתיח, **ההחלטה הסופית היא בידי א'**. אם א' לא רוצה עסקה, בידו הכוח שלא תהיה עסקה. יש תנאי לכך - להודיע מיד ל-ב'. לשלול מיד את הסתמכותו של ב'. על א' הנטל לסלק מיד. אם הוא לא עושה את זה - א' ימצא עצמו עם חוזה תקף מה 6.2.

יש כאן פינג פונג מרתק בין האינטרסים. לא שולחים אף אחד מהצדדים ללא הגנה. במקרה זה, החוק מעדיף את האינטרס של א'. בעיה אחת קיימת בהסדר זה-הדין אולי לגמרי לא משובלל במובן הבא: **מי אמר ש-א' יודע ש-ב' שלח בזמן**. א' יכול להניח ש-ב' שלח ב' 5.2, גם כן באיחור ואז מה חייב א' ל-ב'? א' לא יודע שהייתה תקלה בלתי צפויה אצל ב' **ל-ב' 18'א) המחוקק מכלל הממד הזה**. יכול והיה כי הסעיף תקף אך ורק אם א' ידע כי היו נסיבות חיצוניות אשר הובילו לשיבוש, או שהייתה לו סיבה לחשוב ש-ב' העביר לו בזמן את ההודעה, אך כוח עליון מנע קיבולה הממש.

**נפתור כעת את שאלה 3 בעמוד 3 בסילבוס**

**א.** נשאל תחת האם פלמוני הוא בגדר מציע או מזמין להציע הצעות. אם הוא לא מציע, הוא מזמין הצעות. לא למהר לגשת לסוגיה כעניין מכרזי. מדובר במכירה פומבית. במכירה פומבית ההערכה המשפטית היא שמוכרים למציע הגבוה ביותר - תהליך פשוט וחד. למוכר הפומבי יש פטיש וכאשר הוא מכה בפטיש הוא עושה קיבול. אם כן, כאשר הוא מכה בפטיש הוא עושה קיבול. המחוקק מניח כי על אף הפתיח, **ההחלטה הסופית היא בידי א'**. אם א' לא רוצה עסקה, בידו הכוח שלא תהיה עסקה. יש תנאי לכך - להודיע מיד ל-ב'. לשלול מיד את הסתמכותו של ב'. על א' הנטל לסלק מיד. אם הוא לא עושה את זה - א' ימצא עצמו עם חוזה תקף מה 6.2.

אין מניעה עקרונית לומר כי פלמוני הוא המציע. חתולי באומרו 4000 ביצע קיבול מותנה. ההתניה היא בתנאי שלא תתקבל ההצעה גבוהה יותר. החוזה הוא חוזה על תנאי - לא ימצא מישהו שיתן סכום טוב יותר. בהערכה שהחלופה הזו היא הנכונה, ההכאה בפטיש אינה קיבול. היא תסמן את סיום תהליכי הקיבול.

בהנחה כי פלמוני הוא המציע ופזיזי הוא המקבל וקיבולו הוא הקיבול האחרון הסופי, יש חוזה עם פזיזי ברגע אמירת ה' 5000- ולא נמצאו משתתפים הנותנים זכות טוב יותר. אז יש לפלמוני תביעה נגד פזיזי.

בהנחה הפוכה כי פלמוני הוא מזמין הצעות, פזיזי הוא רק מציע, עוד לא הייתה הכאה בפטיש=לא היה קיבול ועל כן, פזיזי רשאי לחזור בו טרם שליחת הודעת הקיבול ולכן חזרתו כדין. הצעתו של חתולי פקעה ולא ניתן כעת לקבל את הצעת חתולי. מצד אחד, הבעיה היחידה היא כי פזיזי הציע הצעה גבוהה יותר. בעצם פזיזי לא הציע-הוא חוזר בו. עולה השאלה האם יש הבדל בין מצב בו פזיזי שותק לבין מצב בו פזיזי מציע הצעה גבוהה יותר ואז חוזר בו. נראה כי כל הצעה תקפה עד הגעת הצעה טובה יותר. אם הטובה יותר מתבטלת, זה לא מחזיר לבמה את הזירה הקודמת.

**ב.** גם סעיף זה נבחן לפי שתי האפשרויות הקודמות - האם פלמוני הוא מציע או מזמין. אם פלמוני הוא המציע לכאורה העניין נגמר-יש קיבול. הקיבול הגבוה ביותר של גלמודי - החוזה כרות והעניין נגמר. אם פלמוני מזמין, יש אם כן הזמנת הצעות ופלמוני חופשי שלא לעשות קיבול. אז אמירתו "שימכור למציע הגבוה ביותר", מהווה חוזה נספח ועל הפתיח כי חוזה נספח ייתכן וישלם פיצויים לגלמודי לפי חוק החוזים תרופות. מצד שני, ניתן לומר כי משפט זה מחוקק את הטענה כי פלמוני הוא מציע ולא מזמין ואז חוזרים לאפשרות הראשונה.

**נפתור כעת את שאלה 2 בעמוד 3 בסילבוס**

**חברת התרופות היא המציעה** היא לא מזמינה להציע. אם החברה מזמינה, אז קרן רק מציעה ואפשר לא לקבל.

אם החברה מציעה, האם יש קיבול של קרן? אכן ישנו קיבול בהתנהגות- הסוגיות העולות הן כיצד עושים קיבול להצעה כגון זו? בפס"ד קרובליך נאמר כי קיבול יכול שיהא בהתנהגות (גם ס'6'א) שלנו אומר זאת). החברה מצפה לקניית התרופה וזו דרך הקיבול - דרך אחת לקיבול בהתנהגות. הרבה פעמים קיבול בהתנהגות זהו גם דרך לביצוע החוזה. בעניין זה=קניית התרופות. יש לסייג שלא כך תמיד צריך להיות. ייתכן וההתנהגות רק תצור חוזה, אך לא תהווה את קיומו. עולה שאלה מהו קיבול בהתנהגות ומתי חייב להיות קיבול בהתנהגות. כלל, קיבול יהא בהודעה. בכל זאת, קיבול יכול שיהא בהתנהגות.

אין יודעים כי התנהגות היא הדבר המספיק, אם תמיד אפשר לעשות קיבול בהתנהגות? איך יודעים מהצד השני שקיבול יכול שיהא רק בהתנהגות? נניח וקרן הייתה שולחת מכתב לחברה - "ייופי של מבצע, קיבלתי את הצעתכם" - האם זה קיבול? קיים כאן כלל מאוד בסיסי - הכלל אומר - המציע קובע. מי המחליט לגבי אופן המחליט - המציע. המציע יכול להחליט מתי קיבול יהיה תקף. השאלה המכרעת היא מה המציע רוצה. האמירה אינה טריוויאלית - למה לא מתחשבים בניצע וברצונות לקיבול. התשובה היא שאנחנו עדיין לא בהתקשרות דו צדדית, אנחנו במהלך חד צדדי. עוד טרם הועבר כוח קיבול לניצעים. יש בעלות של המציע על אופן הקיבול. במקרה דגן היגיוני לומר כי חברה שמפרסמת הודעה כזו, אין לה שמץ עניין בהודעת קיבול. אם מישהו יכתוב לה "תודה, קיבלתי" זה לא מעניין אותה. מעניין אותה שאנשים יקנו את התרופה-ממסרה היא עידוד מכירות. החברה רוצה

לשמור את כוח החרטה כל עוד לא קנו את התקופה. במקרה זה אפשר רק את הקיבול בהתנהגות. קיבול בהודעה אינו תקף. זה חריג, אבל במקרה הזה הגיוני בהחלט. הבעיה הנוספת היא בעיית הידיעה. **האם קיבול ללא ידיעה הוא קיבול?** אם קרן כל התקופה שקנתה את התרופה לא ידעה בכלל על המודעה בעיתון של החברה ורק בדיעבד מבינה כי נעשה קיבול.

לשיעור הבא

**הזמנה להציע הצעה - סיכום הנושא**

**יש 3 שלבים בתהליך:** הזמנה להציע, הצעה וקיבול. שלב ההזמנה הוא שלב מאוד נוח מבחינת מי שעושה את הפנייה משום שהדבר משררר אותו מכבילה. הוא לא מעביר כוח קיבול. הצד השני יציע והמזמין יחליט אם יש או אין חוזה. יש לומר כי השחרור מכבילה אינו מוחלט. אם אדם מזמין הצעה לגבי עסקת מכר, רואים אותו כמציע לגבי כללי המשחק של המו"מ. אם כן, נגררים מהזמנה בלבד למשהו אחר- כללי משחק, מהם לא ניתן לחרוג (עברות בנקאית למשל).

עניין נוסף שיש לציין זה שגם בסיטואציה שהיא לא מברזית, גם בסיטואציה שאין בה כללי משחק מראש, כשמזמינים להציע הצעות, נכנסים לשדה המו"מ. הזמנה היא חלק מהמו"מ. הכוונה היא בעיקר **לס' 12 לחוה"ח כללי**. סעיף זה חל גם על המזמין להציע הצעות וזאת גם אם לא מדובר במכרו או בכללי משחק. מדוע? כשמזמינים להציע הצעות, משדלים אנשים להיכנס לכללי משחק. דוגמא: אם מזמינים להציע הצעה כשאינו שמץ כוונה להתקשר איתו בחוזה כבר **נעשית הפרה של ס' 12**. תהיה חובה לפצות את הצד השני בגין טרחתו ואובדן הזמנו. הפיצוי יכול להיות מאוד משמעותי. לעיתים הפיצוי לפי ס' 12 משמעותי מאוד. אך אם מדובר באובדן הזדמנות חלופית, הפיצוי יכול להיות משמעותי.

**הצעה בלתי חוזרת - ס' 3(ב)**

מדובר בס' 3(ב) לחוה"ח כללי. הצעה ניתן לחזור ממנה עד רגע מסוים - עד הרגע בו הניצע שולח הודעת קיבול. יכולה להיות הצעה שהיא בלתי חוזרת. מידית היא בלתי חוזרת (3(ב)). **זה יקרה באחד משני מצבים:**

- המציע קבע שהצעתו היא ללא חזרה.** אם כך, היא הצעה בלתי חוזרת. לשים לב כי אין עדיין חוזה - צד שני לא עשה קיבול. הנה אדם מוצא עצמו כבול לפני שיש חוזה. אדם אוטונומי לכבול עצמו.
- קביעת מועד לקיבול.** המציע קובע מועד לקיבול ועל כן, הצעתו הופכת בלתי חוזרת. עד למועד הקיבול הסופי, המציע כבול, הצעתו היא בלתי חוזרת. **ס' 3(ב)** למעשה מניח הצעה מסוימת לגבי ציפיות: ההבנה של המחוקק את הסיטואציה העובדתית הטיפוסית. ניח שאדם אומר לניצע אמכור לך את המכונית עד ה 1.1 כאילו אמרתי לו אתה חופשי לשקול עד ה 1.1, לא אתחרט. זה לא מתחייב. יכול להיות שהכוונה היא שב 1.1 ההצעה תפגע מאליה. ייתכן והכוונה היא מה המועד האחרון שההצעה תפגע אוטו, זה מהווה תחליף לפקיעת ההצעה לאחר זמן סביר. זה לא אומר ששללתי את חופש הנסיגה על ידי הודעה חדשה. על מנת להימנע ממועד סביר בחוק, שהוא מושג עמום, נקבתי בתאריך סופי ואוטו לפקיעת ההצעה.

המחוקק מבין זאת כהצעה שהיא בלתי הדירה עד למועד הפקיעה הנקוב. **אם המציע רוצה להימנע מכך, הוא רשאי להודיע שס' 3(ב) לא חל. מתי? במעמד הצעת ההצעה.** הוא יכול לומר: קיבול יהיה עד ה 1.1 אך דע לך כי אני יכול לסגת במהלך התקופה. ברגע שהפנייה תגיע לניצע, נולדה הצעה בלתי חוזרת. **הסייג לס' 3(ב)** צריך לבוא **מיד** עם הפנייה. אופציה זו נובעת מעיקרון האוטונומיה.

ניתן גם לומר שס' 3(ב) הוא דיספוזיטיבי. העניין הוא שהוראה דיספוזיטיבית היא הוראה ששני הצדדים יכולים להתנות עליה. כאן מדובר בצד אחד בלבד. על כן, לא בטוח שניתן לומר זאת.

- **לקח ראשון מיד** - אם אדם מציע הצעה עם מועד קיבול סופי ולא אומר במפורש שס' 3(ב) לא חל - מדובר בהצעה בלתי חוזרת הכובלת את המציע.
  - **הערה** - אם אני אומר לאדם שיש מועד קיבול סופי, אבל שאני יכול כל כרגע לסגת, סיכוי גדול שהניצע לא ירצה להימשך פנימה לתוך מו"מ ולסגירת עסקה. אם רוצים למשוך אדם פנימה, סביר כי לא תהיה הסתייגות למועד הקיבול וכי מדובר בהצעה בלתי חוזרת.
- עולה שאלה** - האם תנאים חדשים שנוצרו לא יובילו לשחרור מהצעה בלתי חוזרת? התשובה היא כמעט שלא, כפי שקורה בחוזה. ניהול סיכונים הוא הרי חלק מן ההצעה כמו שהוא חלק מהחוזה.

**פרשנות - האם ניתן לחזור מהצעה בלתי חוזרת**

הודעת על חזרה מהצעה בלתי חוזרת נתן לפרש ב-2 דרכים:

- סוגיית החופש לעשות משהו
- כוח משפטי

**אלו שני דברים שונים, שתי פרשנויות שונות.** יש הבדל אם אומרים על אדם שאין לו חופש למשהו-לסגת מן ההצעה לבין אם אומרים שלאדם אין כוח לסגת ממשוה - מן ההצעה. בשאלת הכוח אנו שואלים האם האקט יהיה אפקטיבי-יוליד תוצאה. בשאלת החופש שואלים האם אדם מועל באופן שלא תוטל עליו סנקציה כלשהי. **יש 2 פרשנויות לעניין החזרה מהצעה בלתי הדירה:**

**אפשרות ראשונה** - אין למציע כוח חזרה. גם אם אדם צועק שאין הוא מוכן להתקשר בחוזה, הצעתו עודנה בתוקף. למציע אין כוח לחזור בו מן ההצעה והיא עדיין בתוקף. חוזה מכר יהיה על אפו ועל חמתו. מה זה אומר אין לו כוח - הודעות החזרה הן הודעות נטולות משמעות, לא מצליחות להשיג תוצאה כלשהי. משום כך, הצעתו ממשיכה. אם הניצע יעשה קיבול - הכל גמור-יש חוזה מכר, יועבר לו הפריט המוצע וכדומה. זוהי החלופה הטבעית.

**אפשרות שנייה** - אין הוא רשאי. אין לו חופש חזרה. כן יש לוח כוח חזרה. לפי עמדה זו הוא מסוגל לחזור בו. מסוגל להפקיע הצעתו. המשמעות פה היא שאין לו חופש. הוא יישא בסנקציות כגון פיצויים. אם נאמץ עמדה זו, עולה השאלה פיצוי מאיזה סוג ובאיזה אופן. בכל אופן, חוזה מכר לא יהיה ובוודאי הפריט שהוצע לא יגיע לקונה לבסוף. זוהי חלופה יותר מורכבת. פרשנות זו אומרת כי לא נכון לרוקן מתוכן כל הודעת חזרה על אף היות ההצעה בלתי הדירה. נכון שאותו אדם עושה משהו אסור, איך זה לא אומר שאין בכוחו לבטל את ההצעה. על כן, אם יעשה הצד השני קיבול אין הדבר אפשרי שכן אין הצעה. אבל, כיוון שמדובר בהצעה בלתי הדירה ולמציע אין חופש לחזור בו, ידרשו פיצויים לניצע אשר ביצע קיבול. עם זאת, חוזה אין פה (שכן בוטל) ולא יתקיים החוזה, אך ורק פיצויים בשל הפרה ישולמו.

**יש להחליט מה הפרשנות הנכונה - הראשונה או השנייה.** בקריאה ראשונה "אין הוא רשאי" נראה כי הכוונה לחלופה השנייה דווקא. לכאורה אילו רצו לומר כי פרשנות ראשונה היא הנכונה היו צריכים לומר "אין הוא יכול", אין לו מסגלות לחזור בו. "אין הוא רשאי" אומר הדבר נעשה לא כדין, אך הוא יכול- שישלם פיצויים. בצד התכליתי העניין הוא די גבולי - 2 האפשרויות הגיוניות ועומדות על הפרק. **הדעה המקובלת היא האפשרות ראשונה - אין למציע כוח חזרה.** ההצעה תמשיך להיות בתוקף והודעת החזרה לא אפקטיבית. לא משנה מה יעשה, זה כאילו הוא לא עשה כלום.

**אופציה אל מול זכות סירוב ראשונית**

**הצעה בלתי חוזרת דומה במידה ניכרת לחוזה אופציה.** למשל: חוזה שכירות שיש בו אופציה לשוכר להאריך בעוד שנה. המודל די דומה. חוזה האופציה נותן לשוכר אפשרות לכפות חד צדדית על המשכיר עוד שנה. האופציה היא זכות לכפות. הערה - יש להבחין בין חוזה האופציה לבין זכות סירוב ראשונה. כמו כן, הבחינו בין האופציה לבין "אופציה" שכפופה עדיין להסכמות.

**למה הכוונה?** אם יש סעיף שיש אופציה להאריך חוזה השכירות בשנה והתנאים יקבעו בעתיד - זו כבר לא אופציה במובנה המלא. כל מה שטעון הסכמה של השני זה כבר משהו אחר. אופציה ממש היא אפשרות חד צדדית לכפות על הצד השני את תוכן האופציה. כל שצריך אותו שוכר הוא לשלוח הודעה כי הוא מממש האופציה והנה נוצר חוזה באותם תנאים לשנה נוספת. **אופציה זו דומה מעט להצעה בלתי חוזרת.** האופציה הקיימת בחוזה הראשון היא כאילו המשכיר הציע לשוכר הצעה בלתי חוזרת. ההבדל הדק הוא שהאופציה נולדת בחוזה ממש. בהצעה בלתי חוזרת האופציה נולדת בשלב ההצעה ולא בשלב החוזה.

**זכות סירוב ראשונה** - דבר אחר לחלוטין. בדוגמא של משכיר ושוכר כוונתה כי אם המשכיר יהיה מעוניין להשכיר למישהו, הוא צריך לאפשר לשוכר להשוות את ההצעה ולהמשיך בחוזה. המשכיר כמובן לא חייב להמשיך להשכיר - הוא יכול להחליט למכור אותה. זה בשונה מאם יש אופציה ממש אז המשכיר לא יכול להחליט פתאום למכור את הדירה. דגש - זכות סירוב ראשונה הוא דבר שצריך להיות כתוב בחוזה, זוהי לא זכות שנוגדת ללא הסכמה עליה מראש.

1. הצעה פוקעת כאשר דחה אותה הניצע. הצעתי משהו למישהו והוא אמר לי לא. המשמעות - אם הניצע יחזור בו ויגיד בעצם למה לא - אבוד לו, ההצעה פקעה. האמירה החדשה של הניצע כבר לא תהיה קיבול, אלא הצעה חדשה והמציע המקורי יחליט האם הוא רוצה לקבל או לא רוצה לקבל.
2. מועד הקיבול עבר - מדובר בפקיעה אוטו' כפי שהוסבר קודם לכן.
3. חזרה מהצעה - המשמעות היא הפקעת ההצעה. אם חזרתי מההצעה לפני שניצע שלח קיבול, מדובר בהפקעת ההצעה.
4. ס' (2)4 - **הצד השני נעשה פסול דין, כינוס, פירוק וכדומה**. מדובר במצבים חריגים. **רצינוול הסעיף**: זה מוביל למה קורה אם היה שינוי חריג בנסיבות. אדם לא באפשרות שהניצע יודיע קיבול. זה בעייתי מאוד מהרבה בחינות. יכול והיורשים כלל לא יודעים שהייתה הצעה. זה עובד גם בכיוון ההפוך אם הניצע נפטר. יש כאן הנחה סמויה של מומנט אישי של כל העניין. ההצעה היא לניצע ולו בלבד - לא נלקחו בחשבון אנשים אחרים.

עולה שאלה מה עושים עם הצעה בלתי חוזרת - אדם הציע הצעה עד ה 1.2 וב 1.1 הוא נפטר- האם ההצעה פוקעת מכוח ס'4? כרגע אין החרגה בס'4 של הצעה בלתי חוזרת מתוך רשימת הפקיעות. כלומר, המחוקק מבין כשהוא מגיע לס'4 שיש שני סוגים של הצעות - חוזרת או בלתי חוזרת. גם הצעה בלתי חוזרת פוקעת כשיש פטירה, פירוק וכו'. זה לא לגמרי ברור שזה טוב - זה בעייתי מאוד. מדוע? כשאדם מציע הצעה בלתי חוזרת, המטרה של כל התהליך היא לתת אפשרות לניצע להשקיע השקעות בבדיקת ההצעה. הניצע אמור להיות במצב שהוא לא מסתכן בבדיקת ההצעה. יש לו זמן עד ה 1.2 והוא עושה את הבדיקות שלו. לפתע העניין מופקע וזה בעייתי מאוד - נפגעו ההסתמכויות וזה בעייתי מאוד. ניתן לומר כי המציע לקח זאת בחשבון כשהוא נתן הצעה בלתי חוזרת. אכן לא ברור שהתוצאה הזו היא הטובה ביותר.

דויטש אומר כי הרעיון שאני הצעתי היא אפשרות מעניינת - לראות את המציע כבעל כוח לחזור בו אך לא כבעל חופש ועל כן ישולמו פיצויים כפי שהוסבר קודם לכן. בדין היום, ישנה פקיעה במצב חריג גם של הצעה בלתי חוזרת.

ניגע לרגע בייפוי כוח - נעשה אנאלוגיה: המוכר נותן ייפוי כוח בלתי חוזר לקונה בכל עסקה. ייפוי כוח בלתי חוזר לא פוקע כשיש מוות של המיפה. כלומר, מגנים על הסתמכות של הצד שקיבל. לכן, ייתכן ומוות לא יפקיע את שלב הביניים הזה של הצעה בלתי חוזרת- זה לא פתרון בלתי סביר ובלתי הגיוני.

### פתרון קייסים כתרגול

#### סילבוס - עמוד 5-שאלה 3

בפריצה שאירעה בביתו של יהודה ביש ג'דא נגנבה בין היתר תמונת אבי סבו ז"ל, אשר תרם בשעתו רבות לבנין הארץ. מר ביש-ג'דא פרסם מודעה ובה הבטיח פרס בסך 1,000 שקל למי שיתפוס את הגנב ויחזיר לו את התמונה.

קעבור ימים אחדים קיבל מר ביש-ג'דא מכתב ממר ראובן בלשי ובו כותב לו מר בלשי כי שמח לקרוא את המודעה, כי הוא מקבל את ההצעה הכלולה בה וכי הוא (מר בלשי) מתחייב לתפוס את הגנב ולהחזיר את התמונה תוך 30 יום. בתשובה למכתב זה קיבל מר בלשי מכתב ממר ביש-ג'דא ובו נאמר כך: "שמעתי עליך ועל מעלליך ואיני רוצה כל דין ודברים עמך. אפילו תתפוס את הגנב ותחזיר לי את התמונה לא אשלם לך פרוטה אחת".

מר בלשי לא נרתע. בחושו המיוחד גילה את הגנב בתוך המועד שנקבע ואף החזיר את התמונה למר ביש-ג'דא, אולם האחרון מסרב לשלם לו את סכום הפרס.

מהן זכויותיו של מר בלשי?

### תשובה

**שאלת הפתיחה היא** האם יש במודעתו של בישג'דא הצעה - כן או לא. האם הוא מציע, או מצפה שיפנו אליו ויציעו לו הצעות. האם הוא מצפה להתקשר דווקא עם מישהו מסוים, או שזה לא מעניין אותו. ייתכן ורק התוצאה מעניינת אותו. **במקרה דנן - המודעה נראית כמו הצעה**. נימוק: לתמרץ אנשים להחזיר את התמונה.

#### אופציה 1 - בישג'דא הוא מזמין להציע הצעות

לשם הפתרון, נתחיל תחילה ונניח כי מדובר גם בהזמנה להציע הצעות (לשם הפתרון בלבד) - נניח ובישג'דא הוא מזמין. אז אם כך בלשי הוא מציע. בישג'דא אומר לו לא רוצה כל עניין איתך כלומר, דוחה את ההצעה ולכן, ההצעה פקעה. בלשי עדיין מציע הצעה. יש לזכור כי התמונה שייכת לבישג'דא, הוא הבעלים. יכול ובישג'דא יאמר לבלשי תן את התמונה היא שלי. זו בהחלט אופציה שבישג'דא ידחה את ההצעה במובן של חוזה לפרס כנגד התמונה ועדין לקחת את התמונה - הרי היא שלו (מדובר באבדיה) - יש חוק השבת אבדיה. בסיטואציה, יש עדין תחושה לא נכונה שכן בלשי פעל לשם מציאת התמונה. האם לא מגיע לו כלום?

לצד דיני החוזים, יש לפעמים סיטואציות שבהם הפתרון החוזי הוא פתרון שלא מקנה זכאות. התוצאה החוזית היא אין זכאות - זה יכול להיות מהרבה סיבות -למשל, כי אין חוזה בכלל. חוק עשיית עושר ולא במשפט משלים את הפתרונות ואומר זה לא הוגן ולא צודק. יש לחוק תפקיד חשוב כשאין חוזה. יש לו תפקיד חשוב להשלמת פתרונות חוזיים. דוגמא: אם מישהו מפר את החוזה וגורם נזק לנפגע. ייתכן והנזק שהוא גרם הוא בסכום 100 ומצד שני, המפר הרוויח מההפרה סכום של 200. איך? מוכר את הדירה פעם שנייה למישהו אחר. בסיטואציה הזו הפתרון החוזי אומר- יש לפצות את הנפגע ולשלם לו 100. מצד שני, המפר הרי מתעשר מכל הפרשה הזו ומרוויח 200. דיני עשיית עושר מאפשרים לנפגע לקבל את הרווח של המפר ולא רק את שווי הפגיעה.

במקרה דנן: בישג'דא התעשר על חשבון מאמציו של בלשי. ייתכן כי תהיה תביעה של בלשי לשיפוי כלשהו. אמנם אל 1000 כי אין חוזה, אבל סכום כלשהו שמשקף הגנה כלשהי על הפעולות שהוא עושה. בסיטואציה המתוארת כאן ייתכן שחוק עשיית עושר ייתן גם הוא תשובה שלילית, שכן ההתעשרות כאן היא מעין התעשרות כפויה. יש הבדל בין מצב שאדם התעשר משום ששקט ולא אמר מילה לבין מצב שהמתעשר אמר למעשיר מראש שהוא לא רוצה שום עניין איתו. זוהי התעשרות כפויה.

#### אופציה 2 - בישג'דא הוא מציע הצעה

החלופה האחרת והמשכנעת היא שבישג'דא הציע הצעה ממש. בלשני הגיב תגובה - מהי אותה תגובה? האם היא קיבול? איך נכון לעשות פה קיבול בנסיבות אלה? ס'5 אומר קיבול יהיה בהודעה. ס'6 אומר קיבול יכול שיהיה בהתנהגות אם כך משתמע. ניתן בהחלט לומר כי קיבול בהתנהגות בהחלט סביר פה - מי שיביא את התמונה יציע קיבול. השאלה הגדולה היא האם שלחת הודעה כפי ס'5 כמוה כקיבול? הרי לא נדבר על זה דבר, יש צורך לפרש ולהבין. השאלה הנכונה היא מה רצה המציע? עקרונית, התנהגות יכולה להיות דרך ליצור החוזה ותו לא. התנהגות יכולה להיות אופן קיבול וביצוע של חוזה שנכרת קודם לכן. יש לזכור הנחת מוצא מסוימת - ס'5 - קיבול יהיה בהודעה. ככלל קיבול איננו בהתנהגות. במודעות פומביות כאלה עולה האפשרות שמדובר בהצעה אשר רוצה קיבול בהתנהגות בלבד ולא על ידי הודעה. זה ייתכן מאוד במקרה זה. מפרסם ההודעה רוצה תוצאה ותו לא.

הודעה מוקדמת רוצים כשמצפים להתחייבות נגדית. חשוב שמישהו יגיד כן כשמישהו מבטיח משהו ורוצים לכבול אותו על ביצוע. במקרה דנן, אין עניין לבישג'דא לקבל הודעה, זה לא מוסיף לו כלום. נראה כי כאן הקיבול הוא בהתנהגות.

#### במידה ואופציה 2 היא הסבירה - יש אופציה שהקיבול הוא בהודעה

במידה והתשובה היא כן וקיבול הוא בהודעה בלשי, יש לבדוק האם הודעת הקיבול עומדת בסטנדרטים של קיבול. האם התחייבות בלשי גורעת מקיבול, בהנחה שקיבול בהודעה הוא תקין? האם העובדה שאמר שביא תוך 30 ימים גורע מהקיבול? השאלה היא מה רמת החפיפה הדרושה בין ההצעה לקיבול. ס'11 קובע את העיקרון - אם אין חפיפה, ההצעה חדשה. הנקודה היא שמה שחדש בצעה של בלשני הוא חדש שמטיב עם המציע בלבד. יש להבדיל בין שינוי שמרע לבין מיטיב בהודעה המתיימרת להיות הודעת קיבול. שינוי מיטיב יש בהחלט מקום לומר כך: הקטע החופף מייצר חוזה מידי. הקטע המיטיב מייצר הצעה מזכה לגבי הקטע המיטיב (ס'7 לחוה"ח כללי). אם ההצעה עמדה על 1000 והניצע הציע 1100 על ה-1000 ישנה חפיפה - 1000 הוא חייב לשלם. ה-1000 שה הנוספים הם כהצעה מזכה - המציע המקורי אשר הופך ניצע לעניין זה רואים בו מקבל את המזנה גם אם לא אמר דבר. אם הוא לא מעוניין ב-1000 שח מתנה הוא יגיד לא מעוניין ב-1000 שח, ישולמו לו רק 1000. אם לא אמר כלום - ישלמו לו 1100. יש מצב בו יגיד הניצע שאמר 1100 שאם המציע לא מוכן לקבל 1100 אז אין עסקה. היו לניצע סיבות שונות לשלם בדיוק 1100. אם הוא יגיד את זה - זה ברור.

**במקרה דגן -** אם בישגדא אומר כן - זה קיבול רגיל. אם הוא לא רוצה את ההתחייבות הנוספת - הוא יכול להימנע ממנה ולומר על כך. במצב זה בלשי כשמביא את התמונה לבישגדא, מבצע את החוזה (הרי הקיבול היה בהודעה) והוא זכאי לקבל תשלום לפי החוזה. אם הוא לא יביא את התמונה תוך 30 ימים, נוצר מצב של הפרת החוזה ובלשי יהיה חייב אף בפיצויים לבישגדא, שכן היה חוזה והוא הופר. במקרה זה הודעת בישגדא כפי שעולה מן המקרה היא הפרת חוזה.

### **במדיה ואופציה 2 היא הסבירה - יש אופציה שהקיבול הוא בהתנהגות**

בהנחה שתגובת בלשי איננה קיבול, הקיבול היה צריך להיעשות בהתנהגות בלבד. יש לשאול מהי משמעות תגובת בישגדא? ככל הנראה, הוא חוזר בו מההצעה כלפי בלשי. **אין מניעה לחזור מהצעה לציבור כלפי אדם נתון. ההצעה תהא תקפה לגבי שאר הציבור.** על כן, כשבלשי מביא את התמונה, הבאת התמונה היא כהצעה חדשה של בלשי. זו הצעה לעשות חוזה פרס איתו. בישגדא מסרב לשלם לו ובעצם מסרב להצעה - אין חוזה. **נראה כי זהו המצב הנכון.**

**הצעה וקיבול - סיכום הנושא**

• **ס' 7 חוה"ח כללי - הערת השלמה לענייני חפיפה בין הצעה לקיבול:** דיברנו על כך שקיבול תקין המייצר חוזה הוא קיבול שאומר כן. אומר כן באופן מפורש ומשמע בהתנהגות, בכתב, בע"פ. צריכה להיות חפיפה בין תוכן ההצעה לתוכן הקיבול. דיברנו מעט על היעדר חפיפה במקרים שבהם השטח העודף מייטיב עם המציע. אם א מציע לב הצעה תמורת 1000 ו-ב' אומר אשלם 1100 - יש חוזה על 1000 ואם א ישתוק יהיה חוזה על 1100. ה-100 היא תוספת מייטיבה. היא לא גורעת מהעובדה שנולד חוזה על 1000. התוספת התגבש ותהפוך חלק מהחוזה אם המציע ישתוק.

ההיגיון מאחור הערה זו - קניית ב-1000. יש חפיפה לגבי ה-1000. במתנה אני מציע לך עוד 100. זו המשמעות המעשית של מה שאומר ב'. א' לא יכול לסגת כעת. ב' יכול גם להגיד שזה או הכל או כלום - או 1100 או שאין עסקה. זה יכול להיאמר במפורש וזה יכול להשתמע. זו הנחה בלתי סבירה ומאוד נדירה. זו לא הנחת המוצא. הנחת המוצא היא ההערה הראשונה.

**השלמת פרטים אשר אינם מופיעים בחוזה - עדיין הצעה וקיבול - סיכום הנושא**

• **השלמת מועד מתוך החוק -** יש צורך כשבדקים את שאלת החפיפה בין ההצעה לבין הקיבול. צריך להתחיל בסבלנות ראויה לבדוק את תוכן ההצעה. יש נטייה טבעית לקפוץ מהר מאוד לתגובת הניצע ולבדוק האם היא חופפת את ההצעה כמו שהיא נראית על פניה, אבל ההצעה כמו שהיא נראית על פניה היא לא בהכרח כמו שהיא בסוף. לפני שממחרים לבדוק האם הקיבול חופף את התכנים הגלויים של ההצעה, יש לבדוק את התכנית הפחות גלויים של ההצעה. יש לפרש כל הצעה. כפי שמפרשים חוזה שלם, מפרשים הצעה. למה מתכוון המציע כשהוא אומר מה שהוא אומר.

לפעמים זו פרשנות המלל שנאמר שיכול להשתמע לשני פנים. לפעמים זו השלמת המלל, על ידי כל מיני אלמנטים חיצוניים. למעשה בכל הצעה, יש לעבור תהליך אשר עוברים לגבי השלמת חוזה. בחוה"ח יש הוראות השלמה שונות. למשל: מועד - **ס' 41**. לא נקבע מועד בחוזה - מועד הביצוע הוא המועד הסביר. לא נקבע מחיר - מחיר ראוי. לא נקבעה איכות הנכס - איכות ביוניות. יש הוראות השלמה שנועדו לסייע ליצירת חוזה. חוה"ח מבין היטב שהצדדים לא קובעים הכל. משאירים הרבה מאוד שתיקות מהמון סיבות.

**על כן, כש-א' מציע ל-ב' הצעה:** אמכור לך מכונית במאה אלף ₪. מדובר במפורש בהצעה מחייבת. זו לא הזמנה להציע הצעות. יבוא ב', הניצע, ויגיד "אני קונה". אנו בודקים האם התגובה היא קיבול המייצר חוזה או לא. ב' אמר "קניתי", אשלם בתוך שבועיים". בסיטואציה כזו תעלה שאלה האם יש חפיפה להצעה. התשובה: ראשית, א' רוצה ביצוע בתוך זמן סביר. א' לא אמר את זה, הוא כאילו אמר את זה. החוק, ס' 41, משלים את זה. כש-ב' אומר "אשלם בתוך שבועיים" יש לבדוק האם השבועיים חופפים לזמן סביר. האם זמן סביר קטן משבועיים או גדול משבועיים? זמן סביר הוא זמן אובייקטיבי. זו שאלה עובדתית.

התשובה שלאחר זו תכתוב את שאלת החפיפה, משום שאם נניח לרגע שהזמן הסביר הוא שבוע (זמן סביר > שבועיים), צריך לבדוק האם השוק בו מצוי הנכס הוא שוק רגוע או תנודתי. למשל אם מדובר בדירה יש להניח שהזמן הסביר הוא יותר משבועיים (זמן סביר < שבועיים). אם הנגענו למסקנה שהצעת א' מבקשת ביצוע מהיר משבועיים, אז כש ב' אומר "אשלם תוך שבועיים" הוא לא מקבל את הצעת א' - הוא מציע לשלם לו לאט יותר. לעומת זאת, אם המסקנה היא כי גם תשלום תוך חודש הוא זמן סביר, כאשר ב' אומר "אשלם תוך שבועיים" זה בעצם מייטיב וזה בסדר - יש חוזה. ב' מייטיב עם זמן ביצוע העסקה. א' יכול לומר ל-ב' לא רוצה כל כך מהר, רוצה תוך חודש - אז יהיה חוזה על אותו מחיר רק זמן ביצוע של חודש ולא שבועיים.

• **השלמת מחיר מתוך החוק -** נניח והולכים לרופא, מבצעים טיפול ולא מסכמים מחיר טרם הטיפול. סוף הטיפול יש ויכוח על המחיר. לא בטוח כלל כי טרם הטיפול היה חוזה כדת וכדין. יש פערים טרם הטיפול, אבל עכשיו משבוצע הטיפול, יש חובת תשלום ולו אך בגלל חוק עשיית עושר ולא במשפט. עולה השאלה כמה שכן מגיע לרופא - האם לפי הפרת חוזה או לפי עשיית עושר ולא במשפט - הסכום יכול להיות שונה. כש-ב' התיישב לטיפול האם הוא פשוט אמר כן? למה הוא אמר כן בדיוק? מה הוא המחיר?

כשהרופא מציע "אתן לך שירות כזה או אחר", מהו המחיר בו הוא מציע השירות? אפשרות אחת - שכן ראוי לפי הוראות השלמה - **ס' 46 חוה"ח כללי**. שכן ראוי=מחיר סביר, מה שנהוג לשלם. עוד מקור השלמה חשוב - ענייני נוהג - **ס' 26 חוה"ח כללי**. מה שנהוג-נכנס פנימה. **אם כן, אלו הן אופציות ההשלמה לגבי המחיר:**

- א. **ס' 46** - מחיר/שכר ראוי.
- ב. **ס' 26** - מתחילים במה שנהוג בין אותם שני צדדים (מטופל חוזר). אם אין נוהג בין שני צדדים, הולכים לנוהג **בענף**. יש מעין הקבלה לשכר ראוי. שכר ראוי= הנוהג לרוב.
- ג. **התעריף הנהוג אצל נותן השירות (ראה מס"ד ש.ג.מ חינוכים)**. בפס"ד זה נאמר - אתה נכנס לחניון - אתה מקבל את תעריפי החניון. אם חשוב לך מהם אותם תעריפים-שאל קודם וזו תחליט האם כן או לא. זו חלופה שתמיד עומדת על הפרק ויש לה תחולה רחבה. בעיקר בענייני שירותים ובעיקר בענייני שירותים שיש להם משמעות חוזרות, שיש להם מקובלות וחזרה כלשהי. תעריף נוהג אצל מקור השירות הוא מקור השלמה עיקרי - הוא עשוי לגבור על שני מקורות ההשלמה האחרים. מובן כי כל מציע ירצה כי חלופה זו תהיה השמישה. השאלה היא האם הצד השני אומר כן לדבר הזה. לרוב בהצעה השותקת לגבי המחיר, נהוגה אופציה מספר 3.

מצד אחד, יש צדק לא מבוסס בקיום האופציה השלישית. מדוע לכפות על נותן שירות, מתן שירות במחיר של אחרים ולא שלו? מצד שני, זה בעיית למדי, משום שראשית, הלקוח באמת מצוי באפלה כלשהי. שנית, הספק עלול לצלל לרעה את פערי המידע בעניין. שלישית, אכן מתעוררות שאלות האם אין חובת גילוי שמייצרת פרשנות שמשקפת את חובת הגילוי. אין תשובה חדה לעניין. העניין נגזר הרבה מאוד מהאווירה המשפטית הצרכנית. יש הבדל בין יחסים בין עוסק לצרכן, ולבין מצב בו עוסק נותן שירות לעוסק אחר. במקרים בהם יש פערי מידע גדולים ופערי כוח משמעותיים (עוסק מול צרכן) הנטל העקרוני בנושא זה יוטל על הספק. **כלומר, עקרונות חלופה 3 היא נכונה למדי והמועדפת: יש הבדלים בהקשרים:**

- **בהקשר צרכני** - לא יכובד מלוא הציפיות של הספק בעניין, אלא במתחם מסוים. קרי, נטיל על העוסק חובה משמעותית מאוד ליידיע את הצרכן כשיש חריגה מן הציפיות. למשל: נניח שהשכר הראוי הוא בין 1500-2000 עבור טיפול אצל אותו רופא ברמת מומחיות זו. במקרה דין התעריף הוא 2500. ככל הנראה, הפתרון יהיה שנכבד באופן חלקי את המחיר שנהוג אצל רופא זה ונאפשר לו להגיע לקצה העליון של ספקטרום השכר הראוי. בהיעדר גילוי לפני הכריתה של החוזה, התעריף יהיה מקסימום 2000, כי הרופא לא גילה למטופל כי הוא נוהג לקחת יותר. אם הוא רוצה לגבות 2500 עליו להודיע ולקבל את הסכמת הלקוח מראש.
- **בהקשרים שהם לא הקשרים צרכניים** - השיקול הנ"ל פחות חזק (שיקול פערי המידע וכו'). אם מגיע עוסק לעוסק אחר ולא שואל מה המחיר, אותו מספק ינקוב בתעריפים המקובלים אצלו וזה יהיה בסדר באופן עקרוני. יש לציין כי על המספק לשכנע כי זה אכן התעריף הנהוג אצלו, הוא לא חופשי לחלוטין להחליט על תעריף. יש גם ענייני תום לב - אם המספק יגבה סכומים אסטרונומיים נטולי זיקה לאיכות השירות, המחיר לא יתקבל.

**פיתית אירועים כתרגול**

**אירוע מעמוד 6 סילבוס - תרגיל 4**

סוחרי מציע לצרכני במכתב לרכוש אצלו סחורה מסוימת תמורת תשלום. צרכני עונה אף הוא במכתב: "האם תסכים לקבל הכסף בתשלומים?" המכתב מגיע לסוחרי לאחר יום (ב-1.1) אך זה אינו עונה דבר אולם מודיע לאשתו כי החליט לקבל את ההצעה. כעבור שבוע (8.1) שולח צרכני מכתב נוסף ומודיע לסוחרי כי הוא מקבל את הצעתו כמות שהיא. בדרך (בדואר) מצטלב מכתבו עם מכתב של סוחרי שנשלח יום קודם (7.1) בו מודיע סוחרי לצרכני כי הינו חוזר בו מכל העניין. היכרת חוזה? אם כן, מה תכנו?

**תשובה**

סוחרי המציע מציע הצעה - אמכור לך תמורת תשלום במזומן. הניצע הוא צרכני. צרכני מציע הצעה חדשה - הוא מציע תשלומים ולא במזומן. זהו שינוי מרע מבחינת סוחרי. לא מדובר בקיבול. האם ישנה עוד אפשרות? 8.1 צרכני אומר לסוחרי כי הוא מקבל את הצעתו המקורית. השאלה היא אם כן: האם המכתב של צרכני מהשמיני לראשון הוא בגדר קיבול?

**לשם כך, יש לבדוק מה קורה ב-2** - האם הצעת סוחרי קיימת או לא קיימת? האם ההצעה פקעה משום דחייתה? **ס' 4** אומר ההצעה פוקעת כשדחה אותה הניצע. אם לאחר שאמר לא אמר כן- אבדו לו, עלי לשקול שוב את הצעתו החדשה, גם אם הצעתו החדשה חופפת להצעת המקורית.

אם צרכני היה אומר לא מוכן במזומן אלא רק בתשלומים - ההצעה אכן פקעה. הניסוח של הניצע כאן רחוק מדחייה - זו לא דחייה. הוא בסך הכל אומר האם תסכים לקבל בתשלומים, הוא לא אמר לא או כן להצעה המקורית- הוא אמר בו נבדוק אם אפשר לשפר המצב. ניסוח מהוסס מסוג זה הוא לא דחייה. הוא לא מתפרש כדחייה על ידי האדם הסביר וכך גם הפסיקה-נקבע כי הדחייה חייבת להיות חד משמעית. (**פס"ד נוה עס**).



**גנבור כעת ל 8.1:** 2 בעיות בפני צרכני בנקודת זמן זו: האם צרכני דחה הצעה זו - הוא לא דחה הצעה זו. סוגיה שנייה הינה מועד הקיבול. יש לבדוק האם חלף מועד הקיבול. יש לזכור כי הצעות לא עומדות לנצח. אם להצעה אין מועד - המועד הקובע הוא זמן סביר.

**הנחיה לפתרון אירועים -** האם ההצעה של סוחרי פקעה מחמת חלוף המועד לקיבול. תשובה: נבחן לפי האם חלף המועד הסביר. התשובה לעולם תלויה בנסיבות. אם זה שוק תנודתי זמן סביר הוא מהר. אם זה שוק יציב זמן סביר הוא לאט יותר. פה אין נתון מה הסחורה ולכן זה תלוי בסוג הסחורה והעניין. נראה כי אם אין משהו חריג, שבוע הוא זמן סביר.

כעת, בעיה חדשה מתעוררת - 8.1ב שלחתי הודעת קיבול. ב 7.1 יש משלוח הודעת חזרה מהצעה. התשובה לסוגיה זו אם **כטמונה בס' 13א**). המציע ראשי לחזור מההצעה לפני רק אם הודעת החזרה מגיעה פיזית לניצע לפני שהוא שלח הודעת קיבול. משמע, החזרה מאוחרת מדי. סוחרי לא הצליח לחזור בו מן ההצעה. הצעתו הפכה בלתי חוזרת מהרגע שצרכני שלח הודעת קיבול. על כן יש קיבול ונכרת חוזה.

**הערה -** אם הקיבול הגיע באיחור למציע מחמת סיבות שלא תלויות בצרכני, אזו סטואציה שבה צרכני לא אחראי לעובדה שיש איחור והתוצאה לפי **ס' 18ב**) - עשוי להיות חוזה, אלא אם כן סוחרי יודיע מיד שמאוחר מדי. אם סוחרי ישתוק יהיה חוזה.

**היבט קטן נוסף -** סוחרי אומר לאשתו שהוא החליט לקבל את הצעת צרכני - זה אומר לא כלום שכן הוא לא הודיע לצרכני על קבלת הצעתו. הקיבול צריך להיות בתקשורת הולמת כלפי המציע.

## קיבול בשתיקה - סיכום נושא הצעה וקיבול

### עמוד 6 - שאלה 1

ראובן כתב לשמעון: "אני מציע למכור לך את מכוניתי במחיר 30 אלף שקל. אם לא אשמע ממך עד ה- 15.1 אבין כי אתה מסכים לכך". שמעון נאות לרכוש את המכונית במחיר זה, אך בסמוך על האמור במכתב לא הודיע דבר לראובן. ב-17.1 התייצב בביתו של ראובן כשבירו 30 אלף שקל, אולם ראובן הודיע כי ב-16.1 מכר את המכונית לפלוני. מהן זכויותיו של שמעון?

## תשובה + סיכום נושא השתיקה - קיבול בשתיקה - כן או לא

הסוגיה שמועלית כאן היא קיבול בשתיקה. שאלת הקיבול בשתיקה מוסדרת ב'6א(ב) הוה"ח כללי. סעיף זה אומר: קביעת המציע ששתיקה תהיה קיבול - אין לה תוקף. ס'6(ב) אכן נשען על הגיון בריא שמונע מאדם לכפות על האחר מענה/תגובה כלשהם. התפישה היסודית היא חופש. ניתן לפגוע בחופש זה על ידי אקטים ריבוניים, ניתן לפגוע בחופש הזה כשמזיקים למישהו אחר. עקרונית לא ניתן לכפות על איש מהלך כלשהו. זו יכולה להיפתש כהוראה קטנונית - מה מסובך לומר לא? זה לא פשוט, משום שיש פה ניסיון לפגוע באוטונומיה של השני. פרופ' דויטש רואה את ס'6(ב) כחופש הסוציומטיות. אפשר אף לומר כי זה פגיעה, במידת מה, בזכות הפרטיות. יש גם פגיעה בזכות לחופש מ-חוזה. יש לזה משמעות מעשית מדוע אנשים לא מגיבים: תלאות היומיום, שכחה, סדר עדיפויות ועל כן ניסיון להכתיב עשוי להוליד תוצאות לא סימפטיות ולא טובות. **יש מצבים בהם נכון להטיל חובת תגובה.** כלומר, יש מצבים בהם ראוי לראות שתיקה כקיבול. **מצבים (סייגים) בהם שתיקה היא קיבול:**

**סייג 1 -** כשיש חוזה לגבי שתיקה עתידית - ס'6"ב הוא דיספוזיטיבי. אם שניים רוצים בעתיד ששתיקה תכבול אותם - עקרונית זה בסדר. התופעה הזו קיימת הרבה מאוד בתחום בבנקאות. אם בנק שולח תדפיס ולא ערערת עליו - סימן שזה נכון. זה נכתב בדפי החשבון. כך מיוצר חוזה בשתיקה. הבנק בעצם מציע לנו - הכירו בנכונות החשבון. אם תשתקו - אתם מקבלים את הצעתו לגבי נכונות החשבון - אתם מסכימים לכך. ספק אם זה היה מספיק לבנק ולכן הוא דואג להחתים אותנו בחוזה פתיחת החשבון (חוזה לכל דבר ועניין) שדפי החשבון יחייבו אותנו אם לא נאמר דבר. הסכמנו לא בשתיקה שבעתיד יהיה קיבול בשתיקה. זה תקף כי **ס' 16א**) הוא דיספוזיטיבי וניתן להתניה. הבעיה האחרת של הבנק היא סוגיית החוזים האחידים. עולה שאלה האם אין זו הוראה מקפחת לענייני החוזים אחידים? כללית, נראה שזה בסדר.

**סייג 2 -** הנסיבות תייצרנה קיבול בשתיקה - לעיתים שתיקה היא יותר משתיקה. לפעמים שתיקה היא בעצם מעשה, התנהגות. לעיתים מחדל הוא בעצם מעשה. לפעמים השתיקה **עוברת מ'6ל-ל'6א**) - קיבול בהתנהגות פוזיטיבית. האם תמיד אפשר לומר לא רוצה לדבר עם איש? לא בדיוק. לפעמים יש קשר נמשך בין הצדדים והקשר הנמשך יוצר ציפיות לגיטימיות לתגובה. זה חוזר לעניין הציפיות וההסתמכותיות. הכל צריך להיות במסגרת הלגיטימיות. הציפיות וההסתמכותיות צריכות להישען על ערכים כלכליים, חברתיים ראויים. לפעמים יש ציפייה לגיטימית לזה שהשני יגיב. אם נוצרת קרבה חוזית/משפטית, חובת התגובה מתחזקת. ככל שהקשר הוא קשר שניתן לכלול ב"קשר יחסי" להבדיל מקשר לעומתי, הציפייה לתגובה מתחזקת. יש חוזה יחס ויש חוזה לעומתי.

**חוזים יכולים להיות חד פעמיים ולגמרי לעומתיים -** אדם קונה דירה ממשהו. פעם אחת, קשר חד פעמי. כל אחד רוצה למקסם רווחים. אין קשר של שכנות משפטית עמוקה או בכלל. לא נולדים קשרי אמון מיוחדים, אלו קשרים "קרים", לעומתיים. **מנגד זה, יש קשר יחס/ חוזה יחס -** יש יותר קרבה ואמון בין הצדדים. הסקאלה כאן רחבה למדי. למשל: קשר בין קישש לבין בית אבות שהוא נמצא בו. קשר יחס יכול להיות גם בין עו"ד ללקוח. כאשר אנו מדברים על קשר נמשך, יכול בהחלט להיות מצב שבו אם אין תגובה, אפילו לא אמירת לא, נבין את זה כאמירת "כן".

**דוגמה מהפסיקה - פ"ס ד לה נסיונל:** "לה נסיונל" הייתה חברת ביטוח. נוצר קשר בין חברת ביטוח לבין מבוטח. התחיל הביטוח. כעבור כמה זמן מקבלים פוליסה ובה המון תנאים שכלל לא דובר עליהם בין המבוטח לחברת הביטוח. בפוליסה ייתכב כי אם לא התקבל תגובה תוך כמה ימים - זוהי הסכמה לפוליסה. המשמעות היא כי בהתחלה היה חוזה כלשהו שהוא לא לגמרי מפורט ובהמשך הוא שופץ ותוקן והורחב על ידי הפוליסה. האם חופשי הלקוח להגיד לא אמרתי מעולם כן לפוליסה אז איני מחויב לה? תשובה עקרונית - לא. נימוק: כי, כעת, יש בהחלט קיבול בשתיקה. המבוטח כן מצפה שנגיד לא אם אנו לא רוצים. ציפיותו לגיטימיות. אנו כבר מקבלים כיסוי ביטוי ואנו יודעים שנקבל חוברת. במקרה זה יש למבוטח חובת תגובה אם לא רוצים. לא תגיבו - קיבלתם בהתנהגות. התנהגות שתיקתית, אבל התנהגות. **שורה תחתונה - כאשר יש קשר כלשהו בין הצדדים - ישנה חובת תגובה.**

**מהלך הטיעון המדויק - ס'6"ב**) קבוע בחוק, אבל כשיש ציפייה לגיטימית לתגובה הדבר מוליד נטל תגובה על הניצע. אם נטל התגובה לא מקוים אזי יש קיבול בשתיקה (בעצם זו התנהגות). מתי נולדת ציפייה של המציע לתגובה - כשיש הצדקה עניינית לצמיחת נטל תגובה. במידה רבה, זו חלק מחובת תום הלב של הניצע. נטל התגובה ייוולד כשחובת תום הלב מחייבת להגיב. חובת תום הלב שוללת את הסוציומטיות. זה נולד באותם מצבים של קרבה משפטית - קשר, יחס וכו'.

גם כאן יש חשיבות לאווירה הצרכנית. אם עוסקים בסיטואציה צרכנית מטבעה ועוסק מנסה להכתיב קיבול בשתיקה גם בקשר שהיותו נמשך, עדיין לא לגמרי פשוט הדבר לעוסק. למשל: בנק לא מצליח היה לכבול לקוח לדף החשבון אלמלא היה סעיף ספציפי המתייחס לכך בחוזה פתיחת החשבון. מה שיכול כן להצדיק עדיין את הלקוח כמקבל בשתיקה אלה שיקולי יעילות. בסיטואציות המוניות, זה די בעייתי אם נחייב את העוסק לקבל קיבולים מפורשים - זה מטיל מעמסה כבדה מנהלית ועלויות כבדות.

## לא להבין מזה שלרוב יש קיבול בשתיקה! פירטנו, עד כה, סייגים בהם יש קיבול בשתיקה.

**נשוב לפתרון התרגיל -** אילו ראובן היה רוצה עסקה ושמעון לא - אין חוזה זה ברור. האירוע כאן שונה. שמעון מקבל את הרעיון שקיבול בשתיקה יהיה קיבול. דווקא ראובן אשר אמר זאת תחילה לא רוצה את העסקה. זה מקרה בו ס'6(ב) לא חל. 6(ב) נועד להגן על הניצע ולא על המציע. לא נראה שישנה סיבה להגן על המציע. מי שמנסה להשתחרר מכל העניין הוא מי שלא אמר לנסות להשתחרר. אם כן, ס'6(ב) הוא חד כיווני.

**מקרה זה הוא מקרה מאוד מעניין לעוד משהו - נושא השתק.** זה מתלבש פה כמו כפפה ליד. השתק/מניעות זה הינו תך. רעיון ההשתק אומר את הדבר הבא - אם אתה מייצר מצב מסוים והשני פועל לפי המצב שעשית - אח"כ לא תוכל להתנער מהצג שלך. אתה נתפס על המצב שהצגת. במקרה דנן - ראובן הציג מצב שקיבול בשתיקה הוא קיבול. ראובן לא יכול להגיד עכשיו "לא אמרתי כלום". הוא נתפס במה שהוא אמר. גם אם ס'6(ב) גופו היה דו כיווני, עדיין נכון היה להשתק את המציק, את ראובן.

**נושא חדש - כשרות משפטית**

מה זה כשרות משפטית, זה ביטוי משונה יש לומר. לאדם יש כשרות משפטית כאשר יש לו יכולת, כוח משפטי. כשרות = מסוגלות. כשרות היא תנאי מוקדם לכל הפרשה החוזית. אדם צריך להיות בכלל מסוגל לכרות חוזה. חוק הכשרות לא מדבר רק על עשיית חוזה. הוא מדבר על כשרות לפעולה משפטית. הביטוי עצמו מאוד טעון ויש לו חשיבות גדולה מבחינת תורת המשפט.

תחילה, נבדוק אילו אוכלוסיות נתקלות בקשיים של מסוגלות. לרוב בני אדם, מסוגלים לעשות פעולות משפטיות.

**4 סוגי אוכלוסייה להם בעיה של מסוגלות:**

1. קטינים - דינו של קטין שמוכר אופנוע הוא לא כמו בגיר שמוכר אופנוע. נדון בזה.
2. פסולי הדין - אדם שביטוי משפט הכריז עליו כבלתי מסוגל לעשות פעולות משפטיות. למשל: במצבי מחלות נפש, מצבים מנטליים קשים וכדומה. יש לשים לב כי פסול דין הוא פסול דין מוכרז. יש חובה להיות מוכרז כפסול. זה לא מצב עובדתי גרידא. המצב נשען על עובדות, כאשר בעקבות העובדות בית המשפט הכריז על אדם כפסול דין.
3. חסוי שאיננו פסול דין - אדם שמונה לו אפוטרופוס (כי לא מסוגל לדאוג לענייניו). זה אינו חופף לדינם של פסולי דין. יכול להיות אדם שמתמנה לו אפוטרופוס למרות שהוא אינו פסול דין. זהו צעד פחות חריף מהכרזה על אדם היותו פסול דין.
4. מוגבלי כשרות דה-פקטו - אדם שיש לו בעיה להבין מה שהוא עושה מחמת מחלת נפש וכו', אך איש לא הכריז עליו פסול דין וגם לא מינו אפוטרופוס לאותו אדם. אותו אדם לא באמת מסוגל לדאוג לענייניו. אוכלוסייה זו לא מוסדרת בחוק בכלל. היא מחייבת דיון מיוחד.

**הבחנה בין סעיף 1 לסעיף 2 בחוק הכשרות**

**יש הבדל ברור בין ס' 1 לס' 2 בחוק הכשרות - סעיף 1 ניסוח מוחלט** - כל אדם כשר לזכויות וחובות מגמר לידתו עד מותו נקודה.

**סעיף 2** - יש "זולת אם", משמע כשרות לפי סעיף 1 מוגבלת יותר מאשר הכשרות לפי סעיף 1. **על מה מדבר סעיף 1 לעומת סעיף 2?**

**תשובה:** ההבדל טמון בכך שסעיף 1 מטפל בכשרות הסטטית. סעיף 2 מטפל בכשרות הדינמית. הכשרות הסטטית בסעיף 1 משמעה הסיטואציה של להיות אדם שיש לו זכות וחובה. סעיף 2 עוסק בשאלה האם אותו אדם יכול לשנות את המצב הסטטי הקודם. סעיף 2 עוסק בשינוי מצב. סעיף 1 עוסק בעצם קיומו של מצב.

דוגמא: קטין מקבל בירושה דירה. למרות שהוא קטין / למרות שהוא פסול דין לחלוטין ואין לו שמץ הבנה מה קורה, הוא מסוגל להיות בעל דירה. אין מניעה שקטין, תינוק, פסול דין יהיו בעלי דירה. כך גם לחובות. ייתכן ובעיניו הוא חובות - החוב עובר בירושה ועל כן, קטין בן יומיו עשוי להיות חייב (בגבולות דיני הירושה). סיטואציה זכאי וחייב היא סיטואציה בלתי מעוררת. שאלה אחרת היא מי ממש את הזכויות בשמו ועבורו. התשובה היא כי לבני אדם כאלה יש אפוטרופוסים טבעיים (הורים) או אפוטרופוס שמתמנה בצו בית משפט לאור בקשה. המסוגלות הסטטית קיימת באופן בלתי מסויג, זה חלק מכבוד האדם. יש לזכור כי מדובר במסוגלות בלבד.

סעיף 2 עוסק בשינוי מצב. ניקח את אותו קטין אשר קיבל בירושה דירה. נניח ורוצים למכור אותה - פה נכנס סעיף 2. האם קטין מסוגל למכור? אם ימכור האם יהיה תקף? כשרות עוסקת בשאלת התוקף - מה שעשה אדם בלתי כשיר, עקרונית לא תקף, בטל ולא מצמיח זכויות וחובות. עוד נראה שחוק הכשרות יותר מתוחכם מזה. זה לא שברגע שמישהו נמצא תחת אחת האוכלוסיות (בעיקר 1 ו-2) הפעולה שהוא עושה בטלה לגמרי.

סעיף 4 מנחה כי פעולת משפטית של קטין טעונה הסכמה של נציגו (הורים למשל).

**החל מעתה ננתח לפי סעיף 2**, שכן סעיף 1 פשוט הוא. הערת השלמה לסעיף 1 - עובר אין לו כשרות משפטית. עובר הוא לא אישיות משפטית, הוא לא אדם אשר נתונות לו זכויות. האישיות מסתיימת ביום הפטירה, המוות.

**הבחנה בין האוכלוסיות לעיל**

לשם הבנה, ניקח לדוגמה חוזה - חוזה הוא ודאי פעולה משפטית.

**קטין** - יש הסדר עם תיאור בסעיפים 7-1 לחוק הכשרות. האם החוזה בטל, מה המשמעות של חוזה שעושה קטין, שעושים בשבילו.

**פסול דין** - מוגדר בסעיף 8 לחוק הכשרות. הליך ההכרזה הוא הליך משפטי לכל דבר ועניין. ההליך נועד להגן על אותו אדם. לכן הביטוי פסול דין אינו ביטוי מוצלח. הכרזה על פסול דין לא מבקשת לפגוע בו. לשם כך מביאים חוות דעת רפואית, שופט שומע את הצדדים, שומע את פסול הדיון עד כמה שיש טעם בזה ויש צד שכנגד (בד"כ היועמ"ש למשפחה) אפוטרופוס הכללי. לעיתים הוא מתערב ולעיתים הוא לא. אין הכרזה רטרואקטיבית - פרט מהותי. **מרגע הפיכתו לפסול דין - דינו כדין קטין.** ההליך ההכרזה לוקח זמן. במשך כל הזמן הזה עולות תהיות מה עושים עמו בתקופת הביניים? דיני פסלות הדין לא חלים עליו בזמן הזה.

יש לציין כי קרובי משפחה לא רצים לבקש פסלות דין-זה לא דבר שבשגרה. הרבה פעמים פסול הדין מבינים חלק מהדברים והכרזה כזו פוגעת בו. לכן ההליך לוקח זמן עד למתן החלטה.

**חסוי** - דרגת ביניים מסוימת היא אוכלוסייה 3 לעיל. **סעיף 4(33)** מדבר על כך-אדם שאינו יכול, דרך קבע או ארעי, לדאוג לענייניו, כולם או מקצתם. יש הבדל מהותי בין אוכלוסייה 2 לבין 3. פסול דין מאבד את כשרותו לפעול לבד (כמו קטין), הוא הופך קטין בעצם. לעומת זאת, מי שמינו לו אפוטרופוס אך לא הוכרז כפסול דין, יכול להמשיך ולפעול לבד. מה שנוצרת היא מעין "סמכות מקבילה". לחסוי יש להמשיך ולפעול ויש סמכות לאפוטרופוס להמשיך ולפעול במקומו - יכול למכור דירה לבד באופן חופשי. השאלה מי ימכור דירה למשל - החסוי או האפוטרופוס היא שאלה של נסיבות עובדתיות. **זה כאילו הוא נתן יפני כוח לאדם אחר.** החסוי לא איבד את כוחו. כעת, גם האפוטרופוס של החסוי יכול לבצע עבורו פעולות. זה עלול ליצור התנגשויות ובעיות.

מצב חסוי מקובל במקרה של קשיש בבית אבות. הוא מבין מה נעשה איתו, אך אינו מסוגל לדאוג לענייניו ולכן יש למנות לו אפוטרופוס. **הערת אגב** - לכאורה, יותר פשוט כי אותו קשיש יחתום על יפני כוח כללי. הבעיה שייפוי כוח כללי פוקע מאליו כאשר אותו מייפה מאבד יכולת להבין מה נעשה. מבחינת יציבות משפטית, יש עדיפות לקבל אפוטרופוס על אותו אדם.

**מוגבלי כשרות דה-פקטו** - אפשר להכריז עליו כפסול דין, אך עדיין לא הכריזו בשל סיבות שונות. לכאורה, מעמדו כאדם רגיל לגמרי. המשמעות היא שהוא עלול להזיק לעצמו ועולה שאלה אם יש מקור משפטי שיאפשר ריקוח של המצב הזה. עדיין אין פתרון מסודר כלשהו. לפעמים אפשר לשחרר אותו דרך דיני הפגמים והרצון - טעות, הטעייה, כפייה (איומים), עושה (ניצול מצוקה). לפעמים יש כלים כלליים בדין באמצעותם אפשר להגיע לביטול. הבעיה היא שאף אחת מהדוקטרינות האלה אינה מושלמת. במקרה של עושה צריך פער בין מה שניתן למה שהתקבל ואם אין פער כזה? עדיין ייתכן שצריך ביטול בשל מיקומה של הדירה ולא דווקא בשל התמורה שהתקבלה בעדה ודיני העושה לא מאפשרים זאת.

כיום, ישנו חסר מסוים לגבי מוגבלי כשרות דה-פקטו - בקודקס יש הצעה שאומרת כך - אם אדם מצוי במצב של מוגבלי כשרות דה-פקטו והצד השני ידע או היה חייב לדעת על כך ובכל זאת חתם על העסקה, יראו במוגבלי הכשרות כפסול דין מוכרז לעניין העסקה הקונקרטית.

**מהי פעולה משפטית**

חוזה אינו הפעולה המשפטית היחידה. החוק לא מדבר על חוזים, אלא על פעולה משפטית. הבסיס - עקרונית פעולה משפטית כשמה כן היא. כלומר, פעולה שמשנה מצב משפטי. חוזה משנה מצב משפטי. לפני חוזה מכר דירה אדם לא היה חייב כלום לקונה. אחרי חוזה המכר - האדם כן חייב לו, בשל כריתת החוזה. לא כל פעולה משנה מצב משפטי. יש פעולות פיזיות שאינן משנות מצב משפטי - החוק לא נוגע להן.

**אי אפשר להסתפק בבסיס של שינוי מצב משפטי.** נסביר זאת באמצעות **דוגמא**: קטין בבית הספר רב עם מיישהו ומכה אותו. נניח ומדובר באירוע רציני והמוכה רוצה להגיש תביעה. המועמד הטבעי לתביעה הם ההורים שלו, המורה, בית הספר כמוסד. תביעות כאלה לפעמים אפשריות ולפעמים לו. האחריות היא רק בגיל רשלנות - יש להראות רשלנות. זה לא מובן מאליו שיש רשלנות - לא של בית הספר, לא של מורה נתון וגם לא של ההורים של המכה. הורים של קטין לא נושאים באחריות למעשיו של הקטין, לא נושאים באחריות שילוחית למה שעושה קטין. הם נושאים באחריות רק אם הם התרשלו בפקוח עליו וכדומה. ודאי תהיה תהיה מה יעזור להגיש תביעה נגד קטין. עולה השאלה האם יש תביעה נגד הקטין. הרי הקטין יבוא ויאמר אני קטין, אני ללא כשרות משפטית, אני לא יודע מה אני עושה. הרי ס'4 אומר כי פעולה משפטית טעונה הסכמת נציגו. הקטין יכול להגיד לא שאלתי את ההורים אם לתת לשני מכות. גם אם הייתי שואל - התשובה הייתה לא.

האם אירוע זה הוא הגדר פעולה משפטית? אם התשובה היא כן, הפעולה תלויה הסכמת הורים. אין הסכמת הורים - אין פיצויים. האם זה פעולה משפטית של שינוי מצב משפטי? אין ספק שהכאה של אדם את חברו מצמיחה תוצאה משפטית. זוהי פעולה פיזית שיש לה השלכה משפטית מיידית. מי שתוקף חייב לפצות והנה נולד מצב משפטי חדש.

בין בגירים פעולה של הכאה ודאי משנה מצב משפטי. עדיין מרגיש משהו לא בסדר. מה זה טעונה הסכמת ההורים? האם כל דבר תלוי בהסכמת ההורים. במקרה דנן, דרוש תשלום פיצויים. האם התשלום דרוש הסכמת הורים? לא סביר שכך, שכן ההורים תמיד יגידו לא. אם כך חסר אלמנט, לא די בכל שהפעולה משנה מצב משפטי.

האלמנט המבחין (זו נקודה עדינה), האלמנט המוסף הדרוש הוא שהשינוי המשפטי יהיה רצוני. זהו המפתח והמצפן. הרצוניות היא מצד הקטין המכה, מצד האדם הפועל המשנה את המצב. **פעולה תחשב פעולה משפטית רק אם התוצאה שלה היא רצונית מבחינת מבצע הפעולה.** הרצון הוא לתוצאה המשפטית ולא העובדתית. צריך רצון שתיוולד תוצאה משפטית שנולדת לפי החוק.

בדוגמא שלנו - הקטין המכה נורא רוצה להכות. מבחינת רצון עובדתי יש לו רצון עז וברור. **זה לא הרצון שאנו מחפשים.** השאלה שאנו שואלים היא האם הוא גם רוצה את התוצאה האחרת של תשלום פיצויים. האם רוצה לשלם פיצויים תמורת הכאה. מובן כי התשובה היא לא. מדויק יותר - הדין כלל לא שואל את השאלה האם רוצים את השינוי המשפטי - דיני הנזיקין לא שואלים אם אדם רוצה לשלם פיצויים. זהו חיוב בלתי רצוני. לכן, פעולות נזיקיות אינן שינוי משפטי רצוני ולכן הן אינן פעולות משפטיות לפי חוק הכשרות. **חוק הכשרות מגביל עצמו לפעולות בהן יש רצון להביא לשינוי במצב המשפטי.**

### סיכום - פעולה משפטית לפי חוק הכשרות היא:

1. הפעולה משנה מצב משפטי.
2. התוצאה/ השינוי המשפטי הוא רצוני.

### • הערה - על התנאים להתקיים במצטרב.

הדבר דומה לחוזה - אדם חותם על חוזה. החתימה הפיזית שינתה את המצב המשפטי. עכשיו הוא מחויב. האם אותה חבות היא תלויה רצון שלו - עקרונית כן. חוזה נולד כתוצאה מהפעלת רצון. אדם שחותם מכר, רוצה לשאת בחבות להעביר בעלות לקונה. זו בדיוק גמירת הדעת-זה הרצון. לכן חוזה הוא פעולה משפטית - החוזה משנה מצב והוא תלוי רצון. לאחר מכן, הכל כפוי, אבל רק לאחר שהיה רצון. לכן חוזה תלוי הסכמת הורים במידה ומדובר בקטין.

**מדוע תנאי הרצון (השני) הוא כה חשוב?** התשובה היא תכליתו של חוק הכשרות המשפטית. מה שעושה חוק הכשרות המשפטית זה המרה. הוא ממיר רצון של קטין ברצון של בגיר. הוא בא ואומר - הקטין לא מבין מה הוא עושה. הוא לא מבין את המשמעות המשפטית של זה. על כן, ניכח אדם בגיר (הורים) והם ישקלו את זה במקומו. יש העתקת רצון בעצם. לכן זה תלוי הסכמת ההורים - זו הגנה על הקטין.

עולה שאלה אם ראוי להטיל אחריות נזיקית על קטין שלא באמת מבין מה הוא עושה, מה ההשלכות של פעולה שהוא עושה (למשל במקרה של קטין בן שנתיים). לזה יש טיפול מיוחד בפקודת הנזיקין - ס'9. ס'9 נותן הגנה אבל רק אם עד גיל 12. לא כל קטין מוגן בנזיקין מפני תביעה. מעל גיל 12, יכול הקטין לשאת באחריות בנזיקין כלפי הצד המוכה. העובדה שההורים לא הסכימו לא מעניינת - הרי אין זו פעולה משפטית לפי חוק הכשרות המשפטית.

- **פס"ד כהן נ' שר הביטחון** - האם ביצוע של חוזה הוא פעולה משפטית? זה חשוב כי אם זו פעולה משפטית, העניין טעון הסכמת ההורים לפי חוק הכשרות המשפטית. נניח שנחתם חוזה כדת וכדין בהסכמת ההורים. לפני שבאים לבצע, ההורים עוצרים התהליך ואומרים כי לא מוכנים שבצע חלקו בחוזה. האם יש להם צד בעניין? כמובן יש להניח בזמן הביצוע כי הקטין עוודו קטין. אם הוא נהיה בגיר בינתיים כמובן שהוא חייב לבצע החוזה ככל אדם.

אם נאמר שביצוע של חוזה הוא בעצמו פעולה משפטית וההורים אומרים כעת לא לכאורה, אי אפשר לאכוף ביצוע החוזה מאותה סיבה שפעולה משפטית טעונה הסכמת ההורים. גם אם ייטען כי ההורים הסכימו עוד קודם, התשובה תהיה - החוזה תקף, אבל אפשר להתחרט לפני ביצוע הפעולה המשפטית - החוזה תקף, אך הוא לא יבוצע. **זו דעה של השופט ח.כהן בפס"ד שרף.** הוא טען כי החוזה תקף אך לא יבוצע. ברמה התרופתית אין חובת ביצוע. אז תהיה חבות לשלם פיצויים.

**האם ביצוע חוזה הוא פעולה משפטית כן או לא? דעת פרופ' דויטש שלא.** הטעם - סוגיית הרצוניות. הרי אם החוזה נכרת כדן יש עכשיו חובה לבצע, אולם אין להפעיל רצון פעם שנייה. חובת הביצוע היא על פי דין, לא על פי רצון. ביצוע חוזה הוא בעליל לא פעולה משפטית.

**האם ביטול חוזה הוא פעולה משפטית? למשל:** ביטול מחמת עושה-האם זו פעולה משפטית? נניח וקטין מתקשר בחוזה ובשלב כלשהו הוא חושב שהוא נעסק. הוא שולח הודעת ביטול לפי ס'18. הוא לא שאל את הוריו, האם זה תקין? ומה אם ביטול מחמת טעות?

**אין ספק כי ביטול הוא פעולה משפטית והוא תלוי את הסכמת ההורים.** זה ודאי פעולה המשנה מצב משפטי - קודם היה חוזה תקף ואחרי שיש ביטול אין חוזה והשתנה המצב המשפטי. האם השינוי הזה התרחש כתוצאה מרצון השינוי משפטי? התשובה היא כן. כדי שביטול יהיה ביטול, צריך שמישהו ירצה בביטול החוזה. זה לא משהו כפוי. ייתכן כי על אף טעות יהא טעם לקיים החוזה על אף הטעות.

### השלכות מעשיו של הקטין

**תחילה, יש לשים לב לנקודה הבאה** - להורים של הקטין (או אפוטרופוס אחר) יש שני כובעים (החוק מטפל, במידה רבה, רק באחד משני הכובעים):

1. **הכובע השליחותי/נציגותי** - ההורים יכולים לפעול כנציג של הקטין במקומו. כל מה שהקטין יכול לעשות, ההורים במקומו יכולים לעשות. הכובע האחד הוא הכובע הנציגותי, הכובע השליחותי, מעין ייפוי כוח. ישנה הסמכה לפעול בשמך ובמקומך. החוזה גם ייחתם על ידי ההורה בשם הקטין.
2. **הכובע הפיקוחי** - ההורים הם חיצוניים לפעולה. הקטין עושה הפעולה. הקטין הולך לחנות אופניים וקונה אופניים למשל. הולך לקנות במכולת וקונה. הפעולות הללו, עדיין יש להורים מעמד לגביהן בתור מפקח. בעיקר בזה החוק מטפל. ההורים יכולים להחליט שלא מוצא חן בעיניהם שהקטין קנה אופניים והם יכולים לבטל. לשים לב שהם אינם פועלים כשלושים שלו, הם פועלים בשם עצמם כמפקחים. **החוק מתעסק בעיקר בכובע זה.**

○ **הערה:** צריך תמיד לחשוב על שני הכובעים. אפשר לפעול כך או אחרת. בענייני דירות יש הבדלים מהותיים. **פס"ד שרף** הראה זאת בבירור.

### הכובע הפיקוחי

**סעיף 4 רישא** לחוק הכשרות המשפטית, מציג את הכובע הפיקוחי. אם היינו עוצרים ברישא אז כל פעולה ללא אישור הורים הייתה בטלה. אבל, כשקוראים הלאה רואים שהביטוי "טעונה הסכמת נציגו" הוא ביטוי אמורפי. הרבה פעולות של הקטין תקפות לגמרי גם אם ההורים לא הסכימו. הן ניתנות לביטול, אך אינן בטלות. לא להתבלבל מהרישא של ס'4. זו אמירה דקלרטיבית, יש לבחון הנושא הלאה.

### תרשים - תיאור החוק ודרכי הפעולה לפי חוק הכשרות המשפטית

**מצב 1:** הפעולה בוצעה על ידי ההורים (כנציגי הקטין)----->כן : אין בעיה. החוזה מתנהל עקרונית מכאן ואילך כמו כל חוזה. **הערה** - החוזה תקף בכפוף לס'20=אישור בית משפט. **לא מדובר בכלל המצבים אלא בחלקם.** בלב העניינים של ס'20- הסכמות לגבי מקרקעין. הסעיף אינו מושלם. דוגמא: כל עסקת מקרקעין חייבת באישור בית משפט. לעומת זאת, מכירת יהלומים במיליון דולר אין צורך בפקוח בית משפט על פי ס'20.

**מצב 2:** הפעולה בוצעה על ידי ההורים (כנציגי הקטין)----->לא, הפעולה בוצעה על ידי קטין----->האם הייתה הסכמה מראש?----->כן=החוזה תקף. בכפוף לס'7 לחוק הכשרות=אישור בית משפט (אם יש צורך). **ס'7 מקביל לס'20.**

**מצב 3:** הפעולה בוצעה על ידי ההורים (כנציגי הקטין)----->לא, הפעולה בוצעה על ידי קטין----->האם הייתה הסכמה מראש?----->לא=**חלוקה ל-3 קטגוריות:**

1. האם מדובר בעסקת אשראי (הלוואה למשל) <----כן = הפעולה בטלה לפי ס'6א), אלא אם ההורים יסכימו בדיעבד. דויטש אמר שס'6א מנוסח רע מאוד.
2. האם מדובר בעסקת אשראי (הלוואה למשל) <----לא <---- האם מדובר בפעולות שקטינים נוהגים לעשות <----כן = פונים לס'6. במידה ו הצד שכנגד נהג בתום לב. תשובת החוק= החוזה תקף ולא ניתן לביטול, אלא אם נגרם נזק של ממש וכו'. בכפוף כמובן גם לס'7 באם יש צורך בו. דגש - חוזה זה גם לא ניתן לביטול. גם אם אין מדובר בפעולה שקטיין נוהג לעשות והצד השני נהג בתום לב ולא ידע כי מדובר בקטיין - החוזה תקף ולא ניתן לביטול, אלא אם כן נגרם נזק של ממש לקטיין.
3. האם מדובר בעסקת אשראי (הלוואה למשל) <----לא <---- האם מדובר בפעולות שקטינים נוהגים לעשות <----לא = ולכן, מדובר ב פעולות ניתנות לביטול. ניתן לבטל בתוך חודש ימים מהרגע שנודע להורים על הפעולה (ס'15 לחוק הכשרות). לשם לב כי אם הצד השני נהג בתום לב ולא ידע כי מדובר בקטיין ייתכן ותהיה לו הוגנת ס'6. כשהורים פועלים לפי ס'15 הם חייבים לפעול לפי קריטריונים מסוימים. שיקול דעתם מוגבל בהגבלות משפטיות מסוימות. המצפן הגדול = טובת הקטיין. כל מעמד הפיקוח הזה נולד כדי לסייע ולהגן על הקטיין. כשהורה פועל, הוא חייב לראות מול עיניו רק את טובתו של הקטיין ולא את טובתו האישית שלו. החוק מטיל גם חובה מוגברת באופן טבעי - ס'17 לחוק הכשרות.

ההורה צריך לפעול כאילו עניינו שלו מונח אל מול עיניו. ייתכן והורים יפעלו של א בדרך זו ואז לקטיין תהיה עילת תביעה כנגד ההורים. או שהקטיין יחכה לבגירותו ויתבע (קטינות שוללת התיישנות). התיישנות נספרת רק מרגע הבגרות, או שהאפוטרופוס אחר יעשה זאת עבור הקטיין. מה שלא מובן הוא שיש מחויבות כלפי הצד שכנגד. בדוגמת האופניים: ילד קנה אופניים. ההורים מחליטים לבטל את העסקה בתוך הזמן לפי ס'15, לא בגלל המחיר, או בגלל כדאיות העסקה, אלא כי הם לא אוהבים את מוכר האופניים הספציפי. האם הם לא מפרים חובת תום לב כלפי הצד שכנגד? עקרונית, המוקד, המרכז הוא לפעול לטובת הקטיין, אבל אם אפשר לפעול בשתי דרכים אשר שתיהן טובות לקטיין, אך אחת מהן מזיקה לצד השני ואחת לא, יפעלו לפי הדרך שלא מזיקה. זה לא מופיע בחוק הכשרות המשפטית.

**הערה:** נתייחס להסכמה מראש לסוג מסוים של פעולות. נחזור לס'4 - הסכמה מראש של ההורים. מהי אותה הסכמה ואיך בודקים אותה?

• **סיטואציות לשם המחשה:**

- מגיע קטיין להורים ואומר שהוא רוצה לקנות אופניים ב-1000 ש"ח חנות מסוימת וההורים אומרים בסדר <---- נראה כי זו הסכמה תקינה.
- אם הוא אומר אותו דבר רק לא יודע באיזה חנות וההורים אומרים בסדר <---- זו הסכמה תקינה?
- אם הקטיין בא להורים ואומר אני רוצה לקנות אופניים וההורים אומרים בסדר <---- זו הסכמה תקינה?
- אם הקטיין בא להורים ואומר אני רוצה לחתום על עסקה וההורים אומרים זה בסדר <---- זו הסכמה תקינה, זה באמת בסדר? נראה שכלל לא.

הכל מתקנז לים הגדול של סבירות. ניתן לאפשר גמישות מסוימת לקטיין מבלי לפגוע בתוקף הפעולה באופן שיאפשר לו לממש את זכותו שלו לכבוד. גם לו זכות עקרונית לחופש החוזה. יש לו אינטרסים לגיטימיים לאוטונומיה מסוימת. עקרונית, כדי שהסכמת ההורים תהא תקיפה זה חייב לשקף השגחת מסוימת מצד ההורים. השגחה יכולה להיות תיחום גבולות העסקה. במקרה דנן - להגיד לקטיין תקנה בכמה שאתה רוצה לא מהווה פיקוח. מה כן מהווה? האם הצד השני יכול לסמוך על זה שקטיין אומר לו "אמרו לי לקנות אופניים בכמה שאני רוצה." יש להעמיד את המצב במבחן הסבירות המבטא השגחה נאותה.

- **הערה נוספת** - ההורים יכולים לבטל ההסכמה כל עוד הפעולה לא נעשתה. הפעולה אינה התשלום בגין האופניים. הפעולה היא כריתת החוזה לקנות אופניים. אם ניתן אישור לקטיין לקנות אופניים והקטיין כרת וזה לקניית אופניים - העניין גמור. התשלום הוא רק הביצוע. הרגע האחרון להתחרט זה לפני הכריתה.

**כשרות משפטית - סיכום הנושא****סוגיית הפיצויים**

דיברנו שעסקה יכולה להתבטל בתנאים מסוימים, עולה שאלה - עסקה מתבטלת כדין - מה הלאה? לגבי עניין פיצויי הצד השני העניין פושט - **אם הביטול הוא כדין** (יש הרבה מצבים כאלה) **אין חובת פיצויים**. פיצוי הוא תגובה של הדין לאקט בלתי תקין, לאקט שלא כדין, לניסיון ביטול שלא כדין.

**דוגמא:** אדם חושב שהוא טעה ויש לו עילת ביטול, אבל הוא לא מעריך נכון את המצב ואין לו באמת עילת ביטול. הוא יודיע לצד השני, "החווה מבוטל טעיתי".  
**התשובה המשפטית תהיה בשתי פאות:**

1. ביטול שלא כדין, איננו ביטול - אין לזה משמעות ביטולית - החווה תקף. "ביטול" בלא כדין שאין לו כוח משפטי לבטל - החווה תקף וחי וממשיך להתנהל והחובות נשארים
2. יש ניסיון להתנער מעסקה תקפה - זהו ניסיון להפרת חוזה. על כן, יש חובת פיצויים (בנוסף לסעדים אחרים).

**סיכום:** כאשר ביטול עומד בתנאים מכל בחינה שהיא, הוא ביטול כדין - אין חובת פיצויי. התנהגות כדין והכל בסדר. אין סנקציה משפטית. מקרה חריג מאוד ובעייתי מאוד בו ניתן בכל זאת לחייב בפיצוי - **ס'14(ב) חוה"ח כללי**. (דיברנו על זה בשיעורים הראשונים).

**סוגיית ההשבה (לא כתוב בחוק הכשרות, נובע מעקרונות כלליים)**

כשיש ביטול או התבטלות כדין של חוזה. **הכלל הבסיסי הוא: נפל החוזה, חובת השבה הודנית**. עקרון ההשבה נובע מרעיונות של עשיית עושר ולא במשפט. משהתבטל החוזה, כל צד מחזיק את מה שהוא קיבל ללא טעם, ללא הצדקה משפטית. אם אין חוזה מוכר, מה פתאום המוכר מחזיק כסף של המוכר ולהפך. אין עילה שבדין להחזיק המפר רוצה את כספו חזרה במסגרת העסקה שבוטלה. האם המפר זכאי לקבל השבה מלאה לכל דבר ועניין? האם הוא יקבל סכום נומינלי או יחד עם הפרשי הצמדה למדד? האם הוא זכאי לקבל גם ריבית על הכסף? זה לא ברור - לא חייבת להיות סימטריה מלאה, בכל זאת אדם הפר חוזה. לא מתקבל על הדעת שהוא יהפוך את הנפגע למעין חסכון בבנק שלו. הנפגע בתקופת הביניים שימש בנק בו הוא הפקיד חסכון נחמד צמוד למדד, אולי עם ריבית עבור המפר. יש שיקולים, אם כן, כי ההשבה לא תהיה מלאה בהכרח.

יחד עם זאת, עיקרון ההשבה הכללי כפוף לסייגים. בית המשפט רשאי לשיקול שיקולי צדק. הוא רשאי לבוא ולומר כי בנסיבות מקרה פלוני ישנם נימוקים כאלה ואחרים המצדיקים לפטור מהשבה. פטור מלא או פטור חלקי. דוגמא לפטור חלקי: חוזה שבוטל עקב הפרה ונניח שהמפר הוא אחד שבמסגרת החוזה שילם כסף לשני. כעת, המפר רוצה את כספו חזרה במסגרת העסקה שבוטלה. האם המפר זכאי לקבל השבה מלאה לכל דבר ועניין? האם הוא יקבל סכום נומינלי או יחד עם הפרשי הצמדה למדד? האם הוא זכאי לקבל גם ריבית על הכסף? זה לא ברור - לא חייבת להיות סימטריה מלאה, בכל זאת אדם הפר חוזה. לא מתקבל על הדעת שהוא יהפוך את הנפגע למעין חסכון בבנק שלו. הנפגע בתקופת הביניים שימש בנק בו הוא הפקיד חסכון נחמד צמוד למדד, אולי עם ריבית עבור המפר. יש שיקולים, אם כן, כי ההשבה לא תהיה מלאה בהכרח.

**נבחן זאת על ענייני כשרות משפטית -** גם פה יש שאלה חשובה של שיקול דעת. כעיקרון, אכן השבה. **דוגמא:** קטין קנה אופניים, שילם 2000 ₪. התבטלה העסקה - הקטין חייב להשיב את האופניים. כלומר, אם הנכס אצל הקטין = תהיה תביעת השבה ויש להחזיר לצד השני את הכנס.

**מקרה אחר:** הקטין נפרע מהנכס. **למשל:** הקטין קיבל כסף והוציא את הכסף. האם נתבע ממנו את הכסף שהוציא? האם ייתכן ונוביל אותו לגרעון? זה כבר לא כל כך פשוט. הרי הוא קטין, הוא לא בדיוק מבין מה הוא עושה. אם הוא לא מבין טוב מה הוא עושה, גם בהמשך הוא לא מבין טוב מה הוא עושה. צריך לחשוב על הגנות מסוימות.

**פתרון אפשרי: יש בסיס יפה (סוג של עיקרון כללי) - רעיון של תחלוף.** נכס חלופי. כאשר אדם חב בהשבת נכס נתון ואין לו את הנכס הנתון, אבל הנכס שהוא קיבל נחלף בנכס אחר. למשל: ב-2000 השקלים קנה הקטין שולחן. השולחן הוא תחלוף ל-2000 השקלים. כיוון שכך, יש בסיס לתביעת התחלוף. אם ש זיקה השבתית, זכאי הצד שנפגע לקבלת התחלוף לנכס שמכר לקטין.

**מה קורה במצב בו הקטין קנה ב-2000 הש"ח גלידות והן הרי לא ברות נתינה לצד השני = אין נכס מתחלף?** יש בסיס להניח כי בית המשפט יפעיל שיקול דעתו ויפטור את הקטין מהשבה. ייתכן ואם חלק מהכסף בוזבז, בית המשפט ישיב לצד השני את החלק היחסי בכסף שנותר לקטין. כלומר, יש סיכון מסוים למה שניתן לקטין במהלך העסקה. לקטין עדיין ישנן הגנות כלשהן.

**סוגיית אישור בית המשפט**

**פס"ד שרף נ' אבער עסק בזה רבות -** ישנם מצבים בהם בית המשפט אינו סומך על שק"ד של ההורים ורוצה פיקוח שיפוט. ההורים הם לא תמיד גורם אובייקטיבי ויש בעיות עם העובדה הזו, לא רק במצבים של ניגוד עניינים (אז זה ברור), אלא גם במצבים של עסקאות חשובות במיוחד.

**ס'20' לחוק כשרות המשפטית:**

- **ס'20(3) -** אם הורה רוצה לתת מתנות בשם הקטין, הדין אומר לו תן מתנות מכספך ולא מכספו של הקטין. רוצה מכספו של הקטין - תן לבית המשפט להחליט. בית המשפט כנראה לא יאשר דבר כזה.
  - **הערה:** חשוב להזכיר קטין והוריו הם שני בני אדם שונים, אוטונומיים. לא להתבלבל מהזיקה בין הצדדים. כאשר קטין חוזה, ההתחייבות היא של הקטין ולא של הוריו נקודה. אין לקטין אין איך לשלם, אי אפשר לבוא להורים ולומר "שלמו אתם במקומו". ייתכן כי קטין יגיע למצב של פשיטת רגל. אי אפשר להמיר חבות של קטין לחבות של הורי הקטין. אין אפילו ערבות טבעית של ההורים למה שעושה הקטין. לא חתמו ערבות=אין ערבות.
- **ס'20(4) -** נתינת ערבות על ידי הקטין. ההורים לא יכולים לבוא ולחתום בשם הקטין על ערבות של הקטין כלפי מוכר הדירה. לא ניתן להחתים קטין על ערבות ללא אישור בית משפט. הרעיון הוא שערבבות הן ערבויות חנם, זו טובה שעושים למישהו.
- **ס'20(5) -** פעולה משפטית בין הקטין לבין הוריו, או קרובי הוריו וכו'. פעולות שיש בהן ניגוד עניינים.
- **ס'20(2) -** הפעולה הפופולארית ביותר. מדובר על פעולות של העברת קניין, שהחוק מסדיר באמצעות פנקסים כלשהם, מנוהלים ומפוקחים על ידי המדינה. החוק מסדיר את דרכי העברת הקניין. מקרה פשוט וידוע: טאבו - פנקסי המקרקעין. זה יכול להיות גם בפעולות שת מרשם פטנטים. יש כל מיני פנקסים. הרעיון היסודי הוא רעיון של הערכת שווי טיפוסית. **ההנחה היא מה שטעון רישום בפנקסים פומביים, כנראה שוויו גבוה. זו הנחה לא מדויקת. יכולות להיות עסקאות ברכוש מאוד מאוד יקר, שלגביו אין שום רישום בפנקס על פי חוק.** קטין יכול למכור יהלומים במאה מיליון דולר, לא צריך אישור בית משפט. זה לא מאוד הגיוני. היה אפשר למצוא שיטה אחרת שעושה הבחנה לפי שווי. בעניין הטאבו - פקיד המרשם לא ירשום את העסקה לפני שיש אישור בית משפט.

**כמה שאלות ודיונים הנוגעים לסוגיית אישור בית המשפט****שאלה ראשונה - מה צריך לאשר בית המשפט?**

**פס"ד שרף - מה טעון אישור בדיוק? תשובה: ההתחייבות ולא רק ההקניה בטאבו.** יש פער עמוק וקשה בין הטקסט לבין התכלית. דויטש אומר שזהו פסק דין אקטיביסטי בצורה בלתי רגילה. מה שנאמר זה לא מה שכתוב בס'20(2).

ניקח קטין שמוכר דירה (**פס"ד שרף**): יש שני שלבים - התחייבויות וביצוע. השאלה שעולה בפס"ד - **האם מה שטעון אישור זה רק הביצוע, או שמא צריך אישור בית משפט לכל תוקפו של החוזה. אלו שני עניינים לגמרי אחרים.**

**פרשנות אחת -** החווה לא טעון אישור בית משפט. רק העברה בטאבו דרושה אישור בית משפט. הפרשנות הזו מאוד בעייתית. החווה כבר מחייב לפי פרשנות זו, איש לא בדק אותו. גם אם בית המשפט החליט שהוא לא מאשר העברה בטאבו, הקטין ייפגע מאוד. כי קטין שלא יעביר בטאבו - מפר חוזה. אם כן, לפי פרשנות ראשונה שבה רק העברה טעונה אישור - אין בה כדי להגן יפה על הקטין. היא פוגעת בו וזורקת אותו לחבוינות של פיצויים. **לפי ס'20(2) זו הפרשנות הדווקנית לפי ס'20 זו הפרשנות הנכונה.** חוזה מוכר דירה אינו פעולה שדרושה רישום בטאבו. **החוזה תקף באופן מוחלט גם אם לא יהיה אישור בטאבו. לא צריך לרשום את החוזה בטאבו כדי שיהיה תקף.** למען האמת, גם אי אפשר לרשום את החוזה עצמו בטאבו. מה שיוצא לפי פרשנות זו - הקטין שלא יבצע את העניין - יהא חייב בפיצויים. רק לא ניתן יהיה לאכוף עליו העברת הדירה ליד הקונה בטאבו. הוא כן יקבל פיצוי מלא מהקטין. זו תוצאה ביזארית. הרי מניין יהיה כסף לקטין לשלם פיצויים? מהדירה שיש לו. הקונה יבקש לטיל עיקול על הדירה. תבוא הוצאה לפועל ותמכור את הדירה עבור הכסף. כך, נשאר הקטין בלי דירה ובלי כסף.

**פרשנות שנייה** - הכל טעון אישור בית משפט, כבר מהצעד הראשון. לפיכך, אין חוזה תקף אם אין אישור בית משפט. זו פרשנות הרבה יותר הגיונית. לפיה, גם כריתת החוזה טעונה אישור של בית משפט. זה מה שמחוקק נכון היה רוצה שיקרה. זה לא מה שבדיקת התכונן **ס'20(2)**. **הנה דוגמא לשימוש חיובי ונכון באקטיביזם שיפוטי**.

### **שאלה שנייה - מהי מהות ההמתנה לאישור בית המשפט? - תקופת הביניים**

**בהמשך פס"ד שרף**, השופט ברק מראה על הסתעפויות עובדתיות. ברור לנו שעצם כריתת החוזה טעונה אישור. מה זה אומר טעון אישור ומה קורה בינתיים. הרי יש תקופת ביניים מאוד שאלתית. כרתו חוזה ב 1.1 ועכשיו מחכים לאישור בית המשפט. הבקשה הוגשה ב 10.1. זה הליך שיפוטי, זה כמו משפט. אמנם המוכר והקונה רוצים אותו דבר (כנראה). ביניהם לא תהיה מחלוקת, אבל כל העניין הוא שאנחנו לא סומכים עליהם. מזמנים את האפוטרופוס הכללי להגיב. המדינה אמורה לבדוק את העסקה ולתת עמדה. יכולה לתת עמדה לא מתערבים (רוב המצבים). יכולה להיות עמדה שישנה בעיה. הרעיון הוא להגן על הקטין. הרעיון סבוד יותר אם מדובר בפסול דין: השאלה היא גם אם הוא לא זקוק לדירה בשל הצרכים שלו. ייתכן ומיקום הדירה הוא קריטי. צריך לפקח על העניין.

תקופת המתנה יכולה להיות כמה חודשים טובים. בתקופת הביניים הזו המוכר ממתין-ניחא. מה עם הקונה? הקונה ממתין, הוא לא יודע אם תהיה עסקה או לא. המתנות בענייני דירות הן לא דבר פשוט וקל ערך. מחירי הדירות משתנים-יש בעיה עם ההמתנה. אם תהיה עסקה יופי ואם לא: הרי הקונה נמנע מעסקה חלופית. עולה שאלה אם עוברים את הדרך הלא פשוט הזו ויש אישור בית משפט - האם אז העסקה מחייבת ותקפה? בפס"ד שרף מבחין השופט ברק בין 2 אפשרויות, כשהבחנה נשענת על ההבחנה בין **ס'7 לס'20**.

### **יש שתי אפשרויות:**

1. **ס'7** - פעולה משפטית של קטין - כשהקטין חתם. ההורים עומדים לידו, הם ברקע. הקטין חתם באישור ההורים.
2. **ס'20** - ההורים חתמו בשם הקטין - כתוב שם ההורה בשם הקטין.

### **אפשרות ראשונה**

**בית המשפט מבחין בתוצאות של שתי האפשרויות באופן דרמטי**. האם זה באמת משנה לנו? האם מי שחתם טכנית זה הקטין עצמו או הוריו בשמו? בשני המקרים ההורים בתמונה. ההבדל בחתימות נראה עניין טכני לחלוטין, אך לא כך הדבר!

אם הקטין חתם - מעמד החוזה בתקופת הביניים = נולד חוזה מותלה (בעלי תנאי). התקיים = החוזה נכנס לתוקף מלא. לא התקיים = הכל נופל. **התנאי לקיום החוזה**: אם בית המשפט יאשר בזמן סביר. משמע, עושים הערכה מהו הזמן הסביר לאישור בית משפט. נניח 6 חודשים. בין ה 10.1 ל 10.7 החוזה מחכה וזו זה מוכרע. אין אישור = הכל מתבטל בלי פיצויים כפי שלמדנו. ההתבטלות היא כדין.

זו חלופה הגיונית לכשעצמה. אם הכל טעון אישור בית משפט - אין מנוס. **עד כאן אין לדויטש טרוניה**.

### **אפשרות שנייה (דויטש לא מסכים איתה כלל)**

בית המשפט אומר מה שנכון לכאורה בממד האנליטי הפורמלי אינו סביר כלל מבחינת התכלית. **ס'20** אומר שההורים צריכים אישור מראש כדי שיהיה משהו שבאישורו אופן עלול לחייב את הקטין. כיוון שכך, אין אפילו חוזה מותלה. אם ההורים חותמים בשם הקטין לא נולד שום חוזה, גם לא מותלה. כי לא יכול להיות שיחייבו את הקטין במשהו שמראש אין אישור בית משפט. כיוון שההורים פועלים במוסמכים הם צריכים סמכות וכוז (כמו ייפוי כוח). אם אין אישור בית משפט, בעצם אין להם ייפוי כוח. לכן, לא ניתן לכבול הקטין לא לחוזה רגיל ולא לחוזה מותלה. השופט ברק לא מוכן לקבל את המודל של חוזה מותלה באפשרות זו.

**מה כן יש - הרי יש מסמך שהצדדים קראו לו חוזה**. הם רואים את העניין כאילו קרה משהו כאן. **אומר השופט ברק - בואו נתפוס את מי שאפשר לתפוס. רואים את הקונה כמציע הצעה בלתי חוזרת**. להיות ניצע הקטין יכול כי זה פאסיבי, לא צריך לעשות שום דבר. **הצעתו של הקונה היא**: אני מציע לך לקנות ממך את הדירה בתנאים שסוכמו בחוזה. זו הצעה בלתי חוזרת של הקונה למוכר. הצעה בלתי חוזרת תקפה עד לאישור בית משפט תוך זמן סביר. אם אין אישור בית משפט = אי אפשר לעשות קיבול מצד הקטין ולא תהיה עסקה.

**נניח ויש אישור בית משפט - הקונה יגיד הכל נגמר**, בוא נצב את העסקה - בעיית! הבעיה הגדולה היא שאפילו אחרי האישור, הקטין אינו מחויב. הרי הקטין הוא רק הניצע. ניצע לעולם לא מחויב לעשות קיבול. אחרי שיש אישור בית משפט, לקטין יהיה כוח לעשות קיבול (הכל בהנחה שהוא עדיין קטין). הוא לא חייב לעשות קיבול. זה לא סביר לא טוב ולא מתקבל על הדעת, פוגע בקונה באופן בלתי נסבל. אם הקונה מבין את עמדת השופט ברק - לעולם הוא לא יעשה עסקה כזו. אין בזה שום טעם.

**מה קורה אם הקטין הופך לבגיר בינתיים** - זה לא משנה, הוא עדיין הניצע. הבגיר ישקול כמו כל ניצע -רוצה קיבול או לא. בחוזה על תנאי (אפשרות ראשונה), הוא לא יכול להחליט שהוא לא רוצה.

- **דעת דויטש** - צריך להיות חוזה על תנאי בשני המקרים. אבסורד שבשאלה מה טעון אישור סוטה בית המשפט מס'20, אך כשמדובר על תקופת הביניים בית המשפט "נכנע" ללשונו של החוק. זו תוצאה אבסורדית.

הסיטואציה הנ"ל יוצרת רתיעה לקנות דירות מקטיינים ופסולי דין. יש לזכור כי אם יש תמריץ שלילי לקנות זה בסוף יעלה לקטין או לפסול הדין. מי שיקנה הוא רק מי שיקבל פרמה הולמת בין אותם סיבוכים אותם רואים כאן. נכון הוא לזנוח את האפשרות השנייה - זה לכל המעט שניתן לעשות. **זה מעלה עוד סוגיה** - רואים שני בני אדם לפחות - הקטין והוריו. להורים יש כסף כלשהו, יכולת משפטית מלאה לכן אם אדם קונה, סביר שהוא יגיד להורים - תנו לי ערבות, תנו לי התחייבות לשיפוי, לכל העניין. תבטיחו שאם יש הפרשי מחיר בין שווי הכריתה לשווי ההתבטלות - תנו לי את ההפרש. קחו אתם את הסיכון.

**האם המצב הנ"ל תקין? ישנה בעיה**. התחייבות כזו תהיה בטלה. נימוק: **עצם ההתחייבות תעמיד את ההורה במצב של ניוגוד עניינים בין טובתו של הקטין שהם אמורים לדאוג לו, לבין טובתם האישית שלהם, עצמם**. הרי אם ההורה מתחייב כפי שתואר לעיל, המשמעות היא שברגע שלא תהיה עסקה הוא יספוג חבות אישית. משמע יש להורים, עניין רב מאוד באישורה של העסקה עם הקטין. זה בסדר שיהיה עניין להורים באישור העסקה של הקטין מטעמי של הקטין. זה לא בסדר שיהיה להם אינטרס בביצוע העסקה מאינטרס אישי משל עצמם. זה עשוי לתמרץ אותם לפעול להשגת אישור מבית המשפט ויהי מה. **זהו הסכם שנוגד את תקנת הציבור**.

### **נושא חדש - גמירות דעת ומסוימות**

**השאלה היא האם אדם רוצה עסקה, רוצה שיהיה חוזה. גמירת דעת היא כוונה להתקשרות בחוזה**. קיימת הבחנה יסודית בין גמירת דעת משפטית לבין התחייבות גינטלמנית. אדם יכול לגמו בדעתו דהיינו, לרצות יצירתה של התקשרות חברתית - הזמנה לבית קפה למשל. אין כוונה לתוצאות משפטיות שם. אין לו גמירות דעת כמובנה בחוק. זה מוחץ לחוה"ח. קורה במצבים של יחסי חברות, ידידות כשהאובייקט של כל העניין איננו עסקי. בהתקשרויות בעלות אופי עסקי, הנחת המוצא הפוכה. השאלה מתעוררת כי לא תמיד אומרים בריש גלי "יש לי גמירות דעת משפטית".

בשני המצבים יש לכאן ויש לשם כיווצי דופן. יכול להיות קשר מאוד אישי שיש בו גם גמירת דעת משפטית. בהקשר העסקי יש גם, לפעמים, התחייבויות גינטלמניות. העניין הזה נחבא בהקשר העסקי תחת המושג "הצהרת כוונות", או מסמך עקרונות. הכוונה היא לומר בואו נתחיל להתגבש לקראת הסכם. אין כוונה עדיין להתחייבות משפטית ממש. הצהרת כוונות זאת אין בה נפקות חוזית. היא כן תטיל מחויבות לנהל מו"מ בתום לב. זה לא בדיק מסמך חסר משמעות. לא קל להגיש תביעה מכוח מסמך כזה. תמיד יכולות להיות סיבות בגינן לא תהיה עסקה. תמיד מו"מ עלול שלא להבשיל לבסוף לעסקה.

הבטיחי זכרון דברים גם מעלה שאלות - האם יש כוונה לגמירת דעת משפטית? התשובה היא תלוי לעיתים יש ולעיתים לא. נבדוק בהמשך מתי כן ומתי לא. עיקרון, זכרון דברי מכוון למשמעות משפטית.

**החוק דורש שני תנאים - גמירת דעת ומסוימות**. מסוימת היא קונקרטיוציה. לא יכול להיות חוזה עם כל גמירת הדעת שבעולם שהתוכן שלו מסתכם ב'א' ימכור משהו ל-ב'. נתמקד תחילה בגמירת דעת.

**נסלק קושי מסוים - יש המון גורמים שמשפיעים על ההחלטה להתקשר. לא כל בעיה שיש תשפיע על גמירת הדעת**. לא כל איום וטעות ישפיעו.

### **צריך לעסוק בשתי שאלות:**

1. מהו בכלל גמירת דעת?

2. איך בוחנים גמירת דעת?

### שאלה ראשונה

נניח אדם טעה טעות חריפה מאוד, האם בהכרח אין לנו גמירת דעת? אדם הוטעה לגמרי על ידי השני בתרמית נוראה, האם האדם המרומה חסר גמירת דעת? אדם איים מאוד על השני, ההוא חתם, בכך אין לו גמירת דעת? יש שאלה שאפשר למקדה בשאלת היחס בין פרק' א' לחוה"ח לבין פרק ב'. **צריך להבחין בין היעדר גמירת דעת לבין קיום פגמים ברצון. קו התפר חשוב ומרכזי להבנת התופעה הזו.**

אם בוחנים את **17' לחוה"ח כללי**, רואים שחייב להיות הבדל בין גמירת הדעת לשאלת הפגמים. הרי אם קוראים אותו שואלים כיצד נולד חוזה שיש לבטל? איך הגענו לפרק ב' או לא עברנו את פרק א' כדי ש17 ייוולד ההנחה היא שנוכל חוזה, משמע הייתה גמירת דעת. למה בכלל 17' קיים? מה ההיגיון העומד מאחורי זה? מהיכן גמירות הדעת? תשובה: המחוקק מבחין בין 2 שאלות קרובות אך שונות: **מבחן גמירת הדעת הוא שאלת השורה האחרונה, הסופית. יש גמירת דעת אם בסוף, מסיבה כלשהי, התשובה היא כן. הסיבות שהובילו אותך, זה עניין לשליטת פרק ב'.** הסיבות יכולות להיות קשות, משונות או ביזאריות. אם בסוף אמרת כן = יש גמירת דעת. **המבחן לא שואל למה רצו, שאלת הלמה היא שאלה לפרק ב'.** מבחן גמירת הדעת שואל רק האם רצו. יש חלוקת שליטה בין הפרקים מסיבות ענייניות. זה אומר שקל מאוד לעבור את המבחן הזה. כל הסיבות והתירוצים לא שייכים לכאן, אלא לפרק ב'. בית המשפט שואל עצמו רק שאלה אחת - האם היה קיום חופש בחירה כלשהו? כן = ישנה גמירת דעת. המאבקים זה בעיקר לפרק ב' של חוה"ח.

**העניין נהיה בעייתי כשהבחירה אינה ריאלית בין שתי החלופות.** למשל: הצמדה אקדח לרקח לשם חתימה על חוזה. זו לא בחירה ריאלית, אין חופש בחירה ריאלית. דוגמא כזו תתפרש כהיעדר גמירת דעת. בחירה ריאלית היא, ככל הנראה, בחירה אובייקטיבית.

אם פרק ב' מאפשר ביטול עולה שאלה מדוע בכלל צריך את חוסר גמירות הדעת, הרי בכל מקרה ניתן לבטל משום פרק ב'. יש הבדל והבדלים חשובים בין השניים. ההבדל דרמטי במצבים רבים. מצבים של כפייה, עושה, טעות והטעייה (בעיקר). בני אדם טועים הרבה מאוד. אילו היינו באים ואומרים "אם הלמה הוא לא תקיין" אז אין לך גמירת דעת, המון חוזים היו בטלים מראש ולא ניתנים לביטול. המשמעות הייתה חוסר איזון ופגיעה עצומה בוודאות המשפטית. ההבדל בין פרק א' לפרק ב' הוא קריטי לטובת וודאות משפטית.

נשאלת השאלה מדוע עשו את ההבחנה הזו. מה הקסם של פרק ב'? אם אדם רמאי יש לו עניין בכל שהמרומה יודיע לו - "לא רוצה עסקה". לעומת זאת, אם היינו אומרים כי בעקבות התרמית אין גמירות דעת ואין עסקה. אם אין עסקה לא צריך להודיע כלום. לא נולדה יצירה משפטית בכלל. במודל של ניתן לביטול נותנים הודעה. אם המרומה לא מודיע אין ביטול. זה אינטרס חשוב של המטעה. רגע, אבל למה זה חשוב?

**סיבה אחת - המשפט האזרחי מנסה לאזן בין אינטרסים של בני אדם.** הוא יותר קר מזג ממה שעולה מתוך התגובות האינטואיטיביות שלנו. גם לאדם שמרמה יש אינטרסים. ואם יש הדקות ענייניות להגן עליהם, נגן עליהם. דוגמא: אם החוזה בסוף יתבטל, גם הרמאי זכאי להשבה. לא שוללים מהרמאי זכות להשבה. אחרת המרומה סתם התעשר על חשבון המרמה. לא מענישים את הרמאי על ידי שלילת זכותו להשבה. המשפט האזרחי, ככלל, לא מעניש. זה לא מדויק לגמרי - יש שוליים לעניין. יש במצבים חריגים פיצויים עונשיים. אלו תופעות בשוליים.

**סיבה שנייה - חלק ניכר מאוד מהמצבים הוא לא כל כך פשוט ובוטה כפי שתואר עד כה.** יש גבולות מאוד משמעותיים ליכולת המשפט לעשות ויטות נכון ומדויק של איזון האינטרסים בכל סיטואציה שהיא. ההטעיות נעות בין התרמית הזדונית (מכירת דירה שלא שלך) לבין כמויות אדירות של מצבים בהם הטענה העיקרית היא "לא גילית ליי" הייתי חייב לגלות לי משהו ולא גילית. יש אוקיינוס של מצבים קשים כאלה. למצבים הפחות חמורים האלה, לצד המטעה יש אינטרס לקבל הודעת ביטול. הוא זכאי לדעת אם החוזה מבטל או לא. המטע ידע כך את עמדתו של המוטעה. הוא יוכל לתכנן הלאה. בפרק ב' ישנה הנחיה להודיע תוך זמן סביר. חלף הזמן הסביר - העסקה תקפה נקודה ולא ניתן לבטלה.

זה מוביל לעוד בעיה - אם אומרים אין גמירת דעת, זה מאפשר מניפולציות בעייתיות של הצד הפגוע. רוצים למנוע אותן. למשל: עסקת מכר דירה. אם הקונה יכול ללא הגבלת זמן להחליט איזו עמדה הוא נוקט, אז לפי מצב השוק הוא יחליט אם נוח לו, הוא יגיד בטל-אין גמירת דעת. אם נוח לו - יתעלם מגמירת הדעת ויקיים את העסקה. אלו מניפולציות שוק בעייתיות. כאשר אתה מחייב הודעת ביטול תוך זמן סביר אתה מגדר את אי הודאות, מגדר אותה לאיזושהי תקופה.

בפרק ב' יש עוד הרבה סיבב איזון האינטרסים בין הצדדים. למשל: הוראות טעות והטעייה. למשל: **14' לחוה"ח כללי. דיני טעות והטעייה.** דיברנו שסעיף זה מבחין בין שני מצבים: מצב בו השני יודע על הטעות, לבין מצב שהוא לא יודע. אם השני ידע שאתה טועה אפשר לבטל. אם השני לא ידע, עקרונית אי אפשר לבטל. פרק ב' מבצע איזון אשמותי כלשהו. זה איזון שניתן לעשותו ביתר קלות, כאשר הנחת המוצא היא שהחוזה בכל זאת תקף ויש גמירת דעת ועכשיו בודקים את גבולות האפשרות להשתחרר ממנו. הרבה יותר קשה לעשות איזונים כאלה כאשר יש לעשות הכרעות כאלה מראש - בטל או תקף. פרק ב' כולו נשען על שיקולי אשמה, בודק אשמה ואשמה שכנגד.

**עוד נימוק - אם אומרים אין גמירת דעת, לכאורה גם המרמה יכול להגיד אין עסקה.** לא רק המרומה יכול להגיד זאת. לעומת זאת, פרק ב' אומר הבה ניתן אופציה לצד הפגוע בלבד. לכן גם צריך להודיע. יכול להיות שבסוף העסקה כן טובה והצד הפגוע כן רוצה בעסקה. שים לב: כל זה לא מונע תביעות פיצויים של המצד הפגוע כלפי הנפגע. יש גם שאלות של כסף. המטעה הטעה - חייב לפצות בגין נזקים. נהג שלא בתום לב - 12' עשה עוולה בנויקין - פרק א' ו-ב' לא עוסקים בכסף. אין שם מילה על פיצויים. כיוון שמדובר באופציה שנתונה למוטעה (הביטול) מה שיכול להיות, זה שלמרות שקיימת תרמית נורא בוטה בסוף אין ביטול כי המוטעה מאחר בהודעת הביטול. זה יכול לקרות גם בעושה או כפייה איומים. תנאים אפשר לתבוע את המרומה על הפרת חוזה, יכול להיות שימצא עצמו משלם כסף בשל כך. זו תוצאה פחות סימפטית של ההבחנה הזו. זה קורה - בני אדם מחמיצים מועדים, או טועים בהנחות שלהם. למשל: חושבים שחוזה בטל מעיקרו במקום להבין כי עליהם להודיע ביטול.

### הערה נוספת - הודעה על ביטול אינה קשורה לבית משפט. היא אינה תביעה. היא יכולה להיות בדרכים רבות. שווה תמיד להודיע מחשש לחוסר הבחנה בין אי גמירות דעת לבין פגמים ברצון. אחרת, ייתכן שאדם יחשוב שיש אי גמירות דעת ולא יודיע ובדעיבד יסתבר כי מדובר בפגם ברצון ואז הוא קשור בחוזה תקף ושריר.

**נקודה אחרונה - גלגולי נכסים לצדדים שלישיים.** נקודה מעט סבוכה. יש הבדל בין חוזה בטל עקב גמירת דעת לחוזה הניתן לביטול לא רק במישור היחסים בין שני הצדדים, אלא גם במישור היחסים כלפי צד ג'. צריך להבין שחוזה יכול להשפיע על צדד ג'. עכשיו בודקים איך מושפע ג' מסיטואציה של חוזה בטל בין א' לב' לבין סיטואציה של חוזה ניתן לביטול בין א' לב'.

קונה-----מוכר ויש פגם בחוזה זה. אפשרות אחת - אין גמירות דעת. אפשרות שנייה - פגם ברצון. נניח והמוכר הוטעה העל ידי הקונה. העסקה מתקיימת לה, המוכר עוד לא ידוע שהוא הוטעה. הוא חייב להעביר הנכס לקונה והוא אכן עושה זאת. כל זה קרה ב - 1.1.

הונה שקיבל את הכנס בינתיים מוכר אותו ל-ג'. ב-1.3 מסתבר למוכר שרצונות נפגע, שהייתה תרמית למשל. הוא מבטל את העסקה, או שהוא אומר לא הייתה גמירות דעת ולכן העסקה בטלה מעיקרה. באופן בסיס תעלה שאלה במישור היחסים בין המוכר לבין ג'. משום שאם העסקה בטלה או מבטלת, יש חובת השבה. אם כן, למוכר מגיע מהקונה את הדירה בחזרה. אילו הדירה הייתה אצל הקונה, הכל פשוט בעניין זה. כיוון שהדירה כבר אינה בידי הקונה, אלא היא גולגלה ל-ג',

המוכר יבוא לקונה ויבקש השבה והקונה יענה זה לא אצלי, מכרתי אותה. המוכר יהא זכאי לדרוש מהקונה את שווי הדירה, אבל הוא יכול לרצות משהו יותר משמעותי - הדירה עצמה. הוא יבוא ל-ג' ויאמר לו- ג', קנית דירה שלא הייתה של הקונה, אלא שלי, כל כי העסקה לא הייתה בסדר. המוכר אומר ל-ג': קנית דירה שהיא לא ממש של הקונה שמכר לך. תתחשב עם הקונה שלי, זה לא ענייני. עולה סוגיית "עקיבה" סוגיה קניינית באופייה. נאמר על כך דבר עקרוני אחד - אם לפנינו עסקה בין המוכר לקונה שהיא בטלה מראש, אין גמירת דעת - החוזה בטל מעיקרו, לכאורה, בקווים גסים, הקונה קיבל דירה במצב שבו הקונה די דומה לגולף/לגנב. הוא בעצם מכר ל-ג' נכס גנוב.

גם צד ג' בבעיה, אך לפעמים יש הגנות מסוימות - רק אם ג' קנה נכס גנוב ממישהו שזה עיסוקו - מכירות של אותו פריט/דירות וכו' (הגנת תקנת השוק). אם הוא קנה מאדם פרטי - אין הגנות ולג' עובד אל מול הבעלים האמיתי של הנכס/הפריט.

אם אנו בטענת ביטול לפי פרק ב' - זה מורכב יותר. הרי בכל זאת היה איזושהו חוזה בין המוכר לקונה. זה לא הקונה כאילו גנב. המשמעות - ג' לא קנה מממש גנב. הוא כן קנה מאדם שהיה חייב להחזיר את הנכס למוכר לפי דיני ההשבה. המצב הזה דומה למצב על עסקאות נוגדות. הפתרון הוא בדמוי עסקאות נוגדות: **9' לחמ"ק, 12' לחוק המיטלטלין מספקים ל-ג' הגנות.** ג' במצב נוח יותר. אותו אחד שהקנה משהו במסגרת החוזה הבטל, יוכל לעקוב אחריו ביתר קלות, במצב בו החוזה כן תקף והוא רק רצון משובש.





**גמירות דעת ומסוימות - המשך הנושא**

התחלנו לדבר על הסוגיה מהי גמירת דעת אמרנו כי יש 2 שאלות עיקריות:

1. מהי גמירת דעת?
2. כיצד בודקים את קיומה של גמירת דעת? לא ברמה הראייתית, אלא ברמה של הדין המהותי.

**על שאלה 1 ענינו בצורה מפורטת ומרחיבה. נעבור כעת לדון בשאלה 2.**

**תחילה, גמירת דעת קיימת או לא קיימת לפי המצב האמיתי ברגע ההתקשרות. דנים בשאלה הנ"ל זו בפס"ד הדר ואחד נ' מ.מקרקעי ישראל.**

**נתחיל במשהו בסיסי ועקרוני. אנו שואלים איך בודקים את השורה האחרונה - האם הייתה גמירת דעת או לא.** לכאן שייכת הסוגיה והיא הבעיה של המומנט הסובייקטיבי-גמירת דעת היא משהו בדעתו של אדם. אף אחד מאיתנו לא מצוי במוחו של האחר ואנחנו לא ממש יודעים, בד"כ, מה היה באמת בתוך מוחו של האחר. יחד עם זאת, יש לזכור ולהבין כי שאלות של מצב מנטלי סובייקטיבי של אדם, הן שאלות שהמשפט לא נרתע מהן. גם המשפט הפילי נשען על זה. הכלים לבחון את הסוגיה הם כלים רגילים של דיני ראיות. עדויות למשל. מנסים לרדת למוחו של האדם. **מסיקים מסקנה אובייקטיבית מתוך כוונות סובייקטיביות.**

**קיים הבדל בין שני המבחנים. זה עניין לא של דיני ראיות, אלא מבחן מהותי.** יכול להיות שבעניין גמירת דעת המבחן יהיה סובייקטיבי ויכול להיות שיהיה אובייקטיבי.

- **המבחן הסובייקטיבי** שואל: האם באמת הצדדים רצו חוזה - מה היה במוחם פנימה. אם זה המבחן הקובע, השופט צריך לומר כי השתכנע כי במוחם של הצדדים התגבש רצון או לא.

- **המבחן האובייקטיבי** יבוא ויאמר פחות חשוב מה היה במוח הצדדים ממש. המבחן הקובע הוא מה היה נראה כלפי חוץ שהצדדים רוצים. לא בודק האם רצו עסקו, אלא האם נראו כי רוצים עסקה. ייתכן וסובייקטיבית לא היה רצון, אך אם היה נראה שהיה רצון, יש גמירות דעת. הדין צריך להכריע בין שני המבחנים.

גם אם ההחלטה תהיה שהולכים על המבחן הסובייקטיבי, את מצב זה נדע לפי ראיות אובייקטיביות. הממד האובייקטיבי הוא ממד של עדויות. השאלה האמיתית היא השאלה הסובייקטיבית.

**ההכרעה:** על פני הדברים היה עדיף סובייקטיבי, אך במשפט עדיף אובייקטיבי. אידאלית עדיף סובייקטיבי. למה? הסובייקטיבי משקף את האמת-רצה או לא רצה. אך אם מחפשים מבחן יעיל ומעשי - נעדיף מבחן אובייקטיבי. לא יקבע מה היה לאדם במוח, אלא מה השני חשב על מה שיש לאחר במוח. **זה מתבסס על רעיון ההסתמכות.** אדם מסתמך על איך נראה רצונו של השני.

**שים לב:** בפסיקה הישראלית נמצא הרבה דיבורים על מבחן אובייקטיבי, כאילו רק בו משתמשים, כאילו רק הוא חיוני וחשוב. זה לא מדויק. המבחן הראשי והנכון הוא עדיין המבחן הסובייקטיבי. **הכוונה:** נניח ששני הצדדים סובייקטיבית רצו עסקה. היה מנגש רצונות אמיתי ביניהם. במצב כזה אין סיבה שלא להעדיף את המבחן הסובייקטיבי. זה שזה לא היה נראה ככה, זה לא מעניין. בין שני הצדדים אנו חותרים להגן על האוטונומיה האמיתית. כששניהם נראים כאילו רצו עסקה, אך סובייקטיבית הם לא רצו עסקה - **מדובר בדיני החוזה למראית עין - ס'13 לחוה"ח כללי.** חוזה למראית עין הוא חוזה פיקטיבי. החוזה הפיקטיבי יכול להיות כולו פיקטיבי, או חלקו פיקטיבי.

**ניתן דוגמא:** א=בעל דירה, כאילו מוכר. ב=כאילו קונה. מה זה מראית עין - שני הצדדים גם יחד סובייקטיבית, באמת, לא רוצים להעביר את הדירה ל-ב'. שניהם לא רואים את העסקה כתקפה ומחייבת. הם עושים זאת עד יעבור זעם. הנה שניהם לא רצו עסקה, ואין עסקה, גם אם זה נראה, אובייקטיבית, שהם כן רצו. אנו באים לשרת אוטונומיה של בני האדם. **אגב - ס'13** לא צריך היה להיות בפרק ב', אלא בפרק א'. לא מדובר בפגם ברצון. **פרופ' דויטש - ס'13 לחוה"ח כללי** לא צריך להיות קיים, שהרי אין גמירת דעת וזה כמו מצב בו אין גמירת דעת נקודה.

**המשך ס'13 ממחיש היטב את עניין הסובייקטיבי-אובייקטיבי.** הסיפא אומר כי אם לפתע ב' שוכח את ההבנה עם א' ומתייחס לחוזה הפיקטיבי ברצינות. הוא מוכר את הדירה ל-ג'. לכאורה, בין א' ל-ב' אין חוזה ו-ב' צריך להחזיר את הדירה ל-א'. אבל, כשזה מגיע ל-ג', ג' רואה רק את האובייקטיבי - הוא רואה חוזה בין א' ל-ב'. כש-א' יבוא לעשות "עקובה" כלפי הדירה שלו ויבוא לתבוע את ג', ג' יאמר לו "מה פתאום, חתמת על חוזה" (למרות שזה כאילו, מבחינתי זה חוזה). כיוון ש-ג' לא היה בסוד הכוונות האמיתיות של א' ו-ב', נותנים לו להסתמך על החוזה ביניהם. כלומר, למבחן האובייקטיבי יש משקל חשוב מאוד במצב בו אם לא נפעיל מבחן זה יתפגע ההסתמכות (של ג') מבקשה זה). **מסקנה:** הולכים למבחן האובייקטיבי בד"כ, אך רק אם הגענו למסקנה שלא הייתה גמירת דעת סובייקטיבית חופפת בין הצדדים. **פרופ' דויטש -** בתי המשפט לא מדייקים בעניין זה.

על רקע הדברים לעיל יש לחשוב על שני **פסקי הדין - אחמד והדר**. בשני המקרים נקבע כי אין חוזה, למרות שיש הבדלים מעניינים ביניהם. **בפס"ד אחמד** יש יישום פשוט של העניין - שם בית המשפט בעצם הלך למבחן הסובייקטיבי. זה היה פשוט משום שהמנהל ידע על מצבו - הוא ראה וידע. כלומר, סובייקטיבית אין גמירת דעת, אין הבנה של מה שאחמד עשה. לא היה מדובר בפגם ברצון. למנהל כמו כן היה גמירת דעת, אך זה לא מספיק. אילו אותו אדם לא היה יודע מה מצבו הסובייקטיבי, היינו באים ואומרים - אין מנוס הולכים למבחן האובייקטיבי. אבל המנהל ידע ולכן אין צורך ללכת למבחן האובייקטיבי.

**פס"ד הדר** מסובך יותר. היה מדובר בחוזה בין בת הזוג לבין חברת הביטוח הדר. נתון מוכח הוא שבת הזוג חתמה רק עקב אותו לחץ של בן הזוג. היא הניחה שאם היא לא תחתום, בן הזוג ינטוש אותה, אבל בעיקר היא חשבה שאם זה יקרה, חייה לא יהיו חיים. היא חשה מאוימת בחייה אם היא לא תחתום. כל זאת עקב מחלת נפש. אם כן, לכאורה, מבחן שורה אחרונה אפשר לומר של היה לה חופש בחירה.

הקושי הוא שבפס"ד זה חברת הביטוח לא ידעה את מצבה, היא לא ידעה שאלו נסיבות החתימה. הבעיה היא שאמורים לעבור עכשיו למבחן הנכון - אילו חברת הביטוח הייתה יודעת מוקדם לנו היה ללכת למבחן הסובייקטיבי ואם כן, אין חוזה. החברה לא ידעה ועלינו לפנות למבחן האובייקטיבי. אובייקטיבי נראה שהיא כן רוצה עסקה. אם כן, אנו נתקעים במבחן גמירת הדעת, כשאנו חושבים שראוי לשחרר אותה מהעסקה. הבעיות - אינטרס ההסתמכות הלגיטימי של חברת הביטוח. זה לא רק הפער בין פרק א' פרק ב'. אם אומרים שאין בעיה בפרק א' והולכים לפרק ב' גם כאן לא תהיה תקווה לבת הזוג והיא תמצא עצמה בחוזה תקף ולא ניתן לביטול. ההכרעה היא רק "הכרעה מעודנת" בין התבטלות מאליו על פי פרק א' לבין סטואציה בה יש חוזה שהיא יכולה להודיע ביטול משום פגם ברצון. אין פה עילת ביטול לפי פרק ב'.

לא ניתן לדבר פה על כפייה קלאסית. הרי בן הזוג אינו פועל מטעם חברת הביטוח. **ס'17 לא מאפשר ביטול עקב כפייה של צד ג'.** בית המשפט מנסה למצוא פתרון. הוא מחפש דוקטרינה. לפעמים הדוקטרינות מאולצות. זהו מקרה נורא מיוחד בעל דין נורא מיוחד.

מבחינת גמירת הדעת, קשה לומר כי אין גמירת דעת מבחינה אובייקטיבית. בית המשפט מפתח פה דוקטרינה של "לא נעשה דבר" - זהו החרג למבחנים האובייקטיביים והסובייקטיביים. זה מוביל לבטלות - אין עסקה. אלו מצבי קיצוץ בהם אדם פועל כמכשיר. הכוונה - במבט אובייקטיבי, מי שמקבל חושב שיש גמירת דעת. מבחינת גמירת הדעת לא נותנים פתרון טוב כדי לשחרר את הזויפן (בדוגמת של זיוף צ'ק למשל). הדילמה העניינית היא שבאמת הצד השני עומד להיפגע - הוא מניח שהכל בסדר. עדיין, אם זה שזייפו לו את החתימה לא יוכל להשתחרר, זו נראית תוצאה בלתי מתקבלת על הדעת. ב"לא נעשה דבר" אנו במצב דומה. זה מעין חצי זיוף. זה לא שונה בהרבה ממצב בו מישהו היה לוקח יד של מישהו אחר והיה מחתים אותו. "לא נעשה דבר" עושה מעין אנאלוגיה לזיוף. היא אומרת שלא נעשתה פעולה פיזית כלל.

מתי מותר לטעון דבר כזה: במצבים קיצוניים בהם אדם לא מבין מה הוא עשה, מצוי במצב נפשי קשה מאוד, מוגבלים וכאלה. הדוקטרינה המדויקת היא לא היעדר גמירת דעת. זה משהו חיצוני לסוגיית היעדר גמירת הדעת. לא מדובר באי הבנת תכנים, אלא באי הבנת המהות בכלל. **דוקטרינה זו נמצאת מחוץ לסוגיית היעדר גמירת הדעת. אם תכניס אותה פנימה, תפגע בודאות משפטית. השימוש בדוקטרינה זו הוא במקרים חריגים וקיצוניים בלבד.**

**מסוימות**

**זוהי דרישה נוספת לדרישת גמירת הדעת.** זהו מבחן הקונקרטיזציה. חוזה חייב להיות קונקרטי, לא די בזה שרוצים אותו. השאלה איזה חוזה רוצים, זה חייב להיות מפורט דיו. למשל: שני אנשים אומרים אחד לשני בוא נעשה חוזה, לוחצים ידיים ואומרים עשינו חוזה. על מה החוזה? אמנם יש גמירות דעת משפטית, אך עדיין לא די בזה. דרושה מסוימות. כל מבחן משליך על משנהו. **כל שחווה מפורט יותר, ניטה להבין שמשם התכוונו לסיום העניין. לעומת זאת, ככל שיש פחות פרטים, ניטה יותר לחשוב שכל**

**העניין הוא בשלב המו"מ ולא נגמר.** יש השלכות ראייתיות על שאלת גמירת הדעת. מהצד השני, ככל שתהיה יותר גמירת דעת תהיה יותר מוטיבציה לומר הם רצו עסקה, הבה נעזור להם. אם המסקנה תהיה יש גמירת דעת, אך אין מסוימות אז אין חוזה.

**הערה:** בפסיקה קיימת נטייה לשים הפוקוס אך ורק על גמירת הדעת ולהתעלם כמעט מן המסוימות. עדיין חוזה עלול להיכשל עקב חוסר מסוימות-יש להכיר בזה.

**הערה כללית:** תמצאו רבות בפסיקה אמירות חוזרות שבוחנים את המסוימות בדרך של האם אותו פרט שחסר היה חשוב לצדדים או לא חשוב לצדדים. **פרופ' דויטש - זוהי מנטרה שגויה.**

### זכרון דברים - מחייב או לא מחייב? - בהקשר לנושא מסוימות

טרם נמשיך ביסוד המסוימות, נדבר רגע על על זכרון הדברים. זכרון דברים הוא ביטוי חברתי-עממי. הוא לא ביטוי משפטי לכשעצמו. אין חיה משפטית המכונה זכרון דברים. בחוק החוזים אין מילה על זכרון דברים. הביטוי הזה לא קיים בשום מקום. על כן, למרות הפרקטיקה המוכרת היטב (הרבה אנשים חותמים עליו) מה שהם עושים הוא לא זכרון דברים כמובנו המשפטי-כי אין כזה, או שזיכרון הדברים הוא חוזה או שהוא לא כלום. זה לא כלום במובן החוזי המלא, זה לא אומר שלא קרה כלום, שהמשמעות אפסית. מה שקרה שם הוא פתיחת מו"מ, או מו"מ מתקדם. לכן, קורה משהו בשדה המו"מ.

אם המסקנה היא שאין חוזה, שלא יכול להיות שלמחרת חתימה על זכרון דברים, יגיד הצד לצד השני "מי אתה, לא מכיר אותך". נוצרת קרבה משפטית מסוימת והצדדים חייבים אם כן, לפי ס' 12 בניהול מו"מ בתום לב. יותר מזה, הם אפילו חייבים בהתחייבות חוזית להמשיך במו"מ. פתח העניין הוא תמיד שאלת גמירת הדעת והמסוימות. המסמך הזה הנקרא זכרון דברים צריך לעבור את שני היסודות הללו. על כן, התשובה היא תלוי - אם יש גמירת דעת ומסוימות-זהו חוזה לכל דבר ועניין.

כיוון שמדובר בצורה מאוד נפוצה, מתפתחות תפישות עולם שיפוטיות לגבי המסמך הזה. מנסים לקבוע כללים כיצד להתייחס למסמך הזה. הכללים נועדו לבדוק האם ככלל, מתכוונים לחוזה או לא? הפסיקה פיתחה מעין סימנים:

- אם במסמך נכתב שהמסמך כפוף לחתימה על חוזה מפורט אצל עורכי דין - כנראה הצדדים עוד לא התכוונו לסיים את העניין. קרי, הוא אינו מחייב.
- לעומת זאת, אם זה לא בכפוף ל, אלא יש איזה סעיף שאומר "תוך 7 ימים יחתם חוזה אצל עורכי הדין" אז לכאורה, נגמר העניין ויש חוזה. בית המשפט שואל האם התכוונו הצדדים להיות כבולים בחוזה או לא.

בית המשפט בודק כוונות סובייקטיביות של שניהם. אם הכוונות אינן זהות, בודקים את העניין במבט אובייקטיבי - האם כל צד היה רשאי להניח שהצד השני התחייב. בפועל, המבחן האובייקטיבי הוא הדומיננטי, כי קשה לדעת מה הכוונה הסובייקטיבית.

- גם סימנים חגיגיים יכולים גם הם להשפיע האם זכרון הדברים הוא חוזה או לא. למשל: לחיצת ידיים, הרמת כוסית.
- **פרופ' דויטש -** יש הנחה מקובלת אשר לא נותחה בפסיקה: מקובל שבזיכרון דברים ישנה הוראת "קנס". זו הוראה מקובלת. נכתב הרבה פעמים כי "אם צד יבטל את החוזה, הוא ישלם קנס X". הקביעות הללו מלאות בטעויות מכל הכיוונים; ראשית, לא מדובר בקנס (זה עניין פלילי לגמרי), אם רוצים שמשוהו יחייב ברמה החוזית הוא חייב לא להיות קנס. שנית, האם מתכוונים למי **שיבטל**? ככל הנראה, מתכוונים למי **שיפר** את זכרון הדברים. צד לא זכאי לבטל חוזה כך שהוא מפר אותו - זהו הדין. אין חופש ביטול על ידי הפרה. רק נפגע מסוגל לבטל. ביטול הוא תרופה לטובת נפגע.

למרות זאת, לאחר הטעויות לעיל, יש לבדוק מה משמעות סעיף כזה. **האם הסעיף מוביל לכך שיש גמירת דעת לחוזה, או דווקא שאין?** סעיף כזה מוביל להמשכן של תהיות. **יש לחשוב על שתי אפשרויות ולהכריע ביניהן - מה בני אדם סבירים מתכוונים כשהם קובעים קביעה כזו:**

- אפשרות א - הם התכוונו שכל אחד יכול לבטל לגמרי על ידי תשלום הסכום הכתוב בסעיף. הם התכוונו להקנות זכות ביטול לכל אחד מהצדדים. חוזה יכול להקנות זכות ביטול. מה זה עושה לגמירת הדעת - מראה כי היא קיימת, אך היא "רכה". אכן נולד חוזה, אבל זה חוזה שניתן לחזור ממנו באופן מוסכם.
- אפשרות ב - מדובר בסעיף פיצויים מוסכמים. לא ניתן לבטל. הסכום ישולם בגין ההפרה. במצב זה הסעיף אינו סעיף ביטול, אלא סעיף פיצויים מוסכמים. החוזה ימשיך להיות בתוקפו גם אם הוא יופר. אין זכות ביטול בחוזה כגון זה. סעיף כזה חושף סוג של גמירת דעת.

**הערה:** כדי שזיכרון דברים יחייב דרושה שתהיה בו לא רק גמירת דעת, אלא גם מסוימות. **פרופ' דויטש:** לא כדאי לחתום על זכרון דברים. לא כדאי ולא נכון לעשות זאת. למה? כי יש רבדים שבני אדם לא ערים להם. זו לא רק שאלה בין מוכר לקונה. יש השלכות נוספות - השלכות של מיסים, השלכות קניין. לא פעם חושב המוכר שהוא חותם על נייר ביניים לא מחייב. עם זאת, מבחינת דיני המס, אם ישנה גמירת דעת ומסוימות במבט אובייקטיבי, רשויות המס יגישו דרישה לתשלומי מס. גם אם החוזה לא יצא לפועל בסופו של דבר, ייתכן ודרישת המס תישאר בעינה. זה לא משהו שבני אדם תמיד מבינים, ודאי לא הדיוטות.

**הערה נוספת:** כשיש סוגיה של הערת אזהרה, חתימה על זכרון דברים יכולה ליצור תקלה גדולה. עקרונית, קונה למחרת החתימה על זכרון דברים, יכול הקונה לרוץ לטאבו ולרשום הערת אזהרה בגין ההתחייבות. רשם המקרקעין יפעל בעניין זה על פי שיקול דעתו כאשר שיקול הדעת הוא מאוד מקל בעד רישום. רישום הערת אזהרה הוא דבר פשוט מאוד. מרגע זה ואילך, כדי לבטל את ההערה, המוכר זקוק לצו שיפוטי. זה סיפור מסובך. יתרה מכך, אם לא הייתה הערת אזהרה, עו"ד שמבין משהו היה מכניס סעיף בחוזה שרישום הערת אזהרה כפוף לתשלום אחוז מסוים ממחיר הדירה. עכשיו זה לא אפשרי כבר. יתרה מכך, מקובל שהקונה מפקיד בידי עו"ד של המוכר יפוי כוח בלתי חוזר שמאפשר לו למחוק את הערת האזהרה במקרה של הפרה. כל זה יכול לקרות רק אם לא נרשמה הערת אזהרה טרם לכן. זה בדיוק הסיבה למה לא לחתום על זכרון דברים.

**נחזור ליסוד המסוימות**

**תכלית יסוד המסוימות - לשם מה צריך אותו**

**נסה להבין - מסוימות למה? האיתור של התכלית המדויקת הוא נורא חשוב.** כללית, במבט מלמעלה זה נראה די ברור. הרי כדי שיהיה חוזה צריך לדעת מהו החוזה. מי יודע מהו החוזה וכיצד הוא יודע מה הוא חוזה? כיצד נקבעת השאלה הזו בכלל?

**נעבור על תרגיל 1 בעמוד 10 של הסילבוס :**

חוזה/י דעתך על הדברים האמורים בקטע הבא:

"הקושי המתעורר במקרה של הסכמה בנושא אחד כשהצדדים שתקו לגבי נושאים אחרים או כשאין הסכמה בנושאים אחרים הוא מדומה. לאמיתו של דבר הפתרון ברור לחלוטין. מה שהוסכם - שריר וקיים. ואילו נושא שלגביו לא הושג הסכם - פשוט אין הוא משפיע על זכויות הצדדים. אין הוא מקנה להם זכויות ואין הוא מטיל עליהם חובות. לדוגמה, פלוני הסכים לקנות מאלמוני מכשיר רדיו מסויים במחיר של 1,000 שקל. פלוני היה מעוניין לקבל אחריות לתקופה של חוזהים, אך לא דובר על כך דבר. מכאן ההסכם לרכישת הרדיו - שריר וקיים. אולם ברור כי פלוני לא זכה באחריות לתקופה של שנתיים".

**תשובה**

**יש לבדוק מהי התכלית של דרישת המסוימות. בית משפט לא אמור על פי תפקידו לעשות חוזה במקום הצדדים.** זה לא טוב לא רק משום שאין לו כלים (האמת שדי יש לו כלים), זה לא טוב משום חופש החוזהים. יש כאן שיקול בסיסי מהותי של חופש החוזהים. חופש החוזהים כולל גם את החופש להחליט מהו התוכן של החוזה. הדין דורש מסוימות בחוזה שהצדדים עשו, כדי להגשים נכון את חופש החוזהים שלהם. תיאורטית, יכול להיות חוזה שמעשית ניתן להשלמה, אבל מה עם חופש החוזהים!!!!!! כלים להשלים תמיד יש, הקושי הוא שאנו רוצים להגשים את חופש החוזהים. הצדדים הם אלו שצריכים לומר מה הם רוצים. התערבות חיצונית בעייתית מבחינת חופש החוזהים.

**פרופ' דויטש -** היבט זה קצת נשכח בפסיקה המאוחרת. בפסיקה המוקדמת זה היה יותר מובן וברור. בצד כך, יש את דרישת גמירת הדעת עליה דיברנו. אלו שתי דרישות **מצטברות**. בפסיקה המאוחרת נראה כי היא אומרת באופן שיגרת- כיצד יודעים אם משהו פוגע במסוימות או לא? כיצד יודעים אם זה היה חשוב או לא? בודקים אם זה היה חשוב לצדדים או לא. היה חשוב = אין חוזה. לא חשוב = יש חוזה. המבחן השלישי והברור = מה שחשוב לצדדים. **לדעת פרופ' דויטש, יש בלבול בין הדרישות. מה שחשוב לצדדים זו שאלת גמירת הדעת. שאלת החשוב טמונה עמוק בתוך יסוד גמירת הדעת.**

סוגיית המסוימות היא משהו אחר. סוגיית המסוימות סיימה את כל הפרשה של מה שחשוב או לא חשוב לצדדים. הם מאוד רוצים להתקשר גם ללא מועד. כעת, יש להחליט אם בהינתן העובדה שהם רוצים עובדה, הם הצליחו לייצר עסקה דהיינו, האם עמדו בסוגיית המסוימות. **דרישת המסוימות אם כן בוחנת רק שאלה אחת - האם ניתן בפועל לבצע את העסקה מבלי שבית המשפט ייקבע משהו בעניין הזה (שים לב - בית המשפט, לא החוק). מבחן המסוימות הוא האם כדי לבצע את העסקה יאלץ בית המשפט לקבוע משהו שכן אחרת לא ניתן לבצע. האם החוזה הוא בר ביצוע גם בלי יצירה שיפוטית.**

על פי דרך מחשבה זה מה שנאמר באותו אירוע בשאלה 1, יש בו היגיון מסוים. לא תמיד, אך לפעמים. אם רצו עסקה גם בלי האחריות על הרדיו - אז יש עסקה. אם אפשר לבצע את העסקה מבלי שבית המשפט יכתוב ויתערב בתכנים - אז זה בסדר גמור, העסקה שרירה וקיימת.

**העניין הוא שהמבחן הזה לא תמיד ישים. למשל -** מועד ביצוע העסקה. לא נקבע מועד למרות שרצו עסקה. נניח לרגע שהמועד לא היה חשוב לצדדים - האם יש מסוימות? הפסיקה תאמר לכם - כן, כי הולכים רק לפי מה שחשוב או לא חשוב. לדעת **פרופ' דויטש** - אין מסוימות, כי לשאלה מתי חייבים לבצע, מהו מועד הביצוע, לא ניתן לומר "לא". זו לא תשבה תקפה. לא ניתן להגיד אז אין מועד - זו תשובה לא רלוונטית. חייב להיות מועד כלשהו. לגבי אחריות על רדיו אפשר לומר "אין" וגמרנו, אין צורך להשלים כלום.

**סיכום הנקודה**

- **הגישה הבסיסית בפסיקה -** אפשר להסתפק בה ולקבל אותה. **לדעת פרופ' דויטש -** המבחן בפסיקה אינו נכון. **המבחן בפסיקה:** האם הדבר היה חשוב לצדדים או לא - המבחן אינו לדעת **פרופ' דויטש**. ביקורתו היא שהגישה חוטאת לתכלית של גישת המסוימות ומשליכה על דרישת גמירת הדעת בכלל (חשוב או לא שייך לדרישת גמירת הדעת).
- **גישת פרופ' דויטש -** האם בית המשפט יאלץ להכתיב תכנים כלשהם. אם כן = אין מסוימות. למה? לבתי המשפט אין מקום להוות צד בחוזה בין צדדים.

**מנגנוני איתור תוכן החוזה**

**לפני שנגיע למסקנה כי אין מועד ביצוע (זה כדוגמה בלבד), יש הרבה תהליכים באמצע.** ישנם תהליכי איתור אשר יגרמו לכך שבסופו של דבר לא תהייה לאקוונות כמעט אף פעם. **דוק: מנגנוני האיתור הללו באים לפני שאלת האם יש מסוימות או לא.**

1. מה יש בחוזה - הוראות מפורשות.
2. האם ישנן הוראות משתמעות? - משתמשים בפרשנות החוזה כדי לקבוע זאת.
3. אין? עוברים למנגנוני השלמה שבחוק.

לא הכל בחוזה מפורש. אחרי המפורש יש משתמע. נניח וגם אין הוראות מפורשות. נניח וגם בהוראות משתמעות אין מועד ביצוע. אם אין הוראות משתמעות, מגיע החוק-הוראות השלמה שבחוק. **ודוק: לא מדובר בהוראות השלמה על פי שיקול דעתו של בית המשפט! מדובר בהוראות השלמה בחוק החוזהים.**

בחוק החוזהים ישנן הרבה הוראות השלמה במגוון עניינים. **למשל: ס' 26 -** פרטים שלא נקבעו בחוזה, ייקבעו על פי הנוהג. גם **ס' 39 -** תום לב יכול לסייע בהשלמה. **ס' 45 -** איכות המוצר באם לא נקבעה כזו. **ס' 46 -** גם אם לא קבעו מחיר, מנחה הסעיף לשלם סכום ראוי. נתמקד, לצורך הדוגמה, **בס' 41 - מועד קיום**. יש לקיים את מועד העסקה בזמן סביר.

ניתן לומר כי יש בחוזה סעיף סמוי בו יש מועד לקיום העסקה - **הסעיף הוא ס' 41 לחוק החוזהים**. אם כך הוא הניתוח - אין בעיה של היעדר מועד. השלמה על פי החוק היא לגיטימית. יש להניח כי הצדדים יודעים מראש מהו החוק ומהו הוראות ההשלמה שלו. כל חוזה נעשה על רקע הוראות החוק. שני הצדדים אמורים לדעת שאם לא יגידו כלום, ישלימו להם את זה על פי ההוראות. במקרה זה - זמן סביר. משום כך, קשה להגיע לבעיות של היעדר מועד, של היעדר מסוימות.

**שאלת היעדר המסוימות (ראה התייחסות לשאלה זו מעלה) מגיעה רק לאחר שכל תהליכי מקורות האיתור עדיין לא הצלחנו להגיע לממצא בחוזה נתון.** אין זה מפתיע שכמעט ולא מגיעים לשאלה זו. על כן, **בפס"ד בית הפסנתר נ' דור** אומרת דורנר, ובצדק, כי יסוד המסוימות כמעט ולא קיים יותר. הנשיאה ביניש מסתייגת וגם היא בצדק.

**נקודה חשובה -** הוראות ההשלמה בחוק גם הן לא אות לכפות שום דבר. **הוראות ההשלמה הן דיספוזיטיביות וניתן להתנות התניות נוגדות.** למשל: אם הצדדים לא רוצים מועד סביר, אלא מיד, זה בסדר. הם לא רק מאפשרים התניה מפורשת, אלא גם התניה משתמעת על החוק. **הכוונה:** הצדדים לא חייבים לקבוע מועד אחר, אלא יכולים לקבוע כי הם לא רוצים את ההשלמה בחוק. במצב כזה, כיוון שס' 41 לא חל, עשויים צדדים להישאר בלי מועד מסירה. אזי יגיע רגע האמת של עניין המסוימות - האם יש חוזה או אין חוזה ללא מועד? האם זה מסוים או לא? בהחלט קורה שצדדים לא רוצים את הוראות

השלמה בחוק והם לא תחולנה. הם גם לא רוצים וגם לא קובעים קביעה נגדית.

### שאלת תקפות מול שאלת אכיפות

**עוד לגבי פס"ד בית הפסנתר נ' מור -** יש לשים שם לטעות של השופטת דורנר שמערכת בין שתי שאלות שונות. בשאלה המסוימות החוזית בה אנו דנים כעת אנו עוסקים **בשאלה של תוקף החוזה**. יש או אין חוזה- שאלות של תקפות. אחרי שיש חוזה תקף, אם ישנו כזה, מתעוררת שאלה שנייה והיא שאלת אכיפות החוזה - עד כמה החוזה אכיף.

שאלת התקפות היא שאלה של זכויות מהותיות. השאלה של האכיפות היא שאלה של זכויות תרופתיות. שאלת תקפות - חוק החוזים חלק כללי. שאלת האכיפות - חוק החוזים תרופות. **יש חוזים תקפים אך אינם ברי חפיפה במובן של תרופות. יש להדגיש זאת!** תוקף בכלל שואל האם חוזה קיים, האם אפשר ללכת איתו לבית המשפט. לא כל חוזה ניתן לאכוף במובן התרופתי. יש חוזים שהתרופה עליהם שונה.

**דוגמא:** התחייבתי להעביר מכונית לאדם ב'. המכונית נגנבה. החוזה תקף לחלוטין - אני חייב לאדם ב' מכונית. האם הוא ניתן לאכיפה תרופתית? מובן שלא. מה זה אומר? אטורף לשלם פיצויים מלאים לאדם ב' על כך שאי לו מכונית. יתרה מכך, אכיפה יכולה להיות בלתי צודקת. ייתכן וחווה תקף לגמרי, אך בנסיבות העניין, לא צודק להעביר הנכס לקונה. למשל: בשל שיהוי של הקונה להגיש תביעה כנגד המוכר. המוכר הניח שאת דירה לא יתבע הקונה.

**השופטת דורנר מתבלבלת בין שתי השאלות בפס"ד בית הפסנתר.** חוזה יכול לעבור את מבחני הסף, אך כאשר ביהמ"ש יצטרך להחליט האם לתת צו אכיפה או לא. ייתכן ויחליט כי החוזה לא מספיק מסויים לשם אכיפה. **כלומר, יסוד המסוימות יכולה להיות טוב דיו לתקפות אך לא טוב דיו לאכיפות - לרמה של ציווי בפועל. במצב זה יש פיצויים, אך אין אכיפה.**

**דוגמא למצב כזה:** יש סכסוך עסקי בין 2 ומעביד תובע עובד לשעבר על כך שהוא משדל שלא כדון לקוחות של המעביד לעבור אליו לעסק החדש ואף משתמש בסודות עסקיים של המעביד. אם נניח שהעובד אכן מפר חובה כלשהי - האם תהיה אכיפה של החובה או רק פיצויים? אם מדובר בריבוי גדול של לקוחות - ביהמ"ש לעיתים די מזומנות יקבע כי העניין צריך להיגמר בנושא הכספי - לא יסכים לתת צו אכיפה למנוע פעילות מול לקוחות שכקשה להגדיר מיהם אותם הלקוחות שכן יש מאות מהם (ההגדרה תהיה עמומה מדי). כשהגדרה היא עמומה צווי אכיפה בעייתיים ביותר. כדי שצו יהיה ראוי עליו להיות מסויים - עליו לומר לעובד מה לעשות ומה לא וכמובן שאי קיום של צו היא עבירה פלילית וברור לכל כי בעייתי מאוד לחייב בפלילים כאשר צו הוא עמום. אם כן, שאלות אי מסוימות יכולות לעלות גם בתחום דיני האכיפה.

### האם נוכל להשלים חוזה באופן חופשי תוך הצטברות של הוראות השלמה

#### נחיל בניחוח קיים - תרגיל מספר 4

בין ראובן, סוחר מכוניות, לבין שמעון נחתם חוזה כהאי ליסנא:  
"ראובן מתחייב למכור לשמעון מכונית פיאט, הדגם לפי בחירת שמעון; המחיר - לפי קטלוג המחירים שמפרסם מדי חודש השמאי מעריכי; מספר התשלומים ומועדיהם - כפי שיקבעו על ידי ראובן; מקום מסירת המכונית - כפי שיוסכם בין הצדדים לחוזה".  
למרבה הצער הלך השמאי מעריכי לבית עולמו יום אחד לאחר כריתת החוזה. ראובן, מצידו, מעונין להתנער מהעסקה, מסרב לקבוע התשלומים ומועדיהם ומסרב להסכים באשר למקום מסירת המכונית; וטוען כי מאחר שלא נקבע מועד למסירת המכונית - לא יסרנה לעולם. שמעון תובע אכיפת החוזה. מהם סיכוייו?

#### ניתוח (כללי וגם בהקשר לאירוע, אך לא רק)

נניח כי הייתה גמירת דעת. חסר מחיר, חסר מועד, חסר איכות המכונית וכו'. חסרים דברים רבים בחוזה זה. מה עושים כעת? מצד אחד, גמירת דעת ודאית. מצד שני, בעיה קשה של מסוימות. הגישה העקרונית - בית המשפט לא קובע עבור הצדדים את התוכן. עם זאת, יש הוראות השלמה בחוק. אולי ניקח אותן ונשלים כל מה שחסר וכך נדע הכל. עד כמה זה תקף? הרי פורמלי, הכל בסדר - יש מספיק הוראות השלמה. בנוסף, הצדדים רצו עסקה. החוק גלוי והכל יודעים אותו. אז מה לא בסדר? האם הכל בסדר? האם באמת הצדדים סיכמו את התנאים ביניהם?

**תשובה: אין לשאלה פתרון פסיקתי.** יש גישה מאוד נוקשה בעניין, הבאה לידי ביטוי בפס"ד **חברה קדישא נ' לוי של השופט גרוניס**. שם מדובר בהערת אגב חשובה: שאלות של מועד. עד כה אמרנו, כי אם לא סוכם מועד, אין בעיה, נלך למועד סביר. בפס"ד זה מביע השופט גרוניס רתיעה גדולה מהוראות השלמה זו. הוא טוען כי זה חוסר ודאות - מהו זמן סביר להשלמה? זה לא ודאי. ואת זה הוא אומר רק על השלמה מכוח הוראה אחת, ולא על מספר הוראות מצטברות.

החוק לא מתייחס לשאלת ההצטברות של הוראות ההשלמה. הוא שותק בעניין זה. יש פה שיקול של ענייני ודאות משפטית. פרופ' דויטש - עמדת השופט גרוניס לא יכולה לשקף דין מצוי. אין בכוחו של בית המשפט לבטל את ס' 41.

**השופט ברק בפס"ד חסיד טען את הטענה הבאה:** לאור אותן בעיות של ודאות, בואו נצמצם את ההשלמה רק לסיטואציות שבהן החוזה מספיק מסוים גם בלי סעיף חוק. זה עמדה שלא מחזיקה מים. היא מעקרת לחלוטין את הוראות ההשלמה.

אכן, קיימת אי ודאות בהצטברות סעיפי השלמה. אי הודאות הופכה עוצמתית בצירוף מספר הוראות השלמה. ייתכן גם כי כמות הוראות ההשלמה תפגענה בחופש החוזים. מצד שני, יש גמירת דעת אז בוא נשרת את מטרם. **פרופ' דויטש -** נראה כי יש בעיה בהצטברות מוגזמת של תנאי השלמה מן החוק.

#### נחזור לניתוח קיים הספציפי

- דגם לפי בחירת אחד הצדדים - אין עם זה בעיה. אם הצדדים מסכימים שאחד הצדדים יקבע את התוכן - זה תקף ויש חוזה. מדובר בהעברת כוח החלטה לאחד הצדדים לעסקה. **כל עוד יש אפשרות באקט חד צדדי להגשים את העניין זה תקין. כל עניין שידרוש הסכמה הדדית - בעיה.** כמובן שאותו אחד שיצטרך לקבוע, יצטרך לפעול בתום לב.
- סוגיית המחיר - על פי קטלוג מחירים שמפרסם השמאי - צד ג' קובע וזה נראה בסדר. הבעיה שהשמאי מת אחרי הכריתה ואין מי שייקבע. יש להניח שהקושי הזה יפתר על ידי תנאי משתמע - רצו את השמאי א'. מה קורה אם אין את א'? ככל הנראה, פונים ל שמאי ב'. **ודוק:** אם שמאי א' מאוד מאוד אמין על שניהם וכך בית המשפט יתרשם בנוסף להתרשמותו שהצדדים רצו רק את השמאי הספציפי הזה ייתכן ואין חוזה, כי אז אין מחיר. זה בעייתי לרוץ לחוק, כי הצדדים לא רצו את החוק, הם בחרו בשיטה אחרת. **מאידך,** אם נגיע למסקנה כי השמאי מעריכי אינו השמאי היחיד המקובל עליהם, ניתן ללכת לשמאי אחר המוסכם עליהם ואם אין הסכמה - ייקבע שמאי על ידי בית המשפט.
- מספר תשלומים ומועדיהם - ניתן כוח חד צדדי וזה בסדר.
- מקום מסירה - בעייתי. ההסכמה צריכה להיות הדדית, אין פה כוח חד צדדי. יש לאקונה בעניין ושאלת השאלה במידה ואין מקום מסירה - האם אין חוזה? אפשר ללכת לפח הגישה של בתי המשפט - האם זה חשוב לצדדים או לא? נראה כי זה לא כזה חשוב מקום המסירה. אפשר ללכת לחוק אבל זה לא סימפטי - הרי הצדדים לא רצו את החוק. יש גמירת דעת, אך אין מקום מסירה. נוצר מצב של לאקונה- לפי מבחני הפסיקה קובעים האם מקום המסירה חשוב או לא חשוב לצדדים (ברגע הכריתתה)- ניתן להסיק שמקום המסירה הוא לא תנאי חשוב לצדדים עד כדי כך שלא תהיה עסקה. לכן, ייקבע שיש מסוימות ויש לקבוע מקום מסירה.

במקרה זה החוק ישלים את מקום המסירה. מה שכן, כיוון שלבית המשפט שיקול דעת פתוח- הוא לאו דווקא חייב להשלים לפי חוק. אם היה מאד ברור שאין רצון לפנות להשלמה מהחוק, בית המשפט יוכל לקבוע על פי מה שיכול היה להתקבל על דעתם של הצדדים. בית המשפט יכול למצוא עצמו קובע תכנים, אך רק בעניינים שלא היו מספיק חשובים לצדדים. גם זה בעייתי.

**לפי גישת פרופ' דויטש -** סוגיית מיקום המסירה בעייתי ומשאל ניתן להשלים מכוח הוראות החוק, אין עסקה, שכן אין מקום מסירה הרי לפי גישתו אין לבדוק האם זה חשוב לצדדים או לא).

#### שאלה 3 - עמוד 10

עניין של קביעת מחיר. מוכרים תמונה - פזרני לקנייני במחיר שסיכמו בין ארבעים לחמישים אלף ש"ח. אין קביעה של מחיר, אבל יש קביעה של טווח מחירים. הם

תחמו את גבולות המו"מ העתידי ביניהם. עסקה יכולה להיוולד בתנאים מסוימים - **התנאים המסוימים הם תורת הביצוע האופטימלי**. תורת הביצוע האופטימלי אומרת כך: אם יש טווח במו"מ, יכול צד שמעוניין להיווצרות העסקה לייצר אותה על ידי הודעה לצד השני שהוא מסכים לקצה האופטימלי עבור הצד שכנגד. במקרה זה - אני מוכן לשלם לך 50,000 ₪. הקונה יכול להודיע למוכר חד צדדית. הוא לא זקוק להסכמת הקונה עכשיו. הדבר יכול גם להיות הפוך - המכור יכול להודיע לקונה. מי שמודיע בעצם "יכנע".

**נושא חדש - תמורה והסתמכות - מתנות****מבוא לנושא**

**למה הנושא פופולארי במיוחד?** לא משום שבני אדם מתדיינים המון בענייני מתנות במצבים השגורים היומיומיים. הסיבה לנפיצות היחסית של העניין היא דיני הירושה דווקא. ירושה היא מתנה לאחר פטירה. יש להבין את הרקע לשם הבנת המעשיות של הסוגיה. המוקד שהוביל להרבה מחלוקת בעניין זה הוא קיומו של **ס'8א לחוק הירושה**.

כידוע ירושה היא הקניית מתנה אחרי פטירה. הקנייה ללא תמורה. ההקניה נעשיית בעקבות הפטירה על פי אקט משפטי - צוואה שנעשית לפני, או על פי הדין כשאין צוואה. יש אם כן שני מסלולים יסודיים: צוואה פרטית ודיני הירושה על פי חוק.

**חוק הירושה משנת 1965** הוא חוק יחסית די טוב, אם כי יש הצעה לרפורמה מקיפה בקודקס. יש בו גוונים רעיוניים מעניינים ושאלות מעשיות. אחד הגוונים הוא **ס'8א(א) לחוק הירושה: "הסכם בדבר ירושתו של אדם בטל"**. הסכם=חוזה. **המשמעות:** אדם איננו יכול להתחייב לגבי הורשתו שלו. לגבי האופן בו הוא יוריש. אדם לא יכול להתחייב כלפי ב' אני אוריש לך. לא יכול א' להתחייב כלפי ג' אני לא אוריש ל-ב' וכיוצא באלה. אם האובייקט להתחייבות הוא אופן הירושה, אופן העברת נכסי אדם לאור פטירה - זה בטל. אין הבטחות לגבי ירושות. **למה זה כך? ההסבר בהמשך.**

**שים לב:** אין מניעה כי ב' יחתום על הסכם עם ד' שהוא ימכור לו נכס מנכסי הירושה העתידית. זאת למרות שאין וודאות שהנכס אכן יגיע אליו. החוזה יהיה תקף. אפשר למכור נכס של ירושה עתידית שתתקבל. הבעיה היא שצריך למצוא ד' שירצה דבר משונה כזה ואתה צריך להיות מוכן ש-א' ישנה את הצוואה וזו תהיה מחויב ל-ד' למרות הכל. יש כאן בעיה קשה. זו עסקה מאוד בעייתית. כן ניתן לעשות את החוזה על תנאי - רק במידה ואכן ב' יקבל את הירושה. לשים לב כי החוזה בין ב' ל-ד' אינו בגדר ירושתו של אדם, הוא מחוץ לו.

אין זכות מוקנית ל-ב' גם אם יש צוואה לטובתו לרשת במובן הזה ש-א' יכול בכל רגע לשנות את הצוואה כהבנתו. לפני הפטירה אין לאף אדם זכות לרשת מ-א'. הזכות לרשת תיוולד רק עם רגע הפטירה של א'. עד אז אין שום זכות. כלומר, יש כל מיני ציפיות של ב' והן לא מגיעות למעלת זכות משפטית. זהו חופש הצינוי - כל אחד יכול לצוות כוונתו. חופש הצינוי צריך להישמר עד השנייה האחרונה. הוא ערך עליון יותר מחופש החוזים במובן זה. הרי א' התחייב להוריש ל-ב'. הוא חתם מעין חוזה מכוח חופש החוזים. אז למה לא? כי זה כובל את חופש הצינוי שלו ולכן זכאי הוא לשנות את הצינוי כמה שהוא רוצה. אם א' חותם ל-ב' בחיי "אני אוריש לך" - ההתחייבות לא שווה דבר. אין לה כל כוח משפטי.

סייג לכך הוא צוואה הדדית - שני בני זוג חותמים על צוואה. כל אחד מבני הזוג יוריש לשני. השאלה היא האם ברגע שאחד נפטר ומוריש לאחר, האם האחר מחויב בהוראות אותה צוואה שקובעת המשכיות, למשל: אח"כ יילדים ולא ל-ג'. **התשובה:** במידה מסוימת כן, לפי **ס'8א רבתי לחוק הירושה**. זה לא לגמרי כובל, יש לזה הוראות מיוחדות.

**בהקשר התורתי הרחב יותר:** הנה דוגמא יפה שבה יש לאדם ציפיות שנראית מאוד לגיטימית על פניה אולם, עדיין למרות הגליטימיות שלהן, הן לא בגדר זכות. מכאן, שלא כל ציפייה לגיטימית הופכת אוטו לזכות. הרבה פעמים כן, אך לא תמיד ולעיל הדוגמא. **דוגמא נוספת:** ענייני תחרות מסחרית. אדם יכול לצפות לגיטימית שלא יתחרו בו באופן מסוים, אך לא תמיד יש לו זכות שלא יתחרו בו באותו האופן. למשל: חיקוי מסחרי. מישהו מפתח דגם כלשהו, לא רושם את זה כקניין רוחני, כ"מדגם" (דומה לפטנט). מה קורה אם הוא לא רושם ובא מישהו ומחקה את זה? אמנם יש ציפייה לגיטימית למפתח הדגם שלא יחכו אותו, אך זו לא תמיד זכות, שכן הוא לא רשם מדגם. זוהי דוגמא נוספת למצב בו ציפיות לגיטימיות אינן הופכות לזכות.

**חידוד - מדוע צוואה ולא חוזה**

עניין צורני. לצוואה יש צורה מיוחדת על פי החוק. חוזה יכול להיות בע"פ. חוזה לא מחייב שיהיו עדים. אין עדים חיצוניים, יבוא אותו אדם ויגיד "כן הוא הבטיח לי". יאמינו=יש חוזה. צוואה דורשת ערובות פורמליות כדי להבטיח שהצוואה מספיק רצונית, בשלה ותקנית. זו יכולה להיות צוואה עם שני עדים שיאשרו. יכולה להיות צוואה בכתב די ללא עדים, ללא עורכי דין, אפשר לעשות צוואה מול רשם לענייני ירושות, מול בית המשפט. יכולה להיות גם צוואת שכיב מרע שהיא בע"פ, כאשר מישהו שומע ומתעד אותה.

הרעיון הוא להבטיח גמירת דעת מיוחדת. להבטיח מעל כל ספק שאדם הבין רוצה. אין את זה בחוזה. זו אחת הסיבות שלא מאפשרים הורשה על ידי חוזה. סיבה מרכזית: כי אם חוזה הוא תקף אי אפשר לסגת. מצוואה אפשר לסגת תמיד, עד למוות.

**עד כאן המבוא - מכאן לדיני המתנה.****מבוא לדיני מתנה**

כיוון שקיימת מניעה לייצר תוצאה ודאית ומחייבת בענייני ירושות באמצעות חוזים, כשיש התארגנות משפחתית, דיני הירושה לא נותנים מענה טוב להתארגנות הזו. נניח ש-א' הוא המוריש, א' רוצה לתת דירה ל-ב' ולתת כסף ל-ג' בירושה, לאחר הפטירה. גם ב' וגם ג' רוצים להבטיח שהמצב הזה יקובע. הם מעדיפים שזה לאי היה בצורת צוואות מהסיבות המוסברות לעיל. כשרוצים לקבע מצב, אי אפשר לעשות קיבוע לגבי מה יקרה אחרי הפטירה. אז, הטכניקה המשפטית היא - עושים מתנות בחיים. **במקום לתת מתנות לאחר הפטירה, נותנים מתנות חיים.** חוק המתנה נכנס לתוקף. הבעיה הגדולה היא, ניקח את ענייני הדירות, ש-א' עוד כאן והוא רוצה לגור בדירה. הוא לא באמת רוצה להקנות ל-ב' את כל האינטרסים כבר היום ולמצוא עצמו בחוץ.

הדרך היא לעשות חוזה מתנה שכולל תנאים, חיובים ואז מגיעים **לס'4 לחוק המתנה**. הרקע להליך הזה הוא **ס'8א(א) לחוק הירושה**. בהסכם המתנה הבעלות אמנם עוברת ל-ב', אך זכות השימוש נשארת אצל א'. עדין השאלה היא איך הוא משאיר את זכות השימוש אצלו עד הפטירה. יש לייצר איזשהו מנגנון שנותן הגנה ל-א', למרות שמעבירים את הבעלות ממש ל-ב'. יש לשים לב שחוק הירושה יוצר בעיות לא פשוטות עבור א': מה קורה אם ב' מוכר הבעלות ל-ד'? האם ד' יצטרך לכבד את זכויות השימוש של א' עד פטירתו? **כל התסבוכת מקורה בס'8א לחוק הירושה**.

חוזה יכול להיות עם תמורה או בלי תמורה. הוא יכול להיות חד צדדי בהתחייבויות או דו צדדי. **חוזה מתנה הוא חוזה לכל דבר ועניין**. חלים לגביו כל דיני החוזים שהתחלנו ושנמשיך ללמוד. **משמע, יסוד התמורה הוא לא תנאי לכרינת חוזה**. כרינת חוזה היא הצעה וקיבול, גמירת דעת ומסויימות. לא רלוונטי אם יש תמורה הדדית או אין תמורה הדדית. זה לצורך השאלה האם נולד חוזה. זה כן מעניין אם יש תמורה לצורך שאלות אחרות, כי יש כמה הוראות מיוחדות בחוק המתנה העוסקות במעין תמורות. זה חוזה שחלים עליו הכללים הכלליים של דיני החוזים, אך בכפוף לחוק המתנה. חוק המתנה לא מתייחס להמון עניינים שחוקי החוזים הכלליים מתייחסים אליהם. הוא לא מתייחס לפרשנות מתנה. הוא לא מתייחס לתרופות, לדיני טעות והטעייה. הוא שותק בהמון עניינים, משום שבאותם עניינים חלים הדינים הכלליים.

חוזה בכל מקרה יש, השאלה האם מדובר בחוזה מתנה או חוזה רגיל. אמת היא שלא ברור שבכל עניין ראוי להחיל את החוקים הכלליים כשמדובר בחוזה מתנה. יש הרבה הוראות בדיני החוזים הכלליים. ב-3-4 עניינים יש הסדרים מיוחדים של חוק המתנה ולכאורה, בכל יתר העניינים, הדינים הכלליים. האם הם באמת חלים באותו אופן על חוזה המתנה? זה ממש לא מובן מאליו ואף לא נכון.

**למשל:** האם מפרשים חוזה מתנה כמו חוזה אחר? הרי המקבל בחוזה מתנה, מקבל ללא תמורה. האם ראוי להגן על האינטרסים שלו כמו אדם שכן נתן משהו? חוק המתנה שותק בעניין זה. מה בנוגע לרמת האחריות - האם באמת האחריות של מבטיח מתנה היא כמו של מבטיח בחוזה רגיל?

**מהי תמורה**

**קובע ס'1(א) לחוק המתנה:** "מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה". יש לבדוק מהי תמורה בכלל? ביטוי התמורה הוא רחב ומשמעותי. כדי לדעת מתי זה לא בתמורה, יש לדעת מתי זה כן בתמורה. אם כן, תמורה היא למעשה כל התחייבות שניתנת לצד שכנגד, גם אם היא לא מעבירה אליו ערך בהעברה מן האחד לשני, אלא גם כאשר היא גורעת ערך מהמתחייב. כל אימת שאדם א' מכביד על עצמו כלפי ב' - א' נתן תמורה ל-ב'.

**למשל:** א' מתחייב לשכנו לא למכור את הבית אלא בהסכמתו - זו תמורה. א' התחייב לעשות משהו שגורע מחופש הפעולה שלו. כלומר, די בכך שאדם גורע משהו מעצמו גם אם זה לא מועבר ישירות ממנו אל הצד השני. **תמורה היא ממש לא רק כסף.** זה יכול להיות שרות, נכס, גריעת זכות (לא להתחרות באחר למשל).

**שים לב:** נניח ש-א' קונה דירה מ-ב' ומשלם לו. א' לוקח מהנדס שיעצב את הבית. מה ש-א' ישלם למהנדס שלקח זו כבר לא תמורה שניתנת לצד שכנגד. יתרה מכך, כש-א' לוקח הלוואה מהבנק ומשלם ריבית לבנק בגין הלוואה, הריבית ש-א' משלם אינה תמורה לצד שכנגד. הכל נובע מהחווה שקיים ביניהם. הרי אם א' לא ייקח הלוואה, הוא לא יכול לשלם ל-ב'. ל-ב' יש אינטרס ש-א' ייקח הלוואה כדי שהוא יוכל לקבל כסף. זו עדיין לא התחייבות של א' כלפי ב'. זו בחירה של א' על מנת לעמוד בהתחייבויותיו. זה חלק מהוצאות ההסתמכות של א' על החווה. **אם ב' יפר חוזה, מה ששילם א' לבנק יהווה חלק מן הנזק בגינו א' ידרוש פיצויים. זה לא יהווה חלק מכספי ההשבה שיגיעו במידה והעסקה תהפוך מבוססת.**

**בענייני תמורה יש להבחין בין 2 סוגי תמורה:** תמורה מעודדת ותמורה מבוצעת. צריך לבדוק למה חוק המתנה מתכוון. בעולם המשפט הכללי יש תמיד לחשוב אם מדובר בתמורה מבוצעת או מעודדת.

• **תמורה מבוצעת** - העברה של כסף מיד. מתי יש אותה? כאשר א' שילם ל-ב' כסף. התמורה המבוצעת יכולה להיות מלאה, חלקית.

• **תמורה מעודדת** - התחייבות לשלם כסף. ב' עדיין לא קיבל כסף, אך הוא קיבל התחייבות מעודדת. א' התחייב ל-ב' לשלם מחר. ברגע ההתחייבות ב' קיבל תמורה כלשהי. ב' כבר יכול לתבוע את א', יש עילת תביעה. רוב התמורות הן מעודדות. לא באים לקנות דירה עם מזוודה של כסף.

**כאשר חוק המתנה אומר "ללא תמורה" - האם הוא מתכוון לתמורה מעודדת או מבוצעת?** התמורה בחוק המתנה מתייחסת לתמורה מעודדת. כמובן, אם התמורה מבוצעת זה קל וחומר. כדי שחווה יהא חוזה מתנה צריך **שלא תהיה אפילו התחייבות נגדית לשלם בעתיד.** אם יש התחייבות נגדית לשלם בעתיד - יש תמורה ואין זו מתנה. זה צריך להיות נקי משני סוגי התמורות. מסקנה: כל חוזה בו מאתרים התחייבות של שני הצדדים - אין זה חוזה מתנה, אלא חוזה רגיל.

### פירוש מושג ה"תמורה" בס'9 לחמ"ק אל מול חוק המתנה

**ס'9 לחמ"ק - עסקאות נוגדות.** קונה א' מול קונה ב'. ס'9 בא לפתור את שאלת היחסים בין שני הרוכשים. הוא בא לומר מי עדיף. נניח ומוכר עושה עסקאות כפולות וכו'. ס'9 לחמ"ק עושה סדר. עקרונות הוא אומר הראשון עדיף אולם, אם השני היה תם לב, רשם את זכויותיו ונתן תמורה (זה החשוב לנו) **יהא השני עדיף. האם זו תמורה מבוצעת או מעודדת?** על פניו, מה זה משנה אם קונה ב' שילם למוכר או לא. הנימוק היסודי הוא נימוק של שינוי מצב - אם הקונה השני כבר נתן תמורה, הוא כנראה שינה את מצבו. לעומת זאת, אם הקונה שני יקבל מתנה, הוא לא ממש שינה את מצבו.

**הפסיקה התחבטה מהי אותה תמורה לעניין ס'9 לחמ"ק** - היא ענתה תמורה מבוצעת. אם השני לא שילם למוכר כמה? חלק מהותי. אם הוא רק במצב של תמורה מעודדת - הקונה השני מפסיד. **הרעיון בא ואומר** - אם רק התחייבת ולא שילמת, יש לך דרך להקטין את נזקך - בטל החווה עם המוכר. בלי תמורה מבוצעת, משיקולים שנוגעים לאיזון אינטרסים בין קונה ראשון לשני, זו לא תמורה לפי ס'9 לחמ"ק. פה תמורה = תמורה מבוצעת. אין מבוצעת = אין תמורה. לעומת זאת, שלא בתמורה בחוק המתנה = שלא בתמורה מעודדת או מבוצעת. סט השיקולים אחר: בחוק המתנה השאלה היא פשוטה - יש סיכונים הדדיים? כן = חוזה רגיל. בס'9 לחמ"ק השאלה היא: האם מישוה נפרד מכסף או לא?

**הערה כללית:** תמיד צריך לפרש מונח לפי תכלית הדין. בכל פעם זה יכול להיות פירוש אחר. ראינו זאת בסוגיה לעיל.

### ס'5(ב) לחוק המתנה

חוק המתנה חושף את העמדה הבאה - כשיש הסתמכות על יסוד ההבטחה, זה די דומה למתן תמורה. נולדים אינטרסים שראויים להגנה יפה כמו חוזה רגיל. הכוונה היא **לס'5(ב) לחוק המתנה.**

**ציטוט הסעיף:** "כל עוד מקבל המתנה לא שינה את מצבו בהסתמך על ההתחייבות, רשאי הנותן לחזור בו ממנה, זולת אם ויתר בכתב על רשות זו".

**המשמעות:** אם מקבל המתנה משנה מצב - זו הסתמכות. זה מתחיל להיות דומה לתמורה. מרגע זה ואילך, נותן המתנה לא יכול לבטל. בחוזה מכר רגיל אדם לא יכול להתחרט. לכן, יסוד ההסתמכות גורם לזה שחווה מתחיל "להתקרב" לחוזה רגיל. יש להבין - ההבדל העצום בין חוזה מתנה לחוזה רגיל = יכולת חרטה מסיימת. היכולת מאוד מאוד מצמצמת כאשר מקבל המתנה שינה מצב. זה כבר נראה קרוב לתמורה.

**דוגמא:** א' הבטיח ל-ב' דירה, יש חוזה מתנה בכתב כדת וכדין. כעת, ב' קנה חנייה עקב כך. נניח והמבטיח בעצם לא רוצה לתת לו דירה ומתחרט. הוא אומר ל-ב' "אני רוצה לבטל". כל ההבדל עכשיו לעומת קודם הוא שעכשיו ב' קנה חנייה ושילם עליה. לפני ששילם על החנייה, החוק נתן למבטיח זכות להתחרט. כעת, ב' קנה כבר חנייה. **לדין שתי אופציות:**

- הוא יכול לומר: הבה ניתן למבטיח להתחרט והוא רק ישלם לזה שהסתמך את הוצאות ההסתמכות (מחיר החנייה).
- **האופציה בה בחר המחוקק** - הדין אומר למבטיח, לנותן המתנה - אתה לא יכול להתחרט. כלומר, הנבטח מוגן לא רק לגבי הכסף ששילם על החנייה, אלא גם אינטרס הציפייה לקבל את הדירה בפועל מוגן. הוא "קנה" תעודת ביטוח לקבל הדירה. ההסתמכות חיזקה באופן רב את אינטרס הציפייה שלו לקבל דירה. שוב, ההסתמכות די דומה לתמורה. **שינוי מצב יוצר אפקט שדומה למתן תמורה. הוא גורם לאובדן כמעט מלא של אפשרות הנסיגה של נותן המתנה.** זה חיזוק מאוד משמעותי של אינטרס ההסתמכות.

### תמורה לא שקולה

**האם צריך להיות יחס כלשהו בין התמורות?** כלומר, אם אדם מציע לך 10 מיליון שקלים ואתה משיב לו - "אתן לך בתמורה מסטיק" - האם זה חוזה מתנה או חוזה מכר רגיל? חוק המתנה והפסיקה לפיו, לא ממש מייחסים משמעות לשאלת המוטיבציות (המוטיבציות לתת מתנות). זה נכון שאפשר היה לחשוב שחווה מתנה, כדי שהוא יהיה באמת חוזה מתנה, צריך לתת הענקה מתוך כוונה להיטיב עם האחר. עם זאת, השיקול הזה אינו משמעותי במסגרת החוק והפסיקה. **נשארנו עם השאלה הבסיסית - שקילות התמורות.** האם תמורה חייבת להיות שקולה כדי להיות תמורה או שהיא עדיין תמורה גם אם היא אינה שקולה. המטרה היא להבין האם לקרוא לחוזה חוזה מתנה או חוזה רגיל.

**ההכרעה הברורה היא שאין צורך בשקילות התמורות.** אין דרישה שתמורה אחת תהיה דומה בערכה לתמורה הנגדית, גם אם היא מאוד לא דומה, עדיין זו תמורה ומדובר בחוזה רגיל ולא חוזה מתנה. לא ניתן לומר שיש חוזה מכר בגין חלק מהסכום וחוזה מתנה בגין החלק האחר. מצד שני, תמורה לא יכולה להיות סמלית. יש דרישה לסמליות ואין דרישה לשקילות. תמורה סמלית איננה תמורה. דירה כנגד שקל למשל - זו לא תמורה. **כלומר תמורה לא צריכה להיות שקולה כנגד מה שניתן, היא כן צריכה להיות משמעותית בפני עצמה.** אחרת מדובר בחוזה מתנה.

### עמוד 11 סילבוס - שאלה 1 - תרגיל לדוגמא

בבוקר יום סגריר ישב תמימי לחוף הים הסוער. לפתע הבחין בין גלי הים באדם טובע המנסה לזעוק לעזרה. הוא זינק למים ובמאמץ כביר עלה בידי למשות את הטובע. אולם למרבה הצער בדרכו לחוף, כשהניצול בורועותיו נפגע ברגלו בסלע. למרות זאת הצליח להגיע לחוף. מהחוף נלקחו המציל והניצול לבית החולים, ואושפזו זה ליד זה. כעבור יומיים שוחרר הניצול אך עקב סיבוכים ברגלו נשאר תמימי בבית-החולים שבועות מספר.

"ימה תבקש עבור הצלת נפשי?" שאל פזרני. "מאומה" השיב תמימי "אך החוב בגין הוצאות בית-החולים מעיק עלי מאוד". לשמע דברים אלה השיב מר פזרני "אל תדאג. עלי ועל צווארי", ותמימי אמר: "באמת, תודה רבה".

משהחלים תמימי וחזר לביתו, קיבל חשבון מבית-החולים שהסתכם בסך 250 אלף שקלים. הוא פנה לפזרני אך הלה סיפר לו בצער כי עסקיו אינם עולים יפה, יש לו הפסדים, ובנסיבות אלה אין לו אפשרות לעמוד בהטחתו ולשאת בהוצאות בית-החולים. הוא מוכן, עם זאת, לתת לתמימי סך 40 אלפי שקלים.

## מהן זכויותיו של תמימי?

### תשובה

יש כאן הבטחה: "אשלם לך הוצאות בית החולים". האם המציל נתן תמורה לניצול כנגד הבטחה זו? אם יש חובה לשלם מכוח החוק, ההסכם פחות מעניין, ממילא יש חובה מכוח החוק וההסכם לא יוסיף שום דבר רלוונטי. בואו נניח שאין חובה על פי חוק עשיית עושר לשלם והתביעה היא כולה מכוח החוזה, ההסכם.

מצד אחד, המציל לא נותן כעת כלום, הוא נתן קודם. לא נוצרת זיקה של סימולטניות בין מה שנתן המציל לבין התחייבות הניצול. קודם המציל נתן וכעת, הניצול מתחייב. הצלה היא תמורה. הנקודה היא חוסר סימולטניות. שייכת לכאן הסוגיה שנקראת "תמורה שבעבר".

האם תמורה שבעבר מהווה תמורה על פי חוק המתנה? למעשה זה מתקשר מידיית לסילוק חוב מוסרי. הרעיון אומר כך: מעשה ההצלה יצר חובה מוסרית של הניצול כלפי המציל. נניח לרע שאין תביעה. יש פה חוב מוסרי. כעת, כשהניצול מתחייב לשלם בגין הוצאות בית החולים, הרעיון הזה אומר, הניצול מקבל משהו. כנגד ההתחייבות שלו לשלם הוצאות בית החולים, מסולק החוב המוסרי של הניצול כלפי המציל.

**האם זה מספיק?** התשובה כנראה כן. אין פסיקה בעניין. יש היגיון רב מכל הבחינות לומר זאת, אך זה לא מובן מאליו. ניתן גם לומר אין סימולטניות - יש כאן 2 מתנות: מעשה ההצלה בזמנו וההבטחה לשלם בגין בית החולים. 2 מתנות = 2 עסקאות. זו אפשרות לא נכונה לפרופ' דויטש מבחינה חברתית וערכית. לדעתו יש כאן תמורה רגיל וחווה רגיל. מכאן, שהמבטיח לא יכול להתחרט. משמעות שנייה - דרישת הכתב, פה זה היה בע"פ. על כן, התשובה היא שלפנינו חווה רגיל ולא חווה מתנה.

### הקניית נכס

ס'1(א) לחוק המתנה: "מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה".

ס'1(ב) לחוק המתנה: "דבר-המתנה יכול שיהיה מקרקעין, מטלטלין או זכויות".

ס'1(ג) לחוק המתנה: "מתנה יכול שתהיה בויתורו של הנותן על זכות כלפי המקבל או במחילתו של הנותן על חיוב המקבל כלפיו".

### יש 2 בעיות בסיסיות:

1. למה רק הקניית נכס - זה תמוה. למה לא הקניית שירות? זה מאוד תמוה. מי שמתחייב לתת שירות במתנה, למשל: עו"ד מתחייב לתת שירות פרו בוו ללקוח במתנה. רופא מתחייב לטפל ללא תמורה וכד'. חוק המתנה לכאורה בחוץ. אם מבטיחים מחשב - חוק המתנה בפנים. חוק המתנה לא חל על נתינת שירות. במצב של שירות - חל חוק החוזים הרגיל. זה אבסורד - נותן השירות יימצא עצמו במצב בו הוא נותן שירות בחינם ולא יכול להשתחרר שכן אחרת יהא במצב של הפרת חוזה. זה בעייתי מאוד. לדעת פרופ' דויטש, חשוב שהקניית שירות תוגדר גם היא בחוק המתנה.

**שים לב: אין לפרש את ס'1(ב) כאילו "זכות" היא זכות לקבל שירות ללא תמורה - המחוקק לא התכוון לכך.** פרופ' דויטש אומר שזה מצב לא תקין שמקורו במשפט הקונטיננטלי שהוא כבר מיושן ואין לו תוקף כיום. צריך לשנות את זה.

2. למה כן הכוונה בביטוי "זכויות" בחוק המתנה? יש חווה שנולד ב 1.1 בין נושה לחייב. החווה יכול להיות מתנה או חווה רגיל. לנושה מגיע כסף מהחייב-אדם ב'. הנושה רוצה להעביר את הזכות שלו לכסף לאדם ג'. א' יכול לעשות עם ג' שני סוגי חוזים: הבטחת כסף במתנה (לא זכויות), או יכול א' להבטיח לג' משהו אחר - עסקה של המחאת זכויות (שייך לחוק המחאת חובים) - המחאת זכויות יכולה להיות בתמורה ויכולה להיות במתנה. המחאת זכויות במתנה זה ס'1(ג) לחוק המתנה. יש כאן זכויות חוזיות של א כנגד ב'. א' אומר לג' - "אני לא אחראי לשאלה אם ב' ישלם או לא ישלם, בו במקומי, קח את הזכאות, אם תהיה בעיה תתבע את ב'". במודל זה, א' לא מבטיח לג' כסף, הנכס נשוא המתנה הוא הקשר החווי - הזכות לתבוע את ב' להעביר כסף. יש חילופי זכאים. נניח ו-ב' לא ישלם במודל הביצוע. כעת, ג' יכול לתבוע את ב' אם ב' לא מקיים ההתחייבות. מצב כזה יכול להתקיים בעקבות חווה רגיל או חווה מתנה. ס'1(ג) לחוק המתנה מכיר בהמחאת זכות כמתנה.

ס'1(ג) לחוק המתנה - גם ויתור על מתנה הוא זכות חוזית - ל-א' יש זכות כלשהי מול ב' עקב חווה קודם. נניח זכות לקבל 1000 ₪. החווה נעשה ב 1.1. מגיע ב' ל-א' 1.2 ואומר לו "ויתור לי, אין לי איך לשלם". מה קורה אם א' מסכים לוותר - הסכם הויתור הוא הסכם מתנה. כלומר, ב-1.2 מה שיקרה הוא שנולדת זכאות נגדית של ב' - הוא מקבל מ-א' בחזרה את הזכות שנתן לו ביום חתימת החוזה-1.1. א' מקנה ל-ב' בחזרה את הזכאות שבי נתן לו ב-1.1. לכן, דיני ויתור הם בעצם דיני מתנות.

**נקודה מעניינת:** אם ויתור הוא מתנה, יש להחיל את חוק המתנה על כל גווניו. האם אפשר לחזור מהבטחת ויתור? עקרונית כן לפי ס'5 לחוק המתנה. השאלה היא מתי הויתור מושלם, מתי הוא הופך מהתחייבות למשהו מושלם? זה מה שייקבע כאן. **אם הויתור הוא מידי, אזי א' הקנה ל-ב' את הבעלות בחזרה לזכות באופן מידי, אם רק התחייב א' לוותר בעתיד, זו עדיין ברמה של התחייבות עדיין א' יכול להתחרט.**

ניקח מצב בו יש עסקה של דירה בין א ל-ב'. א' יכול להעביר לג' את הזכויות על הדירה באופן מידי-מדובר בזכויות חוזיות, לא על הבעלות בדירה. בעלות על זכות חוזית לקבל בעלות בטאבו מ-ב'. הזכות החוזית לקבל בעלות מ-ב' אפשר שא' יקנה אותו מידיית לג' ואפשר שלא - הוא יכול להגיד לו שיעשה זאת עוד חודש. אם כן, לגבי נכס הוא זכויות, בין בסיטואציה כזו ובין בעינינו ויתור, יש לאתר את רגע העברת הנכס, הזכות. כל עוד לא נתת בפועל - אפשרויות נסיגה מסוימות לאחר נתינה - אי אפשר להתחרט.

### סעיף 2 לחוק המתנה - מתנה לאלתר

ס'2 לחוק המתנה: "מתנה נגמרת בהקניית דבר-המתנה על-ידי הנותן למקבל תוך הסכמה ביניהם שהדבר ניתן במתנה".

**סעיף 2 לחוק המתנה הוא צרה צרורה.** הרעיון של מתנה לאלתר הוא רעיון שנשען על חשיבה של משפט קונטיננטלי. הוא אמר: בהרבה מצבים אין אדם נותן מתנה - הוא פשוט מביא אותה. הרבה מתנות הן ריאליות-ממשיות. אם כן, יש דבר כזה מתנה ריאלית. על זה מדבר סעיף 2. הוא מדבר על אותן מתנות שהן מתנות מבלי שיש חווה בין המבטיח למקבל. חווה מטבע הדברים צופה פני עתיד. כיוון שמתנה היא עניין חד צדדי, לא כמו מכר, אומר חוק המתנה בוא נכיר באפשרות שתהיה הקנייה בלי שיש הסכם בין הצדדים. דילגנו על השלב החוזי.

זו תפישה לא ריאלית בכל מקרה, כי אם ממשכים לקרוא הלאה כתוב "תוך הסכמה שהדבר ניתן במתנה" - האם זה לא חווה? ודאי שזה חווה! חווה בע"פ. פרופ' דויטש - זהו מקרה בו חווה המתנה מקוים באופן מידי. אם דרושה הסכמה והמחוקק לא מוכן לכפות על בני אדם קבלת מתנות - הרי שמדובר בחווה בהתנהגות, במחדל, בע"פ. עדיין יש הצעה וקיבול. שמתן ספר על השולחן = הצעה. אדם ב' לא התנגד לקבל את הספר = קיבול. **בעצם אומר פרופ' דויטש - יש להתעלם מסעיף 2, משום ההסבר לעיל.**





**דיני מתנה - המשך**

אדם מבטיח במתנה מכונית לאדם אחר והמכונית אובדת ל-א' לפני המסירה; היא נגנבת, היא נשרפת וכיוצא באלה. מה יקרה כעת? **סעיף 5 לחוק המתנה** מאפשר נסיגה רק לפעמים. **ניח ואין עילת חזרה - מה קורה אז?** השאלה שעולה על הפרק היא חשובה ואין לגביה דיון פסיקטי עדיין, טרם נטענו טענות. אין תפישה שלמה של מהות ההבטחה הזאת. מצד אחד יש התחייבות תקפה לכאורה. **השאלה שעולה על הפרק היא רמת האחריות. מהי רמת האחריות של מבטיח הבטחת מתנה?**

לשם כך, יש לחזור לכמה יסודות. מה האופי הכללי בדיני חוזים: אדם מתחייב לעשות משהו? מוכר דירה למשל - מה אופי האחריות שלו? קונה התחייב לשלם בעסקת מכר. הוא לא הצליח לעמוד בזה בשל סיבות שונות. האם הסיבות רלוונטיות או לא רלוונטיות?

**בסוגיית רמת האחריות יש לדבר על 3 רמות רלוונטיות במשפט האזרחי:**

- 1. אחריות מוחלטת** - לא חשוב מדוע לא עמדת בהתחייבות, מבחן התוצאה הוא הקובע. לא סיפקת תוצאה = האדם אחראי. האדם חייב לשלם פיצוי לצד שכנגד על פי כל דיני הפיצויים. למשל: אחריות מוחלטת מאפיינת תחום של דיני הפיצויים בגין תאונות דרכים. רמת אחריות עליונה = 100.
- 2. אחריות חמורה** - פחות מאחריות מוחלטת אבל יותר מאשר אחריות באשמה. רמת אחריות = 80 או 90. אחריות שמצד אחד לא די אם אדם לא אשם, אך מצד שני, יש מצבים בהם אדם כן פטור מנשיאה באחריות. יכול להיות שאדם יחשב אשם אם הוא לא מאוד השתדל. ייתכן ויהא פטור מאחריות אם נקט בזהירות רגילה. יש המון פריפריה לסוג אחריות זה. האחריות החוזית היא, ככלל, אחריות חמורה. ניח חוזה מכר רגיל, האחריות היא לא ממש מוחלטת. היא אחריות חמורה. זה אומר כי בדוגמא שניתנה קודם לכן, אם אדם לא מסוגל לתת את הדירה, המשפט לא לגמרי אדיש לסיבות מדוע לא, אולם ככלל זה לא משנה.
- הפער בין אחריות מוחלטת לאחריות חמורה בדיני החוזים הוא הפער של דיני סיכול חוזה. כאן קבור הכלב, ס' 18 לחוק החוזים-תרופות. בדיני החוזים יש מצבים שבהם אדם יכול להגיד "קרה משהו נורא בלתי צפוי לחלוטין". הדבר לא ניתן היה למניעה. זה בדיוק ס' 18 - דיני סיכול חוזה. זה אצל הדיוטות נקרא כוח עליון. שריפה, רעידת אדמה למשל. אם רעידת אדמה מהווה סיכול חוזה, החייב לא חייב למסור את הדירה. זה בדיוק ההבדל בין 80 ל-90. זה תלוי מה האירוע שקרה ובאיזה גדר מקרים הוא נכנס. בפועל, הפסיקה הקיימת מאוד מצמצמת את דיני סיכול החוזה. לא נותנים כמעט מקום לדינים אלה. הטענה של סיכול חוזה כמעט תמיד נדחית בפסיקה. סיכום ההבדל בין אחריות מוחלטת לאחריות חמורה הוא דיני סיכול החוזה. **פרופ' דויטש** - אין אצלנו כמעט היום דיני סיכול חוזה. אנו נמצאים ברמת אחריות של 95 אחוז. **פרופ' דויטש** חולק על כך וטוען שיש להוריד מעט את רמת האחריות.
- 3. אחריות באשמה** - קיימת אפשרות שהאחריות תוטל רק אם הייתה אשמה מצד החייב. כלומר, הוא יחוב בפיצוי ונסקציות אחריות רק אם הוא אשם במה שקרה. אין אשמה = אין אחריות. דוגמא: דיני הניקיון באופן כללי. בהיעדר דין מיוחד בהקשר כלשהו, כשאדם פוגע באדם אחר, האחריות שלו תלויה רשלנות. הביטוי אשם הוא רחב ומושגי. ניתן להיות אשם בכל מיני דרכים. רמת אחריות = 50.

**חזרו לדיני המתנה.** השאלה אם אותה תפישת עולם צריכה להתקיים גם בהבטחת מתנה. יש בסיס לחשוב כי קיימת הצדקה להוריד את רמת האחריות בדיני המתנה מאחריות חמורה לאחריות באשמה בלבד. לפיכך, בדוגמא הראשונה, אם אין אשמה אין מקום לתבוע את מבטיח המתנה. **פרופ' דויטש** - טוען כי אכן צריך להוריד את רמת האחריות לאחריות באשמה בלבד. הדבר לא קבוע בשום חוק, יש בקודקס הצעה לקבוע את רמת האחריות הזו. אגב - אין בשום חוק קביעה של רמת אחריות, זה דבר שנקבע בפסיקה כפרשנות.

יש לחשוב מצד שני גם על דיני עשיית עושר ולא במשפט. **דוגמא:** למבטיח המתנה יש תביעה נגד חברת הביטוח בגין גניבת האוטו. **למי מגיע הכסף מחברת הביטוח?** לזה שהובטחה לו המתנה. המבטיח לא יכול אמנם לתת לנבטח מכונית, אבל אם חלף המכונית מגיע למבטיח משהו מחברת הביטוח, אם הוא ייקח את זה לכיסו ולא יעביר לנבטח, הוא יתעשר על חשבון הנבטח, זו עשיית עושר ולא במשפט. המכונית מגיעה לנבטח. אלמלא האירוע, המכונית הייתה מגיעה לנבטח. על כך, הכסף של הביטוח מגיע לנבטח. לשים לב שלא מדובר בכסף פרטי של המבטיח, אלא בכסף מטעם חברת הביטוח. הדבר הזה לא נפסק - זו דעתו של **פרופ' דויטש**.

**הבדלים בין דיני מתנה לדיני חוזים רגילים (הבדלים שלא מופיעים בחוק)**

- 1. לעובר שמדובר בהבטחת מתנה יכולה להיות השלכה גם על תרופות.** שאלה כללית של דיני מתנה היא האם ניתן לקבל אכיפה של הבטחת מתנה - **ס' 3 חוק החוזים תרופות?** המבטיח הבטיח דירה במתנה. כעת, המבטיח מתחרט. האם לנבטח מגיע רק פיצוי מלא, או שמא מגיע לו סעד האכיפה? הכל בהנחה שאין למבטיח יכולת נסיגה. בהקשר זה אנו מדברים על יישום של סייג הצדק בדיני האכיפה של חוזים - ס' 3 חוק החוזים תרופות. לא כל חוזה הוא בר אכיפה. ניח וישנה הפרה של חוזה המתנה. אם החוזה הופר מגיעים לדיני תרופות.
- פרופ' דויטש** - לא כל הפרה מאפשרת אכיפה. לבית המשפט שיקול דעת מסוים. נכון שהכלל הוא שיש אכיפה והסייג הוא שאין, ועדיין יש לבית המשפט שיקול דעת. בדין הישראלי הגישה העקרונית היא שישנה אכיפה. כשמדובר בהבטחת מתנה, יש להניח שבית המשפט ייקח בחשבון שמדובר בהבטחת מתנה כשהוא שוקל אם לתת אכיפה. אם יש אותן נסיבות בדיוק בחוזה מכר ובחוזה מתנה - ייתכן מאוד שתהיה אכיפה אם מדובר בחוזה מכר ולא תהיה אכיפה אם מדובר בחוזה מתנה. למה? כי המבטיח לא קיבל כל תמורה. העבירה החברתית בהפרת ההבטחה היא שונה.
- 2. עניין נוסף שכן נקבע בפסיקה הוא בענייני צדדים שלישיים.** זה קשור ל-**ס' 9 לחוק המקרקעין = עסקאות נוגדות.** מי יזכה בתמורה? את דין זה משלים עוד הסדר שבא לידי ביטוי **בפס"ד בנק אוצר החייל נ' אהרונוב.** הוא נוגע לעניין הבא: ניקח תחילה מכר: א' מוכר דירה ל-ב'. ל-ב' יש כעת חוזה. אם ב' רשם הערת אזהרה, הכל פשוט. ניח והוא לא רשם דבר, יש לו רק חוזה. מבחינת העולם, א' רשום כבעלים עדיין. מגיע ג' ש-א' חייב לו כסף. ג' הוא נושה של א'. א' לא משלם ל-ג'. ג' רוצה בהליכים משפטיים לקבל את מה שמגיע לו. ג' גיש תביעה נגד א' ויבקש לעקל נכסים של א', להקפיא אותם ולהביא למכירתם, כדי שמדמי המכירה הוא יקבל מה שמגיע לו. **שים לב - ס' 9 לחוק המקרקעין** עוסק במצב בו ג' קנה זכויות בנכס, **בפס"ד אוצר החייל נ' אהרונוב** עסקו במצב בו ג' עיקל נכס ולא רכש בו זכויות.

**מה יקרה לדירה?** כזכור, ב' רכש אותה מ-א'. מבחינה פורמלית ג' צודק - הדירה בבעלותו של א'. אבל מה עם ב' ב' קנה. שיטת המשפט צריכה לעסוק בדילמה זו. מה קורה בין ב' ל-ג'? באותו פס"ד מאוד יסודי, חיוק בית המשפט את מעמד הזכות החוזית של ב' ונתן לה הגנה כלפי חוץ. ב' קיבל הגנה כלפי ג'. **התשובה: ב' זוכה את ג'.** למרות של ב' יש רק זכות חוזית, הדירה היא כבר כמו שלו, של ב'. הרישום של הדירה הוא כקליפה ריקה של א'. זו בעלות פורמלית.

**כעת, ניקח את אותו מצב בדיוק כאשר יש ל-א' חוזה מתנה עם ב'.** א' לא מכר ל-ב', רק התחייב לתת לו במתנה. האם גם במצב זה נוצר ש-ב' יוכל לדחוק את ג'? **התשובה הפסיקתית למצב זה היא לא, זה לא אותו דבר.** מעמדו של ב' אם הוא מקבל הבטחת מתנה, הוא מעמד חלש. הוא לא מצליח לדחוק את ג' החוזה, אלא בקבוצה מוגבלת של מצבים. בין היתר, חלק גדול ממה שעומד ברקע הוא עסקאות פיקטיביות, או עסקאות שנועדו להרוויח נכסים לפני פשיטת רגל. אין הגנה מוחלטת, זה תלוי בשיקול דעת השופטים. מצב בו תיתן הגנה ל-ב' הוא מצב בו ב' שינה את מצבו על יסוד ההבטחה. במשפט רואים מצב בו כאשר ב' שינה את מצבו, הוא כאילו נתן תמורה, ההסתמכות היא כמעין תמורה.

- הערה:** ברור שבמסגרת פרשנות חוזים, יהיה משקל כי מדובר בחוזה מתנה, בעיקר כאשר בודקים תכליות אובייקטיביות. איך יפורש חוזה מתנה? יש להעניק עדיפות מסויימת לכוונותיו של המבטיח על כוונותיו של הנבטח.

**קיימים 3 הבדלים יסודיים בין חוזה מתנה לחוזה רגיל (הבדלים שכן מופיעים בחוק המתנה)**

- 1. התחייבות לתת מתנה דורשת מסמך בכתב - מדוע?** הדרישה **בס" 5** יש להבינה על רקע כללי יותר של למה בכל זאת דרושים לעיתים מסמך בכתב. זה מתחבר מיידית לס' 8 לחוק המקרקעין. ההשוואה מתבקשת ונעשית בפסיקה לא פעם. יש שני מקרים בולטים שבהם החוק אומר אין כאן התחייבות, אלא אם כן יש מסמך בכתב - ס' 8 לחמ"ק וס' 8 לחוק המתנה. **הדרישה לכתב תיתכנה מפאת שתי אפשרויות:**

- **דרישה קונסטיטוטיובת** - הדין מתכוון לכך שהוא דורש מסמך שיוצר את ההתחייבות. היצירה לא יכולה להיות בע"פ. היצירה עצמה חייבת להיות בכתב. עקרונית צריך להיות מסמך שאומר "בזאת אני מתחייב". אין לשון חגיגית כלשהי, אבל המהות צריכה להיות מסמך שבו עצמו צומחת ההתחייבות.

○ **דרישה ראייתית** - הביאו לי עדות בכתב שהייתה עסקה, התחייבות. זה יכול להיות בדיעבד להתחייבות. למשל: קבלה, הוכחת תשלום כלשהי. זה רק מעיד על קיומה של התחייבות.

לרוב כשדורשים מסמך בכתב מדובר בדרישה ראייתית בלבד. שני המקרים של דרישה קונסטרוטיבית הם הסעיפים הני"ל. ההתחייבות נוצרת בכתב. האמת היא שבשני המקרים הללו, הפסיקה זוחלת לכיוון הראייתית. הבעיה בדרישות קונסטרוטיביות היא שחוש הצדק מוצא עצמו פגוע לא פעם. למשל בדוגמה הקודמת: בא מישהו כי התחייב, אך אומרים זה היה בעי"פ, וזה לא תופס. לכן התפתחו סייגים וגישה נורא מקלה על מהו אותו מסמך בכתב הדרוש על מנת לקיים את דרישת הכתב. בתחום המתנה יש עניין השונה **מס' 8 לחמ"ק**. בסעיף 8 דורשים מסמך בכתב על מנת להוכיח רצינות. עסקת מכר מקרקעין היא עסקה אולי החשובה ביותר. לכן לא רוצים ספקות באשר לסוגיה זו. החשיבות מכתובה דרישה זו.

**בענייני מתנה זה קצת שונה. מתנה יכולה להיות בעניינים שוליים. מה קורה אם מתחייבים לתת במתנה טוש? תשובה:** הפער בין הבטחות גינטלמניות להבטחות משפטיות - מתנות חשודות בגינטלמניות. מכאן הרעיון של דרישת הכתב. אם זה משפטי, אז יש להניח שזה צריך להיעשות בכתב. לא עושים התחייבות כזו בכתב אלא אם הכוונה היא להתחייבות משפטית. זה מעמיד דילמה בפני נבטחים - האם לבקש את ההבטחה בכתב? זה בדיוק העניין - מדובר בדבר גינטלמני.

2. **זקת קיבול** - ההנחה היא שכל אחד שמח לקבל מתנה, גם אם הוא לא אומר כלום. זה בניגוד לחוזה מכר בו צריך לבצע קיבול אקטיבי. ככלל, אין קיבול בשתיקה בדיני חוזים. צריך משהו פוזיטיבי. בדיני מתנה, עמדת המוצא היא כי בני אדם אוהבים מתנות. זה קשור ומקביל להצעה מזכה בחוק החוזים חלק כללי. מתנה היא, לרוב, הצעה מזכה. ועדיין, לא ניתן לכפות על אדם לקבל מתנה. אדם יכול לומר באופן חד משמעי - לא רוצה את המתנה. למשל: אם אדם רוצה לוותר לי על חוב, אני רשאי לומר לו - לא רוצה שתוותר לי על החוב. זה עניין של אוטונומיה אישית. לכן הפכו את הנטל. **לא כופים מתנות.** אם חלף הזמן הסביר לדחות את המתנה, לא יוכל אדם לוותר על הזכות לקבל מתנה, אלא בהסכמת מבטיח המתנה. אם אדם אמר כן, האם הוא חייב לקחת? יש חובת קבלה? אם אדם מסרב לקחת מתנה האם הוא מפר את חוזה המתנה? שאלה מעניינת. **פרופ' דויטש** - לכאורה כן, אך יש לתת על שאלה זו.

3. **עילות חזרה מהבטחה למתנה** - זהו ההבדל המרכזי. זה עוסק כמובן בס' 5 לחוק המתנה. כשיש עילת נסיגה, צריך להיות ברור - הנסיגה היא כדין. החזרה מהבטחה היא כדין. המבטיח איננו חב דבר וחצי דבר לבטל. דוגמה: בן זוג נותן מתנה לבן זוג, מתוך ציפייה לכהן שכן הזוג המקבל ינשא לו בהמשך. בן הזוג האחר לא מסכים להינשא - מה באשר למתנות?

**תשובה:** נניח כי מדובר בחוזה מתנה. עמדת המוצא - סעיף 5 מאפשר חזרה מהתחייבות, הוא לא מאפשר חזרה ממתנה שהושלמה. **לסעיף 5** יש חיות רק עד רגע מסוים. רק עד רגע של הקניית הבעלות לנבטח. הבעלות עברה - סעיף 5 סיים את תפקידו. אין אפשרות חזרה לפי סעיף 5. סעיף 5 מדבר על חזרה מהתחייבות ולא חזרה מהקנייה. יש לאתר את הרגע הנכון בו מתקיימת הקנייה. מרגע זה, סעיף 5 בחוץ. אמנם אחרי ההקניה, עילות כלליות יכולות להיות רלוונטיות - דיני טעות הטעייה למשל. יש להראות שביום נתינת ההתחייבות הייתה טעות באותו הרגע, הייתה הטעייה באותו רגע. למשל: מקבל ההתחייבות לא התכוון לרגע להינשא למבטיח.

**אפשרות מסוימת שניתן לטעון כמבטיח היא שהחזרה הוא על תנאי.** התנאי היה שכן הזוג ינשא. אמנם לא הייתה התחייבות נגדית, אבל המתנה הייתה מותנית. מתנה בהחלט יכולה להיות על תנאי - ס' 4 לחוק המתנה. התנאי יכול להיות מכל מיני סוגים. אם מדובר במתנה על תנאי, ניתן לבטל את המתנה גם אחרי שהיא הוקנתה בפועל. זה כבר לא שייך לס' 5 חוק המתנה, אלא שייך לדינים הכלליים של דיני החוזים. יש להבין ולנתח האם מדובר בחוזה על תנאי או לא. חוזה מתנה על תנאי מסוג זה הוא בעייתי. הסיבה היא שיש חוסר יציבות וחוסר וודאות. כמעט כל מתנה מוקנית "בחצ"י על תנאי. תמיד ניתנת מתנה מתוך ציפייה שמקבל המתנה לא יתייחס רע אל נותן המתנה, שהקשר הטוב ימשך. לכן, הנטייה הטבעית, היא לא להתייחס לחוזים אלה כחוזי מתנה על תנאי.

חשוב מאוד לאתר את רגע העברת הבעלות. לא רגע מסירת ההחזקה קובע. יש הבדל בין שני אלה. **הרגע שבו סעיף 5 אובד למבטיח, הוא הרגע שבו הוא מעביר בעלות, לא לפני כן. אם הוא מעביר רק את החזקה, הוא עדיין יכול להתחרט מכוח ס' 5.**

**בענייני מיטלטלין,** מכוח הוראה בחוק המכר המושלכת גם על מתנה רגע העברת החזקה זה גם רגע העברת הבעלות. ככלל, הבעלות עוברת ברגע מסירת החזקה בכס. למשל: העברת המפתחות.

**בענייני מקרקעין המצב שונה לגמרי - יש טאבו, לשכת רישום המקרקעין.** בעלות במקרקעין עוברת רק עם הרישום בטאבו. זה הרגע הקובע להעברת בעלות. בחוק המתנה יש ס' 6 - הבעלות עוברת במסירת הדבר לידו של הנבטח. במיטלטלין זה פשוט. במקרקעין זה שוב בעיה - חופש הנסיגה הוא רחב יותר. הרגע הקובע יגיע רק בהמשך - אדם יעביר מפתחות, אך הליך העברת הבעלות בטאבו יכול לקחת זמן, אפילו שנים. יש עניין גם של דרישות מס. לכן, זמן ההעברה רב יותר ויכולת הנסיגה רבה הרבה יותר. לכן, חשוב להגדיר מה מקבלים במתנה. **דוגמא:** א' בעלים רשום של דירה. ב' יש לו זכות חוזית מכוח עסקה כלשהי. בין א' ל-ב' יש חוזה, לאו דווקא בהכרח מתנה. ב' רוצה לתת ג' במתנה את הדירה. **השאלה מה זו הדירה? מה הוא נותן ל-ג' בדיוק? 2 אפשרויות:**

א. ב' ייתן ל-ג' את הזכות החוזית שלו כלפי א'. בחוזה מתנה זה מה ש-ב' מתחייב לתת ל-ג'. הוא מכניס את ג' במקומו בקשר עם א'. זו המחאת חיוב במתנה. נקודת המוצא כמובן שחווה המכר בין אל-ב' כבר נכרת.

ב. ייתכן שהוא מתחייב לתת ל-ג' את הדירה עצמה (בבוא היום). זה משהו אחר לגמרי. בעסקה הקודמת מדובר בזכויות חוזיות. בעסקה זו מדובר על מתן זכות במקרקעין עצמם.

ג. **קיימת עוד אפשרות-חלקית,** בה גם כאשר מדובר בהעברת זכות המקרקעין במתנה, ג' יבטיח את קבלת המתנה. איד? ב' יבטיח לו הבטחה בלתי חוזרת. לדבר יש תוקף לגבי העילות **(בס' 5) לחוק המתנה לא לגבי העילות בס' 5(ג)**. לכן זה פתרון חלקי.

**הגדרה נכונה של אובייקט המתנה היא קריטית לשאלת מועד החזרה האפשרי של מבטיח המתנה.** רגע העברת הבעלות, כשמדובר על לתת את הדירה עצמה, יכול לקחת שנים עד להעברת הדירה בטאבו. במקרה זה יכולת הנבטח להבטיח את המתנה היא רק כשיחיה רישום בטאבו. במקרה זה הנבטח מצוי בסיכון ארוך טווח. עקרונות, ס' 5 לחוק המתנה עדיין עומד לזכותו של ב' - מבטיח המתנה.

**לעומת זאת,** אם מדובר בהתחייבות ב' לתת במתנה ל-ג' את הזכויות החוזיות - ניתן לעשות זאת מיד. לא מדובר בכס מופשט. זה משהו שניתן לסכם באופן מידי. במצב זה, אובדן זכות החזרה של ב' תהיה מיידית. ברגע העברת הזכויות, ב' איבד את יכולת החזרה. לכן, ג' יעדיף באופן מובהק המחאת חיוב במתנה. **פרופ' דויטש** - המון אנשים לא מודעים למודל הזה, לא מודעים לטעות שהם עושים כמקבלי מתנות. הם מעדיפים רישום עתידי בטאבו וזו טעות.

### **ישנן 3 עילות חזרה, כל אחת מהן עצמאית. די באחת מהן על מנת שניתן יהא לסגת:**

א. **אי שינוי מצב של המקבל - העילה הרחבה ביותר - ס' 5(ב) לחוק המתנה.** מדובר על אי שינוי מצב כתוצאה מהתחייבות. זו העילה המרכזית. שינוי המצב צריך להיות משמעותי, מהותי. לא כל שינוי כזה מספיק לנבטח על מנת להגן עליו. צריכה להיות פרופורציה מינימלית כלשהי. ס' 5(ב) אינו סעיף כה מתוחכם - הוא בינארי. היה שינוי מצב מהותי = אין נסיגה לפי ס' 5(ב). לא היה שינוי מצב מהותי = יש נסיגה. ומה קורה אם לא היה שינוי מהותי? האם יש לשלם לנבטח את הכספים המעטים שהוציא כתוצאה מהסתמכות? ס' 5(ב) לא מדבר על זה, הוא לא מספיק מתוחכם. אין עוגן לקבל השפוי בגין העניין. **פרופ' דויטש** - צריך לחפש עוגן וניתן למצוא עוגן - חוסר תום לב מבלי לשפות בגין הכספים שהוציא הנבטח משום הבטחת המתנה. טרם התקבל בפסיקה. על ס' 5(ב) ניתן להתנות - המבטיח יכול לומר לנבטח, אני לא מתחרט ולא משנה מה. כלומר, יכולה להיות מתנה בלתי חוזרת.

ב. **התנהגות מחפירה של מקבל המתנה** - זה לא משנה אם הנבטח הסתמך על המתנה או לא. ההתנהגות צריכה להיות מחפירה במיוחד. זה מושג חמור. זו עילה קוגנטית. לא ניתן לומר לנבטח "גם אם תתנהג מחפירה" תקבל את המתנה. ההנחה היא שמבטיח לא במאת מתכוון לדבר כזה. **פרופ' דויטש**: לא בטוח שעמדה זו נכונה או ראויה, אך זו העמדה.

ג. **הרעה ניכרת במצבו הכלכלי של נותן המתנה** - זה לא משהו שיש לשיטה לנבטח. הרעה ניכרת זה מאוד משמעותי וזה חייב להיות עם זיקה פרופורציונלית להבטחת המתנה. זו עילה קוגנטית.

### **סעיף 4 לחוק המתנה**

מתנה יכולה להיות מותנית. כל עוד התנאי הוא חיצוני אין בעיה מיוחדת (למשל: שירד גשם). **כשהתנאי הוא תנאי שנוגע למשהו שיעשה המקבל זה בעייתי - כי אז תוהים האם מה שיעשה המקבל הוא לא סוג של תמורה למבטיח.** נניח ואדם נותן מתנה ומתנה אותה שכל שבוע מקבל המתנה יבוא ויתקן את הצנרת בדירה - זו

תמורה או לא ? במתנה כזו, האם בעצם אין תמורה מצד המקבל? אולי בעצם כן.

**מצב אחר שהסעיף מדבר עליו הוא הטלת חיוב על המקבל.** החוק אומר "זה יכולה להיות מתנה גם אם המבטיח מטיל חיוב על הנבטח. איך זה?

למשל: מישוהו מתחייב לתת מכונית, אך אומר לנבטח שהוא חייב לבוא אליו כל שבוע לתקן - זו תמורה נקודה, זה לא נוגע למכונית עצמה. **לעומת זאת**, אם אני אומר לנבטח "עליך לדאוג לתחזוקת המכונית כל שבוע" זה בסדר, זו עדיין מתנה. זו מתנה עם חיוב מסוים. חיוב לעשות משהו עם דבר המתנה עצמו. **בפס"ד ברוקוביץ** נעשתה אבחנה בין מצבים של על תנאי למצבים של חיוב. מדובר בהבחנה בעייתית מאוד. נקבע בפס"ד זה כי התשובה נוגעת לשאלת ההשבה. מה קורה כשהמקבל אינו עומד בחיוב לגבי דירה שקיבל? **בפס"ד ברוקוביץ** החיוב היה: אדם מחייב את מקבל המתנה לתת לו לגור בדירה עד למותו. אי נותן במתנה דירה ל-ב'. ב' חייב לתת ל-א' לגור בה עד מותו. **לעומת זאת**, אי נותן במתנה דירה ל-ב'. התנאי הוא ש-ב' ייתן ל-א' לגור בדירה עד מותו. יש הבדל בין המקרים הנ"ל.

כשמדובר על תנאי זה אומר שאני לא מחייב את האחר. זה רק אם. מה קורה אם מקבל המתנה ללא ממלא אחר התנאי? האם נותן המתנה יכול לתבוע אותו? לא, כי זה רק תנאי. יש למקבל מעין אופציה למתנה - רוצה את המתנה, בוא תעשה משהו, זה התנאי. לא תעשה - לא אוכל לתבוע אותך על אי קיום התנאי, אך אתה לא תקבל את המתנה. לתנאי זה קוראים נטל. יש נטל על המקבל, אך לא חיוב. אין סנקציות אם הוא לא עומד בזה. הוא רק מאבד את ההטאה שהבטחתי לו.

**כשמדובר על חיוב שיש על המקבל**, אז בחיוב כמו בחיוב - אם מקבל המתנה לא יטפל במכונית, יש לנותן המתנה עילת תביעה לפיצויים כנגד מקבל המתנה. אפשר לאכוף על מקבל המתנה לטפל במכונית. כשהמבנה הוא נטל אין תביעה כזו כנגד מקבל המתנה. **בפס"ד ברוקוביץ** נקבע כי אם מדובר במתנה על תנאי והמקבל לא עומד בתנאי המתנה חוזרת לנותן המתנה. אם מדובר במתנה בחיוב - אין השבה. יש פיצויים, יש אכיפה אך אין השבה. האכיפה היא בכפוף לדיני ההתיישנות - 7 שנים בעיקרון. **פרופ' דויטש** מסיים האמנם אין השבה? **פרופ' דויטש משאיר את זה לשיעור הבא.**

## האבחנה נלקחה מפס"ד תכלת

1. יש להבחין בין "חוזה אופציה" לבין "חוזה חלופין". **חוזה אופציה** הוא חוזה בעל יכולת בחירה דו כיוונית - הבחירה בין התקשרות לבין אי התקשרות בעסקה העיקרית נושא האופציה. למעשה, חוזה האופציה, או סעיף האופציה שבחוזה, הוא **מעין חוזה משני הנספח לחוזה** נוסף ועיקרי, אשר משתכלל אם, ורק אם, האופציה ממומשת.
2. **במקרה דנן, לא מדובר בחוזה אופציה. למה?** האופציה שעמדה בפני המערערת אינה אופציה משפטית כפי שהוסברה לעיל. המערערת לא יכולה הייתה לבחור אם להתקשר או לא להתקשר בחוזה. הייתה לה האפשרות לבחור בין להשיב את הכספים שניתנו לה בצירוף ריבית על דרך של החזר הלוואה או, לחלופין, להעניק בתמורה זכויות בעלות בחלקות קרקע מסוימות ולהעבירן בדין על שם המשקיעים. כלומר, אין המדובר בבחירה בין קיום מחד לבין אי קיום מאידך, אלא בבחירה בין שתי דרכי קיום אלטרנטיביות.
3. לאופציה הזו, שניתנה למערערת, קוראים "חוזה חלופין". לא הייתה לה זכות בחירה לא לקיים העסקה כלל.
4. נכון שבמקרה דנן חלופה א' (החזרת הלוואה) נחסמה בפני המערערת, אבל כך אין בכדי לבטל את החוזה. **במצב של חוזה חלופין, בו אחת מאפשרויות הבחירה יורדת, הופך החוזה לחוזה רגיל ומחייב לכל דבר ועניין.**

# פרשנות החוזה

יום ראשון 29 דצמבר 2013  
22:00



**השופט ברק :**

1. **חזקה מתפרש על-פי אומד דעתם של הצדדים.** אומד דעת זה הוא המטרות, היעדים, האינטרסים והתכנית אשר הצדדים ביקשו **במשותף** להגשים. על אומד הדעת למד הפרשן מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו כגון מהלך המשא והמתן בין הצדדים והתנהגותם לאחר כריתת החוזה, חוזים אחרים הקיימים ביניהם, הנהוג המסחרי הידוע להם או שיש להניח שהם ידעו עליו ממקורות אחרים שיש בהם כדי להצביע על תכלית החוזה ומטרותיו. **שני המקורות – לשון החוזה והנסיבות החיצוניות לו – הם "קבילים".** בעזרתם מגבש הפרשן את אומד דעתם המשותף של הצדדים (311 ז, 312 א-ב).
2. המעבר מהמקור הפנימי (לשון החוזה) למקור החיצוני (הנסיבות החיצוניות) אינו מותנה במילוי תנאים מוקדמים כלשהם. לא נדרשת כל בחינה מוקדמת, אם לשון החוזה היא ברורה אם לאו. שאלה זו תתבהר רק בסיומו של ההליך הפרשני. לאחר שהפרשן גיבש את אומד דעתם (המשותף) של הצדדים, הוא בוחן אם אומד דעת זה "משתמע" – כלומר, יש לו עיגון – מתוך החוזה. אם התשובה היא בחיוב, יורש החוזה על-פי אומד דעת זה, שבגיבושו שימשו בערבוביה נתונים הבאים מהחוזה ומחוצה לו (311 ז – 312 א, ב-ג).
3. הביטויים "אומד דעת" הצדדים ו"תכלית" החוזה משמשים בפסיקה בערבוביה. המושג "תכלית" הוא מושג **נורמטיבי**. הוא מתייחס לקונסטרוקציה משפטית הכוללת בחובה תכלית סובייקטיבית ותכלית אובייקטיבית (312 ג, ה).
4. התכלית הסובייקטיבית היא אומד דעתם של הצדדים – המטרות, האינטרסים והתכליות שהצדדים גמרו בלבם ונתנו לכך ביטוי חיצוני בהתנהגותם (בית המשפט יפנה אל נתונים אמיינים שקיבלו גילוי חיוני בכתב, בעל-פה או בכל התנהגות אחרת **להבדיל מצפונות בטן ורחשי לב**). באומד דעת זה עוסק סעיף 25(א) לחוק החוזים (חלק כללי). עם זאת, אין להגביל את פירושו של החוזה אך לאמת המידה של אומד דעת הצדדים. סעיף 25 לחוק אינו מהווה רשימה סגורה של כללים לפרשנות חוזה. רוב רובם של כללי הפרשנות בחוזים הם הילכתיים, ומצויים מחוץ למסגרתו של הסעיף האמור (312 ה-ו).
5. **אומד הדעת הרלוואנטי אינו אומד הדעת הסובייקטיבי של אחד הצדדים, אלא אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף לשניהם או לפחות כוונה (סובייקטיבית) של אחד הצדדים, אשר הצד השני מודע לה ויודע כי היא הבסיס להבנת החוזה על-ידי הצד האחר (312 ז-ו).**
6. מקום שאומד הדעת הסובייקטיבי של אחד הצדדים שונה מזה של הצד השני, אין כל אפשרות לגבש אומד דעת סובייקטיבי משותף, והחוזה יפורש על-פי תכליתו **האובייקטיבית**, דהיינו – המטרות, האינטרסים והתכליות שחזה מסוג זה או מטיפוס החוזה שנכרת נועד להגשים. **התכלית האובייקטיבית מוסקת מתוך אופייה ומהותה של העיסקה שנקשרה בין הצדדים.** היא למדת מסוג ההסכם, נגזרת מהגיגו ומוסקת מלשונו. היא נקבעת על-פי מבחן אובייקטיבי המושפע מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא ונגזרת משיקולים של היגיון ומשיקולי יעילות עסקית ושיקולי שכל ישר של אנשי עסקים סבירים והוגנים (313 א-ו).
7. **בהתנגשות בין התכלית הסובייקטיבית לבין התכלית האובייקטיבית, יד התכלית הסובייקטיבית על העליונה.** זהו המסר המרכזי העולה מהוראת סעיף 25 לחוק החוזים (חלק כללי). בגדרי התכלית הסובייקטיבית, נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה, על פני אומד הדעת העולה מלשונו החריגה או מהנסיבות החיצוניות. חזקה היא כי תכלית החוזה תוגשם, אם תינתן ללשון החוזה המשמעות הרגילה, הנודעת לו בלשון שקטו הצדדים. הנטל מוטל על הצד הטוען למשמעות מיוחדת (313 ז – 314 א).
8. **בסתירה בין אומד דעתם המשתמע מתוך החוזה לבין אומד דעתם הנלמד מתוך הנסיבות – יד הראשון על העליונה.**
9. בפרשנות חוזה, כבפרשנות כל מסמך אחר ואף בפרשנות דבר חקיקה, צריכה לשון הטקסט להתפרש על-פי תכליתו. **אסור ללשון הטקסט להיות אמת מידה מרכזית בפירושו של טקסט משפטי.** לשון מתבהרת רק על רקע הקשרה, וכלל פרשנות המגביל את הקשר לטקסט בלבד הוא מטבעו שרירותי ואינטואיטיבי (299 ג-ד, 301 ה-ו). פעילות שיפוטית זו היא "צרה", שכן אין היא מוסיפה ללשון הטקסט או גורעת ממנו. כל כוחה הוא במתן מובן לטקסט נתון (316 ו- 317 א). המשמעות המשפטית של הלשון, אשר נועדה להגשים את תכליתה של הנורמה המשפטית הנגזרת מתוך הלשון, חייבת להתיישב עם אחת המשמעויות הלשוניות של הטקסט. **אין הפרשן רשאי לתת ללשון החוזה משמעות שהיא אינה יכולה לשאת בלשון העברית (318 א-ו).**
10. **אולם במצבים מיוחדים מסוימים מכירה שיטת המשפט בכוחו של השופט לתקן כאמור את הטקסט המשפטי.** כך למשל רשאי שופט לתקן טעות שנפלה בצוואה (סעיף 30(ב) לחוק הירושה) או בחוזה (סעיף 16 לחוק החוזים (חלק כללי)), או טעות לשונית בנוסח החוק (סעיף 10א לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תשי"ח-1948). השופט גם רשאי להוסיף ללשון הטקסט או לגרוע ממנו כדי למנוע אבסורד או הכשלת התכלית המונחת ביסוד הטקסט. זוהי פרשנות במובן הרחב. במקרים אלה המילים אינן מגבילות את הפרשנות (317 ג-ה, 320 א). במקרים אלה מותר לטעות מלשונו של החוזה אם פרשנותו על לשונו תביא לתוצאה אבסורדית, הלוכה בחוסר עקביות או חוסר נוחות. השימוש בסמכות זו ראוי לו שיעשה **בזהירות מרבית ובמקרים קיצוניים, שכן בית המשפט אינו רשאי לכתוב חוזים בעבור הצדדים, ויש לכבד את דרישות הצורה ואת כללי הראיות בעניין סתירת הכתב (320 ו – 322 א).**
11. השלב הראשון (גזירת אומד דעת מתוך הלשון הברורה) עשוי להיות נקודת מוצא של ההליך הפרשני. **אסור לו שיהא גם נקודת סיום.** הפרשן צריך לעבור לשלב השני (גזירת אומד דעת מתוך נסיבות חיצוניות) ולחזור לשלב הראשון וממנו לשני, הלך וחזור, ללא כל מגבלות של "לשון ברורה" או "לשון עמומה", עד שתתנו דעתו כי עלה בידו לגבש את אומד דעתם של הצדדים לחוזה. עם "נתון" חיוני זה ייגש לשליפת המשמעות המשפטית ממיגוון המשמעויות הלשוניות של הטקסט. רק אז תתנו דעתו, כי לשון החוזה היא ברורה (299 ז – 300 א).
12. דיני החוזים מבוססים על האוטונומיה של הרצון הפרטי. אוטונומיה זו אינה רצונו הכמוס של הפרט. זהו רצונו (הסובייקטיבי) המוצא ביטוי חיצוני. ביסוד החוזה עומד "אומד דעתם" הסובייקטיבי המשותף של שני הצדדים. רק בהיעדרו נבחן החוזה על-פי אמות מידה אובייקטיביות. התורה האובייקטיבית מבקשת להגן על אינטרס ההסתמכות (302 ב-ד).
13. בפרשנות חוזה יש לחקור אחר הכוונה האמיתית והמשותפת של הצדדים בלא להיות מוגבלים לביטויים או לכינויים שהם השתמשו בהם. **בעימות בין לשון החוזה לבין כוונת עושי – יד האחרונה על העליונה.** [נובע מצירוף ס' 8 ו-13 ש- כוונת הצדדים <לשון החוזה> הנסיבות] המגמה הפרשנית הנאותה היא להתייך מוסרותיהן של המילים הכתובות ולהגיע לחקר הכוונה האמיתית. לפיכך, ייתכנו מקרים שבהם הגבר הפרשנות התכליתית של החוזה על פני פרשנותו המילולית, והוא כאשר הקשר הדברים מצביע על כוונה שונה מזו העולה מן המילים כפשוטן (306 ה-ו, 307 ז – 308 א).
14. במקרה דנן, תכלית החוזה הייתה להביא לבנייה מהירה של דירות ולמכירתן בשוק החופשי על-ידי הקבלנים לעולים חדשים ולזוגות צעירים. התכנית מבוססת על תמריצים לעידוד בניית מספר רב של דירות תוך זמן קצר ומכירתן בשוק החופשי. (315 א-ב).
15. בצד התמריצים שנמנו ותמריצים נוספים, נקבעו מספר תמריצים שליליים שנועדו להמרץ את הקבלנים לעמוד בכל אחד משלבי לוח הזמנים, ולמכור את הדירות בשוק החופשי. "הסנקציה" העיקרית היא בהפחתת מחיר הרכישה אם הקבלנים מהאחרים בביצוע הבנייה. **על-פי לשון החוזה, סנקציה זו חלה רק על יחידים באזורים המבוקשים.** מבחינת הגיון הפנימי של החוזה ועצם מהות הסנקציה, מן הראוי להחילה גם על בנייה באזורי פיתוח, וזאת אך בדרך של קל וחומר, שכן ההסתבות הניתנות לקבלנים העוסקים בבנייה באזורי פיתוח מן משמעויות הרבה יותר מאלה הניתנות לקבלנים העוסקים בבנייה באזורים מבוקשים, ומכאן שנדרש גם אמצעי פיקוח משמעותי יותר (290 ד, 315 ב-ו).
16. **במקרה דנן, יש לנקוט פרשנות (במובנה הרחב) לעניין פירוש הסעיף הקטן השני במחלוקת. הפירוש שניתן להוראה זו על-פי לשונה מחטיא את התכלית המונחת ביסוד החוזה.** הוא שולל מהמערכת סנקציה מרכזית שהחוזה ביקש להעניק לה ואשר נועדה להבטיח את מטרותו המרכזית – בנייה מהירה של דירות לעולים באזורי פיתוח והעמדתם למכירה בשוק החופשי. אין היגיון בכך שנשלל קיומה של הסנקציה האמורה הקיימת לגבי דירות הנבנות באזורים מבוקשים, כשמדובר בדירות המוקמות באזורי פיתוח. פירוש הקובע זאת ממוטט את האיוון הפנימי של החוזה. בנסיבות אלה לגיטימי לשופט לא לקרוא סעיף-קטן זה באופן מילולי. מותר לו לשנות מלשון הסעיף, על-מנת להגשים את התכלית המונחת ביסוד החוזה (322 ז – 323 א, ב-ג).



17. לא כל שתיקה של הסדר נורמאטיבי בדבר סוגיה מסוימת מהווה חסר (לאקונה) לעניין אותה סוגיה. שתיקת הנורמה מדברת בכמה לשונות. לעתים השתיקה מהווה "הסדר שלילי". כלומר השתיקה היא ביטוי לתכלית השוללת הסדר מסוים. זוהי "שתיקה מדעת". לדעתם השתיקה מהווה חוסר נקיטת עמדה בסוגיה מסוימת, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמאטיביות שמחוץ לאותה נורמה, ולעתים השתיקה מצביעה על חסר. יוצר הנורמה בנה חומה נורמאטיבית אך שכח להשלימה (323 ה-ז).
18. למסקנה כי בנורמה משפטית קיים חסר, מגיע השופט בעקבות פעילות פרשנית (במובנה הצר). השופט מפרש את הטקסט המשפטי על רקע תכליתו. הוא מגיע למסקנה כי שתיקת ההסדר המשפטי בסוגיה מסוימת מהווה חסר באותה סוגיה, להבדיל מהסדר (שלילי או חיובי) או אי-תחולה של החוזה לעניין אותה סוגיה. פרשנות היא תהליך הקודם להשלמה. רק משנחה דעתו של בית המשפט כי הצדדים לא הסכימו בעניין החסר, ואת מסקנתו זו הוא מגבש תוך פרשנותו של החוזה, רק אז רשאי הוא להיפנות לתהליך ההשלמה (323 ז-324 א).
19. **בתנאים מסוימים רשאי שופט להשלים חלל או חסר (לאקונה) בנורמה המשפטית.** חסר בחוק מקבל השלמתו על-פי מבחניו של חוק יסודות המשפט, תש"ס-1980. חסר בחוזה מקבל השלמתו על-פי המבחנים הקבועים בחוק החוזים (חלק כללי). השלמת חסר כזה, שעניינה יצירת טקסט שיפוטי חדש המשלים את הטקסט המקורי, אינה פעילות פרשנית במובן הצר (317 ו-ז).
20. **עם חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי), שוב אין צורך ואין מקום לקונסטרוקציה של תניה מכללא להשלמת חסר בחוזה.** המחוקק העמיד מכשיר אחר - בעל עוצמה חזקה יותר ובעל תחולה כללית יותר - להשלמת חסר בחוזה, **זהו עקרון תום הלב הקבוע בסעיף 39 לחוק (325 ה-ז).**
21. המסר הנורמאטיבי העולה מעקרון תום הלב לעניין השלמת חסר בחוזה הינו, כי יש להשלים את החוזה באופן המגשים את תכליתו (הסובייקטיבית והאובייקטיבית) של החוזה. בשני המקרים יש לנהוג על-פי קנה המידה של צדדים הוגנים לחוזה (326 ג-ו).
22. תום הלב לא נועד לשנות מההסדר החוזי. הוא לא בא לכרות חוזה חדש לצדדים. מטרתו היא להשלים את שהצדדים החסירו. הוא ממשיך, לשם כך, את קווי הפעולה שהצדדים קבעו, על-פי הגיונם הפנימי שלהם. בית המשפט משתמש לשם כך באמות המידה ובהנחות היסוד שהצדדים עצמם קבעו. הוא מבקש לקיים את האיזון החוזי שהצדדים קבעו ביניהם (326 ו-ז).
23. עקרון תום הלב אינו מוגבל אך להתוויית דרך ראויה לביצוע חיובים חוזיים, אלא הוא מהווה גם מקור להוספת זכויות וחבוינות לחוזה הקיים. **בכוחו של עקרון תום הלב להביא לשינוי לשונו המפורשת של החוזה תוך שינוי החיוב החוזי עצמו או להגביל את השימוש בזכות חוזית.** יכול שתהיינה לו השלכות בעלות אופי דיספוזיטיבי ויכול שידובר בהשלכות בעלות אופי קוגנטי. (327 ד-328 ב).
24. **עקרון תום הלב שעל פיו משלים בית המשפט חסר בחוזה, ממלא את התפקיד שבעבר מילאו התניות מכללא בחיי החוזה.** (328 ב-ג). במקרה דנן, פרשנות החוזה - תוך שינוי לשונו לשם הגשמת תכלית - מובילה למסקנה כי הסעיף הקטן השנוי במחלוקת עוסק בסנקציה אזרחית בגין איחור בביצוע, וממילא אין חסר בעניין זה בחוזה ואין מקום להשלמתו. אולם אם נכונה הפרשנות שלפיה סעיף זה אינו מכיר בסנקציה כזאת, הרי קיים כאן חסר שאינו בגדר הסדר שלילי ואינו מעיד על היעדר הסדר, שיש בו משום השארת העניין לדין הכללי. חסר זה יש להשלים לפי עקרון תום הלב ולהגיע בדרך זו אל הכרה בקיום הסנקציה האמורה (328 ז-329 ג, 330 ב-ג, ה-331 א).

# השופט חשין על הלכת אפרופים

יום ראשון 29 דצמבר 2013  
22:00

## נלקח מתוך פס"ד ארוגו מגדלי הירקות ג' מדינת ישראל

### **כללי**

- עיקר בפירושו של חוזה הוא גילוי כוונתם המשותפת של הצדדים - קרא : גילוי אומד דעתם של הצדדים - וכי משימתו של הפרשן היא לחשוף ולגלות אותה כוונה משותפת.
- חלוקת הדעות בשאלה **כיצד** יעשה הפרשן את דרכו לעת פעילותו לחשיפתה של כוונת הצדדים ומה תהא הטכניקה שיחזיק בה במעשה הפרשנות. במקום זה נמצאו לנו שתי תורות פרשנות עיקריות. בתחילת הילוכן קרובות הן השתיים זו-לזו, אך בהמשכה של הדרך נפרדות הדרכים וכל אחת מהן הולכת בדרכה שלה. תורה אחת, זו ששלטה בכיפה שנים ארוכות, היא התורה הקרויה תורת "שני השלבים". מקורה בהוראת סעיף 25 לחוק החוזים, ועיקרה בקיומו של הליך פרשנות דו-שלבי לזיהוי אומד דעתם של הצדדים. בשלב הראשון נלמד אומד הדעת "כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה", ולעניינו של חוזה שבכתב - מלשונו הכתובה של החוזה; אך אם אין דעתם של הצדדים משתמעת מן החוזה ("ובמידה שאינה משתמעת ממנו") מופנה הפרשן לשלב השני, בו נבחנות "הנסיבות" העשיות אף הן להעיד על כוונת הצדדים. תורת שני השלבים הניחה, אפוא, כי כוונתם של הצדדים יכול שתהא משתמעת מתוך החוזה, וברוח זו הורתה אותו ההלכה כי אין בית-המשפט נדרש לפרשנות "מתוך הנסיבות" במקום שבו ברור ומפורש הוא החוזה על פניו.
- כך היה עד שבאה הילכת אפרופים, הלכה שבאייבחת חרב האַבידה את תורת "שני השלבים" המדורגים - לשון תחילה ונסיבות לאחריה - והכתירה את תורת שלב הפרשנות האחד, בו נבחנות הלשון והנסיבות כאחת. על-פי תורה זו, לשון החוזה הכתוב אין בכוחה, כשהיא לעצמה, כדי להעיד באורח נחרץ על אומד דעתם של הצדדים לחוזה, ועל דרך הכלל אסור הוא הפרשן לספק עצמו בלשון החוזה הכתוב גם אם דומה בעיניו כי לשון ברורה וחד-משמעית היא. אם אך מתקלה הוא לכך, חייב בית-המשפט לפנות אל נסיבות כריתת חוזה, לברור ולפירוש וחקירות נגדיות, ואין הוא רשאי עוד להיאחז בלשון החוזה כפשוטה. בסיומו של הליך פרשני שבו נבחנו הלשון והנסיבות גם יחד, יחא רשאי הפרשן לפרש את החוזה הכתוב שלפניו על-פי אומד דעתם של הצדדים.
- אף אנו, אין ככוונתנו לחלוק על הילכת אפרופים באשר היא; נהפוך הוא: מסכימים אנו לעיקרה. בה בעת, סבורים אנו כי רוחה של ההלכה פשטה אל-למרחוק, שנתערערו לא במעט בעיקבות מה שנתקבל - בטעות, לדעתנו - כהילכת אפרופים.

### **לשון החוזה מול נסיבות חיצוניות**

- פרשנות כי לשון החוזה לעולם אין היא "ברורה" וכי תמיד ניתנת היא לפרשנות. פרשנות ברוח זו - באורח כה קיצוני - אינה מקובלת עלינו. פוגעת היא, לדעתנו, פגיעה חריפה בעקרון חופש החוזים ובאוטונומיה של הצדדים לחוזה, שכן מצילה היא את בית-המשפט כצד לחוזה תחת אשר יהא פרשן חיצוני לו. גורמת היא לחוסר ודאות ויוצרת היא "תחושה או 'אירויה' שלפיה אף חוזה אינו ברור, הכול תפות, וכל תוצאה ניתנת להשגה באמצעות פרשנות" (פרידמן, חוזים, 245). מטילה היא עומס כבד על בית-המשפט שלעולם נדרש הוא לבחון ראויות, לשמוע עדים וחקירות נגדיות, ואין הוא רשאי עוד להיאחז בלשון החוזה כפשוטה. יתר-על-כן, פרשנות זו אף אינה עולה בקנה-אחד עם דוקטרינת הפרשנות שהוצגה בפרשת אפרופים, דוקטרינה אשר ביקשה להסיר מחסום שהונח לפיתחו של הפרשן - בחיפושיו אחר אומד דעתם של צדדים לחוזה - לעת מִעֶבֶר מלשון החוזה לנסיבות, אך כלל לא ביקשה להדיח את הלשון מבכורתה.
- לא נוכל אלא להסכים כי בדרכו לגילוי הכוונה שומה על הפרשן לפתוח את מסע הפרשנות בלשון החוזה אך לא לצמצם עצמו אך ללשון הכתובה בלבד. אמת, על דרך הכלל אמורה לשונו של חוזה, לשון בני-אדם, לבטא את הסכמות הצדדים - אשר-על-כן בכירה היא הלשון לראיות אחרות - אך אפשר שהלשון לא תשקף את הכוונה במלואה ועל-כן יכול הוא השופט-הפרשן שידרש לראיות נוספות אשר יצביעו על אומד דעתם הסובייקטיביות של הצדדים לעת כתיבתו של החוזה. אכן, מאז ומעולם ידענו כי על הפרשן לתת דעתו ללשון ולנסיבות גם-יחד: שתייהן מלמדות הן על אומד דעת הצדדים ומצביעות הן על כוונתם המשותפת לעת ניסוח החוזה הכתוב.
- חוזה שִׁקְטָם עצמו לכתב, הכתב מרחיק אותו מן ה"נסיבות". הכתב היה, לכאורה, כחי הנשוא את עצמו, חי שאינו נזקק ואינו נדרש להזין עצמו ממקורות חוזה-לו. אלא שהדברים אינם כחזותם על-פניהם. חוזה, כל חוזה, קרום עוטף אותו - קרום דק או קרום עבה - ויכול שיהא תהליך של אוסמוזה בין ה"חוזה" לבין ה"נסיבות" שהולידו אותו. כך נפסק בפרשת אפרופים, כך נפסק בפרשת סקלי ג' דורען, וזו היא תופעה שלא נוכל להתכחש לה. השאלה בכל מקרה ובכל עניין אינה אלא שאלה של עידה - נזכיר ונזכור כי מידתיות היא מילת-הקסם של ימינו אלה - דהיינו, עד כמה תיספגנה ה"נסיבות" ב"חוזה", עד כמה יהא הקרום העוטף את החוזה קרום עבה שה"נסיבות" תתקשינה לחדור בעדו אל ה"חוזה".
- כל עוד נשמרת המידתיות, הכל אתי שפיר, אין פרץ ואין צווחה. אלא שבחיי המעשה, משהוסר החיץ שהעמידה שיטת שני השלבים בין לשון החוזה הכתוב לבין ה"נסיבות", ושלא כניסוחה במקורה - פורשה הילכת אפרופים כמצילה את לשון הכתוב ואת נסיבות כריתתו של החוזה במעמד שווה, וכך נדחקה הלשון ממעמד הבכורה שקתה לה ועקרונות-על בעקרון תוס-הלב תפשו את מקומה. להלוך דרך זה, שאינו אלא עיוות של הילכת אפרופים לא נוכל ליתן את ידנו.
- גם להגיד שלשון החוזה תמיד לא ברורה זו אמרה שגויה ביסודה; נזכור נא, אלא נשכח: הצדדים ונציגיהם, הם אשר ניסוח את החוזה והם שקבעו את לשונו בהניחה כי הלשון לשון ברורה היא המשקפת את הסכמותיהם; ובהיות הצדדים לחוזה בני-אדם סבירים, עלינו להניח כי נעשו כמיטבם להבהיר בלשונם את גידרי זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות. ידענו כולנו - במיוחד יודעים זאת עורכי-הדין המעסיקים עצמם בניסוחם של חוזים - כמה יגיעות מתייגעים צדדים ונציגיהם לעת שפנסחים הם חוזה; כמה עמלים עורכי-דין המוקדקים בכל מילה ובכל ביטוי, בכל תו ותו, בכל פסיק ונקודה; כמה ישיבות תהיינה, כמה דיונים יערכו, כמה ויכוחים היוו כמעט על כל פיסקה, כמעט על כל משפט; כמה טיטויות תורחפנה בטרם יגיעו הצדדים ובאי-כוחם אל עמק השווה וינסחו חוזה מוסכם על הכל. כל כך בחוזהם "בינוניים", קל וחומר בחוזהם הנסיבים על מיליוני מיליונים. בטיבם יגיעו כל אלו, האם נוכל להקל ראש בלשון החוזה ולטעון כי שווה היא בערכה ל"נסיבות"? כי יש לפרש את החוזה הכתוב על-פי הנסיבות? כי הנסיבות תפרשנה ביטיבים שבחווה? הנוכל לומר ברצינות על חוזים אלה כי הלשון לעולם אין היא "ברורה"? כי אין היא מבטאת בהכרח את רצון הצדדים אשר-על-כן בפירוש החוזה הכתוב אין בית-המשפט קשור ומחויב בה בהכרח? אך טבעי הוא כי ברוב המקרים, ועל יסוד הנחת מוצא כי הצדדים נתכוונו למילים, לביטויי לשון ולמשפטים כפשוטם, נוכל לפרש חוזה פלוני אף ללא תהליך פרשני מורכב. אכן, אם תאבד הלשון יאבד החוזה, ולולא הינחנו כי בעלי-החוזה נתכוונו לנוסח החוזה כפשוטו, לא יהיה עוד טעם ותכלית לקיומו של חוזה וממילא יאבדו עימו הביטחון והוודאות שחוזה נושא עימו בחיקו.
- הנה-כי-כן, אף שבית-המשפט אינו מוגבל עוד ללשונו של החוזה במתכונת "שני השלבים", ראוי לו בכל זאת כי יעניק מעמד של בכורה ללשון, הן לעניין שמיעת ראיות לפירושו של חוזה הן לעניין מישקלן של אותן ראיות. שומה עליהם על בתי המשפט לזכור כי "ברוב המקרים, אומד הדעת העולה מתוך לשונו של החוזה הוא 'בטוח' יותר ואמין יותר מאומד הדעת הנלמד מתוך הנסיבות" (פרשת אפרופים, 300), וברוח זו שומה עליהם לפרש חוזים. סבורים אנו, אפוא, כי לעת שבית-משפט מתבקש לקבל ראיות שיעודן פירושו של חוזה בכתב, עליו לנהוג בזהירות יתירה.
- אלא שלדעתנו יש להבחין בין אי-בהירות הגלויה על-פני הדברים (patent ambiguity) - במקום שלשון החוזה, היא עצמה, מותרת ספק באשר לאומד דעת הצדדים - לבין מקרים שבהם נראה החוזה על-פניו כחוזה ברור והצד המבקש להביא לפני בית-המשפט ראיות חיצוניות לפירושו טוען לאי-בהירות סמויה (latent ambiguity). השור: ע"א 152/57 הניה פיקסמן-נבנאל ג' "שמך" תעשיית שמנים ישראלית בע"מ, פ"ד (א) 1439. במקום שהמדובר הוא באי-בהירות גלויה, נסכים כולנו כי בית-המשפט ישמע ראיות אם אך מתבקש הוא על-כך. ואולם במקום שאחד הצדדים טוען לאי-בהירות סמויה, לא יידרש בית-המשפט לשמיעת ראיות אלא אם הצד המבקש להגיש אותן ראיות יסביר לבית-המשפט מה טיבן של אותן ראיות וכיצד אוצלות הן על פירושו של החוזה. בדרך זו, כך מאמינים אנו, יוכל בית-המשפט להגיע לפתרון צודק תוך שהוא שומר על הביטחון והוודאות. כך גם תישמר יעילות ההליך המשפטי, הואיל ובית-המשפט ישמע ראיות-חוץ רק במקרים מתאימים. למוות לצדין כי הליך פרשני שכזה משתלב היטב בהוראת סעיף 25 לחוק החוזים, בהקנתו בכירות ועדיפות ללשון החוזה.
- ככל שלשון החוזה ברורה יותר, יש צורך בראיות-חוץ בעלות משקל כבד יחסית כדי לגבור על הפירוש של הלשון הברורה. ראיות-חוץ יכולות לבוא ממקורות מונויים: טיטויות שהוכנו במהלך המו"מ, עדויות הצדדים באשר לכוונותיהם, חילופי דברים שהיו בין הצדדים, התנהגות הצדדים במהלך המשא-ומתן, הקשר של החוזה ועוד - ואולם במקום שלשון החוזה ברורה לכאורה ואי הבהירות הנטענת אי-בהירות סמויה היא, יתקשו כל אלה לגבור על לשון החוזה כפשוטה. משקלן הכולל של ראיות-החוץ חייב שיהא רב למדי עד שיעלה בדיחה לגבור על הלשון הברורה.

### **תכלית סובייקטיבית מול תכלית אובייקטיבית**

- הכל מסכימים - וזו תחילתו של המסע לפירושו של חוזה - כי מבקשים אנו למצוא את כוונתם המשותפת הסובייקטיביות של הצדדים - הוא-הוא אומד הדעת שסעיף 25 לחוק החוזים מדבר בו - וכי ערכים ועקרונות אובייקטיביים לא נועדו - בעיקרם - אלא כדי לסייע לנו בגילוי דעתם הסובייקטיביות המשותפת של הצדדים. ליתנו של עקרון חופש החוזים הוא כיבוד רצונם של הצדדים - בכפיפות לחוק ולתקנת הציבור - ובהגלות התכלית שהצדדים שניהם כיוונו אליה במועד כריתתו של החוזה, חייב הוא בית-המשפט לכבד תכלית זו.
- השימוש במיבטים אובייקטיביים לגילוי כוונת הצדדים ייעשה רק במקום שבו לא עלה בידי בית-המשפט לזהות בדרך אחרת את כוונתם המשותפת של בעלי-החוזה. במצב דברים שכזה, ורק בו, רשאי בית-המשפט להידרש לתכליתו האובייקטיביות של החוזה, לאותה תכלית המשרתת את העיסקה שכרתו הצדדים ואשר צדדים סבירים העומדים בנעליהם של הצדדים לחוזה הנוכחי מבקשים היו להשיג.

- משידענו כי אף בחוזי רשות נעלה היא התכלית הסובייקטיבית על התכלית האובייקטיבית, נוסף ונדע, כי אותה הילכת פרשנות שחבריי מבקשים לאמץ להם, ולפיה בחוזי רשות "יש לקבוע חזקה הניתנת לסתירה לפיה הרשות הציבורית פועלת בהגינות, בסבירות, בשוויוניות ובתום-לב, בהתאם למעמדה כנאמן הציבור ובהתאם לכללי המשפט המנהלי" (פסקה 13 לפסק דינו של חברי השופט ריבלין), כי אותה הילכת פרשנות ניישם רק לאחר שבת-המשפט עשה את כל הניתן, כמיטבו וכיכולתו, לזיהוי התכלית הסובייקטיבית, ודרכו לא צלחה.

**את הסיכום עשתה השופטת איילה פרוקצ'יה בפס"ד ארגון מגדלי הירקות**

**זוהי תמצית הלכת אפרופים:**

1. חוזה מתפרש על פי אומד דעתם של הצדדים. אומד דעת זה הוא המטרות, היעדים, האינטרסים, והתכנית אשר הצדדים בקשו במשותף להגשים. על אומד הדעת למד הפרשן מלשון החוזה ומהנסיבות החיצוניות לו. שני מקורות אלה "קבילים" הם... המעבר מהמקור הפנימי (לשון החוזה) למקור החיצוני (הנסיבות החיצוניות) אינו מותנה במילוי תנאים מוקדמים כלשהם. לא נדרשת כל בחינה מוקדמת אם לשון החוזה היא ברורה או לא.
2. אם אומד הדעת הסובייקטיבי של אחד הצדדים שונה מזה של הצד השני, אין כל אפשרות לגבש אומד דעת סובייקטיבי משותף. החוזה יפורש במקרה זה, כמו גם במקרים אחרים בהם אומד הדעת הסובייקטיבי המשותף אינו רלבנטי לפתרון הבעיה הפרשנית הניצבת לפני השופט, על פי תכליתו האובייקטיבית. התכלית האובייקטיבית של החוזה היא המטרות, האינטרסים, והתכליות שחוזה מהסוג או מהטיפוס של החוזה שנכרת נועד להגשים. התכלית האובייקטיבית מוסקת מתוך "אופייה מהותה של העסקה שנקשרה בין הצדדים...". זהו מבחן אובייקטיבי. הוא מושפע מעקרון תום הלב וממערכת הערכים שהוא מבטא. הוא נגזר משיקולים של הגיון...
3. תכליתו (הסופית) של החוזה מתגבשת על בסיס התכליות הסובייקטיביות ("אומד דעת הצדדים") והתכליות האובייקטיביות של החוזה. עם זאת, בהתנגשות ביניהם, יד התכלית הסובייקטיבית ("אומד דעת הצדדים") על העליונה... זאת ועוד: בגדרי התכלית הסובייקטיבית, נתונה עדיפות נורמטיבית לאומד הדעת העולה מלשונו הרגילה והטבעית של החוזה, על פני אומד הדעת העולה מלשונו החריגה או מהנסיבות החיצוניות... הנה כי כן, לא מבחן דו-שלבי אשר לשונו הברורה או הלא-ברורה של החוזה משמשת נקודת היתוך ראייתית שלו, אלא מבחן חד-שלבי, ובו תנועה בלתי פוסקת מלשון החוזה לנסיבותיו החיצוניות, תוך יצירת חזקה הניתנת לסתירה כי תכלית החוזה היא זו העולה מלשונו הרגילה של החוזה. חזקה זו ניתנת לסתירה באמצעות מכלול הנסיבות.

**מוסיף, השופט ג'ובראן:**

כפי שכבר נקבע בהלכת אפרופים, הרכיב הסובייקטיבי פירושו ניסיון לאתר את התכלית הסובייקטיבית המשותפת של הצדדים. התכלית הסובייקטיבית היא התכלית הריאלית המשותפת שהייתה בפועל לצדדים לחוזה. לעומת זאת, הרכיב האובייקטיבי פירושו ניסיון לאתר את התכלית האובייקטיבית של הצדדים. תכלית זו תיקבע לפי מהות העסקה ומטרתה וכן לפי עקרונות של סבירות והגיון.

## השופט ריבלין על הלכת אפרופים

1. **בפס"ד אפרופים** סייג בית המשפט העליון את "תורת שני השלבים" והגדיר תחתיה שיטה פרשנית חד-שלבית, שלפיה יש ללמוד על אומד דעתם של הצדדים לחוזה באמצעות בחינה מקבילה של לשון החוזה ושל הנסיבות החיצוניות לו. בית המשפט הדגיש כי רק כך יאוטר אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה
2. לאחר מכן, הוסיף בית המשפט וקבע כי **במקרים שבהם לא ניתן לאתר את הכוונה האמיתית** כאמור, יש לפרש את החוזה בהתאם לאמות מידה אובייקטיביות, המבטאות את הכוונה ההיפותטית של הצדדים לחוזה כאנשים סבירים.
3. הפסיקה שבאה בעקבות **הלכת אפרופים** – ובפרט, פסק הדין שניתן בהרכב מורחב של תשעה שופטים בדיון הנוסף בעניין **מגדלי הירקות** – הבהירה ועיצבה את דרכי יישומה של ההלכה וקשרה את הקצוות שנותרו "פרומים" בהלכת אפרופים.
4. במסגרת זאת, הדגישה הפסיקה כי מטרתו הראשונה במעלה של בית המשפט, עת שהוא ניגש לפרש חוזה, היא לאתר את כוונתם האמיתית המשותפת של הצדדים לחוזה – היא התכלית הסובייקטיבית של החוזה. רק כאשר לא ניתן, בשום אופן ובאף דרך – כך הבהירה הפסיקה – לברר מהי הכוונה האמיתית שעומדת בבסיס החוזה, רשאי בית המשפט לפנות, תוך נקיטת משנה זהירות, לתכלית האובייקטיבית של החוזה
5. עוד הבהירה הפסיקה כי למרות המעבר לשיטה פרשנית חד-שלבית לצורך איתור אומד דעתם הסובייקטיבי של הצדדים לחוזה, **נותר ללשון החוזה מקום מרכזי וחשוב בתהליך הפרשנות**, בעניין זה, **אף הודגשו שני כללים פרשניים: האחד** – כי לשון החוזה היא כלי הקיבול של אומד דעת הצדדים, התוחם את גבולות הפרשנות ואינו מאפשר לייחס לחוזה פרשנות שאינה מתיישבת עם לשונו **והשני** – כי קיימת חזקה שלפיה פרשנות החוזה היא זו התואמת את המשמעות הפשוטה, הרגילה והטבעית של הכתוב – היא המשמעות האינטואיטיבית הקמה עם קריאת לשון החוזה בראי הקשרו הכללי.

נקבע, הן בהלכת אפרופים והן בתיקון החקיקה של ס'25 לחוק החוזים חלק כללי כי ללשון יש משקל משמעותי.  
לא מכריע ולא סוף פסוק

משקל משמעותי

משקל מכריע

סוף פסוק

הסעיף בנוי, כאמור, באופן הכולל "רישא" ו-"סיפא". שאלה מתבקשת היא מה הקשר ביניהם. ושוב יוצג הסעיף:

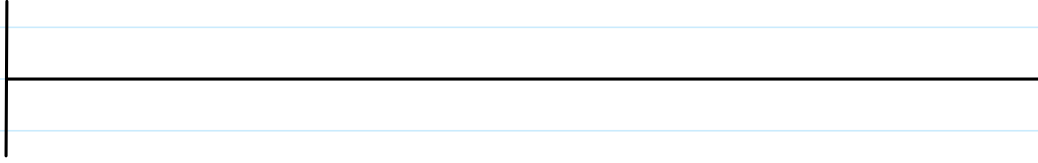
"25(א). חוזה יפורש לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהוא משתמע מתוך החוזה ומנסיבות העניין (רישא)

ואולם אם אומד דעתם של הצדדים משתמע במפורש מלשון החוזה, יפורש החוזה בהתאם ללשונו" (סיפא).

נדמה לי, שחברי המשנה-לנשיאה מתייחס לרישא ולסיפא בעיקר כאל שני כללי הכרעה (להלן: "גישת הכללים"). דעתי היא שהמדובר דווקא בשני סוגי חוזים (להלן: "גישת החוזים"). גישת הכללים שמה את הדגש בשיקול הדעת השיפוטי, ואילו גישת החוזים מתרכזת באופי המסמך. גישת הכללים מרחיבה איפוא את שיקול דעת בית המשפט, והגישה האחרת מצמצמת אותה.

על פי שתי הגישות יש לבחון את המסמך, וכפי שהובהר, גם תוך מתן הזדמנות לצדדים להגיש ראיות ביחס לקיומן של נסיבות חיצוניות. הנפקות בגישת החוזים היא שעל בית המשפט להביע עמדה בסיומה של בדיקה האם מדובר בחוזה בו "אומד דעת משתמע במפורש מלשון החוזה", או בחוזה שבו המצב שונה. בחוזה הראשון תחול הסיפא, ובחוזה השני תחול הרישא. קרי, היה והלשון מפורשת – זו תגבר. היה ולא – יש לפרש את אומד דעת על פי החוזה והנסיבות תוך יצירת היררכיה כמובא לעיל. לא חזקה כי אם הכרעה. גישה זו של שני סוגי החוזים מבהירה את ההבדל בין הרישא לסיפא של הסעיף ויוצרת יחידה אחת, שדרכה ניתן להכריע.

ציר המודעות



**לאקונה** - אין מודעות של הצדדים לחוזה. לא יודעים על החסר, הוא לא נעשה בכוונה. כלומר, יש להשלים את החסר.

**הסדר שלילי** - יש מודעות שחסר. החוסר קיים בכוונה. הצדדים בכוונה שתקו. זו השתיקה המדברת.



גב' קרן-אור קנתה בבית המרקחת שלייד ביתה כדורים נגד אנגינה והשתמשה בהם בהתאם להוראות, היינו בלעה 3 כדורים ליום מידי בוקר, צהרים וערב. לאחר שהתמידה בכך במשך שבועיים ימים, נודע לה כי לפני כחודש פרסמה החברה שיצרה את הגלולות מודעה אשר בה **התחייבה**, כי כל מי שייקח את הכדורים במשך 3 שבועות **רצופים**, יזכה בחסינות מפני אנגינה לתקופה של 6 חודשים לפחות, ואם יחלה בתקופה זו באנגינה, תשלם לו החברה פיצויי ניהומיים בסך 1,000 שקל.

ידיעה זו שמחה את הגב' קרן-אור שאמרה בלבה: נותר לי עוד שבוע אחד. ואכן היא המשיכה לקחת את התרופה בדבקות רבה במשך אותו שבוע, אך למרבה הצער חלתה לאחר מכן באנגינה חריפה יותר מכל אשר ידעה עד אז. בכך לא הסתיימו צרותיה, שכן החברה מסרבת לשלם לה את הסך 1,000 שקל שהוזכר במודעה.

**גב' קרן-אור מבקשת לתבוע את החברה לדין. מהם סיכויי התביעה?**

על מנת שקרן תוכל לנצח בתביעתה, עליה להוכיח כי בינה ובין חברת התרופות נכרת חוזה מחייב וכי חברת התרופות מפרה אותו.

חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול (ס'1 לחוה"ח כללי). האם החברה הציעה לקרן הצעה? ס'2 לחוה"ח כללי קובע כי הפניה בהצעה יכולה שתהיה גם לציבור. קרן היא בהחלט חלק מהציבור וניתן לומר כי הצעתה של חברת התרופות מכוונת גם כלפיה. (פס"ד נוה-עם בר"ג ופס"ד ש.ג.מ חניונים)

על ההצעה להיות מסוימת (ס'2 לחוה"ח כללי). במקרה דנן, ההצעה אכן מסוימת - היא מכילה פרטים מהותיים הנוגעים לעסקה - כמה כדורים לקחת, באיזו תדירות ולכמה זמן, כמו כן מוצגת התמורה בעבור לקיחת הכדורים.

על ההצעה להוות גמירות דעת - כיוון שהחברה תלתה מודעת פרסומת, הרי שקרן תטען כי עצם הפרסומת מהווה גמירות דעת. מנגד, תטען החברה כי לא מדובר בגמירות דעת, אלא אך בפרסומת

הבעיה העומדת בפני קרן היא העובדה שראתה את מודעת הפרסומת בחודש איחור משום עובדה זו, ייתכן והחברה תטען כי היא חזרה בה מן ההצעה טרם הקיבול ועל כן, אין חוזה מחייב (ס'3א לחוה"ח כללי). כנגד טענה זו, יכולה לטעון קרן כי קיבול יכול להתקיים גם בדרך של התנהגות (ס'6א לחוה"ח כללי). אל מול טענה זו, תוכל לגרוס חברת התרופות כי קרן כלל לא הודיעה לה כי היא מקבלת את ההצעה. קרן תוכל לטעון כנגד, כי במקרה של מודעת פרסומת אין צורך להודיע לחברה על קיבול וכי ההודעה מתקיימת בו זמנית עם הקיבול (לינדלי CAELILL v. CARBOLIC SMOKE BALL COMPANY, ).

- עולה קושי נוסף כיצד יכולה קרן להוכיח כי היא אכן לקחה את הכדור 3 פעמים ביום במשך 3 שבועות רצופים. החברה תוכל לטעון כי כל עוד קרן לא הוכיחה זאת, לא מתקיימים תנאי החוזה שכן מדובר בחוזה בעל תנאי מתלה (ס'27א) לחוה"ח כללי). אם קרן מוכיחה כי היא לקחה את הגלולות כפי ההוראות, יהיה לה סיכוי לזכות בתביעה אל מול חברת התרופות.

מר פלמוני הודיע ברבים כי ב-1.1 יערוך בביתו מכירה פומבית של חפצי אמנות. בין השאר ימכור תמונת נוף של הצייר פדרשניט, ומנורת עץ מעשה ידי קלופשטוק, והוא מתחייב למכור לבעל ההצעה הגבוהה ביותר.

בתאריך הנקוב הופיעו בביתו 30 אנשים שביקשו לרכוש חפצי אמנות, והמכירה החלה. דון באפשרויות הבאות:

(א) כל המשתתפים התחרו ביניהם על רכישת המנורה הנ"ל, עד אשר נותרו שני מתחרים, פזיזי וחתולי. חתולי הציע 3,000 שקל ופזיזי 3,500 שקל. חתולי הציע 4,000 שקל ופזיזי אמר בהתרגשות "אני מציע 5,000 שקל". בשלב זה ביקש מר פלמוני להכות על השולחן בפטיש שרכש במיוחד לצורך המכירה הפומבית.

דא עקא אשתו של פזיזי, אשר נכנסה לבית שניות מעטות קודם לכן, צעקה בקול רם "יצאת מדעתך?" ופזיזי הודיע בקול עצוב "אני חוזר בי", לפני שהספיק פלמוני להכות בפטיש. פלמוני מבקש לתבוע את פזיזי לדין. מה הם סיכויי התביעה?

(ב) כל המשתתפים התחרו ביניהם על רכישת תמונת הנוף הנ"ל, בסופו של דבר הציע מר כורש סך 800 שקל ומר גלמודי הציע סך של 1,000 שקל עבור התמונה. איש לא היה מוכן להציע סכום גבוה יותר, אך פלמוני צעק "זה הכל! אינכם מבינים כלום באמנות!". הוא סרב להכות בפטיש, והודיע שהמכירה הסתיימה וביקש מכל המשתתפים לעזוב את ביתו. כורש וגלמודי מבקשים לתבוע לדין. מה הם סיכויי כל אחת מהתביעות?

### תשובה אפשרית

א.

- מר פלמוני הזמין להציע הצעות כאשר הודיע על המכירה הפומבית. גם אם נניח והייתה הצעה, הרי שאין היא מסוימת דיה שכן היא אינה מסוימת וחסרים בה פרטים מהותיים - מחיר, תנאי תשלום וכו'.
- פזיזי הציע הצעה. את שאר התנאים הם מכוח החוק או הנוהג. ההצעה מסוימת - הוא נקב במחיר.
- כן ישנה גמירות דעת - העובדה כי פזיזי הציע סכום מדויק על גמירת דעתו.
- פזיזי חזר בו מן ההצעה טרם הניצע מסר הודעת קיבול-טרם פלמוני אמר כן. הוא אמנם בא להראות קיבול על ידי המעשה, הכאה בפטיש, אך פזיזי הספיק לחזור בו טרם כך.
- הפתרון אשר ניתן הוא לפי הדין הכללי. לא ידוע האם יש דינים המיוחדים למכירות פומביות, בהם ייתכן ולא ניתן לחזור מהצעה (הצעה בלתי הדירה).
- על כן, אין חוזה בין פלמוני לבין פזיזי-לא ניתן היה לעשות קיבול, שכן המציע חזר מהצעתו טרם הניצע הודיע על קיבול.

ב.

- פלמוני הזמן אנשים להציע הצעות והתחייב לקבלן. הוא לא יכול כעת לסכל את התנאי - הדבר דומה לסי'28(א) לחוה"ח כללי.
- כורש לא בעניין שכן לא הוא הציע ההצעה הגבוהה ביותר. אם כך, נשארנו עם גלמודי.
- על אף שמדובר בהצעה להציע הצעות, פלמוני התחייב ואין הוא יכול לחזור בוא - הדבר מהווה חוסר תום לב-זה לא הוגן לבצע מהלך כזה.

ד"ר מדעני עסק תקופה ארוכה בניסויים הנוגעים להשפעת המאמץ הגופני על לחץ הדם ופעולת הלב. באחד הימים פנה למר זריזי ואמר לו: "אם תלך מתל-אביב לירושלים תוך 10 שעות ותאפשר לי לבדוק את לחץ הדם ופעולת הלב שלך, אשלם לך סך 2500 שקל". בלי אומר ודברים קם זריזי והחל לצעוד לירושלים. כעבור שתיים נכנס ד"ר מדעני למכוניתו ודהר בעקבות זריזי. השניים נפגשו במרחק של כ-15 ק"מ מתל-אביב. דונו באפשרויות הבאות:

- בפגישה זו הודיע ד"ר מדעני לזריזי שהוא יכול לחזור לביתו שכן התברר (בניגוד לציפיות) שהטמפרטורה היום מגיעה ל-15 מעלות בלבד, ואילו לו אין כל ענין בניסוי אלא אם הוא נערך בטמפרטורה של 20 מעלות לפחות.
- בפגישה זו הודיע זריזי למדעני שנוכח כי אין הוא צעיר כפי שהיה והעסק כולו לא בשבילו. משום כך יודה למדעני אם יקח אותו חזרה לתל-אביב במכוניתו. מהם סיכויי התביעה?

#### נקודות תשובה אופציונלית

#### מדעני-מציע, זריזי - ניצע

- ראשית, יש לבדוק האם נחתם חוזה בין מדעני לזריזי.
- מדעני הציע הצעה לזריזי וזה קיבלה על ידי קיבול בהתנהגות - החל בהליכה אשר מהווה מענה להצעה. יש לומר כי ייתכן ומדעני לא הספיק לומר כל מה שרצה לזריזי ובכך זריזי ביצע קיבול אשר חסר בו גמירות דעת, שכן הקיבול היה שלא לפי ההצעה.
- את זאת יש לסייג שכן כלל לא ברור שזריזי ביצע קיבול - זריזי קם והחל ללכת בלי לומר מילה ומדעני בסוף דבר בעקבותיו - ייתכן ומדעני לא הבין מזריזי כי מדובר בקיבול, ייתכן והוא חשב שהוא פשוט לא אמר כלום והרי באי אמירת דבר אין קיבול.
- ניתן לטעון כי ההצעה של מדעני לזריזי לא הייתה מסוימת מספיק - הוא לא הציג לו את כלל התנאי ולא אמר מראש כי צריכה להיות טמפ' מסוימת על מנת שהניסוי יתבצע. בכך ייתכן ויש חוסר תום לב בניהול המו"מ - מעבר על ס'13 לחוה"ח כללי.
- מדעני יכול להיחשב כמפר חוזה - הוא חוזר בו מן ההצעה וזאת לאחר שכבר בוצע קיבול.

**עמוד 6 - תרגיל 1**

ראובן כתב לשמעון: "אני מציע למכור לך את מכוניתי במחיר 30 אלף שקל. אם לא אשמע ממך עד ה-15.1 אבין כי אתה מסכים לכך". שמעון נאות לרכוש את המכונית במחיר זה, אך בסמכו על האמור במכתב לא הודיע דבר לראובן. ב-17.1 התייצב בביתו של ראובן כשבידו 30 אלף שקל, אולם ראובן הודיעו כי ב-16.1 מכר את המכונית לפלוני.

מהן זכויותיו של שמעון?

**אופציה 1 -** נקודת המוצא היא כי ראובן הוא מציע. ראובן הציע לשמעון לרכוש ממנו רכב. ראובן הציג לשמעון תנאי בעייתי - קיבול בשתיקה. הדבר אסור על פי ס'6(ב) לחוה"ח כללי. אם נצא מנקודת הנחה שהצעתו של ראובן אכן כשרה ותקפה כמות שהיא, עולה השאלה האם שמעון ביצע קיבול להצעה? לשמעון יש הסתמכות על ראובן - הוא קיים את תנאי ההצעה של ראובן. ההצעה של ראובן היא הצעה בלתי הדירה עם תנאי קיבול שבשתיקה. אם כך הדבר, ייתכן וראובן ייחשב כמפר חוזה - הרי הוא מכר את הרכב ב-16.1 אחרי שלפי התנאי שהוא הציב הוא קשור בחוזה עם שמעון המסתמך עליו. אם כך, החוזה שלו מתאריך 16.1 אינו תקף. יש לציין כי ראובן לא יוכל לטעון כטענת הגנה שהצעתו הייתה לא תקפה משום התניית הקיבול, שכן איסור הקיבול שבשתיקה בא להגן על הקונה ולא על המוכר.

**אופציה 2 -** היא שהצעתו של ראובן היא הצעה אך ללא החלק של תנאי הקיבול. כלומר ההצעה היא הצעה ללא מועד קיבול וללא תנאי לקיבול. אם זה כך, ההצעה של ראובן היא הצעה הדירה - אין מועד לקיבול ולא נאמר על ידי ראובן כי זו הצעה בלתי הדירה. אם כך הדבר, יש באפשרות ראובן למכור את המכונית לפלוני ב-16.1 שכן ייתכן לפלוני הציע לו הצעה טובה יותר ומשום שמדובר בהצעה בלתי הדירה, הוא רשאי לקבל את הצעתו של פלוני ולמכור לו את רכבו.

**אופציה 3 -** היא שהצעתו של ראובן היא הצעה בלתי הדירה ללא התניית הקיבול. כלומר, ראובן הציע לשמעון הצעה בלתי הדירה עד לתאריך ה-15.1. ניתן אולי לטעון כי שמעון לא יכול היה לבצע קיבול בשתיקה וזאת בהתאם לס'6(ב) ועל כן, היה עליו להודיע הודעה כלשהי לראובן - "אני מקבל את הצעתך" או דבר דומה לכך. בעצם הדבר תלוי האם ס'6(ב) הוא קוגנטי או דיספוזיטיבי. אם הוא דיספוזיטיבי וניתן להתנות עליו אזי חוזרים לאופציה 1 ובה ראובן הוא מפר חוזה, שכן שמעון קיבל את הצעתו והם קשורים בחוזה מרגע שעבר תאריך ה-15.1. אם ס'6(ב) הוא קוגנטי אזי ייתכן ושמעון נהג ברשלנות כאשר לא הודיע על הקיבול והסתמך על שמעון על בסיס חוקי אשר אינו קיים. אם זה כך נכנס לתוקפו ס'4(1) - כיוון שההצעה עבר מועד קיבולה לא יכול שמעון לבוא בטענות על כך שראובן כרת חוזה מכר עם פלוני ולא איתו. במקרה כזה, ניתן לראות בראובן כמציע הצעה - ראובן הגיע לביתו של שמעון והציע לו לקנות את מכוניתו - במקרה כזה, זכותו של ראובן הייתה למכור את רכבו לפלוני טרם קיבל הצעה מראובן.

**עמוד 6 - שאלה 4**

סוחרי מציע לצרכני במכתב לרכוש אצלו סחורה מסוימת תמורת תשלום במזומן. צרכני עונה אף הוא במכתב: "האם תסכים לקבל הכסף בתשלומים?" המכתב מגיע לסוחרי לאחר יום (ב-1.1) אך זה אינו עונה דבר אולם מודיע לאשתו כי החליט לקבל את ההצעה.

כעבור שבוע (8.1) שולח צרכני מכתב נוסף ומודיע לסוחרי כי הוא מקבל את הצעתו כמות שהיא. בדרך (בדואר) מצטלב מכתבו עם מכתב של סוחרי שנשלח יום קודם (7.1) בו מודיע סוחרי לצרכני כי הינו חוזר בו מכל העניין. הנכרת חוזה? אם כן, מה תכנו?

א. סוחרי הציע הצעה לצרכני. צרכני נתפס כמי שהציע הצעה חדשה וזאת לפי ס'11 **קיבול תוך שינוי** - הרי צרכני הציע תנאים חדשים ועל כן מדובר בהפיכתו מניצע למציע. השאלה שיש לענות עליה - האם הצעה חדשה זו "דורסת" את ההצעה המקורית של סוחרי ומעלימה אותה. באופן רגיל - נראה שכן, בנסיבות של המקרה דגן - ייתכן וההצעה החדשה אינו דריסה של ההצעה של סוחרי באופן מוחלט. בהנחה שמדובר בהצעה חדשה - סוחרי אמנם קיבל בליבו הצעה זו אך לא הודיע על כך למציע-צרכני והרי הודעה צריכה להיות על פי ס'5. עולה השאלה מה קורה באם אין הודעה לפי ס'5 - האם החוזה בטל מעיקרו או שהוא תקף ורק קיומו מושהה? נראה כי אם אין הודעת קיבול למציע-אין חוזה.

ב. **בהנחה ואין חוזה**, עולה השאלה מה דין המכתבים של הנוספים של סוחרי וצרכני. יש מעין "תחרות" בין מכתבו של סוחרי למכתבו של צרכני. באם מכתבו של צרכני יגיע ליעדו לפני מכתבו של סוחרי, עולה שוב השאלה האם מדובר בהצעה חדשה או שמא מדובר בקיבול על הצעתו המקורית והראשונה של סוחרי. אם מדובר בקיבול - אזי נכרת חוזה על בסיס הצעתו המקורית של סוחרי.

אם לא מדובר בקיבול, אלא בהצעה חדשה - אזי יש צורך בקיבול מחדש של סוחרי, אשר במכתבו בעצם פוסל זאת ועל כן - אי חוזה.

**דגש -** על אף שמכתבו של צרכני נשלח באיחור של יום לעומת מכתבו של סוחרי, וקובע כי חזרה מן ההצעה (הצעתו של סוחרי במקרה זה), תהיה רק לפני שהניצע נתן הודעת קיבול. כלומר, בהנחה ומכתבו של צרכני מהווה קיבול ולא הצעה, מה שקובע הוא מתי יקבל צרכני את הודעת החזרה של סוחרי - לפני או אחרי שקיבל סוחרי את הודעת הקיבול שלו. אם הוא קיבל את הודעת החזרה של סוחרי לאחר הקיבול - הודעת החזרה אינה תקפה וזאת בהתאם לס'3(א). באם מכתבו של סוחרי יגיע לצרכני קודם ובהנחה שקיבול ללא הודעה לצרכני לא נחשב קיבול באמת, הודעת החזרה תקפה ולא נכרת חוזה.

ג.

## תרגיל 3 - עמוד 10

11- בינואר מר פזרני ומר קנייני הסכימו ביניהם כי מר קנייני יקנה תמונה מסויימת השייכת למר פזרני במחיר שיסכימו עליו ואשר יהיה בן 40 ל-50 אלף שקל. ב-31 בינואר הודיע מר קנייני שהוא מוכן לשלם 50,000 שקל ובלבד שיזכה בתמונה, אולם פזרני מסרב למסרה לו. מהן זכויות הצדדים?

### תשובה:

חוזה לעשיית חוזה בעתיד איננו חוזה. נימוק: כי לא סוכם דבר - אין מסוימות. נניח וקנייני היה מציע לרכוש את התמונה בעתיד ב-40 אלף ופזרני לא היה מסכים? מה אז? אין חוזה של פזרני להסכים למחיר הכי נמוך בטווח המחירים עליו הם סיכמו. יש בעיה במסוימות - תחילה לא נקבע מחיר מדויק וכעת, לא חייב פזרני למחיר הנמוך בטווח המחירים. אין לזה שום משמעות, זה גם פוגע באוטונומיה של הצדדים - הם כבולים למין הסכם לא מסוים אשר הוא אינו חוזה - זה נוגד את ההיגיון העסקי.

במקרה דנן - המצב שונה. למה? כי קנייני מציע את מחיר המקסימום עבור התמונה. אי קבלת ההצעה של קנייני נגועה בחוסר תום לב - הרי זה מחיר השיא שפזרני מוכן היה למכור את התמונה. מכאן, שבמקרה דנן חייב פזרני למכור את התמונה לקנייני.

## תרגיל 1 - עמוד 10

חוזה/י דעתך על הדברים האמורים בקטע הבא:

"הקושי המתעורר במקרה של הסכמה בנושא אחד כשהצדדים שתקו לגבי נושאים אחרים או כשאין הסכמה בנושאים אחרים הוא מדומה. לאמיתו של דבר הפתרון ברור לחלוטין. מה שהוסכם - שריר וקיים. ואילו נושא שלגביו לא הושג הסכם - פשוט אין הוא משפיע על זכויות הצדדים. אין הוא מקנה להם זכויות ואין הוא מטיל עליהם חובות. לדוגמה, פלוני הסכים לקנות מאלמוני מכשיר רדיו מסויים במחיר של 1,000 שקל. פלוני היה מעוניין לקבל אחריות לתקופה של שנתיים, אך לא דובר על כך דבר. מכאן ההסכם לרכישת הרדיו - שריר וקיים. אולם ברור כי פלוני לא זכה באחריות לתקופה של שנתיים".

### תשובה

לדידי אין הכלל הזה חד וחלק, ייתכן והוא כלל לא נכון. לא בכל מצב ניתן לטעון את הטענה הנ"ל, שכן נושא שלא הוסכם לגביו דבר, יכול להיות נושא מהותי וככזה, באין הסכמה עליו, חסר יסוד המסוימות הדרוש לשם כריתתו של חוזה.

# תרגול 1 - כתיבת עבודה - איך

יום שני 25 נובמבר 2013

13:08

- מוקשים - לא כל מילה בכל פסק דין תיושם בקייס.
- גם אם הגענו למסקנה כלשהי - להניח מה היה קורה אם היינו מגיעים למסקנה אחרת.
- לשים להתמקד בנושא העבודה ולא להפוך אותו לנושא שולי, פריפרי בעבודה.
- ניתן להיעזר בחומרי הרשות על מנת להוסיף נפח לעבודה.
- אזכורים - לא אזכור אחד וכו'. קצר מדויק.
- פתרון הקייס יופיע באתר בנקודות. כלל הנראה לא יהיה שיעור פתרון.
- הקפדה על ניסוח מדויק ותמציתי. מאידך, ניתן בהחלט להשתמש בביטויים בהם השתמשה הפסיקה.
- לנסות לזהות מגמה מן הפסיקה.
- סעדים - אין צורך להתייחס בתרופות. כן להתייחס לתוקף החוזר וכו'.

שלד העבודה

נקודת מוצא - יש חוזה בין רוני לבין מ.הקניון

בעל הקניון רוצה להזיז את חנותו של רוני לקומה ה-3

מנצל היריד כדי ללחוץ על רוני - חסימה של פתח הכניסה לחנותו - אופציה לכפייה כלכלית

לאחר סיום היריד-נגמרה הכפייה לכאורה. מה זה אומר שרוני לא ביטל החוזה?

אומר לרוני כי ידווח על העלמות המס שלו - האם זה נחשב כפייה או שיייתכן כי זה לפי ס'17(ב) - אזהרה בתום לב. האם זו זכות? נראה כי זה לא בתום לב.

כתוצאה משני אלו: רוני חותם על חוזה חדש עם מנהל הקניון. לא רק שהוא חותם, אלא הוא גם מאריך את החוזה ומקבל הנחה בשכר דירה- על מה זה מעיד- על השלמה עם החוזה? לא הרגיש תחת לחץ?

לא מנקים ליד חנותו של רוני - האם זה ניסיון כפייה? להתייחס במידה ומדובר במעשה אשר נעשה לאחר המועד בו הוא צריך לעבור. וגם במידה ומדובר לפני המועד בו הוא צריך לעבור.

כתוצאה מכך: רוני אומר כי לא יקיים את החוזה - האם זו הפרת חוזה? צריך להניח שהוא צריך לעבור בזמן ואז הוא המפר או שהוא זכאי לא לעבור/האם הוא זכאי לבטל בזמן זה?

## עבודה 2 - פרשנות החוזה

יום שלישי 31 דצמבר 2013  
12:41

### סדר עבודה

הצגת הדברים הבסיסיים -

#### הערות:

- האם זה רלוונטי שהחוזה נכרת טרם התיקון לחוק? האם זה משנה? כנראה שלא לאור דבריו של השופט ריבלין בפס"ד סהר.

- קודם כל היה חוזה בין הצדדים - הצעה, קיבול, גמירת דעת ומסוימות.
- הוא נחתם ל-5 שנים ושכ"ד 4000 שח לחודש.
- מהות העבודה - מחלוקת בין מוריה לשושי בנוגע לתשלום על המזגן.

יש לחלק לשני חלקים:

1. חובה העקרונית - האם יש חובה לתשלום על המיזוג?

2. אם יש חובת תשלום - כמה יש לשלם.

לשון ס'1 לחוזה קובע את תנאי המסגרת לתשלום. כדי לקבוע האם יש חובת תשלום או לא יש לבדוק מהי סיוס תקופת השכירות?

מוריה - רק לאחר 5 שנים. שושי - לא משנה מתי ולא משנה מאיזו סיבה.

### תכלית סובייקטיבית - שאלה ראשונה

#### טענות מוריה

- הסדר שלילי - ס'2 מהווה הסדר שלילי - יש הסכמה בין מוריה לשושי לא להסדיר את סוגיית התשלום בנוגע למזגן. זה בכוונה ולכן, אני לא חייבת לשלם לך על המיזוג. למה לא? כי פה מדובר בהפרת חוזה ולא בסיוס תקופה השכירות כדת וכדין. חיזוק לכך: "לא מחפשים את אומד דעתם הפנימי של הצדדים". כלומר, אם רצתה שושי לקבל כסף, הייתה צריכה לומר זאת במפורש בחוזה בס'2. מוריה תגיד שהמסמך מחולק לסעיפים וזה מכוון בכוונת תחילה - אם חילקו ולא כתוב בס'2 זה כי לא רצו שזה ייכתב.
- הסתמכות של מוריה על תשלומה של שושי לשם תשלום בגין התקנת מיזוג. אינטרס ההסתמכות שלה נפגע. היא סמכה על דמי שכירות 5 שנים ולא קיבלה שכ"ד על כך. - אפרופים

#### טענות שושי

- תטען שזה כל תקופת שכירות שהיא. לא משנה מתי ואיך היא הסתיימה. מוריה יכולה לענות שזה כן קשור לאיך מסתיימת תקופת השכירות.
- תטען שאם פירוש ס'1 לפי מוריה יוביל תוצאה אבסורדית המטילה עליה אחריות שהרי זה בלתי אפשרי שושי הייתה לוקחת עצמה התחייבות.
- שושי תטען כי אין לעקור קטע מהחוזה מבלי לשים לב לחוזה בשלמותו. זה מאוד משנה אם סעיף 2 נובע מסעיף 1 או שהוא עומד בנפרד לו. בנפרד - לטובת מוריה. נובע מ - לטובת שושי.
- תטען כי אם המזגן נשאר אצל מוריה אז לפי ההיגיון המסחרי מוריה צריכה לשלם עליו. הרי היא תוכל להעלות את דמי השכירות לאחר מכן עם הדייר החדש.

### תכלית אובייקטיבית - הולכים לאובייקטיבית כשלא מצליחים לבסס אומד דעת צדדים סובייקטיבי.

•



נקודת המוצא היא כי בין מוריה לשושי נכרת חוזה כדן. המדובר בחוזה שכירות בו שני עיקרים: שכירת הדירה על ידי שושי לתקופה של 5 שנים והתקנת מיזוג מרכזי בדירה על ידי שושי, כאשר שושי תשלם על המזגן ובתום תקופת השכירות תחזיר מוריה לשושי את הכסף בגין התקנתו (שם).

קמה מחלוקת בחוזה דנן. המחלוקת עיקרה בשלוש שאלות עיקריות: במקרה בו ישנה הפרה של החוזה מי יישא בעלות התקנת המזגן? במידה ועל מוריה לשאת בעלות המזגן- כמה כסף עליה לשלם לשושי? במידה ועליה לשלם לשושי סכום-מתי עליה לשלם לה אותו? אנתח על פי פרשנות החוזה (ס'25) והלכות פרשנות חיצונית לו שלוש שאלות אלו.

שאלה הראשונה - תחילתה של פרשנות היא בהתחקות אחר התכלית הסובייקטיבית, קרי אומד דעתם המשותף של הצדדים (סימוכין). אומד הדעת יוסק מלשון החוזה ומנסיבותיו החיצוניות (סימוכין). יש לציין, כי קיימת גישה האומרת כי מקום שבלשון ברורה דיה, אין להמשיך לבדיקת הנסיבות (סימוכין). עיקר המחלוקת אינה בפרשות ס'2 לחוזה השכירות המדובר. מן החוזה עולה כי סוכם כי שושי תשכור ממוריה דירת מגורים למשך 5 שנים בעלות 4000 ש"ח. כן סוכם כי יותקן מזגן מרכזי אשר תחילה שושי תשלם עליו ולכשתשלים את חוזה השכירות, תוחזר לה העלות על ידי מוריה. זהו אומד הדעת המשותף של הצדדים. ס'2 הינו הסעיף הדורש את כלי הפרשנות. הסעיף שותק ביחס למי יישא בעלות המזגן במקרה של הפרה. ניסיון לבחון את אומד הצדדים המשותף במקרה זה מעלה קושי וזאת בשל טענות הצדדים. תטען מוריה כי סעיף 2 מהווה הסדר שלילי קרי, הוסכם בשתיקה שבמקרה של הפרה תישא שושי בעלות הפיצוי (סימוכין). ההיגיון בכך: מוריה רוצה למנוע משושי להפר את החוזה. זאת ועוד, תטען כי באם רצתה שושי להסדיר את התשלום גם במקרה של הפרה היה עליה לקבוע זאת גם בסעיף 2 (סימוכין) וכי בית המשפט לא בוחן רצונות נסתרים של הצדדים (על טענה זו תוסיף ותטען שושי, כי על פי גישת הלשון, מקום שלשון החוזה ברורה, ודאי לאחר תיקון מס' 2 שנעשה בס' 25 אין לעבור לניתוח על פי הנסיבות (סימוכין) מקום שלשון החוזה ברורה (הנדל-סהר). משכך, אין לדידה מה לדון בשאר השאלות לעיל.

אל מול טענות הני"ל, תגרוס שושי כי שתיקתו של הסעיף אינו מהווה הסדר שלילי כלל, וכי חובתה של מוריה לשלם היא משתמעת מן החוזה בכללותו. תחילה, תטען כי גישת הלשון אינה הגישה הרווחת במתן פרשנות לחוזה (סימוכין) וכי גישת התכלית (מבחן חד שלב) היא עדיין "השולטת בכיפה". אי לכך, חוזה יש לפרש הן על פי הלשון והן על פי הנסיבות (סימוכין). לדידה, גם לפי גישת הלשון, הרי שאין להתייחס לסעיף 2 כאוטונומי, אלא כחלק מהסתכלות על החוזה בכללותו (סימוכין). מכך, סעיף 2 לחוזה נובע מסעיף 1 ועל כן, הן על פי לשון החוזה מניע לה החזר. תוסיף ותטען שושי, כי מצב בו מוריה לא תישא בעלות עבור מזגן אשר נשאר בדירתה (לא ניתן לקחת מיזוג מרכזי ואין הוא נחשב "חפץ") יוביל למצב אבסורדי הנוגד את השכר הישר והן את ההיגיון המסחרי (סימוכין). כן תטען שהוא נוגד את התכלית הסובייקטיבית המשותפת - הרי בעת הכריתה היה מובן שתיהן כי המזגן נשאר בדירה וכי עלותו היא על כתפי מוריה - זאת על פי הנוהג בחוזה שכירות (ס' כלשהו בחוק השכירות והשאיילה) וכן כי אין לפרש בחוזה באופן שיטיל התחייבות על צד שבלתי סביר שהוא לקח על עצמו (לוי-אפרופים) וגם כאשר ישנן כמה אופציות לשוניות, יש לבחור באופציה המקיימת את תכליתו של החוזה (ברק-אפרופים). זאת ועוד, קבלת טענות מוריה נוגדת את ס'39 ומהווה פגיעה בעיקרון תום הלב. במצב זה תקבל מוריה את דירתה כשהיא שווה יותר מאשר קודם לכן זאת מבלי שהיא עצמה שילמה דבר. לבסוף, תטען שושי כי גם אם עמדתה לגבי אומד הצדדים המשותף לא תתקבל, הרי שמדובר בלאקונה.

טענות הצדדים הסותרות האחת את השנייה מקשות על גילוי אומד הדעת המשותף (ברק-אפרופים). לשון החוזה שותקת בסוגיה הנדונה ויוצרת אי בהירות גלויה (חשין-מגדלי הירקות). נראה גם שהנסיבות, אשר במקרה זה אין הן רבות, לא מסייעות להבנת אומד הצדדים המשותף (סימוכין). משכך, יש לבחון את התכלית האובייקטיבית של החוזה (סימוכין). תכלית אובייקטיבית היא האינטרסים, המטרות והערכים אשר חוזה מסוג החוזה שנכרת נועד להגשים (סימוכין). נראה כי בחוזה שכירות ראוי שהשוכר לא יממן מכיסו עבודות שיפוף/תשתית עבור המשכיר-הרי המשכיר הוא הבעלים ואינטרס שלו הוא לדאוג לנכס. לפיכך, מוריה אשר תישאר עם הנכס ועם המזגן ותשכיר אותו לשוכר אחר היא זו שצריכה לממן את תשלום המזגן. יש להוסיף כי התקנת המזגן מהווה שדרוג הנכס, מה שיאפשר להעלות ת דמי השכירות. אין זה הגיוני שמצב זה יתקיים ללא כל עלות מצד מוריה. זאת ועוד, ס'3 לחוק השכירות והשאיילה מנחה כי במצב של פרטים שלא סוכמו, יהיו לפי נוהג של צדדים סבירים. סעיף זה מספק "נג חוקתי". מנגד, קיים אינטרס ההסתמכות של המשכיר על עמידתו של השוכר בתנאי החוזה. סביר כי משכיר יסתמך על דמי השכירות של השוכר על מנת לבצע שיפוצים בדירה המושכרת. על כן, סביר כי מוריה תסתמך על דמי השכירות של שושי במשך 5 שנים על מנת לשלם את עלות התקנת המזגן-ניתן לומר שזו מעין עסקת תשלומים ואין אפשר להפסיקם סתם כך (דנציגר-לוי). משושי הפרה את החוזה, נפגע אינטרס ההסתמכות של מוריה כמו גם התכונן הכלכלי שסביר שהיא ביצעה.

נראה כי עקרון תום הלב הוא המהותי בחיפוש אחר התכלית האובייקטיבית ועל כן, לא סביר כי משכיר "יזכה" לדירה ה טובה יותר, כשהעלות הושתה כולה על השוכר. משכך, צריכה מוריה לשלם על התקנת המזגן. קביעה זו מעלה שאלה נוספת-כמה צריכה מוריה לשלם? כאמור, ס'2 בחוזה שותק ומשום שנראה כי השתיקה אינה מהווה הסדר שלילי, הרי שיתכן והיא מהווה לאקונה הדורשת השלמה לפי פרשנות רחבה (סימוכין). משכך, נשאלת השאלה כמה כסף הייתה משלמת מוריה לשושי אלמלא הופר החוזה. מבט על סעיף 1 מראה כי גם במצב של קיום החוזה עדיין הייתה נוצרת מחלוקת. סיפא הסעיף מדבר על תשלום בהתאם לעלות ההתקנה ואילו רישא הסעיף קובע על עלות ההתקנה תהא בסכום של 35,000 ש"ח. כלל הוא כי אין מילים הכתובות בחוזה סתם, שכן הצדדים עמלו על החוזה טרם כתיבתו (חשין-מגדלי הירקות). על כן, הסכום 35,000 ש"ח לא נכתב לריק וניכר כי הכוונה הייתה שהתקנת המזגן תהא עד עלות זו. הדבר גם מתיישב עם השכל הישר-לא ייתכן ששוכר ישית עלויות כה גדולות על המשכיר מבלי לקבל אישורו קודם לכן (סימוכין). מצב בו תפורש הלשון באופן מילולי בלבד ללא שינוי, יוביל למצב של אבסורד (ריבלין-סימוכין). משום כך, ניתן להשלים את הסיפא של החוזה כך שמכוח ס'26 יוסף לסיפא של סעיף 1 החלק הבא: "בהתאם לעלות ההתקנה והתוספת: (עד 35,000 ש"ח). השלמה זו יוצקת היגיון עסקי כלכלי בחוזה (דנציגר-אספן).