**טכניקת הביצוע האופטימאלי** – לוקחים את אותו הפריט היחיד שעוד לא הוסכם ונותנים לצד השני את זכות ההחלטה (כדי שההסכם ייצא לפועל בסופו של דבר).

**3. הכוונה ליצור יחסים משפטיים / שפיטות**

מעבר לגמירות הדעת ולמסויימות, יש צורך ליצור יחסים משפטיים.

ארועון: 2 בחורות השתחררו מהצבא (סנדי ויעל). נוסעות לטיול בחו"ל. הן מוטרדות מסכסוך על רקע רומנטי ובאופן יצירתי הן יוצרות ביניהם מראש הסכם. תוכן ההסכם:

1. סנדי מתחייבת שלא לחזר אחר בחור ולא להיענות לחיזוריו של בחור ללא הסכמה מפורשת מראש, בכתב, מיעל.
2. יעל מתחייבת שלא לחזר אחר בחור ולא להיענות לחיזוריו של בחור ללא הסכמה מפורשת מראש, בכתב, מסנדי.
3. אם מישהי מהצדדים הפרה את סעיפים 1 ו- 2 (חיזרה או נענתה לחיזורים) אזי לצד השני יש זכות לדרוש ממנה ניתוק קשר עם המחזר מיידי.
4. אם מישהי קיבלה דרישה כזאת ולא צייתה לדרישה אזי רואים בזה כהפרה של ההסכם ולכן נקבע פיצוי מוסכם ע"ס 1,500 $.
5. **הגדרות**: (מיהו מחזר, מיהו בחור וכיוצ"ב)

במהלך הטיול יעל מתחילה עם בחור בבר, וסנדי מבקשת ניתוק קשר מיידי ויעל לא מסכימה לכך. הן חוזרות לארץ וסנדי מגישה תביעה ע"ס 1,500 $.

בהנחה שהמסמך הזה הוא חוזה מחייב אז סעיף 4 של החוזה עוסק בסעדים – אחד מהסעדים הוא פיצוי מוסכם. אם מדברים על גמירות דעת ועל מסויימות – אזי יש כאן חוזה לכל עניין ודבר.

גמירת הדעת עוסקת בשאלה "האם היתה פה הבטחה". בהנחה שהיתה הבטחה, עדיין הטענה היא כי קיימים שני סוגים של הבטחות/התחייבויות:

1. מישור היחסים האישי – זה יכול להיות הסכם מאוד רציני – אבל עדיין לא משהו שהתכוונו ללכת איתו לבית משפט. תאורטית – הכל יכול להיות משפטי, והשאלה היא מה הצדדים התכוונו. יש הבטחות שמראש מתייחסים אליהם במישור הפרטי ללא צורך בעירוב גורמים חיצוניים. מדוע הם עשו את ההבטחה? כי הם התכוונו לכך. הסנקציות צריכות להיות במישור האישי ולא במישור המשפטי. הצדדים עצמם לא התכוונו להפוך אותה להבטחה משפטית.
2. הבטחות משפטיות – הפיכה לחוזה מחייב. יש לסנן בין מקרים של אנשים שרצו יחסים משפטיים והבטחות משפטיות ובין מקרים שבהם אנשים רצו לשמור את החוזה ברמה האישית.

דרישה אחת שבה בוחנים את המקרה שמעלה היא לטעון שההסכם ביניהם הינו **בינאישי**.

"שומר השפיטות" – שומר שמסתכל על שיקולים נורמטיביים, מעבר למה שהצדדים רצו. זאת אומרת, מעבר לשאלה הבינאישית (האם הצדדים רצו ליצור יחסים משפטיים). גם אם השתכנענו שהצדדים רוצים ליצור יחסים משפטיים, נשאלת השאלה האם המדינה מוכנה לתת השירות בנושא החוזה. יש מערך של שיקולים נורמטיביים שאומר מה חשוב לאכוף ומה לא חשוב לאכוף.

עיקרון הפעולה: שני שומרים –

1. הכוונה ליצור יחסים משפטיים – בודקים לוודא שהצדדים התכוונו לכך שזה יהיה הסכם משפטי
2. שומר השפיטות – בודק האם למדינה יש אינטרס להתערב בחוזה הזה.

**איך יודעים מתי יש כוונה ליצור יחסים משפטיים ואיך יודעים מתי יש שפיטות?**

*יחסים משפטיים*:

1. אם הצדדים כתבו בעיסקה עצמה שזאת עיסקה משפטית ולעיתים אפילו דיברו על בית המשפט בו יידון הנושא 🡨 זאת עיסקה עם יחסים משפטיים.   
   לעומת זאת, אם הצדדים כתבו בעיסקה עצמה שזאת עיסקה "ג'נטלמנית" 🡨 זאת עיסקה ללא יחסים משפטיים. חלק מהתפיסה הליבראלית מדברת על זה שיש הסכמים בין אנשים, שנבנים ע"ב אמון בין הצדדים וללא הגעה לבית המשפט.   
   יתרונו של מבחן זה בכך שהוא מדוייק. אבל מרבית החוזים אין בהם משפט אשר מתייחס על האם החוזה הוא משפטי או לא.
2. מדד ניסוח ההסכם והנסיבות – אם יש הסכם מסוג "התערבות" (דוגמא – התערבות במטה הבחירות על האם זוכים בבחירות או לא) – אזי מנסים להבין האם היתה פה כוונה ליצור משהו משפטי. בנסיבות כאלה יכולה לעלות טענה כי למרות שהיתה התערבות – לא התכוונו שזה יגיע למצב משפטי.   
   עם זאת, במקרים אחרים – אם הניסוח הוא משפטי (כגון: "הואיל ו..." או הליכה לעורך דין) – אזי יש רצון "למשפט" את מערכת היחסים. הכלל בנקודה זו הוא ע"ס שיקול דעת וזהו לא מבחן מדוייק בניגוד למקרים שבהם כתוב מפורשות. יש ניסוחים ונוסחים מסויימים אשר ישדרו רצון למשפט את היחסים ויש ניסבות או ניסוחים אשר מעידים על אי-משפטיות.
3. קביעת ברירת מחדל – בתחומים שונים יש "ברירת מחדל" והמבחן מבדיל בין חוזה עסקי ובין חוזה משפחתי. הפסיקה קובעת ברירת מחדל שונה.   
   **פס"ד בלפור נגד בלפור** – בלפור הינו דיפלומט בריטי ונוסע כל הזמן. אישתו מאוד מתעצבנת מהנסיעות – ואז הוא מבטיח לאישתו שכל שבוע שהוא לא נמצא אז יועבר לחשבון הבנק שלה סכום. ההבטחה היא בעל-פה והאינדיקציה לכך שהיא נעשתה היא תזרימי הבנק בתקופה שלאחר ההסכם. אדון בלפור ממשיך ליסוע, ובשלב מסויים מפסיק לשלם. גב' בלפור מגישה תביעה כנגד בעלה על כך שהפסיק לשלם. בית המשפט קובע שהיתה הבטחה (יש גמירות דעת ויש מסויימות – כי בפועל זה התקיים בשבועות הראשונים). אבל בית המשפט קיבל את טענת אדון בלפור לכך שזאת היתה הבטחה ג'נטלמנית. בית המשפט קובע שהוא מקבל את הטענה הזאת – ולכן הוא אינו אוכף את החוזה.   
   **פס"ד אדווארס** – אדווארס טייס בחברת טיס שעושה צמצומים. לפי החוזה של אדווארס, אם מפטרים אותו הוא זכאי לפנסיה תקציבית (סכום גימלא קבוע לכל חייו) מה שעלול להכביד על החברה. אם בן אדם חותם ויתור על הקיצבה – אזי הוא זכאי לסכום חד פעמי שמוגדר בחוזה. אדווארס מוזמן לשיחת פיטורין ונציג ההנהלה מציג בפניו שההנהלה תעדיף אם הוא יוותר על הקיצבה ואז יקבל סכום חד-פעמי. ואז אם יילך על הפיצוי ההוני החד-פעמי, הוא יהיה גדול פי 1.5 מהסכום שבחוזה (זאת היתה הסכמה שבע"פ – אבל אין עליה עוררין). אדווארס חתם על הוויתור על הקיצבה, וחברת הטיס נתנה לו המחאה על הסכום המקורי. בית המשפט עושה הבחנה בין המקרה של בלפור למקרה של אדווארס. ככל שמדובר במערכת יחסים תקינה (לא גירושין) – אזי הנסיבות אינן משפטיות כברירת מחדל. לעומת זאת, במסחר – ברירת המחדל שונה – ואנשי עסקים מתכוונים שההסכמים ביניהם יהיו משפטיים. כדי ליצור נקודת עיגון – באים בתי המשפט ויוצרים ברירת מחדל ביחסים מסחריים.

**שומר השפיטות** – כדי להגיע למבחן שומר השפיטות – חייבים לעבור קודם את מבחן הכוונה ליצור יחסים משפטיים (דהיינו – השומרים פה עומדים ב"טור"). מהם שיקולי השפיטות? – יש עמדות שונות:

* חוזים זה רק מכשיר מסחרי ולכן בית המשפט צריך לעסוק בחוזים מסחריים בלבד – גישת פרופ' דניאל פרידמן. פרידמן רצה ליצור ברירת מחדל שחוזה מסחרי הוא שפיט ולגבי שאר החוזים – צריכים להוכיח אחרת. השפיטה לא קיבלה את העמדה הזאת.
* ברירת המחדל היא שכל החוזים הם שפיטים ורק בסוגים ספציפיים של חוזים הם אינם שפיטים:
  + סעיף 32 לחוק החוזים עוסק בחוזים שהם בתחום רוח וכבוד שבמוקד שלהם יש פרס או ציון או הוקרה שמישהו צריך לקבל. לדוגמא; חידון התנ"ך (היה מקרה שבו מישהו רצה לערער לבית המשפט או מקרה בארה"ב – מועמדת למלכת היופי). בפסיקה התגלו שתי גישות לגבי נושאים אלו: לפי גישה אחת יש תחומים שאינם שפיטים – לדוגמא השופט ויתקון בפרשת קריאנסקי אומר שכל התחום של פרסים או ציונים או הוקרה – זה נושא בלתי שפיט (כך גם נאמר לגבי נושאים הקשורים למשך לימודים). אבל במקרה של קריאנסקי הטענה שלו היתה שהטעות היתה בחידון התנ"ך היתה טעות טכנית ולא טעות בגדר ההוקרה או הפרס. בית המשפט אמר שהגם שהנושא פה הוא נושא טכני – זה בלתי שפיט בגלל שזה פרס או ציון.   
    ברק טוען שיש **פורום חילופי מומחה** – כל החוזים שמפורטים פה יש להם "פורום מומחה" – מדובר על תחרות מקצועית שכדי לתת אותו צריך להעריך איזה ידע או יכולת ומוגדר גוף שאמון על זה (חבר השופטים, מרצים שנותנים ציונים וכיוצ"ב). יש כאן שאלות מקצועיות ויש פורום (שהוא חילופי לבית משפט) – והוא המומחה להחלטה. אומר ברק – שסעיף 32 אומר, אז בקטע המקצועי – ההערכה שמסורה עפ"י החוזה – בית המשפט לא רוצה להחליף. אבל כל נושא שלא קשור להערכה המקצועית – בית המשפט יכול להתערב.   
    אם ברק היה השופט במשפט קריאנסקי – אז הוא לא היה מתערב בשאלה ה"תנכית" שהיתה בחידון התנ"ך. אבל אם הטענה היא לטעות חשבונאית טכנית – אזי את זה יש לבדוק ובית המשפט יודע להתערב. ברק אומר שזה לא שה**תחום** לא שפיט – אלא שזה רק ההיבט המקצועי אינו בר-התערבות.
  + הסכמים פוליטיים: המקרה המפורסם בנושא זה במשפט הישראלי היה מקרה מודעי ושמיר בנושא העריקה לאחר "התרגיל המסריח". מודעי דרש התחייבות חוזית לכך שהוא ימונה לשר במיידי ושיהיה להם שיריון ברשימה העתידית של הכנסת. העריקים חוששים שההבטחה לא תמומש והם דורשים לכך ערבות כספית של תנועת הליכוד וערבות אישית של ר' הממשלה דאז – יצחק שמיר. וכל זה לא עוזר להם – כי הם לא נבחרים לרשימה הבאה לכנסת. ואז הם תובעים את מימוש ההסכם: תובעים את הליכוד ואת שמיר באופן אישי.   
    מבחינת גמירות דעת ומסויימות – יש כאן. יש גם כוונה ליצור הסכמים משפטיים. ההסכם היה הסכם משפטי לכל עניין ודבר. בית משפט בכל זאת פוסל את ההסכם על שיקולי שפיטות. בית המשפט סבר שהערבוב בין כסף, משפט ובחירות לכנסת – נוגד את כל העקרונות החוקתיים. הסכם פוליטי שמערבב בצורה ברורה כסף והתחייבות מינוי לשר או בחירה – אינו הסכם שבית משפט יאכוף אותו.
  + הסכמים אינטימיים/זכות ההתחרטות: עו"ד עשה הסכם עם אישתו שמגדיר את יחסי המין בין השניים. כאשר עו"ד מבקש לתבוע לאחר אי כיבוד ההסכם ע"י אישתו- בית משפט לא יכול לאכוף כזה הסכם הקשור ליחסי מין. מעבר לנושא האכיפה, בית המשפט גם לא ייתן פיצויים הגם שהם מוסכמים.   
    סיבה אחת לאי-דיון בזה היא שזה נושא לא משפטי ולא ראוי שבית המשפט ידון בזה או ייתן את ידו להסכמים בתחום הזה (שגובל בסחר במין).   
    הסבר נוסף לאי-דיון כי זה נכון לנקודת זמן מסויימת. בכל חוזה יש 2 נקודות זמן קריטיות: כריתה ומימוש. בזמן הכריתה – 2 הצדדים רוצים את החוזה. בזמן המימוש – לא שני הצדדים רוצים בהכרח. בדר"כ בדיני חוזים בית משפט לא מכיר בזכות ההתחרטות כי מלכתחילה היה רצון. אבל בתחומי חיים מסויימים – נקודת הזמן החשובה היא נקודת זמן המימוש. במיניות – אומרים שלא חשוב שהיתה הבטחה אלא החשיבות שלא יהיה אילוץ או חיוב. במיניות אין הסתמכות על הבטחות.   
    זאת הלוגיקה שעומדת בסדרה נוספת של מקרים שבהם המשפט הופך אותם לחוזים רופפים – עם יכולת חרטה גדולה. דוגמא לכך היא הסכם פונדקאות: זוג מתקשר עם אם פונדקאית שתהרה בשבילם. עד שלב מאוד מאוחר זכותה של האם להתחרט. פה – נקודת המימוש גם היא חשובה (כי זאת הנקודה שבה לוקחים ילד מאמא).   
    **פס"ד נחמני** – רות נחמני טענה שהבעל שיתף איתה פעולה בהפריית זרע, ואז הבעל ביקש להפסיק את ההליך. רות טענה שהוא הפסיק את התהליך באמצע. הטענה שלו היתה שכל עוד זה לא מומש – יש לתת לו את היכולת להתחרט.   
    בכל המקרים האלה מתעוררים שיקולי שפיטות נוספים שמאפשרים חרטה.   
    הפרת הבטחת נישואין – אוסף של מקרים שבהם אדם מבטיח לאישה לשאת אותה, ואז ההבטחה הופרה – ואז האישה דורשת פיצויים. **בעולם -** יש היום מגמה של לא לבדוק את הנושא ולא לדון בו – למעט חלוקה טכנית של הנזק בין 2 הצדדים.במרבית הארצות יש גם חוק בנושא הזה. גם אם הצדדים כן התכוונו ליצור יחסים משפטיים, החברה לא רוצה שאדם יתחתן בכח או יהיה לא בסדר בכך שהוא לא מתחתן. הסיטואציה היא שכן מכירים בזכות ההתחרטות. כשמדובר על חתונה – זה בסדר להתחרט. אם מסתכלים על הנושא הזה בקריטריונים של שפיטות – בית המשפט לא מוכן להפוך את זה למחייב כדי לא להגביל את יכולתו של אדם לסגת מנישואין. **בישראל** – בתי המשפט באופן אינטואיטיבי לא עוסקים בזה. כשהיו תביעות כאלה אז בתי המשפט אמרו שצריך לבטל את היכולת לשפוט את זה, אבל כל עוד הם עוסקים בזה וזה כן שפיט – הם פוסקים באופן עיקבי על פיצויים נמוכים (רק על ההוצאות הקונקרטיות) – וכך זה לא משתלם להגיש תביעות מהסוג הזה.   
    לפני כ- 3 שנים ניתן פסק דין ששינה את המדיניות הישנה.   
    **פסק הדין** **פלוני נגד פלוני**: לפלוני היתה מאהבת ושניהם היו נשואים. פלוני אמר למאהבת להתגרש כדי שייתחתנו. לאחר שהיא התגרשה – הוא לא מימש את ההבטחה שלו. 4 פעמים היא היתה בהריון ממנו ו- 4 פעמים שכנע אותה לעשות הפלה. מבחינה כלכלית היא לא יכלה להראות נזק קונקרטי – והיא הציגה נזקים נפשיים בלבד. מבחינה משפטית יש כאן 2 שאלות: האם זה הפרת חוזה? תאורטית – כן; אך מעשית – משתדלים שלא לכפות חתונה ולא דנים בזה. השאלה השניה שנשאלת היא שבהנחה שמדובר ברווק – תביעה כזאת היא כן תביעה משפטית חוזית, האם זה שהפרט נשוי – משפיעה? (אם מקבלים תביעה כזאת לגבי נשוי אנחנו לוחצים אותו להתגרש אחרת ישלם פיצויים, כי אין ביגמיה).   
    לגבי השאלה הראשונה- השופט ריבלין סובר שבמקרה הזה אין להכיר במשפטיות של התביעה. אפילו אם היתה כוונה ליצור יחסים משפטיים – צריך לשים שומר שפיטות ולהגיד שלא לעניין שהמשפט יחייב אדם להתחתן, כאשר אינו מעוניין.   
    אבל השופט ריבלין במיעוט; והשופט ברק – לא אוהב מחסומי שפיטות. לדבריו של ברק – המשפט לא נעצר במתחם המשפטי – ואם אדם הבטיח אזי אין סיבה שדיני החוזים לא יפעלו פה. עלול להיות פה מצב של "תרמית" – שכבר בשלב ההבטחה לא התכוון לקיים. **ברק פוסק שלא ע"ב העילה הנזיקית של התרמית**. ברק לא מסתפק בתרמית – כי אחרת לא היה יוצר תקדים בנושא דיני החוזים: אצל ברק דיני החוזים לא עוצרים בנושא המשפחתי. לא רק שאסור לרמות, אלא גם אסור להתחרט – אם מישהו נפגע מההתחרטות. את הנזק יש לכפר.   
    ולאחר שברק אומר את זה – הוא עוסק בסוגיית השאלה השנייה – האם העובדה שהבחור נשוי משפיעה על כל התהליך הזה? מתברר שבנושא הזה, לפני השופט ברק, היו 3 גישות והמשפט הישראלי לקח את גישת האמצע:  
    א. ברגע שמישהו נשוי – אפילו אם יש הפרת נישואין – אי אפשר להשים אותה על אדם נשוי כי זה פוגע במוסד הנישואין.   
    ב. אם כשהבטחת היחסים היו מתוקנים וההבטחה ומימושה זה הריסה של הנישואין – אז לא מממשים את ההבטחה ; אם כשהבטחת – היחסים היו כבר הרוסים וההבטחה ומימושה זה לא מוסיף להריסה – אז ניתן לבדוק את מימוש ההבטחה.   
    ג. גישת ברק – לא בודק אם היחסים היו קודם או לא. האם היחסים היו תקינים או לא – זו שאלה שלא רלוונטית. כי גם מתוך נישואין אדם יכול לפרק את הנישואין ולכן ההבטחה שלו למאהבת – היא הבטחה ויש לתת לה פיצויים.   
    ברוב העולם המערבי – יש היום גישה של גירושין ללא אשמה (לא חייבים לתת עילה). בישראל – חייבים לתת עילה לגירושין.   
    **בין 2 החלקים של פס"ד של ברק יש סתירה פנימית. כל חלק יכול לעמוד בפני עצמו, אבל בין החלקים יש סתירה**.   
    בחלק השני – אומר ברק שלא משנה שהאיש נשוי. האישה הקודמת לא מעניינת את ברק, לצורך העניין. בחלק זה ברק אומר שהזכות של האיש הנשוי לפרק את מוסד הנישואין יותר חשובה מההבטחה המקורית שהוא הבטיח לאישתו.   
    לעומת זאת – אומר ברק שהמשפט צריך להתערב גם בנושאים שהם נושאים אינטימיים. בחלק הראשון אומר ברק שמותר להתחרט ומותר לבגוד – כדי לקדש את הערך שאפשר לבחור עם מי להתחתן.   
    לשקר את האישה – זה בסדר ולא סותר  
    לשקר את המאהבת – זה לא בסדר.   
    ברק התעלם מזה שהיה צריך לבטל את תביעה בחלק הראשון – כדי לצאת ליבראלי.

**לסיכום** – יש 2 דרישות נוספות שצריכות להיות תנאי לקיום חוזה מעבר לגמירות ולמסויימות והן הדרישה לכוונה לייצר קשר משפטי ונועדה לוודא שהכוונה היתה לייצר זכויות משפיעות והבדיקה לכך נעוצה בכוונת הצדדים עצמם (מה הם כתבו? מהן הנסיבות והניסוחים? ואבחנה בסוגי היחסים (משפטי = לא, מסחרי = כן). הדרישה השנייה הינה שפיטות - ולא תלוייה במה שאומרים הצדדים אלא מה רצוי לנו כחברה: פרידמן רצה להכליל רק נושאים מסחריים. המשפט הישראלי קבע אחרת: הכל שפיט חוץ מנושאים מויימים (ציון, פרס ותואר: כל תחום הרוח והכבוד) וגישת ברק הכל שפיט חוץ מנושאים מסויימים של צוות מומחה וכן הסכמים פוליטיים. הסוג השלישי הוא נושאים אינטימיים והזכות להתחרט.

מקרה 1 – פיצוי כנגד יחסי מין – ברור שבית המשפט לא מתערב.

מקרה 2: פונדקאות ונחמני

מקרה 3: הבטחת נישואין. בעולם – לא שופטים ובארץ השופטים צמצמו את הפיצוי. מול זה ראינו את פס"ד ברק, שמרוב להיטות להגיד שאדם נשוי צריך להתחרט מנישואיו ולקיים הבטחתו – וזה כדי לקיים הבטחות למאהבת.