

טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התרחשויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה

מאת

איל זמיר*

סעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 מוציא מגדר טעות והטעיה "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". ארבע משמעויות שונות הוצעו בפסיקה ובספרות לביטוי זה: (1) טעות המתייחסת לשווי האובייקט, (2) טעות המתייחסת להתרחשויות עתידיות, (3) טעות ביחס לסיכון שצד לחוזה נטל על עצמו, ולאחרונה (4) טעות שמקורה ברשלנות הטועה. מאמר זה טוען כי מדובר בארבע סוגיות נבדלות, הראויות לליבון נפרד, ולכן אין נקיטת עמדה כלפי אחת הסוגיות משליכה בהכרח על הרלוונטיות של המבחנים האחרים. המאמר מבקר במיוחד את העמדה שלפיה רשלנות הטועה שוללת את הסתמכותו על טעות או הטעיה. המאמר טוען שעמדה זו, העולה מעמדת הרוב בפסק דין **כרמל נ' טלמון**, אינה מתיישבת עם המצב המשפטי הנוהג בדיני הטעות ובסוגיות קרובות. עמדה זו מבטאת נסיגה בעייתית מתפיסות של התחשבות הדדית, הגינות וסבירות, שקנו להן שביטה במשפט הישראלי בעשרות השנים האחרונות, אל עבר תפיסות של אינדיווידואליזם קיצוני ו"יזהר הקונה".

מבוא. א. רקע; 1. טעות והטעיה בכריתת החוזה; 2. פרשת **כרמל. ב. מהי "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה"?**; 1. שווי האובייקט; 2. המבחן הכרונולוגי; 3. נטילת סיכון; 4. רשלנות הטועה. ג. **הערות נוספות בשולי פסק דין כרמל**; 1. תחולתם של סעיפים 14(א) ו-15 על טעות משותפת; 2. חוסר תום לב בעמידה על קיומו של חוזה; 3. אכיפה בלתי צודקת? ד. **סיכום, מסקנות וסקנות**.

מבוא

רשימה זו מוקדשת בהערכה רבה ובחיבה עמוקה לפרופ' גבריאלה שלו. גבי הייתה המרצה שלי בקורס הבסיסי ובקורסים מתקדמים בדיני חוזים. בקורס שלה שימשתי בודק עבודות ובחינות ומאוחר יותר

* פרופסור מן המניין בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. המאמר יצא נשכר מהערותיהם של מיכאל כהן, משה גלברד ובני פורת לטיטה קודמת שלו, מהערות המשתתפים במפגש של חוקרים ומורים בדיני חוזים שנערך במכללה האקדמית נתניה ומהצעות המערכת. מאמר זה עתיד להתפרסם גם בספר **עיונים בתורת החוזה – קובץ מאמרים לכבודה של פרופ' גבריאלה שלו** (בעריכת יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח).

מתרגל. לימים לימדנו את הקורס במקביל באוניברסיטה העברית בירושלים, וגם כיום ספריה הם הטקסט המלווה את הקורסים שלי. אני גאה על היותי דור רביעי בשושלת אינטלקטואלית של חוקרים ומורים בדיני חוזים, שייסד גד טדסקי והמשיכו בדרכו אהרן ברק וגבריאלה שלו. גבי היא מופת לחוקרת ולמרצה מעולה, שבמחקרה ובהוראתה תמיד מתנסחת בסגנון קולח, מבחינה בין עיקר לטפל ומנתחת סוגיות מורכבות בבהירות ראויה לשבח, על רקע משפט השוואתי ומכלול השיטה המשפטית. גבי שולטת ביד רמה בכל נבכי דיני החוזים, ובמיוחד ראויות לציון התרומות החלוציות שלה לניתוח דיני החוזים האחידים וחוזי רשות. כמורה וכעמיתה למדתי מגבי כיצד לשפוט כל אדם לכף זכות. מאמר זה מוקדש לסוגיה בדיני הפגמים בכריתת חוזה, שאת היסוד המוצק לניתוחם במשפט הישראלי היא הניחה בפירוש מאיר עיניים שפרסמה לפני כשלושים וחמש שנה.¹ מאז שבה גבי לעסוק בהם במהדרות מאוחרות יותר של ספריה, כנזכר בגוף המאמר הנוכחי.

רבות נכתב על הניסוח הלאקוני של החקיקה האזרחית החדשה, שלעתים אינה אלא שלד שבתו המשפט והמלומדים נקראים לקרום עליו עור וגידים.² דוגמה בולטת להוראה שהולידה התחבטויות רבות בפסיקה ובספרות המשפטית מצויה בסעיף 14(ד) סיפה לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973. לפי הוראה זו, "טעות" – לעניין סעיפים 14 (טעות) ו-15 (הטעיה) לחוק – "להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". עד לאחרונה, לא פחות משלוש משמעויות שונות יוחסו בפסיקה ובספרות לביטוי "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה": טעות המתייחסת לשווי האובייקט, טעות המתייחסת להתרחשויות עתידיות וטעות בדבר סיכון שצד לחוזה נטל על עצמו.³ לאחרונה שב בית המשפט העליון ודן בביטוי זה בפרשת **כרמל נ' טלמון**⁴ והגביר את המבוכה בייחסו לביטוי זה – למעשה, אם לא להלכה – משמעות רביעית: טעות שמקורה ברשלנות הטועה.⁵ כל אחת מארבע המשמעויות מתייחסת לסוגיה נבדלת בדיני הטעות וההטעיה שעמה מתמודדת שיטות משפט ברחבי העולם. בכל אחת מהסוגיות יש התנגשות בין תפיסות עולם שונות ותחרות בין

- 1 גבריאלה שלו **פגמים בכריתת חוזה: חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג–1973**, פרק ב': ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו, ס' 13–22 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים**, גד טדסקי עורך, תשמ"א).
- 2 ראו למשל גד טדסקי "על חוק המתנה, תשכ"ח–1968" **משפטים** א 639 (תשכ"ח–תשכ"ט); אהרן ברק "לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" **עיוני משפט** ג 5, 13–16 (תשמ"ח–תשמ"ט); זאב צלטנר "הרהורים על הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל–1970" **עיוני משפט** ג 121, 132 (תשמ"ח–תשמ"ט); מנחם מאוטנר "כללים וסטנדרטים בחקיקה הישראלית החדשה – לשאלת תורת המשפט של החקיקה" **משפטים** יז 321, 329 ואילך (תשמ"ז–תשמ"ח).
- 3 על המבוכה שיצר הביטוי "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה", ראו לאחרונה גבריאלה שלו "לשון, מושג ותורת משפט: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" **ספר לבונטין: מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין**, 327, 339–340 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, תשע"ג).
- 4 ע"א 7920/13 **כרמל נ' טלמון** (פורסם בנבו, 29.2.2016) (להלן – פסק דין **כרמל**). בקשה לדיון נוסף על פסק הדין נדחתה בדנ"א 2128/16 **כרמל נ' טלמון** (פורסם בנבו, 30.5.2016) (להלן – דיון נוסף **כרמל**).
- 5 עם פרסומו של פסק הדין בערעור האזרחי מיהר ידידי אפי צמח לשלוח אותו לחבורה של חוקרים ומרצים בדיני חוזים, ואני בתוכם. קראתי את פסק הדין וחלקתי עם עמיתיי את מחשבותיי בעניינו – שהן הגרעין לרשימה זו. לאחר מכן התבקשתי להשתתף בהכנת הבקשה לדיון נוסף על פסק הדין, וכך עשיתי.

ערכים ושיקולי מדיניות סותרים. מדובר בסוגיות נבדלות, הראויות לליבון נפרד. המצב שבו – בהיעדר קולב אחר להיתלות עליו – סוגיות אלה נדונות במשפטנו אגב הביטוי "טעות בכדאיות העסקה" אינו תורם לבהירות הדיון. מאמר זה מנתח ניתוח ביקורתי את המשמעויות השונות שהפסיקה והספרות ביקשו לייחס לסעיף 14(ד), סיפה, תוך התמקדות בחידושים העולים מדעת הרוב ומדעת המיעוט בפרשת **כרמל**. אבקש לטעון כי מאחר שמדובר בסוגיות שונות, אין שימוש באחד המבחנים מוביל בהכרח לדחיית המבחנים האחרים. כמו כן אבקש להראות שדעת הרוב בפסק הדין, שממנה עולה כי היותה של הטעות פרי רשלנותו של הטועה עלולה לשלול את ההסתמכות על הטעות, אינה מתיישבת עם המצב המשפטי הנוהג בדיני הטעות ובסוגיות קרובות ומבטאת נסיגה בעייתית מתפיסות של התחשבות הדדית, הגינות וסבירות, שקנו להן שביטה במשפט הישראלי בעשרות השנים האחרונות, אל עבר תפיסות של אינדיווידואליזם קיצוני ו"יזוהר הקונה".

המאמר מתחלק לארבעה חלקים. כבסיס להמשך הדיון סוקר חלק א בתמציתיות את דיני הטעות וההטעיה במשפטנו ואת העובדות והפסיקה בפרשת **כרמל**. חלק ב – הוא לב המאמר – מתמקד בנושא של טעות בכדאיות העסקה ומנתח את הפירושים השונים שהוצעו למושג זה. חלק ג מתייחס בקצרה לסוגיות נוספות שזכרו בפסק הדין. חלק ד מסכם את הדיון ומעלה בזהירות את החשש שהפסיקה החדשה היא חלק ממגמה רחבה יותר של חזרה לתפיסות אינדיווידואליסטיות ופורמליסטיות בדיני החוזים.

א. רקע

1. טעות והטעיה בכריתת החוזה

חוזים מאפשרים לאנשים ליהנות ממאמציהם וממשאביהם של אנשים אחרים בלי לפגוע באוטונומיה ובחירות של אותם אנשים, וזאת בזכות העובדה שאותם אחרים מסכימים או מתחייבים לבצע פעולות או לתת משאבים מרצונם החופשי, על פי רוב כנגד התחייבויות הדדיות מצד הנושה. כאשר כל אחד מהצדדים מתקשר בחוזה מרצונו הטוב, חוזים מאפשרים להעביר משאבים לידי מי שמעריך אותם יותר ממי שהמשאבים היו בידי אלמלא החוזה, ובכך להשיא את הרווחה החברתית הכוללת. חוזים מאפשרים לאנשים להשיג את מטרותיהם בשיתוף פעולה עם הזולת ובהתחשבות הדדית, אשר מלבד התמורות החומריות מצמיחים במקרים רבים גם תחושות של סיפוק, הגשמה וביטחון. אולם לא תמיד התמונה כה ורודה. תהליכי ההתקשרות והקיום של חוזים לוקים לעתים בבעיות שבגינן חוזים אינם מגשימים את הרצון האמתי של הצדדים, אינם משיאים את הרווחה האנושית ואינם מקדמים התחשבות הדדית. אחת התקלות השכיחות היא פגמים ברצון של אחד המתקשרים או שניהם, ובעיקר פערים בין מצב הדברים העובדתי והמשפטי כפי שהצדדים או אחד מהם מדמים אותו, לבין מצב הדברים כהווייתו. אחד האתגרים המרכזיים של דיני החוזים הוא אפוא לקבוע מה גורלם של חוזים שנכרתו מתוך טעות או הטעיה בדבר המציאות העובדתית והמשפטית. עיצוב דיני הטעות וההטעיה הוא משימה מסובכת, משום שעל דינים אלה להתחשב באינטרסים המנוגדים של הצדדים ובסתירות בין שיקולים מתחרים של מדיניות משפטית. בין היתר אנשים כמעט אף פעם (ואולי אף פעם) אינם מתקשרים בחוזים כאשר כל המידע שניתן להעלותו על הדעת בקשר לעסקה מצוי בידיהם. אפילו בקניית סוכרייה על מקל – חוזה שקשה להעלות על הדעת פשוטים ממנו – מן הסתם אין הקונה מודע לכל המרכיבים שמהם עשויה הסוכרייה ולהשפעות הבריאותיות של כל אחד מהם. הוא עלול

שלא לדעת באילו תנאים אוחסנה הסוכרייה לפני מכירתה, אם אותה סוכרייה מוצעת למכירה בחנות סמוכה במחיר נמוך יותר, ומהם הדינים החלים על החוזה. מהצד האחד, הכרה רחבה בכוחם של אנשים להשתחרר מחוזים שכרתו ללא מידע מלא ומדויק עלולה לפגוע אנושות בעצם האפשרות להסתמך על התחייבויות חוזיות – ולכן באינטרסים של שני הצדדים ושל החברה בכללותה. מהצד האחר, התעלמות גורפת מטעויות מנוגדת לחובה המוסרית לכבד את חירות הזולת. התעלמות כזו תסכל את השאיפה להשיא את הרווחה החברתית הכוללת ולקדם ערכים קהילתיים של הוגנות והתחשבות הדדית.⁶

על רקע זה דיני הטעות וההטעיה נדרשים להשיב על אי-ספור שאלות, שכל אחת מהן עשויה להתעורר במגוון עצום של מצבים. רשימה חלקית של השאלות כוללת את אלה: היכן הגבול בין טעויות חמורות, המצדיקות השתחררות מחוזה, לבין טעויות פשוטות, שאינן מצדיקות זאת? במקרים שבהם אחד הצדדים יודע את העובדות לאשורן, מה היקף חובתו להעמיד את הצד השני על טעותו, אם בכלל? האם ראוי להבחין בין מסירת מידע שגוי לבין אי-מסירתו של מידע נכון ובין מצגים מילוליים למצגים בהתנהגות? מה דינן של טעויות שהטועה היה יכול למנוע אילו טרח לברר את העובדות? מה דינן של תחזיות שגויות לגבי העתיד, בשונה מסברות שגויות לגבי העבר או ההווה? אימתי יש לראות מתקשרים כמי שנטלו על עצמם את הסיכון שתיוודענה עובדות שאינן נוחות להם? מהו הגבול בין הטעויות אסורות לבין התהדרויות שווא מותרות (כגון "הסחורה הכי טרייה בשוק!")? האם חובה לגלות לצד השני מהו שיעור הרווח שהחווה צופן למתקשר, או שמא אין חובה כזו – ואולי אף מותר לשקר בעניין זה ("לי זה עולה יותר!")?

כך לא תמו האתגרים, משום שנותר עוד לבחור בין דרכים שונות לטפל בכל אחת מהשאלות הללו. לדוגמה, אפשר לקבוע שפערים בין הנחותיהם של אנשים לבין מצב הדברים לאמתו משמעם שלא נכרת כלל חוזה, או שהחוזה בטל, או שהוא ניתן לביטול – ובמקרה האחרון ניתן לעצב את דיני הביטול בדרכים שונות. כיוצא בזה אפשר לטפל בטעויות מידע בכריתת החוזה לא רק באמצעות דיני הטעות וההטעיה אלא גם באמצעות עקרון תום הלב (בתחולתו על המשא ומתן או בתחולתו על השימוש בזכויות חוזיות),⁷ דיני תוכן החוזה,⁸ דיני הסיכול,⁹ ואפילו באמצעות דיני התרופות בשל הפרת חוזה.¹⁰

6 לדיון כללי ברקע התיאורטי ובשיקולי המדיניות המזינים את דיני הטעות וההטעיה, ראו איל זמיר "טעות והטעיה בכריתת חוזה" ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור 203, 207–227 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים, תשע"ג).

7 על תום לב והעברת מידע בין הצדדים בשלב המשא ומתן, ראו למשל גבריאליה שלו דיני חוזים – החלק הכללי: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 149–151 (תשס"ה). על הטענה שעמידה על קיומו של חוזה בלתי הוגן, שנכרת מתוך טעות, עשויה להיחשב כלוקה בחוסר תום לב, ראו להלן תת-פרק ג.2.

8 ראו למשל דניאל פרידמן "טעות, הטעיה ותנאים מכללא מכוח הדין" המשפט א 161 (תשנ"ג); דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ב 748–755 (תשנ"ב). המחברים מצביעים על חפיפה וחליפיות בין דיני הטעות לבין הסדרה דיספוזיטיבית או אף קוגנטית של תוכן החוזה.

9 לפחות לפי פשוטו, ס' 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970, חל לא רק על התבררות של ציפיות לגבי העתיד ("נסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה ... [ש]לא ראה ולא היה עליו לראותן מראש"), אלא גם על אי-התקיימות הנחות לגבי ההווה ("נסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן"). על היחס בין דיני הטעות לדיני הסיכול, ראו גם שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 641–642; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 742–747.

10 ראו למשל Ian Ayres & Robert Gertner, *Filling Gaps in Incomplete Contracts: An Economic Theory of Default Rules*, 99 YALE L.J. 87 (1989). המחברים מסבירים כיצד כללים דיספוזיטיביים, ובפרט הכלל

דיני הטעות וההטעיה במוכן הצר מוסדרים במשפטנו בסעיפים 14 ו-15 לחוק החוזים הכללי. סעיפים 14 ו-15 מכילים שלושה כללים בסיסיים, החלים על שלושה מצבים שמקובל לכוונתם "טעות ידועה" (סעיף 14(א)), "טעות לא-ידועה" (סעיף 14(ב)) ו"הטעיה" (סעיף 15). שלושת היסודות המשותפים לשלושת הכללים הם חוזה, טעות וקשר סיבתי בין הטעות לבין כריתת החוזה. מעבר ליסודות משותפים אלה השבילים מתפצלים. הפיצול הראשון הוא בין הטעיה, הדורשת שהטעות נגרמה בידי הצד האחר, לבין טעות, הכוללת את דרישת היסודיות, כלומר שמדובר בטעות שניתן להניח שלולא הטעות לא היה [הטועה] מתקשר בחוזה". אם אין מדובר בטעות שהצד האחר גרם לה, היא עשויה לאפשר את ביטול החוזה רק אם היא יסודית. אם הטעות אינה יסודית, היא עשויה לאפשר את ביטול החוזה רק אם הצד האחר גרם לה, וזאת לפי סעיף 15.

הפיצול השני מצוי בתוך סעיף 14. סעיף 14(א) חל רק אם "הצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך", ואילו סעיף 14(ב) חל רק אם "הצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך". לידיעתו של הצד האחר יש כמה תוצאות חשובות. ראשית, לפי סעיף 14(א) הטועה רשאי לבטל את החוזה בעצמו במתן הודעה מתאימה לרעהו, ואילו בסעיף 14(ב) דרושה הוראה של בית המשפט על ביטול החוזה. שנית, במקרה של "טעות לא ידועה", הנידונה בסעיף 14(ב), יורה בית המשפט על ביטול החוזה רק אם "ראה שמן הצדק לעשות זאת", ואילו לפי סעיפים 14(א) ו-15 אין כוח הביטול כפוף לשיקול דעתו של בית המשפט ולסייג הצדק. לבסוף, כאשר מדובר ב"טעות לא ידועה", בית המשפט רשאי להתנות את הביטול בכך שהצד הטועה יפצה את הצד האחר "בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה". בפסיקה ובספרות נטושה מחלוקת בשאלה מהו ה"על כך" שידיעתו מובילה לתחולת סעיף 14(א), ואי-ידיעתו מובילה לתחולת סעיף 14(ב).¹¹

שתי הוראות נוספות קבועות בסעיפים קטנים 14(ג) ו-14(ד). לפי הראשון, טעות אינה עילה לביטול החוזה לפי סעיף 14, אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות, והצד השני הודיע על נכונותו לתקנה. לפי סעיף 14(ד), טעות כמשמעותה בסעיפים 14 ו-15 כוללת הן טעויות בעובדה הן טעויות בחוק, אולם אין היא כוללת "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה".¹² הסיפה של סעיף 14(ד) – הוצאתה של טעות "שאינה אלא בכדאיות העסקה" מגדר טעות אופרטיבית לעניין סעיפים 14 ו-15 – תעמוד במרכז דיונונו בהמשך. לפני שנתפנה לדיון זה, נתאר בקצרה את העובדות ואת הפסיקה בפרשת **כרמל**.

2. פרשת כרמל

פרשת **כרמל** נסבה על חוזה למכירת מקרקעין.¹³ המוכר היה בעלים של רבע מחלקת קרקע בדרום תל-אביב שעליה עמד בניין מסחרי ישן, בן קומה אחת, שנבנה בשנות השלושים של המאה העשרים. הקונות היו בנות דודו של המוכר, שבבעלותן מחצית מהחלקה (גם הרבע הנותר היה שייך לבני אותה

שלפיו המפר אינו חייב בפיצויים על נזקים שלא היו צפויים מנקודת מבטו בעת כריתת החוזה, ממריצים העברה של מידע בין הצדדים עובר לכריתת החוזה ובמהלכו.
11 לליבון מחלוקת זו, ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 236–251.
12 לניתוח שיטתי של הוראות הטעות וההטעיה, ראו שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 269–322; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 667–887.
13 התיאור שלהלן מבוסס על פסק הדין של השופטת ברון בבית המשפט המחוזי: ת"א (מחוזי ת"א) 38742-12-09 **טלמון נ' כרמל** (פורסם בנבו, 3.10.2013).

משפחה). הבניין כלל חנויות, שכמעט כולן היו מושכרות לדיירים מוגנים. הוא נוהל במשך שנים בידי אביהן של הקונות, ולאחר פטירתו המשיכו הן ואמן לנהלו. הן גבו את דמי השכירות המוגנים וחילקו אותם בין בעלי הנכס. בשלהי שנת 2009 פנה מתווך, בשם לקוחו, למוכר בהצעה לרכוש את חלקו בנכס. המוכר הפנה את המתווך ולקוחו לבנות הדוד. בנות הדוד נפגשו עם המתווך ולקוחו, אולם הן לא היו מעוניינות למכור את חלקן בנכס. המתווך שב אפוא למוכר והציע לרכוש ממנו את חלקו תמורת 1,600,000 ש"ח. מאחר שנזקק למזומנים, סבר המוכר שזוהי הזדמנות טובה לממש את זכויותיו בנכס הישן. אולם מאחר שהיה מדובר בנכס משפחתי, הוא חש חובה להציע לבנות הדוד לרכוש את זכויותיו באותו מחיר. בנות הדוד נענו להצעה. לפני החתימה על החוזה דובר שהמוכר יפנה לשמאי כדי לקבל הערכה בדבר שווי הנכס, אולם המוכר לא פנה לשמאי. המוכר דיווח לקונות שלקוחו של המתווך נכון לשאת גם בתשלום היטל ההשכחה. הקונות הסכימו לשאת בתשלום זה, ובתמורה הוסכם שהמחיר יופחת ל-1,550,000 ש"ח. אז פנו הצדדים לעורך דין, זה ניסח עבורם את חוזה המכר, והם חתמו עליו. בחוזה נאמר שהעסקה מתייחסת לנכס במצבו הנוכחי (as is), "על כל הפגמים והליקויים הקיימים בו", והקונות הצהירו שהן מודעות היטב למצבו הפיזי ולמצבו המשפטי והתכנוני של הבניין.

חוזה המכר הורה שהתשלום יבוצע בשני חלקים בד בבד עם המצאת מסמכי הרישום, אך למעשה דחו הצדדים בהסכמה את התשלום כדי לערוך בירור בדבר משמעותה של הערת אזהרה שהייתה רשומה על חלקו של המוכר בנכס. כפי שסברו הצדדים מראש, וכפי שהתבהר בדיעבד, לא היה באותה הערה משום מניעה כלשהי לביצוע העסקה. מיד לאחר החתימה התקשר המוכר לשמאי כדי שהלה יבדוק עבורו את שווי הנכס בעת שקיבל את מחצית מזכויותיו בו בירושה מאחיו, לצורך חישוב המסים שיהיה עליו לשלם על העסקה. למחרת היום נודע למוכר, בעקבות שיחה בהולה מהשמאי, שערך בירור ראשוני בערייה, כי לפי תכנית המתאר החלה על החלקה ניתן לבנות בה בניין מגורים רב-קומות. משמעות הדבר הייתה ששווי החלקה היה פי שלושה לערך ממה שסברו המוכר והקונות, אשר הניחו כי מדובר בחלקה שבה בניין מסחרי ישן, ששימושו למעשה תואם את ייעודו התכנוני. לימים התברר, לפי שומה שערכו שלטונות מיסוי מקרקעין, שאכן שווי זכויותיו של המוכר בחלקה היה כ-4,400,000 ש"ח,¹⁴ וכי בגין העסקה יהיה עליו לשלם מס שבח בסכום של יותר מ-1,800,000 ש"ח.¹⁵ המוכר מיהר ופנה לקונות וביקש להשתחרר מהחוזה בשל הטעות. הקונות התנגדו לביטול ואף מיהרו להציע את מלוא המחיר המוסכם. המוכר סירב לקבל את התשלום ועמד על ביטולו של ההסכם מחמת טעות או הטעיה. בתגובה תבעו הקונות את אכיפת ההסכם.

בית המשפט המחוזי פסק שבין הצדדים נכרת חוזה מחייב, וכי לא היה בהסכמה לערוך את הבירור בקשר להערת האזהרה כדי לשלול את השתכללותו.¹⁶ עוד פסק בית המשפט כי לא היה יסוד לטענה

14 שם, פס' 10.

15 העובדה האחרונה לא הוזכרה משום מה בפסק הדין המחוזי, אך נזכרה ונדונה בפסק הדין של בית המשפט העליון: פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 4, פס' 6 לפסק דינה של השופטת חיות; פס' 5, 24 לפסק דינו של השופט מזוז. יש בסיס לסברה שבנושא זה טעו רשויות המס, אולם לצורך המאמר הנוכחי אאמץ את הנחתו של בית המשפט שהרשויות לא טעו, או שהמוכר כבר מיצה את אפשרויות התקיפה של שומת המס.

16 פסק דין **טלמון**, לעיל ה"ש 13, פס' 8.

שהעלה המוכר כאילו עשו הקונות קנוניה עם המתווך להטעותו ולגרום לו למכור את חלקו בנכס תמורת כשליש משווי האמתי.¹⁷ הוא אף קבע שהקונות לא היו מודעות למצבו התכנוני של הנכס אף שבחזרה נכללה הצהרה הפוכה. אשר לטענת הטעות, בית המשפט פסק כי מאחר שהמוכר לא הוכיח בבית המשפט שהיעוד התכנוני של הקרקע היה למגורים (התכנית לא הוצגה בבית המשפט ולא הובאה עדות מומחה לגביה), נשמט היסוד לטענת הטעות.¹⁸ עוד פסק בית המשפט המחוזי כי מן העובדה שרשויות המס ערכו שומה שלפיה שווי זכויותיו של המוכר הוא 4,400,000 ש"ח, אי אפשר להסיק דבר על שווי הממכר. הוא הדין, כך פסק בית המשפט, בעובדה שכשנה וארבעה חודשים לאחר שנערך החוזה בין המוכר לקונות נמכרה שמינית מהבעלות הבלתי מסוימת באותו נכס בידי אדם אחר תמורת שלושה מיליון ש"ח – סכום המעיד שחלקו של המבקש, רבע מהבעלות בנכס, היה שווה אז שישה מיליון ש"ח.¹⁹ מכל מקום, גם אם הייתה טעות מצדו של המוכר, לא הייתה זו אלא טעות בכדאיות העסקה, משום שהמוכר ידע שחסר לו מידע על שווי הנכס ותוצאות המס של העסקה, ולמרות זאת בחר שלא לערוך בירורים בנושאים אלה.²⁰ בית המשפט הסביר כי "גם כאשר מדובר בטעות הנוגעת לכאורה לפרט מהותי בעסקה – ככל שיש לייחס לצד הטוען לבטלות רשלנות או נטילת סיכון ביחס להתקיימותו של אותו פרט, אזי עסקינן בטעות בכדאיות העסקה".²¹ מכיוון שכך, דחה בית המשפט גם את הטענה החלופית של המוכר בדבר טעות משותפת לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים הכללי – שאף היא מניחה קיומה של טעות אופרטיבית.²²

בבית המשפט העליון אימצה השופטת חיות את ממצאי בית המשפט המחוזי, את נימוקיו ואת מסקנותיו.²³ היא אף דחתה טענה חדשה שהעלה המוכר, ולפיה בנסיבות העניין אכיפת החוזה תהא בלתי צודקת לפי סעיף 3(4) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א–1970. השופט פוגלמן הצטרף לניתוח ולמסקנותיה של השופטת חיות, בההגישו את אי-עמידת המוכר בנטל השכנוע בדבר מצבו התכנוני של הנכס.

לעומת זאת השופט מזוז סבר שדין הערעור להתקבל. שלא כבית המשפט המחוזי, הוא פסק שהונחה תשתית ראייתית מספקת לכך שהשווי האמתי של זכויות המוכר עלה פי כמה על המחיר שנקבע בהסכם, וכי פער זה נבע מטעות משותפת בדבר מצבו התכנוני של הנכס. לא הייתה זו טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה. השופט מזוז קבע כי בהימנעותו של המוכר לפנות לשמאי לפני החתימה על החוזה הוא ויתר על בדיקה שמאית של מצבו הפיזי של הנכס, אולם הוא לא ויתר על בדיקת שמאי לגבי מצבו התכנוני, משום שלא ידע כלל שנושא זה ראוי לבדיקה. על כן עניין ייעודו של הנכס לא נכלל בגדר הסיכונים שהמוכר או המשיבות נטלו על עצמם, ולכן אין מדובר בטעות בכדאיות העסקה. מדובר בטעות בתום לב לגבי עובדה בסיסית שעמדה ביסוד ההתקשרות, ולכן בטעות אופרטיבית שבגינה היה המוכר זכאי לבטל את החוזה.

17 שם, פס' 11–12.

18 שם, פס' 10.

19 שם, פס'.

20 שם, פס' 13–15.

21 שם, פס' 13. בפס' 17 לפסק הדין הוסיפה השופטת ברון: "הנתבע מצידו נהג ברשלנות רבה בכך שלא פנה לקבלת חוות דעת שמאי טרם שהתקשר בחוזה, וזאת למרות שעורך דינו ייעץ לו לעשות כן".

22 שם, פס' 9, 16–17.

23 פסק דין כרמל, לעיל ה"ש 2.

בפסק דינו התייחס השופט מזוז להבחנות שהוצעו בספרות לעניין טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה: ההבחנה בין טעות המתייחסת לעבר או להווה (שעליה יכול הטועה להסתמך) לבין טעות המתייחסת לעתיד (שאינה אלא בכדאיות העסקה), שהציע טדסקי,²⁴ וההבחנה בין טעות שהטועה נטל עליו את הסיכון בעניינה בהיותו מודע למידע החלקי שבידו (שאינה אלא בכדאיות העסקה), לטעות שהטועה לא נטל עליו את הסיכון בעניינה (שעליה ניתן להסתמך), שהציע פרידמן.²⁵ השופט מזוז הציע לשלב בין שתי ההבחנות באופן שתחזית שגויה לגבי העתיד תוצא מגדר הטעות, ואשר לטעויות שבהווה ובעבר ההנחה תהיה שהן אופרטיביות, זולת אם הטועה נטל על עצמו את הסיכון לגביהן.²⁶ בהפעילו את המבחנים השונים קבע השופט מזוז שמדובר בטעות אופרטיבית הן לפי המבחן הכרונולוגי (שכן היא התייחסה למצב הדברים בעת כריתת החוזה) הן לפי מבחן הסיכון, כמוסבר לעיל. הוא הוסיף כי בשל ההצהרה החוזית של הקונות שהן מודעות למצב התכנוני של הנכס, ייתכן שבנסיבות העניין היה מקום להחיל את סעיף 14(א), ואולי אף את סעיף 15 לחוק החוזים הכללי. אולם הוא לא הרחיב את הדיבור על אפשרויות אלה משום שהמוכר לא הסתמך עליהן.²⁷ ככל שמדובר בסעיף 14(ב), סבר השופט מזוז שבנסיבות העניין מוצדק להורות על ביטול החוזה,²⁸ וכי מאחר שלא נגרמו לקונות נזקי הסתמכות, אין הן זכאיות לפיצויים לפי סעיף זה.²⁹ הוא אף הוסיף כי בסירובן לבקשת הביטול של המוכר הפרו הקונות את חובת תום הלב לפי סעיף 39 לחוק החוזים הכללי.³⁰ בקשה לדיון נוסף בפסק הדין נדחתה בידי הנשיאה נאור. נימוקה המרכזי היה שהליך של דיון נוסף הוא "חריג ונדיר", ובמקרה הנוכחי לא התקיימו התנאים לקיומו.³¹ על רקע הוראות החוק והפסיקה בעניין כרמל נבחן כעת את השאלה מהי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

ב. מהי "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה"?

לפי סעיף 14(ד), סיפה, לחוק החוזים הכללי: "טעות" לעניין סעיף זה וסעיף 15 – ... להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". עד פרשת כרמל הוצעו בספרות ובפסיקה שלוש תשובות לשאלה מהי טעות שאינה אלא בכדאיות. בפסק דין זה נוספו עוד שתי אפשרויות, האחת מפורשת בדעת המיעוט והשנייה משתמעת מדעת הרוב. עניין אחד, שאינו שנוי במחלוקת, הוא שכדי שטעות תיחשב טעות "שאינה אלא בכדאיות העסקה", אין די בכך שהטעות תהא גם בכדאיות העסקה. כפי שמעידות המילים "שאינה אלא", כדי שטעות תוצא מגדרם של סעיפים 14 ו-15 לחוק החוזים, עליה להיות רק

24 ג' טדסקי "טעות בכדאיות העסקה" משפטים יב 329 (תשמ"ב-תשמ"ג).
 25 דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" עיוני משפט יד 459 (תשמ"ט).
 26 פסק דין כרמל, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז.
 27 שם, פס' 19 לפסק דינו של השופט מזוז.
 28 שם, פס' 23-26 לפסק דינו של השופט מזוז.
 29 שם, פס' 27 לפסק דינו של השופט מזוז. ראו גם להלן ה"ש 126 והטקסט הסמוך לה.
 30 שם, פס' 25 לפסק דינו של השופט מזוז.
 31 דיון נוסף כרמל, לעיל ה"ש 4.

בכדאיות – שהרי כמעט כל טעות יסודית היא גם טעות בכדאיות. מהי אפוא טעות שהיא רק בכדאיות? להלן אבחן את ההצעות השונות שהועלו בסוגיה זו.

1. שווי האובייקט

לפי דעה אחת, טעות בכדאיות היא טעות ביחס לשווי של אובייקט החוזה, להבדיל מטעות בדבר תכונותיו הפיזיות או המשפטיות, או כל היבט אחר של ההתקשרות. עמדה זו הובעה למשל בפסק דין **ספקטור**, שבו פסק השופט אשר כי טעות בכדאיות היא "טעות רק ביחס לשווי נשוא ההתחייבות הכלולה בעסקה"³². גר טדסקי, מי שעמד בראש הוועדה שהכינה את הצעת חוק החוזים הכללי, ביקר עמדה זו.³³ בהערת פסיקה על פסק דין **לירן**³⁴ הוא הסביר כי כשם שטעות בכמותו של הממכר עשויה להיחשב טעות אופרטיבית, כך גם אין סיבה לשלול טעות בדבר כמות הכסף שתשולם בעד הממכר – הצד השני של מאזן התמורות בחוזה. אם למשל שני הצדדים מניחים בטעות שמש שבח מקרקעין החל על העסקה, ואשר הקונה קיבל עליו לשלמו, יהיה בשיעור שבין חמישים למאה אלף לירות, אך למעשה החבות במס היא בשיעור העולה פי עשרה או פי עשרים על סכום זה – כפי שהיה בעובדותיו של פסק הדין מושא ביקורתו של טדסקי – הרי שזוהי טעות אופרטיבית ולא טעות שאינה אלא בכדאיות. טדסקי הטעים שלפי לשונו המפורשת של סעיף 14(ד), טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה מוצאת לא רק מגדרה של טעות לפי סעיף 14 אלא גם מגדרה של הטעיה לפי סעיף 15. על כן כשם שאילו היה הקונה מטעה את המוכר בדבר שיעורו של מס שבח מקרקעין, היה יכול המוכר להסתמך על הטעיה זו, כך הוא יכול להסתמך עליה במסגרת סעיף 14, ובלבד שיעמוד בשאר התנאים שדורש הסעיף.

כמו טדסקי, גם פרידמן סבור כי "אין שום דבר הטבוע במחיר וההופך טעות לגביו לטעות בכדאיות"³⁵. בעקבות טדסקי ופרידמן,³⁶ הבה נניח שלאדם יש מניות הנסחרות בבורסה. שווי השוק של המניות בבורסה הוא 100,000 ש"ח. בעל המניות טועה לחשוב שמחיר המניות בבורסה הוא 20,000 ש"ח, ולכן הוא עורך חוזה שלפיו הוא מוכר את מניותיו תמורת 20,100 ש"ח. במקרה זה בעל המניות אינו טועה בשום מאפיין, מהות, או תכונה של המניות, לבד ממחיר השוק שלהן. אף על פי כן, כפי שמסכימים טדסקי ופרידמן, קשה למצוא סיבה משפטית או אחרת לשלול מהטועה את כוח הביטול ובכך לגרום לו נזק עצום ולרעהו רווח אדיר ולא מוצדק. אם הצד השני "לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך", הוא יהיה זכאי לפיצויים שליליים לפי סעיף 14(ב), אך בשום מקרה הוא לא יהא זכאי לשמור בכיסו את הרווח הלא מוצדק שצמח לו מטעותו של רעהו.

במבט ראשון ניתן להתרשם שארבעת השופטים שדנו בפרשת **כרמל** בבית המשפט המחוזי ובערעור לבית המשפט העליון שותפים לדחייתו של מבחן שווי האובייקט, שהרי איש מהם לא אימץ מבחן זה. שלושה מהשופטים (השופטת ברון בבית המשפט המחוזי והשופטים חיות ופוגלמן בבית

32 ע"א 838/75 **ספקטור נ' צרפתי**, פ"ד לב(1) 231, 242 (1977).

33 טדסקי, לעיל ה"ש 24.

34 ה"פ (מחוזי ת"א) 962/79 **לירן נ' אלבוחר**, פ"מ תשמ"א(2) 428 (1981).

35 פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 472.

36 טדסקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 331; פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 472-473.

המשפט העליון) נזקקו למבחן הסיכון שהציע פרידמן, והרביעי (מזוז) הציע מבחן משולב המבוסס על המבחן הכרונולוגי שהציע טדסקי ועל מבחן הסיכון של פרידמן (במבחנים אלה נדון בהמשך). בכך הלכו שופטי הרוב בעקבות פסקי דין קודמים שאימצו את מבחן הסיכון.³⁷

אולם במבט שני דומה שאיש מהשופטים לא זנח את מבחן שווי האובייקט. מסקנה זו נובעת לא רק מן העובדה שהשופטת חיות – כמוה כפרידמן – מזכירה את שווי השוק של הנכס בעת כריתת החוזה ושינויים עתידיים בערכו כדוגמאות מובהקות לסיכון שהצדדים נוטלים על עצמם בחוזה.³⁸ המסקנה נובעת גם מכך שכל ארבעת השופטים הקדישו תשומת לב רבה לשאלה אם טעותו של המוכר התייחסה רק לשווי השוק של הממכר או שמא גם לעובדה שלפי תכנית המתאר החלה עליו, ניתן לבנות בו מבנה מגורים גדול. בחומר הראיות שבתיק ובהנמקות של בית המשפט המחוזי ושל שופטי הרוב בבית המשפט העליון לא הוצע כל הסבר מתקבל על הדעת לפערים האדירים שבין המחיר החוזי לבין המחיר שנקבע לחלק אחר לא מסוים באותו נכס עצמו בחוזה שנערך כעבור כשנה וארבעה חודשים, ובין המחיר החוזי לשווי הממכר לפי השומה של רשויות המס בעסקה הנוכחית. ההסבר המתקבל על הדעת היחיד, שעליו עמד בהרחבה השופט מזוז בפסק דינו, הוא שבחלקה שבה עמד מבנה מסחרי רעוע היו זכויות בנייה גדולות מאוד למגורים. אף על פי כן כתבה השופטת חיות: "משלא הוכיח המערער כי בעת כריתת ההסכם היה הנכס מיועד גם למגורים וכי בשל כך עלה שווי הזכויות שמכר במידה ניכרת על התמורה המוסכמת, לא הונחה על ידו התשתית העובדתית לביסוס טענת הטעות המשותפת שאותה העלה. מסקנה זו די בה על מנת להוליך לדחיית הערעור..."³⁹ לעומת זאת השופט מזוז סבר "כי הונחה תשתית ראייתית מספקת לכך שהשווי האמיתי של זכויות המערער עולה באופן משמעותי (מאוד) על השווי שנקבע בהסכם, וכי פער זה נבע מטעות (משותפת) באשר לנתון מהותי בנוגע לנכס (מצבו התכנוני)..."⁴⁰ אחרי שניתח את העובדות, סיכם השופט מזוז:⁴¹

כל הנתונים האמורים – גובה שומת מס השבח, הפער הדרמטי בין מחיר העסקה דנן לבין מחיר העסקה של בן המשפחה באותו נכס, בצירוף להערכה הראשונית של השמאי, להתנהלותן של המשיבות לכל אורך הדרך ולרצונו של המתווך שפירא לרכוש את זכויות המערער "במחיר גבוה לאין ערוך" מהתמורה שנקבעה בהסכם – מובילים

37 ראו למשל ע"א 2444/90 ארואסטי נ' קאשי, פ"ד מח(2) 513 (1994); ע"א 2495/95 בן לולו נ' אטראש, פ"ד נא(1) 577, 589–604 (1997); ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 817, 840–847 (2003); רע"א 8925/04 סולל בונה בנין ותשתיות בע"מ נ' עזבון אלחמיד, פ"ד סא(1) 126 (2006); ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ, פס' 12 לפסק הדין של השופטת חיות (פורסם בנבו, 14.8.2008); ע"א 1514/04 שיכון השקעות בע"מ נ' יון חניית נכסים בע"מ, פס' 11 לפסק דינו של השופט גרוניס (פורסם בנבו, 14.12.2006); ע"א 5054/11 ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ נ' עו"ד אמסטר, פס' 16–23 לפסק דינו של השופט זילברטל (פורסם בנבו, 7.3.2013); ע"א 9247/10 רחנברג נ' סבן, פס' 26 לפסק דינו של השופט פוגלמן (פורסם בנבו, 24.7.2013); ת"א (מחוזי ת"א) 3098/98 בוקריץ נ' זאב שמעון בע"מ, פ"מ תשס"ב(2) 916, 940–941 (2003).

38 ראו פסק דין כרמל, לעיל ה"ש 2, פס' 12 לפסק דינה של השופטת חיות; פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 471–475.

39 פסק דין כרמל, לעיל ה"ש 2, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות.

40 שם, פס' 3 לפסק דינו של השופט מזוז.

41 שם, פס' 8 לפסק דינו של השופט מזוז.

למסקנה ברורה כי המערער עמד בנטל המוטל עליו להראות כי ייעודו של הנכס לא היה מסחרי בלבד, וכי המערער אכן טעה, טעות מהותית, באשר לייעודו של הנכס, וכנגזרת מכך גם באשר לשוויו של הנכס.

השופט מזוז הוסיף וציין כי למעשה גם הקונות לא כפרו בייעוד הנכס ובשוויו, ואף בית משפט קמא היה נכון להניח שמדובר "בטעות באשר לאופי הנכס ובעיקר באשר לשוויו". הוא הוסיף וכתב שטעות בדבר זכויות הבנייה במקרקעין היא טעות מובהקת בדבר מהותו ותכונותיו של הנכס ולא רק בדבר שוויו.⁴² לבסוף, השופט פוגלמן כתב ברחל בתך הקטנה כי "לא די בכך שיוכיח המערער – מוכר הנכס – כי עשה מקח טעות עת מכר את הנכס במחיר הנופל בהרבה משוויו הריאלי – שהרי אז עסקינן בטעות בכדאיות העסקה, שאינה פוגמת בתוקפו של החוזה. עליו להצביע על כך שטעותו לגבי מהות הממכר היא שעמדה ביסוד פער זה..."⁴³ משבא למסקנה שהמוכר לא עמד בנטל זה, הצטרף השופט פוגלמן למסקנתה של השופטת חיות ודחה את הערעור.

כל הניתוחים הללו – ובמיוחד מסקנתם של בית המשפט המחוזי ושל שופטי הרוב בבית המשפט העליון שללא הוכחת הטעות בדבר המצב התכנוני של הנכס לא תיתכן טעות אופרטיבית – אינם מתיישבים עם דחייתו של מבחן שווי האובייקט. מרגע שדוחים מבחן זה, אין חשיבות עקרונית לשאלה אם הסיבה לפער האדיר בין המחיר המוסכם לבין שווי השוק של הממכר הייתה שמבחינה תכנונית ניתן לבנות בחלקה בית מגורים גדול, או כל סיבה אחרת. ההבחנה בין טעות בתכונותיו של הנכס לבין טעות בשוויו הייתה חשובה אילו היה המבחן ל"טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" מבוסס על הבחנה זו, שכן אז היה נדרש להראות שהטעות איננה רק בדבר שווי הנכס אלא גם בדבר תכונותיו. ההנחה של ארבעת השופטים, שטעות אופרטיבית דורשת להוכיח לא רק את הפער העצום בין המחיר המוסכם לבין שווי האובייקט אלא גם את מקורו של פער זה, אינה עולה בקנה אחד עם אמות המידה המוצהרות שהם אימצו לזיהוי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.⁴⁴

מבלי לגרוע מההצבעה על הסתירה בין המבחנים המוצהרים שאימצו השופטים לקביעת קיומה של טעות בכדאיות העסקה לבין האופן שבו הם בדקו אם מבחנים אלה מתקיימים, יש להודות כי האינטואיציה שקיים קשר בין "כדאיות העסקה" לבין שווי האובייקט אינה מיוחדת לשופטים אלה. כך למשל שלו מסבירה כי "כדאיות העסקה היא תשואה, טובת הנאה, תועלת, ערך או שווי, שאדם מתעתד להפיק מעסקה".⁴⁵ גם פרידמן וכהן, בעקבות מאמרו של פרידמן, מקדישים דיון מיוחד לטעות במחיר ובתשלומים נלווים.⁴⁶ הם עומדים על כך שקיימות נסיבות שבהן טעות בדבר המחיר תהיה אופרטיבית, אך מציינים שהסיכון באשר לתנאי השוק מוטל בדרך כלל על מי שלא טרח להיוודע מהם תנאים אלה או לא טרח להתמקח על המחיר. דומה שאותה אינטואיציה באה לידי ביטוי גם במוסכמה שמוכר אינו חייב לגלות לקונה של נכס נחלף (כגוף מכונת כביסה חדשה), שאותו נכס מוצע למכירה בחנות סמוכה

42 שם, פס' 14–16 לפסק דינו של השופט מזוז.

43 שם, פס' 5 לפסק דינו של השופט פוגלמן (וראו גם פס' 2 לפסק דינו).

44 בעייתיות דומה מאפיינת גם את פסיקתה של הנשיאה נאור (דיון נוסף **כרמל**, לעיל ה"ש 4, פס' 24), שלפיה המוכר לא הוכיח כלל שנפלה טעות בהחלטתו להתקשר בחוזה.

45 שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 298.

46 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 730–735.

במחיר זול לאין ערוך, אף שברור כי אילו ידע הקונה את העובדות כהווייתן, לא הוא ולא אדם סביר בנעליו היה מתקשר בחוזה עם אותו מוכר.

ייתכן שהשורש של אינטואיציה זו – המשתקפת גם בדיני הטעות של שיטות משפט אחרות⁴⁷ – נעוץ בתפיסות הקלאסיות של "קדושת הרצון" ושוק חופשי, שלפיהן, לפחות בהקשר השוקי, אין לנכסים ולשירותים שווי אובייקטיבי אלא רק שווי סובייקטיבי לפי הנכונות של כל אדם לשלם או לקבל תשלום בעדם – מעין התפיסה שביטא השופט שלמה לוין בעניין גנז, שבו סירב בית המשפט להתערב בדמי שידוכין שהיו גבוהים פי עשרה מדמי השידוכין המקובלים.⁴⁸ ייתכן גם שאינטואיציה זו נובעת מהתפיסה הרווחת שעל כל אחד מהצדדים לבדוק את מצב השוק, ואל לו להסתמך בנושא זה על רעהו, ומההנחה שבפועל אנשים אכן בוחנים בדרך כלל את מחיר השוק, לפחות בעסקאות בעלות היקף כלכלי ניכר.

ניתן לטעון כי מנקודת מבט של יעילות כלכלית, כל עוד המחיר המוסכם נמוך מהשווי הסובייקטיבי שמייחס הקונה לנכס וגבוה מהשווי הסובייקטיבי שהמוכר מייחס לו, אין לאפשר ביטול של חוזים מחמת טעות המתייחסת רק לשווי השוק של האובייקט. במקרה כזה – כך הטענה – שני הצדדים מרוויחים מהעברת הנכס לידי מי שמעריך אותו יותר מרעהו. לטעות אין השפעה על הרווחה החברתית הכוללת אלא רק על חלוקת רווחי העסקה בין הצדדים. אולם טענה זו אינה משכנעת. מנקודת מבט כלכלית רווח או הפסד מפעולה כלשהי לעולם נבחנים בהשוואה לחלופות שעמדו בפני הפועל. כשמדובר בבעל הנכס, אם הוא יכול למכור את הנכס במחיר השוק, הרי שכל מכירה מתחת למחיר השוק גורמת לו הפסד (במילים אחרות, השווי הסובייקטיבי של הנכס עבורו אינו יכול להיות נמוך ממחיר השוק). הוא הדין בקונה שהיה יכול לקנות נכס דומה במחיר נמוך יותר ממוכר אחר, ובכסף שחסך לרכוש מוצרים או שירותים נוספים. זאת ועוד, במקרה שנדון בפרשת **כרמל**, מאחר שעל העסקה חל מס שבח מקרקעין, ומאחר שרשויות המס חישבו את המס לפי שווי השוק של הנכס ולא לפי המחיר המוסכם, מצבו של המוכר בעקבות העסקה היה לכל הדעות רע מזה לפניה, משום שנוסף על אבדן הנכס, נגזר עליו ככל הנראה לשלם מס שבח בסכום גבוה מהמחיר שקיבל בעדו.

בסיכומו של דבר, הגם שיש הסכמה רחבה בין מלומדים ובין שופטים כי אין בעצם העובדה שטעות מתייחסת רק לשווי האובייקט כדי להוציאה מגדר טעות אופרטיבית, בפועל נראה שהמשפט אינו מצליח – ואולי אינו צריך – להשתחרר מהתחושה שטעויות בהערכת שווי נבדלות מטעויות אחרות, ושהן ראויות להתחשבות פחותה. אולם כשתחושה זו מובילה למתן תוקף לחוזים שיש בהם

47 Ernst A. Kramer & Thomas Probst, *Defects in the Contracting Process*, INTERNATIONAL ENCYCLOPEDIA OF COMPARATIVE LAW, Vol. 7: CONTRACTS IN GENERAL Ch. 11, 45 (2008) (אם כי המחברים מביאים את ס' 14(ד) לחוק החוזים הישראלי כדוגמה מובהקת להוצאת טעות בדבר ערך האובייקט מגדר טעות – דוגמה יפה לקשיים הניצבים בפני משפט השוואתי...); PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, PARTS I AND II, Combined and Revised 239 (prepared by the Commission of European Contract Law, chaired by Ole Lando, edited by Ole Lando & Hugh Beale, 2000). אם כי העקרונות שניסחה ועדת לגרו אינם מאמצים הבחנה זו.

48 ע"א 4839/92 **גנז נ' כץ**, פ"ד מחן(4) 749 (1994) ("כשלעצמי, אין בידי לקבוע אם הסכום שנקבע בחוזה הינו סביר אם לאו, שהרי לא מדובר כאן במצרך שחל עליו דין כלשהו המגביל את מחירו, כגון חוק הפיקוח על מצרכים ושירותים, תשי"ח-1957").

משום "קיפוח משווע של בן משפחה" ו"התעשרות לא מוצדקת" של בני משפחה אחרים, כתיאוריו הנכוחים של השופט מזוז בפרשת **כרמל**,⁴⁹ הרי זו תוצאה קשה ומקוממת.

2. המבחן הכרונולוגי

כנגד הסברה שטעות בכדאיות היא טעות בדבר שוויו של אובייקט החוזה, הציע טרסקי אמת מידה אחרת: טעות אינה אלא בכדאיות אם היא מתייחסת לאירועים עתידיים, להבדיל מאירועים שבהווה או שבעבר.⁵⁰ כאשר מדובר בהתרחשויות עתידיות, אי-הוודאות בעניינן היא בלתי נמנעת, ועקרונית מי שכורת חוזה נחשב כמי שנוטל את הסיכון ביחס אליהן. מושג הטעות דורש השוואה בין המצב המנטלי של המתקשר ובין המציאות. אשר לעתיד אין לדבר על ידיעה או אי-ידיעה אלא על ציפיות והערכות, אשר ברגע הכריתה אי אפשר לקבוע בוודאות אם הן נכונות או לא נכונות. מטעם זה שלו סבורה שהערכות לגבי העתיד המתבררות כשגויות אינן נכללות בגדר טעות מלכתחילה – ולא רק מוצאות מגדרה לפי סעיף 14(ד), סיפה.⁵¹ עמדה זו מקובלת גם בשיטות משפט אחרות.⁵² למשל, ההערות לסעיף 151 של הרסטייטמנט השני על דיני חוזים בארצות הברית מבהירות כי "the erroneous belief must relate to the facts as they exist at the time of the making of the contract. A party's prediction or judgment as to events to occur in the future, even if erroneous, is not a 'mistake' as this word is defined here."⁵³ כיוצא בזה, סעיף 4:103(1) לעקרונות דיני החוזים האירופיים, שעניינו "A party may avoid a contract for mistake: Fundamental Mistake as to Facts or Law, פותח במילים: "of fact or law existing when the contract was concluded if."⁵⁴ עמדה זו אף אומצה בפסיקה. למשל פסקה השופטת נאור בפסק דין **אנגל**:⁵⁵

טעות לגבי העתיד איננה בגדר טעות. סעיף 14 לחוק החוזים מכיר רק בטעות הנוגעת למצב העניינים בעת עריכת החוזה, ובענייננו, בעת מתן פסק הדין על יסוד הסכמת הצדדים, אך לא בטעות הנוגעת למצב העניינים העתידים.

אף בפסק דין **ספיר וברקת נדל"ן** הקדיש השופט זילברטל דיון נרחב לשאלה הכרונולוגית,⁵⁶ ובפסק דין **כרמל** הציע השופט מזוז מבחן המביא בחשבון את ההבחנה הכרונולוגית.⁵⁷ מנגד, פרידמן אמנם הכיר בכך שהמבחן הכרונולוגי מוביל "במקרים רבים" לתוצאה ראויה,⁵⁸ אולם לדעתו לא תמיד כך הדבר. שתי הביקורות המרכזיות שלו על המבחן הכרונולוגי היו, ראשית,

49 פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 2, פס' 25 לפסק דינו של השופט מזוז.
50 טרסקי, לעיל ה"ש 24, בעמ' 332.
51 שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 278–280; שלו, לעיל ה"ש 3, בעמ' 339–340.
52 שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 278–280; Kramer & Probst, לעיל ה"ש 47, בעמ' 31–33.
53 RESTATEMENT (2d) OF CONTRACTS § 151, Comment a (1981).
54 PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 47 (ההדגשה הוספה).
55 ע"א 9344/04 **אנגל נ' עידן מערכות כבלים ישראל בע"מ**, פס' 9 (פורסם בנבו, 10.9.2006). ראו גם למשל בג"ץ 221/86 **כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מא(1) 469, 478–480 (1987).
56 פסק דין **ספיר וברקת**, לעיל ה"ש 37, פס' 24–28 לפסק הדין של השופט זילברטל.
57 פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 4, פס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז.
58 פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 467.

שלא תמיד קל לקבוע אם טעות כלשהי מתייחסת להווה או לעתיד; שנית, שדיני החוזים, באמצעות דוקטרינת הסיכול שבסעיף 18 לחוק התרופות, מוכנים לעתים להתחשב גם בהתבררות ציפיותיו של צד לחוזה באשר להתרחשויות עתידיות.⁵⁹ אכן, כפי שהראה למשל השופט אור בפסק דין **בן לולו**, בהקשר של ההבחנה בין דיאגנוזה רפואית לפרוגנוזה רפואית, לעתים ההבחנה הכרונולוגית קשה ליישום ולפעמים היא מניפולטיבית למדי.⁶⁰

אינני סבור שיש בשתי הביקורות הללו כדי להצדיק זניחה גורפת של המבחן הכרונולוגי, שאותו, כפי שראינו, מאמצות גם שיטות משפט אחרות.⁶¹ אשר לעמימות הקיימת לעתים בשאלה אם טעות כלשהי מתייחסת להווה או לעתיד, עמימות כאלה אינן נדירות במשפט, ומכל מקום זהו חיסרון, אך גם יתרון. עמימות זו עשויה לאפשר לבית המשפט להגיע לתוצאות ראויות בהתחשב במכלול הנסיבות ובמכלול שיקולי המדיניות הרלוונטיים, באמצעות סיווג הטעות לפי התוצאה הרצויה. אשר לנכונותו של המשפט להתחשב לעתים גם בהתבררות של הערכות וציפיות בנוגע לעתיד, אין השיקול חזק דיו לדחות את המבחן הכרונולוגי, שכן התחשבות זו נעשית, בעיקרו של דבר, במסגרת דין הסיכול ולא במסגרת דין הטעות. כפי שנראה להלן כאשר ננתח את מבחן הסיכון, הצעתו של פרידמן להביא בחשבון את ההבחנה הכרונולוגית – כמו גם את ההבחנה בין טעות בדבר שווי האובייקט לטעויות בדבר מאפיינים אחרים שלו – רק כאינדקציות לקיומה או להיעדרה של נטילת סיכון בידי הטועה, לאו דווקא מגבירה את הוודאות המשפטית.

כך או אחרת, טעות בדבר שווי השוק של אובייקט החוזה איננה מתייחסת לעתיד אלא להווה, ולכן אין ההסתמכות עליה נשללת לפי הסייג של כדאיות העסקה, אם הוא מתפרש לפי המבחן הכרונולוגי, כפי שפסק השופט מזוז בעניין **כרמל**.

3. נטילת סיכון

ביקורתו של פרידמן על המבחן הכרונולוגי הובילה אותו להציע מבחן חלופי לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה:⁶²

טעות בכדאיות היא אפוא טעות ביחס לסיכון שנטל הצד על עצמו, בין במפורש ובין לפי פירושו הנכון של החוזה או ההבנה שיש לנו לגבי חוזים מסוג זה.

59 שם, בעמ' 468.
 60 פסק דין **בן לולו**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 604–605. דוגמה נוספת לאלסטיות של ההבחנה הכרונולוגית עולה מההשוואה בין פסק דין **כנפי** (לעיל ה"ש 55), שבו נפסק שינוי בהלכה הפסוקה מעיד על טעות בדבר המצב המשפטי שקדם לו (שהרי פסק הדין החדש מעיד שההבנה הקודמת של המצב המשפטי הייתה שגויה), לבין פסק דין **ארואטי** (לעיל ה"ש 37), שבו נפסק כי שינוי בהלכה הפסוקה אחרי שנכרת בין הצדדים חוזה הוא התפתחות עתידית. השוו. Edward Allan Farnsworth, Contracts §9.2 (4th ed. 2004). על חריגים בשיטות משפט אחרות לכלל שלפיו טעות לגבי העתיד אינה טעות אופרטיבית, ראו גם Kramer & Probst, לעיל ה"ש 47, בעמ' 32–33.
 61 למעשה, גם פרידמן מקדיש דיון נרחב להיבט הכרונולוגי, הגם שהוא רואה בו רק תת-מבחן או יישום של מבחן הסיכון. ראו פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 467–471.
 62 פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 466. ראו גם פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 723–742.

כפי שמציין פרידמן, מבחן זה מבוסס על סעיף 154 לרסטייטמנט השני על דיני חוזים, המורה כדלקמן:

When a Party Bears the Risk of a Mistake

A party bears the risk of mistake when the risk is allocated to him by agreement of the parties, or he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient, or the risk is allocated to him by the court on the ground that it is reasonable in the circumstances to do so.

ביטוי לאותו רעיון מצוי גם בסעיף 4:103(2)(b) לעקרונות דיני החוזים האירופיים. אחרי שסעיף קטן (1) מונה את התנאים לביטול חוזה בשל טעות, בא סעיף קטן (2) ומסייג את הכוח לבטל חוזה מחמת טעות בשני מקרים. המקרה השני מתקיים כאשר: "the risk of the mistake was assumed, or in the circumstances should be borne by [the party who made the mistake]"⁶³

מבחן הסיכון אומץ בשורה ארוכה של פסקי דין.⁶⁴ נוכח הלכה זו ונוכח הביקורת שנמתחה על המבחן הכרונולוגי, ניתן לתמוה מדוע המשיכה הפסיקה להיזקק למבחן הכרונולוגי, למשל בפסק דין אנגל של השופט נאור, בפסק דין ספיר וברקת נדל"ן של השופט זילברטל ובדעת המיעוט של השופט מזוז בעניין כרמל.⁶⁵ התשובה לתמיהה היא שמבחן הסיכון אינו מספק הכוונה ממשיית. להוציא המקרה שבו החוזה עצמו מקצה את הסיכון לגבי טעות כלשהי לצד זה או אחר, מבחן זה, ובייחוד הקריטריון השלישי (הקצאת הסיכון בידי בית המשפט משום שבנסיבות העניין סביר לעשות כן), אינו מבחן כלל אלא דרך לצייר את עיגול המטרה סביב המקום שאליו יורים את החץ. פרידמן הודה בכך בפה מלא. בהמשך למשפט שצוטט לעיל, שבו הציג פרידמן את מבחן הסיכון, הוא כתב:⁶⁶

אני ער לכך שהגדרה זו היא טאוטולוגית. כל מה שהיא אומרת הוא, שאין מקום לטענת טעות אם לקח על עצמו הצד הנוגע בדבר את הסיכון לגבי אותו עניין. היסוד הטאוטולוגי משתקף איפוא בכך, שההסבר המוצע אומר שצד אינו יכול להשתחרר בטענת טעות אם הסכים שטעות מסוג זה לא תשחרר אותו. אולם, טאוטולוגיה זו אין בה, לדעתי, כדי להרתיע. כבר ציינתי, כי ההוראה בעניין טעות בכדאיות מיותרת.

ההצעה לעגן כללים משפטיים בכוונה או בהסכמה המשתמעת של הצדדים לחוזה מאפינת את התאוריה הקלאסית של דיני החוזים, אשר ביקשה לתלות את מכלול הדינים ברעיון היחיד של הגשמה

63 PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 47. על כלל זה, באספקלריה השוואתית, ראו שם, בעמ' 240–241.

64 ראו פסקי הדין הנזכרים בה"ש 37 לעיל. ראו גם שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 280–281.

65 ראו הטקסט הסמוך לה"ש 24–26, 55, 56 לעיל, 68 להלן.

66 פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 466.

וכיבוד של רצון הצדדים. דא עקא, שגישה זו נתקלת בקושי כל אימת שהצדדים לא נתנו דעתם לעניין כלשהו – ומן הסתם זהו המקרה השכיח בסוגיית הטעות.⁶⁷

נוכח הקשיים שמעוררים המבחן הכרונולוגי ומבחן הסיכון הצייע השופט מזוז בעניין **כרמל** לשלב את שניהם. הוא הצייע לראות במבחן הסיכון מעין השלמה למבחן הכרונולוגי ולהחיל את שני המבחנים בהדרגה. תחילה תיבחן השאלה הכרונולוגית, ואם מדובר בטעות באשר לעתיד, היא תיחשב טעות שאינה אלא כדאיות. אם מדובר בטעות באשר לעבר או להווה, "ההנחה תהיה שאין מדובר בטעות אך של כדאיות, אלא אם כן ניתן להראות כי מדובר בסיכון שהצד הטוען לטעות נטל על עצמו".⁶⁸ זהו כמדומה ניסיון ראשון בפסיקת בית המשפט העליון להבהיר את היחס שבין שני המבחנים. הצעתו של מזוז מניחה במשתמע – ובצדק – שהמבחנים שהציעו טדסקי ופרידמן מטפלים בשתי סוגיות נבדלות, וכי ההצעה של כל אחד מהמלומדים לתלות את ההבחנה שהוא מציע על אותן מילים בחוק אינה משנה עובדה זאת. ואכן, ברוח דבריו של השופט מזוז, דומה שהניגוד בין עמדתו של טדסקי לעמדתו של פרידמן חריף הרבה פחות ממה שמשתמע ממאמרו של פרידמן. כפי שמעידים הדברים שכתב פרידמן בפירוט בחלק הראשון של מאמרו,⁶⁹ שורשיה של המחלוקת בינו לבין טדסקי נעוצים בשאלה הבסיסית אם יש טעם לנסות ולהסדיר שאלות מעין אלה בחקיקה, או שמא מוטב להותיר אותן להכרעה שיפוטית ממקרה למקרה. טדסקי, איש המשפט הקונטיננטלי, האמין בכוחם ובחשיבותם של כללים חקוקים לקבוע את הדין ולכוון את התנהגותם של אנשים, ואילו פרידמן מפקפק בכוחם של כללים חקוקים להכריע מראש בשאלות מעין אלה. הוא מעדיף לוותר על קביעה אפריורית של כללים ולהסתפק בפיתוח אינדוקטיבי של הדין בידי בית המשפט, ממקרה למקרה, כמסורת המשפט המקובל.

במילים אחרות, דומה שאף טדסקי לא היה חולק על כך שדיני הטעות כפופים להסכמה נוגדת של הצדדים, וכי הסכמה נוגדת כזו עשויה להשתמע במקרים שבהם צד יודע היטב שחסר לו מידע על היבט כלשהו של ההתקשרות, והוא מחליט ביודעין ליטול את הסיכון באשר לאותו היבט. כפי שכתב השופט זילברטל בפסק דין **ספיר וברקת נדל"ן** בהסתמך על דבריה של שלו,⁷⁰ "עקרונית, דיני הטעות הם דיספוזיטיביים, במובן זה שהצדדים יכולים להסכים, במפורש או במשתמע, שאחד מהם או שניהם נוטלים על עצמם את הסיכון שהנחות כלשהן לגבי המצב העובדתי או המשפטי תתבררנה כלא נכונות. במקרה כזה, אין בהתממשותו של הסיכון כדי להקים למי מהצדדים כוח לבטל את החוזה בשל טעות". פרידמן ממחיש אפשרות זו באמצעות הדוגמה של פוליסות לביטוח סחורה מסוג *lost or not lost*. בפוליסה כזו מסכימה המבטחת לבטח סחורה נגד הסיכון של אבדנה בים כדי שהביטוח יכסה גם את הסיכון שהסחורה כבר אבדה במועד עשיית הביטוח, ובלבד ששני הצדדים, המבטחת והמבוטח, אינם

67 לביקורת על גישה זו ולהמרתה בגרסה מתוחכמת וצנועה יותר של תיאוריית הרצון, ראו CHARLES FRIED, CONTRACT AS PROMISE (2nd ed. 2015). השוו גם ג'ד טדסקי "סיכול החוזה" **מסות במשפט** 106, 122–129 (תשל"ח) (ביקורת על ניסיונם של המשפט הגרמני והמשפט האנגלי לתלות את דיני הסיכול בכוונה המשתמעת של הצדדים לחוזה).

68 פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 4, פס' 12 לפסק דינו של השופט מזוז.

69 פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 459–463.

70 פסק דין **ספיר וברקת**, לעיל ה"ש 37, פס' 15 לפסק הדין. הדברים הוסמכו על שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 280.

יודעים על כך.⁷¹ פשיטא, שבמקרה כזה אם הסחורה כבר אבדה במועד עריכת החוזה, יהיה על חברת הביטוח לשלם את תגמולי הביטוח. אלא שטדסקי – כמו השופטים נאור ומזוז – אינו סבור שיש במקרים אלה כדי להצדיק ויתור על המבחן הכרונולוגי, שבכפוף למקרים מיוחדים של נטילת סיכון בידי הטועה, מוביל בדרך כלל לתוצאות סבירות וראויות. אכן, עיון בפסיקה מגלה⁷² כי המבחן הכרונולוגי אינו מספק תשובה ברורה בחלק מהמקרים, אולם מבחן הסיכון אינו מספק תשובות ברורות יותר.

אגב כך, גם אם מאמצים את מבחן הסיכון, קשה לקבל את האופן שבו הוא פורש ויושם בידי שופטי הרוב בפרשת **כרמל**. לפני שאגיע לביקורת, אציין כי אני שותף לסברה שאי אפשר ללמוד הרבה לענייננו מניסוחו של החוזה. כזכור, בחוזה צוין שהזכויות בנכס נמכרות כפי שהן (as is), הנכס תואר "נכס מסחרי", והקונות הצהירו שהן מכירות היטב את הממכר, לרבות את מצבו "המשפטי והתכנוני". השופטת חיות הראתה כיצד ניתן להסיק מניסוחים אלה שהמוכר נטל עליו את הסיכון שהנכס שווה הרבה יותר מהמחיר המוסכם בשל מצבו התכנוני של הנכס, אך הודתה בפה מלא שפרשנות כזו "אף שהיא אפשרית אינה נטולת קשיים".⁷³ השופט מזוז מצדו הראה כיצד ניתן לפרש ניסוחים אלה באופן שיעלה מהם שהמוכר לא נטל עליו את הסיכון בדבר מצבו התכנוני של הנכס,⁷⁴ אך ניתן להתרשם שגם הוא לא השליך את היבט על טיעונים אלה. לבסוף, השופט פוגלמן חלק על ניתוחו של השופט מזוז וסיכם כי "שאלת ייעודו של הנכס לא עמדה לדיון בין הצדדים והחוזה שותק לגביה: אין הוא קובע דבר – מטוב ועד רע – לגבי ייעוד הנכס".⁷⁵ כזכור, המשא ומתן בין הצדדים הסתיים לפני שהם פנו לעורך הדין שינסח עבורם את החוזה, וגם עורך הדין – כמו הצדדים – לא היה מודע לפער שבין הדימוי של הצדדים לבין המציאות. הקטעים המצוטטים מן החוזה בפסקי הדין מלמדים שעורך הדין ניסח את החוזה לפי תבנית קבועה מראש בהתאימו אותה לעסקה הספציפית. בנסיבות אלה אכן קשה להסיק מסקנות ברורות מניסוח החוזה.

התשובה לשאלה אם נטל על עצמו המוכר את הסיכון שהתממש בפרשת **כרמל** לא תימצא אפוא בגוף החוזה אלא במכלול הנסיבות ובשיקולים המזינים את מבחן הסיכון. כאשר מפעילים את המבחן על רקע הגיונו ובהתחשב בפסיקה הקודמת שהפעילה אותו, הכרעתם של שופטי הרוב נראית בעייתית ביותר. אחת הדוגמאות המובהקות ביותר להסכמים שבהם צדדים נוטלים במודע סיכונים הם הסכמי פשרה בתביעות לפיצויים על נזקי גוף, כגון הסכמים בין חברות ביטוח למבוטחים, שבהם יש אי־ודאות ניכרת בדבר קיומן של פגיעות שלא אובחנו ובדבר הפרוגנוזה של הפגיעות שאובחנו. אולם אפילו בחוזים אלה, ואפילו אם לשון ההסכם גורפת ונחרצת, "ניתן להניח כי היקפה של אי־הוודאות המודעת אינו חובק כול. אף שהצדדים להסכם הפשרה מודעים לכך שלא ניתן לקבוע באופן ממצה את מצבו של הניזוק ואת היקף נזקיו, בדרך־כלל אי־הוודאות נוגעת לפגיעות הקרובות בטיבן הכללי

71 פרידמן, לעיל ה"ש 25, בעמ' 477.

72 ראו למשל פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 4; פסק דין **שלוניגר**, לעיל ה"ש 37.

73 פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 2, פס' 13–15 לפסק דינה של השופטת חיות.

74 שם, פס' 18–19 לפסק דינו של השופט מזוז.

75 שם, פס' 8–11 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

לפגיעות הידועות שנגרמו לניזוק, גם אם היקפן ועוצמתן שונים.⁷⁶ כך פסק השופט אור בעניין **בן לולו**, והוסיף:⁷⁷

על-כן, אין בכלל בדבר נטילת סיכון לגבי אי-הודאות מודעת כדי לשלול לחלוטין את האפשרות לעורר טענה של טעות. לגבי תרחישים קיצוניים ורחוקים מאלה שעמדו לנגד עיניהם של הצדדים לפשרה, ייתכן שניתן להעלות על הדעת טענה של טעות.

ברוח דומה כתבה השופטת פרוקצ'יה בעניין **שלינגר**:⁷⁸

עשויים להתקיים מצבים חריגים שבהם בית-המשפט עשוי להתערב בהסדר חלוקת סיכונים שנעשה בין צדדים לחוזה כדי להחזיר את האיזון ביחסי הצדדים מקום שאיזון זה התערער בשל התרחשות אירועים שמעבר לסיכונים שהצדדים נטלו על עצמם "ואשר מביאה להתמוטטות המערך החוזי" ... מדובר במקרים יוצאי-דופן המתאפיינים בכך שהם חורגים מהנחות היסוד של הצדדים.

כזכור, בפרשת **כרמל** הובילה טעותו של המוכר לכך שהסכום הנקי שנתר בידו ממכירת חלקו במקרקעין, לפי השומה שערכו רשויות מס שבח מקרקעין, היה בערך מינוס שלוש מאות אלף ש"ח, שכן המחיר המוסכם היה נמוך בשיעור ניכר אפילו מהסכום של מס שבח החל על העסקה. אם בהסכמי פשרה, שבהם הצדדים מודעים היטב לאי-הודאות שבה הם שרויים ומקצים במפורש את הסיכונים ביניהם, ייתכנו "תרחישים קיצוניים ורחוקים" שבהם ניתן בכל זאת להעלות טענת טעות, ואם גם אגב חוזי ביטוח – שכל תכליתם להקצות ולפזר סיכונים – נאמר שניתן להעלות על הדעת מקרים יוצאי דופן שבהם יש להתחשב בטעות שאם לא כן המערך החוזי מתמוטט – קל וחומר שכך הדבר בחוזים למכר מקרקעין בין שני אנשים פרטיים שבהם נטילת הסיכון מיוחסת למוכר בשל רשלנותו, והתוצאה קיצונית ביותר. קשה להעלות על הדעת תרחיש קיצוני ורחוק בחוזה מכר יותר מזה שבו המוכר יקבל סכום שלילי בעד הממכר והקונה יקבל מתת שמים בשווי מיליוני שקלים – מתת שמים העולה פי כמה על המחיר ששילם בעד הנכס. אציין כי לדידי, גם אילו היה מס השבח מחושב לפי המחיר האמתי ששולם בעד הממכר, לא היה בכך כדי לשנות את המסקנה שמדובר במקרה קיצוני ביותר, שכן דובר בנכס יקר מאוד (בהשוואה לעסקאות שגרתיות שאנשים פרטיים עושים) שנמכר תמורת כשליש משווי האמתי.

בהקשר זה ניתן ללמוד לאו מכלל הן מן המשא ומתן שהתקיים בין הצדדים בקשר להיטל ההשבחה. כזכור, בעת הכריתה טרם ביררו הצדדים מה יהיה מס ההשבחה שיחול על העסקה, אך המוכר הסכים להפחית את המחיר המוסכם בסכום של 50,000 ש"ח כנגד הסכמתן של הקונות לשאת בהיטל ההשבחה. זוהי אכן דוגמה להקצאה מודעת של סיכון בנוגע לעניין שהצדדים היו מודעים לכך שחסר להם מידע לגביו. לא כך הדבר באשר לסיכון שהנכס שווה פי שלושה מהמחיר המוסכם, וכי יהיה על המוכר כנראה לשלם בגין העסקה מס שבח בסכום גבוה מהמחיר שקיבל בעד הנכס.

76 פסק דין **בן לולו**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 599.

77 שם, שם.

78 פסק דין **שלינגר**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 843.

4. רשלנות הטועה

הדיון דלעיל מוביל לאפשרות רביעית (או חמישית – אם מונים את הצעתו של השופט מזוז לשילוב בין המבחן הכרונולוגי למבחן הסיכון כמבחן נבדל משני מבחנים אלה), שאינה בהכרח חלופית לאחרות, אך מוסיפה לצדן מבחן נוסף: רשלנות הטועה. בפרשת **כרמל** פסק בית המשפט המחוזי שרשלנותו של צד לחוזה שהתקשר בחוזה מתוך טעות כאשר היה בידיו לברר את העובדות ולא עשה זאת, הופכת את טעותו לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה:⁷⁹

יובהר כי בכל הנוגע לסיווגה של טעות כ"טעות בכדאיות העסקה", הושם בפסיקה דגש על **התנהלותו של הצד הטוען לבטלות ועל הקצאת הסיכונים** שערך בעת ההתקשרות בחוזה – ולא בהכרח על טיבה של הטעות. לפיכך, גם כאשר מדובר בטעות הנוגעת לכאורה לפרט מהותי בעסקה – **ככל שיש לייחס לצד הטוען לבטלות רשלנות או נטילת סיכון ביחס להתקיימותו של אותו פרט**, אזי עסקינן בטעות בכדאיות העסקה [ההדגשות הוספו].

לפי ניסוח זה, רשלנות הטועה מהווה בסיס חלופי – לצד נטילת סיכון בידי הטועה – למסקנה שמדובר בטעות בכדאיות העסקה. בדעת הרוב שדחתה את הערעור על פסק דין זה, מפי השופטים חיות ופוגלמן, לא נאמרו דברים כה מפורשים, אולם ברור למדי ששניהם סמכו את ידם על תפיסה זו. השופטת חיות הכירה בכך שפרשנות ההסכם כמעיד שהמבקש נטל על עצמו את הסיכון של טעות בדבר ייעוד הנכס "אף שהיא אפשרית אינה נטולת קשיים", וכמו השופטת ברון היא תלתה את הכרעתה בהתנהלותו של המבקש.⁸⁰

הסברה שרשלנות הטועה הופכת את טעותו ל"טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" מעוררת קשיים ניכרים. לא ברור מדוע עצם רשלנותו של הטועה הופכת את טעותו לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה – תהא משמעותו של הביטוי האחרון אשר תהא. אולם ברוח הערותינו הקודמות, השאלה החשובה יותר אינה "שאלת הקולב" אלא השאלה המהותית: אם וכיצד על דיני הטעות להתחשב בכך שהטועה אשם בטעותו, כלומר בכך שאילו נהג ביתר שקידה וזהירות היה מגלה את העובדות כהווייתן. שאלה זו אינה קשורה בהכרח לנושא של נטילה מודעת של סיכונים בידי הטועה ואינה מיוחדת לטעויות בקשר לשווי האובייקט. היא יכולה להתייחס למשל לפגמים בממכר שהקונה היה מגלה אילו רק טרח לבדוק את הממכר לפני קנייתו.

בהמשך אבקש להראות שבנקודה מרכזית זו פסק דין **כרמל** סוטה מהפסיקה הקודמת (לרבות של השופטת חיות), אינו מתיישב עם מכלול דיני החוזים בישראל ועם התפיסות המשתקפות בהם, ואינו רצוי משיקולים של הוגנות, רצון חופשי ויעילות כלכלית. אולם יש להודות כי ההכרעה החדשה, כשהיא לעצמה, אינה בלתי אפשרית או בלתי הגיונית. הא ראייה, שיש שיטות משפט אחרות השוללות ממי שאשם בטעותו את האפשרות להסתמך על הטעות כעילה לביטול החוזה. שיטות משפט שונות מציעות תשובות מגוונות לשאלה זו, על פי רוב בשל התפתחויות היסטוריות שונות. מבט השוואתי מגלה שיש שיטות (כגון האיטלקית) שבהן אשמו של הטועה אינו גורע כלל מיכולתו לבטל את החוזה

79 פסק דין **טלמון**, לעיל ה"ש 13, פס' 13. ראו גם לעיל ה"ש 21.
80 פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 4, פס' 15 לפסק דינה של השופטת חיות.

בשל טעות. בשיטות אחרות (כמו הגרמנית) אין ברשלנות הטועה כדי לגרוע מכוחו לבטל את החוזה בשל הטעות, אך אם הוא מבטל את החוזה, עליו לפצות את הצד השני (שלא דבק בו אשם) על נזקי ההסתמכות שלו. בקבוצה שלישית של שיטות (כגון האמריקאית) ההסתמכות על הטעות נשללת רק במקרים קיצוניים, שבהם נפל בהתנהגותו של הטועה אשם העולה כדי חוסר תום לב ואי-עמידה בסטנדרטים של מסחר הוגן. לבסוף, יש שיטות משפט שבהן נקודת המוצא היא שדי ברשלנות גסה של הטועה כדי לשלול את הסתמכותו על הטעות (יפן), או שדי ב"טעות בלתי נסלחת" (צרפת) כדי להוביל לתוצאה זו.⁸¹

חשוב להבין שההשוואה הטכנית בין הכללים אינה מציירת תמונה מדויקת של המצב המשפטי בכל שיטה, משום שמושגי השסתום המשמשים בכל אחד מהכללים יכולים להתפרש בצורות שונות, ומשום שבכל שיטה דיני הטעות הם חלק ממארג עשיר של דינים נוספים. על כן שיטות משפט המאמצות לכאורה כללים שונים עשויות להגיע לאותן תוצאות מעשיות במקרים דומים מבחינה עובדתית, כשם ששיטות המאמצות כללים דומים עשויות ליישם אותם בצורות שונות. למשל, אם שיטת משפט שוללת את תוקפם של חוזים שתוכנם חד-צדדי ומקפח, או שוללת תרופות מסוימות בשל הפרה של חוזים כאלה, דינים אלה יכולים לתת לטועה סעד אפקטיבי לא פחות משייתנו לו דיני הטעות, ולכן עצם ההיזקקות לטענה של טעות מתייתרת.⁸² קיומם של דינים מיוחדים לסוגים ספציפיים של טעויות מסבך את התמונה עוד יותר.⁸³

מאחר שבדיונים על ההבחנה הכרונולוגית ועל המבחן של נטילת הסיכון תיארתי את הכללים הקבועים ברסטייטמנט האמריקאי ובעקרונות האירופיים, להשלמת התמונה אעשה זאת גם כאן. במשפט האמריקאי, סעיף 157 לרסטייטמנט השני על חוזים, קובע כהאי לישנא:

Effect of Fault of Party Seeking Relief

A mistaken party's fault in failing to know or discover the facts before making the contract does not bar him from avoidance or reformation under the rules stated in this Chapter, unless his fault amounts to a failure to act in good faith and in accordance with reasonable standards of fair dealing.

כלומר, לפי הרסטייטמנט, אין שוללים ממי שטעה בכריתת החוזה באשמתו את האפשרות להסתמך על הטעות. רק אם מדובר באשם העולה כדי הפרת החובה לנהוג בתום לב ולפי סטנדרטים סבירים של מסחר הוגן, עלול אשמו של הטועה לשלול את הסתמכותו על הטעות. למשל, משתתף במכרז שטעה בחישוב המחיר בהצעה שהגיש במכרז ומקור הטעות ברשלנותו, יוכל בכל זאת לבטל את החוזה משום שרשלנות זו אינה עולה כדי הפרת החיוב לנהוג בתום לב ועל פי הסטנדרטים של מסחר הוגן.⁸⁴ רק אם

81 לסקירות השוואתיות, ראו Kramer & Probst, לעיל ה"ש 47, בעמ' 23-25; HEIN KÖTZ & AXEL FLESSNER, EUROPEAN CONTRACT LAW, Vol. 1: FORMATION, VALIDITY, AND CONTENT OF CONTRACTS; CONTRACT AND THIRD PARTIES 185-86 (translated by Tony Weir 1997).

82 Kramer & Probst, לעיל ה"ש 47, בעמ' 51.

83 שם, בעמ' 41-47.

84 ראו RESTATEMENT (2d) of CONTRACTS § 157, Illustration 1.

בעל המכרז פנה אל המציע וביקש ממנו לבדוק שוב את חישוביו, והמציע שיקר ואמר שאכן בדק (אך אילו בדק הייתה הבדיקה חושפת את טעות החישוב שלו) אף שלא עשה זאת, תהיה בהתנהגותו של המציע משום התנהגות שאינה בתום לב ועל פי הסטנדרטים של מסחר הוגן, וזכותו לבטל את החוזה תישלל.⁸⁵ גישה זהירה זו ראויה לציון משום שהמשפט האמריקאי קרוב הרבה יותר מהמשפט הישראלי לתפיסת עולם אינדיווידואליסטית של "יזוהר הקונה" משהוא קרוב לתפיסת עולם של תום לב וסולידריות חברתית.⁸⁶ כדי לסבר את האוזן, דומה שלפי אמות המידה של הרסטייטמנט לא הייתה נשללת הסתמכותו של המוכר בפרשת **כרמל** על הטעות, משום שקשה לומר שהוא, כאדם פרטי, נהג בחוסר תום לב או לא עמד בסטנדרטים של מסחר הוגן.

ההוראה המקבילה בעקרונות של דיני החוזים האירופיים מצויה בסעיף 4:103(2)(a), שלפיו אין הטועה יכול לבטל את החוזה מחמת טעות אם "in the circumstances its mistake was inexcusable".⁸⁷ התשובה לשאלה אם בעובדות מעין אלה שנדונו בפרשת **כרמל** הייתה טעותו של המוכר בלתי נסלחת אינה חד-משמעית, אולם תיתכן תשובה חיובית לה, במיוחד משום שבשיחות בין הצדדים לפני כריתת החוזה נדונה במפורש האפשרות לפנות לשמאי שיעריך את שווי הנכס. אם כך הדבר, לא יוכל המוכר לבטל את החוזה מחמת טעות.

די בסקירה קצרה זו כדי להראות שקשה להסיק מסקנות ברורות מבחינה השוואתית של הסוגיה, מלבד הממצא שאכן תיתכנה תשובות שונות לשאלה אם וכיצד להתחשב באשמו של הטועה. הבה נבחן אפוא אם פסק דין **כרמל** עולה בקנה אחד עם המצב המשפטי בישראל כדיני הטעות ובסוגיות משיקות, ואם הוא עולה בקנה אחד עם תפיסת היסוד של דיני החוזים בישראל ועם המדיניות המשפטית הרצויה.

לשאלות אלה יש להשיב בשלילה. כפי שכתב השופט עדיאל בפסק דין **חבר**,⁸⁸ "הגישה המקובלת היא כי ברשלנות הצד הטועה אין כדי לשלול את זכותו לביטול החוזה לפי סעיפים 14(א) ו-15 לחוק החוזים". בדברים אלה הסתמך השופט עדיאל, בין היתר, על עמדותיהם של שלו ("בהיות הטעות מעצם טיבה סובייקטיבית, יש להתחשב בה גם כאשר היא נגרמת עקב רשלנות או תרומת רשלנות של הטועה")⁸⁹ ושל פרידמן וכהן.⁹⁰ על הלכה זו חזרה השופטת חיות בפסק דין **סויסה**.⁹¹ אף אני הצטרפתי לעמדה זו בעבר.⁹² אכן, הדין עשוי להתחשב במידת האחריות של הטועה לטעותו בדרכי עקיפין שונות. למשל, אפשר להביא בחשבון את מידת האשם של הטועה במסגרת שיקול הדעת המסור

85 שם, אילוסטרציה מס' 2.
 86 ראו למשל Eyal Zamir, *Contract Law and Theory: Three Views of the Cathedral*, 81 U. CHI. L. REV. 19–2077 (2014).
 87 על הוראה זו, באספקלריה השוואתית, ראו PRINCIPLES OF EUROPEAN CONTRACT LAW, לעיל ה"ש 47, בעמ' 241.
 88 ע"א 7168/03 חבר נ' לביא בתוקף תפקידו כנאמן של נגה אלקטרוניקה בע"מ, פס' 42 (פורסם בנבו, 26.9.2005).
 89 שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 39.
 90 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 718, 858.
 91 פסק דין **סויסה**, לעיל ה"ש 37, פס' 11 לפסק דינה של השופטת חיות.
 92 זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 248.

לבית המשפט בסעיף 14(ב) לחוק,⁹³ כיוצא בזה, פרידמן וכהן סוברים כי יש להביא בחשבון את הנכונות להתחשב בטעות שמקורה ברשלנותו של הטועה כאשר משיבים לשאלה אם היה על הצד השני לדעת "על כך" בסעיפים 14(א) ו-14(ב),⁹⁴ ונינה זלצמן סבורה כי אשמת הטועה יכולה להשפיע על קיומו של הקשר הסיבתי בין ההטעיה לטעות.⁹⁵ אך כל הפרשנים מאוחדים בדעה שאין ברשלנות הטועה כדי לשלול את עצם ההסתמכות על הטעות.⁹⁶

שלילת הסתמכותו של הטועה על הטעות מחמת רשלנותו – בין שתולים אותה בסעיף 14(ד) ובין שלא – אינה מתיישבת אפוא עם הפסיקה הקודמת ועם הדעה הרווחת בקרב הפרשנים בסוגיה זו. היא אף סותרת את השקפת המשפט הישראלי כפי שהיא באה לידי ביטוי בסוגיות קרובות מאוד, כמו דיני ההתאמה. להמחשת הדברים ראוי לצטט מדבריו של השופט פוגלמן בפסק דין **כרמל**:⁹⁷

טול דוגמא: ראובן ושמעון כורתים ביניהם הסכם מכר שבמסגרתו מוכר ראובן את מכוניתו לשמעון. במסגרת ההסכם מצהיר ראובן כי הרכב לא עבר תאונת דרכים מעולם. במצב כזה הייתי נוטה לדעה כי שמעון הסיר מעצמו את ההכרח לברר את מצב הרכב לאשורו [...] אם בכוונתו לשמור לעצמו את האפשרות להעלות טענת טעות בהמשך. לפיכך, אם יתברר לימים כי הרכב שנמכר היה מעורב בתאונת דרכים, יוכל שמעון [...] להשמיע טענת טעות ביחס לנתון זה. לעומת זאת, אלמלא היה [ראובן] מצהיר כך בחוזה, ובכפוף לנסיבות העסקה הספציפיות, היה מקום לכאורה לקבוע כי משעה ששמעון היה ער לכך שאין לו ידיעה בעניין מצב הרכב וחרף כך בחר הוא להתקשר בחוזה מבלי לערוך בדיקות מתאימות – אין לאפשר לו להישמע בטענת הטעות, באשר מדובר בסיכון שנטל על עצמו במסגרת החוזה.

כלומר, לדידו של השופט פוגלמן, בהיעדר הצהרה חוזית שרכב לא היה מעורב בתאונת דרכים, הימנעות הקונה מבדיקות מתאימות היא נטילה של הסיכון שהנכס עבר תאונה. ולא היא. במשפט הישראלי, כמו בשיטות משפט מודרניות אחרות, ננחה התפיסה של "יידהר הקונה" והוחלפה בדרישה מן הצדדים להתחשב זה בזה, לנהוג בהגינות, בשיתוף פעולה, בדרך מקובלת ובתום לב. כך הדבר

93 ראו למשל ע"א 690/88 **רובין נ' רובין**, פ"ד מד(3) 459, 463 (1990); פסק דין **שלוזינגר**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 830; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 718; נינה זלצמן "הצהרה כוזבת רשלנית בשלב משא-ומתן לכריתת חוזה" **עיוני משפט** ח 55, 63 (תשמ"א); שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 290.

94 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 815–816.

95 זלצמן, לעיל ה"ש 93, בעמ' 62.

96 פסק הדין המחוזי בעניין **טלמון** ודעת הרוב בעניין **כרמל** אינם היחידים שבהם הובעה העמדה שרשלנות הטועה עלולה לשלול את הסתמכותו על הטעות. בפסק דין **חבר** (לעיל ה"ש 88, פס' 42 לפסק דינו של השופט עדיאל) נכתב כי, כחריג לכלל הנזכר לעיל, "ייתכן כי התרשלנותו של הטועה תעלה כדי נטילת סיכון להתרחשות טעות, מצב המונע שימוש בזכות הביטול." השופט עדיאל הסתמך על ספרה של שלו (שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 280) ועל פסק דין **שלוזינגר** (לעיל ה"ש 37, בעמ' 842). אולם, למיטב הבנתי, אין בספרה של שלו או בפסק דין **שלוזינגר** תימוכין לעמדה שרשלנות הטועה יכולה לעלות כדי נטילת סיכון להתרחשותה של טעות, השוללת את הסתמכותו עליה. האמירה הקרובה ביותר לכך מצויה בספרם של פרידמן וכהן (לעיל ה"ש 8, בעמ' 718), ולפיה "ניתן לייחס לגורם האשם משקל מסוים, אך לא משקל מופרז או מכריע" במקרים קיצוניים המתקבלים לנטילת סיכון.

97 פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 4, פס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

בדיני החוזים בכלל, שעליהם חולש במשפטנו עקרון תום הלב,⁹⁸ וכך הדבר במיוחד בדיני הפגמים בממכר.⁹⁹ בדוגמת הרכב שעבר תאונה לא זו בלבד שהקונה זכאי במשפטנו לבטל את החוזה בשל הטעיה אם המוכר לא טרח לספר לו על התאונה שעבר הרכב, אלא שאם המוכר ידע, או היה עליו לדעת על התאונה (וכך קורה כמעט תמיד במקרים של מכירת מכונית משומשת בידי מי שנהג בה קודם לכן), אחריותו של המוכר היא קוגנטית לפי סעיף 16 לחוק המכר.¹⁰⁰ לא זו בלבד שאין צורך בהצהרת המוכר שהמכונית לא עברה תאונה, אלא שאפילו קביעה מפורשת שלפיה המכונית נמכרת "כפי שהיא" והמוכר אינו נושא באחריות כלשהי לליקויים בממכר, לא תועיל לפטור את מי שמוכר את מכוניתו המושמשת מאחריותו לאי-ההתאמה.

אכן, אם הקונה ידע למעשה על אי-ההתאמה בממכר, תישלל הסתמכותו עליה לפי סעיף 12 לחוק המכר, שלפיו: "אין הקונה זכאי להסתמך על אי-ההתאמה הממכר כאמור בסעיף 11 (להלן – אי-ההתאמה) אם ידע עליה בעת גמירת החוזה". אולם כפי שכתבתי בעבר:

חוק המכר שולל לחלוטין את ההשקפה של "יזוהר הקונה", ומתיר לקונה להסתמך באופן בלעדי על תיאור הממכר כפי המוכר ועל החיובים המוסכמים בחוזה. הדין לא יהיה שונה, לפי חוק המכר, גם אם היתה לקונה הזדמנות סבירה לבדוק את הממכר והוא לא ניצל אותה, או שניצל אותה אך עקב רשלנות לא גילה את הפגם בממכר. הוא הדין אם המוכר הציע לקונה לבדוק את הממכר והקונה דחה את ההצעה בתום לב, או שנענה לה אך עקב רשלנותו בבדיקה לא גילה את אי-ההתאמה. אף אין חשיבות למידת רשלנותו של הקונה בענין זה.¹⁰¹

עמדה זו הלכה בעקבות פסיקתו של בית המשפט העליון בעניין **מרקו** ובעניין **ספקטור**,¹⁰² אומצה בשורה של פסקי דין מאוחרים יותר¹⁰³ וצוטטה לאחרונה בהסכמה בפסק דין **עיני**.¹⁰⁴ לאור הזיקה

98 כפי שכתבה, למשל, שלו (לעיל ה"ש 7, בעמ' 97): "עקרון תום הלב, שהוכנס אל המשפט הישראלי עם חקיקת חוק החוזים הכללי בשנת 1973, שינה כליל את מפת דיני החוזים בישראל. [...] בעוד שבעבר נתפסו דיני החוזים כדינים נוקשים, רציונליים וברורים, המבטאים תפיסה אינדיבידואליסטית-קפיטליסטית, איבדו דינים אלה, עם הכנסת עקרון תום הלב אל קרבם, את שרירותיותם וחדותם וכיום הם דינים גמישים ומתונים, המבטאים גישה מוסרית". על חובת תום הלב כחובה אלטרואיסטית, ראו גם למשל מנחם מאוטנר **ירידת הפורמליזם ועליית הערכים במשפט הישראלי** 56–62 (תשנ"ג).

99 ראו למשל איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח-1968** 235–236 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים**, ג' טרסקי עורך, תשמ"ז) (להלן – **זמיר מכר**); איל זמיר **עקרון ההתאמה בקיום חוזים** 27–165 (תשמ"ט) (להלן – **זמיר עקרון ההתאמה**).

100 הסעיף מורה: "היתה אי-ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה ולא גילה אותן לקונה, זכאי הקונה להסתמך עליה על אף האמור בסעיפים 14 ו-15 או בכל הסכם, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה" (ההדגשה הוספה). על הוראה זו, ראו גם ע"א 8068/11 **עיני נ' שיפרים** (פורסם בנבו, 11.2.2014); זמיר **מכר**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 332–339.

101 שם, בעמ' 281 (הערות השוליים הושמטו). ראו גם זמיר **עקרון ההתאמה**, לעיל ה"ש 99, בעמ' 257–270; איל זמיר **חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973** 317–323 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים** מיסודו של ג' טרסקי, תשמ"ב).

102 ע"א 531/75 **מרקו נ' רוטפלד**, פ"ד (2) 393, 396–397 (1976); פסק דין **ספקטור**, לעיל ה"ש 32, בעמ' 247.

ההדוקה בין דיני ההתאמה לדיני הטעות אין אפוא מקום לשלול את ההסתמכות על טענת טעות בנימוק שהטועה היה יכול לגלות את הדברים כהווייתם אלמלא התרשל. אילו זה היה הדין, הרי שהיה חוסר קוהרנטיות בין דיני הטעות לדיני אי-ההתאמה.

לכאורה ניתן לטעון שדיני ההתאמה נועדו להגן על הקונה ולא – כפי שהיה בעניין **כרמל** – על המוכר. אולם אין הדבר כך. זניחת העיקרון של "יזזהר הקונה" בדיני ההתאמה מבטאת תפיסה כללית בדבר אמות המידה הראויות להתנהגות בין אדם לחברו בהתקשרויות חוזיות ומעבר להן. היא משקפת התרחקות מתפיסה אינדיווידואליסטית, מתפיסה שלפיה כל אדם נושא באחריות למעשיו ולמחדליו, אינו חייב להתחשב באינטרסים של זולתו ואינו רשאי לצפות להתחשבות כזו מזולתו. כמו עקרון תום הלב במשא ומתן לכריתתו של חוזה, אף דיני ההתאמה מקדמים ערכים של הוגנות, התחשבות בזולת וסולידריות חברתית. גם אם אינם דורשים מכל אדם להעמיד את האינטרסים של הזולת לפני האינטרסים שלו עצמו, בבחינת "אדם לאדם – מלאך", דיני החוזים בישראל, לרבות דיני הפגמים בכריתה, שוב אינם מסכינים עם הנורמה של "אדם לאדם – זאב"¹⁰⁵. פסק דין **כרמל** מבטא נסיגה מתפיסות אלה – נסיגה מטרידה במיוחד נוכח התוצאות הקיצוניות של אי-ההתחשבות בטעותו של המוכר ונוכח העובדה שהיה מדובר שם ביחסים בין בני משפחה, שבהם ניתן לצפות ליתר התחשבות בזולת מאשר בעסקאות שוק חד-פעמיות בין זרים.

העמדה שלפיה רשלנות הטועה שוללת את הסתמכותו על הטעות אינה רק מנוגדת לעמדה הרווחת בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל ולתפיסות היסוד של דיני החוזים שלנו; היא גם לא רצויה לגופה. קודם כול, בשללם את הסתמכות המוכר על טעותו היסודית בדבר שווי הממכר נתנו בית המשפט המחוזי ושופטי הרוב בבית המשפט העליון תוקף לעסקה שבה היו התמורות בלתי שקולות במידה קיצונית, וזאת בניגוד מובהק לשיקולים השונים התומכים בהקפדה על צדק מהותי בדיני חוזים. מבלי להיכנס לפרטים, הקפדה על צדק מהותי בחוזים מתיישבת עם תפיסה ציבורית של דיני החוזים, שלפיה מעורבות המדינה באכיפת חוזים והשימוש במשאבים ציבוריים לתכלית זו מצדיקים שלא לאכוף חוזים חד-צדדיים ומקפחים. היא מקדמת ערכים של הוגנות מהותית וצדק קומוטטיבי. יש מקום לטענה שסירוב לאכוף חוזים מקפחים וחד-צדדיים הוא גם הכלל שהיה מאומץ מאחורי מסך בערות רולסיאני, כלומר במצב שבו אנשים שונאי סיכון אינם יודעים באיזה צד של מתרס החוזה החד-צדדי הם עשויים או עלולים למצוא את עצמם. הקפדה על מידה מינימלית של צדק מהותי מתיישבת

103 ע"א 8124/00 קניונים נכסים ובנין בע"מ נ' בני יעקב גדל"ן בע"מ, פ"ד נו(5) 198, 215–217 (2002); ת"א (מחוזי ת"א) 1391/02 אלנר נ' חי, פס' 5 לפסק דינה של השופטת משל (פורסם בנבו, 7.8.2005); ת"א (מחוזי מרכז) 2270-08-07 דיבה נ' פלסים חברה לפיתוח ובנין בע"מ, עמ' 10–11 לפסק דינו של השופט סטולר (פורסם בנבו, 11.5.2010).

104 פסק דין עיני, לעיל ה"ש 100, פס' 10 לפסק דינו של השופט סולברג.

105 ראו למשל בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, 834 (1980) ("משמעותה של החובה לקיים חוזה בתום לב ובדרך מקובלת היא, כי הצדדים ליחס החוזי חייבים לנהוג זה כלפי זה ביושר, בהגינות ועל-פי המקובל על בעלי חוזה הוגנים. אמת הרבר, אין הצדדים לחוזים מלאכים זה לזה, אך שוב אל להם להיות זאבים זה לזה"); רע"א 6339/97 רוקר נ' סלומון, פ"ד נה(1) 199, 275–281 (1999); ע"א 6370/00 קל בנין בע"מ נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נו(3) 289, 297–298 (2002); ת"א (מחוזי ת"א) 1571/99 ריגנט השקעות בע"מ נ' מכנס, פס' 28 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 30.9.2002).

עם שיקולים של צדק מחלק, חוסכת למתקשרים את העלויות של נקיטת אמצעי זהירות נגד התקשרות בחוזים לא הוגנים, מסייעת להתגבר על כשלי שוק ועשויה לזרז את כריתתם של חוזים משום שהיא מרתיעה מפני נקיטת עמדות קיצוניות במשא ומתן.¹⁰⁶

גם בעת ששלטה בכיפה "התאוריה הקלאסית" של דיני החוזים (עד שלהי המאה התשע-עשרה לערך), קרוב לוודאי שבתי המשפט השתמשו לא פעם ברטוריקה של פגם ברצון כדי להבטיח שתוכן החוזה יהיה הוגן וסביר.¹⁰⁷ לפי רטוריקה זו, העובדה שחוזה כלשהו הוא חד-צדדי ולא הוגן היא ראייה חזקה לקיומו של פגם בכריתה. מכל מקום, התפיסה שלפיה אל למדינה לאכוף חוזים לא הוגנים ומקפחים איננה נזקקת עוד להסוואה מאחורי רטוריקה אינדיווידואליסטית. דינים רבים במשפטנו מיועדים בין היתר לפקח על תוכנם של חוזים. הרשימה כוללת לא רק את חוק החוזים האחידים, תשמ"ג-1982, את תקנת הציבור וחוקים רבים המכילים הוראות קוגנטיות בדבר חיובי הצדדים וזכויותיהם אלא גם את דיני הפגמים בכריתה, כגון עושק וכפייה.¹⁰⁸ לפי התפיסות הרווחות כיום – פרי ההכרה במגבלות הקוגניטיביות של אנשים ובפערים בין מודל השוק המשוכלל לבין המציאות, שבגינם במקרים רבים חוזה הנחזה כמשקף את רצונם החופשי הצדדים אינו מקדם את האינטרסים שלהם או את האינטרס החברתי הכולל – אל למערכת המשפט לתת את ידה לאכיפתם של חוזים לא שקולים ומקפחים. ודוק, חוזה עשוי להיות לא שקול ומקפח לא רק משום שאחד הצדדים השתמש מלכתחילה ביתרון כלשהו (כגון מעמד מונופוליסטי או מידע חד-צדדי) שימוש לא לגיטימי אלא גם אם בדיעבד התגלה שהוא קיצוני בחד-צדדיותו בשל טעות משותפת של שני הצדדים.

אכן, יש חוזים בין מתקשרים מתוחכמים הנושאים אופי ספקולטיבי. בחוזים כאלה יהסס בית המשפט להיחלץ לעזרתו של צד שהספקולציות שלו הכזיבו ויטה ביתר קלות להכיר בהיותה של טעותו בכדאיות העסקה גרידא.¹⁰⁹ אולם נטייה זו אינה רלוונטית למקרים מעין זה שנדון בעניין **כרמל**, שבו המתקשרים היו אנשים פרטיים ולא פירמות, ההתקשרות הייתה בחוזה פרטי ולא במסגרת עיסוקים המסחרי או המקצועי של הצדדים, ולא עוד אלא שמדובר בבני משפחה.

זאת ועוד אחרת, שלילת הסתמכותו של טועה על הטעות בשל רשלנותו מנוגדת לא רק לתפיסות של שקילות התמורות, הוגנות וסולידריות חברתית אלא גם לשיקולים של רצון חופשי ועילולת כלכלית. כשמדובר בכיבוד הרצון הפרטי, אכיפת חוזה על מי שהתקשר בו מתוך טעות יסודית (כלומר שלא הוא ולא אדם סביר בנעליו היו מתקשרים בחוזה אילו ידעו את מצב הדברים כהווייתו) אינה

106 ראו ביתר פירוט איל זמיר **פירוש והשלמה של חוזים** 87–98 (תשנ"ו) (להלן – זמיר **פירוש והשלמה**); איל זמיר "רצון חופשי, יעילות כלכלית ושקילות התמורות" **משפטים** כט 783, 796–799 (תשנ"ח – תשנ"ט) (להלן – זמיר "רצון חופשי"). ראו גם איל זמיר "צדק פרוצדורלי וצדק מהותי בדיני חוזים: עושק וכפייה כמקרי מבחן" **עלי משפט** יג 7 (תשע"ז) (להלן – זמיר "צדק פרוצדורלי").

107 ראו למשל, James Gordley, *Equality of Exchange*, 69 CALIF. L. REV. 1587 (1985); Patrick S. Atiyah, *Contract and Fair Exchange*, 35 U. TORONTO L.J. 1, 6–17 (1985).

108 ס' 18 לחוק החוזים הכללי מתייחס מפורשות לגריעות תנאי החוזה כאחד היסודות של פגם העושק. ס' 17, שעניינו כפייה, אינו מתייחס לתוכן החוזה, אך הפסיקה הצביעה על כך שגם בו יש חשיבות רבה לשאלה "אם החוזה על מכלול תנאיו הוא הוגן וסביר, במובן זה שגם עניינו של הצד החלש זכה בגדרו להגנה ראויה" (ע"א 6234/00 ש.א.פ. בע"מ נ' **בנק לאומי לישראל בע"מ**, פ"ד נז(6) 769, 788 (2003)). ראו גם זמיר "רצון חופשי", לעיל ה"ש 106, בעמ' 796–799; זמיר "צדק פרוצדורלי", לעיל ה"ש 106.

109 Kramer & Probst, לעיל ה"ש 47, בעמ' 30.

מכבדת את חירותו, משום שכופים עליו חוזה שלאמתו של דבר אין הוא רוצה בו, ומעולם לא היה רוצה בו אילו ידע את העובדות כהווייתן. חוזה כזה אינו משקף את הרצון של הטועה ואינו מכבד את האוטונומיה שלו ואת החופש שלו.

מנקודת מבט כלכלית, מאחר שמדובר בהקצאת סיכונים שבידי הצדדים לסטות ממנה, העיקרון הבסיסי הוא שעל הדין לחתור לשקף את ההעדפות הטיפוסיות של מתקשרים רציונליים בהתירו אפשרות להתנות על הדין הדיספוזיטיבי.¹¹⁰ בהקשר הנוכחי כאשר אדם מתקשר בחוזה עקב טעות שמקורה ברשלנותו ומדובר בטעות יסודית – קרי טעות שאלמלא קיומה הוא לא היה מתקשר בחוזה ואף אדם סביר בנעליו לא היה מתקשר בחוזה – ניתן להעלות על הדעת שני כללים בסיסיים. לפי אפשרות אחת, מאחר שהאיש התרשל, אין הוא זכאי לבטל את החוזה. בעקבות זאת במקרה מעין זה שנדון בפרשת **כרמל** יישא הטועה בהפסד עצום, והצד השני יזכה במתת שמים אדירה. לפי האפשרות האחרת, יוכל הטועה לבטל את החוזה, ואם הצדדים כבר העבירו את התמורות או חלקן, תחול עליהם חובת השבה הדדית. בעקבות זאת הצד השני יוותר במצב שבו היה אלמלא נכרת החוזה. כלומר, הצד השני יוכל לרכוש את הנכס של הטועה (או בעובדות אחרות, למכור את נכסו) במחיר השוק הרגיל שלו, המשקף את העובדות הנכונות לגבי הממכר ושווי וולא את הטעות של הצד השני לעסקה.

כאשר בוחנים מהו ההסדר שצדדים רציונליים היו מעדיפים (ההסדר שבעולם ללא עלויות עסקה הם היו מאמצים מראש, ובעולם האמתי על המחוקק לקבוע כהסדר דיספוזיטיבי החוסך לצדדים את הצורך לשאת ולתת עליו), אפשר להעלות על הדעת שיקולים אחדים. שיקול אחד הוא ששלילת כוח הביטול מהטועה הרשלן יוצרת תמריץ חזק מאוד למנוע את הטעות. אולם מנקודת מבט של יעילות כלכלית תמריץ אופטימלי הוא זה שלפיו הרשלן מפנים את מלוא העלויות של ה"תאונה" שלה גרם – לא יותר ולא פחות. לכן אכיפת החוזה שנכרת מתוך טעות יסודית יוצרת תמריץ מופרז. לפי אפשרות זו, המשתקפת בפסיקה של שופטי הרוב בעניין **כרמל**, על הטועה לא רק לפצות את הצד השני באופן שיעמיד את האחרון במצב שבו היה אלמלא נכרת חוזה מתוך טעות, אלא עליו לקיים את החוזה ובכך להעניק לצד השני מתת שמים גדולה מאוד. זהו תמריץ לא יעיל, משום שהוא יגרום למי שעלול לטעות להשקיע משאבים מופרזים בבדיקת כל העובדות. ניתן להניח שעלותה של השקעה מופרזת זו תתחלק באורח כלשהו בין הצדדים, וכך שניהם יפסידו מכלל זה. דומה שמתן אפשרות לטועה לבטל את החוזה ולהעמיד אפוא את שני הצדדים במצב שבו היו אלמלא התקשרו בחוזה שיסודו בטעות, מובילה לתוצאה יעילה יותר, הרצויה לשניהם מלכתחילה. כאשר בצד השני לא דבק אשם כלשהו, הוא יהיה זכאי לפיצויים שליליים לפי סעיף 14(ב), המיועדים להעמידו במצב שבו היה אלמלא נערך החוזה. אנשים רציונליים המכירים באפשרות שהם יעשו טעויות ברשלנותם לא יבחרו בכלל שלפיו טעויות כאלה יובילו לתוצאות הרסניות לצד אחד ורווחיות להפליא לצד האחר. במיוחד אם מדובר באנשים פרטיים, שבדרך כלל הם שונאי סיכון, הם יעדיפו שבמקרה של טעות כזו יושב מצבם לקדמותו. מתן אפשרות לטועה הרשלן לבטל את החוזה בכפוף לתשלום פיצויים שליליים לצד השני

110 ראו למשל אוריאל פרוקצ'יה "זה חוזה? זה חפץ? זה חוק! תרומתה הקונסטרוקטיבית של הכלכלה לערפול מושגי היסוד במשפט" **משפטים** יח 395, 401–406 (תשמ"ח–תשמ"ט). על הניתוח הכלכלי של דיני הטעות, סיבוכיו וקשייו, ראו למשל Eric Rasmusen & Ian Ayres, *Mutual and Unilateral Mistake* in *Contract Law*, 22 J. LEGAL STUD. 309 (1993); Eric A. Posner, *Economic Analysis of Contract Law after Three Decades: Success or Failure?*, 112 YALE L.J. 829, 845–48 (2003).

שלא דבק כל אשם בהתנהגותו נראית ככלל היעיל ביותר, לפחות כל אימת שאין מדובר בחוזים ספקולטיביים.

למסקנה זו יש משנה תוקף במקרים שבהם (כמו בפרשת **כרמל**) מדובר בטעות משותפת שכל אחד מהצדדים היה יכול למנוע אותה בעלות דומה, ולכן ניתן לטעון שדבק אשם בשניהם. במקרה כזה, ובמיוחד כאשר מדובר באנשים פרטיים, דהיינו ששני הצדדים הם "רשלנים שונאי סיכון", השבת המצב לקדמותו נראית פתרון סביר וראוי הרבה יותר משלילה של ההסתמכות על הטעות המובילה לתוצאות חד-צדדיות קיצוניות.

עם זאת יודגש שהניתוח דלעיל חל גם על טעות – משותפת או חד-צדדית – שמלוא האשם לקיומה רובץ לפתחו של הצד המבקש לבטל את החוזה. לשאלת אשמו של הצד השני אפשר שתהיה חשיבות, לפי פרשנויות מסוימות, לעניין קיומה או היעדרה של הטעיה לפי סעיף 15 ולעניין השאלה אם יחול על הטעות סעיף 14 (א) או סעיף 14 (ב).¹¹¹ אולם כמפורט לעיל, הן לפי הדין הנוהג הן לפי הדין הרצוי, לרשלנותו של הצד השני אין, ולא ראוי שתהיה, השפעה על השאלה אם טעותו של הצד המבקש לבטל את החוזה אינה אלא בכדאיות העסקה. כשם שזכותו של קונה להסתמך על אי-התאמה לפי חוק המכר אינה מותנית בכך שהמוכר ידע או היה עליו לדעת על אי-ההתאמה,¹¹² ואולי אף מקל וחומר, כך אין הסתמכותו של צד לחוזה על טעות מותנית בכך שדבק אשם בהתנהלותו של הצד השני (הגם שכמפורט לעיל ולהלן, לאשם כזה יכולות להיות תוצאות שונות). בעובדותיו של פסק דין **כרמל** הטרונייה המרכזית שניתן להעלות כלפי הקונות מתייחסת לעמידתן על קיום החוזה ככתבו וכלשונו **בדיעבד**, אחרי שהתגלה שוויו האמתי של הנכס. אכן, אין מדובר כאן בחוזה חד-צדדי ומקפח בשל ניצול של פערי כוחות או מידע בין הצדדים **מראש** אלא בחד-צדדיות שמקורה בפער העצום בין מצב הדברים כהווייתו לבין מצב הדברים שהצדדים דימו לעצמם. כפי שנראה בחלק ג להלן, עמידתן של הקונות על קיום החוזה ככתבו וכלשונו עשויה להיות רלוונטית גם לעניין החובה להשתמש בזכויות בדרך מקובלת ובתום לב, ולפי דעה אפשרית – גם לעניין סייג הצדק לתרופת האכיפה.

מלבד עמדה אינדיווידואליסטית נחרצת שלפיה כל אדם הוא האחראי הבלעדי למעשיו ולהחלטותיו, השיקול המרכזי שניתן להעלות בתמיכה לפסק דין **כרמל** הוא קידום הביטחון המשפטי והמסחרי.¹¹³ לפי שיקול זה, יש לאפשר למי שכרת חוזה במהלך הדברים הרגיל להיות בטוח שיוכל להסתמך על החוזה ולאכוף אותו מבלי שייחשף לטענות בדבר פגמים בכריתה או בדבר חוסר הוגנות. הדוגלים בביטחון מסחרי כערך מרכזי נוטים לפקפק בכוחם של בתי המשפט (ובכוחו של המשפט בכלל) להתוות את הגבולות בין הליכי כריתה תקינים ופגומים ובין חוזים הוגנים ולא הוגנים, במיוחד כאשר מדובר ביחסים שבין פירמות מתוחכמות. אין זה המקום להתעמק בתפיסות נאו-פורמליסטיות אלה,¹¹⁴ ולו משום שגם הדוגלים בהן מייחדים את טענותיהם בדרך כלל לחוזים בין פירמות מסחריות, בשונה מחוזים בין אנשים פרטיים או בין פירמות לצרכנים.¹¹⁵

111 ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 251–256 ו-233–251, בהתאמה; לעיל ה"ש 94 והקסט הסמוך לה.
112 ראו למשל רע"א 7642/97 **שטרית נ' נוסבאום**, פ"ד נג(3) 516, 524 (1999).
113 על השתקפותו של שיקול זה בדיני הפגמים בכריתה, ראו באופן כללי גבריאלה שלו "פגמים בכריתת חוזה – קווים מנחים" **משפטים** יא 439, 457 (תשמ"א).
114 לתיאור ביקורתי של הגישה הנאו-פורמליסטית לדיני חוזים, כפי שהתפתחה בעשורים האחרונים, בעיקר בארצות הברית, בראש ובראשונה סביב סוגיות של פירוש והשלמה של חוזים, ראו למשל Roy Kreitner,

עולה מהמקובץ שגם אם שלילתו של כוח הביטול ממי שהתקשר בחוזה בעקבות טעות שהיא תוצאה של רשלנותו איננה בבחינת "לא יעלה על הדעת", היא סותרת את דיני הטעות ודינים קרובים כפי שהם מעוצבים בישראל, אינה מתיישבת עם מכלול דיני החוזים שלנו ואינה עולה בקנה אחד עם שיקולי המדיניות הרלוונטיים. כעניין מעשי, מאחר שבניגוד לפסק הדין המחוזי, פסק הדין של בית המשפט העליון לא קבע מפורשות שרשלנות הטועה הופכת טעות לכזו שאינה אלא בכדאיות העסקה, יהיה ניתן בעתיד לכפור בקביעתה של הלכה כזו בפסק הדין, ובדרך זו לצמצם את תוצאותיה הבעייתיות.¹¹⁶

ג. הערות נוספות בשולי פסק דין כרמל

נוסף על חשיבותו של פסק דין כרמל לעניין טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה ראוי להזכיר סוגיות נוספות, שאמנם לא לובנו בפסק הדין, אולם הן עולות ממנו וראויות להתייחסות.

1. תחולתם של סעיפים 14(א) ו-15 על טעות משותפת

אחת השאלות שנזכרו אך לא נדונו בפסק דין כרמל הייתה אם על טעות משותפת מעין זו שנדונה שם חל רק סעיף 14(ב), או שמא אפשר שיחולו עליה גם סעיף 14(א) ואולי אף סעיף 15. נפתח בסעיף 14(א). כזכור, סעיפים קטנים (א) ו-(ב) של סעיף 14 קובעים כדלקמן:

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

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

בית המשפט קבע כממצא עובדתי כי כשם שהמוכר לא ידע ששווי השוק של הממכר עלה כמה מונים על המחיר המוסכם, כך גם הקוונות טעו לחשוב שהמחיר המוסכם משקף את שווי של הנכס. על כן מדובר בטעות משותפת. אולם שלא כהנחה המשתקפת בפסק הדין – וכפי שרמז השופט מזוז¹¹⁷ –

Fear of Contract, 2004 WIS. L. REV. 429; John E. Murray, Jr., *Contract Theories and the Rise of Neoformalism*, 71 FORDHAM L. REV. 869 (2002).

115 ראו למשל Alan Schwartz & Robert E. Scott, *Contract Theory and the Limits of Contract Law*, 113 YALE L.J. 541, 544–545 (2003).

116 השוו דיון נוסף כרמל, לעיל ה"ש 4, פס' 23–24 לפסק הדין. דרך נוספת לצמצם את תחולתה של הלכת כרמל היא לומר – כפי שאומרים פרידמן וכהן (לעיל ה"ש 8, בעמ' 727) – שלמרות לשונו של ס' 14(ד), טעות שתיחשב לטעות בכדאיות העסקה לצורך ס' 14 לאו דווקא תיחשב ככזו לצורך ס' 15.

117 פסק דין כרמל, לעיל ה"ש 4, פס' 19 לפסק דינו של השופט מזוז.

ממצא עובדתי זה אינו מוביל בהכרח למסקנה שעל יחסי הצדדים חל סעיף 14(ב) ואין חל סעיף 14(א), משני טעמים משולבים.

ראשית, בפסיקה ובספרות הובעו דעות שונות בשאלה מהו הדבר (ה"כך" בביטוי "והצד השני ידע או היה עליו לדעת על כך" שבסעיף קטן (א) ובביטוי "והצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת על כך" שבסעיף קטן (ב)) שידיעת הצד השני עליו מובילה לתחולת סעיף קטן (א), ואי-ידיעת הצד השני עליו מובילה לתחולת סעיף קטן (ב). לפי דעה אחת, המשתקפת גם בפסקי הדין של השופטים בפסק דין **כרמל**, ידיעת הצד השני מתייחסת לטעות של הטועה. אם כך הדבר, הרי שמקומה של טעות משותפת בסעיף קטן (ב) ולא בסעיף קטן (א), משום שטעות משותפת שני הצדדים עושים אותה טעות, ולכן אין האחד יודע על טעותו של רעהו.¹¹⁸ לפי דעה אחרת, מושא הידיעה הוא **היסודיות** של הטעות, קרי נדרשת ידיעה (או אי-ידיעה) של הצד השני שאדם סביר בנעלי הטועה לא היה מתקשר בחוזה אילו ידע את הדברים כהווייתם.¹¹⁹ אם כך הדבר, טעות משותפת עשויה ליפול גם בגדרו של סעיף קטן (א). לפי דעה שלישית, תחולתו של סעיף קטן (א) דורשת ידיעה של הצד השני **הן על הטעות הן על יסודיותה**.¹²⁰ מפאת קוצר היריעה, ומאחר שדנתי בסוגיה זו בהרחבה במקום אחר, לא אדון בה כאן.¹²¹ ניתוח זה מעלה שהעמדה השלישית, שאומצה בכמה פסקי דין מהשנים האחרונות, בעייתית ביותר, וכי יש נימוקים כבדי משקל התומכים בעמדה הראשונה בצד נימוקים כבדי משקל התומכים בעמדה השנייה.

שנית, תחולתו של סעיף 14(א) אינה מותנית בכך שהצד השני ידע על כך. די בכך **שהיה עליו לדעת** על כך. כלומר, לפי ההשקפה הרווחת בפסיקה ובספרות (אף כי גם בנושא זה אין הסכמה כללית), די בכך **שהיה על הצד השני כאדם סביר לדעת על כך** כדי שיחול סעיף קטן (א).¹²² בעניין **כרמל** לא היה יכול להיות ספק שתנאי זה התקיים, וכי לכן היה מקום לדון בעניין לפי סעיף קטן (א). ממה נפשך, אם ידיעת הצד השני מתייחסת ל**יסודיות הטעות**, קרי לכך ששום אדם סביר לא היה מוכר נכס השווה יותר מארבעה מיליון ש"ח תמורת כמיליון וחצי ש"ח (ולכן עלול להיוותר עם רווח של מינוס כשלוש מאות אלף ש"ח לאחר תשלום מס שבח מקרקעין), ברור שהמוכרות וכל אדם סביר בנעליהן היה יודע זאת. ואם ידיעת הצד השני מתייחסת ל**עצם הטעות**, מרגע שמקבלים את קביעתו של בית המשפט המחוזי שהמוכר גילה רשלנות חמורה בבדיקת העובדות, וכי כאדם סביר היה עליו לדעת את ייעודו ואת שווי של הנכס, פשיטא שגם על הקונות, כנשים סבירות, היה לדעת עובדות אלה. הדברים הם בבחינת קל

118 ראו למשל זאב צלטנר דיני חוזים של מדינת ישראל שער ראשון 187 (תשל"ד); זלצמן, לעיל ה"ש 93, בעמ' 61; פסק דין ספקטור, לעיל ה"ש 32, בעמ' 242; ע"א 406/82 נחמני נ' גלאור, פ"ד מא(1) 494, 500, 501 (1987); פסק דין בן לולו, לעיל ה"ש 37, בעמ' 589; פסק דין שלזינגר, לעיל ה"ש 37, בעמ' 830.

119 ראו למשל דוד קרצ'מר "פגמים ברצון ביצירת החוזה: טעות והטעיה" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה: החקיקה האזרחית החדשה 107, 112–114 (שמעון שטרית עורך, תשל"ו); פסק דין כנפי, לעיל ה"ש 55, בעמ' 478–481.

120 ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 1, בעמ' 41–42; פסק דין חבר, לעיל ה"ש 88, פס' 22 ו-32 לפסק דינו של השופט עדיאל; דנ"א 2568/97 כנען נ' ממשלת ארצות-הברית, פ"ד נז(2) 632, 655 (2003).

121 לניתוח מדוקדק של העמדות השונות, לנימוקים ההיסטוריים, הפרשניים והאנליטיים התומכים בכל אחת מהן ולשיקולי המדיניות הצריכים לעניין, ראו זמיר, לעיל ה"ש 6, בעמ' 236–251.

122 שם, בעמ' 233–236.

וחומר, משום שבחווה רק הקונות הצהירו שהן מכירות את מצבו התכנוני של הנכס, ומשום שרק הן ניהלו את הנכס במהלך השנים. כך או אחרת, ברור למדי שהיה על הקונות לדעת "על כך", ולכן (בכפוף לשאלה אם מדובר בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, השאלה המרכזית שנדונה בפסק הדין ונדונה בהרחבה לעיל) ההוראה הרלוונטית לענייננו היא 14(א).

פחות ברור אם בעובדותיו של פסק דין **כרמל** – בכפוף לסוגיה של טעות בכדאיות העסקה – יכלה להתקיים גם הטעיה כמשמעה בסעיף 15. התשובה לשאלה זו תלויה בשאלה מהו היסוד הנפשי של המטעה הנדרש בסעיף 15. מאחר שבמקרה הנדון היו הקונות שותפות לטעותו של המוכר ולא הטעו אותו אקטיבית, סעיף 15 יחול רק אם תיתכן הטעיה במחדל בשגגה (כלומר ללא אשם כלשהו של המטעה בשתיקה), או לפחות ברשלנות. והנה, בצד הדעה שהטעיה במחדל דורשת שהמטעה יהיה מודע לטעות של רעהו,¹²³ יש בפסיקה ובספרות גם תימוכין לעמדה שלפיה די ברשלנות של המטעה כדי שתתקיים הטעיה במחדל,¹²⁴ ואפילו לעמדה שלפיה תיתכן הטעיה במחדל בשגגה.¹²⁵ לפי דעות אלה, לא הייתה מניעה לנתח את המקרה גם באספקלריה של סעיף 15.

עם כל חשיבותן וקשיותן של שאלת היחס בין סעיף קטן 14(א) וסעיף קטן 14(ב) ושאלת היסוד הנפשי של המטעה בסעיף 15, יש להודות שנפקותן המעשית בפרשת **כרמל** הייתה כנראה מצומצמת. ההבדלים בין סעיף 14(ב) לבין שתי ההוראות האחרות הם שלפי סעיף 14(ב) אין הטועה יכול לבטל את החוזה באמצעות הודעת ביטול אלא עליו לפנות לבית המשפט; לבית המשפט מסור שיקול דעת אם להורות על הביטול לפי מבחן של צדק; ולבית המשפט יש סמכות לחייב את הטועה "בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה". בעניין **כרמל** הצדדים ממילא פנו לבית המשפט; קשה להלום ששיקולי הצדק לא היו מובילים למסקנה שיש לאפשר את ביטול החוזה נוכח השלכותיה הכספיות האדירות של הטעות על שני הצדדים, ובהיעדר הסתמכות ממשית של הקונות על החוזה לפני ביטולו, הנזק שנגרם להן מן הכריתה היה זעום ביותר, אם בכלל היה קיים.¹²⁶

2. חוסר תום לב בעמידה על קיומו של חוזה

האם עמידה על אכיפתו של חוזה שהתגלה בדיעבד כחד-צדדי ולא הוגן בעליל עלולה להיחשב הפרה של החובה לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב בשימוש בזכויות חוזיות (כנדרש לפי סעיף 39 לחוק

123 ראו למשל ע"א 607/83 **אהרן נ' קרסנטי**, פ"ד מב(1) 397, 404 (1988).

124 ראו למשל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 784, 786, 813–814, 845–846; צלטנר, לעיל ה"ש 118, בעמ' 197–198.

125 ראו למשל שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 322; זלצמן, לעיל ה"ש 93, בעמ' 61–62; ע"א 1304/91 **טפחות – בנק משכנתאות לישראל נ' ליפרט**, פ"ד מז(3) 309, 326–327 (1993).

126 בהקשר זה יש להעיר שקביעתו של בית המשפט המחוזי (פסק דין **טלמון**, לעיל ה"ש 13, פס' 17 לפסק הדין) שביטול החוזה לפי ס' 14(ב) לא יועיל למוכר, משום שיהיה עליו לפצות את הקונות במלוא נזקן, ולכן "בסופו של דבר לא הייתה צומחת לנתבע כל תועלת כלכלית מביטול החוזה בתנאים אלה" – בטעות יסודה. קביעה זו הייתה נכונה אילו אפשר ס' 14(ב) לפסוק לצד השני פיצויי ציפיה שיעמידו אותו במצב שבו היה אילו קיים החוזה. אולם לפי לשון הסעיף ולפי פרשנותו המקובלת, הוא מאפשר לפסוק אך ורק פיצויים שליליים, פיצויים בעד הנזק שנגרם עקב עצם הכריתה של החוזה ולא עקב אי-ביצועו. ראו שלו, לעיל ה"ש 7, בעמ' 292; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 8, בעמ' 719; פסק דין **כרמל**, לעיל הערה 4, פס' 27 לפסק דינו של השופט מזוז.

החוזים הכללי)? בפסק דין **כרמל** השיב השופט מזוז לשאלה זו בחיוב. לדידו, "משנודע למשיבות מצב הדברים לאמיתו, היה עליהן להסכים לבקשת המערער לביטול ההסכם, וזאת גם מכוח עקרון תום הלב [...] סירובן לעשות כן עולה כדי שימוש לרעה בזכות הנובעת מחוזה". הוא הוסיף וכתב כי לטעמו, "ראוי היה לצפות מהמשיבות, כבנות משפחה קרובות, שלא לעמוד באופן פורמליסטי על זכויותיהן, תוך קיפוח משווע של בן משפחה, בשל טעות שהן שותפות לה ואשמות בה לא פחות ממנו, בלשון המעטה"¹²⁷.

בעובדותיה של פרשת **כרמל** הייתה לשאלה זו חשיבות רק אם – שלא כפסקתו של השופט מזוז – לא היה המוכר זכאי לבטל את החוזה לפי דיני הפגמים בכריתה. לא פעם נאמר בפסיקה שעצם העמידה על זכות חוזית אין בה משום חוסר תום לב.¹²⁸ אמירה זו מניחה, כפי שמתחייב מהגיגונו של סעיף 39 לחוק החוזים הכללי, שאמנם עצם העמידה על זכות חוזית איננה מחוסרת תום לב, אך תיתכנה נסיבות שבהן עמידה על זכות חוזית קיימת תישלל משום שהיא מנוגדת לעקרון תום הלב. בהקשר זה ניתן כמדומה להקיש מהדין בעניין התאמת חוזה בתגובה לנסיבות חדשות ההופכות את החוזה המקורי לחד-צדדי ומקפח. בפסיקה ובספרות המשפטית בישראל יש סימוכין לדעה שבמקרים כאלה בכוחו של עקרון תום הלב לא רק להקים חיוב של הצדדים לשאת ולתת על שינוי תוכנו של החוזה אלא גם לאפשר לבית המשפט לשנות את הוראות החוזה כדי להשיב את האיזון החוזי על כנו.¹²⁹ אם במקרה שבו לא נפל כל פגם בכריתת החוזה יש נסיבות שבהן עקרון תום הלב שולל מאחד הצדדים את האפשרות לזכות במתת שמים לא צודקת ומחייב "לפתוח" את החוזה ולהתאימו לשינוי המאוחר בנסיבות, יש מקום לטענה שאותו דין ראוי לחול כאשר אחד הצדדים התקשר בחוזה מחמת טעות חמורה – גם אם מטעם כלשהו טעות זו אינה אופרטיבית.

נגד האפשרות להסתמך על עקרון תום הלב באופן זה ניתן לטעון שהיא פותחת פתח לעקיפת הקריטריונים הספציפיים שקבע המחוקק בדיני הטעות בכריתה. זהו מקרה פרטי של שאלה כללית יותר בדיני החוזים, במשפט הפרטי ובמשפט בכלל: אם ומתי יש לאפשר הסתמכות על כללים משפטיים שונים העשויים לחול על אותה מערכת עובדתית, ובייחוד אימתי יש לאפשר הסתמכות על דוקטרינות על כדי להגיע לתוצאות שאין מגיעים אליהן לפי דינים ספציפיים. דוגמאות דומות לענייננו (שלילת המימוש של זכויות מכוח חוזה שאי אפשר לבטלו לפי דיני הטעות, מכוח עקרון תום הלב) עשויות להיות שימוש בעוולת הרשלנות כתחליף לעוולות פרטיקולריות בדיני הנזיקין או הענקת סעד בעילה של עשיית עושר ולא במשפט כתחליף או כהרחבה לדיני הקניין הרוחני. ליבון שיטתי של שאלה זו חורג מהמסגרת הנוכחית.¹³⁰ די לציין כי העמדה העקרונית של המשפט הפרטי הישראלי היא שאין מניעה להסתמך, במצטבר או לחלופין, על עילות משפטיות שונות, ובלבד שלא הייתה התנאה תקפה

127 פסק דין **כרמל**, לעיל ה"ש 4, פס' 25 לפסק דינו של השופט מזוז.
128 ראו למשל ע"א 158/80 **שלום נ' מוטה**, פ"ד (לו) 793, 812 (1982); ע"א 538/86 **זמיר נ' הבנק הבינלאומי הראשון בע"מ**, פ"ד מב(4) 433, 436 (1989).
129 ראו למשל דברי השופט ברק בע"א 719/89 **מחצבות חיפה נ' "חנררון"**, פ"ד מו(3) 305, 314 (1992); איל זמיר **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974** 434-421 (בסדרה **פירוש לחוקי החוזים**, גר טדסקי עורך, תשנ"ד).
130 ראו, באופן כללי, חגי ויניצקי "ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתת חוזה" **דין ודברים** י 137 (תשע"ח).

על אפשרות זו, אין סתירה מהותית בין העילות או הסעדים המבוקשים, ולא יהיה בהסתמכות על עילות שונות כדי להצמיח לתובע סעד כפול על אותה פגיעה.¹³¹

בנסיבותיה של פרשת **כרמל** לא הייתה נפקות להסתמכותו של השופט מזוז על עקרון תום הלב, שהרי לשיטתו היה המוכר זכאי לבטל את החוזה מחמת טעות אופרטיבית, ואף עשה כן. בד בבד שופטי הרוב, שסברו כי היה מדובר בטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, אף לא סברו שבהתנהלותן של הקונות היה משום חוסר תום לב. התאמה פנימית זו בפסיקת הרוב ובפסיקת המיעוט אינה מפתיעה, שהרי הן דיני הטעות הן עקרון תום הלב מכילים מושגי שסתום המותרים לבית המשפט שיקול דעת רחב, ואותם שיקולי מדיניות המזינים את הראשונים מזינים גם את האחרון. אולם ניתן להעלות על הדעת מקרים שבהם לשאלת היחס בין העילות תהיה משמעות מעשית. למשל, אם חלף הזמן הסביר להפעלת כוח הביטול לפי סעיף 20 לחוק החוזים הכללי, ייתכן שרק הסתמכות על עקרון תום הלב תאפשר לשלול את תוקפו של החוזה.

לפי העמדה הכללית של הדין הישראלי, נראה לי שאין מניעה עקרונית להשתמש בעקרונות־על כמו עקרון תום הלב כדי להגיע לתוצאות ראויות במקרים שבהם דינם ספציפיים מובילים לתוצאות לא ראויות, ובלבד שתינתן הדעת לכך שהליכה בנתיב זה פוגעת בוודאות המשפטית, ולכן צריכה להיות מוגבלת למקרים יוצאי דופן. כדי לסבר את האוזן, הבה נניח שבעובדות של פרשת **כרמל** היה החוזה כולל תניה שלפיה "הצדדים לחוזה מצהירים שהם אינם יודעים מהו שווי השוק של הממכר, ובכל זאת הם גמרו בדעתם להתקשר בחוזה זה, תוך נטילת סיכון שהמחיר החוזי אינו תואם את שווי השוק של הממכר". אכן, בפסק דין **בן לולו** ציין השופט אור כי ייתכנו "תרחישים קיצוניים ורחוקים מאלה שעמדו לנגד עיניהם של הצדדים", שבהם אפילו נטילת סיכון בקשר לאי־ודאות עובדתית כלשהי לא תשלול לחלוטין את האפשרות לעורר טענה של טעות.¹³² אולם גם אם ייראה שהתניה החוזית שוללת לחלוטין את האפשרות להסתמך על דין הטעות, לא הייתי שולל לחלוטין את השימוש בעקרון תום הלב כדי למנוע אי־צדק משווע במקרים קיצוניים.

3. אכיפה בלתי צודקת?

אחת הטענות החלופיות שהעלה המוכר בעניין **כרמל** הייתה שגם אם לא התקיימה בנסיבות העניין טעות אופרטיבית, יש לדחות את תביעת הקונות לאכופף עליו את החוזה, משום שלנוכח חוסר השקילות הקיצוני בתמורות (בעקבות החוזה הוא עתיד להימצא בחסרון כיס של מאות אלפי שקלים לעומת מצבו לפני כריתת החוזה, והן עתידות לקבל מתת שמים של מיליוני שקלים), אכיפת החוזה תהא "בלתי צודקת בנסיבות העניין", כאמור בסעיף 3(4) לחוק התרופות. שופטי הרוב דחו טענה זו. מבחינות מסוימות דומה טענה זו לטענה בדבר חוסר תום לב מצד הקונות בעמידתן על קיום החוזה שנדונה לעיל. על כן השיקולים שניתן להעלות בעד ונגד הסתמכות על דוקטרינות כלליות לשם התגברות על מכשולים בכללים ספציפיים חלים גם כאן. אולם מבחינה חשובה דומה שהטענה

131 ראו למשל ד"ר 20/82 **אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס ג.מ.ב.ה.**, פ"ד מב(1) 221, 268–270 (1988).

132 פסק דין **בן לולו**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 599.

הנוכחית בעייתית יותר ומשכנעת פחות מהטענה הנסמכת על עקרון תום הלב.¹³³ הטענה בעייתית יותר, משום שסעיף 3(4) – כמו חוק התרופות בכללותו – לא נועד לטפל בבעיות של פגמים בכריתת חוזה ואף לא בשלילת תוקפם של חוזים (או תניות חוזיות) לא הוגנים ומקפחים. סעיף 3(4) עוסק בבחירה בין תרופות שונות בשל הפרת חוזה, ובפרט במצבים שבהם מוצדק לשלול מהנפגע את תרופת האכיפה ולהגבילו לתרופות אחרות, כגון פיצויי ציפייה. "המקום הגאומטרי" של טענות נגד תוקפם של חוזים הוא בדיני הפגמים אם מדובר בטענות בדבר פגמים בכריתה, ובדינים שבאמצעותם מפקחים על תוכן החוזה, כגון חוק החוזים האחדים ותקנת הציבור, אם מדובר בטענות שעניינן תוכן החוזה. בכך נבדל סייג הצדק לאכיפה מעקרון תום הלב. כאחד מעקרונות היסוד של המשפט הפרטי בישראלי, עקרון תום הלב רלוונטי פוטנציאלית לכל סוגיה שהיא, ובאורח שיורי הוא מאפשר השלמה ותיקון של כללים משפטיים ספציפיים יותר. לעומת זאת סייג הצדק לאכיפה נועד לסייג את הזכות לתרופת האכיפה. אמנם יש פסקי דין בודדים שבהם השתמשו בסייג הצדק לאכיפה כדי לפקח על תוכן החוזה ולפסול תניות חוזיות,¹³⁴ אולם מבחינה אנליטית היה מוטב שלא ללכת בדרך זו.¹³⁵

ד. סיכום, מסקנות וסקנות

מאמר זה ליבן סוגיות אחדות שהתעוררו ונדונו במשפטנו אגב הביטוי "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" בסעיף 14(ד), סיפה, לחוק החוזים הכללי. טענה מרכזית אחת של המאמר הייתה שכל אחת מארבע הסוגיות – מה דינה של טעות המתייחסת רק לשווי האובייקט; אם דיני הטעות חלים על הערכות שגויות לגבי העתיד; אם ומתי יש לראות בטועה מי שנטל עליו את הסיכון בדבר מידע שאינו מצוי בידיו; ואם וכיצד יש להתחשב ברשלנות הטועה – ראוייה לעיון וליבון נפרדים. בדיונים נפרדים אלה אין לייחס חשיבות יתרה לכך שניתן (אך אין הכרח) לעגן את התשובות לשאלות השונות במילים "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" שבסעיף 14(ד). טענה שנייה הייתה שאין ללכת שולל אחר

133 אם כי מעניין שבמשפט האנגלי, בהשראת האקוויטי, מכירים עקרונית באפשרות כזו במקרים של חוזה למכר מקרקעין שנכרת עקב טעות רשלנית (אם כי הסירוב להורות על ביצוע בעין של חוזה הלוקה ב-"hardship amounting to injustice" מחמת טעות אינו שולל בהכרח את הזכות לפיצויים בשל ההפרה). ראו CHITTY ON CONTRACTS, Vol I: GENERAL PRINCIPLES 353–354, 639 (Hugh G. Beale, general eds., 32nd ed. 2015).

134 ראו למשל ע"א 3833/93 לויני נ' לויני, פ"ד מח(2) 862, 876–880 (1994) (שם הסתמך השופט זמיר על ס' 3(4) לחוק התרופות כדי לשלול את תוקפה של תניה בהסכם גירושין שהתפרשה כניסיון לשלול את זכותה של האישה לממש את זכויותיה בערכאות משפטיות); ע"א 413/79 ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור, פ"ד לד(4) 29, 43–45 (1980) (אמרת אגב של השופט חיים כהן). ראו גם זמיר פירוש והשלמה, לעיל ה"ש 106, בעמ' 52–53.

135 ביקורת זו אינה מתמקדת בשאלה אם מותר וראוי להביא בחשבון במסגרת ס' 3(4) לחוק התרופות גם שיקולים של "צדק ציבורי", כגון שיקולים של יעילות וצדק מחלק, או שמא רק שיקולים של "צדק פרטי" בין הצדדים (ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי 221–231 (תשס"ט)). ביקורתי מתייחסת לתכלית ההתחשבות בשיקולי צדק כלשהם: שלילתה של תרופת האכיפה (עניין שמקומו בחוק התרופות) לעומת שלילת תוקפו של חוזה או מקצת תניותיו (עניין שמקומו בדינים אחרים). עם זאת אין לכחד שקיים קשר בין השאלות.

הרטוריקה הרווחת בפסיקה, ובמידה רבה גם בספרות המשפטית, שלפיה מבחן נטילת הסיכון גובר על – ומייתר את – מבחן שווי האובייקט והמבחן הכרונולוגי. שני המבחנים האחרונים משקפים אינטואיציות רווחות ומתקבלות על הדעת בדבר היקפה הראוי של דוקטרינת הטעות. לבסוף, טענה מרכזית שלישית של המאמר הייתה שאין הצדקה לשלול את ההסתמכות על דיני הטעות ממי שטעה ברשלנותו, וכי שלילה כזו אינה עולה בקנה אחד עם הכללים ועם תפיסות היסוד של דיני החוזים בישראל.

הנקודה האחרונה מובילה להערה כללית יותר בדבר כיווני ההתפתחות של דיני החוזים בישראל בתקופה האחרונה. יש לקרוא את ההערה הבאה בזהירות יתרה, משום שהיא אינה מבוססת על בדיקה שיטתית של הפסיקה, ומשום שברור למדי כי יש בפסיקה כיוונים שונים ואף מנוגדים. מכל מקום, ככל שפסקי הדין בפרשת **כרמל** מסמנים מגמה רחבה יותר, הרי שהם צריכים לעורר דאגה. בשנים האחרונות, אחרי פרישתו של הנשיא ברק וכחלק מפולמוס רחב יותר בדבר אקטיביזם שיפוטי, חלה התמתנות ממשית ברטוריקה השיפוטית בענייני חוזים.¹³⁶ אולם עד לאחרונה היה ניתן להתרשם שמלבד שינוי הכיוון מבחינת הרטוריקה השיפוטית, בית המשפט לא זנח את תפקידו החיוני להבטיח את ההוגנות של יחסים חוזיים ולקדם ערכים של התחשבות הדדית, מחויבות לרוח העסקה, סבירות והגינות.¹³⁷ בשל היתרון האינסטרומנטלי של פער בין רטוריקה שיפוטית מצטנעת לפרקטיקה שיפוטית המקדמת ערכים אלה ניתן להעלות טיעונים משמעותיים בעד שינוי כיוון זה.¹³⁸

והנה, פסקי הדין בפרשה הנדונה ובפרשות אחרות שבהן פסק בית המשפט העליון בתקופה האחרונה, כמו למשל עניין **פלונית נ' פלוני**,¹³⁹ מעלים את החשש שמעבר לרטוריקה המצטנעת מתפתחת פרקטיקה התואמת רטוריקה זו ונכונה לאכוף חוזים מקפחים וחד־צדדיים – חוזים שבהם צד אחד סובל הפסדים ניכרים, ואילו רעהו מנצל את מומחיותו, את כוחו העדיף או סתם את רוע מזלו או רשלנותו של רעהו, כדי לזכות ברווחים נאים. ברגע שמערכת המשפט אוכפת חוזים, שוב אין מדובר בעניין פרטי אלא בהפעלת כוח כפייה של המדינה ובשימוש במשאבים ציבוריים לתכלית זו.¹⁴⁰ דומה שהן בפרשה הנדונה הן בפרשת **פלונית** השתמשה מערכת המשפט במשאבים ציבוריים כדי לאכוף, במלואם או בחלקם, חוזים לא מצפוניים.¹⁴¹

136 ראו למשל דנ"א 2045/05 **ארגון מגדלי ירקות – אגודה חקלאית שיתופית נ' מדינת ישראל**, פ"ד סא(2) 1 (2006); רע"א 3961/10 **המוסד לביטוח לאומי נ' סהר חברה לתביעות בע"מ** (פורסם בנבו, 26.2.2012).

137 ראו למשל ע"א 9551/04 **אספן בניה ופיתוח נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 12.10.2009); ע"א 8836/07 **בלמורל השקעות בע"מ נ' כהן** (פורסם בנבו, 23.2.2010); איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" **משפטים** מג 5, 22–30 (תשע"ג).

138 זמיר, לעיל ה"ש 137, בעמ' 22–30, 50–53; איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" **ספר ברק – עיונים בעשייתו השיפוטית של אהרן ברק**, 343, 385–387, 399–409 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים ראשיים, תשס"ט).

139 רע"א 8775/15 **פלונית נ' פלוני**, החלטה של השופט אליקים רובינשטיין (פורסם בנבו, 10.5.2016).

140 (1933) 553, 585–91 HARV. L. REV. 46 *Morris R. Cohen, The Basis of Contract*; זמיר **פירוש והשלמה**, לעיל ה"ש 106, בעמ' 87–89.

141 לביקורת על פסק דין **פלונית**, ראו איל זמיר "שכר טרחה התלוי בתוצאה בשיעור של 100% משפטים (טרם פורסם).