

רשלנות הטועה: אשם, צדק ותום-לב

מאת

צור גרוסמן*

חוק החוזים אינו קובע דבר ביחס לרשלנות הטועה, ולהשלכות של רשלנותו על הסעדים להם יהיה זכאי ועל היקפם, ובראשם ביטול החוזה. הפסיקה התמודדה בכמה הזדמנויות עם מקרים של רשלנות הטועה, והקו המרכזי שלה הוא התנגדות לשלילת סעד הביטול מטועה רשלן, עם התחשבות מועטה ברשלנות הטועה בהקשרים נקודתיים. המאמר דן בגישת הפסיקה ומבקר אותה, בעיקר בטענה שהיא מביאה לתוצאות בינאריות ולפיכך לא צודקות במצבים של רשלנות הטועה, שבדרך כלל הינם מצבים מורכבים. המאמר דן בשיקולים שונים ביחס לסוגיה העקרונית של התחשבות ברשלנות הטועה, ומסיק כי יש להתחשב בה. לאחר מכן, מוצגת הטענה כי הסעד המתאים לטפל במצבים של רשלנות הטועה הינו סעד גמיש. מעבר לכמה סעדים שהוצעו בדין המצוי, אשר החיסרון העיקרי שלהם הוא שהם מתאימים רק לנסיבות עובדתיות ומשפטיות מסוימות, המאמר מפתח מנגנון של ביטול מותנה, באמצעותו ניתן יהיה להגיע לתוצאות גמישות וצודקות יותר במצבים של רשלנות הטועה.

מבוא. א. רשלנות הטועה – הדין המצוי. 1. החוק. 2. הפסיקה. **ב. שיקולי מדיניות ושיקולים נוספים.** 1. הוגנות, סולידריות ותום-לב. 2. שיקולי אשם, שיקולי יעילות וכיבוד רצון הצדדים. 3. היחס לדיני אי ההתאמה ולדינים אחרים. 4. עמדת המשפט העברי. **ג. הסעד המתאים – סעד גמיש.** 1. ביטול החוזה במקרים של רשלנות הטועה כסעד בינארי. 2. הסעד המתאים במקרים של רשלנות הטועה – סעד גמיש. **ד. ביטול מותנה.** 1. המנגנון המוצע. 2. קווים מנחים ראשוניים להפעלת מנגנון של ביטול מותנה. 3. טענות נגד והתמודדות עימן. 4. הערה על ביטול מותנה בהקשרים אחרים. **ה. פסקי הדין ספקטור ומאייר כמקרי מבחן.** 1. פסק דין ספקטור. 2. פסק דין מאייר. **סיכום.**

מבוא

דיני הטעות בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973, מתייחסים לצורות שונות של טעות, אך הם שותקים ביחס לרשלנות הטועה. כך הדבר גם בדיני הטעות בהצעת חוק דיני ממונות.¹ למעשה, רשלנות מוזכרת במפורש במקום אחד בלבד בחוק החוזים,² ובאופן כללי היסוד הנפשי נעדר ממנו. עובדה זו העלתה ברבות השנים שאלות רבות על היסוד הנפשי הנדרש לעניינים שונים בדיני החוזים, ובפרט בשאלת הרשלנות בדיני הטעות: האם ניתן להטעות

* בעת הגשת המאמר לפרסום היה הכותב תלמיד בשנה ב בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לאפי צמח, אורי בן-אוליאל, אביב דויטש ועדו כהן על שיחות מועילות והערות מצוינות לטיטות קודמות של המאמר. כמו כן, אני מבקש להודות ליאיר אוסטר שקרא והעיר הערותיו על החלק העוסק במשפט העברי. לבסוף, תודתי נתונה למערכת כתב העת משפטים ולעורכים על עבודתם המעמיקה והמסורה אשר תרמה רבות לשיפורו של המאמר. האחראיות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עלי בלבד.

הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, ה"ח 111–113.

ס' 28(ג) לחוק החוזים.

ברשלנות וללא כוונה זדונית? האם רשלנות הטועה עשויה להשפיע על היקף הסעדים אותם יעניק בית המשפט לטוען טענת טעות או הטעיה? מה היחס בין טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה לבין רשלנות הטועה? שאלות אלו ושאלות נוספות זכו לדיונים מעמיקים בספרות ובפסיקה, בחלקן אף ניטשו מחלוקות משמעותיות.

ברם, ביחס לסוגיה אחת בממשקים שבין הרשלנות לדיני הטעות הפסיקה שבה והביעה את עמדתה כי ההתחשבות ברשלנות הטועה צריכה להיות מצומצמת למדי, וככלל, לא יישלל מטועה רשלן הסעד העיקרי המוענק לטועה – ביטול החוזה. או ביתר דיוק, טענה כי הטועה התרשל לא תוכל לשמש כטענת הגנה מפני ביטול החוזה בשל טעות או הטעיה. הלכה זו נטועה ומושרשת בפסיקה, והיא משקפת תפיסה לפיה דרך המלך בהפעלת דיני הטעות אינה עוברת דרך אשמו של הטועה. האשם של צדדים לחוזה שנכרת כתוצאה מטעות או הטעיה אינו רלוונטי לסעדים הניתנים לצדדים לחוזה כזה, או למצער, רלוונטי במידה מועטה. במאמר זה אבקש לבחון הלכה זו באופן ביקורתי ולהציג את הקשיים שהיא מעוררת, ובראשם בעיית הבינאריות של הסעד שמביא לתוצאה של "הכל או כלום", אף במצבים בהם נראה צודק שהאחריות לגרימת הטעות תחלק בין הצדדים.³

יש לציין כי במקרים שונים סעד הביטול אינו האפשרות היחידה העומדת לטועה, ולעיתים אף אינו מוקנה באופן אוטומטי. כך למשל, במקרה של טעות שאינה ידועה, ביטול החוזה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט אם ראה שמן הצדק לעשות כן.⁴ כך גם טעות (בשונה מהטעיה) אינה עילה לביטול החוזה אם ניתן לקיים את החוזה בתיקון הטעות, והצד השני הודיע לפני שבוטל החוזה שהוא מוכן לתקן את הטעות.⁵

הילוך הדברים יהיה כך: **בפרק הראשון** אציג את החוק ואדון בשאלה האם הסדריו מתייחסים לרשלנות הטועה, אסקור את הפסיקה הנוגעת לאופן בו יש להתייחס אליה, ואת ההנמקות שניתנו לעמדה זו. **בפרק השני** אדון בסוגיה העיונית של רשלנות הטועה, ואבחן שיקולים שונים שעלו בספרות ביחס לסוגייה זו: התאמה לתפיסות היסוד של דיני החוזים הישראליים והיחס בין התחשבות ברשלנות הטועה לעקרונות של הוגנות, סולידריות ותום לב; מקומם של שיקולי אשם בדיני הטעות; שיקולי יעילות כלכלית; היחס בין דיני הטעות לדינים אחרים בהקשר של רשלנות הטועה; עמדת המשפט העברי, ועוד. במסגרת זו אתמודד עם טענות שונות נגד התחשבות ברשלנות הטועה, ואטען כי שיקולי המדיניות מצדיקים התחשבות בה, ולפיכך השאלה המרכזית שיש לדון בה היא באיזה אופן. **בפרק השלישי** אטען כי סעד הביטול במקרים של רשלנות הטועה הינו סעד בינארי, וכי אופיו של הסעד המתאים ביותר לטיפול במקרים אלה הוא סעד גמיש. זאת בעיקר משום שמקרים של רשלנות הטועה הינם מקרים מורכבים המצריכים סעד גמיש על מנת להביא לתוצאה צודקת, ולהגשים את שיקולי המדיניות הרלוונטיים שלעיתים נמצאים במתח, בצורה הטובה ביותר. **בפרק הרביעי** אציג מנגנון שטרם זכה ליישום במשפט הישראלי – "ביטול מותנה", ואציע שבאמצעותו

³ לצורך הדיון ברשלנות הטועה, יש להגדיר את המושג רשלנות. לצורך מאמר זה, די אם נגדיר רשלנות כך: התנהגות שבמהלכה אדם גרם לתוצאה שאינה רצויה מבלי שהיה מודע לטיב מעשיו, לנסיבות, או לתוצאות המזיקות של התנהגותו, כאשר אדם סביר בנעליו היה מודע לפרטים אלו.

⁴ ס' 14 (ב) לחוק החוזים.

⁵ ס' 14 (ג) לחוק החוזים. לגישה אחרת לפיה ס' 14 (ג) חל גם במקרה של הטעיה, על אף הקושי הלשוני הכרוך בכך, ראו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ב 136–137 (מהדורה שנייה 2020) (להלן: פרידמן וכהן).

ניתן יהיה להעניק סעד גמיש במקרים מסוימים של רשלנות הטועה. כמו כן, אשרטט קווים מנחים ראשוניים להפעלת מנגנון זה ואתמודד עם טענות נגד ביחס לאימוצו. בפרק החמישי אבחן כיצד השימוש בסעדים הגמישים שהוצגו במאמר, והשימוש במנגנון של ביטול מותנה שהוצע בפרק הרביעי, יביאו לתוצאה שונה מזו שיגיע אליה הדין הנוהג באמצעות פרטיהם של שני מקרים בהם באה לידי ביטוי רשלנות הטועה, ואדגים כיצד השימוש בסעדים שהוצעו עשוי להביא לתוצאה צודקת יותר. את המאמר אחתום בסיכום.

א. רשלנות הטועה – הדין המצוי

בעבר, דיני החוזים בישראל נבעו מתפיסה אינדיבידואליסטית, חדה ונוקשה, אשר בהקשר של חוזה מכר זוהתה עם העיקרון "יזהר הקונה" (Caveat emptor).⁶ לפי תפיסה זו, יש לתת משקל משמעותי ואף מכריע לרשלנותו של מתקשר שטעה בשל רשלנותו. חוסר הזהירות של הטועה הרשלן היא זו שגרמה לטעות, ולפיכך השקפת הדין היתה שאין הוא יכול להלין אלא על עצמו. תפיסה זו השתנתה, בין השאר עם חקיקת חוקי החוזים הישראליים, וניתנה הבכורה לעקרונות של תום לב, הגינות וסולידריות.⁷ התפיסה החדשה באה לידי ביטוי בתחומים רבים, וכך גם ביחסה של הפסיקה לרשלנות הטועה. אך לפני שאדון בפסיקה, אתייחס לשאלה האם החוק עצמו מתייחס לרשלנות הטועה ולאופן בו הוא משפיע על מצבו המשפטי.

1. החוק

כאמור, ברובד הגלוי דיני הטעות שבחוק החוזים שותקים בכל הנוגע לרשלנות הטועה. שתיקה זו בולטת על רקע הסדרים מקבילים בשיטות משפט שונות המתייחסים לאשמו של הטועה באופן מפורש.⁸ עם זאת, ייתכן כי ברובד הסמוי חוק החוזים אכן מטפל בסוגיית אשמו של הטועה בדיני הטעות. החוק מתייחס לסוגים שונים של טעויות: טעות ידועה, טעות שאינה ידועה, טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה והטעיה במעשה ובמחדל, ולכאורה ניתן היה לטעון שההבחנה בין סוגי הטעויות נשענת בין היתר על אשמו של הטועה. כך למשל, עילת ההטעיה בסעיף 15 לחוק החוזים אינה כוללת דרישה כי הטעות תהיה יסודית, בעוד טעויות לפי סעיף 14 כוללות דרישה כאמור. ייתכן לטעון שמצב זה משקף תפיסה לפיה במקרים של הטעיה יש להקל עם הטועה ולייחס משקל פחות למבט האובייקטיבי הקובע סטנדרטים חיצוניים לתפיסתו של הטועה, וכתוצאה מכך אין להתחשב ברשלנותו במקרים

⁶ דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ב 123 (מהדורה שנייה 2020) (להלן: פרידמן וכהן); גבריאלה שלו ואפי צמח דיני חוזים 69–70, 389–390 (מהדורה רביעית 2019) (להלן: שלו וצמח); איל זמיר "טעות והטעיה בכריתת חוזה" ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 203, 205–206 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013) (להלן: זמיר "טעות והטעיה"); חיים כהן המשפט 801 (מהדורה שנייה 1996) (להלן: המשפט). להרחבה על עיקרון יזהר הקונה, ראו דרורה פלפל "יזהר המוכר ויזהר הקונה" עיוני משפט ה, 92 ו-322 (שני חלקים) (התשל"ז).

⁷ שלו וצמח, לעיל ה"ש 6; איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח–1968 280–281 (התשמ"ז) (להלן: זמיר חוק המכר); המשפט, לעיל ה"ש 6; ראו עוד את דבריו של השופט ויתקון בע"א 531/75 מרקו נ' רוטפלד, פ"ד (2) 393, 397 (1976): "העקרון של CAVEAT EMPTOR אינו מקובל כל כך היום".

⁸ למשל, ראו: (1981) AM. LAW INST. § 172, § 157 (RESTATEMENT (2d) of CONTRACTS); ס' 121 ל-BGB ועוד. (להלן: RESTATEMENT); ס' 121 ל-BGB ועוד.

של הטעיה. לעומת זאת, בטעויות לפי סעיף 14 נתן המחוקק משקל למבט האובייקטיבי, ולפיכך ההתחשבות ברשלנות הטועה במקרים אלה תהיה משמעותית יותר.⁹ לדעתי טענה זו אינה משכנעת, בראש ובראשונה בשל העובדה שאין לה זכר בלשון החוק. אמנם ביחס לצד השני נעשה שימוש בביטוי "היה עליו לדעת",¹⁰ וכן "לא היה עליו לדעת",¹¹ שמקובל לפרשם כעוסקים ביסוד נפשי של רשלנות, אך ביטויים אלה אינם מתייחסים לטועה. זכאותו של הטועה לסעד מבוססת בדיני הטעות על יסודיות הטעות, צדק, גרימה וטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, והיא אינה מתוארת במושגים של אשמה. מעבר לכך, עצם הטענה שדיני הטעות שבחוק החוזים יוצרים הבחנות מדויקות על בסיס אשם חשופה לביקורת בשל העובדה שבחוק החוזים בכלל ובדיני הטעות בפרט ישנן בעיות ניסוח רבות שמערפלות ומקשות על הסקת מסקנות ברורות מסעיפי החוק בכל הנוגע לאשמו של הטועה שכאמור לא זכה להתייחסות מפורשת.¹² פרידמן וכהן אף ציינו: "ההוראה בעניין טעות (סעיף 14 לחוק החוזים) היא מן המעורפלות ביותר בחקיקה האזרחית, וניסוחה הוא לקוי".¹³ אפשרות נוספת שניתן להעלות על הדעת, היא ששתיקת חוק החוזים אינה מקרית, אלא היא יוצרת "הסדר שלילי" לפיו אין להתחשב באשמו של הטועה במסגרת בחינת זכאותו לסעד.¹⁴ משקלה של טענה זו מוגבל הוא. אין ראייה לכך שאכן המחוקק התכוון לשלול התחשבות ברשלנות הטועה, וכפי שציינה הנשיאה נאור באחת הפרשות: "הפרשנות שלפיה הסדר נורמטיבי מהווה הסדר שלילי תאומץ במקרים שבהם מסיק בית המשפט כי שתיקתו של המחוקק הייתה מכוונת ותכליתה לשלול את העניינים שאליהם נמנע מלהתייחס. זו היא 'שתיקה מדעת'".¹⁵ במילים אחרות, סביר יותר להניח שמדובר בחסר תחיקתי (לאקונה)

⁹ יש להטיל ספק בהבחנה זו. מעבר לטענות שהובאו בגוף המאמר, ומעבר לכך שהבחנה זו לא נזכרה בפסיקה כמשקפת תפיסה עקרונית של החוק ביחס לרשלנות הטועה, נראה כי היעדר דרישה ליסודיות הטעות בעילת ההטעיה נובע מקיומה של דרישה נוספת שאינה קיימת בשאר סוגי הטעויות – קשר סיבתי בין הטעות להטעיה, ולא מתוך תפיסה לפיה יש להקל עם הטועה (ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 382).

¹⁰ ס' 14 (א) לחוק החוזים.

¹¹ ס' 14 (ב) לחוק החוזים.

¹² על כך ראו גבריאלה שלו "לשון, מושג ותורת משפט: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" ספר לבונטין: מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 327 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין פסברג עורכים, התשע"ג).

¹³ פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 26. דוגמה אחת לקושי ביצירת הבחנות חדות בדיני הטעות בשל ניסוח מעורפל, היא היחס בין טעות לפי ס' 14 (א) לחוק החוזים לבין הטעיה במחדל לפי ס' 15 לחוק החוזים. ניתן בהחלט לראות בטעות לפי ס' 14 (א) מקרה פרטי של הטעיה במחדל, שכן כאשר הצד השני "ידע או היה עליו לדעת" ממילא עקרון תום הלב מחייבו בגילוי בהצטרפו לסיפא של ס' 15 (כפי שיפורט להלן בדיון בפסיקה). נמצא אם כן שלפי גישה זו הצורך בס' 14 (א) מתייתר. אך אם כך, מתעוררות בעיות נוספות, למשל העובדה שהוראת תיקון החוזה המצויה בס' 14 (ג) עשויה לחול גם על מקרים שלכאורה נופלים בגדר הטעיה במחדל, כאשר לפי פשוטם של דברים ס' 14 (ג) חל רק ביחס לטעויות לפי ס' 14 ולא חל במקרים של הטעיה לפי ס' 15. דוגמה זו אך ממחישה את הבעייתיות של הניסוח הלקוי של דיני הטעות, שמחייב משנה זהירות בהסקת מסקנות פרשניות-לשוניות מרחיקות לכת.

¹⁴ השוואה לחוקים אחרים כגון ס' 16 לחוק המכר עשויה להאיר את הדיון בקיומו או היעדרו של הסדר שלילי בחוק החוזים בכל הנוגע לרשלנות הטועה. על כך ראו להלן בפרק ב(3).

¹⁵ דנ"א 2308/15 פקיד השומה רחובות נ' דמארי, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 12.9.2017). וראו על"ע (ירושלים) 663/90 פלוני נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו פ"ד (מז) 397, פס' 3

מאשר בהסדר שלילי. טענה דומה אך מורכבת יותר שניתן לטעון, היא שסעיף 14(ב) לחוק החוזים יוצר בעצמו הסדר שלילי בקבעו שבית המשפט רשאי לבטל את החוזה לבקשת הצד שטעה "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת". הפסיקה פירשה שאחד משיקולי הצדק שבית המשפט עשוי לשקול הוא האם הטועה התרשל,¹⁶ וייתכן שפרשנות זו משקפת את כוונת המחוקק לקבוע הסדר שלם וממצה לפיו רק במסגרת זו תהיה התחשבות ברשלנות הטועה, להבדיל מטעות לפי סעיף 14(א) או הטעיה לפי סעיף 15. גם טענה זו, אף שהיא אפשרית, אינה הכרחית ואף מסתבר לטעון אחרת. ישנו קושי מובנה לטעון שמושג סתום כמו צדק מייצר הסדר שלם וממצה ביחס לרשלנות הטועה, שכן הוא אינו גוזר מסקנה קונקרטית ביחס לאופן השימוש בו, ומשכך אין הוא אומר דבר על רשלנות הטועה אלא לכל היותר מאפשר לבית המשפט לצקת אליו תוכן בהקשר של רשלנות הטועה.

אם כן, נראה כי את התשובה לשאלה האם ואיך יש להתחשב ברשלנות הטועה, לא ניתן למצוא בנקל בין נבכי דיני הטעות שבחוק החוזים. אין זה פלא אפוא שהדיון של הפסיקה ברשלנות הטועה מבוסס בעיקרו על טענות נורמטיביות ולא על פרשנות דיני הטעות. לסקירת פסיקה זו נפנה עתה.

2. הפסיקה

הדיון המשמעותי הראשון בהשלכות של רשלנות הטועה מאז חקיקת חוק החוזים בשנת 1973, התקיים בפרשת **ספקטור**, שעסקה במקרה של הטעיה במחדל.¹⁷ באותו מקרה נידונה מכירת מגרש, שהקונה סבר שניתן לבנות עליו בניין בן שש-עשרה דירות. דא עקא, בשל מגבלות תכנוניות ניתן היה לבנות עליו שתיים עשרה דירות בלבד. המגבלות התכנוניות היו ידועות למוכר, אך הוא לא סיפר עליהן לקונה. הקונה, שהניח כי מצבו התכנוני של המגרש מאפשר לבנות עליו בניין בן שש-עשרה דירות, בין השאר בשל ניסיונו כקבלן, לא טרח לברר את מצבו התכנוני של המגרש בעירייה ואף לא שאל את המוכר על כך. לאחר כריתת חוזה המכר, התגלו לקונה המגבלות התכנוניות. הסכסוך הגיע כערוור לבית-המשפט העליון, שם נידונה השאלה המרכזית: האם המוכר הפר את חובת הגילוי בכך שלא סיפר לקונה מיוזמתו על המגבלות התכנוניות?

השופט אשר בפסק דינו סבר שעקרון תום הלב משפיע על הקביעה האם הנסיבות הטילו חובת גילוי על המוכר, ולפיכך קבע כי עקרון זה מטיל על הצדדים חובת גילוי רחבה החלה על כל פרט יסודי.¹⁸ על כן, במצב כזה חוסר תום לב מהווה הטעיה במחדל, המאפשר את

לפסק דינו של השופט ברק (1993): "שתיקת החוק בסוגיה משפטית אינה מצביעה בהכרח על 'הסדר שלילי'. שתיקת החוק מדברת בכמה לשונות. לעתים השתיקה מהווה חסר (לאקונה); לעתים השתיקה מהווה חוסר נקיטת עמדה בסוגיה משפטית, תוך השארת הסדרתה למערכות נורמטיביות שמחוץ לחוק המתפרש. לעתים השתיקה מהווה 'הסדר שלילי'. דבר זה יקרה מקום שתכלית החקיקה הינה לשלול הסדר משפטי מסוים. 'הסדר שלילי' קיים אפוא, רק מקום ששתיקת החוק היא 'שתיקה מדעת'".

שלו רצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 357 ובהפניות שם; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 82.

ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231 (1977) (להלן: פרשת ספקטור).

שם, בעמ' 238; דוד קרצ'מר "פגמים ברצון ביצירת החוזה: טעות והטעיה" קובץ ההוצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה 107, 113 (שמעון שטרית עורך 1976). למסקנה דומה הגיע השופט שמגר בע"א 338/85 שפיגלמן נ' צ'פניק, פ"ד מא(4) 421, פס' 6 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1987) (להלן: עניין צ'פניק), על ידי הקביעה כי ס' 12 לחוק החוזים מקים חובת גילוי לפי דין.

16

17

18

ביטולו של החוזה.¹⁹ לעומת זאת, השופט לנדוי נקט בדעה שונה. הוא הסכים כי עקרון תום הלב צריך להשפיע על היקפה של חובת הגילוי לפי הנסיבות, אך לדידו יש לתת לעקרון תום הלב פירוש מצומצם יותר, שאינו מטיל חובת גילוי על הקונה שיכל לגלות על מצבו התכנוני של המגרש ולא טרח לעשות כן, שכן התנהגות זו עולה כדי "רשלנות חמורה".²⁰ הוא נימק את דבריו כך:

אנו עוסקים בחוזה מסחרי רגיל ואל לנו לקבוע רמת מוסריות גבוהה מדי למשא-ומתן בעסקות כגון אלה, שמא נפגע ביציבות חיי המסחר ובציפיותיו של אדם אשר חתם על חוזה והוא ערך את עניינו על-פי ההנחה שהעסקה תצא לפועל כמוסכם [...] יש גבול לתפקיד האפוטרופוס שבית-משפט יכול למלא עבור אנשים מבוגרים ובני-דעת אשר התקשרו בעסקות לתועלתם המסחרית.²¹

שורש המחלוקת בין השופט אשר לשופט לנדוי נוגע בתשתית היסודית של דיני הטעות. דיני הטעות נועדו לנקוט עמדה במתח שבין הגשמת רצון המתקשרים לבין שמירה על ביטחונם שהחוזה יקום.²² במסגרת זו, שאלה חשובה היא האם ועד כמה עשויים ערכים של אשם, יושר והגינות להשפיע על נקיטת העמדה במתח האמור. לגישת השופט אשר, בבחינת היקף חובת הגילוי – אשר קובעת את המקרים בהם לתובע תעמוד עילת הטעיה – יש להעניק את הבכורה לעקרונות של יושר והגינות. לגישת השופט לנדוי, חשיבותו של הביטחון החוזי עשויה להנמיך את הרף המוסרי המצופה מצדדים למשא ומתן לעמוד בו. למעשה, גישתו של השופט לנדוי מתייחסת לרשלנות הטועה במסגרת היקף חובת הגילוי, וקובעת כי חובת הגילוי אינה מתפרשת על מצבים בהם הטועה יכול היה להשיג מידע אשר היה מונע את טעותו, אך התנהל ברשלנות חמורה ונמנע מכך, ולפיכך במצבים כאלה לא ניתן לטעון להטעיה. לעומת זאת, השופט אשר שלל לחלוטין את האפשרות שרשלנות הטועה תמנע ממנו את סעד ביטול החוזה. יש להדגיש, שגם השופט לנדוי הסכים לכך שבמקרה של הטעיה זדונית, העובדה שהטועה התרשל ולא השיג את המידע אשר היה מונע את טעותו לא תשולל ממנו את סעד הביטול.²³ הסיבה לכך היא שבמקרה של הטעיה זדונית, בה המטעה לא גילה מידע מסוים מתוך כוונה לכך שהצד השני שמעוניין באותו מידע יטעה, אין ספק שקמה חובת גילוי לפי הנסיבות המושפעת מעקרון תום הלב. בנסיבות המקרה בפרשת ספקטור המחלוקת העקרונית בין השופטים לא השפיעה על התוצאה, שכן כולם היו בדעה שהחוזה ניתן היה לביטול מטעמים אחרים, ולפיכך רשאי היה הקבלן לבטל את החוזה.²⁴ עיון בפסיקה שלאחר

¹⁹ ראו לעניין זה את דבריו של חיים כהן, המשפט, לעיל ה"ש 6: "למעשה אין איסור הטעיה אלא השלמת החיוב של תום-לב במשא-ומתן ומסקנה הגיונית ממנו".

²⁰ פרשת ספקטור, לעיל ה"ש 17, בעמ' 243: "היתה זאת רשלנות חמורה, מצדו. מותר היה למוכר להניח שהקונה אינו נוהג ברשלנות חמורה כזאת, אלא שקבלן סביר ילך ויברר לעצמו תחילה מה מצב החלקה לפני שיסכים לקנותה".

²¹ שם, בעמ' 244.

²² פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 22–23.

²³ פרשת ספקטור, לעיל ה"ש 17, בעמ' 244.

²⁴ לשיטת השופט אשר הופרה אף חובת הגילוי לפי דין, כאשר הדין הוא ס' 11 לחוק המכר, התשכ"ח–1968. לגישת השופטים לנדוי וכהן הוכח פגם בזכות במוכן של ס' 18(א) לחוק המכר, כיוון שבמגרש היתה זכות

פרשת ספקטור מלמד ששתי הגישות מצאו את מקומן בפסיקה: בכמה פסקי דין אומצה גישתו של השופט אשר,²⁵ אך ישנם גם פסקי דין אשר יישמו את גישתו של השופט לנדוי.²⁶ הדיון ברשלנות הטועה בפרשת ספקטור היה דיון עקיף, והוא התייחס בעיקרו לשאלה האם היקף חובת הגילוי "לפי הנסיבות" כולל מצב בו הטועה יכול היה לגלות מידע שימנע את טעותו, אך התרשל בכך. דיון זה נוגע בעיקר למקרים בהם עולה טענה של הטעיה במחדל, אך מה דבר רשלנות הטועה בסוגים אחרים של טעויות?

דיון מזווית כללית יותר בשאלת רשלנות הטועה מצוי בעניין חבר.²⁷ באותו עניין, נידונו כתבי ערבות שהוצאו על ידי חברות שונות מקבוצת "נגה" (להלן: החברות). לטובת החזר הלוואה לאיש העסקים שלמה חבר ולחברה זרה אשר בבעלותו, כאשר הערבים היו מספר בנקים: בנק המזרחי, בנק הפועלים ובנק איגוד. לאחר זמן מה, התברר כי מצבן הפיננסי של החברות הינו בכי רע, ולפיכך פנה חבר אל הבנקים לצורך פירעון הערבויות הבנקאיות. במסגרת זו, התברר כי היו "אי התאמות מהותיות"²⁸ בין כתבי הערבות לבין הבקשה לפירעון. בין השאר, בחלק מכתבי הערבות המוטב נרשם כ"שלמה חבר בע"מ" מתל-אביב, בעוד שבפועל חברה כזאת לא היתה קיימת והמבקש את פירעון הערבויות היה אדם פרטי ששמו שלמה חבר; כמו כן, בחלק מכתבי הערבות המוטבת נרשמה כחברה שמקום מושבה בישראל ושמה "G.E.L בע"מ", בעוד שבקשת הפירעון הגיעה מחברה זרה בבעלותו של חבר, בשם "J.E.L. Limited". השופט עדיאל קבע שהתקיימו התנאים שמציב סעיף 14 (א)

הפקעה של הועדה המקומית, וסעיף 3 לחוזה כלל התחייבות להעביר את הזכויות בקרקע כאשר הן נקיות מכל זכות של צד שלישי. לפיכך, המוכר הפר את החוזה הפרה יסודית של החוזה אשר מאפשרת לקבלן לבטל את החוזה.

²⁵ ראו למשל: ד"נ 7/81 פנידור חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו, פ"ד לז(4) 673, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1983) (קונה כרת חוזה לרכישת דירה עם חברה בבעלותו של ידידו ללא ביטחונות תוך שהוא "סומך עליו בעיניים עצומות" וללא בדיקות מקדימות, כאשר החברה לא היתה בעלת הנכס ולא גילתה עובדה זו. נאמר כי אי גילוי זה עולה כדי הפרת חובת תום הלב במשא ומתן ואף כדי הטעיה במחדל); ע"א 2469/06 סויסה נ' חברת זאנא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ, פס' 11 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 14.8.2008) (להלן: עניין סויסה) (נדחתה הטענה שלרוכשי חלקה לא עומדת זכות ביטול בגין הטעיה במחדל כיוון שהם היו יכולים לעכב את העסקה ולברר את פרטי הנכס בהם טעו); ע"א 1873/16 סויסה נ' הדרי אשקלון אגודה שיתופית חקלאית בע"מ, פס' 14 לפסק דינו של השופט מינץ (נבו 16.7.2018) (נאמר כי העובדה שהמערערים היו יכולים לבדוק את מכסת המים של האגודה ברשות המים לפני כריתת החוזה אינה פוטרת אותה מגילוי העובדה המהותית שמכסת המים הנוכחית שלה אינה מספיקה לעמידה בהתחייבויותיה. כך נאמר באותו מקרה כעניין עקרוני, אם כי למעשה באותו מקרה היתה גם הטעיה במעשה); ע"א 4739/19 ש.י מיטב נ' זר תחנות דלק, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 19.7.2020) (נאמר כי העובדה ששוכרת של תחנת דלק התחייבה כי ניתנה לה ההזדמנות לבדוק את אישורי הנכס אינה פוטרת את המשכירות מלגלות שלמתקן התדלוק בגו אין היתר בנייה, עובדה שהוגדרה כ"בסיסית").

²⁶ ראו למשל עניין צ'פניק, לעיל ה"ש 18 (נדחתה טענתו של בעל מניות שמכר את חלקו בחברה להטעיה במחדל הבאה לידי ביטוי באי גילוי על משא ומתן לרכישה מחדש של קרקע שהופקעה בעת מכירת חלקו: "אין המערער יכול להלין אלא על עצמו. אפשר לצפות ממי שמוכר את מניותיו בחברה כעבור שש שנים מאז עזב את העסק וקיבל את חלקו במקרקעיה, שיידע מה הוא מוכר ואילו זכויות נלוות לאותן מניות, ובהעדר ראיה על הטעיה זדונית, מירמה או פעולה בחוסר תום-לב, לא תעמוד לו טענה של הטעיה").

²⁷ ע"א 7168/03 חבר נ' לביא (נבו 26.9.2005) (להלן: עניין חבר).

²⁸ שם, פס' 2 לפסק דינו של השופט עדיאל.

לחוק החוזים ביחס לטענת טעות ידועה,²⁹ ולפיכך נדרש לטענתו של חבר כי הבנקים התרשלו באופן חמור בבדיקת מיהות המוטבים, ולפיכך אין הם רשאים להסתמך על טענת טעות ולבטל את הערבויות.

בשלב ראשון, השופט עדיאל דחה את טענתו של חבר וקבע כי רשלנות הטועה אינה מצדיקה את שלילת זכות הביטול המוקנית לו מכוח סעיפים 14(א) ו-15 לחוק החוזים.³⁰ השופט עדיאל נימק קביעה זו בצייטוט מדברי גבריאלה שלו: "בהיות הטעות מעצם טיבה סובייקטיבית, יש להתחשב בה גם כאשר היא נגרמת עקב רשלנות או תרומת רשלנות של הטועה".³¹

אך בהמשך דבריו, השופט עדיאל מסייג את דבריו בשני מובנים. המובן הראשון אותו מציין השופט עדיאל, הוא שלעיתים רשלנות הטועה עשויה להשפיע על זכות הטועה לבטל את החוזה בצורה עקיפה: במקרים של טעות שאינה ידועה, ביטול החוזה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת",³² ובמסגרת זו עשוי בית המשפט להתחשב ברשלנות הטועה;³³ כאשר הטעות נגרמה עקב רשלנות חמורה של הטועה, דרישת ביטול החוזה עשויה להיחשב לשימוש בזכות שלא בתום לב, ולהידחות מטעם זה; רשלנות הטועה עשויה להיחשב במקרים מסוימים כנטילת סיכון על ידי הטועה, ולפיכך תישלל ממנו זכות הביטול;³⁴ ולבסוף רשלנות עשויה לנתק את הקשר הסיבתי בין הטעות לבין ההטעיה,³⁵ ובכך לא יתקיימו יסודות טענת הטעות או ההטעיה.³⁶ המובן השני מבוסס על עקרונות היסוד

²⁹ שם, פס' 32–37 לפסק דינו של השופט עדיאל.

³⁰ שם, פס' 42 לפסק דינו של השופט עדיאל. על הלכה זו חזרה השופטת חיות בעניין **סויסה**, לעיל ה"ש 25, ובע"א 10137/05 **ליברמן נ' חרביק בע"מ**, פס' 17 לפסק דינה של השופטת חיות (נבו 14.8.2008).

³¹ גבריאלה שלו **פגמים בכריתת חוזה** 39 (התשמ"א), וכעת אצל שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 337: "בהיות הטעות מעצם טיבה ומהותה יסוד מנטלי-סובייקטיבי, יש להתחשב בה גם כאשר היא נגרמת עקב רשלנות או תרומת רשלנות של הטועה". ביקורת על הנמקה זו תידון להלן.

³² ס' 14(ב) לחוק החוזים.

³³ לפסק דין אשר התחשב ברשלנות הטועה במסגרת שיקולי הצדק, ראו ע"א 690/88 **רובין נ' רובין**, פ"ד מד(3) 459 (1990). כן ראו את החלטתו של השופט גרוסקופף ברע"א 3264/21 **כהן נ' אלקטרה בניה בע"מ**, פס' 25 (נבו 18.7.2021).

³⁴ ראו ע"א 8972/00 **שלוזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נז(4) 817, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (להלן: עניין **שלוזינגר**): "ישנם מצבים שבהם הצדדים לחוזה מסכימים במפורש או מכללא כי צד לחוזה או שני הצדדים לו ייטלו על עצמם סיכון כי אם תתרחש טעות בהתקשרות החוזית ביניהם, לא תינתן למי שנטל על עצמו סיכון כאמור זכות שימוש בכריתת ביטול החוזה. [...] בנסיבות כאלה הסכמה מפורשת או משתמעת לוותר על טענת הטעות כפוגמת בקשר החוזי הרצוני היא חלק מן ההסדר החוזי ומחייבת את הצדדים".

³⁵ ליישום גישה מעין זו, ראו דעת המיעוט של השופט חיים כהן בע"א 494/74 **חברת בית החשמונאים מס' 97-96 בע"מ נ' אהרוני**, ל(2) 141, 148 (1976), אע"פ שזו ניתנה לפי הדין הקודם לחקיקת חוק החוזים (חלק כללי): "הטעות שטעו הקונים, שהתחייבות של המוכרים תחול על המבנה כולו, לא ניטעה בלבם על-ידי המוכרים, לא על דרך של מצג בדיבור ובמעשה ולא על דרך של מצג שבהעלמה ובשתיקה; טעותם נבעה ממחדלם שלהם עצמם".

³⁶ נינה ולצמן "הצהרה כוזבת רשלנית בשלב משא-ומתן לכריתת חוזה" **עיוני משפט** ח 55, 62 (1981). השופט עדיאל בעניין **חבר**, לעיל ה"ש 27, פס' 42 לפסק דינו הסתמך על מאמרה של ולצמן וכתב: "התרשלות חמורה של הטועה, אף עשויה לנתק את הקשר הסיבתי בין הטעות לבין כריתת החוזה". עם זאת, נראה שדברים אלו

של דיני הטעות. השופט עדיאל מסביר שככלל מתן זכות ביטול עצמאית לטועה הינה מוצדקת משיקולים של "איוון אינטרסים", אשר הינו אחד ממגמות דיני הפגמים בכריתה, אך לעיתים רשלנות הטועה כל כך חמורה שעולה פקפוק מסוים בהצדקה זו: "הפגם המוסרי אשר דבק בצד השני יהיה זהה בדרך כלל, לפגם אשר דבק בצד הטועה וגם מבחינה כלכלית אין זה ברור מאליו כי הצד השני הוא מונע הנזק הזול".³⁷ על אף סייגים אלה, השופט עדיאל קבע כי בנסיבות המקרה התנהגותו של חבר היתה חמורה הרבה יותר מזו של הבנקים, ולפיכך אין בהתרשלותם כדי למנוע מהם את ביטול הערבויות.³⁸

התפתחות חשובה הייתה בפסק הדין בעניין **כרמל**.³⁹ בתמצית, נדון נכס בבעלות משותפת, אשר אחד הצדדים (להלן: המוכר) היה מעוניין למכור את חלקו בנכס לבעלים האחרים (להלן: הקונות). זוג מתווכים פנה אל המוכר בהצעה לקנות את חלקו בנכס, וכיוון שהמוכר היה מצוי בקשיים כלכליים הוא ביקש להיענות להצעתם, אך לפני כן פנה אל הקונות בהצעה למכור להן את חלקו תמורת אותו הסכום אשר הוצע לו על ידי המתווכים, והקונות הסכימו לכך. המוכר ציין בפני הקונות שהוא מעוניין לפנות לשמאי לצורך בירור שווי של הנכס, אך לבסוף לא עשה כן. לאחר שנחתם חוזה המכר, התברר למוכר שלפי תוכנית המתאר הנכס מתאים אף למגורים ולא רק לצרכים מסחריים כפי שטעה לחשוב, ומשכך שווי של הנכס גבוה באופן משמעותי. לפיכך, ביקש המוכר לבטל את החוזה בטענות שונות של טעות והטעיה.

דעת הרוב של השופטים חיות ופוגלמן קבעה כי מבחינה עובדתית המוכר לא הצליח להוכיח כי בעת כריתת החוזה הנכס כבר היה מתאים למגורים, ולכן המשך הניתוח של פסק הדין הניח לטובתו של המוכר שאכן היתה טעות בעת כריתת החוזה בבחינת "למעלה מן הצורך".⁴⁰ דעת הרוב סיווגה את טעותו כטעות במובן של סעיף 14(ב) לחוק החוזים,⁴¹ אך קבעה שבנסיבות המקרה היתה טעותו של המוכר בבחינת "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה",⁴² בהתבסס על מבחן הסיכון. מבחן הסיכון, שאומץ בשורה ארוכה של פסקי דין,

אינם מצויים בדבריה של זלצמן, ואין הם נכונים כשלעצמם – רשלנות עשויה להיות סיבת הטעות, אך לא סיבת הכריתה בטעות.

³⁷ שם, פס' 43 לפסק דינו של השופט עדיאל. דוגמא למקרה שבו ביטול לא יהיה מוצדק בשל איוון בין האינטרסים של הצדדים, שאף צוטטה בפסק דינו של השופט עדיאל, מוצגת אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 192. הם סבורים כי במצב בו שני הצדדים לא גילו על מידע מסוים עקב התרשלותם בבדיקתו, ומידת הרשלנות של שני הצדדים היתה שווה, אין זה סביר לאפשר לטועה לבטל את החוזה.

³⁸ עניין **חבר**, לעיל ה"ש 27, פס' 43 לפסק דינו של השופט עדיאל.

³⁹ ע"א 7920/13 **כרמל נ' טלמון** (פורסם בנבו, 29.2.2016) (להלן: עניין **כרמל**). לניתוח מפורט של פסק הדין, ראו איל זמיר "טעות בכדאיות העסקה: שווי האובייקט, התרחשויות עתידיות, נטילת סיכון ורשלנות הטועה" **דין ודברים** י 57, 61–64 (תשע"ח) (להלן: זמיר "טעות בכדאיות").

⁴⁰ שם, פס' 10 לפסק דינה של השופטת חיות; פס' 1–6 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

⁴¹ יצוין, כי בפסק הדין בבית המשפט המחוזי, בת"א (מחוזי ת"א) 38742-12-09 **טלמון נ' כרמל** (נבו 3.10.2013) (להלן: עניין **כרמל המחוזי**), לאחר שנקבע כי טעותו של המוכר היתה טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, קבעה השופטת ברון כי אף אם היתה זו טעות במובן של סעיף 14(ב) לחוק החוזים, היא לא היתה מאפשרת למוכר לבטל את החוזה בשל הפגם בהתנהלותו. היא ציינה כי המוכר "נהג ברשלנות רבה בכך שלא פנה לקבלת חוות דעת שמאי טרם שהתקשר בחוזה, וזאת למרות שעורך דינו ייעץ לו לעשות כן; ומשיקוליו בחר להתקשר בעסקה כפי שעשה" (שם, פס' 17 לפסק דינה של השופטת ברון).

⁴² סעיף 14(ד) לחוק החוזים.

קובע כי טעות ביחס לעובדה שהטועה נטל סיכון לגביה, או שניתן לייחס לו נטילת סיכון לגביה, נחשבת לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.⁴³ כיוון שבחזרה היתה תנייה לפיה המוכר מצהיר כי הוא מוכר את חלקו בנכס "As-is", ולאור נסיבות כריתת החוזה והתנהלותו של המוכר, בדגש על כך שהוא לא פנה לקבלת חוות דעת שמאית ביחס לשווי של הנכס על אף שעורך דינו ייעץ לו לעשות כן, קבעו שופטי הרוב כי המוכר נטל סיכון מודע באשר לשווי של הנכס. לפיכך, טעותו של המוכר היתה בבחינת טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, והוא לא זכאי לבטל את החוזה.⁴⁴ לעומת זאת, השופט מזוז בדעת מיעוט סבר כי הונחה תשתית עובדתית מספקת להוכחת טעות; כי הסיכון שנטל על עצמו המוכר נגע רק לשווי של הנכס, אך לא למצבו התכנוני; הטעות לא היתה רק ביחס לכדאיות העסקה; ולבסוף כי התחשבות בשיקולי הצדק כמצוות סעיף 14(ב) מצדיקים את ביטולו של החוזה, ללא פיצוי כלשהו לקונות.⁴⁵

על עמדת שופטי הרוב נמתחה ביקורת על ידי איל זמיר, שסבר שפסק הדין העניק למונח "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" משמעות חדשה: טעות שמקורה ברשלנות הטועה.⁴⁶ אף שקריאה זו בפסק הדין לפיה נוספה משמעות חדשה למונח זה אינה הכרחית וניתן לראות את מוקד פסק הדין בסוגיית נטילת הסיכון,⁴⁷ נראה שפסק הדין בעניין **כרמל** הכיר בכך שרשלנות הטועה במצבים מסוימים עשויה להיחשב כנטילת סיכון, או למצער מאפשרת לבית

⁴³ דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" **עיוני משפט** 459 (1989); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 88-114; זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 70-74. יצוין, שהפסיקה הכירה כי במקרים קיצוניים, המהווים חריגה ממסגרת הסיכון שנטלו הצדדים לגבי התרחשויות לא ידועות, לא תישלל טענת הטעות, וכמובן שאף רשלנות המהווה נטילת סיכון לא תמנע טענה לטעות או הטעיה במקרים כאלה. ראו ע"א 2495/95 **בן לולו נ' אטראש**, פ"ד נא(1) 577, 600 (1997); עניין **שלינגר**, לעיל ה"ש 34. לעניין זה הבחינו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 111, בין רשלנות לאי ודאות מודעת.

⁴⁴ עניין **כרמל**, לעיל ה"ש 39, פס' 13-15 לפסק דינה של השופטת חיות; פס' 7-11 לפסק דינו של השופט פוגלמן. לפסיקה שאימצה את העמדה שהובעה בעניין **כרמל**, ראו ת"א (מחוזי חי') 29470-11-15 **ממלכת האביירים עכו בע"מ נ' החברה לפיתוח עכו העתיקה בע"מ**, פס' 133-134 לפסק דינה של השופטת ורבנר (נבו 4.5.2020).

⁴⁵ עניין **כרמל**, לעיל ה"ש 39, פסק דינו של השופט מזוז. כמו כן, השופט מזוז הביע את עמדתו כי למבחן הסיכון יש להקדים את מבחנו של ג'ד טדסקי לפיו טעות ביחס להווה או לעבר אינה טעות בכדאיות העסקה.

⁴⁶ זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39. לדעה התומכת בפסק הדין, ראו דניאל פרידמן ואלרון שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך ב 960 בהערה 73 (מהדורה שלישית 2017) (להלן: פרידמן ושפירא בר-אור).

⁴⁷ זמיר, שם בעמ' 75, הבין שהפסיקה בפרשת **כרמל** קובעת שרשלנות הטועה נחשבת לטעות בכדאיות העסקה, ומהווה בסיס חלופי למבחן הסיכון. הוא מסיק זאת בעיקר מפסק הדין של בית המשפט המחוזי, ומכך שבפסק הדין בעניין **כרמל** ניכרת הסכמה עקרונית לפסיקת בית המשפט המחוזי. לדעתי יש לקרוא את פסק הדין באופן שונה. ראשית, יש לפקפק בכך שזו כוונת פסק הדין המחוזי, ראו עניין **כרמל המחוזי**, לעיל ה"ש 41, פס' 14 לפסק דינה של השופטת ברוך. שנית, ניכר שלא כך הבינה השופטת חיות את פסק הדין של בית המשפט המחוזי, ראו עניין **כרמל**, לעיל ה"ש 39, פס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות. כמו כן, פס' 15 לפסק דינה של השופטת חיות אליה הפנה זמיר כדי להראות שהיא הסכימה לפסיקת המחוזי, קובעת בצורה ברורה שהרשלנות תומכת בפרשנות החוזה כך שיכלול נטילת סיכון, למרות שמבחינה לשונית פרשנות זו מעוררת קשיים, ולמרות זאת הנסיבות הן אלו שמצדדות בפרשנות זו כנגד המשמעות הלשונית הפשוטה. והשוו לפס' 18 לפסק דינו של השופט מזוז ופס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

המשפט לייחס לו נטילת סיכון, העולה לכדי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.⁴⁸ בכך נדמה כי היה שינוי כיוון מסוים בנכונות של בית המשפט להתחשב ברשלנות הטועה, ולו במישור התוצאה, שהושפעה מהתנהגותו הרשלנית של הטועה.⁴⁹

לסיכום פרק זה, נמצא כי לפי הפסיקה בדרך כלל רשלנות הטועה לא תמנע ממנו לבטל את החוזה בגין טעות או הטעיה. אמנם, במקרים מסוימים שניתן לומר שהם חריגים באופן יחסי, רשלנות הטועה עשויה למנוע את ביטול החוזה מטעמים שונים: כאשר הרשלנות חמורה, ייתכן ששימוש בזכות הביטול יישלל בנימוק של שימוש בזכות בחוסר תום לב; כאשר מדובר בהטעיה, לעיתים הרשלנות תנתק את הקשר הסיבתי בין הטעות להטעיה; כאשר הטעות בה עסקינן היא טעות לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים בית המשפט ישקול את רשלנות הטועה בכואו להכריע אם לאשר את ביטול החוזה; ולבסוף ייתכן שרשלנות תסוגג על ידי בית המשפט כנטילת סיכון אשר תמנע את זכות הביטול של הטועה בשל היות הטעות "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". בנוסף, ישנו זרם בפסיקה שמוכן היה לצמצם את היקפה של חובת הגילוי במקרים בהם הצד השני היה יכול לגלות את המידע בעצמו, ובכך למעשה הכירה ברשלנות הטועה כשוללת את זכות הביטול במקרים מסוימים. האם יחסה של הפסיקה לסוגיה זו ראוי? בפרק הבא אבחן שאלה זו מנקודות מבט שונות ומגוונות.

ב. שיקולי מדיניות ושיקולים נוספים

בפרק הקודם נבחן יחסה של הפסיקה לרשלנות הטועה. יחס זה מתבטא בהתחשבות מצומצמת למדי ברשלנות הטועה, ובהתנגדות העקרונית לשלילת הסעד העיקרי המוענק לטועה – ביטול החוזה – בשל רשלנותו. בפרק זה אדון בשיקולים המרכזיים הנוגעים לסוגייה העקרונית: האם יחס זה של הפסיקה לרשלנות הטועה הינו ראוי? שאלה זו תיבחן מכמה נקודות מבט: שיקולי המדיניות הרלוונטיים, היחס בין רשלנות הטועה למערכות דינים הקרובות באופיין ובמהותן לדיני הטעות, שיקולי יעילות כלכלית, עמדת המשפט העברי ועוד. טענתי המרכזית תהיה כי לא זו בלבד שמרבית השיקולים הרלוונטיים אינם שוללים התחשבות ברשלנות הטועה, אלא שהם עשויים דווקא לתמוך בהתחשבות בה, לכל הפחות במקרים בהם הטועה התרשל באופן חמור המשקף את יחסו לחוזה ואת חוסר התחשבותו בצד השני.

1. הוגנות, סולידריות ותום-לב

כאמור, הדעה הרווחת במשפט הישראלי היא שאין להתחשב ברשלנות הטועה במסגרת הקביעה האם הוא רשאי לבטל חוזה בשל פגם בכריתתו. איל זמיר הסביר גישה זו כמבוססת

⁴⁸ כאמור, ניתן לפרש את מוקד פסק הדין בסוגיית נטילת הסיכון. אך העובדה שבית המשפט התייחס גם לנסיבות שהובילו לטעותו של המוכר, בהן גם היעדר הפנייה לשמאי לצורך הערכת שווי הנכס, מחזקת את התחושה שנטילת הסיכון היתה העוגן של פסק הדין, אך היישום של מבחן הסיכון היה כרוך גם בהתחשבות ברשלנות המוכר.

⁴⁹ על פסק הדין בעניין **כרמל** הוגשה בקשה לדיון נוסף. בדנ"א 2128/16 **כרמל נ' טלמון** (נבו 30.5.2016), נמנעה הנשיאה נאור מלדון בכך, משום ש"גם אם יש בפסק הדין מושא הבקשה משום חידוש במישור זה – ואיני קובעת כי כך הדבר – אין הדבר מקים עילה לדיון נוסף" (שם, פס' 24 לפסק דינה של הנשיאה נאור). זאת, לאור הקביעה של דעת הרוב בעניין **כרמל** שהמוכר לא הוכיח במישור העובדתי את יסודות עילת הטעות.

על השקפה כללית אודות תפיסות היסוד של דיני החוזים בישראל, הנוטים אל עקרונות של הגינות וסולידריות חברתית: "במשפט הישראלי, כמו בשיטות משפט מודרניות אחרות, נזנחה התפיסה של 'יזוהר הקונה' והוחלפה בדרישה מן הצדדים להתחשב זה בזה, לנהוג בהגינות, בשיתוף פעולה, בדרך מקובלת ובתום לב".⁵⁰ אליבא דזמיר, שלילת סעד הביטול מטועה רשולן מבטאת גישה אינדיבידואליסטית הרואה באדם את האחראי הבלעדי למעשיו, אולם התפיסה הרווחת בפסיקה מכירה במגבלות הקוגניטיביות של האדם ובפערים בין מודל השוק המשוכלל לבין המציאות, ואינה מונעת ממנו סעד בשל הופעתן של מגבלות אלה.⁵¹ אכן, בטעויות מעין אלה שלילת סעד הביטול אינה רצויה, אך רבות מהטעויות אינן מסוג זה, והסיבה המרכזית להיווצרותן היא התנהגות לא זהירה של הטועה. אין צורך לטעון שאדם הוא האחראי הבלעדי למעשיו כדי לתבוע ממנו להתנהג ולהתנהל באופן שימנע טעות, וזאת בכדי למנוע מצב עתידי של ביטול החוזה וכישלון ההתקשרות.⁵² למעשה, כל אחריות המוטלת על האדם עקב רשלנותו, הן במשפט הפלילי והן במשפט האזרחי, מבוססת על ההנחה שניתן ואף ראוי לצפות מאנשים לפעול בזהירות סבירה, ולהיות אחראים לתוצאות מעשיהם כאשר לא נזהרו. לאמיתו של דבר, נראה שזמיר בדבריו התכוון בעיקר להתחשבות ברשלנות הטועה באופן שיוביל לתוצאה חדה כשלילת זכות הביטול מהטועה, ולפיכך סעד גמיש אינו סותר בהכרח את טענתו.

זאת ועוד: התחשבות ברשלנות הטועה עשויה לנבוע דווקא מאותם עקרונות של הגינות ותום לב.⁵³ הדרישה מאדם לנקוט באמצעים סבירים שיימנעו ממנו לטעות ולהכשיל את ההתקשרות, מבטאת את החשיבות של התנהלות הגונה מצד כל הצדדים לחוזה. כפי שהסביר השופט מצא באחת הפרשות: "על צד למשא ומתן מוטל לכלכל את מהלכיו בתום לב, משמע בהגינות, תוך התחשבות גם בציפיות ובאינטרסים של הצד האחר ותוך נאמנות לרוח העסקה ולמטרתה".⁵⁴ מתקשר שטעה ברשלנותו, תוך גלגול תוצאות אי זהירות שלו כך שהצד השני הוא זה שיספוג את השלכותיהן, לא נהג בהגינות המתבקשת מצד לחוזה, שכן הוא לא פעל באופן מספק לשם הצלחת ההתקשרות.⁵⁵ בהמשך לדברים אלו, אטען להלן שדווקא עקרון תום הלב הינו אכסניה מתאימה לטיפול ברשלנות הטועה. יודגש, כי גם אם רשלנות הטועה

⁵⁰ זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 78.

⁵¹ שם, בעמ' 81-83.

⁵² E. ALLAN FARNSWORTH, ALLEVIATING MISTAKES: REVERSAL AND FORGIVENESS FOR FLAWED PERCEPTIONS 183-185 (2004) (להלן: FARNSWORTH).

⁵³ רשלנות, המתוארת בדרך כלל באמצעות המושג סבירות, מעלה את שאלת היחס בינה לבין מושג תום הלב, החורג מדיוננו זה. על כך ראו יונתן יובל ועדו שחם "פרשנות ותום לב כאתגרים של גלובליזציה בחוק המכר הבין-לאומי" משפטים מ 731, 769 (התשע"א); ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, פס' 47 (4) לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2003) (להלן: עניין גנז). כמו כן, נראה כי המרחק בין מושג הרשלנות והסבירות לתום לב רב יותר לפי התפיסה הרואה בתום הלב אמת מידה סובייקטיבית (שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 73-75).

⁵⁴ ע"א 8144/00 עלריג נכסים (1987) בע"מ נ' ברנדר, פ"ד נז(1) 158, פס' 11 לפסק דינו של השופט מצא (2002). והשוו בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים באר-שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה(1) 828, פס' 5 לפסק דינו של השופט ברק (1980) (להלן: בג"ץ שירותי תחבורה).

⁵⁵ להשקפה דומה על הרשלנות בתחום דיני הנזיקין, ראו Richard W. Wright, *The Standards of Care*, in THE PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS OF TORT LAW 249 (David G. Owen ed., 1997).

במקרים מסוימים תסווג כחוסר תום לב, אין בכך כדי להפחית מחיובו של הצד השני לנהוג בתום לב במשא ומתן ובקיום החוזה. כך למשל, העובדה שרשלן טועה ייחשב כחוסר תום לב אינה מפחיתה את אחריותו של הצד השני לטעות או מצדיקה אותה. לטענתי, התחשבות ברשלנות הטועה במסגרת סעד הביטול בגין טעות או הטעיה נובעת בעיקרה מאשמו ואחריותו של הטועה. המשמעות הזאת של תום הלב קרובה לזו שביטא השופט שמגר בעניין **Eximin**, עת אימץ את דוקטרינת האשם התורם על בסיס חובת תום הלב:

אין ספק כמובן, שחלוקת האחריות בענייננו עולה בקנה אחד עם רעיונות של מוסר, צדק ואי-עשיית עושר שלא כדין, שהמשפט הישראלי בכלל ודיני החוזים (ובכלל זה חוזה מכר) בפרט שואבים מהם. כאשר שניים גרמו לנזק, אין זה הוגן ואין זה מוסרי שהאחד יישא במלוא נזקו של האחר. מדוע יזכה צד לחוזה בפיצוי מלא על נזק שנגרם גם עקב התנהגותו הטיפשית וחסרת תום הלב? יתר-על-כן, בחלוקת האחריות ביניהם יהיה כדי לעודד תום-לב או זהירות מצדם של שני הצדדים לעיסקה. הכרה בחוסר תום-לב של צד לחוזה אין בה כדי לפגוע בכוחה המחייב, מוסרית, של הבטחתו של הצד שכנגד [...] באופן דומה אין בהכרה כזו כדי לפגוע באוטונומיה של רצון הפרט וברעיון האמון, העומדים ביסוד הצורך לקיים הבטחות [...] אדם המעוניין לקדם את רצונו על-ידי נתינת עצמו בידי אחרים לשם הפקת רווח הדדי איננו מעוניין ליתן עצמו לשרירות לבו של האחר, כדי שזה יוכל מצד אחד לתרום להפרה ומצד שני לעמוד על קיום מלא של הבטחה. בכך אין כל ערך מוסרי. גם הרצון ליצור קשרי אמון בין בני אדם אינו מצדיק תרומה של צד להפרת הבטחה ועמידה, למרות זאת, על קיומה המלא. ויש להדגיש, הכרה בחוסר תום-לב של שני הצדדים אין פירושה שחרור המבטיח מהבטחתו או הכשרת הפרה של הבטחה. הרעיון שמאחוריה הוא אך קביעת סנקציות מופחתות בשל חוסר תום-לב של הצד שכלפיו הופנתה ההבטחה.⁵⁶

אף השופט רובינשטיין שכתב את דעת המיעוט בעניין **עיני** (שחידון להלן), וסבר כי ניתן לחלק את האחריות במקרה של רשלנות הקונה במקרה של אי התאמה לפי סעיף 16 לחוק המכר, הסתמך על עקרון תום הלב וקבע כי היעדרה המוחלט של התחשבות ברשלנות הקונה "אינה עולה בקנה אחד עם טעמים של מדיניות משפטית ראויה השואפת לעודד תום לב מלא ככל האפשר, ובודאי זהירות".⁵⁷ אם כן, לא זו בלבד שהתחשבות ברשלנות הטועה אינה בהכרח פוגעת בסולידריות, ואינה משקפת נסיגה מנורמות של תום לב והוגנות, אלא להפך – התחשבות ברשלנות הטועה, במקרים מסוימים, עשויה לשקף את אותם ערכים בדיוק.

⁵⁶ ע"א 3912/90 **Eximin S.A.**, תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראורי בע"מ, מז(4) 64, פס' 4 (יב) לפסק דינו של השופט שמגר (1993) (להלן: עניין **Eximin**). יודגש כי דברים אלה של השופט שמגר מתאימים בעיקר כדי לעמוד על העושר והמורכבות של חובת תום הלב כפי שהיא באה לידי ביטוי בהתנהגויות הדדיות של מתקשרים, בעוד שבכל הנוגע לסעד עשויים להיות הבדלים בין התחשבות באשם תורם לבין התחשבות ברשלנות הטועה במסגרת סעד הביטול.

⁵⁷ ע"א 8068/11 **עיני נ' שיפריס**, פס' יא לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 11.2.2014) (להלן: עניין **עיני**).

2. שיקולי אשם, שיקולי יעילות וכיבוד רצון הצדדים

שאלת היסוד הניצבת בבסיס הדיון ביחס לרשלנות הטועה היא "אם וכיצד על דיני הטעות להתחשב בכך שהטועה אשם בטעותו".⁵⁸ שאלת ה"כיצד" נידונה לעיל ועוד תידון בהמשך, אך בשורות הבאות אבקש לדון ב"אם".⁵⁹ כאמור לעיל, שלו וצמח הביעו את הדעה שאין להתחשב ברשלנות הטועה, אם כי רשלנותו עשויה להישקל במסגרת שיקולי הצדק של סעיף 14(ב) לחוק החוזים. הם מנמקים זאת כך: "בהיות הטעות מעצם טיבה ומהותה יסוד מנטלי-סובייקטיבי, יש להתחשב בה גם כאשר היא נגרמת עקב רשלנות או תרומת רשלנות של הטועה".⁶⁰ כלומר, עצם הטעות מתרחשת בשכלו של הטועה, והתרחשות זו היא המזכה אותו בסעד של ביטול החוזה. למעשה, גישה זו מבחינה בין הטעות עצמה שיש להתחשב בה לבין הרשלנות שהובילה אליה שאין להתחשב בה, ובכך קובעת שאין להתחשב באופן ישיר באשמו של הטועה. יושם אל לב, שנימוק זה לאי התחשבות ברשלנות הטועה נוגע למהותו של יסוד הטעות המשותף לכל סוגי הטעויות וההטעויות, ולפיכך הוא מביע גישה כללית. הקושי בגישה זו הוא שהיא אינה מסבירה מדוע הטעות הינה יסוד מנטלי-סובייקטיבי, ולפיכך גם מניחה את המבוקש – שיש להתחשב בה גם כאשר היא נגרמת עקב רשלנות. אכן, בהחלט ניתן להגדיר את יסוד הטעות כמושפע מרכיבים אובייקטיביים כגון סבירות ובמסגרת זו להתחשב ברשלנות הטועה, אף שייתכנו דעות שונות ביחס למידת השפעתם של אותם רכיבים.⁶¹

טענה נוספת שהעלה זמיר, היא ששלילת סעד הביטול בשל רשלנות הטועה אינה מכבדת את רצון המתקשר, וכופה עליו חוזה שהוא אינו רוצה בו.⁶² טענה זו מופנית כנגד שלילת סעד הביטול מרשלין טועה, ובהמשך המאמר יוצגו אפשרויות אחרות להתחשבות ברשלנות הטועה שאינן כופות עליו חוזה אחר מזה שהתקשר בו. אך גם לטענה עצמה הנוגעת לשלילת סעד הביטול, ניתן להשיב בשני אופנים. תשובה אחת היא שלמרות שלילת סעד הביטול בשל רשלנות הטועה פוגעת באוטונומיה של הרצון, ניתן לטעון שהיא מוצדקת לצורך שמירה על הביטחון החוזי. או בניסוח אחר: דיני הפגמים בכריתתה נועדו לנקוט עמדה במתח שבין

⁵⁸ זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 75. על היבטים נוספים של האשם בדיני החוזים, ראו פורת, לעיל ה"ש 138, בעמ' 65–71; Vernon V. Palmer, *Contractual Negligence in the Civil Law – The*, 50 TUL. L. REV. 1, 1–2 (1975-1976) (להלן: *Evolution of a Defense to Actions for Error*); George M. Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 VA. L. REV. 1225; (Palmer Omri Ben-Shahar and Ariel Porat, *Fault in American Contract Law*, 107 MICH. ; (1994); Eric A. Posner, *Fault in Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1431 (2009); L. REV. 1341 (2009); Melvin Aron Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected Circumstances, Interpretation, Mistake, and Nonperformance*, 107 MICH. L. REV. 1413 (2009).

⁵⁹ שיטות משפט שונות העניקו תשובות שונות לשאלה זו, ראו Palmer, לעיל ה"ש 58, ובמיוחד בעמ' 5–6; זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 75–77. על הקושי להסיק מסקנות ברורות מבחינה השוואתית של הסוגיה, ראו שם, בעמ' 77.

⁶⁰ שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 337.

⁶¹ השור פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 249–253. כן ראו שם בעמ' 27 בהערה 26.

⁶² זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 81–82.

הגשמת רצון המתקשרים לבין שמירה על ביטחונם שהחווה בו התקשרו יקום,⁶³ ומצבים של רשלנות הטועה הם כאלה בהם יש הצדקה לתת עדיפות לשמירה על הביטחון החוזי על פני האוטונומיה של הרצון. אך ניתן להשיב גם תשובה אחרת: התנגדות לשלילת סעד הביטול מטועה רשלן אינה מכבדת יותר את רצון הצדדים, אלא מבכרת את כיבוד רצונו של הטועה על פני רצונו של הצד השני ללא הצדקה מספקת.⁶⁴ האפשרות לבטל חוזה שנכרת אך נפל פגם בכריתתו פוגעת באינטרס הקיום של הצד השני.⁶⁵ גם אם ניתן במקרים מסוימים להצדיק זאת, למשל במקרה של הטעיה זדונית בו נעדיף לכבד את רצונו של הרשלן על פני רצונו של המטעה בשל הפגם המוסרי שבהתנהגותו, אין בכך מענה לשאלת סעד הביטול במקרים אחרים של רשלנות הטועה.

גם מנקודת המבט של הניתוח הכלכלי למשפט, ניתן לטעון שיש להתחשב באשמו של הטועה, לפחות בחלק מהמקרים. לטעות חוזית יש עלות, והיא אינה יעילה לצדדים לחוזה ולציבור בכללו. זאת משום שהיא מייקרת את ההליך של הקצאת טובין לאותם אנשים המייחסים לאותם טובין את הערך הרב ביותר.⁶⁶ אחת הדרכים לצמצם את המחיר של טעויות היא לנסות ולמנוע את התרחשותן, ככל שניתן לנקוט אמצעים זהירות כאלה במחיר סביר.⁶⁷ לדעת Kronman, ניתן להניח כי במקרים בהם רק צד אחד לחוזה טעה, בדרך כלל הטועה נמצא בעמדה הטובה ביותר למנוע את טעותו, ולפיכך יעיל יותר להטיל עליו את הסיכון, להבדיל ממקרה של טעות משותפת בו הבירור מיהו מונע הטעות הזול ביותר הוא מלאכה מורכבת יותר.⁶⁸ הדברים נכונים בעיקר כאשר האמצעים למניעת הטעות על ידי הטועה היו פשוטים וזולים.⁶⁹ ניתן אף לטעון כי מערכת משפטית שמתחשבת בעיקר בטעויות שנגרמו למרות שהטועה נקט אמצעי זהירות סבירים, תיצור תמריץ למתקשרים להיזהר, ובכך תמנע או לכל הפחות תצמצם טעויות.⁷⁰ אולם כאשר הצד השני ידע או היה עליו לדעת על

⁶³ פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 22–23; זמיר "טעות והטעיה" לעיל ה"ש 6, בעמ' 204.

⁶⁴ לכאורה ניתן לטעון כי ישנו הבדל בין הטלת חובת עשה לקיים חוזה, לבין מניעת קיומו של החוזה שאינה דורשת מעשה. אך לדעתי משקלו של טיעון זה נמוך, ואין בכוחו להצדיק את העדפת רצונו של הטועה כאשר מבחינה נורמטיבית נפל פגם בהתנהגותו, אף שיתכן כי פני הדברים יהיו שונים אם הפגם שנפל בהתנהגותו של הטועה זהה בחומרתו לפגם הנורמטיבי בהתנהגותו של הצד השני.

⁶⁵ אף שנהוג להתייחס לאינטרס הקיום כאינטרס הבא לעולם רק במקרה של הפרת חוזה, לאמתו של דבר הוא קיים וראוי להגנה כבר מרגע כריתת החוזה. ראו גבריאלה שלו ויהודה אדר **דיני חוזים – התרופות: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי** 44 (2009), ושם בהערה 23 (להלן: שלו ואדר). עם זאת, היקף ההגנה על אינטרס הקיום במקרה של פגם בכריתתה שונה מהיקף ההגנה עליו במקרה של הפרת החוזה, וככלל הוא צר יותר. לטענתי, הצרת ההגנה על אינטרס הקיום כאשר הטועה התרשל אינה מוצדקת. אדגיש, כי העובדה שבמקרה של הפרת חוזה אינטרס הקיום מוגן באמצעות פיצויי קיום, אינה מובילה למסקנה שגם הגנה על אינטרס הקיום במקרה של פגם בכריתתה שנגרם כתוצאה מרשלנות הטועה יזכה בהכרח בפיצויי קיום מלאים, וכשם שהיקף ההגנה שונה מהיקף ההגנה לה זוכה אינטרס הקיום במקרה של הפרה, גם סוג ההגנה ואופיה עשוי להיות שונה. ⁶⁶ Anthony T. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1, 2–3 (1978) (להלן: Kronman).

⁶⁷ שם, בעמ' 3–4.

⁶⁸ שם, בעמ' 5–6.

⁶⁹ שם, בעמ' 8.

⁷⁰ FARNSWORTH, לעיל ה"ש 52, בעמ' 185. וראו בהקשר דומה. Hanoch Dagan, *Mistakes*, 79 TEX. L. REV. 1795, 1814 (2001).

הטעות, בדרך כלל הוא מונע הטעות הזול ביותר, ויהיה זה יעיל יותר להטיל עליו את הסיכון.⁷¹

אף שהנטייה היא להשליך מטענות אלה ישירות על ניתוח סוגי הטעויות השונים בחוק החוזים (במקרה של טעות לפי סעיף 14 (א) יעיל יותר להטיל את הסיכון על הצד השני שלא טעה; במקרה של טעות לפי סעיף 14 (ב) יעיל יותר להטיל את הסיכון על הטועה; במקרה של טעות משותפת יש לערוך בירור מורכב יותר כדי לקבוע בכל מקרה על מי יש להטיל את הסיכון), יש לציין הסתייגות חשובה. השאלה מי מונע הטעות הזול ביותר תלויה גם בשאלת העלויות הנדרשות כדי למנוע אותה – הן עלויות הטועה והן עלויות הצד השני – ועלויות אלה לא נגזרות רק משאלת פערי המידע. לעיתים הטועה יכול למנוע את הטעות בעלות נמוכה מאוד, בעוד הצד השני יודע על הטעות ומסוגל למנוע אותה בעלות דומה או גבוהה יותר. דוגמה לכך, היא מקרה שבו הטועה יכול למנוע את טעותו העובדתית באמצעות בדיקה פשוטה במרשתת, ואילו הצד השני שיוודע על הטעות, יכול לשלוח הודעת מסרון לטועה כדי לתקן את טעותו.⁷² הסתייגות זו מובילה לבחינה מורכבת יותר, שמצריכה בחינה של כל מקרה ומקרה כדי לקבוע מי מונע הטעות הזול ביותר,⁷³ ומשכך גם מקשה על גיבוש כללים ברורים שיעצבו את דיני הטעות כך שיקדמו יעילות כלכלית.

בכל הנוגע להטעה במעשה (ובמיוחד בהטעה זדונית), נקודת המוצא המקובלת היא שיעיל יותר להטיל את עלויות הטעות על המטעה, וזאת משום שכדי למנוע עלויות אלה כל שהיה צריך המטעה לעשות הוא להימנע מלהטעות, הימנעות שלכאורה אינה כרוכה בעלויות.⁷⁴ כאשר מדובר בהטעה במחדל, דהיינו הפרת חובת גילוי, הדברים אינם פשוטים כל כך. בספרות יש דיונים נרחבים על שאלת חובת הגילוי, היקפה ויעילותה שאין כאן מקומם, ורק נציין שבמקרים רבים חובת גילוי מייצרת עלויות רבות שהפרתה מונעת,⁷⁵ ובאופן עקיף נמצא שמניעת הטעות על ידי גילוי מידע אינה יעילה ולפיכך אין להטיל את עלויות הטעות על המטעה במחדל.

מקרה נוסף שראוי לדון בו, הוא הטעה בתום לב.⁷⁶ על אף שמדובר בהטעה, מבחינת שיקולי יעילות לא נראה שיש הבדל ממשי בין מצב זה לבין טעות שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה, שכאמור, בה אין זה ברור מיהו מונע הטעות הזול ביותר והדבר תלוי

⁷¹ Kronman, לעיל ה"ש 66, בעמ' 7.

⁷² ביחס למקרה שבו שני הצדדים התרשלו, ציין השופט עדיאל בעניין **חבר**, לעיל ה"ש 27, בפס' 43: "מבחינה כלכלית אין זה ברור מאליו כי הצד השני הוא מונע הנזק הזול".

⁷³ הגישה לפיה יש לאפשר את ביטול החוזה רק כאשר הצד השני הוא נושא הסיכון היעיל יותר, אינה חפה מקשיים תיאורטיים ומעשיים. ראו עמרי בן שחר ויובל פרוקצ'יה "חוזים" **הגישה הכלכלית למשפט** 153, 178–179 (אוריאל פרוקצ'יה עורך 2012) (להלן: בן שחר ופרוקצ'יה).

⁷⁴ אם כי הטלת הסיכון לטעות על המטעה עשויה לתמרץ את בעל המידע למסור פחות מידע מחשש להטעות את הצד השני (במיוחד כאשר מדובר במידע מורכב), כך שמידע חשוב לצד הטועה לא ייחשף. ראו עוד Richard Craswell, *Taking Information Seriously: Misrepresentation and Nondisclosure in Contract Law and Elsewhere*, 92 VA. L. REV. 565, 593–594 (2006).

⁷⁵ בן שחר ופרוקצ'יה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 172–174; זמיר "טעות והטעה" לעיל ה"ש 6, בעמ' 207–214. וראו בהרחבה על חובות גילוי Omri Ben-Shahar & Carl E. Schneider, *The Failure of Mandated Discourse*, 159 U. PA. L. REV. 647 (2011).

⁷⁶ לפי הגישה הסבורה שניתן להטעות בתום לב. לדיון אודות היסוד הנפשי של המטעה, ראו זמיר "טעות והטעה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 251–256.

בנסיבותיו הספציפיות של המקרה. נקודה זו אף משמיעה שהשאלה מיהו מונע הטעות הזול ביותר אינה מתאימה בהכרח להבחנות של המחוקק והפסיקה במסגרת דיני הטעות. אכן, יש לתת את הדעת על כך ששיקולי יעילות משקיפים על דיני הטעות באופן שונה מאוד מזה שבא לידי ביטוי בחוק החוזים, היוצר הבחנות שמבוססות במידה מרובה על מידת הפגם המוסרי והחברתי שיש לצדדים, ולא על שיקולי יעילות.⁷⁷ משכך, קשה לנסח במסגרת דיני הטעות כפי שהם כלל המבוסס על אשם (או מתחשב בו) שבהכרח יקדם יעילות כלכלית, זאת להבדיל מבחינת כל מקרה על נסיבותיו לגופו. כך למשל, חוזה שלא ניתן לביטול בגין הטעיה, נניח משום שהטעות היא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, ברבים מהמקרים יהיה לא יעיל, שכן הטובין אינם מוקצים במקרה זה למי שהכי מעריך אותם.⁷⁸ ייתכן ששיקולי יעילות היו מצדיקים את ביטול החוזה גם במקרים אלה.

מעבר לדיון בסוגי הטעויות השונים, כשיקול כללי, התחשבות באשמו של הטועה עשויה להגביר את הביטחון של מתקשרים שהחוזה אותו כרתו יקום, כך שלא יצטרכו לחשוש מפני ביטול החוזה בשל טעויות שנגרמו מתוך רשלנות של הצד השני. לדעת Farnsworth, מסקנת המחקר של הניתוח הכלכלי היא שככלל, משטר של אשם יעיל יותר בקידום ביטחון חוזי:

Law and economics, however, teaches that a rule of strict liability is inefficient as opposed to a rule based on fault in encouraging precautions. The value of precautions is higher if the law excuses a mistake made despite reasonable precautions, since one who takes such precautions is then protected even if the precautions are not effective.⁷⁹

לסיום חלק זה, יש להעיר כי למרות שבמצבים מסוימים התחשבות באשמו של הטועה עשויה להיות יעילה, קשה לומר זאת באופן גורף. יעילות כלכלית של דיני הטעות חורגת משאלת אשמו של הטועה, וכרוכה בשיקולים שונים, ולפיכך נראה שלא ניתן להצביע על מסקנות חותכות בהקשר זה. כך למשל, שאלת היעילות של התחשבות בשיקולי אשמה בדיני הטעות תלויה במידה רבה בסעדים שיינתנו במקרים של רשלנות הטועה. ניתן לטעון, כפי שטען זמיר, כי שלילה מוחלטת של סעד הביטול מרשלן טועה, כפי שנעשה בעניין כרמל, עשויה להעניק תמריץ לא יעיל למניעת טעויות, ומתקשרים יאלצו להשקיע משאבים מופרזים לבירור פרטים הנוגעים להתקשרות.⁸⁰ מנגד, ניתן לחלוק על טענה זו ולטעון כי שלילת סעד הביטול בסך הכל תיצור תמריץ למתקשרים להשקיע משאבים סבירים, ולא מופרזים. ייתכן שמחלוקת זו קשורה בעובדה שרשלנות היא מושג שסתום, ולפיכך אין זה ברור מהו התמריץ ששלילת סעד הביטול תיצור – תמריץ לזהירות סבירה, או שבשל הרצון להבטיח את קיומו של החוזה בתנאי אי הודאות שיוצר המושג העמום של רשלנות, שלילת סעד הביטול הינה

⁷⁷ ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 352, שהדגישו את המקום המרכזי של דרישת יסודיות הטעות וגרימת הטעות כמבחין בין העילות השונות בדיני הטעות.

⁷⁸ בן שחר ופרוקצ'יה, לעיל ה"ש 73, בעמ' 176.

⁷⁹ FARNSWORTH, לעיל ה"ש 52, בעמ' 185.

⁸⁰ זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 82–83.

תמריץ לא אופטימלי. זו אך דוגמה שממחישה כי הן התחשבות ברשלנות הטועה והן אי התחשבות בה עשויות להיות יעילות ברמות שונות, כתלות בשאלת הסעד.

3. היחס לדיני אי ההתאמה ולדינים אחרים

טענה משמעותית שהעלה זמיר, היא שהתחשבות ברשלנות הטועה סותרת את גישת הדין הישראלי בדינים קרובים לדיני הטעות, ובייחוד את דיני אי ההתאמה.⁸¹ סעיף 16 לחוק המכר קובע כך: "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". דעת הרוב בעניין **עיני**,⁸² אשר עסקה בפרשנות סעיף זה, הסיקה מכך שאין להתחשב ברשלנות הקונה, שכן אין ההסתמכות על אי ההתאמה לפי הסעיף מותנית בכך שאי ההתאמה היתה ניתנת לגילוי בבדיקה סבירה.⁸³ במסגרת זו, השופט סולברג ציטט בהסכמה את דבריו החדים של זמיר:

חוק המכר שולל לחלוטין את ההשקפה של "יזוהר הקונה", ומתיר לקונה להסתמך באופן בלעדי על תיאור הממכר בפי 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 בעניין זה.⁸⁴

לעומת זאת, דעת המיעוט של השופט רובינשטיין סברה שיש להשתמש בדוקטרינת האשם התורם בפרשנות הסעיף, ולהתחשב ברשלנות הקונים אשר לא בדקו את הממכר, חרף הצהרותיהם כי עשו כן, ולמרות פשטות הבדיקה. השופט רובינשטיין מסביר כי אף שהסעיף באופן ברור קובע שרשלנות הקונה לא **תמנע** ממנו להסתמך על אי ההתאמה, בהחלט ניתן לפרש את הסעיף כך שהאחריות לאי ההתאמה תחלק בין המוכר לקונה שהתרשל, ולא תוטל **במלואה** על המוכר.⁸⁵ כך למשל, בפרשת **Eximin** בה אומצה דוקטרינת האשם התורם על בסיס חובת תום הלב, טען השופט (כתוארו אז) שמגר, כי "אין ספק כמובן, שחלוקת האחריות בענייננו עולה בקנה אחד עם רעיונות של מוסר, צדק ואי-עשיית עושר שלא כדין, שהמשפט הישראלי בכלל ודיני החוזים (ובכלל זה חוזי מכר) בפרט שואבים מהם".⁸⁶ אך גם לפי עמדת הרוב, נשאלת השאלה, האם לשונו הברורה של סעיף 16 לחוק המכר אינה מדגישה את

⁸¹ שם, בעמ' 78; שם, בעמ' 84.

⁸² עניין **עיני**, לעיל ה"ש 57.

⁸³ השו"ס' 14 ו-15 לחוק המכר.

⁸⁴ זמיר **חוק המכר**, לעיל ה"ש 7, בעמ' 281.

⁸⁵ עניין **עיני**, לעיל ה"ש 57, פס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו לאחרונה בע"א 6944/19 **שרביב בע"מ נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פס' 14 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 26.7.2021), אשר הפנה לפסק דינו של השופט רובינשטיין.

⁸⁶ עניין **Eximin**, לעיל ה"ש 56.

היעדרו של כלל דומה בדיני החוזים הכלליים? האם ייתכן כי סעיף 16 לחוק המכר ייחודי לחוזי מכר אשר בהם בדרך כלל ישנם פערי מידע מובנים ביחס לממכר, ולפיכך יש להגן ביתר שאת על הקונה? שאלה זו מתחזקת לאור העובדה שחוק החוזים נחקק כמה שנים לאחר חוק המכר, ואם רצה המחוקק לשלול התחשבות ברשלנות הטועה, לא מן הנמנע שהיה עושה כן כפי שעשה בחוק המכר. יתרה מכך, הדיון בעניין עיני עסק בפרשנות סעיף 16 לחוק המכר שכותרתו "העלמת אי התאמה", שאינו תולה את הסתמכות הקונה על אי ההתאמה בכך שבדק את הממכר. אך מסעיפים 13 ו-14 לאותו חוק ניתן להסיק כי כשאין מדובר באי התאמה שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליה, ישנה התחשבות ברשלנות הקונה – על הקונה מוטלת חובה לבדוק את הממכר מיד לאחר קבלתו ולהודיע למוכר במידה ותימצא אי התאמה, ואם התרשל ולא עשה כן, הוא לא יהיה זכאי להסתמך על אי ההתאמה.⁸⁷ כך גם סעיף 15 העוסק באי התאמה שלא היתה ניתנת לגילוי בבדיקה סבירה, מאפשר לקונה להודיע למוכר על אי ההתאמה מיד כשגילה עליה, אך תולה את ההסתמכות על אי ההתאמה בהודעה מידית למוכר. אף השופט סולברג בעניין עיני מציין להבדל זה בין סעיף 16 לסעיפים 14 ו-15, והוא מתבסס גם עליו לצורך הקביעה שסעיף 16 אינו מתחשב ברשלנות הטועה.⁸⁸ אך כמובן יש לציין כי המקבילה בדיני הטעות לאי התאמה שהמוכר לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה היא טעות לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, ולפיכך נראה שגם אם בחוק המכר אכן ישנה התחשבות מסוימת ברשלנות הקונה גם לפי דעת הרוב בעניין עיני, היא עדיין מצומצמת. לבסוף, יש להעיר הערה הנוגעת לשדה השונה בו נמצאים דיני הטעות ודיני אי ההתאמה. הטעות החוזית מייצרת פגם בכריתה, פגם ברצונו של הטועה, ולפיכך הסעדים אשר ניתנים לו הם בעיקרם ביטול והשבה. לעומת זאת דיני אי-ההתאמה שבחוק המכר מהווים כעין תניה חוזית יציר החוק הקיימת בכל חוזה מכר, והסעדים בגין אי התאמה הינם סעדים של הפרת החוזה. בשל השדות השונים הללו, ועל אף הדמיון המסוים ביניהם, בעיני יצירת היקש ביניהם בכל הנוגע להתחשבות ברשלנות הטועה צריכה להיות זהירה יותר.

אם נקבל את ההיקש בין דיני הטעות לדיני אי ההתאמה בחוק המכר, ניתן אף להרחיב את המבט לדינים נוספים העוסקים באי התאמה.⁸⁹ סעיף 8 לחוק השכירות והשאלה, התשל"א–

⁸⁷ לעניין פרשנות המילה "מיד" בס' 16 לחוק המכר, ראו ע"א 465/80 ש' סולונץ בע"מ נ' "התכופ" חרושת ברזל בע"מ, פ"ד לח(3) 630, פס' 4 לפסק דינה של המשנה לנשיא בן-פורת (1984) (להלן: עניין סולונץ).

⁸⁸ עניין עיני, לעיל ה"ש 57, פס' 5 לפסק דינו של השופט סולברג.

⁸⁹ מעניין לבחון אף את דיני אי ההתאמה בחוק המכר (מכר טובין בין-לאומי), התש"ס–1999, אף שספק אם ניתן ללמוד מהם דבר מה על דיני החוזים הישראליים לאור העובדה שחוק זה למעשה מעגן את אמנת האו"ם בדבר חוזים למכר טובין בין-לאומי שנחתמה בווינה בשנת 1980 (אם כי השווו לעניין סולונץ, לעיל ה"ש 87, ולע"א Pamesa Ceramica 7833/06 נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ, פס' י"ז–י"ח (נבו 17.3.2009). סעיף 36 קובע: "המוכר אינו אחראי לתוצאותיה של אי-התאמה מן הסוג הנדון בפסקאות (4), (5) או (6) לסעיף קטן (א) של סעיף 33, אם בעת גמירת החוזה ידע הקונה על אי-ההתאמה האמורה או שלא ייתכן שנתעלמה ממנו" [ההדגשה הוספה]. בכך יש הכרה בכך שרשלנות חמורה של הקונה תמנע ממנו טענת אי התאמה במקרים מסוימים. כמו כן, סעיף 40, המקביל לסעיף 16 לחוק המכר, קובע כי "המוכר אינו זכאי להסתמך על הוראות סעיפים 38 ו-39, אם חוסר ההתאמה מתייחס לעובדות שהיו ידועות לו, או שלא יכול היה שלא להיות מודע להן ושהוא לא גילה אותן לקונה". בניגוד לסעיף 16 לחוק המכר, אין החוק מפרט שהקונה זכאי להסתמך על אי ההתאמה גם אם זו לא היתה ניתנת לגילוי בבדיקה סבירה, ולפיכך ניתן לטעון כי הקונה לא יוכל להסתמך על אי התאמה שניתן היה לגלותה שטחית של הממכר, גם אם המוכר היה מודע או שלא יכול

1971 קובע: "תניה בחוזה שכירות הפוטרת את המשכיר מאחריות לאי-התאמה או פגם, או המגבילה את אחריותו כאמור, בטלה, אם המשכיר ידע או היה עליו לדעת על אי-התאמה או הפגם בעת כריתת החוזה או במועד מסירת המושכר ולא הודיע עליה לשוכר". הפסיקה קבעה שסעיף זה אינו נוגע לעובדות הבולטות על פני השטח שכל אדם סביר מן הישוב יכול לראותן, ושהשוכר היה צריך להיות ער לחשיבותן, ובכך קבעה – גם אם לא מפורשות – שיש להתחשב ברשלנות השוכר.⁹⁰ כך גם סעיף 3(א) לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד–1974 קובע: "לא היו המלאכה או השירות בהתאם למוסכם (להלן – פגם), על המזמין להודיע לקבלן על הפגם זמן סביר לאחר שגילה אותו או שהיה עליו לגלותו, ואם הפגם ניתן לתיקון – לתת לקבלן הזדמנות נאותה לתקנו". מכך שהיה על המזמין לגלות את הפגם תוך זמן סביר, ניתן להסיק שהתרשלות המזמין בגילוי הפגם מונעת ממנו להסתמך עליו אם הקבלן לא ידע עליו.⁹¹

אף בחוקי חוזים אחרים ניתן לראות התחשבות ברשלנות הטועה. סעיף 7(א) לחוק חוזה הביטוח, התשמ"א–1981 קובע כי "ניתנה לשאלה בענין מהותי תשובה שלא היתה מלאה וכנה, רשאי המבטח, תוך שלושים ימים מהיום שנודע לו על כך וכל עוד לא קרה מקרה הביטוח, לבטל את החוזה בהודעה בכתב למבוטח". אך במקרה שחובת הגילוי הופרה שלא בכוונת מרמה, המבטח אינו זכאי לתרופות של סעיף 7 אם "ידע או היה עליו לדעת את המצב לאמיתו בשעת כריתת החוזה או שהוא גרם לכך שהתשובה לא היתה מלאה וכנה".⁹² הוראה זו מיוחדת לחוזה הביטוח, והיא מוצדקת לאור העובדה שחברת הביטוח היא מתקשרת מקצועית ומתוחכמת אשר מתקשרת בחוזה ביטוח כדבר שבשגרה, בעוד המבוטח בדרך כלל אינו כזה.⁹³ אם כן נראה כי סעיפי החוק הולמים את התפיסה כי מוצדק שרשלנות המבטח תשלול ממנו את הסעדים שהיו ניתנים לו עקב הפרת חובת הגילוי של המבוטח, אלמלא רשלנותו.⁹⁴ אכן, לא ניתן להתעלם מאופיו הצרכני של חוזה הביטוח, אך עצם ההכרה בכך שבחוזה ביטוח המאופייין בפערי מידע וחוסר שוויון בין המתקשרים ישנה הצדקה להתחשבות ברשלנות הטועה, מלמד על כך שהתחשבות מסוימת – גם אם מסויגת – אינה זרה לדיני החוזים הישראליים.

היה שלא להיות מודע לאי ההתאמה. ניתן לתמוך כיוון זה אף מניסוח חובת הגילוי של המוכר ביחס לאי התאמה הנובעת מעובדות שהמוכר "לא יכול היה שלא להיות מודע להן", שניתן לטעון שהיא מקילה את האחריות המוטלת על המוכר בהשוואה לסעיף 16 לחוק המכר המתייחס לעובדות שהיה על המוכר לדעת אותם, ונראה כי זו הפרשנות הרווחת (Christoph) 282–283 (Commentary on the UN Sales Law (CISG) 282–283 (Christoph) eds., 2019).

⁹⁰ ע"א 240/77 שלמה כרמל בע"מ נ' פרפורי ושות' בע"מ, פ"ד לד(1) 701, פס" 6 לפסק דינה של השופטת בת פורת (1979).

⁹¹ ס' 3(ב) לחוק חוזה קבלנות. והשוו איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד–1974 496–498 (1994).

⁹² ס' 8(1) לחוק חוזה הביטוח. ראו עוד ירון אליאס דיני ביטוח 377–385 (מהדורה שלישית 2016); שחר ולר חוק חוזה הביטוח, תשמ"א–1981 כרך א 338–339 (2005).

⁹³ שחר ולר חובות גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח 384 (התשס"ב).

⁹⁴ במקרה שהמבוטח הסתיר מידע מהותי בכוונת מרמה, הוא לא יוכל לטעון כנגד המבטח ש"היה עליו לדעת את המצב לאמיתו" (ס' 6(ג) וס' 8 לחוק חוזה הביטוח). במקרה זה הענשת המבוטח מוצדקת, למרות רשלנות המבטח (ראו ולר, לעיל ה"ש 93, 386).

4. עמדת המשפט העברי

ישנם דיונים עמוקים ומעניינים במקורות המשפט העברי בעניין רשלנות הטועה,⁹⁵ בעיקר בהקשר של "מקח טעות",⁹⁶ דין החל על כל הסכם, בין הסכם מכר ובין התחייבות אחרת.⁹⁷ לפי דין זה, במקרה של חוזה הנכרת מתוך טעות יסודית, הטועה רשאי לבטל את החוזה.⁹⁸ הרמב"ם קובע שבעסקת מכר של נכס שנמצא בו פגם יסודי שלא היה ידוע לקונה בעת המכירה, חל דין "מקח טעות" כל עוד הקונה לא עשה שימוש בנכס לאחר שנודע לו על הפגם. הטעם לכך ששימוש בנכס לאחר הידיעה על הפגם מונעת טענת "מקח טעות", היא ש"הרי זה מחל", כלומר השימוש בנכס מעיד על רצונו של הקונה בעסקה למרות הפגם, ויתורו שלו על אפשרות ביטול העסקה.⁹⁹ אמנם, מחלוקת ניטשה בין המפרשים והפוסקים האם היעדר בדיקה מקדימה של העסקה גם היא מהווה ויתור על אפשרות ביטולה במקרה שימצא בה פגם.¹⁰⁰ בעל ה"מגיד משנה" (רבי וידל די טולושא), בפירושו לדברים אלה של הרמב"ם, סבר שרשלנות חמורה של קונה המתבטאת בהיעדר בדיקה שטחית שהיתה מגלה את הפגם בקלות, מונעת ממנו את האפשרות לטעון טענה של "מקח טעות" ולבטל את העסקה.¹⁰¹ הוא מסתמך על אמרה המובאת בתלמוד הבבלי: "חזקה אין אדם שותה בכוס אלא אם כן בודקו".¹⁰² יצוין, כי חלק מהפוסקים שאימצו גישה זו סברו שיש לה חריגים, ובמקרים מסוימים גם ללא בדיקה מקדימה הטועה יוכל לבטל את החוזה.¹⁰³ לעומת זאת, בעל ה"משנה

⁹⁵ על דיני הטעות במשפט העברי, ועל ההבדלים בינם לבין החוק הישראלי, ראו בהרחבה **חוק לישראל: פגמים בחוזה** 109–211 (נחום רקובר עורך 2011) (להלן: **חוק לישראל**).

⁹⁶ זווית נוספת שלכאורה ניתן היה לבחון, היא הזווית של דין אונאת מחיר, העוסק במכירת נכס במחיר הגבוה או הנמוך משמעותית מערכו. אך כפי שהראה בני פורת **'הצדק החוזי' בדין התלמודי העברי** פרק שני (עבודת גמר במסגרת לימודי התואר השני, האוניברסיטה העברית 2002), נראה כי יסוד דין אונאת מחיר אינו הטעות במחיר אלא הקיפוח, ולפיכך ספק אם ניתן לשאוב השראה של ממש מדין זה.

⁹⁷ שלום אלבק "עקרונות הטעות בדיני ממונות של המשפט התלמודי" **משפטים** ה' 61, 86 (התשל"ג-התשל"ד); הרב אבישי קולין "חוקי התורה: מקח טעות עקב אי התאמה" **אמונת עתיד** 131, 117, 118 (התשפ"א) (להלן: הרב קולין). הרב קולין, שם בעמ' 117–118, מתאר כי ישנן שתי גישות בהלכה להבנת מהות דין מקח טעות. גישה אחת סבורה שבמקרה של מקח טעות מתברר כי לא היתה גמירות דעת של הצדדים, ומטעם זה העסקה בטלה. גישה אחרת סבורה כי בכל עסקה ישנו תנאי מכללא כי פגם משמעותי בעסקה יביא לבטלותה. להשלכות של ההבדלים בין הגישות, ראו **חוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 116–117 ובהערות שם.

⁹⁸ לדיני מקח טעות פרטים רבים, שאין זה המקום לפרטם. ראו אצל הרב קולין, לעיל ה"ש 97. רמב"ם הלכות מכירה פרק טו הלכה ג.

¹⁰⁰ נציג רק מופע מסוים של המחלוקת, על אף שהגישות העקרוניות השונות שהובעו במופע זה מופיעות במקורות שונים. הסוגיה נידונה בהרחבה **בחוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 118–123 ובהערות שם. וראו עוד תשובות הגאונים שערי צדק ח"ד שער ו סימן ד (וראו במרדכי כתובות רמז רצב); תוספות קידושין יא ע"א ד"ה הנהו קלא אית להו; הרב דניאל כ"ץ "מקח טעות והטעיה במקח" **אמונת עתיד** 100, 115, 117; פרישה חו"מ רלב ס"ק ה; פתחי חושן גניבה ואונאה יב, הערה סב; שם יג, הערה יב-טו.

¹⁰¹ מגיד משנה הלכות מכירה פרק טו הלכה ג. דבריו צוטטו בהסכמה בסמ"ע חו"מ רלב ס"ק י, ובשו"ת הרדב"ז ח"ד סי' קלו (וכן שם בס"י קלט) נאמר על דבריו: "דברים של טעם הם". ליישום גישה זו, ראו שו"ת בית שלמה חו"מ סי' צד; פסק דין של בית הדין לממונות ארץ חמדה גזית עפרה "עבודת קבלן שהופסקה" **פסקים** 68/033. <https://www.psakim.org/Psakim/File/535#ogen6>.

¹⁰² תלמוד בבלי מסכת כתובות דף עה עמוד ב.

¹⁰³ **חוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 121–122.

למלך" (רבי יהודה רוזאניס) התנגד לגישה זו, וסבר שאין רשלנות הקונה בבדיקת הנכס משפיעה על זכות ביטול העסקה במקרה שימצא בו פגם,¹⁰⁴ אם כי ייתכן שהדין יהיה שונה אם הטעות נוגעת לפגם שכיח.¹⁰⁵ למעשה, שתי הגישות סובבות סביב העקרון המשפטי של מחילה, ובמובן זה הן עוסקות בנטילת סיכון מצד הטועה, באופן המזכיר את ההתייחסות לרשלנות הטועה במסגרת מבחן הסיכון לזיהוי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.¹⁰⁶ אם כן, השקפת המשפט העברי בהחלט אינה קרובה להשקפה של "יזהר הקונה".¹⁰⁷ ישנה הסכמה רחבה כי רשלנות הטועה כשלעצמה אינה שוללת את זכות ביטול החוזה, והמחלוקת בין פוסקי ההלכה נוגעת בעיקר לשאלה האם רשלנות הטועה מהווה מחילה על טעויות אפשריות, כלומר האם ניתן יהיה לייחס לטועה נטילת סיכון בדבר האפשרות של טעות. גם מחלוקת זו, נוגעת רק לאותם מצבים בהם הטעות היתה מתגלה בבדיקה שטחית, והטעות הינה טעות יסודית,¹⁰⁸ והיוצא מכך הוא שהמשפט העברי אינו מטיל נטל כבד של בירור על הצדדים לחוזה על מנת שיוכלו לבטל את החוזה במקרה של טעות. לבסוף, יש לציין שאף הגישה הסוברת שרשלנות הטועה עשויה לשלול ממנו את זכות הביטול, אינה מבוססת על אשמו של הטועה, אלא על כך שהטעות מצביעה על היעדר גמירות דעת, כך לפי הפרשנות המקובלת לגישה זו.¹⁰⁹ הדברים עולים בקנה אחד עם גישתו הכללית של המשפט העברי לדיני הטעות, שאינה מתחשבת בשיקולי אשמה או ענישה.¹¹⁰

¹⁰⁴ משנה למלך הלכות מכירה פרק טו הלכה ג. אך ייתכן שגם הוא מסכים לכך כאשר הקונה כבר שילם על הממכר, ראו הרב קולין, לעיל ה"ש 97, בעמ' 125 והערה 73 שם. וראו עוד **חוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 123.

¹⁰⁵ הרב אברהם אטלס "מקח טעות ואונאה במכירת רכב" **תחומין** כב 251, 258–260; **חוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 123.

¹⁰⁶ ראו לעיל בפרק ב'.

¹⁰⁷ ראו ים של שלמה, בבא קמא, פרק ה, סימן מא; ש"ך חושן משפט, סימן רכז, סעיף יד.

¹⁰⁸ במשפט העברי, חוזה ניתן לביטול רק בשל טעות יסודית. ראו **חוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 136–142.

¹⁰⁹ שם, בעמ' 119. אף שהשקפה זו מתאימה לדיני הטעות כפי שהם מעוצבים במשפט העברי, חוק החוזים אינו רואה את דיני הטעות ככרוכים ביסוד גמירת הדעת, ואף להיפך – אחד מיסודות עילות הטעות וההטעה היא קיומו של חוזה תקף.

¹¹⁰ שם. להשלמת התמונה, מעניין לבחון הקשר נוסף במשפט העברי החורג מדיני הטעות כפי שהם מעוצבים בו, אך יש בו כדי להאיר את היחס לצד שהתירשל בבדיקת הסכם ולפיכך מצא עצמו כבול בתנאים שאינם רצויים לו. המשנה במסכת בבא בתרא פרק י, משנה ח קובעת כך: "המלוה את חברו בשטר – גובה מנכסים משועבדים, על ידי עדים – גובין מנכסים בני חורין". כלומר כאשר ההלוואה ניתנה בשטר, הנושה גובה את החוב אף מנכסים אשר נמכרו לצד שלישי על ידי החייב, אך כאשר ההלוואה ניתנה בעדים בלבד, הנושה אינו רשאי לגבות את החוב מנכסים שנמכרו לצד שלישי. התלמוד הבבלי במסכת בבא בתרא דף קעה עמוד ב דן בטעם ההבדל בדין בין הלוואה בשטר והלוואה בעדים בלבד, מתוך הנחה שאין די בנימוק של הגנה על צדדים שלישיים כיוון שנימוק זה רלוונטי לשני סוגי ההלוואות. לפי ההבנה המקובלת של הסוגיה (ראו למשל פירוש הרשב"ם, שם, ד"ה גובה מנכסים בני חורין), הטעם להבדל הוא שבניגוד להלוואה בעדים בלבד, שדבר קיומה בדרך כלל אינו מתפרסם ולפיכך צד שלישי אינו יכול להיזהר מעסקאות עם חייבים, הלוואה בשטר בדרך כלל מתפרסמת ומאפשרת לצד שלישי להיזהר ולהבין את המשמעויות של עסקה עם חייב (וזאת בין לגישה הסבורה ש"שעבודא דאורייתא" ובין לגישה הסבורה כי "שעבודא לאו דאורייתא"). כיוון שאם לא יתשל, צד שלישי יהיה מודע לכך שהנושה עשוי לגבות את החוב של החייב ממנו – "אינהו ניהו דאפסידו אנפשיהו" – הוא גרם להפסד של עצמו. בכך באה לידי ביטוי התפיסה לפיה צד להסכם צריך לנקוט משנה זהירות באשר לתנאי ההסכם, והוא זה שיספוג את המחיר של רשלנותו.

ג. הסעד המתאים – סעד גמיש

בפרקים הקודמים הראיתי כי הפסיקה התנגדה לשלילת סעד הביטול מטועה רשלין, אך התחשבה באופן מצומצם ברשלנות הטועה בהקשרים מסוימים. לאחר מכן הצגתי שיקולים שונים שהועלו בספרות המתנגדים להתחשבות ברשלנות הטועה, וטענתי שלא זו בלבד ששיקולים אלה אינם שוללים התחשבות ברשלנות הטועה, הם עצמם עשויים להצדיק התחשבות זו. כלומר, מבחינה נורמטיבית יש הצדקה להתחשבות ברשלנות הטועה, גם אם הסעדים המשמשים להתחשבות בה אינם מוסכמים על הכל. לפיכך, בנקודה זו אבקש להסיט את הדיון מהשאלה האם ראוי להתחשב ברשלנות הטועה, לעבר השאלה מהו האופן בו ראוי להתחשב בה, ובעיקר מהו הסעד המתאים במקרה של רשלנות הטועה. לדיון זה נפנה עתה.

1. ביטול החוזה במקרים של רשלנות הטועה כסעד בינארי

ראשית, אבקש להקדים כמה מילים להבחנה בין סעדים בינאריים לבין סעדים גמישים.¹¹¹ סוג אחד של סעדים, כמוהם ניתן למצוא במרבית תחומי המשפט, הוא סעדים בינאריים הקובעים תוצאות חדות של "הכל או כלום". כך הוא סעד הביטול בגין טעות ידועה והטעיה (ככל שאין מדובר בחוזה הניתן להפרדה).¹¹² עשויות לעלות שאלות לגבי היסודות הדרושים להוכחת הטעות או ההטעיה, אך ככל שיסודות אלו מתקיימים רשאי הטועה לבטל את החוזה, וככל שיסודות אלו אינם מתקיימים הטועה אינו רשאי לבטל את החוזה. היתרון העיקרי של סעד מסוג זה, הוא שברגע שהוכרע על פי הראיות והכללים המשפטיים כי יש להעניק סעד, הענקתו לצד הזוכה פשוטה למדי ואינה טומנת בחובה מורכבות מיוחדת. לעומת זאת, החיסרון העיקרי של סעד מסוג זה, הוא שבמקרים מורכבים הוא עשוי להביא לתוצאה קטגורית הנוטה באופן בלתי צודק לאחד הצדדים.

סוג אחר של סעדים, הוא סעדים שבהיעדר מונח מתאים יותר, אכנה אותם סעדים גמישים. סעדים מסוג זה הינם גמישים במובן זה שהם מאפשרים התאמה מרבית בין הסעד לבין נסיבות המקרה.¹¹³ פסיקת פיצויים נזיקיים יחד עם האפשרות להפחיתם בשל אשם תורם היא דוגמה מובהקת לסעד מסוג זה. במסגרת זו, בית המשפט רשאי לפסוק פיצויים מופחתים עבור ניזוק שהיה אשם במידת מה בנזקו, תוך חלוקת האחריות לנזק בין המזיק לבין הניזוק באופן יחסי.¹¹⁴ יתרון של סעדים בינאריים הוא חסרונם של סעדים גמישים, ולהיפך: סעדים גמישים עשויים להביא לתוצאה צודקת יותר במקרים מורכבים, אך בה בעת הם מסוכנים

¹¹¹ ההבחנה בין סעדים גמישים לסעדים בינאריים אינה מקבילה בהכרח להבחנה בין סטנדרטים כללים (אף שסטנדרטים הינם בעלי גמישות מרבית). סעדים גמישים עשויים להיות גם הם מנוסחים כמערכת המורכבת ממספר כללים השואפים לתת מענה מתאים ומדויק למצבים רבים ומגוונים. ראו עוד מיגל דויטש "שיקול-דעת שיפוטי בדיני העסקאות הנוגדות – מגמות והרהורים" ספר אור: קובץ מאמרים לכבודו של השופט תיאודור אור 305, 308–310 (אהרן ברק, רון סוקול ועודד שחם עורכים 2013) (להלן: דויטש).

¹¹² למבט פמיניסטי על סעד הביטול ועל מאפייניו הבינאריים, ראו הלה קרן דיני חוזים מפרספקטיבה פמיניסטית שער שני פרק ג' (2004), ובמיוחד בעמ' 174.

¹¹³ יודגש כי בהתייחס לסעדים גמישים אין כוונתי לסעדים אשר חורגים מהכרעה לפי מאזן ההסתברויות המקובל במשפט האזרחי ומטילים אחריות יחסית על בסיס הסתברותי, אלא לסעדים אשר מתייחסים למציאות עובדתית נתונה וברורה באופן גמיש.

¹¹⁴ ס' 68 לפקודת הניזוקין [נוסח חדש].

הרבה יותר ליישום מדויק. כמו כן, מטבע הדברים סעדים גמישים כרוכים בדרך כלל בהרחבת שיקול הדעת השיפוטי וכפועל יוצא אף בפגיעה בוודאות המשפטית. לאמתו של דבר, ההבחנה בין שני סוגי הסעדים אינה הבחנה מושגית חדה, וניתן לומר שכל הסעדים נמצאים על ספקטרום של גמישות.

בשל חשיבות העניין לדיון, נרחיב מעט על הבינאריות של סעד ביטול החוזה בגין פגם בכריתה. כאמור, הסעד העיקרי שדיני החוזים מעניקים לטועה הוא ביטול החוזה.¹¹⁵ סעד זה הינו בינארי במובן זה שאחד הצדדים ישא בכל השלכות הטעות, והאחריות לה אינה מחולקת ביניהם. אם הטועה זכאי לבטל את החוזה ומימש זכות זו, החוזה יתבטל, ואם אינו זכאי לבטל את החוזה, החוזה יישאר על כנו כמו לא היה שום פגם בכריתתו. למעט במקרה של טעות לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, מדובר בסעד עצמי אשר ניתן לטועה ללא צורך באישור הביטול על ידי בית המשפט. ביטול החוזה בשל טעות או הטעיה מצר את ההגנה על אינטרס הקיום של הצד השני, בכך שהוא מאפשר לטועה לחזור בו ממחויבותו לחוזה תקף. ביטול החוזה אף מלווה בהשבה הדדית של מה שכל צד קיבל על פי החוזה, ואם ההשבה אינה אפשרית או אינה סבירה, בתשלום השווי של מה שקיבל צד לחוזה מהצד השני.¹¹⁶

אמנם במקרים מסוימים היחס לרשלנות הטועה עשוי להיות גמיש יותר, אך רק בנסיבות עובדתיות ומשפטיות ספציפיות, באופן שאינו נותן מענה כללי והולם לשיקולים שביסוד ההתחשבות ברשלנות הטועה. כך למשל, אופיו של סעיף 14(ב) לחוק החוזים עשוי לאפשר לבית המשפט לפסוק בדרך שתהלוך את אשמו של הצדדים במקרים של רשלנות הטועה הנופלים בגדרו. זאת משלושה היבטים: ראשית, ברירת הביטול אינה אוטונומית אלא טעונה אישור של בית המשפט; שנית, הפסיקה הכירה בכך שניתן להתחשב ברשלנות הטועה במסגרת השיקולים אותם ישקול בית המשפט בבואו להכריע אם לאשר את ביטול החוזה; שלישית, הסעיף האמור מאפשר לבית המשפט במקרה של ביטול החוזה לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה.¹¹⁷ בכך בית המשפט יכול לאזן בין האינטרסים של הצדדים, ולחלק את האחריות כך שתהלוך את אחריותם של הצדדים לגרימת הטעות. אך גם אם יש בדברים הללו כדי לצמצם את היקף הבעיה, הם נכונים אך ורק ביחס לטעויות הנופלות בגדרי סעיף 14(ב), ואינם מספקים מענה כולל לדיני הטעות. בנוסף, הדעה המקובלת היא שסעיף 14(ב) מקנה לבית המשפט את הסמכות לפסוק לצד השני פיצויי הסתמכות, ולא בכל מקרה תהיה הסתמכות, בכל אופן לא כזו שגובהה יכול לאפשר חלוקה צודקת של האחריות לטעות.¹¹⁸

¹¹⁵ או במקרים מסוימים, ביטול של חלק מסוים ממנו לפי ס' 19 לחוק החוזים. כפי שיורחב להלן, לעיתים הסעד לא יסתכם בביטול החוזה, וינתנו סעדים נוספים או שאלו יופחתו: פיצויים בגין חוסר תום לב במשא ומתן (ס' 12 לחוק החוזים) ומכוח דיני הנזיקין (שניתנים להפחתה מכוח דוקטרינת האשם התורם), והפחתת ההשבה (מכוח סייג הצדק שבס' 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, התשל"ט-1979).

¹¹⁶ ס' 21 לחוק החוזים.

¹¹⁷ ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 355.

¹¹⁸ ייתכן וניתן לתאר טענה זו גם בצורה דומה אך לא זהה: הקושי הוא בניסיון להגן על אינטרס הקיום של הצד השני באמצעות פיצויי הסתמכות. אם כי תיאור זה תלוי בשאלה מהו היקף ההגנה (וסוגה) הרצוי במקרה של פגיעה באינטרס הקיום עקב ביטול חוזה בגין פגם בכריתה. יודגש כי לעמדת חלוקת האחריות אינה צריכה לבוא לידי ביטוי רק נזק הכלכלי שייגרם לצד המבקש להשאיר את החוזה על כנו כפי שמורה ס' 14(ב), אלא

בדומה לסעד הגמיש של סעיף 14(ב), ישנם פתרונות נוספים שבכוחם לרכז את הבינאריות של הסעד, ולהביא לתוצאה צודקת בנסיבות מסוימות.¹¹⁹ במקרים מסוימים רשלנות הטועה עשויה לעלות כדי הפרת חובת תום הלב במשא ומתן, ולזכות את הצד שלא טעה בפיצויים לפי סעיף 12 לחוק החוזים. כאשר גם לטועה הרשלן תביעה מוצדקת לפיצויים מכוח סעיף 12, ניתן להיעזר בהגנת האשם התורם שאומצה לדיני התרופות בעניין *Eximin*,¹²⁰ כדי להתחשב באשם של כל הצדדים לחוזה ולחלק את האחריות לנוק ביניהם.¹²¹ אפשרויות אלה תלויות בקיומם של כמה תנאים, כגון תביעת פיצויים מכוח סעיף 12 לחוק החוזים, נזקי הסתמכות, רשלנות הטועה תרמה לקיומו של הנזק ועוד. אך במקרים המתאימים, ניתן יהיה להיעזר בהן לצורך מתן סעד גמיש והתחשבות ברשלנות הטועה.¹²² פתרון נוסף הוא להתחשב ברשלנות הטועה במסגרת ההשבה. כאשר בוטל חוזה בגין טעות או הטעיה, הצדדים חייבים להשיב זה לזה כל מה שקיבלו על פי החוזה, ואם ההשבה אינה אפשרית או אינה סבירה, הם חייבים בתשלום השווי של מה שקיבל כל צד לחוזה מהצד השני.¹²³ בדיון הנוסף בעניין *בייזמן* נקבע כי הבסיס הרעיוני של ההשבה בעקבות ביטול החוזה הוא אותו הבסיס של דיני עשיית עושר ולא במשפט, ולפיכך גם במקרה של ביטול חוזה בית המשפט רשאי לפטור מהשבה – כולה או מקצתה – אם מצא שהשבה אינה צודקת בנסיבות העניין, בדומה להוראת סעיף 2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט.¹²⁴ השיקולים אותם

גם בעצם ההכרעה לאשר לטועה לבטל את החוזה. כך למשל ייתכן כי העובדה שמאזן הנזק נוטה באופן משמעותי לטובת הטועה תוביל את בית המשפט למסקנה כי יש לאשר את ביטול החוזה, על אף רשלנותו של הטועה. עם זאת, אם במקרה כזה לצד אשר מבקש להשאיר את החוזה על כנו אין נזקי הסתמכות או שהם מועטים ביותר, נמצא שהטועה הרשלן גם זכה לבטל את החוזה, וגם הפיצויים המירביים אשר הוא יחויב בהם על ידי בית המשפט יהיו נמוכים ביותר. איוון האינטרסים בין הטועה לבין הצד שמבקש להשאיר את החוזה על כנו נעשה בצורה בינארית (הכרעה לאשר את ביטול החוזה), וריכוך הבינאריות (באמצעות פסיקת פיצויים) חלקי ביותר בשל הקשר בין גובה הפיצויים לנזקי ההסתמכות.

¹¹⁹ לכאורה סעיף 14(ג) מרכז את בינאריות סעד הביטול בכך שהוא מאפשר את תיקון הטעות, אך למעשה הוראה זו אינה הופכת את הסעד לגמיש יותר, אלא רק מאפשרת להימנע מלהגיע לצורך בסעד בינארי כביטול החוזה. עניין *Eximin*, לעיל ה"ש 56.

¹²⁰ על שימוש בהגנת האשם התורם בתביעה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים ראו שם בעמ' 87: "[...] אילו דובר בהפרת חובת תום הלב בשלב המשא והמתן, קל היה יותר להכיר בדוקטרינה של חלוקת אחריות, שכן מקורו של סעיף 12 לחוק החוזים איננו חווי בלבד (אלא גם נזיקי – ג.צ. [...])." עם זאת, בהינתן האמירה הברורה של הפסיקה שאין להתחשב ברשלנות הטועה במסגרת שאלת סעד הביטול (למעט בבקשה לפי ס' 14(ב)), יש לתהות ולהסתפק האם תהיה נכונות בפסיקה להתחשב באותה רשלנות במסגרת ס' 12.

¹²¹ באופן דומה, במקרים מסוימים ניתן יהיה להגיע לתוצאה זהה או קרובה באמצעות תביעה מכוח דיני הנזיקין. ס' 21 לחוק החוזים.

¹²² דנ"א 10901/08 *בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ*, פ"ד (1) 350, פס" 30–31 לפסק דינה של השופטת נאור (2011), אולם ראו דעת המיעוט של השופט ריבלין שם. להרחבה ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 904–917. זוהי העמדה הרווחת בפסיקה, אם כי ישנן דעות שונות בשאלת הבסיס העיוני של הוראת ההשבה בס' 21 לחוק החוזים (בתוך כל הוראות ההשבה בדיני החוזים) ובשאלת יחסה לדיני עשיית עושר ולא במשפט, לפיהן ההשבה במקרה של ביטול החוזה אינה כפופה לשיקול דעתו של בית המשפט. ראו איל זמיר ומיכאל כהן "חוזה פסול, חוזה למראית עין או חוזה פסול למראית עין? (בשולי ע"א 4305/10 אילן נ' לוי)" *משפטים* מה 251, 272–273 (התשע"ה); מיכל אגמון-גונן *אופקים חדשים במשפט – ההשבה בהקשרים חוזיים* 149–159 (התשס"א).

בוחר בית המשפט בקובעו אם לפטור מהשבה או מחלקה הינם רחבים למדי,¹²⁵ ולפיכך ניתן לטעון כי במסגרת אותם שיקולים ניתן יהיה להתחשב ברשלנות הטועה, ולפטור את הצד השני מהשבה במידה שתביא לחלוקה צודקת של אחריות הצדדים לחוזה.¹²⁶ גם פתרון זה להתחשבות ברשלנות הטועה נותן מענה אך לחלק מסוים של המקרים. לא בכל מקרה ישנה השבה, ולא בכל מקרה הפחתתה או אף מתן פטור ממנה יביאו לתוצאה צודקת.¹²⁷ כך גם יצוין שהעיקרון היסודי לפיו ההשבה היא הדדית עשוי לצמצם את קשת המקרים בהם ניתן יהיה להתחשב ברשלנות הטועה על ידי מתן פטור מהשבה רק למקרים בהם רשלנות הטועה היא זו שגרמה לכך שהצד השני סבל נזק או שינה את מצבו לרעה.¹²⁸ אך כפי שהערתי ביחס לשימוש בסעיף 12 לחוק החוזים לצורך התחשבות ברשלנות הטועה, יש בכך נתיב נוסף אשר במקרים מסוימים יתן מענה גמיש למצבים של רשלנות הטועה.

לאור הפתרונות השונים להגמשת סעד הביטול שהוצגו לעיל, עולה השאלה האם עדיין ניתן לומר שסעד הביטול הינו סעד בינארי? ניתן לטעון כי לא ניתן לקבוע כי סעד הביטול הינו סעד בינארי ללא בחינה כוללת של הסעדים אשר התבקשו על ידי הצדדים במקרה מסוים. כך למשל, ייתכן שבית המשפט יקבע כי רשלן טועה רשאי לבטל את החוזה, אך בד-בבד יקבל תביעת פיצויים של הצד השני בגין חוסר תום לב של הטועה במשא ומתן.¹²⁹ במקרה כזה, למעשה בית המשפט מעניק סעד גמיש הדומה למדי לזה שיכול להינתן בטענת טעות לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים. אך תשובה זו, אף שהיא אפשרית, אינה מספקת, מסיבה דומה לזו שהסעד הניתן מכוח סעיף 14(ב) אינו מספק: ככלל הפיצויים בגין חוסר תום לב במשא ומתן הינם פיצויי הסתמכות,¹³⁰ ובמקרים רבים לא יהיה נזק שנגרם לצד השני עקב המשא ומתן או כריתת החוזה ולקבל פיצויים אלו. אך גם אם נניח שאכן היה נזק כזה שיזכה את הצד השני בפיצויים, סכום הפיצוי לא בהכרח ישקף נאמנה את חלוקת האחריות לקיומה של הטעות, וסכום פיצויי ההסתמכות יהיה נמוך מדי או גבוה מדי בשביל להביא לידי ביטוי את ההגנה הרצויה לאינטרס הקיום של הצד השני ולהביא לתוצאה צודקת. בהקשר זה, חשוב להדגיש שגם אם התוצאה במקרה זה או אחר של רשלנות הטועה תהיה צודקת יותר במובן זה שהיא תחלק את האחריות בין הטועה לבין הצד השני, הבסיס למתן הסעד חשוב גם מעבר לשאלת התוצאה, שכן התנאים למתן הסעד אינם זהים בכל הסעדים. אין דומה מצב בו הצד שלא טעה קיבל פיצוי בסכום X בהמשך לביטול חוזה מצד רשלן טועה לפי ס' 14(ב) (פיצוי שתלוי, בין השאר, בקיומם של נזקי הסתמכות) למצב בו קיבל פיצוי זהה בשל נזקים שנגרמו לו כתוצאה מחוסר תום לב במשא ומתן (שתלוי, בין השאר בכך שרשלנות הטועה מהווה חוסר תום לב במשא ומתן), ושני אלה אינם דומים למצב בו הצד שלא טעה קיבל פטור חלקי מהשבה באותו הסכום (שתלוי בכך שההשבה אינה צודקת בנסיבות העניין).

¹²⁵ שם, פס' 45–46 לפסק דינה של השופטת נאור.

¹²⁶ ראו ע"א 5267/03 פרג-גשורי נ' מיטל, פ"ד נט(5) 337, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2005); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 593.

¹²⁷ באופן דומה לדוגמה שהובאה לעיל בה"ש 118, במצב בו לצד שלא טעה אין מה להשיב לטועה, או שבנסיבות העניין סכום ההשבה נמוך, ריכוך הבינאריות באמצעות הפחתת ההשבה הינו חלקי ביותר. וראו עוד בדיון בפרטי פסק הדין בעניין ספקטור, להלן בפרק ה-תת-פרק 1.

¹²⁸ פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 907–909 ובהפניות שם.

¹²⁹ ס' 12(ב) לחוק החוזים.

¹³⁰ שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 127–128.

אם כן, העובדה שלעיתים באופן מקרי ותלוי נסיבות ההתחשבות ברשלנות הטועה תבוא על סיפוקה באמצעות הסדרים אחרים, אינה משמיעה שההסדר העיקרי והישיר המטפל ברשלנות הטועה אינו בינארי, לפחות בכל הנוגע לאינטרס הקיום של הצד שלא טעה, ואף אם נקבל את הטענה שהוא אינו בינארי, היא אינה משמיעה שהוא מטפל באופן ראוי במקרים של רשלנות הטועה.

2. הסעד המתאים במקרים של רשלנות הטועה – סעד גמיש

לעיל נידונו הסעדים האפשריים במקרים של רשלנות הטועה, ונטען כי הסעד העיקרי המטפל במקרים אלה, סעד הביטול, הינו סעד בינארי. למעשה, בינאריות זו אינה קשורה דווקא למקרים של רשלנות הטועה, אלא היא מאפיינת את עיצובם של דיני הטעות בצילו של סעד הביטול. על פי רוב, הבינאריות של סעד הביטול מוצדקת משיקולים של "איזון האינטרסים" של הצדדים, איזון שעל פי רוב אינו מכיל מורכבות מיוחדת. אם התנהגותו של הטועה אינה כרוכה באשם משמעותי, וברוב המקרים אלו פני הדברים, ראוי לאפשר לטועה להשתחרר מחוזה שהוא נקשר בו מתוך טעות ולהשיב את המצב לזה שהיה עובר לכריתת החוזה בהתאם לשיקולים המדיניות השונים שנידונו לעיל.¹³¹

האם עיצוב זה של דיני הטעות מתאים גם למקרים של רשלנות הטועה? אני סבור כי התשובה לשאלה זו שלילית, וכי ראוי לעצב סעד גמיש יותר לטיפול ברשלנות הטועה. במקרה מורכב כרשלנות הטועה, סעד הביטול יביא בדרך כלל לתוצאה בלתי צודקת בה הצד הטועה רשאי לבטל את החוזה למרות שגם הוא שותף ברשלנותו לגרימת הטעות. במילים אחרות, פעמים שהפגיעה באינטרס הקיום של הצד השני, שהינה מוצדקת במקרה של טעות או הטעיה, אינה מוצדקת כאשר הטועה התרשל. בהקשר זה יש לזכור כי אופיו של סעד הביטול אינו ניטרלי, והוא למעשה מקנה לטועה יתרון על הצד השני בכך שהוא מחזיק בכוח לקבוע את עתידה של ההתקשרות ללא צורך בהתחשבות בצד השני.¹³² יתרון זה ראוי וצודק כאשר הטועה לא התרשל, ולא תרם ברשלנותו לקיומה של הטעות, אך במצב של רשלנות הטועה פעמים שיתרון זה אינו מוצדק.¹³³

העדפת סעד גמיש לטיפול ברשלנות הטועה אף משתלבת במגמה כללית יותר של המשפט האזרחי. בעבר, ובמידה מסוימת גם היום, המשפט האזרחי נוקט עמדה ברורה המבכרת כללים וסעדים בינאריים על סעדים גמישים.¹³⁴ אך בעשרות השנים האחרונות ניכרת נטייה מסוימת של בתי המשפט להעדיף כללי הכרעה גמישים על כללי הכרעה בינאריים.¹³⁵

¹³¹ ראו לעיל בפרק ב.

¹³² שם, בעמ' 276–277; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 515.

¹³³ עניין חבר, לעיל ה"ש 27, פס' 43 לפסק דינו של השופט עדיאל.

¹³⁴ להשקפה ביקורתית מרתקת על עמדה זו, ראו דיוויד יום מסכת על טבע האדם: ניסיון להנהיג בענפי הרוח את שיטת הטיעון הניסיונית 442–443 (מרק שטיינר עורך, יפתח בריל מתרגם, הוצאת שלם 2013).

¹³⁵ נציין לרשימה חלקית ולא ממצה: רע"א 3260/10 חתמי לוינס נ' סלוצקי, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 15.9.2013) (ביטוח); ע"א 8987/05 מלכי נ' סבון של פעם (2000) בע"מ, פסק דינו של השופט גרוניס (נבו 09.10.2007) (סימני מסחר); ע"א 6581/98 זאבי נ' מדינת ישראל - מחלקת עבודות ציבוריות, בעמ' 16–18 (נבו 07.03.2005) (פיצויי הפקעה); ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פס' נג-ס לפסק דינו של השופט רובינשטיין (נבו 4.8.2014) (קניין); ע"א 7726/10 מדינת ישראל נ' מחלב (נבו 16.10.2012) (מיסים); Guido;

השופט רובינשטיין, שבמקרים רבים העדיף פתרונות גמישים על פני פתרונות בינאריים, תלה מגמה זו במורכבות העובדתית והמשפטית ובחתימה לצדק: "כשלעצמי נראית לי הגישה הפרשנית המבקשת מדורג והכרה במצבי ביניים, וזאת מן הטעם של מורכבות המציאות העובדתית והמשפטית, מורכבות ההולכת ומתעצמת במקומותינו ובדורותינו. בתחומים רבים אין 'שחור ולבן' מביאים לצדק, ומכאן חיפוש אחר 'דגמי ביניים', בתחומים שונים של המשפט [...]"¹³⁶.

מעבר לשיקולים כלליים כגון חתירה לצדק, הדיון אודות סוג הסעד צריך להתייחס להתאמתו לתחום המשפטי הרלוונטי בהתחשב במטרותיו ובערכים העומדים ביסודו.¹³⁷ השאלה איזה סוג של סעד מתאים לתחום משפטי מסוים אינה שאלה קלה. המתחים העומדים בבסיס שאלה זו הם רבים ומגוונים, ונוגעים למטרותיו השונות של כל תחום משפטי, ובין המתחים המרכזיים שנוגעים במרבית תחומי המשפט ניתן למנות את המתחים בין צדק והוגנות לבין יעילות, יציבות וודאות משפטית. באופן כללי נראה כי בתחום של דיני החוזים הישראליים הנשלטים במידה רבה על ידי עקרון תום הלב, שפורש ויושם בפסיקה בצורה רחבה, תהיה העדפה לסעדים גמישים. זאת משום שבמידה רבה עקרון תום הלב מקריב במודע את בהירותן של הנורמות המשפטיות, כמו גם את יכולת התכנון וההסתמכות המוחלטת על החוזה, בעבור ערכים של צדק והגינות.¹³⁸ אכן, מבט על התפתחות דיני החוזים הישראליים מראה כי סעדים רבים הינם גמישים, או שהוגמשו עם השנים: סעד הביטול במקרה של טעות לפי ס' 14(ב), תוצאות חוזה פסול המתחשבות בצדק,¹³⁹ הכרה בהגנת האשם התורם,¹⁴⁰ סייגי אכיפת החוזה והאפשרות להתנות אכיפה בתנאים,¹⁴¹ ועוד. עם זאת, ייתכן שגם בתוך דיני החוזים תהיה הבחנה פנימית בין עניינים בהם תהיה עדיפות לסעד בינארי, לבין עניינים בהם דווקא סעד גמיש יהיה מתאים יותר.

לעיל ציינתי שסעד גמיש עשוי לאפשר התאמה מרבית בין הסעד לנסיבות המקרה. במסגרת זו, ראוי לתת את הדעת לכך ששיקולי המדיניות הרלוונטיים אינם מספקים תשובה קונקרטית בדבר האופן בו יש להתחשב ברשלנות הטועה. במצב זה, יתרונו של סעד גמיש הוא ברור – בידו לתת מענה המגשים את שיקולי המדיניות השונים כך שהם יבואו לידי ביטוי בצורה הטובה ביותר בנסיבות המיוחדות של כל מקרה ומקרה. לעומת זאת סעד בינארי

Calabresi & Jeffrey O. Cooper, *New Directions in Tort Law - 1995 Monsanto Lecture* ; אהוד גוטל "הסדר חדש לדין ההתיישנות?" **משפטים** לו' 829, 851-845 (התשס"ז) (נוזיקין והתיישנות); ס' 30-31 לחוק החוזים, ושלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 617-619 (חוזה פסול); רועי קרייטנר "הערעור נתקבל בחלק: תרופות-אמצע בשל הפרת חוזה" **עיוני משפט** ל' 265 (2007) (תרופות בשל הפרת חוזה). וראו לאחרונה את דבריו של השופט גרוסקופף בהקשר של סעדים מכוח הפרת חובת תום הלב במשא ומתן בע"א 2733/19 **אלימלך נ' רשות מקרקעי ישראל**, פס' 43-52 (נבו 9.6.2022).

¹³⁶ רע"א 1777/09 **עדין פיורה השקעות (1996) בע"מ נ' עד הואזה בע"מ**, פס' ט (נבו 30.3.2009).

¹³⁷ דויטש, לעיל ה"ש 111, בעמ' 309.

¹³⁸ אריאל פורת **הגנת אשם תורם בדיני חוזים** 63 (התשנ"ז) (להלן: פורת).

¹³⁹ ס' 31 לחוק החוזים: "[...] בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו" [ההדגשות שלי – צ.ג.].

¹⁴⁰ עניין **Eximin**, לעיל ה"ש 56.

¹⁴¹ ס' 3-4 לחוק התרופות.

כסעד הביטול, מצריך את בית המשפט להכריע באופן חד בין הטועה הרשלן לבין הצד השני, באופן שעל פי רוב לא יגשים את שיקולי המדיניות שנידונו לעיל, ובכך יעניק סעד שאינו יעיל, אינו הוגן ואינו מכבד את רצון הצדדים.

אם כן, לטענתי סוג הסעד המתאים למצב של רשלנות הטועה הוא סעד גמיש, שכן מצב של רשלנות הטועה הוא מורכב ולכן בניגוד לסעד גמיש, סעד בינארי יביא לתוצאה שאינה צודקת במובן זה שהיא מעדיפה יתר על המידה את ההגנה על הטועה או את ההגנה על אינטרס הקיום של הצד השני. כאמור, שיקולי מדיניות משמעותיים תומכים בהתחשבות ברשלנות הטועה, אך היכולת לממש את אותם שיקולים ולאזן ביניהם במקרה מסוים תלויה במידה רבה בגמישות הנתונה לבית המשפט במתן סעד.¹⁴² בנוסף לכך, הבחירה בסעד גמיש מתאימה למגמה הרווחת במשפט האזרחי המבכרת פתרונות גמישים על פני פתרונות בינאריים.

ד. ביטול מותנה

לעיל טענתי שהסעד המתאים לטיפול במקרים של רשלנות הטועה צריך להיות גמיש. אף ציינתי כמה אפשרויות המבוססות על הדין המצוי המאפשרות התחשבות גמישה ברשלנות הטועה, אך חסרונן העיקרי הוא שהן מתאימות אך ורק לעילות מסוימות ולנסיבות עובדתיות ספציפיות, ולפיכך הן אינן נותנות מענה כללי לבעיית הבינאריות של הסעד. בפרק זה אציע מנגנון נוסף, שטרם הוכר במשפט הישראלי, שבידו לסייע במתן סעד מתאים למקרים של רשלנות הטועה.

1. המנגנון המוצע

כבר צוין לעיל שלכאורה סעיף 14(ב) לחוק החוזים מאפשר להעניק סעד גמיש במקרים של רשלנות הטועה, אך עם זאת פתרון זה מוגבל למקרים ספציפיים בלבד – מקרים בהם נטענת טענת טעות שאינה ידועה. כמו כן, רשלנות הטועה היא רק מרכיב אחד מתוך שיקולי הצדק אותם עשוי לשקול בית המשפט כאשר הוא בוחן האם להיענות לבקשת הביטול, ולפיכך עשויה להיווצר אי התאמה בין הסעד לבין אחריות הצדדים לטעות. יתרה מכך, נראה כי הסעד אשר רשאי בית המשפט להעניק לצד השני במקרה שנענה לבקשת ביטול החוזה, הוא פיצויי הסתמכות בלבד, כעולה מלשונו של הסעיף: "רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה בפיצויים בעד הנזק שנגרם לצד השני עקב כריתת החוזה".¹⁴³ אף על פי כן, הובעה בספרות דעה אחרת. לדעת דניאל פרידמן ונילי כהן, אין מניעה שבית המשפט יוכל מכוח סעיף 14(ב) להתנות את ביטול החוזה בתנאים מסוימים, או לפסוק לצד השני פיצויי קיום.¹⁴⁴ נראה בעיני

¹⁴² עם זאת, ראו את דבריו הזהירים של מיגל דויטש בהקשר של עסקאות נוגדות, דויטש, לעיל ה"ש 111, בעמ' 310: "העובדה שהסדר 'חד' נתון מתברר כלא-מוצלח אינה מחייבת עדיין את המרתו במודל 'פתוח' של שיקול-דעת; ייתכן שראוי להמיר את ההסדר הקיים בהסדר 'חד' חלופי, וייתכן שראוי לקבוע מודל מעורב המשלב יסודות נוקשים עם מרכיבים גמישים". אם כי גם הוא מסיק בהקשר של הכרעות קנייניות, שלכאורה בהן מתאימים במיוחד פתרונות חדים ובינאריים, שיש לתת עדיפות לצדק נסיבתי בשאלות מורכבות, שם, בעמ' 340–341. בשל המורכבות של מקרה כרשלנות הטועה, לדעתי מסקנה זו יפה אף לכאן.

¹⁴³ שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 359.

¹⁴⁴ פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84–87.

שלשנו של סעיף 14(ב) צרה מלהכיל פרשנות מרחיבה כזאת לסעדים אותם רשאי בית המשפט להעניק מכוח הסעיף הנ"ל: הסעיף מציין במפורש במה רשאי בית המשפט לחייב את הצד שטעה ומבקש את ביטול החוזה – פיצויים בגין הנזקים שנגרמו לצד השני עקב הכריתה. פרידמן וכהן למעשה מרחיבים את שיקולי הצדק אותם שוקל בית המשפט בכואו להכריע אם לאשר את ביטול החוזה גם לבחינת הסעד המתאים שיש להעניק לצד השני: "יש וביטול ללא תנאי – איננו צודק, שעה שקביעת התנאים עשויה להפוך אותו לצודק".¹⁴⁵ ברם, לשון החוק מורה על הבחנה ברורה בין מטרת אישור הביטול – "מן הצדק", לבין מטרת הסעד אשר עשוי להינתן לצד השני – פיצוי על נזקי הכריתה, ולא צדק כמטרה כללית יותר. עם זאת, המוטיבציה לפרשנות מעין זו הינה ברורה, והיא בעצם נובעת – אם כי בניסוח אחר – מבעית הבינאריות של הסעד: ביטול החוזה לצד פסיקת פיצויי הסתמכות לא בהכרח יביא לתוצאה צודקת, אך הצבת תנאים לביטול החוזה דווקא כן: החלופה לגישתם של פרידמן וכהן היא שבמקרים בהם ביטול החוזה לצד פיצויי הסתמכות נחזה להיות בלתי צודק, בית המשפט לא ייענה לבקשת הביטול, וגם סעד זה יביא לתוצאה שאינה צודקת, אם כי הפעם לטובת הצד השני.

אף על פי שאני מסופק אם גישתם של פרידמן וכהן ניתנת לביסוס על סעיף 14(ב) לחוק החוזים, אבקש להציע כי ניתן לבססה על עקרון תום הלב.¹⁴⁶ ביטול חוזה או בקשה לבטלו צריכים להיעשות בתום לב, ככל שימוש בזכות הנובעת מחוזה.¹⁴⁷ כאמור, לעיתים ביטול החוזה מצד הטועה עשוי לעלות כדי חוסר תום לב אשר ימנע ממנו את הזכות לבטל את החוזה. במקרים מסוימים, בהם רשלנות הטועה עולה כדי חוסר תום לב, התניית הביטול בתנאים מסוימים עשויה לשמש כלי גמיש ויעיל שבית המשפט יוכל להיעזר בו על מנת להביא לתוצאה צודקת. תנאים אלו יכולים ללבוש צורות שונות ומגוונות, בהתאם לנסיבות כל מקרה ומקרה. כך למשל, ניתן להתנות את הביטול בתשלום פיצויים (שלא בהכרח יגנו על אינטרס ההסתמכות, אלא אף על אינטרס הקיום),¹⁴⁸ או בכך שהטועה יבצע פעולה מסוימת או ימנע מפעולה מסוימת.¹⁴⁹ מטרת התנאים אשר יציב בית המשפט בפני הטועה המבקש לבטל את החוזה תהיה לאפשר לטועה לקבל את מבוקשו, אך באופן שלא יזכה אותו בסעד אשר יעדיף אותו באופן מופרז על פני הצד השני. מנגנון מעין זה, אשר ילווה בדרישה מהטועה הרשלן להתחייב לקיומם של אותם תנאים אשר יציב בית המשפט או לוותר על ביטול החוזה, יאפשר גמישות רבה לבית המשפט להתאים את הסעד למקרים ספציפיים.

¹⁴⁵ שם, בעמ' 85.

¹⁴⁶ ביסוס זה דומה באופיו לשדה המשפטי בו הופעל מנגנון דומה לזה של הביטול המותנה בפסק הדין האנגלי המשפט היתה להגיע לפתרון צודק, ראו שם בעמ' 696. האפשרות לבטל חוזה בגין טעות משותפת מכוח דיני הישור, עליה התבסס פסק דין זה נשללה בדין האנגלי המודרני, ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 53–54.

¹⁴⁷ ס' 39 לחוק החוזים; שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 448 ובהערה 10 שם; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 536 ובהערה 115 שם. ראו עוד בגי"ש **שירותי תחבורה**, לעיל ה"ש 54, פס" 7–8 לפסק דינו של השופט ברק, שנראה שהחיל את ס' 39 לחוק החוזים על ביטול חוזה בשל פגם בכריתה באמצעות ס' 61(ב) לחוק החוזים ולא במישורין. כך או כך, החשוב לענייננו הוא שזכות הביטול בשל פגם בכריתה צריכה להיות מופעלת בתום לב.

¹⁴⁸ השוו למשל לתנאי שהציב בית המשפט בדנ"א 2568/97 **כנען נ' ממשלת ארצות-הברית**, פ"ד נז(2) 632, פס" 36 לפסק דינו של השופט אור (2003).

¹⁴⁹ השוו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 6, בעמ' 84–87.

העובדה שמנגנון זה מבוסס על כך שהשימוש בזכויות הנובעות מחוזה צריכות גם הן להיעשות בתום לב, מאפשרת להחילו באופן רחב יותר על כל דיני הטעות, ולא רק ביחס לטעות לפי סעיף 14(ב) כהצעתם של פרידמן וכהן. במקרה של רשלנות הטועה, ניתן בהחלט לטעון כי מקרים מסוימים של רשלנות הטועה עולים כדי חוסר תום לב ומצדיקים את השימוש במנגנון כזה של ביטול מותנה.

יודגש, כי ביסוס הביטול המותנה על עקרון תום הלב, להבדיל מעל סעיף 14(ב), אינו סמנטי בלבד, והוא נושא משמעות נורמטיבית שונה והשלכות יישומיות שונות. מבחינה נורמטיבית, ביסוס הביטול המותנה על עקרון תום הלב אינו מביט על ביטול החוזה בשל טעות או הטעיה רק בפרספקטיבה של צדק, אלא בעיקר בפרספקטיבה של תום לב. צדק בהקשר זה (בהצעתם של פרידמן וכהן) הוא מושג רחב הבוחן את התאמת הסעד והתוצאה לנסיבות הספציפיות של המקרה הנדון ולנסיבותיהם הייחודיות של הצדדים. ביטול מותנה המבוסס על תום לב בוחן גם את אלה, אך הוא ממוקד יותר בהתנהגותו ובהגיונותו של הטועה. לביסוס הביטול המותנה על תום הלב אף השלכות יישומיות השונות מאלו שכרוכות בהצעתם של פרידמן וכהן: ראשית, כאמור ביטול מותנה מתאים לשימוש בכל דיני הטעות ואף בדינים אחרים, והוא אינו מוגבל רק למקרים הנופלים תחת כנפיו של סעיף 14(ב). שנית, עשויים להיות מצבים בהם שיקולי צדק היו מורים להשתמש בביטול מותנה, אך שיקולי תום לב לא היו מצדיקים שימוש במנגנון האמור. כך למשל, במקרה של טועה רשלן שטעה בטעות לפי סעיף 14(א) או הטעיה אשר לכאורה מזכה אותו בביטול החוזה, אך ביטול החוזה עשוי לגרום נזק משמעותי לצד השני והימנעות מביטול החוזה כרוכה בנזק קטן בהרבה לטועה. הרחבת הצעתם של פרידמן וכהן המבוססת על שיקולי צדק תבקש להתנות את הביטול בתנאים. לעומת זאת, לפי הצעתי המבוססת על עקרון תום הלב, לא די בכך שלא יהיה זה צודק שהטועה ישתמש בזכות הביטול שלו, אלא שהיא צריכה להיות כרוכה בחוסר תום לב של הטועה הרשלן.¹⁵⁰

היבט נוסף של המנגנון המוצע, הוא שהוא משלים וממלא את מקומם של הסדרים דומים בהקשרים מקבילים בדיני החוזים. מנגנון של ביטול מותנה מזכיר את המנגנון הקיים בסעיף 4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת החוזה), התשל"א–1970: "בית המשפט רשאי להתנות את אכיפת החוזה בקיום חיוביו של הנפגע או בהבטחת קיומם או בתנאים אחרים המתחייבים מן החוזה לפי נסיבות הענין". המשותף למנגנונים אלו הוא ששניהם נועדו להתמודד עם מצב מורכב בו יש להגן על האינטרסים של שני הצדדים, תוך ניסיון להגיע לתוצאה צודקת שלא תושג באמצעות אכיפת החוזה לבדה.¹⁵¹ כמו כן, פעמים רבות מדובר במקרים בהם לולא

¹⁵⁰ פרידמן וכהן, שם, בעמ' 537–540, מציגים מקרה מעין זה שבו לטועה אין אינטרס מוצדק שבגינה הוא מבקש לבטל את החוזה, כמקרה שבו ביטול החוזה עשוי להיחשב כשימוש בזכות בחוסר תום לב. אמנם לעיתים עשוי להיות לטועה אינטרס מוצדק לבטל את החוזה, אף שמבחינה אובייקטיבית הנזק שייגרם לצד השני עקב הביטול חמור לאין שיעור מזה שהיה נגרם לטועה אילו היה נמנע מביטול החוזה.

¹⁵¹ ע"א 288/80 וינקלר נ' ספיר סודרי חברה לבנין בע"מ, פ"ד לו(2) 365, פס' 7 לפסק דינו של השופט ברק (1981): "יש שבית המשפט יוכל להיעזר בכוח שניתן לו עתה בסעיף 4 לחוק התרופות, ועל-ידי התנאת התנאי יסיר את חוסר הצדק שבאכיפה ללא פיצוי".

התנאים שייציב בית המשפט, הסעד העיקרי לא יוכל להינתן.¹⁵² הקשר בין סעד האכיפה בתנאים לביטול מותנה עשוי לסייע לבתי המשפט להפעיל את מנגנון הביטול המותנה. הפסיקה והספרות שעסקו בסעיף 4 לחוק החוזים (תרופות) יכולים להיות מקור להשראה בדבר האופן בו ייושם מנגנון של ביטול מותנה, התנאים אותם יבחר בית המשפט להציב, ועוד.

בפרק השלישי טענתי שראוי שהתחשבות ברשלנות הטועה תבוא לידי ביטוי בסעד גמיש, חלף סעד הביטול הבינארי בו משתמשת הפסיקה, אך טענה זו אינה מובילה למסקנה ההכרחית שיש לאמץ סעד של ביטול מותנה. ניתן למשל לאמץ הסדר הדומה לזה של סעיף 14(ב), המאפשר לבית המשפט לאשר את ביטול החוזה אך גם לחייב את הטועה בתשלום פיצויים קיום חלקיים לצד השני. אף על פי כן, לדעתי ביטול מותנה הוא הפתרון הראוי ביותר, וזאת משלושה טעמים: גמישותו הרבה, השתלבותו בדין הקיים, ופגיעה מינימלית בחופש החוזים.

ראשית, ביטול מותנה הוא סעד גמיש ביותר, המותר חופש פעולה נרחב לבית המשפט לעשות צדק, וזאת בשני מובנים: הן גמישות ביחס לקשת הסעדים הנרחבת שנתונה לבית המשפט (פיצויים, צו עשה או צו לא תעשה ועוד), והן ביחס ליכולת של בית המשפט להתאים את הסעד לנסיבות העובדתיות של המקרה הספציפי ולמידת אשמו של הטועה. כפי שצוין לעיל, אפילו הסדר הדומה לזה הקבוע בסעיף 14(ב), על אף גמישותו, אינו מספק באופן שבו הוא יכול להתמודד עם מקרים של רשלנות הטועה – לעיתים ההגנה על אינטרס הקיום מצריכה צו או אכיפה מסוימים של בית המשפט, ולא פיצוי כספי. כמו כן, לא תמיד בית המשפט ידע לכמת באופן מוצלח את סכום הפיצוי שיגן באופן ראוי על אינטרס הקיום של הצד השני בהינתן רשלנות הטועה. לדעתי במקרה מורכב כרשלנות הטועה ישנה עדיפות לביטול מותנה שנמנע מקשיים אלה, אף על פי שהוא כרוך בהרחבת שיקול הדעת השיפוטי על כל משמעויותיה. עם זאת, כדי לאזן בין שיקולי המדיניות השונים שנידונו לעיל, בהמשך אציע לתחום את השימוש בביטול המותנה ובגמישותו בעיקר למקרים בהם התנהגותו של הטועה עולה כדי רשלנות חמורה.¹⁵³

שנית, ביטול מותנה עשוי להשתלב באופן מוצלח וטבעי בדין הקיים, שכן רכיביו של הביטול המותנה כבר קיימים בהקשרים שונים של דיני החוזים הישראליים (שלילת ביטול החוזה עקב שימוש בזכות הביטול בחוסר תום לב והיענות לסעד המבוקש בכפוף לתנאים כפי שמצוי בתרופת האכיפה), וישנם היכרות וניסיון של שופטים ומשפטנים בכל הנוגע לאופן הפעלתם. כמו כן, ביטול מותנה אינו משנה את הסעד העיקרי בגין טעות או הטעיה – ביטול החוזה, אלא רק מסייג אותו במקרים מסוימים, ובכך יצומצם החשש לשינוי דיני הטעות ואופיים בעקבות אימוצו של ביטול מותנה.

שלישית, ביטול מותנה מאפשר טיפול גמיש מאוד במקרים של רשלנות הטועה, וזאת באופן שפוגע באופן מינימלי בחופש החוזים של הצדדים לחוזה. האינטרס של הטועה הרשלן להשתחרר מחוזה בו נקשר בטעות נענה, אם כי בתנאים מסוימים, ובכל מקרה לו

¹⁵² שם: "התנאת האכיפה בתשלום פיצויים היא המכשיר המשפטי, שבאמצעותו ניתן לעשות צדק בין הצדדים, תוך מתן האכיפה עצמה. ללא מכשיר זה, ייתכן שהיה מקום, במקרים מתאימים, להימנע מאכיפה. נמצא, כי אין בהתנאה זו כדי לעודד התחמקות מביצוע חיוב חוזי".

¹⁵³ להלן בפרק ד, תת-פרק 2.

נתונה ההכרעה הסופית אם לקיים את תנאי בית המשפט ולבטל את החוזה או להשאירו בתוקפו. אינטרס הקיום של הצד השני – אשר גם הוא שואב את כוחו מחופש החוזים¹⁵⁴ – נפגע באופן מינימלי, שכן גם אם הטועה יבקש לבטל את החוזה בכפוף לתנאים מסוימים, תנאים אלה בדיוק יאפשרו את ההגנה על אינטרס הקיום של הצד השני.

2. קווים מנחים ראשוניים להפעלת מנגנון של ביטול מותנה

אם כן, יש לשאול, באלו מקרים יש להפעיל את המנגנון של ביטול מותנה? ברור שמדובר אך ורק במקרים בהם ביטול החוזה ללא כל תנאי וסייג עולה כדי חוסר תום לב, אך בשל עמימותו של עקרון זה נראה שאין בכך כדי לקדם את הדיון בצורה משמעותית. קשה להגדיר באופן ממצה את כל המקרים בהם יהיה ראוי לעשות שימוש במנגנון המוצע, אך אבקש לשרטט קווי מתאר ראשוניים לכך, המתייחסים למידת הרשלנות של הטועה, היסוד הנפשי של הצד השני ו"מאזן הנזק". בחלק מהמקרים המבחנים השונים עשויים להביא למסקנות שונות, אך עם זאת, נראה שכוחם יפה בהצפת השיקולים הרלוונטיים במקרים של רשלנות הטועה. יודגש, שלדעתי המבחנים שאציע צריכים לבחון דווקא את השאלה האם ראוי להשתמש בביטול מותנה, אף שלכאורה ניתן היה להציע שימוש במנגנון של ביטול מותנה, ולהתחשב במבחנים אלה במסגרת השאלה אילו תנאים יש להציב לטועה המבקש ביטול.¹⁵⁵ הטעם להפרדה זו בין שאלת השימוש בביטול מותנה לבין שאלת אופן השימוש בו חשובה לשם הזהירות מהשתלטות המנגנון הגמיש על דיני הטעות בכללם, כפי שארחיב עוד בהמשך. לדעתי ראוי להשתמש במנגנון המוצע בעיקר במקרים בהם התנהגות הטועה הינה בגדר רשלנות חמורה. לטעמי, יש בכך איוון הולם בין הרצון להשיג תוצאה צודקת, לבין החשש שהתנהגותו של הטועה ורשלנותו ישתלטו על דיני הטעות. לצורך ביאור המונח העמום 'רשלנות חמורה', ניתן להיעזר בהסדר דומה המופיע בדין האמריקאי. לפי הריסטייטמנט השני על חוזים, אחד היסודות של עילת טעות או הטעיה המאפשרת לטועה לבטל את החוזה הוא שהסתמכות הטועה על ההטעיה מוצדקת (Justified Reliance).¹⁵⁶ על בסיס יסוד זה, קובע הריסטייטמנט שרשלנות אינה פוגמת בהצדקת ההסתמכות אלא אם היא עולה כדי חוסר תום לב, והיא עומדת בניגוד לסטנדרטים סבירים של מסחר הוגן.¹⁵⁷ בהערה לסעיף מקביל בריסטייטמנט, נאמר כי הגדרת ההסתמכות המוצדקת נמנעה מהמונח 'רשלנות חמורה' (Gross Negligence), שכן הוא עמום למדי,¹⁵⁸ בכך הריסטייטמנט מעמיד את ההסתמכות המוצדקת כפונקציה של אופי הרשלנות, בניגוד לעוצמתה. נראה שהגדרת ההסתמכות המוצדקת והמונח רשלנות חמורה אינם סותרים, וניתן להיעזר בשניהם על מנת לבחון האם להפעיל את המנגנון המוצע – הן ביחס לעוצמת הרשלנות והן ביחס לאופיה. הריסטייטמנט ממשיך ומפרט כי הסתמכות לא תהיה מוצדקת אם הטעות היתה מתגלה בבדיקה שטחית. זאת משום שמשמעות ההסתמכות המוצדקת אינה הסתמכות עיוורת על הצד השני, ומצופה

¹⁵⁴ שלו ואדר, לעיל ה"ש 65.

¹⁵⁵ עם זאת, אם לאור השיקולים שאציע להלן המסקנה תהיה שיש להשתמש בביטול מותנה, נראה שיהיה זה רצוי להשתמש באותם השיקולים לצורך גיבוש התנאים לביטול החוזה. ראו עוד להלן בהמשך תת-פרק זה.

¹⁵⁶ RESTATEMENT § 164 cmt. a

¹⁵⁷ RESTATEMENT § 157; § 172

¹⁵⁸ RESTATEMENT § 157 cmt. a

מצדדים למשא ומתן שיפעילו את שיקול דעתם באופן סביר.¹⁵⁹ בהמשך לעמדת הריסטייטמנט, נראה כי מידת הרשלנות צריכה להיבחן לאור נסיבות העניין, מהות העסקה, מיהות הצדדים ומאפייניהם, ומערכת היחסים ביניהם. כך למשל, בעסקאות משמעותיות מאוד (למשל אדם פרטי שרוכש דירה למגורים באמצעות רוב כספו), או כאשר הטועה הוא גוף מקצועי ומתוכם הכורת חוזים רבים (כגון בנק),¹⁶⁰ ייתכן שרף הזהירות הנדרש הוא גבוה יותר. כך גם כאשר הטועה חב חובת תום לב או חובת הגינות מוגברות, למשל כאשר מדובר ביחסים שבין בנק ללקוח או חייב,¹⁶¹ או כאשר הטועה היא רשות מנהלית.¹⁶² במקרה ששוררים יחסי אמון בין הצדדים, למשל בחוזים הנכרתים בין בני משפחה, ראוי כי בכל הנוגע לטעות הנובעת מהסתמכות על הצד שלא טעה רף הזהירות המצופה יהיה נמוך יותר, כך שיקשה על הצד השני לטעון כי הטועה התרשל התרשל חמורה.¹⁶³ הטעם לכך הוא שטבעם של יחסי אמון הוא שהצדדים סומכים זה על זה יותר מאשר בהתקשרויות בין זרים, ובנסיבות אלה הצבת דרישה מחמירה לבדיקה של דברי הצד שלא טעה, גם אם בדיקה זו פשוטה וזולה, עשויה לחבל ביחסי אמון אלה ומשכך אינה סבירה.¹⁶⁴

¹⁵⁹ RESTATEMENT § 172 cmt. b. כפי שהראתה Hoffer, ישנן עמדות שונות בבתי המשפט המדינתיים באשר ליישום גישת הריסטייטמנט, ראו Stephanie R. Hoffer, *Misrepresentation: The Restatement's Second Mistake*, 2014 U. ILL. L. REV. 115, 131-133 (2014). היא חילקה אותן לשלוש גישות: גישה אחת סוברת שישנה חזקה הניתנת לסתירה שהסתמכות מוצדקת; גישה שנייה, מצריכה רף מסוים של בדיקת הצהרותיו של הצד השני כדי להחשיב את ההסתמכות כמוצדקת, רף הנקבע בכל מקרה לגופו לפי רמת התחכום העסקי של הצדדים, ונסיבות העניין; גישה שלישית, היא גישת רוב בתי המשפט שאימצו את הריסטייטמנט, מחזיקה בעמדת ביניים: הטועה נדרש לבדיקה שטחית לכל הפחות של הצהרות הצד השני כדי שההסתמכות תהיה מוצדקת, אך אין צורך בבדיקה מעמיקה כדי להצדיק את ההסתמכות. לטעמי הגישה הראשונה היא הגישה הראויה, ונטל ההוכחה שהסתמכותו של הטועה אינה מוצדקת צריך להיות מוטל על הצד שלא טעה. אחרת, יש בכך כדי להפוך את היוצרות כך שהנחת המוצא תהיה שגם לאחר שהוכחו כל יסודות עילת הטעות או הטעיה, דיני הטעות לא בהכרח יחולו במתכונתם הרגילה, ורק אם הטועה הצליח לשכנע את בית המשפט שהסתמכותו מוצדקת אז יחולו ההסדרים הרגילים של דיני הטעות. דרך זו אינה הולמת את ההסדרים אשר בחר המחוקק לקבוע למצבים רגילים של טעות או הטעיה, והיא למעשה משנה אותם באופן מהותי בכך שהיא מוסיפה את הצורך להוכיח יסוד נוסף לקיומן של העילות מעבר לזה הקבוע בחוק – הסתמכות מוצדקת. למעשה, הוספת יסוד זה תכביד באופן משמעותי על טענות טעות והטעיה במקרים שהתרשלותו של הטועה אינה חמורה או שלא התרשל כלל (אשר הם רוב המקרים) ותקשה על דיני הטעות להגשים את מטרותם – איזון יעיל וצודק בין האינטרסים של הצדדים במקרה של כריתת חוזה מתוך טעות.

¹⁶⁰ השו"ע"א 5893/91 **טפחות בנק משכנתאות לישראל בע"מ נ' צבאח**, פ"ד מח(2) 573, פס' 20–23 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1994); ה"פ (מחוזי ירושלים) 2247/03 **רשף - בתפקידו ככונס נכסים נ' יוסף**, פס' 13–14 לפסק דינו של השופט אוקון (נבו 16.3.2004); Palmer; לעיל ה"ש 58, בעמ' 13; שם בעמ' 15.

¹⁶¹ ע"א 8143/14 **חלפון נ' בנק דיסקונט למשכנתאות בע"מ**, פס' 13 לפסק דינו של השופט הנדל (נבו 29.1.2017).
¹⁶² בג"ץ (ירושלים) 4422/92 **עפרן נ' מינהל מקרקעי ישראל**, פ"ד מז(3) 853, פס' 12 לפסק דינה של השופטת דורנר (1993); דפנה ברק-ארוז **משפט מינהלי** כרך ג – משפט מינהלי כלכלי 297–303 (2013).

¹⁶³ שאלה נוספת שראוי להרחיב עליה היא מה יהיה דינו של א' (הטועה) בהתקשרות עם ב' שאין ביניהם יחסי אמון, כאשר הטעות נובעת מהסתמכות הטועה על ג' אשר בינו לבין א' מתקיימים יחסי אמון. אין זה המקום להרחיב על היבט נקודתי זה, אך אציין בקצרה שלדעתי במקרה זה יחסי האמון לא יביאו להורדת רף הזהירות המצופה מן הטועה, כיוון שההתחשבות ביחסי האמון של א' וג' צריכה להיות רלוונטית רק ליחסים המשפטיים שבניהם ולא להשפיע על צדדים שלישיים (ב' בדוגמה שלעיל).

¹⁶⁴ לשיקול דומה שעלה בפסיקה בקשר לשאלת תום הלב באי רישום הערת אזהרה במקרה של בני-זוג השותפים במקרקעין מכוח הילכת שיתוף הנכסים, ראו עניין **גנו**, לעיל ה"ש 53, פס' 22 לפסק דינו של הנשיא ברק.

היסוד הנפשי של הצד השני גם הוא עשוי להשליך על השאלה אם להשתמש במנגנון של ביטול מותנה. כאמור, כבר בעניין חבר ציין השופט עדיאל שהפגם המוסרי הדבק בצדדים עשוי להשפיע על השאלה האם מוצדק להתחשב ברשלנות הטועה.¹⁶⁵ בניגוד לשתיקת חוק החוזים בכל הנוגע ליסוד הנפשי של הטועה, ביחס ליסוד הנפשי של הצד השני יש כמה הבחנות בחוק: סעיף 14(א) דן במקרה שהיסוד הנפשי של הצד השני הוא מודעות או רשלנות, סעיף 14(ב) דן במקרה שהצד השני אפילו לא התרשל, וביחס לסעיף 15 החוק שותק, ואכן רבו הדעות ביחס ליסוד הנפשי הנדרש לקיומה של הטעיה.¹⁶⁶ אף על פי כן, בדומה לטענה שטענתי לעיל,¹⁶⁷ העובדה שחוק החוזים מתחשב ביסוד הנפשי של הצד השני אינה משמיעה שהחוק מעוצב באופן שמתייחס לסוגיית רשלנות הטועה, ולפיכך גם היסוד הנפשי שעיצב המחוקק למקרה רגיל של טעות או הטעיה אינו בהכרח מתאים למקרה בו הטועה התרשל. אם כן, נראה שיש לבחון את האשם של הטועה מול אשמו של הצד השני, כחלק מאיזון האינטרסים העומד ביסוד דיני הטעות.¹⁶⁸

כאמור, יש להפעיל מנגנון של ביטול מותנה רק כאשר הטועה התרשל התרשלות חמורה. עולה מכך שכאשר היסוד הנפשי של הצד השני הינו זדון, דהיינו כוונה לבסס את הטעות במחשבתו של הטועה, לא יהיה זה מוצדק להשתמש במנגנון של ביטול מותנה, שכן התנהגותו של הצד השני חמורה יותר באופן משמעותי מזו של הטועה.¹⁶⁹ כאשר היסוד הנפשי של הצד השני הינו תום לב ללא רשלנות, אין כל מניעה להשתמש בביטול מותנה.¹⁷⁰ במקרה הפחות חמור, כאשר היסוד הנפשי של הצד השני הינו מודעות להטעיה או לטעות, אך ללא כוונה של ממש לבסס את הטעות במחשבתו של הטועה,¹⁷¹ נראה בעיני שיש להשתמש בביטול מותנה, נוכח הרצון לאזן בין האינטרסים של הצדדים ולמנוע פגיעה

¹⁶⁵ עניין חבר, לעיל ה"ש 27, פס' 43 לפסק דינו של השופט עדיאל. אף שניתן לטעון שבהתנהגות מסוימת יש פגם אף אם היא נעשית ללא אשם, מהקשר הדברים נראה שהשופט עדיאל מתייחס לפגם מוסרי במובן זה שהתנהגות כרוכה באשם.

¹⁶⁶ לסקירה ודיון בדעות השונות, ראו זמיר "טעות והטעיה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 251–256.

¹⁶⁷ פרק א, תת-פרק 1.

¹⁶⁸ איוון האינטרסים יכול להיעשות בדרכים שונות. כך למשל, ניתן להציע ששימוש בביטול מותנה יוגבל רק למקרים בהם הצד השני היה תם לב, מה שימצא במידה ניכרת את היכולת להתחשב ברשלנות הטועה באמצעות ביטול מותנה. מנגד, ניתן לטעון שתמיד יהיה נכון להפעיל ביטול מותנה ואפילו במקרה של הטעיה בזדון, אף שיש בכך פסול מוסרי ודרך זו עלולה לעודד התנהגות פסולה של מתקשרים. קשה לשרטט קו גבול מדויק, אך המתווה שאציע מנסה לשרטט קו גבול ראוי גם אם לא ניתן לדחות בצורה חד-משמעית איוונים מעט שונים.

¹⁶⁹ אף שגישה זו ראויה לטעמי, לא ניתן להתעלם מחיסרון משמעותי הגלום בה: הטועה התנהג בצורה רשלנית וחסרת תום לב, אך התנהגות זו לא תקבל ביטוי ממשי בסעדים שיפסקו. החיסרון מתעצם לאור העובדה שכנראה גם טענת הצד השני לחוסר תום לב במשא ומתן של הטועה תידחה, בשל היסוד הנפשי החמור של הצד השני. חיסרון זה מאפיין את ההתחשבות באשם של שני הצדדים במשפט האזרחי, וכך גם בדיני הנזיקין ייתכן שמזיק ברשלנות לא יצטרך לשלם מאומה לניזוק בשל אשם תורם של מאה אחוז. והשוו לדיונם המקיף של השופטים בע"א 9057/07 אפל נ' מדינת ישראל (נבו 2.4.2012), שם נידונה השאלה כיצד ראוי ליישם את דוקטרינת האשם התורם בניזיקין כאשר הוטלה אחריות מכוח עולת התרמית.

¹⁷⁰ כאשר מדובר בטעות לפי ס' 14(ב), בחלק מהמקרים ניתן יהיה להסתפק בביטול באישור בית המשפט תוך פסיקת פיצויי הסתמכות לצד השני, אך כפי שכבר ציינתי, פתרון זה מתאים רק לחלק מהמקרים של רשלנות הטועה.

¹⁷¹ למעשה זהו מקרה קלאסי בו ללא ביטול מותנה יחולו ס' 14(א) או 15 לפי הקשר הדברים.

מופרזת באינטרס הקיום של הצד השני. מודעותו של הצד השני, על אף חומרתה, אינה מספיקה כדי שהחלת ההסדר הרגיל הקבוע בסעיף 14(א) או 15 ללא סייגים יהיה מוצדק, זאת בהתחשב ברשלנות החמורה של הטועה. מקל וחומר, גם כאשר התנהגותו של הצד השני עולה כדי רשלנות, ואפילו רשלנות חמורה, נראה לי כי ראוי יהיה להשתמש בביטול מותנה. נסכם את הדברים בטבלה:

הטועה	הצד השני/המטעה	הדוקטרינה
רשלנות חמורה	זדון	דיני הטעות הרגילים
רשלנות חמורה	מודעות	ביטול מותנה
רשלנות חמורה	רשלנות חמורה	ביטול מותנה
רשלנות חמורה	רשלנות	ביטול מותנה
רשלנות חמורה	בתום לב וללא רשלנות	ביטול מותנה

חשוב לציין שהדיון ביסוד הנפשי של הצד השני מתרכז אך ורק בשאלה האם יש להשתמש בביטול מותנה או לא. אם יבחר בית המשפט להשתמש בביטול מותנה, אין ספק שראוי לקחת בחשבון את היסוד הנפשי של הצד השני גם בעיצוב התנאים לביטול החוזה. כך למשל, התנאים שיוצבו לביטול החוזה על ידי טועה רשלן, כשמנגד הצד השני היה מודע לטעותו ולא פעל לתקנה, יהיו קלים יותר מאשר התנאים שיוצבו למטעה בתום לב (בהינתן שאר הדברים שווים).

לבסוף, יש לבחון גם את חומרת אי הצדק של התוצאה אם לא ייושם המנגנון המוצע, במסגרת "מאזן הנזק". במקרה של הסתמכות משמעותית של הצד השני על קיומו של החוזה, יהיה זה ראוי להתנות את ביטול החוזה בתנאים. כך גם כאשר לפי "מאזן הנזק" הצד השני יינזק במידה רבה הרבה יותר מהביטול מאשר הטועה. לעומת זאת, כאשר אין הסתמכות משמעותית, או שלא צפוי נזק רב לצד השני אם יבוטל החוזה, נראה שהדבר יוכרע משיקולים אחרים, בין השאר אלו שהוצגו לעיל. מבחינת היחס בין השיקולים, נראה ששיקול זה הוא בעל המשקל הנמוך ביותר, שכן בניגוד לשני השיקולים הקודמים שהוצעו, מבחן זה אינו בוחן את התנהגותם של הצדדים אלא את הפגיעה בהם אם בית המשפט ישתמש בביטול מותנה או לא. גמישותו של הביטול המותנה בדרך כלל תאפשר להתחשב בכך במסגרת יישום הביטול המותנה, ולפיכך נראה שהדבר העיקרי שיש לבחון הוא את אשם של שני הצדדים. אם כן, מנגנון של ביטול מותנה ניתן ליישום ביחס לכל סוגי הטעויות (ואף מעבר להם), אך בשל החשש מהשתלטות על דיני הטעות רצוי להפעילו רק במקרים בהם הטועה התרשל באופן חמור. לכן גם נראה כי במקרים בהם פתרונות אחרים שהרלוונטיות שלהם להתמודדות עם מקרים מורכבים של רשלנות הטועה תלויה בנסיבות המקרה (אשם תורם), פיצוי לפי ס' 14(ב), השבה חלקית וכדומה) יביאו לתוצאה צודקת, יהיה זה עדיף על פני השימוש במנגנון של ביטול מותנה.

3. טענות נגד והתמודדות עימן

אימוץ מנגנון של ביטול מותנה בדיני הטעות כרוך בכמה חששות. ראשית, יש לחשוש שהשימוש בעקרון רחב ועמום כתום לב לצורך טיפול במקרים של רשלנות הטועה יביא

להשתלטות עקרון זה על דיני הטעות. כך למשל התבטא השופט חשין ביחס לשימוש בעקרון תום הלב לפסיקה במקרה שרכיבי עילת הכפייה אינם מתקיימים:

לאמיתם של דברים, יכולים היינו לספק עצמנו בעילה זו של היעדר תום-לב – כהוראת סעיף 39 לחוק החוזים – ואולם דומה שראוי כי איש המשפט יידרש לעילת-תשתית זו רק בהיעדרן של עילות ספציפיות ולאחר בחינה מדוקדקת של עילות חלופיות מוכרות. לו אחרת אמרנו, חוששני שהיינו גולשים חיש-קל לפסיקה 'מן הצדק' בלבד, ותחזית זו לא תרנין לב.¹⁷²

איני מתנגד לשינוי חקיקתי שיעגן את הביטול המותנה, וייתכן שהוא רצוי, אך עם זאת איני סבור שחקיקת הביטול המותנה הינה תנאי הכרחי לאימוצו. השימוש בתום הלב באופן זה – על אף הזהירות הכרוכה בכך – מוכר ומושרש בפסיקה, אף כאשר הוא עוקף כללים המוסדרים בחקיקה. ניתן לבקר גישה זו, אך היא מסקנה פרשנית מתקבלת על הדעת לחובת תום הלב, והיא חלק מהדין המצוי. כך בכל דיני החוזים, וכך בדיני הפגמים בכריתה.¹⁷³ אימוץ ביטול מותנה כחלק מחובת תום הלב הינו הרחבה מעטה בלבד של החופש הקיים לבית המשפט ממילא לעקוף את דיני הטעות הקבועים בחוק החוזים (למשל בקובעו שביטול חוזה בגין טעות נעשה בחוסר תום לב), ומקרה כרשלנות הטועה מצדיק שימוש בסעד המבוסס על חובת תום הלב. יתרה מכך, ההבניה של שיקול הדעת ביחס למצבים בהם ראוי שיחול ביטול מותנה (מצבים אליהם כאמור, החוק אינו מתייחס והוא פרי פיתוח פסיקתי), יחד עם העובדה שביטול מותנה משתלב עם הדין הקיים ומתבסס עליו, מובילים למסקנה שביטול מותנה אינו עוקף את ההסדרים הקבועים בחוק החוזים, אלא רק מסייגם. זכות הביטול של טועה רשולן עשויה להיות מותנית, כמובן רק במקרים מסוימים, אך היא עדיין קיימת.¹⁷⁴

שנית, גישה זו המבוססת על עקרון רחב ועמום כתום-לב, עשויה להביא לפגיעה בוודאות המשפטית.¹⁷⁵ שימוש נרחב במנגנון של ביטול מותנה אף עשוי להביא לכך שכל תביעה בעילת טעות או הטעיה תהיה מלווה בטענת הגנה של רשלנות הטועה, מצב שיכביד על טועים לקבל סעד. זאת במיוחד במקרים של הטעיה במחדל, שכן במקרה שהופרה חובת

¹⁷² ע"א 2299/99 שפיר נ' דיור לעולה בע"מ, פ"ד נה(4) 213, פס" 30 לפסק דינו של השופט חשין (2001). וראו רע"א 1407/94 '1 Mediterranean Shipping Co. S.A '1 Credit Lyonnais (Suisse) S.A, פ"ד מח(5) 122, פס" 7 לפסק דינו של השופט חשין (1994).

¹⁷³ בעיה דומה מתעוררת כאשר ניתן לתבוע בכמה עילות שונות ביחס לאותו מקרה. כך למשל ביטול החוזה בגין טעות או הטעיה אינו חוסם תביעה גם בעילה של חוסר תום לב במשא ומתן. לדין אודות ייחוד עילה בדיני הטעות, ראו חגי ויניצקי "ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 137 (יהודה אדר, אהרן ברק ואפי צמח עורכים, 2021).

¹⁷⁴ אכן, ניתן לטעון כפי שטען איל זמיר פירוש והשלמה של חוזים 47 (1996), ש"ניתן להביט על סיוג השימוש בזכות כעל סיוג הזכות עצמה, משום שאין הברל מעשי בין איסור השימוש בזכות בנסיבות כלשהן, לבין הקביעה שבאותן נסיבות אין הזכות קיימת". אולם לטעמי לא כל סיוג של זכות עולה כדי איסור על השימוש בה. כפי שמציין מיגל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – 'קווים אדומים' לתחולת העיקרון?" עיוני משפט יח 261, 266 (1993): "כל עוד נותר 'גרעין' הזכות בעינו, ומכוח עקרון תום-הלב מתבצעים שינויים המותנים בהתקיימות נסיבות מיוחדות בלבד, יש לגרוס כי לפנינו הגבלת ה'שימוש' בזכות, ולא התערבות אסורה בתניות עצמן". דבריו נכתבו בהקשר של התערבות בתוכן החוזה, אך דומה שהם מתאימים אף לכאן.

¹⁷⁵ אם כי ישנם ממצאים המערערים את הטענה שהכרעה שיפוטית המבוססת על סטנדרטים עמומים ודאית וצפויה פחות מהכרעה הנסמכת על מערכת כללים מסועפת. ראו איל זמיר "עוד על פירוש והשלמה של חוזים" משפטים מג 5, 42–49. (התשע"ג).

הגילוי, לרוב הטועה היה יכול לגלות את המידע שהוסתר ממנו בעצמו (גם אם במחיר מסוים), ולפיכך הנתבע יוכל לטעון שהטועה התרשל והתרשלותו עולה כדי חוסר תום לב. על אף חשש זה, נראה ששימוש במנגנון זה, המיוחד למקרים מסוימים בלבד של רשלנות הטועה, יאפשר להשתמש בביטול מותנה באופן שחשש זה והחשש שתום הלב ישתלט על דיני הטעות לא יהיו משמעותיים כל כך.¹⁷⁶ אף יש שטענו כי הוודאות המשפטית הכללית – מעבר לוודאות המשפטית במקרה זה או אחר – רק תתחזק בעקבות שימוש זהיר בסעדים המבוססים על עקרון תום הלב.¹⁷⁷ חשש זה אך מדגיש את חשיבות ההבחנה בין השלב בו נבחנת השאלה האם יש להשתמש בביטול מותנה לבין השלב בו יש ליישם את המנגנון, באופן שימנע מצב שעיקר שיקול הדעת השיפוטי מופנה ליישום הביטול המותנה בנסיבות הספציפיות, בניגוד לשאלה האם בכלל ראוי להשתמש בו באותן נסיבות.

שלישית, ניתן לטעון שהכרה במנגנון של ביטול מותנה פוגעת באוטונומיות של סעד הביטול מכוח טעות לפי סעיף 14(א) או הטעיה, ולמעשה משנה את אופיו של סעד הביטול. התשובה לכך היא שביטול מותנה אינו מסמיך את בית המשפט להתנות את תוקפו של הביטול בתנאים מסוימים, אלא רק שבית המשפט יכול לקבוע שבהיעדר קיום תנאים מסוימים מצדו של הטועה, ביטול החוזה על ידו ייחשב לביטול בחוסר תום לב. במילים אחרות, השדה בו פועל מנגנון הביטול המותנה אינו השדה של סעד הביטול, אלא השדה של השימוש לרעה בזכות.¹⁷⁸

רביעית, ניתן לטעון שביטול מותנה במקרה של רשלנות הטועה בוחן למעשה את התנהגות הצדדים בשלב המשא והמתן, והאכסניה המתאימה לטיפול ברשלנות זו היא סעיף 12 לחוק החוזים וסעדיו. איני סבור שטענה זו נכונה, שכן עצם התנהגותו הרשלנית של הטועה בשלב המשא ומתן היא אך נסיבה שמשפיעה על השאלה האם ביטול החוזה נעשה בחוסר תום לב. דיון ברשלנות הטועה, כל עוד לא ביקש הטועה לבטל את החוזה, אכן צריכה להיבחן לפי סעיף 12, אך משעה שביקש לבטל את החוזה שדה הדיון עובר (גם) לדיני הטעות וביטול החוזה.

חמישית, ניתן לטעון שמנגנון של ביטול מותנה פוגע בחופש החוזים בכך שהוא כורת עבור הצדדים חוזה חדש. התשובה לכך היא שהצבת תנאים לביטול החוזה אינה בגדר כריתת חוזה חדש עבור הצדדים, שכן הבחירה אם לעמוד על ביטול החוזה או לוותר עליו עדיין נתונה לטועה. כל שבית המשפט קובע הוא שביטול החוזה ללא כל תנאי וסייג, במקרים בהם הטועה התרשל באופן חמור, הינו ביטול בחוסר תום לב ולפיכך נעדר תוקף.

4. הערה על ביטול מותנה בהקשרים אחרים

עד כאן הדיון בביטול מותנה נערך בפרספקטיבה של סוגיית רשלנות הטועה ודרכי הטיפול בה. כן נטען כי ביסוס הביטול המותנה על עקרון תום הלב מאפשר להחילו על כל סוגי הטעויות לפי סעיפים 14 ו-15 לחוק החוזים. אך לכאורה עוגן זה של עקרון תום הלב מאפשר להחיל את מנגנון הביטול המותנה אף בהקשרים אחרים בהם צד לחוזה זכאי לבטלו, כגון הפרת חוזה. לא זו בלבד, אלא שהשימוש בעקרון תום הלב המעוגן בחוקים רבים מלבד חוק

¹⁷⁶ זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 88.

¹⁷⁷ ע"א 391/80 לרסון נ' שכון עובדים בע"מ, פ"ד לח(2) 237, פס' 9 לפסק דינו של השופט אלון (1984).

¹⁷⁸ ראו עוד לעיל בה"ש 174.

החוזים, ואף בחוקים שאינו מעוגן בהם באופן ישיר השימוש בו מתאפשר מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים, ולפיכך נשאלת השאלה האם ניתן ורצוי לפתח מנגנונים שונים של סעדים מותנים, אף מחוץ לתחומם של דיני החוזים או סעד הביטול. במסגרת מאמר זה איני מתכוון לעסוק בשאלה האם מנגנון הביטול המותנה מתאים לשימוש גם בהקשרים אחרים, אך אעיר כי ההצעה להשתמש בביטול מותנה מושפעת ומתכתבת עם ההקשר הספציפי בו דן מאמר זה – דיני החוזים ובתוכם דיני הטעות וסעד הביטול. מנגנון של ביטול מותנה עשוי להיות עניין לא רצוי בתחומים משפטיים אחרים, ואף אם סעד מותנה יהיה מתאים גם בהקשרים אחרים, עיצוב המנגנון באמצעותו יותנה הסעד עשוי להיות שונה במידה רבה מהמנגנון המוצע במאמר זה. לפיכך, אף שמנגנון הביטול המותנה שהוצע לעיל עשוי לשמש לפיתוח מנגנונים דומים או מקבילים, פיתוח זה צריך להיות זהיר ורגיש להקשר המשפטי.

ה. פסקי הדין ספקטור ומאייר כמקרי מבחן

לעיל הוזכרו דרכים מגוונות להתחשב ברשלנות הטועה באופן גמיש, חלקן הוזכרו בפסיקה ביחס למקרים של רשלנות הטועה, חלקן מבוססות על הפסיקה אך יישומן לא עלה בהקשר זה ולבסוף הוצעה דרך נוספת – ביטול מותנה. בפרק זה דרכים אלו יעמדו למבחן. אמת המידה העיקרית תהיה האם הדרכים שהוצעו ישיגו פתרון צודק, מאוזן וראוי המבוסס על סעד גמיש במקרים מורכבים של רשלנות הטועה. לצורך הדיון, איעזר בפרטיהם של שני פסקי דין: פרשת ספקטור שהוצגה בתמציתיות בפרק הראשון, ופסק הדין בעניין מאייר של בית המשפט השלום בחדרה. הבחירה בפסקי דין אלה נעשתה משום שהם עוסקים במקרים מובהקים של רשלנות הטועה, בהם רשלנות הטועה נקבעה כמצא עובדתי בבית המשפט.¹⁷⁹

1. פסק דין ספקטור

כאמור, פרשת ספקטור עסקה בעסקה למכירת מגרש שהקונה סבר שניתן לבנות עליו בניין בן שש-עשרה דירות, אך בשל מגבלות תכנוניות ניתן היה לבנות עליו שתיים עשרה דירות בלבד. המגבלות התכנוניות היו ידועות למוכר, אך הוא לא סיפר עליהן לקונה. הקונה הניח כי מצבו התכנוני של המגרש מאפשר לבנות עליו בניין בן שש-עשרה דירות, בין השאר בשל ניסיונו קביל, ולא טרח לברר את מצבו התכנוני של המגרש בעירייה ואף לא שאל את המוכר על כך. השופטים אשר ולנדוי נחלקו בשאלה האם המוכר הפר את חובת הגילוי "לפי הנסיבות" אשר מושפעת מחובת תום הלב, אך מבחינת התוצאה כלל שופטי ההרכב הסכימו שהחובה ניתנת לביטול – בשל הטעיה המחדל, או בשל פגם בזכות. לצורך תת-פרק זה אניח כי אכן התרחשה הטעיה במחדל, ואת הטענות בדבר פגם בזכות אותיר לעת עתה מחוץ לדיון. במקרה זה, אם נתייחס רק לטענת הטעיה במחדל, נראה שהשופט אשר היה מאפשר לקבלן לבטל את החובה, ואילו השופט ולנדוי לא היה מאפשר לו לעשות כן. לאור העובדה שהקבלן

¹⁷⁹ לכאורה מתבקש היה להדגים את השימוש בביטול מותנה באמצעות פסק הדין בעניין כרמל, לעיל ה"ש 39, שעורר הדים בספרות בהקשר של רשלנות הטועה. אך כפי שציינתי לעיל בהערה 47, מסתבר יותר לפרש את פסק הדין כעוסק בנטילת סיכון, במיוחד בכל הקשור לתניות "as-is", ולפיכך נמנעתי משימוש בפסק דין זה והתמקדתי בפסקי דין שעוסקים ברשלנות הטועה באופן מובהק יותר.

נהג ברשלנות חמורה,¹⁸⁰ ובמידה רבה הוא זה שגרם לטעותו, נראה כי התוצאה – הן זו שהיה מגיע אליה השופט אשר והן זו שהיה מגיע אליה השופט לנדוי – מעוררת תחושה של אי צדק. לאור הנתונים העובדתיים שהוצגו בפסק הדין, ולאור הפתרונות שהוצעו לעיל לבעיית רשלנות הטועה, נראה שניתן היה להגיע לתוצאה גמישה וצודקת יותר. בגזרת הפתרונות שהרלוונטיות שלהם לטיפול ברשלנות הטועה תלויה בנסיבות הספציפיות של המקרה, ייתכן שניתן להיעזר בהשבה חלקית. הקבלן שילם למוכר דמי קדימה בסך של 175,000 לירות, ולפיכך בית המשפט יכיר בזכות הביטול של הקבלן בשל הטעיה במחדל, אך יפסוק שלאור רשלנותו החמורה של הקבלן השבה מלאה לא תהיה צודקת, ויפחית אותה בשיעור שיגלם חלוקת אחריות הוגנת. עם זאת, ייתכן וחלוקת אחריות הוגנת תעריך את רשלנותו של הקבלן במונחים כלכליים בסכום גבוה מדמי הקדימה, ולכן ניתן לנסות ולפנות – במקום או בנוסף – למנגנון של ביטול מותנה.

נראה כי מנגנון של ביטול מותנה עשוי להתאים ליישום במקרה זה: רשלנותו של הקבלן הינה רשלנות חמורה כפי שציין השופט לנדוי בפסק הדין, והיא התבטאה בפזיזות, פעולה על בסיס הנחות עובדתיות לא מבוססות, וללא בירור מצבו התכנוני של המגרש. כמו כן, מדובר בקבלן מנוסה, אשר כבר עסק בבנייה בחלקה אחרת באותו גוש בו היה מצוי המגרש, שעמד בקשר עם אדם פרטי. בנוסף, המוכר הטעה את הקונה במחדל, ולא נראה שהיתה זו הסתרה מכוונת בזדון. אכן, התנהלותו הרשלנית של הקבלן משקפת חוסר תום לב, דאגה לקויה להצלחת ההתקשרות וחוסר התחשבות באינטרסים של המוכר. מנגד, ניתן לטעון שחומרת אי הצדק שיש באישור ביטול החוזה על ידי בית המשפט אינה רבה, לאור העובדה שבניית הבניין במגרש טרם החלה, ולפיכך אין להזדקק למנגנון של ביטול מותנה. אם נבחר להחיל את המנגנון של ביטול מותנה במקרה זה, בית המשפט יכול להתנות את ביטול החוזה בתנאים, אשר אם לא ימולאו ביטול החוזה מצד הקבלן ייחשב כביטול שלא בתום לב ולפיכך בית המשפט לא יקבלו: הוא יכול לדרוש מהקבלן לפצות את המוכר במידה שתשקף את אחריותו להיווצרות הטעות ואת הפגיעה באינטרס הקיום של המוכר, פיצוי קיום חלקיים; הוא יכול להתנות את הביטול בנכונות של הקבלן לקיים את החוזה במחיר שיקבע שמאי כי הוא משקף את ערך המגרש בהינתן המגבלות התכנוניות (אף שנכונות זו אינה מונעת מהמוכר לסרב למחיר החדש), ועוד. בכך נראה כי יהיה ניתן לפסוק סעד גמיש יותר, ולפיכך גם צודק ויעיל יותר.

2. פסק דין מאייר

מקרה מבחן מעניין הוא המקרה של פסק הדין **טשובוטרו נ' מאייר** של בית המשפט השלום בחדרה.¹⁸¹ ואלו בתמצית פרטי המקרה הרלוונטיים לענייננו כפי שנקבעו בפסק הדין: באותו מקרה, נידון זכרון דברים שנחתם בין מתווכת שניסתה למכור את ביתו של אחיה, לבין הקונה, אשה משכילה בת 64, ללא ניסיון ברכישת דירות, אך בעלת ניסיון רב בכריתת חוזים בשל משלח ידה, אשר ביקשה לרכוש דירה להשקעה בפרדס חנה. במסגרת זו, המתווכת הראתה לקונה מספר נכסים, ולבסוף גם את הנכס אותו ביקשה הקונה לקנות (להלן: הבית). לאור העובדה שבבית גר שוכר, לקונה לא התאפשר לראות את הבית אלא מבחוץ. עובדה זו לא

¹⁸⁰ ראו לעיל ה"ש 20.

¹⁸¹ ת"א (שלום חד') 45117-06-11 **טשובוטרו נ' מאייר** (נבו 10.2.2015) (להלן: עניין מאייר).

מנעה מהקונה להיחפז ולחתום על זכרון דברים עם המתווכת (שהיתה גם מיופת כוחו של אחיה) ביחס לעסקת המכר – שבהמשך נקבע בבית המשפט כי יש לו תוקף חוזי מחייב – אף ללא בחינה מעמיקה של הנכס ובירור אודות מצבו הפיזי, התכנוני והמשפטי. חיפזון זה בהתקשרות בעסקה תואר כך בפסק הדין: "מדובר בהתנהגות תמוהה בלשון המעטה, ואין מנוס מלהרהר אחד מידת הסבירות שהיא מגלה. היא אינה תואמת את המצופה מאישה בגילה ובמעמדה של הנתבעת ואינה הולמת בגיר בעל כשרות משפטית, תבונה ושיקול-דעת".¹⁸² התנהלות הצדדים סוכמה כך:

האמור לעיל מאיר באור הנכון את התרומה שהשיאה כל אחת מבעלות-הדין לגרימת התוצאה שביטויה בחתימת הזכ"ד, במועד ובנסיבות שבהן נחתם. [...] התובעת חטאה בכך שהסתירה מהנתבעת נתון בעל-חשיבות להערכת שווי הנכס, כמו גם לעצם החלטתה של הנתבעת לרוכשו – ולא גילתה לה כי מצויה בו בניה לא חוקית בהיקף של כ-20% מן השטח הבנוי. התובעת לא הקפידה על אמות-מידה מקצועיות שלאורן היא מתנהלת כמתווכת, זאת חרף העובדה שהנתבעת פנתה אליה כמתווכת ולא כמי שמציעה נכס פרטי. התובעת עירבה בין המקצועי לפרטי, והאדירה את יתרונותיו של הנכס דגן באופן שהיה בעל השפעה על החלטת הנתבעת לרוכשו וליתן לכך ביטוי בזיכרון-דברים שיחתם על-אתר. מנגד, הנתבעת חטאה בכך שלא נתנה ביטוי חיזוני למצב רגשי מיוחד בו הייתה נתונה לטענתה, ככל שהיה כזה, ואף שהקפידה לחזור ולהדגיש שהייתה מבולבלת [עמ' 51 ש' 11, 18], לא ניתן לכך ביטוי גלוי בהתנהלותה; היא יצרה מצג של מי שגמרה בדעתה לרוכש את הנכס ולאחר שעיינה במסמכים הקשורים בו ביקשה לחתום על זכ"ד שיעגן את התחייבויות הצדדים על כך.¹⁸³

הטענה המרכזית שנידונה היא טענת הטעיה והטעיה במחדל של הקונה. מפסק הדין ניכרת ההתלבטות של השופטת אניספלד כיצד עליה לפסוק. מצב מורכב זה, בו מחד גיסא הטועה התרשל באופן חמור ובכך תרם להיווצרות הטעות, ומאידך גיסא הטעות נוצרה בשל הטעיה ברורה של הצד השני, זוקק פתרון גמיש שהדין אינו מספק. לבסוף, השופטת קבעה בעקבות הלכת חבר כי רשלנות הטועה לא תשלול ממנה את זכות ביטול החוזה. עם זאת, ובהתבסס על דוקטרינת האשם התורם החוזי שנקבעה בעניין *Eximin*, דחתה השופטת את תביעות הנזיקין של הקונה שנלוו לביטול החוזה.¹⁸⁴ פסיקה זו, מעוררת קושי עיוני. הלכת *Eximin* מאפשרת להפחית פיצויים עקב אשם תורם, אך במקרה זה לא הופחת שום פיצוי, אלא נדמה כי נשללה עילת תביעה ללא כל דיון ביסודות העולות הנזיקיות ובאשם התורם.¹⁸⁵ ספק אם הלכת *Eximin* יכולה להוות אסמכתא לסעד מרחיק לכת כל כך. אף על פי כן, המוטיבציה של פסיקה זו, המבצבצת מתחת לפני השטח מובנת לגמרי: פסיקה שתעניק לקונה את מלוא

¹⁸² שם, פס' 33(ד).

¹⁸³ שם, פס' 33(י).

¹⁸⁴ שם, פס' 44(ה).

¹⁸⁵ אכן, התחשבות באשם תורם עשויה להביא להפחית את מלוא סכום הפיצוי, אך במקרה זה השופטת לא דנה בעילות התביעה הנזיקיות, אלא דחתה אותן על הסף. כך עולה גם מההפניה לפסק הדין בעניין *Eximin*, ולא לס' 68 לפקודת הנזיקין.

מבוקשה מעוררת תחושה קשה של אי צדק. לפיכך, נבחן האם המודלים שהוצעו לעיל מספקים פתרון הולם למקרה זה.

ככל שתביעות הנזיקין היו מתקבלות, ניתן היה להפחית את סכום הפיצוי עקב אשם תורם, אם כי סעד זה אינו נוגע במישרין לביטול החוזה על ידי הקונה הרשלנית. המתווכת לא תבעה כל פיצויים מלבד תביעה לפיצויים מוסכמים, שנדחתה עקב ביטול החוזה בגין הטעיה, ולפיכך פתרונות תלויי נסיבות לא יסייעו במקרה זה. האם ראוי להפעיל את המנגנון של ביטול מותנה? לאור האמור, נראה כי הציטוטים שהובאו מפסק הדין מלמדים כי התרשלות הקונה היתה חמורה ביותר. עם זאת, כמה עובדות עשויות להוביל למסקנה כי אין להפעיל מנגנון של ביטול מותנה במקרה זה. ראשית, היו במקרה זה פערי כוחות ברורים: "בין התובעת לנתבעת התקיימו פערי כוחות גלויים, ידועים ולא סמויים מן העין, שמקורם בהיותה של התובעת מתווכת מקרקעין – מולה ניצבה מי שהעידה על עצמה כי היא מבקשת לרכוש נכס להשקעה אך זקוקה לסיוע מהיותה חסרת ניסיון וידע בתחום".¹⁸⁶ לכך יש לצרף את העובדה כי המתווכת לא היתה נייטרלית ביחס לנכס, ובית המשפט קבע "כי דובר בנכס שיש לה [=למתווכת, צ.ג.] נגיעה אישית אליו".¹⁸⁷ שנית, וזו הנקודה העיקרית, "לא דובר בהטעיה בשוגג, אגב אורחא, אלא ביצירת מצג שווא כוזב באורח יזום ואקטיבי".¹⁸⁸ העובדה שמדובר בהטעיה זדונית של המתווכת כשלעצמה צריכה לשלול ביטול מותנה. אם הקביעה העובדתית באותו מקרה היתה שונה במעט, למשל שהיתה הטעיה, והמתווכת היתה מודעת לטעות של הקונה לא התכוונה להטעותה, לכאורה היה ראוי להפעיל מנגנון של ביטול מותנה. אופיה הפזיז של ההחלטה להתקשר בזכרון הדברים עולה כדי חוסר תום לב שמצדיק ביטול מותנה. למעשה, ניתן היה להגיע לתוצאתו האופרטיבית של פסק הדין, אך בדרך אחרת המבוססת על יישום של ביטול מותנה: בית המשפט היה יכול להתנות את הביטול בכך שהקונה תוותר על תביעות הנזק שלה (תחת ההנחה שהן היו מתבררות כמוצדקות). לחלופין, בית המשפט יכול היה להתנות את הביטול בכך שהקונה תשלם פיצויים בגובה הפיצויים המוסכמים שנקבעו בזכרון הדברים בשיעור של 15% מערך הנכס (או חלקם), כאומדן למחיר המוערך על ידי הצד השני לאי קיום ההסכם בנסיבות העניין. ייתכן שבהתבסס על האפשרות האחרונה, בית המשפט היה קובע פיצוי בשיעור נמוך יותר מגובה הפיצויים המוסכמים כדי לתת ביטוי לאשם של המתווכת שידעה על הטעות ולא טרחה לתקנה. כל מקרה ומקרה זקוק להתאמת הפתרון המתאים והצודק ביותר בנסיבות העניין, והתאמה זו צריכה להיות רגישה לפרטי המקרה. אך נראה כי המודלים שהוצעו עשויים להעניק כלים לפתור חלק מהמקרים שבהם הטועה התרשל, גם אם לא את כולם.

¹⁸⁶ עניין מאיר, לעיל ה"ש 181, פס' 3(1).

¹⁸⁷ שם, פס' 3(1). וראו שם פס' 3(1): "יש תימוכין לכך שהתובעת ידעה היטב כי נקרתה בדרכה הזדמנות פז ללכוד בזכ"ד קונה תמימה, לא זהירה ומתלהבת יתר על המידה ולהנציח מחיר חוזי גבוה אשר הושג ללא משא ומתן, ללא בדיקה מקדימה מן הסוג הדרוש והמצופה ולמצער בלי שהתאפשר לנתבעת לראות את פנים הבית ולהיווכח כי הוא והשוכר שמחזיק בו מתאימים לה ולמטרותיה".

¹⁸⁸ שם, פס' 17(1).

סיכום

התרומה אשר מבקש מאמר זה להרים לדיון בסוגיית רשלנות הטועה נוגעת לשלושה היבטים. ההיבט הראשון, הוא בבחינה ביקורתית של הדין הנוהג ביחס לסעד הניתן לטועה רשלן. כפי שהראיתי, היחס של הפסיקה והספרות לרשלנות הטועה מעורר קושי, בשל העובדה שבמקרה מורכב כרשלנות הטועה הוא גוזר תוצאות בינאריות ולא צודקות – או שהטועה רשאי לבטל את החוזה ללא התחשבות ברשלנותו, או שאינו רשאי לבטל את החוזה ללא התחשבות בטעותו. ההיבט השני, הוא בחינה עיונית של רשלנות הטועה, מנקודות מבט שונות ומגוונות. במסגרת זו, הראיתי כי התחשבות ברשלנות הטועה, לפחות כאשר מדובר ברשלנות חמורה, עשויה לשקף ערכים של הוגנות, סולידריות ותום לב, ואינה בהכרח ביטוי לתפיסה אינדיבידואליסטית שאפיינה את דיני החוזים הקלאסיים; הראיתי כי התחשבות ברשלנות הטועה ובאשם בכלל במסגרת דיני הטעות עשויה להיות רצויה ויעילה; הוצגו דינים קרובים לדיני הטעות ונטען כי ישנה התאמה – או למצער אין סתירה – בין התחשבות ברשלנות הטועה לבין דינים אלה; וכן שרשלנות הטועה במקרים קיצוניים אינה זרה אף למשפט העברי, אף שישנה מחלוקת בעניין בין פוסקי ההלכה. ההיבט השלישי, הוא הרחבת ארגז הכלים שעומד לבית המשפט בבואו לדון במקרים של רשלנות הטועה, באמצעות פיתוח מנגנון של ביטול מותנה המבוסס על עקרון תום הלב, המאפשר במקרים רבים של רשלנות הטועה להבטיח שהסעד שיינתן יהיה גמיש יותר ולפיכך גם צודק יותר. המאמר מציג את מורכבות סוגיית רשלנות הטועה, וטוען שעל אף שהפסיקה לא התחשבה ברשלנות הטועה באופן משמעותי, יהיה זה נכון לשקול עמדה זו מחדש כדי להביא לפתרונות צודקים יותר.