

## רשלנות הטועה: אשם, צדק ותום לב

מאת

צור גרוסמן\*

חוק החוזים אינו קובע דבר בנוגע לרשלנות הטועה ולהשלכות של רשלנותו על הסעדים שלהם 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 והתחשבות מועטה ברשלנותו בהקשרים נקודתיים. המאמר דן בגישת הפסיקה ומבקר אותה, בעיקר בטענה שהיא מביאה לתוצאות בינאריות ולפיכך לא צודקות במצבים של רשלנות הטועה, שבדרך כלל הם מצבים מורכבים. המאמר דן בשיקולים שונים בנוגע לסוגיה העקרונית של התחשבות ברשלנות הטועה ומסיק כי יש להתחשב בה. לאחר מכן מוצגת הטענה כי הסעד המתאים לטפל במצבים של רשלנות הטועה הוא סעד גמיש. נוסף על כמה סעדים שהוצעו בדין המצוי, אשר החיסרון העיקרי שלהם הוא שהם מתאימים רק לנסיבות עובדתיות ומשפטיות מסוימות, המאמר מפתח מנגנון של ביטול מותנה, שבאמצעותו יהיה אפשר 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. **ו. סיכום.**

### מבוא

דיני הטעות בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 מתייחסים לצורות שונות של טעות, אך הם שותקים באשר לרשלנות הטועה. כך הדבר גם בדיני הטעות בהצעת חוק דיני ממונות.<sup>1</sup> למעשה, רשלנות מוזכרת במפורש במקום אחד בלבד בחוק החוזים,<sup>2</sup> וככלל

\* בעת הגשת המאמר לפרסום היה הכותב תלמיד בשנה ב בפקולטה למשפטים באוניברסיטה העברית בירושלים. ברצוני להודות לאפי צמח, לאורי בן-אוליאל, לאביב דויטש ולעדו כהן על שיחות מועילות ועל הערות מצוינות לטיוטות 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 ולאגף הטכני של כתב העת על עבודה קפדנית ויסודית. האחריות לכל טעות שנפלה במסגרת המאמר – עליי בלבד.

1 הצעת חוק דיני ממונות, התשע"א–2011, ה"ח 712, 754–755.

היסוד הנפשי נעדר ממנו. עובדה זו העלתה ברבות השנים שאלות רבות על היסוד הנפשי הנדרש לעניינים שונים בדיני החוזים, ובייחוד בשאלת הרשלנות בדיני הטעות: אם ניתן להטעות ברשלנות וללא כוונה זדונית, אם רשלנות הטועה עשויה להשפיע על היקף הסעדים שיעניק בית המשפט לטוען טענת טעות או הטעיה, ומה היחס בין טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה לבין רשלנות הטועה. שאלות אלו ושאלות נוספות זכו לדיונים מעמיקים בספרות ובפסיקה, על חלקן אף ניטשו מחלוקות חריפות.

ברם, אשר לסוגיה אחת בממשקים שבין הרשלנות לדיני הטעות שבה הפסיקה והביעה את עמדתה כי ההתחשבות ברשלנות הטועה צריכה להיות מצומצמת למדי, וככלל, לא ישלל מטועה רשלן הסעד העיקרי המוענק לטועה – ביטול החוזה, וליתר דיוק: טענה כי הטועה התרשל לא תוכל לשמש טענת הגנה מפני ביטול החוזה בשל טעות או הטעיה. הלכה זו נטועה ומושרשת בפסיקה, והיא משקפת תפיסה שלפיה 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 בעין ביקורתית ולהציג את הקשיים שהיא מעוררת, ובראשם בעיית הבינאריות של הסעד שמביא לתוצאה של "הכול או כלום", אף במצבים שבהם נראה צודק שהאחריות לגרימת הטעות תתחלק בין הצדדים.<sup>3</sup>

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

הילוך הדברים יהיה זה: **בפרק הראשון** אציג את החוק ואדון בשאלה אם הסדריו מתייחסים לרשלנות הטועה, אסקור את הפסיקה הנוגעת לאופן שבו יש להתייחס אליה ואת ההנמקות שניתנו לעמדה זו. **בפרק השני** אדון בסוגיה העיונית של רשלנות הטועה ואבחן שיקולים שונים שעלו בספרות בנוגע אליה: 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 הוא סעד בינארי, וכי אופיו של הסעד המתאים ביותר לטיפול במקרים אלה הוא סעד גמיש, בעיקר משום שמקרים של

2 ס' 28(ג) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973.

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 בלי שהיה מודע לטיב מעשיו, לנסיבות או לתוצאות המזיקות של התנהגותו, כאשר אדם סביר בנעליו היה מודע לפרטים אלו.

4 ס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

5 שם, בס' 14(ג). לגישה אחרת, ולפיה 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).

רשלנות הטועה הם מורכבים ומצריכים סעד גמיש כדי להביא לתוצאה צודקת ולהגשים את שיקולי המדיניות הרלוונטיים שלעיתים נתונים במתח אלה עם אלה, בצורה הטובה ביותר. **בפרק הרביעי** אציג מנגנון שטרם זכה ליישום במשפט הישראלי – "ביטול מותנה" – ואציע את דעתי שלפיה יהיה אפשר להעניק באמצעותו סעד גמיש במקרים מסוימים של רשלנות הטועה. כמו כן אסרטט קווים מנחים ראשוניים להפעלת מנגנון זה ואתמודד עם טענות נגד אימוצו. **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 שבהם רשלנות הטועה באה לידי ביטוי ואדגים כיצד השימוש בסעדים שהוצעו עשוי להביא לתוצאה צודקת יותר. את המאמר אחתום בסיכום.

## א. רשלנות הטועה – הדין המצוי

בעבר נבעו דיני החוזים בישראל מתפיסה אינדיווידואליסטית, חדה ונוקשה, אשר בהקשר של חוזה מכר זוהתה עם העיקרון "יזוהר הקונה" (caveat emptor).<sup>6</sup> לפי תפיסה זו, יש לתת משקל נכבד ואף מכריע לרשלנותו של מתקשר שטעה בשל רשלנותו. חוסר הזהירות של הטועה הרשלן היא שגרמה לטעות, ולפיכך השקפת הדין הייתה 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.<sup>7</sup> התפיסה החדשה באה לידי ביטוי בתחומים רבים, וכך גם ביחסה של הפסיקה לרשלנות הטועה. אך לפני שאדון בפסיקה אעסוק בשאלה אם החוק עצמו מתייחס לרשלנות הטועה ולטיב השפעתו 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 במפורש.<sup>8</sup> 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

6 ראו שם, בעמ' 123; גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 69–70, 389–390 (מהדורה רביעית 2019); 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). להרחבה על העיקרון יזוהר הקונה ראו דרורה פלפל "יזוהר המוכר יזוהר הקונה" **עינוי משפט** ה' 94; **עינוי משפט** ה' 332 (1977) (שני חלקים).

7 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 69–70, 389–390; חיים כהן **המשפט**, לעיל ה"ש 6, בעמ' 801. כן ראו את דבריו של השופט ויתקון בע"א 531/75 **מרקו נ' רוטפלד**, פ"ד ל(2) 393, 397 (1976) ("העקרון של CAVEAT EMPTOR אינו מקובל כל כך היום").

8 ראו למשל §157, §172 (Am. L. Inst. 1981) **RESTATEMENT (SECOND) OF CONTRACTS** (להלן: HEIN KÖTZ, **EUROPEAN CONTRACT LAW** 162–163 (2nd ed., Gill Mertens & Tony Weir trans. 2017)).

ידועה, טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה והטעיה במעשה ובמחדל, ולכאורה היה אפשר לטעון שההבחנה בין סוגי הטעויות נשענת בין היתר על אשמו של הטועה. למשל, עילת ההטעיה בסעיף 15 לחוק החוזים אינה כוללת דרישה כי הטעות תהיה יסודית, ואילו טעויות לפי סעיף 14 כוללות דרישה כאמור. ייתכן לטעון שמצב זה משקף תפיסה שלפיה במקרים של הטעיה יש להקל עם הטועה ולייחס משקל פחות למבט האובייקטיבי הקובע סטנדרטים חיצוניים לתפיסתו של הטועה, ולכן אין להתחשב ברשלנותו במקרים של הטעיה. לעומת זאת בטעויות לפי סעיף 14 נתן המחוקק משקל למבט האובייקטיבי, ולפיכך ההתחשבות ברשלנות הטועה במקרים אלה תהיה גדולה יותר.<sup>9</sup>

לדעתי, טענה זו אינה משכנעת, בראש ובראשונה בשל העובדה שאין לה זכר בלשון החוק. אומנם באשר לצד השני נעשה שימוש בביטוי "היה עליו לדעת",<sup>10</sup> וכן "לא היה עליו לדעת",<sup>11</sup> שמקובל לפרשם כעוסקים ביסוד נפשי של רשלנות, אך ביטויים אלה אינם מתייחסים לטועה. זכאותו של הטועה לסעד מבוססת בדיני הטעות על יסודיות הטעות, על צדק, על גרימה וטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, והיא אינה מתוארת במושגים של אשמה. מלבד זאת, עצם הטענה שדיני הטעות שבחוק החוזים יוצרים הבחנות מדויקות על בסיס אשם חשופה לביקורת בשל העובדה שבחוק החוזים יוצרים הבחנות מדויקות על בעיות ניסוח רבות שמערפלות ומקשות הסקת מסקנות ברורות מסעיפי החוק בכל הנוגע לאשמו של הטועה שכאמור לא זכה להתייחסות מפורשת.<sup>12</sup> פרידמן וכהן אף ציינו: "ההוראה בעניין טעות (סעיף 14 לחוק החוזים) היא מן המעורפלות ביותר בחקיקה האזרחית, וניסוחה הוא לקוי".<sup>13</sup>

9 יש להטיל ספק בהבחנה זו. נוסף על הטענות שהובאו בגוף המאמר, ונוסף על העובדה שהבחנה זו לא נזכרה בפסיקה כמשקפת תפיסה עקרונית של החוק בנוגע 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 שיש להקל עם הטועה (ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 382).

10 ס' 14(א) לחוק החוזים (חלק כללי).

11 שם, בס' 14(ב).

12 על כך ראו גבריאלה שלו "לשון, מושג ותורת משפט: לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי" ספר לבונטין: מאמרים במשפט לכבודו של אביגדור לבונטין 327, 337–345 (יהושע ויסמן, ברק מדינה וסיליה וסרשטיין-פסברג עורכים 2013).

13 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 26. דוגמה אחת לקושי ביצירת הבחנות חדות בדיני הטעות בשל ניסוח מעורפל היא היחס בין טעות לפי סעיף 14(א) לחוק החוזים (חלק כללי) לבין הטעיה במחדל לפי סעיף 15 לחוק החוזים (חלק כללי). ניתן לראות בטעות לפי סעיף 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 סעיף 15 (כפי שיפורט להלן בדיון בפסיקה). נמצא אפוא שלפי גישה זו הצורך בסעיף 14(א) מתייתר. אך אם כך, מתעוררות בעיות נוספות, למשל העובדה שהוראת תיקון החוזה המצויה בסעיף 14(ג) עשויה לחול גם על מקרים שלכאורה נופלים בגדר הטעיה במחדל, כאשר לפי פשוטם של דברים סעיף 14(ג) חל רק על טעויות לפי סעיף 14 ולא על מקרים של הטעיה לפי סעיף 15. דוגמה זו אך ממחישה את הבעייתיות של הניסוח הלקוי של דיני הטעות, שמחייב משנה זהירות בהסקת מסקנות פרשניות-לשוניות מרחיקות לכת.

אפשרות נוספת שניתן להעלות על הדעת היא ששתיקת חוק החוזים אינה מקרית, אלא היא יוצרת "הסדר שלילי" שלפיו אין להתחשב באשמו של הטועה בבחינת זכאותו לסעד.<sup>14</sup> משקלה של טענה זו מוגבל הוא. אין ראייה לכך שאכן המחוקק התכוון לשלול התחשבות ברשלנות הטועה, וכפי שציינה הנשיאה נאור באחת הפרשות: "הפרשות שלפיה הסדר נורמטיבי מהווה הסדר שלילי תאומץ במקרים שבהם מסיק בית המשפט כי שתיקתו של המחוקק הייתה מכוונת ותכליתיה לשלול את העניינים שאליהם נמנע מלהתייחס [...]". זו היא 'שתיקה מדעת'.<sup>15</sup> במילים אחרות, סביר יותר להניח שמדובר בחסר תחיקתי (לאקונה) ולא בהסדר שלילי. טענה דומה אך מורכבת יותר שניתן לטעון, היא שסעיף 14(ב) לחוק החוזים יוצר בעצמו הסדר שלילי בקובעו 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 אם הטועה התרשל,<sup>16</sup> וייתכן שפרשנות זו משקפת את כוונת המחוקק לקבוע הסדר שלם וממצה שלפיו רק במסגרת זו תהיה התחשבות ברשלנות הטועה, בשונה מטעות לפי סעיף 14(א) או הטעיה לפי סעיף 15. גם טענה זו, אף שהיא אפשרית, אינה הכרחית, ואף אפשר לטעון אחרת. יש קושי מובנה לטעון שמושג סתום כמו צדק מייצר הסדר שלם וממצה בנוגע לרשלנות הטועה, שכן הוא אינו גוזר מסקנה קונקרטית בדבר אופן השימוש בו, ומשכך אין הוא אומר דבר על רשלנות הטועה אלא לכל היותר מאפשר לבית המשפט לצקת לתוכו תוכן בהקשר של רשלנות הטועה.

אם כן, נראה כי את התשובה לשאלה אם ואיך יש להתחשב ברשלנות הטועה, לא ניתן למצוא בנקל בנבכי דיני הטעות שבחוק החוזים. אין 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 החשוב הראשון בהשלכות של רשלנות הטועה מאז חקיקת חוק החוזים בשנת 1973 התקיים בפרשת **ספקטור**, שעסקה במקרה של הטעיה במחדל.<sup>17</sup> באותו מקרה נידונה מכירת מגרש שהקונה סבר שניתן לבנות עליו בניין בן שש-עשרה דירות. דא עקא, שבשל מגבלות תכנוניות היה אפשר לבנות עליו שתיים-עשרה דירות בלבד. המגבלות התכנוניות היו ידועות

14 השוואה לחוקים אחרים, כגון סעיף 16 לחוק המכר, התשכ"ח-1968, עשויה להאיר את הדיון בקיומו או בהיעדרו של הסדר שלילי בחוק החוזים בכל הנוגע לרשלנות הטועה. על כך ראו בפרק ב.3. להלן.

15 ראו דנ"א 2308/15 **פקיד שומה רחובות נ' דמארי**, פס' 22 לפסק דינה של הנשיאה נאור (נבו 12.9.2017); על"ע 663/90 **פלוגי נ' הוועד המחוזי של לשכת עורכי הדין תל-אביב-יפו**, פ"ד מז(3) 397, פס' 3 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) 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'".

16 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 357 וההפניות המוזכרות שם; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 82.

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

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 כערעור לבית המשפט העליון, שם נידונה השאלה המרכזית: האם המוכר הפר את חובת הגילוי בכך שלא סיפר לקונה מיוזמתו על המגבלות התכנוניות?

השופט אשר סבר בפסק דינו שעקרון תום הלב משפיע על הקביעה אם הנסיבות הטילו חובת גילוי על המוכר, ולפיכך קבע כי עיקרון זה מטיל על הצדדים חובת גילוי רחבה החלה על כל פרט יסודי.<sup>18</sup> על כן במצב כזה חוסר תום לב הוא הטעיה במחדל, המאפשרת את ביטולו של החוזה.<sup>19</sup> לעומת זאת השופט לנדוי נקט דעה 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 שהיה יכול לגלות מהו מצבו התכנוני של המגרש ולא טרח לעשות כן, שכן התנהגות זו עולה כדי "רשלנות חמורה".<sup>20</sup> 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.<sup>21</sup>

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 שהחזרה יקוים.<sup>22</sup> במסגרת זו שאלה חשובה היא אם 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 שבהם תעמוד לתובע 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

18 שם, בעמ' 238. ראו גם דוד קרצ'מר "פגמים ברצון ביצירת החוזה: טעות והטעיה" קובץ ההרצאות בימי העיון לשופטים תשל"ה 107, 113 (שמעון שטרית עורך 1976). למסקנה דומה הגיע השופט שמגר בע"א 338/85 שפיגלמן נ' ציפניק, פ"ד מא(4) 421, פס" 6 לפסק דינו (1987), בקביעה כי סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי) מקים חובת גילוי לפי דין.

19 ראו לעניין זה את דבריו של חיים כהן המשפט, לעיל ה"ש 6, בעמ' 801: "למעשה, אין איסור ההטעיה 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 5, בעמ' 22–23.

של השופט לנדוי מתייחסת לרשלנות הטועה במסגרת היקף חובת הגילוי וקובעת כי חובת הגילוי אינה מתפרסת על מצבים שבהם הטועה היה יכול 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 שבמקרה של הטעיה זדונית העובדה שהטועה התרשל ולא השיג את המידע אשר היה מונע את טעותו לא תשלול ממנו את סעד הביטול.<sup>23</sup> הסיבה לכך היא שבמקרה של הטעיה זדונית, שבה המטעה לא גילה מידע מסוים מתוך כוונה 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 היה ניתן לביטול מטעמים אחרים, ולפיכך היה הקבלן רשאי לבטל את החוזה.<sup>24</sup> עיון בפסיקה שלאחר פרשת **ספקטור** מלמד ששתי הגישות מצאו את מקומן בפסיקה: בכמה פסקי דין אומצה גישתו של השופט אשר,<sup>25</sup> אך יש פסקי דין אשר יישמו את גישתו של השופט לנדוי.<sup>26</sup> הדיון ברשלנות הטועה בפרשת **ספקטור** היה דיון עקיף, והוא התייחס בעיקרו לשאלה אם היקף חובת הגילוי "לפי הנסיבות" כולל מצב שבו היה הטועה יכול

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

24 לשיטת השופט אשר, הופרה אף חובת הגילוי לפי דין, כאשר הדין הוא סעיף 11 לחוק המכר (שם, בעמ' 236). לגישת השופטים לנדוי (שם, בעמ' 247) וכהן (שם, בעמ' 248-249) הוכח פגם בזכות במובן של סעיף 18(א) לחוק המכר, כיוון שבמגרש הייתה זכות הפקעה של הוועדה 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 אשר מאפשרת לקבלן לבטל את החוזה.

25 ראו למשל ד"נ 7/81 **פנידר, חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטור**, פ"ד (4) 673, פס' 11 לפסק דינו של הנשיא שמגר (1983) (קונה כרת חוזה לרכישת דירה עם חברה בבעלות של ידידו ללא ביטחונות כשהוא "סומך עליו בעניינים עצומות" וללא בדיקות מקדימות, כאשר החברה לא הייתה 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 זאגא בגוש 5027 חלקה 1 בע"מ**, פס' 11 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות (נבו 14.8.2008) (נדחתה הטענה שלרוכשי חלקה אין עומדת זכות ביטול בגין הטעיה במחדל כיוון שהם היו יכולים לעכב את העסקה ולברר את פרטי הנכס שבהם 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 הייתה גם הטעיה במעשה); ע"א 4739/19 **ש.י מיטב השקעות ייוזם ובנין בע"מ נ' זר תחנות דלק**, פס' 28 לפסק דינה של השופטת ברק-ארוז (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 בגז 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. כך צוין שם, בעמ' 427: "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 ראייה על הטעיה זדונית, מירמה או פעולה בחוסר תום-לב, לא תעמוד לו טענה של הטעיה").

לגלות מידע שימנע את טעותו, אך התרשל בכך. דיון זה נוגע בעיקר למקרים שבהם עולה טענה של הטעיה במחדל, אך מה בדבר רשלנות הטועה בסוגים אחרים של טעויות? דיון מזווית כללית יותר בשאלת רשלנות הטועה מצוי בעניין חבר.<sup>27</sup> באותו עניין נידונו כתבי ערבות שהוציאו חברות שונות מקבוצת "נגה" (להלן: החברות) לטובת החזר הלוואה לאיש העסקים שלמה חבר ולחברה זרה אשר בבעלותו, כאשר הערבים היו כמה בנקים: בנק המזרחי, בנק הפועלים ובנק איגוד. לאחר זמן מה התברר כי מצבן הפיננסי של החברות הוא בכי רע, ולפיכך פנה חבר אל הבנקים לצורך פירעון הערבויות הבנקאיות. במסגרת זו התברר כי היו "אי התאמות מהותיות"<sup>28</sup> בין כתבי הערבות לבין הבקשה לפירעון. בין השאר בחלק מכתבי הערבות המוטב נרשם כ"שלמה חבר בע"מ" מתל-אביב, אך בפועל חברה כזאת לא הייתה 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", ואילו בקשת הפירעון הגיעה מחברה זרה בבעלותו של חבר, בשם "J.E.L. Limited". השופט עדיאל קבע שהתקיימו התנאים שמציב סעיף 14(א) לחוק החוזים בנוגע לטענת טעות ידועה,<sup>29</sup> ולפיכך נדרש לטענתו של חבר כי הבנקים התרשלו התרשלות חמורה 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.<sup>30</sup> 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".<sup>31</sup>

אך בהמשך דבריו סייג השופט עדיאל את דבריו, בשני מובנים: המובן הראשון שאותו מציין השופט עדיאל הוא שלעיתים רשלנות הטועה עשויה להשפיע על זכות הטועה לבטל את החוזה בעקיפין: במקרים של טעות שאינה ידועה ביטול החוזה נתון לשיקול דעתו של בית המשפט "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת",<sup>32</sup> ובמסגרת זו עשוי בית המשפט להתחשב ברשלנות הטועה;<sup>33</sup> כאשר הטעות נגרמה מרשלנות חמורה של הטועה, דרישת ביטול החוזה עשויה להיחשב לשימוש בזכות שלא בתום לב ולהידחות מטעם זה; רשלנות הטועה

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

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

29 שם, בפס' 32-37.

30 שם, בפס' 42. על הלכה זו חזרה השופטת חיות בעניין זאגא, לעיל ה"ש 25, ובע"א 10137/05 ליברמן נ' תדביק בע"מ, פס' 17 לפסק דינה (נבו 14.8.2008).

31 ראו 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 (חלק כללי).

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).

עשויה להיחשב במקרים מסוימים כנטילת סיכון על ידי הטועה, ולפיכך תישלל ממנו זכות הביטול;<sup>34</sup> לבסוף רשלנות עשויה לנתק את הקשר הסיבתי בין הטעות לבין ההטעה,<sup>35</sup> ובכך לא יתקיימו יסודות טענת הטעות או ההטעה.<sup>36</sup> המובן השני מבוסס על עקרונות היסוד של דיני הטעות. השופט עדיאל מסביר שככלל מתן זכות ביטול עצמאית לטועה מוצדקת משיקולים של "איזון אינטרסים", אשר הוא אחד ממגמות דיני הפגמים בכריתה, אך לעיתים רשלנות הטועה חמורה כל כך 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".<sup>37</sup> על אף סייגים אלה קבע השופט עדיאל כי בנסיבות המקרה התנהגותו של חבר הייתה חמורה בהרבה מזו של הבנקים, ולפיכך אין בהתרשלותם כדי למנוע מהם את ביטול הערבויות.<sup>38</sup>

התפתחות חשובה הייתה בפסק הדין בעניין **כרמל**.<sup>39</sup> בתמצית, נדון נכס בבעלות משותפת אשר אחד הצדדים (להלן: המוכר) היה מעוניין למכור את חלקו בו 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 שהציעו לו המתווכים, והקונות הסכימו לכך. המוכר ציין לפני הקונות שהוא מעוניין לפנות לשמאי לצורך ברור שוויו של הנכס, אך לבסוף לא עשה כן. לאחר שנחתם חוזה המכר, התברר למוכר שלפי תוכנית

34 ראו ע"א 8972/00 **שלוניגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ**, פ"ד נז(4) 817, פס' 11 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (2003): "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 בברירת 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' 96-97 בע"מ נ' אהרונ**, פ"ד ל(2) 141, 147-149 (1976), אף על פי שזו ניתנה לפי הדין הקודם לחקיקת חוק החוזים (חלק כללי): "הטעות שטעו הקונים, שההתחייבות 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 ניהל זלצמן "הצהרה כוזבת רשלנית בשלב משאו-ומתן לכריתת חוזה" **עיוני משפט** ח 55, 62 (1981). השופט עדיאל הסתמך בעניין **חבר**, לעיל ה"ש 27, על מאמרה של זלצמן וכתב: "התרשלות חמורה של הטועה, אף עשויה לנתק את הקשר הסיבתי בין הטעות לבין כריתת החוזה" (שם, בפס' 42). עם זאת נראה שדברים אלו אינם מצויים בדבריה של זלצמן, שמתייחסת רק לניתוק הקשר הסיבתי בין הטעות להטעה. נוסף על זה, אין הם נכונים כשלעצמם – רשלנות עשויה להיות סיבת הטעות אך לא סיבת הכריתה בטעות.

37 שם, בפס' 43. דוגמה למקרה שבו ביטול לא יהיה מוצדק בשל איזון בין האינטרסים של הצדדים, שאף צוטטה בפסק דינו של השופט עדיאל, מוצגת אצל פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 192. הם סבורים כי במצב שבו שני הצדדים לא גילו על מידע מסוים בשל התרשלותם בבדיקתו, ומידת הרשלנות של שני הצדדים הייתה שווה, לא סביר לאפשר לטועה לבטל את החוזה.

38 עניין **חבר**, לעיל ה"ש 27, בפס' 44 לפסק דינו של השופט עדיאל.

39 ע"א 7920/13 **כרמל נ' טלמון** (נבו 29.2.2016). 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 (2018) (להלן: זמיר "טעות בכדאיות").

המתאר, הנכס מתאים אף למגורים ולא רק לצרכים מסחריים כפי שטעה לחשוב, ומשכך שוויו של הנכס גבוה במידה ניכרת מזה שהוא ייחס לו. 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 הייתה טעות בעת כריתת החוזה בבחינת "למעלה מן הצורך".<sup>40</sup> דעת הרוב סיווגה את טעותו כטעות במובן של סעיף 14(ב) לחוק החוזים,<sup>41</sup> אך קבעה שבנסיבות המקרה הייתה טעותו של המוכר בבחינת "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה",<sup>42</sup> בהתבסס על מבחן הסיכון. מבחן הסיכון, שאומץ בפסקי דין רבים, קובע כי טעות באשר לעובדה שהטועה נטל סיכון לגביה, או שניתן לייחס לו נטילת סיכון לגביה, נחשבת לטעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.<sup>43</sup> כיוון שבחוזה הייתה תנייה שלפיה המוכר מצהיר כי הוא מוכר את חלקו בנכס "as-is", ובשל נסיבות כריתת החוזה והתנהלותו של המוכר, בעיקר באי-פנייתו לקבלת חוות דעת שמאית בנוגע לשוויו של הנכס אף שעורך דינו ייעץ לו לעשות כן, קבעו שופטי הרוב כי המוכר נטל סיכון מודע באשר לשוויו של הנכס. לפיכך טעותו של המוכר הייתה בבחינת טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה, והוא אינו זכאי לבטל את החוזה.<sup>44</sup> לעומת זאת השופט מזוז סבר, בדעת מיעוט, כי הונחה תשתית עובדתית מספקת להוכחת טעות; כי הסיכון שנטל על עצמו המוכר נגע רק לשוויו של הנכס אך לא למצבו התכנוני; הטעות לא הייתה רק בנוגע לכדאיות העסקה; לבסוף כי התחשבות

40 עניין **כרמל**, לעיל ה"ש 39, בפס' 10 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) חיות; שם, בפס' 3, 6 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

41 יצוין כי בפסק הדין בבית המשפט המחוזי (ת"א (מחוזי ת"א) 38742-12-09 **טלמון נ' כרמל** (נבו 3.10.2013) (להלן: עניין **כרמל מחוזי**)), לאחר שנקבע כי טעותו של המוכר הייתה טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה (שם, בפס' 15), קבעה השופטת ברון כי אף אם הייתה זו טעות במובן של סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), היא לא הייתה מאפשרת למוכר לבטל את החוזה בשל הפגם בהתנהלותו. כך, השופטת ברון 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, בפס' 17).

42 ס' 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי).

43 ראו דניאל פרידמן "הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות" **עיוני משפט** יד (3) 459, 465-467 (1989); פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 88-114; זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 70-71. יצוין שהפסיקה הכירה כי במקרים קיצוניים, החורגים ממסגרת הסיכון שנטלו הצדדים באשר להתרחשויות לא ידועות, לא תישלל טענת הטעות, ומובן שאף רשלנות שהיא נטילת סיכון לא תמנע טענה לטעות או הטעיה במקרים כאלה. ראו ע"א 2495/95 **בן לולו נ' אטראש**, פ"ד נא(1) 577, 599 (1997); עניין **שלינגר**, לעיל ה"ש 34. לעניין זה הבחינו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 111, בין רשלנות לאירודאות מודעת.

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

בשיקולי הצדק כמצוות סעיף 14(ב) מצדיקה את ביטולו של החוזה, ללא פיצוי כלשהו לקונות.<sup>45</sup>

על עמדת שופטי הרוב נמתחה ביקורת בידי איל זמיר, שסבר שפסק הדין העניק למונח "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה" משמעות חדשה: טעות שמקורה ברשלנות הטועה.<sup>46</sup> אף שקריאה זו בפסק הדין שלפיה נוספה משמעות חדשה למונח זה אינה הכרחית, וניתן לראות את מוקד פסק הדין בסוגיית נטילת הסיכון,<sup>47</sup> נראה שפסק הדין בעניין **כרמל** הכיר באפשרות שרשלנות הטועה במצבים מסוימים תיחשב לנטילת סיכון, או למצער מאפשרת לבית המשפט לייחס לו נטילת סיכון, העולה לכדי טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.<sup>48</sup> בכך נדמה כי היה שינוי כיוון מסוים בנכונותו של בית המשפט להתחשב ברשלנות הטועה, ולו במישור התוצאה, שהושפעה מהתנהגותו הרשלנית של הטועה.<sup>49</sup>

לסיכום פרק זה, נמצא כי לפי הפסיקה בדרך כלל רשלנות הטועה לא תמנע ממנו לבטל את החוזה בגין טעות או הטעיה. אומנם במקרים מסוימים, שניתן לומר שהם חריגים יחסית, 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 שבה עסקינן היא טעות לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים, בית המשפט ישקול את

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

46 זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 75, 77-84. לדעה התומכת בפסק הדין ראו דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** כרך ב 960, ה"ש 73 (מהדורה שלישיית 2017).

47 זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, הבין שהפסיקה בעניין **כרמל** קובעת שרשלנות הטועה נחשבת לטעות בכדאיות העסקה, ומהווה בסיס חלופי למבחן הסיכון (שם, בעמ' 75). 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 אחרת. ראשית, יש לפקפק בכך שזו כוונת פסק הדין המחוזי (עניין **כרמל מחוזי**, לעיל ה"ש 41, בפס' 14 לפסק דינה של השופטת ברוך); שנית, ניכר שלא כך הבינה השופטת חיות את פסק הדין של בית המשפט המחוזי (עניין **כרמל**, לעיל ה"ש 39, בפס' 5 לפסק דינה של השופטת חיות). כמו כן, זמיר תומך את הטענה שהשופטת חיות רואה ברשלנות עצמה טעות בכדאיות העסקה בכך שהיא מסכימה לפסיקת המחוזי (שם, פס' 15 לפסק דינה של השופטת חיות). אך בפסיקת המחוזי נקבע בבירור שהרשלנות תומכת בפרשנות החוזה כך שיכלול נטילת סיכון, אף שמבחינה לשונית פרשנות זו מעוררת קשיים, ולמרות זאת הנסיבות הן שמצדדו פרשנות זו כנגד המשמעות הלשונית הפשוטה. והשוו שם, בפס' 18 לפסק דינו של השופט מזוז; שם, בפס' 11 לפסק דינו של השופט פוגלמן.

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

49 על פסק הדין בעניין **כרמל**, לעיל ה"ש 39, הוגשה בקשה לדין נוסף. ראו דנ"א 2128/16 **כרמל נ' טלמון** (נבו 30.5.2016), שם 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 לדין נוסף". זאת, בשל הקביעה של דעת הרוב בעניין **כרמל** שהמוכר לא הוכיח במישור העובדתי את יסודות עילת הטעות (שם, בפס' 24 לפסק דינה).

רשלנות הטועה בכואו להכריע אם לאשר את ביטול החוזה; לבסוף ייתכן שרשלנות תסווג בבית המשפט כנטילת סיכון שתמנע את זכות הביטול של הטועה בשל היות הטעות "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה". נוסף על זה, יש זרם בפסיקה שהיה מוכן לצמצם את היקפה של חובת הגילוי במקרים שבהם הצד האחר 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 לסוגיה העקרונית: האם יחס זה של הפסיקה לרשלנות הטועה 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 שבהם הטועה התרשל התרשלות חמורה המשקפת 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 אם הוא רשאי לבטל חוזה בשל פגם בכריתתו. איל זמיר הסביר גישה זו כמבוססת על השקפה כללית על 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".<sup>50</sup> אליבא דזמיר, שלילת סעד הביטול מטועה רשולן מבטאת גישה אינדיווידואליסטית 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.<sup>51</sup> 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, כדי למנוע מצב עתידי של ביטול החוזה וכישלון ההתקשרות.<sup>52</sup> למעשה, כל אחריות

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).

המוטלת על האדם בשל 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 התכוון בדבריו בעיקר להתחשבות ברשלנות הטועה שתוביל 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.<sup>53</sup> הדרישה מאדם לנקוט אמצעים סבירים שימנעו ממנו לטעות ולהכשיל את ההתקשרות, מבטאת את חשיבותה של התנהלות הגונה מצד כל הצדדים לחוזה. כפי שהסביר השופט מצא באחת הפרשות: "שעל צד למשא ומתן מוטל לכלכל את מהלכיו בתום-לב, משמע בהגינות, תוך התחשבות גם בציפיות ובאינטרסים של הצד האחר ותוך נאמנות לרוח העסקה ולמטרתה".<sup>54</sup> מתקשר שטעה ברשלנותו אגב גלגול תוצאות אי-הזהירות שלו על הצד השני כדי שזה שישפוג את השלכותיהן, לא נהג בהגינות המתבקשת מצד לחוזה, שכן הוא לא פעל מספיק לשם הצלחת ההתקשרות.<sup>55</sup> בהמשך לדברים אלו אטען להלן שדווקא עקרון תום הלב הוא אכסניה מתאימה לטיפול ברשלנות הטועה. יודגש כי גם אם רשלנות הטועה במקרים מסוימים תסווג כחוסר תום לב, אין בכך כדי להפחית מחיובו של הצד השני לנהוג בתום לב במשא ומתן ובקיום החוזה. למשל, העובדה שרשלן טועה ייחשב לחסר 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 ומאחריותו 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 חוזי 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 הטיפפית וחסרת תום הלב? יתר-על-כן, בחלוקת האחריות ביניהם יהיה כדי לעודד תום-לב

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 הבינ-לאומי" משפטים מ' 731, 769 (2011); ע"א 2643/97 גנז נ' בריטיש וקולוניאל חברה בע"מ, פ"ד נז(2) 385, פס' 7(4) לפסק דינה של השופטת שטרסברג-כהן (2003). 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 (כתוארו אז) ברק (1980).

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

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 ההבטחה. 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-לבו של הצד שכלפיו הופנתה ההבטחה.<sup>56</sup>

אף השופט רובינשטיין, שכתב את דעת המיעוט בעניין עיני (שתידון 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".<sup>57</sup> 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.

## 2. שיקולי אשם, שיקולי יעילות וכיבוד רצון הצדדים

שאלת היסוד בבסיס הדיון על רשלנות הטועה היא "אם וכיצד על דיני הטעות להתחשב בכך שהטועה אשם בטעותו".<sup>58</sup> שאלת ה"כיצד" נידונה לעיל ועוד תידון בהמשך, אך בשורות

56 ע"א 3912/90 Eximin S.A., תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פרארי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, פס' 4(יב) לפסק דינו של הנשיא שמגר (1993). יודגש כי דברים אלה של השופט שמגר מתאימים בעיקר לעמידה על העושר ועל המורכבות של חובת תום הלב כפי שהיא באה לידי ביטוי בהתנהגויות הדדיות של מתקשרים, אך בכל 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' י-יא לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו) 11.2.2014.

58 זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 75. על היבטים נוספים של האשם בדיני החוזים ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים 65–71 (התשנ"ז); Vernon V. Palmer, *Contractual Negligence*; 50 TUL. L. REV. 1, 1–2 (1975); George M. Cohen, *The Fault Lines in Contract Damages*, 80 VA. L. REV. 1225 (1994); Omri Ben-Shahar & Ariel Porat, *Fault in American Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1341 (2009); Eric A. Posner, *Fault in Contract Law*, 107 MICH. L. REV. 1431 (2009); Melvin Aron Eisenberg, *The Role of Fault in Contract Law: Unconscionability, Unexpected*

הבאות אבקש לדון ב"אם"<sup>59</sup> כאמור לעיל, שלו וצמח הביעו את הדעה שאין להתחשב ברשלנות הטועה, אם כי רשלנותו עשויה להישקל עם 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"<sup>60</sup>. 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 ישירות באשמו של הטועה. יורש 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 היא יסוד מנטלי-סובייקטיבי, ולפיכך גם מניחה את המבוקש – שיש להתחשב בה גם כאשר היא נגרמת מרשלנות. אכן, ניתן בהחלט להגדיר את יסוד הטעות כמושפע מרכיבים אובייקטיביים כגון סבירות, ובמסגרת זו להתחשב ברשלנות הטועה, אף שייתכנו דעות שונות באשר למידת השפעתם של אותם רכיבים.<sup>61</sup>

טענה נוספת שהעלה זמיר היא ששלילת סעד הביטול בשל רשלנות הטועה אינה מכבדת את רצון המתקשר וכופה עליו חוזה שהוא אינו רוצה בו.<sup>62</sup> טענה זו מופנית נגד שלילת סעד הביטול מרשולן 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 בשתי תשובות: תשובה אחת היא שאף ששלילת סעד הביטול בשל רשלנות הטועה פוגעת באוטונומיה של הרצון, ניתן לטעון שהיא מוצדקת לצורך שמירה על הביטחון החוזי. או בניסוח אחר: דיני הפגמים בכריתה נועדו לנקוט עמדה במתח שבין הגשמת רצון המתקשרים לבין שמירה על ביטחונם שהחוזה שבו התקשרו יקויים,<sup>63</sup> ובמצבים של רשלנות הטועה יש הצדקה לתת עדיפות לשמירה על הביטחון החוזי על פני האוטונומיה של הרצון. אך ניתן להשיב גם תשובה אחרת: התנגדות לשלילת סעד הביטול מטועה רשולן אינה מכבדת יותר את רצון הצדדים, אלא מכבדת את כיבוד רצונו של הטועה על פני רצונו של הצד השני ללא הצדקה מספקת.<sup>64</sup> האפשרות

*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 הסוגיה ראו שם, בעמ' 77.
- 60 שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 337.
- 61 השוו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 249-253. כן ראו שם, בעמ' 27, ה"ש 26.
- 62 זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 81-82.
- 63 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 22-23; זמיר "טעות והטעיה" לעיל ה"ש 6, בעמ' 204.
- 64 לכאורה ניתן לטעון כי יש הבדל בין הטלת חובת עשה לקיים חוזה לבין מניעת קיומו של החוזה שאינה דורשת מעשה. אך לדעתי משקלו של טיעון זה קטן, 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.

לבטל חוזה שנכרת אך נפל פגם בכריתתו פוגעת באינטרס הקיום של הצד השני.<sup>65</sup> גם אם ניתן במקרים מסוימים להצדיק זאת, למשל במקרה של הטעיה זדונית שבו נעדיף לכבד את רצונו של הרשלה 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 משום שהיא מייקרת את ההליך של הקצאת טובין לאותם אנשים המייחסים לאותם טובין את הערך הרב ביותר.<sup>66</sup> אחת הדרכים לצמצם את המחיר של טעויות היא לנסות ולמנוע את התרחשותן, אם ניתן לנקוט אמצעים זהירות כאלה במחיר סביר.<sup>67</sup> לדעת Kronman, ניתן להניח כי במקרים שבהם רק צד אחד לחוזה טעה, בדרך כלל הטועה נמצא בעמדה הטובה ביותר למנוע את טעותו, ולפיכך יעיל יותר להטיל עליו את הסיכון, בשונה ממקרה של טעות משותפת שבו הבירור מיהו מונע הטעות הזול ביותר הוא מלאכה מורכבת יותר.<sup>68</sup> הדברים נכונים בעיקר כאשר האמצעים למניעת הטעות בידי הטועה היו פשוטים וזולים.<sup>69</sup> ניתן לטעון אף כי מערכת משפטית שמתחשבת בעיקר בטעויות שנגרמו אף שהטועה נקט אמצעי זהירות סבירים, תיצור תמריץ למתקשרים להיזהר, ובכך תמנע, או לכל הפחות תצמצם, טעויות.<sup>70</sup> אולם כאשר הצד השני ידע, או היה עליו לדעת, על הטעות, בדרך כלל הוא מונע הטעות הזול ביותר, ויהיה יעיל יותר להטיל את הסיכון עליו.<sup>71</sup>

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 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

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, ה"ש 23 (2009). 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 פיצוי קיום, אינה מובילה למסקנה שגם הגנה על אינטרס הקיום במקרה של פגם בכריתתה שנגרם מרשלנות הטועה יזכה בהכרח בפיצוי קיום מלאים, וכשם שהיקף ההגנה שונה מהיקף ההגנה שאינטרס הקיום זוכה לה במקרה של הפרה, גם סוג ההגנה ואופייה עשוי להיות שונה.

66 Anthony T. Kronman, *Mistake, Disclosure, Information, and the Law of Contracts*, 7 J. LEGAL STUD. 1, 2–3 (1978).

67 שם, בעמ' 3–4.

68 שם, בעמ' 5–6.

69 שם, בעמ' 8.

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

71 Kronman, לעיל ה"ש 66, בעמ' 7.

אלה אינן נגזרות רק משאלת פערי המידע. לעיתים הטועה יכול למנוע את הטעות בעלות נמוכה מאוד, ואילו 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 שיודע על הטעות, יכול לשלוח הודעת מסרון לטועה כדי לתקן את טעותו.<sup>72</sup> הסתייגות זו מובילה לבחינה מורכבת יותר, שמצריכה בחינה של כל מקרה ומקרה כדי לקבוע מי מונע הטעות הזול ביותר,<sup>73</sup> ומשכך גם מקשה על גיבוש כללים ברורים שיעצבו את דיני הטעות שיהיה בהם כדי לקדם יעילות כלכלית.

בכל הנוגע להטעיה במעשה (ובמיוחד בהטעיה זדונית), נקודת המוצא המקובלת היא שיעיל יותר להטיל את עלויות הטעות על המטעה, משום שכדי למנוע עלויות אלה לא היה על המטעה אלא להימנע מלהטעות, הימנעות שלכאורה אינה כרוכה בעלויות.<sup>74</sup> כאשר מדובר בהטעיה במחדל, דהיינו הפרת חובת גילוי, הדברים אינם פשוטים כל כך. בספרות יש דיונים נרחבים על שאלת חובת הגילוי, היקפה ויעילותה שאין כאן מקומם, ורק אציין שבמקרים רבים חובת גילוי מייצרת עלויות רבות שהפרתה מונעת,<sup>75</sup> ובעקיפין נמצא שמניעת הטעות באמצעות גילוי מידע אינה יעילה, ולפיכך אין להטיל את עלויות הטעות על המטעה במחדל.

מקרה נוסף שראוי לדון בו הוא הטעיה בתום לב.<sup>76</sup> אף שמדובר בהטעיה, מבחינת שיקולי יעילות לא נראה שיש הבדל ממשי בין מצב זה לבין טעות שהצד השני לא ידע ולא היה עליו לדעת עליה, שכאמור, בה לא ברור מיהו מונע הטעות הזול ביותר, והדבר תלוי בנסיבותיו הספציפיות של המקרה. נקודה זו אף משמיעה שהשאלה מיהו מונע הטעות הזול ביותר אינה מתאימה בהכרח להבחנות של המחוקק ושל הפסיקה 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 רבה על מידת הפגם המוסרי והחברתי שיש לצדדים ולא על שיקולי יעילות.<sup>77</sup> משכך, קשה לנסח במסגרת דיני הטעות כפי שהם כלל המבוסס על אשם (או מתחשב בו) שבהכרח יקדם יעילות כלכלית,

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

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

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

76 לפי הגישה שניתן להטעות בתום לב. לדיון על היסוד הנפשי של המטעה ראו זמיר "טעות והטעיה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 251-256.

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.

בשונה מבחינת כל מקרה על נסיבותיו לגופו. 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 שמעריך אותם יותר.<sup>78</sup> ייתכן ששיקולי יעילות היו מצדיקים את ביטול החוזה גם במקרים אלה.

מלבד הדיון בסוגי הטעויות השונים כשיקול כללי, התחשבות באשמו של הטועה עשויה להגביר את הביטחון של מתקשרים שהחוזה שאותו כרתו יקום, והם לא יצטרכו לחשוש מפני ביטול החוזה בשל טעויות שנגרמו מתוך רשלנות של הצד האחר. 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.<sup>79</sup>

לסיום חלק זה, יש להעיר כי אף שבמצבים מסוימים התחשבות באשמו של הטועה עשויה להיות יעילה, קשה לומר זאת כאמירה גורפת. 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.<sup>80</sup> מנגד, ניתן לחלוק על טענה זו ולטעון כי שלילת סעד הביטול רק תיצור תמריץ למתקשרים להשקיע משאבים סבירים ולא מופרזים. ייתכן שמחלוקת זו קשורה בעובדה שרשלנות היא מושג סתום, ולפיכך לא ברור מהו התמריץ ששלילת סעד הביטול תיצור – האם יהיה זה תמריץ לזהירות סבירה, או שבשל הרצון להבטיח את קיומו של החוזה בתנאי אי-הוודאות שיוצר המושג העמום של רשלנות, שלילת סעד הביטול היא 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 חשובה שהעלה זמיר היא שהתחשבות ברשלנות הטועה סותרת את גישת הדין הישראלי בדינים קרובים לדיני הטעות, ובייחוד את דיני אי-ההתאמה.<sup>81</sup> סעיף 16 לחוק

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.

81 שם, בעמ' 78, 84.

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 בכלל הסכם, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה". דעת הרוב בעניין עיני,<sup>82</sup> אשר עסקה בפרשנות סעיף זה, הסיקה מכך שאין להתחשב ברשלנות הקונה, שכן אין ההסתמכות על אי-ההתאמה לפי הסעיף מותנית בכך שאי-ההתאמה הייתה ניתנת לגילוי בבדיקה סבירה.<sup>83</sup> במסגרת זו השופט סולברג ציטט בהסכמה את דבריו החדים של זמיר:

חוק המכר שולל לחלוטין את ההשקפה של 'ייזהר 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.<sup>84</sup>

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, וחרף פשטות הבדיקה. השופט רובינשטיין מסביר כי אף שהסעיף קובע בבירור שרשלנות הקונה לא תמנע ממנו להסתמך על אי-ההתאמה, ניתן לפרש את הסעיף פירוש שלפיו האחריות לאי-ההתאמה תתחלק בין המוכר לקונה שהתרשל, ולא תוטל במלואה על המוכר.<sup>85</sup> למשל, בעניין Eximin, שבה 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".<sup>86</sup> אך גם לפי עמדת הרוב, נשאלת השאלה אם לשונו הברורה של סעיף 16 לחוק המכר אינה מדגישה את היעדרו של כלל דומה בדיני החוזים הכלליים. האם ייתכן כי סעיף 16 לחוק המכר ייחודי לחוזי מכר אשר בהם יש בדרך כלל פערי מידע מובנים בנוגע לממכר, ולפיכך יש להגן על הקונה ביתר שאת? שאלה זו מתחזקת בשל 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 מזאת, הדיון בעניין עיני עסק בפרשנות סעיף 16 לחוק המכר שכותרתו "העלמת אי התאמה", שאינו תולה את הסתמכות הקונה על

82 עניין עיני, לעיל ה"ש 57.

83 השו"ס' 14-15 לחוק המכר.

84 איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 281 (1987).

85 עניין עיני, לעיל ה"ש 57, בפס' יב לפסק דינו של השופט רובינשטיין. ראו לאחרונה ע"א 6944/19 שרכיב 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.

אִי־הֶתְאָמָה בְּכַךְ שֶׁבִדֵּק אֶת הַמְּמַכֵּר. אֶךְ מִסְעִיפִים 13 ו־14 לְאוֹתוֹ חוֹק נִיתֵן לְהִסִּיק כִּי כִשְׂאִין מְדוּבָר בְּאִי־הֶתְאָמָה שֶׁהַמּוֹכֵר יָדַע אוֹ הָיָה עָלָיו לְדַעַת עָלֶיהָ, יֵשׁ הַתְּחַשְׁבוֹת בְּרִשְׁלוֹנוֹת הַקּוֹנָה – עַל הַקּוֹנָה מוֹטֶלֶת חוֹבָה לְבִדּוֹק אֶת הַמְּמַכֵּר מִיִּיד לְאַחַר קְבֻלָּתוֹ, וְאִם תִּימָצָא אִי־הֶתְאָמָה, לְהוֹדִיעַ עַל כֵּךְ לְמוֹכֵר, וְאִם הִתְרַשֵּׁל וְלֹא עָשָׂה כֵן, הוּא לֹא יִהְיֶה זָכָאי לְהִסְתַּמֵּךְ עַל אִי־הֶתְאָמָה.<sup>87</sup> כֵּךְ גַּם סְעִיף 15, הַעוֹסֵק בְּאִי־הֶתְאָמָה שֶׁלֹּא הֵייתָה נִיתְנָת לְגִילּוֹי בְּבִדְיָקָה סְבִירָה, מְאֻפְשֵׁר לְקוֹנָה לְהוֹדִיעַ לְמוֹכֵר עַל אִי־הֶתְאָמָה מִיִּיד כִּשְׂגִילָה עָלֶיהָ, אֶךְ תּוֹלָה אֶת הַהִסְתַּמְכוֹת עַל אִי־הֶתְאָמָה בְּהוֹדְעָה מִיִּידִית לְמוֹכֵר. אֶף הַשׁוֹפֵט סוֹלְבֵּרְג צִיִּין בְּעִנְיֵין עֵינֵי הַבְּדֵל זֶה בֵּין סְעִיף 16 לְסְעִיפִים 14 ו־15, וְהוּא מְתַבַּסֵּס גַּם עָלָיו לְצוֹרֵךְ הַקְּבִיעָה שֶׁסְעִיף 16 אִינוֹ מְתַחֲשֵׁב בְּרִשְׁלוֹנוֹת הַטּוֹעָה.<sup>88</sup> אֶךְ כְּמוֹכֵן יֵשׁ לְצִיִּין כִּי הַמְּקַבֵּלָה בְּדִינֵי הַטְּעוֹת לְאִי־הֶתְאָמָה שֶׁהַמּוֹכֵר לֹא יָדַע וְלֹא הָיָה עָלָיו לְדַעַת עָלֶיהָ הִיא טְעוֹת לְפִי סְעִיף 14 (ב) לְחוֹק הַחוּזִים, וְלְפִיכֵךְ נִרְאָה שֶׁגַם אִם בְּחוֹק הַמְּמַכֵּר אֶכְּן יֵשׁ הַתְּחַשְׁבוֹת מְסוּיֶמֶת בְּרִשְׁלוֹנוֹת הַקּוֹנָה גַּם לְפִי דַעַת הַרּוֹב בְּעִנְיֵין עֵינֵי, הִיא עֲדִיִּין מְצוּמְצָמָת. לְבִסּוֹף יֵשׁ לְהַעִיר הָעֵרָה הַנוֹגַעַת לְשִׁדוֹת הַשּׁוֹנִים זֶה מִזֶּה שֶׁבְּאַחַד מֵהֶם נִמְצָאִים דִּינֵי הַטְּעוֹת וּבְאַחַר דִּינֵי אִי־הֶתְאָמָה. הַטְּעוֹת הַחוּזִית מִיִּיצֵרַת פֶּגַם בְּכִרִיתָהּ, פֶּגַם בְּרִצּוֹנוֹ שֶׁל הַטּוֹעָה, וְלְפִיכֵךְ הַסְּעִדִים אֲשֶׁר נִיתְנִים לוֹ הֵם בְּעִיקְרָם בִּיטוּל וְהַשְׁבָּה. לְעוֹמֶת זֹאת דִּינֵי אִי־הֶתְאָמָה שֶׁבְּחוֹק הַמְּמַכֵּר הֵם כְּעִין תְּנִיָה חוּזִית יִצִּיר הַחוֹק הַקְּיִיֶמֶת בְּכָל חוּזָה מְכָר, וְהַסְּעִדִים בְּגִין אִי־הֶתְאָמָה הֵם סְעִדִים שֶׁל הַפֶּרֶת הַחוּזָה. בְּשֵׁל הַשִּׁדוֹת הַשּׁוֹנִים הַלָּלוּ, וְעַל אֶף הַדְּמִיוֹן הַמְּסוּיֶם בִּינֵיהֶם, בְּעִנְיֵי הַקְּשָׁה מְשֻׁדָּה אֶחָד לְאַחַר בְּכָל הַנוֹגַע לְהַתְּחַשְׁבוֹת בְּרִשְׁלוֹנוֹת הַטּוֹעָה צְרִיכָה לְהִיֹּת זֶהִירָה יוֹתֵר.

אִם נִקְבַּל אֶת הַהִיקָשׁ מְדִינֵי הַטְּעוֹת לְדִינֵי אִי־הֶתְאָמָה בְּחוֹק הַמְּמַכֵּר נִיתֵן אֶף לְהַרְחִיב אֶת הַמְּבַט לְדִינִים נוֹסְפִים הַעוֹסְקִים בְּאִי־הֶתְאָמָה.<sup>89</sup> סְעִיף 8 לְחוֹק הַשְּׂכִירוֹת וְהַשְּׂאִילָה,

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

88 עניין עיני, לעיל ה"ש 57, בפס" 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 השוו עניין סולונץ, לעיל ה"ש 87; ע"א 7833/06 Pamesa Ceramica נ' ישראל מנדלסון הספקה טכנית הנדסית בע"מ, פס' יז-יח לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 17.3.2009)). ס' 35 (ג) לחוק זה קובע: "המוכר אינו אחראי בהתאם להוראות פסקאות (1) עד (4) של סעיף קטן (ב) לכל חוסר התאמה של הטובין, אם במועד כריתת החוזה הקונה ידע או לא יכול היה שלא להיות מודע לחוסר התאמה כאמור" (ההדגשה הוספה). בכך יש הכרה בכך שרשלנות חמורה של הקונה תמנע ממנו טענת אי-התאמה במקרים מסוימים. כמו כן, ס' 40 לחוק זה, המקביל לס' 16 לחוק המכר, קובע כי "המוכר אינו זכאי להסתמך על הוראות ס' 38-39, אם חוסר ההתאמה מתייחס לעובדות שהיו ידועות לו, או שלא יכול היה שלא להיות מודע להן ושהוא לא גילה אותן לקונה". בניגוד לס' 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 באמצעות בדיקה שטחית של הממכר, גם אם המוכר היה מודע או שלא יכול 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 לס' 16 לחוק המכר המתייחס לעובדות שהיה על המוכר לדעת אותם, ונראה כי זו הפרשנות הרווחת. ראו

התשל"א-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 היישוב יכול לראותן, ושהשוכר היה צריך להיות ער לחשיבותן, ובכך קבעה – גם אם לא מפורשות – שיש להתחשב ברשלנות השוכר.<sup>90</sup> 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 בזמן סביר ניתן להסיק שהתרשלנות המזמין בגילוי הפגם מונעת ממנו להסתמך עליו אם הקבלן לא ידע עליו.<sup>91</sup>

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".<sup>92</sup> הוראה זו מיוחדת לחוזה הביטוח, והיא מוצדקת בשל העובדה שחברת הביטוח היא מתקשרת מקצועית ומתוחכמת אשר מתקשרת בחוזה ביטוח כדבר שבשגרה, ולעומת זאת המבוטח בדרך כלל אינו כזה.<sup>93</sup> אם כן נראה כי סעיפי החוק הולמים את התפיסה כי מוצדק שרשלנות המבטח תשלול ממנו את הסעדים שהיו ניתנים לו בשל הפרת חובת הגילוי של המבוטח אלמלא רשלנותו.<sup>94</sup> אכן, לא ניתן להתעלם מאופיו הצרכני של חוזה הביטוח, אך עצם ההכרה בכך שבחוזה ביטוח המאופיין בפערי מידע וחוסר שוויון בין המתקשרים יש הצדקה להתחשבות ברשלנות הטועה, מלמד שהתחשבות מסוימת – גם אם מסויגת – אינה זרה לדיני החוזים הישראליים.

CHRISTOPH BRUNNER & MATTHIAS REY, COMMENTARY ON THE UN SALES LAW (CISG) 282–283 (Christoph Brunner & Benjamin Gottlieb 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 בן-פורת (1979).

91 ראו ס' 3(ב)(1) לחוק חוזה קבלנות, התשל"ד-1974; והשוו איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 498–496 (1994).

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

93 שחר ולר חובות גילוי של מבוטחים בחוזה ביטוח 384 (2002) (להלן: ולר חובות גילוי).

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

#### 4. עמדת המשפט העברי

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

- 95 על דיני הטעות במשפט העברי ועל ההבדלים בינם לבין החוק הישראלי ראו בהרחבה **חוק לישראל: פגמים בחוזה** 109–211 (נחום רקובר עורך 2011).
- 96 זווית נוספת שלכאורה היה אפשר לבחון היא הזווית של דין אונאת מחיר, העוסק במכירת נכס במחיר הגבוה או הנמוך בהרבה מערכו. אך כפי שהראה בני פורת **הצדק החוזי: בדין התלמודי העברי** פרק שני (עבודת גמר במסגרת לימודי התואר השני, האוניברסיטה העברית בירושלים 2002), נראה כי יסוד דין אונאת מחיר אינו הטעות במחיר אלא הקיפוח, ולפיכך ספק אם ניתן לשאוב השראה של ממש מדין זה.
- 97 ראו שלום אלבק "עקרונות הטעות בדיני ממונות של המשפט התלמודי" **משפטים** ה' 61, 86 (1973); אבישי קולין "חוקי התורה: מקח טעות עקב אי התאמה" **אמונת עתיך** 131: ניסן התשפ"א 117, 118 (2021). הרב קולין אומר כי יש שתי גישות בהלכה להבנת מהות דין מקח טעות. לפי גישה אחת במקרה של מקח טעות מתברר כי לא הייתה גמירות דעת של הצדדים, ומטעם זה העסקה בטלה. לפי גישה אחרת בכל עסקה יש תנאי מכללא כי גגם מהותי בעסקה יביא לבטלותה (שם, בעמ' 117–118). להשלכות של ההבדלים בין הגישות ראו **חוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 116–117 ובהערות המוזכרות שם.
- 98 לדיני מקח טעות פרטים רבים, שאין זה המקום לפרטם. ראו אצל הרב קולין, לעיל ה"ש 97.
- 99 משנה תורה, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג.
- 100 אציג רק מופע מסוים של המחלוקת אף שהגישות העקרוניות השונות שהובעו במופע זה מופיעות במקורות שונים. הסוגיה נידונה בהרחבה **בחוק לישראל**, לעיל ה"ש 95, בעמ' 118–123 ובהערות המוזכרות שם. ראו עוד תשובות הגאונים שערי צדק, ח"ד, שער ו, סימן ד; המרדכי, כתובות, רמז רצב; תוספות, קידושין יא, ע"א, ד"ה "הנהו קלא אית להו"; דניאל כ"ץ "מקח טעות והטעיה במקח" **אמונת עתיך** 100: תמוז התשע"ג 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 בסי' 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 בת' 68/033 ארץ חמדה גזית עפרה "עבודת קבלן שהופסקה" **פסקים** 6(4.5.2009) [www.psakim.org/Psakim/File/535#ogen6](http://www.psakim.org/Psakim/File/535#ogen6).
- 102 בבלי, כתובות ע"ה, ע"ב.

ובמקרים מסוימים גם ללא בדיקה מקדימה יוכל הטועה לבטל את החוזה.<sup>103</sup> לעומת זאת בעל ה"משנה למלך" (רבי יהודה רוזאניס) התנגד לגישה זו וסבר שאין רשלנות הקונה בבדיקת הנכס משפיעה על זכות ביטול העסקה במקרה שימצא בו פגם,<sup>104</sup> אם כי ייתכן שהדין יהיה שונה אם הטעות נוגעת לפגם שכיח.<sup>105</sup> למעשה, שתי הגישות סובבות סביב העיקרון 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.<sup>106</sup>

אם כן, השקפת המשפט העברי אינה קרובה כלל להשקפה של "יזוהר הקונה".<sup>107</sup> יש הסכמה רחבה כי רשלנות הטועה כשלעצמה אינה שוללת את זכות ביטול החוזה, והמחלוקת בין פוסקי ההלכה נוגעת בעיקר לשאלה אם רשלנות הטועה היא מחילה על טעויות אפשריות, כלומר אם יהיה אפשר לייחס לטועה נטילת סיכון בדבר האפשרות של טעות. גם מחלוקת זו נוגעת רק לאותם מצבים שבהם הטעות הייתה מתגלה בבדיקה שטחית, והטעות היא טעות יסודית,<sup>108</sup> והיוצא מכך הוא שהמשפט העברי אינו מטיל נטל כבד של בירור על הצדדים לחוזה כדי שיוכלו לבטל את החוזה במקרה של טעות. לבסוף יש לציין שאף הגישה שלפיה רשלנות 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.<sup>109</sup> הדברים עולים בקנה אחד עם גישתו הכללית של המשפט העברי לדיני הטעות, שאינה מתחשבת בשיקולי אשמה או ענישה.<sup>110</sup>

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

104 משנה למלך, הלכות מכירה, פרק טו, הלכה ג. יצוין כי גם הוא מסכים לכך שרשלנות הקונה בבדיקת הנכס משפיעה על זכות הביטול שלו כאשר הוא כבר שילם על הממכר. ראו עוד הרב קולין, לעיל ה"ש 97, בעמ' 125, וה"ש 73.

105 ראו חוק לישראל, לעיל ה"ש 95, בעמ' 123; אברהם אטלס "מקח טעות ואונאה במכירת רכב" תחומין כב 251, 258-259 (התשס"ב).

106 ראו בפרק ב לעיל.

107 בהקשרים אחרים עמדו פוסקי ההלכה במפורש על ההבדל בין השקפת המשפט העברי לבין השקפה של "יזוהר הקונה", ראו ים של שלמה, בבא קמא, פרק ה, סימן מא; ש"ך חושן משפט, סימן רכו, 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' 118-119. אף שהשקפה זו מתאימה לדיני הטעות כפי שהם מעוצבים במשפט העברי, חוק החוזים אינו רואה בדיני הטעות ככרוכים ביסוד גמירת הדעת, ואף להפך – אחד מיסודות עילות הטעות וההטעיה הוא 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 שהתירש בבדיקת הסכם ולפיכך מצא עצמו כבול בתנאים שאינם רצויים לו. המשנה במסכת בבא בתרא פרק י, משנה ח קובעת כך: "המלוה את חבירו 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 מאת החייב, אך כאשר ההלוואה ניתנה בעדים בלבד, הנושה אינו רשאי לגבות את החוב מנכסים שנמכרו לצד שלישי. התלמוד הבבלי, מסכת בבא בתרא דף קע"ה, ע"ב דן בטעם ההבדל בדן בין הלוואה בשטר להלוואה 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

## ג. הסעד המתאים – סעד גמיש

בפרקים הקודמים הראיתי כי הפסיקה התנגדה לשלילת סעד הביטול מטועה רשלן, אך התחשבה במידה מעטה 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 הכול. לפיכך בנקודה זו אבקש להסיט את הדיון מהשאלה אם ראוי להתחשב ברשלנות הטועה לעבר השאלה מהו האופן שבו 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.<sup>111</sup> סוג אחד של סעדים שניתן למצוא כמותם במרבית תחומי המשפט הוא סעדים בינאריים הקובעים תוצאות חדות של "הכול או כלום". כך הוא סעד הביטול בגין טעות ידועה והטעיה (אם אין מדובר בחוזה הניתן להפרדה).<sup>112</sup> עשויות לעלות שאלות בדבר היסודות הדרושים להוכחת הטעות או ההטעיה, אך אם יסודות אלו מתקיימים, רשאי הטועה לבטל את החוזה, ואם יסודות 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 שלא בצדק לאחד הצדדים.

סוג אחר של סעדים הוא סעדים שבהיעדר מונח מתאים יותר, אכנה אותם "סעדים גמישים". סעדים מסוג זה הם גמישים במובן זה שהם מאפשרים התאמה מרבית בין הסעד

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 המשמעות של עסקה עם החייב (בין לגישה שלפיה "שעבודא דאורייתא" ובין לגישה שלפיה "שעבודא לאו דאורייתא"). כיוון שאם לא יתשל, צד שלישי יהיה מודע לכך שהנושה עשוי לגבות את החוב של החייב ממנו – "אינהו נינהו דאפסידו אנפשייהו" (=הוא גרם להפסד של עצמו). בכך באה לידי ביטוי התפיסה שלפיה צד להסכם צריך לנקוט משנה זהירות באשר לתנאי ההסכם, והוא שיספוג את המחיר של רשלנותו.

111 ההבחנה בין סעדים גמישים לסעדים בינאריים אינה מקבילה בהכרח להבחנה בין סטנדרטים לכללים (אף שסטנדרטים הם בעלי גמישות מרבית). סעדים גמישים עשויים להיות גם הם מנוסחים כמערכת המורכבת מכמה כללים השואפים לתת מענה מתאים ומדויק למצבים רבים ומגוונים. ראו 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 "שיקול-דעת").

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

לבין נסיבות המקרה.<sup>113</sup> פסיקת פיצויים נזיקיים 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 ולחלק את האחריות לנזק בין המזיק לבין הניזוק באופן יחסי.<sup>114</sup> יתרונם של סעדים בינאריים הוא חסרונם של סעדים גמישים, ולהפך: סעדים גמישים עשויים להביא לתוצאה צודקת יותר במקרים מורכבים, אך בה בעת הם מסובכים הרבה יותר ליישום מדויק. כמו כן מטבע הדברים סעדים גמישים כרוכים בדרך כלל בהרחבת שיקול הדעת השיפוטי, ומכאן 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 ארחיב מעט על הבינאריות של סעד ביטול החוזה בגין פגם בכריתה. כאמור, הסעד העיקרי שדיני החוזים מעניקים לטועה הוא ביטול החוזה.<sup>115</sup> סעד זה הוא בינארי במונח זה שאחד הצדדים יישא 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 בבית המשפט. ביטול החוזה בשל טעות או הטעה 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.<sup>116</sup>

אומנם 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. למשל, אופיו של סעיף 14(ב) לחוק החוזים עשוי לאפשר לבית המשפט לפסוק בדרך שתהלוך את אשם של הצדדים במקרים של רשלנות הטועה הנופלים בגדרו, משלושה היבטים: ראשית, ברירת הביטול אינה אוטונומית אלא טעונה אישור של בית המשפט; שנית, הפסיקה הכירה בכך שניתן להתחשב ברשלנות הטועה במסגרת השיקולים שישקול 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 מכריתת החוזה.<sup>117</sup> בכך בית המשפט

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 בגמישות למציאות עובדתית נתונה וברורה.

114 ס' 68 לפקודת הנזיקין [נוסח חדש].

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

116 ס' 21 לחוק החוזים (חלק כללי).

117 שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 355.

יכול לאזן בין האינטרסים של הצדדים ולחלק את האחריות חלוקה שתהלוך את אחריותם של הצדדים לגרימת הטעות. אך גם אם יש בדברים הללו כדי לצמצם את היקף הבעיה, הם נכונים אך ורק לטעויות הנופלות בגדרי סעיף 14(ב) ואינם מספקים מענה כולל לדיני הטעות. נוסף על זה, הדעה המקובלת היא שסעיף 14(ב) מקנה לבית המשפט את הסמכות לפסוק לצד השני פיצויי הסתמכות, ולא בכל מקרה תהיה הסתמכות, מכל מקום לא כזו ששיעורה יכול לאפשר חלוקה צודקת של האחריות לטעות.<sup>118</sup>

בדומה לסעד הגמיש של סעיף 14(ב), יש פתרונות נוספים שבכוחם לרכז את הבינאריות של הסעד ולהביא לתוצאה צודקת בנסיבות מסוימות.<sup>119</sup> 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,<sup>120</sup> כדי להתחשב באשם של כל הצדדים לחוזה ולחלק את האחריות לנזק ביניהם.<sup>121</sup> 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 יהיה אפשר להיעזר בהן לצורך מתן סעד גמיש והתחשבות ברשלנות הטועה.<sup>122</sup>

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

118 ייתכן שניתן לתאר טענה זו גם כך: 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 מביטול חוזה בגין פגם בכריתה. יודגש כי לעמדת חלוקת האחריות אינה צריכה לבוא לידי ביטוי רק בנזק הכלכלי שייגרם לצד המבקש להשאיר את החוזה על כנו כפי שמורה ס' 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), אלא גם בעצם ההכרעה לאשר לטועה לבטל את החוזה. כך למשל ייתכן כי העובדה שמאזן הנזק נוטה במידה רבה 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 גם שהטועה הרשלן זכה לבטל את החוזה, וגם שהפיצויים המרביים שהוא יחויב בהם על ידי בית המשפט יהיו נמוכים ביותר. איזון 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 שיעור הפיצויים לנזקי הסתמכות.

119 לכאורה ס' 14(ג) לחוק החוזים (חלק כללי) 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.

120 עניין Eximin, לעיל ה"ש 56.

121 על שימוש בהגנת האשם התורם בתביעה מכוח ס' 12 לחוק החוזים (חלק כללי), 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 חוזי בלבד [אלא גם נזיקין]". עם זאת בהתחשב באמירה הברורה של הפסיקה שאין להתחשב ברשלנות הטועה במסגרת שאלת סעד הביטול (למעט בבקשה לפי ס' 14(ב)), יש לתהות ולהסתפק בשאלה אם תהיה נכונות בפסיקה להתחשב באותה רשלנות במסגרת סעיף 12.

122 בדומה לזה, במקרים מסוימים יהיה אפשר להגיע לתוצאה זהה או קרובה לזו באמצעות תביעה מכוח דיני הנזיקין.

מהצד השני.<sup>123</sup> 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.<sup>124</sup> השיקולים שבית המשפט בוחן בקובעו אם לפטור מהשבה או מחלוקה הם רחבים למדי,<sup>125</sup> ולפיכך ניתן לטעון כי במסגרת אותם שיקולים יהיה אפשר להתחשב ברשלנות הטועה ולפטור את הצד השני מהשבה במידה שתביא לחלוקה צודקת של אחריות הצדדים לחוזה.<sup>126</sup> גם פתרון זה להתחשבות ברשלנות הטועה נותן מענה אך לחלק מסוים מן המקרים. לא בכל מקרה יש השבה ולא בכל מקרה הפחתתה או אף מתן פטור ממנה יביאו לתוצאה צודקת.<sup>127</sup> יצוין גם שהעיקרון היסודי שלפיו ההשבה היא הדרת עשוי לצמצם את קשת המקרים שבהם יהיה אפשר להתחשב ברשלנות הטועה במתן פטור מהשבה רק במקרים שבהם רשלנות הטועה היא שגרמה לצד השני נזק או שינתה את מצבו לרעה.<sup>128</sup> אך כפי שהערתי באשר לשימוש בסעיף 12 לחוק החוזים לצורך התחשבות ברשלנות הטועה, יש בכך נתיב נוסף אשר במקרים מסוימים ייתן מענה גמיש למצבים של רשלנות הטועה. בשל הפתרונות השונים להגמשת סעד הביטול שהוצגו לעיל עולה השאלה אם עדיין ניתן לומר שסעד הביטול הוא סעד בינארי. ניתן לטעון כי לא ניתן לקבוע כי סעד הביטול הוא בינארי ללא בחינה כוללת של הסעדים שביקשו הצדדים במקרה מסוים. למשל, ייתכן שבית המשפט יקבע כי רשולן טועה רשאי לבטל את החוזה, אך בד בבד יקבל תביעת פיצויים של הצד השני בגין חוסר תום לב של הטועה במשא ומתן.<sup>129</sup> במקרה כזה בית המשפט מעניק למעשה סעד גמיש הדומה למדי לזה שאפשר שיינתן 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

123 ס' 21 לחוק החוזים (חלק כללי).

124 דנ"א 10901/08 **בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ**, פ"ד סה(1) 350, פס' 31–30 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) נאור (2011), אולם ראו שם דעת המיעוט של השופט ריבלין. להרחבה, ראו פרידמן ושפירא בר-אור, לעיל ה"ש 46, בעמ' 904–917. זוהי העמדה הרווחת בפסיקה, אם כי יש דעות שונות בשאלת הבסיס העיוני של הוראת ההשבה בסעיף 21 לחוק החוזים (חלק כללי) (בתוך כל הוראות ההשבה בדיני החוזים) ובשאלת יחסה לדיני עשיית עושר ולא במשפט, שלפיהן 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? (בשוליי ע"א 4305/10 אילן נ' לוי)" **משפטים** מה 251, 272–273 (2015); מיכל אגמון-גונן **אופקים חדשים במשפט – ההשבה בהקשרים חוזיים** 149–159 (2001).

125 עניין **בייזמן**, לעיל ה"ש 124, בפס' 45–46 לפסק דינה של השופטת נאור.

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

127 בדומה לדוגמה שהובאה לעיל בה"ש 118, במצב שבו לצד שלא טעה אין מה להשיב לטועה, או שבנסיבות העניין סכום ההשבה קטן, ריכוך הבינאריות באמצעות הפחתת ההשבה הוא חלקי ביותר. עוד ראו את הדיון בפרטי פסק הדין בפרשת **ספקטור** (לעיל ה"ש 17), להלן בפרק ה.1.

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

129 וזאת לפי ס' 12(ב) לחוק החוזים (חלק כללי).

ומתן הם פיצויי הסתמכות,<sup>130</sup> ובמקרים רבים לא יהיה נזק שנגרם לצד השני מן המשא ומתן או מכריתת החוזה שיאפשר לקבל פיצויים אלו. אך גם אם נניח שאכן היה נזק כזה שיוזכה את הצד השני בפיצויים, לא בהכרח ישקף סכום הפיצוי נאמנה את חלוקת האחריות לקיומה של הטעות, וסכום פיצויי ההסתמכות יהיה קטן מדי או גדול מכדי 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 לא רק לשאלת התוצאה, שכן התנאים למתן הסעד אינם זהים בכל הסעדים. אין דומה מצב שבו הצד שלא טעה קיבל פיצוי בסכום X בהמשך לביטול חוזה מצד רשלן טועה לפי סעיף 14(ב) (פיצוי שתלוי בין השאר בקיומם של נזקי הסתמכות) למצב שבו קיבל פיצוי זהה בשל נזקים שנגרמו לו מחוסר תום לב במשא ומתן (שתלוי בין השאר בהיותה של רשלנות הטועה חוסר תום לב במשא ומתן), ושני אלה אינם דומים למצב שבו הצד שלא טעה קיבל פטור חלקי מהשבה באותו הסכום (שתלוי בכך שההשבה אינה צודקת בניסבות העניין).

אם כן, העובדה שלעיתים באופן מקרי ותלוי נסיבות תבוא ההתחשבות ברשלנות הטועה 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 כראוי 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, הוא בינארי. למעשה, בינאריות זו אינה קשורה דווקא למקרים של רשלנות הטועה, אלא היא מאפיינת את עיצובם של דיני הטעות בצילור 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 חמור, וברוב המקרים אלו הם פני הדברים, ראוי לאפשר לטועה להשתחרר מחוזה שהוא נקשר בו מתוך טעות ולהשיב את המצב לזה שהיה עובר לכריתת החוזה לפי שיקולי המדיניות השונים שנידונו לעיל.<sup>131</sup>

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 לא צודקת שבה הצד הטועה רשאי לבטל את החוזה אף שגם הוא שותף ברשלנותו לגרימת הטעות. במילים אחרות, פעמים שהפגיעה באינטרס הקיום של הצד השני, המוצדקת 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 פני הצד השני בכך שהוא מחזיק

<sup>130</sup> שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 127-128.

<sup>131</sup> ראו בפרק ב לעיל.

בכוח לקבוע את עתידה של ההתקשרות ללא צורך בהתחשבות בצד השני.<sup>132</sup> יתרון זה ראוי וצודק כאשר הטועה לא התרשל ולא תרם ברשלנותו לקיומה של הטעות, אך במצב של רשלנות הטועה יש שיתרון זה אינו מוצדק.<sup>133</sup>

העדפת סעד גמיש לטיפול ברשלנות הטועה אף משתלבת במגמה כללית יותר של המשפט האזרחי. בעבר, ובמידה מסוימת גם היום, המשפט האזרחי נקט עמדה ברורה המעדיפה כללים וסעדים בינאריים על פני סעדים גמישים.<sup>134</sup> אך בעשרות השנים האחרונות ניכרת נטייה מסוימת של בתי המשפט להעדיף כללי הכרעה גמישים על פני כללי הכרעה בינאריים.<sup>135</sup> 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 מדרוג 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."<sup>136</sup>

מלבד שיקולים כלליים כגון חתימה לצדק, הדיון על סוג הסעד צריך להתייחס להתאמתו לתחום המשפטי הרלוונטי בהתחשב במטרותיו ובערכים העומדים ביסודו.<sup>137</sup> השאלה איזה סוג של סעד מתאים לתחום משפטי מסוים אינה שאלה קלה. המתחים שבבסיס שאלה זו הם רבים ומגוונים, ונוגעים למטרותיו השונות של כל תחום משפטי. עם המתחים המרכזיים הקיימים במרבית תחומי המשפט ניתן למנות את המתחים בין צדק והוגנות לבין יעילות, יציבות וודאות משפטית. ככלל נראה כי בתחום של דיני החוזים הישראליים הנשלטים במידה רבה על ידי עקרון תום הלב, שפורש ויושם בפסיקה בצורה רחבה, תהיה העדפה

132 ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 276–277; פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 515.

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

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

135 לרשימה חלקית ולא ממצה ראו רע"א 3260/10 חתמי לוידיס נ' סלוצקי, פס' 30 לפסק דינה של השופטת ברק-ארז (נבו 15.9.2013) (ביטוח); ע"א 8987/05 מלכי נ' סכונ של פעם (2000) בע"מ, פסק דינו של השופט (כתוארו אז) גרוניס (נבו 9.10.2007) (סימני מסחר); ע"א 6581/98 זאבי נ' מדינת ישראל – מחלקת עבודות ציבוריות, פ"ד נט(6) 1, 16–18 (2005) (פיצויי הפקעה); ע"א 624/13 מורדכיוב נ' מינץ, פס' נג-ס לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) רובינשטיין (נבו 4.8.2014) (קניין); ע"א 2965/08 סגנון שרותי תקשוב בע"מ נ' פקיד שומה פתח תקווה, פס' 20 לפסק דינו של המשנה לנשיאה ריבלין (נבו 21.6.2011) (מיסים); ע"פ 3891/04 ערד השקעות ופיתוח תעשייה בע"מ נ' מדינת ישראל, פ"ד ס(1) 294, פס' 46 לפסק דינו של השופט (כתוארו אז) ריבלין (2005). כן ראו Guido Calabresi & Jeffrey O. Cooper, *New Directions in Tort Law – 1995 Monsanto Lecture Valaparaiso University School of Law*, 30 VAL. U. L. REV. 859, 868–869 (1996) (נויקין); אהוד גוטל "הסדר חדש לדין ההתיישנות?" משפטים 829, 845–851 (התשס"ז) (נויקין והתיישנות); ס' 30–31 לחוק החוזים (חלק כללי); שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 617–619 (חוזה פסול); רועי קרייטנר "הערעור נתקבל בחלקו: תרופות-אמצע בשל הפרת חוזה" עיוני משפט ל 265 (2007) (תרופות בשל הפרת חוזה). ראו גם את דבריו של השופט גרוסקופף לאחרונה בהקשר של סעדים מכוה 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 "שיקול דעת", לעיל ה"ש 111, בעמ' 309.

לסעדים גמישים, 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.<sup>138</sup> אכן, מבט על התפתחות דיני החוזים הישראליים מעלה כי סעדים רבים הם גמישים, או שהוגמשו עם השנים: סעד הביטול במקרה של טעות לפי סעיף' 14(ב), תוצאות חוזה פסול המתחשבות בצדק,<sup>139</sup> הכרה בהגנת האשם התורם,<sup>140</sup> סייגי אכיפת החוזה והאפשרות להתנות אכיפה בתנאים<sup>141</sup> ועוד. עם זאת ייתכן שגם בתוך דיני החוזים תהיה הבחנה פנימית בין עניינים שבהם תהיה עדיפות לסעד בינארי לבין עניינים שבהם 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 שבו יש להתחשב ברשלנות הטועה. במצב זה יתרונו של סעד גמיש הוא ברור – יש בו כדי לתת מענה המגשים את שיקולי המדיניות השונים בהביאו אותם לידי ביטוי בצורה הטובה ביותר בנסיבותיו המיוחדות של כל מקרה ומקרה. לעומת זאת סעד בינארי כסעד הביטול מצריך את בית המשפט להכריע הכרעה חדה 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 חשובים תומכים בהתחשבות ברשלנות הטועה, אך היכולת לממש את אותם שיקולים ולאזן ביניהם במקרה מסוים תלויה במידה רבה בגמישות הנתונה לבית המשפט במתן סעד.<sup>142</sup> נוסף על זה, הבחירה בסעד גמיש מתאימה למגמה הרווחת במשפט האזרחי המבכרת פתרונות גמישים על פני פתרונות בינאריים.

138 פורת, לעיל ה"ש 58, בעמ' 63.

139 ס' 31 לחוק החוזים (חלק כללי): "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" (ההדגשה הוספה).

140 עניין Eximin, לעיל ה"ש 56.

141 ס' 3-4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970.

142 עם זאת ראו את דבריו הוזהרים של דויטש "שיקול-דעת", לעיל ה"ש 111, בהקשר של עסקאות נוגדות: "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" (שם, בעמ' 310). 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.

## ד. ביטול מותנה

טענתי לעיל 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, שיש בו 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 פתרון זה מוגבל למקרים ספציפיים בלבד – מקרים שבהם נטענת טענת טעות שאינה ידועה. כמו כן רשלנות הטועה היא רק מרכיב אחד מתוך שיקולי הצדק שבית המשפט עשוי לשקול כאשר הוא בוחן אם להיענות לבקשת הביטול, ולפיכך עשויה להיווצר אי-התאמה בין הסעד לבין אחריות הצדדים לטעות. יתרה מזאת, 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"<sup>143</sup>. אף על פי כן הובעה בספרות דעה אחרת. לדעת דניאל פרידמן ונילי כהן, אין מניעה שבית המשפט יוכל להתנות מכוח סעיף 14(ב) את ביטול החוזה בתנאים מסוימים, או לפסוק לצד השני פיצויי קיום.<sup>144</sup> נראה בעיניי שלשונו של סעיף 14(ב) צרה מלהכיל פרשנות מרחיבה כזאת לסעדים שאותם 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 מן הכריתה. פרידמן וכהן למעשה מרחיבים את שיקולי הצדק שבית המשפט שוקל בכאן 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"<sup>145</sup>. 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 היא ברורה, והיא נובעת למעשה – אם כי בניסוח אחר – מבעיית 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 שבהם ביטול החוזה לצד פיצויי הסתמכות נחזה להיות לא צודק, בית המשפט לא ייענה לבקשת הביטול, וגם סעד זה יביא לתוצאה שאינה צודקת, אם כי הפעם לטובת הצד השני.

143 שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 359.

144 פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 84–87.

145 שם, בעמ' 85.

אני מסופק אם גישתם של פרידמן וכהן ניתנת לביסוס על סעיף 14(ב) לחוק החוזים, אבל אבקש להציע כי ניתן לבססה על עקרון תום הלב.<sup>146</sup> ביטול חוזה או בקשה לבטל צריכים להיעשות בתום לב, ככל שימוש בזכות הנובעת מחוזה.<sup>147</sup> כאמור, לעיתים ביטול החוזה מצד הטועה עשוי לעלות כדי חוסר תום לב אשר ימנע ממנו את הזכות לבטל את החוזה. במקרים מסוימים, שבהם רשלנות הטועה עולה כדי חוסר תום לב, התניית הביטול בתנאים מסוימים עשויה לשמש כלי גמיש ויעיל שבית המשפט יוכל להיעזר בו כדי להביא לתוצאה צודקת. תנאים אלו יכולים ללבוש צורות שונות ומגוונות, לפי הנסיבות של כל מקרה ומקרה. כך למשל ניתן להתנות את הביטול בתשלום פיצויים (שלא בהכרח יגנו על אינטרס ההסתמכות, אך כן יגנו על אינטרס הקיום)<sup>148</sup> או בכך שהטועה יבצע פעולה מסוימת או יימנע מפעולה מסוימת.<sup>149</sup> מטרת התנאים אשר יציב בית המשפט בפני הטועה המבקש לבטל את החוזה תהיה לאפשר לטועה לקבל את מבוקשו, אך בלא לזכות אותו בסעד אשר יעדיף אותו במידה מופרזת על פני הצד השני. מנגנון מעין זה, אשר ילווה בדרישה מהטועה הרשולן להתחייב לקיומם של אותם תנאים אשר יציב בית המשפט או לוותר על ביטול החוזה, יאפשר גמישות רבה לבית המשפט להתאים את הסעד למקרים ספציפיים. העובדה שמנגנון זה מבוסס על כך שהשימוש בזכויות הנובעות מחוזה צריכות גם הן להיעשות בתום לב, מאפשרת להחילו במידה רחבה יותר על כל דיני הטעות, ולא רק על הטעות לפי סעיף 14(ב), כהצעתם של פרידמן וכהן. במקרה של רשלנות הטועה ניתן 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, בשונה מביסוסו על 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 ובהגניתו של הטועה. לביסוס הביטול המותנה על תום הלב אף השלכות יישומיות השונות מאלו

146 ביסוס זה דומה באופיו לשדה המשפטי שבו הופעל מנגנון דומה לזה של הביטול המותנה בפסק הדין האנגלי Solle v. Butcher, [1950] 1 K.B. 671 – דיני היושר. כמו כן מטרת הצבת התנאים על ידי בית המשפט הייתה להגיע לפתרון צודק (שם, בעמ' 696). האפשרות לבטל חוזה בגין טעות משותפת מכוח דיני היושר, שעליה התבסס פסק דין זה, נשללה בדין האנגלי המודרני. ראו פרידמן וכהן, לעיל ה"ש 5, בעמ' 53–54.

147 ראו שם, בעמ' 536, ה"ש 115; ס' 39 לחוק החוזים (חלק כללי); שלו וצמח, לעיל ה"ש 6, בעמ' 448, ה"ש 10. כן ראו בג"ץ **שירותי תחבורה**, לעיל ה"ש 54, בפס' 7–8 לפסק דינו של השופט ברק, שנראה שהחיל את סעיף 39 לחוק החוזים (חלק כללי) על ביטול חוזה בשל פגם בכריתה באמצעות ס' 61(ב) לחוק החוזים ולא במישרין. 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 5, בעמ' 84–87.

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, ייתכנו מצבים שבהם שיקולי צדק היו מורים להשתמש בביטול מותנה, אך שיקולי תום לב לא היו מצדיקים שימוש במנגנון האמור. כך למשל במקרה של טועה רשולן שטעה בטעות לפי סעיף 14(א) או הטעיה אשר לכאורה מזכה אותו בביטול החוזה, אך ביטול החוזה עשוי לגרום נזק חמור 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 צורך שהטועה ישתמש בזכות הביטול שלו, אלא שהיא צריכה להיות כרוכה בחוסר תום לב של הטועה הרשולן.<sup>150</sup>

היבט נוסף של המנגנון המוצע הוא שביטול מותנה 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 שבו יש להגן על האינטרסים של שני הצדדים, בניסיון להגיע לתוצאה צודקת שלא תושג באמצעות אכיפת החוזה לבדה.<sup>151</sup> כמו כן פעמים רבות מדובר במקרים שבהם לולא התנאים שיציב בית המשפט לא יוכל הסעד העיקרי להינתן.<sup>152</sup> 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 שבו ייושם מנגנון של ביטול מותנה, בדבר התנאים שאותם יבחר בית המשפט להציב ועוד.

בפרק השלישי טענתי שראוי שהתחשבות ברשלנות הטועה תבוא לידי ביטוי בסעד גמיש חלף סעד הביטול הבינארי שבו 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 פיצויי קיום חלקיים לצד השני. אף על פי כן לדעתי ביטול מותנה הוא הפתרון הראוי ביותר, משלושה טעמים: גמישותו הרבה, השתלבותו בדין הקיים ופגיעה מינימלית בחופש החוזים.

150 פרידמן וכהן מציגים מקרה מעין זה שבו לטועה אין אינטרס מוצדק שבגינה הוא מבקש לבטל את החוזה, כמקרה שבו ביטול החוזה עשוי להיחשב לשימוש בזכות בחוסר תום לב (שם, בעמ' 537-540). אומנם לעיתים עשוי להיות לטועה אינטרס מוצדק לבטל את החוזה אף שמבחינה אובייקטיבית הנזק שייגרם לצד השני מן 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 (כתוארו אז) 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".

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".

**ראשית**, ביטול מותנה הוא סעד גמיש ביותר, המותר חופש פעולה נרחב לבית המשפט לעשות צדק, בשני מובנים: הן גמישות בנוגע לקשת הסעדים הנרחבת שנתונה לבית המשפט (פיצויים, צו עשה או צו לא תעשה ועוד), והן בנוגע 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 בהצלחה את סכום הפיצוי שיגן כראוי על אינטרס הקיום של הצד השני בהינתן רשלנות הטועה. לדעתי, במקרה מורכב כרשלנות הטועה יש 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, אציע בהמשך לתחום את השימוש בביטול המותנה ובגמישותו בעיקר למקרים שבהם התנהגותו של הטועה עולה כדי רשלנות חמורה.<sup>153</sup>

**שנית**, ביטול מותנה עשוי להשתלב בהצלחה ובטבעיות בדין הקיים, שכן רכיביו של הביטול המותנה כבר קיימים בהקשרים שונים של דיני החוזים הישראליים (שלילת ביטול החוזה בשל שימוש בזכות הביטול בחוסר תום לב והיענות לסעד המבוקש כפוף לתנאים כפי שמצוי בתרופת האכיפה), ושופטים ומשפטנים הם בעלי ידע וניסיון בכל הנוגע לאופן הפעלתם. כמו כן ביטול מותנה אינו משנה את הסעד העיקרי בגין טעות או הטעה – 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, מה שפוגע בחופש החוזים של הצדדים לחוזה פגיעה מינימלית. האינטרס של הטועה הרשולן להשתחרר מחוזה שבו נקשר בטעות נענה, אם כי בתנאים מסוימים, ומכל מקום לו 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 החוזים<sup>154</sup> – נפגע אך פגיעה מינימלית, 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 באילו מקרים יש להפעיל את המנגנון של ביטול מותנה. ברור שמדובר אך ורק במקרים שבהם ביטול החוזה ללא כל תנאי וסייג עולה כדי חוסר תום לב, אך בשל עמימותו של עיקרון זה נראה שאין בכך כדי לקדם הרבה את הדיון. קשה להגדיר הגדרה ממצה את כל המקרים שבהם יהיה ראוי להשתמש במנגנון המוצע, אך אבקש לסרטט קווי מתאר ראשוניים לכך, המתייחסים למידת הרשלנות של הטועה, ליסוד הנפשי של הצד השני ול"מאזן הנזק". בחלק מהמקרים המבחנים השונים עשויים להביא למסקנות שונות, ועם

153 ראו בפרק ד.2 להלן.

154 שלו ואדר, לעיל ה"ש 65.

זאת נראה שכוחם יפה בהצפת השיקולים הרלוונטיים במקרים של רשלנות הטועה. יודגש שלדעתי על המבחנים שאציע לבחון דווקא את השאלה אם ראוי להשתמש בביטול מותנה, אף שלכאורה היה אפשר להציע שימוש במנגנון של ביטול מותנה, ולהתחשב במבחנים אלה לבחינת השאלה אילו תנאים יש להציב לטועה המבקש ביטול.<sup>155</sup> הפרדה זו בין שאלת השימוש בביטול מותנה לבין שאלת אופן השימוש בו חשובה לשם הזהירות מהשתלטות המנגנון הגמיש על דיני הטעות בכללם, כפי שעוד ארחיב בהמשך.

לדעתי ראוי להשתמש במנגנון המוצע בעיקר במקרים שבהם התנהגות הטועה היא בגדר רשלנות חמורה. לטעמי, יש בכך איזון 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).<sup>156</sup> על בסיס יסוד זה קובע הריסטייטמנט שרשלנות אינה פוגמת בהצדקת ההסתמכות אלא אם היא עולה כדי חוסר תום לב, והיא מנוגדת לסטנדרטים סבירים של מסחר הוגן.<sup>157</sup> בהערה לסעיף דומה בריסטייטמנט נאמר כי הגדרת ההסתמכות המוצדקת נמנעה מהמונח "רשלנות חמורה" (gross negligence), שכן הוא עמום למדי.<sup>158</sup> בכך הריסטייטמנט מעמיד את ההסתמכות המוצדקת כפונקציה של אופי הרשלנות, בניגוד לעוצמתה. נראה שהגדרת ההסתמכות המוצדקת והמונח רשלנות חמורה אינם סותרים זה את זה, וניתן להיעזר בשניהם כדי לבחון אם להפעיל את המנגנון המוצע – הן באשר לעוצמת הרשלנות והן באשר לאופייה. הריסטייטמנט ממשיך ומפרט כי הסתמכות לא תהיה מוצדקת אם הטעות הייתה מתגלה בבדיקה שטחית משום שמשמעות ההסתמכות המוצדקת אינה הסתמכות עיוורת על הצד השני, ומצופה מצדדים למשא ומתן שיפעילו את שיקול דעתם באופן סביר.<sup>159</sup> בהמשך לעמדת הריסטייטמנט, נראה כי מידת הרשלנות צריכה להיבחן לפי

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

156 RESTATEMENT, לעיל ה"ש 8, בס' 164, הערה a.

157 שם, בס' 157, 172(a).

158 שם, בס' 157, הערה a.

159 שם, בס' 172, הערה b. כפי שהראתה Hoffer, יש עמדות שונות בבתי המשפט המדינתיים באשר ליישום גישת הריסטייטמנט. ראו Stephanie R. Hoffer, *Mistake*, 2014 U. ILL. L. REV. 115, 131–133. היא חילקה אותן לשלוש גישות: לפי גישה אחת יש חזקה הניתנת לסתירה שההסתמכות מוצדקת; לפי הגישה השנייה נדרש רף מסוים של בדיקת הצהרותיו של הצד השני כדי להחשיב את ההסתמכות כמוצדקת, רף הנקבע בכל מקרה לגופו לפי רמת התחכום העסקי של הצדדים ולפי נסיבות 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. שאם לא כן, יש בכך כדי להפוך את היוצרות והנחת המוצא תהיה שגם לאחר שהוכחו כל יסודות עילת הטעות או ההטעיה, דיני הטעות לא בהכרח יחולו במתכונתם

נסיבות העניין, מהות העסקה, מיהות הצדדים ומאפייניהם ולפי מערכת היחסים ביניהם. כך למשל בעסקאות חשובות מאוד (למשל אדם פרטי שרוכש דירה למגורים באמצעות רוב כסף), או כאשר הטועה הוא גוף מקצועי ומתוכם הכורת חוזים רבים (כגון בנק),<sup>160</sup> 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 לחייב,<sup>161</sup> או כאשר הטועה היא רשות מנהלית.<sup>162</sup> כששוררים 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, וכך יקשה על הצד השני לטעון כי הטועה התרשל התרשלות חמורה.<sup>163</sup> הטעם לכך הוא שטבעם של יחסי אמון הוא שהצדדים סומכים זה על זה יותר מאשר בהתקשרויות בין זרים, ובנסיבות אלה הצבת דרישה מחמירה לבדיקת דבריו של הצד שלא טעה, גם אם בדיקה זו פשוטה וזולה, עשויה לחבל ביחסי אמון אלה, ומשכך – אינה סבירה.<sup>164</sup>

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 אם מוצדק להתחשב ברשלנות הטועה.<sup>165</sup> בניגוד לשתיקת חוק החוזים בכל הנוגע ליסוד הנפשי של הטועה, אשר ליסוד הנפשי של הצד השני יש כמה הבחנות בחוק: סעיף 14(א) דן במקרה שבו היסוד הנפשי של הצד השני הוא

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 שינוי מהותי בכך שהיא מוסיפה את הצורך להוכיח יסוד לקיומן של העילות, נוסף על זה הקבוע בחוק – הסתמכות מוצדקת. למעשה, הוספת יסוד זה תכביד במידה ניכרת 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 השוו 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 י-ם) 2247/03 **רשף נ' יוסף**, פס' 13–14 לפסק דינו של השופט אוקון (נבו 16.3.2004); Palmer, לעיל ה"ש 58, בעמ' 13, 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 ראו בג"ץ 4422/92 **עפרון נ' מינהל מקרעי ישראל**, פ"ד מז(3) 853, פס' 12 לפסק דינה של השופטת דורנר (1993); דפנה ברק-ארו **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 בין א ל-ג צריכה להיות רלוונטית רק ליחסים המשפטיים שביניהם ולא להשפיע על צדדים שלישיים (ב בדוגמה שלעיל).

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

165 עניין **חבר**, לעיל ה"ש 27, בפס' 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.

מודעות או רשלנות, סעיף 14(ב) דן במקרה שבו הצד השני אפילו לא התרשל, ואשר לסעיף 15 החוק שותק, ואכן רבו הדעות בדבר היסוד הנפשי הנדרש לקיומה של הטעיה.<sup>166</sup> אף על פי כן בדומה לטענה שטענתי לעיל,<sup>167</sup> 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 שבו הטועה התרשל. אם כן, נראה שיש לבחון את האשם של הטועה מול אשמו של הצד השני, כחלק מאיזון האינטרסים הקיים ביסוד דיני הטעות.<sup>168</sup>

כאמור, יש להפעיל מנגנון של ביטול מותנה רק כאשר הטועה התרשל התרשלות חמורה. עולה מכך שכאשר היסוד הנפשי של הצד השני הוא זדון, דהיינו כוונה לבסס את הטעות במחשבתו של הטועה, לא יהיה מוצדק להשתמש במנגנון של ביטול מותנה, שכן התנהגותו של הצד השני חמורה במידה ניכרת מזו של הטועה.<sup>169</sup> כאשר היסוד הנפשי של הצד השני הוא תום לב ללא רשלנות, אין כל מניעה להשתמש בביטול מותנה.<sup>170</sup> במקרה החמור פחות, כאשר היסוד הנפשי של הצד השני הוא מודעות להטעיה או לטעות, אך ללא כוונה של ממש לבסס את הטעות במחשבתו של הטועה,<sup>171</sup> נראה בעיניי שיש להשתמש בביטול מותנה בשל הרצון לאזן בין האינטרסים של הצדדים ולמנוע פגיעה 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, בהתחשב ברשלנות החמורה של הטועה. מקל וחומר, גם כאשר התנהגותו של הצד השני עולה כדי רשלנות, ואפילו רשלנות חמורה, נראה לי כי יהיה ראוי להשתמש בביטול מותנה. נסכם את הדברים בטבלה:

166 לסקירת הדעות השונות ולדיון בהן ראו זמיר "טעות והטעיה", לעיל ה"ש 6, בעמ' 251–256.

167 ראו בפרק א. לעיל.

168 איזון האינטרסים יכול להיעשות בדרכים שונות. כך למשל ניתן להציע שימוש בביטול מותנה יוגבל רק למקרים שבהם הצד השני היה תם לב, מה שיצמצם 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 לסרטט קו גבול מדויק, אך המתווה שאציע מנסה לסרטט קו גבול ראוי גם אם לא ניתן לדחות חד-משמעית איזונים מעט שונים.

169 אף שגיישה זו ראויה לטעמי, לא ניתן להתעלם מחיסרון בולט הגלום בה: הטועה התנהג בצורה רשלנית וחסרת תום לב, אך התנהגות זו לא תקבל ביטוי ממשי בסעדים שייפסקו. החיסרון מתעצם בשל 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 בנוזקין כאשר הוטלה אחריות מכוח עוולת התרמית.

170 כאשר מדובר בטעות לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), בחלק מהמקרים יהיה אפשר להסתפק בביטול באישור בית המשפט אגב פסיקת פיצויי הסתמכות לצד השני, אך כפי שכבר ציינתי, פתרון זה מתאים רק לחלק מהמקרים של רשלנות הטועה.

171 למעשה זהו מקרה קלאסי שבו ללא ביטול מותנה יחולו ס' 14(א) או 15 לחוק החוזים (חלק כללי), לפי הקשר הדברים.

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 אם יש להשתמש בביטול מותנה אם לאו. אם יבחר בית המשפט להשתמש בביטול מותנה, אין ספק שראוי להביא בחשבון את היסוד הנפשי של הצד השני גם בעיצוב התנאים לביטול החוזה. כך למשל התנאים שיוצבו לביטול החוזה בידי טועה רשלן, כשמנגד הצד השני היה מודע לטעותו ולא פעל לתקנה, יהיו קלים מהתנאים שיוצבו למטעה בתום לב (כששאר הדברים שווים).

לבסוף, יש לבחון גם את חומרת אי-הצדק של התוצאה אם לא ייושם המנגנון המוצע במסגרת "מאזן הנזק". במקרה של הסתמכות רבה של הצד השני על קיומו של החוזה, יהיה ראוי להתנות את ביטול החוזה בתנאים. כך גם כאשר לפי "מאזן הנזק" הצד השני יינזק מהביטול הרבה יותר מהטועה. לעומת זאת כאשר אין הסתמכות רבה, או שאין 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 הקטן 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 אם לאו. גמישותו של הביטול המותנה בדרך כלל תאפשר להתחשב בכך במסגרת יישום הביטול המותנה, ולפיכך נראה שהדבר העיקרי שיש לבחון הוא אשם של שני הצדדים.

אם כן, מנגנון של ביטול מותנה ניתן ליישום כאשר לכל סוגי הטעויות (ואף יותר מזה), אך בשל החשש מהשתלטותו על דיני הטעות רצוי להפעילו רק במקרים שבהם הטועה התרשל התרשלות חמורה. לכן נראה כי במקרים שבהם פתרונות אחרים שהרלוונטיות שלהם להתמודדות עם מקרים מורכבים של רשלנות הטועה תלויה בנסיבות המקרה (אשם תורם, פיצוי לפי סעיף 14(ב), השבה חלקית וכדומה) יביאו לתוצאה צודקת, יהיו אלה עדיפים על שימוש במנגנון של ביטול מותנה.

### 3. טענות נגד והתמודדות עימן

אימוץ מנגנון של ביטול מותנה בדיני הטעות כרוך בכמה חששות: ראשית יש לחשוש שהשימוש בעיקרון רחב ועמום כתום לב לצורך טיפול במקרים של רשלנות הטועה יביא להשתלטות עיקרון זה על דיני הטעות. כך למשל התבטא השופט חשין בעניין השימוש בעיקרון 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.<sup>172</sup>

איני מתנגד לשינוי חקיקתי שיעגן את הביטול המותנה, וייתכן שהוא רצוי, אך איני סבור שחקיקת הביטול המותנה היא 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.<sup>173</sup> אימוץ ביטול מותנה כחלק מחובת תום הלב הוא הרחבה מעטה בלבד של החופש הנתון 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 מזאת, ההבניה של שיקול הדעת בנוגע למצבים שבהם ראוי שיחול ביטול מותנה (מצבים שאליהם כאמור החוק אינו מתייחס והוא פרי פיתוח פסיקתי), ועימה העובדה שביטול מותנה משתלב עם הדין הקיים ומתבסס עליו, מובילות למסקנה שביטול מותנה אינו עוקף את ההסדרים הקבועים בחוק החוזים אלא רק מסייגם. זכות הביטול של טועה רשלן עשויה להיות מותנית, כמובן רק במקרים מסוימים, אך היא עדיין קיימת.<sup>174</sup>

**שנית**, גישה זו, המבוססת על עיקרון רחב ועמום כתום לב, עשויה להביא לפגיעה בוודאות המשפטית.<sup>175</sup> 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, במיוחד במקרים של הטעיה במחדל, שכן במקרה שהופרה חובת 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

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

173 בעיה דומה מתעוררת כאשר ניתן לתבוע בכמה עילות שונות בנוגע לאותו מקרה. כך למשל ביטול החוזה בגין טעות או הטעיה אינו חוסם תביעה גם בעילה של חוסר תום לב במשא ומתן. לדיון על ייחוד עילה בדיני הטעות, ראו חגי ויניצקי "ייחוד עילה בדיני הפגמים בכריתה: ניתוח עיוני ונורמטיבי" ספר גבריאלה שלו – עיונים בתורת החוזה 415 (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 הבדל 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 מגיל דויטש "תום-לב בשימוש בזכויות – קווים אדומים" לתחולת העיקרון? "עיוני משפט" יה 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 יש 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 (2012).

הטועה, יאפשר להשתמש בביטול מותנה באופן שחשש זה והחשש שתום הלב ישתלט על דיני הטעות לא יהיו גדולים כל כך.<sup>176</sup> אף יש שטענו כי הוודאות המשפטית הכללית – נוסף על הוודאות המשפטית במקרה זה או אחר – רק תחזק בעקבות שימוש זהיר בסעדים המבוססים על עקרון תום הלב.<sup>177</sup> חשש זה אך מדגיש את חשיבות ההבחנה בין השלב שבו נבחנת השאלה אם יש להשתמש בביטול מותנה לבין השלב שבו יש ליישם את המנגנון באופן שימנע מצב שעיקר שיקול הדעת השיפוטי מופנה ליישום הביטול המותנה בנסיבות הספציפיות, בניגוד לשאלה אם 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 לקבוע שבהיעדר קיום תנאים מסוימים מצידו של הטועה, ביטול החוזה על ידיו ייחשב לביטול בחוסר תום לב. במילים אחרות, השדה שבו פועל מנגנון הביטול המותנה אינו השדה של סעד הביטול אלא השדה של השימוש לרעה בזכות.<sup>178</sup>

**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 אם 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 שבהם הטועה התרשל התרשלות חמורה, הוא ביטול בחוסר תום לב ולפיכך נעדר תוקף.

#### 4. הערה על ביטול מותנה בהקשרים אחרים

עד כאן נערך הדיון בביטול מותנה 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 שבהם צד לחוזה זכאי לבטלו, כגון הפרת חוזה. לא זו בלבד, אלא שהשימוש בעקרון תום הלב מעוגן בחוקים

<sup>176</sup> ראו עוד זמיר "טעות בכדאיות", לעיל ה"ש 39, בעמ' 88.

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

<sup>178</sup> ראו לעיל ה"ש 174.

רבים מלבד חוק החוזים, ואף בחוקים שאינו מעוגן בהם ישירות השימוש בו מתאפשר מכוה סעיף 61(ב) לחוק החוזים, ולפיכך נשאלת השאלה אם ניתן ורצוי לפתח מנגנונים שונים של סעדים מותנים אף מחוץ לתחומם של דיני החוזים או סעד הביטול. איני מתכוון לעסוק במאמר זה בשאלה אם מנגנון הביטול המותנה מתאים לשימוש גם בהקשרים אחרים, אך אעיר כי ההצעה להשתמש בביטול מותנה מושפעת מההקשר הספציפי שבו דן מאמר זה – דיני החוזים ובתוכם דיני הטעות וסעד הביטול – ותואמת אותו. מנגנון של ביטול מותנה עשוי להיות עניין לא רצוי בתחומים משפטיים אחרים, ואף אם סעד מותנה יהיה מתאים גם בהקשרים אחרים, עיצוב המנגנון שבאמצעותו 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 בגמישות, חלקן הוזכרו בפסיקה בנוגע 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 אם 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 משפט השלום בחדרה. פסקי דין אלה נבחרו משום שהם עוסקים במקרים מובהקים של רשלנות הטועה, שבהם היא נקבעה כממצא עובדתי בבית המשפט.<sup>179</sup>

### 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 היה אפשר 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 קבלן, ולא טרח לברר את מצבו התכנוני של המגרש בעירייה ואף לא שאל את המוכר על כך. השופטים אשר ולנדוי נחלקו בשאלה אם המוכר הפר את חובת הגילוי "לפי הנסיבות" אשר מושפעת מחובת תום הלב, אך מבחינת התוצאה כלל שופטי ההרכב הסכימו שהחובה ניתנת לביטול – בשל הטעיה במחדל 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 ההטעיה במחדל, נראה שהשופט אשר היה מאפשר לקבלן לבטל את החוזה, ואילו השופט ולנדוי לא היה מאפשר לו לעשות כן. היות שהקבלן נהג

179 לכאורה היה מתבקש 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 בה"ש 47, סביר יותר לפרש את פסק הדין כעוסק בנטילת סיכון, במיוחד בכל הקשור לתניות "as-is". לפיכך נמנעתי משימוש בפסק דין זה והתמקדתי בפסקי דין שעוסקים ברשלנות הטועה באופן מובהק יותר.

ברשלנות חמורה,<sup>180</sup> ובמידה רבה הוא שגרם לטעותו, נראה כי התוצאה – הן זו שהיה מגיע אליה השופט אשר והן זו שהיה מגיע אליה השופט לנדוי – מעוררת תחושה של אי־צדק. לפי הנתונים העובדתיים שהוצגו בפסק הדין ולפי הפתרונות שהוצעו לעיל לבעיית רשלנות הטועה, נראה שהיה אפשר 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 שבשל רשלנותו החמורה של הקבלן השבה מלאה לא תהיה צודקת, ויפחית אותה בשיעור שיגלם חלוקת אחריות הוגנת. עם זאת ייתכן שחלוקת אחריות הוגנת תעריך את רשלנותו של הקבלן במונחים כלכליים בסכום גדול מדמי הקדימה, ולכן ניתן לנסות ולפנות – במקום זה או נוסף על זה – למנגנון של ביטול מותנה.

נראה כי מנגנון של ביטול מותנה עשוי להתאים ליישום במקרה זה: רשלנותו של הקבלן היא חמורה, כפי שציין השופט לנדוי בפסק הדין, והיא התבטאה בפזיזות, בפעולה 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 שבו היה מצוי המגרש, ושעמד בקשר עם אדם פרטי. נוסף על זה, המוכר הטעה את הקונה במחדל, ולא נראה שהייתה זו הסתרה 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 בבית המשפט אינה רבה, היות 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 לביטול 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, פיצויי קיום חלקיים; הוא יכול להתנות את הביטול בנכונות הקבלן לקיים את החוזה במחיר שיקבע שמאי כי הוא משקף את ערך המגרש בהתחשב במגבלות התכנוניות (אף שנכונות זו אינה מונעת מהמוכר לסרב למחיר החדש) ועוד. נראה כי בכך יהיה אפשר לפסוק סעד גמיש יותר, ולפיכך גם צודק ויעיל יותר.

## 2. פסק דין מאייר

מקרה מבחן מעניין הוא זה של פסק הדין בעניין מאייר של בית משפט השלום בחדרה.<sup>181</sup> ואלו בתמצית פרטי המקרה הרלוונטיים לענייננו כפי שנקבעו בפסק הדין: באותו מקרה נידון זיכרון דברים שנחתם בין מתווכת שניסתה למכור את ביתו של אחיה לבין הקונה, אישה משכילה בת 64, ללא ניסיון ברכישת דירות, אך בעלת ניסיון רב בכריתת חוזים בשל משלח ידה, אשר ביקשה לרכוש דירה להשקעה בפרדס חנה. המתווכת הראתה לקונה כמה נכסים, ולבסוף גם את הנכס שאותו ביקשה הקונה לקנות (להלן: הבית). היות שבבית גר

180 ראו לעיל ה"ש 20.

181 ת"א (שלום חדר) 45117-06-11 טשבוטרו נ' מאייר (נבו 10.2.2015).

שוכר, לא התאפשר לקונה לראות את הבית אלא מבחוץ. עובדה זו לא מנעה מהקונה להיחפז ולחתום על זיכרון דברים עם המתוכת (שהייתה גם מיופת כוחו של אחיה) בנוגע לעסקת המכר – שבהמשך נקבע בבית המשפט כי יש לו תוקף חוזי מחייב – אף ללא בחינה מעמיקה של הנכס ובירור מצבו הפיזי, התכנוני והמשפטי. חיפזון זה בהתקשרות בעסקה תואר בפסק הדין כך: "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".<sup>182</sup> 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 חיצוני 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 לרכוש את הנכס ולאחר שעיינה במסמכים הקשורים בו ביקשה לחתום על זכ"ד שיעגן את התחייבויות הצדדים על כך.<sup>183</sup>

הטענה המרכזית שנידונה היא טענת הטעיה והטעיה במחדל של הקונה. מפסק הדין ניכרת ההתלבטות של השופטת אניספלד כיצד עליה לפסוק. במצב מורכב זה, שבו מחד גיסא הטועה התרשל התרשלות חמורה, ובכך תרם להיווצרות הטעות, ומאידך גיסא הטעות נוצרה בשל הטעיה ברורה של הצד השני, זוקק פתרון גמיש שהדין אינו מספק. לבסוף, השופטת קבעה בעקבות ההלכה בעניין 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.<sup>184</sup> פסיקה זו, מעוררת קושי עיוני. ההלכה בעניין Eximin מאפשרת להפחית פיצויים בשל אשם תורם, אך במקרה זה לא הופחת שום פיצוי, אלא נדמה כי נשללה עילת תביעה ללא כל דיון ביסודות

182 שם, בפס' ב(ד).

183 שם, בפס' ב(י).

184 שם, בפס' ד(ה).

העולות הנזיקיות ובאשם התורם.<sup>185</sup> ספק אם ההלכה בעניין Eximin יכולה להיות אסמכתה לסעד מרחיק לכת כל כך. אף על פי כן המוטיבציה של פסיקה זו, המבצבצת מתחת לפני השטח, מובנת לגמרי: פסיקה שתעניק לקונה את מלוא מבוקשה מעוררת תחושה קשה של אי־צדק. לפיכך נבחן אם המודלים שהוצעו לעיל מספקים פתרון הולם למקרה זה.

לו היו תביעות הנזיקין מתקבלות, היה אפשר להפחית את סכום הפיצוי בשל אשם תורם, אם כי סעד זה אינו נוגע במישרין לביטול החוזה בידי הקונה הרשלנית. המתווכת לא תבעה כל פיצויים מלבד תביעה לפיצויים מוסכמים, שנדחתה בשל 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 הייתה 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".<sup>186</sup> לכך יש לצרף את העובדה כי המתווכת לא הייתה ניטרלית בנוגע לנכס, ובית המשפט קבע "כי דובר בנכס שיש לה [למתווכת] נגיעה אישית אליו".<sup>187</sup> שנית, וזו הנקודה העיקרית, "לא דובר בהטעיה בשוגג, אגב אורחא, אלא ביצירת מצג שווא כוזב באורח יזום ואקטיבי".<sup>188</sup> העובדה שמדובר בהטעיה זדונית של המתווכת כשלעצמה צריכה לשלול ביטול מותנה. אם הקביעה העובדתית באותו מקרה הייתה שונה במעט, למשל שהייתה הטעיה, והמתווכת הייתה מודעת לטעות של הקונה אף שלא התכוונה להטעותה, לכאורה היה ראוי להפעיל מנגנון של ביטול מותנה. אופייה הפזיז של ההחלטה להתקשר בזיכרון הדברים עולה כדי חוסר תום לב שמצדיק ביטול מותנה. למעשה, היה אפשר להגיע לתוצאתו האופרטיבית של פסק הדין, אך בדרך אחרת המבוססת על יישום של ביטול מותנה: בית המשפט היה יכול להתנות את הביטול בכך שהקונה תותר על תביעות הנזק שלה (בהנחה שהן היו מתבררות כמוצדקות). לחלופין, בית המשפט היה יכול להתנות את הביטול בכך שהקונה תשלם פיצויים כפי הפיצויים המוסכמים שנקבעו בזיכרון הדברים בשיעור של 15% מערך הנכס (או חלקם), כאומדן למחיר שמעריך הצד השני לא־יקום ההסכם בנסיבות העניין. ייתכן שבהתבסס על האפשרות האחרונה היה בית המשפט קובע פיצוי בשיעור נמוך מזה של הפיצויים המוסכמים כדי לתת ביטוי לאשם של המתווכת שידעה על הטעות ולא טרחה לתקנה. כל

185 אכן, התחשבות באשם תורם עשויה להביא להפחתת 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, לעיל ה"ש 56, ולא לס' 68 לפקודת הנזיקין.

186 עניין מאייר, לעיל ה"ש 181, בפס' 3(1).

187 שם, בפס' 3(1). כן ראו שם, בפס' 3(ז): "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, בפס' 1(1).

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.

## 1. סיכום

התרומה שמאמר זה מבקש להרים לדיון בסוגיית רשלנות הטועה נוגעת לשלושה היבטים: ההיבט הראשון הוא בבחינה ביקורתית של הדין הנוהג בדבר הסעד הניתן לטועה רשלן. כפי שהראיתי, היחס של הפסיקה ושל הספרות 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, של סולידריות ושל תום לב, ואינה בהכרח ביטוי לתפיסה אינדיווידואליסטית 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 יש התאמה – או למצער אין סתירה – בין התחשבות ברשלנות הטועה לבין דינים אלה, וכן שרשלנות הטועה במקרים קיצוניים אינה זרה אף למשפט העברי, אף שיש מחלוקת בעניין בין פוסקי ההלכה; ההיבט השלישי הוא הרחבת ארגז הכלים שעומד לרשות בית 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 שהפסיקה לא התחשבה ברשלנות הטועה במידה מספקת, ויהיה נכון לשקול עמדה זו מחדש כדי להביא לפתרונות צודקים יותר.