

## הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות

מאת  
דניאל פרידמן\*

### ההוראות ההצהרתיות בחקיקה וקשיי פרשנותן

החקיקה האזרחית החדשה מלאה בהוראות האומרות את המובן מאליו או מנסות לבטא כלל מוכר וידוע. הוראות אלה כוללות, בין השאר, את הגדרת "מתנה" שבסעיף 1(א) לחוק המתנה, ולפיה, "מתנה היא הקניית נכס שלא בתמורה". כבר נודמן לי לציין, שהגדרה זו אינה מוסיפה דבר.<sup>1</sup> לכל היותר, היא מגדירה מונח אחד (היינו, "מתנה") באמצעות מונח אחר ("שלא בתמורה").<sup>2</sup> אילו נמחקה הגדרה זו מספר החוקים, לא היתה לכך כל השפעה על הדין.

אין קושי למצוא הגדרות נוספות שאינן מוסיפות דבר.<sup>3</sup> במובן אחד, שפר גורלן של ההגדרות שהוזכרו לעיל. אף שאין הן מוסיפות דבר, לרוב אין הן גורעות, ועד כמה שידוע לי, לא גרמו עד היום כל תקלה מיוחדת. לא כן היה הדבר לגבי שורה ארוכה של הוראות הצהרתיות אחרות.

שורש הקושי נעוץ בשני גורמים. האחד הוא, שפעמים, כאשר מנסים לבטא את המובן מאליו, מסתבר שלא קל לעשות זאת ולשונו של המחוקק ניתנת לפירושים שונים. גורם נוסף נעוץ בכלל שלפיו אין המחוקק משחית דבריו לריק.

התוצאה של צירוף גורמים אלו היא, שמתחילים לחפש משמעות במקום שלא התכוונו לתת משמעות מיוחדת, ובעקבות זאת נגרם לא אחת סכך מיותר וצצים קשיים שלא תמיד קל לפותרם. דוגמה ידועה היא ההוראה בעניין דיספוזיטיביות המצויה במספר חוקים ישראליים.<sup>4</sup> הוראה מסוג זה אומרת את המובן מאליו, היינו, שהצדדים חופשיים להסכים בדיני ממונות כאוות-נפשם, כפוף למגבלות אחדות ובעיקר לסייג בעניין תקנת הציבור.

גם ההוראות בעניין הדיספוזיטיביות, במקום שבו הן נמצאות, לא גרמו בדרך-כלל נזק מיוחד. עיקר הקושי נגרם כאשר הסתבר, שבחוקים אחדים בתחום דיני הממונות

\* פרופסור מן המניין, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב. תודתי נתונה לפרופ' נילי כהן על הערותיה לכתב-היד.

1 ד' פרידמן, "תורת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ג (תשל"ג) 153, 174.

2 ניתן אולי לגרוס, שהמלה "נכס" שבהגדרה מוסיפה משהו בכך שהיא מוציאה מתנת-עבודה או שירות. איני בטוח בכך ולא ארחיב את הדיבור על השאלה, אם דין מתנת שירות או עבודה ייחתך כיום על יסוד אנלוגיה. מכל מקום נראה, שאותה מסקנה היתה עולה אף מן השימוש במלה "מתנה" במשמעותה הרגילה, בצירוף האמור בסעיף 1(ב) ו-1(ג) של חוק המתנה, תשכ"ח-1986, ס"ח 102.

3 ראה, למשל, סעיף 1 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, ס"ח 98.

4 ראה, למשל, סעיף 4(ב) לחוק המכר, תשכ"ח-1968, סעיף 2(ג) לחוק השכירות והשאלה, תשל"א-1971, ס"ח 160; סעיף 6(א) לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, ס"ח 42.

נפקד מקומה של ההוראה בעניין דיספוזיטיביות. שתיקה זו עוררה מייד את השאלה, מה משמעותה על רקע קיום דיבור מפורש בעניין דיספוזיטיביות בחוקים אחרים. הדבר גרר מחלוקת אקדמית. היו שסברו שדין שתיקה כדין הסדר שלילי ולעומתם הובעה דעה שיש להתעלם מכך וכי ממשיך לחול העיקרון הכללי בדבר דיספוזיטיביות בדיני ממונות.<sup>5</sup>

המחלוקת האקדמית עברה לפסיקה והיינו עדים במשך פרק-זמן לפסיקה סותרת.<sup>6</sup> כיום דומה, שלפחות בתחומים אחדים הובהרה סוף-סוף שאלה זו ומוסכם, כי מן ההוראה ההצהרתית בעניין דיספוזיטיביות אין להסיק דבר, וכי דין הדיספוזיטיביות יחול גם כאשר לא נאמר בה דבר בנושא זה.<sup>7</sup>

עוד דוגמה בולטת להוראה הצהרתית היא זאת המצויה במספר חוקים והאומרת, כי "הוראות חוק זה יחולו כאשר אין בחוק אחר הוראות מיוחדות לעניין הנדון".<sup>8</sup> גם הוראה זו אומרת את המובן מאליו והיא משקפת עיקרון כללי, שלפיו עדיף חוק מיוחד על חוק כללי, אף שהחוק הכללי מאוחר יותר.<sup>9</sup> אולם, בדומה למקרים אחרים, גררה אמירת דברים מיותרים קשיים מן הסוג שכבר תואר לעיל. גם בהקשר הנוכחי שבה וחזרה השאלה, מדוע ראה המחוקק לומר דברים אלה ומה משמעות העובדה שהם נאמרו בחוקים אחדים ואילו בחוקים אחרים נפקד מקומם.<sup>10</sup> היה צורך בפסיקה של בית-המשפט העליון כדי להבהיר, שאין לייחס להוראה תמימה זו משמעות מרחיקת-לכת וכי אין היא מוסיפה למעשה דבר על עקרון הפרשנות הכללי החל ממילא.<sup>11</sup>

- 5 א' ידן, חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) (מהדורה 2, 1970) 17-18.
- 6 ד' פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) 66.
- 7 בע"א 842/79 נס נ' גולדה, פ"ד לו (1) 204, 210, חיונה השופט ד' לוי, אגב-אורחא, את הדעה, כי ההוראה בסעיף 9 לחוק התרופות (בעניין השבה בעקבות ביטול חוזה מתמת הפרתו) היא קוגנטית. הסוגיה נדונה בפירוט בע"א 156/82 ליפקין נ' דור זהב בע"מ, פ"ד לט (3) 85. מסקנתה של השופטת נתניהו היתה, כי הוראה זו הינה דיספוזיטיבית (עמ' 93-97) (כפוף להוראת סעיף 15 (ג) לחוק התרופות - שאלה שלא התעוררה שם), וכאמור, דעה זו נראית לי משכנעת. המשנה לנשיא בן-פורת הסתייגה מגישה זו וסברה (אף זאת מבלי לקבוע מסמרות), כי לכל היותר יכולים הצדדים להסכים בדבר בחירה בין השבה בעין להשבת השווי (ע' 100-101). מאידך גיסא, בע"א 324/84 פישל איזמן נ' אוריאל, פ"ד מא (2) 421, 441, נקטה המשנה לנשיא בן-פורת בדעת-הרוב, עמדה שלפיה סעיף 9 לחוק התרופות הינו דיספוזיטיבי (הדברים נאמרו אומנם לגבי שלילת הצמדה מן ההשבה ולא לעניין ויתור מוחלט עליה, אך בעיני אין הדבר מעלה או מוריד). בכך דומה שהוכרעה השאלה. ראה גם את פסק-דין של השופט ברק בד"נ 20/82 אדרס חמרי בנין בע"מ נ' הרלו אנד ג'ונס, פ"ד מב (1) 221 (להלן עניין אדרס), וכן ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב, פ"ד מ (4) 533, 547 (הנשיא שמגר).
- 8 הערה 7 לעיל.
- 9 ראה את סעיפי החוק המאזכרים בהערה 4 לעיל, וכן סעיף 61 (א) לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, ס"ח 118, וסעיף 22 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, ס"ח 16 (קיימים הבדלים קלים בין החוקים השונים בניסוחה של הוראה זו).
- 10 ראה את פסק-דינו של השופט ח' כהן בע"פ 51/76 ראובן נ' מ"י, פ"ד ל (3) 14, 16.
- 11 לדיון בסוגיה ראה: ד' פרידמן, הערה 6 לעיל, 30-31.
- 12 עניין אדרס, לעיל הערה 7.

דוגמה נוספת להוראות מסוג זה הן אלה העוסקות בעצמאות החוק. הוראות כאלה נקבעו, כידוע, במספר חוקים,<sup>13</sup> אך לא נקבעו בחוקים אחרים. להשקפתי, נועד להוראות אלה תפקיד דקלרטיבי גרידא,<sup>14</sup> ובעיני אין הן אומרות אלא את המובן מאליו, היינו, שכאשר החוק הנוגע בדבר מסדיר עניין מסוים, אין תחולה לסימן 46 לדבר-המלך במועצתו. משום כך גם סברתי, כי ההוראה בעניין עצמאות החוק לא נועדה לבטל דין קודם, שנקלט מן המשפט האנגלי ועוסק בעניינים שלא הוסדרו בחקיקה החדשה.<sup>15</sup> לעומת-זאת, הובעה דעה שלפיה יש לייחס משקל רב להוראות "עצמאות החוק" וכי תוצאתן היא ביטול תחולתו של סימן 46 אף כאשר נותרה לאקונה במשפט הישראלי בתחום שהחוק "העצמאי" מתייחס אליו.<sup>16</sup> משמעותה של דעה זו היא, כנראה, שגם דין שנקלט בשעתו מן המשפט האנגלי צריך להידחות ויש להתעלם ממנו. במילים אחרות, בעוד שסימן 46 לדבר-המלך שימש צינור קליטה, נהפכה ההוראה בעניין עצמאות החוק לצינור פליטה.

הקשיים בעניין הוראת עצמאות החוק משתקפים גם בפסיקה. למרבה המזל, המשיכו בתי-המשפט, במרבית המקרים, להחיל את הדין הקודם ולהפעיל את סימן 46 בעניינים שהחקיקה הישראלית לא דנה בהם.<sup>17</sup> בתי-המשפט הבינו, אף שמעולם לא

- 13 סעיף 150 לחוק הירושה, תשכ"ה-1965, ס"ח 63, סעיף 160 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969, ס"ח 259, סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); סעיף 68 לחוק החוזים (חלק כללי), וסעיף 10 לחוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974, ס"ח 110.
- 14 ראה גם הערה 22 להלן.
- 15 ד' פרידמן, "עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט (תשל"ז) 463. עמדה דומה הביעו פרופ' א' לבונטין וד"ר ח' גולדזוטר בהקשר לכללי המשפט הבינלאומי הפרטי, ראה חיבורם: כללי בדידת הדין וסימן 46 לדבר המלך 41 (תשל"ז) ברוח זו התבטא גם פרופ' א' זמיר בהקשר למשפט מינהלי. ראה מאמרו: "סימן 46 לדבר המלך וסדרי המינהל הציבורי" משפטים 1 (תשל"ה) 294.
- 16 א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האזרחית החדשה: סיכונים וסיכויים" משפטים 2 (תשל"ז-ל"ז) 15.
- 17 ד' פרידמן, הערה 15 לעיל, 480 ואילך. מאז התחוקה מגמה זו בצורה בולטת. בתי-המשפט מחילים את הדין הקודם בשורה של נושאים מרכזיים למילוי לאקונות ולפרשנות חקיקה ישראלית המכילה הוראות בעניין עצמאות החוק. בין השאר אוכיר: (1) קליטת הכלל בעניין פרשנות נגד המנסח למילוי לאקונה בחוק החוזים. ראה, למשל, ע"א 191/85 מ"י נ' חברת נוה שוסטר, פ"ד מב (1) 573; (2) אימוץ הדין הנוגע כתנאים מכללא, שאינם נזכרים בחוק החוזים. ראה, למשל, ע"א 391/80 לסרסון נ' שכון עובדים, פ"ד לא (2) 237, 267 וע"א 552/85 אגסי נ' ח.ג.ל.נ. בע"מ, פ"ד מא (1) 241, 244; (3) אימוץ הדין הנוגע להשתק (אף שהטיפא של סעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי) יכולה להיחשב כעוסקת בעניין זה). ראה: מ' מאוטנר, "יוצרי סיכונים ונקלעי סיכונים" משפטים 20 (תשמ"ז-מ"ז) 92, 112-113 והאסמכתאות שם, וכן: ג' שלו "הבטחת השתק ותום לב" משפטים 20 (תשמ"ז-מ"ז) 295; (4) אימוץ הדין הנוגע להשתק הבטחה. ראה: ג' כהן, "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן: בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (תשמ"ז) 13, כעיקר ע' 45 ואילך; (5) אימוץ מערכת הדינים הנוגעת לרשיון במקרקעין, המושתתת אף היא על רעיון השתק. ראה, למשל, ע"א 602/84 ריבוא נ' גל, פ"ד לס (3) 693 וע"א 588/81 ציזיק נ' הורביץ, פ"ד מ (1) 321; (6) פסיקת שכר ראוי מכוח דיני עשיית עושר ולא במשפט, בעבור שימוש ללא רשות

אמרו זאת במפורש, שבעצם מדובר בהוראה דקלרטיבית, המבטאת את המובן מאליו ושאינו לייחס לה משקל מעבר לכך. אך היו יוצאים מן הכלל. המאפיין אותם הוא, שכל אימת שניסו לייחס משמעות להוראה בעניין עצמאות החוק ולדחות בעקבות כך את הדין הקודם, נגרמה תקלה חמורה, שחייבה למעשה התערבות המחוקק. כך אירע בע"א 726/71 גרוסמן את ק.ב.ק. נ' בידמן,<sup>18</sup> שבו נפסק, כי ההוראה בעניין עצמאות החוק שבחוק המקרקעין ביטלה את האפשרות להעניק סעד של אכיפת חוזה לרכישת מקרקעין, וזאת בתקופה שקדמה לקבלתו של חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). תקלה שנייה נגרמה בר"ע 178/70 בוקר נ' חברה אנגלוישראלית,<sup>19</sup> כאשר נפסק, כי נוכח ההוראה בעניין עצמאות החוק, אבדה לרוכש המקרקעין ההגנה שהיה זכאי לה בעבר מפני נושיו של מוכר המקרקעין. גם פסיקה זו גררה התערבות חקיקתית, הפעם בתחום הערות אזהרה.<sup>20</sup>

זכינו, והלקח מן הסבך שגרמו ההוראות בעניין עצמאות החוק נלמד, כפי הנראה. הנושא שב ועלה בחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, שבסעיף 2 שבו נקבעה ההוראה הרחבה והכללית ביותר בעניין עצמאות החוק ואולי עצמאות המשפט הישראלי בכלל (אך דווקא סעיף 2 הנ"ל לא זכה משום מה לתואר הכולל את המלה "עצמאות"). סעיף 2(א) לאותו חוק ביטל לחלוטין את סימן 46 לדבר-המלך, אך הפעם נזהר המחוקק והבהיר בסעיף 2(ב), שאין כוונה למחוק את הדין שנקלט בעבר. להערכתנו, מלמד סעיף 2(ב) על משמעות ההוראות בעניין "עצמאות החוק" שנקבעו בחוקים הקודמים.<sup>21</sup> כוונתן של

במקרקעי הווילת, וזאת בתקופה שקדמה לחקיקת חוק עשיית עושר ולא במשפט וחרף קיומה של הוראה בעניין עצמאות החוק, בחוק המקרקעין. ראה: ע"א 889/75 דדים בע"מ נ' אגד, פ"ד לא (2) 20. כן ראה את פסק-דינו של השופט ת' אור בע"א 290/80 ש.ג.מ. חניונים נ' מ"י, פ"ד לו (2) 633 (התיאוריה, שלפיה נהפכה ההוראה בעניין עצמאות החוק אמצעי לפלט מן המשפט הישראלי את שנקלט בעבר, נדחתה שם בע' 461-640); וכן עניין אדרס, לעיל הערה 7: (7) אימוץ תורת ה"ביצוע בקירוב", אף שאין היא נזכרת בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה): ע"א 289/78 אשד נ' לונר, פ"ד לג (1) 13 (השופטת מ' בן-פורת); (8) אימוץ תחומים שלגביהם נקבעה חובת גילוי בדין הקודם והכללתם במסגרת סעיף 15 לחוק החוזים (הלך כללי): ע"א 523/77 ברקוביץ נ' נוימן, פ"ד לב (2) 533, 537; ע"א 770/81 דגומי בע"מ נ' ארט חברה לביטוח, פ"ד לט (1) 617, 624.

18 פ"ד כו (2) 781. להתערבות החקיקתית ראה חוק המקרקעין (תיקון מס' 2), תשל"ג-1972.

19 פ"ד כה (2) 121.

20 סעיף 127 (ב) לחוק המקרקעין, כפי שתוקן בתשל"ג.

21 יש הסבורים, כי המחלוקת שנתגלתה בעבר בעניין השלמת לאקונה בתחום ש"חוק עצמאי" דן בו נפתרה בכך שחוק יסודות המשפט מנה בסעיף 1 שבו את האנלוגיה בין מקורות המשפט. ראה: ג' פרוקצ'יה, "חוק יסודות המשפט תש"ם-1980" עיוני משפט י (תשמ"ד-מ"ה) 145, 154; ג' שלו, "פגמים בכריתת חוזה" פירוש לחוקי החוזים (ג' טזסקי עורך, תשל"ח) 145-147. בעיני אין הדבר כך. לא חלקתי על השימוש באנלוגיה כאשר יש מקום לכך. אולם השאלה מורכבת יותר ומתעוררת במספר הקשרים. אפשרות אחת היא, שיש הלכה פסוקה (המושגת על דין אנגלי) מן התקופה שקדמה לחוק החוזים (או לחוק עצמאי אחר), ופותרת סוגיה שהיא, לפי גישת פרופ' ברק, בתחום חוק החוזים, אך איננה מוסדרת על-ידו. האם תחול ההלכה הקודמת, כפי שנקבע למעשה בסעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם-1980, ס"ח 163

הוראות אלה היתה בעיקרה סמלית ולא מעשית.<sup>22</sup> דא עקא, שהפרשנות המשפטית מתקשה להשלים עם קיום הוראות חוק דקלרטיביות או שמשמעותן סמלית בלבד, שהרי אפשרות זו נוגדת את הכלל הפרשני, לפיו אין המחוקק משחית דבריו לריק. התוצאה היא סבך מיותר, מן הסוג שתואר לעיל.

בדעתי להתרכז ברשימה זו בהוראה נוספת בחקיקה הישראלית, שבאה לבטא רעיון חשוב אומנם, אך מובן מאליו, ואשר בדומה להוראות אחרות מסוג זה, גרמה אף היא כלבול ותקלות לא מעטות. זו ההוראה אשר בסיפא של סעיף 14(ד) לחוק החוזים (חלק כללי) בעניין טעות בכדאיות.

### נטילת סיכון וטעות בכדאיות – כללי

הכל מבינים שקיימות טעויות אחדות שאינן מובאות בחשבון. למסקנה זו היה מגיע כל בית־משפט, אף אם לא היה נאמר על כך דבר בסעיף החוק העוסק בעניין הטעות. כך, למשל, אדם הרוכש נכס מתוך אמונה שמחירו יעלה והסתבר שמחירו ירד יכול אולי לומר שטעה. אך הכל מבינים שנסיבות אלה, בין אם נכנה אותן טעות ובין אם לא, אינן יכולות לשמש עילה לביטול חוזה (אלא אם יתקיימו תנאים נוספים). למסקנה זו היה מגיע, כאמור, כל בית־משפט, בין שהיתה הוראה בעניין כדאיות ובין שלא. אולם המחוקק בחר לומר את דברו. משבחר לעשות כן, מסתבר שקיים קושי בתיאור אותן טעויות שמובן מאליו כי אינן מובאות בחשבון ושניסוחו של המחוקק רחוק מלהיות מוצלח. המחוקק נקט בלשון "טעות בכדאיות", שתוששני כי עד היום לא הובנה כל צורכה. הסבך עוד גדל מכיוון שדין ה"טעות בכדאיות" חל לפי לשונו של סעיף 14(ד) לחוק

(ונתמך גם עליידי סעיף 2(ב) שבו) או שמא נאמר שההוראה בדבר "עצמאות החוק" בחוק החוזים פלטה בשעתו מן הדין הישראלי את כל מה שנקלט מן הדין האנגלי (בתחומו של החוק העצמאי), ולכן לא ניתן להסתמך על ההלכה הקודמת, שכן חוק יסודות המשפט אינו "מחיה" אותה? (ראה סעיף 22 (1) לחוק הפרשנות, תשמ"א-1981, ס"ח 302). יצוין עוד, כי מן התיאוריה שייחסה משמעות להוראות בדבר עצמאות החוק נגזר למעשה, שהשלמת החקיקה מן הדין הקודם תחול רק בתחומים שהם בגדר חוקים שאין בהם הוראה בדבר עצמאות החוק. אין צריך לומר שזו תוצאה בלתי־רצויה לחלוטין, ונראה לי שאין לקבלה. היא שומרת על שתי מערכות דינים בתחום המשפט האזרחי, ו"מנציחה" את מעמדם הנפרד של החוקים העצמאיים גם לאחר חוק יסודות המשפט. לגבי חוקים אלה לא יחול הדין הקודם (אף בנושא שאינו מוסדר עליידם). לעומת־זאת, לגבי חוקים אחרים ימשיך לחול הדין הקודם בעניינים שלא הוסדרו עליידם.

שאלה נוספת, שלא ארחיב עליה את הדיבור, נוגעת להיררכיית ההשלמה בין אנלוגיה לבין הלכה פסוקה מן הדין הקודם, שהרי מכל מקום, מתעוררת השאלה, מה יהא הפתרון בעניין לאקונה כחוק שיש בו הוראה בעניין עצמאות החוק ואשר לא ניתן למלאה באמצעות אנלוגיה מתאימה. היש כיום עוד ספק שמותרת פנייה לדין הקודם?

22 ראה את הציטטה מדברי יו"ר ועדת חוקה חוק ומשפט, המובאת בע' 149 למאמרו של פרופ' פרוקצ'יה, המאוזכר בהערה 21 לעיל. הציטטה מתייחסת להוראה בעניין "עצמאות החוק" שבחוק יסודות המשפט, אך לדעתי, יפה כוחה לגבי הוראות בעניין עצמאות החוק בכלל. ראה גם: Y. Sussman, "A Forecast of Problems in the Law of Contracts" (1976) *Tel-Aviv University Studies in Law* 17.

החוזים גם במקרי הטעיה. מכאן הסיקו, כמוכן מאליו, כי כל אימת שלפנינו "טעות בכדאיות" לצורך סוגיית הטעות, הרי זו גם "טעות בכדאיות" לצורך דין ההטעיה,<sup>23</sup> אף שהתוצאה נראית, לא אחת, בלתי־רצויה לחלוטין. אולם כפי שנראה להלן, מסקנה זו אינה מתבקשת מאליה.

הטענה שהטעות היא בכדאיות הועלתה בפסיקה לא אחת, אולם הנושא נשאר מעורפל.<sup>24</sup> להקלה מסוימת הביאה הפרשנות שהצביעה על כך, שהטעות צריכה להיות בכדאיות בלבד (דבר העולה מלשונו של סעיף 14(ד) עצמו).<sup>25</sup> נמצא, שאם ניאוח פלוני, למשל, לשלם מחיר גבוה בעבור נכס עקב כך שטעה ביחס לתכונותיו, הרי אפילו מניחים שטעות במחיר היא טעות בכדאיות (ולכך נתווה להלן), אין זו טעות בכדאיות בלבד.

מעבר לכך נותר הקושי בעינו. יש המניחים, כי טעות במחיר היא טעות בכדאיות,<sup>26</sup> כנראה מן הטעם שלאדם "לא כדאי" לקנות ביוקר או למכור בזול. יש והרחיבו רעיון זה למקרים נוספים שבהם דובר בתשלום סכום כסף הקשור להסכם. כך הובעה דעה, שלפיה טעות בגובה המס המשחלם הינה "טעות בכדאיות",<sup>26</sup> ולמסגרת זו הוכנסה אפילו טעות לגבי סכום כסף שזכאי צד לחוזה לקבל מצד שלישי.<sup>27</sup> פרופ' ג' טדסקי סבר, כי הפתרון הוא "בהבחנה בין טעות הנוגעת להוזה (או לעבר) ובין זו הנוגעת לעתיד".<sup>28</sup> כמה מקשייו של מבחן זה מתגלים לאור העובדות בבג"צ 221/86 כנפי נ' ביה"ד הארצי לעבודה,<sup>29</sup> שבו נערך הסדר בין העותר, שהיה נכה, לבין המוסד לביטוח לאומי. לאחר עריכת ההסדר, ניתן פסק־דין שקבע הלכה חדשה, ששינתה למעשה את הדין והפכה את ההסדר לבלתי־רצוי ואף לקשה ביותר עבור העותר. מחד גיסא, דובר על אירוע בעתיד (פסק־הדין ניתן לאחר ההסדר), מאידך גיסא, יש לו השלכות על העבר (פועלו של פסק־הדין, בכל הנוגע בהלכה חדשה שקבע, הוא למפרע). מכל מקום, השופטת בן־פורת ציינה, שפירוש המילים "כדאיות העסקה" קשה וסבוך, והוסיפה, כי "גם לאחר

23 ג' שלו, הערה 21 לעיל, עמ' 57. נראה שזו גם דעתו של פרופ' ג' טדסקי. ראה את רשימתו: "טעות בכדאיות העסקה" משפטים יב (תשמ"ב) 329, 330. דעה זו אומצה בע"א 497/86 עוז נ' עזריהו, פ"ד מב (3) 236, שיידון להלן.

24 היא נדחתה ובצדק בע"א 760/77 בן־עמי נ' בנק לאומי, פ"ד לג (3) 567 (מפי השופט א' ברק). הטענה התקבלה בע"א 544/78 בניני גינדי נ' אפללו, פ"ד לג (2) 9. ראה גם ע"א 11/84 רבינוביץ נ' שלב, פ"ד מ (4) 533.

25 ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב (1) 231 (השופט אשר. דעת־יחיד מבחינת ההנמקה, אך לא בנקודה זו): ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח (4) 141 (הנשיא שמגר): עוז נ' עזריהו, הערה 23 לעיל; ת"א (י"ם) 240/82 מיקרושור נ' מדינת ישראל, פ"מ תשמ"ב (2) 392, 412 (השופט זיילר).

25 דעת השופט אשר בפסק־דין ספקטור, הערה 25 לעיל. ראה גם: ע"א 455/82 מאיר נ' מזרחי, פ"ד לו (3) 579. ביחס לטעות במחיר ראה גם להלן.

26 ה"פ (ת"א) 962/69 לירן נ' אלבוחר, פ"מ תשמ"א (2) 428, 439. לביקורת ראה: ג' טדסקי, הערה 23 לעיל. לדיון בפסק־דין זה ראה להלן, טקסט להערה 60 ואילך. ראה גם ע"א 406/82 נחמני נ' גלאור, פ"ד מא (1) 494 (טעות בדבר גובה משכנתא). לדיון בפסק־דין זה ראה להלן, טקסט להערה 63.

27 עוז נ' עזריהו, הערה 23 לעיל.

28 ראה רשימתו, הערה 23 לעיל, בע' 332.

29 פ"ד מא (1) 469.

**שעינתני בפסיקה ובדברי מלומדים לא הצלחתי לדלות משם מבחן אחיד וקל ליישום.**<sup>30</sup>

סוגיית הטעות בכדאיות שבה ועלתה בע"א 472/86 עור נ' עזריהו.<sup>31</sup> במקרה זה היתה על מקרקעין של א (הבעלים) הערת אזהרה לטובת ב. א ביקש למכור את הנכס, ולשם כך היה זקוק להסרת הערת האזהרה, ורב ניאות להסירה תמורת 60,000 דולר. לאחר מכן טען ב, כי הוטעה על-ידי הבעלים (א) בכך שלא סיפר לו על הסכם המכר ובכך שאמר לו כי הסכום הצפוי להתקבל מן המכירה הוא 100,000 דולר, שעה שהסכום היה 150,000 דולר. בית-המשפט העליון (מפי השופט ח' אריאל) הניח כדבר מובן מאליו שמדובר בטעות בכדאיות והפנה מייד לסעיף 14(ד) לחוק החוזים, ואף הוסיף, **תוך הסתמכות על חיבורה של פרופ' גבריאלה שלו,**<sup>32</sup> כי הואיל וסעיף 14(ד) מתייחס גם להוראת ההטעיה (סעיף 15 לחוק החוזים), התוצאה היא "שהטעיה המתייחסת לכדאיות בלבד איננה מהווה עילה לכיטול החוזה." ניכר היה, שאין דעתו של השופט אריאל נוחה ממסקנה זו, אך סבר כנראה שאין מנוס ממנה. בסופו של דבר, לא נקבע ממצא בעניין הטעות וההטעיה והעניין הוכרע על סמך נקודה אחרת. אך הגישה כולה אינה נראית לי. כאן, אגב, לא התייחסה הטעות למחיר (שנדרש בעבור מחיקת הערת האזהרה), אלא לסכום כסף העשוי להתקבל מעסקה הקשורה לכך. זו, כמובן, אינה טעות בכדאיות (זאת, אף אם מניחים שטעות ביחס למחיר הינה טעות כזו). מכל מקום, פסק-הדין בנקודה זו אינו עולה בקנה אחד עם פסק-הדין בע"א 643/83 דומב נ' דומב<sup>33</sup> (מפי ש' לוי). לעניין המחיר אשוב בהמשך.

הנחתי היא, כאמור, שכל מה שרצה המחוקק לומר הוא את המובן מאליו. תיאורו של מובן מאליו זה אינו קל, אבל דומני שהדרך הטובה ביותר לבטא זאת היא תוך התייחסות לתיאוריות הסיכון החוזי.<sup>34</sup> כידוע, כרוך כל חוזה בנטילת סיכון ובהעברת סיכון.<sup>35</sup> כך, למשל, בחוזה מכר, נוטל

30 ע' 482 בפסק-הדין. פסק-הדין יידון ביתר פירוט בהמשך.

31 פ"ד מב (3) 236.

32 ראה הערה 23 לעיל.

33 פ"ד מ (3) 729, ראה גם להלן.

34 ראה סעיף 154 ל- J.D. Calamari & J.M. Perillo, *The Law of Contracts* (3rd ed., 1987) 391; Restatement (2d) Contracts.

35 החקיקה הישראלית מכילה מספר הוראות העוסקות בהעברת סיכון בהקשר לחוזים ספציפיים: סעיף 22 לחוק המכר, סעיף 15 לחוק השכירות והשאלה וסעיף 6 (ב) לחוק חוזה קבלנות. הוראות אלה מוגבלות בהיקפן והן מתרכזות בעיקרו של דבר בסיכון לגבי איבדן או נזק או חוסר אפשרות שימוש בנכס העומד במרכז החוזה (הממכר, המושכר או הנכס שבו נעשתה המלאכה), וכן לשאלת האחרייות או הפטור מאחרייות לתשלום בעבור התמורה הנגדית (דמי המכר או השכירות או שכר הקבלן). אין הוראות אלה מתייחסות לשאלות אחרות, דוגמת אחרייות (או פטור מאחרייות מחמת סיכול) לתשלום פיצויים בשל אי-קיום החוזה, אף שעשויה להיות להן השלכה גם על נושא זה. לעומת-זאת, מושג הסיכון שאנו עוסקים בו רחב הרבה יותר. הוא כולל את הסיכונים שבגדר ההוראות האמורות, אך הוא כולל גם סיכונים נוספים, ולמעשה הוא מתייחס למכלול הסיכונים העולים מן החוזה או העוברים לצד האחר בעקבותיו. שאלת היחס בין הוראות אלה לדיני הסיכול וכן ההשפעה (אם בכלל) העשויה להיות להן על דיני הטעות חורגת ממסגרת זו. בעניין ההוראה שבסעיף 22 לחוק המכר והיחס בינה

המוכר על עצמו את הסיכון שמחירו של ממכר יעלה ואילו הקונה נוטל על עצמו את הסיכון שמחירו ירד. הסיכון בדוגמה זו הוא תוצאה נלווית לעניין אחר העומד במרכז החוזה, היינו, העברת הבעלות בממכר. אולם, קיימים גם חוזים אחרים, שבהם עומד נושא הסיכון במרכז ואינו נלווה למעשה לשום עניין אחר. הדוגמה הבולטת היא חוזה ביטוח, אך אפשר גם לכלול חוזים נוספים בקטיגוריה זו, דוגמת הסכמי-פשרה, שהינם, למעשה, בגדר חוזה ל"קניית סיכון".<sup>36</sup>

מובן מאליו, שכאשר חוזה כרוך בהעברת סיכון או בנטילת סיכון, אין הצד שקיבל על עצמו סיכון כזה זכאי להתלונן שהסיכון התממש בדרך שאינה נוחה לו. הבאנו לעיל את הדוגמה של חוזה מכר, כשערכו של הממכר ירד בניגוד לציפיות. אותה שאלה עשויה להתעורר בחוזה סיכון, כאשר, למשל, עלה באש נכס שחברת-ביטוח הסכימה לבטחו מפני סיכון זה.

**הקשר המרכזי בין נושא הסיכון לסוגיית הטעות הוא איפוא זה: אין מקום לטענת טעות ביחס לסיכון שצד נוטל על עצמו במסגרת חוזה (אפשר, אם רוצים, לכנות טעות זו "טעות בכדאיות"), אך יש מקום לטענת טעות לגבי נושא שאינו נכלל בגדר הסיכון שנטל הצד על עצמו. ראוי להדגיש, שאף שמדובר על סיכון "שנטל צד על עצמו" (ובמינות זה אשתמש גם בהמשך), אין הכוונה בהכרח שהצד נטל על עצמו סיכון זה מרצונו וביודעין. פעמים אכן כך הדבר, אולם במקרים אחרים מייחס לו הדין את נטילת הסיכון שמדובר בו. במילים אחרות, נוכח התפיסה שיש לנו ביחס לאופי החוזה ולאור הבנתנו בדבר הסיכונים הרגילים הכרוכים בו, אנו מניחים (אם לא נקבע אחרת) שסיכון מסוים מוטל על צד פלוני, אף אם לא היה אותו צד ער לכך ממש.**

**לגישתי, טעות בכדאיות היא איפוא טעות ביחס לסיכון שנטל הצד על עצמו, בין במפורש ובין לפי פירושו הנכון של החוזה או ההבנה שיש לנו לגבי חוזים מסוג זה. אני ער לכך שהגדרה זו טאוטולוגית. כל מה שהיא אומרת הוא, שאין מקום לטענת טעות אם לקח על עצמו הצד הנוגע בדבר את הסיכון לגבי אותו עניין. היסוד הטאוטולוגי משתקף איפוא בכך, שההסבר המוצע אומר שצד אינו יכול להשתחרר בטענת טעות אם הסכים שטעות מסוג זה לא תשחרר אותו.<sup>37</sup> אולם, טאוטולוגיה זו אין בה, לדעתי, כדי להרתיע. כבר ציינתי, כי ההוראה בעניין טעות בכדאיות מיותרת.**

**מכאן גם נגזר, שהשאלה, מהי טעות בכדאיות, אינה יכולה להיחתך עליידי מבחן אובייקטיבי כביכול, החיצוני לחוזה. היא יכולה להיקבע אך ורק על יסוד ניתוח הוראות החוזה עצמו. כך, למשל, לא ניתן לגרוס בלשון כללית, המנותקת מהחוזה שמדובר בו, כי טעות במחיר, בתכונות, ברווח שמפיק נכס או ביחס לעתיד וכו' היא לעולם טעות בכדאיות. כשם שלא ניתן לומר ההיפך, היינו, כי טעות עובדתית ביחס למה שהיה בעבר לעולם אינה טעות בכדאיות. התשובה תלויה בנסיבות המקרה ובניתוחו של החוזה**

ולשאלת הסיכול ראה, כללי, ש' לרנר, "הפיחות במעמדה של הבעלות באספקלריה של מועד העברת המימכר במיטלטלין" מחקרי משפט ה' 77: מ' מאוטנר, "שינוי נסיבות בתקופה שלאחר כריתת חוזה: הערות מקדמיות בפרספקטיבה של המשפט האנגלו-אמריקאי" עיוני משפט ט (תשמ"ג-ד) 363, 365: א' זמיר, "חוק המכר" פירוש לחוקי החוזים (ג' סדסי עורך, תשמ"ז) 456 ואילך.

36 ביחס לחוזי פשרה וביטוח ראה גם להלן.

37 טאוטולוגיה זו קיימת למעשה גם כאשר מוטל הסיכון על הצד לא מכוח הסכמתו הממשית, אלא מחמת שלפי הבנתנו (או ביתר דיוק: מכוח הדין), צריך הסיכון להיות מוטל עליו.



שמדובר בו, כפי שיוברר ביתר פירוט בהמשך. מאותו שיקול, אין זה מובן מאליו כי טעות שהינה טעות בכדאיות בגדר סעיף 14(ב) לחוק החוזים, העוסק בטעות ללא הטעיה, הינה גם טעות בכדאיות לצורך סעיף 15, העוסק בהטעיה. הואיל ומדובר בנטילת סיכון, ברור שקיימת אפשרות שאדם יאות ליטול את הסיכון שהוא טועה ביחס לנתון מסוים, אך לא יאות ליטול את הסיכון שהמתקשר השני יטעה אותו לגבי אותו נתון.<sup>38</sup> את הגישה דלעיל אבחן בשורה של הקשרים ספציפיים.

### עבר, הווה ועתיד

ההבחנה בין עבר והווה לבין העתיד, שהציע פרופ' טדסקי,<sup>39</sup> תוביל במקרים רבים (אך לא תמיד) לתוצאה נכונה. מבחינת הדין המסורתי, הופכת הצעה זו את דרישת ה"כדאיות" למיותרת. הטעם לכך הוא, שדיני הטעות וההטעיה היו מוגבלים מאז ומעולם לנתונים הקיימים בהווה (או שהיו בעבר), ולא חלו על השערות או אף על "מצגים" לגבי מה שיתרחש בעתיד.<sup>40</sup> "טעות" ביחס לעתיד לא נחשבה לטעות כלל. אין גם קושי למצוא בספרות ובפסיקה תמיכה ברעיון, שלפיו טעות ביחס לעתיד (טעות "בחיזוי") אינה אופרטיבית.<sup>41</sup> ולכן, אם "טעות בכדאיות" היא "טעות" ביחס לעתיד, הרי מנקודת ראות הדין המסורתי אין היא בגדר דיני הטעות. כאמור, ההסבר העדיף בעיני לכך שהחווה עומד בדרך-כלל בעינו חרף ההתפתחות שאירעה מושתת על כך שזו לרוב ההבנה בין המתקשרים, או שלפחות זו הבנתנו את תחומי הסיכון הנקבעים מכוח הדין (בהיעדר הסכם הקובע אחרת). הדוגמה הבולטת היא תנודות במחירי נכס שאירעו לאחר כריתת הסכם המכר. הכל מבינים, שאם נעשה המכר תמורת מחיר קבוע, הרי הסיכון של עליית מחירים הוא על המוכר ושל ירידת מחירים על הקונה. יתרונה של תיאוריית הסיכון נעוץ בעיני בכך, שהיא מקיפה וכללית יותר ואין היא סובלת ממגבלותיו של מבחן העתיד לעומת העבר. אכן, אין קושי לתאר מקרים שבהם לא יוכל לסייע השימוש במבחן זה של עתיד לעומת עבר.

אשר לעבר: במקרים רבים נוטל על עצמו צד במפורש או במשתמע את הסיכון לגבי עובדות קיימות או שאירעו בעבר או לגבי המצב המשפטי הקיים. במקרים אלה אין תחולה לדיני הטעות (אפשר לכנות טעויות כאלה "טעויות בכדאיות").<sup>42</sup>

38 ראה ביתר פירוט להלן, בעיקר הטקסט החל מן הקטע שלפני הערה 65 ואילך.

39 הערה 28 לעיל וטקסט להערה זו.

40 G.E. Palmer, *The Law of Restitution*, Vol. 3, p. 706. גם דיני מצג-השווא אינם חלים על המצג לגבי העתיד. מצג כזה אינו מחייב אלא אם ניתנה לגביו התחייבות חוזית: G.H. Treitel, *The Law of Contract* (7th ed., 1987) 255-257. כמובן, יעניקו דיני היושר סעד ביחס לטעות בעובדות הקיימות בעת כריתת החווה, אך לא ביחס לטעות בדבר ציפיוח הצדדים. ראה: Treitel, שם, בע' 237-238. בינתיים נוצר סייג אחר, באמצעות דיני השתק הכטחה, שבאמצעותו עשוי "המצג העתידי" לחייב את מי שעשה מצג זה. ראה, כללי, נ' כהן, הערה 17 לעיל.

41 Calamari & Perillo, הערה 34 לעיל, ע' 385.

42 ראה להלן.

אשר לעתיד: נכון שחיוזי התפתחויות הינו לרוב בתחום הסיכון של הצד הנוגע בדבר ואין הוא בגדר דיני הטעות, אך לא חסרים יוצאים מכלל זה. בעיקרם משתייכים הם לשתי קבוצות:

(1) שורשיה של התפתחות בעתיד נעוצים לא אחת במצב בהווה (זאת, אף אם אין דוגלים בהשקפה הדטרמיניסטית), וההבחנה בין הווה לעתיד אינה כה חדה תמיד.<sup>43</sup> הערכה לגבי העתיד מושגת לא אחת על עובדות בהווה שמניחים את דבר קיומן. פעמים העובדות הללו הן בתחום הסיכון. עקב כך, יהיו העובדות והחיוזי המושגת עליהן מחוץ לדיני הטעות. אולם באותם מקרים שבהם אין העובדות, שעליהן מושגת הערכה, בגדר הסיכון של הצד הנוגע בדבר – יוכל צד זה לעורר את שאלת הטעות.<sup>44</sup> בכלל נראה, שהרעיון עליו מושגת דין החיוזי לעתיד זהה לזה החל על הערכות בדרך-כלל, ואין מקום להבחין בין הערכה לגבי העתיד להערכה לגבי העבר או ההווה.<sup>45</sup>

(2) יש שהתפתחות בעתיד שונה בצורה דרסטית ממה שחזו הצדדים או שהיא חורגת, לפי הבנתנו, מתחומי הסיכון שנטלו על עצמם. נכון, שאם אין אנו מייחסים את ההתפתחות המאוחרת לנתונים שהיו קיימים בעת כריתת החוזה, אין תחולה לדיני הטעות. כאמור, מוגבלים דינים אלה לנתונים שהיו קיימים בעת כריתת החוזה. אולם, ההתפתחות המאוחרת עשויה להביא להחלטה של דוקטרינת הסיכול. דוקטרינה זו ממלאת תפקיד דומה לזה של דין הטעות, היינו, היא משמשת לקביעת התחום שבין אירועים שהינם בתחום הסיכון של הצד הנוגע בדבר לבין אירועים החורגים מתחום זה.<sup>46</sup>

מבחינה זו אין ההבחנה בין עבר לעתיד פותרת מאליה את הבעיה המהותית (היינו, כיצד יחולק בין הצדדים הסיכון ביחס למאורע שהתרחש או לנתון שהתגלה). בשני המקרים

43 השווה גם לקשיים שהתעוררו בפסיקה האמריקנית בהקשר להסכמים לתשלום פיצויים בשל נזקי גוף (למעשה, הסכמי פשרה). זאת, כאשר יש המנסים להבחין בין אי-ידיעה על פגיעה מסוימת (טעות) לעומת הערכה לגבי התוצאות בעתיד של פגיעה ידועה (משגה "בחיוזי", שאינו אופרטיבי). קשיי ההבחנה נדונו ב-Palmer, הערה 40 לעיל, ע' 707. יש גם תמיכה ניכרת בעמדת השופט הנודע Learned Hand, שציין, כי כאשר אימרים לאדם, שאיננו בקי ברפואה, שהוא עומד להחלים, הרי זו יותר מנבואה. זוהי למעשה הצהרה אודות מצבו הנוכחי: ראה: *Scheer v. Rockne Motors* (1934) 68 F. 2d 242.

44 השווה: **בני עמי נ' בנק לאומי**, הערה 24 לעיל (דברים ביחס לעתיד הכוללים מצג לגבי כוונת המצהיר בהווה לקיים את הבטחתו בעתיד). *Esso Petroleum v. Mardon* [1976] Q.B. 801. (C.A.) (הערכה לגבי העתיד שראו אותה ככוללת מצג לגבי ההווה) וכן הערה 43 לעיל.

45 למעשה, אין הבדל עקרוני בין "תחזית" לעתיד לבין הערכה לגבי מה שהתרחש בעבר (שגם אותה ניתן לכנות, אם רוצים, "תחזית"): בשני המקרים מדובר בהערכות לגבי עניין שאין לגביו ודאות. בנושא זה יפים דבריו של השופט ש' לוי, שנאמרו אומנם בהקשר שונה לחלוטין: "אם בתחזית עסקינן – מה לי תחזית לעתיד, מה לי תחזית לעבר?" ע"א 231/84 **קופת-חולים של ההסתדרות נ' מאתח**, פ"ד מב (3) 312, 319.

46 G.E. Palmer, *The Law of Restitution*, Vol. 2, p. 113 et seq.; J. Swan, *The Allocation of Risk in the Analysis of Mistake and Frustration*, in B.J. Reiter & J. Swan, *Canadian Studies in Contract Law*, 181. מ' מאוטנר, הערה 35 לעיל.

עוסקים אנו בקביעת תחומי הסיכון ובשני המקרים נעזרים אנו בדוקטרינות משפטיות לקביעת תחומים אלה. המסקנה שאירוע מסוים הוא אירוע עתידי (כלומר, התרחש לאחר כריתת החוזה ואינו מיוחס לעובדות שהיו קיימות באותו זמן)<sup>47</sup> אכן תוציא את הנושא מגדר דיני טעות, אך לא תפתור את הבעיה כלל. השאלה תשוב ותתעורר, הפעם בלבוש חדש, היינו, בגדר דיני הסיכול. אולם דין הסיכול ותחולתה של דוקטרינת הסיכון אינם בגדר הרשימה הנוכחית.

אנסה להמחיש את האמור לעיל באמצעות מספר דוגמאות.

**דוגמה 1:** התובע נפצע בתאונה וטוען שהיא נגרמה עקב רשלנות עובדו של פלוני. אותו עובד טוען שלא הוא גרם לתאונה אלא גרם לה אדם אחר. הוגשה תביעה נגד פלוני, שחקר בעובדות ככל יכולתו והחליט בסופו של דבר להתפשר. בפשרה זו שילם את מחצית נזקיו של התובע. כעבור זמן הסתבר שהצדק היה עם העובד של פלוני וכי התאונה לא נגרמה על-ידו אלא על-ידי אדם אחר, שלמעשיו אין פלוני אחראי אחריות שילוחית.

הסכם הפשרה עומד בעינו ואין כאן שאלה של טעות. במוכן מסוים, היתה כאן טעות עובדתית גרידא, בדבר זהותו של האדם שגרם את הנזק, אך בין הצדדים הושגה פשרה. נערך הסכם, שבו נטל על עצמו כל צד סיכון מסוים. פלוני נטל על עצמו את הסיכון שהנזק אכן לא נגרם על-ידי עובדו אלא על-ידי אדם אחר. תמורת זאת, רכש שחרור מן הסיכון שהנזק נגרם על-ידי העובד שלו (ואו היה עליו לשלם מחיר כפול). האפשרות שיתברר כי הנזק נגרם על-ידי אדם אחר היתה בגדר הסיכון שנטל על עצמו פלוני. מכיוון שכך, אין הוא יכול להשתחרר בטענת טעות.<sup>48</sup> אפשר לכנות את טעותו "טעות בכדאיות", אך איני יודע אם הדבר מוסיף הרבה. הדוגמה דלעיל גם ממחישה, כי ההבחנה אינה בין עבר לבין עתיד. הדבר גם מלמד על הקושי להבדיל בין טעות בהערכה לטעות בעובדה. במובן מסוים, היתה הטעות בעובדה (מי גרם לנזק). במובן אחר, היתה זו הערכה גרידא, היינו, מהי ההסתברות שבית-המשפט יפסוק בסכסוך כך או אחרת.

דוגמה זו עסקה בחוזה ל"קניית סיכון",<sup>49</sup> אולם גם לגבי חוזים מסוג זה תיתכן בהחלט טעות אופרטיבית,<sup>50</sup> כשם שתיכנן הטעיה שתשמש עילה לביטול הסכם הפשרה. השאלה היא, בכל מקרה, מהו תחום הסיכון שנטל הצד על עצמו. טעות לגבי דבר החורג מתחום הסיכון עשויה לאפשר ביטול החוזה ואילו טעות בתחום הסיכון אינה מאפשרת זאת. אמחיש זאת באמצעות הדוגמה הבאה:

**דוגמה 2:** פלוני הגיש תביעה נגד אלמוני לתשלום 100,000 שקל. הסתיימו העדויות, הצדדים המתונו לפסק-הדין, ובינתיים ניהלו משא ומתן לפשרה. באחד הימים נפגשו השניים והתפשרו על סך 50,000 שקל. הסתבר, שיום קודם לכן ניתן פסק-הדין לטובת התובע, בנוכחות עורכי-הדין של הצדדים, אולם הללו לא הספיקו להודיע להם על

47 ראה הערות 43-44 לעיל וטקסט להערות אלה.

48 אולם, אם היתה מרמה, ניתן לבטל את הפשרה. מרמה היא מחוץ לתחום הסיכון שנטל על עצמו המתפשר: ד' פרידמן, דיני עשיית עושר (תשמ"ב) 511, והערה 49, שם. השווה גם: *Ward v. Wallis* [1900] 1 Q.B. 675.

49 השופט זילברג השתמש בביטוי "קניית הדין", ראה: בג"צ 57/67 גרוס ג' נציב מס' הכנסה, פ"ד כא (1) 558, 559-560.

50 ראה, למשל, *Magee v. Pennine Ins.* [1969] 2 All E.R. 891 (C.A.); וכן ד' פרידמן, הערה 41 לעיל, 512-513.

כך. (אנית, ללא פירוט, שאין לייחס לצדדים את ידיעת עורכי־הדין). יש מקום לבטל את הפשרה מכוח סעיף 14(ב) לחוק החוזים. פשרה זו מושתתת על טעות משותפת. פשרה היא אומנם קניית סיכון, אולם השאלה היא תמיד מהו הסיכון שנקנה ומהן הנחות היסוד ששימשו לצורך אותה פשרה. הנחת־היסוד כאן היתה, שעדיין לא ניתן פסק־דין. האפשרות שניתן פסק־דין לטובת התובע היא מחוץ לתחומי הסיכון שהוא נטל על עצמו בעניין הפשרה, ולכן מדובר בטעות אופרטיבית (ולא בטעות בכדאיות).<sup>51</sup>

אכן, אין קושי למצוא דוגמאות לכך שפשרות בוטלו מחמת שהסתבר שהצדדים טעו לגבי עובדה שלגביה לא התפשרו, ובמילים אחרות, הם טעו לגבי נתון שלגביו לא נטלו את הסיכון.<sup>52</sup>

דוגמה 3: אותן עובדות כמו בדוגמה 2, בהבדל אחד. פסק־הדין לא ניתן עדיין, אולם הוא נכתב והיה מונח חתום בכיתו של השופט, שהתכוון לקרוא אותו בתוך יום־יומיים.

אפילו נודעה עובדה זו לצדדים לאחר מעשה, אין מקום לביטול הפשרה. מדובר אומנם בעובדה בעלת חשיבות מכרעת אולי מנקודת־ראותו של התובע, בהנחה שפסק־הדין נכתב לטובתו, אך ההבדל בין דוגמה זו לבין הדוגמה הקודמת הוא בכך, שבמקרה זה מדובר בעובדה שהצדדים נטלו לגביה את הסיכון (אפשר, אם רוצים בכך, לכנות זאת "טעות בכדאיות"). לשאלה, מדוע רואים אנו בדוגמה זו את העובדה (פסק־דין בכיתו של השופט) שלגביה טעו כעובדה הנמצאת בגדר הסיכון ואילו בדוגמה הקודמת (פסק־דין שכבר הוקרא) רואים אנו את העובדה כחורגת מתחום הסיכון המוסכם, ניתן להשיב, כי הדבר נובע מהבנתנו את מהות המוסכם בין הצדדים ואת מהותה של הפשרה. שוב, ההבדל אינו בין עבר לעתיד. בשני המקרים מדובר בעובדה שהיתה קיימת בעת השגת הפשרה.

לסיום נושא זה של טעות לגבי עבר וטעות לגבי עתיד נשוב לפסק־דין בבג"צ 221/86 כנפי נ' ביה"ד לעבודה, שכבר איזכר לעיל.<sup>53</sup> במקרה זה הגיש העותר, שהיה נכה, בקשה למוסד לביטוח לאומי לקבל מענק במקום גמלה, ובקשתו נענתה. כעבור זמן הוגדלה נכותו. הנוהג בעבר היה, שמאפשרים במקרה כזה מענק או גמלה על הפרש הנכות. אולם, אפשרות זו נשללה על־יסוד פסיקה מאוחרת יותר של בית־הדין לעבודה. העותר ביקש איפוא לבטל את ההסדר המקורי שעשה עם המוסד בדבר קבלת מענק במקום גמלה, בטענת טעות. עתירתו לבית־המשפט הגבוה לצדק נתקבלה. מדובר אומנם בהסדר סטטוטורי ולא בחוזה עם המוסד לביטוח לאומי, אך ניתן להחיל את הוראת חוק החוזים בעניין ביטול חוזה מחמת טעות (בענייננו הוראת סעיף 14(ב) לחוק), אפשרות הקיימת מכוח סעיף 61(ב) לחוק החוזים. הטעות שמדובר בה היתה אומנם טעות שבדין ונגעה בפירוש הוראות חוק הביטוח הלאומי, אך חוק החוזים מאפשר ביטול מחמת טעות בדין, ובמקרה הנדון נקבע, כי ראוי שבית־המשפט יפעיל את שיקול־דעתו, כאמור בסעיף 14(ב) לחוק, ויבטל את ההסדר.

הטענה שהטעות היתה בכדאיות בלבד לא נטענה, אך השופטת כן־פורת ציינה, לאחר שאזכרה את קשיי הפירוש הכרוכים בנושא זה, כי נראה לה שטעותו של העותר חורגת

51 *Farhat v. Rassey* (1940) 294 N.W. 707 (Supreme Court of Michigan).

52 ראה הערה 50 לעיל.

53 הערות 29–30 לעיל וטקסט להערות אלה.

משיקולי כדאיות גרידא; וכבר הצבענו על הקושי הכרוך בקביעת מעמדו של פסק דין חדש (אירוע עתידי) הקובע הלכה לגבי העבר. בעיני ההסבר הוא כדלקמן: הסדר המרת גמלה במענק (כלומר, המרת תשלום תקופתי בסכום חד-פעמי) כרוך בסיכונים ככל הסכם אחר. הסיכונים הבסיסיים נוגעים לתוחלת-החיים של האדם שמדובר בו (אם בפועל יחיה תקופה קצרה מן המשוער – "פסיד" הצד שנתן מענק, שכן, הגמלה היתה נפסקת במועד מוקדם מן הצפוי), וכן לחישובי ריבית (שינוי שער הריבית בעתיד ישפיע כמוכן על כדאיות ההסדר). לכן, במקרה של שינוי באחד משני אלה (תוחלת-החיים או הריבית), אין הצד שנפגע עלידי כך זכאי להתלונן על התוצאה. זה הסיכון שנטל על עצמו. אולם בעניין הנוכחי אירעה התפתחות החורגת מסיכון זה. הנתונים בעת עריכת ההסדר היו, שאם יגדל אחוז הנכות, לא ימנע ההסדר את העותר מלקבל תשלום בעד ההפרש. לגבי נתון זה לא נערך הסדר. היה מותר לבית-המשפט להסיק, שאין הוא בגדר הסיכון שנטל על עצמו העותר וכי משום כך הוא זכאי להסתמך על דין הטעות. עוד אציין, כי ההסדר שנעשה במקרה זה לא היה בגדר פשרה. היה זה פשוט הסדר להמרת גמלה בתשלום חד-פעמי. אילו היתה זו פשרה בסכסוך, ניתן להניח שהתוצאה היתה שונה, שכן מניחים כי צדדים לפשרה נוטלים על עצמם את הסיכון של פסיקה חדשה אף כשהיא עשויה לשנות את הדין למפרע (רטרואקטיבית).

#### טעות במחיר ובתשלומים נלווים

מוצרים ושירותים רבים אין להם מחיר שוק מוגדר, וכדודאי שבהיעדר חקיקה או הוראת דין ספציפית, אין אדם חייב למכור נכס או להציע שירות במחיר זה ולא אחר. חופש החוזה כולל בחובו את החופש של האדם לדרוש (או להציע) בעסקה את המחיר שייראה לו. מובן גם שבהצעת מחיר יש יסוד סובייקטיבי, הנובע מגורמים דוגמת עוצמת הרצון לרכוש (או למכור) את הנכס שמדובר בו, האפשרויות הכספיות של הצד הנוגע בדבר, שיקוליו ביחס לרכישות אלטרנטיביות וכו'. פלוני יכול להציע בעבור דירה 200 אלף שקל בעוד אלמוני יהיה מוכן לרכוש ב-300 אלף שקל. זאת, מבלי שאיש מהם ייחשב ל"טועה".

הרעיון בדבר חופש החוזה והגורמים שפורטו לעיל הוליקו להתפתחות מסורת ארוכה, שלפיה אין בית-המשפט קובע את המחיר עבור הצדדים ואינו מתערב במחיר (או בתנאי התשלום) שקבעו.

לכל זה ניתן להוסיף, כי בעסקה מסחרית רגילה מוטל הסיכון ביחס לתנאי השוק ולאפשרויות המשא-ומתן על הצד הנוגע בדבר.<sup>54</sup> אמחיש זאת באמצעות הדוגמאות הבאות:

**דוגמה 4:** פלוני מציע את דירתו למכירה ודורש בעבורה 300 אלף שקל. אלמוני מודיע לו שהוא מוכן לרכוש ב-250 אלף וכי לא ישלם פרוטה אחת יותר. הסתבר, שדבריו של אלמוני לא היו נכונים, וכי "בלית-ברירה" (כלומר, אם לא היה פלוני מוותר) היה אלמוני, הקונה, מוכן לשלם אפילו 320 אלף שקל בעבור אותה דירה. פלוני אינו יכול

54 השווה לאסמכתאות בהערה 25 לעיל. יצוין גם, כי כמקרים רבים, טעויות במצב השוק הן טעויות בהערכה.

לבטל את העסקה. הטעות וכן גם ההטעיה<sup>55</sup> אינם מובאים בחשבון. **שאלת הסכום המקסימלי שניתן לקבל מן הקונה בעבור הדירה היא בגדר הסיכון שנוטל על עצמו המוכר (אם ידרוש יותר מדי – יפסיד את הקונה. אם ידרוש פחות מדי – לא ימזה את אפשרויותיו). אפשר לכנות זאת "טעות בכדאיות".**

**דוגמה 5:** פלוני מוכר את דירתו במכרו. למכרו מתייצבים חמישה קונים. ארבעה מהם מניחים מעטפות סגורות בקופסת המכרו. הקונה החמישי משוכנע שההצעות שהוגשו הן בסכומים המגיעים ל-300 אלף שקל. מכיוון שהוא להוט לרכוש, הוא מחליט לרשום בהצעתו סך 350 אלף שקל. פלוני פותח את המעטפות ומחליט לקבל הצעה זו. מסתבר, שההצעות האחרות היו כולן בסכום נמוך מ-250 אלף שקל. הקונה (ב-350 אלף) אינו זכאי להסתמך על דין הטעות. אף כאן, בדומה לדוגמאות קודמות, מדובר בטעות לגבי ההווה או העבר (גובה ההצעות האחרות), אולם עניין זה היה בגדר הסיכון הברור שנטל על עצמו הקונה במסגרת המכרו.

**דוגמה 6:** פלוני רכש מכשיר טלוויזיה, בתנות בצפון תל-אביב, ב-2,000 שקל, מבלי שידע שבאותה עת מתקיימת מכירה מיוחדת של אותן טלוויזיות, בחנות בדרום העיר, בהנחה של 30%. הטעות היא בגדר הסיכון של הקונה (פלוני) ואין היא עילה לביטול העסקה.

**עם-זאת, ראוי לעמוד על גבולות הדברים שפורטו לעיל ואין קושי להצביע על נסיבות שבהן לא תהיה טעות במחיר בגדר הסיכון ותצדיק את ביטול העסקה. המקרים הבולטים הם אלה שבהם מקור הטעות במחיר הינו בטעות בנתון אחר (ששימש בסיס לקביעת המחיר או השפיע על קביעתו). זאת, שעה שהצד הנוגע בדבר לא נטל על עצמו את הסיכון ביחס לנתון זה.**

**אמחיש זאת בעזרת הדוגמאות הבאות:**

**דוגמה 7:** פלוני מבקש לקנות 50,000 מניות בחברה מסוימת. הוא פונה לסוכן העוסק במכירת ניירות-ערך ושואל אותו, מה היה מחירן של מניות אלה היום בבורסה. הסוכן מוסר לו, כי השער היה 120 נקודות. פלוני קונה מן הסוכן 50,000 מניות לפי שער זה. מסתבר, ששער המניה באותו יום בבורסה היה 80 נקודות בלבד.<sup>56</sup>

בדוגמה זו זכאי פלוני לבטל את ההסכם. היתה פה טעות שהיא תוצאה של הטעיה. מדובר אומנם במחיר, אך אין זאת טעות בכדאיות. פלוני נטל על עצמו את הסיכון שמחיר המניות יירד למחרת היום. הוא גם נטל על עצמו את הסיכון שבקנייה מתוך לבורסה, ממקור אחר, היה רוכש במחיר נמוך ממחיר הבורסה. אך הוא לא נטל על עצמו את הסיכון שהוא מקבל אינפורמציה מוטעית לגבי המחיר בבורסה באותו יום (שהוא, אגב, נתון עובדתי גרידא).

הדוגמאות דלעיל מלמדות, שאין שום דבר הטבוע במחיר וההופך טעות לגביו לטעות בכדאיות. במקרים רבים אכן כך הדבר, כפי שניסיתי להראות בדוגמאות 4-6 לעיל, אך אין קושי לתאר מקרים שבהם ייקבע המחיר בעקבות טעות בנתון שלגביו לא נטל הצד הנוגע בדבר את הסיכון.

**דוגמה 7 ממחישה נקודה נוספת, היינו, שקיימים מצרים ונכסים שיש להם מחיר שוק מזגדר. מחיר זה יכול לנוע בגבולות מסוימים ופעמים יאה מי שמוכן לקנות (או למכור),**

55 במקרים רבים משנה הטעיה (ובוודאי הטעיה מכוונת) את תפיסתנו לגבי הדרך הנכונה של חלוקת הסיכון. אולם סבורני שהמקרה הנוכחי יוצא מכלל זה.

56 דוגמה ברוח זו הובאה על-ידי ג' טדסקי, הערה 23 לעיל, ע' 331.

בנסיבות מיוחדות, במחיר השונה ממחיר השוק. אולם, בהיעדר נסיבות מיוחדות, מן ההכרח שמחיר הסוטה בצורה דרסטית ממחיר השוק יעורר חשד בקשר לעסקה. גישה נוקשה, המניחה כמוכח מאליו, על יסוד השיקולים שפורטו בפתח דיוננו בסוגיית המחיר, כי עניין המחיר הוא בשיקול-דעת הצדדים (עניין של "כדאיות"), עוצמת עיניה בפני המציאות. למעשה, מתמודדת השיטה המשפטית עם נושא הכדאיות בגדר העילה של עושה, שאחד מיסודותיה הוא, שתנאי החוזה הינם "גרועים במידה בלתי-סבירה מן המקובל", כאשר מקרה טיפוסי הוא תשלום מחיר הסוטה בצורה בולטת ממחיר השוק. קיומה של עילת העושה איננו שולל אפשרות קיומו של מצג-שווא. סוחר המציג לפני לקוח מוצר וטוען שהמחיר המומלץ על-ידי היצרן הוא, נניח, 2,000 שקל, שעה שהמחיר המומלץ על-ידי היצרן (שהוא גם המחיר שבו נמכר המוצר בכתי-מסחר אחרים) הוא 500 שקל, עושה מצג-שווא. אפשר שבמקרה זה התקיימו גם יסודות העילה של עושה (אם היה בכך, למשל, ניצול חוסר-נסינו של הלקוח), אולם עובדת קיומה של עילת העושה, שבמרכזה עומדת הסוגיה של כדאיות העסקה (אך היא מותנית בתנאים נוספים), אינה שוללת אפשרות של הטעיה, לרבות הטעיה בעניין המחיר.<sup>56</sup>

דוגמה 8: א ערך חוזה עם פלוני, שבמסגרתו העביר לפלוני נכס ותמורת זאת התחייב פלוני לשלם לו סכום כסף. א היה זקוק למזומנים, ופנה ל-ב והציע לו להמחות את זכותו על-פי החוזה עם פלוני תמורת 100,000 שקל. לשאלתו של ב, "מהו הסכום המגיע לך לפי החוזה עם פלוני?" השיב א: "120,000 שקל. מועד התשלום בעוד שישה חודשים." הסתבר שהסכום המגיע ל-א על-פי ההסכם עם פלוני הוא 70,000 שקל בלבד.

אפשר לומר, אם רוצים, שזו טעות (הנובעת מהטעיה) ביחס לשווי או למחיר, היינו, ב טעה ביחס לסכום החוב שיקבל בעבור 100,000 השקל שלו. אך ברור שזו טעות אופרטיבית, והוא זכאי לבטל את החוזה מתמת הטעיה. אפשר שהמלה "מחיר" אינה מתאימה ביותר בדוגמה זו, משום ש-ב נתן סכום כסף בעבור חוב. אולם אין קושי לשנות את נתוני הדוגמה באופן שהמלה "מחיר" תתאים בנקל. כך, למשל, אם במקום לתת 100,000 שקל, היה ב מוסר את דירתו תמורת המחאת הזכות החוזית של א, היה אפשר לומר, ש-ב הוטעה ביחס למחיר שהוא עומד לקבל. מובן שזו טעות אופרטיבית. הטעם ברור. בעסקה זו נטל על עצמו ב סיכונים שונים, למשל, שמחיר הדירה יעלה, אך בשום אופן לא נטל על עצמו את הסיכון שהסכום הנקוב בחוזה עם פלוני הוא פחות מ-120,000 שקל.

בע"א 643/83 דומב נ' דומב<sup>57</sup> נתגלה סכסוך בין בני-זוג, שהסכימו על מכירת דירתם המשותפת באופן שהאשה תקבל 60% מן המחיר והבעל 40%. המכירה לא יצאה לפועל ונערך הסכם שני, שבו רכשה האשה את חלקו של הבעל תמורת 40 אלף דולר, כאשר

56 בארצות-הברית נדונו מספר מקרים של מכירה תוך סטייה חריפה ממחיר השוק במסגרת הסוגיה של חוסר מצפוניות (unconscionability), שהיא המקבילה (אף שאינה זהה) לעילת העושה אצלנו. ראה, למשל, *Jones v. Star Credit Corp.* (1969) 298 N.Y.S. 2d 264 (מכירת מקפיא מזון (freezer) במחיר העולה פי ארבעה לערך על המחיר המקובל למוצר זה). עם זה, הועלתה בספרות האפשרות לראות בסוחר המציע למכירה מוצר סטנדרטי, שיש לו מחיר שוק, כמי שעושה מצג שלפיו אין המחיר שהוא נוקב חורג מכל יחס מהמחיר המקובל לאותו מוצר: *Eisenberg, The Bargain Principle and Its Limits* (1982) 95 *Harv.L.Rev.* 741. השווה גם להוראת סעיף 2(א)(13) לחוק הגנת הצרכן, תשמ"א-1981.

57 הערה 33 לעיל.

הבסיס למחיר היה הערכת שווי הדירה בסך 100 אלף דולר. הסתבר, שכבר באותה עת היה לאשה קונה (צד ג) לדירה במחיר 135 אלף דולר. נפסק (מפי השופט ש' לוי), כי הבעל זכאי גם ל-40% מן ההפרש (היינו, מן הסך של 35 אלף דולר). המכירה לצד ג היתה הפרת ההתחייבות למכור תוך שיתוף פעולה. חיובה של האשה הוא בין משום שהחזיקה את נכסי הבעל ומכרה אותם והיא מחזיקה את דמי הפדיון בנאמנות עבורו ובין משום שהפרה את ההסכם עם הבעל.

בעניין דומב התעוררה אומנם שאלה נוספת של נאמנות ושל חובת אמון החורגת מן המסגרת הנוכחית. עם זאת, יש בפסקה הדין כדי לזרות אור על הסוגיה שלפנינו, שהרי באותו מקרה נערך הסכם חדש על מכירת חלקו של הבעל בדירה לאשה תמורת 40 אלף דולר (כאשר הבסיס לחישוב היה, כאמור, שווי דירה של 100 אלף דולר). אולם השופט ש' לוי ציין, שהסכם זה אינו חוסם את תביעתו של הבעל, שכן, הבעל זכאי לבטל את ההסכם (כפי שאכן עשה) מחמת הטעיה, לפי סעיף 15 לחוק החוזים. הטעיה זו מקורה בהפרת חובת הגילוי בדבר קיומו של קונה המוכן לשלם סכום של 135 אלף עבור הדירה.<sup>58</sup> נמצא, שבמקרה הרגיל מוטל הסיכון בדבר תנאי השוק על הצד הנוגע בדבר. אולם, אין הוא נוטל על עצמו את הסיכון ביחס לנתונים מוטעים שמוסר לו הצד האחר. משום כך, לא היתה הטעות שנטענה בעזר נ' עזריהו<sup>59</sup> בגדר טעות בכדאיות. המדובר היה, כנראה, בהערת האזהרה לגבי מקרקעין. הערה זו נועדה מן הסתם להבטיח זכות כלשהי. המערער ניאות להסיר את הערת האזהרה תמורת 60 אלף דולר, לאחר שלטענתו, מסר לו הבעלים שהוא עומד למכור את המקרקעין לצד ג ב-100 אלף דולר, שעה שהסכום היה 150 אלף דולר (כאמור, לא נקבע ממצא עובדתי בנקודה זו). ברור שהסכום המתקבל מן הצד השלישי היה שיקול חשוב בקביעת "מחיר" המחיקה של הערת האזהרה. זה נתון עובדתי גרידא. כאשר מספק הבעלים נתון זה, אין שום סיבה לגרום שהצד השני (בעניין זה הצד שהערת האזהרה נרשמה ליזכותו) נוטל על עצמו את הסיכון לגבי נתון זה.

את הגישה דלעיל ניתן ליישם גם לגבי תשלומים הנלווים לעסקה, דוגמת תשלום מס. השאלה עשויה להתעורר מקום שצד סבור בטעות שהעסקה פטורה ממס או שהוא טועה לגבי גובהו. במקרה כזה ברור, שאם היתה הטעיה על-ידי הצד השני או מטעמו, זכאי הצד הטועה לבטל את העסקה מכוח סעיף 15 לחוק החוזים, והטענה בדבר "טעות בכדאיות" לא תעמוד לו למכשול. בהיעדר הטעיה, נשאלת השאלה, אם הנושא הוא בגדר הסיכון שנטל על עצמו אותו צד. אם לאו – יוכל בית המשפט לבטל את החוזה מכוח סעיף 14(ב) לחוק החוזים (אך העניין הוא בשיקול-דעת בית המשפט, ומובן שאין זה מן ההכרח שייעתר לבקשת הביטול). אם היה הנושא בגדר הסיכון שנטל הצד על עצמו – אין מקום לטענת טעות. בה"פ (ת"א) 962/79 לידון נ' אלבוטרו<sup>60</sup> נערך הסכם למכירת מקרקעין, שבמסגרתו הוסכם, שהקונים ישאו בתשלום כל המיסים וההוצאות, לרבות מס-שבת. הקונים ניאותו לתנאים אלה לאחר שנועצו בעורך-דין, שהעריך את המס בין 50 ל-100 אלף ל"י. הסכום המדויק של המס לא הוברר, אך הסתבר כעבור זמן שהוא גבוה פי כמה. ממצאי בית המשפט (השופט ש' ולנשטיין) בעניין זה היו, כי "המוכרים,

58 חובת גילוי כוו היתה קיימת בעניין דומב נ' דומב, הערה 33 לעיל. מכאן ניתן כמובן להסיק, שמצג מטעה ממש בנושא זה יקנה ברירת ביטול (אפילו לא קיימת חובת גילוי).

59 הערה 31 לעיל.

60 הערה 26 לעיל.



בפירוש, לא רצו להיות מוטרים בענין המיסים ומתחילת המשאומתן דרשו לקבל 'מחיר נטו'. הקונים ידעו איפוא, כי נטל תשלום המסים הרבים הכרוכים בעיסקה כזאת מוטל עליהם בלבד.<sup>61</sup> בית-המשפט קבע, בין השאר, כי הטעות היא בכדאיות ולכן אין תחולה להוראת סעיף 14(ב), המאפשרת ביטול החוזה (לפי שיקול דעת בית-המשפט) מחמת טעות. כאמור, לא ניתן לקבל את העמדה, שלפיה טעות ביחס למס היא לעולם טעות בכדאיות. זה נתון שניתן לטעות לגביו כמו לגבי כל נתון אחר.<sup>62</sup> אולם בנסיבות המקרה, המשתקפות בציטטה דלעיל, היה בית-המשפט חופשי לקבוע שהקונים נטלו על עצמם את הסיכון בדבר המס וכי משום כך אין הם יכולים להעלות טענת טעות בעניין זה. אם רוצים, ניתן לומר שבנסיבות המקרה, היתה הטעות ביחס למס בגדר "טעות בכדאיות".

בגישה דומה ראוי לנקוט, לדעתנו, לגבי תשלומים נלווים אחרים. בע"א 406/82 נחמני נ' גלאור,<sup>63</sup> התחייבו המערערים למכור דירה שבבעלותם. הם הצהירו שרובצת על הדירה משכנתא בסך אלף ל"י, והקונים התחייבו, כחלק מן המחיר, לפרוע את מרבית סכום המשכנתא (סך אלף ל"י). הסתבר, כי סכום המשכנתא המקורי אכן היה 825 אלף ל"י, אך עקב הפרשי הצמדה וריבית, הגיע סכום החוב לקרוב למיליון ושלוש מאות וחמישים אלף ל"י. נקבע, כי נוכח הצהרת המוכרים ותנאי החוזה, מוטל עליהם לשאת בהפרש המשכנתא. המוכרים טענו לטעות (בדבר גובה המשכנתא). בית-המשפט (השופט מ' בייסקי) קבע שאין מקום לביטול החוזה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), והוסיף, כי "טעות בשיעור הפרשי הצמדה וריבית שנצטברו ליום חתימת החוזה היא לכל היותר טעות בכדאיות העיסקה".

התוצאה שהושגה נכונה, לדעתנו. הסיכון בעניין גובה המשכנתא רבץ בלי ספק על המוכרים. העובדות הנוגעות למשכנתא היו בידיעתם המיוחדת. הם היו ערים לנושא, הצהירו על המשכנתא ונתנו התחייבות לגביה. יתרה מזאת, נוכח כללי הסודיות הבנקאית, לא היה הבנק מוסר את האינפורמציה הנוגעת במשכנתא אלא למוכרים. בנסיבות אלה אין מקום לטענת טעות מצידם. אך כאמור, טעות בגובה המשכנתא, ההצמדה או הריבית אינה בהכרח טעות בכדאיות. כך, אילו בעניין נחמני עצמו היו אלה הקונים (ולא המוכרים) הטוענים לטעות בקשר לגובה המשכנתא, לא היה מקום לדחות בטענת "טעות בכדאיות". הסיכון בעניין זה לא רבץ עליהם והם היו רשאים לסמוך בעניין זה על הצהרת הצד השני.

### טעות בהערכה

בדרך-כלל, מוטל הסיכון בדבר טעות בהערכה על הצד הנוגע בדבר, ואין משמשת עילה לביטול חוזה. למעשה, נכלל בקטיגוריה זו חלק נכבד מן הטעויות שנדונו לעיל. טעות בתיווי העתיד היא טעות בהערכה לגבי התפתחות עתידית. טעות בפשרה היא, במקרים רבים, טעות בהערכת סיכוייה של התדיינות משפטית. אולם, כפי שצוין לגבי הטעויות שנמנו לעיל, השאלה מותנית בתחומי הסיכון המוטל על הצד הנוגע בדבר.

61 ע' 437 לפסק-הדין.

62 הטעות היא, במקרים רבים, טעות שבדין, אך בשיטתנו חל דין הטעות גם על טעויות מסוג זה, והדבר נאמר במפורש בסעיף 14(ד) לחוק החוזים.

63 פ"ד מא (1) 494.

כמורכב, מושתתת ההערכה לרוב על נתונים משפטיים ועובדתיים, ובמקרה כזה השאלה היא, אם נתונים אלה הם בתחום הסיכון שנטל הצד על עצמו. עוד נצביע, כי אותו נתון יכול להיחשב במקרה אחד לעובדה שיחולו לגביה דיני הטעות וההטעיה ואילו במקרה אחר ייחשב נתון זה להערכה גרידא, הנמצאת מחוץ למסגרת דיני הטעות ופעמים אף מחוץ למסגרת דיני ההטעיה (לפחות אם נעשתה בתום-לב). למעשה, כבר עמדנו על נקודה זו בהקשר לפשרות. פשרה ביחס לעובדה שאירעה בעבר (אך קיימת לגביה אי-ודאות או מחלוקת) מושתתת על הערכות הצדדים. זאת, שעה שבנסיבות אחרות היתה טעות ביחס לעובדה וזה נכללת בגדר דיני הטעות. והרי דוגמה נוספת מן הפסיקה האנגלית: מה דינה של אמירה, שלפיה ניתן לגדל בשטח קרקע מסוים אלפיים ראשי-צאן? ברור שבמקרים רבים עשויה אמירה כזו להיחשב למצג עובדתי, שאם הטעה את הצד השני, יוכל לשמש עילה לביטול החוזה. עם זאת, ניתן לעיתים לראות באמירה זו הערכה גרידא, כאשר נעשתה בתום-לב וכאשר ברור לצד השני שאין מדובר באמירה המבוססת על נתונים עובדתיים כלשהם, אלא על סברה של המצהיר המבטאת רק את אמונתו ביחס לאפשרויות השימוש במקרקעין.<sup>63</sup> לדוגמאות שכבר הובאו אוסיף שתיים אלה:

**דוגמה 9:** ב רוכש את בית-המסחר של א, כאשר לפי הערכתו, יוכל להפיק מביית-מסחר זה פדיון של 100,000 שקל בחודש. לאחר הקנייה מסתבר, כי הפדיון הוא 50,000 שקל בלבד. טעותו של ב היא בגדר הסיכון שנטל על עצמו ברכישת בית-העסק. אפשר לכנותה "טעות בכדאיות", ומכל מקום ברור, שאין היא עילה לביטול החוזה.

**דוגמה 10:** אותן עובדות כמו בדוגמה 9, בהבדל הבא: א סיפר ל-ב, שלבית-העסק נכנסים בכל יום 400 איש בממוצע, ומתוכם לפחות 200 קונים מוצר כלשהו, וכי סה"כ הפדיון בחודש האחרון היה 90,000 שקל. הסתבר, שעובדות אלה אינן נכונות. מספר הלקוחות שקנו באותו חודש היה כמחצית המספר שנקב בו א וגם הפדיון החודשי היה בגובה מחצית הסכום. גם בדוגמה זו העריך ב את הפדיון החודשי בעתיד (כפי שאנו מניחים) ב-100,000 שקל והסתבר לו שטעה בהערכה, אך הפעם הוא זכאי לבטל את החוזה. היתה פה טעות הנובעת מהטעיה ביחס למצב הקיים.<sup>64</sup> ב אומנם נטל על עצמו סיכון, אך הסיכון הושתת על נקודת-מוצא מסוימת שהיא פרי המצג של א. הכל מבינים שההתפתחות בעתיד עשויה ליצור מצב שונה מזה הקיים בנקודת-המוצא, ו-ב לא היה זכאי להתלונן על כך אילו היתה חלה ירידה במספר הלקוחות. התפתחות כזו היא בגדר הסיכון שנטל על עצמו. אולם, הוא לא נטל על עצמו את הסיכון שנקודת-המוצא מוטעית. בנסיבות אלה, שבהן מושתתת ההערכה על נתונים מוטעים שסיפק הצד השני, רשאי הוא לבטל את החוזה.

#### הטיניה בכדאיות

בלבול נוסף שיצרה הוראת סעיף 14(ד) לחוק החוזים בעניין כדאיות נובע מתחולתה על הטעיה. אולם, לדעתי, העוקץ בעניין נעוץ בשאלה, מהי אותה טעות בכדאיות. כפי

<sup>63</sup> Bissett v. Wilkinson [1927] A.C. 177.

<sup>64</sup> השווה פסק-דין Ezzo Petroleum, הערה 44 לעיל, וראה: Redgrave v. Hurd (1881) 20 Ch. D. 1.

שראינו, אין שאלה זו נקבעת על-פי מבחן חיצוני סטנדרטי, אלא על-פי תחומי הסיכון, כפי שנטלו על עצמם הצדדים, או שראוי לייחס להם על-פי הנסיבות. השאלה היא איפוא, מהי השפעת ההטעיה על תחומי הסיכון. כבר עמדנו על כך, שבעניין זה עשויה להיות להטעיה חשיבות מכרעת. לדוגמאות שכבר הובאו בנקודה זו אוסיף את הדוגמאות הבאות:

**דוגמה 11:** פלוני שלח סחורה שיצאה לפני יומיים מניו-יורק בדרכה לישראל. הוא פונה לתברת ביטוח ומבקש לבטח את הסחורה בביטוח "אבד או לא אבד" (lost or not lost). הסובר, שיום לפני עריכת הביטוח אבדה הסחורה בים. חברת הביטוח אחראית.<sup>65</sup> הכלל בדיני ביטוח הוא אומנם, שאם נעשה ביטוח לגבי אירוע שכבר אירע, פטורה החברה מאחריות (ניתן לומר שהחובה בטל מחמת טעות).<sup>66</sup> הטעם לכך הוא אותו טעם שכבר עמדנו עליו לעיל. חוזה הביטוח הוא אומנם חוזה סיכון, אך האירוע שהתרחש קודם לרגע שבו נכרת חוזה הביטוח חורג מתחומי הסיכון שנוטלת על עצמה החברה.<sup>67</sup> אולם, אין שום דבר המונע את החברה מלהרחיב את תחומי הסיכון ומתת כיסוי למפע (רטרואקטיבי). בדוגמה שנתנו לעיל אפשר לומר, שהחברה פעלה מחמת טעות, שהרי היא הוציאה פוליסה לסחורה שכבר אבדה, ובכל זאת – היא אחראית. הטעם לכך הוא, שהיא ניאוצה לקבל על עצמה את האחריות והאירוע הוא בגדר הסיכון המוסכם.

**דוגמה 12:** אותן עובדות כמו בדוגמה 11, אך בהבדל אחד: בשעה שערך המבוטח את הביטוח, הוא ידע שהסחורה אבדה ולא גילה זאת לחברת הביטוח (או אף סיפר לה שאין הוא יודע על כך דבר).

אם נתייחס לטעות שתוארה בדוגמה 11 כטעות בכדאיות, ולתיאוריה שלפיה גם הטעיה באותו נושא אינה אופרטיבית, תהיה המסקנה, שהחברה אחראית גם בדוגמה זו, למרות מעשה ההטעיה, העולה לאמיתו של דבר כדי מרמה. אלא, שאין הדבר כן. את הטעות בדוגמה 11 ניתן לכנות "טעות בכדאיות" (כינוי, שכאמור, אינו מוצלח בשום מקרה), ואילו ההטעיה בדוגמה הנוכחית, למרות שהיא מתייחסת לאותה עובדה בדיוק, אינה טעות בכדאיות בלבד. וזה הטעם לכך: חברת הביטוח ניאוצה לקבל את הסיכון לאובדן שאולי התרחש כבר אך ורק בתנאי שהעובדות אינן בידיעת המבוטח. במילים אחרות, תחומי הסיכון מוגדרים על יסוד ההנחה שגם המבוטח וגם החברה אינם יודעים מה אירע, והם נוטלים על עצמם את הסיכון (המבוטח מסתכן בתשלום פרמיה בעבור סיכון שאולי לא קרה והחברה מסתכנת בתשלום דמי-הביטוח בעבור סיכון שאולי כבר התרחש). אולם החברה לא הסכימה מעולם לקבל על עצמה סיכון בעבור אירוע שהמבוטח ידע שכבר אירע. דבר זה הוא מתוך תחומי הסיכון שניאוצה לקבל על עצמה. כאן, רשאית היא

65 סעיף 16 לחוק חוזה הביטוח, תשמ"א-1981, ס"ח 221, מורה, כי חוזה ביטוח לכיסוי סיכון שכבר קרה בעת כריתת החוזה – בטל. על אי-ההתאמה שבין גישת סעיף זה (המורה על בטלות גמורה) עם סעיף 14-15 לחוק החוזים (שמכותם רק ניתן החוזה לביטול) אין צורך להרחיב את הדיבור בהקשר הנוכחי. לענייננו די לציין, כי סעיף 16 לחוק חוזה הביטוח הוא דיספוזיטיבי ואינו מונע עריכת ביטוח lost or not lost תקף, שנעשה ביודעין. ראה גם: ד' ששון, **דיני ביטוח** (הוצאת שוקן, 1988) 118.

66 ראה הערה 65 לעיל.

67 במקרים רבים תחול תוצאה זו פשוט לפי לשונה של הפוליסה (שאינה חלה רטרואקטיבית). אולם אפילו נרשם בפוליסה שתחולת הביטוח היא ממועד קודם לתאריך הוצאתה, יתול האמור בהערה 65 לעיל, אלא אם אכן עולה כוונה ברורה להעניק כיסוי רטרואקטיבי.

לבטל את החוזה, ואם יהיה מי שיתעקש להשתמש במונח כדאיות בהקשר זה, הוא יוכל לומר, שבדוגמה זו אין הטעות בגדר "טעות בכדאיות".

### סיכום

סיכומי של דבר, ההוראה בעניין טעות בכדאיות אינה באה לומר אלא את המוכן מאליו, היינו, שאדם אינו יכול להשתחרר מחוזה מחמת אירוע או התפתחות שלגביהם נטל על עצמו את הסיכון או שהסיכון מוטל עליו לאור הנסיבות. את תחומי הסיכון (או הטעות בכדאיות) לא ניתן לבחון על-ידי כלים אובייקטיביים, המנותקים מתוכן ההסכם, דוגמת מבחן המחיר, או מבחן העתיד לעומת העבר. כפי שראינו, אותה עובדה או אותו נתון יכולים להיות, במקרה אחד, בגדר הסיכון המוסכם או הסיכון המוטל על הצד לאור הנסיבות (ולכן ייחשבו בגדר טעות בכדאיות גרידא), ואילו בהקשר אחר יהיו מחוץ לסיכון זה ולכן יוכלו לשמש עילה לביטול החוזה.

גם את הסוגיה של הטעיה יש להבין לאור זה. אין לקבל את הגרסה, שאם טעות בנתון מסוים היא בגדר הסיכון המוסכם (או המוטל לאור הנסיבות), משמע שגם הטעיה לגבי אותו נתון נמצאת אף היא בגדר אותו סיכון. במקרים רבים יאות אדם לקבל על עצמו סיכון של טעות בנושא מסוים (או שהדין ייחס לו סיכון כזה), אך לא יאות ליטול על עצמו סיכון של הטעיה באותו נושא (ואף הדין לא יטיל עליו סיכון כזה). הדוגמאות בעניין ביטוח יוכיחו. אם משתמשים בביטוי הלא-מוצלח "טעות בכדאיות", תהיה התוצאה, שאם היתה זו טעות (ללא הטעיה), הרי היא טעות בכדאיות, ואם היתה הטעות פרי הטעיה – יצאה מגדר טעות בכדאיות והרי היא מקנה לצד הנוגע בדבר עילה לבטל את החוזה. ייתכנו אומנם גם מקרים של הטעיה "מותרת", היינו, הטעיה שתגרום לטעות הנמצאת בתחום הסיכון של הצד הטועה. דוגמה אחת הובאה לעיל.<sup>68</sup> אולם, מטבע-הדברים שמקרים אלה יהיו מצומצמים בתחולתם.

68 ראה הערה 55 לעיל, וסקסט להערה זו. דוגמאות נוספות ניתן למצוא במסגרת הסדרי פשרה. כאשר קיימת מחלוקת לגבי עובדה מסוימת, יכול כל צד להציג לפני הצד השני את גרסתו כנכונה ולנסות לשכנעו בצדקת עמדתו. בהנחה שהדבר נעשה כתום-לב, אין בכך כדי לשמש יסוד לביטול הפשרה, אף שברור כי אחד הצדדים טעה או "הוטעה". בנסיבות אלה ברור לכל אחד מהם שעליו לגבש הערכה עצמאית.