

ראשי הפרקים

(א) פרק מבוא -

1.א מטרה

2.א נקודת סיום המבוא

(1) פרק ראשון - סקירת הסוגיה "טעות בכדאיות העסקה".

1.1 הדין הישראלי המהותי, סעיף 14 לחוק החוזים, ומגמות בסוגיית הטעות

1.2 מהי טעות?

1.3 מהי טעות בכדאיות העסקה?

1.4 שלושת המבחנים לבדוק האם הטעות היא בכדאיות העסקה או אם לאו

(2) פרק שני - משפט השוואתי.

2.1 הקדמה

2.2 ביטול האבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בחוק

2.3 להלן כמה דוגמאות של הפסיקה לניתוח המונח טעות בכדאיות העסקה "בלבד"

(3) פרק שלישי - ניתוח נורמטיבי למבחנים לבדיקת כדאיות העסקה לאור המודלים השונים.

3.1 המודל הקלאסי

3.2 המודל המודרני

3.3 המודל הכלכלי – תיאורית הסיכון הכלכלי של פרידמן

3.4 המודל הפסיכולוגי - של הפרופסור עמוס טברסקי ופרופסור דניאל כהנמן

(5) פרק רביעי - דעות מלומדים ומבחני הפסיקה.

5.1 הצגת השאלה המרכזית

5.2 סקירת הפתרון וסיכום

(6) ביבליוגרפיה.

פרק מבוא

(א) 1 מטרה:

האם ראוי שצד לחוזה לא יהיה רשאי להתנער מחובותיו על פי החוזה, כאשר מסתבר לו בדיעבד שעשה טעות, והעסקה אינה כדאית לו מבחינה כלכלית?

(א) 2 נקודת סיום המבוא

סמינריון זה מטרתו לנסות ולהמחיש לקוראים ראשית, שבמקרה שלצד בחוזה מסוים התברר שהוא טעה מבחינת העסקה כי כעת היא אינה כדאית לו מבחינה כלכלית, במקרה כזה לפי הדין, אין מקום לביטול החוזה, בגין טעות בכדאיות העסקה גרידא. הוראת החוק הרלוונטית אותה ניתן למצוא בחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג – 1973, (להלן: "החוק"), סעיף 14(ד).

הוראת החוק¹ קובעת: "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה איננה בגדר טעות – לא לעניין סעיף 14 הדן בטעות ואף לא לעניין סעיף 15 הדן בהטעיה".

הוראת החוק חלה על שני סוגים: על הטעות ואף על הטעיה.

יתרה מזאת, מוציאה טעות בכדאיות מגדר טעות אופרטיבית, שחשובה וחיונית כדי לקיים דינמיות מסחרית ולשמור על בטחון העסקאות.

"צד לחוזה אינו יכול להתנער מחוזה שערך רק על סמך הטענה שהעסקה אינה כדאית לו"².

שנית, סמינריון זה ימחיש לקוראים שישנם 3 מבחנים לבדיקה מהי טעות בכדאיות העסקה. הסמינריון יבדוק את פסקי הדין השונים, שנתקבלו בארץ לגבי סוגיית "טעות בכדאיות העסקה", ויערוך מחקר איזה פסק דין אימץ לו איזו מבחן מבין שלושת המבחנים לבדיקת כדאיות בעסקה. בנוסף, בסמינריון יש משפט משווה קרי, פסק דין בחול בארצות הברית והחוק בעניין הטעות בכדאיות.

בנוסף, הסמינריון יסקור את המודלים השונים:

המודל הקלאסי, המודל המודרני, מודל הסיכון והמודל הפסיכולוגי.

ייתן הסבר על כול מודל ומודל וניתוח פסקי דין לפי המודלים והמבחנים לבדיקת הכדאיות, הסמינריון ימשיך ויחקור את השאלה, האם התוצאה תהיה שונה או דומה כאשר פסק הדין היה מאמץ ומגבש לעצמו מבחן שונה מזה שאימץ לו בפסיקה. לבסוף, תינתן ההנחה, איזה מבחן כדאי לאמץ, על מנת שנקבל את התוצאה הרצויה ביותר בפסיקה.

¹ חוק החוזים, (חלק כללי), התשל"ג – 1973, סעיף 14 (ד).
² גבריאלה שלו, דיני חוזים מהדורה שנייה, 1994, עמ' 203.

פרק ראשון

1) סקירת הסוגיה טעות בכדאיות העסקה

1.1 הדין הישראלי המהותי וסעיף 14 (ד) לחוק החוזים, ומגמות בסוגיית הטעות

14 (ד) "טעות", לעניין סעיף זה וסעיף 15 – בין בעובדה ובין בחוק, להוציא טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה.

האחת – בין טעות יסודית לבין טעות שאינה יסודית. עילת הביטול בשל טעות ידועה מעוגנת בסעיף 14(א), ויסודותיה: קיום החוזה: קשר סיבתי: יסודיות הטעות: וידיעת הצד השני. טעות אשר ניתן להניח שלולא אירעה, הצד הטועה לא היה מתקשר בחוזה היא: "טעות מהותית וחמורה היורדת לשורש העסקה שנעשתה ולעצם מהותה"³.
השניה- 14(ב) בין טעות ידועה לצד השני לבין טעות שאינה ידועה לו. אין הטועה יכול לבטל את החוזה אלא רק לפנות לבהמ"ש בבקשה לבטלו⁴.

השלישית- בין טעות שנגרמה על ידי הצד השני לבין טעות שלא נגרמה על ידיו.

הרביעית- 14(ד) בין טעות המקנה לטועה זכות ביטול לבין טעות שאינה מקנה לטועה זכות ביטול.

בהבחנה הרביעית הנ"ל נעסוק בסמינריון זה.

1.2 מהי טעות?

1) טעות במשמעותה החוזית, היא מחשבה או אמונה של צד לחוזה שאינה תואמת את המציאות.⁵

2) הגדרה נוספת: הפער הנוצר בין המצב העובדתי או המשפטי, כפי שמדמה אותו המתקשר, לבין המצב לאישורו- הוא טעות⁶.

במקרה של טעות ידועה הטועה רשאי לבטל את החוזה ואילו במקרה של טעות לא ידועה נתון כוח הביטול לבהמ"ש, אשר יפעילו רק אם ראה שמן הצדק לעשות זאת. הציר הסובב של סעיף 14 הוא קיומה של טעות. למונח בדיני החוזים משמעות משלו, שאינה זהה למשמעותו הלשונית הרגילה ואף לא למשמעותו בתחומי משפט אחרים. הטעות יכולה להתייחס גם למצב המשפטי.

3) סוגיית הפגם ברצון הצדדים מתחלקת לכמה סעיפי משנה. יש ורצונו של אחד הצדדים, או של שניהם, הושפע ע"י אי ידיעת פרטים מסוימים, מבלי שהצד שכנגד תרם לאי ידיעה זו⁷.

³ ע"א 626/68 חג' מורשד נ' חג' אחמד פ"ד כג (1) 573, 576.

⁴ ע"א 240/77 שלמה כרמל בע"מ נ' פרפורי פ"ד לד(1), 701.

⁵ פרוש לחוק החוזים בעריכת ג. טדסקי, גבריאלה שלו, חוק החוזים (חלק כללי) תש"ל 1973, פרק ב' ביטול החוזה בשל פגם בכריתתו, עמ' 31.

⁶ שם, עמ' 31.

⁷ ז' צלטנר, דיני חוזים חלק כללי כרך א' (תשכ"ב) עמוד 415.

1.3 נשאלה השאלה מהי טעות בכדאיות העסקה!?

שאלה זו נידונה בהרחבה, בדרך כלל נטו בתי המשפט להדוף את טענת הטעות שהשמיע צד מאוכזב מעסקה שבה התקשר⁸. עם זאת, במקרים רבים שבהם נדונה הטענה, לא הוצע קנה מידה להבחנה בין טעות בכדאיות העסקה לבין טעות בעלת נפקות, והשתרשה הדעה כי פרשנות המונח "טעות בכדאיות העסקה היא "קשה וסבוכה"⁹.

בכנפי נ' בה"ד ארצי לעבודה ציינה השופטת בן פורת "שפרוש המילים "כדאיות העסקה" קשה וסבוך וכי הוסיפה כי "גם לאחר שעיניתי בפסיקה ובדברי המלומדים לא הצלחתי לדלות משם מבחן אחיד וקל ליישום"¹⁰.

עולה מסעיף 14(ד) לחוק "טעות בכדאיות העסקה", שמונח זה יש בו עמימות בפסיקה, וישנה אי וודאות על מה למעשה הוא חל, מכיוון שישנה בעיה להגדיר את הטעות. והשתרשה הדעה כי פרשנות המונח מסובכת.

לדוגמא: מקרה שנדון בפסיקה¹¹, העובדות: מקרה שבו קונה (צד לחוזה), טעה כי הסתמך על אומדן שניתן לו ע"י עו"ד לשלם מס שבח על סך 50–100 אלף לירות, והוא התחייב ולימים התברר, שהמס גבוה ואפשר שיעלה על מיליון לירות. בלומר הקונה טעה ואנו מניחים שאילו ידע את האמת, אולי לא היה קונה את הנכס בתנאים שהסכים להם בחוזה.

כך קבע בית המשפט:

"הקונה טעה, ואילו ידע את האמת, יתכן ולא היה קונה לפי התנאים שהסכים להם".
חרף זאת, החלטת בית המשפט הייתה כי אין מקום לביטול החוזה בגין טעות מסוג זה.
פסק הדין שלהלן הסתמך על דברי השופט אשר בפסק הדין¹² לפיהם פירוש הסייג שבסעיף 14(ד), כדלקמן: "טעות רק ביחס לשווי נשוא ההתחייבות הכלולה בעסקה", ולא ביחס לעניינים אחרים, "כגון: תיאורו של הממכר, תכונותיו וכיוצא באלה".

⁸ ראה לעיל ה"ש 2.

⁹ ראה ע"א 760/77 בן עמי נ' בלל, פ"ד לג(3) 567, שבו הועלתה, כנגד טענת הטעות, שלפיה הטעות הייתה "מסחרית או כלכלית" גרידא, שאינה מזכה בביטול. טענת ההגנה האמורה נדחתה ע"י השופט ברק.

¹⁰ בג"צ 221/86 כנפי נ' בית הדין ארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469. עמ' 482 לפסק הדין.

¹¹ ה"פ (ת"א) 962/69 לירן נ' אלבוחר, פ"מ תשמ"א ב 428.

¹² ע"א 838/75 ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 242.

1.4 שלושת המבחנים לבדוק האם הטעות היא בכדאיות העסקה או אם לאו

הרקע להיווצרות המבחן הראשון: בעקבות פסק הדין ספקטור נגד צרפתי הנ"ל נוצר מבחן ראשוני להבדיל אם הטעות בכדאיות העסקה או שמא לא והוא כדלקמן:

(1) תכונות מול עובדות.

הרקע להיווצרות המבחן השני: לדעת פרופסור ג. טדסקי "ההבחנה בין טעות יסודית לבין טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה היא שוות ערך להבחנה בין טעות הנוגעת להווה או לעבר לבין זו הנוגעת לעתיד.

כאשר הראשונה ראויה להיקרא טעות בכדאיותה, ואמונה שהתבדתה אינה בגדר טעות. יש אי כדאיות כתוצאה מהנחה מוטעית שבעתיד יתרחש אירוע כלשהו, וגם להפך כתוצאה מצפייה מוטעית שלא יארע אירוע".

למשל: אדם מאמין כי שער הדולר ימשיך לעלות זו צפייתו, ניסיון לנחש, תקוותו, בהתבדות אמונתו שהייתה ביסוד עסקתו, זוהי לא טעות בעסקה, אלא אי הגשמת ציפייתו או בטעותו בכדאיותה"¹³. משמע, מהאמור לעיל נוצר המבחן השני הוא:

(2) עתיד מול עבר

הרקע להיווצרות המבחן השלישי: לדעת פרופסור פרידמן כפי שנראה את דעתו להלן מבקר את הגישה הזו, המבחינה בין עבר ועתיד וטוען כי לא תמיד תוביל לתוצאה הנכונה, ואין זה ההסבר העדיף בעיניו. דעתו של פרופסור פרידמן "סבור כי הוראת חוק החוזים בעניין טעות בכדאיות מיותרת, וטעות בכדאיות אינה אלא טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה, או שראוי לייחס לו על פי הנסיבות ובהעברת סיכון".

המחוקק נקט בלשון "טעות בכדאיות" שחוששני כי עד היום לא הובנה כל צורכה. הסבך עוד גדל מכיוון שדין "טעות בכדאיות" חל לפי לשונו של סעיף 14(ד) לחוק החוזים גם במקרי הטעיה. אף שהתוצאה נראית, לא אחת, בלתי רצויה לחלוטין. נוסף יש מניחים כי טעות במחיר היא טעות בכדאיות יש והרחיבו רעיון זה למקרים שלפיה טעות בגובה המס המשתלם הנה טעות בכדאיות. ולמסגרת זו הוכנסה טעות לגבי סכום כסף שזכאי צד לחוזה לקבל מצד שלישי¹⁴.

¹³ ג. טדסקי "טעות בכדאיות העסקה", משפטים י"ב 329, עמ' 332.

¹⁴ די פרידמן הסיכון החוזי וטעות והטעיה בכדאיות עיוני משפט יד 465, עמ' 465, 464.

3 מבחן הסיכון

בהמשכו של הסמינריון נחקור איזה פסק דין אימץ איזה מבחן משלושת המבחנים.

פרק שני - משפט השוואתי

עולה מהפרק הראשון כי נוצרו לנו שלושה מבחנים לבדיקת סוגיית טעות בכדאיות העסקה שהם:

1) מבחן התכונות מול הערך

2) מבחן העתיד מול העבר

3) מבחן הסיכון

2.1 הקדמה

הסדר הטעות המעוגן בסעיף 14 הוא הסדר אחיד ופשוט, ללא נטל העבר ומורשת המשפט האנגלי. סיווג הטעויות במשפט האנגלי, וההבחנה המקובלת שם בין טעות משותפת (common mistake), טעות הדדית (mutual mistake) וטעות חד צדדית (unilateral mistake) ננטשו.

וסוגיית הטעות נבחנת רק על פי אמות- המידה הקבועות בסעיף 14.

2.2 ביטול האבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בחוק

בדין האנגלי

העיקרון פרט לחריגים אחדים, בעיקר לפי דיני היושר, הוא שטעות בחוק אינה עילה לביטול חוזה. "הנימוק לאבחנה, בדין האנגלי, בין טעות שבעובדה לטעות שבדין הוא קשור לסיבה שקשורה בערעור הוודאות. אלמלא האבחנה בין טעות שבעובדה לטעות שבדין היה קשה להגיע לחוזים בני קיימא בסיטואציות שאינן ודאיות מבחינת הדין. במציאות, הדין לעיתים קרובות אינו ודאי, אם מפני שטרם פורש סופית בערכאה העליונה ואם מפני שינויי המגמות והעיתים. בנסיבות כאלה, חוות דעת מלומדת של משפטנים לעולם מנוסחת בזהירות "מצד אחד ... ומצד שני ...". הכרה בטעות בדין כבטעות היכולה לבטל את החוזה תגרום לקשיים מרובים מראש בעריכת הסכמים ובדיעבד גם לאחר קיומם"¹⁵.

בדין הישראלי

המשפט הישראלי עוד לפני צאת חוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג- 1973 הסתייג מההלכה האנגלית ולא קיבל עמדה זו והשווה את מעמדה של הטעות בדין לזו של טעות בעובדה¹⁶.

סעיף 14(ד) לחוק החוזים מבטל את ההבחנה ששררה בעבר בין טעות בעובדה לבין טעות בחוק, ומכליל גם טעות בחוק בגדר טעות. טעות בחוק מתרחשת כאשר מסיק המתקשר מסקנה מוטעית

¹⁵ ע"א 2444/90 אברהם ארואסטי נ' שושנה קאשי פ"ד מח (2) 513.

¹⁶ פרידמן וכהן חוזים כרך ב', שם עמוד 742.

מן העובדות. עם ההבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בחוק מהווה גם החוק חלק מרקעה של העסקה. טעות לגביו, אם היא מקיימת את התנאים הנדרשים הנוספים, עשויה להקנות עילת ביטול לטועה¹⁷.

נוסף הוא שהחוק מבטל מכללא את ההבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות במניע. גם ההבחנה בין טעות לגבי נשוא החוזה לבין טעות לגבי תכונותיו איננה קיימת עוד¹⁸.

"המחוקק הישראלי הלך אחרי הדין הצרפתי והגרמני אשר אינו מבחין בין טעות שבעובדה לבין טעות שבחוק"¹⁹.

בדין האמריקאי

גם בארה"ב ישנה נטייה לסטות מן ההלכה האנגלית.

ב - **Restatement** האמריקני לא נעשתה כל הבחנה בין טעות בעובדה לבין טעות בדין בעניין חוזים (להבדיל מהשבה) ורואים את המצב המשפטי בעת עשיית החוזה כחלק מכלל העובדות הנוגעות לחוזה, ואין נפקא מינה לעניין זה בין דבר חקיקה לפרשנות שיפוטית²⁰. "Facts include law..."²⁰.

בפסק דין של בית משפט לערעורים של ארה"ב משנת 90 נדונה השאלה של ההבחנה בין טעות בעובדה ובין טעות בחוק – שם פשרות הושגו מתוך הנחה בדבר פרשנותו של דבר חקיקה שטרם פורש בין מעבידים ובין קרן, לאחר שנתיים פירש בהמ"ש את החוק פירוש שונה ממה שהצדדים הניחו, שהיה מגדיל את חיובי המעבידים אבל תביעת הקרן לביטול הפשרות נדחתה. **כלומר קשה לפתוח עניין שנסתיים**²¹.

2.3 להלן כמה דוגמאות של הפסיקה לניתוח המונח טעות בכדאיות העסקה "בלבד"

• נחקור איזה פסק דין אימץ איזה מבחן משלושת המבחנים דלעיל

1) **פסק דין בעניין לירן נ' אלבוחר**²² קונה שהתחייב לשלם מס שבה, על סמך אומדנו של עורך הדין שערך את החוזה, שלפי דבריו עלול להיות בין 50 – 100 לירות. פסק הדין קובע כי סכום המס גבוה בהרבה מן הסכום הנ"ל ואפשר שיעלה על מיליון לירות.

קבע בהמ"ש הקונה טעה וכי, אילו ידע את האמת, אולי לא היה קונה לפי התנאים שהסכים להם. ובכול זאת לדעת בהמ"ש אין מקום לביטול החוזה בגין טעות זו, כיוון שהוא רואה אותה כטעות בכדאיות העסקה.

¹⁷ ראה ג' שלו לעיל ה"ש מספר 2, עמוד 185-189.

¹⁸ שם, עמוד 187.

¹⁹ ראה לעיל ז. צלטנר שם, ה"ש 7 עמ' 467-483.

²⁰ (American Law Institute Restatement of the Law Contracts, 2nd ed., para 151, p. 384)

²¹ ראה לעיל ה"ש 15.

²² ראה שם ה"ש 11.

2) פסק הדין בעניין ספקטור נ' צרפתי בין המערער בעלים של מגרש והמשיב נערך חוזה מכר. לאחר עריכת החוזה נודע לקבלן כי הוטעה ע"י המערער וניתן לבנות 12 דירות ולא 16 דירות. המשיב ביקש ביטול החוזה ובהמ"ש ביטל את החוזה. המערער טען שגם אם הוטעה המשיב הרי טעותו אינה מתייחסת אלא לכדאיות העסקה. כי הסכים לשלם על מגרש בעל זכויות בניה מוגבלות, טענה זו נדחתה.

קבע בית המשפט - השופט אשר נתן פרוש לסייג שבסעיף 14(ד) - "טעות רק ביחס לשווי נשוא ההתחייבות הכלולה בעסקה", **ולא ביחס לעניינים אחרים**, "כגון: תיאורו של הממכר, תכונותיו וכיוצא באלה"²³. בפסק דין זה הייתה הטעיה לתכונות המגרש ולכן אין לומר שטעותו היא בכדאיות העסקה בלבד ולכן החוזה בוטל.

3) פסק הדין בעניין צנעני²⁴ נקבע, כי טעות בכדאיות העסקה היא טעות המתייחסת לערך העסקה או לשווייה, ע"פ נוסחו מוציא חוק החוזים את הטעות בכדאיות העסקה גרידא. כלומר, מדובר בטעות לגבי זהותו ומעמדו המשפטי של הצד השני לעסקה. צנעני הציג עצמו כבעלי הקרקע, וטעות זו שימשה יסוד להחלטת הקונים להיכנס להסכם ואין לראות בה על כן טעות בכדאיות. **אומץ המבחן של תכונות מול עובדות**, ולא הזכירו את מבחן הסיכון, אילמלא היו מאמצים את מבחן הסיכון יתכן והתוצאה הייתה שונה, ננתח לפי מבחן הסיכון: הקונים לא בדקו מי הבעלים האמיתי של הקרקע זו לכאורה בדיקה פשוטה, לכן הם לקחו את הסיכון על עצמם.

4) פסק הדין בעניין בן עמי²⁵ מעשה בשני אחים, אשר היו בעליו של עסק והטענה שהטעו את הבנק לעניין קבלת ערבות. "ברור מנסיבות המקרה, כי לולא ההבטחה למתן הערבות, לא היה ניתן האשראי". הטענה שהבנק טעה וזו טעות בכדאיות העסקה שאינה מזכה את הבנק לביטול פעולותיו – נדחתה, החוזה של החברה בוטל, (מנהל הבנק) הוטעה ביחס לעובדה אשר שימשה יסוד להחלטתו, דהיינו, מתן הערבות בצוהרי יום. טעות זו אינה בכדאיות העסקה", אלא זו טעות יסודית שהוסבה על-ידי הטעיה בעובדה, שאילו ידע מר מנצור על כך שמר בן עמי לא יביא את כול המסמכים הדרושים למתן ערבות, לאישור החברה, לא היה מתקשר כלל עם החברה".

בפסק הדין אילמלא, היינו מאמצים את מבחן הסיכון היינו טוענים כי מנהל הבנק היה צריך לעשות פעולה פשוטה לבדוק האם הובאה ערבות ומי שלא עשה והאמין כי הצד יביא אותה בהקדם, הוא לקח על עצמו את הסיכון שהם דוברי אמת ולכן חיוב חשבון הפירמה היה מקוויים.

²³ ראה לעיל שם, ה"ש 12.

²⁴ ע"א 488/83 צנעני נ' אגמון, פ"ד לח(4) 141.

²⁵ ע"א 760/77 בן עמי נ' בנק לאומי, פ"ד לג(3) 567 (מפי השופט ברק).

5) פסק הדין בעניין נחמני²⁶ "טעות בשעורי הפרשי ריבית והצמדה היא טעות בכדאיות העסקה".

אשר אינה מזכה בביטול החוזה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים".

טעות הנוגעת לגובה חוב שהצטבר, להבדיל מעצם החבות בהפרשי הצמדה, אינה יכולה להיחשב כטעות יסודית. שכן זו היא טעות היוצרת שוני מהותי בין העסקה כפי שהבין אותה הטועה לבין

העסקה האמיתית **טעות הנוגעת לגובה החוב שהצטבר, אינה טעות יסודית אלא בכדאיות.**

קבע בית המשפט שאם, למשל, ניאות פלוני לשלם מחיר גבוה עבור נכס עקב כך שטעה ביחס

לתכונותיו, הרי אפילו מניחים שטעות במחיר היא טעות בכדאיות, **הרי אין זו "טעות בכדאיות**

בלבד"²⁷. **אילמלא** היו בוחרים במבחן הסיכון, התוצאה הייתה: הם בחרו לעצמם את תנאי החוזה

לכן הם היו צריכים לקחת את הסיכון על עצמם, כי יתכן והעסקה נושאת טעות לגובה חוב

שהצטבר, ולכן זו כן טעות בכדאיות העסקה בלבד.

נראה שבפסקי הדין לעיל בלירן, ספקטור, צנעני בן עמי ונחמני בית המשפט בחר לאמץ לעצמו

את מבחן הראשון **תכונות מול העובדות**, כלומר אם הטעות היא בעובדות כמו שהיה בפסק הדין

לירן הצדדים טעו בשיעורי מס או לחילופין בפסק דין נחמני הנ"ל טעו בשיעורי ריבית והצמדה

זוהי טעות בכדאיות העסקה ולכן החוזה יקויים, לעומת זאת אן וכאשר הטעות הייתה בתכונות

של הממכר כמו בפסק דין בן עמי דלעיל, שהאחים הטעו את מנהל הבנק ולכן נתן את ההלוואה

לחברה, ובפסק הדין ספקטור דלעיל טעות ביחס לתכונות של הממכר, של מספר הבתים שניתן

לבנות על המגרש עצמו שזו לכאורה טעות בתכונות, ובעניין צנעני זוהי כבר טעות מהותית ביחס

לזהות הצד לעסקה, שאינה טעות בכדאיות העסקה בלבד נקבע, שהעסקה לא תקויים.

יש לציין כי הפסקי דין מעל לא בחרו לאמץ לעצמם בפסיקה את מבחן הסיכון ואם היו מאמצים

אותו יתכן והתוצאה המתקבלת באותה הפסיקה הייתה שונה כפי שראינו דלעיל.

²⁶ ע"א 406/82 נחמני נ. גלאור פד"י מא(1) 494.

²⁷ ראה לעיל פרידמן וכהן שם, ה"ש 16, עמוד 725.

6) **בפסיקה בעניין כנפי**²⁸ שבו העובדות: היה עותר שהיה נכה ונערך בין העותר ובין המוסד לביטוח לאומי הסדר של המרת גמלה במענק, לאחר עריכת ההסדר ניתן פסק דין שקבע הלכה חדשה ששינתה את הדין והפכה את ההסדר לבלתי רצוי וקשה יותר עבור העותר.

איזה מבחן אימץ פה פסק הדין? להערכתך, פה אימצו את המבחן עתיד מול עבר, כיוון שנראה: מחד דובר על אירוע בעתיד כיוון שפסק הדין ניתן לאחר ההסדר מאידך יש לו השלכות לגבי העבר כיוון שהוא פועל למפרע. בפסיקה זו לא אימצו את מבחן הסיכון כיוון שקבעו שניתן היה לראות בטעות העותר טעות בחוק ולא טעות בכדאיות העסקה. **בית המשפט הסיק כי הימנעות מקבלת תשלום בעתיד בגין הפרש במצב זכאותו של העותר אינה בגדר הסיכון שהעותר נטל על עצמו ולכן הוא זכאי להסתמך על דין הטעות**, כיוון ששם לאור הנסיבות היה לנהוג כך. להערכתך, ההבחנה בין ההווה לעתיד לא תמיד כה חדה.

אם היו מאמצים את מבחן הסיכון התוצאה הייתה שונה, הטענה הייתה כי הסדר המרת גמלה במענק בסכום חד פעמי ככל הסכם אחר כרוך בסיכונים ואם צד נפגע מכך הוא לקח את הסיכון.

הגישה: לדעת פרופסור פרידמן: אשר לעבר: במקרים רבים צד נוטל על עצמו את הסיכון לגבי עובדות קיימות או שאירעו בעבר לגבי המצב המשפטי הקיים במקרים כאלה אין תחולה לדיני הטעות והיא תכונה טעות בכדאיות, **אשר לעתיד:** נכון שחיזוי ההתפתחויות לרוב בתחום הסיכון של הצד הנוגע בדבר ואין הוא בגדר דיני הטעות אך לא חסרים יוצאים מכלל זה בעיקר משתייכים לשתי קבוצות: (1) שורשיה של התפתחות בעתיד נעוצים לא אחת במצב ההווה

(2) יש שהתפתחות בעתיד שונה בצורה דרסטית ממה שחוו הצדדים או חורגת

מתחומי הסיכון שהצדדים נטלו על עצמם, התפתחות מאוחרת יכולה להביא להחלטה של דוקטרינת הסיכול לגבי אירועים החורגים מתחום הסיכון.²⁹

נראה כי בפסקי דין מאוחרים יותר בית המשפט אימץ לעצמו את מבחן הסיכון:

7) **פסק הדין בעניין ארואסטי נגד קאשי-**

מקרה של הסדר קומבינציה ונוצר הסכם פשרה בין בעלי קרקע, וקונים נאלצו לבטל את העסקה בשל העובדה שהקבלן פשט רגל. וההתדיינות הפכה בין בעלי הקרקע לקונים שהגיעו להסכם פשרה. "בהסכמי פשרות הצדדים נוטלים על עצמם את הסיכון בדבר המצב המשפטי. אין וודאות לשום צד שהוא יזכה בדין, או יזכה בכלל או שמא הזמן וההוצאות אינם כדאיים לו, ולפיכך הוא מתפשר. ולא עוד, אלא שהמתפשר נוטל על עצמו סיכון שמא הדין ישתנה למפרע, ועל דעת כן הוא מתפשר". **השופט טל בפסק הדין קבע כי** במקרה של ארואסטי ערכו הצדדים הסכם פשרה ולכן

²⁸ ראה לעיל שם, ה"ש 10.

²⁹ ראה לעיל ה"ש 14 שם, עמודים 467,468 וגם Calamari & J. M. Perilo

נטלו עליהם את הסיכון שבעתיד ישתנה המצב וזכותם על פי הערת האזהרה תוכר. **וקבע יש לאמץ את פרשנותו של פרופסור פרידמן ביחס למונח "טעות שאינה אלא בכדאיות העסקה"**³⁰. פרופ' פרידמן בניתוח סוגיה זו אומר: "אילו הייתה זו פשרה בסכסוך, ניתן להניח שהתוצאה הייתה שונה, שכן מניחים כי צדדים לפשרה נוטלים על עצמם את הסיכון של פסיקה חדשה, אף כשזו עשויה לשנות את הדין למפרע (רטרואקטיבית).

בנוסף למשפט השוואתי "השופט הולמס ציין בשעתו שאין הבדל עקרוני בין התחייבות שמחר ירד גשם להתחייבות לספק 100 שקי כותנה. בכל מקרה משמעות ההבטחה, לגישתו של הולמס שהמבטיח יידרש בתשלום פיצויים, אם המאורע שלגביו התחייב לא התרחש, גישתו מבוססת על ההשקפה שהחובה כרוך בהעברת סיכון ובנטילתו, ואלה הן בדרך כלל, גם אחדות ממטרותיו" אין, אמנם צורך להרחיק לכת ולומר שהחובה עוסק אך ורק בהעברת סיכונים ובנטילתו". כלומר ברוב המקרים החובה כרוך בסיכון³¹.

וזו הייתה גם פסיקתו של בית המשפט לערעורים בארה"ב, בענין Anita Foundation³².

באותו מקרה הושגו מספר פשרות בין מעבידים שרצו לחסל עסקיהם ובין קרן פיצויים, הפשרות הושגו תוך הנחה בדבר פרשנותו של דבר חקיקה שטרם פורש על ידי בית המשפט, כעבור שנתיים פירש בית המשפט את החקיקה פירוש שונה ממה שהניחו הצדדים, פירוש שהיה מגדיל את חיוב המעבידים, אבל תביעת הקרן לביטול הפשרות נדחתה כלומר, באו לטובת המעבידים ולא שינו הסכמי פשרה, כיוון שאלו בוצעו כבר וקשה להניח שיפתחו עניין שנסגר, כיוון שצדדים צריכים לדעת שכאשר נכנסים להסכם לוקחים סיכון שמה ניתן להפסיד או גם להרוויח.

ציינתי לעיל כי פרופסור ג' טדסקי מבחין בין טעות הנוגעת להווה או לעבר שנחשבת לטעות, ובין טעות הנוגעת לעתיד שהינה "טעות בכדאיות העסקה" קרי המבחן השני, במקרה של פסק הדין בעניין ארואסטי קשה ליישם קריטריון זה של **מבחן עבר עתיד**, כי השאלה האם מתן פסק דין בעתיד המשנה או מבהיר את המצב המשפטי הקיים הוא אירוע עתידי או שמא לא, מכיוון שפועלו למפרע אזי אולי הוא נחשב כאירוע השייך לעבר.

על כן להערכת, אימוץ מבחן הסיכון מתאים יותר בפסיקה זו.

³⁰ ראה לעיל, שם, ה"ש 15.

³¹ פרידמן וכהן לעיל שם, ה"ש 16 בעמ' 729, ונוסף עמוד 724 לגישתו של הולמס Holmes The common Law (Boston 1881) 289 et seq.

³² Anita Foundation V. Llgwu Net. Retirement Fund (1990) 902 F. 2d 185 p.190.

8) **בפסק הדין בעניין ארזה שלזינגר** ארזה היא המערערת על החלטת בית המשפט המחוזי שדחה את תביעתה כנגד חברה לביטוח הפניקס, שכן במקרה זה החברה והמנוח הבעל שנפטר מסרטן לא ידעו כלל על מחלת הסרטן בה לקה המנוח וכי זו עובדה שנתגלתה להם רק לאחר שביטל המנוח את פוליסת הביטוח וקבעו שזו טעות בכדאיות של המנוח **הערכה שגויה של סיכון עתידי**, טעות שהדין לא מכיר בה כמקימה סעד לתביעה, בערעור טענה המערערת שנכון היה לקבוע כממצא, שהמנוח, בעת ששלח את הודעת הביטול, טעה באשר למצב בריאותו. טעותו זו של המערער אינה טעות בהערכת העתיד, אלא ביחס לנסיבות מהותיות שליוו את משלוח הודעת הביטול. טעות זו גם אינה בגדר נטילת סיכון שהמנוח נטל על עצמו, שכן הסיכון כבר התממש בטרם הוא ניטל על ידי המנוח משכך, טעותו של המנוח אינה טעות בכדאיות העסקה, אלא טעות שמקורה באמונה או במחשבה שלא תאמה את המציאות. ומשטעות זו לא הייתה ידועה לחברת הביטוח, ואת זאת גם לא היה עליה לדעת, הרי שחל בענייננו סעיף 14(ב) לחוק החוזים הקובע כי כאשר מחליט בית המשפט לבטל את החוזה הוא רשאי להעניק לצד האחר לפי שיקול דעת פיצויי הסתמכות³³.
(כלומר טענה המערערת למבחן מספר שניים זה שהציעו פרופסור טדסקי לעיל מבחן עתיד מול עבר, היא רצתה שפסיקה זו תאמץ מבחן זה, נראה כדלקמן איזה מבחן בחרה הפסיקה).

פסק הדין בעניין שלזינגר קבע-מפי השופטת א' פרוקצ'יה והשופט לוין כי יש לדחות את הערעור.
כלומר **בפסק הדין שלזינגר אומץ מבחן הסיכון**, קרי, **נלקח סיכון, בכך שבוטל החוזה המנוח העריך הערכה שנתגלתה בדיעבד כמוטעית זו טעות בכדאיות העסקה, שהדין לא מכיר בה כמקימה סעד לתביעה.** **"במסגרת חלוקת הסיכונים, עשויים הצדדים להסכים כי צד לחוזה ייטול סיכון שאם תתרחש טעות הוא יישא בתוצאותיה בלא לערער את יציבתו של החוזה ובלא שיהיה זכאי לעשות שימוש בברירת הביטול, נטילת סיכון כזה מקורה בדין"....תיאוריה זו של חלוקת סיכונים, המוציאה את תחולתם של דיני הטעות, שימשה בסיס אפשרי לפירוש המושג "טעות בכדאיות העסקה" המוצאת מכלל הגדרת הטעות על פי חוק החוזים"**³⁴.

בית המשפט אימץ את דוקטרינת חלוקת הסיכונים במסגרת דיני הטעות בעוד מספר פסקי דין
9) **פסק הדין בעניין בן לולו החלכה הינה** # שלא בנקל יבוטל פסק דין שנתן תוקף של פסק דין להסכם פשרה, עקב תכונת הסופיות והיציבות של הדיון והציפייה הלגיטימית של הצדדים לסמוך על הפשרה כתקפה תוך קניית סיכונים"³⁵. ייאמר במאמר מוסגר כי עשויים להתקיים מצבים חריגים בהם בית המשפט עשוי להתערב בהסדר חלוקת סיכונים שנעשה בין צדדים לחוזה כדי

³³ ע"א 8972/00 ארזה שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ פ"ד נו (4) 817 דינים עליון, כרך סד, 425.

³⁴ פרידמן וכהן לעיל, שם הי"ש 16 עמ' 724.

³⁵ ע"א 2495/95 בן לולו נ' אליאס, פד"י נא(1) 577 עמ' 593 ואילך. ראה גם ע"א 345/89 נאות דוברת נ' ניהול השקעות בע"מ פד"י מו (3) 350, 357.

להחזיר את האיזון ביחסי הצדדים מקום שאיזון זה התערער בשל התרחשות אירועים שמעבר לסיכונים שהצדדים נטלו על עצמם, המדובר במקרים יוצאי דופן המתאפיינים בכך שהם חורגים מהנחות היסוד של הצדדים.³⁶

נראה מהאמור לעיל כי החלה מגמה בספרות המשפטית ובהלכה הפסוקה שלנו לאימוץ הדוקטרינה בדבר העברת הסיכון ונטילתו במסגרת דיני הטעות.

במשפט האמריקאי

דוקטרינה זו המכירה בנטילת סיכון להתרחשות של טעות כאמור כמוציאה את חלות דיני הטעות על צדדים לחוזה וכשוללת את ברירת ביטול החוזה מוכרת במשפט האמריקאי בריסטייטמנט. נקבע כי במקרה של טעות הדדית של שני הצדדים לחוזה או טעות של צד אחד בעת כריתת החוזה, יהפוך החוזה לניתן לביטול, אלא אם כן נטל הסיכון להתרחשותה של טעות מוטל על מבקש הביטול.

סעיף 265³⁷ לריסטייטמנט מגדיר מהו סיכון כאמור: "צד ישא בסיכון הטעות כאשר"

<p><i>A party bears the risk of a mistake when "the risk is allocated to him by A) agreement of the parties, or B) he is aware, at the time the contract is made, that he has only limited knowledge with respect to the facts to which the mistake relates but treats his limited knowledge as sufficient, or C) the risk is allocated to him by the court on the ground that it is reasonable in the circumstances to do so"</i></p>	<p>(A) הסיכון מוקצה ומוכתב לצד בהסכמת ובהסכם הצדדים (זהו מצב ברור של נטילת סיכון בדבר אפשרות התרחשותה של טעות היינו כאשר ההסכם קובע הוראה מפורשת או משתמעת שצד ישא בסיכון קיומה של טעות כאמור בסעיף זה), או...</p> <p>(B) הצד מודע לכך בזמן שהחוזה נערך, יש לו רק ידע מוגבל ביחס לעובדות אשר מתייחסות לטעות אבל הוא ידע לטפל במידע המוגבל שלו בצורה מספקת, או...</p> <p>(C) סיכון מסויים מוטל על אחד הצדדים על ידי בית המשפט בצורה סבירה שיפעל לעשות לנוכח נסיבות המקרה אפילו לא היה אותו צד ער לכך.</p>
--	--

מכול האמור לעיל נראה כי, אימצו את מבחן דוקטרינת חלוקת הסיכונים בפסקי הדין המאוחרים במשפט הישראלי, וכמו כן בארה"ב גם נקטו במבחן הסיכון בעניין אניטה פנדיישן לעיל, וסעיף B(C(A154 לריסטייטמנט לעיל.

נדמה, שצד אם הסתבר לו בדיעבד כי ערך חוזה עם צד כלשהו והעסקה אינה כדאית לו אינו יכול להתנער מחובותיו לחוזה, וזאת עקב תכונת הסופיות והיציבות של הדיון והציפייה הלגיטימית

³⁶ פרידמן וכחן לעיל, שם ה"ש 16 עמ' 724.

³⁷ ראה סעיף 154 - 152(1) & 154 Contracts (2d) Restatement (ed 1987) (3 rd ; ed 1987) The Law Of Contracts 153(a)

של הצדדים. כיוון, שצד שלקח על עצמו סיכון ואם לבסוף סיכון זה התממש בדרך שונה מזו שהעריך אין מקום לטענת טעות בכדאיות העסקה כי אלו הם כללי המשחק, כלומר הנטייה לבדוק את כדאיות העסקה לפי מבחן הסיכון.

פרק שלישי

ניתוח נורמטיבי למבחנים לבדיקת כדאיות העסקה לאור המודלים השונים

3.1 המודל הקלאסי

1) מודל דומיננטי המאה ה-19 ובמחצית הראשונה של המאה ה-20. המגמה שהמדינה תתערב רק בטענת פרוצדורלית, לעומת זאת לא תתערב במהות התוכן וכול צד ידאג לעצמו והתוצאה תביא ליעילות.

בפסיקה ת"א 297/51³⁸ הוזכרו מבחנים: מבחן הערך ומבחן המהות השופט לא אפשר לצד לחוזה להתנער מהעסקה שעשה, הטעות בערך ולא במהות, דהיינו תכונות מול עובדות ופה התוצאה שפסקו היא תוצאת פסיקה לפי המודל קלאסי כלומר:

השופט לא אפשר לצד לחוזה (האישה) להתנער מהעסקה שעשתה, כיוון שביודעין חתמה על שטר משכנתא ולא על שטר ערבות, שכן טעות זו היא בתוכן הסעיף, טעות בעובדה, על כן לא יכולה להישען על טענתה לעומת זאת אם הטעות הייתה במהות יתכן ויכלה להישען על טענה זו. כלומר לפי הדין הישראלי הטועה בערך העסקה ולא במהות טעות זו, לא תיחשב טעות יסודית מהותית, למעשה זו תיחשב כטעות בכדאיות, והעסקה תקוים יש לציין כי לו היו בוחרים לאמץ פה את מבחן הסיכון תוצאת הפסיקה המתקבלת הייתה דומה.

בפסיקה בעניין ספקטור נ' צרפתי אומץ מבחן התכונות מול העובדות³⁹.

עובדות פסק הדין- קבלן מחפש מגרש לבניית 16 דירות, מצא מגרש ובהתחשב בשטחו של המגרש סבר כי ניתן לבנות עליו 16 דירות, פנה לבעל המגרש והגיש לו הצעת מחיר, המוכר ידע שניתן לבנות על המגרש 12 דירות בלבד. זמן קצר לאחר עשיית העסקה הגיעו אל הקבלן שמועות שניתן לבנות רק 12 דירות והוא מעוניין לבטל את החוזה, כיוון שהצד השני לא גילה לו עובדה חיונית. בעניין זה בחרו לאמץ את המבחן תכונות מול עובדות ופסקו לפי המודל המודרני.

אולם אם ננתח את הפסיקה דלעיל לפי המודל הקלאסי נראה להלן את התוצאה שתתקבל:

לפי המודל הקלאסי - בית המשפט לא מתערב הפרשנות שנצמדים ללשון החוזה בלבד, אם צד פספס פרט או טעה ולא ידע את כול הנסיבות לגיטימי שהצד השני ינצל זאת.

³⁸ תי"א 297/51 חיה אורבך נגד יעקב אהרן סביסלוצקי; פ"ם מחוזיים, כרך ט, תשי"ג/תשי"ד 1954- עמ' 185.,
³⁹ ראה ה"ש מספר 12.

כלומר, הקבלן עשה טעות ולא בירר את הנסיבות כאשר יכל להשיג את המידע בכוחות עצמו, על ידי כך שפונה לעירייה ושואל אודות המגרש, מי שלא עשה כן למעשה זו בעיה שלו. המוכר היה הגיוני, דאג לעצמו ולאינטרסים שלו, ואין לו חובה לנהוג בנאמנות כלפי הקבלן ולגלות לו כי הוא פועל תחת השפעת של טעות.

על הקבלן לשאת בתוצאת חיי המסחר גישה זו מאוד דומה לגישת מודל הכלכלי מודל הסיכון, אולם, לא זאת הקביעה שקבע בית המשפט, אלא בית המשפט ביטל את החוזה וזאת בשל העובדה שאימץ לעצמו בפסיקה הזו את המבחן הראשוני של תכונות מול עובדות.

פסק הדין בעניין עזר נ' עזריהו⁴⁰ אדם מוכר דירה לקונה ב-60, אחר כך רוצה לבטל את העסקה בטענה שיש לו קונה ב-100, מתברר שהקונה השני שילם 150. הקונה הראשון שביטל את החוזה עם המוכר טען כי הטעה אותו המוכר.

השופט ח' אריאל הניח שמדובר בטעות בכדאיות והפנה לסעיף 14(ד) את הקונה, ואף הוסיף תוך ההסתמכות על חיבורה של גבריאלה שלו, כי הואיל וסעיף 14 מתייחס גם להוראת ההטעה, התוצאה היא "שהטעה המתייחסת לכדאיות בלבד איננה מהווה עילה לביטול החוזה".

כלומר פסק הדין אימץ את מבחן התכונות מול העובדות, ולא ביטל את החוזה כי טעות המוכר הייתה בעובדות המחיר וכי לא בירר כמה הקונה השני שילם. השופט השאיר את החוזה על כנו למרות שהייתה פה לכאורה הטעיה ומצג שווא של המוכר כלפי הקונה, **לכאורה אולי התוצאה פה אינה רצויה והיה צריך לבטל את החוזה.** פה לא הוזכר מבחן הסיכון, אולם, אילו היינו מנתחים את הפסיקה לאור מבחן הסיכון התוצאה של פסק הדין הייתה נשארת בעינה, כיוון שאם צד נטל על עצמו סיכון כלומר ביטל את החוזה הוא אינו יכול להתנער ממנו אחר כך.

(פסק הדין בעניין עזר נ' עזריהו אינו עולה בקנה אחד עם פס"ד בעניין דומב שבו העובדות היו

דומות מאוד הייתה הטעיה והתוצאה שהתקבלה שונה כפי שנראה להלן במודל המודרני 3.2.

פסק הדין בעניין נחמני נ' גלאור⁴¹ בעל דירה שעשה חוזה מכר ומכר את הדירה לקונה. במסגרת התנאים היה סעיף שאומר שחלק מתנאי התשלום יהיו ע"י משכנתא בשווי 825 אלף ל"י, זה היה חלק מהתשלומים. אח"כ בדק המוכר את המשכנתא וראה שהיא כמעט בסכום כפול, וטען שהוא כרת את החוזה בטעות שלא ידע אודות הדבר, ושהקונה צריך לשלם את המשכנתא במלואה. הקונה טען שצריך לשלם רק 825 אלף כפי שסוכם.

בהמ"ש אימץ את גישת הקונה, וקבע שהטעות של המוכר היא בכדאיות העסקה, "טעות בשיעורי הפרשי הצמדה היא לכול היותר טעות בכדאיות". על כן המוכר אינו יכול להתנער מהעסקה.

⁴⁰ ע"א 472/86 עזר נ' עזריהו, פ"ד מב(3) 236.
⁴¹ ראה ה"ש מספר 26.

פה אומץ מבחן תכונות מול הערך, להערכת, פה התוצאה רצויה שכן הגנו על הקונה.

בפסיקה בעניין נחמני מבחן עבר מול עתיד ומבחן הסיכון לא הוזכרו ולא אומצו, אילמלא, היו מאמצים את מבחן הסיכון יתכן והתוצאה הייתה שונה והיו מקיימים את החוזה, ההנחה שהטענה הייתה כי הקונה לקח על עצמו את הסיכון שהבית יישא בשיעור הפרשי הצמדה וריבית שנצברו ליום חתימת החוזה וזו לא טעות בכדאיות העסקה אלא טעות מדיני הטעות על כן החוזה תקף, להערכת אס זו הייתה התוצאה היא הייתה פחות טובה מזו שבפועל התקיימה.

הרציונל של המודל הקלאסי בית המשפט לא מתערב בערך במחיר או בתוכן החוזה והפרשנות

שנצמדים ללשון החוזה בלבד ולמעשה זו דרך הסתכלות על המשמעות של סעיף 14(ד) גישה זו

מאוד דומה למודל הסיכון כפי שנראה להלן בסעיף 3.3.

3.2 המודל המודרני

השקפה של דיני החוזים במאה ה-20, והעיקר שתהיה פעילות ראויה וכלכלית למשק שהרווח הכולל יהיה למשק ולכלכלה.

הגישה המודרנית שהתפתחה: צד צריך לגלות מידע אודות העסקה לצד השני, גם כאשר הצד השני יכל לגלות ולא גילה, כיוון שחובת ההגינות להכניס צד לעסקה שיודע הוא את כול המידע אודותיה. כלומר המודל מותח קו בין סיכון המוטל על הצד במסגרת החוזה לבין סיכון החורג מהמוטל על הצד במסגרת החוזה, ובמקרה שהסיכון חורג בית המשפט יבטל את החוזה.

בפסיקה השופט אהרון ברק: "במשא ומתן הצדדים לא יכולים לנהוג כזאבים זה לזה וגם לא נדרש מהם להיות מלאכים, עליהם לנהוג אדם לאדם אדם" ⁴². המשמעות היא, שאין דרישה שאדם לאדם יהיה מלאך, אך גם הצדדים לא יכולים להיות אדם לאדם זאב כלומר, הדרישה היא לסבירות, וזו למעשה, הדרך המקובלת שעל הצדדים לנהוג תוך שימת דגש על הגינות, אחד לשני בכניסה לעסקה משותפת. זאת ועוד, במאה ה-20 בפסיקה בעניין אפרופים ⁴³ ישנה מגמת פרשנות מרחיבה. השופט ברק מוביל מגמה זו בפרשנות תכליתית, שבמקרים מתאימים ניתן לתת ללשון החוק פרשנות תכליתית, התערבות תוך שינוי נוסח החוזה.

- לפי סעיף 14(ד) ידוע כי אין מענה להתערבות בחוזה בטעות בכדאיות, השאלה

האם הפסיקה הצליחה לתת משמעות מודרנית, כאשר נוצרה הטעיה/ זדון/ או חובת גילוי?

⁴² בג"ץ 59/80 שירותי תחבורה ציבוריים נ' בית הדין הארצי תק-על 80 (3), 987.

⁴³ ע"א 4628/93 מ"י נ' אפרופים שיכון ויזום (1991) פ"ד מט (2), 265.

בסעיף החוק 14(ד) לדיני החוזים מצויה סוגיית "טעות בכדאיות העסקה" בתוך החוק אין מענה לשאלה, האם יאפשרו לצד להתנער מחוזה כאשר הצד השני הטעה אותו או רימה אותו בזדון. נחקור האם הפסיקה הצליחה להחזיר אלמנטים מודרניים לסעיף 14(ד)-"טעות בכדאיות". נבדוק להלן: פסק הדין בעניין ספקטור נ' צרפתי⁴⁴.

בא כוח המוכר טען כי טעות הקבלן אינה אלא בכדאיות העסקה, דין טענה זו להדחות. לדעת השופט אשר "אילו נתקבלה הטענה היינו מגיעים לתוצאה שהדעת אינה סובלתה". המודל המודרני בפסיקה הזו תמך ואימץ את מבחן התכונות כי הטעו את הקבלן בתכונות המגרש במקרה זה לא הוזכר מבחן הסיכון שהקבלן לקח על עצמו את הסיכון כי לא בדק בטאבו את המגרש ולמעשה זו פעולה פשוטה לגשת לטאבו ולבדוק תכונות כלשהן ולמעשה ניתן לטעון כי הקבלן התרשל, יחד עם זאת נפסק לאור מבחן תכונות מול עובדות, כלומר פסקו לפי המודל המודרני ואפשרו את ביטול החוזה.

פסק הדין בעניין עזר נ' עזריהו אינו עולה בקנה אחד עם פסק הדין בעניין דומב⁴⁵. בעזר נ' עזריהו אדם מוכר דירה לקונה ב-60, אחר כך רוצה לבטל את העסקה בטענה שיש לו קונה ב-100, מתברר שהקונה השני שילם 150. הקונה הראשון שביטל את החוזה עם המוכר טען כי הטעה אותו המוכר. השופט אריאל קבע- שהטעיה שמתייחסת לכדאיות אינה מהווה עילה לביטול החוזה.

בפסק הדין בעניין דומב מפי השופט לויין- שבו נתגלה סכסוך בין בני בזוג, ונערך הסכם הבית שווה 100 והאישה מקבלת 60% והבעל 40%, נערך הסכם שהאישה קונה את חלק הבעל ב-40 אלף דולר, אולם באותו העת היה לאישה כבר קונה צד ג' ב-13 אלף דולר. בית המשפט פסק שהבעל גם זכאי ל- 40% מן ההפרש, הבעל זכאי לבטל את ההסכם מחמת הטעיה.

מהאמור לעיל, אנו רואים כי הפסיקה הצליחה להכניס סממנים מודרניים, ואסביר: מחד אנו רואים הבדל גדול ואפילו מעין מהפך מהמודל הקלאסי כפי שראינו מעל, שכן אם בעבר בהמ"ש כלל לא היה מתערב והפרשנות הייתה ללשון החוזה בלבד, כול אדם היה דואג לעצמו, הנה אנו רואים שהפסיקה בפסק הדין בעניין דומב ובעניין צרפתי נתנה פרשנות מרחיבה, המאפשרת בנסיבות מסוימות ביטול החוזה.

יחד עם זאת להערכתנו לא תמיד הגישה המודרנית היא היעילה ביותר.

⁴⁴ ראה ה"ש מספר 12.

⁴⁵ ע"א 643/83 דומב נ' דומב פ"ד מ (3) 729.

היחס בין הטעות להטעיה

לאור ניתוח פסק הדין ספקטור דלעיל: משהוטעה קבלן לחשוב, שהוא רוכש מגרש בעל תכונות מסוימות, ותכונות אלו אינן קיימות, אין לומר שטעותו בכדאיות העסקה. הוא לא היה מוכן לקנות מגרש לקוי באותו סכום. והטעו אותו בהקשר לתכונות ולא בערך/בשווי ונפסק, שהוא זכאי לביטול החוזה. כלומר אומץ מבחן התכונות מול העובדות בפסיקה זו - הצד החזק הוא הקבלן, בעל היכולת הכלכלית. עליו לעשות בדיקה יחסית פשוטה לבדוק בטאבו את תכונות המגרש, והמוכר הוא הצד החלש. משמע ההגיון ע"פ המודל המודרני לעזור לחלש. פה למעשה עזרו לחזק לקבלן באספקת מידע, ולביטול לבסוף של החוזה.

לכן אולי אם היו נוקטים בגישה של מודל הסיכון יתכן והיו מגיעים לתוצאה רצויה יותר. לעומת זאת בפסק הדין בענין בינייני גינדי נ' אפללו⁴⁶ שם נקבע שבמקרה דנן הטעות הנטענת אינה אלא טעות בכדאיות העסקה והחוזה יקוים.

לאור ניתוח פסק הדין דומב דלעיל: האישה הטעתה את בעלה בשוויי של הבית, למעשה יש פה התעלמות מסעיף החוק 14(ד), שכן יתכן מאוד וזו כן טעות בכדאיות העסקה, הבעל היה צריך להיות ערני למחיר הבית, לערוך סקר שוק בדיקה כמה הבית שווה. השופט קבע: שזו הטעיה ולא טעות בכדאיות העסקה, ואפשר את ביטול החוזה, פה גם אומץ מבחן התכונות מול העובדות הטעייה בתכונה של הבית בשוויי. וגם אומץ מבחן עתיד מול עבר כיוון, שפה הבעל לא לקח את הסיכון כי האישה לא דוברת אמת ולכן זכאי להסתמך על דין הטעות.

במקרה זה לכאורה, אם היו נוקטים בדוקטרינת מודל הסיכון יתכן והיינו מגיעים לתוצאה רצויה יותר, של קיום החוזה תוצאה של קיום החוזה שהבעל התרשל שלא בדק את שווי של הבית שזו בדיקה קלה יחסית על כן זו טעות בכדאיות, כיוון שאם לא בדק נטל על עצמו סיכון שהאישה דוברת אמת ואז לא היו מאפשרים את ביטול החוזה והיינו מגיעים לתוצאה דומה כפי שניתנה בעניין עזר נ' עזריהו.

⁴⁶ ע"א 544/78 בינייני גינדי נ' אפללו, פ"ד לג(2) 9, 14.

***כיצד השופט פוסק במשפט הישראלי לפי המודל הקלאסי או שמא לפי המודל המודרני?**

למענה לשאלה זו ניקח לדוגמא, את המקרים מהפסיקה ספקטור וג'נדי או עזר נ' עזריהו ודומב כפי שדנו בהם דלעיל.

בשני המקרים מהעובדות עולה כי הסיטואציה דומה. חרף זאת, בפסק הדין צרפתי פוסקים לפי המודל המודרני ובפסק הדין בעניין ג'נדי פוסקים לפי המודל הקלאסי. דוגמא נוספת: בפסק דין עזר נ' עזריהו פוסקים לפי גישת המודל הקלאסי ולא מאפשרים ביטול החוזה, ובפסק הדין דומב פוסקים לפי המודל המודרני ומאפשרים את ביטול החוזה.

לאור סיטואציות אלו ניתן לומר שיש מתח ותערובת בפסיקה, המשפט הישראלי הוא לא עקבי בפסיקותיו. בכלי מודרני משמרים רטוריקה של חופש החוזים כבעבר בסממני המודל הקלאסי, ובכלי קלאסי ישנם סממנים מודרניים. כך יתכן מצב שתיווצר אי וודאות לצדדים לחוזה, שכן לא ידעו כיצד השופט יפסוק במקרה שהם באים לפניו.

מהאמור לעיל עולה השופטים פוסקים לפי משפט לא עקבי דבר העלול ליצור אי ודאות במשפט.

3.3 מודל ניתוח הכלכלי – דוקטרינת מודל הסיכון של פרידמן

מודל ניתוח כלכלי מניח שכול האנשים הם רציונליים, ושהם יודעים למקסם את העושר שלהם, בוחרים את התוצאה האופטימלית, בהתאם לאמת מידה מסוימת. מודל זה מבוסס על **יעילות מצרפית**.

תיאורית הסיכון של פרופסור פרידמן

פס"ד הממחיש גישה זו הוא פס"ד אנגלי⁴⁷ : **Amalgamated Investment & Property. V.**

Walker & Sons במקרה זה נמכר בנין, בעיר לונדון לקונה, שהתכוון לבנות את המקום מחדש, כוונתו של הקונה הייתה ידועה למוכר. קודם לעריכת החוזה החליט פקיד הממשלה כי אותו בנין צריך להיכלל ברשימה של בנינים בעלי ערך היסטורי. הכללת הבניין נעשתה לאחר כריתת החוזה. משנכלל הבניין ברשימה זו לא היה ניתן לערוך את תוכנית הבניה, ומסתבר שהכללת הבניין לרשימה גרמה ירידת ערך רב. למרות זאת נקבע כי החוזה עומד בעינו ואין מקום לבטלו. זהו פסק דין שאולי המרחיק לכת בנושא מבחן הסיכון אך ממחיש את רעיון הסיכון. בעקרו של דבר זהו סיכון שאדם לוקח על עצמו כאשר, רוכש נכס במגמה לפתחו.

⁴⁷ {1997}. 164 W.L.R. Walker & Sons. V. Amalgamated Investment & Property.

כוונת המחוקק בסיפא של סעיף 14(ד) לומר את המובן מאליו, היינו צד שנטל על עצמו סיכון מסוים במסגרת חוזה, לא יוכל להשתחרר מאחריות בטענת טעות, אם הסיכון התממש בדרך שונה ממה שקיווה. טעות כזו היא "טעות בכדאיות". כך הדבר במכר כאשר מחירו של הממכר ירד או עלה בניגוד לציפיות⁴⁸. יודגש אף, שבסיכון שצד "נטל על עצמו", הרי אין הכוונה בהכרח לכך שהצד נטל על עצמו מרצונו וביודעין סיכון זה. פעמים אכן כך הדבר. **אולם במקרים אחרים הדין הוא שמייחס לו את נטילת הסיכון. אנו מניחים (אם לא נקבע אחרת) שסיכון מסוים, מוטל על אחד הצדדים, אפילו לא היה אותו צד ער לכך.**

• **מכאן גם נגזרת השאלה מהי טעות בכדאיות?**

איננה יכולה להיחתך ע"י מבחן אובייקטיבי, כביכול, חיצוני לחוזה. היא יכולה להיקבע אך ורק על יסוד ניתוח הוראות החוזה עצמו. כך, למשל, לא ניתן לגרוס בלשון כללית, כי טעות במחיר, בהערכה, בתכונות, ברווח שמפיק נכס או ביחס לעתיד, היא לעולם טעות בכדאיות. **התשובה תלויה בנסיבות המקרה ובניתוחו של החוזה הנדון.** מאותו שיקול אין זה מובן מאליו כי טעות שהינה טעות בכדאיות בגדר סעיף 14 (ב) לחוק החוזים, העוסק בטעות ללא הטעיה, הנה גם טעות בכדאיות לצורך סעיף 15 העוסק בהטעיה.

יתרונה של תיאורית הסיכון:

נעוץ בכך שהיא מקיפה וכללית יותר. היא מתגברת על קושי של מבחן העתיד לעומת העבר. קושי ההבחנה בין עבר לעתיד משתקפים היטב בפסק הדין בעניין כנפי נ' בית הדין לעבודה. שם נקבע כי במקרה של שינוי בתוחלת החיים או הריבית, אין הצד שנפגע זכאי להתאונן על כך, זה הסיכון שלקח על עצמו. אולם בעניין הנוכחי שאם יגדלו אחוזי הנכות לא נערך הסדר ולכן אפשרו לו להסתמך על דין הטעות⁴⁹.

בפסיקה בעניין ארואסטי⁵⁰ עוסק בסוגייה של עסקת קומבינציה בעת שעשו הצדדים את הסכם הפשרה זה היה על פי הפרשנות של בהמ"ש באותה עת. הסוגיה בעניינם השתנתה לאחר הסכם הפשרה. **השופט טל קבע** כי יש לאמץ את פרשנותו של פרופסור פרידמן ביחס למונח "טעות בכדאיות העסקה". **משמע**, בעניין זה כול צד לקח על עצמו את הסיכון שהחוק עלול להשתנות, הם הגיעו לפשרה, וידוע שבפשרה כול צד מתפשר, ועושה את השיקולים שלו על מנת לא לצאת נפסד יותר.

⁴⁸ ע"א 287/87 קופלמן נ' בינקין, פ"ד מג(2) 753.

⁴⁹ ראה פרידמן וכהן לעיל שם, ה"ש 16 עמוד 727, 728.

⁵⁰ ראה שם ה"ש 15.

מהאמור לעיל עולה כי: הסיכון הוא חלק מכללי המשחק, בזה תומך מודל הסיכון ולהערכתו מודל הסיכון נותן תוצאה טובה, כך אוהבי סיכון יעדיפו לקחת את הסיכון על עצמם. ושונאי הסיכון אולי יעדיפו פשרה.

בפס"ד גנאדי⁵¹ בפסיקה המאוחרת יותר, נפסק לעניין טעות בכדאיות העסקה כי צד לחוזה אינו יכול להתנער מהעסקה כאשר מסתבר לו בדיעבד שהעסקה איננה כדאית מבחינה כלכלית. טעות בכדאיות העסקה לא תיחשב כעילת בטלות מחמת פגם ברצון. הפסיקה הגדירה כדאיות "עסקה כתשואה, ערך או שווי שאדם מתעתד להפיק מהעסקה". מדובר בטעות שמתייחסת לשווי הכלכלי ולערך העסקה. טעות בכדאיות העסקה היא טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה או שראוי על פי הנסיבות לייחס לאותו צד נטילת סיכון כזו.

פס"ד שליזינגר אומץ מבחן הסיכון⁵² ונקבע כי טעות בכדאיות היא טעות ביחס לסיכון שנטל על עצמו צד לחוזה, וכך אם ביטל המנוח את חוזה הפוליסה שלו בטרם ידע את מצב בריאותו לקח על עצמו סיכון כי לא יהיה לו סעד בגין תביעתו או תביעת עזבונו עם כול הצער שבדבר, כי טעה בכדאיות העסקה לא לקח בחשבון, שיתכן וישתנו הנסיבות ואכן יחלה, אולם בחר לפני שידע שחלה לבטל את פוליסת הביטוח שלו בגין מחלה זו.

התוצאה: אם צד נטל על עצמו סיכון מסוים אזי אין הוא יכול להתנער ממנו אחר כך, כלומר צד לא יוכל להשתחרר בטענת טעות אם הוא נתן הסכמתו, שטעות מסוג זו לא תשחרר אותו.

להערכתו, מודל הסיכון דומה בהשקפתו למודל הקלאסי וברוב המקרים ייתן תוצאה ראויה.

⁵¹ תא (תי"א) 2545/98 פודורוז'נסקי גנאדי נ' מלונות היס התיכון בע"מ (מחוזי; לבהר שרון;).
⁵² ראה לעיל שם הי"ש 33.

3.4 מודל פסיכולוגי של טברסקי וכהנמן

פרופסור עמוס טברסקי (ז"ל), שהלך לעולמו בשנת 1996, ופרופסור דניאל כהנמן⁵³ ערכו מחקרים ששפכו אור על התהליכים המחשבתיים שעומדים מאחורי תהליכי קבלת ההחלטות של בני האדם. "המשמעות של רציונליות בתיאוריה הכלכלית שונה מההגדרה המילונית של המלה", "אדם רציונלי הוא בעל העדפות ואמונות עקביות והתנהגותו תואמת את ההעדפות והאמונות שלו; כשהוא מקבל החלטה הוא בוחר באפשרות התואמת בצורה האופטימלית את ההעדפות שלו". "העבודות שלנו מלמדות שהטעויות הן לא מקריות, ושהמקור שלהן הוא בדרך החשיבה של בני אדם". הפרופסורים טברסקי וכהנמן ערכו מחקר על תפקודי המוח, שמראה, שהחצי השמאלי נחשב לחצי הזוכר ומופקד על הדיבור הגיוני בעוד החצי הימני הוא המוח האומנותי, המבחין בתבניות וזוכר אותן, אך אינו יכול לתת להם ביטוי בדיבור. **רובנו חושבים באמצעות שני החלקים, לכן, אנו מועדים להטיות הכרתיות.** טברסקי וכהנמן עסקו בחקר תחום זה של ההטיות ההכרתיות והוכיחו כי אפילו אלה הנחשבים בעלי הכשרה מדעית, מנתחים קרים ומתוחכמים עלולים להיות מוטים לשיקול הדעת של הצד הימני. למשל: האנשים חושבים בתבניות, ומושפעים יותר מ"סיפורים" מאשר "מנתונים". נתון זה מעלה לפנינו **שאלה:**

• **האם ראוי לפי מודל הפסיכולוגי כן להתערב בחוזה שאדם נכנס לתוכו מחמת טעות?**

אם צד לחוזה רוצה להתנער מחוזה שאינו כדאי לו, יתכן והשופט יטען שזו טעות בכדאיות, ולא יתערב בביטול החוזה. החלטה זו אינה בהכרח הפסיקה הנכונה והראויה לאותו האדם. לפי מודל הסיכון שמדבר על קניית הסיכון, ומי שלוקח סיכון על עצמו אמור להיות רציונלי ולדאוג לעשות עסקה שטובה לו, ואינו יכול להתנער מהעסקה ובהמ"ש לא יתערב. אלא אם כן מתגלה נתון לא ידוע החורג מגדר הסיכונים שצד נטל על עצמו דיני הטעות והסיכול מתערבים בהסדרים של חלוקת הסיכון. לפי המודל הפסיכולוגי אולי כן ראוי וניתן להתחשב באדם שערך עסקה שאינה כדאית לו, כיוון שהיה מושפע מדברים לא רלוונטיים או כי לא היה ממוקד דיו, והחליט באי וודאות, ובזמן קצר. כך לעיתים יש פערי מידע וצד לחוזה לא יודע להעריך את הסיכון ואת הנזק העלול להיגרם, האדם מדחיק את הסיכון ולא מחשב אותו. וזו הטעיה פסיכולוגית. וכך במשפט: לא ניתן לשלול את הדבר, ששופט ייפול למלכודת תבניתית. על כן, בעקבות פערי מידע אלו, אולי מן הראוי כן להתערב בחוזה לא כדאי מבחינה כלכלית, שנכרת על ידי צד לחוזה, לפי הגישה הזו, על מנת ליצור יותר צדק והגינות בחברה.

⁵³ Amos Tversky & Daniel Kahneman " Judgment Under Uncertainty" SCIENCE 1974 (185)

פרק רביעי

4.1 שאלת המחקר המרכזית: האם ראוי שצד לחוזה לא יהיה רשאי להתנער מחובותיו על פי

החוזה, כאשר הסתבר לו בדיעבד שעשה טעות, והעסקה אינה כדאית לו מבחינה כלכלית?

המטרה במחקר זה הייתה לבדוק אלו מבחנים יש לנו על מנת לבדוק את סוגיית טעות בכדאיות:

1) מבחן התכונות מול הערך - לפי מבחן זה צד שעשה טעות בעובדה החוזה לא יתבטל כיוון שהטעות בכדאיות לעומת זאת אם הטעות תהיה טעות בתכונה המשמעות שזוהי טעות מהותית ועל כן זו טעות מדיני הטעות והחוזה יבוטל.

2) מבחן העתיד מול העבר לפי מבחן זה - לא יוכל להתנער מחובותיו לחוזה, בשל אי הגשמה של צפייה לגבי העתיד.

3) מבחן הסיכון לפי מבחן זה אם צד נטל על עצמו סיכון מסוים במסגרת החוזה שכרת, לא יכול להתנער ממנו אם הסיכון התממש בדרך שונה משקיווה.

כמו כן הועלה מבחן נוסף של טברסקי וכהנמן⁵⁴ מבחן פסיכולוגי שעיקרו שאנשים עושים טעויות הכרתיות כיוון שמושפעים לעיתים מדברים שאינם רלוונטיים ולפעמים יש העברת מידע שאינו מדויק אחד לשני, וכך יתכן ואדם יכנס לחוזה כשהוא מושפע מנתונים לא רלוונטיים או שאינו ממוקד דיו והאדם מדחיק את הסיכון וזו הטעיה פסיכולוגית. על פי מודל פסיכולוגי זה המגמה תהיה, כן להתערב בחוזה, כיוון שהיו פערי מידע המצדיקים את התערבות בית המשפט בחוזה מטעמי צדק. לגבי השאלה מה פרוש המונח טעות בכדאיות העסקה ופרשנות סעיף 14(ד) קיים קושי בפרשנות סעיף 14(ד) לחוק החוזים ובתיאור טעויות מסוימות שאינן מובאות בחשבון.

4.2 סקירת הפתרון וסיכום

הסמינריון מנסה לבדוק את הפסיקה לאור פסקי הדין השונים, על מנת לבדוק איזה פסק דין אימץ איזה מבחן. הפסיקה בעניין ספקטור נ' צרפתי⁵⁵ אימץ את מבחן התכונות מול הערך ולא הזכיר את מבחן העבר מול עתיד ולא בחר לעצמו לאמץ את מבחן הסיכון. התוצאה שנתקבלה בפסיקה זו שהחוזה בוטל מחמת טעות בתכונות של המגרש הקבלן חשב שניתן לבנות 16 דירות והסתבר לו שניתן לבנות רק 12, אילו היו בוחרים לאמץ את מבחן הסיכון בפסיקה זו היינו מגיעים לתוצאה שונה. קרי, הקבלן לקח את הסיכון על עצמו כי לא בדק בדיקה יחסית פשוטה, כמה דירות בפועל ניתן לבנות ומשלא עשה כן לקח את הסיכון על עצמו ולכן החוזה יקוים.

⁵⁴ ראה לעיל ה"ש 53.

⁵⁵ ראה לעיל ה"ש 12.

בפסיקה בעניין כנפי⁵⁶ – אומץ המבחן עבר מול עתיד, למרות שנעשה הסכם בין הצדדים אפשרו את ביטולו של החוזה, אם היו מאמצים בפסיקה את מבחן הסיכון התוצאה הייתה שונה ויתכן וחוזה כן היה מקוים כיוון שצדדים אמורים לקחת את הסיכון שברגע שיש הסדר יכולים להרוויח ובאותה מידה גם להפסיד. בפסיקה בעניין דומב⁵⁷ – האישה הטעתה את בעלה בשוויי של הבית, השופט אפשר את ביטול החוזה. פה אומץ מבחן התכונות מול העובדות הטעייה בתכונה של הבית בשוויי. וגם אומץ מבחן עתיד מול עבר כיוון, שפה הבעל לא לקח את הסיכון כי האישה לא דוברת אמת ולכן זכאי להסתמך על דין הטעות. במקרה זה לכאורה, אם היו נוקטים במודל הסיכון יתכן והיינו מגיעים לתוצאה רצויה יותר, של קיום החוזה תוצאה של קיום החוזה שהבעל התרשל שלא בדק את שווי של הבית שזו בדיקה קלה יחסית על כן זו טעות בכדאיות, כיוון שאם לא בדק נטל על עצמו סיכון שהאישה דוברת אמת. בפסיקה שעובדותיה דומות בעניין עזר נ' עזריהו⁵⁸ אדם מוכר דירה לקונה ב-60, אחר כך רוצה לבטל את העסקה בטענה שיש לו קונה ב-100, מתברר שהקונה השני שילם 150. פה פוסקים לפי התוצאה שהמודל הקלאסי מאפיין או לחילופין כמו התוצאה שהייתה מתקבלת לפי מודל הסיכון ולא מאפשרים ביטול החוזה. אולם פסק הדין לא אימץ את מבחנים אלו. **מהאמור עולה כי גם הפסיקה היא לא עקבית דבר העלול להביא חוסר וודאות במשפט.** בפסיקה בעניין ארואסטי ושליזינגר⁵⁹ אומץ מבחן הסיכון, כך גם בארה"ב אומצה דוקטרינת הסיכון ב סעיף 154 לריסטייטמנט שמגדיר מהו סיכון כאמור⁶⁰.

על כן, לשאלה האם ראוי שצד לחוזה לא יוכל להתנער מחוזה שאינו כדאי לו באופן כלכלי? לתשובה זו יש פנים לכאן ולכאן: **מחד** רוצים את האיזון בין ההכרה העקרונית בטעות, לשאוף ולהגשים את האידיאולוגיה של חוק החוזים והדין הנוהג. **מאידך גיסא** יש לשמור על "בטחון" לקיום העסקאות. שמירה זו מתאפיינת מהדינמיות של חיי המסחר המודרניים ושמירה על מגמה בריאה של קיום חוזים והשאיפה למנוע את ביטולם ליעילות.

בסיכום להערכתנו, מבחן הסיכון נותן תוצאה טובה וראויה בפרקטיקה, יחד עם זאת, יש לבחון כול מקרה לפי נסיבותיו ובניתוח החוזה במקרה הנדון, שיובא לפני בית המשפט, בכדי לנסות וליצור יותר צדק, על ידי הפעלת שיקול הדעת הנכון בכול מקרה ומקרה של טעות בכדאיות העסקה, והרצוי הוא להימנע מגרימת עוול כלשהו לצד בחוזה.

⁵⁶ ראה שם, הי"ש 10.

⁵⁷ ראה שם, הי"ש 45.

⁵⁸ ראה שם, הי"ש 40.

⁵⁹ ראה שם, הי"ש 15 וגם 33.

⁶⁰ ראה שם, הי"ש 37.