



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 5054/11

לפני :

כבוד המשנה לנשיא מ' נאור
כבוד השופט צ' זילברטל
כבוד השופט א' שהם

המערערת :

ספיר וברקת נדל"ן (הולילנד) בע"מ

נ ג ד

המשיבים :

1. עו"ד יעקב אמסטר
2. עו"ד אמיר בר טוב
3. עו"ד עופר שפירא
4. יאיר רחמין
5. נחום רחמין
6. דוד רחמין

ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים
בתיק פר"ק 5235/08, שניתן ביום 22.5.2011 על ידי כבוד
השופט ד' מינץ

תאריך הישיבה :

כ' בטבת התשע"ג (2.1.2013)

בשם המערערת :

עו"ד צבי בר-נתן ; עו"ד אבישי חלפון ; עו"ד יעל זפיר-
אביגדור ; עו"ד משה מזור

בשם המשיב 1 :

בעצמו

בשם המשיב 2 :

בעצמו ; עו"ד יערה פרוינד

בשם המשיב 3 :

בעצמו ; עו"ד דנה הלל אברהם

בשם המשיבים 4-6 :

עו"ד גד ויסקינד

פסק-דין

השופט צ' זילברטל:

מאימתי תהליך כמוס וסמוי מן העין הופך להיות "קיים" בעולם החוזי, באופן שניתן יהיה להסתמך עליו לצורך העלאת טענת "טעות" כפגם בכריתת חוזה המצדיק ביטולו? זו השאלה העיקרית הניצבת בפנינו בהליך דנא.

1. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בירושלים (כב' השופט ד' מין) מיום 22.5.2011 בתיק פר"ק 5235/08 (להלן: פסק הדין), בגדרו נדחתה בקשת המערערת לסעד הצהרתי בדבר בטלותו של הסכם שנכרת בינה לבין המשיבים מחמת טעות משותפת בכריתתו, בהתאם לסעיף 14(ב) לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים).

רקע והליכים קודמים

2. המשיבים 1-2 (להלן: הנאמנים) מכהנים כנאמנים של חברת נידר - חברה לבנין ופיתוח בע"מ (בהקפאת הליכים) (להלן: נידר). המשיבים 4-6 הם בעלי השליטה בנידור (להלן: בעלי השליטה). המשיב 3 (להלן: כונס הנכסים) הוא כונס הנכסים הזמני של המקרקעין הידועים כחלקות 85 ו-86 בגוש 30194 (להלן: המקרקעין), המוגדרים גם כמגרשים מספר 1א', 2א', 40, 41 ו-35 על-פי תכנית בניין ערים 3507' (להלן: התכנית), והמצויים בירושלים, במתחם המכונה "הולילנד" (להלן: המתחם). ביום 28.2.2010 בסיום הליך התמחרות, נכרת הסכם בין הנאמנים וכונס הנכסים, בשם נידר – אשר היתה בעלת הזכויות במקרקעין, לבין המערערת (להלן: ההסכם), במסגרתו נמכרו למערערת זכויות הבעלות והחזקה במקרקעין תמורת סכום של 144,700,000 ש"ח. ההסכם אושר על-ידי בית המשפט שעל הפירוק (בית המשפט המחוזי בירושלים) ביום 17.2.2010.

3. בהסכם נכללו, בין היתר, ההוראות הבאות, אשר בשל חשיבותן לענייננו תובאנה להלן כלשונן:

(מבוא) והואיל ובכפוף לקיום התנאים המתלים (כהגדרתם להלן) נידר (באמצעות הנאמנים והכונס) מעוניינת למכור לקונה את זכויות הבעלות, והקונה, לאחר שערך

את כל הבדיקות שמצא לנכון לערוך, מעוניין לרכוש את זכויות הבעלות במצבם AS IS, והכל בהתאם וכמפורט בהסכם זה.

2.3 הפרויקט – הפרויקט העתיד להיבנות על המקרקעין, בו יוקמו לפחות 220 יחידות דיור בארבעה מגדלי מגורים וכן שטחי מסחר, חניונים, מחסנים ומבני ציבור, והכל לפי תכנית 13507' ...

4.2 מתווה העסקה הינו מתווה של עסקה במזומן.

5.3 [הקונה] רוכש את הממכר במצבו כפי שהוא (as is) על סמך בדיקותיו הוא, וללא כל הסתמכות על מצג או התחייבות מצד נידר, הנאמנים, הכונס, הבנק או מי מטעמם. להוראה זו תינתן המשמעות המרחיבה ביותר האפשרית, והיא תפורש באופן שיטיל על הקונה את האחריות לביצוע כל בדיקה שניתן, אפשר או צריך היה לעשות טרם רכישת הממכר, בין אם נעשתה בפועל ע"י הקונה ובין אם לאו.

5.5 ידוע לקונה שהממכר נמכר באמצעות הנאמנים והכונס, וכי המידע הקיים ברשותם לגבי הממכר יכול שאיננו מלא ו/או מדויק ...

5.6 הקונה מוותר באופן סופי ובלתי חוזר על כל תביעה או טענה כלפי נידר ו/או הנאמנים ו/או ב"כ הנאמנים ו/או הכונס ... בגין או בקשר עם כל עניין הקשור להסכם זה, להליכי המכירה ולמו"מ שקדם להסכם, לממכר ולמקרקעין, וכן על כל טענת מום, פגם או אי-התאמה (לרבות מום ופגם נסתרים). להוראה זו תינתן המשמעות המרחיבה ביותר האפשרית ...

13.3 ...היטל השבחה בגין תוכניות שאושרו או יאושרו למתן תוקף לאחר יום חתימת הקונה על הסכם זה יחול על הקונה וישולם על ידיו.

4. מאז יום 7.4.2010 החלו להתפרסם באמצעי התקשורת ידיעות על קיומה של חקירה משטרתית המתנהלת סביב חשד לפרשיות שוחד ופגיעה בטוהר המידות הקשורות להליכי האישור של תכניות הבינוי במתחם, ובכללן הליכי האישור של

התכנית. התרחשויות אלו זכו לכינוי "פרשת הולילנד" (להלן: הפרשה). המערערת, אשר חששה מההשלכות האפשריות של הפרשה על האפשרות למימוש זכויות הבניה במתחם, פנתה לבית המשפט בבקשה לקבלת הבהרות ביחס לתוקפו של ההסכם (בש"א 10756/09; להלן: הבקשה הראשונה), כשבין היתר נתבקש "להורות למשיבים, ביחד ולחוד להתחייב ולהבהיר ... כי אין בפרשה ו/או בתוצאותיה להשפיע לרעה על 'הפרוייקט' ... [וכי] אין בפרשה ו/או בתוצאותיה כדי להביא ... לשינוי כל שהוא לרעה במצבו של הממכר". במסגרת הדיון בבקשה הראשונה, אף נתבקש כי בית המשפט יורה על זימונם של בעלי תפקידים בעיריית ירושלים ובוועדה המקומית לתכנון ובניה, על-מנת שיבהירו עמדתם ביחס למצב התכנוני של המתחם. בנוסף, זומן נציג פרקליטות המדינה על-מנת שיבהיר את עמדת הפרקליטות ביחס לחשדות ולהשלכותיהם האפשריות על מצבו התכנוני של המתחם. ביום 28.7.2010 ניתנה הודעה מטעם פרקליטות המדינה לפיה בשל העובדה שהחקירה הפלילית טרם נסתיימה, וכי ממצאיה מהווים את הבסיס לבחינת הפעולות שננקטו במישור המנהלי, הרי שיש להמתין לסיום החקירה ותוצאתה. ביום 9.8.2010 ניתנה החלטת בית משפט קמא (כב' השופט י' שפירא) בבקשה הראשונה (להלן: ההחלטה), בה נקבע, כי מעמדה הסטטוטורי של כל תכנית מתאר, ובכלל זה התכנית, "הינו מעמד של דין (מסוג חקיקת משנה), לכל דבר ועניין". לפיכך, נקבע כי לא היה צורך לפנות אל בית המשפט לעניין מעמדה החוקי של התכנית, ונפסק, כי "ההסכם שנחתם בין [המערערת] לנאמנים שריר וקיים".

5. בחודש פברואר 2011 פנתה המערערת לבית המשפט בבקשה נוספת (בקשה מס' 131; להלן: הבקשה השנייה), היא נשוא פסק הדין בערעור זה. בבקשה נתבקש בית המשפט ליתן פסק דין הצהרתי בדבר בטלות ההסכם. טענותיה של המערערת בבקשה השנייה היו, כי נוכח הודעת ראש רשות הרישוי בעיריית ירושלים, לפיה בהתאם להנחיות פרקליטות המדינה אין לעירייה הרשאה לטפל בבקשות להיתרי בניה במתחם, הרי שדין ההסכם להתבטל וזאת בשל הפרה צפויה, טעות של המערערת או טעות משותפת לשני הצדדים, ולחלופין – בשל סיכול החוזה. כפי שציין בית המשפט המחוזי, טענתה העיקרית של המערערת בבקשה השנייה היתה, כי עומדת לה זכות לבטל את ההסכם היות שקיים פגם בכריתתו בשל טעות. כך, נטען, כי לו ידעה המערערת שמוסדות התכנון יסרבו לדון בכל בקשה לתכנון או לקבלת היתר בניה על רקע הפרשה, לא היתה מתקשרת בהסכם, וכי מצב דברים זה הוא בבחינת טעות הדדית שלמעשה היתה קיימת בזמן חתימת ההסכם, שכן החקירה הפלילית כבר התנהלה אז. הודגש, כי הגדרת רכישת הממכר "כפי שהוא" (as is), כשם שנעשה בהסכם, אין בה כדי להעביר על שכמה של המערערת באופן קטגורי כל סיכון חוזי באשר הוא, אלא רק סיכון שניתן היה לבדוק או לצפות את התרחשותו במועד ההתקשרות. בהקשר זה, לעניין הטענה

שמדובר באירועים מאוחרים לכריתת ההסכם, נטען, כי מדובר במסכת נמשכת שהחלה בחקירה הפלילית עוד טרם שנכרת ההסכם, לכן מדובר "במקרה קלאסי" של טעות.

6. לשלמות התמונה יוסף, כי כאמור בפסק הדין, מאז הגשת הבקשה השניה התקיימה ישיבה של ועדת התכנון המחוזית. עולה, כי בעקבות הפרשה הונחתה הוועדה על-ידי הגורמים הרלבנטיים לבחון את התכניות המאושרות במתחם. הוועדה דנה בסוגית התכניות המאושרות, ואולם טרם נתקבלה החלטה בדבר גורלן. במסגרת הדיון בבקשה השניה, עדכנה מהנדסת המחוז, כי בדיקה תכנונית שבוצעה לימדה על תחלואים משמעותיים במתחם ובתכניות הבניה השונות, וכי נוכח הבקשות העומדות בפני הוועדה לא יהיה מנוס מפרסום הודעה על הכנת תכנית חלופית למתחם ומקביעת הגבלות למתן היתרי בניה, בהתאם לסעיפים 77-78 לחוק התכנון והבניה, התשכ"ה-1965 (להלן: חוק התכנון והבניה). נמסר, כי בהודעה האמורה יצוין שבמסגרת התכנית יישקלו, בין היתר, שינויים בזכויות הבניה. הוסף, כי נכון למועד העדכון, לא ניתנים היתרי בניה (שלא לצרכי מבני ציבור) בהתאם לתוכניות הקיימות.

עוד יצוין, כי במסגרת הדיון בבקשה השניה נדונה אף בקשת הנאמנים (בקשה מס' 123) במסגרתה נתבקש בית-המשפט להורות לעירייה ליתן אישור להעברת הזכויות בלשכת רישום המקרקעין על שם המערערת. בדיון בבית המשפט ציינה באת-כוח העירייה, כי ככל שיתברר שאין חובות על הנכס, אין מניעה לתת לנאמנים את האישור המבוקש.

7. בפסק הדין קבע בית המשפט המחוזי, כי למעשה מאז מתן ההחלטה לא חל כל שינוי – עדיין לא נתקבלה החלטה של הרשויות על שינוי התכנית, ובהתאם לכך, מצבם התכנוני של המקרקעין לא השתנה. משכך, ההחלטה יצרה השתק פלוגתא. הודגש, כי טענת המבקשת, לפיה עובדת קיום חקירת המשטרה עולה כדי טעות, כבר הוכרעה בהחלטה, בה נקבע שאין מדובר בטעות, שכן הטעות קמה רק כתוצאה מההחלטה האופרטיבית – שהיא היעדר האפשרות לממש (לעת עתה) את התכנית, והרי ההחלטה, כך נפסק, קבעה שהתכנית שרירה וקיימת. אשר על כן נפסק שהמערערת מושתקת מלטעון לכך כיום בשנית.

גם לגופם של דברים, נקבע, יש לדחות את הבקשה השניה. נקבע, כי טעות הנוגעת למצב עניינים עתידי, אינה בגדר "טעות" כהגדרתה בסעיף 14 לחוק החוזים. עוד נקבע, כי דיני הטעות אינם חלים כאשר מדובר בטעות הנמצאת בגדר הסיכון שצד להסכם לקח על עצמו. ההתערבות על בסיס עילת הטעות לא תיעשה במקרים, כגון

המקרה דנן, בהם צדדים להסכם הסכימו במפורש או מכללא כי אחד הצדדים ייטול על עצמו את הסיכון החוזי. הודגש, כי התפתחויות עתידיות הן חלק מאותו סיכון שהצד הרלבנטי יכול ליטול על עצמו. נפסק, כי במקרה דנן עולה מן ההסכם באופן ברור שהצדדים לקחו בחשבון אפשרות שהתכנית תשונה, דבר הנלמד מכך שקבעו בסעיפי ההסכם הסדר לגבי זהותו של הנושא בחובת תשלום היטלי השבחה, ובדבר נטילת הסיכון לפגמים ולמומים גלויים או נסתרים על-ידי המערערת. כן נקבע, כי אין להלום את הטענה שצד שנטל על עצמו סיכון שהתכנית תשונה יוכל להישמע בטענה שהסיכון ניטל רק ביחס למקרה שהתכנית תשונה בשל סיבה מסוימת ולא בשל סיבה אחרת. בנוסף הדגיש בית המשפט המחוזי, כי שינוי התכנית אינו תוצאה הכרחית ומתבקשת של הפרשה, וממילא שינוי זה עוד לא התרחש ואין וודאות שאכן יתרחש, וכי השינוי יתרחש, אם יתרחש, על בסיס החלטת הוועדה המחוזית – אפשרות שהמערערת במובהק נטלה על עצמה (משנטלה על עצמה תשלום היטלי ההשבחה למקרה של שינוי במצב התכנוני). נפסק, כי משכך – דין הבקשה להידחות.

הוסף, בגדרי "מעבר לצורך", כי חקירת משטרה – אשר עובר למועד כריתת ההסכם היתה חשאית – אמנם התקיימה במועד האמור, אך רצון המערערת לבטל את ההסכם נובע לא מעצם קיום חקירת המשטרה, אלא מהאפשרות כי התכנית תשונה. נקבע, כי ייתכן והיה מקום לסבור, כי אילו המצב המשפטי היה כזה שבו חקירה משטרתית מובילה אוטומטית ובהכרח לביטול תכניות בינוי – ניתן אולי היה לגרוס כי קיומה של חקירה בזמן חתימה על הסכם עשויה, בנסיבות מסוימות, לבוא בגדרי טעות המקימה זכות ביטול. דא עקא, שהמצב המשפטי אינו כזה. וכאמור, ממילא לא ברור כלל כי התכנית אכן תבוטל. הוסף, כי ככלל ביטול חוזה לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים ייעשה על-ידי בית המשפט רק כאשר מדובר בטעות חמורה, וכי במקרה דנא ממילא אין מדובר בטעות כזו, שכן גם אם התכנית תשונה באופן שיפגע במערערת, נראה שהיא תהיה זכאית לפיצוי על פי הוראת סעיף 197 לחוק התכנון והבניה. הוסף, כי זכות הביטול לפי סעיף 14(ב) לחוק החוזים כפופה להחלטת בית המשפט, אשר ייעתר לה רק אם שיקולי צדק מחייבים לעשות כן, וכי "מכלול הנסיבות והשיקולים מוביל למסקנה אחת והיא שאין מקום לביטול ההסכם" גם בהקשר זה.

בית המשפט אף ציין, כי בשעה שנכרת הסכם בין שני צדדים סולבנטיים, חופש החוזים החל עליהם מקנה להם מרחב ממשי. לעומת זאת, כשאחד הצדדים מצוי בחדלות פרעון ובהקפאת הליכים ובית המשפט מינה בעלי תפקידים לטיפול בנכסיו (כבמקרה דנן), חופש החוזים של הצדדים, כמו-גם התרופות העומדות לרשותם במקרה של הפרה, מסויגים, זאת, בין היתר, משום התלות המוגברת של צדדים שלישיים (כגון

נושי החברה אשר "מיוצגים" בידי אותם בעלי התפקידים) באותם בעלי תפקידים. הודגש, כי ביטול חוזה שנעשה מול נושא תפקיד מטעם בית המשפט ובאישורו, יהיה מוצדק רק במקרים חריגים ונדירים שאין המקרה דנן בא בגדרם.

לבסוף ציין בית המשפט, כי אין מקום לקבוע שמדובר בהפרה או בהפרה צפויה, שכן כיום עומדת התכנית בעינה וכלל לא ברור אם בעתיד תשונה, ואולם גם אם היא אכן תשונה, המערערת נטלה סיכון זה על עצמה במסגרת ההסכם. כך, נקבע, הם פני הדברים אף ביחס לטענה לסיכול ההסכם. נקבע, שתנאי אי הצפיות הנדרש לצורך טענת סיכול פורש באופן מצמצם ביותר, וכי יש לסבור ששינוי התכנית ניתן היה לצפייה. עוד יצוין, כי בית המשפט הורה לעיריית ירושלים להעביר את הזכויות במקרקעין על שם המערערת מיד עם תשלום החובות החלים עליהם, ככל שישנם כאלו.

על פסק הדין הוגש הערעור שבפנינו.

הערעור

8. המערערת מעלה בערעורה ארבע טענות עיקריות: השתק פלוגתא – נטען, כי בבקשה הראשונה לא נדונה הטענה לפיה חקירת המשטרה מקימה למערערת טענת טעות, ולפיכך סוגית הטעות היא פלוגתא שלא הוכרע בה. טעות משותפת – נטען, כי קיומה של חקירה פלילית המשפיעה על תכונותיו של הממכר מהווה פגם בהתקשרות היורד לשורשו של ההסכם ובא בגדר "טעות" לפי חוק החוזים, וכי הואיל ואף המשיבים לא היו מודעים לה – הרי שמדובר בטעות משותפת. טעות הנוגעת לעתיד – נטען, כי החקירה הפלילית מהווה מסכת אחת שהחלה כבר בעת שנוהלה חקירה סמויה, ולפיכך באה לעולם טרם כריתת ההסכם. סיכול – נטען, כי המערערת לא ידעה ולא יכולה לדעת וודאי שלא למנוע את הנסיבות המסכלות, וכי יסודו ותכליתו של החוזה סוכלו. וביתר הרחבה:

השתק פלוגתא – נטען בין היתר, וזה עיקר, כי הפלוגתא שעמדה בפני בית המשפט בבקשה הראשונה שונה מזו שעמדה בפניו בבקשה השניה. שכן בבקשה הראשונה לא הועלתה ולא נדונה עילת הטעות (המשותפת), וזו היתה העילה נשוא הבקשה השניה.

טעות משותפת – דומה, כי זה לוז טענתה של המערערת. לטענתה, המקרה דנא הוא מסוג המקרים בהם הופר האיוון ההסכמי בשל התרחשות אירועים שמעבר

לסיכונים שהצדדים צפו ונטלו על עצמם (או היו יכולים לצפות). בעת כריתת ההסכם, שני הצדדים דימו מציאות לפיה תוכל המערערת לממש את התכנית, וכי האפשרות לממשה היא תכלית ההתקשרות ויסודו של ההסכם. משהתקיימה בפועל מציאות אחרת נוצרה טעות חוזית. נטען, כי קביעת בית המשפט המחוזי, לפיה הסעיף שעניינו נשיאת המערערת בתשלום היטל ההשבחה משמעו העמסת כלל הסיכונים החוזיים הקשורים בשינוי במצב התכנוני על כתפי המערערת, אינה במקומה, שכן מדובר בהוראה חוזית סטנדרטית שבאה לעגן מצב עתידי בגדרו המקרקעין יושבחו, במובחן מגריעה או מביטול של התכנית החלה. אין, לטענת המערערת, בהוראה החוזית הנזכרת כדי ללמד שהמערערת היתה מודעת, או היתה יכולה להעלות על דעתה, גריעה מאחוזי הבניה ולבטח לא כתוצאה מחקירה פלילית שתנוהל בעניין כשרות התכנית. הוסף, כי הסעיף שעניינו ויתור על טענות בגין פגם אין עניינו ויתור אבסולוטי, אלא ויתור יחסי להיקף הבדיקה שהיתה יכולה להיעשות בנסיבות העניין עובר לחתימה על ההסכם. נטען, כי הדברים אמורים לא כל שכן עת מדובר בהסכם הנכרת מול נושאי תפקידים מטעם בית המשפט, ובאישורו.

טעות הנוגעת לעתיד – נטען, כי בית המשפט המחוזי ביצע הפרדה מלאכותית בין האירועים שקדמו לכריתת ההסכם – החקירה הסמויה – לבין האירועים שהתרחשו לאחר כריתתו – החקירה הגלויה והשלכותיה. נטען, כי מדובר במסכת אחת נמשכת, שתחילתה במועד שקדם לכריתת ההסכם, וסופה ותוצאותיה בתוך התקופה החוזית. משכך, נטען, מדובר בטעות שבאה לעולם לפני כריתת ההסכם, ולא לאחריו. על טעות זו לא ידע מי מן הצדדים ולפיכך מדובר בטעות משותפת, כאמור.

סיכול – נטען, כי המערערת לא ידעה ולא היתה יכולה לדעת על החקירה ולא צפתה אותה ואת השלכותיה על ההסכם; כי לא היתה יכולה למנוע את הנסיבות המסכלות; וכי לעניין התרחשות הנסיבות המסכלות, הרי יסודו ותכליתו של ההסכם סוכלו והמכר סוכל בפועל.

9. כל המשיבים הגישו תגובות לערעור. טענות המשיבים הן כדלקמן:

קיומו של השתק פלוגתא – נטען, כי שאלת תוקפו של ההסכם היא שעמדה בלב ההחלטה, ואותה שאלה היא מוקד הבקשה השניה, ועל כן מדובר באותה פלוגתא וזו הוכרעה כבר בהחלטה. הודגש, כי בהחלטה נקבע שהתכנית לא בוטלה, וכי במועד הגשת הבקשה השניה (ואף במועד הערעור) היא עדיין התכנית שבתוקף – ושלמעשה לא חל כל שינוי בנסיבות. הוסף, כי בבחינת השאלה האם מתקיים השתק פלוגתא יש

לבחון כלום השאלה העומדת להכרעה כבר הוכרעה, ולא האם הטענות שנידונות זהות, וכי בענייננו, השאלה אכן הוכרעה, ונקבע כי ההסכם שריר וקיים.

זהות הנושא בנטל הסיכונים – בהקשר זה העלו המשיבים טענות שונות, כשכללן – המערערת גילתה דעתה מפורשות, כעולה מסעיפי ההסכם, כי היא נוטלת על עצמה את מלוא הסיכונים החוזיים: ההסכם הוא עסקת "as is": נטען, כי במסגרת ההסכם נטלה המערערת על עצמה את מלוא הסיכון החוזי במקרה של מום, פגם או אי התאמה כלשהם. הודגש, כי הגדרת ההסכם כעסקת "as is", שוללת, במהותה, כל אפשרות לטעון מאוחר יותר לטעות בהסכם או לסיכולו. הודגש, כי בסעיף 5.3 להסכם צוין מפורשות כי לסעיף זה תינתן הפרשנות המרחיבה ביותר האפשרית, וכי אין להלום את הטענה כאילו לא התכוונה הרוכשת שיוטלו עליה מכלול הסיכונים. נטען, כי כפי שהגדלה דרמטית באחוזי הבניה לא היתה מעמידה עילה לביטול ההסכם, כך אף אין הפחתה דרמטית (פוטנציאלית) שלהם מביאה לבטלותו. היטל ההשבחה הוטל על המערערת: נטען, כי העובדה שבמסגרת ההסכם קיבלה על עצמה המערערת לשאת בנטל תשלום היטל השבחה, ככל שיוטל, מעידה כי צפתה אפשרות של שינוי בזכויות הבניה בדרך של הוספה, וממילא – גם אפשרות לגריעה מהן. האחריות להוצאת היתרי בניה הוטלה על המערערת, בעוד שעל המשיבים הוטל רק חיוב השתדלות. לטענתם, הדבר מעיד אף הוא על כך שההסכם ביקש להטיל את מלוא הסיכונים על המערערת. ויתור על כל טענת מום או פגם נכלל אף הוא בהסכם, ואף בכך יש לטענת המשיבים כדי להוכיח שהמערערת קיבלה על עצמה את הסיכון החוזי. הודגש, כי הסיכונים שנטלה על עצמה המערערת משתקפים גם בתמורה החוזית אשר היתה נמוכה בכ- 40,000,000 ש"ח מהסכום בו רכשה נידר את המקרקעין בזמנו. באשר לטענת המערערת, לפיה ההסכם כולל הגדרה מפורשת של הפרויקט ואופיו (סעיף 2.3 להסכם) ושנוכח כך יש לסבור כי זה היסוד נכחו יש לפרש את ההסכם, נטען כי ההסכם נוסח לכתחילה כ"עסקת תמורות" ולכן נותרו בו "ספיחים" כגון דא, אך כי בפועל אין לייחס משמעות לכך.

טעות משותפת וטעות עתידית – נטען, כי ה"טעות" לה טוענת המערערת היא למעשה השינוי בתכנית, וזו, לטענת המערערת, היא פועל יוצא ישיר של החקירה המשטרתית. ואולם, כך נטען, ה"טעות" אינה פועל יוצא של החקירה המשטרתית, אלא פועל יוצא של הערכת הוועדה לתכנון ובניה בנוגע לשאלה האם התכנית ראויה או לא ראויה. היינו, יתכן וחרף החקירה המשטרתית, התכנית, כפי שהיא, תאושר במלואה. כמו כן יתכן שאף ללא קיומה של החקירה היתה הוועדה משנה את התכנית – והכל משיקולי תכנון רגילים, במנותק מהשאלה האם התכנית מקורה במעשים פליליים. אף

אם החקירה המשטרתית היתה מניע לבחינה מחדש של התכנית, הבחינה מחדש אינה תולדה הכרחית שלה.

עוד הוסף, כי ה"טעות" לה טוענת המערערת היא לכל היותר טעות באשר למצב דברים עתידי, שכן החקירה נעשתה גלויה רק לאחר כריתת ההסכם ודיני הטעות אינם חלים על אירועים המאוחרים לכריתה. הטעות, כך נטען, היא תוחלת שנכזבה ולא טעות כהגדרתה בחוק.

10. הדיון בפנינו התמקד בעיקר בשתי אלו: טענת המערערת לפיה מדובר בטעות הדדית; וטענת המשיבים לפיה המערערת נטלה על עצמה את הסיכונים החוזיים. המערערת טענה, כי תכלית ההסכם ויסודו הם מימושה של התכנית. נטען, כי לגבי תכונות המכר ישנה טעות של שני הצדדים – צד אחד סבר שהוא מוכר תכנית בת-מימוש, והצד השני סבר שהוא קונה תכנית כזו, ואולם המציאות היתה אחרת: התנהלה חקירת משטרה שהפכה את התכנית לכזו שאינה בת-מימוש – טעות, שלו היתה ידועה, היתה מביאה לאי כריתת ההסכם. לטענת המערערת יש לפרש את סעיף המכר "כפי שהוא" (as is), במובן זה שהסעיף מצהיר, כי אין מצגים לעסקה, וכי ויתורו של הקונה אינו אבסולוטי אלא מוגבל להיקף הבדיקה שיכול היה לבצע.

המשיבים טענו בדיון, כי חוזה הוא, בין היתר, מכשיר להעברת סיכונים. הרעיון בבסיס סעיף המכר "כפי שהוא" (as is), הוא הסכמה של המתקשרים לפיה הקונה נוטל על עצמו את הסיכונים החוזיים שעלולים להתרחש. נטען, כי סעיפי ויתור שכאלה מניחים שעשויים להיות פגמים נסתרים ומעבירים את הסיכון בגינם על שכמו של הקונה (אשר בתמורה זוכה, לרוב, לרכוש את הממכר במחיר נמוך משמעותית מערכו הריאלי). נטען, כי זהו ביטוי מפורש לרצון הצדדים בעת ההתקשרות לפיו ייטול הקונה על שכמו את מלוא הסיכון החוזי ועל כן לא ניתן לטעון לטעות הדדית.

דיון והכרעה

11. אלו הן, אפוא, השאלות הניצבות לפתחנו: ראשית, עלינו לבחון כלום מתקיים במקרה דנא מעשה בית דין במובן של "השתק פלוגתא". שנית, ככל שאין מעשה בית-דין, יש לבחון את חלוקת הסיכונים החוזית, היינו האם במקרה דנא הוסכם בין הצדדים, כי המערערת תישא בסיכון החוזי להתרחשותה של "טעות", ככל שלפנינו אכן מצב של "טעות", והיא מנועה מלטעון לטעות עקב כך. שלישית, האם בכלל מתקיימת במקרה דנא "טעות", וזאת נוכח היותה של חקירת המשטרה נסתרת וידועה רק לגורמי

החקירה (ולהם בלבד) בעת כריתת החוזה. כל השאלות שהעלנו בנויות נדבך על גבי נדבך, כך שכדי שערעורה של המערערת יצלח, עלינו לקבל את עמדתה לגבי כל אחת מן השאלות. נפנה אפוא לענות עליהן כסדרן.

מעשה בית דין

12. משמעו של מעשה בית דין היוצר השתק פלוגתא הוא, שקביעה שיפוטית שנעשתה לגבי אותה פלוגתא, ובתנאי שהתקיימו לגביה תנאי ההשתק, מחייבת את בעלי הדין בכל התדיינות עתידית ביניהם (נינה זלצמן מעשה בית דין בהליך אזרחי (1991) 138, להלן: זלצמן). בענייננו, בית המשפט המחוזי פסק, כי מתקיים הכלל של השתק פלוגתא. זאת, נוכח קביעתו לפיה הפלוגתא שהוכרעה בבקשה הראשונה נגעה לתוקפו של ההסכם, וזו אף הפלוגתא נשוא הבקשה השניה. נקבע, כי מצבם התכנוני של המקרקעין לא השתנה בין מועד מתן ההחלטה ומועד פסק הדין, ומשכך, לא נוצר שינוי בנסיבות בין ההחלטה, בה נקבעה קביעה שיפוטית ביחס לפלוגתא שעניינה תוקפו של ההסכם, ובין הבקשה השניה. בכל הכבוד, איני שותף לקביעתו זו של בית המשפט המחוזי, שכן לדידי השאלה המשפטית אשר עמדה להכרעה בבקשה הראשונה היתה שונה מזו שהועמדה להכרעה בבקשה השניה.

13. ארבעה הם התנאים הנדרשים לשם קיומו של השתק פלוגתא: הפלוגתא העולה בכל אחת מן ההתדיינויות היא אכן אותה פלוגתא, על הרכיבים העובדתיים והמשפטיים שבה; קיום התדיינות בפלוגתא בין הצדדים; סיומה של ההתדיינות בהכרעה מפורשת או מכללא של בית המשפט בקביעת ממצא פוזיטיבי; ההכרעה בשאלה שבמחלוקת היתה חיונית לצורך פסק הדין שניתן בתובענה הראשונה, להבדיל מ"תוספת חינם" שאינה נחוצה לביסוסו של פסק הדין בתובענה (ע"א 9245/99 ויינברג נ' אריאן, פ"ד נח(4) 769, 796 (2004); ע"א 9211/09 איזוטסט בע"מ נ' דריזין (4.7.2012), בפסקה 10 והאסמכתאות שם; זלצמן, בעמ' 141). דומני שבמקרה דנא, לא מתקיים התנאי הראשון הנחוץ לקיומו של ההשתק. השאלה המשפטית שעמדה להכרעת בית המשפט בבקשה הראשונה היתה: האם בעקבות הפרשה עומד החוזה בתוקפו. השאלה המשפטית נושא הבקשה השניה היתה: האם עומדת למערערת זכות לבטל את ההסכם בשל טעות (הדרית) בכריתתו. השאלה המשפטית שבה עוסקים ההחלטה ופסק הדין שונה: בהחלטה לא עסק בית המשפט בשאלה האם ההסכם נכרת בשל טעות, והאם קיימת למערערת זכות ביטול, ואולם הבקשה השניה במובהק עוסקת בטענה זו של טעות. הנה, אף כי אכן בית המשפט המחוזי קבע שמצבם התכנוני של המקרקעין לא השתנה, הרי שקביעה עובדתית זו אינה רלבנטית בהקשר זה, שכן הדיון

המשפטי ממילא נסב על שאלה אחרת. משכך, אין לדידי לסבור כי מתקיים כלפי המערערת מעשה בית דין של השתק פלוגתא.

חלוקת סיכונים חוזית

14. סעיף 14 לחוק החוזים הוא המקור הנורמטיבי לדיני הטעות במשפט הישראלי. סעיף 14(ב) שעניינו מצב של טעות משותפת, הוא הרלבנטי לעניינו, והוא משמיענו כדלקמן:

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

"טעות" בדיני החוזים משמעה פער בין דימויה של המציאות לבין מציאות הדברים כפי שהיא. החלטתו של אדם להתקשר בחוזה מתגבשת על יסוד נתונים שהוא מאמין בקיומם. טעות לגבי נתונים אלה היא אפוא פגם תודעתי ברצון (ע"א 8972/00 שלזינגר נ' הפניקס חברה לביטוח בע"מ, פ"ד נז(4) 817, 840 (2003), להלן: פרשת שלזינגר; דנ"א 10901/08 בייזמן השקעות בע"מ נ' משכן בנק הפועלים למשכנתאות בע"מ (17.7.2011), בפסקה 25 לחוות דעתה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור, להלן: פרשת בייזמן; גבריאלה שלו דיני חוזים – החלק הכללי 277 (2005), להלן: שלו; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים ב' 668 (1992), להלן: פרידמן וכהן). טעות משותפת מתעוררת עת דימוי המציאות היה משותף לשני הצדדים, אך הלה לא תאם את מציאות הדברים לאמיתה (פרשת בייזמן, בפסקה 25 והאסמכתאות שם; פרידמן וכהן, בעמ' 694). המערערת טוענת, כי כזה הוא המצב במקרה דנא – הן המשיבים והן היא-עצמה סברו כי המציאות היא שתוכל לממש את התכנית, ועל כן מדובר בטעות הדדית. בית המשפט המחוזי, כאמור, קבע שאין אלו פני הדברים, והמשיבים בתשובתם נסמכו על קביעותיו. נקבע, כי אמנם הצדדים הניחו שאכן המערערת תוכל לממש את התכנית ככתבה, אך לקחו בחשבון שקיימת אפשרות שהיא לא תוכל לעשות כן. משאפשרות זו נלקחה בחשבון, שוב אין עומדת למערערת טענת הטעות בכל הנוגע לחוסר אפשרות מימוש התכנית. אמנם, מציין בית המשפט, הצדדים אולי לא צפו את התרחיש הספציפי של הפרשה, את הסיבות הקונקרטיות לחוסר האפשרות למימוש התוכנית, אך כן צפו

תרחיש אפשרי של שינוי במצבם התכנוני של המקרקעין, והסכימו כי במקרה כזה הסיכון ייפול על כתפי המערערת. משכך, נקבע, לא יכולה המערערת לטעון לזכות לביטול החוזה. קביעתו זו ביסס בית המשפט על כך שבסעיפים שונים בחוזה לקחה המערערת על עצמה את הסיכון לשינויים בתכנית – היא רכשה את המקרקעין "כפי שהם" – as is; לקחה על עצמה את תשלום היטל ההשבחה; והסכימה לוותר על טענות מום ופגם. דהיינו, אף אם נפלה טעות – בשל כך שהמערערת נטלה על עצמה את הסיכון החוזי, הרי שאינה יכולה לטעון לזכות ביטול מכוח דיני הטעות. יוער, ולכך נידרש בהמשך, שבית המשפט אף קבע, כי ממילא אין מדובר בטעות, שכן המועד בו נוצר הפער בין דימויה של המציאות בעיני הצדדים לבין מציאות הדברים כפי שהיא, ממילא התרחש רק לאחר שנכרת ההסכם, ועל כן מדובר ב"טעות עתידית" שאינה בגדר טעות בדיני החוזים. כן נקבע, כי התכנית לא בוטלה לעת עתה, ומשכך – ממילא הטעות טרם באה לעולם.

15. סוגית הטעות בדיני החוזים מורכבת היא, והכללים שנתגבשו סביבה הם תולדה של איזון בין שניים – הצורך בקיומם של בטחון וודאות משפטיים אל מול כיבוד רצונו החופשי של המתקשר, אשר ייתכן שנפגם בשל טעות (פרשת שלזינגר, בעמ' 840). אפשר גם שתשמע טענת טעות שאינה נוגעת לנתוניו הפיסיים של הממכר, אלא לאופיו המשפטי (פרידמן וכהן, בעמ' 706), כך למשל, במקרה בו נמכרת חלקת מקרקעין, קיימת חשיבות לשאלה כלום מדובר באדמה חקלאית או בחלקה מופשרת לבניה, ויתכן כי שני הצדדים טעו טעות משותפת המאפשרת ביטול החוזה במקרים כגון דא (שם, בעמ' 707). עם זאת, דיני הטעות במשפטנו הם דיספוזיטיביים (שלו, בעמ' 280), ובמסגרתם קיימת דוקטרינה של חלוקת סיכונים, לפיה יכול שהצדדים לחוזה יסכימו, במפורש או מכללא, כי אחד מהם (או שניהם) ייטול על עצמו את הסיכון להתרחשותה של טעות, וכי במקרה כזה לא תקום לו זכות שימוש בברירת ביטול החוזה. במקרים כגון דא, הסכמה מפורשת או משתמעת לוותור על טענת הטעות, כפוגמת בקשר החוזי הרצוני, מהווה חלק מן החוזה ומחייבת את הצדדים (פרשת שלזינגר, בעמ' 840; בג"ץ 4157/98 "צוות" אגודת גימלאי שירות הקבע בצה"ל נ' שר האוצר, פ"ד נח(2) 769, 790 (2004); ע"א 7168/03 חבר נ' לביא (26.9.2005), בפסקה 42, להלן: פרשת חבר; שלו, בעמ' 280-281). "קניית" סיכון זו עשויה למצוא ביטוי גם במחיר העסקה, אשר – כבמקרה דנא – עשוי להיות נמוך עשרות מונים מן המחיר המקורי בו נרכש הממכר על-ידי המוכר.

נעיר, כי סעיף 22 לחוק המכר, תשכ"ח-1968, שעניינו "העברת הסיכון", עוסק מפורשות בשאלת זהות הנושא בנטל הסיכונים בחוזי מכר, ואף עליו, בהיותו

דיספוזיטיבי, ניתן להתנות (ראו: איל זמיר ותמי כץ-קריכלי "השפעת הפקעה מאוחרת על מכר מקרקעין: סיכול, פירוש או העברת הסיכון? (בשולי ע"א 5628/99 מרקין נ' משה)" משפטים לה 331 (תשס"ה), להלן: זמיר וכץ-קריכלי)). יצוין, כי שאלת חלותו של הסעיף לא הועלתה בפנינו, וממילא, כפי שיבואר, נטלה על עצמה המערערת את הסיכון החוזי.

16. דוקטרינה זו, המכירה באפשרות לפיה נטילת הסיכון להתרחשותה של טעות שוללת מהמתקשרים בחוזה את תחולת דיני הטעות ושוללת מהם את ברירת ביטולו, מוכרת גם בשיטות משפט נוספות. כך למשל קובע הדין האנגלי. Chitty On) Chitty (sec. 5-015) 378 (2004) 29th ed. (H.G. Beale ed., London, 29th ed. (2004) 378 (sec. 5-015) ; Contracts (vol. 1) (H.G. Beale ed., London, 29th ed. (2004) 378 (sec. 5-015) ; להלן: Chitty), מציין כי:

"The question of the effect of mutual mistake in the law of contract is basically one of the allocation of risk as to the facts being as assumed ... Thus it has been said that one must first determine whether the contract itself, by express or implied condition ... or otherwise, provides who bears the risk of the relevant mistake. Only if the contract is silent on the point is there scope for invoking the doctrine of mistake".

הדוקטרינה אומצה אף בדין הקנדי – ראו פסק דינו של בית המשפט לערעורים של אונטריו *Miller Paving Limited v. B. Gottardo Construction Ltd.* 2007 ONCA 422 (CanLII); ובשינויים מסוימים בדין האוסטרלי – ראו Sharon A. Christensen & William D. Duncan, *Unlocking risk allocation and equitable conversion: reform of the passing of risk in the sale of land*, 2(1) Property Law Review 3 ((2012).

בית המשפט לערעורים באנגליה (Court of Appeal of England and Wales) דן בדוקטרינת חלוקת הסיכונים בפרשת *Amalgamated Investment and Property Co Ltd v John Walker & Sons Ltd* [1977] 1 WLR 164 (להלן: פרשת *Amalgamated Investment*), שנסיוותיה דומות דמיון רב לנסיבות המקרה דנא. המקרה שנדון שם עניינו במכר, תמורת 1,710,000 לירות סטרלינג, של מבנה, אשר נמכר ליזם שהתכוון להקים במקומו בית-דירות. כוונת הקונה היתה ידועה למוכר. במסגרת ההסכם צוין, כי הקונה יערוך את כל החקירות והדרישות הרלבנטיות. עם זאת, המוכר ציין שלא ידוע לו על מניעה להרוס את המבנה הקיים ולהקים על המקרקעין מבנה חדש, וכי המבנה,

למיטב ידיעתו, אינו מיועד לשימור. מספר חודשים לפני כריתת ההסכם החלה עובדת של הרשויות הרלבנטיות בעריכת סקר של האזור לשם שקילת הכללת מבנים ברשימת מבנים המיועדים לשימור. כחודש לפני שנחתם החוזה, הועברה הרשימה לממונה על הנושא והמבנה נשוא ההסכם הוכנס לרשימת הבניינים המועמדים להכרזה כמבנים המיועדים לשימור. מספר ימים לאחר מכן העבירה הממונה את הרשימה לאישור סופי של הרשות המוסמכת. איש מהצדדים לחוזה לא היה מודע לכך. החוזה נחתם ביום 25 בספטמבר 1973, יום למחרת נשלחה למוכר הודעה כי המבנה נקבע כמיועד לשימור, ויום לאחר מכן, ב-27 בספטמבר, הוא הוכרז רשמית ככזה. משמעות הדבר היתה, כי לא ניתן יהיה להקים בית-דירות במקום וערכו של הנכס צנח לכ-200,000 לירות סטרלינג בלבד. המוכר תבע את ביטול החוזה בעילה של קיום טעות משותפת. נקבע, ולכך נשוב להלן, כי מדובר בטעות עתידית. בנוסף נקבע, ולכך חשיבות בשלב זה של הדיון, כי אף שאכן שני הצדדים טעו בהערכת המציאות ומדובר ב"טעות הדדית", הרי שהקונה נטל על עצמו את הסיכון החוזי, ומשכך, שוב לא קמה לו עילת ביטול בשל טעות או סיכול. יוער, כי מקרה זה היה אף פחות מובהק מן המקרה דנא, שכן בית המשפט שם למד על נטילת הסיכון מקיומו של סיכון אינהרנטי הטבוע בכל עסקת מקרקעין, לפיו יתכן שהרשויות יחליטו לשנות את המצב התכנוני או את הייעוד של המקרקעין. כיוון שבמקרה דנא, כפי שיפורט להלן, נטילת הסיכון החוזי נלמדת במפורש מסעיפי החוזה עצמו, איני נדרש לשאלה כלום יש לילך בדרכו של בית המשפט האנגלי לערעורים ולקבוע, כי הסיכון בדבר שינוי במצב התכנוני הוא סיכון אינהרנטי בהסכמים מהסוג הנדון, אשר, אלא אם הוסכם במפורש אחרת, נושא הקונה על שכמו, ואשאירה בצריך עיון.

17. כמפורט בפרשת שלזינגר, בדין האמריקאי הוראות דומות. הדין האמריקאי קובע, כי אם צד לחוזה נטל על עצמו את הסיכון להתרחשותה של טעות, אזי במקרה של התרחשותה נשללת ממנו האפשרות לביטולו של החוזה (שם, בעמ' 841; כן ראו פרשת חבר, בפסקה 42). סעיף 154 ל-Restatement (Second) of Contracts מגדיר מתי צד להסכם נוטל על עצמו "סיכון":

"A party bears the risk of a mistake when:

- (a) the risk is allocated to him by 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".

בפרשת שלזינגר מציין בית המשפט, כי "השאלה באילו נסיבות יפורש חוזה כמניח נטילת סיכון על הצד הטועה, נבחנת על-פי עקרונות כלליים של פרשנות דיני החוזים באשר להגדרת מהותן והיקפן של הזכויות והחובות החוזיות של הצדדים, ובכלל זה עקרונות תום-הלב" (שס, בעמ' 841).

בפרשת *Lenawee County Board of Health v. William* (*Lenawee County* H. Messerly, 331 N.W.2nd 203 (Mich. 1982); להלן: פרשת *Lenawee County*) שבה עוד ידובר, דן בית המשפט העליון של מדינת מישיגן במקרה בו נכרת בין הצדדים חוזה במסגרתו הרוכש הסכים לרכישת חלקת קרקע "כפי שהיא" - "as is" - במטרה להקים עליה מבנה להשכרה למגורים. משבא להקים את המבנה הסתבר, כי לא ניתן לעשות כן בשל כשל שאינו ניתן לתיקון במערכת הביוב. הקונה טען, כי מתקיימת טעות הדדית המקנה לו זכות ביטול, זאת משום ששני הצדדים סברו שיוכל להקים מבנה להשכרה למגורים על הקרקע, ורק משום כך נקשרו בחוזה. בית המשפט העליון של מדינת מישיגן קבע, כי אכן התקיימה טעות הדדית, ואולם, בהסכימו לרכוש את המקרקעין "כפי שהם" (as is), נטל על עצמו הרוכש את הסיכון לטעות חוזית, ובהתאם לסעיף 154 הנ"ל, ויתר על טענת הטעות ושוב לא עומדת לו זכות השימוש בברירת ביטול החוזה.

18. ומן הכלל אל הפרט – בשאלה כלום במקרה זה נטלה על עצמה המערערת את הסיכון החוזי לפיו עשויה להתרחש טעות ומשכך שוב לא עומדת לה זכות שימוש בברירת ביטול החוזה, דעתי כדעת בית המשפט המחוזי. בטרם אפרט נימוקיי אקדים ואציין, כי מסכים אני עם בית המשפט המחוזי שממילא במקרה דנא אין מדובר בטעות כלל, הואיל ומדובר ב"טעות עתידית" שאינה בכלל "טעות" בדיני החוזים, כפי שיבואר בהמשך. משכך, הדיון בשאלה הוא בגדרי למעלה מן הצורך.

19. נטילת הסיכון החוזי על-ידי המערערת עולה במפורש מן האמור בהסכם. שתי אינדיקציות מרכזיות לכך: הראשונה, המערערת קיבלה על עצמה את תשלומי היטל

ההשבחה; השניה, והיא העיקרית, המערערת רכשה את המקרקעין "כפי שהם" (as is) וויתרה על כל טעם מום או פגם.

20. המערערת קיבלה על עצמה את תשלומי היטל ההשבחה – בסעיף 13.3 להסכם נכתב "היטל השבחה בגין תוכניות שאושרו או יאושרו למתן תוקף לאחר יום חתימת הקונה על הסכם זה יחול על הקונה וישולם על ידיו" (ההדגשה הוספה, צ.ז.). מילותיו של סעיף זה מראות בבירור, כי המערערת נטלה על עצמה את הסיכוי – וממילא את הסיכון – כי התכנית תשונה. משכך, יש לקבוע כי משהתממשה ה"טעות" של חוסר יכולת לממש את התכנית (ויוער, כי מדובר בחוסר יכולת לעת עתה) – אף אם לא לפי התרחיש המקווה של "השבחה", קרי שיפור בתכנית – הרי שלא עומדת לה האפשרות לבקש את ביטול ההסכם.

21. המערערת רכשה את הממכר "במצבו כפי שהוא (as is)" (סעיף 5.3 להסכם). עולה השאלה, מה משמעות הביטוי "as is"? האם, כטענת המשיבים, מדובר בסעיף ויתור (disclaimer) על כל טענת טעות או פגם בכריתה, או שמע, כטענת המערערת, הסעיף מצהיר שאין מצגים לעסקה, ועל כן ויתורו של הקונה אינו אבסולוטי אלא מוגבל להיקף הבדיקה שניתן היה לבצע עובר לחתימה על ההסכם? סבורני, כי בעניין זה הצדק עם המשיבים.

פרידמן וכהן מציינים, כי "מקום שצד ער לכך שאין לו ידיעה לגבי נתון מסוים בעל חשיבות או שידיעתו היא בלתי מושלמת, והוא מחליט בכל זאת לכרות את החוזה, אין הוא זכאי להעלות טענת טעות בקשר לנתון זה, שכן הוא נטל על עצמו את הסיכון לגביו" (שם, בעמ' 741). השימוש בסעיף שעניינו רכישת ממכר "כפי שהוא", מקובל במיוחד בעסקאות בהן אין לצד המוכר יתרון מובהק על הצד הרוכש. הרעיון בבסיס השימוש בסעיף הוא, כי חרף אי הוודאות המודעת של הקונה, הרי שהוא מקבל על עצמו את קניית הממכר במצבו כפי שהוא – על כל מעלותיו ומגרעותיו הנסתרות. המילון המשפטי של Mellinkoff (Mellinkoff's Dictionary of American Legal Usage) מגדיר את הערך "as is" כך: (1992)

"... [C]ommonly used in sales, especially of second-hand or bargained-priced personal property, to limit the buyer's expectations and the seller's liability"

הגדרה דומה מצויה גם במילון Black's Law Dictionary (7th ed.,) Black (1999). בפרשת *Lenawee County* האמורה מציין בית המשפט, כי:

"[T]here was indeed some agreed allocation of the risk to the vendees by the incorporation of an "as is" clause into the contract... *That is a persuasive indication that the parties considered that, as between them, such risk as related to the "present condition" of the property should lie with the purchaser.* If the "as is" clause is to have any meaning at all, it must be interpreted to refer to those defects which were unknown at the time that the contract was executed. Thus, the parties themselves assigned the risk of loss to [the defendants]" (ההדגשה הוספה, ז.ז.).

באופן דומה פסק בית המשפט לערעורים של פרובינציית ססקצ'וואן בקנדה בפסק הדין *MacLeod v. Ens* 135 DLR 3d 365 at 367,) *MacLeod v. Ens* (Sack CA). אם נקבל את טענת המערערת, לפיה שיעור הווייתור מוגבל רק להיקף הבדיקה שנתן היה לבצע, נמצאנו – כפי שמציין בצדק בית המשפט העליון של מדינת מישיגן – מרוקנים את הסעיף מתוכן, ונמצאנו קובעים שאין זה משנה מה יסכימו ביניהם הצדדים, הסיכון לפגם שלא יכול היה הקונה לבדוק לפני הרכישה מוטל תמיד על המוכר, והרי כל מטרת הסעיף היא לגבור על טענה כגון דא. משכך, יש לידי לקבוע כי משמעות הסעיף היה שהמערערת נטלה על עצמה את מלוא הסיכון החוזי.

22. יש להדגיש אף את האמור בסעיף 5.5 להסכם, לפיו "ידוע לקונה שהממכר נמכר באמצעות הנאמנים והכונס, וכי המידע הקיים ברשותם לגבי הממכר יכול שאיננו מלא ו/או מדויק", ממנו נלמד, כי המערערת, שידעה כי ישנה אפשרות ממשית שקיים מידע לו אינה מודעת, לקחה על עצמה את הסיכון לקיומו. נוסף על כך סעיף 5.6 להסכם, הקובע כי המערערת מוותרת "באופן סופי ובלתי חוזר על כל תביעה או טענה ... בגין או בקשר עם כל עניין הקשור להסכם זה, להליכי המכירה ולמו"מ שקדם להסכם, לממכר ולמקרקעין, וכן על כל טענת מום, פגם או אי-התאמה (לרבות מום ופגם נסתרים). להוראה זו תינתן המשמעות המרחיבה ביותר האפשרית". המערערת קיבלה על עצמה את האפשרות שבמקרקעין יתגלו פגם או אי-התאמה. יסודו של הממכר (לטענתה) הוא האפשרות לממש את התכנית, והנה בסעיפים הנ"ל היא מוותרת על כל טענותיה ביחס למידע שאינה יודעת אודות הממכר, לפגם בו או לאי-התאמה גלויה או נסתרת שלו. אין להלום את טענתה לפיה הדברים הוגבלו רק לכדי אותם פגמים אשר היתה יכולה לבדוק טרם הרכישה. לא למותר לציין גם, כי ל"קניית"

הסיכון החוזי על-ידי המערערת נתלוותה, כאמור, תמורה בדמות מחיר נמוך משמעותית מן המחיר בו רכשה נידר את המקרקעין.

23. במאמר מוסגר יצוין, כי, כפי שקבע בית המשפט בפרשת שלזינגר:

”עשויים להתקיים מצבים חריגים שבהם בית-המשפט עשוי להתערב בהסדר חלוקת סיכונים שנעשה בין צדדים לחוזה כדי להחזיר את האיזון ביחסי הצדדים מקום שאיזון זה התערער בשל התרחשות אירועים שמעבר לסיכונים שהצדדים נטלו על עצמם ואשר מביאה להתמוטטות המערך החוזי” (שם, בעמ' 843).

ואולם, כפי שמציין שם בית המשפט, התערבות זו שמורה למקרים חריגים ויוצאי דופן בלבד, המתאפיינים בכך שהם חורגים מהנחת היסוד של הצדדים (שם, בעמ' 843; וראו גם: ע"א 719/89 מחצבות חיפה בע"מ נ' חנ-רון בע"מ, פ"ד מו(3) 305, 314 (1992); ע"א 2495/95 בן לולו נ' אטראש, פ"ד נא(1) 577, 602 (1997)).

טעות לגבי העתיד – מתי דבר מה ייחשב כ"קיים" בעולם החוזי?

24. כאמור, בפרשת שלזינגר הגדיר בית המשפט את הטעות החוזית כ"הערכה שגויה של מציאות הדברים האמיתית" (שם, בעמ' 840. ההדגשה הוספה, צ.ז.), היינו מצב של פער בין המציאות כפי שהיא קיימת בתודעת הצדדים לחוזה לבין מציאות הדברים כפי שהיא (פרידמן וכהן, בעמ' 668). ככל שמדובר בטעות בעובדה, השאלה היא מהי "מציאות הדברים האמיתית" מבחינת תודעתם של הצדדים לחוזה (בעולם החוזי): האם היא בהכרח זהה למציאות שבעולם הפיסי, ואם לא – מה היחס הנכון בינה לבין המציאות שבעולם הפיסי, במצבים בהם קיים פער בין שני רבדי המציאות הנדונים. כמו כן עלינו לשאול מהו אותו רגע של היווצרות, שקודם לו דבר-מה היה בחינת "אין חוזי" ועתה הוא בחינת "קיים חוזי".

25. לשאלות אלו משמעות רבה לענייננו, שכן המערערת טוענת – ועל כך נראה שאין חולק – כי לו ידעה שמתקיימת חקירה משטרתית בגין הפרשה, לא היתה מתקשרת בהסכם. על-פי טענה זו, די בעצם קיום החקירה כדי שלא תתקשר בהסכם, עוד בטרם התבררו השלכותיה של החקירה על היכולת לממש את התוכנית או על ערכו של הנכס וכו'. אין חולק גם על כך שהחקירה נעשתה גלויה רק לאחר מועד כריתת ההסכם, אך החלה, כתהליך סמוי מעיני המתקשרים (סמוי בפועל, אך גם בכוח, שכן הם לא היו יכולים לדעת עליו), עוד לפניו. השאלה היא, אם כן, האם תהליך סמוי

"קיים" בעולם החוזי (היינו הוא חלק מ"מציאות הדברים כפי שהיא") מרגע שאותו תהליך החל בפועל בעולם הפיסי, או שמא מועד הפיכתו ל"קיים" בעולם החוזי הוא המועד בו הפך לגלוי בפועל או בכוח (אין חולק שהתהליך קיים בעולם הפיסי מרגע שהחל, אך, כאמור, לענייננו חשיבות רק להתקיימותו בעולם החוזי). חשיבות העניין היא בכך שככל שיקבע שרגע ההפיכה מ"אין חוזי" ל"קיים חוזי" הוא הרגע שבו נעשתה החקירה לגלויה, הרי שמדובר בהתרחשות מאוחרת לכריתת החוזה, שאינה בגדר "טעות". זאת, כיוון שהדין קובע, כי אירועים עתידיים והתפתחויות מאוחרות בלתי צפויות שלא היו קיימים בעת הכריתה אינם חלק מדיני הטעות (ע"א 9344/04 אנגל נ' עידן מערכות כבלים ישראל בע"מ (10.9.2006), פסקה 9 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור; שלו, בעמ' 279; פרידמן וכהן, בעמ' 728).

26. טענת המערערת היא למעשה, כי יש חפיפה בין ה"קיים הפיסי" ל"קיים החוזי". לדירה, מועד תחילת החקירה הסמויה הוא המועד בו החלה המציאות, הן הפיסית והן החוזית, של חקירת משטרה בגין הפרשה. לרוב, אכן כך הם פני הדברים, אך זה אינו יכול להיות הכלל. אם נקבע, כי תמיד קיימת חפיפה בין המציאות הפיסית לבין המציאות החוזית כפי שהיא מוצאת ביטוי בתודעת הצדדים, נגיע למצב בו לעולם לא תושג ודאות חוזית. זאת, מפני שאז טענת הטעות תוכל להשתרע אחורה וקדימה בזמן עד אין קץ. לא תהיה לדברים ראשית: אם החקירה הסמויה היתה נפתחת לאחר מועד הכריתה, יכולה היתה המערערת לטעון שלא היתה מתקשרת לו ידעה שפליליות לכאורה נקשרה כבר בשלב הליכי אישור התכנית שהתרחשו בשלב שלפני כריתת ההסכם, וכך הלאה אחורה ואחורה. לא תהיה לדברים אחרית: כך, מה היה קורה לו החקירה היתה ממשיכה להתנהל כסמויה משך שנתיים נוספות, במהלכן מסיבות שונות לא החלה המערערת במימוש התכנית, ואז, כעבור שנתיים, היה מתפרסם דבר החקירה – גם במצב כזה, לשיטתה, יכולה היתה היא לטעון לטעות.

דוגמא טובה הממחישה זאת, היא מקרה בו ראובן רכש משמעון קרקע. שני הצדדים לא ידעו ולא יכולים היו לדעת, כי מתחת לפני השטח רוחשת פעילות געשית. כעבור זמן, לאחר כריתת החוזה, מתרחשת התפרצות געשית וראובן אינו יכול עוד להשתמש בקרקע. נניח, כי התהליך הגעשי היה קיים במציאות הפיסית עוד לפני כריתת החוזה. אם נשיק בין הקיים הפיסי ל"קיים החוזי", נמצאנו אומרים שלראובן זכות ביטול, שכן התהליך הגעשי החל בטרם הכריתה. זכות זו, אליבא דשיטת המערערת, אף שמורה עימו עד סוף כל הדורות. או, בדוגמא נוספת, האם נאמר, כי התייעצויות של הקבינט בדבר יציאה למבצע צבאי משנה פני מציאות – הנערכת בין יודעי ח"ן בלבד, גם היא בגדר "הליך סמוי", אשר אם יבשיל יקים לכל מי שחתם חוזה במהלך ימי

ההתייעצות, ובעקבות המבצע הצבאי יוכל להראות כי אילו ידע על ההתייעצות לא היה נקשר בחוזה, זכות לדרוש ביטול? הוא הדין בכל הנוגע להתייעצות כמוסה בשאלת הורדת הריבית במשק, או פיחות בשער המטבע. והדוגמאות ככוכבי השמים לרוב. עבור נסיבות והתרחשויות בלתי צפויות שהתרגשו ובאו לעולם לאחר שנכרת ההסכם נוצרו דיני הסיכול, והללו ידונו להלן. זמיר וכץ-קרכילי מציינים, כי:

”פתיחת פתח לקונה, שנים אחרי קבלת המקרקעין, לתבוע את השבת כספו מחמת הפקעה מלאה או חלקית של המקרקעין, אינה עולה בקנה אחד עם הציפיות הטיפוסיות והסבירות של הצדדים, אינה הוגנת ואינה משרתת יעדי יעילות כלשהם”. (שם, בעמ' 344).

לא רק גרדי ההיגיון הבריא – יועץ רצוי תמיד – מכתיבים, כי אין לקבוע השקה בין המציאות החוזית לבין המציאות הפיסית. גם הצורך ביציבות ובוודאות חוזית מכתיבים זאת, ובטחון וודאות הם מנשמת אפה של ההתקשרות החוזית.

27. מששללנו השקה הכרחית בין קיים פיסית לבין “קיים חוזי”, חוזרת קושיה לדוכתא – מהו אותו רגע בו “אין חוזי” (גם אם הוא “קיים” פיסית) הופך להיות “קיים חוזי”? לדידי, יש לקבוע כי אותו רגע הוא המועד בו ה“אין” הפך להיות גלוי לעיני המתקשר הסביר, בין אם בפועל ובין אם בכוח (כלומר, שהמתקשר הסביר היה יכול לגלותו).

כך, בדוגמאות שמנינו – הרגע בו הפעילות הגעשית נודעה בקרב הציבור או שלציבור היתה אפשרות סבירה לעמוד על קיומה; או הרגע בו קיום דיוני הקבינט בנוגע למבצע הצבאי פורסמו (ולא רק ליודעי ח“ן); או המועד בו קיום התייעצויות הבנק המרכזי בנוגע לשאלות הנ”ל הודעו (ולא רק לכלכלני הבנק המצויים בסוד ההיוועצות) – הם המועד בו המתקשר הסביר היה יכול לדעת על קיומה של הנסיבה, ומועד זה הוא “המועד הקובע” בו ה“אין החוזי” הופך ל“קיים חוזי”, היינו הוא הופך להיות מציאות הדברים כפי שהם לצורך דיני הטעות.

בחזרה לדוגמת הפעילות הגעשית – אם ביום ראשון בשבוע נודע דבר הפעילות הגעשית (כך שמתקשר סביר יכול היה לדעת אודותיה) אך ביום חמישי שלאחריו, עת כרתו את החוזה, דימו ראובן ושמעון את המציאות ככזו בה הקרקע היא קרקע “יציבה”, הרי שבמצב דברים כזה ניתן לטעון לטעות משותפת.

28. כך הכריע בית המשפט האנגלי לערעורים בפרשת *Amalgamated Investment* שהוזכרה לעיל. בית המשפט פסק שם, כי "המועד הקובע" של ההחלטה להפוך את המבנה למבנה לשימור אינו כאשר הסוקרת סקרה את השכונה בה היה המבנה ממוקם, אף לא המועד בו העבירה לממונה עליה את רשימת המבנים המועמדים על מנת שתאשרה, ואף לא המועד בו הממונה העבירה לאחראי את הרשימה על-מנת שיאשרה סופית – כל אלה הליכים "סמויים" הידועים רק לנוגעים בדבר - אלא המועד בו נחתמה ההחלטה על-ידי האחראי. מאותו רגע, למעשה, מתקשר סביר יכול היה לדעת אודותיה, ורק מאותו רגע היתה יכולה להתרחש "טעות". כך לדברי השופט Buckley (שם), בעמ' 515-516; ההדגשה והסוגריים הוספו, צ.ז.):

"It seems to me that it is no more justifiable to point to [the date the building was short-listed by the civil servant who received the initial list from the survey investigator] as being the crucial date than it is to point to other earlier dates or later dates. The crucial date, in my judgment, is the date when the list was signed. It was then that the building became a listed building, and *it was only then that the expectations of the parties ... were disappointed*".

השופט Buckley (שם), בעמ' 514) אף מצטט בהסכמה את דברי השופט בערכאה הדיונית אשר קבע, כי:

"In my judgment, however, the issue of mistake does not arise. The relevant event, in my opinion, was the actual listing of the warehouse and not some preliminary step in the process of listing taken within the four walls of the Department, which might or might not result in executive action, although no doubt it probably would".

לדברים ברורים אלה הוסיף השופט סר Pennycuick, בחוות דעתו את הדברים הבאים (שם), בעמ' 519; הסוגריים הוספו, צ.ז.):

"It is certainly true that knowledge that the listing of the property was under consideration in the office concerned would vitally affect the minds of the parties negotiating the purchase of the property. There is no need to stop at Miss Price [the civil servant who received the initial list from

the survey investigators]. One can go back to the field officer and perhaps beyond her..."

הנה כי כן, אף בית המשפט האנגלי לערעורים מדגיש, כי ככל שתתקבל הטענה כי תהליכים נסתרים שהחלו טרם מועד הכריתה ונודעו רק לאחריה יוכלו לשמש כעילת טעות, לא יהא לדברים סוף. לדידו, המועד בו מתחיל ה"קיים החוזי" הוא המועד בו ההחלטה אושרה (וממילא – נודעה למתקשר הסביר, או היתה יכולה להיות ידועה לו).

29. ומן הכלל, אל הפרט. במקרה דנא הרגע בו המתקשר הסביר יכול היה לדעת כי מתקיימת חקירת משטרה, הוא-הוא הרגע בו החקירה הפכה להיות "קיים חוזי". עד אותו מועד "מציאות הדברים כפי שהם" היתה מציאות בה אין מתקיימת הנסיבה של חקירת המשטרה (בעולם החוזי), ממנו ואילך – כן. אותו רגע הוא המועד בו בחרה המשטרה לחשוף את דבר קיומה של החקירה הסמויה. משכך, יש לדידי לקבוע, כי אין מדובר במקרה דנא ב"טעות" ומדובר, בהתרחשות מאוחרת למועד הכריתה.

סעיף 14(ב) לחוק החוזים – שיקולי צדק

30. כאמור, סעיף 14(ב) לחוק החוזים אשר הוא הרלבנטי לענייננו, קובע: "רשאי בית המשפט, על פי בקשת הצד שטעה, לבטל את החוזה, אם ראה שמן הצדק לעשות זאת". זכות הביטול, כפי שמורנו הסעיף, אינה זכות ביטול אוטונומית של הצד שהתקשר בחוזה בטעות, אלא נתונה לשיקול דעת בית המשפט אשר רשאי להורות על ביטול החוזה אם "ראה שמן הצדק" לעשות כן. בהקשר זה קבע בית המשפט המחוזי, כי אין מקום לביטול ההסכם. זאת משום שהיקפה של ה"טעות" טרם ידוע; כיוון שהמערערת תהיה זכאית לפיצויים לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה, ככל שהתכנית תשונה בפועל; כי המערערת נטלה על עצמה את הסיכון החוזי; וכי הנזק שיגרם למשיבים ולנושיה של נידר גדול באופן ניכר מנזקה של המערערת. הודגש, כי הסכם אשר נכרת עם בעלי תפקיד מטעם בית המשפט דורש וודאות ובטחון מוגברים עוד יותר מהרגיל, וכי על כן נטיית בית המשפט להורות על ביטולו שמורה למקרים חריגים ונדירים, שאין המקרה דנן בא בגדרם.

31. הטעם לכך שזכות הביטול במקרה של טעות משותפת אינה אוטונומית אלא נתונה לשיקול דעת בית המשפט אשר רשאי להורות על הביטול במקרים בהם ראה שמן הצדק לעשות כן הוא, כי בהתנהגותו של הצד שאינו חפץ בביטול ההסכם לא נפל כל פגם (פרשת שלזינגר, בעמ' 830). על כן, בפוסקו בשאלה כלום יש מקום לבטל את

החוזה, על בית-המשפט לחתור למציאת האיזון הראוי בין האינטרסים של הצדדים. השיקולים אותם, בין היתר, ישקול בית המשפט בהקשר זה הם: מהות העסקה, הנסיבות האופפות אותה, האינטרסים של בעלי הדין, התוצאות האפשריות עבור כל אחד מהם, וכן התנהגותם לפני כריתת החוזה ולאחריה (בג"ץ 221/86 כנפי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מא(1) 469, 482-483 (1987); פרשת שלזינגר, בעמ' 830; עניין בייזמן, בפסקה 28 לפסק דינה של השופטת (כתארה אז) מ' נאור, והאסמכתאות שם; פרידמן וכהן מציעים, כי ה"טעות" הנדונה צריכה להיות "טעות חמורה ביותר (לפי מבחן אובייקטיבי)" (שם, בעמ' 674, וכן ראו בעמ' 719-717)).

32. סבורני, כי במקרה זה שיקולי הצדק מטים את הכף בבירור לטובת המשיבים. נראה כי, בהתנהגות שני הצדדים, לפני כריתת ההסכם לא נפל דופי, ואין חולק כי שניהם פעלו בדרך מקובלת ובתום לב בהתנהלותם הטרומית. לא למותר לציין, כי ההסכם נכרת על ידי נושאי תפקיד מטעם בית המשפט, נוהל הליך התמחרות, וההסכם שגובש לבסוף אושר על-ידי בית המשפט טרם נכרת. כמו בית המשפט המחוזי, גם מעיני לא נעלמה העובדה, כי כיום מפסידה המערערת כמיליון ש"ח מדי רבעון בשל היעדר האפשרות להתחיל בביצוע התכנית, שלא בטובתה. נתון זה אינו נתון של מה בכך, ועליו נוסף הנתון של ההון הרב ששילמה המערערת תמורת המקרקעין עליהם איוותה לממש את התכנית (140,000,000 ש"ח). מול נתונים בעלי משקל אלה עומדים התנהלותה של המערערת לאחר שנודעה הפרשה והאינטרסים והנזקים של המשיבים, אשר לדידי קשים הם מהללו של המערערת. משכך, נוטה הכף לטובת המשיבים.

(א) ה"טעות" לשיטת המערערת היא אמנם עצם קיום החקירה, אך למעשה תוצאתה האופרטיבית היא הגורם הבעייתי, היא ה"פגם" לשיטתה. היינו, כפי שיידון, ככל שחרף החקירה היה מתאפשר לממש את התכנית, לא נראה שהיתה המערערת טוענת לטעות. במצב הדברים כיום אמנם התכנית מוקפאת, ובהחלט יתכן שבעתיד היא תשונה, עם זאת, התכנית כרגע עדיין בתוקף וישנו סיכוי מסוים שבעתיד תמומש במלואה, כך שהיקף נזקה של המערערת אינו ברור כל צורכו. ואם תמצי לומר, כי נזקה הוא כמלוא הסכום שכן בעתיד תבוטל התכנית כליל. הרי שכפי שציין בית המשפט המחוזי, על פני הדברים הנתיב לפי סעיף 197 לחוק התכנון והבניה פתוח בפניה.

(ב) לכך יש להוסיף את התנהלות המערערת לאחר חשיפת הפרשה. בבקשה הראשונה, נזכיר, המערערת לא העלתה טענת טעות. טענה זו עלתה רק לאחר זמן, ומשהתברר לה שהתכנית מוקפאת. המערערת, אם כן, לא מיהרה להעלות את טענת הטעות ושמרה אותה עימה לעת מצוא. כבר נפסק כי:

"על מבקש הביטול לפנות לבית המשפט תוך זמן סביר מאז עמד על הטעות היוצרת עילת ביטול; לא עשה כן, ישמש עניין זה שיקול בין שיקולי בית המשפט, אם צודק הוא לבטל את החוזה" (ע"א 406/82 נחמני נ' גלאור, פ"ד מא(1) 494, 502 (1987), להלן: פרשת נחמני; וראו גם: פרידמן וכהן, בעמ' 719; שלו בעמ' 290).

"שמירת" טענת הטעות לשעת הצורך והעלאתה רק לאחר שהתברר שתוצאת ההסכם אינה נוחה עבור המערערת מהווה שיקול נוסף לקבוע, כי המאזניים נוטות לטובת המשיבים.

(ג) נזקה של המערערת רב הוא, כאמור, ואיני מקל בו ראש. עם זאת עלינו לזכור, כי המחיר ששילמה המערערת נמוך בכ-40,000,000 ש"ח, שהם כ-22 אחוזים מן המחיר אותו שילמה במקור נידר, והוא "מאזן" במידת מה את נזקיה הנוכחיים. זאת ועוד, הנזק שיגרם למשיבים ולנושי נידר הוא רב ביותר – ביטול ההסכם משמעו הוצאות כספיות ניכרות שתושטנה על קופת הנושים וניהול הליך התמחרות חדש הכרוך במשאבים רבים.

(ד) באשר למידת ההסתמכות של הצדדים, אין לכחד כי המערערת הסתמכה על כך שתוכל לממש את התכנית. עם זאת, יש לציין כי המערערת רכשה את המקרקעין תוך שהיא נוטלת על עצמה את הסיכונים החוזיים, מוותרת על כל טענת פגם גלוי או נסתר, ורוכשת אותם במצבם "כפי שהם" (as is). אפילו לפי פרשנותה שלה לסעיפים הנ"ל (שנדחתה כאמור) יש בכך כדי להעיד שהסתמכותה לא היתה מלאה. המשיבים – ונושי נידר עבורם הם פעלו, הסתמכו – ובצדק – על כך שהסכם זה מגביל את אחריותם לטעויות ולטענות פגם שונות. יודגש, כי בחוזה שנכרת על-ידי בעל תפקיד מטעם בית המשפט אינטרס ההסתמכות של המוכרים ושל נושי החברה ביחס לסופיות המכר רב ביותר.

33. נסכם אפוא. מצב הדברים הוא כזה: נזקה של המערערת עודנו בלתי ודאי, והאפשרות כי תפוצה בגינו על-ידי הרשויות המתאימות קיימת; התנהלותה ביחס למועד העלאת טענת הטעות בעייתית; המערערת קנתה את המקרקעין בשווי מופחת ממחירם המקורי; למשיבים, אשר פעלו בתום לב לאורך כל הדרך אינטרס הסתמכות מוגבר, ויגרם להם ולנושי נידר נזק רב כתוצאה מביטול החוזה; והמערערת גילתה דעתה, כי הסתמכותה אינה מלאה. בפרשת נחמני מציין בית המשפט, כי:

"בית המשפט יפעיל את שיקול-דעתו לאחר שיבחן את כל נסיבות המקרה, והוא מצווה לבחון שיקולים של 'צדק' מבחינת איזון האינטרסים של כל הצדדים. על הטועה לשכנע את בית המשפט, כי הביטול מוצדק, משום שאחרת ייגרמו לו עוול ונזק גדול לאין שיעור מאשר לצד שכנגד" (שס, בעמ' 501).

(וראו גם: ע"א 690/88 רובין נ' רובין, פ"ד מד(3) 459, 463 (1990); שלו, בעמ' 289). "נטל" זה לא הרימה המערערת. התנהלותה כמו גם נזקה אינם כאלה אשר מאפשרים לקבוע, כי יהיה זה צודק להורות על ביטול החוזה, ובדין קבע בית המשפט המחוזי ששיקולי הצדק נוטים לטובת המשיבים. בטרם חתימה נשוב ונזכיר, כי דיון זה אף הוא נערך "לשם שמיים" ובגדרי למעלה מן הצורך, שכן כבר קבענו שממילא אין חלה במקרה זה טעות.

סיכול

34. טענה אחרונה שהעלתה המערערת, היא כי במקרה דנא חלים דיני הסיכול. דיני הסיכול מוסדרים בסעיף 18 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970, המורה לאמור:

18(א) היתה הפרת החוזה תוצאה מנסיבות שהמפר, בעת כריתת החוזה, לא ידע ולא היה עליו לדעת עליהן או שלא ראה ושלא היה עליו לראותן מראש, ולא יכול היה למנען, וקיום החוזה באותן נסיבות הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי ממה שהוסכם עליו בין הצדדים, לא תהיה ההפרה עילה לאכיפת החוזה שהופר או לפיצויים.

טענת הסיכול, נדגיש, נוגעת לנסיבה אשר בעקבותיה קיומו של החוזה הוא בלתי אפשרי או שונה באופן יסודי מן המוסכם. בנדון דידן, הנסיבה המסכלת היא ההחלטה להקפיא את התכנית ולא לאפשר לעת הזו לממשה. שלושה תנאים נדרשים להכרה בטענת סיכול לפי הוראות הסעיף: האחד - כי בזמן המיועד לביצוע החוזה אפשרות הביצוע שובשה באופן יסודי ואינה אפשרית; השני - מבחן הצפיות, לפיו בעת כריתת החוזה הצד הטוען לסיכול לא ידע ולא היה עליו לדעת (או לראות מראש) על הנסיבות שגרמו לסיכול; והשלישי - אי יכולתו של המפר למנוע את הנסיבות המסכלות

(ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506, 517 (2000); פרידמן וכהן, בעמ' 415; שלו בעמ' 627). נבחן תנאים אלה כסדרם.

35. התנאי הראשון – ביצוע ההתחייבות אינו אפשרי – יתמלא רק אם בזמן המיועד אפשרות הביצוע שובשה לחלוטין. במקרה דנא, כפי שכבר צוין, האפשרות כי המערערת תוכל להקים את התכנית עודנה קיימת. הכרה בטענת סיכול לפי התנאי מותנית בכך שהמניעה היא מניעה של קבע. מניעה זמנית אינה יכולה להביא לכדי התגבשותה של עילת סיכול (פרידמן וכהן, בעמ' 421, אשר גם מציעים כי יתכנו חריגים בהם המניעה נמשכת על פני תקופה בלתי סבירה או כאשר מועדי הביצוע הם מעיקרי החוזה). אין זה המקרה בענייננו. כפי שציין בית המשפט המחוזי, טרם נתקבלה החלטה על שינוי תכנית בניין הערים של המקרקעין, וכשזו תתרחש, אם תתרחש, כלל לא ברור שיגרעו זכויות הבניה של המערערת.

36. באשר לתנאי השני – מבחן הצפיות, השאלה הרלבנטית היא כלום ניתן היה לצפות את התרחשות האירוע המסכל. הגישה הרווחת בפסיקה קבעה, כי כמעט כל אירוע ניתן לצפייה, בחינת "הכל צפוי" (פרידמן וכהן, בעמ' 443; ושלו בעמ', 628-629 סורקים שורה ארוכה של פסקי דין בהם לא הוכרו מאורעות שונים – החל מירידת גשמים שלא בעונתם (ע"א 736/82 כפר חסידים, מושב עובדים דתי בע"מ נ' אברהם, פ"ד לט(2) 490 (1985)), וכלה בגירוש אזרחים ישראלים מאוגנדה כתוצאה מהפיכה שם (ע"א 101/74 חירם לנדאו עבודות עפר כבישים ופתוח בע"מ נ' פיתוח מקורות מים (ארצות חוק) בע"מ, פ"מ ל(3) 661 (1976)) – ככאלה שנקבע כי היו צפויים; וראו גם: זמיר וכץ-קריכלי, בעמ' 348, ושם בה"ש 36). עם זאת, דומה, כי בפסק הדין בעניין רגב (ע"א 6328/97 רגב נ' משרד הביטחון, פ"ד נד(5) 506 (2000), להלן: עניין רגב) נקבע מבחן גמיש יותר המחיל את מבחן הצפיות לא על עצם צפיות האירוע המסכל, אלא על ההשלכות המעשיות של האירוע על מהות היחסים החוזיים (שלו, בעמ' 630; זמיר וכץ-קריכלי בעמ' 351-353; ופרידמן וכהן, בעמ' 445-446 אף מעלים את ההצעה, לפיה יש להחליף את מבחן הצפיות במבחן הסיכון – היינו האם מדובר באירוע הנופל בגדר "מתחם הסיכון" של התחייבותיו של צד להסכם). במקרה דנא, בין אם יוחל המבחן המקובל, או בין אם המבחן המרוכך שנקבע בפרשת רגב, יש לידי לקבוע כי לא התרחש אירוע מסכל.

אפשרויות ניצול של מקרקעין, גם כאלו אשר להם תכנית בניין ערים מאושרת, תלויות בנורמות הנקבעות על-ידי הרשויות הרלבנטיות. נורמות אלה, מטבע הדברים, עשויות להשתנות, ואין כל ערובה שהן תישארנה כפי שהיו ביום הרכישה. כך, שלא

ניתן לסבור כי האפשרות של התרחשות הנסיבה המסכלת של הקפאה (או אף שינוי) של תכנית בניין ערים היא בלתי צפויה ובלתי ניתנת לצפייה (נשוב ונדגיש, כי המחוקק אף יצר מנגנון פיצוי במקרים כגון דא, בהתאם להוראות סעיף 197 לחוק התכנון והבניה). גם בהפעלת המבחן שנקבע בפרשת רגב אין כדי לשנות מן העניין שכן ההשלכות המעשיות של הקפאה או שינוי של תכנית בניין הן – מניה וביה – חוסר יכולת לממש (זמנית) תכנית מסוימת.

37. באשר לתנאי השלישי – אי יכולתו של המפר למנוע את הנסיבות המסכלות, דומה כי אכן לא יכולה היתה המערערת למנוע את ההחלטה שעניינה הקפאת התכנית. עם זאת, משקבענו ששני התנאים הראשונים לא מולאו אין בכך די כדי לקבוע כי במקרה דנא סוכל ההסכם.

38. יוער, כי נוכח האמור איני נדרש לשאלה כלום משלא הופר החוזה (ועל כך אין חולק) היש כלל מקום לדון בדיני הסיכול.

עוד יצוין, בגדרי למעלה מן הדרוש, כי אף אם נאמץ את ההצעה לפיה יש לבחון את הסיטואציה באספקלריה של "מבחן הסיכון" – הרי שבהתאם לניתוחנו שעסק בחלוקת הסיכונים, אין ספק כי המערערת נטלה על עצמה את מלוא הסיכון החוזי במקרה דנא. אף יודגש בהקשר זה, כי למשיבים לא היה יתרון במניעת האירוע, בפזור הנזק או בצפייתו.

39. מן המקובץ עולה, כי אף את טענת הסיכול שהעלתה המערערת אין לקבל.

סוף דבר

40. נוכח האמור, אציע לחברי לדחות את הערעור. עוד אציע, כי המערערת תישא בשכר טרחת עורך הדין של המשיבים 1 ו-2 בסך 20,000 ש"ח, בשכר טרחת עורך הדין של המשיב 3 בסך 20,000 ש"ח ובשכר טרחת עורך דינם של המשיבים 4-6 בסך 10,000 ש"ח.

אני מסכימה לפסק דינו המקיף של חברי השופט זילברטל.

ניסוחו של ההסכם מעיד בצורה ברורה על כך שהסיכון נפל כל כולו על המערערת. תמורת נטילת הסיכון זכתה המערערת במחיר מופחת כמקובל בעסקאות עם כונסים, שבדרך כלל אין להם מידע עודף על זה של הרוכשים. הביטוי "as is" אינו יכול להגן על המטעה, אך בענייננו שני הצדדים היו תמי לב. העברת הסיכון לנושיה של החברה מנוגדת לכוונת הצדדים בהסכם, וגם – כפי שהראה חברי – אינה צודקת.

המשנה לנשיא

השופט א' שהם:

אני מסכים.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק-דינו של השופט צ' זילברטל.

ניתן היום, כ"ה באדר התשע"ג (7.3.13).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

המשנה לנשיא