|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| **בית המשפט העליון** | | |
|  | | |
| העליון: דרישת תום הלב בחוזה מכר מהותית לתוקפו | | 11 פבר 2014 8068-11 |
|  | | |
| **השופט** | 1. א' רובינשטיין 2. ח' מלצר 3. נ' סולברג | |
|  | | |
| **התובע** | 1. אורי עיני 2. אורלי עיני  ע"י עו"ד בנימין טמיר עו"ד גיא חייק | |
|  | | |
|  | **- נגד -** |  |
|  | | |
| **הנתבע** | 1. חן שיפריס 2. אורה שיפריס 3. דוד שמש 4. עמנואל זלצמן  ע"י עו"ד אוהד ציטרום עו"ד לוטן טייטלר עו"ד אמנון עמיקם | |

**פסק-דין**

השופט א' רובינשטיין:

א. ערעור על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט מ' יפרח) מיום 7.9.11 בת"א 2356/06. עניינו של הערעור שלפנינו בחוזה מכר מקרקעין שבוטל, ובהיקף ההשבה והפיצויים הנובעים מביטולו. עסקינן ב"עניין רע", כמשמעו בספר הספרים (קהלת ה', י"ג) רכש בית על-ידי המשיבים 2-1 מן המערערים, מהלך שראשיתו תקוה וסופו אכזבה. הוברר כי הבית אין תוכו כברו וכי חלק הימנו נבנה ללא היתר, וגם נמצאו בו פגמים. זהו יסודה של ההתדיינות רבת השנים בין הצדדים, שתוצאתה פסק הדין נשוא הערעור.

רקע

ב. כעולה מפסק דינו של בית המשפט המחוזי, המערערים היו בעלי זכויות חכירה, אותן ביקשו למכור, בבית מגורים בן שתי קומות ביהוד ששטחו 170 מ"ר, הבנוי על מגרש בשטח של 438 מ"ר (להלן הבית). המשיבים 2-1 גילו עניין בבית, ובביקורם השני בו, מיום 20.8.04, חתמו הצדדים על זכרון דברים לרכישת הזכויות תמורת סכום שוה ערך בש"ח ל-394,000 דולר. זכרון הדברים הכיל, בין היתר, הצהרת המערערים כי אין כל מניעה חוקית למכירת זכויותיהם, והצהרת המשיבים 2-1 כי בדקו את הבית ומצאוהו מתאים למטרותיהם. בסעיף 4 לזכרון הדברים צוין כי הנכס נמכר במצבו AS IS"". המערערים פנו לעורך הדין שמש (משיב 3), והמשיבים 2-1 פנו לעורך הדין זלצמן (משיב 4), לשם הכנת חוזה מכר, וזה נחתם בנוכחות הצדדים ביום 8.9.04. חוזה המכר כלל את הצהרת המערערים כי הנכס נבנה בהתאם להיתר בנייה שקיבלו (ואשר לא צורף לחוזה), וכי לא ידוע להם על חריגות בנייה כלשהן או על פגם נסתר בנכס, וכן את הצהרת המשיבים 2-1 כי בדקו את הנכס לגופו, כמו גם את הרישום והתכנון ברשויות השונות. שטח הבית הבנוי לא נזכר בחוזה המכר. ביום 30.9.05 נמסרה למשיבים 2-1 החזקה בבית, וכעבור חודש, עקב קצר חשמלי, התגלו נזילת מים ועובש מתחת לריצוף. לאחר שהמערער 1 ביקש לחמוק מאחריות, ובאין בנמצא תוכנית האינסטלציה של הבית, פנו המשיבים 2-1 למחלקת ההנדסה בעיריית יהוד לשם צילום היתר הבנייה (ביום 7.11.05), אז גילו כי הקומה השנייה של הבית אינה מופיעה בו. בהסבר שניתן למשיבה 2, טען המערער 1 כי הדבר לא דווח מהטעם שניסו לחמוק מתשלום ארנונה בעבור השימוש בקומה השנייה. המשיבים 2-1 העמיקו חקר בעניין, וגילו בכוחות עצמם, כי היתר הבניה ניתן בעבור בקשה לתוספת מגורים והקמת מחסן שהגישו המערערים, למבנה שגודלו 85.89 מ"ר, עליו ביקשו להוסיף 11.59 מ"ר, וכן 12 מ"ר כשטח אחסנה. אולם, המערערים מצדם הרסו אותו מבנה, בנו בית חדש תחתיו ופתחו את חלל הגג לעשות בו שימוש - והכל ללא היתרים. ניסיונות ההידברות מצד המשיבים 2-1 עם המערערים, העלו חרס, אז פנו המשיבים 2-1 לביטול חוזה המכר והגישו תביעה נגד המערערים והמשיבים 3 ו-4.

בית המשפט המחוזי

ג. בית המשפט המחוזי קיבל את תביעת המשיבים 2-1, וקבע, כי המערערים הפרו את חוזה המכר "שעה שהציגו לפני שיפריס מצג שווא כאילו אין חריגות בנייה בבית, אך הלכה למעשה מכרו לשיפריס בית הבנוי שלא על פי היתר הבנייה. הפרה זו של חוזה המכר אמנם אינה הפרה יסודית מוסכמת של החוזה, אך היא הפרה יסודית מסתברת, אשר זיכתה את שיפריס במימוש כוח הביטול, כפי שאכן נעשה" (פסקה 34 לפסק הדין). כן נקבע, כי הודעת הביטול נמסרה במועד סביר לאחר גילוי העובדות. בית המשפט סבר כי הצהרת המשיבים 2-1 שבדקו את הבית אינה צריכה לעמוד להם לרועץ, מתוך הזמן הקצר שארכו הליכי הרכישה והאמון שנתנו במערערים, ונוכח הוראת סעיף 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (אליו נשוב). לפיכך, הורה בית המשפט המחוזי על השבת התמורה החוזית למשיבים 2-1, השבת ארנונה ששולמה, פיצויים מוסכמים, הוצאות משפט ושכר טרחת עורך דין. כן נקבע, כי אין בסיס להטלת אחריות על מי מעורכי הדין (המשיבים 3 ו-4), ועל המשיבים 2-1 לשאת בהוצאות המשפט ושכר טרחת עורכי הדין של כל אחד מהם.

תמצית טענות הצדדים

ד. הנה עיקר טענות הצדדים. נציין, כי הערעורים לא הופנו כלפי משיבים 4-3. לטענת המערערים, בית משפט קמא שגה בקבעו, כי חוזה המכר בוטל כדין, וזאת נוכח הקצאת הסיכונים שקבעו ביניהם הצדדים לחוזה המכר. נטען, כי למצער היה על בית משפט קמא לבחור בדרך המקיימת את חוזה המכר על פני ביטולו. כן נטען, כי ביטול חוזה המכר התבסס לכל היותר על פגם בהתקשרות, כך שלא ניתן להשית על המערערים פיצויים מוסכמים גם בשל הפרת חוזה המכר. עוד נטען, כי חסרונו של היתר הבנייה אינו מהוה הפרה יסודית, כי אם אי נוחות משפטית, כך שהמשיבים 2-1 לא היו זכאים לבטל את החוזה ללא מתן אפשרות למערערים לתקן הדבר. לעניין זה נתבקשה, לקראת הדיון בערעור, הגשת ראיה נוספת והיא אשרור מיום 18.3.03, על-ידי הועדה המקומית לתכנון ובניה יהוד - מונוסון של חריגות הבניה בבית נשוא ההליכים (תוספות בניה, ממ"ד והקלה). נטען, כי יש לייחס למשיבים 2-1 אשם תורם מאחר שהפרו התחייבותם לביצוע בדיקות מקדימות בנכס. לחלופין נטען, כי המשיבים 2-1 הפרו חובתם להקטנת הנזק, על-ידי הותרת המבנה שומם במשך למעלה משש שנים ממועד מסירת החזקה, וכי לפי עקרון ההשבה ההדדית יש להשית עליהם תשלום בגין דמי שכירות ראויים מיום מסירת החזקה ועד למועד מתן פסק הדין. כן נטען, כי סעד הארנונה כלל לא נטען על ידי המשיבים 2-1.

ה. לעומתם, טוענים המשיבים 2-1, כי בצדק נקבע שחוזה המכר בוטל כדין, וזאת נוכח הצהרות הכזב של המערערים והפרה יסודית של התחייבותם למכור בית הבנוי על פי היתר כדין, ללא חריגות בניה וללא פגמים נסתרים. כן נטען, כי מצג טרום חוזי שעוגן בחוזה והפך לתניה מתנאיו, מהוה גם הפרה של ההסכם, כך שניתן היה לבטל את חוזה המכר אף בשל הפרתו. עוד נטען, כי יש לדחות את טענת המערערים לאשם תורם, בין היתר, שכן זו הועלתה לראשונה בהודעת הערעור, וזאת מקום שכללי ההשתק חלים בענייננו. נטען, כי המערערים הם שהפרו את חובת הקטנת הנזק, משדחו את נסיונות ההידברות מצד המשיבים לביטול ההסכם והשבת הכספים בשלב מוקדם של הסכסוך.

ו. לאחר שמיעת טענות הצדדים הצענו הצעת פשרה, שעניינה הפחתת 300,000 ש"ח מן הסכום שנפסק. הצעה זו נתקבלה על-ידי המערערים, אך לא על ידי המשיבים.

הכרעה

ז. סבורני כי ככלל צדק בית המשפט קמא בניתוחו. קשה להלום ביסודה את התנהגותם של המערערים; הגינות היא ראש לכל התנהגות אנושית ומוסרית, והיא הקרויה תום לב בדיני החוזים (סעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973), וזאת לא הפגינו המערערים, אלא רחוק מכך מאוד, ועל כך לא יתכן חולק. על כן, אין דינו של הערעור להצלחה, ובמרבית הנושאים ניתן לעשות שימוש בתקנה 460(ב) לתקנות סדר הדין האזרחי, התשמ"ד-1984. עם זאת סבורני כי יש ליתן ביטוי מה לדרך שבה כילכלו המשיבים 2-1 את ענייניהם, שהיה בה משום אשם תורם חוזי מסוים, ונסביר.

ח. הלכה שיצאה מלפני בית משפט זה היא כי במקרים הראויים לכך, כמו זה שלפנינו, יש בדוקטרינה של אשם תורם, שיסודה בדיני הנזיקין ושהוסבה גם לדיני החוזים, לסייע לנו בהגעה לתוצאה ראויה וצודקת (ראו ע"א 3912/90 Eximin S.A. תאגיד בלגי נ' טקסטיל והנעלה איטל סטייל פראררי בע"מ, פ"ד מז(4) 64, 87-81 (הנשיא שמגר) (1993) והאסמכתאות שם) (להלן הלכתEximin); כך לדוגמה, כאשר התנהגותו של הנפגע תרמה באופן ישיר לנזקיו, יש בהגנת האשם התורם להביא לידי "חלוקת אחריות אופקית" בין הצדדים הנובעת מאחריות משותפת לאותם נזקים (ראו אריאל פורת הגנת אשם תורם בדיני חוזים, עמ' 14-13 (תשנ"ז-1997)). על הדרכים לחלוקה צודקת של הנזק בין המתקשרים בחוזה נכתב:

"נראה כי רצוי להימנע מלקבוע מבחנים קשיחים לחלוקת הנזק ובמקום זאת להיעזר בשורה של מבחני עזר וקריטריונים שיסייעו בחלוקה צודקת של הנזק בכל מקרה על פי נסיבותיו. בחלוקת הנזק יש להביא בחשבון את היחס בין חומרת ההפרות של הצדדים, ראוי להתחשב במידת האשם שדבק בפעולותיו של כל אחד מהם, ויש להשוות את התרומה הסיבתית של כל אחת מההפרות לנזק. במקרים מסוימים יש מקום להבחין בין המשקל שניתן לאינטרס ההסתמכות של הצדדים לבין זה הניתן לאינטרס הציפייה. במקרים אחרים יש מקום לבחון אם מטעמים של מדיניות משפטית ראוי להטיל על צד אחד לחוזה אחריות רבה יותר. שיקולים אלו ואחרים יובאו בחשבון כשהמטרה היא חלוקה צודקת של הנזק בהתחשב במאפייניו של המקרה הנדון" (ע"א 3940/94 שמואל רונן חברה לבנין ופיתוח בע"מ נ' ס.ע.ל.ר חברה לבנין בע"מ, פ"ד נב(1) 210, 227-226 (1998), מפי השופטת (כתארה דאז) ד' ביניש).

ט. כאמור, נחה דעתי באשר לניתוחו של בית משפט קמא לעניין אחריותם הכוללת של המערערים. אולם בנסיבות, סבורני כי ראוי לתת משקל מסוים, מצומצם, גם לאופן התנהלותם של המשיבים בפרשה, שיש בה משום תרומה לנזקיהם. זאת מבלי להפחית מאחריותם המוסרית של המערערים, וגם מאחריותם המשפטית ברובה הגדול. כך, אף שהצהירו בחוזה המכר שהנכס נבדק על-ידם, לרבות מצבו הרישומי והתכנוני ברשות המקומית ובועדה המקומית לתכנון ובניה, ואף שהצהירו עוד קודם לכן, בזכרון הדברים, שהבית נבדק ונמצא מתאים למטרותיהם - אין ספק כי בדיקות כמוצהר לא נעשו (פסקה 30 לפסק הדין). ויודגש, כי במקרה דנן אין מדובר בפעולות סבוכות, אלא בפניה פשוטה לרשויות - אשר ההיגיון מחייב שתיעשה מקום שאדם רוכש לו בית ומוציא מיטב כספו - שהיה בכוחה לסייע למניעת גלגולה העגום של הפרשה כולה, כפי שאף פנו ונענו המשיבים במועד מאוחר יותר.

י. בית המשפט קמא סבר, כי עם התקיימותם של יסודות סעיף 16 לחוק המכר, כפי שציין, מתבקשת המסקנה שאין תוקף לתניית הויתור בחוזה, כך שהמערערים אינם יכולים לסמוך כל טענה עליה, ובכללן טענת "אשם תורם". מכאן השאלה, היש מקום לשלילה גורפת של עקרון "אשם תורם", בנסיבות בהן קיימת אי-התאמה בממכר שהקונה לא ידע עליה, וזאת אף שבבדיקה פשוטה יכול היה לגלותה.

י"א. לטעמי, יתכן כי קביעה גורפת כזאת תהא מרחיקת לכת בפרשנות האמור בסעיף 16 לחוק המכר, והיא אף אינה עולה בקנה אחד עם טעמים של מדיניות משפטית ראויה השואפת לעודד תום לב מלא ככל האפשר, ובודאי זהירות.

י"ב. הנה לשונו של סעיף 16 לחוק המכר:

"היתה אי-ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה ולא גילה אותן לקונה, זכאי הקונה להסתמך עליה על אף האמור בסעיפים 14 ו-15 או בכל הסכם, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה" (ההדגשות כאן ולהלן הוספו - א"ר).

סעיף 16 משריין מפני התנאה את זכותו של קונה להסתמך על אי-התאמה ( ראו א' זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968, פירוש לחוקי החוזים 338 (ג' טדסקי עורך, התשמ"ז) (להלן זמיר), אולםאין בכך כדי להשתיק את המוכר מפני העלאת טענות שאין בהן כדי שלילת אותה הסתמכות.

אכן, כפי שנפסק ברע"א 7642/97 שטרית נ' נוסבאום, פ"ד נג(3) 516, 527 (1999) "בשל תחולת סעיף 16 לחוק המכר, אין המוכרים יכולים להסתמך על הוראת הפטור החוזית", אולם להבדיל מאותו מקרה - בו ביקשו המוכרים להסתמך על תנית הפטור באופן גורף, באופן ששולל את זכותם של הקונים לסמוך על אי-ההתאמה - במקרה דנן תוצאתה של דוקטרינת ה"אשם התורם" אינה במישור שלילתה של הפרת חובת הגילוי, אלא במישור חלוקת האחריות בין הצדדים, כך שתושג תוצאה מאוזנת יותר. יפים דברי הנשיא (כתארו דאז) מ' שמגר לעניין זה:

"ויש להדגיש, הכרה בחוסר תום-לב של שני הצדדים אין פירושה שחרור המבטיח מהבטחתו או הכשרת הפרה של הבטחה. הרעיון שמאחוריה הוא אך קביעת סנקציות מופחתות בשל חוסר תום-לבו של הצד שכלפיו הופנתה ההבטחה" (הלכת Eximin, עמ' 85).

בכך ביטוי לעובדה, שסעיף 16 לחוק המכר בא לתת מענה במתחם אשר בקצהו האחד מוכר שידע בפועל על אי-ההתאמה, ובקצה השני קונה זהיר שנהג "לפי הספר". אולם בטווח שוכנים מקרים נוספים, אשר קביעה גורפת השוללת את תחולתה של דוקטרינת ה"אשם התורם" לגביהם, תוביל לתוצאה שאינה מאוזנת דיה; טלו מקרה בו מוכר שהיה עליו לדעת על אי-ההתאמה פוגש קונה רשלן, האם יהיה ראוי להטיל את האחריות במלואה על המוכר ללא שום התחשבות בחלקו של הקונה?

י"ג. שנית, סעיף 6 לחוק המכר מורה כי "חיוב הנובע מחוזה מכר יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום-לב; והוא הדין לגבי השימוש בזכות הנובעת מן החוזה", בעקבותיו אף נקבע העיקרון בסעיפים 12 ו-39 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (ראו זמיר, עמ' 160); בדומה לעמידה על חיוב או זכות חוזית, גם עמידה על הוראת חוק או פעולה לפיו צריכה להיעשות בתום לב ומכל מקום לא ברשלנות. וכדבריו של הנשיא (בדימוס) א' ברק על תום הלב:

"תחולה לו, לעקרון תום הלב, לא רק לעניין ביצוע חיובים או זכויות חוזיות אלא גם לעניין השלב הטרום-חוזי (סעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי)) וגם לעניין קיום חיובים סטטוטוריים, בין בתחום המשפט הציבורי (השווה בג"צ 376/81 [20], בעמ' 465) ובין בתחום המשפט הפרטי (בג"צ 59/80 [21]. על-כן, כאשר חוק מעניק לאדם יכולת לבצע פעולה משפטית, עליו להפעיל יכולת זו בתום-לב..." (ע"א 579/83 זוננשטיין נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין, פ''ד מב(2) 278, פסקה 5 לחוות דעת המיעוט של השופט (כתארו דאז) א' ברק (1988)).

בדומה, עמידה על האמור בסעיף 16 לחוק המכר צריכה להיעשות בתום-לב, ואין חולק כי בענייננו לא היתה למשיבים 2-1 כוונה לבצע בדיקה ברשות התכנון כמוצהר. לכל הדעות התנהלות עסקית שכזו היא מרושלת וחסרת זהירות, והיה לה חלק בנסיבות שנוצרו. בית המשפט קמא כתב (פסקה 30) "לכל היותר, ניתן היה לסבור (בדוחק), כי שיפריס נושאים באחריות מסוימת לתוצאות, לאור הצהרתם כי בדקו את הבית לרבות מצבו התכנוני בועדה המקומית", אך בית המשפט סבר כי המערערים לא הסתמכו על הצהרה זו, וכי המשיבים 2-1 נתנו בהם אמון. לכן, על פי ניתוחו של בית המשפט, האחריות רובצת לפתח המערערים, שכן סעיף 16 הוא קוגנטי. ודוק, אין בכלל "ייזהר הקונה" (caveat emptor) כדי לפטור את המוכרים מחובתם לגלות עובדות מהותיות, ובודאי מוכרים שאינם מוסריים ואינם תמי לב כמו במקרה דנן, "מה גם שלאחר חקיקת חוק החוזים, חובת הגילוי מוטלת על המוכר, שהעובדות מצויות בידיעתו. זהירותו של הקונה, ככל שחשובה וראויה היא, אינה פוטרת את המוכר מחובתו שלו" (ע"א 5393/03 פרג' נ' מיטל, פסקה 6 לחוות דעתה של השופטת ע' ארבל (2005)), ולדברים אלו ניתן ביטוי מוצדק בהטלת מירב האחריות לנזק על המערערים. עם זאת, בנסיבות המקרה, נראה לי להורות על איזון מה, באורח צנוע, בחלוקת האחריות:

"אין ספק כמובן, שחלוקת האחריות בענייננו עולה בקנה אחד עם רעיונות של מוסר, צדק ואי-עשיית עושר שלא כדין, שהמשפט הישראלי בכלל ודיני החוזים (ובכלל זה חוזי מכר) בפרט שואבים מהם. כאשר שניים גרמו לנזק, אין זה הוגן ואין זה מוסרי שהאחד יישא במלוא נזקו של האחר. מדוע יזכה צד לחוזה בפיצוי מלא על נזק שנגרם גם עקב התנהגותו הטיפשית וחסרת תום הלב? יתר-על-כן, בחלוקת האחריות ביניהם יהיה כדי לעודד תום-לב או זהירות מצדם של שני הצדדים לעיסקה... אדם המעוניין לקדם את רצונו על-ידי נתינת עצמו בידי אחרים לשם הפקת רווח הדדי איננו מעוניין ליתן עצמו לשרירות לבו של האחר, כדי שזה יוכל מצד אחד לתרום להפרה ומצד שני לעמוד על קיום מלא של ההבטחה. בכך אין כל ערך מוסרי. גם הרצון ליצור קשרי אמון בין בני אדם אינו מצדיק תרומה של צד להפרת הבטחה ועמידה, למרות זאת, על קיומה המלא" (הלכת Eximin, עמ' 85).

אם כן, אין בנתינת משקל להתנהגותם של המשיבים 2-1 במסגרת דוקטרינת ה"אשם התורם", כדי לפגוע בהסתמכותם על אי-ההתאמה בשל דרכם הנלוזה של המערערים, או כדי לערער את פרשנות הוראותיו של סעיף 16 לחוק המכר.

י"ד. כללם של דברים, מוצע איפוא לקבל את הערעור בחלקו; יופחת מן התמורה שקיבלו המשיבים מחצית מן הפיצויים המוסכמים (שהם 177,458 ש"ח מיום 8.9.04) ומחצית הארנונה (שהיא 31,841 ש"ח מיום 6.4.11), בכפוף לכך - לא להיעתר לערעור, ולא לעשות צו להוצאות בבית משפט זה.

ש ו פ ט

השופט נ' סולברג:

1. חברי השופט א' רובינשטיין סבור כי דין עיקרו של הערעור להידחות, וחלקו להתקבל, "משום אשם חוזי מסוים" מצדם של המשיבים 1 ו-2 (פסקה ו). שקלתי את נימוקי חוות דעתו, בעיקר את החתירה לתוצאה צודקת בנסיבות העניין דנן, אך דעתי שונה.

2. סעיף 16 לחוק המכר - עניינו בהעלמת אי-התאמה - מורה כך:

"היתה אי ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה ולא גילה אותן לקונה,  **זכאי הקונה להסתמך עליה על אף האמור** בסעיפים 14 ו-15 או  **בכל הסכם**, ובלבד שנתן למוכר הודעה עליה מיד לאחר שגילה אותה" [ההדגשה הוספה - נ' ס'].

על-פי לשונו ועל-פי תכליתו של הסעיף, דומני כי איננו מאפשר לזקוף 'אשם תורם' לחובת המשיבים 1 ו-2 בגין הצהרותיהם בחוזה המכר כי בדקו את הנכס.

3. לפי גישתו של חברי, "סעיף 16 לחוק המכר בא לתת מענה במתחם אשר בקצהו האחד מוכר שידע בפועל על אי-התאמה, ובקצה השני קונה זהיר שנהג 'לפי הספר'. אולם בטווח שוכנים מקרים נוספים, אשרקביעה גורפת השוללת את תחולתה של דוקטרינת ה'אשם התורם' לגביהם, תוביל לתוצאה שאינה מאוזנת דיה" (סיפא לפסקה יא). ברי, כדברי חברי, כי "עמידה על הוראת חוק או פעולה לפיו צריכה להיעשות בתום לב" (פסקה יב). ברם, לדעתי, החלת דוקטרינת ה'אשם התורם' ביישומו של סעיף 16 לחוק המכר עשויה להתפרש כקריאה לתוך החוק של דבר שאין בו. קרי, החלתו של עיקרון 'יזהר הקונה' בסטייה מן התפיסה המקובלת במשפט הישראלי ביחס לחוק המכר: "חוק המכר שולל לחלוטין את ההשקפה של 'יזהר הקונה', ומתיר לקונה להסתמך באופן בלעדי על תיאור הממכר בפי המוכר, ועל החיובים המוסכמים בחוזה. הדין לא יהיה שונה, לפי חוק המכר, גם אם היתה לקונה הזדמנות סבירה לבדוק את הממכר והוא לא ניצל אותה, או שניצל אותה אך עקב רשלנותו לא גילה את הפגם בממכר" (א' זמיר, 'חוק המכר, תשכ"ח-1968', הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי (המכון למחקרי חקיקה, התשמ"ז), 281) (להלן: זמיר); ראו גם ס' דויטש, 'חוק המכר - קווים לפירושו והרהורים על יחסי מוכר-צרכן' (הערכה וביקורת לספרו של איל זמיר, 'חוק המכר, תשכ"ח-1968'), משפטים כרך יט 493, בעמודים 522 - 523; דברים דומים ציין פרופ' זאב צלטנר לגבי סעיף 16 לחוק המכר: "הוראה זו מבטלת כליל את העיקרון caveat emptorשבדין האנגלי המקובל" (ז' צלטנר, 'חוק המכר, תשכ"ח-1968', במסגרת הפירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי (המכון למחקרי חקיקה, התשל"ב), 93) (להלן: צלטנר). להרחבה נוספת ראו ד' פלפל, 'יזהר המוכר ויזהר הקונה', עיוני משפט כרך ה' 94 (חלק א') ו-332 (חלק ב'), בעמודים 343 - 344.

4. הוראת סעיף 16 לחוק המכר מכריזה על האופי הקוגנטי של אחריות המוכר. בהעדר אפשרות להתנות על זכותו של הקונה להסתמך על אי-ההתאמה, אינני רואה דרך להצדיק הפחתה מאחריותו של המוכר (גם לא בחלקה) בדרך של יחוס 'אשם תורם' לקונה שהתרשל בבדיקת מצבו של הנכס. סעיף 16 האמור, בניגוד למרבית סעיפיו של חוק המכר, הריהו סעיף מצווה ('ius cogens'). צדדים לעסקת מכר אינם רשאים להתנות עליו (ראו למשל: ע"א 659/77 שורקה נ' קרים, פ"ד לב(1) 393, 397 (1977), פסק דינו של השופט מ' עציוני; פסקה 31 לפסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-יפו (השופט מ' יפרח) נשוא הערעור). זכותו של הקונה להסתמך על אי-ההתאמה, עומדת לו "על אף האמור... בכל הסכם", כלשון סעיף 16, ויש בה הלכה למעשה משום ביטול עיקרון 'יזהר הקונה' שבדין האנגלי המקובל (ראו צלטנר לעיל, שם).

5. לדידי, יש לפרש את הוראת סעיף 16 גם בשים לב לתנאי המצויין אצל שכנו, סעיף 15 לחוק המכר - שעניינו באי-התאמה נסתרת - וזו הוראתו: "לא היתה אי-ההתאמה ניתנת לגילוי בבדיקה סבירה, זכאי הקונה להסתמך עליה...". בסעיף 16 בחר המחוקק להשמיט תנאי זה וחלף זאת נקבע כי התנאי היחיד הנדרש לצורך גיבוש אחריותו של המוכר הוא זה: "היתה אי ההתאמה נובעת מעובדות שהמוכר ידע או היה עליו לדעת עליהן...". בהמשכו מורה הסעיף: "על אף האמור בסעיפים 14 ו-15". הא למדנו על כוונת המחוקק שאחריותו של המוכר תתגבש ללא קשר לשאלה האם אי-ההתאמה ניתנת לגילוי בבדיקה סבירה, אם לאו, קרי - ללא קשר לרשלנותו של הקונה בבדיקת מצב הנכס.

6. בחקיקת סעיף 4 לחוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, ניתן משנה תוקף להוראה הכללית בדבר העלמת אי-ההתאמה שבסעיף 16 לחוק המכר. ההרמוניה החקיקתית מחייבת להשקיף על שתי הוראות-חוק אלו, לצרכי פרשנות, יחדיו. בית משפט זה ראה את הסעיפים הללו כמבטלים את עיקרון 'יזהר הקונה' בדיני המכר במשפט הישראלי (ראו עניין שורקה לעיל, פסק דינו של השופט מ' עציוני). "... גישה פאטרנליסטית זו אכן מצויה היא במערכת משפטנו... כגון באותם מקרים שאחד מהצדדים לחוזה נחות... **והמחוקק בא למסקנה, שמן הראוי ומן הצדק לפרוש את כנפי החוק עליו ולקבוע בחוק דרישות והנחות, שיש בהן כדי לתקן פגם ונחיתות אלה**. מן הראוי להפנות לדוגמאות אחדות לכך... סוג נוסף... הוא כאשר המחוקק מבקש להגן על קונים, אשר בכל הנוגע למידע המתייחס לטיב המכר נמצאים בעמדה נחותה לעומת המוכרים - כגון **סעיף 16 ל** **חוק המכר** **, תשכ"ח-1968**, **אשר** **בא לבטל את העקרון של 'ייזהר הקונה'** כאשר מדובר בקונה שאפשרויותיו להיזהר ולקבל מידע נחותות ומחייבות הגנה... **וכגון סעיפים 2-4 של**  **חוק המכר (דירות)** **, תשל"ג-1973**, באשר לחובה המוטלת על מוכר הדירה למסור לקונה מפרט... והמאפשרים לקונה הדירה להסתמך על המיפרט ועל הוראות תקנות הבנייה על-אף האמור בחוזה המכר... מטרת חוק זה, כפי שהוצהר על-ידי מציעיו, היא להגן על ציבור גדול של רוכשי דירות (ובכך יסודו הפאטרנליסטי) וכן להגביר את איכות הבנייה בישראל... **שיקולי 'הגנה' אלה וכיוצא באלה הניעו את המחוקק לחקיקת הוראות מפורשות, שיש בהן משום התערבות בחופש ההתקשרות והחוזים"** (ראו ד"נ 22/80 בית יולס בע"מ נ' רביב משה ושות' בע"מ, פ"ד מג(1) 441, 469 (1989), בפסקה 4 לפסק דינו של המשנה לנשיא השופט מ' אלון) (ההדגשות הוספו - נ' ס').

7. בע"א 3745/92 פסקל נ' מזרחי, פ"ד מח(2) 359, 361 (1993) קבע הנשיא מ' שמגר כי מוכר דירה שנבנתה בחלקה ללא רישיון חייב בגילויה של עובדה מהותית זו לכל קונה פוטנציאלי, אחרת עשוי הדבר לעלות כדי הטעייה (שם, פסקה 4). ואולם, מאחר שאי-ההתאמה צויינה במפורש בחוזה המכר - נדחה הערעור: "לאור מה שנאמר בזיכרון הדברים ובחוזה, אין אלא להסיק כי המערערים הועמדו על העובדות כהווייתן... מכאן כי לא היה בסיס לטענת המערערים, שלפיה בוצעה במקרה דנן הטעיה, שהרי הועמדו, בכתובים, על המצב לאשורו" (שם, בעמ' 362, סיפא לפסקה 4). על רקע האמור, אוסיף ואציין כי סעיף 12 לחוק המכר - עניינו בידיעה על אי-התאמה - מסייג את אחריות המוכר וקובע כך:

"אין הקונה זכאי להסתמך על אי-התאמת הממכר... **אם ידע עליה בעת גמירת החוזה**" (ההדגשה הוספה - נ' ס').

ברם, אין זה מצב הדברים בעניין דנן, שבו הושמטה אי-ההתאמה (חריגות בנייה ללא היתר) מחוזה המכר, ולא הוכח כי הקונים ידעו עליה "בעת גמירת החוזה". אדרבה. כפי שציין חברי השופט א' רובינשטיין, חוזה המכר כלל את הצהרת המערערים כי הנכס נבנה בהתאם להיתר הבנייה שקיבלו, וכי לא ידוע להם על חריגות בנייה כלשהן, או על פגם נסתר בנכס (פסקה ב).

8. מנגד, המשיבים 1 ו-2 הצהירו במבוא לזכרון הדברים, כי "הקונה בדק את הנכס ומצאו מתאים למטרותיו ולצרכיו מכל הבחינות"; "הנכס נמכר במצבו 'AS IS'" (שם, סעיף 4); בסעיף 8(א) לחוזה המכר הצהירו המשיבים 1 ו-2, כי "... ראו ובדקו את הנכס גופו, בדקו את המצב הרישומי והתכנוני במינהל מקרקעי ישראל, ברשות המקומית, ובמשרדי הוועדה המקומית לתכנון ולבנייה יהוד, ומצאוהו מתאים לצרכיהם, ראוי לשימוש ובמצב תקין, ועל כן מוותרים הם על כל טענות ברירה או מום לגביו...". תניה מסוג זה - היא תניה שכיחה בהסכמי מכר, וחסרונותיה בצדה. בהקשר זה, אפנה לדבריו של חברי השופט ח' מלצר בע"א 2286/07 ג.מ.ח.ל. חברה לבניה 1992 בע"מ נ' רפאלי (28.3.2011): "אין באמור... כדי לגרוע מהכלל המניח... כי: 'אך סביר הוא לצפות שמוכר לא ימכור... בניגוד להיתר הבניה המחייב אף אותו, ולא רק את הקונה'... מכל מקום ראוי שהמוכר יודיע לקונה במפורש את תנאי היתר הבנייה שקיבל בהקשר לנכס שבו מתעניין הקונה בכח..." (שם, סיפא לפסקה (א)). זאת ועוד: "אין הקבלן יכול להישמע בטענה, שהוא ידע או חייב היה לדעת על הפגמים והליקויים שבדירות בעת שמסרם לדיירים, אך שהללו מנועים מלטעון כנגד פגמים וליקויים אלה בגלל סעיף מסויים בחוזה שלהם" (ראו עניין שורקה לעיל, בעמ' 397). אינני מקבל את טענת המערערים כי על המשיבים 1 ו-2 היה לברר בכוחות עצמם על אודות היתרי הבנייה של הנכס נשוא חוזה המכר, קרי - בבחינת 'יזהר הקונה'. לגישתי, אין מקום לדרוש מכל קונה לברר פרטים מסוג זה, להעמיס עליו משא ולכפות עליו מסע מייגע בבירוקרטיה העירונית או הממשלתית, בשעה שהמוכר יודע את העובדות כהווייתן. אמנם הוראות סעיפים 13-15 לחוק המכר באות להקל על המוכר ומטילות נטלים מסויימים על הקונה, אך ברי כי אין הצדקה להפעילן בשעה שהמוכר יודע או שהיה יכול לדעת אלמלא התרשלותו כי חוזה המכר הופר (ראו צלטנר לעיל, בעמ' 92).

9. לפיכך הגעתי לכלל מסקנה כי על-אף האמור בחוזה המכר, רשאים המשיבים 1 ו-2 להסתמך על אי-ההתאמה. ההוראה ההסכמית נדחית מפני הוראת החוק הקוגנטית. בסעיף 16 לחוק המכר הביע המחוקק נחרצות את דעתו ביחס לסעיפים מן הסוג המצוי בחוזה שלפנינו, ובחר לבכר את הגנת הקונים המתקשרים על-פני עיקרון 'החופש החוזי' (ראו עניין בית יולס בע"מ לעיל, שם).

10. אינני חולק על כך שהמשיבים 1 ו-2 אכן התרשלו, שכן יכלו לבדוק ולגלות את כל הפרטים המהותיים לגבי מצב הנכס נשוא הערעור. אך בסעיף 16 לחוק המכר סוייגה חובת הבדיקה ביחס לקונה, ונקבע כי אין לחייבו בבדיקת מצבו של הנכס במקום בו "המוכר ידע או היה עליו לדעת" על אודות אי-ההתאמה. "הוא הדין אם המוכר הציע לקונה לבדוק את הממכר והקונה דחה את ההצעה בתום-לב, או שנענה לה אך עקב התרשלותו בבדיקה לא גילה את אי-ההתאמה. אף אין חשיבות למידת רשלנותו של הקונה בענין זה" (ראו זמיר לעיל, שם).

11. אשר-על-כן, רשאים המשיבים 1 ו-2 לטעון נגד אי-ההתאמה, ולדעתי לא יוכל הסעיף החוזי הנזכר למנעם מכך (ראו עניין שורקה לעיל, פסק דינו של השופט מ' עציוני). רק ידיעה ממשית של הקונה על אודות אי-ההתאמה תספיק כדי להחריג את תחולתו של סעיף 16 לחוק המכר; רשלנות, ואפילו רשלנות חמורה, מצדו, אין בה די כדי להציל את המוכר: "רמאי אינו יכול להינצל מתוצאות רמאותו, מפני שהצד שכנגד היה יכול לגלות את האמת (ולא גילה אותה בפועל). רק אם הצד שכנגד ידע את העובדות הנכונות **ידיעה של ממש**, כי אז יש לזכות את הצד שלא הזכיר אותן עובדות במשא-ומתן" (ראו ע"א 838/75ספקטור נ' צרפתי, פ"ד לב(1) 231, 241, פסק דינו של מ"מ הנשיא השופט מ' לנדוי (ההדגשה הוספה - נ' ס').

12. מן העבר השני, עולה מלשונו של סעיף 16 לחוק המכר - "שהמוכר ידע או היה עליו לדעת" - כי לא נדרשת ידיעה ממשית מצדו של המוכר על אודות אי-ההתאמה, וכי די בהוכחת יסוד נפשי של רשלנות על מנת לחייב את המוכר באחריות מלאה כלפי הקונה: "... ההוראה אינה דורשת ידיעה ממשית ואף לא ידיעה קונסטרוקטיבית, שאינה אלא תחליף לידיעה ממשית... כל מה שנדרש הוא שאי-ההתאמה נובעת מעובדות שעל המוכר היה לדעת עליהן. לפנינו יסוד של התרשלות, כלומר הכוונה היא לעובדה שאדם סביר היה יודע אותה באותן הנסיבות" (ראו רע"א 7642/97 שטרית נ' נוסבאום, פ"ד נג(3) 516, 526 (1999), בפסקה 22 לפסק דינו של השופט י' אנגלרד). אין נפקא מינה אם סבר המוכר כי מדובר באי-התאמה שולית או בלתי חשובה; גם אז עליו לגלותה לקונה (ראו זמיר לעיל, 334).

13. על רקע האמור לעיל, יש בדברים האמורים ביחס ללשונו של סעיף 16 לחוק המכר (קרי - מחד גיסא, ידיעה 'ממשית' מצדו של הקונה על אודות אי-ההתאמה; מאידך גיסא, יסוד נפשי ברף נמוך של 'רשלנות'מצדו של המוכר) כדי להמחיש את מתן הבכורה לעיקרון "יזהר המוכר". יש בכך משום ביצור מעמדו של הקונה והדגשת חובת הגילוי של המוכר, עובר לשלב חתימת עסקת המכר, על אודות אי-ההתאמה בנכס - כמדיניות שיפוטית רצויה. אכן, קונה יכול להיזהר מפני ה'גלוי' אך בוודאי שאין ביכולתו להישמר מפני ה'נסתר'. "חובת הגילוי מהווה אחת ההשתקפויות המובהקות של עקרון תום הלב והיא עומדת בניגוד קוטבי לגישת המשפט האנגלי, שבו שליט העקרון שלפיו 'יזהר הקונה'..." (ראו ג' שלו, דיני חוזים, מהדורה שנייה (התשנ"ה), בעמ' 221).

14. טענת המערערים, כי יש לייחס 'אשם תורם' למשיבים 1 ו-2 בכך שהפרו את התחייבותם לביצוע בדיקות מקדימות בנכס, אינה נתמכת במילותיו של החוק, ואת אשר נמנע המחוקק מעשות לא נשלים אנו (ראו למשל: רע"א 3577/93 הפניקס הישראלי חברה לביטוח בע"מ נ' מוריאנו, פ"ד מח(4) 70 (1994)). חזקה על המחוקק כי אילו חפץ להחריג קונים שהתרשלו בבדיקת מצב הנכס מתחולת הוראת סעיף 16 לחוק המכר היה עושה כן במפורש. יפים לענייננו דבריה של השופטת ע' ארבל בשינויים המחוייבים: "הטענה כי היה על הקונים להיזהר על פי הכלל 'ייזהר הקונה' ('caveat emptor') אינה פוטרת את המוכרים מחובת גילוי של עובדות מהותיות, מה גם שלאחר חקיקת חוק החוזים, חובת הגילוי מוטלת על המוכר, שהעובדות מצויות בידיעתו. מקל וחומר, בוודאי שאין בכלל זה כדי להצדיק מסירה אקטיבית של מידע שגוי לרוכשים, כפי שנעשה במקרה דנן. זהירותו של הקונה, ככל שחשובה וראויה היא, אינה פוטרת את המוכר מחובתו שלו, כאמור (ג' שלו, חוזים (מהדורה שנייה, תשנ"ה) 221 ואילך)" (ראו ע"א 5393/03 פרג' נ' מיטל (18.1.2005), בפסקה 6).

15. מסקנתי כי אין לייחס משקל למידת רשלנותו של הקונה מתחזקת גם לאור העובדה כי לשון סעיף 16 לחוק המכר מתמקדת בידיעת המוכר על אודות אי-ההתאמה: "... מעובדות ש **המוכר** ידע או היה עליו לדעת עליהן בעת גמירת החוזה..." (ההדגשה הוספה - נ' ס'). כאמור, ידיעה ממשית מצדו של הקונה על אודות אי-ההתאמה - לנוכח הוראת סעיף 12 לחוק המכר - ממילא שומטת את הבסיס המשפטי להטלת האחריות על המוכר (ראו למשל: ע"א 8124/00 קניונים נכסים ובניין בע"מ נ' בני יעקב נדל"ן בע"מ, פ"ד נו (5) 198, 215 (2002), בפסקה 31 לפסק-דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור). בכל יתר המקרים ששוכנים "בטווח" (כלשון חברי השופט א' רובינשטיין), לשונו הברורה של הסעיף אינה מותירה לענ"ד מקום לפרשנות הגורסת אחרת.

16. דבריו של חברי השופט א' רובינשטיין בקשר לסעיף 16 לחוק המכר מזכירים קמעא את גישתה של פרופ' גבריאלה שלו ביחס לסעיף 12 לחוק החוזים, ובכך מחזירים אותנו כביכול לתחולתו של עיקרון 'יזהר הקונה': "חובת הגילוי משתרעת רק על פרטים (מידע, מסמכים) מהותיים, החיוניים להחלטת המתקשר השני האם להיכנס לחוזה ובאלו תנאים, ורק על פרטים כאלה שהמתקשר השני לא יכול היה להשיגם בעצמו. היסוד הסובייקטיבי של חובת הגילוי משתקף בסייג נוסף המוטל בה: אין החובה צומחת אלא כאשר יודע הצד עליו מוטלת חובת הגילוי, כי המתקשר השני אינו יכול להשיג את הפרטים החיוניים להכרעתו בכוחות עצמו" (ראו ג' שלו, "סעיף 12 לחוק החוזים: תום לב במשא ומתן", משפטים כרך ז 118, בעמודים 138 - 139). ואולם, נקבע כי יש לפרש גישה זו על דרך הצמצום: "אכן, גם אני סבור שדברי גב' ג' שלו במאמרה, שהזכיר חברי, כי חובת הגילוי חלה רק על פרטים מהותיים שהצד שכנגד לא יכול היה להשיגם בעצמו - דברים אלה אינם יכולים לחול על מקרה של הטעיה זדונית" (ראו עניין ספקטור לעיל, בעמ' 241). דברים אלה יפים בשינויים המחוייבים גם לענייננו.

17. אמת, לשני הצדדים כאן אחריות במידה זו או אחרת למצב אשר אליו נקלעו; גם המשיבים 1 ו-2 אינם "טלית שכולה תכלת" משפעלו בצורה מעוררת תמיהה והצהירו את אשר הצהירו בחוזה המכר ונטלו על עצמם התחייבות לבצע בדיקות מקדימות בנכס. אלא שהטיפול בהתנהגות זו, מקומו איננו במישור הפחתת האחריות של המערערים באמצעות יחוס 'אשם תורם' למשיבים 1 ו-2 בהיותם קונים רשלניים. כאמור, עם חקיקת חוק המכר בוטל עיקרון 'יזהר הקונה'. חוק המכר, היוצא מנקודת הנחה כי בשל נגישותו המוגבלת של הקונה למידע מהותי על אודות הנכס, מעמדו הוא נחות לעומת מעמדו של המוכר, בא לעודד את המגמה הכללית של הביטחון המסחרי, לשרת צורך הרתעתי, והוא מבקש להגן על הקונה באמצעות מתן בכורה לעיקרון 'יזהר המוכר'.

18. זאת ועוד, יש לתת את הדעת על כך שייחוס 'אשם תורם' בצורה אמורפית עשוי אט אט לקצץ בכנפי הוראת סעיף 16 לחוק המכר ולפגום בהגשמת תכליתה (ראו והשוו: (א) ת.א. (ת"א) 1391/02 אלנר נ' חי (7.8.2005) - אשם תורם של 20%; (ב) ע"א (נצ') 200-09 רסמיה נ' שוורץ (9.8.2010) - אשם תורם של 25%; (ג) ת.א. (י-ם) 2155-08 קולברון נ' רוזנבלו (12.10.2010) - אשם תורם של 40%; (ד) ובחוות דעתו של חברי השופט א' רובינשטיין - אשם תורם של 50%). חברי נימק תוצאה זו בכך "כי ראוי לתת משקל מסוים, מצומצם, גם לאופן התנהלותם של המשיבים בפרשה, שיש בה משום תרומה לנזקיהם" (פסקה ח). כאמור, דעתי שונה.

19. בשולי הדברים אציין כי אילו הוסמכנו לפסוק בדרך של פשרה, בהתאם לסעיף 79א לחוק בתי המשפט [נוסח משולב], התשמ"ד - 1984, כי אז אין זה מן הנמנע שהייתי מצטרף לדעתו של חברי השופט א' רובינשטיין, ומסכים לחלוקת האחריות בין הצדדים כמותו. יש היגיון בגישתו, וחתירה לצדק. ברם, לדעתי, על-פי שורת הדין, אין ניתן לעשות כך. אין אפשרות לזקוף 'אשם תורם' לחובת המשיבים 1 ו-2 בגין הצהרותיהם בחוזה המכר כי בדקו את הנכס. ברם, הפסדנו יצא בשכרנו. גם אם לא קלענו כחוט השערה אל ה'צדק' המוחלט במישור הקונקרטי ביחסי הצדדים כאן, הרי שתרמנו מידה של ודאות לגבי אחריות המוכר במבט רחב, לגבי כלל עסקאות המכר. הרווח הוא במישור הערכי, התועלתני והכלכלי ואכמ"ל: יזהר אפוא המוכר, ימלא אחר חובת הגילוי, וינהג בהגינות ובתום לב.

20. לפיכך, לו תתקבל דעתי, נדחה את הערעור, ונחייב את המערערים לשלם למשיבים הוצאות בסך של 25,000 ש"ח.

ש ו פ ט

השופט ח' מלצר:

1. לאחר עיון רואה אני להצטרף לפסק דינו של חברי, השופט נ' סולברג, אף שהנני ער לתובנותיו של חברי, השופט א' רובינשטיין, ולרצונו לנסות ו"למתן" במעט את התוצאה הבינרית, הנראית כמתחייבת כאן. את טעמי אבהיר להלן.

2. בעימות שבין מוכר-מפר שידע (או היה עליו לדעת) בעת גמירת החוזה את דבר קיומן של עובדות מסוימות, אותן לא גילה לקונה - לבין רשלנות הקונה שלא בדק ולא גילה אותן עובדות (ואפילו הצהיר שעשה כן) - יד הקונה על העליונה. הוא זכאי לפיכך למלוא התרופות המוקנות בדין לנפגע עקב הפרה בשל אי-התאמה, ובכללן: ביטול החוזה, בצירוף השבה ופיצויים מוסכמים. במקרה שכזה - אין לייחס אשם תורם לחובת הקונה.

מספר סיבות לדבר:

(א) אם תאמר אחרת - נמצאת מכרסם בהוראת סעיף 16 לחוק המכר, תשכ"ח-1968 (להלן - חוק המכר), שהיא קוגנטית וחלה "על אף האמור בכל הסכם". עיינו: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים, כרך ב' עמ' 291 ו-396 (2003). השוו: רע"א 7642/97 שטרית נ' נוסבאום, פ"ד נ"ג (3), 516, 528-526 (1999). בכך יש, בין השאר, ביטוי לעקרון של: אין חוטא נשכר. להרחבה ראו: נילי כהן, חוק מוסר ו"אין חוטא נשכר", ספר אור, 259 (2013).

(ב) ב-ע"א 2286/07 ג. מ. ח. ל נ' דוריס רפאלי (28.03.2011) הבעתי דעתי כי: "ראוי שהמוכר יודיע לקונה במפורש את תנאי היתר הבניה שקיבל בהקשר לנכס שבו מתעניין הקונה-בכח". עיינו גם: דניאל פרידמן ונילי כהן, חוזים כרך ב', 817 (1992).

(ג) אפילו בנזיקין, שבה תורת האשם התורם היא סטטוטורית (והיא חלה לכאורה לגבי העוולות כולן) - הכלל הוא שבמקרה שבו המזיק, הטוען לאשם התורם של הניזוק, הוא מי שעיוול כלפי הניזוק בעוולת התרמית והנזק מתבטא בהעברתם הישירה של כספים מכיסו של הניזוק לכיסו של המזיק - אין מקום להפחית מחיובו של המזיק בנימוק של אשם תורם בגין רשלנותו של הניזוק. ראו דיון ופירוט בפסק דיני ב-ע"א 9057/07 דוד אפל נ' מדינת ישראל (02.04.2012).

קביעה זו צריכה לחול מקל וחומר גם על הגנת אשם תורם בדיני החוזים, שאיננה סטטוטורית והיא פרי פיתוח של הספרות והפסיקה. ואכן פרופ' אריאל פורת, שהציג בספרו: הגנת אשם תורם בדיני חוזים (1997) את האפשרויות להרחבת הדוקטרינה האמורה גם לתחום דיני החוזים - סייג את החלתה במצבים כמו אלה שלפנינו, שיש בהם הוראת חוק מפורשת נוגדת, כמו סעיף 16 לחוק המכר (ראו שם: עמ' 213 (ה"ש 156) - 216 (לרבות ה"ש 159)). כן עיינו בספרם של גבריאלה שלו ויהודה אדר, דיני החוזים - תרופות עמ' 378-377 ו-508 (2009) והשוו: ע"א 607/88 אהרון נ' קרסטי, פ"ד מ"ב (1), 397, 404 (1988).

3. מעבר לאמור לעיל - ראוי להעיר עוד:

(א) הביטול כאן, שהוא מכוח חוק המכר ועילתו אי התאמה - איננו נובע מדיני הפגמים ברצון, אלא מתבסס על דיני הפרת החוזה. ראו: סעיפים 11, 16, 27 ו-28 לחוק המכר. עיינו: מיגל דויטש, דיני חוזים מיוחדים, 100-99, 104, 107 133 (2008).

(ב) אין ביטול בשל הפרה שולל תביעה לפיצויים מוסכמים שנקבעו בחוזה, בכפוף לכך שצירופי התביעות להשבה ולפיצויים אינם בבחינת תשלומי כפל. ראו: דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים כרך ד', 765, 777-776 (2011). עיינו: ע"א 7379/06 ג.מ.ח.ל. נ' טהוליאן (10.9.2009) ו-ע"א 8946/04 Warner Bros נ' רו"ח יוכמן, נאמן ומנהל מיוחד של תבל בפיסקה 10 לפסק דינו של השופט (כתארו אז) א' גרוניס (01.08.2010).

במקרה שלפנינו - הפיצויים המוסכמים, בסכומים שנקצבו בחוזה עומדים בהוראת סעיף 15 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א-1970 ואינם "מכסים" את ההשבה ואת החזרי הארנונה. לפיכך ראוי הוא שהמוכרים, שהעלימו את אי-ההתאמה וחטאו במעשה הטעיה - יישאו במלוא הנזק שנגרם לקונים (אף אם אלה התרשלו בגילוי העובדות לאשורן).

4. סוף דבר - הנני מסכים, כאמור, לעמדה המצדדת בדחיית ערעור המערערים.

ש ו פ ט

הוחלט ברוב דעות כאמור בפסק דינו של השופט סולברג, כנגד דעתו החולקת של השופט רובינשטיין.

ניתן היום, ‏י"א באדר א' התשע"ד (‏11.2.2014).

|  |  |  |
| --- | --- | --- |
| ש ו פ ט | ש ו פ ט | ש ו פ ט |

העותק כפוף לשינויי עריכה וניסוח. רח+הג

מרכז מידע, טל' 077-2703333 ; אתר אינטרנט, www.court.gov.il