



בבית המשפט העליון בשבתו כבית משפט לערעורים אזרחיים

ע"א 6667/10

ע"א 7441/10

לפני: כבוד השופט א' רובינשטיין
כבוד השופט ס' גיבראן
כבוד השופט י' עמית

המערערת בע"א 6667/10
והמשיבה בע"א 7441/10: גלית הלוי בר טנדלר

נגד

המשיב בע"א 6667/10
והמערער בע"א 7441/10: דרור קוזניצקי

ערעורים על פסק דינו של בית המשפט המחוזי בתל אביב-
יפו מיום 22.7.10 בת"א 2390/08 ה"פ 976/08 שניתן על ידי
כבוד השופטת ד"ר מיכל אגמון-גונן

תאריך הישיבה: י"ד בטבת התשע"ב (9.1.2012)

בשם המערערת בע"א 6667/10
והמשיבה בע"א 7441/10: עו"ד משה גוטסמן

בשם המשיב בע"א 6667/10
והמערער בע"א 7441/10: עו"ד אבי שרף; עו"ד עדי יוגב

פסק-דין

השופט י' עמית:

שני ערעורים מאוחדים שעניינם חוזה מכר במקרקעין שנעשה תוך ניסיון
להונות את רשויות המס.

העובדות הצריכות לעניין

1. המנוחה יעל הלוי ז"ל (להלן: המנוחה או הלוי) הייתה הבעלים של מגרש
בגודל 500 מ"ר בגבעת שמואל, ודרור קוזניצקי (להלן: קוזניצקי) היה מעוניין לרכוש
את המגרש. ברם, מאחר שמכירת מגרש חייבת במס שבת, ומאחר שקוזניצקי ביקש
לרכוש את המגרש על מנת לבנות עליו בית התחכמו הצדדים וחתמו על שני חוזים
במקביל.

הסכם ראשון - הסכם למתן שירותי בניה שנכרת בין המנוחה לבין חברת הבניה טייגר בע"מ שבבעלות אביו של קוזניצקי (להלן: הסכם הבניה). הסכם הבניה נושא את התאריך 19.1.2005 ובו התחייבה החברה לבנות תוך 18 חודשים עבור המנוחה בית מגורים שייבנה על גבי המגרש שבבעלות המנוחה (להלן: המגרש), תמורת סך של 150,000 דולר. הסכם הבניה מנוסח כהסכם קבלנות לכל דבר ועניין, נאמר בו כי התמורה היא פאושלית (כוללת), ולחווה צורף מפרט טכני ולוח תשלומים מפורט על פי שלבי הבניה.

הסכם שני - נחתם באותו יום בין קוזניצקי לבין המנוחה אך נושא את התאריך 15.6.2006 ולפיו התחייבה הלוי למכור לקוזניצקי בית בן שמונה חדרים ומרתף בשטח כולל של 400 מ"ר הבנוי על המגרש, תמורת סך של 500,000 דולר (להלן: הסכם המכר). התאריך של 15.6.2006 שנכתב בהסכם הוא התאריך המשוער בו הייתה אמורה להסתיים בניית הבית, בחלוף 18 חודשים מתאריך הסכם הבניה.

[הערה: קיימת אי התאמה בין הסכם הבניה לבין הסכם המכר. בעוד שבמפרט הטכני בהסכם הבניה נכתב כי הבית יכלול שישה חדרים והכנה לעליית גג, בהסכם המכר נכתב כי הבית הנמכר הוא בן שמונה חדרים].

2. כוונת הצדדים הייתה אפוא כי בבוא היום - לאחר שהבית שתוכנן על ידי קוזניצקי על פי צרכיו ומידותיו ייבנה ויעמוד על תילו - המנוחה תדווח למס שבח על מכירת בית מגורים שנבנה על ידה, ותזכה לפטור ממס שבח בגין דירת יחיד. באופן זה, יתאפשר למנוחה לקבל \$350,000 "נטו" עבור המגרש (= \$500,000 - \$150,000).

בתה של המנוחה, גלית הלוי-בר-טנדלר (להלן: טנדלר), חתמה ביום 7.2.2005 כערבה על הסכם הבניה ובחודש יולי 2005 אף הצטרפה לצד המנוחה כלווה לצורך קבלת הלוואה מהבנק למימון הבניה. זאת, מאחר שבהעדר אפשרות להציג יכולת החזר חודשית, הבנק סירב להעמיד למנוחה הלוואה.

הבניה התעכבה בשל עיכובים שונים בקבלת היתר הבניה, וכפי שעולה מחומר הראיות, בעיקר בשל קשיים בהם נתקלה המנוחה בקבלת הלוואה למימון הבניה, בין היתר, נוכח עסקאות נוספות שביצעה בעבר בחלקות סמוכות שהיו בבעלותה, מה שלא אפשר רישום משכנתא לטובת הבנק בהיעדר פרצלציה בין המגרשים.

3. בחודש יוני 2007 נפטרה המנוחה, עוד טרם החלה בניית הבית, והמגרש הועבר בירושה לטנדלר במסגרת הסכם חלוקה בינה לבין היורשים האחרים. בין הצדדים החלה תכתובת במהלכה דרש קוזניצקי מטנדלר לבצע את ההסכמים שנכרתו בינו לבין אמה המנוחה. ביני לביני נודע לקוזניצקי כי טנדלר מעוניינת למכור את המגרש לצד שלישי, וכיום 15.6.2008 הגיש בבית משפט השלום תובענה שכללה סעדים כספיים וסעד של אכיפת ההסכם, ובד בבד עתר למתן צו מניעה נגד מכירתו. בית המשפט נתן צו מניעה זמני במעמד צד אחד, ולאחר שהתקיים דיון במעמד הצדדים ולאור המלצת בית המשפט מחק קוזניצקי את הבקשה ואת התביעה (לאחר שבית המשפט הבהיר כי הסמכות העניינית נתונה לבית המשפט המחוזי).

4. ביום 30.6.2008, יום לאחר שמחק את תביעתו בבית משפט השלום, רשם קוזניצקי הערת אזהרה לזכותו על המגרש מכוח יפוי כוח שנתנה המנוחה לזכותו במסגרת הסכם המכר, תוך שהוא מיידע את טנדלר על רישום ההערה. טנדלר הגישה תביעה בהמרצת פתיחה לביטול הערת אזהרה (ה"פ 976/08), וקוזניצקי הגיש תביעה למתן פסק דין הצהרתי כי זכותו לרכוש את המגרש במחיר עליו הוסכם, ושאותו ניתן, לטענתו, "לחלץ" מתוך הסכם הבנייה והסכם המכר (ת.א. 2390/08). אציין כי לאחר תחילת ההליכים המשפטיים בין הצדדים, דיווח קוזניצקי על העסקה האמיתית למס שבח ושילם את מס הרכישה הנדרש.

הדיון בשני ההליכים אוחד ונדון בבית המשפט המחוזי בתל-אביב בפני כב' השופטת ד"ר מ' אגמון-גונן.

טענות הצדדים בבית משפט קמא

5. המחלוקת בין הצדדים נוגעת לשאלת תוקפם של ההסכמים, בהיותם בגדר הסכמים שנועדו להסתיר מרשויות המס את העסקה האמיתית ונוכח העובדה כי המנוחה נפטרה.

קוזניצקי טען כי טנדלר ידעה על העסקה והיתה מעורבת בה והיא באה בנעלי אמה המנוחה, ולכן יש לקיים את ההסכם ולאכוף את מכירת המגרש במחיר שהוסכם ביניהם. נטען כי טנדלר נוהגת בחוסר תום לב, מאחר שגם לאחר מות האם ניהלה עימו משא ומתן למכירת המגרש, והיא מבקשת להתנער מהסכם המכר נוכח העלייה במחירי הנדל"ן באיזור, בעוד שקוזניצקי הוציא בינתיים כספים רבים לשם ביצוע ההסכם.

6. טנדלר טענה כי לא היתה מעורבת כלל בעסקה שנרקמה בין אמה המנוחה לבין קוזניצקי, שלטענתה בקי ורגיל בענייני בניה ונדל"ן, בעוד שהמנוחה כלל לא הבינה בנושאים אלה. טנדלר טענה כי ידעה רק על הסכם הבנייה בגינו נטלה הלוואה למימון הבנייה, ואילו על הסכם המכר נודע לה רק לאחר מות אמה, לאחר שקוזניצקי הציג אותו בפניה. לדבריה, סמכה על אמה שהיתה מיוצגת באותה עת על ידי עו"ד פרץ ולכן הסכימה ליטול הלוואה מהבנק. במישור המשפטי, טענה טנדלר כי בחוזה בלתי חוקי עסקי, ולכן החוזה בטל ואין לאכוף אותו, וממילא יש למחוק את הערת האזהרה שרשם קוזניצקי לזכותו.

פסק דינו של בית המשפט המחוזי

7. בבית המשפט העידו בעלי הדין טנדלר וקוזניצקי וכן עו"ד אריאל פרץ שייצג בתקופה הרלוונטית את המנוחה וניסח בעבורה את הסכם הבנייה בינה לבין קוזניצקי. בית המשפט לא רחש אמון לבעלי הדין, וציין כי גרסתם אינה עולה בקנה אחד עם יתר הראיות שבתיק, וכי לא בכדי לא הביאו לעדות אחרים שהיו מעורבים בעסקה. בית המשפט נמנע מלקבוע ממצא עובדתי בעניינו של עו"ד פרץ שטען כי לא ידע כלל אודות הסכם המכר, והפנה לכך שבהסכם המכר נזכר שמו של עורך דין אחר כנאמן של הצדדים.

8. בפסק הדין נקבע כי טנדלר היתה מעורבת בעסקה שנרקמה בין אמה המנוחה לקוזניצקי והיתה מודעת להסכם המכר ולהיותו בלתי חוקי. טנדלר ערבה להסכם הבניה, הזמינה דו"ח של שמאי להערכת שווי המגרש ואף הצטרפה כלוה נוספת להסכם ההלוואה מהבנק לצורך מימון הבנייה. בנסיבות אלה, קשה להלום כי טנדלר לא היתה מודעת למהות העסקה, אין זה סביר שלא התעניינה ולא שאלה מדוע הבנייה מתעכבת, וטענתה כי סמכה על אמה ב"עניינים עצומות" אינה מתיישבת עם טענתה כי קוזניצקי ניצל והונה את אמה. לאחר מותה של האם ניהלה טנדלר מגעים עם קוזניצקי במטרה לקדם את מכירת המגרש, מבלי לעורר את טענת אי החוקיות, מה שאינו מתיישב עם טענתה כי קוזניצקי הונה את אמה המנוחה. הסבריה של טנדלר, אשה בוגרת ומשכילה, כי בעלה ניהל מו"מ ללא מעורבותה וכי לא היתה מודעת לפרטי ההלוואה שנטלה מהבנק או להסכם הבנייה לו ערבה, נדחו על ידי בית המשפט, שקבע כי הסבריה בלתי אמינים ומיתממים.

בית המשפט דחה את גרסתו של קוזניצקי כי כבר הוציא כספים רבים לצורך מימוש העסקה, באשר לא המציא קבלות ולא הביא עדויות המאששות את טענותיו. עם

זאת, קיבל בית המשפט את טענתו המרכזית לפיה הוא והמנוחה פעלו בשיתוף פעולה כדי לממש את העסקה; כי שני ההסכמים נחתמו באותו יום כדי להימנע מתשלום מס שבח; וכי טנדלר ידעה על העסקה והיתה מעורבת בה.

9. מכאן פנה בית המשפט לדון בתוצאותיו של החוזה הבלתי חוקי לאור סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג-1973 (להלן: החוק או חוק החוזים). בית המשפט עמד על כך שאם תקבל טנדלר את המגרש, תהא זו תוצאה בלתי צודקת לאור מחירי המגרשים שהאמירו. מנגד, קיום החוזה ככתבו וכלשונו מוציא את קוזניצקי וכל תאוותו בידו, בניגוד לרציונל ההרתעה. מכאן, שהתוצאה הצודקת במקרה דנן היא לאכוף את הסכם מכירת המגרש לו התכוונו הצדדים מלכתחילה, כך שהערת האזהרה לטובת קוזניצקי תישאר על כנה. בחלק האופרטיבי קבע בית המשפט כלהלן:

”כיון שהצדדים לא נקבו בהסכם מחיר לגבי המגרש, ואין מקום כי בית המשפט יהפוך עבור הצדדים שני הסכמים בלתי חוקיים להסכם חוקי למכר מגרש על הצדדים יהיה להגיע למחיר מוטכס. כל ההוראות שעניינן בניית בית על המגרש ומכירתו, שנעשו לצורך הונאת שלטונות המס בטלות” (הדגשה שלי – י.ע.).

נקבע כי פתרון זה צודק בנסיבות העניין, כי מחד אינו מאפשר לטנדלר להתחמק מהתחייבות שהיא או אמה המנוחה נטלו על עצמן, ומאידך אינו מאפשר לקוזניצקי לקבל את המגרש במחיר נמוך, תוך שמירת אלמנט ההרתעה בכך “שהפעם תדווח העסקה לשלטונות המס כעסקה למכר מגרש, במחיר הראוי עליו יסכימו הצדדים, וישולם מס בהתאם” (הדגשה שלי – י.ע.).

על פסק דין זה הוגשו שני הערעורים המאוחדים שלפנינו.

תמצית טענות הצדדים בערעור

10. שני הצדדים הלינו על כך שבית המשפט לא השלים את מלאכתו, מאחר שלא הכריע בשאלת מחיר המגרש והותיר את הצדדים “להסתדר” ביניהם.

אקדים ואומר כי יש ממש בטענות שני הצדדים בנקודה זו, באשר התוצאה הסופית של פסק הדין אינה אופרטיבית כלל. לא ניתן לממש אותה בהליכי הוצאה לפועל או בזיון בית משפט, לא נקבעו פרמטרים לקביעת מחיר המגרש ולא נקבע כל מנגנון להכרעה במקרה שהצדדים לא יצליחו להגיע לעמק השווה, כפי שאכן אירע.

11. קוזניצקי טוען בערעוורו כי ערכו דאז של המגרש היה ידוע לצדדים ועוגן בחוות דעת שמאי מטעם הבנק, ולכן יש להורות על קיום החוזה ב"שיערוך כלשהו" של התמורה.

12. טנדלר טוענת בערעורה כי התוצאה אליה הגיע בית המשפט אינה עולה בקנה אחד עם רצון הצדדים למכירת בית בנוי על המגרש. לטענתה בית המשפט כפה מכירת מגרש ריק על אף שלא הוסכם על כך מלכתחילה, והתעלם מכך שטנדלר כלל לא היתה מודעת להסכם המכר. מכל מקום, קוזניצקי מצידו לא קיים את חלקו בחוזה, לא שילם אף לא חלק מהתמורה וזנח את העסקה, ולכן לא מתקיים התנאי לאכיפת חוזה לפי סעיף 31 סיפא לחוק.

דיון והכרעה

13. שני ההסכמים נכרתו על מנת להציג מצג שווא בפני רשויות המס, ושני הצדדים יצאו מנקודת הנחה כי בחוזה בלתי חוקי עסקינן. במישור העובדתי, ולמרות שטנדלר חזרה וטענה בחצי פה כי לא הייתה מודעת לאי החוקיות, הרי שבדיון בפנינו זנחה טענה זו, וטוב עשתה, באשר מעורבותה וטביעות אצבעותיה ניכרות בעסקה.

השאלה הצריכה אפוא הכרעה היא לגבי תוצאת אי החוקיות, לאור הוראות החוק הרלוונטיות ונסיבות המקרה דנן. אפתח בסקירה בנושא אי החוקיות ולאחר מכן ניישם את הדברים לענייננו.

החוזה הבלתי חוקי

14. אך לאחרונה נדרש בית משפט זה לנושא של חוזה בלתי חוקי בע"א 4305/10 אילן נ' לוי (לא פורסם, 9.5.2012) (להלן: עניין אילן) ואפנה את הקורא לסקירה של השופט פוגלמן שם. לסקירה מקיפה בסוגיות החוזה הבלתי חוקי ראו גם עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 473 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003) (להלן: גרוסקופף). לתכליות השונות שבבסיס ההסדר החוקי ולהבחנות שפותרו בפסיקה בעניין החוזה הבלתי חוקי כמו ההבחנה בין חוק מצווה לחוק מדריך ובין אי חוקיות מהותית לאי חוקיות אגבית (אינצידנטלית), ראו גם גבריאלה שלו דיני חוזים 360-359 (מהדורה שניה, 1996) (להלן: שלו); בג"צ 6231/92 זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה, פ"ד מט(4) 749 (1995) (להלן: עניין זגורי).

15. נהוג להבחין בין שאלת סיווג החוזה כבלתי חוקי לבין שאלת תוצאותיו של החוזה הבלתי חוקי. הערעור שלפנינו מתמקד בסוגיית התוצאות של החוזה הבלתי חוקי, לאור הוראותיהם של סעיפים 30-31 לחוק החוזים, שתי הוראות אשר "כרוכות זו בזו, משלימות זו את זו ומסייגות זו את זו" (עניין זגורי, בעמ' 780). נשים נגד עיננו הוראות סעיפים אלה:

30. חוזה פסול

חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור - בטל.

31. תחולת הוראות

הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלות לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה - לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.

הוראות סעיפים 19 ו-21, אליהן מפנה סעיף 31, קובעות כלהלן:

19. ביטול חלקי

ניתן החוזה להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לביטול אותו חלק בלבד; אולם אם יש להניח שהצד הרשאי לבטל לא היה מתקשר בחוזה לולא העילה, רשאי הוא לבטל את החלק האמור או את החוזה כולו.

21. השבה לאחר ביטול

משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויו של מה שקיבל.

16. הוראת סעיף 31 לחוק החוזים, היא יצירה נורמטיבית מקורית שאין לה אח ורע בדין המשווה, בכך שהיא מקנה לחוזה תוצאות משפטיות על אף היותו חוזה בלתי חוקי (דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) – חלק א" ספר דניאל 371, 372-373 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (פורסם לראשונה בעיוני משפט ה 618 (תשל"ז) (להלן: פרידמן, תוצאות עורכים, 2008); גרוסקופף, בעמ' 476-477)). בכך שינה המחוקק את המצב המשפטי ששרר עד לחקיקת חוק החוזים, ולפיו "מעילה בת עוולה לא תצמח עילת תביעה" (מרים בן פורת "החוזה הפסול" ספר זוסמן 171 (תשד"ם) (להלן: בן פורת, ספר

זוטמן); איל זמיר "החווה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" ספר דניאל 423 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (להלן: זמיר)).

הרתיעה של בתי המשפט מלעסוק בחווה בלתי חוקי התפוגגה, וכיום לא עומדת בפני בית המשפט כל מניעה להעניק סעדים לצדדים, הגם שהיו מעורבים במעשה אסור (עניין זגורי, בעמ' 771; ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עיריית ירושלים, בפסקה 28 לפסק דינה של השופטת (כתוארה אז) מ' נאור (לא פורסם, 22.1.2009), (להלן: עניין בית הרכב)). אמור מעתה, כי לאחר חקיקת חוק החוזים "המושג בטל שבסעיף 30 אינו אפוא בחינת 'לא שרירין ולא קיימין' אלא הריהו בחינת 'לא שרירין אך קיימין' ומכוח קיומו באה לו, במסגרת הוראות סעיף 31 גם שרירותו" (כלשונו של השופט אלון בע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה (2) 506, 520-521 (1980) (להלן: עניין הווארד)). לא למותר לציין כי בסעיף 109 להצעת חוק דיני ממונות, התשע"א-2011, הדין לגבי חווה בלתי חוקי מובא בנוסח דומה, אך הושמטו ממנו המילים "אם ראה שמן הצדק לעשות כן", והנימוק לכך הוא שמילים אלו מיותרות (דברי ההסבר, ה"ח 595, בעמ' 753).

17. ניתן להצביע על שלוש גישות עיקריות לגבי מהותו של החווה הבלתי חוקי: "מת שניתן להחיותו"; חי וקיים אך רדום וניתן להעירו; חווה שיש לו נפקויות משפטיות והוא אף יכול להעביר קניינים, אלא שאין בכוחו להקים זכות תביעה (ראו: בן פורת, ספר זוטמן, בעמ' 183-185; שלו, בעמ' 382-383). דומה כי שאלה עיונית זו טרם הוכרעה בפסיקה, ובתי המשפט העדיפו לעסוק בתוצאות החווה הבלתי חוקי מאשר בשאלת אופן סיווגו (עניין זגורי, בעמ' 781).

18. בקביעת תוצאותיו של החווה הבלתי חוקי, מתגושים שני עקרונות מנוגדים: עקרון ההרתעה והמניעה מיצירת חוזים בלתי חוקיים בעתיד, מול הרצון לעשיית צדק קונקרטי בין הצדדים כך שלא ייצא חוטא נשכר (עניין זגורי, בעמ' 782-783).

המתח הקיים בין שתי התכליות מייצג מחלוקת תפישתית, ערכית ומשפטית, המודגמת היטב בפסק הדין בע"א 533/80 אדרעי נ' גדליהו, פ"ד לו (4) 281 (1982) (להלן: עניין אדרעי). באותו מקרה נדון הסכם מכירת דירה שפוצל לשני חוזים נפרדים כדי להונות את רשויות המס לגבי שטח הדירה ולגבי התמורה. השופטת בן פורת גרסה כי יש ליתן משקל רב יותר לשיקולי ההרתעה וחינוך הציבור, ולכן "כרגיל, יש לראות חווה בלתי חוקי כבטל (סעיף 30 לחוק החוזים). רק במקרים חריגים, כאשר טעמי צדק מחייבים זאת, והתובע קיים חלק ממשי מן החיוב, יש הצדקה להורות שעל הנתבע לקיים 'את החיוב שכנגד, כולו או מקצתו'" (שם, בעמ' 285; ההדגשות במקור – י.ע.).

השופטת בן פורת חזרה על עמדתה גם במאמרה (בן פורת, 1998 זוטמן, בעמ' 18), ולגישה זו הצטרפה בהמשך גם השופטת נתניהו (ראו ע"א 759/81 ברש נ' ירדני, פ"ד מא(2) 253, 269-271 (1986) (להלן: עניין ברש)).

מנגד, גרס השופט אלון כי שיקול ההרתעה מהווה אך שיקול אחד מביין מכלול השיקולים, כאשר המגמה הכללית היא לאפשר לבית המשפט לפסוק בכל מקרה לפי נסיבותיו על מנת לעשות צדק בין הצדדים (שם, בעמ' 292-293) ואין לאפשר למי שהיה שותף לחוזה להתנער ממנו בטענה של חוזה בלתי חוקי בבחינת "טובל ושרץ בידו" (בעמ', 291). לכן, לדידו יש דווקא לשאוף לקיים את החוזה כדי לעשות צדק עם הצדדים. דעה דומה הביע השופט אלון גם בעניין הווארד, שניתן חודשים ספורים לפני פסק הדין בעניין אדרעי, שם פרש אף את עמדת המשפט העברי לפיו יש להבחין בין המעשה הפלילי-איסורי לבין התוצאות האזרחיות התקפות של המעשה, כל עוד אין איסור דתי שנובע מביצוע החוזה (שם, בעמ' 519 והאסמכתאות שם; ראו גם אצל זמיר, בעמ' 443). גישה זו של השופט אלון תואמת במידה רבה את תפישתו הכללית בדבר ההגנה על חופש החוזים, וראו בעניין זה: איל זמיר "השופט ברק ודיני החוזים: בין אקטיביזם לאיפוק, בין חופש החוזים לסולידאריות חברתית, בין שפיטה לאקדמיה" 1998 ברק 343, 374-376 (איל זמיר, ברק מדינה וסיליה פסברג עורכים, 2009).

במסגרת ההתגוששות בין שני העקרונות הנ"ל, על בית המשפט לאזן בין שני אינטרסים סותרים, והם האוטונומיה להתקשר בחוזים אל מול הערך המוגן בחוק שהופר בחוזה (עניין זגורי, בעמ' 770; ע"א 7368/06 דירות יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה, בפסקה 48 לפסק דינה של השופטת פרוקצ'יה (לא פורסם, 27.6.2011); רע"א 5210/08 עו"ד זרח רחנבלום נ' מועצה מקומית חבל מודיעין, בפסקה 25 לפסק דינו של השופט דנציגר (לא פורסם, 20.12.2010) (להלן: עניין רחנבלום)).

לצד שני העקרונות דלעיל, מצביע זמיר (בעמ' 430-438) על שלושה שיקולי מדיניות מרכזיים: שיקולים תוצאתיים – המצב שישרת בצורה המיטבית את ההרתעה בפני כריתת חוזים בלתי חוקיים (שאינו בהכרח ביטולו של החוזה); שיקולי הגינות – עשיית צדק בין הצדדים; ושיקולים מוסדיים – הנוגעים לשאלות של מדיניות משפטית ובעיקר לשאלת תפקידו של בית המשפט כעוסק בסכסוכים המתגלעים אגב כריתת חוזה בלתי חוקי. לכאורה, יש מתאם בין עקרון ההרתעה לשיקול התוצאתי ובין העקרון של עשיית צדק פרטני בין הצדדים לשיקולי ההוגנות. לכל אחד מהשיקולים יתרונות ומגרעות. כך לדוגמה, במסגרת השיקולים התוצאתיים ההרתעה האפקטיבית ביותר היא כי בית המשפט ימשוך ידו מליתן סעד כלשהו בחוזה בלתי חוקי, כפי שהיה המצב

בעבר, טרם חקיקת חוק החוזים. ברם, לכך עשויות להיות תוצאות אחרות, כמו דחיפת הצד שנפגע מהפרת החוזה לאמצעי אכיפה "חיצוניים" שלא במסגרת החוק, או מתן תמריץ לעריכת חוזים בלתי חוקיים והפרתם לאחר מכן, מתוך ידיעה של המפר כי אינו חשוף לסנקציה חוזית.

19. על רקע הדילמות הערכיות והמשפטיות שמעורר החוזה הבלתי חוקי ולאור הקושי לנווט בין שיקולי המדיניות השונים כדי לקבוע מהו הסעד הראוי, התפתחה פסיקה עניפה במסגרתה הוצב מערך של שיקולים ו"אמות מידה מנחות" בקביעת התוצאה של החוזה הבלתי חוקי.

הסמכות להורות על קיום החיוב שכנגד

20. עיון בפסיקה מעלה כי בתי המשפט התלבטו בעיקר בהחלת סמכותם להורות על אכיפה של חוזה בלתי חוקי. מקובל לומר, כי בין הסעדים המנויים בסעיף 31 לחוק, קיים מדרג אנכי ואופקי, כאשר האפשרות הראשונה היא השבה בעקבות בטלות החוזה, ומתחתיה ניצבות שתי האפשרויות האחרות – פטור מהשבה וקיום חיובים – ביחס אופקי (ע"א 701/87 ביהם נ' בן יוסף, פ"ד מד(1) 1, 15 (1989) (להלן: עניין ביהם); עניין אילון, בפסקה 19). הכלל הוא השבה, אך רשאי בית המשפט להורות על פטור מהשבה, ובנוגע לקיום החוזה הכלל הוא הפוך – הכלל הוא שאין להורות על קיום אך רשאי בית המשפט להורות על קיום.

יש הגורסים כי "השימוש שעושה בית המשפט בשיקול דעתו להורות על קיום החיובים שבחוזה אינו צריך להיעשות 'בעין טובה וביד רחבה ככל האפשר'" (עניין ביהם בעמ' 16), ומנגד, יש הגורסים כי על בית המשפט להשתמש בסמכות שניתנה לו "בעין טובה וביד רחבה ככל האפשר" כדי להביא לתוצאה צודקת בין הצדדים (פסק דינו של השופט אלון בעניין הווארד, בעמ' 520).

21. את סעד האכיפה של החוזה הבלתי חוקי ניתן לעגן בשני הסברים מרכזיים. האחד – "גישת רצון הצדדים", לפיה קיום החיובים מממש הלכה למעשה את רצון הצדדים הנתקלים בבעיית מימוש החוזה בשל היותו בלתי חוקי; השני – "גישת ההתערבות המחייה", לפיה סמכות האכיפה היא מכשיר התערבות שעומד לרשות בית המשפט לא על מנת לממש את רצון הצדדים, אלא נהפוך הוא, כדי להפקיע מידיהם את סמכות ההכרעה ולהפקידה בידי בית המשפט (גרונקופף, בעמ' 611). שתי הגישות עשויות להוליך לתוצאות הפוכות, כגון בשאלת ההחלה למפרע של הוראות החוזה. אם

נאמץ את גישת רצון הצדדים הרי שהחלה היא למפרע - מיום החתימה על החוזה, בעוד שלפי גישת ההתערבות המחייבה, הנפקויות המשפטיות תחלנה משעת מתן צו הקיום ואילך (ראו למשל, פרידמן, תוצאות אי החוקיות חלק א, בעמ' 390, וגרוסקופף, בעמ' 612). אף מידת תדירות השימוש בסעד האכיפה נגזרת מהשאלה באיזו גישה לנקוט, שאם נאחז בגישת רצון הצדדים יגבר השימוש בסעד האכיפה כדי לממש את רצון הצדדים, בעוד שעל פי הגישה השנייה, השימוש בסעד האכיפה ייעשה במשורה. לדעתו של גרוסקופף, שאני נוטה להסכים לה, גישת "רצון הצדדים" אינה עולה בקנה אחד עם לשון החוק אשר, בין היתר, קושרת את קיום החוזה לכך שהצד השני קיים את חיוביו, ודומה כי גישה זו אף לא התקבלה בפסיקה.

22. שתי הגישות הנ"ל אינן סוף פסוק בקביעת גורלו של החוזה הבלתי חוקי, ולצידן התוותה הפסיקה מערך של שיקולים לקביעת התוצאה הראויה במסגרת סעיף 31 לחוק, תוך הדגשה כי אין מדובר במסגרת נוקשה וכי "יש לאפשר לבית המשפט גמישות בעשותו שימוש בשיקול-דעתו" (עניין ביהם, בעמ' 16; עניין זגורי, בעמ' 783; עניין אדרעי, בעמ' 294; ראו גם אצל שלו, בעמ' 388).

23. ואלו השיקולים השונים שהובאו בפסיקה לגבי יישום הסעדים בסעיף 31 לחוק, ומבלי שאתיימר לערוך רשימה ממצה של השיקולים:

(-) התנהגותו של כל אחד מהצדדים בקשר לביצוע ההסכם, בשים דגש על התנהגות בעל הדין שמבקש להתחמק מביצוע החוזה (עניין אדרעי, בעמ' 293).

(-) מידת האשמה של כל אחד מהצדדים באי חוקיות החוזה (עניין אדרעי, שם; עע"מ 5666/09 עיריית פתח תקווה נ' ישיר איי.די.איי חברה לביטוח בע"מ, בפסקה 17 לפסק דינו של המשנה לנשיאה א' ריבלין והאסמכתאות שם (לא פורסם, 21.6.2011) (להלן: עניין איי.די.איי); עניין זגורי, בעמ' 783; ע"א 141/80 גפני נ' מאירוב, פ"ד לה (3) 813, 822 (1981) (להלן: עניין גפני)).

(-) הכלל לפיו "אין חוטא יצא נשכר", קרי, שהצד להסכם הבלתי חוקי לא יהנה בנוסף גם מאי קיום החוזה (עניין אדרעי, שם).

(-) הבחנה בין מעשה אסור העומד בליבת ההתקשרות ומהווה את תכליתה או אלמנט חיוני להשגתה - כמו חוזה לביצוע שוד או חוזה שנועד לשמש בסיס להנפקת חשבונות מס פיקטיביות - לבין אי חוקיות משנית, נלווית או אגבית (אינצדנטלית)

לחווה, כמו חווה למכירת מקרקעין שסכום התמורה הנקוב בו נמוך מהסכום האמיתי (עניין אדרעי, שם; והשוו: ע"א 379/69 מעודד נ' דון, פ"ד כד(1) 283, 287 (1970); וראו ביקורת על פסקי הדין אצל בן פורת, ספר זוטמן, בעמ' 180-182. חרף הביקורת שיקול זה היכה שורש בפסיקה, וראו לדוגמה בעניין רוזנבלום, בפסקה 29).

הונאת רשויות המס היא פסולה למרות היותה אגבית, וחלק ניכר מהפסיקה העוסקת באי חוקיות היא מהסוג נשוא דיוננו, קרי, ניסיון להונאת רשויות המס. אציין כי הפסיקה הרבתה להשתמש בביטוי "חווה שנועד להונות את רשויות המס" (ראו, לדוגמה, עניין אילן, בפסקה 25 ובפסקה 32 לחוות דעתו של השופט פוגלמן), אך לטעמי ביטוי זה עלול לטשטש את הקלסיפיקציה בין "תוכן החווה" הפסול לבין "מטרת החווה" הפסול. אכן, ההבחנה בין השניים אינה קלה, וקיימת חפיפה בין שני המונחים. כשלעצמי אני סבור כי הסכם מכר מקרקעין שנערך בדרך שיש בה כדי להונות את רשויות המס. יש לסווג כאי חוקיות הנוגעת לתוכנו של החווה ולא למטרתו (גרוסקופף 482-483), ובמקרים מעין אלה, רצוי להשתמש במונח "חווה שכרוכה בו הונאה של רשויות המס" או ביטוי כגון דא.

(-) קיומו של צד שלישי תם לב שהסתמך על החווה (ע"א 359/79 אלחנני נ' רפאל, פ"ד לה(1) 701, 713-714 (1980); עניין זגורי, בעמ' 784; עניין גפני, בעמ' 823).

(-) דרגת החומרה של אי החוקיות (עניין אי.די. איי, שם; עניין זגורי, בעמ' 783).

(-) מידת הביצוע של החווה ומידת ההסתמכות של הצד השני לחווה (עניין אי.די. איי, שם; עניין זגורי, שם).

(-) מידת תום הלב של כל אחד מהצדדים.

בחינת תום ליבם של הצדדים לחווה כהיבט מוסרי, הולכת ותופסת מקום חשוב במכלול השיקולים בבחינת גורלו של החווה הבלתי חוקי. ניצנים ראשונים לגישה זו, הרואה בתום הלב שיקול מנחה, מצויים בדנ"א 4465/98 טבעול (1993) בע"מ נ' שף היס (1994) בע"מ, פ"ד נו(2) 56, 110 (2001), שעסק במקרה של חוזים שנכרתו אגב הסדר פסול לפי דיני ההגבלים העסקיים. רכיב תום הלב נדון בהרחבה בהקשר של חוזים בין רשות לפרטים בפסקי הדין בעניין בית הרכב ובעניין רוזנבלום, בהקשר של אי מילוי הוראת סעיף 203 לפקודת העיריות (אציין כי הדברים נדונים בפסיקה דרך שגרה

באספקלריה של אי חוקיות, אך יכול הטוען לטעון כי יש לדון בנושא זה באספקלריה של אי מילוי דרישה צורנית שקבע המחוקק לגבי חוזים שהעירייה צד לה).

בעניין בית הרכב, קבעה השופטת נאור כי עקרון תום הלב מגמיש במידת מה את הדרישה הצורנית הקבועה בפקודת העיריות וכי כל מקרה יידון לגופו "תוך שקלול שיקולי הצדק כולם" הכוללים את אשמת הצד המתנער מההסכם וההסתמכות של הצד האחר מחד גיסא, ומאידך גיסא האינטרס הציבורי בסדרי שלטון תקינים ועקרון ההרתעה (עניין בית הרכב, בפסקה 54; ראו גם בעניין רזנבלום, בפסקה 26).

בעניין רזנבלום קבע השופט דנציגר כי אך "במקרים יוצאים מן הכלל" ו-"נדירים ביותר" ייתכנו חריגים בהם בית המשפט יורה על מתן צו קיום מלא, מקום בו אין בהשבה כדי לעשות צדק עם הצדדים. זאת, בהתקיים שלושה תנאים מצטברים, ובראשם התנאי של תום הלב, הקובע כי "הצד המתקשר הוא תם לב לחלוטין, בעוד התנהלות הרשות חסרת תום לב או עולה כדי הצגת מצג שווא או התרשלות" (שם, בפסקה 29).

24. עד כאן השיקולים השונים הצריכים לשם בחירת הסעד המתאים במסגרת סעיף 31 לחוק החוזים. כאמור, אין מדובר ברשימה סגורה, ומגוון השיקולים והאיזון ביניהם אינם שווים לכל סעד במסגרת סעיף 31 לחוק, נוכח נקודות המוצא השונות של כל אחד מהסעדים. כאמור, נקודת המוצא היא כי חוזה בטל גורר השבה והחריג הוא הסמכות של בית המשפט לפטור מהשבה או חלק ממנה. ובנוגע לקיום, הכלל הוא הפוך – נקודת המוצא היא שחוזה בלתי חוקי הוא בטל ולכן אין להורות על קיום, והחריג הוא סמכותו של בית המשפט להורות על קיום.

25. לצד מערך השיקולים אותו מנינו לעיל, התוותה הספרות והפסיקה "אמות מידה מנחות" הנגזרות מהשיקולים הנ"ל להפעלת שיקול דעת של בית המשפט במסגרת "שיקולי הצדק" שבסעיף 31 סיפא לחוק, אם להשבה או פטור מהשבה ואם לקיום החוזה. נפתח בשיקולים הצריכים לעניינו במקרה דנן, קרי, השיקולים הנדרשים לשם קיום החוזה.

26. אכיפת החוזה הלא חוקי: כאמור, אמנה להלן את אמות המידה שזכרו בפסיקה כבוא בית המשפט לקבוע אם יש להורות על אכיפת החוזה הבלתי חוקי (ראו לדוגמה, ע"א 335/78 שאלתיאל נ' שני, פ"ד לו(2) 151, 159 (1981) (להלן: עניין שאלתיאל); עניין רזנבלום, בפסקה 25).

א. התובע את קיום החוזה קיים את חיוביו והטוען לאי חוקיות "מחזיק את מלוא טרפו בידו" – במקרה כאמור אין לשחררו מביצוע החיוב המוטל עליו (עניין שאלתיאל, בעמ' 159). הפסיקה פירשה תנאי זה באופן מצמצם כך שדי גם בקיום חלקי של חיוביו (ראו אצל שלר, בעמ' 392).

ב. מידת הביצוע של החוזה הבלתי חוקי - ככל שקוימו יותר חיובים בין הצדדים הנטייה היא להורות על אכיפה (עניין זגורי עמ' 783).

ג. בית המשפט לא יצווה על ביצוע מעשה לא חוקי, ולא יורה על תשלום עבור מעשה בלתי חוקי. זאת, להבדיל מאי חוקיות שהוסרה או שניתן להסירה, לדוגמה, קיום עסקת מכר מקרקעין תוך דיווח לרשויות על אודות העסקה האמיתית.

ד. אי החוקיות איננה חמורה, כשהשיקול המרכזי הוא מידת הפגיעה בציבור, כפי שמשתקף מתכלית החוק ומרמת הפסול הערכי-מוסרי שדבק באי החוקיות.

ה. אי החוקיות היא אגבית (אינצידנטלית) למהות ההתקשרות, כאשר המבחן העיקרי לאגביות הוא כפול ומצטבר: כאשר הפעולה הבלתי חוקית לא מהווה את עיקר ההתקשרות אלא נוגעת לחלק הביצועי שלה; וכאשר הפעולה הבלתי חוקית אינה חיונית להתקשרות ויכולה להתקיים גם בלעדיה.

ו. מידת הפסלות איננה חולשת על כל החוזה, וניתן להפריד את החלק הנגוע מתוך החוזה מבלי לשנות בכך את החוזה שבו התקשרו הצדדים.

ז. אשמו היחסי של הצד המבקש קיום אינו חמור באופן יחסי, ובמיוחד ייבחן האם הצד המבקש קיום יזם את אי החוקיות או היה הנהנה העיקרי ממנה. עוד בהקשר זה ניתן לקחת בחשבון אם החוזה היה בתחום עיסוקו של אחד הצדדים בעוד הצד השני היה בגדר לקוח סתם או צד תמים שאינו מתמצא בנושא.

ח. התנהגות הצדדים לאחר כריתת החוזה ומידת תום הלב מצדם, לדוגמה כשהצד השני מנצל את אי החוקיות על מנת לחמוק מחיוביו.

ט. קיום החוזה לא יפגע בצד ג' תם לב, בכפוף לדיני העסקאות הנוגדות.

י. החוזה עצמו ממלא את כל היסודות הנדרשים לקיומו של חוזה תקף, כמו גמירות דעת ומסוימות, כך שאלמלא הפסול החוזה היה תקף כשלעצמו וניתן לאכיפה.

י"א. במקרה בו אי החוקיות היא של צד אחד בלבד, הצד התמים יהיה זכאי לסעדים הניתנים בגין הפרת חוזה, אף ללא הצורך בשיקול הדעת של בית המשפט כאמור בסעיף 31, ואילו על הצד האשם יחולו הוראות סעיף 31 לחוק, ושיקול דעתו של בית המשפט במתן הסעדים (כגון השבה) יהיה דומיננטי לגביו (דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) – חלק שני" ספר דניאל 401, 417-418 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (פורסם לראשונה בעיוני משפט ו 172 (התשל"ח)).

27. גרוסקופף גורס בחיבורו, כי בתי המשפט עושים שימוש תדיר באכיפה במקרה השכיח של הונאת שלטונות המס:

"למרות שהשימוש בסמכות להורות על קיום החוזה, לפי סעיף 31 לחוק החוזים אמור להיות חריג, הרי שעיון בפסיקה בנוגע להונאת רשויות המס מלמד כי לפחות בהקשר זה נעשה שימוש תדיר בסמכות זו. להוציא מקרים בהם טרם הוחל בביצוע החוזה, או כאשר קיום החוזה עלול היה לפגוע בצד ג' תם לב, מסתבר שכמעט בכל המקרים שבהם נפסל חוזה מחמת ניסיון להונות את רשויות המס, בחר בית המשפט להורות על קיומו. יתר על כן, בפסק הדין הבודד (הכוונה לעניין ברש – י.ו.) בו נמנע בית המשפט העליון ממתן צו קיום בנימוק שאין בנסיבות המקרה הצדקה להפעלת הסמכות ה'חריגה' להורות על קיום החוזה, הגיע בית המשפט, הלכה למעשה, לתוצאה של קיום ההתקשרות, וזאת משהורה, על דעת שני הצדדים, על השבת שווי בלבד " (שם, עמ' 519).

בפסקי הדין בעניין אדרעי ו-שאלתיאל, אכן יושם סעד האכיפה האמור בסעיף 31 סיפא. הלכה למעשה, וכך עשה לאחרונה בית המשפט גם בעניין אילן. עם זאת, אציין כי עיון זהיר בפסקי הדין המרכזיים של בית המשפט העליון שעסקו בהונאת רשויות המס, מעלה כי ההנמקה לאכיפת ההתקשרות לא נשענה ישירות על סמכותו של בית המשפט להורות על קיום החוזה מכוח סעיף 31 סיפא לחוק. כך, בע"א 847/75 חברת טירת גוש 6195 כהנא בע"מ נ' לוי, פ"ד לא (2) 334 (1977) הורה בית המשפט על קיום ההתקשרות מאחר שלא הוכחה אי חוקיות בפערים בין שיעורי התשלומים; בע"א 41/75 נילי נ' שלומי, פ"ד ל (2) 3, 7 (1976) נקבע בדעת רוב כי לא הוכחה כוונה להונות את שלטונות המס ולכן על החוזה להיאכף; בעניין ביהם נקבע כי לא הוכחה

הונאת רשויות המס (אך נקבע כי הצדדים עברו על איסור בשימוש במטבע זר שבגינה נקבעה אכיפה); בעניין גפני הוחזר התיק לבית המשפט המחוזי לשמיעת ראיות להוכחת אי החוקיות, כאשר השופט (כתוארו אז) שמגר בדעת מיעוט סבר שיש לבטל את החוזה בשל עניינו של צד ג'; בע"א 2036/94 טרבלסי נ' טרבלסי, פ"ד נג(1) 457 (1999), בית המשפט הורה על אכיפה תוך שהוא מתעלם לחלוטין מעניין אי החוקיות, שאמנם לא נטענה על ידי הצדדים אך הוכחה בבית המשפט המחוזי (ראו אצל זמיר, בעמ' 460-459). לא למותר להזכיר את פסק הדין המוכר העוסק בדרישת הכתב במקרקעין - ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד נ(1) 185 (1996). מעובדות פסק הדין ניתן להבין כי הצדדים נמנעו מלערוך הסכם בכתב על מנת להימנע מתשלום מס (שס, בעמ' 189 מול האות ד), אך בית המשפט הורה על אכיפת ההסכם מבלי להתייחס כלל לעניין אי החוקיות.

העולה מסקירה קצרה זו, כי במספר רב של מקרים, בית המשפט העדיף שלא להצהיר על אכיפת החוזה הבלתי חוקי, אך עשה כן בפועל, תוך שימוש בדרכים אחרות.

28. פטור מהשבה: משהזכרנו את השיקולים לקיום החוזה הלא חוקי, נזכיר את השיקולים לפטור מהשבה. השיקולים דומים לאלה שנדונו לעיל לגבי סעד הקיום, אך כאמור, נקודת המוצא היא כי סעד ההשבה הוא הכלל והפטור מהשבה הוא החריג (להרחבה בעניין הכללים והשיקולים השונים בבסיסו של הפטור מהשבה, ראו: גרוסקופף, בעמ' 592-604; פרידמן, תוצאות אי החוקיות חלק א, מעמ' 392 ואילך).

א. הפטור מהשבה ייעשה מקום בו בית המשפט משוכנע כי השבה תביא לתוצאה לא צודקת בין הצדדים.

ב. בית המשפט לא יפסוק השבה מקום בו יש בהשבה הקונקרטית כדי לעודד ביצועם של חוזים בלתי חוקיים או לסכל את תכלית הפסילה באופן שמאפיל על שיקולי הצדק.

ג. מידת אי החוקיות של החוזה - ככל שאי החוקיות חמורה בית המשפט יסרב להושיט ידו לעזרת הצדדים ופטור מהשבה.

ד. מידת האשמה של הצדדים באי חוקיות - ככל שאשמתו של הנתבע גדולה יותר תוכר זכות ההשבה ובית המשפט לא ישתמש בסמכותו לפטור מהשבה.

ה. מידת הביצוע של החוזה הבלתי חוקי - השאלה האם יש מקום לפטור מהשבה עולה בעיקר במקרים בהם החוזה קויים רק בחלקו, מאחר שאם החוזה קויים במלואו אין לכאורה מקום להשבה כי כל צד קיבל את התמורה שציפה לה. עם זאת, גם במקרה בו החוזה בוצע במלואו, ייתכנו מקרים בהם יורה בית המשפט על השבה, וזאת כאשר לאי החוקיות מצטרף גורם נוסף כמו מצג שווא או כפייה ועושק (פרידמן, תוצאות אי החוקיות חלק א, עמ' 398-399).

ו. ככלל, יש לפטור מהשבה מקום בו מקור התמורה או הנכס מושא ההשבה במעשה הפסול עצמו, או שיש בהשבה כדי להשלים את המהלך הלא חוקי. כך לדוגמה, במקרה של שוחד או תמורה לביצוע פשע ששולמו.

ז. ההשבה לא תפגע בצד ג' תם-לב.

29. אמות המידה דלעיל אינן רשימה ממצה אלא כללי עזר בסוגיה של תוצאות החוזה הבלתי חוקי. כמעט לכלל כלל ייתכנו חריגים, ועל בית המשפט ליישם את הכללים ממקרה למקרה על פי נסיבותיו.

בחיבורו של זמיר המוזכר לעיל, גורס המחבר כי אין בנמצא סט של נורמות, שיקולי מדיניות או סיווג מקיף של המצבים העובדתיים, המסוגלים להכתיב מראש תשובה ברורה לגבי סיווגם של חוזים הכרוכים באי-חוקיות ותוצאותיהם. זאת, נוכח ההתנגשות הבלתי נמנעת בין עשיית הצדק מחד גיסא לשיקול ההרתעת-הכללי מאידך גיסא. לגישת המחבר, קיים פער בין הרטוריקה של ההנמקה השיפוטית שמכוונת כלפי העתיד ומשתמשת בנימוקים של הרתעה, לבין ההכרעה האופרטיבית המתמקדת בסכסוך הקונקרטי ובשיקולים החותרים לעשיית צדק בין הצדדים (שם, בעמ' 461). מכאן, שעל המחוקק ובתי המשפט לחתור לניסוח מוצלח יותר של הנורמות ולסיווג מדויק יותר של המצבים העובדתיים בהם נדרשת הכרעה (שם, בעמ' 428). לדברים אלו אין לי אלא להסכים, וברי כי הוודאות המשפטית נפגעת בהיעדר "תרשים זרימה" המביא לתוצאה חד משמעית לגבי תוצאותיו של החוזה הפסול. ברם, הדבר נובע מכך שבסעדים תלויי שיקולי צדק עסקינן, והמשקל של כל אחד מהשיקולים והאיזונים משתנה ממקרה למקרה על פי נסיבותיו.

עודנו באים ליישם את השיקולים ואת אמות המידה המנויים לעיל על המקרה שלפנינו, אעיר הערה בנושא של חוזה למראית עין.

30. מאחר שהצדדים שלפנינו לא טענו כי בהסכם למראית עין עסקינן, איני רואה להידרש לשאלה האם עסקינן במקרה דנן בחוזה למראית עין. נפקות ההבחנה נעוצה בכך שמקום בו החוזה מסווג כחוזה למראית עין, איננו נדרשים לאיזון בין עקרון ההרתעה הכללי לבין שיקולי הצדק הפרטני, והתוצאה נגזרת מכוונתם האמיתית של הצדדים, כפי שמשקפת בחוזה הנסתר (ע"א 630/78 ביטון נ' מזרחי, ל"ג(2) 576, 584 (1979)). נפקות נוספת היא שבחוזה לא חוקי ניתן לבית המשפט שיקול דעת רחב לגבי התרופה תוך החלת סעיפים 19 ו-21 לחוק, ולא כך בחוזה למראית עין.

שאלת הסיווג נדונה בהרחבה בעניין אילון, גם שם נדון חוזה מכר מקרקעין שנעשה תוך ניסיון להתחמק מתשלום מס. השופט פוגלמן סבר כי יש להבחין בין שתי הדוקטרינות לפי מבחן התכלית הדומיננטית על פי כוונת הצדדים, וכאשר מדובר בחוזה שיש בו כדי להונות את רשויות המס יש לסווגו כחוזה כבלתי חוקי, כפי שנעשה באותו מקרה, כאשר הסעד שנבחר הוא קיום החוזה. לשיטת השופט הנדל, ייתכן מצב בו חוזה יסווג בו זמנית כחוזה בלתי חוקי וגם כחוזה למראית עין. השופט רובינשטיין, על אף שלא קבע מסמרות בנושא שלא נצרך לטעמו, נטה גם הוא לדעתו של השופט הנדל לפיה תתכן מערכת נסיבות המקימה במקביל חוזה למראית עין בד בבד עם חוזה בלתי חוקי, במקרה של סימולציה חלקית.

אינני נדרש במקרה דנן להכריע במחלוקת העיונית שנתגלעה בפסק הדין בעניין אילון. אומר בקצרה כי מערכת החוזים שיצרו הצדדים בענייננו אינה תואמת לאב-הטיפוס של חוזה למראית עין (סימולציה חלקית), שברגיל מורכב משני חוזים, האחד מוסווה והשני גלוי. במקרה דנן חתמו הצדדים על שני הסכמים – הסכם קבלנות לבניית בית והסכם מכר בית – ובשניהם נכלל מצג שווה כלפי רשויות המס. משכך, אין מדובר בחוזה למראית עין בעל סימולציה מלאה (שאין מאחוריו דבר) ואף לא חוזה בעל סימולציה חלקית "קלאסית". יש בכך לתמוך בסיווג החוזה שלפנינו כחוזה לא חוקי (והשוו לדניאל פרידמן "אי חוקיות וחוזה למראית עין" הפרקליט לג 152, 158-177 (1981-1980) שם מצביע המחבר על הקשיים בפיצול מלאכותי של החוזה, בין היתר בשל הרחבה יתירה של המונח "חוזה למראית עין").

אשר על כן, נשוב לבחינת החוזה דרך הפריזמה של חוזה בלתי חוקי.

31. סיכום ביניים: כסיכום "טלגרפי" של נושא אי החוקיות אומר את הדברים הבאים: יש להבחין בין סיווג החוזה כבלתי חוקי לבין תוצאת אי החוקיות; לצד

סעיפים 30-31 לחוק החוזים קיימת גישה לפיה ניתן להחיל את הדוקטרינה של חוזה למראית עין, אך גישה זו לא קנתה שבת בפסיקה; בזירת אי החוקיות מעורבים שיקולי מדיניות שונים, ומתגושים שני עקרונות מנוגדים - הרתעת הרבים והיחיד מול השאיפה לעשיית צדק במקרה הפרטני; נקודת המוצא בחוזה בלתי חוקי היא של בטלות והשבה, אך רשאי בית המשפט משיקולי צדק להורות על פטור מהשבה או על אכיפה; ניתן לחלץ מהפסיקה שיקולים ואמות מידה לקביעת תוצאות אי החוקיות, אם להשבה או פטור מהשבה ואם לאכיפת החוזה; בפסיקה ניתן לזהות נטייה לאכוף חוזה מכר מקרקעין שכרוכה בו הונאה של רשויות המס.

על רקע האמור לעיל, אבחן את המקרה שלפנינו, כאשר נקודת המוצא היא כי ענייננו בחוזה שתוכנן להתבצע תוך הונאת שלטונות המס, ועל כן מדובר בחוזה בלתי חוקי, הגם שמדובר באי חוקיות אינצידנטלית לחוזה (ראו, לדוגמה, גרוסקופף, בעמ' 512-513).

האם יש מקום להורות על קיום החוזה בנסיבות המקרה?

32. הראינו כי למרות הרטוריקה של פסקי הדין העוסקים באי חוקיות, ולמרות שאכיפת החוזה הלא חוקי היא החריג, הרי שמרבית פסקי הדין שעסקו בחוזה שהיה כרוך בהונאת רשויות המס, הורו על אכיפה.

גם במקרה דנן, לא אכחד כי קיימת שורה ארוכה של שיקולים התומכים בקיום החוזה, ואמנה אותם להלן:

תום לב וחוטא שנשכר: מי שמבקש להתנער מהעסקה היא טנדלר, והסיבה הנחזית לכך היא עליית מחירי הנדל"ן מאז שנת 2005, מה שהופך את ההתנערות ממכירת המגרש לכדאית מבחינה כלכלית (וראו, בדומה, עניין אילן בפסקה 36). אי אכיפת החוזה מהטעם של אי חוקיות, תביא אפוא לתוצאה לפיה חוטא (המנוחה, שטנדלר באה בנעליה) יצא נשכר.

העסקה נשוא דיוננו נקשרה בין אמה המנוחה לבין קוזניצקי, וטנדלר ממילא נכנסת בנעליה של המנוחה ולהתחייבות שנטלה המנוחה על עצמה בקשר למגרש. מכאן, שמעורבותה וידיעתה של טנדלר על אודות אי החוקיות שדבקה במערכת ההסכמים אינה מעלה ואינה מורידה לענייננו.

עם זאת, ומאחר שתום הלב הוא אחד השיקולים הרלוונטיים לצורך אכיפת הסכם בלתי חוקי, אחזור ואזכיר כי טנדלר חתמה כערכה על הסכם הבנייה; נטלה הלוואה מבנק כלווה נוספת לצד המנוחה לצורך מימון הבניה; פנתה לשמאי להעריך את המגרש לצורך קבלת הלוואה מהבנק; והייתה נוכחת בשלבים שונים במו"מ עם קוזניצקי. נוכח כל אלה, ומאחר שאין זה סביר להניח כי לטנדלר לא היה מושג מדוע ולמה אמה המתקרבת לגיל 70 מבקשת לבנות על המגרש בית מידות בן 8 חדרים, ומאחר שאין זה סביר כי טנדלר לא התעניינה מדוע ולמה לא מתקדמת הבנייה על המגרש - לא בכדי הגיע בית משפט קמא למסקנה כי בניגוד לטענתה, היא ידעה על אודות הסכם המכר. יש בכך כדי להשליך על תום לבה של טנדלר.

תוקפו של החוזה, האגביות של אי החוקיות וחומרתה: אי החוקיות במקרה דנן אינה עומדת בליבת החוזה. היא לא מטרת החוזה אלא אינצינדנטלית לחוזה עצמו שעניינו במכירת מגרש. מבלי להפחית מחומרתה של הונאת רשויות המס ומהמסר המרתיע שצריך לצאת מבית משפט זה, הרי שהמעוות יוכל לתקון בכך שהעסקה האמיתית תגיע לידיעת רשויות המס וישולם מס כדין, כפי שנעשה בעניין אילן.

אשמחם היחסית של הצדדים: קוזניצקי טען כי היוזמה לפיצול החוזים באה מצד המנוחה. בית משפט קמא לא קבע ממצא עובדתי לגבי טענה זו, אך לא יכולה להיות מחלוקת כי המרוויחה העיקרית, שמא גם היחידה, מהדרך בה בוצעה העסקה הייתה המנוחה. זאת, מאחר שבמצב הדברים הרגיל הייתה המנוחה צריכה לשאת בתשלום מס שבח בשיעור גבוה בגין מכירת המגרש. קוזניצקי לא רק שלא הרוויח מפיצול העסקה לשני חוזים, אלא אף הפסיד מעט, מאחר שמס הרכישה שהיה צריך לשלם על מגרש בשווי של \$350,000 היה אף נמוך מעט ממס הרכישה שהיה צריך לשלם על הבית נשוא הסכם המכר. מכאן, שאשמו של קוזניצקי חמור פחות מאשמתה של המנוחה ושל טנדלר שבאה בנעליה.

הגנה על צד ג': במקרה דנן לא מעורב צד שלישי העלול להיפגע מאכיפת ההסכם.

33. אילו עצרנו הילוכנו בנקודה זו, היה מקום לאכיפת החוזה תוך קביעת מנגנון לביצועו ומנגנון לקביעת מחיר המגרש דהיום. בהתחשב בכך שמחיר המגרש האמיר ביני לביני פי שניים משווי בשנת 2005, מן הסתם היה מקום להתנות את אכיפת החוזה בעדכון התמורה עבור המגרש, אם כי לא באופן מלא, הן על מנת שלא יצא חוטא נשכר מעליית מחירי הנדל"ן והן על מנת ששני הצדדים לא יצאו עם מלוא תאוותם בידם

(השוו לתוצאה הסופית בענין זגורי, בה הורה בית המשפט על הפחתת פיצויי הפיטורין מ-200% ל-170% לשנה). זאת רשאי בית המשפט לעשות מכוח סמכותו לפי סעיף 31 לחוק החוזים להורות על קיום החיוב שכנגד "בתנאים שימצא לנכון" (כדומה לסמכותו של בית המשפט לקבוע תנאים באכיפה לפי סעיף 4 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970 (להלן: חוק החוזים (תרופות)). עוד על סמכותו של בית המשפט לקבוע את תנאי צו הקיום ראו גרוסקופף בעמ' 627)).

34. אלא שאיני נדרש לכל אלה. על אף כל השיקולים דלעיל, הגעתי בסופו של מסע למסקנה כי אין מקום במקרה דנן להורות על קיום החוזה, בשל השיקולים המצטברים הבאים.

נקודת המוצא: הבטלות וההשבה הן הכלל ואכיפת החוזה היא החריג.

ההסכם הוא בתחום עיסוקו של קוזניצקי: מחומר הראיות עולה כי המנוחה מכרה בשנת 1995 מגרשים לבנייה רוויה לחברת נוה בנין ופיתוח בע"מ, ונותרו לה זכויות במספר מגרשי בניה צמודת קרקע. עם זאת, אין לייחס למנוחה בקיאות ומומחיות בענייני נדל"ן, בעוד שקוזניצקי כבעלים של חברה לבניה, בקי ורגיל בתחום הקבלנות והנדל"ן, ואזכיר כי הסכם הבנייה נעשה מול חברה שבבעלותו של אביו. בית משפט קמא אומנם לא קבע ממצא עובדתי בשאלה אם עו"ד פרץ, שייצג את המנוחה, ידע על הסכם המכר או שזה, כטענתו, נחתם מאחורי גבו וללא ידיעתו. עם זאת, לא ניתן להתעלם מהעובדה שבהסכם המכר מינו הצדדים את עו"ד יוסי עקיבא כנאמן וקוזניצקי לא הביא אותו לעדות. יש בכך כדי לתמוך בטענת עו"ד פרץ כי אכן לא היה מעורב בהסכם המכר, כך שמאזן ההסתברויות נוטה לכך שהמנוחה לא הייתה מיוצגת בהסכם המכר. יש בכך כדי להגביר את אי השוויון בין הצדדים, בהתחשב בכך שההסכם נעשה בתחום עיסוקו של קוזניצקי בעוד המנוחה הייתה בגדר הדיוט בעניינים אלה.

הדיווח המאוחר של קוזניצקי למס שבח אינו מלא: במהלך ההתדיינות פנה קוזניצקי במכתב מיום 5.8.2008 לרשויות המס תוך "מתן גילוי מלא של עובדות המקרה" על אודות העסקה לרכישת המגרש ושני ההסכמים שנחתמו באותו יום. במכתב נאמר כי "למרות הכל ועד כה, טרם הוחל בבנייה, טרם שולמה כל תמורה, טרם ניתן ייפוי כוח וטרם נמסרה החזקה במקרקעין". דא עקא, שעל פי הסכם המכר נחתם על ידי המנוחה יפוי כוח שהופקד בידי עו"ד עקיבא, שנקבע כנאמן של שני הצדדים. למתן יפוי כוח יש נפקות לצורך מועד תשלום המס, ודומה כי גם בדיווח המאוחר לרשויות המס קוזניצקי "לא חזר בתשובה" באופן מלא (על כך הגיב קוזניצקי בסיכומיו כי יפוי

הכוח הופקד רק בנאמנות וכי פעל על פי יעוץ משפטי). גם לנקודה זו יש נפקות-מה לענייננו, בבוא בית המשפט לבחון את התנהגות הצדדים, במסגרת השיקולים אם להורות על אכיפת החוזה.

שינוי נסיבות עקב פטירת המנוחה: המנוחה היא שהתקשרה עם קוזניצקי בחוזה לא חוקי, ופטירתה היא בגדר שינוי נסיבות שיש לקחת בחשבון. אמנם הגענו למסקנה כי טנדלר ידעה על כך ואף הייתה מעורבת בעסקה, אך אכיפת העסקה משמעה כי המנוחה חטאה וטנדלר תשלם את המחיר. גם זאת יש לקחת בחשבון. בהקשר זה אציין כי כל ספק עובדתי צריך לפעול נגד קוזניצקי, מאחר שמהותית, ניתן לראות את התביעה כתביעה נגד עזבון, המצריכה זהירות והכבדת הנטל הראייתי (ראו, לדוגמה, ע"א 4381/08 קופת חולים כללית נ' מוטקוביץ, פסקה כ"ו והאסמכתאות שם (לא פורסם, 16.1.2012); ע"א 125/89 ר"ח עובדיה בלס, מפרק חברת קופל טורס בע"מ נ' עזבון המנוחה רוזנברג, פ"ד מו(4) 441, 451 (1992); ע"א 5997/92 מלק נ' מנהל העזבון הרב יהושע דויטש ז"ל, פ"ד נא (5) 1, 10-11 והאסמכתאות שם (1997)).

קוזניצקי לא החל לבצע את חיוביו על פי החוזה: טנדלר טענה כי קוזניצקי זנח את החוזה, אך מחומר הראיות עולה כי קוזניצקי סייע למנוחה בהתנהלותה מול הבנק ואל מול הרשויות כדי לקבל היתר בנייה. גם לאחר פטירתה של המנוחה קוזניצקי לא זנח את החוזה וביקש "לקדם את העניינים" ולהידבר עם היורשים בנוגע לעסקת המכר.

עם זאת, קוזניצקי לא "ביצע את חיובו לפי החוזה" כנדרש לצורך הפעלת סעד הקיום כאמור בסעיף 31 לחוזה, מאחר שלא שילם אף לא חלק מזערי מהתמורה על פי חוזה המכר. על פי מועדי התשלום בחוזה המכר, היה על קוזניצקי, כקונה של הבית, לשלם תשלום ראשון בסך של 35,000 דולר במעמד החתימה על הסכם המכר, קרי בתאריך 15.6.2006, ואת יתרת התשלומים תוך כ-60 יום, תוך הפקדת חלק מהתמורה בנאמנות אצל עורך דין. בעדותו, נסתבך קוזניצקי בטענה כי שילם למתכננים סכומים שונים וכי נעשתה בינו לבין המנוחה התחשבנות על סכומים ששילם "אבל הם לא עלו לסך \$35,000" (עמ' 7 לפרוטוקול מיום 29.6.2008). מאחר שהתנאי הבסיסי לאכיפת הסכם בלתי חוקי הוא כי התובע ביצע את החלק המהותי של חיובו (ע"א 698/89 שילה נ' באדי, פ"ד מז(4) 796, 807 והאסמכתאות שם (1993)), ולא זה המצב בענייננו, הרי שלא ניתן לעשות שימוש בסעד האכיפה.

כאמור, הסכם הבנייה והסכם המכר נחתמו שניהם באותו היום, בתאריך 19.1.2005, וחוזה הבנייה "זכה" לתאריך מאוחר יותר בהתאם למועד בו היתה אמורה

להסתיים בניית הבית. הבית לא נבנה בעיקר בשל קשיים בהם נתקלה המנוחה בהשגת ההלוואה הנדרשת למימון הבנייה. יכול אפוא הטוען לטעון, כי טרם הגיע המועד לקיום חיובו של קוזניצקי, וכי המניעה לקיום חיובו נבעה מסיבה התלויה במנוחה ובטנדלר שבאה בנעליה. מכאן, שקוזניצקי היה זכאי לדחיית המועד לקיום חיובו על פי סעיף 43(א)(1) לחוק החוזים (להשעיית חיוב ראו בע"א 7938/08 מונסנגו נ' מכביאן בפסקאות 22-23 (לא פורסם, 11.8.2011)).

לשיטתו של פרופ' פרידמן, יש לתת פרשנות מצמצמת לתנאי שהציב המחוקק, כך שבית המשפט יהא רשאי להורות על אכיפה לפי שיקול דעתו, גם במקרה בו בוצעו רק חלק ממשי מהתחייבויותיו של התובע ולא כולן (גישה שכאמור התקבלה בפסיקה, וראו גם גרוסקופף, בעמ' 613, ובה"ש 707 שם). אולם המחוקק סתם ולא פירש מה הדין כאשר התובע לא ביצע את חיוביו על פי החוזה, מאחר שטרם הגיע הזמן לקיום חיוביו. מקרה זה מעורר קושי פרשני אותו הציג פרופ' פרידמן כלהלן:

"הקושי מתעורר אם בשלב בו נוצר הקרע בין הצדדים נמצא התובע (המעוניין בביצוע) בקטגוריה (1) או (2) לעיל [שלא שילם אפילו חלק מהמחיר או שילם רק חלק מן המחיר – י.ע.]. שאלה היא, אם די בכך שהוא מציע, בשלב זה, לצד השני את יתרת הביצוע, או שבמסגרת פנייתו לבית המשפט, בבקשה לחייב את הצד השני לבצע, הוא מגלה נכונות לבצע מצידו את המוטל עליו. ניתן לגרוס כי אם יתאפשר הדבר לתובע הרי שבכך מתרוקן, למעשה, התנאי האמור מכל תוכן. מן הצד האחר, ניתן לשאול מה טעם יש להעדיף תובע הפונה לבית המשפט לאחר שביצע את המוטל עליו, על תובע הפונה לבית המשפט לפני שהדבר נעשה. מדוע יוסמך בית המשפט 'לטהר' או 'להחיות' הסכם פסול (כי זוהי, לדעתי, משמעות הכוח שניתן לבית המשפט) במקרה האחד ולא במקרה האחר. ואולי עדיף לעודד את הצדדים לפנות לבית המשפט דווקא בשלב מוקדם ככל האפשר, לבקש 'טיהור' של החוזה?" (פרידמן, תוצאות אי החוקיות חלק א, 384).

פרשנות אפשרית היא כי ניתן להורות על אכיפה גם אם התובע לא קיים אפילו חלק קטן מחיוביו מאחר שלא הגיע זמנם, ובכפוף לכך שהתובע מביע נכונות לקיים את חיוביו. במישור הלשוני, ניתן לעגן פרשנות זו במילים "ביצע את חיובו לפי החוזה", דהיינו, על פי לוח הזמנים שהוסכם בין הצדדים. לכן, אם טרם הגיע המועד לחיוב על פי החוזה, אך התובע מביע נכונות לקיימו, יש לראותו כמי שביצע את חיובו לפי

החוזה. שאם לא כן, לא יתאפשר לתובע שטרם הגיע המועד לקיום חיוביו-שלו לאכוף את החוזה ממנו מתנער הצד השני.

מנגד, דומה כי בפרשנות זו אנו מותחים את הוראת סעיף 31 סיפא לחוק מעבר למידותיה, תוך הגדלת "מעורבותו" של בית המשפט בקיום החוזה הבלתי חוקי, ובניגוד לכוונת המחוקק להורות על השלמת ביצוע החוזה הלא חוקי רק כאשר התובע ביצע לפחות מקצת מחיוביו המהותיים על פי החוזה. ואכן, גם פרידמן מביע את הדעה כי אין מקום להורות על ביצוע אם התובע לא ביצע ולו חלק מהתחייבויותיו על פי החוזה:

"סבורני, כי משניתן לבית המשפט הכוח 'לטהר' או 'להחיות' הסכם כאמור, מוטב היה שלא לסייגו באמצעות התנאי שאחד הצדדים כבר ביצע את חלקו. אולם מכיוון שנקבע סייג זה אינני סבור שיהא זה נכון לרוקנו, באמצעות פרשנות, מכל תוכן. אך לאור השקפתי זו סבורני כי ראוי לפחות ליתן לו פירוש מצמצם. משום כך נראה לי, כי אם לא ביצע התובע אפילו חלק מן ההתחייבות – לא 'יטהר' ההסכם. אולם אם ביצע חלק ממשו מן המוטל עליו יוכל בית המשפט לצוות על ביצוע (כפוף לכך שהתובע ישלים את חלקו)" (פרידמן, תוצאות אי החוקיות חלק א, שם).

ייתכן כי גם פרידמן היה מסכים כי מקום בו החיוב לא בוצע כלל מאחר שלא הגיע מועד קיומו, ניתן להורות על קיום. לכן, ולצורך הדיון, אני נכון להניח כי רשאי בית המשפט להורות על אכיפה של חוזה לא חוקי, גם אם התובע לא ביצע מקצת חיוביו על פי החוזה מאחר שהמועד לקיומם טרם הגיע או נדחה מחמת מניעה הקשורה בנתבע. מכל מקום, כבר עמדנו על כך כי מידת הביצוע של החוזה ומידת ההסתמכות של הצד השני לחוזה הן שיקולים רלוונטיים לצורך אכיפה. במקרה דנן, משלא החל קוזניצקי בביצוע חיוביו על פי הסכם המכר ועל פי הסכם הבנייה, מצטרף שיקול זה לשיקולים שמנינו לעיל כנגד אכיפת החוזה.

אופן הביצוע של ההסכם הלא חוקי והמערכת ההסכמית – לא ניתן לאכוף את ההסכם כפי שהוא: זה השיקול האחרון, אך לא האחרון בחשיבותו, ולטעמי הוא השיקול המכריע.

במקרה השכיח של חוזה לא חוקי הכרוך בהונאת רשויות המס, מדובר בחוזה שהצדדים נקבו בו מחיר נמוך מהמוסכם ביניהם, או שהצדדים לא דיווחו על העסקה במועד משיקולי מס, כמו המקרה שנדון בעניין אילן. במקרה כאמור, כל שנדרש הוא

להורות על אכיפת החוזה תוך "ריפוי" אי החוקיות. המקרה שלפנינו "מתוחכם" וסבוך יותר נוכח המערכת החוזית בין הצדדים: הסכם נפרד לבניית הבית והסכם נפרד למכר הבית. מכאן, שאין בפנינו מקרה רגיל של חוזה בלתי חוקי שניתן להפריד בנקל בין החלק הלא חוקי שלו לבין החלק הבריא "בגדר חי הנושא את עצמו" (גרונסקופף, בעמ' 579). על מנת להורות על קיום ההסכם, על בית המשפט ליצור אפוא לצדדים חוזה חדש למכירת מגרש. מעבר לקשיים המעשיים הכרוכים בעיצוב תנאי חוזה שאינו קיים, אזכיר כי אחד השיקולים להורות על קיום הוא שהצדדים יצרו חוזה שלם, שאלמלא פסלותו ניתן היה לאכפו כפי שהוא. לא זה המצב במקרה דנן.

יודגש כי הסכם הבנייה לא היה הסכם למראית עין, אלא הסכם אמיתי, במסגרתו היה על המנוחה לשלם עבור הבנייה, ולשם כך, אף נדרשה ליטול הלוואה מהבנק למימון הבנייה, מה שעייכב את הבנייה לזמן ממושך. הסכם הבנייה היה אמנם נדבך ראשון בטכניקה בה נקטו הצדדים כדי להונות את רשויות המס, אך ברי כי לא ניתן ולא צריך לאכפו כדי להגיע לתוצאה של מכירת המגרש. שאם לא כן, נמצאנו מקבעים את אי החוקיות בכך שבית המשפט נותן גושפנקא למערכת הסכמית שנעשתה באופן שנעשתה כדי להונות את רשויות המס. אוסיף ואומר כי אף אם היה מדובר בחוזה חוקי, הרי שלא היה מקום לאכוף את הסכם הבנייה מאחר שהאכיפה הייתה כרוכה במידה רבה של פיקוח מצד בית המשפט (סעיף 3(3) לחוק החוזים (תרופות)). מכל מקום, נזכיר כי קוזניצקי לא היה צד להסכם הבנייה אלא חברת טייגר בע"מ שלא הייתה צד להתדיינות. אף לא ניתן לאכוף את הסכם המכר כפי שהוא, מאחר שהבית נשוא ההסכם לא נבנה ואינו קיים בפועל.

לא למותר לציין כי אף קוזניצקי עצמו לא ידע, למעשה, להגדיר את סעד האכיפה שהוא מבקש. כך, בסעיף 38 לתביעת האכיפה שהגיש לבית משפט השלום עתר קוזניצקי "להשלים את בניית הבית ולהעבירה לתובע על פי תנאי הסכם המכר", ובסעיף 90 לכתב התשובה להמרצת הפתיחה שהגישה טנדלר, טען קוזניצקי כי "ניתן לבצע את הסכם המכר בנקל, רק התנהלותה חסרת תום הלב של המבקשת מונעת את תחילת הבניה על המגרש". גם בחקירתו בבית המשפט עמד קוזניצקי על כך כי מדובר בשני חוזים נפרדים. רק כעת, משניתן פסק הדין ולאחר שבית משפט קמא "קרע את המסיכה מעל המתכונת המלאכותית והפסולה של החוזים" כלשון בא כוחו של קוזניצקי, שינה הלה את טעמו, והוא מבקש כעת לאכוף את מכירת המגרש.

הדבר אך ממחיש כי "הרמת המסך" מעל המטרה האמיתית המסתתרת מאחורי הסכם הבנייה ומאחורי ההסכם למכר הבית, כרוכה ביצירת הסכם שלישי, והפעם,

הסכם למכירת מגרש. לא זו הדרך בה הסכימו הצדדים לפעול, וקיום החוזה בדרך זו סוטה מהגשמת כוונת הצדדים באופן מהותי, גם לשיטתם של הדוגלים בגישת "ההתערבות המחיייה". נקודה זו הטרידה את בית משפט קמא שהורה לצדדים להגיע ביניהם להסכמה לגבי מחיר המגרש "כיוון שהצדדים לא נקבו בהסכם מחיר לגבי המגרש". כשלעצמי, אני סבור כי ניתן "לחלץ" את התמורה עליה הסכימו הצדדים בגין המגרש ועל כך עמדנו בתחילת הדרך בסקירת העובדות (מחיר הבית על פי הסכם המכר הוא \$500,000 ובהפחתת התשלום בסך \$150,000 על פי הסכם הבנייה = \$350,000). עם זאת, ייתכן כי אם הצדדים היו עורכים את ההסכם מלכתחילה כהסכם למכירת מגרש, היו מגיעים להסכמה אחרת לגבי גובה התמורה.

35. סיכומי של דבר, כי למרות שענייננו באי חוקיות אינצידינטלית לחוזה, למרות אשמתם היחסית הגדולה יותר של המנוחה (וטנדלר בנעליה) וחוסר תום הלב מצדם, הרי שנוכח משקל השיקולים הנוגדים, אין מקום להורות על אכיפת ההסכם. בתוצאה אליה הגענו יש כדי להדגים כי תום הלב אינו חזות הכל, ואין לקבל קביעה א-פריורית כי עקרון זה גובר מראש על אי החוקיות (השוו לעניין בית הרכב בפסקה 54).

36. אשר על כן, דין ערעורה של טנדלר (ע"א 6667/10) להתקבל ודין הערעור של קוזניצקי (ע"א 7441/10) להידחות, במובן זה שדין ההסכמים להתבטל בשל היותם בלתי חוקיים, ומאחר שאף אחד מהצדדים טרם החל בקיום חיוביו על פי החוזה, כל צד ילך לדרכו. הערת האזהרה שנרשמה לטובת קוזניצקי ביום 30.6.2008 על הבעלות של טנדלר בחלקה 183 בגוש 6369 (לפי שטר מס' 023337) תימחק.

נוכח המסקנה אליה הגענו לגבי חוסר תום הלב ואשמתם היחסית הגדולה יותר של המנוחה ושל טנדלר באי החוקיות, ולמרות התוצאה הסופית לפיה טנדלר זכתה בערעורה, תשא טנדלר בהוצאות ובשכר טרחת עו"ד קוזניצקי בשתי הערכאות בסך 100,000 ₪.

ש ו פ ט

השופט ט' ג'ובראן:

אני מסכים.

ש ו פ ט

א. מסכים אני לחוות דעתו של חברי השופט עמית; זאת בסופו של יום, ואף שמתחילה בעת הדיון הצענו לצדדים לקיים את החוזה בהפחתת סכום משמעותי מן הערך הנוכחי של הנכס, כדי ליתן ביטוי למאזן השיקולים. מה שהטריד בתיק זה הוא היות שני הצדדים חוטאים שביקשו להיות נשכרים על חשבון הכלל, קרי, להונות את שלטונות המס; נוצר מצב של "אוי לי מיוצרי ואוי לי מיצרי" (בבלי ברכות ס"א, א'), של הסכמים בלתי חוקיים להונות את הציבור מזה, וציפיות ביחסים בין הצדדים מזה.

ב. ואולם, בהמשך לדברי חברי השופט עמית (פסקה 10), חוששני כי עובדת היות שני הצדדים חוטאים, אינה מאפשרת לבית המשפט להימנע מהכרעה אופרטיבית בעניינם. אמנם, בשונה מהמשפט הישראלי, המשפט העברי מקנה לבית הדין סמכות למשוך ידיו מהכרעה במקרים מסוימים, ובין היתר נקבע בו:

"מנין לדיין שיודע בדין שהוא מרומה, שלא יאמר: הואיל והעדים מעידין, אחתכנו ויהא קולר תלוי בצואר עדים? תלמוד לומר: 'מדבר שקר תרחק'" (בבלי שבועות ל ע"ב).

וכדברי הרמב"ם (סנהדרין כ"ד, ג):

"ומנין לדיין שהוא יודע בדין שהוא מרומה שלא יאמר אחתכנו ויהיה הקולר תלוי בצוארי העדים, תלמוד לומר מדבר שקר תרחק, כיצד יעשה ירוש בו ויחקור הרבה בדרישה ובחקירה של דיני נפשות, אם נראה לו לפי דעתו שאין בו רמאות חותך את הדין על פי העדות, אבל אם היה לבו נוקפו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים, אע"פ שאינו יכול לפסלן או שדעתו נוטה שבעל דין זה רמאי ובעל ערמה והשיא את העדים אף על פי שהם כשרים ולפי תומם העידו וזה הטעם, או שנראה לו מכלל הדברים שיש שם דברים אחרים מסותרין ואינן רוצים לגלותם, כל אלו הדברים וכיוצא בהן אסור לו לחתוך אותו הדין, אלא יסלק עצמו מדין זה וידיננו מי שלבו שלם בדבר, והרי הדברים מסורים ללב והכתוב אומר כי המשפט לאלהים הוא."

ראו בדומה שולחן ערוך חושן משפט ט"ו, ג'. קרי, כאשר הדיין סבור שהכרעה על פי הראיות המונחות לפניו תביא לתוצאה שאינה אמיתית וצודקת לפי תחושותיו, רשאי הוא להסתלק ממנו ולהותירו ללא הכרעה (לסקירה מפורטת ראו אנציקלופדיה תלמודית

כרך ז' ר"צ בערך "דין מרומה". ולא עוד, אלא שמנהגו של הרא"ש (רבנו אשר, אשכנזי-ספרד, 1250-1327) היה לכתוב וליתן "ביד הנתבע שאין לשום דין להשתדל בדין זה" (שולחן ערוך שם; ההדגשה הוספה - א"ר).

ג. ברם, לא רק שלגבי סמכות זו ננקטה בתלמוד הבבלי ובפוסקים שבאו אחריו גישה מצמצמת יחסית (ראו מחקרו של י' סיני, השופט וההליך השיפוטי במשפט העברי (תש"ע) 389-413; ראו גם צ' אילוז "דין מרומה, התיישנות ושיהוי", פרשת השבוע 163 (תשס"ד)) - מתוך הנחה שחובתו של הדיין "להתמודד עם הרמאות" (סיני, 413); אלא שהסמכות נועדה ביסודה להתמודד עם תחושת הדיין, כי מכלול הראיות שלפניו אינו מאפשר לו להגיע לתוצאת אמת שליבו שלם איתה - "והרי הדברים", כפי שכותבים הרמב"ם וכן שולחן ערוך בהקשר זה, "מסורים ללב" (במקורות הנזכרים) - ולא על מנת לקנוס צדדים שנפל פגם או איסור בהתנהלותם (ליחסו של המשפט העברי לחוזים שנערכו באיסור ראו ע"א 4305/10 אילן נ' לוי (לא פורסם) פסקה 6 לחוות דעתו של השופט הנדל, ופסקאות ב-ה לחוות דעתי). זאת ועוד, גם באותם מקרים בהם רשאי בית הדין לעשות שימוש בסמכות זו, עליו לוודא שלא יימצא חוטא נשכר מהסתלקותו מן הדין, ולפיכך נקבע כי יש להבחין בין רמאות מצד התובע (שאז קל יותר לעשות שימוש בסמכות זו) לבין רמאות מצד הנתבע (שאז הדבר קשה יותר, שכן ייצא חוטא נשכר; לסקירה ראו האסופה הלכות דיינים (תשמ"ו) עמוד שס"ה; ראו גם ת"א (מחוזי ירושלים) 6095/04 בלום נ' לוי (לא פורסם)). ומכל מקום, במשפט הישראלי אין בידי בית המשפט להסתלק מהכרעה.

ד. בעניין אילן נ' לוי, שהזכיר גם חברי, נודמן לי לומר לעניין חוזה בלתי חוקי במשפט העברי (ראו הסקירה שם), כי המשפט העברי חיפש דרך מוסרית לפתרון בעיה מעין זו; ובציטוט "אף אנו נאמר, האינטואיציה של פסלות וביטול מכל וכל כדי שלא יהיו חוטאים נשכרים, ושתוצאתה תהיה קשה, מפנה מקום לתוצאה מידתית, התרה אחר 'צדק חלוקתי' של הנסיבות" (פסקה ה'). כך גם בענייננו.

ה. חברי שירטט אמות מידה לבחינת חוזה בלתי חוקי ולהשבה לגביו. כשלעצמי סבורני כפרופ' א' זמיר "החוזה הבלתי חוקי ותוצאותיו אחרי שלושים שנה" (90 פד"א 423 שאיזכר חברי), כי יש לטפל בכל מקרה לגופו, והשיקולים הננקטים באים לחתור לעשיית צדק בין הצדדים חרף רטוריקה שיפוטית שמונחיה הרתעתיים (עמ' 461-462). בסופו של יום, תחת לומר באופן בוטה - וזו אולי תמצית הרטוריקה השיפוטית - plague on both your houses (תבוא מארה על שניכם - שני הצדדים, כמובן במשמעות מושאלת), מנסים בתי המשפט לעשות צדק, והוא על פי רוב נקודתי -

עד שיבוא המחוקק ויאמר דברו בעיצוב דיני החוזה הפסול (זמיר שס, 428). כשלעצמי הייתי מנסח את הפרופוזיציה הערכית הראויה כאמירה, שבית המשפט יביע אופרטיבית, ולא רק רטורית, את שאט נפשו מהסכמים בלתי חוקיים על-ידי חתירה לביטולם במקום האפשרי כשאינן צד תם לב שייפגע; ובמקום שבו ישנם שיקולים (מעין אלה שמנה חברי) המצדיקים "צדק חלוקתי" יעשה כן, ב"קיום מורכב" או "השבה מורכבת", בשאיפה להפחית רווחי "רשעים" מכל צד ככל הניתן; וידאג מכל משמר שלא ייפגע אינטרס הציבור, כגון במסים.

ו. בענייננו שלנו עסקינן בחוזה בלתי חוקי בעליל, "נטו", בלא כחל ושרק. לא היה מקום לקיום החוזה, והוא שונה מפרשת אילן נ' לוי, הכל כפי שתיאר חברי. לא אטע מסמרות בשאלת היחס בין תום הלב לאי החוקיות, אך על-ידי קביעת 100,000 ₪ כהוצאות ניתן ביטוי לחוסר תום הלב אשר בא במובהק גם - ולא נידרש לחלוקת האחריות בעניין - מן הצד בו מצויה המערערת בפרשה, ומכאן איפוא לעשיית צדק בין הצדדים, בגישה שאינה תומכת בקיום החוזה. ייחסתי כשלעצמי חשיבות רבה לכך שהמשיב לא שילם דבר לאורך הדרך; אך ראיתי אל נכון את תשלום ההוצאות כביטוי למאמצים כאלה ואחרים שהשקיע, בשל מערכת היחסים שנבנתה עם צד המערערת.

ש ו פ ט

הוחלט כאמור בפסק דינו של השופט י' עמית.

ניתן היום, כ"ה באלול התשע"ב (12.9.2012).

ש ו פ ט

ש ו פ ט

ש ו פ ט