

חוזה למראית-עין ודבר פסלותו

(ע"א 874/75 חברת טירת גוש 6195 כהנא בע"מ נ' יוס-טוב לוי, ואח', פ"ד לא (2) 334)

א. הפרשה וההחלטה

בית המשפט העליון דן בחוזה למכירת חנות במחיר מאה אלף ל"י. המוכרת, שלא קיימה אותו, טענה שהיה בלתי חוקי משום שהקונים הסכימו לשלם חמישים אלף ל"י נוספות שלא נזכרו בגוף ההסכם כיוון שהיה בדעתם לרמות את שלטונות המס. בית המשפט המחוזי קבע בפסק דינו כי אכן הוכחה העלמת חמישים אלף ל"י מן החונה אבל כי לעומת זאת, לא הוכחה המטרה להעלמה זו, אם נעשתה ביוזמת הקונים ובכוונה מצדם לרמות את שלטונות המס. בית המשפט העליון אישר מסקנה זו, אף אם בהיסוס; בשיקול שרק במקרים ברורים יש לפסול התחייבות מטעם כוונה נסתרת למטרה בלתי-חוקית, ושכל ספק לגבי קיומה של כוונה כזאת, או לגבי הרצון להוציאה מהכוח אל הפועל, יפעל כנגד הטוען.

פסק דין זה משתבץ בשורת פסקי דין ישראליים בעניינים דומים: חוזים שבהם לא נרשמה התמורה המלאה או שחלק ממנה הוסווה בכינוי אחר (כגון חוזה מכר שבו חלק מן המחיר לובש צורת הלוואה שאין כוונה להחזירה; או חוות עבודה שבו חלק מהמשכורת נרשם כ"הוצאות") ושבהם נטען כי הסיבה לסטיית הכתוב מכוונת הצדדים האמיתית היתה בניסיון להשתמש ממס זה או אחר במדינת ישראל או ממכס במדינה אחרת. באחדים מן המקרים הנדונים קבעו בתי המשפט שהוכחה הטענה והכריזו על פסלות החוזה¹, ואילו במקרים אחרים כמו בפרשת כהנא הנ"ל דחו אותה מחוסר ראיה מספקת².

בכל המקרים האלה עמד לדיון אך ורק החוזה כפי שנעשה למראית-עין, והדיון נערך במסגרתה של תורת החוזה הפסול משום אי-חוקיות — לפי העמדת השאלה ופתרונה במשפט האנגלי³.

1 ראה ע"א 234/61 שחר נ' מחסני ערובה, פ"ד טז 136; ע"א 354/64 פיאני נ' יצהרי, פ"ד יט (1) 40; ע"א 352/68 סיון נ' רייזמן, פ"ד כב (2) 683; ע"א 105/69 רידר נ' מורגנשטרן, פ"ד כג (2) 95; ע"א 286/70 הורדי נ' קלינסקי, פ"ד כד (2) 565; ע"א 299/74 גולומב נ' גוצצריד, פ"ד כט (2) 837. ראה גם בג"צ 165/63 הרפו (פיינברג) נ' הממנה על גביית השכר, פ"ד יז 2581, 2585.

2 ע"א 41/75 גילי נ' שלומי, פ"ד ל (2) 3 (החלטה ברוב דעות).

3 ראה, למשל, *Miller v. Karlinski* (1945) 1 K.B. 169; *Alexander v. Rayson*, [1936] T.L.R. 85; *Napier v. National Business Agency*, [1951] 2 All.E.R. 264; *Warburton v. Birkenhead* (1951), 102 L.J. 52.

ב. התייכון השפעה הודדית בין דין קודם לבין דין חדש ?

כאמור, בפסק דינו שלפנינו סמך בית המשפט העליון את ידו על קביעת בית המשפט המחוזי שלפיה הסתרת חלק מהמחיר בחוזה הנידון אינה מוכיחה מה היתה מטרת ההעלמה ולכן אין לראות את החוזה פסול; כלומר, "לא התערב" במסקנה זו. לידי כך הגיע "לא בלי היסוס", ועידוד להתגבר על היסוס זה מצא בנימוק הבא: "בינתיים ראה [...] המחוקק שלנו לטוב לפניו להמתיק את הגזירה שגזר עלינו המשפט המקובל האנגלי בסעיף 31 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, כי לגבי פסלות, שמקורה באי-חוקיות, רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן, לפטור צד מחובת ההשבה, ובעמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה — לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו. אמנם לפי סעיף 64 לאותו חוק, תחילתו של חוק זה רק מלאחר תאריך כריתת ההסכם הנדון כאן, אך עצם חקיקתו מצביעה על המגמה לרוך את תומרת הדין הקודם".⁴

לאמיתו של דבר אין אנו רואים כיצד הוראות סעיף 31 הנ"ל בעניין תוצאותיו של חוזה פסול עשויות להשפיע על הכרעת הדין אם חוזה מסוים נכנס או אינו נכנס למסגרת החוזה הפסול; כלומר, מתי על השופט לראות חוזה מסוים כפסול. מלבד זאת יש לפקפק אם הדין החדש מהווה המתקת הדין הקודם בעניין תוצאות הפסלות. מבחינות מסוימות דין הבטלות שבהסדר הישראלי ראדיקאלי יותר מאשר לפי המשפט המקובל האנגלי. בחוק הישראלי יש להבין כי חוזה פסול חסר תוצאות אף כאשר מדובר בהסכם להעברת בעלות — בעוד שאין הדבר כך במשפט האנגלי, בין שיעמידו שם שאלה זו על המישור הסובסטיבי ובין שיעמידה על המישור הפרצואלי. עקרונית, קובע החוק הישראלי (סעיף 31 יחד עם סעיף 21) השבה, כלומר ביטול כל תוצאה שהחוזה הפסול חולל למעשה והחזרת המצב לקדמותו; ואילו בדרך כלל המשפט האנגלי גורס אי-השבה, כלומר שמירת המצב שלאחר קיום החוזה הפסול (כך שהאחוז ביד הוא הזוכה). ברשות הניתנת לבית המשפט לפטור צד מחובת ההשבה, וברשות הניתנת לו לחייב צד בקיום (כפי שמזכיר פסק הדין בדבריו הנ"ל) אין אלא סייג ומגבלה לעמדה המבטלת שאמרו. מכל מקום, אפילו היה קיים קשר ענייני בין הוראת סעיף 31 הנזכרת בפסק הדין לבין השאלה שעמדה לדיון, ואפילו היה היחס בין הדין החדש לישן כפי שסבר בית המשפט, האם יש להכיר לדין החדש השפעה על פרשנות הדין הקודם, לפי דברי פסק הדין? השפעה כזאת פירושה מתן כוח למפרע לחוק החוזים (חלק הכללי), תשל"ג-1973, שלא כדין (ראה סעיף 64). מה גם שלא נוכל לראות בחוק זה משום חוק הבא לפרש את הדינים הקודמים ואף לא חוק שנחקק בתלם המשפט הקודם. לפיכך שיוור הדין החדש ביסן הוא כעין העטנו.

כנגד "השפעה שלא כדין" זו, של החוק הישראלי על המשפט הקודם, אפשרית למעשה "השפעה שלא כדין" הפוכה.⁵ ויש לחשוש מפניה עוד יותר, כי בהתדייגות העתידה רוב המקרים יהיו אלה הנתונים לדין החדש.

4 שם, בעמ' 336.

5 להלן: חוק החוזים הכללי. באיזכורים לסעיפי חוק ללא ציון נוסף, הכוונה לסעיפי חוק זה.

6 יצויין כי פרופ' פרידמן, במאמרו "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי" עינני משפט ח (1977)

618, בדונו בחוזה הפסול לפי חוק החוזים הכללי ובעמ' 618 על פסקי הדין שניתנו בענייננו

(לפני ע"א 874/75), אינו מגלה כל הסתייגות מהם מבחינת הדין החדש.

חווה למראית-עין ודבר פסלותו

כידוע, בפרשנות הישראלית קיים ניגוד בין שני זרמים: זה שחסידי דוגלים ב"המשכיות" המשפט ונוטים להציל את הפסיקה הקודמת, על מקורותיה האנגליים, לפירוש החוקים הישראליים, וזה הדוגל בניתוק מן העבר. אמנם בעניין הנדון כאן נראה כי מעמד האסכולה השנייה איתן במיוחד, בשל אופיו הקודיפיקטיבי המובהק והחדשני של חוק החוזים הכללי, בשל "סעיף העצמאות" (סעיף 63) אשר בו, ובשל הסדרו החדש בדבר החוזה הפסול, בפרט. ברם ייתכן כי, מכיוון שפסק הדין הנדון מביא סעיף 31 לחיזוק מסקנתו, יראו בזה משום ראיה כי לפי דעת בית המשפט העליון גם בעתיד עלינו להעמיד ולפתור את הבעיה הנדונה כפי שהעמידו ופתרו אותה בפסיקה שניתנה עד היום.

בהערותינו הבאות לא נדון בשאלה אם עמדת התקדימים הישראלים נכונה לפי הדין שהיה נוהג לפני חוק החוזים הכללי, ולכן הן לא תתפרשנה כביקורת עליהם. נדון בהם מבחינת הדין החדש בלבד, והביקורת היא מכוונת רק על הקרנתה ההיפותטית של פסיקת העבר על פסיקת העתיד.

ג. הבעיה לפי הדין הנוהג

כל החוזים הנידונים בע"א 874/75 וביתר התקדימים שהזכרנו הם "חוזים למראית עין" (סעיף 13), חוזי סימולאציה, לפי המינוח הקלאסי. חווה למראית-עין אינו רק חווה שכולו למראית-עין, כלומר החווה הפיקטיבי שמאחוריו אין לא כלום ("סימולאציה מוחלטת"), אלא גם החווה שמאחוריו מסתתר חווה שונה ממנו לפי טיבו, לפי אישיות צד זה או אחר, או לפי איזה פרט שבו ("סימולאציה יחסית") — כגון שיעור התמורה או הכינוי שניתן לחלק ממנה (למשל, חלק מהשכר מכונה בחווה המסווה כסיו הוצאות), כפי שקורה בחוזים הנידונים הנ"ל. בכל המקרים על סימולאציה יחסית החווה בין הצדדים לובש שתי צורות; כלומר, קיימות שתי גירסאות שלו: הגירסה הגלויה, המסווה, והגירסה הנסתרת, המוסווית, שהיא שונה ממנה פחות או יותר. לעתים קרובות אין החווה המוסווה מציין במישרין ובמפורש את כל יסודותיו: הוא מפנה לחווה המסווה ורק משנה בו פרט זה או אחר. נמצא שהחווה הנסתרת מוסווה אמנם על-ידי החווה הגלויה בהיבט מסויים, אך גם עשוי להסתמך עליו ולחסות בצילו, כי החווה הגלויה עשוי לשמש לו כלי להשגת מטרתו — בחלקה אף אם לא בשלמותה. על סמך החווה הנסתרת אין לפרש את החווה הגלויה פשוטו כמשמעו, אלא לפי משמעותו המוסכמת שייחסו לו הצדדים בפירושם האותנטי.

בתי המשפט הישראליים דנו בשאלה אם החווה המסווה שלפניהם נעשה למטרה שלא כדין (להשתמש ממסים למיניהם); במקרים מסוימים הגיעו לידי מסקנה חיובית ולפיכך הכתימו אותו כפסול, ובמקרים אחרים קבעו שאין ההוכחה מספקת לכך ולכן טיהרו אותו. על העמדת השאלה בצורה זו יש לחלוק מבחינת דיוננו זה. הכרזת הפסלות על-פי סעיף 30 מכוונת לשחק חווה אשר אלמלא הכתמת הפסלות

7 בשוני היסודי בדבר תוצאות החווה הפסול מודה פרופ' פרידמן ("עוד לפרשנות החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ח (1977) 463, ה"ש 117 בעמ' 488; "תוצאות אי-הווקיות בדין הישראלי", שם, 618), על אף היותו דבר לאסכולה הראשונה הנ"ל.

היה תקף, כלומר חוזה שהגיע לידי שכלול מכוס שקיימות בו המידות הדרושות לכך. כאשר מדובר ב"צל של חוזה" או ב"גולם של חוזה", כל הכרות פסלותו היא הכרות בטלה. זהו המקרה של חוזה למראית-עין, כפי שזוהו המקרה של חוזה שבו חסרה הצורה הדרושה ad substantiam (לעצם העמדת העיסקה); להבדיל מחוזה בר-ביטול שהוא קיים כל עוד לא ביטלוהו.

הכרות פסלות של חוזה למראית-עין אינה יכולה לגרוע מכוחו, כיון שכוח זה היה תמיד אפס; וטיהורו מהכתמת הפסלות אינו יכול להעניק לעיסקה את התוקף שאין היא ראויה לו בלאו הכי. קביעת בטלותה דומה איפוא למעשה האוטם אוזנו משמוע את דברי הזולת – שעה שהזולת הוא אילם. קביעה שפלוגי בלתי כשר לשירות ביטחון, אין לה נפקות אלא אם כן הוא נחשב בגדר "יוצא צבא". (לשיקולים האלה יש להכניס סייג רק בתחום שבו יחול הסייג שבסעיף 13, סיפא, בנוגע לאדם שלישי שהסתמך בתום לב על החוזה למראית-עין.)

לפי האמור חוזה שנכרת למראית-עין יכול להיות פסול בכוח בלבד ולא בפועל. מכר החנות במאת אלף ל"י הגידון בע"א 874/75, אילו הוכחה מטרתו לרמות את שלטון-נות המס לשביעות רצון של בית המישפט, היה ראוי להיחשב פסול רק בכוח, משום שנעשה למראית-עין (ולמעשה התכוונו הצדדים למאה וחמישים אלף). אילו, לעומת זאת, אכן התכוונו למאה אלף, לא היה חוזה למראית-עין אך גם לא פסול כלל וכלל.⁸

מותר לקבוע כי חוזה כזה הגידון לעולם אין לראותו פסול (בפועל). והנה, כמה נפשך? אם לא ניווכח בסימולאציה כלל וכלל, ייחשב תקף לחלוטין. אם ניווכח בסימולאציה אך לא במטרתה האסורה – על-פי מסקנת פסק-הדין הנדון – נאמר כי הוא בטל, בהיותו חוזה למראית-עין, אך לא פסול כלל וכלל. בשני המקרים האלה תחול האימרה "במשפט, לא להיות ולא להיראות – היינו הך" (in fure idem est non esse et non apparere). ואם ניווכח הן בסימולאציה והן במטרתה האסורה, כי אז יהיה החוזה פסול-בכוח בעינינו, ולא פסול-בפועל, בהיותו חוזה למראית-עין ולכן בטל מעיקרו.

בעוד שבכוח הסימולאציה לבטל את החוזה המסווה, אין היא מבטלת את החוזה המוסווה. אמנם סעיף 13, בדונגו ב"סימולציה המוחלטת" וב"סימולציה היחסית" ביחד, אינו דן בשאלה הנוגעת לטנייה בלבד: אינו קובע מהו גורלו של חוזה מוסווה. אך אין ספק כי חוזה מוסווה הוא תקף כל אימת שקיימות בו המידות הדרושות.⁹ אין לאמר כי בחוזה הנסתר חסרה ההצהרה: היא קיימת, בין הצדדים לבין עצמם אף אם לא קבל עם ועדה.¹⁰ ואין לאמר שיהיה בטל כאשר נדרשת צורה בכתב ad substantiam

8 אשר לבעיה אם יהיה פסול החוזה המוסווה, ראה להלן.

9 ראה גם צלטנר, דיני הוויים של מדינת ישראל I (אבוקה, 1974) 182.

10 משום כך אין לראות כיטודה הבלעדי של העדפת החוזה המוסווה על פני החוזה המסווה בתורה הדוגלת בעליונות הכוונה (לעומת ההצהרה), בתור ציפור נפשה של העיסקה המשפטית. להעדפה הנ"ל עשויים להסכים אף חסידי האכילה האחרת; הם עשויים להסכים כי הצדדים יהיו קשורים על-ידי החוזה המסווה רק לאור הפירוש שנתנו לו והסכיות שסטו ממנו בחוזה המוסווה, כפי שקבעו בהסכם ביניהם, שלפיו הכימו להסוות חוזה מסוים שלהם על-ידי חוזה מסווה. גם במשפט האנגלי, בספר *Jenks' English Civil Law* (מהדורה רביעית 1947), I, עמ' 22, סעי' 53 קובעים לאמור: "An act or document which purports to be of a certain character, but which was really intended by all the parties to it to be of

חווה למראית-עין ודבר פסלותו

הדברים הנסתרים הסוטים מן החווה הגלוי הכתוב, בדבר שיעור התמורה למשל, יהיו בעל-פה: הצורה נשמרת אף אם, בעניין כגון העניין הנ"ל, יש להיזקק לאיזה יסוד חיצוני לתיקון הכתוב או להשלמתו¹¹. בדומה לכך, נשמרת צורת הצוואה אף כאשר מתקנים את דברי המצווה המוטעים (סעיף 30(ב) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965) לפי יסוד חיצוני להם. בשני המקרים לא מדובר בשינוי של עיסקה קודמת – דבר שהיה דורש צורה חגיגית – אלא בהעמדת עיסקה על נכונותה.

אמרנו שחווה למראית-עין, בהיותו בטל, אינו יכול להיות פסול אלא בכוח. לעומת זאת אפשר ואפשר כי יהיה פסול החווה המוסווה. בין המטרות השונות שלפיהן נזקקים הצדדים להסוואה, תדירה המטרה להסוות חווה אסור ולכן פסול. אך אין זה המקרה הנידון בע"א 874/75 וביתר התקדימים הישראליים שהזכרנו. מכר החנות במאה וחמישים אלף היה מותר בהחלט – אף אם הצהרת מאה אלף בחווה הגלוי נעשתה למטרה אסורה. אולי יטען כאן הטוען כי אמנם החווה המוסווה הנדון היה מותר כשלעצמו אלא שהסוואתו, אילו נעשתה זו לשם השתמטות ממס, הפכה אותו לאסור ופסול.

לנו נראה כי בטענה כזאת היו מערבבים שני דברים שונים: החווה המוסווה, מצד אחד, וההסכם המכוון להסוואה, מצד אחר. הסכם ההסוואה הזה (הקיים רק בסימולאציה היחסית), שתפקידו להכין את הסימולאציה עצמה, אינו חלק מהחווה המוסווה אלא יסוד חיצוני לעומתו (אף באותם המקרים שבהם הוא נכלל במסמך אחד יחד עם החווה המוסווה). החווה המוסווה עצמו נשאר מותר אף אם ההסכם להסוואה הוא פסול (כאשר יש עילה לפסלותו).

אולי לא ישתכנע הטוען הנדון ויוסיף כי, אם החווה המוסווה פסול, בפועל או בכוח, פסלות זו תידבק לחווה המוסווה. גם טענה זו אינה נראית לנו.

כפי שאמרנו לעיל, אין חווה פסול בכללו מוסיף זכויות לצדדים, אך גם אינו גורע מזכויותיהם העומדות להם מעילה אחרת. במשפטנו החדש אין החווה הפסול "מוקצה מחמת מיאוס". אינו נחשב טמא, ולכן אין מקום לשאלה אם אינו עלול להדביק מטומאתו לחווה אחר המקורב לו משום שהוא מסתתר מאחוריו ומשום שחלק ממנו משותף לשניהם. אנו למדים את זאת, קל וחומר, מן ההוראה (הנובעת מסעיף 31 ביחד עם סעיף 19) המרשה להציל את החלק הבריא מאותו החווה הנגוע בפסלות. בזה ובהיבטים אחרים אין מדיניות החוק להעניש בעל חווה פסול (בפועל או בכוח) או בעל חווה להסוואת חווה פסול ולהטיל עליו סאנקציה פונקציונלית שלפיה יהיה מגוע מלעשות שימוש כלשהו בחווה הפסול.

אין אף לראות כי בטלות החווה המוסווה ובטלות החווה להסוואה תגררנה אחריהן את בטלות החווה המוסווה על-פי הכוונה שיש ליחס לצדדים. שלושת החוזים האלה הם חוזים נבדלים ואין העניין דומה למקרה שחווה מסויים משתלב בחווה אחר ומסתמך עליו עד כדי כך שאם זה יהיה בטל אין מגוס מלראות בטל גם את השני, משום שהצדדים לא היו מסכימים לו בלעדי האחר.

a different character, must be treated as of its real, and not of its apparent character" *Sprye v. Porter* (1856), E. & B. 78; *Salt v. Marquess of Northampton*, [1892] A.C. 1 "The amount of authority : ואולם מוסיפים את הערה: "for this proposition is small [...]"

11 אשר לשאלת ההוכחה, במקרה זה, ראה להלן, סעיף ד.

בראותנו את החוזה המסווה בטל, כיוון שהוא חוזה למראית-עין, ואת החוזה המוסווה תקף (כאשר אין בו פסול), מגיעים אנו לתוצאה זו: העיסקה תתקיים לפי כוונת הצדדים האמיתית, ואוצר המדינה יקבל את המס הנכון במלואו. אילו ראינו את החוזה המוסווה פסול והתעלמנו מן החוזה המוסווה, כי אז לא היינו משיגים אף אחת משתי אלה.¹² אוצר המדינה לא היה מקבל כל מס (לכל הפחות, את זאת מחייבת שורת ההיגיון) — בעוד שעל-פי רוב היה מקבל משהו לפי החוזה המוסווה אילו זה היה תקף.

פגם אחד יראו כאן אלה המחייבים ניסיון מצד המשפט להרתיע מתקשרים מציון בחוזה תמורה קטנה יותר מזו שהם מתכוונים לה. לפי מגמה זו חוקקו בצרפת את החוק מיום 27 לפברואר 1912 המכריז (בסעיף 7) כבטל מעיקרו כל הסכם בסתר המגדיל את המחיר הנקבע בחוזים מסויימים וכל הסכם שמטרתו להסוות חלק מן המחיר במכר מקרקעין ובחוזים אחרים. מן ההוראה הזאת הסיקו את המסקנה כי החוזה הגלוי, המסווה, יהיה תקף וכי הצד שהבטיח עורך בחשאי אינו מחוייב לשלמו (ואם שילמו, זכאי לתבוע את החזרתו). בעניין זה העירו כי הסדר החוק לא השיג את מטרתו במידה רבה: הקונה מהסס להסתמך עליו, משום שגם הוא צפוי לסאנקציה פיסקאלית (שהיא אמנם נופלת על-פי רוב מחלקו המוסווה של המחיר), ובעיקר משום שמבחינה פסיכולוגית הוא חושש להפנות את תשומת-הלב של האוצר אל עצמו ולעורר עליו את הגינוי של דעת הקהל בקבלו כעין פרס על הלשנתו.¹³

קיימת האפשרות כי חוזה למראית-עין שהצדדים עשו כדי להשתמט ממס, אף אם אינו נכנס למסגרת סעיף 30, יהיה מעשה אסור מבחינת החוק הפיסקאלי, על שום שחוק זה משיל עונש על הצדדים. אך גם את זאת אין לאמר כאשר על-פי החוק הפיסקאלי כרוך העונש, לא בחוזה המוסווה כשלעצמו, אלא בהצגה כוזבת שמסרו לשלטונות.¹⁴

ד. חוזה למראית-עין והוכחה חיצונית

סעיף 13 לא יחול רק על חוזים בעל-פה אלא גם על חוזים בכתב. משום כך מתעוררת השאלה כיצד יתיישבו אתו סעיף 80, סיפא, לחוק הפרוצדורה האזרחית העותמאני הכלל האנגלי בדבר עדות חיצונית לסטייה ממסמך בכתב.

נראה שאין מקום לאיסור ההוכחה החיצונית בענייננו, כאשר לולא הסימולאציה החוזה היה פסול ולולא הוכחת הסימולאציה חוזה זה היה נחשב תקף. כבר בעבר קבעו בתי המשפט כי אין סעיף 80 הנ"ל מונע עדות בעל-פה שנקבו במסמך סכום גמור מהתמורה המוסכמת כדי להתחמק מתשלומי אגרה או מסים — הן משום שזהו פגם חירד לשורשו של העניין והן כדי שלא יהיה חוטא נשכר, כלומר משום תיקון העולם.¹⁵ כן קבעו

12 אשר לכוונת הצדדים, יש לסייג את הקביעה הנ"ל לפי הסייגים הנכללים בסעיף 31.
13 ראה: Dalloz, *Répertoire de droit civil* (Paris, 2nd ed., 1977) Simulation, nos 38–45; B. Starck, *Obligations* (Paris, 1972) nos 1706 et seq.

14 ראה חוק מס שבת מקרקעין, תשכ"ג–1963, סעיף 98. לשם הטלת המס מתעלמים מן העיסקה ה"מלאכותית" או ה"בדויה" (סעיף 84, שם). קיימת גם האפשרות כי, לפי הדין הפיסקאלי, לא יהיה קשור הפיסקוס בשיעור התמורה שקבעו הצדדים — אף אם היתה אמיתית — אלא אך ורק בשוויון הנכון של הנכס או השירות הגדונים. ראה, למשל, סעיפים 130 ו-149 לפקודת המכס [נוסח חדש].

15 ראה ע"א 22/63 בן ציון נ' אוולאי, פ"ד יז 1414, 1418–1419.

חוזה למראיתו עין ודבר פסלותו

כי איסור הראיה בעל-פה לפי סעיף 80 קיים רק בהתדיינות בין הצדדים למסמך ולא כלפי שלטונות מס-הכנסה.¹⁶ כידוע, גם לפי המשפט האנגלי עדות הייצוגית למסמך מותרת כדי להוכיח את פסלותו.

לא כאן המקום לדיון בשאלה הכללית יותר, אם אחרי חוק החוזים הכללי עומדות עוד כקודם בשיטת המשפט הישראלית הנורמות הנ"ל בעניין הראיה הייצוגית או אם אין לייחס לסעיף 13 נפקות לשלילת קיומן או לשלילת כוחן המלא.

ה. המטרה האסורה והוכחתה

בקשר לשאלה אם החוזה הנידון פסול אם לאו בפסק הדין בפרשת כהנא – וכן בפסקי דין ישראליים אחרים – נדונות שתי השאלות האלה: (א) מהו מצבם הסובייקטיבי של הצדדים שלפיו תיחשב מטרת החוזה אסורה; (ב) מהי מידת ההוכחה הדרושה לכך. לפי השיקולים דלעיל, כאשר עלינו לדון על-פי הדין החדש בפרשיות כפרשה הנדונה, אין אנו רואים מקום לשאלות האלה, כיון שאין אנו גורסים נפקות לתורת הפסלות במקרים הנ"ל. ברם, כיון שבמקרים אחרים תתקיים נפקות זו, כדאי שנביע את דעתנו על עניינים אלה מבחינת דינינו החדשים.

בפסק הדין בפרשת כהנא מובאים¹⁷ דברי השופט ויתקין בע"א 105/69 הנ"ל, שלפיהם "מי שטרען לאי-חוקיות, עליו להוכיח [...] כי אמנם התכוונו הצדדים או אחד מהם לרמות את שלטונות המס". בקשר למלים "או אחד מהם", עלינו להדגיש כי, כאשר סעיף 30 לחוק החוזים הכללי מדבר על חוזה שמטרתו בלתי חוקית, אין כוונתו למניע אישי של אחד הצדדים. כל עוד מדובר במניע של אחד, והשני אינו יודע עליו, אין לראותו כמטרת החוזה (והוא הדין אם לכל אחד מהצדדים יש מניע פסול, ובלבד שלכל אחד יש מניע שונה ממניע רעהו ואינו יודע לרעהו). מטרת החוזה היא המטרה המשותפת לשניים, וגם המטרה של אחד – שעה שהיא ידועה לשני, הנותן יד להשגתה על-ידי הסכמתו לחוזה ולכן נעשה שותף למעשה האסור.

להגמקת החלטתו, מתחשב פסק הדין בפרשת כהנא גם בשיקול כי "אם היתה למישהו מחשבת זדון בזמן עשיית ההסכם, היא לא הגיעה לשלב ביצוע", כלומר שלא רימו את שלטונות המס. אילו גידון העניין במסגרת החוק הישראלי ואילו היה החוזה פסול לפי סעיף 30, לא היינו רואים מקום לשיקול האמור. כאשר המטרה האסורה קיימת בזמן כריתת החוזה, לא תחדל הפסלות בשל מעשה מאוחר יותר שימנע את השגת המטרה האסורה. גם בע"א 234/61¹⁸ קבע בית המשפט העליון כי כוונת הצדדים בזמן ההתקשרות היא הקובעת את מטרתו הבלתי חוקית של ההסכם ולא ההתרחשויות לאחר מכן העשויות אולי למנוע את ביצועו או את השגת המטרה הבלתי חוקית שהונחה ביסודו.

אשר להוכחה, מודים השופטים בפה מלא בנטייתם שלא לקבל את הוכחת הפסלות

16 ראה ע"א 167/58 נציב מס הכנסה נ' בית הרושת לפיגריות לוד, פ"ד יד 1475, 1478; ע"א 516/65 ריעם נ' פורר, פ"ד כ (3) 488, 498.

17 בעמ' 335.

18 הנזכר לעיל.

כל אימת שאינם רואים את עצמם נאלצים לכך. פסק הדין בפרשת כהנא מזהיר, מפי השופט ויתקון¹⁹: "לפי ההשקפה המקובלת היום אצלנו (וגם באנגליה) אין טענת אי-החוקיות צפויה להתקבל באהדה כאשר מטרתה היא לשמש לצד הטוען אמתלה ותירוץ להתחמק מהתחייבות שקיבל על עצמו". כן נאמר בע"א 286/70 הנ"ל²⁰ כי "טענת האי-חוקיות אינה מתקבלת בסבר פנים יפות". בע"א 41/75 הנ"ל מגיעים עד כדי הבעת "סלידה" מהכרה באי-החוקיות, וזאת גם מפי אחד משופטי הרוב, השופט חיים כהן²¹, וגם מפי בעל פסק הדין של מיעוט, השופט לגדוי. השופט לגדוי מסיים את דיונו בקבעו, בין היתר: "על הסלידה המלווה תדיר קבלת טענה של אי-החוקיות גובר הצורך שלא להושיט סעד לבעל-דין אשר השתתף בעסקה בלתי-חוקית בעליל"²². והשופט חיים כהן מעיר בהומור: "אילו הייתי מחפש אי-חוקיות, על אמונתי שהייתי מוצאה! אבל לא זו בלבד שאין אני מחפש אי-חוקיות, אלא מחפש אני דרכים שלא למצאה"²³.

יש להניח כי הנימוק לסלידה האמורה הוא בתוצאות הכלל *ex turpi causa non oritur actio* לפי המשפט האנגלי וכי נימוק זה יחדל כאשר ייפסק העניין לפי הדין הישראלי החדש. מכל מקום, סלידה מקביעת העוול או עצימת עיניים מלראותו — אין ליישבן עם כיבוד דינים כופים (קוגנטיים) שהחווה הפסול הפר אותם. על דברי השופט ויתקון שהבאנו לעיל יש להעיר כי האשראה להערכתו היא "מוסרית" — במובן זה, שהיא זרה לשיטת המשפט של המדינה²⁴. מבחינת שיטה זו לוקה שיקול השופט במעגל קסמים: אם ה"התחייבות" בטלה מעיקרה, לא ידרש ה"מתחייב" להיות נאמן לה.

פרופ' גד טדסקי

19 שם, בעמ' 336.

20 שם, בעמ' 567.

21 שם, בעמ' 6.

22 שם, שם.

23 שם, בעמ' 7. ראה, לעומת זאת, את דברי השופט ברנזון בע"א 369/54-365/54 מן נ' איון, פ"ד יא 1612, 1615: "בית-משפט זה כבר אמר [...] כי אם אי-החוקיותם של חוזה או עסקה מתגלה לבית-המשפט כן החומר שהובא בפניו, יכול הוא — ואף צריך — לעורר את שאלת אי-החוקיות על דעת עצמו [...]". ואח התקדימים הישראליים והאנגליים הנוכחים שם (והוסף *Alexander v. Rayson, cit.*, בעמ' 190, והתקדימים הנוכחים שם).

24 המחוייבות קיימת אמנם מבחינת הצדדים, בפורום הפרטי שלהם, כאשר מביטים על עסקתם כעל שיטת משפט עצמאית לעומת שיטת המשפט של המדינה. על כך עמדנו ברשימה "Volontà privata autonoma", *IX Riv. internaz. di filos. del dir.*, fasc. VI (1929).