

לשאלת מעבר זכות הקניין מכח חוזה בלתי חוקי *

מאת
אילה פרוקציה

I. פתח דבר

מגמת מאמר זה הינה לבחון באיזו מדה ניתן לייחס לחוזה הבלתי חוקי נפקות כלשהי לענין מעבר אפקטיבי של זכויות מצד אחד לחוזה אל הצד השני לו, ובהקשר לכך את השאלה האם יתכן מעבר זכות קניינית באמצעותו.

הרעה הרווחת היא, כי יש להבחין בין חוזה בלתי חוקי שתנאיו טרם בוצעו (executory contract) לבין זה אשר תנאיו בוצעו (executed contract). במקרה הראשון, ההשקפה היא כי החוזה נטול נפקות מן הטעם כי בית המשפט יסרב לתת את ידו לאכיפת תנאי חוזה אסור. אולם במקרה השני, הרי מאחר ומחד גיסא, בוצעו תנאי החוזה הבלתי חוקי על ידי הצדדים מבלי שהיה צורך להיעזר בבית המשפט לשם כך, ומאידך גיסא, לא יתן, בדרך כלל, בית המשפט את ידו להשבת מצב הצדדים לקדמותו, מכיר המשפט במעבר אפקטיבי של זכויות, ומכאן כי חוזה אסור שבוצע, מועיל, לאור גישה זו, להעביר קנין.¹ שלא בהתאם לדעה האמורה, אשתדל לבסס את המחשבה, כי מאחר שהחוזה הבלתי חוקי הינו בטל מעיקרו וככזה שקול כאין וכאפס הרי בכל הנסיבות, מעבר זכויות מבחור איננו אפשרי.² אולם, שלא כחוזה בטל מסיבה אחרת, אשר לגבינו ניתן להחזיר את מצב הדברים לקדמותו, לא ניתן לעשות כן בחוזה הבלתי חוקי. בשל החומרה הגדולה בה מתייחס הדין לתופעת החוזה האסור, הרי בנוסף לתוצאות המחזותיות המאפיינות את יתר החוזים הבטלים — דהיינו, העדר מעבר אפקטיבי של זכויות מכוחם — נתלו לענין זה תוצאות נוספות. אלה נתגלמו במקסימות: *in pari turpi causa non oritur actio*, אשר אינן אלא כללים להסימת התביעה *delicto potior est conditio defendentis*.

* המאמר הינו עיבוד של עבודת הסמכה שהוגשה לאוניברסיטה העברית לשם קבלת התואר "מוסמך למשפטים" ביוני 1969. העבודה נכתבה בהדרכתם של השופט מ. בן-פורת ופרופ' י. אגנלרד.

1 השווה הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תש"ל-1970, ה"ח 880, תש"ל, עמ' 129 (להלן — ההצעה) סעיף 31, 32. על פי החוק המוצע נקבע כי חוזה פסול (כך נקרא בהצעה החוזה הבלתי חוקי) הוא בטל, אך עם זאת נקבעות מספר תרופות חלופיות שבהן רשאי להחילן לפי נסיבות הענין, כמו השבה, השבה חלקית, פטור מהשבה, חיוב הצד השני בקיום החיוב שכנגד. (ר' דברי המבוא, שם, עמ' 127-128). ההצעה אינה מתייחסת במישרין לשאלת העברת זכות קניין מכוח חוזה פסול, אם כי הקביעה בסעיף 31 כי חוזה כזה בטל, מרמזת על שלילת אפשרות כזו.

2 ראה ההצעה, שם, סעיף 31, הקובע כי חוזה פסול הינו בטל.

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

להשבה, העשויה להיות מוגשת על ידי צד לחוזה אסור שבוצע. הנובע ממצב דברים זה הוא, כי הזכות הקנינית אמנם לא עברה, אולם אם החזקה בנכס העברה מן הבעלים לצד השני לחוזה, כי אז לא יוכל הראשון, בנסיבות מסוימות, לממש את זכותו לחזקה בנכס מפאת תחולתם של כללי החסימה האמורים. התוצאה תהא – פיצול מתמיד (במקרה של התיימרות להעביר קנין מכח חוזה מכר) או זמני (במקרה של התיימרות להעביר זכות קנינית פחותה מבעלות) בין זכות הבעלות לבין החזקה. נסקור את ההשלכות הנובעות מכך, הן באשר לצדדים הישירים לחוזה האסור והן באשר לצדדים שלישיים.

II. הגדרת החוזה הבלתי חוקי

בהיות עיקר ענינו בבחינת הנפקות המשפטית של החוזה האסור באשר לשאלת מעבר הקנין מכוחו, יש להבהיר, תחילה, באילו נסיבות נאמר כי חוזה הינו בלתי חוקי. בישראל, קובע סעיף 64(1) לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומנית, בדרך של הגבלות חפש ההתקשרות החוזית, אימתי ייחשב חוזה לבלתי חוקי.³ לפי סעיף זה, חוזה בלתי חוקי הוא זה אשר עצם עשייתו, או אופן ביצועו, או המטרה שלשמה נוצר הינם אסורים במפורש או מכללא על ידי חוק חרות, או עומדים בניגוד למוסר הציבורי ולסדר הכללי. לצורך הכרעה בשאלה אם חוזה מסוים הינו חוקי או בלתי חוקי מצווים בתי המשפט בישראל להתייחס להוראת חוק זו ולמלאה תוכן, שיהא תואם לדין המקומי ולהשקפות המוסר והתרבות שלנו. פנייה לפסיקה האנגלית בענין זה הינה לגיטימית רק במידה וזו ניתנת להשתלב בעקרונות הסעיף הנ"ל.⁴ באנגליה מבחינים בין חוזים שהם בלתי חוקיים מפאת היותם אסורים במפורש או

3 אלה הוראות הסעיף:

"כל מיני חוזים ותהתייבויות שאין הם נחשבים לנמנעים בתוקף חוקים ותקנות מיוחדים, ושאינם פוגעים במוסר הציבורי ובסדר הכללי, ושאינם מתנגדים לכללים ולהוראות שמש בגללן, בקרקעות, בכספי הקדש, בירושה והעברה, ובמצב האישי כהכשרת הצדדים – נחשבים לנאותים ובני ערך ביחס לצדדים; אבל אם דבר ההתקשרות הוא ממה שאין להשיגו, נזקקים לדרישת הביטול" (תרגום: לאניאדו).
ראה ההצעה סעיף 65 המבטל את סעיף 64 הנ"ל.

4 ראה את פסק דינו של השופט לגודי בע"א 136/56 פוקס נ. איילון את עיצוני, כ"ז פ"ע 335 וכן בענין ע"א 127/62 "יחד" קאופרשיב קובדי ומכילי כשר בחיפה בע"מ נ. שימנסקי ואח', ט"ז פד"י, 2341, 2344. ראה גם ע"א 461/62 "ציר" בע"מ נ. מזיאר, י"ז פד"י, 1319, 1332, 1337, 1334.

ראוי לציין, כי לעתים קובע חיקוק תנאים מסוימים שיש לקיים במסגרת ביצוע טרנסאקציה זו או אחרת ואשר אי מילויים עלול לגרור הענשתו של הצד המפר. השאלה האם אי מלוי תנאים כאלה יכתים את העסקה באי חוקיות או רק יגרור הטלת עונש על המפר, בעוד העסקה גופה תיראה חוקית וכשרה לכל דבר – הינה ענין לפרשנות ולהתחקות אחר כוונת המחוקק. ראה לענין זה ע"א 87/50 ליברמן נ. ליפשיץ, ו' פד"י, 57; בענין Cope v. Rowlands, 150 E.R. 707; Ritchie v. Smith, 139 E.R. 1329 הוחלט כי חוזה שכירות שנקשר בניגוד להוראות חיקוק מסוים הינו בלתי חוקי ובטל, למרות שאותו חיקוק לא אסר עליו במפורש כי אם הסתפק בהטלת עונש בלבד. ראה, לעומת זאת, את פסק דינו של השופט לגודי בע"א 110/53 ג'יקובס נ. קרמון, ט' פד"י, 1401, בעמ' 1418 ואילך.

מכללא על ידי סטטוס⁵ לבין אלה האסורים מכה המשפט המקובל מטעמים שבטובת הציבור. מושג זה של "טובת הציבור" מלווה במדה רבה של חוסר וודאות, ונתון לתנודות הזמן ולניגודי גישה והשקפות⁶. עם זאת, נוצרו במרוצת השנים קטיגוריות מסוימות של חוזים אשר שוב אין עוררין על אי חוקיותם. כאלה הם, למשל, חוזים לביצוע עבירה פלילית או עוולה אזרחית, אלה הפוגעים במוסר חיי האישות, בהליכי שפיטה תקינים, וכן כאלה הגורמים לשחיתות בחיים הציבוריים או אשר מגמתם היא הונאת האוצר.

אם בשאלה אימתי יש לראות חוזה כבלתי חוקי, יכריע בית המשפט בישראל בהתאם לפרשנותו המיוחדת את סעיף 64(1) לחוק הפרוצדורה האזרחית העותומנית, הרי בכל הנוגע לענין הנפקות המהותית שיש לייחס לחוזה כזה, יאמץ לו את גישת המשפט האנגלי, בהעדר כל מקור משפטי אחר⁷.

III. תוצאות החוזה הבלתי חוקי

הן בפסיקה הישראלית והאנגלית והן בספרות המשפטית הדגה בנושא זה, מקובל לסווג את החוזה הבלתי חוקי כחוזה בטל מעיקרו – void⁸. אולם, בעוד המשמעות המקובלת של מושג זה הינה כי דין החוזה הבטל כאין וכאפס⁹, נקטו בתי המשפט, לענין החוזה הבלתי חוקי, בקו בלתי עקבי, בייחסם לו, למרות בטלותו, נפקות משפטית מסוימת¹⁰. על הגורמים לכך ניחד את הדיבור להלן. נתרכז במקרה האפייני שבו שני הצדדים לחוזה חוטאים, אלא אם כן נאמר במפורש אחרת.

(א) הגורמים הטמונים ביסוד המחשבה כי לחוזה הבלתי חוקי אפקטיביות משפטית.

כאשר שילם אדם כספים, או העביר רכוש מכה חוזה שחשב אותו לתקף, אך הסתבר

5 ראה ההצעה, סעיף 66 המבטל את הזיקה למשפט האנגלי באמצעות סימן 46 לדבה"מ בענינים שחוק זה דן בהם. ראה בענין זה את רשימתו של פרופסור טרסקי "הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תש"ל-1970 וגבולותיה" המתפרסמת בחוברת זו.

6 ראה ספרם של Cheshire & Fifoot, *Law of Contract*, 6th ed., p. 297.

7 ראה, למשל, ע"א 110/53 הנ"ל.

8 ראה Cheshire & Fifoot, *op. cit.*, p. 289, וזו לשונם: "If a contract as made is expressly or implicitly forbidden by statute it is totally void. No action lies for its enforcement...".

9 ראה גם: Words & Phrases, Vol. 44, p. 549, שם נאמר: "Void contracts include all illegal agreements, as well as others not illegal. A void contract is null".

10 כמו כן ראה: Cope v. Rowlands, *ibid.*, p. 710; Liverpool Borough Bank v. Turner, 45 E.R. 715; Lightfoot v. Tenant, 126 E.R. 1059; Ritchie v. Smith, *ibid.* Williston, *On Sales*, Revised ed., Vol. 3, p. 556; A. Rosental, *Legal Consequences of Illegal Contracts*, p. 144-209 (חיבור לשם קבלת התואר דוקטור למשפטים).

לשאלת מעבר זכות הקניין מכח חוזה בלתי חוקי

כי הוא בטל, למשל מחמת טעות, יוכל לתבוע השבה ובית המשפט יאות להחזיר את מצב הצדדים לקדמותו. בנסיבות מעין אלה, לית מאן דפליג, כי אין המשפט מייחס כל נפקות שהיא לחוזה.¹⁰ אולם, לא כך הם פני הדברים באשר לחוזה בלתי חוקי. הכלל הוא, כי כאשר שני הצדדים לחוזה כזה חוטאים, הרי לא רק שאיש מהם לא יוכל להסתייע בבית המשפט לצורך אכיפת תנאי החוזה או על מנת לזכות בפיצויים בגין הפרתו – תוצאה המאפיינת כל חוזה בטל מסיבה כלשהי – אלא, בנתון לחריגים מסוימים, יימנע מן התובע לזכות בהשבה של כספים או רכוש שנמסרו על ידיו לנתבע, במהלך פעולות הצדדים למימוש התחייבויותיהם.¹¹ מניעת יכולת התביעה בנסיבות אלה איננה מצטמצמת אך ורק למקרה בו מסתמך התובע על עילה חוזית או מעין-חוזית.¹² הוא צפוי לכשלון, באותה מידה, גם אם יתבסס על כל עילה אחרת החושפת, בהכרח, אלמנט של אי חוקיות.¹³ רעיון זה נתגלם בכלל-היסוד כי "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" (*ex turpi causa non oritur actio*) וההשלכה הנובעת ממנו, כי מקום ש"חטאו שניהם כאחד יד הנתבע על העליונה"¹⁴ *in pari delicto potior est conditio defendantis*. הרציו הטמון ביסוד הכלל האמור על השלכותיו הוסבר בדבריו של הלורד מנספילד בענין *Holman v. Johnson*:¹⁵

"The objection that a contract is immoral or illegal as between the plaintiff and defendant, sounds at all times very ill in the mouth of the defendant. It is not for his sake, however, that the objection is ever allowed; but it is founded in general principles of policy, which the defendant has the advantage of, contrary to the real justice as between him and the plaintiff, by accident, if I may say so. The principle of public policy is this: *ex dolo malo non oritur actio*. No court will lend its aid to a man who founds his cause of action upon an immoral or an illegal act. If, from the plaintiff's own stating or otherwise, the cause of action appears to arise *ex turpi*

10 ראה *Cheshire & Fifoot, op. cit.* p. 312, 565; *Cundy v. Lindsay* [1878] 3 App. Cas. 459.

11 *Simpson v. Bloss*, 129 E.R., 99; *Fivaz v. Nicholls*, 135 E.R., 1042; *Scott v. Brown* [1892] 2 Q.B.D., 724.

12 כאשר מנוע אדם מלקבל תרופה בגין עילה חוזית בשל אלמנט אי החוקיות הדבק בעילתו, לא יוכל למצא לו מפלט בהסתמכות על עילה מעין-חוזית, שאלמלא כן היה זוכה למעשה באכיפה עקיפה של החוזה האסור. לתוצאה שאינה מתיישבת עם עקרון זה הגיע בית המשפט בארצנו בענין ע"א 365-369/54 מן נ. איון, י"א פד"י, 12, 16. כאן זכה התובע בשכר ראוי עבור עבודתו, כאשר חוזה העבודה שקבע את תנאי שכרו נמצא פסול מחמת אי חוקיות. באופן כזה קיבל, למעשה, תרופה בגין עסקה שהיתה מוכתמת באי חוקיות. נעשה נסיון לתרץ מסקנה זו בנימוק כי עצם עבודתו של התובע, להבדיל מחוזה העבודה, היתה חוקית, אולם נראה כי יש מן המלאכותיות באבחנה האמורה. ראה לענין סירוב בית המשפט לפסוק שכר ראוי במקרה דומה, בו נעשתה עבודה ללא רשיון כנדרש בחוק: *Bostel Bros. Ltd. v. Hurlock* [1949] 1 K.B. 74.

13 ראה *Selangor etc. v. Craddock* [1968] 2 All E.R. 1073, 1150.

14 כתרוממו של השופט זילברג בע"א 110/53 הנ"ל, בעמ' 1404, 1407. הרצעה מבטלת את ההיזקקות לכללי ה"ex turpi causa".

15 98 E.R., 1120.

causa, or the transgression of a positive law of this country, there the court says he has no right to be assisted. It is upon that ground the court goes; not for the sake of the defendant, but because they will not lend their aid to such a plaintiff. So, if the plaintiff and defendant were to change sides, and the defendant was to bring his action against the plaintiff, the latter would then have the advantage of it. For where both are equally in fault, potior est conditio defendentis."

להמחשת הדברים יובהר כי אם, למשל, התקשרו שניים בחוזה מכר בלתי חוקי, לפי התחייב א' להעביר ל-ב' נכס תמורת תשלום, הרי כל עוד לא בוצעו כל פעולות למימוש ההתחייבויות ההדדיות הללו, לא יוכל א' לזכות בתביעה כנגד ב' לתשלום המחיר ולא יוכל ב' לזכות בצו לבצוע בעין של ההסכם כנגד א'.¹⁶ איש מן הצדדים לא יוכל לתבוע פיצויים בגין הפרה על ידי הצד השני. אם א' העביר את הנכס ל-ב' וזה לא שילם את המחיר, גם אז יהא א' מנוע מלתבוע לתשלום.¹⁷ יתר על כן, א' לא יוכל לתבוע את השבת הנכס אליו. בהתאם לאותה מגמה, הרי אם שילם ב' ל-א' את מחיר הנכס וזה האחרון לא העבירו לו, יכשל ב' בתביעה להעברת הנכס אליו או להשבת המחיר ששולם, שכן עילתו תהא, בהכרח, נגרעה באי חוקיות.^{18, 19}

גשאלת השאלה, האם ניתן לומר כי החוזה הוא בחינת אין ואפס כאשר מכח אותו חוזה בלתי חוקי מקבל אדם לידי נכס, באופן שהוא חסין בפני תביעה מטעם המעביר להחזרתו והאם עקב חסינותו זו של המחזיק נאמר כי הועברה לו זכות קניינית בנכס? בתי המשפט נקטו באבחנה בין חוזה שטרם בוצע (executory contract) לבין חוזה שתואיו בוצעו (executed contract) במובן זה שרכוש, שהיזה נשוא העסקה, הועבר מצד אחד למשנהו.²⁰ עמדת הפסיקה העיקרית בנושא זה הינה, כי חוזה שטרם בוצע – בהיותו בלתי חוקי – אין בכוחו להוליד כל חיוב בר בצוע בתביעה משפטית ולפיכך הוא משולל כל נפקות. לעומת זאת, העברת נכסים בעקבות חוזה אסור מבלי שהיה הכרח להיעזר בבית המשפט לשם כך ובנסיבות בהן המחזיק חסין בפני תביעת המעביר להשבתם יש בה כדי להקנות לראשון זכות קניינית בהם.²¹

16 לענין העדר יכולת התביעה לאכיפת הסכם אסור, ראה: *Napier v. National Business Agency* [1951] 2 All E.R. 264; *Smith v. White* (1866) L.R. 1 Ex. 626; ע"א 354/64 פיאני נ. יצהרי, י"ט פד"י (1), 40, תביעת בעל בית לתשלום דמי שכירות מוסכמים בחוזה בלתי חוקי תידחה: 3 [1967] *Avias v. Hartford Shankhouse etc.* All E.R., 987; *Ritchie v. Smith*, ibid.

17 *Lightfoot v. Tenant* 126 E.R., 1059; *Langton v. Hughes* 105 E.R., 222

18 *Berg v. Sadler* [1937] 2 K.B. 158

19 ראה הדצעה, סעיף 22, הקובע חובת השבה בעקבות ביטול חוזה, המוחלת בסייגים-מסויימים גם לגבי חוזה פסול בסעיף 32.

20 Williston, *On Contracts*, 3rd ed., Vol. 1, p. 27

21 ראה: 342, p. *Pollock, Principles of Contracts, op. cit.*, שם נאמר:

"... a completely executed transfer of property or an interest in property, though made on an unlawful consideration or, it is conceived, for an unlawful purpose known to both parties, is valid, and cannot afterwards be set aside."

ראה גם: 150 E.R. (1838) *Scarfe v. Morgan*; 494, p. *Benjamin, On Sale*, 8th ed.,

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

דעתו של השופט זוסמן בפסק-דין אהרונסון נ. נוימן²², הינה כי המבחן האמיתי לשאלה האם עוברות זכויות קנין מכח חוזה אסור הינו, באיזו מדה נזקקים הצדדים להתערבותו של בית המשפט, כאמצעי למימוש זכויותיהם וחובותיהם ההדדיות. אשר לזכויות החובות האישיות, הרי מאחר ובית המשפט לא יאכפן — נאמר כי לא גולדו. אשר לזכויות הקניניות, הרי בהנחה שנעשו כל הצעדים הדרושים להעברתן מבלי צורך להעזר בבית המשפט מחד גיסא, ומבלי שזה יתערב כדי לבטלן מאידך גיסא, נכיר בתוקפם. אבן הבוחן אינה מושמת על נפקותו המסדיאלית של החוזה כי אם על מקומו של בית המשפט כמכשיר לטיפול בהוראותיו²³.

בהמשך הדברים, יועלו הגורמים שיש בהם כדי להטיל ספק בנכונות גישה זו, ונשתדל להראות כי יש להבחין בכל מקרה בין שניים: (א) נפקותו המחזית של החוזה האסור, שהיא היא המבחן לשאלה אם עוברת זכות הקנין, אם לאו. (ב) תחומי התערבותו של בית המשפט בתביעות הנוגעות לחוזה בלתי חוקי, המשתקפים בכללי ה-*ex turpi causa*. כללים אלה לא נועדו אלא להביא לתוצאה אחת: חסימת תביעת התובע, בהיות עילתו נגועה בכתם של אי חוקיות. אין ביניהם לבין קביעת מהותו של החוזה — ומילא באשר לשאלת מעבר הקנין מכוחו — ולא כלום. במילים אחרות, אם החוזה הבלתי חוקי הינו בטל מעיקרו, ולפיכך דינו כאין וכאפס, הרי העובדה בלבד כי בית המשפט ידחה את תביעתו להשבה של מעביר הנכס, בשל היותה נגועה באי חוקיות, אין בה כדי לחתוך את הדין בשאלת רכישת המחזיק זכות קניינית בו, שהרי אפשר כי המשפט לא יכיר במעבר אפקטיבי של זכות קנין מצד א' לצד ב' ובכל זאת, משתפס ב' חוקה בנכסו של א', יסרב, בנסיבות מסוימות, לפסוק השבה ל-א' למרות שהיה ונשאר בעלים מוכר של הנכס.

כדי לתוות על יחסו של בית המשפט לחוזה הבלתי חוקי גופו, יהא עלינו לתור אחר נסיבות מיחדות בהן, למרות קיום אלמנט של אי חוקיות בתביעה, אין בית המשפט כבול לכללי החסימה בגין ה-*ex turpi causa*, שכן אזי בכוחו לבחון, לעצם הענין, באם

1430; *Elder v. Kelly* (1919) 2 K.B. 179, 181; *Singh v. Ali* (1960) 1 All E.R. 269, 272; *Simpson v. Nicholls*, 150 E.R. 1132; *Ayerst v. Jenkins* (1873) 16 Eq. 275
ע"א 87/50 ליבמן נ. ליפשיץ, שם; המ' 284/49 (חיפה) אנגרמן נ. הצרני, ב' ס"מ 423, ד" 426; ת.א. י"ם 532/63 מהדי נ. קיני, ב"ז ס"מ 397; ת.א. י"ם 321/64 חלוצי ואח' נ. פורת ואח', ב"ח פ"מ 18.

22 הרי דבריו של השופט זוסמן בע"א 373/54 אהרונסון נ. נוימן, "פד"י, 1121, 1146: "מה בין 'דין חוזים' ל'דין קנין' ? שאי חוקיות המעשה אינה מונעת, בדרך כלל, את רכישת הקנין, אשר סמנו כלפי הוולת אינו אלא שלילי: הלא היא זכות רדומה שלא להיפגע על-ידי הוולת. כל עילה אינה צומחת מן הקנין עד אשר לא היתה פגיעה על ידי אדם אחר. משום כך, לאחר שהגיע הקנין לתובע, המעשה בעבר חם ונשלם, והוא יורד לתחום ההסטוריה ואינו ענין למשפט עזר. ואילו החוזה יוצר חיוב, היינו, זכות שבית המשפט יחייב אדם במעשה או באפס מעשה: נמצא, שהמעשה עוררו בהוזה ובית המשפט לא ישמש מכשיר כדי לטהר אותו מן הפגם".

23 ד"ר רוזנטל במחקרו, שם, עמ' 144—209, נוטה אף הוא למחשבה כי העיסקה הבלתי חוקית, לאחר שבוצעה, אפקטיבית באשר להעברת זכויות קנין. הנימוק היסודי הניתן לכך הוא כי בית המשפט לא יתערב בכל מהלך שהצדדים נקטו לבצוע תנאי הסכם כזה, ולפיכך, בתחום בו נעדרת התערבות כזו, ניתן לראות את החוזה ככבר-נפקות.

המדובר בחוזה בטל מעיקרו אם לאו. כך למשל במקרה בו הצדדים אינם *in pari delicto* או כאשר צד אחד לחוזה האסור משך ידו ממנו בעוד מועד — משוחרר בית המשפט מן הצורך לדחות את התביעה על אתר בגין אי החוקיות העולה ממנה. בנסיבות אלה, כפי שניזכר בהמשך, מוחזק החוזה האסור כבטל מעיקרו; לפיכך, אין עובר קנין מכוחו ומעביר הנכס זוכה בהשבה. מכאן כי גם במקרה הרגיל בו חלים כללי ה-*ex turpi causa*, יש לראות את החוזה כבטל מעיקרו והדברים יידונו לפרטיהם להלן. גם הפסיקה הגורסת כי זכות הקנין עוברת מכה חוזה בלתי חוקי איננה מדברת על רכישת זכות קנין פוזיטיבית על ידי המחזיק, כי אם על העדר יכולתו של מעביר הנכס לממש את זכויותיו בו.²⁴

מכאן, כי האפקטיביות המיחסת לעסקה גובעת מאפס כוחו של מעביר הנכס לזכות בהשבתו; אך האם מכאן ניתן ללמוד על אבדן זכויותיו של זה, האחרון, לגבי ז' אמת, כי ההשקפה הרווחת בדבר הכרה במעבר זכויות הקנין גובעת, בין היתר, מן המגמה לגשר על פני הקושי העשוי להיגרם בגין מצב שבו זכות הקנין תהיה בידי מעביר הנכס, שיתכן כי לעולם לא יוכל שוב לממש, בעוד המחזיק, המשולל כביכול, כל זכויות, יהיה בעל השליטה האפקטיבית בו.²⁵ מצב דברים זה אינו רצוי מבחינה מעשית, מה עוד שענין לנו עם תחום זכויות הקנין, שלגבי גורם הודאות והבטחון חיוני. יחד עם זאת, אין נימוק זה כשלעצמו יכול לשכנע בדבר נכונותה של הדעה השלטת בשאלה זו. אין זו הדוגמא היחידה למצב בו מוכר פיצול מתמיד בין זכות הבעלות לבין החזקה, באפן שנמנע מן הבעלים לממש את זכותו לחזקה בנכסו, הנמצא בידי אחר. חוק ההתיישנות תשי"ח—1958 קובע בסעיף 2 כי אין בהתיישנות כדי לבטל את הזכות גופה. היוצא הוא, כי בנתון להסדרים מיוחדים של המחוקק, בהם נקבעו הוראות בדבר

24 ראה, למשל, *Selangor United Rubber Estates Ltd. v. Craddock*, p. 1152.

"If, however, property has passed under illegal transaction it is common ground that the right which the holding of that property conferred would be good against all the world since the court would not assist the only party which had a better title, namely, the party from whom it passed under the illegal transaction." (הדגשה שלי).

כן ראה הדברים שנאמרו בענין *Myers v. Meinrath* (1869) 101 Mass. 366, 367 (צוטט מויליסטון, שם):

"...the defense of illegality prevails not as a protection to the defendant, but as a disability in the plaintiff... The transaction takes effect from the disability of the parties to assert any right to the contrary. The court does not give it effect, but simply refuses its aid to undo what the parties have already done."

ראה גם דברי Anson, *Law of Contracts*, 22nd ed., p. 348:

"It may be that the ownership of property can be transferred under an illegal contract, if the parties so intend, but this opinion is open to considerable doubt, and it is submitted that the true principle is that a party who has delivered the possession of property to another in pursuance of an illegal transaction will be prevented from showing that no right or title passed to the transferee if in order to establish his case, he has to rely on his own illegal act" (ההדגשות שלי).

25 Wade, "Legal Status of Property Transferred Under an Illegal Transaction," 41 *Ill. L. Rev.* p. 487 (1946).

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

התיישנות מנחילה, עלול בעלים, אשר נכסו נמצא בידי אחר, לאבד, לאחר עבור תקופת ההתיישנות, את יכלתו לתבוע החזרת הנכס אליו; עם זאת, זכות בעלותו אינה נפגמת.²⁶

(ב) הגורמים להשקפה כי החוזה הבלתי חוקי אינו מועיל להעביר קנין

1. מדותן של המקסימות

על מנת לבחון את שאלת תוקפו של החוזה האסור לענין העברת קנין, יש לנתח את מהותן וערכן המשפטי של המקסימות *ex turpi causa; in pari delicto* על כל המשמעות מתחולתן.

כבר מדבריו של הלורד מגספילד בענין *Holman v. Johnson* ניכר כי החלתן של המקסימות האמורות כאמצעי לדחיית תביעה, נוגעת לתחום הדיני העוסק בשאלת יחסו של בית המשפט לנושאים שנחשף בהם יסוד של אי חוקיות, להבדיל מן התחום המהותי, הדין בשאלת זכויותיהם וחובותיהם המטריאליות של הצדדים לחוזה האסור. הכללים המיוחדים לתחום הראשון, הדיני, ילמדונו באילו נסיבות יסרב בית המשפט לדון בענין הקשור באי חוקיות ובאילו נסיבות יאות לכך. התחום המהותי יורה מהי נפקותו האמיתית של החוזה האסור, והאם יתכן מעבר זכויות מכוחו.²⁷

הכללים המיוחדים לתחום הדיני האמור התפתחו על רקע הגורמים הבאים:

(א) סירובו של בית המשפט לכלול את ידיו ולהשפיל את כבודו בדיון בשאלות הקשורות באי חוקיות. כשלונם המידי של התובע בעילה שנחשף בה יסוד של אי חוקיות נובע מכך כי בית המשפט אינו מוכן להכנס לדיון בגופו של ענין ולברר את טיבן של זכויות וחובות הצדדים. רעיון ה-*ex turpi causa* אינו שולל בהכרח מציאותה של זכות מהותית טובה בידי התובע. עיקרו בכך, כי אפילו בהנחה שקיימת בידי התובע זכות טובה, היא מנוע מלאכפת, פן יכולע ליוקרתו של בית המשפט.²⁸ והרי אין קשר

26 פה ושם, נשמעים הדים לדעה כי אין קנין עובר מכח חוזה בלתי חוקי. ראה: *Liverpool Borough Bank v. Turner* 45 E.R., 715; *Tregoning v. Attenborough* (1830) 131 E.R. 37; *Fergusson v. Norman* (1838) 132 E.R., 1034. בו נאמר על-ידי השופט Bosanquet:

"If the transaction itself becomes illegal this consequence necessarily follows... that no property can pass to the pawnbroker in the things pledged."

ראה, כמו כן: *Milner v. Staffordshire*; Australian Law Journal, Vol. 19, p. 341; *Congregational Union* [1956] 2 W.L.R. 556 Higgins, "The Transfer of Property Under Illegal Transactions," (1962) 25 M.L.R., 149.

27 יש להדגיש כי סעיף 31 להצעת החוק קובע כי חוזה פסול הוא במל.

28 ראה ביקורתו של Grodecki במאמרו: "In pari delicto," 71 L.Q.R., 254. הוא מתנגד לכללי חסימת-התביעה בגין *ex turpi causa* המגבילים, בשל החשש המופרז בפני פגיעה בכבודו של בית המשפט, את יכולת עשיית הצדק בין הצדדים. לדעתו, לכשמדובר בתביעות השבת גרידא, אין סיבה שלא להפעיל את מערכת בתי המשפט, שאחרת מושגת התוצאה האבסורדית של הנצחת תוצאותיה של הטרגסאקציה הבלתי חוקית במקום חיסולה. הצעתו היא להקנות שיקול דעת רחב לבתי המשפט להעניק או לסרב מתן השבה על יסוד נסיבותיו של כל מקרה ומקרה. ראה גם את בקורתו של Goff, "Reform of the Law of Restitu-

תלות הכרחי בין קיומה של זכות מהותית לבין היכולת לאכפה בדרך של תביעה משפטית, והדוגמא שהובאה לעיל, מתחום דיני ההתיישנות, תוכיח. אומר השופט זילברג²⁹:

"הקוץ שבאליה אינו באי חוקיותו המשפטית—המטריא-לית של החוזה הנדון אלא: באי רצונו של בית המשפט להושיט עזרה למי שבא כתובע להסתמך על חוזה שכזה (וההסתמכות על אי החוקיות שבחוזה, כמוה כהסתמכות על החוזה הבלתי חוקי גופו). זוהי ההתנגדות הפסיבית של בית המשפט... התנגדותו למי שבא להניע אותו לפעולה על סמך החוזה ההוא. הוא משאיר את המצב בעינו, כמות שהוא, כי התביעה היא מוקצה מחמת מיאוס ואין בית המשפט מלכלך את ידיו במגע 'טמא' שכזה." (הדגשות שלי).

ב) שיקול נוסף העומד ביסודם של כללי ה-*ex turpi causa* נעוץ בגורמים של טובת הציבור והרתעה בפני התקשרות בעסקאות בלתי חוקיות. הדעה השלטת הינה, אם כי היא נתונה בעת האחרונה לביקורת חריפה, כי על ידי חסימת האפשרות להשיג את החזרת המצב לקדמותו, יירחצו הצדדים כבר מלכתחילה מהתקשרות בלתי חוקית. בין אם עומד שיקול זה במבחן המציאות בין אם לאו, הרי ברור, כי מקום ששני הצדדים חוטאים מגמת ההרתעה האמורה איננה יכולה להתפרש—לאחר שסוכלה נוכח קיום ההתקשרות הבלתי חוקית והעברת נכסים מצד אחד למשנהו—כאילו גורעת על מנת להיטיב או לגונן על הנתבע, המחזיק בכסף או נכסים שהועברו לו על ידי התובע. המטרה הינה אך ורק למנוע מן התובע את היכולת ליהנות מרכושו באמצעות זכייה בתביעת השבה. אין הכוונה להעניק בדרך זו או אחרת, לנתבע החוטא, זכויות וטובות הנאה כתוצאה מעסקה כזו. נאמר ב-*American Jurisprudence 2d*:³⁰

"The defense of illegality by a party in *pari delicto* is allowed, however, not because of any concern for, or protection to the defendant, but because affixing the disability to the plaintiff is in the public interest."³¹

באמצעות כללי ה-*ex turpi causa*, שעיקרם במניעת מתן סעד משפטי, בין אם מחמת הרצון לשמור על כבודו של בית המשפט ובין בשל המגמה להרתיע מפני התקשרויות אסורות, עדיין לא הבהרנו דבר אודות אופיו המטריאלי של החוזה הבלתי חוקי. כבילותו של בית המשפט לכללי חסימת התביעה הללו גוררת את דחיית התביעה על

29 "Restitution of Benefits Acquired Through Illegal Transactions," 95 *U.Pa.L.R.*, p. 261 (1947).

30 ראה ההצעה, שם, סעיף 32.

31 ראה גם: *Benyon v. Nettlefold* 42 E.R. 197.

32 ראה גם: *Wade*, 95 *U.Pa.L.R.*, p. 261, *ibid.*

33 "... the law sanctioning such defense does not do so out of favour to the party urging it, but on the grounds of public policy, namely, that those who violate the law must not apply to the law for protection."

הדברים אמורים באשר להעדר יכולת התביעה, לא באשר להעדר זכות מהותית. ראה גם *Wade*, 95 *U.Pa.L.R.*, p. 261, *ibid.*

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

אתר מפני שיש בה יסוד בלתי חוקי. אין בית המשפט נכנס לדיון בגופו של ענין, ולכן כל אימת שדיני ה-*ex turpi causa* מוחלים, יש בהם כדי להאפיל על יחסו של בית המשפט לאפיו המהותי של החוזה. עלינו לחפש דרך על מנת לבחון את תוצאותיה של תביעה המבוססת על חוזה בלתי חוקי, כאשר, מסיבות מיוחדות, אין מחילים לגביה את כללי החסימה האמורים. האם אז יתייחס בית המשפט לחוזה כאל חוזה בטל מעיקרו שאינו מועיל להעביר קנין? או שמא יאמר כי הוא אפקטיבי במובנים כלשהם? ברור כי הכרעה בשאלת טיב החוזה הבלתי חוקי שאין חלים עליו כללי ה-*ex turpi causa* תהא יפה גם לחוזה בלתי חוקי שתביעה על פיו עלולה להדחות מפאת תחולתם. שהרי אין מהותו המטריאלית של החוזה משתנה נוכח חלותם, או אי חלותם, של כללי הדיון האמורים. נבחן, לכן את החריגים לכלל ה-*ex turpi causa*, שיש בהם כדי לשפוך אור על ענינו.

2. חריגים לתחולת כללי ה-*ex turpi causa*

המשפט מכיר בשני חריגים עיקריים לתחולת כללי ה-*ex turpi causa*:

(א) כאשר המטרה הבלתי חוקית שלשמה נקשרה העסקה טרם הוגשמה באופן מהותי.

(ב) התובע אינו *in pari delicto* עם הנתבע.

מן הראוי לציין כי למרות שהמדובר גם במקרים אלה בתביעות המבוססות על חוזה בלתי חוקי, הרי כל תובע הנכנס לגדר אחד מן החריגים הללו יוכל לזכות, למרות אי החוקיות הנחשפת בתביעתו, להשבה של כספים או רכוש שהעביר לצד השני, מובן, כי תביעה לאכיפת הוראות החוזה או לפיצויים בגין הפרתו להבדיל מהשבה לא תתקבל, שכן בקיומו של החריג אין כדי להפוך חוזה בלתי חוקי לחוזה חוקי. וכדרכו בכל מקרה כזה לא יכיר ולא יסייע בית המשפט במישרין או בעקיפין (באמצעות תביעות לאכיפה או לפיצויים) למימושו של החוזה האסור. משמעותם היחידה של החריגים הינה הסרת כבלי המניעות מעם בית המשפט ומתן אפשרות לדון בתביעת ההשבה לגופה. גידן בחריגים אחד לאחד.

(א) המטרה הבלתי חוקית לא הוגשמה באופן מהותי

כאשר מתקשרים שניים בחוזה אשר מטרתו בלתי חוקית וצד אחד שילם כספים או העביר רכוש לצד השני, יוכל הראשון לקבל השבתם אם התחרט ומשך ידו מן העסקה כל עוד לא מומשה, באופן מהותי, המטרה הבלתי חוקית.³²

שני תנאים קומולטיביים נדרשים לקיום חריג זה:

(א) אי הגשמה מהותית של המטרה האסורה.

(ב) חרטה כנה מצד התובע, להבדיל מנסיבות אובייקטיביות או כאלה הנובעות מהתנהגותו של הנתבע, המונעות בעדו מלקיים את החוזה.³³

בענין *Taylor v. Bowers*³⁴ סבר בית המשפט כי החרטה אפשרית בכל עת לפני

32 ראה אנפון, שם, עמ' 343.

33 *Bigos v. Bowsted* [1951] 1 All E.R. 92; *In Re Great Berlin Steamboat Co.* 26 Ch.D., 616; *Berg v. Sadler*, ibid.

בדבר דרישת האלמנט של חרטה כנה מצד התובע.

34 [1876] 1 Q.B.D. 291, 300.

שהושלם ביצוע המטרה הבלתי חוקית. דעה זו סוייגה בענין *Kearley v. Thompson*³⁵.
אומר השופט Fry באותו ענין (בעמ' 747):
"Where there has been partial carrying into effect of an illegal purpose in a substantial manner it is impossible, though there remains something not performed, that money paid under that illegal contract can be recovered back."

זוהי ההשקפה הרווחת כיום בשאלת המועד בו תועיל חרטה כנה מצד התובע לזכותו בהשבה מכח החריג האמור.³⁶

אין ספק כי גם מקום שנתמלאו התנאים האמורים לקיומו של החריג ענין לנו בחוזה בלתי חוקי, שהרי די בעצם קיומה של מטרה בלתי חוקית הנלווית לו כדי להטביע בו את חותם האיסור.³⁷ השאלה אם המטרה הזו נתממשה, אם לאו, אין בה כדי לשנות את אופיו האסור. יחד עם זאת, למרות אי חוקיות החוזה, תינתן לתובע השבה מן הטעם העיקרי כי הסיכוי לזכות בה יעודד את נטישת העסקה האסורה בעוד מועד ובטרם נגרם נזק מהותי.

החשוב לענייננו הוא כי באמצעות החלת החריג משתקפת גישת בית המשפט לשאלת נפקות החוזה האסור. ראינו, כי בהעדר הכבילות ל-*ex turpi causa* נשללת כל אפקטיביות מן העסקה — משל כאילו לא היתה ולא גבראה; כל זכות קנין אינה עוברת באמצעותה, וממש כדרכו באשר לחוזים בטלים מסבה אחרת, פוסק בית המשפט השבה ומחזיר בכך את מצב הצדדים לקדמותו.

(ב) הצדדים אינם *in pari delicto*

יש, וצדדים המתקשרים בחוזה בלתי חוקי, למרות ששניהם חוטאים, אין דרגת אשמתם שווה. בנסיבות מסוימות יוכל צד, אשר אשמתו פחותה משל חברו, לקבל השבה של כספים או רכוש שהעביר לאחרון בעקבות החוזה האסור וזאת אפילו בתנאים בהם נתממשה המטרה הבלתי חוקית, שהצדדים נשאו עיניהם אליה, במלואה.³⁸

יש להבהיר, כי אין כוונתנו למקרה בו הצד האחד לחוזה תמים ואילו הצד השני חוטא — מצב דברים שלגבי חלים כללים מיוחדים שלא נכנס אליהם בשלב זה; המדובר הוא בקיומו של הבדל בין חומרת חטאו של האחד, לעומת חומרת חטאו של השני.³⁹

35 24 Q.B.D. 742 (1890).

36 *Petherpermal Chetty v. Muniandi Servai*, 24 T.L.R. 462; *Whaley v. Norton*, 23 E.R. 608.

37 בענין *Lawry v. Bordien* 99 E.R., 299 מבסס השופט Buller את עיקר המבחן לתחולת החריג על השאלה האם החוזה בוצע או טרם בוצע. דעתו כי רק לגבי

האחרון ניתן להחיל את החריג ולפסוק השבה. אבחנה זו אינה ברורה מאחר שאם החוזה כלל לא בוצע, ממילא לא הועבר רכוש בעקבותיו ולפיכך לא תתעורר שאלה של השבה.

38 ראה לעיל ליד ה"ש 13.

39 כדבריו של אנסון, שם, עמ' 346.

"Where the parties are not in *pari delicto*, the less guilty party may be able to recover money paid or property transferred under the contract."

39 האבחנה טושטשה בענין ע"א 352/68 פיון נ. רייזמן, כ"ב פד"י (2), 683.

לשאלת מעבר זכות הקניין מכח חוזה בלתי חוקי

כדי להיכנס לגדרו של החריג האמור, אין די בכך כי התובע יחזוק, מסבה כלשהי, כבעל דרגת אשם פחותה משל חברו, אלא ישנן קטגוריות מוגדרות המסדירות את השאלה מתי אין הצדדים בבחינת *in pari delicto*. נסקרן אחת לאחת.

(1) דבר חקיקה מבחין להגנת פוג מסוים של אנשים אשר התובע נמנה עליו יש, וביסודו של סטטוס, הקובע איסור על עריכת חוזה מסוים, נעוצה המגמה להגן על חוג אנשים מסוים בפני חוג אחר, בשל היות הראשון נתון במצב של חולשה וחוסר אונים. בנסיבות אלה פורש החוק את הגנתו על ה"צד העשוק" במובן זה שלמרות העובדה כי בידיעה והכרה מלאה נהיה צד להתקשרות האסורה, יוכר כמי שאיננו *in pari delicto* עם חברו, ויוכל לזכות בהשבת כספים ורכוש שנמסרו על ידיו.⁴⁰

על חוקים אלה נמנים, למשל, חוקי הריבית, האוסרים לקיחת ריבית מופרזת. מגמתם הינה להגן על הלוחים מפני המלווים, אשר בעתות מצוקה נאלצים להסכים גם להתקשרות חוזית בלתי חוקית, ובלבד שיצליחו לזכות בהלוואה הנכספת. החריג לכלל ה-*in pari delicto* מאפשר ללווים כאלה לתבוע את השבת הכספים ששלמו למלווים מעבר לשער הריבית החוקית. בישראל ניתנה לכלל ההשבה האמור גושפנקה סטטוטורית בחוק הריבית תשי"ז-1957. (הצו המגביל שער הריבית, שהוצא מכח חוק זו בוטל לאחרונה).

מן הראוי להדגיש כי הזכות לקבל השבה במקרה כזה הינה זכותו של "הצד העשוק" בלבד, שכן רק בנסיבות בהן הוא התובע, מוכן בית המשפט להסיר מעצמו את מחסום כללי ה-*ex turpi causa*. בתנאים אלה באה לידי ביטוי אי הכרתו של בית המשפט ברכישתו של הנתבע זכות קנין ברכוש התובע. אם יגיש הצד השני לחוזה תביעה המתבססת בדרך זו או אחרת על החוזה יידחה, שכן כללי ה-*ex turpi causa* יכשילוהו, כבכל מקרה רגיל בו חושפת עילת התביעה יסוד של אי-חוקיות.

בפרשת ג'יקובס נ. קרשו⁴¹ הוגשה על ידי בעל בית תביעה לסילוק ידו של הנתבע בעילה כי נערך ביניהם חוזה שכירות בלתי חוקי, ולפיכך בטל, מכח תקנות ההגנה 1939-1943. תקנות אלו מחייבות כי קודם להשכרה, יקבע בית הדין לשכירות את דמי השכירות המגיעים לבעל בית בגין ההשכרה ועד הן קובעות כי המגעות מכך מהווה עבירה פלילית. בפסק דינו, העלה השופט זילברג בתחילה את האפשרות להכריע את הדין על סמך העקרון כי הצדדים אינם *in pari delicto* מן הטעם כי מדובר בחוק שעיקרו "להציל עשוק מידי עושקו"⁴², במובן זה שמטרת תקנות ההגנה האמורות הינה להגן על השוכרים מפני המשכירים באמצעות קביעת דמי שכירות הוגנים על ידי מוסד ברי-סמכא. אולם, רעיון ההסתמכות על החריג לכלל ה-*in pari delicto* ננטש מן הטעם כי כאן:

"טוען השוכר דווקא לקיום החוזה הבלתי חוקי ולא יתכן – אף לא מבחינת הרעיון של *in pari delicto* כי חוזה אחד ואחד, חוזה הדדי סינאלגמטי של שוכר ומשכיר שואל ומשאל קונה ומוכר וכדומה יהיה כשר וחוקי לגבי המתקשר האחד ופסול וחסר תוקף לגבי המתקשר השני"⁴³.

40. *Browning v. Morris* (1778) 98 E.R. 1364

41. ע"א 110/53 ט' פד"י, 1401.

42. שם, עמ' 1404.

43. שם, עמ' 1406.

במילים אחרות, כשם שהמקסימה *in pari delicto* איננה מתייחסת לטיבו המטריאלי של החוזה הבלתי חוקי כן גם בחריג אין כדי לשנות במאומה את תוצאותיה המהותיות. העובדה כי צד איננו *in pari delicto* איננה דופכת את החוזה המוחזק כבלתי חוקי לגבי הצד השני, לחוקי ותקף לגבי הראשון שהרי אי החוקיות המתלווה להתקשרות החוזית הינה גורם קבוע ובלתי משתנה⁴⁴, כשם שכלל ה-*in pari delicto* בשילוב עם דין ה-*ex turpi causa* קובעים כי מקום ששנים חוטאים לא תותר תביעה של צד מן הצדדים המתבססת על אי החוקיות שבהתקשרות, כך תחולת החריג לכללים הללו מצטמצמת אך ורק למתן הכרה בתביעת השבה של הצד העשוק. לא תהא לו תחולה לכשמדובר בתביעה המוגשת על ידי המתקשר השני – כתביעתו של המשכיר בפרשת ניקובס ג. קרשח⁴⁵.

(2) חוזה בלתי חוקי, שאחר הצדדים לו הונע להתקשר בו מחמת תרמית, בשל לחץ שהופעל עליו או כעקב טעות בעובדה

כאשר הונע אדם להתקשר בחוזה בלתי חוקי על ידי מעשה תרמית של הצד השני או באמצעות לחץ שהופעל עליו, או עקב טעות בעובדה, יוכר כמי שאינו *in pari delicto* עם חברו, ויזכה בהשבת רכוש או כספים שהעביר לזה האחרון⁴⁶. יש להדגיש כי במקרה של תרמית הרי כדי שהצד המרומה יכלל בגידרו של החריג, מן הדין כי התרמית שהופעלה כלפיו הטעתה אותו באשר לעובדות מסוימות הנוגעות לאופיה הבלתי חוקי של העסקה. הוא ישאר כפוף לכללי ה-*ex turpi causa* בתנאים בהם לא היה בתרמית כדי להעלים אופי אסור זה⁴⁷.

44 בענין *Re Mahmoud and Ispahani* (1921) 2 K.B., 716 נפסק כי בעובדה שאחד המתקשרים בחוזה היה תם לב לא היה כדי לשנות את עובדת היות החוזה בלתי חוקי לגבי שני המתקשרים גם יחד, על תוצאות הבטלות הנובעות מכך. לכן, נדחתה תביעתו של תם-הלב לפיצויים בגינו. שאלה אחרת היא אם יזכה תם הלב בתביעת השבה של רכוש או כספים, וגראה כי כאן מוסרות מגבלות ה-*ex turpi causa* ומותרת ההשבה.

45 הצעת החוק, שם, אינה נותנת נפקות לכלל ה-*ex turpi causa* כאמור.

46 ראה, למשל, ענין *Rueynell v. Sprye* (1852) 24 E.R., 710. כאן פותה התובע, על ידי תרמית הנתבע, להעביר לו קרקע מכה חוזה בלתי חוקי. הוא זכה בתביעתו להשבה מן הנימוק כי איננו *in pari delicto* עם המתקשר השני בחוזה, הודות לתרמית שבוצעה כלפיו.

47 בענין *Parkinson v. College of Ambulance Ltd. & Harrison* [1925] 2 K. B. D., 1 התקשר אדם בעסקה עם מוסד מסוים לפיה התחייב הראשון לשלם לו סכום כסף תמורת הענקת תואר כבוד. הוא רומה על ידי מזכיר המוסד בכך שאמר לו כי המוסד יהא מוכן, תמורת מענק כספי, להעניק לו את התואר המבוקש. יחד עם זאת, התרמית האמורה לא העלימה מעיני התובע את אפיייה האמיתית, הבלתי חוקי של העסקה כולה, שהרי עצם ההתקשרות לרכישת תואר כבוד תמורת תשלום כסף הינה אסורה.

למקרה בו הוכר צד לחוזה אסור כמי שאינו *in pari delicto* עם חברו בשל לחץ שהופעל עליו, ראה: *Smith v. Cuff* (1817) 6 M & S, 160; *Atkinson v. Denby* (1862) 7 H & N, 934. אספקט זה של החריג נוגע לחוזים ואסורים מכה המשפט המקובל, ומחוזה בכך השלמה לכלל שנדון לעיל, המתייחס לחוזים אסורים מכה סטטוס, והקובע את זכותו להשבה של מי שנמנה על חוג האנשים אשר החיקוק נועד להגנותו.

גם בנסיבות בהן התקשר אדם בחוזה אסור עקב טעות בעובדה, המביאה לידי העלמת יסוד אי החוקיות מעיניו, יזכה בהשבה: *Oam v. Bruce* 156 E.R., 1123; *Clay v. Yates* 104 E.R., 87.

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

לא נתכוונו לחדור לעובי הקורה בגיטוח החריגים האמורים לתחלת כללי מניעות התביעה על גווניהם השונים. ההתייחסות אליהם נבעה בעיקרה מן המגמה להצביע על כך כי כל אימת שבית המשפט רואה את עצמו משוחרר ממגבלות ה־*ex turpi causa* הוא נוהג בחוזה הבלתי חוקי כבחוזה בטל מעיקרו, ממש כאילו היה חוזה בטל מחמת טעות. הוא לא יתיר לאכפו, או לפסוק פיצויים על הפרתו, וכן אין הוא מכיר במעבר זכויות קנין מכוחו. והראיה – כי נעתר לתביעת הצד, הזכאי להכנס לגדר אחד החריגים, להשבת כספים או רכוש שהעביר בעקבות ההתקשרות האסורה. ואם אמרנו כי החוזה חסר נפקות בנסיבות כאלה, הרי יהא חסר נפקות כאותה מידה גם כאשר יחולו מגבלות כללי ה־*ex turpi causa*, שהרי אין הם, או החריגים להם, משפיעים על טיבו המטריאלי של החוזה. נעזר באמצעים נוספים לבחינת טיבו המחזותי של החוזה האסור.

(3) הדוקטרינה כי אין אדם רשאי להנות מפירות עוולתו

מן הדין כי נבחן את שאלת מעבר הקנין מכח חוזה אסור דרך פרספקטיבת העקרון, המבוסס היטב במשפט, לפיו אין אדם יכול להנות מפירות עוולתו. משמעותו הינה, כי לא יתכן לרכוש זכויות מזכרות באמצעות ביצוע עבירה על החוק. כל תוצאה אחרת היתה עומדת בניגוד עמוק להגיון המשפטי ולמטרות היסודיות שכל שיטה משפטית ראויה לשמח חותרת להגשימן⁴⁸.

שלא ככללי ה־*ex turpi causa*, אין דוקטרינה זו מתייחסת לשאלת מידת התערבותו של בית המשפט בנושאים שמתלווים אליהם יסודות של אי חוקיות, כי אם היא מתייחסת לתחום הזכויות והחובות המהותיות של הנוגעים בדבר. יסודה בקביעה כי כל זכויות אינן יכולות להיווצר מכח עבירה על החוק. האפליקציה השכיחה של עקרון זה הינה לתחום העבירות הפליליות⁴⁹ ונשאלת על כן,

48 ואכן מבקר המחבר Lloyd בספרו *Public Policy*, Chapter 6, p. 102 את חוסר התגיון שבהכרת בתי המשפט במעבר זכויות הקנין מכח חוזה אסור:

"... English law, while treating illicit agreements as null and void, nevertheless somewhat illogically, permits rights of property to be created thereby."

אולם, ראה גישתו השונה של השופט זילברג בע"א 563/65 יגר נ. פלביץ, כ' פד"י (3), 244. דעתו היא כי ההכרה המסוימת בזכויותיה הכספיות של הידועה בציבור אין בה כדי ללמד על לגיטימציה מעם המחוקק להסכם שנעשה עמה, לחיי אישות מחוץ לגישואין. וזו לשונו:

"המחוקק רואה את הדברים מבחינת ה'בדיעבד' ומנסה לתקן את המעוות מבחינה כספית שנגרם על ידי חיי הגבר והאשה. אך חוקיות ההסכם היא שאלה של 'לכתחילה'. אלה הם שני אספקטים לגמרי שונים, לכן אין חייבים להסיק מחוקי הידועה כי המחוקק העניק להם הכשר מוסרי וחוקי."

אך, ראה דעתו החולקת של השופט ברנזון, המסיק את דבר חוקיות ההסכם, מעצם ההכרה שנותן המחוקק למעמדה של הידועה בציבור באמצעות הקניית הזכויות הכספיות האמורות. 49 אלה דברי השופט Evans בפסק הדין *In re Estate Crippen* (1911), p. 108: "It is clear that the law is that no person can obtain or enforce any rights resulting to him from his own crime... The human mind revolts at the very idea that any other doctrine could be possible in our system of Jurisprudence." (הדגשות שלי). ראה גם: *Cleaver v. Mutual Reserve Fund Life Association* [1892] 1 Q.B.D. 147;

השאלה, היש מקום להחילו גם על מעשים בלתי חוקיים שאינם מגיעים כדי עבירה פלילית. נראה לי כי התשובה המתבקשת לכך היא חיובית וזה הטעם לדבר: אין המשפט מותח אבחנה, לענין זכויות וחובות הצדדים, בין חוזה בלתי חוקי שענינו בביצוע עבירה פלילית, לבין חוזה שהוא בלתי חוקי מטעם אחר. נפקות החוזה זהה בשני המקרים, ודין אחד קיים באשר לערכו המשפטי. מכאן, שלא יתכן לומר כי באשר לחוזה שענינו ביצוע עבירה פלילית יחול עקרון "אין אדם נהנה מפירות עוולתו" – ולפיכך לא תעבור באמצעות התקשרות כזו זכות קנין, ואילו עקרון זה לא יחול בחוזים האסורים מטעם אחר, ולפיכך אלה יועילו להעביר זכויות מצד אחד לרעהו. נראה, כי שומא להתחיל את העקרון על חוזה אסור – ויהא אופי אשר יהא – ולהסיק, לאורו, כי מחזיק בנכס, שהועבר אליו בעקבות התקשרות בלתי חוקית, לא ירכוש בו זכויות. העובדה כי הוא אינו צפוי בנסיבות רגילות לתביעת חשבה מצד מעביר הנכס, אין בה כדי לסתור מסקנה זו, שכן עיקרה בהרתעתו ובהעשנתו של הבעלים על ידי נעילת דלתות בית המשפט בפניו ולא בהענקת טובות הנאה וזכויות למחזיק, החוטא אף הוא. דוקטרינת "אין אדם נהנה מפירות עוולתו" מופנית, מצדה, לעברו של המחזיק, ושוללת ממנו, כאמצעי הרתעה והענשה, זכיה בקנין באשר לנכס שבא לידי עקב מעשהו הבלתי חוקי⁵⁰. שילובם של כללי ה"ex turpi causa" – לענינו של מעביר הנכס – עם דוקטרינת "אין אדם נהנה מפירות עוולתו" באשר למחזיק, מביאים לתוצאה הרצויה כי מגמות ההרתעה וההענשה תפעלנה באופן דו סטרי – כלפי שני הצדדים גם יחד, בהיות שניהם חוטאים.

בדרך זו משמשת הדוקטרינה האמורה אמצעי עזר נוסף על מנת לבחון את שאלת מעברה של זכות הקנין מכח חוזה אסור.

(4) השוואה בין תוצאות חוזה כשל מטעם פגיעתו בטובת הציבור לבין אלה של חוזה בלתי חוקי

כמבחן נוסף לבירור נפקותו של החוזה האסור וכהוכחה בדבר העדר מעבר זכויות קנין מכוחו, תשמש ההשוואה בינו לבין החוזה הבטל מחמת פגיעה בטובת הציבור⁵¹. בתחילת דברינו, מנינו בקצרה את סוגי החוזים המוחזקים כבלתי חוקיים⁵². קיים סוג חוזים אחר, אשר מידת פגיעתו בטובת הציבור אינה חמורה כזו הנגרמת על ידי החוזה הבלתי חוקי⁵³. לפיכך, גמזע המשפט מלסווגו כחוזה בלתי חוקי, ומסתפק בסיווגו כחוזה בטל. באנגליה, חוזים בטלים הנמנים על סדרה זו הנם אלה המתיימרים לשלול את סמכות בית המשפט, חוזים שנועדו להתגביל את חופש הנישואין, וכן חוזים

50 *Beresford v. Royal Insurance Co. Ltd.* [1938] 2 All E.R. 602; ע"א 16/55 מאראשה

בע"מ נ. מצרי, י"א פד"י, 126.

51 ראה דברי הלורד אטקיין בענין *Beresford v. Royal Insurance Co. Ltd.*, [1938] 2 All E.R., 607.

וכן: *St. John Shipping Co. v. Joseph Bank Ltd.* [1956] 3 All E.R. 683.

52 מלשון סעיף 31 להצעה עולה כי החוזה הבלתי חוקי והחוזה הנוגד את תקנת הציבור מסווגים לקטגוריה אחת.

53 ראה לעיל עמ' 35.

54 ראה צ'שייר ופייפוט, שם, עמ' 320 ואילך.

לשאלת מעבר זכות הקניין מכח חוזה בלתי חוקי

מסוימים הכוללים הגבלה בלתי סבירה על חופש העיסוק. התוצאה המשפטית הנובעת מעריכת חוזים מעין אלה הינה בטלות מעיקרא; צד ששילם כספים או העביר רכוש מכוחם יוכל לקבל השבתם.⁵⁴ יוצא, כי החוק אינו מכיר במעבר זכות קניין מכח חוזה בטל כזה, שאחרת לא היתה נפסקת השבת. החוזה הבלתי חוקי, אשר בעקב פגיעתו הקשה בטובת הציבור נדון בחומרה רבה יותר – היתכן לומר כי בכוחו להעביר קניין? האם מתקבל על הדעת לומר כי חוזה שהוא אסור בתכלית יעניק לצד המתקשר בו יותר זכויות מאשר חוזה בטל גרידא, שאינו אסור?

נראה כי הדרך הנאותה ליישוב הסתירה היא לומר כי החוזה הבלתי חוקי בטל מעיקרא ומשום כך אין זכויות עוברות מכוחו. אלא, שבשל החומרה הגדולה בה מתייחסים בתי המשפט לתופעת אי החוקיות, הרי נמנעת יכולת השבת המצב לקדמותו על ידי בעל הזכות הקניינית בנכס.

(5) גורם העברת החזקה הפיסית בנכס ויחסו אל תוצאותיו המחזיות של החוזה הבלתי חוקי.

ראינו, כי אלה הגורסים שקניין עשוי לעבור מכח חוזה בלתי חוקי, מסתמכים בעיקר על ההבחנה שבין חוזה שטרם בוצע לבין חוזה שבוצע. אשר לראשון, הרי בשל אי יכולתו של צד מן הצדדים לאכפו באמצעות הליכים משפטיים, דינו כאין וכאפס ואין מוקנה מכוחו דבר. אשר לאחרון, הרי אם הועבר נכס מצד אחד למשנהו, כיוון שבית המשפט לא יתערב על מנת להחזיר את המצב לקדמותו, דין המחזיק כדין מי שרכש זכות קניינית בנכס. לאמיתו של דבר, במרכזה של ההבחנה האמורה עומדת השאלה האם בוצעה העברה פיסית של הנכס, באופן שהתשובה לה, ממילא, מכרעת אם עבר קניין, אם לאו.

אשתדל להצביע על הבקיעים וחוסר העקביות התגייגית שבהסתמכות זו על גורם החזקה הפיסית בנכס כיסוד להכרה ברכישת זכויות קניין.

המשפט מבחין בין חזקה כמצב עובדתי (legal possession) לבין חזקה מכח זכות (lawful possession). כדי להיחשב כבעל legal possession יש צורך, בהתאם להשקפת המשפט המקובל, בהתמלאותם של שני תנאים: (א) שליטה פיסית בנכס, (ב) קיום יסוד הכוונה אצל המחזיק למנוע מאחרים מהתנכל לחזקתו.⁵⁵ נראה, כי קיומם הקומולטיבי של שני יסודות אלה יכול שיתקיים גם לגבי מסיג גבול שתפס חזקה במטלטל או במקרקעין שלא בזכות. הגנת החוק ניתנת למחזיק כזה כלפי כל אדם שאינו הבעלים או בעל הזכות המוכרת לחזקה בנכס, ומי שמתנכל לחזקתו זו לא יוכל – במסגרת תביעה משפטית המוגשת נגדו להחזרת החזקה – לעורר טענת הגנה כי הזכות לנכס נמצאת בידי צד שלישי.⁵⁶ אולם, ביחסים שבין הבעלים או בעל הזכות לחזקה בנכס

54 ראה צ'שייר ופיפוט, שם, עמ' 337.

55 ראה הגדרת Holmes בספרו *The Common Law* בעמ' 220.

56 ראה הולמס, שם, עמ' 241–2. באשר למטלטלין: *Armony v. Delamirie*, 93 E.R. 664; באשר למקרקעין: *Asher v. Whitlock* [1865] L.R. 1 Q.B., 1; *Pollock & Wright, An Essay On Possession in the Common Law*, p. 91. ראה סעיף 54 לפקודת הנוזיקין [נוסח חדש] לענין מטלטלין. באשר למקרקעין ראה סעיף 17 לחוק המקרקעין, תשכ"ט–1969, סה"ח 575, עמ' 259.

לבין מחזיק כזה, יועדפו הראשונים על פני האחרון ⁵⁷. במילים אחרות, החזקה העובדתית מקנה למחזיק עדיפות על פני כל אדם אחר אשר איגו הבעלים או בעל הזכות לחזקה. קיומה של חזקה עובדתית בנכס עדיין איננה מלמדת על קיום זכות בידי המחזיק, באופן שחזקתו תיחשב גם ל-"lawful possession". ראינו, כי כדי לרכוש זכות קנין בנכס, אין די בקיום חזקה פיסית בו, שהרי גם למסיג גבול ולגולן חזקה כזו. כדי לרכוש lawful possession חייב תהליך רכישת הבעלות או החזקה להתבצע במסגרת אחת הדרכים המוכרות לכך בדין הקנין המהותי, כגון, ירושה, מתנה, התיישנות מנהלית, מכר, שכירות, וכיו"ב. תנאי קיום החזקה העובדתית בנכס יכל להידרש, לכל היותר, כתנאי הכרחי לרכישת זכות קנינית בו, אך לעולם לא יהווה תנאי מספיק לכך. מכאן, שאין בעובדה שחווה בלתי חוקי בוצע בכך שהועברה מכותו החזקה הפיסית בנכס מצד אחד לרעהו כדי להוליד את התוצאה כי המחזיק רכש קנין.

אם כך, עלינו לבחון את דיני הקנין המהותיים כדי לברר מהן הדרכים המוכרות לצורך העברת בעלות או זכות קנינית פחותה ממנה ולהסיק, מבחינה זו, באיזו מידה, אם בכלל, עשוי חווה בלתי חוקי לספק דרישות אלה.

יש ודיני הקנין קובעים כי העברת קנין תיעשה באמצעות הסכם בתוספת העברת החזקה בנכס, ויש שהם קובעים כי די בהסכם גופו כדי להעביר זכות קנינית. דוגמאות למקרה הראשון הן, למשל, סוגי ה-"bailments" השונים באנגליה, דוגמת המשכון, שכירות המטלטלין, עסקת hire-purchase וכדומה. לגביהם ישנה דרישה הכרחית להעברת החזקה כדי להשלים את מעבר זכות הקנין ⁵⁸. דוגמא נוספת הינה תוראת סעיף 33 לחוק המכר תשכ"ה—1968, הקובע:

"הבעלות בממכר עוברת לקונה במסירתו, אם לא הסכימו הצדדים על מועד אחר או על דרך אחרת להעברת הבעלות".

אולם, קיימות עסקאות בהן אין צורך בהעברת החזקה לצורך ההקניית. כאן, לעתים יסתפק הדין בחווה גופו ולעתים ידרוש, בנוסף לקיום החווה, מילוי תנאים נוספים שאין העברת החזקה בנכס נכללת בהם. במכר מטלטלין באנגליה, החווה, גופו, מועיל להעביר קנין מצד לצד, ללא הכרח בהעברת החזקה במטלטל. ראה את פסק-הדין בענין *Seath v. Moore* ⁵⁹. חוק המשכון בישראל קובע כי המשכון נוצר באמצעות הסכם בין החייב לבין הנושה ⁶⁰. באשר למכר מקרקעין, הרי בארץ ובמידה רבה גם

57 אומר הולמס בספרו, שם, עמ' 210:

"English law has always had the good sense to allow title to be set up in defense to possessory action."

58 ראה: Paton, *Bailment in the Common Law*, p. 5: "...the silent feature of bailment is...the element of possession."

59 11 App. Cas. 350 (1886) אומר הלורד וואטסון בעמ' 378:

"By the law of England, the appropriation of a specific chattel by the vendor and the agreement of the vendee to take that specific chattel and pay the stipulated price, have the effect of vesting the property in the chattel in the vendee."

ראה גם: Benjamin, *On Sale*, 8th ed., p. 297.

60 ראה סעיף 3(א) לחוק המשכון תשכ"ו—1967, סה"ח 496, תשכ"ו, עמ' 48: "מישכון נוצר בהסכם בין החייב לבין הנושה".

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

באנגליה נדרש, לצורך ההקנייה המלאה, מילוי תנאי רישום הבעלות על שם הקונה במשרד ספרי האחוזה.⁶¹ חוזה מכר המקרקעין באנגליה, כשלעצמו, מעביר לקונה רק את הזכות האקזיטבילית לקרקע, בעוד הזכות שבדין נשארת בידי המוכר כל עוד לא נתבצע הרישום, כאמור.⁶²

בסוג המקרים הראשון, בו אנו עדים לקיום דרישת העברת החזקה כתנאי הכרחי להעברת קנין יקשה עלינו לתהות על נפקותו של החוזה האסור, המתיימר להסדיר הקנייה זו, מן הטעם הבא: אם בעקבות חוזה כזה העביר א' ל-ב' את החזקה בנכס, הרי בדרך כלל לא יוכל לקבל את השבתו. תוצאה זו אינה נעוצה בהכרח בעובדת רכישתו של ב' זכות קנינית בנכס שכן לא מן הנמנע כי בשל תחולת כללי ה-*ex turpi causa* תיחסם בפני א'—אפילו לא אבדה לו זכות הקנין—זכות התביעה להשבת הנכס מ-ב'. והיה, אם נקשר חוזה כזה בין א' ל-ב', אך החזקה בנכס טרם הועברה, כי אן, לית מאן דפליג כי ב' לא רכש קנין שהרי אפילו בהנחה שהחוזה היה חוקי לכל דבר, הרי ללא מעבר החזקה אין קנין יכל להירכש. מכאן, כי בעסקאות בהן נדרשת העברת החזקה לצורך רכישת קנין יקשה לבחון את השפעת אי החוקיות הנלווית להתקשרות על השאלה אם עבר קנין, אם לאו.

אולם, בסוג המקרים השני—בהם אין מעבר החזקה הכרחי—נוכל לבחון את טיבו המהותי של החוזה האסור וממילא, המסקנה מבחינה זו תחול, באותה מידה, על סוג המקרים הראשון, שהרי אין בעצם קיומה או העדרה של הדרישה בדבר מעבר החזקה כדי להשפיע על טיבו המטריאלי של החוזה האסור. אם נקח לדוגמא את חוזה מכר המטלטלין באנגליה, אשר בהיותו חוקי מועיל להעביר קנין ללא צורך בהעברת החזקה, הרי בהיות חוזה כזה בלתי חוקי, נהיה עדים למצב הדברים הבא: אם הועברה החזקה מ-א' ל-ב' בעקבות חוזה המכר, כי אן, כמו בסוג המקרים הראשון ומאותן סיבות עצמן, יקשה עלינו לברר באופן וודאי אם העדר זכותו של א' להשבה נובעת מקיום זכות קנין אצל ב' או מתחולת כללי ה-*ex turpi causa*. לעומת זאת, מקום שהחזקה במטלטל לא הועברה מ-א' ל-ב' נוכל לברר אם החוזה אפקטיבי כמעביר קנין, אם לאו. בתנאים אלה, לא יוכל ב' לתבוע את העברת הנכס אליו ויתכן גם כאן לגרוס כי זוהי אי יכולת הנובעת מכללי המניעות ולא בהכרח מהעדר רכישתו זכות קנינית. אולם לא יכולה להיות מחלוקת על כך, כי אפילו אין א' נתון לסכנת תביעה מצדו של ב' להעברת הנכס אליו הרי אם באמת הועיל החוזה האסור להעביר זכויות קנין ל-ב' היתה עובדה זו צריכה להשתקף בתמורה כלשהי, באשר לזכויותיו של א' לגבי הנכס הנמצא בידו. למשל, בדרך ההגבלה על א' לערוך טרנסאקציות בנכס עם צד שלישי. המציאות היא, כי זכויות של א' לא נשתנו

61 ראה בארץ: סעיף 7 לחוק המקרקעין, שם. באנגליה: *Cheshire's Modern Real Property*, 10th ed., p. 658 et seq.

62 זה היה הדין גם בארץ עד לחוק המקרקעין, בענין זה ראה: דוכן, דיני קרקעות במדינת ישראל, מהדורה 2, עמ' 148; ע"א 87/51 וליד נ. בראשי, ה' פד"י, 1264. כיום המצב שונה עקב ביטול הזכויות האקזיטביליות במקרקעין לאור סעיף 161 לחוק. במה שינה החוק החדש מהמצב שקדם לו, ראה: יהושע ויסמן, חוק המקרקעין, מגמות והישגים, תש"ל—1970; *Cheshire's*, שם, עמוד 60.

במצב דברים כזה. הוא מוחזק גם בנסיבות אלה כבעלים של הנכס מבלי שמתלווה לזכותו זו כל סייג.⁶³

הנובע מן הדברים הללו הוא: חוזה מכר מטלטלין כאשר הוא חוקי, מועיל, כשלעצמו, להעביר קנין מצד א' לצד ב'. אם חוזה הנמנה על אותו סוג עצמו, בהיותו בלתי חוקי, אינו גורם לשינוי כלשהו בזכויותיו של א' לגבי הנכס המהווה נשוא החוזה הזה, כי אז המסקנה המתבקשת היא כי כל קנין לא עבר מכוחו. מכאן גם משתמע, שאפילו עברה החזקה בנכס מ-א' ל-ב' הרי בהיות ההתקשרות גופה כאין וכאפס לא רכש ב' דבר וזלת החזקה העובדתית אשר כפי שהוסבר לעיל, איננה יכולה להיות כשהיא, לעצמה, תנאי מספיק לרכישת קנין.

מצב דומה עשוי לקרות במכר מקרקעין. כאן, כדי להעביר בעלות, ישנה דרישה לקיום חוזה בתוספת רישום מתאים בטאבו.⁶⁴ אם מתקשר א' עם ב' בחוזה אסור להעברת קרקע, ו-ב' נרשם כבעלים בטאבו, הרי אם נשארה החזקה בידי א' תוכר זכות בעלותו במלואה, למרות הרישום האמור. משמע שהסיבה לכך היא כי העסקה, שבעקבותיה נעשה רישום כזה, בטלה. אילו היה בכוחו של החוזה האסור להקנות קנין, הרי היה – בתוספת לרישום – מעניק זכויות ל-ב', ובמקביל לכך שולל מ-א', בלי קשר לשאלה אם עברה או לא עברה החזקה במקרקעין (שאינה נדרשת כאן כתנאי להקנייה), אלא שאם אמנם עברה החזקה לא יוכל הבעלים לממש את זכות בעלותו שנשארה בידי מטעמי כללי ה-*ex turpi causa*.⁶⁵

מכאן, כי החוזה הבלתי חוקי אינו מעביר קנין מקום שאליו היה חוקי היה הוא, גופו, או בתוספת תנאי כלשהו (שאינו העברת החזקה) מועיל לעשות כן. מאחר שהמשפט אינו מבדיל בין סיבו המהותי של חוזה אסור כזה לבין חוזה אשר בהיותו חוקי מושלמת ההקנייה מכוחו רק עם העברת החזקה, הרי שאם הסקנו כי הוא בטל וחסר נפקות במקרה הראשון, שומה עלינו להסיק כי כך דינו גם במקרה השני. התוצאה היא, אפילו הועברה החזקה מצד לצד, כל מה שרכש המחזיק בכל מקרה הוא, לכל היותר, *legal possession* אשר פירושו, זכות להגנה בפני כל מי שאינו בעל זכות בנכס. באשר לזה האחרון, קנה המחזיק חסינות רק בפני תביעה אפשרית להשבת.

IV. ההשלכות הנובעות מהעדר מעבר הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

כאשר נקשר חוזה בלתי חוקי המתיימר להעביר קנין בנכס אך אין החזקה עוברת מצד לצד, הן זכות הבעלות והן החזקה הפיזית מתרכזות ביד אחת ולפיכך נקי מצב זה מקושי. יש לבחון את ההשלכות הנובעות ממסקנתנו כי החוזה האסור אינו מעביר קנין, כאשר החזקה עוברת מצד לצד ומעביר הנכס, הוא הבעלים, אינו יכל לתבוע את השבתו. נבדוק השלכות אלה בתחומים הבאים:

63 ראה ויליסטון, על דיני חוזים, כרך 6, עמ' 5080. אולם דעה בכון שונה הובעה בענין *Kingsley v. Sterling Industrial Securities* [1966] 2 All E.R. 414, 427.

64 ראה סעיפים 6, 7 לחוק המקרקעין, שם.

65 לא מן הנמנע כי במצב דברים כזה ג', הקונה בתום לב ובתמורה את הקרקע מ-ב', הרשום כבעלים, יוכל להכשיל את תביעתו של א', בעל זכות הקנין האמיתי, לאור סעיף 10 לחוק המקרקעין, שם.

לשאלת מעבר זכות הקניין מכח חוזה בלתי חוקי

- (א) מעמדו של מחזיק הנכס כלפי צדדים שלישיים.
(ב) מעמדו של הבעלים כלפי צדדים שלישיים.
נדון בהקשר דברים זה בחוזה בלתי חוקי המתיימר להעביר בעלות.

(א) מעמד המחזיק בנכס כלפי צדדים שלישיים

אין ספק כי אחת הסבות העיקריות לעמדת הפסיקה, כי חוזה בלתי חוקי שבוצע מועיל להעביר קנין, נעוצה בסעמים פרקטיים מובהקים. מצב דברים שבו קיים פיצול – ולעתים פיצול מתמיד – בין בעלות בנכס לבין חזקה בו, הגו אנומלי וכרוכה בו סכנה לתקינות חיי המסחר. החשש הוא כי אם נאמר כי הקנין לא עבר, הרי המחזיק בנכס לא יוכל, בדרך כלל, להעביר לצד שלישי יותר זכויות מכפי שיש לו עצמו, ויכולה אף להישמע הטענה כי הבעלים מצדו מגוע, מהעביר את זכותו הקניינית בנכס, ששוב איננו תחת ידו, לצד שלישי. הסבה לכך היא כי באופן כזה יוכה למעשה בהשבה עקיפה של ערך הנכס שהועבר על ידו, וזאת, באמצעות התמורה שיקבל מן הצד השלישי עבור העברת הזכות הקניינית, כאמור. בדרך זו ייעשו דיני ה-*ex turpi causa* פלסתר. נראה לי, כי החשש האמור לתקינות חיי המסחר יכל לבוא על פתרונו החלקי גם בהנחה שהמחזיק בנכס לא רכש בו זכות קנין שכן הוא יכל, בנסיבות מסוימות, להעביר לצדדים שלישיים יותר זכויות מכפי שיש לו עצמו. הכיצד?

- (1) לגבי מטלטלין, אם מתקיימים תנאי ההוראה בדבר תקנת השוק, כי אז מוקנות לרוכש זכויות קנין מלאות, אפילו לא היה המוכר בעל זכות קנין בממכר.⁶⁶
(2) נראה, כי גם מקום שלא נתקיימו תנאי תקנת השוק, יוכל המחזיק, בנסיבות מסוימות, להעביר לצד שלישי זכות קנין טובה למרות שהוא עצמו משולל אותה. כאשר א, בעלים של סחורות⁶⁷ גורם להיווצרות מצב שבו ב' נוהג ברכושו של א' כאילו היה שלו, כי אז ג', הקונה בתום לב ובתמורה את הרכוש מ-ב' ירכוש בו זכות קניינית טובה ו-א', הבעלים המקורי, יושל מזכויותיו.⁶⁸ זוהי הקניית זכות מכח מה שקרוי *title estoppel* ולאור דוקטרינה זו אין האסטופל מוחל כאן, כפי שהוא בדרך כלל מוחל, כטענת מגיעות בלבד, אלא מביא בעטיו שינוי מהותי בזכויות הצדדים.⁶⁹ האפליקציה של הכלל האמור מזכרת גם בתחום יחסי השליחות. כאשר נוצר, על ידי הבעלים השולח, מצב בדבר סמכותו של השלוח למכור נכס השייך לראשון, כי אז הקונה מן השלוח בתום לב ובתמורה, ותוך הסתמכות על מצג זה, ירכוש בו קנין.⁷⁰ חוק

66 קובע סעיף 34 לחוק המכר תשכ"ח–1968:

"נמכר נכס גד על ידי מי שעוסק במכירת נכסים מסוגו של הממכר והמכירה היתה במהלך הרגיל של עסקיו, עוברת הבעלות לקונה, נקיה מכל שעבוד, עיקול וזכות אחרת בממכר, אף אם המוכר לא היה בעל הממכר או לא היה זכאי להעבירו כאמור, ובלבד שהקונה קנה וקבל אותו לחזקתו בתום לב."

67 אשר למקרקעין ראה סעיף 10 לחוק המקרקעין, שם.

68 ראה מאמרו של הייגנס, שם.

69 *Henderson v. Williams* [1895] 1 Q.B.D., 521; *Pickard v. Sears*, 112 E.R., 179; *Re Bahia* [1867] Q.B., 584; ראה גם דברי הלורד הרשל בענין *Colonia Bank v. Cady* 15 App. Cas. 267, 285 (1890).

70 ראה גם מאמרו של *Eastern Distributors Ltd. v. Goldring* [1957] 2 Q.B.D., 600. וראה שנתפרסם ב- *20 Mod.L.R.*, 650 בו הוא שולל את הגישה לפיה ניתן לרכוש זכויות

השליחות תשכ"ה—1965⁷¹ משונה בסעיף 3 את דין ההרשאה הנחזית לדין ההרשאה האמיתית. שני סוגי ההרשאה מביאים לאותה תוצאה ממש, היינו ליצירת קשר של שליחות.

בנסיבות מעין אלה, נקרא בית המשפט להכריע מי מבין שני צדדים תמימים — הבעלים המקורי של הנכס או צד שלישי שרכשו בתום לב ובתמורה — ייאלץ לשאת בגוף הכרוך באבדן הנכס. העקרון המנחה בשאלה זו יהיה, בדרך כלל, כי אותו צד אשר נוכח התנהגותו ונתהוותה מציאות זו של התנגשות אינטרסים — ידו תהא על התחתונה. בפסק-הדין *Lickbarrow v. Mason*⁷² נאמר מפי השופט Ashurst:

"We may lay it down as a broad general principle that wherever one of two innocent persons must suffer by the acts of the third, he who has enabled such person to occasion the loss must sustain it."

לפי אותו קו מחשבה נוכל לומר כי א', המעביר נכס מטלטל ל-ב', מכת חוזה בלתי חוקי, בתנאים בהם לא יוכל לתבוע את השבתו אליו יוצר מצג כלפי צדדים שלישיים כי ב' הנו הבעלים של הנכס. מאחר של-ב', למעשה, שליטה אפקטיבית בלעדית בנכס, ג', שאינו יודע את דבר העסקה המוכתמת באי חוקיות בין א' ל-ב', והנותן תמורה מלאה עבור הנכס, מן הדין שירכוש בו קנין מלא⁷³.

תוצאה זו צריכה לחול גם כאשר מדובר בקרקע, מקום שהן רישום הבעלות והעבר על שם ב' במשרד ספרי האחוזה והן החזקה מצויה בידו. ג', המסתמך על מצג זה בדבר בעלותו של ב' ונותן תמורה עבור הקרקע, מן הדין כי יכשיל תביעה אפשרית של א', הבעלים המקורי⁷⁴.

אם נחיל את העקרון כי בין שני צדדים תמימים יפסיד זה שבהתנהגותו נוצרה התנגשות הזכויות, הרי שלא יקשה להחליט כי בעלים של נכס, המעבירו לאחר מכת חוזה בלתי חוקי, בתנאים בהם למחזיק ניתנת שליטה בלעדית בו ומבלי שיוכל הראשון לזכות בהשבתו אליו, יצא מפסיד בהתמודדות עם צד שלישי שהסתמך בתום לב על מצג בעלותו של המחזיק וקנה את הנכס בתמורה.

חיוק להשקפה זו נוכל למצוא בדבריהם של צ'שייר ופיפוט⁷⁵ המאירים בבקורתם, סיטואציה דומה שנוצרה בעקבות חוזה בטל מחמת טעות, והעשויים לשמש אנלוגיה מתאימה לענייננו.

בפרשת *Cundy v. Lindsay*⁷⁶ התקשר אדם בשם בלנקרן עם התובעים וביקש לרכוש מהם סחורות מסוימות. הוא הטעה אותם לחשוב כי הם מתקשרים עם חברה ידועה באותו שם. לאחר שבלנקרן קיבל חוקה בסחורות, הוא מכרן לנתבעים שקנו אותן

קניניות מכת אסטופל, שמעצם טיבו מעניק רק זכות להגנה בפני תביעה. כן ראה הרשימה Godhart, "Nature of Title Passed by Mercantile Agent," 73 (1957) L.Q.R., 455.

71 סד"ח 462, תשכ"ה, עמ' 220.

72 100 E.R., 35.

73 ראה *Webb v. The Commissioners of Herne Bay* (1870) 5 Q.B., 642.

74 ראה לבונטין "המחזיק שלא כדין במשפטנו האזרחי", הפרקליט, כרך ט', עמ' 353 ואילך; סעיף 10 לחוק המקרקעין, שם.

75 שם, עמ' 212–214.

76 ראה ה"ש 10.

בתמורה ובתום לב. התובעים תבעו את החזרת הסחורות מן הגתבעים בטענה שהחזרה עם בלנקרן בטל מחמת טעות ולפיכך לא עבר קנין מכוחו לזה האחרון. מכאן, כי בלנקרן לא יכל היה להקנות לנתבעים יותר זכויות מכפי שהיו לו, אפילו הם קונים בתום לב ובתמורה. התובעים זכו וקבלו את הרכוש בחזרה.

צ'שייר ופייפוט מבקרים מסקנה זו ומציעים פתרון אחר, לפיו יזכו במקרה דומה את צד ג' שקנה בתום לב ובתמורה מכח עקרון estoppel by misrepresentation. פירושו של עקרון זה הוא, כי כיון שהבעלים המקורי העביר לבלנקרן מכח מה שנראה חוזה תקף, את החזקה בסחורות, סביר לחשוב כי צד שלישי יניח כי לבלנקרן זכויות קנין בנכס שבידיו. אמנם הסתמך על כך, ונתן תמורה מלאה, הרי שיש להעדיפו על פני הבעלים המקורי משום שזה האחרון צריך היה לנקוט משנה זהירות ולברר עם מי הוא מתקשר בחוזה. הצד השלישי, לעומת זאת, נהג כשורה לכל אורך הקו.

נראה כי עמדה זו – הנקטת, כאמור, לגבי חוזה בטל מחמת טעות – תקפה גם כאשר מדובר בחוזה בטל מחמת אי חוקיות. ואולי במקרה זה ישנה הצדקה מוסרית חזקה יותר לאבדן זכויות הבעלים המקורי כלפי הקונה בתום לב ובתמורה מן המחזיק. שאלה נפרדת היא מהן הדרישות הנחוצות לקימו של מצג. לאור הפסיקה נראה כי העברת החזקה לכשעצמה איננה מספקת לצורך כך וכדי שהקונה מן המחזיק יוכל להתגבר על הבעלים המקורי של הנכס חייבת להיות הסתמכות על מסמכים, שלכאורה מעידים על מעבר הזכות. למשל, חוזה המכר. כאשר מדובר בחוזה בלתי חוקי יכול שיווצר מצג, מקום שאין אי-החזקת בולטת על פני החוזה. כאשר אי-החזקת גלויה לעין, נראה כי יהיה בכך כדי להכשיל את זכותו של הצד השלישי. ג' יתקשה לבסס את זכותו לקרקע כאשר זו הועברה אליו מ-ב', המחזיק בה בעקבות חוזה אסור עם א', אך בנסיבות בהן לא נרשם ב' כבעלים בטאבו. כאשר היה רישום כזה, נראה כי לא יתקשה ג' לבסס את הסתמכותו על בעלותו הנחזית של ב' בקרקע.

מענין לציין, כי גם בפסיקה ובספרות המשפטית אשר אינן מדדות במפורש, כי הקנין מכח חוזה אסור אינו עובר, ישנם רמזים לכך המשתקפים בהעמדת הדרישה כי כדי לרכוש קנין, חייב הקונה מן המחזיק למלא אחר התנאים של תום לב ותמורה. אומר ויליסטון⁷⁷, בדונו בחוזים בלתי חוקיים מפאת עריכתם ביום א', כי אין לומר שהם בטלים מעיקרא, שהרי, לדבריו –

"If it were true that such a sale was absolutely void, a bona-fide purchaser from one who bought on Sunday, would get no title—a result much to be deprecated."

פסק-הדין האמריקני *Mann v. United Motor Boston Co.*⁷⁸ דן במקרה בו התקשר אדם בשם היקסון עם הנתבע בעסקת חליפין של מכוניות. כיון שהעסקה נעשתה ביום א' היא הוכתמה באי חוקיות. כל אחד מן הצדדים העביר את מכוניתו לרעהו, אולם עוד טרם שולמו כל התשלומים, מכר היקסון את המכונית שקיבל לידו לתובע והעביר לו את החזקה בה. כאן התערב הנתבע, לקח מידי התובע את המכונית וסירב להחזירה.

77 בספרו על דיני חוזים, כרך 6, עמ' 4818.

78 116 N.E. 239.

התובע הגיש תביעה כנגד הנתבע בגין גזילה. נפסק לזכותו. נאמר על ידי בית המשפט, באשר לעקרון האוסר מתן תרופה כאשר מדובר בחוזה אסור: "This well established doctrine, however, is not to be invoked against an innocent purchaser for value, without notice of the illegal transaction" (ההדגשות שלי).

וכאן יש להקשות: אילו באמת רכש המחזיק בנכס קנין, למרות היות החוזה שמכוחו הנכס הועבר אליו, בלתי חוקי, מה הטעם לדרוש כי הקונה ממחזיק כזה ימלא את דרישות תום הלב והתמורה? שהרי בעל קנין מלא בנכס חפשי למכרו או להעבירו לאחר מבלי שתתקיימנה דרישות אלו. האין קיומן מרמז על פגם בזכויות הקנין של המוכר אשר אלה באו לרפאו?

שאלה היא, מה יהא גורלו של צד שלישי שקבל לידיו נכס מאת המחזיק בו מכח חוזה בלתי חוקי, אשר לא מילא אחר תנאי הרכישה בתום לב ובתמורה, או אחד מהם. נראה, כי בגסיבות אלה יוכל הבעלים המקורי לתבוע מהצד השלישי את החזרת הנכס אליו. רמז לכך ניתן למצוא בפסק הדין *Symes v. Hughes*⁷⁹. כאן העביר א' ל-ב' זכות בנכס מסוים במטרה להונות את נושיו ובשל כך נחשבת העסקה לבלתי חוקית. ב' העביר את הזכות ל-ג' אשר לא נתן כל תמורה וכפי הנראה ידע בדבר אי החוקיות שנלוותה לעסקה המקורית. בית המשפט הכיר בתביעתו של א' להחזרת החזקה בנכס, ובהנמקתו משמשים בערבוניה שני גורמים. אומר הלורד Romilly:

"Where the purpose for which the assignment was given is not carried into execution and nothing is done under it, the mere intention to effect an illegal object, when the assignment was executed, does not deprive the assignor of his right to recover the property from the assignee, who has given no consideration for it." (ההדגשה שלי — א.פ.).

הנימוק בדבר העדר התממשותה של כוונת ההונאה וגורם אי מתן התמורה על ידי הנתבע משולבים זה בזה, אולם, מכל מקום, נראה כי יוחסה חשיבות לעובדה כי לא ניתנה תמורה כבסיס לפסיקת ההשבה.

בענין *Taylor v. Bowers*⁸⁰ העביר התובע סחורות לאדם בשם אלקוק מתוך מטרה למנוע מנושיו לתפוס אותן. הנתבע הנו נושה, אשר בא בדברים עם אלקוק כדי שזה האחרון ימכור לו את הסחורות, ביודעו על דבר אי החוקיות שבעסקת התובע ואלקוק. המכר בוצע והתובע תבע את החזרת הסחורות מן הנתבע. הוא זכה בתביעתו מן הטעם כי מעולם לא ויתר על בעלותו ואילו הנתבע בא בנעליו של אלקוק, ביודעו על דבר אי החוקיות שבעסקת ההעברה, ולא יוכל, לפיכך, לרכוש זכות טובה מזו של קודמו⁸¹. אחרת, כנראה, היתה התוצאה אילו רכש הנתבע את הסחורות בתום לב. גם כאן ניתן נימוק נוסף לקבלת התביעה והוא — כי מטרת ההונאה עדיין לא מומשה —

79 9 Eq. 475 (1870).

80 1 Q.B.D. 291 [1876].

81 ראה ביתחוד את דברי השופט Mellish.

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

נימק שזכה לביקורת הספרות המשפטית כבלתי מתיישב עם המציאות העובדתית של אותו מקרה.^{82, 83}

(ב) מעמדו של הבעלים, המעביר נכס מכח חוזה מכר בלתי חוקי.

(1) היכול בעלים שהעביר נכס מכח חוזה אסור לקחת את הדין לידיו

בעלים של נכס שהעבירו לאחר מכח חוזה מכר בלתי חוקי יהיה מנוע מלתבוע את השבתו באמצעות הליכים משפטיים. בהקשר לכך, מתעוררת השאלה, האם יוכל לעקוף את כללי ה-*ex turpi causa* ובהסתמך על בעלותו בנכס, לקחת את הדין לידיו. שאלת זכותו של אדם לעשות דין לעצמו ולתפוס חוקה ברכושו הנמצא בידי אחר שלא כדין הינה בעלת חשיבות כללית בתחום המשפט. ההכרעה בה הינה תולדה של מאבק בין שני שיקולים מרכזיים המתנגשים זה בזה; מחד גיסא, המגמה לאפשר לבעל הזכות לממש, ומאידך גיסא, הסכנה הצפויה לשלום הציבור מן השימוש בכח העלול להתלוות ללקיחתו של אדם את הדין לידיו.⁸⁴

לכתחילה סברו באנגליה כי אם תפס ב' קרקע השייכת ל'א' ו'א' החזירה אליו בכח, כי אז יוכל ב' להחזיר לעצמו את החוקה באמצעות תביעה משפטית למרות שחוקתו לראשונה, היתה ללא זכות. א' יוכל לממש את זכותו לקרקע לאחר שהחזירה ל'ב', בין באמצעות תביעה משפטית ובין באמצעות תפיסתה בדרכי שלום.⁸⁵ השקפה זו נשתנתה וכיום גישת הפסיקה באנגליה היא כי בעלים של נכס, המחזירו לחוקתו, אפילו השתמש בכח, פעולתו, מבחינת הדין האזרחי, תקפה לכל דבר, אם כי הוא עלול להיענש בפלילים בגין המעשה.⁸⁶ דין זה חל הן באשר למקרקעין והן באשר למטלטליק.⁸⁷

82 ראה המאמר (1958) "Turpitude and Title in England and India," Gooderson, *Camb.L.J.*, p. 199. וכן: Goff & Jones, *The Law of Restitution*, p. 298.

83 אין להתעלם מן הגישה האפשרית האחרת לפתרון שאלה זו. אם קיבל אדם לידיו נכס שלא בתום לב או בתמורה מאת מי שהחזיק בו מכח חוזה בלתי חוקי, ניתן לגרוס כי החסינות שניתנה למחזיק בפני תביעת הבעלים להשבה והנזכרת מכללי ה-*ex turpi causa* תעבור גם לחליפיו של מחזיק כזה באופן שגם הם יהיו חסינים בפני תביעה אפשרית של הבעלים להשבה.

כאנלוגיה, ניתן להזכיר את חוק ההתיישנות תשי"ח-1958 הקובע בסעיף 2 כי אין בהתיישנות כדי לבטל את הזכות גופה, ואילו בסעיף 18 נקבע: "לענין חישוב תקופת ההתיישנות, אין נפקא מינה... אם הזכות נתבעת נגד החייב המקורי או נגד חליפו...". (ההדגשה שלי).

משמע כי החסינות הקמה מכח ההתיישנות איננה "אישית" אלא עוברת לחליפיו של "החייב המקורי". גם החסינות שיסודה בכללי ה-*ex turpi causa* אינה מוגבלת בתחולתה לצדדים הישירים לחוזה והראיה כי היא חלה על נאמן בפשיטת רגל של חייב שהיה צד לחוזה בלתי חוקי וכן על יורשים, העומדים בנעליו של אדם כזה.

84 ראה חשין, מטלטלין בדין הנוזקין, ירושלים, תשל"א, עמוד 248.

85 ראה: Pollock, *On Torts*, 15th ed. p. 289; *Edwick v. Hawkes* (1881) 18 Ch.D., 490; *Newton v. Harland* 133 E.R., 199.

86 *Harvey v. Brydges* (1845) 153 E.R. 546; *Hemmings v. Stoke Pages Golf Club* 86 [1920] 1 K.B.D. 720.

87 ראה את דברי השופט Erle בענין *Blades v. Higgs* 142 E.R. 634.

בארצנו נראה, כי באשר למטלטלין חל דין דומה לזה שבאנגליה.⁸⁸ אשר למקרקעין, יש להזכיר את הסעיפים 18 ו-19 לחוק המקרקעין, לפיהם מותר לבעל הזכות בקרקע השמוש בכח סביר כדי להחזיר לעצמו את החזקה שנשללה ממנו שלא כדין, ובלבד שעשה זאת תוך זמן סביר. אם לא מילא אחר תנאים אלה, שומה עליו להחזיר הקרקע למחזיק.

בעוד שבאנגליה, ולגבי מטלטלין גם בארץ, הכריע השיקול בדבר מתן האפשרות לבעלים לממש את זכותו לחזקה ברכושו, בדרך קצרה ומיידית בחיתוך הדין האמור, הרי לגבי מקרקעין הודגש, באמצעות סעיף 19 לחוק המקרקעין, השיקול האחר – השמירה על הסדר הציבורי והחשש בפני שימוש בלתי סביר בכוח. ההתנגשות בין שתי המגמות הללו מקבלת מימדים חריפים יותר כאשר מדובר בסיטואציה בה נעולים שערי בית המשפט בפני הבעלים, ואין ביכולתו לממש את זכויותיו בדרך של תביעה משפטית. כך קורה, למשל, כאשר תביעת הבעלים מתיישנת.

כאן, מצד אחד, מהווה עשיית הדין העצמית הדרך היחידה בה יוכל הבעלים לממש את זכותו לנכס – עובדה התומכת במתן הכרה בדרך זו. מצד שני, הכרה בכך בנסיבות כאלה פירושה להגביר את הסכנה לכלל עקב הזקקותו הכמעט ודאית של הבעלים לכווח בלבד, בהעדר האלטרנטיבה – הקיימת בנסיבות רגילות – לממש את זכותו בדרך של תביעה.⁸⁹

יהיו אשר יהיו הספקות באשר לזכותו של אדם לעשות דין לעצמו לאחר פקיעת זכותו לתבוע מחמת עבור תקופת ההתיישנות, נראה כי כאשר נחסמת יכולת תביעתו מחמת כללי ה-*ex turpi causa*, קשה להניח כי החוק יתיר לו לעשות דין לעצמו. כאן שלא כבענין ההתיישנות קיימת מגמה ברורה וחד-משמעית לשלול מן הבעלים יכולת הפקת הנאה מרכושו שגמסר לאחר בעקבות חוזה אסור. מגמה זו מתבססת על יסוד ההרתעה והמדיניות הכללית להפחית עד למינימום את מספר ההתקשרויות הבלתי חוקיות. אילו התרגו לבעל הנכס לקחת את הדין לידי היינו עושים פלסטר את עצם המטרה שכללי ה-*ex turpi causa* חתרו להגשים, שהרי מה הועיל המחסום בפני ההשבה הישירה, באמצעות בית המשפט, אם ניתן להגשים את אותה תוצאה ממש בדרך עקיפה? לכך מצטרף, כמובן, השיקול הרגיל בדבר הסכנה האורבת לשלום הציבור בעקב התקוות האפשריות לכח לצורך מימוש תפיסת החזקה.⁹⁰

88 ראה חשין, שם.

89 ראה לענין זה המאמר Ames, "The Disseisin of Chattles," (1890) 3 H.L.R., p. 313.

בו הוא מתייחס לחוק ההתיישנות האנגלי הישן, לפיו הופקעה זכות התביעה בלבד להבדיל מן הזכות גופה. לדעתו, המחסום המוקם בעד תביעתו של הבעלים בשל ההתיישנות שולל ממנו את הזכות לקחת את הדין לידי לשם החזרת רכושו אליו.

אולם, ראה את דעתו הנוגדת של פרופ' לבונטין במאמרו "המחזיק שלא כדין במשפטנו האזרחי". הוא סבור כי רשאי בעלים של מטלטל שאחר מחזיקו ללא זכות, להחזיר לעצמו את החזקה בו גם לאחר עבור תקופת ההתיישנות.

90 במאמרו Wade "Legal Status of Property Transferred Under an Illegal Trans-
action," (1946) 41 Ill.L.R., p. 487.

מחזק השקפה זו. וכך הוא אומר בעמ' 495: "There is very little direct discussion of the question whether self help should be permitted in connection with illegal contracts, but such as there is seems to

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

ברוח זו אפשר היה לנמק את התוצאה, אליה הגיע בית המשפט בענין *Singh v. Ali*.⁹¹ כאן ארעו העובדות הבאות: תקנה במאלאיה קבעה, כי אדם לא ימכור או ישתמש במכונת לצורך נשיאת סחורות מבלי שיש בידו רשיון לכך. הנתבע קנה משאית וקיבל רשיון שנרשם על שמו. התובע, מבלי שקיבל כל רשיון ביקש לקנות את המשאית מן הנתבע, ואמנם השניים התקשרו בחוזה למכר הרכב. לאחר ששילם התובע את המחיר, הועברה אליו החזקה במשאית. במשך כל העת, לא הוציא התובע רשיון על שמו. מאוחר יותר, בהיות המשאית ברשותו של התובע, תפס בה הנתבע חזקה ומכאן תביעתו של הראשון להחזרתה אליו. העסקה עמדה בסתירה לתקנה הנ"ל ולפיכך היתה בלתי חוקית מאחר שהנתבע התיימר להעביר לתובע בעלות מבלי שלזה האחרון היה רשיון לכך. הנחת בית המשפט היתה כי שני הצדדים כאחד שותפים לאי חוקיות זו. התובע ביסס את עילתו על *detinue* ולשם כך שומה היה עליו להוכיח כי בידו זכות מיידית לחזקה במשאית, הנובעת מזכות הקנין שרכש לגביה.⁹² החלט כי זכות כזו קיימת בידו נוכח העובדה כי למרות אי החוקיות שנתלוותה לעסקה, היה החוזה אפקטיבי לענין מעבר הקנין. נאמר בפסק-הדין:

"Although the transaction between the respondent and the appellant was illegal, nevertheless it was fully executed and carried out, and on that account it was effective to pass the property in the lorry to the respondent... The reason is because the transferor, having fully achieved his unworthy end, cannot be allowed to turn round and repudiate the means by which he did it—he cannot throw over the transfer, and the transferee, having got the property, can assert his title to it against all the world, not because he has any merit of his own, but because there is no one who can assert a better title to it."

מאוחר שלפי השקפת בית המשפט רכש התובע זכות קנינית במשאית, הרי יוכל לבסס את עילתו על זכות זו מבלי שכללי ה-*ex turpi causa* יפריעו בעדו. על סמך זאת זכה בתביעה.

נראה לנו, כי צדק בית המשפט בתוצאה אליה הגיע, אך ניתן לחלוק על דרך הנמקתו. כפי שניסינו להראות בתחילת הדברים, כל קנין לא יכל היה להירכש על ידי התובע בשל אי החוקיות שנתלוותה לעסקה. יחד עם זאת, אם נקבל את הגישה השוללת מן הנתבע את הזכות לקחת את הדין לידי במקום שבו חסומה תביעתו להחזרת החזקה בשל כללי ה-*ex turpi causa*, הרי שלא היה רשאי לתפוס את המשאית מידי התובע, בין בכח ובין בדרכי שלום. מכאן, כי יוכל זה האחרון לתבע את החזרת החזקה אליו. בנסיבות אלה זוהי תוצאה צודקת, שכן אחרת היה הנתבע מחזיק הן במשאית והן בכסף שקיבל עבורה.⁹³

indicate that a majority of the courts will hold that it is not permitted, even when it is used peaceably". ראה האסמכתאות המצוטטות שם.

[1960] 1 All E.R., 269 91

92 לענין היסודות שיש להוכיח כדי לבסס את עילת ה-*detinue* ראה Bullen & Leake, *Precedents of Pleadings*, 11th ed., p. 425

93 ואכן, מביעים צ'שייר ופייפוס בספרם (עמ' 290 הערת שוליים 5) ספק אם ההכרעה בפינג

בהקשר דברים זה ראוי להתייחס לפסק-הדין *Feret v. Hill*⁹⁴. כאן נערך חוזה שכירות חוקי על פניו, בו התחייב הנתבע להשכיר דירה מסוימת לתובע. לאחר שהשוכר קיבל את החזקה במושכר לידי, עשה שימוש במקום כבית בושת. המשכיר – שהיה כל העת בחזקת תם-לב – דרש מן התובע לפנות את הדירה ברגע שלמד על השימוש הבלתי חוקי שזה עושה במקום. לאחר סירובו לפנות, תפס המשכיר את החזקה במושכר בכח, ואילו השוכר הגיש תביעה לבית המשפט להחזרת החזקה שנשללה ממנו, לטענתו, שלא כדין. הוא זכה. הביסוס שניתן לכך היה כי נערכה שכירות תקפה מכל הבחינות אשר לא הושפעה על ידי התרמית של התובע, שהיתה שולית ובלתי מהותית לעסקה בכללה. מאחר שהולידיות של העסקה לא נפגמה בשל כך, יש לראות את התובע כמי שרכש קנין במושכר למשך תקופת השכירות שנקבעה בחוזה (ראה ביתור את דברי השופט Jervis).

ניתן לטעון כי הקביעה האמורה של בית המשפט בדבר מעבר זכות הקנין לשוכר התבססה על נסיבות מיוחדות במינהן. כאן השקיף בית המשפט על החוזה גופו כחוקי, ולפיכך כמעביר קנין, למרות שנוצל אחר כך על ידי אחד הצדדים למטרה בלתי חוקית⁹⁵. בין אם נסכים להנחה זו אם לאו, הרי לפי קו המחשבה בו נקט בית המשפט, כל עוד לא בוטל החוזה על ידי הצד תם הלב הוקנה, מכוחו, קנין לשוכר. חובתו של המשכיר היתה לשים קץ לעסקה ברגע שלמד על אי החוקיות שבמעשי הצד השני אולם מאחר שבמעשים אלו לא היה, בנסיבות הענין, כדי להפקיע אוטומטית את השכירות, הרי כל עוד לא בוטל החוזה, היתה לשוכר זכות טובה לחזקה. המשכיר היה מנוע מלעשות דין לעצמו, אלא היה עליו לפנות לבית המשפט ולהשיג באמצעותו את ביטולה של השכירות מכאן ולהבא, והחזרת החזקה במושכר אליו⁹⁶.

ג. אלי בדבר מעבר הקנין היתה צריכה לענין. לדעתם, יכול היה התובע לבסס את עילת תביעתו על הסגת גבול גרידא אשר ביסודה מונחת ההגנה על המחזיק – הגם שהוא מחזיק שלא בזכות – בפני כל אדם המתנכל לחזקה זו ואשר אינו הבעלים האמיתי או התובע מכוחו. בנסיבות אלה הגנתו של הנתבע המבוססת על זכות בעלותו במשאית היתה נדחית מן הטעם שהיה נאלץ, באמצעותה, לחשוף את אלמנט אי החוקיות שבמטרה. ראה גם את מאמרו של Goldberg ב-*Melbourne University Law Review* (1959/60), Vol. 2, p. 556. דעתו היא כי החוזה בענין סינג נ. אלי היה בטל מעיקרו בשל אי חוקיותו וככזה לא יכל קנין לעבור באמצעותו. מכאן, כי היה מקום לדחות את עילת ה-*detinue* אך יחד עם זאת, הוא מצדיק הכרעה לטובת התובע בעילת הסגת גבול.

94 139 E.R., 400.

95 ראה *Gordon v. Chief Commissioner of Metropolitan Police*, [1910] 2 K.B.D. 1080.

96 בפסק דינו של השופט Williams מוסבר הרציו של *Feret v. Hill* בכך כי המרמה לא פגמה בתקפות החוזה וכתוצאה מכך, בולידיות של העברת זכות הקנין מכוחו.

97 לסוג מקרים זה משתייך גם *Mason v. Clark* [1955] App. Cas., 778. בעלים החכיר קרקע לאדם בכפוף לזכות אחר לצייד במקום. התובע, אשר קנה את זכות הצייד הזו מסוג *profit à prendre* שילם עבורה תמורה לבעלים וקיבל בעקבות התשלום קבלה שנוסחה באופן שהיה בו כדי לרמות את האוצר. התובע קיבל לידי את הקבלה בתום לב. הנתבע – חוכר. הקרקע הפריע לתובע לממש את זכותו לצוד במקום, ועל כך נתבע לפיצויים ולצו מניעה. טענת הנתבע היתה כי התובע לא רכש כל זכות בשל אי החוקיות הנעוצה באופי הקבלה האמורה. נפסק כי העסקה בין הבעלים לתובע הינה חוקית. אם כי הבעלים מנוע

לשאלת מעבר זכות הקניין מכח חוזה בלתי חוקי

(2) מנבולותיו של בעלים של נכס להעביר את זכויותיו לאחר, בהיות החוקה בנכס בירי הצד השני לחוזה האסור.

אותו נימוק עצמו שיש בו כדי לשלול את זכותו של בעלים, שהעביר לאחר נכס מכח חוזה אסור, לקחת את הדין לידי ולתפוס בו חזקה חל גם במקום שהשאלה היא, האם יוכל הבעלים שנכסו הועבר, כאמור, להעביר את זכות בעלותו לצד שלישי בתמורה. נימוק זה מבוסס על ההתנגדות למתן השבה עקיפה לבעלים שחטא, מקום שלא יוכל לזכות בהשבה ישירה באמצעות תביעה משפטית. קבלת התמורה עבור העברת זכויות הבעלות לצד שלישי תהווה מעין השבה עקיפה של ערך הנכס לבעליו, וכך תעשה פלסתר המטרה לשמה נוצרו כללי ה-*ex turpi causa*. שאלה אחרת היא, האם יוכל הבעלים להעביר לאחר את זכויותיו בנכס שלא בתמורה. לא נראה בסיס לשלול אפשרות זו, אך ייתכן לומר כי הנעבר של זכויות הבעלות יהא כפוף, כחליפו של הבעלים, לכללי ה-*ex turpi causa*, שימנעו בעדו מלממש את זכותו לחזקה בנכס הנמצא בידי המחזיק – הוא הצד השני לחוזה הבלתי חוקי.⁹⁷

(3) מעמדו של יורש הבעלים שהעביר את נכסו לאחר מכח חוזה אסור.

לענין תחולתם של כללי ה-*ex turpi causa*, מעמדו של יורש כמעמדו של מוריש, שהיה

מלתבוע על פי החוזה, הרי הצד התמים יוכל לאכפו, בהיותו כשלעצמו חוקי, ומכאן כי יוכל לרכוש מכוחו זכויות קנין טובות.

ראה גם ע"א 150/63 מזרחי נ. וינשטוק, י"ז פד"י, 1361, בו תבע נער שכר שעות נוספות מידי מעבידו וזה האחרון התגונן בטענה כי לאור האיסור החל בחוק שעות עבודה ומנוחה על העבדת נער שעות נוספות, יש לראות את התביעה כמבוססת על מעשה בלתי חוקי ולכן דינה להידחות. החוזה הוכר כאכיף לעניינו של העובד. כדברי השופט ברנזון בעמ' 1371: "טובת הציבור דורשת כי הסכם על העסקת נער בשעות נוספות שעשייתו היא בגדר עבירה מצד המעביד ועל תשלום שכר כולל בעד כל שעות העבודה, אין המעביד רשאי לתבוע על פיו או לעשותו קרדום לחפור בו את הגנתו בתביעה נגדו לתשלום בעד השעות הנוספות... מאידך... הגער, שאינו שותף לדבר עבירה, רשאי או לתבוע את השכר המוסכם בחוזה וככך לממש את החוזה, או לראות את החוזה כבטל מחמת אי-חוקיות ולתבוע שכר ראוי בעד השעות המותרות והנוספות" (הדגשה שלי – א.פ.). יכולתו של הצד התמים לאכוף את החוזה היא סימן ההיכר לחוקיותו, שהרי אילו היה בלתי חוקי, אפילו היה התובע בחזקת תם-לב, היתה תרופתו מצטמצמת להשבה. דוגמא לכך הינה ענין 2 K.B., 716 [1921] *Re Mahmoud and Ispahani*. כאן התקשר אדם בחוזה למכור סחורות, בתנאים בהם חייב החוק המצאות רשיון מתאים לכך בידי הקונה. זה האחרון אישר בפני המוכר, עובר לעריכת ההסכם, כי רשיון כזה נמצא בידי, למרות, שלמעשה, היה חסר אותו. לאחר מכן, סירב הקונה לקבל לידי את הסחורה ונתבע על ידי המוכר לפיצויים בגין הפרת החוזה. נפסק, כי החוזה לכשעצמו בלתי חוקי, ולפיכך גם הצד תם הלב לא יוכל לזכות בפיצויים עקב הפרתו, שכן בדרך זו מסייע בית המשפט באופן עקיף לביצועו. כל שניתן לתם הלב הוא לזכות בהשבת כספים או רכוש שהעביר מידי בעקבות ההתקשרות האמורה. ראה: G. Williams: "The Legal Effect of Illegal Contracts" 8 *Cam.L.J.*, p. 51 (1942-44).

97 השווה סעיף 18 לחוק ההתיישנות תשי"ח-1958, סו"ח 251, תשי"ח, עמ' 112 המחיל את תוצאות ההתיישנות הן על הצדדים הישירים והן על חליפיהם.

צד לחוזה בלתי חוקי. מכאן, כי אם זה האחרון מנוע מלתבוע השבת גכס שהעביר בתנאים כאלה, יהא גם יורשו מנוע לעשות כן⁹⁸.

(4) מעמדו של נאמן בפשיטת רגל של בעלים שהעביר נכס לאחר מכה חוזה בלתי חוקי.

הנאמן בפשיטת רגל של בעלים שהעביר לאחר גכס מכה חוזה בלתי חוקי עומד בנעליו לענין תחולת כללי ה-*ex turpi causa*^{99, 100}.

V. היקף תחולתם של כללי ה-*ex turpi causa*

עד כה בחנו את השאלות, האם חוזה בלתי חוקי מועיל להעביר קנין ומהן ההשלכות הנובעות מן המסקנה כי אין זכות הקנין עוברת כאשר חלות כללי ה-*ex turpi causa* מונעת מן הבעלים לקבל השבה של נכסו. נדון עתה בהיקף חלותם של כללי ה-*ex turpi causa* כדי לבחון עד איזה גבול הם מונעים מן הבעלים, שמסר גכס בעקבות חוזה אסור, לממש את זכויותיו לגבי. דיוננו זה מצטמצם למקרים בהם אינו חל אחד מהחריגים המוכרים לתחולת כללי ה-*ex turpi causa*.

גם אם היה אדם שותף לעסקה בלתי חוקית, לא ימנעו בעד כללי ה-*ex turpi causa* מלהגיש תביעה הקשורה בעסקה זו ובלבד שאינו חייב להסתמך, במסגרת עילת התביעה, על יסוד אי החוקיות. אם מבקש התובע תרופה לאכיפתו של החוזה האסור או לפיצויים על הפרתו, ברור כי ייאלץ להסתמך על יסוד אי החוקיות ולפיכך יכשל. אולם נשאלת השאלה: אם ענין לנו בחוזה בלתי חוקי המתיימר להעביר בעלות בנכס או זכות קנינית פחותה ממנה מ"א ל"ב, האם יוכל א', בהתעלם מן החוזה הבלתי חוקי, לבסס את עילת תביעתו להשבת הנכס על זכותו הקנינית בו, שלאור הנחתנו, לא אבדה לו? כדי לענות לשאלה זו, שומה עלינו להבהיר, תחילה, את משמעות המושג "עילת-תביעה" בהקשר דברים מיוחדים, שכן כדברי השופט זוסמן בע"א 167/63 ג'ראח נ. ג'ראח¹⁰¹:

"הדיבור 'עילת תביעה'... אינו חד משמעי ומשהוגדר, אין כח ההגדרה יפה אלא לענין פלוני בלבד. מקובלת עלינו ההגדרה כי מסכת העובדות המעמידה את זכות התובע לקבל את הסעד המבוקש היא עילת התביעה; אך אין זו אלא הגדרה לענין התקנה 21א', כשאנו דנים בשאלה אם גילה כתב התביעה עילה או לא..."
לענין תחולתם של כללי ה-*ex turpi causa* איננו נזקקים למונח "הצר" של עילת התביעה, דהיינו: מכלול העובדות המזכות את התובע בסעד, אלא מושג זה פורש באופן הכולל גם את העובדות העולות מתשובתו ההכרחית של התובע לטענות ההגנה של

98 ראה את פסק הדין האמריקני *Southworth v. Huffaker* 246 Pac., 261. דעה שונה מזו הובעה באנגליה בענין *Matthew v. Hanbury* (1690) 23 E.R., 723, אך השקפה זו נדחתה בפס"ה 275 Eq. (1873) *Ayerst v. Jenkins*, בו נקבע כי היורשים עומדים בנעליו המוריש לענין תחולת כללי ה-*ex turpi causa*, ראה מאמרו של Wade שם, עמ' 261.

99 ראה: *In Re Maple*, 16th ed., p. 254; *Williams, Law and Practice in Bankruptcy*, 16th ed., p. 254; *back Ex parte Caldecott*, [1876] 4 Ch.D. 150, 156.

100 ראה ה"ש 1 סיפא.

101 י"ז פד"י, 2617, 5-2624.

הנתבע. והיה אם במסגרת העובדות הללו נאלץ התובע לחשוף את יסוד אי החוקיות – יכשל. בדרך זו, אם א' העביר ל-ב' נכס מכח חוזה אסור ויגיש תביעה להשבתו על יסוד בעלותו, הרי לכאורה אין נחשף כל יסוד של אי חוקיות. אולם, ב' יעורר את ההגנה כי הנכס נמסר לידי בעקבות חוזה מכר עם א'. לכך, תשובתו ההכרחית של א', היא כי יש לראות את החוזה כאילו לא היה, בשל אי חוקיותו. הצורך בהסתמכות על אי החוקיות בדרך זו, יכשיל את תביעתו.¹⁰² בדרך של מתן פירוש רחב לעילת התביעה, בהקשר זה, נפתר הקושי שהיה נוצר בנסיבות בהן נובעת התביעה, באופן ישיר, מן החוזה האסור ובכל זאת ניתן, מבחינה טכנית לנסח את כתב-התביעה כך שיסוד אי החוקיות לא ייחשף. יש להדגיש כי אם אין יסוד אי החוקיות נחשף במסגרת עילת התביעה (כשזו כוללת גם את תשובת התובע), כי אז העובדה בלבד כי אי החוקיות בגלית לעין אגב הדיון המשפטי, אין בה כדי להכשיל את התובע.

כאשר התובע מסתמך בעילתו על החוזה האסור, אולם מצליח לנסחה בצורה שיש בה כדי להעלים את אי החוקיות, האם יוכל הנתבע, למרות היותו צד לאי החוקיות, להכשיל את התביעה בכך שיצביע על אי חוקיות זו, הנלווית ליסוד מיסודות עילת התביעה? בעבר ננקטה לעתים הגישה כי אם הנתבע היה הראשון להעלות טענת אי החוקיות כי אז התובע יוכה בתביעתו, שכן הראשון מנוע מלהסתמך על אי החוקיות, שהוא צד לה, כטענת הגנה.¹⁰³

לפי שיטה זו, הרי שבהתמודדות בין כללי ה-*ex turpi causa* המחייבים דחיית תביעה המתבססת על עסקה בלתי חוקית – בין אם עובדת אי החוקיות נגלתה לראשונה על ידי התובע ובין אם על ידי הנתבע – לבין כלל האסטופל, לפיו מנוע אדם מלהתבסס על הפסול הדבק גם במעשיו כהגנה, גבר הכלל האחרון. בקו זה הלך בית המשפט בענין *Doe v. Roberts*¹⁰⁴. כאן נקשר בין התובע לנתבע חוזה בלתי חוקי בו התחייב הנתבע להעביר לתובע קרקע מסוימת. משלא ביצע את התחייבותו, הגיש התובע תביעה להעברת החזקה בקרקע אליו. הנתבע טען להגנתו כי החוזה, נשוא התביעה, בלתי חוקי. נפסק כי התובע יוכה בתביעתו מאחר שהנתבע מנוע מלעורר את טענת אי חוקיות ההסכם שהוא עצמו היה צד לו.¹⁰⁵ השקפה זו לא נשתרשה. הדעה כיום היא כי כללי ה-*ex turpi causa*, מהם נובע כי רשאי נתבע להתגונן בטענת אי חוקיות שהוא עצמו היה צד לה, עדיפים על כללי האסטופל הרגילים שהיו מונעים זאת. שאחרת, במקרים רבים היה בית המשפט נאלץ להכיר בדרך ישירה או עקיפה בחוזה בלתי חוקי.¹⁰⁶ הענין הציבורי הנלווה לאי הכרה כזאת עדיף על כללי האסטופל המוגבלים

102 ראה ספרם של Salmond & Williams, *On Contracts*, 2nd ed., p. 345-6, וכן ע"א 110/53 ניקובם נ. קרשזי, שם, עמ' 1409-1411.

103 ראה, למשל, *Montefiori v. Montefiori* 96 E.R., 203 בו נאמר על ידי הלורד מנספילד: "No person shall set up his own inequity as a defense, any more than as a cause of action"

104 20 R.R., 477 (1819).

105 ראה ענין *Phillpots v. Phillpots* 138 E.R., 35 ההולך באותו כוון.

106 ראה *Doe v. Ford* (1835) 5 L.J. (K.B.) 25; *Re Mahmoud v. Ispahani* ibid., 729 ע"א 174/65 ברש נ. שרה, כ' פד"י (1), 617.

בהשלכותיהם לצדדים בלבד¹⁰⁷. אם כך, הרי ששוב אין להאחז בהלכת *Doe v. Roberts* ובודאי שאין לראות בה אסמכתא לכך כי קנין יכל לעבור מכח חוזה בלתי חוקי¹⁰⁸. לאור הכללים הללו, נבחן באילו נסיבות יוכל אדם, שהעביר לאחר נכס מכח חוזה אסור, לחזור ולקבל בו חזקה.

(א) נסיבות בהן יוכל בעלים של נכס שהתיימר להעביר בו זכות קנינית פחותה מבעלות, לקבל בחזרה.

כאן ניתן לקבוע את העקרון הבא: אם התובע המבקש את החזרת נכסו, חייב, במסגרת הרפליקציה, להסתמך על אי חוקיות החוזה כדי להצביע על בטלותו, יכשל מפאת דיני ה-*ex turpi causa*. אולם, אם יצליח להתחמק מטענת אי החוקיות לצורך תירוץ בטלותו של החוזה ויכל לתרץ בטלות זו בכל סיבה אחרת שאיננה נעוצה באי החוקיות, כי אז יזכה בתביעתו. נדגים את העקרון באמצעות הפסיקה המנחה בתחום זה:

בענין *Taylor v. Chester*¹⁰⁹ ארעו העובדות הבאות: התובע נתן לנתבעת חצי שטר כבטחון לחוב שחב לה בגין הילולה שערך בבית בושט שזו ניהלה. העסקה היתה בלתי חוקית. החוב לא נפרע על ידי התובע אך הוא הגיש תביעה כנגד הנתבעת להחזרת השטר מכח זכותו הקנינית בו. נפסק, כי דין התביעה להיכשל. כיצד? בכתב תביעתו, הסתמך התובע על זכותו הקנינית בשטר. בתשובתה, טענה הנתבעת כי השטר ניתן לה במשכון. כדי להפריך את טענת הנתבעת ולהוכיח כי דינו של משכון זה כאין וכאפס, היה התובע חייב להצביע על אי החוקיות כעילה יחידה לבטלות המשכון; ממילא, נכשל¹¹⁰. נוסף לנימוק "מניעות" זה, הועלה נימוק מהותי לכשלונה של התביעה והוא, כי הנתבעת רכשה קנין בשטר, שכן, כדברי השופט Mellor:

"... notwithstanding the illegality of the transaction itself, out of which the deposit in this case arose, the lien would exist, because the contract was executed and the special property had passed by the delivery of the half-note."¹¹¹

¹⁰⁷ Taylor, *On Evidence*, (1885) 8th ed., p. 115-116.

¹⁰⁸ ראה מאמרו של Wade ב- *III L.R.* שם, עמ' 487.

¹⁰⁹ 21 L.T.R. 359 (1869).

¹¹⁰ זוהי הנמקתו של השופט Mellor:

"In order to get rid of the defense arising from the plea, which set up an existing pledge of the half note, the plaintiff had recourse to the special replication in which he was obliged to set forth the immoral and illegal character of the contract upon which the half note had been deposited. It was therefore impossible for him to recover except through the medium and by the aid of an illegal transaction, to which he was himself a party."

ראה גם פסק דינו של השופט זילברג בענין ניקובס ג. קרשו, שם.

¹¹¹ נראה, כי נוכח הנימוק הראשון הקשור במניעות התביעה מכח כללי ה-*ex turpi causa* לא היה הנימוק האלטרנטיבי בדבר מעבר הקנין הכרחי לענין. ואמנם בפסק הדין *Bowmakers v. Barnett Instruments Ltd.* [1944] 2 All E.R. 579 מבקר השופט du Parc את הנימוק האמור.

לדברים אלה מעיר המחבר Paton בספרו *On Bailment*:¹¹² "... if the contract was illegal, was the money due? Was not the pledge invalid? The real principle of *Taylor v. Chester* was the doctrine of public policy that the court will not assist a bailor guilty of illegal contract."

אכן, מדברי הבקורת הללו משתמעת האבחנה שניסינו למתוח בין כללי מניעות התביעה החוסמים בעד הבעלים לקבל השבה של נכס, לבין השאלה אם הועברו זכויות מהותיות בנכס למחזיק מכח החוזה האסור. פטון מבקש להסתמך אך ורק על הכללים הראשונים כגורם המכריע שהנחה את בית המשפט לדחות את התביעה במקרה זה.¹¹³ נראה, כי הדרך היחידה בה יכול היה התובע בענין טיילור נ. צ'פטר להימנע מן הצורך להצביע במסגרת תביעתו, כולל הרפליקציה, על אי חוקיותו של החוזה היתה בהסתמכות על בטלותה של העסקה מסיבה כלשהי, שאינה נעוצה באי החוקיות. כך למשל, לו פרע את חובו לנתבעת, כי אז היה מבסס את עילתו על בעלותו בשטר. בהנחה שהנתבעת היתה מעוררת את ההגנה כי השטר מצוי בידה כמשכון, היתה תשובתו: המשכון שוב אינו קיים מאחר שהחוב נפרע. והרי אין חולקין כי זכויותיו של בעל משכון פוקעות עם תשלום החוב.¹¹⁴

בדומה לכך, אם הועברה דירה על ידי בעל בית לנתבע מכח חוזה שכירות בלתי חוקי, יוכל הראשון לתבוע את פיגויו של השני מן המקום אם ארע מאורע כלשהו המאפשר לו להצביע על בטלות החוזה מטעם שאיננו נעוץ באי החוקיות. למשל — עבור התקופה שנקבעה בין הצדדים לשכירות.

בענין *Alexander v. Rayson*¹¹⁵ השכיר אדם דירה באמצעות הסכמי שכירות שעל פניהם נראו חוקיים, אולם למעשה נוסחו כך שהיה בהם כדי להונות את האוצר. השוכר לא ידע על כוונת ההונאה האמורה. הוא סירב לשלם חלק מדמי השכירות והמשכיר תבעו לתשלומם. נפסק כי התביעה נדחת מחמת היותה נגועה באי חוקיות, והחשוב לעניינו — כי הנתבע יוכל להשאר במקום עד תום תקופת השכירות. גם מדבריהם של צ'ייזר ופיפוט בספרם¹¹⁶ עולה כאילו רק לאחר עבור התקופה שנקבעה לשכירות יוכל בעל-הבית לתבוע את החזרת החזקה, ולא קודם לכן, שכן, לדבריהם, כל עוד לא תמה התקופה, יחוייב בעל הבית לסעון את אי החוקיות במסגרת תביעתו להחזרת החזקה כגורם לבטלות החוזה ולכן תביעתו תידחה. נשאלת השאלה, אם נכון לומר כי לאחר תום תקופת השכירות יוכל בעל-הבית לקבל החזרת החזקה מאחר שאז לא יצטרך להסתמך על אלמנט אי החוקיות במסגרת עילת תביעתו, מדוע לא נצדק אם נאמר כי

112 שם, עמ' 35 הערה מס' 44.

113 גם בענין *Scarfe v. Morgan*, 150 E.R. 1430 הועלה הנימוק המהותי בדבר רכישתו של הנתבע זכות קניינית ברכוש התובע שהחזק בידיו, כבטוחה לפרעון חוב שהאחרון חב לו, וזאת מכח עסקה אסורה ששניהם היו שותפים לה. גם במקרה זה אפשר היה לדחות את תביעת התובע להשבת הרכוש על סמך דיני ה-"*ex turpi causa*".

114 ראה ספרו של Paton שם, עמ' 370: *Bank of New South Wales v. O'Conner* (1889) 14 App. Cas 273, 282.

סד"ח 496, תשכ"ז, עמ' 48.

115 1 K.B. 169 [1936].

116 שם, עמ' 313.

גם כל טעם אחר שיש בו כדי לפטור מן הצורך להתבסס על אי חוקיות כזו יאפשר לבעל-הבית לזכות בהחזרת החזקה? למשל: כלל הוא בדיני החזקים כי משהפך צד לחוזה תנאי מהותי בו, הרי אם לא הוסכם אחרת, ניתנת הברירה לצד השני להתעלם מן ההפרה או לבטל את החוזה.¹¹⁷ מכאן, שאילו דברנו בחוזה שכירות חוקי והדייר היה מפר את תנאי תשלום דמי השכירות, הרי בהנחה כי תשלום כזה מחוזה תנאי מהותי, הרי שהפרתו היתה גורמת ביד בעל-הבית את זכות הברירה האמורה – דהיינו, להתעלם ממנה, או לראות בה גורם לביטול חוזה השכירות ולהחזרת החזקה במושכר אליו.¹¹⁸ בהתאם לאותו קו נוכל לומר כי אם בחוזה שכירות בלתי חוקי אנו עוסקים, ותנאי תשלום דמי השכירות – בהנחה שהם מהותיים לחוזה – הופרו, כי אז יוכל בעל הבית לתבוע פינוי על סמך בעלותו במקום. הנתבע עשוי לערר את ההגנה כי הוא מחזיק במקום מכח חוזה שכירות. בתשובתו, יוכל בעל הבית להצביע על כך כי בחר לבטל את החוזה מן הטעם שהופר בו תנאי מהותי, והרי הוא פטור מלחשוף את אי חוקיותו של ההסכם כאינדיקציה לאי תקפותו.

התנגדותה של הפסיקה להכיר בתביעה המבוססת על בטלות החוזה מסיבה שאיננה קשורה במעבר התקופה שנקבעה בהסכם בין הצדדים, מקורה בחשש שמא ייאלץ בית המשפט לסמא את ידיו על ידי דיון, לגופו של ענין, בתנאי החוזה האסור כדי לברר אם הופר תנאי מהותי בו, אם לאו. נראה לי כי חשש זה קיים באותה מידה כאשר עומדת לדיון השאלה אם עבר המועד שנקבע לשכירות שהרי גם הוכחתו של תנאי זה עשויה להיות כרוכה בדיון לגופו של החוזה. יתר על כן, דיני ה-*ex turpi causa* אינם כובלים את ידי בית המשפט מדיון כזה ובלבד שמבחינת כללי הטיעון שהובהרו לעיל, אין אי החוקיות יסוד מיסודות עילת התביעה.

מבחינת התוצאה הרצויה, נדמה כי יש להעדיף את זכותו של בעל הבית להחזיר את החזקה לידי כחשך הנתבע אינו משלם דמי שכירות, שאחרת יהא זה האחרון בבחינת "חוטא נשכר" – את הכספים לא שילם ואילו החזקה נשארת מוגנת בידי, עד תום התקופה המוסכמת.

במספר פסקי דין נקטה הגישה כי כאשר חוזה בלתי חוקי התיימר לתעביר זכות קנין פחותה מבעלות למשך פרק זמן מסוים, הרי משארע מאורע כלשהו שהיה באופן רגיל שם קץ לחוזה, בהנחה שהיה חוקי, יוכל הבעלים לתבוע את החזרה החזקה בנכס עוד בטרם תם המועד שנקבע לכך בהסכם.¹¹⁹

117 ראה צ'שייר ופיפוט, שם, עמ' 505.

118 ראה Megarry & Wade, *The Law of Real Property*, 2nd ed., p. 639–641.

119 ראה, למשל, *Gas Light v. Turner* (1839) 132 E.R., 1257 וכן *Bowmakers v. Barnett* *Instruments Ltd.*, ibid. בפרשה זו העובדות היו כדלקמן: אדם בשם סמית מכר מכשירים מסויימים לתובעים. מכר זה היה בלתי חוקי בסותרו תקנות הגנה שעמדו אז בתקפן. התובעים העבירו מכשירים אלה לנתבעים מכח שלשה חוזי Hire-purchase נפרדים, שכל אחד מהם, כשלעצמו, היה גם הוא בלתי חוקי. בניגוד לתנאי ההסכמים מס' 1 ו-3, מכר הנתבעים את המכשירים נשוא שני ההסכמים הללו לצד שלישי, ואילו באשר למכשירים נשוא ההסכם השני פגרו בתשלומים שהוסכמו על ידי הצדדים. לדרישת התובעים כי הנתבעים יחזירו להם את המכשירים נשוא ההסכם השני, סרבו אלה האחרונים. התובעים הגישו כנגד הנתבעים תביעה לפיצויים בגין גזילת המכשירים נשוא שלושת ההסכמים וזכו. ההנמקה התבססה על

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

פסק דין *Bowmakers* היווה מטרה להתקפה קשה ציטיר ופייפוט בספרם¹²⁰, מקבלים את גישת בית המשפט באשר למכשירים נשוא החוזה 1 ו-3, שכן המכר לצד שלישי, בניגוד לאמור בחוזים שם להם קץ, ויחד עמו אבדה לנתבעים זכותם לחוקה במכשירים. זכות זו הוקנתה מחדש לתובעים, שהיו רשאים לבסס על יסודה תביעה לגזילה. אולם אין הם מקבלים את גישת בית המשפט באשר למכשירים נשוא החוזה מס' 2 שכן כאן, לטענתם, הסתמכו התובעים על החוזה הבלתי חוקי כדי להוכיח את הפרת תנאי התשלום ולפיכך דינה של תביעה זו היה להידחות מפאת תחולת כללי ה-*ex turpi causa*. כדי לנתח את מהות ההחלטה שנתקבלה בענין זה, רצוי לבחון את טיבה של עסקת ה-*hire purchase*. עיקרה הוא בכך כי הבעלים מעביר נכס לאדם אחר בשכירות לתקופה מסוימת תמורת תשלום סכומי כסף מוסכמים, ולכך מתלווה האופציה המוקנית לשוכר לרכוש את הנכס על ידי פרעון סך כל התשלומים¹²¹. חוזה מסוג זה יוצר יחסי *bailment*¹²² בתוספת האופציה של רכישת הנכס, כאמור. זוהי עסקה בה מועברת זכות קנינית הפחותה מבעלות¹²³. בתחום יחסי ה-*bailment* כל דיספוזיציה, או מעשה או מחדל אחרים, שיש בהם כדי לסתור באופן מהותי את תנאי העסקה, גורמים לפגיעתה ומחזירים ל-*bailor* את זכותו לחוקה בנכס. ממילא מוקנית לו הזכות לתבוע את החזרת החוקה אליו או את שווי של הנכס¹²⁴. כאשר מדובר בחוזה *hire purchase* חוקי, הרי ניתן לראות בדרך כלל, במעשה המכירה של הנכס, נשוא החוזה, על ידי ה-*bailee* לצד שלישי, או במעשה הפסקת התשלומים המוסכמים, כמפקעים את העסקה וכמזכים את ה-*bailor* בהחזרת החוקה או ערך הנכס אליו. לאור ניתוח זה, אפשר לעמוד על קו המחשבה שהנחה את בית המשפט בענין "בומקס". מאחר שבתנאים רגילים הן פעולת המכירה של המכשירים נשוא החוזים 1 ו-3 והן הפסקת התשלומים בגין החוזה מס' 2 היו שמים קץ לחוזה ה-*hire purchase*, הרי יכולים היו התובעים להסתמך על העובדות הללו כעל סיבה טובה לבטלות החוזים ובאופן כזה, להתחמק מטענת אי החוקיות. די אם יבססו את עילתם על זכותם להחזיק במכשירים. אם יעלו הנתבעים את הטענה כי החוזים מעניקים להם זכות לחוקה, יכולים התובעים בתשובתם להסתמך על המכירה לצד שלישי כמעשה ששם קץ לחוזה 1 ו-3, ועל הפסקת התשלומים כמעשה ששם קץ

כך כי עילת התביעה היתה בעלותם של התובעים במכשירים. ההנחה היא, קובע השופט *du Parc*, כי אדם זכאי לרכוש, וזכותו לחוקה תיאכף כנגד מי שמחזיק בו שלא בזכות, אפילו יתגלה תוך כדי המשפט כי הנכס בא לידי של המחזיק בעקבות חוזה בלתי חוקי בינו לתובע ובלבד שהתובע אינו חייב להשען על אי החוקיות במסגרת עילת תביעתו (כמובנה הרחב).

120 שם, עמ' 291.

121 ראה פטון, שם, עמ' 308.

122 ראה הגדרת פולוק ורייט לענין מהות ה-*bailment* בספרם *Possession in the Common Law*

עמ' 163.

123 ראה פטון בספרו, שם, עמ' 30-31.

124 כדברי פולוק ורייט בספרם, שם, עמ' 132:

"Any act or disposition which is wholly repugnant to, or as it were, an absolute disclaimer of the holding as bailee, revests the bailor's right to possession and therefore also his immediate right to maintain trover or detinue."

ראה גם דברי פטון בספרו, שם, עמ' 323.

לחווה 2. לא נראית לי האבחנה שמוותחת הביקורת בין החוזים 1 ו-3 לבין החווה מס' 2 לענין התוצאה אליה הגיע בית המשפט. כשם שהיה עליו לבחון את תנאי החווה מס' 2 כדי לברר את טענת התובעים כי הוא מבוטל מחמת אי תשלום הכספים המגיעים מהנתבעים, כך ממש נאלץ לעשות גם לגבי החוזים 1 ו-3, כדי לברר אם לא כלל החווה הוראות ספציפיות כלשהן בקשר למכירה מסוג זה.

יש המבקרים את התוצאה של "בומקרט" לענין החווה מס' 2 בכך שיש בה כדי להמריץ את הנתבע, בעקיפין, לבצע קפדני של הוראות החווה האסור ובכך גם לממש בפועל, ברב המקרים, את המטרה הבלתי חוקית¹²⁵. שהרי אם יפר את הוראות החווה יהא צפוי לתביעת הבעלים להשבת.

לכך אפשר להשיב כי כפי הנראה, אין סכנה זו בבחינת איום של ממש, שהרי גם במקרה שבו צד מושך את ידיו מן העסקה בטרם בוצעה המטרה הבלתי חוקית מניח לו המשפט לקבל השבת רכוש או כספים שמסר. והרי ניתן היה לטעון כי דינו של החרג האמור מעודד, כביכול, את הצד השני לעסקה להשלים את בצועו של החווה עוד בטרם יהיה סיפק בידי הצד הראשון להתחרט ולזכות בהשבת. אולם הסכנה כי קיומה של אפשרות ההשבה תגרור בעקיפין את הגשמת המטרה הבלתי חוקית לא נראתה כה רצינית עד כדי להניא את בית המשפט מלהעניק תרופה זו¹²⁶.

יש לברר על הרחבת תחום אי חלותם של כללי ה-*ex turpi causa* בייחוד כאשר מדובר במצב שבו מחזיק אדם בנכסו של אחר מכח חוזה בלתי חוקי המתימר להעביר לו זכות קניינית פחותה מבעלות, ללא כל מתן פיצוי עבור חזקה זו ובנסיבות שיש בהן כדי להנציח את תוצאות אי החוקיות במקום לבטלן באמצעות פסיקת השבת החזקה לבעלים. לפחות במקרה כגון זה מצדקת הבקורת הקשה שנמתחה על האפליקציה הנוקשה של כללי ה-*ex turpi causa*. ההתפסות לטכניות הכרוכה בכך מסיחה את הדעת מפתרונות רצויים שניתן היה להשיגם לו נשקלו נסיבות כל מקרה ומקרה לגופן¹²⁷.

125 ראה Hamson, "Illegal Contracts and Limited Interest," 10 *Camb.L.J.*, p. 249-259 וכן פטון בספרו, שם, עמ' 33-35.

126 ראה מאמרו של Wade, שם, p. 261, *U.Pa.L.R.*.

127 ראה, למשל, דברי השופט Stratford בפסק הדין הדרום אפריקני *Jajbhay v. Cassim*, A.D. 537 וכן דברי השופט זילברג בעמ' 110/53 ג'יקובס נ. קרשז, שם, עמ' 1417. בענין *Singh v. Kalubya* [1963] 3 W.L.R., התיימר התובע להחזיר קרקע לנתבע באמצעות חוזה בלתי חוקי. הוא זכה בתביעתו להתחזרת החזקה בטרם תם המועד שנקבע לכך בחווה החכירה ומבלי שצויינה העובדה כי תופר תנאי כלשהו מתנאי ההסכם. הנימוק היסודי עליו הושתת פסק הדין היה כי כל זכות קניינית לא הוקנתה לנתבע בעקבות חוזה החכירה האסור (ראה עמ' 518). יש לקבל נימוק מהותי זה, אולם קשה להבין כיצד ראה את עצמו בית המשפט פטור ממגבלות כללי ה-*ex turpi causa*, שהרי אפילו לאור הרחבת תחום אי חלותו, הרי במקרה זה לא יכל היה התובע שלא להסתמך בתשובתו על אי החוקיות שבחוזה, בהעדר כל גורם אחר שהיה בו כדי לחזות נימוק לבטלותו. רק כנימוק אלטרנטיבי מציין בית המשפט את העובדה כי הצדדים לא היו *in pari delicto*. ראה עוד דוגמא להינתקות מכבלי ה-*ex turpi causa* ב-*Glos v. McBride* 191 Pac. 67, בו תוחרה החזקה לבעל בית בנסיבות בהן המחזיק בו מכח חוזה אסור לא הפר כל תנאי וזאת, על יסוד הנימוק כי הראשון משך את ידיו מן העסקה הבלתי חוקית לגבי העתיד.

לשאלת מעבר זכות הקניין מכח חוזה בלתי חוקי

(ב) היכול בעלים של נכס, שהתיימר להעמידו לאחר מכח חוזה מכר בלתי חוקי, לקבלו בחזרה?

אם ניישם את אותם הכללים שהנחנו בבדיקת השאלה באילו גסיבות יוכל בעלים שהתיימר להעביר זכות קנינית פחותה מבעלות, לקבלו בחזרה, למקרה שבו בעלים התיימר להעביר זכות בעלות, גיוסו כי בגסיבות האחרונות לא יוכל, בדרך כלל, לקבל השבה (פרט למקרים בהם חל אחד החריגים המוכרים לתחולת ה-"ex turpi causa", שאיננו מענינו כאן). זאת, מן הטעם הבא: כאשר לא הופר כל תנאי מתנאי החוזה האסור על ידי מי שהתיימר לקנות, והבעלים תובע השבה, הרי אם יסתמך על בעלותו במסגרת התביעה, יתגונן "הקונה" בטענה כי הוא מחזיק מכח חוזה המכר שנקשר בין הצדדים. הבעלים יחוייב במסגרת תשובתו להצביע על אי החוקיות כנימוק לבטלות החוזה, וכאן נכשל.

אם מפר "הקונה" תנאי מוסכם כגון – תשלום המחיר – הרי בהנחה שתנאי זה נחשב למהותי – היכול הבעלים לבסס את עילתו מבלי להיזקק להסתמכות על אי החוקיות? נראה שלא. הסיבה לכך היא כי גם כאשר מדובר בחוזה מכר חוקי לכל דבר, כאשר המוכר העביר לקונה את הנכס והקונה הפר תנאי מהותי בו, הרי אם יבחר המוכר לבטל את החוזה בשל כך, יוכל לעשות זאת רק משה ולהבא, בעוד שלגבי העבר ייחשב החוזה המופר כאופרטיבי (להבדיל, למשל, מביטולו של חוזה מחמת תרמית שתוצאתו – בטלות החוזה מעיקרא משל כאילו לא בא לעולם). לכן, אילו היה החוזה חוקי לא יכל היה המוכר בתנאים אלו לקבל בחזרה כסף¹²⁸ או רכוש שנמסר לצד השני טרם ביטולו של החוזה. מכאן, שאם יתבסס הבעלים על זכות קנינו בתביעת השבה של נכס שהועבר מכח חוזה אסור והקונה יטען להגנתו את קיומו של חוזה המכר, אפילו הפר זה האחרון תנאי מהותי מתנאיו, לא יוכל הבעלים להשיב ולומר כי החוזה בטל בשל כך, שהרי לא היה בכך גם כדי לבטל רטרואקטיבית חוזה חוקי, ולזכותו בכך בהשבה, אלא היה חייב להודק לסענת בטלות מפאת אי חוקיות ופה היה נכשל¹²⁹.

נראה, על כן, כי כאשר אין חל אחד החריגים המוכרים לכללי ה-"ex turpi causa", יעמדו כללים אלה תמיד לרועץ לתובע השבה בגין חוזה מכר אסורים.

(ג) חלוצת כללי ה-"ex turpi causa" ביחסים שבין צד לחוזה הבלתי חוקי לבין צד שלישי

כללי ה-"ex turpi causa" מצומצמים בתחולתם לצדדים הישירים לחוזה הבלתי חוקי ולחליפיהם. אין הם חלים ביחסים שבין צד לחוזה הבלתי חוקי לבין צד שלישי במובן

¹²⁸ ראה דבריהם של Salmond & Williams בספרים על דיני חוזים, בעמ' 566:

"...in rescission for breach, the contract remains operative as to the part, and therefore precludes any such claim for restitution in respect of acts of performance prior to rescission. Money which has been paid or property which has been transferred by either party to the other prior to such rescission must in general stay where it is, and cannot be recovered."

¹²⁹ ראה: Chettiar v. Chettiar, [1962] 1 All.E.R., 494; Roberts v. Roberts 159 E.R., 862; Gascoigne v. Gascoigne [1918] 1 K.B. 223 ע"א 337/62 רוזנפלד נ. יעקובסון.

י"ז פד"י, 1009; ע"א 4/66 פריץ נ. הלמנט, כ' פד"י (4), 337.

זה שלא יוכל זה האחרון להתגונן מפני תביעת השבה וליהנות עקב כך מחזקה בכסף או ברכוש שבאו לידי מן הראשון, בהסתמך על העובדה כי זה קיבל אותם לידו כתוצאה מעסקה בלתי חוקית. בדרך זו, אם א' מוסר ל-ב' כסף כדי שישמרו עבורו, לא יוכל ב' לסרב לתביעתו של א' להחזרת הסכומים הללו בטענה כי הכספים הגיעו לידי א' באמצעות עסקה בלתי חוקית.¹³⁰ העובדה כי א' יזכה בתביעת השבה כזו אין פירושה בהכרח כי יש לו זכות קניינית בנושא התביעה. עילת תביעתו כנגד ב' מתבססת על מערכת יחסים נפרדת ועצמאית, המוליכה זכויות וחובות שאין להם, לרוב, קשר עם העסקה הבלתי חוקית הקודמת ולפיכך דיני ה-*ex turpi causa* אינם עניין לכאן.

מקורו של הכלל האמור נעוץ במגמה להגן על המחזיק — ואפילו יתא זה מחזיק שלא בזכות — בפני צד שלישי המתנכל לחזקה זו, שהרי נוכחנו כי החוק מספק הגנה גם לבעל *legal possession* גרידא, בפני כל אדם שאיננו בעל זכות הבעלות או החזקה בכסף.¹³¹ ברוח זו יש להבין את הלכת *Gordon v. Chief Commissioner of Metropolitan Police*.¹³² כאן נוהל על ידי התובע עסק של הימורים האסור על פי החוק — וחלק מן הכספים שקיבל במסגרת עיסוק זה נתפס על ידי המשטרה והוחזק בידיה תוך כדי מהלכו של משפט פלילי שהתנהל כנגד הראשון בגין עסקי ההימורים הנ"ל. הוא זוכה מן האשמה הפלילית אך המשטרה המשיכה להחזיק ללא זכות בכספים, וסרבה להחזירם. התובע הגיש תביעה כנגד המשטרה ובפסק הדין, שניתן לטובתו, נקבע כי רכש בכספים זכות קניין למרות שנבעו מעסקה בלתי חוקית, וכי כללי ה-*ex turpi causa* אינם עומדים בדרך, שכן ביסס את תביעתו על בעלותו בלבד. כדבריו של השופט *Moulton*:¹³³

"He is therefore, simply in the position of a man suing for money belonging to him, which has been taken and is being retained by a person who has no right to it. There is no *ex turpi causa* in the matter."

נראה לי כי התוצאה אליה הגיע בית המשפט בענין זה לא הצריכה את הקביעה החד-משמעית בענין זכות קנייני של התובע. זאת מן הטעם הבא:

דינו של כסף לענין רכישת זכויות קנייניות בו הוא כמטלטל (בנתון לכללים מיוחדים לפיהם ניתן לאדם להעניק, לגבי כסף, יותר זכויות משיש לו עצמו ובלבד שהמקבל היה תם לב ונתן תמורה).¹³⁴ לאור הדין הכללי המגן על חזקתו של אדם במטלטלין יוגן גם בעל *legal possession* בכסף, בפני כל מי שאיננו בעל זכות מוכרת לכסף אפילו לא היתה לראשון זכות קניינית לגביו. מכאן, שהתובע בפרשת גורדון היה זכאי לתבוע מן המשטרה את החזרת הכספים שהחזקה בהם — לאחר זיכוי מן המשפט הפלילי —

130 ראה את פסק הדין *Tenont v. Elliot* 126 E.R., 744, וכן פולוק, שם, עמ' 349; ע"א 300/67 הווארד נ. מלמד, כ"ב פד"י (1), 100. את פסק הדין בענין המרצה 289/49 (חיפה) אנג'רמן נ. הצרפתי פס"מ ב' 423 אפשר לנמק על יסוד זה למרות שלמעשה לא הושתת על הנימוק האמור.

131 ראה דברי הלורד קמפבל בענין *Jeffries v. Great Western Railway Co.* 119 E.R., 680, וכן — *Holmes, The Common Law*, pp. 241-2.

132 [1910] 2 K.B. 1080.

133 שם, בעמ' 1096.

134 ראה: *Mann, The Legal Aspect of Money*, p. 8.

לשאלת מעבר זכות הקנין מכח חוזה בלתי חוקי

נשללה ממנו מבלי שהמשטרה יכלה להצביע, מצידה, על זכותה לעשות כן. כדברי השופט ווסמן בענין ע"א 373/54 אהרונסון נ. נוימן:

"בית המשפט לא ירשיט לאדם יד עזר לשם גניבת כסף או השגתו במרמה, אך לאחר מעשה משומצא הכסף בידו, אפילו הגיע אליו בדרכים אלה, יגן על חזקתו בפני מי שמסיג את גבולו או משלח בו את ידו". (הדגשות שלי – א. פ.).

הגנה על החזקה – נאמר. הגנה על זכות הקנין – לא נאמר.¹³⁶

אספקט אחר של הכלל כי דיני ה-*ex turpi causa* אינם חלים במקרים שבין צד לחוזה בלתי חוקי לבין צד שלישי קשור במצב הדברים הבא: כאשר בעקבות עסקה בלתי חוקית, מסכימים א' ו-ג' כי ב' יעביר רכוש מ-א' ל-ג', כי אז בתביעתו של ג' כנגד ב' למסירת הרכוש האמור, לא יוכל ב' להתגונן בטענה כי החוזה בין א' ל-ג' נגוע באי חוקיות. אין בעובדת זכייתו של ג' כדי להצביע בהכרח על כך כי רכש זכות קנין בנכסים המוחזקים בידי ב' שכן התביעה מבוססת על החיוב החוזי או המעין-חוזי של ב' כלפי ג', שהוא מנותק מן החוזה בין א' ל-ג', וכך, אלמנט אי-החוקיות ושאלת רכישת הקנין מכח חוזה אסור אינם רלבנטיים לו. ברור כי אם ב' הנו שותף בדרך זו או אחרת לעסקה הבלתי חוקית בין א' ל-ג', כי אז טענת הגנה כזו מפיו תישמע. בענין *Farmier v. Russel*¹³⁶ הסכים התובע עם הנתבעים – מובילים – כי יובילו עבור ג' מטבעות מזויפות, ויקבלו ממנו את תמורתן ויעבירו תמורה זו לתובע. הנתבעים בצעו את עיקרי ההסכם, אלא שסרבו להעביר לתובע חלק מן התמורה שקבלו עבור מ-ג'. טענת ההגנה שהעלו בתשובה לתביעת התובע להעברת התמורה אליו הייתה כי החוזה בינו לבין ג' היה בלתי חוקי ולפיכך מוכתמת תביעתו באי-חוקיות. פסק הדין שניתן לטובת התובע הושתת על הרעיון כי תחום הדין הרלבנטי הנו אך ורק האובליגציה שנוצרה בין התובע לנתבעים בגין הסכם התובלה ובהיותה היא, כשלעצמה, חוקית, אין לה כל גיעה להסכם האסור בין התובע ל-ג'.

בנסיבות אלה בית המשפט מסייע, למעשה, בעקיפת, לאכיפת החוזה האסור ולמימוש כחונות הצדדים לו.¹³⁷ אולם כגראה הועדף השיקול כי אין להתיר לאדם לזכות מן ההפקר ולהיבנות ממצעיהם הבלתי חוקיים של אחרים.¹³⁸ רמז לשיקול זה הובע בדברי הנשיא (אולשן) בענין 373/54 אהרונסון נ. נוימן:

"נתבע אשר לא היה שותף למעשה הבלתי חוקי, אלא שברצונו להיבנות מהעסקה הבלתי חוקית שהיתה בין התובע לבין אדם אחר... הדעת נותנת שנתבע כזה לא יוכל להצליח בתחבולה כזאת..."

בענין זה הגישו מוציאים לפועל של צוואה תביעה כנגד אלמנת המנוח לשלם להם סכומי כסף, שלטענתם, היא קבלה עבור בעלה תמורת חוב שצד שלישי חב לו. הנתבעת התגוננה בטענה כי סכום הכסף שקבלה לידיה נבע מעסקה בלתי חוקית בין המנוח לבין אותו צד שלישי, בהיותה מנוגדת לחוקי המטבע. לדעת השופט

135 ראה גם *In Re Thomas* [1894] 1 Q.B., 747, 126 E.R., 913 136

Matta v. Katsoulas (1927) A.L.R. 291 137

138 ע"א 326/65 גלבר נ. פורכר, י"ס פד"י (4), 171.

זוּסמן, לא הוכתמה העילה באי חוקיות שכן לא נתבססה על העסקה האסורה כי אם על עילה מעין חוזית בגין השבת ממון שנתקבל מצד שלישי עבור המנות. כמו כן פסק כי אי החוקיות שבעסקת המנוח והצד השלישי הושלמה עוד בטרם הוגשה התביעה ומכאן, שבית המשפט לא נותן את ידו למימוש עקיף של הוראות החוזה האסור. בכך חלק עליו הנשיא (אולשן) בסרבו להכיר בתביעה מן הטעם העיקרי שיש בקבלתה משום השלמת העסקה האסורה עבור הצדדים. הניגוד בין שתי השקפות אלה מתמצה, לאמיתו של דבר, בהתנגשות השיקולים שדובר בהם לעיל: מן הצד האחד – לא לאפשר לזר לזכות מן ההפקר ולפיכך להתכחש לטענת "אי החוקיות" הנטענת על ידיו כהגנה, ומן הצד השני – להימנע מלזכות את התובע בנסיבות כאלה, מחשש של מתן סידע עקיף להשלמת העסקה האסורה.¹³⁹

מן הדיון בסוגיה זו עולה, כי גם לכשנעתר בית המשפט להכיר בתביעתו של צד לחוזה אסור כנגד נתבע שהוא זר להסכם, להשבת כספים או רכוש המצויים בידי זה האחרון, אין בכך משום אינדיקציה הכרחית לקיום זכות הקנין בידי התובע, באשר לנשוא התביעה. עובדת הוכייה הזו טמונה בגורמים שהועלו לעיל.

VI. סיכום

ניסינו לבסס את המחשבה, כי גוכח העובדה שהחזרה הבלתי חוקי הינו בטל מעיקרא, אין קנין עובר מכוחו, וכן להצביע על נסיבות חלותם של כללי ה-"ex turpi causa". יש להודות, כי באשר להשלכות המעשיות, אין פער גדול בין מסקנה זו לבין ההשקפה כי קנין מכח חוזה אסור עובר. עם זאת, נראה, כי באשר למציאות המשפטית בהווה יש חשיבות – ולו תיאורטית בלבד – בעצם הנסיון ליישובן של המגמות המתנגשות זו בזו בסוגיה סבוכה זו: מחזר, שלא לסייע בעד התובע החוטא לקבל השבה של רכושו, למנוע התעשרות שלא כדין ורכישת זכויות מכח עסקה בלתי חוקית באשר לנתבע; ומאידך, לשרת בד בבד את המגמה הכללית שלא להקפיא, באשר לרכוש שהועבר מכח עסקה כזו, את אפשרות הטרנזקציה עם צדדים שלישיים. באשר לתמורה המשפטית הרצויה בעתיד בתחום זה, יש לעודד את הרחבת סמכותו של בית המשפט לפסוק לבעלים השבת נכסים וכספים, שהועברו מכח חוזה בלתי חוקי, כאשר הנסיבות לגופן מצדיקות זאת.¹⁴⁰ הגישה, לפיה אין מכירים במעבר זכות הקנין מכח חוזה אסור, יש בה כדי לקדם את מגמת התרחבת האמורה.

¹³⁹ במקרה זה נראה כי היה בזכייתו של התובע בכספים שנבעו ישירות מהחוזה האסור משום מתן ידו של בית המשפט להשלמת העסקה האסורה. ראה לענין זה *Sykes v.*

Beadon (1879) 11 Ch.D., 170, 195.

¹⁴⁰ אכן, מגמה זו באה לידי ביטוי בהצעת החוק.