

אי-חוקיות, מראית-עין, או משכון מוסווה?**(בעקבות ע"א 6634/15 טופ במרחבי השרון ייזום בע"מ נ' קפלן (פורסם בנבו, 24.10.17))**

מאת

ניר בר-און ואיל זמיר*

בעניין **טופ במרחבי השרון נ' קפלן** פסק בית המשפט העליון שחוזים אשר נחזו כמכירה של קרקע היו למעשה חוזים למכירת דירות. לפיכך הם היו חוזים למראית עין ונגועים באי-חוקיות משולשת: יצירת מצג-שווא כלפי רשויות המס; עקיפת הוראותיו של חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות; ויצירת מצג-שווא כלפי הבנק שנתן הלוואה למימון הרכישה. כתוצאה מכך, ההתקשרות הייתה בטלה ועל הצדדים חלה חובת השבה. ברשימה זו מבקשים המחברים להראות כי בפרשה הנדונה לא היה מדובר בחוזה למראית עין, אלא במשכון מוסווה. לפי הניתוח המוצע, הבעייתיות של ההתקשרות בין הצדדים מבחינת דיני המס ודיני הבטחת השקעות של רוכשי דירות לא הפכה את העסקה לבלתי-חוקית – והוא הדין כמדומה גם מבחינת המצג כלפי הבנק. לבסוף, המחברים מצביעים על כך שגם לפי ההנחה שהיה מדובר בחוזה בלתי חוקי, התוצאה האופרטיבית של פסק הדין אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי המדיניות שביסוד דיני החוזה הפסול. אגב כך, מצביעים המחברים על אמות המידה והשיקולים שצריכים להנחות את הטיפול בנקודות המפגש האפשריות בין שלוש הדוקטרינות הנזכרות – חוזה פסול, חוזה למראית עין ומשכון מוסווה.

מבוא. א. העובדות והפסיקה. ב. הגישות השונות בנושא אי-חוקיות וחוזה למראית עין. ג. חוזה למראית עין או משכון מוסווה? ד. האומנם חוזה בלתי חוקי? 1. כללי; 2. הסתרת הנספח מרשויות המס; 3. אי-קיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות; 4. הסתרת הנספח מהבנק; 5. סיכום ביניים. ה. התוצאה האופרטיבית של פסק הדין. ו. סיכום.

מבוא

הסוגיה של חוזים בלתי חוקיים, ובפרט היחס בין דיני החוזה הבלתי חוקי ודיני החוזה למראית עין, מרתקת מבחינה עיונית וחשובה מבחינה מעשית. עשרות פסקי-דין של בית המשפט העליון עסקו בה מאז חקיקתו של חוק החוזים הכללי בשנת 1973, ולא מעט מאמרים ופרקים בספרים ליבנו אותה במהלך השנים. נדמה היה, שכל מה שניתן להיכתב על הנושא כבר נכתב, אך המציאות העשירה ממשיכה לספק הזדמנויות לעיון מחודש בסוגיה. לאחרונה ניתנו בבית המשפט העליון שני פסקי-דין מעוררי מחשבה בנושא זה: **טופ במרחבי השרון ייזום בע"מ נ' קפלן**,¹ ו**עג'אם נ' סיטון**.² שני פסקי הדין דנו בעסקאות מקרקעין, שלפי פסיקת בית המשפט תוכן לא היה כבדן. בעניין **טופ במרחבי השרון**, פסק בית המשפט שחוזים אשר נחזו כמכירה של

* ניר בר-און הוא בוגר התכנית המשותפת במשפטים וחשבונאות של האוניברסיטה העברית ואיל זמיר הוא פרופסור מן המניין המכהן בקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית. המחברים מבקשים להודות למירי גור-אריה, לדוד גליקסברג, לגיא דוידוב, לאורי כץ, לדפנה לוינסון-זמיר, לאסף פוזנר ולאפי צמח על שיחות מועילות ועל הערות מעולות לטיטות קודמות.

¹ ע"א 6634/15 טופ במרחבי השרון ייזום בע"מ נ' קפלן (פורסם בנבו, 24.10.2017).

² ע"א 8243/16 עג'אם נ' סיטון (פורסם בנבו, 19.3.2019).

קרקע היו למעשה חוזים למכירת דירות. לפיכך הם היו חוזים למראית עין ונגועים באי-חוקיות משולשת: יצירת מצג-שווא כלפי רשויות המס; עקיפת הוראותיו של חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות; ויצירת מצג-שווא כלפי הבנק שנתן הלוואה למימון הרכישה. כתוצאה מכך, ההתקשרות הייתה בטלה ועל הצדדים חלה חובת השבה. בעניין **עג'אם** פסק השופט עופר גרוסקופף שעסקה שנחזתה כ"עסקת ברוטו" – כלומר, כעסקה שבה כל צד נושא במסים החלים עליו – הייתה למעשה "עסקת נטו" שבה הקונה נשא גם במסים החלים על המוכר (ולפיכך המחיר האפקטיבי בה והמסים החלים עליה גבוהים יותר). בעוד ששניים מהשופטים נטו לסברה שהחווה הגלוי נעשה למראית עין כדי להקטין את החבות במס, פסק-הדין העיקרי התבסס על הדוקטרינה של טעות סופר, שלפיה נדרש לתקן את החווה כדי לתת תוקף להסכמה האמיתית של הצדדים.

היחוד של שני פסקי הדין נעוץ בכך שלצד ההתלבטות המוכרת בדבר היחס בין דיני החווה הבלתי חוקי לדיני החווה למראית עין, הם מעוררים שאלות לגבי היחס שבין שתי דוקטרינות אלה לבין דוקטרינות משפטיות נוספות. בעניין **עג'אם** זוהי הדוקטרינה של טעות סופר, שבה דן ואותה יישם השופט עופר גרוסקופף. בעניין **טופ במרחבי השרון** אלה הם דיני המשכון המוסווה, שלא נדונו בפסק-הדין, אך יש בסיס לסברה שהיה מקום להחילם על המקרה. ההבדל הבולט בין שני המקרים הוא, שבעניין **עג'אם** – בדומה למגמה הכללית בפסיקה – ניתן להתרשם שבית המשפט השתדל לצמצם את תחולתם של דיני החווה הבלתי חוקי כדי להימנע מהתוצאות הקשות של אי-החוקיות ביחסים שבין הצדדים. לעומת זאת, בעניין **טופ במרחבי השרון** ניכרת מגמה להרחיב מאוד את תחולתם של דיני החווה הבלתי חוקי.

רשימה זו מתמקדת בפסק-דין **טופ במרחבי השרון** ובשאלת היחס בין דיני החווה הפסול, החווה למראית עין והמשכון המוסווה. הרשימה כוללת שלושה טיעונים מרכזיים. ראשית, נטען שבפרשת **טופ במרחבי השרון** לא היה מדובר בחווה למראית עין, אלא במשכון מוסווה. שנית, נבקש לשכנע שהבעייתיות של ההתקשרות בין הצדדים מבחינת דיני המס ודיני הבטחת השקעות של רוכשי דירות לא הפכה את העסקה לבלתי-חוקית – והוא הדין כמדומה גם מבחינת המצג כלפי הבנק. שלישית, נראה שגם אם מקבלים שהיה מדובר בחווה בלתי חוקי, התוצאה האופרטיבית שאליה הגיע בית המשפט העליון אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי המדיניות שביסוד דיני החווה הפסול.

בפתח הדברים, יש להעיר כי רשימה זו אינה מציעה אמות מידה כלליות ואחידות לטיפול בנקודות המפגש האפשריות שבין שלוש הדוקטרינות הנזכרות – חווה פסול, חווה למראית עין ומשכון מוסווה – משום שנקודות מפגש אלה אינן עשויות מעור אחד. דיני החווה הפסול עצמם מקיפים מגוון עצום של מצבים, ישנן כמה וכמה דרכים להסוות משכון, וגם דין החווה למראית עין מקיף מצבים אחדים. ההכרעה איזה מהדינים הללו ראוי לחול בכל מקרה תלויה אפוא בעובדות המיוחדות של המקרה ובמכלול שיקולי המדיניות שביסוד הדוקטרינות הללו. אף על פי כן, הניתוח המוצע של הדינים ושל שיקולי המדיניות שביסודם רלוונטי למצבים רבים נוספים שבהם נדרש להכריע בין התחולה של הדינים השונים, או להחילם במשולב, וגם בכך תרומתה של רשימתנו.

נפתח בתיאור העובדות והפסיקה של שתי הערכאות (חלק א), ואז נסקור בקצרה את העמדות השונות שהובעו בפסיקה ובספרות לגבי תוקפם של חוזים שהחזות החיצונית שלהם אינה תואמת את הכוונה האמיתית של שני הצדדים (חלק ב). לאחר מכן נעסוק בשאלת הסיווג של העסקה כחווה למראית עין או כמשכון מוסווה (חלק ג), ונלבן את הסוגיה של אי-חוקיות (חלק ד). לבסוף, נסביר מדוע, גם לפי השיטה שהיה מדובר בחווה בלתי חוקי, התוצאה האופרטיבית של פסק הדין אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי המדיניות הרלוונטיים (חלק ה).

א. העובדות והפסיקה

טופ במרחבי השרון, חברת נדל"ן, ערכה בשנת 2008 חוזה לרכישת זכויות במגרשים אחדים בנתניה. על חלק מן המגרשים חלה תכנית מתאר שאפשרה בנייה רוויה, ועל חלקם האחר – אלה שעליהם נסב פסק-הדין – חלה תכנית מתאר שאפשרה בנייה נמוכה בלבד. החברה התכוונה לפעול לשינוי תכנית המתאר במגרשים האחרונים, כך שבמקום הבנייה הנמוכה תתאפשר גם בהם בנייה של מגדל מגורים. לחברה היה חסר מימון להשלמת הרכישה של המקרקעין. מנהל החברה פנה אפוא בשם החברה למכרים שלו והציע להם לרכוש דירות במגדל המגורים במחיר מוזל, בתמורה לכספים שאת רובם הם ישיגו בהלוואה שייקחו מבנק. בשנת 2009 חתמו החברה והקונים על חוזה מכר שלפיהם רכשו הקונים את המגרש מהחברה תמורת 950,000 ש"ח, ששולמו בידי כל אחד מהם ישירות לחברה שממנה רכשה טופ במרחבי השרון את הקרקע. עוד נקבע בהסכמי המכר כי טופ במרחבי השרון תחתום על ייפוי כוח בלתי חוזר להעברת הזכויות על שם הקונים. במעמד החתימה על הסכמי המכר הללו נערכו בין הצדדים הסכמים נוספים. האחד היה הסכם שיתוף במקרקעין בין הקונים לבניית בית דו-משפחתי על המגרש, תוך הסדרת הבנייה, ההחזקה והשימוש ביניהם. השני, שכונה "נספח להסכם רכישת מגרש מזרח נתניה", קבע כי: "על אף האמור בהסכם רכישת הקרקע מסכים הרוכש כי תמורת המגרש האמור בחוזה יקבל הרוכש דירת 5 חדרים + מחסן + שתי חניות (עפ"י תכנית חדשה לבניין C)... מחיר הדירה יהיה זהה למחיר המגרש ששולם בחתימת החוזה." בפסק הדין לא מוסבר מדוע נהגה החברה בדרך זו, ולא לוותה את הכספים בעצמה, אך ניתן לשער שהבנק לא היה נכון להעמיד לרשותה אשראי בהיעדר הון עצמי מספיק.

על בסיס הסכמי המכר נרשמו לטובת הקונים הערות אזהרה על המגרש, וכנגד הלוואות על סך 665,000 ש"ח שנטל כל אחד מהם, חתמה החברה על התחייבות לרישום משכנתה לטובת בנק מזרחי טפחות, ונרשמו הערות אזהרה לטובת הבנק המלווה. כלומר, הקונים מימנו בעצמם 30% מהרכישה ו-70% נוספים באמצעות ההלוואה. בהמשך דיווחו הצדדים על הסכמי המכר והסכם השיתוף למנהל מיסוי מקרקעין והקונים שילמו בגינם מס רכישה. הנספחים אשר העידו על כוונת הצדדים להמיר את המגרש בדירות שתיבנינה במגדל המגורים לא הוצגו לבנק או לרשות המיסים.³

כחלוף כשלוש שנים מיום החתימה, משטרם הושג השינוי המיוחל לתכנית המתאר, וממילא טרם החלה הבנייה של מגדל המגורים, פנו הקונים למנהל החברה בדרישה לקבלת הדירות. משלא נענתה דרישתם, הם דרשו שהחברה תמיר את התחייבויותיה בהסכמי המכר ובנספחים בתשלום שוויין של דירות המגורים. המשא ומתן בין הצדדים כשל עקב מחלוקות על ההסדר הכספי. בשנת 2014 פנו הקונים לבית המשפט המחוזי בתביעה לאכיפת ההסכמים למכירת המגרש ולהצהרה על בטלות הנספחים בשל אי-החוקיות שבה נגועה ההתקשרות החוזית בין הצדדים. זאת, לשיטתם, עקב אי-הדיווח על הנספחים לרשות המיסים ואי-קיום הוראות חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974. לחלופין, ביקשו הקונים להצהיר על ביטול הנספחים בשל הפרת ההסכם בידי החברה.

על יסוד עדויותיהם של שני הצדדים, פסק בית המשפט המחוזי שבין הצדדים נערכו חוזים למכירת הדירות, כאשר המגרשים שמשו כבטוחה להבטחת הסכומים ששולמו על חשבון הדירות.⁴ עוד פסק בית המשפט, כי מאחר שחוזי המכר לא נקבו במועדים מוגדרים לשינוי תכנית המתאר ולמסירת הדירות, היה

³ פסק-דין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פסי' 10, 12, 13 ו-20 לפסק הדין. לפי המצוטט בפסי' 1 לפסק הדין, החברה התחייבה כלפי הבנק המלווה להעביר "את הבעלות בדירה (או [לגרום] לכך שתירשם כחירה לדורות בה) על שם הלווים" – משמע, לכאורה, שהבנק ידע שמדובר בחוזה לרכישת דירה. אולם לפי המוסבר בפסק-הדין של בית המשפט המחוזי, מדובר במסמך סטנדרטי של הבנק, שבו משתמשים גם במקרים של הלוואות למימון רכישה של מגרשים. ראו ה"פ (מרכז) 34634-06-14 קפלן נ' טופ במרחבי השרון ייזום בע"מ, פסי' 37 לפסק הדין (פורסם בנבו, 6.7.2015).

⁴ פסק-דין קפלן, שם, פסי' 38 לפסק-הדין.

על החברה לקיים את חיוביה תוך זמן סביר. הוא קבע שהחברה התנהלה בעצלתיים וכי פרק זמן של כשלוש שנים אשר חלף מבלי שהופקדה תכנית מתאר חדשה, איננו זמן סביר. לפיכך, החברה הפרה את התחייבותה לספק את הדירות בהתאם לנספחים, והקונים ביטלו כדין את החוזים שנכללו בנספחים.⁵ בית המשפט המחוזי נעתר לתביעת הקונים להורות על רישומם כבעלי המגרש מבלי להקדיש תשומת לב רבה לטענת אי-החוקיות ומבלי לדון כלל באפשרות שמדובר בחוזים למראית עין.

שני הצדדים ערערו על פסק-הדין. הקונים ביקשו להצהיר שהחברה הפרה את הסכמי המכר בכך שלא השלימה את העסקה ברישום ולכן הם זכאים גם לפיצוי המוסכם בסך 100,000 ש"ח. החברה טענה כי אם אכן מדובר בחוזים למכירת דירות, כפי שפסק בית המשפט המחוזי, לא היה מקום להקנות להם בעלות במגרש. רישום המגרש על שם הקונים יעניק להם נכס בשווי הגבוה משמעותית מן הכספים ששילמו; ואף אם רואים במגרש בטוחה, הקניית זכות הבעלות בו לרוכשים מנוגדת לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, שלפיו שעבוד נכס כערובה לחיוב נועד להבטיח לכל היותר את פירעון מלוא החוב.⁶ על כן, לטענת החברה, משביטלו הקונים את החוזים, הם זכאים להשבת כספם ותו לאו.

בית המשפט העליון, מפי השופטת אסתר חיות ובהסכמת השופטים מנחם מזוז וענת ברון, פסק שאכן היה מדובר בחוזים למכירת דירות. אולם מערך ההסכמים בין הצדדים היה "נגוע באי-חוקיות ובמראית-עין."⁷ זאת, משום שהוא נועד לאפשר קבלה של הלוואה מהבנק "תוך הצגת מצג שאינו אמת כאילו רכשו [הקונים] מן החברה מגרש והסתרת העסקה האמיתית שנקשרה בין הצדדים והיא – הסכם לרכישת דירות." באורח דומה, הועלמה העסקה האמתית לרכישת הדירות מעיני רשויות המס, שגם כלפיהן נערך מצג כאלו מדובר בהסכם לרכישת קרקע.⁸

השופטת חיות הדגישה כי על בית המשפט להעלות טענת אי-חוקיות מיוזמתו, גם אם הצדדים אינם מעלים אותה. היא הוסיפה וקבעה שבמקרה הנדון אין מקום להפריד בין חלקיו השונים של מערך ההסכמים, ולפיכך יש להורות על ביטול המערך כולו. היא השוותה את המקרה הנדון לפרשת **אלחנני נ' רפאל**,⁹ שבה פיצלו הצדדים חוזה למכירת דירה לשניים, כדי שהקונים יוכלו לעמוד בקריטריונים של הסוכנות היהודית לקבלת הלוואה בתנאים מועדפים כעולים חדשים. היא פסקה שהמקרה הנוכחי חמור יותר, משום שההסכמים שעליהם דווחו הצדדים היו ההסכמים למכר הקרקע והסכם השיתוף, שבהם לא היה זכר למכירת הדירות. נוסף על מצג השווא שנעשה כלפי הבנק וכלפי רשויות המס, עמד בית המשפט על כך שהסתרת הנספחים אפשרה לחברה לעקוף את ההוראות הקוגנטיות של חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות.¹⁰

בהמשך, תיארה השופטת חיות את הגישות השונות בפסיקה ובספרות באשר לדין החל על חוזים הניתנים ל"סיווג כפול" כחוזים בלתי חוקיים וכחוזים למראית עין המסוויים חוזים אמיתיים, בפרט לפי פסק-דין **אילן נ' לוי**.¹¹ אולם היא סברה שגם במקרה הנוכחי אין צורך להבחין בין הגישות הללו, משום ש"המאפיינים המובהקים והדומיננטיים של אי החוקיות שבהם לוקה המערך החוזי בענייננו" מובילים לפי כל הגישות לתחולה של דיני החוזה הבלתי חוקי.¹² מאחר שחוזה בלתי חוקי הוא בטל, היא הורתה לחברה להשיב לכל אחד מן הקונים את הסכומים שהחברה קיבלה מידיהם. לעניין השערוך של הכספים, היא פסקה שיש להביא

⁵ שם, פסי' 57, 63 לפסק הדין.
⁶ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פסי' 5 לפסק הדין. החברה טענה גם כי לפי סעיף 13(א) לחוק המשכון, היא זכאית לפדות את המגרש על-ידי קיום החיוב.

⁷ שם, פסי' 10 לפסק הדין.

⁸ שם.

⁹ ע"א 359/79 **אלחנני נ' רפאל**, פ"ד לה (1) 701 (1980).

¹⁰ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פסי' 16 לפסק הדין.

¹¹ ע"א 4305/10 **אילן נ' לוי** (פורסם בנבו, 9.5.2012).

¹² פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פסי' 16 לפסק הדין.

בחשבון את העובדה שהחברה הפיקה מן העסקה את שביקשה – הסיוע במימון לרכישת המגרש; ואילו הקונים נותרו ללא הכסף, ללא הדירות, ועם הלוואות שעליהם לפרוע. לפיכך, למרות שהקונים היו שותפים לתכנית הבלתי חוקית ואף עמדו להרוויח ממנה משום שרכשו את הדירות בהנחה משמעותית, "יחסי הכוחות בין הצדדים ומאזן 'הרווח וההפסד' שבו הסתיימה הפרשה לבסוף" מובילים למגנון שיערוך "אשר יהיה בו כדי לקרב את [הקונים] ככל הניתן אל השווי של הדירות במועד מתן פסק-הדין וזאת משיקולי צדק."¹³ בית המשפט הורה אפוא להשיב לקונים את כספם כשהוא צמוד למדד מחירי הדירות. בית המשפט הוסיף ופסק, שכדי להבטיח את פירעון הלוואות, הערות האזהרה לטובת הקונים ולטובת הבנק תעמודנה בעינן עד לפירעון הלוואות.

כרקע לניתוח ההנמקה של בית המשפט, שהסתמכה על הדוקטרינות של חוזה בלתי חוקי וחוזה למראית עין, נפתח בתיאור תמציתי של הגישות השונות שהוצגו בספרות המשפטית ובפסיקה לגבי היחס בין שתי דוקטרינות אלה. התיאור יתמקד במצבים שבהם צדדים לחוזה עורכים חוזה למראית עין, המסתיר את הסכמתם האמתית, על מנת להשיג מטרות בלתי חוקיות.

ב. הגישות השונות בנושא אי-חוקיות וחוזה למראית עין

סעיף 13 לחוק החוזים הכללי קובע שחוזה למראית עין הוא "בטל", אך לאמתו של דבר מדובר בהיעדר חוזה ולא בחוזה בטל. מלכתחילה, איש מהצדדים אינו גומר בדעתו להתקשר בחוזה מחייב, וכל אחד מהם יודע שזה המצב גם מבחינת רעהו.¹⁴ חוזה למראית עין נועד לגרום לאנשים שלישיים לחשוב בטעות שבין הצדדים נערך חוזה. חוזה למראית עין אינו בלתי חוקי כשהוא לעצמו, ולעתים המניע שביסודו לגיטימי. כך, למשל, אם הנותנת מתנה לבתה עשויה לערוך עם הבת חוזה מכר למראית עין, כדי ששאר האחים במשפחה לא יקנאו באחותם.¹⁵ אולם, במקרים רבים המניע לעשיית חוזה למראית עין הוא בלתי חוקי. כך הדבר, למשל, בחוזה שכירות פיקטיבי של דירה בפריפריה, שנועד לזכות את השוכר במענק עידוד תעסוקה, ובחוזה למכר מקרקעין שצוין בו סכום כוזב כדי להפחית את תשלומי המס החלים על העסקה.¹⁶ שתי הדוגמאות האחרונות נבדלות זו מזו בכך שבמקרה הראשון סביר להניח שבין הצדדים אין שום התקשרות חוזית (זוהי, בלשון הפסיקה והספרות, "סימולציה מוחלטת") ואילו במקרה השני סביר להניח שמאחורי החוזה למראית עין מסתתר חוזה אמיתי, חוזה למכירת המקרקעין במחיר גבוה מזה שצוין במסמך החוזה ("סימולציה יחסית"). במקרה האחרון גמרו בדעתם הצדדים לעשות חוזה, אלא שהחוזה שעליו הסכימו שונה מזה שנערך למראית עין.

להלן נתמקד במקרים של סימולציה יחסית שמטרתה בלתי חוקית. בהקשר זה, יש להבחין בין שני מצבים. במצב האחד, החוזה האמיתי, המוסווה באמצעות החוזה למראית עין, הוא בלתי חוקי כשהוא לעצמו. זה המצב, למשל, כאשר חוזה למכירת "קמח" מסתיר חוזה למכירת סמים אסורים. החוזה למכירת קמח (החוזה המוסווה) הוא למראית עין בלבד, ולכן אינו מקים לצדדים זכויות או חובות (אם כי, בהתאם לסעיף 13, סיפא, לחוק החוזים הכללי, אין בכך כדי לפגוע בזכויות שרכש בתום לב אדם שלישי שהסתמך על החוזה). בד בבד, הן החוזה למכירת הסמים (החוזה המוסווה), הן ההסכמה להסוותו כחוזה למכירת קמח הם בלתי חוקיים, ואין חולק שיחולו דיני החוזה הבלתי חוקי הקבועים בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים הכללי. במצב האחר, השכיח יותר, החוזה המוסווה אינו פסול כשהוא לעצמו – זהו, למשל, חוזה למכירת

¹³ שם, פס' 18 לפסק הדין.

¹⁴ גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** 301–302 (מהדורה רביעית, 2019); דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך א 166–167 (מהדורה שנייה, 2018); איל זמיר ומיכאל כהן "חוזה פסול, חוזה למראית עין או חוזה פסול למראית עין?" **משפטים** מה 251, 253 (2015).

¹⁵ שלו וצמח, לעיל ה"ש 14; זמיר וכהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 254.

¹⁶ שלו וצמח, לעיל ה"ש 14.

מקרקעין או דירה, ולא למכירת סמים – אך המטרה של הסוואתו בחוזה למראית עין היא בלתי חוקית, כגון התחמקות מתשלום מלוא המסים החלים על העסקה. עיקר ההתלבטויות בפסיקה ובספרות, לרבות בפסק-הדין הנוכחי ובעקבותיו ברשימה זו, אינן מתייחסות למקרה של סימולציה מוחלטת, ואף לא למקרה של סימולציה יחסית שבה החוזה הנסתר פסול כשהוא לעצמו. ההתלבטות מתייחסת למקרים של סימולציה יחסית, שבה החוזה הנסתר אינו פסול כשהוא לעצמו, אך הסותרו באמצעות החוזה למראית עין נועדה להשיג מטרה בלתי חוקית.

בספרות ובפסיקה הובעו דעות שונות לגבי הסיווג הראוי של מקרים אלה. לפי גישה אחת, שבה תמך, למשל, דניאל פרידמן, מדובר בחוזה יחיד, בלתי חוקי, שעליו חלים סעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים הכללי.¹⁷ לפי סעיף 30, החוזה בטל. לפי סעיף 31, על הצדדים חלה חובת השבה הדדית, אולם לבית המשפט מסור שיקול דעת, "אם ראה שמן הצדק לעשות זאת ובתנאים שימצא לנכון," לפטור מהשבה, ואם אחד הצדדים כבר ביצע את חיובו – לחייב את רעהו לקיים את החיוב שכנגד, כולו או מקצתו.¹⁸ לפי גישה אחרת, שאותה הציע, למשל, גד טדסקי, במקרים של סימולציה יחסית לשם הונאת הרשויות ניתן להבחין בשניים, או אף בשלושה, חוזים נפרדים: החוזה המסווה, החוזה המוסווה וההסכמה להסוות את האחרון באמצעות הראשון. כך, למשל, כאשר חוזה מכר מציין סכום כוזב לשם הונאה של רשויות המס, החוזה המסווה הוא החוזה הגלוי הכולל את המחיר הכוזב. החוזה המוסווה הוא החוזה למכירת הנכס במחיר האמתי. החוזה השלישי (אם חוזה הוא) כולל את ההסכמה להסתיר את הכוונה האמתית באמצעות סכום כוזב ובכך להתחמק מתשלום מלוא המס החל על העסקה. לפי ניתוח זה, החוזה הגלוי חסר תוקף בהיותו למראית עין גרידא, החוזה להסוות את החוזה הנסתר באמצעות החוזה הגלוי בטל מחמת אי-חוקיות, והחוזה הנסתר, אשר משקף את הסכמתם האמתית של הצדדים, תקף לכל דבר ועניין.¹⁹ בפסק-הדין בעניין **ביטון נ' מזרחי** אימץ השופט אהרן ברק דרך ניתוח זו,²⁰ והיא אף אומצה בבית הדין הארצי לעבודה.²¹ אולם שאר השופטים בעניין **ביטון** ובסדרה של פסקי-דין מאוחרים יותר הותירו אפשרות זו בצריך עיון, ולמעשה המשיכו לנתח את המצב הנדון באספקלריה של דיני החוזה הפסול בלבד.²²

פסק-דין יוצא דופן, שבו ביקש בית המשפט לאחוז את השור בקרניו ולהכריע במחלוקת – או לפתור אותה באמצעות קונסטרוקציה שלישית – הוא **אילן נ' לוי**.²³ בפסק-דין זה הציע השופט עוזי פוגלמן לפתור את המחלוקת באמצעות מבחן "ההיבט הדומיננטי": יש לסווג את החוזה כחוזה בלתי חוקי או כחוזה למראית עין לפי השאלה איזה מהשניים הוא ההיבט הדומיננטי יותר, ובאותו מקרה הוא קבע כי היה זה היבט אי-החוקיות. השופט ניל הנדל הציע את שיטת "הפגם הכפול": יש לסווג את החוזה הן כחוזה בלתי

¹⁷ דניאל פרידמן "אי חוקיות וחווה למראית עין" **הפרקליט** לג 152 (1980).

¹⁸ ראו גם דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)" **עיוני משפט** ה 618 (1976); ו 172 (1977) (שני חלקים).

¹⁹ גד טדסקי "חווה למראית עין ודבר פסלותו" **משפטים** ח 507, 511-512 (1978).

²⁰ ע"א 630/78 **ביטון נ' מזרחי**, פ"ד לג(2) 576, 580-584 (1979). השופט ברק הסתמך אף על ספרו של זאב צלטנר **דיני חוזים של מדינת ישראל** כרך א 181-182 (1974) (ראו פסק-דין **ביטון**, שם, בעמ' 582).

²¹ דב"ע (ארצי) מז/146-3 **חוג'ירית - גל**, פד"ע כ 19, 22-25 (1988); דב"ע (ארצי) נב/254-3 **חיים - מפעל הפיס**, פד"ע כו 372, 386 (1993); ע"ע (ארצי) 450/07 **גלובוס גרופ בע"מ - מלכא**, פסי 4-7 לפסק דינו של השופט רבינוביץ' (פורסם בנבו, 7.3.2010). עמדה דומה הביעה השופטת דורנר בבג"ץ 6080/94 **גפני נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד נא(4) 308, 315-317 (1997). דרך ניתוח זו אומצה בהקשר של משפט העבודה, שכן בהקשר זה כריתת חוזים בלתי חוקיים משמשת בדרך כלל לגריעה מן הזכויות הקוגנטיות אשר מוקנות לעובדים מכוח חקיקת המגן. מתן תוקף לחוזה העבודה, שהוסווה כחוזה קבלנות, מונע את קיפוחם של העובדים ושומר על זכויותיהם החקוקות.

²² ראו, למשל, ע"א 311/78 **הוארד נ' מיארה**, פ"ד לה(2) 505, 513-514, 516 (1980); פסק-דין **אלחנני**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 712; ע"א 141/80 **גפני נ' מאירוב**, פ"ד לה(3) 813, 821 (1981) (השופט שמגר); ע"א 759/81 **ברש נ' ירדני**, פ"ד מא(2) 253, 272 (1986); ע"א 10137/05 **ליברמן נ' תדביק בע"מ**, פסי 16 לפסק דינה של השופטת חיות (פורסם בנבו, 14.8.2008); ע"א 6667/10 **טנדלר נ' קוזניצקי**, פסי 30 לפסק דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 12.9.2012). בין פסקי-הדין המרכזיים בסוגיית החוזה הבלתי חוקי שבהם התעלם בית המשפט לחלוטין מדין החוזה למראית עין, ניתן להזכיר את ע"א 533/80 **אדרעי נ' גדליהו**, פ"ד לו(4) 281 (1982). לאחרונה הביעו גבריאלה שלו ואפי צמח תמיכה בעמדה של טדסקי. ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 308-316, 634-635.

²³ פסק-דין **אילן**, לעיל ה"ש 11.

חוקי הן כחווה למראית עין, ולהתחשב במראית העין כאשר קובעים את תוצאותיה של אי-החוקיות. דא עקא, כפי שהראו איל זמיר ומיכאל כהן ברשימה שכתבו על פסק-הדין, אף אחת משתי ההצעות אינה מבהירה את המצב המשפטי ושתיהן מעוררות קשיים ניכרים.²⁴ בפועל, כמו בפסקי-דין קודמים ובפסקי-דין מאוחרים יותר, בית המשפט ניתח את המקרה שלפניו לפי דיני החווה הפסול.

חשוב לציין כי, בניגוד למה שכתב השופט הנדל בעניין **אילן** (ולמה שכתבה, למשל, השופטת שושנה נתניהו בעניין **ברש נ' ירדני**),²⁵ הבחירה בין גישת פרידמן לגישת טדסקי איננה בחירה בין שתי דרכים המובילות למסקנה שהחווה בטל (גם אם לגוונים שונים של בטלות). גישת טדסקי מובילה לתוצאה הפוכה מזו של גישת פרידמן, משום שלשיטתו של טדסקי, החווה הנסתר תקף לכל דבר ועניין!²⁶ אולם בעוד שהרטוריקה השיפוטית מכריזה על החוזים הללו כבטלים, בפועל משתמשים בתי המשפט במגוון של דרכים ישירות, עקיפות, ולעתים יצירתיות למדי, כדי לאכוף את החווה הנסתר, במלואו או בחלקו, בהתאמה לגישה של טדסקי.²⁷ כך, למשל, בעניין **ברש**, קבע בית המשפט את בטלותו של החווה, הורה על השבה הדדית, אך המיר את ההשבה בעין בהשבת שווי וקבע שהמחיר המוסכם משקף את שווי הממכר. הלכה למעשה, המשמעות הייתה שהממכר נותר בידי הקונים, אשר נדרשו לשלם את ההפרש בין הסכומים שכבר שילמו לבין המחיר המוסכם.²⁸ במקרים רבים אחרים השתמש בית המשפט בשיקול הדעת המסור לו לפי סעיף 31, סיפא, והורה על קיום החווה למרות אי-החוקיות.²⁹

סתירות ומתחים בין רטוריקה לפרקטיקה שיפוטית אינם נדירים. אולם מעטים הם ההקשרים שבהם סתירות ומתחים אלה כה מובהקים ועקיבים כמו בסוגיה הנדונה. הסיבה לכך נעוצה בשיקולי מדיניות סותרים. באורח סכמתי ביותר, שיקולי הוגנות מושכים בכיוון של הפרדה בין הפן הפלילי לפן החוזי ומתן תוקף מלא לחווה. לפחות במקרים שבהם אי-החוקיות אינה לב לבו של החווה ואינה קשורה לעושה של אחד הצדדים בידי רעהו, מתן תוקף מלא לחווה משרת את התכליות הרגילות של דיני החוזים, לרבות הגשמה של כוונות הצדדים וציפיותיהם. לעומת זאת, שיקולי הרתעה מובילים לפסילה ולבטלות של החווה ואולי אף להימנעות ממתן סעד כלשהו בקשר עם החווה הבלתי חוקי. רצונם של בתי המשפט להתיע מראש מפני עשיית חוזים בלתי חוקיים בא לידי ביטוי בראש ובראשונה ברטוריקה השיפוטית המוקיעה חוזים אלה ומכריזה על בטלותם. בד בבד, השאיפה להכריע בסכסוכים בדיעבד באורח צודק והוגן מובילה לכך שבפועל נוטים בתי המשפט להורות על קיום של חיובי הצדדים, למרות אי-החוקיות שנלוותה למעשיהם.³⁰ כלומר, באורח טיפוסי בתי המשפט מחילים במצבים אלה את דיני החווה הבלתי חוקי, בהתאמה לעמדתו של פרידמן, אך נותנים תוקף מלא, או לפחות חלקי, לחווה המוסווה, בהתאמה לעמדתו של טדסקי.³¹

²⁴ זמיר וכהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 265–271.

²⁵ פסק-דין **ברש**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 272.

²⁶ איל זמיר "החווה הבלתי חוקי ותוצאותיו – אחרי שלושים שנה" **ספר דניאל – עיונים בהגותו של פרופסור דניאל פרידמן** 423, 456–457 (נילי כהן ועופר גרוסקופף עורכים, 2008) (להלן: "זמיר, החווה הבלתי חוקי"); זמיר וכהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 266.

²⁷ זמיר, החווה הבלתי חוקי, שם, בעמ' 454–462; זמיר וכהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 257–259.

²⁸ ראו גם עופר גרוסקופף "חווה פסול" **חוזים** כרך ג 473, 519 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים, 2003); זמיר, החווה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 456–457.

²⁹ ראו, למשל, פסק-דין **אדרעי**, לעיל ה"ש 22; ע"א 701/87 **ביהם נ' בן יוסף**, פ"ד מד(1) 1 (1989); פסק-דין **אילן**, לעיל ה"ש 11. ראו גם גרוסקופף, שם; זמיר, החווה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 454–462.

³⁰ על המתח בין שיקולי הרתעה לשיקולי צדק בין הצדדים בדיון החווה הפסול, ראו, למשל, פסק-דין **ביהם**, שם, בעמ' 15–16; בג"ץ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה**, פ"ד מט(4) 749, 781–782 (1995); פסק-דין **טנדלר** לעיל ה"ש 22, פס' 18 לפסק-דינו של השופט עמית. לדיון מלא בשיקולים אלה ובשיקולים רבים נוספים, ראו זמיר, החווה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 428–438; גרוסקופף לעיל ה"ש 28, בעמ' 592–604; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 620–622.

³¹ זמיר, החווה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 460–462; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 519; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 315. ראו גם פסק-דין **אדרעי**, לעיל ה"ש 22; פסק-דין **ברש**, לעיל ה"ש 22; פסק-דין **טנדלר**, לעיל ה"ש 22, פס' 27 ו-32 לפסק-הדין.

ג. חוזה למראית עין או משכון מוסווה?

עד כה הצגנו את המסגרת המשפטית שלפיה דן והכריע בית המשפט במחלוקות בין הצדדים, וכעת נבחן אם הייתה זו המסגרת הנכונה בפסק הדין הנדון. תחילה נברר האם היה מדובר בחוזה למראית עין (אף לשיטתו של טדסקי). לשם כך נאמר מילים אחדות על הסוגיה הכללית של סיווג חוזים.

כאשר קיים פער בין הכותרת או הכינוי שנתנו הצדדים לחוזה שביניהם, לבין תוכן הזכויות והחייבים שנקבעו בחוזה למעשה, העיקרון הכללי הוא שיש לסווג את החוזה לפי תוכנו ולא לפי הכינוי שניתן לו.³² אולם לפעמים אין הדין מסתפק בהעדפת המהות על פני הכותרת, אלא מסווג מחדש את החוזה כדי למנוע עקיפה של דינים קוגנטיים שנועדו להגן על אחד הצדדים, כדי להגן על האינטרסים של אנשים שלישיים (למשל, נושים אחרים של אחד הצדדים), כדי למנוע התחמקות מתשלום מס, וכדומה. דוגמאות בולטות – הנבדלות זו מזו בהיבטים חשובים, שלא זה המקום להתעמק בהם – מצויות בדיני המשכון,³³ בדיני העבודה,³⁴ ובדיני המיסים.³⁵ באורח טיפוסי, במקרים אלה הצדדים גמרו בדעתם לעצב את החוזה באופן כלשהו – למשל, כ"מכר חוזר" או כחוזה קבלנות – אך הדין תופס את החוזה באופן אחר – למשל, כמשכון או כחוזה עבודה. בניגוד לסימולציה יחסית, שבה אין הצדדים מתכוונים לתת תוקף לחוזה הגלוי, במקרים אלה באורח טיפוסי הצדדים מתכוונים באמת ובתמים לעשות חוזה בהתאם למתכונת הגלויה שלו – פיהם וליבם שווים – אלא שהגשמת תכליותיו של הדין דורשת להתעלם מכוונה זו ולסווג את ההתקשרות בדרך אחרת.³⁶

בחלק ד להלן נדון ביתר פירוט בנושא אי-החוקיות, אך בהקשר הנוכחי יש לציין שסירובו של הדין לכבד את האופן שבו ביקשו הצדדים לעצב את ההתקשרות ביניהם אינו משמיע שהצדדים עברו, או התכוונו לעבור, על החוק.³⁷ מבחינה זו, דומה הסיווג מחדש למקרים אחרים שבהם הדין שולל את תוקפן של התנאות על דין קוגנטי, מבלי לראות בניסיונות לסטות מהדין הקוגנטי משום אי-חוקיות.³⁸ כך, למשל, עסקה מלאכותית לפי דיני המס אינה בהכרח בלתי חוקית,³⁹ והוא הדין בחוזה עבודה המעוצב כחוזה קבלנות.⁴⁰ לפעמים, הסיווג מחדש נערך לתכלית ספציפית. כך, למשל, היחסים בין מעסיק למועסק עשויים להיות מסווגים כיחסי עבודה לצורך קיומה של אחריות שילוחית של המעסיק בדיני הנוזיקין, או לעניין תחולה של חקיקת מגן בדיני העבודה, אך לא לעניינים אחרים.⁴¹ כיוצא בזה, סיווג מחדש לצורכי מס לפי הכללים בדבר

³² ראו, למשל, בג"ץ 187/77 קופטש נ' שר הפנים, פ"ד לב(1) 309, 316, 319 (1977); ג' טדסקי "חליפין בתשלום משלים" משפטים ט 311, 315 (1979); איל זמיר חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974 122-123 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, 1994).
³³ ראו יהושע וייסמן חוק המשכון, תשכ"ז-1967 70-75 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, 1974) (להלן: "וייסמן, חוק המשכון"); איל זמיר חוק המכר, תשכ"ח-1968 79-83 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, ג' טדסקי עורך, 1987) (להלן: "זמיר, חוק המכר"); יהושע וייסמן דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון 101-128 (2014) (להלן: "וייסמן, דיני קניין"). ראו גם נינה זלצמן ועופר גרוסקופף מישכון זכויות 76-97 (2005).

³⁴ ראו, למשל, איל זמיר "עובד או קבלן" משפטים כב 113 (1992); מנחם גולדברג "עובד" ו"מעביד" – תמונת מצב" עיוני משפט יז 19 (1992); גיא דוידוב "פרשנות תכליתית בדיני עבודה: מיהו עובד" ספר סטיב אדלר 216 (2016).

³⁵ ראו, למשל, ס' 86 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]; ס' 84 לחוק חוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963. על סיווג מחדש של עסקאות מלאכותיות לצורכי מס, ראו באופן כללי דוד גליקסברג גבולות תכנון המס 209-300 (1990); אהרן נמדר מס שבח מקרקעין חלק שני – חישוב המס ותשלומו 491-521 (מהדורה שביעית, 2012).

³⁶ ראו, למשל, פסק-דין ביטון, לעיל הי"ש 20, בעמ' 581; ע"א 196/87 שוייגר נ' לוי, פ"ד מו(3) 2, 24 (1992); ע"א 4015/95 פקיד שומה ירושלים נ' ברזני, פ"ד נב(2) 269, 274-288 (1998). כמובן, ייתכן שהצדדים עצמם מתכוונים לערוך חוזה פלוני ומציגים אותו כלפי חוץ כחוזה אלמוני, ואז מדובר בסימולציה יחסית. לחילוקי דעות בסוגיה זו, ראו, למשל, פסק-דין גלובוס גרופ, לעיל הי"ש 21, פס' 8-2 לפסק-דינו של השופט עמירם רבינוביץ, פס' 5 לפסק-דינו של השופט שמואל צור.

³⁷ ראו, למשל, ע"פ 1182/99 הורביץ נ' מזינת ישראל, פ"ד נד(4) 1, 80-84, 158-159 (2000) (על קו הגבול בין תכנון מס לבין האחריות הפלילית).

³⁸ ראו Eyal Zamir (featuring Ian Ayres), *A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy, and Design*, __ TEX. L. REV. __ [sec. III.D] (forthcoming, available at: <https://ssrn.com/abstract=3420179>).

³⁹ ראו, למשל, פסק-דין ברזני, לעיל הי"ש 36, בעמ' 285; גליקסברג, לעיל הי"ש 35, בעמ' 67-85, 88.

⁴⁰ ראו, למשל, ע"ע (ארצ' 110/10 רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ (פורסם בנבו, 22.12.2011), פס' 53 לפסק-הדין.

⁴¹ ראו, למשל, זמיר, לעיל הי"ש 34, בעמ' 119-120; גולדברג, לעיל הי"ש 34, בעמ' 20-24; דוידוב, לעיל הי"ש 34, בעמ' 263-265.

עסקה מלאכותית אינו משפיע בהכרח על היחסים החוזיים שבין המתקשרים,⁴² ואף לא בהכרח על החבות במס של הצד השני לעסקה.⁴³ במקרים אחרים, לסיווג מחדש של החוזה עשויות להיות תוצאות רחבות יותר. לענייננו רלוונטי במיוחד דין המשכון המוסווה. דין זה עוסק במצבים שבהם הצדדים עורכים עסקה שתכליתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, אך הם מבקשים להשיג תכלית זו באמצעות עיצוב אחר. כך, למשל, במכר חוזר הלווה מוכר למלווה נכס כלשהו, כאשר החוזה מעניק ללווה אופציה לקנות את הנכס חזרה מהמלווה, ומחיר הקנייה החוזרת משקף את הקרן והריבית של ההלוואה.⁴⁴ כיוצא בזה, הצדדים עשויים להתקשר בעסקת שכר-מכר, שבה בתום תקופת השכירות, עוברת הבעלות בנכס ל"שוכר" ללא תמורה או בתמורה נומינלית.⁴⁵ דרך פשוטה יותר להבטחת זכותו של המוכר במכר באשראי היא לקבוע בחוזה שהבעלות בממכר תעבור לידי הקונה רק כאשר הוא יפרע את מלוא המחיר.⁴⁶ ככל שבמקרים אלה ודומיהם נועדה העסקה להעניק לנושה בטוחה, חל סעיף 2(ב) לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, שלפיו "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, יהא כינויה של העסקה אשר יהא".⁴⁷ אלמלא הוראה זו, אי-קיום החיוב בידי החייב היה מאפשר לנושה להותיר את הנכס בידי, תוך עקיפת הדינים הקוגנטיים שנועדו להגן על בעל הנכס. בין היתר, הנושה יכול היה להיפרע יותר מחובו (ככל שקיים פער בין שווי הנכס לבין גובה החוב), לשלול את זכותו של בעל המשכון לפדות את המשכון על ידי קיום החיוב אף לאחר מועד קיומו (לפי סעיף 13 לחוק המשכון), ולעקוף את הדינים הקובעים ריבית מרבית על הלוואות (בפרט חוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993).⁴⁸ מלבד ההגנה על בעל המשכון, החלת דיני המשכון על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב משרתת גם את האינטרסים של אנשים שלישיים, כגון הבטחת הפומביות של הבטוחה הקניינית.

בפסק הדין הנוכחי לא פורט מדוע עיצבו הצדדים את ההתקשרות ביניהם כפי שעיצבו. אולם, הדעת נותנת, שאילו היו לחברה מקורות כספיים עצמיים לרכישת החלקות, או אילו הייתה לה אפשרות לקבל בעצמה מימון כזה מהבנק, היא לא הייתה נזקקת להתקשרות המורכבת עם הקונים. ניתן אפוא להניח שלחברה לא היה הון עצמי מספיק כדי לשלם בעד החלקות או כדי לקבל הלוואה מהבנק לתכלית זו. באמצעות ההתקשרות עם הקונים הושג המימון הדרוש: 30% מכספי הקונים ו-70% באמצעות הלוואה שקיבלו הקונים מהבנק. אשר לקונים, לא נטען בידי מי מהצדדים, ולא הייתה אינדיקציה אחרת כלשהי, שכוונתם הייתה להיכנס לעסקי השקעה בנדל"ן, על הסיכונים הכרוכים בהם; כוונתם הייתה לרכוש דירות במחיר מוזל. אולם הקונים לא יכלו לפנות אל הבנק ולבקש מימון זה לצורך קניית הדירות בבניין שתוכנן להיבנות באותן חלקות, משום שחוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות אוסר לשלם את מלוא המחיר על הדירה בשלב שבו טרם החלה הבנייה,⁴⁹ ואוסר על הבנק המלווה לתת הלוואה לרוכשי הדירות שלא בהתאם לתנאים ולפרוצדורות שקובע החוק.⁵⁰ נוכח אי-הוודאות שאפפה את בניית הדירות, נדרש אפוא להבטיח את

⁴² ראו, למשל, פסק-דין ברזני, לעיל ה"ש 36, בעמ' 285. השוו גם ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625, 632-633 (1988).

⁴³ ראו באופן כללי גליקסברג, לעיל ה"ש 35, בעמ' 284-300.

⁴⁴ ויסמן, דיני קניין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 101; זמיר, חוק המכר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 81.

⁴⁵ ויסמן, דיני קניין, שם, בעמ' 107; זמיר, חוק המכר, שם, בעמ' 79-81. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 280/81 דיסקונט ליסינג (1979) בע"מ נ' שמואל בן ברק בע"מ (פורסם בנבו, 20.5.1992) (השופט משה טלגם); ת"א (מחוזי חי'י) 147/01 אי.די.בי. ליסינג נ' לוי (פורסם בנבו, 30.6.2002) (השופט יצחק עמית).

⁴⁶ ויסמן, דיני קניין, שם; זמיר, חוק המכר, שם. ראו גם ע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (1991).

⁴⁷ על הוראה זו והמחלוקות שהתגלעו לגבי היקף תחולתה ויישומה, ראו: פסק-דין קולומבו, שם; רע"א 1690/00 מ. ש. קידוחי הצפון בע"מ נ' א. אבגל טכנולוגיה בע"מ, פ"ד נו(4) 385 (2003); ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד, פ"ד נג(2) 353 (1999); ע"א 2625/02 נחום נ' דורנבאום, פ"ד נח(3) 385 (2004); ע"א 46/11 ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ נ' נוב, פ"ד סו(3) 312 (2013); ויסמן, דיני קניין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 101-128; זלצמן וגרוסקופף, לעיל ה"ש 33, בעמ' 76-97; חיים זנדברג "המחאת זכות: מכר מותנה או משכון? אגב ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד" משפטים לא 985 (2001).

⁴⁸ פסק-דין שוייגר, לעיל ה"ש 36, בעמ' 18-19; ויסמן, חוק המשכון, לעיל ה"ש 33, בעמ' 64-65, 70-72.

⁴⁹ ראו ס' 2 עד 3 לחוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן: "חוק הבטחת השקעות").

⁵⁰ ראו ס' 4 לחוק הבטחת השקעות.

כספם של הקונים בדרך אחרת. מנהל החברה העיד שהמגרש היה הבטוחה היחידה שהיה בידי לתת; והקונים אישרו כי המגרשים היוו בטוחה לכספים ששילמו בעד הדירות.⁵¹ נראה אפוא שבפרשה הנדונה היה מדובר במשכון מוסווה.

עשיית עסקה שכוונתה שיעבוד נכס כערובה לחיוב איננה חוזה למראית עין, אם הצדדים התכוונו לתת לה תוקף משפטי (וכאמור, אף אינה בלתי חוקית כשהיא לעצמה). בפרשה הנדונה הצדדים בוודאי לא התכוונו לסימולציה מוחלטת – מקרה שבו לאמתו של דבר אין הצדדים מתכוונים לעשות חוזה כלשהו. הצדדים אף לא התכוונו לסימולציה יחסית, שבה אין הצדדים מתכוונים לתת תוקף משפטי לחוזה הנגלה, אלא לחוזה אחר. הצדדים התכוונו לקיים את החוזה הגלוי, מכר המגרש, ואף החלו לקיימו, משום שאחרת לא יכלו לקבל את המשכנתה מהבנק. הקונים נטלו את ההלוואה מהבנק ושילמו את המחיר למוכרת, נרשמו הערות אזהרה לטובת הקונים ולטובת הבנק, והעסקה דווחה לרשויות המס.⁵² אומנם עד מועד ההתדיינות לא הועברה הבעלות בחלקות לידי הקונים (לפי בדיקתנו, המגרש נרשם על שם חברת טופ במרחבי השרון בשנת 2011) – מן הסתם כדי להקל על ביטולה של העסקה הגלויה, או על חשיפת מהותה כעסקת משכון, על מנת להימנע מכפל מס⁵³ – אך אין בכך כדי להפוך את ההתקשרות לחוזה למראית עין, מוחלטת או יחסית. ניתן לומר, שהעסקה בין החברה לקונים נועדה להתבצע בשני שלבים. בשלב הראשון, נתנו הקונים לחברה מימון לרכישת המגרש, כנגד משכונו לקונים (ומשכון זכותם של הקונים לטובת הבנק, להבטחת הפירעון של ההלוואה שקיבלו מהבנק). בשלב השני, התחייבה החברה להקנות לקונים את הדירות חלף הבעלות במגרש. למסקנה דומה הגיע בית המשפט העליון בפרשת **סולל נ' צוקרמן**.⁵⁴ בפסק דין זה נקבע כי חוזה הלוואה וחוזה שנספח לו, להמרת החזר ההלוואה במכר דירה, איננו חוזה למראית עין, כי אם חוזה מלאכותי. הנשיא שמגר פסק כי פיצול העסקה לשני שלבים – חוזה הלוואה בשלב ראשון וחוזה מכר בשלב השני, כאשר תושלם הבנייה, היה מלאכותי. עסקת ההלוואה בין הצדדים, מתוך כוונה להשהות את אירוע המס עד להשגת פטור ממס שבה, הייתה בבחינת "פרוזדור שיוביל לטרקלין – הוא חוזה המכר"; אך אין בכך כדי לפגוע בתוקף המשפטי של החוזה ביניהם.⁵⁵ כיוצא בזה, פרשת **שוייגר נ' לוי** עסקה בחוזה "מכר" דירה ובהסכמה של הצדדים שהוא יבוטל אם "המוכר" יפרע את ההלוואה שקיבל מה"קונה".⁵⁶ השופטים נחלקו בשאלה אם מדובר במשכון מוסווה מסוג מכר חוזר (כדעת הרוב), או בעסקת מכר עם תנאי מפסיק (כדעת המיעוט). אולם הכול הסכימו שאין מדובר בחוזה למראית עין. הנשיא שמגר, בדעת הרוב, פסק כי אין לבחון את ההתקשרות "במשקפי החוזה למראית עין", שכן הצדדים אכן התכוונו לבצע את החוזה, אך זאת רק כמשכנתה אשר נועדה להתממש אם החוב לא ייפרע.⁵⁷

בשונה מפרשת **טופ במרחבי השרון**, בפרשת **סולל** שני החוזים – חוזה ההלוואה והחוזה להמרת פירעון ההלוואה בהקניית הדירה – היו גלויים. אולם, אין בכך כדי לשנות את המסקנה שבעניין **טופ במרחבי השרון** היה מדובר במשכון מוסווה ולא בחוזה למראית עין, שכן הצדדים התכוונו לקיים את החוזה הגלוי. בניגוד לקביעה שלפיה: "עסקה כזו לרכישת המגרש – שעליה אף דווחו הצדדים לרשויות המס – לא הייתה ולא

⁵¹ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 19 לפסק הדין. אומנם לפי ס' 3(2) לחוק הבטחת השקעות ניתן להסתפק בשעבוד חלק יחסי של הקרקע שעליה תיבנה הדירה לשם הבטחת ההשקעה של הקונה, אולם לפי ס' 3 לחוק ולפי תקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר דירה), התשל"ה-1975, ק"ת 748, שהוצאו מכוחו (כנוסחן בעת כריתת החוזה), רק ערובה פיננסית – ערבות בנקאית או ביטוח כמשמעותו בס' 2(1) ו-2(2) – אפשרה לגבות למעלה מ-40% מהמחיר לפני שהסתיימה הבנייה של התקרה של קומת העמודים, או התקרה של הקומה הראשונה במבנה ללא קומת עמודים.

⁵² השו"ע ע"פ 5689/92 **מן נ' מדינת ישראל**, פס' 21 לפסק-דינה של השופטת דליה דורנר (פורסם בנבו, 30.10.1994).

⁵³ ראו להלן, תת-פרק ד.2.

⁵⁴ לעיל, ה"ש 42. ראו גם פסק-דין **מן**, לעיל ה"ש 52.

⁵⁵ פסק-דין **סולל**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 632-633.

⁵⁶ פסק-דין **שוייגר**, לעיל ה"ש 36.

⁵⁷ שם, בעמ' 24. ראו גם עמ' 12, 16, 25 ו-32 לפסק הדין.

נבראה",⁵⁸ נראה שהעסקה נבראה והצדדים אף פעלו למימושה. עצם ההסתרה של הנספח להמרת מכר המגרש במכר דירות אינה מהווה כשהיא לעצמה מראית עין. כאמור, החוזה הגלוי, מכר המגרש, נועד להוות בטוחה, ולכן בניגוד לחוזה למראית עין, הוא נועד לשנות את המצב המשפטי בין הצדדים.

ניתן להמחיש את ההבדל המהותי בין חוזה למראית עין לבין משכון מוסווה באמצעות "הסכם השיתוף במקרקעין" שערכו ביניהם הקונים. בניגוד להסכם לרכישת המגרש, שאותו התכוונו הצדדים לבצע כשלב ראשון בעסקה (גם אם לתכלית של שעבוד נכס כערובה לחיוב), הסכם השיתוף בין הקונים לא נועד לביצוע, אלא רק למתן יתר אמינות לחוזה לרכישת המגרש. הסכם השיתוף במקרקעין נעשה למראית עין, ולפיכך היה מחוסר תוקף.

אם מקבלים את הניתוח המוצע, הרי שהוא עולה בקנה אחד עם האופן שבו סיווג בית המשפט המחוזי את ההתקשרות הנדונה. אומנם בית המשפט המחוזי לא השתמש בביטוי "משכון מוסווה", אולם הוא תיאר נכוחה את היותו של המגרש בטוחה להבטחת הקיום של חיובי החברה.⁵⁹ דא עקא, שהתוצאה שאליה הגיע בית המשפט המחוזי אינה מתיישבת עם סיווג זה. אם רכישת המגרש לא נועדה אלא לשמש בטוחה לזכויות הקונים, הכיצד זה זכאים הקונים לקבל את הבעלות במגרש? פסיקה זו אינה מתיישבת עם מושכלות יסוד של מימוש משכון, שלפיה הנושה זכאי לממש את הנכס הממושכן לצורך גביית חובו, ולא מעבר לכך.⁶⁰ בעצם הקביעה כי הקונים זכאים להירשם כבעלי המגרש נתן בית המשפט המחוזי לרוכשים יותר ממה שההסכם התכוון לתת להם, כפי שטענה בצדק החברה.⁶¹

אכן, בניגוד למקרים השכיחים שבהם נותן האשראי חזק, עשיר ומתוחכם יותר מבעל הנכס הממושכן, חברת **טופ במרחבי השרון** (שקבלה אשראי מהקונים) מן הסתם הייתה חזקה ומתוחכמת יותר מהקונים (נותני האשראי) – ולכן, כך ניתן לטעון, אין מקום להחיל את דיני המשכון המוסווה שתכליתם להגן על האינטרסים של מקבל האשראי. הגם ששיקולים של צדק מחלק אינם זרים לדיני החוזים והקניין, לדעתנו אין לטענה זו משקל רב בהקשר הנוכחי. ראשית, גם אם תכלית מרכזית של חוק המשכון היא להגן על הצד החלש בעסקה מפני הצד החזק, תחולתו אינו מוגבלת למקרים כאלה, אלא נגזרת ממהותה של ההתקשרות כשיעבוד נכס כערובה לחיוב. שנית, חוק המשכון מגן גם על האינטרסים של אנשים שלישיים והגנה זו נדרשת בלי קשר ליחסי הכוחות בין הצדדים לעסקת המשכון. שלישית, גם אם באופן כללי, **טופ במרחבי השרון** הייתה עשירה ומתוחכמת יותר מהקונים, בעסקה הספציפית כוח המיקוח של הקונים היה גדול מזה של החברה. החברה נדרשה להשיג ללא דיחוי מימון לפירעון החוב שלה כלפי החברה שממנה רכשה את המגרשים, וככל הנראה לא יכלה להשיג את האשראי הדרוש לכך מהבנק. בנסיבות אלה, דווקא הקונים היו בעמדה עדיפה – הא ראייה שהם קבלו הנחה עצומה בשיעור של כרבע ממחיר השוק של הדירות, כמוסבר בחלק ה להלן.⁶² גם אם חלק מהנחה זו נבע מהעובדה שהקונים שילמו על הדירות זמן ניכר לפני המועד שבו היו אמורים לקבלן ומאי-הוודאות שבה הייתה כרוכה העסקה; בהתחשב בטוחה האיתנה שהם קבלו להבטחת השקעתם, נראה שהמחיר אכן משקף את כוח המיקוח העדיף שלהם. רביעית, דומה כי חוק המשכון לא נועד לחלק מחדש עושר בין נותני משכון למקבליו (תכלית שבכל אופן, השגתה באמצעות כללי המשפט

⁵⁸ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס" 13 לפסק הדין.

⁵⁹ פסק-דין **קפלן**, לעיל ה"ש 3, שם.

⁶⁰ ראו ויסמן, דיני קניין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 101–103.

⁶¹ ראו גם לעיל ה"ש 6 והטקסט הסמוך לה; להלן חלק ה.

⁶² ראו להלן ה"ש 136–140 והטקסט הסמוך להן.

הפרטי בעייתית ביותר),⁶³ אלא לחלק מחדש כוח ובכך להבטיח את הוגנות ההתקשרות ביחסיהם ההדדיים.⁶⁴ באורח ספציפי, הותרת המגרשים בידי הקונים (כפי שפסק בית המשפט המחוזי) הייתה מעניקה להם כנראה הטבה שהייתה עולה בשיעור ניכר על שווי הדירות שאותן היו אמורים לקבל.

לפני שנעמוד על התוצאות הראויות של ניתוח ההתקשרות לפי דיני המשכון המוסווה, יש לבחון אם ההתקשרות לקתה באי-חוקיות. עם זאת, חשוב להדגיש שלשאלת תחולתו של חוק המשכון על העסקה יש חשיבות עצמאית, שאינה תלויה בשאלה האם לקה החוזה באי-חוקיות. כך, למשל, בפסקי הדין בעניין *Realit Consulting Ltd.* ובעניין *וילאר* דובר בעסקאות "מכר חוזר" של מניות, שכוונתן הייתה שיעבוד המניות כערובה לפירעון הלוואה שנתן "הקונה" ל"מוכר".⁶⁵ בשתיהן הייתה חשיבות לתחולה של חוק המשכון (במקרה הראשון, משום שהלווה נקלעה לחדלות פירעון וסיווג העסקה השפיע על זכויותיהם של אנשים אחרים; במקרה השני, כחלק מההכרעה במחלוקות בין הצדדים), הגם שלא התעוררה בהם שאלה של אי-חוקיות.⁶⁶ בניגוד לפרשות אלה, שבהן החיל בית המשפט את דיני המשכון, בעניין *טופ במרחבי השרון* הוא נמנע מלעשות זאת, ותחת זאת קבע שהחוזה הוא למראית עין, ועל כן בטל. בכך הוא עלול היה לפגוע באינטרסים של הצדדים וכן באינטרסים של צדדים שלישיים; ואף יצר פתח לקביעות דומות בעתיד, גם כאשר לא קיים רובד נוסף של אי-חוקיות. נניח, לצורך הדיון, שחברת *טופ במרחבי השרון* הייתה נקלעת לחדלות פירעון. במצב הזה, היו נושיה של החברה מנסים להיפרע מהנכסים שבידה ובפרט מן המגרש שבבעלותה.⁶⁷ קביעה שהחוזה בין החברה לקונים היה למראית עין, ולכן בטל, הייתה מותירה את הבעלות במגרש בידי החברה, ואילו לקונים הייתה אז רק זכות אובליגטורית להשבת הסכומים שפסק להם בית המשפט. אי-החלה של דיני המשכון הייתה מובילה לאובדן הבטוחה הקניינית שהצדדים התכוונו להעניק לקונים (וכמובן, הכרה בקיומו של הסכם המכר הייתה פוגעת באינטרסים של הנושים האחרים).⁶⁸ בשורה התחתונה, הקביעה שעסקה כלשהי היא למראית עין (יחסית), רק משום שהצדדים עיצבו אותה באופן שונה מתכליתה, אינה נכונה מבחינה אנליטית אם הצדדים התכוונו לתת תוקף משפטי לחוזה הגלוי, גם אם כוונתם הייתה לשעבד נכס כערובה לחיוב, ולא למכור אותו.⁶⁹ היא מחטיאה את המטרה האמתית, שהיא סיווג העסקה בהתאם למהותה – וזאת כדי להגן על האינטרסים של אחד הצדדים, או של צדדים שלישיים.

⁶³ על הקשיים הגדולים הניצבים בפני חלוקה מחדש של עושר באמצעות המשפט הפרטי, ראו באופן כללי, Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361 (1991); Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 J. LEGAL STUD. 667 (1994).

⁶⁴ Daphna Lewinsohn-Zamir, *In Defense of Redistribution Through Private Law*, 91 MINN. L. REV. 326 (2006).

⁶⁵ ע"א 10780/08 *Realit Consulting Limited* נ' *הורוביץ* (פורסם בנבו, 27.9.2011); ע"א 440/14 *וילאר נכסים 1985* בע"מ נ' *קליין* (פורסם בנבו, 1.11.2018). בעניין *וילאר*, החזר ההלוואה נעשה בצורה מתוחכמת למדי שכללה עירוב של כמה חברות בנות ואחיות, שלא כאן המקום להאריך בהסבר לגביו. נציין רק בקצרה כי השבת ההלוואה הייתה באמצעות תשלום דמי שכירות על הנכס שאותו ביקש הלווה, בעל המניות ש"נמכרו" למלווה, לקנות באמצעות כספי ההלוואה. בהתאם לחוזה, את הנכס רכשה החברה שמניותיה "נמכרו" למלווה, והוסכם כי המניות תחזרנה ללווה לאחר תום תקופת השכירות, הלא היא תקופת ההלוואה, ושבהלכה ישולמו דמי השכירות על הנכס, שהיו למעשה את הריבית על ההלוואה. לפיכך, דובר על "מכר חוזר" של מניות, שנועדו לשמש כבטוחה לעמידה בהחזר ההלוואה. מטרת התוויית העסקה בדרך שכזו הייתה כמדומה לצורך תכנון מס.

⁶⁶ בעניין *וילאר*, לעיל ה"ש 65, פסי' 62–62 לפסק הדין, צוין כי היועץ המשפטי לממשלה התבקש להביע עמדה בגין ההיבטים המיסויים וההשלכות האפשריות של העסקאות שנערכו בין הצדדים; אולם זה השיב כי אינו מוצא לנכון לעכב את ההליך, וכי פקידי השומה הרלבנטיים הונחו להפעיל את סמכויותיהם בהתאם לממצאי בדיקותיהם בדבר דיווחי הצדדים לעסקה. דומה כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם מה שצוין לעיל, בה"ש 39 והטקסט הסמוך לה, כי גם אם פקידי השומה יבקש להפעיל סמכותו לראיית העסקה כמלאכותית כדי להמס, אין בכך כדי לאיין את החוזה.

⁶⁷ כפי שאירע בפרשת *Realit Consulting Ltd.* (לעיל ה"ש 65).

⁶⁸ לראיית העסקה כמשכון מוסווה הייתה יכולה להיות משמעות רבה גם אילו, למשל, הייתה החברה נקלעת לחדלות פירעון מיד לאחר מתן פסק דינו של בית המשפט העליון, ולפני שהוא בוצע. מאחר שניתוח סיטואציה זו היה דורש להרחיב את הדיבור על מהותה של הערת אזהרה; טיבן של "זכויות שביורש תוצרת הארץ"; וכדומה, נסתפק בהערה זו.

⁶⁹ מבחינה זו, אמרת האגב של בית המשפט העליון בעניין *וילאר* (לעיל ה"ש 65, פסי' 88–90 לפסק הדין), שלפיה ניתן היה להגיע לתוצאה של משכון מוסווה גם דרך המשקפיים של חוזה למראית עין מסוג סימולציה יחסית, כלומר, על ידי ראיית מכר המניות כבטל בהיותו למראית עין, ומתן תוקף תחתיה לחוזה ההלוואה שעליו הצדדים הסכימו למעשה, חשובה לביקורת דומה. העובדה שהצדדים עיצבו את העסקה באופן מלאכותי אינה משמיעה כי לא התכוונו לתת לה תוקף משפטי.

לפני שנעמוד על התוצאות הראויות של ניתוח ההתקשרות לפי דיני המשכון המוסווה בפרשת **טופ במרחבי השרון**, נבחן אם ההתקשרות בפרשה זו לקתה באי-חוקיות.

ד. האומנם חוזה בלתי חוקי?

1. כללי

עד כה דנו בהנמקתו של בית המשפט העליון מבחינת דיני החוזה למראית עין. כעת נבחן את פסק-הדין מנקודת המבט של דיני החוזה הפסול. בהקשר זה, חשוף פסק-הדין לשתי ביקורות מרכזיות. ראשית, כמו בפסקי-דין קודמים, גם במקרה הנדון לא דייק בית המשפט בתיאור היחס בין דיני החוזה הפסול לדיני החוזה למראית עין (אף בהנחה שהיה כאן חוזה כזה). שנית, להבדיל ממקרים קודמים, עצם הסברה שמערכת החוזים בין הצדדים לקתה באי-חוקיות לעניין סעיף 30 לחוק החוזים הכללי מעוררת קשיים. מאחר שהביקורת הראשונה דומה לזו שהושמעה על פסקי-דין קודמים שעסקו בסוגיה,⁷⁰ נדון בה בקצרה ואת עיקר הדיון נייחד לסוגיה השנייה: האומנם דובר כאן בהתקשרות בלתי חוקית.

בעניין הראשון, השופטת חיות כתבה כי מערך ההסכמים שנערכו בין הצדדים "נגוע באי-חוקיות ובמראית-עין."⁷¹ מאחר שהנספח שבו דובר על המרת המגרש בדירות "אינו ניתן להפרדה מן המערך החוזי הכולל ... ואינו יכול לעמוד על רגלים עצמאיות במנותק מהם" הרי שנשללה האפשרות לקיים את החוזה הנסתר.⁷² לדידה, לא היה אפוא צורך להכריע "בסוגיית הסיווג הכפול, אשר נותרה ללא הכרעה בעניין אילן, וזאת משום המאפיינים המובהקים והדומיננטיים של אי החוקיות שבהם לוקה המערך החוזי בענייננו."⁷³ הקושי נעוץ בכך שגם לפי גישתו של טדסקי, במקרים הטיפוסיים של הונאת רשויות המס על-ידי ציון סכום כוזב בחוזה (או שימוש בטכסיסים כיוצא בזה), אין חולק שהצדדים התכוונו לערוך עסקה אחת ויחידה. לאמתו של דבר, בניגוד למקרה הנוכחי, שבו החוזה הגלוי והחוזה הנסתר נערכו במסמכים נפרדים ומתארים עסקאות שונות (מכר מגרש לעומת מכר דירות), במקרה השכיח יותר קיים מסמך יחיד לביצוע עסקה אחת בממכר אחד (כאשר ההסכמה על המחיר האמיתי נעשית בעל פה). המחיר הכוזב שצוין במסמך בוודאי אינו יכול לעמוד על רגליו במנותק מהחוזה השלם – אך אין בעובדה זו כדי לגרוע מדרך הניתוח שהציע טדסקי. החלוקה שהציע טדסקי לשניים או לשלושה חוזים שונים – חלוקה המקובלת בשיטות משפט זרות, התקבלה על-ידי השופט ברק בפסק-דין **ביטון** ומיושמת בפסיקה של בית הדין לעבודה – אינה מבוססת על הסברה שבפועל היו שתי מערכות נפרדות של הצעה וקיבול, גמירת דעת ומסוימות; תכליתה להסביר את התוצאות המשפטיות של ההתקשרות היחידה שנערכה בין הצדדים, שכללה גם יסוד בלתי חוקי.⁷⁴

עד כאן לעניין הראשון ומכאן לעניין השני: הביקורת על הקביעה שבענייננו מדובר בחוזה בלתי חוקי. מבחינה אנליטית סוגיה זו קודמת לניתוח התוצאות של אי-החוקיות (לרבות שאלת היחס בין דיני החוזה הפסול ודיני החוזה למראית עין).⁷⁵ האם בפרשת **טופ במרחבי השרון** היה מדובר בחוזה בלתי-חוקי כמשמעו בסעיף 30 לחוק החוזים הכללי? באורח בסיסי, השאלה היא עד כמה ראוי להרחיב את תחומי השתרעותם

⁷⁰ ראו זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 456–457; זמיר וכהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 266; לעיל ה"ש 23–26 והטקסט הסמוך להן.

⁷¹ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 10 לפסק הדין. ראו גם שם, בפס' 13 (מדובר ב"מערך הסכמי אחד שחלקיו שלובים וכרוכים זה בזה לבלי הפרד, והטובלים כולם באי חוקיות ובמראית עין").

⁷² שם, פס' 15 לפסק הדין.

⁷³ שם, פס' 16 לפסק הדין.

⁷⁴ ראו גם חלק ה להלן.

⁷⁵ לאמתו של דבר, עצם ההבחנה בין שאלת הסיווג לשאלת התוצאות פחות ברורה וחדה ממה שנדמה, הן משום שהקריטריונים שלפיהם משיבים לשתי השאלות חופפים בחלקם, הן משום שלא פעם הסיווג נעשה על מנת להשיג את התוצאה המבוקשת. ראו זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 445–446.

של סעיפים 30 ו-31. במקום אחר, אחד מאתנו (זמיר) ניתח בפירוט את חילוקי הדעות שהתגלעו בפסיקה בנושא זה.⁷⁶ בקיצור נמרץ, הגמישות הניכרת לגבי תוצאותיו של החוזה הבלתי חוקי שמאפשר סעיף 31 לחוק החוזים הכללי (בחירה בין השבה בעין, השבת שווי, פטור מהשבה, והוראה על קיום החוזה אם אחד הצדדים קיים את חיוביו או את מקצתם) עשויה להוביל לשתי מסקנות סותרות. מהצד האחד, גמישות זו – במיוחד בהשוואה לדין האנגלי ששרר בישראל לפי חוק החוזים הכללי (לפחות לפי פשוטו) – עשויה ללמד על מגמת המחוקק לצמצם את ההשלכות של אי-החוקיות במישור החוזי. לפי טיעון זה, בהתאמה למגמת המחוקק יש לצמצם גם את היקף החוזים המסווגים כבלתי חוקיים – ולעניין זה אפשר להסתייע בשורה של מבחני משנה, מהותיים וראייתיים, שפותחו לפני חקיקתו של החוק ולאחריה. הדובר המובהק של גישה זו היה השופט מנחם אלון.⁷⁷

מהצד האחר, הגמישות בתוצאות לפי סעיף 31 מפחיתה את הצורך לעצום עיניים בפני אי-החוקיות כדי להימנע מתוצאות דראסטיות, ומאפשרת להרחיב את היקף המקרים המסווגים כבלתי חוקיים. לפי גישה זו, ההתחשבות בשיקולים שלפיהם מוטב להפריד בין המישור הפלילי למישור החוזי תיעשה במישור התוצאות של אי-החוקיות. זוהי הגישה הרווחת יותר בפסיקה ובספרות,⁷⁸ אולם אין הסכמה מלאה בין השופטים הדוגלים בה. בפרט, התגלעו בפסיקה חילוקי דעות ביחס למקרים שבהם ניסו הצדדים להונות את הרשויות על-ידי ציון סכומים כוזבים בחוזה ושימוש בטכסיסים אחרים.⁷⁹ שופטים רבים משתדלים שלא להבחין באי-החוקיות, ולשם כך מחמירים בדרישות הראייתיות להוכחת אי-חוקיות.⁸⁰ החמרה זו מתיישבת עם העובדה שמדובר בהטלת סטיגמה של אי-חוקיות בהליך אזרחי, שאינו כולל את ההגנות המהותיות והפרוצדורליות העומדות לנאשמים בהליך פלילי, לרבות הכלל שלפיו יש לפרש דין פלילי הניתן לפירושים סבירים אחדים באופן המקל עם הנאשם והדרישה להוכיח את אשמת הנאשם מעבר לספק סביר.⁸¹ לעיתים בתי המשפט מתעלמים כליל מהסוגיה גם כאשר היא עולה מהעובדות,⁸² ולעיתים הם משתמשים בדרכים אחרות להימנע מסיווג החוזה כבלתי חוקי. בין היתר, בעקבות הפסיקה שקדמה לחוק החוזים הכללי, בתי המשפט נזקקים להבחנות בין חוק "מצווה" לחוק "מדריך" (כאשר הכינוי "חוק מדריך" אינו אלא דרך לחלץ חוזים מתוצאות אי-החוקיות);⁸³ בין איסורים per se לאיסורים מסוג mala prohibita (כאשר הנטייה לסווג חוזים כבלתי חוקיים פחותה במקרה האחרון);⁸⁴ בין אי-חוקיות היורדת לשורשו של החוזה (כגון חוזה עם רוצח שכיר) לאי-חוקיות נלווית וטפלה (כגון חוזה שלא הקפידו לקבל את כל הרישיונות הדרושים לביצועו,

⁷⁶ שם, בעמ' 441–445.

⁷⁷ פסק-דין הווארד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 520; פסק-דין אדרעי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 294.

⁷⁸ ראו, למשל, פסק-דין הווארד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 512 (שם קבע השופט מאיר שמגר ש"זהירות היתר" שאפיינה את הפסיקה הקודמת בנושא סיווג חוזים כבלתי חוקיים איבדה במידה רבה מחשיבותה בעקבות שיקול-הדעת שניתן בסעיף 31, אך בעובדות המקרה שבפניו לא היה מוכן "לזנוח את אמות המידה, המחמירות יותר בקשר להוכחת הטענה, שנהגו עד כה"), 515 (השופט מרים בן-פורת); פסק-דין אלחנני, לעיל ה"ש 9, בעמ' 710–711 (שם אימץ השופט יצחק כהן את עמדתו של השופט שמגר על כל חלקיה); פסק-דין ברש, לעיל ה"ש 22, בעמ' 269 (השופטת שושנה נתיניהו); פסק-דין זגורי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 771 (שם מצטט הנשיא ברק בהסכמה את דברי השופט שמגר בפסק-דין הווארד, לעיל ה"ש 22); מרים בן-פורת "החוזה הפסול" ספר זוסמן 171, 175–177 (אהרן ברק ואחי עורכים, 1984).

⁷⁹ ראו גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 512–516; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 310–313; זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 454–455.

⁸⁰ ע"א 41/75 נילי נ' שלומי, פ"ד (2) 3, 6 (1976) ("ואילו הייתי מחפש אי-חוקיות, על אמונתי שהייתי מוצאה! אבל לא זו בלבד שאין אני מחפש אי-חוקיות, אלא מחפש אני דרכים שלא למצאה") (השופט חיים כהן); ע"א 874/75 חברת טירת גוש 6195 כהנא בע"מ נ' לוי, פ"ד (2) 334 (1977); ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 635; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 514, וכן בעמ' 516 ("נראה כי גם כיום, קרוב לשלושים שנה לאחר חקיקת חוק החוזים, מוסיף בית המשפט להחזיק בעמדה שלפיה עצם רישומו של מחיר כוזב איננו מלמד על כוונה להונות את שלטונות המס").

⁸¹ סעיפים 34 כ"א ו-34 כ"ב לחוק העונשין, התשל"ז-1977, כפי שהוספו בתיקון מס' 39 לחוק. ראו גם זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 437–438.

⁸² ראו, למשל, ע"א 2036/94 טרבליסי נ' טרבליסי, פ"ד (1) 457 (1999); ע"א 986/93 קלמר נ' גיא, פ"ד (1) 185 (1996).

⁸³ פסק-דין זגורי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 768–769.

⁸⁴ ראו, למשל, ע"א 157/87 נחשת נ' זונברג, פ"ד (3) 4, 9 (1988).

הגם שניתן היה לקבלם);⁸⁵ בין אי-חוקיות שדבקה בהתנהגות של שני הצדדים לאי-חוקיות שדבקה בהתנהגות של צד אחד בלבד (כאשר במקרה האחרון הנטייה היא שלא לאפשר העלאה של טענת אי-חוקיות כלפי הצד שלא נפל דופי בהתנהגותו);⁸⁶ ובין חוזה שהיה בלתי חוקי מלכתחילה לחוזה שרק במהלך ביצועו דבקה בו אי-חוקיות (כאשר הנטייה לסווג את האחרון כבלתי חוקי פחותה).⁸⁷ פוטנציאל נרחב להימנעות מסיווגו של חוזה כבלתי חוקי מצוי במסגור השאלה כשאלה של פירוש החוק הפלילי (להבדיל משאלה של פירוש סעיף 30 לחוק החוזים), כלומר, האם "[ה]איסור הקבוע בחוק על כריתתו, תוכנו או מטרתו של החוזה הוא כזה, שלשם הגשמתו של האיסור יש להביא לפגיעה בתוקף החוזה עצמו, ולא להסתפק בסנקציות לבר-חוזיות כלפי המתקשרים."⁸⁸ לבסוף, במקרים מתאימים יכולים בתי המשפט לקבוע שהפרטים הכוזבים שנקבעו בחוזה המכר אינם אלא טעות סופר, כפי שחידש השופט גרוסקופף לאחרונה בפרשת **עג'אם**.⁸⁹

לעומת נטייה רווחת זו, השופטות מרים בן-פורת ושושנה נתניהו הפגינו עמדה מחמירה הרבה יותר. כך, למשל, בעניין **ברש** כתבה השופטת נתניהו שבמקרים של ציון סכום כוזב בחוזה, כל עוד לא ניתן הסבר אחר, ההנחה היא שהדבר נעשה למטרה בלתי חוקית, ואין עוד מקום "לסגור עינינו בפני המציאות."⁹⁰ במיוחד הרחיקה לכת השופטת בן-פורת, שבאמרת-אגב בעניין **הווארד נ' מיארה** הביעה את דעתה שעצם ציון סכום כוזב בחוזה, גם אם אין לו קשר להונאת השלטונות, הוא דבר שלילי שיש להרתיע מפניו על-ידי ראייתו כפוסל את החוזה.⁹¹ אומנם השופטת בן-פורת ציינה כי "לית מאן דפליגי" שכך הדבר, אולם למעשה, לפחות עד לפרשת **טופ במרחבי השרון** אף שופט מלבדה לא צידד בעמדה זו.

על רקע זה, נבחן את קביעתו של בית המשפט בעניין **טופ במרחבי השרון** שמערך ההסכמים בין הצדדים לקה באי-חוקיות. בפסק-הדין נזכרות שלוש מטרות פסולות שלשמן הסוו הצדדים את החוזים למכר הדירות כחוזים למכר מגרש: הצגת מצג שווא בפני רשויות המס כדי להתחמק מתשלום מסים; הצגת מצג שווא בפני הבנק כדי לקבל הלוואה; והתחמקות מקיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות. מקריאת פסק-הדין עולה כמדומה, שעיקר הדגש הושם על מצג השווא כלפי הבנק וכלפי רשויות המס, ועקיפת הוראותיו של חוק הבטחת השקעות נזכרה רק בשולי הדברים.⁹² בכל זאת, נבחן את כל שלוש המטרות. כפי שנראה, לפי כל אחת מהאפשרויות, ובמיוחד מבחינת דיני המס ודיני הבטחת השקעות של רוכשי דירות, המסקנה שמדובר בחוזה בלתי חוקי כמשמעו בסעיף 30 מעוררת קשיים.

2. הסתרת הנספח מרשויות המס

כמתואר בפסק-הדין, הצדדים הציגו לרשויות המס את החוזה לרכישת הקרקע והסתירו מהן את החוזה הנספח שלפיו זכאים הקונים, במקום הקרקע, לדירות בבניין שייבנה עליה. האם מדובר בניסיון להתחמק מתשלום מס או להפחיתו שלא כדין? דומה שהתשובה לשאלה זו היא שלילית, מכמה טעמים. ראשית, כדי לסווג חוזה כבלתי חוקי, נדרש שכריתתו, תוכנו או מטרתו יהיו בלתי חוקיים. סעיף 98 לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963, מבחין, בין היתר, בין אי-עמידה בדרישות החוק "בלא סיבה

⁸⁵ ראו, למשל, פסק-דין **אדרעי**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 293; פסק-דין **נחושטן**, שם; פסק-דין **טנדלר**, לעיל ה"ש 22, פסי 23, 26 לפסק-דין של השופט עמית; זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 448-449; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 625-626; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 482-483.

⁸⁶ ראו, למשל, ע"א 65/85 **עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה**, פ"ד (3) 29, 70 (1986); גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 487-494; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 631-634.

⁸⁷ ראו, למשל, גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 483-486; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 636-637.

⁸⁸ ראו, למשל, פסק-דין **זגורי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 769. ראו גם רע"א 6233/02 **אקסטל בע"מ נ' קאלמא ווי תעשיה, שיווק אלומיניום זכוכית ופרזול בע"מ**, פ"ד נח(2) 634, 669 (2004).

⁸⁹ פסק-דין **עג'אם**, לעיל ה"ש 2.

⁹⁰ פסק-דין **ברש**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 269.

⁹¹ פסק-דין **הווארד**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 515.

⁹² פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פסי 16 לפסק הדין.

מספקת, " שעונשה קל יחסית, לבין מסירת הצהרה או הכנת חוזה כוזב "במטרה להתחמק ממס או לעזור לאחר להתחמק ממס, " שעונשן חמור. לענייננו, מתקבל על הדעת שאי-עמידה בדרישות הטכניות של החוק תיחשב אי-חוקיות טפלה ואינצידינטלית, ולכן לא תהפוך את החוזה לבלתי חוקי.⁹³ כדי שהחוזה ייחשב כבלתי חוקי נדרשת כמדומה כוונה להתחמק ממס.⁹⁴ בפרשה הנדונה לא הובאה ראיה כלשהי שהמניע לעיצוב המורכב של העסקה היה רצון להתחמק מתשלום מס – בוודאי לא ראיה חזקה וברורה כנדרש לשם הכרזה על החוזה כבלתי חוקי.⁹⁵ כמתואר לעיל, מכלול הראיות והנסיבות מלמד שהמטרה שעמדה לנגד עיני הצדדים, ובפרט לנגד עיני החברה, הייתה להשיג מימון לרכישת החלקה, בנסיבות שבהן הבנק כנראה לא היה מוכן לתת אשראי נוסף לחברה. אי-אפשר היה להשיג תוצאה זו על ידי עריכת חוזה למכירת דירות בבניין שייבנה במגרש, משום שחוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות אינו מאפשר לרוכשים לשלם את מלוא התמורה בעד הדירות מראש, בטרם החלה הבנייה (ובענייננו, אף בטרם אושרו תכניות המתאר המאפשרות את הבנייה הרוויה), ולפיכך הבנק לא היה מסכים לתת הלוואה למימון רכישה זו. על כן, אפילו היה עיצוב ההתקשרות מוביל לחיסכון במס, מאחר שזו לא הייתה המטרה שעמדה לנגד עיני הצדדים כאשר עצבו את ההתקשרות כפי שעצבו, אין לומר שמטרתם הייתה להתחמק מתשלום מסים.

שנית, לא זו בלבד שלא הונח בסיס ראייתי לסברה שהצדדים התכוונו להתחמק מתשלום מסים, אלא שהדרך שבה ביצעו את העסקה חשפה אותם דווקא לסיכון ממשי של תשלום כפל מס. אילו היה עולה בידי החברה לשנות את ייעוד החלקה ולבנות עליה בניין רב-קומתי, הרי שהעברת המגרש לידי הקונים ומהקונים לרוכשי הדירות האחרים היה גורר תשלום מס על שתי ההעברות, במקום על העברה ישירה של הזכויות מהחברה לידי רוכשי הדירות. גם אילו היו הקונים מעבירים את המגרש (או, ביתר דיוק, את הזכויות במגרש שיוצמדו לדירות של שאר הרוכשים), חזרה לחברה, על מנת שזו תעביר את הזכויות לרוכשי הדירות, היה הדבר מגדיל את החבות במס, משום שלגבי רוב הזכויות במגרש (להוציא אלה הצמודות לדירות של הקונים עצמם) היה משולם מס על שלוש העברות (מהחברה לקונים, מהקונים חזרה לחברה ומהחברה לשאר רוכשי הדירות).

אכן, הצדדים היו יכולים לנסות לבטל בדיעבד את מכירת המגרש לקונים, אולם לשם כך היה עליהם לשכנע את רשויות המס שהעסקה ביניהם "לא הכתה שורשים,"⁹⁶ או שהיא הייתה למעשה משכון מוסווה להבטחת הכספים של הקונים. לאור עמימות המצב המשפטי ביחס לאפשרות של ביטול העסקה מבחינת רשויות המס, אין ביטחון שהדבר היה עולה בידם.⁹⁷ כאמור בפסק-הדין, מנחל החברה העיד שלא ידע כיצד להתמודד עם אתגר זה וכי כוונתו הייתה להתייעץ בנושא זה, בבוא העת, עם מומחים לנושא.⁹⁸ בכל אופן, גם אם היה עולה בידי החברה לשכנע את רשויות המס שאין לשלם מס על ההתקשרות בין הצדדים (אלא רק על ההעברות של הזכויות לרוכשי הדירות בבניין החדש, לרבות הקונים הנוכחיים), התוצאה לא הייתה חיסכון

⁹³ ראו לעיל ה"ש 85 והטקסט הסמוך לה.

⁹⁴ ראו למשל פסק-דין **חברת טירת גוש 6195**, לעיל ה"ש 80, בעמ' 335; ע"א 335/78 **שאלתיאל נ' שני**, פ"ד לו(2) 151, 156–157 (1981); שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 635. השוו גם פסק-דין **הורביץ**, לעיל ה"ש 37, בעמ' 154–155 (על היסוד הנפשי הנדרש בעבירה לפי ס' 200 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]);

⁹⁵ ראו לעיל ה"ש 80 והטקסט הסמוך לה.

⁹⁶ ע"א 738/89 **ינובסקי נ' מנהל מס שבח מקרקעין**, פ"ד מו(5) 541, 546 (1992); אהרן נמדר **מס שבח מקרקעין** חלק ראשון – בסיס המס 521–523 (מהדורה שביעית, 2012) (להלן: "נמדר, חלק ראשון").

⁹⁷ ראו גם ע"א 8340/10 **מ.ו. השקעות בע"מ נ' רשות המיסים**, פ"ס 10 לפסק-דינו של השופט עמית (פורסם בנבו, 30.1.2013); נמדר, חלק ראשון, לעיל ה"ש 96, בעמ' 509–541.

⁹⁸ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פ"ס 12 לפסק הדין.

במס בהשוואה לחוזה יחיד למכירת הדירות, אלא לכל היותר הימנעות מתשלום מס על שתיים או שלוש עסקאות במקום על אחת.⁹⁹

בפועל, הבעלות במגרש לא הועברה על שם הקונים לפני ההתדיינות המשפטית (המגרש נרשם על שם חברת טופ במרחבי השרון בשנת 2011), אולי כדי להקל על שכנוע רשויות המס שהעסקה עם הקונים לא הכתה שורשים. בד בבד, הצדדים דיווחו על הסכמי המכר לרשויות המס והקונים אף שילמו בגינם מס רכישה.¹⁰⁰ גם אם האופן שבו התנהלו הצדדים אינו ראוי לשבח, נראה לנו כי אין בו כדי להפוך את התנהלותם לבלתי חוקית במישור של דיני המס.

3. אי-קיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות

בית המשפט העליון לא הסתפק בנושא המס ובמצג השווא כלפי הבנק (שיידון ביתר פירוט בהמשך), אלא הוסיף וציין כי "הסתרת נספחים אלה שרתה מבחינת החברה מטרה בלתי חוקית נוספת והיא עקיפת ההוראות הקוגנטיות הקבועות בחוק הבטחת השקעות."¹⁰¹ מאחר שחוזי המכר והנספחים נכרתו ביום 20 ביולי 2009, חל עליהם החוק כנוסחו באותה עת, קרי לאחר תיקון מספר 102.5. אומנם רישום הערת אזהרה על המגרש לטובת הקונים היא אחת הדרכים המוכרות בחוק להבטחת ההשקעה של הרוכש, אולם ניתן להצביע על כך שהערת האזהרה לא קיימה את דרישות החוק ככתבו וכלשונו, משום שהיא התייחסה לרכישת המגרש ולא לרכישת הדירות.¹⁰³ מכל מקום, ההפרה המשמעותית יותר התייחסה לאיסור שחל על החברה לקבל יותר מ-40% ממחיר הדירה כל עוד לא הסתיימה הבנייה של התקרה של קומת העמודים או של הקומה הראשונה במבנה ללא קומת עמודים, וזאת לפי חוק הבטחת השקעות והתקנות שהוצאו מכוחו (כנוסחן בעת כריתת החוזה).¹⁰⁴ בניגוד לאיסור זה, טופ במרחבי השרון קבלה מראש את מלוא מחיר הדירה ובכך עברה על סעיף 4 לחוק. האם הפרה זו הופכת את החוזה לבלתי חוקי ובטל?

בעניין זה יש להעיר תחילה כי אין חשיבות לעובדה שכלפי הבנק הוצגה ההתקשרות בין הצדדים כחוזה למכירת מגרש. חוק הבטחת השקעות מתמקד ביחסים שבין המוכר לקונה. לכן, בין אם הוצג מצג שווא כלפי גורם שלישי ובין אם לאו, חלים על המוכר החובות והאיסורים שבחוק. תכליתו המרכזית של החוק היא

⁹⁹ גם אם מתעלמים מהעסקאות שהיו נדרשות עם הרוכשים של דירות אחרות, ומתמקדים בזכויות במגרש שתוצמדה לדירות של הקונים הנוכחיים, ייתכן שהצגת העסקה כמכר מגרש, ולא כמכר דירה, הגדילה את שיעור המס, משום שמשם הרכישה על דירת מגורים הינו מס שולי בצורת מדרגות, בין 3.5% ל-5%, ואילו מס הרכישה על מגרש הינו בשיעור קבוע של 5%. ראו הוראות הדין ביחס למס הרכישה שהיו בתוקף בעת כריתת החוזים: סי' 9(א) לחוק מס שבח מקרקעין (תיקון מס' 8), התש"ס-1980, סי' 144; סי' 9(ג1א) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה), התשכ"ג-1963; ת' 2 לתקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה) (תיקון), התשנ"ט-1999, ק"ת 1003. לפי הגדרת "דירת מגורים" בס' 9(ג) לחוק מיסוי מקרקעין, העובדה שמדובר ברכישת דירה "על הנייר" אינו משנה לעניין זה. ראו גם אהרן נמדר **מס שבח מקרקעין** חלק שלישי – הפטור לדירת מגורים 580–588 (מהדורה שביעית, 2012) (להלן: "נמדר, חלק שלישי"). יתר על כן, אילו היה מדובר בדירות מגורים יחידות לרוכשים, כהגדרתן בחוק, למעשה הם אף יכלו ליהנות משיעור מס אפס של מס הרכישה (ראו סי' 9(א1א) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה) בעניין מועד הכריתה של החוזים). בענייננו, שילמו הרוכשים 950,000 ש"ח עבור כל דירה, ואילו בתנאים הקבועים בסעיף שם, נקבע כי על חלק השווי שעד 1,139,320 ש"ח לא ישולם מס רכישה. ראו בפירוט נמדר, חלק שלישי, בעמ' 580–581, 588–590.

¹⁰⁰ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 1 לפסק הדין.

¹⁰¹ שם, פס' 16 לפסק הדין.

¹⁰² חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 5), התשס"ח-2008, סי' 426.

¹⁰³ העובדה שנרשמה גם הערת אזהרה לטובת הבנק, להבטחת ההלוואה שנטלו ממנו הקונים, אינה סותרת את דרישות החוק, משום שלא הייתה להערה זו עדיפות על ההערה לטובת הקונים. לפי סעיף 4(2) לחוק הבטחת השקעות, אחת הדרכים להבטחת כספי הקונה היא רישום של "הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969", לגבי הדירה או חלק יחסי של הקרקע שעליה היא נבנית, "ובלבד שלא נרשמו לגביהם שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה." בניגוד להלוואה שהבנק היה נותן לחברת הבנייה, הלוואה לרוכשי הדירות ורישום המשכנתה להבטחתה אינן מעניקות לבנק עדיפות על זכויות הקונים, אלא זכויות הבנק נגזרות מזכויותיהם.

¹⁰⁴ סי' 3 לחוק הבטחת השקעות; ת' 1 והתוספת לתקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר דירה), התשל"ה-1975, ק"ת 748.

להגן על רוכשי דירות מפני המוכרים ומפני קלות-הדעת של עצמם.¹⁰⁵ רכישת דירה היא בדרך כלל העסקה הגדולה ביותר שאנשים עורכים בחייהם.¹⁰⁶ זו עסקה שרוב האנשים מתקשרים בה רק פעם אחת או פעמים אחדות בחייהם, כך שאין הם רוכשים ניסיון משמעותי או מומחיות לגביה. רוב הקונים אף אינם מסתייעים בעורכי דין משלהם ברכישה של דירות מחברות בנייה.¹⁰⁷ אם מוסיפים לכל אלה את הנוהג של חברות הבנייה בישראל למכור דירות בעודן "על הנייר", הרי שמדובר בעסקה מסוכנת למדי. החוק נועד למנוע מהקונים לסכן את השקעתם, כך שבמקרה של חדלות פירעון של המוכר, או אי-קיום חיוביו מכל סיבה אחרת, הם יימצאו ללא כספם וללא הדירה שביקשו לרכוש.¹⁰⁸ לפיכך מטיל החוק סנקציות פליליות על חברה שאינה מבטיחה את השקעת הקונים כנדרש בחוק.

כמתואר לעיל, השאלה כיצד משפיעה אי-החוקיות שבה כרוך חוזה כלשהו על תוקפו תלויה בין היתר בתכליתו של החוק הקובע את האיסור.¹⁰⁹ סיווגו של חוזה כבלתי חוקי והצהרה על בטלותו פוגעים באוטונומיה של הצדדים. פגיעה שכזו מוצדקת "רק אם הגשמת מטרת החוק אינה מתיישבת עם המשך קיומו של החוזה".¹¹⁰ בין היתר, הסתייעו בתי המשפט בהקשר זה בהבחנה שבין אי-חוקיות מהותית, היורדת לשורש העסקה ופוסלת את החוזה, לבין אי-חוקיות אגבית, שהינה טפלה לחוזה, ואינה מביאה לבטלותו.¹¹¹ עוד נפסק, שאם ניתן להסתפק בסנקציות לבר-חוזיות לצורך הגשמת תכלית האיסור שבחוק, ולא נדרש לפגוע בתוקף החוזה, אזי אין להגדיר את החוזה כבלתי חוקי.¹¹² סנקציות אלה יכולות להיות פליליות ומנהליות, מעין אלה הקבועות בסעיפים 4 עד 14 לחוק הבטחת השקעות.

על רקע זה, הסברה שאי-עמידת המוכר בדרישותיו של חוק הבטחת השקעות מובילה לבטלותו של החוזה רחוקה מן הדעת, משום שהיא עלולה להגביר את הפגיעה בקונה, במקום להגן עליו. כאשר מדובר בדינים שמטרתם להגן על לקוחות מפני ספקים (או אף מפני המגבלות הקוגניטיביות של עצמם), לפעמים אין המחוקק מסתפק בהטלה של חובות גילוי מיוחדות או בפיקוח קוגנטי על תוכן החוזה, אלא קובע גם סנקציות פליליות ואחרות, שמטרתן להרתיע את הספקים מפני הפרה של חובות אלה, מפני הכללה של תניות בטלות בחוזים (העלולה להטעות את הלקוחות בדבר זכויותיהם), וכיוצא בזה. מלבד חוק הבטחת השקעות שנדון בפרשה הנוכחית, דוגמאות נוספות לסנקציות כאלה מצויות, למשל, בסעיף 10 לחוק המכר (דירות), התשל"ג-1973, בסעיף 10 לחוק הבנקאות (שירות ללקוח), התשמ"א-1981, בסעיפים 104-105 לחוק הפיקוח על שירותים פיננסיים (ביטוח), התשמ"א-1981, ובסעיף 15 לחוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993. בכל המקרים הללו, האפשרות שאי-עמידת הספק בדרישות החוק תוביל לבטלותו של החוזה, לא זו בלבד שלא תשרת את האינטרסים של הלקוחות, אלא באורח טיפוסי תפגע בהם באורח ממשי. בדרך כלל, מה שדרוש ללקוחות במקרים אלה הוא כוח לכפות על הספקים למסור להם את המידע החיוני (למשל, למסור את המפרט שחברת הבנייה חייבת למסור לפי חוק מכר דירות), לספק להם בטוחה הולמת להבטחת השקעתם (במקרה של חוק הבטחת השקעות), להימנע מגביית כספים שאינם מגיעים להם (לפי חוקי הביטוח, הבנקאות

¹⁰⁵ עמיחי קרנר ואמיר בכר "ערבות מכוח חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) – יעדים, כשלים ופתרונות" **המשפט** יג 341, 344 (2008); נינה זלצמן ועופר גרוסקופף "משכון זכותו החוזית של רוכש מקרקעין" **ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן** 133, 136, ה"ש 7 (שלום לרנר ודפנה לויןסון-זמיר עורכים, 2002); ע"א 3190/99 **שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ**, פ"ד נד(3) 127, 138 (2000).

¹⁰⁶ זמיר, חוק המכר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 51; קרנר ובכר, לעיל ה"ש 105, שם. השוו גם לדברי השופט שמגר בע"א 148/77 **רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ**, פ"ד לג(1) 617, 621 (1979).

¹⁰⁷ זמיר, חוק המכר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 74.

¹⁰⁸ הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ג-1973, ה"ח 366; קרנר ובכר, לעיל ה"ש 105, שם; אוריאל פרוקציה "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ג-1973" **משפטים** כ 425, 453-454 (1974); פסק-דין **שוקר**, לעיל ה"ש 105, שם; ע"א 8343/01 **עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ**, פ"ד נח(6) 400, 409 (2004).

¹⁰⁹ ראו לעיל ה"ש 88 והטקסט הסמוך לה.

¹¹⁰ פסק-דין **זגורי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 770.

¹¹¹ ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 85.

¹¹² פסק-דין **זגורי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 770.

והאשראי הנזכרים לעיל), ולקיים את שאר חיוביהם לפי החוקים השונים. במקרים מתאימים, הלקוחות אף יכולים לבטל את החוזה בשל פגם בכריתתו או בשל הפרתו בידי הספק. אולם הכרזה על בטלותו של החוזה עלולה להקל על ספקים שלא עמדו בדרישות החוק להתחמק ממילוי התחייבויותיהם, ובכך יצאו החוטאים נשכרים.

אכן, הסמכות של בית המשפט להורות לאחד הצדדים לקיים את חיוביו אם רעהו כבר קיים את חלקו, לפי סעיף 31, סיפא, מקטינה במידת מה את התוצאות החמורות של אי-החוקיות במקרים אלה. אולם כידוע, קיימת אי-בהירות לגבי התנאים המוקדמים להפעלת סמכות זו (מהו היקף החיובים שאחד הצדדים כבר קיים, הנדרש כדי שבית המשפט יורה על קיום החיובים שכנגד?),¹¹³ לגבי היקף השימוש הראוי בה,¹¹⁴ ולגבי תוצאותיה המדויקות (האם להוראה על קיום החוזה יש תוקף רטרואקטיבי? האם היא כוללת אפשרות לחייב בפיצויים בשל אי-קיום החוזה לפני או אחרי ההוראה של בית המשפט?).¹¹⁵ בין אם הלקוח כבר קיים את חלקו לפי החוזה (שאו יכול בית המשפט להורות על קיום החיובים שכנגד) ובין אם לאו, קידום התכליות של החוקים הללו דורשת אפוא להימנע מהמסקנה שהחוזה בטל. לפעמים ניתן להגיע למסקנה זו (או להימנע מהמשמעות הרגילות של בטלות החוזה) בהסתמך על הסיפא של סעיף 31, אך בדרך כלל הדרך הישירה והבטוחה יותר לעשות זאת תהא על ידי שלילת תחולתו של סעיף 30 במקרים אלה. אפשר גם לומר שבמקרים אלה מדובר באי-חוקיות חד צדדית: כלומר, הלקוח – אך לא הספק – יכול להסתמך על דין החוזה הפסול.¹¹⁶ לאמתו של דבר, אפילו תחת המשטר המשפטי המחמיר הרבה יותר בנושא חוזים בלתי חוקיים, שקדם לחקיקה של חוק החוזים הכללי, נמנעו בתי המשפט מתוצאות כאלה כאשר היה מדובר בחוקים שנועדו להגן על אחד הצדדים לחוזה. כך, למשל, בעניין **ג'ייקובס נ' קרטו**, לא קיים המשכיר את דרישות החוק בנושא דמי שכירות שנועדו להגן על שוכרים, ובית המשפט סיכל את ניסיונו להתחמק מקיום החוזה באמתלה זו.¹¹⁷ כיוצא בזה, על מנת להגן על האינטרסים של העובדים, שוללים בתי הדין לעבודה את תחולתו של דין החוזה הפסול על ידי אימוץ שיטתו של טדסקי כשמדובר בסימולציה יחסית.¹¹⁸

4. הסתרת הנספח מהבנק

הקביעה שההתקשרות בין החברה לקונים לקתה באי-חוקיות בשל מצג השווא שהוצג לבנק המלווה יותר משכנעת מהקביעות שהייתה אי-חוקיות בהתנהלות של הצדדים כלפי רשויות המס או באי-קיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות; אולם גם היא אינה נקייה מספיקות. כזכור, הקונים ביקשו לבטל את החוזה לקניית הדירות, אך להותיר בתוקפו ולקיים את החוזה לקניית המגרש. על כן הם טענו בנימוקי הערעור שלהם, ש"אין לראות בהסכמי המכר ובנספחים הסכם אחד, שכן קביעה זו מאיינת את הסכמי המכר כחוזים למראית עין, הופכת את קבלת ההלוואות מהבנק למעשה מרמה כלפי הבנק ומותירה את הבנק ללא בטוחה להחזר ההלוואות."¹¹⁹ השופטת חיות לא השתמשה במושג מרמה, אך ציינה שההסכמים נערכו על מנת להציג בפני הבנק מצג-שווא לצורך קבלת הלוואה המובטחת במשכנתה.¹²⁰ אחרי שתיארה את מצג השווא כלפי

¹¹³ ראו, למשל, פרידמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 629–630; גרוסקופף לעיל ה"ש 28, בעמ' 613–614; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 677–679.

¹¹⁴ ראו, למשל, גרוסקופף לעיל ה"ש 28, בעמ' 615–624; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 680–686.

¹¹⁵ לניתוח שאלות אלה ראו זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 449–453, והמקורות הנזכרים שם.

¹¹⁶ ראו, למשל, גרוסקופף לעיל ה"ש 28, בעמ' 488.

¹¹⁷ ע"א 110/53 **ג'ייקובס נ' קרטו**, פ"ד ט 1401 (1955). ראו גם זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 439–440.

¹¹⁸ ראו לעיל ה"ש 21 והטקסט הסמוך לה.

¹¹⁹ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 6 לפסק הדין.

¹²⁰ שם, פס' 13 לפסק הדין.

הבנק, התייחסה השופטת לכך שעקיפת הוראותיו של חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות הייתה "מטרה בלתי חוקית נוספת"; "ומכאן, כמדומה, שהיא אכן ראתה בהטעיית הבנק משום מטרה בלתי חוקית.¹²¹ כמו הנימוק שהתייחס להונאת רשויות המס ובניגוד לנימוק שהתייחס לאי-קיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות, טענת אי-החוקיות הנוכחית מתמקדת במצג שיצרו הצדדים כלפי גורם שלישי, בענייננו הבנק. בהקשר זה, יש להבהיר תחילה שטענת אי-החוקיות אינה מתייחסת לחוזה ההלוואה שנערך בין הקונים לבין הבנק, אלא לחוזה שבין החברה לקונים.¹²² אין חולק שהחוזה בין החברה לקונים, ובמיוחד הסכם השיתוף במקרקעין שנערך למראית עין בין הקונים לבין עצמם, נועד להציג בפני הבנק מצג שאינו אמת. ההבדל הבולט בין החוזה למכירת המגרש לבין מקרים אחרים שבהם יוצרים צדדים מצג כוזב כלפי צדדים שלישיים – כמו במקרים של הונאת רשויות המס או הברחת נכסים מנושים – הוא שבעיקרו של דבר, האופן שבו עוצב החוזה בענייננו הגן על האינטרסים של הבנק, ולא פגע בהם. עשיית החוזה למכירת המגרש, כשלב ראשון בתכנית הנסחרת למכירת הדירות, אפשרה להעניק לבנק בטוחה קניינית (ובשלב ראשון, התחייבות לתת בטוחה כזו, מגובה בהערת אזהרה) להבטחת הפירעון של ההלוואה. כך, אילו הפרויקט היה מתקדם כמצופה, המשכנתה לטובת הבנק על המגרש הייתה עתידה למנוע רישום הערות אזהרה כבטוחות לטובת רוכשי דירות נוספים בבניין שעתיד היה להיבנות על המגרש, כנדרש לפי חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות. אומנם לפי סעיף 4(2) לחוק הבטחת השקעות אחת הדרכים להבטחת כספי הקונה היא רישום של הערת אזהרה על מכירת הדירה, אולם זאת רק בתנאי "שלא נרשמו לגביהם שעבוד, עיקול או זכות של צד שלישי שיש להם עדיפות על ההערה." ואפילו הייתה החברה מבקשת לעקוף את ההוראה שבחוק הבטחת השקעות, ממילא הייתה המשכנתה לטובת הבנק בענייננו עדיפה על הערות האזהרה המאוחרות יותר שהיו נרשמות בהמשך, לרבות בגין התחייבויות לרישום משכנתה לטובת הבנקים שמהם היו רוכשי הדירות האחרות בבניין נוטלים הלוואות למימון רכישותיהם.¹²³

כך או אחרת, ספק אם יש בסיס לחשש שהחברה הייתה מנסה להתחיל בבנייה ולמכור דירות "על הנייר" לקונים נוספים, מבלי ליידע את בנק המזרחי טפחות.¹²⁴ לפי עדותו של מנהל החברה, כוונת החברה הייתה להשיג מימון מ"בנק מלווה" לאחר שינוי תכנית המתאר אשר הייתה מעלה את ערך המגרש, ולהמיר את הערות האזהרה של הרוכשים בערבות בנקאית.¹²⁵ במקרה כזה, בנק המזרחי טפחות יכול היה לשמש כבנק המלווה, או שההלוואה לו הייתה נפרעת ובנק אחר היה משמש כבנק מלווה – ובשני המקרים בנק מזרחי טפחות יכול היה לנקוט צעדים נוספים להבטחת האשראי שנתן.

לבסוף, יש בסיס לסברה ששווי המגרש עלה על שווי הדירות שהקונים היו אמורים לקבל לפי החוזה. הדבר עולה הן מהניסיון המלמד ששווי של מגרש שעשויה להתאפשר בו בנייה רוויה גבוה בדרך כלל מהשווי של שתי דירות בבניין שייבנה עליו, הן מההעדפה החזקה של הקונים לקבל את הבעלות במגרש ולא רק פיצויים על אי-קבלת הדירות.

בניגוד לפרשת **אלחנני**, שזכרה בפסק דינו של בית המשפט העליון,¹²⁶ ואשר בה ניסו הקונים לקבל מהסוכנות היהודית סיוע כספי שלא היו זכאים לו, בפרשה הנוכחית לא ביקשו אפוא הצדדים לגרום פגיעה

¹²¹ שם, פס' 16 לפסק הדין.

¹²² גם אם ביחסים שבין הקונים לבין הבנק הטעו הקונים את הבנק, מוטב להקנות לבנק את הכוח לבחור אם לבטל את החוזה בשל ההטעיה בכריתת החוזה, מאשר להחיל ביחסים אלה את דיני החוזה הפסול, שתוצאתם (לפחות כנקודת מוצא) היא בטלות. ראו דניאל פרידמן ונילי כהן **חוזים** כרך ב 652–656 (1992); גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 499–500.

¹²³ ראו ס' 85 לחוק המקרקעין, התשכ"ט–1969; ס' 6 לחוק המשכון, התשכ"ז–1967. ממילא הבנקים כוללים בשגרה בהסכם המשכון תניה השוללת את זכותו של הממשכן להתקשר בעסקאות לגבי הנכס הממושכן, לרבות משכון נוסף, ללא הסכמתם. ראו בהרחבה אצל ויסמן, דיני קניין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 129–154.

¹²⁴ לפי מידע שקיבלנו מבאי-כוח הצדדים, בנק המזרחי טפחות, שנתן את ההלוואה לקונים, היה הבנק של החברה, שסיפק אשראי לרכישה של החלקות הסמוכות (אלה שהיו מיועדות לבנייה רוויה).

¹²⁵ פסק-דין **קפלן**, לעיל ה"ש 3, פס' 39 לפסק הדין.

¹²⁶ ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט הסמוך לה.

כלכלית כלשהי לבנק. אכן, עשויה להישמע הטענה, שהתנהלות הצדדים בכל זאת פגעה בבנק, משום שהיא העמידה אותו בסיכון שהחווה בין החברה לקונים יוכרז כבטל מחמת אי-חוקיות, ואז הוא ייוותר ללא בטוחה להבטחת החוב. אולם דומה שטיעון זה לוקה בהנחת המבוקש: הבנק ייפגע רק אם ההתקשרות בין החברה לקונים תוכרז כבטלה וכבלתי חוקית, ולכן אם שוללים הכרזה זו, נעלם גם הסיכון.

ראיה עקיפה לכך שמערכת החוזים בין החברה לקונים לא נועדה לפגוע ולא פגעה באינטרסים של הבנק מצויה בעובדה שהבנק לא צורף לתביעה שהגישו הקונים בבית המשפט המחוזי; וככל שניתן ללמוד מפסקי הדין, אף אחת משתי הערכאות – בית המשפט המחוזי ובית המשפט העליון – לא סברה שההכרעה בסכסוך דורשת לצרף את הבנק להתדיינות. על כך שהערת האזהרה שקיבל הבנק לרישום המשכנתה לטובתו אכן הייתה בטוחה הולמת ונחוצה להבטחת חובו ניתן ללמוד גם מן העובדה שבחלק האופרטיבי של פסק הדין הורה בית המשפט העליון שהערת האזהרה לא תימחק אלא לאחר שהחוב לבנק ייפרע במלואו.¹²⁷

במענה לטיעון שהחווה למכירת המגרש לא פגע ולא נועד לפגוע בבנק, ניתן לומר שגם אם מצג השווא לא נועד לפגוע באינטרסים הממוניים של הבנק, הוא פגע בחופש הבחירה והפעולה שלו, שכן הבנק לא היה מסכים לתת את ההלוואה אילו ידע שמדובר בחוזים לרכישת דירות. בפסיקה התקבלה העמדה שלפיה האינטרס המוגן בעבירה של קבלת דבר במרמה הוא חופש הפעולה והבחירה של נותן הדבר, ולא דווקא הפגיעה הרכושית בו.¹²⁸ אומנם הלכה זו סוטה מהמקובל בשיטות משפט אחרות ואף זכתה לביקורת בספרות המשפטית,¹²⁹ אולם לצורך הדיון הנוכחי יש לראותה כמשקפת את הדין הנוהג. אם כך הדבר, הרי שניתן לדבוק בעמדה שבענייננו נעברה העבירה של קבלת דבר במרמה, משום שאילו ידע הבנק את העובדות כהווייתן, לא היה נותן את ההלוואה. על כך ניתן להשיב, שגם אם זה המצב במישור הפלילי, מכיוון שהכרזה על בטלות החווה בין החברה לקונים עלולה הייתה לפגוע בבנק, שכן הייתה משמיטה את הבסיס לזכויות של הקונים ושל הבנק ביחס למגרש, הגשמת התכלית של החוק הפלילי דורשת להימנע מהקביעה שההתקשרות בין החברה לקונים הייתה בלתי חוקית ובטלה. הכרזה על בטלות החווה למכירת המגרש אינה משרתת את האינטרסים של הבנק, אלא בנסיבות המיוחדות של המקרה דווקא עלולה לפגוע בהם. כדי להגן על חופש הבחירה של הבנק, די בכך שמרגע שנודעו לו העובדות כהווייתן, יש בכוחו לבטל את חוזה ההלוואה מחמת הטעיה.

בסופו של דבר, הגם שאנו חולקים על המסקנה שהחוזים בין החברה לקונים היו בלתי חוקיים ובטלים עקב הכוונה ליצור מצג שווא כלפי הבנק, יש להודות שמסקנה זו פחות בלתי-ניתנת-להגנה מהמסקנות בדבר המצג הכוזב כלפי רשויות המס ואי קיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות.

5. סיכום ביניים

פסק-הדין בעניין **טופ במרחבי השרון** התבסס על כך שההתקשרות המורכבת בין החברה לקוני הדירות לקתה באי-חוקיות (ובמראית עין), ולכן הייתה בטלה. בית המשפט סבר שאי-החוקיות נבעה משלוש מטרות בלתי חוקיות של צורת ההתקשרות: להתחמק מתשלום מס, להתחמק מקיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות ולהציג מצג שווא בפני הבנק המלווה. בחלק זה בחנו כל אחת ממטרות אלה ומסקנתנו היא שאין

¹²⁷ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פ"ס 20 לפסק הדין. אגב, גם לטענה של הקונים, שראיית החווה בינם לבין החברה כחווה למראית עין הייתה מותרת את הבנק ללא בטוחה, לא היה יסוד: לפי הסיפא של סעיף 13 לחוק החוזים הכללי, אין בבטלות של חווה למראית עין (בין אם מוחלטת ובין אם יחסית) "כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החווה." ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 317–319.

¹²⁸ ראו, למשל, ע"פ 752/90 **ברזל נ' מדינת ישראל**, פ"ד מו(2) 539 (1992); ע"פ 8573/96 **מרקדו נ' מדינת ישראל**, פ"ד נא(5) 481 (1997). אך ראו גם ע"פ 817/76 **דנינו נ' מדינת ישראל**, פ"ד לא(3) 645, 648 (1991) ("קבלת דבר במרמה" פירושה, לדעתי, קבלת אותו דבר (על דרך המרמה) אשר למקבל הוא בגדר של הישג או יתרון ואילו לנותן הוא בגדר נזק או הפסד") (השופט מרים בן-פורת).

¹²⁹ ראו מרדכי קרמניצר **המרמה הפלילית** 39–62 (2009).

באף אחת מהן – ובוודאי לא בשתיים הראשונות – כדי להפוך את ההתקשרות שנערכה בין הצדדים לבלתי חוקית ובטלה. בחינה קרובה של מכלול הנסיבות מצביעה על כך שהצדדים לא ביקשו להתחמק מתשלום מס, וכנראה אף חשפו את עצמם לסיכון שייאלצו לשלם מס גבוה יותר בשל המתכונת הדו-שלבית שבחרו לעסקה ביניהם. החברה לא קיימה את דרישות החוק בנושא הבטחת השקעות של רוכשי דירות, אך הכרזה על בטלותו של החוזה מטעם זה תסכל את תכליות החוק. התנהלות הצדדים לא פגעה ולא נועדה לפגוע בבנק; וגם אם די בשלילה של חירות הבנק להחליט אם לתת הלוואה בהתבסס על מכלול העובדות כהווייתן כדי להוות קבלת דבר במרמה, אין הדבר מצדיק את המסקנה שהחוזים היו בלתי חוקיים ובטלים, משום שהדבר עלול דווקא לפגוע בבנק.

אם מקבלים ניתוח זה, הרי שכדי להגיע למסקנה שבמקרה דנן (ובמקרים דומים לו) מדובר בהתקשרות בלתי חוקית, יש לסבור שעצם הסוואת מהותה האמתית של העסקה היא דבר פסול שיש להתריע מפניו על-ידי ראיית החוזה כבלתי חוקי ובטל. עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם התפיסות המקובלות לגבי משכון מוסווה, עסקה מלאכותית וכדומה. בהקשר של ציון פרטים כוזבים בחוזה למכר מקרקעין, עד כה רק השופטת בן-פורת צידדה בעמדה קיצונית זו, ואף היא עשתה כן רק באמרת אגב.¹³⁰ עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם הרתיעה המוצדקת – מכל הטעמים שנדונו לעיל – מסיווגם של חוזים כבלתי חוקיים.

אכן, כאשר אחד הצדדים כבר קיים את חיוביו לפי החוזה (כפי שהיה בפרשת **טופ במרחבי השרון**), ניתן להימנע מהתוצאות הקשות של אי-חוקיות על ידי הפעלת סמכותו של בית המשפט לפי סעיף 31, סיפא, לחוק החוזים הכללי, להורות על קיום חיוביו של המפר. אולם, כאשר אין מדובר בחוזה בלתי חוקי (וכן במקרים שבהם קיים ספק ממשי אם מדובר בחוזה כזה), אין טעם לצעוד בנתיב של חוזה בלתי חוקי ואז – למרות אי-החוקיות – להורות על קיום החוזה (או להגן בדרך אחרת על אינטרס הציפייה של הנפגע מהפרה). ראשית, גם אם אפשר להגיע לתוצאות דומות בדרכים שונות, יש להעדיף את הדרך הנכונה מבחינה עובדתית ואנליטית. שנית, להכרזה על חוזה כבלתי-חוקי יש עלויות ממשיות, לרבות הטלת סטיגמה על הצדדים ועל עורכי-הדין שהיו מעורבים בעסקה (וזאת בהליך אזרחי שבו אין הם נהנים מההגנות הפרוצדורליות והמהותיות העומדות לנאשמים בהליך פלילי – ובמקרה של עורכי-הדין, לעיתים אף מבלי שיהיו צד להתדיינות). שלישית, סמכותו של בית המשפט לפי סעיף 31, סיפא, מוגבלת למקרים שבהם אחד הצדדים כבר קיים את חיוביו (או לפחות את מקצתם), בעוד שהסיווג של ההתקשרות כמשכון מוסווה שאינו כרוך באי-חוקיות מובילה לתוצאה הראויה גם אם איש מהצדדים לא ביצע עדיין את חיוביו. אומנם במקרה הנוכחי הקונים כבר קיימו את חלקם, אך במקרים אחרים הסכסוך עלול להתגלע בשלב מוקדם יותר. רביעית, גם אם ביחסים שבין החברה והקונים ניתן היה במקרה הנוכחי להגיע לתוצאה הרצויה תוך הפעלת הסמכות שבסעיף 31, סיפא, לתחולה של חוק המשכון יש חשיבות גם מבחינת היחסים שבין החברה והקונים לבין אנשים שלישיים (נושים של החברה או של הקונים) – מישור שבו סעיף 31 אינו ערוך לטפל. לבסוף, החלת דין החוזה הפסול והתליית התוצאה האופרטיבית של הסכסוך בשיקול דעתו של בית המשפט לפי סעיף 31 פוגעת בוודאות המשפטית, משום שלעיתים קשה לחזות כיצד יפעיל בית המשפט את שיקול הדעת. דוגמה מצוינת לקושי האחרון מצויה בפסיקה האופרטיבית של בית המשפט העליון בפרשה הנוכחית, שבה לא זכו הקונים להגנה אפקטיבית על אינטרס הציפייה שלהם. על כך נעמוד בחלק הבא.

¹³⁰ לעיל ה"ש 91, והטקסט הסמוך לה.

ה. התוצאה האופרטיבית של פסק הדין

עד כה התמקדנו בניתוח המשפטי של העובדות בפרשת **טופ במרחבי השרון**. לפני סיום, יש לבחון מהן התוצאות המעשיות הנגזרות מהניתוח המשפטי. מאחר שאף אחת מהערכאות לא הסתמכה על היותן של ההתקשרויות בין החברה לקונים (או חלק מהן) חוזה למראית עין, ומאחר שאף אנו איננו סבורים שהיה מדובר כאן בחוזה למראית עין (כמוסבר בחלק ג לעיל) – לא נרחיב את הדיבור על אפשרות זו. נציין רק, שבמקרה כזה, לפי שיטתו של טדסקי היה מקום לתת תוקף לחוזה (המוסווה) למכירת הדירות, ומשהופר חוזה זה, היו הקונים זכאים לפיצויים שיעמידו אותם במצב כספי דומה לזה שבו היו אילו קיבלו את הדירות שהובטחו להם.

מכאן לניתוח לפי דיני המשכון המוסווה, בהנחה שההתקשרות בין החברה לקונים לא לקתה באי-חוקיות (וגם אם לקתה באי-חוקיות במישור הפלילי, לא היה מקום לסווג את החוזים כבלתי-חוקיים וכבטלים לפי סעיף 30 לחוק החוזים הכללי). לפי אפשרות זו, שאותה אימץ בית המשפט המחוזי ושבה אף אנו מצדדים, השאלה הבאה היא, האם הפרה החברה את חיובה לפעול לשינוי תכנית המתאר ולספק לרוכשים את הדירות. בית המשפט המחוזי פסק שהחברה אכן הפרה את התחייבותה משחלף הזמן הסביר לקיומה, ובית המשפט העליון – אף שלפי הנמקתו לא נצרך להכריע בשאלה זו – החרה החזיק אחריו.¹³¹ בית המשפט המחוזי הסיק מכך, שעל החברה להעביר לקונים את הבעלות במגרש. אולם כפי שצינו לעיל, מסקנה זו סותרת את דיני המשכון, שלפיהם אין הנושה זכאי להיפרע מהמשכון למעלה מחובו (לרבות, לפי סעיף 7 לחוק המשכון, הריבית, ההוצאות והפיצויים שהנושה זכאי להם, שדינם כדין החיוב המובטח). בהנחה זו, הקונים היו זכאים לתרופות בשל הפרת החוזה. אכיפה לא הייתה בת ביצוע, משום שגם כחלוף למעלה משמונה שנים מכריתת החוזה, ייעוד המגרש היה ונותר לבנייה נמוכה, ולא לבנייה רוויה (אלא, אולי, במסירת דירה אחרת של החברה לקונים – אפשרות שלא נדונה בפסק הדין). על כן היו הקונים זכאים לפיצויי ציפיה שיעמידו אותם במצב הכספי שבו היו אלמלא ההפרה. נוכח ההנחה הגדולה שקיבלו הקונים ברכישת הדירה והעלייה הדראסטית במחירי הדירות בין המועד שבו נכרת החוזה לבין מועד ההכרעה בסכסוך, המרכיב המרכזי של הפיצויים היה סכום שיאפשר לקונים לרכוש דירה דומה לזו שהיו אמורים לקבל לפי החוזה עם החברה (ואולי אף דמי שימוש בדירה לגבי פרק הזמן שחלף בין המועד שבו היה על החברה למסור להם את הדירה לבין המועד שבו יתאפשר להם לרכוש דירה חלופית).¹³² לאותה תוצאה אפשר היה להגיע גם על ידי השבת המחיר ששילמו הקונים לחברה, בתוספת ההפרש בין סכום זה לשווי הנוכחי של דירה – בין אם לפי סעיף 10 ובין אם לפי סעיף 11(א) לחוק התרופות (פיצויים ללא הוכחת נזק). להבטחת זכותם הכספית, היו הקונים זכאים לרשום משכנתה על המגרש, כפי שהורה בית המשפט בעניין **שוויגר**.¹³³

לבסוף, נותר לבחון את התוצאה שאליה הגיע בית המשפט העליון, לפי השיטה שהיה מדובר בחוזה בלתי חוקי. בית המשפט העליון פסק שמערך החוזים בין הצדדים היה בטל, ולפיכך הוא הורה לחברה להשיב לקונים את הסכומים שקיבלה.¹³⁴ בית המשפט הביא בחשבון את העובדה שהחברה הפיקה מן העסקה את שביקשה – הסיוע במימון לרכישת המגרש; ואילו הקונים נותרו ללא הכסף, ללא הדירות, ועם הלוואות

¹³¹ פסק-דין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 9 לפסק הדין ("החברה מוסיפה אמנם וטוענת בערעור גם כי בניגוד לקביעתו של בית המשפט המחוזי היא לא הפרה את ההתחייבות שניתנה על ידה בנספחים למסירת הדירות בתוך זמן סביר וזאת בהינתן מורכבותה של העסקה עתירת הסיכון שבה התקשרו הצדדים (בית המשפט המחוזי העמיד את הזמן הסביר בהקשר זה על שלוש שנים), אך דומה כי טענה זו אין בה ממש על פניה והיא אינה מצדיקה התייחסות ולו בהינתן העובדה כי גם במועד שמיעת הערעור לא נקבה החברה במועד אשר בו הייתה נכונה למסור את הדירות למשיבים").

¹³² אילו קבלו הקונים פיצויים אלה, לא היה כמדומה מקום לזכותם גם בפיצויים המוסכמים בשל ההפרה, כפי שתבעו בערעורים לבית המשפט העליון, משום שהדבר עלול היה להוביל לכפל פיצוי, ולפי ס' 15(ב) לחוק התרופות, לפחות נקודת המוצא היא שהנפגע לא יזכה בפיצויים מוסכמים נוסף על פיצויים לפי ס' 10 או 11, בשל אותה הפרה.

¹³³ פסק-דין **שוויגר**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 36. בענייננו, המשכנתה תהיה מדרגה שנייה, אחרי המשכנתה שתירשם לטובת בנק המזרחי טפחות. להשלכות הבעייתיות של אי-רישום המשכנתה, ר' בסוף פרק ג.

שעליהם לפרוע. לפיכך, למרות שהקונים היו שותפים לאי החוקיות ואף קיבלו הנחה משמעותית במחיר הדירות, "יחסי הכוחות בין הצדדים ומאזן 'הרווח וההפסד' שבו הסתיימה הפרשה לבסוף" מובילים למנגנון שיערוך "אשר יהיה בו כדי לקרב את [הקונים] ככל הניתן אל השווי של הדירות במועד מתן פסק-הדין וזאת משיקולי צדק" – כלומר, להצמדת הסכום ששילמו הקונים למדד מחירי הדירות.¹³⁵

דא עקא, שפסיקתו האופרטיבית של בית המשפט אינה מתיישבת עם מטרתו המוצהרת. כזכור, נוכח הצורך המידי של החברה במימון לשם פירעון חובה לחברה שממנה רכשה את המגרשים, פרק הזמן הארוך שהיה צפוי לחלוף עד קבלת הדירות, אי-הוודאות שהדירות ייבנו אי-פעם, ואולי גם הנכונות של הקונים להשתתף במצג השווא כלפי הבנק – קיבלו הקונים הנחה גדולה במחיר. מהעדויות עולה כי באותו זמן מכרה החברה דירות דומות במחיר של 1,300,000 ש"ח. כלומר, המחיר המוסכם של 950,000 ש"ח שיקף הנחה של 350,000 ש"ח – כ-27% מהמחיר הרגיל.¹³⁶ הצמדה של התמורה המוסכמת (950,000 ש"ח) למדד מחירי הדירות לא העמידה את הקונים במצב שבו יוכלו לקנות דירות דומות.

כדי לסבר את האוזן, בדקנו את המחירים של דירות בנות חמישה חדרים באזור השרון במועד כריתת החוזים (חודש יולי 2009) ובמועד פסק-הדין (אוקטובר 2017), לפי נתוני הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה.¹³⁷ בעת כריתת החוזים, המחיר הממוצע הידוע של דירת חמישה חדרים באזור השרון היה כ-1,535,000 ש"ח, ובמועד פסק-הדין כ-2,410,000 ש"ח.¹³⁸ לפי תוצאת פסק-הדין, קיבל כל אחד מהרוכשים, לאחר הצמדה, סך של כ-1,800,000 ש"ח.¹³⁹ כלומר, נותר פער של כ-25% בין הסעד שקיבלו הקונים לבין הסכום שנדרש כדי להגן, פחות או יותר, על אינטרס הציפייה שלהם – פער דומה לשיעור ההנחה שקיבלו. כדי להעמיד את הקונים במצב כספי שהיה מאפשר להם לקנות דירה דומה במועד פסק-הדין ולהינות מההטבה המשמעותית שהעניקה להם העסקה, היה על בית המשפט להצמיד למדד מחירי הדיור את מלוא שווי השוק של דירה דומה "על הנייר" בעת כריתת החוזה, קרי 1,300,000 ש"ח – הסכום שלפי עדותו של מנהל החברה היה המחיר המקובל אז לעסקת מכר דומה. הצמדה שכזו למדד מחירי הדירות הארצי, לפי הנתונים שבהם השתמש בית המשפט, הייתה מזכה כל אחד מהקונים בסכום של כ-2,450,000 ש"ח – סכום דומה לזה שעולה מהנתונים של מחירי הדירות בשרון, כמצוין לעיל.¹⁴⁰ כלומר, בעוד שפסיקתו האופרטיבית של בית המשפט המחוזי העניקה לקונים, ככל הנראה, יותר מאינטרס הציפייה שלהם, בית המשפט העליון פסק להם סעד שנפל במידה רבה מאינטרס הציפייה שלהם.

פסיקה זו סותרת את שיקולי המדיניות שביסוד דיני החוזה הפסול, אף לשיטתו של בית המשפט. פסק הדין העניק לטוב במרחבי השרון הטבה כספית בשווי של למעלה ממיליון ש"ח בהשוואה למצב שבו הייתה אילו קיימה את חיוביה (על חשבון שני הקונים); ושלל סכום דומה מהקונים. תוצאה זו סותרת הן את שיקולי ההוגנות המרכזיים הן את שיקולי ההרתעה המרכזיים המזינים את דיני החוזה הפסול. ככל שמדובר בשיקולים של הוגנות וצדק, הקונים יצאו וידיהם על ראשיהם, בעוד שהחברה יצאה ברווח גדול, למרות שהיא זו שיזמה את אי-החוקיות הנטענת והייתה המרוויחה העיקרית ממנה. ככל שמדובר בשיקולי הרתעה,

¹³⁵ ש.ם.

¹³⁶ ש.ם.

¹³⁷ ראו אתר האינטרנט של השלכה המרכזית לסטטיסטיקה: <https://www.cbs.gov.il>.

¹³⁸ המדד מפורסם מדי החמישה-עשר לחודש בגין החודש הקודם. לכן, המדד הידוע ביום 20 ביולי 2009 הוא המדד בגין חודש יוני 2009. המדד הידוע ביום 24 באוקטובר 2017 הוא המדד בגין חודש ספטמבר 2017.

¹³⁹ פסק-דין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פס' 18 לפסק הדין.

¹⁴⁰ ראו שם המדדים שבהם השתמש בית המשפט. לשם ההסבר: סכום של 285,000 ש"ח שולם על-ידי קפלן ביום 24 ביולי 2009 וסכום נוסף של 665,000 שולם ביום 15 בספטמבר 2009. את ההנחה שניתנה לקונים בסך 350,000 ש"ח (1,300,000 פחות 950,000) הוספנו לסכום האחרון, כך שהתקבל סך של 1,015,000 ש"ח המהווה את שווי התמורה ליום 15 בספטמבר 2009. לבסוף, הסכום של 285,000 ש"ח הוכפל ב-412.6/212.5, והסכום של 1,015,000 ש"ח הוכפל ב-412.6/220.6 – לפי המדדים שבהם השתמש בית המשפט העליון. חיבור הסכומים מוביל ל-2,451,778 ש"ח. חישוב דומה ביחס לתשלומים של כן נותן את הסכום של 2,439,299 ש"ח.

מאחר שהחברה עוסקת בענייני מקרקעין באורח חוזר ונשנה, ומאחר שכאמור היא הייתה היוזמת והנהנית העיקרית מביצוע העסקות, היא זו שנדרש להתרעה מפני עשיית חוזים שכאלה. במקום עונש, קבלה החברה פרס.

חשוב לציין כי, גם לשיטתו של בית המשפט (שכמוסבר בהרחבה בחלקים ג ו-ד לעיל, איננו שותפים לה), תוצאה זו לא הייתה הכרחית. מאחר שהקונים כבר קיימו את מלוא חיוביהם כלפי החברה שנים לפני פסק הדין, לפי סעיף 31 היה לבית המשפט שיקול דעת להורות על קיום החיוב הנגדי של החברה – נתיב שבו צעדו בתי המשפט במקרים רבים. במקרה הנדון אין מדובר בהוראה לבצע מעשה בלתי חוקי או לשלם בעד מעשה שכל כולו בלתי חוקי;¹⁴¹ וככל שקיים חשש להונאת אדם שלישי, אפשר ללוות את ההוראה על קיום החיובים שכנגד במתן הודעה מתאימה לאותו אדם.¹⁴² כלומר, גם שיקולים אלה אינם שוקלים נגד הוראה על קיום החוזה. אכן, במקרה הנדון תרופת האכיפה לא באה בחשבון, אולם לא היה קושי להורות על קיום החוזה בדרך של חיוב החברה המפרה בתשלום פיצויי ציפיה. אומנם ישנה דעה שלפיה, גם אם סעיף 31 מאפשר לבית המשפט להורות על קיום החוזה הבלתי-חוקי, אין בידי הורות על תשלום פיצויים בשל הפרתו.¹⁴³ אולם כפי שאחד מאתנו (זמיר) כתב במקום אחר, עמדה זו אינה עומדת בפני הביקורת. אם הדין נכון להורות על קיום חיובים שמקורם בחוזה בלתי חוקי, קל וחומר שעליו לאפשר פסיקת פיצויים בשל אי-קיומם.¹⁴⁴

ו. סיכום

בפרשת **טופ במרחבי השרון** דן בית המשפט העליון בעסקת מקרקעין מורכבת, שעוצבה באורח מלאכותי. הוא הגיע למסקנה כי הסתרת מהותה האמתית של העסקה מהבנק ומרשויות המס, כמו גם אי-קיום הוראותיו של חוק הבטחת השקעות, עלו כדי אי-חוקיות. הוא הוסיף כי העסקה הגלויה, מכר המגרש, הייתה למראית עין. כמו במקרים קודמים, מכאן קצרה הדרך להכרזה על בטלותו של החוזה לפי סעיף 30 לחוק החוזים. בד בבד, ואף זאת כמו במקרים קודמים, בית המשפט השתדל להורות על קיומו של חוזה הנסתר, או לפחות להגן על אינטרס הציפיה של הקונים לפי חוזה זה, באמצעות הצמדה של הסכומים ששילמו למדד מחירי הדירות. לפי הניתוח החלופי שהצענו, ראוי היה להשקיף על מה שעשו הצדדים לא כעסקה למראית עין או כעסקה בלתי חוקית, אלא כמשכון מוסווה. מכירת המגרש נועדה לשמש בטוחה להבטחת התחייבותה של החברה להקנות ולמסור לקונים דירות שתיבנינה באותו מגרש. העובדה שהצדדים בחרו להלביש את העסקה בלבוש שאינו הולם אותה, ואף הסתירו חלק ממנה, אין משמעותה כי לא גמרו בדעתם לשנות את המצב המשפטי ביניהם. הצדדים התכוונו לקיים את החוזה הגלוי ואף הוציאוהו לפועל, אלא שהיה זה רק שלב ראשון בתכניתם. מכך לא נובע שמדובר בחוזה למראית עין. הראינו כי ישנה חשיבות לקביעה כי מדובר במשכון מוסווה ולא בחוזה למראית עין, כדי למנוע את אובדן הבטוחה הקניינית שהצדדים התכוונו להעניק לקונים וכדי למנוע פגיעה אפשרית בצדדים שלישיים. בכל הנוגע לשאלת אי-החוקיות, הצבענו על כך שהצדדים לא התכוונו להתחמק מתשלום מיסים, ואף חשפו את עצמם לסיכון שייאלצו לשלם מס גבוה יותר מזה שהיו משלמים אלמלא העיצוב הדו-שלבי של ההתקשרות. מצג השווא לא נועד לפגוע באינטרסים הרכושיים של הבנק, ואף נדמה שהעניק לו בטוחה איתנה. אמנם, הוא פגע בחופש הבחירה של הבנק, אך

¹⁴¹ ראו פרידמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 627, 628; זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 448; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 618-615. העמדה שלפיה יש להימנע מצו שיפוטי לבצע מעשה בלתי חוקי, או לשלם בעד מעשה שכל כולו בלתי חוקי, אומצה, למשל, בפסק-דין **זגורי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 791.

¹⁴² זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 448; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 615. עמדה זו אומצה, למשל, בפסק-דין **שאלתיאל** (לעיל ה"ש 94), בפסק-דין **נחשתן** (לעיל ה"ש 84), ובפסק-דין **ביהם**, לעיל ה"ש 29.

¹⁴³ פרידמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 178-180. ראו גם המחלוקת בין השופטים בפסק-דין **הווארד**, לעיל ה"ש 22; פסק-דין **ברש**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 273; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 679-680.

¹⁴⁴ זמיר, החוזה הבלתי חוקי, לעיל ה"ש 26, בעמ' 452-453. ראו גם פסק-דין **זגורי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 785 (שם הותיר השופט ברק בצריך עיון את מכלול השאלות הכרוכות בתשלום פיצויים בשל הפרתו של חוזה בלתי חוקי).

דומה שבכך מטפלים כראוי דיני הפגמים בכריתה. הכרזה על בטלות החוזה מחמת אי-קיום דרישותיו של חוק הבטחת השקעות של רוכשי דירות אינה עולה בקנה אחד עם תכליתו להגן על הקונים. לבסוף, הראינו שהתוצאות האופרטיביות של פסקי-הדין של בית המשפט המחוזי ושל בית המשפט העליון – כל אחד לשיטתו – לא עלו בקנה אחד עם הניתוח המשפטי שהם ערכו. בפרט, פסיקתו של בית המשפט העליון העניקה פרס לחברה שיזמה את אי-החוקיות הנטענת ונהנתה ממנה, בניגוד לשיקולי ההרתעה והצדק החוזי שבבסיס דיני החוזה הפסול.