

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

מאת

ניר בר-און ואיל זמיר*

בעניין טופ במרחבי השרון 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 החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות; יצירת מצג שווא כלפי הבנק שנתן הלוואה למימון הרכישה. בעקבות זאת 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 טוענים 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 ועל השיקולים 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 החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות. 4. הסתרת הנספח מהבנק. 5. סיכום ביניים. ה. התוצאה האופרטיבית של פסק הדין. ו. סיכום.

מבוא

הסוגיה של חוזים בלתי חוקיים, ובייחוד היחס בין דיני החוזה הבלתי חוקי לדיני החוזה למראית עין, מרתקת מבחינה עיונית וחשובה מבחינה מעשית. עשרות פסקי דין של בית המשפט העליון עסקו בה מאז חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי), התשל"ג–1973 (להלן: חוק החוזים הכללי), ולא מעט מאמרים ופרקים בספרים ליבנו אותה במהלך השנים. היה

* ניר בר-און הוא בוגר התוכנית המשותפת במשפטים וחשבונאות של האוניברסיטה העברית בירושלים; איל זמיר הוא פרופסור מן המניין המכהן בקתדרה למשפט מסחרי ע"ש אוגוסטו לוי בפקולטה למשפטים של האוניברסיטה העברית בירושלים. 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.

נדמה שכל מה שהיה אפשר לכתוב 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: עניין **טופ במרחבי השרון**,¹ ועניין **עג'אם**.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 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 המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ה-1974 (להלן: החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות); יצירת מצג שווא כלפי הבנק שנתן הלוואה למימון הרכישה. בעקבות זאת ההתקשרות הייתה בטלה ועל הצדדים חלה חובת השבה. בעניין **עג'אם** פסק השופט עופר גרוסקופף שעסקה שנחתמה כ"עסקת ברוטו" – כלומר כעסקה שבה כל צד נושא במיסים החלים עליו – הייתה למעשה "עסקת נטו", שבה הקונה נשא גם במיסים החלים על המוכר (ולפיכך המחיר האפקטיבי בה והמיסים החלים עליה גבוהים יותר). שניים מהשופטים נטו לסברה שהחווה הגלוי נעשה למראית עין כדי להקטין את החבות במס, ואילו פסק הדין העיקרי התבסס על הדוקטרינה של טעות סופר, שלפיה נדרש לתקן את החווה כדי לתת תוקף להסכמה האמיתית של הצדדים.

ייחודם של שני פסקי הדין נעוץ בכך שלצד ההתלבטות המוכרת בדבר היחס שבין דיני החווה הבלתי חוקי לדיני החווה למראית עין הם מעוררים שאלות בדבר היחס שבין שתי דוקטרינות אלה לבין דוקטרינות משפטיות אחרות. 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 שבין דיני החווה הפסול לחווה למראית עין ולמשכון המוסווה. הרשימה כוללת שלושה טיעונים עיקריים: 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.

כפתח הדברים יש להעיר כי רשימה זו אינה מציעה אמות מידה כלליות ואחידות לטיפול בנקודות המפגש האפשריות שבין שלוש הדוקטרינות הנזכרות – חווה פסול, חווה למראית

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

2 ע"א 8243/16 **עג'אם נ' סיטון** (נבו) 19.3.2019.

עין ומשכון מוסווה – משום שנקודות מפגש אלה אינן עשויות מעור אחד. דיני החוזה הפסול עצמם מקיפים מגוון עצום של מצבים, יש כמה וכמה דרכים להסוות משכון, וגם דין החוזה למראית העין 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 ללוונטי 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 (פרק א), ואז נסקור בקצרה את העמדות השונות שהובעו בפסיקה ובספרות בדבר תוקפם של חוזים שהחזות החיצונית שלהם אינה תואמת את הכוונה האמיתית של שני הצדדים (פרק ב). לאחר מכן נעסוק בשאלת הסיווג של העסקה כחוזה למראית עין או כמשכון מוסווה (פרק ג) ונלבן את הסוגיה של אי-חוקיות (פרק ד). לבסוף נסביר מדוע, גם לפי השיטה שהיה מדובר בחוזה בלתי חוקי, התוצאה האופרטיבית של פסק הדין אינה עולה בקנה אחד עם שיקולי המדיניות הרלוונטיים (פרק ה).

א. העובדות והפסיקה

טופ במרחבי השרון, חברת נדל"ן, ערכה בשנת 2008 חוזה לרכישת זכויות במגרשים אחדים בנתניה. על חלק מן המגרשים חלה תוכנית מתאר שאפשרה בנייה רוויה, ועל חלקם האחר – אלה שעליהם נסב פסק הדין – חלה תוכנית מתאר שאפשרה בנייה נמוכה בלבד. החברה התכוונה לפעול לשינוי תוכנית המתאר במגרשים האחרונים, שיאפשר גם בהם בנייה של מגדל מגורים במקום הבנייה הנמוכה. 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, אשר הסדיר את הבנייה, את ההחזקה ואת השימוש ביחסים שביניהם; 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". אין מוסבר בפסק הדין 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 ועל הסכם 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 לתוכנית 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 בשל 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, וזאת, לשיטתם, עקב אי-הדיווח על הנספחים לרשות המיסים ואי-קיום הוראות החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות. לחלופין ביקשו הקונים להצהיר על ביטול הנספחים בשל הפרת ההסכם מצד החברה.

על יסוד עדויותיהם של שני הצדדים פסק בית המשפט המחוזי שבין הצדדים נערכו חוזים למכירת הדירות, והמגרשים שימשו בטוחה להבטחת הסכומים ששולמו על חשבון הדירות.⁴ עוד פסק בית המשפט כי מאחר שחוזי המכר לא נקבו במועדים מוגדרים לשינוי תוכנית המתאר ולמסירת הדירות, היה על החברה לקיים את חיוביה תוך זמן סביר. הוא קבע שהחברה התנהלה בעצלתיים, וכי פרק זמן של כשלוש שנים אשר חלף מבלי שהופקדה תוכנית מתאר חדשה, איננו זמן סביר. לפיכך החברה הפרה את התחייבותה לספק את הדירות לפי הנספחים, והקונים ביטלו כדין את החוזים שנכללו בנספחים.⁵ בית המשפט המחוזי נעתר לתביעת הקונים להורות על רישום 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 כשלא 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 במידה ניכרת מן הכספים ששילמו, ואף אם רואים במגרש בטוחה, הקניית זכות הבעלות בו לרוכשים מנוגדת לחוק המשכון, התשכ"ז-1967, שלפיו

3 ראו עניין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 10, 12-13, 20 לפסק הדין. החברה התחייבה כלפי הבנק המלווה להעביר "את הבעלות בדירה (או [לגרום] לכך שתירשם חכירה לדורות בה) על שם הלווים" (שם, פס' 1) – 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 (מחוזי מר') 34634-06-14 **קפלן נ' טופ במרחבי השרון ייזום בע"מ**, פס' 37 (נבו 6.7.2015) (להלן: עניין **טופ מחוזי**).

4 שם, פס' 38.

5 שם, פס' 57, 63.

שעבוד נכס כערובה לחיוב נועד להבטיח לכל היותר את פירעון מלוא החוב.⁶ על כן לטענת החברה, מאחר שהקונים ביטלו 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 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". בדומה לזה הועלמה העסקה האמיתית 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**,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 דיווחו 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 החוק להבטחת 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 המסווים חוזים אמיתיים, בייחוד לפי פסק דין **אילן**.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 שיערוך הכספים, היא פסקה שיש להביא 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, אף שהקונים היו שותפים לתוכנית הבלתי חוקית ואף עמדו להרוויח ממנה משום שרכשו את הדירות בהנחה ניכרת, "יחסי הכוחות בין הצדדים ומאזן 'הרווח וההפסד' שבו הסתיימה הפרשה לבסוף" מובילים למנגנון שיערוך "אשר יהיה בו כדי לקרב את

6 עניין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 5. כמו כן, החברה טענה גם כי לפי סעיף 13(א) לחוק המשכון היא זכאית לפדות את המגרש באמצעות קיום החיוב.

7 שם, פס' 10.

8 שם.

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

10 עניין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 16.

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

12 עניין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 16.

[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 ההלוואות, תעמודנה הערות האזהרה לטובת הקונים ולטובת הבנק בעינן עד לפירעון ההלוואות.

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 בדבר היחס שבין שתי דוקטרינות אלה. התיאור יתמקד במצבים שבהם צדדים לחוזה עורכים חוזה למראית עין, המסתיר את הסכמתם האמיתית, 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 לאמיתו 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, ולעיתים המניע שביסודו לגיטימי. 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 לא חוקי כשהוא לעצמו. זה המצב למשל כאשר חוזה למכירת "קמח" מסתיר חוזה למכירת סמים אסורים. החוזה למכירת קמח (החוזה המסווה) הוא למראית עין בלבד, ולכן אינו מקים לצדדים זכויות או חובות (אם כי לפי סעיף 13 סיפה לחוק החוזים הכללי, אין

13 שם, פס' 18.

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 שם, בעמ' 254; שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 301.

16 שם.

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 מקרקעין או דירה ולא למכירת סמים, אך המטרה של הסוואתו בחוזה למראית עין היא בלתי חוקית, כגון התחמקות מתשלום מלוא המיסים 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 הסתרתו באמצעות החוזה למראית עין נועדה להשיג מטרה בלתי חוקית.

בספרות ובפסיקה הובעו דעות שונות בדבר 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, חלה על הצדדים חובת השבה הדדית, אולם לבית המשפט מסור שיקול דעת "אם ראה שמן הצדק לעשות כן 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 טרסקי, במקרים של סימולציה יחסית לשם הונאת הרשויות ניתן להבחין בשניים, או אף בשלושה, חוזים נפרדים: החוזה המוסווה, החוזה המוסווה וההסכמה להסוות את המוסווה באמצעות המוסווה. למשל, כאשר חוזה מכר מציין סכום כוזב לשם הונאה של רשויות המס, החוזה המוסווה הוא החוזה הגלוי הכולל את המחיר הכוזב. החוזה המוסווה הוא החוזה למכירת הנכס במחיר האמיתי. החוזה השלישי (אם חוזה הוא) כולל את ההסכמה להסתיר את הכוונה האמיתית באמצעות סכום כוזב ובכך להתחמק מתשלום מלוא המס החל על העסקה. לפי ניתוח זה, החוזה הגלוי חסר תוקף בהיותו למראית עין גרידא, החוזה להסוואת החוזה הנסתר באמצעות החוזה הגלוי בטל מחמת אי-חוקיות, והחוזה הנסתר, אשר משקף את הסכמתם האמיתית של הצדדים, תקף לכל דבר ועניין.¹⁹ בפסק הדין בעניין ביטון אימץ השופט אהרן ברק דרך ניתוח זה,²⁰ ויש לה ביטוי אף בפסיקה של בית הדין הארצי לעבודה.²¹ אולם שאר השופטים בעניין ביטון ובסדרה של פסקי דין מאוחרים יותר הותירו

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); דניאל פרידמן "תוצאות אי חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי) – חלק שני" עיוני משפט ו' 172 (1978).

19 גד טרסקי "חוזה למראית-עין ודבר פסלותו" משפטים ח' 507, 511-512 (1978).

20 ראו 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), שם, בעמ' 582).

21 דב"ע (ארצי) מז/3-146 חוג'ירת – גל, פד"ע כ(1) 19, 22-25 (1988); דב"ע (ארצי) נב/3-254 חיים – מפעל הפיס, פד"ע כו(1) 372, 386 (1993); ע"ע (ארצי) 450/07 גלובוס גרופ בע"מ – מלכא, פס' 4-7 לפסק דינו של השופט רבינוביץ (נב) 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

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 עניין אילן.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 חוקי הן כחוזה 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, ניתח בית המשפט את המקרה שלפניו לפי דיני החוזה הפסול.

חשוב לציין כי בניגוד למה שכתב השופט הנדל בעניין אילן (ולמה שכתבה למשל השופטת שושנה נתניהו בעניין ברש²⁵), הבחירה בין גישת פרידמן לגישת טדסקי איננה בין שתי דרכים המובילות למסקנה שהחוזה בטל (גם אם לגוונים שונים של בטלות). גישת טדסקי מובילה לתוצאה הפוכה מזו של גישת פרידמן, משום שלשיטתו של טדסקי, החוזה הנסתר תקף לכל דבר ועניין!²⁶ אולם בניגוד לרטוריקה השיפוטית המכריזה על החוזים הללו כבטלים, בפועל משתמשים בתי המשפט במגוון של דרכים ישירות, עקיפות, ולעיתים יצירתיות למדי, כדי לאכוף את החוזה הנסתר, במלואו או בחלקו, כגישתו של טדסקי.²⁷

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, שהסווגה כחוזה קבלנות, מונע את קיפוחם של העובדים ושומר על זכויותיהם החקוקות. יש מקום לסברה כי בחלק מהמקרים הללו אין מדובר, לאמיתו של דבר, בסימולציה יחסית (שבה מתן תוקף לחוזה הנסתר מגשימה את רצון הצדדים), אלא בסיווג מחדש של העסקה בניגוד לכוונת הצדדים (ראו להלן בטקסט הסמוך לה"ש 32–36).

22 ראו למשל ע"א 311/78 הווארד נ' מיארה, פ"ד לה(2) 513, 514–516, 516 (1980); עניין 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' תרביק בע"מ, פס"כ 16 לפסק דינה של השופטת חיות (נבר 14.8.2008); ע"א 6667/10 טנדלר נ' קונוניצקי, פס"כ 30 לפסק דינו של השופט עמית (נבר 12.9.2012). בין פסקי הדין החשובים בסוגיית החוזה הבלתי חוקי שבהם התעלם בית המשפט לחלוטין מדין החוזה למראית עין, ניתן להזכיר את פסק הדין בע"א 533/80 ארעי 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, 314–316, 314–316).

23 עניין אילן, לעיל ה"ש 11.

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

25 עניין ברש, לעיל ה"ש 22, בעמ' 272.

26 איל זמיר "החוזה 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 "החוזה הבלתי חוקי"); זמיר וכהן, לעיל ה"ש 14, בעמ' 266.

27 שם, בעמ' 257–259; זמיר "החוזה הבלתי חוקי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 454–462.

למשל, בעניין **ברש** קבע בית המשפט את בטלותו של החוזה, 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, והם 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 סיפה והורה על קיום החוזה 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 סכמטי ביותר, שיקולי הוגנות מושכים בכיוון של הפרדה בין הפן הפלילי לפן החוזי ומתן תוקף מלא לחוזה. לפחות במקרים שבהם אי-החוקיות אינה לב ליבו של החוזה ואינה קשורה לעושה של אחד הצדדים בידי רעהו, מתן תוקף מלא לחוזה משרת את התכליות הרגילות של דיני החוזים, לרבות הגשמה של כוונות הצדדים וציפיותיהם. לעומת זאת, שיקולי הרתעה מובילים לפסילה ולבטלות של החוזה ואולי אף להימנעות ממתן סעד כלשהו בקשר לחוזה הבלתי חוקי. רצונם של בתי המשפט להרתיע מראש מפני עשיית חוזים בלתי חוקיים בא לידי ביטוי בראש ובראשונה ברטוריקה השיפוטית המוקיעה חוזים אלה ומכריזה על בטלותם. בה בעת, השאיפה להכריע בסכסוכים בדיעבד הכרעה צודקת והוגנת, מובילה לכך שבפועל נוטים בתי המשפט להורות על קיום של חיובי הצדדים, למרות אי-החוקיות שנלוותה למעשיהם.³⁰ כלומר, בדרך כלל בתי המשפט מחילים במצבים אלה את דיני החוזה הבלתי חוקי, כעמדתו של פרידמן, אך נותנים תוקף מלא, או לפחות חלקי, לחוזה המוסווה, כעמדתו של טרסקי.³¹

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 אם היה מדובר בחוזה למראית עין (אף לשיטתו של טרסקי). לשם כך נאמר מילים אחדות על הסוגיה הכללית של סיווג חוזים.

- 28 שם, בעמ' 456–457. כן ראו עופר גרוסקופף "חוזה פסול" חוזים כרך ג 473, 519 (דניאל פרידמן ונילי כהן עורכים 2003).
- 29 ראו שם; עניין **ארעזי**, לעיל ה"ש 22; ע"א 701/87 **ביהם נ' בן יוסף**, פ"ד מר(1) 1 (1989); עניין **אילן**, לעיל ה"ש 11. ראו גם זמיר "החוזה הבלתי חוקי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 454–462.
- 30 על המתח בין שיקולי הרתעה לשיקולי צדק בין הצדדים בדין החוזה הפסול ראו למשל עניין **ביהם**, לעיל ה"ש 29, בעמ' 15–16; בג"ץ 6231/92 **זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, פ"ד מט(4) 749, 781–782 (1995); עניין **טנדלר**, לעיל ה"ש 22, פס' 18 לפסק דינו של השופט עמית. לדיון מלא בשיקולים אלה ובשיקולים רבים נוספים ראו זמיר "החוזה 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 ראו שם, בעמ' 315–316; זמיר "החוזה הבלתי חוקי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 460–462; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 519. ראו גם עניין **ארעזי**, לעיל ה"ש 22; עניין **ברש**, לעיל ה"ש 22; עניין **טנדלר**, לעיל ה"ש 22, פס' 27, 32.

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 העבודה³⁴ ובדיני המיסים.³⁵ בדרך כלל במקרים אלה הצדדים גמרו בדעתם לעצב את החוזה באופן כלשהו – למשל כ"מכר חוזר" או כחוזה קבלנות – אך הדין תופס את החוזה אחרת – למשל, כמשכון או כחוזה עבודה. בניגוד לסימולציה יחסית, שבה אין הצדדים מתכוונים לתת תוקף לחוזה הגלוי, בדרך כלל במקרים אלה הצדדים מתכוונים באמת ובתמים לעשות חוזה לפי המתכונת הגלויה שלו – פיהם וליבם שווים – אלא שהגשמת תכליותיו של הדין דורשת להתעלם מכוונה זו ולסווג את ההתקשרות בדרך אחרת.³⁶ בפרק 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 במקרים אחרים שבהם הדין שולל את תוקפן של התנאות על דין קוגנטי, מבלי לראות

32 ראו למשל בג"ץ 187/77 **שלום קופטש – חברה לבנין בע"מ נ' שר הפנים**, פ"ד לב(1) 309, 316, 319 (1977). כן ראו גד טדסקי "חליפין בתשלום משלים" **משפטים ט** 311, 315 (1979); איל זמיר **חוק חוזה קבלנות, תשל"ד-1974**, 122-123 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך 1994).

33 ראו יהושע ויסמן **חוק המשכון, תשכ"ז-1967**, 70-75 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך 1974) (להלן: ויסמן **חוק המשכון**); איל זמיר **חוק המכר, תשכ"ח-1968**, 79-83 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גד טדסקי עורך 1987) (להלן: זמיר **חוק המכר**); יהושע ויסמן **דיני קניין: זכויות קדימה ופרקי משכון** 101-128 (2014) (להלן: ויסמן **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 (יצחק אליאסוף ואח' עורכים 2016).

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

36 ראו למשל עניין **ביטון**, לעיל ה"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). כמוכך, ייתכן שהצדדים עצמם מתכוונים לערוך חוזה פלוני ומציגים אותו כלפי חוץ כחוזה אלמוני, ואז מדובר בסימולציה יחסית. לחילוקי דעות בסוגיה זו ראו למשל עניין **גלובוס גרופ**, לעיל ה"ש 21, פס' 8-2 לפסק דינו של השופט רבינוביץ, פס' 5 לפסק דינו של השופט צור.

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

בניסיונות לסטות מהדין הקוגנטי משום אי-חוקיות.³⁸ 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. למשל, היחסים בין מעסיק למועסק עשויים להיות מסווגים כיחסי עבודה לצורך קיומה של אחריות שילוחית של המעסיק בדיני הנזיקין, או לעניין תחולה של חקיקת מגן בדיני העבודה, אך לא לעניינים אחרים.⁴¹ כיוצא בזה, סיווג מחדש לצורכי מס לפי הכללים בדבר 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. למשל, במכר חוזר הלווה מוכר למלווה נכס כלשהו, החוזה מעניק ללווה אופציה לקנות את הנכס חזרה מהמלווה, ומחיר הקנייה החוזרת משקף את הקרן ואת הריבית 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 אם במקרים אלה ודומיהם נועדה העסקה להעניק לנושה בטוחה, חל סעיף 2(ב) לחוק המשכון, שלפיו "הוראות חוק זה יחולו על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערובה לחיוב, היא כינויה של העסקה אשר יהא".⁴⁷ אלמלא הוראה זו, אי-קיום החיוב בידי החייב היה מאפשר לנושה

- 38 ראו Eyal Zamir & Ian Ayres, *A Theory of Mandatory Rules: Typology, Policy, and Design*, 99 TEX. L. REV. 283, 325–330 (2020).
- 39 ראו למשל עניין ברזני, לעיל ה"ש 36, בעמ' 285; גליקסברג, לעיל ה"ש 35, בעמ' 67–85, 88.
- 40 ראו ע"ע (ארצי) 110/10 רופא – מרקם סוכנות לביטוח בע"מ, פס" 53 לפסק דינה של השופטת דוידוב-מוטולה (נבו) 22.12.2011.
- 41 ראו למשל זמיר "עובד או קבלן", לעיל ה"ש 34, בעמ' 119–120; גולדברג, לעיל ה"ש 34, בעמ' 20–24; דוידוב, לעיל ה"ש 34, בעמ' 263–265.
- 42 ראו למשל עניין ברזני, לעיל ה"ש 36, בעמ' 285. השו"ג ע"א 53/86 סולל נ' צוקרמן, פ"ד מב(2) 625, 632–633 (1988).
- 43 במבט כללי ראו 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 שם, בעמ' 79–81; ויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 107. ראו גם ת"א (מחוזי ת"א) 280/81 דיסקונט ליסינג (1979) בע"מ נ' שמואל בן ברק בע"מ, פסק דינו של השופט טלגם (נבו) 20.5.1992; ת"א (מחוזי חי') 147/01 אי.די.בי. ליסינג נ' לוי, פסק דינו של השופט עמית (נבו) 30.6.2002.
- 46 ראו ויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 101; זמיר חוק המכר, לעיל ה"ש 33, בעמ' 81. כן ראו ע"א 455/89 קולומבו, מאכל ומשקה בע"מ נ' בנק למסחר בע"מ, פ"ד מה(5) 490 (1991).
- 47 על הוראה זו ועל המחלוקת שהתגלעה לגבי היקף תחולתה ויישומה ראו שם. כן ראו 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 בעמ' ויטה פרי גליל (החדשה) בע"מ נ' נוב, פ"ד סו(3) 312 (2013); ויסמן דיני קניין, לעיל ה"ש 33, בעמ' 101–128; ולצמן וגרוסקופף, לעיל ה"ש 33, בעמ' 76–97; חיים זנדברג "המחאת זכות: מכר מותנה או

להותיר את הנכס בידי תוך עקיפת הדינים הקוגנטיים שנועדו להגן על בעל הנכס. בין היתר היה הנושה יכול להיפרע יותר מחובו (אם קיים פער בין שווי הנכס לבין גודל החוב), לשלול את זכותו של בעל המשכון לפדות את המשכון באמצעות קיום החיוב אף לאחר מועד קיומו (לפי סעיף 13 לחוק המשכון) ולעקוף את הדינים הקובעים ריבית מרבית על הלוואות (בייחוד חוק אשראי הוגן, התשנ"ג-1993).⁴⁸ מלבד ההגנה על בעל המשכון, החלת דיני המשכון על כל עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה 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, איש מהצדדים לא טען, 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 שהחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות אוסר לשלם את מלוא המחיר על הדירה בשלב שבו טרם החלה הבנייה,⁴⁹ ואוסר על הבנק לתת הלוואה לרוכשי הדירות שלא לפי התנאים והפרוצדורות שקובע החוק.⁵⁰ נוכח אי-הוודאות שאפפה את בניית הדירות, נדרש אפוא להבטיח את כספם של הקונים בדרך אחרת. מנהל החברה העיד שהמגרש היה הבטוחה היחידה שהיה בידי לתת, והקונים אישרו כי המגרשים היו בטוחה לכספים ששילמו בעד הדירות.⁵¹ נראה אפוא שבפרשה הנדונה היה מדובר במשכון מוסווה.

עשיית עסקה שכוונתה שעבוד נכס כערוכה 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 לאמיתו של דבר אין הצדדים מתכוונים לעשות חוזה כלשהו. הצדדים אף לא התכוונו לסימולציה יחסית, שבה

משכון? עוד על ההבחנה ומשמעויותיה – אגב ע"א 2328/97 כוכבי נ' ארנפלד" משפטים לא 985 (2001).

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

49 ראו ס' 2-2, 3 לחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות.
50 שם, ס' 2ג(2).

51 עניין טופ מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 33-34. אומנם לפי סעיף 2(3) לחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות ניתן להסתפק בשעבוד חלק יחסי של הקרקע שעליה תיבנה הדירה לשם הבטחת ההשקעה של הקונה, אולם לפי סעיף 3 לחוק זה 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 (כמשמעם בסעיף 1(2), 2(2) לחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות) – אשרה לגבות יותר מ-40% מהמחיר לפני שהסתיימה הבנייה של התקרה של קומת העמודים, או התקרה של הקומה הראשונה במבנה ללא קומת עמודים.

אין הצדדים מתכוונים לתת תוקף משפטי לחוזה הנגלה אלא לחוזה אחר. הצדדים התכוונו לקיים את החוזה הגלוי, מכר המגרש, ואף החלו לקיימו, שאם לא כן 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 את ביטולה של העסקה הגלויה, או את 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**.⁵⁴ בפסק דין זה נקבע כי חוזה הלוואה וחווה 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 וחווה מכר בשלב השני, כאשר תושלם הבנייה – היה מלאכותי. עסקת ההלוואה בין הצדדים, מתוך כוונה להשהות את אירוע המס עד להשגת פטור ממס שבח הייתה בבחינת "פרוודור שיוביל לטרקלין" – הוא חוזה המכר,⁵⁵ אך אין בכך כדי לפגוע בתוקף המשפטי של החוזה ביניהם.⁵⁵ כיוצא בזה, פרשת **שוייגר** עסקה בחוזה "מכר" דירה ובהסכמה של הצדדים שהוא יכולט אם ה"מוכר" 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 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 נבראה",⁵⁸ נראה שהעסקה נבראה ושהצדדים אף פעלו למימושה. ההסתרה של הנספח להמרת מכר המגרש במכר דירות אינה מהווה כשהיא לעצמה מראית עין. כאמור, החוזה הגלוי, מכר

52 השוו ע"פ 5689/92 מן נ' מדינת ישראל, פס' 21 לפסק דינה של השופטת דורנר (נבו 30.10.1994).

53 ראו להלן בתת-פרק ד.2.

54 ראו עניין **סולל**, לעיל ה"ש 42. כן ראו עניין **מן**, לעיל ה"ש 52.

55 עניין **סולל**, לעיל ה"ש 42, בעמ' 632–633.

56 עניין **שוייגר**, לעיל ה"ש 36.

57 שם, בעמ' 24. כן ראו שם, בעמ' 12, 16, 25, 32.

58 עניין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 13.

המגרש, נועד להיות 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 כערוכה 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 סיווגו של 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, שלפיהם הנושה זכאי לממש את הנכס הממושכן לצורך גביית חובו, ולא יותר מזה.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 מבעל הנכס הממושכן, חברת טופ במרחבי השרון (שקיבלה 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 כשעבוד נכס כערוכה 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 ככלל, 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 קיבלו הנחה עצומה בשיעור של כרבע ממחיר השוק של הדירות, כמוסבר בפרק ה להלן.⁶² גם אם חלק מהנחה זו נבע מהעובדה שהקונים שילמו על הדירות זמן ניכר לפני המועד שבו היו אמורים לקבלן ומאיי-הוודאות שבה הייתה כרוכה העסקה; בהתחשב בבטוחה האיתנה שהם קיבלו להבטחת השקעתם, נראה שהמחיר אכן משקף את כוח המיקוח העדיף שלהם. רביעית, דומה כי חוק המשכון לא נועד לחלק מחדש עושר בין

59 עניין טופ מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 38.

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

61 ראו לעיל ה"ש 6, והטקסט הסמוך לה. ראו גם להלן פרק ה.

62 ראו להלן ה"ש 135–139 והטקסט הסמוך להן.

נותני משכון למקבליהם (תכלית שבכל אופן השגתה באמצעות כללי המשפט הפרטי בעייתית ביותר),⁶³ אלא לחלק מחדש כוח, ובכך להבטיח את הוגנות ההתקשרות ביחסיהם ההדדיים.⁶⁴ ספציפית, 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 אם לקה החוזה באי-חוקיות. למשל, בפסקי הדין בעניין *Realit Consulting Ltd.* ובעניין *וילאר* דובר בעסקאות "מכר חוזר" של מניות שכוונתן הייתה שעבוד המניות כערובה לפירעון הלוואה שנתן ה"קונה" ל"מוכר".⁶⁵ בשתייהן הייתה חשיבות לתחולתו של חוק המשכון (במקרה הראשון, משום שהלווה נקלעה לחדלות פירעון וסיווג העסקה השפיע על זכויותיהם של אנשים אחרים; במקרה השני, כחלק מההכרעה במחלוקת 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 היה עלול לפגוע באינטרסים של הצדדים וכן באינטרסים של צדדים שלישיים; ואף יצר פתח לקביעות דומות בעתיד, גם כאשר לא קיים רובד נוסף של אי-חוקיות. לצורך הדיון נניח שחברת טופ במרחבי השרון הייתה נקלעת לחדלות פירעון. במצב הזה היו נושיה של החברה מנסים להיפרע מהנכסים שבידה, ובייחוד

63 על הקשיים הגדולים הניצבים בפני חלוקה מחדש של עושר באמצעות המשפט הפרטי ראו במבט כללי Richard Craswell, *Passing on the Costs of Legal Rules: Efficiency and Distribution in Buyer-Seller Relationships*, 43 STAN. L. REV. 361 (1991) כן ראו 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 Ltd.* נ' הורוביץ (נבו) 27.9.2011; ע"א 440/14 *וילאר נכסים 1985 בע"מ נ' קליין* (נבו) 1.11.2018. (בעניין זה החזר ההלוואה נעשה בצורה מתוחכמת למדי שכללה עירוב של כמה חברות בנות ואחיות, שלא כאן המקום להאריך בהסבר עליו). נציין בקצרה רק כי השבת ההלוואה הייתה באמצעות תשלום דמי שכירות על הנכס שאותו ביקש הלווה, בעל המניות ש"נמכרו" למלווה, לקנות באמצעות כספי ההלוואה. לפי החוזה, את הנכס רכשה החברה שמניותיה "נמכרו" למלווה, והוסכם כי המניות תחזורנה ללווה לאחר תום תקופת השכירות, הלווה היא תקופת ההלוואה, ושבמהלכה ישולמו דמי השכירות על הנכס, שהיו למעשה הריבית על ההלוואה. לפיכך דובר על "מכר חוזר" של מניות, שנועדו לשמש בטוחה לעמידה בהחזר ההלוואה. מטרת התוויית העסקה בדרך שכזו הייתה כמדומה לצורך תכנון מס.

66 שם, פס' 62–63 (צוין כי היועץ המשפטי לממשלה התבקש להביע עמדה בגין ההיבטים המיסויים וההשלכות האפשריות של העסקאות שנערכו בין הצדדים, אולם זה השיב כי הוא אינו מוצא לנכון לעכב את ההליך, וכי פקידי השומה הרלוונטיים הונחו להפעיל את סמכויותיהם לפי ממצאי בדיקותיהם בדבר דיווחי הצדדים לעסקה). דומה כי עמדה זו עולה בקנה אחד עם מה שצוין לעיל (ראו לעיל ה"ש 39 והטקסט הסמוך לה) כי גם אם פקיד השומה יבקש להפעיל סמכותו לראיית העסקה כמלאכותית בדיני המס, אין בכך כדי לאיין את החוזה.

מן המגרש שבבעלותה.⁶⁷ קביעה שהחווה בין החברה לקונים היה למראית עין, ולכן בטל, הייתה מותרת 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 התחונה, הקביעה שעסקה כלשהי היא למראית עין (יחסית), רק משום שהצדדים עיצבו אותה אחרת מתכליתה, אינה נכונה מבחינה אנליטית אם הצדדים התכוונו לתת תוקף משפטי לחווה הגלוי, גם אם תכליתו הייתה לשעבד נכס כערוכה לחיוב ולא למכור אותו.⁶⁹ היא מחטיאה את המטרה האמיתית, שהיא סיווג העסקה באופן שיגשים את התכלית של הגנה על האינטרסים של אחד הצדדים או של צדדים שלישיים. 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 החווה למראית עין. כעת נבחן את פסק הדין מנקודת המבט של דיני החווה הפסול. בהקשר זה חשוב פסק הדין לשתי ביקורות עיקריות: ראשית, כמו בפסקי דין קודמים, גם במקרה הנדון לא דייק בית המשפט בתיאור היחס שבין דיני החווה הפסול לדיני החווה למראית עין (אף בהנחה שהיה כאן חווה כזה); שנית, בשונה 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 נדון בה בקצרה,⁷⁰ ואת עיקר הדיון נייחד לסוגיה השנייה: האומנם דובר כאן בהתקשרות בלתי חוקית?

67 כפי שאירע בפרשת Realit, לעיל ה"ש 65.

68 לראיית העסקה כמשכון מוסווה הייתה יכולה להיות משמעות רבה גם אילו למשל הייתה החברה נקלעת לחדלות פירעון מיידי 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, על טיבן של "זכויות שביושר תוצרת הארץ" וכדומה, נסתפק בהערה זו.

69 מבחינה זו אמרת האגב של בית המשפט העליון בעניין וילאר (לעיל ה"ש 65, פס' 88–90), שלפיה היה אפשר להגיע לתוצאה של משכון מוסווה גם דרך המשקפיים של חווה למראית עין מסוג סימולציה יחסית, כלומר באמצעות ראיית מכר המניות כבטל בהיותו למראית עין, ומתן תוקף תחתיה לחווה ההלוואה שעליו הצדדים הסכימו למעשה, חשופה לביקורת דומה. העובדה שהצדדים עיצבו את העסקה עיצוב מלאכותי אינה משמיעה כי לא התכוונו לתת לה תוקף משפטי.

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

בעניין הראשון כתבה השופטת חיות 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 באמצעות ציון סכום כוזב בחוזה (או שימוש בטכסיסים כיוצא בזה), אין חולק שהצדדים התכוונו לערוך עסקה אחת ויחידה. לאמיתו של דבר, שלא כמקרה הנוכחי, שבו החוזה הגלוי והחוזה הנסתר נערכו במסמכים נפרדים והם מתארים עסקאות שונות (מכר מגרש לעומת מכר דירות), במקרה השכיח יותר קיים מסמך יחיד לביצוע עסקה אחת בממכר אחד (כאשר ההסכמה על המחיר האמתי 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 בידי 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-חוקיות (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? השאלה הבסיסית היא עד כמה ראוי להרחיב את תחומי השתרעותם של סעיפים 30 ו-31. במקום אחר, אחד מאיתנו (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

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

72 שם, פס' 15.

73 שם, פס' 16.

74 ראו גם להלן פרק ה.

75 לאמיתו של דבר, עצם ההבחנה בין שאלת הסיווג לשאלת התוצאות ברורה פחות וחדה פחות 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.

76 שם, בעמ' 441–445.

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 בכמה 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 דרסטיות, 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. במיוחד התגלעו בפסיקה חילוקי דעות ביחס למקרים שבהם ניסו הצדדים להונות את הרשויות באמצעות ציון סכומים כוזבים בחוזה ושימוש בטכסיסים אחרים.⁷⁹ שופטים רבים משתדלים שלא להבחין באי-החוקיות, ולשם כך מחמירים בדרישות הראייתיות להוכחת אי-החוקיות.⁸⁰ החמרה זו מתיישבת עם העובדה שמדובר בהטלת סטיגמה של אי-החוקיות בהליך אזרחי שאינו כולל את ההגנות המהותיות והפרוצדורליות העומדות לנאשמים בהליך פלילי, לרבות הכלל שלפיו יש לפרש דין פלילי הניתן לפירושים סבירים אחדים פירוש 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

77 ראו עניין **אדעני**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 294; עניין **הווארד**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 520.
 78 ראו למשל שם, בעמ' 512 (השופט מאיר שמגר קבע ש"זהירות היתר" שאפיינה את הפסיקה הקודמת בנושא סיווג חוזים כבלתי חוקיים איבדה במידה רבה מחשיבותה בעקבות שיקול הדעת שניתן בס' 31, אך בעובדות המקרה שלפניו לא היה מוכן "לזנוח את אמות המידה, המחמירות יותר בקשר להוכחת הטענה, שנהגו עד כה"), 515 (השופטת מרים בן-פורת); עניין **אלחנני**, לעיל ה"ש 9, בעמ' 710–711 (שם אימץ השופט יצחק כהן את עמדתו של השופט שמגר על כל חלקיה); עניין **ברש**, לעיל ה"ש 22, בעמ' 269 (השופטת שושנה נתניהו); עניין **זגורי**, לעיל ה"ש 30, בעמ' 771 (שם מצטט הנשיא ברק בהסכמה את דברי השופט שמגר בעניין **הווארד**, שם). כן ראו מרים בן-פורת "החוזה הפסול" **ספר זוסמן** 171, 177 (אהרן ברק, יצחק זמיר וחיים כהן 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 ל(2) 3, 7 (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 לא(2) 334 (1977). ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 635; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 514, 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 ראו ס' 34כא, 34כב לחוק העונשין, התשל"ז–1977, כפי שהוספו בחוק העונשין (תיקון מס' 39) (חלק מקדמי וחלק כללי), התשנ"ד–1994, ס"ח 348. ראו גם זמיר "החוזה הבלתי חוקי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 437–438.
 82 ראו למשל ע"א 2036/94 **טרבלסי נ' טרבלסי**, פ"ד נג(1) 457 (1999); ע"א 986/93 **קלמר נ' גיא**, פ"ד (נ1) 185 (1996).

"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 קטנה יותר 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, הגם שהיה אפשר 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 בין חוזה שהיה בלתי חוקי מלכתחילה לחוזה שרק במהלך ביצועו דבקה בו אי-חוקיות (כאשר הנטייה לסווג את האחרון כבלתי חוקי קטנה יותר).⁸⁷ פוטנציאל נרחב להימנעות מסיווגו של חוזה כבלתי חוקי מצוי במסגור השאלה כשאלה של פירוש החוק הפלילי (בשונה משאלה של פירוש סעיף 30 לחוק החוזים), כלומר, אם "האיסור 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, הפגינו השופטות מרים בן-פורת ושושנה נתניהו עמדה מחמירה הרבה יותר. 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 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 דפליג" 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 הסווג הצדדים את החוזים למכר הדיירות כחוזים למכר מגרש: הצגת מצג שווא בפני רשויות

83 עניין זגורי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 768–769.

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

85 ראו למשל שם; עניין אדרעי, לעיל ה"ש 22, בעמ' 293; עניין טנדלר, לעיל ה"ש 22, פס' 23, 26 לפסק דינו של השופט עמית. כן ראו 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 שם, בעמ' 487–494; ע"א 65/85 עיריית נתניה נ' נצ"ב נתניה בע"מ, פ"ד מ(3) 29, 70 (1986); שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 631–634.

87 ראו למשל שם, בעמ' 636–637; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 483–486.

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

89 עניין עג'אם, לעיל ה"ש 2.

90 עניין ברש, לעיל ה"ש 22, בעמ' 269.

91 עניין הווארד, לעיל ה"ש 22, בעמ' 515.

המס כדי להתחמק מתשלום מסים; הצגת מצג שווא לפני הבנק כדי לקבל הלוואה; התחמקות מקיום הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות. מקריאת פסק הדין עולה כמדומה שהודגש במיוחד מצג השווא כלפי הבנק וכלפי רשויות המס, ועקיפת הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות 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 במקום הקרקע זכאים הקונים 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) מבחין בין היתר בין אי-עמידה בדרישות החוק "בלא סיבה 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 ואינצידנטלית, 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. לא היה ניתן להשיג תוצאה זו באמצעות עריכת חוזה למכירת דירות בבניין שייבנה במגרש, משום שהחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות אינו מאפשר לרוכשים לשלם את מלוא התמורה בעד הדירות מראש, בטרם החלה הבנייה (ובענייננו, אף בטרם אושרו תוכניות 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 עיצבו את ההתקשרות כפי שעיצבו, אין לומר שמטרתם הייתה להתחמק מתשלום מסים.

92 עניין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פס' 16.

93 ראו לעיל ה"ש 85 והטקסט הסמוך לה.

94 ראו למשל עניין טירת גוש 6195, לעיל ה"ש 80, בעמ' 335; ע"א 335/78 שאלתיאל נ' שני, פ"ד לו(2)

151, 157–158 (1981); שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 635. השוו גם עניין הורביץ, לעיל ה"ש 37,

בעמ' 154–155 (על היסוד הנפשי הנדרש בעבירה לפי סעיף 200 לפקודת מס הכנסה [נוסח חדש]).

95 ראו לעיל ה"ש 80 והטקסט הסמוך לה.

שנית, לא זו בלבד שלא הונח בסיס ראייתי לסברה שהצדדים התכוונו להתחמק מתשלום מיסים, 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 הייתה גוררת 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. בשל עמימות המצב המשפטי בדבר האפשרות של ביטול העסקה מבחינת רשויות המס, אין ביטחון שהדבר היה עולה בידם.⁹⁷ כאמור בפסק הדין, מנהל החברה העיד שלא ידע כיצד להתמודד עם אתגר זה, וכי כוונתו הייתה להתייעץ בנושא זה, בבוא העת, עם מומחים לנושא.⁹⁸ מכל מקום, 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), לא הייתה התוצאה חיסכון במס לעומת חוזה 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 את שכנוע רשויות

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

97 ראו שם, בעמ' 509–541; ע"א 8340/10 מ.ו. השקעות בע"מ נ' רשות המיסים בישראל – משרד האוצר, פס' 10 לפסק דינו של השופט עמית (נבו 30.1.2013).

98 עניין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פס' 12.

99 גם אם מתעלמים מהעסקאות שהיו נדרשות עם הרוכשים של דירות אחרות ומתמקדים בזכויות במגרש שתוצמדנה לדירות של הקונים הנוכחיים, ייתכן שהצגת העסקה כמכר מגרש, ולא כמכר דירה, הגדילה את שיעור המס, משום שמס הרכישה על דירת מגורים הוא מס שולי בצורת מדרגות, בין 3.5% ל-5%, ואילו מס הרכישה על מגרש הוא בשיעור קבוע של 5%. להוראות הדין ביחס למס הרכישה שהיו בתוקף בעת כריתת החוזים, ראו ס' 9(א) לחוק מס שבח מקרקעין (תיקון מס' 8), התש"ם–1980, ס"ח 144; ס' 9(א1)(1) לחוק מיסוי מקרקעין (שבח ורכישה); תק' 2 לתקנות מס שבח מקרקעין (מס רכישה) (תיקון), התשנ"ט–1999, ק"ת 1003. לפי הגדרת "דירת מגורים" בסעיף 9(ג) לחוק מיסוי מקרקעין, העובדה שמדובר ברכישת דירה "על הנייר" אינה משנה לעניין זה. ראו גם אהרן נמדר מס שבח מקרקעין כרך ג – הפטור לדירת מגורים 580–588 (מהדורה שביעית 2012) (להלן: נמדר כרך ג). יתר על כן, אילו היה מדובר בדירות מגורים יחידות לרוכשים, כהגדרתן בחוק מיסוי מקרקעין, למעשה הם אף יכלו ליהנות משיעור מס אפס של מס הרכישה (ראו ס' 9(א1)(2) לחוק מיסוי מקרקעין, 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 כרך ג, שם, בעמ' 580–588, 581–590.

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 התנהלות הצדדים אינה ראויה לשבח, נראה לנו כי אין היא בלתי חוקית במישור של דיני המס.

3. אי-קיום הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות

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, כלומר לאחר תיקון מס' 102.5¹⁰² אומנם רישום הערת אזהרה על המגרש לטובת הקונים היא אחת הדרכים המוכרות בחוק להבטחת השקעתו של הרוכש, אולם הערת האזהרה לא קיימה את דרישות החוק ככתבו וכלשונו, משום שהיא התייחסה לרכישת המגרש ולא לרכישת הדירות.¹⁰³ מכל מקום, ההפרה המהותית יותר התייחסה לאיסור שחל על החברה לקבל יותר מ-40% ממחיר הדירה כל עוד לא הסתיימה הבנייה של תקרת קומת העמודים או של הקומה הראשונה במבנה ללא קומת עמודים, וזאת לפי החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות והתקנות שהוצאו מכוחו (כנוסחן בעת כריתת החוזה).¹⁰⁴ בניגוד לאיסור זה, קיבלה טופ במרחבי השרון מראש את מלוא מחיר הדירה ובכך עברה על סעיף 4 לחוק. האם הפרה זו הופכת את החוזה לבלתי חוקי ולבטל?

בעניין זה יש להעיר תחילה כי אין חשיבות לעובדה שכלפי הבנק הוצגה ההתקשרות בין הצדדים כחוזה למכירת מגרש. החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות מתמקד ביחסים שבין המוכר לקונה. לכן בין שהוצג מצג שווא כלפי גורם שלישי ובין שלא, חלים על המוכר החובות והאיסורים שבחוק. תכליתו המרכזית של החוק היא להגן על רוכשי דירות מפני המוכרים ומפני קלות הדעת של עצמם.¹⁰⁵ רכישת דירה היא בדרך כלל העסקה הגדולה

100 עניין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פס' 1.

101 שם, פס' 16.

102 חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (תיקון מס' 5), התשס"ח-2008, ס"ח 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 2(4) לחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות, אחת הדרכים להבטחת כספי הקונה היא רישום של "הערת אזהרה על מכירת הדירה בהתאם להוראות סעיף 126 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969" בנוגע לדירה או לחלק 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 ראו ס' 3 לחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות; תק' 1 והתוספת לתקנות המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות) (סייג לתשלומים על חשבון מחיר דירה), התשל"ה-1975, ק"ת 748.

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 החוזה של רוכש מקרקעין" ספר ויסמן – מחקרי משפט לכבודו של יהושע ויסמן 133, 136, ה"ש 7 (שלום לרנר

ביותר שאנשים עורכים בחייהם.¹⁰⁶ זו עסקה שרוב האנשים מתקשרים בה רק פעם אחת או פעמים אחדות בחייהם, ולכן אין הם רוכשים ניסיון רב או מומחיות בעניינה. רוב הקונים אף אינם מסתייעים בעורכי דין משלהם ברכישת דירות מחברות בנייה.¹⁰⁷ אם מוסיפים על כל אלה את הנוהג של חברות הבנייה בישראל למכור דירות בעודן "על הנייר", הרי שמדובר בעסקה מסוכנת למדי. החוק נועד למנוע מהקונים לסכן את השקעתם, כדי 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 אי-החוקיות שבה כרוך חוזה כלשהו משפיעה 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, שהיא 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 4 יד לחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות.

על רקע זה הסברה שאי-עמידת המוכר בדרישותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות 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 בהטלת 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 באלה. מלבד החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות שנדון בפרשה הנוכחית, דוגמאות

ודפנה לוינסון-זמיר עורכים (2002); ע"א 3190/99 שוקר נ' ע.ר.מ. רעננה לבניה והשכרה בע"מ, פ"ד נד(3) 138, 127 (2000).

106 איל זמיר חוק המכר (דירות), תשל"ג-1973, 51 (בסדרה פירוש לחוקי החוזים, גר טדסקי עורך 2002) (להלן: זמיר חוק מכר דירות); קרנר ובכר, לעיל ה"ש 105. השוו לדברי השופט שמגר בע"א 148/77 רוט נ' ישופה (בניה) בע"מ, פ"ד לג(1) 621, 617 (1979).

107 זמיר חוק מכר דירות, לעיל ה"ש 106, בעמ' 74.

108 הצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), התשל"ג-1973, ה"ח 366; קרנר ובכר, לעיל ה"ש 105; אוריאל פרוקציה "הערות להצעת חוק המכר (דירות) (הבטחת השקעות של רוכשי דירות), תשל"ג-1973 "משפטים" ה' 452, 453-454 (1974). כן ראו עניין שוקר, לעיל ה"ש 105; ע"א 8343/01 עובדיה נ' סיבל נהריה בע"מ, פ"ד נח(6) 409, 400 (2004).

109 ראו לעיל ה"ש 88 והטקסט הסמוך לה.

110 עניין זגורי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 770.

111 ראו המקורות הנזכרים לעיל בה"ש 85.

112 עניין זגורי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 769.

לסנקציות כאלה מצויות למשל גם 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 15ד לחוק אשראי הוגן. בכל המקרים הללו, האפשרות שאי-עמידת הספק בדרישות החוק תוביל לבטלותו של החוזה, לא זו בלבד שלא תשרת את האינטרסים של הלקוחות אלא אף צפוי שתפגע בהם פגיעה ממשית. 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 החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות), להימנע מגביית כספים שאינם מגיעים להם (לפי חוקי הביטוח, הבנקאות 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, סמכותו של בית המשפט להורות לאחד הצדדים לקיים את חיוביו אם רעהו כבר קיים את חלקו, לפי סעיף 31, סיפה, מקטינה במידת מה את התוצאות החמורות של אי-החוקיות במקרים אלה. אולם כידוע, קיימת אי-בהירות בנוגע לתנאים המוקדמים להפעלת סמכות זו (מהו היקף החיובים שאחד הצדדים כבר קיים, הנדרש כדי שבית המשפט יורה על קיום החיובים שכנגד?),¹¹³ בנוגע להיקף השימוש הראוי בה¹¹⁴ ובנוגע לתוצאותיה המדויקות (האם להוראה על קיום החוזה יש תוקף רטרואקטיבי? האם היא כוללת אפשרות לחייב בפיוציים 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 לא, קידום התכליות של החוקים הללו דורש אפוא להימנע מהמסקנה שהחוזה בטל. לפעמים ניתן להגיע למסקנה זו (או להימנע מהמשמעויות הרגילות של בטלות החוזה) בהסתמך על הסיפה של סעיף 31, אך בדרך כלל הדרך הישירה והבטוחה יותר לעשות זאת תהא 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 לאמיתו של דבר, אפילו במשטר 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. למשל, בעניין גייקובס לא קיים המשכיר את דרישות החוק בנושא דמי

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 שם, בעמ' 680-686; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 615-624.

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.

שכירות שנועדו להגן על שוכרים, ובית המשפט סיכל את ניסיונו להתחמק מקיום החוזה באמתלה זו.¹¹⁷

4. הסתרת הנספח מהבנק

הקביעה שההתקשרות בין החברה לקונים לקתה באי-חוקיות בשל מצג השווא שהוצג לבנק משכנעת יותר מהקביעות שהייתה אי-חוקיות בהתנהלות הצדדים כלפי רשויות המס או באי-קיום הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות, אולם גם היא אינה נקייה מספקות. 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".¹¹⁸ השופטת חיות לא השתמשה במונח "מרמה", אך ציינה שההסכמים נערכו על מנת להציג בפני הבנק מצג שווא לצורך קבלת ההלוואה המובטחת במשכנתה.¹¹⁹ אחרי שתיארה את מצג השווא כלפי הבנק, התייחסה השופטת לכך שעקיפת הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות של רוכשי דירות הייתה "מטרה בלתי חוקית נוספת"; ומכאן, כמדומה, שהיא אכן ראתה בהטעיית הבנק משום מטרה בלתי חוקית.¹²⁰

כמו הנימוק שהתייחס להונאת רשויות המס ושלא כמו הנימוק שהתייחס לאי-קיום הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות, 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.¹²¹ אין חולק שהחוזה בין החברה לקונים, ובמיוחד הסכם השיתוף במקרקעין שנערך למראית עין בין הקונים לבין עצמם, נועד להציג לפני הבנק מצג שאינו אמת. ההבדל הבולט בין החוזה למכירת המגרש לבין מקרים אחרים שבהם צדדים יוצרים 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 בתוכנית הנסגרת למכירת הדירות, אפשרה להעניק לבנק בטוחה קניינית (ובשלב ראשון, התחייבות לתת בטוחה כזו, המגובה בהערת אזהרה) להבטחת הפירעון של ההלוואה. כך, אילו היה הפרויקט מתקדם כמצופה, הייתה המשכנתה לטובת הבנק על המגרש עתידה למנוע רישום

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

118 עניין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פס' 6.

119 שם, פס' 13.

120 שם, פס' 16.

121 גם אם ביחסים שבין הקונים לבין הבנק הטעו הקונים את הבנק, מוטב להקנות לבנק את הכוח לבחור אם לבטל את החוזה בשל הטעיה בכריתת החוזה, ולא 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.

הערות אזהרה כבטוחות לטובת רוכשי דירות נוספים בבניין שהיה עתיד להיבנות על המגרש, כנדרש לפי החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות. אומנם לפי סעיף 2(4) לחוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות, אחת הדרכים להבטחת כספי הקונה היא רישום של הערת אזהרה על מכירת הדירה, אך 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 להבטחת השקעות של רוכשי דירות, 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.¹²²

כך או אחרת, ספק אם יש בסיס לחשש שהחברה הייתה מנסה להתחיל בבנייה ולמכור דירות "על הנייר" לקונים נוספים מבלי ליידע את בנק מזרחי-טפחות.¹²³ לפי עדותו של מנהל החברה, כוונת החברה הייתה להשיג מימון מ"בנק מלווה" לאחר שינוי תוכנית המתאר אשר הייתה מעלה את ערך המגרש ולהמיר את הערות האזהרה של הרוכשים בערבות בנקאית.¹²⁴ במקרה כזה היה בנק מזרחי-טפחות יכול לשמש כבנק המלווה, או שהלוואה לו הייתה נפרעת, ובנק אחר היה משמש כבנק מלווה – ובשני המקרים בנק מזרחי-טפחות היה יכול 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, שזוכרה בפסק דינו של בית המשפט העליון,¹²⁵ ואשר בה ניסו הקונים לקבל מהסוכנות היהודית סיוע כספי שלא היו זכאים לו, בפרשה הנוכחית לא ביקשו אפוא הצדדים לגרום פגיעה כלכלית כלשהי לבנק. אכן, אפשר שתישמע 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

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

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

124 עניין טופ מחוזי, לעיל ה"ש 3, פס' 39.

125 ראו לעיל ה"ש 9 והטקסט הסמוך לה.

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.¹²⁶

במענה לטיעון שהחובה למכירת המגרש לא פגע, ולא נועד לפגוע, בבנק, ניתן לומר שגם אם מצג השווה 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.¹²⁷ אומנם הלכה זו סוטה מהמקובל בשיטות משפט אחרות ואף זכתה לביקורת בספרות המשפטית,¹²⁸ 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 החובה בין החברה לקונים הייתה עלולה לפגוע בבנק, שכן הייתה משמיטה את הבסיס לזכויות של הקונים ושל הבנק במגרש, הגשמת התכלית של החוק הפלילי דורשת להימנע מהקביעה שההתקשרות בין החברה לקונים הייתה בלתי חוקית ובטלה. הכרזה על בטלות החובה למכירת המגרש אינה משרתת את האינטרסים של הבנק, ובנסיבות המיוחדות של המקרה היא דווקא עלולה לפגוע בהם. כדי להגן על חופש הבחירה של הבנק, די בכך שמרגע שנודעו לו העובדות כהווייתן, יש בכוחו לבטל את חובה ההלוואה מחמת הטעיה. בסופו של דבר, הגם שאנו חולקים על המסקנה שהחוזים בין החברה לקונים היו בלתי חוקיים ובטלים בשל הכוונה ליצור מצג שווה כלפי הבנק, יש להודות שמסקנה זו יותר ניתנת להגנה מהמסקנות בדבר המצג הכוזב כלפי רשויות המס ואי-קיום הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות.

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 החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות ולהציג מצג

126 עניין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פ"ד 20. אגב, גם לטענה של הקונים, שראיית החובה שבינם לבין החברה כחובה למראית עין הייתה מותירה את הבנק ללא בטוחה, לא היה יסוד: לפי הסיפה של סעיף 13 לחוק החוזים הכללי, אין בבטלות של חובה למראית עין (בין מוחלטת ובין יחסית) "כדי לפגוע בזכות שרכש אדם שלישי בהסתמכו בתום לב על קיום החובה". ראו גם שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 317–319.

127 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 ע"פ 817/76 דנינו נ' מדינת ישראל, פ"ד לא(3) 645, 648 (1977) ("קבלת דבר במרמה" פיירושה, לדעת, 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)).

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

שווא לפני הבנק המלווה. בחלק זה בחנו כל אחת ממטרות אלה ומסקנתנו היא שאין אף באחת מהן – ובוודאי לא בשתיים הראשונות – כדי להפוך את ההתקשרות שנערכה בין הצדדים לבלתי חוקית ובטלה. בחינה קרובה של מכלול הנסיבות מעלה 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 על סמך 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 האמיתית של העסקה היא דבר פסול שיש להרתיע מפניו על ידי ראיית החוזה כבלתי חוקי ובטל. עמדה זו אינה עולה בקנה אחד עם התפיסות המקובלות בדבר 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.¹²⁹ 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 באמצעות הפעלת סמכותו של בית המשפט לפי סעיף 31, סיפה, 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 (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, סיפה, מוגבלת למקרים שבהם אחד הצדדים כבר קיים את חיוביו (או לפחות את מקצתם), ואילו הסיווג של ההתקשרות כמשכון מוסווה שאינו כרוך באי-חוקיות מוביל לתוצאה הראויה גם אם איש מהצדדים עדיין לא ביצע 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 היה אפשר במקרה הנוכחי להגיע לתוצאה הרצויה באמצעות הפעלת הסמכות שבסעיף 31, סיפה, 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

129 ראו לעיל ה"ש 91 והטקסט הסמוך לה.

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 בפרק הבא.

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 לא אחת מהערכאות 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 לעיל בפרק ג) – 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 אם הפרה החברה את חיובה לפעול לשינוי תוכנית 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.¹³⁰ בית המשפט המחוזי הסיק מכך שעל החברה להעביר לקונים את הבעלות במגרש. אולם כפי שציינו 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 יותר משמונה שנים מכריתת החוזה היה, ונותר, ייעוד המגרש לבנייה נמוכה ולא לבנייה רוויה (אלא אולי במסירת דירה אחרת של החברה לקונים – אפשרות שלא נדונה בפסק הדין). על כן היו הקונים זכאים לפיצויי ציפייה שיעמידו אותם במצב הכספי שבו היו אלמלא הפרה. בשל ההנחה הגדולה שקיבלו הקונים ברכישת הדירה ובשל העלייה הדרסטית במחירי הדירות

130 עניין טופ במרחבי השרון, לעיל ה"ש 1, פס' 9 ("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").

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 לפרק הזמן שחלף בין המועד שבו היה על החברה למסור להם את הדירה לבין המועד שבו יתאפשר להם לרכוש דירה חלופית).¹³¹ לאותה תוצאה היה אפשר להגיע גם על ידי השבת המחיר ששילמו הקונים לחברה, בתוספת ההפרש בין סכום זה לשווי הנוכחי של דירה – אם לפי סעיף 10 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה) ואם לפי סעיף 11(א) לחוק זה (פיצויים ללא הוכחת נזק). להבטחת זכותם הכספית היו הקונים זכאים לרשום משכנתה על המגרש, כפי שהורה בית המשפט בעניין **שוויגר**.¹³²

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.¹³³ 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 שעליהם לפרוע. לפיכך אף שהקונים היו שותפים לאי-החוקיות ואף קיבלו הנחה ניכרת 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.¹³⁴

דא עקא, שפסיקתו האופרטיבית של בית המשפט אינה מתיישבת עם מטרתו המוצהרת. כזכור, בשל הצורך המידי של החברה במימון לשם פירעון חובה לחברה שממנה רכשה את המגרשים, בשל פרק הזמן הארוך שהיה צפוי לחלוף עד קבלת הדירות, בשל אי-הוודאות שהדירות יבנו אי פעם, ואולי גם בשל נכונותם 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.¹³⁵ הצמדה של התמורה המוסכמת (950,000 ש"ח) למדד מחירי הדירות לא העמידה את הקונים במצב שבו יוכלו לקנות דירות דומות.

131 אילו קיבלו הקונים פיצויים אלה, לא היה כמדומה מקום לזכותם גם בפיצויים המוסכמים בשל הפרה, כפי שתבעו בערעורים לבית המשפט העליון, משום שהדבר היה עלול להוביל לכפל פיצוי, ולפי סעיף 15(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), התשל"א-1970, לפחות נקודת המוצא היא שהנפגע לא יקבל פיצויים מוסכמים נוסף על פיצויים לפי סעיף 10 או סעיף 11 בשל אותה הפרה.

132 עניין **שוויגר**, לעיל ה"ש 36, בעמ' 36. בענייננו המשכנתה תהיה מדרגה שנייה, אחרי המשכנתה שתירשם לטובת בנק מזרחי-טפחות. להשלכות הבעייתיות של אי-רישום המשכנתה ראו לעיל בסוף פרק ג למאמר זה.

133 עניין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 18.

134 ש.ם.

135 ש.ם.

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.¹³⁶ בעת כריתת החוזים היה המחיר הממוצע הידוע של דירת חמישה חדרים באזור השרון כ-1,535,000 ש"ח, ובמועד פסק הדין – כ-2,410,000 ש"ח.¹³⁷ לפי תוצאת פסק הדין, קיבל כל אחד מהרוכשים, לאחר הצמדה, סך של כ-1,800,000 ש"ח,¹³⁸ 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 וליהנות מההטבה הניכרת שהעניקה להם העסקה, היה על בית המשפט להצמיד למדד מחירי הדיור את מלוא שווי השוק של דירה דומה "על הנייר" בעת כריתת החוזה, כלומר 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.¹³⁹ כלומר, פסיקתו האופרטיבית של בית המשפט המחוזי העניקה לקונים, ככל הנראה, יותר מאינטרס הציפייה שלהם, ואילו 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 יותר ממיליון ש"ח לעומת המצב שבו הייתה אילו קיימה את חיוביה (על חשבון שני הקונים), ושלל סכום דומה מהקונים. תוצאה זו סותרת הן את שיקולי ההוגנות העיקריים הן את שיקולי ההרתעה העיקריים המזינים את דיני החוזה הפסול. אם בשיקולים של הוגנות וצדק מדובר, הקונים יצאו וידיהם על ראשיהם, ואילו החברה יצאה ברווח גדול, אף שהיא שיזמה את אי-החוקיות הנטענת והייתה המרוויחה העיקרית ממנה. אם בשיקולי הרתעה מדובר, מאחר שהחברה עוסקת בענייני מקרקעין, ומאחר שכאמור היא הייתה היוזמת והנהנית העיקרית מביצוע העסקות, היא הצד שאותו יש להרתיע מפני עשיית חוזים שכאלה. במקום עונש, קיבלה החברה פרס.

136 ראו "מחולל מחירים ומדרי מחירים" **הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה** <https://www.cbs.gov.il>.
 137 המדד מפורסם מדי חמישה-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.

138 עניין **טופ במרחבי השרון**, לעיל ה"ש 1, פס' 18.
 139 ראו שם (המדדים שבהם השתמש בית המשפט). לשם ההסבר: סכום של 285,000 ש"ח שולם בידי 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, והתקבל סך של 1,015,000 ש"ח שהוא 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 בנוגע לתשלומים של כץ נותן את הסכום של 2,439,299 ש"ח.

חשוב לציין כי גם לשיטתו של בית המשפט (שכמוסבר בהרחבה בפרקים 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;¹⁴⁰ וכשקיים חשש להונאת אדם שלישי, אפשר ללוות את ההוראה על קיום החיובים שכנגד במתן הודעה מתאימה לאותו אדם.¹⁴¹ כלומר, גם שיקולים אלה אינם מובילים למסקנה שאין להורות על קיום החוזה. אכן, במקרה הנדון תרופת האכיפה לא באה בחשבון, אולם לא היה קושי להורות על קיום החוזה בדרך של חיוב החברה המפירה בתשלום פיצויי ציפייה. אומנם יש דעה שלפיה, גם אם סעיף 31 מאפשר לבית המשפט להורות על קיום החוזה הבלתי חוקי, אין בידי הלהורות על תשלום פיצויים בשל הפרתו.¹⁴² אולם כפי שאחד מאיתנו (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.¹⁴³

ו. סיכום

בפרשת טופ במרחבי השרון דן בית המשפט העליון בעסקת מקרקעין מורכבת, שעוצבה באורח מלאכותי. הוא הגיע למסקנה כי הסתרת מהותה האמיתית של העסקה מהבנק ומרשויות המס, כמו גם אי-קיום הוראותיו של החוק להבטחת השקעות של רוכשי דירות, 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, השתדל בית המשפט להורות על קיומו של החוזה הנסתר, או לפחות להגן על אינטרס הציפייה של הקונים לפי חוזה זה, באמצעות הצמדה של הסכומים ששילמו למדד מחירי הדירות. לפי הניתוח החלופי שהצענו, היה ראוי 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 שתבנינה באותו מגרש. העובדה שהצדדים בחרו להלביש

140 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' 615-618. העמדה שלפיה יש להימנע מצו שיפוטי לבצע מעשה בלתי חוקי או לשלם בעד מעשה שכל כולו בלתי חוקי אומצה למשל עניין זגורי, לעיל ה"ש 30, בעמ' 791.

141 זמיר "החוזה הבלתי חוקי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 448; גרוסקופף, לעיל ה"ש 28, בעמ' 615. עמדה זו אומצה למשל בפסקי הדין בעניין שאלתיאל (לעיל ה"ש 94), עניין נחושתן (לעיל ה"ש 84) ועניין ביהם (לעיל ה"ש 29).

142 פרידמן, לעיל ה"ש 18, בעמ' 178-180. ראו גם המחלוקת בין השופטים בעניין הווארד, לעיל ה"ש 22; עניין ברש, לעיל ה"ש 22, בעמ' 273. כן ראו שלו וצמח, לעיל ה"ש 14, בעמ' 679-680.

143 זמיר "החוזה הבלתי חוקי", לעיל ה"ש 26, בעמ' 452-453. ראו גם עניין 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).

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 בתוכניתם. מכך אין נובע שמדובר בחוזה למראית עין. הראינו כי יש 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 מזה שהיו משלמים אלמלא העיצוב הדו-שלבי של ההתקשרות. מצג השווא לא נועד לפגוע באינטרסים הרכושיים של הבנק, ואף נדמה שהעניק לו בטוחה איתנה. אומנם הוא פגע בחופש הבחירה של הבנק, אך דומה שבכך מטפלים כראוי דיני הפגמים בכריתה. הכרזה על בטלות החוזה מחמת אי-קיום דרישותיו של החוק להבטחת 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. בראש ובראשונה, פסיקתו של בית המשפט העליון העניקה פרס לחברה שיזמה את אי-החוקיות הנטענת ונהנתה ממנה, בניגוד לשיקולי ההרתעה והצדק החוזי שבבסיס דיני החוזה הפסול.