

## בשורי החקיקה

### **תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי)**

#### חלק שני

8. נכסים שהועברו במסגרת חוזה בלתי חוקי — שאלת זכות הקניין שאלה זו של זכות קניין מתעוררת כל אימת שהועברו נכסים במסגרת החוזה הפסול. מובן, שאין היא מתעוררת לגבי עבודה שבוצעה או שירות שניתן במסגרת אותו חוזה.<sup>73</sup> כאמור, בדין האנגלי יפה, בדרך כלל, כותו של חוזה בלתי חוקי להעביר את זכות הקניין ובלבד שנעשו כל הפעולות הדרושות לשם כך. זאת, למרות שהחוזה הבלתי חוקי נחשב כבטל. תוקפה של העברת הקניין נגזר בדין האנגלי מן העקרון השולל את זכות ההשבה כאשר הטאם של שני הצדדים שווה. חוק החוזים אימץ בסעיף 30 את הכלל לפיו חוזה בלתי חוקי בטל, אולם דחה את העקרון השולל השבה לגבי חוזים מסוג זה (זאת בכפוף לשיקול הדעת שניתן לבית המשפט לשלול את הזכות להשבה).

גראה, איפוא, לכאורה, כי המשמעות של צירוף ההוראה בסעיף 30, בדבר בטלות החוזה, עם ההכרה בזכות ההשבה שבסעיף 31 לחוק היא, שזכות הקניין בנכסים שהצדדים התיימרו להעביר במסגרת החוזה הבלתי חוקי איננה עוברת למקבל.<sup>74</sup> זוהי בלי ספק מסקנה מרחיקת לכת שעשויות להיות לה משמעויות גם כלפי צדדים שלישיים. אפשרות אחרת היא להגות, כי חובת ההשבה שבסעיף 21 לחוק החוזים (אשר מכוח סעיף 31 לחוק חל „בשינויים המחוייבים“ על בטלות חוזה פסול) הינה בתחום דיני החיובים בלבד, וכל עוד לא מולא חיוב זה נשאר הקניין בידי המקבל. במילים אחרות, זכות הקניין עוברת למקבל אף שהעברה נעשתה מכוח החוזה הבלתי חוקי. המקבל חייב בהחזרת הנכס, אך כל עוד לא מילא חיובו ולא החזיר את הנכס — נשאר הקניין בידי. מסופקני אם ניתן לקבל גישה זו. אין היא עולה בקנה אחד עם ההוראה בסעיף 30 בדבר בטלות החוזה הפסול (אף שנראה כי אין זו בטלות גמורה ומלאה) ואין היא מתיישבת עם הדעה המקובלת בדבר התוצאות הגובעות, במישור דיני הקניין, מביטול חוזה הניתן לביטול, ומן

<sup>73</sup> אולם מובן כי תביעה להשבה עשויה להתייחס גם לעבודה או לשירות שניתנו במסגרת חוזה פסול. במקרים אלה התביעה היא לשכר ראוי.

<sup>74</sup> ראה גם א' פרוקצ'יה, „לשאלת מעבר זכות הקניין מכוח חוזה בלתי חוקי“ משפטים ג (תשל"א) 34 ה"ש 1.

הפירוש הניתן לסעיף 21 לחוק החוזים בהקשר זה<sup>76</sup>. משום כך, דומני כי יש להעדיף את הפירוש לפיו אין כוחו של החוזה הבלתי חוקי יפה להעביר זכות קניין<sup>77</sup>. אם כך הדבר, יתכן, שאם בשיטתנו המשפטית יכול הבעלים ליטול את הנכס ממי שמחזיק בו שלא כדין, יוכל הצד שהעביר את הנכס במסגרת החוזה הפסול, לאחר שהצד השני סרב להחזירו, פשוט ליטול אותו מידיו<sup>78</sup>. אולם השאלה של אפשרות השימוש ב-self help בנסיבות הנוכחיות חורגת ממסגרת הדיון ברשימה זו.

כמו כן עשויים לעמוד לרשות הצד שהעביר את הנכס הסעדים העומדים כרגיל לרשות אדם להגנה על קניינו, דוגמת תביעה בגין עיכוב נכסים שלא כדין (detinue) וכן תביעת גזל (conversion). אולם זכותו של הבעלים המקורי עשויה להישלל מכוח החלטת בית המשפט. בנקודה זו אדון להלן.

הפירוש לפיו אין החוזה הבלתי חוקי מעביר זכות קניין כפוף לסייגים. סעיף 31 לחוק החוזים מקנה לבית המשפט שיקול דעת לפטור צד מחובת השבה. פטור כזה גורר, כמובן, שלילת זכות ההשבה של הצד שכנגד ולדעתי משמעותו היא, למעשה, מתן תוקף מלא להעברת הקניין שנעשתה במסגרת חוזה פסול<sup>79</sup>. במלים אחרות, אין מדובר רק בדחיית התביעה לסעד של השבה אלא בשלילת זכות הקניין של התובע והקנייתו לנתבע. מכאן ואילך יכול הצד שקיבל את הנכס במסגרת החוזה הפסול (ושוחרר מחובת השבה) להעבירו לצד שלישי בין בתמורה ובין אם

<sup>76</sup> ס' 21 דן בחובת ההשבה, "משובטל חוזה". הסעיף מדבר, איפוא, בחוזה ניתן לביטול אשר בוטל. נראה הדבר כי חובת ההשבה מכוח סעיף זה איננה רק במישור דיני החיובים אלא שעם הביטול פוקע הקניין שהועבר מכוח החוזה שבוטל וחוזר לצד שהעבירו. קיימת אף סברה כי ביטול, בעניין זה, פועל למפרע. השווה ד' צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (אבוקה, תשל"ד) 218, וכן ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ג) 245, 255 ואילך, בעיקר 261-262.

<sup>77</sup> שאלה היא אם ניתן לשלול פירוש זה או לצמצמו על יסוד האמור ברישא של ס' 31, המורה כי יש להחיל את הוראות ס' 21, "בשינויים המחוייבים". אפשר, אולי, לגרוס כי "בשינויים המחוייבים" משמעותו, שלצורך ענייננו יש לראות את הקניין כאילו עבר לצד השני עד לאותו רגע שנדרש להשיבו, ורק משנדרש להשיבו – חוזר הקניין לצד שכנגד. אולם סבורני שזהו פירוש מרחיק לכת למושג "בשינויים המחוייבים" ובעיני עדיף הפירוש לפיו אין כוחו של חוזה הבטל מחמת אי חוקיות יפה להעביר זכות קניין. <sup>78</sup> הדין האנגלי איננו מאפשר למי שהעביר נכס במסגרת חוזה בלתי חוקי להתעלם מן החוזה וליטול את הנכס מידיו של הצד השני לחוזה הבלתי חוקי. הנימוק לכך הוא, שהדין האנגלי מכיר בתוקפה של העברת הקניין שבוצעה במסגרת החוזה הבלתי חוקי, ראה *Singh v. Ali* [1960] 1 All E.R. 269. וכן ראה בחלק הראשון של רשימה זו, עירתי משפט ה 618, 622-624.

<sup>79</sup> משנשללה זכות ההשבה, מכוח החלטת בית המשפט, נוצר מצב דומה לזה הקיים בדין האנגלי לגבי חוזים בלתי חוקיים, וכשם שבדין האנגלי הסיקו מהעדר זכות השבה כי משהושלמו כל הפעולות הדרושות להעברת הקניין הוקנתה הזכות הקניינית למי שקיבל את הנכס על יסוד החוזה הבלתי חוקי (הערה 77 לעיל), כך יהא הדין גם אצלנו לאחר שבית המשפט הפעיל את שיקול דעתו והחליט על שלילת הזכות להשבה.

לאו ולהקנות לצד השלישי בנכס כל זכות שיכול היה להקנות לו כאילו רכש את הנכס במסגרת הסכם תקף. אם גישה זו נכונה, הרי שהפטור מחובת ההשבה הוא קונסטיטוטיובי, במובן זה שהוא מביא לפקיעת הקניין של צד אחד והקנייתו לצד האחר. וגראה לי, כי החלטה כאמור יכולה להיות רטרואקטיבית, היינו להתייחס לתאריך שבו הועבר הנכס לפי החוזה הפסול.

בדומה לכך, מתן צו קיום על ידי בית המשפט לגבי חיוב שניתן במסגרת חוזה פסול מכשיר הן את החיוב (ואת העברת הקניין שתעשה כאשר יבוצע) והן את הביצוע והעברת הקניין שנעשו על ידי הצד שכנגד, אשר תבע את הקיום.<sup>79</sup>

שאלה היא, מה הדין במקרה שצד אשר קיבל נכס במסגרת חוזה בלתי חוקי העבירו לצד שלישי. אם אנו מניחים שהחוזה הבלתי חוקי לא העביר את זכות הקניין, הרי שיוכל מי שהעביר את הנכס במסגרת החוזה (הבעלים המקורי) להוציא מידי הצד השלישי (אלא אם הצד השלישי רכש את הנכס בגדר תקנת השוק). תוצאה זו איננה רצויה. אין זה מתקבל על הדעת כי מעמדו של צד שפעל ללא טעות, כפית או מרמה והעביר מרצונו נכס במסגרת חוזה בלתי חוקי יהיה עדיף על מעמדו של צד שהעביר נכס במסגרת חוזה גיתן לביטול, שהרי מי שהעביר נכס במסגרת חוזה גיתן לביטול אינו יכול לתבעו מצד שלישי אשר רכשו, קודם לביטול החוזה, בתום לב ובתמורה (אף אם לא היה זה בגדר תקנת השוק).<sup>80</sup> כבר הודמן לי להביע את הדעה, כי ראוי שאת מעמדו של הבעלים המקורי כלפי הצד השלישי נבחון כאילו היה זה חוזה גיתן לביטול.<sup>81</sup> אם כך הדבר, לא יוכל הבעלים המקורי להוציא מידי צד שלישי שרכש את הנכס בתום לב ובתמורה ממי שקיבל את הנכס במסגרת החוזה הבלתי חוקי. שאלה היא, כיצד ניתן לבסס מסקנה זו, שהרי ממה נפשך, או שהחוזה הבלתי חוקי בטל – ואז יוכל הבעלים המקורי להוציא את הנכס מכל צד שלישי (אלא אם הלה רכש את הנכס בתנאי תקנת השוק), או שכוחו של החוזה, כאמור, להעביר בעלות ואז לא יוכל הבעלים המקורי להוציא את הנכס מידי צד ג' אף אם הלה פעל שלא בתום לב ושלא בתמורה. דרך אפשרית היא לגרוס, כי בכל מקרה שבו פעל הצד השלישי בתום לב ובתמורה ישתמש בית המשפט בשיקול הדעת הנתון לו מכוח סעיף 31 לחוק החוזים וישלול זכות הבעלים המקורי להשבה, או יגבילה לתביעה כלפי הצד השני לחוזה להשבת שוויו של הנכס שהועבר.<sup>82</sup> כן יוכל בית המשפט להפעיל שיקול דעת זה במקרים נוספים הנוגעים

<sup>79</sup> ראה בחלק הראשון של רשימתו זו עיוני משפט ה' 618, 631.

<sup>80</sup> זו לפחות הדעה שהבעתי במאמרי „הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה“ עיוני משפט ד (תשל"ה) 245, 255 ואילך.

<sup>81</sup> ראה המאמר המוזכר לעיל הערה 80, בע' 262–264.

<sup>82</sup> הצד השלישי יוכל לחסות בצילה של החלטה כאמור אם ההחלטה מעניקה פטור מוחלט מחובת השבה (היינו, הן מחובת השבה בעין והן מחובת השבת השווי). כן יוכל הצד השלישי לחסות בצל ההחלטה אם השתמש בית המשפט בשיקול דעתו ושלל את זכות ההשבה בעין (בין השבה מן הצד השני לחוזה ובין מן הצד השלישי אליו הגיע הנכס), בקבעו כי הוא מגביל את זכות התובע לקבלת השווי של הנכס מן הצד השני לחוזה. לעומת זאת, ספק אם די בחיוב סחמי של הצד השני להסכם בתשלום השווי, מבלי שמשתמע מכך בבירור כי נשללה זכות התובע לקבלת הנכס בעין, כדי להגן על הצד השלישי. אולם במקרה כזה יהיה הצד השלישי מוגן אם הצד השני לחוזה אכן שילם

לצד שלישי, אשר יצדיקו זאת, כגון כאשר הצד השלישי פעל בתום לב ואף שלא נתן תמורה שיגה מצבו בהסתמך על הנכס שקיבל.

נראה כי גישה זו מספקת פתרון נוח במרבית המקרים בהם מתעוררת שאלת יחסי בעלים מקורי כלפי צד שלישי, אך אין בה כדי למנוע את כל הקשיים העלולים להתעורר. ציינתי לעיל כי אני מניח שהחלטת בית המשפט השוללת את זכות ההשבה (או אף מגבילה אותה בבירור להשבת השווי בלבד), היא החלטה קונסטיטטיבית הגוררת שינוי בזכויות הקנין. עקרונית נראה לי כי החלטה כזו יכול שתניח בתביעת הבעלים המקורי נגד הצד השלישי ואין צורך שתניח דווקא בהתדיינות בין שני הצדדים לחוזה הבלתי חוקי. אולם מה הדין אם הבעלים המקורי פשוט נוטל את הנכס מן הצד השלישי?<sup>83</sup> אף כאן נראה לי כי בית המשפט יוכל, בתביעת הצד השלישי כלפי הבעלים המקורי, לשלול את זכות הבעלים המקורי לנכס. במקרה כזה תוגש, איפוא, תביעה על ידי הצד השלישי כלפי הבעלים המקורי שנטל את הנכס. הבעלים יתגונן בהסתמכו על זכות הבעלות ובטענה כי החוזה הבלתי חוקי לא העביר את זכות הקנין. לפי הנחת יוכל בית המשפט גם בתביעה זו לקבוע (אם לאור גסיבות המקרה יראה לו הדבר מוצדק) כי הוא שולל את זכות ההשבה של הבעלים המקורי. קביעה כזו תפקיע למפרע את זכות הקנין של הבעלים המקורי והצד השלישי יזכה בתביעתו.

שאלה נוספת העשויה להתעורר נוגעת למקרה שבו גורם אדם זר נזק לנכס או גוול נכס שהועבר במסגרת החוזה פסול.<sup>84</sup> השאלה עשויה להתעורר הן במקרה שהנכס נמצא בידי הצד שקיבל אותו במסגרת החוזה הפסול והן במקרה שהצד אשר קיבל את הנכס במסגרת החוזה הפסול העבירו לצד שלישי, והנזק לנכס נגרם שעה שהנכס נמצא בידי אותו צד שלישי. שום קושי לא יתעורר אם די לצורך התביעה כלפי המזיק או כלפי גוול הנכס, בחוקה שיש בידי מי שקיבל את הנכס במסגרת החוזה הפסול (או בידי הצד השלישי שקיבל מידיו את הנכס). אולם,

את שווי הנכס. תשלום כאמור גורר אף הוא פגיעת זכות הקנין של הבעלים המקורי. ראה ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה" עיוני משפט ד (תשל"ה) 245, 264-265, בעיקר ה"ש 62 ו-64 שם.

<sup>83</sup> השווה לעובדות בעניין *Singh v. Ali* [1960] 1 All E.R. 269.

<sup>84</sup> השווה לבעיה שהתעוררה בע"א 299/74 גולומב נ' לפנשיין, פ"ד כט (2) 837. במקרה זה תבעו המערערים פיצויים בגין נזק שנגרם למונית בתאונה. התובע התגונן בטענה כי לא הוכחה בעלות המערערים במונית (שלא היתה רשומה בשם) ולחלופין, כי אף אם הוכחה הבעלות הרי מושתתת הוכחה על חוזה שנערך בניגוד להוראות דיני התעבורה ודיני המכס. התביעה נדחתה באשר נקבע כי לא הוכחה בעלות המערערים במונית. עם זאת התייחס השופט שמגר גם לנימוק החילופי וציין (ע' 840 לפסק הדין) כי —

„דעתנו היא כי כאשר צד להסכם בלתי-חוקי מתדיין עם צד שלישי, אשר לא היה צד לעסקה הבלתי חוקית, יתכנו מצבים בהם יושיט בית המשפט סעד לבעל הקנין אף כי דרך רכישת הקנין מוכתמת באי חוקיות. אולם במה דברים אמורים:

א. אם מדובר על העברת קנין שהושלמה כבר (executed contract) וכן —

ב. אם אין צורך להסתמך לצורך התביעה על ההסכם הבלתי חוקי...

כפי שראינו לא יכולים המערערים שבפנינו להוכיח מעמדם לצורך התביעה בלעד

בנייה כי לצורך אותה תביעה אין די בחוקה ונדרשת בעלות בנכס.<sup>85</sup> במקרה כזה יתכן שיהיה על התובע (מקבל ההעברה לפי החוזה הפסול או הצד השלישי שלידיה העביר את הנכס) לזכות בהחלטה קונסטטיטיבית השוללת את זכות הבעלים המקורי ואולי יוכל לצרפו למשפט לצורך קביעת החלטה השוללת זכותו להשבת הנכס, (החלטה, שכאמור, גוררת פקיעת הקנין שלו באותו נכס, ולדעתי פקיעה זו היא למפרע).

### 9. סעדים המיועדים להגן על זכות הקנין

הדין בשלב זה יצטמצם לשאלה העקרונית אם ניתן להסתמך על הסעדים המיועדים להגן על זכות הקנין (לרבות סעדים בנויקין המשמשים למטרה זו) לגבי נכסים שהם נשוא החוזה הפסול. השאלה הרחבה יותר, היינו שאלת תחולתו של הכלל השולל תביעה המושתתת על עילה בת עוולה, על תביעה בנויקין, תידון להלן, וכוחו של דיון זה יהיה יפה גם לענייננו.

שאלת הסעד בנויקין עשויה להיות בעלת חשיבות רבה באותם מקרים בהם העביר אדם נכס במסגרת חוזה פסול והוא מבקש סעד קניני או סעד בנויקין בהסתמך על זכות הקנין שלו בנכס. שאלה זו הוזכרה לעיל בהקשר לסעד של השבה ובענייננו נבחון כעת את הדוגמא לפיה התחייב א, במסגרת הסכם פסול, להקנות בנס ל-ב. לגבי דוגמא זו נניח שתי אפשרויות. האחת, ש-א לא קיים את התחייבותו ולא העביר את הנכס והאחרת, ש-א אכן עמד בהבטחתו והעביר את הנכס ל-ב.<sup>86</sup>

נראה כי במקרה הראשון לא מתעוררת לגבי הנכס נשוא החוזה הפסול שאלה של סעד קניני או של תביעה בגין עיכוב נכס שלא כדין או גזלה (סעיפים

הסתמכות על הסדר שכל כולו נועד לעקוף דיני התעבורה ודיני המכס, ומכאן שלא נתקיים התנאי השני שהוזכר לעיל).

נראה לי כי לא היה מקום להצבת התנאי השני שאוזכר לעיל. פסק הדין כתייחס לדין בתקופה שקדמה לחוק החוזים. באותה תקופה משהושלמה ההקניה מכוח החוזה הבלתי חוקי – הועבר הקנין למקבל. קנין זה הוכר והכה להגנת אף אם היה על המקבל להסתמך על החוזה הבלתי חוקי. ראה *Singh v. Ali* [1960] 1 All E.R. 269 ו-1 *Belvoir v. Stapleton* [1970] 3 All E.R. 664.

ראה גם בחלק הראשון של רשימה זו עיוני משפט ה' 618, 622–624, וכן את דברי השופט דנינג בפסק הדין בעניין *Belvoir*. המובאים בה"ש 22 שם. חוק החוזים הביא, כאמור, לשינוי יסודי בסוגיה הנוגעת להעברת הקנין מכוח החוזה הבלתי חוקי.

<sup>85</sup> השאלה אם ובאילו מקרים אין די בחוקה לצורך תביעה כאמור, הורגת ממסגרת דיוננו. <sup>86</sup> לשם פשטות אני מניח כי בהתאם להסכם עובר הקנין עם העברת החוקה בנכס. זאת, אף שעקרונית ניתן להסכים על העברת הקנין במועד אחר (ס' 33 לחוק המכר, תשכ"ח–1968). השווה גם לפסק דינו של השופט י. כהן בע"א 435/71 שרע"פ נ' בלאיש פ"ד כו' (1) 409, 413–414 (המתייחס לדין שקדם לחוק החוזים), וכן לפסק הדין בעניין *Belvoir v. Stapleton* [1970] 3 All E.R. 664 בעיקר בע' 667, והסבריו של Treitel בנקודה זו בספרו *The Law of Contract* (4th ed., 1975) 333–334. השווה גם למאמרה של א' פרוקצ'יה, שאוזכר לעיל, ע' 50 ואילך, שגישתה לגבי הדין בתקופה שקדמה לחוק החוזים שונה מגישתי.

49 ו-52 לפקודת הגזיקין). הקנין בנכס נשאר בידי א. ב יוכל, לכל היותר, לבקש מבית המשפט, על יסוד שיקול הדעת שניתן לו בסעיף 31 לחוק החוזים, להורות ל-א לקיים את חיובו ולהעביר ל-ב את הנכס. הזכות הקניינית תוקנה ל-ב אם יעתר בית המשפט לתביעה ו-א אכן יקנה ל-ב את הנכס.<sup>87</sup> סוגיה זו של קיום התחייבות שניתנה במסגרת חוזה פסול גדונה על ידינו לעיל.

השאלה של סעד קנייני וכן תביעה מכוח סעיפים 49 ו-52 לפקודת הגזיקין מתעוררת בכל הריפוחה לגבי האפשרות השניה, היינו כאשר א העביר את הנכס ל-ב במסגרת החוזה הפסול, והוא תובע את השבתו. האם זכאי א להסתמך לא רק על ההוראה שבסעיף 31 לחוק החוזים, אלא גם על זכות הקניין שלו בטענה שאין כוחו של החוזה הפסול (הבטל מכוח סעיף 30) להקנות ל-ב זכות קניין? ואם כך הדבר, האם יוכל להסתמך על סעיף 49 או 52 לפקודת הגזיקין (לפי העניין) ואולי אף לתבוע בנוסף לנכס עצמו גם פיצויים בגין העיכוב שבהחזרתו.<sup>88</sup>

ציינתי לעיל כי, לדעתי, המסקנה הנובעת מההוראה בדבר בטלות החוזה הפסול (סעיף 30 לחוק החוזים) וההוראה המכירה בזכות ההשבה (סעיף 31 לחוק) היא כי זכות הקניין, בדוגמא דלעיל, אכן לא עברה למקבל. שאלה היא אם ההוראה בסעיף 31 לחוק החוזים, המורה על השבה, נועדה לקבוע את בלעדיות הסעד ולשלול אפשרות של סעד קנייני (תביעת בעלות) או סעד בנוזיקין. לכך, דומני, כי התשובה היא שלילית. כוונה כזו יש לבטא בלשון ברורה ובדרך כלל יש להימנע ממסקנה בדבר ביטול מכללא של זכות תביעה (בעניינינו זכות תביעה בנוזיקין), כאשר המסקנה בדבר שלילת הזכות מושחתת על שתיקת המחוקק שלא התייחס כלל לאפשרות זו.

מסקנתי היא, איפוא, כי למי שהעביר נכס על יסוד חוזה פסול עומדת, עקרונית, זכות הקניין בנכס והוא רשאי להסתמך בתביעתו כלפי הצד האחר להסכם הפסול גם על ההוראות שבפקודת הגזיקין, המיועדות להגן על הקניין.<sup>89</sup> אפשרות

<sup>87</sup> אולם העובדה שבית המשפט נעתר לתביעה עשויה להקנות ל-ב זכויות מסיימות לגבי הנכס, שכוחן יפה גם כלפי צד שלישי. ראה בחלקה הראשון של רשימה זו עיוני משפט ה' 618, 634 ואילך שבה גדונו ס' 9 לחוק המקרקעין וס' 12 לחוק המטלטלין בהקשר לסוגיה זו.

<sup>88</sup> אם, אכן, לא העביר החוזה הפסול זכות קניין ל-ב, מה היה מעמדו כמחזיק בנכס, והאם הוא עשוי להחשב כשומר הנכס כאמור בחוק השומרים, תשכ"ז-1967. שמירת נכס מוגדרת בס' 1 (א) לחוק השומרים, "כהחזקתו כדין שלא מכוח בעלות". נראה לי כי כל עוד לא נדרש ב להשיב את הנכס ל-א הוא יוכל להחשב כשומר. אף אם החוזה הפסול לא היקנה לו זכות קניין, הרי החזקתו של ב בנכס היא בהסכמתו של א (ההסכמה מקורה, אמנם, בחוזה הפסול אך אין זה שולל את עובדת ההסכמה). אולם נראה כי הוא חדל להיות "שומר" והחזקתו הוללה להיות, "כדין" משנדרש להשיב את הנכס ל-א וסרב לעשות כן (החזקה תשוב וההפך כדין, ולדעתי למפרע, אם ישהרר בית המשפט את ב מחובת השבה. אלא שבמקרה זה לא יהא ב בגדר שומר אלא החזקתו תהיה החזקה בעלים). בסוגיה זו השווה מ' חשין, "שמירה ושומרים" — לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים" משפטים ג' (תשל"א) 137, 149 ואילך.

<sup>89</sup> אשר לאפשרות תביעה כלפי צד שלישי ולהגבלות החלות עליה ראה לעיל.

זו כפופה לסייג חמור הנעוץ בשיקול דעתו של בית המשפט לשלול את הזכות להשבה (או אף להגבלתה לתביעת שוויו של הנכס<sup>90</sup>). שלילה כזו משמעותה אבדן זכות הקניין של הצד שהעביר את הנכס במסגרת החוזה הפסול וממילא היא גוררת גם אבדן זכות תביעה המיועדת להגן על קנין זה. שאלה נוספת העשויה להתעורר נוגעת לתחולת הכלל בדבר "עילה בת עוולה" בדיני גזיקין. שאלה זו תידון להלן.

## 10. פיצויים

### א. פיצויים כשל הפרת חוזה

כבר עמדנו על כך שהסעד של פיצויים איננו מוזכר בסעיף 31 לחוק החוזים. מכאן ניתן לגרום כי שתיקת המחוקק, במקרה זה, כאשר פירט את הסעדים האחרים, כמוה כשלילת הסעד שלא הוזכר על ידיו<sup>91</sup>. יתרה מזאת, שלילת הסעד של פיצויים נגזרת מן העובדה שהחוזה הבלתי חוקי הינו בטל, כאמור בסעיף 30 לחוק החוזים. אם החוזה בטל — ממילא פטורים הצדדים מלכצעו ואין לדרוש פיצויים ממי שלא קיים התחייבותו לפי „חוזה“ כזה. כמו כן, מטרת הפיצויים בגין הפרת חוזה היא להעמיד את התובע באותו מצב שבו היה נמצא אילו בוצע החוזה. (זאת בכפוף, כמובן, לכללים בדבר ריחוק הנזק), כפי שנאמר על ידי Park B. בעניין *Robinson v. Harman* :

“[W]here a party sustains a loss by reason of a breach of contract he is, as far as money can do it, to be placed in the same situation with respect to damages as if the contract had been performed”<sup>92</sup>.

פיצויים אלה עשויים, איפוא, לכלול לא רק חסרון כיס אלא גם מניעת רווח, ואין להניח שצד „חוטא“ יצא נשכר.

זהו הכלל, אך יש, אולי, יוצאים מכלל זה. עמדתי לעיל על כוחו של בית המשפט להורות, בנסיבות מסוימות, על קיום התחייבות שניתנה במסגרת החוזה הבלתי חוקי. הנחתי היא כי אם נתקיימו נסיבות אלה ובית המשפט החליט על קיום הרי הוא „מטהר“ את ההתחייבות וזו הופכת בת-תוקף. כן אני מניח כי „טיהור“ זה איננו פועל למפרע, מיום עריכת ההסכם הבלתי חוקי. ההתחייבות הינה „מטהרת“ והופכת בת-תוקף מיום פסק הדין, בכפוף לכך שלדעתי יש לבית המשפט שיקול דעת לתורות כי ההתחייבות „מטהרת“ מיום הגשת התביעה<sup>93</sup>.

אם הנחתי זו נכונה, יתכן שניתן יהיה, במקרים מסוימים, לתבוע פיצויים

<sup>90</sup> הגבלה כזו, אם עולה ממנה שלילת הזכות להשבה בעין, גוררת פגיעת הקניין של הבעלים המקורי. ראה הערה 82 לעיל.

<sup>91</sup> הנני סבור, אמנם, כי שתיקת המחוקק אין פירושה שלילת סעד בנויקין (מקום שעומדת לצד לחוזה הבלתי חוקי תביעה כזו). זאת מכיוון שבחוק העוסק בדיני חוזים אין ליחס לשתיקת המחוקק לגבי סעד בנויקין כוונה לשלילת סעד זה. שונים הדברים לגבי הסעד של פיצויים בגין הפרת חוזה, שאילו ביקש המחוקק לשמרו טבעי שהיה מצוין זאת בס' 31 לחוק החוזים.

<sup>92</sup> *Robinson v. Harman* (1848) 154 E.R. 363, 365.

הדברים מובאים בספרם של Sutton and Shannon על דיני חוזים בע' 400.

<sup>93</sup> ראה בחלק הראשון של רשימה זו עיוני משפט ה' 618, 634—636.

על הפרת התחייבות ש"טוהרה" כאמור. הבסיס לתביעה איננה מצוי, אמנם, בלשונו של סעיף 31 לחוק החוזים, אלא הוא נגזר מן הסעדים הכלליים בשל הפרת חוזה, שכן אני מניח עוד כי ההתחייבות שטוהרה היא התחייבות חוזית.<sup>94</sup> אולם פיצויים אלה ניתן יהיה לתבוע לגבי התקופה מיום שבו נכנסה ההתחייבות לתוקף. בחזור לדוגמה שנדונה לעיל בדבר התחייבות של ב להעביר נכס ל-א.

בניח שבית המשפט מורה ל-ב להעביר את הנכס ל-א. לפי הנחתי אין א זכאי לפיצויים על העיכוב בהעברה לגבי התקופה מיום כריתת ההסכם עד להגשת התביעה. אולם אם החליט בית המשפט להשתמש בשיקול דעתו ולהורות כי ההתחייבות, "טוהרה" מיום הגשת התביעה (ולא רק מיום פסק הדין) היא א זכאי לפיצויים על העיכוב לגבי התקופה מיום הגשת התביעה ועד לביצוע ההעברה. אם לא השתמש בית המשפט בשיקול דעתו, כאמור, והסתפק בהחלטה המורה ל-ב להעביר את הנכס ל-א, "טוהרה", לפי הנחתי, ההתחייבות רק מיום פסק הדין, ו-א לא יהיה זכאי לפיצויים לגבי התקופה שקדמה לתאריך זה. כן ראוי לציין כי בסעיף 31 לחוק החוזים ניתן לבית המשפט הכוח להעניק את הסעדים הנקובים בסעיף "בתנאים שימצא לנכון". נראה כי תנאים אלה עשויים לכלול קביעת הסעד של קיום כסעד בלעדי (היינו שלילת אפשרות לתבוע פיצויים על אי-ביצוע בתקופה שבין יום התביעה ליום פסק הדין).

אפשרות אחרת שהוזכרה לעיל היא שהנכס אבד באשמתו של ב, בין מחמת העברתו לצד ג או מחמת חוסר זהירותו של ב. אף בעניין זה נראה לי כי יש חשיבות למועד שבו אירע האבדן. אם אירע לפני הגשת התביעה (מועד שבו, להנחתי, לא היתה עדיין על ב חובה להעביר את הנכס) אין מקום לחייב את ב בפיצויים בגין האבדן. במקרה הרגיל יהא הסעד הנאות של א השבה,<sup>95</sup> ולכל היותר יוכל בית המשפט לפסוק ל-א תחליף קיום במובנו בסעיף 52 לחוק החוזים (ואולי אף תחליף קיום במובנו הרחב שתואר לעיל).

מאידך, אם אבד הנכס בידי ב בנסיבות האמורות, לאחר תאריך הגשת התביעה, יוכל בית המשפט, לפי השקפתי, לחייב את ב בתשלום פיצויים מלאים כדי שוויו המלא של הנכס וכן בגין נזקים נוספים שעשויים היו להיגרם ל-א מחמת האבדן. זאת, אף שבית המשפט איננו יכול, למעשה, ליתן צו קיום כאמור בסעיף 31 לחוק החוזים (שהרי את התחייבותו של ב אין בידיו לקיים בעין). הטעם לכך הוא שהכוח ליתן צו קיום טומן בחובו את הכוח, "לטוהר" את החיוב, ולפי הנחתי אף לקבוע (לפי שיקול דעת בית המשפט) כי החיוב, "טוהרה" מיום הגשת התביעה, ו-ב לא יוכל לסכל את השימוש בכוח זה על ידי גרימה לאבדן הנכס.

מובן כי מדובר בכל המקרים הללו בהסכם שבו מעורבים שני הצדדים באי החוקיות. אם רק האחד מהם מעורב בכך יעמדו לצד האחר זכויותיו החוזיות (לרבות

<sup>94</sup> אולם אם החיוב שבפסק הדין הוא לתשלום כסף הרי בכך, "מתמוגת" בו עילת התביעה המקורית. ראה Restatement on Judgments 'ס' 47, ע' 181 ואילך. שונים הדברים, לפי גישת ה-Restatement כאשר החיוב בפסק הדין איננו לתשלום כסף. ראה ע' 188 שם.

<sup>95</sup> מובן שעשוי להיות הברל ממשי בין פסיקת השבה (היינו, הסכום ש-א שילם לפי החוזה) לבין פיצויים בגין אבדן הנכס (אילו א היה זכאי לכך). זאת, בעיקר באותם מקרים בהם עלה ערכו של הנכס.



הזכות לתבוע פיצויים) במלואן. זאת, מבלי שיהא תלוי בנקודה זו שיקול דעת בית המשפט.<sup>96</sup>

שאלה היא מה הדין מקום ששני הצדדים נגועים באי-החוקיות אך אין הם *in pari delicto*, והאם לא היה זה מן הראוי להכיר בזכות הצד הפחות אשם לתבוע פיצויים כדי „האינטרס השלילי” שלו (היינו, הוצאות ונזקים עקב כניסתו להסכם — להבדיל מפיצויים שמטרתם להעמידו במצב שבו היה נתון אילו בוצע החוזה) ? סבורני שבכל הנוגע לתביעה בגין הפרת חוזה תהיה התשובה לשאלה זו שלילית.<sup>97</sup> זאת מן השיקולים שצויינו לעיל, ובעיקר כי הרף העובדה שהטאם של שני הצדדים לא היה שווה, היו שניהם נגועים באי-חוקיות שהביאה לפסלות החוזה. הצד השני היה משוחרר מביצוע התחייבותו (בהנחה שבית המשפט לא „טיהר” אותה באמצעות הוראת קיום) וממילא לא ניתן לחייבו בתשלום פיצויים בגין אי-קיום והתחייבות שלא היה חייב לבצעה.

### ג. פיצויים בנוזקין

פעמים, כאשר תביעה בדיני חוזים עלולה להיכשל מחמת הכלל הנוגע לעילה בת עוולה, עשוי התובע לנסות ולבסס תביעתו על דיני נזיקין. הפסיקה הישראלית מספקת דוגמאות אחדות בהן נסיון כזה עלה יפה.<sup>98</sup> בשאלה אנו העקרון מעילה בת עוולה חל אצלנו בדיני נזיקין נתגלו חילוקי דעות בפסיקה.<sup>99</sup> השופט כהן סבר כי כלל זה „אינו חל על תביעות נזיקין כל עיקר”<sup>100</sup>. לדעה זו הצטרף השופט ברנזון בפסק דין מאוחר יותר<sup>101</sup>. עם זאת, ציין כי אין הוא רוצה להתנבא מה תהיה עמדתו, כאשר התובע הוא שותף למה שמהווה עבירה פלילית מובהקת.<sup>102</sup>

מאידך סבר השופט זילברג כי עקרונית אין לצמצם את הכלל „מן עילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה” לתחום דיני החוזים, ויש להחילו אף בתחום דיני נזיקין.<sup>103</sup> השופט קיסטר סבר, אף הוא, כי „הכלל *ex turpi causa* אינו מוגבל לעילות חוזיות”<sup>104</sup>, אם כי לא ראה צורך לקבוע מסמרות בדבר. ובפסק דין שניתן לאחרונה ציין השופט לבדני כי:

„אינני רואה טעם להחיל את הכללים הללו (הנוגעים לעילה בת עוולה) על עילות

<sup>96</sup> בענין זה ראה להלן.

<sup>97</sup> בכפוף להריגים שצויינו לעיל, כגון מתן צו קיום על ידי בית המשפט. כן נבחון להלן את האפשרות לתבוע על יסוד ס' 12 לחוק החוזים.

<sup>98</sup> ע"א 174/65 ברש נ' שדה, פ"ד כ (1) 617; ע"א 609/68 אספרנס נתן נ' עבראללה, פ"ד כד (1) 455; ע"א 386/74 פלוני נ' אלמונית, פ"ד ל (1) 383.

<sup>99</sup> לדיון בסוגיה זו ראה ד' מור, „האם מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה בנוזקין?” הפרקליט כו (תשל"ל) 254; ח' הלפגוט, „השלכות הדוקטרינה *ex turpi causa* על תביעה בנוזקין” משפטים ג (תשל"א) 547.

<sup>100</sup> ע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגר, פ"ד יט (1) 429, 446.

<sup>101</sup> ע"א 609/68 אספרנס נתן נ' עבראללה, לעיל הערה 98.

<sup>102</sup> שם בע' 463.

<sup>103</sup> ע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגר, בע' 461.

<sup>104</sup> ע"א 609/68 אספרנס נתן נ' עבראללה, בע' 472.

חוזיות בלבד ולא על עילות בנויקין. אם נעשה כן, עלולים אנו לגרש את בעל הדין דרך הדלת הקדמית, והוא יחזור אלינו דרך הפתח האחורי"<sup>105</sup>.  
כמסגרת הנוכחית לא אדון בהרחבה בסוגיה זו. אצביע רק על נקודות אחדות הנוגעות לענייננו.

בתחום זה לא דבקו בתי המשפט בישראל בגישת הדין האנגלי ונקטו עמדה עצמאית. השאלה התעוררה במספר פסקי דין בהם היה מדובר בהבטחת גישואין מצד אדם גשוי, כאשר להבטחה זו הצטרף מצג שווא (דוגמת הצהרה על כוונה לגישואין בצירוף הצהרה על כוונה להתגרש מבת הנוכחית). במספר מקרים נתקבלה התביעה בנויקין בעילה של מרמה למרות שהתביעה החוזית נדחתה בהיותה מנוגדת לתקנת הציבור<sup>106</sup>, ופעמים הסתמכו גם על כך שאשמת הנתבע נראתה חמורה מוז של התובעת. מכל מקום, ההלכה האנגלית בסוגיה זו, כפי שנקבעה במשפט *Siveyer v. Allison*<sup>107</sup> — נדחתה במפורש<sup>108</sup>.

פעמים נראה, אמנם, כאילו זוכה התובע באמצעות תביעה בנויקין במה שנשלל ממנו מכוח דיני חוזים (בלשונו של השופט לנדוי, "עלולים אנו לגרש את התובע דרך הדלת הקדמית והוא יחזור אלינו דרך הפתח האחורי"). אך בכל זאת, אין השיקולים בהכרח זהים. השופט כהן הצביע על כך כי לגבי שלילת הסעד בתביעה חוזית, "הטעם הוא שאין אדם יכול להיבנות ולהיפרע על פי התחייבות בלתי חוקית, ואין בית משפט מושיט יד עזר לבצע התחייבות בלתי חוקית שכזאת". ואכן, בתביעת פיצויים בגין הפרת חוזה מבקש התובע פיצוי על כך שמה שהובטח לו (ובענייננו באמצעות ההתחייבות הבלתי חוקית) — לא ניתן לו. התביעה היא להעמידו באותו מצב מבחינה כספית בו היה נתון (לרבות הרווח שהיה מפיק) אילו בוצע החיוב<sup>109</sup>. בנויקין — מטרת הפיצויים להעמידו באותו מצב מבחינה כספית בו היה נתון אלמלא בוצעה העוולה. יתרה מזאת, לצורך תביעת נזיקין אין די, בדרך כלל, בעובדה שהנתבע לא קיים את ההבטחה שנתן, ונדרש על פי רוב יסוד נוסף<sup>110</sup>. כך היה באותם מקרים שהוזכרו לעיל בהם חוייב בנויקין אדם גשוי שהבטיח לתובעת לשאתה לאשה. הבסיס לחיוב לא היה הפרת ההבטחה אלא מצג השווא, שנעשה ביודעין, אשר הצטרף להבטחה זו.  
למרות זאת, אפשר להבין כי קיים רצון להשיג התאמה מסויימת לפחות

<sup>105</sup> ע"א 386/74 פלוגי נ' אלמונית, פ"ד ל (1) 383, 388.

ראה גם את דברי פרופ' ברק המציין —

"שאינו כל יסוד הגיוני להגביל את תחולת הכלל האמור (הנוגע לעילה בת עוולה) לדיני החוזים בלבד, אלא מן הדין להפעילו בכל מקרה בו מבקש תובע לאכוף זכות המבוססת על פעולה אטורה", בספר דיני הנזיקין (בעריכת טדסקי, הוצאת מגנס, תשל"ל), 340.  
<sup>106</sup> ע"א 174/65 כדש נ' שדה, פ"ד כ (1) 617; ע"א 609/68 אכפרנס נתן נ' עבדאללה, פ"ד כד (1) 455 (פסק הדין ניתן ברוב דעות, השופט מני סבר כי התביעה בנויקין חייבת אף היא להיכשל מחמת הכלל, "מעילה בת עוולה"); ע"א 386/74 פלוגי נ' אלמונית, פ"ד ל (1) 383.

<sup>107</sup> 2 K.B. 403 [1935]

<sup>108</sup> ע"א 609/68, בע' 461.

<sup>109</sup> השווה ד' מור במאמרו שאווכר לעיל, הערה 99 מע' 257 ואילך.

<sup>110</sup> ראה את פסק דינו של השופט לנדוי בע"א 368/74 פלוגי נ' אלמונית, פ"ד ל (1) 383, 388.

בגישה היסוד בסוגיה זו בדיני חוזים ובדיני נזיקין. דא עקא, שאין זה קל להסיק מהוראות חוק החוזים על הסוגיה שבפנינו של תביעת פיצויים בנוזקין לגבי מעשה שמעורב בו התובע ויש בו אלמנט בלתי הוקי, או התנהגות הנוגדת את טובת הציבור. זאת, בראש ובראשונה משום שחוק החוזים איננו קובע בסוגיה זו עקרונות כלליים החורגים ממסגרת דיני חוזים.<sup>111</sup> שאלת אימוץ עקרון כללי הנוגע לאי-הוקיות יכולה היתה להתעורר אילו היה לנו בחקיקה החדשה פרק הקובע עקרונות משפטיים כלליים. פרק כזה לא נכתב.

כפי שראינו לעיל, אין חוק החוזים מכיל כל הוראות לגבי הסעד של פיצויים בתביעה הנוגעה באי-הוקיות. בנקודה זו שותק החוק שתיקה גמורה, ואף שניסיתי ללמוד משתיקת המחוקק על פיצויים בתחום דיני החוזים, זומני כי יהיה זה מרחיק לכת אם ננסה ללמוד משתיקה זו גם על פיצויים בנוזקין.

זאת ועוד, סעיף 12 (ב) לחוק החוזים קובע כי במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה חייב אדם לנהוג בדרך מקובלת ובתום לב וכי צד שלא נהג כך חייב לפצות את הצד השני על הנזק שנגרם לו עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה. אין כל הוראה השוללת את תחולתו של סעיף זה אם המשא ומתן הוא לקראת חוזה הנוגע באי-הוקיות, או כאשר נפתח משא ומתן לקראת חוזה הוקי, אך במהלכו דרש אחד הצדדים להוסיף הוראה ההופכת את ההסכם לבלתי הוקי (דוגמת רישום לא נכון של המחיר כדי להונות את שלטונות המס).<sup>112</sup>

נראה לי כי בלשון כללית ניתן לומר כי אין בגישתם של כתי המשפט, כפי שהתפתחה עד היום בתחום דיני הנזיקין, דבר העומד בסתירה לגישה שהתגלתה בחוק החוזים. ואולי אף קיימת התאמה מסויימת. בתחום דיני הנזיקין נטו כתי המשפט לצמצם את תחולת הכלל מעילה בת עוולה. בכך הקדימו את המחוקק שאף הוא גילה, בחוק החוזים, נטיה דומה. נטיה בולטת אחרת, המשתקפת בחוק החוזים, היא מתן שיקול דעת רחב ביותר לבית המשפט. נטיה זו עולה בקנה אחד לפחות עם גישתו של השופט לבדוי בתחום דיני נזיקין, כפי שבאה לביטוי בע"א 386/74 פלוני נ' אלמונית<sup>113</sup>, באמרו:

„אם בית המשפט ימנע במקרה המסויים מלהושיט את זורתו – דבר זה תלוי

<sup>111</sup> ס' 61 (ב) לחוק החוזים קובע, אמנם, כי „הוראות חוק זה יהולו, ככל שהדבר מתאים לעניין ובשינויים המחוייבים, גם על פעולות משפטיות שאינן בבחינת חוזה ועל חיובים שאינם נובעים מהחוזה“. הוראה זו מעוררת שאלות לא מעטות. לענייננו נצביע על כך שהעקרון השולל זכות תביעה לגבי „עילה בת עוולה“ לא נקבע כלל בחוק החוזים. אילו היה העקרון נקבע בחוק החוזים לגבי תביעות הנובעות מחוזה ניתן היה, אולי, לגרום מכוח ס' 61 (ב) הוא חל גם על חיוב שאיננו נובע מחוזה (דוגמת חיוב שמקורו במעשה נזיקין). אך, כאמור, עקרון זה לא נקבע בחוק. כל שנאמר בס' 30 הוא כי חוזה פסול הוא בטל ונראה כי הוראה זו איננה ניתנת ליישום, אף לא „בשינויים מחוייבים“, על תביעת נזיקין. לכל היותר ניתן לומר כי חוק החוזים כישקף נטיה לצמצם את תחולת העקרון בדבר „עילה בת עוולה“ וכן נוטה הוא להעניי, בעניין זה, שיקול דעת רחב לבית המשפט. בנקודות אלה נדון להלן.

<sup>112</sup> שאלת האפשרות לתבוע לפי ס' 12 כאשר החוזה שמדובר בו הוא חוזה פסול, תידון ביתר פירוט להלן.

<sup>113</sup> פ"ד ל (1) 383, 388.

במידת סלידתו, לשון אחרת במידת חומרתו של המעשה הבלתי חוקי או הבלתי מוסרי או במידת חשיבותו של 'הנכס' הטעון הגנת החוק, וכן במידת מעורבותו במעשה של בעל הדין העשוי להיבנות מהפעלת הכלל".

ויחכן שגם השופטים כהן וברגזון, הסבורים כי עקרונית אין להחיל את הכלל, "מעילה בת עוולה" בדיני נזיקין, יהיו מוכנים להכיר בקיום שיקול דעת לשלול מן התובע סעד בנוזיקין מקום שגסיבות המקרה (לרבות חומרת התנהגותו של התובע) מצדיקים זאת.

לאור האמור לעיל, נבחון את הדוגמא הבאה: א מכר נכס ל-ב. העיסקה היתה בלתי חוקית באשר נעשתה בניגוד להוראות חוק (המחייב, למשל, תשלום מס בעת המכירה — דבר שהצדדים נמנעו כיודעין מלעשות). הסתבר שהנכס היה פגום ו-ב נפגע עקב פגם זה. אילו סרב א להעביר את הנכס, היתה התביעה בתחום דיני חוים בלבד. כמו כן, אילו התלונן א על כך שעקב הפגם פחת ערכו של הנכס, אפשר להניח שהתביעה היתה בתחום דיני החוזים.<sup>114</sup> האפשרות השלישית, שבה גרר הפגם בנכס פגיעה ב-ב מהווה דוגמא טיפוסית לחפיפה בין העילה החוזית לעילה הנזקית.<sup>115</sup> לקטגוריה זו ניתן לשייך מקרים רבים נוספים בהם נגרם נזק תוך ביצוע לא נאות של חוזה דוגמת נזק שנגרם עקב רשלנות בטיפול רפואי, או בהובלת אדם או סחורה, ולענייננו תתעורר השאלה כאשר היה החוזה בלתי חוקי (דוגמא לטיפול רפואי כזה עשוי לשמש הסכם לביצוע הפלה מלאכותית המנוגד לחוק).

כאמור לעיל, נראה לי כי המגמה שבאה לביטוי עד היום בדבר צמצום תחולת הכלל "מעילה בת עוולה" בתחום דיני הנזיקין<sup>116</sup> עולה בקנה אחד עם המגמה המשתקפת בסעיף 31 לחוק החוזים. הסעיף מכיר בזכות ההשבה של צד לחוזה הבלתי חוקי ובכך הוא מונע את התוצאה העונשית המופרזת שנבעה לא אחת מהחלת הכלל "מעילה בת עוולה" (תוצאה שנהנה ממנה הצד האחר לחוזה הבלתי חוקי). בעניין שלפנינו יש בשלילת הזכות לפיצויים בנוזיקין מ-ב שנפגע על ידי נכס פגום שנמסר לו על ידי א או מאשה שנפגעה על ידי רשלנות בביצוע הפלה מלאכותית משום עוגש מופרז של הקרבן ומתן חסינות שהיא, לדעתי, בלתי

<sup>114</sup> אולם הפסיקה הישראלית נטתה להרחיב את תחומי האחריות בנוזיקין בעולות רשלנות, ויחכן שגם במקרה כגון זה ניתן לתאר, בהתמלא התנאים הדרושים, הטלת אחריות בעולות רשלנות. השווה ע"א 451/66 קורנפלד נ' שאולוב, פ"ד כא (1) 310 (אחריות קבלן ברשלנות לטיב המבנה שהקים). כן תיחכן, כמובן, בהתמלא התנאים הדרושים, אחריות בעולות מרמה, או מצג שווא רשלני.

<sup>115</sup> אולם אף במקרה זה אין בהכרח חפיפה בין האחריות החוזית לאחריות בנוזיקין. עקרונית, מושתתת האחריות החוזית על הפרת התחייבות, דוגמת התחייבות לספק חפץ תקין (שאלה נוספת היא מה מהותה של התחייבות זו והאם זו התחייבות בלתי מסוייגת לתקינות החפץ או שמא זו התחייבות לנקיטת אמצעים סבירים להבטחת תקינותו). לעומת זאת, מותנית האחריות בנוזיקין בכך שנתקיימו היסודות של אחת מן העולות המנויות בפקודה. כמו כן גם הפתרון לשאלות בסוגית ריחוק הנזק בתחום דיני החוזים איננו זהה בהכרח לפתרון בתחום דיני הנזיקין.

<sup>116</sup> כזכור, לדעת חלק מן השופטים אין מדובר רק בצמצום תחולתו של הכלל, "מעילה בת עוולה" אלא אולי אף בשלילתו המוחלטת בתחום דיני נזיקין.

מוצדקת למזיק, שהיה צד לאי-התקיות. זאת, אף שבמקרה זה אין מדובר בסעד הנועד למנוע „התעשרות“ הנתבע (כפי שמדובר בתביעת השבה) אלא בסעד של פיצויים בגין נזק שנגרם.

עם זאת, נראה לי כי ראוי להכיר בכך שיש לבית המשפט שיקול דעת לשלול את זכות התביעה לפיצויים בנוזקין במקרים קיצוניים של אי-חוקיות וכאשר כל שאר הנסיבות מצדיקות זאת. אף ההכרה בכוחו זה של בית המשפט עולה, לדעתי, בקנה אחד עם הגישה המשתקפת בסעיף 31 לחוק החוזים. במילים אחרות, כשם שהוענק לבית המשפט שיקול דעת לשלול את הסעד של השבה, כך מן הראוי להכיר בשיקול דעת שיש לבית המשפט לשלול מתן סעד בנוזקין מחמת אי-התקיות שבמעשה התובע.

### ג. תביעה מכוח סעיף 12 לחוק החוזים

שאלה היא האם ניתן לתבוע לפי ס' 12 (ב) לחוק החוזים בגין חוסר תום לב או התנהגות שלא בדרך מקובלת במשא ומתן לקראת כריתתו של חוזה, כאשר החוזה שמדובר בו הוא חוזה בלתי חוקי. הסעיף איננו מכיל כל הוראה בנדון זה, ואף כאן נתקלים אנו בקושי שמקורו בהעדר הוראות הקובעות עקרונות כלליים. ניתן, אולי, לגרוס כי ס' 12 (א) איננו חל על משא ומתן לקראת חוזה בלתי חוקי. שהרי חוזה כזה אינו בטל. קשה גם לדבר על „דרך מקובלת“ במשא ומתן ממין זה, ואפשר אף להקשות האם זכאי עבריין, המנהל משא ומתן עם עבריין אחר בדבר הסכם לעבור על החוק, לצפות לתום לב במשא ומתן כזה והאם החוק צריך להגן על צפיה זו? לעומת זאת, עובדה היא כי ס' 30 לחוק החוזים נוקט בלשון „חוזה“ גם לגבי הסכם בלתי חוקי, אף שהסכם כזה אינו בטל. כמו כן, נפסק אצלנו כי העובדה שההסכם בטל מחמת היותו מנוגד לתקנת הציבור עדיין איננה מעניקה לצדדים להסכם „חופש להטעות“ במשא ומתן לקשירת ההסכם או נגדר היחסים שבהסכם עצמו.<sup>117</sup> האיסור על עשיית מצג שואו ביודעין, העלול לגרום נזק לזולת חל, איפוא, גם בין צדדים להסכם פסול. על פי אותו הלך מחשבה ניתן לומר, כי האיסור על התנהגות שלא בתום לב במשא ומתן, כפי שנקבע בס' 12 לחוק החוזים, חל גם בין צדדים הדגים בעריכת הסכם פסול או שהם מנהלים משא ומתן לקראת חוזה בר תוקף, אלא שבמהלכו מבקש אחד הצדדים לכלול תנאי שיהפוך את ההסכם לבלתי חוקי.

החובה לנהוג בתום לב כאמור בס' 12 לחוק החוזים היא חובה המוטלת מכוח הדין (ולא מכוח רצונם של הצדדים) והאחריות המוטלת מכוח סעיף זה הינה אחריות מכוח הדין. אין זו אחריות להפרת התחייבות שאדם נטל על עצמו מרצונו. במובן זה דומה החובה מכוח סעיף 12 לחובות המוטלות באמצעות דיני נוזקין, שאף אלה הן חובות מכוח הדין ולא חובות שנקבעו על יסוד רצון הצדדים. יצויין עוד כי תביעה לפי ס' 12 עשויה לזכות בפיצויים אך ורק בגין נזק שנגרם „עקב המשא ומתן או עקב כריתת החוזה“<sup>118</sup>. היא נועדה לפצות על מה שמכונה כ„אינטרס השלילי“ ואין היא כוללת את הרווח שהיה צפוי לתובע במקרה של

<sup>117</sup> ראה האסמכתאות בהערה 106 לעיל.

<sup>118</sup> עם זאת, ניתן לפסוק פיצויים גם בגין נזק שאיננו נזק ממון, ראה ס' 12 (ב) לחוק החוזים המפנה, בין היתר, לס' 13 לחוק התרופות.

קיום החוזה. התביעה נועדה להעמיד את התובע במצב בו היה נתון מבחינה כספית אלמלא גערך המשא ומתן או נכרת החוזה, ולא באותו מצב בו היה נתון אילו בוצע החוזה (שווהי מטרת הפיצויים בגין הפרת חוזה). לאור כל זאת, צריכים, לדעתי, גם השיקולים, בכל הנוגע לתחולתה של הדוקטרינה בדבר „עילה בת עוולה“ על תביעה מכוח ס' 12, להיות דומים לאלה הנוגעים לתחולתה של דוקטרינה זו בדיני נזיקין.

אם גישה זו נכונה, משמעות הדבר כי עקרונית לא תעמוד הדוקטרינה של „עילה בת עוולה“ למכשול בפני תביעה לפי ס' 12 לחוק החוזים, זאת בכפוף לשיקול דעת שיש לבית המשפט לדחות את התביעה אם חומרת התנהגותו של התובע וכל שאר הנסיבות מצדיקות זאת.

### 11. אי-החוקיות של צד אחד בלבד

במסגרת זו כוונתי היא למקרים בהם צד אחד בלבד מעורב באי-החוקיות ואחראי לה, ואילו הצד האחר (הצד התמים) איננו נגוע כלל בכך. מדובר, בדרך כלל, במקרים בהם החוזה, כשלעצמו, עשוי להיות חוקי אך קיים יסוד בלתי חוקי שאיננו משתקף בחוזה, ויסוד זה נוגע לאחד הצדדים ואילו הצד האחר כלל איננו יודע על כך. כך הדבר, למשל, כאשר א עורך הסכם לרכישת נכס מ-ב. א מתכוון להשתמש בנכס למטרה בלתי חוקית, אולם ב איננו יודע על כך<sup>119</sup>.

בדין האנגלי הכלל הוא שהצד התמים רשאי לראות עצמו משוחרר מן החוזה, אך הוא זכאי גם לתבוע את זכויותיו לפי החוזה וכן עשויים לעמוד לרשותו סעדים העומדים לצד החף כנגד הצד שהפר חוזה, דוגמת פיצויים או שכר ראוי עבור אותו חלק שביצע<sup>120</sup>. לעומת זאת ניצב הצד השני (המעורב באי-החוקיות) בפני הכלל השולל בעדו מלתבוע מחמת עילה בת עוולה<sup>121</sup>.

<sup>119</sup> השווה *Pearce v. Brooks* (1866) L.R. 1 Ex. 213 שבו השכירו התובעים מרכבה לפרוצה בידועם כי בדעתה להשתמש בה למשיכת לקוחותיה. התביעה לדמי שכירות לפי החוזה – נדחתה. מובן כי אילו לא ידעו התובעים על המטרה שלשמה נשכרה המרכבה היו זוכים בתביעתם. לדיון בפסק דין זה ראה *G. Cheshire and C. Fifoot*, בספרם *The Law of Contract*, (9th ed., 1976) 333-334.

<sup>120</sup> הכוונה היא לביצוע עד שנודע לו דבר אי-החוקיות של הצד השני. אם המשיך בביצוע לאחר מכן עלול הוא להחשב כמעורב בעצמו באי-החוקיות. ראה *Cheshire and Fifoot* בספרם לעיל הערה 119, בע' 349.

<sup>121</sup> ראה *Sutton and Shannon* בספרם ואילך (ס' 276) *On Contracts* (7th ed., 1970) 89 שם והסברים לאותו סעיף). ראה גם את דברי השופט זוסמן בע"א 404/68 גולדנברג נ' גלפנר, פ"ד כג (1) 7, 12-13, ה"ד, בהסתמך על דברי לורד אטקיין ב- *Wild v. Simpson* [1919] 2 K.B. 544, בדוגמא של נהג מוגיח המוביל פורץ למקום הפשע. בדיון מודגשת ההבחנה בין המקרה בו הוא יודע על מטרת הנסיעה לבין המקרה בו פועל הנהג בתום לב.

המקרה שבו זקוק אדם לרשיון לצורך מכירת נכסים או מתן שירות מסווג בדין האנגלי לקטגוריה אחרת. כך, נניח ש-א מזמין שירות (דוגמת טיפול רפואי) אצל ב. ל-ב אין רשיון הנדרש לעסוק במלאכת הרפואה אך הוא מציג עצמו כבעל רשיון כאמור. האם זו אי-חוקיות הנוגעת ל-ב בלבד? כאשר התעוררה

חוק החוזים איננו דן כלל באפשרות זו, היינו שצד אחד הינו תמים, איננו מעורב ואף איננו יודע על אי-חוקיות הנוגעת כולה לצד האחר. ניתן רק לגרוס ש' 30, הקובע את בטלות החוזה הבלתי חוקי, איננו חל על חוזה כזה, וכי כאשר הסעיף מדבר, למשל, על חוזה ש"מטרתו" בלתי חוקית, נראה שהכוונה היא למקרה שבו המטרה משותפת לשני הצדדים או לפחות ידועה לשניהם. אם א מבקש לרכוש נכס מ-ב ולהשתמש בו למטרה בלתי חוקית ו-ב איננו יודע על כך, אין לומר שמטרת החוזה (שהוא פרי הרצון של שני הצדדים) היא בלתי חוקית. כל שניתן לומר הוא שמטרתו של א היא בלתי חוקית.

ניתן, אולי, לטעון, שדינו של חוזה כזה יהיה כדין חוזה חוקי ובר-תוקף לכל דבר, אולם תוצאה כזו איננה נראית לי רצויה. משמעותה היא שגם לצד שכרת את החוזה למטרה בלתי חוקית יעמדו מלוא הזכויות לפיו. קשה להניח שזו היתה כוונת המחוקק. אין סיבה שמצבו של צד האחראי לאי חוקיות כזו יהא טוב יותר מאשר אילו היה הצד השני שותף לאי החוקיות. במקרה ששני הצדדים מעורבים באי-החוקיות, יחול האמור בסעיפים 30 ו-31 לחוק החוזים. העובדה שאחד מן הצדדים איננו מעורב באי-החוקיות איננה צריכה, לדעתי, לשפר את מצבו של הצד האחראי לברו לאי-החוקיות.

העדר הוראה בחוק החוזים המתייחסת למקרה שבו צד אחד בלבד מעורב באי-החוקיות ואחראי לה ואילו הצד האחר איננו נגוע בכך כלל, היא בעיני בגדר לאקונה.

לאור גישתי הכללית סבורני שבנקודה זו עלינו לאמץ את גישת היסוד של הדין הקודם בכל הנוגע להבחנה המצויה בו בין מעמדו של הצד התמים<sup>122</sup> למעמד הצד האחר. אלא שגישת הדין הקודם טעונה התאמה לעקרונות חדשים שבחוק החוזים. התאמה זו מחייבת שינויים יסודיים אחדים שיפורטו להלן.

הפתרון הראוי הנראה לי הוא כדלקמן:

(א) הצד התמים זכאי לסעדים הניתנים בגין הפרת חוזה, לרבות אכיפה<sup>123</sup>,

השאלה ב- [1921] 2 K.B. 716 *Re Mahmoud and Ispahani* התגונן הנתבע בטענה של העדר רשיון (הרשיון שהיה מדובר בו נדרש לשם מכירת שמן מסוג מסויים). זאת למרות שהוא הציג עצמו, בשעתו, כלפי התובע כבעל רשיון כנדרש. טענת הנתבע התקבלה, החוזה נפסל כבלתי חוקי והתביעה נדחתה. בית המשפט לא ראה באי-החוקיות הנובעת מהעדר רשיון עניין הנוגע לצד אחד בלבד, אלא גורם הפוסל את החוזה כולו. קשה להשלים עם התוצאה שהושגה במשפט זה. ב- *Strongman (1945)* Ltd. v. Sincock [1955] 3 All E.R. 90 הושגה תוצאה שונה, והצד שהתחייב להשיג את הרשיון הנדרש חוייב באמצעות הקונסטרוקציה של חוזה נוספת. יצויין עוד כי פעמים עשוי החוזה להחשב כבר תוקף למרות העדר רשיון. בעניין זה ראה בחלק הראשון של רשימה זו עיוני משפט ה' 618, 621 בעיקר הי"ש 10 שפ.

<sup>122</sup> אולם נראה כי צד זה יוכל להחשב כתמים רק בתנאי שלא המשיך בביצוע חלקו לאחר שנודע לו על אי-החוקיות במטרת הצד האחר. ראה הערה 120 לעיל.

<sup>123</sup> בחלק הראשון של רשימה זו, עיוני משפט ה' 618, 621 הצבעתי על כך ש' 30 איננו דן בחוזה שהיה חוקי בשעת כריתתו, אך לאחר מכן בוצע בדרך בלתי חוקית. יתכן הדבר שלמרות שתיקה זו יש להחיל את הוראות סעיפים 30 ו-31 על מקרה זה, לפחות כאשר מדובר באי חוקיות חמורה. זאת, כאשר לביצוע הבלתי חוקי אחראים שני הצדדים.

ובעניין זה יחולו הכללים הרגילים הנוגעים לסעדים אלה. יצוין כי המדובר איננו בסעד של קיום בגדר ס' 31 לחוק החוזים, שהוא בשיקול דעת בית המשפט, אלא לסעד של אכיפה או פיצויים כאמור בחוק התרופות בשל הפרת חוזה, תרופות שיוענקו לצד התמים כאילו היה זה חוזה חוקי לכל דבר. זאת, בכפוף לכך שלא ינתן סעד של אכיפה אם הדבר יחייב את הצד האחר לעבור על החוק, או שיקדם את הצד האחר במטרה הבלתי חוקית שתפץ להשיג (במקרים אלה ניתן יהיה לפסוק לצד החף פיצויים מתאימים בגין אי-הביצוע). אולם הצד התמים יכול לבחור גם בביטול החוזה. עילת הביטול עשויה להיות הפרת תנאי מכללא בחוזה, המחייבת כל צד שלא לבצע את החוזה תוך הפרת החוק או שלא לנצל את החוזה למטרה בלתי חוקית. ביטול החוזה מזכה את הצד החף בהשבה, העשויה להתבטא בהשבת כספים או נכסים שהעביר במסגרת החוזה או תשלום שכר ראוי עבור עבודה חלקית שביצעה במסגרתו. אף בעניין זה אין זכותו של הצד התמים כפופה, לדעתי, לשיקול הדעת של בית המשפט המוזכר בסעיף 31 לחוק החוזים.

(ב) מעמדו של הצד האשם (במובן של אחראי בלעדי לאי-החוקיות) שונה כפי שצויין לעיל, מעמדו איננו צריך להיות טוב יותר מאשר אילו היה הצד השני שותף לאי-החוקיות. העובדה שאחד הצדדים הינו חף ממעורבות באי-החוקיות איננה צריכה לשפר את מעמדו של הצד האחראי לבדו לאי-החוקיות. לפי גישה זו צריכות זכויותיו של הצד האשם להקבע לאור האמור בס' 31 לחוק החוזים. החוזה אמנם איננו בטל, כאמור, בס' 30 לחוק. זאת, מנימוקים שצויינו לעיל ומן הטעם שכלפי הצד החף אין להעלות טענה כי החוזה בטל. אך עם זאת, סבורני כי זכויותיו של הצד האשם אינן צריכות להיות עדיפות על אלה של צד להסכם פסול שבו מעורבים שני הצדדים באי-החוקיות. זהו הרעיון בדבר ההבחנה בין מעמד הצד החף לצד האשם שמקורו בתקופה שקדמה לחוק החוזים.

אם דעה זו נכונה צפוי הצד האשם לכך שהצד החף יבטל את החוזה ואף יתבע ממנו פיצויים (כמפורט ב- (א) לעיל). במקרה של ביטול החוזה על ידי הצד התמים זכאי, לכאורה, גם הצד האשם להשבה<sup>124</sup>, אלא שלדעתי כפופה זכות זו לשיקול הדעת שיש לבית המשפט לשלול את זכות ההשבה כמפורט בס' 31 לחוק החוזים. זהו ה"פיצול" המוצע בין מעמדו של הצד החף (שזכותו להשבה במקרה של ביטול החוזה איננה כפופה לשיקול הדעת שבס' 31 לחוק החוזים) למעמדו של הצד האשם.

גניח שהצד החף לא ביטל את החוזה ועם זאת הוא מסרב לבצע את חלקו (זאת למרות שהצד האשם ביצע את המוטל עליו, כולו או חלקו). במקרה כזה, יוכל הצד האשם לפנות לבית המשפט, אולם הסעדים שיוכל לתבוע הם, לדעתי, אלה המפורטים בס' 31 לחוק החוזים (השבה או קיום), וסעדים אלה יהיו כפופים לשיקול דעת בית המשפט<sup>125</sup>. ואם הוא תובע השבה מחמת שהצד התמים לא ביצע

אם גישה זו נכונה, מה יהיה הדין במקרה שרק צד אחד אחראי לביצוע הבלתי חוקי ואילו הצד האחר לא היה שותף לביצוע הבלתי חוקי ולא ירע עליו? יתכן שהפתרון הנאות הוא זה המבחין בין מעמדם של שני הצדדים בדומה למה שמוצע להלן לגבי האפשרות של אי חוקיות של צד אחד בלבד.

<sup>124</sup> השווה לס' 9 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

<sup>125</sup> לפי גישה זו לא יוכל, בדרך כלל, הצד האשם לתבוע פיצויים על הפרת החוזה אלא,



את חלקו – אין הצד האשם יכול להסתמך על זכות קנין בנכס שהעביר מכוח החוזה. זאת, משום שאין בידיו לטעון כלפי הצד החף כי החוזה בטל כאמור בס' 30 לחוק החוזים. טענתו היא כי אם הצד החף שומר בידו את פירות החוזה ויחד עם זאת מסרב לבצע את חלקו, הרי הוא מתעשר שלא כדין על חשבונג, ומכוח ס' 31 יש להכיר עקרונית בזכותו להשבה. אולם זכות זו כפופה, כאמור, לאפשרות שלילתה מכוח שיקול דעתו של בית המשפט.

זכויותיו של הצד האשם עשויות לעתים להחתך על פי העמדה שינקוט הצד התמים. בחנו לעיל את האפשרות שהצד התמים יבקש לבטל את החוזה. קיימת גם אפשרות כי הוא יהיה זכאי, לאור הנסיבות, לעמוד על קיום החוזה והוא אכן עושה זאת<sup>126</sup>. במקרה כזה לא יוכל הצד האשם לתבוע השבה (אך יש להניח כי יזכה בשכר המוסכם).

## 12. כאשר אשמת הצדדים איננה שווה

קטגוריה זו שונה מן הקודמת בכך שהקטגוריה הקודמת התייחסה לאפשרות שצד אחד איננו מעורב כלל באי-החוקיות, בעוד שהקטגוריה הנוכחית מתייחסת למקרה שבו נגועים שני הצדדים באי-החוקיות, אולם אשמתו של האחד עולה על זו של חברו.

בדין האנגלי מהווה קטגוריה זו חריג לעקרון השולל ממי שהיה צד לחוזה בלתי חוקי את האפשרות לתבוע השבת רכוש שהעביר במסגרת החוזה<sup>127</sup>. מכוחו של חריג זה זכאי הצד שאשמתו נופלת מזו של חברו לתבוע השבה. יצויין כי אין מדובר בהשוואת האשמה היחסית של הצדדים כפי שהדבר מקובל, למשל, בדיני נזיקין, אלא בכך שבנסיבות מסוימות נחשבת האחריות לאי-החוקיות כמוטלת בעיקרה על אחד הצדדים. כך, הדבר, למשל, כאשר מדובר בחוזה הנוגד הוראה שבתוק המיועדת להגן על חברי קבוצה אחת מפני חברי קבוצה אחרת (דוגמת הגנה על הלוויים על ידי הגבלת גובה הריבית המותרת, הגנה על שוכרי נכסים באמצעות הגבלת שכר דירה וכו'). סוג אחר של מקרים הוא זה, שבו פעל אחד הצדדים בעקבות מרמה או לחץ של הצד האחר<sup>128</sup>. כאמור, המדובר איננו בהשוואה סתמית של האשמה היחסית של הצדדים, וניתן למצוא דוגמאות לא מעטות בהן ניתן לומר כי אשמת האחד עולה על זו של חברו ובכל זאת הם נחשבים מבחינת הדין האנגלי *in pari delicto*<sup>129</sup>.

אולי במקרים יוצאים מן הכלל בהם עשויה התביעה לעמוד לזכותו של צד לחוזה פסול (ראה דינונו לעיל לגבי הסעד של פיצויים).

<sup>126</sup> אפשרות זו שונה מן האפשרות שקדמה לה, ואשר תוארה לעיל, בכך שקודם לכן היה מדובר במקרה שבו הצד האשם ביצע את חלקו, אך הצד התמים סרב להציע את חלקו, ואילו בעניין הנוכחי מדובר במקרה שבו הצד האשם עדיין לא ביצע חלקו והצד התמים הובע בביצוע. במקרה כזה יש להניח כי חיובו של הצד האשם בביצוע (אם הנסיבות יצדיקו זאת) יהיה מותנה במילוי חלקו של הצד התמים.

<sup>127</sup> השווה לדברי השופט זילברג בע"א 352/68 פיון נ' רייזמן, ס"ד כב (2) 683, 687.

<sup>128</sup> Goff and Jones, *The Law of Restitution* 292 et seq.

<sup>129</sup> ראה, למשל, את דברי השופט זילברג בע"א 352/68 הנ"ל בע' 687.

„אימתי אין (*in pari delicto*)? ראשון אחד הצדדים חוטא והשני איננו חוטא כלל ולא

בעקבות חוק החוזים הצטמצמה בצורה בולטת חשיבותה של קטגוריה מיוחדת זו. ס' 31 מכיר עקרונית בזכות ההשבה של צד לחוזה בלתי חוקי (כפוף לשיקול דעת בית המשפט). זאת אף אם מטאם של הצדדים שווה. מכיוון שהעקרון השולל השבה לא אומץ בהוק החוזים, אין לנו צורך גם בחריג לעקרון שהוא עצמו לא נקלט.

עם זאת עשויה להיות למידת האשמה של הצדדים וכן לאשמתם היחסית, חשיבות בכל הנוגע לשיקול הדעת של בית המשפט בגדר ס' 31 לחוק החוזים. שיקול דעת העשוי לעתים להביא לשלילת הזכות להשבה, או במקרים אחרים למתן סעד של קיום. העובדה שהצדדים לא היו *in pari delicto* עשויה לשמש גורם בעל משקל (אך, כמוכן, לא גורם בלעדי) בהפעלת שיקול הדעת של בית המשפט לטובת אותו צד שאשמתו נופלת מזו של חברו. עם זאת, אין הכרח לאמץ, לצורך עניין זה, את הקו המפריד בין הקטגוריה בה נחשבים הצדדים בדין האנגלי *in pari delicto* לבין המקרים האחרים בהם אשמת צד אחד עולה על זו של חברו ובכל זאת רואה אותם הדין האנגלי *in pari delicto*. בגדר שיקול הדעת הניתן לבית המשפט במסגרת ס' 31 לחוק החוזים ניתן להתחשב בכל הנסיבות לרבות העובדה שאשמת אחד הצדדים נופלת מחברו, אף אם, "הפרש" זה במידת האשמה לא היה בו די, על מנת לסווג את המקרה בגדר הקטגוריה שבה אין הצדדים *in pari delicto* במובן הדין האנגלי.

### 13. מנמנות מרכזיות כפוגיית החוזה הפמול – הערות סיכום

בדין האנגלי שולט בתחום זה העקרון לפיו מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה. דומני כי ניתן לומר שבחוק הישראלי הדגש הוא על הכלל ש, אין חוטא נשכר".

מדברי השופט זילברג בע"א 360/64 אבוטבול נ' קליגר, עשוי אולי להשתמע כי הבסיס הרעיוני לעקרון ש, מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה" נעוץ בכלל "שלא יהיה חוטא נשכר"<sup>180</sup>. אולם נראה שמדובר בשתי גישות שונות העשויות להביא בעניינים אחדים תוצאות זהות, ואילו בעניינים אחרים עשויות גישות אלה להביא למסקנות הפוכות. הדוגמא הבולטת נוגעת לזכות ההשבה של נכסים שהועברו במסגרת חוזה בלתי חוקי. הרעיון ש, אין חוטא נשכר" מחייב להכיר בזכות ההשבה, שאם לא כן יצא החוטא שלידי הועברו הנכסים ברווח (שהוא, אמנם, על חשבוננו של "החוטא" האחר). אלא שבעניין זה גבר בדין האנגלי

כאשר קיים הבדל בין חומרתו של החוטא האחד וחומרתו של החוטא האחר".  
ראה גם ע"א 609/68 אספרנס נתן נ' עבדאללה, פ"ד כד (1) 455, שבו אמר השופט קיסטר כי:

"בדרך כלל, כאשר שני אנשים משתתפים במעשה אטור או בלתי הוגן אין האשם שלהם שווה, אבל כדי שאחד מהם יוכל לחבוע את חברו, דרוש יותר מאשר אי-שוויון" (ע' 471 לפסק הדין), ובהמשך הדברים הוא מציין:

"...בדרך כלל לא מקפידים לגבי שותפים במעשה בלתי חוקי בקביעת גודל האשם ונוטים לראות את שניהם *in pari delicto*" (ע' 472 לפסק הדין).

כן ראה ע"א 105/69 רידר נ' מורגנשטרן, פ"ד כג (2) 95.

<sup>180</sup> פ"ד יט (1) 461, 429.

העקרון שמעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה, עקרון אשר לדעת השופט לגדוי, "יסודו בסלידת בית המשפט מלהושיט עזרתו לבעל דין המבסס את תביעתו או את הגנתו על מעשה הנוגד את החוק או את תקנת הציבור"<sup>181</sup>.

כאמור, ההכרה שניתנה בחוק החוזים לזכות ההשבה מלמדת על מותן משקל יתר לעקרון שלא יהא חוטא נשכר, וכי אין חוטא כזה צריך להתעשר על חשבון חברו. גישה זו גוברת, בדרך כלל, הן על הרעיון שמעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה והן על הרגשת אי הנוחות ופעמים אף הסלידה שיש בהענקת סעד לתובע.

ניתן אף לומר כי חוק החוזים צימצם את היקף תחולתו של הכלל, "מעילה בת עוולה לא תצמח זכות תביעה". נכון, אמנם, כי הכלל הבסיסי הוא שהתחייבות הכלולה בחוזה פסול הינה בטלה, וממילא לא ניתן לתבוע ביצוע התחייבות שנטלו על עצמם הצדדים במסגרת חוזה כזה. אולם המכשול איננו נעוץ בכך שביה המשפט סולד, כביכול, מלדון בנושא אלא מחמת העדר זכות, היינו מן העובדה שההתחייבות שניתנה היא חסרת כל תוקף. מקום שהועברו נכסים במסגרת החוזה ניתן, בדרך כלל, לתבוע השבה מבלי שהכלל, "מעילה בת עוולה" יעמוד למכשול בפני תביעה זו. יתרה מזאת, שלילת הזכות למימושה של התחייבות אשר ניתנה במסגרת חוזה בלתי חוקי עולה בקנה אחד עם הרעיון ש"אין חוטא נשכר". ההתחייבות של הצד שכנגד היא פרי החוזה האסור, והדין לא יסייע למי שחטא לקטוף את פריו של החוזה האסור. אלא שהחוק הישראלי איננו מבקש לצרף לכך, "עוגש" באמצעות שלילת הזכות להשבה.

בשעתו הובעה דעה, לגבי הדין שנהג לפני כניסת חוק החוזים לתוקפו, כי אחד מן הנימוקים עליהם מושתת הכלל השולל תביעה המבוססת על עילה בת עוולה הוא, כי עצם הדיון בתביעה כזו, שהיא, "מוקצה מחמת מיאוס", פוגע, כביכול, בכבוד בית המשפט<sup>182</sup>. עם זאת, עובדה היא כי הכלל בדבר, "מעילה בת עוולה" לא היה בו כדי להבריא את כל החוטאים מבית המשפט או להגן על בתי המשפט מפני הצורך לדון בתביעות כאלה. תביעות מסוג זה הוגשו ונדונו, לא אחת, לגופן כשרק בסופו של הדיון הגיע בית המשפט למסקנה כי דין התביעה להידחות מחמת הכלל של "עילה בת עוולה".

מכל מקום, לאור החוק החדש אבד הכלת על הנימוק של סלידה, כביכול, מפני דיון בתביעות שיסודן בחוזה פסול, או חשש פן יהא בכך כדי לטמא את היכל המשפט. בית המשפט מצווה לדון בעניין. במקרה המתאים יהא עליו להפעיל את שיקול הדעת שהוענק לו בס' 31 לחוק החוזים ולשם כך עליו לברר את כל הפרטים הרלבנטיים, לרבות תנאי החוזה הבלתי חוקי והתנהגות הצדדים<sup>183</sup>. נכון

<sup>181</sup> ע"א 386/74 פלתי נ' אלמונית, פ"ד ל (1) 383, 387-388.

<sup>182</sup> השווה לדברי השופט זילברג בע"א 110/53 ג'יקובס נ' קרטז, פ"ד ט 1401, 1410: "הוא (בית המשפט) משאיר את המצב בעינו כמות שהוא, כי התביעה היא מוקצה מחמת מיאוס, ואין בית המשפט מלכלך את ידיו במגע 'טמא' שכזה".

<sup>183</sup> לאמיתו של דבר, מתגבשת גם בדין האנגלי ההכרה כי אין לשלול בעד ביה המשפט את האפשרות לעיין בחוזה הבלתי חוקי ובתנאיו כאשר עשויה להיות לכך הסיבות לצורך קביעת זכויות הצדדים. ראה את דברי השופט דינג במשפט *Belvoir v. Stapleton*. שהובאו בחלק הראשון של רשימה זו, עייתי משפט ה 618, 624 בה"ש 22 שם.

הדבר שבמסגרת שיקול דעתו יוכל בית המשפט ליתן ביטוי לסלידתו מהתנהגות אחד הצדדים ולשלול את זכותו להשבה (או לחייבו לקיים את התחייבותו). אך סלידה זו, שהוזכרה גם בדברי השופט הנדוי שצוטטו לעיל, הינה סלידה מהתנהגות צד זה או אחר ולא מפני דיון בנושא.

אם ניתן לתאר את גישת הדין הקודם כגישה אמוציונלית, נוכל לומר כי חוק החוזים המירה בגישה רציונלית.

החווה הפסול, כך נאמר בס' 30 לחוק החוזים, הוא בטל. אולם כבר עמדנו על כך כי אין זה, בכל מקרה, בטלות גמורה, כאילו לא נקשר החווה כלל. הכוח שניתן לבית המשפט לצוות על קיום החיוב מלמד שעשויות להיות לחווה תוצאות משפטיות בתחום דיני החיובים, כאילו היתה זו התחייבות שניתנה במסגרת חוזה תקף. האפשרות לשלול את זכות ההשבה מצביעה על כך כי לחווה הפסול עשויות להיות תוצאות בתחום דיני הקניין.

בכל הנוגע לקביעת התוצאות המשפטיות של החווה הפסול ממלא בית המשפט תפקיד מרכזי, ושיקול הדעת הרחב שהוענק לו מהווה את הציר עליו סוכב הדין הישראלי, כפי שנקבע בס' 31 לחוק החוזים.

#### דניאל פרידמן \*

\* דיקן הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת תל-אביב.