

מדינת ישראל משרד המשפטים

פרקליטות המדינה
היחידה לאכיפה אזרחית
תאריך: ז' אייר תשפ"ב
08 מאי 2022

חוות-דעת: השבת עלויות רכש על ידי סוכנים משטרתיים

א. רקע

1. המשטרה משתמשת בדרכי פעולה שונות שמטרתן שמירה על סדר חברתי ועל האינטרסים הציבוריים. אחת מן הפרקטיקות המקובלות בחשיפת פשעים חמורים היא הפעלה של סוכנים סמויים.
2. במסגרת תפקידם נוהגים סוכנים סמויים להתקשר בעסקאות עם גורמים עברייניים במטרה להביא להפלה של אותם הגורמים. למעשה הסוכן הסמוי רוכש בכספי המדינה נשק, סמים וכיוב' מאותו העבריין ובכך מאפשר להעמיד תשתית ראייתית הולמת להעמדת העבריין לדין פלילי.
3. הפעלת הסוכנים הסמויים כפופה לנורמות המעוגנות בהוראות ההפעלה המשטרטיות החסויות המסדירות את הנושא, ובהנחיות פרקליט המדינה אשר מתוות מספר עקרונות גלויים בעניין.¹
4. בעיה שהובאה לפתחנו העולה מהפעלת הסוכנים הסמויים עוסקת בשאלה מה קורה כאשר במסגרת ההליך הפלילי לא ניתן לאתר את הכספים ששילמה המדינה לאותו העבריין ולחלטם, ונוצר מצב בו העבריין ממשיך להחזיק בכספים ששולמו לו. מצב זה עומד בסתירה לעיקרון לפיו "לא יהא החוטא נשכר".
5. חוות-דעת זו תבחן האם למדינה יש טענה לגיטימית להשבה של הכספים אותם היא משלמת לעבריינים במסגרת פעולתם של סוכנים סמויים. בחוות-הדעת נסקור את דרכי פעולת הסוכן הסמוי ואת הנורמות עליהן מבוססת הפעלתו. לאחר מכן, נבחן את האפשרות להגשת תביעות מכוח דיני החוזים ומכוח דיני עשיית העושר ולא במשפט.

ב. הפעלת הסוכן הסמוי

¹ הנחיית פרקליט המדינה 14.6 "הפעלת סוכן סמוי על ידי המשטרה" (20.11.2019); באשר להסמכה לביצוע הפרקטיקה ולמידת השימוש הראוי בה ראו: אסף הרדוף "דין פלילי בלתי מוסמך: עקרון חוקיות המנהל פוגש את המשפט הפלילי" **ספר יורם דנציגר**; מדובר בפרקטיקה הקיימת "עדן עדנים". ראה: א. פולונסקי "סוכן פרובוקטור" **הפרקליט** 13 (1944).

רח' מח"ל 7, מעלות דפנה, ת.ד. 49333, ת.ד. 49123 ירושלים 9149301

טל': 02-5419631, פקס: 02-6462815

6. תכליתה של ההתקשרות המבוצעת על ידי המשטרה, באמצעותו של הסוכן הסמוי, היא להפחית ולהתמודד עם תופעות פשיעה מסוכנות. התמודדות זו מתבצעת באמצעות כלי חוזי ולא באמצעי כפייה, מפני שהוא מבטא את שיטת הפעולה המיטבית והאפקטיבית במקרה זה. מטרת הסוכן הסמוי היא להשיג ראיות לביצוע פשעים על ידי הצד העברייני להתקשרות, אשר יוכלו לבסס את הרשעתו בביצוע עבירות פליליות.
7. שעה שעמדנו על תכלית ההתקשרות, נציג את מאפייני פעולת הסוכן הסמוי וההתקשרות. ההתקשרות החוזית המתבצעת בעת פעולתו של הסוכן הסמוי מסווגת כפעולה מנהלית לכריתת חוזה. ככל פעולה מנהלית, גם פעולתו של הסוכן הסמוי כפופה לאמות מידה נורמטיביות.
8. אמות המידה הנורמטיביות להפעלת סוכן סמוי נקבעו בהנחיה 14.6 להנחיות פרקליט המדינה (להלן – "ההנחיה") ובפסיקת בית-המשפט.
9. בהנחיה נקבעו בעיקר ההוראות הפרוצדורליות החלות על הפעלת סוכן סמוי. כך למשל עוגנו בהנחיה האישורים הדרושים לשם הפעלת סוכן סמוי; הצורך למנות פרקליט שילווה את פעולת הסוכן הסמוי; הפעולות אותן יש לבצע בעת חריגת הסוכן הסמוי ממסגרת ההפעלה שהוגדרה לו; העברת החומרים בקשר לפעילות הסוכן מהמשטרה לפרקליטות וכו'.
10. מעבר לכך, בפסיקת בית-המשפט אשר עסקה בנושא נקבע, כי סוכן סמוי לא יפעל להכשלת אזרח תמים, כזה שאלמלא שידולו של הסוכן לא היה מגיע לכדי ביצוע עבירה. פעולת הסוכן תהא מבוססת על מידע אמין המחשיד את מושא פעולתו בביצוע פשעים מהסוג בו עוסקת החקירה, ורק כאשר השימוש בסוכן הוא הכרחי לצורך קידום החקירה.²
11. מנורמה זו ניתן לגזור הבחנה בין "סוכן סמוי" ל"סוכן מדיח". אף על פי ששניהם פועלים באופן סמוי, הראשון פועל בהתאם לנורמה הנ"ל, בעוד האחרון מפר נורמה זו ומשדל את העבריין לעבור עבירה.³
12. הפרה של נורמה זו בהליך פלילי עשויה להקים טענת "הגנה מן הצדק".⁴ טענה זו נבחנת בהתאם למבחן אובייקטיבי ומבחן סובייקטיבי. המבחן האובייקטיבי בוחן את פעולת הרשות ובודק האם התנהלות עלתה כדי "התנהגות בלתי נסבלת". המבחן הסובייקטיבי בוחן את נטייתו הסובייקטיבית של הנאשם לבצע את העבירה בשל שידולו של הסוכן הסמוי.⁵
13. בשל הצורך לשמור על הקווים המנחים וגבולות ברורים, הנחיית פרקליט המדינה מס' 14.6 קובעת, כי כל הפעלה של סוכן סמוי דרושה אישור פרקליט מחוז או פרקליט בכיר שמונה

² ר' למשל, ע"פ 1224/07 בלדב נ' מדינת ישראל, פס' 65 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 10.2.2010) (להלן – פרשת בלדב).

³ ס' 30 לחוק העונשין קובע כי "משדל" הוא "המביא אחר לידי עשיית עבירה בשכנוע, בעידוד, בדרישה, בהפצרה, או בכל דרך שיש בה משום הפעלת לחץ, הוא משדל לדבר עבירה"; ע"פ 2910/94 יפת נ' מדינת ישראל, פ"ד נ(2) 221, 370 (1996) (להלן – פרשת יפת) – כדברי השופט לוי: "זרע הפורענות נזרע אצל הרשות"; ע"פ 470/83 מורי נ' מדינת ישראל פ"ד ט(1), 5 (1985) – כדברי השופט בך: "נקבע כי אסור שהפעלת הסוכן תשמש פיתוי והדחה שיש בהם כדי להשחית אדם חף מפשע ולהביא לידי ביצוע עבירות".

⁴ טענת הגנה זו מעוגנת בסעיף 149(10) לחוק סדר הדין הפלילי [נוסח משולב], תשמ"ב-1982; ע"פ 1856/10 סלים ספיה נ' מדינת ישראל פס' 41 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 22.11.2010) (להלן – פרשת ספיה).

⁵ פרשת ספיה, לעיל ה"ש 4, פס' 41 לפסק-הדין; ישגב נקדימון הגנה מן הצדק 210 (2009).

לכך. בנוסף, ההנחיה קובעת כי יש להשתדל למנות פרקליט אשר ילווה את כל מהלך הסוכן, ובפרט את שלביו הקריטיים.

14. למותר לציין, כי על אף שעמידה בכללים והנורמות לעיל מכוונת בעיקרה לטובת קיומו של הליך פלילי תקין, ברי כי עמידה בכללים אלו נדרשת אף לשם ניהולו של הליך אזרחי. נוכח האמור בחוות דעת זו נצא מנקודת הנחה, כי פעולותיו של הסוכן הסמוי בוצעו לפי הכללים וההנחיות וכי אין מדובר במצבים בהם הופרו הנורמות המנהליות.⁶

ג. עילות תביעה אפשריות

1. דיני החוזים⁷

א. המסגרת החוקית:

15. סעיף 30 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973 (להלן: "חוק החוזים") קובע:

"חוזה שכריתתו, תכנו או מטרתו הם בלתי חוקיים, בלתי מוסריים או סותרים את תקנת הציבור – בטל".

16. סעיף 30 לחוק החוזים קובע, בין היתר, כי חוזה ייחשב לחוזה בלתי חוקי מבחינת תוכנו כאשר החיובים בו אסורים בדין הפלילי או האזרחי. המבחן לאי-החוקיות הוא אובייקטיבי וניטרלי – האם תוכן החוזה סותר הוראת חוק מסוימת.⁸

17. לשונו של סעיף 30 לחוק החוזים מלמדת, כי דינו של חוזה פסול הוא אחד – בטלות. כלומר, בית-המשפט אינו מפעיל את שיקול דעתו בסיווג החוזה. למעשה, "חוזה בטל" הוא חוזה שאין בכוחו להצמיח תוצאה משפטית כלשהי.⁹ לפיכך, נפקותו של החוזה הבטל מעוגנת בסעיף 21 לחוק החוזים.

18. סעיף 21 לחוק החוזים קובע את העיקרון הכללי לעניין בטלות חוזה לפיו:

"משבוטל החוזה, חייב כל צד להשיב לצד השני מה שקיבל על פי החוזה, ואם ההשבה היתה בלתי אפשרית או בלתי סבירה – לשלם לו את שווי של מה שקיבל".

⁶ מצבים אלו עשויים להוביל לניתוח שונה של שיקולי הצדק ואף לניתוח שונה של שאלת הכריתה (פגם בכריתה).

⁷ הנחת המוצא של ניתוח זה היא כי בין הצדדים נכרת הסכם וכי הוחלפו תמורות בין הצדדים.

⁸ גבריאלה שלו ואפי צמח **דיני חוזים** עמ' 629 (2019) (להלן – שלו וצמח **חוזים**).

⁹ שם, עמ' 667; יש מקום לחדד כי אין בכוחו של חוזה פסול להצמיח תוצאה אחרת אלא בטלות. אין צורך לשכנע את בית-המשפט בעניין בטלותו של החוזה, ואין בית-המשפט רשאי לקבוע תוצאה אחרת אלא בטלות. הייחוד של הוראה זו מתבאר עוד יותר בהשוואה להוראות פרק ב' לחוק החוזים, הקובעים כי במקרים של טעות, הטעיה, כפייה או עושק **רשא** בית-המשפט להורות על פסלות החוזה. בדומה להוראת הבטלות מכוח סעיף 30 ניתן לראות כי גם דינו של חוזה למראית עין, המעוגן בסעיף 13 לחוק החוזים, הוא בטלות ואין בלתו.

19. סעיפים אלו דרים בכפיפה אחת עם סעיף 31 לחוק החוזים בשינויים המחויבים :

הוראות סעיפים 19 ו-21 יחולו, בשינויים המחויבים, גם על בטלותו של חוזה לפי פרק זה, אולם בבטלותו לפי סעיף 30 רשאי בית המשפט, אם ראה שמן הצדק לעשות כן ובתנאים שימצא לנכון, לפטור צד מהחובה לפי סעיף 21, כולה או מקצתה, ובמידה שצד אחד ביצע את חיובו לפי החוזה – לחייב את הצד השני בקיום החיוב שכנגד, כולו או מקצתו".

20. סעיף 19 לחוק החוזים קובע, כי במידה והחוזה ניתן להפרדה לחלקים ועילת הביטול נוגעת רק לאחד מחלקיו, ניתן לבטל רק את אותו החלק. במידה וניתן לעשות כן, ניתן לבטל רק את החלק הבלתי-חוקי, בלתי-מוסרי או הסותר תקנת ציבור.¹⁰ מאחר ובמקרה שבפנינו עסקינן בחוזה לא-חוקי מהמסד ועד הטפחות, לא נסקור במסגרת חוות הדעת אפשרות זו.

ב. האם חוזה הנכרת על ידי סוכן סמוי עם עבריין נכנס בגדר סעיף 30 לחוק החוזים :

21. הוראות סעיף 30 מונות מספר חלופות אפשריות, בהתקיים אחת מהן החוזה ייחשב לחוזה בטל. ניכר, כי במקרה שבפנינו כל החלופות מתקיימות, דבר התומך במסקנה כי דינו של החוזה ביטול.

א. כריתת חוזה: חוזה נכרת בדרך של הצעה וקיבול. כריתת חוזה היא פסולה כאשר שלב הכריתה עצמו נגוע באי-חוקיות, כאשר ההצעה ו/או הקיבול עצמם פסולים. כך לדוגמא חוזה הנכרת על ידי רשות ציבורית בחוסר סמכות או ללא מכרז המחויב לפי חוק הוא חוזה פסול.¹¹ בענייננו, החוזה נכרת על ידי המשטרה בסמכות, אולם מובן כי מן הצד העברייני כריתתו פסולה, נוכח ההצעה העומדת על הפרק.

ב. תוכן החוזה: חוזה ייחשב לבלתי חוקי מבחינת תוכנו כאשר ההתחייבויות בו אסורות בדיון. כך מצב בו אחד המתקשרים (או שניהם) נוטל על עצמו לבצע מעשה אשר הדין אוסר על הביצוע שלו, הוא חוזה בלתי חוקי מבחינת תוכנו.¹² בענייננו, מובן כי החוזה פסול מבחינת תוכנו, היות שעסקאות מהסוג הנידון אסורות על פי חוק.

ג. מטרת החוזה: חוזה נוצר במטרה לשקף רצון הדדי של שני הצדדים. מטרת החוזה נבחנת לפי אומד דעתם של הצדדים, כפי שהיא משתמעת מתוך החוזה ומנסיבות העניין בכללותן. עם זאת, אין הכרח כי המטרה תהיה כזו ששני הצדדים יזמו ורוצים בה. מספיק שתהיה ידיעה בפועל או בכוח של אחד הצדדים על מטרתו הבלתי-חוקית של הצד האחר על מנת שמטרת שני הצדדים תסווג כפסולה.¹³ בענייננו, מטרת חוזה לרכישת סמים ו/או נשק תסווג בנסיבות העניין כחוזה בעל מטרה בלתי-חוקית. מטרת הצד העברייני לחוזה

¹⁰ שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 8, עמ' 670-671; תוך כיבוד העיקרון לפיו "חוזים יש לקיים".
¹¹ שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 8, עמ' 626; דניאל פרידמן ונילי כהן חוזים 478 (1991) (את הפרק העוסק בחוזה פסול כתב שופט בית-המשפט העליון עופר גרוסקופף) (להלן – גרוסקופף "חוזה פסולי").
¹² שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 8, עמ' 629; גרוסקופף "חוזה פסולי", לעיל ה"ש 11, עמ' 482.
¹³ שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 8, עמ' 632; גרוסקופף "חוזה פסולי", לעיל ה"ש 11, עמ' 486.

הוא להשיא את רווחיו (במקרה שהוא המוכר) או לחילופין להביא לפגיעה באינטרס הציבורי (במקרה שהוא הרוכש). המטרה הסובייקטיבית החוקית של הסוכן הסמוי אינה יכולה לשקף ידיעה בפועל או בכוח של הצד העברייני, וזאת לאור הפעולה הסמויה של הסוכן. בחינה אובייקטיבית של החוזה ושל נסיבות העניין מעלה כי מטרתו של חוזה היא ביצוע פעולה לא חוקית.¹⁴

22. מן האמור עולה כי חוזה הנכרת על ידי סוכן סמוי הוא חוזה פסול. לאור החפיפה בין שלוש הקטגוריות נראה כי לניתוח מדויק של הרכיבים השונים משמעות נמוכה, הואיל ודינו של החוזה אחד והוא בטלות.¹⁵

ג. סמכויות בית-המשפט בהתאם לסעיף 31 לחוק החוזים:

23. על פי פשוטו תוצאת חוזה הנכנס בגדרי סעיף 30 היא אחת – בטלות. עם זאת, הוראת סעיף 30 אינה עומדת לבדה וכמוצג מעלה יש לדון בה יחד עם הוראת סעיף 31 לחוק. עמד על כך הנשיא ברק:

"בין שתי ההוראות יש אפוא אפקט של כלים שלובים. ההוראה האחת (סעיף 30) קובעת את העיקרון. ההוראה השנייה (סעיף 31) קובעת את התוצאה. העיקרון משפיע על היקף התוצאה. התוצאה משפיעה על היקף העיקרון. האיזון הפנימי בין שתי ההוראות קובע את דין החוזה האסור".¹⁶

24. סעיף 31 לחוק מחיל את סעיפים 19 ו-21 על חוזה פסול מכוח סעיף 30. סעיף 21 לחוק החוזים קובע חובת השבה הודנית לאחר ביטול.¹⁷ המשמעות היא כי, ככלל, תוצאתו של חוזה פסול היא ביטול כל תוצאה שהחוזה הפסול חולל בשטח והחזרת המצב לקדמותו באמצעות השבה הודנית.¹⁸ זהו העיקרון המתואר בדבריו של הנשיא ברק מעלה.

¹⁴ בראייתי הניתוח של פרופ' פרידמן בדבר "אי-חוקיות של צד אחד" אינו מתאים למצב הנידון. הניתוח המוצג עוסק במצב בו צד אחד בלבד מעורב באי-חוקיות ואחראי לה, ואילו צד אחר הוא תמים ואינו נגוע באי-חוקיות כלל. לטענתו, מדובר במקרים בהם קיים יסוד בלתי חוקי שאינו משתקף בחוזה. בענייננו, זה אינו המצב. הסוכן הסמוי פועל לביצוע עסקה שכולה טבולה באי-חוקיות ברורה ומשמעותית. ראה: דניאל פרידמן "תוצאות אי-חוקיות בדין הישראלי לאור הוראות סעיפים 30-31 לחוק החוזים (חלק כללי), עמ' 185 **עיוני משפט** (תשל"ח) (להלן – פרידמן "אי-חוקיות"); מעבר לכך, גם השופט גרוסקופף נדרש בדבריו למצב של אי-חוקיות חד-צדדית. עם זאת, גם בנייתו שלו הוא אינו נותן את הדעת למצב הדומה למצב בענייננו, אלא רק למצב אותו מתאר פרופ' פרידמן. ראה: גרוסקופף "חוזה פסול", לעיל ה"ש 11, עמ' 487.

¹⁵ בנוגע לסיווגם של חוזים בלתי-חוקיים ולטשטוש הגבולות שבין הקטגוריות ראו עמדת השופט כהן ב- ע"א 359/79 **אלחנני נ' רפאל**, פ"ד לה(1) 701, 710 (1980); ע"א 6667/10 **גלית הלוי בר טנדלר נ' דרור קוזניצקי** פס' 23 לפסק-הדין (פורסם בנבו 12.9.2012); שלו וצמח **חוזים**, לעיל ה"ש 8, עמ' 623.

¹⁶ בג"ץ 6231/92 **אלברט זגורי נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים**, מט(4), 749, 780 (1995) (להלן – עניין זגורי).
¹⁷ כאמור בענייננו לא נראה כי יש טעם להידרש את תוצאות סעיף 19 לחוק החוזים היות שחוזה מן הסוג בו אנו עוסקים אינו ניתן להפרדה לחלקים.

¹⁸ שלו וצמח **חוזים**, לעיל ה"ש 8, עמ' 669.

25. בצד זאת, סעיף 31 נותן בידי בית-המשפט שיקול דעת רחב לפטור צד לחוזה פסול מהשבה ולחייב צד לחוזה פסול בקיום החיוב שכנגד. שיקול דעתו של בית-המשפט להפעיל סמכויות אלו נקבע בהתאם לשיקולי צדק. זוהי התוצאה המתוארת בדבריו של הנשיא ברק מעלה.¹⁹

26. לאור זאת, על מנת להבין מה היא תוצאת ביטול החוזה הנידון בענייננו (שהרי השבה הודנית מן הסתם אינה אפשרית בנסיבות העניין), יש לבחון מה הם שיקולי הצדק להם נדרש בית-המשפט כאשר הוא בוחן חוזה פסול ואת תחולתם בעניין זה. בענייננו, תביעת השבה צריכה להביא לפטור מהשבה למדינה, בעוד הצד העברייני להתקשרות יידרש להשיב את שקיבל מידי הסוכן הסמוי.

ד. שיקולי "צדק":

27. עיקרון העל המנחה את שיקולי הצדק שתחת סעיף 31 לחוק החוזים הוא שלא יהא החוטא נשכר.²⁰

28. מגמה אחת בפירוש המונח "צדק" היא קודם כל מגמה חינוכית-הרתעתית, שמטרתה חיזוק שמירת החוק במדינה. המטרה היא להשפיע על החברה בכללותה ולמנוע כריתה של חוזים פסולים.²¹ מגמה נוספת היא מגמת הצדק. מגמה זו שמה דגש על האינטרסים של הצדדים לחוזה, ובכללם הגשמת האוטונומיה של הצדדים ומניעת התעשרות של אחד על חשבון רעהו, ולמעשה משקפת את עיקרון העל לפיו לא יהא החוטא נשכר.²²

29. ככלל, הפסיקה אינה רואה בעין יפה מצב בו צד שיוזם את החוזה טוען לבטלותו ומבקש השבה. במקרים מסוימים פירשה הפסיקה מצב זה כמצב המטיל על הצד היוזם אשם מוסרי גבוה יותר מאשר הצד השני לחוזה.²³ אף על פי כן, חרף העבודה שהמדינה היא זו שיזמה את העסקה, לאור הטעמים העומדים בבסיס ההתקשרות, וכן לאור ניתוח כלל שיקולי הצדק כפי שיוצגו מטה, לטעמנו אין ביוזמת המדינה במקרים אלה כדי להטות את לשלול זכותה לדרוש השבת כספי העסקה.

ה. ניתוח הסיטואציה הנידונה לאור שיקולי הצדק שבפסיקה ובספרות

30. ככלל, שיקול הדעת של בית-המשפט מכוח סעיף 31 הוא רחב ביותר ומקנה לו גמישות רבה. עם זאת, ניתן למנות רשימה של שיקולים שנידונו בפסיקה ובספרות אותם עשוי לשקול בית-

¹⁹ דרך הביטוי של פרופ' גרוסקופף ליחס שבין סעיפים אלו היא כי סעיף 30 מבטא את הכלל, וסעיף 31 מבטא את החריג לכלל. ראה: גרוסקופף "חוזה פסול", לעיל ה"ש 11, עמ' 592.

²⁰ פרידמן "אי-חוקיות" עמ' 638; שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 8, עמ' 618.

²¹ עניין זגורי, לעיל ה"ש 16, עמ' 782; ע"א 359/79 אלחנני נ' רפאל, פ"ד לה(1) 710, 701 (1980); 759/81 ברש נ' ירדני, פ"ד מא(2) 253, 271 (1986); ע"א 4305/10 מזל אילן נ' יוסף לוי פס' 19 לפסק-הדין (פורסם בנבו, 9.5.2012) (להלן – עניין אילן); גרוסקופף "חוזה פסול", לעיל ה"ש 11, עמ' 598.

²² עניין זגורי, לעיל ה"ש 16, עמ' 782; ע"א 6667/10 גלית הלוי בר טנדלר נ' דרור קוזניצקי פס' 18 לפסק-הדין (פורסם בנבו 12.9.2012); שלו וצמח חוזים עמ' 620; פרידמן "אי-חוקיות" עמ' 637.

²³ להרחבה ראו: ע"א 311/78 הניה הווארד נ' נסים מיארה לה(2) 505, 519-520 (1980); (7141/13); ע"א 7368/06 דירת יוקרה בע"מ נ' ראש עיריית יבנה מר צבי גוב ארי פס' 21 לפסק-דינה של השופטת פרוקצ'יה (פורסם בנבו, 27.6.2011); קונקטיב גרופ בע"מ נ' שמעון דבוש פס' 17 לפסק-דינה של השופטת ברק-ארז (פורסם בנבו, 5.11.2015); עניין אילן, לעיל ה"ש 21, פס' 36 לפסק-דינו של השופט פוגלמן.

המשפט. להלן נבחן את שיקולי הצדק השונים שהוצגו בפסיקה ובספרות, וננתח לאורם את הסיטואציה העומדת בפנינו.

31. יש מקום לחדד כי שיקול הדעת בניתוח זה צריך להתבסס על המגמה החינוכית-הרתעתית ועל מגמת ה"צדק", אשר עיקרן הוצג והוסבר מעלה.

32. השיקולים השונים המוצגים לעיל מהווים אבני דרך בשיקול דעתו של בית המשפט בדרך להכרעה שיפוטית בדבר הפטור מהשבה בהתאם לאמור בסעיף 31 לחוק החוזים ולשיקולי הצדק.²⁴

א. תוכנו של החוזה ומידת אי-החוקיות שלו:²⁵ במקרה שלנו החוזה בין הצדדים הינו חוזה הטבול כולו באי-חוקיות. תוכנו של החוזה כולל התחייבות של הצד העברייני למכור נשק ו/או סמים לקונה, כאשר זה בתורו נדרש לשלם סכום בהתאם למסוכם בין הצדדים.

ב. מושא החוזה הבלתי חוקי ומידת מרכזיותו בחוזה: במקרה של חוזה למכירת נשק ו/או סמים הרי שאי החוקיות של מושא החוזה ברורה ומרכזית.

ג. בחינת נסיבות העניין: המדינה ביצעה עסקה לרכישת כלי נשק מסוחר נשק עבריינים במטרה להפילם ולמנוע זליגתו של נשק לא חוקי לרחובות, נשק אשר עלול לסכן את שלומו וביטחונו של הציבור ולפגוע באזרחים חפים מפשע. פעולה זו הולמת את האינטרס הציבורי הרחב ונעשתה מכוח סמכותה וחובתה של המדינה להגן על שלום אזרחיה. הותרת התשלום שבוצע בידי של העברייני בנסיבות אלה אינה הולמת את האינטרס הציבורי ובכלל זאת קיומו של עיקרון העל לפיו "לא יהא החוטא נשכר". עוד מובן כי מתן פטור מהשבת הממכר שהועבר לידי המדינה מכוח העסקה הלא-חוקית למדינה תיצור תמריץ כלכלי שלילי לעבריינים להתקשר בחוזים מעין אלו.²⁶

ד. מידת קיום החוזה: ההנחה היא כי החוזה קיים במלואו, וזאת לאור הצורך להשיג ראיות שישמשו בהליך הפלילי. במקרה זה סירוב להעניק את סעד ההשבה מהווה למעשה אשרור של העסקה על ידי בית-המשפט. כלומר, אם בית-המשפט יימנע מלפסוק סעד השבה הרי שהלכה למעשה הוא משלים עם קיומה של עסקה בלתי-חוקית,²⁷ תוצאה שאינה סבירה לטעמנו בנסיבות.

ה. כדאיות כלכלית: כאמור מעלה, כאשר החוזה קיים במלואו, דחיית תביעת המדינה לפטור מהשבה תביא ליצירת תמריץ כלכלי חיובי לעבריינים.

ו. חוזים עתידיים: פטור מהשבה למדינה עשוי לסייע לסכל חוזים עתידיים אפשריים וזאת נוכח נטילת הכדאיות הכלכלית והגברת האיום בהתקשרות עם סוכן סמוי.

²⁴ הקריטריונים שלהלן מבוססים על הקריטריונים המוצגים ב - ע"א 6667/10 גלית הלוי בר טנדלר נ' דרור קוזניצקי פס' 23 לפסק הדין; שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 8, עמ' 685-681; גרוסקופף "חוזה פסול", לעיל ה"ש 11, עמ' 603-591; פרידמן "אי-חוקיות" עמ' 643-637.

²⁵ פרידמן "אי-חוקיות" עמ' 642-641. פרופ' פרידמן מציג דוגמה מאלפת לניתוח סיטואציה של חוזה למכירת סמים בה הוא טוען כי הרוכש בעסקת סמים שהושלמה יהיה זכאי להשבה בעוד הוא לא יחוב בחובת השבה של הסם; להרחבה ראו עמדות המוצגות ב - גרוסקופף "חוזה פסול" עמ' 593-592.

²⁶ ע"א 6667/10 גלית הלוי בר טנדלר נ' דרור קוזניצקי פס' 18 לפסק הדין.
²⁷ גרוסקופף "חוזה פסול", לעיל ה"ש 11, עמ' 596.

ז. התנהגות הצדדים: בית-המשפט מתחשב בהתנהגות הצד התובע, בתום-לבו²⁸ ובחלקו באי-חוקיות החוזה, וכן בהתנהגות הצד שכנגד.²⁹ בענייננו, אשמת הצד העברייני גדולה יותר מאשמת הסוכן הסמוי, וזאת לאור תכלית ההתקשרות של כל אחד מהם.³⁰ בעוד הסוכן הסמוי פועל על מנת לשמור על הסדר החברתי ולמנוע פגיעה באינטרס הציבורי, הצד העברייני פועל על מנת להגשים אינטרס כלכלי פרטי שלו, בניגוד מוחלט לדין ותוך שהוא מקדם סכנה לשלום ובטחון הציבור. מנגד, עשויה לעלות טענה לפיה עצם הפעלתו של הסוכן הסמוי משקפת חוסר תום-לב של המדינה.³¹ כלומר, בנסיבות מסוימות, בהן הסוכן חורג מנורמות ההפעלה המוצגות מעלה, ובהתחשב באופי היחסים בין הצדדים במסגרת המו"מ לכריתת החוזה ובביצוע החוזה, ייתכן שעל הסוכן הסמוי תוטל אשמה יחסית לכריתת החוזה.³² טענה נוספת העשויה לעלות היא כי המדינה היא היוזמת של חוזים מעין אלו ובעצם בקשת פטור מהשבה היא פועלת בניגוד לאמות המוסר המצופות ממנה. אף על פי כן, נראה כי מדובר בטענה קשה שספק אם תעמוד, וזאת לאור ההיבטים המוסריים והתועלתניים האחרים העולים מניתוח הסיטואציה ושהוצגו במסגרת חוות-הדעת

ח. מדיניות החוק: תכלית הפעלת הסוכן הסמוי, המתבצעת על פי דין, היא להביא לסיכול חוזים בלתי-חוקיים לממכר מוצרים שהמסחר בהם אסור על-פי חוק. בכך למעשה מקדמת המדינה את חובתה להגן על אזרחיה ולשמור על החוק, וזאת בשונה מהצד העברייני לעסקה.

ג. סיכום ביניים – דיני חוזים

33. מן האמור עולה כי בין הסוכן הסמוי לגורם העברייני נכרת חוזה בלתי חוקי. דינו של חוזה זה בטלות והשבה החדית. עם זאת, לאור ניתוח שיקולי הצדק אותם רשאי בית-המשפט לשקול מכוח סעיף 31 לחוק החוזים, נראה כי ראוי יהיה לפטור את המדינה מחובתה להשיב את אשר קיבלה מהגורם העברייני.

4. דיני עשיית העושר

²⁸ ראו סקירה בעניין בדברי השופט עמית ב – ע"א 6667/10 טנדלר נ' קוזניצקי פס' 23 לפסק-הדין.
²⁹ שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 8, עמ' 684-685.
³⁰ עניין זגורי, לעיל ה"ש 16, עמ' 783-784. עמדתו העקרונית של השופט ברק היא כי לאור העיקרון לפיו 'אין החוטא יהא נשכר' האשמה המוטלת על צד לחוזה המשלם שוחד לעובד ציבור גדולה יותר מאשמת עובד הציבור.
³¹ ע"א 6705/04 בית הרכב בע"מ נ' עירית ירושלים פס' 54 לפסק-דינה של הנשיאה נאור (פורסם בנבו 22.1.2009). הנשיאה נאור מדגישה את חשיבות תום-הלב מצד המדינה – "במסגרת שיקולי הצדק מקובל עלי כי יש ליתן משקל גם לעקרון תום הלב"; במצבים מסוימים הפעלת סוכן סמוי עשויה לעלות כדי כניסה בגדר עילת "הגנה מן הצדק" המהווה טענה מקדמית במסגרת הדיון הפלילי. ראה: נקדימון הגנה מן הצדק, לעיל ה"ש 5, עמ' 223-227.
³² בכפוף לבחינת אמות המידה לפיהן הופעל הסוכן הסמוי.

34. עד כאן ניתחנו את הסיטואציה מנקודת המבט של דיני החוזים. להבנתנו ניתן לנתח סיטואציה זו גם לאור דיני עשיית העושר.
35. הוראות סעיפים 1 ו-2 לחוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979 (להלן - "חוק עשיית עושר") מורות כדלהלן:

1. (א) מי שקיבל שלא על פי זכות שבדין נכס, שירות או טובת הנאה אחרת (להלן - הזוכה) שבאו לו מאדם אחר (להלן - המזכה), חייב להשיב למזכה את הזכיה, ואם השבה בעין בלתי אפשרית או בלתי סבירה - לשלם לו את שוויה.
- (ב) אחת היא אם באה הזכיה מפעולת הזוכה, מפעולת המזכה או בדרך אחרת.
2. בית המשפט רשאי לפטור את הזוכה מחובת ההשבה לפי סעיף 1, כולה או מקצתה, אם ראה שהזכיה לא היתה כרוכה בחסרון המזכה או שראה נסיבות אחרות העושות את ההשבה בלתי צודקת.

36. התביעה מכוח דיני עשיית העושר מבוססת על התקיימותם של שלוש היסודות המרכזיים של עילה זו – התעשרות; "שלא על פי זכות שבדין"; שבאה על חשבון "המזכה". בהתייחס לסיטואציה המתוארת מובן, כי הגורם העברייני התעשר מכך ששלשל לכיסו כסף שהועבר לו מהסוכן הסמוי. התעשרות זו, אשר הופקה מכוח חוזה בלתי-חוקי שדינו בטלות, נעשתה "שלא על פי זכות שבדין". את אותה ההתעשרות הפיק העברייני על חשבון המדינה, אשר העבירה לו את אותם הכספים באמצעות הסוכן הסמוי. לפיכך, עולה כי תנאיה הבסיסיים של העילה מתקיימים.³³

37. מעבר לכך, תכלית הגשת התביעה מכוח עילה זו אף הולמת את התכליות בגינן מבצעת המדינה חילוט בהליך הפלילי. כמוצג בפתיח, הגשת תביעה אזרחית במקרה מעין זה תתבצע רק מקום בו אין אפשרות לבצע חילוט של כספי העבירה במסגרת ההליך הפלילי. מסקירת תכליות החילוט עולה, כי אחת מהתכליות העיקריות של החילוט היא שלילת התמריץ הכלכלי בביצוע עבירות. שלילת פירות העבירה באמצעות כלי בהליך הפלילי מאותתת לעברייני כי מלבד לסנקציה הפלילית הוא מסתכן גם בסנקציה כלכלית.³⁴ נוסף על כן, לביצוע חילוט במסגרת הליך פלילי תכלית נוספת והיא "הוצאת בלעו של גזלן מפיו", כלומר, הוצאת רכוש מידי עברייני המוחזק על ידו שלא כדין. בדומה לכך, גם בסיטואציה ההיפותטית המתוארת העברייני אינו רוכש זכות ברכוש או בכסף שהועבר לו.³⁵ כך, גם בהגשת תביעה אזרחית כנגד העברייני התכלית זהה והיא השבת הרכוש אותו קיבל שלא כדין ושלא רכש בו זכות קניינית.

³³ דניאל פרידמן ואלרן שפירא בר-אור **דיני עשיית עושר ולא במשפט** (כרך א', מהדורה שלישית) עמ' 97-98 (2015) (להלן – פרידמן ושפירא **עשיית עושר**).

³⁴ ע"פ 6339/18 **ירון בלווא נ' מדינת ישראל** (פורסם בנבו, 15.01.2020) פס' 32 לפסק-הדין (להלן - **עניין קרטל הגיזום**).

³⁵ הטענה לפיה העברייני כלל לא רכש זכות ברכוש שהועבר אליו נעוצה בכך שלמדינה עומדת הזכות לבצע חילוט לכספים שהעבירה, מקום בו ביכולתה לתפוס את אותם הכספים. בנוסף, לאור העובדה כי לחוזה בטל אין תוצאה

38. מן האמור עולה כי למדינה עומדת הזכות להגיש תביעה מכוח דיני עשיית העושר כנגד העבריינים עמם מתקשר הסוכן הסמוי ואף ראוי לעשות כן. אולם, בתביעה מעין זו עשויות לעלות טענות נגד המדינה.

39. טענה אחת העשויה לעלות היא כי גם המדינה הפיקה עושר מכוח התקשרותה בחוזה הבלתי-חוקי עם הגורם העברייני, וזאת לאור התמורה שקיבלה עבור הכספים שהעבירה. אף על פי כן, נראה כי במקרה זה השבת הממכר לצד העברייני היא בלתי צודקת וראוי שבית-המשפט יפעיל סמכותו לפטור מחובת ההשבה מכוח סעיף 2 לחוק עשיית עושר המוצג מעלה.

40. בהפעילו סמכות זו לבית-המשפט שיקול דעת רחב בקביעת הנסיבות העושות את ההשבה בלתי צודקת. ככלל, על בית-המשפט לבחון האם אשמו של הצד המבקש פטור מהשבה (ולעניין ניתוח טענה זו – המדינה) גדול יותר מהצד התובע.³⁶ בעניין זה מובן כי הצד העברייני נושא באשמה גדולה יותר מצד המדינה וכי לא יהיה זה צודק שלא לפטור את המדינה מהשבה.³⁷

41. טענה נוספת העשויה לעלות כנגד השבה מכוח דיני עשיית העושר היא כי פעולת המדינה היא בגדר חובתה לאכיפת החוק והסדר במדינה. במקרים אלו, כאשר המדינה פועלת כריבון, אין מקום לסווגה כ"מזכה" אשר לפרט בא רווח ממנו.³⁸ במילים אחרות, מכיוון שפעולת המשטרה במקרה זה הוא חלק תפקידה הרגיל כאוכפת החוק, אין לה עילת תביעה כנגד העברייני.³⁹

42. עם זאת, חרף העובדה שפעולת הסוכן הסמוי מתבצעת תחת הכובע הריבוני של המדינה ומכוח חובתה לשמור על החוק, נראה כי אין מדובר בפעולת שיטור סטנדרטית, השוללת את הבסיס לתביעת ההשבה אלא בפעולה בעלת מאפיינים שונים המצדיקים את תביעת ההשבה.

43. תמצית האבחנה בין פעולת שיטור סטנדרטית לפעולת הסוכן הסמוי נעוצה ברווח אותו מפיק העברייני. בשונה מפעולות שיטור אחרות, במקרה זה העברייני מכניס לכיסו כסף רב ומתעשר באופן ישיר ומוחשי מכוח הפעולה השלטונית. אין מדובר רק בטובת הנאה המופקת מעצם הפעולה השלטונית, כבכל פעולת שיטור סטנדרטית, אלא ברווח ישיר המופק ללא צידוק שבדין.

44. בנוסף, כאמור מעלה, תביעת המדינה להשבה במקרה זה מתבצעת מקום בו אין באפשרותה לבצע חילוט במסגרת ההליך הפלילי. מכאן ניתן להסיק כי למדינה הרצון להשית סנקציה כלכלית על כתפי העבריינים, אולם היא אינה יכולה לעשות זאת בכלים החוקיים שניתנו לה

משפטית כלשהי (ראו ניתוח במסגרת החלק על דיני החוזים), אין החוזה הפסול יכול להקנות זכויות כלשהן. בשאלת הקניית הזכויות והרחבה בעניין זה ראו: שלו וצמח חוזים, לעיל ה"ש 29, עמ' 669 והסימוכין ששם ("אין לחוזה כזה תוצאות משפטיות ואין בכוחו ליצור מערכת נורמטיבית של זכויות וחובות כשם שאין בכוחו להעביר זכות קניין מצד אחד למשנהו").

³⁶ 588/87 כהן נ' שמש פ"ד מה(5) 297, 327-329 (1991) (להלן – עניין שמש).
³⁷ האמור תחת ההנחה כי פעולת הסוכן הסמוי בוצעה בהתאם לנורמות החלות על הפעלת סוכן סמוי. ראו גם דבריו של השופט ברק בעמ' 333. לדבריו: "מבקש אני להשאיר בצריך עיון את השאלה, אם במסגרת ההגנה הקבועה בסעיף 2 לחוק יש מקום להבחנה בין מתעשר תמים לבין מתעשר שאינו תמים. לכאורה, את מושג ה'צדק' יש להשאיר פתוח, ואין ליצור הבחנות נוקשות שאינן מופיעות בלשון הסעיף".

³⁸ להרחבה ראה: עופר גרוסקופף "הרשות השלטונית כמזכה" משפטים לד(3) (2005). וגם: בג"ץ 5009/97 חברת מולטימדיה נ' משטרת ישראל פ"ד נב(3) 679 (2000).

³⁹ ראה: פרדמן ושפירא עשיית עושר, לעיל ה"ש 33, עמ' 187.

בהליך הפלילי. לכן, ראוי להכיר בעושר אותו הפיק העבריין כחריג לפעילות שיטור סטנדרטית.

ד. סיכום

45. בחוות-דעת זו בחנו האם ביכולתה של המדינה לפעול להשיב כספים אשר שולמו לעבריינים במסגרת פעולת סוכן סמוי. העיסוק בשאלה זו נובע מההבנה כי במצב נכון להיום ישנם מקרים רבים בהם אין אפשרות לבצע חילוט במסגרת ההליך הפלילי לאותם הכספים. כך יוצא שהעבריינים נשכרים וממשיכים להחזיק בכספי המדינה שהועברו להם.

46. במסגרת חוות-דעת זו ביקשנו להניח תשתית לתביעה אזרחית בעבור השבת אותם הכספים, מקום בו אין אפשרות לחלטם במסגרת ההליך הפלילי. תשתית זו מבוססת על שני אדנים – דיני החוזים ודיני עשיית העושר.

47. חרף הקשיים האפשריים העשויים לעלות בתביעה מעין זו, מניתוח הסיטואציה המשפטית נראה כי יש היתכנות להגשת תביעות מעין אלו. בניתוח העילה החוזית עלה כי המדינה תוכל לבקש פטור מהשבה מחובתה להשיב כספים שהועברו במסגרת חוזה פסול. נוסף על כן, בניתוח עילת עשיית העושר עלה כי המקרה הנידון עונה על יסודות העילה וכי טענות הגנה אפשריות שעשויות לעלות ניתנות לסתירה.

48. על כן, עמדתנו היא כי נכון יהיה לפעול לקידום תביעות כנגד עבריינים אשר התקשרו עם סוכנים סמויים ושבידיהם נותרו כספים ציבוריים, בין אם מכוח דיני החוזים ובין אם מכוח דיני עשיית העושר.

אריאל נתן, עו"ד
היח' לאכיפה אזרחית
פרקליטות המדינה

אסף ילז, מתמחה
היח' לאכיפה אזרחית
פרקליטות המדינה