

אגב פסיקה

הרשאה בלתי-הדירה לביצוע מתנה לאדם שלישי

(ע"א 404/84 סעתי נ' פרחיה סעתי ורשם המקרקעין, פ"ד מא(2) 477)

מאת

גד טדסקי

א. הפרשה ומחלוקת השופטים. ב. פגם ברצייה. ג. ההתחייבות למתנה – כריתת החוזה וצורתו בכתב. ד. מקור חלופי לזכות הבן. ה. ייפוי-כוח בלתי-חוזר וחזרה מן המתנה. ו. התנאים לאי-הדירות ההרשאה והתוצאה מאי-קיומם.

א. הפרשה ומחלוקת השופטים

(א) בינואר 1973 בפני הגוטריון הציבורי בירושלים אם ישישה ואנאלפבתית חתמה על "ייפוי כוח בלתי חוזר" לשני שלוחים לשם ייצוגה בכל הנוגע לדירה הרשומה על שמה, לרבות העברתה לאחד מבניה (להלן: הבן). המסמך נפתח בדברי הסבר והנמקה למתן ההרשאה; נאמר בהם כי האם נותנת את הדירה במתנה לבן, בתמורה על הטיפול והתמיכה הכספית שהיא קיבלה ממנו. עברו שמונה שנים והעברת הדירה בפנקס-המקרקעין לא בוצעה; לבן היו נימוקים משלו כדי לא לזרזה. בינתיים התגלע סכסוך במשפחה בין האחים והאחיות, ועל רקע זה, בשנת 1981 הצהירה האם על ביטולה את ייפוי-הכוח ואת מתן המתנה. הבן פנה לבית-המשפט המחוזי בירושלים בבקשה לפסק-דין הצהרתי שיכריז כי ייפוי-הכוח עומד בתוקפו. כמשפט טענה האם שהיא חתמה בשעתה על ייפוי-הכוח בלי לדעת על מה היא חותמת, בהאמינה שזהו ייפוי-כוח כללי הדרוש לבן לניהול ענייניה, לרבות ניהול הדירה. בית-המשפט קיבל את טענתה זו במלואה, ראה מקום להחיל על "ייפוי הכוח הבלתי חוזר" הנ"ל את הדין הנקרא *non est factum*¹ ובסופו של דבר פסק כי הוא בטל מחמת תרמית². בדין על ערעור הבן לבית-המשפט העליון נחלקו דעותיהם של שלושת השופטים, הן בהערכת העובדות הן בדינים. בעניין הראשון נמצא בית-המשפט בפני ברירה לא רגילה. מצד אחד, לא נהוג שבית-המשפט לערעורים יתערב בשאלת מהימנותם של עדים

1 לפי תאריך העסקה לא חל עליה חוק החוזים (חלק כללי). חשל"ג-1973 (להלן: חוק החוזים הכללי), אלא הדין הקודם.

2 המר' 653/83 (י"ם). פסק-הדין הוא מיום 18 באוגוסט 1984 (לא פורסם).

שהערכאה הראשונה שמעה אותם והתרשמה מעדותם באופן בלתי-אמצעי. מצד אחר, מסקנות בית-המשפט המחוזי על-סמך עדות האם עמדו בסתירה לחזקת הדין שהנוטריין הציבורי מילא את תפקידו והבטיח לעצמו שהחותמת על המסמך היתה מודעת לעניין. השופטת ש' נתניהו והשופט ג' כך סברו כי בעדויות שנגבו בבית-המשפט המחוזי לא היה כוח מספיק כדי לערער את האמון המגיע למסמך שנחתם בפני נוטריון ציבורי, ואף לא להרים את הנטל המוטל על הטוען פגם ברצייתו הגלומה בהצהרה שהצהיר.³ השופט כך שלל מצדו, לא רק את יכולת האם לכטל את עסקתה מחמת פגם ברצייתו, אלא גם את יכולתה לחזור בה מן המתנה, על סמך סעיף 5(ב) לחוק המתנה, תשכ"ח-1968. ואכן את נתינתה ייפוי-כוח בלתי-חוזר לביצוע המתנה הוא ראה כוויתור על רשות הנותן לחזור בו על-פי ההוראה הנ"ל.⁴

בעניין אחרון זה השופטת נתניהו היתה בדעה אחרת. בניגוד לדעתם המשותפת של שני חבריה לדין, היא סברה כי, כל עוד לא נגמרה מתנה על-ידי הקניית הנכס למקבל, שמורה לנותן רשות החזרה הנ"ל. על סמך דעתה זו, "ביטול" האם משנת 1981 — אשר שללה השופטת את כוחו בתור ביטול מחמת פגם — רואה היא כיעיל בתור חזרה מן המתנה. בהפקעת המתנה, "מתרוקן" ייפוי-הכוח נזכנו, ולכן יש לראות את האם כפטורה ממנו ויש להגיע לאותה תוצאה שבית-המשפט המחוזי בא אליה בדרך אחרת.⁵ השופטת מ' בן-פורת (המשנה לנשיא) לא הסכימה גם היא — כמורה כשופט כך — לדעתה של השופטת נתניהו בעניין החזרה מן המתנה.⁶ אך הסתייגותה זו לא השפיעה על מסקנתה הסופית כי, בניגוד לדעתם של שני השופטים האחרים, היא העדיפה לאמץ את הערכתו של בית-המשפט המחוזי על המצב העובדתי.⁷

נמצא כי, מנימוקים שונים — והפוכים דווקא — השופטת בן-פורת והשופטת נתניהו הגיעו למסקנה משותפת — דחיית הערעור; וכך היתה החלטת הרכב. לעומת זאת, בהסכימו במקצת לדעתה של כל אחת מחברותיו, הסיק השופט כך מסקנה הפוכה — קבלת הערעור. והחלטתו היתה החלטת מיעוט.

ב. פגם ברצייה

(ב) השופטת בן-פורת קיבלה בעיקרה את גרסת בית-המשפט המחוזי על הערכת העובדות ועל הפגם ברצון האם, במיוחד, ואולם אין בדבריה אישור לגרסה הזאת בשלימותה ולפרשנות הדינים הכרוכה בה.

כאמור, בית-המשפט המחוזי ראה מקום להחלת הדין המכונה "לא נעשה דבר" (*non est factum*). הוא התייחס לכלל זה לפי גרסתו המסורתית באנגליה, כשם שבישראל השתקף בע"א 8/68.

משום כך ביקש להוכיח כי בפרשה הנדונה טעות האם נגעה לסוג המסמך שחתמה עליו ולא רק לתוכנו. הוא קובע כי "למושג 'סוג' של המסמך יש לייחס משמעות צרה

3 ראה בפסקי-הדין הנדון, עמ' 483-485, 488, 496-497.

4 ראה שם, עמ' 497-498.

5 ראה שם, עמ' 491-492.

6 ראה שם, עמ' 493-494.

7 ראה שם, עמ' 494-495.

8 ש' קפלן נ' ג'לאל, נאדך, פרידון וסמיה איראני, פ"ד כג(1) 106, 110-111.

ככל האפשר, "שלא יהיה זה הגיוני ולא צודק כי עצם העובדה שהחותם ידע שהוא חותם על ייפוי-כוח בלתי-חוזר יהיה קשור בכל מה שנאמר בו, אפילו הוכח שהתכוון לייפוי-כוח מסוג אחר".

ספק גדול בעינינו אם שיקולים אלה עולים בד בבד עם גרסתה המסורתית של תורת *non est factum* ועם תחולתה בפסיקה האנגלית שהוצאה לפיה.⁹

האם דעתו זו של בית-המשפט המחוזי בהיבט זה של הכעיה היתה משכנעת יותר אילו הוצגה בצורה אחרת? כוונתנו לשינוי בצורת הצגתה משתי בחינות.

בית-המשפט המחוזי עמד על המסמך הנוטריוני הנדון ככולל עסקה אחת בלבד, ייפוי-הכוח לייצג את החותמת בכל הנוגע לדירה וכן לחתום ולהעביר את כל זכויותיה בדירה הנ"ל על שם בנה; והשווה לשון זו עם כוונת האם כמשתקפת בעדותה לפניו ובהצהרתה מיום 12 ליוני 1981 לאחד מהשלושים, לאמור שמעולם לא נתנה את דירתה במתנה לבנה ולא התכוונה לתתה לו ולא הוסבר לה שחתמה על מסמך שיש בו מתן דירתה לבנה ולא רק הסמכה לו לנהל את ענייניה. כרם, בבית-המשפט העליון ראו את המסמך הנ"ל ככולל שתי עסקאות, לא רק הרשאה, אלא גם — לפי דברי ההקדמה שבו — מתנה לבן (להלן, סעיף ג). אילו בית-המשפט המחוזי עמד על דברי ההקדמה הנ"ל וראה בהם — כמוהו כשופטי בית-המשפט העליון — משום כריתת חוזה למתנה, השוני בין כוונת האם ובין לשון המסמך שחתמה עליו היה בולט הרבה יותר ואפשר היה לראותו כשוני בטיבה של העסקה, בסוג שהיא משתייכת אליו, ולא רק בתוכנה. מצדנו יש לנו ספק אם צדקו שופטי בית-המשפט העליון בהנחתם כי המסמך הנ"ל מעיד על כריתתו של חוזה מתנה, בצורה שהדין דורש (להלן, סעיף ד).

ההיבט השני שלפיו בית-המשפט המחוזי יכול היה להציג את שאלת "לא נעשה דבר" בצורה אחרת נוגע לגרסה שדין זה מקבל במשפט האנגלי. באנגליה, החל בשנת 1971, אבד הכלח על גרסתו המסורתית. להחלתו אין דורשים עוד כי במסמך שעליו חתם הטוען משתייך לסוג אחר, לעומת כוונתו; מסתפקים בזה, שטעותו היתה יסודית.¹⁰ אילו בית-המשפט המחוזי היה מודע לפרשת *Saunders*, יש להניח שהיה מבקש להיבנות מהכרעתה בבית-הלורדים. אמנם בבית-המשפט העליון לישראל הושמעו בעבר דברי הסתייגות משימוש בחידושי הלכה אנגלית שהתחוללו לאחר קום המדינה.¹¹ ועוד פירשו את דבר המלך במועצה משנת 1922 כמקפא את המשפט האנגלי שהוא מכניס לארץ לפי מתכונתו דאז.¹² אך כנראה נשארו דעות אלה דעות יחידים ובפסיקה הישראלית המאוחרת יותר, בלי לדון בהן ובנימוקיהן, דחו אותן, למעשה.¹³

9 לניחוח הפסיקה האנגלית המסורתית בעניין זה ראה צלטנר, דיני חוזים (חלק כללי) (תשכ"ב) כרך א 447-450; 222-220 I sec. Chitty, *On Contracts* (23rd ed., 1968).

10 ראה פסק-הדין של בית-הלורדים: 1004 [1971] *Saunders v. Anglia Building Society A.C.*; בע"א 413/79 אדלר נ' מנצור, פ"ד כך 341-343, sec. Chitty, *On Contracts* (25th ed., 1983), 38-37, 29, השופט שמגר מוכיר את החידוש הנדון, אך בהמשך מתייחס לכאורה לגרסת הדין הקודמת.

11 ראה דברי השופט זילברג בע"פ 125/50 יעקוביץ נ' היועץ המשפטי, פ"ד ו 514, 564-565; ובע"א 179/51 גולדברג נ' בן אשר, פ"ד ט 909, 915.

12 ראה דברי השופט גויטיין בע"א 179/51 הנ"ל. ביקורת על דעה זו מתחנה בספר מחקרים במשפט ארענו (מהדורה שניה, תשי"ט), 185-186.

13 ראה, למשל, ע"א 300/84 אבו עטיה נ' ערבטיסי, פ"ד לט(1) 365, 378; ע"א 30/72 פרידמן נ' סגל, פ"ד כז(2) 225, 239-240.

מכלי-מקום, סייג אחר עודנו שריר וקיים גם בהלכה האנגלית המעודכנת, וכי-המשפט המחוזי התעלם ממנו. זהו הסייג שהסער הנדון לא יעמוד לטובת חותם בטעות אשר יכול היה למנוע את טעותו אילו לא נהג ברשלנות¹⁴. אגב עדות האם במשפט, קבע בית-המשפט המחוזי כי, על-אף היותה ישישה ואנאלפבתית, דעתה צלולה ונכונה. אם כך הדבר, ביצר לשלול רשלנות מצדה כאשר חתמה על המסמך בלי לדרוש שיקראוהו באזניה, בלי לבקש הסברים לעניין שלא היתה מודעת לו, ואפילו — לפי הנחת השופטת בן-פורת בפסק-דינה — בלי להאזין לדברי הנוטריון הציבורי¹⁵?

בית-המשפט המחוזי מסיים את דיונו בהכריו כי ייפוי-הכוח (על המתנה אין מייחדים את הדיבור) בטל מחמת תרמית. על-ידי דברים אלו לא ברור אם, בסופו של דבר, מסתמכים על *non est factum* או על תרמית. כיוון שנאמר "בטל" ולא בריטול, אפשר היה לראות בזה תחולה לדין הראשון. מצד אחר, כיוון שהאם הצהירה בשנת 1981 על ביטולה את ייפוי-הכוח, אפשר בהחלט שבית-המשפט אומר "בטל" בעקבות ביטולה שהוא מאשר כי נעשה כדין.

בפסק-דינה השופטת בן-פורת נמנעת מלהיכנס לתחום ה-*non est factum*, על בעיותיו העובדתיות והמשפטיות. היא מעדיפה להתייחס לתרמית בלבד. אך גם שם מסתבר שאין היא מרגישה את הקרקע בטוחה כדבעי. בית-המשפט המחוזי הגיע למסקנתו על טעות האם בסומכו על עדותה. אך בקריאת פסק-דינו, בדברי האם הנמסרים בו, אין אנו מוצאים אף מלה אחת שבה מצביעה האם על תרמית הזולת כעל הגורם לטעותה. נמצא כי בהנמקתו של פסק-הדין המחוזי חסרה חולייה אחת, בדבר השיקולים שלפיהם השתכנע בית-המשפט כי טעות האם באה בעטיו של הבן. לא היתה זו חוליה מבוטלת, לאור הפסיקה הקובעת כי, אפילו בפני טענת מרמה מפורשת, יש לדרוש ראיות חותכות כדי לקבל מסקנה זו¹⁶.

משום כך, נראה לנו כי בדברי השופטת בן-פורת משתמעת נימת הסתייגות גם מגרסת התרמית כאשר היא קובעת שאמנם קיום התרמית לא היה דרוש לשם ביטול ייפוי-הכוח, כיוון שלפי הדין האנגלי גם הטעיה בתוס-לב משמשת עילה מספקת לכך. השופטת דוגלת בעיקרון שאין להתערב במסקנת הערכאה הראשונה, אך בפסק-דינה רואים אנו, למעשה, כעין פשרה בין הסכמה בלב שלם למסקנה ההיא ובין הביקורת הגלויה אשר מתחו עליה חברה לדיון.

ג. ההתחייבות למתנה — כריתת החוזה וצורתו בכתב

(ג) שופטי בית-המשפט העליון ראו את דברי ההקדמה בייפוי-הכוח משנת 1973 ככריתת חוזה למתנה — אף אם, בסופו של דבר, רק בחשיבת השופט בן היתה זו חולייה הדרושה להסקת מסקנתו. השופטת נתניהו אומרת במפורש שהמסמך הנ"ל כולל

14 ראה ע"א 413/74 (לעיל, הערה 10), 38: ג' שלו, "טעות בחתימה — האמנם לא נעשה דבר?" משפטים יא (תשמ"א) 501, 510–511.

15 מקריאת שני פסקי-הדין, בבית-המשפט המחוזי ובבית-המשפט העליון, אין לדעת אם כדי להעמיד את האם על העניינים לא היה צורך לתרגם את המסמך הנוטריוני ואת ההסברים לערבית — השפה שבה האם נתנה את עדותה.

16 ראה דברי השופט בן שם, בעמ' 496.

את שתי העסקאות¹⁷. וגם יתר השופטים מסכימים מן הסתם שחוזה המתנה נכרת, בין שראו אותו כחוזה לא ניתן לביטול (השופטים נתניהו ובך) ובין שראו אותו ככר-ביטול (השופטת כן-פורת). בדיוק, נחשב החוזה התחייבות למתנה, כיון שנגע למקרקעין (סעיפים 6, 7 לחוק המקרקעין, יחד עם סעיף 6 לחוק המתנה) – אף אם פירשו את לשון ההקדמה לייפוי-הכוח, לשון בזמן הווה ("אני נותנת"), כמכוונת לתת מתנה לאלתר. כמו-כן היתה הסכמה אילמת שהחוזה מילא את דרישת הכתב, על-פי חוק המתנה, סעיף 5(א), וחוק המקרקעין, סעיף 8.

תמימות-דעים זו בשני העניינים הנ"ל מרשימה יותר ככל שרבו חילוקי-הדעות בעניינים אחרים, כאמור. אבל כאן החולק עלול להיות הקורא.

במסמך משנת 1973, לפני חלקו האופרטיבי של ייפוי-הכוח, באות המלים "[...] והואיל ובתמורה למסירותו של בני יחזקאל הנ"ל ותמיכתו כי המתמדת נותנת לו את הדירה הנ"ל במתנה [...]", המשמשות הנמקה להרשאה הבלתי-הדירה. דברים אלו אינם חד-משמעיים בתור הצהרת רצון חוזית ואינם מופנים לבן. ועוד: אין המסמך מעיד שהובאו לידיעתו.

הצהרת רצון חוזית היא הטלת הסדר (התחייבות או תוצאה ריאלית), להבדיל מהבעת כוונה בתור תוכנית לקראת העתיד, מקביעת עובדות, מאזכור, מדיווח ומכל מסר אחר. אין אנו טרענים כי לא היה אפשר לזהות את לשון הקטע הנ"ל מהמסמך כגמירות-דעת להתחייב – כאילו, במקום "נותנת", סתם, היה כתוב במסמך "אני נותנת בזה" – אך מסקנה זו היתה טעונה הוכחות או סימנים בנסיבות שמחוץ למסמך.

האימות לאופיה העסקתי של הצהרה שאינה חד-משמעית קל יותר כשמדובר בהצהרה משותפת של שניים, כי כאן רגיל טיבה החוזי; ואילו במקרה הנדון ההצהרה היא חד-צדדית. ולא עוד אלא שמדובר במתנה, ובעניין זה הבדיקה על גמירות-דעתו של הנותן מן הסתם חייבת להיות קפדנית במיוחד.

אין גם בכונתנו לשלול את האפשרות כי הצהרה שאינה מופנית לצד האחר תיהפך לכזאת בהמשך הזמן, על-ידי הפנייתה אליו במישרין או בעקיפין. נאמר אפילו כי אפשרות להפניה כזאת – ולהודעתה לו – מסתברת למדי בפרשה הנדונה, כיוון שמתוך רמז הנכלל בפסק-הדין המחוזי מבינים אנו כי הבן היה נוכח במעמד חתימתה של האם על המסמך בפני הנוטריון הציבורי¹⁸. אך הנסיבות האלה היו ראיות לעמידה עליהן, לבדיקה ולמחקר פן תיראה ההנחה שהתקיימו כמסקנה נמהרת.

(ד) הבעיה מחריפה לאין ערוך כשאין העניין בסתם חוזה אלא בחוזה שבו דרושה צורה בכתב, כפי שבפרשה הנדונה דרשו הן סעיף 5(א) לחוק המתנה והן סעיף 8 לחוק המקרקעין.

אף אם יש להניח כי, אילו העמיק בית-המשפט, בדרגה זו או אחרת, בחקירת העובדות, היה מגלה נסיבות שבכוון להעיד כי דברי האם (הבאים בהקדמה לייפוי-הכוח) על מתנת הדירה נבעו מגמירות-דעתה להתקשר, וכמו-כן נסיבות שבכוון להפוך את הצהרתה להצהרה המופנית לבן ולהעבירה לידיעתו, גם כך מן הסתם מדובר בנסיבות שלא השתקפו במסמך בכתב. לעומת זאת, ההוראות הנ"ל דורשות שעצם

17 בעמ' 492.

18 ראה גם בפסק-דינה של השופטת נתניהו, סעיף 6, בעמ' 483.

ההצהרה החוזית תהא בכתב — להבדיל מן ההוראות הדורשות כתב בקשר להוכחת תורה בבית-המשפט (ומשום כך, לאמתו של דבר, אין הן נוגעות לצורת החוזה אלא לצורת הוכחתו).

גם בתי-המשפט הכירו, להלכה, שמשמעות סעיף 8 הנ"ל היא כי "ההתחייבות, היא עצמה, צריכה לקבל צורה של כתב"¹⁹. כלומר: שאין להעמיד את דרישת החוק על דרישה ראייתית גרידא. אך, למעשה, אין פסקי-דינים עולים בד-בבד עם ההכרזה הבלתי-מעוררת הזאת.

לא מצאנו אף מקרה אחד שבו דנו עסקה לבטלות משום הנסיבה הבלבדית שעצם ההתחייבות לא לבשה צורה בכתב. בע"א 146/72 הנ"ל, שבו הכריז השופט ברנזון את ההכרזה הנ"ל, לא רק שלא היתה הצהרת הרצון בכתב, אלא חסר הרבה יותר מזה. כל הכתוב היה שיק שבו לא היו הפרטים שהפסיקה רואה דרושים בתור פרטים עיקריים לזיהוי עסקה. הדגשה לנסיבה זו בולטת בדברי השופט ברנזון²⁰. בדונו בפסק-דין אנגלי (שהביאו המערערים לתמיכה בטענתם שיש לתת תוקף לעסקה), הוא מעיר: "גם משפט דיוויס שונה בתכלית מנסיבות המקרה שלפנינו. שם דובר בקבלה שניתנה מטעם המוכר ובה הוזכרו שמות הצדדים, תיאור הנכס, המחיר וסכום הפיקדון. הוחלט כי די בתוכן קבלה זו כדי שתתחשב כזכרון דברים לצורך סעיף 40 [ל-Law of Property האנגלי]. אצלנו, כאמור, השיק, מלבד זה שניתן על ידי הקונה למוכר, אינו מכיל כל פרטים ואינו מתקשר לעסקה כלשהי". מפסקה זו מסתברת המסקנה כי, אף לדעתו של השופט ברנזון, די בקבלה הכוללת את פרטי העסקה החשובים, גם אם אין בה הצהרת הרצון החוזית עצמה אלא רק העדה עליה.

גם במשפטים אחרים, אגב סעיף 8 הנ"ל, פסלו אמנם כוחה של קבלה אך לאו דווקא רק משום שהיא קבלה אלא משום שחסרו בה פרטים חיוניים²¹. בע"א 158/77 מצטט השופט ברק את הכרזת השופט ברנזון ומפרש אותה בהעמידו את כוחה לפי המבחן שעל המסמך "להצביע באופן ברור על קיומה של העסקה"²² — שהוא אזור מפקד-הדין קפולסקי הנ"ל.

דברים דומים להכרזת השופט ברנזון דלעיל השמיע השופט זוסמן בע"א 726/71, אגב סעיף 8 לחוק המקרקעין וסעיף 5 לחוק המתנה. במקרים כאלה קובע השופט כי נחשב "הכתב כאמצעי לעשיית החוזה" ולכן "לא נולד החוזה עד שלא נעשה הכתב"²³. אך גם שם באים דברים אלה ללא כוח אופרטיבי.

למעשה, בפסקי-דין אחרים ניתן הכשר, לפי סעיף 8, לכתב שלא היה דווקא הלבוש לעצם ההתחייבות אלא רק מסמך המצביע על קיום העסקה. לפיכך אכן חייבו קבלה כנ"ל בע"א 235/75²⁴.

19 דברי השופט ברנזון בע"א 146/72 חברת האחים מנשה וויקטור לוי בע"מ נ' גולרמן, פ"ד כז(1) 321, 323; וראה לאחרונה ע"א 251/85 ריטמנש נ' ויניגר, פ"ד מא(3) 827.

20 בעמ' 324.

21 ע"א 649/73 קפולסקי נ' גני גולן, פ"ד כח(2) 291; ע"א 252/78 ברון נ' מנדיס טורס, פ"ד לג(2) 437; ראה גם ע"א 285/75 זינגר נ' קימלמן, פ"ד ל(1) 804, 808-810.

22 רבינאי נ' חברת מן שקד, פ"ד לג(2) 281, 291.

23 ע"א גרוסמן את ק.ב.ק. נ' עובד בידרמן, פ"ד כז(2) 781, 787.

24 קאדרי נ' מסדר האחיות צ'רלס הקדוש, פ"ד ל(1) 800.

עינינו הוראות: הכרזת השופט ברנזון דלעיל – שהיא פרשנות נכונה של הוראת החוק – נשארה בגדר "הלכה ואין מורין כך". למעשה, מתייחסים לסעיף 8 הנ"ל כאילו הטיל לא *forma ad substantiam* אלא *forma ad probationem*²⁵ – ולו חמורה במקצת מדרישת סעיף 80 לחוק הפרוצדורה העות'מנית לפי פרשנותו המקובלת. אין מוטרים – ובצדק – על הכתב בנוגע לפרטי העסקה העיקריים, אך מוכנים להשלים עם הנסיבה שעצם ההתחייבות לא לבשה צורה כתובה.

על-ידי כך נוטלים מן הצורה הנדרשת להעמדת עסקה את טעמה העיקרי. ואכן, צורה זו מחטיאה את מטרתה העיקרית כאשר אין בכוחה לשמש שעון מעורר להכרתם המשפטית של הנוגעים בדבר, להבטיח שהיכנסם לחוזה בא מגמירות-דעתם. פרשיות כגון פרשת סעתי מבארות יפה את זאת.

על-כל-פנים, בין "פרשיות הקבלה הכתובה" הנ"ל ובין פרשת סעתי קיים הבדל עיקרי. הקבלה, שבה הסתפקו השופטים, באה לאחר כריתת החוזה והעידה עליה. דברי האם בדבר המתנה הכתובים במסמך הנוטריוני באו בטרם התקיימו – אם בכלל התקיימו – היסודות העשויים להפוך אותם לחוזה מתנה כדין. שם, בפרשיות הקבלה, היתה הוכחה בכתב על החוזה אף אם לא הוכחה על כריתתו בכתב; ואילו כאן – לא זו ולא זו.

נמצא כי, אפילו נתעלם מחולשתה לאור הדינים, הפסיקה על הקבלה הכתובה דלעיל אינה יכולה לשמש משענת להנחת שלושת השופטים בפרשת סעתי בבית-המשפט העליון שנכרת חוזה מתנה על-פי חוק המתנה וחוק המקרקעין.

(ה) להתגברות על דרישת הכתב בכללה יש המצביעים על דרך אפשרית אחרת. בספרותנו המשפטית מסרו על המגמה שהצטיינה בפסיקה הגרמנית להיוקק לשם כך לעקרון תום-הלב, בייחוד כאשר לא התמלאה הצורה הכתובה בהשפעת מתקשר אחר או באשמו²⁶. לא התעלמו מקולות הביקורת הנשמעים גם שם על מגמה זו בפסיקה עצמה ועוד יותר אצל בעלי העיון. אף בפסיקה הישראלית החלו לדון בהלכה זו ולגבש עמדה לגבי תחולתה²⁶.

25 על כרסום ההבחנה הזאת לפי הפסיקה בישראל הצביע כבר ס' דויטש במאמרו "השלמת פרטים בחוזה מקרקעין" עיוני משפט ז (תשל"ט) 248, 252.

26 ראה שני מאמרים של השופט זוסמן 2 Tel "A Forecast of Problems in the Law of Contracts" 17, 29–31 (1976) *Aviv Univ. Studies in Law*; "תום לב" בדיני חוזים – הזיקה לדין הגרמני" עיוני משפט ו (תשל"ט) 489, 485; ד' אבן, "Culpa in contrahendo" עיוני משפט א (תשל"ט) 332, 328; ג' כהן, "דפוסי החוזים ותום לב במשא ומתן – בין הכלל הפורמלי לעקרונות הצדק" הפרקליט לו (תשמ"ז) 13, 44; ג' שלר, "הבטחה, השתק ותום לב" משפטים טז (תשמ"ז) 295, 331–332. זיקה לעניין ישנה גם בדברי השופטת בן-פורת בע"א 829/80 שיכון עובדים נ' זפניק, פ"ד לו(1) 579, 583–584 (ועליהם ראה ס' דויטש, "סעיף 12 לחוק החוזים – האמנם תרופה לכל מכאוב?" מחקרי משפט ד (תשמ"ד) 39, 48–49, 53); במאמר של ד' פלפל, "סעדים עקב העדר תום לב במשא ומתן" עיוני משפט יא (תשמ"ד) 307, ובספרו של פרופ' ברק על שיקול דעת שיפוטי (תל-אביב, תשמ"ז), 471, הערה 165.

*26 ראה ע"א 579/83 זוננשטיין ואח' נ' אחים גבסו בע"מ, קבלני בנין ואח', פ"ד מב(2) 278. השופט ברק מביע את עמדתו שיתכן להשתמש בעקרון תום-הלב בנסיבות מיוחדות ויוצאות-דופן כדי להתגבר על דרישת הכתב שבסעיף 8 לחוק המקרקעין. לגבי המקרה שנדון שם – סירוב להעלות חוזה על הכתב משום רצונו של אחד הצדדים שיירשם בו סכום נמוך מהמוסכם כדי להערים על

מכל־מקום, בשל גבולותיה של ההלכה המקובלים על חסידיה, אנו רואים את עצמנו פטורים מדיון בה מסגרת ענייננו כאן. ואכן, אוהדי ה"תחליף" הנ"ל עצמם מרגישים, רובם ככולם, שלתחולתו דרושות נסיבות מיוחדות; ואילו נסיבות אלו נפקד מקומן או שאינן מסתברות כשמדובר במתנה. ולמעשה אין להן שחר כפרשת סעתי. אין להעלות על הדעת שבפרשת סעתי לא נתקיימה דרישת הכתב כדין במרמה או אשם מצד האם, אשר בוודאי לא היתה לה כל הכנה בנושא. ואין לדבר על שינוי מצבו של הבן לרעה כתוצאה מן העסקה שלא השתכללה²⁷. הכספים שהוא הוציא לטובת האם ניתנו לפני עריכת המסמך הנוטריוני ובטרם דובר בין הצדדים — לידיעתנו — על כוונת האם לתת מתנה.

ד. מקור חלופי לזכות הבן

(ו) נניח כי, לפי השיקול דלעיל, אין הוכחה מספקת שחוזה המתנה נכרת או שהוא ממלא את דרישת הכתב, ולכן נופלת זכות הבן מהתחייבות האם למתנה. האם בכל־זאת תעמוד לו זכות שככוחה לבסס את אי־הדירות ההרשאה שניתנה לטובתו? כדאי לבדוק, ולו מבחינה מופשטת, מה האפשרויות, אם קיימות כאלה. ברגיל, מייפוי־כוח שנתן א ל־ב לביצוע מעשה לטובת ג לא תיווצר ל־ג כל זכות כלפי ב, וזאת אף אם תהא ההרשאה בלתי־הדירה על־סמך סעיף 14(ב) לחוק השליחות. המצב עשוי להיות שונה אם יתקיימו נסיבות מספר שאמנם לא היה שחר להן בפרשת סעתי. אחת מהן היא שמדובר בפרשה אשר עליה יחול חוק החוזים הכללי, על סעיף 34 שלו — ואילו בפרשת סעתי ייפוי־הכוח נערך בינואר 1973 ולכן לפני יום א' באלול תשל"ג (29 באוגוסט 1973), יום תחילתו של חוק זה. גם היה עלינו להניח כי השלוחים הסכימו לקבל על עצמם את השליחות, כך שזו תלבש צורת חוזה ולא עור צורת ייפוי־כוח תד־צדדי של השולחת. תנאי נוסף הוא שמן החוזה תשתמע כוונת הצדדים להקנות לבן את הזכות הנדונה²⁸. בהנחה שבפרשיות אחרות אכן יתקיימו התנאים דלעיל, האם יש לומר כי יחול עליהן סעיף 14(ב) לחוק השליחות, דהיינו: שזכות האדם שלטובתו ניתנה השליחות תהפוך את השליחות לבלתי־הדירה? זאת נראית דעתו של פרופ' ברק, הסובר כי השליחות הלוכשת צורת חוזה לטובת אדם שלישי יוצרת זכות האדם השלישי כלפי השולח — ולפיכך

שלטונות־המס — השופט ברק סבור שאלו נסיבות המצדיקות את תחולת עקרון תום־הלב (שם, בעמ' 290–292). השופטים בן־פורת ובייסקי משאירים שאלה זו בצריך עיון, אולם מביעים בקצרה את עמדתם. לדעתם, קיים חשש שהלכה זו תבטל למעשה את סעיף 8 לחוק המקרקעין. השופט בייסקי נוטה לשלול את תחולת עקרון תום־הלב. בעוד שהשופט בן־פורת מוכנה לשקול תחולה כזו בנסיבות יוצאות־דופן. לדעתה, המקרה שגדן שם אינו יוצא־דופן במידה המצדיקה את תחולת העיקרון (שם, בעמ' 288, 295–297).

27 ראה דברי השופט נתניהו שם, בעמ' 490.

28 הואיל ובפרשת סעתי חסרו כל התנאים דלעיל, לא ברורים לנו דברי השופט בן־פורת (בעמ' 493), המדברת על "מתן ייפוי כוח בלתי חוזר למי שהמתנה מיועדת לו" ועל זכות המקבל הנובעת מייפוי־הכוח כנ"ל לקבל את המתנה — אם יש להכניס כמכוונים להכרה בזכות הבן הנובעת מן השליחות. גם דברי השופט נתניהו (בעמ' 493), באומרה שהמסמך הנדון (שבו הבן לא הופיע ושדבריו לא הופנו אליו) מכיל הן ייפוי־כוח הן התחייבות לתת מתנה, עשויים להתפרש כמכוונים לראות בשליחות עצמה זיכוי הבן בתור אדם שלישי. לעומת זאת, היא אמרה קודם (בעמ' 488) ש"ייפוי הכוח אינו יוצר את הזכות".

תקיים הנחת סעיף 14(ב)²⁹. ולא היא, לפי ראות עינינו. זכותו של האדם השלישי לפי חוק החוזים הכללי היא כלפי החייב בחוזה הנדון, כלומר: כלפי השלוח. זכות שלו כלפי השולח לא תקום כתוצאה מחוזה בין שולח לשלוח לטובתו בתור אדם שלישי, אשר בו השולח הוא הנושה.

ליצירת זכות כלפי השולח לאדם שייפוי-הכוח ניתן לטובתו דרוש מקור אחר, חיצוני להרשאה כלשון האמרה הרווחת בעניין זה³⁰. אין זאת אומרת כי הבחנה בין שתי העסקאות מבחינה אנליטית פירושה הוא גם הפרדה חומרית ביניהן. בפרשת סעת, למשל, היה אפשר בהחלט שמסמך אחד יכיל את שתיהן (כהנחת השופטים) – ובלבד שתקיימנה המידות הדרושות בהתחייבות למתנת מקרקעין. אם לא התקיימו למעשה, כי אז, לשם אי-הדירות של יפוי-הכוח הנדון, היה צורך בחוזה חדש כדין לזיכוי הבן, למשל: חידוש לחוזה המתנה שראו אותו כנכלל במסמך שהאם חתמה עליו בשנת 1973.

(ז) טענת הבן בבית-המשפט העליון היתה כי הזכויות לטובתו, שהן מושא יפוי-הכוח, אינן בבחינת מתנה או התחייבות למתן מתנה³¹. מסתבר שכוונתו היתה כי ניתנו לו כתמורה על תמיכתו באם בעבר (לפי דברי ההקדמה ליפוי-הכוח הנוטריוני). בבית-המשפט העליון לא קיבלו טענתו זו. השופטת נתניהו דחתה אותה מכללא בראותה את טובת-ההנאה האלה בגדר שירות שהבן נתן לאמו חנים ואת הבעת התורה מצד האם שהתבטאה במתנת הדירה כמתיישבת עם טיב העסקה כמתנה³².

הבן לא הוכיח כי, כתתו את טובות ההנאה הנ"ל לאמו, הוא עשה את זאת על-מנת לקבל תמורה וכי, בהתאם לכך, יש לפרש את דברי ההקדמה ליפוי-הכוח כסילוק לזכותו לתמורה³³. במקרה זה מתן הדירה היה בגדר העסקה הנקראת בתורת המשפט הרומאי *datio in solutum* ("מתן [דבר] לסילוק [חוב]", כלומר: מתן לנושה, בהסכמתו, דבר שונה מן הקיום המגיע לו). אפילו היו קיימים כל התנאים לכך, היה צורך להוכיח את כריתת החוזה (לרבות הסכמת הבן שכאן לא היתה משוערת כמו בחוזה מתנה) ומילוי הצורה הכתובה. לגבי דבר אחרון זה אמנם היה נפקד מקומו של סעיף 5(א) לחוק המתנה, אך היה ממשיך לחול סעיף 8 לחוק המקרקעין³³.

29 ברק, "חוק השליחות, תשכ"ה–1965" (פירוש לחוקי החוזים) (תשל"ה) § 495, בעמ' 509. הגב' ד' לוינסון-זמיר העלתה את הדעה כי אולי פשר דבריו הנ"ל הוא אחר. לפי פירושה זה, ברק מתכוון לומר כי לעתים יש לפרש את חוזה השליחות כחוזה לטובת אדם שלישי אשר יהיה זכאי שהשולח (חייבו ממקור אחר) ידרוש את ביצועו של יפוי-הכוח הנדון. אך מה תוסף זכות זו לאדם שהחוזה הנדון מזכה אותו לתבוע את השלוח במישרין, על-פי סעיף 34? והעיקר: כיצד לומר כי החוזה לטובת אדם שלישי הוא המעניק לו את הזכות כלפי השולח?

30 ראה, למשל, ע"א 3/78 וינברג נ' דוקמן פ"ד לג(2) 359, 362; ברק (לעיל, הערה 29), § 477, בעמ' 490.

31 ראה בפסק-הדין הנדון, עמ' 482.

32 בעמ' 489.

33 פירוש זה אינו מסתבר, משום שהתמיכה שהבן נתן בשעתו גופלת בהרבה מערך הדירה. ראה בפסק-הדין הנדון במיוחד את פסק-דינה של השופטת כן-פורת, בעמ' 494–495, המצטטת מפסק-הדין המחוזי, עד כמה תמיכת הבן לא היתה רבה. על חשיבות ההיבט הזה לעניין פתרון השאלה אם לציין עסקה כמתנה ראה ראבילו, "חוק המתנה, תשכ"ח–1968" (פירוש לחוק החוזים) (תשל"ט) § 34, בעמ' 52.

*33 בפסק-הדין סעתי היתה הסכמה אילמת שהחוזה מילא את דרישת הכתב. לביקורת על כך ראה לעיל, סעיפים ד–ה.

האם המצב היה שונה אילו כל הפרשה — לרבות את טובות ההנאה שהבן נתן לאמו לפני הכתב הנוטריוני משנת 1973 — קרתה בזמן שבו חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט-1979, היה כבר בתוקפו? אם נניח שכטובות ההנאה הנ"ל לא היה משום קיום לחיוב מזונות המגיעים ממנו, ואם הבן לא נתן אותן כדבר חנינם, במתנה, כי אז ייחשב בתור מזכה הזכאי להשבה מאמו הזוכה. ואולם סביר למדי כי בית המשפט היה עושה כאן שימוש בסמכויות אשר סעיף 2 לחוק נותן לו, בהתחשבו בחובה ה"מוסרית" או ה"טבעית" המוטלת על הבן³⁴. ואף אם נתעלם מהנחה זו, מכל מקום זכותו היתה השבה בכסף ולא זכות לקבל את הדירה. זכותו לדירה גם כאן אינה עשויה להסתמך אלא על *datio in solutum*, כאמור לעיל. גם במקרה זה קיימת אפוא הדרישה להוכחה כי החוזה נכרת כדין ועוד כי, בתור עסקת מקרקעין, קיים את צורת הכתב הנקבעת בסעיף 8 לחוק המקרקעין.

זכות השבה בכסף בלבד היא גם זו שהדין האנגלי — הדין המקובל בישראל בעניין "עשיית עושר" בטרם הונהג החוק הישראלי הנ"ל — מכיר במקרים שהוא מסדיר. אך לא נראה כי בפרשת סעתי התקיים אף אחד מהם. אין להניח שהאם הבטיחה, במפורש או מכללא, הבטחה כלשהי לבן בעת שנתן לה טובות ההנאה. כמובן לא טען הבן שלא התכוון לתת סתם אלא, למשל, שטעה טעות יסודית בהניחו שיקבל תמורה בעתיד ואילו לא כן לא היה נותן. ואף אין רמז בפרשה לטענה מצד הבן שמטרת נתינתו סוכלה או שהאם ידעה שהבן אינו רוצה לתת חנינם וכל זאת קיבלה, וכיוצא בנסיבות מיוחדות כאלה³⁵.

כללו של דבר. במסגרת "עשיית עושר" אין מקום להשגה דלעיל הנוגעת לחוזה לטובת אדם שלישי כמקור לזכות הבן כלפי האם. מצד אחר, בהנחות מסוימות, עשוי הבן לקבל זכות מן הדין, ולכן ללא צורך בחוזה — חוזה מתנה או *datio in solutum* — על המידות הדרושות בחוזה בכלל ובעסקת מקרקעין בפרט. אך זכות זו אינה זכות לדירה דווקא. לשם כך חוזה כנ"ל נשאר יסוד בלתי נמנע.

ה. ייפוי-כוח בלתי-חוזר וחזרה מן המתנה

(ח) כנגד דעתם של חבריה לדיון, סבורה השופטת נתניהו כי מייפוי-הכוח הבלתי-חוזר שנתנה האם לביצוע מתנתה לבן אין להסיק ויתור מצדה לחזור בה מן המתנה עצמה, על-סמך סעיף 5(ב) לחוק המתנה.

דעתה היא כי ייפוי-כוח בלתי-הדיר מניח בתור הנחה בלעדית שתעמוד בעינה העסקה אשר ממנה נובעת זכות המוטב. היא משווה את הרשות שסעיף 5(ב) הנ"ל מעניק למתחייב למתנה לעילות ביטול אחרות, כגון עילת הביטול בשל פגם זה או אחר מפגמי ההסכמה. היא כותבת: "[...] האם יראו במתן ייפוי הכוח ויתור או מניעה לשימוש בזכות זו? התשובה השלילית ברורה"³⁶.

34 במקרים שבהם קיימת חובה כנ"ל מעבר לחיוב המזונות שבדין החרות נגענו במאמר "היבטים לעשיית עושר" משפטים יא (תשמ"א) 385, 394-395.

35 ראה R. Goff and G. Jones, *The Law of Restitution* (2nd ed. 1978) 25-26, 77-79; P. Birks, *An Introduction to the Law of Restitution* (1985) 147-148, 280-283, 265-266; פרידמן, דיני עשיית עושר ולא במשפט (תשמ"ב) s 614 ואילך.

36 בעמ' 492.

אמנם, המשל כאן אינו דומה לגמשל. בין הרשות לפי סעיף 5(ב) ובין זכות הביטול מחמת פגם בהסכמה קיים הבדל מהותי. קודם-כול, יש ביניהם הבדל מעמד בשיטה המשפטית. לא ייתכן שיוציאו בעתיד ממערכת-הדינים את עילות הביטול הניתנות למתקשר שהסכמתו היתה פגומה בפגם זה או אחר, כיוון שזה היה ויתור על רעיונות שבהם דוגל המשפט. לעומת זאת, הרשות הניתנת למתחייב למתנה לחזור בו מהתחייבותו, אף אם העסקה היתה כדן, ללא כל פגם, היא רק ביטוי למדיניות שנקט המחוקק הישראלי, כנגד הסדר שונה, אף הוא מתקבל על הדעת והמקובל למעשה בשיטות משפט אחרות. גם לפי הדין הישראלי, רשות זו מוגבלת למקרה של התחייבות לתת מתנה בטרם היתה הקניית הנכס למקבל; ואילו לביטול מחמת פגם אין הגבלה מקבילה. החוזה הפגום דמוי לאדם חולה, ואילו רשות החזרה המוענקת למתחייב למתנה אינה מונעת ממתנה להיות בריאה ושלמה.

הביטול מחמת פגם מבוסס על עילות מוגדרות בדינים ולכן יסודו הוא אובייקטיבי. החזרה ממתנה לפי סעיף 5(ב) לחוק המתנה ניתנת לרצונו החופשי של הנותן. מכאן שהזכות הראשונה תעמוד לרשות העיזבון יחד עם מעמדו החוזי הכולל של מתקשר, ואילו זכות החזרה הנ"ל נחשבת זכות אישית שאינה עומדת למנהל העיזבון ולירשים³⁷. כתוצאה מהבדלים אלו במהותם ובמעמדם של שני סוגי הביטולים הנדונים מצטיין עימות ברוב ההיבטים להסדרם, לרבות ההסדר על ויתור או התנאה אפשריים עליהם. תקנת הציבור מתנגדת עקרונית שיינתן למתקשר להתנות על זכותו לבטל את החוזה או לוותר עליה מראש, כלומר: כשמדובר בפגמים שאינם ידועים לז³⁸, וכמורכב לזוטר על ביטול בגין כפייה כל עוד הוא נתון לה. הוא יכול לוותר רק על זכותו לבטל בשל פגם זה או אחר שהוא מודע לו, ולגבי הכפייה, כאשר אינה עוד פועלת לגביו. אז אין ספק שביכולתו לוותר. אם אוכדת לו זכות הביטול, אפילו כאשר אינו מפעילה תוך זמן סביר³⁹ — קל-יחומר תאכזר לו משום הצהרתו המפורשת. הבחנה זו בין שני שלבים איננה אפילו אפשרית בעניין החזרה ממתנה.

גבולות הזמן שבהם ניתן לזכאי להפעיל את זכותו נקבעים באורח שונה בשני המקרים. הנטל לפעול "תוך זמן סביר" (סעיף 20 לחוק החוזים הכללי) לא היה מתקבל על הדעת בעניין חזרה ממתנה. אדרבא: ככל שעובר הזמן מיום ההתחייבות, גוברת האפשרות שתהיה לזכאי סיבה לחזור בו. הגבול לתקופה שלרשותו יהיה בבוא היום שבו המקבל רוכש את דבר המתנה, או, אפילו קודם-לכן, בהיווצר מצב שבו החזרה היתה גורמת לו תוצאות חמורות (סעיף 5(ב) לחוק המתנה). כדי להיות כדת וכדין, לא

37 כנגד ח"ע (ת"א) 2687/73 שוורץ נ' האפוטרופוס הכללי פ"מ תשל"ו 406, 411; ת"פ (ת"א) 8935/73 בטרי נ' בטרי, פ"מ תשל"ה (1) 87, 91, ראה. בעד אי-העברתה פירושה של זכות החזרה, ע"א 11/75 הישיבות נ' מיכאלי, פ"ד (1) 639, 643; ראבילו (לעיל, הערה 33), § 69, בעמ' 107. יש לראות את הסיבה לשלילה הנ"ל בשיקול כי, לפי הפתרון ההפוך, רשות החזרה היתה משנה את משמעותה: אין להניח שאצל היורשים עשויים לפעול המניעים שלפיהם נותן המתנה עצמו מחליט להפעיל או לא להפעיל את זכות החרטה שלו.

38 לגבי התרמית ראה ג' שלו, חניות פטור בחוזים (1974) § 82, בעמ' 67. והשווה *Restatement of the Law, Second, Contracts* (St. Paul, 1981) II, sec. 196; R. Lawson, *Exclusion Clauses* (2nd ed., 1983) 46-47. במקביל, לגבי עליה מדין חוס-הלב ולגבי נזיקין, ראה דברי השופט בן-פורת בע"א 829/80 (לעיל, הערה 26), 585.

39 סעיף 20 לחוק החוזים הכללי.

חשוף לביטול, החוזה הפגום טעון אישור, דוגמת ריפוי לחולה. לעומת זאת, המתנה החשופה לחזרת הנותן אינה טעונה הבראה, כי אין בה חולי כלשהו. אך, לבטחון קיומה דרוש שהנותן יניח את החרב שבידו.

לפי טעמה, יכולת החזרה בהתחייבות למתנה דומה ליכולת השולח להעביר שלוח משליחותו על-פי סעיף 14(א) לחוק השליחות. גם שם, וכמו-כן במקרי "פרישה חופשית" אחרים, אין טעם היכולת הנדונה בפגם כלשהו בייסוד היחס אלא אך ורק בעניינו של אדם להשתחרר מזיקה בהתחשבו בשינוי, אובייקטיבי או אף סובייקטיבי, שיתחולל במצב. אך, בדבר החזרה ממתנה, וכמו-כן ברוב יתר מקרי "הפרישה החופשית", אין טעם להוראה קוגנטית שהיא יפה לייפוי-כוח שהשולח נתן בעניינו-שלו.

אשר לדרך שבה ייעשה הוויתור, סעיף 5(ב) לחוק המתנה דורש שייערך בכתב. אך, מלבד זאת, אינו קובע מגבלות לדרכים שבהם ייעשה. משום-כך אין אנו רואים מדוע, למרות דעתה של השופטת נתניהו, לא יוכל לנבוע מהרשאה כתובה המכוונת לקיום זכותו של המוטב.

כללו של דבר: כל עוד לא ניתן למתקשר לוותר על זכות ביטול מחמת פגמי הסכמה, אין מקום להעמיד את שאלת השופטת נתניהו אם מתן ייפוי-כוח בלתי-חוזר עשוי להוות ויתור כנ"ל. וכאשר ניתנים לו היתר וכוח לוותר, אין אנו רואים טעם לשלול שמתן ייפוי-כוח בלתי-הדיר לביצוע החוזה הפגום בפגם אינו עשוי להעיד על ויתורו. לעומת ויתורו של נותן מתנה על זכותו לחזור בו ממנה, ההבדל הוא רק שכאן הוויתור ייתכן אף אם ייפוי-כוחו אינו בכתב.

השופטת נתניהו גורסת הקבלה בין שני הוויתורים הללו — על זכות החזרה ממתנה ועל זכות הביטול מחמת פגם — בזה שהיא שוללת את נפקותה של הרשאה בלתי-הדירה לגבי הראשון משני אלה כפי שהיא רואה כדבר מובן מאליו את אי-נפקותה לגבי השני. גם אנו רואים הקבלה בין שתי השאלות — על-אף ההבדלים שהצבענו עליהם בין שני המקרים כשלעצמם, כיון שכאן מדובר על משמעותה המשתמעת של הצהרת רצון. אבל אנו רואים את ההקבלה הקיימת דווקא בין הפתרונות ההפוכים לאלה של השופטת נתניהו.

כאמור, השופטת בן-פורת והשופט בך, בדחותם את דעתה הנ"ל של השופטת נתניהו, קובעים כי ייפוי-כוח בלתי-הדיר עשוי להוות ויתור על זכות החזרה ממתנה. יחד עם זאת, הם מבקשים לסייג את דעתם בסייגים. השופטת בן-פורת קובעת כי לא כך יהיה אולי בנסיבות יוצאות-דופן או בפני הוראה נוגדת בגוף ייפוי-הכוח הבלתי-חוזר⁴⁰. מרחיק לכת עוד יותר בדרך הזהירות השופט בך, בהדגישו שהוא מסכים עם השופטת נתניהו כי "אין להסיק מסקנה קונקלוסיבית בדבר הוויתור על זכות החזרה מהמתנה מהעובדה בלבד שהמשיבה חתמה על יפוי כוח בלתי חוזר", וכי "יכלה למשל המשיבה לכתוב באותו יפוי כוח במפורש את ההפך [...]"⁴¹.

עלינו להסתייג מדברי ההסתייגות הנ"ל ובמיוחד מגרסתו של השופט בך. ואכן, במה דברים אמורים? בייפוי-כוח בלתי הדיר הקיים כאשר ניתן להבטחת זכות. כאשר קיימת כוונה להבטיח זכות, היא שוללת כל שימוש ברשות ביטולה, בצורת חזרה ממתנה או

40 בעמ' 494.

41 בעמ' 497-498. ההדגשה — במקור.

בצורה אחרת. לנו נראה אפוא כי, בפני ייפוי-כוח הנועד להבטחה כנ"ל, והנחשב משום כך בלתי-הדיר, אין צורך ביסודות נוספים לאישור משמעותו זו של ייפוי-הכוח. נדרשת לאו דווקא הוספת הוכחה לכוונתו זו של השולח, אלא רק העדר נסיבות או יסודות העלולים לערער את אמינות משמעותו הנ"ל של המעשה. כללו של דבר: אליבא דשופט כך, לשם אי-הדירותה, לא סגי שהרשאה תגן על זכות; דרושות עובדות נוספות שתשלמנה את כוחה בתור עובדה מכוונת. לפי דעתנו, הרשאה כנ"ל מספקת בתור עובדה מכוונת בלבדית. דרוש רק שכנגדה לא תתקיימה עובדות מונעות או שוללות. לסברה זו יש נפקות גם בקשר לדרישת סעיף 5(ב) לחוק המתנה שהוויתור ייערך בכתב. אילו למסקנה קונקלוסיבית לשם ויתור היו דרושים יסודות נוספים מלבד ייפוי-כוח בלתי-הדיר – כדברי השופט כך – כי אז התוצאות היו עלולות להיות חמורות מן הבחינה הנ"ל. אמנם, בפרשת סעתי השופטים בן-פורת ובן זיהו בתור היסודות הנוספים הנדונים את "לשון המתנה לאלתר" אשר אף היא היתה לשון כתובה, אך לא כן עלול להיות המצב במקרים אחרים.

בפני נסיבות בלתי-מתיישבות עם כוונת השולח לוותר על זכותו לחזרה ממתנה, כגון הוראה הנוגדת כוונה זו, תישאל השאלה אם עומדת עוד לפנינו הרשאה בלתי-הדירה, אשר כאן תהיה נטולת התוצאה הנדונה⁴²; או, כמסתבר יותר ברגיל, גריעה למעשה מאי-הדירות, אף אם המסמך מתיימר להכריז עליה. לעומת כפירתו של סעיף 14(א) באי-הדירותו של ייפוי כוח החורג ממסגרת סעיף 14(ב), אין בהוראה אחרונה זו כל איסור לדבר ההפוך: מתן ייפוי-כוח רגיל, הדיר, גם כשעניין השליחות נוגע לקיום זכות של השלוח או של אדם אחר. כמובן אין אנו רואים מניעה שגם בנסיבות הצפויות בסעיף 14(ב) יגביל השולח את אי-הדירותה של הרשאית לפי הזמן או לפי תנאי זה או אחר^{42*}.

(ט) ומה הדין אם לא בייפוי-כוח בלתי-הדיר ידובר, אלא בייפוי-כוח רגיל? האם ניתן לראות גם בייפוי-כוח רגיל, המכוון לקיום המתנה, ויתור מצד המתחייב למתנה לחזור בו ממנה? נניח כי, בפרשת סעתי, ההתחייבות למתנה היתה כדין וכי האם נתנה את ייפוי-הכוח לשלוחים לא בתור ייפוי-כוח בלתי-הדיר. נראה לנו כי לא היה בזה משום ויתור על החזרה (אף אם ייפוי-הכוח היה בכתב, כדרוש בסעיף 5(א)). אמנם יש בו סימן לרצון הנוגד את רצון החזרה, אך, כיוון שייפוי-כוח זה הדיר בכל עת, אין זה סימן לרצון סופי לכך, כראוי לויתור.

אולי יש לנקוט פתרון הפוך אם מבטיח המתנה הודיע על ייפוי-הכוח הנ"ל למקבל המתנה, כיוון שבמקרה זה משמעותה הסבירה של ההודעה היא ויתור דווקא. לפיכך נאמר גם שיש משום ויתור על חזרה כאשר מבטיח מתנה נותן ייפוי-כוח רגיל למקבל המתנה עצמו לקיום המתנה. בשני המקרים דרוש שייפוי-הכוח או ההודעה עליו הנ"ל יהיו בכתב, כדי לקיים את הוראת סעיף 5(ב).

42 כלשון השופטת בן-פורת בעמ' 494: "[...] הוראה בגוף ייפוי הכוח הבלתי חוזר" אשר תוביל למסקנה "שאין בו משום ויתור"; וכלשון השופט כך. בעמ' 498: "[...] המשיבה חתמה על ייפוי כוח בלתי חוזר [...] יכלה [...] לכתוב באותו ייפוי כוח במפורש [...] שכל עוד מסירת המתנה לא הושלמה, אין היא מוותרת על זכותה לחזור בה [...] ובמקרה כזה בוודאי לא ניתן היה לראות במסמך שום 'ויתור בכתב' כמוכחן בסעיף 5(ב) [...]".

*42 השווה 43, 56 (1908) *Festgabe für Laband*, A. von Tuhr, "Die Unwiderrufliche Vollmacht".

מקרה אחר העשוי לעורר ספקות הוא קיום חלקי למתנה (למשל: הבטיח 100 ונתן 50): אם יהווה ויתור על חזרה לגבי חלקה הנותר של המתנה. אני נוטים כאן לשלילה. רשות החזרה מיועדת להרשות לנותן המתנה לחזור בו ממנה מכל סיבה שהיא, לרבות המקרה שלפי שינוי במצבו יקשה עליו לקיימה. לפיכך יש להרשות לו להסתפק בקיום חלקי, בין שהחליט לא להוסיף עליו כבר בשעת הקיום החלקי הנדון ובין שהחליטתו זו מאוחרת יותר. תהא נפקותו של קיום חלקי לחוזה פגום אשר תהא⁴³ — נראה לנו אפוא כי שורת ההיגיון שוללת כי קיום חלקי למתנה — אף אם יתבטא בכתב — יתפרש כויתור על רשות החזרה.

ו. התנאים לאי-הדירות ההרשאה והתוצאה מאי-קיומם

(י) בפסקי-הדין בפרשת סעתי לא היה דיון מפורש בשאלה הכפולה: (א) מהם התנאים הדרושים לאי-הדירותה של הרשאה ביחס לזמן שבו קמה הזכות שלהבטחתה היא ניתנה; וכמו כן: (ב) מהן התוצאות מאי-קיומם של התנאים האלה. אך השופטת בן-פורת מצטטת בהסכמה את דברי השופט קיסטר בע"א 283/67⁴⁴: אם אבדה הזכות שיפוי-הכוח בא להבטיח (או שבוטלה כדין), כי אז "מתרוקן הוא ממילא מתוכנו"⁴⁵. ומצדה קובעת השופטת נתניהו כי, אם מתנת האם הנדונה "ניתנת לביטול כדין, ניתן לבטלה ועמה מתבטל גם יפוי הכוח"⁴⁶.

דברים אלו הם סתומים למדי. אילו השימוש בלשון "לבטל" היה חד-משמעי, בחוקים ובפרשנות, הדבר היה תורם לבהירות הדיון. האם ה"התבטלות" הנדונה פירושה התבטלותה של ההרשאה או רק התבטלותה של אי-הדירותה (והיא עשויה להתקיים כייפוי-כוח רגיל, הדייר)^{47/48} וכשמדובר ב"התרוקנות" ההרשאה, האם מתכוונים לדבר שונה מהתבטלותה? שמא לא תיחשב התבטלות זו כסופית, ואפשר כי בעתיד תחזור ותתמלא בתוכן שנתרוקנה ממנו כעת? למשל: בפרשת סעתי הנדונה, בהנחה שהאם חזרה ממתנתה כדין, לפי דעתה של השופטת נתניהו, או בהנחה שרואים את המתנה כבטלה, האם תוכל האם לחדשה כשיפוי-כוחה המקורי יהיה עוד בתוקפו, ולכן ללא צורך לחדש גם אותו?

43 ראה על כך דברי צלטנר, דיני חוזים של מדינת ישראל (תשל"ד) שער ראשון 196: "האישור יכול להיות גם בהתנהגות, כגון המשך ביצוע [...]". השווה בארצות-הברית *Restatement of the Law of Contracts* (1981) Second, vol. III, sec. 380. Comment: ועוד 2, 4. Illustrations. בצרפת סבורים שקיום חלקי לחוזה פגום עשוי להיחשב כויתור על ביטול. ראה M. Planiol, *Traité élém. de droit civil* [1 ed. (1931) II, sec. 1298, p. 487–488]. וכך גם, בסייגים, באיטליה, F. Messineo, *Dottrina generale del contratto* (3. ed., 1948) 447; R. Sacco, *Il Contratto* (1975), sec. 256, p. 906–907. כנראה, מגמה מחמירה יותר מקובלת במשפט הגרמני. ראה *Staudingers Kommentar*. z. BGB (12 Aufl., 1980 I: Allg. Teil, sec. 144, 3, p. 512.

44 הנאמנים לנכסי א' רפיח וד' בורקין נ' מדינת ישראל, פ"ד כב(1) 124, 137.

45 בעמ' 493.

46 בעמ' 492. השווה דברי השופט אלון בע"א 3/78 וינברגר נ' רוקמן, פ"ד לג(2) 359, 362.

47 בעמ' 493 כותבת השופטת נתניהו: "משחזרה בה המשיכה מהתחייבותה לתת את הדירה במתנה לא הייתה מניעה לביטול יפוי הכוח [...]".

48 ראה דברי השופטת נתניהו עצמה (בעמ' 490–491): "יפוי הכוח הכלתי חוזר הינו בלתי הדייר רק כל עוד העיסקה שביסודו עומדת בעינה". אך ממשיכה ואומרת: "אם בוטלה כדין [...] אין מניעה לבטלו". ועוד: "[...] יפוי הכוח [...] שתוקפו רק כל עוד ההתחייבות [...] בעינה [...]".

לא ניתן לנו לקבוע למה התכוונו בדיוק בעלי הדברים דלעיל, וספק אף אם הם עצמם פיתחו את מחשבתם עד כדי דיוק כנ"ל.

נפקות, אף אם חלקית בלבד, לעניינים כאלה היתה בדיון שהתקיים בספרותנו המשפטית על כוחו של סעיף 14(ב). דיון זה התמקד בשאלה אם ההוראה דורשת שהזכות (של השלוח או אדם שלישי) קיימת כבר בשעה שבה ניתן ייפוי-הכוח, אם לא. לא היה מקום לשאלה זו במשפטנו אילו — במקום "זכות" או נוסף עליה — סעיף 14(ב) אמר "אינטרס" או "אינטרס מוצדק", שלהבטחתו ניתנה ההרשאה. כזאת היא הגרסה המקובלת בארצות אחדות שבהן אין העניין מוסדר בחוק החרוט⁴⁹. אמנם גם שם יש החולקים על דעה מקובלת זו, בטענה כי כדאי לדרוש "זכות" דווקא, פן יראה יסוד לאי-הדירות באינטרס של השלוח ביוקרה שהוא מקבל מן השליחות⁵⁰. אך ברור כי גרסה כזאת דלעיל ("הרשאה להבטחת אינטרס מוצדק") לא היתה מביאה לידי תוצאות כאלה, כיוון שלא נהוג כי השולח יתכוון "להבטיח" אינטרס כגון זה של השלוח. אך לשונו של סעיף 14(ב) ברורה בדורשה זכות של הזולת ולא רק אינטרס שלו. בפרשו את סעיף 14(ב), פרופ' ברק הביע את דעתו שייפוי-כוח בלתי-הדירי אפשרי גם ביחס לזכות עתידה⁵¹. פרופ' ג' פרוקציה תמך בדעה ההפוכה⁵², בהסתמכו על מימרת-אגב של השופט עציוני⁵³.

על-אף מחלוקת זו בין שני המלומדים תחולנה עליהם שתי הערות המשותפות לשניהם. אחת היא כי, בפירושם את ההוראה הזאת, אף אחד מהם אינו מגלה את דעתו על תוצאות אי-התאמתה של ההרשאה לדרישת סעיף 14(ב); כלומר: אם ייפוי-הכוח יהיה בטל כולו או אם ייחשב ייפוי-כוח רגיל, פשוטו כמשמעו. ברק קובע שייפוי-הכוח יפול כאשר, מסיבה זו או אחרת, נופלת הזכות שלטובתה ניתן⁵⁴, אך אינו מבחיר לנו מהי

49 ראה בגרמניה, Enneccerus—Nipperdey, *Allg. Teil des bürgerl. Rechts* (15. Aufl., 1960) II, sec. 186 IV 2c, p. 1145; באיטליה: F. Messineo, *supra* n. 43, 154; בצרפת: Planiol, *supra* n. 43, 2257, p. 794; Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil* (1932) XI n. 1492, p. 845; *Encycl. Dalloz, Droit Civil* (1981) V, "Mandat", sec. 369.

50 ראה W. Flume, *Allg. Teil des bürgerl. Rechts, II, Das Rechtsgeschäft* (1965), sec. 53.3, p. 879; M. Stolfi, "Le procura irrevocabile" *Riv. di dir. civile* (1933) 313, 340.

51 ברק (לעיל, הערה 29) § 477, בעמ' 491.

52 ג' פרוקציה, דיני השליחות בישראל (תשמ"ו) 351–354.

53 ראה ע"א 424/73 מלון סטפניה נ' מקליס, פ"ד כח(2) 537, 542–543 ("[...] זכות מאוחרת שקמה לאחר מתן ההרשאה ואפילו היא תלויה בביצוע ייפוי הכוח לא תהפוך את ייפוי הכוח לכלתי חוזר"). דברי השופט הנדונים הם בגדר מימרת-אגב, כיוון שלא היו נדרשים לשם ההחלטה: בפרשה לא היתה לשולחת כוונה לתת את ייפוי-הכוח להבטחת זכותו העתידה של אדם שלישי. מסתבר שהשופט מודע לכך לפי דבריו בעמ' 543, אותיות ה-ו. השווה גם ע"א 386/77 בלומנטל נ' גמיל, פ"ד לב(2) 677. בפסק-הדין המחוזי, המצוטט כאן בעמ' 679, הסתמך השופט, בין יתר הנימוקים, על דברי השופט עציוני הנ"ל בעניין הזכות העתידית שאינה עשויה לבסס ייפוי-כוח בלתי-הדיר. בבית-המשפט העליון השופט לנדוי אמר (שם) שהוא מסכים לנימוקים של השופט המחוזי ואולם בדיונו התמקד בהנמקה אחרת של פסק-הדין המחוזי, בקשר לסעיפים 15(ב) ו-6(ב) לחוק השליחות. לפיכך אין לומר שגם כאן היתה הרעה הנדונה על זכות עתידית "הגיון ההחלטה". ועוד: ככל שעולה מפסק-הדין אין בייפוי-הכוח שניתן אף רמז שהתכוונו להבטיח את זכותו העתידית הנדונה. כוונה זאת היתה קיימת בפרשה שנדונה בע"א 3/78 (לעיל, הערה 46). 359. אך השופט אלון השאיר את השאלה בצריך עיון, לאחר שהביא את שתי הרעות בעניין זה (בעמ' 362).

54 שם § 477, עמ' 490.

ה"נפילה" הנדונה: התבטלות גמורה או התרוקנות המאפשרת חזרה להתמלאותה — אם הזכות הנדונה ניתנת להתחדש, וחודשה למעשה. הערתנו השנייה היא כי שניהם מעמידים את השאלה על הדירות או אי-הדירות כאילו יש לפתור את הבעיה בשעה שבה ניתן ייפוי-הכוח, אף אם אחר-כך דנים בנפילת הזכות שתבוא בהמשך הזמן והשפעתה על גורל ההרשאה. אשר לפרופ' ברק במיוחד ולדעתו בעניין הזכות העתידית, היה מקום לתפישת עמדה מצדו בקשר למקרה שהזכות הנופלת תחודש.

לנו נראה כי שונה עמדתו של סעיף 14(ב). הוא אינו מתייחס לייפוי-כוח בזמן נתינתו ואינו קובע מהם התנאים למתן ייפוי-כוח בלתי-הדיר, אשר בלעדיותם יהיה בטל (בתור ייפוי-כוח בלתי-הדיר או בתור ייפוי-כוח בכלל). סעיף 14(ב) קובע אך ורק את התנאים שלפיהם אפשר לשים קץ לייפוי-כוח שכבר ניתן. מתייחסים כאן — וכמו-כן גם בסעיף 14(א) — למצב נתון.

מהנחה זו נובעות כמה תוצאות:

אחת היא כי, באין התנאים הנדרשים לאי-הדירות, לא משום כך תהא ההרשאה בטלה בתור הרשאה רגילה הנתונה למרות סעיף 14(א). יש להבדיל בין פעולת סעיף 14(ב) כשלעצמו ובין התוצאות הנובעות מנושא ההרשאה ומטרתה ומגבולותיה. כאשר הזכות מתגלית כבטלה מעיקרא או שהיא מתבטלת או שהיא חדלה מסיבה אחרת, התוצאה הנובעת מסעיף 14(ב) היא שלילת אי-הדירות ותו לא; אך תוצאה מרחיקת-לכת מתוצאה זו עשויה לנבוע מסיבה אחרת, הקשורה בהרשאה עצמה. כמוכן, לא תתקיים כל הרשאה אם השולח התנה את מתן הרשאתו באפשרות שלפי הדינים היא תיחשב כבלתי-הדירה, ואילו אין סעיף 14(ב) מרשה את זאת. מלבד מקרה זה, אפשר שמשום הנסיבות הנ"ל — בטלות הזכות, ביטולה, פקיעתה — אין עוד מקום להרשאה, לפי מטרתה, ואז אכן יש לראותה כחדלה. למשל: בפרשת סעתי, אילו האם עצמה העבירה את הדירה לרשות הבן, השליחות היתה נופלת. והוא-הדין אילו השליחות ניתנה כשהיא קשורה במפורש למתנה שנערכה בתאריך מסוים ומתנה זו בטלה או שהתבטלה. תוצאה נוספת מדעתנו הנ"ל היא שתיעלם ההבחנה בין זכות קיימת ובין זכות עתידה כשהבחנה זו מתייחסת לזמן שבו ניתן ייפוי-הכוח. לשם אי-ההדירות דרוש ומספיק שהזכות שלהבטחתה ניתן ייפוי-הכוח תהא קיימת בזמן שבו יש להכריע אם ניתן להפקיעה⁵⁵. אך כל עוד לא נוצרה הזכות, רשאי השולח להעביר את השלוח משליחותו. אם לא עשה כך ובינתיים קמה הזכות, יעמוד בפני ייפוי-כוח בלתי-הדיר.

נראה לנו כי פירוש זה להוראת סעיף 14(ב), מלבד היותו נאמן לנוסח החוק, מביא לידי תוצאות סבירות מבחינת המדיניות המשפטית. והנה, מרשים לתת ייפוי-כוח בלתי-הדיר — בכוח — במצבים שלפי הפתרון ההפוך היתה קיימת חומרה בלתי-נסבלת. למשל: אין היגיון מעשי כאיסור — הנובע מתורת פרוקציה — לתת ייפוי-כוח בלתי-הדיר בקשר להשבת הוצאות שהשלוח או אדם שלישי יוציא למעני. גם אני מעוניין

55 בפסקי-הדין שהוציאו לפי הדין שקדם לחוק השליחות הישראלי, לשם הכרעה בשאלה אם רשאי השולח לבטל את ייפוי-כוחו, התייחסו לזמן שבו מבקשים לבטל. ראה ע"א 14/74 ספיר נ' אשר, פ"ד כח(2) 153, 159; ע"א 153/50 בוכמן נ' שמאלי, פ"ד ח 1084, 1089. כנגד פסיקה זו העיר השופט עציוני בפסק-דינו הנ"ל (בעמ' 542) שחוק השליחות הוסיף — לעומת המגילה והצעת החוק עצמה — את הדרישה שההרשאה ניתנה להבטחת זכות של אחר, שהחוק אומר "ניתנה" — בעבר לעומת הזמן שבו יש להכריע בדבר אי-ההדירות.

שאדם שלפי בקשתי עשוי להוציא הוצאות לטובתי ירגיש את עצמו בטוח לקבל את החזרתן. לפי דעתנו הנ"ל, לכשיוציא הוצאות למעני, אי-הדירות ההרשאה שנתתי לטובתו תחול בפרעל ותמנע ממנה את הביטול – כמידת ההוצאות שהוציא למעשה. קיום זכותו של הזולת משמש כאן תנאי מתלה לאי-הדירות ההרשאה, כלומר: לתחולתה בפרעל של אי-ההדירות. אין הכלל הנדון מסכן אותי, כיוון שיש תמיד ברשותי לסיים את השליחות שנתתי בענייני.

מצד אחר, מסתבר שדעתו של ברק מביאה לידי התוצאה כי, אם התכוון השולח לזכות (של השולח או של אדם שלישי) שטרם נוצרה בשעה שבה ניתן ייפוי-הכוח, הוא יהיה קשור בו ללא גבולות זמן⁵⁶. וכנראה לא יוכל להשתחרר ממנו במשך כל זמן שבו טרם התקיימה העסקה – או עובדה משפטית אחרת – המחוללת את הזכות הנדונה, כל עוד אפשר שתתקיים. ולא ישחנה המצב אף אם תיערך העסקה הנ"ל אך היא בטלה או בוטלה כדין ואולם ניתן לחדשה⁵⁷.

נניח, למשל, שבשליחות למכירת מקרקעין ניתן ייפוי-כוח להעברת הבעלות, להבטחת זכותו של הקונה; שנערך חוזה מכר עם פלוני ואחד הצדדים ביטל אותו מחמת פגם בהסכמה. בזה לא הסתיימה השליחות, ולפי תורת ברק יש להבין שייפוי-הכוח ימשיך להתקיים כייפוי-כוח בלתי-הדיר, לטובת קונה המקרקעין הסופי.

אשר לפרשת סעתי, לפי התורה הנ"ל גם-כן תהיה האם קשורה בהרשאתה אם בשעה שנתנה אותה היתה מודעת שעדיין לא עשתה מתנה כדין. ואם האמינה אז שכבר ערכה חוזה מתנה כדין ואחר-כך נתגלה החוזה כבטל? ספק בעניינו אם התורה הנדונה תביא לידי תוצאה שונה אף במקרה זה, אם גרמה לבטלות החוזה סיבה טכנית כגון חוסר הצורה הדרושה. נראה לנו כי סביר לפרש את ייפוי-הכוח כמתייחס לזכות הבן לקבל את הדירה גם לפי חידושו של החוזה הנופל בגין עילה כנ"ל (ראה גם להלן, סעיף יא) – אף אם בזמן הדיון נחרץ רצונה שלא לחדשו ולא להכיר עוד בהרשאתה.

נקשרת לשיקולים דלעיל על פירוש סעיף 14(ב) ההערה שלפי הוראה זו אין אי-ההדירות נובעת במישורין מכוונת השולח. הדרישה בדבר מצבו הסובייקטיבי של השולח מתמצית בכוונתו להבטיח את זכותו של הזולת. מכוונה זו ומיסודות אובייקטיביים מסיק הדין את הסדר אי-ההדירות. לשולח ניתן להוציא מתחולת סעיף 14(ב) ייפוי-כוח שעניינו נוגע לזכותו של הזולת, בגלותו שאין הרשאתו מיועדת להבטיח זכות זו. מצד אחר, אין ביכולתו להעמיד, למרות סעיף 14(ב), ייפוי-כוח שאינו ממלא את דרישות ההוראה הזאת ואשר משום כך כפוף להוראת סעיף 14(א) הקוגנטית⁵⁸.

56 שאלה היא אם יש להקיש כאן מסעיף 29 לחוק החווים הכללי. הפתרון החיובי רורש שנכיר במקרה שלנו "דבר מתאים" לפי סעיף 61(ב) לאותו חוק. גם שליחות בלתי-הדירה תסתיים בוודאי לפי קביעתו המפורשת של השולח בעניין הזמן לביצוע, אך לא נראה שיש לראותה כפוקעת מעצם חלוף הזמן. ברק (לעיל, הערה 24), § 446, אומר את ההיפך לגבי סתם הרשאה ואין לדעת אם כוונתו גם להרשאה בלתי-הדירה. על גורלו של ייפוי-כוח בלתי-הדיר כשמתיישנת הזכות שלהבטחתה ניתן ראה ע"א 522/71 בנין נ' בנין, פ"ד כח(2) 309.

57 כמה דברים אמורים? בכל המקרים שבהם אין השליחות מסתיימת כתוצאה מהיות עילתה בטלה. על עניין זה ראה ברק (לעיל, הערה 29), § 477, בעמ' 490.

58 ראה ברק (לעיל, הערה 29), § 446, בעמ' 456; § 496, בעמ' 510.

בהנחה הנ"ל שבפרשת סעתי לא היתה המתנה תקפה בשעתה, ומכיוון שלא חודשה אחר-כך, מגיעים אנו למסקנה כי הכרזת האם משנת 1981 על ביטולה את ייפוי-הכוח משנת 1973 היתה כדין, לפי סעיף 14 לחוק השליחות. משום כך, על-סמך שיקולים אלה אנו מסכימים להחלטת הרוב לדחיית ערעורו של הבן.

בסיפא לסעיף 14(ב) נקבע תנאי נוסף הנדרש לאי-ההדירות והוא נוגע ליחס שבין הזכות המובטחת ובין ביצוע השליחות. השליחות חייבת להיות כזאת שעל-ידי ביצועה הזכות הנדונה תבוא על סיפוקה (ולכן תסולק). נבין את זאת במובן שהסיפוק (והסילוק) יהיה שלם או גם חלקי בלבד.

אין לפרש את ההוראה כאילו ביצוע השליחות הוא הדרך היחידה לסיפוק הזכות הנדונה. ברוב המקרים פעולתו של השלוח אינה הדרך הבלעדית, כי גם השולח ולעתים קרובות גם אדם אחר היו יכולים לעשות את זאת. די שפעולת השלוח על-פי השליחות תהא מתאימה למטרה זו.

(יא) נניח (א) כי לפי השיקולים דלעיל (סעיף ג) חוזה המתנה לא נכרת או שהיה בטל משום חוסר הצורה הדרושה; (ב) שחוק "עשיית עושר" כבר חל על הפרשה ושלפיו מגיעה לבן השבה בעד טובות-ההנאה שנתן לאמו בשעתו; (ג) שהאם חידשה את הענקת הדירה לבן על-ידי חוזה שבו העניקה זו לובשת את צורת *datio in solutum*, לסילוק זכותו להשבה המגיעה לו, על-פי החוק הנ"ל, בעד טובות-ההנאה שנתן לה בעבר. האם, בתנאים האלה, ייפוי-הכוח הבלתי הדיר שהאם נתנה בשעתה יחול להבטחת זכותו המחודשת של הבן לדירה?

נראה לנו שיש מקום כאן למבחן כפול: דרוש כי זכות זו של הבן תיחשב כנכנסת במסגרת השליחות וגם שתיחשב כנכנסת במסגרת סעיף 14(ב). אם הזכות הנדונה תעמוד במבחן הכפול, תחול על הפרשה הרשאה בלתי-הדירה, לפי לשון ייפוי-הכוח משנת 1973. אם תעמוד במבחן הראשון בלבד, תחול בתור הרשאה הדירה.

כדי להגדיר את הנושא של שליחות זו או אחרת לא סגי לשים לב לפעולה האובייקטיבית של השלוח אשר היא צופה. אף מטרתה של פעולה זו, כשהיא ידועה לשלוח, עשויה להציב גבול לחובתו ולסמכותו. למשל; אם נותנים לשלוח ייפוי-כוח לשלם לפלוני 1,000 בתור תשלום לנכס שקנה השולח, לא ייתכן שהשלוח ישלם לפלוני את הסכום הנ"ל בתור מזונות המגיעים לו מן השולח. במקרה שלנו הפעולה האובייקטיבית נשארה תמיד אותה פעולה: העברת הדירה לרשות הבן, אך העילה היתה קודם מתנה ועכשיו סילוק לחובת השבה. האם יש לומר כי, משום כך, הפעולה חורגת כבר מגבולות השליחות? השאלה היא שאלת פרשנות לעסקת ההרשאה. לפיכך נראה לנו כי אומדן-דעתה של השולחת לא יביא כאן לתריגת העסקה ממסגרת השליחות. לפי דברי ההקדמה לייפוי-הכוח משנת 1973, המתנה שעליה מדובר שם שימשה תגמול לטובת-ההנאה שהאם קיבלה מן הבן בעבר. אם עכשיו, במקום מתנה, באה "נתניה לסילוק" (*datio in solutum*), אין זה משנה שינוי של ממש. אפשר אפילו לומר כי העניין נכנס במסגרת השליחות קל-וחומר.

המבחן לפי סעיף 14(ב) אינו המבחן לפי פרשנות העסקה בלבד; הוא מבחן לפי פרשנות ההוראה הזאת. אך במקרה הנדון נראה לנו שיש לנקוט פתרון מקביל, המבוסס על זיהוי הזכות המובטחת לפי תפקודה יותר מאשר לפי מהותה הפורמלית.