

אגב הפסיקה

טעות בחתימה — האומנם "לא נעשה דבר"?

(ע"א 413/79 ישראל אדלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור, פ"ד לד (4) 29)

מאת

פרופ' גבריאלה שלו

"The plea of non est factum is in a sense illogical when applied to a case where the man in fact signed the deed. But it is none the worse for that if applied in a reasonable way".

הלורד ריד (Reid) ב־ *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] A.C. 1004, 1011

א. רקע הדיון. 1. רקע עובדתי. 2. רקע חוקי. 3. ההחלטה בבית המשפט העליון והנמקתה. 4. צד לחוזה וזר לחוזה. 5. הלכת "non est factum". 1. הגדרת ההלכה. 2. תולדות ההלכה. 3. גיבושה המודרני של ההלכה. 4. תוצאות הטענה non est factum. 5. ביקורת הטענה non est factum. 6. עקרונות נוגדים. 7. החלת ההלכה באנגליה. 8. החלת ההלכה בארץ. 9. החלת ההלכה בפרשה דנן. 10. המישור המחזתי: יסודות הטענה non est factum. 1. טעות. 2. הטעיה? 3. שוני יסודי. 4. זהירות סבירה. 5. דין מיוחד לאנאלפביתים? 6. מעמד עורך הדין. 7. המישור הראייתי: הוכחת הטענה non est factum. 1. מי צריך להוכיח? 2. מה צריך להוכיח? 3. כמה צריך להוכיח? 4. עיובון כנתבע. 5. ביקורת החלטה של הלכת non est factum בפסק הדין הנדון. 1. העדר טעות. 2. העדר שוני יסודי. 3. העדר זהירות. 4. משמעות האנאלפביות. 5. יחסי עורך הדין והמנוח. 6. אי-הרמת נטל ההוכחה. 1. הדין החדש. 1. תחילתו — תחולתו. 2. חתימה על חוזה שאינה מלווה ברצון. 3. חתימה על חוזה מתוך טעות. 4. נסיבות הפרשה באספקלריה של חוק החוזים.

א. רקע הדיון

1. רקע עובדתי

בהיותו על ערש-דיו, כעשרה ימים לפני פטירתו, חתם המנוח על חוזה למכירת חלקת קרקע שהיתה בבעלותו. המנוח חתם על החוזה לפי בקשתו של עורך דין שהיה מוכר לו וטיפל בענייניו. המנוח לא ידע קרוא וכתוב, ובעת שחתם על החוזה היה מצב בריאותו חמור. "אדם כזה", אמר שופט בית המשפט המחוזי על המנוח, לאחר תיאור מצבו, "קשה להניח (בלשון המעטה) שהיה מסוגל לטפל בענייניו בכלל, ובמכירת

מגרשו לפי החוזה נשוא המשפט, בפרט¹. בבית המשפט המחוזי נקבע כי חתימת החוזה לא היתה מלווה ברצון, ועל כן גזתה תביעתו של קונה הקרקע נגד עיזבון המנות, לביצוע החוזה או לפיצויים בגין הפרתו.

2. רקע חוקי

החוזה, שהיווה את ציר הדיון המשפטי בפרשה זו, נחתם ביום 10.1.1971. על כן לא חלו עליו הוראות חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973², ולא חלו על הפרתו הוראות חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970³, אלא "הדין הקודם"⁴, ובכללו הלכות המשפט המקובל שנקלטו במשפטנו באמצעות סימן 46 לדבר המלך במועצתו.

3. ההחלטה בבית המשפט העליון והנמקתה

בפסק הדין בע"א 413/79 ישראל ארלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור⁵ אישר בית המשפט העליון את דחיית תביעתו של הקונה לביצוע בעין של החוזה או לפיצויים בגין הפרתו. השופט שמגר נימק את הדחייה בשני טעמים חלופיים. הטעם האחד, בטלות החוזה על-פי הלכת non est factum. הטעם השני, בטילות החוזה מחמת השפעה בלתי הוגנת. השופט ח' כהן הסכים לשני הטעמים האלה, והוסיף טעם שלישי לדחיית הערעור והוא, שביצעו בעין של החוזה אינו צודק. השופט אשר הסכים לטעמים הראשון והשלישי, לאמור בטלות החוזה מחמת non est factum, והגנת אי-הצדק כנגד ביצועו בעין. הגה כי כן, רק נימוק הדחייה הראשון, אשר על-פיו בטל החוזה מדעיקרא, על-פי הלכת non est factum, זכה להסכמה כללית של השופטים בפרשה זו. כנגד נימוק זה, המאמץ את הלכת non est factum במשפט הישראלי שלפני חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, וכנגד החלטה של הלכה זו בנסיבות המקרה, מכוונת הביקורת ברשימה זו.

4. צד לחוזה וזר לחוזה

בשתי הערכאות שבהן נדונה הפרשה היו הצדדים להתדיינות יורשי המנות ועיזבון מצד אחד, והקונה בכוח על-פי החוזה מן הצד האחר.

היתה, על כן, בפרשה זו, זהות בין היריבות המשפטית ובין היריבות החוזית. ומכיוון שההתדיינות לא חרגה מעבר לתחומי החוזה, והצדדים לה היו בעלי החוזה (או חליפיהם), לא היתה חשיבות מיוחדת להבחנה בין בטלות החוזה מדעיקרא (הכרזה עליו כ-void), שהיא תוצאת הטענה non est factum, ובין בטילות החוזה (היותו

1 הציטוט הוא מתוך פסק דינו של בית המשפט העליון, נשוא רשימה זו: ע"א 413/79 ישראל ארלר חברה לבנין בע"מ נ' מנצור, פ"ד לד(4) 29, 33.

2 סעיף 64 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, ס"ח תשל"ג 110.

3 סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, ס"ח תשל"א 108.

4 ראה סעיף 64 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, וסעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970.

5 פ"ד לד(4) 29.

(voidable), שהיא תוצאת הטענה של השפעה בלתי הוגנת.⁶ יתר על כן: הטעם השלישי שביסוד חוות דעתו של השופט ח' כהן, טומן בחובו הנחה של תקפות החוזה. גם הנחה כזו אינה מעלה או מורידה כל עוד לא נכנס צד שלישי לחמונה.

בטלות מוחלטת של חוזה היא הרת אסון כלפי צד שלישי: אפילו פעל בתום לב, ובלא ידיעת הפגם בכריתת החוזה, ונתן תמורה, מביאה ההכרזה על החוזה כבטל לטריפת נכסים וזכויות שרכש הצד השלישי בהסתמכו על החוזה החתום.⁷ בטלות החוזה, לעומת זאת, אינה פוגעת בצד שלישי: זכויות שרכש על סמך החוזה עד לביטולו, נשמרות בידיו.⁸

אולם גם בהעדר צד שלישי מחייבת מסכת העובדות, כפי שנפרשה בפרשה הנדונה על-ידינו, דיון ועיון ביסודות הטענה non est factum. קבלתה (ולו גם באורח חלופי) של טענה זו, עשויה להביא תוצאות קשות ובלתי רצויות.

ב. הלכת "non est factum"

1. הגדרת ההלכה

כאשר מונע אדם אחד, על-ידי הצהרה כוזבת של אדם אחר, לחתום על מסמך המכיל חוזה שונה בתכלית מן החוזה שהחותם סבור שהוא מתקשר בו, מכיר המשפט המקובל האנגלי בטענה שלפיה "לא נעשה דבר" (non est factum) ועל כן החוזה בטל מעיקרו (void).⁹

2. תולדות ההלכה

שורשיה ההיסטוריים של טענת non est factum נעוצים במשפט האנגלי של ימי הביניים. בראשית התפתחותה נועדה הטענה רק למי שנתבע על-פי חוזה תחת חותם

6 בצדק דוחה השופט שמגר (שם, בעמ' 41) את טענת המערערת, הקונה על-פי החוזה, כי היא צד שלישי.

7 השווה: Re Ginsburg [1920] 2K.B. 426. בכפוף, כמובן, לתקנת השוק (סעיף 34 לחוק המכר, תשכ"ח-1968), והוראות ספציפיות אחרות המתייחסות לגסיבות מיוחדות. לסוגיית ההגנה על צד שלישי במשפטנו ראה, באורח כללי, ד' פרידמן, "הערות בדבר זכויות הבעלים המקורי כלפי צד שלישי לאור החקיקה הישראלית החדשה", עיני משפט ד (תשל"ה) 245.

8 השווה: Saunders v. Anglia Building Society [1971] A.C. 1004 (H.L.), affirming sub nom: Gallie v. Lee [1969] 2Ch 17 (C.A.). בפסק דינו של השופט שמגר. פסק דין אנגלי זה, יותר מאחיו הישראלי הנדון כאן, מדגים בחדות את חשיבות ההבחנה בין בטלות חוזה לבטלותו לעניין זכויותיו של צד שלישי. שכן בפרשה שנגולה באנגליה היה התובע צד שלישי, זר לחוזה, שפעל בתום לב וסמך על התחיימה. העלאת הטענה non est factum במצב דברים שבו קיים צד שלישי, מחריפה את העימות בין העקרונות השונים המתנגשים בסוגיה ותובעים את פתרונם ויישומם.

9 ראה: Cheshire & Fifoot, *Law of Contract* (London, 9th ed., 1976) 238; Anson, *Law of Contract* (Oxford, 24th ed., 1975) 301; Chitty, *On Contracts* (London, 24th ed., 1977) § 300.

(deed) שכלל לא נחתם על-ידי: *scriptum predictum non est factum suum* (הכתב הנאמר מקודם איננו המעשה שלו). אולם גם למי שלא יכול היה — מחמת עיוורון או אנאלפביתיות — לקרוא את המסמך שבו הטביע את חותמו, עמדה הטענה כי "לא נעשה דבר"¹⁰.

במאה הי"ט הורחבה תחולת הטענה לגבי חוזים רגילים והושמעה גם מפי נתבעים יודעי קרוא ולא-עיוורים.¹¹

3. גיבושה המודרני של ההלכה

ה"locus classicus" של הלכת *non est factum*, מצוי בדברי השופט Byles בפסק הדין *Foster v. Mackinnon* משנת 1869.¹² על-פי ניסוח זה של ההלכה אין תוקף לחתימה על חוזה שלא לוותה בכוונה. מקום שבו סבור אדם כי הוא חותם על מסמך שונה לחלוטין מן המסמך שעליו הוא חותם בפועל, החתימה משוללת נפקות, והחוזה בטל מעיקרו.

אמנם הלכה זו, בנוסחה הנזכר, אומצה זה לא מכבר על-ידי בית הלורדים,¹³ אולם הנטייה הכללית במשפט האנגלי היא לצמצום היקפה של ההלכה. גטייה זו מתבארת על רקע קיצוניותה של טענת *non est factum*.

4. תוצאות הטענה "non est factum"

מבחינת קיצוניות תוצאותיה דומה טענת *non est factum* לטענת זיוף או לטענת מכניזם. ברור ופשוט הוא, שמי שחתימתו זויפה, או מי שידו הונעה באורח מכני, אינו חב על-פי המסמך החתום. חוזה שהחתימה המתנוססת עליו זויפה, או הוצאה מבעליה (בשגתו, למשל) על-ידי הפעלת ידו באורח מכני,¹⁴ אינו מקים חבות כלשהי, באשר אינו "חוזה" כלל ועיקר.

קבלת הטענה *non est factum* מביאה גם היא לשלילת תוקף מוחלטת ומדעיקרא מן החתימה, ומן החוזה החתום.

5. ביקורת הטענה "non est factum"

טענת *non est factum* אינה תואמת מושכלות ראשונים של דין החוזים, ומתנגשת עם עקרונות יסוד של דין זה.

מטענת *non est factum* עולה, כי דעתו של החותם צריכה להתלוות לחתימתו.

10 ראה: Holdsworth, *A History of English Law* (London, 1923), vol. 8, 50; 231—233. Fifoot, *History and Sources of the Common Law* (London, 1949).

11 *Foster v. Mackinnon* (1869) L.R. 4C.P. 704.

12 L.R. 4C. P. 704, 711—712.

13 *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] A.C. 1004.

14 להבדיל מכפייה המותרת ביד החותם מרחב להפעלת רצון חופשי. לפירוש סעיף 17 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, ראה: ג' שלו, פגמים בכריתת החוזה (פירוש לחוקי החוזים בעריכת ג' טדסקי, המכון למחקרי חקיקה ולמשפט השוואתי ע"ש הרי סאקר תשמ"א) 89—105.

לשון אחר: אין נפקות לחתימה בלא רצון¹⁵. מבחנה של הטענה הוא, על כן, מבחן סובייקטיבי, המתיימר לחדור לכוונות, למאווים ולרצונות של צד לחוזה. מבחן זה אינו מקובל בדין החוזים המודרני כמבחן נאות לקביעת קיומו של חוזה¹⁶. אמת, נכון הדבר: כשמדובר בפגמים ברצון הצדדים לחוזה, יבחן הדין את רצונם, ולצורך זה יש שיופעלו מבחנים סובייקטיביים. אולם טענת *non est factum* אינה רק פוגמת את החוזה אלא מבטלת אותו מעיקרו; אשר על כן היא חותרת תחת אשיות כריתתו. כריתה זו, אשר בחוזה כתוב היא משתקפת בדרך כלל בחתימת הצדדים, נבחנת גם בדין האנגלי באספקלריה חיצונית-אובייקטיבית.

עצם החתימה על מסמך יוצרת חוקת הסכמה למסמך החתום: מי שחותם על חוזה חוקה עליו כי הסכים לו. חוקת ההסכמה מקפלת בחובה חוקת ידיעה, שהרי אי אפשר להסכים אלא למה שידוע.

פתיחת הטענה *non est factum* במקרים שבהם חתם צד על חוזה בלא שידע את משמעות החוזה או את תוכנו, תאפשר התכחשות לחוזה חתום לא רק במקרים שבהם לא קרא החותם את החוזה, אלא אפילו במקרים שבהם קרא את החוזה אך לא הבין את מה שקרא¹⁷. נקל לשער את התדיינות היתר, הבלבול ואי הבהירות העלולים להיגרם כתוצאה מגישה "רחבה" ו"ליברלית" כזאת לדין החוזים.

נכון כי ערך חשוב בדין החוזים הוא רצון הצדדים המתקשרים בחוזה. אולם כנגד העיקרון של אוטונומיה הרצון מתייצבים עקרונות אחרים, נוגדים, שחשיבותם אינה פחותה. עקרונות אלה יש לשקלל יחד עם העיקרון שביסוד טענת *non est factum*, ויש שהם יביאו לידי חיוב אדם על-פי חתימתו, גם אם לא ידע ולא הבין את משמעותה.

6. עקרונות נוגדים

כנגד החלת הטענה *non est factum* עומד עקרון ההשתק (*estoppel*), אשר לפיו מושתק אדם מהתכחשות למציגו. מי שחותם על מסמך יוצר כלפי כולי עלמא מצג של הסכמתו לחוזה. על מצג זה רשאים להסתמך הצד השני לחוזה וגם מי שאיננו צד לחוזה והמסמך החתום הגיע לידיה. התכחשות לחתימה על חוזה פוגעת באינטרס ההסתמכות (*reliance interest*)¹⁸ של אלה, ומקום שבו רואה הדין לנכון להגן על אינטרס ההסתמכות, תידחה טענת *non est factum*.

15 השווה: קביעת בית המשפט המחוזי בת"א 740/75 נשוא הערעור בפרשה דנו, אשר על פיה מהווה הרצון תנאי לתקפות החוזה (ע"א 413/79 שס, בעמ' 34). וראה דברי השופט Byles בפסק הדין *Foster v. Mackinnon* הג"ל, בעמ' 711, אשר על פיהם חתימה שאינה מלווה בכוונה אין לה תוקף.

16 ראה למשל המבחן האובייקטיבי שקובע חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, בסעיפים 2 ו-5: התצעה והקיבול טעונים "העדה" על גמירת דעת, כלומר: השתקפות חיצונית של הכוונה.

17 השווה: דברי השופט Donovan בפסק הדין *Muskham Finance Co. v. Howard* [1963] 1 Q.B. 904, 912.

18 לניתוח חלוצי של אינטרס זה ראה: Fuller & Perdue, "The Reliance Interest in Contract Damages", 46 *Yale L.J.* (1936) 52, 573. Corbin *On Contracts* (1950), vol I A, p. 187 et seq.

מעקרון ההשתק נובע גם הכלל שלפיו צריך אדם לשאת בתוצאות המשפטיות הטבעיות של מעשיו. ומחי תוצאה טבעית יותר של מעשה החתימה על חוזה, אם לא חבות על-פיו?

מבחינה דוגמטית מבסס, אם כן, עקרון ההשתק את אינטרס ההסתמכות של הצדדים לחוזה ושל זרים לו. ניתן לראותו גם בבסיס התיאוריה האובייקטיבית של דין החוזה. יתר על כן: עקרון ההשתק, המונע בתחום דיונו התכשורת אדם לחתימתו, מתייב יפה עם מגמות של דינמיות מסחרית, העברה חופשית וקולחת של נכסים במשק, ואינטרסים כלכליים ועסקיים שהדין חייב להתחשב בהם, ואשר ייפגעו באורח חמור מכל הפעלה של הלכת non est factum.

דומה, כי עקרונות וכללים אלה הביאו את השופט דנינג לידי ניסוח מהופך, חיובי, של הלכת non est factum, כלהלן:

"אדם החותם על מסמך משפטי, בלי לקרוא (או בלי שיקראוהו בפניו), בסמכו על דברי מי שמחתים אותו, לא יוכל להתכחש לחתימתו. כי בחתימה זו עשה מצג כלפי כל מי שהמסמך יגיע אליו, ולפי המצג המסמך הוא שלו. אם המסמך נעשה בטעות או מחמת הטעות, יוכל החותם לבטלו כל עוד לא הגיע לידי צד שלישי"¹⁹.

7. החלת ההלכה באנגליה

נוכח כל אלה — קיצוניות הטענה non est factum, התנגשותה עם עקרונות יסוד ותוצאותיה החמורות — לא מפליאה גישתם הביקורתית, הכמעט עוינת, של שופטים ומשפטנים אנגליים כלפי טענה זו.

גדירים המקרים שבהם הופעלה למעשה הלכת non est factum והטענה התקבלה²⁰. הדוגמאות ההיפותטיות שניתנו להחלטה קיצוניות וגדירות עוד יותר²¹. המחברים Cheshire & Fifoot מביעים את ההשקפה, שעם הרחבת החינוך וצמצום מספר האנאלפביתים במאה שעברה, היה מקום לזנוח את הטענה של non est factum²². אולם משלא בוטלה, חוזרים השופטים האנגליים ומדגישים כי יש להגביל טענה זו ולתהמה בגבולות צרים²³, שכן היא טענה אנאכרוניסטית, בלתי הגיונית, ובעלת יסודות מאובנים²⁴.

19 Gallie v. Lee [1969] 2 Ch 17, 37. דברים אלה, ואחרים, של השופט דנינג זכו להסכמת בית הלורדים בערעור: Saunders v. Anglia Building Society [1971] A.C. 1004, 1033 (per Lord Pearson).

20 השווה: Cheshire & Fifoot, *op. cit.*, 240. ראה, למשל, הדוגמאות בפסק הדין: Lewis v. Clay (1897) 67 L.J.Q.B.224. דוגמת חתימה לאספן; חתימה באלבום זכרונות של גברת.

21 ראה בספרם, עמ' 239. Gallie v. Lee [1969] 2 Ch 17, 41, per Russell L.J.

22 Saunders v. Anglia Building Society [1971] A.C. 1004, 1024, 1033 (per Lords Wilberforce and Pearson).

8. החלת ההלכה בארץ

בהיותה שריד לתקופה שבה היו אנאלפביתים רבים כונתה טענת *non est factum* "טענה אנאלפביתית". כך עשוי גם הדיון בתחולת הלכה אנגלית מסוימת, להיראות היום, עם ביטול סימן 46, כדיון אנאלפבטי-קמעא.

ובכל זאת, יש להעיר כאן כי מראש לא היה מקום להחיל בארץ את הלכת *non est factum*, מחמת הנימוקים האלה:

א. הלכת *non est factum* איננה "מעיקרי המשפט המקובל האנגלי" (Substance of the common law), אשר רק אליהם מפנה סימן 46 לדבר המלך במועצתו.²⁵ הלכת *non est factum* היא, כפי שהראיתי לעיל, הלכה נדירה, סוטה, קיצונית, חשופה לביקורת ובלתי-מתיישבת עם עקרונות וכללים אחרים של דין החוזים האנגלי.

ב. הנסיבות המשפטיות של שיטת המשפט הישראלי, שאף הן בגדר "תנאי הארץ ותושביה" לעניין הסייג שבסימן 46,²⁶ עשויות להביא לשלילת טענה המושרשת, כפי שתואר לעיל, בהיסטוריה המיוחדת של המשפט האנגלי הקדום: ההבחנה בין חוזה תחת חותם (deed) ובין חוזה פשוט, שביסוד הלכת *non est factum*, זרה לדיון החוזים הישראלי.

עד שיצא פסק הדין הנדון כאן, היה הדיון בתחולת ההלכה בדבר *non est factum* בישראל אקדמי בעיקרו. חרף הנחת בתי המשפט כי ההלכה אכן חלה במשפט הישראלי,²⁷ מעולם לא הביאה החלת ההלכה לביטול חוזה מעיקרו. פסקי הדין הישראליים שעשו שימוש בהלכה דחו תמיד טענת *non est factum* לגופה.²⁸ אמנם, לא נערך דיון מעמיק ביסודות הטענה, אך הופעלה גישה בריאה שלפיה אין לאפשר לאדם להשתחרר מעסקה שנעשתה כדיון.²⁹

9. החלת ההלכה בפרשה דנן

והנה, בזמננו ובמקומנו, יצא פסק דין המאמץ את הלכת *non est factum*, מפעיל אותה ומבטל על-פיה חוזה (אם גם באורח חלופי).

אפשר היה לטעון שהלכה זו חשובה במיוחד בישראל, כארץ קולטת עלייה מארצות שונות, ביניהן ארצות מצוקה ובורות, וכארץ שטרם פתרה לגמרי את בעיית האנאלפ-בתיות בקרב האוכלוסיה הבוגרת.³⁰

25 השווה: ג' טרסקי, "בעית הליקויים בחוק וסעיף 46 לדבר המלך במועצתו", מחקרים כמשפט ארצנו (ירושלים, מהדורה שנייה, תשי"ט) 132, 184.

26 ראה: טרסקי, שם, בעמ' 183; א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האורחית החדשה", משפטים ז (תשל"ז) 15, 28.

27 ראה ע"א 467/64 שוויץ נ' סנדור, פ"ד יט (2) 113; ת.א. (ת"א) 297/51 אורכך נ' פבילוצקי, פ"מ ט 185.

28 כך, למשל, נאמר, כי מי שחתם על מסמך בלי לדעת את תוכנו "לא ישמע בטענה שלא קרא את המסמך ולא ידע על מה חתם ובמה התחייב. חוקה עליו שחתם לאות הסכמתו...". (ע"א 467/74 הנ"ל, בעמ' 117).

29 ע"א 162/74 פרידמן נ' בדריאן, פ"ד כט (2) 724, 726.

30 לתיאור תופעת האנאלפביות בארצנו ראה: א' גרבלסקי, מאנאלפביות לאלפביות (האוניברסיטה העברית בירושלים, המרכז להשכלת העם, 1970). לממדי התופעה ראה:

אין חולקים על כך שהלכת *non est factum* היא הלכה העשויה לשמש מכשיר לעשיית צדק חברתי. אולם דווקא במקרים הספורים והנדירים שבהם תופעל הלכה זו יש להקפיד על קיום יסודותיה החיוניים והוכחתם של יסודות אלה.

את הלכת *non est factum*, שהיא הלכה בלתי הגיונית, לפחות כאשר מתנוססת חתימה על המסמך, יש להפעיל באורח סביר.³¹ בחינת סבירותה של הפעלת ההלכה הנדונה, מחייבת את בדיקת הטענה שביסוד ההלכה תחת זכויות מגדלת, הן במישור המהותי והן במישור הראייתי. לאחר בדיקת כפולה זו, אנסה להראות כי אף אחד מיסודותיה המהותיים של הטענה לא התקיים בפרשה הנדונה, ומכל מקום לא הוכחה התקיימותם של יסודות אלה.

ג. המישור המהותי: יסודות הטענה "*non est factum*"

1. טעות

במשפט האנגלי מהווה טענת *non est factum* נספח לדיני הטעות.³² מבחינה מתודור-לוגית מוגדר הדיון בה טעות בחוזים כתובים.³³

טעות החותם היא, אם כן, מרכיב חיוני של הטענה. בהיות טעות, מעצם הגדרתה, פער בין מצב חוזי למצב ריאלי, לא ייפלא כי הגנת *non est factum* טומנת בחובה טענת טעות. רק מי שטעה באופן יסודי לגבי המסמך, בחשבו כי הוא חותם על מסמך שונה לחלוטין מן המסמך שעליו חתם בפועל, יכול לטעון *non est factum*.³⁴

2. הטעיה

מכיוון שבדרך כלל מוונת אמונתו או מחשבתו המוטעית של החותם על-ידי מידע חיצוני שמוסר לו אדם אחר, נוהגים למנות את ההטעיה כיסוד מרכיב של טענת *non est factum*.³⁵ אמנם נכון שבדרך כלל נובעת הטעות בחתימה מהטעיה.³⁶ נכון גם, שעצם קיום ההטעיה מצביע על פגם בהסכמת החותם. אולם הטעיה בתור שכזאת איננה מרכיב או תנאי ליצירת הטענה. מבחינה תיאורטית מושתתת טענת *non est factum* על העדר הסכמה ולא על הטעיה.³⁷ והא ראייה: קבלת הטענה *non est factum* מביאה לבטלות החוזה מעיקרו בעוד שהטעיה מבאיה, בדין האנגלי, אך לבטילות החוזה.

שנתון סטטיסטי לישראל, 1980, מס' 31 (הלשכה המרכזית לסטטיסטיקה), טבלאות בעמ' 580—578.

31 השווה דברי הלורד Reid ב-, *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] A.C. 1004, 1017.

32 Cheshire & Fifoot, *op. cit.*, 237—238.

33 Anson, *op. cit.*, 301; Chitty, *op. cit.*, §§ 300—304.

34 השווה: *Gallie v. Lee* [1969] 2 Ch 17, 45, per Salmon L.J.

35 ראה הגדרת ההלכה *non est factum* בספרי היסוד בדיני חוזים: Cheshire & Fifoot, *op. cit.*, 237—238; Anson, *op. cit.*, 301; Chitty, *op. cit.*, § 300.

36 אפשר בוודאי לסמוך על בדיקת התקדימים בידי השופט Salmon L.J. בפרשת *Gallie v. Lee* [1969] 2 Ch. 29, 45. ממנה עולה, כי פרט למקרה אחד (וגם הוא אירע באירלנד לפני שנים רבות), לא הצליחה מעולם טענת *non est factum* בלי הוכחת הטעיה.

37 *Foster v. Mackinnon* (1869) L.R.4C.P. 704, 711.

3. שוני יסודי

מבחינה רעיונית מושתתת, אם כן, בטלותו המחלטת של החוזה, כתוצאה מקבלת הטענה *non est factum*, על העדר הסכמה מצד מי שחתם על החוזה. מכאן שרק כאשר נעדר לחלוטין יסוד ההסכמה ניתן להעלות בהצלחה טענה זו. על רקע זה מסתברת הדרישה לשוני יסודי בין המסמך שנחתם בפועל ובין המסמך אשר החותם סבר כי הוא חותם עליו. רק כאשר קיים פער גדול בין המסמכים — האמיתי והחזוי — ניתן לבסס את הטענה שלפיה לא נועדה החתימה ליתן גושפנקא למסמך שעליו הוטבעה. מבחן השוני היסודי בין המסמך שנחתם למעשה ובין המסמך שהנתבע התכוון לחתום עליו, כמבחן להחלת הטענה *non est factum*, הוא מבחן גמיש, משוכלל ומתוחכם יותר מן המבחן שקדם לו. עד לפסק הדין של בית הלורדים בעניין *Saunders v. Anglia Building Society*³⁸ שרר במשפט המקובל מבחן אחר, שנועד גם הוא לעצב ולהגביל את תחומי טענת *non est factum*. על-פי מבחן זה נמתחה הבחנה בין מהות המסמך וסוגו מחד גיסא, ובין תוכנו של המסמך ותוצאותיו מאידך גיסא. טענת *non est factum* יכולה להצליח רק כאשר התייחסה טעות החותם למהות המסמך או לסוג העסקה המגולמת בו. לעומת זאת, מי שחתם על מסמך, בלי לדעת את תוכנו המפורט או את תוצאותיו החוקיות, לא יכול להתכחש לחתימתו בטענה הנדונה.³⁹

ההבחנה בין מהות המסמך ובין תוכנו זכתה לביקורת נוקבת מעטו של השופט דנינג, בפסק הדין בעניין *Gallie v. Lee*⁴⁰. ואמנם, מהות המסמך ותוכנו שלובים ואחוזים זה בזה; תוכן המסמך קובע את מהותו, ומהות המסמך אוצלת על תוכנו. יתר על כן: קבלת הבחנה זו והפעלתה יביאו לתוצאות אבסורדיות. כך, למשל, יוכל מי שחתם על ערבות לסכום של 1,000, לפטור עצמו מחבות אם יוכיח שסבר שהוא חותם על שטר חוב בסכום זהה. ואילו טענתו של מי שחתם על שטר חוב בסכום של 1,000, בסברו שהסכום הנקוב הוא 10, לא תישמע.

בערעור קיבל בית הלורדים את ביקורתו של השופט דנינג, דחה את ההבחנה בין מהות המסמך וסוגו כהבחנה המכרעת בסוגיית *non est factum*, וקבע מבחן גמיש יותר להבדל הנדרש בין כוונת החותם ובין מעשיו. זהו מבחן השוני היסודי בין המסמך המגלם את העסקה האמיתית ובין המסמך ההיפותטי, המגלם את העסקה החזויה. השוני צריך להיות משמעותי, ניכר, ראדיקלי, מהותי, יסודי⁴¹, עד כדי כך שניתן לומר כי לא היתה למי שחתם על החוזה כוונה להתקשר בו, והחוזה בטל מעיקרו בבחינת "לא נעשה דבר".

38 [1971] A.C. 1004.

39 *Howatson v. Webb* [1907] 1 Ch. 537; *Carlisle & Cumberland Banking Co. v. Bragg* [1911] 1 K.B. 489; *Muskham Finance Ltd v. Howard* [1963] 1 Q.B.904.

40 [1969] 2 Ch. 17, 32.

41 *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] A.C. 1004, 1017, 1022, 1026, 1039.מבחן זה אומץ לאחרונה גם ב- *United Dominions Trust Ltd. v. Western* [1976] Q.B. 513 (חתימה על טופס שפרטיו לא מולאו).

4. זהירות סבירה

תנאי נוסף לביסוס טענת non est factum הוא העדר־רשלנות. מי שהתרשל ולא טרח לבדוק על איזה מסמך הוא חותם, לא יוכל להתכחש לחתימתו.⁴² ובניסוח חיובי: רק מי שנקט זהירות סבירה בחתמו על החוזה יוכל להצליח בטענת non est factum. תנאי הגיוני זה נובע מעקרון ההשתק ומן הכלל הנגזר ממנו, שלפיו לא יתיר הדין לאדם ליהנות מתוצאות עוולתו.⁴³

5. דין מיוחד לאנאלפביתים?

התנאי האחרון, תנאי הזהירות, מעורר קושי מסוים ביישומו לגבי אנאלפביתים.⁴⁴ בעוד שעל אדם היודע קרוא וכתוב אפשר להטיל את נטל הקריאה של מסמך בטרם יחתום עליו, אין אנאלפבית מסוגל להרים נטל זה; הרי אנאלפבית אינו יודע לקרוא, ועל כן גם אינו מצויד בכלי הדרוש להבנת מסמך שעליו הוא חותם, לא כל שכן להסכמה לתוכנו של מסמך זה.

אולם גם לגבי חתימה של אנאלפבית, כמו לגבי חתימותיהם של עיוורים או של סגילים, קיימת התנגשות של עקרונות, כללים ואינטרסים. כמו אדם אחר עושה גם אנאלפבית מצג כלפי כולי עלמא בחתמו על חוזה, הוא מצג ההסכמה. אין, על כן, להתחשב רק במצבו המנטאלי והאינטלקטואלי של החותם, אם כי גם מצב זה יבוא במניין הגורמים שיש לשקללם בסוגיית החתימה על חוזה.

יישום תנאי הזהירות לגבי אנאלפבית מחייב אותו לבקש שיקריאו לו את המסמך ויסבירו לו את פשרו. אנאלפבית החותם על מסמך מבלי לבקש שיקריאו לו אותו, משול ליודע קרוא החותם בלי לקרוא. שניהם קשורים בחתימתם, שכן שניהם נדרשים לפעול תוך אחריות וזהירות בעשותם מצג של אימוץ החוזה על־ידי חתימה עליו.

דין זה אינו נראה קשה או חמור. בזמננו ובמקומנו יודע גם אנאלפבית מהו מסמך משפטי, ויודע גם בור מה משמעות החתימה עליו.

6. מעמד עורך הדין

לא רק אנאלפבית נזקק בימינו להקראת מסמכים משפטיים ולביאורם. רבים וטובים, מלומדים ויודעי קרוא וכתוב, מסתייעים ביועצים משפטיים, שיוליכו אותם בסבך הלבירינת המשפטי, יסבירו להם את הוראות המסמכים המוצגים בפניהם לחתימה ויאירו עיניהם בהשלכותיהם המשפטיות של מסמכים אלה.

כאשר חותם אדם על מסמך משפטי על־פי עצת אחר, שהוא סומך עליו, ויהא זה עורך דין או יועץ מקצועי אחר, חזקה על החותם שהתכוון לחתום על המסמך שעליו חתם למעשה, ובחתימתו הריהו מאמץ את המסמך לעצמו.⁴⁵

⁴² *Saunders v. Anglia Building Society*, at p. 1023 (per Lord Dilhorne).

⁴³ *ibid.* at p. 1034 (per Lord Pearson).

⁴⁴ הכוונה לאנאלפביתים שאינם קטינים או פסולי דין ועל כן אין הם מוגנים על־ידי הוראות חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב–1962, ס"ח 120.

⁴⁵ *Saunders v. Anglia Building Society*, at p. 1036 (per Lord Pearson).

כאשר נכנס עורך דין לתמונה, המבחן הסובייקטיבי של טענת *non est factum* הופך להיות מבחן אובייקטיבי. אין עוד חשיבות לכוונה שליוותה את החתימה ומעשה החתימה הוא הקובע.

בעניין זה אין חשיבות להבחנה בין אנאלפבית לידוע קרוא: כזה כן זה חותמים על-פי עצה מקצועית או על סמך תדרוך מקצועי שקיבלו, וכוונתם הפנימית אינה מעלה ואינה מורידה. אם הוטעו או טעו לגבי המסמך, בידם לתבוע את מי שהטעה אותם, וכל עוד לא יצא המסמך מידי הצד השני לחוזה, ביכולתם אף לבטל את החוזה בגין הטעיה.

ד. המישור הראייתי: הוכחת הטענה "*non est factum*"

1. מי צריך להוכיח?

בהיות טענת *non est factum* טענת הגנה, שעל-ידי העלאתה מבקש הנתבע להשתחרר מחבות חוזה, מוטל גטל ההוכחה של יסודות הטענה על כתפי הנתבע, הטוען כי חרף החוזה החיצוני של המסמך החתום "לא נעשה דבר"⁴⁶. ההיגיון שמאחורי הלכה ראייתית זו ברור: מי שחתם על המסמך יודע, יותר מכל אדם אחר, את הנסיבות שאפפו חתימה זו ואת הכוונות שליוו אותה. לכן הגיוני ונכון להטיל עליו את גטל ההוכחה של טענת *non est factum*.

2. מה צריך להוכיח?

גם בעניין זה הולכים דיני הראיות בעקבות הדין המהותי: כל יסודותיה המהותיים של טענת *non est factum* טעונים, כמובן, הוכחה. נזכיר יסודות אלה בקיצור: (1) שוני יסודי בין העסקה החזויה והעסקה האמיתית; (2) טעות של החותם; (3) זהירות סבירה של החותם⁴⁷ (אשר תיקבע, כמובן, על-פי נסיבות המקרה ומהות המסמך שנחתם).

3. כמה צריך להוכיח?

הגטל של הוכחת הטענה *non est factum* הוא גטל כבד⁴⁸, יותר מן הגטל הרגיל במשפט האזרחי. נדרשות ראיות חזקות וברורות⁴⁹, עדות חד-משמעית ופוזיטיבית⁵⁰, בדבר נסיבות החתימה והכוונה שלוותה אותה.

46 להלכה הכללית ראה: א' הרנון, דיני ראיות, חלק ראשון (ירושלים, תשל"ב) 200. ולטענה המיוחדת ראה: Saunders v. Anglia Building Society [1971] A.C. 1004, 1016, 1019, 1027, 1038; United Dominions Trust Ltd. v. Western [1976] Q.B. 513.

47 Saunders v. Anglia Building Society, at p. 1017, 1027, 1038.

48 Gallie v. Lee [1969] 2 Ch. 17, 38.

49 ibid, at p. 40.

50 Saunders v. Anglia Building Society, at p. 1019.

4. עיזבון כנתבע

בפרשה המהווה נשוא רשימה זו לא הוגשה התביעה נגד הצד המקורי לחוזה אלא נגד עיזבונו, וטענת non est factum לא הושמעה מפני מי מהם שחתם על החוזה, אלא מפני יורשיו. מתעורר, אם כן, הצורך לבדוק את תחולת הכללים המהותיים והראייתיים, שתוארו לעיל, כאשר במקום אחד הצדדים המקוריים לחוזה ניצבים חליפיו; וביתר דיוק: כאשר טענת non est factum מועלת בידי יורשי החייב על-פי החוזה.

נראה לי, כי בעוד שהכללים המהותיים אינם משתנים כאשר יורשי החייב, ולא החייב עצמו, מעלים טענת non est factum, יש שוני מסוים ביישום הכללים הראייתיים. כידוע, מוקנים נכסי המנוח ליורשיו בכפוף להתחייבויות החוקיות הרובצות עליהם. אין העיזבון מכיל יותר משהיה למנוח בחייו עובר לפטירתו⁵¹. מנגד, כפופה תביעה חוזית נגד העיזבון לכל ההגנות שלהן היתה נתונה תביעה זו, אילו הוגשה נגד המנוח⁵². בעל חוב של המנוח זכאי, אם כן, לתבוע מיורשי המנוח סעדים חוזיים כמו בהתדיינות בין הצדדים המקוריים לחוזה. ואילו היורשים רשאים להעלות כנגד תביעה כזאת כל טענת הגנה חוזית שעמדה למוריש בחייו, לרבות טענת non est factum. טענה זו חלה, כמובן, על-פי כל יסודותיה המהותיים.

יורשי המנוח, ככל בעל דין הטוען טענה זו או אחרת, ואפילו טענה לעובדה בעלת אופי שלילי, חייבים להוכיח את יסודות טענותיהם, ולהרים את נטל השכנוע של טענות אלה⁵³. נטל הוכחתה של טענת non est factum עובר, אם כך, מכתפי המוריש לכתפיהם.

יחד עם זאת, נראה כי הגיוני וצודק להפחית את כמות ההוכחה הנדרשת מעיזבון ומיורשים המתגוננים, כחליפי המנוח, בטענת non est factum. בעוד שכמות ההוכחה הנדרשת מן החותם עצמו היא גדולה, לא ייתכן לדרוש כמות כזאת של ראיות פוזיטיביות מיורשי החותם. בהעדר המנוח, קשה לדעת את הנסיבות העובדתיות האמיתיות שליוו את החתימה על החוזה, ובעיקר נסיבות שאופיין שלילי כמו העדר כוונה מסוג מסוים והעדר רשלנות. נסיבות אלה, שהיו נתונות כל כולן בידיעתו הבלעדית של המוריש, עדיין טעונות הוכחה, והנטל מוטל על מי שטוען אותן. אולם נטל זה קל יותר מהנטל שעמס המנוח עצמו בחייו.

וידגש: הפחתה זו של כמות ההוכחה איננה נובעת במישרין מן הכלל שלפיו בתביעה נגד עיזבון מחמירים עם התובע יותר מן המידה הרגילה בתביעה אזרחית⁵⁴. כלל זה אינו חל כלשונו כאשר העיזבון מתגונן בטענת non est factum. טענה כזו איננה חלק מתביעה נגד עיזבון, אלא חלק מהגנה של העיזבון. אולם הגיונו של הכלל האמור חל גם כאשר מתגונן העיזבון בטענה שנטל הוכחתה עליו, כמו טענת

51 ראה: ג' טדסקי, "חובות העיזבון", עיתון משפט ה (תשל"ז) 14, 14: "המתקשר בחוזה מחייב את עצמו ואת יורשיו כאחד".

52 טדסקי, שם, בעמ' 17.

53 הרנון (לעיל, הערה 46) עמ' 203.

54 כלל זה נקבע בפסקי הדין שלהלן: ע"א 459/59 פינקלשטיין נ' פרושטייר, פ"ד יד 2327; 2330; ע"א 419/65 אלישיב נ' רוטנברג, פ"ד כ(1) 110, 112. לאחרונה חזר עליו השופט בכור בע"א 525/78 סנובסקי נ' לבין, פ"ד לד (4) 266, 270.

non est factum. עובדת פטירתו של "בעל הדבר" והקושי בהוכחת יסודות הטמונים בחיק העבר, ושהיו מצויים בתחום ידיעתו הבלעדית של המנוח⁵⁵, משפיעים על כמות ההוכחה שתספיק כדי להרים את נטל הוכחתה של טענת *non est factum*: כמות פחותה מן הכמות שהיתה נדרשת מן החותם עצמו, אילו היה מעלה את הטענה בעודו בחיים.

ה. ביקורת החלטה של הלכת "non est factum" בפסק הדין הנדון

1. העדר טעות

המנוח בפרשה הנדונה לא טעה כלל לגבי המסמך שעליו חתם, ולא חשב כי הוא חותם על מסמך השונה לחלוטין מן המסמך שעליו חתם בפועל. האמת ניתנת להיאמר, שהוא לא חשב כלל. בלשונו של שופט בית המשפט העליון: "מחמת מצבו הבריאותי והשכלי של המנוח הוא לא ידע ולא הבין מה הוא עושה ועל מה הוא חותם"⁵⁶. אולם, כדי לבסס טענת *non est factum* אין די בכך שהחותם לא ידע, לא הבין או לא התכוון. נדרשת טעות שלו, וטעות מעצם הגדרתה כרוכה במצב מנטאלי אקטיבי. מי שאינו נותן דעתו לעובדה מסוימת אינו טועה לגביה. המנוח חתם מתוך אדישות. בפני בית המשפט המחוזי היו עדויות כי עורך הדין שהחתימו על החוזה לא אמר לו דבר והוא אף לא שאל דבר בטרם חתם. לא יכול היה, לפיכך, להיווצר אצל המנוח הרקע הנדרש להתגבשות טעות: מחשבה פוזיטיבית מוטעית בדבר מהות החוזה שעליו הוא חותם.

2. העדר שוני יסודי

מהעדר הטעות משתמע גם העדר מרכיב נוסף של טענת *non est factum*, והוא השוני היסודי. בהעדר שוני יסודי בין המסמך שנחתם בפועל ובין המסמך שהחותם סבר בטעות שהוא חותם עליו, לא קמה טענת *non est factum*. מן הקביעה כי החותם לא נתן כלל דעתו למסמך אחר, שונה מן המסמך שעליו חתם, משתמע כי לא נתמלאה הדרישה לשוני יסודי. בהעדר אחד מן הנתונים הדרושים להשוואה, המסמך שנחתם בפועל ו"המסמך החזוי", אי אפשר כלל לדבר על שוני, לא כל שכן על שוני "יסודי"⁵⁷.

55 השווה: ע"א 459/59 פינקלשטיין נ' פרושטייר, פ"ד יד 2327, 2330; ע"א 525/78 פנובסקי נ' לבון, פ"ד לד (4) 270, 266.

56 השופט אשר בעמ' 45.

57 השווה ועמ': פרשת *Gallie v. Lee* [1969] 2 Ch. 17; *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] A.C. 1004: אשה זקנה, שמשקפיה נשברו, חתמה על חוזה של מכר ביתה לחבר של אחיינה, בסברה כי היא חותמת על חוזה לפיו היא מעניקה את הבית במתנה לאחיינה. התקיימה, אם כן, דרישת הטעות. אולם שופטי בית המשפט לערעורים ושופטי בית הלורדים (שמונה במספר) קבעו כי לא נתמלאה הדרישה הנוספת לשוני יסודי בין המסמך שנחתם בפועל (חוזה מכר הבית לחבר של האחייני) ובין המסמך שהחותמת הוטעתה לחשוב שהיא חותמת עליו (חוזה המקנה את הבית במתנה לאחייני). דרישה זו לא נתמלאה לדעת השופטים, בין היתר משום שמטרת העיסקה ("The whole object of the exercise"), שהיתה לאפשר לאחייני ולחברו ללוות כספים כנגד משכנתא על הבית, לא השתנתה.

3. העדר זהירות

מן העדויות בפרשה עולה כי המנוח חתם על המסמך שהגיש לו עורך הדין לחתימה, בלי לשאול דבר ובלי לדעת על מה הוא חותם. התנהגות כזו אינה מקיימת את סטנדרד הזהירות המינימלי הנדרש ממי שחותם על מסמך משפטי.

4. משמעות האנאלפביות

המנוח היה אנאלפבית. אולם גם אנאלפבית יודע מהו מסמך משפטי, ומה משמעות החתימה עליו. כדי למלא אחר דרישת הזהירות צריך אנאלפבית לבקש מעורך דינו שיקריא ויבאר לו את משמעות המסמך שעליו הוא מתבקש לחתום.

5. יחסי עורך הדין והמנוח

בפרשה הנדונה כאן חתם המנוח, עוד בטרם חתם על החוזה, על ייפוי כוח לעורך דינו. בייפוי כוח זה הורשה עורך הדין, בין היתר, לחתום בשם המנוח על חוזה למכירת הקרקע של המנוח. אולם עורך הדין לא נזקק לייפוי הכוח האמור, אלא החתים את המנוח עצמו על חוזה המכירה גופו. חתימה אחרונה זו, יותר מהחתימה על ייפוי הכוח, עמדה לדיון, ונפסלה, בשתי הערכאות שבהן נדונה הפרשה. תיאור מעמדו של עורך הדין שבפנינו לוקה בחוסר עקביות⁵⁸, ותמיהות נוספות מתעוררות עם קריאת החלקים בפסק הדין המתייחסים לתיאור תפקידו של עורך הדין בפרשה מוזרה זו⁵⁹.

58 במקום אחד, בהקשר של טענת non est factum, נאמר כך: "לאור כלל נסיבותיו של הענין — לרבות סוג הענינים בהם טפל הפרקליט בעבר מטעם המנוח, איני רואה מקום להסיק כי מנצור [המנוח] פעל תוך אמונה בשיקול דעתו הכללי של עורך דין בן-חרוץ ותוך החלטה לקבל הכרעותיו של הנ"ל בנפש חסדה, אף בלי לדעת טיבן...". (בעמ' 39). ובמקום אחר, בהקשר של טענת השפעה בלתי הוגנת, נאמר (מפי אותו שופט): "הראיות שלפנינו יש בהן כדי להוליך למסקנה שאכן דבקה בעסקה השפעה בלתי הוגנת אשר בעטייה רשאי היה מנצור המנוח או עוזבנו אחריו לבטל את החוזה. מסקנה זו נובעת מן המשקל המצטבר של אלו: מעמדו של עורך דין בן-חרוץ, אשר המנוח האמין בו עד כדי נכונות, כפי שכבר הוזכר לעיל, לחתום על מסמכים בלי שהוסברה לו מהותם ומבלי שתוכנם הוקרא לו, ...". (בעמ' 40).

59 בית המשפט חוזר ומדגיש כי עורך הדין ראה עצמו "משום מה" (בעמ' 41) ו"משום טעמים שעמו" (בעמ' 36) כשלוחה של המעצרת, היא הקונה בכוח, ולא כשלוחה של המנוח. ואולם מבחן השליחות אינו יכול להיות תלוי בראייתו הסובייקטיבית של השלוח את עצמו, כשלוחה של פלוני או של אלמוני. לא השלוח קובע את מעמדו, אלא מעמד זה נקבע (בהעדר הרשאה מפורשת) על-ידי התנהגות השולח כלפי השלוח או כלפי הצד השלישי. (סעיף 3(א) לחוק השליחות, תשכ"ה—1965. וראה: א' ברק, שליחות (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' טדסקי), עמ' 143 ואילך, 161 ואילך). ייתכן, כי עורך הדין שימש בפרשה זו גם כשלוח המעצרת-הקונה, אולם קשה לומר כי לא שימש באותה עת גם כשלוח המנוח-המוכר, בבחינת "משרתם של שני אדונים". מסקנה זו עולה לדעתי בבירור מתיאור נסיבות העניין בפסק הדין. המנוח היה, כזכור, אנאלפבית. עורך הדין טיפל בעבר במימוש זכויותיו לפיצויי פיטורין כלפי מעבידתו. הוא גם טיפל, עובר להתרחשויות נשוא הפרשה הנדונה, בניהול הנכס של המנוח, תשלום המסים והארנונות ושאר הנושאים המנהליים השוטפים הקשורים לחלקה. המנוח הכיר את עורך הדין וסמך עליו. בטרם חתם

מסכת העובדות שנפרשה בבית המשפט קמא לא היתה מלאה, ואין אנו יודעים, או יכולים לדעת, מה בדיוק נאמר והובן במעמד חתימת החוזה. בעניין זה אנו חיים מפי "הנחתום", עורך הדין, אשר העיד כי לא אמר דבר למנות, והמנות אף לא שאלו דבר. בכך מושמט היסוד העובדתי של עילות ההטעיה והתרמית כנגד עורך הדין. אולם עדיין נותר מרחב ובסיס לתביעת רשלנות ולתביעה בגין הפרת חובת נאמנות של שלוח.

6. אי-הרמת נטל ההוכחה

משלא נקבעו כדבעי יסודותיה הנכונים של הטענה במישור המהותי, קשה היה לצפות להוכחת יסודות אלה במישור הראייתי. ואכן, הפחתת כמות ההוכחה הנדרשת לביסוס טענת *non est factum*, כאשר עיובון מתגונן בטענה זו, אינה משנה מן הדרישה להוכחת כל יסודות הטענה בידי בעל הדין הנוקק לה לביסוס עילתו.

נטל הוכחתם של יסודות הטענה *non est factum* הפך להיות בפרשה דנא מנטל כבד לאי-נטל. כל היסודות של הטענה: טעות החותם, שוני יסודי וזהירות סבירה, היו טעונים הוכחה, כחלק מעילת ההגנה של יורשי המנחה. הדבר היחיד שהוכח — אנאלפבתיות החותם — אינו יסוד, אלא ואריאציה של יסוד הזהירות.

אילו היה בית המשפט בוחן באורח מדויק את מסכת העדויות, היה נוכח לדעת בוודאי, כי העדות שנועדה לתמוך בטענת *non est factum* היתה בלתי מספיקה ובלתי מספקת. ומכיוון שטענת *non est factum* קמה או נופלת על סמך העדות, היה על בית המשפט לדחות, בעניין דנא, את הטענה האמורה.⁶⁰

ו. הדין החדש

1. תחילתו — תחולתו

תחילתו של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, ביום א' באלול תשל"ג (29 באוגוסט 1973) (סעיף 64 לחוק). על החוזים שנכרתו לפני תחילת חוק זה, וביניהם החוזה בפרשה הנדונה, מוסיף לחול הדין הקודם. סימן 46 לדבר המלך במועצתו, הוא הצינור שבאמצעותו נקלטה בארץ הלכת *non est factum*, אינו חל עוד בדיני חוזים בישראל (סעיף 63 לחוק וכיום גם סעיף 1 לחוק יסודות המשפט, תש"ם—1980).⁶¹ מה גם שהלכת *non est factum* אינה חלה בתור שכזו במשפטנו.

אולם שאלת דינה של חתימה על מסמך ללא ידיעת תוכנו עשויה להיות שאלה אקטואלית ורלוונטית גם על רקע החקיקה הישראלית החדשה. בדיקת שאלה זו מחייבת

על חוזה המכר, חתם על ייפוי כוח לעורך הדין. כיצד ניתן, אם כן, להתנות את מעמדו של עורך הדין כשלוח בהבל פיו וברצונו של עורך הדין? יתר על כן: הסיבה שבגללה העדיף עורך הדין לתאר את עצמו כשלוח של הקונה דווקא, ולא של המוכר, נראית מובנת. בתיאור זה ניסה, ואף הצליח, עורך הדין למנוע תביעות כלפיו מצד יורשי המנחה. שהרי אילו היה נקבע כי עורך הדין פעל (גם) כשלוח המנחה, היתה חתימת המנחה על החוזה מחייבת אותו ואת יורשיו אחריי, והסעד היחיד שהיה נותר להם היה כלפי עורך הדין.

60 ראה, לעומת זאת, את ההנמקה לדחיית הטענה בעניין *Saunders v. Anglia Building Society* [1971] A.C. 1004, 1019, 1020.

61 סעיף 1(ב) לחוק יסודות המשפט, תש"ם—1980, המשאיר בתוקפן הלכות שנשאבו דרך סימן 46 וגפסקו לפני תחילת החוק, גם הוא אינו יכול ואינו צריך לסייע בשימור הלכת *non est factum* במשפטנו החדש. ראה והשווה ב 8 לעיל.

הבחנה בין חתימה על חוזה שאינה מלווה ברצון (מצב מנטאלי פסיבי) ובין חתימה על חוזה מתוך טעות (מצב מנטאלי אקטיבי). לאחר שנערוך הבחנה זו ונבחן את ההסדר הסטטוטורי בשאלה הנדונה, נבדוק את גסיבות הפרשה באספקלריה של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973.

2. חתימה על חוזה שאינה מלווה ברצון

אדם החותם על חוזה בלי הפעלת רצון, באורח מכני (למשל מתוך שינה), משול למי שחתמתו זויפה. אין הוא חב על-פי חתימתו, באשר בגסיבות כאלה לא נקשר כלל חוזה. מסקנה זו, שהיא פשוטה וברורה, ניתן ליישב גם עם התיאוריה האובייקטיבית שביסוד פרק א' לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. סעיפים 2 ו-5 לחוק דורשים העדה על גמירת הדעת של הצדדים לחוזה כמרכיב של ההצעה והקיבול. הדרישה ל"העדה", הלא היא ההשתקפות החיצונית של גמירת הדעת הפנימית, צריכה להידחות מפני הדרישה המהותית של גמירת דעת: מקום שבו אין גמירת דעת ויש, כביכול, העדה, ריקה החוזות החיצוניות מתוכן ולא נקשר חוזה. ניתן גם ליישב את המסקנה של העדר חוזה עם דרישת ההעדה, אם נאמר שחתמה על חוזה בגסיבות קיצוניות כאלה אינה מקיימת את דרישת ההעדה.

3. חתימה על חוזה מתוך טעות

באורח כללי ניתן לומר כי מי שחותם על חוזה חב מכוח חתימתו כלפי הצד השני לחוזה, וכלפי כל מי שהחוזה יגיע לידי. חבות זו נובעת מן התפיסה האובייקטיבית של דיני כריתת החוזה, המשתקפת בפרק א' לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973. ניתן לבססה גם על עקרון ההשתק⁶², ואולי אפילו על פירוש מסוים לעקרון תום הלב⁶³. צד לחוזה המתכחש לחתימתו, בטענה הדומה לטענה האנגלית של *non est factum*, חייב לעגן את עילתו בסעיפי פרק ב' לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, הדין בפגמים בכריתת החוזה.

חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, אינו מכיר בקטגוריה נפרדת של טעות במסמכים כתובים. הטענה כי החתימה על החוזה גבעה מטעות לגבי מהות החוזה, מנותבת כיום במשפטנו לדיני הטעות וההטעיה (סעיפים 14 ו-15 לחוק).

יש להדגיש, כי צד שטעה או הוטעה לגבי תוכן החוזה, משמעות חתימתו, מהות החוזה או תוצאותיו המשפטיות, "רשאי לבטל את החוזה" כאמור בסעיפים 14(א) (טעות) ו-15 (הטעיה) לחוק. ביטול כזה פועל בין הצדדים לחוזה ואינו פוגע בצד שלישי. זכויות שרכש צד כזה על סמך החוזה עד לביטולו, נשמרות בידי.

62 על הדעה כי עקרון ההשתק אינו חל במשפטנו לאחר צאת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, ובעיקר הוראות תום הלב אשר בו, שהובעה מפי פרופ' צלטנר, "ההוראות על הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תשל"ל—1970, עיוני משפט ג (תשל"ג—תשל"ד), 121, 125, יש חולקים: ראה א' ברק, "עצמאותה של הקודיפיקציה האורחית החדשה: סיכונים וסיכויים", משפטים ז (תשל"ו—תשל"ז), 15, 25, הערה 71. וראה גם, ד' פרידמן (לעיל, הערה 7) 259, הערה 52.

63 דרישת תום הלב פורשה באורח אובייקטיבי בבג"צ 59/80 שרותי תחבורה ציבוריים באר שבע בע"מ נ' בית הדין הארצי לעבודה בירושלים, פ"ד לה (1) 828, 835.

ברור גם כי טעות הטעות וההטעה חלות במשפטנו על-פי מרכיבי הטענה בסעיפי החוק הרלוונטיים. כך, למשל, הטעיה של צד שלישי, שאינו "אחר מטעמו" של הצד השני לקשר החוזה, אינה מספיקה ליצירת הזכות לביטול החוזה מחמת הטעיה. במשפט האנגלי, לעומת זאת, היו מירב המקרים, שבהם הועלתה טענת *non est factum*, מקרים שבהם הונע אדם לחתום על מסמך על-ידי הטעיה של צד שלישי שלא פעל "מטעמו" של הצד השני לחוזה. כך גם כוללת ההטעה במשפטנו אי גילוי, וייתכנו נסיבות שבהן ניתן לבטל חוזה מחמת אי גילוי עובדות שהיה על הצד השני לגלותן.

4. נסיבות הפרשה באספקלריה של חוק החוזים

שאלה ראשונה הטענה הכרעה בפרשה זו היא אם בכלל נכרת חוזה, על-פי אמות המידה שמציב חוק החוזים. אילו היה מוכח בעליל בפני בית המשפט, כי המנוח אכן חתם ללא כל רצון, באורח מכני, על המסמך שהוצג לחתימתו בבית החולים, ניתן היה, וצריך היה, לקבוע, כי לא נכרת חוזה. נטל הוכחה של טענה זו, טענה החותרת תחת אשיות כריתתו של החוזה, מוטל על מי שמתגונן כנגד תביעה על-פי החוזה (בענייננו: על היורשים). בהעדר הוכחה כזו, מקימה החתימה על החוזה חזקת הסכמה, והדיון מועתק משאלת קיומו של חוזה (פרק א') לפגמים ברצון החותם (פרק ב').

בפרשה נשוא פסק הדין שבפנינו לא הוכח, ולכן עלינו להניח כי גם לא נתקיים, יסוד הטעות. הטעות מהווה מרכיב חיוני הן של עילת הביטול על-פי סעיף 14 לחוק, והן של עילת הביטול על-פי סעיף 15 לחוק, ובהעדרה לא ניתן לבטל את החוזה מחמת טעות או הטעיה. אולם פרק ב' של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג—1973, כולל עילת ביטול חדשה, שאינה מוכרת בדין האנגלי, היא עילת העושק⁶⁴. סעיף 18 לחוק החוזים קובע, וזה לשונו:

"מי שהתקשר בחוזה עקב ניצול שניצל הצד השני או אחר מטעמו את מצוקת המתקשר, חולשתו השכלית או הגופנית או חוסר נסיונו, ותנאי החוזה גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל, רשאי לבטל את החוזה".

נראה כי יסודות סעיף זה התקיימו בפרשה הנדונה במלואם:

- א. מנסיבות הפרשה כפי שנפרשו בפסק הדין משתמע כי החוזה למכירת אדמתו של המנוח נכרת עקב ניצול חולשתו השכלית או הגופנית של המוכר, על-ידי עורך הדין.
- ב. עורך הדין פעל, על-פי עדותו שלא הוכחה, מטעמו של הקונה, הוא הצד השני לחוזה המכר.
- ג. תנאי החוזה היו גרועים במידה בלתי סבירה מן המקובל: המחיר שנקבע בחוזה היה פחות ממחצית משווי הרכוש⁶⁵.
- ד. יורשי המנוח ירשו גם את זכות-רשותו של מורישם לבטל את החוזה.

64 למקורותיה ההיסטוריים והענייניים של עילת זו, ולניתוח יסודות סעיף 18 לחוק החוזים, ראה: ג' שלו, פגמים בכריתת חוזה (לעיל, הערה 14) 113–122.

65 ע"א 413/79, שם, בעמ' 42.