

## על השליחות הבלתי הדירה

מאת

### שמואל מינצר \*

א. הבהרת נושאי הדיון. 1. מהות השליחות הבלתי הדירה. 2. אופן התהוותה ויצירתה של השליחות הבלתי הדירה. 3. ההרשאה הבלתי הדירה ועסקאות אחרות. 4. השלוח בשליחות הבלתי הדירה. 5. הצד השלישי והרשאה בלתי הדירה. 6. חלוקת סיכוני האמון בשלוח בין שולח ובין בעל זכות בהרשאה בלתי הדירה. 7. סיכום. ב. סעיף 14 (א) לחוק השליחות ויכולת ההתנאה עליו. ג. סיכום.

### א. הבהרת נושאי הדיון

במאמר זה תידון תופעת השליחות הבלתי בטילה, הכוללת את זו המכונה "בלתי הדירה" — לאמור זו שאינה ניתנת לביטול בידי השולח או השלוח, וכן כל שליחות שאינה מסתיימת באחד המקרים הנזכרים בסעיף 14 (א) לחוק השליחות, תשכ"ה—1965, היינו, גם במוות, גריעת כושר או פשיטת רגל של אחד מהם, וכשהמדובר בתאגיד, אם שולח אם שלוח, גם בפירוקו.

בחלקו הראשון של המאמר אדון במהותה של השליחות הבלתי הדירה, אופן התהוותה ויצירתה, בשליחות הבלתי הדירה בעסקאות אחרות, בשלוח בשליחות הבלתי הדירה, בשפעת השליחות הבלתי הדירה על צד שלישי, בחלוקת סיכוני האמון בשלוח בין השולח ובין בעל הזכות שלהבטחתה ניתנה ההרשאה. בחלק השני נדון באפשרויות התנאה על סעיף 14 (א) לחוק השליחות ובמסגרת זו תידון אפשרות ההתנאה על סיום השליחות בכל האירועים הנזכרים בסעיף 14 (א), וזאת לפי אותו סדר שבו דן פרופ' ברק בשאלות אלה.<sup>1</sup> בסיום המאמר אעלה כמה הצעות לפני המחוקק.

\* שופט בית משפט השלום בבאר שבע.

\*\* מאמרו של פרופ' צביה בנושא סעיף 14 לחוק השליחות, תשכ"ה—1965 התפרסם בעיוני משפט ט (תשמ"ג) 27 לאחר מסירת מאמר זה לדפוס ולכן נבצר ממני להתייחס לאמור בו בנוף המאמר. 1 ברק, חוק השליחות, תשכ"ה—1965 (ירושלים, תשל"ה) (להלן ברק).

## 1. מהות השליחות הבלתי הדירה

בצדק ציין סיוויי<sup>2</sup>, שהמשותף בין השליחות האמיתית ובין הענקה בלתי הדירה של כוח, לשם הפעלתו למען האינטרסים של אדם זולת המעניק, הוא כה מועט שרק ההרגל ודמיונם המבלבל של המונחים הוא הגורם לטיפול המשותף בתופעות נפרדות אלה.

בשליחות האמיתית האינטרסים של השולח עומדים במרכזה, למענם היא קמה. תחילתה בגילוי רצון השולח, המשכה ברצונו המתמשך, גילוייה בחובת הציות שחב השולח להוראות השולח, והוא, השולח, אף ניתן להדחה בידי שולחו.

דיני השליחות הם הסתעפויות הגיוניות של כללי יסוד אלה. בשליטה זו של שולח על שולחו צידוקו ההגיוני של הכלל "שולחו של אדם כמותו". על-פי כלל זה מייחסים את מעשי השולח, ידיעותיו וכוונותיו לשולח. בהתאם לאותו עיקרון לשולח יש הכוח לשנות את מצבו המשפטי של שולחו אף מעבר לנכס גשוא השליחות. כך לדוגמה אם שולחו למכירת נכס יטעה את הקונה ביחס לסגולותיו, עשוי אני לחוב כגזקו של הקונה כאילו הטעתיו אישית, וזאת אף מעבר לשווי הנכס או התמורה שנתקבלה בעדו. תוצאות אלה, שהן סבירות בשליחות הרגילה, טעונות הערכה מחדש כשהמדובר בהענקת כוח בלתי הדירה שביסודה אינטרס שונה מזה של מעניק הכוח, ולפעמים אף אינטרס נוגד לו. במקרים אלה אף קביעת זהות השולח אינה תמיד לפי רצונו הבלעדי של השולח, אך ודאי שאין לו השליטה המציינת את השליחות הרגילה.

ניתן להמחיש את הקושי שביישום הכלל "שולחו של אדם כמותו" להרשאה הבלתי הדירה על-פי סעיף 14 (ב) לחוק השליחות באמצעות הדוגמה שלהלן: ראובן, בעל נכס, העניק לשמעון הרשאה למכור את הנכס שלו, שהיה משועבד לשמעון, וזאת לשם כיסוי חוב שחב ראובן לשמעון. ההרשאה ניתנה לאחר שהגיע זמן פירעון החיוב ועל כן היתה בגדר כוח התנאתם של הצדדים על-פי דיני המשכון<sup>3</sup>. שמעון הציע את הנכס ללוי, וזאת בתוקף הרשאתו. כלומר, אם להיצמד לתפיסה השליחותית של ההרשאה הבלתי הדירה, בשמו של ראובן. ראובן נפטר, ולאחר פטירתו של זה קיבל לוי את ההצעה. נניח, שאחד מעושי החווה רוצה להסתלק ממנו; הוא יוכל לטעון שאמנם הרשאת שמעון על-ידי ראובן, שניתנה להבטחת זכותו של הראשון, נמשכת על אף הפטירה, כעולה מסעיף 14 (ב) לחוק השליחות. אך התוצאה מכך היא השוואת פעולתו של השולח לפעולת ראובן עצמו. אילו ראובן עצמו היה מציע ללוי את ההצעה, זו היתה פוקעת עם מותו<sup>4</sup>. התוצאה מכך היא, כך יטען הצד המנסה להסתלק מהחווה, שהוא כלל לא נקשר. אולם, קבלת טענה זו תביא לתוצאה מוזרה ובלתי משביעה רצון, שהרי שמעון, ששליחותו נמשכת על אף פטירת ראובן, רשאי להציע הצעות

2 ראה: Seaway, *Studies in Agency* (1949).

3 ראה חוק המשכון, תשכ"ז-1967. לפי האמור בסעיפים 16 ו-17, על הנושה לקבל רשות מבית המשפט למימוש בטוחה, והסכמת החייב יכולה להועיל רק משהגיע זמן הפירעון. וראה לעניין זה: י' ויסמן, משכון (פירוש לחוקי החוזים, בעריכת ג' סדסקי, ירושלים, תשל"ה) סעיף 466, עמוד 314.

4 ראה חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 4 (ג), ס"ח 694, עמ' 118. ראה חוק הגאמנות, תשל"ט-1979, ס"ח 941, עמ' 128.

חדשות ולעשות פעולות משפטיות, שאם לא האמר כן מתרוקן סעיף 14 (ב) מכל תוכן. והכיצד נבטל תוקף פעולתו של שמעון בשל פטירת ראובן אף-על-פי שנשתמרה סמכותו לפעול אותה פעולה גופה? בדחייה, המתחייבת על-פי ההיגיון של הטענה שהזוכרה, כרוכה סטייה הכרחית מתורת זיהוי האישיות של השלוח עם זו של השולח המבוטאת בסעיף 2 לחוק, בנוסחה הלקוחה ממקורותינו "שלוחו של אדם כמותו". סטייה זו טבועה מבחינה מהותית בסעיף 14 (ב) לחוק, שהרי מוות ופירוק האגיד מביאים לידי גמר את האישיות. הן הפיזית והן המשפטית.

אם תאמר שעל-פי סעיף 14 (ב) השליחות אמנם תימשך, אך לא ניתן יהיה לממש אותה באין שולח, הרי שתרוקן את הסעיף מכל משמעות. על כורחך אתה אומר, שבנסיבות סעיף 14 (ב) יכול השלוח לפעול אף-על-פי ששולחו אינו יכול לעשות כן, לא פיזית ולא משפטית.

להכרה ההכרחית בסטייה מעקרון זיהוי האישיות יש השלכות נוספות. האם אחראי למעניק הכוח לכל מעשי השלוח, הצהרותיו וכוונותיו, גם כאשר ביסוד הענקת הכוח עומד אינטרס של זולתו ואין בידו שליטה על מקבל הכוח? לדעתי, אין הצדקה להטיל על מעניק הכוח בשליחות הבלתי הדירה את מלוא האחריות לסיכוני נאמנות השלוח שאנו מטילים על השולח בשליחות הרגילה. שהרי כבר בשלב המינני של השלוח אין למעניק הכוח בהכרח שליטה גמורה לגבי קביעתו. יש שיתמנה מי שנאמן על בעל הזכות דווקא, ואילו מרגע המינני אין למעניק הכוח שום מרות על השלוח, אף לא כוח פיטורים. חובת הנאמנות של השלוח למעניק הכוח היא מסויגת ביותר: חובתו הראשונה היא לפעול בנאמנות למימוש הזכות שלהבטחתה ניתנה לו ההרשאה. לפיכך, אף-על-פי שיש לו לשלוח הכוח לממש את מטרתו הישירות של יפוי הכוח, כגון להעביר את הנכס שהוא מתייחס אליו או כיוצא בזה, אין לו לדעתי הכוח לחייב את המעניק מעבר לנשוא הישיר של יפוי הכוח, בהצהרות וכוונות השלוח וכיוצא באלה.

כאשר ההרשאה היא על פניה בלתי הדירה, כמו למשל בייפוי כוח נוטריוני בלתי חוזר, שהיא הצורה המקובלת ביותר להרשאה בלתי הדירה, שום עוול אינו נגרם בגישה זו לצד השלישי, שהרי עצם אופייה האמור של ההרשאה מעיד על השלוח שאינו פועל למען האינטרסים ובכפיפות למרות השולח הפורמלי, וממילא אין הצד השלישי רשאי לזהות את השלוח עם שולחו. לעומת זאת, כאשר על פניה ההרשאה היא הרשאה רגילה, אפילו ניתנה להבטחת זכותו של אחר, ואפילו היתה בלתי הדירה ביחסי השולח עם שולחו או עם בעל הזכות, אין בכך כדי לפגוע בזכויותיו של הצד השלישי כלפי השולח.<sup>5</sup>

ניתוח זה מביא אותנו למסקנה שמעמדו של המורשה בהרשאה בלתי הדירה להבטחת זכותו של אחר הוא מעמד כשל נאמן ולא של שלוח במובן הרגיל, שכן כוחו עמו לפעול ביחס לנכס נשוא ההרשאה, ולפעול פעולה מוגדרת ומוגבלת, אך לא תמיד יהיה בכוחו לשנות את מצבו המשפטי של מעניק הכוח.

נראה, שפרופ' ברק מבקש לשמור על תורת "זיהוי האישיות" ועל מהותה ה"שלי-

5 אפשר שבנסיבות מסוימות תתווסף לזכויותיו של הצד השלישי גם זכות כלפי בעל הזכות, שלהבטחתה נוצרה השליחות ה"ג", משום שניתן יהיה לראות בשלוח בסיטואציה הנידונה כאן גם את שולחו של בעל הזכות. באפשרות זו עוד נדון.

הותית" של ההרשאה הבלתי הדירה באמצעות הרעיון של חילופי שולחים, היינו שכתוצאה מפטירת השולח פועל השלוח כשליחם של יורשיו, וזאת משום שהוא מחולל שינוי במצב המשפטי של אלה. על כן לא נותרה כאן, לדעת פרופ' ברק, שליחות ללא שולח<sup>6</sup>. פתרון זה אינו נראה לנו. אין הוא פותר את הבעיה המתעוררת בדוגמה שהבאנו לעיל, שכן השלוח שהציע את ההצעה בחיי מעניק הכוח הציע על-פי העיקרון השליחותי את הצעת שולחו ואם זו פקעה במותו, לא יכול היה הניצע לקבלה ולהפכה להצעת היורשים, שכן הצעה כזו לא היתה בפניו. זאת ועוד, אם נשנה מעט את הדוגמה שהובאה לעיל ונגיח ששמעון מכר את הנכס ללוי לאחר מותו של ראובן, וזאת בלווי הצהרות מטעות ביחס לסגולות הנכס, ובכך הסב ללוי גזקים העולים על שווי עיזבונו של ראובן, הרי שעל-פי פיתוח עקיב של גישת פרופ' ברק, היורשים יחויבו לשפות את מר לוי מנכסיהם הפרטיים בשל מעשי שלוח שהם לא שלחוהו ושלא היה להם הכוח לפטרו. אם, מאידך גיסא, דוחים פתרון זה, ומחייבים את היורשים רק כדי שיעור חלקם בעיזבון, הרי שמכירים בכך שהשלוח לא שלוחם היה, אלא אכן היה "שלוח ללא שולח".

מהתפיסה השליחותית של חופעת ההרשאה הבלתי הדירה מתחייבת שמירת זכותו של השולח לפעול בעצמו בנשוא ההרשאה גם אם הפעולה אינה מתיישבת עם ההרשאה. הגבלת זכות זו מתחייבת מעצם מטרתה של ההרשאה הבלתי הדירה, שאם לא כן, זו לא תוכל להבטיח את "זכותו של אחר". עם זאת, גם הגבלה הכרחית זו מתחייבת יותר עם הנאמנות מאשר עם השליחות<sup>7</sup>. התפיסה השליחותית הטהורה גם תתקשה למצוא פתרון מניח את הדעת, שגם יתיישב עמה מבחינה עיונית, במקרה שבו עיסקה שתימכר בין השלוח בהרשאה בלתי הדירה ובין צד שלישי תבוטל בידי השולח בהסכמה עם אותו צד שלישי ותוך הכשלת בעל הזכות שלהבטחתה ניתנה ההרשאה. על-פי התפיסה השליחותית יוכל הצד השלישי לטעון שקשר תווה עם השולח והגיע עמו לידי הסכם בדבר ביטולו ובכך נפטר מהתחייבויותיו. עם זאת, ברי, שאין זה פתרון מתקבל על הדעת, לפחות כאשר הצד השלישי ידע בשלב ההתקשרות עם השלוח שהוא פועל על-פי הרשאה בלתי הדירה<sup>8</sup>, ולמען האינטרסים של בעל זכות שאינו השולח.

רק אם מנתקים את ההרשאה הבלתי חוזרת מתחום השליחות, רואים בה שליחות רק במונח הנומינלי ביותר ומסווגים אותה כתופעה של גאמנות. ניתן ליישב את כל הקשיים שהוסברו לעיל. הנאמנות, כידוע, נבדלת מהשליחות, בכך שהנאמן, הגם שהוא

6 ראה ברק, סעיף 485, עמ' 499-500. ברק שולל את הדעה שתיתכן שליחות ללא שולח ומביא שני נימוקים: האחד, בעצם קביעת החוק שהשליחות נמשכת טמונה קביעה שאכן יש שולח. השני, עדיין קיים צורך בשינוי המצב המשפטי, אשר לנימוק הראשון, גראה לנו שאם מכירים בשליחות הבלתי הדירה כחריג לכמה מעקרונות חוק השליחות (כוח הפיטורין של השולח, כפיפות להוראותיו), ניתן לכלול בהם גם את העיקרון שאין שליחות ללא שולח. המשכת השליחות נובעת לא מהצורך לשנות את המצב המשפטי של אדם אלא של נכס וצורך זה בא על סיפוקו גם בתפיסת הנאמנות.

7 אנו מבחינים בין "זכות" ו"כוח". הגבלת הזכות לפעול בנשוא ההרשאה בניגוד לתכליתה אמנם מתחייבת מאופייה כהרשאה להבטחת זכותו של אחר, אך יחד עם זאת ייתכן שנשאר לשולח הכוח לזכות צד שלישי הפועל עמו בתום לב.

8 לבעיה זו הוקדש דיון מפורט להלן בסעיף 5, "הצד השלישי והרשאה בלתי הדירה".

פועל לטובתו של אדם אחר, אינו נדרש לפעול על-פי הוראותיו. הנאמן רשאי לפעול בנכסי הנאמנות, ובכך ממילא לשנות את מצבם המשפטי של אנשים אחרים ביחס לאותם נכסים, אך אין הוא רשאי לשנות את מצבם המשפטי הכללי. סיווג ההרשאה הבלתי חוזרת כנאמנות נכון יותר מראייתה כשליחות הן מהבחינה העיונית והן מהבחינה המעשית בהביאו לפתרונות צודקים יותר.

עוד יש לציין, שמטעמים הקשורים במדיניותו הציבורית של המחוקק לא תוכר הרשאה בלתי הדירה שאינה מוגבלת באופן ספציפי אלא חלה באופן כללי על כלל נכסיו, זכויותיו וחובותיו של מעניק הכוח.<sup>9</sup> אף עיקרון זה מדמה את ההרשאה הבלתי הדירה לנאמנות ומרחיק אותה מהתחום הספציפי של דיני שליחות.

אף-על-פי שאנו סבורים שהשליחות הבלתי הדירה דומה יותר לנאמנות, אין אנו מגתקים אותה כליל מדיני השליחות שבהם סיווג אותה המחוקק, ואין אנו מציעים להתיל עליה את כל דיני הנאמנות, אלא רק במידה שהדבר מתחייב מאופייה המיוחד.

## 2. אופן התהוותה ויצירתה של השליחות הבלתי הדירה

אי הדירותה של שליחות מותנית על-פי סעיף 14 (ב) בכך ש"ניתנה הרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות". בכך נוקט הדין שלנו גישה מרחיבה יותר בנושא זה מזו המקובלת במשפט האנגלי והאמריקני. במשפטנו, ה"אחר" שזכותו מהווה עילה לאי הדירות ההרשאה הוא כל אדם מלבד השלוח ועשוי אף להיות השלוח בעצמו.<sup>10</sup>

לגובה סעיף 14 (ב), שעל פיו אי הדירותה של שליחות מתהווה כאשר "ניתנה

9 אנו מצטרפים בכל הכבוד לפסק הדין הדרום-אפריקני 83 p. 76 *Ex Parte Kelly*, האומר (בתרגומי שלי): "זהו דין נושן, כי מטעמי מדיניות ציבורית בית המשפט לא יקיים יאכוף חוזה, שעל פיו משעבד אדם שלא כראות את חירות פעולתו. בית המשפט לא יקיים חוזה אשר על פיו אחד הצדדים מוסר למעשה לאחר את עצם אישיותו המשפטית. באופן בלתי הדיר, לעשר שנים והסמכת האחר להוציא מרשותו ולחייב את רכושו ואת האשראי שלו. בזמן הוזה ועתיד אפילו לאחר מותו".

ברק מפנה שם, בעמ' 485, בהערה 4, לפסק הדין שניתן בע"א 221/56 קרכם נ' תירוש, פ"ד יא 1210-1311. לנו אין זה נראה סותר, אפילו לכאורה, את התנגדות הדין להרשאה בלתי הדירה כללית. באותו פסק דין ניתנה הרשאה לחיסול עסקי שותפות ובתור שכנו היא היתה ספציפית למדי. העיקרון האמור אינו חל לדעתנו על האישיות המשפטית. לגביה חלים שיקולים אחרים.

10 המשפט המקובל האנגלי מתנה את ההכרה באי הדירותה של שליחות באינטרס של השלוח עצמו. ראה: *Bowstead, On Agency* (London, 12 ed., 1959), אך מאז 1882 מאפשר הדין הסטטוטורי, בתנאים מסוימים, ליצור הרשאה בלתי חוזרת להבטיח זכותו של קונה, ובלבד שאי ההדירות תפורש במסמך ההרשאה. ראה אצל באוסטר, עמ' 304. בארצות הברית דורשת ההלכה הידועה, שמקורה בפסק הדין *Hurt v. Rousmaniers Administrators*, את הזכות הקניינית של השלוח בנושא ההרשאה כתנאי להכרה באופייה הבלתי הדיר. על הלכה זו נמתו בארצות הברית ביקורת רבה. ברק הזכיר פסק דין זה בטעיף 476, עמ' 489, ומפנה לביקורת עליו המופיעה אצל סיווי (לעיל, הערה 2) 10. פסק הדין עצמו נמצא ב: 8 *Wheid* 174, 204 (vs 1823) 5 L.Ed. 589.

הרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר או של השלוח עצמו וזכותם תלויה בביצוע נושא השליחות", מתעוררות מספר שאלות:

(א) האם ניתן ליצור שליחות בלתי הדירה בהתנהגות או בהודעה מאת השולח לבעל הזכות שלהבטחתה היא ניתנת?

(ב) האם המבחן להיווצרות השליחות הבלתי הדירה הוא סובייקטיבי, דהיינו, תוצאה של רצון מעניק הכוח, או אובייקטיבי? כשאלות הקשורות בשאלה זו נתייחס לשאלות האלה:

(1) מהי "זכותו של אחר" שהרשאה הניתנת להבטחתה משווה לשליחות את אי הדירות? האם ההרשאה שמדובר בה חייבת להיות "לשם הבטחת זכותו של אדם אחר" או שניתן להשתמש בהרשאה שניתנה לתכלית אחרת ולקבוע את אי הדירות להבטחת הזכות שרוצים להבטיחה?

(2) האם קיימת חפיפה בין התכלית ל"הבטחת זכותו של אדם אחר" ובין תכלית אי הדירות, והאם תכלית אי הדירות צריכה להיות מכוונת בידי מעניק הכוח?

(3) האם ניתן להתנות על אי הדירות גם כאשר ניתנת ההרשאה "להבטחת זכותו של אחר" ולקבוע כי ההרשאה תהא ניתנת לביטול או תיבטל מאליה, בקרות אירוע כלשהו. למשל אירוע מהאירועים הנוכחים בסעיף 14 (א)?

אשר לשאלה א' שלעיל: המחוקק הזכיר בסעיף 14 (ב) רק את הראשונה מבין שלוש דרכי הקניית השליחות שבסעיף 3 לחוק. דרכים אלה הן, בזכור, הרשאה מאת השולח לשלוח, הודעה על השליחות מהשולח לצד שלישי, או התנהגות השולח כלפי אחד מהם. האם ניתן לייחס למחוקק את הכוונה לאפשר את יצירת השליחות הבלתי הדירה גם באחת משתי הדרכים האחרות הנוכרות בסעיף 3 לחוק השליחות? לדעתנו, מלשון החוק מתבקשת לכך תשובה שלילית<sup>11</sup>, שכן לו לכך כיוון המחוקק היה אומר "אם הוקנתה שליחות", ואילו הוא לא אמר כך. אמנם יש שהפרשן רשאי להניח שהמחוקק השתמש בלשון בלתי מדויקת, אבל במקרה שלפנינו יש שיקולים מהותיים המשווים סבירות לתוצאה העולה מלשון החוק ומחזקים את הדעה שהמחוקק אכן נחטון לאשר אמר.

ראשית, יש לזכור שהצד השלישי שמדובר בו בסעיפי חוק השליחות, לאמור, זה שעמו או כלפיו אמור השלוח לפעול, אינו חופף בהכרח את ה"אחר", כלומר בעל הזכות שמדובר בו בסעיף 14 (ב) ושהבטחת זכותו ניתנת הרשאה, אף על-פי שניתן בניניהם חפיפה מקרית. לצד השלישי שאינו בעל זכות כלפי השולח אין עניין בשאלת אי הדירות, אלא בקיום השליחות. עניינו בשאלת אי הדירות עשוי להתעורר רק בשעה שידוע לו שהשולח אינו חפץ עוד בקיום השליחות, אם כך ודאי שאין היגיון לראות בהודעה לו, או בהתנהגות כלפיו, דרך לשוות לשליחות אי הדירות.

ההכרה באפשרות לראות בהודעה לבעל הזכות (שאינו השולח) או בהתנהגות כלפיו משום יצירת השליחות כבלתי הדירה תכניס בהכרח הן את השלוח והן את הצד השלישי ה"אמיתי" (זה שאינו בעל הזכות), לערפל של אי ביטחון משפטי שחוקק על המחוקק שביקש להימנע ממנו. ערפל זה ייגרם בהכרח בשל העובדה שהשולח והצד השלישי

11 בכך חולקים אנו, בכל הכבוד, על דעתו של ברק, הקובע בסעיף 475, עמ' 486: "סעיף 14 (ב) יתול על הרשאה, יהיה אופן הבעתה אשר יהיה, ואשר מזהה למעשה את המושג "הרשאה" בסעיף 14 (ב) עם המושג "שליחות".

יצטרכו לקבוע את פעולותיהם או אי פעולותיהם על יסוד התרחשויות שאין להם חלק בהן ושלא בהכרח נהירות להם די הצורך, וזאת, למייל, בשל חובות הנאמנות החלות על השלוח מרגע שהחל לפעול במסגרת שליחותו.

משהוצאנו מכלל אפשרות יצירת אי ההדירות את ההודעה לבעל הזכות, ואת התנהגות השולח כלפיו, נותרה לדיון רק ההתנהגות כלפי השלוח (שהרי הודעה לשלוח חופפת את ההרשאה הנזכרת בסעיף 14 ב'). לדעתנו, המחוקק לא רצה בדרך זו כדרך ליצירת אי הדירות, משום שבהתנהגות, יותר מאשר בדיבור מפורש, אדם עשוי להיכשל בכיטוי רצונו האמיתי. במקרה כזה, בין שכשלנו נגרם מהתנהגות או מדברים מפורשים יהא אדם קשור בגילוי החיצוני של רצונו אפילו אינו תואם את הרצון האמיתי<sup>12</sup>. כשמדובר בשליחות רגילה מופחת סיכון השולח על-ידי כותו לבטל את השליחות, אך בשליחות העשויה להתקיים מעבר לרצון השולח וללא תלות ברצון זה סביר לדרוש שלפחות יצירתה תהיה מכוונת ומפורשת.

ומכאן לשאלה ב', שעניינה מהות המבחן להיווצרות השליחות הבלתי הדירה. פרופ' ברק מעלה את השאלה אם אי הדירותה של שליחות היא תוצאת רצון מעניק הכוח או תוצאה של תנאים אובייקטיביים, ומשיב עליה בהתאם לחלופה השנייה<sup>13</sup>. לדעתנו, אין מקום לשאלה בצורתה זו. ברי, שעל מעניק הכוח לכוון ברצונו לפחות ל"הבטחת זכותו של אחר", וזו לדעתנו חופפת את אי ההדירות. ניתן לומר, שהרצון ליצור הרשאה בלתי הדירה מוסק מהרצון להבטיח את זכות הזולת אפילו אם כוונת אי ההדירות לא הובעה במפורש.

התכליתיות של "הבטחת זכותו לאחר" ואי הדירות, כלומר כושר עמידה של הרשאה בפני האירועים הנוכחים בסעיף 14 (א), חופפות בהכרח הגיוני זו את זו, עד כדי כך שכל המכוון ל"הבטחת זכותו של אדם אחר" ממילא מכוון לאי הדירות, שכן בהרשאה הדירה לחלוטין לא ניתן להבטיח שום זכות, אף-על-פי שניתן להקל בעזרתה את מילוי החיובים נשוא הזכות.

אם ההרשאה היא בלתי הדירה על פניה, הרי הכרח הוא להסיק שהיא מקפלת בתוכה התחייבות כלפי מישהו<sup>14</sup>, שהמעשה נשוא ההרשאה יתאפשר בדרך ביצוע ההרשאה, התחייבות המקנה למקבלה זכות מקבילה, היא הזכות שלהבטחתה אפשר ליתן הרשאה,

12 ברק, סעיף 121, עמ' 145; סעיף 114, עמ' 139: "על כן שליחות הנוצרת בהבעת רצון השולח כלפי השלוח, היקב ההרשאה הוא כפי רצון השולח המתגלה בהתנהגותו החיצונית".  
13 ברק, סעיף 474, עמ' 485: "המבחן לקיום ההרשאה האמורה הוא קיום התנאים שנקבעו לכך בחוק. שימוש בנוסחה כלשהי אינו אחד מהתנאים הללו". אך, בסעיף 476, עמ' 487, אומר ברק לגבי השליחות הבלתי הדירה: "שליחות זו לא תיווצר אלא אם כן היתה כוונה לכך מצידו של השולח. התנאי האובייקטיבי, כי ההרשאה מבטיחה בפועל את זכותו של אחר אינו מספיק. דרושה גם כוונה שאכן יהיה כך הדבר מצידו של השולח". לדברים אחרונים אלה אנו מסכימים ומוסיפים עליהם שקיימת חפיפה מושגית בין "הבטחת זכותו של אחר" במובן הנודע לכך בסעיף 14 (ב) ובין "אי הדירות", ואין אדם יכול לכוון לאחת בלא לכוון לשנייה.

14 יש שהשולח יוצא ידי חובתו בעצם חתימת יפוי הכוח הבלתי הדיר, כפי שניתן לראות בעניין הגידון בע"א 516/65 ריעפ נ' פורר, פ"ד כ (3) עמ' 488, והנזכר אצל ברק בסעיף 484, עמ' 498. אך אפילו במקרה זה התחייב השולח למזער שביצוע המעשה נשוא השליחות יתאפשר בדרך ביצועה.

שהיא במצוות סעיף 14 (ב) בלתי חזירה. לא ניתן למצוא שום פסול בכך שפעולה אחת תהווה את ההתחייבות, יצירת הזכות, והבטחתה במתן הרשאה בלתי חזירה. אולם, מקום שכל הנוגעים בדבר, לרבות בעל הזכות, מסכימים לסייג את אי ההדירות, יש ליתן תוקף לרצונם זה. אם ישוו להרשאה אופי הדיר לחלוטין, ממילא תחדל זו מלהיות ל"הבטחת זכותו של אחר" ותצא מכלל הוראות סעיף 14 (ב) <sup>15</sup>. ההיגיון בסעיף 14 (ב) מחייב את החלתו לא רק על הרשאה שניתנה להבטחת זכותו של אחר, אלא אף על הרשאה שניתנה לתכלית אחרת, אך עם נתינתה, או מאוחר יותר, ייעד אותה המרשה להבטחת זכותו של אחר. אם, למשל, גותן אדם הרשאה לעורך הדין שלו לנקוט הליכים משפטיים נגד חייביו ולגבות מהם את המגיע לו, ובאותו זמן או לאחר מכן, על מנת להבטיח את זכות נושיו להיפרע ממנו את המגיע להם, קובע את אופייה הבלתי הדיר, קביעתו תהיה תקפה. למרות שההרשאה לא באה לתכלית הבטחת זכות הזולת (עורך הדין) אלא יועדה רק לאחר מכן לתכלית זו, ולתכלית זו עשאה בלתי חזירה. נראה לנו, שיש להעדיף פרשנות הכלליתית זו על דבקות פורמליסטית לשונית בנוסח החוק תוך התעלמות מתכליתותיו הממשיות. אל לנו לשכוח שגם המחוקק נכשל לפעמים בלשונו, ומקום שלשונו אינה מבטאת כוונה סבירה עלינו להלצה על-ידי פירוש גאות של דבריו ובאמצעות מידות הדרש כגזירה שווה וכיוצא באלה <sup>16</sup>.

כשם שיכול ראובן להטיל על שמעון שליחות למכור נכס מנכסיו בתנאים מסוימים, ולהתחייב כלפיו לתשלום שכרו בשיעור ידוע, כך יכול הוא להתחייב כלפי שמעון כי יימכר בתנאים מסוימים נכס מנכסיו למי ששמעון יורה. העובדה, ששווי האיגטרס שיש לשמעון במילוי ההתחייבות במקרה השני אינו עולה על שכר השליחות במקרה הראשון אינה משפיעה, לא על זכותו ולא על תרופותיו למימושה. ברי, שהרשאה בלתי חזירה הניתנת לשמעון או לאחר לשם הבטחת זכותו של שמעון במקרה השני היא ללא דופי ונכנסת לגדר סעיף 14 (ב). אם במקרה הראשון, של מינוי שמעון לשלוח, העניק לו ראובן הרשאה בלתי חזירה לשם הבטחת שכרו, מן ההכרח הוא להסיק, שלמרות הלשון השונה שנקטו הצדדים, וזה המקרה למקרה השני. עם זאת, ברור שרק כאשר-קובעים את אי ההדירות לגבי שכר השלוח במפורש, תיחשב השליחות כבלתי חזירה <sup>17</sup>.

15 לדעתנו, הרשאה שניתנה להבטחת זכותו של אחר, בהסכם שאותו אחר (בעל הזכות) השתתף בו, עומדת מעל חופש התנאתם של השולח והשלוח לברם ללא השתתפות בעל הזכות. כמו כן, אם הובאה לידיעת בעל הזכות הרשאה שניתנה להבטחת זכותו, וממילא היא בלתי חזירה, אין תוקף להוראה הגורעת מאי הדירות זו. אפילו בחוזה השליחות המקורי, אם זו לא הובאה לידיעת בעל הזכות. בכך אנו מסכימים לדעתו של ברק בסעיף 481. עמ' 494, ולדבריו בסעיף 497, עמ' 511, וגם בעמ' 512. אם ידע בעל הזכות בעת מתן ההרשאה שבאה להבטיח את זכותו על הגריעה מאופייה הבלתי חזיר, הרי שלא סמך עליה אלא בהיקף מצומצם.

16 ראה דברי השופט זוסמן "חוק המשכון, תשכ"ז-1967", הפרקליט (תשל"ו) 170: "אנו חייבים לשאוף לפתרון מעשי ומקום שרעיון החוק תופס בעניין העומד לדיון, אלא לנו להתעכב על בעייה לשונית. לשם כך מצויידיים אנו בכלי פרשנות שונים, כגון היקש ועוד. אחרי ככלות הכל, ה'מחוקק' האנונימי, שכונתו אנו מחפשים, גם הוא רק בשר ודם ובנסחו דבריו הוא נכשל לפעמים או שאינו רואה את הנולד, כמונר".

17 מכאן, שכנראה יש להבין את דברי פרופ' ברק, שבהם הוא מבחין בין זכות שמחוץ לשליחות



אמנם ייתכנו מקרים שתתעורר בהם השאלה אם הכרה באי הדירות של הרשאה שנוצרה להבטחת עניינו של השלוח בלבד בשכרו עבור ביצוע השליחות מתיישבת עם מדיניותו הרצויה של החוק. כך, למשל, הכרה באי הדירות הרשאה הניתנת לעורך דין להגשת תביעה משפטית על מגת שיפרע מפירותיה עשויה לעורר תחושה של חוסר נחת. ייתכן שאלה מקרים הצריכים למצוא פתרון ספציפי במסגרת עקרונות אחרים של הדין. מכל מקום, מספר המקרים שבהם מוצדק להבטיח את עניינו של השלוח כשלוח (שכר והוצאות) על-ידי אי הדירות ההרשאה אינו נופל ממספר המקרים שבהם ייתכן גיבול לרעה.

### 3. ההרשאה הבלתי הדירה ועסקאות אחרות

ההרשאה הבלתי הדירה משמשת צורה נוחה לביצוען של עסקאות אחרות, כגון המחאת היובים ויצירת בטוחות. רבים המתפתים להשתמש בה כאמצעי הערמה לביצוע עסקאות שהדין אינו מתיר<sup>18</sup>. הבעיה מיוחדת דווקא להרשאה הבלתי הדירה משום שההרשאה הרגילה, הניתנת לביטול בידי השולח, אינה יכולה להיות אמצעי יעיל להמחאתו, בין המותרת בין האסורה, של זכויות או ליצירת בטוחות. לנו נראה שאין להרשות באמצעות ההרשאה הבלתי הדירה את ביצוען של עסקאות שאינן תקפות. אין להתיר להשיג בעקיפין, באמצעות הצורה, מה שנמנע במישרין מבחינת התוכן. כך, לדוגמה, אין להתיר המחאה של זכויות באמצעות ההרשאה הבלתי הדירה כאשר ההמחאה נאסרה על-פי הדין<sup>19</sup>.

דוגמה לטכניקת השימוש בהרשאה בלתי הדירה להשגת תכליתות תוך עקיפת הקבוע בחוק לגביהן הוא השימוש בהרשאה הבלתי הדירה לצורך אכיפת ביצוע התחייבות. בעבר היתה השאלה חמורה יותר, שכן באמצעות ייפוי הכוח הבלתי חוזר השינוי סעד שלא ניתן אלא בנסיבות מיוחדות — אכיפה. לא כן בשיטת משפט כשלנו, הרואה בתרופה זו תרופה רגילה המגיעה לנושה, אלא שיש מקום לשאלה אם יכול בית המשפט למנוע בצו מגיעה מימוש הרשאה בלתי הדירה, כשזו באה לביצוע חבות חוזית, וזאת בנסיבות שבהן היה בית המשפט נמנע מאכיפת מישרין בשל היותה בלתי צודקת. לשאלה זו אנו נוטים להשיב בחיוב בשל הסיבות האלה:

(א) תוצאה זו מביאה לתוצאות המתיישבות עם אי אכיפה של התחייבויות חוזיות

לזכות שמכוח השליחות, כמכוונים למקרה שבו לא נקבעה כמפורש אי הדירות של ההרשאה, אלא שמבקשים להסיק אי בטלות שכזו מעצם האינטרס של השלוח בשכר עבור מימוש השליחות או השיהוי על הוצאותיו. אם אמנם ירדנו לסוף דעתו בדבריו אלה, הרי שהם מקובלים עלינו. ראה ברק, סעיף 477, עמ' 490.

18 במשפט האנגלי שימשה ההרשאה הבלתי הדירה אמצעי להמחאת זכויות, תוך עקיפת איסור החוק על כך, מאז המאה ה-12. ראה סיווי (לעיל, הערה 2) 111. בתי המשפט, בצמצום את *mandatum in rem ecuam*, השתמשו בייפוי הכוח כאמצעי להעברת תביעה אישית. השם נשתמר כדי לחמוק מהכלל של אי עבירות זכויות שבתביעה.

19 בין החוקים הישראליים האוסרים המחאת זכויות ניתן לציין את: חוק התיקון דיני משפחה (מזונות), תשי"ט—1959, סעיף 14, ס"ח עמ' 135; חוק שרות המדינה (גמלאות) [נוסח משולב], תשל"ל—1970, סעיף 58 (א), ס"ח עמ' 65; חוק הנאמנות, תשל"ט—1979, סעיף 20, ס"ח 941, עמ' 128.

כשהבטחת הזכויות המוקנות על-ידן לא נעשתה בדרך של הרשאה בלתי הדירה. (ב) בדרך כלל, בנסיבות שבהן אכיפת התחייבות חוזית תיחשב כבלתי צודקת, יעמוד ביצועה בדרך של הפעלת הרשאה בלתי הדירה בסתירה להוראת סעיף 39 לחוק התחזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, המחייב את קיומם של חיובים ושימוש בזכויות בתום לב ובדרך מקובלת.

העיקרון הוא, לדעתנו, שאין להתיר את סיכול איסוריו של המחוקק הישראלי באמצעות תחבולות ההרשאה. בדומה לכך הרשאה למכירת נכס, שניתנה ככטוחה לקיום חיוב, וזאת בטרם הגיע מועד קיומו, תהיה בטלה, בין השולח לשלוח והנושה של החיוב, וזאת בשל היותה נוגדת את דיני המשכון<sup>20</sup>.

פרופ' ברק רואה את השליחות כאפשרית רק לגבי פעולה שהיא במסגרת הדין. לדעתנו, עמדתו אינה מיתרת את ההדגשה שלנו בדבר שלילת עקיפת החוק באמצעות השליחות הבלתי הדירה.

"פעולה משפטית" היא פעולה שבתחום המשפט (לאמור לא פעולה פיזית בלבד) המחוללת שינוי במצב המשפטי, בין מותרת בין אסורה. שליחות לפעולה אסורה תיבדל משליחות לפעולה מותרת בכך שבשליחות לפעולה אסורה הדין אינו מחייב את השלוח בנאמנות לשולח ויש שלא יפטרנו מאחריות כלפי צד שלישי בשל ייחוס העסקה לשולח, אך זאת לא בשל הוצאת הפעולה האסורה מגדרה של פעולה משפטית. הסיבה לכך תהיה בעקרונות כלליים אחרים של הדין, היינו כי מעילה בלתי חוקית לא צומחת זכות, כי ההסכם שעליו מיוסדת השליחות נוגד את תקנת הציבור. נראה לי, שפעולה משפטית אסורה מחוללת או אינה מחוללת אותן תוצאות משפטיות עצמן, בין ששלוח משתתף בהן ובין שאינו משתתף. כמו כן, בהתעורר למעשה שאלת כוונת השולח, יהיה מקום להעמידו בחוקת זכאות שהוא לא נתכוון להרשות פעולה בלתי חוקית מטעמו.

#### 4. השלוח בשליחות הבלתי הדירה

השליחות, הן הרגילה והן הבלתי הדירה, היא פעולתו החד-צדדית של השולח, ואף-על-פי שהיא מקנה לשלוח כוח אין היא תלויה בהשתתפותו. לא בכדי נאמר בסעיף 3 (א) לחוק השליחות "השליחות מוקנית", ולא "השליחות נקנית". אלא, שבין בשליחות הרגילה בין בבלתי הדירה, אין השליחות כשלעצמה מטילה על השלוח חובה כלשהי לפעול או להימנע מלפעול. העובדה שנתמנה אדם לשלוח, ואחת היא באיזו דרך נתמנה לכך, היא גטולת תוצאות לגביו כל עוד אינו חפץ בהן. רק משקיבל אדם על עצמו להיות שלוח חלות עליו כל חובות הנאמנות וחובות השלוח כמפורט בסעיף 8 לחוק השליחות — ושעה שאדם פועל בכוחו כשלוח, אין ספק שהוא מקבל בכך על עצמו להיות כזה.

מקורו של כוח הייצוג של השלוח, בין בשליחות הרגילה בין בשליחות הבלתי הדירה, הוא בגילוי רצון השולח, ואפשר שיווצר כוח ייצוג זה בלא השתתפות השלוח ואפילו בלי ידיעתו. מקורה של חובת הפעולה של השלוח הוא בקבלת השליחות על עצמו.

20 ראה לעיל, הערה 3.

בין קיום כוח הייצוג לקיום חובת השימוש בכוח האמור אין כל הקבלה והראשון אפשר שיתקיים בלא שתתלוות אליו השנייה. השליחות הרגילה, שסעיף 14 (א) מדבר בה, מסתיימת בין השאר על-ידי הודעת השלוח על סיום השליחות, והשליחות הבלתי הדירה, במצוותו המשתמעת של סעיף 14 (ב), נמשכת על אף הודעה שכזו.

כעולה מהאמור לעיל, סעיף 14 (ב) אינו גורע מזכותו של השלוח להתפטר מהשליחות אם לא שלל מעצמו זכות זו על-ידי התחייבותו שלו, ולא עוד אלא שיש מקום לספק אם כוחו של פלוני לפעול כשלוח בשליחות בלתי הדירה על-פי סעיף 14 (ב) משתמר לו על אף הסתלקותו מהשליחות (כשהוא מתחרט על הסתלקות זו) או שמכוח סעיף 14 (ב) משתמרת השליחות בלבד. על-פי הוראתו המשתמעת של סעיף 14 (ב) ממשככה השליחות הבלתי הדירה להתקיים על אף פטירת השלוח, וזו בוודאי מביאה את כוהו לידי גמור; לפיכך אין חפיפה בין כוחו של פלוני לפעול כשלוח ובין קיומה של השליחות, וניתן לטעון אפוא שפלוני שמאס בשליחות הביא את הקץ על כוח השלוח שלו ואם נשתמרה השליחות בהיותה להבטחת זכותו של אחר, זו מחייבת מינוי שלוח אחר. ניתן לחזק גישה זו בעזרת הטענה שמינוי אדם לשלוח שלא בידיעתו הוא בבחינת הצעה לאותו אדם ומשזו נדחית היא פוקעת על-פי דיני החוזים, ובעזרת השיקול שאם פלוני פורק מעליו את תפקיד השלוח הוא מביא הן את השולח והן את בעל הזכות לידי אמונה שאותו פלוני לא יפעל בכוח הייצוג ויהיה זה בלתי הוגן להפתיעם שנית על-ידי חרטה ההסתלקות.

עם זאת, דעתנו היא שסעיף 14 (ב) שומר במקרה של הודעת השלוח בשליחות הבלתי הדירה על סיומה, לא רק על השליחות, אלא גם על כוחו הספציפי של השלוח המסתלק. כמה שיקולים, מהם שיקולים שבפרשנות הגיונית-פורמלית, ומהם שבפרשנות תכליתנית, מביאים אותנו למסקנה זו. ראשית, בשפתם היום-יומית של הדייוטות ומשפטים "השליחות" וזהותו וכוחו של השלוח הספציפי הם מקשה אחת; ההפרדה ביניהם היא חריג שיש לו מקום רק בנסיבות מיוחדות, כמו במקרה פטירת השלוח. שנית, כשאומר סעיף 14 (א) "השליחות מסתיימת..." הכוונה היא לתפקיד שהוטל על השלוח ולא למערכת יחסים מופשטת, וסעיף 14 (ב) ובמקרים של מוות השלוח שומר על התפקיד שהוטל עליו בלא הפרדה ביניהם. שלישית, כוחו של השלוח בשליחות בלתי הדירה מתקיים לעתים קרובות יחד עם חובתו להפעיל כוח זה. אם הסתלקות ממנו תביא לידי קץ את הכוח האמור וממילא את האפשרות למלא אחר החובה האמורה, תהיה זו תוצאה הנוגדת את מדיניותו של הדין, בייחוד לגובה העובדה הידועה שהצורך בהפעלת כוח השלוח בשליחות הבלתי הדירה מתעורר במצבים של קונפליקט בין השולח לבעל הזכות, העשויים להעמיד אף השלוח במצב עדין, כך שיהא זה בלתי גבון לנעול בפניו שערי תשובה.

מכאן, ששלוח בשליחות הבלתי הדירה להבטחת זכותו של אחר שסעיף 14 (ב) חל עליה אינו מביא בהודעת הביטול שלו לידי סיום, לא את השליחות ולא את כוחו הוא כשלוח. כפי שהוסבר, אין בכך כדי להטיל עליו חובת פעולה או חובה אחרת, שכן יסודה של זו בנטילתו של השלוח על עצמו את אותה חובה.

דיני החוזים משווים תוקף מלא להתחייבות שלא להתפטר מתפקיד השליחות, אחת היא אם מדובר בשליחות רגילה או בלתי הדירה. הפרתה של התחייבות זו גוררת חבות בפניו, אך בהיותה התחייבות לשירות אישי היא אינה ניתנת לאכיפה.

האם שלוח, שקיבל הרשאה בלתי הדירה להבטחת זכותו של אחר ומקבל על עצמו להיות שלוח ללא שכר על-פי אותה הרשאה, מקבל בכך על עצמו התחייבות, הן כלפי השולח והן כלפי בעל הזכות שלהבטחתה ניתנה ההרשאה, לבצע את הפעולה נשוא ההרשאה, ושלא להתפטר מתפקידו? המקבל עליו להיות שלוח בשליחות רגילה אינו מקבל עליו בשל כך בלבד חובה שלא להסתלק מהשליחות. דין הבטחה להיות שלוח ללא תמורה כדין כל התחייבות אחרת לעשות מעשה מיטיב כלפי הזולת, שאין עמו תמורה, והנה דין זה ניתן להיקבע מתוך היקש לחוק המתנה, תשכ"ח—1968.<sup>21</sup> על-פי אותו חוק רשאי מבטיח מתנה לחזור בו מהבטחתו, זולת אם המקבל שינה את מצבו בהסתמך עליה, או שהמבטיח ויתר במפורש על זכותו לחזור בו. נראה לנו, שאם קיבל עליו השלוח לפעול על-פי שליחותו, הוא קשור בהבטחה זו. במידה שמקבל ההבטחה שינה את מצבו בהסתמכו עליה (כלומר, בהסתמך על קבלת השליחות בידי השלוח), או אם קיבל השלוח על עצמו במפורש שלא לחזור בו מהשליחות.

עוד יש להזכיר, שהעובדה שהשלוח אינו מקבל תמורה עדיין אינה אומרת שאף צד לא נתן תמורה; אם ראובן מתחייב לשלם לשמעון את מחירה של דירה ששמעון ימסור ללוי, כי אז הבטחתו נושאת אופי של הבטחת מתנה רק כלפי לוי, ואילו כלפי שמעון זו התחייבות של קונה לשלם מחיר. בדומה לכך, אם ראובן ושמעון מתקשרים בחוזה מכר דירה, והקונה אינו מוכן לשלם דמי קדימה לראובן אלא אם כן יעניק באופן בלתי הדיר כוח ללוי להעביר את הדירה לשמעון, ולוי מקבל עליו שליחות זו, אפשר שרק כלפי אחד הצדדים הוא מתחייב לעשיית חסד, ואילו כלפי רעהו דינו כדין מתחייב רגיל שעמו מתמרים יותר. דבר זה תלוי בנסיבותיו העובדתיות של כל מקרה. בעל הזכות שלהבטחתה ניתנה הרשאה בלתי הדירה עשוי למצוא את עצמו מול שלוח שאינו חייב לבצע את ההרשאה, או מול שלוח שאף-על-פי שהוא חב בכך הוא אינו רוצה בביצוע ההרשאה, או באין שלוח כלל (כגון שנפטר או יצא מדעתו או אינו בגמצא מסיבה אחרת). תרופתו הישירה והטבעית היא, לבקש מבית המשפט למנות שלוח חליף. מסקנה זו עולה מתוך היקש לסעיפים 4 ו-12 לחוק הבוררות, תשכ"ח—1968,<sup>22</sup> או סעיף 21 לחוק הנאמנות, תשל"ט—1979. השליחות הבלתי הדירה שנכרת אחר תלויה בה יש בה צד של דמיון לבוררות ויש בה צד של דמיון לנאמנות: לבוררות — לפי שבמסגרתה מוענק לבורר כוח לשנות את מצבם המשפטי של הצדדים, כוח שאינו בטל לא עקב גילוי רצון של אחד הצדדים ואף לא עקב פטירת הבורר או אי יכולתו למלא את תפקידו בכל דרך אחרת. לנאמנות היא דומה לפחות בכך שהשלוח על-פי הרשאה בלתי הדירה אמנם פועל עבור אחרים, אך לא בהתאם להוראותיהם. דמיון זה לבוררות ולנאמנות מצדיק את ההיקש שלנו על הנראות דיני הבוררות והנאמנות, הקובעים מינוי בורר או נאמן חליף.

המסקנה שהסיק פרופ' ברק מסעיף 14 (ב) לחוק השליחות, כי שליחות שמקורה בהרשאה להבטחת זכותו של אחר נמשכת למרות פטירתו של השלוח, נראית לנו<sup>23</sup>,

21 חוק המתנה, תשכ"ח—1968 (ס"ח 592, עמ' 102). וראה לעניין זה גם את פירושו של פרופ' פרידמן לס' 8 מחוק השליחות, ממנו אנו מסתייגים בכל הכבוד: "חובת התמורה בחקיקה הישראלית החדשה", עיוני משפט ג (תשל"ג) 153.

22 חוק הבוררות, תשכ"ח—1968, ס"ח 941, עמ' 128.

23 ברק, סעיף 488, עמ' 504, 505, הערה 52.

אך לא כן מסקנתו שכוח הייצוג של השלוח שקיבל הרשאה להבטחת זכותו שלו עובר ליורשי הזכות המובטחת. קל וחומר שאיננו מוכנים לאמץ את הפתרון שמציע פרופ' ברק כאשר כוח הייצוג ניתן להבטחת זכות אחרת, והוא "לראות בכוח הייצוג חלק מעזובנו של השלוח העובר ליורשו. במקרה זה, אם היורשים אינם מפעילים את כוח הייצוג, ייתכן שבעל הזכות יוכל לפנות בבקשה למנות מנהל עיזבון אשר יפעיל את כוח הייצוג".

לדעתנו, כוח הייצוג שבהרשאה אינו עובר מעצמו ליורשי השלוח, אפילו לא כאשר הוא ניתן להבטחת זכותו שלו. כאשר ההרשאה היא בלתי הדירה, כאמור בסעיף 14 (ב), וזאת בשל זכותו של אחר התלויה בביצוע נושא השליחות (ושלשם הבטחתה ניתנה ההרשאה), רשאי הזכאי, באין כוונה אחרת משתמעת מהזכות גופה, כגון תגיה מפורשת נוגדת, לדרוש מינוי שלוח אחר. בהעדר הסכם בין הצדדים בנוגע לכך, לרבות במקרים מסוימים בהעדר הסכמה ביחס לאישיות השלוח המחליף, יוכל בית המשפט למנות את השלוח. לדעתנו, לעולם אין הצדקה להעברה אוטומטית של כוח הייצוג מאת השלוח ליורשיו. כוח הייצוג האמור נובע מהאמון האישי שעליו מבוססת השליחות. יסוד זה מצוי אפילו בהרשאה הניתנת להבטחת זכויות השלוח. אם ראובן מרשה לשמעון לנהל את נכסיו (לעבד מטעים, להשכיר דירות, למכור פירות, לשכור עובדים וכיוצא באלה) ולכסות בהכנסותיהם את חובו של ראובן לשמעון, אין להסיק מכך שהוא מוכן להעניק את אותו אמון גופו ליורשיו של שמעון. אך אפילו במקרה שבו אין לשולח כל אינטרס סביר בזהות השלוח שיפעיל את הכוח שהוענק לו מוטב מטעמי שמירת הביטחון המשפטי לחייב את המעוניינים לבקש בבית המשפט למנות שלוח חליף.

חובת הנאמנות שחב שלוח לשולחו נעשית כפופה בהרשאה הבלתי הדירה להבטחת זכותו של אחר, לחובתו הראשונית לפעול למימוש הזכות שלשם הבטחתה נתמנה. חובת הנאמנות לשולח אינה מתבטלת כליל. כך למשל, מי שהוסמך בהרשאה בלתי הדירה לממש נכס לסילוק חוב המגיע לנושה חייב לפעול להשגת מירב המחיר אפילו מעבר לאינטרס של הנושה, ומי שהוסמך כך למכור נכס חייב לפעול בנאמנות הדרושה כדי שלא יזטל על השולח נטל מס שהוא יכול להימנע ממנו כדין.

## 5. הצד השלישי והרשאה בלתי הדירה

"צד שלישי" בדיון שלהלן פירושו צד שעמו או כלפיו פעל השלוח שהורשה בהרשאה בלתי הדירה, ושאינו בעל הזכות שלהבטחתה היא ניתנה. כאשר צד שלישי נושא ונותן וכורת עסקה עם שלוח בלתי הדיר ביודעו על כך, נובעות מכך כמה תוצאות: הראשונה היא, שביודעו שהעסקה נכרתת לא מכוח זכויותיו של השולח הפורמלי, ולא עבור האינטרסים שלו, אין הוא רשאי לייחס כל הצהרה שנמסרה במשא-ומתן לאותו שולח ולחייבו בכל ידיעה שהיתה לשלוח. ובדומה לכך הוא לא יהיה זכאי לתבוע מהשולח החזר כספים ששילם שלא כדין או מתוך טעות לשלוח, מלבד במקרה שבו צמחה לשולח התעשרות מכך, וכדי שיעור ההתעשרות.

הדוגמאות שלהלן תמחשנה את האמור לעיל: א' אשר מקבל מי"ב תמורה מלאה

למגרשו, נתן על-פי בקשת ב' הרשאה בלתי הדירה ל-ג' למכור את המגרש ולהעביר את תמורתו ל-ב'. ג' מוכר את המגרש מכוחה של הרשאה זו ל-ד' היודע על ההרשאה ואי הדירותה. ג' מטעה את ד' ביחס לשווי המגרש ומוציא ממנו יותר משווי. לדעתנו, כאשר ד' רואה לפניו הרשאה בלתי הדירה. עליו להבין שמישהו אחר מלבד השולח עומד מאחורי העסקה ואינו זכאי להסתמך על הכלל "שלוחו של אדם כמותו". במקרה זה, ייתכן מאוד שיש לו עילת תביעה טובה כלפי בעל הזכות, כלומר כלפי ב', משום שהזכויות במגרש שרכש הן זכויותיו של ב' ועל כן ניתן לראות את ב' בבחינת שולח של ג'.<sup>24</sup> אך אם נניח, שההרשאה הבלתי הדירה ניתנה על מנת להבטיח תשלום חוב שחב א' ל-ב', וכתוצאה מההטעיה זוכה חשבון א' אצל ב' בסכום גדול יותר משהיה מתקבל לולא ההטעיה, כי אז הרי זה כאילו א' קיבל את הכסף. במקרה כזה תהיה ל-ד' עילת תביעה טובה בעשיית עושר כלפי א' בגלל הצירוף של הצהרה שנעשתה בשליחותו והתעשרותו בפועל על סמך אותה הצהרה.

כאשר הצד השלישי יודע על הרשאתו הבלתי הדירה (כלומר, גם על ההרשאה וגם על אי ההדירות) של השלוח הפועל עמו או כלפיו, הוא אינו יכול לבטל את הפעולה, להכשילה או לעקפה על-ידי התקשרות ישירה עם השולח. בדרך כלל הוא לא יוכל לעשות כן רק בהסכמתו של בעל הזכות שלהבטחתה ניתנה ההרשאה, אלא אם לשולח לא נותר כבר כל אינטרס ממשי בנשוא ההרשאה, והוא יודק להרשאת שניהם לביטול הפעולה.<sup>25</sup> היודע שפלוני נתן הרשאה בלתי הדירה להבטחת זכות הזולת יודע בכך ממילא. שאותו פלוני התחייב לכך שהפעולה נשוא ההרשאה תבצע בתנאי ההרשאה, ושלא תבצע על-ידו פעולה הנוגדת אותה או המכשילה את פעולת השלוח. טעמנו העיקרי הוא בכך, שכל הרשאה בלתי הדירה פוגמת בזכויות המרשה לגבי נשוא ההרשאה באותה מידה שעיסקה הכוללת התחייבות הקניה פוגמת בזכויות הבעלים. והנה, בסעיפים 9 לחוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, ו-12 לחוק המטלטלין, תשל"א—1971,<sup>26</sup> מצינו כי הקונה שלא בתום לב מהבעלים, בהקניה נוגדת הקניה

24 אם זהותו של ב' לא היתה ידועה ל-ד' ניתן לראות כאן מקרה של שליחות נסתרת. במקרה כזה עשויה זכותו של ד' להיות תלויה בתשובה לשאלה אם שולח בשליחות הנסתרת, כשהשליחות או הזהות של השולח לא נודעה לצד השלישי, אחראי להצהרות שבהן הרג השלוח מהוראותיו. אך מקומה של שאלה זו במסגרת דיון בסעיף 7 לחוק השליחות ולא במסגרת דיונו זה.

25 ברק, סעיף 483, עמ' 496 ובהערה 34 שם. מטעים, שלשולח נשאר כוח פעולה בנשוא ההרשאה, לרבות כוח פעולה שאינה מתיישבת עם ההרשאה. הדוגמה שמביא ברק היא של מוכר, שבניגוד להרשאתו להעביר את הקרקע לקונה הראשון מעביר אותה לשני הפועל בתום לב, ובכך הוא מסכל את ההרשאה. אך מהכוח לפעול בנשוא ההרשאה שנשתמר לשולח משתמע גם כוחו לבטל את החוזה שעשה השולח עם צד שלישי בשיתוף פעולה עם האחרון. בעוד שהכשלת הקונה השני שלא בתום לב עולה מהוראות חוקי המקרקעין והמטלטלין, חייבה הרשאת הצד השלישי חסר תום הלב במקרה שבו אנו דנים יישום אנאלוגי של הוראות אלה. יצוין, שגם בדין האנגלי אין השולח שהעניק הרשאה בלתי הדירה יכול לפטור את הצד השלישי מחוזה שהתקשר בו עם השולח הבלתי הדיר. וראה באוסטד (לעיל, הערה 10) סעיף 137, עמ' 301. וראה שם, דוגמה 11 בעמ' 303.

26 חוק המקרקעין, תשכ"ט—1959, ס"ח 575, עמ' 259, וחוק המטלטלין, תשל"א—1971, ס"ח 636, עמ' 184.

קודמת, אינו רוכש לו זכויות תקפות כלפי הקונה הראשון. הוראות אלה ניתנות ליישום אנאלוגי במקרה שלפנינו.

עד כאן דנו במצב שבו הצד השלישי יודע על ההרשאה הבלתי הדירה כבר בהתקשרות הראשונה עם השלוח הבלתי הדיר. נעבור עתה לדון במצב שבו הצד השלישי אינו יודע זאת בעת ההתקשרות הראשונה, אך הדבר נודע לו לאחרית. היכול הוא להתקשר עם השולח ולהשיג ממנו ביטול הפעולה, כאשר בשלב זה הוא ער לכך שזכויותיו של השולח כפופות להרשאה בלתי הדירה? דעתי היא, שהוא אינו יכול לעשות כן. הטיעון היכול להישמע לטובת הצד השלישי הוא, שכאשר התקשר בחוזה עם השולח באמצעות השלוח קיבל עליו את השולח דווקא כבעל דברים שלו. אלא, שכל המקבל עליו חייבים שהם עבירים על-פי מהותם. תנאיהם ונסיבות העניין, צפוי לכך שחייביו יומחו לאחרים או שיופיע מולו שולח נסתר שיאמץ לעצמו את זכויותיו של בעל הדברים הישיר שלו<sup>27</sup>. אפשרות זו היא בגדר יכולת הצפייה הסבירה מראש של כל מתקשר.

נמצא, שרק אם הצד השלישי חשב, שהתקשר עם השולח (אמנם באמצעות שלוח), ולא ידע על אי הדירות השליחות, הן בשלב קשירת העסקה והן בשלב של ביטולה על-ידי השולח, רק אז הוא יכול להיבנות מפטור שיקבל על-ידי השולח<sup>28</sup>.

צד שלישי המתקשר עם שולח שהעניק הרשאה בלתי הדירה לגבי נכס מסוים, בעסקת רכישה של אותו נכס שאינה מתיישבת עם ההרשאה האמורה, כל עוד לא קיבל את הנכס לבעלותו, ידו על התחבונה כלפי בעל הזכות, שלהבטחתה ניתנת ההרשאה. אם הנכס עבר לבעלותו, מעמדו תלוי בשאלה אם פעל בתום לב בעת קבלת הבעלות במקרקעין או החזקה במטלטלין. אם ההרשאה הבלתי הדירה צמחה מעיסקה שבה התחייב השולח להעביר את הנכס לבעל הזכות, כי אז ממילא הצד השלישי אינו אלא "קונה שני", וכידוע בהתנגשות בין שני קונים שעשו עסקאות נוגדות עם אותו אדם לגבי אותו נכס, יד הראשון על העליונה אלא אם כן קיבל השני בתום לב את הבעלות או את החזקה. אם ידע הקונה השני בעת קבלת הבעלות על הנכס או חזקתו על ההרשאה הבלתי הדירה, ממילא לא פעל בתום לב, ובעל הזכות גובר עליו.

גם אם נניח, שההרשאה הבלתי הדירה למכירת נכס ניתנה שלא במסגרת עסקת מכר בין מוכר לקונה. אלא לשם סילוק חוב ברי-פירעון בעת ההרשאה, או לשם פירוק שותפות בין בעלים, כי אז משמעות ההרשאה הבלתי הדירה היא התחייבות כלפי בעל הזכות שלהבטחתה ניתנה, כי בתנאים המוסמכים בין הצדדים התאפשר מכירת הנכס של השולח כתוצאה מביצוע השליחות. מכאן שאף במקרה כזה בעל הזכות הוא "קונה ראשון" שזכויותיו עדיפות<sup>29</sup>.

27 ראה ברק, סעיף 350, עמ' 370. כאשר ברור שהצד השלישי לא היה מתקשר בחוזה אף בלא הסכמת השולח. ראה ברק, סעיף 349, עמ' 369.

28 מתממש כאן מצב של שליתות נסתרת מורחבת. לאמור, א' מתקשר עם ב' כשלוחו של ג', כתוצאה מכך רכש לו ג' את כל הזכויות של ההתקשרות, אלא שג' בסיטואציה זו הוא לאמיתו של דבר שלוחו של ד', עובדה שאינה ידועה לב'. אם ג' עצמו היה מתקשר עם ב', היה ברור שזכויותיו ניתנות לאימוץ בידי ד' ושאלם ב' ישיג בתום לב פטור מג' לפני אימוצן בידי ד' יהא הפטור תקף. מעורבותו של א' אינה משנה תוצאה זו.

29 בכך אנו נוקטים עמדה המשתמעת בשאלות שמחוץ לתחום דיני השליחות ונתחום דיני

מה דין זכויותיו וחובותיו של צד שלישי שהתקשר בחוזה עם שלוח על-פי הרשאה בלתי הדירה, שהרשאתו היתה על פניה הרשאה רגילה ואשר לא ידע על עובדת אי ההדירות כלפי בעל הזכות שלהבטחתה ניתנה ההרשאה? במידה שהעיסקה נקשרה עבור בעל הזכות ולטובת האינטרסים שלו, ובכפוף לשליטתו ניתן לראות במצב זה שליחות נסתרת כמשמעותה בסעיף 7 לחוק השליחות<sup>30</sup>.

## 6. חלוקת סיכוני האמון בשלוח בין שולח ובין בעל זכות בהרשאה הבלתי הדירה

התסריט הבא יסייע להמחשת בעייתנו: ראובן ושמעון מתקשרים בחוזה מכר, שעל-פי ראובן מוכר לשמעון מגרש תמורת 2 מיליון שקל, שהם שוויו האמיתי של הנכס. שמעון משלם לראובן רק רבע מן המחיר והצדדים מסכימים שראובן ימסור הרשאה בלתי הדירה למר ערמומי להעביר את הנכס. כתב ההרשאה נוסח בהרחבה בגלל תוכניותיו המסחריות של שמעון: הצדדים הורו למר ערמומי להעביר את הנכס לשמעון או מי ששמעון יורה להעביר אליו, וזאת רק לאחר שיפקיד שמעון ביד ערמומי את יתרת המחיר. לאחר ששמעון עשה כך העביר מר ערמומי את הנכס למר תום-לב, שאכן היה בתום לב, תמורת 4 מיליון שקל, וזאת לאחר שמסר לו מידע מסולף על אפשרויות הבנייה במגרש ובכך השיג פי שניים משווי. לאחר הדברים האלה נמלט מר ערמומי עם 5.5 מיליון השקלים שבידו ולא נודעו עקבותיו.

אירוע זה היה עשוי להתרחש גם בשליחות הרגילה, אלא שאז לא היינו מתקשים למקד בראובן את כל האחריות. במקרה כזה היינו אומרים: ערמומי שליחו של ראובן היה, למענו פעל — או יותר נכון אמור היה לפעול — כלפיו חב חובת נאמנות, להוראותיו היה כפוף ועל כן, כתוצאה טבעית מכך. נושא ראובן במלוא הסיכון הנובע ממעילה שמעל ערמומי בחובותיו. לא כן הדבר במקרה שלנו. למר תום-לב, שרכש אמנם את הנכס ברכישה תקפה, אך רומה, יש בעובדות שלעיל עילת תביעה טובה נגד ראובן, משום שההרשאה היתה על פניה הרשאה רגילה והוא היה זכאי לראות בערמומי את שלוחו של ראובן, וזה חייב אפוא כלפי מר תום-לב. נראה לי, על יסוד מה שהוסבר לעיל, כי דינו של ראובן היה שונה אילו ידע מר תום-לב כי ערמומי פועל על-פי הרשאה בלתי הדירה שניתנה להבטחת זכותו של אדם אחר וזלת מעניק הכות. היש למר תום-לב עילת תביעה נגד שמעון? הרי ערמומי זכה בכוחו להעביר את המגרש, ובכך בהודמנות לבצע את התרמית, למען האינטרסים של שמעון דווקא.

הקניין (מקרקעין ומטלטלין). אנו סבורים, שגם מתקשר שהתחייב כלפיו למכור את הנכס על-פי פקודתו, אם כי לאו דווקא לה, הוא בגדר "קונה" במובן סעיף 9 לחוק המקרקעין וסעיף 7 לחוק המטלטלין, וכן שקונה, שקנייתו על הנאי, אף הוא בגדר "קונה" במובן הסעיפים הללו.

30 ראה הערה 24 לעיל. החלה זו של סעיף 7 לחוק השליחות לגבי הרשאה בלתי הדירה עשויה לעורר בעיות רבות, אבל אם הבעיות הללו משותפות לכל המצבים, או למצבים הטיפוסיים של שליחות נסתרת, מקום הדיון בהן הוא במסגרת הדיון בסעיף 7 הנ"ל.



ההסמכה שהוסמך ערמומי להעביר את המגרש לשמעון היתה בבחינת הסמכה לעשות מעשה בשמו או במקומו של ראובן, אך ההסמכה להעביר לכל אדם באה למען האינטרסים המסחריים של שמעון, והיתה בבחינת ייפוי כוח לעשות מעשה, אמנם לא "בשם", אך "במקום", שמעון (ראה הגדרת שליחות שבסעיף 1 לחוק). מר תום-לב יוכל גם לנסות לטעון נגד שמעון שהוא בבחינת שולח בשליחות נסתרת, במובן של סעיף 7 לחוק השליחות<sup>31</sup>.

כמו כן יכולה להתעורר השאלה אם ראובן זכאי לתבוע משמעון שיפוי בשל מה שיתחייב כלפי מר תום-לב, אם שיפוי מלא — על יסוד הטענה שהאחריות מוטלת על שמעון, משום שמרגע הפקדת הכסף היתה לו מרות מלאה על השלוח ועל כן היה זה שלוחו שלו, ואם שיפוי חלקי — על יסוד הטענה שהם העסיקו שלוח משותף לביצוע של מטרות משותפות.

הבעיה אם וכיצד לחלק בין ראובן ושמעון את נזקו של מר תום-לב אינה בעייתית היחידה. גם בלעדית יש לאדונום הללו עניין לענות בו. ראובן יוכל לטעון שכל שהדברים אמורים ביחסים שביניהם, היה ערמומי שלוחו של שמעון, שהרי זה, כבעל הזכות שלהבטחתה ניתנה ההרשאה. יכול היה להביא לביטולה, ואילו ראובן לא יכול היה לפטר את השלוח. אם כך, יטען ראובן, זכאי הוא לחלום עבור הנכס, ואף לשיפוי מלא על החיוב שיתחייב בו כלפי מר תום-לב. לעומתו יטען שמעון, שהוא לא ייפה את כוחו של מר ערמומי לפעול בשמו, וכי על ראובן לשאת בתוצאות הפורמליות הנובעות מהכלל "שלוחו של אדם כמותו". שמעון יתבע אפוא מראובן לפצותו על אבדן המגרש — וזאת בנוסף לאבדן רכושו ללא תמורה.

בדוגמה שהבאנו<sup>32</sup> נראה לנו שיש לחייב את שמעון במלוא נזקו של מר תום-לב, שהרי על-פי עובדות המקרה כפי שתוארו היה ערמומי כפוף באופן בלעדי למרותו החל מהרגע שבו הפקיד שמעון את יתרת המחיר. על כן, אם ראובן יחוב כלפי מר תום-לב בשל היותו השולח הנומינלי (אבל שעליו סמך מר תום-לב), הוא יהיה זכאי לדעתנו לשיפוי משמעון. אילו הנתנו עובדות שונות במעט, למשל, שמר ערמומי ביצע את עיסקת התרמית לפני שהפקיד אצלו שמעון את הכסף, כי אז ייתכן שהיה עלינו לראות בו את שלוחם המשותף של ראובן ושמעון ולחלק ביניהם את נזקו של מר תום-לב, כשכל אחד מהם אחראי כלפי מר תום-לב במלוא הנזק, אך הם מחלקים אותו ביניהם לבין עצמם. טעמה של ההבחנה בין המצב המשפטי לפני הפקדת הכסף ולאחריה הוא בכך, שעד לתפקדה היה על השלוח לציית להוראות שני הצדדים, ומרגע ההפקדה נעשה כפוף לשמעון.

על-פי העובדות שתוארו נראה, שהכסף ששילם שמעון לערמומי עבור ראובן — לראובן אבד, והמגרש — לשמעון אבד. הכיצד? לפי שלעניין קבלת הכסף משמעון היה ערמומי שלוחו של ראובן, ומשמעל שלוחו בכספו עליו ההפסד. לעניין קבלת

31 במקרה כזה תתעורר השאלה שכבר נזכרה, אם שולח בשליחות נסתרת, שזהותו לא נודעה, חייב בשל מעשי שלוחו שנגדו את הוראותיו, אך מקומה של שאלה זו במסגרת דיון בשליחות הנסתרת. יש גם מקום לבדוק את אחריות שמעון מבחינת דיני הנזיקין.

32 דוגמה זו אינה ממצה בהכרח את כל האפשרויות שבהן תיתכן במסגרת המשפט הקיים חלוקה שווה של סיכון מהימנות השלוח בין השולח ובין בעל הזכות.

המגרש על שם שמעון או מי ששמעון יצווה — ערמומי שלוחו של שמעון היה, והנוק של מעילתו במגרש על שמעון.

אף-על-פי שהפתרון שהותווה לעיל נראה שלם מבחינת ההיגיון המשפטי, נודה שבשל שיקולים ותחושות של יושר הפתרון הנראה לנו כטוב ביותר מבחינת המשפט הרצוי הוא חלוקת סיכון הנאמנות של השלוח בין בעל הזכות ובין השולח. ההצדקה לפתרון החלוקה השווה של הסיכון במישור המשפט הרצוי היא בכך שיהא השלב שבו התרחשה המעילה באמון שניתן בשלוח אשר יהיה, למעשה העסיקו הצדדים שלוח משותף לשם מימוש יעדים משותפים. אם רואים את השליחות כאור זה, הרי שהשלוח לא היה נתון לשליטתו הבלעדית המוחלטת של אף אחד מהם, אך היה נתון כך לשליטתם המשותפת והיה חייב לציית לכל הוראה שהיתה ניתנת לו על דעת שניהם.<sup>33</sup>

## 7. סיכום

נראה לנו, שהעיונים שלעיל העלו את המסקנה שתופעת ההרשאה הבלתי הדירה היא תופעה מיוחדת השונה מהשליחות והקרובה יותר לנאמנות והראויה להסדר נפרד מדי המחוקק. בין הכללים שחקיקתם רצויה, בין שהם ניתנים לחילוף מהמשפט הקיים ובין שהם בגדר חידושים, הייתי מציין את אלה: (1) חיוב עריכת ההרשאה הבלתי הדירה בכתב אצל נוטריון ציבורי, כפי שאכן נוהגים הבריות גם כיום ברובם של המקרים. כמו כן הייתי מציע שיידרש ציון מפורט של בעל הזכות שלהבטחתה ניתנת ההרשאה, זולת אם הוא השלוח בעצמו; (2) יש להבהיר שלשלוח בהרשאה בלתי הדירה יש רק הכוח לפעול לגבי הנכס נשוא ההרשאה, אך לא לגבי אישיות השולח; (3) את סיכוני האמון בשלוח הייתי מחלק בין הצדדים בחלקים שווים. אך לדעתה, מטעמי צדק, יש להסמך את בית המשפט לקבוע פתרון אחר.

### ב. סעיף 14 (א) לחוק השליחות ויכולת ההתנאה עליו

סעיף 14 (א) קובע שאם יקרה אחד האירועים המפורטים בו — שהם: ביטול על-ידי השולח או השלוח, מותו של אחד מהם, גריעת כשרותו או פשיטת רגלו, או אם היה תאגיד בפירוקו — תסתיים השליחות.

השאלה שנדון בה בחלק זה תהיה האם יכולים הצדדים לשליחות, לאמור, שולח ושלוח, להסכים שהשליחות תימשך למרות אחד האירועים הקובעים את סיומה, בהתאם לסעיף 14 (א), וזאת כאשר סעיף 14 (ב) אינו חל (לאמור, כאשר השליחות אינה נובעת מהרשאה "שניתנה להבטחת זכותו של אדם אחר...").

<sup>33</sup> ואולם, אם במהלך ביצוע העסקה המשותפת עבר השלוח לשליטתו הגמורה של צד אחד ולאותרו צד היתה הזדמנות סבירה שלא ניצל להתנער מהשליחות. הוא צריך לשאת במלוא סיכוני המתימנות.

פרופ' ברק<sup>34</sup> גורס, שאין לצדדים הכוח להביא להמשכת השליחות כאשר על-פי סעיף 14 (א) היא מסתיימת, אך אין הוא רואה כל מגיעה להכיר בתוקפן של התחייבויות להמשיך בשליחות למרות אירועים מפקיעים ולקבוע חבות פיצויים כתוצאה מהפרת התחייבויות כאלה (זולת אם קיימת מגיעה מבחינת דיני הירושה או דיני פשיטת רגל). פרופ' ברק דן בשאלה זו תוך הבחנה בין המקרים השונים הנזכרים בסעיף 14 (א) שבהם עשויה השאלה להתעורר.

שאלת-משנה 1. האם ניתן להתנות על סיום השליחות על-ידי ביטולה מטעם השולח? לדעתי, ההרשאה הבלתי הדירה, במובנו המצומצם של המונח, לאמור הרשאה שבה אין השולח יכול, או שאף אם יכול הוא — אינו רשאי, לבטל את השליחות, ובו בזמן אינה באה להבטיח זכות הזולת, אינה אפשרית. מסקנה זו היא מחויבת ההיגיון, כיוון שיכול אדם להתחייב כלפי זולתו כמעט לכל נתינה או עשייה שניתן להעלות על הדעת, וזאת אפילו ללא תמורה ותוך חסימת דרכי חזרתו מאותה התחייבות. הנותן להרשאה אופי בלתי הדיר מגלה בכך בהכרח את כוונתו להתחייב כלפי מישהו אחר, ויהיה זה השלוח עצמו, לעשייתו של המעשה נשוא ההרשאה, למוצר, כי המעשה יתאפשר בדרך ביצוע ההרשאה.

המסקנה האמורה כפופה ליוצא מן הכלל אחד: החפץ להיכפף לכוח זולתו לטובתו הוא, לשם הגנה עצמית בפני תנודות במצב רוחו וקלות דעתו, ועל כן רוצה הוא להעניק לזולת כוח שיעמוד מעל לשינויים שאולי יחולו ברצונו.

נמחיש את בעייתו של החריג הנה בשתי דוגמאות: (א) פלוני החפץ להירפא ממחלתו מוכן להתאשפו לשם כך בבית חולים ולעבור טיפולים מכאיבים ביותר. כיוון שהוא יודע שהוא עתיד לדרוש את הפסקתם משום שכוח רצונו לא יאפשר לו לעמוד בהם, הוא מעניק הרשאה בלתי הדירה למנהל בית החולים להתיר את המשך אשפוזו בבית החולים, להרשות לרופאים ולאחיות לבצע בו את כל הטיפולים והניתוחים שימצאו נחוצים, ושלא להשגיח בגילויי רצונו הנוגדים. מנהל בית החולים מבטיח לו שיפעיל כוח זה בהתאם לתכליתו, כלומר, לטובת פלוני. ועוד הוא מבטיח לו, שלא ייכנע לשום רצון עתידי של פלוני שיעמוד בסתירה לתכלית מתן ההרשאה.

תוקפה של הרשאה כזו עשוי להיבחן בשני מצבים: האחד, אם מנהל בית החולים ייתבע לדין על הרשאה וביצוע של כליאה ותקיפת בדרך של טיפולים רפואיים בניגוד לרצון החולה; השני, אם מנהל בית החולים ייתבע לדין על כך שנענה לחולה ושיחרר אותו מהמשך האשפוז והטיפול אף-על-פי שקיבל על עצמו לכבד רק את רצונו של פלוני, כפי שהובע בהרשאה, היינו שלא לכבד את רצונותיו המאוחרים יותר.

(ב) אלמוני, נרקומן, מפקיד בידי ידיו סכום כסף ומבקשו להשקיע סכום זה בשמו במניות ובניירות ערך ולשלם לו מתוכו סכום חודשי ידוע. ביחדעו היטב את חולשותיו ואת הפיתויים שהוא נתון להם, אלמוני מוסר לידידו הרשאה בלתי הדירה לפעול בשמו בעסקי ניירות ערך באותו סכום, והוא משיב את ידיו ומקבל ממנו התחייבות לכך, שהוא לא יחזיר לו סכום כסף זה, אפילו אם הוא, אלמוני, ידרוש את הסכום בתוקף. האם אלמוני יכול לבטל את השליחות? האם הוא יכול לדרוש את השבת הכסף למרות ההסכם שעשה עם ידידו? והאם הידיד חייב לחזיק בכסף של

34 ראת ברק, סעיף 459, עמ' 465–466; וכן ראה ברק, סעיף 596, עמ' 510.

אלמוני למרות דרישותיו? האם יתחייב הידיד בפיצויים על הנזק שייגרם אם על-פי דרישתו של אלמוני הוא יחזיר לו את כספו?

המשותף לשתי הדוגמאות הוא שהן מדגימות שליחות שנקבעה כבלתי הדירה, למען האינטרס של השולח עצמו, ובשתייהן מתעוררת השאלה של אפשרות ביטול השליחות על-ידי השולח ועל-ידי השלוח. במקרים אלה מתעוררת אפילו השאלה לגבי כוחם המשותף.

ככלל נראה לנו, שאין אדם יכול, על-ידי הפעלת רצונו בלבד, לשלול מעצמו את כשרותו ואת חירות הפעולה בענייניו, בייחוד באלה הנוגעים לגופו ולחירותו. מי שהאינטרס העצמי שלו מחייב סיווג חירות זו צריך לפנות לבית המשפט ולבקש מינוי אפוטרופוס לעצמו (לאחר הכרזת פסלותו). אך שלילה עצמית של כשרות סותרת את תקנת הציבור, כפי שנקבע בצדק בפסק דין דרום אפריקני שאותו ציטט פרופ' ברק ושאותו הבאנו בחלקו הראשון של המאמר<sup>35</sup>. מכאן, שמגהל בית החולים, בית החולים עצמו ועובדיו לא יהיו מוגנים בהסכמת בא כוחו של פלוני בשל פגיעה כלשהי שיפגעו בחירותו ובגופו ואשר להתרתם היתה דרושה הסכמתו. המגהל רשאי, אף חייב, להיענות לרצונו של פלוני כפי שהוא חייב זאת לכל חולה אחר. (בדברים אלה לא נתכוונתי לדון בשאלה, באילו נסיבות רשאי רופא לטפל בחולה ללא הסכמתו או אף בניגוד לה). כאשר הסכמת החולה דרושה, הסכמת בא כוח שהרשאתו בוטלה אינה מועילה, אפילו אם נקבעה לה אי הדירות לשם הבטחת עניין השולח. אשר לדוגמה השנייה, אף-על-פי שמדובר כאן ברכוש, הכוח לשנות את מצבו המשפטי של השולח צריך להישאר תלוי ברצונו. גם במקרה זה הדרך לסייג את חירותו של אלמוני לטובתו הוא היא מינוי אפוטרופוס. מכאן, שאלמוני יכול לבטל את הרשאת ידידו לעשות עסקאות בשמו ולחייב את רכושו הכללי. עשויה להתעורר השאלה האם הוא יכול לבטל את כוח הפעולה של ידידו ברכוש שהפקיד בידו ולתבוע החזרת הרכוש לעצמו. שאלה זו צריכה למצוא את פתרונה בתחום חוק הגאמנות והיא מחוץ לתחום עיוננו במאמר זה.

שאלת משנה 2. האם ניתן להתנות על סיום השליחות על-ידי ביטולה מטעם השלוח? זכותו של השלוח להתפטר מתפקידו תלויה בחוזה שבין הצדדים<sup>36</sup>. מתעוררת השאלה, אם שלוח, שגשללה ממנו הזכות להתפטר, הוא ברי-כוח לעשות כן, והאם ניתן לוותר על כוח זה, להבדיל מוויתור על הזכות לכך<sup>37</sup>?

נקדים לדיון זה בירור של ההקשרים שבהם עשויה הבעיה להתעורר: אם אסור היה לשלוח, על-פי חוזה שהתחייב בו, לפרוק מעליו את השליחות, וזו היא הנחתנו, כי אז הוא חייב, מבחינה תזוית, לבצע את כל מעשי השליחות שלשמן נתמנה והתחייבותו קיימת בין שהוא ממשיך להיות "שלוח", ובין שהוא חדל להיות כזה. בפיצוי שבו נחייב אותו על הפרת התחייבותו נכלול את מלוא שווי השירותים שמנע משולחו

35 לעיל, הערה 9.

36 בכך אנו מסכימים. לדעתו של ברק בסעיף 496, עמ' 510, שתניה בחוזה שבין השולח לשלוח יכולה לשמש בסיס לפיצויים או שיפוי על נזק שנגרם עקב סיום השליחות תוך הפרת התניה.

37 שאלתנו זו חלה הן על סעיף 14 (א) והן על סעיף 14 (ב), וזאת לאור הפירוש שמרשנו בחלק הראשון של חיבור זה את המושג "סיום השליחות" ולאור ההבחנה שהכחנו שם בין "סיום השליחות" ובין "התפטרות השלוח".

ושהיה חייב בהם, אחת היא לנו, אם לאחר התפטרותו שלא כדין הוסיף או חדל להיחשב בעיני הדין כ"שלוח". אשר לנזקים שנגרמו לשולח עקב אי ביצוע מעשי השליחות, המבחן לחיוב השלוח בהם או פיטורו מהם איננו חופף את המבחן של הכוח שהיה לו לחדול מלהיות "שלוח", אלא הוא קשור בשאלה, אם ניתנה אפשרות מספקת לשולח להיערך לנוכח המצב שנוצר עם ההתפטרות, וזאת גם בהתאם לכלל הדורש מהניזוק את הפחתת נזקו.

נמצא, שבמערכת היחסים שבין שולח ובין שלוח קשה למצוא נפקא מינה לשאלה אם העדר הזכות להתפטר חופף או אינו חופף את חוסר הכוח לעשות כן. לשאלה יכולה להיות נפקות לגבי סעיף 8 (5) לחוק השליחות, המחייב את השלוח להימנע מכל ניגוד בין טובת השולח לטובתו שלו. לדעתנו, החל מהרגע שהשולח מבהיר שלא ימשיך עוד בשליחות אין טעם בחיובו שלא לפעול באופן שיש בו ניגוד בין טובתו לטובת שולחו. מבחינה זו צריך להכיר בכוח התפטרותו. היינו, אפילו היתה שלא כדין הוא חדל על ידה להיות שלוח. כאידך גיסא, תגיה בין שולח לשלוח, אשר על-פיה מקבל עליו האחרון להימנע מדברים שיש בהם ניגוד לטובת השולח, צריכה להיחשב תקפה לאחר התפטרות שלא כדין של השלוח מתפקידו, אם אין בה הגבלה בלתי נאותה של חופש העיסוק.

השאלה אם שלוח שהתפטר לא כדין נותר במעמדו אם לאו יכולה להתעורר ביחס לצד שלישי. נניח, שלצד שלישי יש חוזה עם ראובן, שעל-פיו ראובן חייב לעשות מעשה מסוים, תוך תקופה מסוימת ממועד דרישת צד שלישי. הצד השלישי דרש זאת מראובן באמצעות שלוחו שמעון. שאמנם היה מוסמך לקבל הודעות ודרישות מעין אלה, אלא שלפני קבלת הדרישה התפטר — בניגוד להתחייבותו כלפי ראובן. הצד השלישי עשה כן בידעו ששמעון התפטר ועל כן לא חל עליו סעיף 15 (ב) לחוק השליחות, אלא שהוא מסתמך על האיסור שהיה מוטל על שמעון להתפטר. לדעתנו, האיסור החוזי על ההתפטרות שבין ראובן לשמעון איננו נוגע לצד השלישי, לגביו קובעת עובדת ההתפטרות. מכאן, שגם במקרה זה חוללה ההתפטרות את תוצאתה המסוימת — המתפטר חדל להיות שלוח<sup>38</sup>. נמצא, שהשאלה אם יש לאדם החסר זכות לפרוק מעליו את השליחות הכוח לעשות כן היא בעלת נפקויות מצומצמות, ובאותם הקשרים שבהם היא חובעת תשובה. התשובה היא חיובית.

עד כאן שאלות-משנה 1 ו-2, שעסקו בהתנאות השולח או השלוח לסיום השליחות

38 ברק, שם, סעיף 459, עמ' 466, 465, מצמצם את הנפקות המעשית של ההבחנה בין קיום הכוח להתפטר כשאין הזכות לכך להעדרו לשאלה אם תינתן אכיפה ומגיע לכלל מסקנה שעקב סעיף 14 (א) אין לתת אכיפה אפילו כשזו היתה ניתנת בגדר חוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), על אף הוראתו שאין לאכוף חוזה לעשות או לקבל עבודה אישית או שירות אישי. אני חולק על גישה זו. קיום השליחות הנוצרת בצורה חד צדדית בידי השולח אינו מטיל כל חובה על השלוח — חובתו נובעת מהחוזה, ולדעתי עניין האכיפה מוצא את פתורו בחוק החוזים. את הנפקות האפשריות בין כוח והעדר כוח אני מוצא בשאלת היחסים עם צד שלישי. כמו כן יכולה להתעורר שאלת השלוח החוזר בתשובה. נניח ששלוח שאסור לו על-פי החוזה להתפטר, אך התיימר לעשות כן, ולאחר מכן עשה מעשה שליחות. האם פעל בגדרה של שליחות קיימת או ללא הרשאה? דעתי נוטה לכיוון האפשרות השנייה, אך איני רואה מניעה משפטית שהצדדים יתנו על כך ככל שירצו.

עקב ביטולה בידי אחד מהם. מכאן ואילך נדון בהתנאה על אפשרויות סיום אחרות הנקובות בסעיף 14 (א).

שאלת-משנה 3. היכול השולח לקבוע בהרשאתו את המשך השליחות הנוצרת על-ידה, למרות פטירתו, וזאת גם כאשר לא ניתנה להבטחת זכותו של אחר? בשאלה זו נדון להלן משתי בחינות אלה: (א) האם השליחות תימשך אף לאחר פטירת השולח, אם כך נקבע בה (ועל אף האמור בסעיף 14 (א)); (ב) האם שלוח שהתחייב להמשיך בתפקידו לאחר פטירת שולחו קשור בהתחייבותו זו? גישתו של פרופ' ברק<sup>39</sup> לשתי בעיות אלה משקפת סתירה שקשה לנו ליישבה. על השאלה הראשונה הוא משיב בשלילה, כדבריו:

"תנייה בין השולח לבין השלוח, לפיה פטירתו של אחד מהם לא תביא את השליחות לידי סיום, אינה יכולה למנוע את סיום השליחות בשל הפטירה. מבחינה זו סעיף 14 (א) הוא קוגנטי, והתנייה בניגוד לו אינה תופסת."

אך בסמיכות כמעט מיידית לדברים אלה אומר פרופ' ברק:

"נגיח כי בחוזה השליחות נקבע, כי במוח השולח תמשיך השליחות להתקיים. וזאת כדי להגן על השקעות השולח, השולח נפטר והשלוח אינו מוכן להמשיך בשליחות. לדעתנו, זכאים יורשי השולח לפיצויים או לשיפוי על הנזק שנגרם על ידי הפרת החוזה על ידי השלוח."

אך כיצד ימשיך השלוח בשליחות שעליפי דעתו של פרופ' ברק גסתיימה בגזירת הדין? כפי הנראה, פרופ' ברק מתייחס להתחייבות להמשיך ב"שליחות" כלהתחייבות ליטול שליחות חדשה מטעם היורשים. אבל גם אם כך הדבר, נפסקת השליחות עם פטירת השולח, אלא שעשויה להיווצר שליחות חדשה. אין אנו מאמצים לעצמנו את הדעה שלעיל. לדעתנו, סעיף 14 (א) הוא דיספוזיטיבי. המחוקק לא הצהיר על אופיו הקוגנטי ולכן אין הסעיף מהווה מכשול לקביעת המשך השליחות. לא ניתן להבחין ביסוד סעיף 14 (א) בשום שיקול של מדיניות הדין המחייב את הקוגנטיות שלו, ודחיית אוטונומיית הרצון הפרטי.

אם מינה השולח שלוח, וקבע שהשליחות תימשך לאחר פטירה (של השולח), או אף שכוח הייצוג יחל לאחריה, אך שמר לעצמו, בעדו בחיים, את הכוח לבטל מינוי זה, ושמר כוח זה ליורשיו, הרי שלא שלל מעצמו את חופש הצוואה<sup>40</sup> שהמחוקק מגן עליו ולא פגע בשום ערך אחר החשוב למחוקק. יחד עם זאת הוא הבטיח ליורשיו את הגנת ענייניהם, בתקופת המעבר שבין פטירתו ליכולתם לגבש החלטה אם להמשיך להעסיק את השלוח. סעיף 5 (ב), שהסמיך שלוח לתרוג מהרשאתו, אף אם אינו ניתן להחלה ישירה על המקרה שלנו, ניתן לפחות להחלה אנאלוגית. לדעתנו, ניתן להחיל את

39 ברק, סעיף 496, עמ' 510.

40 חוק הירושה, תשכ"ז-1965, ס"ח 446, עמ' 63 סעיף 27 מגן על חופש הצוואה ומעמידו מעל לחופש ההתנאה.

סעיף 5 (ב) החלה ישירה, שכן המלים "חורגת מתחום ההרשאה", עשויות לכלול גם חריגה במימד הזמן<sup>41</sup>.

יתר על כן, סעיף 5 (ב) איננו הסעיף היחיד החל על "שלוח לשעבר". סביר להניח, שהוראות סעיף 8, פסקאות (1) (4) ו-(5) וסעיפים 10, 11, 12, ו-13 לחוק השליחות חלות אף על שלוח לשעבר, ודאי שכך הדבר לגבי סעיף 15 לחוק<sup>42</sup>. מדיניותו של המחוקק היא לאפשר את "מתיחת" השליחות להגנת ענייני השולח אפילו ללא הסמכה בהרשאה, ודאי שיש לכבדה כשוו נקבעה במפורש בהרשאה.

עוד יש לציין, שהתוצאה שאנו מגיעים אליה תואמת את הרעיון שעמד לבגד עיני מחוקק חוק הירושה. כאשר קבע שכמנהל עיזבון ימנה בית המשפט את מי שנתמנה לכך בצוואה<sup>43</sup>, ואף-על-פי שהוראה זו אינה חלה ישירות בענייננו היא ניתנת להיקש. הדברים אמורים כשאין התכלית האמיתית שמאחורי ההרשאה הקניית מתנה שתחול עם פטירה, עיסקה שנפסלה בסעיף 8 (ב) לחוק הירושה.

שאלת ההכרה בתוקף ההרשאה לאחר פטירת השולח, בנסיבות הנידונות כאן, עשויה להיכרך בשאלה הכללית, אם יש תוקף לעסקאות אדם, האמורות לחול עם מותו. על-פי דיני הירושה שלנו אסורה הקניית מתנה האמורה לחול רק עם פטירת הנותן. כן פסול וחסר תוקף הוא חוזה המגביל את חופש הצוואה. אך אין כל פסול בעיסקה שבה נקבע זמן הביצוע של התחייבויות לאחר פטירתו של אדם, כשיש תמורה כנגדם. לפיכך יכול אדם למכור נכסיו ולהתנות שהבעלות וההחזקה בהם יעברו לאחר פטירתו, ויכול הוא למשל ללוות כספים ולקבוע את זמן פירעונם לאחר פטירתו. במידה שהחוזה מקנה זכויות האמורות להתממש לאחר פטירת הזוכה, אזי זהו חוזה לטובת הירושים, כצד שלישי מוטב, שסעיפים 34-37 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, חלים עליו.

לאור הניתוח שלעיל, ובצירוף ההנחה בדבר אופיו הדיספוזיטיבי של סעיף 14 (א), אנו מוצאים שגם שליחות שלא להבטחת זכותו של אחר תימשך על אף פטירת השולח. אם כך קבע בהרשאתו וקביעתו מוסכמת עם השולח, אלא שבמצב כזה השליחות משנה את אופייה ומתקרבת לנאמנות. נסביר את דברינו: אחד הדברים המרכזיים המבחינים בין שליחות לנאמנות, באין חפיפה ביניהם, הוא בכך שהשלוח משנה בפעולתו את המצב המשפטי של שולחו, בעוד שהנאמן אינו משנה בפעולתו את מצבו המשפטי של הנהנה, אלא את מצבו המשפטי של נכס הנאמנות. מובן, שכתוצאה עקיפין משינוי זה משתנה מצבו המשפטי של הנהנה ביחס לאותו נכס, אך אין הנאמן יכול לשנות את

41 אמת, אין לך דבר צפוי בחיי אנוש מהמוות עצמו, אלא שמועדו אינו צפוי. כפי שמעידה הנוסחה השגורה בצוואות "שאין אדם יודע יום מיתתו, לפתע יבוא יומו". לפיכך מקיימת פטירתו של אדם גם את דרישת אי הצפיות. במובן שיש למושג זה בשפה הרגילה.

42 סעיפים אלה מטילים חובת העברת ידיעות ומסמכים הנוגעים לנושא השליחות, אוסרים קבלת טובת-הנאה בקשר לנושא השליחות ושימוש לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידי עקב השליחות, מחייבים העברת כל נכס שבא לידי השולח עקב השליחות, מוכים את השולח בשיפוי על הוצאות התחייבויות סבירות, מעניקים לו זכות עיכובן להבטחת שכרו והוצאותיו וקובעים את עקרון הקינזו. כל אלה חלים אף לאחר סיום השליחות. וראה ברק, סעיף 375, עמ' 389.

43 חוק הירושה, תשכ"ה-1975, סעיף 81.

מצבו המשפטי של הנהגה מעבר לנכס הנאמנות. השלוח הממשיך בשליחות לאחר פטירת שולחו על-פי הרשאתו איננו יכול לחייב את היורשים מעבר לשווי נכסי העיזבון משום שלא היה לשלוח ממש. על כן, שלוח כזה נהפך לנאמן<sup>44</sup>.

בדיוננו בהמשך השליחות על אף פטירת השולח על-פי סעיף 14 (ב) לחוק השליחות כבר הסברנו מדוע איננו רואים במצב זה חילופי שולחים. השליחות, גם בהיותה כללית, אינה חלה בחיי השולח המנוח, אלא על נכסיו ואין היא מתפשטת על נכסי יורשיו בגלל פטירתו. השולח המנוח יכול היה להסמיך את השלוח לחייב את אישיותו, אך לא את אישיותם של יורשיו.

שאלתנו הבאה תהיה האם יכול אדם, במנותו לו שלוח, לקבוע שאותו אדם ימשיך לפעול כשלוח ושליחותו תימשך לאחר פטירתו וזאת תוך שלילת זכות היורשים לסלקו? אנו מניחים, שהשולח הסכים על כך עם השלוח עצמו וכן, שהוא שמר לעצמו את הזכות לבטל את המינוי. ועוד אנו מניחים, שהסדר אינו מכונן לעשיית חסד עם המנוח וכי אין הכוונה לזכותו ביתרון הדומה למתנה. אנו מניחים, שתכליתו האמיתית של ההסדר הנידון כאן היא הגנת ענייני השולח, הנהפכים ממילא, לאחר פטירתו, לענייני יורשיו. לדעתנו, הממנה שלוח וקובע את המשך השליחות לאחר פטירה וקובע את המשכה מעל לרצון יורשיו, פעולתו תקפה, שהרי הסדר כזה הוא בעצם נאמנות. כמבואר לעיל, לאחר פטירת השולח, אין השלוח יכול לשנות את מצבו המשפטי, שהרי לשולח אין קיום עוד. הוא אינו יכול לשנות את מצבם המשפטי של היורשים, מפני שלא קיבל מהם כוח. הוא יכול לפעול רק לגבי נכסי העיזבון בגבולות השליחות הנהפכת לנאמנות.

במקרה שנידון כאן אופי הפעולה כנאמנות בולט יותר מאשר בדוגמה הקודמת כיוון שכאן בולט אופי פעולתו העצמאית של השלוח שאינו ניתן לפיטורין בידי היורשים, וגם זה הוא מסימני ההיכר המובהקים של הנאמנות לעומת השליחות. אשר לתבות השלוח לפעול כשלוח עבור העיזבון, זו עשויה לגבוע הן מכך שהזכות למילוי החבות היא חלק מהעיזבון העובר ליורשים, והן מראיית ההסדר, כחייב לטובת צד שלישי, במובן סעיפים 34—37 מחוק החווים (חלק כללי), תשל"ג—1973.

שאלת משנה 4. היש תוקף להוראת שולח, ששליחות שלא להבטחת זכותו של אחר תימשך למרות פטירת השלוח? נדמה לי, שהצדוק היחיד לדון בשאלה זו הוא אופן ניסוחו של סעיף 14. בסעיף 14 (א) מנה המחוקק בין האירועים מסיימי השליחות את מותו של השלוח, ואף אילולא כן ברי, שאפילו המחוקק הריבוני אינו יכול להעניק כושר פעולה למת. אך בסעיף 14 (ב), לגבי השליחות הנוצרת להבטחת זכותו של אחר, קבע המחוקק שסעיף 14 (א), על כל האירועים שנמנו בו, לא יחול. מכאן השתמע שהשליחות המיוחדת הזו תימשך למרות פטירת השלוח. בתוצאה זו יש סבירות לגבי שליחות הבאה להבטיח את זכותו של אחר. מאחר שפטירת השלוח יוצרת חלל, הצענו בדוננו בשליחות הבלתי הדירה על-פי סעיף 14 (ב), שבית המשפט ימנה שלוח חליף, וזאת מתוך היקש לחוקי הנאמנות

44 להבדיל זה עשויה להיות נפקות ממשית כאשר מבקשים לחייב את השולח בפיצויים בשל הצהרות שוא שמסר שולחו. אם היה זה במסגרת יחסי שולח-שלוח — חייב, ואם היה זה במסגרת יחסי נהנה-נאמן — פטור.



והבוררות. ברור, שאין מקום לפתרון כזה במקרה שאנו דנים בו כאן, שכן מדוע ימנה בית המשפט את השלוח החליף כאשר השולח בעצמו יכול לעשות כן? נמצא, שהוראת שולח, כי השליחות המוקנית על-ידו תימשך על אף פטירת השלוח, אינה מעוררת שום שאלה ביחס לתוקפה, באשר לכאורה היא לוקה בליקוי הרבה יותר יסודי: היא חסרת משמעות.

פרופ' ברק העלה את האפשרות שבמקרה של פטירת השלוח עובר כוח הייצוג ליורשיו (זאת לגבי ההרשאה להבטחת זכותו של אחר)<sup>45</sup>. בעקבות דבריו אלה, ולאור הכלל שעדיף לתת תוקף לדבריו של אדם מאשר לאיינם, עלתה בדעתנו האפשרות שהקובע כי שליחות תימשך על אף פטירת שלוחו דינו כדין מי שממנה את יורשיו כשלוחים חליפיים, והרי אין מניעה לכך כי יקבע לו אדם שלוח חליף למקרה של פטירת הקודם. אין גם מניעה לכך שיסמך את השלוח עצמו לקבוע את השלוח החליף ולדעתנו, אין הכרח שהשליחות החליפה תוקנה לאדם הנקוב בשמו — ובלבד שיהיה ניתן לזיהוי. אך נראה לנו, שאין לקבל גישה זו. יורשי השלוח אינם ממשיכי אישיותו, אלא הווכים ברכושו, וקביעה ששליחות שהוטלה על אדם תימשך על אף פטירתו נראית דרך דחוקה להבעת הרעיון שיורשיו יבואו במקומו. מכאן, שהוראת שולח כי שליחות תימשך על אף פטירת השלוח היא חסרת נפקות, לא בשל הקוגנטיות המיוחסת לסעיף 14, אלא בשל חוסר המשמעות הטבוע בה עצמה.

שאלת-משנה 5. היכול השולח לקבוע שהשליחות תימשך גם בגריעת כושרו, וזאת בשליחות שלא להבטחת זכותו של אחר? ביכולת זו יש לדון מתוך הבחנה בין גריעת הכשרות לזכויות וחביות משפטיות, כגון תאגיד שחל להיות כשיר למינוי שלוחים או לסוג עסקאות מסויים, שאליו מתייחסת ההרשאה, ובין אבדן או גריעת כושר הפעולה, כגון של מי שהוכרז פסול דין מחמת שנשחטה או כיוצא בזה.

אם המדובר בתניה הקובעת את המשך השליחות על אף גריעת כשרות מהסוג הראשון כשגריעה כזו איננה מתיישבת עם ההרשאה, בטלה התניה בהיותה בניגוד לתקנת הציבור. יתר על כן, "שלוחו של אדם כמותו". אם למשל אבדה לתאגיד הכשרות לפעולות מסוימות. הרי שאף שלוחו לא יוכל לבצען עבורו.

כאשר מדובר בתניה המתייחסת לגריעת כשרות מהסוג השני, הרי מאחר שהשליחות יונקת את כוחה מרצונו המתמשך של השולח, המתבטא לא רק בכינון השליחות, אלא גם באי ביטולה, הרי משנפגם רצון זה חייבת השליחות לבוא לקצה. תנאי הסותר זאת נוגד את תקנת הציבור ובטל.

שאלת-משנה 6. היכול השולח לקבוע שהשליחות תימשך על אף גריעת כשרות השלוח, שלא בשליחות להבטחת זכותו של אחר? על-פי סעיף 4 לחוק השליחות, כל אדם כשיר להיות שלוח, לפעולה שהוא עצמו בר-דעת לעשותה. מכאן, שאין צורך בכשרות לעשיית הפעולה ודי בתבונתו לגביה, לאמור הבנת מהותה וטיבה. אף-על-פי כן, סובר פרופ' ברק, ולדעתנו בצדק, שגריעה כללית מכשרות השלוח, למשל, הכרזתו כפסול דין, הוא אירוע המצדיק את הפסקת השליחות ואף מפסיק אותה על-פי

45 ברק, סעיף 488, עמ' 503—505. במקום אחר בחיבורנו הסתייגנו מדעה זו.

## סעיף 14 (א):

"משנגרעת כשרותו של השולח, נוצר מצב דברים חדש, המחייב החלטה חדשה של השולח... כמובן אם הוא ירצה בכך הוא יוכל להעניק הרשאה חדשה לשולח, ובלבד שבמצבו החדש השולח ברידעת לבצע את הפעולה נושא השליחות"<sup>46</sup>.

דעתנו, השונה לעניין זה מדעת פרופ' ברק היא, שלנוכח קביעות אלה אין מניעה לתת חוקף לקביעתו מראש של השולח ששליחות השולח תימשך אף אם תיגרע כשרותו, שהרי מותר למנות שולח חסר כושר, ובלבד שיהיה ברידעת לפעולה נושא השליחות.

שאלת-משנה 7. היכול שולח לקבוע שהשליחות הנוצרת בהרשאתו תימשך אפילו יפשוט את הרגל וזאת בהרשאה שאינה להבטחת זכותו של אחר? יש לציין, שגם אם ניתנת תשובה חיובית לשאלה זו, כפי שאכן נציע, לא יוכל השולח לפעול באותם נכסים שיועברו לזאמן של פושט הרגל, ובכפוף לזכותו של זה נשיב בחיוב על השאלה.

תשובתו של פרופ' ברק לשאלה זו שלילית<sup>47</sup>. הוא מציע שגני הסברים לדין המביא שליחות לידי סיום עקב פשיטת רגל. אחד, שפשיטת רגל היא שינוי כה מהותי בנסיבות שאין להמשיך בשליחות שנוצרה לפניו. פרופ' ברק מסתייג מהסבר זה באמרו כי הוא "אינו מצליח להסביר מדוע תיפסק השליחות אם השולח קבע בחוזה שבינו לבין השולח כי השליחות תימשך אף אם השולח יפשוט את הרגל". ההסבר האחר שפרופ' ברק מציע הוא:

"נראה כי בעניין פשיטת הרגל של השולח, כמו בעניינים האחרים המוסדרים בסעיף 14 (א) לחוק, השיקול המרכזי שעמד לנגד עיני המחוקק היחס האישי והאימון ההדדי שבין השולח לבין השולח. יחס אישי ואימון הדדי צריכים להתקיים לא רק בשעת יצירת השליחות, אלא חייבים ללוותה בכל עת. כאשר דבר זה נפגם, השליחות מסתיימת. נראה כי עמדת המחוקק היתה כי פשיטת הרגל של השולח היא שינוי כה מהותי עד כי בוודאי יש בו כדי לפגוע ביחסים האישיים וביחסי האמון שבין השולח לבין השולח ועל כן, מן הדין, שהשליחות תסתיים, הן לעניין פעולות משפטיות שכוח הדיספוזיציה של השולח נפגע לגביהן בשל פשיטת הרגל והן לעניין פעולות משפטיות אחרות"<sup>48</sup>.

בדברים שהובאו לעיל אין, עם כל הכבוד, משום הסבר להנחה הקוגנטית. הדברים אף משתמעים כהנמקה לגישה ההפוכה, שהרי אם הצדדים קבעו ביניהם במפורש

46 ברק, סעיף 465, עמ' 473. הטעם של ערעור האמון להפסקת השליחות בגלל גריעת הכשרות מתקבל על דעתי ככל שהכלל האמור הוא דיספוזיטיבי, אך אין הוא נראה לי כמצדיק את הקוגנטיות המיוחסת למחוקק.

47 ברק, סעיף 468, עמ' 476.

48 ברק, סעיף 466, עמ' 475.

שהשליחות תימשך על אף פשיטת הרגל של השולח, הרי לנו הוכחה חותכת שיחסי האמון שביניהם אינם נפגמים עד כדי חוסר אפשרות להמשיך בשליחות. דעתו של פרופ' ברק, שאין הכרח בסיום השליחות לגבי הפעולות המשפטיות שאינן נפגעות מפשיטת הרגל, נראית לנו נכונה. נראה לנו אפוא, שתשובתנו החיובית על שאלת-משנה זו משקפת את הדין בצורה נכונה יותר.

שאלת-משנה 8. האם ניתן לקבוע בהרשאה את המשכחה של שליחות שלא להבטחת זכותו של אחר, אף בפשיטת רגלו של השולח? בתשובתנו לשאלת-משנה 6 השיבונו בחיוב על השאלה אם יכול שולח לקבוע בשליחות שלא להבטחת זכותו של אחר שזו תימשך למרות גריעת כשרותו המשפטית של השולח. לדעתנו חלה תשובה זו גם כאן. המשותף לגריעת כשרותו ופשיטת רגל הוא, ששתייהן אינן שוללות מהשולח את היותו בר-דעת לפעולה השליחות, שהוא תנאי הכשרות. בתשובתנו הקודמת, לשאלת-משנה 6, הצבענו על כך, שאם מותר לשולח למנות מחדש את השלוח שנפגם כושרו אין טעם לפסול את קביעתו מראש בדבר המשך המינוי כשיארע האירוע המצדיק את ביטולה, וגם כאן חל שיקול זה. פרופ' ברק מצדיק את הקוגנטיות שבהפסקת השליחות של שולח פושט רגל בהעדר אפשרות מעשית לאכוף על פושט הרגל את חובת הנאמנות. הסבר זה, עם כל הכבוד, אינו מניח את דעתנו משום שקשה לנו להבין מדוע יתערב המחוקק ברצונו של אדם ליטול על עצמו בידועין סיכון זה. זאת ועוד, אותו קושי עצמו קיים גם לגבי קטינים הכשירים לשמש שלוחים ולגבי אנשים חסרי רכוש בכלל. אם אכן פושט הרגל כשיר להתמנות שלוח, כי או מחייב ההיגיון שלא לפסול את תוקפה של הוראה הקובעת מראש את המשך שליחותו למקרה שאכן כך יקרה.

שאלת-משנה 9. האם ניתן לקבוע ששליחות תאגיד שלא להבטחת זכותו של מישהו אחר תימשך על אף פירוקו? שאלה זו תידון כאן בשני גווניה, לגבי התאגיד כשולח וכשלוח. תשובתנו שלילית, וזאת בגלל מהות הדברים. השוני המהותי שבין השאלה הנוכחית לסוגיה המקבילה של מות השולח או השלוח, שאף הוא מביא לחדלון קיומם, הוא בכך שלאדם חי יש יורשים שהוא מעוניין, בטובתם, והפתאומיות (בדרך כלל) של המוות מצדיקה את הסדר המשכת השליחות לאחר פטירה. מאידך גיסא הפירוק לגבי תאגיד, אף-על-פי שכמו במקרה של מות אדם גם הוא מביא לחדלון קיומו, הוא הליך משפטי מתוכנן שבמסגרתו מוסדרים כל האינטרסים של הנושים והחברים, ועד להשלמת ההסדר אין מסיימים את הפירוק. הוראה של תאגיד, ששליחות הנוצרת על-ידו תימשך על אף פירוקו אינה יכולה לשרת אפוא שום אינטרס ממשי. כמו כן ברור, שתאגיד שלוח אינו יכול להוסיף לפעול אם חדל להתקיים, והוראה בגודת לכך היא נטולת משמעות.

בתשובתנו לעיל התבססנו על הנחת פרופ' ברק כי פירוק בסעיף 14(א) לחוק השליחות פירושו חדלון הקיום המשפטי, אך ייתכן שצריך לפרש מושג זה בהתאמה עם סעיף 4 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, שבו נקבע כי הצעת תאגיד והצעה לתאגיד פוקעת בהינתן נגדו צו קבלת נכסים או צו פירוק. אם אמנם כך הוא, תחולתה תשובתנו לגבי השולח והשלוח פושט הרגל גם על עניין זה.

## ה. סיכום

התביעה ת"ד 100/82

נראה לנו, שניתן לסכם את דברינו בשתי קביעות יסודיות, ששאר מסקנותינו הן בבחינת הסתעפויות מהן. הקביעה האחת היא, אימוץ השקפתו של סיווי, שהמשותף בין השליחות לאמיתה ובין הענקה בלתי הדירה של כוח לשם הפעלתו למען האינטרסים של אחר הוא מועט ביותר. הטיפול המשותף בתופעות נפרדות אלה הוא פרי ההרגל והדמיון המבלבל שבין המונחים. מטעם זה סירבנו ליישם לגבי ההרשאה הבלתי הדירה את המסקנות העולות מתורת "זיהוי האישיות", והעדפנו להתייחס להרשאה הבלתי הדירה אם לא כאל נאמנות ממש, לפחות כאל תופעה דמוית נאמנות.

קביעתנו השנייה היא, שסעיף 14 לחוק השליחות על שני חלקיו הוא דיספוזיטיבי. שתי עמדות היסוד הללו שונות מעמדותיו של פרופ' ברק, המעגן את ההרשאה הבלתי הדירה בדיני שליחות, כמצוותו הפורמלית של חוק השליחות, אך לדעתנו שלא כרוהו. והמפרש את סעיף 14 לחוק השליחות כהוראה קונגנטית.

הפער בתוצאות המעשיות הנובעות מהנחות היסוד הללו מצטמצם במידה רבה על-ידי כך שגם לפי השקפתנו, כלפי צד שלישי הסומך בתום לב על הרשאה קובעת מראיתה החיצונית — ואם היא נחזית כהרשאה רגילה רשאי צד ג' להניח שתחולנה כל התוצאות הרגילות של תורת "זיהוי האישיות". גם תפיסתנו, לפיה בין אי ההדירות ובין הבטחת זכותו של אחר קיימת חפיפה מהותית, כלומר, כל אי הדירות בעת ובעונה אחת יוצרת ומבטיחה את זכותו של אחר, והדירות מבטלת את זכותו של אחר כדי השיעור שהיא קיימת, מצמצמת את הפערים בתוצאות המעשיות. (הדברים אינם אמורים בהסדר הרשאה הבא להבטיח זכות שעל-פי הדין אסור להעניקה.)

מתפיסתנו את תופעת ההרשאה הבלתי הדירה כקרובה לנאמנות, ומתפיסתנו הדיספוזיטיבית את ס' 14 לחוק השליחות, נגזרות כמה תוצאות, שחלקן שונות מאלה שהגיע אליהן פרופ' ברק.

לדעתנו, בעוד שהזכות להתפטר מתפקיד השלוח ולהשתחרר מן החובות הכרוכות בו ניתנת לוויחור ולסיווג על-ידי השלוח, הרי שכות השלוח נובע מגילוי רצונו של השולח ומגילוי זה בלבד. על כן, אם קובע השולח שהכוח האמור ימשך אפילו יסתלק ממנו השלוח, הרי קביעתו זו תהיה תקפה על אף האמור בסעיף 14. כמו כן מותר לו לשולח לקבוע את המשך קיום השליחות במקרה של פטירתו הוא, ואף של פטירת שלוח, אך כמובן שלא ניתן להתגבר על חוקי הטבע וברור שהשלוח לא יוכל לפעול לאחר מותו. במקרה כזה, וכן במקרה של שליחות להבטחת זכותו של אחר, יצטרך בית המשפט למנות שלוח חליף. אשר לסיום השליחות בגרעית כושה של אחד הצדדים או פשיטת רגלו, הרי בכפוף לשיקולים שיסודם בתקנת הציבור יש לתת לדעתנו, תוקף לגילויי רצון השולח.

התביעה ת"ד 100/82

התביעה ת"ד 100/82