

נ א מ ר י ם

הגדרת השליחות בחוק השליחות *

מאת

פרופ' אהרן ברק

א. מהותה של השליחות

1. יסוד השליחות: "כוח הייצוג"

§1. השליחות מוגדרת בחוק השליחות, תשכ"ה-1965¹, כדלקמן²: "שליחות היא יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי, ביסודה של הגדרה זו עומד "כוח הייצוג"³, על-ידי פעולת הייצוג, אשר השלוח מבצע כלפי צד שלישי, הוא מביא לידי שינוי במצבו המשפטי של השולח כלפי הצד השלישי.

כוח הייצוג שייך לקבוצה של כוחות המתאפיינים בכך, שפעולתו המשפטית של שמעון כלפי לוי יש בה כדי להביא לשינוי במצבו המשפטי של ראובן⁴. כך למשל, בשיטה משפטית המכירה בתוקפו של חוזה לטובת צד שלישי⁵, חוזה בין שמעון לבין לוי המעניק טובת הנאה לראובן יש בו כדי להביא לשינוי במצבו המשפטי של ראובן, שכן החוזה מעניק לו זכות על פיו. בדומה, בשיטה משפטית המכירה בנאמנות הפרטית, פעולתו המשפטית של הנאמן בנכסי הנאמנות כלפי צד שלישי, יש בה כדי להשפיע על זכויותיו של הנהנה. במסגרת קבוצת כוחות זו, המאפיין את כוח הייצוג הוא, שהשלוח פועל בשמו או במקומו של השולח ובכך מביא הוא לשינוי במצבו המשפטי של השולח, שינוי שהיה מתקבל אילו פעל השולח בגופו. בדוגמת החוזה לטובת צד

* רשימה זו לקוחה מתוך חיבור, במסגרת הפירוש לחוקי החוזים, על חוק השליחות, תשכ"ה-1965, הנמצא בשלבי כתיבתו, והעתיד להתפרסם בעריכת פרופ' ג. טדסקי. תודתי נתונה לפרופ' טדסקי על שנתן את הסכמתו לפרסום חלק זה, ועל הערותיו המאלפות.

1 כה"ח 462, תשכ"ה עמ' 220: להלן – חוק השליחות.

2 סעיף 1(א) לחוק השליחות.

3 ראה: Dowrick, "The Relationship of Principal and Agent," 17 (1954) *M.L.R.*, 24, 36: "The essential characteristic of an agent is that he is invested with a legal power to alter his principal's legal relations with third persons". Friedman, *The Law of Agency*, (1966), 2nd ed., p. 12: "The essence of agency is this power to affect the principal's legal relations with the outside world".

4 ראה: Powell, *The Law of Agency* (1961), 2nd ed., p. 4; de Villiers and Macintosh, *The Law of Agency in South Africa* (1956), 2nd ed., p. 16.

5 מכאן ההבחנה בין שלוח לבין "סוכן-עמיל": ראה §32 להלן.

6 כפי המצב בישראל עם קבלת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג-1973, סעיף 34, כה"ח 604, עמ' 118.

שלישי, החוזה נכרת בשמו של שמעון, והוא הצד היחיד לו. אין שמעון מייצג את ראובן.⁷ הוא הדין בדוגמת הנאמנות. הנאמן אינו פועל בשמו או במקומו של הנהנה, ואין הנהנה צד ישיר לפעולת הנאמן כלפי צד שלישי. לעומת זאת בשליחות, פעולתו המשפטית של השולח משפיעה במישרין על השולח באופן שהיא מחייבת ומזכה את השולח בדומה למה שהיה מתקבל אילו השולח פעל בעצמו.

כשם שניתן כוח ללא ייצוג, כן ייתכן ייצוג ללא כוח. ייצוג זה הוא לפעולה מטריאלית (פיסית) ולא לפעולה משפטית. כאשר אני מבקש מחברי ללכת במקומי לטקס או לארוחה, ניתן לומר כי חברי מייצג אותי.⁸ ייצוג זה הוא ייצוג לפעולה מטריאלית ולא לפעולה משפטית. אין בו כדי להביא לשינוי במצבו המשפטי של המיוצג. הייצוג שבו עוסק חוק השליחות הוא אותו ייצוג שהוא ביטוי לכוחו של המייצג להביא לשינוי במצבו המשפטי של המיוצג כלפי צד שלישי, דהיינו "כוח הייצוג".⁹

2. שליחות והבלל כי "שלוחו של אדם כמותו"

25. ייחודה של השליחות הוא בקיומו של "כוח הייצוג" אשר מכוחו פעולת השולח מביאה לשינוי בזכויותיו של השולח כלפי צד שלישי. ייחוד זה הביא רבים לדעה, כי בשליחות – השולח והשולח חד הם, וכי פעולת השולח היא פעולת השולח.¹⁰ "Qui facit per alium facit per se". סימוכין להשקפה זו ניתן למצוא בהוראותיו של חוק השליחות עצמו, הקובע כי ¹¹ "שלוחו של אדם כמותו". עד כמה שמטרתה של דעה זו ליצור זהירות פיסית בין השולח לבין השולח, אין להסכים לה, שכן אין בה לשקף את המציאות.¹² השולח והשולח הם גופים משפטיים נפרדים לחלוטין. רצונו של השולח אינו בהכרח זהה לרצונו של השולח. במישור הפיסי, פעולת השולח אינה פעולת השולח.¹³ גם במישור המשפטי, פעולת השולח אינה פעולת השולח. הגישה

7 ראה: Wolfram Müller-Freienfels, "The Law of Agency," *Civil Law in Modern World*, 77, 89.

8 ראה: Powell, *op. cit.*, p. 4.

9 ראה: de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, p. 16: "An agent is a person who has authority to act for and on behalf of another (called the principal) in contracting legal relations with third parties; the agent represents the principal and creates, alters or discharges legal obligations of contractual nature between the latter and third parties." Bowstead, *op. cit.*, p. 1; Powell, *op. cit.*, p. 7.

10 ראה, למשל, Holmes, "Agency," 4 (1891), *H.L.R.* 345.

11 סעיף 2 לחוק השליחות. הוראה זו הועתקה כמבלי קירושין, כא, ב. מעניין לציין כי במשפט העברי עצמו התעוררה מחלוקת סביב הפירוש הנכון של האמרה האמורה: ראה רקובר, השליחות וההרשאה במשפט העברי (השל"ב), עמ' 14 ואילך.

12 ראה: Seavey, *Studies in Agency* (1949), p. 65.

13 ראה: Montrose, "The Basis of the Power of an Agent in Cases of Actual and Apparent Authority," 16 (1938), *Canadian Bar Review*, p. 757, 773: "The maxim *qui facit per alium facit per se* read without any qualification is obviously a fiction. Seavey treats it as such, but while Cook speaks of the fiction of the identity of principal and agent he considered that that maxim is not necessarily fictitious, for he says that in 1304 the maxim meant just what it said. If so the maxim can only be regarded as a tribute to medieval witchcraft!"

הנכונה לעקרון כי "שלוחו של אדם כמותו" היא הגישה הנורמטיבית, המסתכלת על תוצאות פעולותיו של השלוח במשפט בהשוואה לתוצאה שהיתה מתקבלת אילו השולח פעל לעצמו. עקרון "כוח הייצוג" משמעותו, שפעולתו המשפטית של השלוח משנה את מאזן הזכויות של השולח. מאזן זה היה משתנה אילו הפעולה בוצעה על-ידי השולח בעצמו. נמצא, כי מבחינת התוצאה בעולם המשפט, דומה פעולתו המשפטית של השלוח לפעולתו העצמית של השולח. במובן זה "שלוחו של אדם כמותו". אכן חוק השליחות עצמו, בקבעו כי¹⁴ "שלוחו של אדם כמותו", מילא אימרה זו תוכן בקבעו, כי¹⁵ "פעולת השלוח, לרבות ידיעתו וכוונתו, מחייבת ומזכה, לפי הענין, את השולח". אין הוראה זו מזהה את השולח עם השלוח, ואף אין היא קובעת כי פעולת השלוח היא פעולת השולח. קביעתה של הוראה זו היא נורמטיבית, דהיינו, כי במישור הזכויות והחובות פעולתו המשפטית של השלוח מביאה לשינוי בזכויותיו ובחובותיו של השולח.¹⁶ נמצא, כי הפעולה המשפטית, פעולתו של השלוח היא, מבחינת היסודות המרכיבים פעולה זו, יש לבחון אם הם נתקיימו אצל השלוח. משמעות השליחות היא, שהתוצאה של פעולה זו מביאה לשינוי במעמדו המשפטי של השולח כלפי צד שלישי.

3. השליחות – על שום מה?

3§. בחברה פרימיטיבית וסגורה, בעלת פעילות כלכלית מועטה, ניתן לספק את צרכיו של האדם באמצעות פעולתו הוא או פעולת משפחתו. דבר זה אינו אפשרי בחברה מתפתחת ופתוחה, בעלת פעילות כלכלית עניפה. בחברה כזו אין האדם יכול לספק את צרכיו או צרכי זולתו על-ידי פעולתו העצמית. עליו להיעזר באחרים¹⁸, הן לשם ייצור מוצרים והן לשם הפצתם.¹⁷ מכאן הצורך הכלכלי בקיומו של מוסד השליחות. אכן, ניתן להסכים עם פרופסור Müller-Freienfels האומר, כי¹⁸:

"agency has been of almost equal importance with contract as a device facilitating the development of modern business structure."

צורך זה גובר במיוחד עם פיתוחם של הגופים הכלכליים המודרניים, בעלי ההיקף המסחרי הרחב, בתוך גבולות מדינה נתונה ומחוצה לה, החייבים לפעול באמצעות אחרים.¹⁹ מרבית הפעילות נעשית כיום באמצעות אנשים שאינם פועלים בשם עצמם

14 סעיף 2 לחוק השליחות.

15 Montrose, *op. cit.*, p. 773: "The maxim *qui facit per alium facit per se* merely states the legal rule that if A agrees with T, relations between P and T result just as if P had personally agreed with T"

16 ראה: Pollock, *On Contracts*, 13th ed. (1950), p. 45: "By agency the individual's legal personality is multiplied in space". ראה גם רקובר, שם, עמ' 11: "כאן מתרחבת האפשרות לעשיית פעולות משפטיות בכך, שניתן להפעיל מעבר לגבולות שהאדם מוגבל בהם מבחינה פיזית או מבחינה אחרת".

17 ראה: Müller-Freienfels, "Law of Agency," 6 (1957), *American Journal of Comparative Law*, p. 165.

18 שם, עמ' 165.

19 "אחרים" אלה הם האורגנים של התאגיד וכן שלוחים שאינם אורגנים. אשר לשאלה, אם אורגן של תאגיד הוא שלוח, ראה פרופ' ג. פרוקצ'יה, "חוק השליחות, תשכ"ה-1965, ומנהלי התבררה", עיוני משפט, כרך א', עמ' 234 (אורגן אינו שלוח); ברק, "חוק השליחות ותורת האורגנים", עיוני משפט, כרך ב', עמ' 302 (אורגן הוא שלוח "פלוס").

אלא בשם זולתם. גראה, כי, בדומה למה שוולטייר (Voltaire) אמר על אלהים, אם השליחות לא היתה קיימת, מן ההכרח היה להמציאה. מבחינתו של היחיד, השליחות מרחיבה את שדה הפעילות. מבחינתה של החברה, השליחות מגבירה את הפעילות והתלות ההברתית והעסקית, גורמת לחלוקה טובה יותר של אמצעי הייצור ותורמת בכך להעלאת רמת החיים.

הצורך להרחיב את שדה פעולתו של היחיד עשוי לכאורה לבוא על סיפוקו על-ידי העסקתו של אחר, אשר יבצע פעולות משפטיות בשם עצמו עבור מעסיקו, ויעביר לאחר מכן את פרי פעולתו למעסיקו.²⁰ להסדר זה, בו אין תחולה לעקרון "כוח הייצוג", מספר יתרונות. המעסיק אינו נוטל על עצמו כל סיכון של אחריות כלפי הצד השלישי. הצד השלישי מקיים קשר משפטי עם האדם אשר עמו הוא התקשר בפועל ולא עם המעסיק, אשר אותו אין הוא מכיר לעיתים כלל. עם זאת ברור, כי העדרו של עקרון זה גורם לכך, כי הצרכים המודרניים, שצוינו לעיל, אינם באים על סיפוקם.²¹ הסיבות לכך הן בעיקר שלוש. ראשית, לעיתים עשוי הצד השלישי לסרב לסמוך על יכולתו של המתקשר עמו לעמוד בתנאי העסקה, ויהיה זה מוצדק מבחינתו לדרוש, כי המעסיק עצמו יהיה בעל דברו; שנית, המתקשר עצמו עשוי לסרב ליטול על עצמו את הנטל הכלכלי של פעולות שהוא מבצע עבור זולתו; שלישית, המעסיק עשוי לרצות לנהל את עסקו שלו כלפי צד שלישי באמצעות שלוחים, ולא רק לנהל את עסקו כלפי מועסקים. שיקולים אלה מחייבים הכרה בעקרון "כוח הייצוג", אשר יגרוור אחרי יצירת קשר משפטי ישיר בין השולח לבין הצד השלישי. זאת ועוד: הכרה זו מביאה לחסכון בפעילות הכלכלית והמשפטית, שכן היא מקצרת את ההליכים העסקיים והמשפטיים, ומשיגה באמצעות פעילות כלכלית-משפטית אחת, את שבלעדית צריך היה להשיג על-ידי ריבוי של פעולות.

4. השליחות: הגרעין והקליפה

§4. יתודה של השליחות מבחינה נורמטיבית והצורך המעשי בה בחברה המודרנית מתווים את אופן הטיפול בשליחות. חוק השליחות רואה בשליחות חטיבת דינים עצמאית. במרכזה של חטיבה זו עומד כוחו של השולח לחייב ולזכות את השולח על-ידי פעולתו המשפטית בשמו של השולח או במקומו כלפי צד שלישי. שאר הדינים באו לאפשר הפעלה תקינה של כוח זה, תוך מתן הגנה ראויה לציפיה הסבירה של שלושת הצדדים הנוגעים בדבר.²² נמצא, כי חוק השליחות עוסק הן ביחסים הפנימיים שבין השולח לבין השלוח, והן ביחסים החיצוניים שבין שני אלה לבין הצד השלישי. במסגרת הראשונה (יחסים פנימיים) נקבעו המכשירים המשפטיים הבאים להבטיח, כי השלוח לא ינצל לרעה את הכוח שהשליחות מעניקה²³, וכי השולח לא ינצל לרעה את שירותי

20 דבר זה מכונה בארצות הקונטיננטל כשליחות "עקיפה". ראה: Schmitthoff, "Agency in International Trade," *Recueil des Cours*, Vol. 1 (1970), 115, 136.

21 ראה: Stoljar, *The Law of Agency*, 1961, pp. 13-14.

22 ראה: Henry Levy-Ullmann, "La Contribution Essentielle Du Droit Anglais a la Theorie Generale De la Representation dans Les Actes Juridiques," 1 (1927), *Acta Academiae Universalis Jurisprudentiae Comparativae*, p. 342.

23 ראה סעיף 8 לחוק השליחות (חובות אמן של שלוח כלפי השולח).

השלוח²⁴. במסגרת השניה (יחסים חיצוניים) נקבעים האירועים, אשר יש בהם כדי להתחיל²⁵ ולהפסיק²⁶ את השליחות, וכן את זכויותיהם וחובותיהם של השולח והשלוח כלפי הצד השלישי, הן במקרה שהשלוח פצל במסגרת שליחותו והן במקרה שהשלוח חרג ממנה²⁷.

מהבחינה זו שבין גרעינה של השליחות, דהיינו, כוחו של השלוח לחייב ולזכות את השולח, שעה שהוא מבצע פעולה משפטית בשמו או במקומו, לבין קליפתה, דהיינו, הדינים הבאים לאפשר הפעלה תקינה של "כוח הייצוג", מתבקשת מסקנה חשובה: הצדדים הנוגעים בדבר רשאים לוותר על הקליפה, עד כמה שזו באה להגן על האינטרסים שלהם, מבלי שוויתור זה יוציא את היחס שביניהם מתחום השליחות²⁸, אך הם אינם יכולים לשמור על היחסים שביניהם כיחסי שליחות ולוותר על הגרעין עצמו. כאשר ראובן אומר לשמעון: "לך קנה עבורי נכס פלוני מלוי, אך הסדר העיסקה כך ש'זכויות הקשר' יהיו לך ורק לך, באופן שאני לא אהיה בעל זכות או חובה כלפי לוי", הרי נשללת השליחות עצמה. היחסים בין ראובן לבין שמעון אינם יחסי שליחות לעומת זאת, אם ראובן משחרר את שלוחו מחובת הנאמנות המוטלת על השלוח כלפי השולח, אשר מכוחה חייב השלוח להעדיף את האינטרסים של השלוח על פני האינטרסים העצמי שלו, הרי היחסים ביניהם עדיין יכולים להשאר יחסי שליחות.

ב. השליחות כיחס פונקציונלי

1. פונקציה ומעמד

5§. ביסוד השליחות עומד, כפי שראינו, כוח הייצוג. עקרון זה מצביע הן על הפונקציה המתמלאת, דהיינו, פעולה משפטית בשמו או במקומו של אחר; והן על תוצאות של פעולה זו, דהיינו, הטלת זכויות וחובות על השולח כלפי הצד השלישי. חוק השליחות אינו מעמיד ביסוד ההגדרה של השליחות את מעמדו של השלוח כלפי השולח²⁹. מגישה פונקציונלית-תוצאתית זו של המחוקק מתבקשות מספר מסקנות: 6§. א. השליחות קיימת גם בלא שיתקיים הסכם בין השלוח לבין השולח. כידוע, חכמי המשפט חלוקים בדעותיהם באשר ליחס שבין השליחות לבין החוזה או ההסכם³⁰. יש הגורסים, כי ביסוד השליחות עומד הסכם בין השולח לבין השלוח³¹. אחרים סבורים,

24 ראה סעיפים 11 ו-12 לחוק השליחות, בענין זכות השיפוי וזכות העכבון.

25 סעיף 3 לחוק השליחות.

26 סעיפים 14 ו-15 לחוק השליחות.

27 ראה סעיף 6 לחוק השליחות ("פעולה ללא הרשאה").

28 לשון אחרת: מרבית ההסדרים של חוק השליחות הם דיספוזיטיביים. מרביתם – אך לא כולם. ראה, למשל, סעיפים 4 ו-14(א) לחוק השליחות.

29 ראה: Montrose, *op. cit.*, p. 759: "The term 'agent' is only properly applicable to a person in connection with the relationship in which he stands to the principal, and that relationship is limited to the acts to be done on the principal's behalf".

30 ראה: Friedman, *The Law of Agency* (1966), 2nd ed., p. 9.

31 ראה, למשל, Bowstead, *On Agency*, 13th ed., p. 1 para. 1(1) וכן Restatement, Second, *Agency*, §1(1).

כי שליחות עשויה להתקיים גם ללא הסכם.³² עיון בהגדרת השליחות בסעיף 1 לחוק השליחות מלמד, כי אין בסעיף זה כל תנאי, כי הפונקציה שהוענקה לשלוח תבוא מכוח הסכם שבינו לבין השולח. אף סעיף 3 לחוק השליחות המפרט את הדרכים בהן נוצרת השליחות, אינו עומד על כך כי השליחות תבוא מכוח הסכם בין השולח לבין השלוח.³³ אמת הדבר, סעיף 8 לחוק השליחות קובע, כי אם "קיבל אדם עליו להיות שלוח, חייב הוא לנהוג כלפי השולח בנאמנות", אך "קבלה" זו רלבנטית לענין הטלת תובנות הנאמנות, ולא לענין קיום השליחות. לדעתנו, ביסוד השליחות עומדת הפונקציה המבורצעת על-ידי השלוח, בין אם מקורה של פונקציה זו בהסכם שבין השולח לבין השלוח ובין אם לאו. רמזים נוספים לכך ניתן למצוא במספר הוראות נוספות בחוק השליחות. כך, למשל, השלוח עשוי להיות חסר כשרות להכנס להסכם עם השולח.³⁴ אך אין בכך כדי למנוע ממנו מלייצג את השולח ומלישנות מצבו המשפטי כלפי צד שלישי על-ידי פעולתו המשפטית. בדומה, אישור בדיעבד כמוהו כהרשאה מלכתחילה.³⁵ האישור בדיעבד אינו קשור בהסכם או חוזה בין השולח לבין השלוח, אלא מהווה מעשה חד צדדי של השולח.

אכן גראה לנו, כי עד כמה שרצונו של השולח מכריע ביצירת השליחות,³⁶ הרי רצון זה לובש לבוש של מעשה חד צדדי ולא מעשה הסכמי. באופן עקרוני ניתן אף להכיר במצב דברים בו השלוח מתנגד לפעול כשלוח, אך מעשהו החד צדדי של השלוח יוצר בכל זאת יחסי שליחות כלפי צד שלישי שאינו יודע על ההתנגדות. דבר זה עשוי לקרות במקום שהשולח מתנהג כלפי צד שלישי באופן המצביע על הענקת כוח הייצוג לשלוח.³⁷ התנגדותו של השלוח להתנהגות זו אינה רלבנטית כל עוד הצד השלישי אינו יודע זאת.³⁸

76. ב. השליחות קיימת גם בלא שתהיה לשולח שליטה על האופן שבו מבצע השלוח את הפונקציה שהוענקה לו.³⁹ לענין קיומם של יחסי שליחות, כל שנדרש הוא, כי לפלוני, המכונה שלוח, יוענק הכוח לבצע פעולה משפטית בשמו או במקומו של אלמוני, המכונה שולח, כלפי צד שלישי. מידת השליטה שיש לאלמוני על האופן שבו מבצע פלוני את משימתו אינה רלבנטית לקיום השליחות. אמת הדבר, סעיף 8 לחוק השליחות קובע, כי אם קיבל עליו אדם להיות שלוח הוא חייב לפעול בהתאם להוראותיו

32 ראה: Dowrick, "The Relationship of Principal and Agent," 17 (1954), *M.L.R.*, 24, 25-28.

33 ניתן להאר מקרה בו תקום שליחות למרות התנגדותו של השלוח. כמובן, תהיה זו שליחות כלפי צד שלישי בלבד, שכן לענין היחסים בין השולח לבין השלוח ניתן הכוח לשלוח להפסיק בכל רגע שליחות שאינה כרוכה באינטרס: ראה סעיף 14 לחוק השליחות. שליחות זו עשויה לקום במקום שהשולח מתנהג כלפי צד שלישי באופן כזה שהצד השלישי מסיק כי קיימת שליחות, למרות שהשולח יודע כי השלוח אינו חפץ בשליחות ומתנגד לה. התנהגותו של השולח כלפי הצד השלישי יוצרת שליחות (סעיף 3(א) לחוק השליחות).

34 סעיף 4 לחוק השליחות.

35 סעיף 6(א) לחוק השליחות.

36 ליחס שבין השליחות לבין הרשאת השולח, ראה 148 להלן.

37 סעיף 3(א) לחוק השליחות.

38 סעיף 15(ב) לחוק השליחות.

39 ראה 288 להלן.

של השולח, אך חובה זו היא תוצאה מקיום השליחות ולא תנאי לקיומה. זאת ועוד, נראה לנו, כי אין כל מניעה לכך כי השולח יוותר על שליטה זו, מבלי שהיתור זה יפגע בקיום השליחות.⁴⁰ ויתור זה על השליטה, אין לזהותו עם ויתור על הכוח הנתון לשולח לצמצם את היקף ההרשאה ולהביא לסיומה. כוח אחרון זה מוכר עלידי חוק השליחות, גם אם הפעלתו עשויה להיות הפרת חוזה. השליטה בה עסקינו, ואשר הויתור עליה אין בו כדי לשלול עצם קיום השליחות, היא השליטה באשר לאופן הביצוע של ההרשאה.⁴¹

85. ג. כאשר פלוני מבצע פעולת ייצוג שלא הוסמך לבצעה, באופן שפעולתו המשפטית אינה מחייבת או מזכה את אלמוני, אין לראות בו, לענין פעולה זו, שלוח. המבקש לתאר את פלוני עשוי לכנותו כשלוח שחרג מהרשאיתו, או כשלוח שפעל ללא הרשאה.⁴² השימוש בביטוי שלוח בהקשר זה הוא למטרות זיהוי בלבד. מכאן מתבקשת מסקנה נוספת. כאשר השולח מצמצם או מגביל את הרשאיתו של השלוח, יש בכך משום ביטול השליחות לענין התחום האמור. מכאן, שלענין זה יחולו הוראות הסעיפים 14 ו-15 לחוק השליחות. על כן, אם הצד השלישי לא ידע על ההגבלה האמורה, זכאי הוא לראות את השליחות – בכל הנוגע ליחסי החוץ שלה – כנמשכת לענין התחום האמור.

2. הענקת הפונקציה ולא ביצועה

95. גישתו הפונקציונלית של חוק השליחות לענין הגדרת השליחות מעוררת שאלה חשובה לענין מעמדם של הצדדים לאחר הענקת יפוי הכוח לשלוח אך לפני שיפוי כוח זה הוצא מהכוח אל הפועל. האם בתקופת ביניים זו מתקיימים יחסי שליחות? האם עלינו לומר, כי לענין ביצוע בפועל של הפעולה המשפטית הוא פועל כשלוח, ואילו לענין פעולות קודמות אין היחסים בין הצדדים יחסי שליחות? נראה לנו, כי למסקנה קיצונית זו אין להגיע. הרגע הקובע ליצירת יחסי שליחות הוא הרגע בו מוקנה לפלוני כוח הייצוג, ולא הרגע בו מופעל כוח זה הלכה למעשה.⁴³ דבר זה מתבקש מלשון החוק עצמו, המגדיר שליחות כיפוי כוחו של שלוח ולא כפעולה הלכה למעשה. אכן, מסקנה אחרת אינה סבירה. כך, למשל, חובת הנאמנות של השלוח כלפי השולח אינה מותנית בביצוע הפעולה המשפטית נשוא השליחות. חובת הנאמנות מוטלת על השלוח

40 ראה: Bowstead, *op. cit.*, p. 111.

40 בדומה, השליטה הגמורה לענין יחסי מעביד-עובד היא השליטה באשר לאופן ביצוע העבודה ולא באשר לתחילתה וסיומה. מסקנה אחרת היתה גורמת לכך שגם קבלן עצמאי הוא עובד, שכן לעיתים קרובות מוכר כוחו של המעסיק להפסיק את העבודה או לצמצמה.

41 ראה סעיף 6(א) לחוק השליחות, המתייחס אל אדם הפועל "בחזקת שלוחו של אחר בלי שהורשה לכך או בחריגה מהרשאיתו". ראה גם סעיפים 6(ב) לחוק השליחות. לדעתנו, הביטוי פעולה "ללא הרשאה" והביטוי "חריגה מהרשאה" הם היינו הנך.

41 ראה: Restatement, Second, Agency, p. 10: "It is sometimes said that agency does not exist until the agent does something for the principal. In fact, the relation may exist before such time. Reciprocal duties between the parties together with a power of the agent to bind the principal are normally created at the time of the agreement between the parties"

בכל הנוגע לנושא השליחות⁴², והיא קיימת גם אם בסופו של דבר לא יעלה בידי השלוח להפעיל את כוחו. קיומו הפוטנציאלי של הכוח להביא לשינוי במעמדו המשפטי של השולח כלפי צד שלישי – ולא הפעלתו של כוח זה – הוא המטיל על השלוח את חובת הנאמנות כלפי השולח. בדומה, אם לשלוח היו הוצאות בביצוע נושא השליחות הוא זכאי לשיפוי⁴³, גם אם בסופו של דבר לא עלה בידו להגשים את הפעולה המשפטית נשוא השליחות. מכאן שדיעה, אשר נרכשה על-ידי השלוח לאחר הענקת יפוי הכוח אך לפני הוצאתו אל הפועל, מחייבת ומוכח את השולח, ובלבד שהיא נוגעת לנושא השליחות, וזאת גם אם הפעולה המשפטית נשוא השליחות לא בוצעה כלל⁴⁴. ניתן לומר, כי במצב הדברים הרגיל מתקיימים בשליחות שני יסודות: "כוח הייצוג" מזה והטלת התפקיד של הפעלת כוח זה, הלכה למעשה, מזה. בלא היסוד הראשון השליחות אינה קיימת. בלא היסוד השני השליחות עשויה להתקיים. זהו תנאי טבעי אך לא הכרחי⁴⁵.

ג. יסודות ההגדרה

1. "שליחות"

א. דרכו של המחוקק בהגדרת השליחות

§10. במרכזו של חוק השליחות אינו עומד השולח או השלוח או הצד השלישי⁴⁶. החוק מגדיר את השליחות עצמה. מהגדרה זו נגזרות ההגדרות הנפרדות של השולח והשלוח. בהגדרת השליחות עצמה ניתן לנקוט במספר דרכים. יש הגדרות המבליטות במפורש רק את היסודות העובדתיים המקיימים את השליחות, ואילו התוצאה המשפטית גובעת מאליה⁴⁷. אחרות מבליטות במפורש רק את התוצאה המשפטית⁴⁸, ויש הגדרות המבליטות במפורש הן את היסודות העובדתיים המקיימים את השליחות והן את תוצאותיה המשפטיות⁴⁹. הבחירה בין הדרכים השונות היא ענין לסכניקה חקיקתית. המשותף לכל הדרכים הללו הוא, כי בין אם הדבר נעשה במפורש ובין אם הוא משתמע מכלל, אין לך שליחות ללא כוח ייצוג, דהיינו, ללא התוצאה המשפטית לפיה פעולתו המשפטית של השלוח יש בה כדי לשנות את מצבו המשפטי של השולח כלפי צד שלישי. על כן,

42 ראה סעיף 8 לחוק השליחות, המתנה הטלתן של חובות הנאמנות בקבלת השליחות על-ידי השלוח ולא בביצוע הפעולה המשפטית נשוא השליחות.

43 סעיף 11 לחוק השליחות, המתנה שיפוי בכך שההוצאות היו "עקב השליחות". הוצאה יכולה להיות "עקב השליחות" גם אם הפעולה המשפטית נשוא השליחות טרם בוצעה.

44 ראה סעיף 2 לחוק השליחות.

44א ראה: Tedeschi, "Authorization of Torts," 4 (1969), *Isr.L.R.* 1.

45 בדומה לחוק המכר, שבמרכזו אינו עומד המוכר. אך השווה את חוק השומרים אשר במרכזו עומד השומר. ראה, חשין, "שמירה ושומרים – לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים", משפטים, כרך ג', עמ' 137.

46 זו דרכו של §1(1), *Restatement, Second, Agency*; Bowstead, *op. cit.*, p. 1, *passim* 1(1).

47 Friedman, *op. cit.*, p. 8; Seavey, "The Rationale of Agency," 29 (1920), *Yale L.J.* 859, 868.

48 זו דרכו של Powell, *op. cit.*, p. 7.

אם הוענק לשלוח כוח הייצוג, אך בהסכם שבין השלוח לבין הצד השלישי נקבע, כי פעולת השלוח לא תחייב ולא תזכה את השולח, הרי שפעולת השלוח איננה פעולת שליחות, ולענין פעולה זו לא יהול חוק השליחות.⁴⁹

מה היתה דרכו של המחוקק בהגדרת השליחות? לכאורה נראה, כי המחוקק בחר להבליט בהגדרה את יסודותיה העובדתיים, ואילו את תוצאתה המשפטית קבע בסעיף 2 לחוק ("דין השליחות"). קבלת השקפה זו מחייבת זיהוי הביטוי "יפוי כוח" לביטוי "הרשאה". אך כדוע⁵⁰ שני אלה שונים זה מזה. הביטוי "יפוי כוח" מצביע לדעתנו לא על האופן בו נוצרת השליחות אלא על תוצאתה המשפטית, דהיינו, כוח הייצוג. נראה איפוא, כי המחוקק בחר להדגיש במפורש בהגדרה את פעולתה של השליחות במשפט, ואילו הדרכים ליצירתה נקבעות בסעיף 3 לחוק ("הקניית השליחות"). עם זאת יש להדגיש, כי הביטוי "יפוי כוח" אינו חד משמעי. חלקו הראשון ("יפוי") מצביע על דרך ליצירת השליחות, ואילו חלקו השני ("כוח") מצביע על תוצאתה של השליחות. נראה לנו, כי המחוקק היה מטיב לעשות, אילו השתמש בביטוי "כוח" בלבד בהגדרת השליחות.

ב. שליחות והרשאה

11§ המונחים "שליחות" ו"הרשאה" המופיעים בחוק השליחות, אינם היינו הך. שליחות היא היחס הנוצר במקום שלפלוני (המכונה שלוח) מוענק הכוח לייצג את אלמוני (המכונה שולח). הרשאה היא אחת הדרכים בהם נוצרת השליחות. משמעותה היא גילוי כוונתו והסכמתו של אלמוני (המכונה שולח) כי פלוני (המכונה שלוח) יבצע בשמו או במקומו פעולה משפטית כלפי צד שלישי. גילוי רצון זה נעשה לרוב כלפי השלוח, אך הוא עשוי לבוא על-ידי הודעה לצד השלישי במישרין⁵¹. זאת ועוד: ההרשאה אינה הדרך היחידה בה נוצרת השליחות, ותחתן שליחות ללא הרשאה. כך, למשל, נקבע בסעיף 5(ב) לחוק השליחות, כי השלוח רשאי לעשות "כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש, הדרושה באופן סביר לשמירה על עניני השולח בקשר לנושא השליחות, אף אם הפעולה חורגת מתחום ההרשאה". במקרה זה קיימת שליחות לענין התחום האמור, שכן בידי השלוח נתון הכוח לשנות מצבו המשפטי של השולח על-ידי פעולה משפטית כלפי צד שלישי. שליחות זו אינה מעוגנת בהרשאתו של השולח⁵². בדומה, כאשר השולח מבטל את הרשאתו של השלוח, מבלי שדבר הביטול ידוע לצד השלישי, רשאי הצד השלישי לראות את השליחות כנמשכת⁵³. במצב דברים זה קיימת שליחות ללא הרשאה. כמובן, בדוגמא אחרונה זו, קיום השליחות הוא יחסי בלבד; אין השליחות קיימת ביחסים הפנימיים, אך היא קיימת ביחסים החיצוניים.

49 ראה 4§ לעיל.

49א ראה 16§ להלן.

50 סעיף 3(א) לחוק השליחות.

50א ספק אם רצוי הוא, מבחינת הטכניקה החקיקתית, להשתמש במונח "שליחות" הן לענין שליחות שיש בה הרשאה והן לענין שליחות שאין בה הרשאה. היה רצוי יותר לכתוב "השליחות" מהסוג השני במונח "נציגות".

51 סעיף 15(ב) לחוק השליחות. שליחות זו קיימת באופן חלקי בלבד, דהיינו, כלפי הצד השלישי בלבד.

לא תמיד שומר חוק השליחות על ההבחנה בין שליחות לבין הרשאה. לעיתים הוא משתמש בביטוי "הרשאה" כאשר הכוונה היא, כנראה, לשליחות. כך, למשל, נקבע בסעיף 6(ב) לחוק השליחות, כי אם לא ידע הצד השלישי על כך שהשלוח פועל ללא הרשאה או בחריגה מהרשאתו, הברירה בידי הצד השלישי לראות את השלוח כבעל דבר או לחזור בו מן הפעולה ולתבוע מן השלוח את נזקו. ברור, כי ברירה זו אינה קיימת במקום שקיימת שליחות ללא הרשאה שכן במקרה זה יש בפעולתו של השלוח כדי לחייב או לזכות, לפי הענין, את השולח, ועל כן נשמט הבסיס הענייני להפעלתו של סעיף 6(ב)⁵². דוגמא נוספת לשימוש בלתי מדויק בביטוי "הרשאה" ניתן למצוא בסעיף 14(ב) לחוק השליחות. סעיף זה דן במקרה בו "ניתנה הרשאה להבטחת זכותו של אדם אחר". במקרה זה השליחות אינה מסתיימת בדרכי הסיום הרגילות. ברור, כי תוראה זו חלה לא רק לענין "הרשאה" המקפלת בתוכה אינטרס, אלא לענין כל "שליחות" שנוצרה כדי להבטיח זכותו של אחר.

2. "יפוי כוחו"

א. "יפוי כוחו" מהו?

§12. הביטוי "יפוי כוחו" אינו מוגדר בחוק השליחות. בודאי שביטוי זה אינו זהה ל"כתב הרשאה". נראה לנו, כי משמעות הביטוי הינה "הענקת יכולת". נמצא, כי על-פי פירושנו שליחות היא היחס הנורמטיבי, בו מוענקת יכולת לשלוח לעשות בשמו או במקומו של השולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי. גישה זו מחייבת מתן תשובה לשתי שאלות נוספות: ראשית, "כוח" מהו? שנית, הענקת הכוח על-ידי מי?

ב. "כוחו"

§13. הביטוי "כוחו" אינו מוגדר בחוק השליחות. ביטוי זה אינו זהה להרשאה⁵³, ואין הוא מתאר מצב עובדתי-סטטי, אלא עקרון דינמי. אכן, ביטוי זה בא לתאר, לדעתנו, את האפקט המשפטי הטמון בשליחות. אם צודקים אנו בהנחתנו זו, ממילא נפתח הפתח להבנת הביטוי "כוחו". נראה לנו, כי משמעותו של ביטוי זה היא זו הקבועה בסעיף 2 לחוק השליחות, העוסק ב"דין השליחות", דהיינו, באפקט המשפטי של השליחות. "כוחו של השלוח" משמעותו איפוא, יכולתו של השלוח לחייב ולזכות, לפי הענין, את השולח, על-ידי ביצוע פעולה משפטית בשם השולח או במקומו, כלפי צד שלישי⁵⁴. זאת ועוד: משמעות זו לביטוי "כוחו" עולה בקנה אחד עם הביטוי

52 כגון שהשולח התנהג כלפי הצד השלישי באופן שהעניק הרשאה לשלוח, מבלי שזו הוענקה במשרין מהשולח לשלוח. במקרה זה, קיימת שליחות אך אין הרשאה. עיין בסעיף 3(א) לחוק השליחות.

53 ראה §16 להלן.

54 ראה: Restatement, Second, Agency, §6: "A power is an ability on the part of a person to produce a change in a given legal relation by doing or not doing a given act". לגישה כי ביסוד השליחות עומד כוחו (power) של השולח, ראו: Dowrick, "The Relationship of Principal and Agent, *op. cit.*, p. 36; Friedman, *op. cit.*, p. 12; Powell, *op. cit.*, p. 7.

"כוח" (power) בתורת המשפט⁵⁵, כפי שזו הופעלה על-ידי הפסיקה הישראלית⁵⁶.

ג. הענקת כוח על-ידי מי?

14§. בהגדרת השליחות בחוק השליחות לא נקבע מי מעניק וכיצד מוענק הכוח לשלוח לבצע פעולה משפטית בשמו של השולח או במקומו כלפי צד שלישי. בסוגיה זו עוסק סעיף 3 לחוק השליחות, לפיו השליחות מוקנית על-ידי התנהגותו (במובן הרחב) של השולח. ניתן איפוא לומר, כי יפוי כוחו של השלוח בא לו מהתנהגותו (במובן הרחב) של השולח. גישה זו עולה בקנה אחד עם ההשקפות הרווחות כיום בין מלומדים בתחום דיני השליחות, לפיהן כוחו של השלוח לשנות את מצבו המשפטי של השולח נגזר מכוחו של השולח לשנות, על-ידי פעולתו הוא, את מצבו המשפטי⁵⁷. גם אם השקפה אחרונה זו נכונה, יש לזכור, כי הגישה לפיה יפוי הכוח מוענק לשלוח על-ידי התנהגותו של השולח, אינה חלק מהגדרת השליחות עצמה. אילו רצה המחוקק לעשות את מעשה ההענקת על-ידי השולח כחלק מהגדרת השליחות עצמה, ניתן היה לעשות זאת בנקל. במקרה זה היתה הגדרת השליחות קיבעת, כי "השליחות היא יפוי כוחו של שלוח על-ידי שולח לעשות בשמו של השולח או במקומו פעולה משפטית כלפי צד שלישי". דבר זה לא נעשה. מכאן, שבאופן עקרוני עשויה להתקיים שליחות (כמשמעות ביטוי זה בסעיף 1 לחוק השליחות) גם במקום שיפוי הכוח אינו נגזר מהתנהגותו של השולח. עם זאת, לשם כך צריך תוראה מפורשת בחוק השליחות עצמו, אשר תרחיב את המסגרת הקבועה בסעיף 3 לחוק השליחות. אכן, הוראות כאלה קיימות בחוק השליחות. נקבע בחוק השליחות, כי לשולח נתונה היכולת לבטל את השליחות⁵⁸. עם זאת נקבע, כי אם השלוח או הצד השלישי לא ירעו על דבר הביטול, הם רשאים לראותה כנמשכת⁵⁹. בכל הנוגע לצד השלישי משמעות הדבר היא, שמוכר כוחו של השלוח לשנות מצבו המשפטי של השולח כלפי הצד השלישי. נמצא, כי השליחות קיימת, למרות שדבר זה טוב אינו עולה בקנה אחד עם רצונו של השולח, ואף עומד לעיתים בניגוד לרצונו. מצב דברים זה הביא מלומדים מספר למחשבה, כי הענקת יפוי הכוח נעשית על-ידי הדין עצמו⁶⁰. בהשקפה זו יש מלאכותיות רבה, שכן דבר זה ניתן היה לומר על כל

55 ראה: Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions*, p. 52; Salmond, *Jurisprudence*, 12th ed., p. 228; Dias, *Jurisprudence* (1964), 2nd ed., pp. 237-245.

56 ראה ע"פ 95/51 פורמסקי נ. היועץ המשפטי לממשלת ישראל, ו' פד"י, 341, 357: "כוח פירושו כאן, סמכות הוקית לשנות, על-ידי פעולה רצונית, את היחסים המשפטיים הקיימים בין בעל הסמכות לבין חברו או בין זה לבין אחרים; הוות אומר: הכושר להביא תמורה בזכויות ובחובות מזה ובזכויות ההפך ובהיתרים מזה. הכוחות מתחלקים שוב לשתי קבוצות: לכוחות פרטיים ולסמכויות פומביות. אדם המייפה את כוחו של אחר למכור את ביתו מקנה לזה את הכושר לשלול ממנו את הבעלות שהיתה לו בבית זה". ראה גם ע"א 22/56 כהן נ. קצין התגמולים, ו' פד"י, 1375, 1379.

57 ראה: Dowrick, *op. cit.*, p. 37: "The distinctive feature of the agency power-liability relation is that the power of the one party to alter the legal relation of the other party is a reproduction of the power possessed by the latter to alter his own legal position". לא נרחיב בשאלה זו כאן, שכן מקומה הראוי הוא בדיון על התאוריה של השליחות ולא בהגדרתה.

58 סעיף 14(א) לחוק השליחות.

59 סעיף 15 לחוק השליחות.

60 ראה: Montrose, *op. cit.*, p. 761: "The power of an agent is not strictly conferred

עיסקה משפטית. כאן, כמו במקרים אחרים, מאשר הדין את רצון הפרט, באשר הוא רצון הפרט, ותוך כדי כך מרחיב הוא את גבולו. הרחבת גבול זו לענין השליחות אינה מהפכנית. לא נובע ממנה, כי חוק השליחות מכיר בשליחות שאין בינה לבין רצונו של השולח ולא כלום. נהפוך הוא: במספר הוראות עומד חוק השליחות על כך, כי יצירתה הראשונית של השליחות תבוא דווקא מרצונו של השולח. ניתוק השליחות מרצונו של השולח מוכר לא לענין יצירתה הראשונית של השליחות אלא לענין צמצומה או הרחבתה. כך, למשל, הוראות סעיף 15 לחוק השליחות חלות רק לענין ביטול (או צמצום) שליחות קיימת. הוא הדין בהוראת סעיף 5(ב) לחוק השליחות, לפיה "רשאי שלוח לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר לשמירה על עניני השולח בקשר לנושא השליחות". תנאי הוא, כי הפעולה הדחופה והבלתי צפויה תיעשה על-ידי שלוח דוקא, דהיינו, מי שכבר נתקיימו בינו לבין השולח יחסי שליחות ראשוניים, וכן תנאי הוא שאותה פעולה דחופה תהיה דרושה באופן סביר לשמירה על עניני השולח בקשר לנושא השליחות הראשונית. ניתן אפוא לסכם סוגיה זו, בכך שיצירת השליחות מקורה בהתנהגותו של השולח, אך מתן תוקף להתנהגות זו כמעניקה כוח לשלוח, מקורה בחוק השליחות עצמו, אשר במקרים מיוחדים עשוי להכיר בקיומה של שליחות מעבר להתנהגותו המקורית של השולח.

ד. שליחות רצונית ושליחות מכוח הדין⁶¹

158. הניתוח, שנעשה לעיל, נסב סביב השאלה, מהו היחס בין התנהגותו של השולח לבין חוק השליחות כמקור להקניית כוחו של השלוח. שאלה אחרת לגמרי היא זו, אם חוק השליחות כולו מוגבל לשליחות "הרצונית" בלבד (בהרחבות המתבקשות מהוראותיו המפורשות של חוק השליחות) או שהוא חל גם על השליחות "החוקית", דהיינו, זו שמקורה הראשוני הוא בדבר חקיקה שאינו חוק השליחות, ושאינו מותנה כלל בהתנהגותו של השולח, כגון, נציגות בעלי הדירות בבית משותף⁶², או תושב ישראל כמורשה של תושב חוץ לענין מס הכנסה⁶³, או ממשלת ישראל כשליחה של מדינת ישראל על-פי חוק נכסי המדינה⁶⁴.

נראה לנו, כי באופן עקרוני חוק השליחות חל על השליחות הרצונית בלבד⁶⁵. עיון בהוראותיו של החוק מלמד, לדעתנו, כי הן מתייטבות רק עם ההנחה, כי במקורה השליחות נוצרה על-ידי התנהגותו של השולח. כך, למשל, נקבעו בסעיף 8 לחוק השליחות חובות נאמנות, המוטלות על השלוח כלפי השולח. חובות אלה הן בעיקר דיספוזיטיביות. נראה לנו, כי עצם הטלת החובות מחד גיסא, והיכולת לוותר עליהן

by the principal but by the law"; Friedman, *op. cit.*, 12: "The agency relationship is one that is created by the law, not by the conduct of the parties"

61 להבחנה בין שני אלה, ראה: de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, pp. 2-3.

62 ראה סעיף 69 לחוק המקרקעין, תשכ"ט-1969.

63 סעיף 111 לפקודת מס הכנסה (נוסח חדש).

64 סעיפים 4 ו-5 לחוק נכסי המדינה, תשי"א-1951.

65 ראה ע"א 72/68 מזרחי נ. הוסיין, כ"ג פד"י (2), 206, בו נקבעו יחסי שליחות בין בני-זוג מכוח התנהגותו של האחד כלפי צד שלישי. השווה גם סעיף 20 להצעת חוק השליחות, תשכ"ה-1964.

מאידך גיסא, אינו עולה בקנה אחד עם מרבית מקרי השליחות "החוקית". סעיף 14 לחוק השליחות מכיר בכוחו של השולח או השלוח לבטל את השליחות. נראה לנו, כי יכולת זו אינה מתיישבת עם האופי "החוקי" של השליחות. הוא הדין בהוראות בענין עכבון, שיפוי על הוצאות וכיוצא בהן, הוראות המעוגנות באופי הרצוני של השליחות. אם גישתנו זו נכונה היא, מתבקשת ממנה המסקנה, כי לענין השליחות "החוקית" קיימת לקונה בישראל, אותה יש למלא על-ידי פניה למשפט האנגלי. כמובן, מבחינת אחדותה של השיטה הישראלית, רצוי היה בענין זה ללמוד אנאלוגיה מחוק השליחות ולא לפנות למשפט האנגלי. אכן, לתוצאה זו רצוי להגיע עם ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו, 1922.⁶⁶

ה. כוח והרשאה

16§ המונחים "כוחו של שלוח" ו"הרשאה", המופיעים בחוק השליחות, אינם מוגחים זהים. כפי שראינו "כוח" הוא היכולת הנתונה לשלוח לשנות, על-ידי פעולת הייצוג שלו, את מעמדו המשפטי של השולח.⁶⁷ הרשאה מתארת דרך עיקרית ליצירת השליחות, דהיינו, להענקת הכוח לשלוח. במרבית המקרים יונקת יכולתו של השלוח מהרשאתו של השולח. אך קשר זה בין השניים אינו הכרחי, שכן מוכר כוחו של השלוח ללא הרשאתו של השולח. מצב דברים זה הוכר עוד באמצע המאה ה-19 בכתביו הידועים של פרופסור לבנד (Laband), אשר הדגיש⁶⁸, כי הרשאה (mandate) וכוח (power) חופפים רק באופן מקרי. הוא ציין, כי אין לראות בשני אלה את הצד החיצוני והפנימי של אותו יחס. לדעתו, שני אלה הם יחסים השונים זה מזה באופן מהותי, אם כי הם יכולים לחפוף באופן מקרי. החוק הגרמני⁶⁹, וחוקים רבים בעקבותיו, אמצו הבחנה זו.⁷⁰ החוק הגרמני הביא הבחנה זו לקצה גבולה ההגיוני. כך, למשל, ב-"procura" הגרמני⁷¹, פעולת השלוח מחייבת ומוזכה את השולח, גם אם השלוח פעל בניגוד להוראות השולח, וגם אם דבר זה ידוע לצד השלישי. ה-"Restatement" האמריקאי מקדיש מקום נרחב לדיון בכוחות טבעיים (inherent powers) של השלוח לשנות מצבו המשפטי של השולח בלא הרשאתו של השולח.⁷²

ההבחנה בין כוחו של השלוח לבין הרשאתו של השולח מוכרת בחוק השליחות. החוק מכיר במספר מצבים, בהם יש לשלוח כוח לשנות מצבו המשפטי של השולח, מבלי שהשולח העניק הרשאה לכך לשלוח.⁷³ עם זאת, אין חוק השליחות מרחיק לכת, ואין הוא מאמץ את גישתו הקיצונית של המשפט הגרמני. כך, למשל, אם השולח מורה

66 או ימצא גם פתרון "ישראלי" לבעיית השליח: ראה 26§ להלן.

67 ראה 13§ לעיל.

68 ראה: Laband, "Die Stellvertretung bei dem Abschluss von Rechtsgeschäften nach dem Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch," (1866), *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht*, p. 204.

69 ראה: B.G.B. סעיף 164 ואילך.

70 לרשימת ארצות אלה, ראה, Schmitthoff, *op. cit.*, p. 122.

71 סעיף 48 של ה-"Handelsgesetzbuch" הגרמני.

72 ראה: Restatement, Second, Agency, §8A.

73 סעיפים 5(ב) ו-15 לחוק השליחות.

לשלוח, שלא לבצע פעולה משפטית פלוגית, שהוא הורשה בעבר לבצעה, הרי יש בהוראה זו כדי לשלול הרשאתו של השלוח לבצע פעולה זו.⁷⁴ צד שלישי, שלא ידע על דבר ההוראה, רשאי להתעלם ממנה, ולראות השליחות כנמשכת. צד שלישי היודע על דבר הביטול, אינו נהנה מברירה זו.⁷⁵

אין כל מניעה מללכת בעקבות ה-Restatement, ולכנות כוחותיו של השלוח, שאינם יונקים מהרשאתו של השולח, "כוחות טבעיים". עם זאת, יש להדגיש, כי זהו צעד סמנטי גרידא. אין להכיר בישראל בכוחות השלוח שלא במסגרת אלה המוכרים בחוק השליחות עצמו. כוחות השלוח יהיו איפוא "טבעיים", רק עד כמה שהם אינם קשורים בהרשאת השולח, אך עליהם להיות מוכרים ומוסדרים בחוק השליחות. אין להכיר בכוחות "על-טבעיים".

3. "בשמו או במקומו"

א. עקרון הייצוג

§17. ביסוד השליחות עומד עקרון הייצוג (representation) המשפטי. השלוח אינו מבצע פעולה משפטית בסם עצמו. הפעולה המשפטית מבוצעת בשמו של אחר או במקומו. עקרון הייצוג, העומד ביסוד השליחות, הוא עקרון סבוך, המחייב פיתוח ענף של החשיבה המשפטית.⁷⁶ הפיתוח של עקרון הייצוג, כפי שהוא ידוע לנו כיום, הוא בעיקרו פרי ההתפתחות החברתית והמשפטית של המאות האחרונות.

ב. "בשמו" של שולח או "במקומו"

§18. עקרון הייצוג כמשמעותו בחוק השליחות, פירושו שהשלוח פועל "בשמו" של השולח או "במקומו".⁷⁷ פעולה משפטית⁷⁸ בשם השולח מהי? נראה לנו, כי השלוח פועל "בשמו" של השולח, כאשר הצד השלישי יודע או צריך היה לדעת, כי הפעולה המשפטית המתבצעת אינה נעשית על-ידי השלוח כדי שהוא בלבד יהיה צד לקשר המשפטי, אלא מטרתה להעניק זכויות וחובות במישורין לשולח, אשר קיומו וזהותו ידועים לצד השלישי. נראה לנו, כי המבחן כאן הוא אובייקטיבי. השאלה אינה מה חשב לעצמו השלוח, אלא כיצד נתפסה הפעולה על-ידי הצד השלישי הסביר: האם הוא ראה, או צריך היה לראות, בפעולתו המשפטית של השלוח פעולה, שכוונתה היתה ליצור קשר משפטי ישיר בינו לבין השולח, או שמא הוא חשב, או צריך היה לחשוב, שהפעולה נעשית על-ידי "השלוח" בשם עצמו.⁷⁹ אם צודקים אנו בהנחתנו זו, כי אז יש לומר,

74 סעיף 14(א) לחוק השליחות.

75 סעיף 15(ב) לחוק השליחות.

76 ראה: Müller-Freienfels, *op. cit.*, p. 166. במשפט העברי הוכר עקרון הייצוג כבר בתקופה קדומה. ראה: רקובר, שם, עמ' 11 ואילך.

77 סעיף 1(א) לחוק השליחות.

78 לפירוש הביטוי "פעולה משפטית", ראה §20 להלן.

79 למסקנה זו אנו מגיעים על יסוד סעיף 3 לחוק השליחות. נקבע בו, כי השליחות עשויה להיווצר על-ידי (1) הרשאת השולח לשלוח, או (2) בהודעת השולח (על דבר הרשאת) לצד השלישי, או על-ידי התנהגות השולח כלפי (3) השלוח או (4) הצד השלישי. מבין

שהשלוח פועל "בשמו" של השולח גם במקום שמבחינתו הסובייקטיבית של השלוח הוא פועל בשם עצמו, ובלבד שהתנהגותו של השולח כלפי הצד השלישי יצרה אצל זה האחרון את המחשבה הסבירה כי השלוח פועל בשם השולח. נמצא, כי מחשבתו הסובייקטיבית של השלוח כי הוא פועל בשמו של אחר (כלומר, שפעולתו יוצרת זכויות וחובות במישרין לזכות ולחובת אותו אחר) ולא בשם עצמו, איננה תנאי הכרחי ואף לא תנאי מספיק, לכך שיראו בפעולתו פעולה משפטית "בשמו" של השולח.⁸⁰

פעולה משפטית "במקומו" של השולח מהי? נראה לגו, כי השלוח פועל "במקומו" של השולח, כאשר הצד השלישי אינו יודע, כי הפעולה המשפטית מבוצעת על-ידי שלוח המבצע פעולת ייצוג, ואילו השלוח עצמו סובר, מבחינתו הסובייקטיבית,⁸¹ כי הוא פועל בשם שולחו.⁸² מסקנתנו זו מתבססת על כלל השליחות הנסתר, ועל העקרון, כי בשליחות נסתרת קיימת שליחות כמשמעותה בחוק השליחות.

מקרה מיוחד הוא זה בו השלוח מביא לידיעת הצד השלישי, כי הוא פועל בשמו של אחר, אך אינו מזהה את השולח. גם מקרה זה נכלל במסגרת השליחות. מבחינה לשונית ניתן לראות בשלוח זה מי שפועל הן בשמו של השולח והן במקומו. מבחינת הדין נקבע בסעיף 7 לחוק השליחות, כי במקרה זה חלים כללי השליחות הנסתרת. נמצא, כי המחוקק קרב את מעמדו של השולח שקיומו ידוע, אך זהותו אינה ידועה, למעמדו של השולח שעצם קיומו אינו ידוע.

ג. "עבור", "מטעם", "למען"

199. לעיתים מציינים, כי ביחסי שליחות השלוח פועל "עבור" השולח, "מטעמו" או "למענו".⁸³ דרך ניסוח זו איננה מדויקת, וחוק השליחות לא נקט בה בהגדרת השליחות.⁸⁴ הביטויים "עבור", "מטעם", "למען" וכדומה הם דו-משמעים.⁸⁵ הם

ארבע הדרכים שצוינו בסעיף 3, השניה והרביעית אינן מחייבות את שיתוף הפעולה של השלוח. הגורם הקובע בשתי דרכים אלה הוא התנהגותו (במובן הרחב) של השולח, כפי שהתפרשה באופן סביר על-ידי הצד השלישי. המבחן הוא, איפוא, אובייקטיבי.

80 יש להדגיש, כמובן, שמחשבתו הסבירה של הצד השלישי, כי השלוח פועל בשמו של השולח אינה תנאי מספיק לאחריות השולח, שכן תנאי נוסף הוא שלשלוח יהיה הכוח לפעול בשם השולח.

81 ראה סעיף 7 לחוק השליחות. ייתכן שהמחשבה הטיפוסית של השלוח הנסתר היא, שהן הזכויות והן החובות יוטלו על השולח, אך מכיוון שסעיף 7 עצמו מבחין בין החובות לבין הזכויות, עמדנו אנו על הבחנה זו, אם כי אינה תיונית. ברור שאם השלוח בשליחות נסתרת סבר, כי הן החובות והן הזכויות יהיו של השולח, הוא פועל "במקומו" של השולח.

82 ראה הערה 80. כמו במקרה בו השלוח פועל ב"שמו" של השולח, גם כאן מחשבתו הסובייקטיבית של השלוח אינה תנאי מספיק לאחריות השולח, שכן תנאי נוסף הוא שלשלוח יהיה הכוח לפעול במקומו של השולח.

83 באשפט האנגלי מרבים להשתמש בביטוי "on his behalf" או "for", ראה: Bowstead, *op. cit.*, p. 1; *Digest of English Law*, 4th ed., §462.

84 מעגין להשוות בין ניסוחו של סעיף 1 לחוק השליחות, הנוקט בביטוי "בשמו" או "במקומו" לבין ניסוחו של סעיף 6(ג) לחוק השליחות, הנוקט בלשון "למענו". שוני זה אינו מקרי: על-פי המחשבה האנגלו-סכסית, כאשר יום מבצע פעולה משפטית בטרם הוקם התאגיד, אין הוא פועל בשמו או במקומו, שכן השולח אינו קיים. היום פועל למען התאגיד שיקום.

עשויים להתייחס לשני מצבים אפשריים: האחד, מצב של שליחות, בו השלוח פועל "עבור" השולח, או "מטעמו", או "למענו", שכן הוא פועל בשמו או במקומו. הפעולה היא "עבור" השולח, שכן מכות כללי השליחות יש בפעולתו המשפטית של השלוח כדי לחייב ולזכות במישרין את השולח. האחר, מצב של העדר שליחות, בו הפעולה היא "עבור", "מטעם" או "למען" אדם אחר, שכן היא נעשית על-פי בקשתו. כדי שפעולה זו תחייב או תזכה את המבקש דרושה פעולה משפטית נוספת של העברה. נמצא, כי אין זה מדויק לומר, כי השליחות קיימת, במקום שראובן פועל "עבור" שמעון או "מטעמו" או "למענו", שכן תתכן פעולה כאמור ללא שליחות. הכינוי, שנתנו הצדדים ליחס שביניהם, כשלעצמו אינו מכריע⁸⁵. ייתכן שראובן ושמעון קבעו ביניהם, כי שמעון פועל כשלוחו של ראובן, ובכל זאת אין יחסי שליחות ביניהם. דבר זה עשוי לקרות, למשל, אם מתברר מהוראותיו האחרות של ההסכם, כי למעשה פועל שמעון בשם עצמו⁸⁶. בדומה, עצם העובדה שראובן ושמעון קבעו, כי שמעון פועל "עבור" ראובן, אך לא ציינו כי הוא פועל "בשמו", אין בה כדי להכריע נגד קיומם של יחסי שליחות.

4. "פעולה משפטית"

א. הגדרה

20§ חוק השליחות, בדומה לדברי חקיקה אחרים הנוקטים לביטוי זה⁸⁷, אינו מגדיר "פעולה משפטית" מהי. נראה לנו, כי ביטוי זה, המקובל על הספרות המשפטית הגרמנית, חייב להתפרש מתוך הקשר הדברים בו הוא מצוי. מכאן, שאין כל הכרח כי הפירוש לביטוי "פעולה משפטית" בחוק השליחות יהא זהה לפירוש שניתן לביטוי זה בדברי חקיקה אחרים או בספרות העיונית של שיטה זרה זו או אחרת⁸⁸. ראינו⁸⁹, כי השליחות באה להרחיב את שדה פעולתו של היחיד, מעבר לגבולותיו הפיסיים או למגבלות גיאוגרפיות. מטרתה אינה עויינת ליחיד, המבקש לפעול באמצעות אחרים. מכאן מתבקשת המסקנה, כי "פעולה משפטית" היא פעולה במסגרת הדין ולא פעולה המטילה אחריות, בהיותה נוגדת את הדין⁹⁰. ראינו, כי משמעותה של השליחות איננה בויהוי פיסית בין השולח לבין השלוח, אף

חוק השליחות המשיך בקו מחשבה זה, אך סטה ממנו בכל הנוגע למתן כוח לתאגיד לאשרר הפעולה.

85 ראה: (1949) Scavey, *Studies in Agency*, p. 16; de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, p. 69.

86 ראה: 11-16 pp. de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, p. 5; Bowstead, *op. cit.*.

87 ראה 45 לעיל.

88 ראה, למשל, סעיף 1 לחוק שיווי זכויות האשה, תשי"א-1951 (ס"ח 82, תשי"א, עמ' 248) וסעיף 3 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962 (ס"ח 380, תשכ"ב, עמ' 120).

89 השווה אנגלרד, "חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962", פירוש לחוקי החוזים (בעריכת ג. טדסקי), חלק ראשון, עמ' 26.

90 ראה 35 לעיל.

91 ראה הרחבת סוגיה זו ב-225 להלן.

לא בראייה פיקטיבית, כאילו פעולת השלוח נעשתה על-ידי השולח.⁹² משמעותה של השליחות היא נורמטיבית, לפיה פעולת השלוח יש בה כדי לשנות את מצבו המשפטי של השולח כלפי צד שלישי. נראה לנו, כי לאור הנחות אלה ניתן להגדיר "פעולה משפטית" לענין חוק השליחות, כפעולה מכוונת במסגרת הדין אשר יש בה כדי לשנות את מצבו המשפטי של השולח.⁹³ נעמוד עתה בקצרה על פרטי ההגדרה.

ב. פעולה

§ 21. "פעולה משפטית" היא בראש ובראשונה פעולת אנוש. היא נבדלת איפוא מכל אותם אירועים שאין בהם פעולת אנוש, כגון, מאורע טבע.⁹⁴

באופן עקרוני נראה לנו, כי מושג ה"פעולה" כולל בחובו הן מעשה והן מחדל. התחזקה גם היא יכולה להחשב כפעולה משפטית, ובלבד שיש בה כדי להביא לשינוי במצבו המשפטי של השולח. שינוי כזה יקרה, למשל, אם מכוח התחזקה תירכש זכות חדשה,⁹⁵ או תוענק חסינות שאינה קיימת בלעדיה.

ג. במסגרת הדין

§ 22. מקובל הוא בתורת המשפט, כי המונח "פעולה משפטית" מתייחס לפעולות במסגרת הדין ולא תוך כדי הפרתו.⁹⁶ על כן כריתת חוזה או מתן מתנה הינה פעולה משפטית, בעוד שביצוע עוולה אזהרית או עבירה פלילית אינו פעולה משפטית. אמת הדבר, ביצוע עוולה על-ידי השולח עשוי להטיל אחריות על השולח, ובכך להביא לשינוי במצבו המשפטי של השולח. שינוי זה נעשה בניגוד לרצון השולח וכפעולה עוינת כלפיו.⁹⁷ נראה לנו, כי גישה זו של תורת המשפט, המצמצמת את "הפעולה המשפטית" לפעולות במסגרת הדין בלבד, ולא לכל פעולה שאיזה דין מדיני השיטה קושר לה תוצאות משפטיות, מתיישבת יפה עם כוונת המחוקק ומגמתו של חוק השליחות. מטרת חוק זה הינה, כפי שראינו,⁹⁸ להרחיב את תחום פעולתו של היחיד. שונה לחלוטין היא מטרת הדינים המטילים אחריות בשל פעולות אסורות. כאן מטרת הדין הינה להביא לתוצאה עוינת לעושה. מטרת הדין אינה הרחבת שדה פעולתו של היחיד, אלא בין השאר פיצוי הניזוק או הענשת העבריין. שוני זה במטרה מן ההכרח

92 ראה § 25 לעיל.

93 השווה אנגלרד, שם, עמ' 25-26. נמצא, כי ההגדרה של פעולה משפטית בחוק השליחות רחבה מזו שיש לתת לביטוי זה במסגרת חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב-1962.

94 ראה: Paton, *A Text-Book of Jurisprudence*, (1964), 3rd ed., p. 273.

95 לרבות הענקת חסינות מתביעה, כפי שהדבר מוסדר בחוק התיישנות, תשי"ח-1958.

96 ראה: Paton, *op. cit.*, pp. 279, 283; Salmond, *Jurisprudence*, (1966), 12th ed., p. 333.

97 ראה טדסקי, שם, עמ' 108. ראה גם: Müller-Freienfels, "The Law of Agency," *Civil Law in The Modern World* (1965), pp. 77, 107; Tedeschi, "Authorization of Torts," *Isr.L.R.*, p. 9 et seq. (1969).

98 ראה § 35 לעיל. מכאן מתבקשות מסקנות נוספות: באחריות בנוזקין, אחריותו של השולח היא משנית. השלוח אחראי גם הוא, ורק אם הוא אחראי גם השולח אחראי. לא כן בפעולות משפטיות. אחריותו של השולח היא היחידה הבאה בחשבון, שכן במצב הרגיל, השלוח "יוצא מהתמונה".

בי יצמצם את תחולתו של חוק השליחות לתחום הפעולות המותרות בלבד. במקום ששלוח, כמשמעות ביטוי זה בחוק השליחות, מבצע עוולה או עבירה, אחריות "השולח" ⁹⁹ נקבעת בפקודת הגויקין או בחוק הפלילי, ולא בחוק השליחות. לעיתים יקרה, כי פעולה עשויה להחשב כ"פעולה משפטית" לענין חוק השליחות, ועם זאת לגרור אחריות אחריות בגויקין או בפלילים. כך, למשל, יש והצעתו של ראובן בשמו של שמעון, המשמשת בסיס לקיבול ההצעה על-ידי לוי, כוללת בחובה לשון הרע או תרמית או מעשה רשלנות. במסיבות אלה יש להבחין, עד כמה שאפשר, בין אותו חלק שהוא במסגרת הדין אשר עליו חל חוק השליחות, לבין אותו חלק המפר את הדין, ושעליו לא יחול חוק השליחות.

ד. פעולה משפטית ופעולה מטריאלית (פיסית)

§23. פעולה תחשב כ"פעולה משפטית" רק אם היא מכוונת להביא לשינוי במצבו של השולח ¹⁰⁰, על-ידי יצירה, שינוי או ביטול של זכויות, חובות, חסינויות או כוחות. על כן, אם ראובן מבקש משמעון כי שמעון ייצגו בהלוויה או בארוחה ושמעון עושה כן, פעולתו של שמעון אינה משפטית אלא מטריאלית, שכן לא חל כל שינוי במצבו המשפטי של ראובן ¹⁰¹. בדומה, סוכן ביטוח הממלא טופס של ביטוח אינו פועל כשלוח של חברת הביטוח או המכוסה, שכן במילוי הטופס (להבדיל מחתימה על פוליסת הביטוח) אין משום פעולה משפטית ¹⁰².

זאת ועוד: אף אם חל שינוי במצבו המשפטי של אדם על-ידי פעולת הזולת במסגרת הדין, אין בכך בלבד כדי לגרום כי אותה פעולה תחשב כמשפטית. כדי שפעולה תחשב משפטית היא צריכה להיות מכוונת להשגת השינוי בדין, ואין זה מספיק, כי השינוי בדין הינו תוצאתה. על כן, הפקרת נכס ¹⁰³ היא פעולה משפטית, שכן מתמוגים בה מעשה הוצאה משליטה עם כוונת הפקר, אשר תוצאתה היא אבדן בעלות. לעומת זאת, בניית בית מחומרים השייכים לאחר איננה פעולה משפטית, גם אם בגמר הבניה משתנה מאון הזכויות של בעל הבית, בכך שקיימת בידו בעלות על נכס שלא היתה קיימת קודם. מעשה הבניה איננו פעולה משפטית, שכן רצון הבניה אף שהוא קיים איננו רצון המכוון להשיג שינוי במצבו המשפטי של בעל הבית. השינוי במצב המשפטי הוא תוצאת הבניה ולא כוונתה. דוגמא אחרת: נניח כי ראובן מוכר ספר ללוי. מכוח המכר מוטלת על ראובן החובה להעביר ההחזקה בספר ללוי. ראובן מבקש משמעון כי יקח הספר וימסור אותו ללוי. אף שפעולתו של שמעון היא במסגרת הדין, ואף שיש בה כדי לשנות מצבו המשפטי של ראובן בכך שמכחה יוצא ראובן ידי חובת המסירה, אין היא פעולה משפטית ¹⁰⁴, שכן השינוי במעמדו המשפטי של ראובן היא תוצאת המסירה ולא

99 במרכאות, שכן אחריותו בגויקין או בפלילין נקבעת על-פי המבחנים הקבועים בחוקים אלה.

השווה: de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, p. 16.

100 ראה טדסקי, שם, עמ' 109.

101 ראה: Powell, *op. cit.*, p. 4.

102 ראה: Tedeschi, "Assured's Misrepresentation and the Insurance Agent's Knowledge of the Truth," 7 (1972), *Isr.L.R.*, 475, 485.

103 ראה סעיפים 3 ו-7 לחוק המטלטלין, תשל"א-1971.

104 השווה: de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, p. 16.

מטרתה. מנקודת מבטו של שמעון, השינוי בדין הוא תוצאה בלתי מכוונת. כך למשל אותה תוצאה היתה מושגת אילו שמעון לא ידע כלל על קיום התווה, או אילו לא ידע כלל שהוא מוסר ספר.

אף שסבורים אנו, כי יסוד הרצון המכוון להשגת תוצאה משפטית הוא חיוני לפעולה המשפטית, מן הדין לציין, כי רצון זה אינו חייב להיות משוכלל בפעולה המשפטית כפי שהוא בעיסקה המשפטית.¹⁰⁵

ה. שינוי במצב המשפטי

§23א. באמרנו כי "פעולה משפטית" היא זו המביאה, במסגרת הדין, לשינוי במצבו המשפטי של השולח, כוונתנו הינה לכל פעולה המשנה את זכויותיו, חובותיו, כוחותיו או חסינויותיו של השולח. ניתן לדבר כאן על שינוי "בזכויותיו" של השולח, ובלבד שיובן כי הכוונה היא לזכויות "במובן הרחב"¹⁰⁶. על כן הענקת זכות חווית, או הטלת חיוב, או שינוי בכוח או הענקת חסינות, כל אלה הינם שינויים במצבו המשפטי של השולח. השינוי יכול שיתבטא ביצירת "זכות" (במובן הרחב) שלא היתה קיימת, בשינוי זכות קיימת או בביטולה של זו.

ו. פעולות משפטיות אשר אינן משמשות נושא לשליחות

§24. הכלל הינו "כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות"¹⁰⁷. נמצא, כי במקום שהדין מעניק זכות או חירות לאדם לבצע פעולה משפטית, אותו אדם מצוי בגדר זכותו, או חירותו אם הוא מעניק כוח לשלוח לבצע אותה פעולה משפטית בשמו או במקומו. בדומה, במקום שהדין מטיל על אדם חובה לבצע פעולה משפטית, אותו אדם יוצא ידי חובתו אם הוא מעניק כוח לשלוח לבצע פעולה זו בשמו או במקומו. לבסוף, כשהדין מעניק לאדם כוח לשנות על-ידי פעולתו המשפטית את מעמדו של אחר, מעמדו של אותו אדם משתנה אם הפעלת הכוח האמור תמסר לשלוח, אשר יפעילו בשמו של השולח או במקומו¹⁰⁷. לענין כל אלה, אין נפקא מינה אם מקורה של הזכות, החירות, החובה או הכוח האמורים הוא בחופש הכללי שהדין מעניק לאדם לבצע פעולות משפטיות, או שמקורה בזכות, חובה או כוח הקבועים בדין ספציפי לענין זה¹⁰⁸. לעקרון רחב זה מוכר הריג חשוב. אין לבצע באמצעות שלוח פעולה משפטית שיש לבצעה אישית¹⁰⁹. על הצורך בביצוע אישי ניתן ללמוד ממהות הפעולה עצמה או מהוראותיו של דין.

מהות הפעולה המשפטית מצביעה על הצורך בביצוע אישי כאשר זהותו ותכונותיו

105 ראה טדסקי, "הצעת חוק החוזים (חלק כללי)", תש"ל-1970, וגבולותיה", משפטים, כרך ג', עמ' 105, בעמ' 108.

106 להבחנה בין זכות "במובן הצר" לבין זכות "במובן הרחב", ראה: Salmond, *op. cit.*, p. 224, וכן ע"פ 95/51 פורמסקי נ. היועץ המשפטי לממשלת ישראל, ו' פד"י, 341.

107 סעיף 1(ב) לחוק השליחות, הקובע: "כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על-פי דין יש לבצעה אישית".

107 ראה: Restatement, Second, Agency, §17.

108 ראה: Powell, *The Law of Agency*, (1952), p. 242.

108 סעיף 1(ב) לחוק השליחות.

האישיות של המבצע הן בעלות חשיבות מטריאלית¹⁰⁹. חשיבות זו, יש שהיא נובעת ממהות העניין ויש שהיא נקבעת במפורש בהסכם שבין הצדדים. במקום שהדין קובע, כי פעולה משפטית פלונית דורשת ביצוע אישי גרידא, יש לנהוג על-פי דין זה¹¹⁰, ולא לפי קביעתו הכללית של חוק השליחות. הגבלת הדין, יכולה להיות מפורשת – כגון, הוראת חוק הירושה, כי "אין צוואה נעשית אלא על-ידי המצווה עצמו" – והיא יכולה להיות משתמעת. דבר אחרון זה קשור לפרשנותו של הדין המהווה מקור לאותה פעולה משפטית. השאלה הינה, אם מטרת החוק תוגשם כהלכה אם הפעולה המשפטית תבצע באמצעות שלוח¹¹¹. על כן יש להחיל את חוק השליחות בזהירות רבה בתחומי המשפט הציבורי, שכן בתחומי יש לרוב חשיבות מכרעת לזהותו ולתכונותיו האישיות של המבצע. בדומה, רק בתחומים צרים של דיני המשפחה ניתן יהיה להפעיל את חוק השליחות, שכן גם כאן נודעת חשיבות לביצוע האישי של הפעולה המשפטית.

5. "כלפי צד שלישי"

§ 25. חוק השליחות מסיק על השליחות כעל יחס "משולש"¹¹²: שולח, שלוח וצד שלישי. "צד שלישי" זה מיהו? בודאי שאין לדרוש, כי אותו צד¹¹³ שלישי יהא אדם שזהותו ידועה לשולח בשעת יצירת השליחות. תנאי זה אינו מופיע בסעיף 1 לחוק השליחות ואין הוא נדרש ההגיון. במקרים רבים קיימת שליחות למרות שזהותו של הצד השלישי כלל אינה ידועה בשעת יצירת השליחות. זאת ועוד: תתכן שליחות בה זהותו של הצד השלישי לעולם לא תהיה ידועה, שכן יתכן שהשלוח לא הצליח להגשים את שהוטל עליו. ניתן לומר, כי "צד שלישי" משמעותו אדם "מסוים" להבדיל מכולי עלמא. אף פירוש זה, נראה לנו, צר מדי, שכן תתכן פעולה משפטית באמצעות שלוח כלפי כולי עלמא שיש בה כדי לשנות המאזן של זכויות השולח או חובותיו, מבלי שתהיה כל הצדקה להוציא פעולה זו מתחום השליחות¹¹⁴. אם צודקים אנו בהנחתנו זו, כי אז אין מנוס מלפרש את הביטוי "צד שלישי" בחוק השליחות כמתניחם לכל אדם

109 ראה: de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, p. 27. יש המדגימים חריג זה בדוגמא הבאה: ראובן התחייב כלפי לוי לצייר תמונה או להכין פסל. ראובן אינו רשאי להעסיק את שמעון לבצע העבודה, שכן בעניני אמנות, תכונותיו האישיות של המבצע הן בעלות חשיבות מטריאלית. נראה לנו כי הדוגמא אינה לענין שכן מעשה הציור או הפיסול אינן פעולות משפטיות כלל.

110 ראה סעיף 28(א) לחוק הירושה, תשכ"ה-1965 (סה"ח 446, תשכ"ה, עמ' 63).

111 ראה: Restatement, Second, Agency, p. 86.

112 יחס זה מכונה על-ידי אבוט (Abbott): "trilateral relation". ראה: Abbott, "The Nature of Agency," 9 (1896), *H.L.R.*, 507, 512. נראה כי "זכות היוצרים" למינות זה שייכת

לשופט ביילס (Byles J.) בפרשת (1859), *Dingle v. Hare*, C.B.N.S. 195.

113 הביטוי "צד שלישי" אינו מוצלח, שכן הוא רומז על כך שצריך להיות צד לחוזה. זו כמובן הגבלה בלתי נכונה. מוטב היה – אם בכלל – לדבר על אדם שלישי.

114 ראובן, תופס במקרקעין, מעניק לשמעון הכוח להרשות בשמו לכל אדם לעלות על המקרקעין. נראה לנו כי ההכרזה האמורה הינה "פעולה משפטית", שכן לאחריה משתנה מצבו המשפטי של תופס המקרקעין כלפי כולי עלמא. עד לאותה אכרזה היה כל העולה על המקרקעין בגדר מסיג גבול. כמנה ואילך כל אחד הוא בר-רשות. האין לומר כי "הצד השלישי" כאן הוא "כולי עלמא"? בדומה, כאשר השלוח מפקיר גכס של השולח (הבעלים) אין מקום לדבר על "צד שלישי" מסוים.

(בין מסויים ובין בלתי מסויים) שאינו השולח והשלוח. נמצא, כי השולח והשלוח הם הצד האחד והשני, ואילו כל מי שאינו אחד מהם הוא "צד שלישי". אם אכן זהו הפירוש הנכון, יש מקום לתהות מה ראה המחוקק לנכון לכלול דרישה זו של "צד שלישי" בהגדרת השליחות. נראה לנו, כי ההגדרה לא היתה משתנה אילו נקבע בה, כי השליחות היא "יפוי כוחו" של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית. הקביעה, כי השליחות קיימת במקום שהפעולה המשפטית היא "כלפי צד שלישי", עשויה לעורר קושי במקום שהשלוח מבצע פעולה משפטית כלפי עצמו. נניח, כי ראובן ייפה את כוחו של שמעון לקנות עבורו נכס פלוני. שמעון הוא בעלים של נכס מהסוג האמור, והוא מוכן למכור הנכס לראובן. האם עשויה להתקיים שליחות במקרה זה? לדעתנו התשובה היא בחיוב.¹¹⁵ יש להבחין בין פעולתו של שמעון כשלוח לבין פעולתו עבור עצמו. במקום שהוא פועל לעצמו הוא משמש כצד שלישי לענין הגדרת השליחות.

ד. שליחות ויחסים משפטיים דומים

1. שלוח ושלוח

269. ראובן ולוי עשו ביניהם חוזה מכר, לפיו מכר ראובן ללוי ספר. ראובן הטיל על שמעון את התפקיד להביא הספר ללוי. האם שמעון הוא שלוח של ראובן כמשמעות ביטוי זה בחוק השליחות? ראובן אומר לשמעון: "לך אל לוי ואמור לו, כי אני מבקש לקנות ממנו את מכוניתו במחיר פלוני". שמעון עושה כן, ולוי מוכר המכונית. האם שמעון הוא שלוח של ראובן? ¹¹⁶ עמדתה של המגילה ¹¹⁷, וכן עמדתן של שיטות משפט קונטיננטליות, הינה ¹¹⁸, כי בשתי הדוגמאות שהבאנו, שמעון אינו שלוח אלא שליח. שיטות משפט אלה מתייחסות אל שמעון כאל מכשיר, כלי-שרת, העוזר והמסייע למשלח עצמו. הוא בבחינת צינור להעברת רצונו של המשלח (nuntius), מעין "מכתב מדבר". מעשהו אינו מעשה שלוח אלא, כלשונו הציורית של המשפט העברי, "מעשה קוף בעלמא". המשפט האנגלו-אמריקאי לעומת זאת, אינו נוקט עמדה כה ברורה, שכן חכמי המשפט בו חלוקים בדעותיהם: אלה גורסים, כי השליח הוא שלוח ודיני השליחות הכלליים חלים, ואילו אחרים מבחינים בין השניים ומוציאים את השליח מתחולתם של דיני השליחות ¹¹⁹. מה הדין לאור חוק השליחות?

115 בתמיכה לפירושו זה ניתן להביא את הוראת סעיף 8(3) לחוק השליחות, הקובע, כי "באין כוונה אחרת משתמעת ממהות השליחות או מתנאיה... יהולו... חובות אלו: (3) לא יעשה (השלוח) פעולת שליחות עם עצמו". משמע, כי במקום שמשמעת כוונה אחרת – כגון שהוסכם על כך בין השולח לבין השלוח – אין בכך משום הפרת חובת הנאמנות שהשלוח חב לשולח, אם השלוח יעשה פעולת שליחות עם עצמו. נראה שהנחת היסוד עליה בנויה הוראה זו הינה, כי השליחות לענין פעולה זו קיימת.

116 שונה אולי המקרה בו ראובן אומר לשמעון: "לך אל לוי ואמור לו כי הנך רוצה למסור לו בשמי מכונית במחיר פלוני". במקרה זה העיסקה היא ביטוי לרצונו של שמעון. הפעולה נעשית על-ידו, ומטרתה להביא לשינוי בדין.

117 סעיפים 1450, 1454, 1455 למגילה. סעיפים אלו בוטלו על-ידי סעיף 20 לחוק השליחות.

118 ראה פרוקצ'יה, "על ההבחנה בין שלוח לבין Nuntius". עיוני משפט, כרך ב', עמ' 284, 286.

119 ראה פרוקצ'יה, שם, שם. במשפט המקובל אין הדעה אחידה: יש הסבורים כי השליח

עיון מקרוב בשתי הדוגמאות שהבאנו מגלה, כי ניתן להבחין ביניהן, תוך דיון עצמאי בבעיות של כל אחת מהן. בדוגמא הראשונה נשתכללה עיסקה בין המשלח והצד השלישי ללא כל התערבות של השליח.¹²⁰ לעומת זאת בדוגמא השנייה השליח היווה צינור לשכלול העיסקה עצמה. נראה לנו, כי אין קושי בהסקת המסקנה, כי בסוג המקרים הראשון, השליח אינו שלוח, וחוק השליחות אינו חל. ההסבר לגישתנו זו הינו, כי פעולתו של השליח אינה פעולה משפטית אלא פעולה מטריאלית (פיסית); השינוי במצבו של המשלח חל בעקבות פעולות המשלח עצמו, שקדמו לפעולות השליח. השלילת הגשים את הפעולות המטריאליות שנתבקשו על-ידי ההסדר המשפטי החדש. אמת הדבר, מסירת הספר (בדוגמא שהבאנו) יש בה כדי להביא לשינוי במצב המשפטי של ראובן, במובן זה כראובן אינו נחשב כמפר חוזה. אך שינוי זה הינו תוצאה בלבד מפעולתו של שמעון, ולא שינוי מכוון על-ידי עצם הפעולה.

275. קשה יותר בעינינו הוא סוג המקרים השני. כאן לא קיים קשר משפטי קודם בין המשלח לבין הצד השלישי. קשר זה נוצר על-ידי פעולתו של השליח. האין לומר כי בסוג מקרים זה השליח הוא שלוח? נטען, כי לשליח אין שיקול דעת משלו, וכי הוא מבצע תפקיד מיניסטריאלי גרידא. על כך ניתן להשיב, כי חוק השליחות אינו מעמיד את קיום שיקול הדעת העצמאי של השלוח כתנאי לקיום השליחות. אחרים טוענים, כי המאפיין את השליחות הינו החפיפה בין יצירת הרצון לבין הצהרתו על-ידי השלוח; בעוד שבסוגיית השליח יצירת הרצון נעשית אצל המשלח ואילו הצהרת הרצון נעשית על-ידי השליח. אך האין לומר כי השליח אימץ את רצונו של המשלח? הועלתה ההשקפה, כי שליח אינו שלוח, שכן לשליח אין הכוח לשנות את מעמדו המשפטי של המשלח, ובהעדר כוח זה אין מקום לשליחות.¹²¹ "כאשר א' מטיל על ב' להודיע את רצונו לג' אין הוא מקנה לו כוח; הכוח הוא שלו עצמו, הוא מפעילו לפי שיקולו ואינו מייעד לב' תפקיד אחר מאשר תפקיד טכני בדומה למכתב, למברק, להודעה בטלפוניטר או ברדיו". אך הנמקה זו¹²² אינה משיבה על השאלה, מדוע אין

והשלוח נשלטים על-ידי דיני השליחות. ראה: Seavey, *op. cit.*, p. 75. אחרים מבחינים בין השנים. ראה: Powell, *op. cit.*, pp. 5-6; Montrose, *op. cit.*, p. 711. ראה גם: Tedeschi, "Assured's Misrepresentation and the Insurance Agent's Knowledge of the Truth," 7 (1972), *Isr.L.R.* 475, 483.

120 השווה סעיף 1454 למג'לה.

121 פרוקציה, שם, עמ' 289. אחד מהנימוקים המובאים על-ידי פרופסור פרוקציה הינו, כי העדר שיקול הדעת מצביע על העדר כוח (עמ' 289). איננו מקבלים דעה זו. לדעתנו אין כל קשר בין קיום שיקול דעת או העדרו לבין קיום כוח או העדרו. המשפט המינהלי מכיר בהבחנה בין סמכות שביקול דעת לבין סמכות מיניסטריאלית. האחרונה אינה חדלה להיות סמכות (דהיינו כוח) בשל העדר שיקול הדעת. מקובלת הדעה, כי סמכות תחגינה של נשיא המדינה נעדרת שיקול דעת, שכן עליו לפעול בהתאם להמלצת שר המשפטים. הוא הדין בסמכויות אחרות, שחוק יסוד: נשיא המדינה, מעניק לו. היעלה על הדעת לומר, כי לנשיא המדינה אין "כוח"?

122 פרופסור פרוקציה כעלה נימוק נוסף: "כאשר א' פונה ל-Nuntius אין הוא נותן לו הרשאה. הוא מטיל עליו תפקיד טכני ותו לא. אין לנו פה ענין בהודעה לצד ג' או בהתייחסות השולח. המקור ליצירת השליחות חסר וה-Nuntius אינו שלוח" (עמ' 289). לדעתנו, כאשר המשלח פונה לשליח ומבקש ממנו למסור הצעתו לצד ג', או כאשר המשלח מוסר

לראות בשליח בעל כוח, וזאת לאור תוצאת פעולתו, דהיינו, שחל שינוי במעמדו המשפטי של המשלח כלפי צד שלישי? אילו מסירת הצעתו של המשלח היתה נעשית על-ידי זר, המשלח לא היה משנה את מעמדו המשפטי. דוקא משום שהפעולה נעשתה על-ידי שליח חל אותו שינוי. האין בכך הוכחה כי לשליח מוקנה הכוח לשנות מצבו המשפטי של המשלח? אמת הדבר, כוח זה בא לו מהמשלח עצמו, אך זהו גם הדין במקרה הרגיל של השליחות.¹²³

נראה לנו, כי היסוד העיקרי המבדיל בין השליח (בסוג מקרים זה) לבין השלוח הוא זה: העברת הצעתו של המשלח לצד השלישי הינה, מבחינתו של השליח, פעולה מטריאלית (פיסית).¹²⁴ אמת הדבר, כתוצאה מהעברת ההצעה חל שינוי במצבו המשפטי של המשלח, ומבחינה זו ניתן לומר, כי לשליח מוקנה "כוח". אך שינוי זה, מנקודת מבטו של השליח, הינו תוצאה הנובעת מפעולתו ולא מטרתה. כאשר השליח מוסר את הצעתו של המשלח לצד השלישי, אין הוא מתכוון להביא, בפעולתו זו, לשינוי במצבו המשפטי של המשלח. השליח נשאר אדיש למצבו המשפטי של המשלח. תפקידו אינו אלא לבצע פעולה פיסית של העברת הצעה. כוונת השינוי במצב המשפטי היא אצל המשלח. שוני זה בין השליח לשלוח ניתן גם לתאר באופן הבא: בשלוח, השינוי במצבו המשפטי של השלוח הוא פרי השיטה המשפטית הנותנת תוקף לפעולתו המשפטית של השלוח. פעולת השלוח אינה פעולת השלוח, השלוח עצמו אינו פועל כלל. הפעולה המשפטית נעשית על-ידי השלוח, והדין נותן תוקף לפעולה זו בכך שיש בה לשנות מצבו המשפטי של השלוח. אם נרצה נוכל לכנות מצב זה כפעולה "שילוחית". לא כן בסוגיית השליח. כאן ניתן להסביר את השינוי במעמדו של המשלח על יסוד פעולתו הוא. בעל ההצעה חב מפני שהוא נתפס על הצעתו. כאן, בסוגיית השליח, אין כל פיקטיביות באמירה, כי התנהגותו של המשלח היא שהביאה לשינוי במצבו המשפטי. אם נרצה נוכל לכנות מצב זה כפעולה "אישית".

אם צודקים אנו בניתוח זה, נמצא כי השליח אינו נתפס בחוק השליחות¹²⁵ מכיון שהוראות המגילה בענין השליח בוטלו¹²⁶, הרי שקיימת בסוגיה זו לקונה במשפטנו, המחייבת פניה למשפט האנגלי. תוצאה זו אינה רצויה, שכן מבחינת שלמות השיטה והגיזנה הפנימי, טבעי היה להחיל על השליח דינים אנאלוגיים לאלה החלים על השלוח בישראל. אכן, אם סימן 46 לדבר המלך במועצתו יבוטל, ובמקומו תבוא הוראה בענין אנאלוגיה, תהיה בשיטתנו הקשה מדיני השליחות הישראלים על מעמדו של השליח.

לצד השלישי, כי הצעתו תימסר על-ידי השליח, יש בכך משום הרשאת המשלח לשלוח, או הודעת המשלח לצד השלישי. לדעתנו, הטלת תפקיד טכני גם היא בגדר הרשאה.

123 ראה 145, הערת שוליים 57.

124 ראה 238 לעיל.

125 אם השליח חרג מתפקידו, שוב אין הוא פועל כשליח, אלא כזר. במקרה זה אין כל מניעה לכך, כי המשלח מאשרר בדיעבד את פעולתו. על אישור בדיעבד זה יחול חוק השליחות. מכוחו הופך הזר לשלוח. מעמדו "ההיסטורי" כשליח החורג מתפקידו אין בו כדי למנוע את תחולת חוק השליחות במקום שיש אישור בדיעבד.

126 סעיף 20 לחוק השליחות.

2. שלוח ועיבוד

289. אין בחוק הישראלי הגדרה כללית של המונח "עובד". כל חוק הנוקק לביטוי זה מגדיר אותו לצרכיו. לעניינינו נוכל לפנות אל הגדרת "עובד" בפקודת הנוזיקין, לפיה עובד הוא זה הנתון לשליטתו הגמורה של אחר – המעביד – באשר לאופן בו הוא מבצע את תפקידו.¹²⁷ אם נשווה הגדרה זו להגדרת השליחות, נמצא כי יחסי שולח-שלוח ויחסי מעביד-עובד אינם מוציאים זה את זה. הגדרתה של השליחות היא פונקציו-נלית ונקבעת על-פי כוח הייצוג. אם כוח זה נתון לשליטתו של השולח, הרי שהשולח הוא מעביד והשלוח הוא עובד. אם כוח הייצוג אינו נתון לשליטתו הגמורה של השולח, כי אז ניתן לומר כי השלוח הוא "קבלן עצמאי".¹²⁸ לעומת זאת, במקום שהמעביד מפעיל שליטה גמורה על העובד, אך תפקידו של העובד אינו ביצוע פעולה משפטית בשמו של המעביד או במקומו, אין לראות במעביד שולח.

מעמדו של השלוח כעובד או כקבלן עצמאי אינו רלבנטי לענין חוק השליחות, שכן חוק השליחות חל לענין ביצוע פעולה משפטית על-ידי השלוח (עובד או קבלן עצמאי), ואילו השיבות ההבחנה בין עובד לקבלן עצמאי היא דוקא במקום שמתבצעת עוולה שאינה פעולה משפטית. נמצא, כי אם שולח, הנתון לשליטתו של השולח, מבצע תרמית תוך כדי כריתת חוזה עם צד שלישי בשם השולח, הרי אחריות השולח לחוזה שנכרת נקבעת במסגרת חוק השליחות. לענין זה אין חשיבות לעובדה שהשלוח הינו גם עובד. לעומת זאת, אחריות השולח לעוולה שבוצעה במהלך העבודה נקבעת במסגרת פקודת הנוזיקין. לענין זה די במעמדו של המזיק כעובד כדי להטיל אחריות שילוחית על מעבידו, ולמעמדו כשלוח לפי חוק השליחות אין חשיבות.¹²⁹

3. שלוח ונאמן

299. במספר ענינים קיים דמיון רב בין השלוח לבין הנאמן.¹³⁰ ראשית, שניהם פועלים עבור אדם אחר ולשניהם הכוח להשפיע על מעמדו המשפטי של אחר, אשר את ענייניו הם מנהלים; שנית, ביטל הכוח האמור הנתון בידיהם, מוטלת על שניהם חובת נאמנות, אשר במרכזה עומדת החובה להעדיף את האינטרס של אותו אדם אחר על פני האינטרס העצמי שלהם; שלישית, התרופות הניתנות לנהנה כלפי הנאמן דומות לעיתים קרובות לתרופות הניתנות לשולח כלפי השלוח.

למרות דמיון זה, חשוב הוא להבחין בבירור בין השניים.¹³¹ ביסוד ההבחנה עומד עקרון הייצוג. השלוח מייצג את השולח; הנאמן אינו מייצג את הנהנה. פעולתו המשפטית

127 סעיף 2 לפקודת הנוזיקין, הגדרת "מעביד".

128 ראה: de Villiers and Macintosh, *op. cit.*, pp. 2, 10, 16.

129 נקודת קשר בין חוק השליחות לבין פקודת הנוזיקין עשויה להתקיים באשר לאחריות השילוחית של אדם לעוולות המתבצעות על-ידי שלוח בהתאם לסעיף 14 לפקודת הנוזיקין. הבענו דעתנו במקום אחר, כי "שלוח" לענין סעיף זה הוא אדם אשר היה נחשב כ"שלוח" לפי חוק השליחות אם הפעולה האסורה שהוא ביצע מונית אופן ביצוע בלתי נאות של פעולה משפטית בשם השולח או במקומו. ראה טדסקי ואח', ריני הנוזיקין, 278, עמ' 462-463.

130 ראה: Stojlar, *op. cit.*, p. 10; Seavey, *op. cit.*, p. 75; Dowrick, p. 28.

131 ראה: Friedman, *op. cit.*, p. 16.

של הנאמן משפיעה על זכויותיו של הנהנה, אך השפעה זו אינה מבוססת על העקרון, כי הנאמן הוא ידו הארוכה של הנהנה. הנאמן פועל בשם עצמו ולא בשם הנהנה. משוני יסודי זה מתבקשות תוצאות נוספות. לנאמן בעלות כדין על נכסי הנאמנות. לשלוח אין לרוב בעלות כדין בנכסי השולח.¹³² שליטתו של הנהנה בנאמן פחותה בהרבה מזו של השולח בשלוח. מכאן גם החמרת חובות הנאמנות המוטלות על הנאמן בהשוואה לאלו המוטלות על השלוח.

4. שלוח ושומר

§ 305. השומר מחזיק בנכס כדין שלא מכוח בעלות.¹³³ פעולתו היא מטריאלית ולא משפטית. אין הוא מייצג את הבעלים ואין הוא פועל בשמם או מטעמם.¹³⁴ מכאן ההבדל המהותי בינו לבין השלוח. כמובן, אין כל מניעה לכך, כי פלוני יהיה שומר של נכס הבעלים ושלוח של הבעלים בעת ובעונה אחת. על השמירה יחולו הוראות חוק השומרים, תשכ"ז-1967, ואילו על השליחות יחול חוק השליחות. מעמדו של אדם כשומר אין בו כשלעצמו כדי לעשותו לשלוח. לשם כך דרושות פעולות נוספות בהתאם לדרישת חוק השליחות.

לעיתים קרובות מתלווה אל פעולת השליחות גם פעולת שמירה. זהו הדין במקום שהשולח מעביר לחוקתו של השלוח נכס מנכסיו, כדי שהשלוח ימכור הנכס לצד שלישי. החוקתו של השלוח בנכס היא כדין, והיא לא באה מכוח בעלות. היחול על החוקה זו חוק השומרים, או חוק השליחות, או שניהם? נראה לנו, כי בראש ובראשונה יש להחיל לענין שמירה זו את חוק השליחות, בהיותו דין מיוחד. כך, למשל תחול הוראת חוק השליחות לפיה השלוח מחזיק בנכסי השולח כנאמן.¹³⁵ הוראה זו עשויה להטיל על השלוח חובות שמירה שהן חמורות מאלו המוטלות על שומר שאינו שלוח. לאחר עדיפות ראשונה זו לחוק השליחות, יחולו הוראות חוק השומרים, כדין כללי החל על כל שומר, וזאת כאמור עד כמה שאין הן נוגדות את הוראותיו של חוק השליחות.

מקרה שונה הוא זה בו אין כלל שליחות כמשמעותה בחוק השליחות, אם כי קיימת שמירה. במקרה זה קובע חוק השומרים, כי השומר רשאי לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר למניעת נזק העלול להגרם לנכס, כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה לכך. פעולות אלו כוללות בין השאר גם פעולות משפטיות. מהו הדין שיחול על פעולות משפטיות אלה? בודאי שבראש ובראשונה יחולו הוראות חוק השומרים¹³⁶, כדין מיוחד העוסק בשומר. אך בהעדר דין בחוק השומרים – מהו הדין שיחול? נראה לנו, כי אין לפנות בענין זה לחוק השליחות, שכן חוק זה חל על השליחות

132 שאלה היא, אם יש לפרש את סעיף 10 לחוק השליחות כמתייחס לחובתו של השלוח לפעול בנאמנות או כיוצר יחסים טכניים של נאמן ונהנה בין שלוח לבין השולח. ראה ברק, "חוק השליחות ותורת האורגניזם", עיוני משפט, כרך ב', עמ' 302, 312. אם ייחקק בעתיד חוק נאמנות, ייתכן כי ניתן יהיה לקבוע את חובתו של השלוח על-פי חוק זה. הצעה טרומית פורסמה בהפרקליט, כרך כ"ח, עמ' 262.

133 סעיף 1(א) לחוק השומרים, תשכ"ז-1967, (פה"ח 496, תשכ"ז, עמ' 52).

134 ראה: 17: Friedman, *op. cit.*

135 סעיף 10 לחוק השליחות.

136 סעיף 6 לחוק השומרים קובע: "שומר רשאי לעשות כל פעולה דחופה ובלתי צפויה מראש הדרושה באופן סביר למניעת נזק העלול להגרם לנכס כאילו נתן לו בעל הנכס הרשאה

הרצונית בלבד, ואילו כאן לפנינו שליחות מכוח הדין. נמצא כי לפנינו לקונה המחייבת פניה למשפט האנגלי. כמובן, עם ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצתו וקביעת עקרון ההיקש במקומו יהיה מקום להפעיל על סוגיה זו דינים שהם אנאלוגיים לאלה הקבועים בחוק השליחות.

5. שלוח ומתווך

31§ השלוח מבצע בשמו או במקומו של השולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי, באופן שפעולתו מחייבת ומזכה את השולח. המתווך, לעומת זאת, מסתפק בהפגשת הצדדים. אין הוא מבצע בשם המשלח או במקומו פעולה משפטית¹³⁷. ההתקשרות בין המשלח לבין הצד השלישי נעשית על-ידי פעולתם המשפטית שלהם. המתווך מבצע פעולה מטריאלית של הפגשת הצדדים. מכאן שמתווך אינו שלוח. אין הוא פועל בשמו של המשלח. הוא פועל "עבורו" בלבד¹³⁸. אין בפעולתו של המתווך כדי לשנות את מצבם המשפטי של המשלח והצד השלישי. פעולת המתווך רק יצרה רקע מתאים לשינוי מצבם של הצדדים על-ידי פעולתם העצמית. מכאן, שחוק השליחות אינו חל על פעולת התיווך. כמובן, ייתכן כי בנוסף לפעולת התיווך, הוסמך המתווך להתקשר בשם אחד הצדדים או שניהם. לענין פעולה אחרונה זו הוא פועל כשלוח, ויחול חוק השליחות.

6. שלוח ו"סוכן עמיל" (Commission agent)

32§ במספר שיטות משפט מוכר המוסד של "סוכן עמיל"¹³⁹. סוכן זה מבצע פעולה משפטית כלפי צד שלישי בשמו הוא¹⁴⁰. "זכויות הקשר" הן שלו. יחד עם זאת, פעולה משפטית זו נעשית למענו או לטובתו של אחר¹⁴¹. בשיטות משפט אלה נחשבים היחסים בין הסוכן-העמיל לבין זה שלטובתו הוא פועל כיחסי שליחות. עם זאת, מרביתן של שיטות אלה אינן מכירות בקיום שליחות לענין פעולותיו של הסוכן כלפי צד שלישי. נמצא כי בסוגיה זו נעשית הבחנה בין היחסים הפנימיים שהם יחסי שליחות, לבין היחס החיצוני שאינו יוצר קשר ישיר בין השולח לבין הצד השלישי.

לעשות כן". מבין הפעולות הללו יש לקחת בחשבון גם פעולות משפטיות, כגון חווה עם בעל מתן לאיחסון הנכס.

137 ראה ע"א 86/55 איגוד יבואני הבקר והבשר בישראל בע"מ נ. זילברשטיין, י' פד"י, 1617, 1623.

138 ראה 19§ לעיל.

139 כתרגומו של השופט זוסמן בע"א 86/55 הנ"ל. בגרמנית הוא מכונה Kommissionär ובצרפתית Commissionnaire.

140 ראה הגדרת ה-Commission agent בהצעת האמנה שהוכנה על-ידי Unidroit (סעיף 5): "By commission agent this Law means anyone who professionally undertakes to effect in his own name on behalf of another (the principal) the purchase or sale of goods," "Draft Convention Providing a Uniform Law on the contract of Commission," Explanatory Report, p. 10.

141 ראה דברי השופט זוסמן בע"א 86/55 הנ"ל, בעמ' 1623: "איוהו סוכן-עמיל? המקבל על עצמו למכור או לקנות סחורה בעד אחר, אבל הוא מבצע את העסקה בשמו הוא, ואם קנה, מעביר לאחר מכן את הבעלות לאותו אדם אחר תמורת תשלום יציאתו בצירוף דמי העמילות שלו, הרי זה סוכן-עמיל".

נראה לנו, כי הסוכן-העמיל אינו שלוח, כמשמעות ביטוי זה בחוק השליחות, שכן אין הוא פועל בשמו או במקומו של האדם שלטובתו הוא פועל. מכאן שהוק השליחות לא יכול, לא לענין היחסים הפנימיים שבין הסוכן-העמיל לבין זה שלטובתו הוא פועל, ולא לענין היחסים בין אלה לבין צד שלישי. כנגד דעתנו זו ניתן לומר, כי חוק השליחות יכול גם על הסוכן-העמיל, וזאת משני טעמים: ראשית, ניתן לומר, כי הסוכן-העמיל אינו אלא שלוח נסתר והאדם שלמענו הוא פועל הוא שולח נסתר; שנית, ניתן לומר, כי העדר קשר ישיר בין האדם שלטובתו פועל הסוכן-העמיל לבין הצד השלישי אינו גובע מתוך כך שהסוכן-העמיל כלל אינו שלוח, אלא מתוך כך שקיים חוזה בין הסוכן-העמיל לבין הצד השלישי לפיו הקשר היחיד הנוצר הוא בין השולח לבין הסוכן-העמיל.

לדעתנו, אין לקבל טעמים אלה. אשר לראשון, נראה לנו, כי יש הבדל עובדתי ומשפטי בין הסוכן-העמיל לבין השלוח הנסתר. הבדל זה מתבטא בשני אלה: ראשית, במקרים רבים יודע הצד השלישי, כי לפניו סוכן-עמיל, דהיינו, הוא יודע, כי הסוכן פועל למען אדם אחר. אם הגישה הינה, כי הסוכן-העמיל הינו שלוח, כי אז במקרים אלה אין הוא נסתר שכן זהותו ידועה; שנית, וזה העיקר, בשליחות הנסתרת פועל השלוח במקומו של השולח. זהותו של השולח אינה ידועה אמנם לצד השלישי, אך מבחינתו הסובייקטיבית השלוח אינו פועל בשם עצמו אלא בשמו של אחר¹⁴². לא כן בסוגיית הסוכן-העמיל. כוונתו הסובייקטיבית של הסוכן היא לקשור את עצמו בלבד כלפי צד שלישי. אין הוא פועל, מבחינתו הוא, בשמו או במקומו של האדם שלטובתו הוא מתקשר.

אשר לטעם השני, נראה לנו, כי אם השלוח מתקשר בשמו או במקומו של שולח עם צד שלישי, בעיסקה פלונית, ומגיע להסכם עם צד שלישי זה, לפיו השלוח, והוא בלבד, יהיה צד לקשר זה, וכי השולח "יצא מהתמונה", כי אז לענין התקשרות פלונית זו אין השלוח פועל בתוארו זה, והשליחות אינה חלה עוד¹⁴³. יושם אל לב: לענין ההסכם, לפיו השולח יצא מהתמונה, פועל השלוח בתוארו זה, ויש בכוחו להוציא את השולח "מהתמונה". אך לענין העיסקה הפלונית עצמה שוב אין השלוח שלוח. נמצא, כי אין מקום להחיל את דיני השליחות ביחסים שבין השולח לבין השלוח בכל הנוגע להתנהגותו של השלוח בקשר לעיסקה הפלונית עצמה, אם כי ניתן להחילם בכל הנוגע לביצוע הסכם ה"הוצאה מהתמונה".

7. שלוח ואפוטרופוס של קטין או פסול דין

§33. השלוח פועל בשמו של השולח. האפוטרופוס אינו פועל לרוב בשמו של הקטין או פסול הדין, אלא רק למענו. כאשר קטין פועל כלפי צד שלישי, הפעולה המשפטית היא של הקטין עצמו, הפועל עבור עצמו. הצד לעיסקה הוא הקטין עצמו. האפוטרופוס נותן הסכמתו לעיסקה. זהו דבר שהוא חיצוני לעיסקה, והוא נדרש לשם הגנה על

142 ראה §18 לעיל.

143 ראה §45 לעיל.

האינטרסים של הקטין. האפוטרופוס אינו פועל כלפי צד שלישי בשם הקטין או במקומו.¹⁴⁴

יש והאפוטרופוס עצמו הוא המבצע את הפעולה המשפטית כלפי הצד השלישי. גם במקרה זה אין מקום, לדעתנו, לתחולת חוק השליחות, שכן שליחותו של האפוטרופוס היא מכוח הדין. על כגון זה לא חל חוק השליחות.¹⁴⁵

144 השווה: § 14 F, *Restatement, Second, Agency*.
145 ראה § 15 לעיל.