

## פרק חמישי

### שליחות נסתרת

האירוע הטיפוסי לנושא דיוננו הוא: ראובן ממנה את שמעון להיות שלוחו לביצוע פעולה משפטית עם לוי, אולם מוסכם ביניהם ששמעון לא יספר ללוי על דבר השליחות אלא יפעל בשם עצמו בלבד. רק לאחר סיום הפעולה מתגלה ששמעון פעל כשלוחו של ראובן. השאלה היא: מי נושא בתוצאות פעולה זו – שמעון או ראובן? לשון אחר: מי הוא בעל הזכות והחובה כלפי לוי?<sup>1</sup>

בפתיחת הפרק השלישי, בעניין חריגת השליח מן ההרשאה, הבהרנו שהבעיה המשפטית היא הסתירה בין התוצאה הנובעת ממהות השליחות (שבאותו מקרה מחייבת בטלות הפעולה משום חוסר סמכות), ובין התוצאה הרצויה מתוך התחשבות בציפיות הצדדים השותפים לפעולה המשפטית. כן ציינו את התוצאות המנוגדות הנובעות מציפיותיהם השונות של הצדדים. גם בנושא שלפנינו אפשר להבחין בשתי בעיות מרכזיות, דומות לאלה שבעניין החריגה. האחת: הניגוד והסתירה שבין ציפיות הצדדים, השולח מזה והצד השלישי מזה. השנייה: האם מן הדין לראות את שמעון כשליח, שהרי הגם שנשלח על-ידי ראובן, לא הציג עצמו בתור שכזה כלפי לוי, ושלא אין לראותו כשליח כלל?

האפשרויות הבאות בחשבון לפתרון השאלה דלעיל בדבר השליחות הנסתרת, הן שלוש<sup>2</sup>: א. שליחות נסתרת דינה כשליחות רגילה, כלומר

1 אשר לשאלה אם המשפט העברי כולל בזה גם מקרה שבו זהות השולח אינה ידועה לצד השלישי, כפי שהדבר בחוק השליחות, ראה להלן הערה 61.

2 כפי שמתאר א' ברק, חוק השליחות, עמ' 939 – שיטות המשפט נחלקו בעניין זה. גישתו העקרונית של המשפט המקובל האנגלי היא, ששליחות נסתרת דינה כשליחות רגילה. לעומת זאת, שיטת המשפט הקונטיננטאלי היא, שבשליחות נסתרת הפעולה מחייבת ומזכה את השלוח בלבד, וזה רשאי להעביר את זכותו



השולח הוא הזכאי והוא החייב בגין פעולת השליח; ב. בשליחות נסתרת הפעולה מחייבת ומזכה את השליח בלבד, וזה רשאי להעביר את זכותו לאחר מכן אל השולח; ג. בין שתי אלה קיימת אפשרות שלישית, זוהי דרך ביניים המבקשת להתחשב הן בציפייתו של השולח והן בציפייתו של הצד השלישי.

אשר למשפט העברי, יש לציין שרוב המקורות הנוגעים לעניין אינם מבוררים כל צורכם, ואינם עונים בבירור ובמישרין על השאלות שלפנינו. אולם מתוך עיון מדוקדק במקורות המשפט העברי עולה, שבאים בהם לידי ביטוי שלוש הגישות דלעיל. במקורות התלמוד מצויות שתי הגישות הראשונות בלבד, לאמור: הזכות והחובה של השולח, או של השליח. ואילו את הגישה השלישית, היא דרך הביניים, אפשר למצוא אצל חכמי הלכה ראשונים<sup>3</sup>.

אשר לטעמן ונימוקן של האפשרויות-הגישות השונות, יש לציין כי לצד כל אחת מהן עומדים שיקולים הגיוניים, הן שיקולים משפטיים פורמאליים, הקשורים בתפיסה עקרונית של דין השליחות, והן שיקולים מעשיים של עשיית צדק עם הצדדים לפעולת השליחות.

## א. מקורות התלמוד – הזכות לשולח או לשליח?

1. בבלי, בבא קמא קב ע"א-ע"ב<sup>4</sup>

סוגיה זו פותחת בסתירה בין שתי ברייתות המדברות בחריגת השליח מן ההרשאה<sup>5</sup>.

אל השולח, וכך נקטה בשעתו המגילה. בין שתי אלה קיימת דרך ביניים; דרך מעין זו נוקט חוק השליחות הישראלי. ראה להלן סעיף ד.

3 הגם שגישה זו נבדלת, ככל הנראה, בפרטיה מזו המוצעת בחוק השליחות.

4 סוגיה זו נידונה בהרחבה במאמרו של ש' שילה, "רווחים בלתי צפויים מראש", לפיכך אנו מצמצמים את דברינו רק לאותם ביטויים בסוגיה הנוגעים לנושא דנן. אשר לסוגיות הירושלמי דלהלן, שאף הן נידונות במאמרו של שילה, ראה להלן הערה 9.

5 הברייתות מדברות אמנם בשליחות לשם עסק, כלומר: השליח יסחור במעותיו של השולח והרווח יתחלק בין שניהם. אולם מהמשך הדברים בסוגיה נראה בעליל, שהעקרונות הם עקרונות השליחות הרגילה, וראה בדברינו להלן.

ת"ר הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהן שעורין...  
תניא חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו. ותני  
חדא אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע. אמר  
רבי יוחנן לא קשיא, הא רבי מאיר והא רבי יהודה...

בהמשך מביאה הסוגיה את קושיית חכמי ארץ-ישראל על רבי יוחנן, קושיה  
החשובה לענייננו:

מחכו עלה במערבא לרבי יוחנן אליבא דרבי יהודה, וכי מי  
הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות?

הקושיה היא לרבי יהודה. לדעתו, השולח מתחלק עם השליח ברווח  
("הותירו לאמצע"), ועל-כן קשה: אם לא הודיעו למוכר על דבר השליחות,  
איך קונה השולח, בעל המעות<sup>6</sup>? בתשובה לכך נאמר: "מתקיף לה רב  
שמואל בר ססרטי, אי הכי אפילו חטין וחטין נמי לא?" כלומר, אם הכלל הוא  
שכוונת הצד השלישי לשליח ולא לבעל המעות, וזהו העקרון הקובע, הרי כך  
גם בשליחות נסתרת שאין בה חריגה – "חטין וחטין" – וכיצד זוכה כאן  
השולח? תשובת הגמרא לכך היא:

אמר רבי אבהו, שאני חטין וחטין דשליחותיה קא עביד וכי  
בעל הבית דמי!

פירושה של דברים: בשליחות נסתרת שאין בה חריגה, גם אם יש להניח  
שכוונת המוכר בפועל היא לשליח ולא לשולח, אין לכך כל נפקות, שכן  
מכוח דין השליחות הכללי השולח והשליח חד הם, ומשום כך זוכה השולח<sup>7</sup>.

6 רש"י, ד"ה מי הודיעו, פירש: "...אלא לר' יוחנן דאמר משנה הוא (=השליח שקנה  
חטים במקום שעורים וכדומה) ולא הוי שליחות, ומיהו שינוי לא קני, קשיא  
דממאן קבעי למקני, הא לא קננהו בעל מעות מעולם".

7 לכאורה נראה, שתירוצו של רבי אבהו מבטא את רעיון הזיהוי במסגרת שאלת  
התיאוריה של השליחות. לפי השקפה זו, הכלל "שלוחו של אדם כמותו" משמעו  
כמותו ממש – זיהוי השליח עם השולח. השווה חידושי הראב"ד, בבא קמא, שם,  
ובשיטה מקובצת: "א"ר אבהו, התם לאו משום זיכוי דשליח אלא יד בעל הבית  
ממש הוא, ובעה"ב זוכה לעצמו, דיד שליח שעשה שליחותו כיד בעה"ב הוא...".  
אולם למעלה (פרק ראשון, סעיף ב, פסקה 4) פירשנו, שאין מסקנה זו מתחייבת  
מפשוטם של דברי הגמרא כאן, וכי ניתן להבין את הדברים גם על-פי תיאוריות  
אחרות.



משאלת הגמרא: "...וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות" ומהמשך המשא ומתן, אנו למדים שהסוגיה ראתה את המקרה כשליחות נסתרת, שבה אין המוכר – הצד השלישי – יודע על דבר השליחות, והמסקנה העולה מכאן לענייננו היא כי בשליחות נסתרת שאין בה חריגה, הזכות עוברת במישרין אל השולח, כדין השליחות הרגילה<sup>8</sup>.

## 2. ירושלמי, בבא קמא פרק ט הלכה ו

דיון מקביל לסוגיית הבבלי נמצא בסוגיית הירושלמי במסכת בבא קמא<sup>9</sup>. גם הירושלמי מעמיד זו-מול זו את שתי הברייתות המנוגדות בעניין שליח שחרג משליחותו וקנה חטין תחת שעורים או להיפך. ואף כאן, בדומה לבבלי, מיישבת הסוגיה שכל ברייתא מחזיקה בשיטתו של תנא אחר, זו כרבי מאיר וזו כרבי יהודה. אמנם, המחלוקת המובאת בסוגיית הירושלמי אינה זהה למחלוקת המובאת בבבלי: בסוגיית הבבלי השאלה היא אם שינוי קונה או לא, ואילו בירושלמי השאלה היא למי נתכוון המוכר להקנות את הנכס – לשליח או לבעל המעות:

מן דמר אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לו – ר' מאיר,  
מה טעמא דר' מאיר, שלא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח.  
ומן דמר... ואם הותירו הותירו לשניהם – ר' יהודה, מה  
טעמא דר' יהודה, שלא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל  
המעות.

הסוגיה ממשיכה ומקשה:

- 8 כך מוכח לא רק מדברי רבי אבהו המפורשים, אלא גם משאלתו של רב שמואל בר ססרטי: "אי הכי אפילו חטין וחטין נמי לא"? מהם נראה בפשטות, כי בשליחות נסתרת שאין בה חריגה, הזכות היא של השולח. הערות נוספות הנוגעות לפירוש סוגיה זו ראה להלן, בדברינו על שיטות הפוסקים.
- 9 אנו מביאים ומפרשים את הסוגיה להלן על-פי כ"י אסקוריאל של שלוש הבבות מתלמוד ירושלמי, אשר אותו גילה והוציא לאור א"ש רוזנטל ז"ל בשם "ירושלמי נזיקין" (ירושלים, תשמ"ד), הוסיף מבוא ופירוש ש' ליברמן. על-פי כ"י זה מתבארים ומתבארים דברי הסוגיה יפה. המפרשים והחוקרים שעסקו בסוגיית ירושלמי זו לפי הנוסח שבדפוס, קודם גילויו של כ"י אסקוריאל, נתחבטו ונשתבשו בשאלות של נוסח ופירוש.

מעתה, אפילו אמר לו ליקח בהן חטין ולקח לו בהן חטין?

והיא מתרצת:

אמר ר' יוחנן, בשעה שאמ' לו ליקח לו בהן חטין ולקח לו בהן חטין לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ובשעה שא' לו ליקח לו בהן חטין ולקח לו בהן שעורין לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח.

מה פשר שאלת הגמרא ותשובת רבי יוחנן? לדעתנו, יש לפרש שהשאלה מכוונת לשיטת רבי מאיר דווקא, לפיה במקרה של חריגה – שעורים תחת חטים וכדומה – אם פחתו פחתו לשליח ואם הותירו הותירו לשליח, וזאת מן הטעם – כדברי הסוגיה – שהמוכר מתכוון לזכות לשליח<sup>10</sup>. ומכאן שאלת הגמרא: אם כוונת המוכר היא ללוקח ולא לבעל המעות, הרי שכך גם בשליחות נסתרת שאין בה חריגה, וכיצד זוכה השולח<sup>11</sup>? על זאת משיב רבי יוחנן ואומר, שאם לא חרג השליח אלא עשה כמצווה עליו – "חטין וחטין" – המוכר אכן נתכוון, גם לדעת רבי מאיר, לבעל המעות הוא השולח. ושוב ממשיכה הסוגיה ומקשה: "וקם מה בידיה"? ועל-פי הגהתו של בעל נועם ירושלמי: "וקסמה בידיה"<sup>12</sup>? כלומר, וכי קסמים בידי המוכר לדעת מה ציווה השולח לשליח? – ומתרצת:

אמר רב נסה, בשעה שקיים שליחותו לא נתכוון המוכר לזכות אלא לבעל המעות, ובשעה שלא קיים את שליחותו לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח.

פירוש: המוכר אכן אינו יודע בפועל אם קיים השליח את שליחותו אם לאו, אך אפשר לקבוע את כוונתו המשוערת: אם הקונה שלפניו שליח הוא –

10 שהרי לרבי יהודה תמיד, גם בחריגה, מתכוון המוכר לבעל המעות, ואם כן אין מקום לשאלה "אפילו חטין וחטין", ואף לא לתירוצו של רבי יוחנן המבדיל בין שליחות חריגה לשליחות נסתרת שאין בה חריגה.

11 מן העובדה שהברייתא מדברת בחריגה משמע, שבמקרה הרגיל אכן זוכה השולח ולא השליח.

12 השווה הערתו ופירושו של ר"ש ליברמן במהדורת ה"ל, עמ' 124. בכ"י אסקוריאל הנזכר הנוסח הוא, כמובא למעלה בטקסט: "וקם מה בידיה", ופשוט שהמ"ם הסופית באה בטעות במקום סמ"ך. ובדפוסים: "וקיים מה בידיה", ועל-כן נשתבשו רבים מן המפרשים.



כוונתו היא לשולח, בעל המעות; אך אם חרג השליח משליחותו ואיננו שליח – כוונתו, מן הסתם, לשליח עצמו שהוא-הוא בעל דברו<sup>13</sup>. כמה סימנים בסוגיית הירושלמי מורים שהסוגיה מדברת בשליחות נסתרת. הבולט שבהם הוא שאלת הגמרא: "מעתי אפי' אמר לו ליקח לו בהן חטין ולקח לו בהן חטין" ותשובת רבי יוחנן, כמבואר לעיל. המסקנה הברורה העולה ממנה היא, שבסתם שליחות נסתרת, בלא חריגה, לדעת הכל – בין לרבי מאיר ובין לרבי יהודה – הזוכה הוא השולח ולא השליח. בנקודה זו שונה עמדת התלמוד הירושלמי לעמדת התלמוד הבבלי, כמובא לעיל, אולם באשר לטעמו המשפטי של הדין נבדלות דרכי שני התלמודים. לשיטת הירושלמי, ההלכה דנן נעוצה ותלויה בכוונת הצד השלישי. לעומתו, לשיטת הבבלי – כפי שהיא באה לידי ביטוי בתירוצו של רבי אבהו<sup>14</sup> – אין הדבר נובע מכוונתו המשווערת של הצד השלישי אלא מדין השליחות הכללי, מן הכלל "שלוחו של אדם כמותו", כמות שנתבאר.

### 3. ירושלמי, דמאי פרק ו הלכה יב

המקור השלישי השייך לענייננו הוא המשנה והתוספתא במסכת דמאי, וסוגיית הירושלמי שם. המשנה אומרת<sup>15</sup>:

עם הארץ שאמר לחבר קח לי אגדת ירק, קח לי גלסקין אחת – לוקח סתם ופטור.

כלומר, הקונה שהוא חבר, פטור מלעשר את הפירות שקנה כשלוחו של עם-הארץ. כפי שמוכח מן הירושלמי, המדובר בלוקח אגודת ירק אחת, ואין

13 ראה גם: ש' שילה, "רווחים בלתי צפויים מראש", עמ' 352, המגדיר זאת כ"כוונה קונסטרוקטיבית".

14 ועיין ראב"ד, בסוגיית בבא קמא הנ"ל, המטעים שסברת רבי אבהו קיימת גם למסקנת הסוגיה, גם לדעת רבי אבא שדחה את ראייתו של רבי אבהו ממשנה ("תדע דתנן..."): "ור' אבא לא אתא למדחי אלא סיעתא דר' אבהו בלחוד, דקא מסייע למילתיה ממתניתין...". אכן, לראשונים אחרים דרך אחרת בזה (ראה, לדוגמה: חידושי הרשב"א, לבבא קמא ע"ב, ירושלים, תשמ"ז, ד"ה ואחיכו במערבא). מכל מקום, לדעתנו אין ביניהם הבדל מהותי בנוגע לטעמו של הדין. אשר לדברי הרשב"א, ראה להלן, בדברינו על שיטות הפוסקים.

15 דמאי ו, יב.

## שליחות נסתרת

הקונה חייב לפרש שהוא קונה עבור אחר, אלא אפילו קנה בסתם – המיקח עובר במישרין אל השולח<sup>16</sup>.

מן התוספתא<sup>17</sup> אנו למדים שמשנה זו היא כשיטת רבי יוסי, ואילו לדעת רבי יהודה צריך הקונה לעשר. כך נקבע גם בסוגיית הירושלמי: "מתניתין דרבי יוסי", תוך הסתמכות על התוספתא: "דתני: הלוקח סתם – רבי יוסי פוטר, ורבי יהודה אומר צריך לעשר"<sup>18</sup>.

טעמי החולקים מבוארים בהמשך סוגיית הירושלמי: "ר' יהודה אומר לא נתכוון המוכר לזכות אלא ללוקח", ואילו לר' יוסי: "לא נתכוון לזכות אלא לבעל המעות". עניין המחלוקת: לדעת רבי יהודה יש ללכת על-פי כוונתו הפשוטה, הנגלית, של המוכר, והיא ללוקח. ואילו לדעת רבי יוסי קובעת כוונתו הנסתרת, כלומר המשוערת, של המוכר, והיא לבעל המעות, שהוא בעל דברו האמיתי<sup>19</sup>.

עיון בסוגיות הירושלמי הללו מעלה, ששתיהן שונות זו מזו. סוגיית דמאי שלפנינו אינה עוסקת בחריגת השליח מן ההרשאה, אלא בשליחות נסתרת סתם, ואף-על-פי-כן – כפי שפירשה הסוגיה את המשנה והברייתא – חלוקים רבי יוסי ורבי יהודה מי הוא הזוכה במיקח, השולח או השליח. ואילו מסוגיית בבא קמא דלעיל נראה, שבשליחות מעין זו, בלא חריגה, הכל מודים<sup>20</sup> שהזכות היא של השולח, בעל המעות<sup>21</sup>.

מכל מקום, גם מסוגיה זו, כמו מסוגיית הירושלמי בבא קמא, עולה שטעמה המשפטי של ההלכה דנן הוא כוונת המוכר, הצד השלישי<sup>22</sup>, אלא

16 בבבלי, עירובין לו ע"ב, פירשו באופן אחר, שהמדובר בלוקח שתי אגודות ירק, ומטעם ברירה. ועיין נועם ירושלמי, דמאי, כאן, המבקש לפרש מדוע לא קיבל הבבלי את שיטת הירושלמי.

17 דמאי פ"ח ה"א.

18 כך היא הגירסה הנכונה בירושלמי, כפי שהיא נזכרת אצל אחדים מן הראשונים. ראה: ש' ליברמן, תוספתא כפשוטה, דמיי, עמ' 281. הנוסח בדפוסים נשתבש.

19 ועיין להלן הערה 25.

20 שם, כזכור, המדובר ברבי מאיר ורבי יהודה.

21 נציין עוד, שדעת ר' יהודה בסוגיה שלפנינו עומדת בניגוד לנאמר בשמו בסוגיית בבא קמא; שם – לדעתו – מתכוון המוכר תמיד לבעל המעות.

22 לאור זאת תובן יפה הקושיה שהובאה בתלמוד הבבלי בשם חכמי ארץ-ישראל, ואשר ממנה עולה כי לשיטתם כוונת המוכר היא רלוואנטית: "מחכו עלה במערבא לר' יוחנן... וכי מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות?" ועיין:

שבזו עצמה נחלקו, כאמור, ר' יוסי ור' יהודה, אם כוונתו לשליח או לבעל המעות.

#### 4. סיכום העמדות בתלמודים וטעמן

נסכם את העולה משלוש הסוגיות שנסקרו למעלה, ואת היחס ביניהן. בשליחות נסתרת שאינה כרוכה בחריגת השליח, הן לדעת הבבלי הן לדעת הירושלמי בבא קמא, הזוכה בנכס הוא השולח, כמו בשליחות רגילה. ואילו מסוגיית הירושלמי דמאי עולה, ששאלה זו שנויה במחלוקת: לדעת רבי יוסי זוכה השולח, ולדעת רבי יהודה – השליח.

אף נשוב ונציין את ההבדל בטעם, היינו גדרו המשפטי של הדין: לשיטת הירושלמי, בשתי הסוגיות – הדין תלוי בשאלה למי נתכוון הצד השלישי; ואילו לשיטת הבבלי, ההלכה נובעת ותלויה בדין השליחות הכללי – "שלוח של אדם כמותו" – ולא בכוונת הצד השלישי<sup>23</sup>.

לסיום, יש להוסיף שתי הערות הנוגעות לשני היבטים חשובים שלא נזכרו במפורש בסוגיות.

הראשונה, עניינה טעמה ההגיוני של כל אחת מן השיטות הנזכרות, שכן מעבר לטעם המשפטי-הפורמאלי, שהוא כאמור גדרו המשפטי של הדין, עומדת השאלה: מה הם שיקולי הצדק וההגיון, התומכים בהענקת הזכות לצד זה או לצד אחר?

לשאלה זו אין הסוגיות מתייחסות, אולם דומה שבמקרה דנן לא יקשה להשיב עליהן. השיטה הגורסת שהזכות היא של השליח, ולא של השולח, אין כוונתה מתן עדיפות לצד השלישי לעומת השולח, אלא שלדעתה אין זה מן הראוי לראות במקרה זה את הקונה כשליח – ולהחיל בהתאם את דיני השליחות – שכן כלפי הצד השלישי לא הציג עצמו כשליח כלל. הווי אומר: שליחות קיימת אך ורק בידיעתם והסכמתם של שני הצדדים הנוגעים בדבר, השולח והצד השלישי, אך לא מכוחו של צד אחד בלבד.

מנגד, גם השיטה הגורסת שבשליחות נסתרת זוכה השולח, כבשליחות רגילה, נימוקה ההגיוני עמה. לשיטה זו, אין ידיעת הצד השלישי גורם

ש' שילה, "רווחים בלתי צפויים מראש", עמ' 349, שהוכיח כי זוהי שיטתם של חכמי קיסרין.

23 ואדרבה, סוגיית הבבלי מטעימה שכוונת המוכר היא לשליח דווקא, ולא לשולח, ואף-על-פי-כן זוכה השולח.



## שליחות נסתרת

מכריע, ואין זה אינטרס הראוי להגנה, שכן ממילא, על-פי הדין הרגיל, זכות הקניין בנכס ניתנת להעברה לאחר, וגם זכות אחרת של השליח כלפי הצד השלישי ניתנת להעברה לאדם אחר<sup>24</sup>. לפיכך שיקולי הצדק אינם מחייבים הגבלה של דין השליחות בכגון זה, ולא את קביעת השליח כבעל הזכות, רק משום אי-ידיעתו וכוונתו של הצד השלישי<sup>25</sup>.

ההערה השנייה נוגעת לשאלת החובה. הסוגיות מדברות, כזכור, על השאלה למי הזכות בנכס – לשולח או לשליח. אולם באשר לחובה, מי הוא בעל דברו של הצד השלישי לעניין החבות<sup>26</sup>?

לשאלה זו אין מענה מפורש בסוגיה, ועל-כן אפשר להניח שהסוגיות לא הבחינו בין הזכות ובין החובה, לאמור: אם הזכות בנכס היא של השולח, ממילא אף החבות כלפי המוכר היא שלו, ואם השליח הוא בעל הזכות בנכס, הוא גם החייב כלפי המוכר.

אמנם, העובדה שהסוגיות שותקות בנקודה זו מניחה, אולי, מקום גם לאפשרות אחרת, לפיה יש להפריד בין הזכות ובין החובה. על כך ידובר להלן, בדברינו על שיטות חכמי ההלכה הראשונים.

## ב. שלוש שיטות בדברי הראשונים

התלבטות דומה לזו שבסוגיות התלמוד בשאלת השליחות הנסתרת, אנו מוצאים גם בקרב חכמי ההלכה והפוסקים הראשונים.

קודם שנעסוק בגופם של דברים נציין, שיש מדברי הראשונים בעניין זה שנאמרו בלא כל קשר לסוגיות התלמוד שנסקרו לעיל, ואף בניגוד להן. ועוד:

24 ראה להלן סעיף ד, לעניין עמדת-חוק השליחות.

25 מעניינת עד מאוד העובדה, כי לפי אחת הדעות בתלמוד הירושלמי הדין נובע אמנם מכוונת המוכר, ועם זאת הזכות היא של השולח, הואיל וכוונתו המשוערת, מכללא, היא לזכות את בעל המעות. לפי שיטה זו מתלכד היסוד המשפטי-הפורמאלי עם ההצדקה ההגיונית של הדין, שכן משמעות הטעם הנזכר היא מעין אומדנא, לפיה הצד השלישי מביא בחשבון את האפשרות שהקונה האמיתי אינו האיש שלפניו אלא אחר, נסתר, שהוא בעל המעות, ואין זה מעניינו למכור דווקא לשליח שלפניו.

26 דרך משל: ממי יוכל המוכר לתבוע את תשלום דמי המיקח, אם לא שולם במלואו על-ידי השליח?



הרבה מדברי הפוסקים נאמרו במישרין רק ביחס לשליחות נסתרת הכרוכה בחריגה מההרשאה, ומהם עלינו להסיק ולגזור, ככל האפשר, על עמדתם בשליחות נסתרת דרך-כלל, גם כשאין עמה חריגה מן ההרשאה.

### 1. הזכות לשליח בלבד

חשובה במיוחד לענייננו סוגיית התלמוד הבבלי במסכת בבא בתרא<sup>27</sup>, שם מובא המעשה באשה שמינתה שליח לקנות לה קרקע, והשליח קנה לה קרקע שלא באחריות. רב נחמן פסק באותו עניין: "לתקוני שדרתיך ולא לעותי, זיל זבנה מיניה שלא באחריות, והדר זבנה ניהלה באחריות".

הראשונים נתחבטו בפירוש המעשה ופסק-דינו של רב נחמן, ומהם שהעמידו את המעשה בשליחות נסתרת<sup>28</sup>. הקושי שנתקשו בו הוא: מדוע לא נפסק באותו מעשה שהעיסקה בטלה, כמות שמצאנו במקומות אחרים בתלמוד במקרה של טעות השליח? על כך השיבו, שאותו שליח לא הודיע למוכר כי הוא שלוחה של האשה, ולפיכך נקנה המיקח לשליח עצמו.

המכשול הניצב בפנינו בבואנו להסיק מסקנה לענייננו מדברי ראשונים אלה הוא: מדברי כמה מהם לא ברור אם הדין האמור נובע מן העובדה שהשליח חרג משליחותו – בכך שקנה שלא באחריות – או שכך הדין בכל שליחות נסתרת<sup>29</sup>.

עם זאת, מדברי ראשונים אחרים אפשר להסיק שהלכתם היא כללית, ואמורה בכל שליחות נסתרת באשר היא. עמדה זו בולטת במיוחד אצל הרא"ש. הוא חולק על הראשונים שהזכרנו, ולדעתו אין להעמיד את המקרה הנזכר בשליחות נסתרת, שכן: "אם איתא שלא פירש שקנאו לאשה מה היה צריך לקנות שנית מן המוכר, כיון שקנאו בסתם – לעצמו קנאו"<sup>30</sup>. נראה

27 בבא בתרא קסט ע"ב. וראה עוד לעניין סוגיה זו לעיל פרק שלישי, סעיף ב.

28 כגון: רמב"ן, בחידושו לכתובות ק ע"א, ובשטמ"ק; רשב"א, בחידושו לקידושין מב ע"ב; מאירי, לכתובות צט ע"ב; ר"ן על הרי"ף, קידושין מב ע"ב (בדפי הרי"ף: יז ע"א), ועוד. אשר לדברי הר"ן כאן, ראה עוד להלן סעיף ב, פסקה 3.

29 השווה לשון הרשב"א בחידושו לקידושין, שם: "וי"ל דהתם בדזבנה שליח סתם ולא אודעיה דלהיא אתתא קא זבין לה, אבל הכא... ותו לא. וכך גם בדברי המאירי לכתובות, שם: "ויש מתרצין דההיא לא אודעיא שליח למוכר, אלא סתמא לקח וודאי קנה לעצמו". והספק הוא שמא "ודאי קנה לעצמו" מפני שחרג מהוראות השולח.

30 פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פרק י, סי' כו.



אפוא בעליל, כי הדברים אמורים בשליחות נסתרת דרך-כלל, ולדעת הרא"ש הזוכה בנכס הוא השליח בלבד, מאחר שלא הודיע למוכר על דבר היותו שליח.

וכך, כהלכה כללית בכל שליחות נסתרת, הבין גם הטור את דברי אביו הרא"ש, וזה לשונו<sup>31</sup>: "אבל א"א הרא"ש ז"ל כתב... ואילו קנה השדה סתם היה המקח קיים, דכיון שלא אמר לו שקונה אותו לפלוני – לעצמו קנאו, עד כאן". והוסיף על כך עוד: "וזה נוטה לדברי הרמב"ם ז"ל, דכשלא הודיע השליח שהוא שליח שדינו כשאר כל אדם שלוקח או מוכר"<sup>32</sup>.

ולא הרא"ש בלבד. כיוצא בזה גרסו גם ראשונים אחרים – הגם שחלקו על הרא"ש והעמידו את מעשה האשה בשליחות נסתרת – אשר מתוך דקדוק בלשונם נוכל לעמוד על עמדתם העקרונית<sup>33</sup>.

טעמה ההגייוני של שיטה זו – כפי שנתבאר ביחס לסוגיות התלמוד – הוא, שאין מן הראוי לראות במקרה זה את השליח כשליח, ועל-כן אין להחיל כאן את דין השליחות הכללי.

אולם שיטה זו מוקשה ממקום אחר, שהרי היא עומדת בניגוד לעמדה המקובלת בסוגיות התלמוד. בעיקר אין היא הולמת את עמדת התלמוד הבבלי, שבאה לידי ביטוי בסוגיה במסכת בבא קמא, ממנה עולה כי בשליחות נסתרת הזכות היא של השולח<sup>34</sup>, ועל-כן אין מנוס מן המסקנה שדברי ראשונים אלה נאמרו בלא קשר וזיקה אל הסוגיות הנידונות.

31. טור חו"מ, הלכות שלוחין, סי' קפב.

32. עמדתו, לפיה דברי הרא"ש עולים בקנה אחד עם דברי הרמב"ם, אינה נראית. ראה על כך בסעיף הבא.

33. כך יש להסיק מדברי הרמב"ן בחידושיו לכתובות ק ע"א (ובשטמ"ק שם, בשמו), אגב התייחסותו לקושי הנזכר לעיל בקשר למעשה האשה, מדוע לא בטלה העיסקה, וזה לשונו: "...לאו קושיא היא, דלגבי שולחו מעשיו בטלין לגמרי... אלא מיהו לגבי מוכר לא מצי אמר ליה אנא לצורך פלוני זבני, דאיהו לדידיה זבין ולא להווא פלניא, שהרי לא אמר לו שולחו של פלוני אני...". כך עולה גם מדברי הרא"ה באותו עניין, בחידושיו לכתובות צט ע"ב. לאחר שכתב שהאשה השולחת רשאית שלא לקבל את אחריות השלוח, הוסיף: "ואי נמי בעי, הך גברא לא מזבין לה להך איתתא כלל". כלומר, גם אם האשה רוצה במיקח הרי המוכר לא מכר לה כלל אלא לשליח בלבד, מאחר שלא הודיעו שהוא שליח, וכדברי הרמב"ן.

34. קשה פחות היא שאלת אי-ההתאמה ביחס לסוגיות הירושלמי. ראשית, הכלל הרווח בין הפוסקים הוא – העדפת הלכת הבבלי על פני הלכת הירושלמי. באופן

2. הזכות לשולח

ניתוח דבריהם של ראשונים אחרים מביאנו לידי מסקנה, כי לידם בשליחות נסתרת זוכה השולח בלבד, הווי אומר: דינה של שליחות נסתרת כשליחות רגילה לכל דבר.

עמדה זו היא, ככל הנראה, עמדתו של הרמב"ם. בהלכות שלוחין ושותפין מתייחס הרמב"ם במפורש למקרה של שליחות נסתרת, אך זאת אגב המקרה של חריגת השליח מהרשאתו, ודבריו שם צריכים פירושו. וכה דבריו<sup>35</sup>:

השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני... ונמצא שעבר על דעת המשלח, בטל המקח ומחזיר. ואם לא הודיע שהוא שליח נקנה המקח, ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו.

בבואנו לפרש את דברי הרמב"ם עומדות בפנינו שתי שאלות. האחת: כלפי מי נאמר "נקנה המקח" – האם לשולח או לשליח? השנייה: בין כך ובין כך, האם הכוונה היא לשליחות שיש בה חריגה מההרשאה דווקא, או שמא לכל שליחות נסתרת?

לשאלה הראשונה, קרוב לדעתנו לפרש שהדברים אמורים כלפי השליח, והוא הקונה את המיקח ולא השולח. כך ניתן ללמוד מהקשר הדברים בהלכה זו, שכן גם ראש ההלכה וגם סופה עוסקים בשליח. על-כן נראה לפרש שגם המלים "נקנה המקח" מכוונות כלפי השליח. הלכה זו שימשה, כנראה, מקור לבעל הטורים, אשר קבע כי הרא"ש הולך בדרך הרמב"ם בעניין השליחות הנסתרת, וכי השליח הוא הזוכה בנכס – "כשאר כל אדם שלוקח או מוכר".

ספציפי יותר נזכיר, כי באשר לסוגיית הירושלמי בבא קמא, אין אנו יודעים מהו הנוסח שהיה לפני הראשונים. הנוסח המקובל בדפוס משובש ביותר, ועל-פיו אין הכרח לפרש את הסוגיה כמי שמדברת בשליחות נסתרת. אשר לסוגיית הירושלמי במסכת דמאי, המדברת במפורש על שליחות נסתרת – ועל-פיה נחלקו תנאים בשאלה זו – כבר הערנו לעיל, כי בסוגיית הבבלי במסכת עירובין נתפרשה המשנה באופן אחר, ולא במקרה של שליחות נסתרת.

35 הלכות שלוחין ושותפין פ"ב ה"ד.



## שליחות נסתרת

אולם, לדעתנו, מסקנה זו אינה נכונה, שכן עומדת בעינה השאלה השנייה שהזכרנו: על איזה מקרה אמורים הדברים? נראה, שהדברים אכן אמורים רק במקרה של חריגת השליח מן ההרשאה, ומשום כך הוא זוכה במיקח ולא המשלח, מאחר שלא קיים שליחותו והיא בטלה. לעומת זאת, בשליחות נסתרת סתם – שאין בה חריגה מהרשאה – הזוכה לדעת הרמב"ם הוא השולח, על-פי דיני השליחות הרגילים.

חיזוק ברור לפירוש זה נמצא בהלכה אחרת במשנה תורה, בהלכות מכירה. הלכה זו עוסקת במקרה של שליח שנשלח לקנות קרקע או מיטלטלין במעותיו של השולח, ותחת זאת קנה אותם לעצמו. מקרה כזה הוא עניין לעצמו, וברובו אינו נוגע לענייננו<sup>36</sup>, אלא שמבין השיטין אנו מבקשים לדלות את שנוגע לעניינה של השליחות הנסתרת. וזה לשון הרמב"ם<sup>37</sup>:

הורו מקצת המורים שאם קנה לעצמו במעות חבירו אחר שזקפן עליו מלוה, הרי קנה לעצמו, ומקבלין ממנו כשאמר זקפתי אותם המעות על עצמי במלוה. ואני אומר שאין דין זה דין אמת, אלא המקח של משלח, כמו שיתבאר בדין העסק<sup>38</sup>.

האם הלכה זו עניינה שליחות נסתרת? נראה שאכן כך הוא, שהרי אין ספק ששליח המשנה מהוראות השולח ומחליט לקנות המיקח לעצמו, מציג את הדבר בצורה זו גם כלפי המוכר<sup>39</sup>.

הווי אומר: לפנינו מקרה של שליחות נסתרת, שבו הקונה הוא שלוחו של אחר, במעותיו של זה, אך כלפי המוכר הוא מציג עצמו כקונה. ועל כך אומר הרמב"ם: "אלא המקח של משלח", אף-על-פי שהמוכר – הצד השלישי –

36 ראה לעניין זה את סוגיות התלמוד במסכת קידושין ראש פרק שלישי, ובבא קמא קב ע"ב, שנזכרה לעיל; מפרשי הרמב"ם בהלכות דלהלן; ספר אבן האזל, על הרמב"ם, שם; קצות החושן, סי' קפג, ס"ק ב-ג.

37 הלכות מכירה פ"ז הי"ב. בהלכה קודמת, הלכה י, קובע הרמב"ם שאם השליח קנה במעותיו שלו עבור עצמו – "מה שעשה עשוי והרי הוא מכלל הרמב"ם".

38 ל"דין העסק" ראה הלכות שלוחין ושותפין פ"ז ה"ו: "הנותן מעות לחבירו ליקח בהם פירות למחצית שכר ולא לקח... ואם נודע בראיה ברורה שלקח ומכר, הרי זה מוציא ממנו השכר בעל כרחו" (וראה הפניה להלכה זו בספר אור שמח, בהלכות מכירה, שם).

39 ואין זה מסתבר כלל לפרש, שכלפי המוכר הוא מציג עצמו כשלוחו של חברו ורק בלבו מתכוון הוא לעצמו.

אינו יודע על דבר השליחות. יש לשים לב לעובדה שכאן המדובר במקרה מיוחד של שליחות נסתרת, שבו השליח אינו מתכוון לבצע את מעשה השליחות עבור השולח אלא עבור עצמו, ועל-כן הגורם הקובע הוא מעותיו של השולח, כדברי הרמב"ם. ואולם הדברים קל וחומר: אם כזה הוא הדין בשליח שלא נתכוון למלא שליחותו, על אחת כמה וכמה במקרה שבו מתכוון השליח לזכות עבור שולחו<sup>40</sup>.

דברי הרמב"ם בהלכה זו יש בהם כדי ללמד על דבריו, הסתומים משהו, בהלכה שלמעלה מהלכות שלוחין ושותפין, ועל-פיהם יש לפרש את כוונתו שם. לאמור: רק בשליחות החורגת מן ההרשאה זוכה השליח בתוצאות פעולתו, אך בשליחות נסתרת גרידא – הזוכה הוא השולח, כבשליחות רגילה.

כיוצא בדעת הרמב"ם, יש גם ראשונים אחרים, בקרב העוסקים בסוגיית בבא קמא הנזכרת – "הנותן מעות לשלוחו ליקח בהן חטין ולקח בהן שעורין" – ההולכים באותה דרך.

כזו היא, כך נראה, דעת הרא"ש באותה סוגיה. על השאלה "מי הודיעו לבעל חטין שיקנה חטין לבעל מעות"<sup>41</sup> הוא אומר:

וליתא לחוכא דבני מערבא, דאע"ג דשני השליח, מכל מקום אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות. ואע"פ שבעל החטים מזכה לשליח החטין, ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות, ולא בעינן שידע בעל החטין שהוא זוכה לבעל המעות.

לפנינו אפוא דברים מפורשים של הרא"ש, לפיהם אין צורך בידיעת הצד השלישי, בעל החטים, וכיוון שהשליח מתכוון לקנות עבור חברו – ידו כיד בעל המעות, והשולח זוכה במיקח<sup>42</sup>.

40 ואז, כך נראה, אין הכרח שהמעות יהיו של השולח דווקא, אלא גם אם השליח קונה במעותיו שלו עבור השולח, הזוכה הוא השולח. לנקודה זו ראה עוד להלן, בקשר לשיטת הרא"ש.

41 כזכור, הביאה שם הסוגיה את קושיית בני מערבא על שיטת רבי יוחנן אליבא דרבי יהודה, ומשאלה זו למדנו שהסוגיה מדברת בשליחות נסתרת, ועל כך מוסבים דברי הרא"ש דלהלן, בפסקיו, ב"ק, פרק תשיעי, סי' יח.

42 ועיין קצות החושן, סי' קפג, ס"ק ג, שהביא את דברי הרא"ש והוסיף: "ומבואר מדבריו דאפילו לדין דליתא דבני מערבא, היינו דווקא היכא דהמשלח נותן

דברי הרא"ש הללו, הפשוטים כשלעצמם, מעוררים פליאה רבה, שכן הם עומדים בסתירה גלויה לדברי הרא"ש עצמו בפסקיו למסכת בבא בתרא, שהובאו בדברינו לעיל, בעניין השליח שקנה לאשה שלא באחריות. באותו עניין קבע הרא"ש במפורש, כי בשליחות נסתר זוכה השליח בלבד, ולא השולח, וכזכור כך הבין גם הטור את דברי אביו.

בין כך ובין כך, עמדה דומה לזו של הרא"ש בסוגיית בבא קמא מצאנו גם לראשונים אחרים, בקשר לאותה סוגיה, כמו הרשב"א<sup>43</sup> והרמ"ה<sup>44</sup>.

מעותיו ויד השליח כיד בעה"ב, אבל היכא דליכא מעות, אלא שהשליח קנאו במעותיו ודעתו לזכות לו, ודאי בעינן הודעה למוכר, ומשום הכי גבי צבע אין האשה קונה". ומכאן, מציין בעל קצות החושן, שדברי הרא"ש זהים למה שכתב רבנו ירוחם (נתיב כב, חלק א. וראה בקצות החושן שם, ס"ק ב). ולא היא. המעיין היטב בדברי הרא"ש ייווכח לדעת, כי הרא"ש לא תלה את הדבר בשאלה במעותיו של מי נקנה המיקח, ומה שכתב בהמשך דבריו, אודות "כל המקדיש אין דעתו על כסות אשתו ובניו" (ראה סוגיית התלמוד, שם), רצונו לומר שהבעל איננו שליח של האשה, ועל-כן כשלקח את הבגר מן הצבע "אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר", ולעומת זאת כאן: "השליח זוכה לבעל המעות!" ועיין ב"י, סי' קפג, מחודשות ג, שהביא את דברי רבנו ירוחם והקשה עליהם מדברי הרא"ש, אלא שגם הוא מעלה את האפשרות "שיש לחלק בין היכא שהמעות של משלח להיכא שאינם של משלח", וכאמור, אין הדבר נכון ביחס לדברי הרא"ש.

43 בחידושו ל"ב"ק, שם: "ומיהו למסקנה הא אפריקא דבני מערבא, דטעמא משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות, כדקני ליה חיטים בחיטים, וכאתקפתיה דרב שמואל בר סטרטי ור' אבא נמי דדחה דברי ר' אבהו, ואע"ג דבמערבא מחכו עלה... ולא אמרינן מי הודיעו לבעל החיטים...". ועיין קצות החושן, סי' קפג, ס"ק ג, המבקש להוכיח כי לשיטת התוספות בסוגיית ב"ק שם, ד"ה שאני חטין, גם רבי יוחנן סובר כבני מערבא, שאם לא הודיעו לבעל החטים לא קנה, אלא שהוא העמיד את הברייתא בשהודיעו למוכר. וצריך עיון נוסף בזה.

44 כך עולה מדבריו שהובאו בשיטה מקובצת לסוגיית ב"ק הנזכרת: "והני נמי לא אמרינן מי הודיעו... אלא אמרינן, כיון דהאי שליח אדעתא דבעה"ב קא זבין, כיד בעה"ב דמי" (וכן שם בהמשך הדברים). על-פי דבריו אלה יש לפרש גם את הדברים שהובאו בטור בשמו (סי' קפג), שאם נתן ראובן לשמעון מעות לקנות לו, ושמעון נתן המעות למוכר בשם ראובן, ואח"כ חזר בו שמעון השליח והתכוון לקנות הדבר לעצמו, לא קנה שמעון "עד דמודע למוכר ומיכוון מוכר לאקנויי ליה לדידיה, דמעיקרא לא איכוין אלא לקנויי לבעל המעות". כלומר, כיוון שהמוכר חשב להקנות לראובן בעל המעות, ושמעון השליח נתכוון לעצמו, אין הקניין של



3. חלוקה בין השולח לשליח

דומה שאפשר להבחין בשיטה שלישית – המחלקת את תוצאות פעולת השליח בשליחות נסתרת בין השולח ובין השליח. כך, נראה לנו, היא שיטת הר"ן. דבריו מתייחסים לסוגיית בבא בתרא שנזכרה לעיל, בעניין השליח שקנה לאשה קרקע שלא באחריות<sup>45</sup>. הר"ן נתקשה – כפי שנתקשו שאר הראשונים – בשאלה: מדוע לא בטלה העיסקה מחמת חריגת השליח<sup>46</sup>? ועל כך הוא משיב:

יש לומר, דהתם השליח לקח סתם, ואין למוכר דין ודברים אלא עמו, ואע"פ שהוא אומר עכשיו שלצורך האשה לקחו אין למוכר בכך כלום, ולפיכך על כרחו צריך לפרוע הדמים למוכר. והאשה גם כן יכולה לומר לשליח תן לי מעותי דלתקוני שדרתיך. ורב נחמן הכי קאמר ליה: אם חפצה היא בקרקע קבל עלך אחריות, אבל לא שיוכל לכפותה בכך... ובר מן דין כיון שלא עשה שליחותו הרי מקחו אצל האשה בטל.

מניתוח מדוקדק של דברי הר"ן נימצא למדים, כי לדעתו בשליחות נסתרת דרך-כלל, "אין למוכר דין ודברים אלא עמו" – עם השליח. כלומר, בעל דברו של הצד השלישי הוא השליח בלבד, ממנו רשאי המוכר לתבוע את המגיע לו, וממנו צפוי הוא להיתבע על חלקו. אולם, מי הוא הזוכה בנכס

שמעון. אך אין הדבר כך במקרה שלנו, שבו השליח אומר למוכר שהוא קונה עבור עצמו ובאמת הוא קונה עבור ראובן השולח, שהרי כאן הוא שליח המבצע את המעשה על דעת שולחו "וכיד בעה"ב דמי". ולא כמו שהבין בעל שלטי גיבורים (על הרי"ף, ב"ק שם) את דברי הרמ"ה האחרונים: "ומשמע מדבריו דהמוכר דבר לחבירו וסבור שאותו הקונה הוא ראובן ואינו כן, שהוא שמעון, אין המכר הזה מועיל כלום אלא למי שנתכוין לו המוכר. ואפילו יודיעו השליח שלצורך עצמו הוא קונה אין בכך כלום, דהמוכר סבור שהמעות הם שלו דשליח...". לשאלת ההצדקה ההגיונית של שיטה זו, ראה מה שכתבנו לעיל בסעיף א, פסקה 4, ביחס לסוגיית התלמוד, ולהלן פסקה 4. לשאלת החבות – כלומר, מי נושא באחריות כלפי הצד השלישי – אשר הראשונים אינם מתייחסים אליה, ראה להלן פסקה 4.

45 לעיל, סמוך להערה 27.

46 ר"ן על הרי"ף, קידושין מב ע"ב (בדפי הרי"ף: יז ע"א), ד"ה אבל שוי שליח.



שליחות נסתרת

גופו עקב פעולת השליחות? מן הדברים עולה בבירור, כי השולח הוא הזוכה!<sup>47</sup>

הווי אומר: הר"ן מבדיל ומפריד בין האחריות כלפי הצד השלישי ובין הזוכה מכוח פעולת השליח. כך, בעוד שהזוכה הוא השולח, כבשליחות רגילה, הרי האחראי כלפי המוכר – "בעל דברו" – הוא השליח בלבד. מבחינה עקרונית, קרובה שיטה זו לעמדת חוק השליחות הישראלי. היא מבקשת ללכת בדרך הביניים המתחשבת בציפיותו של הצד השלישי מחד גיסא, ובעקרונית השליחות ואינטרס השולח מאידך גיסא. לפי זה, מנקודת מבטו של הצד השלישי עומד מולו רק השליח שעמו הוא מתקשר בעיסקה, ועל-כן "אין לו דין ודברים אלא עמו". יחד עם זאת, הזוכה במישרין הוא השולח, שכן אין בעובדה זו כדי לפגוע בצד השלישי<sup>48</sup>.

4. "אין למוכר דין ודברים אלא עמו" – היקף הדין

חשובה עד מאוד לענייננו השאלה, מה טיבו והיקפו המדויק של הכלל שטבע הר"ן: "אין למוכר דין ודברים אלא עמו", שפירושו כי בעל דברו של הצד השלישי הוא השליח בלבד. האם הכוונה שהצד השלישי יכול לתבוע, דרך משל, רק את השליח, ולא את השולח? ומה דינה של תביעה מצד השולח כלפי הצד השלישי? האם היא אפשרית, או שמא יכול אותו אדם לטעון: "לאו בעל דברים דידי את?"

הר"ן אינו מתייחס במפורש לשאלות אלה, אולם מצד ההגיון נראה כי לשתי השאלות הנזכרות תשובה אחת: כיוון שהשולח הוא הזוכה בנכס כתוצאה מפעולת השליח, אין הדבר מסתבר שהוא לא יוכל לתבוע מצדו ובעצמו את הצד השלישי (שהוא המוכר במקרים הנידונים), שהרי אין כל הצדקה להבדילו ממי שהועברה לו הזכות על-ידי השליח! וכך גם בכיוון

47 כך עולה מן הרישא של דבריו ואף מן הסיפא, שם הוא מציע טיעון חלופי: "ובר מן דין כיון שלא עשה שליחותו הרי מקחו אצל האשה בטל". כלומר, בשליחות שיש בה חריגה בטלה הפעולה ביחס לשולח, אך בשליחות נסתרת שאין בה חריגה, המיקח של השולח. ועם זאת אין בכך כדי לשלול את הכלל שברישא, שאם השליח לקח סתם – "אין למר דין ודברים אלא עמו".

48 וכבר צוין כי בסופו של דבר כל זכות ניתנת להעברה, ועל-כן אין מקום להכיר באינטרס של הצד השלישי שהשולח לא יזכה ולא יקנה את הנכס. וראה עוד להלן סעיף ד, בדבר עמדת חוק השליחות הקובע דרך של "אימוץ" זכות השליח על-ידי השולח.



ההפוך: כיוון שהשולח רשאי לתבוע את המוכר, כאמור, מן הדין שהמוכר אף הוא יוכל לתבוע את הקונה – השולח – בכל הנוגע למעשה השליח. נמצא, שמשמעותו המדויקת של הכלל "אין למוכר דין ודברים אלא עמו" היא: הברירה נתונה בידי הצד השלישי, לראות את השליח כבעל דברו – וכנגדו להגיש את תביעותיו, או לראות את השולח כבעל דברו, שכן הוא בעל הזכות<sup>49</sup>.

אם צודקים אנו בהנחה זו, לפנינו מסקנת מאלפת, לפיה קרובה שיטה זו במשפט העברי לעמדת חוק השליחות הישראלי, הקובע חבות "יחד ולחוד" של השולח והשליח גם יחד כלפי הצד השלישי, חבות שמשמעה ברירה בידי הצד השלישי לתבוע מי מהם שירצה, או את שניהם יחדיו<sup>50</sup>. אכן, תוצאה זו, כשלעצמה, אין בה מן הצדק – למה יזכה הצד השלישי במקרה הזה ליתרון לעומת שליחות רגילה? – ואף-על-פי-כן זוהי התוצאה הנובעת, לפי שיטה זו, מן המצב המשפטי הקובע איזון ושילוב בין רכישת הזכות על-ידי השולח מחד גיסא, ובין ציפייתו ומחשבתו של הצד השלישי, מאידך גיסא.

כיוון שהגענו לכך, אנו מבקשים, בכל הזהירות, לצעוד צעד אחד נוסף. לא מן הנמנע, כי המסקנה שהגענו אליה ביחס לדברי הר"ן, יפה גם ביחס לשיטת הראשונים – שמצאנוה כבר בתלמוד – הגורסת כי השולח הוא בעל הזכות בשליחות נסתרת<sup>51</sup>.

כזכור, הראשונים המחזיקים בדעה זו עמדו על זכותו של השולח בנכס, כתוצאה מפעולת השליח, אך לא דיברו דבר בעניין החבות. כיוון שכך, ייתכן גם ייתכן שהם והר"ן לדבר אחד נתכוונו, ואף לשיטתם קיימת טענתו של הר"ן: "דהתם השליח לקח סתם ואין למוכר דין ודברים אלא עמו", שמשמעה שהצד השלישי עשוי להיתבע על-ידי השולח, בעל הזכות, ורשאי לתבוע מצדו הן את השולח הן את השליח, לפי בחירתו, כמות שנתבאר.

49 את מלותיו של הר"ן: "אין למוכר דין ודברים אלא עמו", אין לתפוס במשמעות דווקנית. כאילו רשאי הצד השלישי לתבוע רק את השליח ולא אחר, שכן משמען הוא שעל-פי רצונו המשווער בעל דברו הוא השליח, שהרי לא ידע על קיומו של השולח, אך אין בזה כדי לשלול אפשרות תביעה גם כנגד השולח אם הוא חפץ בכך.

50 ראה: א' ברק, חוק השליחות, עמ' 983; וראה עוד להלן סעיף ד.

51 פשיטא שאין לדברים מקום לפי הדעה שהשליח הוא הזוכה בשליחות נסתרת.



### ג. חריגת השליח בשליחות נסתר

דברינו עד כה נסבו על-אודות עניינה של השליחות הנסתר באופן כללי, כאשר השליח פעל ומילא שליחותו כפי שנצטווה. אולם מה דינה של שליחות נסתר שבה חרג השליח מן ההרשאה שבידו וביצע את הפעולה באופן שונה? כזכור, זהו המקרה גופו שבו עוסקות הסוגיות שנידונו למעלה, בשני התלמודים, בדבר השליח שקנה חטים במקום שעורים או להיפך. כפי שראינו, הסוגיות מדברות בשליחות נסתר ועולה מהן שבמקרה כזה המיקח אינו בטל, אלא קיים ועומד למרות החריגה, ונחלקו חכמי התלמוד בשאלה מי הוא הזוכה – השולח או השליח. עם זאת, ההלכה כפי שנקבעה בדברי הפוסקים מעוררת שאלות אחדות הנוגעות גם לסוגיות התלמוד.

#### 1. ההלכה בפוסקים

במחלוקת שבין ר' מאיר לר' יהודה, המובאת בסוגיית התלמוד במסכת בבא קמא<sup>52</sup> שנידונה לעיל, פסק הרי"ף כר' יהודה. וכך הוא אומר:

וכיון דקי"ל כר' יהודה חזינן: אם לסחורה נתן לו בתורת שותפות, אם פחתו – פחתו לשליח, מפני שהוא משנה, ואם הותירו – הותירו לאמצע... ואם לא נתן לו בתורת שותפות אלא לקנות בהן חטין לסחורה... אם פחתו – פחתו לשליח, מפני שהוא משנה, ואם הותירו – הותירו לבעל המעות. וכן אם נתן לו מעות לקנות לו בהן חטין לאכילה וקנה לו שעורים, אם פחתו – פחתו לשליח, ואם הותירו – הותירו לבעל המעות, דלא אמרינן הותירו לאמצע אלא כשנתן לו המעות בתורת שותפות... אבל שלא בתורת שותפות – בין לסחורה בין לאכילה אליבא דר' יהודה חד דינא הוא: אם הותירו – הותירו לבעל המעות, ואם פחתו – פחתו לשליח. וכן הלכתא.

52 בבא קמא קב ע"א-ע"ב.



הרי"ף מבחין אפוא בין שליחות רגילה – לאכילה או לסחורה – ובין שליחות שהיא שותפות בעסקה. בשליחות רגילה הרווח תמיד לבעל המעות, הוא השולח, ואילו ההפסד תמיד על השלוח, כיוון ששינה מדברי השולח. בעקבות הרי"ף הלכו שאר הפוסקים<sup>53</sup>, וכן הרמב"ם<sup>54</sup>:

נתן לו מעות ליקח בהן חטים, בין לאכילה בין לסחורה, והלך ולקח בהן שעורים, אם פחתו דמי זה שלקח פחתו לשליח מפני שהוא משנה, ואם הוסיפו דמיהן הוסיפו לבעל המעות.

הרי"ף והרמב"ם אינם מזכירים את אופי השליחות – נסתרת, לפי מה שהראינו – שבה עוסקת הלכה זו. עולה אפוא השאלה: שמא ראו הם את עניינה של ההלכה בשליחות גלויה ולא בשליחות נסתרת? אלא שאם כך, הרי נתמה: מדוע לא הוזכרה כלל האפשרות הפשוטה של ביטול המיקח, כמתבקש מתוך חריגת השליח, שהחליף וקנה שעורים תחת חטים<sup>55</sup>? לפיכך ברי, שהרמב"ם<sup>56</sup> מתכוון כאן לשליחות נסתרת, ואף-על-פי שלא

53 הרא"ש הביא את הדברים בתמציתם (פסקי הרא"ש, ב"ק, פרק תשיעי, סי' יח): "וכיון דקי"ל כר' יהודה, אין חילוק בין לאכילה בין לסחורה, ולעולם אי הוי בתורת שליחות אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לבעל המעות, ואם למחצה שכר נתנו לו, אם פחתו פחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע". וכן: הרשב"א בחידושו; טור ושו"ע, סי' קפג, סע' ו, ועוד.

54 הלכות שלוחין ושותפין פ"א ה"ה.

55 ובמיוחד בולט הדבר אצל הרמב"ם, שם ההלכה שלפנינו באה מיד לאחר הלכות הדנות בחריגת השליח ובביטול השליחות שבעקבותיה. כך שם, הלכה ד: "האומר לשלוחו, מכור לי משדה שלי בית סאה ומכר לו בית סאתים... אמר לו מכור לי בית סאתים ומכר לו בית סאה, הרי זה מעביר על דבריו ולא קנה הלוקח. אמר לו מכור לי שדה לאדם אחד והלך השליח ומכרה לשניים, ממכרו בטל, שהרי עבר על דבריו".

56 אשר לרי"ף, קרוב לומר שהוא לא קיבל הבחנה זו שבין שליחות גלויה ובין שליחות נסתרת, ולדעתו בשני המקרים המיקח חוזר. מלבד העובדה הנזכרת שבהלכות הרי"ף אין כל רמז לשליחות נסתרת דווקא, ההנחה מתחזקת גם מתוך דבריו בתשובה (מהד' לייטער, סי' עו). תשובה זו סתומה במקצת, אולם משתמע ממנה שאין נפקא מינה אם הצד השלישי (הקונה באותו מקרה) ידע או לא ידע על דבר קיומה של השליחות. והשווה אור שמח, על הרמב"ם, בהלכה המובאת להלן הערה 60, המזכיר את תשובת הרי"ף ומסיים: "ומתנגדים לדברי רבינו".

## שליחות נסתר

ציין זאת במפורש<sup>57</sup>. את ההלכה דנן יש אפוא לקרוא יחד עם ההלכה דלהלן, שבה מדבר הרמב"ם במפורש על חריגת השליח בשליחות נסתר<sup>58</sup>:

השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני, אע"פ שמשך או שהמשיך ונמצא שעבר על דעת משלחו, בטל המקח ומחזיר. ואם לא הודיע שהוא שליח נקנה המקח, ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו<sup>59</sup>.

את הלשון שבסיפא: "ויהיה הדין בינו ובין זה ששלחו", יש לראות כמכוון כלפי ההלכה שלמעלה, שעניינה ביחסים ש"בינו ובין זה ששלחו", במקרה כגון זה שבו חרג השליח ושינה מהוראות השולח, לכאן או לכאן<sup>60</sup>, <sup>61</sup>.

57 נראה שיש לתת משקל גם לדיוק בלשון הרמב"ם בהלכה שלפנינו. בניגוד ללשון שנקט בהלכות הקודמות, כאן הרמב"ם השמיט את המלה "לו" בהקשר לפעולת השליח, כגון: "נתן לו מעות ליקח בהן חטים... ולקח בהם שעורים" – ולא: ליקח לו בהם חטים... ולקח לו בהם שעורים. ולעומת זאת, בהלכות שלפני-כן מצינו: "נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה לו שלא באחריות" (הלכה ג); "האומר לשלוחו מכור לי משדה שלי בית סאה ומכר לו בית סאתים" (הלכה ה), וכך בכל הדפוסים וכתבי היד, לפי מהדורת פרנקל.

58 הלכות שלוחין ושותפין פ"ב ה"ד.

59 בעל כסף משנה על אתר, ועוד אחרים, ציינו כמקור הלכה זו את סוגיית התלמוד במסכת ב"ב קסט ע"ב, בעניין השליח שקנה קרקע לאשה שלא באחריות. אולם כמות שנתברר בפרק שלישי, אין הרמב"ם מפרש סוגיה זו בשליחות נסתר דווקא. נראה שמקור הלכת הרמב"ם הוא בסוגיה שלפנינו, בבלי וירושלמי, בדבר "הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין...".

60 ההבחנה בין חריגה בשליחות גלויה ובין חריגה בשליחות נסתר, באה לידי ביטוי בדברי הרמב"ם גם בהלכה אחרת (שם, הלכה ו), בעניין סרסור ששינה ומכר חפץ ללוקח בפחות מן המחיר שנצטווה: "הסרסור שליח הוא, אלא שהוא נוטל שכר על שליחותו, לפיכך אם שינה על דעת הבעלים משלם מה שהפסיד. כיצד... ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא ושזה המוכר סרסור הוא, יחזיר החפץ לבעליו ויחריים על מי שנתן לו רשות למכור בחמשים... וחזר בו אחר שקניתו". הרי שוב לפנינו הבדל בין שני המקרים, לעניין אפשרות החזרה מן העיסקה בעקבות חריגת השליח (ראה כסף משנה, שם: "וטעם הדין, דכיון שידע הלוקח שחפץ זה של ראובן דומה לדין שכתב למעלה, שאם הודיע שהוא שליח... בטל המקח").

ומה שהשיג הראב"ד על דברי הרמב"ם כאן, אין כוונתו לגופו של הכלל אלא לעניין הוכחת החריגה. ובצדק קשרו הפוסקים את דברי הראב"ד עם דברי הרמ"ה



שהובאו בטור חו"מ, סי' קפב, שעל המשלח לברר שעשאו שליח לקנות לו סתם, ולא התנה עמו "בין לעוות בין לתקן". ראה: ב"ח על הטור, חו"מ, סי' קפה, ס"ק ה; ש"ך, חו"מ, סי' קפה, ס"ק ח. שניהם מבקשים ליישב ולפשר בין שיטות הרמב"ם והרמ"ה, אולם נראים דברי מהרשד"ם שכתב בתשובה (חו"מ, סי' עז): "ואני אומר כי לדעת הרמב"ם אינו צריך להביא ראייה, אלא המשלח נאמן". וראה עוד: אבן האזל, על הרמב"ם, כאן; מקורות נוספים בספר המפתח, ברמב"ם מהדורת פרנקל.

61 לשון הרמב"ם בהלכה ו' הוא: "ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא" וכו', ועל כך שואל בעל כסף משנה: "וא"ת, ולמה צריך שידע שחפץ זה של ראובן, כשידע שאינו של סרסור סגי"? והוא מציע בתשובה שני תירוצים. לפי התירוף הראשון, יש אכן חשיבות ומשמעות לדיעת זהות השולח על-ידי הצד השלישי, "שאם לא ידע למי הוא – לא יחזיר לו, שיאמר לו האיש שאתה אומר שהוא בעל החפץ אינו זה...!" בדרך דומה הוא מיישב את השאלה גם בספרו בית יוסף, טור חו"מ, סי' קפה, סע' ה: אם לא ידע הצד השלישי מי הוא בעל החפץ – אינו חייב להחזיר, "שיאמר לו שמא אין בעל החפץ לפני כדי שאחרים עליו". הש"ך, חו"מ, שם, ס"ק ז, מביא את דברי בית יוסף ומקשה עליו. לדבריו, הרמב"ם סובר שדווקא בשעת המכירה צריך הצד השלישי לדעת את זהות השולח, ואילו לפי הסברו של הבית יוסף די בכך שהזהות נודעת לו לאחר מכן. ואומר הש"ך טעם אחר: "וטעמא דמלתא, כיון שהוא מכיר המשלח צריך להחזיר, דהיה לו לחוש שהמשלח יקפיד, אבל אם אינו מכיר המשלח, אע"פ שהוא מודיע שהוא שליח, יכול לומר סבור הייתי כיון שאתה אינך מפרש מי הוא השולח בודאי אין קפידא בכך, שלא יקפיד המשלח ויקיים מעשיך...". אולם נראה בעליל שסברה זו דחוקה עד מאוד, וגם סברותיו של בעל כסף משנה ובית יוסף דחוקות ואין בהן הכרח. לדעתנו, אין כל טעם להבחין ולהבדיל בין שני מקרים אלה, בין שיוודע הצד השלישי את זהות השולח ובין שהוא יודע רק את עובדת היותו שליח, וגם הרמב"ם לא נתכוון להבדיל בין שניהם. ואילו לשונו: "ואם ידע הלוקח שחפץ זה של ראובן הוא", הוא לשון של שיגרה, בבחינת "דיבר הכתוב בהווה", היינו במקרה הרגיל והמצוי, ואין מקום לדייק ולהסיק מזה מסקנות הלכתיות. דומה שלכך נתכוון בעל כסף משנה בתירוצו השני: "אי נמי, שמציאות הדבר הוא אומר, שידע שחפץ זה של פלוני ונתנו לזה הסרסור".

מאלפת העובדה, שהש"ך נסמך בדבריו על דיוק בלשון הרמב"ם בהלכה שהובאה בסמוך להערה 58, כפי שזו הובאה בטור ובשו"ע, סי' קפב, סע' ב. שם נאמר: "ודוקא שהודיע שהוא שליח של פלוני... אבל אם לא הודיעו שהוא שליח של פלוני נקנה המקח". ברם, מן העיון בלשון הרמב"ם עצמו בהלכה זו איפכא מסתברא. שכך הוא אומר: "השליח שקנה או שמכר והודיע שהוא שליח בדבר זה לפלוני... ואם לא הודיע שהוא שליח נקנה המקח" (וכך בכל עדי הנוסח, על-

## שליחות נסתר

אשר לראשונים אחרים, כגון הרשב"א והרא"ש, גלוי לעין שלדעתם ההלכה דנן מדברת בשליחות נסתר, שהרי הם פסקו מה שפסקו בקשר לסוגיית התלמוד הנזכרת במסכת בבא קמא, ובמפורש הם מציינים, אגב פירוש הסוגיה לחלקיה, שהמדובר בה בשלא הודיע השליח למוכר שהוא שליח<sup>62</sup>.

שאלה אחרת העולה בקשר להלכה שלפנינו, נוגעת לעצם תוכנו של הדין האמור בה. כזכור, ההלכה קובעת שאם שינה השליח וקנה חפץ אחר מזה שנתבקש, והשביח או נתיקר: "אם הותירו הותירו לו", לשולח. ומדוע? והרי כיוון שהשליח חרג משליחותו אין כאן שליחות, וכיצד זוכה השולח מפעולה זו של השליח<sup>63</sup>?

לדעתנו יש לומר, שבהלכה זו יש משום שינוי מעקרונות החריגה הרגילים, שעל-פיהם מתנתק הקשר שבין השולח לפעולת השליח אם האחרון חרג ושינה. יש לראות בזה הענקה מיוחדת לשולח, מאחר שהשליח

פי מהדורת פרנקל). הרי לפנינו בסיפא מפורש – והוא הנוגע במישרין לענייננו – שאין כל נפקות לאי ידיעת זהות השולח, אלא רק לעובדה שאין הצד השלישי יודע שהוא שליח.

62 כך לשון הרשב"א בחידושו: "ומיהו למסקנא הא איפריקא קושיא דבני מערבא, דטעמא משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות, כדקני ליה בחטים וחטים... ולר' יהודה דקיי"ל כוותיה בין לסחורה בין לאכילה, ואעפ"י ששינה לגמרי, אם הותירו הותירו לבעל המעות דדעתו של שליח אינו לקנות ולזכות לעצמו אלא לבעל המעות...". ובדומה לכך גם הרא"ש בפסקיו (לעיל הערה 53).

63 כאן מקום לציין שיטה יוצאת דופן, היא שיטת הר"י מיגאש, כפי שהיא עולה באחת מתשובותיו, סי' שלח, וזה לשונו: "ולענין הזהב ששלח שמעון עם ראובן למדינת אלמרי"ה להחליפו, וקנה בו סחורה ועכב אותו בידו זמן מרובה להסתחר בו. אין לשמעון בריוח כלום, לפי שמעת שהוציאו במה שלא ציזה לו בו שמעון חזר להיות אצלו במלוה, והוא באחריותו, והריוח הבא ממנו לו וההפסד והאונסין עליו". נראה מכאן שלדעת ר"י מיגאש, אם שינה השליח – הרווח וההפסד של השליח בלבד. דעה זו אכן הולמת את עקרונות השליחות, לפיהם הואיל ושינה השליח אין הפעולה מתייחסת אל השולח כלל. דעה אחרת בין הפוסקים היא, שהרווח מתחלק תמיד בין השולח לשליח (ולא רק בשליחות מסוג עיסקה). טעם הדבר, שדווקא מחמת השינוי ששינה השליח בא הרווח, ולפיכך הוא זכאי למחצית אף-על-פי שעבר על דברי השולח (נימוקי יוסף על הרי"ף, ב"ק שם, בשם הרא"ה; ש"ך, חו"מ, סי' קפג, ס"ק י).



פעל עבורו ובכספו, ועל-כן מן הצדק הוא לתת את הרווח הנובע מפעולתו לשולח.

בדרך אחרת נוכל לומר, שמקרה כזה של שינוי שפעל לטובת השולח, אין לראותו כחריגה במשמעותה הרגילה, שכן אומד דעתו של השולח הוא שבכגון זה הוא מסכים לפעולת השליח<sup>64</sup>.

העולה מכל האמור, שיש הבדל יסודי בין חריגה בשליחות גלויה ובין חריגה בשליחות נסתרת. בשליחות גלויה יש כוח ביד השולח לבטל כליל את פעולת השליח, ואילו בשליחות נסתרת אין מקום לבטלות הפעולה, למרות החריגה, ותוצאת השליחות מצטמצמת לתחום "יחסי הפנים" שבין השולח לשליח.

במקרה זה האחרון, המשמעות המעשית הנודעת להלכה שלפנינו היא, שקיימת הברירה ביד השולח: ברצותו הוא מסתלק מן הפעולה ומטיל את האחריות על השליח ("לתקוני שדרתיך ולא לעוותי")<sup>65</sup>, וברצותו הוא מקיים את הפעולה לעצמו, בחינת "אם הותירו הותירו לו", כמות שנתבאר.

64 אם כך, הרי שוב לפנינו הלכה שתוצאתה מעין "אישור בדיעבד" של פעולת השליח עלידי השולח, המוכר לנו מסעיף 6 לחוק השליחות, גם אם בדרך אחרת. והשווה דברי בעל מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סי' א, על הרא"ש בסוגייתנו: "...לאו למימרא דהוי שלוחו לגמרי עד שכופין למשלח לקבל המקח... והיינו טעמא משום דהשליח נתכוון לזכות לבעל המעות ולהכי כל שרוצה המשלח לזכות בהם זכה בהו מעיקרא, כדין כל הזוכה בשביל חבירו שלא מדעתו". ובשו"ת דברי ריבות, סי' רסז: "אלא אמרינן כיון שלא בא למשלח הפסד מאותו השינוי ניחא ליה בשליחותיה". וראה לעיל פרק שלישי, סעיף ב פיסקה 2, ופרק רביעי, סעיף ב. מן האחרונים יש שכתבו, ששינוי ששינה השליח מתוך כוונה לטובת השולח, אינו גורר אחריו בטלות הפעולה. ראה: משנה למלך, הלכות שלוחין ושותפין פ"א ה"ב; מחנה אפרים, שם. אולם בספר חלקת יואב, אהע"ז, סי' לד, חולק המחבר על דעה זו (ומה שכתב שם בדעת המשנה למלך, כאילו מדבריו משמע להיפך, הוא תמוה!). אולם לדעתנו, ספק רב אם בסוגיה דנן המדובר שהשליח נתכוון מלכתחילה לטובת השולח.

65 עם זאת מסתבר, שאין הדברים אמורים אלא באותם מקרים שבהם יכול השליח לתקן את שעיוות. ראה: שו"ת אבקת רוכל, סי' קסו-קסז; שו"ת מהר"י בן לב, סי' פא, שדנו במקרה ששליח השכיר את ביתו של שולח לשלוש שנים במקום לשנה אחת כפי שנתבקש. הם משיבים, שבמקרה כגון זה אין הפעולה קיימת כלל, משל למי שנשלח למכור בית סאה ומכר בית סאתיים, דפשיטא שאין המיקח קיים ביחס לבית סאה הנוסף. וראה עוד: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין,



2. שיטת הרמ"ה: הלכת "הנותן מעות לשלוחו" ועקרון החריגה

האחד מן הראשונים שהעמיד במפורש את ההלכה דנן – "הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטין ולקח מהם שעורין" – אל מול עקרונות דיני החריגה, ודן ביחס שביניהם, הוא הרמ"ה. בחידושו לסוגיה<sup>66</sup> הוא אומר<sup>67</sup>:

והני מילי לענין דינא דשליח בהדי בעל הבית, אבל לענין דינא דבעל הבית בהדי מוכר, היכא דשני שליח בשליחותיה במידי דקי"ל דמעביר על דבריו הוי, אי אתברירא מילתא בסהדי או בהודאת מוכר דבעל הבית שדריה להאי שליח למזבן ליה ארעא או הני מטלטלי מממונא דבע"ה סתמא, דלא אתני עליה בין לתקוני בין לעוותי, ואזל זבן ליה ועוית בשליחותיה, בטלי זביני, מידי דהוה אהיכא דשויא שליח לזבוני וטעה, דהדרי זביני...

דבריו נראים סתומים, שהרי מן הסוגיה עולה שהפעולה קיימת ועומדת – אם לשליח אם לשולח – ואם כך, מה פשר הדברים שלענין "דינא דבעל הבית בהדי מוכר" יכול השולח לבטל את הפעולה? לדעתנו יש לומר, שהרמ"ה הולך בדרך הרי"ף, ואין הוא מבחין בסוגיה שלפנינו בין שליחות גלויה ובין שליחות נסתרת<sup>68</sup>. לפיכך עומד בפניו הקושי: מדוע מתעלמת הסוגיה מאפשרות ביטול המיקח לאחר חריגת השליח, כמות שמתחייב מעקרון החריגה? בתשובה לקושי זה מעמיד הרמ"ה את ההלכה האמורה – "אם הותירו הותירו לו" – בתחום היחסים שבין השולח לשליח ("והני מילי לענין דינא דשליח בהדי בעל הבית"), ואין הדברים אמורים, לדעתו, במה שנוגע ליחסים שבין השולח והצד השלישי. לפי זה, ההלכה שלפנינו אמורה במקרים שבהם אי אפשר לבטל את הפעולה, או שאין השולח חפץ בכך. אולם במקרים אחרים, אם עיוות השליח שליחותו ויכול

סי' ב; נתיבות המשפט, סי' קפה, ס"ק ה; ומקורות נוספים בספר המפתח, ברמב"ם מהדורת פרנקל.

66 מובאים בשטמ"ק, ב"ק קב ע"ב.

67 לאחר שפסק כר' יהודה, כדרך הרי"ף ושאר הפוסקים.

68 ראה לעיל הערה 56.

השולח לברר ולהוכיח זאת, אכן "בטלי זביני", בהתאם לכלל הרגיל בכגון זה<sup>69</sup>.

## ד. המשפט הישראלי

1. סעיף 7 לחוק: הבחנה בין הזכות ובין החובה

סעיף 7 לחוק השליחות אומר:

לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה על קיומה של השליחות, או לא ידע את זהותו של השולח, תחייב פעולת השלוח את השולח והשלוח יחד ולחוד ותזכה את השלוח בלבד. אולם יכול השולח לאמץ לעצמו זכויות השלוח כלפי הצד השלישי, זולת אם הדבר נוגד את הזכות לפי מהותה, תנאיה, או נסיבות הענין.

הסעיף מדבר על שני מקרים:

א. הצד השלישי אינו יודע על קיומה של השליחות.  
ב. הצד השלישי יודע על קיומה של השליחות, אך זהותו של השולח אינה ידועה לו.

לדעתנו, שני המקרים שונים לגמרי זה מזה, ואינם ראויים לבוא יחדיו תחת קורת גג אחת. לפיכך נתייחס בדברינו דלהלן אל המקרה הראשון בלבד, שהוא הנוגע לענייננו, ובסוף נסיף ונביא דברים הנוגעים למקרה השני. חוק השליחות מבדיל בין הזכות ובין החובה במקרה של שליחות נסתרת. לעניין החובה: "תחייב פעולת השלוח את השולח יחד ולחוד", בעוד שלעניין הזכות, הרי היא של השלוח בלבד, ועם זאת יש בידי השולח הכוח "לאמץ" לעצמו זכות זו.

69 ועיין עוד שו"ת מהרש"ך, ח"ג, סי' סו, שדן בהלכה שלפנינו, האם עניינה בשליחות נסתרת אם לאו. למסקנתו, אין המדובר בשליחות נסתרת, ולפיכך הוא נדחק עד מאוד להעמיד את הברייתא שבסוגיה בכגון "שיש לשליח שותפות בקניה ואינו שליח גרידא, דהשתא לא שאני לן בין הודיע בין לא הודיע, משום דהשליח הוא הקונה, לפי שיש לו חלק ושותפות במקח, הלכך מה שעשה עשוי...".



## שליחות נסתרת

שיטות המשפט השונות נחלקו בנושא דנן. יש שיטות שלפיהן השולח הנסתר הוא החייב והזכאי כלפי הצד השלישי, כבשליחות רגילה, ויש שיטות הגורסות שהשלוח בלבד הוא הזכאי והחייב, וזה מצדו רשאי להעביר, בנסיבות המתאימות, את זכותו לשולח<sup>70</sup>.

חוק השליחות נקט עמדת ביניים בין השיטות הנזכרות. זו באה לידי ביטוי בהסדר האמור, המבדיל בין הזכות ובין החבות. אולם עדיין יש לשאול: מהו ההגיון והטעם שביסוד ההבחנה בין החובה ובין הזכות? נראה כי הסדר זה שבחוק מדגים יפה את הנסיון למצוא דרך של פשרה ואיזון בין האינטרסים והציפיות המנוגדים של שני הצדדים, השולח מזה והצד השלישי מזה<sup>71</sup>. וכך הוא מהלכם של דברים: אשר לחבות, ציפייתו של הצד השלישי היא כלפי השלוח בלבד, שהוא בעל דברו בעיסקה זו, לכן נקבעה חבותו של השלוח כלפי הצד השלישי. מנגד, מבחינת השולח, פעל המתקשר כשלוחו, ועל-פי עקרונות השליחות בעל הדבר ה"אמיתי" הוא השולח דווקא ולא השלוח. תשובת החוק לבעיה זו באה לידי ביטוי בצירופה של חבות השולח לזו של השלוח. בכך מתקיים עקרון השליחות הכללי וציפייתו של השולח, ועם זאת לא נפגעת ציפייתו של הצד השלישי, שכן חבות השולח לא באה במקום חבותו של השלוח אלא בנוסף לה.

אף בנוגע לזכות, הולך החוק באותו כיוון עקרוני של חיפוש דרך הביניים בין הציפיות הסותרות. בלשונו של ברק<sup>72</sup>: "דומה כי המחוקק ביקש למצוא פשרה בין כוחו המלא של השולח להעניק לשלוח כוח להקנות על ידי פעולתו המשפטית זכות לשולח כלפי הצד השלישי, לבין ציפייתו הסבירה של הצד השלישי"<sup>73</sup>. על-כן נקט חוק השליחות "בתורת כוח ייצוג מוגבלת ומצומצמת", כוחו של השולח לאמץ לעצמו את זכות השלוח כלפי הצד השלישי, בלא להיזקק להסכמתם של השלוח או של הצד השלישי.

ברק ממשיך ומסביר, כי ההצדקה להסדר זה נעוצה בעובדה, שבשיטת המשפט הישראלי זכותו של נושה ניתנת להמחאה גם ללא הסכמת החייב,

70 ראה: א' ברק, חוק השליחות, עמ' 939.

71 וכבר מצאנו כעין זה בסעיפים אחרים של חוק השליחות. ראה מה שכתבנו בראש פרק שלישי, בעניין סעיף 6 לחוק, המדבר בחריגת השליח מן ההרשאה.

72 חוק השליחות, עמ' 948.

73 שכן, החלת עקרון השליחות הרגילה על השליחות הנסתרת תביא את הצד השלישי לידי כך שימצא עצמו חייב כלפי אדם, שעל קיומו לא ידע ושאת נוכחותו לא צפה.

ועל-כן ממילא נושא הצד השלישי, במקרה דנן, ב"סיכון משפטי" שחבותו כלפי השלוח (והיא-היא זכותו של השלוח) תועבר לאחר. עד כאן תיאור ההסדר המורכב של חוק השליחות בסוגיית השליחות הנסתרת.

## 2. ביקורת עמדת חוק השליחות

### (א) החבות והזכות – למי?

עמדת החוק ראויה, לדעתנו, לביקורת. תחילה לעניין החבות. לעניין זה קובע החוק: "תחייב פעולת השלוח את השולח והשלוח יחד ולחוד". כלומר, על-פי רצונו רשאי הצד השלישי לתבוע את השולח והשליח יחדיו, או כל אחד מהם לחוד, ולפי זה יש בידו שלוש עילות תביעה<sup>74</sup>.

למצב זה אין, לדעתנו, כל הצדקה. אכן, כמו שכבר הסברנו, גם לשיטת המשפט העברי, התוצאה הנובעת מן המצב המיוחד של שליחות נסתרת היא הטלת חבות כלפי הצד השלישי הן על השלוח הן על השולח. אולם עקרון זה דיו שיבוא לידי ביטוי במתן הכוח לצד השלישי לברור מי מבין השניים הוא "בעל דברו" – השלוח, או השולח<sup>75</sup> ואז השלוח אינו נוגע לעניין עוד, כבשליחות רגילה. אך מהו הטעם במתן שלוש עילות תביעה בידי הצד השלישי?

קשים הדברים יותר באשר לעניין הזכות. כאן קבע החוק, לכאורה, כי הזכות הנובעת מפעולת השלוח היא של השלוח, אך יש בידי השולח הכוח "לאמץ", היינו ליטול לעצמו את זכויות השלוח כלפי הצד השלישי. אין כל ספק שמבחינה מעשית הזכות עוברת מיידית ובמישרין אל השולח, שהרי אין ה"אימוץ" תלוי ברצונם של השלוח או של הצד השלישי. אם כך, מהו הטעם ומהו הצורך בדרך ה"אימוץ", והרי אין היא אלא פיקציה בעלמא שבעזרתה ביקש, כביכול, המחוקק למצוא פשרה בין כוחו של השולח ובין ציפיותו של הצד השלישי? מדוע לא ייקבע בפשטות שהזכות עוברת במישרין לשולח, כבשליחות רגילה – לאחר שהגנו כראוי על הצד השלישי מבחינת החבות –

74 ראה: א' ברק, חוק השליחות, עמ' 983.

75 השווה, בעניין אחר, סעיף 6(ב) לחוק השליחות, לעניין שליחות חריגה: "לא ידע הצד השלישי בשעת הפעולה שהשלוח פועל ללא הרשאה או בחריגה... הברירה בידו... לראות את השלוח כבעל דברו או לחזור בו מן הפעולה...".

## שליחות נסתרת

זהרי, כפי שכבר צוין, כל חייב צפוי לו ממילא שזכות הנושה כלפיו תומחה לאדם אחר?

שיטה מעין זו מצאנו לעיל במשפט העברי<sup>76</sup>, לפיה הזוכה בשליחות נסתרת הוא אכן השולח בלבד, ועם זאת רשאי הצד השלישי לראות את השליח כבעל דברו לעניין החבות, כמות שנתבאר.

(ב) אי ידיעת זהות השולח

סעיף 7 לחוק השליחות כולל, כאמור, שני מקרים:  
א. אי ידיעה על קיום השליחות.  
ב. אי ידיעת זהות השולח.

אשר למקרה השני, כבר הזכרנו שאין כל הצדקה להכנסתו תחת כנפי השליחות הנסתרת. מכל בחינה עניינית שהיא, אי-ידיעת זהות השולח בלבד איננה בבחינת "שליחות נסתרת", ועל-כן אין זה מן הראוי לתת לעניין זה מעמד והסדר מיוחד לעומת השליחות הרגילה.

ברק עצמו מציין חסרונות אחדים לפתרון שנקבע בחוק למקרה זה<sup>77</sup>. אולם בהערכת העובדות ובמסקנת הדברים דעתנו שונה מדעתו.

ברק מטעים, כי המדובר במקרה שבו הצד השלישי יודע על היות בעל דברו שלוח של אחר, ויכול היה לדרוש שזהות השולח תתגלה לו לפני ביצוע הפעולה. כיוון שכך, אין כל הצדקה להסדר שבו הזכות כלפי הצד השלישי נתונה לשלוח ולא לשולח. לדעתו, ציפייתו הסבירה של הצד השלישי היא, כי הן השולח הן השלוח יהיו זכאים וחייבים כלפיו, ולסיכום הוא קובע: "אם ביקש החוק להסדיר במיוחד את מעמדם של הצדדים בשליחות שבה אין זהותו של השולח ידועה, מן הדין היה לקבוע רק הוראה בענין מעמדו של השלוח, לפיה הוא בעל דברו של הצד השלישי, זולת אם הצדדים קבעו אחרת ביניהם".

לדעתנו, לא כך הם פני הדברים. מכיוון שהצד השלישי יודע שהוא עושה פעולה עם שלוחו של אדם אחר ואינו מערער על כך, הרי שהוא מקבל על עצמו את כל התוצאות של שליחות רגילה, לפיה בעל דברו לכל דבר הוא השולח, ולא השלוח. ולהיפך יש לומר: אילו רצה לשנות זאת, היה בוודאי מתנה במפורש שהוא מבקש לראות את השלוח כבעל דברו. הואיל ולא עשה

76 שיטת הר"ן, ואולי עוד ראשונים, כמבואר למעלה.

77 א' ברק, חוק השליחות, עמ' 967-968.





## שליחות נסתרת

השולח לאשר בדיעבד פעולה שהעניקה זכות למישהו אחר? כוונתנו לומר, שרעיון האישור בדיעבד, הקבוע בסעיף 6 לחוק, עומד בסתירה להגיון המונח ביסודו של סעיף 7 לחוק, לעניין השליחות הנסתרת. רעיון האישור בדיעבד של פעולה חריגה מבוסס על ההנחה כי הזכות היסודית, המקורית – אלמלא חריגת השליח – היא של השולח, ועל-כן למרות החריגה יש בכוחו של השולח "להחיות" זכות זו על-ידי פעולת האישור בדיעבד. אולם רעיון זה אינו הולם מצב שבו הזכות מעיקרה אינה של השולח אלא של אדם אחר, הוא השלוח. במקרה כזה נראה כי הדרך הבאה בחשבון היא בסדר הפוך: בתחילה יש להפעיל את ההסדר הקבוע בסעיף 7, דהיינו "אימוץ" זכות השלוח על-ידי השולח, ורק לאחר מכן לאשר את הפעולה החריגה. אך כאן נעמוד שוב לפני הסתירה הפנימית, מניה וביה: כיצד אפשר לאמץ זכות זו, כאשר מדובר בחריגה מן ההרשאה שמשמעה שהזכות איננה קיימת עד שיאשר אותה השולח בדיעבד?

אם דברינו נכונים, המסקנה המתבקשת היא שלפנינו חסר במשפט הישראלי, ועל-כן יש לפעול על-פי האמור בחוק יסודות המשפט תש"מ-1980.

לפי חוק זה, אם לא נמצאה תשובה בחוק או בפסיקה, יש ללכת בדרך של היקש. אולם דומה שבעניין דנן אין משמעות לדרך זו, שכן אין לך עניין קרוב ומתאים להקיש אליו את המקרה המיוחד שלפנינו – חריגה ושליחות נסתרת גם יחד.

לפיכך, הדרך הנכונה היא לפנות אל מקורות המשפט העברי, אשר קובע עמדה ברורה במקרה הנידון, עמדה הראויה להתקבל גם במסגרת המשפט הישראלי.

