

## פרק שלישי

### חריגת שליח מן ההרשאה

שאלת חריגתו של שליח מן ההרשאה שקיבל מן השולח, קשורה בשאלת מהותה של השליחות. לפי כל אחת מן התיאוריות הנוגעות לעניינה של השליחות, אין כל ספק שהשליח כוחו יפה אך ורק במסגרת הסמכות וההרשאה שהוענקה לו מצד השולח. מעבר למסגרת זו אין הוא נחשב כשולחו של השולח, ואחת היא אם נראה את השליח כידו הארוכה של השולח, על-פי תורת הזיהוי, או שנראהו כפועל מכוח שהעניק לו השולח, על-פי תורת הכוח. כיוון שכך, נמצא שכל חריגה של שליח מן ההרשאה הרי היא פעולה בלא סמכות ובלא כוח שתוצאתה אפס, לא נעשה ולא כלום.

ברם, מסקנה זו הגם שהיא נכונה מבחינה עיונית-מושגית, מעוררת שאלות וקשיים שאף הם קשורים בטיבו של מוסד השליחות.

השליחות היא מוסד בעל שלוש צלעות: שולח שליח וצד שלישי, הוא מקבל השליחות. בעיסקה שבוצעה על-ידי שליח, הצדדים המשפטיים לאותה עיסקה – הזכאים והחייבים מכוח אותה עיסקה – אינם אותם צדדים שהיו שותפים בפועל להעמדת העיסקה. מכאן, שלעתים התוצאה הנכונה והרצויה מנקודת מבטו של צד אחד אינה חופפת את התוצאה הנכונה והרצויה מנקודת מבטו של הצד האחר. הנושא שלפנינו הוא דוגמה בולטת לעניין זה: שליח כי יסטה מהוראות השולח, ויעשה בשמו של השולח פעולה משפטית בתנאים שונים מאלה שקבע השולח. לצד השולח יש לטעון: כיצד ניתן לחייבו, והרי לא לכך מינה את השליח? אך לצד האחר יש לטעון ההיפך: מקבל השליחות ערך את העיסקה בתנאים מפורשים עם השליח, ולמה ישא הוא בתוצאות חריגתו?

עוד יש לשאול: האם ההליכה בעקיביות אחר עקרון החריגה מסמכות, תואמת את ציפיות הצדדים בפועל? דרך משל, כאשר השולח מסכים **בדיעבד** לפעולת השליח, למרות החריגה שחרג מהרשאתו, האם מן הדין לראות את הפעולה כבטלה, חרף רצונו של השולח?

ואחרון אחרון, שאלת מעמדו ואחריותו של השליח. האם ואימתי אפשר להטיל עליו לשאת בתוצאות השינוי ששינה מהוראות השולח?<sup>1</sup>  
 דומה ששיטות המשפט השונות מבקשות למצוא את הדרך הנאותה במבוך השאלות והסתירות האמורות, דרך שיש בכוחה ליישב ולפשר בין העמדות והאינטרסים של הצדדים.<sup>2</sup>  
 אשר לעמדת המשפט העברי, התמונה מורכבת ומעניינת. לדעתנו, יש להבחין בשינויים שחלו במהלך התקופות בעמדת ההלכה לנושא הנידון. המשפט התלמודי קרוב, ככל הנראה, לתפיסה העקרונית-דוגמאטית בשאלת חריגת השליח מן ההרשאה. לפי גישה זו, אנו משקיפים למעשה על המקרה מצדו של השולח בלבד, שכן היבט זה הוא המונח, כאמור, ביסודה ומהותה של השליחות.<sup>3</sup> לעומת זאת, אצל הראשונים אנו מוצאים עמדות המשוות לנגד עיניהן גם את האינטרס של הצד האחר, ובר בבר מצמצמות את אפשרות בטלותה של פעולת השליח במקרה של חריגה מן ההרשאה.

## א. שליח שעבר ושליח שטעה

1. מוסיף על דברי השולח או מעביר על דבריו

העקרון הבסיסי בענייננו עולה מן הסוגיה במסכת כתובות<sup>4</sup>:

אמר ליה: זבין לי ליתכא, ואזל זבין ליה כורא, מאי? מוסיף על דבריו הוא וליתכא מיהא קני, או דלמא מעביר על דבריו הוא וליתכא נמי לא קני?

הסוגיה עוסקת בשליח שמכר מקרקעו של השולח חלק גדול יותר מזה

- 1 כך חוק השליחות, תשכ"ה-1965, הקובע בסעיף 6 כי השולח יכול לאשר בדיעבד פעולת השלוח. ובס"ק (ב) נקבעו הוראות המעניקות גם לצד השלישי ברירות אחדות, ובתוכן הטלת אחריות על השלוח. וראה ביתר פירוט להלן סעיף ד.
- 2 עם זאת, גם בתלמוד אין פירוש הדבר שכל חריגה גוררת בהכרח את בטלות הפעולה. ראה להלן הערה 5.
- 3 כתובות צח ע"ב.

שנתבקש על-ידי השולח<sup>4</sup>. הגמרא בשאלתה מבחינה בין שליח שהוסיף על דברי שולחו ובין שליח שעבר על דברי שולחו. לפי האפשרות הראשונה, נתקיימו למעשה דברי השולח אלא שהשליח הוסיף עליהם, ולכן הקונה קנה ליתכא – אותו שטח שהסמיך השולח את השליח למכור. ואילו לפי האפשרות השנייה, השליח עבר על דברי השולח, דהיינו לא עשה אותה פעולה שלבציעה נשלח, אלא עשה פעולה אחרת, שונה, ואם אכן כך הוא – לא עשה ולא כלום: "וליתכא נמי לא קני".

המסקנה החשובה לדידנו ברורה: שליח שעבר על דברי שולחו, דהיינו עשה פעולה שונה מזו שנתבקש, יש לראותו כמי שחרג מסמכותו, ולכן אין למעשהו כל תוקף<sup>5</sup>.

כך עולה גם מהמשכה של הסוגיה, בעניין מעילה<sup>6</sup>:

תא שמע<sup>7</sup>: אמר בעל הבית לשלוחו: תן להן חתיכה לאורחין, והוא אומר: טלו שתיים, והן נטלו שלש – כולן מעלו. אי אמרת בשלמא מוסיף על דבריו הוי, משום הכי בעל הבית מעל, אלא אי אמרת מעביר על דבריו הוי, בעל הבית אמאי

4 ליתכא היא בית חצי כור; ראה: רש"י, שם, ד"ה אמר ליה זבין לי ליתכא. השולח מכר אפוא שטח קרקע הכפול מהשטח שהסמיכו השולח למכור.

5 והשווה שו"ת הריב"ש, סי' ריד (נו ע"ב): "אבל בנדון זה שראובן שמעון ולוי לא היה להם כח בביריה זו אלא מצד מה שבררו אותם השלשים, אם כן הרי הם בשלוחי השלשים ואיכא למימר שלא נתנו להם כח אלא לעשות ברירה שלמה... וא"כ כל הביריה בטלה, כדאמרינן בשליח דעלמא בפרק אלמנה ניונת: אמר ליה זבין לי כורא...". ועיין: שו"ת מהרי"ק, שורש ו. ואמנם, הדעת נותנת שלא כל סטייה של השליח, ולו קלה בלבד, דיה כדי לגרום בטלות המעשה, אלא רק בדברים שיש להניח שהשולח מקפיד בהם. עיין והשווה המשכה של הסוגיה בכתובות צט ע"ב, לענין "אמר לאחד ולא לשנים" (וכן סוגיית "מראה מקום הוא לו", בבא בתרא קסה ע"א; ועיין: תשב"ץ, ח"ב, סי' צו). ודוק בלשונו של גאון (אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, עמ' 348): "ואילו שינה במה שהתנתה עמו היינו אומרים כיון ששינה בטלה מה שעשה, דכי הא מילתא דקפידא הוא, ודאמיא להווא דאמרינן פשיטא אמר ליה לשליח לאחד קפידא, אמר סתמא מאי...". ברם, משו"ת מהרי"ק, שורש כז, משתמעת גישה שונה, לפיה "בשינוי כל שהוא פקע תורת שליחות מהשליח", והדברים צריכים עיון נוסף. וראה עוד: מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין, סי' ג.

6 כתובות צח ע"ב.

7 המקור הוא משנה מעילה ו, א (בבלי כ ע"א).

מעל? והתנן: השליח שעשה שליחותו – בעל הבית מעל; לא עשה שליחותו – שליח מעל...

הווי אומר אף כאן: שליח שעבר על דברי שולחו ועשה פעולה שונה מזו שציווהו בעל-הבית, אין הפעולה פעולת השולח כלל, ולפיכך – במקרה שבסוגיה – מי שמעל אינו בעל-הבית אלא השליח<sup>8</sup>.

2. טעות השליח וטענת השולח: "לתקן שלחתיך ולא לעוות"

בהמשכה של אותה סוגיה<sup>9</sup>, דנה הגמרא בעניין שליח שנצטווה לעשות עיסקה עם אחד, אם רשאי הוא לעשותה עם שניים, וממשיכה בעניין טעותו של שליח<sup>10</sup>:

...רב הונא אמר: לאחד ולא לשנים. רב חסדא ורבה בר רב הונא דאמרי תרוייהו: לאחד ואפילו לשנים, לאחד ואפילו למאה. איקלע רב נחמן לסורא. עול לגביה רב חסדא ורבה בר רב הונא. אמרו ליה: כי האי גוונא מאי? אמר להו: לאחד ואפילו לשנים, לאחד ואפילו למאה. אמרו ליה: אע"ג דטעה שליח? אמר להו: דטעה שליח לא קאמינא. אמרו ליה: והאמר מר אין אונאה לקרקעות? הני מילי היכא דטעה בעל הבית, אבל טעה שליח אמר ליה: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

8 בהמשך הסוגיה, שם צט ע"ב, נאמר בשם איכא דאמרי, כי המקרה האמור שבו נשלח השליח למכור ליתכא ומכר כורא הוא בוודאי בבחינת מוסיף על דברי השולח, והשאלה נשאלת במקרה ההפוך: "כי תבעי לך דאמר ליה: זבין לי כורא, ואזיל זבן ליה ליתכא...". הפוסקים, ברובם, פסקו במקרה הראשון – "מוסיף", ובמקרה השני – "מעביר". כך הרי"ף, הרמב"ם ועוד. עיין: מאירי, כתובות שם; בית יוסף על טור חו"מ, סי' קפב, סע' יג. אולם יש חולקים ונוקטים "מוסיף" גם במקרה השני, ראה: בית יוסף, שם; שו"ת הריב"ש, סי' ריד (נו ע"ב).

9 כתובות צט ע"ב.

10 בסוגיה זו יש הבדלים בולטים בין שתי נוסחאות, ראה: תוספות, שם, ד"ה אמר לאחד; שו"ת הריב"ש, שם. וראה בהרחבה: דקדוקי סופרים השלם למסכת כתובות (מכון התלמוד הישראלי השלם, ירושלים, תשל"ז), שם, הערה 15.

מה טיבו של המקרה האמור – "דטעה שליח" – ומה משמעו של הכלל: "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי"? דומה בעינינו שלשון זה "לתקוני שדרתיך" וכו', המושם בפי השולח, יש לפרשו לפי פשוטו, לא כבטלות אוטומטית מיידיית של המעשה, אלא כנתינת הברירה בידי השולח לבטל את המעשה שעשה השליח, שכן לתקן שלחו ולא לעוות. ברם, כך אנו שומעים, אם חפץ השולח בקיומו של מעשה השליחות כמות שנעשה, הרי הוא קיים ועומד!

לכאורה, נמצאת הלכה זו חלוקה על זו שלפניה, שעל-פיה לא עשה השליח ולא כלום, אולם לא כן. נראה כי שליח שטעה בדברי שולחו אינו זה שעבר על דברי שולחו, האמור שם. שליח המעביר על דברי שולחו, משמעו – שליח הסוטה מהוראות מפורשות של השולח הנוגעות למהות העיסקה או לדרך ביצועה, כגון: מכר או קנה חפץ אחר מזה שנתבקש, ולפיכך התוצאה היא – בטלות המעשה. ומכאן בעיית התלמוד דלעיל: שליח שמכר יותר האם הוסיף גרידא, או שמא שינוי גמור יש כאן והרי הוא בבחינת "מעביר" על דברי שולחו<sup>11</sup>? מנגד, שליח שטעה משמעו – שליח שמכר במחיר נמוך מן המחיר המקובל בשוק או כדומה. אכן, גם טעות כעין זו קרובה היא לחריגה מהוראות השולח, שכן בסתם ומכללא בוודאי כוונת שניהם למקובל ולנוהג, אך אין המדובר בסטייה מהוראה מפורשת של השולח, ולפיכך אין העיסקה בטלה מאליה אלא רק ניתנת לביטול ברצון השולח. כלפי סוגיות הגמרא וכלפי ההבחנה שבין שליח ש"עבר" ובין שליח ש"טעה", מכוונים, לכשנדייק, דברי הרמב"ם<sup>12</sup>:

שליח שעבר על דברי משלחו – לא עשה כלום. וכן אם טעה בכל שהוא... חזר, שהרי הוא אומר לתקן שליחותי שדרתיך ולא לעוות. ולא אמרו שההוניה במטלטלין שתות... אלא במוכר שלו או קונה לעצמו, אבל שליח שטעה בכל שהוא – חזר.

11 ועיין עוד והשווה מעילה כ ע"ב-כא ע"א, לענין "אמר לו תן להם חתיכה... והוא אומר טלו שתיים": "...מהו דתימא עקר שליח שליחותיה דבעה"ב ולא למעול קמ"ל". והשווה גיטין כט ע"ב, לענין סטיית השליח במתן הגט (ועיין: שו"ת מהרי"ק, שורש כז). ועיין שו"ת הרשב"ש, סי' רל (מא ע"ג), לענין דיינות: "דאפילו אם היתה דיינותכם כשרה יש לעיין, כיון שקבלו השלוחים לדון הן דין הן פשרה אי הוי מעביר ונתבטלה הדיינות אפילו לדון בדין, או מוסיף הוי ונתקיימה דיינותכם בדין ונתבטלה בפשרה...".

12 הלכות שלוחין ושותפין פ"א ה"ב.

הנזכרות, שמהן שאב הרמב"ם את דינו<sup>17</sup>.

אלא, כמות שנתבאר, כוונת הרמב"ם, בעקבות האמור בתלמוד, להבדיל בין סטייה מהוראות השולח, שאז יש לראות בפעולת השליח חריגה מסמכות והרי היא בטלה, ובין טעות של השליח הנוגעת לערכה ומחירה של העיסקה וכדומה, שאין בה חריגה מפורשת מהוראות השולח, ולפיכך אין הפעולה בטלה מעצמה, אך ניתנת הברירה והכוח בידי השולח לחזור בו<sup>18</sup>.

ולא קנה הלוקח...". הרי לפנינו שאין "מעביר" על דברי השולח תלוי במזיד כלל! ועיין עוד והשווה: שם פ"ב ה"ד.

17 שאלת הגמרא, כתובות צח ע"ב: "אמר ליה זבין לי ליתכא ואול זבן ליה כורא מאי...", היא ללא כל זיקה לשאלה אם מזיד היה או שוגג. ובהמשך מביאה הסוגיה ראייה מעניין מעילה, שעניינה, בעיקר, בשוגג!

18 אשר לפעולה חריגה של שליח שהביאה לרווח – שאו הדין שונה – ראה להלן פרק חמישי, סעיף ג. אין סתירה לדברים דלעיל מן המשנה והתלמוד, כתובות צט ע"ב: "שום הדינין שפיתחו שותת... מכרן בטל... איבעיא להו: שליח כמאן... והלכתא שליח כאלמנה" (שממכרה בטל בטעות כל שהוא), שכן נראים הדברים שביטול המכר האמור כאן, כמו במקרים אחרים בתלמוד, משמעו שניתן הוא לביטול. כיוצא בזה דברי הגאונים בענייננו (אוצר הגאונים, כתובות, חלק התשובות, עמ' 348): "ואילו שינה במה שהתנתה עמו היינו אומרים כיון ששינה בטל מה שעשה". כאן נראה שכוונת הגאון לומר – לא עשה ולא כלום. לעומת זאת, מה שנאמר שם, מספר המקח והממכר לרב האי גאון: "הדין הכי: צריך שיחקור... שאם טעה בין רב למעט נתבטל אותו מכר, אלא אם יקבל לעצמו לפרוע מה טעה..." – משמעו, בוודאי, שהמכר ניתן לביטול על-ידי השולח (וכן מובן מהמשך המשפט: "אלא אם יקבל לעצמו לפרוע...").

אכן נראה שראשונים אחרים לא הבדילו בין שינוי וסטייה מהוראות השליח לבין טעות במחיר וכדומה. השווה ראב"ד ורא"ש המובאים להלן לעניין סוגיית בבא בתרא קסט ע"ב. ברם, מלשון הטור והשו"ע, סי' קפב, סע' ב-ג, נראה שהם נוקטים שיטת הרמב"ם. בסעיף ב כתב השו"ע: "עבר השליח על דעת משלחו לא עשה כלום" (כלשון הרמב"ם). ואמנם בסעיף ג, לעניין טעות, הוא כותב (וכך גם בטור): "טעה וקנה ביוקר אפילו בכל שהוא המקח בטל", ומכאן נראה לכאורה שדין זה זהה לזה שבסעיף הקודם. אולם המשך הדברים הוא: "שיאמר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, לפיכך אם התנה עמו שעשהו שליח בין לתקון בין לעוות... אינו יכול לחזור בו". על-כן יש לומר, שהכוונה היא שהמקח ניתן לביטול מצד השולח, שלא כמו "לא עשה כלום" האמור במקרה שלפניו. והשווה ט"ז, חר"מ, סי' קפב, ס"ק ב, על לשון השו"ע "אם נמצא שעבר על דעת משלחו בטל המקח", שכתב: "ולא מהני כאן אם התנה בין לתקון וכו', דאנו רואין דלאו שלוחו הוא

הרמב"ם מבדיל אפוא בין שליח שעבר על דברי משלחו, שמקחו בטל – "לא עשה כלום", ובין שליח שטעה, שמקחו קיים אלא ש"חזור", שכן "לתקן שדרתיך ולא לעוותי"<sup>13</sup>.

יש שביקשו לפרש שההבדל הוא בין מזיד ובין שוגג: "עבר" משמעו מזיד, ואילו "טעה" משמעו שוגג<sup>14</sup>. אולם, לדעתנו, דעה זו דחוייה בשתיים. ראשית, מצד ההגיון. אדם שמינה שליח לעשות עבורו פעולה כל שהיא והלה סטה ממנה – מה לו מזיד מה לו שוגג, סוף סוף חרג השליח מסמכותו ועשה מעשה אחר מזה שהותווה לו בשליחותו<sup>15</sup>. שנית, ועיקר, בדברי הרמב"ם אין למצוא כל רמז וזכר להבדלה בין מזיד לשוגג<sup>16</sup>, וכך גם בסוגיות התלמוד

13 עיין כסף משנה, שם, שנראה שלא דק בזה.

14 עיין היטב מחנה אפרים, הלכות שלוחין ושותפין. סי' ב, שהאריך בזה, והעמיד את ההלכה שלפנינו בסתם, היינו בשליחות נסתר, ואינו נראה.

15 את ההבחנה בין מזיד ובין שוגג סומך בעל מחנה אפרים על דברי הר"ן, נדרים לו ע"א. בתלמוד שם שנינו: "תנן: הכהנים שפיגלו במקדש מוידין חייבין, הא שוגגין פטורין, אלא שפיגולן פיגול. אי אמרת בשלמא שלוחי דשמיא הו, היינו שפיגולן פיגול, אלא אי אמרת שלוחי דידן הו, אמאי פיגולן פיגול, לימא ליה שליחא שויתיך לתקוני ולא לעוותיך" וכתב הר"ן: "שוגג הוא דקשה ליה, בשלמא במזיד נהי דשלוחי דידן נינהו – פיגולן פיגול, דכיון שמפגל במזיד אינו עושה שליחותו אלא אדעתא דנפשיה קעביר... אבל בשוגג, אי שלוחי דידן נינהו אמאי פיגולן פיגול, דהא כיון דשוגג הוא לאו אדעתא דנפשיה קעביר שמתכוין הוא לעשות שליחותו, ולימא שליח שויתיך לתקוני...".

אולם, לדעתנו, אין בכך כדי ראייה לענייננו. דברי הר"ן יפים לעניין פיגול, כי מחשבת הפיגול של הקרבן פוסלת את הקרבן כליל, ולפיכך: "דכיון שמפגל במזיד אינו עושה שליחותו אלא אדעתא דנפשיה קעביר". אולם בסתם מילי דעלמא אין מקום להנחה זו, וגם כאשר הוא עובר על דברי השולח בוודאי הוא מתכוון להיות שליח, ואין לומר בזה "אדעתא דנפשיה קעביר!"

אמנם, דומה שבסוגיה זו בא המונח "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי" במשמעות שונה מזו שנתבארה לעיל. כוונת הגמרא בשאלתה היא, בוודאי, שלעניין זה – פיגול – לא נשלח הכהן כלל, ולפיכך לא עשה ולא כלום, ולא מן הדין לפסול את הקרבן. בין כך ובין כך, המסקנה לענייננו זהה לזו שהעלינו מן הסוגיות הקודמות: שליח שעבר על דברי משלחו – ואפילו בשוגג – פעולתו בטלה.

16 ועיין היטב דוק בדברי הרמב"ם להלן, הלכה ד, שהיא המשכה של הלכה ב הנזכרת: "האומר לשלוחו: מכור משרה שלי בית סאה... – הרי זה מוסיף על דבריו... אמר לו: מכור בית סאתים ומכר לו בית סאה – הרי זה מעביר על דבריו

## ב. קניית קרקע שלא באחריות על-ידי השליח

1. סוגיית התלמוד ופירושה

חשובים עד למאוד לענייננו הם המעשה וההלכה השנויים בסוגיית בבא בתרא<sup>19</sup>.

ההיא איתתא דיהבה ליה זוי להווא גברא למיזבן לה ארעא. אזל זבן לה שלא באחריות. אתיא לקמיה דרב נחמן. אמר ליה: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי! זיל זבנה מיניה שלא באחריות והדר זבנה ניהלה באחריות.

סוגיה זו סתומה, וקשה לעמוד על עניינה בדרך ודאי, וכבר נתלבטו ונחלקו רבותינו הראשונים בפירושה.

לפי המסופר, קנה השליח לאשה ששלחתו קרקע שלא באחריות, ופסק רב נחמן שיכולה היא לטעון כלפיו: "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי", ולפיכך אומר רב נחמן לשליח: לך קנה בשנית את הקרקע שלא באחריות ואחר-כך חזור ומכור אותה באחריות לאשה.

והשאלה נשאלת: מה פשרו של פסק-דין זה שפסק רב נחמן, ומדוע לא פסק, בפשטות, על בטלות העיסקה בעקבות השינוי ששינה השליח, בדומה לטעות, כמו שלמדנו בסוגיות שלמעלה<sup>20</sup>?

בתשובה לכך כתבו אחדים מן הראשונים, שכאן בשליחות נסתרת אנו עוסקים, כלומר השליח לא הודיע למוכר שהוא קונה את הקרקע עבור האשה, ולפיכך אין המקח בטל, אלא "צריך לפרוע דמים למוכר, והאשה ג"כ יכולה לומר לו תן לי מעותי... ורב נחמן הכי קאמר לה: אם חפצה היא בקרקע קבל עליך אחריות אבל לא שיוכל לכפותה בכך"<sup>21</sup>.

כלל, משא"כ בס"ג דאין שם רק טעות! (ועיין ספר שער משפט, שם, שחלק עליו בזה).

19 בבא בתרא קסט ע"ב.

20 ראה: מאירי, כתובות צט ע"ב, ד"ה לענין ביאור; נימוקי יוסף, בבא בתרא שם; ר"ן על הרי"ף, ראש פ"ב קידושין, הובא בבית יוסף על טור חו"מ, סי' קפב, סעי' ו; ועוד ראשונים, כמובא להלן.

21 לשון הרי"ן, שם. והשווה: מאירי, שם, בשם "יש מתרצין"; נימוקי יוסף, שם.

חריגת שליח מן ההרשאה

מנגד, יש להעמיד את שיטת הרא"ש בפסקיו<sup>22</sup>, מן הלשון "אזל זבן לה" הוא למד כי אין המדובר בשליחות נסתרת אלא בשליחות גלויה, שאמר השליח למוכר כי האשה שלחתו. ועוד הוא שואל: אם לא פירש השליח שהוא קונה את הקרקע עבור האשה, מדוע צריך השליח לחזור ולקנות את השרה מן המוכר – "כיון שקנאו בסתם לעצמו קנאו"? ומסקנת הרא"ש:

אלא ודאי מיירי שפירש שקנאו לאשה, וכיון ששינה בשליחותו, שסתם קונה שדה אין קונה אלא באחריות, דלא שדי איניש זוזי בכדי – בטלה שליחות ואין כאן מקח, לכך הוצרך לקנותו שנית מן המוכר<sup>23</sup>.

הרא"ש עומד אפוא על הקושי שבדברי רב נחמן, המחייב את השליח לחזור ולקנות את הקרקע מן המוכר. לשיטתו, יש לראות במקרה דנן שינוי ששינה השליח בשליחותו, ובעקבותיו "בטלה שליחות ואין כאן מקח".

לדעתנו צדק הרא"ש בדיוקו, הן מצד הלשון הן מצד העניין<sup>24</sup>, ואין המדובר בשליחות נסתרת. ברם, כמות שנתבאר, המונח "לתקוני שדרתיך ולא לעוותי" מתפרש, דרך כלל, כנתינת הברירה בידי השולח לבטל את העיסקה, והוא הדין כאן. מדברי רב נחמן, שטבע את הכלל הנוכר, אנו שומעים שניתנה הברירה לאשה לבטל את המקח. אלא שהוסיף רב נחמן, שאם האשה חפצה בנכס חייב השליח ליטול על עצמו את האחריות, ומכיוון שכבר בטלה העיסקה הראשונה – עליו לחזור ולקנות את הקרקע מן המוכר, ולאחר מכן למוכרה לאשה באחריות<sup>25</sup>. וכך פירש הרמב"ם את העניין, כפי שעולה מדבריו בהלכה<sup>26</sup>:

22 פסקי הרא"ש, בבא בתרא, פ"י, סי' כו.

23 ואמנם, הוא מוסיף, אם רוצה השליח יוכל להחזיר המעות לאשה (וכך הביא הרמ"א בהגהתו לשרע חו"מ, סי' קפב, סעי' ו).

24 ועיין בית יוסף, שם, המבקש לערער על דיוקו של הרא"ש: "ומה שרוצה הרא"ש להכריח פירושו מראמר 'אזל זבן לה' – אין זה הכרע, דתלמודא נקט עפ"י כוונת הקונה... ומה שהכריח מראמר 'זיל זבנה מיניה' – י"ל שקנאה ממנו בחזקה... ועדיין לא נתן הכסף...". ודבריו דחוקים. ועיין סמ"ע, חו"מ, סי' קפב, ס"ק י, שכתב: "השליח לוקח אותה לעצמו – פירוש, ישאר בידו כמו שלקחה... וא"צ קנין חדש". וכן כתב הט"ז, שם, ס"ק ו. וגם פירוש זה דחוק במקצת.

25 שינוי נוסח מעניין מצוי בכמה מקורות (ראה: תלמוד בבלי, מסכת בבא בתרא, מתורגם ומפורש ע"י ש' אברמסון, דביר-מסדה, 1958, עמ' 198): "זיל זבנה מינה",

נתן מעות לשלוחו לקנות לו קרקע וקנה לו שלא באחריות, הרי זה עוות, והשליח לוקח אותה לעצמו שלא באחריות כמו שעשה, וחוזר ומוכרה למשלח באחריות, הואיל וקנה אותה במעותיו, והאחריות על השליח. וכן כל כיוצא בזה.

מה שכתב: "וקנה לו שלא באחריות הרי זה עוות", יש לקרוא כהמשך לנאמר בהלכה הקודמת: "וכן אם טעה... חוזר, שהרי... לתקן שליחותי שדרתיך ולא לעוות". כלומר, השולח רשאי לחזור בו ולבטל המקח. ואף כאן, ברומה לטעות, כיוון שהשליח עיוות, שקנה שלא באחריות, רשאי השולח לחזור בו ולבטל את העסקה. אלא שבעקבות הלכת רב נחמן הוסיף הרמב"ם וקבע, שאם חפץ השולח בקרקע, חייב השליח לקבל על עצמו את האחריות, ואז צריך הוא לקנותה שוב מן המוכר ולחזור ולמוכרה לשולח באחריות.

2. שיטת הראב"ד: בטלות על-פי רצון השולח

הראב"ד, בהשגתו על הרמב"ם<sup>27</sup>, מתקשה אף הוא בפירושה של סוגיית בבא בתרא דלעיל, והוא שואל ומשיב:

למה חייבו רב נחמן לאותו שליח לקנותו לעצמו שלא באחריות ולחזור הוא למכרו למשלח באחריות, יהיה מקחו בטל הואיל וטעה בשליחותו?  
וניל כל מה דאמרינן דעיוות משהו בשליח מבטל המעשה, ה"מ בזמן שהמשלח רוצה לבטל המעשה, אבל המשלח ההוא רוצה היה המקח ורוצה שיתקן לו השליח את העיוות, וחייבו רב נחמן.

כלומר: על השליח לקנות השרה מן האשה ולחזור שוב ולמוכרה לה! ולפי זה הרי המקח קיים ולא בטל. ברם, ספק אם יש ממש בגירסה זו, ואולי יש לראות בה טעות סופר גרידא (כנראה מתוך פענוח מוטעה של הקיצור השכיח: מיג, וכך בכ"י מינכן).

26 הלכות שלוחין ושותפין פ"א ה"ג, והובאה בלשונה בשו"ע חו"מ, סי' קפב, סעי' ו. הלכה זו של הרמב"ם נתקשו בה רבים מן האחרונים, ראה פירוש ב"ספר המפתח" שבמהדורת ר"ש פרנקל. וראה עוד להלן סעיף ג, בעניין אחריות השליח.

27 הלכות שלוחין ושותפין פ"א ה"ג, שנידונה לעיל.

חריגת שליח מן ההרשאה

מן הדברים עולה כי בשני המקרים כאחד, הן ב"עבר" הן ב"טעה", לדעת הראב"ד אין הפעולה בטלה מאליה אלא רק אם רצה בכך השולח. אך אם השולח חפץ בקיום הפעולה, הרי היא קיימת ואינה בטלה<sup>28</sup>.

עמדתו זו של הראב"ד היא מקורית וחדשה, שכן ממשוטים של דברי הגמרא אפשר להבין שפעולה חריגה של שליח בטלה מאליה ואין לה כל תוקף, מאחר שנעשתה בלא סמכות ובלא כוח<sup>29</sup>. אף-על-פי-כן קובע הראב"ד, בדרך הפרשנות המרחיבה, שתוצאת הפעולה תלויה תמיד ברצון השולח, ואם רצונו בכך הפעולה קיימת למרות החריגה<sup>30</sup>.

3. שיטות אחרות: ביטול הפעולה לעומת אחריות השליח

עובדה מאלפת היא, שבמקום אחר מצויים בדברי הראב"ד עצמו דברים אחרים מאלה האמורים בהשגתו על הרמב"ם, בקשר לחריגת השליח מן

28 בדברי הראב"ד אין תשובה לשאלה, מדוע אפוא צריך היה השליח לחזור ולקנות את הקרקע מן המוכר, והרי, לדבריו, המקח לא בטל באותו מקרה. ושמה גירסת הראב"ד בסוגיה היא "זיל זבנה מינה", כלומר מן האשה (לעיל הערה 25), והכוונה היא שברוך זו תוטל האחריות על השליח, שהופך להיות המוכר. שיטה אחרת קובע הרא"ה (שטמ"ק, כתובות צט ע"ב): "דכל היכא דטעה שליח, כל מאי דעבד כל היכא דאפשר לאהדורי יהדר, והיכא דלא אפשר נמי לאהדורי מבטיל שליחותיה ולא חשבינן ליה שליח, ומאי דעבד לגרמי עבד". לפי דבריו, הגורם הקובע אינו רצון השולח, אלא אפשרות הביטול. אם אפשר לבטל את הפעולה הרי היא בטלה, ואם לאו – הפעולה קיימת לשליח: "ומאי דעבד לגרמי עבד". בהתאם לכך מתקשה הרא"ה בעניין המעשה הנזכר בשליח האשה שקנה שלא באחריות, שהרי שם אפשר לבטל את המקח. לפיכך הוא מעמיד את המקרה בשליחות נסתרת: "התם כגון דזבנה ניהלה סתמא ולא אדכר בשעת זבינא דשליח הוא". לעניין דברי הרא"ה ראה עוד להלן.

29 וכלשון הרמב"ם: "לא עשה כלום".

30 שיטה זו קרובה לעמדת חוק השליחות, הקובע בסעיף 6 כי השולח יכול לאשר בדיעבד פעולה שפועל השולח תוך חריגה מהרשאתו. לדעתנו, בדברי רוב הראשונים אין למצוא ביטוי לעמדה דומה לזו של הראב"ד (השווה, למשל, דברי הרא"ש שהובאו למעלה, וכן דוק בדברי ה"ט"ז, לעיל הערה 18). ועיין שו"ת דברי חיים, אהע"ז, סי' פו, שהאריך בשאלה זו (לעניין שליח שנשלח לערוך עסקה על תנאי, ועשאה בלא תנאי, והשולח הסכים בדיעבד); למסקנתו, אין הסכמת השולח מועילה, וזאת "להדיא מכל הראשונים!"

אכן הפעולה קיימת והשליח ישא באחריות. אך אם אין בפעולת השליח משום שינוי כאמור, ועם זאת יש בה פגיעה באינטרס ברור של השולח, כאן אין מנוס מביטול הפעולה, וזאת, כך נראה, רק על-פי רצון השולח<sup>34</sup>. נראה כי בדרך קרובה, מן הבחינה העקרונית, הולך גם הרשב"א. באחת מתשובותיו<sup>35</sup> נוקט הרשב"א לעניין השליח שקנה שלא באחריות, והוא מסביר כך:

אבל בענין האחריות לא מדרך האונאה הוא, אלא דברים מפורשין הן, ועל תנאי כן קנה בפירושו<sup>36</sup>, והשליח והמוכר בדברים מפורשים התנו ביניהם, ולפיכך המקח קיים אצלם<sup>37</sup>, שאין כאן אונאה של כלום, אלא שהשליח שעשה פשע, והלכך או ימכור למשלח באחריות או ישלם מעות שמסר בידו.

הרי שגם לדעת הרשב"א אין המקח בטל, או ניתן לביטול, בכל מקרה של חריגת השליח. אלא, כל שהתנה השליח עם הצד השלישי דברים מפורשים, המקח קיים והאחריות מוטלת על השליח כלפי השולח. לפי שיטה זו, כך יש להבין, המקח בטל רק במקרה שיש בו אונאה, כגון שהמחיר היה שונה ממחיר השוק, שכאן מן הצדק לבטל את המקח גם ביחס לצד השלישי<sup>38</sup>.

34 בהתאם לשיטה זו מבאר הראב"ד את שאלת התלמוד, ב"מ ע"ב, שנתקשו בה גם ראשונים אחרים: "ותיפוק ליה דשליח שויא"? (המרוכר בחתן שקנה בגדים בדמי הנדוניה שפסק לו חותנו, אך לא התנה עם המוכר "כשער הגבוה", ובכך גרם הפסד לחותנו לאחר שהחולו הבגדים. ראה: רש"י, שם, ד"ה ופוסק עמו כשער הגבוה). לדברי הראב"ד, כוונת הגמרא בשאלתה היא: "ר"ל שיהו מעשיו בטלים לגמרי... לפי שאין מעשיו כלום שהרי לא שינה בשליחותו".

35 שו"ת הרשב"א, ח"ב, סי' רנה.

36 בדפוסי שו"ת הרשב"א נוסף כאן המשפט: "ואני אומר שהמשלח כך אמר לו לקנות אפילו שלא באחריות דעביד איניש דזבין ליומיה". משפט זה זר ותמוה על פניו, והוא סותר את כל דברי הרשב"א שכתובה. לפיכך נראה, שאין הוא חלק מן התשובה אלא תוספת שנשתרבה לתוך דבריו. וכך עולה גם מן הדברים שהביא בעל בית יוסף בשם הרשב"א בתשובה זו (חור"מ, סי' קפב, סע' י).

37 בבית יוסף, שם, הגירסה: "המקח קיים אצלה".

38 על המבוכה השוררת בין חכמי ההלכה בסוגיית חריגת השליח, תעיד העובדה שגם אצל הרשב"א, כמו אצל הראב"ד, אנו מוצאים דברים סותרים בעניין זה. בניגוד למה שכתב בתשובה הנזכרת, בחידושו לקידושין מב ע"ב, הרשב"א

ההרשאה. וכך הוא אומר בחידושו למסכת בבא מציעא<sup>31</sup>:

עוד אני מוסיף לבאר, כי כל מקום שהשליח משנה בשליחותו, השליח משלם והמעשה קיים, וזה דבר ברור מכמה מקומות. ולא עוד אלא כל דבר שהוא קרוב לשינוי מעשה, כגון מעשה דאבימי בריה דר' אבהו, כיון דאמריה ליה שקול מנייהו שטרא, כיון דפשע ולא שקל שטרא מקמי דליתב להו זוזי, פושע הוי ומשלם. אבל היכא דלא שני ולא קרוב לשינוי, מעשיו בטלים לגמרי. וראיה לדבר, אלמנה שמכרה שוה מאה ודינר במאה, שמכרה בטל...<sup>32</sup>

אין כל ספק שדברים אלה מבטאים עמדה שונה מזו שלמעלה. כאן אין הראב"ד מעמיד את העקרון של ביטול על-פי רצון השולח. תחת זאת הוא מבחין הבחנה אחרת: בין שליח ששינה בשליחותו – כולל מקרים הקרובים לכך, שיש בהם משום פגיעה מצד השליח – לבין שליח שלא שינה בשליחותו. במקרה האחרון, כוונתו למעשים שבהם פגע השליח באינטרס של השולח, אך לא היה במעשה משום שינוי מהוראות השולח, כגון אלמנה שמכרה שווה מאה ואחד במאה, או קנייה במחיר השונה ממחיר השוק. אשר למקרים מן הסוג הראשון, שבהם השליח שינה, הראב"ד קובע שאין הפעולה בטלה, ואף לא ניתנת לביטול, אלא הפעולה קיימת והאחריות מוטלת על השליח שעליו לפצות את השולח. בעמדה זו יש משום חידוש ניכר, שהרי במקומות אחרים בתלמוד מצאנו מפורש, שאם עבר השליח על דברי השולח המעשה בטל<sup>33</sup>!

נראה כי דברי הראב"ד הללו משקפים מתח בין התוצאה של בטלות המעשה, המתבקשת מנקודת ראותו של השולח שהשליח חרג מהוראתו, ובין הרצון למנוע ולצמצם את בטלות הפעולה, שכן אין היא רצויה, ואף פוגעת, באינטרס של הצד השלישי. הפתרון לכך נמצא בקיום הפעולה ובד בבד הטלת אחריות על השליח כלפי השולח. אולם פתרון זה מוצדק רק באותם מקרים שבהם השליח שינה מהוראות השולח, ולכן קובע הראב"ד שבאלה

31 שטמ"ק, עד ע"ב; וראה גם נימוקי יוסף, שם.

32 דברי הראב"ד הובאו בחידושי הרשב"א, קידושין מב ע"ב וב"מ ע"ב. במאירי (כתובות צט ע"ב) הביאו בשם "ויש מתרצים": "הא כל שטעה שליח בלא פשיעה המקח בטל" (ולאבדיל מן המקרה שקנה קרקע שלא באחריות).

33 כתובות צח ע"ב: "או דלמא מעביר על דבריו הוא וליתכא נמי לא קני!"

הצד השווה שבשיטות הרשב"א והראב"ד הוא, שלדעת שניהם המקח בטל רק במקרים של טעות השליח במחיר השוק, הקרויים בתלמוד בשם אונאה. ההבדל ביניהם הוא בהגדרת המקרה שבו אין המקח בטל. הראב"ד מודיש את היסוד של אחריות השליח, ולכן הוא קובע שאם השליח שינה – המקח לא בטל. ואילו הרשב"א מודיש את האינטרס של הצד השלישי, שאם "השליח והמוכר בדברים מפורשים התנו ביניהם" – המקח לא בטל. אולם דומה שהתוצאה המעשית, לפי שניהם, אחת היא<sup>39</sup>.

נמצאנו למדים על גלגול מעניין שחל בעמדת המשפט העברי בעניין חריגת השליח מן ההרשאה. סוגיות התלמוד, לפי פשוטן, ראו את תוצאות החריגה מנקודת מבטו של השולח בלבד, לפיכך נקבעה בהן רק תוצאה של ביטול הפעולה או אפשרות הביטול לפי רצון השולח, בלא להתחשב באינטרס של הצד השלישי. כמות שכבר רמזנו, גישה זו נסמכת, מן הבחינה המשפטית-פורמאלית, על מהותה של השליחות, לפיה כל חריגה היא פעולה בלא סמכות ובלא כוח. מן הבחינה העניינית יש לומר, ששיטה זו קובעת למעשה מעין "חובת זהירות" מיוחדת על הצד השלישי, שכן הוא מודע לעובדה שבעל דברו הוא שליח בלבד ולא בעל הדבר האמיתי, ולפיכך הוא נוטל על עצמו את ה"סיכון" למקרה של חריגת השליח וביטול הפעולה. לעומת זאת, בקרב חכמי ההלכה הראשונים, יש שנטו לצמצם ולהגביל את התוצאה של בטלות פעולת השליח, מתוך התחשבות באינטרס של הצד השלישי. כך מצאנו בשיטתם של הראב"ד והרשב"א, שהעבירו את נקודת הכובד של חריגת השליח מתחום היחסים ה"חיצוניים", שבין השולח לצד השלישי, לתחום היחסים ה"פנימיים", שבין השולח לשליח.

מעמיד את המקרה הנידון בסוגיית בבא בתרא, בעניין המכר שלא באחריות, בשליחות נסתרת, וזאת משום אותו קושי – מרוע לא בוטל המקח: "וי"ל דהתם ברזבנה שליח סתם ולא אודעיה דלהייתא איתתא קא זבין לה, אבל הכא דידעי... ודאי מצי אמר להו לעוותי לא שדרתיך! עוד יש להעיר, כי בספר בית יוסף לחו"מ, סי' קפב, סע' י, שהביא את תשובת הרשב"א הנ"ל, הוסיף: "זוהי כדברי הרא"ש", ולא היא. שיטת הרא"ש נבדלת משיטת הרשב"א, שלדעתו "כיון ששינה בשליחותו... בטלה שליחות ואין כאן מקח", אלא שרב נחמן רצה להטיל אחריות על השליח ולפיכך הצריכו לקנות שנית ולמכור לאשה.

39 על הברלי השיטות שבין הראשונים בעניין זה, בחלקם, ראה: ט"ז, חו"מ, סי' קפב, ס"ק ו; שו"ת נאות דשא, סי' נה; חו"א, ב"ק, סי' כא-כב. דרך תיאורם וניתוחם שונה ממה שהוצג כאן.

### ג. אחריות השליח

שאלה חשובה לעצמה היא: האם ואימתי נושא השליח עצמו באחריות לתוצאות חריגתו מן ההרשאה<sup>40</sup>?

1. אחריות השליח בביצוע פירעון חוב

הגמרא במסכת כתובות אומרת<sup>41</sup>:

אבימי בריה דרבי אבהו הוה מסקי ביה זוזי בי חוזאי. שדרינהו ביד חמא בריה דרבה בר אבהו. אזל פריענהו. אמר להו: הבו לי שטרא, אמרו ליה: סיטראי נינהו... לענין שלומי שליח מאי? אמר רב אשי: חזינן אי אמר ליה שקול שטרא והב זוזי – משלם, הב זוזי ושקול שטרא – לא משלם. ולא היא, בין כך ובין כך משלם, דאמר ליה: לתקוני שדרתיך ולא לעוותי.

רב אשי סובר אפוא, שאם שלוחו של הלווה עיוות שליחותו, בכך שמסר את הכסף למלווה באופן שגרם הפסד ללווה, השליח ישא באחריות<sup>42</sup>.

40 עניין זה כבר נזכר בדברים שלמעלה, בעניין השליח שקנה קרקע שלא באחריות. כאן אנו באים להציג את הדברים ביתר פירוט והרחבה.

41 כתובות פה ע"א.

42 יש לציין כי לפי מסקנת הגמרא, השליח חייב גם אם לא הוזהירו השולח במפורש בקשר לדרך מתן הכסף, שכן "בין כך ובין כך משלם". לפי זה, חלה על השליח חובה כללית לדייק בדברי השולח ולדקדק בטובתו, שלא יארע לו נזק. קל וחומר לשליח שסטה מהוראה מפורשת של השולח.

וכבר העמידנו ש' שילה, במאמרו "סטיית השלוח", על שתי תשובות מעניינות משל חכמי סאלוניקי (שו"ת מהרשד"ם, חו"מ, סי' ג; שו"ת משפטי שמואל, סי' נב), אשר מהן עולה כי בהתנגשות שבין חובת השליח לדאוג לטובת השולח ובין חובתו לצייט להוראותיו, גוברת לעתים החובה הראשונה, לאמור: על השליח לסטות מהוראות השולח מקום שעלול לבוא לו נזק בעליל, אם יתקיימו דבריו! אמנם בעניין הסוגיה שלמעלה, בדבר אי נטילת השטר קודם למתן הכסף, כתבו הגאונים (אוצר הגאונים, כתובות, שם, עמ' 260) ובעקבותם ראשונים, כי אחריות השולח חלה רק אם הזכיר השולח בדבריו את נטילת השטר על-ידי השליח, אך אי לאו הכי השליח פטור. ראה: רי"ף, שם; תוספות, פד ע"ב, ד"ה תקוני שדרתיך; שו"ת הרשב"א המיוחסות, סי' נה. וכן משמע מהמב"ם, הלכות שלוחין ושותפין פ"א ה"ו, וראה כסף משנה, שם. לפיכך, במקרה אחר שבו ניתנה



## ד. בין חריגה לזכייה

עמדנו על העובדה, שבכל הנוגע לעניינים הנחשבים לזכות יכול אדם לפעול עבור זולתו גם בלא הרשאה, ופעולתו תקפה לאחר אישורה על-ידי הזוכה. תוצאה זו שונה ממה שלמדנו בפרק הקודם לעניין חריגה מן ההרשאה. שם ראינו את הכלל הקובע שפעולה חריגה של שליח נחשבת לפעולה בחוסר סמכות, והיא בטלה כליל, ואין בכוחו של השולח – לדעת רוב בעלי ההלכה – לאשר את הפעולה בדיעבד ולתת לה תוקף למפרע.

מהי סיבת ההבדל בין פעולה של זכות שנעשתה ללא הרשאה לבין פעולה שנעשתה בחריגה מהרשאה? התשובה לכך עולה ממה שנתבאר בפרק זה לעניין גדרה של הזכייה. כמות שנתברר, הכלל "זכין לאדם שלא בפניו" עומד על ההנחה שמעשה הנחשב לזכות הוא לרצונו של הזוכה. הנחה זו משותפת לכל השיטות המתייחסות למהותה וגדרה של הזכייה, הן אלה הרואות בה שליחות מכללא והן אלה המבדילות אותה מן השליחות. אולם באשר למעשים שאינם זכות אלא חובה, אכן אין הכלל הנזכר חל, ולא מועיל אישור בדיעבד של האדם שלמענו נעשתה הפעולה.

אשר על כן יובן ההבדל בין שני המקרים שלמעלה. שהרי חריגה מהוראה מפורשת של השולח נחשבת בוודאי למעשה של חובה ולא זכות, ולפיכך אין מקום לאישור בדיעבד של הפעולה<sup>71</sup>.

## 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?

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, ושמא 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 העקרונתית 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

71 ולהבדיל, בזכור, ממקרים אחרים, שבהם לא חרג השליח מהוראה מפורשת של השולח, שאין הפעולה בטלה מאליה, אלא ניתנת לביטול מצד השולח.

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 בציפיותו של השולח והן בציפיותו 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 לירי 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 עומרים 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 כשעתו 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 מזה 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 גירונות 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 קשיית 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>? בחשובה לכך נאמר: "מתקיף לה רב שמואל בר ססרטי, אי הכי אפילו חטין וחטין נמי לא?" כלומר, אם הכלל הוא שכוננת 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!

פירושם של דברים: בשליחות נסתרת שאין בה חריגה, גם אם יש להניח שכוננת 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, פיסקה 4) פירשנו, שאין מסקנה זו מתחייבת מפשוטם של דברי הגמרא כאן, וכי ניתן להבין את הדברים גם על-פי תיאוריות אחרות.

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 בדידה?" ועל-פי הגהתו של בעל נועם ירושלמי: "וקסמה בדידה"<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 המכדיל 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 הנוכח הנוסח הוא, כמובא למעלה בטקסט: "וקם מה בדידה", ופשוט שהמ"ם הסופית באה בטעות במקום סמ"ך. ובדפוסים: "וקיים מה בדידה", ועל-כן נשתבשו רבים מן המפרשים.

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 אותה גילה והוציא לאור א"ש רוזנטל ז"ל בשם "ירושלמי נויקין" (ירושלים, תשמ"ד), הוסיף מבוא ופירוש ש' ליברמן. על-פי כ"י זה מתבחרים ומתבארים דברי הסוגיה יפה. המפרשים והחוקרים שעסקו בסוגיית ירושלמי זו לפי הנוסח שבדפוס, קודם גילוי של כ"י אסקוריאל, נתחבטו ונשתבשו בשאלות של נוסח ופירוש.

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 בסוגיית 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 המשפטית 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 אחרים 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:

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 שווה 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 בתירוץ של רבי אבהו<sup>14</sup> – אין הדבר נובע מכוונתו המשוערת 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 בלחור, דקא מסייע למילתיה ממתניתין...". אכן, לראשונים אחרים דרך אחרת בזה (ראה, לדוגמה: חידושי הרשב"א, לבבא קמא קב ע"ב, ירושלים, תשמ"ז, ד"ה ואחיכו במערבא). מכל מקום, לדעתנו אין ביניהם הבדל מהותי בנוגע לטעמו של הדין. אשר לרבי הרשב"א, ראה להלן, בדברינו על שיטות הפוסקים.

15 דמאי ו, יב.

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 – "שלוחו של אדם כמותו" – ולא בכוננת הצד השלישי<sup>23</sup>. לסיום, יש להוסיף שתי הערות הנוגעות לשני היבטים חשובים שלא נזכרו במפורש בסוגיות.

הראשונה, עניינה טעמה ההגייוני 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?

שאלה זו אין הסוגיות מתייחסות, אולם דומה שבמקרה דגן 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 ההגייוני עמה. לשיטה זו, אין ידיעת הצד השלישי גורם

<sup>23</sup> ש' שילה, "רווחים בלתי צפויים מראש", עמ' 349, שהוכיח כי זוהי שיטתם של חכמי קיסרין.

<sup>24</sup> ואדרבה, סוגיית הבבלי מטעימה שכוננת המוכר היא לשליח דווקא, ולא לשולח, ואף-על-פי-כן זוכה השולח.

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:

<sup>24</sup> ראה להלן סעיף ד, לעניין עמדת חוק השליחות.

<sup>25</sup> 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 ההגייונית של הדין, שכן משמעות הטעם הנוכח היא מעין אומדן, 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.

<sup>26</sup> דרך משל: ממי יוכל המוכר לחבוע 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 ופסקי-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 המימקח 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, בחידושיו לכתובות ק ע"א, ובשטמ"ק; רשב"א, בחידושיו לקידושין מב ע"ב; מאירי, לכתובות צט ע"ב; ר"ן על הרי"ף, קידושין מב ע"ב (ברפי הרי"ף: יז ע"א), ועוד. אשר לדברי הר"ן כאן, ראה עוד להלן סעיף ב, פיסקה 3.

29 השווה לשון הרשב"א בחידושיו לקידושין, שם: "וי"ל דהתם בדוכנה שליח סתם ולא אודעיה דלהיהא אתתא קא זבין לה, אבל הכא..." ותו לא. וכך גם בדברי המאירי לכתובות, שם: "ויש מתרצין דהיהא 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, ס"י 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 ההגיוני 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, ס"י 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 לההוא 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 השולח, הוסיף: "ואי נמי בעי, הך גברא לא מוכין לה להך איתתא כלל". כלומר, גם אם האשה רוצה במימקח הרי המוכר לא מכר לה כלל אלא לשליח בלבד, מאחר שלא הודיעו שהוא שליח, וכדברי הרמב"ן.

34 קשה פחות היא שאלת אידיהתאמה 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 לדידם 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 פירוש. 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.

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 לעניינינו<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 סוגיית התלמוד במסכת קידושין ראש פרק שלישי, ובבא קמא קב ע"ב, שנוכרה 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 ה"ב. בהלכה קודמת, הלכה י, קובע הרמב"ם שאם השליח קנה במעותיו שלו עבור עצמו – "מה שעשה עשוי והרי הוא מכלל הרמאין".

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.

דברי הרא"ש הללו, הפשוטים כשלעצמם, מעוררים פליאה רבה, שכן הם עומדים בסתירה גלויה לדברי הרא"ש עצמו בפסקו למסכת בבא בתרא, שהובאו בדברינו לעיל, בעניין השליח שקנה לאשה שלא באחריות. באותו עניין קבע הרא"ש במפורש, כי בשליחות נסתרת 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 כיר 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 המיסקה, 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-כך כשלקח את הבגד מן הצבע "אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר", ולעומת זאת כאן: "השליח זוכה לבעל המעות!" ועיין ב"י, ס"י 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 לבי"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, ס"י קפג, ס"ק ג, המבקש להוכיח כי לשיטת התוספות בסוגיית בי"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 בי"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 (ס"י 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 לרידיה, דמעיקרא לא איכוון אלא לקנויי לבעל המעות". כלומר, כיוון שהמוכר חשב להקנות לראובן בעל המעות, ושמעון השליח נתכוון לעצמו, אין הקניין של

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-כך 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 מוכה 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 במיסקה<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, בי"ק, פרק תשיעי, ס"י יח.

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



## 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 שנוכרה 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 הרמים למוכר. והאשה גם כן יכולה לומר לשליח תן לי מעותי דלתקוני שדרתיך. ורב נחמן הכי קאמר ליה: אם הפצה היא בקרקע קבל עלך אחריות, אבל לא שיוכל לכפותה בכך... ובר מן דין כיון שלא עשה שליחותו הרי מקחו אצל האשה בטל.

מניתוח מדויק 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 שנתכוון לו המוכר. ואפילו יודיעו השליח שלצורך עצמו הוא קונה אין בכך כלום, דהמוכר סבור שהמעות הם שלו דשליח...". לשאלת הצדקה ההגיונית של שיטה זו, ראה מה שכתבנו לעיל בסעיף א, פיסקה 4, ביחס לסוגיית התלמוד, ולהלן פיסקה 4. לשאלת החבות – כלומר, מי נושא באחריות כלפי הצד השלישי – אשר הראשונים אינם מתייחסים אליה, ראה להלן פיסקה 4.

<sup>45</sup> לעיל, סמוך להערה 27.

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

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, ובעקרונות 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 הנדונים), שהרי אין כל הצדקה להבדילו ממי שהועברה לו הזכות על-ידי השליח! וכך גם בכיוון

<sup>47</sup> 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 יש 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".

<sup>48</sup> 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 דבר – וכנגדו להגיש את תביעותיו, או לראות את השולח כבעל דבר, 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 ציפיותו 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 המחויקים ברעה 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 הרעה שהשליח הוא הזוכה בשליחות נסתרת.

### ג. חריגת השליח בשליחות נסתרת

דברינו עד כה נסבו על-אודות עניינה של השליחות הנסתרת באופן כללי, כאשר השליח פעל ומילא שליחותו כפי שנצטווה. אולם מה דינה של שליחות נסתרת 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 נסתרת 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.