

”חוק השליחות” * מאת נשיא בית-המשפט העליון, פרופסור אהרון ברק

ריקרדו בן-אוליאל**

א. השליחות היא מוסד מורכב למדי. יסוד השליחות הוא בהענקת כוח לאדם על-מנת שייצג אדם אחר בביצוע פעולות משפטיות. לכאורה, השליחות מבוססת על יחס סינלגמטי בין שולח לשלוחו, ומניחה מערכת של זכויות וחובות הקושרות צדדים אלה זה לזה. כך יסוד השליחות במדינות קונטיננטליות, שם התפתחה השליחות בעיקר על-פי הדגם החוזי (*mandatum*¹), אך לא כך אצלנו. חרף העובדה כי בפרקטיקה היומיומית יחסי שליחות הינם בדרך-כלל יחסים חוזיים, חוק השליחות אימץ דגם שאינו דגם חוזי, אלא מבוסס על יחסים משפטיים בהם גם הצד השלישי, כלפיו נעשית הפעולה המשפטית, ממלא תפקיד בעל משקל. הלכה למעשה, מקומו של הצד השלישי בהסדר השליחות מתבטא לא רק בהסדר הנוגע בתוצאות ההפעלה של כוח הייצוג, אלא גם ביצירת השליחות עצמה. מכאן נובעת האמירה המוכרת כי השליחות אצלנו היא יחס משולש.

יחסי שליחות קיימים בהקשרים שונים. לעיתים הצדדים המעורבים מכירים היטב בטיב היחסים שהם יוצרים כיחסי שליחות, אך לא מן הנמנע שסיווג משפטי כזה לא יהיה מוכר להם, והוא יהיה פרי של ניתוח ופרשנות משפטית. יתר על-כן, יחסים משולשים כאלה מתקיימים לעיתים בשילוב עם יחסים חוזיים מסוג אחר. גמישות השליחות מאפשרת שילוב ודו-קיום כזה. כל אלה מצדיקים את כינוי השליחות כמוסד ”בעל אלף פרצופים”.

* מהדורה שניה, שני כרכים, 1,725 עמודים. נבו הוצאה לאור, ירושלים, תשנ”ו, 1996.

** פרופסור חבר, הפקולטה למשפטים, אוניברסיטת חיפה.

¹ חרף זאת, אין להתעלם מן העובדה כי בכמה מדינות קונטיננטליות המחוקק מכיר גם בהענקת כוח ייצוג על-ידי פעולה חד-צדדית. כך המצב, למשל, באיטליה (*procura*) על-פי סעיף 1387 ואילך של הקודקס האזרחי), בפורטוגל (*procura*), בסעיף 262 ואילך של הקודיפיקציה האזרחית) ובהולנד (*volmacht*), המוסדר בסעיף 60 ואילך של ספר החוקים האזרחי). ההבדל המהותי בין ה- *procura* לבין ה- *mandatum* הוא בכך שהראשון הינו פעולה משפטית חד-צדדית המעניקה כוח ייצוג בלבד כלפי צד שלישי, בעוד ה- *mandatum* הינו פעולה משפטית דו-צדדית, כלומר, פעולה חוזית היוצרת זכויות וחובות הדדיות. על הסוגיה ראו, למשל: A. Trabucchi *Istituzioni di Diritto Civile* (Padova, 38th ed., 1998) 138 et seq., 768 et seq.

זאת ועוד: יסודות השליחות, ובעיקר עקרון הנאמנות, התפשטו בשדה המשפטי הכללי והתפתחו שם, ושם קיבלו, בהקשרים שונים, את הצביון והתוכן המיוחדים בכל עניין ועניין. גם שדה השליחות עצמו פרח, וכאן ושם נוצרו ענפים אחרים - שליחויות וסוכנויות שונות הממלאות תפקיד חשוב למדי, בעיקר בעולם העסקי של ימינו.

הספר המונומנטלי של הנשיא ברק על חוק השליחות דן, בין היתר, בכל הסוגיות הנזכרות. זאת המהדורה השנייה של מחקרו, שהתפרסמה יותר מעשרים שנה אחרי שהמהדורה הראשונה ראתה אור.

בהקדמה למהדורה השנייה השופט ברק מציין את עיקר ההבדלים שבין מהדורה זו לקודמתה. קראתי את דברי הנשיא בעיון רב, אך מצאתי שברק, בצניעותו האינטלקטואלית, נמנע מלקבוע עובדה שבעיני היא העובדה העיקרית. הדבר נוגע בתרומה העצומה של עבודתו הדוקטרינרית לפיתוח דין השליחות אצלנו. אכן, כאשר נקט פרופסור ברק ביוזמה לחקור את מוסד השליחות, טרם קיבל נושא מורכב וחשוב זה את תשומת-הלב שהוא ראוי לה מן הקהילייה האקדמית שלנו. גם מספר פסקי-הדין על השליחות היה אז מועט מאוד. על-כן נפל בחלקו של ברק התפקיד לקבוע במהדורה הראשונה של ספרו - ספר מרשים ביותר, שהצדיק את מתן "פרס ישראל" למשפטן הצעיר - את היסודות של דיני השליחות של מדינת-ישראל. מאוחר יותר, בין צאתה לאור של המהדורה הראשונה לבין זו של השנייה, נפסקו אצלנו מאות פסקי-דין בנידון. פסיקה ענפה זו אימצה למעשה את יסודות השליחות על-פי ברק. תופעה נדירה זו מתבטאת היטב במהדורה השנייה, וההערכה העמוקה לעבודתו המדעית זיכתה אותו בפרס הגדול שכל חוקר שואף אליו.

אהרן ברק פותח את ספרו בדברים על מהותו והיקפו של חוק השליחות ובשיקולים מאלפים על פרשנות של הקודיפיקציה האזרחית ושל חוק השליחות. הוא סוגר את דבריו הראשוניים בהסבר על התיאוריות השונות המיועדות להסביר את תופעת השליחות, ועמדתו הבסיסית היא כי בהענקת כוח הייצוג ניתן לגלות את גרעין השליחות.

לאחר-מכן הנשיא מתחיל בניתוחו של חוק השליחות עצמו. סעיף אחרי סעיף, מושג אחרי מושג, אין דבר שאינו מועבר מבעד למסננת הביקורתית שלו. שאלות חשובות ומורכבות מתעוררות לאורך כל הדרך, ובכל עמוד ועמוד הוא מזמין את הקורא לדו-שיח אינטלקטואלי שאין הקורא יכול לסרב לו. הסגנון של ברק ועמדותיו ברורים וחד-משמעיים. מקורותיו של הספר עשירים ביותר, ובין אלה יש לציין את השימוש הרב שהמחבר עושה במקורות קונטיננטליים, וזאת לנוכח העובדה שדין השליחות התפתח באופן מיוחד במדינות היבשת האירופית, ומן הראוי ללמוד מנסיונו. לעומת זאת, לא תמיד יכולתי להסכים עם דבריו של הנשיא. בהקשרים שונים, אך בעיקר במה שנוגע בניתוחו של חוק השליחות עצמו, עמדותינו

אינן זהות תמיד. בהמשך רשימה זו אסביר את הנקודות העיקריות בהן תפיסותינו והשקפותינו נפרדות.

ב. סעיף 1(א) קובע כי השליחות הינה "יפוי כוחו של שלוח לעשות בשמו או במקומו של שולח פעולה משפטית כלפי צד שלישי". בהגדרה זו המחוקק מכיר במשולש העומד מאחורי יחסי שליחות: שולח, שלוח, צד שלישי, ובאובייקט של יחסים אלה, שהוא הביצוע של פעולה משפטית. בסעיף-קטן (ב) המחוקק חוזר למושג "פעולה משפטית" בקביעתו כי "כל פעולה משפטית יכולה לשמש נושא לשליחות, חוץ מפעולה שלפי מהותה או על פי דין יש לבצעה אישית". על-כן חשיבות הניתוח של המושג "פעולה משפטית" מובנת לצורך הבנת השליחות עצמה והיקפה.

ברק מדגיש בצדק (בע' 395) כי לא רק שהקודיפיקציה שלנו, בניגוד לאלה של מדינות קונטיננטליות אחרות, אינה מקדישה לנושא הנזכר סעיפים מיוחדים, אלא גם שתורת הפעולה המשפטית לא פותחה במדע המשפט בישראל. תורת הפעולה המשפטית פותחה היטב בדוקטרינה הקונטיננטלית, אך לצורכי העניין ברק מזכיר לנו רק את ההבחנה המוכרת במשפט הגרמני בין פעולות משפטיות (Rechtsgeschäft) לבין פעולות או מעשים ריאליים (Tathandlungen) (בע' 389-388).

הסוגיה כולה מורכבת למדי, ולא אוכל לדון בה בהרחבה. על-כן עלי להגביל את הדיון להערכת עמדתו של השופט ברק ולהשלכותיה.

ראשית, השופט ברק קובע כי פעולה משפטית היא הצהרת רצון, בעוד שפעולה ריאלית אינה בעלת אופי כזה (בע' 390). אך מפני שלא כל הצהרת רצון היא פעולה משפטית, נדרש עוד שהפעולה תהיה "מכוונת להשגת השינוי בדיון, ואין זה די בכך כי השינוי בדיון יהא תוצאתה"² שתגיע לדרגה של פעולה משפטית. ולגבי דינה של הפעולה הריאלית, שאדם מבצע בשמו של אדם אחר, השופט ברק קובע שקיים חסר במשפטנו, וכי באמצעות היקש מדיני השליחות ניתן להשלים לקונה זו (בע' 391).³

² דברים אלה, שהזכיר השופט ברק, צוטטו על-ידי השופט ד' לוי ב"ע"א 422/85 בנק לאומי לישראל בע"מ נ' החברה הישראלית לביטוח משנה בע"מ, פ"ד מה(5) 32, 38.

³ ראו כי על-פי תפיסתו של פרופסור ג' פרוקצ'יה (דיני שליחות בישראל (תשמ"ו) 80), ההבחנה בין פעולה משפטית לבין פעולה ריאלית אינה רלוונטית בהקשר של חוק השליחות, מכיון ש"פעולה משפטית בחוק השליחות כוללת פעולות ריאליות".

על בסיס שיקולים אלה הוא דן בשאלה המעניינת ורבת החשיבות המעשית אם ניהול משא-ומתן הינו פעולה משפטית. עמדתו של ברק היא כי "ניהול משא ומתן הוא פעולה מטריאלית... ניהול משא ומתן אינו פעולה משפטית שכן ניהול המשא ומתן כשלעצמו אינו משנה את מצבו המשפטי של השולח" (בע' 391). לחיזוק עמדתו כי משא-ומתן אינו בגדר פעולה משפטית, ברק אומר כי אף "ייחוס תוצאות משפטיות לפעולה אינו עושה אותה לפעולה משפטית" (בע' 393).

בקביעה זו ברק דוחה (בע' 391,392) את עמדתו של השופט אלון, שתמך בדעה⁴ כי לאור האמור בסעיף 12 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, גם ניהול משא-ומתן לקראת כריתתו של חוזה הוא בגדר פעולה משפטית.

ספק בעיני אם ניתן להסכים עם גרסתו הגורפת של ברק כי ניהול משא-ומתן אינו פעולה משפטית. כידוע, כבר בניהול משא-ומתן ייתכן שיווצר יחס משפטי בין הצדדים, החבים זה לזה לנהוג בדרך מקובלת ובתום-לב. על-כן, מוטלת עליהם, בין היתר, חובת גילוי הדדית. הפרת חובה טרום-חוזית היא יסודה של ה- culpa in contrahendo ושל אחריות המפר. על-כן, ספק בעיני אם נכונה הקביעה הגורפת (ובעיקר לאחר שצד אחד מסתמך על דבריו של הצד האחר) כי הליך המשא-ומתן כולו הינו בגדר פעולה ריאלית.

תפיסתו של ברק מעוררת שאלה נוספת. אומנם, אם נקבל את גרסתו הכוללנית כי ניהול משא-ומתן אינו פעולה משפטית, אזי מכוח סעיף 1 של החוק, אדם המנהל משא-ומתן בשמו או במקומו של אדם אחר אינו נחשב לשלוח. אם כך נשאלת השאלה: האם פרשנות זו אינה כרוכה בסיכון בהובילה לתוצאה שאינה תואמת את המציאות?

בנסיבות שונות צדדים מסכימים כי האחד ייצג את האחר בניהול משא-ומתן לכריתת חוזה. ניהול משא-ומתן הינו לעיתים מהלך מורכב וממושך, שעשויות להתעורר בו רוב הסוגיות שהוסדרו בחוק השליחות. בנסיבות כאלה מקובל שהצדדים יראו את עצמם במסגרת מעמד של שולח ושלוח. בכל זאת, מפני שהפעולות שה"שלוח" מבצע הן פעולות ריאליות, ולא משפטיות, הסיווג המשפטי של מעמדם יהא אחר, וכנראה שרק מכוח היקש ניתן להחיל עליהם את חוק השליחות.⁵

⁴ ע"א 793/76 לוקמן נ' שיף, פ"ד לג(2) 562, 533; ע"א 166/77 דדן נ' אברהם, פ"ד לג(3) 370, 365.

⁵ המסקנה נובעת מדבריו של השופט ברק בע' 391.

שונה מתפיסה זו של ברק היא התפיסה שאומצה, למשל, בדירקטיבה של השוק המשותף האירופי, שהתקבלה ב-1986, בעניין הסוכן המסחרי.⁶ אומנם, הסוכנות המסחרית היא סוג מיוחד של שליחות, ורצונו של ברק בספרו הוא לעסוק ביסודות הכלליים של דין השליחות; חרף זאת, מכיוון שהדירקטיבה קובעת בסוגיה זו הסדר שמן הראוי, לדעתי, שיוכר גם לגבי שליחויות אחרות, וזאת בזכות התאמתו למציאות היומיומית, בחרתי להזכיר אותה בהקשר זה.

סעיף 1(2) של הדירקטיבה קובע:

"For the purposes of this Directive, *commercial agent* shall mean a self-employed intermediary who has continuing authority to negotiate the sale or the purchase of goods on behalf of another person, hereinafter called the 'principal' or to negotiate and conclude such transactions on behalf of and in the name of that principal."

מעניין שקו מחשבה זה גם עומד מאחורי ההסדר שבאמנה בדבר השליחות במכר הבינלאומי של סחורה,⁷ שם קובע סעיף 1:

"(1) This Convention applies where one person, the agent, has authority or purports to have authority on behalf of another person, the principal, to conclude a contract of sale of goods with a third party.

(2) It governs not only the conclusion of such a contract by the agent but also any act undertaken by him for the purpose of concluding that contract in relation to its performance."

נוסף על כך, ועוד בהקשר הבינלאומי, חשוב לזכור כי אמנת האג מ-1978, העוסקת בשליחות הבינלאומית וקובעת הסדרים של משפט בינלאומי פרטי, קובעת

⁶ Council Directive of December 18, 1986, on the coordination of the laws of the Member States relating to self-employed commercial agents (86/653/EE) O.J. No L 382/17

⁷ ד'נווה, 1983.

בסעיף 1 כי היא חלה גם על פעולות של משא-ומתן ששלוח מבצע בשמו של שולחו.

גם אם נתייחס לסוגיה מזווית אחרת, בהקשר של חוזה ביטוח למשל, מעניין כי חוק חוזה הביטוח, התשמ"א – 1981, בסעיף 33, אינו מבחין בין שלב של ניהול משא-ומתן לבין זה של כריתת חוזה הביטוח לצורך הפעלת דין השליחות, וקובע כי לעניין שני השלבים "יראו את סוכן הביטוח כשלוחו של המבטח, זולת אם פעל כשולחו של המבטח לפי דרישתו בכתב" [ההדגשה שלי - ר' ב']. גם כאן אני רואה, בעניין תחולתו של דין השליחות על שלב המשא-ומתן לכריתת חוזה, הסדר חקיקתי המתאים את עצמו למציאות קיימת, אף כללית יותר.

זאת ועוד: המסקנה כי ניהול משא ומתן אינו פעולה משפטית, ועל-כן אינו כפוף ישירות לחוק השליחות, אינה עולה כנראה בקנה אחד עם האמור בסעיף 5(א) של החוק, שם נקבע כלל בדבר היקף השליחות על-פיו השליחות חלה "על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצועו התקין של נושא השליחות". בשל הקשר ההדוק בין המשא-ומתן לבין ביצוע השליחות, לא מן הנמנע שהפירוש המרחיב של הסעיף יביא לידי תחולתו גם על שלב המשא-ומתן.

מעניין שברק, לאחר שקבע לגבי השליחות הנסתרת (סעיף 7) כי אין התנגשות בינה לבין החובה לנהל משא-ומתן בתום-לב, מכיר בצדק בחובתו של השלוח לנהל משא-ומתן בתום-לב, ובנסיבות מסוימות אף לגלות את זהותו של השולח הנסתר. תחת הכותרת "שליחות נסתרת וניהול משא ומתן בתום לב", ברק כותב (בע' 950): "הבעיות מתעוררות מקום בו הצד השלישי אינו שווה נפש באשר לזהות המתקשר עמו. נראה לנו כי עד כמה שהשלוח יודע או צריך לדעת עמדתו זו של הצד השלישי, עליו לגלות את אוזנו כי הוא פועל כשלוחו ולא לעצמו. חובת גילוי זו מוטלת עליו על-פי עקרון תום הלב." [ההדגשה שלי - ר' ב']

הוא חוזר לאותה סוגיה, ובמקום אחר (בע' 1006) קובע: "בישראל יש להתחשב בעקרון תום הלב. חובתו של השלוח היא לנהל משא ומתן בתום לב."

ג. סעיף 2 אומר כי "שלוחו של אדם כמותו". באמירה זו נמצא, כפי שקובע ברק (בע' 432), את השפעת התלמוד. הדבר בא להוכיח את רב-גוניות המקורות של חוק השליחות, המצויים הן במשפט ההשוואתי (בספר החוקים האזרחי הגרמני לגבי סעיף 3, בספר החוקים האיטלקי בסעיפים 4, 5(א) ו-6(א), ובמשפט המקובל בסעיפים 7, 8, 10, 12 (ב)-14(ב)) והן במשפט העברי (סעיפים 2-161) (בע' 60-61,

255-256). אם כך, השימוש הרחב שעשה ברק במקורות אלה לצורך פירושו של חוק השליחות הינו מוצדק.

סעיף 2 יכול לעורר שאלות אחדות. שאלה אחת הינה לגבי הצורך בסעיף עצמו. כפי שברק מסביר, סעיף 2 בא להוסיף אבן-יסוד בדין השליחות, לאחר שסעיף 1 מגדיר אותה ולפני שסעיף 3 קובע בעניין דרכי יצירתה. סעיף 2 בא לקבוע את התוצאות המשפטיות של פעולת השלוח כאשר הוא פועל במסגרת הרשאתו (בע' 427).

הוא מסיק כי "סעיף 2 הינו, על כן, השלמה הכרחית לסעיף 1 לחוק, המגדיר שליחות מהי" (בע' 427); יחד עם זאת הוא גם מזהיר כי "את הסעיפים 1 ו-2 לחוק יש לקרוא יחדיו ולפרשם תוך התאמה הדדית" (בע' 472).

לדעתי, סעיף 2 הינו טאוטולוגי במידת-מה ביחס לסעיף 1. סעיף 2 בא לקבוע באופן מפורש דבר שכבר נאמר בדרך אחרת בסעיף 1. ברק מסביר בצדק כי ההגדרה הניתנת בסעיף 1 הינה פונקציונלית, "במובן זה שהשליחות מוגדרת מבחינת כוחו של השלוח לפעול בשמו או במקומו של השולח כלפי צד שלישי" (בע' 427). ובמקום אחר הוא אומר, ובצדק, כי הגדרה פונקציונלית זו נובעת מהביטוי "כוחו", שבסעיף 1.

לגבי הביטוי "כוחו", ניתן לקרוא בע' 368:

"אכן, ביטוי זה בא לתאר, לדעתנו, את האפקט המשפטי הטמון בשליחות... נראה לנו, כי משמעותו של ביטוי זה היא זו הקבועה בסעיף 2 לחוק השליחות, העוסק בדין השליחות, דהיינו באפקט המשפטי של השליחות."

אם כך, כנראה שהאפקט המשפטי של השליחות כבר נובע מכללא מן ההגדרה שבסעיף 1, וסעיף 2 בא בעצם להסביר את המשמעות של אפקט משפטי זה. אלה ה-*raison d'atre* והתועלת היחידה של סעיף 2.

אך לאחר שהמחוקק חש בצורך לפרט את התוצאות המשפטיות של השליחות, חבל שהוא לא נמנע מלנקוט בנוסח אשר מאמץ לכאורה את "תורת הזיהוי", שברק מגדירה בצדק כ"פיקציה שאינה תואמת את המציאות" (בע' 319).⁸

זאת ועוד: סעיף 2 אמור לבטא עיקרון כללי בדין השליחות, אך בעצם, האפקט המשפטי שהסעיף מתייחס אליו אינו קם תמיד בכל סוג של שליחות. כידוע,

⁸ כפי שברק כותב (בע' 319), לא ניתן להכחיש שפעולות השלוח, הן מבחינה עובדתית והן מבחינה רצונית, הן פעולות של השלוח, ולא של השולח. הוא גם מוסיף, ובצדק, כי תורת הזיהוי אינה מסבירה את תוצאות השליחות בדרך משכנעת.

ניתן להבחין בין השליחות הגלויה לבין השליחות הנסתרת. בעניין השליחות הנסתרת חל סעיף 7 הקובע תוצאות משפטיות מיוחדות. תוצאות אלה אינן זהות לאלה של השליחות הגלויה. העיקרון שנקבע בסעיף 2 חל לגבי השליחות הגלויה, אך לא תמיד לגבי השליחות הנסתרת. על-פי סעיף 7, פעולת השלוח תחייב לא רק את השולח, אלא גם את השלוח, יחד ולחוד, ונוסף על כך, פעולת השלוח תזכה את השלוח בלבד. רק אם יוכל השולח לאמץ את זכויות השלוח כלפי צד שלישי ויעשה זאת בפועל, יהיה אפשר לומר כי פעולת השלוח תזכה אותו. אם כך, העיקרון "שלוחו של אדם כמותו" אינו כה כללי כפי שניתן להסיק מנוסחו של סעיף 2. לו היה המחוקק קובע שפעולת השלוח בשמו הגלוי של השולח מחייבת ומזכה את השולח, ברור שהוא היה מתכוון בכך להתייחס אך ורק לשליחות הגלויה. אך נוסחו של סעיף 2 הוא אחר וכוללני יותר. במבט ראשון הוא חל על כל סוג של שליחות על-פי חוק השליחות; עם זאת, מבדיקה שנייה עולה כי היקפו של סעיף 2 מוגבל יותר, והאפקט המשפטי הנקבע בו אינו הכרחי בכל סוג של שליחות. טוב עשה ברק כאשר הסביר בצורה מפורטת ומשכנעת את היחס שבין סעיפים 2 ו-7 לחוק (בע' 435-436, 478).

ד. סעיף 3 הוא אחד הסעיפים המעניינים ביותר בחוק השליחות. הוא קובע בעניין יצירת יחסי שליחות. ההסדר שבסעיף אינו מקורי, ושורשיו של סעיף-קטן (א) מצויים בסעיף 167 של ספר החוקים האזרחי הגרמני, הסוטה בסוגיה זו מן ההסדר המוכר במדינות קונטיננטליות שונות. בלשון קיצור ניתן לומר כי ההבדל הקונספטואלי שבין ההסדר של החוק שלנו לבין זה של מדינות קונטיננטליות רבות הינו שהמקור העיקרי במדינות אלה להענקת כוח ייצוג הוא החוזה הנכרת בין שולח לשלוח,⁹ בעוד שאצלנו לא צוין יסוד חוזי זה בסעיף 3. במקום זה קבע המחוקק בסעיף 3(א) דרכים שונות להקניית השליחות, דהיינו, מתן הרשאה לשלוח מאת השולח, התנהגות השולח כלפי השלוח או כלפי צד שלישי והודעה על השליחות מאת השולח לצד שלישי. הסדר כזה, המעניק לצד שלישי מקום ביצירת יחסי שליחות, מחזק עוד יותר את המבנה המשולש העומד מאחרי החוק. על-כן מובן כי סעיף 3 מעורר מספר רב של שאלות בשני מישורים שונים, כלומר, הן במישור הפרשני של הסעיף והן במישור הקונספטואלי של ההסדר. מבחינה קונספטואלית, התפיסה המשולשת שונה באופן מהותי מזו המוכרת ברוב הקודיפיקציות האירופיות, שם השליחות (במוכן ה- *mandatum*)

⁹ כפי שצינו, לעיל הערה 1, בכמה מדינות של יבשת אירופה מוכרת גם אפשרות של מתן כוח ייצוג על-ידי פעולה משפטית חד-צדדית.

נוצרת בעקבות חוזה סינלגמטי בין שולח לבין שלוח. על-פי התפיסה הביולטרלית, צד שלישי נשאר במעמד כזה לכל דבר ועניין, ואינו שותף ביצירת השליחות. לאמיתו של דבר, חרף ההסדר שבסעיף 3, התפיסות המשולשת והדו-צדדית מתקרבות זו לזו בשל העובדה שגם לפי הדין שלנו, בהתאם לסעיף 8, לא תמיד ניתן להטיל על השלוח את החובה לנהוג בנאמנות כלפי השולח. אכן, סעיף זה אומר במפורש כי הנאמנות מוטלת רק בתנאי ש"קיבל אדם עליו להיות שלוח". על-כן, בהיעדר יסוד הנאמנות ובשל מרכזיותו של גורם זה ביחסי שליחות, מובן כי ללא הסכמת השלוח אין השליחות "מושלמת", וכמה הוראות של החוק אף אינן חלות עליו. אך אף ללא הסכמת השלוח, אמת היא כי החוק מאפשר מצב מוזר, לפיו אדם עלול להיחשב לשלוח לאחר שהשליחות נוצרה בעקבות הודעה של השולח לצד שלישי או בשל התנהגות השולח כלפיו. זאת ועוד, במקרה שהשלוח לא יסכים לעמוד במעמד כזה, עליו הנטל לבטל את השליחות לפי סעיף 14(א) של החוק. מצב דברים זה ספק רב אם הוא מוצדק, כפי שהשופט ברק מלמד (בע' 575).

בעיני ברור כי ההסדר שבחוק מתעלם מן המציאות של ימינו, וזאת מכוח העובדה כי הדרך הרגילה ליצירת יחסי שליחות היא החוזה שנכרת בין שולח לבין שלוח. גם השופט ברק מלמד כך (בע' 527). הוא אף מזהיר שגם המשפט המקובל האנגלי "אינו מכיר בהבעת רצון השולח כלפי הצד השלישי כמקור ליצירת שליחות ממש", וכי במקרה זה, ועל-פי התפיסה האנגלית, "הבעת רצון השולח כלפי הצד השלישי יוצרת בסיס לטענת מניעות כלפי השולח, באופן שהוא מנוע מלטעון כי אין שליחות ממש" (בע' 526).

בעניין מרכזיות החוזה כמקור לשליחות נאמר במקום אחר בספר (בע' 1138):
 "המציאות הינה, כי ברוב רובם של המקרים קיים חוזה בין השולח לבין השלוח, המסדיר את מערכת היחסים שבין השניים, לרבות הענקת כוח ייצוג לשלוח. המקרים בהם כוח הייצוג מוענק לשלוח ללא כל חוזה בין השולח והשלוח הם מעטים, ולרוב שוליים."

במצב דברים זה, הדין המצוי מעורר ויכוח, הוא מתרחק מן המציאות, הוא מכיר בדרכים אזוטריות שונות ליצירת השליחות במקום להתמודד עם הדרך הרגילה, החוזית, ולהסדיר אותה בשלמות. כתוצאה מכך, חוק השליחות מחליש במידת-מה את מעמדו של השלוח. זאת ועוד, החוק מטיל עליו חובות, אך מעט

נאמר שם בעניין זכויותיו כלפי השולח. לדעתי, סביר להניח כי חוסר האיזון המאפיין את דיני השליחות אצלנו הוא תוצאה של היעדר הכרה סטטוטורית בחוזה כבמקור, יחיד או עיקרי, להקמת השליחות.

ברק מותח ביקורת על החוק וקובע (בע' 575-576) כי נטל ביטול ההרשאה שהוטל על השלוח כאשר השליחות נוצרה ללא הסכמתו אינו מוצדק. איני חולק על כך. חרף זאת אני סבור כי הביקורת חייבת להתרכז בעיקרה בדגם המשולש העומד מאחורי החוק ובדרך בה המחוקק מתייחס הן לשלוח והן לצד השלישי לצורך יצירת יחסי שליחות. במקום לדרוש במפורש שהשליחות תיווצר כתוצאה ממפגש רצונות של שולח ושלוח (הקביעה שבסעיף 3(א) היא "השליחות מוקנית בהרשאה"), הסתפק המחוקק בנקיטת עמדות סבילות למדי הן של השלוח והן של הצד השלישי, לאחר שנמסרה הודעה על השליחות מאת השולח לצד השלישי או לאחר התנהגות השולח כלפי אחד מהם.

אך גם אם נכון שברק לא מתח על סעיף 3 את הביקורת שראוי לדעתי למתוח על הקונספציה העומדת מאחורי ההסדר, הרמה הגבוהה ביותר בה ברק מנתח את הדין המצוי ניכרת. אין פרט קטן כלשהו שאינו עובר דרך מסננת הערכתו המבריקה ביותר.

הפרק שהוקדש לניתוח סעיף 3 הוא אחד המקיפים והמעמיקים שבספר. הדבר מוצדק לנוכח מורכבות הדין המצוי, מורכבות הסוטה במידת-מה מתפיסת-היסוד של החוק ושל "ניסוחיו הקצרים והפשוטים", כדבריו של השופט ברק (בע' 258-259).

ברק מבחין בין "ההרשאה הפנימית", כלומר, הבעת רצון של השולח כלפי השלוח (ע' 568 ואילך) לבין "ההרשאה החיצונית", או הבעת רצון מצד השולח כלפי צד שלישי (ע' 610 ואילך). בעניין שתי ההרשאות הנוכרות, ברק דן בצורה מאלפת ביותר בסוגיות הרלוונטיות, שהן יצירת ההרשאה (בע' 568 ואילך 630- ואילך) ובשינויים בהיקפה (בע' 602 ואילך 632- ואילך). לאמיתו של דבר, חרף העובדה שההרשאה הפנימית וההרשאה החיצונית הינן דרכים נפרדות ליצירת השליחות, ברוב המקרים "קיים יחס פנימי המקביל להרשאה החיצונית" (בע' 531). נוסף על כך נזכרת העובדה (בע' 541) שככלל, נמצא התאמה בין היקף ההרשאה הפנימית לזו של ההרשאה החיצונית, אך התאמה זו אינה מובטחת, וייתכן שיתגלה היעדר חפיפה בין שתי ההרשאות. במקרה זה ברק מבחין בצדק בין שני המישורים השונים, דהיינו, זה הנוגע ביחסים בין השולח לבין הצד השלישי לבין זה הקושר את השולח לשלוחו וקובע כי התשובה הסופית תלויה בהקשר בו השאלה מתעוררת (ע' 542). דבר זה מעיד על מורכבות היחס המשולש העומד מאחורי השליחות, על כוחם של היחסים הפנימיים והחיצוניים ביצירת תוצאות משפטיות וגם על מידת האוטונומיה שיחסים אלה נהנים ממנה.

אך מובן שאוטונומיה כזו אינה מוחלטת, והיעדר חפיפה בין ההרשאה הפנימית לבין ההרשאה החיצונית עלול לנטרל את יצירתן של תוצאות משפטיות כלשהן, וכך אין השליחות יוצאת לפועל. הדבר ייתכן, למשל, במקרה בו הודיע השולח לצד שלישי על מכירת נכס שבהחזקת השלוח, אך מצד אחר נובע מן ההרשאה שניתנה לשלוח כי עליו רק להשכירו לצד השלישי.

בנושא של היקף ההרשאה הפנימית (בע' 580 ואילך) ברק עוסק בסוגיה מרכזית ביחסי שולח-שלוח. הוא מבחין בין הרשאה מפורשת לבין הרשאה משתמעת והרשאה משלימה, ובהמשך מתייחס לכל אחת מהן בנפרד (ע' 580-581). אך לאחר-מכן, וביחס להרשאה מכללא - הרשאה אליה החוק עצמו מתייחס בסעיף 16, כפי שברק מציין - הוא קובע דברים מרשימים וחדשים שאינם כלולים במהדורה הראשונה של ספרו על חוק השליחות. ברק מכיר בעובדה כי המושג הרשאה מכללא קשור לתורת התניות מכללא, וגם כי עם חקיקתו של חוק החוזים (חלק כללי) ואימוצו של עקרון תום-הלב, אין כבר טעם בקונספציה של תנאי מכללא. בע' 582 נאמר:

"במקביל, שוב אין לנו צורך ואין מקום להיזקק לתורת ההרשאה מכללא, ויש מקום להיזקק לתורת ההרשאה המשלימה. ודוק: ביסוד שתי התורות עומדת אותה מציאות נורמטיבית, לפיה קיים חסר בהרשאה. השוני בין שתי התורות הוא בטכניקה המשפטית. שוב אין מדברים על תנאי מכללא המוכנס להרשאה, אלא על השלמת ההרשאה מכוח עקרון תום הלב."

אך בהמשך (בע' 583 ואילך), ברק מוסיף לדון ביחסים בין ההרשאה המפורשת, המשתמעת והמשלימה על-פי חוק השליחות, ודבר זה אינו מבטיח בהירות מוחלטת לגבי עמדתו בנידון.

סעיף 3(ב) עוסק בעניין הדרישה להצגת ההרשאה בכתב. הוראה זו מעניקה לצד שלישי הנדרש להיזקק לפעולת שלוח את הכוח לבקש שתוצג לפניו הרשאה בכתב. לא קויימה בקשה זו - אין הפעולה שביצע השלוח כלפי הצד השלישי תקפה אף כאשר אותה פעולה הינה בגדר ההרשאה (ע' 564). הלכה למעשה, סוגיה זו קשורה לסוגיה רחבה יותר הנוגעת בצורת השליחות והוכחתה, וכידוע, אין בחוק השליחות הוראות מיוחדות, לא בעניין הצורה ליצירת השליחות ולא בעניין הדרך בה היא ניתנת להוכחה. ברק מקדיש לסוגיה חשובה זו תשומת-לב רבה, ומנתח אותה הן לאור הדין הישראלי המצוי והן בהתייחס למשפט המשווה (בע' 550 ואילך). חרף זאת, לא מצאתי בעמודים אלה גישה ביקורתית חזקה דיה באשר לסוגיה כולה. ובעניין הנידון בסעיף 3(ב): מדוע העניק המחוקק את הכוח הנזכר לצד שלישי בלבד ונמנע מלמסור כוח דומה לשלוח? אכן, שאלות עדינות עלולות להתעורר

בעניין הוכחת השליחות כמו גם בעניין היקפה והשינויים בה. ייתכן שניתן למנוע חלק מבעיות אלה על-ידי הרחבת ההסדר שבסעיף 3(ב), הראוי, לדעתי, להתייחסות ביקורתית יותר.

ה. היקף השליחות הוא הנושא שסעיף 5 עוסק בו. סעיף-קטן (א) מכיר בעיקרון כי השליחות חלה "על כל פעולה הדרושה באופן סביר לביצוע התקין של נושא השליחות", בעוד שסעיף-קטן (ב) מרשה לשלוח לבצע פעולה משפטית "דחופה ובלתי צפויה מראש" אף אם היא חורגת מתחום ההרשאה, בתנאי שהפעולה באה להגן על ענייני השולח הקשורים לנושא השליחות. על-סמך יסודות אלה למדים מדברי ברק (בע' 677, 678) כי סעיף-קטן (א) קובע בעניין סוג אחד של הרשאה משלימה, כלומר, "הרשאה משלימה לבצע פעולה משפטית אינצידנטלית", וכי סעיף-קטן (ב), העוסק בסוג של הרשאה שאינה נובעת מרצון השולח, מבטא מקרה של הרשאה על-פי דין או נציגות חוקית.

במקום אחר בספרו ברק מסביר לנו (בע' 62 ואילך) את משמעות המושג נציגות על-פי דין ואת ההבחנה בין מושג זה לבין השליחות או השליחות מרצון. בע' 62 נכתב:

"האחת נובעת מרצונו של השולח. האחרת מקורה בדין. במובן מסויים, גם השליחות מקורה בדין, שכן הדין הוא הנותן תוקף לרצונו של השולח. יחד עם זאת, יש מקום להבחין בין השתיים, שכן בראשונה רצונו החופשי והעצמי של השולח עומד ביסוד יצירת השליחות, ואילו בשניה הדין מטיל יחסי נציגות, מנימוקים מיוחדים, בלא להתחשב ברצון המיוצג."

אם כך, ההבדל המהותי בין השליחות לבין הנציגות על-פי דין נמצא במקור כוח הייצוג, שבמקרה אחד הוא ברצונו החופשי של השולח ובמקרה האחר הוא בדין. חוק השליחות חל על הייצוג מרצון או שליחות, ועל הייצוג על-פי דין חלים דינים שונים. מכאן נובעת גם מסקנתו של ברק כי "סעיף 3 לחוק השליחות... אינו עולה בקנה אחד עם הנציגות על-פי דין" (ע' 64). עד כאן אין לחלוק על דבריו. השאלה מתעוררת כאשר הוא מגלה סטייה מצד המחוקק לגבי העקרונות הנזכרים והברורים, בקובעו כי סעיף 5(ב), בניגוד לסעיף-קטן (א), הינו ביטוי של נציגות חוקית. לצורך הסקת מסקנות כלשהן נדרשת השוואה בין שני ההסדרים שבסעיף 5. יש לציין את המשותף לשתי ההוראות המצדיק את מיקומן תחת מטרייה אחת, ואת השוני שבין שתיהן. ראשית, מובן כי שני ההסדרים נוגעים בשליחות שמקורה ברצונו החופשי של השולח, על-פי סעיף 3. שנית, שניהם עוסקים באותה סוגיה,

שהיא היקף השליחות שמקורה הוא ברצון השולח והרחבתו. שלישית, לקביעת היקף השליחות, שתי ההוראות מתייחסות לפעולה משפטית "דרושה באופן סביר". רביעית, על-פי שתי ההוראות, הרחבת היקף השליחות תתבסס על שיקול-דעתו של השלוח.

ההבדל המהותי קם מעצם העובדה שהפעולה שסעיף-קטן (א) מתייחס אליה הינה פעולה הכלולה עדיין בתחום ההרשאה לאחר השלמתה, בעוד הפעולה שסעיף-קטן (ב) קובע לגביה חורגת מתחום ההרשאה. כדי להצדיק את הפעולה החריגה שסעיף 5 (ב) מתייחס אליה, המחוקק דורש תנאים מצטברים אחדים הן לגבי הפעולה עצמה - היא חייבת להיות *דחופה ובלתי-צפויה מדאש*, והן בעניין הקשר בין הפעולה לבין ענייני השולח המטופלים בשליחות - צריך שהיא תהיה *דרושה באופן סביר לשמירה על ענייני השולח בקשר לנושא השליחות*. במקום בו התנאים המצדיקים את ביצועה של הפעולה החריגה מתקיימים, החוק מסמיך את השלוח לעשותה, ובזה החוק מרחיב את היקף ההרשאה. אך הרחבת היקף על-פי דין של הרשאה רצונית שניתנה על-פי סעיף 3 של החוק היא סוגיה נפרדת מן הנציגות על-פי דין, שם כוח הייצוג נולד ממקור חיצוני לחוק השליחות.

מספרו של ברק ניתן ללמוד כי "סעיף 3 לחוק השליחות... אינו עולה בקנה אחד עם הנציגות על-פי דין" (בע' 64). אם כך, אני שואל: כיצד ייתכן שהפעולה שסעיף-קטן (ב) מדבר עליה - פעולה המתקיימת במסגרת השליחות של סעיף 3 - תהווה ביטוי של נציגות על-פי דין?

במצב דברים זה, אני סבור כי סעיף 5 (ב) עוסק בהרחבה על-פי דין של השליחות הרצונית, ולא בשליחות על-פי דין. נוסף על כך, לדעתי, יש להדגיש את הקרבה שבין סעיף 5 (ב) לבין סעיף 6 (א). המשותף לשתי הוראות אלה הוא העובדה שגם סעיף 6 (א) קובע, בין היתר, לגבי פעולת שלוח החורגת מתחום הרשאתו. ההבדל שבין ההסדר של סעיף 5 (ב) לבין זה של סעיף 6 (א) הינו כי במקרה האחרון, השולח יכול לאשר את פעולת השלוח, אם ירצה בכך, בעוד שעל-פי סעיף 5 (ב), אישור רצוני כזה אינו נדרש. בלשון קיצור ניתן לקבוע כי שני ההסדרים נוגעים בפעולות החורגות מן ההרשאה. בענייניו של סעיף 6 (א) האישור הוא רצוני, בעוד שעל-פי סעיף 5 (ב) האישור הוא על-פי דין. מאחר שהאישור הוא על-פי דין, תוצאה נוספת היא שהשלוח אינו צריך לחשוש שפעולתו תיחשב לפעולה שנעשתה עקב הפרת ההרשאה שקיבל, ובכך תימנע תחולתו של סעיף 9 לחוק, שעניינו תרופות.

סוגיה אחרת, ומעניינת מאוד, שברק דן בה, נוגעת בפירושו של סעיף 5 (ב) ובהבנת המושג "שלוח" המופיע באותה הוראה. ליתר דיוק, השאלה המתעוררת שם (בע'

687, 688) היא: האם רשאי אדם ששליחותו הסתיימה לבצע פעולה דחופה ודרושה לשמירת ענייני "שולחו", ולגרום בכך להפעלת ההסדר שבסעיף 5(ב)? ברק מסביר כי "על-פי לשונו" אין הסעיף חל במקרה זה, אך מדגיש עם זאת כי "תוצאה זו בלתי רצויה" (בע' 687). הדוגמה שהוא מביא הינה זו של אדם הממשיך לטפל בענייניו של שולח שנפטר, וכן דוגמה של יורשי שולח שנפטר הממשיכים לטפל בענייניו של השולח הדורשים טיפול דחוף. הכל, אומר ברק, בתנאי שהפעולות בוצעו בתוך זמן סביר לאחר קץ השליחות. מסקנתו היא זו (בע' 687):

"ייתכן שיש מקום לגישה כי לעניין סעיף 5(ב) לחוק 'שלוח' כולל גם מי שהיה שולח ושליחותו נפסקה על-פי סעיף 14(א) לחוק וכן יורשיו של שולח זה".

אך ייתכן גם, כפי שהוא טוען, כי יש מקום להבחין בין סוגים שונים של סיום השליחות, דהיינו, בין מקרה בו הסתיימה השליחות עקב מותו של השולח, והשלוח עוד ראה עצמו קשור לשליחות, דבר שהיה מצדיק את הפעלת סעיף 5(ב), לבין מצב בו הסתיימה השליחות בביטולה על-ידי השולח.

טענתו של ברק היא כי לנוכח שתיקת המחוקק בעניין הנידון, מן הראוי להחיל את סעיף 5(ב) בדרך של היקש. דבריו מושכים את העין, אך בעיני הם מעוררים ספק רב. כמובן שאין קושי בהבנת הגישה האלטרואיסטית שבסעיף 5(ב), גישה שמן הראוי שתחול על מצבים שונים; הקושי חל בהפעלת הסעיף על פעולות של אדם שהפסיק להיות שולח, קושי שהולך וגדל בעניין החלת ההסדר על פעולות היורשים של מי שהיה שולח בעבר. ייתכן שהיה אפשר להסכים עם השקפתו של ברק עד שהתקבל חוק עשיית עושר ולא במשפט, תשל"ט - 1979. אך לאחר חקיקתו של חוק זה, אני סבור כי התשובה לשאלות הלגיטימיות שברק מעורר ניתנת על-ידי סעיף 5 באותו חוק, הקובע בעניין שמירת עניין הזולת. בקיצור, אני סבור שקשה להסכים עם עמדתו של ברק משלושה טעמים: ראשית, קיימת תשובה לשאלות הנידונות בחקיקה אחרת. שנית, ולאור עובדה זו אין לפנינו חסר, ועל-כן גם אין צורך בדין משלים בדרך ההיקש. במסקנתי זו אני מאמץ את דברי ברק (בע' 295-294) בעניין השלמת החסר על-פי חוק יסודות המשפט, התש"מ - 1980, שם הוא קובע, ובצדק, כי חסר אינו קיים כל אימת שהסוגיה הדורשת טיפול מקבלת אותו בדרך אחרת, חקיקתית או הלכתית. שלישית, השקפתו של ברק מביאה בסופו של עניין להרחבת פירושו של המושג "שולח" שבסעיף 5(ב), דבר הפוגע, לדעתי, בהרמוניה הפנימית של החוק עצמו.

כעת ברצוני להתייחס לדברי ברק בעניין השליחות מחמת הכרח (ע' 693 ואילך). מוסד זה מוכר במשפט האנגלי, והוא גם קרוב מאוד ל- *negotiorum gestio*

המוסדר בכמה קודיפיקציות אירופיות. העיקרון המנחה בשליחות מחמת הכרח הוא כי בתנאים מסוימים מותר לאדם לבצע פעולה לטובת הזולת חרף העובדה שהוא לא הוסמך לעשות זאת. ליתר ברור, ולנוכח המצב המיוחד שנוצר, ייתכן שהאדם יפעל בחריגה מהרשאתו ואף ללא הרשאה. מוסד זה מעורר שאלות רבות, בעיקר לגבי הסיכונים הנוגעים בהערכת המושג "טובת הזולת", אך מאידך גיסא, אין להימנע מהתפיסה האלטרואיסטית והחיובית העומדת מאחוריו.

סעיף 5 אינו עוסק בפעולת אדם שאינו שלוח כלל, אלא בהרחבת היקף של שליחות קיימת. כאמור, העניין הוסדר על-ידי סעיף 5(ב) לחוק, ועל-כן ברק צודק בקביעתו כי אין להפעיל עוד את הדין הישן שקדם לחוק השליחות. בהתייחסות לסיטואציה בה אדם פועל ללא כל הרשאה, ברק מזהיר כי "הדין הישן עשוי להמשיך ולחול" (בע' 694); אך לאחר-מכן הוא גם משמיע לנו את דעתו כי "לאור הוראותיה האחרות של הקודיפיקציה האזרחית החדשה... מן הראוי שלא להחיל את הדין הישן" (בע' 695), אלא להפעיל במקומו את הדין החדש, "אם באמצעות הוראה החלה במישרין (כגון השבה ופיצוי על-פי דיני עשיית עושר ולא במשפט) ואם באמצעות החלה עקיפה (בדרך של היקש) של הדין החדש" (בע' 695).

דברים אלה אינם נראים לי. לא נראית לי האפשרות של קביעת הדין החדש בהסדר דרך היקש בהתחשב בהבדל המהותי בין מצב בו אדם פועל בחריגה מהרשאתו לבין זה בו הוא לא הוסמך מעולם לפעול כשלוח; מאידך גיסא, הפעלת חוק עשיית עושר ולא במשפט, דבר שמן הראוי כמובן לעשותו, מעוררת ספק בהקשר המיוחד שלנו, מכיוון שחוק זה מסדיר את המוסד האמור באופן חלקי בלבד, ובעיקר בעניין חובת שיפוי ופיצוי. אם דברי נכונים, אזי נשארות פתוחות שאלות מהותיות אחדות באשר ל- agency of necessity, ועל-כן, ובהיעדר הסדר חקיקתי אחר, ייתכן שלא יהיה מנוס אלא להסיק כי מן הראוי להמשיך להחיל את הדין הישן שקדם לחוק השליחות.

מובן כי אין ניתוק מוחלט וסופי בין מצב של "שליחות מחמת הכרח", בו האדם אינו שלוח כלל, לבין חוק השליחות. כוונתי היא כי ייתכן שהחוק יחול על המצב הנזכר אם האדם שלמענו בוצעה הפעולה יאשר אותה, וזאת בהתאם לסעיף 6(א).

כאמור, בין סעיף 5 לבין סעיף 6 קיימת זיקה מסוימת. סעיף 5 קובע בעניין הרחבת היקף השליחות, ואף מרשה לאדם, בנסיבות מיוחדות, לבצע פעולה החורגת מתחום ההרשאה שקיבל. סעיף 6 בא גם להסדיר מצב חריג בו אדם פועל ללא הרשאה (אך בחזקת שלוחו של אחר) או בחריגה מהרשאתו. אולם, במסגרת ההבדלים הקיימים בין הסעיפים, יש לציין את העובדה כי על-פי סעיף 6, כוחו של אדם שהפעולה בוצעה לטובתו לאשר אותה, בעוד שבהקשר של סעיף 5, האישור

אינו על בסיס רצוני, אלא על-פי דין. בהיות האישור שסעיף 6 מתייחס אליו אישור רצוני, הגביל המחוקק את כוחו של האדם במתן אותו אישור, וזאת בשל ההשלכות האפשריות של האישור על זכות שנרכשה לפני האישור על-ידי צד אחר (צד רביעי), שפעל בתום-לב ובתמורה. נוסף על כך לא התעלם המחוקק מעניינו של הצד השלישי שלא ידע בשעת הפעולה שהיא בוצעה ללא הרשאה או בחריגה מן ההרשאה. על-כן, סעיף-קטן (ב) נותן בידי הצד השלישי את הכוח לחזור בו מן הפעולה ולתבוע את השלוח בשל הנזק שנגרם לו, או לראות את השלוח כבעל דברו. על הצד השלישי לבחור בין שתי האופציות הפתוחות לפניו עד שנודע לו על אישור הפעולה. סעיף 6 מרחיב אם-כן את הטיפול במספר המעורבים בעסקות הכרוכות ביחסי שליחות בהכירו בדמות חדשה - דמותו של הצד הרביעי - אותו הוא מוסיף למשולש העומד מאחורי ההסדר.

חרף העובדה שגם בנסיבות אחרות אין דין השליחות מתעלם מזכויות של צד רביעי - ראו סעיף 9(ב) וההשלכות האפשריות של ביטול פעולה שעשה השלוח כלפי צד שלישי עקב הפרת חובת הנאמנות של השלוח כאשר ההפרה היתה על דעת הצד השלישי - סעיף 6(א) הוא זה המוסיף במפורש את הצד הרביעי לתמונה המורכבת של ההסדר. יש לברך על כך שענייניו הכשרים של צד כזה לא הוזנחו על-ידי המחוקק, אך גם אין להכחיש כי בכך מתחזקת התחושה של חוסר הרמוניה חקיקתית. כלומר, בהוראות שונות, המחוקק עוסק, בצדק, במעמדם של צדדים שלישי ורביעי שהינם חיצוניים ביחס לגרעין השליחות, שהוא הלכה ולמעשה היחס הפנימי שולח-שלוח, בעוד שחלק מענייניו הכשרים של השלוח עצמו לא זכו בהתייחסות מספקת או אף לא טופלו כלל בחוק. כך, למשל, לגבי מצב בו נוצרה השליחות עקב הודעה לצד שלישי או על-ידי התנהגות כלפיו מצד השולח, שאז הנטל לסיים את השליחות מוטל על השלוח המתנגד לכך. אי-טיפולו של המחוקק בענייניו של השלוח בא לידי ביטוי גם, למשל, בהיעדר הכרה בחובת השולח לשתף-פעולה עם שלוחו בביצוע ההרשאה, וגם באי-טיפול בזכות השלוח לשכר הוגן.

באשר לסוגיה הנזכרת של הרמוניה פנימית של דין השליחות והאיזון הדרוש בטיפול החקיקתי באינטרסים הכשרים השונים, לא תמיד מצאתי בספרו המעולה של ברק את ההתייחסות, שניתן לצפותה, לדעתי, ממחקר כה מעמיק וכה מקיף. חרף זאת, שוב ושוב נגלה לעין הקורא כוחו הרב של ברק כחוקר. כל מלה ומלה, כל מושג ומושג, נעשים אובייקט להתעניינות, דבר שעושה את ספרו לשיעור מאלף באומנות המחקר. הניתוח של סעיף 6, ובעיקר שיקוליו של ברק בעניין האישור, כדיעבד (מע' 707 עד ע' 818) הינם ראייה נוספת ליכולתו לחקור עד תום וללא סייג,

תוך כדי התייחסות מעניינת ביותר לסוגיות השייכות לדיני החוזים הכלליים ולתורת המשפט.

ו. ההסדר של השליחות הנסותרת שבסעיף 7 הינו הסדר מקורי, אך עם זאת אינו נהנה ממקוריות מוחלטת. ככלל, מוסד זה אינו מוכר בדין השליחות של המדינות הקונטיננטליות, אך הוא טופל היטב במשפט האנגלי. לעומת זאת קיים הבדל לא-מבוטל בין הדין האנגלי לבין זה שבסעיף 7 לחוק השליחות. כעיקרון, ההבדל בא לידי ביטוי בכך שהדין האנגלי מעניק לצד השלישי, שלא ידע בשעת העסקה על קיום השליחות, את הכוח לבחור מהשניים, שולח או שלוח, בזה שייחשב לצד לעסקה. לעומת זאת ובין היתר, החוק הישראלי אינו משחרר, לא את השולח ולא את השלוח, מחיוביו כלפי הצד השלישי.

תשומת-לב רבה הקדיש ברק לניתוח סעיף 7 (מע' 939 עד ע' 1015) הכולל את אחד ההסדרים המעניינים ביותר והשנויים במחלוקת בהקשר של חוק השליחות. נוסף לשאלות הנוגעות במבנה ההוראה ובקשריה עם סעיפים אחרים שבחוק, מוסד השליחות הנסותרת מעורר שאלה עקרונית הקשורה להצדקתו וזכות קיומו של המוסד עצמו.

ברק מנתח סוגיה זו מזוויות שונות. הוא מאשר כי לשליחות הנסותרת יתרונות כלכליים וגם יתרונות שבאים לידי ביטוי במקרה של פשיטת-רגל של השלוח (בע' 943, 944), אך אינו מכחיש שקיים קושי ביישוב השליחות הנסותרת עם עקרונות-היסוד של דיני החוזים. אכן, וכפי שהמחבר מזהיר, לאחר שנכרת חוזה בין שלוח לבין צד שלישי, "לפתע יוכנס לקשר זה איש חדש, אשר לא רק נהנה מפרי החוזה, אלא גם עשוי להתחייב על-פיו" (ע' 944). אך הלכה למעשה, ברק מצדיק את תיאוריית השליחות הנסותרת בקביעה שהיא לא רק מתיישבת יפה עם עקרון הייצוג העומד מאחורי השליחות - דבר המסביר את חבותו של השולח הנסותר - אלא גם שהמוסד אינו מכביד על מעמדו של הצד השלישי. לאמיתו של דבר, הצד השלישי ימצא את עצמו במצב בו הן השולח והן השלוח חבים כלפיו ביחד ולחוד (בע' 947). בהמשך (בע' 949-950) ברק מנתח את אחת הסוגיות החשובות והעדינות בעניין השליחות הנסותרת, היא השאלה הנוגעת ביישוב שליחות זו עם עקרון תום-הלב בניהול משא-ומתן לכריתת חוזה. השאלה אינה רלוונטית, למשל, מקום בו עניינו של הצד השלישי בביצוע העסקה גובר על ידיעת קיום השליחות או על ידיעת זהותו האמיתית של הצד האחר עימו הוא מתקשר. לעומת זאת, כאשר המצב שונה ועניין השליחות וזהותו של הצד האחר חשובים לצד השלישי, מתעוררת השאלה בעניין יישוב עקרון תום-הלב עם קיומה של השליחות הנסותרת.

אומנם, מקום בו השלוח יודע, או עליו לדעת, כי זהותו של השולח חשובה בעיני הצד השלישי, וחרף זאת נמנע השלוח מלגלותה לצד השלישי, כוחו של זה האחרון, בין היתר, לבטל את החוזה בשל ההטעיה שפגמה בכריתתו. על-פי ברק (בע' 950), אם לא יבטל הצד השלישי את החוזה, אזי העקרונות המנוגדים מתיישבים, מכיוון שהחוזה שנכרת עם השלוח יעמוד בתוקף, השלוח והשולח חבים כלפיו (יחד ולחוד), ואין לשולח הכוח לאמץ לעצמו את זכויות השלוח הנובעות מהעסקה עם הצד השלישי. ברק קובע (בע' 950):

”בכך נמצא איזון ראוי בין השיקולים השונים. עקרון תום הלב נשמר. שלוח הפועל בניגוד לעקרון זה אינו משיג את מבוקשו. דיני השליחות הנסתרת נשמרים. השלוח הוא בעל דברו של הצד השלישי. השולח חייב כלפיו, אך אינו זכאי - כפי שדיני השליחות הנסתרת מאפשרים.”

נראה לי כי המצב עלול להיעשות מורכב יותר. כך ייתכן שהצד השלישי ידע רק בשלב מאוחר על זהותו של השולח שעימו הוא לא רצה להתקשר חוזית, שלב בו ביטול החוזה אינו כדאי, למשל, מסיבות כלכליות. במצב כזה, למרות הפרתה של חובת השלוח לנהל משא-ומתן בתום-לב, החוזה נשאר בתוקף, והצד השלישי יהיה קשור לצדדים שאינו נותן בהם אמון. הקשר יושלם לאחר שהשולח, בניגוד למגבלות הנובעות מסעיף 7 בעניין כוח האימוץ, יאמץ לעצמו את זכויות השלוח כלפי הצד השלישי. אגב, אימוץ כזה הינו טבעי ביותר מבחינת השולח, מכיוון שהוא לא ירצה להישאר במצב הלא-מאוזן בו הוא חב כלפי הצד השלישי מבלי ליהנות מזכויות. מכיוון שהאימוץ הוא פעולה משפטית חד-צדדית שאין נדרשת לביצועה הסכמה של צד כלשהו, הדבר מקל כמובן על ביצועה. הלכה למעשה, לאחר שאומצו זכויות השלוח על-ידי השולח בניגוד לדין השליחות הנסתרת, לא נותר לצד השלישי אלא להשלים עם המצב או להתנגד לאימוץ. בהנחה שהצד השלישי יצליח בהתנגדותו זו, תהא התוצאה על-פי דין השליחות הנסתרת, מצב מוזר, בו לשולח חובות ללא זכויות. כתוצאה מכך, ייתכן שבסופו של דבר ייצור הסדר השליחות הנסתרת מצב מורכב שאינו עונה על ציפיותיו של צד כלשהו במשולש, ואף למצב בו היחסים בין הצדדים ייפגעו קשות.

לאמיתו של דבר, איני יכול להתעלם מעקרון-היסוד העומד מאחורי השליחות הנסתרת. השליחות הנסתרת מבוססת על *simulatio*. בין שולח לבין שלוח נעשה הסדר נסתר העומד ביסוד הדברים שהשלוח מעביר (או נמנע מלהעביר) לצד השלישי. ההסדר יכול להניב, כפי שראינו, תוצאות מעשיות ומשפטיות מורכבות למדי. נוסף על כך, אין להתעלם מהעובדה כי בשל יסודות ההסדר, הוא עלול להעמיד את השלוח במצב עדין במיוחד, בו הוא יתקשה לאזן בין חובת תום-הלב

שהוא חב כלפי צד שלישי לבין חובת הנאמנות המוטלת עליו כלפי השולח; זאת מפני שהדמויות במשולש השליחות הנסתרת אינן פועלות יחד ובשיתוף-פעולה, אלא במסלולים נפרדים, הנסתרים בחלקם. נוסף לכל האמור, ספק בעיני אם ההסדר שבסעיף 7 עולה בקנה אחד עם המדיניות העומדת מאחורי ההסדר של החוזה למראית-עין שבסעיף 13 לחוק החוזים (חלק כללי) תשל"ג - 1973.

ברק מצדיק את השליחות הנסתרת, אך מותח ביקורת על ההסדר שבחוק. כך, למשל, לגבי המצב בו ידע הצד השלישי על קיום השליחות, אך אינו מבקש שיימסרו לו פרטים על זהות השולח, כפי שהדבר מותר מכוח סעיף 3(ב) לחוק. בנסיבות כאלה, ברק אומר (בע' 967-968), אין הצדקה לכך שלא יחולו תוצאות השליחות הגלויה, כלומר, שפעולת השלוח גם תחייב וגם תזכה את השולח ללא צורך באימוץ. ברק טוען גם (בע' 968) כי ההסדר אינו עונה על ציפיותיו של הצד השלישי, המקווה "כי הן השולח והן השלוח זכאים וחייבים כלפיו", כאשר ההסדר שבחוק הוא "כי הזכות היא רק לשלוח או, לאחר האימוץ, רק לשולח...". במקום אחר (בע' 994), ביקורתו של ברק מתמקדת בשתיקתו של המחוקק בעניין דיני האימוץ.

אם כך, הביקורת היא בעיקר נקודתית. נוסף על כך, לא ברור לי גם אם היא מוצדקת לגמרי. באיזה מובן ההסדר שבחוק פוגע בציפיותיו של הצד השלישי כאשר עניינו הלגיטימי העיקרי הוא, כנראה, שהצדדים יהיו חייבים כלפיו, תוצאה המושגת כאמור על-פי החוק? בהיבט זה, הצד השלישי זוכה כבר בהגנה. כאשר להסדר הזכויות הנובעות מן הפעולה, ייתכן שזהות הצד שהוא בעל הזכות - שולח או שולח - נהפכת לסוגיה פחות רלוונטית בעיניו של הצד השלישי.

מקום בו לא ידע הצד השלישי את זהות השולח, אך ידע על דבר השליחות, לא נראה לי שדרישת המחוקק בעניין האימוץ על-ידי השולח מטילה מעמסה כבדה במיוחד. אכן, האימוץ הוא פעולה חד-צדדית של השולח, כלומר, ביצועה אינו דורש הסכמה של צד כלשהו, והוא אף אינו כפוף לצורה מיוחדת. מאחר שהמחוקק הכיר בשליחות הנסתרת, נראה לי כי טוב עשה כאשר דרש את הפעולה של אימוץ הזכויות על-ידי השולח. לו היה המחוקק קובע הסדר דומה לזה של השליחות הגלויה, מובן שהיה דוחה גם את האפשרות של התנגדות הצד השלישי לפעולת האימוץ. בעצם, בדרישת האימוץ התכוון המחוקק להעניק לצד השלישי כוח התנגדות למצב בו יוזמת הגילוי של קיום השליחות או גילוי זהותו של השולח לא ננקטה על-ידי השולח, דבר שעלול לקרב את התנהגותו, בנסיבות מיוחדות, לזו של צד שבעקבות הוראות שולחו, לא מילא באופן מושלם את חובות הגילוי ותום-הלב המוטלות עליו.

לעניין שתיקת המחוקק בנושא של דיני האימוץ, אני סבור כי הדבר עולה בקנה אחד עם אופיו הלקוני הכללי של חוק השליחות. בחוק השליחות חסרים הסדרים שונים, שניתן לקבוע אותם ולגלותם רק על-ידי פרשנות. חבל אם-כן שהמחוקק לא

הרחיב את ההסדר, במקום לשתוק. דרך הקיצור בה הלך המחוקק בעניין האימוץ אינה מבורכת, כפי שטוען ברק, אך היא תוצאה ממדיניות חקיקתית כללית, שאינה עונה, לדעתי, על דרישות השעה.

לבסוף מעניין לזכור כי בנסיבות מיוחדות, הצד במשולש השליחות העלול להיפגע קשות כתוצאה מהסדר השליחות הנסותרת אינו השולח וגם לא הצד השלישי, כי אם השלוח. הדבר יקרה לאחר אימוץ הזכויות על-ידי השולח, שאז נראה שהשלוח חדל להיות בעל זכויות, אך חרף זאת אינו משוחרר על-ידי החוק מחובותיו כלפי הצד השלישי. המורכבות שבמצב כזה וחוסר הצדק שבדבר הינם סיבות נוספות שמעוררות, לדעתי, שאלה בדבר יסודות ההסדר שבסעיף 7 לחוק.

ז. סעיף 8 קובע הסדר מרכזי במישור היחסים שולח-שלוח. הוא עוסק בעניין חובת הנאמנות המוטלת על השלוח כלפי השולח. כנגד הסדר זה, המחוקק מעניק לשלוח זכויות מספר, דהיינו, זכות שיפוי (סעיף 11), זכות עיכבון (סעיף 12), זכות קיזוז (סעיף 13) וגם את הזכות לסיים את השליחות (סעיף 14). למרות זאת, לא קל לפרשן להשתחרר מן הרושם כי סעיף 8, בכללותו, הינו חלק מהסדר לא-מאוזן, שם, כנגד חובות השלוח, לא נמצא הסדר כלשהו בעניין זכות בסיסית כזכות לשכר בעבור ביצוע פעולותיו, או בעניין חובות השולח לשתף-פעולה עם שלוחו לצורך קיום ההרשאה. ברק מסביר את אופיו זה של חוק השליחות בקביעה כי החוק "קבע הסדר מיוחד ביחס לחובות הנאמנות שהן מיוחדות ליחסי השליחות" (בע' 1023), וזאת מתוך הנחה כי דינים אחרים ישלימו את דיני השליחות על-פי החוק, הקובע אך ורק את דיני השליחות "במובן המצומצם".

אם כך, השאלה הנשאלת כעת היא: האם דיני השליחות במובן מצומצם זה אינם מצומצמים מדי, עד כדי התעלמות של המחוקק מהיבטים שהינם מרכזיים לכאורה ברוב סוגי השליחות? תשובתי חיובית, ועל-כן חבל שהמחוקק לא קבע, בין היתר, הסדר רחב יותר של "נאמנות הדדית", זאת לנוכח העובדה הידועה כי ההצלחה בביצוע ההרשאה תלויה לעיתים במידה רבה ברמת שיתוף-הפעולה בין הצדדים. לו היה המחוקק מכיר בדגם זה של חובת נאמנות, בוודאי שמקור חובת הנאמנות המוטלת על השולח היה שונה מזה של החובה המוטלת על השלוח, הנובע מהשימוש בכוח הייצוג שהוענק לו על-ידי השולח. לאמיתו של דבר, ברק מתייחס במקום אחר של ספרו (לגבי סעיף 11, על זכות השיפוי, בע' 1135-1136) להסדר החובות המוטלות על השלוח כלפי שלוחו, אך זאת מתוך הנחה כי החובה המוטלת על השולח (כגון החובה למסור מידע או להעניק לשלוח אמצעים לקיום ההרשאה) היא חובת זהירות, וכי "מידת הזהירות המוטלת על השולח תהא זו של שולח סביר".

אם כך, אם נתייחס לחובה המוזכרת של מסירת מידע, מדוע שתהא החובה המוטלת בעניין זה על שני הצדדים כפופה לדינים שונים כאשר פעם היא נחשבת לחובת נאמנות ופעם אחרת לביטוי של חובת זהירות? גם ההנחה כי השלוח "יוצא מן התמונה" לאחר ביצוע הפעולה - דבר שיכול לחזק את הצורך להגן על השולח באופן מיוחד - אינה נכונה תמיד, כפי שעולה, דרך משל, מהסדר השליחות הנסותרת. לדעתי, שיקולים אלה ואחרים עשויים להצדיק את השלמת ההסדר של סעיף 8, המבטא בכללותו את חוסר האיזון שבחוק.

דעה אחרת, אם כי לא שונה לגמרי מזו שהצגתי, היא דעתו של ברק. כך, בהקשר פירושו של סעיף 11, הוא מסיק את המסקנה "כי בעוד שהשלוח חב נאמנות לשולח, אין השולח חב נאמנות לשלוח", וכי "חובתו של השולח אינה שונה מחובתו של כל 'בעל חוזה' אחר, והיא נקבעת על-פי העקרון הכללי של תום הלב" (בע' 1137). אך כל זאת לאחר שקבע באותו מקום גם כי "ספק אם יש הצדקה שלא להטיל חובות נאמנות כלשהן על השולח כלפי שלוחו, וזאת כדי להבטיח הגשמה מלאה של הזכויות שהחוק מעניק לשלוח, כגון זכותו לשכר - במקום שזו קיימת - או לשיפוי" [ההדגשה שלי - ר' ב'].

הניתוח של ברק לסעיף 8 מאלף ומרשים. הוא דן בשאלות שהן גם עקרוניות וגם בעלות חשיבות רבה מבחינה מעשית. כידוע, יתפתחו במערכת הנורמטיבית נאמנויות שונות, כאשר היסוד להתפתחויות אלה מצוי, כנראה, בהקשר של חוק השליחות. זו סיבה נוספת המצדיקה את החשיבות המיוחדת שיש לייחס לסעיף 8. ההגדרה של חובת הנאמנות אינה קלה כלל ועיקר. כתוצאה מכך, קשה גם ההבחנה בין חובה זו לבין חובות אחרות, כחובת תום-לב, ובעיקר חובת הזהירות. המחוקק מפרט בסעיף 8 חובות שונות שהן ביטוי לנאמנות הכללית מצד השלוח, ועל הפרשן לגלות את המשותף לחובות אלה. בסיס משותף זה הוא היסוד לחובת הנאמנות על-פי דין השליחות.

בעניין תוכנה של חובת הנאמנות הכללית של השלוח, ברק מסביר לנו (בע'

: 1036)

"עליו (השלוח) להשתחרר מכל אינטרס אישי (פרט לשכר ולכיסוי הוצאות) תוך העדפה מלאה של אינטרס השולח. ככל שכוחו של השלוח רב יותר, כך מן הדין להטיל עליו חובות התנהגות ראויה חמורות יותר שימנעו ממנו לנצל לרעה את כוחו. על רקע זה ניתן לקבוע כי חובת הנאמנות הכללית של השלוח היא לראות תמיד את אינטרס השולח כאינטרס המכריע ולהעדיפו על האינטרס האישי של עצמו. עליו להיות מסור לשולח, ולפעול לטובתו, ולטובתו כלכלי." [ההדגשה שלי - ר' ב'].

השאלה המתעוררת בעיני היא: האין בדברי ברק מידה מסוימת של נוקשות בעניין קביעת הפרמטרים של חובת הנאמנות של השלוח? השאלה מבוססת על שני נימוקים עיקריים:

ראשית, על-סמך העיקרון של סעיף 8 כי חובות הנאמנות מוטלות על השלוח לאחר שהסכים להיות שלוח ("קיבל אדם להיות שלוח"). החוק גם מתיר מידה מסוימת של התייחסות לענייני הפרטיים של השלוח במהלך ביצוע ההרשאה מבלי שהדבר ייראה כהפרה של חובת הנאמנות. ברק מכיר במצב זה כאשר הוא קובע כי חובת הנאמנות היא דיספוזיטיבית בחלקה (בע' 1050 ואילך), וכי מותר לשולח לוותר על חלקה של חובת הנאמנות. ברק אף מצטט (בע' 1052) דברים שנאמרו בד"צ 7/81 פנידר, **חברה להשקעות פתוח ובנין בע"מ נ' קסטרו**, פ"ד לז(4) 673, 693, כי "כמובן, בקביעת חובת הנאמנות הממשיכה לחול על השלוח יש לקחת בחשבון כי בגזרה מסוימת מותר לשלוח להתחשב באינטרס של עצמו או של אחר".

שנית, אין להתעלם מן העובדה כי אף ללא ויתור מצד השולח, החובה הסטטוטורית המוטלת על השלוח אינה מוחלטת תמיד, וכי ייתכן שהיא תהיה מוגבלת במהותה. כך, למשל, החובה הקבועה בסעיף-קטן (5) אינה מתירה לשלוח להשתמש "לרעת השולח בידיעות או במסמכים שבאו לידו עקב השליחות"; חרף זאת, ברור שאין המחוקק מתכוון להטיל חובת סודיות מוחלטת ולאסור על השלוח, לעולם, להשתמש באותם ידיעות או מסמכים. כידוע, בנסיבות שונות, כגון לצורך הגנה על עניינים כשרים של השלוח עצמו (למשל, תביעות שכר או שיפוי נגד השולח), אין מנוס מלהשתמש לרעת השולח במידע שהתקבל על-ידי השלוח עקב השליחות.

גם זכות העיכבון הניתנת לשלוח על נכסי השולח מכוח סעיף 12 היא ביטוי להגבלה נוספת החלה על חובתו של השלוח לנהוג בנאמנות כלפי שולחו.

ח. הסדר התרופות שחל במקרה שהשלוח מפר את אחת החובות המוטלות עליו על-פי סעיף 8 הוא הנושא שסעיף 9 עוסק בו. על-כן, הסעיף משלים את ההסדר החד-צדדי והבלתי-מאוזן שבחוק, המגן על ענייניו של השולח. באשר לסעיף-קטן (א), הקובע את זכותו של שולח "לתרופות הניתנות בשל הפרת חוזה" במקרה של הפרת סעיף 8, השאלה המתעוררת היא: האין הסעיף מיותר? לנוכח העובדה כי החובות הנזכרות בסעיף 8 מוטלות על אדם שהסכים להיות שלוח, דעתי היא שלא היה ניתן אלא להסיק את מה שנקבע בחוק אף ללא קביעה מפורשת. דבריו המאוחרים יותר של המחוקק בסעיף 22(ב) לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א - 1970, הקובע כי חוק זה יחול "כשאין... בחוק אחר הוראות

מיוחדות לענין הנדון", מחזקים עוד יותר את מסקנתי כי הקביעה שבסעיף 9(ב) לחוק השליחות מיותרת כיום. גם ברק קובע (בע' 1090) כי "יש לראות בהפרת חובה הקבועה בסעיף 8 לחוק כהפרת חוזה, כי אחרת לא ניתן יהיה להפעיל כלל את החוק הדין בתרופות...".

עם זאת נראה לי כי טיב ההפרה של חובה הקבועה בסעיף 8 אינו צריך לנבוע מקביעת המחוקק בסעיף 9, אלא מהאמור בסעיף 8 עצמו.

מעניינת הסוגיה שברק דן בה באשר לפירוש הביטוי "על דעת" הצד השלישי שבסעיף 9(ב). סעיף זה קובע בעניין התרופות הניתנות לשולח, מקום בו השלוח עשה פעולה כלפי צד שלישי עקב הפרת חובה המוטלת עליו על-פי סעיף 8, ובהנחה כי ההפרה היתה "על דעת" הצד השלישי. בנסיבות כאלה, כוחו של השולח, נוסף לתרופות המוענקות לו בשל הפרת חוזה, לבטל את פעולת השלוח ולתבוע גם מן הצד השלישי את הפיצויים המוטלים על השלוח.

ברק מזכיר לנו (בע' 1102) כי במהדורה הראשונה של ספרו (בע' 415) תמך בדעה שמשמעות הביטוי "על דעת" היא "בהסכמת", אך דעתו השתנתה בעקבות הביקורת שנמתחה על תפיסתו על-ידי פרופסור כהן.¹⁰ עמדתו של ברק במהדורה השנייה של ספרו היא כי משמעות הביטוי "על דעת" שבסעיף 9(ב) היא "בידיעת הצד השלישי, בלא שנדרשת גם הסכמתו" (בע' 1102). כנראה שניתן להגיע למסקנה זו גם מכוח סעיף 18 לחוק, המסתפק לעניין החוק אף בידיעה מיוחדת. לעומת זאת, ברק מלמד כי הידיעה שסעיף 9(ב) מתייחס אליה היא "ידיעה מלאה וממשית", וכי "ידיעה קונסטרוקטיבית אינה מספקת" (בע' 1102, הערה 72).

דעתי בנושא היא כי עמדתו של ברק במהדורה הראשונה של ספרו מוצדקת ומבוססת יותר, ולא מצאתי סיבה משכנעת לשינוי השקפתו. אומנם, בסעיף 9 אין המחוקק מסתפק בידיעת הצד השלישי (ממשית, קונסטרוקטיבית), ועל-כן לא די בהפעלת סעיף 18. ההסדר שבסעיף 9(ב) קובע בעניין "פעולה שהשולח עשה כלפי צד שלישי" עקב הפרה של חובת נאמנות, וכנראה שזאת פעולה שהיא פרי של שיתוף-פעולה בין השולח לבין הצד השלישי. אכן, וכפי שברק מסביר (בע' 1107), "הצד השלישי שיתף פעולה עם השולח בהפרת חובת הנאמנות של זה האחרון כלפי השולח", ובכך מצא ברק הצדקה למסקנתו כי ביטול הפעולה על-ידי השולח על-פי הסעיף אינו מעניק לצד השלישי זכות נגד השולח, בניגוד לאמור בסעיף 6(ב) לחוק. במונחים אלה, אם לצורך הפעלת סעיף 9(ב) נדרש שיתוף-פעולה מן הצד השלישי בהפרת חובת הנאמנות, מה טעם בפירוש המילים "על דעת" כ"בידיעה ממשית", ולא "בהסכמה"? ליתר דיוק, האם קיימת אפשרות של שיתוף-פעולה בין

¹⁰ ראו נ' כהן התערבות ביחסים חוזיים (1982) 284, 285.

הצד השלישי לבין השלוח בהפרת חובת נאמנות, וזאת על-סמך ידיעה ממשית של הצד השלישי, מבלי שהצד השלישי יסכים לכך?

ט. בעקבות מתן הגנה לשולח (סעיפים 8, 9, 10, 13), הקדיש המחוקק גם הוראות מספר להגנה ישירה על זכויות השלוח (סעיפים 11, 12, 13). ההשוואה בין ההסדרים שבחוק - אלה שנוגעים בזכויות השולח ואלה העוסקים בהגנת השלוח - מביאה לכלל מסקנה כי תפיסת המחוקק לוקה במידת-מה בחוסר איזון, מאחר שהשקפתו היא כי יש להגן בעיקר על השולח מול "בעל הכוח", שהוא השלוח. ספק בעיני אם השקפה זו, שהיא נכונה לכאורה, עומדת במבחן המציאות, ועל-כן השאלה המתעוררת היא: האין זה מן הראוי להטיל חובות על השולח שיבטיחו את האיזון הפנימי הדרוש בדין השליחות?

לסוגיה זו התייחסתי כבר במקום אחר (בע' 200 ואילך), שם צוין שגם ברק (בע' 1137) מעלה את הספק "אם יש הצדקה שלא להטיל חובות נאמנות כלשהן על השולח כלפי שלוחו".

סעיף 11 נותן לשלוח זכות שיפוי בעבור "ההוצאות הסבירות שהוציא על ההתחייבויות שהתחייב בהן באופן סביר עקב השליחות". כפי שכבר נאמר, סעיף 11 הוא הראשון בסדרה של סעיפים אחרים המעניקים הגנה לשלוח. ברק מתחיל את ניתוחה המרשים של ההוראה בדיון בשיקולים בעניין זכויות השלוח כלפי שלוחו, הן זכויות על-פי הדין הכללי וחוק השליחות והן על-פי החוזה שנכרת ביניהם, ולאחר-מכן הוא דן בסוגיה החשובה הנוגעת בזכות השלוח לשכר. ברק מתייחס לשאלה זו מנקודת-מבט השוואתית, ומלמד כי שתיקת המחוקק בעניין זכות השכר של השלוח מבטאת עמדה שונה מזו המוכרת במדינות אחרות, בהן או שנקבע שהמנדט הוא פעולה ללא שכר (למשל, סעיף 662 של ה-BGB הגרמני וסעיף 1986 של הקוד האזרחי הצרפתי) או שהתקבלה ההנחה כי המנדט אינו ניתן בחינם (כגון באיטליה, על-פי סעיף 1709 של הקוד האזרחי). לנוכח המצב הקיים אצלנו, והבלתי-מוצדק (כפי שצוין בע' 1136), ברק דן בשאלת המקורות לזכות השכר שמחוץ לחוק השליחות. לדעתו, המקורות האפשריים הם החוזה שבין שולח ושלוח, הנוהג, ודיני עשיית עושר ולא במשפט (בע' 1442 ואילך).

אך לאחר ציון של מקורות אלה באופן משכנע, הוא דן גם (בע' 1145) באפשרות שהעלתה פרופסור פרידמן,¹¹ כי ניתן לבסס את זכות השכר של השלוח גם על הוראת סעיף 11. ברק מקבל את עמדתו של פרופסור פרידמן.

¹¹ ראו ד' פרידמן דיני עשיית עושר ולא במשפט (מהדורה ראשונה, 1982) 90.

לדעתי, אין כל צורך באימוץ עמדתו של פרופסור פרידמן משנמצאו המקורות המתאימים לזכות השכר. זאת ועוד: לנוכח ההבדל הלא-משני בין שיפוי לבין שכר, כיצד ניתן לאחד אותם ולהצדיקם בהסתמך על הוראת-חוק המתייחסת לשיפוי בלבד?

בהמשך ההסברים על זכות השלוח לשיפוי, שבניגוד לזכות השכר, מוכרת כנראה בכל שיטות המשפט בעולם, דן ברק, בין היתר, בשאלה המתייחסת להגשמת זכות השיפוי (בע' 1149). לגבי סוגיה זו הוא אומר כי על השלוח לפנות לבית-המשפט מאחר ש"החוק בישראל אינו מכיר בזכותו של השלוח לעזרה עצמית בגין הוצאות אלה" (בע' 1149). הוא קובע כי בניגוד לחוקים אחרים שבדין הישראלי, תרופת הניכוי אינה מוכרת בחוק השליחות, ומציין גם, ובצדק, כי סעיף 8(ג) לחוק הנאמנות, תשל"ט - 1979, המעניק זכות עיכובן לנאמן, אינו חל ביחסי שליחות, בהם הנאמנות הינה פונקציונלית בלבד (בע' 1149-1150). חרף זאת, לא ברור לי מה הניע את ברק לא להכיר בעזרה עצמית הניתנת לשלוח על-ידי הוראות הנוגעות הן בזכות העיכובן (סעיף 12) והן בזכות הקיזוז (סעיף 13). מעניינת במיוחד ההוראה שבסעיף 12, המכירה בזכות העיכובן של השלוח על נכסי השולח "כדי תשלום שכרו וסכומים אחרים המגיעים לו מן השולח עקב השליחות" [ההדגשה שלי - ר' ב.].

י. בסעיף 12 המחוקק מכיר בזכות עיכובן של השלוח על נכסי השולח שבאו לידי עקב השליחות, וזאת כדי שהלחץ שיוטל בדרך זו על השולח יניע אותו לשלם לשלוח את שכרו וסכומים אחרים המגיעים לו עקב השליחות.

שאלה מעניינת בהקשר זה היא השאלה הנוגעת בהתנגשות בין זכות העיכובן של השלוח לבין חובת הנאמנות המוטלת עליו כלפי שולחו. בעניין זה די לזכור כי סעיף 8(5) לחוק השליחות, המבטא את היסוד שבחובת הנאמנות, דורש, בין היתר, שהשלוח "ימנע מכל דבר שיש בו ניגוד בין טובת השולח ובין טובתו שלו". אם כך, כיצד ניתן לאזן בין הסדרים אלה, המנוגדים לכאורה? ברק מלמד (בע' 1167) כי "הגשמתה של זכות העיכוב צריכה להעשות לא רק בתום לב, אלא תוך התחשבות בחובת הנאמנות המוטלת על השלוח", והוא מוסיף: "חובה זו אינה נעלמת כאשר מתחיל העיכובן."

בהנחה כי משמעותה של חובת הנאמנות של השלוח הינה, בין היתר, מתן עדיפות לעניין של השולח על עניינים אחרים המנוגדים לו, איני רואה כיצד יוכל שלוח לעכב על-פי דין נכסים של שולחו, ובאותה עת גם לשמור על נאמנות כלפיו. ברגע בו השלוח מחליט על-פי דין לעכב נכסים של שולחו, הוא גם מחליט לתת עדיפות לענייניו על עניינו של השולח. אני סבור כי הדרך למציאת האיזון בין שני

העניינים המנוגדים היא להכיר בעובדה כי חובת הנאמנות אינה מוחלטת, אלא מוגבלת, וכי בין המגבלות המוטלות עליה (אלה הנובעות מן החוק, הכרוכות בשמירה על עניין ציבורי, או שחלות בהסכמת השולח עצמו) יש לציין גם את זו הכרוכה בכוחו של השלוח לשמור על ענייניו הכשרים. אם כך, למשל, מקום בו השלוח מעכב מסמכים של שולחו על-פי דין, מובן שאין הוא מקיים את חובת הנאמנות בעניין מסירת מסמכים הנוגעים בנושא השליחות (סעיף 8(1) לחוק). ביטוי זה של נאמנות הפסיק לחול על השלוח באותו רגע. חרף זאת, במצב שתיארנו, ברור שגם זכות העיכוב מוגבלת, ומן הראוי שבהפעלתה לא יחרוג השלוח מן התחום הסביר לשמירת ענייניו הלגיטימיים. כלומר, בהפעלת זכות העיכוב, על השלוח לנהוג בתום-לב. כל אימת שהשלוח משתמש בזכותו בתום-לב, חובת הנאמנות הספציפית המנוגדת לזכות העיכוב נרדמת. חרף זאת, מקום שזכות העיכוב לא הופעלה במסגרת הפרמטרים הסבירים שלה, חובת הנאמנות ניצורה מתרדמתה ויהיה אפשר לתבוע את השלוח בגין הפרתה.

יא. קיזוז בין החובות ששולח ושולוח חבים זה לזה עקב השליחות הינו הנושא המוסדר בסעיף 13 לחוק השליחות. כידוע, ה- *compensatio* היא דרך לפקיעת חיובים המושכת את תשומת-ליבם של חכמי המשפט למין המשפט הרומי ועד ימינו. במשפט המודרני עוד ניתן למצוא הבדלים לא-מבוטלים לא רק בין הסדר הקיזוז המוכר במשפט האנגלי לבין זה של המשפט הקונטיננטלי, אלא גם בין הדינים של כמה מדינות המשתייכות למשפט הקונטיננטלי. אצלנו, ובהקשר של דין השליחות, המחוקק מתייחס לדרך מעניינת זו לפקיעת חיובים בצורה לקונית למדי, בקביעתו כי "חובות שהשולח והשולוח חבים זה לזה עקב השליחות ניתנים לקיזוז". הנשיא ברק מצדיק את סעיף 13, ומלמד (בע' 1171, 1172) כי עד לתחילתו של חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, קבעה ההלכה כי לא היה מקום לקיזוז, אלא אם הוסכם אחרת בין הצדדים או הותר הדבר על-ידי הוראת-חוק. כך ניתן להבין את החלטת המחוקק להכיר בזכות הקיזוז בהקשר של היחסים הפנימיים שולח-שלוח. השאלה המעניינת נוגעת בפירושו של סעיף 13 לאור סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), הקובע, כידוע, את יסודות הקיזוז. סעיף 53 מבחין בין מצב בו החיובים הכספיים ההדדיים הינם מתוך עסקה אחת לבין זה בו החיובים אינם מתוך עסקה אחת, והסעיף דורש במקרה האחרון שעל החיובים להיות קצובים. האם ההבחנה שנעשתה בסעיף 53 חלה גם במסגרת דין השליחות למרות שתיקת המחוקק בנידון בסעיף 13 לחוק? התשובה תלויה כמובן בפירוש שניתן לסעיף 13. ברק עונה לשאלה וקובע (בע' 1180) כי תכלית החקיקה "לא היתה לקבוע דיני קיזוז מיוחדים", אלא "לקבוע הוראת דין שתאפשר קיזוז".

תשובה זו אינה נראית לי נקייה מכל ספק. מדוע לא ייאמר שתכלית החקיקה היתה לא רק לאפשר את קיזוז, אלא גם לקבוע דין כללי בנידון, כלומר, דין שאינו מבוסס על ההבחנה, הבלתי-מציאותית לעיתים בהקשר של יחסי שליחות, בין שליחות שהינה עסקה אחת לבין שליחות שאינה עסקה אחת?

כפי שברק קובע (בע' 1180), השליחות אינה בגדר של עסקה אחת משום שבהקשר השליחות "ייתכנו עסקות רבות, אשר כל אחת מהן עומדת על רגליה היא לענין קיזוז". והוא מוסיף: "כאשר השלוח טוען לשכר בגין פעולת שליחות פלונית ואילו השולח טוען לטובת הנאה עקב פעולת שליחות אלמונית, אין לומר כי אלה הם חיובים מתוך 'עסקה אחת' היא 'עסקת השליחות'." אם כך, ובהנחה כי תכלית סעיף 13 לחוק השליחות לא היתה לקבוע דין מיוחד, אלא לקבוע עיקרון שיאפשר את קיזוז, כפי שברק גורס, אזי יש להפעיל את סעיף 53 לחוק החוזים (חלק כללי), ולא לאפשר את קיזוז אלא אם החיובים הינם חיובים קצובים. בדרך זו, אחת התוצאות היא שנמצא עוד יותר את היקף ההגנות הניתנות לשלוח בהקשר של חוק השליחות, וספק בעיני אם תוצאה זו הינה מאוזנת וראויה.

כידוע, חוק החוזים (חלק כללי) חוקק שמונה שנים לאחר תחילת חוק השליחות. עם חקיקת חוק החוזים נקבע הדירוג בין שני החוקים, ומובן שהדינים הכוללים בחוק השליחות נהפכו לדינים מיוחדים לעומת הדינים החוזיים. סעיף 61(א) לחוק החוזים קובע כי הוראות החוק יחולו אם לא יהיו הוראות מיוחדות בחוק אחר. על-כן, איני בטוח כי ניתן להפעיל את סעיף 53 לחוק החוזים על יחסי שליחות, לנוכח העובדה שכנראה חל בנידון דין מיוחד.

זאת ועוד: באופן עקרוני, ספק אם הדרישה שבסעיף 53, שהחיובים יהיו קצובים לצורך קיזוז, הינה מוצדקת וראויה. אם כך הדבר, די לצד לעסקה שאינו מעוניין בקיזוז להימנע מלבצע פעולות שייאפשרו קציבת החיוב. שיקולים אלה ואחרים הינם ביסוד ההסדר בקודיפיקציות של מדינות שונות (כגון גרמניה, שווייץ, יוון ופורטוגל), שם לא נדרש שהחיובים יהיו קצובים כתנאי לקיזוז.

בהנחה שדברי נכונים, ובהסתמך על קביעתו של ברק כי בהקשר של יחסי שליחות אין לדבר על עסקה אחת בלבד, ספק אם בהפעלת סעיף 53 לחוק החוזים, הדורש שהחיובים יהיו קצובים לצורך קיזוז, לא נסכן את המטרה ההגנתית שביקש המחוקק להשיג באמצעות סעיף 13 לחוק השליחות.

יב. פרק מעניין במיוחד הוא זה שברק מקדיש בעבודתו המונומנטלית לניתוחו של סעיף 14, העוסק בסיום השליחות. לא ניתן להתעלם מחשיבות ההסדר הנידון, וזאת, בין היתר, בהתחשב בעובדה כי מכוח סעיף 3 לחוק ניתן ליצור יחסי שליחות אף ללא הסכמת השלוח. אם כך הדבר, הסוגיה בעניין סיום השליחות בכלל ושחרור

השלוח ממסגרת יחסים שהוא לא תרם ליצירתם בפרט הם נושאים בעלי משקל רב. לאמיתו של דבר, הסוגיה כולה חשובה בעיקר במישור היחסים הפנימיים שולח-שלוח, אך אינה בלתי-רלוונטית גם ביחסים עם צדדים שלישיים.

ברק מלמד מזווית המשפט המשווה על הגישות השונות העומדות מאחורי סוגיית ההסדר בעניין סיום השליחות, וקובע כי נקודת-המוצא של הדין הישראלי היא זו המאפשרת את סיום השליחות על-ידי ביטולה החד-צדדי בידי אחד הצדדים לה. הוא מפרט את הדרכים השונות לסיום השליחות, ומסביר את הסדר הסיום, הן מבחינת מועד הסיום והן מבחינת התוצאות הכרוכות בסיום השליחות.

בהקשר זה משכה סוגיה מעניינת את תשומת-ליבו של ברק - הסוגיה הנוגעת בנושא של צמצום השליחות. עניין הצמצום אינו מוסדר בחוק השליחות. לאמיתו של דבר, ברק התייחס לנידון גם בהקשר אחר של ספרו, דהיינו, בדבריו על-פירושו של סעיף 3, שם הוא הקדיש פרק לנושא "שינויים בהיקף ההרשאה הפנימית" (בע' 602 ואילך). בהקשר זה ברק מצביע על שתי הדרכים הקיימות במסגרת חוק השליחות לפתרון הבעיה. לפי דרך אחת, יש לראות בשינוי של היקף השליחות "סיום השליחות לגבי התחום שצומצם" (בע' 604), וכתוצאה מכך תהא הסוגיה של צמצום השליחות כפופה לסעיפים 14 ו-15 לחוק השליחות. האפשרות האחרת מצביעה על הפעלת הדינים הנוגעים ביצירת השליחות. ברק תומך בדרך הראשונה (בע' 604 12011-).

אין להכחיש כי בשינוי ההיקף של השליחות נמצא גם במידת-מה את התופעה של סיום השליחות. לעומת זאת ובפשטנות יתר, מותר גם לקבוע כי בצמצום השליחות יש לראות בראש ובראשונה את השינוי שנעשה בה. אם נסכים עם ברק שבשל הקרבה שבין שינוי ההרשאה לבין סיומה, דין הצמצום הוא כדין הסיום, אזי ההיגיון הקר יכול להביא לידי מסקנה כי מכוח העיקרון של סעיף 14(א), כל אחד מהם - שולח ושלוח - רשאי לצמצם את ההרשאה. מסקנה זו אינה מתקבלת על הדעת, כמובן, מכיוון שעל השלוח מוטלת חובת הציות כלפי שולחו.

הסוגיה חשובה מאוד, וחבל שהמחוקק לא נקט בה עמדה. אלא שהפתרון שמציע ברק, ספק בעיני אם הוא הפתרון הרצוי. אני סבור שטוב יותר אם נחיל על הסוגיה של צמצום השליחות את דיני שינוי השליחות. דינים אלה אינם כלולים בחוק השליחות, אך הם נובעים מן הדינים החוזיים הכלליים. השליחות אינה מבוססת תמיד על חוזה, אך גם לא נדרש שכך יהיה על-מנת להחיל עליה את דיני החוזים הכלליים. סעיף 61 לחוק החוזים (חלק כללי), תשל"ג - 1973, קובע כי הוראות החוק חלות כאשר אין בנידון הוראות מיוחדות בחוק אחר, וכי בשינויים המחויבים, החוק חל גם על פעולות משפטיות שאינן בגדר חוזה. על-כן, הפעלת סעיף 24 לחוק החוזים (חלק כללי) יכולה להביא לכלל מסקנה שתוכנה של

השליחות יהא "ככל אשר הסכימו הצדדים". אם כך הדבר, נובעות מכאן גם מגבלות המוטלות על הצדדים באשר לשינוי החד-צדדי בהיקף ההרשאה. לדעתי, הפעלת הדין הכללי בעניין שינוי תוכנו של החוזה על צמצום השליחות, וזאת בשינויים המחויבים, תניב את התוצאות הבאות: ראשית, אם השליחות נובעת מחוזה בין הצדדים, לא ניתן בעיקרון לצמצם את היקפה מבלי שהצדדים יסכימו על כך באופן מפורש או במשתמע. שנית, מקום שהשליחות אינה חוזית, כנראה שכוחו של השולח להביא לידי שינוי בהיקף השליחות דורש את הידיעה ואולי אף את ההסכמה המשתמעת בעניין השינוי של הצד (צד שלישי או שלוח) שהשליחות נוצרה באמצעותו. שלישית, בהנחה שהשולח ירצה לשנות את היקף השליחות, הוא לא יוכל לעשות זאת, כמובן, מבלי שיקבל את הסכמתו המפורשת או המשתמעת של השולח.

כאמור, עיקרון יסודי בעניין יחסי שליחות הוא שהיחסים מסתיימים בביטול חד-צדדי. באימוץ הסדר זה התרחק המחוקק מן ההסדר של ה-BGB הגרמני (סעיף 168), והסכים עם תפיסת-היסוד המוכרת, בין היתר, בכמה קודיפיקציות אזוריות אירופיות, כגון זו של צרפת (סעיפים 2004, 2003), איטליה (סעיפים 1722 ואילך) ופורטוגל (סעיף 1170).

כוחם של הצדדים לבטל את השליחות קיים ללא הבחנה בין המקרה בו ניתנה ההרשאה לביצוע של פעולה משפטית אחת לבין זה בו הוענקה ההרשאה לביצוע של יותר מפעולה אחת, או בין מצב בו השליחות היא לתקופת זמן מוגבלת לבין זה של הרשאה בלתי-מוגבלת בזמן. כמובן שבעיקרון, הפעלת כוח הביטול אפשרית בכל עת, אף-על-פי שבמשפט הרומי, למשל, כוחו של השולח היה מוגבל, והיה מותר לו לבטל את ההרשאה רק אם היה עושה זאת עד לתחילת ביצוע השליחות.

הביטול מסיים את יחסי השליחות, ותוצאותיו הינן *ex nunc*, ועל-כן אין הוא פוגע בתוצאות השליחות שנוצרו עד שהופעל הכוח להביא את השליחות לידי סיום. מן הראוי לציין כי מאחר שהמחוקק העניק את כוח הביטול לשולח ולשלוח באופן שוויוני, הובטח גם האיזון העקרוני בין האינטרסים של שניהם. איזון זה נקבע גם בשל העובדה שמתן כוח הביטול אין פירושו הענקת זכות לעשות זאת, כפי שברק מסביר בצדק (בע' 1212 ואילך), ועל-כן צד המשתמש בכוח זה אינו משוחרר מן החובה לשלם פיצוי לצד האחר.

שאלה חשובה היא זו שקמה בעניין ביטול השליחות כאשר היא נוצרה להגנת זכויות שאינן של השולח. בסגנונו הלקוני, המחוקק קובע בסעיף 14(ב) שהוראות הסעיף אינן חלות על המצב הנידון, אך אינו אומר כיצד לסיים שליחות כזו.

בעניין ההבחנה בין השליחות הרגילה לבין השליחות בה ניתנה ההרשאה להבטחת זכותו של אחר, ברק כותב (בע' 1249, 1250), בין היתר, כי "הראשונה באה למען האינטרס של השולח", אך "השניה היא למען אינטרס שאינו של השולח". לעומת זאת, במקום אחר (בע' 1246), ברק מצטט דברים שנאמרו בע"א 247/88 **אופקים נסיעות ותיירות בע"מ נ' קלוין-קרווא**, פ"ד מו(3) 409, 413, שם נאמר גם כי "בהרשאה להבטחת זכותו של אחר האינטרס הדומיננטי הוא של אחר". כנראה שלמרות ההבדלים שבין השליחות הרגילה לבין ההרשאה להבטחת זכות אדם אחר, לא ניתן להכחיש שגם במקרה השני יש לאינטרס השולח משקל מסוים בהקשר ובהסדר של ההרשאה. לדעתי, אף קשה לדמיין מצב בו לא יהיה לשולח עניין כלשהו במתן ההרשאה. חבל שהמחוקק לא ביטא היבט זה באופן ברור, כפי שעשה המחוקק בקודיפיקציות אזוריות של מדינות אחרות, כגון איטליה (סעיף 1723) ופורטוגל (סעיף 1170(2)), שם נקבע מפורשות כי לשולח עצמו יש גם עניין בהרשאה להבטחת אדם אחר, הן כאשר הוא שלוח והן כאשר הוא צד שלישי. כאשר לסיום השליחות הנידונה, חייבים להסכים עם ברק בקביעתו (בע' 1280) כי מקום שההרשאה הוענקה להבטחת זכותו של אדם אחר, "אין להביא את השליחות לסיומה ללא הסכמתו של האדם ששליחותו נועדה להבטיח את זכותו". ברק מפריד בזה הפרדה ברורה בין הסדר הביטול של השליחות הרגילה לבין זה של השליחות להבטחת זכותו של אדם אחר. חרף זאת נראה לי כי ייתכן שהפרדה אינה מוחלטת תמיד, וכי אף במקרה של השליחות מן הסוג השני, מן הראוי להכיר בזכות השולח להביא את השליחות לידי סיום ללא הסכמת הצד שלטובתו ניתנה ההרשאה. מצב כזה יכול להיווצר, כך אני סבור, במקרה שלשולח יש הצדק סביר לסיום השליחות. בדרך זו ניתן להמליץ על הסדר שונה מזה שנקבע בחוק מבלי להרחיב יתר על המידה את כוחו של השולח.

מעניין שההסדר המומלץ הוכר באופן מפורש בכמה קודיפיקציות אירופיות, כגון אלה של איטליה (סעיף 1723) ופורטוגל (סעיף 1170(2)).

יג. כפי שהסברתי בתחילת רשימה זו, ספרו של ברק מעורר אצלי הערות אחדות. הדבר טבעי ביותר כאשר מדובר במחקר כה מקיף, מעמיק ומקורי, בו המחבר שואל באופן שיטתי, עמוד אחרי עמוד, שאלות שאינן קלות כלל ועיקר. בעצם, בכל סוגיה וסוגיה ברק פורץ דרכים ומציע פתרונות ובזה הוא גם מזמין את הקורא לדו-שיח אינטלקטואלי אינטנסיבי וממושך. למעשה, הקורא ניצב לפני מחקר מצוין על חוק מקוצר למדי ולא-מאוזן בהסדריו העיקריים, דבר שמעורר בעיני ספק אם חוק כזה עונה על הדרישות של הקודיפיקציה האזרחית שבדרך.

מרשימה ביותר העובדה כי שני הכרכים המונומנטליים על חוק השליחות של אהרן ברק אינם פרי עבודה של חוקר שהקדיש את זמנו בנחת ובשלווה לעבודתו המדעית, אלא הם תוצאת מחקר של אדם שמוטלת עליו האחריות השיפוטית

העליונה במדינת-ישראל. אך יהיו אשר יהיו הנסיבות בהן נכתב הספר, ברור שהוא מהווה מחקר מקורי ויצירתי, שכמותו, כך אני סבור, טרם נכתב בהקשר של המשפט הפרטי שלנו.

בעולם בו אסכולות ותפיסות שונות עלולות להחליש את אופיו המדעי של המשפט, טוב לקרוא את ספרו של פרופסור ברק. הספר תורם תרומה חשובה מאוד לחיזוק התפיסה הקונספטואלית והמדעית של המשפט, תוך התייחסות יסודית ביותר להשלכות המעשיות הנובעות מן המחקר התיאורטי. בזה גם טמון ללא ספק אחד היסודות העיקריים של הספר.

מיותר לומר כי לא ניתן כיום לדון בשאלה כלשהי בדין השליחות ללא עיון בספרו של השופט ברק. אך יחד עם זאת אני סבור כי ספרו של הנשיא ברק מומלץ ביותר גם לכל המעוניין בשיעור מושלם באומנות המחקר.